

刑事法學叢書

犯罪與法之抗制

(二)

吳耀宗 著

中央警察大學

序 說

這本書乃是個人第二本著作論文集，其中收錄的也是個人曾經發表過的文章，總計十一篇，由近而遠依序地納入。本論文集之文章所觸及的面向，有的係與刑法上的犯罪論問題相關，有的則是偏向於刑罰論的議題、也有的是同時橫跨總則與分則的問題，另有的主要係針對刑法分則上的議題；此外，尚有刑事訴訟法上的相關問題以及跨足其他法領域的犯罪問題，涵蓋的範圍略為廣泛。由此顯示，本論文集大抵上還是延續個人第一本論文集的研究領域，故而仍名之為「犯罪與法之抗制（二）」。當然，隨著時間之遞移，這幾篇文章所牽涉到的有些法令規定已有所修正，或者相關的文獻資料也有新增累積，儘管如此，但為了忠實紀錄當時之個人思維進路、法令狀況及相關意見，本論文集仍是以原貌收錄呈現，不過以下會分別針對各篇文章作或多或少之補充說明。

◆關於橫跨刑法總則與分則之議題

在這幾篇文章之中，「評析刑法新修正的公務員概念」係專為二〇〇五年修正通過之新刑法而作。刑法上的公務員概念，從過去到此次修法以前，對照於其他的刑法議題來看，顯然比較不受到我國刑法界所青睞。而二〇〇五年之刑法修正卻為此一議題設下了定時的引爆彈，引爆的時點則是在今年七月一日以後。據聞，目前實務上有不少涉及到以公務員作為行為主體之犯罪案件被暫時予以擱置，大家靜觀其變。事實上，刑法公務員定義問題並非僅是涉及到以公務員作為主體之犯罪而已，也不是單純總則上的立法定義問題，我們可以這麼說，它既是刑法總則上的議題，同時也是刑法分則上的議題，其既牽涉到犯罪之成立要件或加重要件，又與阻卻犯罪成立之要件有關，而且涉及犯罪之法律效果（褫奪公權）等，單單以普通刑法為限，相關條文即多達四十三條，影響層面之大，可見一斑。

截至本書付印之前，國內刑法界對於新修正公務員定義此一議題之論述依舊相當有限，不知是大家有意地忽略抑或無心地疏忽？然而，有鑑於刑法公務員定義之修正所產生的射程範圍極為廣泛，且有待澄清的問題也不少，是故，個人乃不揣淺陋，特以此議題作為研究對象，希冀達到拋磚引玉的效果。這篇文章係本書所收的數篇文章之中，耗費個人時間最長、佔據篇幅最大的一篇，但憑心而論，一直到完稿之後，個人都還覺得，相關問題似乎尚未澈底講清楚。不過無論如何，個人在此議題的研究過程中，深深體認到，刑法上所稱之公務員本身其實並非先驗性的概念，而是特定制度目的構想下之產物，其與國家之事務種類性質、機關組織型態、事務權限分配與內部構造、人員進用方式及其權利義務關係等密切相關；此外，尚須注意到所謂「政府改造」運動與國家任務「民營化」、「委外化」等現象之衝擊影響。職是之故，個人在此議題之資料文獻的涉獵整理方面，除了我國與德國刑法上一般的說法見解外，還另特地對於行政法之部分領域作了一定程度的複習與深化，並且也粗略地接觸一些行政學、公共管理、社會學等其他學科的基本知識。所以在這篇文章完成之後，不管其是否對於問題有所釐清、能否對實務運用上提供幫助，

至少可確定的是，自己在這當中已收穫不少。

◆關於刑法分則之議題

「偽造文書罪保護法益之研究」、「影本（影印）在偽造文書罪中之相關問題」、「代理製作文書與偽造文書罪」、「使公務員登載不實罪」這幾篇文章係有關（廣義的）偽造文書罪¹之系列性研究。按，偽造文書罪在我國刑法實務上之使用頻率甚高，根據近四年來（民國九十年至九十三年）司法院關刑事案件之統計資料，以地方法院刑事第一審案件（不包含簡易案件與重大案件）所結結的案件數，依其罪名種類加以觀察分析，我們可以發現，在普通刑法中，偽造文書罪之數量始終高居於排行榜前五名之內²，如果再考量到，偽造文書罪又經常與詐欺罪、背信罪等犯罪有所關聯，則偽造文書罪在刑法實務上之重要性，自是不言可喻。再者，只要對於刑法有一定程度瞭解的人都知道，我國刑法學說與實務有關偽造文書罪之解釋適用向來存有不少爭執點，如「偽造文書罪之保護法益」、「形式主義與實質主義」、「文書概念」、「影本之文書性」、「準文書」、「公文書與私文書」、「業務文書」、「特種文書」、「有形偽造與無形偽造」、「文書之真正性與真實性」、「變造」、「偽造變造文書之行使」、「足以生損害於公眾或他人」等等。基此，個人遂著手於偽造文書罪之相關議題進行一系列研究，雖然目前已發表了前述幾篇文章，而對於偽造文書罪之「保護法益」、「形式主義與實質主義」、「文書概念」、「影本之文書性」、「有形偽造與無形偽造」、「文書之行使」等有一些心得看法，不過此系列之研究並未結束，是以，後續相關議題的研究將來仍會持續下去，希望最後能得出一個總結性的成果。

在二〇〇五年新修正刑法當中，與偽造文書罪有關者，乃是將原來第二二〇條第三項之電磁紀錄定義移至總則第十條第六項，並修正文字內容為：「稱電磁紀錄者，謂以電子、磁性、光學或其他相類之方式所製成，而供電腦處理之紀錄。」此次修法之所以會將電磁紀錄定義從偽造文書印文罪章中移置到刑法總則，主要是考量到，在我國刑法及其他法律（如刑事訴訟法、陸海空軍刑法、軍事審判法等）中涉及電磁紀錄者，非僅是偽造文書罪而已，因此，其應屬於一種總則性的定義，故而作了如此調整³。對於電磁紀錄定義之此等體例位置上的調整措施，個人認為，應可資贊同。不過就其條文修正內容以觀，依個人之見，新修正之內容並不會較之舊法規定：「稱電磁記錄者，謂以電子、磁性或其他無法以人之知覺直接認識之方式所製成之紀錄，而供電腦處理之用者」要來得恰當，因為新修正電磁紀錄定義所增列之「光學紀錄」（即一般所稱之光碟片）本來即可為舊法所稱之「其他無法以人之知覺直接認識之方式所製成之紀錄，而供電腦處理之用者」所涵蓋，是以，即便此次修法未增列此等「光學紀錄」，在適用上並不致產生法律漏洞。至於以「其他

¹ 這裡是指我國刑法整個偽造文書印文罪章第二一〇條至第二二〇條而言

² 司法統計提要（九十年至九十三年）<http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm> 二〇〇六年三月十日造訪。

³ 參見法務部，中華民國刑法及刑法施行法全文暨修正條文對照表，二〇〇五年二月，七三頁。

相類之方式所製成，而供電腦處理之紀錄」替代原來「其他無法以人之知覺直接認識之方式所製成之紀錄，而供電腦處理之用」，不但沒有比較適當，甚至可能產生法律漏洞。例如在現代電腦資料處理與管理上普遍使用的「條碼」(Barcode)、早期的打孔卡片及考試作答供電腦閱卷之用的答案卡等非屬磁性作用之資料儲存紀錄的媒體（載體），依照新的電磁紀錄定義之規定，能否涵括之，誠有疑問。

◆關於刑法犯罪論之議題

「輕微性原則在刑法上有關不法確立的解釋適用」這篇文章係在處理一項刑法上犯罪論的根本問題，即輕微性原則有無可能影響到犯罪不法成立之判斷？換言之，在刑事不法（或刑法違法性）領域中，有無可能因為法益侵擾或行為違反之極端輕微而最後導致否定其刑事不法之存在（欠缺違法性）？關於此，國內刑法學說上大致有兩種看法，一種是受到日本所謂「可罰的違法性理論」之影響而認為，行為之違法性會因為法益侵害之輕微性與行為逸脫之輕微性而不具可罰性；另一種看法則是受到德國通說所影響而主張，不法與違法是兩種不同的法概念，違法係指行為與整體法規範價值體系之對立衝突，而不法乃是對於行為本身之一種非價判斷，不法是一種層升概念（Steigerungsbegriff），有程度輕重不等的差別，至於違法性僅是有或無之區分，並沒有程度上的差別。

然而依據個人之研究結論，不法與違法之區分，僅是從不同角度去判斷說明一個與法秩序相衝突、被法律負面評價之行為，這兩者並不是沒有關聯的，更確切的說，不法與違法乃是同一事務之一體兩面，彼此相互牽動。事實上，「量之差異」的確會影響到「質之認定」，我們只要看看最近引起民衆抱怨與媒體指責之警察取締夜市的「彈珠臺」、「推推樂」、「水果盤」等新聞事件便可得知，如果在公共場所賭博財物是一種犯罪（至少刑法是如此規定），且如果「豪賭」、「經常聚賭」是犯罪，那麼為何「擲骰子打香腸」、「小賭一下」、「參加麻將大賽贏獎金」就不是犯罪？為何警察取締移送這種「小案件」會遭惹民怨，被譏為「以大砲打小鳥」？這背後其實便隱藏著「輕微性原則」的思維，也正是憲法比例原則之具體表現，此亦說明，為何刑法上對於賭博罪另又規定「以供人暫時娛樂之物為賭博者，不在此限」。藉由此一新聞事件告訴我們，假若執法者與司法者對於輕微性原則有可能影響到犯罪不法之判斷毫無認識的話，那麼其在適用刑法之過程，動輒遭受「柿子挑軟的吃」、「小題大作」之批評，一點都不讓人意外。

◆關於刑事訴訟法之議題

「警察在犯罪偵查程序的角色與權限之再思考」、「兩岸刑事簡易程序之比較研究」、「大陸刑事訴訟法之初探」這幾篇文章皆屬於刑事訴訟法之範疇。作為警察大學之教學研究者，對於警察在執法過程中所面臨到的諸多法律問題（包括實體法與程序法）予以研究探討，實乃責無旁貸之任務，「警察在犯罪偵查程序的角色與權限之再思考」正是基此而作。警察，姑且不論在刑事訴訟法制上應否被定位為所謂「犯罪偵查主體」，其在犯罪偵查實務上絕大部分情況係居於第一線的位置，以及

肩負維護社會治安的主要責任⁴，可謂不爭的事實。警察作為犯罪偵查第一線的人員，其究竟可以且應該有何作為？具有哪些權限？在當時撰寫該文之法制背景下，個人認為，警察在犯罪偵查實務上經常採取的一些涉及到人民權利義務之作為，但在我國刑事訴訟法上卻是沒有依據的，諸如對於「證人」、「關係人」之約談、在犯罪發生地點附近路口進行人車之攔檢、盤查等、對於刑案現場的封鎖、勘驗、採證、對於犯罪嫌疑人、現行犯、通緝犯之照相、捺印指紋、採集尿液、拔取毛髮或抽取體液等、對於犯罪嫌疑人之長期跟監、監控等等，然而基於刑事訴訟法作為具體憲法之認知，警察這些犯罪偵查上的經常作為可以說是處於違法、違憲的狀態，該文當時即已指出，唯一的解決之道乃是，進行刑事訴訟法及相關法律之修正。所幸的是，在近幾年刑事訴訟法之逐次修正及警察職權行使法之制定後，前揭諸等問題之法源依據大部分已獲得解決（參考刑事訴訟法第一九六條之一、第二〇五條之二、第二三〇條第三項、第二三一條第三項等、警察職權法第六條至第十八條等，當然在細節上仍存有若干問題，在此無法詳論。）

然而，有謂「道高一尺、魔高一丈」，再加上現今各種資訊（包括犯罪技巧）之取得極為容易，因此，犯罪者之犯罪手法總是不斷地翻新，警察為了有效打擊犯罪、維護社會治安，其犯罪偵查之技巧也必須相對地改進與提昇，甚至必須運用到現代各種科技設備，例如普遍地設置監視器、衛星定位系統或衛星導航系統等（所謂科技犯罪偵查）。問題是，法律之制定或修正永遠跟不上科技發展之腳步，在刑事訴訟法方面亦復如此。但如果我們一方面要求，警察必須能夠確實承擔起有效打擊犯罪之責任，而另一方面卻又要求，警察所採取的各種涉及人民權利義務之犯罪偵查手段皆須有法律依據與界限，並且也不希望自己的日常生活、行動自由如電影「楚門世界」或「全民公敵」情節般地受到鎮日觀看、全面監控，則刑事訴訟法之迅速及時的修正與制約乃絕對有其必要⁵。然而這樣的期待，從我國立法院之實際運作情形來看，我們不得不坦承，大家恐怕只能自求多福。

另外，在兩岸刑事訴訟法制之比較研究方面，由於台灣與大陸兩岸間之關係乃是一項高度複雜、棘手的難題，其彼此間既有同文、同種的文化、血緣等之親密性，且亦有經濟貿易、投資設廠、觀光旅遊等相互依附性，但相反的，在經濟、政治、軍事等方面卻另存在著競爭性、敵對性。惟不管兩岸社會價值觀、政治意識型態有如何的差異，兩岸將來究竟是「終極獨立」抑或「終極統一」，也無論兩岸政府當局或部分人民如何敵視對方，難以逆轉的是，兩岸民間之接觸、往來、交流必然越

⁴ 警察永遠必須為如何面對因應政治與警政高層人物一次又一次的治安口號（如「治安內閣」、「犯罪零成長」、「提高見警率」、「全民拼治安」、「清源專案」等）而疲於奔命，不過所謂「上有政策、下有對策」，久而久之，最底層的基層員警自然形成一套其特有生存的應付文化。

⁵ 警察職權行使法第十一條雖然允許警察對於特定的人之一定行為或生活情況，以目視或科技工具，進行觀察及動態掌握等資料蒐集活動，但此僅係有關警察之犯罪預防作為的法律依據，原則上並不得做為警察之偵查犯罪的法律依據。至於該條之要件規範是否允當，則屬另一問題。

來越頻繁，從而可想像的是，在接觸交注過程裡頭定會衍生各種法律問題，當然也包括刑事法之問題。尤其如果又覺察到，中國大陸現正從世界強權國家舞台中崛起、許多國家爭相拉攏示好等趨勢現象，則我們必須體認到的是，假使一再地自我設限、自我封鎖，採取不接觸、不瞭解、不談判等立場，這樣的作法絕對無法化解兩岸間之問題（即使不惜一戰）。所謂「知己知彼」，個人當時便是基於如此的認知，分別於二〇〇一年金門、馬祖與大陸開始實施所謂「小三通」之前後，撰寫了「大陸刑事訴訟法之初探」、「兩岸刑事簡易程序之比較研究」這兩篇文章，藉以讓國人多瞭解對岸之法制現況或作比較研究。

中國大陸之第一部刑事訴訟法一直到一九七九年才制訂產生，並於一九九六年三月作了相當幅度的修正，而於一九九七年一月一日開始施行，其共有二二五條，分為四編，另包括一附則。其中，第一編「總則」又有九章，分別為「任務和基本原則」、「管轄」、「迴避」、「辯護與代理」、「證據」、「強制措施」、「附帶民事訴訟」、「期間、送達」、「其他規定」；第二編「立案、偵查和提起公訴」分為三章，其中第二章「偵查」又分為「一般規定」、「訊問犯罪嫌疑人」、「詢問證人」、「勘驗、檢查」、「搜索」、「扣押物證、書證」、「鑑定」、「通緝」、「偵查終結」、「人民檢察院對直接受理的案件的偵查」等十節；第三編「審判」分為五章，第一章為「審判組織」、第二章為「第一審程序」、第三章為「第二審程序」、第四章為「死刑複核程序」、第五章為「審判監督程序」，其中「第一審程序」又分為「公訴案件」、「自訴案件」、「簡易程序」等三節；第四編為「執行」，而「附則」則是有關發生於軍隊或監獄內部的刑事案件之偵查機關之規定。大體上而言，略具有現代刑事訴訟制度之雛形⁶。台灣目前優於大陸的強項已不多了，「法制」或「法治」應該還算是其中之一，尤其是在刑事法與公法領域，因此，有關大陸之刑事訴訟法制，其值得我國學習參考之處，其實極為有限⁷。

◆關於刑罰論之議題

「社會治安敗壞」幾乎永遠是我國執政者揮別不去的夢魘，因此，「如何有效抗制犯罪、改善治安」經常成為政府當局之重要施政目標。每當新的行政首長或治安首長上任時，總會提出一些新的治安政策與治安口號，而在刑事實體法方面，我國立法部門與行政部門對於治安議題的反應，除了新增犯罪類型與調整刑度之外，就犯罪之法律效果以觀，似乎也變不出什麼新花樣（比較值得注意的是，一九九四年

⁶ 個人曾於二〇〇〇年參訪大陸北京大學法律系、中國政法大學法律系、中國人民大學法律系、中國人民公安大學、上海復旦大學法律系、北京市檢察機關等單位並進行座談。在此次參訪過程中，令人印象深刻的是，除了北京大學外，在與其他大學與機關進行座談時，必有黨務人員在場作陪（其用意如何，可想而知）。縱使如此，其法律系之教授、博士生以及檢察人員幾乎均當場承認，大陸刑事訴訟程序之實務運作與法律規定仍有一段落差。

⁷ 就犯罪偵查程序而言，大陸與台灣最大的差異係在於，其刑事訴訟法顯然係以公安機關之偵查為主，而以人民檢察院之偵查為輔，參見本書「大陸刑事訴訟法之初探」一文。

針對性侵害犯罪者而增設的強制治療處分，然而性侵害犯罪者是否真的可以治療，殊值懷疑，此由刑法上該等相關規定迄今已修正三次，便可看出端倪）。

為了讓我國刑事司法實務上有較多抗制犯罪之法律手段可供選擇，在「德國刑法追徵（Verfall）制度之研究」這篇文章中特別提到，德國刑法上有關犯罪之抗制手段的種類與內容，相對於我國刑法而言，顯得較為多樣、豐富。德國刑法上的法律效果，分為刑罰、改善與保安處分（Maßregeln der Besserung und Sicherung）、其他的措施（Maßnahme）三大類。其中，刑罰包括自由刑、罰金刑（Geldstrafe）、財產刑（Vermögensstrafe）、從刑（Nebenstrafe）（即禁止駕駛）、附隨效果（Nebenfolgen）（即喪失擔任公務員的資格、參選權與投票權）；改善與保安處分包括剝奪自由的處分（Freiheitsentziehende Maßregeln）（又分為拘禁於精神病院、拘禁於勒戒監禁處所、拘禁於安全管束處分監禁之處所）、素行監管（Führungsaufsicht）、駕駛許可之撤銷、職業禁止；而其他措施則有追徵（Verfall）、沒收（Einziehung）、銷毀（Unbrauchbarmachung）。這篇文章之所以特別選定德國刑法追徵（Verfall）制度作為介紹對象⁸，主要係基於我國對重大經濟犯罪與組織犯罪等之不法所得似乎一直苦無良善對策，爰予申論探討之，同時在該文中，亦將其與我國現行法制上所稱之「追徵」規定互為比較。依據該文之比較結果，我國現行法制用語之「追徵」（如刑法第一二一條第二項、第一二二條第四項、第一三一條第二項、洗錢防制法第十二條第一項、組織犯罪防制條例第七條第一項與第二項等規定）與德國刑法上之「追徵」，兩者其實迥然不同。申言之，我國法之所謂「追徵」僅是一種「價值替代的沒收」（Erziehung des Wertersatzes），本質上仍為沒收；至於德國法之所謂「追徵」，則是一種獨立類型的法律效果，其既不是從刑，也不是改善與保安處分，當然亦非沒收⁹，而是刑法上一種特殊類型的措施。

二〇〇五年之刑法修正，在總則之從刑種類之中，增設了「追徵、追繳和抵償」，增設的理由謂：「依本法規範從刑之種類，除褫奪公權外及沒收外，在第一二一條、第一二二條……組織犯罪防治條例第七條、毒品危害防制條例第十九條亦有追繳、追徵或抵償之規定。按價額之追繳、追徵或抵償之規定為現今刑事法制所承認之從刑，且德國及日本立法例亦設有相類之規定，宜於刑法總則中明定之……」。如是的原因說明，顯然係對於德國刑法之追徵制度有所誤會，而且似乎對於我國法制上所謂「追徵、追繳或抵償」之性質認識不清，更嚴重的是，在何種條件之下得論知追徵、追繳或抵償以及追徵、追繳或抵償之客體範圍如何，新增的從刑種類對此完

⁸ 德國刑法上的「追徵」制度，其德文用語 Verfall 之原意，指的是「失權」或「失效」。此一用語應用於德國刑法之中，乃指「使相對人喪失財產權」。這裡將 Verfall 譯為「追徵」，係遵從國內刑法學界前輩之翻譯用語，參閱林山田，刑罰學，一九九二年二月，三二一頁以下；林東茂，危險犯與經濟刑法，一九九六年九月，二〇〇頁。

⁹ 德國刑法上的沒收與追徵之主要區別是在於，沒收係適用於行為人之「有責的」犯罪行為，且主要是針對犯罪工具與犯罪產物而設；至於追徵則是針對「違法行為」而設，故縱使該行為人係屬無責任能力人，亦有其適用。此外，追徵之客體範圍主義是在於不法行為之獲利（如犯罪之報酬、不法的利潤、犯罪之間接受益等）。更詳細的說明，參見該文。

全付之闕如。

◆關於網路上侵害著作權犯罪之議題

「網路上之複製行為與侵害著作權之擅自重製罪」這篇文章乃是有感於二〇〇一年四月十一日所發生之引起社會喧騰多時的所謂「成大 MP3 事件」而作。面對今日電腦網路發達的時代，所有的資訊，不論是文字、圖形、影像、聲音、電腦程式等，皆可經由數位化的形式加以呈現，而在電腦或網路上儲存、傳送、下載、使用等，在此情況下，電腦或網路上最基本的現象——複製，注注會與著作權法上所保護的重製權有所衝突。著作權之保護固然是現代資本主義經濟社會下的產物，如要完全棄之不顧，顯然難以見容於國際社會，但假使過度地強調、保護，未必真能有助於著作權之保護，且很可能妨礙人類知識、文化之交流共享，未蒙其利，先受其害。因此，如何在人類知識、文化之累積、發展與傳承以及著作權之保護兩者間取得一個平衡點，誠費思量。

依照我國著作權法之規定，網路上之複製行為確實有可能成立侵害著作權之擅自重製罪，不過並非網路上之任何複製行為皆會成立該罪，關鍵在於是否屬於「合理使用」之範疇，此亦為著作財產權保護之界限。至於何謂「合理使用」？著作權法第四四條至第六五條可說是重要的判準依據。依照當時之著作權法第九一條規定，關於超過合理使用範圍之擅自重製罪，又可依行為人之主觀意圖內容而分為「一般的擅自重製罪」與「加重的擅自重製罪」。不過個人在該文中指出，其實著作權人最在乎的還是經濟利益，是以，刑罰之制裁、威嚇未必能對著作權人之經濟利益產生保護作用，相反的，基於刑罰之嚴厲性、最殘手段性等觀點，個人主張，如何建立一套合理可行的付費機制才是重點，因此，建議當時的著作權法第九一條第一項之「一般的擅自重製罪」應予刪除，並將該條修正為「意圖營利，擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑，得併科新台幣二十萬元以下罰金。」（第一項）、「明知為前項之重製物而予以銷售或出租者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新台幣三十萬元以下罰金。」（第二項）

在該文刊出發表後迄今，著作權法第九一條之擅自重製罪分別於二〇〇三年與二〇〇四年歷經兩次修正，其內容分別為「意圖營利而以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處五年以下有期徒刑、拘役，或併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。」（第一項）、「非意圖營利而以重製之方法侵害他人之著作財產權，重製份數超過五份，或其侵害總額按查獲時獲得合法著作重製物市價計算，超過新臺幣三萬元者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。」（第二項）、「以重製於光碟之方法犯第一項之罪者，處五年以下有期徒刑、拘役，或併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。」（第三項）（以上為二〇〇三年之修正條文）；「擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。」（第一項）、「意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。」（第二項）、「以重製於光碟之方法犯

前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。」(第三項)、「著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。」(第四項)(以上為現行條文內容)。雖然該罪於二〇〇三年之修正比較接近個人之想法(即以處罰意圖營利而擅自重製行為為主要)，但是其對於非意圖營利之擅自重製行為仍有刑事制裁，而且如係以重製於光碟之方法而犯意圖營利的擅自重製罪者，則處罰更重。對此，不論就複製技術面、散佈範圍面、或者現實獲利面而言，我們實在無法理解，其不法內涵為何會較高(只為打擊盜版光碟?)。至於現行條文，基本上則又回渡到二〇〇三年修法前之規範型態，而且處罰更重，同時，繼續保留有問題的第三項及增訂多餘的第四項。有關現行著作權法之擅自重製罪規定，依個人之見，整體而言，過度傾斜於著作權人之著作財產權的保護，如此立法並不恰當。

◆若干感恩

個人自一九八八年十月從桃園縣刑警隊調回母校服務至今，倏忽間已邁入第十八個年頭，如果再加上官校(警察大學前身)四年的學生時期，待在警察大學的時間便已經超過二十年了。二十年啊，人的一生有多少二十年，一個人要在同一個環境待超過二十年，雖不能說罕見，但也不太容易，尤其是要待得愉快，那就更不容易了。在警察大學成長、學習、工作、教學、研究這麼一段不算短的時間以來，在此當中，當然有許許多多令人難忘的經驗與感觸。不可諱言的，警察大學的學術研究環境並不甚理想，猶有相當的改進空間，不過令人慶幸的是，這裡卻有一群令人敬重的師長、彼此關懷照應的同學、同事與好友、活力可愛且尚懂得校園倫理的學生、親密如大家庭般的校園氣氛等等，凡此種種特點，在其他一般大學是未必可見的。能夠在如此具有獨特性的教育環境裡，從事自己有興趣的學術研究與教學工作，深感幸運與滿足。我想，我應該會在這裡繼續待二十年吧?!

面對嚴肅、抽象、深奧、浩瀚的刑事法學領域，能夠一路堅持下來，並有時也會產生豁然貫通、喜樂愉悅的感覺，這首先必須要感謝許多刑事法學界前輩長期的辛勤耕耘，讓作為後學的研究者能夠站在既有的基礎上繼續努力；此外，也要感謝幾位同道好友不時的相互砥礪、討論與思辯，讓這一路的堅持與努力不致覺得太過孤寂。這本論文集只能說是個人這幾年努力的小小成果，雖說只是小小的成果，但我還是須將此成果的大部分歸功於與我關係最為親密的家人，沒有父母、岳父母以及內人世芬替我分擔繁雜的生活瑣事並協助照顧愛女若謙，這幾篇文章大概難以完成。對於他們，我所要表達的不只是感謝，而且是感恩，感念他們毫無保留的恩德!

吳 耀 宗

二〇〇六年三月十六日

誠園研究大樓二二二室

犯罪與法之抗制

(二)

目次

序 說

1. 評析刑法新修正之公務員概念·····	1
壹、前言·····	3
貳、修法前之看法及存在的問題·····	3
參、修法後之理解及質疑·····	13
肆、刑法公務員概念之再思考·····	23
伍、德國法之參考·····	54
陸、尋求界定刑法公務員概念之指標性要素·····	65
柒、新法規定之評析與解釋適用問題·····	81
捌、刑法公務員概念之再修正建議——兩種立法模式的選擇·····	104
2. 偽造文書罪保護法益之研究·····	107
壹、前言·····	109
貳、我國法與德國法之概觀·····	109
參、保護法益·····	110
肆、規範取向（立法主義、保護方向）·····	120
伍、本文意見·····	122
陸、偽造文書行為之刑法處罰前置化問題·····	128
柒、結語·····	131
捌、附錄·····	132
3. 影本（影印）在偽造文書罪之相關問題·····	137
——評最高法院九十年度台上字第三二六一號判決及相關實務見解	
壹、事實摘要·····	139
貳、判決要旨·····	139
參、判決評釋·····	139

4. 代理製作文書與偽造文書罪	157
壹、問題之提出.....	159
貳、代理制度與冒用代理名義問題.....	159
參、形式主義與實質主義之立場爭論.....	160
肆、偽造行為之概念.....	160
伍、代理行為與偽造文書罪.....	165
陸、結論與例題解答.....	172
5. 使公務員登載不實罪	175
-----評最高法院九一年台上字第二四三一號裁判及相關實務見解	
壹、事實摘要.....	177
貳、判決要旨.....	177
參、爭點說明.....	178
肆、判決評釋.....	178
6. 警察在犯罪偵查程序的角色與權限之再思考	193
壹、問題之提出.....	195
貳、對於國內目前犯罪偵查程序實務運作之理解.....	196
參、國內有關警察在犯罪偵查程序應有的角色之爭論.....	198
肆、德國法之考察.....	202
伍、刑事訴訟法新增第二三一條之一所引起的爭議.....	208
陸、本文之見解.....	208
柒、改進建議.....	212
7. 輕微性原則在刑法上有關不法確立的解釋適用	217
----從「可罰的違法性理論」談起	
壹、問題之提出.....	219
貳、輕微性原則之意義及理由.....	220
參、輕微性原則在刑事立法上的體現.....	222
肆、輕微性原則作為刑法適用上的解釋原則.....	223
伍、關於「可罰的違法性理論」.....	232

8. 兩岸刑事簡易程序之比較研究	237
壹、前言	239
貳、簡易程序之意義與目的	239
參、大陸刑事訴訟之簡易程序	240
肆、大陸與我國刑事訴訟簡易程序之比較	244
伍、結語	249
9. 德國刑法追徵 (Verfall) 制度之研究	253
----兼論我國現行刑事法制之「追徵」相關規定	
壹、前言	255
貳、德國刑法追徵制度之概說	256
參、德國刑法追徵制度之基本內容	258
肆、關於德國刑法追徵制度之批評意見	266
伍、我國現行刑事法制之「追徵」相關規定	270
陸、結語	276
柒、附錄：德國刑法第七三條至第七三條 e	277
10. 大陸刑事訴訟法之初探	279
壹、前言	281
貳、大陸刑事訴訟法之形成與發展	282
參、大陸刑事訴訟法之基本內容	286
肆、結語	310
11. 網路上之複製行為與侵害著作權之擅自重製罪	311
----從成大 MP3 事件談起	
壹、前言----從成大 MP3 事件談起	313
貳、網路上著作權之保護與界限	314
參、著作權法之重製概念與網路上之複製行為	318
肆、網路上可能成立擅自重製罪之複製行為	324
伍、現行擅自重製罪規定之檢討與建議 (代結語)	330

評析刑法新修正之公務員概念

壹、前言

貳、修法前之看法及存在的問題

一、學說意見

二、實務見解

三、個別實例的認定問題

參、修法後之理解及質疑

一、修法之內容與理由

二、對於新法規定之理解與質疑

肆、刑法公務員概念之再思考

一、從刑法總則之立法定義與刑法其他個別條文之關聯性加以思考

二、從國家事務之種類態樣加以思考

三、從國家機關組織之型態、事務權限分配與內部構造加以思考

四、從國家機關組織成員之進用及其權利義務關係加以思考

五、從「政府再造」運動與國家角色任務之演變加以思考

伍、德國法之參考

一、相關規定

二、一般理解

陸、尋求界定刑法公務員概念之指標性要素

一、對於刑法總則公務員立法定義之基本認知

二、以國家機關組織之成員作為判斷的出發點

三、適度的內縮——以公法上的職務關係為限制

四、局部的外擴——非國家機關組織之成員而參與國家任務之實現

柒、新法規定之評析與解釋適用問題

一、整體評析

二、個別的解釋問題

三、具體實例之適用

捌、刑法公務員概念之再修正建議——兩種立法模式的選擇

一、概括式的立法模式

二、列舉式的立法模式

壹、前言

我國現行刑法在二〇〇五年一月作了有史以來最大規模的翻修，重點是在總則部分，其中有若干部分---包括此次修法所標舉的「寬嚴並進的刑事政策」---在修法前後早已有不少論述為文討論¹，惟相對的，有關刑法上的公務員概念，國內刑法界不僅在過去對此方面的論述本不多見，且儘管此次修法牽涉到公務員概念定義之修正，相關文獻之探討迄今仍屬有限。

然而，有鑑於刑法總則的公務員定義，並非只是涉及總則上的部分條文之適用（如刑法第六條我國公務員於國外犯罪之刑法適用、第二十一條下級公務員依所屬上級公務員命令之職務行為、第三十六條褫奪公權之公務員資格），而且也與分則上諸多條文有關（尤其是瀆職罪章），甚至由於刑法總則之規定亦適用於其他法律有刑罰或保安處分之規定者（刑法第十一條），故而同時也影響到其他刑事單行法、特別刑法或附屬刑法中部分條文之適用（如貪污治罪條例第二條、毒品危害防制條例第十五條、槍砲彈藥刀械管制條例第十六條、懲治走私條例第十條、兒童及少年性交易防制條例第三十條、洗錢防制法第十一條、電腦處理個人資料保護法第三十五條等等），是以，此次有關公務員概念定義之修正所產生的射程範圍極為廣泛，有待討論的問題也不少（例如所謂「國家、地方自治團體所屬機關」是否限於「公權力機關」？何謂「法定職務權限」？），故而實有深入探討之必要。

貳、修法前之看法及存在的問題

刑法第十條第二項原來規定為：「稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員」，這樣的公務員定義，相較於其他法令所指涉的公務員（或公務人員）之範疇而言，學說與實務向來多將其理解為「最廣義的」公務員概念²。不過學說與實務對於所謂

¹ 例如法務部，「連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題」學術研討會，二〇〇〇年十一月二日；檢視刑法修正草案（上）（下），月旦法學雜誌九二期、九三期，二〇〇三年一月、二月；刑法修正草案（上）（下），台灣本土法學雜誌四五期、四六期，二〇〇三年四月、五月；台灣刑事法學會，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，二〇〇五年四月；台灣本土法學二〇〇五年特刊，新修正刑法評論，二〇〇五年四月；最高法院，「刑法修正後之適用問題」學術研討會，二〇〇五年六月；刑法總則修正釋義，月旦法學雜誌一二三期，二〇〇五年八月；謝煜偉，寬嚴並進刑事政策之省思，月旦法學雜誌一二六期，二〇〇五年十一月等。

² 我國學說上（尤其是行政法學）依照各個法律規定所指涉的公務員（公務人員）範疇之廣狹，通常又區分為最廣義的、廣義的、狹義的以及最狹義的公務員概念。其中，所謂「最廣義的公務員」係指刑法第十條第二項及國家賠償法第二條第一項；所謂「廣義的公務員」是指公務員服務法第二十四條所稱之公務員；所謂「狹義的公務員」乃指公務員懲戒法所稱之公務員；所謂「最狹義的公務員」則是指公務人員任用法第五條所規定之公務人員。詳請參閱翁岳生編/林明鏘、蔡茂寅，行政法（上），二〇〇〇年七月，三五一頁以下；李惠宗，行政法要義，二〇〇四年七月，一九二頁。

「依法令從事於公務之人員」之內容意涵之說明其實並不一致，尤其在某些個案之認定上，更是不清楚其具體的判斷標準為何。

一、學說意見

國內文獻上有關「依法令從事於公務之人員」之說明大致可分為兩類，一是側重於所從事的事（職）務之本身，另一則是側重於機關團體之屬性或其構成員之資格地位。茲整理如次：

（一）側重於所從事的事（職）務本身之判斷³

所謂從事於公務，係指從事國家或地方自治團體之公共事務，這裡所稱之公共事務，包括中央與地方各政府機關基於統治權力關係而行使之事務，也包括非基於統治權力關係之公用事業事務。至於其他公共團體或人民團體之事務，如農會之事務，則非屬公務。

所謂依法令，雖然應作廣義的理解，即除了憲法、法律之外，也包括法規命令、地方自治法規等，但此等法令皆須具有公法性質，如僅具有私法性質，則不屬之⁴。換言之，所從事之公務須有公法上之依據，但以有抽象規定為已足，並不以有具體規定為必要。

是以，依照此等見解，刑法上公務員之認定，係依其所從事之職務為認定標準，亦即所注重者為事實上之公務員（無須經過正式的任用），而非身分法上之公務員（須經過正式的任用）⁵。換句話說，其是否經由一定的任用程序、與國家或地方自治團體之關係如何等，並非刑法公務員成立之重點所在，關鍵係在於，實際所從事的事務本身是否具有公共性或公法性。

惟如此的分類與說明並非唯一，不同的分類與說明，可參閱吳庚，行政法之理論與實用，二〇〇五年十月，二一四頁以下；陳敏，行政法總論，二〇〇四年十一月，一〇三八頁以下；陳新民，行政法學總論，二〇〇五年九月，二〇三頁以下；李震山，行政法導論，一九九七年九月，一三五頁以下。

³ 參閱周治平，刑法總論，一九六三年三月，六九頁以下；蔡墩銘，刑法上之公務員與公務員法上之公務員，收於蔡墩銘/甘添貴主編：刑法爭議問題研究，一九九九年八月，七六頁以下；陳樸生，實用刑法，一九九三年七月，一八頁以下；林山田，刑法通論（上），二〇〇三年十一月，一四二頁；甘添貴/謝庭晃，捷徑刑法總論，二〇〇四年四月，二四頁以下

⁴ 蔡墩銘，同前註，七七頁；陳樸生，同前註，一九頁

⁵ 蔡墩銘，公務員犯罪之探討，收於氏著：現代刑法思潮與刑事立法，一九七六年三月，三二三頁；另外有稱此為「職務公務員」概念，參閱甘添貴，刑法上公務員定義與涵蓋範圍，月旦法學雜誌九二期，二〇〇三年一月，二六頁；陳志祥，貪污治罪條例在內容上之評估與檢討，月旦法學雜誌九四期，二〇〇三年五月；台灣刑事法學會（林東茂主持研究），公務員涉及刑事案件之類型化研究，二〇〇二年七月，二五頁

（二）側重於機關團體屬性或其構成員資格地位之判斷⁶

所謂從事於公務，即以國家或其他公法人機關構成員之地位為公務之執行是也。至於公務乃是國家政府機關、民意機關或其他公法人機關之事務，必須從事於該機關組織之事務，方能稱為公務。而且，從事於公務者，必須立於公務主體之一方，若以私人營利之地位，承辦國家或其他公法人所移轉之事務者，即不得謂為公務員。

而所謂依法令，係指從事於公務之資格須有法令根據。凡依據法令而獲得從事公務之資格者，即為公務員，反之，凡擔任非依法令設置之公職者，縱其所為係屬公務，亦非公務員。至其獲得之方式，無論由於任命、僱傭或選舉，均與公務員之身分不生影響。又所謂法令，其範圍甚廣，凡法律以及國家機關本於其權限所發布之命令、規程、規則、細則、辦法等，均屬之。

根據此等主張，有關刑法公務員之認定，係以國家或其他公法人機關之構成員為判斷，其須居於公務主體的地位而從事於國家或其他公法人機關之事務，至於實際所從事的事務本身之性質，則在所不問。

儘管學說上對於刑法公務員之內涵說明存有前述兩種不同意見，不過，其幾乎一致地認為，不論係政務官或事務官、文職或武職人員、民選的首長或民意代表，也不分其職稱如何、官階或職等之高低或有無、選任、委任或派用、臨時或永久、專任或兼任、甚至俸給之有無等等，均屬於刑法上的公務員。如此涵蓋的範圍可以說非常廣泛，且令人費解的是，以不同的角度為判斷重點所得出的結論竟然幾近相同。

二、實務見解

相對的，實務上對於刑法公務員之認定，則似乎是比較傾向於，以該等人員所服務的機構組織（或團體）是否為公務機關（或公法人）為判斷（但並不完全如此）。至於該等人員係出於任用、派用、雇用、遴選或經選舉而產生，有無經銓敘及格，編制內或編制外、專任或兼任等，則在所不論。例如「（舊）刑法第十七條所稱之公務員，須依法令從事於公務之職員等，始足以當之，執行民眾團體事務之人員，自不能認為刑法上之公務員，對某國經濟絕交委員會係民眾本於愛國運動所組織之團體，並非依法令所組織之公務機關，服務該會之人員，不得謂有公務員之身分。」

⁶ 參閱韓忠謨，刑法原理，一九九七年十二月，五四二頁；梁恆昌，刑法總論，一九六二年九月，二一頁；游添鈺，公務員概念與體系之檢討，輔仁大學法律研究所碩士論文，一九九二年六月，五六頁以下