

蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集

自由·責任·法

Freiheit · Haftung · Recht

— Festschrift für Prof. Dr. Jyun-hsyong Su —

蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會



元照出版

內容簡介

認識蘇大法官的人皆知，他不但學識淵博充滿睿智，且是個充滿人道關懷的「**刑法學暨憲法學大師**」。本書以「自由·責任·法」為題，即在呼應蘇大法官的學術關懷。書中的無期徒刑、假釋、累犯、管收、保安處分、刑罰的報應、妨害性自主概念、書信秘密、海上航行安全、被告之律師權等文，皆在**闡釋自由的真諦**；結果加重犯、醫療過失、媒體與刑事政策等文，則**論述責任的內涵**；至於刑法修正評述、罪刑法定主義、法律變更之適用、繼承、董事選任與解任等文，**說明社會變遷與法律的關聯性**。此外，更有兩篇比較法學的外文。全書內容，除刑事法學外，更有憲法學與民商法學的相互輝映，是一本值得珍藏的好書。

ISBN 956-7279-27-1



9 789867 279279



1D97GA

定價：750元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

D90-53/82

2005

蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集

自由·責任·法



蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會 編輯

元照出版公司

PDG

國家圖書館出版品預行編目資料

自由·責任·法：蘇俊雄教授七秩華誕
祝壽論文集 / 蘇俊雄教授七秩華誕祝壽
論文集編輯委員會編輯. -- 初版. -- 臺北市
：元照, 2005 民[94]
面：公分

ISBN 986-7279-27-1 (精裝)

1. 法律 - 論文, 講詞等

580.7

94012059

自由·責任·法

—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集

1D97GA

2005年8月 初版第1刷

作者	蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會
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 750 元
訂購專線	(02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890
訂購傳真	(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 986-7279-27-1

ISBN: 9789867279279

人民幣價: 468.75

序

台灣有稱蓬萊，古以為仙都，實一荒島。鄭氏撫台，筭路藍縷，屯田墾牧，經邦布政，始燦然可觀。是寶島要以南台一隅開發最早，其民多屬延平故將、遺民之裔，風氣質樸，不尚浮華，然文教之盛，冠於全台。清季以還，異才輩出，易世之後，歷經日治、民國，迄今不衰，所謂醇風未逝，令緒猶存也。其中嘉南平原灌溉所賴、烏山頭水庫一帶，群峰層疊，至此清峭平夷，山川秀麗，綠樹清波，宜其代有儒文，世有俊傑也；而與該水庫接壤之台南縣六甲鄉，即係蘇大法官俊雄之故里。

佛門有言，一切法皆從因緣所生。余之識俊雄兄係於民國四十九年大學三年級之暑假，俊雄兄其時為研究所研究生。余為求寧謐，以利沈思，從台大法學院第十六宿舍移住相鄰老舊之第四宿舍。俊雄兄研究所課程已修畢，因正撰寫論文中，未有南返，亦住於該宿舍。諸同學多已返鄉，留住者寥寥無幾，三餐、出入每得見面，由是相識。翌年六月，余自大學部畢業，俊雄兄則取得碩士學位，征車碌碌，各奔西東，未再謀面。迨民國七十年間，德國刑事法學者Jescheck氏應邀來台，俊雄兄與李鴻禧教授偕之造訪最高法院，余是時為該院法官，奉錢院長國成先生之命出為接待，乃得再度晤談，悠悠歲月，距當年夏日之初識，已歷二十餘秋，不禁相與感喟太息。又十餘年後之民國八十三年，俊雄兄與余同被總統提名，經國民大會同意，出任第六屆司法院大法官，而辦公室適復相鄰，一壁之隔，多所過從，此非佛家所謂之「緣」歟？其後九年，早夕共事，披襟對語，拊掌以論天下，促膝以語學術，茗座留芳，友朋之樂，非可盡道也。

俊雄兄於民國五十一年負笈德國，入佛萊堡大學攻讀，獲得博士學位，繼入德國國際刑法研究所、科倫大學法制研究所研究，前後留德幾達十年之久，持躬力學，日就高明，不欺其志，後乃得以

此致聲譽，傾動學界。是知有志者必成，能立者不敗，造物之生才，其果有意乎？嗣歸國執教於母校法律系，為諸生指授刑法課程，乘流導源，語深意博，諸生凝聽寂視，莫不豁然洞達。惟其時中央民意代表尚未全面改選，民意固在「省議會」而非「立法院」，蘇博士恭敬桑梓，乃於民國六十六年回台南縣競選省議員，因其係一宏學履道之士，鄉親感之，遂以最高票當選，而其卓立議壇，明辨義利，物論斐然，故亦不負所託。期滿改任省府委員，襄贊省政，立著績效。民國七十六年政府解嚴，國家銳意革新，勵行民主法治，蘇博士乃又於八十一年出任國民大會代表，參與憲改工程。於事獨見其大，知微慮遠，度越流輩，總統乃特提名之為第六屆司法院大法官，任內憑剛直之性，維護憲政秩序不遺餘力，此則眾人所共睹者矣！

蘇博士木訥寡言，樸拙端厚，力之所及，樂於助人；於後輩尤降意相接，多所提攜，固性情中人；然勁氣內涵，凡事多不與人較；但關乎公義，涉及國家、全民利益者，則據理力爭，多所辯難，毫不寬假，此觀其於大法官任內所提協同意見書、不同意見書，即知其概。至其為學，等身述作，初固不限於刑事法；惟於後精思獨詣，勤力不懈者，厥為刑事實體法，雖政事馳騁，終不奪其志，其中肆力之深，矯然特出，而具開來之功者，則莫若所著之「刑法總論」三鉅冊。於各家學說尋源探始，抉剔精微；就犯罪、刑罰之論，述說精詳，援證精確。可謂義理清新，體例嚴謹，折衷至當，度越前人，學界交口稱譽，固非限於台灣一地而已。

今歲國曆之八月六日，欣逢蘇博士七秩華誕，學術界及蘇博士之故舊，於年前咸以其治學，著述均為時論所重，其聲績播聞，為資後學矜式，乃有編輯文集以為祝賀之議。經歲書成，諸君子遜謝有加，而以序相屬。余維世難紛擾，文人相輕，並世賢流，或有孤行畸意，以矜才使氣為能，而致齟齬者，始知容人之難。是本文集雖謂係秀才人情，然其之能成，實蘊蓄宏深，足供勸世。設非誠摯待人，德量淵厚，為眾推服，何能致此？其讀書承學，自甘寂寞，一志於成者，固屬可欽；但仕而仍復潛心著作，紹述微言，自建源

流，則亦有其超絕他人者，未可以之為病也；蓋人世之遭逢，迥然各異，山林鐘鼎，各具情懷，凡有裨於邦家，其或學或仕，斯各行其是，各盡其能可也。竊以蘇博士與余相交、共事之如是，於義既不可違，爰綴數語，是為序。

西元2005年歲次乙酉荔月

林永博 序於司法院大法官公廨



目 錄

序.....林永謀

壹、刑事法學

(一)犯罪論

- 刑法總則修正重點評述.....甘添貴... 3
- 論醫療過誤之刑事責任.....余振華... 35
- 論刑法之變更與適用.....柯耀程... 61
- 實行行為終了概念之實相與虛相.....靳宗立... 99
- 結果加重犯之未遂問題.....蔡蕙芳... 115
- 「刑法上有意義的行為」保證「罪刑法定主義」不被架空.....鄭逸哲... 143

(二)刑罰論

- 論刑罰的報應與預防作用.....王皇玉... 161
- 保安處分修正評述.....林東茂... 187
- 無期徒刑——越渡法律之自由.....林聰賢... 201
- 假釋規定之修正與評估.....張麗卿... 219

(三) 刑事政策

- 風險社會下的媒體與刑事政策——以1997年白曉燕案為例…………… 李佳玟… 249
- 海盜罪與海上航行安全之維護…………… 周成瑜… 273
- 性交易與刑法上妨害性自主概念關係之研究 黃榮堅… 297
- 規範成長之軌跡——以刑法第315條妨害書信秘密罪為例…………… 謝開平… 327

貳、憲法學

- 自美國法看我國刑事被告之律師權…………… 王兆鵬… 349
- 在十字路口上自我選擇、自我負責的債務人——由釋字588論拒絕陳述或虛偽陳述之管收合憲性…………… 黃國昌… 379
- 新修正刑法之累犯規定是否違憲之研究…………… 鄭善印… 423

參、民商法學

- 論繼承之根據…………… 林秀雄… 457
- 德國股份有限公司董事選任與解任之研究… 姚志明… 469
- 繼承回復請求權問題之探討…………… 郭振恭… 491
- 智慧財產權與公平競爭…………… 黃俊杰… 511

肆、比較法學

- Der Handlungsspielraum des Arztes am Ende des Lebens *Ulrich Schroth*... 551
- Book REVIEW: The Possibilities of Competitive Democracy 蘇彥圖... 579

蘇俊雄教授經歷簡介



壹、刑事法學

(一)犯罪論

(二)刑法論

(三)刑事政策

欲
知
刑
法
學
PDG

刑法總則修正重點評述

甘添貴*

目次

- | | |
|--------------------|------------------|
| 壹、罪刑法定原則與從舊從輕原則之適用 | 一、行為與責任同時存在原則 |
| 一、拘束人身自由保安處分 | 二、實行行為性之認定 |
| 二、從舊從輕原則 | 陸、不能未遂犯可罰性之廢止 |
| 貳、公務員概念之重新界定 | 一、不能犯 |
| 一、現行規定之問題點 | 二、不能發生犯罪之結果又無危險 |
| 二、界定公務員概念之意義 | 柒、準中止犯與共犯中止犯之立法化 |
| 三、界定公務員概念之基準 | 一、準中止犯之立法化 |
| 四、刑法新修正之公務員概念 | 二、真摯努力 |
| 參、違法性認識錯誤之法律效果 | 三、共犯中止犯之立法化 |
| 一、故意說與責任說 | 捌、正犯與共犯概念之重大變革 |
| 二、正當理由與無法避免 | 一、二元犯罪參與體系 |
| 肆、責任能力概念之重新詮釋 | 二、共同正犯之修正 |
| 一、心神喪失與精神耗弱 | 三、教唆犯 |
| 二、精神障礙或其他心智缺陷 | 四、幫助犯 |
| 三、辨識力與控制力 | 玖、牽連犯與連續犯之刪除 |
| 伍、原因自由行為之處罰 | 一、牽連犯之刪除 |
| | 二、連續犯之刪除 |

* 國立中興大學法學碩士、日本慶應大學研究，現任輔仁大學法律學系教授、台灣刑事法學會會長。

壹、罪刑法定原則與從舊從輕原則之適用

一、拘束人身自由保安處分

(一)不溯既往之原則

刑法第1條所謂行為之處罰，無論學說或實務，向來均指刑罰之處罰而言，而不及於保安處分。至於保安處分，則採絕對從新主義，認為係以防衛社會為目的，而用感化、矯治等方式，消弭犯人之違法潛在性，基此教育刑思想所採取之措施，唯有優先適用裁判時之新法，較能切合社會變遷之需要，而充分發揮其積極防衛社會之功能，因此保安處分自有別於一般刑罰，不必過問舊法有無保安處分之規定，一律適用裁判時之新法¹。因此，不溯既往之罪刑法定派生原則，僅適用於刑罰之科處，而不及於保安處分。

(二)濃厚自由刑之色彩

保安處分之實施，固以適用裁判時之新法，較能切合社會變遷之需要，而充分發揮其積極防衛社會之功能。惟拘束人身自由之保安處分，既以剝奪受處分人之自由為其內容，在性質上，帶有濃厚自由刑之色彩，如無不溯既往之罪刑法定派生原則之適用，除有違憲法之平等原則外，更屬不當侵害人民之基本權利。故拘束人身自由之保安處分，亦應有罪刑法定原則之適用。

依我國現制，保安處分之種類，計有感化教育、監護處分、禁戒處分、強制工作、強制治療、保護管束及驅逐出境等。何為拘束人身自由之保安處分？何為非拘束人身自由之保安處分？宜視其處遇之場所是否為機構內或機構外而定。如其處遇之場所為監獄、看守所、感化教育處所或強制工作勞動場所等矯正機構內者，即為拘束人身自由之保安處分。例如，強制治療強制工作、感化教育及施用毒品之禁戒處分等是。

¹ 最高法院87年台上字第3247號判決。

保安處分遇有新舊法律變更之適用問題者，僅限於拘束人身自由之保安處分部分。所謂拘束人身自由之保安處分，例如，感化教育、監護、禁戒及強制工作等均是。至非拘役人身自由之保安處分，仍應以裁判時之規定為準，而維持保安處分功能與目的。拘束人身自由之保安處分，既有罪刑法定原則之適用，則遇有新舊法律變更時，亦有第2條第1項之適用。

二、從舊從輕原則

依現行條文「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律」，即學說所謂之「從新原則」，雖長久以來，此原則為實務及學界所認同，然難以與第1條罪刑法定原則契合，而有悖於法律禁止溯及既往之疑慮。因此，現行第2條第1項「從新從輕」原則，乃改採「從舊從輕」原則。惟不論採從新從輕原則或從舊從輕原則，新舊法比較之結果，均適用最有利於行為人之法律，對於行為人並不會造成不利之影響。

貳、公務員概念之重新界定

一、現行規定之問題點

(一)身分公務員與職務公務員

刑法上公務員之概念，有身分公務員與職務公務員之別。前者，注重公務員之身分，須經國家依法任命，而取得一定身分者，始足稱之。後者，著重其所執行之職務，祇要從事一定之公務，不問其身分如何，均得謂之。依我刑法第10條第2項規定，祇要依據法令規定而從事一定之公務者，即為公務員。至其身分如何，職位高低，有無俸給，專任或兼任，臨時或永久，選任、委任或派用等，均非所問。可見我刑法上公務員之概念，胥依其所從事之職務是否為公務而為認定之準據，至其有否一定之身分，並非所問，顯採職務公務員之概念。

(二) 實務見解

惟因此項職務公務員之概念，不但與行政法上有關公務員規定之法規所規定之公務員涵義不同，且與一般國民之法意識及社會通念亦存有相當差距，以致何人得認其為刑法上之公務員，在認定上，輒生重大爭議。歷年來，最高法院判例以及司法院或大法官會議針對具體案件分別詮釋之情形，不知凡幾。而且，縱經詮釋，仍無法令人釋疑之情形，更屬所在多有。

司法院或大法官會議職司統一解釋法令之責，惟在解釋文內，或未說明其所依據之理由，或完全扭曲或脫離刑法第10條公務員定義之規定，致令人無所適從。其何以致此？考其根本緣由，實肇因於刑法第10條第2項有關公務員之定義規定，過於籠統、抽象與簡略所致。依刑法第10條第2項規定，祇要依法令從事於公務之人員，即為公務員。至其所依據之法令，是否僅限於公法性質之法令？抑或私法性質之法令亦均包括在內？實不無疑義。再者，所謂公務，是否僅限於國家或地方之事務？公共團體之事務或公眾之事務是否亦得包含在內？且所謂公務，是否僅限於具有公權力性質之事務？其他涉及私權性質之事務或單純行政之事務，是否亦涵蓋於公務之範疇內？凡此均有待澄清之必要。惟歷年來，無論司法院解釋、大法官會議解釋或最高法院判例，對此均無任何著墨。

二、界定公務員概念之意義

刑法總則之規定，為刑事實體法之共通基礎，在刑法上，總則第10條第2項對於公務員為立法解釋，藉以釐清公務員之概念，其主要意義有三：(一) 界定公務員犯罪之主體；(二) 界定妨害公務罪之客體；(三) 界定公文書之範疇。

刑法上公務員之概念，無論係界定公務員犯罪之主體、界定妨害公務罪之客體或界定公文書之範疇，既於總則規定其定義，除非某犯罪之罪質具有特殊性，而得作限縮或擴張解釋外，否則應依總則所規定之定義，以為認定之準據，方不致造成適用上之矛盾。例如：公立醫院與私立醫院所從事之醫療行為，並無差別，其從事醫療行為之人員，在刑法

之地位上應為相同之評價。故服務於公立醫院之醫師與服務於私立醫院之醫師，其所從事之職務，如認為公務，應均評價其為公務員；如認為非公務，亦應均評價其為非公務員。又其所開立之診斷證明書，不論公立醫院或私立醫院醫師，如認其為公務員，則該診斷證明書，即為其基其職務所制作，應屬於公文書；如認其非為公務員，則該診斷證明書，即應屬於私文書，始具有法規適用之一致性。

三、界定公務員概念之基準

影響公務員概念界定之範疇者，為公務員之犯罪主體性。以公務員為犯罪之主體者，如係構成身分時，因公務員執行公務之關係，始能對於特定法益造成侵害或危險，且違反法秩序高度要求其服從之特別義務。如係加重身分時，則因其具有特別構成要件之不法及特殊之可罰性。至何以具有特別構成要件之不法及特殊之可罰性，究其實質，仍係緣於法秩序高度要求其服從之特別義務。因此，在界定公務員之概念時，何人應界定其為公務員，何人應界定其非公務員，應以公務員構成身分與加重身分犯罪共通之本質，亦即特別之保護或服從義務為界定其範疇之基準²。

四、刑法新修正之公務員概念

新修正之刑法第10條第2項有關公務員之定義，規定為：「稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」

依此規定，關於公務員之定義，得分為三種類型：一為依法令服務於國家或地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限者，姑且名之為「身分公務員」；二為其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限者，姑且名之為「授權公務員」；三為受國家或地方自治團體所屬機關

² 詳見拙著，刑法上公務員之定義與涵蓋範圍，月旦法學教室第92期，頁34-35。