

# 《刑法與刑事訴訟法》

一、刑法第二十三條但書中規定，正當防衛過當者，得減輕或免除其刑。試問防衛過當者，究竟是以故意行為之罪，或是以過失行為之罪來論其減輕或免除其刑？申論之。(25 分)

命題意旨	本題旨在測驗同學對於防衛過當概念之理解
答題關鍵	過當防衛之類型及其體系定位、過當防衛減免其刑之法理基礎。
高分閱讀	1.司法三等考場特刊 第 1 題：正當防衛之要件（相似度 65%） 2.司法四等考場特刊 第 9 題：防衛過當與誤想防衛之區別（相似度 70%） 3.重點整理系列-刑法總則（方律師）（51ML1012） P.2-170～2-171：防衛過當之處理（相似度 85%） 4.經典題型系列-刑法總則經典題型（金律師）（51ML5004） P.2-123～2-138：防衛過當之效果（相似度 95%）

## 【擬答】

一、防衛過當之意義：

所謂防衛行為過當，係指行為人對於現在不法之侵害，基於防衛自己或他人權利，而對於侵害者實施反擊行為，但其反擊超過防衛行為所必要之程度而言。

二、防衛過當減免其刑之法理基礎：

(一)責任減少說：面臨不法侵害之被害人，在猝遭不法之恐怖、激憤、驚愕等亢奮情緒支配下而為過當防衛之行為，係屬情理之常，任何人處於同一狀態下，亦不能期待不為被害人所為之行為，故過當防衛，因其責任減少，故得減免其刑。

(二)違法性減少說：因防衛過當之違法性，較一般所有具有犯罪意思之非難可能性降低，其違法性已有減少之情形，故得減免其刑。

(三)違法、責任減少說：防衛過當之行為，其違法性及有責性均已減少，故得減輕或免除其刑責。

(四)以上三說，通說傾向責任減少說之見解，即基於「期待可能性」之法理，因於過當防衛之情形下，要求行為人的反擊行為具有相當性的期待可能性甚為薄弱，甚或完全無期待可能性，故得減輕或免除其刑。

三、防衛過當之類型及其法律效果：

(一)防衛過當之類型：

1.故意的過當防衛：即防衛者對於賦予過當性基礎的事實具有認識者而言。例如：防衛者面對他人的拳擊，情急之下，即拿起斧頭反擊，將他人砍死的情形。

2.過失的過當防衛：即防衛者對於賦予過當性基礎的事實不具認識者。例如：防衛者面對他人的拳擊，原想拿木棍反擊，卻誤拿斧頭反擊的情形。

(二)防衛過當之法效：

依學理—「防衛行為過當者，得減輕或免除其刑」，其所得減輕或免除其刑者，究係依故意行為之規定，抑或是依過失行為之規定而減輕其刑，應視對於賦予過當性的基礎事實是否具有認識為斷：

1.故意的過當防衛：因防衛者對於賦予過當性基礎的事實具有認識。此時，行為人之行為該當故意犯罪之構成要件，又因防衛過當而不得阻卻違法，而具有違法性，惟行為人係因情急之下，始為過當，故應依刑法第 23 條但書之規定，減免其所犯故意殺人罪之刑責。亦即，於故意的過當防衛，即應按故意行為的規定減輕其刑。

2.過失的過當防衛：即防衛者對於賦予過當性基礎的事實不具認識者。此時，因行為人主觀上並無犯罪之故意，而該當過失致死罪（刑§276 I）之構成要件，又因防衛行為過當不得阻卻違法，而具有違法性，惟行為人係因情急之下，始為之，故應依刑法第 23 條但書之規定，減免其所犯過失致死罪之刑責。亦即，於過失的過當防衛，即應按過失行為的規定減輕其刑。

## 【參考資料】

1.甘添貴，捷徑刑法總論，第 156 頁。

二、甲平日看乙不慣，時時想教訓乙，企圖製造一個乙先對其攻擊的情狀，以便可以藉此將乙痛打一頓。於是乃以惡劣之言詞攻訐乙，並不時出現挑釁的動作。乙受激怒氣不過，遂出手對甲攻擊，甲於是趁此機會將乙狠狠地痛打一頓，造成乙身受多處瘀傷，而甲也在過程中被乙打傷手臂。試問甲、乙刑責為何？(25 分)

命題意旨	挑唆防衛乃正當防衛議題中之傳統考題，屬基本題型。
答題關鍵	挑唆防衛之情形，一般討論都會區分挑唆行為是否為不法行為。題目中並未明確表示甲挑唆乙之行為是否為不法行為，可區分情形說明之，一方面避免誤解題意，另一方面亦充實答題之完整性。因題意中甲以惡劣之言詞攻訐乙，是否構成不法行為，將影響之後乙對甲攻擊與甲進一步打乙之刑事責任，故以下區分二種情形說明之。並且，因討論上之連貫性，將以時間順序討論甲與乙之刑事責任，合先敘明。
高分閱讀	1.司法三等考場特刊 第 1 題：正當防衛之現在不法侵害（相似度 65%） 2.司法四等考場特刊 第 4 題：正當防衛之要件（相似度 60%） 3.重點整理系列-刑法總則（方律師）（51ML1012） P.2-162～2-164：互毆與正當防衛（相似度 85%） P.2-164～2-166：挑唆防衛（相似度 85%） 4.經典題型系列-刑法總則經典題型（金律師）（51ML5004） P.2-144～2-153：互毆、挑唆、正當防衛（相似度 90%）

### 【擬答】

一、甲以惡劣之言詞攻訐乙若成立犯罪：

(一)甲以惡劣之言詞攻訐乙之行為，可能構成公然侮辱罪（刑法第 309 條）：

- 1.公然侮辱人者，成立公然侮辱罪。甲以惡劣之言詞攻訐乙，若於多數人或不特定人得共見共聞之場所為之，並且達到損害乙名譽程度者，該當公然侮辱罪。甲主觀上之認識亦符合上述要件，主觀構成要件該當。
- 2.甲無阻卻違法、罪責事由，甲成立本罪。

(二)乙出手對甲攻擊之行為，可能成立傷害罪（第 277 條）：

- 1.傷害人之身體、健康者，成立傷害罪。本題中乙出手對甲攻擊，並在攻擊過程中打傷甲之手臂，為傷害甲之身體之行為，客觀構成要件該當。乙主觀上之認識亦符合上述要件，主觀構成要件該當。
- 2.惟刑法第 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。」是為正當防衛之明文規定。本題中甲以惡劣之言詞攻訐乙若成立公然侮辱罪，對乙而言，即為對其名譽法益之現在不法侵害。故乙出手攻擊甲，以防衛自己之名譽法益繼續受侵害，且於乙主觀上有防衛意思之情形下，應成立正當防衛，阻卻傷害行為之違法性。
- 3.因此，乙出手對甲攻擊之行為，得因正當防衛阻卻違法，不成立傷害罪。

(三)甲將乙痛打一頓之行為，可能成立傷害罪（第 277 條）：

- 1.傷害人之身體、健康者，成立傷害罪。本題中甲將乙痛打一頓，造成乙身受多處瘀傷，為傷害乙之身體之行為，客觀構成要件該當。甲主觀上之認識亦符合上述要件，主觀構成要件該當。
- 2.甲之攻擊行為，似為防衛其身體法益遭侵害之行為，惟因乙之攻擊行為已為正當防衛行為，並非不法之侵害，故甲不得主張正當防衛。然是否得主張緊急避難，實務與學說見解認為，為避免法秩序之矛盾，對於合法行為（正當防衛或緊急避難），不得再主張緊急避難。而乙之行為既為合法之正當防衛行為，甲即不得主張緊急避難。因此，甲無任何阻卻違法事由。
- 3.甲亦無阻卻罪責事由，成立本罪。

(四)小結：甲以惡劣之言詞攻訐乙若成立犯罪，甲將成立公然侮辱罪及傷害罪，乙不成立犯罪。

二、甲以惡劣之言詞攻訐乙若不成立犯罪

(一)乙出手對甲攻擊之行為，可能成立傷害罪（第 277 條）：

- 1.傷害人之身體、健康者，成立傷害罪。本題中乙出手對甲攻擊，並在攻擊過程中打傷甲之手臂，為傷害甲之身體之行為，客觀構成要件該當。乙主觀上之認識亦符合上述要件，主觀構成要件該當。
- 2.關於正當防衛，因甲之行為尚不成立犯罪，可能係因非公然為之，可能係因其攻訐未達侮辱之程度。則甲之行為對乙而言並非不法之侵害，乙亦無法主張正當防衛。
- 3.故乙無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(二)甲將乙痛打一頓之行為，可能成立傷害罪（第 277 條）：

- 1.傷害人之身體、健康者，成立傷害罪。本題中甲將乙痛打一頓，造成乙身受多處瘀傷，為傷害乙之身體之行為，客觀構成要件該當。甲主觀上之認識亦符合上述要件，主觀構成要件該當。
- 2.由於乙之攻擊行為成立傷害罪，故甲之攻擊行為，似應符合正當防衛之要件，為防衛自己身體法益遭侵害之行為。惟學說上認為，此種情形應屬於「意圖挑唆防衛」，而基於防衛權利亦有限制而不得濫用之法理，甲正當防衛權應與限縮，故甲不成立正當防衛。
- 3.故甲無任何阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(三)小結：甲以惡劣之言詞攻訐乙若不成立犯罪，甲與乙皆成立傷害罪。

### 三、何謂自由心證主義？試申論其意義。(25 分)

命題意旨	本題屬於基本意義的申論題型。
答題關鍵	自由心證主義的基本意義，如果能回答到此概念的適用前提、適用限制，以及相對應的概念等等，會有更佳的分數。
高分閱讀	1.重點整理系列-刑事訴訟法概要（安律師）（51ML0010） P.1-156～1-157：自由心證主義（相似度 85%） 2.圖說系列-刑事訴訟法(I)（圖說）（史奎謙）（51ML6002） P.4-591～4-595：自由心證主義（相似度 95%） 3.重點整理系列-訴訟法概要（廖律師、吳律師）（51ML0003） P.1-7～1-8：自由心證主義（相似度 95%） 4.律師・司法官歷解題庫研習系列-刑事訴訟法（51ML3004） P.84-1～84-4：自由心證主義（相似度 95%）

#### 【擬答】

自由心證主義乃有關如何評價證據之證據價值（證明力）的原則。依刑事訴訟法（下同）第 155 條第 1 項明定：「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」，即明示我國對於證據之證據價值評價採取自由心證主義。相對於此，立法例上，有關證據價值的評價，曾採取所謂法定證據主義（1532 年卡洛尼亞治罪法典），由法律統一規定證據的證據價值高低。然現代大多數國家咸採取自由心證主義。又自由心證並非毫無限制，茲詳述如下：

一、自由心證乃以證據具有證據能力、經過嚴格證明為前提：第 155 條第 2 項明定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」，因此法院僅能對於未經禁止使用且經過嚴格證明（合法調查）的證據，以自由心證判斷其證據價值。

二、自由心證的限制：

- (一)依第 155 條第 1 項但書，法院自由心證之判斷不得違背經驗法則及論理法則。所謂經驗法則，係指建構法官的觀察與結論之間的橋樑，可分為一般有效的經驗法則（自然科學上已經證實的經驗法則，例如在血液的型態上 O 型的父親與 O 型的母親不會生出 B 型的女兒）與非一般有效的經驗法則，法官對於一般有效的經驗法則尤不得以自由心證為相反之認定。而所謂的論理法則，即邏輯法則，係推理、演繹的邏輯規則。經驗法則與論理法則皆構成法院自由心證的內在限制。
- (二)依第 47 條，審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證。易言之，審判期日訴訟程序之踐行，例如法庭是否公開，皆應以審判筆錄為證。因此，最高法院審查下級審判之訴訟程序有無違背法令，並非取決於自由心證，而是取決於審判筆錄之記載。
- (三)依第 156 條第 2 項，被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。易言之，法院不能單憑被告之自白或共犯之自白（共犯所為不利他人之陳述），即依自由心證確信被告之犯罪事實而為有罪判決。此時法院仍應有其他必要證據即補強證據之補強後，方得為有罪判決。
- (四)依 156 條第 4 項，被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行。此乃對被告緘默權的保障。
- (五)此外，較為抽象的，例如恣意禁止原則，亦即法官行使審判職權時，不得恣意的差別待遇的原則，也構成自由心證的限制。

#### 【參考資料】

- 1.林鈺雄，刑事訴訟法上冊 4 版，2004 年 9 月，頁 421 以下。
- 2.大法官釋字 582 號解釋與許玉秀大法官協同意見書。

四、拘提或逮捕被告或犯罪嫌疑人後，應踐行何等程序？(25 分)

命題意旨	測試考生是否瞭解基本的程序性條文。
答題關鍵	拘捕後的重點在於解送與訊問，亦即刑事訴訟法 91 條以下的相關程序性條文。
高分閱讀	1.司法四等考場特刊 第 5 題：拘提之後之處置（相似度 75%） 2.重點整理系列-刑事訴訟法概要（安律師）（51ML0010） P.1-75～1-88：拘提或逮捕之後之程序（相似度 90%） 3.圖說系列-刑事訴訟法(I)（圖說）（史奎謙）（51ML6001） P.4-70～4-92：拘提或逮捕之後之程序（相似度 95%） 4.律師・司法官歷解題庫研習系列-刑事訴訟法（51ML3004） P.85-25～85-26：拘提或逮捕之後之程序（相似度 85%） P.84-4～84-5：拘提或逮捕之後之程序（相似度 80%） 5.第 108 期法觀人考場特刊： P.43～45：刑訴重點精華（相似度 75%）

【擬答】

- 拘提或逮捕乃對被告或犯罪嫌疑人之人身自由的拘束，由於是一種暫時性的處分，所以偵查機關必須在拘捕後即時訊問被告，蒐集、準備相關證據以便判斷是否聲請羈押（保全未來刑事程序的進行）。準此，拘提或逮捕後應踐行的程序析述如下：
- 一、即時訊（詢）問：刑事訴訟法（下同）第 93 條第 1 項：「被告或犯罪嫌疑人因拘提或逮捕到場者，應即時訊問」，以利檢察官判斷是否需要聲請羈押。此時，偵查機關需於人別訊問後（第 94 條），踐行緘默權與律師權等告知義務（第 95 條）。訊問時，原則上應全程連續錄音，必要時全程連續錄影（第 100 之一），且原則上禁止夜間訊問（第 100 條之三）。
  - 二、解送指定處所：拘提或因通緝逮捕之被告，應即解送指定之場所；如 24 小時內不能達到指定之處所者，應分別其命拘提或通緝者為法院或檢察官，先行解送較近之法院或檢察機關，訊問其人有無錯誤（第 91 條）。
  - 三、現行犯之解送：無偵查犯罪權限之人逮捕現行犯者，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察。司法警察官、司法警察逮捕或接受現行犯者，應即解送檢察官。但所犯最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪、告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者，得經檢察官之許可，不予解送。又對於前述逮捕現行犯之人，應詢其姓名、住所或居所及逮捕之事由（第 92 條）。
  - 四、聲請羈押與未聲請羈押的處理：偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起 24 小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之（第 93 條第 2 項）。未經聲請者，檢察官應即將被告釋放。但檢察官如認被告有第 101 條第 1 項或第 101 條之一第 1 項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得逕命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要情形者，仍得聲請法院羈押之（第 93 條第 3 項）。又檢察官接受法院依少年事件處理法或軍事審判機關依軍事審判法移送之被告時，準用上揭規定（第 93 條第 4 項）。法院於受理檢察官羈押之聲請後，應即時訊問（第 93 條第 5 項）。
  - 五、有關上述 24 小時的計算：有下述情形之一者，其經過之時間不予計入 24 小時內。但不得有不必要之遲延：
    - (1)因交通障礙或其他不可抗力事由所生不得已之遲滯。
    - (2)在途解送時間。
    - (3)依第 100 條之三第 1 項規定不得為詢問者。
    - (4)因被告或犯罪嫌疑人身體健康突發之事由，事實上不能訊問者。
    - (5)被告或犯罪嫌疑人表示已選任辯護人，因等候其辯護人到場致未予訊問者。但等候時間不得逾 4 小時。其因智能障礙無法為完全之陳述，因等候第 35 條第 3 項經通知陪同在場之人到場致未予訊問者，亦同。
    - (6)被告或犯罪嫌疑人須由通譯傳譯，因等候其通譯到場致未予訊問者。但等候時間不得逾 6 小時。
    - (7)經檢察官命具保或責付之被告，在候保或候責付中者。但候保或候責付時間不得逾 4 小時。
    - (8)犯罪嫌疑人經法院提審之期間。
 再者，上述各情形之經過時間內不得訊問。又因上述法定障礙事由致 24 小時內無法移送該管法院者，檢察官聲請羈押時，並應釋明其事由（第 93 條之一）。

【參考資料】

- 1.林鈺雄，刑事訴訟法上冊 4 版，2004 年 9 月，頁 306 以下。