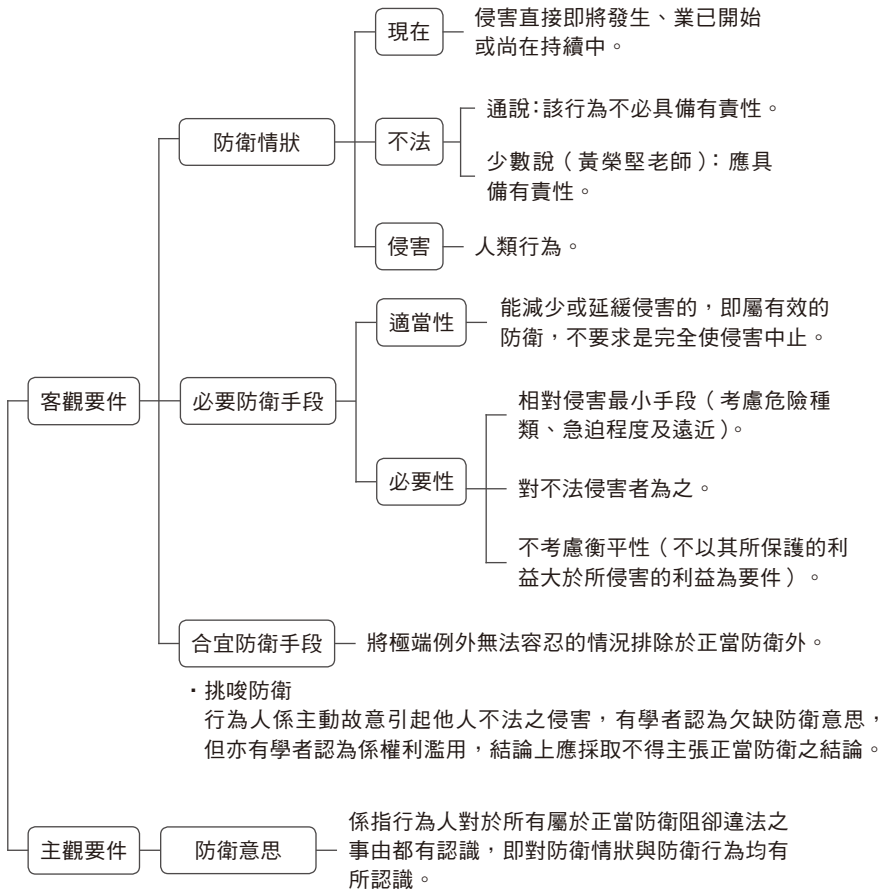


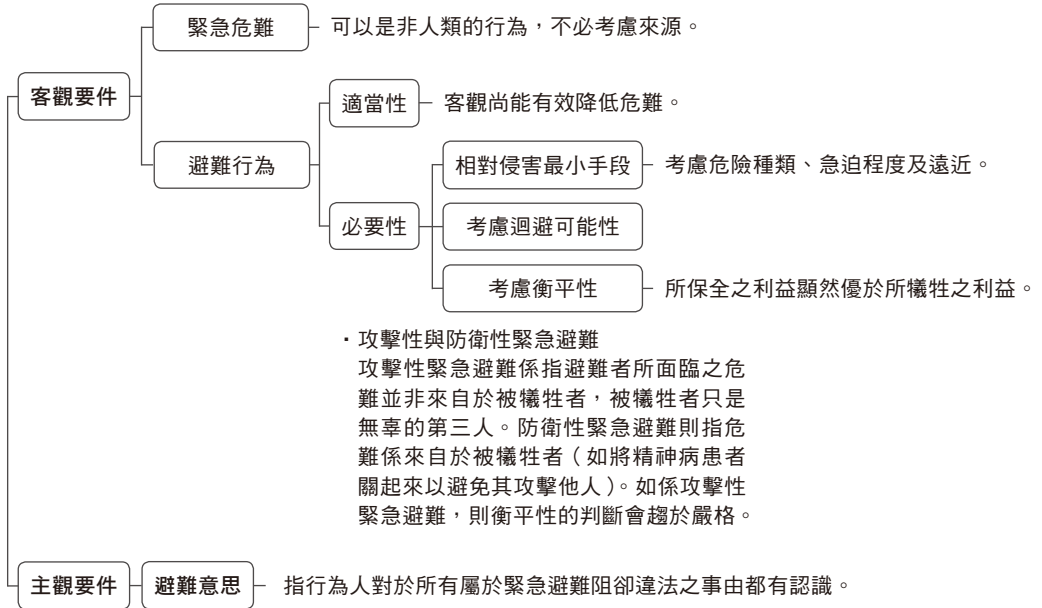
▶ 貳、違法性

一、正當防衛

要構成正當防衛的主客觀要件還滿多的，寫考題的時候不太可能全部寫出來，建議寫重要考點當成大前提就可。像是如果考正當防衛主觀要件（如：防衛意思）時，就不用把其他要件全都寫出來，讓閱卷老師知道有寫到考點即可。



二、緊急避難



· 攻擊性與防衛性緊急避難
 攻擊性緊急避難係指避難者所面臨之危難並非來自於被犧牲者，被犧牲者只是無辜的第三人。防衛性緊急避難則指危難係來自於被犧牲者（如將精神病患者關起來以避免其攻擊他人）。如係攻擊性緊急避難，則衡平性的判斷會趨於嚴格。

· 自招危難

刑§ 24並未限制危難來源，故在行為人自行招致危難的情況下，如僅依文字解釋，似仍得適用之。惟如此將鼓勵行為人以創造緊急避難之方式而達到侵害他人利益之目的，故學說上多認應加以限制：

- (1) 故意自招危難：學說上多認為故意自招危難就算形式上符合緊急避難之要件，仍不得適用緊急避難阻卻違法。
- (2) 過失自招危難：實務上有認基於社會公平與正義，不得主張之（72台上7058決），但學說上有認為在過失自招危難時，應具體個案判斷，非當然排除。

▶ 參、罪責：原因自由行為

一、判斷順序

(一) 故意或過失自陷於精神障礙

如非故意或過失陷於精神障礙，如被他人下藥、灌酒等，均不屬之。

(二) 自陷精神障礙時預見（故意）或有可能預見（過失）特定法益之侵害

如獨自在家喝酒，醉後小偷入侵，把小偷打到重傷，因無法預見會有小偷入侵，即不屬之。

二、處罰之基礎

- 例外說：對於可歸責於行為人而造成的精神障礙下的不法行為（e.g. 打人），例外加以處罰，為「罪責與行為同時存在原則」之例外（刑 § 19 的例外，但和罪責原則不相容→批判）。
- 前置說（多數說）：將前行為（e.g. 喝酒）與後行為（e.g. 打人）當作一個整體行為，前行為（喝酒）時具有罪責能力即可。
- 先行行為說（構成要件說）：直接將原因行為（e.g. 喝酒）作為犯罪行為（黃榮堅老師）。

（相關考題：97四等第3題，頁1-16。）

題型 1-2-8

正當防衛之防衛過當(二)

甲家中經常遭竊，某日甲下班回家，看見小偷乙正在偷取甲的財物，甲為了避免小偷乙逃跑，於是持木棍把小偷乙的腳打斷，隨即將小偷乙扭送警察局，請問甲打斷乙的雙腳是否觸犯傷害罪？甲扭送乙至警察局的行為是否觸犯刑法第三百零四條強制罪？（25分）

▶ 94 四等第 2 題 ◀

題型分析

防衛過當、依法令的效果應一一分析。

本題關鍵字

小偷乙正在偷取甲的財物	現行犯
甲為了避免小偷乙逃跑，於是持木棍把小偷乙的腳打斷	防衛過當？

擬答 本題字數約 689 字

評分	題號	(作答請從本頁第 1 行開始書寫，並請標明題號，依序作答)
		(一)甲打斷乙的雙腳的行為，是否成立刑法第 277 條第 1 項傷害罪
		1. 客觀上，甲打斷乙的雙腳，傷害乙之身體法益，而就是否達重傷之程度，因刑法第 10 條第 4 項第 4 款規定須致毀敗或嚴重減損一肢以上之功能，而依題意未見乙從此斷腳無法康復，依罪疑唯輕原則，不應認定乙受有重傷；主觀上，甲具有本罪之認識。構成要件該當。

TIPS
重傷之要件！

2. 違法性：甲得主張刑法第23條正當防衛阻卻違法
(1) 客觀上，正當防衛須具備防衛情狀與防衛行為；主觀上，行為人須具備防衛意思。
(2) 本案中，客觀上，乙正在竊取甲之財物，對甲而言當屬現在不法之侵害，具備防衛情狀。而就防衛行為的部分，甲打斷乙的雙腿可終局排除被竊取財物的危險，應具有「適當性」；而甲打斷乙雙腿之防衛行為，可確實防止乙之偷竊行為，應是所有同等有效之防止侵害手段中侵害最小者，符合「必要性」之要件。
(3) 另除非乙所偷取的財物價值非常輕微，否則即毋庸例外考量狹義比例性中社會倫理的限制，是以，應認甲行使正當防衛之權利，並非權利濫用，仍得主張此阻卻違法事由。
(4) 主觀上，甲對於防衛情狀與防衛行為均有所認識，具防衛意思。
(5) 故甲得主張正當防衛，阻卻違法。甲不成立本罪。
(二)甲扭送乙至警察局的行為是否觸犯刑法第304條強制罪
1. 本罪之成立以行為人用強暴或脅迫之手段，使人行無義務之事或妨害他人行使權利為要件。客觀上，甲剝奪乙行動自

TIPS

複習正當防衛之要件！

	由妨害乙行使權利；主觀上，甲有本罪之認識，構成要件該當。
	2. 違法性：依法令之行為，不罰，刑法第21條第1項定有明文。 本案中，甲目睹現行犯乙行竊，依刑事訴訟法第88、92條規定，任何人均得逮捕現行犯並將其解送至警局等司法機關，甲此依法令逮捕現行犯乙之行為，符合刑法第21條第1項、刑事訴訟法第88、92條規定，得阻卻違法。
	3. 故甲不成立本罪。
	(三) 結論：甲無罪。

題型 1-2-9

誤想防衛 (一)

甲路過某宅，見飄落在地上之衣服一件，乃撿拾欲放回原處，宅主乙見之誤認甲竊取該衣服，上前抓住甲肩膀，欲將甲扭送警察局，甲雖然辯白卻不為乙所接受，甲為脫身而用力掙扎但未成功，只好咬乙之手臂與手指，直至乙放手後，甲即乘機逃跑。乙緊追不捨約二百公尺後再度抓住甲，雙方倒地，乙仍然緊緊抓住甲之腿，甲以腳踢乙數次，致乙受傷。試問：甲和乙之行為在刑法上應如何論斷？（25分）

▶ 98 四等第 1 題 ◀

題型分析

乙誤想防衛（容許構成要件錯誤）的部分要先處理，再來是乙的行為是否是不法侵害，影響到甲是正當防衛還是緊急避難。

本題關鍵字

乙見之誤認甲竊取該衣服	誤想防衛
-------------	------

擬答 本題字數約 932 字

評分	題號	(作答請從本頁第 1 行開始書寫，並請標明題號，依序作答)
		(一)乙以為甲是小偷，抓住甲之行為，是否成立刑法第302條妨害自由罪
		1. 客觀上，乙前後兩次抓住甲應出於同一決意，且時空上具有密接性，應為同一行為，且該行為限制甲之行動自由；主觀上，乙具本罪之故意。構成要件該當。
		2. 違法性
		(1) 因甲並未進行偷竊，無現在不法之侵害，乙之行為不得主張刑法第23條之正當防衛，無法阻卻違法。
		(2) 再者，因甲並未進行偷竊並非現行犯，客觀上乙非依法令（刑訴§88）逮捕甲，乙之行為不得主張刑法第21條依法令之行為，無法阻卻違法。
		3. 罪責
		(1) 乙誤認客觀上存在甲是小偷之正當防衛之前提事實，其具備主觀上阻卻違法要素，學說上有稱為容許構成要件錯誤。關於容許構成要件錯誤之法律效果，學說上有故意理論、嚴格罪責理論、限制罪責理論及限制法律效果之罪責理論等，而較多數學說在三階理論下，採取「限制法律效果之罪責理論」。
		(2) 依「限制法律效果之罪責理論」，乙誤認正當防衛之前提事實，應為

TIPS

再複習一次！

	一獨立之錯誤類型，不影響故意與違法性，影響的是乙之罪責，欠缺故意罪責。
	(3) 而一般人如基於乙的立場應可以瞭解甲並非竊賊，乙未盡一般人之注意義務，其錯誤應係出於注意義務之瑕疵，法律效果應準用過失犯。惟本罪並未處罰過失，因此乙無罪。
	(二)甲為脫身咬乙及踢乙之行為，是否成立刑法第277條第1項傷害罪
	1. 客觀上，甲先後兩次造成乙的受傷，應出於同一決意，且時空上具有密接性，應為同一行為；主觀上，甲有本罪之故意。構成要件該當。
	2. 違法性：甲得主張刑法第23條正當防衛阻卻違法
	(1) 客觀上，乙之妨害自由行為，因減免罪責而不成立犯罪，就此種無罪責之行為，甲是否得主張正當防衛，學說上有不同之看法：①有認無罪責之行為仍得成立正當防衛但須受合宜性的限制，亦有認②僅有不法且有責之行為才能成立正當防衛。依前者較多數說的看法，乙妨害甲自由的行為雖因無罪責而不成罪，惟仍屬不法侵害，甲之攻擊行為適當、有效且符合合宜性，符合正當防衛客觀要件。
	(2) 主觀上，甲具有正當防衛之意思，亦知

TIPS

無罪責行為是否主張正當防衛，學說上仍為分歧之見解。

	有防衛情狀。故甲得主張正當防衛。
	(3) 退萬步言，縱認乙無罪責之行為，不為不法侵害，客觀上
	甲因乙之妨害自由行為陷入緊急危難，復甲之攻擊係有效
	之避難行為，亦具有衡平性，符合緊急避難之要求。甲亦
	得主張刑法第24條緊急避難，阻卻違法性。
	3. 故甲不成立本罪。
	(三) 結論：甲、乙均無罪。

題型 1-2-10

誤想防衛(二)

某醫學系剛畢業的學生甲於山野踏青時驚見樹林中乙橫躺地上，胸中兀自插著一把刀，血流不止，不省人事。甲急就其所學所能，為乙急救。正當甲全神貫注急救時，另一山友丙路過見之，其以為滿身血污的甲正在虐殺乙，遂隨手拾起直徑約8cm之枯樹枝，躡足掩至甲之身後，奮力揮擊甲，甲驚覺之，已然不及閃避，本能地舉雙臂擋之。甲右臂骨應聲而斷，身體因作用力之故，而向一側傾倒，正好壓往乙胸口上的刀把，致令刀切斷動脈，乙當場死亡。試問丙之罪責。（25分）

▶ 104 四等第 3 題 ◀

題型分析

丙造成甲受傷、乙死亡的結果，解題時應分別討論甲與乙的狀況。另誤想防衛的「限制法律效果之罪責理論」是較多數學說，也一定要論述到。

本題關鍵字

以為滿身血污的甲正在虐殺乙

誤想防衛

擬答 本題字數約 741 字

評分	題號	(作答請從本頁第 1 行開始書寫，並請標明題號，依序作答)
		(一)丙打傷甲之行為，不成立刑法第284條第1項過失傷害罪
		1. 構成要件
		客觀上，丙打傷甲致甲右臂骨折而受傷。主觀上，丙有傷害甲之故意。構成要件該當。
		2. 違法性
		因甲並未進行殺害乙之行為，無現在不法之侵害，故丙打傷甲之行為即不得主張刑法第23條之正當防衛阻卻違法。丙之行為具備違法性。
		3. 罪責
		(1) 丙誤認客觀上存在甲欲殺害乙之正當防衛之前提事實，其具備主觀上阻卻違法要素，學說上有稱為「容許構成要件錯誤」。關於容許構成要件錯誤之法律效果，學說上有故意理論、嚴格罪責理論、限制罪責理論及限制法律效果之罪責理論等，而較多數學說在三階理論下，採取「限制法律效果之罪責理論」。
		(2) 依「限制法律效果之罪責理論」的看法，誤認正當防衛之前提事實，應為獨立之錯誤類型，不影響故意與違法性，影響的是欠缺故意罪責與否，於欠缺罪責故意的情況下，則不成立故意犯罪。丙主觀上認為存有甲在殺害乙之正當防衛的前提事實，應屬欠缺故意罪責，不成立故意犯罪。
		(3) 另行為人是否另成立過失犯罪，學說上有認應以一般人標準判斷，如一般人在行為人所處之情境下，也會誤認有現在不法侵害之正當防衛前提事實，則不成立過失犯罪。本案中，一般人如基於丙的立場，見山中有充滿血汙之甲握刀趴在一躺臥之乙身上，應有高度可能性認為