

活用理論與案例研習，奠定法學基礎必備

Taiwan Jurist

月旦法學教室

別冊

2011年

刑事法學篇

刑 法

吳耀宗・陳志龍・鄭逸哲・黃惠婷・盧映潔
高金桂・林東茂・張麗卿・陳志輝・蔡聖偉
柯耀程・李聖傑・陳子平

刑事訴訟法

王兆鵬・吳巡龍・李榮耕・柯耀程・張麗卿
楊雲驊・鄭逸哲・劉秉鈞

2011年 月旦法學教室 別冊

刑事法學篇

王兆鵬・吳巡龍・吳耀宗・李聖傑・李榮耕
林東茂・柯耀程・高金桂・張麗卿・陳子平
陳志輝・陳志龍・黃惠婷・楊雲驊・劉秉鈞
蔡聖偉・鄭逸哲・盧映潔

合 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

月旦法學教室別冊. 4. 刑事法學篇／王兆鵬等合著.

-- 初版. -- 臺北市：元照，2011.05

面：公分

ISBN 978-986-255-121-9（平裝）

1. 刑事法 2. 文集

585.07

100007140

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

2011年 月旦法學教室 **別冊** 刑事法學篇

1M011PA

2011年5月 初版第1刷

作 者 王兆鵬、吳巡龍、吳耀宗、李聖傑、李榮耕
林東茂、柯耀程、高金桂、張麗卿、陳子平
陳志輝、陳志龍、黃惠婷、楊雲驊、劉秉鈞
蔡聖偉、鄭逸哲、盧映潔

出 版 者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 250 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 978-986-255-121-9

編者序

原本從《月旦法學雜誌》之「法學教室」單元獨立而創刊的《月旦法學教室》，已經堂堂邁入並超越了 100 期，就法學的教育目的以及實用的研習角度來說，它已經成為兩岸法學教育雜誌的標竿。

基於上面的背景與目的，編輯部沿襲過往的慣例，將此最受歡的單元，再次以《月旦法學教室別冊》的方式呈現給所有喜愛的讀者，以及有志學習基礎法學教育者，也希望別冊的方式，能成為學習過程的最佳工具書之一。

本次別冊的編輯方式，將所有文章分類成公法學、民事法學、私法學，以及刑事法學四篇，集結自《月旦法學教室》各期重要的文章。各別冊的作者群，均為當前法學界各領域的重要學者，以深入淺出的方式，點出問題的爭點，並詳實的解答例題。

月旦法學教室
編輯部

作者簡介

（作者依姓氏筆劃排列）

- | | |
|-----|---|
| 王兆鵬 | 美國芝加哥大學法學博士
臺灣大學法律學系專任教授 |
| 吳巡龍 | 美國史丹福大學法學博士
澎湖地檢署主任檢察官 |
| 吳耀宗 | 臺北大學法學博士
中央警察大學法律學系專任教授 |
| 李聖傑 | 德國雷根斯堡大學法學博士
政治大學法律學系專任副教授 |
| 李榮耕 | 美國印地安納大學布魯明頓分校法學博士
臺北大學法律學系專任助理教授 |
| 林東茂 | 德國慕尼黑大學法律學院法學博士
東吳大學法律學系專任教授 |
| 柯耀程 | 德國慕尼黑大學法學博士
中正大學法律學系專任教授 |
| 高金桂 | 德國維爾茲堡大學博士
東海大學法律學系專任教授 |
| 張麗卿 | 德國慕尼黑大學法學博士
臺灣大學法學博士
高雄大學財經法律學系專任教授兼系主任 |
| 陳子平 | 日本早稻田大學法學研究科博士班修畢
高雄大學法律學系專任教授 |
| 陳志輝 | 德國慕尼黑大學法學博士
政治大學法律學系專任助理教授 |

- 陳志龍 德國法蘭克福大學法學博士
臺灣大學法律學系專任教授
- 黃惠婷 德國雷根斯堡法學博士
中央警察大學刑事警察學系專任教授
- 楊雲驊 德國圖賓根大學法學博士
政治大學法律學系專任副教授
- 劉秉鈞 政治大學法學博士
銘傳大學法律學系專任副教授
- 蔡聖偉 德國福萊堡大學法學博士
東吳大學法律學系專任副教授
- 鄭逸哲 德國慕尼黑大學法學博士
臺北大學法律學系專任教授
- 盧映潔 德國杜賓根大學法學博士
中正大學法律學系專任教授

2011年月旦法學教室 別冊

目錄

刑事法學篇

I 總則

刑事責任

❖ 構成要件該當性

- ◆ 強制行為之可非難性判斷 吳耀宗 3
- ◆ 要錢不要命 吳耀宗 5
- ◆ 錯誤與概括故意 陳志龍 7
- ◆ 刑法不禁止「性交」，而是禁止「強制性交」 鄭逸哲 9
- ◆ 過失不純正不作為犯 黃惠婷 11
- ◆ 死劫難逃 吳耀宗 13
- ◆ 飲酒之「罪」？ 盧映潔 15
- ◆ 適用構成要件的「適格對象事實單位」 鄭逸哲 17

❖ 違法性

- ◆ 正當防衛與緊急避難之競合 高金桂 19
- ◆ 對已婚且經配偶同意而自願者施行結紮手術之阻卻違法事由 鄭逸哲 21
- ◆ 重大手術不可能僅基於「同意」而阻卻違法 鄭逸哲 23
- ◆ 「急救手術」毋庸「同意」 鄭逸哲 25
- ◆ 專斷醫療的刑法問題 林東茂 27

❖有責性

- ◆無期待可能性.....張麗卿 29

未遂犯

- ◆「既遂犯」、「未遂犯」和「不能犯」的「競合」.....鄭逸哲 31
- ◆不能未遂之「無危險」之認定.....吳耀宗 33

正犯與共犯

- ◆正犯行為之減縮.....高金桂 35
- ◆利用誤想防衛之間接正犯.....高金桂 37
- ◆殺人罪的間接正犯或幫助自殺？.....黃惠婷 39
- ◆繼續犯之參與犯.....黃惠婷 41
- ◆為愛沖昏頭.....盧映潔 43
- ◆共犯從屬性原則之鬆動.....高金桂 45

刑

- ◆結合犯與加重結果犯之糾葛.....高金桂 47
- ◆連續對幼年人性交之論罪.....高金桂 49
- ◆多次施用毒品行為之刑法評價.....吳耀宗 51
- ◆投票行賄罪為集合犯.....陳志輝 53
- ◆「擴張犯意」和「法條競合」.....鄭逸哲 55
- ◆「共同正犯」論罪不得割裂.....鄭逸哲 57

II 分則

國家法益

- ◆妨害公務員執行職務之行為.....黃惠婷 59
- ◆僭行公務員職權罪.....黃惠婷 61

社會法益

❖ 社會信用

- ◆ 公務員登載不實罪 高金桂 63
- ◆ 公務員登載不實之行爲 黃惠婷 65
- ◆ 影本之文書性 吳耀宗 67
- ◆ 「訃文」非文 盧映潔 69

❖ 公共危險

- ◆ 廟不可炎——論失火罪客體的屬性認定 蔡聖偉 71
- ◆ 玩火自焚 柯耀程 73

個人法益

❖ 生命身體法益

- ◆ 例外處罰傷害直系血親尊親屬未遂行爲 鄭逸哲 75
- ◆ 遺棄罪 林東茂 77
- ◆ 強制猥褻與性騷擾之界限 柯耀程 79
- ◆ 死亡巴掌 盧映潔 81
- ◆ 棄嬰悲歌 盧映潔 83
- ◆ 髮理之爭——論傷害罪的構成要件結果 蔡聖偉 85

❖ 自由法益

- ◆ 嗆聲——惡害通知的思考 李聖傑 87
- ◆ 淘金夢碎 吳耀宗 89
- ◆ 強制性交罪與利用權勢性交罪 吳耀宗 91
- ◆ 情人看招（糟）！ 柯耀程 93

❖ 財產法益

- ◆ 教唆強盜殺人罪、強盜重傷罪與教唆犯之收受贓物 陳子平 95
- ◆ 準強盜罪的「難以抗拒」 黃惠婷 97
- ◆ 搶奪行爲之認定 蔡聖偉 99
- ◆ 不拿白不拿？ 盧映潔 101

刑事訴訟法

I 總則

證 據

◆ 類推適用第一五九條之三	王兆鵬	105
◆ 不自證己罪拒絕證言權	吳巡龍	107
◆ 物證調查程序	吳巡龍	109
◆ 聲請法院調查證據	吳巡龍	111
◆ 檢察官傳喚後請司法警察初訊	吳巡龍	113
◆ 對潛在性被告之傳訊	吳巡龍	115
◆ 監聽譯文有無證據能力	吳巡龍	117
◆ 錦上添花——另案監察所得通訊內容之證據能力	李榮耕	119
◆ 證人轉為被告的變頻式	柯耀程	121
◆ 權衡變奏曲	柯耀程	123
◆ 關係人變被告	張麗卿	125
◆ 傳聞與共同被告的調查	張麗卿	127
◆ 反對詰問與傳聞證據	楊雲驊	129
◆ 違法監聽之證據能力	楊雲驊	131

強制處分

◆ 檢查身體之鑑定處分	張麗卿	133
◆ 審判中不得因檢察官聲請而羈押被告	鄭逸哲	135
◆ 誹謗性雜誌之扣押	吳巡龍	137

II 第一審

公 訴

- ◆ 特偵組處分之再議 王兆鵬 139
- ◆ 任意偵查的方式 吳巡龍 141
- ◆ 合併審判 柯耀程 143
- ◆ 告訴之撤回 柯耀程 145
- ◆ 告訴乃論的「告」與不告不理的「告」觀念的辨明 劉秉鈞 147

特殊程序

- ◆ 刑事第一審審判程序的「改行」和「再改行」 鄭逸哲 149
- ◆ 認罪！但不認「這個」罪！ 鄭逸哲 151

刑法



I 總則

II 分則



強制行為之可非難性判斷

吳耀宗

甲男愛慕其同事乙女甚久，多次向乙表達欲追求之意，均遭拒絕，但甲並未放棄。某日甲無意間發現乙侵占公司公款之情事，乃乘此機會要求乙與其交往，否則將予以舉發。乙害怕東窗事發，只好答應甲之要求。試問：甲之行為應如何論罪？

壹 問題爭點

行為人以強暴脅迫手段去逼迫他人作無義務之事或妨害其行使權利，是否當然成立強制罪？

貳 強制罪之保護法益與本質

依照通說，強制罪之保護法益係在於個人之意志決定自由與意志活動自由。不過在現實生活當中，人本來就在各種壓力與利害權衡之下作決定、選擇；而且在社會共同生活裡頭，爲了維持社會之正常有效運作，沒有任何人可以隨心所欲地爲所欲爲，例如開車須遵守交通規則，上學須遵守校規，上班須遵守公司的規定等。因此，個人之意志決定自由與意志活動自由必然經常受到侵害，強制罪所保護的自由僅是相對性的，甚至有謂「原則上個人自由係容許被侵害的，相反的，個人自由之侵害僅有在例外情況下才會被禁止的」。

參 強制罪之手段與目的間之可非難性

一、強制手段

本罪之行為手段係以「強暴或脅迫」爲限。所謂強暴，程度上固不必如強盜罪一樣須達到不能抗拒的程度，惟文獻上說法仍有爭議，有認爲只要使被害人感到心理上或生理上的強制即足矣；有的則是強調對人爲有形力或物理力之行使，惟不限於直接對人之身體實施，縱對於第三人或物實施而間接對被害人之身體產生作用者，亦屬之。至於實務方面，雖然也是以有形力之施用爲出發點，但施用的對象是否包括直接對物而間接對人產生作用，看法並不一致。持否定見解者，如行為人趁承租人不在時，僱請鎖匠開鎖與換鎖，使承租人無法入內（高等法院高雄分院八六上易三〇七五）；持肯定見解者，如行為人將他人之機車強行騎走，縱令雙方並無爭吵，仍足以妨害他人駕駛騎車行駛的權利（最高法院八五臺非七五）。

本罪另一強制手段爲脅迫，所謂脅迫，通說認爲係以未來的惡害通知被害人，使其心生畏懼，而得以威脅逼迫，至於惡害之內容爲何，合法或非法，在所不問。然少數意見卻主張，強制罪之脅迫並不包含以合法的惡害爲預告。本文認爲，不應該一開始即將以合法的惡害爲脅迫排除於強制罪所指涉的強制手段之外，因爲強制罪是否成立，並非僅是強制手段的判斷問題。

二、強制目的

依本罪規定，其另一不法要素乃「使人行



無義務之事或妨害其行使權利」。然而是否只要有義務之事即得強制爲之？凡權利之事，皆不得妨害其行使？例如A知道隔壁鄰居B爲通緝犯，將其連拖帶拉地強制抓到警局交給警察；又如十八歲之C女威脅其母D，如果不答應其與E男之婚事，就要自殺。事實上，不論是義務或權利，在法律上皆有其界限，單純從義務或權利本身很難去論斷得否強制爲之。因此，儘管我國強制罪構成要件與德國強制罪有所差異，且並無所謂強制手段與目的之可非難性條款，但在不法的評價上應該如同德國強制罪一般，側重於強制手段與目的之關聯性判斷。

三、強制手段與強制目的之關聯性判斷

承前所述，有關強制行爲之不法的決定判斷，既不是單方面地從強制手段予以探求，也不是僅依據行爲人的強制目的而決定，毋寧是必須將強制手段與強制目的二者予以結合，然後根據此一所謂「目的—手段—關聯」進行評價，這正是德國刑法第二四〇條強制罪第二項：「如果強暴之行使或惡害之脅迫對於所追求的目的應視爲可非難的，則該行爲違法」之用意所在。至於如何評價強制行爲之目的手段關聯是否具有可非難性？德國實務上大多從社會倫理的價值判斷的角度去思考，認爲在道義上應受到較高程度的指摘或者嚴重敗壞風俗；相對的，德國學說上大多數則是以實質違法性爲出發點，Roxin甚至提出六項所謂社會秩序原則，企圖透過這幾個原則的交錯銜接而得出自由與限制之平衡：(一)違法性原則：如果以強暴或脅迫強制他人去爲一個法所禁止的行爲，通常具有可非難性；(二)利益衡量原則：爲了阻止他人竊盜而以一頓痛打爲脅迫或者以暴力拘

禁，基於利益衡量，該強制行爲不具可非難性；(三)輕微性原則：非持續的且欠缺顯著結果的強制作用，不具有實質意義的社會損害性；(四)國家強制手段優位原則：行爲人以強暴手段自行實現債權，此通常具可非難性；(五)關聯性欠缺原則：行爲人用以達成目的之手段與其目的之間如果不存有內在的關聯，縱使該目的本身是合法的（如損害賠償之獲得），該行爲仍具可非難性；(六)自主原則：如果法秩序對於某行爲之作爲與否係聽任個人自由（如自殺），則以該行爲之作爲或不作爲而脅迫，不具可非難性*。關於此，本文認爲，德國實務見解容易與道德上可非難的標準混淆在一起，並不足採，至於學說多數所主張的思考方向是可採的（細節尚待斟酌），蓋強制罪可非難性條款之設立本來即用以提醒適用者須特別注意強制行爲之違法性的審查，因爲在現今法社會中，有許多情形其自由之限制是容許的，甚至有時是必要的。

肆 實例解答

本實例中，甲以舉發乙侵占公司公款之事作要脅，係一種未來惡害之預告，屬於強制罪所稱之脅迫，其施加此等強制手段之目的乃在使乙答應與其交往，就甲之強制行爲的目的手段關聯性加以衡量，乙本來在法律上就有忍受他人揭發其犯罪的義務，現甲以乙是否與其交往作爲揭發乙犯罪與否之條件，其實並未惡化乙之權利義務的狀態，而是提供乙另一選擇。雖然甲之做法在道德上是可議的，但從實質違法性的角度來看，並不可非難（甲乙兩人是一種條件交換），故甲不成立強制罪。□

* 詳細說明討論，參見吳耀宗，德國強制罪第二項可非難性概念之研究，中央警察大學學報，34期，1999年3月，170頁以下。



要錢不要命

吳耀宗

甲的女朋友被乙搶走，甲為了報復洩憤，趁乙不在家時，放火燒乙的房子。未久乙返家，見家裡起火燃燒，雖然火勢猛烈，乙仍奮不顧身，衝入屋內搶救財物，但走避不及而被燒死。問甲對乙之死亡結果應否負刑責？

壹 問題爭點

乙之死亡與甲之放火行為在刑法上是否具有因果關係？可否歸責於甲之放火行為？

貳 因果關係與客觀歸責理論之概說

要成立刑法上的結果犯（如殺人罪、過失致死罪等），不僅須有構成要件行為與結果，而且兩者須具有因果關係與客觀可歸責性。如果欠缺因果關係或客觀可歸責性，則至多僅能論以未遂。

一、因果關係之判斷

刑法因果關係之判斷，最早提出的理論是條件理論，即「如無前者，則無後者」，詳言之，對於結果之發生，一切不可想像其不存在的每個條件，都是結果的原因；相反的，如果可以想像其不存在，而結果照樣還是發生，則不具因果關係。而且依照此理論之觀點，所有造成結果發生的各個條件均具有同等價值。條件理論受到主要的批評有二，一是其牽扯的範圍過於廣泛，例如甲殺死乙，甲的父母親丙、丁如不下甲，甲就不會殺死乙，故丙、丁生下甲的行為與乙的死亡結果間具有因果關係；另一是在「擇一」的因

果情狀」下，運用條件理論之說法，將導出不合理的結論，例如甲、乙皆想要殺死丙，兩人各自在丙的食物下了足以致死的毒藥，丙吃下食物後，毒發身亡。依照條件理論之判斷，如甲未下毒，丙還是會死；如乙未下毒，丙依舊難逃一死。故而甲、乙之下毒行為與丙之死亡結果皆無因果關係（丙注定該死？）。

由於條件理論存在著前述缺失，學說上便出現其他理論來加以修正或取代之，如原因說（個別化理論）、相當因果關係說（相當理論）、重要性理論等。其中相當因果關係說為我國實務所採，「所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實情況，為客觀之事後審查，認為在一般情形之下，有此環境、有此行為之同一條件，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間，即無相當因果關係。」（七六台上—一九二），傳統文獻上有不少人亦同。在多數情形中，以相當理論作為因果關係有無之判準，固然不成問題，但是在一些特殊的案例，例如甲想要殺死乙，在乙的食物下毒，乙因毒性發作，痛苦難忍，跳樓身亡，此例以相當理論來判斷，便顯得躊躇難定。因為相當理論的主要問題是在於，依據所謂經驗法則來進行判斷，往往會因為法律適用者個人之生活經驗的不同以及所掌握的事實條