

論誤想防衛*

許恒達**

摘要

本文在現行三階層理論的犯罪概念前提下，討論誤想防衛的三個問題：誤想防衛的定義、法律效果，以及誤想過當防衛的處理方式。就其定義，筆者認為防衛情狀究竟有無欠缺，必須以事後蒐集的全部事實進行判定，防衛意識則須達到確信有現在不法侵害始得認定；其法律效果，筆者認為既有學說均有缺點，故提出「非難接用的罪責理論」作為解決方法，主張故意罪責包括非難對象與非難評價，誤想防衛者因欠缺故意罪責非難評價所需要的評價客體之一，無法形成適足的罪責非難評價，故意罪責既不完整，即不成立故意犯，應考慮能否成立過失犯。至於誤想過當防衛則同時涉及誤想防衛與防衛過當的雙重議題，筆者原則上分為三類：典型、誤認手段強度型，以及延展型防衛過當，其個別有不同的法律效果。

關鍵詞：正當防衛、誤想防衛、罪責理論、故意理論、心性非價、誤想過當防衛。

* 投稿日：2015年2月13日；接受刊登日：2016年1月13日。〔責任校對：王蕙琦〕。

本文初稿曾發表於2013年9月8日由中國山西大學法學院、中國人民大學刑事法學研究中心主辦的「海峽兩岸暨第九屆內地中青年刑法學者高級論壇」，筆者由衷感謝當日評論人蔡聖偉副教授及諸位與會先進給予本文的建議，同時一併感謝匿名審稿委員提出的斧正意見。

** 國立政治大學法學院法律學系副教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/30203161.pdf>。



目次

壹、導論	二、重新檢討各類學說
貳、誤想防衛的概念界定	三、本文見解：非難援用的罪責理論
一、問題意識	肆、誤想過當防衛
二、防衛情狀的判定與表見侵害	一、典型誤想過當防衛
三、防衛意識的判定基準	二、不法侵害強度認知錯誤的誤想過當防衛
四、小結	三、延展型過當防衛
參、誤想防衛的法律效果	伍、結論
一、實務動向	

壹、導論

本文討論誤想防衛（Putativnotwehr）的法律問題。眾所皆知，誤想防衛屬於容許構成要件錯誤（Erlaubnistatbestandsirrtum），專指涉及阻卻違法事由的事實誤認，亦即，客觀上並無現在不法侵害的防衛情狀（Notwehrlage），主觀上卻誤認有防衛情狀，而產生防衛意識（Verteidigungswille）¹。由於容許構成要件錯誤涉及非常多

¹ Vgl. Ingeborg Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 3. Aufl., 2010, § 16 Rn. 124-125. 有關定義參見林山田，刑法通論（上），10版，頁438-439（2008年）；林鈺雄，新刑法總則，4版，頁345-346（2014年）；張麗卿，刑法總則理論與運用，修訂版，頁264-265（2007年）；林東茂，刑法綜覽，7版，頁1-106（2012年）；柯耀程，刑法總則，頁218-219（2014年）；王皇玉，刑法總則，頁251-257（2015年）；陳志龍，許可性構成要件錯誤——兼論負面構成要件要素理論，臺大法學論叢，20卷1期，頁244-253（1990年）；黃惠婷，正面阻卻違法事由錯誤，月旦法學教室，76期，頁75-76（2009年）；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2版，頁161-164（2006年）；陳子平，刑法總論，2版，頁254、346（2008年）；余振華，刑法總論，2版，頁278-281（2013年）；吳耀宗，此郎非狼，月旦法學教室，122期，頁27-28（2012年）。

刑法學理的基礎理論，舉凡犯罪階層應採二階層或三階層理論？主觀故意要素的認知範圍？構成阻卻違法事由要素的判斷時點？認定阻卻違法事由時，是否必須一併關切諸如防衛意識的主觀要素？罪責階層的實質理念是什麼？故意犯不法意識的認定標準為何？各類阻卻違法事由涉及容許構成要件錯誤時，是否應採用相同標準處理？這些難以處理的問題都與誤想防衛的解釋有關，這也使得誤想防衛的困擾更不易解決。

上述難題無一不涉及刑法理論的基本觀念，要在有限篇幅全面而完整地檢討，誠非本文所能負荷，尤其犯罪審查階層應該如何設定，更與誤想防衛的終端法律效果有關²，若採取二階層犯罪理論，犯罪成立要素僅局限不法與罪責，誤想防衛即可順利地解釋³，也有反對在不法階層處理任何主觀要素的古典或新古典犯罪理論（客觀不法＋主觀罪責）見解，此一觀點認為防衛意識並非必要的成罪條件，誤想防衛在這種視角下，自然傾向於從罪責故意的層次處理⁴。

正因為誤想防衛與犯罪階層的擇定有著極其密切之關係，若將討論主軸延展至犯罪階層理論，固然可以直接從犯罪階層解決絕大多數的爭議，但也會模糊誤想防衛許多細節性的疑義，甚至使得本文論理失焦。考慮再三後，本文討論將不直接拉抬至犯罪階層理論

2 相關討論，參考黃榮堅，刑法解題——關於不法意識及犯罪結構，收於：刑法問題與利益思考，頁163-213（1995年）；vgl. auch Hans Joachim Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, S. 220 ff.; Friedrich Schaffstein, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, in: Göttinger Festschrift für as Oberlandesgericht Celle, 1961, S. 175 (179-187); Klaus Rinck, Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000, S. 74-200.

3 從二階層理論分析誤想防衛的見解，參見黃榮堅，基礎刑法學（上），4版，頁245-247（2012年）。

4 相近的德國學說亦主張類推適用事實錯誤的規定，從而阻卻罪責故意，vgl. Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, § 21 Rn. 43.

的上位階問題，對犯罪階層概念的諸說選項保持一定距離，本文關切的毋寧是：在不直接挑戰通說，並接受通說三階層理論各項前提下⁵，究竟應該如何掌握、理解、解釋誤想防衛。

至於什麼是現行通說的三階層理論⁶，本文接納的具體框架性前提包括：(1) 犯罪成立包括關涉法益侵害的不法 (Unrecht) 及處理個人期待可能性的罪責 (Schuld) 階層；(2) 不法指行為人實現了法律不容許的法益侵害，其內涵可區分為構成要件 (Tatbestand) 與違法性 (Rechtswidrigkeit) 的原則／例外審查關係，構成要件以分則條文為中心，判定行為人是否實現了法律所禁止的侵害行為，而違法性則處理阻卻違法事由，審查有無例外而排除不法行為的情況；(3) 構成要件與違法性等兩個階層，均併存客觀與主觀的審查要素，認知並期待犯罪事實實現的故意是主觀構成要件要素，審查阻卻違法事由時也須一併處理主觀阻卻違法要素，正當防衛的主觀阻卻違法要素即防衛意識 (Verteidigungswille)，亦即，構成不法非難的實質內容，除了違背法秩序而在客觀上干擾法益之外，還有行為人主觀上的法益侵害意思，主、客觀兩個層面共同形塑了不法概念的實質內涵。本文不挑戰上述三點命題，而是在這三點命題的前提下，進一步追問誤想防衛可能的法律疑點。

除此以外，誤想防衛屬於容許構成要件錯誤，一般歸類在事實

5 當然，在此僅只接受學理共通的理論預想 (亦即通說)，例如故意是主觀構成要件要素，正當防衛是阻卻違法事由，但對於這些證成這些預想的細部內容，由於未必已有共通見解，例如故意在主觀構成要件之外，是否仍有罪責要素的意義？如果故意也有罪責意義，其內容、理由為何？這些細繳問題的處理，毋寧才是本文真正關切所在。

6 此一見解可參考我國及德國教科書看法，僅參見林山田 (註1)，頁513-516；林鈺雄 (註1)，頁132-133；張麗卿 (註1)，頁79-80；vgl. auch Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., 1996, S. 244-246, 425-430; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl., 2006, § 7 Rn. 60-74; Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Aufl., 2007, Rn. 270-280a, 394-408a.

層面的認識誤會問題，相對比於歸類在法律錯誤的容許錯誤（*Erlaubnisirrtum*），理論上應該不難界分，但實際上卻往往會出現不容易判斷兩者界分標準的案例，甚至學理上還有提出同時兼具雙重性格的錯誤型態⁷，但要在有限篇幅內全面處理，恐怕有其難度，因此筆者亦不解決兩類錯誤之間的界分問題。

以上說明點出了本文可能面對的論理局限，礙於時間及文長限制，筆者不可能在本文中解決全部疑點，本文僅試圖澄清與誤想防衛有關的具體爭議。至於接續行文，則聚焦於三項誤想防衛的實質難題：（1）誤想防衛的成立界限、（2）誤想防衛的法律效果、（3）誤想防衛的邊際事例。筆者將在容許構成要件的框架下，首先討論可能成立誤想防衛的具體情況，進而導出成立容許構成要件錯誤的客觀及主觀標準；接著分析誤想防衛的法律效果，筆者將檢討容許構成要件錯誤的各類不同學說，再提出個人意見；最後則是以筆者主張的誤想防衛法律效果為中心，檢討、分析誤想過當防衛（*Putativnotwehrexzess*）的相關法律問題。包括典型的誤想過當防衛、手段必要性認知錯誤的誤想防衛（*Irrtum über die Erforderlichkeit der Verteidigung*）、延展型防衛過當（*extensiver Notwehrexzess*）等三類案例，最後則是結論。

貳、誤想防衛的概念界定

一、問題意識

依現有學理通說，所有的阻卻違法事由都由客觀及主觀要素共

⁷ Vgl. vor allem *Frank Peter Schuster*, *Der Doppelirrtum auf Rechtfertigungsebene*, *JuS* 2007, S. 617 (617-618). 中文討論見林鈺雄（註1），頁351；黃惠婷（註1），頁82。

同構成，行為人要主張阻卻違法事由而排除刑責，必須滿足構成系爭阻卻違法事由的客觀及主觀要素，倘若其中有任何一個要素無法成立，就無從阻卻違法，其構成要件該當而無阻卻違法事由適用的行為，自屬不法侵害法益的行為。以正當防衛為例，其要件包括客觀上發生現在不法侵害（*gegenwärtiger rechtswidriger Angriff*）的防衛情狀，實施符合適當性（*Geeignetheit*）及必要性（*Erforderlichkeit*）的防衛手段，而主觀上出於防衛意識，上述要素都必須依據案例中事情的狀況，同時參酌行為人認知的主觀事實，個別、具體判斷能否成立正當防衛⁸。

一旦個案的主、客觀事實欠缺任一成立要素，行為人即無法適用阻卻違法事由法效，其行為仍屬不法行為，但考量其中若干要素仍已滿足，如何進一步確認該行為的終局刑事責任，刑法上就產生了諸多爭議。最典型的情況可說是防衛過當（*Notwehrexzess*），正當防衛人面臨他人實施的不法侵害情狀，也正確認知到系爭防衛情狀，但採用不符合適當性或必要性的手段反擊，造成原不法侵害者法益損害，由於手段不吻合正當防衛要件，該行為無從阻卻違法，但刑法考量面臨不法侵害的防衛者，有時確實難以控制反擊強度，因此在刑法第23條但書允許減輕或免除其刑⁹。

除了防衛過當之外，另一種更具有學理意義的要件欠缺是誤想防衛，就其典型事例以觀，客觀上根本沒有任何防衛情狀，但防衛者卻誤認有防衛情狀，而想要透過正當防衛排除其想像出來的不法侵害，由於在此涉及防衛情狀是否存在的事實層次誤認，一般學理上均理解為「容許構成要件」（阻卻違法的事實前提）之「錯誤」，

8 林山田（註1），頁317-334；張麗卿（註1），頁177-191；林鈺雄（註1），頁243-258。Vgl. auch *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 324 ff. 近期有關正當防衛要件的重要文獻，參考薛智仁，*家暴事件的正當防衛難題——以趙岩冰殺夫案為中心*，中研院法學期刊，16期，頁10-41（2015年）。

9 林鈺雄（註1），頁306-307。

學說上通常提及的案例如下¹⁰：

神經緊張的甲，夜行陋巷。路人乙突然從後方跑步過來，並抓住甲。甲認為乙是搶匪，不由分說，以一記過肩摔將此人摔傷。嗣後才發現，此人乙是要把甲掉落路上的錢包歸還給甲（案例一）。

簡單地說，後方跑過來的路人並非搶匪，故無不法侵害可言，甲卻誤以為路人企圖搶奪財物，主觀有防衛意識，在此即出現關涉阻卻違法事由前提事實的錯誤，亦即誤想防衛的問題。

一般對誤想防衛的討論，大多接續分析誤想防衛的法律效果，然而在討論誤想防衛法律效果的諸項學說之前，我們仍應實質地判定什麼樣的情況才稱得上誤想防衛？多數學說見解均認為，只要欠缺現在不法侵害的防衛情狀，而防衛者因誤會而產生防衛意識，即可構成誤想防衛，這種說法不能說不對，但筆者想要強調的是，所謂「不存在防衛情狀」，仍應該考量觀察的時間視角，以前述案例一來看，如果採用法官裁判時已經確認的所有事實以判斷有無防衛情狀，這種「事後」(*ex post*) 觀點¹¹，必然導出本案無防衛情狀的結論，相反而言，倘若我們轉從甲被路人抓住的當下，以一個行經陋巷的正常社會成員而言，若有人從身後快步走來並抓住自己，幾乎一定會認為自己受到搶匪攻擊。而當我們改採「事前」(*ex ante*) 觀點判斷有無侵害時，以社會一般成員兼考量行為人個人的

10 此例為林東茂教授所舉，參見林東茂，誤想防衛，收於：一個知識論上的刑法學思考，2版，頁105-106（2001年）。

11 主張應該從事後觀點判斷者，vgl. *Kristian Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, § 7 Rn. 21-22; *Rudolf Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2011, § 18 Rn. 12; *Günther Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, § 11 Rn. 9; *Felix Herzog*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 3. Aufl., 2010, § 32 Rn. 3; *Walter Perron*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 32 Rn. 27; *Eva Graul*, Notwehr oder Putativnotwehr – Wo ist der Unterschied?, JuS 1995, S. 1049 (1056).

綜合審視角度，思考同樣情況下可能的行為對應措施，由於陋巷環境的壓迫作用幾乎使任何人不願多作考慮，直接認為路人正在對自己不法侵害，在此可從事前角度判定有侵害法益的可能性，故推論出存在防衛情狀的結論¹²。

從以上討論足以發現，採用事前或事後的不同觀點，可能影響正當防衛客觀情狀的存在與否，用什麼角度來判斷防衛情狀，即關係著誤想防衛及其法效的界限。

另一個問題則是，上例的甲主觀上認為路人企圖實施不法侵害，但案例中並未提到甲主觀誤認的程度高低，甲很有可能完全相信路人正要實施不法侵害，也有可能只是半信半疑，甚或僅出於恐懼而假設接近自己的人必有不軌意圖。由於「現在不法侵害」是還沒完全實現的假設性質之侵害預期，防衛者最多只能自行推測系爭情狀的可能發展，那麼要到多強的推測程度，才算是已經產生適足的防衛意識，此一標準拿捏同樣左右了誤想防衛的成立範圍¹³。

綜合上述，如何判斷正當防衛的兩大要件「防衛情狀」與「防衛意識」，共同決定了誤想防衛與其法律效果的適用界限，以下討論，就先從這兩個標準開始，逐項分析誤想防衛的構成元素¹⁴。

12 參見陳志龍（註1），頁251-252。Vgl. *Wolfgang Frisch*, Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, 1983, S. 424; *Klaus Geppert*, Notwehr und Irrtum. Putativnotwehr, intensiver und extensiver Notwehrexzess, Putativnotwehrexzess, Jura 2007, S. 33 (33); *Christian Schröder*, Angriff, Scheinangriff und die Erforderlichkeit der Abwehr vermeintlich gefährlicher Angriffe, JuS 2000, S. 235 (239); *Carmen Requejo*, Die Putativnotwehr als Rechtfertigungsgrund, JA 2005, S. 114 (118).

13 易言之，若客觀上欠缺防衛情狀時，防衛意識的認知可能性要求標準愈高，自然愈益擴大欠缺防衛意識，而無任何減免刑責效果的結論。

14 相關討論，另可參照蔡聖偉，容許事實懷疑，臺北大學法學論叢，84期，頁287-341（2012年）。

二、防衛情狀的判定與表見侵害

依刑法學現行通說而論，正當防衛者對抗不法侵害之人，一方面對抗不法行為，確證了法律的合法價值與許可界限（此即法確證原則，*Rechtswahrungsprinzip*），同時也保護受不法攻擊者的權利（此即保護原則，*Schutzprinzip*）¹⁵，根植於這兩重理由的正當防衛者，他有權採取積極的反擊行動保護自己，縱然防衛者的反擊行動侵害他人法益，但只要反擊行動是保護防衛者法益的最溫和手段（適當性與必要性），就可以阻卻違法，在此甚至不需要考慮保護利益是否比反擊行動所干擾的利益更具有優越關係¹⁶。

正因為防衛行為保護的利益包括了法確證原則，防衛手段的要件相對而言並不嚴格，學理上自然只能限制發動正當防衛的情狀，除非實際上真有現在不法侵害，否則並沒有任何許可以正當防衛反擊行動侵害他人的合法空間，基此，多數見解都認為應該從「事後」角度，考量一切事後已知的事實以決定有無「侵害」（*Angriff*）事態¹⁷，一旦原侵害者的行為未達到實現不法侵害的可能程度，防衛者即無任何合法防衛併予反擊的法律權利，若其主觀已具防衛意識，自屬誤想防衛的討論範疇¹⁸。

不過，若完全貫徹上述從事後判斷的見解，對於從防衛者角度而言，看似可能損害其法益，但實際上不可能構成侵害的表見侵害（*Scheinangriff*），即無任何構成阻卻違法正當防衛的空間，其法律效果勢必遁入誤想防衛的類型¹⁹。舉例而言：

15 *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 324a; *Roxin* (Fn. 6), § 15 Rn. 1.

16 *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 333-335.

17 *Perron* (Fn. 11), § 32 Rn. 3; *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 330.

18 進一步的討論，參見蔡聖偉（註14），頁320-325；Vgl. auch *Graul* (Fn. 11), S. 1049 ff.; *Allit Nippert/Cristina Tinkl*, Erlaubnistatbestandsirrtum? Auswirkungen der ex-ante- bzw. ex-post-Beurteilung der Rechtfertigungslage von § 32 und § 34 StGB, *JuS* 2002, S. 964 (964-970).

19 有關的討論，vgl. *Schröder* (Fn. 12), S. 235-239.

甲想跟乙開玩笑，故意躲在陋巷待乙經過時，以手指抵住乙後背，威脅乙必須交出錢來，乙因天色昏暗，不知道這個人是甲，也不知道甲在開玩笑，誤以為搶匪攻擊，故轉身將甲打傷（案例二）。

從事後觀點來看，甲顯然並無任何侵害行為與意思，無防衛情狀可言，這個案例最後往往從誤想防衛的角度判斷法律效果。然而，若我們身處於相同於乙的事實情境，經過陋巷，冷不防被他人以形似槍枝之物抵住身後，並喝令要交出錢財，幾乎每一個人在當下都會認為自己面臨不法侵害，部分社會成員同樣採取反擊行動以保護自己，考量此一情況後，部分學說轉從行為規範有效性的觀點立論，正當防衛雖然用以排除犯罪成立，但既為與構成要件共同確認不法行為是否存在，當然也具有行為規範的功能，行為規範要求任何社會成員不得在認知規範內容的前提下，作出侵害刑法保護法益價值的行動，但若屬必要的正當防衛而侵害法益，則不違反行為規範。由於行為規範管制人之意志行動，在正當防衛層次而言，行為規範要求防衛者「知悉自己面臨他人不法侵害，才能例外反擊」，既然行為規範有效作用的前提是防衛者的知悉，發動正當防衛的前提當然應以防衛者可得認知的角度予以掌握，而因行為規範具有普遍適用至所有社會成員的特色，在這個脈絡下，防衛情狀不可能委諸事後判斷，而應該從事前多數社會成員可得知悉的觀點認定，而例外時可以再另行考量個別防衛者的特別認知²⁰。

採用事前標準，案例二中的乙於陋巷中，突發性地被他人以狀似槍枝之物威脅交出財產，任何人處於相同情況中，均會研判自己

20 Vgl. vor allem *Armin Kaufmann*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, S. 151 (159); *Hans-Joachim Rudolphi*, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, in: Dornseifer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 371 (381-389); *Frisch* (Fn. 12), S. 425 ff., S. 441 ff. Zusammenfassend, vgl. *Schröder* (Fn. 12), S. 235 ff., 239.

面臨他人的侵害，既然滿足事前判斷的防衛情狀，乙也有防衛意識，實施必要手段，可依正當防衛阻卻違法。簡之，防衛情狀調整至事前認定，將使阻卻違法正當防衛的界限擴大，原本應屬誤想防衛的上述兩案，即可能轉為阻卻違法。

從事前平均人的角度判斷防衛情狀，是一個對於防衛者而言相當有利的見解，然而在筆者看來，此一見解有重大疑慮，質言之，正當防衛之所以能阻卻違法，實因防衛者對抗他人即時性的不法侵害，所以法律才會降低正當防衛的合法手段限制，除非明顯失衡，否則不須進行個案優越利益判斷，倘若將判斷標準前置到行為時點，此時即會許可對上述的表見侵害進行正當防衛，但此時並無不法侵害，根本不存在本於法確證原則而認定行為人對抗不法的空間，當然也沒有手段要素只判斷必要性的理由，毋寧必須回歸到個案的優越利益衡量，倘若還要考量具體的優越利益權衡，其實已經與緊急避難相去不遠，本質上也不再是對抗不法的正當防衛²¹。

既然防衛情狀不能事前認定，仍須維持事後認定的傳統基調，那麼出現表見侵害時，應否一律構成容許構成要件錯誤？就此一問題，傳統見解也提出了修正意見，從事後看來，表見侵害「本身攻擊效果」均非嚴格意義的不法行為，但其實在行為人實施當下，表見侵害的「附帶攻擊效果」，例如所造成的自由法益侵害作用，仍然在一定條件下構成不法侵害²²。

必須注意，附帶攻擊效果必須完全導因自不法侵害者，但該效

21 Vgl. *Graul* (Fn. 11), S. 1054 ff.; *Nippert/Tinkl* (Fn. 18), S. 968-969. 有關正當防衛與緊急避難的競合關係，另可參考蔡聖偉（註14），頁321-325；*Helmut Gropengießer*, Das Konkurrenzverhältnis von Notwehr (§ 32 StGB) und rechtfertigendem Notstand (§ 34 StGB), *Jura* 2000, S. 262 (262-266); *Kjell Gasa*, Die Behandlung des Irrtums über rechtfertigende Umstände im Gutachten – Typische Fehler, *JuS* 2005, S. 890 (892).

22 *Roxin* (Fn. 6), § 15 Rn. 9. 進一步的討論，參考薛智仁（註8），頁12-18。

果並非防衛者原來設想到的受害目標，而只是附帶實現的作用而已，最常見的附帶攻擊效果是強制罪的妨害自由作用，受到該附帶攻擊效果侵害之人，仍得在排除附帶攻擊效果的必要範圍內，實施正當防衛。例如案例二中，甲的惡作劇行為已干擾乙的意志決定自由與活動自由，不知情的乙若在必要範圍內反擊，仍可認定構成阻卻違法的正當防衛²³。

相反於此，倘若表見侵害欠缺「附帶攻擊效果」，此時即無任何不法侵害可言，例如前述案例一的路人，該路人並未以任何妨害甲自由或侵擾甲的方式遞還錢包，故該案中應認定無任何不法侵害。

綜上，筆者主張仍應維持通說從事後觀點判斷有無防衛情狀，亦即應該考量審判時已經知悉的所有事實，確認究竟個案中是否有現在不法侵害，貿然將防衛情狀的判斷基礎前置到行為時點，不僅無法合理說明正當防衛阻卻違法的實質理由，也造成解釋的不合理結果²⁴。

三、防衛意識的判定基準

誤想防衛行為人必須有主觀的防衛意識，亦即認知其面臨現在不法侵害²⁵，現行通說見解均認為行為人只需要認知防衛情狀，不

23 另可參考薛智仁（註8），頁17-18。氏認為應該以恐嚇或脅迫內容的迫切性為標準，若其內容極度迫切，自得構成防衛情狀，此說應可贊同。

24 值得特別說明者，學說上有認為只要依事前標準存有防衛情狀，誤想防衛的若干事例即能轉為具備現在不法侵害，滿足正當防衛的主、客觀要件，若防衛手段又符合適當性與必要性，原本依事後標準判定的誤想防衛，即可轉化其法律意義為阻卻違法的正當防衛，從而否定其刑責，vgl. z.B. Kaufmann (Fn. 20), S. 156 f. 現有中文文獻中採此見解者，參考甘添貴、謝庭晃（註1），頁163；川端 博著，余振華譯，集中講義 刑法總論，頁221-223（2008年）。但因本文反對事前標準，故亦反對此一看法。

25 防衛意識的另一個難題在於，防衛意識所須認知的對象，究竟只要防衛情狀，或是防衛情狀與符合必要性的防衛手段，現今多數學說見解都認為只須認知防衛情狀，vgl. z.B. Roxin (Fn. 6), § 14 Rn. 97; Wessels/Beulke (Fn. 6), Rn. 350a.

須有特定的法益保護目的意思²⁶，問題在於，若行為人僅單純「覺得」可能面臨現在不法侵害，就一律肯定存在防衛意識，那麼所有行為人在犯罪時的任意發想，都有可能構成誤想防衛，這樣的結果顯然不合理，因此我們必須對防衛意識的主觀認知「程度」予以限制，從而清楚界定「不存在防衛情狀，又欠缺防衛意識」的積極加害不法行為，以及「不存在防衛情狀，但有防衛意識」的誤想防衛。

值得注意的是，我國實務上曾經出現過若干案例，這些案例的行為人都自認面臨他人不法侵害而予以反擊，但法院似乎完全不認同構成誤想防衛，不過其理由不明。例如最高法院97年度台上字第5049號刑事判決中，行為人欲殺害第三人，而被害人上前勸解，行為人誤以為被害人要與第三人聯手攻擊他，因此朝被害人胸口猛刺，最高法院認為：「正當防衛以對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為。至彼此互毆，必以一方初無傷人之行為，因排除對方不法之侵害而加以還擊，始得以正當防衛論；如對被害人之加害與否，僅在顧慮之中，即非對於現在不法之侵害加以防衛，即與正當防衛不符」，最高法院在這則判決中似乎認為，若被害人對行為人是否加害，只達到有「顧慮」而已，客觀上還沒有出現明確的不法侵害行動，仍不足以構成正當防衛²⁷。

平心而論，實務見解這段說明的論理其實不夠充分，本案客觀上並無任何防衛情狀，本來就不屬於阻卻違法的正當防衛，但從最終法律效果的選擇看來，雖然行為人提出構成誤想防衛的抗辯，但最高法院似乎無視其主張，完全對誤想防衛不予回應。從本案中或可推測，最高法院也許認為只是單純「顧慮可能有防衛情狀」，尚

²⁶ 僅參考Roxin (Fn. 6), § 14 Rn. 97-101.

²⁷ 此一見解倒不是本判決新創，事實上，早在1939年時，最高法院即提出過類似的看法：「彼方之加害與否，尚僅在顧慮之中，即非對於現在之不法侵害，加以防衛」（最高法院28年上字第2363號刑事判例）。

不足以滿足防衛意識的主觀要求，因此排除適用誤想防衛。

事實上，學說對於防衛意識的認知程度，確實爭議甚高，其中較多數見解認為，防衛意識是不法階層的主觀要素，其成立標準與故意相同，包括對於防衛情狀的明確認知（相類比於直接故意），以及認為防衛情狀有可能發生（相類比於間接故意）等兩種情況，行為人主觀上認為可能發生現在不法侵害，即可判定有防衛意識²⁸。相對於此，另一種看法則認為，正當防衛涉及對抗不法，其手段的合法要求相對較低，構成正當防衛的門檻理應設定得比較高，除了防衛情狀必須從事後判斷之外，同意也應提升防衛意識的認知程度至明確認知，單純認為可能存在防衛情狀尚不足以構成防衛意識²⁹。

對於防衛意識構成標準的爭議，毋寧必須考慮正當防衛阻卻違法的實質依據，在現行通說見解下，正當防衛阻卻違法的實質理由之一，是因為行為人出面反擊不法行為，法秩序必須容忍反擊行為所造成的合理損害後果，縱然該後果的利益侵擾程度比保護利益更高（排除優越利益考量），但只要是最有效且最溫和的損害後果即可（僅要求必要性）。誠如前文所述，由於正當防衛對手段的要求相形寬鬆，法秩序自應嚴密地限定可以採用系爭寬鬆手段保護法益的條件，除了必須從事後判斷角度判斷有無現在不法侵害之外，筆者認為，還必須行為人「確信」存在不法侵害，確信存在防衛意識的主觀要求，表彰了防衛者積極對抗不法侵害的個人認知，也才符

28 *Theodor Lenckner/Detlev Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Aufl., 2010, Vor. § 32 Rn. 14; *Frisch* (Fn. 12), S. 449-450; *Hans-Ludwig Günther*, in: Rudolphi et al. (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Aufl., 2007, Vor. § 32 Rn. 90.

29 *Hans-Ulrich Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl., 2010, Vor. § 32 Rn. 101; *Thomas Rönnow*, *Grundwissen – Strafrecht: Subjektive Rechtfertigungselemente*, JuS 2009, S. 594 (596).

合通說所謂對抗不法之人的法秩序保護效果，事實上，我們很難想像並接受，正當防衛者在半信半疑的主觀懷疑下，即能輕易地認定個案中存在不法侵害，進而認定其具備防衛意識。正當防衛既然是對抗不法行為，在未能確信不法行為存在時要主張正當防衛，顯然是不合理的個人想法，刑責的判定上，當然也沒有必要考量誤想防衛。

相反而論，如果只是透過既存的事態「推測」可能有不法侵害，無異於將正當防衛的前提轉換為事前的可能性推測，這有違正當防衛必須確實存在不法侵害的制度本旨，也過度放寬正當防衛的阻卻違法門檻，筆者認為此說在防衛意識的判斷上並不合理³⁰。綜合上述，筆者認為滿足雙重的嚴格前提：事後判斷的現在不法侵害，以及行為人確信正面臨「現在不法侵害」，相對人利益才能在法律上例外被放棄，並退讓予防衛者，許可防衛者予以攻擊³¹。我國實務見解認為行為人「顧慮可能有不法侵害」時，尚未有防衛意識，實務見解立場注意到了正當防衛阻卻違法的實質依據，該說洵屬正確。

最後補充一則最高法院近期判決，判決中針對誤想防衛的構成事實，最高法院作出了相當明確的宣示³²。該案涉及一宗海上糾紛，被告船長因船員不服指揮且規勸不聽，因此將若干船員關入小船艙數月，造成船員死亡。檢察官認為被告船長構成刑法第302條

30 學說上另有認為，倘若防衛者只是主觀上認為「可能有防衛情狀」，但尚未達到「確信有防衛情狀」時，其防衛手段的選擇應有更進一步的限制，此項議題已經超出本文討論範圍，在此不再續行討論。Vgl. *Helmut Frister, Erlaubnistatbestandszweifel – Zur Abwägung der Fehlentscheidungsrisiken bei ungewissen rechtfertigenden Umständen*, in: Rogall et al. (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Rudolphi*, 2004, S. 45 (53-54).

31 相同見解，參考蔡聖偉（註14），頁320-321。

32 參見最高法院102年度台上字第3895號刑事判決。該案之評釋，另可參考王皇玉，*誤想防衛之成立要件與法律效果——最高法院102年度台上字第3895號判決評析*，*月旦裁判時報*，40期，頁69-71（2015年）。

第2項的私行拘禁致死罪，但被告船長在訴訟上抗辯，認為其屬誤想防衛，僅成立過失刑責。不過最高法院認為本案實與誤想防衛無關，最高法院在判決中指出：「經查證船員甲、乙亦無所謂破壞漁具及私下煽動其他船員不要工作之情事，至於船上之殺魚刀固曾有遺失之事，但嗣後已在殺魚處旁之繩堆中尋獲，此或不無可能係船員未依規定擺放或經風浪拍打所致，既無證據證明係甲或乙所藏放，則上訴人將其二人隔離拘禁達數月之久，應無以上開恐嚇、謀議罷工、殺魚刀遺失等情作為私禁之誤認，得以認係誤想防衛而阻卻故意等旨綦詳」³³，從最高法院否認誤想防衛的文字中可以發現，最高法院先透過「事後調查」所取得的一切事實，否認存在任何客觀防衛情狀，接著最高法院則從被告長期拘禁被害人的事實認知，反推被告船長並未達到主觀防衛意識的確信認知，既無客觀防衛情狀，且又欠缺主觀防衛意識，當然不構成任何的誤想防衛效果，最高法院的判決結論，可茲贊同³⁴。

四、小結

以上檢討了誤想防衛的基本定義，要之，若以客觀事後的事實為判斷對象，確認並無任何現在不法侵害，而行為人出於個人確信的認知程度，已足認定有防衛情狀時，即屬典型的誤想防衛。至於誤想防衛的法律效果，將於下一段中討論。

³³ 參見最高法院102年度台上字第3895號刑事判決之見解。

³⁴ 王皇玉教授對於本案則認為，應不成立誤想防衛，但構成誤想過當防衛，其法律效果為容許錯誤，因此必須考量其不法意識的欠缺而減輕故意刑責，參見王皇玉（註32），頁71。

參、誤想防衛的法律效果

一、實務動向

接著討論誤想防衛的法律效果，就實務見解而言，我國刑事司法很早就曾處理過誤想防衛的法效問題，但接續發展則有見解變動。

最早實務意見出自最高法院20年非字第94號刑事判例：「被告因聽聞村犬亂吠，疑有匪警，並於隱約中見有三人，遂取手槍開放，意圖禦匪，以致某甲中槍殞命。是該被告雖原無殺死某甲之認識，但當時既誤認為匪，開槍射擊，其足以發生死亡之結果，究為本人所預見，而此種結果之發生，亦與其開槍之本意初無違背，按照上開規定，即仍不得謂非故意殺人」。依該判例的見解，誤想防衛者仍應構成故意犯，但是否應予減刑，判例則不置可否。

不過約10年之後，實務見解則完全推翻了原來的判例看法，在最高法院29年上字第509號刑事判例中，最高法院明確指出：「防衛是否過當，應以防衛權存在為前提，若其行為與正當防衛之要件不合，僅係錯覺防衛，當然不生是否過當之問題。被告充當聯保處壯丁，奉命緝捕盜匪，正向被人誣指為匪之某甲盤問，因見其伸手撈衣，疑為取槍抗拒，遂向之開槍射擊，當時某甲既未對被告加以如何不法之侵害，則被告之防衛權，根本無從成立，自無防衛行為過當之可言。至被告因見某甲伸手撈衣，疑其取槍抗拒，誤為具有正當防衛權，向其槍擊，固係出於錯覺防衛，而難認為有犯罪之故意，惟被告目睹甲伸手撈衣，究竟是否取槍抗拒，自應加以注意，又非不能注意之事，乃竟貿然開槍，致某甲受傷身死，核其所為，倒與過失致人於死之情形相當」。依據此一見解，誤想防衛者不再構成故意犯，而是成立過失犯，至於其理由則無法從判例的描述中得知。

雖然從上述判決提出之後，有關誤想防衛的判決並不多見，最高法院近期也未再針對相關問題提出進一步意見，但對於誤想防衛的法律效果，二審法院仍有數則可供參考的近期判決，其見解與前述29年判例的看法大同小異，在這些判決中，亦可以讀到下列文字：「事實上無阻卻違法事由存在而誤為存在，並因而實施行為者，稱為阻卻違法事由錯誤。關於阻卻違法前提事實之誤認，如本無現在不法之侵害，而誤認為有此侵害之存在而為正當防衛，此即屬於誤想防衛。誤想防衛本非正當防衛，蓋其欠缺正當防衛要件之現在不法侵害，故誤想防衛不阻卻違法性。然而對於此種情形，即不知所實施者為違法行為，是其得為阻卻故意」³⁵。

從一連串的實務發展中，我們可以確認，實務已經完全接納誤想防衛不成立故意刑責，但可考慮在一定情況下成立過失刑責的意見³⁶，可惜的是，阻卻故意犯並轉向認定過失刑責的實質理由，仍無法從實務見解的論述中得知，也因此我們必須進一步思考學理看法³⁷。

二、重新檢討各類學說

必須承認，雖然大多數的學理見解都傾向誤想防衛構成過失刑責，但學理上對於此一結論有許多不同解釋方向，尤其如何推導出過失刑責的理由，更是大相逕庭，甚至更有見解認為，誤想防衛也

35 同樣的文字見諸臺灣高等法院100年度上訴字第1357號刑事判決、98年度上易字第1291號刑事判決、95年度上訴字第1279號刑事判決；臺灣高等法院臺中分院99年度上易字第1386號刑事判決；臺灣高等法院臺南分院97年度矚上重更(二)字第308號刑事判決；臺灣高等法院高雄分院101年度上更(一)字第109號刑事判決、98年度上訴字第177號刑事判決。必須強調的是，這些判決中幾乎一字不漏地沿用了這段對誤想防衛的理論說明，其可能的源頭或許是臺灣高等法院在95年度的判決見解。

36 較新近判決的討論，參考黃惠婷(註1)，頁84-85。

37 值得注意的是，學說上也有認為法律效果必然是過失犯，參考吳耀宗(註1)，頁29。

可以考慮阻卻違法，甚或成立減輕刑責的故意犯，若要合理地解決誤想防衛的法效爭議，自應全面地檢討這些學說³⁸。

以下討論，就以通說採行的犯罪階層理論為中心，透過個別階層的類型界定，簡要整理誤想防衛法律效果的各項見解。由於各個學說中其實不乏些微修正的次說，筆者將儘可能在有限的討論範圍內，整理並分析這些相關次說。

（一）阻卻構成要件故意

第一類的見解直接在構成要件部分排除故意，其法律效果的推論上，故意犯罪的不法侵害將不成立，但若行為人侵害的法益一併處罰過失犯時，則須進一步考量是否成立過失刑責。至於為什麼可以排除構成要件故意，學理上又可分為兩種看法：

1. 限制罪責理論

主張此一法律效果的關鍵意見，即屬德國通說所採的限制罪責理論（*ingeschränkte Schuldtheorie*），該說認為誤想防衛之人雖然有構成要件故意，對於阻卻違法的事實卻未有正確認識，雖然從犯罪三階層理論看來屬於不法行為，但既然行為人未能正確地認識所有關聯不法要素的事實情狀，即使該事實並非關聯於構成要件，仍可類推適用構成要件錯誤，從而排除行為人的故意責任，僅成立過失刑責³⁹。

38 學說見解的整理，參見林東茂（註10），頁109-112；陳子平（註1），頁346-351；王皇玉（註32），頁66-68。個別學說的應用，另可見陳子平，正當防衛、誤想防衛與緊急避難，月旦法學教室，104期，頁99-104（2011年）。

39 Roxin (Fn. 6), § 14 Rn. 64; Kühl (Fn. 11), § 13 Rn. 73; Bernd Schünemann/Luis Greco, Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem. Oder: Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik?, GA 2006, S. 777 (778 ff.); Puppe (Fn. 1), § 16 Rn. 137-138; Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 9 Rn. 166; Rolf Dietrich Herzberg, Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau (Teil 2), JA 1989, S. 294 (295-300).

本說之所以必須類推適用構成要件錯誤，可分為兩個主要理由；第一個理由是形式規範適用層面，因為誤想防衛屬於容許構成的事實錯誤類型，既然是事實錯誤，必須依循事實錯誤的法律效果處理，不能忽略此一念屬性而尋求其他的解決機制，而事實錯誤的法律效果，在德國刑法第16條第1項有明確規定：「行為人於犯罪時，不知構成要件該當之事實者，其行為無故意；但該行為之過失刑責亦不必然成立」⁴⁰，由於德國刑法中，已經有法條明確規範構成要件錯誤的法律效果，發生構成要件錯誤的行為人原則上不成立故意犯，至於是否另行構成過失刑責，則視具體個案而定。因為第16條第1項未明文規定容許構成要件錯誤的法律效果，但考量其與構成要件錯誤都屬於事實層面的誤會，也有相同的概念近似關係，故可應類推適用該項法律文字，將容許構成要件錯誤比照構成要件錯誤處理，從而排除構成要件故意，接續則視情況考量是否成立過失刑責⁴¹。

第二個理由則是不法的實質立論，誤想防衛的行為人雖然試圖侵害法益，但卻認為他的行為是為了對抗不法，即便致生損害，其行為實現了完整的結果非價（Erfolgsunwert），但因為行為人並無真正侵害法益的強烈故意，毋寧只是為了保護自己法益，在誤會情況下勉強攻擊他人，相對於積極侵害法益的犯罪者，行為人顯然有較低程度的行為非價（Handlungsunwert），因此應該考量較低的行為非價內涵，將刑責從故意調降為過失罪名⁴²。

本說確實把握到一定程度的重點，不過學說上也有非常多的批評，最主要的批評有二：（1）限制罪責理論排除構成要件故意，此

40 § 16 I StGB: „Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.“

41 Roxin (Fn. 6), § 14 Rn. 55.

42 Roxin (Fn. 6), § 14 Rn. 64; Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 39), § 9 Rn. 166; Jürgen Sauren, Zur Überschreitung des Notwehrrechts, Jura 1988, S. 567 (569).

時必須轉從過失論罪，但刑法中的過失犯為數有限，倘若涉及的法益不罰過失犯，即出現處罰漏洞⁴³；(2) 本說透過類推適用直接排除行為人的故意不法，若有外部的參與行為，例如對誤想防衛的正犯實施教唆或幫助的行為，因誤想防衛的正犯不能論以故意犯，而現行法不承認對過失正犯的幫助或教唆，勢將使得該幫助及教唆的外部加工者，全部不成立刑責，在此顯有可罰性缺口⁴⁴。

上述批評均針對限制罪責理論的可罰性缺口而發，不過在筆者看來，上述兩點尚未能徹底動搖限制罪責理論。就過失犯產生缺口的批評而論，如果誤想防衛本質上應論以過失犯⁴⁵，那麼當然會有若干法益受害時無法處罰過失行為人，不過我們必須注意，刑法是否制裁出於過失而侵害特定法益之人，其實是立法者的政策決定權限，我們可以批評立法者對特定法益保護不周，應該擴張處罰過失犯，但這個批評將同時適用欠缺構成要件故意、只成立過失的一般性案例，其批評不會只限於誤想防衛的情況。質言之，過失犯是否處罰是立法政策問題，而誤想防衛是否構成過失刑責是法條解釋問題，無法制裁過失犯時應探尋保護特定法益的立法政策是否合理，但不能指責限制罪責理論的解釋方向。

至於外部參與的批評，筆者也認為尚未到位。在此應該思考的是，現實上有沒有任何教唆他人在誤想防衛情狀下攻擊法益的可能性？一個正常的教唆或幫助行為人，主觀上必須出於教唆或幫助既遂故意，只要有這個想法，教唆或幫助時，其所預期的是正犯在無阻卻違法情況下侵害法益，根本不會預期正犯還會在誤想防衛時侵害法益；論者或許可能反駁，在某些特殊事例中，這種關係仍然可

43 批評見 *Hans Joachim Hirsch*, Einordnung und Rechtswirkung des Erlaubnis-sachverhaltsirrtum, in: Hoyer et al. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S. 223 (226).

44 相關討論，vgl. *Roxin* (Fn. 6), § 14 Rn. 74-77.

45 至於誤想防衛本質上是否真為過失犯，才是真正關鍵所在，筆者認為限制罪責理論尚未能全面地解決這個提問，詳細討論請見下文。

能存在，例如：

甲教唆乙殺丙，而乙在殺丙之前，誤以為丙要先下手為強，故出於防衛意識而殺丙（案例三）。

這個案例中乙對丙的殺害行為，其實完全是乙未曾預料的突發狀況，該行為其實無法與甲的教唆行為相互串連，兩者間根本欠缺教唆行為與正犯殺人決意間的心理因果關係⁴⁶，乙既然非基於甲的教唆而在突發狀況下殺丙，甲的教唆自然無從啟動正犯的殺人著手實行行為，甲依刑法第29條應屬無罪。這個案例根本不可能否定限制罪責理論。

上述案例指明了一個重點：不論正當防衛或誤想防衛，都是突發狀況，教唆或幫助行為不可能串連到正犯面臨的突發狀況。而若教唆行為人一開始就已經預料到正犯可能面臨誤想防衛，此種情況在刑法解釋上，幾乎已經提升到間接正犯的範疇，亦即利用他人的誤想防衛侵害被害人法益，在刑法上已經足以將法益損害跳過前台侵害的正犯，直接處罰後台操弄他人意思的間接正犯，無須再借用必須依循從屬性的教唆或幫助刑責⁴⁷。綜合上述，以過失或共犯的可罰性漏洞為由，試圖批評限制罪責理論，在筆者看來似乎力有未逮⁴⁸。

46 教唆行為必須與正犯犯罪決意的產生，具有心理因果關係，就此僅參考Kühl (Fn. 11), § 20 Rn. 169-174.

47 參考高金桂，利用誤想防衛之間接正犯，月旦法學教室，64期，頁12-13（2008年）。Vgl. auch Rinck (Fn. 2), S. 190-199.

48 林東茂教授對現行犯逮捕的容許構成要件錯誤，提出了一則案例：「甲發現乙追逐哭泣的女子，誤以為乙是性侵的現行犯，而企圖加以逮捕（可能傷害乙）；實情則是，女子因情傷而哭，乙準備趨前安慰，丙知道詳情，卻刻意鼓勵甲下手不要容情」，本例中林教授認為丙應該考慮成立傷害罪的幫助犯，但必須肯定甲有傷害罪的不法行為，因此反對否認甲有傷害故意的限制罪責理論（參見林東茂（註1），頁1-284至1-285）。然依本文之見，丙對於甲陷於容許構成要件錯誤已經達到完整認知，而甲並未知道他的行為將實現實質不法侵害，但丙對此卻已知情，丙既然有優勢認知（überwiegendes Wissen），其與甲的認

即使上述兩點批評不太成功，仍不代表筆者贊同限制罪責理論，相反地，筆者認為限制罪責理論說理上，仍有四個難以克服的障礙：首先是法律明文規範的層面，由於本說源自德國實務用以解釋誤想防衛的效果，而德國刑法典針對構成要件層次的事實錯誤，本來就設有第16條的規定，因此限制罪責理論才認為必須「類推適用」構成要件錯誤的法律效果，不過我國法並無類似規定，要如何「類推適用」顯然是個不易解決的問題⁴⁹。

其次，如果無法參考德國法發展出來的原始版，進一步的問題應該是，能否本於此見解，從而認為誤想防衛者可以排除構成要件故意？本說主張必須從不法的實質非難關係切入思考，誤想防衛行為人客觀上已實現法益侵害，滿足結果非價，然主觀上因誤認有防衛情狀，欠缺完整的不法侵害意思，無故意而只達到過失行為非價，最後只能論以過失犯。此一見解在通說脈絡下看似合理，不過，行為非價與結果非價概念是刑事不法的實質元素，這些實質元素固然能夠協助掌握刑事不法行為的非難內涵，但不應該跳過階層審查的關係，甚至直接作為刑事責任的判斷理由，一旦我們跨過具體的三階層審查過程，直接以非價作為判定刑事責任的直接依據，

知又關涉實質不法的有無，丙在本案例已經可以考慮成立間接正犯，不必再以共犯論罪。

⁴⁹ 值得注意的是，本說雖然是德國通說，但我國近期學說幾無支持本說的主張，明確認同本說者，僅參考蘇俊雄，刑法總論II，修訂版，頁202-203（1998年）；郭棋湧，論誤想防衛之違法性，法學叢刊，185期，頁61-63（2002年）。筆者個人推測其理由或許因為我國刑法無類似德國刑法典構成要件錯誤的明文規範，此時類推適用以解決爭議，似不無困難。此外，匿名審查人認為刑法第13條有關故意的規定可作為其依據，但依本文所見，我國刑法第13條是針對故意的規定，以直接故意為例，其內容為：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意」，該項文字中有「構成犯罪」及「有意使其發生」，所謂構成犯罪是肯定的描述，自應指與積極符合成立犯罪條件的相關事實，同時也必須讓一個積極成立犯罪的事實發生，但阻卻違法事由並不是構成犯罪的積極面事實，毋寧是使得犯罪不成立的負面事實，若認為負面事實不存在仍可積極構成犯罪（此處本文持保留見解），同時行為人還可以「有意使得負面事實不發生」，這對於一個想要犯罪的故意行為人而言，均難以想像，故筆者認為此項意見尚不足以動搖本文論點。

不免有架空審查體系之虞，也造成論證安定性的搖擺。從犯罪審查體系來看，行為人應論以故意或過失責任，應該優先透過構成要件階層決定，除非接續階層中有足以改變主觀歸責的理由，否則不應該輕易改變構成要件階層的主觀要素。構成要件用以禁止行為人實施特定行動，也確認法律禁止的損害模式，因此我們可以依侵害法益的行動或後果，將構成要件階段的法律評價區別為行為非價或結果非價⁵⁰，從而決定行為人構成未遂／既遂，或是過失／故意，但當透過構成要件已經確認納入審查流程的討論罪名之後，阻卻違法事由處理利益衝突間的衡平關係，具體事由所連結的個別要素必須整體共同作用，才能終局確認是否有優越利益情事，在此無從將阻卻事由的個別要素「直接」連結行為或結果非價，亦即，不能因為防衛意識關涉行動當下的想法，就認為存在防衛意識可以減低行為非價，而賦予特定的法律效果，甚至從故意犯構成要件調降為過失犯構成要件。

而在違法性階段，所有與阻卻違法事由相關的要素毋寧必須同時滿足，才能終局排除原來構成要件階段確認的推定可罰性⁵¹。在這樣的邏輯下，誤想防衛行為人在構成要件階層已經被認定構成故意責任，如果僅因正當防衛的「部分要素」滿足，就要翻轉構成要件階層的行為非價（故意）判斷結果，不免是過度的概念操作⁵²。合理作法應該是整合非價實質內涵與犯罪審查的形式體系，最後從形式面向的犯罪審查階層決定刑事責任，這是追求穩定、一致刑法論理的系統需求。

即便不從形式角度立論，而從實質觀點來看，限制罪責理論主張誤想防衛者的結果非價並無差別，主要在於其行為非價與一般故

⁵⁰ Vgl. *Hirsch* (Fn. 43), S. 233.

⁵¹ *Hirsch* (Fn. 43), S. 233.

⁵² *Hans Joachim Hirsch*, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre* (Teil II), in: ders., *Strafrechtliche Probleme*, 1999, S. 366 (387-388).

意犯有異，因為誤想防衛者因為誤判防衛情狀才形成故意的侵害意思，此時僅具較低的行為非價，並應調降故意犯的主觀不法內涵。問題在於：行為非價是由客觀侵害行為與主觀侵害意思共同組合而成，這兩部分共同描述了行為人所實施行動對法益的影響效果，故意犯行為非價關切的議題，應該是行為人行動與法益之間的客觀及主觀雙重層面，亦即「是否實施可能干擾法益的客觀行為」以及「主觀有積極侵害法益意思」，符合這兩個要素，就足以確認故意犯的行為非價，在誤想防衛的案例中，行為人不僅實施了侵害法益的行為（製造系爭法益的不容許風險），也產生侵害系爭法益的故意，行為人的行動與意志實現效果機制上，已經滿足故意犯行為非價所要求的內涵，雖然因誤會而產生防衛意識，這種保護法益的誤會想法，某程度上可以「減低」故意犯不法階層的行為非價，但防衛者已經實施不法行為，也有完整侵害故意，僅欠缺無從獨立作用的防衛意識，其故意不法行為的行為非價尚不足以因而被「排除」，既然無法排除故意不法的行為非價，要在不法層次轉論過失犯，即不無疑義⁵³。

此外，本說認為誤想防衛者欠缺故意不法，此項立論建立在誤想防衛者原則上對於系爭法益損害有故意的想像上，然若個案中防衛者雖然出於誤想而防衛，但最後造成非故意性的損害後果，例如行為人誤以為有不法侵害，立即以自認為未有子彈上膛的手槍槍柄反擊相對人，未料該手槍居然有子彈，誤觸之下造成相對人死亡。此時防衛者對於相對人的死亡，在構成要件論罪上是過失犯，但事實上又同時有誤想防衛情事，若採用限制罪責理論，因為本案欠缺構成要件上的故意不法，無從以轉換主觀歸責的方式處理誤想防衛，此時應該如何評價誤想防衛，即有解釋疑問⁵⁴。

53 Hirsch (Fn. 52), S. 388; Jescheck/Weigend (Fn. 6), S. 464.

54 Vgl. René Börner, Der Erlaubnistatbestandsirrtum bei Fahrlässigkeitsdelikten, GA 2002, S. 276 (282-285).

最後，如果防衛意識的存在可以降低故意犯的行為非價，進而可能改論過失刑責，同樣論理其實沒有不能用來排除同一行為人構成過失犯行為非價的可能，尤其學說上並不排除過失的構成要件也有正當防衛阻卻違法的適用可能性⁵⁵，如依本說所見，我們可以把正當防衛拆解成涉及行為非價的防衛意識及必要防衛手段，以及涉及結果非價的防衛情狀，當誤想防衛行為人適用過失犯構成要件時，該行為人雖無防衛情狀（有違法性階段的結果非價），但仍有防衛意識（欠缺完整違法性階段的行為非價），推論上也應該排除過失犯行為非價，故結論應該認為行為人無罪。這樣的推論並非不可能，但顯然不是限制罪責理論樂見的後續衍伸。

綜合上述，限制罪責理論並未真正地解決問題，也未能遵守犯罪審查體系的基本結構，筆者並不贊同。

2. 修正故意理論

另一個主張排除構成要件故意的學說，則是立場完全不同的修正故意理論（*modifizierte Vorsatztheorie*），誠如字面所見，修正故意理論是原始故意理論的改良版，要掌握修正故意理論之前，必須先簡要地說明原始的故意理論。

原始的故意理論是較為早期的看法，其主張不論犯罪事實或是行為違法的認知，都應涵納於罪責故意⁵⁶，至於與阻卻違法事由相關的認知，同樣也與罪責階層的故意有關，行為人若主觀上（1）誤以為有阻卻違法事由可茲適用、（2）誤會現有阻卻違法事由的解釋界限，或是（3）對現有阻卻違法事由的事實前提發生誤解，這些情況發生時，都應阻卻罪責故意⁵⁷。換言之，罪責故意同時包括

⁵⁵ Vgl. Jescheck/Weigend (Fn. 6), S. 589-590.

⁵⁶ Z. B. Edmund Mezger/Hermann Blei, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1960, S. 120, 178 f.

⁵⁷ Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 57. Aufl., 2010, § 16 Rn. 21. 近期我國亦有學說

了犯罪相關事實與規範的認知，欠缺其一即阻卻罪責故意，誤想防衛在其論理架構下，當然排除罪責故意，此時要檢討的是有沒有罪責過失。

然而自從現代刑法學說接受Welzel以降的目的行為論所主張的不法概念後，犯罪積極事實的認知從罪責提前至構成要件處理，此即主觀構成要件故意，獨立出構成要件故意後，即可與保留在罪責階層的不法意識相互區別，至阻卻違法事由的事實認知，既不屬於構成要件階層的故意，也無法歸屬於罪責階層的不法意識，一旦阻卻違法事由的事實認知與客觀情況有異，例如無防衛情狀，而行為人卻誤以為自己面臨不法侵害，原始的故意理論顯然無法應對新犯罪結構下的問題。

為了解決上述困擾，原始故意理論的支持者乃提出了修正的故意理論，此一見解尤以Arthur Kaufmann及Harro Otto為主力支持者⁵⁸。Arthur Kaufmann認為刑法釋義學上應考量三個不同層面的主觀認知，包括對應於分則法條該當事實的「構成要件故意」(Tatbestandsvorsatz)，對於其加害行為及損害事實具有社會損害性(Sozialschädlichkeit)，從而其行為事實構成刑法禁止對象的不法意識(Unrechtsbewusstsein)⁵⁹，以及其行為違反法律規範的違法性意識(Rechtswidrigkeitsbewusstsein)⁶⁰，誤想防衛在此意義下，欠缺

認為，不論是構成要件該當事實、違法性有關事實甚或規範的認知，都應該匯集至不法故意(Unrechtsvorsatz)，也因此該說認為，誤想防衛者既然產生了防衛意識，因此欠缺不法故意，只應進一步考慮過失犯是否成立，就此見解參考薛智仁，禁止錯誤之法律效果——為故意理論辯護，政大法學評論，142期，頁201-210（2015年）。

58 Arthur Kaufmann, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, in: Küper et al. (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner, 1987, S. 185 (186-190); Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, § 15 Rn. 25 ff.

59 Arthur Kaufmann提及的「不法意識」雖然與通說見解用語相同，但其概念內涵並非對於法律評價的認知，而是對於行為事實具有社會損害意義的實質違法認知。Vgl. Kaufmann (Fn. 58), S. 187-189.

60 Arthur Kaufmann所稱的違法性意識即一般理解下的不法意識。

了Kaufmann定義下的不法意識，應排除其故意，並考量過失刑責⁶¹。

Otto的論點也相當近似，其認為故意行為人必須具備目的性(Finalität)與行為非價，這兩個要素共同構成了故意的實質內涵，目的性指的是行為人認知他將透過行動支配構成要件的實現，同時認知構成要件的社會意義，而行為非價則強調，行為人必須明確知悉其行為的社會損害性，亦即實現構成要件將危害社會的平穩發展⁶²，在一般的構成要件錯誤中，行為人欠缺目的性，排除故意；但在誤想防衛以及其他的容許構成要件錯誤事例中，行為人對於其行為是否構成實質不法發生誤認，考量故意指的是「實現不法的決定」，這種誤認足以排除故意犯的行為非價，僅應依過失犯處罰⁶³。

本說試圖整合故意理論與現有的犯罪體系，雖然概念源頭並不相同，論理析辨也採用不同的主軸，但最終論述基調倒是意外地相當一致，均認為構成要件故意的成立要素，除了認知客觀構成要件對應的事實之外，還包括實質不法侵害的認知(即Arthur Kaufmann理論框架下的「不法意識」)，只不過前者必須透過類推適用構成要件錯誤，後者直接放大故意的認知範疇，但無論如何，誤想防衛者欠缺實質不法侵害認知，阻卻故意刑責。

某程度而言，本說論述基調意外地與限制罪責理論一致，僅其證成的理由不同而已，因此限制罪責理論的缺點勢必同樣發生在修正的故意理論之中，例如前文提到的問題，倘若從不遵守構成要件故意的基本要求，轉從防衛者保護自己的動機而否認其故意，這種作法勢將模糊構成要件／違法性的審查層次，同樣的批評當然也適

61 Kaufmann (Fn. 58), S. 195-196.

62 Otto (Fn. 58), § 15 Rn. 5; Harro Otto, Der Verbotsirrtum, Jura 1990, S. 645 (647).

63 Otto (Fn. 58), § 15 Rn. 32.

用於修正的故意理論⁶⁴。

此外，修正的故意理論擴張故意的認知範圍，這使得作為主觀構成要件的故意認知對象，比對應的客觀構成要件更廣，按照這種解釋，所有的故意犯都必須出於實質損害他人法益的意圖，但行為人是否「實質損害法益」，一來其內容無異於「主觀認知損害，同時認知無防衛情狀」⁶⁵，某程度而言已經與負面構成要件要素理論無異，二來防衛情狀本來就不屬構成要件階層，既然構成要件不處理防衛情狀，卻又要求構成要件故意處理防衛情狀的知悉與否；貿然採取此種解釋後，勢必使得所有的故意犯罪的主觀構成要件大於客觀構成要件，這在現代刑法學理中，理論上應只有意圖犯具有這種特點，一旦貫徹修正故意理論，構成要件故意的判斷重心，將從行為人是否認知符合客觀構成要件的對應事實，轉而至行為人是否有實質侵害法益意思，這將架空構成要件透過對應效果而建立的規制機能，而使得嚴密限定行為人主觀構成要件故意的理論走入歷史。

綜合以上分析，筆者認為修正故意理論也有重大缺陷，在三階層理論的前提下，筆者不贊同此一見解。

（二）寬恕或減輕罪責

1. 嚴格罪責理論

討論至此，在犯罪三階層理論的框架下，誤想防衛顯然不能排除構成要件，也不能阻卻違法，接著我們進入到罪責層次的討論。從罪責層面解決誤想防衛疑難的見解，最早可說是原始的故意理論，但在罪責的法律意義變動之後，首先提出來的看法是嚴格罪責理論（*die strenge Schuldtheorie*）。本說由德國重要刑法學者Hans

⁶⁴ 參考黃榮堅（註3），頁188-189。

⁶⁵ *Roxin* (Fn. 6), § 14 Rn. 70.

Welzel力倡⁶⁶，曾一度不受支持，但近來又有許多主張本說的呼聲⁶⁷。嚴格罪責理論認為，誤想防衛的行為人知悉其行為侵害法益，無從排除構成要件故意，其行為構成完整的不法侵害，但因為行為人誤以為其反擊行動屬於正當防衛，自認屬合法行為，因此主觀上欠缺不法意識，應該依德國刑法第16條規定，視其欠缺有無迴避可能性而寬恕或減輕罪責⁶⁸。

必須強調的是，本說在我國向來僅有少數學說支持，但近期最高法院判決中，也出現了隱晦不明但似乎不排斥此說的見解，此即見於前文提過的最高法院102年度台上字第3895號刑事判決，即使最高法院否認該案涉及誤想防衛，但其仍在判決中指出：「有學說認為，在一些重大案件中，不能完全適用過失犯之刑罰，否則會產生難以彌補的可罰性漏洞，因此應放棄罪責理論之適用，轉而適用嚴格罪責理論，亦即將容許構成要件錯誤視為禁止錯誤，並不排除行為人之故意。本院二十七年上字第二八七九號判例意旨，即對於阻卻違法事由前提事實之錯誤，不認為得阻卻故意」。質言之，最高法院只是描述部分學說對於誤想防衛的法律效果而已，並未言明採取或不採取，但此種較少在我國法學理論上獲得支持的看法，居然會出現在最高法院的判決中，若言最高法院並無接納、採取的意向，反而才令人費解⁶⁹。

66 Hans Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4. Aufl., 1961, S. 70-71.

67 Vgl. z.B. Michael Heuchemer, *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, 2005, S. 292 ff.

68 Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 168; Paeffgen (Fn. 29), Vor. § 32 Rn. 113 ff. 我國學者支持的見解，可參考黃常仁，*刑法總論*，2版，頁102（2009年）；黃榮堅（註3），頁163-213（黃榮堅教授支持負面構成要件要素理論，但其亦認為，若採三階層體系，最合理的見解應是嚴格罪責理論）；陳子平（註1），頁254。

69 也因此，王皇玉教授認為最高法院已在本判決中，針對「重大案件」改採嚴格罪責理論，參見王皇玉（註32），頁69-70。對此筆者則有不同看法，最高法院僅只表現了不完全反對的意向，但並未真正採取嚴格罪責理論，具體理由有二：第一，最高法院對於嚴格罪責理論的描述，止於本文所引用的字句，未再多加著墨，而就其引文而言，實難推論最高法院已經「接受」了嚴格罪責理

嚴格罪責理論與上述諸說的最大差異，其實是最終的刑事責任效果，本說主張既然行為人滿足構成要件故意，也實現了故意不法，只因誤認有防衛情狀致使其自認行為合法，這種情況應屬禁止錯誤，因此，行為人仍應以故意犯處罰，只不過在罪責部分考量個別期待可能性高低而寬恕或減輕罪責，質言之，嚴格罪責理論最重要的特點即是：由於刑事責任不直接轉換到過失，即使侵害的法益不罰過失犯，行為人仍可依減輕刑度後的故意犯處罰。純就法律效果而言，本說可謂所有理論中對誤想防衛行為人最嚴苛的見解⁷⁰，雖然可以緊密地透過故意刑責而排除可罰性漏洞，但其論理上仍有三點疑慮。

首先，本說主張誤想防衛者仍實施了故意不法行為，但在罪責階層，行為人因欠缺不法意識，法律效果上等同於禁止錯誤。此種主張的疑慮在於：所謂禁止錯誤專指行為人誤認其行為合法，行為人之所以發生行為合法性的誤認，基本上導因於「誤會法律關係，從而不知其行為違法」，其具體適例就是誤認禁止規範不存在、已失效，或自行誤解其處罰界限等典型禁止錯誤的行為人。倘若行為人誤認內容不是直接針對法律關係，而是出自「誤會事實情狀而侵害法益，但不知其行為違法」，由於誤想防衛者本身非常清楚合法／違法的行為界限，他非常清楚不得任意侵害他人法益，也期待自己的行為遵守合法界限，然而之所以發生類似禁止錯誤的作用，實因誤想防衛者誤以為有防衛情狀，換言之，誤想防衛案例與事實錯誤的近似性，其實遠高於與禁止錯誤的近似性，在類型的比對上，

論；第二，最高法院針對個案法律效果上，仍然認為：「上訴人將其二人隔離拘禁達數月之久，應無以上開恐嚇、謀議罷工、殺魚刀遺失等情作為私禁之誤認，得以認係誤想防衛而阻卻故意等旨甚詳，與卷證資料核無不合」（粗體為筆者所加），按照最高法院所見，既無誤想防衛，因此並無任何阻卻故意的法律效果，原審的判決自屬正確，所以駁回第三審上訴，換言之，就誤想防衛法律效果以論，最高法院的見解似乎還是維持過失刑責，並未真正地轉向至嚴格罪責理論。

⁷⁰ 若干支持者也注意到刑責過苛的疑慮，vgl. *Hirsch* (Fn. 43), S. 228-229.

自應採用類似於事實錯誤的解決方法⁷¹。

其次，由於行為人不知道他正遂行侵害法益的不容許行為，行為人自認其行為不致侵害法益，自認行為合法，此類典型案例是過失犯。由上述的對比關係可以發現，不論直接針對行為的合法性，或者因為事實錯誤而間接發生的合法性錯誤，「錯誤」必然導向行為人自認其行為合法，行為人主觀上即欠缺不法意識，但刑法學從未因而認為所有錯誤都欠缺不法意識，毋寧必須考量錯誤對象，若行為人誤解事實，原則上排除故意，此時再視行為人主觀上對事實有無正確認知可能性，判斷是否構成過失責任，此時刑法通常進一步考量若能正確認知事實情狀時，行為人是否可能知悉其行為違法，並透過「潛在的不法意識」認定過失犯的完整罪責⁷²；相反地，當行為人所發生的錯誤與事實情狀無關，而是直接關涉行為的法律解釋時，此時不會改變主觀歸責，而是關切行為人有無正確認知違法關係的可能性，進一步判斷應該寬恕或減輕罪責。根本而論，不論是事實或違法關係的誤認，都可能欠缺現實上的不法意識，但前者並不直接適用不法意識的法律效果，而是透過「過失犯仍具潛在不法意識」的操作法則⁷³，排除適用禁止錯誤的相關法效，欠缺不法意識只是所有錯誤發生時的必然現象，但實際法律效果的評價與操作，並不必然連結至欠缺禁止錯誤。

倘若可以接受上述分析，那麼歸類於事實錯誤的誤想防衛，就有必要考慮行為人有無成立過失刑事責任的空間，只要釋義學上有可能將行為人轉論為過失刑責，不法意識的認定就可以降低標準，不要求行為人須有現實的不法意識，而是假設判斷的潛在不法意

71 此為德國學理常見的批評，vgl. *Rengier* (Fn. 11), § 30 Rn. 14; *Bernd Heinrich*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2014, Rn. 1131.

72 有關潛在不法意識，vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 6), S. 593; *Heinrich* (Fn. 71), Rn. 1022。更進一步的討論，vgl. *Gunther Arzt*, *Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt*, *ZStW* 91 (1979), S. 857 (863 ff.).

73 vgl. *Roxin* (Fn. 6), § 24 Rn. 110-112; *Arzt* (Fn. 72), S. 857 ff.

識，亦即，假定當行為人正確了解其行為與損害流程時，是否會認為自己的行為違法⁷⁴。換言之，所謂誤想防衛者欠缺不法意識，只是一個經驗意義的說法，我們也可以採用過失犯潛在不法意識的同樣論證：若誤想防衛者正確認知防衛情狀並不存在，他就不會實施系爭侵害行為，因此雖然欠缺現實的不法意識，但仍可認定有潛在的不法意識，故在此當然沒有禁止錯誤的問題⁷⁵，如何在此時判定誤想防衛者有禁止錯誤，不免令人費解。

最後，構成要件期待行為人保護法益，科予行為人關心他人法益的注意義務，若行為人明知該法益保護義務卻仍執意違反，即屬故意犯，而若行為人並非明知，僅因疏忽而違反該義務時，仍可以考慮認定構成系爭法益侵害的過失刑責；同樣道理，要以正當防衛為由而阻卻攻擊他人法益行為的違法性，該行為人必須在存在防衛情狀的前提下，正確認知該防衛情況，某程度而言，法律顯然科以主張正當防衛的行為人，必須嚴密注意有無防衛情狀的審查義務⁷⁶，而若其主觀上達到明知違反義務時（亦即：行為人明知無防衛情狀，但仍要攻擊對方），法律效果上，應該認定構成故意的法益侵害行為；同樣道理，當法律科予行為人確切了解有無防衛情狀義務時，「疏未遵守」該審查義務的對應刑事責任，應該是過失，而非維持其刑責為故意犯。嚴格罪責理論跳過疏未注意的過失責任，直接將刑責提高到故意責任，顯然未明確掌握審查義務與法律責難之間的對應與層升關係⁷⁷。

至於在前文提及最高法院「引用」的學說見解，認為「重大案件」應轉採嚴格罪責理論，此項見解一來無法回應筆者上述三點質

74 近似看法，vgl. *Hirsch* (Fn. 43), S. 229.

75 相近討論vgl. *Ulfrid Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum StGB*, 3. Aufl., 2010, § 17 Rn. 87-88.

76 *Puppe* (Fn. 1), § 16 Rn. 132.

77 *Roxin* (Fn. 6), § 14 Rn. 67. 進一步的討論，參見Ingeborg Puppe著，蔡聖偉譯，*法學思維小學堂*，頁145-187（2010年）。

疑，二來也無法理解，為什麼在重大案件要修補可罰性而轉用嚴格罪責理論，處行為人故意刑責，甚至我們也找不到區別重大／非重大案件的明確標準，該說實欠缺合理論述依據⁷⁸。

綜合以上三點理由，筆者認為嚴格罪責理論忽略欠缺現實的不法意識時，刑法不必然直接導向禁止錯誤處理的特點，也未注意到誤想防衛的事實關聯，本文亦不贊同此說。

2. 法律效果援用之罪責理論

最後則是廣受我國學者支持的法律效果援用之罪責理論（*die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie*），亦有將本說稱為限縮法律效果的罪責理論（*die rechtsfolgeneinschränkende Schuldtheorie*）⁷⁹，雖然名稱有異，但理論內容與觀點則無太大的差別⁸⁰。

本說的核心主張有二：第一，誤想防衛雖屬事實錯誤，不能夠直接轉換到法律錯誤的效果，但以既有事實錯誤的處理框架來看，又無法合理說明，因此必須將誤想防衛及其他的容許構成要件錯誤，理解為外於構成要件錯誤及禁止錯誤的第三種獨立錯誤類型⁸¹；第二，事實錯誤必須排除故意，但所謂「排除故意」應從故意在犯罪體系中的階層定位觀察，本說支持者認為，故意並非只出現在構成要件階層，而是具有雙重位階（*Doppelstellung*），此即在構成要件與罪責的階層中，都要判斷行為人對犯罪事實的整體認知，前者是構成要件故意（*Tatbestandsvorsatz*），而後者即故意罪責

78 針對第二點的批評，亦可參考王皇玉（註32），頁70。

79 僅參見林山田（註1），頁442。德國具代表性的支持者則有 *Jescheck/Weigend* (Fn. 6), S. 464 f.; *Wessels/Beulke* (Fn. 6), § 11 Rn. 479; *Thomas Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2006, S. 59.

80 個別作者對於本說最終應導出何種法律效果，特別是如何應對過失犯僅限於特定犯罪的問題上，倒是有不太一樣的看法，就此點詳見下文說明。

81 *Eduard Dreher*, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, in: *Lüttger/Blei/Hanau* (Hrsg.), Festschrift für Ernst Heintz, 1972, S. 207 (223-224); *Hillenkamp* (Fn. 79), S. 60.

(Vorsatzschuld)⁸²，至於這兩種故意間的差異，主要在於刑法非難理由層次的差異，前者的非難來源是行為非價，亦即法律對行為人實現侵害法益意思內容的非難，後者則主要以心性非價(Gesinnungsunwert)為中心⁸³，主要非難行為人形成違法侵害決意的個人內在態度，誤想防衛而故意侵害他人法益的行為人，雖然透過故意反擊行動實現了侵害法益意思，具備構成要件故意並滿足行為非價，但行為人之所以侵害法益，無非是為了保護自己或第三人，其並無積極侵害法益的個人內在動機，其侵害意思的意志形成過程，在期待可能性的視角下，顯然低於故意積極侵害法益的行為人，故本說主張誤想防衛者因欠缺故意犯心性非價⁸⁴。

82 Dreher (Fn. 81), S. 224-225; Wilhelm Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: Bemann/Kaufmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 155 (170); Jescheck/Weigend (Fn. 6), S. 430. 另見林山田(註1)，頁398。

83 Gesinnung此一概念在刑法上應該如何翻譯，實為不易處理的問題。以我國現有刑法文獻來看，涉及罪責階層時，通常連用Gesinnungsunwert，林山田教授曾譯為良知非價，黃榮堅教授則採用良心非價(參見林山田(註1)，頁177；黃榮堅(註3)，頁245)，不過，良知或良心在德文相對應的概念應是Gewissen而非Gesinnung，將Gesinnung理解為良心可能會與所謂的良心犯(Gewissenstäter)而非Gesinnung的價值立場，否認法律價值，卻成立犯罪的行為人，例如遵從部落長老指令的原住民、依宗教倫理拒絕服兵役的耶和華見證會信徒)混淆。更具體而論，Gesinnung指的是行為人於行為時點，對於遵守法律規範要求，出於內在意思、態度、遵法價值立場而作出決定的個人內在驅動元素，此一概念在哲學上通常理解為存心，尤其是康德立基於本務論概念的存心倫理見解(Gesinnungsethik)，然而在刑法採用「存心」乙詞翻譯Gesinnung時，可能會有不易理解的困擾，幾經考量，筆者建議或可逕譯為「心性」，一方面表彰這種罪責的非難不是直接針對「作成行為的意志內涵」本身(這部分的非難依現有通說，屬於行為非價)，而是對於行為人「為什麼不願守法而作出該侵害行為的意志的內在緣由」予以非難，該內在緣由可以是認知層次(故意與不法意識)，也可以是心理層次(精神狀態)，但必須強調，心性非價並非行為人刑法(Täterstrafrecht)，仍是行為刑法(Tatstrafrecht)，這些內在緣由必須於行為時點具體地表現出來，但不能從行為人的素行、傾向、日常生活認定這些關涉心性非價的內在緣由。有關Gesinnung概念的專論，vgl. Eberhard Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 17 ff., 80 ff., 173 ff.; Eberhard Schmidhäuser, Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, in: Lackner et al. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973, S. 81 (81-88, 90-93).

84 Vgl. Gallas (Fn. 82), S. 170; Jescheck/Weigend (Fn. 6), S. 464-465.

至於要怎麼處理故意犯心性非價的縮減，植基於故意雙重位階的看法，本說進而提出了三種可能的解釋方案。

第一類次說是本說原初看法：誤想防衛者認知侵害法益事實，仍有主觀上的構成要件故意，但因為誤認有合法理由侵害法益，誤想防衛者有較低的可非難性，故可排除故意罪責的心性非價，行為人由於欠缺故意罪責，無法成立故意犯，只能退而求其次，審視行為人是否構成過失犯，原則上必須重新回溯審查同一法益侵害的過失犯各項要件，具體判斷過失犯各項要素是否成立⁸⁵，尤其是行為人是否能夠認知到不存在的防衛情狀⁸⁶，不過與前文提到的限制罪責理論相同，一旦受到損害的法益只處罰故意、不罰過失犯時，誤想防衛者即屬無罪⁸⁷。

第二類次說則由德國學者Günther Jakobs所提出，我們可稱之為「過失刑責取決理論」(die von Fahrlässigkeitsstrafe abhängige Schuldtheorie)⁸⁸，該說同樣認為行為人構成故意犯的不法行為，但欠缺故意罪責，不過在論罪上，不應該重啟過失犯的審查，毋寧應優先考慮在故意不法的前提下，若系爭法益同時制裁過失侵害者時，承認誤想防衛者可以構成較低的過失犯罪責非難，亦即，行為人應構成故意犯罪名，也成立故意犯的不法，但論以過失犯罪責，同時將其刑責調降至過失犯的刑度，但若該法益不罰過失侵害者，

85 由於過失犯罪責內涵不要求行為人「知悉其不法行為」，只要求「對不法行為有個人標準的預見可能性」，只要行為人有正確認知防衛情狀不存在的可能性時，即可滿足該項過失罪責的非難。Vgl. Gallas (Fn. 82), S. 171 f.

86 Vgl. Gallas (Fn. 82), S. 171; Rengier (Fn. 11), § 30 Rn. 20.

87 Dreher (Fn. 81), S. 225-228. 為了解決這項解釋上的困擾，Dreher認為應該在刑法典中另行訂定專門法條解決其爭議。

88 Jakobs原來用語為「非獨立之罪責理論 (die unselbständige Schuldtheorie)」，不過Jakobs對於該理論又附註為die von Fahrlässigkeitsstrafe abhängige Schuldtheorie，筆者認為Jakobs自己所註解的名稱，更適於中文的語脈結構，遂譯時故採後者而非原有概念，vgl. Jakobs (Fn. 11), § 11 Rn. 58.

則欠缺過失罪責將不構成故意犯罪名⁸⁹。

上述兩種次說在受損的法益不罰過失犯時，均與限制罪責理論相同，主張不罰，但相同路線的學說即指出，此時顯然出現了可罰性漏洞，故應予填補。近期另有提出第三種次說，其試圖一併整合嚴格罪責理論，但仍在本說排除故意罪責的框架下立論，此即所謂「折衷的罪責理論」(die vermittelnde Schuldtheorie)，此一觀點見於原主張嚴格罪責理論的Hans Joachim Hirsch。Hirsch考察各種不同學說後認為，容許構成要件錯誤的行為人已經實現故意不法行為，其法律效果無從於不法階段解決，必然遞延至罪責階段⁹⁰，由於誤想防衛行為人誤認阻卻違法的容許要件事實狀態，Hirsch將這種情況稱為「容許過失」(Erlaubnisfahrlässigkeit)⁹¹，這是一種介於純粹事實錯誤與純粹法律錯誤的中間類型，法律效果處理上，本次說強調先從欠缺現實不法意識的角度切入，Hirsch認為其法律效果仍然成立故意不法，但罪責部分，行為人仍有容許過失，但容許過失得參考禁止錯誤的作法，視行為人對防衛情狀的認知錯誤是否可避免，如果無從避免，則應認定欠缺罪責不成罪，不過，如果可得避免該認知錯誤，Hirsch認為應該直接予以減刑⁹²。

以上簡單介紹了限制法律效果罪責理論的基礎論點，以及推導出三種法律效果的次說，相對於前述的限制罪責理論，本說仍然承認行為人應以過失處罰，但並不因此否認故意不法，毋寧將問題回歸至罪責階層。

值得強調的是，此說在最高法院近期判決中受到格外重視，前文提過的最高法院102年度台上字第3895號刑事判決中，最高法院

⁸⁹ Jakobs (Fn. 11), § 11 Rn. 58.

⁹⁰ Hirsch (Fn. 43), S. 232, 234.

⁹¹ Hirsch (Fn. 43), S. 229.

⁹² Hirsch (Fn. 43), S. 235 ff. Hirsch的見解是依據德國刑法第49條第2項減刑。

直接寫道：「事實上本無阻卻違法事由之存在，而誤信為有此事由之存在，並因而實行行為者，即所謂阻卻違法事由之錯誤。此種錯誤，其屬於阻卻違法事由前提事實之錯誤者，乃對於阻卻違法事由所應先行存在之前提事實，有所誤認，例如本無現在不法之侵害，而誤認為有此侵害之存在而為正當防衛，此即所謂誤想防衛，學說稱之為『容許構成要件錯誤』。誤想防衛本非正當防衛，蓋其欠缺正當防衛要件之現在不法之侵害，故誤想防衛不阻卻違法性，然而對於此種情形，即不知所實行者為違法行為，是否得以阻卻故意，因學說對於容許構成要件錯誤之評價所持理論的不同，而異其後果。在採限縮法律效果之罪責理論者，認為容許構成要件錯誤並不影響行止型態之故意，而只影響罪責型態之故意，亦即行為人仍具構成要件故意，但欠缺罪責故意，至於行為人之錯誤若係出於注意上之瑕疵，則可能成立過失犯罪。本院二十九年上字第五〇九號判例意旨以行為人出於誤想防衛（錯覺防衛）之行為，難認有犯罪故意，應成立過失罪責，論以過失犯，即與上開學說之見解相仿」，不過我們也必須承認，最高法院一貫地不言明究竟採取何種學術立場，只簡略地「引用」了本說，但是否誤想防衛應論過失刑責是基於本說？而本說分殊的法律效果立場中，又採取那種看法？這些問題的解答，顯然無法從最高法院語焉不詳的判決內容中知悉。

即使本說已經逐漸成為我國學理上最重要的見解，最高法院也已經引用了本說，而法律效果援用的罪責理論將問題移轉至罪責階層，其問題意識的掌握確實有其獨到之處，但在筆者看來，本說仍無法避免若干問題及缺失，以下分點說明。

首先是整體論理架構的問題，本說將故意區分為構成要件故意與罪責故意，前者主要指對損害事實的目的性，而後者指展露於行為時，行為人內在動機上的法律敵對性，但其概念定位與實質內容均為「故意」，論理上這兩種概念應該有相同標準，否則不應該認為兩者都是故意，但卻成立構成要件故意，而排除故意罪責，其結

論不無自相矛盾之嫌⁹³。

其次檢討Jakobs主張的第二種次說，該說認為行為人構成故意犯，只不過罪責上應該改採過失犯刑度而寬減，這種說法勢必面臨根本性質疑，此即故意犯的不法如何能夠連結過失犯的罪責？尤其在理論層次，如何說明以故意犯論罪但只負過失犯的刑度？即便接受本說看法，容許故意同時在構成要件及罪責有其作用，成立故意犯罪應該同時滿足故意的雙重功能，但若認為故意不法可以加上過失罪責，此時如何合理說明行為人成立「故意犯」，不免令人費解⁹⁴。甚且在考量刑度時，本說勢必面臨極大困擾。若以現行法侵害生命法益的法定刑為例，故意殺人罪刑度的下限是10年有期徒刑，而過失致死罪的上限則是2年有期徒刑，此時要如何認定行為人成立故意殺人罪，但刑度只有2年以下有期徒刑？解釋上顯然相當困難。

而Hirsch主張的第三種次說，雖然嘗試將嚴格故意理論整合入本說，但最終而言，只要從不法意識觀察問題，就已經放棄誤想防衛作為事實錯誤的核心邏輯，Hirsch雖然提出容許過失概念，但其實這種說法與禁止錯誤差異不大，因為禁止錯誤的行為人正是「疏未注意行為的違法性」，亦即：「對行為的違法性未盡注意義務」，Hirsch只是把嚴格罪責理論重新包裝而已，本身倒未真正地脫離目的行為論死忠者堅守的嚴格罪責理論立場。

至於原始的第一種次說，雖然終司法效不成立故意犯，但至少承認了故意不法行為，此一作法解決了限制罪責理論無法處理的參與問題，亦即外部共犯必須從屬的正犯故意不法⁹⁵，然而已如前

93 相似批評，vgl. *Schünemann/Greco* (Fn. 39), S. 778.

94 Vgl. auch *Roxin* (Fn. 6), § 14 Rn. 73.

95 以此理由贊同本說者，見林東茂（註1），頁1-284；進一步的討論，vgl. *Roxin* (Fn. 6), § 14 Rn. 74.

述，筆者認為所謂誤想防衛的共犯問題並無實質意義，因為沒有參與他人犯罪的共犯會預期到正犯發生誤想防衛。因此，第一種次說真正的問題其實在於：是否刑法必須要承認故意的雙重位階？這樣的雙重位階究竟有無實質意義？

必須先強調，我國大多數學說似乎傾向此一看法⁹⁶，本說注意到故意相對於過失，除了對損害事實的認知、意欲程度有差異外，還同時有較高的法律敵對心態（ein höheres Maß an Rechtsfeindlichkeit）⁹⁷，行為人形成意志決定的過程中，對法律秩序所保障法益的漠視與否定程度，絕對遠較過失犯為重，而此一形成故意的動機、態度之非難，無法在不法階層處理，結構上看來，只能表現在罪責層次，此即心性非價。必須先承認，透過心性非價解釋故意與過失在不法及罪責層次的雙重差異，這是相當重要的理論突破⁹⁸，值得我們認同其理論價值。

而依據本說看法，一般故意犯雖然與誤想防衛者有相同的構成要件故意，但是兩者在形成故意過程中的內容動機顯然有異，前者出於積極侵害法益的法敵對心態，後者則出於保護自己而不得不攻擊他人的認知誤會，由於後者欠缺相同於一般故意犯（前者）的法敵對心態，其形成故意動機所受的規範非難，不足以滿足故意犯心性非價的基本要求，因此欠缺故意罪責，不能成立系爭法益侵害的故意刑責⁹⁹。

96 林山田（註1），頁442；林鈺雄（註1），頁350-352；張麗卿（註1），頁267；林東茂（註1），頁1-284至1-285；柯耀程（註1），頁219；黃惠婷（註1），頁79-80。

97 Hans-Joachim Rudolphi/Ulrich Stein, in: Rudolphi et al. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2007, § 15 Rn. 17.

98 Rudolphi/Stein (Fn. 97), § 15 Rn. 18.

99 Vgl. z. B. Jescheck/Weigend (Fn. 6), S. 465: „Die Motivation, die zur Bildung des Tatvorsatzes geführt hat, beruht nicht auf mangelnder Rechtsgesinnung, sondern auf unsorgfältiger Prüfung der Situation“.（形成犯罪故意的動機，並非出於法律的敵對心性，而是出於未能正確審查具體狀態的理由。）

以上說明看似言之成理，但在筆者看來，卻有三項疑點：第一，在三階層理論的傳統論述下，不法要素有所欠缺時，原先所考慮的犯罪即不成立，但當罪責要素發生構成障礙時，通常不會直接排除該罪刑責，而是先考慮其欠缺的迴避可能性，如果有若干迴避可能性時，即考慮成立犯罪但減輕刑責，這一點清楚地表現在責任年齡、精神狀態及不法意識等罪責要素的判斷流程。倘依本說所見，誤想防衛者侵害法益的動機純正，其心性非價顯然較低，為什麼不是先肯認成立故意犯，並基於較低的罪責非難而予以減刑，而是直接導出全面排除故意犯罪責的結論？固然該說的支持者可能認為，其心性非價已經低至不足以成立故意犯，但這種依憑罪責非難程度的說法，顯然需要進一步論證，但其見解似乎未予釐清¹⁰⁰。

第二，依本說主張，心性非價重點是行為時表現的內在態度、動機與價值立場，此一心性要素得由法規範予以非難判斷，積極加害他人者，其積極地與法秩序為敵，故有明確的故意罪責；而誤想防衛的行為人，乃出於保護自己法益的誤會，顯然欠缺法敵對心態。然而，以上論述顯將誤會防衛情狀存否的「事實認知」差異，理解為作成故意時的法敵對動機之強弱差異，不無過度簡化問題之嫌。質言之，誤想防衛者出於誤會情狀遂產生了法益救援意思，這種法益救援意思關涉法益的侵犯與保護問題，本身是一個極度重要的犯罪成立主觀認知要素，但因無法在不法階層產生獨立法律意義，所以本說才期待於罪責階層解決，但本說卻改變其釋義學屬性，從「涉及法益的主觀事實認知」變成了「形成攻擊他人故意意思的動機」，我們可以在其中觀察到問題意識的轉換，但其轉換討論的理由為何？是否釋義學上容許此種問題意識的轉換？似乎在本說論述中未見更深入的分析，這也將使得本說極富洞見性的觀察視角大打折扣。

100 近似的解讀，vgl. *Christoph Safferling, Vorsatz und Schuld: subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, 2008, S. 207.

第三，類似疑義也會出現在過失犯的判斷過程。雖然學說對過失的概念有相當多爭議，但不論採取那一種見解，過失要素所期待迴避或預見的對象，都是系爭構成要件所定調的法益損害，誤想防衛在過失犯的處理過程中，重心不只是對構成要件法益損害的預見可能性，還要包括「不存在防衛情狀」的預見可能性，然而我們很難想像任何一個過失犯的構成要件，以「防衛情狀的不存在」作為其注意義務或預見義務的內容，甚至形塑其過失罪責非難的實質基礎，如何把「防衛情狀不存在之預見可能性」與過失犯相互整合，本說似乎未曾清楚講明¹⁰¹。

總結上述，雖然法律效果援用的罪責理論試圖從區別故意審查階層的路徑解決問題，但筆者認為既有的嘗試似乎並不完全成功。

三、本文見解：非難援用的罪責理論

(一) 誤想防衛的概念定位

以上分析、檢討了現有學說，筆者認為均不足以合理地解釋誤想防衛的法律效果，如何處理誤想防衛的法律爭議，實為相當不易。某程度而言，我們可以極簡單地仿造我國實務見解，直觀地認定誤想防衛構成過失犯，然而，這樣的論述不僅不附理由，甚至可能妨害刑法建立穩定、一致的法律適用系統，無論如何，在理論框架下，提出一套合理且有說服力的學理分析，仍然是學術討論不能迴避的責任。

若從實證法的角度來看，刑法釋義學必須在刑法典的框架下解釋，不能超出刑法典既有文字的範圍，否則即有違反罪刑法定主義的疑慮，因此自應優先思考實證法有無對應規範。以德國學說為例，德國刑法第16條第1項明文規定構成要件事實錯誤的法律效果

¹⁰¹ 具體審查過程的討論上，曾有認為採本說的過失犯審查，其注意義務仍與法益損害有關，vgl. *Rainer Strauß*, Fall-Würgegriff, NJW 2000, S. 1348 (1348).

(der Umstand, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört)，發展限制罪責理論時，其見解必須與第16條第1項相互結合，最後才會導出類推適用的結論。

不同於德國現行法，我國刑法典中僅規定禁止錯誤（客觀上行為違法，但行為人主觀上不知情）的法律效果（刑法第16條：除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑），但對於客觀上已經發生損害事實，行為人卻未能正確認識該損害事實的情況，我國刑法典中則無任何近似德國刑法第16條第1項明文，立法者似乎無意透過具體條文解決事實錯誤的法律效果，若個案出現構成要件錯誤，顯然無從直接找到法條對應其解決機制，問題解決之道仍然必須回歸至釋義學的類型觀察與階層處理¹⁰²。

前文已詳論若干立場，大致上可以把這些見解分為兩類：（1）傾向將誤想防衛理解為事實錯誤，此說為絕大多數的意見，包括修正故意理論、限制罪責理論、法律效果援用的罪責理論，以及（2）傾向認定為法律錯誤的嚴格罪責理論。正因為誤想防衛介於兩種型態的灰色地帶之間，在我們進行實質論理前，極難直接歸類為任何一種，學說上因此發展出第三類特殊型錯誤的見解，在筆者看來，此一見解固值贊同，但真正難題仍然是，作為第三類錯誤的誤想防衛，其法律效果應該比照或援引構成要件錯誤還是禁止錯誤的解釋立場。

依筆者之見，解決關鍵始終在於如何定位「防衛意識」的意義、階層與功能，在三階層理論下必須連同防衛情狀與必要防衛手段，才能阻卻違法，防衛意識本身無法獨立影響個別罪名的法律效

102 換言之，即使最後不得已而採用限制罪責理論，以現行刑法的解釋而言，因為無構成要件錯誤法效的具體明文，因此當然不必類推適用任何條文，只要理論演繹及法效篩選上合理，即屬可採的見解。

果，因此只能尋求「間接」連結的主觀認知，部分想法因而擴大「故意」的認知範圍，藉以在誤想防衛時排除故意，另一部分的想法則將防衛意識延展至「不法意識」的射程內，認定誤想防衛者欠缺不法意識而等同禁止錯誤。

然如前文所述，所有發生錯誤的行為人，原則上都認為自己的行為不會侵害法益，行為人當然自認行為合法，這是錯誤事例必然出現的實態，若將此種情況放大，從而將誤認事實狀態的誤想防衛者比照禁止錯誤，恐怕完全忽略了行為人誤認的真正對象。至於另循事實錯誤理路觀察誤想防衛的進路，在現有的體系結構下，無論如何仍面臨兩個困擾：第一，故意被定位在構成要件階段，其認知範圍本為該當於客觀構成要件的事實，無從擴及阻卻違法事由的前提事實；第二，即使在罪責階層，接納本於心性非價的故意罪責，其承認的理由、判斷的實質標準，甚至是與構成要件故意間的差異，既有理論仍未有令人滿意的答案。

雖然各說均有缺失，但筆者認為，法律效果援用的罪責理論點出了解決問題的可能方向，倘若我們能夠在現行三階層理論下，開發出另一種故意罪責概念的掌握方式，或許可以解決問題，亦即可以考慮將故意及不法意識等主觀認知，重新與罪責階層接軌，並以「不法層次之事實」（包括構成要件與阻卻違法事由所關聯事實）認知作為規範罪責的評價對象，再從法律規範期待個人合法行止的能力角度，對上述認知進行罪責的非價判斷，從而形塑罪責的非難基礎，在此意義下，構成要件故意或違法性的主觀阻卻事由認知，即具有兩重功能，一方面構成法益侵害的主觀行為非價，另一方面則提供罪責非難的實質對象，作為罪責非難的實質依憑，誤想防衛者仍有構成要件故意，而防衛意識也無法獨自在欠缺防衛情狀下改變其刑責，但在審查以整體不法意思作為非難主軸的故意罪責時，行為人因為有防衛意識，行為人不認為自己實現了不法侵害，欠缺故意罪責兩個成立前提其一的非難對象，從而可得排除故意罪責，不

成立該法益侵害的故意犯，此時應再考量過失犯各項要件，而其過失犯的罪責階層中，則須審查行為人是否可能認知到系爭狀態並無防衛情狀，若答案為肯定，即可成立過失犯¹⁰³。

換言之，筆者主張的是一種以整體不法行為事實認知作為故意犯罪責非難核心的看法，構成要件故意或違法性階層的防衛意識必須同時在不法及罪責階層擔負功能，這種說法與限制罪責理論或法律效果援用罪責理論的最大區別，即在於故意罪責的概念內涵與理論架構，以下詳述之。

(二) 罪責非難的實質理由

提到罪責的非難（*Vorwerfbarkeit*），通常會聯想到期待可能性（*Zumutbarkeit*），期待可能性概念是規範罪責論的產物¹⁰⁴，其強調罪責非難以個人具備迴避實行法益侵害的能力為前提，不過，規範罪責論的理論模型，其實曾歷經了相當程度的改變。

眾所皆知，最早期刑法通說是心理罪責論，故意及過失都屬於罪責形態，罪責是行為人對客觀不法侵害的主觀心理意思，其表現形態可能是故意或過失；而隨著罪責概念逐漸從心理罪責論轉向規範罪責論後，罪責的核心理念不再是行為人對客觀不法侵害的主觀心理意義認知，毋寧是行為人抗拒不法侵害能力的規範評價，而當規範罪責論成為主流見解時，故意還沒有全面前置到構成要件階段，保留在罪責階層的心理事實如何整合進期待可能性的概念，即成為當時刑法學者非常困擾的問題。

最初的規範罪責論主倡者Reinhard Frank即認為，應該從規範

103 依本文見解，過失犯必須再從其構成要件、違法性及罪責重新審查，不能如Jakobs的見解，直接認為行為人成立故意不法與過失罪責。

104 有關期待可能性與規範罪責論，參考林山田（註1），頁380-381。Vgl. auch Jescheck/Weigend (Fn. 6), S. 420 ff.

非難的角度詮釋罪責階層的核心意義，但規範非難必須建立在行為人的精神認知特質、對犯行的心理意思及行為人於行為時點的個人素質之上，非難與非難對象是兩個不同層次的問題¹⁰⁵。而後繼的August Hegler則進一步認為，罪責是從法律規範非難個人，但仍須以人能對其行為及損害具有支配關係，該支配關係依憑於行為人認知或可得認知不法侵害，同時有認知以外的迴避損害能力，在Hegler看來，罪責包含了規範非難層次及主觀事實認知層次，簡言之，規範非難是罪責最終的判斷結果，主觀事實認知則作為罪責的非難前提¹⁰⁶。

由於此時代故意、過失仍在罪責階層審查，從Frank至Hegler這一脈的看法，自然傾向於整合主觀認知與規範非難，而最後成果則由新古典犯罪理論的兩位集大成者Eberhard Schmidt及Edmund Mezger所總結。Schmidt認為，罪責是反社會的心性（*asoziale Gesinnung*）¹⁰⁷，而要判斷有無反社會心性時，必須區別為判斷對象的心理事實層面，以及判斷標準的規範非難層面，兩者結合起來，才能得到「促成違法行為之心理過程的非難性」¹⁰⁸；相近似看法亦見於Mezger，其認為罪責的認定，必須先決定形塑罪責非難的前提事實，再對該項前提事實進行價值判斷，從而確認罪責非難的有無與程度¹⁰⁹，接續的Hans Welzel雖然一反其前兩者的新古典理論，轉向個人發展出來的目的行為論，但是Welzel同樣採取規範罪責論，其罪責概念的結構亦無太大差別，罪責的內在元素是規範意

105 Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 16. Aufl., 1925, S. 128 ff.

106 August Hegler, *Die Merkmale des Verbrechens*, ZStW 36 (1915), S. 19 (19-44).

107 Franz v. Liszt/Eberhard Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26. Aufl., 1932, S. 230 ff.

108 „Schuld ist die Vorwerfbarkeit einer rechtswidrigen Handlung im Hinblick auf die Fehlerhaftigkeit des sie verursachenden psychischen Vorgangs“, vgl. Liszt/Schmidt (Fn. 107), S. 228.

109 Mezger/Blei (Fn. 56), S. 133 ff.

義的非難（*Vorwerfbarkeit*），至於規範非難的對象則仍是人的意志，因為人的意志是展開行動的前提，規範的非難必須連結至人的意志本身，所有的罪責都必須是意志罪責（*Alle Schuld ist demnach „Willensschuld“*）¹¹⁰。

這種以規範為判斷重心，以意志本身作為判斷對象的罪責結構，發展至*Welzel*為其高峰，但在1970年代末葉，另一支罪責理論的新觀點則由*Gallas*逐漸發展成形，*Gallas*的問題意識承接著目的行為論帶來的犯罪理論改變，此即故意已經成為行為非價要素之後，如何在罪責中處理故意留下來的空缺¹¹¹，*Gallas*認為必須發展出新的概念以作為罪責非難的對象，罪責在此的非難對象不再是意志本身，而是行為人在犯行實施中所表現出的整體對應法律的態度（*Gesamteinstellung des Täters zu den Anforderungen des Rechts*）¹¹²，這些取代意志的心性要素（*Gesinnungsmerkmale*），包括行為時所展現的惡性、動機上的良善性等不直接連結法益的各項內在態度，此一概念在故意犯的場合，可以被理解為涉及作成故意時內在態度與動機的故意罪責¹¹³，此一見解後來被*Jescheck*繼承，並於其著名的教科書中接續強調，罪責判斷的對象是透過違法行為所展現之法所非難的心性（*rechtlich missbilligte Gesinnung*），這是一種市民為了確保社會秩序而必須具備的素質，當市民在個人態度上與法律為敵，並透過行為予以展現，那麼就具備了系爭敵對法秩序的態度¹¹⁴，在此一脈絡下，才得以發展出誤想防衛者有構成要件故意、但欠缺故意心性非價的法律效果援用之罪責理論¹¹⁵。接續的問題即是，倘若罪責的核心是規範對行為人的非難，那麼這種非難所連結

110 *Welzel* (Fn. 68), S. 139.

111 *Wilhelm Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in: ders., Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 19 (56).

112 *Gallas* (Fn. 111), S. 56.

113 *Gallas* (Fn. 111), S. 57, vor allem Fn. 89.

114 *Jescheck/Weigend* (Fn. 6), S. 426.

115 採取相同罪責觀點者，vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 6), Rn. 400.

的對象，究竟應該是行為人的主觀意思本身（故意／過失），或者必須連結形成主觀意思的行為人應對法規範之態度與動機？

要在有限篇幅回應這個提問實非易事，筆者主張罪責非難必須同時從行為人的主觀意思以及行為人對法規範的態度綜合觀察，亦即，構成罪責非難的客體，不僅包括行為人決定／不迴避侵害法益的主觀意思，還包括表現於行為的意志形成動機及內在態度，就此可再分四個重點說明。

第一，解決問題必須回溯審查行為人、犯罪行為及損害事件的發展關聯。現代刑法立基於個人主義與行為責任主義，只有「人」本於其「行為」引致的「損害後果」，才能理解為犯罪而擔負刑責，連結損害與人的中間媒介是行為，致令損害實現的行為必須是行為人得以控制的身體舉措，任何人要控制自己的身體舉止，依現代刑法的見解，必然是透過人的意志¹¹⁶，而人要形成特定意志，往往須匯集眾多的經驗、想法、動機與態度，簡化以論，犯罪是「動機→意志→行為→損害」的連動發展過程，在刑法三階層理論的結構下，不法著重於「侵害意志→侵害行為→損害」的主、客觀關係非難（行為非價及結果非價），而罪責則非難個人未迴避不法行為的個人面向，既然罪責關注個人非難，而人又必須透過意志驅動侵害行為與流程，且意志形成又需要相當的動機，其非難對象自應連結「動機→意志→行為」的整體過程¹¹⁷，若採取Gallas的看法，將

116 刑法對於「人——意志——行為」關係的掌握，可分為形式關係與實質關係，形式關係強調行為由人的意志所驅發，只要求意志串連的框架，但不關切意志內容，這層關係是前於構成要件的「行為階層」；而實質關係，亦即人以什麼樣的意志內涵驅動行為，進而使得行為致生損害，則是主觀要素（故意、過失）關心的問題。相關討論，參見許恆達，再訪行為理論，成大法學，26期，頁38-47（2013年）。

117 必須強調，因為刑法採取行為責任，因此罪責必須附麗於特定行為上，個人非難若須依憑於行為，那麼任何個人能力影響及受到非難的終端，必須是展現於不法行為的實施上，也因此，罪責的非難對象必須延展至表現出罪責的「行為」。

意志從連鎖過程抽離，罪責非難僅及於動機，由於動機不會直接表現於行為之上，必須透過行為人意志的中介，抽離了意志的中介元素，勢將使得動機與行為之間無所連結，判斷那些動機要考慮時，就有可能把行為人的素行或社會危險因素納入考慮的風險，這種作法勢將違反行為刑法的基本論理¹¹⁸，基此，筆者認為罪責的非難應該建立在行為時的意志本身及其同時附連的動機，上文提到所謂罪責非難只有意志，或只有動機的見解，均未注意到損害歸責予行為人的結構特性，欠缺動機而只非難意志的罪責觀點，礙於意志內容只區別為故意／過失，無法依行為人的個別情狀而妥適認定罪責內涵；相反地，欠缺意志而只有動機的罪責非難，勢必難以有效篩選適於罪責非難的動機¹¹⁹，僅有把兩者共同納入罪責非難，才可以整全地展開合理的罪責論述。

第二，或許有論者質疑，筆者主張的罪責概念似乎重覆評價了「意志→行為」的關係，確實，在不法及罪責的非難階層中，這兩個元素連結各自出現了一次。對此批評的筆者回應是：其於不法、罪責階層均作為非難對象，但因為出於不同的非難標準，所以產生兩個不同的非難評價，在此並無雙重評價的疑慮。質言之，不法階層對於意志的非難，在於該意志內容存有侵害法益的攻擊企圖，這是行為非價的實質內涵；相反於此，意志在罪責層次一方面附連其動機，另一方面則作為法規範期待可能的評價對象，當從動機及意

118 包括Gallas在內的論者（vgl. Gallas (Fn. 111), S. 56）均一再強調，動機或態度僅限於表現在犯行者，才能納入罪責考量，但動機、態度的表現方法，必須要從行為人的意志內容觀察，在筆者看來，實難想像不考慮行為人的意志內容，卻能夠審定其動機或違法／違法態度。試想：甲長期憎恨乙，一直想殺乙，未料某晚甲因喝醉酒過失駕車撞死乙，如果罪責的非難不堅守過失意志行為上所呈現的動機（甲明知酒後駕車對一般用路人危險而仍駕車，但不知道出事的用路人居然是乙），那麼甲長期憎恨乙的動機，不無納入罪責考量的風險，勢將帶來行為刑法原則極其重大的危險。

119 因此，法律效果援用的罪責理論只因行為人動機較輕（出於誤會的法益保護意思），就直接排除故意罪責，正是犯了以動機為由而否認罪責非難意志的陷阱。

志能力觀察，行為人有能力不實施侵害行為卻積極實施時，即已充分地實現罪責非難。簡之，意志在不法層次關涉侵害法益的想法，而在罪責層次則與個人非難性有關，兩者雖然評價客體相同，但因評價的標準及方向有異，其所得非難結果當然不同。

第三，由於意志及動機共同構成了罪責的非難對象，罪責非難即為：行為人有能力作成不侵害法益的意志決定，卻選擇作成實施特定不法行為的積極意志或消極不予迴避的意志，最後該意志及意志形成的動機過程也表現在不法行為之中。精確以論，「具有不作成特定侵害行為的意志能力（動機與態度），卻又形成該侵害意志（意志本身）」的雙重內容，即是罪責非難的實質根源，以故意犯為例，要形成該項非難，至少必須符合若干前提：

- (1) 行為人必須有控制意志形成方向的生理素質；
- (2) 行為人了解其特定行為違反法律，卻仍要實施該行為；
- (3) 行為人了解他將實施侵害法益之特定行為，而仍欲實施該行為；
- (4) 行為人了解他的行為實施時點，並不存在阻卻違事由之構成事實（例如行為人知悉其攻擊他人時，並不存在任何防衛情狀），而仍卻實施該行為。

析言之，行為人滿足（1）的生理素質，才有可能辨識其行為的意義，也才有透過意志控制自己外在行動的能力，該生理素質的健全與否，影響行為人的辨識能力，也會影響行為人合法／不法的選擇決定空間，故與行為人法秩序的遵守或敵對態度有關；而（2）即一般所稱的不法意識，此即行為人知悉其行動違反法律，當行為人知道自己行動違反法律時，就有阻止原預期行動的可能，此項要素自然涉及行為人守法／違法的抉擇，故亦影響行為人依法行事的動機形成；（3）是行為人對於侵害事實的認知，任何人必須知

悉其特定意志實現之後，將會產生什麼樣的效果，才能進一步評估是否要透過行動執行該意志，欠缺事實的認知，當然無從進一步依自己的想法，選擇作成特定的意志決定；(4) 則與阻卻違法事由有關，以正當防衛為例，當行為人知道自己面臨不法侵害時，為了保護自己，基本上會較傾向作成侵害相對人法益的決定，該項知悉與否，同樣也連到行為人如何決定意志。

以上這些要素共同形塑了行為人以其意志決定實施不法行為的關鍵指標，而就前文所稱罪責非難的「意志」及「動機、態度」，我們可以認為(3)、(4) 屬於與行為實施後外在效果相關的意志要素，而(1)、(2) 則屬連結意志內容的動機、態度層面，當行為人(1)、(2)、(3)、(4) 等項要求都滿足時，刑法才能給予完整的罪責評價。

第四，上述四項影響行為人形成特定意志的要素，基本上都只是行為人生理素質或主觀意思的背景，本身可說是中性的心理內在事實，並成為意志形成過程中的參考因素，該中性心理內在事實要能夠建立起具有評價關係的罪責非難，必須進一步針對這四項中性事實予以規範的非難評價，在這個意義下，罪責非難的過程，應該分別為非難對象（即上述四項中性事實），以及非難判斷（期待可能性的規範價值認定），區別這兩個不同層次，才能使得罪責的非難性判斷得以實現。

更精確地說，上述四項作為罪責非難的中性事實，又可以從該項事實與外部損害事件的連結關係，區別為二類，第一類是純粹與行為人意志決定是否作成有關的動機層面，這類包括前文提到的(1) 與(2)，外在事件如何發展、因果歷程如何變動、損害客體是否與預期一致，基本上都與(1)、(2) 兩項事實無直接關係¹²⁰；第

120 或有論者認為，不法意識指認知「行為」與「規範」間的合法／違法關係，不法意識也會延展至外在行動階段。對此筆者的回應是：不法意識確為行為

二類則是關涉外在損害流程的意志要素，這類罪責評價的中性事實即（3）與（4），其除了構成罪責非難的部分實質條件外，其內容關聯法益受到侵害的外在事實，所以也同時具備不法階層的若干特性。

至於其區別法效實益，罪責非難客體的第一類，與不法階層處理的事實侵害無涉，原則上屬於純粹的罪責內在動機、態度等心性層次，一旦欠缺相關的罪責評價客體（例如行為人精神障礙，或行為人自認行為合法），此時必須具體、個案性地考量其於客體欠缺時的迴避可能性高低，這部分必須由規範介入評價，對個案進行具體判斷，包括刑法第18條的責任能力（完全、限制責任能力）、第19條第1項、第2項（精神障礙的責任能力得作為免刑或減刑理由），以及第16條有關禁止錯誤的規定，他們共通特點在於：當行為人欠缺罪責評價客體（無完整責任能力、無不法意識），不直接改變不法所確認的法益與罪名，而是考量行為人滿足評價客體的可能性，基於該可能性而進一步調整行為人的非難程度¹²¹。

相反地，罪責非難客體的第二類，雖然其本質上是罪責非難的判斷對象，但同時也兼具形塑不法非難的雙重特性，而在罪責階層中，因為其形塑了罪責在意志非難的實質內容，若行為人未能完全認知侵害事實，原則上即排除系爭客體對應罪名的罪責非難，除非法典中對於該項與法益有關係的欠缺，另有特別處罰「欠缺認知、但該欠缺可得避免」的過失犯特別規定，否則行為人不再成立系爭

的法律評價，但重點在於知悉該評價而非該行為事實，行為人作出任何的行動，就其內在規範內涵的主觀印象觀察後，即得到該關係的個人瞭解內容，故仍屬於不牽動至外在行為的內意思。

121 單就不法意識而言，Jakobs提出了為什麼不能直接認定無罪責的理由（亦即：禁止錯誤會造成行為人的負擔，仍會成立故意責任），Jakobs指出：市民有義務認識法律，並迴避違反法律的行為，由於這是所有市民的義務，縱使欠缺不法意識，亦不能直接導出無罪的結論。參見Günther Jakobs著，許玉秀譯，罪責原則（Das Schuldprinzip），刑事法雜誌，40卷2期，頁57-59（1995年）。

罪名¹²²。

既然（3）與（4）這兩個要素是罪責非難對象，倘若（3）及（4）這兩個要素任何一個，無法在前兩階層的審查過程中發揮效果，那麼在其實質的罪責階層，就必須發動應有的免責功能，以求刑事責任能夠妥適地面對罪責原則的基本要求，此即排除該項罪名的故意罪責非難，接著考慮該罪有無過失犯，再進一步討論其過失犯不法及罪責非難的成立與否。

基此，在故意犯的審查結構中，我們可以把（3）與（4）所連動的「非難評價」統合起來，總稱為故意罪責，其內容即對於「構成要件該當事實的認知」以及「行為人知悉無阻卻違法事由之關聯事實」等雙重意思，再從期待可能性的觀點，評價該意思的可非難性，一旦有非難評價的客體欠缺時（無故意，或欠缺「無防衛情狀之認知」），非難評價也無法作成，只要欠缺其一，即可排除故意罪責，換言之，只要欠缺罪責評價對象中的任何一個，故意犯罪罪責階層的心性非價將無以附麗，因此行為人排除故意罪責，不成立故意犯。至於過失犯的情況，其罪責非價自然也弱於故意罪責，因此過失罪責的非價所要求的意志內容，尤其（3）與（4）等兩個要素會下降要求至構成要件事實的認知可能性，以及對無阻卻違法事由存在的認識可能性即可¹²³，我們可以統稱為過失罪責（對於過失犯想法的非難評價）。

122 再依Jakobs的見解而論，事實錯誤之所以原則上排除刑責，僅於特定情況下處罰可迴避事實錯誤的過失犯（亦即：過失犯只出現於特定法益，而非通盤地處罰），這是社會共識與刑事政策的選擇問題，參考Günther Jakobs著，許玉秀譯（註121），頁54-55。

123 值得特別說明的是，審查過失犯時，行為人其實已經有防衛意識，學理上並不否認過失行為人也有防衛意識，只不過在誤想防衛情事中，該防衛意識無從阻卻過失構成要件的違法性，所以只能遞延到罪責階層，由於過失罪責的（4）要素，並不要求行為人認知「無防衛情狀」，此時必須判斷這位誤以為有防衛情狀的行為人，是否有正確認知無防衛情狀的個人能力。

(三) 誤想防衛案例的具體應用

透過以上討論，誤想防衛法律效果的處理已經呼之欲出了。由於構成要件故意與防衛意識是被提前審查的罪責非難對象，即使個別的欠缺在不法階段無法發揮實質的功能，我們仍然可以遞延到其原來安置的罪責階層具體發揮免責的刑法效果。

以前文提及的案例一為引子，我們可以具體操作本文提出的觀點：

(1) 甲誤以為路人要攻擊他而傷害路人，甲的行為該當傷害罪的客觀構成要件，主觀上甲知悉其行為將造成路人損害，有構成要件故意。

(2) 而違法性階層中，應以事後標準判斷有無防衛情狀，路人是要還錢包，實無不法侵害的防衛情狀，而甲卻誤以為自己即將受侵害，只要甲的誤會已經達到確信程度，原則上可肯定甲有防衛意識，不過，由於阻卻違法事由的作用必須要素全部滿足，本案既無防衛情狀，甲仍無法適用正當防衛阻卻違法。

(3) 到了罪責階層時，本案罪責判斷對象中的故意意志要素則有問題，甲雖有故意，但亦有防衛意識，既然行為人主觀上有防衛意識，這將使得故意罪責欠缺其中部分用以形成非難的事實前提，當罪責判斷對象有所欠缺，就無法產生處罰故意犯的罪責非難，換言之，甲雖實現了故意傷害罪的不法，但欠缺故意罪責而不成立故意傷害罪。

(4) 不過，我們還要進一步考量甲是否成立過失致傷害罪，該罪的構成要件與違法性並無問題，至於在過失犯罪責階層，因過失罪責將「損害事實」及「認知無防衛情狀」的認知標準，調降到主觀預見可能性，甲對損害事實已達有預見程度，必然也有預見可能性，此時的重點即轉換至甲有無正確認知「路人未實施不法侵害」

（不存在防衛情狀）的個人預見能力，如果可以肯定甲確實透過周邊事實的觀察，雖未正確認知個案並無防衛情狀，但仍然有能力了解系爭防衛情狀並不存在，而其他責任能力及不法意識要素亦無欠缺時，甲即可成立過失罪名的完整罪責非難，成立過失刑責，相反地，若甲欠缺該認識可能性，甲雖實現過失傷害罪不法侵害，但欠缺過失罪責而無罪。

最後要補充的是，上述見解看似與我國多數學者主張的法律效果援用之罪責理論無甚大差異，但筆者認為，法律效果縱然差別有限，但重點應該是具體理由，依筆者之見，主要差別有兩點：首先，筆者不贊同罪責只是純粹動機或態度的非難，相反地，包括故意、防衛意識以及動機、態度等要素，理論上均是罪責非難判斷的具體對象，若故意及防衛意識無法在不法階層獨立發動減免刑責效果時，在罪責階層中，仍在結構上足以回應問題，此即因罪責非難客體欠缺（誤想防衛者即因誤會而欠缺「無防衛情狀認知」，從而排除罪責的非難評價。換言之，在三階論的脈絡下，故意或防衛意識雖是不法要素，但其同時也構成了罪責非難的對象，對這兩種主觀認知，可以先後於不法及罪責階層進行法益侵害、個人迴避的規範評價。

其次，上述理論建構的差異，尤其表現在過失犯的判斷過程。過失犯構成要件所處理的是「法益侵害」的迴避可能性或預見可能性，我們難以想像過失犯構成要件一併處理「防衛情狀不存在」的預見可能性，而違法性部分也必須搭配其他阻卻違法事由，才能發揮阻卻違法效果，此項對誤想防衛者是否構成過失犯極度重要的個人認知能力，在現行通說脈絡下，無從在不法階層處理，也無從發揮獨立的刑責修正效果，因此只能在罪責階層。即使採取法律效果援用的罪責理論，認為過失罪責應該以過失犯構成要件的「法益侵害事實之預見可能性」作為基礎，進而確認其心性非價，這樣仍然未能考量「防衛情狀不存在之預見可能性」，唯一的解套即本文看

法，過失犯的罪責階層中，包括了關涉不法侵害的過失內在意志，從個人可非難性角度進行罪責非難的價值評判時，「防衛情狀不存在之預見可能性」本即是罪責非難判斷對象之一，當行為人有上述預見能力時，才能肯定過失罪責，若個案中仍無是項預見之個人能力，即因欠缺罪責非難客體，而排除該過失犯罪責。無論如何，此項與過失犯成立息息相關的個人能力，只有在本文見解的理論框架下，才有辦法完善地立論並處理。

綜合上述，筆者主張綜合意志與動機等心性要素，共同構成罪責非難客體，並從法規範要求作為罪責非難判斷標準的罪責概念，基於此一看法，由於誤想防衛者仍然有故意犯的不法，但在罪責階層中，因為欠缺完整的不法行為意思，從而無法構成完整的罪責非難對象，排除故意罪責而不成立故意犯，在此應進一步援用過失犯來解決問題，但援用的刑責修補機制，並非過失犯補充性的法律效果，而是過失犯具實質非難評價的罪責內涵，亦即，必須具體地從過失犯罪責階層所存在的各項內容判斷，行為人是否同樣地滿足過失犯的罪責非難需求，既然重心不再是法律效果、而是罪責非難的援用，筆者將之稱為「非難援用的罪責理論」(die vorwurf-verweisende Schuldtheorie)。

肆、誤想過當防衛

上文已從防衛情狀與防衛意識的判斷基準，定性誤想防衛的基礎形態，典型的誤想防衛事例即不存在客觀不法侵害，但防衛者誤以為有不法侵害，進而發動防衛行為，這正是就防衛情狀的「有／無」發生錯誤，其法律效果必須排除故意刑責，並在法條有具體規範及行為人可得避免的雙重前提下，依據本文主張的非難援用罪責理論調整刑責至過失犯，在這個意義下，認可成立誤想防衛的行為

人，其實可以享受若干程度的刑責優惠。不過，除了典型誤想防衛的事例外，另有幾種可能與誤想防衛相關的鄰接型案例，其中一種近似典型的誤想防衛，均欠缺不法侵害，但行為人反擊手段過重而可能涉及防衛過當（*Notwehrexzess*）；部分事例則存在不法侵害，但防衛者對於不法侵害的強度或時空關係發生誤解，因而採取激烈的反擊手段，發生防衛手段逾越必要性的困擾，一般學理通常稱這類同時關涉兩類概念的事例為「誤想過當防衛」（*Putativ-notwehrexzess*），在此問題意識即為：這些與典型誤想防衛有關係的事例中，究竟能不能構成誤想防衛，從而適用誤想防衛的法律效果？甚而，是否能夠同時構成防衛過當，並依刑法第23條減輕或免除刑責？在這類案例中即有相當程度爭議，以下筆者就以三則關涉誤想防衛與防衛過當的邊際型案例作為討論對象。

一、典型誤想過當防衛

首先討論典型的誤想過當防衛，這類案例與前文討論過的誤想防衛相當近似，個案中不存在任何不法侵害，但行為人誤以為他人攻擊自己，因而誤以為有防衛情狀而實施反擊，但誤想防衛者反擊手段逾越了該「誤以為存在」不法侵害的必要性界限，因而可能涉及「過當」的防衛手段，換言之，這類事例本身屬於誤想防衛，但因行為人最終採取的防衛手段，逾越了「誤想之現在不法侵害」的合理反擊界限，又同時涉及防衛手段的過當疑義，一般即稱之為誤想過當防衛¹²⁴。具體事例如：

沈睡中的甲誤以為臨時提早返家的妻子乙是竊賊，因此使用合法持有的十字弓將乙射殺，甲在射殺時並不知悉「竊

¹²⁴ 我國相關討論，參見甘添貴、謝庭晃（註1），頁162；陳子平（註1），頁254；余振華（註1），頁279；余振華，從故意理論探討誤想防衛之錯誤，收於：刑法違法性理論，頁243（2001年）（以下簡稱：余振華，誤想防衛之錯誤）。Vgl. *Heinrich* (Fn. 71), Rn. 592; *Perron* (Fn. 11), § 33 Rn. 8.

賊」的可能反應，也未曾考慮及其反擊手段可能逾越防衛的合法界限（案例四）。

本文中並無防衛情狀，甲已實現殺人既遂罪的構成要件，但無法阻卻違法，不過因為甲誤以為有防衛情狀才實施反擊，因此故意犯的成立要件中，欠缺故意罪責，但仍可本於誤想防衛轉而認定過失致死罪，就此部分而言，確實是誤想防衛的原有類型。

然而更進一步的問題則是：第一，本類案例所論的過失犯罪，得否另行在罪責階層，考量防衛過當的規定，讓誤想防衛所成立的過失刑責得到雙重減刑優惠？學說主流見解採取反對說，具體理由主要認為，防衛過當之所以可以減免刑責，並非僅只考量行為人面對防衛情狀時的期待可能性而已，而是同時兼具不法與罪責的雙重縮減¹²⁵。當行為人確實面臨不法侵害行為，該防衛情狀才能使得行為人的反擊行為具有保護法律秩序的確證效果（*Rechtsbewährung*），因而縮減反擊行為對相對人法益干擾的不法程度，當不法侵害出現時，除了不法的縮減之外，若行為人在面臨不法侵害時出於恐懼、驚嚇或激動而採取過當的反擊措施，從期待可能性法理而言，也有罪責層面寬減必要¹²⁶。基此，防衛過當減刑或免刑的法理，並非僅只考量罪責，而是同時具備不法及罪責的縮減，其縮減的前提即為存在不法侵害的防衛情狀，倘若個案中欠缺防衛情狀，即便行為人的過當反擊有罪責上的寬恕理由，但仍不得直接適用防衛過當的減免刑責規定¹²⁷。

125 Vgl. *Armin Engländer*, Die Entschuldigung nach § 33 StGB bei Putativnotwehr und Putativnotwehrexzess, JuS 2012, S. 408 (409-410).

126 *Jescheck/Weigend* (Fn. 6), S. 491; *Perron* (Fn. 11), § 33 Rn. 2; *Paeffgen* (Fn. 29), § 33 Rn. 5; *Kühl* (Fn. 11), § 12 Rn. 129; *Rengier* (Fn. 11), § 27 Rn. 1.

127 參考蘇俊雄（註49），頁202；柯耀程，正當防衛界線之認定，月旦法學雜誌，60期，頁92（2000年）。Vgl. *Engländer* (Fn. 125), S. 410; *Heinrich* (Fn. 71), Rn. 593; *Rengier* (Fn. 11), § 27 Rn. 29; *Kühl* (Fn. 11), § 12 Rn. 156.

本文並非防衛過當的專論，也無法在有限篇幅中全面討論防衛過當的法律爭議，這需要更多的深入論述。但依筆者初步看法，通說同時從不法及罪責縮減立論防衛過當減免刑責的理由，初步看來應可接受，欠缺了現實存在的非法侵害，防衛過當只能基於罪責而減刑，這種情況其實已經與「防衛」行為無關，而成為一個純粹本於罪責的減刑理由，而純粹的罪責層次減刑，通常以完整而無缺的非法行為為前提，例如責任能力障礙（刑法第19條）或發生禁止錯誤（刑法第16條），這兩類行為人在非法行為並無任何缺欠情事，只不過在罪責上有值得寬恕理由而已，這兩條規定與防衛過當的規定，還須連動至正當防衛手段過當的非法缺欠情狀，顯然不同¹²⁸；既然防衛過當的原始設想下，僅因手段逾越必要性而無法阻卻違法，其減刑法律依據，應該一併考量（1）防衛情狀與防衛意識共同產生的非法縮減作用，以及（2）防衛者因受侵害而產生的恐懼、害怕、激動等關涉期待可能性的因子，故防衛過當的法定減刑，實屬出於非法與罪責的雙重縮減¹²⁹。

此外，若我們再觀察典型誤想防衛的具體內涵，行為人之所以逾越必要性界限，並非真的逾越客觀意義的必要性界限（因為根本沒有非法侵害，當然也沒有必要防衛手段可言），而是逾越主觀想像上的必要性界限，根本而論，行為人再如何主觀上想像，都只是其逾越其內在假設構築的主觀期待而已，如果在此承認得適用防衛過當減刑，把事情想像得較為嚴重、內心真正緊張、恐懼的行為人，因為假設的門檻較高，不容易構成防衛過當，只能調降刑責為

128 說得更具體一點，既然法定減刑的理由是「防衛」過當，這種規定當然不可能只考量罪責，必須從「防衛」本身的非法屬性共同觀察。

129 此亦為德國通說見解，vgl. Perron (Fn. 11), § 33 Rn. 2; Wessels/Beulke (Fn. 6), Rn. 446; Roxin (Fn. 6), § 22 Rn. 71; Bernd Müller-Christmann, Der Notwehrexzeß, JuS 1989, S. 717 (717-718) (以下簡稱：Müller-Christmann, JuS 1989)； Bernd Müller-Christmann, Überschreiten der Notwehr – BGHSt 39, 133, JuS 1994, S. 649 (650). 我國學說討論，參見陳子平（註1），頁253-254。

過失犯；相對於此，把事情想像得較為簡單的行為人，往往不是高度緊張、恐懼、激動的行為人，卻因假設門檻較低，而可以同時基於誤想防衛及防衛過當而雙重調降刑事責任，這種結果並非合理¹³⁰。

綜合上述，筆者認為在典型的誤想過當防衛案例中，只涉及誤想防衛，其刑責至多只能調降為過失犯¹³¹，至於防衛過當爭議（反擊手段逾越主觀想像不法侵害的必要性界限），倘若欠缺客觀的防衛情狀，卻採取超出「自行假設防衛情狀」必要界限的反擊手段時，既無任何縮減不法的理由，自不得適用刑法第23條但書減、免刑責。

二、不法侵害強度認知錯誤的誤想過當防衛

接著討論第二類較複雜、也較有爭議的案例，在此涉及不法侵害強度認知錯誤的誤想過當防衛¹³²，該議題之所以產生，其實涉及防衛意識的應認知對象，絕大多數的學說均認為，防衛意識必須認知到涉及防衛情狀的一切事實，包括不法侵害者所發動的「侵害情狀」、「侵害行為的現在性」與「侵害行為的不法性」等，但倘若存有不法侵害的客觀防衛情狀，防衛者主觀也認知防衛情狀，但對於

130 值得注意者，德國學者Rudolphi提出一個較折衷的看法，其主張若錯誤不可避免，即應類推適用防衛過當減免刑責，但若仍可避免，則不類推適用，vgl. *Hans-Joachim Rudolphi, Notwehrrezeß nach provoziertem Angriff, JuS 1969, S. 461 (464).*

131 相近看法，柯耀程（註127），頁92-93。

132 我國學說有將這類事例稱之為「相當性錯誤」，參見余振華，誤想防衛之錯誤（註124），頁243。不過筆者認為與其說相當性錯誤，倒不如說這是針對不法侵害強度的錯誤，因為防衛者真正錯誤的來源，其實來自不法侵害強度關係的誤會，也因此防衛者才產生反擊手段強度的誤會，這與防衛者對不法侵害強度並無誤會，但僅誤會反擊手段強度（例如甲知乙要持球棒打人，想持用木棍反擊，卻不小心拿成短刀砍傷甲下腹），這類案例通常直接在構成要件適用過失犯處罰逾越其認知範圍的損害（甲對於乙下腹部分的損害在構成要件的評價上，論以過失犯），兩者顯然有差異，若援用相當性錯誤的概念，從字面上似乎不太容易標明兩類案例的差別。

防衛情狀的攻擊內容發生誤會，就會出現不易處理的兩重解釋問題¹³³。

首先，雖然客觀實際存在防衛情狀，但其不法侵害的攻擊效果較弱，但防衛者卻自行擴大解讀，誤以為該不法侵害將造成較強程度的干擾，在此涉及不法侵害的「強／弱」差異的認知誤會，因而可能涉及誤想防衛；其次，既然行為人誤會了不法侵害的攻擊量度，那麼當然也會選用反擊效果較強的防衛手段保護自己，該反擊手段也很容易逾越既存「弱侵害防衛情狀」的必要性界限¹³⁴，也因此這類案例也與防衛過當有關。簡言之，這類案例往往同時串連兩種不同的法律概念，此時究竟應該認定為防衛過當（不改變故意的主觀歸責，但得減、免刑度），還是當作誤想防衛（調降至過失的主觀歸責），或者兩種法律效果同時均得適用，自然發生解釋困擾¹³⁵。舉例來說：

甲與乙長期不合，某日甲計劃以拳頭毆打乙，故將拳頭置於口袋中走向乙，作勢要打乙，乙誤以為甲要以刀子刺殺自己，出於驚恐而拿起身旁的水果刀刺殺乙的手部（案例五）。

133 Vgl. Sauren (Fn. 42), S. 568; Müller-Christmann (Fn. 129), JuS 1989, S. 720.

134 因為這類案例中其實存在客觀的不法侵害，因此防衛手段必要性的判斷，當然應該回歸以系爭客觀既存的不法侵害為準，而非行為人主觀想像的不法侵害。

135 必須強調，這類事例中已經有防衛情狀，行為人也有防衛意識，之所以不能阻卻違法的理由，其實在於防衛手段不符合必要性，若行為人誤打誤撞而採取了符合必要性的防衛手段，理論上應得阻卻違法。但常見的情事在於，行為人誤會了不法侵害的攻擊強度，也採取較激烈的反擊措施，雖然防衛手段的必要性依據事前（*ex ante*）標準，但若不法侵害者所表現出來的攻擊樣貌，一般人在謹慎判斷下仍可辨識其為弱類型的不法侵害，此時該防衛手段即不符合必要性，故防衛者仍構成不法行為，而在罪責階層，即必須考量兩個問題：（1）是否應適用誤想防衛而排除故意非難（此即本文主張的非難接用的罪責理論），以及（2）是否許可防衛者依刑法第23條但書所規定的防衛過當而減輕刑責。

在這個案例中，甲確實引發現在不法侵害，但就全盤事實以觀，甲的不法侵害僅限於「拳頭打乙」，並未有更強烈的侵害效果，但乙誤認甲不法侵害的強度，以為甲要拿刀子殺乙，故採取較為強烈的反擊措施。處理本案時面臨的問題即是：是否這類事例得否比照典型誤想防衛（防衛情狀有／無），將乙的刑事責任從故意犯調降為過失犯？甚至還要再依防衛過當規定，減低過失犯刑責？

我國實務迄今似乎未見相近案例；至於我國學說，提及此類事例者，部分見解肯定為誤想防衛，認為這類僅就不法侵害強度發生錯誤的事例，也應該納入誤想防衛的概念範圍¹³⁶，但也有見解認為，此類錯誤並非誤想防衛，而僅屬於防衛過當¹³⁷；同一問題在德國學理上則有爭議，德國絕大多數見解採肯定說，認為涉及不法侵害強度的錯誤時，應該理解為誤想防衛，因為防衛意識必須認知所有防衛情狀的內容，若誤解了既已存在的不法侵害強度，此時明顯有主／客觀不一致的錯誤，而該錯誤又與阻卻違法事由的前提事實有關，本來就屬於誤想防衛類型之一，基於誤想防衛的釋義學法理，應該將其刑責調降至過失犯¹³⁸，因此行為人可以享受雙重優惠（主觀歸責調降為過失犯、防衛過當減刑）；不過，學說上也有少數見解主張，倘若這類事例也可以稱之為誤想防衛，那麼幾乎所有的防衛過當，都必須構成誤想防衛，否則行為人根本不會採取較強的反擊行為，因此這類事例本屬防衛過當，應構成故意犯而適用減免刑責效果，但不得改論為過失犯¹³⁹；此外，還有部分少數見解認為這屬於行為人誤解合法的正當防衛界限，應理解為容許錯誤的問題¹⁴⁰。

136 林山田（註1），頁439；甘添貴、謝庭晃（註1），頁163；余振華（註1），頁279。

137 余振華，誤想防衛之錯誤（註124），頁243。

138 Roxin (Fn. 6), § 15 Rn. 46; Jescheck/Weigend (Fn. 6), S. 493; Sauren (Fn. 42), S. 568; Engländer (Fn. 125), S. 409; Perron (Fn. 11), § 32 Rn. 64.

139 Geppert (Fn. 12), S. 35.

140 Wessels/Beulke (Fn. 6), Rn. 448; Dreher (Fn. 81), S. 226.

依筆者之見，這類事例仍屬於事實層面的錯誤，因為行為人不是誤認自己實施任何防衛都能阻卻違法，而是因為誤認不法侵害強度，才採用較重效果的反擊措施，貿然理解為法律錯誤，本質上重蹈前述嚴格罪責理論覆轍。至於具體的法律效果上，筆者認為應認定為誤想防衛，同時適用防衛過當的雙重優惠，多數見解對於此類錯誤法律效果的操作，應值贊同。筆者此主張的具體理由可分為四點說明。

首先，誤想防衛之所以從故意歸責調降為過失歸責，主因行為人雖然有構成要件故意，但因出於誤會而有防衛意識，欠缺適足的罪責非難對象，排除其故意犯的罪責，防衛情狀「有／無」的認知，顯然干擾了罪責階層意志形成的故意犯可非難性；同樣道理，倘若行為人因為誤會了防衛情狀的「強／弱」，因而未能正確知識現實存在的防衛情狀，其錯誤的整體結構上與「有／無」防衛情狀的錯誤，並沒有太大差別，理論上兩者應該採取相同的評價視角，才能得到合理答案。

其次，若再實質觀察，逾越必要性界限的反擊行為，雖然是行為人故意實施，但實際上該行為人之所以決定實施逾越必要性界限的故意侵害行為，實因誤解不法侵害的嚴重性，該項誤解將使得行為人傾向採用較強硬的反擊措施保護法益，這也使得行為人故意反擊行為的意志形成過程，僅具有較低的可非難性，就此項反擊行為造成的損害而言，即欠缺故意犯高度罪責可非難性，合理作法即應排除故意罪責，並僅於行為人可得對於真正的防衛情狀強度（亦即：現實存在之較弱的不法侵害）有預見可能性時，才能夠改論過失犯。

再者，筆者認為除了基於誤想防衛調整罪名外，行為人同時構成防衛過當，之所以許可本案適用雙重優惠，是因為兩者調降刑責的理由並不相同，而且沒有相互重疊之處。析言之，調降至過失刑

責的理由，純粹因為行為人「誤會防衛情狀的強／弱」，進而引發的低度意志形成過程可非難性，這裏涉及的是「故意罪責的可非難性」問題，而防衛過當的減刑理由是「存在防衛情狀」、「有防衛意識」（不法縮減）以及「出於恐懼、激動而採取過度反擊」（罪責縮減），只要行為人面臨防衛情狀，同時又出於期待可能性的縮減而實施過當防衛手段，就應考量防衛過當的法律效果，防衛過當的各項理由，並未與故意的罪責可非難性有關，兩者的減刑緣由只要不相重覆，我們就應該肯認雙重減輕刑責的可能性，如此才屬於合理的刑責安排。

最後，論者或許可能反駁，倘若接受此類型亦屬誤想防衛，那麼幾乎所有防衛過當都必須先行考慮是否構成誤想防衛，兩者根本無從界分。此一見解乍看之下貌似言之成理，但其實忽略了防衛過當的構成理由。析言之，當行為人發生防衛過當情事時，可能出於主觀上明知（*bewusster Notwehrexzess*），也可能出於非明知情況（*unbewusster Notwehrexzess*）¹⁴¹，值得特別說明的是主觀明知的防衛過當型，依現代學理通說，即便明知防衛過當的行為人，在明知卻又故意實施不能阻卻違法的防衛手段，看似有較高可非難性¹⁴²，但是一來刑法立法文字並未明示排除明知型的防衛過當，二來本類行為人同樣面臨現在不法侵害（不法縮減），也出於恐懼或激動而實施過當的反擊（罪責縮減），只要符合雙重縮減的法律理由，即使行為人出於明知，仍得適用防衛過當的減免規定¹⁴³。而這一類明知型的案例，因為行為人主觀上明確知悉其手段逾越界限，就此而言顯然不可能成立誤想防衛，但仍可構成防衛過當，上述主張防衛

141 相關討論，參考張天一，正當防衛之成立要件與防衛過當之處置方式（下），*刑事法雜誌*，46卷2期，頁68-73（2002年）。

142 類似見解，參考林鈺雄（註1），頁260。

143 Vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 6), S. 492; *Hans Theile*, *Der bewusste Notwehrexzess*, *JuS* 2006, S. 965 (966); *Rengier* (Fn. 11), § 27 Rn. 26; *Kühl* (Fn. 11), § 12 Rn. 148. 進一步從行為非價／結果非價立論者，vgl. *Sauren* (Fn. 42), S. 568-569.

過當必然等同誤想防衛的批評，顯然沒考慮到明知型的防衛過當。另外要補充的是，即使非明知的過當防衛仍可能同時構成誤想防衛¹⁴⁴，但雙重的減刑優惠完全出於不同法理，並未相互重疊，自然也沒有從中選擇單一減刑規定適用的需要，只要要件符合，就應該積極許可其適用。綜合上述，明知型防衛過當的減免刑責，顯然與誤想防衛無關，那麼所謂防衛過當一律成立誤想防衛的憂慮，即屬無必要的擔心。

論述及此已足確認，當行為人對於不法侵害強／弱發生錯誤，可認為屬於誤想防衛的子類型，應依前文提及的討論方式確認得否轉用過失犯評價行為人犯行，但這不排除同時適用防衛過當雙重優惠的可能性。前述案例五的甲應成立過失致傷罪，但得同時考慮基於刑法第23條但書減免刑責。

三、延展型過當防衛

接下來討論另一類案例，這類案例與防衛手段及防衛情狀發生的時間序列有關，其主要特點在於，雖然從事後觀察，確實存在相對人實施的不法侵害，但防衛者卻未於不法侵害可能展開的同一時點實施防衛，而是在未有不法侵害或者不法侵害已經結束之後，才實施防衛手段，之所以理解為「過當」，並非因為手段強度逾越必要性界限（此即學理上所謂的強度型過當防衛 *intensiver Notwehrexzess*），而是防衛手段實施時點逸脫了不法侵害的合法反擊時段，學說上通常稱之為延展型過當防衛（*extensiver Notwehrexzess*）¹⁴⁵，之所以在本文中討論此項議題，是因為延展型過當防衛的反擊行為，可能發生於不法侵害出現之前或結束以

¹⁴⁴ *Theile* (Fn. 143), S. 966.

¹⁴⁵ 學說上另有參考日本用語，而翻譯為質的過當／量的過當，但本文認為此類翻譯似乎無法允洽表達其意義，仍採意義逐釋這一組概念。相關討論，參考許恆達，*延展型過當防衛*，*月旦法學教室*，114期，頁33-35（2012年）。

後，防衛者實施反擊的當下，顯然沒有防衛情狀，但防衛者卻仍認為存在防衛情狀，此時自然涉及誤想防衛的問題。¹⁴⁶換言之，這類案例同時與誤想防衛及防衛過當有關。依據一般學理看法，大致上我們可以把相關案例具體化為幾類，以下分點討論。

第一類案例是提早實施的延展型防衛過當（*vorzeitig-extensiver Notwehrexzess*），此即在不法侵害出現以前，防衛者即誤以為不法侵害已經開始進行，進而產生防衛意識，實施防衛行為，使得相對人發生損害。例如：

甲預計於十點要打傷其仇人乙，乙於十點之前看到甲，本於雙方不和關係，乙預期甲即將要傷害他，為了保護自己，乙決定先發制人，出於保護自己不被甲攻擊的意思，乙於甲計劃十點攻擊之前，先行打傷甲（案例六）。

乙雖然出於防衛意思而傷害甲，該時點並無任何防衛情狀，乙卻因誤會而產生防衛意識，理論上確實有誤想防衛情事，可以調整乙的刑責至過失犯¹⁴⁷；但得否再考量乙本身的驚恐而適用防衛過當減刑的規定，則有不同看法，多數見解在本案中主張不得適用防衛過當，這是因為在乙打甲當下，甲根本還沒發動攻擊，並無任何防衛情狀，已然欠缺防衛過當須有不法縮減的實質要素¹⁴⁸，但學理上仍然有部分見解主張仍得防衛過當減輕刑責¹⁴⁹。

依筆者之見，既然行為人在實施防衛手段時，根本不存在任何防衛情狀，即使誤會而生防衛意識，這也只是誤想防衛的問題，當時既然沒有任何不法侵害，自然也就沒有防衛過當的減免刑責必要

146 參考張天一（註141），頁66-67。

147 Vgl. Sauren (Fn. 42), S. 572.

148 Engländer (Fn. 125), S. 410; Rengier (Fn. 11), § 27 Rn. 18; Heinrich (Fn. 71), Rn. 587; Herzog (Fn. 11), § 33 Rn. 12; Wessels/Beulke (Fn. 6), Rn. 447; Otto (Fn. 58), § 14 Rn. 22.

149 Perron (Fn. 11), § 33 Rn. 7; Roxin (Fn. 6), § 22 Rn. 88.

性。基此，筆者認為提早實施的延展型防衛過當，本質上並非防衛過當的案例，而是道道地地的誤想防衛，其法律效果應該從故意犯調降至過失犯即足，多數說的見解應屬可採。

第二類案例是延後實施的延展型防衛過當（*nachzeitig-extensiver Notwehrexzess*），這類案例特點在於，防衛者原來已經先面臨他人的不法侵害，為因應不法侵害，防衛者實施了符合必要性的反擊手段，該反擊手段有效中止了原來侵害者的不法行為，然而在不法行為結束以後，防衛者因為恐懼已原不法侵害者可能再次發動侵害，因而接續實行防衛手段，該續行的後階段防衛手段因而在無不法侵害的狀況下實施，就此部分而言，顯然與誤想防衛有關；不過，因為後階段防衛手段已經超出了既有不法侵害的合法反擊時間，因此學理上也認為這屬於延展性的過當防衛問題。換言之，要如何解決後階段欠缺防衛情狀時的防衛行為法律效果，必須同時考量誤想防衛與防衛過當的雙重因素。舉例來說：

甲在深山中持刀恐嚇情侶乙、丙兩人，乙為了保護自己及丙，搶起身邊球棒將甲打昏，但因害怕甲又再起身反擊，乙因而再一次以球棒攻擊昏迷中的甲，甲的手部因而受傷（案例七）。

本文中乙的行為可分為前、後兩階段，前階段致甲昏迷的輕傷行為，雖然構成故意輕傷罪，但可基於正當防衛而阻卻違法，問題在於後階段致甲手部受傷的傷害行為，這是乙具有明確故意的傷害行為，但攻擊時點並無任何不法侵害可言，究竟應該如何論處乙後階段的行為，即有疑問¹⁵⁰。

針對這個問題，德國部分學說主張，後階段的侵害行為實施當

¹⁵⁰ 相關疑義，參考許恆達，屋主的逆襲——再論延展型過當防衛，月旦裁判時報，41期，頁49-59（2015年）。Auch vgl. *Engländer* (Fn. 125), S. 410.

下，並無任何防衛情狀，但防衛者卻誤以為有防衛情狀，因此屬於誤想防衛，應調整刑責至過失犯；至於防衛過當部分，由於後階段已經不存在任何防衛情狀，當然也沒有適用可能性，因此其刑責只能論為誤想防衛¹⁵¹。不過也有較為折衷的見解指出，後階段侵害應可成立誤想防衛，改論為過失犯¹⁵²，但仍然應該考慮讓後階段的過失刑責，同時享受防衛過當的減刑優惠，因為防衛者之所以實施後階段的防衛，並非自始不存在任何不法侵害，而是因為原來不法侵害被暫時性中止後，防衛者顧慮侵害者可能再度發動不法攻擊，只好再實施後階段的防衛措施，因此這並非全無不法侵害，毋寧應理解為防衛手段逾越不法侵害時間界限的過當防衛¹⁵³，故刑責應同時成立誤想防衛及防衛過當¹⁵⁴。

就延後發生的延展型過當防衛關涉的兩個問題，筆者認為不論多數或少數見解，均有再思考的必要性，筆者觀點可以分成三點說明。

第一，不論多數見解或少數見解，都以「防衛情狀存否」為標準，將防衛行為區別為前、後階段，再將前階段行為依正當防衛阻卻違法，排除刑責，至於後階段則另行討論誤想防衛與防衛過當等適用疑義，然依筆者之見，這種作法過度強調防衛情狀的有無，甚而以之強加防衛者反擊過程劃分為兩種不同的法律效果，但對於本類案例中的防衛者而言，他先受不法侵害所攻擊，在他有效地制止不法侵害後，原先不法侵害者是否再度展開攻擊，客觀上其實無法

151 Vgl. Jescheck/Weigend (Fn. 6), S. 493; Sauren (Fn. 42), S. 571-572.

152 Engländer (Fn. 125), S. 410.

153 Heinrich (Fn. 71), Rn. 587; Otto (Fn. 58), Rn. 23; Rengier (Fn. 11), § 27 Rn. 19; Wessels/Beulke (Fn. 6), Rn. 447.

154 Rengier (Fn. 11), § 27 Rn. 21; Wessels/Beulke (Fn. 6), Rn. 449; Engländer (Fn. 125), S. 410; Gerson Trüg, Grenzen der Rechtfertigung und Erlaubnistatbestandsirrtum, Jura 2001, S. 30 (33-34). 柯耀程教授似乎亦同時肯認防衛過當及過失刑責的成立，參考柯耀程（註127），頁92-93。

完全確定，尤其侵害／防衛雙方的行動已經揭明彼此目的，雖然侵害者暫時受到壓制，但若一旦受到再一次不法侵害，防衛者也不必然有把握能夠再次壓制攻擊，尤其當防衛者位處深山或孤立無援地域，只有依憑私人暴力保護自己時，要求防衛者放棄有效掌控全局機會，靜待侵害者的反應，毋寧是不切實際的過當要求，也因此，防衛者在前階段反擊生效之後，通常可能主觀上確信侵害者會再進一步執行後階段攻擊，因此有實施預防性反擊措施的必要性，只要這兩階段行動之間，沒有任何時間、空間的過大差距，自然應該認為是對於同一不法侵害的連續抵抗行為，僅因不法侵害有無暫時中止就貿然切割為前、後階段，不僅曲解當下防衛者的抵抗意志的一貫性，也與實際上防衛手段的操作需求有相當出入。基此，筆者認為在本類案例中，不應該以不法侵害有無而區別防衛者前、後階段的反擊，兩階段的反擊行為應該納入同一行動觀察。

第二，倘若前、後階段屬於同一反擊過程，那麼認為前階段屬故意犯（得依正當防衛阻卻違法）、後階段（誤想防衛）卻另外構成過失犯的解釋劃分，顯然並不合理；析言之，防衛者面對同一的防衛情狀而展開反擊，只要反擊行動整體流程出於同一故意，即應認定為單一行為，該單一行為在法律評價上，前階段應可以本於正當防衛阻卻違法，而後階段則為前階段反擊行動的延續，只不過卻逾越合法反擊的時間界限，但之所以逾越了合法時間界限，始終是針對同一不法侵害所進行的反制，因此應該認為，前、後階段均屬行為人同一反擊意思，故意接續實施的一次性攻擊行動，即使後階段出現了類似誤想防衛的狀況，把同一犯意連動的前、後階段分開處理，甚至把後階段解釋為過失犯，這種操作毋寧忽略整體犯意的同一性，而任意地給予不同程度的主觀歸責。考量前述理由，筆者認為前、後兩階段應是同一行為，其主觀要素應屬同一犯行的故意，後階段是前階段反擊行動逾越時間界限的表現，在此不應在後階段引入誤想防衛的理論邏輯。

第三，至於防衛過當的議題，筆者主張在延後實行的延展性防衛過當案例中，應可成立防衛過當，此因行為人的整體反擊行動是同一過程，只要一開始出現過不法侵害，而前、後階段的反擊都是為了抵抗該同一不法侵害，就應該整合起來觀察，並論以同一行為，倘若反擊過程中已經出現了不法縮減事由，而就罪責層面，前階段並無罪責減低的事由，但後階段的逾越顯然是出現害怕、激動或恐懼，雖然不法／罪責看似未出現於同一行為的相同時點，而是前、後階段分別出現，但防衛者之所以產生罪責縮減理由，完全是為了因應前階段造成不法縮減的防衛情狀，兩項縮減事由雖然接續發生，但卻有著極度緊密的連鎖關係，在同一行為中既然已經滿足這兩項要求了，而防衛過當又非入罪規定，而是減、免刑責的作法，自應從寬解釋¹⁵⁵，在此即應適用防衛過當的規定減免刑責。

綜合上述觀點，我們可以分析前述案例七的刑責。乙故意打昏甲，並再故意傷害甲的手部，都是出於同一犯意而連續發動的接續行為，該當故意傷害既遂罪的構成要件；而在違法性的層次，行為的前階段存在不法侵害，主觀上，防衛者在整個行為過程中也有防衛意識，但其反擊行動脫逸了合法防衛的時間界限，因此不能透過正當防衛阻卻違法，只能到罪責部分評價；而在罪責階層，乙於後階段的反擊已然不再是於合法防衛時段之內，但該項反擊其實源自既有的防衛情狀（不法縮減），而為了保護自己，在時間、空間無重大間隔的前提下，出於恐懼、緊張或激動而採取防衛手段（罪責縮減），故符合刑法第23條但書的防衛過當規定，綜上，乙成立故意傷害罪，但得減、免刑責¹⁵⁶。

論述及此，已經討論了兩類與誤想防衛有關的延展型防衛過當議題，另外一個更具綜合性的案例是：如果防衛者在延展型防衛過

155 Vgl. Rengier (Fn. 11), § 27 Rn. 19; Roxin (Fn. 6), § 22 Rn. 89.

156 相同見解，參考薛智仁（註8），頁57-58。

當中，又誤解了不法侵害的強度，進而實施手段同時逾越必要性的反擊行為，此時應該如何處理？此一問題同時綜合了兩個不易解決的難題：延展性防衛過當與對不法侵害強度的認知錯誤，而因延展型防衛過當分為提早實施與延後實施兩類，以下的案例即再區別類型討論。

倘若提早實施的延展性防衛過當搭配了不法侵害的強度誤認，例如：

甲預計於十點要打傷其仇人乙，但乙於十點前看到甲時，預期甲等一下將要殺害他，為了保護自己，先發制人，出於保護自己意思，於十點前對甲發動攻擊，並殺死甲（案例八）。

案例八與案例六最大的區別，在於乙同時誤認甲所引發的不法侵害強度，不過在刑責處理上，乙屬於提早實施的防衛過當，應該認定為誤想防衛，其行為不成立故意殺人罪，只構成過失致死罪，至於乙同時又發生強度誤認的部分，已如前述，這類事例同時涉及兩重法律效果議題：誤想防衛及防衛過當，就誤想防衛而言，已經在故意殺人調降至過失致死的主觀歸責中，評價了不法侵害「有／無」的誤會，至於不法侵害「強／弱」的差異性及其誤認，已經在調降為過失犯部分被考慮了，不必再重覆考量；而防衛過當部分，因為乙在十點前的攻擊行為並無任何不法侵害可言，在此欠缺不法縮減事由，故不必適用誤想防衛事由¹⁵⁷，更精確地說，乙就防衛手段的「反擊強度過當」，其實並無客觀上的過當，純粹逾越了自己想像中不法侵害的反擊必要性界限，在此不必考量。綜上，乙成立過失致死罪，但不必考量防衛過當的問題。

而若延後實施的延展性防衛過當搭配了不法侵害的強度誤認

¹⁵⁷ Vgl. Engländer (Fn. 125), S. 411.

時，例如：

甲在深山中出於好玩，持刀恐嚇情侶乙、丙兩人，但無殺害乙、丙意思，然而乙卻誤以為甲要殺他，為了保護自己及丙，搶起身邊球棒將甲打昏，由於甲非常壯碩，乙擔心甲醒來後會有激烈的殺人行動，乙因而再一次以球棒攻擊甲腿，甲因而斷腿而生重傷後果（案例九）。

本案例中乙發生了延展型的防衛過當，此部分應該將整個過程評價為一個故意犯，而因前、後階段攻擊效果不同，理應以最終的效果論斷乙的構成要件內容，此即故意重傷害罪¹⁵⁸；而因乙在後階段出現「防衛行為逾越合法時間界限」，故得適用防衛過當的減刑理由；不過乙在本案例中，同時又發生誤認甲的不法侵害強度，亦即，甲只是純粹恐嚇，並無殺人意思，但乙卻誤認甲要殺人，基於系爭誤會，乙才有一開始以傷害甲為目的的反擊手段，甚至最終的重傷害反擊行為，既然整體應該評價為一行為，那麼乙在後階段即使出於誤會強度而採取較強的反擊措施，該項誤會一來不必然可以轉換認定為防衛意識（乙在後階段已經明知甲昏倒），二來單一行為不應任意切割為前階段的故意及後階段的過失犯，不法侵害「有／無」及「強／弱」的誤想防衛，均不應予考量，不過，乙後階段採取防衛手段本身逾越必要性，倒是可以在防衛過當中考量，換言之，本案例應成立故意重傷害罪，但存有雙重的過當事由（時間界限、防衛強度），若以刑法規範主要以強度過當為重點而言，該防衛手段強度的過當情事，可以作為引用刑法第23條但書的理由，而時間界限的特別類型，則可作為量刑上減輕刑責的考量¹⁵⁹。

158 由於前階段與後階段的防衛行為，在攻擊類型上有高度近似性，且出於同一防衛意思，理應認為屬於進展型的接續犯，只論重傷害一罪。

159 相近案例的討論，vgl. *Engländer* (Fn. 125), S. 411. 結論相同，但理由不明者，vgl. *Rudolf Rengier/Björn Jesse*, Semesterabschlussklausur – Strafrecht: Sparring mit Folgen, JuS 2008, S. 42 (46-47).

伍、結論

以下分點（定義、法效、近鄰類型），總結本文對於防衛過當的研究成果：

1. 典型的誤想防衛指的是客觀不存在防衛情狀，而主觀出現防衛意識的案例，其成立應個別檢視兩項要素。原則上防衛情狀的判斷應以客觀事後標準決定，必須於審判時事後蒐集一切證據與資訊後，認定無現時不法侵害，即欠缺防衛情狀，在此不依事前標準判斷；防衛意識的認定不應取決於行為人個人的懷疑，因為正當防衛是對抗不法，其阻卻違法的手段要件相對寬鬆，因此必須嚴格要求行為人的主觀認知程度，此即行為人必須達到確信，而非單純假想可能有不法侵害，才能夠認定有防衛意識。
2. 傳統諸說均未能合理解釋誤想防衛的法律效果，因此本文主張「非難援用的罪責理論」，本說特點在於故意及過失犯罪責階層的解釋，其具體內涵可區別為非難客體與非難判斷，罪責的非難對象包括對於「法益侵害事實的認知／意欲」、「存在／不存在防衛情狀的認知」，以及形成以上意志內容的形成動機與個人遵守態度等等，而罪責的非難判斷則以上述客體為憑，於刑法規範意義視角觀察下的個人可非難性。誤想防衛在此說下的實質法效即：當行為人有構成要件故意，但因誤會而產生防衛意識時，雖然該當於故意犯不法，但構成完整故意犯所應該具備的罪責非難性客體中，因誤會而產生防衛意識，故欠缺其一，因欠缺非難客體，無法形成適足的故意犯罪責之非難評價，應排除故意犯的罪責，並應具體檢討過失犯能否成立。而過失犯的審查中，構成要件只討論法益損害的迴避或預見可能性，對於「不存在防衛情狀」的預見可能性，其在規範上的可非難性，則屬於過失犯罪責階層的非難判斷議題，若足可認定有該項預見可能性，才能構成適足的過失犯罪責要素，也才能另行成立過失犯。

3. 除了典型誤想防衛之外，相關議題還包括誤想防衛過當，而後者又可依其型態區別為（1）典型誤想防衛過當、（2）誤認不法侵害強度所生之防衛過當、（3）延展型防衛過當。具體法律效果的處理，第（1）類應認屬於純粹的誤想防衛；而第（2）類則兼具誤想防衛與防衛過當的法律效果，並得雙重減輕刑責，改認定為過失犯後再依刑法第23條但書減刑；至於（3）類則可區別為提前型與延後型，提前型的延展防衛過當並非防衛過當，而是誤想防衛，可考慮改論為過失犯，但延後型的延展防衛過當則非誤想防衛，而是故意犯，但得依刑法第23條但書減、免刑責。

參考文獻

1. 中文部分

- Günther Jakobs 著，許玉秀譯（1995），罪責原則（Das Schuldprinzip），刑事法雜誌，40卷2期，頁45-84。[Jakobs, Günther (1993), Das Schuldprinzip, Opladen: Westdt. Verl.]
- Ingeborg Puppe著，蔡聖偉譯（2010），法學思維小學堂，臺北：元照。[Puppe, Ingeborg (2011), Kleine Schule des juristischen Denkens, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.]
- 川端 博著，余振華譯（2008），集中講義 刑法總論，臺北：元照。[川端 博（1997），集中講義 刑法總論，2版，東京：成文堂。]
- 王皇玉（2015），刑法總則，臺北：新學林。
- （2015），誤想防衛之成立要件與法律效果——最高法院102年度台上字第3895號判決評析，月旦裁判時報，40期，頁63-71。
- 甘添貴、謝庭晃（2006），捷徑刑法總論，2版，臺北：自版。
- 余振華（2001），從故意理論探討誤想防衛之錯誤，收於：刑法違
法性理論，臺北：元照，頁239-281。
- （2013），刑法總論，2版，臺北：三民。
- 吳耀宗（2012），此郎非狼，月旦法學教室，122期，頁27-29。
- 林山田（2008），刑法通論（上），10版，臺北：元照。
- 林東茂（2012），刑法綜覽，7版，臺北：一品。
- （2001），誤想防衛，收於：一個知識論上的刑法學思考，2
版，頁103-113，臺北：五南。
- 林鈺雄（2014），新刑法總則，4版，臺北：元照。
- 柯耀程（2000），正當防衛界線之認定，月旦法學雜誌，60期，頁

85-97。

—— (2014)，刑法總則，臺北：三民。

高金桂 (2008)，利用誤想防衛之間接正犯，月旦法學教室，64期，頁12-13。

陳子平 (2008)，刑法總論，2版，臺北：元照。

—— (2011)，正當防衛、誤想防衛與緊急避難，月旦法學教室，104期，頁99-104。

陳志龍 (1990)，許可性構成要件錯誤——兼論負面構成要件要素理論，臺大法學論叢，20卷1期，頁205-253。

許恒達 (2012)，延展型過當防衛，月旦法學教室，114期，頁33-35。

—— (2013)，再訪行為理論，成大法學，26期，頁1-58。

—— (2015)，屋主的逆襲——再論延展型過當防衛，月旦裁判時報，41期，頁49-59。

張天一 (2002)，正當防衛之成立要件與防衛過當之處置方式(下)，刑事法雜誌，46卷2期，頁66-97。

張麗卿 (2007)，刑法總則理論與運用，修訂版，臺北：五南。

郭棋湧 (2002)，論誤想防衛之違法性，法學叢刊，185期，頁57-69。

蔡聖偉 (2012)，容許事實懷疑，臺北大學法學論叢，84期，頁287-342。

黃惠婷 (2009)，正面阻卻違法事由錯誤，月旦法學教室，76期，頁74-87。

黃常仁 (2009)，刑法總論，2版，臺北：新學林。

黃榮堅 (1995)，刑法解題——關於不法意識及犯罪結構，收於：刑法問題與利益思考，頁161-229。

—— (2012)，基礎刑法學(上)，4版，臺北：元照。

薛智仁 (2015)，家暴事件的正當防衛難題——以趙岩冰殺夫案為中心，中研院法學期刊，16期，頁1-70。

—— (2015), 禁止錯誤之法律效果——為故意理論辯護, 政大法學評論, 142期, 頁149-226。

蘇俊雄 (1998), 刑法總論II, 修訂版, 臺北: 自版。

2. 外文部分

Arzt, Gunther (1979), Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 91, S. 857-887.

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang (2003), Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld: Giesecking.

Börner, René (2002), Der Erlaubnistatbestandsirrtum bei Fahrlässigkeitsdelikten, GA, S. 276-286.

Dreher, Eduard (1972), Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, in: Lüttger/Blei/Hanau (Hrsg.), Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin: de Gruyter, S. 207-228.

Engländer, Armin (2012), Die Entschuldigung nach § 33 StGB bei Putativnotwehr und Putativnotwehrexzess, JuS, S. 408-412.

Fischer, Thomas (2010), Strafgesetzbuch, 57. Aufl., München: C. H. Beck.

Frank, Reinhard (1925), Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 16. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.

Frisch, Wolfgang (1983), Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, Köln: Carl Heymanns.

Frister, Helmut (2004), Erlaubnistatbestandszweifel – Zur Abwägung der Fehlentscheidungsrisiken bei ungewissen rechtfertigenden Umständen, in: Rogall et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Rudolphi, Berlin: Hermann Luchterhand, S. 45-60.

Gallas, Wilhelm (1968), Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom

- Verbrechen, in: ders., Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin: Walter de Gruyter, S. 19-58.
- (1979), Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: Bemmann/Kaufmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann, München: C. H. Beck, S. 155-179.
- Gasa, Kjell (2005), Die Behandlung des Irrtums über rechtfertigende Umstände im Gutachten – Typische Fehler, JuS, S. 890-894.
- Geppert, Klaus (2007), Notwehr und Irrtum. Putativnotwehr, intensiver und extensiver Notwehrexzess, Putativnotwehrexzess, Jura, S. 33-40.
- Gropengießer, Helmut (2000), Das Konkurrenzverhältnis von Notwehr (§ 32 StGB) und rechtfertigendem Notstand (§ 34 StGB), Jura, S. 262-267.
- Graul, Eva (1995), Notwehr oder Putativnotwehr – Wo ist der Unterschied?, JuS, S. 1049-1056.
- Günther, Hans-Ludwig (2007), Kommentierung zu Vor. § 32 StGB, in: Rudolphi et al. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., Köln: Carl Heymanns.
- Heinrich, Bernd (2014), Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer.
- Hegler, August (1915), Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36, S. 19-44.
- Herzberg, Rolf Dietrich (1989), Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau (Teil 2), JA, S. 294-300.
- Herzog, Felix (2010), Kommentierung zu §§ 32, 33 StGB, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, §§ 32-33.
- Heuchemer, Michael (2005), Der Erlaubnistatbestandsirrtum, Berlin: Duncker & Humblot.

- Hillenkamp, Thomas (2006), 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin: Hermann Luchterhand.
- Hirsch, Hans Joachim (1960), Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, Bonn: L. Röhrscheid.
- (1999), Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, in: ders., Strafrechtliche Probleme (Teil II), Berlin: Duncker & Humblot, S. 366-404.
- (2006), Einordnung und Rechtswirkung des Erlaubnissachverhaltsirrtum, in: Hoyer et al. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, Heidelberg : C. F. Müller, S. 223-239.
- Kaufmann, Armin (1982), Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: ders., Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Köln: Carl Heymanns, S. 151-171.
- Kaufmann, Arthur (1987), Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, in: Küper et al. (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner, Berlin: de Gruyter, S. 185-197.
- Kühl, Kristian (2008), Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München: Vahlen.
- Jakobs, Günther (1993), Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin: de Gruyter.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas (1996), Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Lenckner, Theodor/Sternberg-Lieben, Detlev (2010), Kommentierung zu Vor. § 32 StGB, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., München: C. H. Beck.
- Liszt, Franz v./Schmidt, Eberhard (1932), Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., Berlin: de Gruyter.
- Mezger, Edmund/Blei, Hermann (1960), Strafrecht Allgemeiner Teil, 9.

- Aufl., München: C. H. Beck.
- Müller-Christmann, Bernd (1989), Der Notwehrexzeß, JuS, S. 717-720.
- (1994), Überschreiten der Notwehr – BGHSt 39, 133, JuS, S. 649-653.
- Neumann, Ulfrid (2010), Kommentierung zu § 17 StGB, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Nippert, Allit/Tinkl, Cristina (2002), Erlaubnistatbestandsirrtum? Auswirkungen der ex-ante- bzw. ex-post-Beurteilung der Rechtfertigungslage von § 32 und § 34 StGB, JuS, S. 964-970.
- Otto, Harro (1990), Der Verbotsirrtum, Jura, S. 645-650.
- (2004), Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., Berlin: de Gruyter.
- Paeffgen, Hans-Ulrich (2010), Kommentierung zu §§ Vor. 32, 32, 33 StGB, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Perron, Walter (2010), Kommentierung zu §§ 16, 32, 33 StGB, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, München: C. H. Beck, §§ 16, 32-33.
- Puppe, Ingeborg (2010), Kommentierung zu § 16 StGB, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, § 16.
- Rengier, Rudolf (2011), Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München: C. H. Beck.
- Rengier, Rudolf/Jesse, Björn (2008), Semesterabschlussklausur – Strafrecht: Sparring mit Folgen, JuS, S. 42-47.
- Requejo, Carmen (2005), Die Putativnotwehr als Rechtfertigungsgrund, JA, S. 114-119.
- Rinck, Klaus (2000), Der zweistufige Deliktsaufbau, Berlin: Duncker &

Humblot.

- Rönnau, Thomas (2009), Grundwissen – Strafrecht: Subjektive Rechtfertigungselemente, JuS, S. 594-597.
- Roxin, Claus (2006), Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl., München: C. H. Beck.
- Rudolphi, Hans-Joachim (1969), Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff, JuS, S. 461-466.
- (1989), Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, in: Dornseifer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln: Carl Heymanns, S. 371-397.
- Rudolphi, Hans-Joachim/Stein Ulrich (2007), Kommentierung zu § 15 StGB, in: Rudolphi et al. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., Köln: Carl Heymanns, § 15.
- Safferling, Christoph (2008), Vorsatz und Schuld: subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Sauren, Jürgen (1988), Zur Überschreitung des Notwehrrechts, Jura, S. 567-573.
- Schaffstein, Friedrich (1961), Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, in: Göttinger Festschrift für as Oberlandesgericht Celle, Göttingen: Otto Schwartz, S. 175-206.
- Schmidhäuser, Eberhard (1958), Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen: Mohr Siebeck.
- (1973), Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, in: Lackner et al. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas, Berlin: de Gruyter, S. 81-97.
- Schröder, Christina (2000), Angriff, Scheinangriff und die Erforderlichkeit der Abwehr vermeintlich gefährlicher Angriffe, JuS, S. 235-241.

- Schünemann, Bernd/Greco, Luís (2006), Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem. Oder: Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik?, GA, S. 777-792.
- Schuster, Frank Peter (2007), Der Doppelirrtum auf Rechtfertigungsebene, JuS, S. 617-621.
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar (2011), Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München: Vahlen.
- Strauß, Rainer (2000), Fall-Würgegriff, NJW, S. 1348.
- Theile, Hans (2006), Der buwusste Notwehrexzess, JuS, S. 965-967.
- Trüg, Gerson (2001), Grenzen der Rechtfertigung und Erlaubnistatbestandsirrtum, Jura, S. 30-34.
- Welzel, Hans (1961), Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., Göttingen: Schwartz.
- (1969), Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin: de Gruyter.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner (2007), Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.

On Putative Self-Defense

*Heng-Da Hsu**

Abstract

This article aims at analyzing legal issues concerning putative self-defense from the perspective of German criminal theory's three-level system. It discusses three major topics about putative self-defense: its definition, criminal liability and varied cases, i.e. "excess of putative self-defense." In terms of its definition, this article argues that the requirement of imminence of unlawful attack shall be judged retrospectively, and the defenders shall have conviction that the use of force is in need. As for the liability of putative defender, a new German theory called "die vorwurfverweisende Schuldtheorie" is developed by the author to replace the standing approaches to resolve these problems. Lastly, the author distinguish "excess of putative self defense" into three different categories. Criminal liability of defenders in each case will also be analyzed accordingly.

KEYWORDS: self defense, putative self-defense, culpability theory, intention theory, valuelessness of conviction (*Gesinnung*), excess of putative self-defense.

* Associate Professor, College of Law, National Chengchi University.