

不法挑唆與正當防衛*

薛智仁**

摘要

依據主流刑法學說，挑唆防衛構成正當防衛之社會倫理限制事由，挑唆者喪失完整的正當防衛權限，理由是權利濫用禁止，以及正當防衛的維護法秩序或保護個人權利功能降低。本文認為，權利濫用禁止無法適用於正當防衛，在挑唆行為不影響受害者自主決定實施現在不法侵害的情形下，防衛行為維護法秩序與保護個人權利的功能不受影響，故挑唆防衛的限制欠缺正當性。本文進一步認同原因不法行為理論，主張挑唆行為可能是故意或過失地實現犯罪構成要件的不法行為，挑唆者因此成立犯罪。多數學說提出法益侵害結果無法歸責於挑唆行為、承認不法挑唆行為將違反罪刑法定原則、不法挑唆與合法防衛無法併存等反對論點，都無法撼動此一理論的合理性。相對於通說之挑唆防衛成立要件和法律效果皆不夠明確，原因不法行為理論反而提供了更簡潔有力的解決方案。

關鍵詞：正當防衛、合宜性、挑唆防衛、權利濫用、維護法秩序、保護個人權利、自我負責、原因不法行為、罪刑法定原則。

* 投稿日：2020年2月5日；接受刊登日：2020年5月29日。〔責任校對：廖翊婷〕。

筆者誠摯感謝匿名審查人提供之寶貴意見，減少本文之錯漏。

** 國立臺灣大學法律學院教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/62711012.pdf>。



目次

壹、前言	六、小結
貳、挑唆行為作為限制防衛的理由	參、挑唆行為作為歸責對象
一、權利濫用	一、客觀不法
二、禁止維護法秩序	二、主觀不法
三、喪失保護個人權利之需求	三、反駁質疑
四、違反前行為保證人義務	四、理論優點
五、禁止主張正當防衛之法律效果	肆、結論

壹、前言

刑法第23條正當防衛係指對於現在不法侵害，為了防衛自己或第三人利益，對於不法侵害者實施必要之防衛手段。相較於其他的緊急權限，正當防衛的特色在於手段的銳利性，防衛者不負迴避侵害的義務，防衛手段也不適用利益權衡的要求。不過，通說為防衛手段附加所謂合宜性（Gebotenheit）或社會倫理之限制，在無罪責者之侵害、利益顯然失衡、雙方有特定親屬關係、以及挑唆防衛等情形裡，要求防衛者迴避侵害、消極抵抗，甚至忍受輕微的損害，不得已時始得積極反擊¹。上述社會倫理限制事由各有不同的

¹ 林山田，刑法通論（上冊），10版，頁328-332（2008年）；黃常仁，刑法總論——邏輯分析與體系論證，2版，頁56-59（2009年）；林鈺雄，新刑法總則，7版，頁254-257（2019年）；王皇玉，刑法總則，5版，頁290-293（2019年）。德國文獻，參考Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 7 Rn. 157 ff.; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 32 III。正當防衛之社會倫理限制的法制史沿革，詳見古承宗，正當防衛的法釋義結構與流變——法制史面向的考察，月旦裁判時報，78期，頁72-74（2018年）。

理論基礎，在學說上早已有諸多檢討的聲音²。對於正當防衛之社會倫理限制的學說意見，我國實務過去鮮少有所回應，直至近年來在若干事實審法院的判決中，才開始承認挑唆防衛作為正當防衛之限制事由。因此，檢視挑唆防衛的社會倫理限制正當性、成立要件及法律效果，格外兼具理論與實務價值。在正式檢討之前，我們有必要先了解目前有關挑唆防衛的討論狀況，作為後續思考的出發點。

所謂挑唆防衛，大致上是指挑唆者先引起他人的現在不法侵害，對於該現在不法侵害實施必要的防衛手段³。挑唆防衛所指涉的情節相當多元，學說通常根據挑唆行為的不同特徵，將之區分為「意圖挑唆」與「其他可非難之挑唆」兩大形態⁴。「意圖挑唆」係指挑唆者引起他人實施現在不法侵害，目的正是為了創造正當防衛的外觀而攻擊受害者。例如，甲明知乙極為厭惡別人在公開場合喊他的綽號，聞言一定出手攻擊，卻刻意喊乙綽號，就是為了在乙出手時，動手反擊以實現傷害乙之目的。意圖挑唆除了行為人必須出於侵害意圖之外，挑唆行為是否以違反法律（例如喊乙綽號構成公然侮辱）為前提，或是具有社會倫理可非難性即為已足，學說意見尚不一致⁵。相對地，「其他可非難之挑唆」係指挑唆者欠缺攻擊侵

2 國內學說，詳見張天一，對正當防衛受社會道德限制之再檢討——以正當防衛阻卻違法之實質根據為中心，*刑事法雜誌*，45卷4期，頁71-123（2001年）。

3 如果挑唆行為本身就構成現在不法侵害，受害者的反擊又是必要的防衛手段，屬於正當防衛的合法行為，挑唆者自始就沒有面臨現在不法侵害，當然沒有防衛權限，此種情形不屬於挑唆防衛的討論範疇。僅參考Kühl (Fn. 1), § 7 Rn. 211 f.

4 批評這組概念之區分標準不明，參考Paul Bockelmann, *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, in: Barth (Hrsg.), *Festschrift für Richard M. Honig: zum 80. Geburtstag*, 3. Januar 1970, 1970, S. 19 (23 f.).

5 違法前行為說：Claus Roxin/Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 5. Aufl., 2020, § 15 Rn. 65；社會倫理可非難性說：Walter Perron/Jörg Eisele, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., 2019, § 32 Rn. 55；林書楷，論挑唆防衛及其防衛權限制，收於：林東茂、黃源盛、王乃彥編，*法務部廖正豪前部長七秩華誕祝壽論文集——刑法卷*，頁84-85（2016年）。

害者之意圖，但是過失地引起他人實施現在不法侵害。例如，前述的甲不小心在公開場合喊了乙的綽號，僅對乙會出手攻擊有預見可能性，而在乙攻擊時採取必要的防衛手段。在此種形態中，現在不法侵害必須和挑唆行為有時間上的緊密關係，而且是挑唆行為的相當後果，而不是異常的過度反應⁶。至於挑唆行為是有社會倫理非難性即可，抑或必須違反法律，學說同樣沒有定論⁷。

如果挑唆行為具備上述主客觀的特徵，通說認為挑唆者的防衛手段應受到特殊的限制，但是關於限制的程度及範圍，學說意見則是相當分歧。在「其他可非難之挑唆」的形態，多數學說認為挑唆者之防衛手段應受所謂「三階段理論」之限制，亦即其必須先迴避侵害，在無法迴避時進行消極抵擋，甚至忍受輕微的損害，最終始能採取積極反擊，並且盡量避免造成侵害者死亡。然而，在「意圖挑唆」的形態，傳統學說完全否定挑唆者之正當防衛權限⁸，新近

6 *Jescheck/Weigend* (Fn. 1), § 32 III 3 a); *Kühl* (Fn. 1), § 7 Rn. 226; 林書楷 (註5), 頁85。

7 違法前行為說：*Jescheck/Weigend* (Fn. 1), § 32 III 3 a); *Kühl* (Fn. 1), § 7 Rn. 215 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 5), § 15 Rn. 73; *Volker Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl., 2017, § 32 Rn. 234; 社會倫理可非難性說：林書楷 (註5), 頁84-85; 林鈺雄 (註1), 頁257。

8 林鈺雄 (註1), 頁256; 王皇玉 (註1), 頁290; 盧映潔, 挑唆防衛, 月旦法學教室, 7期, 頁50 (2003年); 吳耀宗, 挑撥防衛之問題, 月旦法學教室, 101期, 頁21 (2011年); 黃惠婷, 正當防衛之防衛行為, 台灣本土法學雜誌, 29期, 頁137 (2001年); 余振華, 刑法違法性理論, 2版, 頁186-187 (2010年)。德國文獻, *Perron/Eisele* (Fn. 5), § 32 Rn. 56。值得注意者, 有少數學說及實務認為, 意圖挑唆之人不得正當防衛的理由是欠缺防衛意思, 因為挑唆者在實施防衛行為時, 實際上是以攻擊侵害者為目的, 而不是真正為了防衛現在不法侵害, 林東茂, 刑法綜覽, 8版, 頁1-114 (2016年); 臺灣高等法院96年度上更(二)字第940號刑事判決; 德國文獻, 例如 *Volker Krey/Robert Esser*, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2016, Rn. 555。不過, 目前公認的「防衛意思」係指行為人對於正當防衛事實情狀的認識, 並不以出於防衛動機為必要。即使挑唆者的主要目的在攻擊侵害者, 這並不會改變他同時認識到是在面對侵害者的現在不法侵害, 因而採取了必要的防衛手段。因此, 挑唆者的防衛行為出於攻擊目的, 並不會使其欠缺防衛意思。僅參考 *Bockelmann* (Fn. 4), S. 25; *Nikolaos Bitzilekis*, *Die neue Tendenz der Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984, S. 168 ff.; *Wolfgang Mitsch*, *Nothilfe gegen provozierte Angriffe*, GA 1986, S. 533 (537);

學說則是傾向比照「其他可非難之挑唆」受到三階段理論之限制⁹。另有學說認為，挑唆防衛之限制僅適用於「意圖挑唆」，在「其他可非難之挑唆」挑唆者仍然享有完整的正當防衛權限¹⁰。相對於主流學說承認挑唆防衛之限制，少數學說則是否定此一限制的正當性，承認挑唆者保有完整的正當防衛權限，必要之防衛行為得阻卻不法¹¹。不過，在少數學說的支持者當中，部分學說轉而強調挑唆者的挑唆行為構成犯罪的可能性，就其經由防衛行為所造成的法益侵害，視情形可能成立故意或過失犯。此種連結挑唆行為證成挑唆者可罰性的觀點，被稱為「原因不法行為理論」(*actio illicita in causa*)¹²。

Anette Grünewald, Notwehreinschränkung — insbesondere bei provoziertem Angriff, ZStW 122 (2010), S. 51 (71 f.)。目前的學說與實務，都是將挑唆防衛視為正當防衛之社會倫理限制事由。

- ⁹ *Jescheck/Weigend* (Fn. 1), § 32 III 3 a); *Erb* (Fn. 7), § 32 Rn. 227; *Grünewald* (Fn. 8), S. 85; *Michael Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 274; *Thomas Rönnau/Kristian Hohn*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), Strafrechtbuch Leipziger Kommentar, Bd. 3, 13. Aufl., 2019, § 32 Rn. 252; 林書楷，刑法總則，4版，頁139-141（2018年）；陳俊榕，論「挑唆防衛」，國立中正大學法學集刊，39期，頁90-92（2013年）（限制程度仍有不同）。
- ¹⁰ 許恒達，正當防衛與挑唆前行為，月旦刑事法評論，2期，頁112-127（2016年）。
- ¹¹ 黃榮堅，基礎刑法學（上冊），4版，頁250-251（2012年）（但對於侵害之不法性主張有責說）；張天一（註2），頁104-105。德國文獻：*Hans-Ullrich Paeffgen/Benno Zabel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), NomosKommentar Strafrecht, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, Vor §§ 32 ff. Rn. 147, 148; *Winfried Hassemer*, Die provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts, in: *Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 225 (243 f.); *Holger Matt*, Eigenverantwortlichkeit und subjektives Recht im Notwehrrecht, NSZ 1993, S. 271 (271 ff.)。
- ¹² 完全承認此一理論：*Helmut Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, § 16 Rn. 30; *Bernhard Hardtung/Holm Putzke*, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 608 f., 751 ff.; *Eberhard Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil (Studienbuch), 2. Aufl., 1984, 6/82; *Michael Lindemann/Tilman Reichling*, Die Behandlung der so genannten Abwehrprovokation nach den Grundsätzen der *actio illicita in causa*, JuS 2009, S. 496 (500 ff.); BGH NJW 2001, S. 1075 (1076); *Horst Schlehofer*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 1, 3. Aufl.,

反觀我國實務，早期最高法院曾云「查刑法上防衛行為，祇以基於排除現在不正侵害者為已足，其不正之侵害，無論是否出於防衛者之所挑動，在排除之一方仍不失其為防衛權之作用」¹³，似乎不承認挑唆防衛的限制。然而，實務近年來繼受通說對於挑唆防衛的限制，諸多事實審判決反覆援引如下的論述：「若行為人所遭受之現在不法侵害係因可歸咎於行為人自身之行為所導致、且行為人本即能預見自身行為可能導致侵害之發生時，為免行為人濫用正當防衛權、及基於所防衛的法秩序必要性較低之考量，行為人之防衛權自應受到相當程度之限制，亦即此時行為人應先選擇迴避所面臨之侵害，僅在侵害毫無迴避可能性時始得對之主張正當防衛，此即通說所稱『合宜性防衛理論（挑唆防衛理論）』之一環。¹⁴」歸納而言，至今的實務案件幾乎皆屬於「其他可非難之挑唆」形態，只要挑唆者可能預見其將導致不法侵害發生，挑唆行為在社會道德上難以容忍¹⁵，其面對現在不法侵害時，便負有迴避侵害的義務，在

2017, Vor § 32 Rn. 67 ff.; 僅在挑唆者無法迴避或迴避將承受重大風險時，始承認此一理論之適用：Perron/Eisele (Fn. 5), § 32 Rn. 57, 61; Erb (Fn. 7), § 32 Rn. 229。不過，以「原因不法行為」表達連結挑唆行為證成可罰性的觀點，不符合此一拉丁文用語的意義。此一概念是德國刑法學者Eduard Kohlrausch在1927年仿效「原因自由行為」(*actio libera in causa*)所創造的，此一拉丁文概念的原始意義係指，一個行為自身是合法行為，基於其原因係屬不法，例外地認定該行為本身不合法。換言之，在挑唆防衛的脈絡下，「原因不法行為」的原始意思是「防衛行為」例外地不得阻卻不法，而不是「防衛行為」阻卻不法，轉而認定「挑唆行為」構成犯罪。參考Joachim Hruschka, Bestrafung des Täters trotz Rechtfertigung der Tat? Zu den „Provokations-“ und ähnlichen Fällen, ZStW 113 (2001), S. 870 (880 f.)。儘管如此，在當代刑法學脈絡下，「原因不法行為」概念已經被穩定使用於建構引起阻卻不法情狀的前行為的可罰性，故本文仍然採用此一用語，重點放在檢討其理論的實質正當性。

13 最高法院18年度上字第228號判例（此一判例因欠缺裁判全文可考而停止適用）。目前事實審法院仍然支持此一見解者，例如臺灣高等法院108年度上易字第1498號刑事判決；臺灣士林地方法院109年度原訴字第10號刑事判決。

14 臺灣新北地方法院101年度簡上字第84號刑事判決。嚴格說來，這段判決文字將「合宜性防衛理論」等同於「挑唆防衛理論」，在用語上不夠精確，因為後者僅是防衛手段應受「合宜性」限制的情形之一而已。

15 臺灣新北地方法院100年度易字第3073號刑事判決（向被害人潑水）；臺灣新北

無法迴避侵害時始得行使正當防衛。

歸納以上對於挑唆防衛之學說與實務見解，挑唆者就其在正當防衛情狀下造成之法益侵害原則上應成立犯罪，爭議的焦點在於哪個行為才是真正的歸責對象¹⁶。主流學說及實務對於直接造成侵害的「防衛行為」，透過限制挑唆者之正當防衛權限，使其不適用正當防衛而成立犯罪；「挑唆行為」不成立犯罪，僅構成限制正當防衛的理由。相對地，依據原因不法行為理論，「防衛行為」仍可適用正當防衛而無罪，間接造成侵害的「挑唆行為」才是挑唆者成立犯罪的理由。這兩種論證途徑，看似都承認挑唆者有罪，但是二者對於挑唆者的責任評價有所差異；歸責對象的不同，也連帶影響參與防衛行為之第三者的刑責¹⁷。在此一背景下，本文首先必須解決的問題是：就防衛行為而言，挑唆防衛之社會倫理限制的正當性為何？這是釐清挑唆行為何時、如何限制正當防衛權限的先決問題

地方法院101年度簡上字第84號刑事判決（與被害人配偶不當交往）；臺灣高雄地方法院102年度簡上字第461號刑事判決（毆打被害人之子）；臺灣新北地方法院103年度訴字第894號刑事判決（以磚頭丟擲被害人之車輛）；臺灣花蓮地方法院104年度訴字第117號刑事判決（本案未證明被告向被害人言語挑撥）；臺灣臺北地方法院104年度易字第945號刑事判決（取走被害人使用之菸灰缸）；臺灣南投地方法院105年度易字第258號刑事判決（雙手抱胸逼近被害人叫罵「怎樣」）；臺灣高等法院臺中分院106年度上易字第858號刑事判決（同上）；臺灣花蓮地方法院106年度原訴字第5號刑事判決（本案未證明被告有挑唆行為，但以被告有等候告訴人前來攻擊之舉止，逾越一般人日常合理之行動自由範圍，屬於正當防衛之權利濫用）；臺灣嘉義地方法院107年度簡上字第6號刑事判決（以類似登山杖之物朝被害人背後揮舞，已碰觸其身體）；臺灣臺中地方法院107年度易字第1077號刑事判決（經營水果攤而與鄰人拉扯隔板）；臺灣臺中地方法院107年度易字第3632號刑事判決（向被害人噴水）；臺灣臺中地方法院107年度訴字第2866號刑事判決（動手企圖搗住被害人嘴巴）；臺灣高等法院臺中分院108年度上易字第1276號刑事判決（掀翻他人菜攤，又衝向被害人欲毆打）；臺灣高等法院臺中分院108年度上訴字第1691號刑事判決（企圖搗住告訴人嘴巴）；臺灣新北地方法院109年度簡字第1993號刑事判決（與被害人口角）。少數案件認定為意圖挑唆，臺灣高等法院臺中分院109年度第1569號刑事判決（預藏藍波刀並叫罵被害人與其決鬥）。

¹⁶ *Kühl* (Fn. 1), § 7 Rn. 210.

¹⁷ 請參見下述「參、四」之說明。

(下述「貳」)。接著必須分析，間接透過防衛行為造成的法益侵害，是否可歸責給挑唆行為(下述「參」)?依據分析的結果，如果能夠確立其中一個行為的不法性，那麼無庸立法者介入，法院即可依據現行法適切地評價挑唆者的刑責；如果無法確立任何一個行為的不法性，對於此一刑法釋義學所得出之無罪結論，立法者若認為是難以忍受的法益保護漏洞，就必須明文規定處罰條款，而不是任由學說與實務自行操作(下述「肆」)。

本文必須先說明的是，在實務上，因為不易證明挑唆者的挑唆意圖，挑唆防衛幾乎都是「其他可非難之挑唆」的型態，但是本文仍然以「意圖挑唆」作為討論對象。因為，本文的核心關懷是，挑唆行為作為限制正當防衛的理由，以及作為法益侵害結果的歸責對象，在規範上有無正當性，針對「意圖挑唆」型態所得到的分析結果，基本上也能適用在「其他可非難之挑唆」型態。據此，為了行文方便起見，本文對於挑唆行為能否限制正當防衛、挑唆行為可否成為歸責對象等兩個問題的分析，原則上是以「意圖挑唆」的形態作為討論對象，僅在說明必要時才加入「其他可非難之挑唆」的形態。

貳、挑唆行為作為限制防衛的理由

多數學說與上述實務判決支持挑唆行為構成正當防衛權限的限制，論述重點放在挑唆防衛的成立要件與法律效果。但是，根本的問題在於，為何挑唆行為導致挑唆者喪失完整的正當防衛權利。唯有澄清其根本理由，才能夠推論挑唆防衛是否、如何限制正當防衛權限。本文以下會先檢視最普遍、但也最抽象的權利濫用禁止理論(下述「一」)。在確定這個抽象觀點不具說服力之後，接著從更為具體的內部與外部觀點，考慮挑唆防衛的限制理由。所謂內部觀

點，係指根據通說主張之正當防衛兩大功能，亦即維護法秩序和保護個人權利，解析挑唆行為是否導致正當防衛之功能落空，使挑唆者喪失完整的防衛權限（下述「二」、「三」）。所謂外部觀點，則是指從正當防衛功能以外之規範觀點，說明正當防衛權限為何受到排除（下述「四」、「五」）。

一、權利濫用

多數學說及實務以權利濫用禁止作為正當防衛之限制基礎，挑唆防衛亦被認為構成權利濫用的情形，故挑唆者的正當防衛權限應予排除或限制¹⁸。在現行法底下，權利濫用禁止僅被明訂於民法第148條第1項「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的」，但是權利之行使有其內在界限，被視為適用於法秩序之所有權利的法律基本原則。因此，即使刑法典並未明訂正當防衛權利不得被濫用，通說認為其同樣受此一基本原則之限制。不過，此一主流觀點有無說服力，端視如何解答兩個前提問題：其一，權利濫用禁止能否被援用於刑法的正當防衛權限上；其二，挑唆者實施正當防衛是否構成權利濫用。

就第一個問題，多數學說基於任何權利皆有其內在界限，認為正當防衛權限亦適用權利濫用禁止。不過，仔細觀察可知，「權利濫用禁止」的適用前提是，某人擁有特定的權利，某種行使權利的方式被認定為濫用，但是這並不影響某人擁有該權利，並且仍得以其他方式行使該權利¹⁹。換句話說，權利濫用的概念前提是，系爭權利存在「既存權利的內在界限」和「權利行使的限制」這個階層

¹⁸ 林山田（註1），頁328；黃常仁（註1），頁56；林鈺雄（註1），頁256；王皇玉（註1），頁290；林書楷（註5），頁91；林書楷（註9），頁138-140。德國文獻：*Urs Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *NomosKommentar Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, § 32 Rn. 121.

¹⁹ 參考王澤鑑，民法總則，增訂新版，頁621（2014年）。

關係²⁰。例如，所有權人出借他人不動產，嗣後將不動產讓與給第三人，第三人係為了脫免原所有人容忍占有之義務而惡意受讓該不動產，再向占有人行使物上請求權，此一權利行使即係以損害他人為主要目的，構成權利濫用²¹。但是，權利濫用的評價，僅是禁止新的所有權人向占有人請求返還不動產，並不會連帶使其喪失不動產的所有權。由此可知，「權利濫用禁止」的概念前提是，濫用不影響權利本身的存續。

那麼，此一概念前提在正當防衛權限是否滿足呢？答案是否定的。正當防衛權限雖然是來自個人的主觀權利，但是主觀權利的持有人有無正當防衛權限，取決於個案情節是否符合正當防衛要件²²。例如，不動產所有權人，固然基於其所有權人地位，對於違法占用之人享有正當防衛權限，但這只是一個抽象的權利主張；所有權人有無正當防衛權限，完全取決於具體個案中違法占用之人是否構成現在不法侵害，以及所有權人驅逐或傷害占用人是否為必要的防衛手段。只要欠缺任何一個正當防衛的成立要件，所有權人就沒有正當防衛權限。基於如此的道理，如果我們將挑唆防衛列為「權利濫用」的形態之一，挑唆者的防衛手段逾越社會倫理的限制，係自始沒有正當防衛權限，而不是享有正當防衛權限，僅不得以特定方式行使之。既然挑唆者依法自始沒有正當防衛權限，邏輯上就難以稱其防衛手段為權利濫用，「權利濫用禁止」的概念無法適用於正當防衛上²³。

20 Vgl. *Ulfrid Neumann*, Zurechnung und „Vorverschulden“: Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, 1985, S. 159 ff.

21 參考王澤鑑（註19），頁619-620。

22 不同意見，*Armin Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 319 ff.

23 *Schmidhäuser* (Fn. 12), 6/75, 82; *Mitsch* (Fn. 8), S. 539; *Rönnau/Hohn* (Fn. 9), § 32 Rn. 226; *Hassemer* (Fn. 11), S. 241 f.; *Joachim Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, S. 305; *Carl-Friedrich Stuckenberg*, Provozierte Notwehrlage und Actio illicita in causa: Der Meinungsstand im Schrifttum, JA 2001, S. 894 (897).

退一步來說，即使肯定「權利濫用禁止」可以適用於正當防衛，多數學說還必須解決第二個前提問題，也就是挑唆防衛是否構成權利濫用。對此，多數學說僅是論斷挑唆防衛構成權利濫用，卻未說明其判斷標準²⁴。為了判斷挑唆防衛是否構成權利濫用，我們可以援引民法的標準進行檢驗。固然權利濫用禁止不是專屬民法的概念，但是立法者在民法明訂權利濫用之要件，加上學說與實務對其內涵的具體化，仍可作為認定我國法秩序底下權利濫用概念的重要參考。依據民法第148條第1項，權利濫用係指權利之行使「以損害他人為主要目的」。法條文字雖然明確以權利人之主觀意思為標準，但是權利人有無損害他人之主要目的，學說及實務則是認為可以考量行使權利的外部行為²⁵，就權利人因行使權利所能取得之利益，與他人及國家社會因其行使權利所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視之為以損害他人為主要目的²⁶。

依據上述標準，挑唆防衛是否構成權利濫用，其實難以明確肯定。在意圖挑唆的情形中，儘管挑唆者有意透過防衛手段達成損害他人的效果，然而，無可否認的是，他其實同時知道防衛手段兼具防止不法侵害的效果，主觀上並非以損害他人為唯一目的²⁷。在其

24 批評參見許恒達（註10），頁115；陳子平，刑法總論，4版，頁262（2017年）。

25 參考施啟揚，民法總則，7版，頁434（2007年）；鄭冠宇，民法總則，5版，頁244（2018年）。

26 最高法院71年度台上字第737號判例；最高法院96年度台上字第334號判決、最高法院102年度台上字第978號判決。相同學說立場：王澤鑑（註19），頁617-618；林誠二，民法總則新解——體系化解說（下冊），3版，頁351（2012年）。

27 值得比較的是，德國民法第226條「權利之行使，不得專以損害他人為目的」，在行使權利係以損害他人為唯一目的、權利人並無值得保護之利益、或主張權利僅為追求不符契約或不被容許之目的時，始構成權利濫用，就此僅參考 *Heinrich Dörner*, in: *Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, 10. Aufl., 2019, § 226 Rn. 2。以此為基礎，同樣有許多刑法文獻指出，挑唆者在實施防衛行為時，兼有保護自己利益的意思，並非純粹以損害他人為目的，故不

防衛行為兼具防衛和侵害目的之下，侵害目的能否被評價為「以損害他人為主要目的」，則是僅能取決於挑唆者行使正當防衛在客觀上所帶來的利弊是否明顯失衡。實際上，挑唆者的防衛手段，就其有效阻止法益遭受現在不法侵害而言，和一般的正當防衛沒有兩樣，它不僅有保護個人權利的效果，同時宣示法秩序不容違法侵害。既然如此，如果要認定此時的防衛手段重大地侵害公共利益或他人利益，則必須說明挑唆行為及其背後的侵害目的，是否減損防衛手段保全個人權利或維護法秩序的功能，或者會使防衛手段牴觸其他重要價值。這個問題不能只憑直覺進行回答，而是需要結合正當防衛的理論基礎進行分析。因此，多數學說宣稱挑唆防衛構成「權利濫用」，如果論證上沒有結合正當防衛的理論基礎，並說明其係重大失衡地侵害公益或他人利益，則至多是個不附理由的主張²⁸。此一論證缺漏，清楚顯示在「權利濫用」的判斷標準模糊不清上²⁹。

綜上所述，「權利濫用禁止」無法建構防衛手段的社會倫理限制，根本原因是正當防衛欠缺適用權利濫用禁止的邏輯前提；除此之外，挑唆防衛是否重大失衡地侵害公益或他人利益，必須根據正當防衛的理論基礎加以分析，始可能獲得較為明確的結論³⁰。

符合此一權利濫用標準，參考Neumann (Fn. 20), S. 156 f.; Renzikowski (Fn. 23), S. 305; Carl-Friedrich von Scherenberg, Die sozialetischen Einschränkungen der Notwehr, 2009, S. 58 f.

28 實質相同的看法：Christian Bertel, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84 (1972), S. 1 (4); Harro Otto, Rechtsverteidigung und Rechtsmißbrauch im Strafrecht. Zum Zusammenhang zwischen den §§ 32, 34 StGB, in: Herren (Hrsg.), Kultur, Kriminalität, Strafrecht: Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag am 7. 10. 1977, 1977, S. 124 (134 ff.); Bitzilekis (Fn. 8), S. 102 f., 151 ff.; Schlehofer (Fn. 12), Vor § 32 Rn. 66.

29 相同批評，余振華（註8），頁147。

30 就此相同見解，Roxin/Greco (Fn. 5), § 15 Rn. 59; Jescheck/Weigend (Fn. 1), § 32 III 3; Rönnau/Hohn (Fn. 9), § 32 Rn. 226 f.

二、禁止維護法秩序

按照通說，正當防衛之理論基礎是保護個人權利及維護法秩序的效力³¹。通說認為，正當防衛的最大特色在於手段的銳利性，也就是防衛者在面對現在不法侵害時，沒有迴避侵害的義務，其防衛手段只需符合必要性，不必受到利益權衡的限制。正是基於維護法秩序的功能，防衛手段保護法秩序的公益效果，甚至足以平衡其致命後果，使正當防衛的適用要件有別於緊急避難。

問題是，挑唆行為和維護法秩序之間的關聯性為何？對此，學說和實務存在兩種論證途徑。第一種論證是前述判決在說明挑唆防衛的限制理由時，除了訴諸權利濫用之外，同時強調防衛法秩序的必要性降低，似乎是認為挑唆行為會減低維護法秩序的需求³²。另一種論證則是，挑唆他人從事不法侵害者，已經先行置身於法秩序之外，喪失維護法秩序的資格，故對於現在不法侵害不得行使正當防衛，僅得為了保護個人權利而行使緊急避難權限³³。類似的看法是，挑唆行為引起法秩序被侵害的危險，此一危險又透過防衛行為被實現，如果法秩序容許此一實現法秩序危險的防衛行為，反而會陷入自相矛盾的狀態，故挑唆者不得行使正當防衛權限³⁴。簡言之，挑唆行為可能降低維護法秩序的需求，或是使挑唆者喪失維護

31 林鈺雄（註1），頁243；陳子平（註24），頁254；蘇俊雄，刑法總論II，2版，頁184-185（1998年）；張天一（註2），頁95-97。德文文獻僅參考Hassemer (Fn. 11), S. 239 ff.; Kühl (Fn. 1), § 7 Rn. 7 ff.; Jescheck/Weigend (Fn. 1), § 32 I 2; Krey/Esser (Fn. 8), Rn. 470; Roxin/Greco (Fn. 5), § 15 Rn. 1 ff.; Johannes Kaspar, Strafrecht — Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2017, Rn. 167 ff. 值得注意的是，支持保護個人權利說作為正當防衛唯一理論根據的學說逐漸增加，文獻整理僅參考Claus Roxin, Notwehr und Rechtsbewahrung, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 391 (391 f.).

32 相同主張：Jescheck/Weigend (Fn. 1), § 32 III 3 a); Roxin/Greco (Fn. 5), § 15 Rn. 69; von Scherenberg (Fn. 27), S. 200 f.

33 Claus Roxin, Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75 (1963), S. 541 (566 f., 578 f.) 實質相同的觀點，參考Kühl (Fn. 1), § 7 Rn. 240; Otto (Fn. 28), S. 144.

34 Bitzilekis (Fn. 8), S. 173 f.

法秩序的資格。

對於這個觀點，根本上必須指出的是，維護法秩序並無法成為正當防衛的理論基礎。多數學說認為，維護法秩序的觀點來自於德國學者Albert Friedrich Berner的名言「正不必迴避不正」(Recht braucht dem Unrecht nicht auszuweichen)，也就是法秩序不必對不法行為讓步，故正當防衛有捍衛法秩序的作用。不過如果考察Berner提出這句名言的脈絡，他其實是為了說明正當防衛與緊急避難的差異，亦即緊急避難涉及的是「權利」與「權利」的衝突，正當防衛涉及的是「權利」與「不法」的衝突，而不是「法秩序」與「不法」的衝突。因此，這句話的本意應是「權利不必迴避不法」，僅在強調正當防衛保護個人權利的特質，無意賦予其維護法秩序的公益性³⁵。本文認為，正當防衛的銳利性也不必訴諸維護法秩序，而是貫徹維護個人權利領域完整性的結果。因為，所謂的權利就是法律賦予個人享有完全自由的領域，在沒有得到權利人同意或法律授權的情況下，他人不得恣意地干預其權利領域。為了落實個人的主觀權利，權利人面對不法侵害之人，得採取必要的反擊措施，使他人退出其權利領域之外。如果權利人必須迴避不法侵害，或只能在保全利益相對重大時採取反擊措施，那就是法律變相地迫使權利人忍受他人的不法干預，減縮主觀權利所賦予之自由空間。這將會意味著任何人都可以透過不法侵害，片面地去改變自己與他人的權利界線，在國家機關來不及介入阻止時，不必擔心權利人的反擊，無庸承擔任何不利後果³⁶。質言之，被侵害者有權採取銳利的防衛手

35 理論源流考察，許恒達，從個人保護原則重構正當防衛，臺大法學論叢，45卷1期，頁331-341（2016年）；許恒達（註10），頁117-118。另可參考Günther Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 9 Rn. 61.

36 或有認為，即使否定或限制被侵害者的正當防衛權限，國家仍然可以透過事後追究侵害者的民刑事責任，個人權利並非陷入毫不受保護的狀態，侵害者也不是不用擔心任何不利的法律後果。不過，即使如此，我們仍然可以為了強化對於個人權利的保障，賦予個人銳利的正當防衛權限。理由在於，正當防衛所提供的是預防性的權利保護，自始防止個人權利被侵害，事後追究侵害者的民刑

段，是承認其主觀權利地位的結果；至於分配主觀權利的整體法秩序因而更加穩固，只是一個附帶的正面效果³⁷。據此，維護法秩序自始不是正當防衛的理論基礎，所謂維護法秩序的必要性減低或是挑唆者喪失維護法秩序的資格，也就不能成為挑唆防衛的限制理由。

假如退一步承認維護法秩序是正當防衛的理論基礎，那麼必須檢驗的是，挑唆行為是否會降低維護法秩序的需求。本文認為，挑唆行為不會降低維護法秩序的需求，因為維護法秩序的需求是伴隨著現在不法侵害的情狀而產生的，只要挑唆行為不會影響現在不法侵害的存在，防衛法秩序的需求就當然存在。例如，甲出於傷害意圖而在公開場合喊乙綽號，乙出手打甲構成現在不法侵害，甲又來不及尋求警察協助，出手反擊乙的不法侵害，以宣示法秩序「禁止侵害法益」的意志，就有其必要性。事實上，如果乙打人的行為成立傷害罪，其被挑唆的行為動機僅構成減刑理由的話，表示國家仍有必要動用刑罰達成積極一般預防的目的，那麼就很難說，對於這個侵害行為的防衛沒有捍衛法秩序效力的利益³⁸。我們甚至可以進一步說，挑唆行為不僅不會降低，反而會提升維護法秩序的需求³⁹。因為在現實生活中，幾乎沒有人是無緣無故去侵害他人，如

事責任缺乏此種保護效力；況且，民刑事責任的權利保護效力，受限於諸多事實上及法律上的條件，例如國家調查權限不足或當事人無法履行舉證責任，事後究責的範圍不可能涵蓋所有的不法侵害。質言之，對不法侵害者的民刑事責任追究，在功能上無法取代被侵害者的正當防衛權限。既然正當防衛的存在基礎，就是在賦予個人當場防止自己受到不法侵害的權限，那麼對於被侵害者防衛手段的不當限制，就是變相地限縮其權利領域。

37 受限於篇幅，本文在此無法進行更詳細的論證，僅參考薛智仁，正當防衛與比例原則，月旦法學雜誌，291期，頁60-63（2019年）；周漾沂，正當防衛之法理基礎與成立界限：以法權原則為論述起點，臺大法學論叢，48卷3期，頁1249-1250（2019年）。另外參考Neumann (Fn. 20), S. 165 ff.; Erb (Fn. 7), § 32 Rn. 14 ff.; Wolfgang Mitsch, Die provozierte Provokation, JuS 2017, S. 19 (22).

38 Neumann (Fn. 20), S. 174; Bitzilekis (Fn. 8), S. 171; Stuckenberg (Fn. 23), S. 899; Grünewald (Fn. 8), S. 73。結論相同：許恆達（註10），頁116。

39 Vgl. Bertel (Fn. 28), S. 12.

果實施侵害的動機越合理，代表其他人在類似情形下實施侵害的可能性越高，法秩序效力被挑戰的危險隨之上升，更應該容許被侵害者行使防衛權限。由此觀之，挑唆行為越是可以被非難，侵害者發動不法侵害就越顯得可以理解，為了維護法秩序而行使防衛權限的需求，可能反而有增無減。

不但所謂挑唆行為降低維護法秩序需求的主張有待商榷，學說所謂挑唆者透過挑唆行為而「自外於法秩序」，因而喪失正當防衛的資格，也是一個模稜兩可的論證。此一論證並未解釋，什麼人可以被評價為「自外於法秩序」，以及為何所謂「自外於法秩序」之人僅喪失以正當防衛維護法秩序的資格⁴⁰。我們可以追問，為何挑唆現在不法侵害之人已經喪失正當防衛的資格，而曾經犯罪之人「自外於法秩序」的違法情節更加重大，卻保有完整的正當防衛資格；又為何挑唆者已經喪失維護法秩序的資格，卻仍然可以承擔其他維護法秩序的任務，例如從事現行犯逮捕及擔任公務員。學說上提出挑唆行為創造法秩序的危險，防衛行為僅在實現此一危險，若是法秩序容許其主張正當防衛，將會陷入自相矛盾，雖然某程度上回答了前面的疑問，卻還是沒有說服力。因為，任何人都負有不得侵犯法秩序的義務，如果挑唆者促成他人實施現在不法侵害，那麼為了貫徹不得侵犯法秩序的行為規範，不但不應喪失以防衛行為維護法秩序的資格，反而應該被課予以防衛行為維護法秩序的義務才對⁴¹。正如同駕駛人在開車撞傷他人之後，身為違法創造他人生命危險之危險前行為人，依刑法第15條第2項負有救助被害人的義務。因此，通說否決挑唆者正當防衛的資格，並不符合維護法秩序效力的功能。

40 Vgl. Bockelmann (Fn. 4), S. 31; Bitzilekis (Fn. 8), S. 172; Grünwald (Fn. 8), S. 73; Thomas Hillenkamp, Vorsatz und Opferverhalten, 1981, S. 127 f.

41 Vgl. Mitsch (Fn. 8), S. 541.

據此，從維護法秩序的觀點來正當化挑唆防衛的限制，一來遭遇維護法秩序並非正當防衛理論基礎的根本質疑，二來也無法證明挑唆行為已經降低維護法秩序的需求，或使挑唆者喪失維護法秩序的資格。

三、喪失保護個人權利之需求

在確定維護法秩序觀點無法解釋挑唆防衛的限制之後，另一個解釋挑唆防衛限制的視角則是保護個人權利觀點。前面已說明，正當防衛之理論基礎不在於維護法秩序，而在於保護個人權利。不過即使單純從保護個人權利原則來理解正當防衛，對於如何解釋防衛手段的銳利性，在學說上仍存在切入點的差異。部分學說認為，銳利的防衛權限是來自侵害者缺乏保護需求，因為他（她）隨時可以透過終止不法侵害，防止自己承受防衛手段的侵害⁴²；部分學說則採取和本文相同的視角，認為銳利的防衛權限是為了貫徹被侵害者的主觀權利完整性所必要⁴³。現在的問題是，依據這兩種不同的切入角度，挑唆行為是否、如何影響保護個人權利的必要性，以致於不得採取銳利的防衛手段？

從侵害者欠缺保護需求的角度，必須考慮的是，挑唆行為是否例外地提升其保護需求，致使挑唆者的防衛手段必須讓步。有德國學說認為，侵害者欠缺保護需求的核心理由是，他（她）可以自由決定是否發動和繼續實施不法侵害，只要選擇放棄不法侵害，即可防止自己承受防衛行為的風險。然而，侵害者在面臨他人挑唆的時候，現實上的行動會受到情緒影響，無法克制自己不（繼續）實施

42 *Frister* (Fn. 12), § 16 Rn. 30; *Mitsch* (Fn. 8), S. 545; *Mitsch* (Fn. 37), S. 22; *Wolfgang Mitsch*, Notwehr gegen fahrlässig provozierten Angriff — BGH, NStZ 2001, 143, JuS 2001, S. 751 (753); *Walter Kargl*, Strafrecht Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit, 2019, Rn. 544. 另參考許恒達（註35），頁351-362之「侵害者法益懸置說」，也是在表達相同觀點。

43 *Engländer* (Fn. 22), S. 67 ff.

不法侵害，故其保護需求隨之提高，挑唆防衛必須受到限制⁴⁴。本文認為，侵害者的情緒的確會受挑唆行為所影響，以致於難以克制其不法侵害，為了判斷侵害者是否保有侵害與否的決定自由，情緒影響必須被納入考量。但是，挑唆行為對於侵害者情緒的影響程度，在個案中差異甚大：挑唆行為可能只是有點逾矩的玩笑，也可能是對侵害者本人或至親的人格污蔑，因此，挑唆行為對於侵害者情緒的影響，是否已經到達可評價為喪失實施不法侵害的決定自由，難以一概而論⁴⁵。在尚可期待侵害者忍受挑唆時，他（她）仍有能力選擇不採取侵害行為，其保護需求並不會提升，防衛手段沒有讓步的必要⁴⁶；在無法期待侵害者忍受挑唆時，他（她）喪失不採取侵害行為的能力，保護需求才隨之提高，不得對其採取銳利的防衛手段。在刑法上，侵害者有無控制自己行為的能力，是否保有實施不法侵害的決定自由，標準在於有無罪責。據此，挑唆行為對於侵害者的情緒影響，是否排除其決定自由，關鍵就在於其不法侵害有無完全罪責⁴⁷。如果根據被挑唆的侵害者有無完全罪責區分其保護需求，那麼關於防衛手段應該如何受到限制，已經不是挑唆防衛所獨有的問題，而是對於無完全罪責之不法侵害能否實施正當防衛的一般性問題⁴⁸。不論對此採取何種立場，挑唆者能否正當防

44 *Engländer* (Fn. 22), S. 369; *Kühl* (Fn. 1), § 7 Rn. 241; *Christian Schöneborn*, Zum Leitgedanken der Rechtfertigungseinschränkung bei Notwehrprovokation, NStZ 1981, S. 201 (201 ff.).

45 許恒達（註10），頁113亦同。

46 在此範圍內之相同意見，參考 *Bockelmann* (Fn. 4), S. 31; *Renzikowski* (Fn. 23), S. 302; *Fritz Loos*, Zur Einschränkung des Notwehrrechts wegen Provokation, in: *Ahrens/von Bar/Fischer/Spickhoff/Taupitz* (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, 1999, S. 233 (240 f.).

47 Vgl. *Stuckenberg* (Fn. 23), S. 900; *Roxin/Greco* (Fn. 5), § 15 Rn. 79.

48 通說肯定對於無完全罪責之不法侵害的正當防衛權限，但對之附加合宜性的限制，參考林鈺雄（註1），頁245、249；許恒達（註35），頁363-365。少數說否定對無完全罪責之不法侵害的正當防衛權限，僅得實施緊急避難，參考黃榮堅（註11），頁232-235；周漾沂（註37），頁1257-1260；薛智仁，阻卻不法之緊急避難：法理基礎、適用範圍與利益權衡標準，臺大法學論叢，48卷3期，頁1203-1205（2019年）。

衛，完全適用一般的正當防衛判斷標準⁴⁹。換言之，「挑唆防衛」至多是無完全罪責者侵害的一種型態，而不是限制防衛手段的獨立理由。

從維護被侵害者主觀權利完整性的角度，必須考慮的是，挑唆行為是否降低挑唆者（通常也是被侵害者）主觀權利的維護必要性，故不得實施銳利的防衛手段。有文獻認為挑唆者在實施挑唆行為時，已經「同意」侵害者的侵害，自願地承擔此一侵害的危險⁵⁰，挑唆者的主觀權利保護需求因而降低或喪失，故不得實施銳利的防衛手段。此一說法的疑義在於，挑唆者固然預見將面臨現在不法侵害，但是很難說是同意承受不法侵害的後果。因為依據其行為計畫，他（她）自始就不打算忍受侵害，反而是要透過及時的防衛手段防止遭受侵害；就算在實施挑唆行為時一度有忍受侵害的意思，這個「同意」的意思也已經透過採取防衛手段而被撤回。既然挑唆者並未真正同意侵害，表示其於法律上仍然保有主觀權利，所謂「同意」侵害或自願承擔侵害的危險，並不是降低保護必要性的理由⁵¹。

真正可能降低挑唆者主觀權利的保護需求的原因，並不是挑唆者已經同意侵害，而是挑唆者原本能夠以不實施挑唆行為來防止受到侵害，現在卻以挑唆行為使自己受到侵害。既然挑唆者對侵害的發生也與有責任，挑唆者利益的優越地位就必須退讓，以平衡雙方的利益狀態⁵²。本文認為，此一觀點根據侵害發生的具體原因，調

49 黃榮堅（註11），頁251；Mitsch (Fn. 8), S. 545.

50 Reinhart Maurach/Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl., 1992, § 26 Rn. 43.

51 Ebenso Hillenkamp (Fn. 40), S. 129; Neumann (Fn. 20), S. 144; Matt (Fn. 11), S. 272; Stuckenberg (Fn. 23), S. 897; Rönnau/Hohn (Fn. 9), § 32 Rn. 250; von Scherenberg (Fn. 27), S. 189 f.; 許恒達（註10），頁114；林書楷（註5），頁90；余振華（註8），頁178。

52 參考許恒達（註35），頁374-375；許恒達（註10），頁119-120；陳俊榕（註9），頁91；余振華（註8），頁186；Köhler (Fn. 9), S. 273 f.; Kühl (Fn. 1), § 7 Rn.

整侵害者與挑唆者的權利義務界線，可能混淆了緊急避難和正當防衛的差異。在緊急避難的情形，通常涉及的是「權利」與「權利」的衝突，衝突雙方的權利地位在形式上是對等的，在雙方發生衝突的時候，必須根據系爭權利所代表的法益位階或具體利益狀態，決定何者應該讓步。因此，避難人自行招致危難，對危難的發生與有責任的事實，足以降低避難人具體利益的優越性，成為避難手段是否衡平的考量因素⁵³。相對地，正當防衛所牽涉的是「權利」與「不法」的衝突，正當防衛的功能就在於恢復個人主觀權利所劃定的人際權利義務狀態，能否實施正當防衛，關鍵在於個人的主觀權利領域是否被不法入侵，而不在於陷入衝突的具體利益輕重⁵⁴。所謂挑唆者對於現在不法侵害的發生與有責任，並不能改變一個事實，那就是侵害者仍然負有義務尊重挑唆者主觀權利領域的完整性，其受挑唆而實施之侵害仍是不法侵害⁵⁵。如果因為先前的挑唆行為，就認定挑唆者的保護需求降低，進而限制挑唆者的防衛權限，反而是在強迫挑唆者忍受不法侵害，事實上肯認他人恣意侵犯其主觀權利的權力，抵觸正當防衛的保護個人權利意旨。依此，挑唆者既然始終並未真正同意他人的侵害，在法律上就有權堅持主觀權利領域的完整性，雖然對於侵害的發生與有責任，卻不會降低其權利保護需求。

綜上所述，從個人權利保護原則來看，挑唆防衛的限制可能來自侵害者的保護需求升高，可能來自挑唆者的保護必要性下降。就

241; *Erb* (Fn. 7), § 32 Rn. 225; *Grünwald* (Fn. 8), S. 77; *Günther Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1993, 12/49; *Urs Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989, S. 118 f. (挑唆者違反自我保護之對己義務)

53 僅參考許恒達，自招危難與阻卻違法——評最高法院九八年度台上字第六七四九號判決，*台灣法學雜誌*，157期，頁201-202（2010年）；林山田（註1），頁349-351；*Jescheck/Weigend* (Fn. 1), § 33 IV 3 c).

54 *Renzikowski* (Fn. 23), S. 312; 薛智仁（註37），頁64。

55 *Ebenso Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor §§ 32 ff. Rn. 147 a.

前者而言，挑唆行為可能造成無法期待侵害者不實施侵害，使其保護需求提高，不過此時涉及的是對於「無完全罪責之不法侵害」能否正當防衛的一般性問題，不是「挑唆防衛」應否限制的特殊問題。就後者而言，挑唆者並未真正同意其所挑唆之侵害，法律上仍保有主觀權利的完整性，被賦予正當防衛權限的需求並未改變。據此，挑唆防衛的限制難以從個人權利保護原則獲得正當性。

四、違反前行為保證人義務

我們至此已經確定，即使不法侵害是挑唆者所誘發，基本上不影響以正當防衛行為維護法秩序與保護個人權利的需求，通說對於挑唆防衛的限制正當性，只可能訴諸正當防衛理論基礎以外的規範觀點。在這個方向上，德國學者Klaus Marxen主張，挑唆者引起現在不法侵害，使侵害者面臨承受防衛後果的危險，挑唆行為屬於建構保證人義務的危險前行為，挑唆者對於侵害者負有保護義務。因此，面對現在不法侵害，挑唆者不得行使完整的正當防衛權限⁵⁶。

這個觀點並不令人陌生，通說在侵害者與防衛者存在「緊密個人關係」時，對防衛手段附加社會倫理的限制，其理由正是防衛者對侵害者有保證人義務，正當防衛的維護法秩序功能因而不得發揮完全的作用，或必須退居次要地位⁵⁷。例如，配偶之間互為保護者保證人，先生對妻子施暴，妻子不得立即積極反擊，而是必須嘗試迴避或消極抵抗。不過，在「緊密個人關係」的情形限制保證人的正當防衛權限，其最大問題在於忽略了保證人義務在此時並未具體生效。按，每個人在法秩序中都是獨立的個體，依其主觀願望安排個人生活，並且自行承擔風險，緊密的個人關係雖然建構彼此

⁵⁶ Klaus Marxen, Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr, 1979, S. 58; ähnlich Jakobs (Fn. 52), 12/49.

⁵⁷ Roxin/Greco (Fn. 5), § 15 Rn. 93 ff.; Kindhäuser (Fn. 18), § 32 Rn. 114. 結論相同，但是主張正當防衛僅在保護個人權利者，周漾沂（註37），頁1268。

照料的義務，卻無意使雙方互相成為對方生活的監護人。基於尊重個人的自主決定，緊密個人關係所建構的保證人義務，僅在他方陷入需要救助的危險狀態，而且此一危險狀態不是出於其自主決定時，才會具體生效。例如，先生出於自由意志而自殺，妻子在法律上就沒有義務阻止自殺或施加救助⁵⁸。從這個角度來看，實施不法侵害之人，知道實施侵害將有可能遭受必要防衛手段反擊，卻依然決定自陷風險，正是屬於保護者保證人不得介入干涉的情形，其保證人義務並未具體生效。既然如此，不能因為防衛者相對於侵害者居於保護者保證人地位的抽象身份，禁止其行使完整的正當防衛權限⁵⁹。

在「挑唆防衛」的情形，Marxen以前行為保證人義務限制挑唆者的正當防衛，也遭遇了類似的理論質疑。有學說批評，侵害者的危險是防衛行為所引起的，挑唆行為並不是危險前行為；而且保證人義務僅適用於無法自行排除危險的人，只要侵害者保有是否實施侵害的控制能力，即可防範自己遭受防衛手段的危險⁶⁰。本文認為，上述學說否認前行為保證人義務足以限制挑唆者的正當防衛權限，在結論上可資贊同，但是其理由不應在於挑唆行為不是危險前

58 自我負責原則對保證人義務之限制，亦可參考高金桂，不作為犯與保證人義務，軍法專刊，58卷5期，頁158-159、161（2012年）。如果妻子或第三人強行阻止先生自殺，因此實現傷害罪或強制罪之構成要件，能否適用緊急避難予以阻卻不法，則是另一個爭議問題。對此，詳見薛智仁（註48），頁1185-1186之討論。

59 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48-49（2015年）；Bitzilekis (Fn. 8), S. 124; von Scherenberg (Fn. 27), S. 167 ff.; Rafael van Rienen, Die „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts, 2009, S. 274 ff. 結論相同，許恒達（註35），頁372-374（但主張正當防衛適用類衡平性要件）；Joachim Kretschmer, Notwehr (§ 32 StGB) und Unterlassen (§ 13 StGB) — eine wechselseitige Beziehung zweier Rechtsfiguren, JA 2015, S. 589 (591).

60 參考Roxin/Greco (Fn. 5) § 15 Rn. 78; Neumann (Fn. 20), S. 145 ff.; Matt (Fn. 11), S. 273; Renzikowski (Fn. 23), S. 303; Loos (Fn. 46), S. 242 f.; Grünwald (Fn. 8), S. 74; von Scherenberg (Fn. 27), S. 188；余振華（註8），頁180。

行為，而是前行為的保證人義務效力僅限於創設挑唆者不作為的可罰性，沒有「跨界」限制正當防衛權限的作用。理由如下：

上述學說在根本上否定挑唆者對於侵害者負有前行為保證人義務，在說理上有待商榷。首先，侵害者的危險雖然是直接來自防衛行為，但是仍可歸責於先前的挑唆行為。因為，挑唆行為引起了後續的利益衝突狀態（被挑唆者採取現在不法侵害），致使挑唆者為了解除此一利益衝突狀態，必須對侵害者採取必要的防衛手段。挑唆行為所引起的一連串效應，對侵害者可能造成重大損害（因防衛手段而死亡或重傷），卻並未獲致何種正面效益，是一個製造法所不容許風險的行為⁶¹。在挑唆者可能預見因此造成侵害者損害的前提底下，挑唆行為可以被評價為危險前行為。其次，侵害者保有實施侵害的控制能力，並無法排除挑唆者的前行為保證人義務。表面上看起來，被挑唆的侵害者是在認知遭受防衛手段的危險之下，仍然選擇自願地承擔此一危險，其處境和具有緊密個人關係的侵害者一樣，因此應該比照後者，主張保證人義務對之並未具體生效，無法產生限制正當防衛的效果。然而，此種可能的推論，忽略了兩種保證人型態的重大差異。在緊密個人關係的情形，不法侵害完全是由侵害者自主發動的，侵害者應該自我負責地承擔防衛行為的後果，若是以被侵害者居於保護者保證人地位，進而限制其正當防衛權，反而是否定侵害者為行為後果自我負責的餘地。相對地，在挑唆防衛的情形，不法侵害卻是挑唆者引誘侵害者所發動的，屬於挑唆者進一步利用防衛行為造成損害的中間步驟，防止侵害者因為發動不法侵害而遭受防衛手段的損害，正是挑唆者作為危險前行為人應盡的危險監督義務。因此，在挑唆防衛的情形，挑唆行為係危險前行為，挑唆者有義務防止被挑唆之侵害者遭受防衛手段的損害。

61 詳細理由，見下述「參、一、(二)」的說明。

挑唆者雖然對侵害者負有前行為保證人義務，但是保證人義務是否會產生限制正當防衛權限的效力？我們知道，前行為保證人義務的原始功能，僅是課予作為義務，在行為人違反此一義務時成立不純正不作為犯。因此，挑唆者作為前行為保證人，在完成挑唆行為之後，有義務防止被挑唆者實施不法侵害，以避免遭受防衛手段的損害，或在防衛手段已經造成損害時，採取救助措施⁶²。如果挑唆者未排除侵害者的損害（例如勸說或警告侵害者克制、將受傷的侵害者送醫），則必須就其「不作為」成立不純正不作為犯。在保證人義務足以限制正當防衛權限的說法背後，或許有個直觀的想法：既然挑唆者有義務防止侵害者受到防衛手段的損害，那麼最根本的方法，就是禁止挑唆者實施防衛手段，而不是僅限於事前勸阻或事後救助。不過，如果仔細思考，這種直觀的想法，其實忽略了「作為義務」與「禁止實施正當防衛」二者之間的重大差異：要求挑唆者事前勸阻或事後救助侵害者，此一作為義務只是限制挑唆者的一般行為自由，在違反作為義務時負起不純正不作為犯的刑事責任。相對地，禁止挑唆者實施防衛手段，是在迫使挑唆者捨棄法律所賦予之主觀權利，必須忍受不法侵害所帶來的法益風險，同時在實施防衛手段時，必須額外承擔故意作為犯的刑事責任；如此的限制所傳達給社會大眾的訊息是，國家不僅放任不法侵害，還反過來制裁行使權利的公民，徹底顛覆國家保障人民權利的任務。由此可知，如果進一步賦予保證人義務限制正當防衛權限的效力，其所帶來的個人權利負擔，將會遠超過其建構不純正不作為犯刑責的程度，此種後果已經不是原本建構保證人義務的理論基礎所能正當化的。因此，如果要使保證人在面對現在不法侵害時承擔如此廣泛的

62 需要特別說明的是，侵害者的損害結果固然直接來自正當防衛行為，通說認為正當防衛行為無法建構危險前行為之保證人地位（僅參考黃榮堅，基礎刑法學（下冊），4版，頁730-731（2012年）；林鈺雄（註1），頁544）。然而，挑唆行為作為製造法所不容許風險的行為，是足以建構保證人地位的危險前行為，挑唆者的救助義務來自於此。

不利益，需要更強而有力的論證。但誠如許多學說所指出的，保證人地位如何超越其原始的規範效力，產生限制挑唆者正當防衛權限的效果，此一根本問題至今並未獲得圓滿的解答⁶³。

據此，挑唆行為雖然構成危險前行為，並且使挑唆者對於侵害者負有防止法益侵害的義務，但是此一保證人地位只能建構不純正不作為犯責任，不能被挪用為正當防衛的限制理由，否則會過度忽視挑唆者主觀權利之保護需求。

五、禁止主張正當防衛之法律效果

我們至此已經嘗試說明，挑唆防衛其實符合正當防衛的成立要件，權利濫用禁止、正當防衛理論基礎及前行為保證人地位等刑法釋義學觀點，無法推翻防衛行為具有合法性的結果。這意味著，挑唆者的防衛行為不成立犯罪，除非我們認定挑唆行為構成犯罪，否則挑唆者將可以主張自己完全無罪。此一無罪結論，極難獲得社會大眾的認同。德國學者Ulfrid Neumann為了解消釋義學之推論結果與社會大眾感受之間的差距，嘗試提出新的解決方案，一方面承認挑唆防衛符合正當防衛的要件，另一方面禁止挑唆者主張其防衛行為不罰。這項主張是：凡是為了損害他人而刻意引起正當防衛情狀的人，不得主張正當防衛而不罰⁶⁴。

這項主張區分「(第一階)釋義學規則」與「論證規則(又稱第二階的釋義學規則)」，前者係指正當防衛權限的要件或範圍，後者係指在責任對話中有權主張正當防衛的法律效果。行為是否符合正當防衛，係依據「釋義學規則」進行判斷；行為符合正當防衛者，通常有權主張自己無罪，但是依據「論證規則」例外地不得主

63 Roxin/Greco (Fn. 5), § 15 Rn. 78; Bitzilekis (Fn. 8), S. 165; Neumann (Fn. 20), S. 147; Loos (Fn. 46), S. 242. 不同見解，Grünwald (Fn. 8), S. 74.

64 Neumann (Fn. 20), S. 176 ff.

張自己無罪⁶⁵。他認為，「權利濫用說」的結論正確，但是不應將正當防衛規定所授權的「殺人」或「傷害」行為當成被濫用的權利。理由是，防衛者想達成的目標並不是殺死或傷害受害者，而是訴諸正當防衛而不罰，因此真正構成權利濫用的，並不是對於不法侵害採取防衛手段，而是訴諸刻意引發的正當防衛情狀，因而不被處罰。根據上述「釋義學規則」和「論證規則」的區分，挑唆者的防衛行為符合正當防衛的要件，因此是一個合法行為，對之不得實施正當防衛；但是，挑唆者不得主張其行為係正當防衛而不罰，也就是仍然有罪。唯有如此的詮釋，才能符合法感，挑唆者不會被期待只能容忍不法侵害，也不會造成挑唆者不罰這種難以被接受的結論⁶⁶。

不過，一個根本問題是，為什麼在「釋義學規則」之外還要承認「論證規則」的存在呢？Neumann認為，社會上的責任歸屬規則反對讓挑唆者主張正當防衛不罰，因為恐怕無人會接受挑唆者的正當防衛抗辯；而考量刑法的社會功能，刑法的歸責規則應該以社會上的責任歸屬規則為準。按照他的看法，刑法的社會功能在於透過形式化、與個案保持距離的方式回應社會衝突，使衝突獲致終局的解決。若非如此，社會共同體就必需以衝動的、不受控制的方式回應社會衝突，這只可能會挑起新的衝突。然而，只有在刑法的衝突解決規則符合社會共同體的評價時，才能避免私人以暴力解決衝突的後果，故阻卻不法事由的適用結果也必須被社會大眾所接受。他強調，這並不是指刑法釋義學要全盤接收社會的責任歸屬規則，而是在提醒如果刑法對它視而不見，將會危及其社會功能⁶⁷。

本文認為，上述觀點精確地指出，社會大眾無法接受挑唆者不

65 Neumann (Fn. 20), S. 178.

66 Neumann (Fn. 20), S. 180 f.

67 Neumann (Fn. 20), S. 182 ff.

罰的結論，如果刑法真的放任挑唆者不罰，將會喪失其處理社會衝突的功能，因此不能讓挑唆者主張自己無罪。然而，以創設「論證規則」的方式，使挑唆者不得就其合法的防衛行為主張無罪，卻存在諸多疑義。

第一個疑義是牴觸罪刑法定原則。依據罪刑法定原則，行為之處罰以行為時之法律明訂者為限（刑法第1條）。正當防衛（刑法第23條）作為法定的阻卻不法事由，與犯罪構成要件同樣是決定犯罪成立的刑罰規定，亦有罪刑法定原則的適用。因此，如果在解釋上對於正當防衛之法定要件，增加超出法律文義所容許的限制，導致行為不能阻卻不法而成立犯罪，形同是在法無明文之下創設行為的可罰性，違反罪刑應以「法律」明訂的子原則⁶⁸。依此，本說雖然不是為正當防衛之成立要件增設法無明文的限制，卻是在符合正當防衛成立要件的情況下，禁止行為人主張「不罰」之法律效果。由於法律並未明訂正當防衛得例外排除「不罰」的法律效果，本說透過「論證規則」排除行為人主張「不罰」的法律效果，同樣是在法無明文之下處罰行為人，牴觸罪刑法定原則。換言之，在挑唆者的防衛行為符合正當防衛法定要件的情形下，如果要排除「不罰」法律效果的適用，必須透過立法者明文規定⁶⁹。此一立法必要性，從

⁶⁸ 詳見薛智仁（註59），頁43-47；Erb (Fn. 7), § 32 Rn. 204 ff.; Rönnau/Hohn (Fn. 9), § 32 Rn. 228; Paeffgen/Zabel (Fn. 11), Vor §§ 32 ff. Rn. 147 a; van Rienen (Fn. 59), S. 155 ff.; Arndt Sinn, Der Kerngehalt des Gesetzlichkeitsprinzips. Ein Beitrag zu den sozialetischen Beschränkungen des Notwehrrechts, in: Zöller/Hilger/Küper/Roxin (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 503 (508 ff., 512 ff.)。不同見解，Roxin/Greco (Fn. 5), § 15 Rn. 56 ff.; 陳俊榕（註9），頁83-84；彭美英，罪刑法定原則與阻卻違法事由，月旦刑事法評論，11期，頁10-19（2018年）。

⁶⁹ Ebenso Hillenkamp (Fn. 40), S. 130; Kargl (Fn. 42), Rn. 544. Vgl. Auch Christoph Burchard, Die strafverfassungsrechtliche Verpflichtung (Art. 103 Abs. 2 GG) des Gesetzgebers, das Wesentliche der Rechtfertigungsgründe selbst zu regeln, StV 2019, S. 637 (637 ff.)，主張立法者有義務制定阻卻不法事由之重要內容。附帶一提的是，本文特別在檢討Neumann的理論時提出違反罪刑法定原則的質疑，是因為

2005年增訂刑法第19條第3項將「原因自由行為」明文化，排除以往不適用刑法第19條第1項及第2項之法律效果違反罪刑法定原則的疑義，亦可得知⁷⁰。

第二個疑義是並未提出實質的處罰理由。此說固然指出社會大眾觀感和刑法釋義學結論的落差，並透過「論證規則」排除挑唆者主張無罪的空間，不過對於刻意創設正當防衛情狀之人「為何應罰」，似乎僅訴諸於社會大眾的法感，卻沒有具體的說理。如果我們再觀察到，此說不僅肯認挑唆防衛符合正當防衛的法定要件，而且認為從正當防衛的維護法秩序及保護個人權利之理論基礎，也找不到不適用正當防衛的理由，卻仍然否定挑唆者適用正當防衛無罪，這種作法更是顯得恣意。畢竟，正當防衛的法定要件和理論基礎，都不是僅憑個人喜好而隨意產生的，它們都是歷史發展與時代精神支配下均衡考量衝突利益的產物。如果挑唆者的防衛行為符合正當防衛法定要件，又符合正當防衛的理論基礎，至少表示此一防衛行為是一個解決當下價值衝突的合適方法。如果要推翻上述結論，認為挑唆者不值得獲得無罪判決，至少必須和正當防衛的理論基礎進行論辯，才能夠確保所謂「論證規則」所創設的例外不是恣意決定出來的⁷¹。唯有如此，才能維持法律適用的穩定性與可預測

Neumann主張其係創設法無明文的「論證規則」排除行為人主張「不罰」法律效果，而不像其他德國學說是將挑唆防衛的社會倫理限制寄生在德國刑法第32條第1項之「合宜性」(Gebotenheit)要件上。至於我國刑法第23條的法條文義不同於德國刑法第32條，多數學說所主張之社會倫理限制是否能在法條文字上找到根據，是否違反罪刑法定原則，學說見解分歧(比較許恒達(註35)，頁382；薛智仁(註59)，頁47)。由於本文在結論上否定挑唆防衛之正當防衛限制的實質正當性，因此沒有必要再討論承認此一限制是否違反罪刑法定原則的問題。

70 參考許恒達，「原因自由行為」的刑事責任，臺大法學論叢，39卷2期，頁397(2010年)，基於其例外說的立場，正確指出此一規定創設原因自由行為排除適用不罰或減刑規定的法律根據。應注意的是，此一立法雖然開啟例外說的現行法根據，但似乎並未排除原因自由行為採取前置說的空間，參考薛智仁，論原因自由行為之處罰基礎，中研院法學期刊，21期，頁31-32(2017年)。

71 其他批評，參考Kindhäuser(Fn. 52), S. 118 f.

性。在這個層面上，此說對於符合社會大眾法感的結論提供一個形式邏輯的包裝，但是無助於解釋為何挑唆者不得訴諸正當防衛的法律效果⁷²。其結果是，此說和「權利濫用說」一樣，說不出「濫用」的判斷結果從何而來。

第三個疑義是並未改變挑唆者的兩難困境。此說認為，通說對挑唆防衛設定限制，造成挑唆者在面對不法侵害時的兩難困境，要不就是違法地反擊侵害，要不就是忍受不法侵害。透過精確區分「防衛行為阻卻不法」和「挑唆者不得主張無罪」，挑唆者便能從兩難之中脫困，可以合法地反擊不法侵害，侵害者又不得對之正當防衛。然而，這似乎是個昧於現實的推論。因為，對於面臨不法侵害的挑唆者來說，即使防衛行為被阻卻不法，只要其無法主張防衛行為不罰，他就還是處於要不是忍受不法侵害，就是反擊侵害卻被處罰的困境之中。「防衛行為阻卻不法」至多是解除挑唆者反遭受對方正當防衛的危險，卻不會改變因防衛行為而承擔刑罰後果，挑唆者依然處於規範上的兩難困境之中。解除挑唆者兩難困境的唯一方法是，承認其享有完整的正當防衛權限，防衛行為不成立犯罪。

綜上所述，禁止挑唆者訴諸正當防衛的法律效果，至多是提供消除正當防衛釋義學和社會大眾法感落差的論證方法，但是它僅訴諸社會大眾的法感而否決挑唆者「不罰」的法律效果，既違反罪刑法定原則，未提出應罰性的具體理由，亦未改變挑唆者面對現在不法侵害的兩難困境。

六、小結

依據前面的分析，在挑唆行為不影響正當防衛要件存在的前提下，挑唆防衛並不是權利濫用，因為權利濫用禁止原則無法援用於正當防衛，而且也難以斷定防衛行為符合權利濫用的標準。從正當

⁷² 其他批評，參考Stuckenberg (Fn. 23), S. 900 f.

防衛的理論基礎來看，挑唆行為並不會改變維護法秩序及保護個人權利的需求，挑唆者也不會喪失維護法秩序的資格。即使挑唆者居於危險前行為人的保證人地位，此一資格僅能創設其不純正不作為犯的責任，無法產生限制防衛權限的效果。如果肯定挑唆者之防衛行為符合正當防衛之要件及目的，卻禁止其主張正當防衛之不罰法律效果，實質上僅是對權利濫用說的另一種包裝，此一主張在現行法下違反罪刑法定原則。結論是，面對侵害者的現在不法侵害，挑唆者保有完整的正當防衛權限，無庸迴避或忍受侵害，其必要的防衛手段得以阻卻不法。挑唆防衛既然不應該構成正當防衛之社會倫理限制事由，主流學說對於挑唆防衛之成立要件與法律效果的各種主張，皆缺乏正當性，沒有進一步分析的必要。

參、挑唆行為作為歸責對象

在確定挑唆者的防衛行為係合法的正當防衛之後，接著必須審查的是，挑唆行為是否可以成為結果歸責的對象。以本文開頭的舉例而言，就是在分析甲在公開場合喊乙綽號的前行為，是否因為透過乙的出手打人和甲對之反擊造成傷害結果，成立故意傷害罪（刑法第277條第1項）或過失致傷罪（刑法第284條）。此一審查，有助於我們判斷原因不法行為理論是否值得支持。為了便於說明，本文以這個案例為基礎，分別審查挑唆行為的客觀不法與主觀不法。

一、客觀不法

（一）因果關係

在客觀不法上，挑唆行為和侵害者所受傷害之間存在因果關係，因為若是沒有挑唆行為，就不會發生後續的正當防衛情狀，侵害者也不會受到傷害。上述結論，並不因為侵害者的不法侵害和挑

唆者的防衛行為是出於自由意志，而有所不同⁷³。固然侵害者和挑唆者在各自的行為時點上，保有如何反應的決定空間，因此無法如同物理事件的連鎖效應般，事前依據自然的經驗法則預測傷害結果是否發生。可是，在條件理論的脈絡下，因果關係本來就不是以事前能夠可靠預測事件的演變為前提，而是以事後依據經驗法則可以說明事件的演變為標準。即使在行為與結果之間介入他人出於自由意志的行為，他人行為出於自由意志的事實只會影響他人（倫理上或法律上）是否要為其行為負責，對於行為與結果之間的因果關係判斷而言，則是無關緊要⁷⁴。在判斷挑唆行為與侵害者受傷的因果關係時，事後作為判斷基礎的客觀事實就是：侵害者實施現在不法侵害的動機是在回應挑唆行為，挑唆者採取防衛手段的動機是在回應現在不法侵害，同時我們無法找出回應對方的挑唆行為及現在不法侵害以外的替代因素，解釋雙方為何作成上述行為決定。既然如此，挑唆行為和侵害者的傷害結果之間介入兩個自由意志所支配的人類舉止，並不會否定二者之間存在因果關係的事實。

（二）客觀歸責

真正有爭議的是，傷害結果與挑唆行為之間有無客觀可歸責性⁷⁵。依據客觀歸責理論，行為必須製造法所不容許之風險，並且

⁷³ Ebenso *Grünwald* (Fn. 8), S. 76. 不同見解，*Kindhäuser* (Fn. 52), S. 116 f.

⁷⁴ 通說在教唆、心理幫助、詐欺罪之使人陷於錯誤等情形，也承認心理性因果關係，只不過判斷方式不同於物理性因果關係，在確定具體事件實際上構成某人行為的動機時，即肯認二者之間存在因果關係，參考 *Roxin/Greco* (Fn. 5), § 11 Rn. 31 f.; *Kühl* (Fn. 1), § 4 Rn. 9; *Jörg Eisele*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 75 b。關於自由意志與因果關係之深入說理，周漾沂，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，頁11-25（2005年）。質疑心理性因果關係者，許恒達，析論原因自由行為明文規範十年來的實務暨學理發展，收於：吳俊毅、薛智仁編，*刑法總則修正十年之回顧與前瞻*，頁87-90（2019年）。

⁷⁵ 特別強調的是，此處是在分析「挑唆行為」本身是否就是構成要件該當的行為，而不是在將客觀歸責理論運用於阻卻不法事由上。關於客觀歸責理論能否運用在阻卻不法事由上，主要涉及近十餘年來在德國學說與實務上備受爭議的

該風險實現在具體的構成要件結果裡，始具有客觀可歸責性。多數學說反對原因不法行為理論，主要理由就是認為挑唆行為與構成要件結果之間不存在客觀可歸責性。以本文討論的案例而言，挑唆行為本身是公然侮辱，構成對受害者名聲的侵犯，但傷害結果是防衛行為所直接造成的，挑唆行為似乎並未對其身體製造法所不容許的風險。其次，即使挑唆行為對受害者的身體製造法所不容許的風險，此一風險是否實現，卻是完全取決於受害者的自主決定。如果受害者自主決定實施現在不法侵害，陷入遭受防衛行為的風險，傷害結果似乎應由被害人自我負責，不可歸責於挑唆行為⁷⁶。上述否定挑唆行為客觀可歸責性的理由，則有待進一步檢討。

第一個問題是，挑唆行為是否製造了受害者的傷害風險。表面上，挑唆行為直接有損於受害者的名聲，受害者是否受到傷害，則是取決於其是否發動現在不法侵害，挑唆行為無法控制受害者是否受傷，看似並未製造了傷害的風險。然而，挑唆者固然無法完全控制受害者的反應，可是挑唆行為引發正當防衛情狀而造成受害者的傷害，並非完全難以想像，甚至有時是顯而易見的後果。因為，在人際交往的過程當中，對於具有自由意志的他人，雖然無法像一部機器般依據「刺激—反應」精準預測其行為反應，但是仍然存在某程度穩定的行為模式可供預測。在公開場合被喊綽號，對於喜歡這個綽號的人來說，這是他人表現的親切或善意，但是對於原本就

「假設同意」概念 (hypothetische Einwilligung)，此一理論爭議和本文並無關連性。

⁷⁶ Vgl. *Mitsch* (Fn. 8), S. 543; *Neumann* (Fn. 20), S. 149; *Matt* (Fn. 11), S. 273; *Bockelmann* (Fn. 4), S. 27; *Renzikowski* (Fn. 23), S. 303; *Erb* (Fn. 7), § 32 Rn. 229; *Rönnau/Hohn* (Fn. 9), § 32 Rn. 251; *Stuckenberg* (Fn. 23), S. 902; *Grünwald* (Fn. 8), S. 76 f.; 許恆達 (註10)，頁114。Zustimmend *Lea Voigt/Klaus Hoffmann-Holland*, Notwehrprovokation und actio illicita in causa in Fällen der Putativnotwehr. Überlegungen aus Anlass von BGH, Urt. v. 2. 11. 2011 — 2 StR 375/11, NStZ 2012, S. 362 (365); *Bernhard Kretschmer*, Notwehr im Showdown, Jura 2012, S. 189 (194); *Helmut Satzger*, Dreimal „in causa“ — actio libera in causa, omissio libera in causa, actio illicita in causa, Jura 2006, S. 513 (520).

討厭這個綽號的人來說，這就可能是他人刻意的冒犯。如果我們把侵害者「討厭綽號」和「感受到被冒犯」的個人特質納入考量，那麼他（她）在公開場合被喊綽號之後動手反擊，並且遭受防衛行為的傷害，就成為一個事前可預期的事件歷程。據此，對於侵害者最後是否受傷，挑唆者在挑唆行為時並不是完全不能控制。我們無法以挑唆行為直接侵害了他人的名聲，就斷定同一行為對他人毫無製造身體傷害的風險可言，反而是必須考量個案的具體情節，肯認挑唆行為同時對侵害者製造了身體傷害的風險。

第二個問題是，挑唆行為所製造的身體傷害風險是否為法所不容許。行為所製造的風險是否為法所容許，主要考量的是行為的潛在效益是否優越於其潛在的風險，此一利益權衡的判斷，需要審酌個案的事實情節而定⁷⁷。因此，引發正當防衛情狀的挑唆行為是否製造法所不容許的風險，難以一概而論⁷⁸。例如，餐廳老闆因為身體不適，婉拒某位來店用餐客人的敬酒，客人感覺沒面子，遂欲動手毆打老闆，老闆出於自衛之必要而推倒客人致傷。我們知道，敬酒是在社交上人和人建立或維繫情誼的禮貌舉動，不（回應）敬酒或許顯得不禮貌或不友善，但是強迫他人敬酒更是顯得不尊重他人的自由，此種舉動不可能產生增進雙方情誼的效果。因此，敬酒與否應該屬於個人決定如何與他人社交的自由，在個人出於健康考量而婉拒敬酒時，更是屬於難以找到正當理由予以限制的自由。由此可知，餐廳老闆婉拒敬酒製造了客人身體傷害的風險，不過其潛在效益是尊重個人選擇如何與人交往的自由，此一自由利益明顯優越於客人自認失去顏面而被防衛行為所傷的損害，因此屬於容許風險。相對地，在本文的案例中，甲在公開場合喊乙的綽號，除了有助於甲利用正當防衛的情狀傷害乙之外，似乎就難以想像有其他正面效益。即使說甲在公開場合喊乙的綽號屬於其言論自由，甲的言

⁷⁷ Vgl. *Hardtung/Putzke* (Fn. 12), Rn. 261 ff.

⁷⁸ Ebenso *Bertel* (Fn. 28), S. 17 f., 26 ff.; *Lindemann/Reichling* (Fn. 12), S. 500 f.

論也已經是無正當理由侵害乙的名譽，逾越了言論自由的容許界限。據此，甲的挑唆行為創造乙因正當防衛情狀而受傷的風險，並沒有優越的潛在正面效益予以平衡，屬於法所不容許的風險。大致上來說，挑唆行為的可非難程度越是重大，其行為動機越是在操縱正當防衛情狀遂行傷害目的，潛在的正面效益就越低，其所製造的潛在風險就越可能逾越法所容許的界線。

第三個問題是，挑唆行為固然製造了侵害者身體傷害的不容許風險，其透過防衛行為所造成的傷害結果，卻是來自侵害者自由決定實施不法侵害，是否屬於被害人自我負責的情形。客觀歸責理論承認「被害人自我負責」是一個阻卻歸責的獨立規則，其意義係指在行為與構成要件結果之間，如果介入被害人有意識地自陷風險的行為，原則上該結果不可歸責於行為人⁷⁹。例如，行為人交付水果刀給被害人，被害人在意識到傷害風險之下，仍然持刀自殘而受傷；或是行為人駕車違規肇事，受傷的被害人僅管認識到自己有死亡的危險，卻拒絕必要的手術而傷重死亡。在上述情形裡，行為人雖然導致傷害或死亡結果發生，但是系爭結果皆是來自被害人有意識的自陷風險，因此不可歸責於行為人。據此，在挑唆防衛的情形裡，我們似乎也可以認為，在行為人實施挑唆行為之後，侵害者在充分認知可能遭受防衛手段的傷害之下，仍然自主地決定實施不法侵害，故侵害者的傷害結果係來自其有意識地自陷風險，不可歸責於挑唆行為。因此，多數學說批評原因不法行為理論無法說明構成要件結果與挑唆行為之間的客觀可歸責性，有其理論基礎。

然而，被害人自我負責是否、何時足以發生阻卻客觀歸責的效果，是有待進一步討論的先決問題。被害人自我負責的思想預設

⁷⁹ 林鈺雄（註1），頁172-173；王皇玉（註1），頁208-211；林書楷（註9），頁94-98。德國文獻，僅參考Kühl (Fn. 1), § 4 Rn. 86 ff.; Eisele (Fn. 74), Vor §§ 13 ff. Rn. 101 ff. 此一規則應該被歸類於容許風險或風險實現的層次，在學說上有爭議，但是在本文脈絡底下不具重要性。

是，每個人都有自由意志，個人可以控制自己的意志，但是無法控制他人的意志。因此，每個人只為自己基於自由意志所做成的行為負責，不為他人基於自由意志所做成的行為負責⁸⁰。在行為人從事第一個行為之後，被害人自主地介入而導致構成要件結果發生，此一結果屬於被害人自由意志的產物，而不是行為人自由意志的產物，故該結果僅可歸責被害人，不可歸責行為人。然而，此一理論預設並未真正解釋，為什麼被害人自我負責足以影響對於行為人的不法評價。法秩序假定人有自由意志，是為了建立個人為自己行為負責的基礎，但是這會對他人行為的不法評價產生什麼影響，並非自由意志的命題所欲處理的問題。在邏輯上，法秩序固然可以認為被害人的自主決定構成行為人責任範圍的界限，故行為人責任範圍不及於被害人介入後所發生的結果；但是也可以認為被害人的自主決定是行為人促成結果的事實因素，不影響行為人責任範圍延伸至被害人介入後所發生的結果。法秩序究竟應該如何看待被害人的自由意志，是否足以產生阻斷行為人責任的效果，需要依據刑法的價值基礎與刑事政策目的進行論證，光是訴諸被害人有自由意志，無法回答這個問題。因此，當被害人自主決定持刀自傷或拒絕手術而死亡時，提供水果刀之人或肇事者是否應該為被害人的傷害或死亡負責，有待進一步的論證。

這個論證的出發點是刑法的不法概念。如果我們接受，刑法係透過刑罰的預防作用達成保護法益的目標，不法行為係指過度侵害法益的行為模式，那麼在行為人已經對法益製造法所不容許的風險之後，被害人自陷風險是否阻卻行為人的行為不法，取決於被害人自陷風險所代表的正面效益，是否足以平衡他人行為對於法益的潛在風險。在承認個人自主的法秩序裡，每個人都有權自由地開展自

80 相同觀念運用在行為人與第三人對於導致同一構成要件結果的責任分配上，即是所謂回溯禁止理論（Regressverbot），屬於另一個問題範疇，參考古承宗，教唆從屬性與回溯禁止，收於：犯罪支配與客觀歸責，頁103-117（2017年）。

己的人格，法益作為自由開展人格的工具或資源，個人得依其偏好或願望自由地處分法益，他人即使認為該決定極其不理性，都必須予以尊重。據此，被害人自陷風險所代表的是個人實現人格的自主利益，不論是持刀自殘逃避生活壓力、飆車競速追求刺激感受、或是承租危樓以節省支出，其選擇承擔生命或身體的風險都是為了滿足自己其他主觀價值更高的目的，以實現個人的人格。刑法雖然保護生命或身體，但是生命或身體的真正價值在於實現其人格，因此在個人為了其他主觀價值更高的利益而承擔生命或身體風險的時候，刑法就沒有必要禁止被害人自陷生命或身體風險的行為。基於如此的想法，刑法亦不得絕對禁止其他人提供被害人自陷風險條件的行為。理由是，被害人以自陷風險來實現自我的人格，並非永遠都能憑一己之力，而是經常需要其他人支持：持刀自傷的條件通常是有人交付或販賣刀器，飆車競速的條件通常是有人提供車子或同場競速，承租危樓的條件通常是有人出租危樓。如果我們認為，被害人上述自陷風險的舉動，是法秩序必須予以尊重的個人自主決定，那麼在其他人提供被害人自陷風險的條件是在協助其實現個人的自主決定時，法秩序也應該予以尊重。如果法秩序容許被害人自陷風險，卻絕對禁止其他人提供被害人自陷風險的條件，反而可能是不當妨礙被害人自主利益的實現。據此，行為人創造被害人自陷風險的條件，當其行為意義是在協助被害人實現自主決定時，實現被害人自主利益的價值會優越於被害人其他法益的潛在風險，產生阻卻行為不法的效果。簡言之，行為人之行為可能因為強化被害人自主利益而阻卻不法⁸¹。

依據上述理解，通說適用被害人自我負責而阻卻客觀歸責的案件，並非全部都具有正當性，而是必須就個案的行為是否具有強化被害人自主利益的作用來認定，而且被害人自主利益有多大也需要

⁸¹ 觀念已見於：黃榮堅（註11），頁315-321；周漾沂（註74），頁125-128；*Frister* (Fn. 12), § 10 Rn. 15 f.

個案的權衡⁸²。例如，行為人提供機車給有意飆車的被害人，被害人果然因為車速過快失控撞上電線桿而死亡。被害人知道飆車可能讓自己死亡，卻仍然為了追求刺激或宣洩情緒而飆車，行為人提供機車的作用就是在協助被害人實現其自主決定，此一行為所創造的生命風險，因為協助被害人實現自主利益而被容許⁸³。同樣地，行為人提供水果刀給有意自傷的被害人，被害人也持刀自傷，提供水果刀的作用也在協助被害人實現自主決定，此一行為創造的身體風險亦因為實現自主利益而被容許。相對地，行為人駕車超速而肇事，被害人因為醫師宣告終身肢體障礙，喪失求生意志，拒絕手術而死亡。被害人拒絕手術雖然是自陷風險的自主決定，但這是在肇事造成肢體障礙的狀態之後才做成的，行為人肇事的意義並不是協助被害人在肢體障礙狀態下實現其自主利益。很清楚的是，被害人的主觀願望是自始不受到任何傷害，而不是在肢體障礙狀態下面臨生死抉擇的考驗。超速肇事行為所創造的生命風險，其相對利益純粹是行為人一時求快而已，缺乏強化被害人自主利益的作用予以平衡，在欠缺其他阻卻客觀歸責事由的情況下，被害人拒絕手術的死亡結果仍可歸責於肇事者。

回到挑唆防衛的情形，侵害者自主決定實施現在不法侵害，承受防衛手段的傷害結果，足以阻卻挑唆行為的客觀可歸責性嗎？答案是否定的。首先，侵害者未必充分認知防衛手段的傷害風險。侵害者可以預期挑唆者面對現在不法侵害會有所反擊，但是挑唆者的反擊是將其壓制於地、出手毆傷或是持刀刺殺，卻不當然是侵害者

82 黃榮堅（註11），頁316-321；Frister (Fn. 12), § 10 Rn. 19。案件類型化的嘗試：周漾沂（註74），頁128-139。

83 或許有人認為，在個案中飆車行為可能已經構成危害交通往來安全罪（刑法第185條），飆車的自主利益正是法律所不承認的，故提供被害人飆車條件所實現的自主利益，不足以平衡飆車所帶來的死亡風險。然而，危害交通往來安全罪之規範目的在維護交通安全，此一規定僅宣示立法者認為飆車行為之自主利益低於交通安全的維護，但是並未表達出飆車的自主利益亦低於飆車者自身的生命或身體利益。因此，此一規定並未封鎖自主利益優先的可能性。

所能充分評估的。可以想像的是，侵害者或許考量挑唆者的身材優勢，認為挑唆者將自己壓制於地面即可有效防禦侵害，卻沒有預料到挑唆者力量不足以壓制自己，只能採取更保險的傷害手段進行防禦，事前不知道自己會承受傷害後果。若是如此，侵害者對於自己所陷入的風險種類缺乏正確認識，無法被評價為有意識地自陷風險⁸⁴。其次，即使侵害者認知防衛手段帶來傷害風險，其實現在不法侵害可被視為自陷風險的行為，也無法平衡挑唆行為所帶來的傷害風險。理由是，挑唆行為的作用僅在於誘發現在不法侵害，以實現其法益侵害的目標，而不是在協助侵害者實現已經形成的某種自主決定，故挑唆行為的傷害風險，並無法透過強化被害人自主利益予以平衡。況且，挑唆行為誘發侵害者實施現在不法侵害，由於實施現在不法侵害被法秩序所禁止，此一自主利益亦因為不被法秩序所承認，並非足以平衡傷害風險的正面效益⁸⁵。換個角度說，如果刑法禁止挑唆行為，可以降低侵害者的傷害風險，付出的代價只限制其實施不法侵害的自由而已，並不會限制其合法行為的自主利益。據此，即使侵害者自主地實施不法侵害而承擔防衛行為的風險，傷害結果仍然可以歸責給挑唆行為。多數學說以「被害人自我負責」批評原因不法行為理論，缺乏對於被害人自陷風險如何影響行為人不法評價的細緻分析⁸⁶。

84 Vgl. auch *Ingeborg Puppe*, Das sog. gerechtfertigte Werkzeug, in: *Hettinger/Zopfs/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter* (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 443 (451). 不同見解, *Georg Freund*, *Actio illicita in causa. Ein Übel oder eine Möglichkeit, das Übel an der Wurzel zu packen?*, GA 2006, S. 267 (272 f.) 以侵害者無罪責為前提。

85 Vgl. *Frister* (Fn. 12), § 16 Rn. 31; *Lindemann/Reichling* (Fn. 12), S. 500. Ähnlich *Schlehofer* (Fn. 12), Vor § 32 Rn. 71.

86 *Puppe* (Fn. 84), S. 451 f. 認為，挑唆行為不可歸責的理由並不是被害人自我負責，而是侵害者以現在不法侵害引起衝突，法律上負有義務停止侵害，不能回溯到挑唆者為此一衝突狀態負責。本文認為，此一說法實質上仍然是以侵害者的自由意志切斷挑唆行為的歸責關係，卻沒有解釋為何同樣引發正當防衛情狀的挑唆者，不必為此一情狀所造成的結果負責。因此，*Ingeborg Puppe* 否定原因不法行為在挑唆防衛的可適用性，理由並不充分。

最後必須討論的是，挑唆行為所創造的法所不容許風險，是否因為介入了自己後來的防衛行為，而使得該風險未實現在侵害者的傷害結果裡。首先可以確定的是，透過挑唆行為而引發正當防衛情狀下的傷害結果，中間需要挑唆者再度決定實施防衛行為，但是這不會導致整體事件成為一個反常因果歷程。任何人在面對侵害者的現在不法侵害時，都會處於利害衝突的狀態下，如果不是選擇忍受不法侵害，就是必須採取防衛手段。因此，即使在挑唆行為和傷害結果之間介入挑唆者的防衛手段，此一因果歷程尚在日常生活經驗可得預見的範圍內。比較大的問題是，我們可否比照介入第三人故意行為的情形，認為挑唆者以防衛行為介入自己挑唆行為所創造的風險，亦導致挑唆行為的風險未實現在傷害結果裡⁸⁷。對此，儘管挑唆者是出於自由意志而從事防衛行為，不過如前所述，自由意志的命題僅對於防衛行為的責任認定有其意義，對於挑唆行為是否產生阻卻歸責的效果，需要根據刑法價值基礎與刑事政策目的重新判斷。由於挑唆行為創造傷害風險的途徑是形成一個正當防衛的情狀，而防衛行為是在行使挑唆行為所創造的法律上權利，故防衛行為的傷害後果正是來自挑唆行為的特殊風險，因此沒有阻卻客觀可歸責性的作用。若是比較介入第三人故意行為的情形，挑唆者的防衛手段是合法的傷害行為，而不是另一個故意有責的傷害行為，因此也難以比照處理。

綜上所述，挑唆行為和侵害者的傷害結果有因果關係，挑唆行為所創造的法所不容許的傷害風險，即使是歷經侵害者發動現在不法侵害和挑唆者的防衛行為才實現在最後結果裡，亦不影響客觀可歸責性。其中特別重要的是，挑唆行為雖然創造了侵害者自陷風險的條件，不過其行為意義並不在協助侵害者實現其自主利益，實施不法侵害的自主利益亦不被法秩序所承認，故不應適用被害人自我

87 相關基礎理論分析，Bernd Heinrich著，古承宗譯，行為人於自己犯罪所實施的中介行為，月旦法學雜誌，258期，頁215-227（2016年）。

負責阻卻歸責，多數學說對於原因不法行為的質疑並無說服力。

二、主觀不法

在主觀不法上，挑唆者對於挑唆行為導致傷害結果有無故意或過失，必須就個案情節根據故意與過失之定義進行判斷，關鍵是挑唆者對於引發正當防衛情狀而傷害受害者的事實有無預見或預見可能性。在本文的案例中，如果甲喊乙綽號的時候，相當肯定乙聽到綽號就會動手打人，甲也會反擊而造成乙受傷，那麼甲就有傷害故意。不過，事件是否會從甲喊乙綽號進展到乙被反擊受傷，很大程度上取決於甲也無法完全預料的乙的反應，甲未必能夠預見事件的後續發展。如果甲並不知道喊乙綽號會有後續的衝突，或是不知道乙的反應如此激烈，必須採取傷害行為進行防衛，那麼甲就欠缺傷害故意，僅在甲有預見可能性時成立過失致傷罪。整體而言，由於通常無從證明挑唆者係有意引發正當防衛情狀而損害受害者，挑唆行為至多成立過失原因不法行為，成立故意原因不法行為的案件可能極為罕見。

不過，故意原因不法行為並非只會遭遇個案事實認定與證明的難題，而是在犯罪理論的層次上就面臨極大的挑戰。基於故意與行為時同時存在原則，即使挑唆行為在客觀上實現傷害構成要件，唯有它也是著手實行傷害行為時，挑唆者對於實現傷害構成要件的事實認知，才是建構故意不法的傷害故意，使挑唆行為成立故意傷害罪。如果挑唆行為停留在預備傷害的階段，挑唆者對於實現傷害構成要件的認知，就不是建構故意不法的傷害故意⁸⁸。問題是，挑唆

88 此處的問題類似所謂「結果提前發生」的問題。所謂結果提前發生，係指構成要件結果比行為人所預期的更早發生，例如甲計畫先以藥物迷昏乙，再將乙投海溺斃，未料乙因為吸入過量藥物而提早死亡。此時，甲以藥物迷昏乙係客觀可歸責地導致乙死亡的行為，問題在於甲是否因此成立故意殺人罪。通說認為，假如甲在以藥物迷昏乙時，預見乙因此死亡並容認其發生，其是否成立故意殺人罪，取決於此時是否已可被評價為著手實行殺人。如果是，甲成立故意

行為就是傷害行為的著手實行嗎？有文獻針對故意自陷緊急危難的情形，認為行為人自陷緊急危難之原因行為與緊急避難行為之間通常存在時間上的間隔，並不符合著手實行的直接性要求⁸⁹。即使在原因自由行為採納構成要件模式，將自陷精神障礙行為視為著手實行，這也無法直接套用在原因不法行為上。因為，原因自由行為係使自己陷入無責任能力的狀態，行為人已經喪失決定能力或決定權限，但是原因不法行為係使自己取得緊急避難的權利，行為人仍可以有意識地行使權利，尚未喪失決定能力或決定權限⁹⁰。上述看法完全適用於挑唆防衛的情形，因為挑唆行為與防衛行為通常也有時間上的間隔，而且行為人仍然保有是否正當防衛的決定自由。如此一來，挑唆行為就不是傷害行為的著手實行，無法成立故意傷害罪。推而廣之，故意原因不法行為並非現實上不易成立，而是理論上就無法成立。

本文認為，這是一個挑戰故意原因不法行為成立可能性的有力論點。不論是採取何種著手實行的標準，當實現構成要件或侵害法益仍然需要行為人介入其他行為時，依據其犯罪計畫，他就保有控制不讓構成要件實現或法益不被侵害的可能性，到現在為止的舉動最多是預備行為⁹¹。在挑唆防衛的情形，行為人在挑唆行為時通常知道，即使成功挑唆他人實施現在不法侵害，他還必須實施防衛手段才會造成法益侵害，而他仍然保有是否防衛的控制力。這正是和原因自由行為不同之處：任何人在自陷精神障礙的時候，雖然知道

殺人罪；如果不是，甲不成立故意殺人罪，而是成立過失致死罪。就此，僅參考Roxin/Greco (Fn. 5), § 12 Rn. 184; Kühl (Fn. 1), § 13 Rn. 48 a.

89 Vgl. Wilfried Küper, Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand: Zugleich ein Beitrag zur „actio illicita in causa“, 1983, S. 61 ff. (針對故意引起緊急避難)

90 Küper (Fn. 89), S. 73 f.

91 依據主客觀混合理論，行為人尚需從事重要的中間行為才能實現犯罪構成要件，故其行為與構成要件實現之間欠缺直接性（僅參考Kühl (Fn. 1), § 15 Rn. 58）；依據主觀危險理論，行為人尚未到達主觀上對利益侵害失控的時點，故不是著手實行（參考黃榮堅（註62），頁491-499）。

必須實施另一個行為才會實現犯罪構成要件，但是在此之前就已經失去自己是否實施另一個行為的控制力⁹²。上述比較固然有理，但是似乎無法就此斷言，挑唆行為構成著手實行構成要件行為已是理論上不可能。因為，挑唆行為是否符合著手實行的判斷標準，很大程度上受到個案事實的影響，而挑唆者對於事件的認知和控制力有諸多細節上的差異，以至於不能排除某些個案，挑唆者在完成挑唆行為之際，依其認知接下來實施防衛手段幾乎是必然的結果，事情已進入一發不可收拾的階段。例如，甲在喊乙綽號的時候，他不僅知道乙過去已有多次因此動粗的紀錄，還注意到乙身上帶著槍，幾乎可以確定乙聞言就會對他開槍，屆時甲也只有反擊保命而別無選擇。雖說甲還是保有是否防衛的理性決定空間，但是依其認知不予防衛的可能性幾乎是萎縮至零。據此，挑唆者必須透過防衛手段才能導致法益侵害固然是事實，但是他在挑唆行為的時候，已經知道會陷入非得採取防衛手段不可的狀態，此時即已構成著手實行⁹³。

附帶一提的是，即使挑唆行為無法被視為著手實行，挑唆者無法成立故意作為犯，仍然可能從其他角度成立故意犯罪。我們前面提過，挑唆行為對於侵害者的法益製造法所不容許的風險，是一個創設保證人義務的危險前行為；為了保護侵害者的法益，挑唆者有義務阻止侵害者實施現在不法侵害⁹⁴。據此，即使挑唆行為無法被評價為故意作為犯的著手實行，挑唆者在完成挑唆行為之後，其故意不阻止侵害者實施現在不法侵害的不作為，卻有可能被評價為故意不作為犯的著手實行。例如，甲在喊乙的綽號時，沒有把握乙是否會動手，或者對於乙的動手還有考慮是否防衛的餘地，此時很難認為甲喊乙綽號已經是著手實行故意作為傷害行為。不過，甲在喊乙綽號之後，則有義務防止乙實施現在不法侵害，不論是言詞勸告

92 薛智仁（註70），頁45-49。

93 結論相同：Bertel (Fn. 28), S. 25 f.

94 詳見上述「貳、四」部分。

或取走武器等。若是甲在認知到自己必定會採取防衛手段而傷害乙，卻任由乙實施現在不法侵害，因而錯失了最後防止的時機，導致乙陷入即將遭受防衛手段傷害的危險，此時就有可能構成不作為故意傷害罪的著手實行，成立故意不作為傷害罪⁹⁵。

綜上所述，暫且不論舉證困難的問題，挑唆者在實施防衛行為之前，主觀上對於透過防衛行為對侵害者造成法益侵害的認知，僅在其已著手實行構成要件行為時，始可建構故意不法。依據個案情形，著手實行的時點可能是在挑唆行為（作為）本身，也可能是在於挑唆後未阻止侵害者之現在不法侵害（不作為）。換言之，原因不法行為究竟是故意或過失，是作為或不作為，必須細緻探究個案情節而定。

三、反駁質疑

根據上述分析，挑唆行為就其透過正當防衛造成侵害者的法益侵害，個案中可能符合特定犯罪之客觀與主觀不法要件，若同時符合其他犯罪成立要件，挑唆行為本身就是犯罪行為。就此而言，原因不法行為理論一方面肯定挑唆者的正當防衛權限，另一方面將挑唆行為視為獨立的犯罪行為，有其說服力。不過，原因不法行為理論將挑唆行為視為不法行為，被多數學說質疑是一、違反罪刑法定原則；二、與合法防衛行為不可能並存；三、導致承認侵害者正當防衛權限。因此，我們需要進一步回應這些論點，才可能完全排除對於原因不法行為理論的質疑。

（一）違反罪刑法定原則

對於原因不法行為理論的第一個疑問是，挑唆行為被視為不法實現構成要件的行為，這已經過度擴張構成要件的射程，違反罪刑

⁹⁵ 在原因自由行為的類似處理方法，參考薛智仁（註70），頁49。

法定原則⁹⁶。因為，所謂構成要件該當的行為，並不是指任何和構成要件實現有因果關係的行為，特別是在限定行為模式犯或己手犯，如果挑唆行為欠缺構成要件特有的行為特徵，就無法被視為構成要件行為。具體而言，在公共場合喊他人綽號，其本身純粹是一個不禮貌的舉動，有時或許實現公然侮辱罪之構成要件，但是即使引發正當防衛而造成傷害結果，也不會成為傷害構成要件行為。上述批評同樣不讓人陌生，在原因自由行為的處罰基礎爭議上，構成要件模式（前置說）將自陷精神障礙的前行為理解為構成要件行為，就被質疑是逾越犯罪構成要件的文義界限⁹⁷。

然而，此一批評係以一種過分狹隘的犯罪構成要件概念為其基礎。立法者制定犯罪構成要件是為了描述其所欲禁止之法益侵害狀態，任何人透過他的行為可歸責地導致一組犯罪構成要件實現，就是造成不法之法益侵害狀態，不論其實現犯罪構成要件的具體方法是什麼。此一道理適用在屬於純粹結果犯的殺人罪或傷害罪，因為犯罪構成要件本身自始就包含與死亡或傷害結果有因果關係的任何行為，不論殺人或傷害的具體方式為何。更重要的是，此一道理也適用在所謂的限定行為模式犯，其構成要件所指定的行為模式，僅在描述立法者指定之法益侵害的發生途徑，而不是特別要求行為人必須親自實施此一法益侵害的方法⁹⁸。以危險駕駛罪（刑法第185

96 *Bitzilekis* (Fn. 8), S. 154 f.; *Neumann* (Fn. 20), S. 150 f.; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 11), Vor §§ 32 ff. Rn. 147 a; *Rönnau/Hohn* (Fn. 9), § 32 Rn. 251; *Kindhäuser* (Fn. 18), § 32 Rn. 130; *Stuckenberg* (Fn. 23), S. 901; 余振華（註8），頁185。

97 批評例如許恆達（註70），頁374；林書楷，原因自由行為，收於：刑事法理論與財經刑法之接軌，頁74-75（2012年）。

98 詳見黃榮堅（註11），頁165-166；薛智仁（註70），頁22-25；*Puppe* (Fn. 84), S. 452 ff. 筆者在此利用一個比喻說明：一個母親委託保母每天必須餵飽幼兒，而且指定三餐每次只能餵食一碗稀飯，不能餵牛奶或米飯。如果保母給幼兒餵牛奶，雖然幼兒一樣會飽，卻不符合該名母親的指示。相反地，只要保母餵給幼兒稀飯，幼兒也被餵飽，就能符合該名母親的指示，至於保母是親自餵給幼兒稀飯，指示先生餵給幼兒稀飯，還是按下一台機器的開關，機器就自動將稀飯送進幼兒的嘴巴，都不重要。換言之，該名母親的指示僅止於「餵食稀飯」，

條之3) 為例，立法者制定「駕駛動力交通工具」作為本罪的行為模式，並不是限定唯有親自操控方向盤之人才能成立本罪，而是在表達其所欲禁止之交通危險，來自不能安全駕駛之人駕駛動力交通工具。即使外觀上是勸人喝酒或為人倒酒的動作，只要最終導致他人不能安全駕駛卻駕駛動力交通工具，勸酒或倒酒的動作就是實現危險駕駛的構成要件行為。依據上述的構成要件規範功能，所謂的「己手犯」概念即有必要被重新檢討。通說認為，依據某些犯罪構成要件的文義或規範目的，僅有親自實施構成要件行為之人始能實現系爭犯罪之特殊行為不法而成為正犯⁹⁹。然而，己手犯概念的難題在於，一方面從構成要件文義其實難以分辨其限縮適用於親自實施之人，另一方面依據保護法益的規範目的，也難以解釋為何只有所謂親自實施之人始能負起正犯責任，而其他間接實現犯罪構成要件之人卻不負正犯責任。因此，從犯罪是不法且有責行為之基本定義來看，「己手犯」的正當性並不在於，僅有親自實施構成要件行為之人始能實現特殊的行為不法，而是系爭構成要件存在特殊的罪責要素，此一罪責要素必須是行為人親自實現，無法透過他人予以實現。如果系爭犯罪構成要件沒有特殊的罪責要素，就沒有將其定性為「己手犯」的正當性¹⁰⁰。

如此理解犯罪構成要件，使實現構成要件的方式變得彈性而多元，構成要件行為的射程範圍擴大，是否違反罪刑法定原則呢？本文認為，這尚未到達牴觸類推適用禁止原則或構成要件明確性的程度。首先，將構成要件行為理解為可歸責地導致構成要件完全實現的行為，並沒有逾越構成要件文義的可能範圍，因為對於一個行為

但是沒有進一步指定保母要用「何種方式」餵食稀飯。如果我們將「餵食稀飯」的指示比擬為限定行為模式犯，那麼上述各種親自、指示先生、按下機器餵食稀飯的方式，都可被認為是實現限定行為模式犯的構成要件行為。

99 *Wolfgang Wohlers*, *Trunkenheitsfahrten als eigenhändige Delikte*, ZStR (1998), S. 95 (98 ff.).

100 黃榮堅 (註62)，頁766-769；薛智仁 (註70)，頁25。

是否實現了犯罪構成要件，其判斷結果仍然是謹守系爭構成要件的文義界限。具體而言，勸酒或倒酒動作成為實現「危險駕駛」構成要件的行為，並不是我們超出常人理解地將勸酒或倒酒本身當成駕駛行為，而是因為勸酒或倒酒的動作最終造成另一個人在不能安全駕駛的狀態下駕駛動力交通工具。如果勸酒或倒酒的動作並未導致某人危險駕駛，也就不可能被評價為「危險駕駛」的構成要件行為。其次，如此解釋犯罪構成要件也不會牴觸構成要件明確性原則，因為這樣的作法僅在行為所造成的事實狀態符合犯罪構成要件時，才會將其認定為構成要件行為，而不是令行為人為不符合構成要件的事實負責。如此的法律解釋，不但符合系爭構成要件之規範目的，對於一般受規範者來說，他仍然可能透過刑法典的規定，預見在自己的行為最後會造成一組符合構成要件的事實出現時，就會承擔刑事責任¹⁰¹。

依據上述，只要確定挑唆行為可歸責地導致犯罪構成要件實現，挑唆者亦具備系爭犯罪之特殊罪責要素，即可被視為實現構成要件的行為，這並未創造超越構成要件文義可能界限的可罰性。因此，原因不法行為理論並不會牴觸罪刑法定原則¹⁰²。

(二) 不法挑唆與合法防衛之互斥關係

多數學說認為，原因不法行為理論承認不法挑唆和合法防衛得以並存，從兩個角度來說是邏輯上的自相矛盾。第一個角度是，如果造成侵害的防衛行為被法秩序容許，那麼挑唆行為作為引起合法

101 薛智仁（註70），頁26-27。犯罪構成要件之解釋亦受明確性原則之拘束，參考司法院大法官解釋第792號解釋理由書邊碼12：「按刑罰規定之用語應以受規範者得以理解及可預見之標準解釋之，始符合刑法解釋之明確性要求，俾能避免恣意入人民於罪，而與憲法保障人民基本權之意旨相符。」；薛智仁，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，臺大法學論叢，44卷2期，頁619-620（2015年）。

102 部分相同結論：Freund (Fn. 84), S. 268.

防衛行為的原因行為，也應該被法秩序容許，不可能成為不法行為¹⁰³。第二個角度是，如果防衛行為所導致的結果是法律所容許的，挑唆行為導致同一結果，該結果也應該是法律所容許的，在挑唆行為是過失的時候，就欠缺成立過失犯所必要的結果不法¹⁰⁴。簡言之，如果防衛行為合法，挑唆行為就必定是合法，絕無可能是不法。

從邏輯上來說，如果在相同法律觀點下，同一行為被評價為既是合法又是不法，如此的評價確實是內在的矛盾。問題是，原因不法行為理論對於挑唆行為和防衛行為的不同評價，是對於「同一行為」的矛盾評價嗎？關鍵在刑法的不法評價對象為何。刑法的任務是保護法益，透過刑罰預防侵害法益的行為模式再度發生。由於人是透過驅動意志去侵害法益，是否實現法益侵害卻是取決於人所無法控制的因素，為了有效地達成保護法益的作用，只要是實踐侵害法益意志的行為模式都應該予以禁止。因此，刑法作為侵害法益行為模式的制裁規範，其不法評價對象是行為人對於侵害法益意志的實踐。必須注意的是，不法評價的對象雖然是行為人侵害法益意志的實踐，卻不代表侵害法益結果是否發生，對於不法評價毫無影響。相反地，在行為人實踐侵害法益意志的行為模式造成侵害法益的結果時，相對於未造成侵害法益結果的行為模式，事後被證實是一個有效侵害法益的行為模式，從一般預防的觀點來看，有必要提升對於此種行為模式的刑罰程度¹⁰⁵。據此，不法評價的對象是行為

103 Vgl. *Neumann* (Fn. 20), S. 151 f.; *Bockelmann* (Fn. 4), S. 26; *Rönnau/Hohn* (Fn. 9), § 32 Rn. 251; *Roxin/Greco* (Fn. 5), § 15 Rn. 68; *Krey/Esser* (Fn. 8), Rn. 563; *Bitzilekis* (Fn. 8), S. 159 f.; *Kindhäuser* (Fn. 18), § 32 Rn. 130; *Hruschka* (Fn. 12), S. 882 f.; *Stuckenberg* (Fn. 23), S. 902; *Grünwald* (Fn. 8), S. 76; 林書楷 (註5)，頁94 (另批評此一理論援引間接正犯的結構)。

104 參考陳俊榕 (註9)，頁88-89；*von Scherenberg* (Fn. 27), S. 196.

105 薛智仁，參與群毆行為之處罰基礎與立法，頁95-99、105-109 (2002年)。類似觀點，黃榮堅 (註62)，頁572-575，但將結果不法理解為技術性的客觀不法，實質上涉及不法行為之刑罰必要性考量。不同見解，許恆達，行為非價

人實踐侵害法益意志，侵害法益結果則是會提升行為的不法程度。

根據上述不法評價的觀點，挑唆行為和防衛行為並不因為其導致同一結果而必然成為同一行為。因為，不法評價的對象並不是侵害法益的結果本身，而是行為人將侵害法益的意志付諸實踐的行為，既然挑唆行為和防衛行為是行為人兩次將侵害法益的意志付諸實踐，二者的不法評價就必須被切割。行為人實踐侵害法益的意志是否應該被宣示為不法，判斷標準在於其每次付諸實踐的意志內容，依其各自的事實背景與利益狀態，是否構成不被容許的法益侵害¹⁰⁶。挑唆者在實施防衛行為時，已經是面臨現在不法侵害的利益衝突狀態，必須在忍受不法侵害和採取必要防衛手段之間做出取捨，法秩序為了維護個人主觀權利而容許防衛手段之法益侵害結果。因此，其於防衛行為時付諸實踐的法益侵害內容，無法被評價為不法。相對地，挑唆者在實施挑唆行為之前，其與侵害者之間原本並不存在利益衝突的狀態（雙方相安無事），在實施挑唆行為之後，反而陷入面臨現在不法侵害的利益衝突狀態，被迫做出利益的取捨（雙方你死我活）。很清楚地，雙方陷入現在不法侵害的利益衝突狀態，純粹是挑唆者為了滿足其損害他人的目標，而不是在追求更優越的正面利益，因此其於挑唆行為時付諸實踐的法益侵害內容並不被法秩序所容許¹⁰⁷。據此，儘管挑唆行為是防衛行為的原因，但是挑唆者在這兩個時點所實踐的侵害意志內容不同，對於二者給予不同評價並不是矛盾，而是貫徹刑法不法概念的必然結果。

與結果非價——論刑事不法概念的實質內涵，收於：法益保護與行為刑法，頁108-130（2016年）堅持以結果非價作為刑事不法的基礎。

¹⁰⁶ 結論相同，理由則是不完全一致：Küper (Fn. 89), S. 42 f.; Erb (Fn. 7), § 32 Rn. 229; Perron/Eisele (Fn. 5), § 32 Rn. 61; Mitsch (Fn. 42), S. 754; Lindemann/Reichling (Fn. 12), S. 500; Kretschmer (Fn. 76), S. 193 f.; Satzger (Fn. 76), S. 519; Schlehofer (Fn. 12), Vor § 32 Rn. 72.

¹⁰⁷ Vgl. Bertel (Fn. 28), S. 15 f.

既然挑唆行為所實踐之侵害意志內容係不法行為，防衛行為所實踐之侵害意志內容係合法行為，那麼二者導致的同一法益侵害結果具有不同的評價意義，也是必然的推論結果。由前面的不法概念可以推知，法益侵害結果僅具有事後提升行為不法程度的作用，結果本身究竟是不幸或不法，並無法脫離實現該法益侵害的意志實踐予以判斷¹⁰⁸。很清楚的例子是，同樣是一個人溺水死亡，如果死者是自己酒後失足落水，死亡結果就只是一個不幸，如果死者是被他人刻意推落河裡，死亡結果就會因為不法行為而成為不法結果。據此，從防衛行為的角度來看，侵害者的法益侵害是合法的結果；從挑唆行為的角度來看，侵害者的法益侵害就是不法的結果，事後提升挑唆行為的不法程度。我們沒辦法說，因為侵害者的法益侵害是正當防衛所導致的合法結果，所以它對於挑唆行為而言也是一個合法結果。任何根據法益侵害結果本身論斷其不法或合法意義的說法，在思考上或許都是受到「行為不法」與「結果不法」這組用語所誤導，以為「行為」和「結果」可以各自獨立成為不法評價的對象。但是，按照本文的理解，行為不法必定以行為人踐行侵害法益的意志為前提，如果行為本身缺乏任何法益侵害的關聯性，不可能被評價為不法¹⁰⁹；相對地，結果不法必定是以結果來自不法行為為前提，脫離不法行為的法益侵害結果就只是一個客觀事實，沒有不法的意義。就此而言，行為與結果在不法評價上具有內在的依存關係，「行為不法」和「結果不法」的用語區分卻是掩飾了二者的關聯性，容易引起結果本身具有獨立不法意義的誤會¹¹⁰。

108 Vgl. auch *Freund* (Fn. 84), S. 268 f.; *Küper* (Fn. 89), S. 45 ff.; *Kretschmer* (Fn. 76), S. 193.

109 就此之相同意見：許恒達（註105），頁109-116。

110 據此，*Diego-Manuel Luzón*, „Actio illicita in causa“ und Zurechnung zum Vorverhalten bei Provokation von Rechtfertigungsgründen, in: *Byrd/Hruschka/Joerden* (Hrsg.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 2, 1994, S. 353 (360 ff.). 區分「排除行為非價與結果非價」和「僅排除行為非價」之阻卻不法事由，在前者否定原因不法行為理論之適用，後者肯定原因不法行為理論之適用，在出發點上就有待商榷。

導致同一法益侵害結果的不同行為可能受到不同評價，其實完全不是新鮮事，因為刑法學公認幕後者可以利用他人的合法行為而成立間接正犯¹¹¹。如果有人虛偽告發他人犯罪，法院審理後判決被告發人應入獄服刑，儘管法院係以合法的判決剝奪被告發人的行動自由，告發人卻是違法利用法院裁判剝奪被告發人的行動自由。此種間接正犯類型的存在，正是代表導致同一法益侵害結果的不同行為可以受到不同評價，而不會陷入任何評價上的矛盾。通說一方面承認利用他人合法行為的間接正犯，另一方面卻不承認原因不法行為理論，主要是認為前者涉及不同的兩個人的行為評價，後者涉及的是同一個人的行為評價，因此不能相提並論。然而，前後兩個行為是由同一個人或不同的人實施的現象差異，對於不法評價並沒有規範上的重要性，因為重點是個別的行為所實踐的侵害意志內容是否不法，而不是由什麼人來實施這些行為。因此，以兩個行為由同一個人實施而否定其不同評價的可能性，這是使不法評價不當受到現象差異的牽制¹¹²。

最後有文獻認為，儘管在行為人先行引發衝突，又以侵害他人的方式解決衝突的情形裡，法秩序可以一方面禁止其引發衝突，另一方面許可其解決衝突的權限，但是立法者應該制定獨立的（危險犯）犯罪構成要件表達其禁止引發衝突的意思。例如，行為人在群毆過程中因正當防衛而致人於死，雖然此一殺人行為係屬合法，但是不影響參與群毆行為的違法性，這是因為立法者制定聚眾鬥毆罪，獨立禁止參與群毆的行為，該正當防衛所導致的死亡結果仍然可歸責於違法的參與群毆行為。據此，挑唆行為使侵害者在正當防衛情狀下遭受法益危險，應該由立法者考量制定獨立的危險犯構成

111 僅參考林山田，*刑法通論*（下冊），10版，頁58-59（2008年）；黃常仁（註1），頁220-221。

112 *Ebenso Freund* (Fn. 84), S. 269 f.

要件予以禁止，在此之前不應予以處罰¹¹³。本文認為，這個說法在觀念上正確理解挑唆行為與防衛行為的不法評價可以分開，但是要求立法者必須先行制定處罰挑唆行為的罪名，則是完全沒有必要的做法。此種說法忽略了，聚眾鬥毆罪處罰參與群毆行為，並不是著眼於參與群毆行為對於個別被害人生命或身體法益的危險，而是著眼於其對於不特定多數人（尤其包括參與群毆以外之人）生命或身體法益的危險。由於既有的殺人或傷害罪名皆是以保護個人生命或身體法益為目的，無法達成保護不特定多數人生命身體法益的效果，立法者遂有增訂聚眾鬥毆罪的必要性¹¹⁴。相對地，我們認定挑唆行為是不法行為，並不是著眼於挑唆行為對於不特定多數人之法益危險性，而是著眼於其導致侵害者之法益侵害結果，挑唆行為的不法內涵可以被既有的犯罪構成要件所涵蓋，沒有必要增訂獨立的犯罪構成要件處罰挑唆行為。

總之，基於刑事不法的評價對象是行為人對侵害法益意志之實踐，挑唆行為和防衛行為作為不同事實背景底下的兩個侵害意志的實踐，即使最終導致同一結果，其不法評價原本就可能不同。原因不法行為理論承認不法挑唆與合法防衛得以並存，並沒有邏輯上矛盾之處，挑唆行為的可罰性不以增訂獨立犯罪構成要件為前提。

113 Neumann (Fn. 20), S. 152. Im Ergebnis Hruschka (Fn. 12), S. 876, 884.

114 薛智仁（註105），頁87-92。聚眾鬥毆罪與殺人或傷害罪之保護法益方向不同，反映在德國文獻具有共識的兩個見解上：一是聚眾鬥毆罪的處罰基礎在於參與群毆行為的危險性，而不是在於其導致死亡或傷害結果。該罪之「致人於死或重傷」是客觀處罰條件，其作用僅在表彰群毆的特殊危險性，而不是參與群毆行為被處罰的真正理由。二是假如在個案中可證明參與群毆之人同時成立殺人罪或傷害罪，其與聚眾鬥毆罪係成立想像競合關係，而不是成立法條競合關係，僅論以殺人罪或傷害罪。上述觀點，參考Detlev Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 231 Rn. 1, 13; Kristian Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2018, § 231 Rn. 1, 5, 6; Ralf Eschelbach, in: von Heinschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB, 45. Edition, Stand: 01.02.2020, § 231 Rn. 1, 18, 26。至於我國刑法第283條之立法技術是否落實此一規範目的，則是另一個問題。

(三) 承認侵害者之正當防衛權

最後一個對於原因不法行為理論的質疑是，如果挑唆行為就是不法行為，那麼侵害者的反應就不是「現在不法侵害」，而是對於不法挑唆行為的必要防衛手段，成為「正當防衛」的合法行為。對於侵害者的「合法」反應，挑唆者反而自始不得進行防衛，其防衛行為不得阻卻不法。以本文的案例而言，甲公然喊乙綽號的行為作為不法的傷害行為，乙動手打甲就是一個正當防衛行為，甲對於乙的防衛行為不得正當防衛。由於原因不法行為理論的支持者認為挑唆者享有完整正當防衛權限，挑唆者自始不得正當防衛的適用後果顯得不合邏輯¹¹⁵。

本文認為，此一批評過度概括。原因不法行為理論承認挑唆行為可能是不法行為，至多是肯定挑唆行為構成不法侵害，卻不當然就肯定其屬於「現在」不法侵害。正當防衛之侵害現在性，係以侵害在客觀上對於他人法益造成具體危險為標準，該侵害是否為著手實行犯罪並不重要¹¹⁶。例如，行為人已在被害人的飲料中下毒，並放置在被害人家門口，但在被害人返家之前，第三人發現行為人的犯罪計畫，遂強迫行為人取走該飲料。此時，儘管行為人在放置飲料後已經放任因果流程進行，無法控制被害人是否因此死亡，已可被認定為著手殺人。但是，在被害人返家之前，其生命利益在客觀上並未陷入迫切危險的狀態下，僅屬於未來的不法侵害，故第三人的強制行為不得適用正當防衛，僅可能適用緊急避難阻卻不法。基於相同道理，即使挑唆行為已經是殺人或傷害行為之著手實行，只要在客觀上尚未使他人陷入生命或身體的具體危險，就仍然屬於將來不法侵害，對之不得實施正當防衛。據此，甲喊乙綽號在客觀上

¹¹⁵ Vgl. *Bockelmann* (Fn. 4), S. 26; *Roxin* (Fn. 33), S. 547.

¹¹⁶ 相關學說之評析，詳見薛智仁（註59），頁27-30；薛智仁，不法侵害之現在性與著手實行——最高院99台上5562，台灣法學雜誌，182期，頁187（2011年）。

尚未使乙陷入傷害的具體危險，而是直到甲對於乙動手打人進行反擊，才會使乙的身體法益處於迫切危險之中，因此乙對於甲喊綽號的挑唆行為依然不能正當防衛。既然乙動手打人仍然是不法侵害¹¹⁷，甲仍然保有對其正當防衛的可能性。其結果是，原因不法行為理論並未導致自相矛盾的結果¹¹⁸。

四、理論優點

在確定挑唆行為能夠實現不法犯罪構成要件，並且排除其違反罪刑法定原則及邏輯矛盾的學說質疑之後，原因不法行為理論已被證明是可行的學說觀點。然而，原因不法行為理論一方面保留給挑唆者完整的正當防衛權限，另一方面承認挑唆行為的可罰性，不禁令人質疑其賦予挑唆者正當防衛權限純屬表象，最終結果和限制或排除挑唆者之正當防衛權限無異。本文以下將指出，原因不法行為理論並不是純屬刑法釋義學的理论遊戲，其以挑唆行為創設挑唆者的可罰性，保留完整的正當防衛權限，對於挑唆者和第三人之刑責認定產生不容忽視的影響。相對於通說限制挑唆者的正當防衛權限，原因不法行為理論在實質正當性和適用明確性上都更為優越。

（一）對挑唆者之影響

就認定挑唆者的刑責而言，通說以防衛行為作為處罰對象，依據其屬於「意圖挑唆」或「其他可非難之挑唆」類型，分別設定限制正當防衛的成立要件與法律效果。即使是過失引發現在不法侵害，過當的防衛行為通常是成立故意犯。相對地，原因不法行為理論以挑唆行為取代防衛行為作為處罰對象，根據既有的刑法歸責標

117 乙對於甲喊綽號的挑唆行為也不能主張緊急避難（刑法第24條）。因為，緊急危難係以法律所保護的利益陷入危險狀態，而且若不立即採取救助措施，危險將會擴大或演變成實害。甲喊綽號可能演變成乙受到傷害，但是此一危險還有待乙被挑唆動手、甲反擊傷害乙等一連串反應才會實現，故乙的傷害危險尚未到達緊急的程度。

118 *Ebenso Bertel* (Fn. 28), S. 21 f.

準認定其客觀與主觀不法，對於最後產生的法益侵害結果，依情形成立故意犯或過失犯，但也可能是無罪¹¹⁹。此一差異產生兩個影響：

第一個影響是，原因不法行為理論較能妥適地評價挑唆者對於最終法益侵害結果的歸責程度。在客觀不法上，挑唆行為是否為不法，取決於挑唆行為所創造之法益風險是否被容許，而不是使用挑唆行為「違法」或「違反社會倫理」的硬性標準。通說所謂「違法」或「違反社會倫理」的挑唆行為，都是針對挑唆行為本身所做的評價，與挑唆行為對於侵害者法益造成的風險是否被容許，其實沒有必然關係。在主觀不法上，挑唆行為是故意或過失，則是取決於挑唆者對於最終法益侵害結果的認知程度，其係意圖、故意或過失引起現在不法侵害，並不重要。如此一來，主觀不法的判斷完全是建立在行為人對於最終法益侵害的認知上，而不是受到無關緊要的動機或事實認知所影響。例如，某人在野台表演跳脫衣舞，雖然知道可能會有衛道人士看不慣而把他揪下舞台，但是仍然決定上台表演，並預見到後來因此發生肢體衝突，實施正當防衛而傷害把他揪下舞台的衛道人士。依據通說，表演者跳脫衣舞若是被認定為「違法」（構成刑法第234條公然猥褻罪）或「違反社會倫理」的挑唆行為，其傷害行為就不得適用正當防衛，一律成立傷害罪。然而，依據原因不法行為理論，跳脫衣舞並不影響其防衛權限，防衛行為不成立傷害罪。跳脫衣舞導致後來衛道人士的傷害，是否成立傷害罪，取決於客觀上是否製造法所不容許的身體風險。對此本文認為，跳脫衣舞是某些人賴以維生的職業，固然可能引起部分人士的反感，不過在現代社會中，絕大多數人的選擇是忍受、自行迴避或報警處理，而不是與表演者發生肢體衝突。因此，即使跳脫衣舞被評價為敗壞風俗的行為，但客觀上引起他人在正當防衛情狀下受

119 Vgl. Bertel (Fn. 28), S. 20 f.

傷的可能性極低，對於他人身體並未製造法所不容許之風險，故客觀上不該當傷害罪構成要件。舞者對於跳脫衣舞可能引起他人在正當防衛情狀下受傷的認知，則是對於容許風險事實的認知，主觀上欠缺傷害故意與過失，其結果是不成立傷害罪。

第二個影響是提升挑唆者責任判斷的明確性。通說承認挑唆防衛的限制，但是對於挑唆行為是否以「違反社會倫理」為已足、為何挑唆行為和防衛行為需要有「時空緊密關連性」、為何侵害者的反應必須和挑唆行為「相當」、上述「社會倫理」、「時空緊密關連性」和「相當性」的判斷標準又是如何，以及防衛權限是被完全排除或附加限制等，可說是人言人殊。上述正當防衛的限制要件，不僅完全沒有法律文義可資依循，其要件內涵更是難以界定。以目前實務所承認之挑唆行為為例，挑唆者和侵害者的配偶不當交往、對於侵害者潑水、甚至出言叫囂「怎樣」等，皆被認定是「違反社會倫理」之挑唆行為，但是違反社會倫理的判斷標準究竟為何，卻沒有任何判決做過說明。同樣地，學說所謂侵害必須是挑唆行為的「相當反應」，也是陷入意義不明確的困境。試想：一個人被公然叫綽號時，他的反應可能是保持風度、表現生氣、口出惡言、動手打人、動刀動槍，但是哪一種反應才是相當的？如果動手打人才是相當的，是打哪個身體部位才是相當？在多元價值的現代社會中，難以期待上述問題能有一個稍具共識的答案。諸如此類的挑唆防衛成立要件，無法提供法官解釋法律的準繩，挑唆者在面對現在不法侵害時將無所適從，陷入不確定性極高的刑責風險裡，顯然違反刑法明確性原則¹²⁰。透過原因不法行為理論，可以排除防衛限制要件不

120 批評防衛手段合宜性或社會倫理限制係違反明確性原則，參考薛智仁（註59），頁46-47；*Sinn* (Fn. 68), 514 ff. 本文認為，通說對於挑唆防衛之成立要件和法律效果的不明確性，甚至高於原因不法行為理論對於犯罪構成要件的理解。原因不法行為理論在判斷挑唆行為是否該當犯罪構成要件時，仍然必須緊扣住系爭犯罪的法條文義，僅在實現途徑或方法上容許更多彈性，而不是訴諸法無明文的标准。因此，通說一方面批評原因不法行為理論違反罪刑法

明確的問題，使挑唆者保有完整的正當防衛權限。至於其挑唆行為是否成立犯罪，也是在犯罪構成要件的法律文義範圍內，依據既有的歸責規則予以認定，沒有法院解釋法律不明確和挑唆者無法預見刑罰風險的問題。

(二) 對第三者之影響

在第三者參與挑唆防衛的過程時，通說和原因不法行為理論對其刑事責任也會產生不同的影響。第三者參與挑唆防衛的情形多樣，可能是第三者挑唆現在不法侵害，再自行實施防衛行為；可能是被侵害者挑唆現在不法侵害，第三者為了保護挑唆者而單獨實施防衛行為，或是參與挑唆者的防衛行為。前者例如丙假冒甲的聲音公然喊乙綽號，乙欲毆打甲，丙見狀反擊乙（情形一）；後者例如甲公然喊乙綽號，乙欲毆打甲，丙見狀而反擊乙（情形二），或者在甲反擊乙時幫忙阻止乙逃走（情形三）。

通說認為，在第三者挑唆現在不法侵害時，其防衛權限不受限制，因為第三者行使的防衛權限係源自於被侵害者，第三者的挑唆卻不可歸責於被侵害者，故被侵害者仍保有完整的正當防衛權限¹²¹。據此，丙在情形一的傷害行為合法。相對地，在被侵害者自行挑唆現在不法侵害時，如果第三者單獨實施防衛行為，因為第三者的防衛權限是源自於被侵害者，同樣適用挑唆者的防衛限制，其行為在逾越防衛限制時仍屬不法¹²²。據此，情形二的丙成立傷害罪。如果第三者是參與挑唆者的防衛行為，挑唆者卻逾越防衛限制，在第三者單純幫助挑唆者實施防衛行為時，其幫助行為因為共犯從屬性原則而屬於不法行為；在第三者與挑唆者共同實施防衛行

定原則，另一方面卻仍然可以接受挑唆防衛的限制要件不夠明確，這是立場上的自我矛盾。

121 *Rönnau/Hohn* (Fn. 9), § 32 Rn. 260.

122 *Perron/Eisele* (Fn. 5), § 32 Rn. 61 a; *Erb* (Fn. 7), § 32 Rn. 238; *Rönnau/Hohn* (Fn. 9), § 32 Rn. 259.

為時，第三者適用相同的防衛限制，其防衛行為亦屬於不法行為¹²³。假如第三者不知現在不法侵害係由被侵害者所挑唆，則適用容許構成要件錯誤處理¹²⁴。據此，情形三的丙成立幫助傷害罪或共同傷害罪。相對於此，依據原因不法行為理論，不論是誰挑唆現在不法侵害，被侵害者與第三者的正當防衛權限皆不受限制，第三者僅可能因為挑唆行為而就侵害者的法益侵害成立犯罪。因此，丙在上述三種情形裡的防衛行為皆為合法，僅在情形一因為故意挑唆而傷害乙成立傷害罪，在其餘兩個情形裡，皆因為欠缺挑唆行為而無罪。

在第三者參與挑唆防衛的情形，通說和原因不法行為理論的推論結果相當不同。如果比較二者的結論，大致上可以說，通說傾向於將第三者的正當防衛權限視為源自於被侵害者，故第三者是否適用挑唆防衛之限制，通常是比照被侵害者而定，二者的防衛行為是否不法通常一致。相對地，原因不法行為理論關注誰透過挑唆行為造成法益侵害，被侵害者和第三者的行為不法可能不一致。問題是，何種觀點在理論上更加優越？對此，本文前面已經分析過，通說對於挑唆防衛的限制欠缺實質正當性¹²⁵，故其對於第三者參與挑唆防衛的責任認定同樣是有待商榷。不過，即使不管其理論的實質正當性問題，我們也可以發現，通說對於第三者參與挑唆防衛的評價結果，與其承認限制挑唆防衛的理由之間，缺乏理論內部的連貫性。

首先，從通說將維護法秩序視為正當防衛之理論基礎來看，其將第三者的正當防衛權限視為源自於被侵害者，在出發點上已經是理論的矛盾。在維護法秩序的視角下，第三者並不是被侵害者權利

123 Perron/Eisele (Fn. 5), § 32 Rn. 61 a; Rönnau/Hohn (Fn. 9), § 32 Rn. 259.

124 Roxin (Fn. 33), S. 552 f.; Rönnau/Hohn (Fn. 9), § 32 Rn. 259.

125 詳見前述「貳、二」及「貳、三」部分。

之代理人，而是代理行使國家權力的私人，其正當防衛權限不是來自被侵害者，而是屬於自己的原始權限¹²⁶。既然第三者和被侵害者的正當防衛權限各自獨立，二者是否應受限制就不當然存在連動關係。從維護法秩序的角度來看，第三者參與挑唆防衛，其防衛權限應否受到限制，取決於挑唆行為對於維護法秩序之需求或資格的影響。如前所述，學說對此並無定論¹²⁷。假如認為挑唆行為係根本上降低維護法秩序的需求，那麼不論是被侵害者或第三者實施挑唆行為，第三者都不需要保有完整的正當防衛權限去維護法秩序，此時第三者應該適用和被侵害者相同的防衛限制。但是，假如認為挑唆行為僅是使挑唆者喪失維護法秩序的資格，那麼唯有實施挑唆行為之人才適用防衛限制，第三者不因為被侵害者實施挑唆而喪失完整的正當防衛權，被侵害者也不因為第三者實施挑唆而喪失完整的正當防衛權。就此而言，在第三者挑唆現在不法侵害時，通說容許其比照被侵害者保有完整的正當防衛權限，係忽視此時維護法秩序之需求根本上降低或第三者喪失維護法秩序資格。在被侵害者挑唆現在不法侵害時，通說使第三者比照被侵害者適用防衛限制，僅在維護法秩序之需求根本上降低的論點下有其正當性¹²⁸，在挑唆者始喪失維護法秩序資格的論點下，則是對第三者防衛權限的不當限制¹²⁹。

其次，從保護個人權利作為正當防衛之理論基礎來看，將第三者的防衛權限視為源自於被侵害者的權利，在出發點上是邏輯一貫的。不過，第三者參與挑唆防衛，其防衛權限是否受到限制，則端視挑唆行為如何影響被侵害者的權利保護需求，此一問題又取決

126 Vgl. *Peter Kasiske*, Begründung und Grenzen der Nothilfe, Jura 2004, S. 832 (835); *Lothar Kuhlen*, Einschränkungen der Verteidigungsbefugnis bei der Nothilfe, GA 2008, S. 282 (288).

127 詳見前述「貳、二」部分。

128 *Roxin/Greco* (Fn. 5), § 15 Rn. 122.

129 *Insoweit Kasiske* (Fn. 126), S. 838; *von Scherenberg* (Fn. 27), S. 205.

於，我們把觀察重心放在挑唆行為使受害者的保護需求提升，或是使被受害者的保護需求下降¹³⁰。在第三者挑唆現在不法侵害時，受害者的保護需求上升，被受害者的保護需求維持不變。如果著眼於前者，被受害者的權利並非絕對優越，被受害者和第三者的防衛權限應該一致地受到限制；如果著眼於後者，被受害者並未促成不法侵害的發生，其保護需求維持不變，故被受害者與第三者的防衛權限應該一致不受到影響¹³¹。就此而言，通說使第三者比照被受害者保有完整的正當防衛權限，從受害者之保護需求上升來看，是理論不一貫；在被受害者的保護需求不變的觀點下，則有其理論一貫性。至於在被受害者挑唆現在不法侵害時，通說使第三者比照被受害者受到相同的防衛限制，不論從受害者的保護需求上升，或是被受害者的權利保護需求降低來看，同樣有其理論一貫性¹³²。

基於上述分析，通說對於第三者參與挑唆防衛的討論，最貼近正當防衛的保護個人權利功能，但是和正當防衛的維護法秩序功能之間，則是很大程度上缺乏論證關連性。如果再考量到，通說將維護法秩序和保護個人權利並列為正當防衛的理論基礎，在兩個觀點對於第三者的防衛權限是否應予限制的結論不一致時，將使第三者行為的評價變得更加困難。相較於此，原因不法行為理論否定挑唆行為作為限制防衛的理由，完全根據第三者有無挑唆行為來認定其刑事責任，反而是簡潔有力的解決方案。由此可知，從邏輯一貫性的角度來看，原因不法行為理論仍然是更加優越的解決方案。

130 詳見前述「貳、三」部分。

131 *Kasiske* (Fn. 126), S. 838; *Mitsch* (Fn. 8), S. 535.

132 *Kuhlen* (Fn. 126), S. 291.

肆、結論

挑唆防衛作為防衛手段之社會倫理限制理由，長期以來是主流學說立場，並逐漸獲得我國實務的承認。然而，挑唆防衛的成立要件與法律效果，至今尚無定論，其根本原因在於此一限制缺乏實質正當性。因為，挑唆防衛並不是權利濫用，挑唆行為並不會改變維護法秩序及保護個人權利的需求，挑唆者也不會喪失維護法秩序的資格。即使挑唆者居於危險前行為人的保證人地位，此一資格僅能創設不純正不作為犯的責任，無法產生限制防衛權限的效果。倘若挑唆者的防衛行為符合正當防衛的成立要件，卻禁止其訴諸正當防衛之不罰法律效果，又將抵觸違反罪刑法定原則。因此，挑唆者應該保有完整的正當防衛權限。

儘管如此，挑唆者就透過正當防衛情狀而導致之法益侵害，可能可歸責於其挑唆行為或未阻止現在不法侵害之不作為，依據個案情節成立故意犯、過失犯或無罪。主流學說對於此一原因不法行為理論的質疑，並沒有說服力。最主要的理由是，挑唆行為雖然促使侵害者自陷遭受正當防衛的風險，卻不是在協助侵害者實現自主利益，故不適用被害人自我負責阻卻客觀歸責。挑唆行為被評價為不法實現犯罪構成要件的行為，並不違反罪刑法定原則，和承認防衛行為合法並不矛盾，對於挑唆防衛過程中的挑唆者和第三者的刑責認定，也比起限制挑唆防衛的通說立場更加妥適、明確。

據此，原因不法行為理論是解決挑唆防衛難題的最佳方案，透過精確地認定犯罪構成要件行為，無待立法者增訂法律即可妥適評價挑唆者的可罰性¹³³。原因不法行為理論的觀點，基本上亦可適用

¹³³ 此一解決方案的實質思想與原因自由行為之「構成要件模式」相同，自陷精神障礙行為原則上即是犯罪行為，無待立法者明訂原因自由行為之處罰條款，刑法第19條第3項是應予刪除的規定。就此，參考薛智仁（註70），頁57-59。

於可歸責地引起阻卻不法情狀的其他情形，例如避難人有責地引起緊急危難¹³⁴，不過這已是有待未來繼續研究的議題了。唯一要強調的是，此一理論的真正價值在於，當行為人透過兩個以上的行為造成同一法益侵害時，刑法的評價不應該只注意直接造成法益侵害的行為，而是應該把眼光移往間接造成法益侵害的前行為，獨立地審查前行為是否不法有責地實現犯罪構成要件，始有助於完整而精確地認定行為人的刑事責任¹³⁵。

134 已如此主張：黃榮堅（註11），頁263-264；Küper (Fn. 89), S. 47 ff.; Frister (Fn. 12), § 14 Rn. 6, § 17 Rn. 32; Puppe (Fn. 84), S. 447 ff. 不同見解，許恆達（註53），頁201。

135 Vgl. Georg Freund/Frauke Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2019, § 4 Rn. 44.

參考文獻

1. 中文部分

- Bernd Heinrich著，古承宗譯（2016），行為人於自己犯罪所實施的
中介行為，月旦法學雜誌，258期，頁215-227。[Bernd
Heinrich (2011), Das vorsätzliche „Dazwischentreten“ des Täters in
seine eigene Tat, in: Geisler/Kraatz/Kretschmer/Schneider/Sowada
(Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10.
März 2011, Berlin: de Gruyter, S. 171-186.]
- 王皇玉（2019），刑法總則，5版，臺北：新學林。
- 王澤鑑（2014），民法總則，增訂新版，臺北：自版。
- 古承宗（2017），教唆從屬性與回溯禁止，收於：犯罪支配與客觀
歸責，頁95-117，臺北：元照。
- （2018），正當防衛的法釋義結構與流變——法制史面向的
考察，月旦裁判時報，78期，頁58-75。
- 余振華（2010），刑法違法性理論，2版，臺北：瑞興。
- 吳耀宗（2011），挑撥防衛之問題，月旦法學教室，101期，頁20-
21。
- 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。
- （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，臺大法學論叢，48卷3期，頁1223-1278。
- 林山田（2008），刑法通論（上冊），10版，臺北：自版。
- （2008），刑法通論（下冊），10版，臺北：自版。
- 林東茂（2016），刑法綜覽，8版，臺北：一品。
- 林書楷（2012），原因自由行為，收於：刑事法理論與財經刑法之
接軌，頁49-137，臺北：翰蘆。

- (2016), 論挑唆防衛及其防衛權限制, 收於: 林東茂、黃源盛、王乃彥編, 法務部廖正豪前部長七秩華誕祝壽論文集——刑法卷, 頁77-95, 臺北: 五南。
- (2018), 刑法總則, 4版, 臺北: 五南。
- 林誠二 (2012), 民法總則新解——體系化解說 (下冊), 3版, 臺北: 瑞興。
- 林鈺雄 (2019), 新刑法總則, 7版, 臺北: 元照。
- 施啟揚 (2007), 民法總則, 7版, 臺北: 自版。
- 高金桂 (2012), 不作為犯與保證人義務, 軍法專刊, 58卷5期, 頁146-167。
- 張天一 (2001), 對正當防衛受社會道德限制之再檢討——以正當防衛阻卻違法之實質根據為中心, 刑事法雜誌, 45卷4期, 頁71-123。
- 許恒達 (2010), 「原因自由行為」的刑事責任, 臺大法學論叢, 39卷2期, 頁351-431。
- (2010), 自招危難與阻卻違法——評最高法院九八年度台上字第六七四九號判決, 台灣法學雜誌, 157期, 頁199-202。
- (2016), 正當防衛與挑唆前行為, 月旦刑事法評論, 2期, 頁101-127。
- (2016), 行為非價與結果非價——論刑事不法概念的實質內涵, 收於: 法益保護與行為刑法, 頁79-155, 臺北: 元照。
- (2016), 從個人保護原則重構正當防衛, 臺大法學論叢, 45卷1期, 頁315-393。
- (2019), 析論原因自由行為明文規範十年來的實務暨學理發展, 收於: 吳俊毅、薛智仁編, 刑法總則修正十年之回顧與前瞻, 臺北: 新學林, 頁57-97。
- 陳子平 (2017), 刑法總論, 4版, 臺北: 元照。
- 陳俊榕 (2013), 論「挑唆防衛」, 國立中正大學法學集刊, 39期, 頁73-112。

- 彭美英(2018), 罪刑法定原則與阻卻違法事由, 月旦刑事法評論, 11期, 頁5-19。
- 黃常仁(2009), 刑法總論——邏輯分析與體系論證, 2版, 臺北: 自版。
- 黃惠婷(2001), 正當防衛之防衛行為, 台灣本土法學雜誌, 29期, 頁133-139。
- 黃榮堅(2012), 基礎刑法學(上冊), 4版, 臺北: 元照。
——(2012), 基礎刑法學(下冊), 4版, 臺北: 元照。
- 鄭冠宇(2018), 民法總則, 5版, 臺北: 新學林。
- 盧映潔(2003), 挑唆防衛, 月旦法學教室, 7期, 頁49-51。
- 薛智仁(2002), 參與群毆行為之處罰基礎與立法, 臺北: 學林。
——(2011), 不法侵害之現在性與著手實行——最高院99台上5562, 台灣法學雜誌, 182期, 頁182-188。
——(2015), 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, 臺大法學論叢, 44卷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, 16期, 頁1-70。
——(2017), 論原因自由行為之處罰基礎, 中研院法學期刊, 21期, 頁1-80。
——(2019), 正當防衛與比例原則, 月旦法學雜誌, 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, 臺大法學論叢, 48卷3期, 頁1147-1221。
- 蘇俊雄(1998), 刑法總論II, 2版, 臺北: 自版。

2. 外文部分

- Bertel, Christian (1972), Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84, S. 1-36.

- Bitzilekis, Nikolaos (1984), Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, Berlin: Duncker & Humblot.
- Bockelmann, Paul (1970), Notwehr gegen verschuldete Angriffe, in: Barth (Hrsg.), Festschrift für Richard M. Honig: zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970, Göttingen: Schwartz, S. 19-32.
- Burchard, Christoph (2019), Die strafverfassungsrechtliche Verpflichtung (Art. 103 Abs. 2 GG) des Gesetzgebers, das Wesentliche der Rechtfertigungsgründe selbst zu regeln, StV, S. 637-642.
- Dörner, Heinrich (2019), in: Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 10. Aufl., Baden-Baden: Nomos, § 226.
- Eisele, Jörg (2019), in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., München: C. H. Beck, Vor §§ 13 ff.
- Engländer, Armin (2008), Grund und Grenzen der Nothilfe, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Erb, Volker (2017), in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., München: C. H. Beck, § 32.
- Eschelbach, Ralf (2020), in: von Heinschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.), BeckOK StGB, 45. Edition, Stand: 01.02.2020, München: C. H. Beck, § 231.
- Freund, Georg (2006), Actio illicita in causa: Ein Übel oder eine Möglichkeit, das Übel an der Wurzel zu packen?, GA, S. 267-273.
- Freund, Georg/Rostalski, Frauke (2019), Strafrecht Allgemeiner Teil (1998), 3. Aufl., Berlin: Springer.
- Frister, Helmut (2015), Strafrecht Allgemeiner Teil (2006), 7. Aufl., München: C. H. Beck.
- Grünewald, Anette (2010), Notwehreinschränkung — insbesondere bei provoziertem Angriff, ZStW 122, S. 51-86.

- Hardtung, Bernhard/Putzke, Holm (2016), Examinatorium Strafrecht AT, München: C. H. Beck.
- Hassemer, Winfried (1979), Die provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts, in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, München: C. H. Beck, S. 225-244.
- Hillenkamp, Thomas (1981), Vorsatztat und Opferverhalten, Göttingen: Schwartz.
- Hruschka, Joachim (2001), Bestrafung des Täters trotz Rechtfertigung der Tat? Zu den „Provokations-“ und ähnlichen Fällen, ZStW 113, S. 870-884.
- Jakobs, Günther (1993), Strafrecht Allgemeiner Teil (1983), 2. Aufl., Berlin: de Gruyter.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas (1996), Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil (1969), 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Kargl, Walter (2019), Strafrecht. Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit, Baden-Baden: Nomos.
- Kasiske, Peter (2004), Begründung und Grenzen der Nothilfe, Jura, S. 832-839.
- Kaspar, Johannes (2017), Strafrecht — Allgemeiner Teil (2015), 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Kindhäuser, Urs (1989), Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann.
- (2017), in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NomosKommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos, § 32.
- Köhler, Michael (1997), Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin: Springer.

- Kretschmer, Bernhard (2012), Notwehr im Showdown, Jura, S. 189-195.
- Kretschmer, Joachim (2015), Notwehr (§ 32 StGB) und Unterlassen (§ 13 StGB) — eine wechselseitige Beziehung zweier Rechtsfiguren, JA, S. 589-592.
- Krey, Volker/Esser, Robert (2016), Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil (2002), 6. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer.
- Kuhlen, Lothar (2008), Einschränkungen der Verteidigungsbefugnis bei der Nothilfe, GA, S. 282-298.
- Kühl, Kristian (2017), Strafrecht Allgemeiner Teil (1994), 8. Aufl., München: Vahlen.
- (2018), in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., München: C. H. Beck, § 231.
- Küper, Wilfried (1983), Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand: Zugleich ein Beitrag zur „actio illicita in causa“, Berlin: Duncker & Humblot.
- Lindemann, Michael/Reichling, Tilman (2009), Die Behandlung der so genannten Abwehrprovokation nach den Grundsätzen der actio illicita in causa, JuS, S. 496-501.
- Loos, Fritz (1999), Zur Einschränkung des Notwehrrechts wegen Provokation, in: Ahrens/von Bar/Fischer/Spickhoff/Taupitz (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln: Carl Heymanns, S. 233-249.
- Luzón, Diego-Manuel (1994), in: Byrd/Hruschka/Joerden (Hrsg.), „Actio illicita in causa“ und Zurechnung zum Vorverhalten bei Provokation von Rechtfertigungsgründen, Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 2, S. 353-374.
- Marxen, Klaus (1979), Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr, Frankfurt a.M.: Metzner.
- Matt, Holger (1993), Eigenverantwortlichkeit und subjektives Recht im

- Notwehrrecht, NStZ, S. 271-273.
- Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz (1992), Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1 (1954), 8. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Mitsch, Wolfgang (1986), Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA, S. 533-546.
- (2001), Notwehr gegen fahrlässig provozierten Angriff — BGH, NStZ 2001, 143, JuS, S. 751-755.
- Mitsch, Wolfgang (2017), Die provozierte Provokation, JuS, S. 19-24.
- Neumann, Ulfrid (1985), Zurechnung und „Vorverschulden“: Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, Berlin: Duncker & Humblot.
- Otto, Harro (1977), Rechtsverteidigung und Rechtsmißbrauch im Strafrecht. Zum Zusammenhang zwischen den §§ 32, 34 StGB, in: Herren (Hrsg.), Kultur, Kriminalität, Strafrecht: Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag am 7. 10. 1977, Berlin: Duncker & Humblot, S. 124-150.
- Paeffgen, Hans-Ullrich/Zabel, Benno (2017), in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NomosKommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos, Vor §§ 32 ff.
- Perron, Walter/Eisele, Jörg (2019), in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., München: C. H. Beck, § 32.
- Puppe, Ingeborg (2007), Das sog. Gerechtfertigte Werkzeug, in: Hettinger/Zopfs/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C. F. Müller, S. 443-454.
- Renzikowski, Joachim (1994), Notstand und Notwehr, Berlin: Duncker & Humblot.
- Roxin, Claus (1963), Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75, S. 541-590.

- (2014), Notwehr und Rechtsbewährung, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, München: C. H. Beck, S. 391-405.
- Roxin, Claus/Greco, Luís (2020), Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I (1992), 5. Aufl., München: C. H. Beck.
- Rönnau, Thomas/Hohn, Kristian (2019), in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Bd. 3, 13. Aufl., Berlin: de Gruyter, § 32.
- Satzger, Helmut (2006), Dreimal „in causa“ — actio libera in causa, omissio libera in causa, action illicita in causa, Jura, S. 513-520.
- von Scherenberg, Carl-Friedrich (2009), Die sozialetischen Einschränkungen der Notwehr, Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- Schlehofer, Horst (2017), in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 2017, Vor § 32.
- Schmidhäuser, Eberhard (1984), Strafrecht Allgemeiner Teil (Studienbuch) (1982), 2. Aufl., Tübingen: Mohr.
- Schöneborn, Christian (1981), Zum Leitgedanken der Rechtfertigungseinschränkung bei Notwehrprovokation, NStZ, S. 201-205.
- Sinn, Arndt (2013), Der Kerngehalt des Gesetzlichkeitsprinzips. Ein Beitrag zu den sozialetischen Beschränkungen des Notwehrrechts, in: Zöller/Hilger/Küper/Roxin (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, Berlin: Duncker & Humblot, S. 503-519.
- Sternberg-Lieben, Detlev (2019), in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., München: C. H. Beck, § 231.
- Stratenwerth, Günther/Kuhlen, Lothar (2011), Strafrecht Allgemeiner Teil (1971), 6. Aufl., München: Vahlen.

- Stuckenberg, Carl-Friedrich (2001), Provozierte Notwehrlage und Actio illicita in causa: Der Meinungsstand im Schrifttum, JA, S. 894-904.
- van Rienen, Rafael (2009), Die „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts, Baden-Baden: Nomos.
- Voigt, Lea/Hoffmann-Holland, Klaus (2012), Notwehrprovokation und actio illicita in causa in Fällen der Putativnotwehr. Überlegungen aus Anlass von BGH, Urt. v. 2. 11. 2011 — 2 StR 375/11, NStZ, S. 362-366.
- Wohlers, Wolfgang (1998), Trunkenheitsfahrten als eigenhändige Delikte, ZStrR, S. 95-111.

Illegal Provocation and the Right of Self-Defense

*Chih-Jen Hsueh**

Abstract

According to the major criminal law theory and current practices, the provocation defense is excluded from the claim of self-defense. The substantial restriction on the use of the right of self-defense, traditionally, is the abuse of right, while modern view resorts to that the function of sustaining public order or protecting individual rights via self-defense would be decreased in this situation. This article argues that the abuse of right alone cannot be a reason for restricting the right of self-defense. In cases where the provocative action does not affect the will (i.e. self-determination) of the assaulter, and the assaulter decides autonomously to implement an attack, the function of the right to self-defense is not impeded. Therefore, using provocation as a reason to restrict the right of self-defense is not justified. From this perspective, this article turns to the minority viewpoint, which claims that provocative action constitutes a form of criminality and therefore, provocateurs commit a crime. However, the majority viewpoint challenges that the infringements upon statutory interests shall not be regarded as a provocative action. Meanwhile, the majority argues, illegal provocation would be against the principle of *nulla poena sine lege* and illegal provocation cannot coexist with legal self-defense. All these challenges still cannot reduce the theoretical power of the minority viewpoint. To conclude, the minority viewpoint provides a more insightful and accurate solution.

* Professor, College of Law, National Taiwan University.

KEYWORDS: the right of self-defense, rationality, provocation defense, abuse of right, sustain public order, protect individual rights, self-liability, unlawful cause, *nulla poena sine lege*.