

## 什麼是誤想防衛？行為人會受處罰嗎？

文:楊舒婷（認證法律人）· 刑事犯罪 · 2022-11-21

### 案例

A於深夜下班後，走在燈光昏暗又人煙稀少的回家路上，不料後方突然響起一陣腳步聲，並有一隻手拍了A的肩膀，A嚇了一跳，立刻拿出包包內的辣椒水往後方狂噴，被噴到眼睛的B因此步伐踉蹌而摔傷，事後才知道，原來B只是想將A掉落的悠遊卡交還給他。請問A的行為會被處罰嗎？

### 本文

在討論什麼是「誤想防衛」之前，我們必須先瞭解「正當防衛」的意思。

#### 一、正當防衛

正當防衛是指「行為人在受到不法人力侵害行為的當下，基於防衛自己或他人權利的意思，而實行防衛行為」。

因為行為人是先遭遇侵害才進行反擊，所以刑法對此原則上不予處罰<sup>[1]</sup>。但要成立正當防衛必須「同時」符合以下3個要件<sup>[2]</sup>：

##### （一）存在緊急防衛情狀

所謂「防衛情狀」是指「『現在』所發生的『不法』『人力』侵害」。

##### 1. 限於「現在」<sup>[3]</sup>

例如：搶匪現在正在拉扯自己的包包、歹徒為綁架而架住自己脖子。這些都屬於「現在」正在發生的不法侵害。

若為過去已發生或未來（可能）會發生的事情，都不能算是防衛情狀。畢竟對於過去已發生的事，現在才予以反擊，比較像事後報仇而不是防衛；而若是對在未來根本不知道有沒有可能發生的事，現在就施以防衛行為，某程度來說比較像主動挑釁的攻擊。

##### 2. 限於「不法」

所謂不法侵害，就是指違法行為。若為合法行為，就表示對方本來就有權這麼做，自然不能對之主張「防衛」。

例如，警察依法對犯罪嫌疑人上銬，此時即不能主張警察對自己有不法侵害。

### 3. 限於「人力」

如果侵害是單純由動物造成的話，並不能主張正當防衛。但如果動物是受人類指使才進行攻擊時，即可算是人力侵害而可以主張正當防衛。

舉例來說，X唆使自己的獵犬攻擊Y，因為此時的動物攻擊可以視為X的行為，所以Y可以主張正當防衛。相反的，若Y只是偶然路過，獵犬卻突然發狂主動攻擊Y的話，這種情形是屬於單純的動物行為，Y不能主張正當防衛。

#### （二）實行緊急防衛行為

防衛行為的意思比較好理解，就是指對於防衛情狀做出各種防衛反應。例如：搥打搶匪拉扯包包的手、用牙齒咬住歹徒的手臂。

#### （三）防衛行為必須出於防衛意思

防衛意思是指「行為人心裡確實是為了防衛才做出防衛行為」。

防衛意思既然存在於內心，則在實務判斷上，就只能從外在的客觀情狀來認定行為人是否有防衛意思。

一般來說，在遭受侵害的當下施以防衛行為，當然沒有問題，但假如客觀上已經沒有繼續攻擊的情形（例如：丟棄武器、轉身準備離開），此時卻還出手反擊的話，實務則傾向認為不算是正當防衛，反而可能會被認定是要故意傷害對方的報復還擊動作<sup>[4]</sup>。

## 二、誤想防衛

### （一）概念

所謂誤想防衛是指「在欠缺『防衛情狀』下做出防衛行為」的情形，也就是行為人誤以為現在有不法侵害發生，所以基於防衛意思而做出防衛行為，但事實上並沒有不法侵害，純粹是想太多！

### （二）效果

至於誤想防衛的行為人是否會受到處罰？目前多數見解認為，行為人對於構成要件雖然有故意<sup>[5]</sup>，但因為誤想防衛是一個特殊情況，也就是行為人並不是真的想要犯罪，只是基於保護自己（或他人）的想法而剛好做出符合構成要件的防衛行為，因此就結果來說，頂多論以過失犯，不會真的依故意犯的標準來處罰行為人<sup>[6]</sup>。

### 三、案例解析（見圖1）

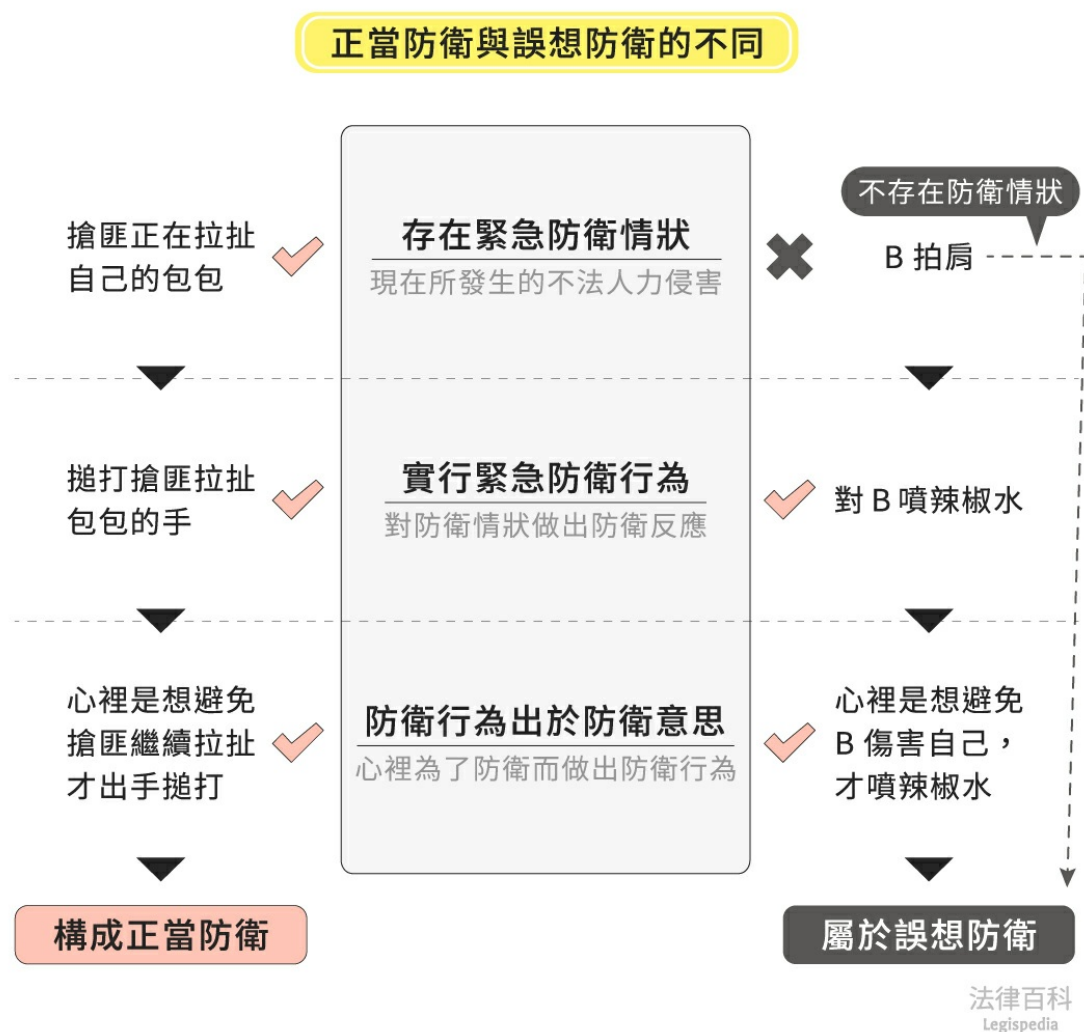


圖1 正當防衛與誤想防衛的不同

資料來源：楊舒婷 / 繪圖：Yen

B只是想將悠遊卡交還給A，並沒有打算傷害A，所以並不存在防衛情狀（也就是沒有任何侵害正在發生），但A誤認此一事實，以為有人要對自己不利，出於防衛意思，實行拿出辣椒水對B狂噴的防衛行為，造成B步伐踉蹌而摔傷。雖然A的行為確實已經符合傷害罪<sup>[7]</sup>的構成要件，但A並不是真的想要犯罪，這種情況就是誤想防衛。

就刑責來說，即便A不成立傷害罪的故意犯，但依照具體個案不同，A仍有可能要承擔過失傷害罪<sup>[8]</sup>的責任。

#### 註腳

[1] 中華民國刑法第23條：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為

過當者，得減輕或免除其刑。」

[2] 林鈺雄（2018），《新刑法總則》，6版，頁247-257。

[3] 最高法院110年度台上字第1357號刑事判決：「所謂正當防衛，須對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為者，始足當之，刑法第23條本文規定甚明。是不法之侵害如已過去，即無正當防衛之可言。」

[4] 臺灣高等法院111年度上訴字第1653號刑事判決：「……足徵被告係於告訴人持傘對其攻擊之行為結束後數秒，在告訴人已將傘頭朝下，當時主觀已乏攻擊意圖，客觀上無繼續攻擊情狀下，被告大可自行離開迴避，卻仍出手還擊，顯非基於排除現在不法侵害之防衛意思，而係基於傷害犯意之報復還擊動作甚明，自非屬正當防衛。」

[5] 中華民國刑法第13條：「

I 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。

II 行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」

[6] 最高法院102年度台上字第3895號刑事判決：「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29年上字第509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。」

[7] 中華民國刑法第277條第1項：「傷害人之身體或健康者，處五年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金。」

[8] 中華民國刑法第284條第1項：「因過失傷害人者，處一年以下有期徒刑、拘役或十萬元以下罰金；致重傷者，處三年以下有期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金。」

標籤

► 正當防衛，防衛過當，錯誤，容許構成要件錯誤，傷害罪