

增訂二版

# 刑事法實務 熱點問題剖析

Analysis of Practical  
Hot Issues in Criminal Law

林忠義  
著



學術論文集

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID□10680>

# 刑事法實務熱點 問題剖析

---

林忠義 著

元照出版公司  
元照出版 搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID□10680>

## 二版序

說句大實話，筆者沒料到這本書還有再版的機會，畢竟是偏學術的著作，非刑事法律圈內人恐怕比較沒興趣，但它就是銷售一空，或許是書中淺白的用語、貼近實務的分析，讓非法律人亦能穿越法律藩籬，讀得懂它。

第二版除原篇章內法律或實務數據有修正而加以改寫外，亦增添數篇文章，含括妨害司法公正罪架構的建立、犯罪被害人刑事司法地位的強化等主題，這些討論均非無的放矢，恰恰是針對臺灣社會沉痾難解的困境，提出筆者的觀察，並構思破立之道。

臺灣經濟表現是傲人的，惟法律文化頗有根基不穩之憾，民眾對事物的認知容易惑於表象，並受媒體、政治人物的操弄，但願本書的存在能對臺灣法律文化添磚加瓦，稍助民眾理性思維的養成。

林忠義 謹識

於2019年春



元照出版

搶先試閱版

## 自序

該怎麼說呢？當了二十年的檢察官，看到太多人與人之間的愛恨情仇，也目睹世人骯髒而不堪呈現人前的一面，感嘆之餘，更深刻體會人性的不完美。這樣的人性衍生出紛雜的糾葛，終究要有一套定紛止爭的工具來化解，而法律制度就是迄今人們可以想到比較好的遊戲規則。

然而人們智慧有限，語言的運用也不怎麼精確，依循著不完美的人性所定的法律同樣不完美，我們這些實務家運用法律於案件中，自然察覺出各式各樣的適用難題。面對難題，筆者有埋首於中外學術論著後，再著力思考，以尋求解決之道的習慣，加以筆者多年來在大學、研究所、警專巡佐班、警察特考班任教，持續教學研究，偶有所得便發為論著，盼得到有識者的共鳴，一起推動更好的立法，更正確解釋法律。

其實筆者擔任主任檢察官的工作，負擔不輕，還兼任衛福部二個委員會委員，也兼任教職，並經常受邀演講，常有分身乏術之嘆，所以能出版這本書實屬不易，自己也頗感欣慰。



購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID□10680>

筆者喜歡以較直白的用語，不拐彎抹角，直接切入案例，希望引起讀者興趣，勇敢踏入影響人們權益最深的刑事實務領域，多了解實務的極限，建立理性批判的習慣，不陷入媒體或一般民眾發洩情緒式的直觀反應，這樣或有助益於臺灣法治文化的充實。

**林忠義** 謹識

於2016年秋



元照出版

搶先試閱版

# 目 錄

## 二版序 自 序

### 刑法之定位與內涵

#### ——兼論通姦罪廢除之必要性

一、前 言 .....	1
二、刑法在整體法律體系內之地位 .....	2
三、刑法之基本內涵 .....	3
四、案例解析 .....	5
(一)車禍案 .....	5
(二)通姦案 .....	7
五、結 論 .....	10

### 罪刑法定原則於司法實務適用上之盲點

#### ——兼評最高法院93年度台上字第330號判決 及79年台上字第5253號判例

一、前 言 .....	11
二、罪刑法定原則之意義與目的 .....	11
三、罪刑法定子原則 .....	13
(一)禁止類推適用 .....	14
(二)禁止溯及既往 .....	17
(三)禁止習慣法 .....	17
(四)法律明確性 .....	18

四、最高法院93年度台上字第330號判決評釋.....	20
五、最高法院79年台上字第5253號判例評釋.....	23
六、結 論.....	27

## 論刑法之效力

一、前 言.....	29
二、時之效力.....	29
三、人事地之效力.....	34
(一)屬地原則.....	34
(二)屬人原則.....	35
(三)保護原則.....	36
(四)世界法原則.....	36
四、爭議案例解析.....	37
(一)詐欺地震災民案.....	37
(二)臺灣民眾於大陸地區施用毒品案.....	38
(三)臺灣民眾媒介性交易至澳洲案.....	40
五、結 論.....	42

## 論刑法之解釋

——兼評臺灣高等法院臺中分院100年度 上易字第404號判決	
一、前 言.....	43
二、法律解釋（Gesetzesauslegung）之方法.....	43
三、法律補充（Rechtsfortbildung）.....	47
四、刑法解釋之特殊性.....	48
五、臺灣高等法院臺中分院100年度上易字第404號 判決評釋——代結論.....	56



## 談最高法院就若干重要刑法概念之新詮釋

一、前 言.....	59
二、罪刑法定原則.....	60
(一)緒 說.....	60
(二)最高法院對刊登促使性交易訊息罪之舊見解.....	60
(三)最高法院對刊登促使性交易訊息罪之新見解.....	61
(四)評 釋.....	62
三、加重結果犯.....	64
(一)緒 說.....	64
(二)最高法院對加重結果犯之舊見解.....	65
(三)最高法院對加重結果犯之新見解.....	67
(四)評 釋.....	67
四、加重竊盜.....	69
(一)緒 說.....	69
(二)最高法院對加重竊盜未遂之舊見解.....	69
(三)最高法院對加重竊盜未遂之新見解.....	70
(四)評 釋.....	70
五、沒 收.....	72
(一)緒 說.....	72
(二)最高法院對共犯之犯罪所得應否宣告沒收之 舊見解.....	73
(三)最高法院對共犯之犯罪所得應否宣告沒收之 新見解.....	73
(四)評 釋.....	74
六、結語及反思.....	75



## 從妨害司法公正罪架構之建立

### 談司法效能之提升

一、前言.....	77
二、妨害司法公正行為之類型.....	78
三、妨害司法公正罪架構之建立.....	79
(一)教唆他人頂替自己.....	79
(二)被告之虛假陳述.....	81
(三)教唆被告虛假陳述.....	82
(四)關係人虛假陳述.....	82
(五)教唆湮滅自己刑事被告證據.....	84
(六)干擾證人、鑑定人或通譯.....	84
(七)關說施壓司法.....	85
(八)直接藐視法庭.....	86
(九)間接藐視法庭.....	87
(十)訴訟目的外不當使用訴訟資料.....	87
四、結論及反思.....	88

## 法律經濟分析在刑事法等領域 之實際運用及其極限

### ——兼論微物竊盜之修法建議

一、前言.....	89
二、法律經濟分析之原理.....	90
三、法律經濟分析之實際運用.....	91
(一)擄人勒贖罪之修正.....	91
(二)微物竊盜之修法建議.....	91
(三)財產犯罪司法實務之量刑.....	96
(四)民法第796條、第796條之1之適用及修法建議.....	98



四、法律經濟分析之極限	
——以器官買賣市場之建立為例 .....	103
(一)建立器官買賣市場之主張 .....	103
(二)反對器官買賣市場之主張 .....	104
(三)筆者之分析 .....	105
五、結 論 .....	107

## 臺灣認罪協商之立法與實踐

一、前 言 .....	109
二、認罪協商制度之歷史沿革 .....	110
(一)歐洲中世紀之發展 .....	110
(二)美國之發展 .....	110
(三)德國之發展 .....	111
三、臺灣認罪協商之法律規定 .....	113
(一)第455條之2（協商程序之聲請） .....	113
(二)第455條之3（撤銷協商） .....	115
(三)第455條之4（不得為協商判決之情形） .....	116
(四)第455條之5（公設辯護人之指定） .....	118
(五)第455條之6（裁定駁回） .....	119
(六)第455條之7（協商過程中之陳述不得於本案 或其他案採為對被告或共犯不利之證據） .....	119
(七)第455條之8（協商判決書製作送達準用規定） .....	120
(八)第455條之9（宣示判決筆錄送達準用規定及 其效力） .....	120
(九)第455條之10（不得上訴之除外情形） .....	121
(十)第455條之11（協商判決之上訴準用規定） .....	122



四、臺灣認罪協商實務運作之現況.....	122
(一)認罪協商之發動者.....	122
(二)檢察官對於認罪協商之態度.....	123
(三)認罪協商之前提.....	123
(四)認罪協商之前置程序.....	125
(五)認罪協商之時點.....	125
(六)認罪協商之地點.....	126
(七)認罪協商之進行模式.....	128
(八)認罪協商之內容.....	128
(九)被害人權利之維護.....	129
五、協商案例實際操作模式.....	130
(一)進行認罪協商之準備.....	130
(二)協商過程之談判術.....	131
(三)具體案例說明.....	132
六、善用認罪協商以精進刑事司法效率——代結論.....	134
<b>從提升犯罪被害人程序地位之角度談司法革新</b>	
一、前    言.....	139
二、犯罪加害人與被害人訴訟地位之差異.....	140
(一)加害人之訴訟地位.....	140
(二)被害人之訴訟地位.....	144
三、應提升犯罪被害人之程序地位.....	150
(一)獲取資訊.....	150
(二)得到保護.....	151
(三)訴訟參與.....	153



四、修復式司法理念之推動 .....	154
(一)實務案例說明——賴○忠車禍致少女死亡案 .....	154
(二)修復式司法之理念與運作 .....	155
五、結 論 .....	158

### 臺灣死刑犯器官捐贈之探究

一、前 言 .....	161
二、死刑犯器官捐贈之歷史 .....	162
三、死刑犯器官捐贈適法性探討 .....	166
(一)執行死刑規則的再修訂 .....	166
(二)腦死判定準則 .....	169
(三)執行死刑規則不能與腦死判定準則扞格 .....	172
四、目前死刑犯器官捐贈方式違法 .....	172
五、死刑廢除趨勢 .....	173
六、死刑犯不能捐贈器官 .....	175
七、結論與省思 .....	179

### 臺灣與大陸地區罪贓移交之實務探究

一、前 言 .....	183
二、海峽兩岸司法互助協議中罪贓移交之規定 .....	185
三、海峽兩岸罪贓移交之實務運作現況 .....	186
四、海峽兩岸罪贓移交之困境與解決之道 .....	189
(一)法院判決宣告沒收被害人仍得主張返還的 犯罪被害財產 .....	189
(二)同一詐欺集團有二件以上確定判決而對應否 沒收犯罪被害財產宣告歧異 .....	194



(三)犯罪被害財產因應受發還人不明而公告滿 六個月已歸屬國庫.....	195
(四)同一詐欺集團有二件以上確定判決而扣押 財物數額不同兼所認定被害人亦有歧異.....	198
五、應重新建構返還犯罪被害財產法制 .....	199
(一)擴大返還犯罪被害財產基數 .....	199
(二)沒收犯罪被害財產轉由被害人分配 .....	204
六、結語及反思 .....	205

## 臺灣與大陸地區受刑人接返之實務剖析

一、前 言 .....	207
二、海峽兩岸司法互助協議中受刑人接返之規定 .....	208
三、海峽兩岸受刑人接返之實務運作現況 .....	210
四、海峽兩岸受刑人接返之難點與解決之道 .....	212
(一)臺灣方面 .....	212
(二)大陸方面 .....	216
五、結語及反思 .....	218

## 論犯罪被害人於刑事司法法律地位之強化

### ——兼談兩岸跨境犯罪中被害人權益應有之保障

一、前 言 .....	221
二、犯罪被害人於刑事司法之法律地位持續高漲 .....	222
(一)偵查中羈押審查程序之閱卷權 .....	223
(二)第二審初次受有罪判決上訴第三審之救濟權 .....	226
(三)審判中無辯護人被告之閱卷權 .....	227
(四)聲請再議案件二審撤銷發回限制 .....	228
(五)偵查中遭限制出境被告之資訊獲知權 .....	230



購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID□10680>

三、犯罪被害人於刑事司法之法律地位低落.....	231
(一)自訴權.....	231
(二)告訴權.....	232
(三)聲請再議及聲請交付審判權.....	232
(四)證據保全處分聲請權.....	233
(五)扣押物發還聲請權.....	233
(六)陳述意見權.....	234
(七)閱卷權.....	234
(八)請求檢察官上訴權.....	235
(九)附帶提起民事訴訟之權.....	235
四、應提升犯罪被害人於刑事司法之法律地位.....	236
(一)資訊獲取.....	236
(二)被害人保護.....	239
(三)被害人參加訴訟.....	242
五、兩岸跨境犯罪中被害人權益應有之保障.....	253
(一)資訊獲取部分.....	253
(二)被害人保護部分.....	254
(三)被害人訴訟參加部分.....	256
六、結論與反思.....	256

## 從檢察官觀點談社會矚目刑事案件

一、前言.....	259
二、成人間散布A片真的構成犯罪嗎？.....	259
三、搶救狗狗大作戰——為拯救瑪爾濟斯犬 官員可破門而入.....	261
四、應保全財產還是保全人情味？臺灣的法律 落後大陸地區？.....	263



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID□10680>

五、食品安全體系之再建構 .....	265
六、酒駕「三犯」未肇事，該「三振」還是 「三思」？ .....	268
七、面對「無差別殺人事件」應有的法律對策 .....	270
八、刑法過失致死罪之改弦更張.....	273
九、美光營業秘密遭竊案的光與影.....	275
十、結語與反思 .....	277



元照出版

搶先試閱版

# 刑法之定位與內涵

## ——兼論通姦罪廢除之必要性

### 一、前 言

每日翻開報章雜誌，最引人注目的就是一大堆的刑事案件，殺人、放火、強盜、妨害性自主等等，何以媒體偏好報導這類案件？因為民眾關心！那民眾何以關心他人的刑事案件？那是因為處於同一社會，人與人之間彼此關聯，對於重大刑案會感到驚悚不安，擔心如果不能順利制裁犯罪人，這些犯罪就會蔓延開來。此時刑法的重要性毫無疑問的彰顯開來！國家必須透過刑法去定義犯罪，並規定犯罪的後果，適當的刑罰規範，可以引導民眾趨利避害，知道何者當為，何者不能為，而由刑罰目的觀來說，刑法的存在就是制裁犯罪人，並進行社會預防、特別預防。

不過刑法的作用不能包山包海，想藉由這部刑法就讓社會清明，解決民眾各種糾紛，則是緣木求魚的期待，蓋刑法有其極限。臺灣社會過度看重刑法的效用，甚至誤用刑法，發生一件社會矚目案件，立法機關就修個兩條法條，割裂刑法內在刑罰秩序的一體性，並有重刑化的趨勢，什麼犯罪行為都要大刑伺候。而行政機關也容易養成依賴刑法機能，推卸自己應負的事先規劃、運作行政事務的行政責任，未做好預防工作，一旦民眾觸法，經常以行政刑法，並提高刑度，來做為解決問題的良方。這些都有待斟酌。



## 2 刑事法實務熱點問題剖析

### 二、刑法在整體法律體系內之地位

一般而言，整體法律體系乃由憲法、民事法、行政法及刑事法所組成，並以憲法為最高位階，因其乃人民基本權利的保障書。只是憲法固然宣示民眾生命、身體、自由、名譽、秘密及財產等權利應該給予保障，但這些基本權利的實質內涵為何，以及應如何落實，這憲法上沒有明文，必須要依靠民事法、行政法及刑事法等具體法律規定。這其中以刑事法具有最強威力，而刑事法以刑法為起點，君不見每日新聞事件中，經常是以刑事案件占最大篇幅，也最吸引民眾的目光。何以如此？其實憲法所稱的基本權，粗略的講，它在刑法領域有一個類似的概念，也就是法益（Rechtsgut）。何謂法益？簡單的說，就是法律所要捍衛的較為重要生活權益，而刑法的價值就是保護較為重要的生活權益，對於侵害法益的犯罪人，科與國家所能給予人民的最大惡害——刑罰。因為刑罰帶有痛苦性及很多副作用，例如剝奪其自由，讓他入監，就是一種痛苦，而即便服完刑，標籤化的作用，會讓犯罪人謀生較為困難，其家庭也可能遭受來自鄰居的異樣眼光，這都是副作用。因此之故，刑法這套規範對一般民眾也最有威嚇力，確保這個社會能相對穩定。

當然民事法及行政法也扮演保障民眾權益的機能，惟各有其極限。

民事法規範私人間權利義務關係，惟債權人權利受損時，要以債務人的資產為依靠，一碰到刁蠻脫產者，或真的沒錢，債權人也只能守著民事確定判決書，望梅止渴罷了，故而臺灣社會才會產生以刑逼民的實務動向。像是車禍案件、夫妻離婚案件、遺產爭奪案件、借款貸款案件、投資糾紛案件、合會案件、公寓大廈案件等等，是以刑逼民的代表性案例類型。這些



民事紛爭，常常難以民事程序合理解決，涉入其中者，會將之引入刑事爭訟。司法實務家在處理這類型案件，有時難免會有怨言，認為屬「假性犯罪」，但很多民眾即便經由民事程序，也是拿不到錢，或拿不到應有的合理對待，相對人擺出一副「人肉鹹鹹」的姿態，債權人還能怎樣？所以有時候民眾硬要走刑事途徑，是有苦衷的！只是這樣一來，會弱化民事法體系存在的價值，過度仰賴刑法，亦非社會之福。我們應思考如何在民事法領域內，透明化債務人資產，防止脫產，儘速將債務人非法轉移的資產回歸原位，並能讓民事權利快速實現。

至於行政法，有相當大部分乃規範國家公權力與私人間的關係。在現代化的社會裡面，強調積極主動的政府，所以政府的觸手已深入民眾的各項生活，行政法規多如牛毛。問題是行政機關常有一個心態，民眾不遵守行政法規，我就開罰，罰了不怕，我就移送法辦，所謂移送法辦也就是進入刑事處罰領域，所以重要行政法規內都會有刑罰存在，形成行政刑罰碩大化現象。這樣的趨勢很糟糕，它會弱化行政機關的行政能力，怠於預防，且遇事推諉塞責，最後就說了一句，我已經將行為人移送了，好像這樣子行政機關就了無責任。讓人難過的是，人們的食衣住行都被惡劣的商人荼毒，行政機關沒有在第一線好好把關、查緝，等到送到檢察官這邊，河川都被重金屬污染、國土都被濫墾濫伐、黑心食物到處都是，那起訴行為人，判他們有罪服刑，很多事情也已經不能挽回。

### 三、刑法之基本內涵

刑法係規範犯罪行為的構成與法律效果的法律，亦即規範犯罪與刑罰，所以整個刑法學可大致分為犯罪論與刑罰論。

為求處理便捷，刑法將各類犯罪共通事項抽取出來，例如罪刑法定原則、效力、歸責原則、犯罪階段、正犯與共犯、刑

#### 4 刑事法實務熱點問題剖析

罰內容等等，規定為總則，約有100個條文（規定到第99條，但有增刪，例如增第42條之1、刪第97條）。之後規定分則，即羅列各種犯罪，共有37大類的罪，第100條到第363條。這樣編排的好處是顯而易見的，不用在個別罪名內重複規定相同事項，就不會讓整部刑法過度臃腫。當然我們必須小心過度抽象的條文，在適用到具體案例時，容易有規範不夠明確，同時實務家可能將法律價值或立法目的與法條文字剝離開來，陷入概念泥淖之內，單純機械性說文解字，而無法實現正義。

既然刑法是國家發動刑罰權的重要依據，那我們不得不正視什麼情況下，國家有權科處刑罰，亦即國家刑罰權正當性何在？早期刑法與道德、風俗、宗教牽扯不清，甚至就是獨裁者統治人民的工具，所以對於刑罰幾乎不會去思考它的正當基礎，然後到了17、18世紀啟蒙時代（Age of Enlightenment）以後，社會思潮朝向求知與理性，當然也對刑罰的根本提出省思，認為必須是行為人的行為對整體社會平和生活產生危害，也就是他的行為具有社會損害性（Sozialschädlichkeit）時，才能以刑罰加以制裁，換言之，不能純以行為違反道德風俗或宗教教條，就輕率啟動刑罰。而社會損害性這種想法後來在刑法學領域就轉換成法益概念，只有侵害法益的行為，國家才能祭出刑罰。

那是不是只要侵害法益，不管情節輕重，一律都要以刑罰來對付？其實不是的！如前所述，國家透過規範以保障民眾權益，不是只限於刑法一端，還有民事法、行政法，整體構成一個法秩序，倘經由民事法或行政法比較輕微的制裁手段，即可抑制該法益侵害行為時，就不能啟動刑罰，這是刑罰正當性的第二個條件，我們稱之為刑罰的最後手段性（ultima ratio）原



則<sup>1</sup>，同時刑法學界有時會以刑罰謙抑性或附屬性原則來取代最後手段性這個概念，然這三個詞語均是描述相同理念，避免刑罰遭國家浮濫使用。

而最後一個刑罰正當性條件是必須符合比例原則（Grundsatz der Verhältnismäßigkeit），這是從憲法角度而來的設定，亦即刑罰動用的惡害，相較於侵害行為對法益的危害，若過於苛酷，那就應該放棄而不用，這是因為刑罰既是帶有痛苦及深刻副作用，國家不能輕易動用，以免輕重失衡。這一點通常刑法學者比較少去觸及。

#### 四、案例解析

##### （一）車禍案

案例事實如下：「甲為職業駕駛，於2015年5月30日下午3時30分許，駕駛營業聯結車，超過核定總聯結重量42公噸，竟載運高達52公噸的紡紗原料，沿新竹縣新豐鄉康樂路，由西往東方向行駛，行經康樂路1段39號前，原應注意車前狀況，並保持兩車安全間隔距離，以防止危險發生，在無不能注意的情形下，明知乙騎乘普通重型機車，正在其右前方行駛，此時甲在未保持安全間隔距離的情況下，率爾超車，致後方聯結子車擦撞乙的機車，造成乙胸腹部鈍力損傷，送醫不治死亡<sup>2</sup>。」

<sup>1</sup> 義大利法律學家Beccaria（1738-1794）於1764年出版的「論犯罪與刑罰」一書中，率先倡導刑罰最後手段性原則，影響深遠。最後手段性的探討，可參考林山田，刑法通論，16-17頁，1989年10月；林鈺雄，新刑法總則，11-13頁，2011年9月；王皇玉，刑法總則，58-60頁，2014年12月。

<sup>2</sup> 本則案例修改自臺灣新竹地方法院91年度交訴字第111號判決、臺灣高等法院92年度交上訴字第230號判決、最高法院95年度台上字第5813號判決。此判決認定被告業務過失致人於死而有罪確定，其後被告亦入監服刑。

## 6 刑事法實務熱點問題剖析

在臺灣車禍案件只要有人死傷，幾乎都會進入刑事程序，也就是被害人或其家屬會提出告訴，由檢察官進行偵查，若起訴，則由法院進行審判，然而一旦雙方達成和解，行為人願意賠償，同時確實履行賠償義務，在過失傷害案件，被害人撤回告訴後，檢察官就作出不起訴處分，或法院會為不受理判決；而過失致死案件，除非情節非常嚴重，例如死者不只1人，或被告前科累累，否則和解賠償後，檢察官有時會給予緩起訴處分，即便起訴後，法院原則上也會判決緩刑。為什麼車禍案件都要走上刑事這麼一遭？因為常常涉及龐大賠償金額，而這樣的紛爭，不容易透過民事程序獲得滿意答案，然而經由刑事程序，行為人擔心刑罰的惡害，談和解的積極度通常有很大提升，所以和解、調解成功比例很高，因為有用，民眾眼睛是雪亮的，以致於「談不成就告」形成了全民運動。實務界檢察官或法官一般均認識此種社會現象，也能理解被害人的痛苦，那勸導息訟，督促行為人給予損害賠償也就是箇中應有之義。

本件案例行為人遭法院判決有期徒刑10月，上訴二審、三審均駁回而確定，然行為人無犯罪前科、素行良好，本件又是自首，那何以法院不給予緩刑之機？其中的關鍵在於他未為賠償！臺灣新竹地方法院91年度交訴字第111號判決量刑理由為：「爰審酌被告無前科紀錄，素行良好，此有臺灣高等法院被告全國前案紀錄表及臺灣新竹地方法院檢察署刑案資料查註紀錄表各一件在卷可參，其係偶發初犯，惟其因超車不當，致被害人當場慘死輪下，其過失程度重大，所生侵害生命法益之危害，參以被告自車禍發生後以至其後之偵審程序，均一再表明有誠意要與被害人家屬和解，且願賠償被害人家屬共新臺幣（下同）三百萬元（含汽車強制責任險保險金一百四十萬元），而關於汽車強制責任險保險金一百四十萬元部分，業據被害人家屬領訖，此據告訴人於本院供述明確（見本院九十二

年四月十五日訊問筆錄筆錄），惟告訴人表示並無法接受此和解條件，致和解事宜無法達成共識，暨被告犯後猶飾詞狡卸，態度難認有佳等一切情狀，判處如主文所示之刑，以示懲儆。」觀此案例便可知刑法在臺灣的重要地位，它至少能給被害人或家屬一個起碼的公道。

## (二)通姦案

案例事實如下：「甲明知乙有配偶，二人卻自2015年1月13日起，在桃園市、新竹縣多家汽車旅館，以及甲在桃園市住處等地，發生多次性關係。至同年4月中旬，乙的妻子丙在新竹縣住處，尋得乙所書寫的筆記本，其上記載甲與乙多次前往『雀○』、『玫○』汽車旅館，並有『翻雲覆雨』、『纏綿悱惻』等性暗示的曖昧字詞，丙始知二人有外遇。其後丙委託徵信社積極追查二人交往詳情，迨於同年6月3日凌晨零時50分許，徵信社跟監發現甲乙進入桃園市某汽車旅館202室，丙遂報警到場，並進入房內搜查，在床頭櫃、矮桌上發現二人內衣褲<sup>3</sup>。」

從國家刑罰正當性的角度來看，通姦罪繼續存在於臺灣實在有很大的問題！

或有認為婚姻乃受憲法制度性保障，為確保婚姻的圓滿，同時婚姻中配偶雙方本互負忠誠義務，是以性自主權應該受到合理限制，不得發生婚外性行為。此婚外性行為的存在毫無疑問會侵害婚姻的互信根基，當然就是侵害法益，那以刑罰加以處罰，怎麼不可以？<sup>4</sup>

通姦有傷婚姻圓滿，固無庸置疑，但刑罰正當化第二個條

<sup>3</sup> 本則案例修改自臺灣新竹地方法院91年度易字第312號判決。該判決認定被告二人通、相姦而有罪確定。

<sup>4</sup> 司法院大法官會議釋字第554號解釋就是採取這種觀點。

## 8 刑事法實務熱點問題剖析

件是「最後手段性」，通姦行為非得透過刑罰的制裁，才能收其實效？沒有其他保護法益的手段了嗎？出現婚外性行為，某種程度彰顯該婚姻出現警訊，以之為犯罪而科處刑罰，就能挽救婚姻？由實務經驗顯示，該婚姻體質常是不佳，加上會同警方抓姦，大家撕破臉，法庭上攻防又是刀光劍影的互揭瘡疤，最後離婚收場的案例，比比皆是。婚姻的存在要靠雙方用心扶持，若稱以通姦罪來壓制一方不出軌，或以通姦罪為維持婚姻的工具，實在悲哀也可笑，實務經驗亦證明其無效。況且整個訴訟中，常見妻子為挽回婚姻，會堅持告外遇的小三，但撤回對其夫的告訴，最後演變成兩個女人的戰爭，刑罰成了妻子報復小三的工具，而闖禍的男性卻置身事外，有傷事理之平。其實，臺灣社會上兩性已漸趨平等，女性亦擁有獨立謀生的能力，沒有必要依賴男性之理，行為人通姦固然侵害婚姻內在信任機制，但現行民事法上已經構成訴請離婚事由，受害一方也可請求財產上及非財產上損害賠償，加上離婚後亦得請求剩餘財產分配，另外，因通姦而離婚，女性如果是受害一方，常能取得子女監護權，而其前夫仍應承擔支付扶養費用義務，這樣的制裁怎麼會不夠，而非得介入刑罰不可？

其次，人類性行為本來就是私領域內極端私密之事，通常不會大刺刺的在眾人面前進行交媾，但因通姦罪的存在，一旦有配偶提出告訴，檢警自然要想盡辦法蒐集證據，以確定是否構成要件該當，輔以該配偶間或透過徵信社加入蒐證行列，所謂「捉姦在床」，能當場查獲行為人正在進行性交行為，絕對是直接而證明力極強的證據，問題是這就要大陣仗攜帶相機、攝影機，闖入汽車旅館等房間內，捕捉行為人赤裸裸性交畫面，這令人多麼難堪，其破壞個人性行為隱私多麼巨大，再加上後續刑罰，都形成了過苛的處罰，有違比例原則。

本件案例就是典型的抓姦，先是窺視他方的筆記本，再找

徵信社跟監，接著報警侵入汽車旅館房間蒐證，也找到兩人貼身內衣褲，這條罪的存在太傷人性尊嚴！這種罪的存在怎麼可能對婚姻的圓滿有貢獻，婚姻靠通姦罪維繫的說法根本上褻瀆了婚姻的神聖。刑法學界20、30年來幾乎有一致共識要求通姦除罪化<sup>5</sup>，豈料立法者不動如山，近幾年來通姦除罪化的呼聲再度揚起，連文化部長也談到通姦應廢除刑罰<sup>6</sup>，這讓法務部再度關注到此議題，先是於2013年3月14日以新聞稿提出說明：「邇來各界對於刑法第239條之存廢有不同意見，國際學者審查我國初次國家人權報告之結論性意見，亦建議我國考量是否廢除此規定，法務部特提出說明如下：1. 依司法院釋字第554號解釋，刑法第239條並無違憲。釋字第554號解釋認為『婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障』，並認為刑法第239條規定固係對人民之性行為自由有所限制，惟此為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要，此乃立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間，與憲法第23條比例原則之規定尚無違背。2. 刑法第239條並未就不同性別為差別處罰待遇，無違反平等原則。本罪處罰之行為人係有配偶之人而與他人通姦，或與有配偶之人相姦，是以，就處罰對象而言並不因性別、種族、宗教、階級而有所不同，因此，並無違反平等原則之虞。3. 法務部刑法研究修正小組將審慎研議刑法第239條有無修正之必要性。法務部就刑法第239條之規定有無修正必要，將蒐集外國立法例、廣納各界意見，並於法務部刑法研究

<sup>5</sup> 可參考黃榮堅，論通姦罪的除罪化，收錄於刑罰的極限，3-17頁，1999年4月。

<sup>6</sup> 文化部長龍應台曾於2013年3月14日行政院院會發言，對通姦罪的存在多所質疑，稱「通姦罪是落伍的法律」，可參見公共電視臺新聞網<http://news.pts.org.tw/detail.php?NEENO=291416>。最近一次閱覽為2015年4月13日。

## 10 刑事法實務熱點問題剖析

修正小組討論，聽取審、檢、辯、學及機關代表意見，再行研議，以期周延。」其後則於2013年11月28日召開公聽會，茲摘錄會議紀錄一段，以呈現法務部的看法：「捌、報告：本部檢察司章主任檢察官京文：本部辦理『通姦罪應否除罪化』公聽會，主要理由如下：1. 102年3月本部邀請國際專家來臺審查兩公約實踐情形，國際專家建議中華民國刑法通姦罪可能與公民與政治權利國際公約第17條『禁止對個人生活隱私之無理侵擾』可能有所違背，建議政府是否修法刪除通姦罪之規定。但司法院釋字第554號解釋認為——婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障，因此通姦罪之存在並未違反憲法與人權。2. 法務部於102年4、5月間先後兩次委託民調機關進行民調，結果發現大部分民眾仍贊成通姦罪繼續存在，顯然在專家、學者、民眾、或實務間存在見解上之歧異，為尋求共識因而辦理本次公聽會，希望廣納意見。<sup>7</sup>」可惜的是，法務部迄今仍未積極提出通姦除罪化修法草案，面對韓國憲法法院於2015年2月26日判決通姦罪違憲而立即失效<sup>8</sup>，全球僅剩極端少數如臺灣、伊斯蘭教國家等還有通姦罪，其刑罰正當性之不存幾可篤定，法務部或立法院豈能再以民調之名，捨棄人權保障，繼續拖延除罪化的步調？

## 五、結 論

整體法律體系相輔相成，應給予刑法合理定位，亦不能濫用國家刑罰權，妄想刑法萬能，就是給予刑法超出其能力的負荷，終將徒勞無功！

<sup>7</sup> 此公聽會完整紀錄可參法務部網站 <http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/410281974020.pdf>。最近一次閱覽為2015年4月13日。

<sup>8</sup> 相關報導可參見BBC網路新聞，[http://www.bbc.co.uk/zhongwen/trad/world/2015/02/150226\\_skorea\\_law](http://www.bbc.co.uk/zhongwen/trad/world/2015/02/150226_skorea_law)。最近一次閱覽為2015年4月10日。



購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID□10680>

國家圖書館出版品預行編目資料

刑事法實務熱點問題剖析／林忠義著． --

二版． -- 臺北市：元照，2019.04

面；公分

ISBN 978-957-511-086-4（平裝）

1.刑事法 2.論述分析

585

108003171

# 刑事法實務熱點 問題剖析

5D419RB

作 者 林忠義  
出 版 者 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](http://www.angle.com.tw)  
定 價 新臺幣 350 元  
專 線 (02) 2375-6688  
傳 真 (02) 2331-8496  
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司  
出版年月 2016 年 11 月 初版第 1 刷  
2019 年 04 月 二版第 1 刷

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-086-4



元照出版

搶先試閱版

## 本書簡介

本書乃作者於案件偵辦過程中，對於現行刑事實務的省思，並就相關法律爭論問題，反璞歸真的從最基本法律概念加以闡釋，以求正確適用法律，且延伸到法制變革的建議。而本書探討內容橫跨刑法、刑事訴訟法及刑事執行領域，用詞淺顯，可以讓相關領域人士及社會大眾輕鬆窺探刑事法的奧秘。

ISBN 978-957-511-086-4



9 789575 110864



5D419RB

定價：350元



元照網路書店



元照粉絲團



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：[www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)