

刑與思

Strafrecht und Denken

林山田教授紀念論文集

— Gedächtnisschrift für Prof. Dr. Shan-Tian Lin —

林山田教授紀念論文集編輯委員會



元照出版

刑與思

Strafrecht und Denken



林山田教授紀念論文集

Gedächtnisschrift für Prof. Dr. Shan-Tian Lin

林山田教授紀念論文集編輯委員會 編輯

元照出版公司

序

林山田教授於2007年1月，知道罹患極其凶險的胰臟癌，而且已是末期，醫師直斷僅剩六個月壽命。他想要安靜對抗病魔，沒有告訴多少人，但消息仍然廣泛傳播開來。

林山田教授六十五歲從台大退休，幽居宜蘭礁溪，不在任何學校兼課，雖很少參與學術活動，但對於刑法學依然無法忘情，不斷有新作發表。因為這緣故，他與學術圈的門生故舊還保持聯繫。

幾個門生去礁溪探望林山田教授數次，於2007年4月初議定，邀集同道，為老師出版祝壽論文集，於當年的重陽節（老師的陰曆生日）出書。諸人言定，秘而不宣，此一生日禮物方有意外驚喜的作用。不過，這個密議因消息走漏終為山田老師知道，他不欲帶給大家負擔，懇謝眾人的美意，經過幾個門生多方解釋，才欣然接納。

老師知道論文集這件事，清楚表達了意見，希望撰稿者都出自誠心，在各人的文章裡，盡可能記述與壽星的關係，或引用老師的相關文獻。他更明白表示，不要某些人參與。老師的心願，不能有違。2007年11月5日凌晨，老師終於不敵惡狠的胰臟癌而辭世，只比醫師的預言多了四個月陽壽。祝壽論文集成了紀念論文集。

紀念論文集得以出版，元照出版公司不計市場榮枯，仍然一秉初衷，戮力付出，令人感佩。所有撰稿者，無論海內外，都發誠於內，準時交稿。林山田老師有靈，必可鑒察諸人的誠意。

祈願老師

歸於極樂，安住天國。

編輯委員會
2008年10月6日

推薦序

林山田教授（1938年10月28日～2007年11月5日）逝世已近一載，雖然有生必有死，凡是眾生都逃不了生者必滅的自然定律，但迄今依舊令人哀悼不已。

作為一位大學法學教授，山田教授認為，除認真教學、熱心指導外，在法學專業的領域，必須克盡三項任務：其一，撰寫一系列的教科書；其二，選定專題作深入研究；其三，就惡法提出批判。綜觀山田教授的著作，刑法通論、刑法各罪論、刑事程序法、犯罪學（共著）、刑罰學等書；刑事法論叢、法制論集、刑法的革新、二〇〇五年刑法修正總評等書；談法論政一系列著作，分別滿足了此三項任務，留下了不朽的業績。山田教授漂亮地完成了他念茲在茲的學術使命，就學術生命而言，了無缺憾矣。

山田教授於2007年1月，知悉罹患胰臟癌，且已是末期，猶孜孜不倦，勤於著述；到生命的盡頭，猶應邀作專題演講，他對學問的熱情、法學教育的關切，教人景仰讚嘆！教授之故舊門生獲知慧炬將熄，籌劃出版七秩華誕祝賀論文集，以壽教授並沖喜，詎料造化弄人，山田教授於同年11月撒手塵寰，祝壽論文集最後以紀念論文集問世，讓人不勝唏噓！

本紀念論文集之執筆者都是法學界的精英，他／她們感念山田教授的學思、敬佩山田教授在學術上的卓越成就，竭誠獻上論文。每篇論文皆蘊含執筆者的智慧、學識和情義，除對山田教授祈以冥福外，並對我國法學建設作出重大貢獻，彌足珍貴。

愚忝為山田教授生前同事，見此論文集出版，頗為欣慰，爰特為強力推薦，並藉此向執筆者、元照出版公司申致謝忱。愚信，本紀念論文集之順利出版，足堪告慰 山田教授在天之靈。

2008年10月8日

黃宗樂 敬序
於蘭園九德居

目 錄

序

推薦序.....黃宗樂

一、基礎法學

- Die Vereinigung konkurrierender Prinzipien der Gerechtigkeit..... Lothar Philipps 3
- 歐洲近代初期「警察」與「警察學」的考古..... 江玉林 9
- 道沖不盈——兼談法律本質..... 林東茂 23
- 成見產生歧視、無知導致恐懼——重新檢視刑法第二八五條..... 謝開平 45

二、實體法

- 不作爲犯と作爲犯の共犯關係..... 山中敬一 77
- 不作爲犯與作爲犯之共犯關係..... 山中敬一著、余振華譯 93
- 誹謗罪與真實性誤信..... 王乃彥 107
- 原住民犯罪不法意識之研究——評新竹縣尖石鄉風倒木竊取案件..... 王皇玉 125
- 得被害人承諾之行爲評價..... 余振華 147
- 論刑法之詐術..... 高金桂 171
- 論強盜得利罪..... 許澤天 191
- 新修定刑法總則之理論基礎——第三章「未遂犯」..... 陳子平 207
- 論政府採購犯罪..... 陳櫻琴 247
- 強盜罪概念的重構——兼評大法官釋字第六三〇號解釋..... 黃榮堅 267
- 論結果提前發生之因果歷程偏離..... 蔡聖偉 297
- 教唆犯之成立及其從屬性與獨立性之研究..... 鄭善印 319

三、程序法

- 論短期人身自由拘束 王兆鵬 341
- 論檢察官對於司法警察的指揮權 吳俊毅 355
- 國家考試應考資格之探討 林明鏘 385
- 故佈疑陣命案與自慰性窒息死的現場行爲跡證比較 林燦璋 419
- 刑事程序中之拒絕證言權 張麗卿 439
- 證據能力有無之舉證明問題研究 陳運財 461
- 論檢肅流氓條例之立法與人權保障 許義寶 493
- 行政管制與行政制裁之區分及運用 —— 以水土保持
爲例 黃啟禎 515
- 論刑事訴訟法基於刑罰必要性考量的處置 劉秉鈞 535

四、犯罪學及刑事政策

- Zusammenhänge der Entwicklung und des
Abbruchs von kriminellen Karrieren bei
jungen Straftätern Hans-Jürgen Kerner 563
- 新少年司法與矯治制度實施十年的光與影 李茂生 583
- 住宅竊盜重複被害特性與防制策略
之研究 蔡德輝、張平吾、蔡田木 607
- 入出境管制與人民居住遷徙的自由 蔡震榮 639
- 醫師之轉診評估義務與我國救護車制度之探討 盧映潔 673
- 論美國毒品法庭制度 —— 從懲罰到治療的刑事
司法實踐 謝如媛 693

林山田教授簡歷 717

林山田教授論著目錄 721

基礎法學

Die Vereinigung konkurrierender Prinzipien der Gerechtigkeit

Lothar Philipps*

本文摘要

費希納（Erich Fechner）在五十年前所提出的法哲學理論至今仍具有其重要價值。對於許多苦惱未能解決的判決中常常產生令人不安的「法學上的疑問」。本文以費希納一個著名的例子出發，在法律未明文規範下試著找出一種解決之道。在提出的解決之道有所謂的「錢生錢；羊生羊」的「資本原則」（Kapitalprinzip）和最大的受害者分得最大的部分之「受害者原則」（Oferprinzip），然而法律上在解決問題時對於對立的二個原則，僅能選擇其中之一適用，然而卻陷入無法自圓其說的困境，最後在上述二原則均符合正義而相持不下時而提出所謂的「折衷理論」（Vereinigungstheorie）。

關鍵字：正義競合原則、法哲學、資本原則、受害者原則、折衷理論

* Zu einem Text von Erich Fechner.

1. Vor über einem halben Jahrhundert, „in aufgewühlten Zeiten“, erschien Erich Fechners „Rechtsphilosophie“, die heute so lesenswert ist wie damals.¹ Fechner war vor allem von der „Fragwürdigkeit des Rechts“ beunruhigt, der „quälenden Ungewissheit der Problemlösungen bei vielen unausweichlichen Entscheidungen“. Bei dem Versuch, die Fragwürdigkeit des Rechts zu veranschaulichen, habe ihm folgende Legende stets „willkommene Dienste“ geleistet:²

Der älteste von drei Brüdern, ein Schmied, hat dreißig, der zweitälteste, ein Lastträger, drei Ziegen. Der jüngste besitzt nichts. Er soll Hirte werden. Dazu geben ihm der Schmied fünf, der Lastträger eine Ziege aus ihren Ställen. Der Schmied besitzt nun 25, der Lastträger 2, der Hirte 6 Ziegen. Nach einigen Jahren hat sich der Bestand beim ältesten auf 50, bei mittleren auf 10 und beim jüngsten, der sich dem Geschäft von Berufs wegen widmet, auf 132 vermehrt. Da stirbt der Jüngste und die beiden älteren geraten in Streit über die Erbteilung, die in jenem Lande, so will es die Legende, gesetzlich nicht geregelt war.

Die beiden Streitenden erklären übereinstimmend die Teilung je zur Hälfte für ungerecht. Der Schmied beansprucht 110 Ziegen und will dem Lastträger 22 überlassen, das entspräche dem Verhältnis dessen, was sie dem jüngeren Bruder gegeben hatten (5 zu 1 = 110 zu 22).

Der Lastträger verlangt demgegenüber Berücksichtigung des Opfers bei der Hingabe. Der Ältere habe nur ein Sechstel seines Vermögens (5 von 30), er aber ein Drittel (1 von 3) hingegeben, also habe er doppelt soviel geopfert und deshalb Anspruch auf zwei Drittel der Erbschaft. Er verlangt 88 Ziegen und will dem Bruder 44 überlassen.

¹ Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts, J.C.B.Mohr, Tübingen 1956. Das Buch ist heute, via Google, auch übers Internet zugänglich.

² A.a.O. S. 11 f. Fechner bezieht sich auf Emil Rüster, „Gerechtigkeit: eine Legende“, in „Atlantis“, 1944, S. 87 f., einer Zeitschrift, die gleichzeitig in Zürich und in Berlin erschien. Später hat Gunther Arzt Fechners Version wieder aufgegriffen: Einführung in die Rechtswissenschaft, Helbing und Lichtenhahn, Basel 1987; 2. Aufl., Luchterhand Verlag, Neuwied u. Berlin 1996, S. 22 f.

Fechner bemerkt dazu: „Der kleine Fall ist nicht so konstruiert, wie es den Anschein hat. Die Vieldeutigkeit der meisten Rechtsfragen spiegelt sich in zahllosen Kontroversen, in denen zu jedem Streitfall mindestens zwei einander widersprechende Lösungen angeboten werden.“

2. Juristische Kontroversen lassen sich häufig auf die Gesichtspunkte konkurrierender Prinzipien bringen; so auch hier. Im Spiel ist einmal das „kapitalistische“ Prinzip, das Fechner so formuliert: „Geld heckt Geld und Ziegen hecken Ziegen; sie gebühren dem, der das Kapital gab.“ Dem steht entgegen, was als das Prinzip des „Opfers“ angedeutet ist: Wer das größere Opfer gebracht hat, dem gebührt der größere Anteil.

Juristen neigen dazu, die Anwendung konkurrierender Rechtsprinzipien in ein Verhältnis des Entweder-Oder zu bringen: sie glauben, sich für das eine und gegen das andere entscheiden zu müssen. Der Richter in der Legende sowie später Erich Fechner und Gunther Arzt, sie alle gehen stillschweigend davon aus, dass man nur eines der Prinzipien anwenden könne. Dass sie dann keinen Grund finden, sich zwischen den Prinzipien zu entscheiden, darauf beruht ihre Ratlosigkeit.

3. Immerhin gibt es in der Rechtswissenschaft auch Versuche, antagonistische Prinzipien zu vereinigen („Vereinigungstheorien“). Gerade in dem von Fechner und anderen als unlösbar empfundenen Fall bietet sich eine solche Vereinigung an. Die wohl einfachste Methode der Vereinigung ist diese: Man zerlegt die zur Verteilung stehende Menge in so viele Teile, wie Prinzipien im Spiel sind, wendet auf jeden der Teile eines der Prinzipien an und fügt die Ergebnisse wieder zusammen. In unserem Falle geht es um 132 Ziegen und um zwei Prinzipien. Also denke man sich die Menge der 132 Ziegen halbiert. 66 Tiere im Verhältnis 5 zu 1 aufgeteilt (nach dem Kapitalprinzip), ergibt ein Verhältnis von 55 zu 11. Die zweite Teilmenge von 66 Ziegen ist (nach dem Opferprinzip) im Verhältnis 2 zu 1 zu teilen, das ergibt 44 zu 22.

Beides zusammengefügt ergibt:

	Schmied		Lastträger
Kapitalprinzip	55	zu	11
Opferprinzip	22	zu	44
Vereinigung	77	zu	55

Das scheint eine vernünftige Aufteilung zu sein; damit sollten sich die streitenden Brüder abfinden. Werden sie es aber tun? Jedenfalls eher als vordem. Erbittert streitenden Parteien geht es häufig „ums Prinzip“, um die eigene Vorstellung von Gerechtigkeit. Hier kann jeder sein Prinzip anerkannt sehen, wenn auch nur auf einem begrenzten Areal und vorausgesetzt, er erkennt auch das Prinzip des anderen an.³

4. Allerdings kann man nicht erwarten, dass die Rechnung stets so glatt aufgeht wie diesmal. Selbst bei dem einfachen Prinzip der Gleichverteilung unter zwei Parteien bleibt, wenn die Zahl der zu verteilenden Objekte ungrade ist, ein Objekt übrig. Was macht man mit ihm? Schon in biblischen Zeiten ließ man in vergleichbaren Fällen das Los entscheiden; so auch noch heute nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 659, 752 BGB, analog im Erbrecht: § 2065, 2151).

5. Übrigens hatte jener Richter noch eine andere Lösungsidee erwogen, die aber unplausibel ist und hier nur nachgetragen sei: *Der Richter versucht es mit der Wiederherstellung des status quo und will die beiden Streitenden zunächst so stellen, wie sie stehen würden, wenn sie damals nichts hergegeben hätten. Der*

³ Man kann die Prinzipien unterschiedlich gewichten. Die Gewichte müssen dabei so bestimmt werden, dass sie sich zu 1 ergänzen. Hält man ein Prinzip für doppelt so gewichtig wie das andere, so multipliziere man sein Ergebnis mit 2/3 und das Ergebnis des anderen mit 1/3. Auf Grund langjähriger Erfahrung mit der Bewertung juristischer Examensarbeiten rate ich hier aber zu äußerster Vorsicht. Es mag so einleuchtend scheinen, dass ein Prinzip doppelt so gewichtig sei wie das andere. Doch mit Prämissen ist es wie mit Eiern: Man kann ihnen nur begrenzt ansehen, was Herausschlüpfen wird.

Bestand des älteren habe sich verdoppelt (von 25 auf 50), er soll also für die hingegebenen 5 vorab 10 erhalten. Der Bestand des mittleren habe sich verfünffacht (von 2 auf 10), demgemäß soll er vorab für die eine hingegebene 5 bekommen.

Dann aber weiß er nicht, was er mit den restlichen 117 Ziegen machen soll ... Im übrigen tauchen jetzt alle Streitfragen von neuem auf.

Die Zahlen, die dem Richter vorliegen, hätten ihn jedoch stutzig machen sollen. Tiere, die ihrem natürlichen Drang folgen können, vermehren sich in zunehmend steiler werdender Kurve.⁴ Wenn bei einem „Anfangskapital“ von 2 Ziegen 10 Ziegen herausgekommen sind, hätte man bei einem Kapital von 25 Ziegen einen sehr viel stärkeren Zuwachs zu erwarten gehabt als eine bloße Verdopplung. Warum in den Ställen des älteren Bruder nur 50 Ziegen stehen, wissen wir nicht, und auch der Richter wird es nicht genau herausfinden können. Es ist jedenfalls kein Maßstab für gutes oder schlechtes Wirtschaften. Der Schmied kann Tiere verkauft und für den Erlös Arbeitsgeräte angeschafft oder Gesellen angeheuert haben. Vielleicht hat er auch manches Zicklein geschlachtet, um bei einem prächtigen Abendessen um Kunden zu werben. „Geld heckt Geld und Ziegen hecken Ziegen“, das ist zwar richtig, aber Geld pflanzt sich nicht so gradlinig fort wie Ziegen.

6. Zu der Legende passt ein pessimistischer Schluss:

Nicht ungewöhnlich ist auch die Entscheidung des Falles in der Legende. Der Schmied hat gute Beziehungen zum König und aus Kriegslieferungen schon mehrfach gestundete Forderungen gegen die königliche Schatzkammer. Er wendet sich an den König, der den Fall an sich zieht und die gesamte Herde dem Schmied zuspricht, mit der Begründung, der Schmied habe bessere Stallungen als der Lastträger und biete so die Gewähr für bessere Milch und besseres Fleisch; allein daran sei die Allgemeinheit interessiert. Er sei auch der bessere Steuerzahler und also sei aus dem Gesichtspunkt des Gemeinwohls wie geschehen zu erkennen.

⁴ Deren Verlauf schon im Mittelalter der Mathematiker Fibonacci bestimmt hat.

Wäre die Geschichte anders ausgegangen, wenn der Richter die Methode der Prinzipienvereinigung gekannt hätte? Vielleicht nicht, vielleicht aber doch. Einem ratlosen Richter, der sich in einer tragischen Verstrickung gefangen glaubt, lässt sich ein Rechtsfall leichter entziehen als einem Richter, der weiß, wie das Netz der möglichen Entscheidungen geknüpft wird, und der es übersieht.

歐洲近代初期「警察」與 「警察學」的考古*

江玉林**

本文摘要

本文試圖從傅柯對於知識、學科、規訓的論述出發，系譜性地探尋歐洲近代初期中，專以實現良善秩序為目標的「警察」（Policey），以及專門作為政治經濟學的「警察學」（Policeywissenschaft）等機制的出現軌跡。通過此一考察，我們不僅可以看到以主權為範疇的現代法律秩序與現代國家的身影，更可以在其中，同時看到擁有不同生命屬性的人的出現：他可以是一個臣服於主權者，並且被課以守法義務的臣民；他也可以是一個擁有生命、勞動力，以及各種特殊生活面向的具體個人；他甚至還可以是承載著特殊人口屬性的集團份子之一。總而言之，一個對於歐洲近代初期「警察」與「警察學」的考古，將可以讓我們更清楚地認識到以「主權——國家——法律」為核心發展軸線的現代性計畫。

關鍵字：警察、警察學、主權國家、人的形象、傅柯、規訓

* 本文為國科會專題研究計畫「歐洲近代初期的警察機制與警察學——以神聖羅馬帝國為中心」（計畫編號：NSC 94-2414-H-004-051）的研究成果。本文初稿，曾以「歐洲近代初期的警察學——一個關於現代法與現代國家原初知識的誕生」為題，發表於「法，現代與後現代學術研討會」（政大法學院基礎法學研究中心、政大法學院碩士在職專班、台灣法理學學會主辦。2006年6月17日）。謹此感謝與談人張嘉尹教授，對於本篇論文提供的寶貴意見。

** 政治大學法律學系副教授，德國海德堡大學法學博士。

壹、知識，學科，規訓 ——以1756年尤斯第的《警察學原理》為例

1756年，當時任教於哥廷根大學的尤斯第（Johann Heinrich Gottlob von Justi, 1717-1771），出版了一本名為《警察學原理》（Grundsätze der Policey-Wissenschaft）的教科書。這本教科書，雖然稱為警察學。但它的內容，卻與今天專門以維持治安、防止危害、打擊犯罪為任務的警察機關，有很大的出入。在當時的知識與政治氛圍裡，警察學就是政治經濟學（Politische Ökonomie）。而它的目標，就在於促進國家的整體發展，亦即增進共同體的福祉（die gemeinschaftliche Glückseligkeit）。誠如尤斯第在這本書的導論中所指出的：

「警察學的一般原理即在於：人們必須將共同體內部的各種結構，以維持並增加國家的一般性財富以及促進共同體幸福的方式，來加以建立。」¹

換句話說，

「凡是可以用來增加國家財貨，並因而取決於統治措施的一切途徑，都因此涵蓋在警察事先考量的範圍之內。」²

面對前述發生在250年前的歷史事件，亦即《警察學原理》教科書的出版，本文感到興趣的是：在當時德意志的神聖羅馬帝國境內，特別是其中的領邦國家（Territorialstaat）早已擁有獨立主權的政治氛圍之下，這本《警察學原理》究竟具有哪些特殊的意義？在回答這個問題之前，首先讓我們來看一下傅柯（Michel Foucault, 1926-1984），在1970年12月2日，於法蘭西學院發表就職演說亦即〈論述的秩序〉一文的時候，提到的幾句話。他說：

「學科（Disziplin）乃是論述生產的控制原則。它對於論述生產界限的劃定，是透過某種同一性的遊戲來加以完成的，而這種遊戲擁有一種對於各

¹ Justi, Grundsätze der Policey-Wissenschaft, 1756, Nachdruck 1993, §8, S. 7.

² Justi, Staatswissenschaft, I. Bd., 1755, Vorrede, S. XXXVI. 轉引自Keith Tribe, Polizei, Staat und die Staatswissenschaft, in: J.H.G. von Justis „Grundsätze der Policey-Wissenschaft“, 1993, S. 115.