

行政院國家科學委員會專題研究計畫 期末報告

阻卻違法事由與可歸責的前行為 —挑唆防衛及自招危難之
研究(第2年)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 100-2410-H-004-214-MY2
執行期間：101年08月01日至102年07月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：許恒達

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理人員：李珮禎
碩士班研究生-兼任助理人員：洪偉修

公開資訊：本計畫涉及專利或其他智慧財產權，2年後可公開查詢

中華民國 102年11月08日

中文摘要：本研究計劃處理挑唆防衛與自招危難之議題，筆者見解可分為三點說明：

1、正當防衛阻卻違法之依據，並非基於法確證利益的獨大效果，而是不法侵害者受保護利益的縮減。

2、挑唆防衛者引起該保護利益的縮減現象，有可歸責之處時，其受保護的利益也應該相應調整。

3、應考量自招危難，但應接受自招危難在一定條件下（滿足優越利益關係時）可以阻卻違法。

中文關鍵詞：正當防衛、緊急避難、誤想防衛、自招危難

英文摘要：

英文關鍵詞：

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫 期中進度報告
期末報告

阻卻違法事由與可歸責的前行為 —挑唆防衛及自招危難之研究

計畫類別：個別型計畫 整合型計畫

計畫編號：NSC 100-2410-H-004-214-MY2

執行期間：100 年 8 月 1 日至 102 年 8 月 31 日

執行機構及系所：國立政治大學法律學系

計畫主持人：許恒達

共同主持人：

計畫參與人員：洪偉修、鄭筱香、李珮禎

本計畫除繳交成果報告外，另含下列出國報告，共 ____ 份：

- 移地研究心得報告
- 出席國際學術會議心得報告
- 國際合作研究計畫國外研究報告

處理方式：除列管計畫及下列情形者外，得立即公開查詢

涉及專利或其他智慧財產權，一年二年後可公開查詢

中 華 民 國 102 年 10 月 31 日

壹、前言

本年度研究計劃討論挑唆防衛及自招危難的法律效果，針對這兩個概念，最高法院向來認為：挑唆防衛者仍得主張正當防衛，但自招危難者則不得主張緊急避難，本研究重點即在於借鏡外國法相關理論，對於最高法院此項見解予以分析、檢討，而因要討論上述這兩種阻卻違法事由的特別情狀，必須先行處理正當防衛及緊急避難之所以可以阻卻違法的實質理由。

而為了解釋上述問題，本研究計劃已經從研究過程中，得到初步的研究成果，這部分將於後文說明。

貳、研究目的

本研究計劃處理下述五項重要的刑法議題：

- 1、 正當防衛阻卻違法的實質理據。
- 2、 挑唆防衛在刑法上應該有如何的處理方法。
- 3、 緊急避難阻卻違法的實質理由。
- 4、 自招危難在刑法上應該如何具體地處理。
- 5、 以上述見解具體檢討我國實務見解的看法。

參、文獻探討

王皇玉，竊盜被害人之贓物追回權與正當防衛--評最高法院九十一年度臺上字第四〇〇三號判決，月旦法學雜誌，107期，2004年4月，頁233-247。

佐伯仁志著，黃士軒譯，日本における正当防衛論の新たな展開=日本正當防衛論之新開展，月旦法學雜誌，177期，99年2月，頁145-175。

余振華，口角互毆之正當防衛界限，月旦裁判時報，3期，99年6月，頁95-101。

余振華，社會倫理限制理論在正當防衛上之適用可能性--以「原因違法行為」為中心，中央警察大學法學論集，6期，2000年8月，頁1-24。

余振華，正當防衛論之變遷，中央警察大學法學論集，5期，2000年3月，頁31-54。

余振華，刑法違法性理論，2001年。

李佳玟，女性犯罪責任的敘事建構--以鄧如雯殺夫案為例，台大法學論叢，34卷6期，2005年11月，頁1-56。

柯耀程，正當防衛界線之認定，月旦法學雜誌，60期，2000年5月，頁85-97。

高金桂，義憤殺人罪與正當防衛--臺灣高等法院九十六年上訴字第四四八九號刑事判決，月旦裁判時報，2期，2010年4月，頁118-223。

吳元曜，論對於侵害整體法益行為之正當防衛問題，刑事法雜誌，52卷5期，2008年10月，頁151-170。

馬中慧，正當防衛限制初探，警察法學，3期，2004年12月，頁393-424。

張天一，正當防衛之成立要件與防衛過當之處置方式(上)，刑事法雜誌，46卷1期，2002年2月，頁1-33。

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，2002年4月，頁66-97。

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，2001年8月，頁71-123。

郭棋湧，論挑撥防衛之違法性，法學叢刊，145期，1992年1月，頁121-136。

彭美英，阻卻違法之防禦性緊急避難--以德國法為重心，玄奘法律學報，3期，2005年6月，頁85-124。

黃惠婷，正當防衛之防衛行為，台灣本土法學雜誌，29期，2001年12月，頁133-139。

黃榮堅，論正當防衛，台大法學論叢，24卷2期，1995年6月，頁301-325。

鄭逸哲，「正當防衛的『客觀合法要件』」和「以『攻擊終止』作為『解除條件』的『附條件故意』」--對「正當防衛」和「防衛過當」的重行認識，法令月刊，58卷3期，2008年3月，頁35-51。

鄭逸哲，「急救行為」與「阻卻違法的緊急避難」，台灣法學雜誌，160期，2010年9月，頁105-108。

盧映潔，挑唆防衛，月旦法學教室，7期，2003年5月，頁49-51。

Baumann, Rechtsmissbrauch bei Notwehr, MDR, 1962, 349.

Bertel, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84 (1972), 1.
Berz, An der Grenze von Notwehr und Notwehrprovokation, JuS 1984, 340.
Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984.
Constadinidis, Die „actio illicita in causa“, 1982.
Courakis, Zur soiaethischen Begründung der Notwehr, 1978
Frister, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, 191.
Hassemer, Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts, in: Bockelmann-FS, 1979, 225.
Jerouschek/Kölbl, Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht, JuS 2001, 417.
Kargl, Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr, ZStW 110 (1998), 38.
Köhnen, Antizipierter Notwher, 1950.
Kratzsch, Das Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als Grenze des staatlichen Notwehrrechts, JuS 1975, 435.
Kühl, Sozioaetische Einschränkungen der Notwehr, Jura 1990, 244.
Lenckner, Gebotensein und Erforderlichkeit der Notwehr, GA 1968, 1.
Luzon, Actio illicita in causa und Zurechnung zum Vorverhalten bei Provokation von Rechtfertigungsgründen, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 2 (1994), 353.
Marxen, Die soziaethischen Einschränkungen des Notwehrrechts, 1979.
Mitsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, 533.
Müssig, Antizipierte Notwehr, ZStW 115 (2003), 224.
Neumann, Zurechnung und Vorverschulden, 1985.
Otto, Rechtsverteidigung und Rechtsmissbrauch im Strafrecht, in: Würtenerberger-FS, 1977, 129.
Pawlik, Eine Thoerie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), 287.
Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994.
Roxin, Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75 (1963), 541.
Stuckenberg, Provozierte Notwehrlage und Actio illicita in causa, JA 2002, 172.

肆、研究方法

本計劃的研究方法，主要以文獻的分析、比較，以及實務見解的綜

合檢討為主，大致上的研究過程如下：

- 1、 以我國最高法院及高等法院的相關實務見解為中心，分析出實務見解對於挑唆防衛及自招危難的實務意見，並設法分析其形成該見解的具體理由。
- 2、 參考我國相關學術文獻，同時比較對我國刑法學有重要影響的德國刑法學相關文獻，從中討論正當防衛及緊急避難阻卻違法的實質依據，進而分析挑唆防衛及緊急避難應該有何種法律效果。
- 3、 以上述比較法文獻的分析成果，回頭檢視我國的實務見解，並對實務見解未來發展方向作出具體建議。

伍、結果與討論

本研究初步的見解如下：

- 1、 正當防衛阻卻違法，不應該從法確認利益與防衛者個人利益保護的角度，確認其優越利益關係，毋寧應該認為，當不法侵害者現時性攻擊他人時，其受法律保護的利益範圍必須退讓，法律於一定界限內，不再保護其利益。
- 2、 挑唆防衛也應該從上述觀點分析，亦即，倘若防衛情狀的出現，可歸責於防衛者，則不法侵害者應退讓予他人的利益界限，必須有所提高，原則上應該考量其不法侵害者具體的侵害手法，防衛

者不再享有優先的反擊權限，而應考量有無迴避措施可採，有無具防衛性的反擊手段，僅當攻擊極強烈時，才能採用攻擊性的反擊手段。

- 3、 緊急避難阻卻違法的依據是優越利益關係，但不代表任何優越利益都可以阻卻違法，毋寧應該認為，緊急避難要求受避難的對象退讓利益，這是一種社會團結義務的展現，這種義務僅存在於避難者面臨急迫、重大的利益侵害時才可以進行，基此，緊急避難應該只用於生命、重大身體、重大自由及重大財產等不利益的情況下，才能將不利益轉移給第三人承擔。
- 4、 承上，自招危難者對於危難產生有可歸責事由，這一點必須納入手段的篩選上，僅當該危難者面臨的不利益，明顯重於侵害利益，才能夠阻卻違法。
- 5、 其他具體之內容，請參考下文研究成果。

題目：正當防衛與挑唆前行為

(預計於 103 年 12 月完成，完成後將投稿於台大法學論叢)

壹、導 論

正當防衛 (Notwehr; private defense) 作為一種阻卻違法事由，其成立要件、適用範圍及法律效果，始終是實務及學說匯聚的關注重點。眾所皆知，當原加害人現時不法侵害他人法益時，為了有效保護受攻擊者的法益，受侵害者可以反擊加害人，侵害加害人法益以防護自己，即便受害者的反擊行為該當刑法構成要件，但若反擊行為符合正當防衛的基本要件：(1)受攻擊者的法益確實面臨現在不法侵害，構成防衛情狀；(2)反擊手段能夠有效保護原受攻擊者的法益，同時也是眾多有效手段中侵擾效果最輕微的一種，亦即，手段符合適當性 (Geeignetheit) 及必要性 (Erforderlichkeit)；(3)原受攻擊者知悉他的法益正面臨威脅，主觀上有防衛意識 (Verteidigungswille)。那麼，損害不法攻擊者法益且構成要件該當的反擊行為，即可適用刑法第 23 條正當防衛規定阻卻違法，排除其刑責¹。

防衛者面臨違反法律秩序侵害行為的威脅，為了保護其個人利益，同時捍衛法秩序，防衛者當然可以採用積極防衛手段保護自己，這屬於「正對不正」的護法行為，護法的防衛者當然無須向不法攻擊者讓步，學說上因而認為：「法無須向不法讓步」(Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen)²。在防衛手段的選擇上，法律只要求滿足必要性，判斷時，應以受攻擊當下事實 (ex ante) 為度³，考量行為人實施的防衛手段，是否屬於足以終局排除侵害的各種適切措施中，對原不法侵害者最溫和者 (die den Angreifer schonendste Handlung)，如果答案為肯定，即可阻卻違法；此外考量正當防衛對抗不法侵害的特性，學說上因而認為其手段不必考量優越利益關係⁴。

然而，當防衛者利用他人情緒或認知上的特別狀況，事前挑動他人，使其不法侵害防衛者，然後防衛者再對之正當防衛，在這種學說上稱為「挑唆防衛」(provozierte Notwehr) 的事例中，防衛者能不能主張相同的防衛權能，勢必產

¹ 有關正當防衛的成立要件，參見林山田，刑法總論（上），頁 317-334，2008 年 10 版；林東茂，刑法綜覽，頁 1-114~1-117，2007 年 9 月修訂 5 版；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，頁 150-155，2006 年 6 月修訂版；陳子平，刑法總論，頁 242-252，2008 年 9 月增修版；張麗卿，刑法總則理論與運用，頁 178-190，2007 年 9 月修訂版；林鈺雄，新刑法總則，頁 243-258，2011 年 9 月 3 版；黃常仁，刑法總則邏輯分析與體系論證，頁 48-61，2009 年 1 月增訂 2 版；德文資料可參考 Perron, in: Schönke/Schröder, § 32 Rn. 2, 29, 63; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., § 15 Rn. 6 ff. 有關正當防衛的歷史發展，另參照 Schroeder, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, in: Reinhart Maurach-FS, 1972, S. 127 ff.; Grünwald, Notwehreinschränkungen – insbesondere bei provoziertem Angriff, ZStW 122 (2010), S. 53 ff.

² 此段引言原出於 19 世紀黑格爾學派的 Berner, vgl. Berner, Die Notwehrtheorie, Archiv des Criminalrechts, 1848, S. 562.

³ Roxin, AT/1, § 15 Rn. 46; Kühl, AT, § 7 Rn. 107.

⁴ 有關正當防衛手段僅須考量必要性，不必兼顧個案優越利益關係的見解，參考林鈺雄，同註 1，頁 250-253，另見 Kühl, AT, § 7 Rn. 89.

生疑問。舉例而論：當甲明知與乙談論其外遇情事時，乙勢將生氣失控打人，而甲卻仍執意為之，甲的言談一如預期地讓乙氣憤難消，乙進而毆擊甲，甲面臨乙的攻擊時隨即反擊乙，最後使乙受傷。在這個例子中，甲雖然與一般的防衛者相同，都面臨乙的不法侵害行為，如果不考量甲事前故意談論乙外遇情事的挑唆行為，理論上甲應該有完整防衛權能，不必向乙澄清或說明，可以直接反擊乙，其防衛手段只需要滿足必要性，無須顧慮退避或優越利益關係。但若一併考量甲事前的挑唆行為，顯然這一整串事件，尤其是乙的不法侵害行為，都源自甲蓄意的挑唆所致，完全肯認甲可以實施全盤的防衛行為，無異於容許甲可以任意挑起他人的攻擊行動，再透過貌似合法的正當防衛行為規避傷害刑責。擺盪在兩種不同想法間，刑法應否考量事前階段挑唆行為，甚而影響防衛者選擇防衛手段的內容，自然產生重大爭議。

雖然事前挑唆只促成防衛情狀的出現，不必然與防衛手段有直接關係，但既然行為人直接或間接促成了整體防衛事件，那麼我們自須進一步追問：挑唆行為對防衛者後階段的防衛手段是否有任何影響？是否防衛者因此不得優先採用防衛措施？是否必須考量優越利益關係？這些問題都有賴學理深入思辨及釋疑。

本文寫作目的正是澄清上述問題，設法解決挑唆防衛刑事責任的認定爭議，以下討論將先說明挑唆防衛在我國實務的處理方式，接著說明學理上對挑唆行為影響作用的若干不同看法，筆者亦將分析這些見解的優缺點，最後再提出筆者的個人見解。

貳、既有實務、學說見解及其疑義

一、我國實務見解

首先說明我國實務的看法。我國實務很早就注意到挑唆行為對後階段防衛情狀及手段的影響，不過我國實務卻自始至終堅持不必考量兩種關聯性的見解，最高法院早於 1919 年的 18 年上字第 228 號判例中宣示：「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」。

承沿著 1919 年的判例見解，最高法院在長達 80 多年的歲月中，始終未曾放棄此一定見，雖然自 1919 年以後，最高法院並無甚多表達意見的機會，然而近五年剛好有兩則涉及同一事件的最高法院裁判涉及相關議題，由於最高法院極其例外地在判決中討論相關議題，以下就詳細地討論這則近期代表性的實務見解。

本案原先是一宗醫療糾紛，醫師甲因之前的子宮切除手術與病患家屬乙發生紛爭，乙遂出於傷害甲的意思，於某日攜帶水果刀，偕同另一位家屬丙（不知乙犯意）至甲醫師的門診企圖與甲理論，待進入甲之診間後，丙先抓住甲，乙見時機成熟，立即出刀殺害甲，所幸為在場其他病患家屬及護士合力制服。

檢察官起訴被告乙犯殺人未遂罪，乙在事實審辯稱因為丙被抓住，其行為屬於正當防衛。就乙的抗辯，本案更二審判決非常罕見地引用林山田教授有關挑唆

防衛的學說見解：「按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，刑法第二十三條定有明文。惟假如行為人故意挑撥引發他人的違法侵害或攻擊，而在正當防衛的煙幕下，以防衛行為之名而行傷害他人之實，這是緊急防衛權的濫用，雖然在表面上，行為人扮演防衛者的角色，但在實質上，應該是違法攻擊者，而且其主觀上亦非出於防衛意思而為行為，故通說均否定挑撥者的正當防衛（參林山田著刑法通論第三百二十頁）……本件既係由丙先故意對告訴人為攻擊行為，縱其嗣後為他人所制服，被告持刀刺向甲之行為在主觀上即不得認為係出於防衛意思所為，依前開說明，自無由主張正當防衛甚明」⁵，換言之，更二審法院認為乙自始有殺害甲的意思，乙至甲的診間尋釁某程度可以被理解為挑唆前行為，即便接續出現類似防衛情狀的事實，但只要乙自始預期相似事件可能發生，即屬於林教授所稱的意圖式挑唆防衛⁶，乙自始無防衛意思，不得適用正當防衛阻卻違法。

必須強調的是，本案更二審法院並未認為本案有任何防衛情狀，只是附帶一提學說的意見，以「退萬步言」的方式說明本案不成立任何正當防衛，但上訴至第三審後，最高法院竟然在判決中，回應了這個不算重點的旁支問題，最高法院指出：「刑法上之防衛行為，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所挑動，在排除之一方，仍不失其為防衛權之作用（本院十八年上字第二二八號判例參照）。原判決理由欄貳、五認通說均否定挑撥者的正當防衛等由，似有未妥」，簡單地說，最高法院完全反對林教授主張可以排除適用正當防衛的看法，始終固守 1919 年的實務判例，縱然本案屬於意圖式挑唆防衛，但挑唆者仍然可以採用阻卻違法的防衛手段保護自己；最高法院並將本案發回二審。

未料在更三審判決中，二審法院再一次地引用林山田教授上述意見，並基於林教授看法否定乙有防衛意思，故不成立正當防衛⁷。再一次上訴至最高法院後，最高法院又於 98 年度台上字第 443 號判決中再次重申既有見解：「刑法上之正當防衛行為，祇以基於排除現在不正之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為為已足，其不正之侵害，無論是否出於防衛者所挑動，在排除之一方仍不失其為防衛權之作用（本院十八年上字第二二八號判例參照）。原判決理由欄貳、五、採學者林山田之著作，認挑撥者無正當防衛權，從而以上訴人不得認係正當防衛行為，其適用法則已有未合」⁸。

透過這兩則近期判決，最高法院重申 28 年判例看法，否認挑唆行為可以影響後階段防衛手段的選擇效果，即使行為人一開始就知悉他人心理意識弱點，試圖利用此一弱點致令他人對自己實施不法侵害後，再予以正當防衛，從而規避刑責。無論如何，我國實務見解自始認為，挑唆他人實施不法侵害的前行為不會改

⁵ 台灣高等法院 96 年度上更（二）字第 940 號刑事判決。

⁶ 林山田，同註 1，頁 331-332。

⁷ 台灣高等法院 97 年度重上更（三）字第 178 號刑事判決。

⁸ 本案又發回更（三）審，最後以最高法院 98 年度台上字第 4038 號判決定讞，不過最後確定的終審判決未提及挑唆防衛問題。

變防衛行為的合法性及正當性，也不會改變防衛手段的選項。

二、學說見解

有別於我國實務完全忽視挑唆前行為的見解，不論是德國或我國學說，均極其重視挑唆前行為對於後階段正當防衛的影響，大多數見解將挑唆防衛置於正當防衛之社會倫理限制（die sozialethischen Einschränkungen der Notwehr）的項目下討論⁹，基於社會倫理限制，多數說甚而認為必須類型化各種不同的挑唆防衛事例，若干情況中，防衛者不得適用正當防衛阻卻違法，另外亦有若干情況，則限制防衛者必須先力求退避，除非不得已才能反擊加害人。

除了多數說以外，學說上也有相反而接近我國實務的見解，以下的討論，將先自多數說脈絡開展，並分三個步驟簡要介紹多數說的理論套路：阻卻違法實質理由、社會倫理限制、挑唆防衛的類型及法效，接著再分別說明若干關於挑唆防衛的少數說見解。

1、多數說的理論線索

(1)正當防衛阻卻違法的實質理由

按照現行通說見解，阻卻違法的實質基礎是優越利益關係，亦即行為人侵害法益的構成要件該當行為，僅於保護更高價值的利益時，可以例外被容許而阻卻違法，正當防衛作為一種阻卻違法事由，若要排除侵害行為的違法性，防衛手段侵害利益也得低於保護的利益，否則不能阻卻違法。有別於緊急避難行為人將自己的不利益，轉嫁給無辜第三人，因此必須嚴格地判斷個案是否符合優越利益。與緊急避難不同，正當防衛對抗違反法律規範的不法侵害者，其侵害利益是不法加害人的刑法法益，問題是防衛者保護了什麼樣的利益？

直觀地看，防衛者當然保護自己陷入不法攻擊的法益，但若只權衡防衛者受不法侵害的個人利益及原侵害者的法益，其結果似乎與緊急避難無任何不同，照理來說應該同樣要求正當防衛也要具體衡量是否滿足優越利益，不過，通說改從二元理論（dualistische Theorie）證立正當防衛阻卻違法的實質理由，認為防衛行為不只是保護防衛者個人利益（Schutz der individuellen Interessen），還同時捍衛了法律秩序，這是一種對抗不法行為，實現法律秩序所導引的社會規範期待¹⁰。學說上將這種捍衛法秩序機能的觀點，稱為法確證（Rechtsbewährung）原則的保護¹¹。

由於正當防衛同時捍衛了個人層面的受危害利益，以及社會規範層面的法確證利益，兩種利益加總的結果幾乎必然大於原加害者被防衛行為干擾的利益，通

⁹ 我國學說，參見林鈺雄，同註 1，頁 256；

¹⁰ 林鈺雄，同註 1，頁 243；

¹¹ Perron, in: Schönke/Schröder, § 32 Rn. 1.

說因而認為，防衛手段原則上必能符合優越利益，不必再個案性地考量是否滿足，只需要考量手段是否符合必要性即足¹²。

基於二元理論，判斷防衛手段得否阻卻違法時，就可以考量幾個重點：第一，即便在個案中，防衛者有其他退避侵害、不影響侵害者法益的選項，但因正當防衛對抗的是不法行為，納入法確證利益的考量因素後，防衛者自不負任何退避義務（Ausweichpflicht）¹³。不必在面臨侵擾時設法迴避或閃躲不法攻擊，也不必向不法侵害者澄清、說明，只要不法侵害迫近，防衛者可以優先採取反擊措施保護其法益；第二，正當防衛手段只須是必要手段，不必考慮能否符合優越利益（überwiegende Interessen），縱然防衛影響的法益價值比原不法侵害造成妨害更大，但考量防衛者正在捍衛法律秩序，這種無形價值幾乎必然高於防衛手段侵害的相對人利益，仍可符合優越利益阻卻違法，無須再個案判斷¹⁴。

(2) 正當防衛的社會倫理限制

承前所述，正當防衛保護了法秩序與個人兩重利益，幾乎必然符合優越利益法則，不必個案考量是否滿足優越利益關係，法律授與個人行使私力自行救濟權限，然而，在國家壟斷強制力的現代法律機制下，僅因面臨他人的不法侵害就可以實施私力救濟，在某些極端的案例中，學說上開始認為不應該優先採用正當防衛手段保護受害者的利益¹⁵，這些情況尤其發生於法確證利益明顯縮減的案例中¹⁶，如果法律秩序不高度期待行為人以其私力捍衛法秩序價值，私力救濟的正當防衛自然不再是受到不法侵害者的優先手段，毋寧應該考慮採用其他退避措施，考量原侵害及防衛手段之間的優越利益關係，甚或改依防衛性緊急避難（defensiver Notstand）判斷反擊行為得否阻卻違法。

這一類法確證利益明顯縮減的情況，一般稱之為正當防衛的社會倫理限制（sozialethische Einschränkungen der Notwehr），除了法確證利益縮減的實質立論外，德國學說之所以接受社會倫理限制的另一個重要理由，則源自德國刑法第 35 條的規定，該條分為兩項，第二項規範正當防衛定義：「正當防衛係為排除防衛者本人或第三人面臨之現時不法侵害所必要之防衛手段」¹⁷，第二項僅規定防衛者必須選擇「必要性」（erforderlich）的手段，但第一項又另外規定：「出於正當防衛而符合規範期待之行為，阻卻違法」¹⁸，按照德國通說的解釋，第 32 條

¹² Vor allem Roxin, AT/1, § 15 Rn. 47.

¹³ 林鈺雄，同註 1，頁 252；

Roxin, AT/1, § 15 Rn. 49. 舉例而言，甲試圖打跑步極快的乙，乙面臨甲的毆打，可以選(1)快跑離開、(2)反擊而打傷甲，即使乙未曾考慮快跑離開的退避措施，直接反擊而打傷甲，依通說見解，乙不負退避義務，打傷甲的行為可以直接阻卻違法。

¹⁴ Kühl, AT, § 7 Rn. 116.

¹⁵ 有關社會倫理限制及優越利益的關係，vgl. Schroeder, in: Maurach-FS, S. 137 ff.

¹⁶ Roxin, AT/1, § 15 Rn. 56.

¹⁷ § 32 II StGB: „Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.“

¹⁸ 32 I StGB: „Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.“

第 1 項又附加了「符合規範期待」(Gebotenheit) 的限制¹⁹，這個概念指的是受到他人攻擊的行為人，不可以毫無顧忌地採用防衛措施抗拒不法侵害，法律雖保護個人合法權利，許可受侵害者採用防衛，但個人行使權利仍應考量權利的社會連帶責任，不應僅為保護權利，就無限制地採用防衛措施，權利保護自須相當程度地讓步²⁰，僅得於符合權利保護及社會連帶責任（亦即：不得已）的情況下，才可以合法行使防衛權。德國通說乃認為可以直接從法條採用的「符合規範期待」文字，直接導出社會倫理限制的成文依據²¹。

相反於德國，我國刑法第 23 條前段僅規定：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰」，條文中不僅對防衛行為的手段是否要有必要性支字未提，也完全無任何有關社會倫理限制的描述。即便如此，我國學說仍忠實地接納了德國學理看法，認為正當防衛的手段除了必須符合必要性外，同時也應一併考量社會倫理限制，在個別事例中採用其他方式面對不法侵害。

至於社會倫理限制應表現在那些具體事例中，德國及我國通說大致上區別為四類不同事例²²：

- 1、不法侵害源自於無責任能力的兒童或精神障礙者時，行為人不得優先採用正當防衛手段保護自己，而應設法退避侵害或向攻擊者說明情況，除非萬不得已才能改採防衛行為，此時防衛者原則上只能選用影響較輕微的保護式防衛 (Schutzwehr)²³。
- 2、若不法侵害影響的法益極其輕微 (Krasses Missverhältnis)，受不法侵害之人即不得優先採用防衛手段保護自己的輕微法益，縱使該防衛手段滿足必要性的要求²⁴。
- 3、不法侵害之人與受害人間，相互具有親近的親屬關係，而負保證人地位時，考量防衛者對原不法侵害者存在救助的作為義務²⁵，該防衛者原則上負有忍受義務 (Duldungspflicht)，不得優先採用防衛手段保護其法益²⁶。
- 4、受他人不法侵害者，若其前行為挑動了不法侵害的發動，而有可歸責事由時，其正當防衛權能自會受到限制。

¹⁹ 從德文文義來看，符合規範期待 (geboten) 指的是正當防衛的手段必須符合法律秩序的要求，但德國刑法第 32 條畫出了阻卻違法正當防衛行為的成立前提，條文規定要件當然是法律秩序的共通期待，在這個意義下，符合規範期待的防衛手段必然是必要手段，「符合規範期待」及「必要性」並無顯著差異。Dazu vgl. Grünwald, ZStW 122 (2010), S. 62-63. 現行通說之所以將兩者作不同解釋，實導因德國立法者在立法理由的說明，直接將「geboten」解釋為社會倫理限制，Dazu vgl. Kühl, AT, 6. Aufl., § 7 Rn. 87.

²⁰ Kühl, AT, § 7 Rn. 159-161.

²¹ 事實上，現行德國刑法於立法時，其立法理由中也有相同的立論：「依修正委員會之意見，正當防衛應有社會倫理限制，不符合該限制之防衛手段仍不得阻卻違法」，dazu BT-Druck. V/4095, 14. 此外，社會倫理限制窄化了正當防衛的成立範圍，放寬了成立刑責的界限，學說上遂有關於該限制能否符合罪刑法定主義的討論，vgl. Kühl, AT, § 7 Rn. 164.

²² 參見林山田，同註 1，頁 328-332，不過林山田教授將這類限制稱為「濫用防衛權」的事例；Kühl, AT, § 7 Rn. 168.

²³ Kühl, AT, § 7 Rn. 196.

²⁴ Kühl, AT, § 7 Rn. 177.

²⁵ 此一類型較不直接涉及法確證利益問題，dazu Kühl, AT, § 7 Rn. 201.

²⁶ Kühl, AT, § 7 Rn. 204.

上述第四種事例即為本文討論的挑唆防衛，德國與我國通說均將挑唆防衛置於社會倫理限制的條目下討論，本於受攻擊者引起不法侵害的可歸責程度，進一步予以類型化，下面就再以挑唆防衛為中心，進一步說明相關學說意見。

(3)挑唆防衛的類型及其法效

1、挑唆防衛的釋義學理論

所謂挑唆防衛，指的是防衛者在他人實施不法侵害前，先行實施某種前行為，該前行為挑發他人的侵害意志，使得該他在後階段實施不法侵害，防衛者既面臨不法侵害，因而對該他人實施正當防衛。換言之，在挑唆防衛的事例中，防衛者事前先有挑唆行為，致令相對人實施不法侵害，考量挑唆者對不法侵害的發生也有可歸責之事由，事後能否再實施正當防衛，進而對抗部分可歸責於己的不法行為，即為挑唆防衛的問題重心。

事實上，也有部分學說支持我國實務一概承認挑唆者仍有一般防衛權的看法，主要理由是人的自主性，只要挑唆者未干預相對人的決定自由，相對人仍維持其自我決定能力，即使受到挑唆者感動而實施不法行為，當然應該自負其責，必須承擔他人實施防衛行為所招致的惡害，原挑唆者的防衛權能自不因事前挑唆而受到影響²⁷。

不過，通說見解並未採用上說，反而從優越利益的實質角度觀察挑唆防衛，其理論的關鍵之處即在於法確證利益消滅現象²⁸。由於防衛者以正當防衛對抗不法行為，與其前階段的挑唆行為有關，縱然事後其個人利益受到不法侵害的威脅，但考量防衛者與不法侵害間的引致關聯性，防衛者事後的反擊行為顯然對抗一個跟自己有高度關係的不法行為，從法秩序的角度看來，這已非真正捍衛法律秩序的行為，正當防衛期待實現的法確證利益顯然因挑唆行為而貶損。接續的問題自然是：貶損的法確證利益是否影響後階段正當防衛的權利？

前文曾經提過，正當防衛既然是阻卻違法事由，仍要遵守優越利益的權衡原則，只不過依現行通說，對抗不法的法確證利益使得正當防衛幾乎必然通過優越利益的審查。然而，當防衛者因自己之故而貶損法確證利益的價值，原有優越利益的關係勢必難以維持，要如何處理這種難題，就必須考慮法確證利益減損程度，而這一點當然要審視挑唆行為對不法侵害的影響範圍。學說上乃區別為意圖式（防衛者故意引發不法侵害）及非意圖式（防衛者非故意，但就不法侵害有可歸責的關係）兩類，以下再分為兩種情況討論。

2、意圖式挑唆防衛

²⁷ 我國學說參考黃榮堅，基礎刑法學，2012年4版，頁250-251；vgl. Carl Levita, Das Recht der Notwehr, 1856, S. 190; Bockelmann, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, in: Richard Honig-FS, 1970, S. 28 ff.; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17 Rn. 38; Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 303 f.; Mitsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, S. 545.

²⁸ Roxin, AT/1, § 15 Rn. 65.

所謂意圖式挑唆防衛（Absichtsnotwehrprovokation），指的是行為人一開始就知道相對人在什麼情況下，將會衝動而實施不法侵害行為，該行為人為了脫免侵害他人的刑事責任，遂於接續流程中，故意以言語或行動挑動相對人，使得相對人實施不法侵害行為，行為人再對該不法侵害施以正當防衛，因而侵害相對人。

學說上對意圖式挑唆防衛的法律效果，大致分為三說。第一種見解已如前文所述，反對挑唆防衛得以影響挑唆者的防衛權能，進而主張挑唆者仍可實施正常防衛手段保護其法益²⁹。第二說則主張，即便行為人蓄意引發相對人不法侵害，但不因此完全排除其防衛權能，重點毋寧在於其正當防衛手段的限制，挑唆者應負退避義務，優先設法退避他人的不法侵害，但若行為人無從退避時，還是可以實施阻卻違法的正當防衛行為³⁰。

以上兩說仍肯認意圖式挑唆防衛尚得無條件或一定條件下阻卻違法，但現行通說卻持反對立場，認為意圖式挑唆防衛者不得適用正當防衛³¹，不過，對於何以能排除適用阻卻違法事由，結論一致的通說卻發展出完全迥異的理論³²。

較為早期見解傾向認為，當防衛者另有意圖式的挑唆前行為時，將影響後階段正當防衛部分要件的成立，但不會自始否定其防衛權能³³。類似想法又可分為兩說；部分見解認為，如果行為人故意實施挑唆前行為，後階段採用正當防衛措施時，主觀上自應欠缺防衛意思，此說在我國學界也有支持者³⁴；另有部分見解認為，蓄意挑唆的行為人實已預期相對人將對其侵害，故同意他人的侵害行為，相對人的行為可以阻卻違法，因此非實施不法行為，未對原挑唆者構成任何防衛情狀，當然也無從實施正當防衛³⁵。這兩說共同之處，就是直接否定後階段正當防衛的某一個要件，前說排除防衛意思，而後說則透過被害人同意排除防衛情狀，這使得挑唆者適用正當防衛的可能性完全排除。

有別於早期學說只關切後階段正當防衛要件，近期想法則走上兩個不同的路徑，其中一個廣受重視的觀點，注意到意圖侵害他人的挑唆前行為，該說認為既然後階段的反擊行為完全符合正當防衛的諸項要件，沒有理由直接排除其阻卻違法效果，但這種解釋結果會產生漏洞，為了規避刑責成立上的障礙，可以仿倣原因自由行為（*actio libera in causa*）的構成要件模式，在後階段行為因故排除刑責時，直接前置犯行到前階段的行為，此即所謂原因不法行為（*actio illicit in causa*）的概念，只要後階段排除不法，即可以犯行前置到前階段的挑唆行為，而在挑唆

²⁹ Vgl. Carl Levita, *Das Recht der Notwehr*, 1856, S. 190; Baumann/Weber/Mitsch, *StGB*, § 17 Rn. 38; Renzikowski, *Notstand und Notwehr*, 1994, S. 303 f.; Mitsch, *Nothilfe gegen provozierte Angriffe*, GA 1986, S. 545.

³⁰ Jescheck/Weigend, *AT*, S. 346-347.

³¹ 林鈺雄，同註 1，頁 256。

³² 有關見解，vgl. Lenckner, GA 1961, S. 299 ff.

³³ Grünwald, *ZStW* 122 (2010), S. 72.

³⁴ 林東茂，*刑法綜覽*，頁 1-116；

³⁵ Maurach/Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8. Aufl., 1992, § 26 Rn. 43.

行為實施當下，並不會構成正當防衛，即可順利成罪³⁶。換言之，出於假借正當防衛效果而具損害他人意思的挑唆行為，本身就足以成立故意的刑事責任。

相反於前置犯行的原因不法行為說，另一支見解則重視德國現行法所謂「符合規範期待」的視角，挑唆前行為不應直接影響後階段正當防衛要件，而是不再符合規範期待，故得排除蓄意挑唆者後階段的防衛權能，其實質法理即權利濫用（*Rechtsmissbrauch*），申言之，正當防衛是一種法秩序例外許可的私力救濟行為，但防衛者仍不得濫用他享有的防衛權限，如果行為人利用表面合法的正當防衛實現侵害他人意圖，即屬權利濫用，其防衛行為即不得阻卻違法³⁷。

以上簡要地介紹關於意圖式挑唆防衛何以不得阻卻違法的四種理論，雖然理由不同，但其共同之處，都是排除意圖侵害而挑唆他人為不法行為者的事後防衛權能。

3、非意圖式挑唆防衛

有別於前述的意圖類型，非意圖式挑唆防衛的法律效果實際上更難處理。由於行為人並非有意透過正當防衛情境規避刑責，而是其事前的言語或行動引起相對人的不法侵害，法律效果自然不可能完全排除正當防衛的權利，但考量行為人對不法侵害的出現亦有可歸責之處，法確證利益的保護需求顯然降低，行為人仍可實施正當防衛，但防衛手段不再是保護其法益的優先選擇³⁸，學說討論的重心即是如何限制行為人防衛手段的範圍及內容。依現行通說見解，非意圖式挑唆防衛又可基於挑唆前行為的內容，進一步類型化，以下分述之。

第一類是完全合乎法律，同時也不違背社會倫理的前行為，依據通說見解，既然該行為遵守法律及社會倫理的許可界限，縱然對他人具有挑唆實施不法侵害的效果，但仍不會影響行為人原有防衛權利³⁹。簡言之，無值得非難事由的前行為縱或引發他人不法侵害，仍不會妨害後階段受攻擊者的防衛權⁴⁰。

第二類則是已經實現的不法前行為，最常見的適例是行為人先動粗口罵相對人，相對人氣憤難平而出拳毆擊行為人，行為人此時再回敬以正當防衛。雖說前行為已經完成，理論上相對人受他人挑動而展開不法侵害，應該自行負擔他人防衛時的忍受義務，不過一般見解均認為，由於行為人必須承擔惹起不法侵害的部分責任，因此行為人於後階段的防衛手段會受到極大限制⁴¹，通說因而發展出所

³⁶ Vgl. Baumann, *Rechtsmissbrauch bei Notwehr*, MDR 1962, S. 349; Lenckner, *Notwehr bei provoziertem Angriff*, GA 1961, S. 303. 我國學說較傾向此一見解者，參考黃常仁，*刑法總論*，2009年2版，頁57-58。

³⁷ Vgl. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 87; Wessels/Beulke, *Strafrecht AT*, 37 Aufl., 2007, § 8 Rn. 347; ähnliches auch vgl. Binding, *Normen 2-1*, S. 624. 我國學說指出涉及權利濫用問題者，參見林山田，同註1，頁331；陳子平，同註1，頁246-247；林鈺雄，同註1，頁256。

³⁸ Roxin, *AT/1*, § 15 Rn. 69.

³⁹ Vgl. Lenckner, *Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff*, GA 1961, S. 309.

⁴⁰ 但學說上仍有主張即便前行為合法，但仍可構成挑唆防衛的見解，參考林鈺雄，同註1，頁256-257；

⁴¹ Lenckner, GA 1961, S. 310.

謂的三階段理論（Dreistufentheorie），行為人此時必須負擔退避義務（Ausweichpflicht），在實施防衛的反擊手段前，先向攻擊者釋疑或尋求其他的解消紛爭措施，除非個案中已經沒有任何退避機會，行為人才可以採用反擊的防衛措施，不過，學說亦認為行為人選擇防衛措施時，還應該優先採用保護型防衛（Schutzwehr），亦即阻擋相對人不法侵害，使行為人不致受損的反擊手法，除非連保護型防衛都已經無從實施時，才能進一步採用攻擊型防衛（Trutzwehr），透過損害相對人法益達到保護己身法益的效果⁴²。

此外，對於違法挑唆前行為出現的時間，也有相當程度限制，原則上必須與接續的不法侵害，具有緊密的時間關聯性，同時也符合可預期的相當關聯性。倘若行為人在一年前不法侮辱相對人，相對人一年後才想到這件事而實施不法侵害，中間過長時間已經足以稀釋原有侮辱行為的挑唆效果，行為人一年後面臨不法侵害時，仍有完整的防衛權⁴³；另一個例子則是開錯房門的旅館房客，倘若該房間內的房客因此對開錯門者進行人身侵害，由於「開錯門」與「人身侵害」間不具相當關聯，因此開錯門者仍保有完整的防衛權⁴⁴。

整體而言，行為人的挑唆前行為若屬已完成的不法行為時，其正當防衛權能必須縮減，行為人的回應措施依個案可分為三級：退避、保護型防衛、攻擊型防衛，除非前一級的手段無從保護其法益時，才可以進階到干預效果較強的下一級手段。

第三類則是合法、但不符合社會倫理規範的前行為，例如行為人講話雖不構成侮辱或誹謗，然其態度輕佻，致使相對人展開不法行為。依現行多數看法，此類的前行為雖然倫理上值得非難，但畢竟屬於合法行為，仍不會縮減行為人的正當防衛權利，行為人仍保有完整的防衛權利⁴⁵，不過學說上也有見解認為，只要前行為不符合社會倫理規範，就應考慮納入倫理限制範圍⁴⁶。

3、小結

以上簡要整理學說關於挑唆防衛的幾個初步意見，大致而言，通說排除「意圖式挑唆防衛者」的防衛權能，而「非意圖的違法挑唆者」則限制其防衛權能，至於「合法」的前行為，縱然有挑唆效果，仍不影響後階段實施正當防衛的權利。

三、既有見解的疑點

1、挑唆防衛否定論的缺失

首先談拒絕考量挑唆前行為影響效果的見解，此說為我國實務向來意見，近

⁴² 有關三階段理論，vgl. Wessels/Beulke, AT, § 8 Rn. 348; Otto, AT, 7. Aufl., 2004, § 8 Rn. 79, 80.

⁴³ Roxin, AT/1, § 15 Rn. 73; Wessels/Beulke, AT, § 8 Rn. 348a.

⁴⁴ Jakobs, AT, § 12 Rn. 54.

⁴⁵ Jakobs, AT, § 12 Rn. 55.

⁴⁶ Wessels/Beulke, AT, § 8 Rn. 348.

期若干較新的學說見解，似乎也有接納本說的傾向⁴⁷。該說最主要理由有二：(1) 正當防衛能否成立，應直接從後防衛行為觀察，不應該受前挑唆行為影響⁴⁸；(2) 相對人既然能夠自我決定不法侵害他人法益，就必須承擔他人依法反擊的不利益，故無須限制挑唆者的防衛權能⁴⁹。

持平而論，上述兩個理由固然有相當的說服力，但卻仍存在無法完全釋疑的問題。就第一個論點而言，後防衛行為固然對抗他人不法侵害，但防衛者並不是一個完全無辜的被害人，尤其在意圖式挑唆防衛的情況下，防衛者甚至企圖積極侵害他人，釋義學不應該完全忽視前行為帶來的影響⁵⁰。

真正關鍵的反駁，其實是上述第二個論點。然而筆者認為，個人自我決定固然是刑事責任的源頭，然而，當個人貌似有自我決定能力，但其實是受到他人行動干擾，才實施特定行為時，刑法會關切他人對自我決定的影響程度多高，再決定並衡平兩個行動決定者間的刑事責任。舉例來說，當行為人利用被害人認知上的劣勢，使得被害人自己損害其生命法益時，我們不會馬上認為這是被害人的自我決定，毋寧會考慮行為人與被害人認知上的不平等關係，再決定行為人究應構成利用被害人自我殺害的「殺人罪間接正犯」、促成被害人死亡決意的「教唆自殺罪」甚或與自殺無關的無刑責之人。質言之，人的自由意志會受到他人及其所處環境的影響，這些影響會轉為動機而影響自由意志的決定方向，若僅因存在自由意志，就否認一切的影響，不免是個過快的推論。

2、排除意圖式挑唆者防衛權的釋義學理由

接著將討論重心置於意圖式挑唆防衛。已如前述，雖然通說在結論上否認蓄意挑唆者的防衛權，但其理由則有相當差異。早期學說傾向否認後階段的正當防衛要件（防衛情狀或防衛意思），此兩說乍看下言之成理，但若仔細檢視，是否挑唆者欠缺防衛意思或未面臨防衛情狀，其實不無疑問。

依據現行通說所採的認識說，防衛意思只需要認知到防衛情狀，不需要具備明確的防衛目的，蓄意挑唆者雖然期待透過貌似合法的防衛手段侵害相對人法益，欠缺保護相對人法益的主觀目的，但其仍認知到防衛情狀，依通說已然具備防衛意思。

此外，蓄意挑唆者雖然預期相對人將實施不法侵害，但不代表他同意原侵害者透過正當防衛干預其法益，質言之，蓄意挑唆者期待激起相對人不法侵害意思，

⁴⁷ 參考 Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 303 f.; Mitsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, S. 545.

⁴⁸ 此一理由亦為我國實務所採，參見前文介紹的我國判決現況。學說見解另參考 Bockelmann, in: Hinig-FS, S. 31.

⁴⁹ Mitsch, GA 1986, S. 546; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 17 Rn. 38.

⁵⁰ 事實上，原因自由行為也與挑唆防衛有著相同結構，若能採用例外說的法理解釋原因自由行為，將前行為當作「影響後行為刑責」而非「獨立成罪」的要素，那麼我們也可以思考挑唆行為對防衛行為的法律效果，有著什麼程度的影響。有關原因自由行為的例外說，參考許恒達，原因自由行為的刑事責任，台大法學論叢，39卷2期，2010年6月，頁390-416。

並實施侵害程度不高的攻擊行為，藉以讓挑唆者取得行使防衛權能的適格地位，不過，挑唆者顯然不太希望對方的侵害效果能夠實現，當然也不會認可自己的法益受他人攻擊，倘若認為挑唆者已經同意自己的法益曝露在危險中，恐怕是過快的推論。

至於現在頗受支持的原因不法行為論，其基礎法理強調，在意圖式挑唆行為的場合，既然後階段的反擊行為符合正當防衛要件而阻卻違法，考量前階段的挑唆行為時點，行為人主觀上有高度侵害意思，雖然客觀挑唆行為還稱不上具有明確的法益危險效果，但透過後續流程的發展，仍可認定為該當構成要件的行為。原因不法行為論前置犯行，解決了意圖式挑唆防衛可能的刑責缺口，但筆者認為這種前置犯行的作為有著極其高度的疑慮，以下說明兩個主要的疑慮。

首先，如果能直接觀察前階段的挑唆行為與後階段的防衛行為，就可以很清楚地發現，無論蓄意挑唆者再怎麼「惹起他人犯意」，若未實施後階段防衛行為，挑唆者仍無法損害相對人，我們可以認為，真正與相對人法益損害有關係的行動，其實是防衛行為，挑唆行為充其量只能認為是防衛行為的預備活動而已⁵¹，僅因防衛行為存在阻卻違法的處罰障礙，就提升本屬預備行為的挑唆至犯行，但該預備行為本身又欠缺與防衛行為相同的法益危險效果⁵²，似乎有違反罪刑法定主義的疑慮。

另一個關鍵問題則涉及損害結果的歸責。一般情況下，當行為人有先後兩個影響法益的行為時，損害會直接歸責予後行為，除非前行為有明確犯意，後行為侵害效果明顯較低，而且又屬於前行為延續，否則前行為不擔負損害歸責⁵³。在意圖式挑唆防衛的事例中，損害直接源自後階段的正當防衛行為，若要跳過後行為，直接以前行為認定故意刑責，則必須檢視前、後行為間的侵害強度與串聯關係，很明顯的是，雖然挑唆行為有明確犯意，但從客觀上看來，挑唆行為根本不會直接侵害法益，而前挑唆與後防衛行為間，又插入了相對人的不法侵害，整體而論，雖然挑唆行為時已經預期可能實施防衛行為，但兩者其實是無從直接串連的兩個行動階段，當防衛行為損害法益時，損害結果只能歸責至最接近損害的防衛行為，不應該跨越防衛行為及相對人不法侵害，而由挑唆行為承擔其歸責⁵⁴。原因不法行為論顯然忽視了結果歸責的基礎法理。

最後討論權利濫用說，該說認為只要是行為人濫用法律授與的防衛權能，就必須排除其法律上享有，得透過正當防衛保護自己的利益。本說較上述三說不同之處，在於不透過釋義學的理論框架，而是直接援引法理排除挑唆者的防衛權。權利濫用說注意到關鍵問題其實不是追索個別要件，而是廣角式地檢證挑唆防衛

⁵¹ Neumann, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985, S. 149 f.

⁵² 舉例來說，行為人計劃先侮辱他人，再利用他人的攻擊達成傷害目的。刑法禁止侮辱，是為了保護名譽法益，若可以前置犯行，「侮辱他人」轉為侵害身體法益的行為，這種解釋方法不無違反罪刑法定主義之嫌。

⁵³ 具體事例如結果延後發生的因果歷程錯誤，當行為人自始就有侵害及後行為意思，而後行為又可認為是前行為的延伸時，即便損害源自後行為的攻擊效果，但仍可跨過後行為，直接歸責至前行為。

⁵⁴ 相似見解，vgl. v. Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. 3, 1990, S. 161.

與阻卻違法的基礎原理，這一點值得肯定。可惜的是，權利濫用雖然是琅琅上口的語彙，但其實質內容始終不清，固然我們都肯認權利不得濫用，濫用權利應有相對應的不利後果，但什麼樣的情況才算是濫用權利，其不利後果是什麼，到目前為止似乎沒有明確的定論，也因此學說批評這是一個空洞而無法直接應用的概念⁵⁵。

綜合上述討論，筆者認為既有四種排除蓄意挑唆者防衛權能的理論，其構成內容都有缺陷，要從這四種見解直接否定行為人的防衛權能，多少有其說理的不完整。

3、法確證利益縮減與防衛手段限制的實質法理

接著討論另一個層面的問題，部分關於意圖式挑唆，以及多數處理非意圖式挑唆的學理意見，都主張此處挑唆防衛者所關聯的法確證利益較低，僅得享有受到限制的部分防衛權能，故挑唆者負有退避及選用低效能防衛手段的義務。值得肯定的是，上述觀察方式維持了優越利益在挑唆防衛的具體判斷關係，比對一般正當防衛及挑唆後的正當防衛兩者，前者顯然滿足絕對的優越利益，防衛手段只須滿足必要性即可，相反地，後者在優越利益的構成上較為緊張，學說才會認為，此時應該優先以退避或低效能的手段來保護法益。雖然上述論證遠較前面幾說嚴謹，但在筆者看來仍有相當的缺失。

首先是與意圖式挑唆防衛的共通關係。絕大多數的見解均認為，意圖式／非意圖式兩類挑唆防衛在釋義學立論理據及法律效果上，應該有完全不同的處理方法，就意圖式挑唆者而言，多數見解採用各種不同的釋義學方法排除防衛權，例如原因不法行為論直接「前置犯行」，但處理非意圖式挑唆者的法效時，反而直接觀察後階段防衛行為的優越利益關係，不再援用前者操作方式。然而我們必須注意，兩種不同挑唆防衛的主要差異，僅在於挑唆者的主觀意思，亦即挑唆者是否自始有侵害相對人法益的意思，在挑唆行為時點的不同主觀意思，是否能導出應採用迥異釋義學論理的結論，其實仍有疑問。質言之，為什麼處理蓄意挑唆者刑責時，可以前置犯行，規避後階段防衛手段行使時的刑責豁免效果，並以故意犯處罰蓄意挑唆者，但判斷非蓄意挑唆者刑責時，卻只能維持以防衛行為認定刑事責任的體例，不得前置犯行到無侵害意思、但可能有過失的前挑唆行為。這一點顯然現有學說並未完全說明。

論者或可反駁，學說確實有合併觀察兩者法效的見解，即便如此，依筆者之見，仍無法妥適說明退避義務及防衛手段受限的實質理由。就此分為三點說明。

第一，當挑唆行為構成犯罪要件，法律秩序已經提供相應的處罰效果，挑唆者將因不法挑唆行為而成立刑責或民事賠償責任，既然已經有處罰的規定，相對人理應循法律途徑進行救濟，而不是跳過公力救濟途徑，本於其個人意志以私力懲罰挑唆者，只要相對人不符法律規範的私力懲罰構成犯罪要件，就已經被當作

⁵⁵ Neumann, a.a.O., S. 156.

偏離法律秩序價值的行動，挑唆者為了保護其個人利益，不得已而實施反擊，該反擊不法的防衛行為本來就符合法律秩序的初始期待：「原則上應循公力保護個人利益，當情況急迫、公力不及保護時，可以適度實施私力救濟」，在此實無任何法確證利益縮減的理由，上述見解似乎未對縮減法確證利益的理由，提出更有說服力的觀點。

第二，通說採用二元論判斷正當防衛行為的保護內涵及優越利益關係，基此，防衛行為同時保護「防衛者個人利益」及「法確證利益」，相較於受到防衛行為干擾的「不法攻擊者利益」，必然滿足優越利益關係。根本而論，法確證利益是一個超越具體個人的抽象法秩序價值，將法確證利益納入優越利益的計算時，很快就能推出「必然優越」的結論，然而，當法確證利益因非意圖的挑唆前行為而縮減時，是否會立即改變原有的優越關係，其實不無疑問。既然法確證利益非歸屬個人，而是整體法律秩序的共通價值，這種凌駕於個人的整體利益縱或有若干縮減，基於整體利益抽象性及整體性特點，如果再合計防衛者個人利益，其實不必然影響權衡利益間的絕對優越性，那麼，本於優越關係鬆動而要求挑唆防衛者負擔的退避義務，以及手段選擇的特別要求，勢必陷入無具體緣由的困境。

第三，通說發展出三階段的判斷模式：退避義務、保護型防衛、攻擊型防衛，雖說這種階層化的手段制約並非無理由，但問題主要發生在退避義務。依據通說，非蓄意挑唆者的防衛行為大致符合法秩序基本價值，仍存在法確證利益，既然法秩序不反對挑唆者的防衛行為，那麼我們憑什麼要求挑唆者面對他人侵害時，必須忍讓而退避？如同正當防衛的著名法諺「法不必向不法退讓」所云，課予挑唆者退避義務，無異暗示著刑法優位地肯認受挑唆而不法侵害他人法益的行為，刑法既然認為相對人不應該實施不法侵害，那又為何課予受不法侵害干擾之人退避義務？

綜合上述，即便直接從法確證利益縮減的方向推導防衛手段限制，但這些論述都悖離正當防衛的原始看法，似乎有再深慮的必要。不過筆者也必須強調，相對於前文提到的「挑唆防衛否定說」，以及透過釋義學操作排蓄意挑唆者防衛權能的各種釋義學操作技術，接軌正當防衛阻卻違法實質法理的作法，其實是比較合理的切入角度，至少不會完全忽視或僅因存在挑唆前行為，就全面否定防衛權，質言之，挑唆防衛法律效果的真正關鍵，絕非前置犯行或援引權利濫用法理，而是實質、具體地觀察，究竟挑唆前行為對於後階段的正當防衛優越利益關係，起了什麼樣的影響，從而使得挑唆者在選擇防衛手段時，應優先考慮採用特定方式解決問題。

既然問題出在正當防衛的優越利益關係，那麼學理上對挑唆防衛優越利益的常見論述：「因挑唆前行為致使法確證利益縮減，構成正當防衛的社會倫理限制」，就成為應仔細檢視的課題，接續的提問：什麼是法確證利益？法確證的規範價值得否作為防衛行為優越利益的判斷基準？正當防衛的社會倫理限制是否應依循法確證利益的脈絡觀察？自然是我們在解決挑唆防衛爭議之前，必須先行面對、解決的疑問。

親愛的許老師，您好！

老師的大作將刊登於月旦裁判時報第 24 期(2013.12)，頁碼未定。
目前刊登期數已確定，不會變更。

希望未造成老師的不便和困擾。

在此也祝老師
中秋節快樂
平安順心

敬 祝 鈞 安

=====
元照出版公司 鄭夏華、彭癸菁
Tel : +886-2-2370-7766
Fax : +886-2-23703286
Add : 10047 台北市館前路 18 號 5 樓
E-mail : case@mail.angle.com.tw

=====
元 照 出 版 公 司 <http://www.angle.com.tw>
月旦法學知識庫 <http://www.lawdata.com.tw>
=====

----- Original Message -----

From: Heng-da Hsu

To: [月旦裁判時報 編輯部](#)

Sent: Wednesday, September 18, 2013 10:36 AM

Subject: Re: 來自月旦裁判時報的溫馨提醒

編輯您好：

之前有一篇 **gps** 抓姦的論文，有同學問我什麼時候要登，他要引用在論文中，可以的話，能不能大概告訴我可能刊登的時間呢？非常感謝。

許恒達敬上

GPS 抓姦與行動隱私的保護界限
—評臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號刑事判決

許恒達*

壹、本案事實

甲男與乙女原為夫妻，後來因故失和，乙返回娘家而與甲分居，甲因懷疑乙可能與他人通姦，為掌握乙的行蹤，並了解乙有無通姦情事，甲申辦手機、門號，購買 GPS 衛星追蹤器，將手機的 SIM 卡插入 GPS 衛星追蹤器，在未得乙同意的情況下，將該衛星追蹤器安裝於乙所有的自用小客車底下，再撥打手機號碼，設定定時回傳小客車的定位，以傳送該車經緯度數據給甲，甲再由電腦連線至追蹤器廠商所提供的網頁，搭配 Google 網站地圖顯示位置，紀錄乙所駕小客車的行蹤達半年之久。後來乙發現該追蹤器而報警究辦。

貳、爭點

- 1、使用 GPS 記錄他人行車位置，是否構成隱私法益的侵害？
- 2、如屬隱私法益侵害，則可能構成那些罪名？是否同時構成通訊保障及監察法第 24 條刑責？又其罪數為何？
- 3、出於抓姦目的而實施上述行為，是否屬於無故？

參、判決理由

法院認為甲僅構成刑法第 315 條之 1 第 2 款的竊錄他人非公開活動罪，理由大致分為以下四個重點。

1、非公開活動的判斷

首先是被害法益的認定問題，法院先指出隱私權屬於大法官透過諸號釋字所承認的基本人權，為了避免一般人民侵害他人隱私權利，刑法設有第 315 條之 1 及之 2 的相關規定，無非為了保護他人的隱私活動。本案被告甲使用 GPS 追蹤器，記錄乙所駕車輛的所在位置、移動方向等定位資訊，再結合地理資訊比對分析，而期間又長達半年之久，已經使人自覺或不自覺動其行動自我設限，而影響個人主形塑私人生活內涵的自由，已經構成隱私權的侵害。

至於在刑法的保護架構下，本案是否涉及第 315 條之 1 所稱的「非公開活動」？就此一概念解釋，法院先確認非公開活動的定義，並指出主、客觀的兩重

* 政治大學法學院副教授。

判斷標準：「個人主觀上欲隱密進行其活動而不欲公開，且在客觀上所選擇之場所或所使用之設備亦足以確保活動之隱密性而言」，法院接著指出本案重點：「汽車使用人駕駛汽車於道路或其他公共場域，係處於利用同一空間之他人可共見共聞之狀態，然他人私密領域及個人資料自主，在公共場域亦有可能受到干擾，為了保護個人主體性與人格之自由發展，於公共場域中，亦應賦予個人一定程度之保護」，換言之，雖然本案小客車的行蹤都出現於公共場域，但仍有可能屬於非公開活動。具體判斷上，法院則分為兩點說明本案有無「非公開活動」：

- (1) 主觀要件部分，法院認為「本案告訴駕駛人汽車於道路上行使，並無以特別之方式引起他人注視，其亦非公眾人或基於公益之事由，其行蹤有為眾人週知之必要，應可認其期待隱沒於道路上各種交通工具間，不欲公開其個人行蹤」，故被害人享有主觀的隱私期待。
- (2) 客觀要件部分，法院指出：「一般汽車使用人亦均藉由車廂與外界隔離，使與其一同分享利用公共場域之他人不易察知車廂內之駕駛人、乘客為何人及其等之活動，以保有其私密性[...]是告訴人對其駕駛車輛行駛於道路上之所在位置、移動方向及之前行蹤等資訊所組合而成之動態行止及狀態，在客觀上得有合理之隱私期待」。

法院最後總結，使用 GPS 探知被害人車輛行蹤，侵害他人的合理隱私期待，該當竊錄他人非公開活動的構成要件。

2、「無故」的認定

第 315 條之 1 尚須出於「無故」，被告甲的律師主張因被害人疑似外遇，為探知其行蹤，故屬正當理由。就此法院認為，「無故」的判斷必須「綜合考量行為人行為之目的，行為當時之人、時、地、物等相關情況，及對方受干擾之程度」綜合判斷。至於該標準的具體應用，法院指出三個認定重點：

- (1) 甲、乙具配偶關係，但不因此而認為彼此之間無排除對方窺探的隱私利益，法院認為配偶之間的隱私利益受較低的保護，但若配偶分居，則生活各自獨立，其隱私利益又回復常人標準，因此不能基於配偶關係，從而認為侵害對方隱私利益有正當理由。
- (2) 甲之前因乙的若干行為，而懷疑乙外遇，但甲安裝 GPS 窺探乙開車路線與前往地點，並不純為挽回婚姻或蒐證，法院參酌甲友人供述後，認為甲行為的部分理由是為了讓乙付出代價，而非維持婚姻。
- (3) 甲對乙侵害時間長達半年之久，已經逾越社會共同可容忍界限。

基於上述三點，法院最後認為甲的行為仍屬「無故」侵害他人非公開活動，構成第 315 條之 1 第 2 款罪名。

3、構成要件行為及行為數

甲透過 GPS 而記錄乙駕駛行蹤，法院認為該行為並非第 315 條之 1 第 1 款的窺視，而是第 2 款的竊錄。而甲半年期間內多次侵害乙的同一法益，考量這些行為均於密接時、空內實施之，社會通念上難以分割觀察，而甲也出於同一犯意實施這些行為，故屬接續犯，論以一罪。

4、與通保法刑責的關係

法院最後特別說明，本案只成立刑法第 315 條之 1 罪名，而不構成通保法第 24 條刑責的理由。法院參考了 NCC 的解釋，認為通保法所謂的通訊，專指通訊雙方間透過符號、文字、影響交流意思，若非這些訊息的表達，即非通訊，其侵害也不構成通保法刑責。本案 GPS 所能侵害的隱私內容，與資訊的意思表示特質無關，故不成立通保法刑責。

肆、簡評

本案判決內容十分精采，對於關涉刑法隱私法益罪名的各項要件，均提出詳盡而完整的論述，以下就以判決主要的幾個重點分別說明。

一、非公開活動與合理隱私期待

1、法益的實質標準

首先討論本案被害人有無被他人侵害的「非公開活動」，本案法院直接從合理隱私期待（reasonable expectation of privacy）的角度，定性活動是否具有「非公開」的特色¹，法院同時援引美國聯邦最高法院在 *Katz v. U.S.*一案²，由 Haren 大法官提出的主、客觀綜合標準判斷有無合理隱私期待，亦即，被害人主觀上必須有不受他人窺視的主觀期待，而該期待符合社會的合理性通念，才能納入保護³。基此本院法院認為，被害人車輛行蹤也具有合理隱私期待，故屬本罪的保護對象。

合理隱私期待概念並非我國刑法固有的思考方式，而是源自美國法解釋第四修正案的搜索概念，此一見解已經逐漸受到學理與實務的接納，考量隱私法益是

¹ 此一見解並非首次出現於我國實務，例如台灣高等法院 98 年度上訴字第 4648 號判決即已指出：「刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 既未明示或列舉特定地點作為構成要件要素，於判斷是否屬『非公開』活動時，其判斷之重點，則應認係前述之被害人主觀上是否認其活動係在隱密中進行而不對外公開（即主觀的隱私期待），以及客觀上是否具有足以確保活動隱密性的設備。查本件告訴人主觀上具有合理之隱私期待，而其所處之環境為公寓大樓之 10 樓，且所臨巷弄狹窄，該大樓一樓設有庭院，庭院外緣有警衛保全室以防止路人窺視，又被告甲當時所處之拍攝位置，他人確實無法以肉眼判斷站立窗邊之人之身形、五官、容貌及男女性別，是告訴人所主張主觀的隱私期待（即期待在肉眼可窺視之範圍內，不會有他人以窺視工具進行窺視或竊錄）實難認與一般社會通念所認可之正當的期待有何不符」。

² *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

³ 389 U.S. 347, 361 (1967).

一種非常不確定的新興型態法益，若仍固守古典的秘密法益概念，勢必難以合理解釋其保護界限，實務見解樂於援引美國法的觀察角度解釋刑法個別構成要件，顯然是相當正向的回應⁴。

不過，以主、客觀二元標準所架構的合理隱私期待概念，是否適合於我國法條的解釋？是否能夠在本案中提出具體有效的判斷方向，仍有待進一步的檢討⁵，我們可以把問題分成若干分析層次。

首先，合理隱私期待並非刑法固有的概念，要透過此一視角分析刑法要素時，必須仔細地操作轉換介面，設法將合理隱私期待與特定構成要件要素相互整合。刑法第 315 條之 1 第 1 款及第 2 款均以「非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位」作為保護對象，條文只限定四種受到本條保護的人類行止，包括活動、言論、談話或身體隱私部位，這部應該直接依被窺視、竊聽及竊錄的內容判定，但該活動、言論、談話是否「不公開」，以及身體部位是否為「不公開的隱私」，則可以透過「合理隱私期待」的實質標準具體判斷，當認定個案中的活動、言論、談話或身體部分具有「合理隱私期待」時，即可認定為「不公開」。

其次，合理隱私期待的認定標準，應依(1)被害人的主觀期待，以及(2)社會對主觀期待的合理性等雙重判準。就權利人主觀層次的隱私期待而言，隱私利益是個人享有而排除其他人窺視的權利，如果個人不想要享有此一排除他人窺視的利益，理論上就不會有任何隱私利益存在，依美國實務的見解而論，倘若隱私權人知悉其特定隱私內容有揭露於公眾（public exposure）的風險時，即可考慮否定主觀隱私期待，個案判斷時，則必須考量揭露於公眾的風險程度、揭露範圍以及可預期的揭露對象等因素⁶，舉例來說，倘若甲明知自己沒穿衣服，又故意走在馬路上，結果被乙用手機錄影功能照下來，依據合理隱私期待的原有看法，甲因為主觀知悉其身體部位已揭露於眾，故無合理隱私期待⁷。

除了上述典型事例之外，美國實務上，基於欠缺主觀期待而排除隱私利益的常見案例另有兩類，第一類是隱私權人丟棄特定犯罪證據，而警察未有法院核發搜索票，直接從垃圾中取得證物⁸，其實務認為因隱私權人已經丟棄為垃圾，故無主觀隱私期待，警察取得證物的過程未侵害合理隱私期待，不需法官核發搜索票；第二類案例則是對話者一方未得他方同意，直接錄下兩人交談內容，美國法院認為該對話已經被談話其中一方知悉，其內容無從保密，故談話者必須自承其對話內容被揭露的風險，此時應可認為參與談話之人主觀上欠缺隱私期待，即便

⁴ 類似的解釋取徑，參考李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學雜誌，51 期，1999 年 8 月，頁 93-114；王皇玉，刑法對隱私權的保障—以刑法第三一五條之一為中心，台灣法學雜誌，122 期，2009 年 2 月，頁 37-39；蔡蕙芳，刑法第三一五條之一「非公開」與「無故」要件—台灣士林地方法院九十六年自字第三一號刑事判決，月旦裁判時報，2 期，2010 年 4 月，頁 142-143；李佳玟，在場人錄音之證據能力（上），台灣法學雜誌，116 期，2008 年 11 月，頁 106。

⁵ 美國法隱私保護的發展歷程，參考蔡蕙芳，從美國隱私權法論刑法第三一五條之一與相關各構成要件（上），興大法學，6 期，2010 年 5 月，頁 77-104。

⁶ See Brian J. Serr, *Great Expectation of Privacy: A New Model for Fourth Amendment Protection*, 73, Minn. L. Rev. 583, 632 (1989).

⁷ 進一步的討論，參見蔡蕙芳，同註 5，頁 92-98。

⁸ 最著名案例為 *Greenwood v. U.S.*, 486 U.S. 35 (1988).

錄音也不需要事前核發搜索票。⁹

然而，當我們轉用這種訴訟法概念至刑法時，在刑法論域中，是否這種被害人主觀隱私期待具有相同於訴訟法的功能？事實上，針對以主觀期待否認隱私的見解，在美國法上已經有為數甚多的批評意見，若再把屢生爭議的見解引入我國刑法，難免產生更多難以解決的問題，具體理由說明如下：

第一，主觀隱私期待在認定上往往取決於隱私權人的個人意思，這種內在意意思往往浮動且不穩定，也常缺乏外在指標可供判斷，以之作為定性隱私法益最基礎的出發點，法益界定範圍恐陷入非常不明確的困擾，甚而，倘若法院不願意保護被害人，可以直接本於「被害人沒有隱私期待」的不明確理由，直接排除隱私權人在個案中受保護的機會。

第二，觀察美國法實務提及欠缺主觀期待的第一類事例，涉及垃圾中尋得的證據，這一類案例關涉物證，本身與刑法第 315 條之 1 以下保護人身隱私無關，而第二類事例，則是對話過程中一方錄下他方言談，這一類的事例其實已經有通訊保障及監察法（以下簡稱通保法）第 29 條第 3 款規定¹⁰，直接排除其刑責，換言之，在美國法上可能欠缺主觀期待而無法成立合理隱私期待的案例，在我國法上根本不會影響第 315 條之 1 的成罪界限，我們並無完全接受美國實務觀點的必要性。

第三，倘若權利人在個案中因主動揭露其行動、言談或身體部位（例如在公園散步、在美食街大聲談話或者在百貨公司脫光衣服），縱然我們放棄了主觀期待的標準，我們仍然可以援用被害人同意或推測同意等方法，排除被害人法益的需保護性。

總結有關主觀期待的討論，能夠被當作法益來保護的利益內容，必須有其足供辨識的客觀外觀，主觀期待過度仰賴隱私權利人的個人意思，並不適合作為判斷隱私法益的初階指標，而再考量其真正具有功能的案例，反倒無涉刑法第 315 條之 1 的解釋，故筆者認為判定個案是否有不公開的隱私利益存在時，無須考量該利益持有人的個人意思¹¹。

除了主觀期待之外，依原來的 Harlan 標準，還必須該期待具有社會共同接受的客觀合理性，沿續前文討論，考量到隱私利益高度不確定的特質，必須存在可以讓每一位社會成員共同觀察到的客觀指標，才可以肯定個案中滿足動用刑法介入保護的私密領域，換言之，筆者主張客觀視角才是定性合理隱私期待的關鍵，能夠納入刑法保護的法益必須具有客觀上可茲觀察的合理性，隱私權人的活動、言談或身體部位是否屬於「不公開」，應優先觀察有無足以依據社會共同接受的客觀指標，而這些客觀指標綜合審視後，可承認其屬值得納為社會理性成員

⁹ See *Hoffa v. U.S.*, 385 U.S., 293, 301-302 (1966); *U.S. v. White*, 401 U.S., 745, 753 (1971).

¹⁰ 雖然該規定位於通保法內，但因其規範領域與刑法有相當重疊，刑法沒有理由拒絕適用此一除罪事由，進一步討論，參考許恒達，通訊隱私與刑法規制—論通訊保障及監察法的刑事責任，東吳法律學報，21 卷 3 期，2010 年 1 月，頁 151。

¹¹ 不同見解，參考蔡蕙芳，從美國隱私權法論刑法第三一五條之一與相關各構成要件（下），興大法學，7 期，2010 年 6 月，頁 35-38。

共同承認的合理保護對象，才能構成「不公開」。

值得特別說明的是，人類活動或身體部分是否「不公開」，其實並非絕對，絕大多數的情況下，往往都是相對的。舉例來說，在露天浴池內裸體泡湯的甲、乙兩人，其身體私密部位對彼此相互間，並非不公開的隱私部位，但若丙於浴池對面山上架設高倍數望遠鏡窺視甲、乙兩人，則丙的行為已然侵犯甲、乙不公開的身體隱私部位。換言之，不能認為某一種人類活動必然、絕對有合理隱私期待，而屬於不公開的隱私利益，毋寧必須綜合行為人、被害人、侵害手段等要素，從具體個案來看，大致上可以整理出若干考量的具體指標：(1)行為人的侵害方式，尤其考量行為人使用的工具或設備，是否為一般社會生活中不常見的類型¹²；(2)被害人有無採取有效的隱匿措施，如果未有明確隱匿措施，而容易被他人窺見，即否認有值得保護的隱私利益¹³；(3)行為人侵害時間長短與空間廣狹。考量這些要素之後，才能具體地認定個案中有無隱私利益。

綜合上述，筆者認為第 315 條之 1「不公開」的要素，必須從社會承認的合理隱私標準判斷，重點應在於行為人的手段、被害人的隱匿措施方法，同時考量侵害時間與空間範圍綜合認定。

2、GPS 追蹤的隱私侵害效果

以上述標準觀察本案事例，甲在乙車上安裝 GPS 追蹤器，錄下乙車近半年的活動位置，該行為可以透過電腦判讀程序而多次再現，顯然與第 1 款不具有再現被害人隱私內容的「窺視、竊聽」，而是具有多次再現性的「竊錄」¹⁴，換言之，問題重心應在於，以 GPS 追蹤他人汽車行蹤，是否構成竊錄他人不公開的活動？

此一問題在合理隱私期待概念起源的美國討論尤其激烈，在 GPS 技術發展前的 1980 年代，就曾出現過在車上安裝電波追蹤器而追蹤被告行蹤的案例 *U. S. v. Knotts*¹⁵，該案聯邦最高法院認為，因為車輛行蹤出現於道路的公共場所中，即使不安裝電波追蹤器，也可以目視監督而得知被告行蹤，故可肯認被告已經主觀上放棄其隱私利益，不構成合理隱私期待¹⁶。而在隔年的另一宗判決 *U.S. v. Karo* 案中¹⁷，聯邦最高法院則因被安裝追蹤器的毒品原料容器，進入了數個被告私人住宅，而使得執法機關得知那些地方可能藏有該毒品原料，最高法院依 *Knotts*

¹² 例如甲以市售的玩具望遠鏡，透過對街玻璃窗，觀看在家如廁的 A，因該望遠鏡並非罕見且難取得的物品，應認為未侵害乙的合理隱私利益；相反地，如果甲使用高倍數且具錄影功能的攝影機，結論上自然傾向認為侵害乙的隱私利益。

¹³ 此一標準在可說是「知悉揭露」(knowing exposure) 法則的客觀脈絡，亦即，重點並非隱私權人的知悉，而是他是否採用任何有效方法阻斷他人接觸特定私密領域的可能性。相似觀察方式，但傾向認為這是主觀知悉問題，參考蔡蕙芳，同註 11，頁 39-40。

¹⁴ 法院認為本案屬第 315 條之 1 第 2 款的竊錄而非第 1 款的窺視，見解可茲贊同。

¹⁵ *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983).

¹⁶ *Id.* at 278-279.

¹⁷ *United States v. Karo*, 468 U.S. 705 (1984).

案的標準，認為雖然外部追蹤尚未侵害合理隱私期待，但進入其私宅後的續行追蹤，而令執法單位得知住宅處所，則屬於公眾無從窺視的隱私活動，成立合理隱私期待侵害¹⁸。

從上面兩宗判決來看，雖然合理隱私期待正是源於反對空間角度的隱私定位，但實際運用於追蹤式的個案時，法院反而採用空間取向的觀察視角，追蹤活動若只關涉公開場所的行蹤，則無合理隱私期待，相反地，若已達私宅內行蹤，則被告對有隱私期待。這樣的定性是否合適於 GPS 時代，聯邦最高法院一直未明確表態，但下級法院在判決中，則始終運用 80 年代發表出來的 Knotts 案及 Karo 案基準，只保護私宅內的行蹤，倘若 GPS 只追蹤公開場所的活動，即因欠缺主觀隱私期待而不構成隱私侵害¹⁹。

對此一問題的表態，一直遲至 2012 年 United States v. Jones 案中，聯邦最高法院才提出見解²⁰。該案警察在偵查被告時，曾事先許得法院許可裝設 GPS 追蹤器的搜索票，但追蹤僅限 10 天並僅得於哥倫比亞特區內執行，未料於第 11 天後，警察仍持續使用 GPS 追蹤被告，甚至到了隔壁的馬里蘭州，問題在於令狀失效後的 GPS 追蹤是否屬於搜索？本案多數意見書由著名的保守派大法官 Scalia 執筆，Scalia 大法官強調，Katz 案提出的合理隱私期待理論，並非用以「取代」物理侵入（trespass theory）的搜索觀點，只是用以補充，決定是否構成搜索時，仍應優先觀察有無物理侵入行為，本案最初警察將 GPS 追蹤器安裝至被告車上，並進而蒐集其行車資訊，即屬物理侵入而構成搜索，原搜索票失效後，即屬無令狀的搜索行為²¹。某程度而言，法院並未直接回答問題，而是轉從物理侵入的第一階段行為確認構成搜索，同時相當程度地若化了合理隱私期待所提出的保護人權意義²²。

看完了美國法的發展，接著再來審視我國刑法上的解釋問題。針對本案法院雖然採用了貌似美國法的見解，但實際上卻發展出完全不同的論理過程。先就主觀角度來看，本案法院認為被害人乙雖明知其行車活動屬公開，但仍然「其期待隱沒於道路上各種交通工具間，不欲公開其個人行蹤」，我們從判決論述中，顯然可以看到我國法院與美國實務對主觀隱私期待有著完全不同的操作結果，說得簡單一些，前者強調只要「我的行動不想被別人知道」，就有主觀期待，而後者則認為「我知道別人可能看得到我的行動」，即否認主觀期待。

持平而論，筆者認為我國法院似乎誤解了主觀期待的意義，個人主觀上有無特定事項不為人知的期待，必須從其採取的隱匿方法，以及主觀上對周圍狀況的

¹⁸ *Id.* at 716. 相關討論，參考王兆鵬，美國刑事訴訟法，2007 年 2 版，頁 117-119。See also David Myers, *The Warrantless Use of GPS Tracking Devices: Fourth Amendment Protection Restored Through Application of an Analytical Framework*, 3 Case W. Reserve J.L. Tech. & Internet 101, 102-109 (2012).

¹⁹ See Myers, *id.* at 109-124.

²⁰ United States v. Jones, 132 S.Ct. 945 (2012).

²¹ *Id.* at 949-951.

²² 相關討論，另參考劉定基，從美國法的觀點評司法院大法官釋字第六八九號解釋，興大法學，11 期，2012 年 5 月，頁 212-218。

了解進行審視，當一個人在馬路上走動，縱然該人心想：「我不想被別人知悉我在那裏」，但因該人身處的客觀環境，本來就不可能完全排除路人的相互窺視，他的行蹤對路人而言，本來就是可得探知的公開資訊，即使該人內心期待隱匿，但客觀情況仍將使得我們認為，個案中並無主觀期待。換言之，主觀期待的重心不應該是「希不希望別人知情」，而是「知不知道別人可能知情」，本案判決未從現實情況中他人的知情可能性判定有無主觀期待，已然誤解了主觀期待的意義，以 GPS 追蹤他人行跡，只要在公開場所中，即無主觀隱私期待可言。依此見解，本案的 GPS 追蹤過程其實有無進入私人住宅內，判決內容中並未詳述，似乎認定上的困難。

已如前文所述，完全採美國法觀點理解我國刑法，個案勢將難以解釋，本文反對合理隱私期待的主觀軸線，從本案事實，更可看出主觀隱私期待標準的不穩定性，不僅有誤導為「是否希望他人知悉」的危險，甚且可能導出如美國法「公眾場所行蹤即無主觀隱私期待」的結論，其論述似乎不夠充分。

基此，筆者主張本案無須考量被害人主觀意思，直接依客觀指標判斷有無合理而值得保護的隱私期待，就此可以考量幾個層面：

第一，刑法第 315 條之 1 並不直接保護汽車行跡，而是保護駕駛或乘客的即時發生的隱私活動。依據常理，一定要有人駕駛，車子才能行駛於道路上，而乙是汽車的所有人，通常是所有人或其授權之人才能駕駛汽車，其行蹤才會被 GPS 監控設備錄下，雖然甲透過 GPS 取得「汽車行蹤」，但該汽車行蹤可以連結至駕駛或常見乘客行蹤，可認為仍與具體個人即時發動的隱私活動有關，故仍可考慮納入第 315 條之 1 保護範圍²³。

第二，乙的汽車是在公開道路上行駛，在一般情況下，其方向、位置均可以被他人於同一地點觀察知悉，單就乙之汽車行蹤而言，本身並非絕對私密的行為，但已如前述，隱私利益是相對的，必須考量加害者與隱私權人間的互動關係，甲透過手機連接 GPS，長期追蹤乙開車過程與其行蹤，一般而言，手機是常見的通訊產品，但將手機安裝在汽車底部，即非一般社會生活中可得預期的事情，而對而言，乙開車行跡雖然可能會被其他路人看到，但甲取得的不只是乙經過特定路口，而是乙全面性的汽車行動方向、位置與停留時間，乙不僅無從知悉，也無法採用任何的隱匿措施，此一追蹤後果將使得乙的日常生活完全被掌握，只要開車出門，幾乎沒有任何不被他人知悉的活動可言。

第三，乙被侵害的時間並非只有幾分鐘，而是長達半年。

綜合上述三點考量，筆者認為這段期間乙的全部活動都被甲以儀器紀錄下來，乙幾乎完全喪失任何排除他人窺見的車輛行駛行為，這種長期且連續性的侵害手法，應屬於社會共同接受不得妨害的合理私密領域，故甲已經透過手機連結的 GPS 紀錄方法，竊錄乙的「非公開」活動。

²³ 這一點在本案判決中並未詳述，或許法院認為屬事理之必然，但依筆者看法，汽車行蹤與隱私權人行蹤仍有差異，即便監看汽車行蹤，還必須要有進一步的證據，才能導出特定隱私權人受到行為人妨害。

二、無故的認定

1、阻卻違法的形式與實質取徑

接續是「無故」要素的認定，我國學理向來認為「無故」並非嚴格意義的構成要件要素，而是與違法性相連結的要素，依據學理上甚為有力的看法，只要個案中具備優越利益關係的正當理由（包括阻卻違法事由及其他可能的正當理由），即屬有故而不成立本罪²⁴。關鍵重點即是：排除侵害隱私犯罪的正當理由，是否限於既有的阻卻違法事由？

對於是否承認外於既有阻卻違法事由的有故要素，學理見解大致分為前文提過的肯定以及否定兩說，否定說認為「無故」要素只具有提示功能，若要排除無故，僅能基於既有的阻卻違法事由，否認法官個案考量優越利益後認定為有故的可能空間²⁵，相對於此，肯定說則主張應授權法官在個案中衡量優越利益關係，只要具備優越利益即可阻卻違法。

必須承認的是，上述兩說看法大致相同，但對於應否承認「專用」於隱私侵害行為的「有故」事由，則有不同意見。刑法發展至今，能夠阻卻違法的具體事由已經蔚為體系，個案中能夠使得行為阻卻違法的情況，幾乎已經被各類阻卻違法事由包涵於內，以第 315 條之 1 的隱私侵害行為為例，若要肯認構成要件該當（亦即侵害社會承認之合理隱私），又要能夠阻卻違法，大多數的案例都是刑事偵查機關依據通保法規取得通訊監察書，基於「依法令之行為」而阻卻違法；另一類常見的事例則是通保法第 29 條第 3 款的特別授權：「監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者」，該款尤其常用於人民出於蒐證目的，而錄下自己與他人對話的情況²⁶，由於法律已經明文授權，因此該竊錄者同樣可本於「依法令之行為」而阻卻違法。除了上述兩類常見情況外，學說上亦有指出可能有「正當防衛」的特別情境，例如對即將殺害被害人的擄人勒贖歹徒談話進行錄音，藉以查知他們藏匿被害人地點²⁷。

上述可以想像的各類事例，大致上都能對應某個特定的阻卻違法事由，那麼，我們是否還能在上述情況之外，聯想到無法符合既有阻卻違法事由、但卻能符合優越利益，從而屬於「有故」的侵害隱私事例？要回答這個問題，或許可從二類較富爭議的事例談起。

第一類是新聞記者為了報導新聞，從而侵害他人隱私利益的行為，學說上有認為新聞記者為了揭發真相而侵害他人隱私的行為，刑法中因無直接除罪的明

²⁴ 蔡蕙芳，同註 4，頁 143-144；盧映潔，小三大戰元配，月旦法學教室，108 期，2011 年 10 月，頁 37；吳耀宗，私人為了取證而竊錄他人電話通訊之合法可能性—評最高法院九十九年台上字第四五六號刑事判決及相關實務見解，月旦裁判時報，3 期，2010 年 6 月，頁 119-121。

²⁵ 參考薛智仁，基於取證目的之私人竊聽，台灣法學雜誌，183 期，2011 年 9 月，頁 170。

²⁶ 有關該款的討論，參見許恒達，同註 10，頁 146-153。

²⁷ Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, 28 Aufl., 2010, § 201 Rn. 31a.

文，因此必須委由法官在個案中判斷優越利益²⁸，最高法院近期也有判決指出，應從個案式的利益衡量關係決定記者實現的隱私侵害能否阻卻違法²⁹。就此筆者認為，個案式的利益衡量關係固然重要，但決定能否阻卻違法時，仍應設法從既有的阻卻違法事由觀察優越利益的審查方向，以新聞記者的報導行為來看，其實可以考慮納入常態業務而非緊急情況需求的「業務上正當行為」，由於業務行為是社會生活中的常規活動，不必然出現法益的即時危難，該行為阻卻違法的重點不再是個案衡量，而是依據其新聞報導從業守則的規範，倘若記者能遵守新聞報導的一般規範，在合理程度內為揭露事實，甚而侵犯他人隱私，仍屬合法。換言之，新聞記者的隱私侵害行為，在我國法上可以依循業務上正當行為的法律明文而阻卻違法，沒有必要於既有阻卻違法事由之外，另創合法侵害的具體理由³⁰。

第二類案例則是有利於訴訟行為的取證活動，學理上一般稱為緊急情況的取證行為（Beweisnot），依德國通說見解，要能夠滿足緊急情況的取證活動，仍必須回歸到正當防衛或緊急避難的規範，僅當個案中已經產生法益危難，行為人惟有透過侵害他人隱私取得證據，才能有效保護其利益，其手段必須符合必要性及優越利益等標準³¹，在這個意義下，倘若懷疑他人犯罪，為取得其犯罪證據而侵害隱私，因已違反國家偵查權限獨占的公共利益，故不得考慮其阻卻違法³²。至於德國學說曾討論在預防性正當防衛（Präventiv-Notwehr）的情況下，可以許可行為人事先架設錄影設備，直接錄下他人可能對其侵害的私密活動，但通說見解幾乎一面倒地反對此一看法，大多數意見主張應回歸至正當防衛或緊急避難的

²⁸ 蔡蕙芳，同註 4，頁 143-144；吳耀宗，同註 24，頁 119-121；盧映潔，同註 24，頁 37。

²⁹ 參考最高法院 97 年度台上字第 4546 號刑事判決：「再隱私權與其他權利保障之取捨，應就個案情節依比例原則衡量其法益加以判斷，配偶之一方如有外遇，對他方而言，自屬極難忍受之事，是有外遇之一方必極力隱藏，以避免他方知悉，此項隱密在道德上雖具有可非難性，但通訊保障及監察法並未排除對於此種在道德上具有可非難性隱私權之保障，是以縱在道德上具有可非難性之隱私，仍為通訊保障及監察法所保護之對象，此觀之同法第三條第二項規定『前項所稱之通訊，以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限』自明」。此外，最高法院近年來也認為，配偶一方外遇時，另一方配偶竊聽他方與其他人手機談話，均為「有故」，不成立第 315 條之 1 刑責，但仍成立通保法第 24 條刑責，此見最高法院 100 年台上字第 6345 號判決：「隱私權與其他權利保障之取捨，應就個案情節依比例原則衡量其法益加以判斷，配偶之一方如有外遇，對他方而言，自屬極難忍受之事，是有外遇之一方必極力隱藏，以避免他方知悉，此項隱密在道德上雖具有可非難性，但通訊保障及監察法並未排除對於此種在道德上具有可非難性隱私權之保障，是以縱在道德上具有可非難性之隱私，仍為通訊保障及監察法所保護之對象[...]

上訴人所為竊聽行為，縱其目的係在探知告訴人有無外遇或通姦之情形，與「無故」以錄音竊錄他人非公開談話之情形有間，而不構成刑法第三百十五條之一之罪責，然其違法竊聽行為並無通訊保障及監察法第二十九條所規定例外不罰之情形，且經合法告訴，自應依通訊保障及監察法第二十四條第一項處罰。從而上訴人所為其係為保護婚姻，竊聽所得並未供其他目的之用等辯詞，既無通訊保障及監察法規定例外不罰情形，仍無解於其罪責之成立」，最高法院究竟如何推論而得到刑法「無故」與通保法「違法」可以依不同標準，誠令人費解。

³⁰ 筆者曾撰文認為，記者為報導而必須揭露他人隱私行動，可以將新聞自由納入優越利益的考量，當時礙於篇幅限制，並未言明這是基於「業務上正當行為」的法定阻卻違法事由，在此予以補充說明。參見許恒達，隱私法益與新聞自由—簡評最高法院 98 年度台上字第 5053 號判決，台灣法學雜誌，162 期，2010 年 10 月，頁 207-208。

³¹ Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 201 Rn. 31a; Rengier, BT/1, 10. Aufl., 2009, § 31 Rn. 8.

³² Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 201 Rn. 31a.

法定事由，決定個案是否屬於合法隱私侵害³³。整體而言，即使法律體系下仍認可緊急取證的合法性，但這種私力發動的救濟行為，已經被限縮至緊急情況的前提，除非能夠符合緊急避難各項要素，否則幾乎沒有任何出於捍衛私權而本於取證目的之隱私侵害行為。

論述及此可以認為，足以排除無故的正當理由，在現行刑法理論體例下，幾乎已全部被既有的阻卻違法事由涵蓋³⁴。更具體地說，國家發動的隱私權侵害可以本於通保法的規範（依法令行為）阻卻違法，執行業務的記者所實施的隱私侵害行為，若能符合報導規範，則可依「業務正當行為」阻卻違法。至於私人侵害他人隱私時，除非構成通保法第 29 條第 3 款的法律特別授權，或是成立正當防衛或緊急避難，否則幾無任何可以侵害他人隱私利益的法律權限，換言之，即便出於正當目的，同樣也得納入上述幾種阻卻違法事由，否則將過度放寬私人侵害他方利益的自力救濟空間，甚而違反透過國家救濟利益損害的基本法理。

2、無故的認定與緊急避難

甲懷疑其妻乙有外遇，為了偵查構成刑事責任的通姦案件，而侵害乙的隱私利益，然而，甲未得刑事偵查機關授權，本身也不具有任何新聞從業人員的業務身分，只是純粹的私人行為，其行為是否無故，應從既有的阻卻違法事由觀察。

甲雖使用手機連線而竊錄乙的 GPS 行蹤，但該行蹤紀錄實與通訊無直接關係³⁵，故無從適用通保法第 29 條第 3 款阻卻違法；至於正當防衛，則必須先存在現時不法侵害³⁶，甲對乙行動的監控長達半年，雖然乙有犯通姦罪的嫌疑，但非在半年內所有時間均有通姦行為，此外，通姦罪保護婚姻的社會風俗，理論上甲也不是直接的被害人，基此，可認為甲並無任何主張正當防衛的法律空間³⁷。

本案唯一可以考慮的其實是緊急避難，要成立緊急避難，避難者須面臨即時性的危難，一般學理認為，得實施緊急避難以保護的利益型態範圍，比正當防衛更寬，縱然是超個人法益也在可避難保護的範圍內³⁸，即便個案關涉利益不在刑法第 24 條所謂生命、身體、自由、財產的授權範圍之內，甚或非刑法法益的生活利益，只要這些利益面臨危難，而避難者採取符合優越利益的手段時，避難者

³³ NK-StGB-Herzog, § 32 Rn. 32; Perron, in: Schönke/Schröder, § 32 Rn. 17.

³⁴ 相同看法，參見薛智仁，同註 25，頁 168-171。此說亦為德國通說見解，vgl. Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 201 Rn. 29; Tilman Hoppe, Bildaufnahmen aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich – der neue § 201a StGB, GRUR 2004, S. 994 f.

³⁵ 就此點詳見下文討論。

³⁶ 林山田，刑法總論(上)，2008年10版，頁317-323；Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl., 1996, S. 338-342; Roxin, AT/1, 4. Aufl., 2006, § 15 Rn. 6 ff.

³⁷ 相同見解，薛智仁，同註 25，頁 172。學理上另有考量防衛者面臨的特別情境，而認為不應該從刑法角度獨斷認定，此部分的討論已超出本文範圍，參考林志潔，復仇的女王蜂？精神異常的弱女子？—由女性主義法學方法評析最高法院相關裁判，台灣法學雜誌，126 期，2009 年 4 月，頁 37-49。Vgl. auch Wanja Andreas Welke, Der „Haustyrannenmord“ im deutschen Straftatsystem. Duskutiert unter Einbeziehung neuerer Tendenzen im common law, ZRP 2004, S. 24 ff.

³⁸ NK-StGB-Neumann, § 34 Rn. 23.

即可主張緊急避難而阻卻違法³⁹。以本文所涉及的取證問題而言，通姦罪是告訴乃論之罪，一般情況下，檢、警不會直接涉入偵查活動，除非通姦者的配偶或其家屬已經提出充分證據，可以初步證明確實有構成犯罪的通姦行為，甲作為可能通姦者的配偶，確實面臨相當程度的舉證困難，甚且在一般生活中，甲又難以每天尾隨乙的行跡，乙也不會直接地告知甲，甲確實面臨高度的舉證困難，該證據蒐集與留存的困難可認為屬於一種緊急危難⁴⁰，若能符合緊急避難的條件，即可阻卻違法。

問題在於，取證困難的問題並非通姦罪所獨有，許多密室型的犯罪同樣面臨著取證困難，倘若只因為取證困難而影響到未來訴訟進行，或可能使得相似行為一再地發生，即可犧牲他方利益而依緊急避難阻卻違法，不免對於避難者有過多保障。甚且，倘若認為證據上的困擾足可用緊急避難的手段，侵害他人隱私以取得證據，緊急避難的法律制度勢將成為一種純粹的市場法則，只要符合優越利益，避難可以「積極地」轉嫁其風險給他人，原本個人急難時例外得私力救濟的緊急避難制度，也將成為推卸風險的工具，面臨生活或法益不利情況之人，大可將這些困難要求關涉利益相對較小的別人承擔，這顯然不符合緊急避難制度創設的精神。

正因上述缺點，近期學理上逐漸出現另一種限制緊急避難適用界限的主張，此說認為並非任何利益面臨危難，都可以透過轉嫁他人的避難方法解決困擾，否則緊急避難所具有的「私人緊急自力救濟權」特點，將完全被抹消，緊急避難也將成為純粹的利益衡量結果⁴¹。基此，並非任何利益面臨即時性的干擾，都可以無條件適用緊急避難轉嫁予他人，這一點尤其可從法條明文規定上看得出來，析言之，立法者在第 24 條只許可生命、身體、自由、財產的緊急危難下，可以轉嫁不利益予無辜的第三人，正是考慮到避難者與無辜第三人的法益衡平關係，在這種情況下才要求其他社會成員才必須基於社會團結的義務（Solidaritätspflicht）⁴²，而退讓自己的法益以成全保護面臨即時危難的他人，甚至還應該更進一步以限制，不論是生命、身體、自由、財產等危難，均須達到極度重大，可能影響本人未來的生存利益時，才有適足的理由許可緊急避難，在這個意義下，倘若危難關聯的利益干擾並不嚴重，例如不涉及人身完整性，或侵害的自由、財產利益極度有限，即無要求無辜第三人退讓其利益的空間，此時自無主張緊急避難以阻卻違法的可能⁴³。

³⁹ 此為我國通說見解，參考林山田，同註 36，頁 338；陳子平，刑法總論，2008 年增訂版，頁 261；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2004 年 2 版，頁 168。不同見解，參考黃榮堅，基礎刑法學（上），2012 年 4 版，頁 253。

⁴⁰ 相似見解，薛智仁，同註 25，頁 172；吳耀宗，同註 24，頁 120-121。以薛教授見解為例，若認為證明危機仍可適用緊急避難，只不過無法通過優越利益的要求，此時似乎得再考慮避難過當的減輕罪責可能性，但此點未見於薛教授的論述中（參考薛智仁，同註 25，頁 174）。

⁴¹ NK-StGB-Neumann, § 34 Rn. 24; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 160 ff.

⁴² 有關社會連帶義務，vgl. Pawlik (Fn. 41), S. 57 ff. 批評另見周濛沂，論攻擊性緊急避難之定位，台大法學論叢，41 卷 1 期，2012 年 3 月，頁 432-434。

⁴³ 此一初步見解參考 Pawlik 與 Neumann 的意見，囿於篇幅，在本文中無法詳盡討論，未來將為文分析之。

換言之，阻卻違法緊急避難適用的前提有二：(1)本人面臨刑法第 24 條規定生命、身體、自由、財產的即時性危難；(2)危難重大，有影響本人未來生存條件之虞。此時本人或第三人得採用轉嫁危難的方式，將該不利益轉由無辜的第三人承擔，該第三人在符合優越利益的條件下，負有承擔他人不利益的社會團結義務，該避難的本人或第三人之侵害行為即可阻卻違法。

接著回頭視本案，甲僅是懷疑乙可能外遇，而要證明外遇有無，可能得掌握乙的每日行蹤，人的日常行蹤一晃即逝，若無法將其行跡保留，或許未來更難證明外遇情事，若採用一般見解，任何利益受到干擾，包括本案涉及的證明利益，都可以納入緊急避難的危難範圍，重點在於避難者採用的手段是否符合優越利益關係；然而筆者認為，通說見解過度擴大危難轉嫁範圍，並不足採，在此應回歸刑法第 24 條明文認許的四種利益：生命、身體、自由、財產。本案關涉的證明利益，並非四種利益範圍內，並無構成緊急避難的合法空間，故甲不得基於緊急避難而阻卻違法。

值得特別說明的是，法院在判決中採取通說見解，並未完全否認甲的緊急避難權利，只不過在關鍵的優越利益判斷過程中，法院提到「夫妻之間隱私減少，但不適用於分居夫妻」及「甲主觀出於『要乙付出代價』」等兩個理由，作為認定，針對這兩個論點，約略補充筆者對法院衡量優越利益參考標準的意見：

第一，法院認為夫妻之間的隱私利益受較低的保護，該看法雖然符合一般邏輯，親密生活的夫妻之間，確實有事件相互公開的特質。不過，這種說法只是一種歸納的結論，並不能直接認為夫妻之間必然存在較低程度的隱私利益，相反地，正因為生活範疇高度重疊，夫妻之間對於若干不欲揭露的事項（例如私房錢），說不定採用更周延的隱匿措施防止對方知悉。總結而論，婚姻關係雙方的隱私程度，不可一概而論，應具體觀察個案中雙方當事人關係才能決定。基此，若進一步推論分居雙方又回復一般人相互間的隱私狀態，這項論點恐有過度抽象論斷，欠缺個案具體觀察的缺點⁴⁴。

第二，法院認為，甲因主觀上想要找到外遇證據，讓乙付出代價，欠缺挽回婚姻的意思，因此可考慮排除適用緊急避難。此段論述依筆者之見，可能有混淆體系之嫌，析言之，即便依通說見解，可以擴張解釋甲已經陷於證明困難，甲只要明知其困難而採取侵害乙隱私利益的避難措施，即可考慮構成緊急避難，甲究竟是出於報復配偶或拯救婚姻的主觀目的，只是行為人的內在動機，不應該影響緊急避難成立與否的判斷。

綜上，依本文見解，甲並無主張緊急避難或其他阻卻違法事由的空間，其行為屬無故。

三、行為數與競合

接下來簡要討論行為數與競合，本案的問題在於：甲基於單一犯意，長達六

⁴⁴ 相關討論，參見吳耀宗，同註 24，頁 120-121。

個月的時間監控乙車行方向，刑法上應該如何論斷甲的罪數？

這個問題必須回歸到行為數的判斷，由於刑法第 315 條之 1 並非預設了犯罪必須反覆執行相類行為，其法益也不要求持續性受到行為人的攻擊，才足以成罪，換言之，刑法第 315 條之 1 並非足以納入複數行為或長期攻擊法益類型的構成要件，無法依據構成要件的行為單數而認定其屬一行為。

不過，即使非屬構成要件的行為單數，本案仍可考慮成立自然意義行為單數的接續犯⁴⁵，亦即，甲出於單一侵害乙隱私的意思，接續妨害乙的隱私長達半年，該行為在一般通念下，屬於源自一犯意的損害事件，而整個過程並無中斷，也具有時間、空間的接續性，故可認為一行為。甲以一行為侵害乙的隱私利益，只構成一罪第 315 條之 1 第 2 款。判決中法院亦採相同意見，亦值贊同。

四、通保法刑責問題

最後附帶說明通保法刑責問題，通保法刑責與刑法第 315 條之 1 有極多重疊之處，但兩種最關鍵的不同點，仍是保護法益範圍有異，通保法處罰至少兩人之間意思交換活動的「通訊隱私」，不保障個人獨處或身體部位的防窺隱私，若要成立通保法第 24 條刑責，其侵害對象只限於該法第 3 條第 1 項的 3 款客體⁴⁶。

本案甲雖然透過手機撥接 GPS 定位系統，但這只是行為人侵害隱私的手段，侵害對象並非乙參與其中的通訊活動，而是乙的行蹤，這一點法院正確地引用行政機關的意見，而排除通保法刑責規範，誠屬的論。

伍、結 論

最後總結本文論點如下：

- 1、 刑法第 315 條之 1 非公開的概念，應純從客觀指標認定，考量行為人侵害手法、被害人隱匿手段，以及侵害時、空關係綜合判斷有無「社會承認的合理隱私」，不必考量被害人主觀意思。美國法上的合理隱私期待概念，並不完全適合於我國刑法的解釋。
- 2、 刑法第 315 條之 1 無故的概念，指欠缺阻卻違法事由，在此僅具提示功能，並無許可外於既有阻卻違法事由的情況。
- 3、 緊急避難限於刑法第 24 條臚列的四種利益陷於重大危難，若非此種情況，無緊急避難的適用空間。依此見解，出於蒐證目的而侵害隱私，尚無緊急避難或避難過當規定的成立空間。

本案判決結論可茲接受，惟說理似有進一步探討的空間。

⁴⁵ 有關接續犯，參考陳志輝，九四／九五年度刑事判決評釋—競合部分，台灣本土法學雜誌，90 期，2007 年 1 月，頁 195-197。

⁴⁶ 相關討論，參見許恒達，同註 10，頁 124-142。

國科會補助計畫衍生研發成果推廣資料表

日期:2013/11/08

國科會補助計畫	計畫名稱: 阻卻違法事由與可歸責的前行為 —挑唆防衛及自招危難之研究
	計畫主持人: 許恒達
	計畫編號: 100-2410-H-004-214-MY2 學門領域: 刑法學
無研發成果推廣資料	

100 年度專題研究計畫研究成果彙整表

計畫主持人：許恒達		計畫編號：100-2410-H-004-214-MY2					
計畫名稱：阻卻違法事由與可歸責的前行為 — 挑唆防衛及自招危難之研究							
成果項目		量化			單位	備註（質化說明：如數個計畫共同成果、成果列為該期刊之封面故事...等）	
		實際已達成數（被接受或已發表）	預期總達成數（含實際已達成數）	本計畫實際貢獻百分比			
國內	論文著作	期刊論文	1	3	100%	篇	本計劃將發表三篇論文，其中已完成1篇（發表於月旦裁判時報），另有2篇將於年底前完成，並投稿期刊。
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%		
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（本國籍）	碩士生	2	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		
國外	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%	章/本	
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（外國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		

<p>其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)</p>	<p>1、已完成論文乙篇，將發表於月旦裁判時報。 2、另將於年底前完成論文乙篇，投稿 TSSCI 期刊。 3、另於 2014 年年初完成論文乙篇，發表於月旦法學雜誌。</p>
--	---

	成果項目	量化	名稱或內容性質簡述
科 教 處 計 畫 加 填 項 目	測驗工具(含質性與量性)	0	
	課程/模組	0	
	電腦及網路系統或工具	0	
	教材	0	
	舉辦之活動/競賽	0	
	研討會/工作坊	0	
	電子報、網站	0	
	計畫成果推廣之參與(閱聽)人數	0	

國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文： 已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利： 已獲得 申請中 無

技轉： 已技轉 洽談中 無

其他：（以 100 字為限）

1、針對正當防衛部分，即將完成論文「正當防衛與挑唆前行為」，完成後將投稿於 TSSCI 期刊。

2、針對緊急避難部分，已完成「GPS 抓姦與行動隱私的保護界限—評臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號刑事判決」，即將發表於月旦裁判時報。

3、針對緊急避難部分，預計再完成專文乙篇，目前已經著手進行，預計發表於 2014 年初之月旦法學雜誌。

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）

本計劃討論正當防衛、緊急避難阻卻違法之基礎，以及建立在該基礎之上，若行為人對於防衛、避難事由有可歸責之情況，應該如何處理的刑法學基礎問題。筆者見解反對任何前置刑責的作法，但強調應該對於挑唆防衛及自招危難的行為人，予以防衛權或避難權相當的限制。而這樣的看法與最高法院近期見解並不相同，未來可作為最高法院相關見解之參考，並為實務見解續造修正所用。