正當防衛的正當化依據與防衛限度

—兼論營救酷刑的合法性

王　鋼——著

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

正當防衛的
正當化依據與防衛限度
——兼論營救酷刑的合法性

王鋼　著

元照出版　搶先試閱版

元 照 出 版 公 司

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

序　言

在我迄今為止所研習的刑法問題中，出於營救目的實施的酷刑（即營救酷刑）是否能構成正當防衛，恐怕是最讓我感到難以給出定論的難題。我留學德國期間，恰逢德國學界開始圍繞營救酷刑的合法化問題展開激烈的討論。初次接觸這個問題時的感覺是，對綁架犯或恐怖分子施加酷刑逼其招供被綁架者或定時炸彈的下落，從而挽救被綁架者的生命或阻止炸彈爆炸、挽救無辜市民生命的，難道不就是正當防衛嗎？當時並沒有覺得這個問題有什麼特殊的困難，也不太理解德國學者們為何會就此展開如此長時間和大規模的論戰。但是，當我選擇以此為主題撰寫博士論文，並且嘗試向著主張營救酷刑構成正當防衛的方向進行論述時，卻發現要在德國法秩序中有力的論證營救酷刑構成正當防衛，幾乎是不可能的。原因在於，德國《基本法》將人性尊嚴置於絕對保護之下，而且德國法秩序對國際條約採取了極為親善的態度，導致國際條約中絕對禁止酷刑的條款能夠直接影響乃至決定對基本權利衝突的解決方案。經過幾年研習之後，我在德國的博士論文的結論最終偏離了最初的設想，承認營救酷刑難以在德國法秩序中正當化。

雖然在德國以該主題的博士論文獲得了博士學位，但是，我深感自己在營救酷刑方面的研究並沒有結束。在德國留學期間，我也曾以營救酷刑的主題在多個不同的場合進行了學術報告，幾乎在每次報告時，德國聽眾們都會向我提出同一個問題：為什麼要就營救酷刑的正當化問題進行德國法和美國法的比較研究，卻並不探討如何在中國大陸解決相應的問題呢？這裡的原因是多方

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

面的。首先，當時中國大陸幾乎沒有對營救酷刑問題的討論，也就很難將之作為比較研究的物件。其次，受我個人時間和精力所限，能對德國和美國的相關討論進行詳盡的梳理和辨析，就已屬不易，實在無力再去探索在中國大陸法秩序中的解決方案。不過，儘管無法在博士論文中論及，我卻始終認為，若有機會，還是應當要專門就營救酷刑在中國大陸的正當化問題做一番探索。畢竟，研習德國和美國的解決方案，最終還是為了解決中國大陸的本土問題。因此，在北京清華大學任教之後，我也沒有放棄對營救酷刑問題的思考，還經常利用各種學術報告和招生面試的機會，以營救酷刑的合法性問題進行提問，據此瞭解中國大陸各界人士對該問題的看法。不出意外，東方文化圈下的價值觀念跟德國還是存在較大的差異。過去幾年間，幾乎所有被我問及該問題的人士，都會傾向於贊同營救酷刑的合法化。若我在追問中不斷增加酷刑手段的殘忍程度，受問者大多會出現一些猶豫和動搖，但絕大多數受問者最終還是會主張，對恐怖分子實施的營救酷刑具有正當性。只有當我在追問中將酷刑的虐待物件擴展到恐怖份子的無辜家人或朋友時，絕大部分受問者才會較為堅定的否定營救酷刑合法。這種現象也引發了我的反思，是否在中國大陸法秩序中，對營救酷刑的正當化問題確實應當得出與德國不同的結論？

近幾年來，隨著一系列社會熱點案件的發生，中國大陸刑法學界圍繞著正當防衛的正當性根據和防衛限度的問題展開了熱烈的討論。以此為契機，我本人也對刑法中的正當防衛問題有了一些新的思考。本書的寫作初衷原本只是對正當防衛的問題進行探討，但是，在寫作過程中，我越發感受到，對正當防衛之正當性依據以及防衛限度的界定，會直接影響對營救酷刑合法性的判斷。於是便想剛好藉此機會，在對正當防衛的正當性依據和防衛

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

限度進行討論的基礎之上，結合中國大陸實定法的相關規定對營救酷刑能否構成正當防衛的問題進行考察，也算了卻自己多年來的一樁心願。然而，此次在中國大陸法秩序下的探索卻遭遇了與當初在德國撰寫博士論文時剛好相反的困境。此次我原本打算論證營救酷刑不能構成正當防衛，但最終卻發現，在中國大陸法秩序中，肯定營救酷刑可以通過正當防衛合法化，可能是更為有力的見解。原因在於，首先，與德國的情況不同，鑑於中國大陸司法實務的現狀，在刑事政策上存在擴張正當防衛權的需求，因此，本書對正當防衛的正當性依據採取了不同於德國通說的整體性二元論，更加強調對被侵害人自由權利的保障，從而使得不能再像德國通說那樣，單純基於法秩序維護原則否定營救酷刑構成正當防衛。其次，中國大陸法秩序對待人性尊嚴和國際條約的態度更接近於美國，與德國存在較大的差別，這也影響了營救酷刑的合法性。

元照出版 搶先試閱版

本書的書稿完成於2017年，雖然主題與我在德國的博士論文相關，但本書絕非對博士論文的簡單翻譯。大體上，本書只有第一章、第五章和第七章中對德國、美國相關討論的介紹等少量內容是基於博士論文而成，其餘的絕大部分篇幅都屬於全新的創作。特別是第二章至第四章關於正當防衛之正當性依據及防衛限度的內容，可以說完全是近年的研習所得。書稿完成之後，我對書中得出的營救酷刑可以構成正當防衛的結論還是有些猶豫，所以並未付梓出版。直至2018年10月份，在元照出版公司紀小姐的熱忱邀請下，我才算堅定了出版本書的決心。雖然本書原本並不是為了在臺灣出版而寫作，自己對書中的具體結論也仍然有些忐忑不安，但是，若本書的出版可能對海峽兩岸的學術交流有些許助益，就應該值得嘗試吧。

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

再次感謝元照出版公司紀小姐熱情促成本書的出版事宜，感謝元照出版公司編輯團隊為本書書稿所做的編輯工作，也感謝北京清華大學法學院的博士生金燚、陳斯潔、宋頤陽、李煥集，以及碩士生劉磊、梁一棟等同學詳細校對書稿。本書研究受中國大陸司法部國家法治與法學理論研究專案（專案編號：14SFB50015）資助，在此一併致謝。

王　鋼

元照出版　　搶先試閱版

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

目　錄

序　言

第一章　導　論

第一節　關於正當防衛的爭論 1
第二節　關於營救酷刑的爭論 6
一、德國的達施納案 6
二、美國的相關討論 11
第三節　研究對象與目的 15

元照出版　搶先試閱版

第一篇　正當防衛的正當化依據及其限度

第二章　正當防衛的哲學基礎

第一節　社會契約與自然權利 19
一、Hobbes的見解 19
二、Locke的見解 22
三、Pufendorf的見解 24
第二節　Kant的學說 25
第三節　Hegel的學說 27
第四節　功利主義道德哲學 29

第三章　刑法學界的見解

第一節　德國的學說 33
一、個人主義詮釋路徑 33

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

二、超個人主義詮釋路徑 49
三、二元論詮釋路徑 51
第二節　中國大陸的學說 58
第三節　觀點評析 63
一、功利主義立場之批判 63
二、個人主義詮釋路徑的缺陷 70
三、超個人主義詮釋路徑辨析 102

第四章　本書的立場
第一節　整體性二元論的提出 141
一、對立性二元論的缺陷 142
二、整體性二元論的主旨 147
第二節　整體性二元論的適用 177
一、權利無需讓步原則 177
二、對正當防衛的目的性限縮 186
三、小　結 206

第二篇　正當防衛與營救酷刑

第五章　營救酷刑的定義
第一節　對酷刑的定義 211
一、酷刑概念概述 211
二、客觀要件 215
三、主觀要件 236
四、消極構成要件 244
五、小　結 246
第二節　營救酷刑的案件 246

元照出版　搶先試閱版

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

第六章　刑法阻卻違法事由的前置考察

第一節　構成要件符合性.....249

一、故意傷害罪.....249

二、刑訊逼供與暴力取證.....251

三、虐待被監管人罪.....259

四、小　結.....261

第二節　警察權限的欠缺.....262

一、警察的詢問權.....262

二、回答詢問的義務.....265

三、酷刑與強制措施.....270

四、小　結.....277

第三節　刑法阻卻違法事由與警察職權.....278

一、公法說.....278

二、區分說.....285

三、混合說.....298

四、刑法說.....300

五、小　結.....314

第七章　作爲正當防衛的營救酷刑

第一節　防衛勢態.....315

一、侵害行為.....315

二、正在進行的不法侵害.....327

第二節　防衛行為.....328

一、適於制止不法侵害.....329

二、相對最緩和的手段.....334

三、對防衛權的限縮.....338

第八章　結　論.....405

元照出版　搶先試閱版

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

第一章

導　論

第一節　關於正當防衛的爭論

正當防衛在刑法中擁有悠久的歷史，時至今日，也無疑仍然是刑法中最為重要的制度之一。當今世界各個主要國家和地區的刑事立法中均明確規定了正當防衛制度。譬如，中國大陸《刑法》第20條第1款規定，為了使國家、公共利益、本人或者他人的人身、財產和其他權利免受正在進行的不法侵害而採取的制止不法侵害的行為，對不法侵害人造成損害的，屬正當防衛，不負刑事責任。《德國刑法》第32條第2款規定，為使自己或他人免受正在進行的不法侵害而實施的必要的防衛行為，是正當防衛。該條第1款明確指出，正當防衛不違法。《日本刑法》第36條也規定，面對緊迫的不法侵害，為防衛自己或他人的權利而不得已實施的行為，不處罰。中國大陸學界和司法實務對於正當防衛問題的關注由來已久，也就正當防衛中的諸多問題達成了共識。譬如，學界和司法實務普遍承認，正當防衛屬合法化事由，阻卻防衛行為的違法性。關於正當防衛可以保護的利益範圍，學界和司法實務均承認，正當防衛至少保護公民的個人權益。關於防衛行為的必要性，學界和司法實務大體上也都認為，正當防衛的成立不以被侵害人或防衛人別無選擇為前提。在面對不法侵害時，被侵害人和防衛人不負退避義務，即便其可以透過逃跑等方式迴避不法侵害，也可以選擇就地對不法侵害進行反擊。

但是，除了這些最基本的共識之外，學界和司法實務對正當防衛的大部分問題上卻仍存在著明顯的見解分歧。首先，對於正當防衛的正當化依據，即正當防衛究竟何以成為合法化事由，學界存在著不同的見解。多數學者認為，正當防衛本質上是基於功利主義的優越利益

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

原則才得以正當化。換言之，與緊急避險（編註：緊急避難）類似，正當防衛之所以阻卻違法，其根本原因仍然在於，相比防衛行為對不法侵害人造成的損害，其保全了更為重要的利益。由於所保護的利益大於所損害的利益，防衛行為雖然形式上符合了刑法分則有關犯罪構成的要件，但其實質上卻制止了危害社會的不法侵害行為，不具有社會危害性，故屬法定的正當行為。[1]相反，近來也有論者對此提出質疑，主張正當防衛並非基於功利權衡的違法阻卻事由。例如，勞東燕教授就明確主張，在認定正當防衛時必須要糾正唯結果主義的傾向，拋棄以法益衡量為基礎的優越利益原理，將正當防衛的正當化根據定位於個人保護原則與法確證原則。個人保護原則與法確證原則共同作用，相互補充，共同構成了正當防衛的正當化根據。其中任何一個原則都無法單獨解釋正當防衛不同於其他違法阻卻事由的特性。[2]

其次，對於正當防衛所能保護的法益範圍，學界也存在著意見分歧。雖然學者們普遍認同正當防衛可以被適用於保護公民個人法益，但是，針對威脅超個人法益的不法侵害是否也能正當防衛，卻是存在爭議的難題。傳統的見解認為，正當防衛不僅可以用於保護公民個人權益，也同樣可以用於保護國家、公共利益等超個人法益。對於正當防衛所保護法益的範圍的認定，不能違反中國大陸《刑法》第20條的明文規定。[3]相反，也有論者認為，正當防衛只適宜於保護個人法益，與個人法益無關聯性的、單純的國家法益、社會法益不應屬正當防衛所要保護的範圍。[4]

最後，特別具有爭議的問題是，應當如何界定防衛行為的必要限度。中國大陸司法實務往往基於對正當防衛的功利主義式理解，在認定防衛行為的限度時強調結果的相當性判斷，即認為防衛行為所保護的法益必須大於其對不法侵害人造成的損失。在這種思想的指導下，

1　參見王政勳：《正當行為論》，法律出版社2000年版，第50頁、第78頁。

2　參見勞東燕：《防衛過當的認定與結果無價值論的不足》，《中外法學》2015年第5期，第1331頁以下。

3　參見張明楷：《刑法學》，法律出版社2016年第5版，第198頁。

4　參見周光權：《刑法總論》，中國人民大學出版社2016年第3版，第198頁、第202頁。

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

司法實務經常對正當防衛的限度進行極為嚴格的限制。特別是在防衛行為造成了不法侵害人重傷或者死亡時，原則上否定正當防衛的成立。刑法學界雖然普遍認為，司法實務當前對於防衛行為必要限度的把握過於嚴格，與1997年刑法修訂的精神背道而馳，[5]甚至有導致正當防衛淪為「僵屍條款」之虞，[6]因此，必須適度擴張防衛權限。但是，對於究竟應該以何種標準來界定防衛行為的必要限度，學者們卻眾說紛紜。對於防衛行為限度的界定，學界歷來存在基本相適應說、必需說與折衷說三種見解。[7]通說主張基本相適應說以及在此基礎上發展而來的折衷說，認為在認定防衛行為是否超過必要限度時，必須權衡防衛行為所保護的法益性質與其所造成的損害後果，所保護的法益與所損害的利益之間不能差距過大。[8]與此相對，另一部分學者則主張必需說，認為認定防衛行為是否超過必要限度的決定性標準是，防衛行為本身是否屬制止不法侵害所必需的措施。若防衛行為從行為時的角度看來確屬制止不法侵害的必要手段，那麼不論其對不法侵害人的權益造成了何種程度的損害，都並未超過必要限度。[9]在擴張防衛權限的具體論據上，學界也存在多種不同的意見。有論者基於功利主義的立場，主張應當強調正當防衛對於法秩序的維護功能，以正當防衛同時保全了法秩序，有利於威懾犯罪分子、預防和減少犯罪為由，認定防衛行為原則上保全了更為重要的利益、有益於社會。[10]也有論者側重於不法侵害人本身，認為不法侵害人在能夠選擇放棄實施不法侵害從

5　參見姜偉：《新刑法確立的正當防衛制度》，《法學家》1997年第3期，第23頁以下。

6　參見陳興良：《正當防衛如何才能避免淪為僵屍條款》，《法學家》2017年第5期，第98頁以下。

7　參見趙秉志主編：《刑法總論》，中國人民大學出版社2016年第3版，第290頁以下。

8　參見黎宏：《刑法學總論》，法律出版社2016年第2版，第140頁。

9　參見王鋼：《正當防衛的正當性依據及其限度》，《中外法學》2018年第6期，第1606頁。

10　參見張天虹主編：《刑法》，法律出版社2012年第2版，第178頁以下；程木英等主編：《法學概論》，中國人民公安大學出版社2010年版，第185頁、第188頁。

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

而避免防衛行為對自身利益造成損失的情況下卻執意發動不法侵害，將自身法益置於危險之中。這類似於刑法中被害人自我答責的情形，此時不法侵害人的權益受到法律保護的程度有所降低，故而相比之下，防衛行為所保護的被侵害人的利益原則上更為重要。[11]還有論者則拋棄了功利主義的立場，基於個人保護與法秩序維護（即「法保護」或「法確證」）兩個原則尋求正當防衛的正當化依據。基於法秩序維護原則，「法無需向不法讓步」，故不應要求防衛行為所保護的利益與其所損害的利益之間保持基本的相當性。在認定防衛行為的必要性時原則上不考慮結果的相當性，而僅考慮行為的相當性。只要防衛行為在客觀上是制止不法侵害的相對最緩和的手段，原則上就應當肯定其構成正當防衛。至於其對不法侵害人所造成的損害，則非所問。但是，在面對來自無責任能力者的不法侵害時，由於確證法秩序有效性的必要性較低，故被侵害人只有在無法退避的情況下才能進行防衛，其防衛行為的限度還會受到嚴格限制。[12]類似的，在挑撥者故意進行防衛挑撥的場合，由於其「防衛」行為是其不法侵害計畫的組成部分，根本沒有維護法秩序的效果，不能認定其構成正當防衛。在挑撥者過失引起不法侵害的場合，由於維護法秩序的必要性有所降低，其防衛權也受到限制，必須先嘗試迴避不法侵害。在不能退避時，才出於維護其個人權益的需要，允許其實施正當防衛。[13]

從以上簡短的綜述就不難看出，正當防衛中的許多爭議問題，其實都源自於對正當防衛正當化根據的不同理解。正是由於對正當防衛的正當化根據有著不同的認識，才導致學界和司法實務在正當防衛的保護範圍以及防衛行為的限度界定等方面產生了多種不同的見解。事實上，雖然刑法學理歷來都幾乎毫無爭議的認為，正當防衛屬正當化事由，但是，關於正當防衛之正當化依據的爭論，卻從未平息。德國

---

11 參見陳璿：《侵害人視角下的正當防衛論》，《法學研究》2015年第3期，第125頁以下。

12 參見勞東燕：《防衛過當的認定與結果無價值論的不足》，《中外法學》2015年第5期，第1331頁以下。

13 參見歐陽本祺：《正當防衛認定標準的困境與出路》，《法商研究》2013年第5期，第124頁以下。

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

學界也對正當防衛的正當化依據存在著重大爭議。部分學者對正當防衛採用了純粹個人主義的理解，認為正當防衛是對不法侵害人和被侵害人之間個人權益衝突的解決方案，其本質在於被侵害人或防衛人抵禦不法侵害，保護個人利益。正是這種對個人權益的保護，才使得正當防衛成為了違法阻卻事由。[14]相反，另一部分論者則對正當防衛採用了純粹的超個人主義的理解，並不將侵害者或者被侵害者的個人因素置於論述的中心，而是尋求透過抽象的權利、不法等因素論證正當防衛的正當化依據。採納超個人主義詮釋路徑的學者大多引用德國學者Berner的名言「法無需向不法讓步」[15]論證，正當防衛的正當化依據在於維護法秩序的有效性、預防潛在的不法侵害。至於對被侵害人個人權益的保護，則只是防衛行為在維護法秩序時的附帶效果，並非正當防衛的規範目的所在。[16]與這些單純從個人主義或者超個人主義角度詮釋正當防衛的立場不同，當今德國學界[17]與司法判例[18]的通說採用了二元論的詮釋路徑，嘗試將個人主義角度與超個人主義角度相結合，從而周延的解釋正當防衛的正當化根據及防衛權限的範圍。這種二元論詮釋路徑認為，正當防衛的本質由兩大並列的基本要素共同決定：個人保護原則和法秩序維護原則。防衛人透過實施防衛行為不僅保護了公民個人的法益，而且同時也在國家不能及時採取行動的情勢中擔當了對抗不法的任務，因而也同時維護和確證了法秩序的有效性。個人權益保護與法秩序維護兩方面共同作用，才使得正當防衛成為了正當化事由。

21世紀以降，德國刑法學界圍繞著營救酷刑是否能夠合法化的問題，再次對正當防衛的正當化依據展開了廣泛的討論。不同於人們之

---

14 Vgl. *Wagner*, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, S. 31 ff.

15 Vgl. *Berner*, Die Notwehrtheorie, Archiv des Criminalrechts, 1848, S. 562.

16 Vgl. *Schmidhäuser*, Über die Wertstruktur der Notwehr, in: Festschrift für Richard M. Honig, 1970, S. 193 ff.

17 Vgl. *Otto*, Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, § 8 Rn. 17; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 15 Rn. 1.

18 Vgl. BGHSt 48, 207 (212).

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

前所熟知的出於逼供或其他非法目的的酷刑，在營救酷刑的場合，施加酷刑的行為人旨在逼取必要信息，以挽救其他的重要法益。此時，這種出於營救目的的酷刑是否能透過正當防衛合法化，就成為了過去十餘年裡德國刑法學界重點關注的難題。對於這一問題的答案，與應當如何理解正當防衛的正當化依據緊密相關。可以說，對於正當防衛之正當化依據的理解，直接決定了對防衛行為之必要限度的認定，從而也就直接決定著營救酷刑能否構成正當防衛。在這個意義上，營救酷刑的問題可謂是正當防衛之正當化依據的試金石。正因如此，本書也將營救酷刑作為探尋正當防衛之正當化依據中的特殊問題加以探討。

第二節　關於營救酷刑的爭論

在中國大陸學界，關於營救酷刑的討論目前仍然較為鮮見。但是論及該問題的學者之間也存在見解的分歧。有論者主張，營救酷刑因構成違法阻卻事由而合法化，[19]也有論者認為，營救酷刑屬違法行為，只能構成免責的緊急避險。[20]在德國與美國，對於應當如何處理營救酷刑的問題，已經存在著激烈的討論。其中，德國學界的討論主要圍繞著「達施納案」（Daschner-Fall）展開，而在美國的討論則主要集中於定時炸彈假設。

一、德國的達施納案

根據資料，德國學界最早提出營救酷刑問題的，當屬著名思想家、法社會學家Luhmann。1993年，Luhmann在其一次學術報告中向聽眾們提出了這樣一個問題：假如您是警察，如果可以透過對行為人

---

19 參見張明楷：《行為功利主義違法觀》，《中國法學》2011年第5期，第125頁。

20 參見楊春然、任培良：《預防性酷刑：阻卻違法抑或阻卻責任？》，《中國刑事法雜誌》2013年第3期，第28頁。

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

施加酷刑來挽救很多人的生命，那麼「您會這麼做嗎？」[21]當時該問題並未引起學界的重視，在隨後將近十年的時間裡，德國學界也鮮有針對營救酷刑的討論。然而，這種情況在2002年發生的達施納案之後，徹底發生了變化。該案件事實大體如下：

2002年9月27日，犯罪嫌疑人Gäfgen綁架了一名銀行家11歲的兒子，並企圖索取100萬歐元的贖金。德國警方於9月30日趁Gäfgen前來收取贖金時將其逮捕。然而，在接下來的審訊中，Gäfgen一再拒絕透露被害人的拘禁地點。警方雖採取諸多措施，也仍然無法找到被害人。第二天，考慮到被害人可能由於缺乏必要的飲水和食物已經處在極度的生命危險之中，時任法蘭克福警察局副局長的Daschner命令下，在醫生的監護下對Gäfgen進行恐嚇，必要時對之施加肉體痛楚，從而逼取有關被害人藏匿地點的信息。隨後，在審訊警察施加肉刑的恐嚇之下，Gäfgen很快交待了被害人的藏匿地點，以及其已於9月27日晚將被害人殺害的犯罪事實。[22]

這起著名案件引起了德國社會的廣泛關注，也引發了德國學界長達十餘年的激烈論戰。雖然德國法蘭克福地方法院與[23]德國聯邦憲法法院[24]均認定Daschner的行為具有違法性，並進而肯定了其刑事責任，歐洲人權法院也分別於2007年、2008年和2010年三度確證了這一結論，[25]但這些判決也難以消弭學者們之間的分歧。德國著名刑法學者Roxin更是將該案評價為「德國戰後最具爭議的刑法案件」。[26]這種評價並非言過其實。事實上，達施納案不僅在刑事訴訟法領域，也在實

---

21 Vgl. *Luhmann*, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen? 1993, S. 1 f.

22 關於本案的詳細事實，可參見LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 692.

23 Vgl. LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 692; LG Frankfurt a.M. StV 2003, 325.

24 Vgl. BVerfG NJW 2005, 656.

25 Vgl. EGMR, Urteil vom 30.6.2008 – 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NStZ 2008, 699; EGMR, Entscheidung vom 10.4.2007 – 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2007, 2461; EGMR, Urteil vom 1.6.2010 – 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2010, 3145.

26 Vgl. *Roxin*, Rettungsfolter? in: Festschrift für Kay Nehm, 2006, S. 205.

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

體刑法領域引發了諸多難題。對於刑事訴訟法而言，首要的問題在於，酷刑作為違反德國刑事訴訟法第136a條的行為，是否可以導致證據使用禁止或者程序障礙，以及是否可以導致證據使用禁止的放射效力（Fernwirkung）。[27]在實體刑法方面，則主要需要討論出於營救目的而實施的酷刑（即營救酷刑）是否應當受到刑事處罰。雖然德國學界的通說[28]和法蘭克福地方法院的判決[29]都基於對酷刑的絕對禁止而原

---

27 對於相關的刑事訴訟法問題，參見LG Frankfurt a.M. StV 2003, 325; BVerfG NJW 2005, 656; EGMR, Urteil vom 30.6.2008 – 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NStZ 2008, 699; EGMR, Entscheidung vom 10.4.2007 – 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2007, 2461; EGMR, Urteil vom 1.6.2010 – 22978/05 (*Gäfgen v. Germany*), NJW 2010, 3145.

28 Vgl. *Adam*, Gefahrabwendungsfolter und Menschenwürde im Lichte des Unabwägbarkeitsdogmas des Art. 1 Abs. 1 GG, 2008, S. 136 ff.; *Ambos/Rackow*, Das Baguette des Terroristen, Jura 2006, S. 948; *Bamberger/Moll*, Folter im Rechtsstaat, RuP 2007, S. 149; *Beestermöller*, Folter – Daumenschrauben an der Würde des Menschen, in: Rückkehr der Folter, 2006, S. 115 ff.; *v. Bernstorff*, Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie, Der Staat 2008, S. 28 ff.; *Beutler*, Strafbarkeit der Folter zu Vernehmungszwecken, 2006, S. 207 ff.; *Bielefeldt*, Die Absolutheit des Folterverbots, in: Rückkehr der Rettungsfolter, 2006, S. 95 ff.; *Braum*, Erosionen der Menschenwürde, KritV 2005, S. 283 ff.; *Breuer*, Das Foltern von Menschen, in: Rückkehr der Folter, 2006, S. 21; *Brieskorn*, Folter, in: Rückkehr der Folter, 2006, S. 45 ff.; *Brunkhorst*, Folter, Würde und repressiver Liberalismus, in: Rückkehr der Folter, 2006, S. 90 ff.; *Düx*, Meinungen zur „Folterdiskussion“, ZRP 2003, S. 180; *Ebel*, Notwehrrecht der Polizei bei Vernehmungen (Befragungen) zum Zwecke der Gefahrenabwehr? Kriminalistik 1995, S. 825 ff.; *Ekardt*, Folterverbot, Menschenwürde und absoluter Lebensschutz, NJ 2006, S. 65 f.; *Ellbogen*, Zur Unzulässigkeit von Folter (auch) im präventiven Bereich, Jura 2005, S. 339 ff.; *Enders*, Der Staat in Not, DÖV 2007, S. 1042; *Gebauer*, Zur Grundlage des absoluten Folterverbots, NVwZ 2004, S. 1409; *Glaeser*, Folter als Mittel staatlicher Schutzpflicht? in: Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 512 ff.; *Greco*, Die Regeln hinter der Ausnahme, GA 2007, S. 635 ff.; *Guckelberger*, Zulässigkeit von Polizeifolter? VBlBW 2004, S. 127; *K. Günther*, Darf der Staat foltern, um Menschenleben zu retten? in: Rückkehr der Folter, 2006, S. 101 ff.; *Hamm*, Schluss der Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot! NJW 2003, S. 956; *Haurand/Vahle*, Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen, NVwZ 2003, 521;

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

Hecker, Relativierung des Folterverbots in der BRD? KJ 2003, S. 217; *Hong*, Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, in: Rückkehr der Folter, 2006, S. 26 ff.; *Horlacher*, Auskunftserlangung mittels Folter, 2007, S. 102 ff.; *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, 2. Aufl., 2009, § 10 Rn. 63; *Jahn*, Gute Folter – schlechte Folter? KritV 2004, S. 41 ff.; *Jeßberger*, Wenn Du nicht redest, füge ich Dir große Schmerzen zu, Jura 2003, S. 715; *Kinzig*, Not kennt kein Gebot? ZStW 115 (2003), S. 841; *Kramer*, Wunsch nach der Folter, KJ 2000, S. 624 f.; *Kretschmer*, Folter in Deutschland: Rückkehr einer Ungeheuerlichkeit? RuP 2003, S. 114; *Kreuzer*, Zur Not ein bisschen Folter? in: Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? 2005, S. 46; *Kümmel*, Nötigung durch Folter, 2008, S. 312; *Lamprecht*, Darf der Staat foltern, um Leben zu retten? 2009, S. 127 ff.; *Lüderssen*, Die Folter bleibt tabu, in: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, 2004, S. 710 f.; *Marx*, Folter: eine zulässige polizeiliche Präventionsmaßnahme? KJ 2004, S. 303; *Merten*, Folterverbot und Grundrechtsdogmatik, JR 2003, S. 406; *Müller/Formann*, Die opferschützende Folterandrohung, Die Polizei 2003, S. 313 ff.; *Neuhaus*, Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführten: strafbar! GA 2004, S. 529 ff.; *Norouzi*, Folter in Nothilfe – geboten?! JA 2005, S. 310; *Ostendorf*, Strafrechtliche und strafprozessuale Konsequenzen von Folter, in: Folter: Praxis, Verbot, Verantwortlichkeit, 2005, S. 102 ff.; *Poscher*, Die Würde des Menschen ist unantastbar, JZ 2004, S. 758 ff.; *Perron*, Foltern in Notwehr? in: Festschrift für Ulrich Weber, 2004, S. 154; *Reemtsma*, Zur Diskussion über die Re-Legitimierung der Folter, in: Rückkehr der Folter, 2006, S. 69 ff.; *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band II, 12. Aufl., 2006, vor § 32 Rn. 256 ff.; *Rönnau/Hohn*, in: Leipziger Kommentar, StGB, Band II, 12. Aufl., 2006, § 32 Rn. 224; *Rottmann*, Das Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG als Maßstab verfassungskonformer Auslegung, in: Staatliche Folter, 2007, S. 90 ff.; *Saliger*, Absolutes im Strafprozeß? ZStW 116 (2004), S. 48 f.; *Schaefer*, Freibrief, NJW 2003, S. 947 f.; *Scharnweber*, Warum Daschner sich strafbar gemacht hat, Kriminalistik 2005, S. 161 ff.; *Scheller*, Das verdrängte Entsetzen, NJW 2009, S. 705 ff.; *Schild*, Folter einst und jetzt, in: Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? 2005, S. 78 ff.; *Stobbe*, Die Unmenschlichkeit der Folter, in: Rückkehr der Folter, 2006, S. 36 ff.; *Stohrer*, Die zwangsweise Durchsetzung staatlicher Auskunftsansprüche gegenüber Privaten, BayVBl. 2005, S. 489 ff.; *Stübinger*, Zur Diskussion um die Folter, in: Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2007, S. 310 ff.; *Weilert*, Grundlagen und Grenzen des Folterverbotes in verschiedenen Rechtskreisen, 2009, S. 200 ff.; *Welsch*, Die Wiederkehr der Folter als das letzte Verteidigungsmittel des Rechtsstaats? BayVBl. 2003, S. 488; *Weßlau*, Die staatliche Pflicht zum Schutz von Verbrechensopfern und

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

則上肯定實施營救酷刑的警察應該承擔刑事責任，[30]卻也有諸多知名學者主張，營救酷刑應當基於正當防衛（至少是作為以普通公民身分所實施的防衛行為）而合法化。[31]此外，還有部分論者主張營救酷刑應當成立刑法上阻卻違法的緊急避險，[32]阻卻違法的義務衝突，[33]超法

---

das Verbot der Folter, in: Völkerrecht statt Machtpolitik, 2004, S. 390 ff.; *Wilhelm*, Folter – verboten, erlaubt oder gar geboten? Die Polizei 2003, S. 198 ff.; *Wolbert*, Ausnahmsloses Verbot der Folter? in: Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht? 2005, S. 83 ff.; *Wolter*, Menschenwürde, Kernbereich privater Lebensgestaltung und Recht auf Leben, in: Festschrift für Wilfried Küper, 2007, S. 711 f.; *Ziegler*, Das Folterverbot in der polizeilichen Praxis, KritV 2004, S. 65.

29 Vgl. LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 695 f.

30 當然，主張通說的學者往往考慮到警察的營救動機，主張對其減輕處罰。甚至有論者認為應當肯定實施營救酷刑的警察陷入了（不可避免的）禁止錯誤。Vgl. z.B. *Saliger*, Absolutes im Strafprozeß? ZStW 116 (2004), S. 63 f.

31 Siehe z.B. *Brugger*, Würde gegen Würde, VBlBW 1995, S. 453; *Brugger*, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter? JZ 2000, S. 165 ff.; *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 331 ff.; *Erb*, Notwehr als Menschenrecht, NStZ 2005, S. 603; *Fahl*, Angewandte Rechtsphilosophie – „Darf der Staat foltern?“, JR 2004, S. 191; *Gössel*, Enthält das deutsche Recht ausnahmslos geltende, „absolute“ Folterverbote? in: Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 60; *Gromes*, Präventionsfolter – ein rechtsgebietsübergreifendes Problem, 2007, S. 160 ff.; *Jerouschek*, Gefahrenabwendungsfolter, JuS 2005, S. 301 f.; *Jerouschek/Kölbel*, Folter von Staats wegen? JZ 2003, S. 619 f.; *Joecks*, Strafgesetzbuch Studienkommentar, 7. Aufl., 2007, § 32 Rn. 41 ff.; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, § 7 Rn. 156a; *Otto*, Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, § 8 Rn. 59; *Seebode*, Strafrechtliche Bemerkungen zum Folterverbot, in: Staatliche Folter, 2007, S. 62 ff.; *Steinke*, Kann die Androhung von Gewalt straflos sein? Kriminalistik 2004, S. 327; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 9 Rn. 95; *Wagenländer*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, 2006, S. 196.

32 Vgl. *Miehe*, Nochmals: Die Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot, NJW 2003, S. 1220; *Helbing*, Zum „Fall Daschner“, Kriminalistik 2005, S. 26.

33 Vgl. *Wittreck*, Menschenwürde und Folterverbot, DÖV 2003, S. 882; *Gintzel*, Die „unlösbare“ Pflichtenkollision, Die Polizei 2004, S. 251 ff.

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

規的責任阻卻事由，[34]免除責任的防衛過當[35]或者甚至警察法上超法規的阻卻違法的緊急避險[36]等。

二、美國的相關討論

㈠利昂案

相比德國學界在達施納案之後才對營救酷刑的問題有所關注的狀況而言，英語世界更早的注意到了營救酷刑的特殊性。現存英語文獻中最早提及營救酷刑的，正是著名的功利主義道德哲學家Bentham。在其1804年的著作中，Bentham便已指出，為了挽救上百名正在或者即將遭受與酷刑程度相當之非法虐待的無辜者，可以對行為人施加酷刑逼取進行救援所必需之信息。其論述說：「假設在某個場合，可以懷疑較大數量的一群人正在承受著非法暴力的侵襲，也即正承受著人們一般所言的酷刑。如果這種懷疑已經達到了足以以重罪為由進行逮捕的程度，……而且罪犯也知道實施或者即將實施這種惡劣罪行的地點，那麼，為了從罪犯口中逼取必要信息以拯救這數百名無辜者免受酷刑，是否可以對罪犯施以同樣程度的酷刑？是否應當拒絕採取這種措施？不必妄談智慧，若有人為拯救一個罪犯免受酷刑而決定拋棄100名無辜者，使之遭受同樣酷刑的命運，我們是否還能如此虛偽的去贊許這種盲目和粗鄙的人性？」[37]英語國家中對於營救酷刑的討論並未單純停留在理論層面。20世紀80年代，美國發生的利昂（Leon）案可謂是標準的營救酷刑案件。該案案件事實大體如下：

---

34 Vgl. *Roxin*, Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein? in: Festschrift für Albin Eser, 2005, S. 468 f. 當然，Roxin只是在極端場合中，也即透過酷刑可以拯救多數人的生命時，才認可成立超法規的責任阻卻事由。在類似於達施納案的場合中，由於最多只能挽救個別被綁架者的生命，Roxin並不認為應當適用超法規的責任阻卻事由排除警察的責任。

35 Vgl. *Jäger*, Das Verbot der Folter als Ausdruck der Würde des Staates, in: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, 2008, S. 551 f.

36 Vgl. *Burgmer*, Der „Fall“ Daschner, Kriminalistik 2004, S. 336.

37 See Bentham, Mss. Box 74.b., p. 429, cited in Twining & Twining,「Bentham on Torture」, 24 *N. Ir. L. Q* 305, 347 n. 8 (1973).

購書請上：http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11104

國家圖書館出版品預行編目資料

正當防衛的正當化依據與防衛限度—兼論營救酷刑的合法性／王鋼著. -- 初版. -- 臺北市：元照, 2019.9
面； 公分
ISBN 978-957-511-105-2（平裝）

1.正當防衛 2.刑法

585.1473 108007333

正當防衛的正當化依據與防衛限度
——兼論營救酷刑的合法性

5X071RA

2019 年 9 月 初版第 1 刷

作　　者　王　鋼
總 經 銷　元照出版有限公司
　　100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網　　址　www.angle.com.tw
定　　價　新臺幣 560 元
專　　線　(02)2375-6688
傳　　真　(02)2331-8496
郵政劃撥　19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.
登記證號：局版臺業字第 1531 號　ISBN 978-957-511-105-2

正當防衛的正當化依據與防衛限度

—兼論營救酷刑的合法性

本書對正當防衛的正當性依據及防衛限度的問題進行了較為詳細的探討。基於Rawls無知之幕的假設，原初狀態中的理性人都會要求設置正當防衛制度維護自己應當享有的自由權利，故正當防衛是具有可普遍性的正當規則。與此相應，對於防衛限度的認定，應當貫徹「權利無需向不法讓步」之原則，僅在防衛行為所損害的法益不成比例地遠超過所保護之法益等情形中對防衛權予以限制。這些限制仍然是理性人追求自身利益最大化的表現，是正當防衛之正當性依據的必然要求。依本書立場，警察在別無他法的情況下，出於營救目的對犯罪份子施加酷刑逼取保護法益所必需之信息的行為（即營救酷刑），也能夠透過正當防衛合法化。

元照出版公司
地址：台北市館前路28號7樓
電話：02-2375-6688
網址：www.angle.com.tw

元照網路書店
元照讀書館

ISBN 978-957-511-105-2
9 789575 111052
5X071RA
定價：560元