

基本案情·裁判要旨·疑难问题·学理研究·结论性观点

集萃200期《月旦法学》杂志的刑事法判例

# 《月旦法学》

## 刑事法判例研究汇编

CASE BOOK OF YUE DAN TAIWAN  
LAW REVIEW CRIMINAL LAW VOLUME

北京师范大学刑事法律科学研究院 《月旦法学》杂志编委会 / 编

主编 赵秉志 执行主编 左坚卫



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

基本案情·裁判要旨·疑难问题·学理研究·结论性观点

集萃200期《月旦法学》杂志的刑事法判例

# 《月旦法学》

## 刑事法判例研究汇编

CASE BOOK OF YUE DAN TAIWAN  
LAW REVIEW CRIMINAL LAW VOLUME

北京师范大学刑事法律科学研究院 《月旦法学》杂志编委会 / 编

主 编 赵秉志 执行主编 左坚卫

参编人员 王 帅 肖志平 张圆国



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

《月旦法学》刑事法判例研究汇编/赵秉志主编. —北京:北京大学出版社, 2016. 7  
ISBN 978-7-301-25342-7

I. ①月… II. ①赵… III. ①刑事犯罪—案例—汇编—中国 IV. ①D924.05  
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 005430 号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行。

- 书 名 《月旦法学》刑事法判例研究汇编  
《Yuedan Faxue》Xingshifa Panli Yanjiu Huibian
- 著作责任者 赵秉志 主编
- 策划编辑 陆建华
- 责任编辑 王建君
- 标准书号 ISBN 978-7-301-25342-7
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱 [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印刷者 北京中科印刷有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 730 毫米×1020 毫米 16 开本 33 印张 866 千字
- 2016 年 7 月第 1 版 2016 年 7 月第 1 次印刷
- 定 价 139.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

# 判例是实践中的法律和法理(代序)

赵秉志\*

## 一、发展中的大陆案例指导制度

案例“是总结审判经验、诠释法律精神的重要载体”<sup>①</sup>。尽管我国的法律体系通常被归入以成文法典为表现形式的大陆法系的范畴,至少更类似这一法系,但是,不可否认的事实是,司法机关在刑事审判中其实一直很重视先例。如果此前存在过类似的生效的法律判决,法官在作出判决的时候,底气就足得多。对先例的重视甚至遵循,已经跨越法系的藩篱,成为当代世界各国或地区法律界的共识。

为了加强对地方法院特别是基层法院刑事审判工作的指导,最高人民法院在发布大量司法解释的同时,还不断探索和实践具有中国特色的案例指导制度。“自人民司法制度建立以来,人民法院就一直重视案例指导,通过编发典型案例的方式指导审判工作。”<sup>②</sup>这种指导方式曾存在以下表现形式:

- (1) 最高人民法院分类汇编案例,以内部文件的形式印发各地法院执行;
- (2) 最高人民法院以文件形式印发《刑事犯罪案例选编》,指导当时的“严打”斗争;
- (3) 最高人民法院在《最高人民法院公报》上公开向社会发布案例,供各级人民法院学习、参照;
- (4) 最高人民法院中国应用法学研究所编辑系列的《人民法院案例选》,国家法官学院、中国人民大学法学院联合编辑《中国审判案例要览》,最高人民法院各刑事审判庭编辑《刑事审判参考》等连续出版物,刊发大量典型案例,供人民法院参考;
- (5) 《人民法院报》开设“案例指导”专栏,《人民司法》杂志社编辑《人民司法·案例》杂志,刊登典型疑难案例,供各级人民法院参考;
- (6) 最高人民法院发布指导性案例,指导各级人民法院开展刑事审判工作。

从法律效力的角度看,以上述指导方式发布的案例中,第一类和第六类具有法律约束力,各级人民法院必须按照案例所体现的裁判原则审判案件,其他各类案例的判决结果和判决理由则仅具有参考价值。不过,在司法实务中,第二类和第三类案例也具有很强的指导作用,各级人民法院通常会遵照有关案例确立的原则开展审判工作。

可以预见,随着案例指导工作的制度化、规范化,以及最高人民法院发布的指导性案例的不断增加,我国的案例指导制度将逐步健全和完善,对刑事司法审判工作的指导作用也会逐渐增强。

\* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师,中国刑法研究会会长。

① 陈兴良、张军、胡云腾主编:《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》,北京大学出版社2013年版,序一,第1页。

② 同上注。

## 二、中国(大陆)刑事审判面临的问题

经过多年的探索和实践,中国刑事审判质量有了很大程度的提高,但离现代法治社会的要求还有很大的差距。法院作出的刑事判决的权威性还有很大的提升空间,法院和法官要得到公众的肯定还有很多工作要做。张明楷教授就提出了这样的疑问:“中国的电视剧总是将警察、检察官与法官描写得很伟大,但公众还是不信任法官,司法依然缺乏权威性和公信力。这是为什么?”<sup>①</sup>

法院是否具有权威性和公信力,是由其作出的裁判是否具有权威性和公信力决定的。就刑事审判而言,导致法院缺乏权威性和公信力的主要原因有两个:其一,法院作出的部分刑事裁判结果缺乏公正性及合法性,因而缺乏权威性和公信力。其二,案例的主要载体即人民法院作出的裁判文书的说理性不够。关于法院作出的部分刑事裁判结果缺乏公正性及合法性的案例可以举出很多,限于篇幅,不展开论述。在此想要重点关注的是刑事裁判文书说理性不够的问题。就在此时,我的案头就有这样一份某地方法院的一审判决书。根据判决书的记载,这是一起被告人涉嫌职务侵占罪或者诈骗罪的案件,判决书厚达30多页,可是,整份判决书竟然完全没有按照刑法以及刑法学理论关于诈骗罪或者职务侵占罪的成立条件来分析被告人的行为性质,而是东拉西扯,顾左右而言他,最后竟然糊里糊涂得出一个被告人的行为不构成犯罪的判决结论。整份判决书思路不清、逻辑混乱,完全不讲法律和法理。可以想象,被害人拿到这样一份法院判决书,内心一定十分愤怒,法院在其心目中的权威性和公信力自然荡然无存。尽管最高人民法院已经下了很大力气来提升法院判决的析法说理的水平,但是,像我案头这样不讲理、不讲法的刑事判决书在当前的刑事司法实务中并不罕见。我在编辑《刑事法判解研究》过程中,经常会为寻找刑事判决书中的裁判要旨,亦即判决书的说理部分犯愁,因为不少判决书中根本就没有像样的说理部分。案件中明显、重要的争议问题,在法院的判决书中经常无影无踪。<sup>②</sup>不直面问题,不解决争议,不尊重事实,不析法说理,这样的刑事判决怎么可能具有权威性和公正性?

提升我国刑事审判质量面临的一个严峻问题是,许多法官至今依然不知道如何在刑事判决书中根据证据能够证明的案件事实析法说理。法官不知道如何在刑事判决书中析法说理的具体表现是:

(1) 对控辩双方争议的焦点把握不准。在一些判决书中,辩护人所发表的辩护意见的关键理由被忽略,定案的关键事实被忽视,留下的是经过取舍的无关痛痒的辩护理由,以致看不到控辩双方争议的焦点。这种对焦点的把握不准有时是故意而为之。正如张明楷教授所说,在目前的刑事审判活动中,“就相同案件而言,如果甲法官要认定为盗窃罪,他就会按盗窃罪的构成要件描述案件事实,如果乙法官要将其认定为诈骗罪,他就会按诈骗罪的构成要件描述事实,阅读判决书的人一般不可能看出其中存在的问题”。<sup>③</sup>这是因为,存在的问题已经被法官刻意隐瞒。

(2) 对案件证据运用不当。迄今在许多判决书中,用以证明案件事实的证据都是被罗列和堆砌在一起,看不出哪些证据是用来证明法官所认定的哪项案件事实的。众所周知,定案是以事实为根据的,事实是需要证据来证明的,在判决书中找不到认定某一案件事实的证据,人们当然就会怀疑法官在胡乱下判,法院的判决也就无法服人了。

(3) 对争议问题的法理阐述不够透彻。在刑事诉讼中,控辩双方的争论焦点,往往也是定案

① 张明楷:《刑事司法改革的片断思考》(一),载《现代法学》2014年第2期。

② 同上注。

③ 同上注。

的难点。因此,对争论焦点问题的明确回答和对为何如此处理的充分阐释,决定着判决是否做到了以理服人,是否经得起检验。恰恰在这一关键问题上,许多法官做得很不到位。在判决书中,对控辩双方争论的焦点、定案的难点等关键问题,经常是三言两语简单带过,缺乏逻辑严谨、理论深入的阐述。例如,某法院在对一起贩卖毒品的共同犯罪案件进行裁判时,对事关生死的两名共同犯罪人在犯罪中的地位和作用问题进行阐述时,仅仅用了百十来字,简单指出两名被告人在共同犯罪中的作用和地位相当,不宜区分主从,然后对两名被告人均判处死刑。而实际上,其中一名被告人只是居间介绍贩毒,从其在犯罪中所起作用 and 所处地位来看,不宜判处死刑。如此缺乏说理环节的死刑判决,怎么会具有权威性,又怎么能让人相信其判决结果是公正的呢?更不用说对刑事司法权威性和公信力的损害了。

我们需要时刻铭记英国著名哲学家培根在《论司法》中的这一警句:一次不公正的判断比多次不平的举动为祸尤烈,因为这些不平的举动不过弄脏了水流,而不公的判断则把水源败坏了。<sup>①</sup>影响极大的杜培武、余祥林、赵作海、“张氏叔侄”等冤错案件就是例证。这些冤错案件对中国刑事司法乃至整个司法系统权威性和公信力造成了长期、深度的损害,需要我们付出百倍的努力才可能慢慢弥补。以赵作海冤案为例,该案从侦查阶段的刑讯逼供、超期羁押,到检察阶段的证据不足审查起诉,再到司法判决的疑罪从轻,整个刑事诉讼过程岂止是一次“不公正”的裁判所能概括的。在冤案形成的背后,是司法理念的错位、程序正义的缺失、法律保障的空乏、责任追究的无奈。<sup>②</sup>

由于审判人员对法理掌握不扎实,难以结合案情对自己作出的裁判结果展开充分的说理,现阶段很难指望法官作出具有开创性的裁判。这是可以理解的。在成文法国家,法官本来就在一定程度上被视为贯彻执行法律的机器,对法官自由裁量权始终保持着高度警惕和严格限制的态度。这样的法律文化背景再加上自信心不足,法官为了避免麻烦,自然很少发挥主观能动性,作出具有一定风险甚至风险很大的开创性的裁判。

### 三、中国(大陆)刑法案例法理研究的价值及现状

基于我国刑事司法的上述现状,刑法理论界对典型案例进行深入研究,对判决结果和判决理由展开有理有据的剖析,就显得尤为重要和十分紧迫。要知道,法律的活力和价值都必须通过其在实践中的运用才能得到体现。法律如果不在实践中被适用,在适用中被解释,在解释中获得生命,就会成为一堆僵死的文字,甚至成为法制被践踏的证据。对已经发生的刑事案件如何适用法律作出符合法理与情理的判断,对已经作出的刑事裁判在适用法律方面是否妥当进行反思和拷问,是赋予刑事法律以生命,实现刑事法律之价值,建立现代法治社会的必由之路。刑法学是一门应用法学,不以现实生活中发生的具体案件作为研究对象,容易陷入抽象的空谈,不但于刑事司法实践无益,而且有害于刑法学本身的发展。“只学习理论与概念,不再从事于实例之检讨与分析,无法学以致用,更难以期待洞悉理论者将其所学用以解决实际之问题。”<sup>③</sup>

因为如此,我很早就开始关注刑法案例研究,并主编和出版了系统而有一定规模的研究成果,即9卷本的《中国刑法案例与学理研究》(法律出版社2001年4月版),该书出版后获得了好评,于2004年修订整合成6卷后再版。2006年,该套丛书获司法部优秀成果二等奖。此后,我又

① 参见[英]弗兰西斯·培根:《培根论说文集》,水天同译,商务印书馆1983年版,第193页。

② 参见赵秉志、张伟珂:《无罪推定的迷失与刑讯逼供的为祸——赵作海故意杀人案法理研究》,载《刑事法判解研究》(2010年第2辑),法律出版社2011年版,第34页。

③ 蔡墩铭:《刑法例题演习》,2001年自版,初版自序。

主编或者与他人合著了《中国疑难刑事名案法理研究》(迄今已经出版8卷)、《中国刑法典型案例研究》(5卷)、《刑法教学案例》《刑法总论案例分析》《死刑个案实证研究》《刑事大案要案中的法理智慧》等多部刑法案例研究著作。在我看来,刑法案例法理研究类著作具有多方面的独特价值:

(1)可以帮助司法机关发现已经生效的刑事判决存在哪些不足之处,有利于防止今后出现类似的问题。尽管已经生效的刑事判决多数经得起法律和历史的检验,但不可否认的是,有部分刑事判决并不完美。其中,有的判决结果不够公正,有的判决理由不足,有的甚至完全错误。通过案例研究的方式对这些存在问题的刑事判决进行深度剖析,指出其不足或者错误所在,反思发生问题的原因,对司法机关今后正确处理类似案件显然具有重要的现实意义。

(2)可以为司法机关在刑事判决书中如何析法说理提供参考,增强说服力。刑法案例法理研究成果通常会对法院作出的判决结论、裁判理由展开进一步的分析研究,会结合案情对相关的法理问题展开有针对性的探讨,其法理阐释的深度、析法说理的透彻度通常会强于裁判文书,这就为司法机关今后审理类似案件时充分阐明判决理由提供了有益的参考,有助于增强判决的说服力。

(3)可以为我国案例指导制度的健康发展提供理论指导。目前,我国案例指导制度尚处于起步阶段,所发布的指导性案例的数量很少,所涉及的问题并不十分疑难,因而对司法实务的指导作用十分有限。但是,随着案例指导制度的逐步完善,指导性案例的不断增加,其指导司法实务的价值必将不断提升。在此过程中,难免会涉及一些理论和实务中有争议的重要疑难问题。高质量的刑法案例学理研究能够为将来发布这类指导性案例进行充分的理论准备,从而大大加强指导性案例裁判结果的合法性和合理性,保证所发布案例的质量。

(4)可以推动刑法理论研究的深化。正如我一直强调的,刑法理论研究必须密切关注和回应刑事立法、司法实践中的疑难问题。刑法案例之学理研究就是这一追求最典型、最直接的表现。刑法个案涉及的问题具体并且独特,同时又可能是某一类案件中具有代表性的,因此,妥善解决一个问题,就意味着妥善解决了一类问题,就将这一领域的刑法学研究水平提升到了一个新的高度。随着刑法学领域的重大理论问题的研究逐渐成熟,能够推动刑法学研究进一步向纵深发展的,也许就是这种个案研究式的研究方法。

稍感遗憾的是,尽管刑法案例法理研究具有上述诸多独特价值,目前却未能充分展现出来。究其原因,主要是这种形式的研究成果较难发表在核心期刊上,对于担负沉重科研压力的学者们吸引力不大,以致质量好、对实务部门借鉴价值高的研究成果较少。大量的这类研究成果因为析法说理不够充分,结合案情和案件中的疑难问题展开的研究不够,对实务部门的参考价值不大,最后湮没无闻。还有一些人则依然以为,仅凭生活常识和经验就能在刑事审判中作出符合公平正义的裁判,甚至认为学了刑法以后反而不会断案了。殊不知,没有理论的实践是盲目的实践,而没有理论指导的刑法实践则不但盲目,而且危险。刑罚已经成为一把公认的双刃之剑,“用之得当,个人与社会两受其益;用之不当,个人与社会两受其害”<sup>①</sup>。所以,刑法理论的武器是任何刑事司法经验都不能代替的。如果不能对生效的既往判决进行理性的反思,不用刑法理论的武器来检验刑事审判实践的合法性、合理性,提升刑事审判质量的目标恐怕难以实现。因此,我们仍然亟须加强对刑法案例的法理研究,加强对生效刑事判决的理性反思,不断在刑法理论、刑法规范与刑事法律事实之间进行分析、比较、鉴别,在这种分析、比较、鉴别中发现法官断案的精彩

<sup>①</sup> 陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社1998年版,题记。

或者不足之处,或者发现刑法理论的缺陷以及刑法规则的漏洞并加以弥补,同时找到最佳的处理刑事法律事实的方案,以推动刑事法治的进步和刑事司法实践水平的提升。

#### 四、台湾地区刑事法判例研究成果对大陆具有重要参考价值

相比较而言,我国台湾地区的刑事法学者投在案例研究上的精力似乎比大陆学者更多,兴趣也更大。许多台湾地区著名的刑事法学者都重视案例法理研究,并且发表了诸多质量上乘的案例学理研究成果。他们的研究对象和研究思路对我们颇具启发和借鉴价值。台湾地区“最高法院”判例虽无法律上的约束力,但事实上多为下级法院所遵从,王泽鉴先生分析其原因有三:一是台湾地区“最高法院”判例历经三审,法官学识经验丰富,法律见解自较稳妥,下级法院无坚强的自信,实际上总会以判例作为准据。二是判例变更不易,“最高法院”自1927年公布《判例要旨》以来,仅作数次变更判例。三是判例的尊重,乃是基于法律安定性的要求。<sup>①</sup>然而,即便如此,以台湾地区“最高法院”判例为批判性研究对象的研究成果仍然为数不少。例如,台湾东吴大学徐育安先生在研究台湾地区“最高法院”2005年台上字第5458号判决时,就直接与间接故意的区分问题,对台湾地区“最高法院”判决理由的不足提出了自己的看法。台湾大学王皇玉女士在研究2005年台上字第2676号判决时,对台湾地区“最高法院”将高等法院对该案的无罪判决予以撤销、发回重审的理由提出了不同看法。台北大学郑逸哲教授在其判解研究文章中,对台湾地区“最高法院”2006年台上字第695号判决在构成要件该当性的法律适用中存在的问题进行了批评,对2011年台上字第32号判决中论证和适用法律法则的流程方面存在的瑕疵进行了揭示,对2002年台上字第5995号判决更是提出了尖锐批评。高雄大学暨东海大学张丽卿教授对台湾地区“最高法院”在2000年台上字第852号判决中所持判决理由也提出了质疑。可见,即便台湾地区“最高法院”的判决具有较高的权威性,也不影响学者们对其展开批评检讨性研究。不过,学者们在进行判解研究时,并非只对法院的裁判进行批评,对于定性正确、量刑适当、说理充分的判决,他们也不会吝嗇赞誉之词。这种不以判决主体级别高低,而是以判决质量为好坏评判标准的治学态度非常值得学习和借鉴。就学术批评而言,如果不以法律和法理为依据,其批评的质量必定难以得到保证,不但不利于司法进步,反而容易引发学术的混乱和实务的困惑。

台湾地区《月旦法学》杂志自1995年创刊以来,十分重视判解研究,积累了大量这方面的优秀成果。这些优秀成果紧扣案情及其蕴含的法理问题和审理过程中的争议问题,展开了较为深入的分析论证。由于研究人员学贯中西,理论功底扎实,其研究成果往往旁征博引,论述充分,说理透彻,并且文字优美。例如,有学者在谈及医患关系时,是这样描述的:“近年来,随着人际关系的疏离,医病关系日益恶化。民众不再对医师信任,发生纠纷时,惯以包围医院、抬棺抗议、撒冥纸或提告,要挟医院给予交代。医师则紧绷神经,处处察言观色,谨慎对答,分秒都提防病家因不满而被告。”<sup>②</sup>还有学者在论及因意外事件而导致小孩死亡的案件时总结道:“不是所有的悲剧,都可以在刑法里找回公道或正义。”<sup>③</sup>古人云:“言而无文,行之不远。”<sup>④</sup>这种富有文采的论述或者评论颇值得借鉴,有利于大陆刑事法学界提升判解研究质量、深化判解研究内容。

我的多年好友,北京大学出版社副主编蒋浩先生作为一位有经验、有成就的法学著作出版专

① 参见《判例制度》,载百度百科(<http://baike.baidu.com/view/11582365.htm?fr=aladdin>),访问日期:2014年10月6日。

② 本书第55页。

③ 本书第22页。

④ 庚信:《燕射歌辞·角调曲》。

家慧眼识珠,敏锐地看到了《月旦法学》杂志中的判解研究成果对于大陆方兴未艾的刑事法判解研究活动的意义,主动与《月旦法学》出版方——元照出版公司联系有关研究成果在大陆出版事宜。在得到支持后,又不辞辛劳、不顾繁琐,与发表相关成果的台湾地区学者逐一联系,征询作者本人对其成果在大陆出版的意见。令人欣慰和钦佩的是,台湾地区学者们对大陆同仁的需求十分理解并充分支持,使得本书的编撰出版工作得以顺利完成。该书精选了台湾地区学者发表在《月旦法学》上的部分刑事法判解研究成果。这些研究成果既有刑事实体法方面的,也有刑事程序法方面的。刑事实体法方面的具体研究内容涉及刑法总论和分论,总论问题主要集中在犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客观方面和正当行为四个方面,分论问题覆盖危害公共安全犯罪、破坏市场秩序犯罪、侵犯公民权利犯罪、侵犯财产犯罪、妨害社会秩序犯罪。刑事程序法方面的具体研究内容包括非法证据排除、刑事强制措施适用、证人义务、医疗刑事案件的诉讼问题等。所研究的多数问题在大陆刑事法理论与实务中也曾出现,相关研究成果具有重要的参考借鉴价值。在此,应当向台湾地区相关学者、台湾元照出版公司、蒋浩先生以及其他热情参与本书编辑出版工作的同仁表示由衷的感谢!

我们坚信,随着刑法学研究的进一步深化和细化,大陆刑事法理论界会越来越重视对刑法案例的研究,实务界也会越来越重视参考最高人民法院发布的已经生效的案件的裁判结果和理由,以刑法案例为对象的研究成果一定会越来越丰富。这是刑事法治发展和刑法理论研究深入的必然趋势。在这样的时代背景下,推出《〈月旦法学〉刑事法判例研究汇编》正当其时。

2016年5月

# 目 录

## 总 则 篇

### 一、犯罪构成

#### (一) 犯罪主体

心神丧失与精神鉴定

——评台湾地区高等法院 1998 年台上字第 3605 号判决 张丽卿 ..... 003

#### (二) 犯罪主观方面

直接与间接故意之区分

——台湾地区“最高法院”2005 年台上字第 5458 号判决之探讨 徐育安 ..... 009

刑事医疗过失探微

——从一个案例说起 林东茂 ..... 019

论医师的说明义务与亲自诊察义务

——评 2005 年台上字第 2676 号判决 王皇玉 ..... 026

论急救与建议转诊义务

——台湾地区高等法院 2007 年医上字第 3 号刑事判决评释 王志嘉 ..... 039

自杀责任

——评台湾地区“最高法院”2005 年台上字第 720 号刑事判决 关尚勇 ..... 053

整形美容、病人同意与医疗过失中之信赖原则

——评台北地院 2002 年诉字第 730 号判决 王皇玉 ..... 062

#### (三) 犯罪客观方面

构成要件该当性之法律适用

——评析台湾地区高等法院 2005 年重上更(五)字第 127 号判决和台湾地区  
“最高法院”2006 年台上字第 695 号判决 郑逸哲 ..... 073

难以确定“客观可避免性”,就不应展开“不纯正不作为构成要件该当性”审查

——评析台湾地区“最高法院”2011 年台上字第 32 号判决 郑逸哲 ..... 084

#### (四) 正当化事由

窃盗被害人之财务追回权与正当防卫

——评台湾地区“最高法院”2002 年台上字第 4003 号判决 王皇玉 ..... 093

## 二、犯罪形态

## “中止犯”属应减的“可罚未遂犯”

- 评析台湾地区高等法院 2007 年上诉字第 2925 号暨“最高法院”2008 年  
台上字第 364 号刑事判决 郑逸哲 ..... 106

## 分 则 篇

## 一、危害公共安全罪

## 酒测 0.91 毫克竟也无罪

- 评台湾地区高等法院 2010 年交上易字第 246 号刑事判决 张丽卿 ..... 121

## 二、破坏市场秩序罪

## 论商业判断法则于背信罪之适用妥当性

- 评台湾地区高等法院高雄分院 2007 年金上重诉字第 1 号判决  
蔡昌宪 温祖德 ..... 130

## 只有一家别无分号

- 评台北地方法院 2004 年自字第 15 号判决 张丽卿 ..... 148

## 三、侵犯公民权利犯罪

## “刑法”上死亡之认定

- 评台湾地区“最高法院”2006 年台上字第 1692 号判决 王皇玉 ..... 156

## 评台湾地区高等法院 2007 年上易字第 2020 号“强制罪”刑事判决

- 兼论病人生命身体法益的处分与医师紧急救治义务 王志嘉 ..... 167

## “刑法”第 315 条之一既未遂之认定

- 台湾地区高等法院高雄分院 2010 年上易字第 743 号判决 王皇玉 ..... 185

## 未成年人的医疗决策与生育自主权

- 台湾地区“最高法院”2006 年台非字第 115 号、台湾地区高等法院 2002 年  
上诉字第 2987 号刑事判决评释 王志嘉 ..... 193

## 解剖诽谤罪之构成要件

- 评析台湾地区高等法院 1998 年上易字第 6229 号判决 郑逸哲 ..... 207

## 四、侵犯财产犯罪

## 强盗预备罪与放弃续行犯罪的刑法评价

- 评南投地方法院 2009 年诉字第 88 号刑事判决 许恒达 ..... 217

## 强盗罪与詐欺罪的难题

- 评台湾地区“最高法院”2000 年台上字第 852 号判决 张丽卿 ..... 231

## “刑法”第 329 条准强盗规定之剖析及其适用

- 评析台湾地区“最高法院”2002 年台上字第 5995 号判决、台中高分院 2002 年  
上诉字第 1156 号判决和台中地院 2002 年诉字第 114 号判决 郑逸哲 ..... 238

## 溢领借款的詐欺

- 评台北地方法院 2003 年自字第 17 号判决 李圣杰 ..... 248

## 论“通讯保障及监察法”第 24 条与“刑法”第 315 条之 1 的适用疑义

- 兼评台湾地区“最高法院”2005 年台上字第 5802 号判决、高等法院台南分院  
2002 年上诉字第 1153 号判决与 2005 年上更(一)字第 592 号判决  
王皇玉 ..... 256

## 三角詐欺之实务与理论

- 台湾地区“最高法院”2006 年台上字第 740 号及台湾地区高等法院 2010 年  
上易字第 2187 号判决评析 徐育安 ..... 268

## 侵占构成要件乃纯正不作为身份犯构成要件

- 评台湾地区高等法院 2003 年上易字第 2705 号判决 郑逸哲 ..... 277

## 五、妨害社会秩序犯罪

## 复印件(影印)在伪造文书罪之相关问题

- 评台湾地区“最高法院”2001 年台上字第 3261 号判决及相关实务见解  
吴耀宗 ..... 287

## 论伪造文书罪之“足以生损害于公众或他人”

- 评台湾地区“最高法院”2005 年台上字第 1582 号判决及相关实务见解  
吴耀宗 ..... 301

## 使公务员登载不实罪

- 评台湾地区“最高法院”2002 年台上字第 2431 号裁判及相关实务见解  
吴耀宗 ..... 313

## 泄露使用电脑知悉秘密罪的保护射程

- 评台中高分院 2009 年上诉字第 1319 号刑事判决 许恒达 ..... 326

## 资讯安全的社会信赖与“刑法”第 359 条的保护法益

- 评士林地方法院 2010 年诉字第 122 号判决 许恒达 ..... 336

## 迟来的解释

- 台湾地区桃园地方法院 1999 年易字第 2002 号刑事判决评释 葛 谨 ..... 347

## 程序法篇

|                                                                    |               |
|--------------------------------------------------------------------|---------------|
| 私人不法取得证据应否证据排除                                                     |               |
| ——兼评台湾地区“最高法院”2003 年台上字第 2677 号判决                                  | 吴巡龙 ..... 365 |
| 不自证己罪于非刑事程序之前置效力                                                   |               |
| ——评 2007 年台上字第 7239 号判决及相关裁判                                       | 林钰雄 ..... 376 |
| 留置裁定要件之相关问题                                                        |               |
| ——评“大法官会议”解释第 523 号解释等                                             | 黄朝义 ..... 391 |
| 侦查中之羁押审查                                                           |               |
| ——台中地院 2001 年诉字第 1022 号裁定、台湾地区高院 2002 年抗字第 90 号及 2000 年抗字第 361 号裁定 | 陈运财 ..... 401 |
| 徐自强掳人勒赎杀人案评析                                                       |               |
| ——评台湾地区“最高法院”2003 年台非字第 242 号等相关判决                                 |               |
| 何赖杰 黄朝义 李茂生 .....                                                  | 424           |
| 承受诉讼违法                                                             |               |
| ——台湾地区“最高法院”2002 年台上字第 5042 号刑事判决评释                                | 葛 谨 ..... 445 |
| 医疗刑事诉讼认罪协商的实证研究                                                    |               |
| ——从台南地方法院 2004 年简字第 2351 号刑事判决出发                                   | 林萍章 ..... 467 |
| 初探医疗秘密与拒绝证言权                                                       |               |
| ——从欧洲人权法院之 Z v. Finland 判决(艾滋病患者案)谈起                               | 林钰雄 ..... 476 |
| 刑事医疗诉讼审判之实务与改革                                                     |               |
| ——兼评台湾地区“最高法院”2007 年台上字第 4793 号判决                                  | 张丽卿 ..... 495 |
| 主题词索引 .....                                                        | 511           |

## 总 则 篇



## 一、犯罪构成

### (一) 犯罪主体

## 心神丧失与精神鉴定\*

——评台湾地区高等法院 1998 年上字第 3605 号判决

张丽卿\*\*

### 基本案情

被告甲患有妄想症,因幻想曾遭林姓男子迫害<sup>①</sup>,投诉无门,乃急思伤害他人以为报复。甲于 1998 年 1 月间,携带水桶两只以及预购之硫酸 4 瓶,到台北市二二八纪念公园女厕内,将硫酸倒入水桶中,提往北一女校门口等候。当日下午,北一女放学,学生走出校门时,被告接续以水勺舀起桶内之硫酸,泼向横穿贵阳街之北一女学生及其他行人,使 20 多人受伤。被害人当中,有两人之脸部伤势严重,疤痕永久不可能消失。甲所泼洒之硫酸并造成两被害人之衣物及书包损坏。案经被害人提出告诉,台北地方法院检察署检察官侦查起诉。

### 裁判要旨

本案第一审判决被告无罪。判决的主要理由是,被告经台北市立疗养院鉴定其精神状态结果,以被告思考内容呈现明显系统化之被害妄想、关系妄想及疑似之恋爱妄想,思考流程有轻微的脱序及主题联结松散现象,且对于信息认知处理有明显障碍,其言谈内容相当局限,思考不合逻辑。故推断被告除认知扭曲(妄想)之影响外,亦疑似有知觉扭曲(幻听)之可能,故认为被告罹患妄想症而导致现实判断能力之障碍,虽然被告对于自己的一般生活功能,如照顾自己的生活、交谈等均正常,只对人际关系方面有障碍。然而意识非判断心神丧失之唯一标准,行为入虽可就犯罪情节为详细描述,唯无法判断导致结果之原因行为之对或错,被告显然对于外界事物之知觉、理会、判断已受明显而严重之损害。故本件综合其思考判断流程及上述情形鉴定其于犯罪行为时之精神状态已达心神丧失之程度,而諭知被告无罪,令人相当处所施以监护 3 年。

案经检察官提起上诉,台湾地区高等法院指摘原判决不当,将原判决撤销改判有期徒刑 7

\* 原载于《月旦法学杂志》2000 年第 59 期。

\*\* 东海大学法律学系教授。

① 迫害妄想是指,患者毫无根据地怀疑有人要陷害他,无论如何解说总是深信不疑。通常均因与人关系不和睦,发生冲突而产生迫害妄想。患者可以怀疑任何人,从家人、朋友到有组织的团体或机构,迫害理由可以从私人仇恨到政治因素,变化无穷。参见曾文星、徐静:《现代精神医学》,1998 年版,第 278 页。

年。从无罪改判为有罪的主要理由是：

### 一、被告有使人受重伤之故意

将硫酸泼洒人之脸部或身体,会使人之脸部或身体因受化学烧伤而致毁容,而有重大不治或难治之伤害,此为众所皆知之事实,亦为被告所知。因为,被告于检察官询问时答称“我当然知道泼硫酸会使人毁容等语”,可知被告的确有使人受重伤之故意。

### 二、鉴定意见并非判决之唯一依据

由于台湾地区“刑事诉讼法”采取职权调查主义,鉴定报告只为法院形成心证之数据,对于法院之审判并无拘束力;待证事项虽经鉴定,法院仍应本于职权调查,以发现事实真相,不得仅以鉴定报告作为判决之唯一证据。本案被告在犯罪后立即被查获带往警局侦讯时,对其犯罪前之计划、犯罪时之行动过程均叙述详细,观察其犯罪前之计划及犯罪行为均属细密,显见被告犯罪当时思绪细密、有记忆能力且清楚自己之行为。台北市立疗养院及台大医院对被告所为之精神鉴定,虽认定被告有妄想症,然观其犯罪之动机目的,及犯罪之全部过程,及其于实施犯罪行为当时之精神状态,对于外界事物并非完全丧失知觉理会及判断作用,而无自由决定意思之能力;被告此项能力并非完全丧失,仅较普通人之平均程度减退,被告于行为时仅属精神耗弱而非心神丧失,依法仍应负刑事责任。

## 疑难问题

本判决所涉之核心问题,在于“心神丧失”的意义与精神鉴定的评价。这项核心问题,还关系到几个子问题:一是心神丧失与罪责能力的评价;二是精神鉴定与法院判决的关系;三是司法上、立法上及养成教育上的改变是否可以减少专业人员与法官意见的相左?

### 一、心神丧失与罪责能力

决定行为人是否有罪责能力的两项要素是年龄与精神状态。年龄的计算,依照“刑法”第18条的规定。精神状态的情形,属于“刑法”第19条的规定。“刑法”第19条规定,心神丧失人之行为,不罚;精神耗弱人之行为,得减轻其刑。问题是“心神丧失”与“精神耗弱”为法律学上用语,非精神医学上用语,两者之区别何在?其精神障碍之程度有何不同?有何界限?立法上并没有解释清楚。台湾地区“最高法院”虽然曾解释“心神丧失或精神耗弱,应依行为时精神障碍之程度而判断,如行为时之精神对于外界事物全然缺乏知觉理会及判断作用,而无自由决定意思之能力者,为心神丧失;若此项能力并未完全丧失,仅较普通人之平均程度显然减退者,则为精神耗弱(“最高法院”1937年渝上字第237号判例参照)”,然其解释仅注重行为人“知”的要素(即理会及判断的作用),忽略“意”的要素(即决定自己行为的能力),除了无法充分掌握“罪责能力”的意义外,也经常导致法院判决的结果与鉴定意见不符的现象。

高等法院认为被告具有重伤之故意,因为被告于检察官询问时答称“我当然知道泼硫酸会使人毁容等语”,可知被告的确有使人受重伤之故意。然而,此种说法,显然受到上述判例的深远影响。因为,有无完备的罪责能力,必须具备两项要素:一是“辨识能力”,亦即,知的要素;二是“控制能力”<sup>①</sup>,亦即,决定自己行为的能力。换言之,行为人对行为有认识,也知道行为是法所不许,却无法依法律规定或自己决定不做出违法行为,亦即,行为人欠缺控制能力,无法控制自己行为

<sup>①</sup> Norbert Nedopil, Forensische Psychiatrie, 1996, S. 21ff.; auch Wilfried Rasch, Forensische Psychiatrie, 1999, S. 355ff.