

發行人：翁瑞昌

出版者：台南律師通訊雜誌社

地址：708 台南市健康路三段三〇八號(台南地方法院內)

電話：(06) 298-7373

傳真：(06) 298-8383

E-Mail：tnnbar@tnnbar.org.tw

網址：www.tnnbar.org.tw

夫妻財產新制三讀通過

改採夫妻各自所有 增訂自由處分金

本刊訊 立法院於九十一年六月四日三讀通過民法親屬編暨其施行法「夫妻財產制」部分條文修正案，將法定財產制從行之有年的「聯合財產制」改為「修正的（或稱限制的）分別財產制」，即夫妻各自管理、使用、收益及處分自己的財產，並明文規定家事勞動成為「有價」活動，夫妻於家庭生活費用外，得協議一定數額之金錢供夫或妻自由處分（即自由處分金）。

依新修正之法定財產制，夫妻各自所有、管理、使用、收益及處分其財產，但若不能證明為婚前或婚後財產、或無法證明為任何一方所有之財產，則推定為夫妻共有；夫妻各自對其債務負清償責任，如夫妻之一方以自己之財產清償他方的債務，縱在婚姻關係存續中，亦得請求償還。而新的法定財產制和真正分別財產制之差異，在於前者將夫妻財產二分為「婚前財產」和「婚後財產」，當法定財產關係消滅時，夫妻可就雙方現存婚後財產剩餘之差額平均分配，但繼承或無償取得之財產、慰撫金不在此限。

另就先前引起爭議之「家務有給制」，新修正內容規定，家庭生活費用由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔，並明定夫妻於家庭生活費用外，得協議一定數額之金錢供夫或妻自由處分（即自由處分金）。且新法亦增訂夫妻一方不當減少其婚後財產，而對他方剩餘財產分配請求權有侵害之虞時，他得請求法院宣告改用分別財產制。

此次修法使夫妻財產制度有了重大的變革，相信有助於國人婚姻生活邁入兩性平等之新時代。

夫妻財產新制三讀通過

改採夫妻各自所有 增訂自由處分金

本刊訊 立法院於九十一年六月四日三讀通過民法親屬編暨其施行法「夫妻財產制」部分條文修正案，將法定財產制從行之有年的「聯合財產制」改為「修正的（或稱限制的）分別財產制」，即夫妻各自管理、使用、收益及處分自己的財產，並明文規定家事勞動成為「有價」活動，夫妻於家庭生活費用外，得協議一定數額之金錢供夫或妻自由處分（即自由處分金）。

依新修正之法定財產制，夫妻各自所有、管理、使用、收益及處分其財產，但若不能證明為婚前或婚後財產、或無法證明為任何一方所有之財產，則推定為夫妻共有；夫妻各

自對其債務負清償責任，如夫妻之一方以自己之財產清償他方的債務，縱在婚姻關係存續中，亦得請求償還。而新的法定財產制和真正分別財產制之差異，在於前者將夫妻財產二分為「婚前財產」和「婚後財產」，當法定財產關係消滅時，夫妻可就雙方現存婚後財產剩餘之差額平均分配，但繼承或無償取得之財產、慰撫金不在此限。

另就先前引起爭議之「家務有給制」，新修正內容規定，家庭生活費用由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔，並明定夫妻於家庭生活費用外，得協議一定數額之金錢供夫或妻自由處分（即自由處分金）。且新法亦增訂夫妻一方不當減少其婚後財產，而對他方剩餘財產分配請求權有侵害之虞時，他得請求法院宣告改用分別財產制。

此次修法使夫妻財產制度有了重大的變革，相信有助於國人婚姻生活邁入兩性平等之新時代。

全聯會於台中市舉辦聯誼會

全國律師二百二十餘人會師台中

<本刊訊>第二屆全國律師聯誼，於九十一年六月八日、九日於台中市舉行，此次由台中律師公會主辦，共有全國律師二百二十餘人參加，本會由林理事長領軍，還有蔡敬文、陳清白、吳信賢及翁瑞昌律師代表本會與會。

全聯會舉辦全國律師聯誼，今年是第二次舉行，去年在高雄市，由高雄律師公會舉辦，今年在台中市，由理事長羅豐胤率領台中律師公會籌畫半年餘，在台中道長全力支持下，使此次聯誼會辦得有聲有色，賓主盡歡。

聯誼會於八日下午二時展開，每位道長獲贈遮陽帽一頂，先搭乘遊覽車赴中興新村，參觀省政資料館，由同是法律人之省主席范光群先生歡迎道長們光臨，范主席介紹省政府業務，目前省政府主管之業務中有交通事故鑑定，范主席就任後堅持鑑定委員宜具法律實務經驗，因此，日後律師參與交通事故鑑定機會將會更多。同道們觀賞了多媒體簡報，並獲范主席致贈的領帶或絲巾後，分別參觀各展覽室。晚上，大家齊聚全國大飯店，首先聆聽聲樂家陳美玲、林嘉琪、李達人及小提琴家簡名彥演唱與演奏的中西名曲，在一個半小時的音樂饗宴時間，全場充滿了溫馨、優雅的樂音，音樂節目中，又穿插全聯會理事長、范主席及胡市長致詞，台中羅理事長亦致謝詞，晚宴在七時半開始，主辦單位席開二十五桌，並準備上百瓶紅酒，供同道享用，道長們互相敬酒，在杯觥交錯之中互道晚安。

翌日道長們先赴草屯參觀台灣工藝研究所，再往中台禪寺，參觀宏偉的佛教建築，中午享用中台禪寺精美的素食，台中羅理事長並致贈每位道長紹興酒蛋、滷鳳爪、紹興米糕各一份，全部活動於下午四時許圓滿結束。

法律與歷史的相遇

法律人的府城石碑之旅

洪毓良律師

壹、法律與歷史的相遇

近來府城法律界與文化界一大盛事，乃是推動舊地院設立司法博物館，司法博物館之設立，可謂是一場法律與歷史的美麗相遇，然而這樣的相遇，在古都府城中，卻不僅止於舊地

院設立司法博物館一事。府城有豐富的歷史文化資源，乃是歷史、文化界人士所醉心、嚮往者；以往，法律界並未重視這些歷史文化資源，直到舊地院設立司法博物館開始推動之後，才開始由有識之士重視此一問題，在這之前，法律與歷史似乎毫不相干。但是實際上，法律就是生活的一部份，歷史卻是先人生活的足跡，而今日的社會，又與先人所遺留下來的社會生活不能割裂，所以，法律與歷史其實是分不開的。

法律與歷史的相遇，在迷人的古都中俯拾即是，本文要介紹的石碑，就是其中之一。透過石碑上的文字，可以研究當年的歷史，遙想當年府城風采、台江滄桑，石碑中，有不少內容是當時的官府針對當時的社會情況加以規範，所留下的紀錄，這些規範的內容，就是法律，而且是道道地地的本土法律學。在推動司法博物館設立的同時，對這些石碑中記載的社會狀況，透過法律學的觀點，與對鄉土的關懷加以檢視，不但可藉由對台灣社會歷史的瞭解，反省今日的社會生活，更可以從這些碑文中，配合司法博物館的建立，觀看府城，甚至是台灣，從明、清以降，到日治、民國等各時期，一部完整的台灣法律史，而凸顯台南舊地院設立司法博物館的重要性，更重要的是，可以讓吾人瞭解，法律與歷史的相遇，隨處都是，只要用心觀察，其實整座府城就是一座司法博物館。

不過必須先說明，筆者並非歷史科班出身，若要以嚴格的史學方法，對於石碑這樣的歷史文物加以研究，自非法律人的專長，法律人可以做的，乃是研究這些石碑上的碑文，其法律上之意義為何所反映出的社會狀況。當時社會並不具有嚴謹之法律觀念，更不可能去區分法規命令、行政規則、行政處分等等，在研究這些石碑內容之時，以今非古自非妥適之角度，不過換個觀點，以法律人的思維去瞭解當時的法律、社會，這些石碑似乎不再那樣冰冷，也能與我們的腦海相連接，如此，不是件有趣的事嗎？

貳、石碑簡介

石碑的作用很多，依據歷史學家之研究，其功用不外乎為紀功勳、述祖德、讚政績、彰律令、明學術、界疆域、讚宗教、避邪穢等；而依據製作石碑之人為何，大致可分為官方、寺廟、鄉里等，本文所要介紹的，主要是以官方所製作之石碑為主，官方所製作的石碑，其內容多為政經建設、示禁約章等紀錄，亦有與開疆闢土、殉難紀念、歌功頌德、緬懷政績有關者。

就法律的觀點而言，作為記載法律或政令的石碑，其功用尚有「公示」的作用與「信賴」、「法確定性」的作用。在資訊發達的今日，一旦有任何新法律、實務見解，各位道長只要翻開「司法週刊」、「台南律師通訊」或透過網路，即可瞭若指掌。不過，早年資訊不發達，人們沒有報章雜誌可看，當時的官府若要讓人民知道一些新的法律、政令，勢必不可能像今日一樣有諸多媒體可以利用；然而，法律、政令都必須透過「公示」的程序讓人瞭解，以便讓人民遵守，為了達到公示的目的，官府將這些法律、政令刻在石碑上，立在市集等人潮來往之處，使人民加以知悉並遵守，這就是官府的石碑在這方面的用途，也就是「公示」的作用。此外，法律所講究的，乃是「法律的確定性」，而使人民產生信賴而加以遵守，若是朝令夕改，人民自然不信賴法律，因此將法律政令刻在不易更改、滅失的石碑上，眾所周知，官方自然不能出爾反爾，所以石碑上記載的法律、命令，因為不易滅失，可以使立法、執法者慎重，而不能恣意更改。

參、石碑內容概說

本文所要介紹的石碑，主要是官方製作的石碑，而其中，又以所謂「示禁碑記」為主。所謂示禁碑記，用法律人的用語，就是強制命令或禁止命令，透過此等強行規定以告誡百姓，應為何行為或不應為何行為，此類碑文數量不少，其內容則包羅萬象。此外，尚有部分是民間民事關係，主要是土地糾紛，官府介入裁判後，所立作為界址或警告之用途。至於民間所製作的石碑中，與法律有關者，不外為鄉里間之合約或章程，亦不乏有趣者，值得尋味。以下，先就碑文形式上的結構加以介紹，主要為「示禁碑記」的形式，至於其實質內容，則留待將來再一一說明。

就石碑之內容，形式上加以觀察，其實有不少值得研究之處，一般的「示禁碑記」中，一開始必先將立碑者之官銜加以表明，例如「特授福建台灣府台灣縣正堂加十級、記大功五次李」、「欽加同知御署理台南府安平縣正堂記大功四次加十級記錄十次范」等等，官銜中第一部份是表示其為何機關之首長或官員，如前述「特授福建台灣府台灣縣正堂」，第二部分是記載其功績，如前述「記大功四次加十級記錄十次」，最後一字，則為立碑官員之姓氏。

表明為何人所製作之後，石碑上會先將此碑記載之目的加以表明，其寫法類似吾人在撰狀時，第一句慣用的用語「為起訴事」、「為上訴事」一般，以「為 事」之句型表明目的，例如「為出示諭禁事」、「為聲明叩察重勒嚴禁事」、「為曉示奏定海口章程勒石示禁事」，這樣的目的，跟我們撰狀時第一句「為 事」用語的目的是一樣的，也就是希望讓看到狀紙或碑文的人能一目了然，知道這篇狀紙或碑文之目的，如此說來，石碑的內容與撰狀的方式似乎有異曲同工之妙。

在碑文的正文中，形式上必先表明事情之緣起、顛末，其寫法，有直接敘述一事實者，亦有碑文之內容係屬下或民人稟報官署，官府加以裁決或處分，這樣碑文的內容，形式上又頗似今日的判決書形式，例如「王得祿祖塋示禁碑記」，就頗類似一篇判決之內容，碑文首先交代案件來源為「案據生員王遜鳴呈稱」，這位生員王遜鳴，乃是王得祿之孫，王得祿乃是清代有功之將軍，其孫怕其祖王得祿之墓遭無知鄉民破壞，特別請求台灣縣知縣高大鏞給示勒石禁止鄉民破壞，碑文交代完案件來源後，知縣並交代其處理方式「據此，當經本縣帶全弓匠手，親赴該處墳塋前後左右，照例丈明四至數步，立碑定界外，合行示禁。」可見當時的知縣，不但親至現場勘驗、鑑界，並立界碑，與今日不動產糾紛的處理方式頗為接近。

交代完案件來龍去脈及官府之處理後，官府在碑記上還要交代一下法律效果，例如前述「王得祿祖塋示禁碑記」，即禁止軍民百姓在上開界址內佔葬墳墓、縱放牛羊、砍伐竹木等等，否則「倘敢故違，定即按律究辦，絕不姑寬！其各凜遵，毋違！特示。」在碑文的最後，才是記載上日期。

從以上簡單的介紹，各位道長可以發現，這些碑文的用語、形式，實與今日吾人慣用的書類用語類似，例如交代案件來源時所用的「案據」、「呈稱」、「等情」，或是一開始所用「為 事」的句型，均與今日書狀用語大同小異，實則，透過石碑上的記載，我們可以理解，今天習慣的書狀用語，是一代一代流傳下來的用語，特別是官方文書的用語，與今日吾人慣用者並無太大差異。

肆、小結

以上簡單對石碑中與法律有關者加以介紹，之後，筆者將分幾個單元，將一些相關碑文之實質內容加以介紹，主要分為：一、社會現象，二、官兵狀況，三、土地糾紛，四、其他情事，五、民間章程、合約，分別加以介紹。在「社會現象」方面，例如當時有禁止婢女出嫁之陋習，官府特加以禁止，或有莠民借屍恐嚇詐財，或自殺賴告者，這不免使我們想起今日台灣的種種亂象。在官兵狀況方面，因為府城當時為港口，各種物資進出均需經過，不免有不肖兵丁趁機勒索，或守城官兵藉故索賄，亦有胥吏、衙役索賄不成便不准投訴者，種種官兵惡形惡狀，均在碑文中表現。又如土地糾紛，多是佔人墓地、越界築塚等糾紛，官府勒石示禁。在其他情事方面，則有一些特殊、零星的碑記，屆時再加以介紹。至於民間章程、合約上，包含有關鄰里互助，或公眾合約等，例如「防火章程碑記」，便是當時府城大火後，商家自行發起的防火組織，不禁令人想起近代保險之起源；「上帝廟店屋地租碑記」、「大上帝廟四條街銅山營公眾合約」，乃是廟方與民眾所定之合約。對於這幾類的碑文，筆者將一一介紹，然筆者學植未深，希望藉此一機會，將心得與各位道長先進分享，一同參與法律與歷史的美麗相遇。

訊 息 通 知

本會九十一年度團體意外險由富邦產物保險公司承保，保險期間自九十一年六月一日起至九十二年六月一日止，保額每人新台幣（下同）一百萬元，保費每人四百八十元，依例由公會負擔。另，本公會會員若投保該公司之車險，可享保費八五折的優惠。

法務部有鑑於民法繼承編於民國十九年制定公布、二十年施行至今，其間僅於民國七十四年經過一次修正，而該次修正後迄今，無論家庭組織、社會結構、經濟環境或人民生活觀念，多有變遷，且歷年來，各界迭有建議修正民法繼承編之意見，乃以法律決字第0九一〇七〇〇二八九號書函本公會，關於現行民法繼承編及其施行法之規定，如認有不合時宜、窒礙難行之處或有其他具體增修之意見，於九十一年七月三十一日前提出，以作為該部研修之參考。

高雄高等行政法院台南庭成立

舉行行政訴訟實務研討會及成立茶會

本刊訊 高雄高等行政法院為就近辦理台南、嘉義、雲林等地區之行政訴訟事件，自九十一年六月二十六日起成立台南庭，而為慶祝台南庭成立，該院除舉行成立茶會外，並舉辦行政訴訟實務研討會。

研討會於該日上午九時開始，由高雄高等行政法院高秀真院長擔任主席，與會人員有該院江幸垠、呂佳徵二位審判長、陳光秀庭長、楊惠欽、林石猛二位法官及財政部南區國稅局、台南縣市政府、嘉義縣市政府、雲林縣市政府之人員，本會則由林瑞成理事長、陳惠菊常務理事及王錦川律師代表與會。研討會首先，由陳光秀庭長主持、楊惠欽法官主講「行政程序法之應用」，其次由江幸垠審判長主持、林石猛法官主講「行政訴訟實務（一）」，再由呂佳徵審判長主持、高秀真院長主講「行政訴訟實務（二）」，最後舉行綜合座談，與會人員紛紛提出實務上遇到之問題，經熱烈討論後，研討會在十時五十分左右結束。

成立茶會於該日上午十一時假該院台南庭舉行，到場之賀客有台南高分院沈守敬院長、台南高分檢陳清碧檢察長、台南地院李璋鵬院長、高雄少年法院莊秋桃院長及台南市許添財市長等。揭牌儀式由高秀真院長與許添財市長共同主持，二人均強調台南庭之設立對於雲、嘉、南地區民眾進行行政訴訟案件較為便利，而茶會結束後，當日下午即排有庭期審理案件。

台南律師公會九十一年度六月份理監事聯席會議紀錄

時間：中華民國九十一年六月廿日（星期四）下午六時卅分

地點：大使海鮮餐廳

出席：林瑞成、郭常錚、蘇新竹、陳惠菊、黃雅萍、陳清白、陳琪苗、李孟哲、陳文欽、楊慧娟、蔡敬文、蘇正信、

吳健安、林國明、翁瑞昌、吳信賢、蘇陳俊哲、郭淑慧（應到廿人，實到十八人）

列席：宋金比、黃厚誠

主席：林瑞成

紀錄：申榮美

壹、報告事項：

一、主席報告：

（1）六月八日本會有六位律師參加台中律師公會主辦的第二屆全國律師聯誼會，今年全國參與的律師較去年踴躍，行程安排也較去年好，日後，本會也有機會主辦，屆時一定要預先做完善的籌劃。

（2）本會翁瑞昌律師經中華民國律師公會全國聯合會理監事會議投票通過，推薦擔任台灣律師懲戒委員會委員，在此也特別感謝翁秋銘律師幫忙拉票。

（3）六月十七日廈門律師協會來訪，該會受高雄律師公會，邀請到台灣訪問，本會也略盡地主之誼，請來訪人員晚餐。

（4）本月份舉辦的東藤枝登山活動有廿八位會員及眷屬參加，為了大家身體健康，希望多多參加本會登山活動。

（5）為了請宋金比律師擔任本會國際交流委員會，今天特別邀請他列席，非常感謝他。

二、監事會報告：

本會五月份各項收支憑證皆核閱過，所有收支明細正確、憑證齊全，資料整理詳細，無不當之處。

三、秘書處秘書長黃厚誠律師報告

九十一年五月份退會之會員：羅美隆、梁淑美、王淑惠、林敏澤（以上月費均繳清）、林佩儀（月費繳至九十一年一月）、陳昌義（月費繳至九十年七月），截至五月底會員總數五七六人。

貳、討論事項：

一、案由：九十一年六月份加入本會為會員之律師：呂沐基、周燦雄、謝國允、葉春生、蘇家宏、林慶雲、鄭文婷、侯傑中、吳文正、宗淑媛、陳盈壽、蔡文生、柯尊仁、藍庭光、江東原、方鳴濤等十六名，請追認。

決議：通過。

二、案由：本會九十一年五月份財務收支報告表（略），請審核案。

說明：請財務長楊慧娟理事說明。

決議：通過。

三、案由：擬聘宋金比律師為本會國際交流委員會主任委員乙案，請討論。

決議：通過。

四、案由：修正台南律師公會平民法律服務中心辦理平民法律扶助業務補助辦法第二條、第三條，並增定第二條之一，請討論。

決議：修正後通過，修正條文如後：

二、義務律師代撰訴訟書狀或受任為民事案件代理人、刑事案件辯護人時，依下列規定酌予補助：

（1）代撰書狀者，依案情繁簡，每件酌發新台幣貳千元以下壹千元以上之工本費。

（2）受任為訴訟案件之代理人或辯護人者，每案酌發新台幣壹萬元之車馬費。

義務律師辦理案件，以非顯無理由，且當事人係台南縣、市政府轄內鄉、鎮、市、區公所核列之低收入戶或急難救助之對象為限；當事人請求辦理時應提出相關證明文件。

上述費用之請領，撰狀工本費於提出書狀後廿日內，車馬費於每審級結案後廿日內。

義務律師請領補助時，應檢附代撰書狀或判決書影本。

三、經台灣高等法院台南分院、台灣台南地方法院指定為交互詰問案件之義務辯護律師時，如同一案件律師人數逾一人以上者，超過一人部分，由本中心酌給車馬費每人新台幣壹萬元；如代被告撰寫第三審上訴理由狀者，再酌給工本費新台幣貳仟元。

義務辯護非因終局判決而終了者，得請領部分車馬費，請領之額度為出庭一次以新台幣二千元計，如有閱卷或接見被告者，均以新台幣各二千元計，但總額最高不得逾新台幣八千元。

上述費用之請領，撰狀工本費於提出第三審上訴理由狀後廿日內。車馬費於每審級結案後廿日內；但非因終局判決而終了者，於接獲撤銷指定辯護後廿日內。

義務辯護律師應共同請領費用，請領時應提出書狀、通知書、閱卷聲請單、或判決書影本。

參、臨時動議

一、案由：籌劃本會九十一年度司法官評鑑乙案，請討論。

決議：由林國明常務監事、陳惠菊常務理事、郭淑慧監事規劃辦理。

二、案由：為增進會員福利，本會年度國外旅遊將不定期舉辦，不以一年一次為限，是否可行，請討論。

決議：通過。會員補助仍以一人一年一次為限。

三、案由：本會與日本長崎律師公會交流乙案，請討論。

決議：交由國際交流委員會規劃。

陸海空軍刑法第七十六條第一項第八款規定營內「竊盜罪」之爭議

上 校 庭 長 姚 其 壯

壹、前言

陸海空軍刑法是保障軍人權利及規範軍中秩序的重要法律，適用之主要對象為軍人，此法於民國十八年公布施行，僅於二十六年修正第二條及第一百十二條至第一百二十二條，及八十八年修正第八十七條強姦罪為強制性交罪（註一），茲因八十八年十月二日軍事審判法修正完成時，立法院並作成附帶決議，應於九十年十月二日前完成陸海空軍刑法修正案送立法院審議（註二），於是就全部條文加以檢討作了大幅度的修正，將原有的一百二十二個條文，修減為七十九個條文，計刪除了四十三個條文，於九十年九月二十八日經立法院通過，於同年十月二日起施行，雖該法修正後或難期已臻盡善盡美，但卻是一部兼具「小而美」、「人性化」符合大部分國人期望的一部法律，例如：唯一死刑由四十四罪減為二罪，及法定本刑大幅降低，增列罰金刑、拘役刑，增訂第四十四條第二項「資深士兵凌虐」罰責及告訴乃論之罪等規定，但仍具有爭議之處，待為解決，茲提出陸海空軍刑法第七十六條第一項第八款之適用問題，就教賢者，尚祈不吝指教。

貳、爭議提出

陸海空軍刑法第七十六條第一項規定：「現役軍人犯刑法下列之罪者，除本法另有規定外，依各該規定處罰」，即將刑法部分之規定，引為陸海空軍刑法之條文，即視為陸海空軍刑法有所規定，如現役軍人犯陸海空軍刑法第七十六條之罪，雖與刑法之規定，有相同之構成要件及相同之處罰，但仍歸軍事法院依軍事審判法追訴審判，此即為引置條文（註三），另該條第一項第八款規定：「在營區、艦艇或其他軍事處所、建築物所犯之竊盜罪。」本條僅謂所犯之竊盜「罪」，由軍事法院依普通刑法之實體法論處，惟觀同條項各款均於罪名之下加一「章」字，則本款之「竊盜罪」，就適用刑法第二十九章所列竊盜各罪，究其包括範圍如何？因條文之規定似不甚明確，在適用上易生爭議，亟待解決，茲從各種觀點，提出甲、乙、丙、丁四說如左：

甲說：（從法律適用之整體性及法益保護之周延性而論）

該款「竊盜罪」，係指刑法第二十九章之竊盜罪章而言，蓋因：

一、該款並未明確限定何種類型之竊盜罪，故包括刑法第三百二十條之普通竊盜罪、第三百二十一條之加重竊盜罪、第三百二十二條之常業竊盜罪、第三百二十三條之竊用能量等以普通竊盜罪論、第三百二十四條之親屬相盜罪，此為立法技術上之「無意疏漏」未於竊盜罪之下加「章」字，似不難想像。

二、就竊盜罪所包括之犯罪態樣而言，其基礎犯罪行為均與「竊盜」有關，倘非指竊盜罪章，則該罪章各法條將被割裂適用，並不符合體例。

三、復就竊盜罪章各罪而言，如刑法第三百二十一條之加重竊盜罪、第三百二十二條之常業竊盜罪之犯罪態樣及罪責，尤甚於刑法第三百二十條之普通竊盜罪，依「舉輕明重」之法理，理應涵蓋在內，予以適用應無疑慮。

四、另就刑法第三百二十三條之竊用能量以普通竊盜罪論、第三百二十四條之親屬相盜罪，即均以竊盜行為為基準，又能避免刑罰權行使之割裂，應可認亦在規範之範圍內，而一體適用。

五、 如僅指刑法第三百二十條之普通竊盜罪，就軍紀安全維護及軍事法益保護之觀點而言，則顯然保護不周。

六、 探究修法前之實務運作，涉犯刑法加重竊盜罪、竊取電氣罪、親屬相盜罪，依重罪優於輕罪或特別法優於普通法等原則，悉依修正前陸海空軍刑法第八十五條前段盜取財物罪處斷（註四），故從歷史延續發展角度而言，本款之竊盜罪，係指竊盜「罪章」，較為妥適。

七、 參考各次立法研討會過程中探究，陳煥生教授首於第六次會議中，以「竊盜罪」方式提出，復於第十次會議中綜合黃國鐘律師意見改為「竊盜罪章」（註五），復按刑法分則體例編排以「第二十九章

竊盜罪」為之，而非以「第二十九章 竊盜罪章」為之，甚符合立法意旨以「立法節約」、「立法經濟」之目的。

八、 再參考本條之修法原則，其規範之目的在於使現役軍人平時犯本條之罪，能以軍民「同罪同刑」之方式規範，以貫徹與刑法體例一致及刑事制裁之一體性（註六），則解釋本款之重點應置於「營內」，而非「罪」與「罪章」之爭辯。

乙說：（基於罪刑法定原則之精神而論）

該款僅包括刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪，蓋按文義解釋，刑法第三百二十條第一項之規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，為竊盜罪。」是該款文義已經立法者規定甚為明確，而無保留灰色地帶，再容予審判者解釋之空間，故立法者應係有意從嚴（限縮）解釋為刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪，以避免適用過於廣泛，實具有嚴謹性與明確性及保障人權之功能，另按修正陸海空軍刑法第七十六條第一項各款之立法方式，或載為某罪章（第二、五、七、九、十款），或明載為某罪章第某條之罪（第一、三、六款），及某罪章關於某部分之罪（第四款），則本款既僅載為竊盜罪，依「明示其一，排除其他」之法理，應係指僅適用於刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪而已，尚不得擴張解釋包括整個竊盜罪章。

丙說：（就立法者之原旨而論）

按運用一切論理上法則以推求立法原意之論理解釋及基於法律成立之經過以發現立法目的與精神之沿革解釋（註七）為立論基礎，本款包括刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪、第三百二十一條之加重竊盜罪、第三百二十二條之常業竊盜罪、第三百二十三條之竊用能量以普通竊盜罪論，此觀行政院九十年三月陸海空軍刑法修正草案版本（第五十條第一項：犯刑法第三百二十條至第三百二十二條之罪者，各依該條之刑處斷。第二項：電能、熱能及其他能量或電磁紀錄，關於本條之罪，以動產論），及九十年五月二十九日立法院就陸海空軍刑法修正草案一讀版本之第五十條（同前述第五十條內容）之修正條文規定至明。另刑法第三百二十四條之親屬相盜罪則不包括在內，乃因本款之竊盜罪重在維護軍紀與軍譽，不適用刑法第三百二十四條關於親屬間竊盜得免除其刑及告訴乃論之規定（註八）。另刑法第三百二十條第二項之竊占罪，是否包括在內，實殊難想像。

丁說：（從文義解釋而論）

該款僅包括刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪及第三百二十三條之竊用能量等（動產）以普通竊盜罪論，按竊盜罪所欲保護之法益，主要是動產之持有關係，依刑法第三

百二十三條規定，僅涉及對無體物之規定，將電能、熱能、其他能量或電磁紀錄以動產論，是刑法第三百二十三條亦得為刑法第三百二十條第一項竊盜罪之犯罪客體，故該款應包括刑法第三百二十條第一項及第三百二十三條之罪，蓋制裁性法律之解釋，特重於嚴格的文義解釋（註九），俾能維護軍人之權益。

參：結論（代建議）

原陸海空軍刑法修正草案，將劃歸軍法審判之刑法納入規範，惟規定於陸海空軍刑法各該相關章節之中，如貪污治罪條例及刑法殺人、竊盜罪章之部分條文，分別規定於違反職役義務罪章及違反軍人其他義務罪章（註十），但朝野協商認宜以一個條文過渡，使法律結構及外形更為美觀，另為避免刑法若干條文移植於陸海空軍刑法，難免掛一漏萬，且同一章內某條適用，其餘排除，尤易導致罪刑失衡，實務上易引起爭議（註十一），足證本款係指刑法竊盜罪章無疑，即甲說，本文採甲說，惟乙說最符合「罪刑法定原則」，丙說最符合立法者之原意，丁說亦非全無理由，誠然，本款之解釋在法官審判行為人時，於實務運作上既有疑義，又縱有立法技術上之「無意疏漏」或「有意省略」，為免適用之困擾，則必須重新檢討，如能依照同條項第一、三、六款之條文立法模式，加以修正本款為「在營區、艦艇或其他軍事處所、建築物所犯竊盜罪章第三百二十第一項、第三百二十一條、第三百二十二條、第三百二十三條之罪。」始能符合立法者之本旨，或仿照同條項第二、五、七、九、十款之立法模式「在營區、艦艇或其他軍事處所、建築物所犯之竊盜罪章」，則明確而無爭議。

註釋：

註一：謝添富、趙晞華著「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（一）」，軍法專刊第四十七卷第十期，第二十三頁及第三十九頁，註一。袁士枚著「軍刑法詮釋」，政治作戰學校，六十四年七月初版，第八十八、八十九頁。

註二：謝添富、趙晞華著「軍事審判法修正經過及修正內容析述（十二）」，軍法專刊第四十六卷第九期，第九頁，註二五八。

註三：林俊益著「新論現役軍人刑事審判權之歸屬」，月旦法學雜誌，第七十九期，二〇〇一年十二月，第十九頁。及「修正軍刑法對審判權之影響」，萬國法律，第一二〇期，二〇〇一年十二月，第一〇八頁。

註四：國防部軍法局軍法專刊社「中華民國軍法法令判解彙編（全一冊）」，七十二元月，第五三〇、五三一頁之國防部五十三年九月二十一日凝冰字第三十九號、五十四年十二月八日再維字第六十六號、五十七年十一月二十一日非審辦字第十七號令。同註一，袁士枚著，同前揭書，第三九七頁。

註五：同註一，謝添富、趙晞華著，同前揭文（二），軍法專刊第四十七卷第十一期，第十三頁、第十五頁、第十七頁，註九。

註六：九十年三月，陸海空軍刑法修正草案，第四、十、七十九頁。立法院議案關係文書，九十年五月三十日，院總第五十三號，立法院司法、國防兩委員會報告審查行政院函請審議「陸海空軍刑法修正草案」案，討一二三八之二、三、一二九四頁。

註七：蔡墩銘著「刑法精義」，翰蘆圖書出版有限公司，一九九九年八月出版，第二十、二十一頁。褚劍鴻著「刑法總則論」，民國八十三年七月增訂十版，第四十八、四十九頁

。註八：同註六，陸海空軍刑法修正草案，第八十頁，及立法院議案關係文書「陸海空軍刑法修正草案」案，討一二九四頁。

註九：吳庚著「行政法之理論與實用」，三民書局，民國九十年八月增訂七版，第一四八頁。

註十：同註六，立法院議案關係文書，討一二五八、一二六一、一二八八、一二八九、一二九三頁。

註十一：陸海空軍刑法朝野協商條文立法理由，第十九頁。

喜 訊

本會監事翁瑞昌律師經全聯會第五屆第十三次理監事聯席會議決議推薦為九十一年度台灣律師懲戒委員會委員。

翁瑞昌律師學養俱佳、為人正直，主張律師應善盡律師職責並遵守律師法及律師倫理規範，此次獲得全聯會之推薦擔任台灣律師懲戒委員會委員，誠屬實至名歸。

此外，翁瑞昌律師對舊台南地院之建築、歷史頗有研究，且為台南地院舊址作為司法博物館推動小組之成員，對於推動台南地院舊址作為司法博物館之工作，不餘遺力，獲得司法院聘為司法博物館籌備委員會委員。

本會理事陳文欽律師的事務所於六月二十七日（星期四）上午九時至下午三時舉行六週年暨喬遷誌慶茶會，新事務所位在台南市建平十街三十五號，電話：二九五八七五九，傳真：二九五八七五七。陳律師年輕有為，積極進取，此次喬遷新所，業務將更加興盛。

悼

本會資深道長郭玉山律師之夫人曾瓊英女士，不幸於九十一年六月四日仙逝，享年七十六歲，於六月十四日假台南市立殯儀館光德廳舉行公祭，本會林理事長偕陳惠菊常務理事，蔡敬文、吳健安及黃雅萍、陳清白四位理事，翁瑞昌及吳信賢二位監事，暨多位律師同道親往靈堂悼唁，場面隆重哀戚。

郭夫人於十九歲與郭玉山律師結婚，結婚時家計窘困，郭夫人兼營買賣、改善家庭經濟，相夫教子，使郭律師得以律師高考及格且七名子女學業有成，郭夫人誠屬賢妻良母之典範。

。

雲南嬉遊記

翁瑞昌

出發

台南律師公會一年一度的國外旅遊，三年來皆以日本為目的地，遊遍本州、九州、北海道，今年換個不一樣的昆明、大理、麗江之旅，五月五日至十二日，由高雄的南亞旅行社承辦，報名的道長極為踴躍，共有卅二人，林理事長在空中大學有課無法參加，乃指派筆者為團長。

出發前的說明會由領隊夏素雲小姐主持，她一再交待大家平日使用的藥物、腸胃藥務必攜帶齊全，昆明雖號稱四季如春，但五月天仍春寒料峭，又要登上三千公尺的玉龍雪山雲杉坪，可能有人會高山症，要帶普拿疼，巧克力也可減輕症狀，要大家多帶些衣物，在雲南不要亂吃東西，當地衛生不佳，少用百元大鈔（人民幣），當地假鈔極多，小心找回一堆偽鈔，講得大家人心惶惶，楊慧娟律師說：好像要去蠻荒地區探險，我說沒錯，雲南是古時候的蠻夷之地，後漢書曾提到「哀牢夷」就在西南，於是昆大麗之旅就在好奇與期待之中展開。

都是早桃惹的禍

雲南四季氣候變化不大，土地肥沃，盛產鮮花瓜果，我們由昆明到石林途中，經過宜良縣，地陪說此地為滇中糧倉，平地皆為水田，農人正在插秧，山坡地盛產水果，半路上停下來買水果，地陪介紹大家吃水梨，又警告大家：桃子最好不要吃，現在桃子剛剛上市，叫做早桃，吃了很容易拉肚子，要等雨季（五月開始到十月）下了幾場雨，桃子淋了雨水就可以吃了。沒想到大家看到水蜜桃，個頭雖不大，又紅又香又甜，地陪的警告早就拋到腦後，紛紛大快朵頤，於是第二天肚子開始抗議了，腸胃藥供不應求，也許真的是落後地區，文明人的腸胃太嬌貴，此後一直有人腸胃不適，全團倖免者不超過十人。

三隻蚊子炒盤菜

雲南是偏遠省份，飲食習慣比較特別，嗜吃麻辣口味，又因森林草溝林葉繁茂，昆蟲特多而且肥大，昆蟲更是雲南名菜。俚諺之中，雲南十八怪就好幾個與吃有關：「三隻蚊子炒盤菜」、「螞蚱能做下酒菜」，沿途賣店真的有螞蚱（蚱蜢）、螞蟻曬乾出售，螞蚱是油炸得焦香，就像台南六甲吃肚猴一樣，是彝族火把節必備食物，螞蟻有紅、黑二種，體型巨大，體長約0.5公分，可以泡酒或磨成粉食用，一日三次，一次五克，據說有滋陰補陽的功效。

我們每次吃完飯，就就地陪、司機的餐桌看看，他們只有四菜一湯，但卻是本地人的口味，麻婆豆腐、牛雜湯都是又麻又辣，又香又好吃，大家對他們開玩笑：「你們吃得比我們好！」，有一次盤子裡居然是土黃色像蝦子的東西，地陪說這叫「水蜻蜓」，蜻蜓的幼蟲期是生活在水中，名叫水蠶，雲南人從水中撈出水蜻蜓，養在魚缸裡，用油炸著吃，大家吃吃看，有點像台灣山產店的油爆蝦。在大理古城的商店招牌上看到「蒼山青蛙皮」，還以為是青蛙皮做的菜，一問之下才知是一種地衣類植物，樣子很像青蛙皮。

大陸的物價對台灣客來說，是便宜到無從想像，到處是又紅又大的蕃茄，一斤才七角，如果運銷體系健全，大舉外銷台灣，台灣農民怎麼受得了？在餐廳見到烤乳豬標價一隻八十八元，當場有人買半隻，切塊裝在幾個紙餐盒，帶上遊覽車吃，台灣客的海派作風就是如此！

喝咖啡用湯匙

當然大陸有些地方還蠻落後的，筆者嗜飲咖啡，大陸大城市的咖啡還差強人意，到了雲南就不堪聞問了，翠湖公園內有家冷飲店，餐單上寫的是雀巢咖啡，店員還很得意說是用雀巢咖啡粉來泡的，酒店早餐也有咖啡，用什麼牌子的咖啡粉泡的就不得而知，沒有奶精，沒有糖包，加方糖，也沒有喝咖啡用的白鐵湯匙，而是用像喝湯一樣但小一點的湯匙，聽說是白鐵湯匙常被大陸客A走，只好用湯匙待客！

大陸有些西洋食品實在令人不敢恭維，蛋糕、麵包口味皆不佳，蛋糕又乾又鬆，沒吃兩口就散成碎粉，吃到口裡乾得難以下嚥，為了趕到大理的班機，早上吃餐盒，裡面有一條臘腸，用塑膠紙包裹，兩頭用鉛環扣住，可是塑膠紙堅韌無比就是剝不開，鉛環也拿不下來，又扯又拉，臘腸都快捏爛了，就是打不開，為了搭飛機，身邊又無小刀，有人問：是不是不必拆封可以直接吃？

小姐開口就說「幹」

大陸「幹」字很常用，就是努力、出力之意，在雲南「吃」也叫做「幹」，並無不雅之處，台灣客聽文雅秀氣的白族姑娘說：「下車幹飯！」，莫不心驚肉跳，調皮的陳清白律師問：「吃飽飯怎麼說？」白族姑娘杏眼圓睜，理直氣壯地說：「幹大肚子呀！」，我們還弄不清是故意的，還是真的這麼說。在台灣，「幹」是不雅的口頭語，而「很好」台灣人常說成「很棒」、「好棒」，似乎沒什麼不對，但是在大陸就不宜說「棒」，因為這是指男性性器，也是不雅的話，兩岸睽隔五十年，連口頭語都不一樣了，難怪政治對話上常雞同鴨講。

地陪又學了一段前雲南省某省長用雲南腔的演說所鬧的笑話，雲南出產蘋果，省長要求所屬，將好的蘋果如紅蘋果、大蘋果外銷國外，自己吃差一點的綠蘋果、小蘋果，而雲南腔口音重，發音短促，「蘋果」在省長的口中，聽來像「屁股」，於是：「紅蘋果、大蘋果給外國人幹，綠蘋果、小蘋果我們自己幹！」，聞者莫不絕倒。

阿黑哥與阿白哥

到雲南就是看少數民族，昆明人口二百五十萬人，主要的少數民族是彝族，往東南到石林，就到了彝族支系撒尼人的群居之地，彝族尚黑，服裝以黑色為主，到了大理是白族人，白族自然是尚白，年輕女子皆白袖白褲，搭配鮮艷的衣飾，我們到了麗江，又成了納西族的天下，納西女子背後披塊黑布，上面繡了七個圓形圖案，意為北斗七星，表示納西女子勤勞苦幹，披星戴月的工作。

彝族少女叫「阿詩瑪」，男子叫「阿黑哥」，陳清白律師我們都叫他「阿白」，這就成了「阿白哥」，白族少女叫「金花」，男子叫「阿鵬哥」，納西族少女叫「胖金妹」，男子叫「胖金哥」，一路上阿白哥渾身解數，每到一處必與阿詩瑪、金花或胖金妹一搭一唱，弄得大家開懷大笑。納西族的地陪很欣賞英俊瀟灑的阿白哥，她說：納西族男人大多懶惰，不務正業，女子勞苦終日，一路上我們常看到男人穿著西裝，沒事坐在路邊抽菸，女人則在田間操勞，穿著原住民服飾，背著竹籃走在路上，裡面可以放柴火，也可以放小孩，沒事時手也沒閒著，不停地打毛線。

大陸女子對台灣的生活富庶，大多深深嚮往，不過，他們對律師這個行業，卻沒什麼特別的概念，倒是對我一路作筆記有點好奇，我說：「要回去寫匯報給領導」，她們似乎相信了。雲南距東南海岸線極遠，資訊不發達（在鄉下一個村只有三、五台電視），對台灣瞭解不多，只是單純認為台灣的東西都很好，因此昆明街上的服飾店常有「台北名店」或店名前加上「台北」，我在大理看到一家蛋糕店，招牌上寫「台灣海棉蛋糕」，昆明一家清真食品店也有「訂做台灣清真風味蛋糕」，大陸的蛋糕真的很不好吃，不是只有我這麼說。

走婚的母系社會

在麗江東北，也就是雲南的西北角，有一處摩梭人居住的永寧縣，旁邊有瀘沽湖，摩梭人是目前僅存的母系社會，尚保留著「阿注」走婚的習俗，他們沒有固定的婚姻關係，「阿注」就是朋友、伴侶的意思，母系社會中，祖母或母親是一家之主，男、女平日皆住母親家，男女相戀，男方獲得女方長輩同意，兩人就可以成為「阿注」，男女交往、生兒育女皆在母家，農忙時男方要到女方家中幫忙，平日仍住自己家中。地陪說男方晚上要去女方家中要帶三樣東西：包子、帽子、小刀，摩梭人村莊多養狗，肉包子打狗，免得驚吵他人，帽子掛在門邊，表示屋內有男人，免得他人誤闖，小刀用來挑開門門，交往日久感情生變，可以再去尋找自己的「阿注」，在這種環境之下養育的小孩，只知有母，不知有父，十八歲後再告以父親為何人，向摩梭人詢問父親是何人，被視為不禮貌的事，這種習俗叫「阿肖婚」。

我們沒去瀘沽湖，聽地陪說走婚習俗，不少男士無不心嚮往之，何況只要帶包子、帽子、小刀三樣東西，成本低廉，阿白哥本來準備留下來的，無奈家中閻令森嚴，只好作罷。

玉龍雪山看冰河

玉龍雪山是雲南第一高峰，海拔五五九六公尺，比八千多公尺的珠穆朗瑪峰矮一大截，但是由於地形特殊，迄今主峰尚未有人登頂，登峰隊攻頂多次，死傷慘重。我們是搭乘纜車到三二〇五公尺的雲杉坪，大家或多或少都出現高山症，有人頭暈頭痛，走起路來呼吸急促，時時要停下來喘口氣，雲杉坪種滿高大挺拔的雲杉，中間有片大草原，風景絕佳，可以遙望主峰上的冰河，但雲霧迷漫，看不太清楚。

沒想到四時許，我們搭乘纜車下山時，天氣突然放晴，主峰冰河歷歷可見，陽光照耀在冰河及森林，景色壯麗，在纜車上視野絕佳，等我們到了下方纜車站，下車回頭一看，雲霧又把主峰蓋住了，短短的三分鐘美景，竟讓我們在搭纜車時看到了。套一句林理事長常說的話：「那是我打電話通知他們的！」。

在玉龍雪山山腳下，我們到了一家賣店，店裡販賣許多不同口味的犛牛肉乾，每種口味都放些在小碟內供遊客試吃，一會兒來了一幫大陸客，有人用一張紙盛了一大堆牛肉乾，準備帶到車上慢慢吃，工作人員出來勸阻，沒想到還理直氣壯地說：「不是要給人試吃的嗎？」，接著就吵起來，大陸有些人言行舉止頗為霸道，不太講道理，一切以自己為中心，不會顧慮別人的看法，兩岸交往、談三通也是如此，筆者比較擔心，萬一有一天真的統一了，老實的台灣人，可能會吃很多虧。

超級導遊夏姐

筆者常出國旅遊，碰到過很多不夠敬業的導遊，或是一切向錢看的導遊，此次南亞旅行社領隊夏素雲小姐則是我歷年來碰到過最負責盡職的一位，夏素雲小姐年紀都比我大了，但是跑進跑出，噓寒問暖，照料團員無微不至。背個大背包，裡面隨時會掏出零嘴、糖果甚至藥品，出來好幾天了，還掏出許多台灣帶來的食品，玉龍雪山山腳下，荒山野地的午餐菜色不佳，她居然變出沙丁魚罐頭及臘腸罐頭給我們加菜，還說，如果吃不飽還有泡麵。團員抱怨水果不夠，她買來蕃茄，右手拿著台灣帶來的菜刀，左手套著手扒雞手套（當然也是台灣帶來的），為我們切蕃茄。我們看到地陪吃水蜻蜓，大家你一隻、我一隻吃光了，她馬上請餐廳再做兩盤來，出手大方，眉頭都不皺一下。我們這一團頗為嬌貴，有

走不動的，有年逾八十的，一路上狀況不斷，看東巴樂舞，有人太感動了，情緒激動至高山症發作，還出動一一九救護車，送醫打點滴，夏姐陪到半夜才回酒店。

律師與導遊都是服務業，看看夏姐的服務熱忱，我們真的要反省了。

回到文明社會

筆者胃腸一向不差，這次在雲南也吃虧了，有一天晚餐，餐廳提供藥酒，男女不同，功用不一，筆者不信邪，把男人喝的、女人喝的混在一起喝下去，美其名為「陰陽調和」，結果半夜肚子就作怪了，自作孽，夫復何言。

結束八天的行程，由昆明飛抵香港，漫步在寬大的赤臘角機場，突然看見一家小小的「星巴克」，趕忙倒出僅存的幾個硬幣，買了一杯「拿鐵」，聞著紙杯裡的咖啡香，我終於回到文明社會了。

廈門市律師協會訪問本會

座談意見交流 餐會賓主盡歡

本刊訊 廈門市律師協會於九十一年六月十七日下午抵台南市，拜訪本會，舉行座談並參觀台南地檢署及台南地院，晚上則由本會在榮勝餐廳設宴款待。

廈門市律師協會係於九十一年六月十五日至二十四日來台進行參訪活動，由高雄一路北上，除拜會各地律師公會外，並遊覽台灣之風景名勝。十七日下午四時十五分抵台南地檢署，由林理事長率同本會理監事迎接，在台南地檢署之律師休息室舉行座談會，由於林理事長需開庭，乃由林國明常務監事代表致詞表示歡迎之意，介紹台灣律師資格之取得途徑、刑事訴訟制度改採交互詰問、民事訴訟採集中審理制及本會發行之《台南律師通訊》，並希望雙方能在律師業務及司法實務等方面進行交流，隨後由廈門市律師協會會長林培森致詞，介紹大陸於二〇〇一年起取消律師考試而改採國家統一考試，考試及格者取得法律執業資格，可擔任法官、檢察官、律師及公證人，而成立律師事務所之要件為三人以上、其中一人須執業滿三年及資金需人民幣十萬元，是以無個人事務所，此次來訪希望能瞭解台灣律師資格之取得、執業情形及律師管理等事項。隨後雙方對於台灣、大陸地區律師應繳交律師公會之規費及民刑事訴訟案件之律師收費標準等議題進行座談，才知彼此差異之大。之後，林理事長開完庭返回，簡介本會創設沿革，並希望兩岸之律師能為彼此司法制度趨於一致而努力。

隨後，引導該協會成員參觀台南地檢署、台南地院，他們對於地檢署大廳竟可懸掛西洋裸女圖、地院法庭旁走道懸掛奇怪抽象畫、少年觀護室設有心理測驗教室等，深覺不可思議，但對於二棟大樓建築之宏偉、設備之新穎，則嘆為觀止。

晚上本會在榮勝餐廳設宴款待該協會成員及隨行之高雄律師公會程高雄、楊雪貞二位律師、王秘書，大家一面享用佳餚、一面高談闊論，在觥籌交錯聲中，賓主盡興而歸。

新會員介紹（九十一年四月份入會）

陳松棟律師 男，四十五歲，國立政治大學法律系畢業，主事務所設於台北，九十一年三月廿六日台南地

院登錄，同年四月九日加入本會。

江朝聖律師 男，卅一歲，國立台灣大學法律系畢業，國立中興大學法學碩士，主事務所設於新營市，九十一年四月八日台南地院登錄，同年月十七日加入本會。

蔡瑜真律師 女，卅四歲，私立東海大學法律系畢業，現為洪恩法律事務所律師，兼區高雄，九十一年四月八日台南地院登錄，同年月十七日加入本會。

蔡鴻杰律師 男，卅九歲，國立台灣大學法律系畢業，主事務所設於高雄，兼區屏東，九十一年三月十八日台南地院登錄，同年四月十八日加入本會。

張秀瑜律師 女，卅六歲，國立政治大學法律系畢業，曾任台灣中小企業銀行辦事員，主事務所設於台中，兼區台北，九十一年四月三日台南地院登錄，同年月十八日加入本會。

蔡坤旺律師 男，四十一歲，私立輔仁大學法律系畢業，主事務所設於台中，兼區彰化、台北，九十一年

四月廿三日台南地院登錄，同年月廿五日加入本會。

江淑卿律師 女，四十四歲，國立政治大學法律系畢業，主事務所設於台北，九十一年四月廿五日加入本會。

談林毅夫叛逃事件

郭常錚律師

今年五月底六月初，傳播媒體競相報導：中共政協委員、北京大學中國經濟研究中心主任林毅夫因其父過世，擬返台奔喪乙事，引起世人廣泛的討論。最後林毅夫決定由其妻代表返台奔喪而告落幕。

林毅夫本名林正義，原係台灣大學學生，於成功嶺接受兩個月的軍訓後，在結業前夕，毅然投筆從戎，以身許國，獲准轉學陸軍官校就讀，一時傳為美談，陸軍官校畢業後三年，升任為陸軍某單位連長，而其中兩年就讀政治大學東亞研究所，為國軍計劃栽培的優秀幹部，前景看好，登台拜將，指日可待。民國六十八年，林毅夫率領連隊官兵戍守戰地金門馬山據點，竟乘隙泅水至對岸，投奔「朱毛匪幫」而去。事發後，金門地區謠言四起，有人指稱係「叛逃」，有人謂「落海失蹤」，軍方因未見對岸廣播林毅夫「起義來歸」的消息，（按當時金門與對岸，每日隔海廣播喊話，抹黑醜化對方，無所不用其極，並以重賞呼籲對方官兵反正、起義來歸）亦未在對岸打來的破宣彈中，尋獲有關的傳單，（中共自民國四十七年八二三砲戰後，自知攻台無望，乃高喊「單打、雙不打」，作為下台階，即金門、馬祖與對岸每逢單日砲戰，雙日休戰，最初均係實彈射擊，可能是一鼓作氣，再而衰、三而竭的關係，最後演變成只打破宣彈。破宣彈事實上是空包彈內裝宣傳單，發射至對方，在空中爆炸後傳單自空散落，不論軍民不得持有）最後只得以「失蹤」結案。

法律上包括戰時軍律及林毅夫行為時之陸海空軍刑法，（陸海空軍刑法於民國九十年九月二十八日修正公佈）並無所謂叛逃的罪名，本事件林毅夫犯罪時其身分為陸軍某單任連長，犯罪時間為戒嚴時期之民國六十八年，犯罪地在戰地金門，而其犯罪事實則為自金門馬山駐地泅水至對岸，投降「共匪」。林君有無攜帶軍品或機密暫且不論，其單純投共的行為，不無觸犯戰時軍律第五條第一項「投降敵人或叛徒」及第七條「敵前逃亡之罪嫌

戰時軍律第五條第一項「投降敵人或叛徒」罪所謂「敵人」，係指依據國際法經由宣戰或不宣而戰，與中華民國敵對之交戰國而言，如對日抗戰時之日本。「叛徒」則係為鎮壓國內叛亂，經政府宣布為叛亂組織者而言，如動員戡亂時期之中共。至戰時軍律第七條「敵前逃亡」罪所稱「敵前」係指兩軍對峙，當攻守之要衝，如戒嚴時期之金門、馬祖、烏坵、東引等外島，甚至台灣地區於空襲警報發布後解除前之時間，均可稱為敵前。再所謂「逃亡」，則包括主動離去職役或被動不就職役兩種犯罪態樣。

根據以上之說明，林毅夫顯然一行為觸犯「投降叛徒」罪及「敵前逃亡」罪，為刑法第五十五條前段之想像競合犯，依戰時軍律第五條第一項及第七條規定，上開二罪均為唯一死刑，惟第五條第二項及第三項，尚有未遂及預備、陰謀犯處罰之規定，而第七條並無未遂犯處罰之明文，從而本件自應從一重之「投降叛徒」罪處斷。

有關本件追訴權之期間，依刑法第八十條第一項第一款規定為二十年。再「投降叛徒」罪筆者認為一旦投入叛徒陣營，犯罪即告成立，並無所謂連續或繼續狀態之可言，如投降叛徒後，又脫離叛徒組織，仍無法解免其刑責，因此，本件追訴權時效，應以林君投降叛徒之日為起算日。另軍方當年係以「失蹤」簽報結案，顯然本件未經軍事檢察官偵查起訴或通緝，亦無追訴權時效停止之問題。林毅夫行為迄今已逾二十二年之期間，時效業已完成，林君此次倘獨排眾議，堅持返台奔喪，在法言法，管轄之軍事檢察官勢必依法為不起訴之處分。

走筆至此，筆者回憶早在林案發生前十年，即民國五十八年間，筆者任職某外島防衛司令部，官拜上尉軍法官，在司令官指示槍斃，以振軍威強大的壓力下，尚且判處某老兵「預備投降叛徒」死刑併褫奪公權終身。（戰時軍律第五條第三項：預備或陰謀投降叛徒者處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑）林毅夫當年倘不幸查獲，其後果可想而知。運也！命也！夫復何言。

< 註：筆者早年服務軍中，歷任公設辯護官、軍事檢察官、軍法官及軍法組長諸職。 >

談律師推展業務之適法性

林國明律師

近年來因律師名額大量錄取的結果，造成律師案源被瓜分，少數律師為求生存，乃採取直接行銷之方式，僱用業務人員至各公司行號作地毯式的拜訪或郵寄法律顧問簡介，以招攬民刑事訴訟案件或法律顧問。因業務員大都無底薪或底薪甚低，為求業績，不得不作誇大不實之促銷，導致民眾提起不必要之訴訟，並且降低律師服務之品質及律師之形象，故上述行為之適法性，實有探討之必要。

台北律師公會曾於民國八十八年四月八日第二十一屆第三十七次理監事聯席會議通過一律師業務推展規範一共七個條文，但尚未經會員大會通過施行，其重要內容略以：一律師不得利用廣播、電視、電影、報紙、廣告看板、汽球及其他類似媒體或媒介為廣告行為。一、一律師不得聘僱律師以外之人員主動撥電話或拜訪不特定人，以推展業務。一、一律師不得對外支付介紹費予單純介紹案件之人以招攬業務，亦不得僅因充任介紹人而收受介紹費用。一、一律師僅得藉由發送簡介、信函、傳真或電子郵件，刊登雜誌廣告，使用招牌、印製名片或卡片，或在網際網路（INTERNET）上設置網站（Website）之方式推展業務，但不得為誇大、不實或引人錯誤之記載。一、一律師依前條規定之方式推展業務時，其

內容僅限於左列項目：一、事務所名稱、成立日期、地址、電話。但每一律師在同一地方法院管轄區域內不得有二以上事務所，且不得以公司組織型態執行法律業務。二、律師姓名。中華民國律師，得記載其證書號碼及登錄地區。非中華民國律師應記載其取得律師資格之國家或地區。三、經教育部認可之學歷。四、過去及現在之經歷。但受左列限制：（一）記載法官或檢察官之資歷時，應詳細表明任職之法院或檢察署名稱及起迄時間。（二）除記載學校兼課外，不得記載現兼任公務機關之名稱及其職稱。五、客戶姓名及承辦案件之性質。但須經客戶書面同意，且不得記載左列事項：（一）具體個案之內容。（二）對造或其他利害關係人之姓名。六、服務項目。七、收費標準。一上開規範之條文，方向大致正確，但其規範名稱仍冠以「業務推展」，筆者認為頗值得商榷。

依據律師法第三十七條規定：「律師不得違背法令、律師規範或律師公會章程」，而依據「律師倫理規範」第十二條規定：「律師不得以誇大不實之宣傳支付介紹人報酬，聘僱業務人員或其他不正當之方法招攬業務。」，律師如違反上開律師倫理規範之規定，情節重大者，依律師法第三十九條第三款應付懲戒。其所謂「招攬業務」之業務範圍，應屬律師得以執行業務之範圍，受委任擔任民刑事訴訟案件之訴訟代理人、辯護人，固屬律師執業之範圍。而擔任公司行號之法律顧問，亦應屬於律師執業之範圍，故僱用業務人員招攬訴訟案件，固屬構成刑法第一百五十七條之犯罪行為；而僱用業務人員招攬法律顧問，則應構成應付懲戒之事由。至於「推展業務」與「招攬業務」之分際如何，實際上甚難界定，故台北律師公會訂定「律師業務推展規範」，其名稱在現行法制下，尚欠允洽。

按律師法第一條第一項規定：「律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命。」第二項規定：「律師應基於前項使命，誠實執行職務，維護社會秩序。」故律師不應以「業績至上」招攬各項業務，仍應考慮律師角色與職務本質上包含有相當之公益性與公共職務之色彩，而非以營利為唯一目的。大陸律師法第二十四條規定：「律師事務所和律師不得以支付介紹費等不正當手段爭攬業務。」亦否定律師以支付介紹費招攬業務之合法性。惟因我國現在已加入世界貿易組織，將我國律師業務歸類於商業服務中之法律服務業，在內外環境情勢改變之下，是否有必要將上開限制放寬，則為另一個值得思考之課題。

論行政處分存續力之相對性與絕對性

國立成功大學法律學研究所教授蔡志方

壹 問題之提出

行政處分為公權力機關之行為，具有一定之法律效力，不得隨意被否定。對其效力有爭議者，必須依法定程序處理。於茲有問題者，乃行政處分存續力(Bestandskraft)是否具有絕對性？形式存續力與實質存續力間是否僅具有相對性？或具有絕對性？行政處分形式存續力與實質存續力之發生基準時與拘束之對象，是否亦具有絕對性？或者僅具有相對性？如對於行政處分是否無效發生爭議時，其存續力是否亦具有絕對性？抑或僅具有相對性？我國實定法有何相關之規定？學者間之見解為何？由於此一問題影響行政處分拘束力之有無、發生之時點與拘束之對象等，實有進一步加以探討之必要，故特藉本文加以闡釋焉！

貳 行政處分存續力之相對性-形式存續力與實質存續力之相對性

行政處分具有存續力(Bestandskraft)雖已為學者所共諳，然存續力既非一單一之概念，亦非屬一絕對性之觀念。依學者間之通說，行政處分之存續力尚可分為形式之存續力(formelle Bestandskraft)與實質存續力(materielle Bestandskraft)，且兩者互不相干。前者，其效力之拘束對象為處分相對人(Verwaltungsakts-adressaten)、利害關係第三人等具有訴願權之人民；而後者之拘束力對象，主要則為原處分機關及其上級機關，例外及於業務監督機關或法院。由此可知，行政處分存續力不僅在概念與內涵上具有相對性，可細分為形式存續力與實質存續力，且其效力所及之對象亦屬不同。抑且行政處分之形式存續力與實質存續力之發生基準時與拘束之對象，復不盡一致，而存有相對性，甚有詳加探討之必要（詳下述參、肆）。

參 行政處分形式存續力發生基準時與拘束對象之相對性

行政處分之形式存續力(formelle Bestandskraft)，又可稱為行政處分之不可爭力(Unstreitbarkeit des Verwaltungsaktes)，乃指行政處分成立並生效後，凡得對之表示不服者，除因自始拋棄救濟權，而生程序失權，或因已踐行法定救濟已被駁回確定者外（不當之處分，於訴願決定後，即告確定），凡未於法律所定期限內及依據法定程序向有權之機關表示不服，嗣後即不得再以任何理由抗爭者之謂。行政處分此種形式存續力究竟於何時發生，且何等對象受此效力之拘束？由於具有訴權者之預先拋棄與踐行法定救濟被駁回而確定之時點，具有相當之不確定性。因此，以下僅就我國訴願法之有關規定，加以分析闡明：

一 訴願法第十四條第一項規定

訴願法第十四條第一項規定：「訴願之提起，應自行政處分達到或公告期滿之次日起三十日內為之」。本條乃我國法律有關行政處分「形式存續力」之基本規定，亦屬於何時確定之基準性規定，除非其他法律有特別之規定，否則一切行政處分之「形式存續力」發生之「基準時」(masstablicher Zeitpunkt)，厥在於「自行政處分達到或公告期滿之次日起三十日內」。換言之，自行政處分達到或公告期滿之次日起三十日內，如該受送達或公告之適格的訴願人未依法提起訴願，則該行政處分即發生「形式存續力」，爾後該等適格之訴願人亦不得再對之提起訴願。依行政程序法第一百十條第一項及第二項規定：「書面之行政處分自送達相對人及已知之利害關係人起；書面以外之行政處分自以其他適當方法通知或使其知悉時起，依送達、通知或使知悉之內容對其發生效力。一般處分自公告日或刊登政府公報、新聞紙最後登載日起發生效力。但處分另訂不同日期者，從其規定」。結合二法條之規定亦可知，行政處分形式存續力發生之基準時之基礎，乃在於行政處分之生效，而非其成立。綜上所述，可知在訴願法第十四條第一項之標準下，如行政處分達到之人有數人，且時間不一致，其發生「形式存續力」之時點，反不像公告之情況之具有統一性。

二 訴願法第十四條第二項規定

訴願法第十四條第二項規定：「利害關係人提起訴願者，前項期間自知悉時起算。但自行政處分達到或公告期滿後，已逾三年者，不得提起」。本項規定，乃在於確立行政處分對於利害關係人發生「形式存續力」之「基準時」。由於利害關係人除非已依

行政程序法第二十三條規定參加行政程序或者處分機關已知其身分，並為送達，而屬於同法第一百十條第一項及第二項規定所稱之已知利害關係人，並適用訴願法第十四條第一項之規定。否則，行政處分未必會或能對之送達，而其可能復非屬一般處分之相對人或大量處分之相對人，而得以公告代替送達者。因此，自無法適用訴願法第十四條第一項之規定，故特設第二項規定，以利害關係人知悉處分時起算第一項之三十日。惟如完全依此標準，則行政處分所形成之法律秩序將永遠處於不確定狀態。因此，基於「法安定性原則」(Prinzip der Rechtssicherheit)，乃折衷而規定「但自行政處分達到或公告期滿後，已逾三年者，不得提起」。換言之，利害關係人如已知悉行政處分，則應於知悉後三十日內提起訴願，但其知悉或其提起訴願，自行政處分達到或公告期滿後，已逾三年者，則不得再提起。由此可知，行政處分對於利害關係人發生「形式存續力」

之「基準時」，係以其「知悉處分時」為準，但復以「行政處分達到或公告期滿後，是否已逾三年」為其能否提起訴願之最高限度。綜上所述，可知不僅未被送達之利害關係人與已受送達之行政處分相對人或已知之利害關係人，行政處分對其發生「形式存續力」之時點不一致，即未受送達之利害關係人因其知悉行政處分存在並生效之時點不一致，該行政處分對之發生「形式存續力」之時點自亦不可能一致，除非渠等均已罹於「自行政處分達到或公告期滿後，已逾三年」之最高限制。

三 訴願法第十五條第一項規定

訴願法對於行政處分發生「形式存續力」之「基準時」，除於第十四條第一項確立確定之基準時點以外，復於同條第二項確立相對之基準時。此外，對於該條之基準時，又於第十五條第一項規定其第一個例外。該項規定為「訴願人因天災或其他不應歸責於己之事由，致遲誤前條之訴願期間者，於其原因消滅後十日內，得以書面敘明理由向受理訴願機關申請回復原狀。但遲誤訴願期間已逾一年者，不得為之」。換言之，此種例外係以「天災或其他不應歸責之事由消滅後十日內」為基準時，而另以「遲誤訴願期間已逾一年」為其最高容許條件。綜上所述，如對於一行政處分得以提起訴願之人不僅一人，則因其中一罹有「天災或其他不應歸責於己之事由，致遲誤前條之訴願期間」或者各該訴願人均罹有不同種類之「天災或其他不應歸責於己之事由」，且該天災或其他不應歸責於己之事由消滅之時間點亦不一致，則因其申請回復原狀之時限不同，亦可能導致行政處分對不同人發生「形式存續力」之時點，亦將不同。

四 訴願法第十六條第一項規定

訴願法對於行政處分發生「形式存續力」之基準時之例外，除見於第十五條以外，復於第十六條規定以「在途期間」容許其第二個例外。該條第一項規定：「訴願人不在受理訴願機關所在地住居者，計算法定期間，應扣除其在途期間。但有訴願代理人住居受理訴願機關所在地，得為期間內應為之訴願行為者，不在此限」。因此，如訴願人不在受理訴願機關所在地住居，復無訴願代理人住居受理訴願機關所在地，得為期間內應為之訴願行為，則其計算訴願法第十四條規定之法定期間，尚必須另外加計其法定在途期間。抑且因訴願人住居所與受理訴願機關間遠近之不同，其應扣除之在途期間亦不同，間亦造成行政處分對之發生

「形式存續力」時點之不同，此於不同之訴願人享有不同之扣除在途期間之情形，尤屬如此。

五 行政程序法第一百零九條規定

行政處分究自何時起發生「形式存續力」，除前述各節外，尚有一規定不甚容易判斷者，乃行政程序法第一百零九條之規定。依該條規定，「不服依前條作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先行政程序」。換言之，經聽證作成之行政處分，其「形式存續力」究於何時發生？為訴願人逾訴願法第十四條規定之期限未提起訴願，抑或得為行政訴訟之原告未於法定期限內向行政法院起訴時？其關鍵一方面在於行政程序法此條規定，究係限制訴願人對於經聽證後作成之行政處分提起訴願，抑或容許人民選擇先行提起訴願或逕行提起行政訴訟

；另一方面，如係採限制訴願之看法，則尚須視原告提起之訴訟種類，始能判斷其「形式存續力」發生之基準時。如該條之規定係容許人民選擇先行訴願，而該人民亦已提起訴願，則應依訴願法第十四條、第十五條及第十六條判斷其是否已逾期，而發生「形式存續力」。反之，如該人民選擇逕行提起行政訴訟，則尚須視其提起之訴訟種類，而依行政訴訟法之規定及法理，判斷其訴訟之提起是否已經逾期，而發生「形式存續力」。上述情形，如具有訴權之人有選擇逕行提起行政訴訟，而有選擇提起訴願之情形，行政處分對渠等發生「形式存續力」之時點，亦將有所不同。抑且，即使渠等皆逕行提起行政訴訟，然因其所提之行政訴訟種類並不盡相同，則為該行政訴訟標的之行政處分對渠等發生「形式存續力」之時點，自亦可能不同。當然，上述之情形，如再加上訴訟原告有行政訴訟法第八十九條規定之在途期間之扣除或第九十一條規定之回復原狀之適用，則其情形將更為複雜，可比照前述三、四對訴願法第十五條及第十六條規定之說明，於茲不贅。

六 行政程序法第一百二十八條規定（例外？）

雖然訴願法第十四條、第十五條、第十六條及行政程序法第一百零九條等，已為行政處分「形式存續力」之發生基準時，設定其確定性原則與例外。但除此之外，行政程序法第一百二十八條規定：「行政處分於法定救濟期間經過後，具有下列各款情形之一者，相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之。但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限：一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。前項申請，應自法定救濟期間經過後三個月內為之

；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾五年者，不得申請」。此項規定是否屬於行政處分「形式存續力」之例外規定，學者間之見解不甚一致。有認為有該條規定之情形，仍應受理其救濟，並從實體上加以審理。惟另有學者認為，此種「行政程序重新進行」之規定，並非否定行政處分之（形式）存續力，而係存續力不能絕對妨阻對行政處分之再審查，故似不認為該項規定係行政處分已發生形式存續力之一種例外性規定。

肆 行政處分實質存續力發生基準時與拘束對象之絕對性與相對性

行政處分之實質存續力(materielle Bestandskraft)，又可稱為行政處分之不可廢棄力(Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes)，乃指行政處分成立並生效後，隨行政處分之存續，就其內容對於相對人、關係人及原處分機關發生拘束力，不僅原處分機關及上級機關，甚至是行政法院，均不得予以撤銷或廢止。行政處分此種實質存續力雖然隨著行政處分之生效而發生，且於其存續期間即仍然存在，然究竟於何時得以喪失？則洵有進一步探討之必要。蓋我國行政法規不僅無實質存續力之用語，亦非以正面之方式規定其發生之基準時，而係以負面方法肯認其存在。以下特就我國訴願法、行政程序法與行政訴訟法等之有關規定，加以分析闡明：

一 訴願法第八十條規定

訴願法第八十條規定：「提起訴願因逾法定期間而為不受理決定時，原行政處分顯屬違法或不當者，原行政處分機關或其上級機關得依職權撤銷或變更之。但有左列情形之一者，不得為之：一、其撤銷或變更對公益有重大危害者。二、行政處分受益人之信賴利益顯然較行政處分撤銷或變更所欲維護之公益更值得保護者。行政處分受益人有左列情形之一者，其信賴不值得保護：一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使原行政處分機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使原行政處分機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知原行政處分違法或因重大過失而不知者。行政處分之受益人值得保護之信賴利益，因原行政處分機關或其上級機關依第一項規定撤銷或變更原行政處分而受有損失者，應予補償。但其補償額度不得超過受益人因該處分存續可得之利益。」本條規定之依職權撤銷或變更行政處分，形式上雖屬於「爭訟性之程序重開」類型之一，然此一規定並無阻止訴願程序標的之行政處分之已發生「形式存續力」之意，而僅係承認行政處分雖已發生「形式存續力」，但如其顯屬違法或不當，且其撤銷或變更對公益無重大危害或行政處分受益人之信賴利益非顯然較行政處分撤銷或變更所欲維護之公益更值得保護時，該行政處分並不存在「實質存續力」，換言之，如撤銷或變更該行政處分對公益有重大危害或者行政處分受益人之信賴利益顯然較行政處分撤銷或變更所欲維護之公益更值得保護者，則該行政處分即存有「實質存續力」，原行政處分機關或其上級機關應受其拘束，縱行政處分顯然違法或不當，亦不得加以撤銷或變更。值得注意者，乃訴願法第八十條規定之「爭訟性程序重開」，相較於行政程序法第一百十七條規定之「非爭訟性程序重開」，並無行使期限之限制，在法體系之統一上，難謂無缺失，有待於將來修法時予以統合。

二 訴願法第八十三條規定？

訴願法第八十三條規定：「受理訴願機關發現原行政處分雖屬違法或不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌訴願人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回其訴願。前項情形，應於決定主文中載明原行政處分違法或不當。」此條規定乃參酌行政訴訟法第一百九十八條規定之先例，將日本之情況裁決制度亦引入訴願制度。本條雖與行政處分之「形式存續力」無關，然與行政處分之「實質存續力」卻有間接之關聯。蓋依本條規定，則縱然訴願人之訴願尚在法定期限之內，換言之，為訴願程序標的之行政處分尚未發生「形式存續力」，且訴願人之訴願原屬有理由，但受理

訴願機關發現原行政處分雖屬違法或不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌訴願人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回其訴願。其結果，無異於承認如行政處分雖屬違法或不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌訴願人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，即「不宜」撤銷或變更原行政處分，而使得該行政處分相對地亦具有相較於其他情況之「具裁量餘地」之「實質存續力」。惟於此等情形，有關之機關是否仍有裁量之餘地，則不無疑問。

三 行政程序法第一百十七條規定

行政程序法第一百十七條規定：「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：一、撤銷對公益有重大危害者。二、受益人無第一百十九條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。」本條之規定，屬於「非爭訟性程序重開」之原因基礎之一，學者亦認為係我國承認行政處分具有實質存續力之依據。根據本條之規定，則違法行政處分於法定救濟期間經過後，雖已發生「形式存續力」，但其未必亦發生「實質存續力」，而不得撤銷該行政處分，除非撤銷對公益有重大危害或受益人無第一百十九條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者，始發生「實質存續力」，否則，原處分機關仍得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。由上可知，我國之行政程序法原則上不承認行政處分均存有「實質存續力」，而僅於例外情形，亦即基於法益衡量與信賴保護雙重考量之機制下，承認有「實質存續力」。

四 行政程序法第一百二十八條規定

行政程序法第一百二十八條規定：「行政處分於法定救濟期間經過後，具有下列各款情形之一者，相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之。但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限：一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。前項申請，應自法定救濟期間經過後三個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾五年者，不得申請。」本條規定，乃我國大部分學者所稱之行政處分之「程序重開、重新進行、再度進行或重新開始」。根據本條之規定，行政處分有該條第一項各款規定之原因，除非相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，否則，該行政處分縱已發生原有之「形式存續力」，其仍不當然亦發生「實質存續力」。就此而言，於「具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者及其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者」，除相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者外，對

於行政機關（應依其為請求撤銷、變更或廢止，而分別包含原處分機關與其上級機關），則不具有「實質存續力」。

於此種情形，其例外，亦即具有「實質存續力」不僅以「相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者」為其原因，同條第二項復以「自法定救濟期間經過後三個月」及「其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾五年者」，為已發生「實質存續力」之基準時點。由此一規定觀之，行政處分是否發生「實質存續力」在原因方面具有絕對性，而在時間點上，則亦具有相對性。

五 行政訴訟法第一百九十八條規定？

行政訴訟法第一百九十八條規定：「行政法院受理撤銷訴訟，發現原處分或決定雖屬違法，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原處分或決定之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回原告之訴。前項情形，應於判決主文中諭知原處分或決定違法」

。此條規定乃將日本之情況裁決制度引入我國行政訴訟之制度。本條雖與行政處分之「形式存續力」無關，然與行政處分之「實質存續力」卻亦有間接之關聯。蓋依本條規定，則縱然原告之起訴尚在法定期限之內，換言之，為訴訟程序標的之行政處分或決定尚未發生「形式存續力」，且原告之訴原屬有理由，但受訴行政法院受理撤銷訴訟，如發現原處分或決定雖屬違法，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原處分或決定之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回原告之訴。其結果，無異於承認如行政處分雖屬違法，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，即「不宜」撤銷或變更原行政處分，而使得該行政處分相對地亦具有相較於其他情況之「具裁量餘地」之「實質存續力」。惟於此等情形，有關之行政法院是否仍有裁量之餘地，則不無疑問。

伍 行政處分有效性有爭議時，其存續力之相對性與絕對性

前面對於行政處分之「形式存續力」與「實質存續力」之探討與論述，均侷限於行政處分違法或不當，而能否據以提起訴願或行政訴訟之情形。至於行政處分是否因罹有無效之原因，而應歸於無效發生爭議時，其是否亦有「形式存續力」

或「實質存續力」，且於何時發生之問題，我國學者間似乏探討，而有進一步探討之必要。以下試就行政程序法與行政訴訟法之有關規定闡釋之：

一 無效處分無存續力-行政程序法第一百十條第四項規定

無效之行政處分究竟有無存續力，我國之學說似不甚清楚。如依行政程序法第一百十條第四項規定：「無效之行政處分自始不生效力」。無效之行政處分既然自始不生效力，則自亦無「存續力」（包括「形式與實質存續力」）之可言。惟如依我國多數學者之見解，能否對於行政處分請求救濟，繫於行政處分是否已對外宣布其存在，亦即成立，則一旦行政處分成立，似乎不管其是否生效，即可對之請求救濟，當然自亦有是否已發生「形式存續力」之問題。如再依我國行政法院二十三年判字第六一號判例之二，基於「行政處分有效性推定」之見解，似亦認為無效之行政處分仍具有（實質）存續力。我

國學者亦認為，行政處分之「實質存續力」隨行政處分之宣示而發生，且隨行政處分之存續而存在。然如行政處分因罹有行政程序法第一百一十一條規定之無效原因，亦即：「一、不能由書面處分中得知處分機關者。二、應以證書方式作成而未給予證書者。三、內容對任何人均屬不能實現者。四、所要求或許可之行為構成犯罪者。五、內容違背公共秩序、善良風俗者。六、未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者。七、其他具有重大明顯之瑕疵者」，則其依同法第一百十條第四項規定，既然自始不生效力，則其應等同於自始不存在，當然亦就無任何之存續力之可言。惟有問題者，乃當行政處分是否無效發生爭議時，其是否亦存有「形式存續力」與「實質存續力」，則頗耐人尋味（詳次項之探討）。

二 處分無效之爭議及解決前之效力

無效之行政處分自始不生效力，則其應等同於自始不存在，當然亦就無任何存續力之可言，已如上述。此在原處分機關與相對人或利害關係人間對於行政處分無效均無異議之情況下，或雖有爭議，但嗣已經由行政訴訟或其他途徑，而不再有爭議時，亦同。惟行政處分是否無效發生爭議時，在處分無效確認前，其是否亦存有「形式存續力」與「實質存續力」之問題，則應依下列三方面觀察，始為正鵠：（一）行政處分一旦成立，則受「有效之推測」（*Vermutung für Gultigkeit*），因此，否認其有效者，須依法請求確認；又行政處分「形式存續力」主要之作用對象，既為具有訴權之人，則主張行政處分無效之人，通常為行政處分之相對人或利害關係人，其應依法尋求救濟。行政程序法第一百三條雖然規定：「行政處分之無效，行政機關得依職權確認之。行政處分之相對人或利害關係人有正當理由請求確認行政處分無效時，處分機關應確認其為有效或無效」，但是對於行政處分是否無效發生爭議時，依我國之行政救濟法制，僅能提起確認行政處分無效之訴，而不能提起確認行政處分有效之訴。其主張行政處分有效者，除非係主張因該行政處分之有效而成立或不成立公法上之法律關係，否則，其並無提起確認行政處分有效之訴之餘地。於行政處分是否無效有爭議時，主張其無效者，由於其應先踐行請求確答之程序。因此，行政機關認為行政處分有效之確答，乃相當於訴願決定，基於法安定性原則，並斟酌人民請求確答之本意，人民應「類推適用」訴願法第九十條之規定，於該確答送達後二個月之不變期間提起訴訟，否則，仍會發生行政處分之「形式存續力」；如行政機關未於一個月內答覆者，則人民可隨時提起確認行政處分無效確認之訴，此時該行政處分無「形式存續力」之問題。（二）如原處分機關認為行政處分無效，而行政處分之相對人或利害關係人認為有效，由於行政程序法第一百三條第一項規定，行政處分之無效，行政機關得依職權確認之。因此，其無向行政法院提起確認行政處分無效之訴之餘地，而僅有主張該行政處分有效，並因而存在一公法上法律關係之人，應於適當期間內提起確認公法上法律關係存在之訴。（三）如原處分機關認為行政處分有效，則該行政處分是否具有「實質存續力」，應視情況而定。於其認該行政處分雖屬違法，但非屬無效時，即須依行政程序法第一百七條之規定，部分並依同法第一百二十八條之規定判斷之。於其認為該行政處分合法有效，則其無同法第一百二十三條所規定之情形，或雖有該條規定之情形，但已逾同法第一百二十四條規定之二年期限者，即發生「實質存續力」。

由上可知，在行政處分無效之爭議解決前，該行政處分對於主張其無效者，如其未於

類推適用訴願法第九十條規定之期限內提起確認行政處分無效之訴者，將發生「形式存續力」。反之，原處分機關主張該行政處分無效時，該行政處分之相對人或利害關係人應於適當期限內提起確認公法上法律關係存在之訴。但其如未提起，亦不能謂該無效之行政處分對其發生「形式存續力」。再者，認為行政處分有效之原處分機關等，則依該行政處分是否違法或合法，而受到不同原因之「實質存續力」與基準時之約束。

陸 結論

基於本文前述之探討，可知行政處分存續力不僅在概念與內涵上具有相對性

，可細分為形式存續力與實質存續力，且其效力所及之對象亦屬不同。抑且行政處分之形式存續力與實質存續力之發生基準時與拘束之對象，復不盡一致，而存有相對性。在訴願法之規定下，如行政處分達到之人有數人，且時間不一致，其發生「形式存續力」之時點，反不像公告之情況之具有統一性。未被送達之利害關係人與已受送達之行政處分相對人或已知之利害關係人，行政處分對其發生「

形式存續力」之時點不一致，即未受送達之利害關係人因其知悉行政處分存在並生效之時點不一致，該行政處分對之發生「形式存續力」之時點自亦不可能一致，除非渠等均已罹於「自行政處分達到或公告期滿後，已逾三年」之最高限制。如對於一行政處分得以提起訴願之人不僅一人，則因其中一罹有「天災或其他不應歸責於己之事由，致遲誤前條之訴願期間」或者各該訴願人均罹有不同種類之「天災或其他不應歸責於己之事由」，且該天災或其他不應歸責於己之事由消滅之時間點亦不一致，則因其申請回復原狀之時限不同，亦可能導致行政處分對不同人發生「形式存續力」之時點，亦將不同。如訴願人不在受理訴願機關所在地住居，復無訴願代理人住居受理訴願機關所在地，得為期間內應為之訴願行為，則其計算訴願法第十四條規定之法定期間，尚必須另外加計其法定在途期間。抑且因訴願人住居所與受理訴願機關間遠近之不同，其應扣除之在途期間亦不同，間亦造成行政處分對之發生「形式存續力」時點之不同，此於不同之訴願人享有不同之扣除在途期間之情形，尤屬如此。

在行政處分之「實質存續力」方面，訴願法第八十條規定之「爭訟性程序重開」，相較於行政程序法第一百十七條規定之「非爭訟性程序重開」，並無行使期限之限制，在法體系之統一上，難謂無缺失，有待於將來修法時予以統合；同法第八十三條適用之結果，其結果，無異於承認如行政處分雖屬違法或不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌訴願人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，即「不宜」撤銷或變更原行政處分，而使得該行政處分相對地亦具有相較於其他情況之「具裁量餘地」之「實質存續力」。惟於此等情形，有關之機關是否仍有裁量之餘地，則不無疑問。行政程序法第一百十七條規定，原則上不承認行政處分均存有「實質存續力」，而僅於例外情形，亦即基於法益衡量與信賴保護雙重考量之機制下，承認有「實質存續力」；就同法第一百二十八條之規定言，行政處分是否發生「實質存續力」在原因方面具有絕對性，而在時間點上，則亦具有相對性。至於依行政訴訟法第一百九十八條規定，則縱然原告之起訴尚在法定期限之內，換言之，為訴訟程序標的之行政處分或決定尚未發生「形式存續力」，且原告之訴原屬有理由，但受訴行政法院受理撤銷訴訟，如發現原處分或決定雖屬違法，但其撤銷或變更於公益有重大損害

，經斟酌原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原處分或決定之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回原告之訴。其結果，無異於承認如行政處分雖屬違法，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，即「不宜」撤銷或變更原行政處分，而使得該行政處分相對地亦具有相較於其他情況之「具裁量餘地」之「實質存續力」。惟於此等情形，有關之行政法院是否仍有裁量之餘地，則不無疑問。

就行政處分無效有爭議時，於其解決前，該行政處分對於主張其無效者，如其未於類推適用訴願法第九十條規定之期限內提起確認行政處分無效之訴者，將發生「形式存續力」。反之，原處分機關主張該行政處分無效時，該行政處分之相對人或利害關係人應於適當期限內提起確認公法上法律關係存在之訴。但其如未提起，亦不能謂該無效之行政處分對其發生「形式存續力」。再者，認為行政處分有效之原處分機關等，則依該行政處分是否違法或合法，而受到不同原因之「實質存續力」與基準時之約束。

警察還是要加油

翁瑞昌律師

上期本通訊〈警察加油〉一文刊出之後，引起許多回應，法務部公報第二一一期大家搶著影印，甚至被借回事務所影印，高雄的道長索性來電要求寄影印本給他，足見律師在警局陪訊執行職務時，時常受到員警的刁難，如果這種情況繼續存在，正如洪條根道長的話：「律師連自己的權利都保障不了，還奢談要保障當事人的權利？」，這種現象是台灣的司法之恥，也是律師之恥，希望全聯會及各律師公會積極向警政機關交涉，勿令基層員警再違法刁難律師。

不過，也有同道認為員警勤務繁雜負擔沉重，社會治安惡化，員警疲於奔命甚至時有性命危險，加上基層單位日夜輪值，生活晝夜顛倒毫無規律，員警已經夠辛苦了，還要要求他們積極進修，提昇自我，是不是有些苛求？不無唱高調之嫌。

可是，目前警員待遇、福利不差，比起同等級之公務員薪水高出許多，在現代化的社會我們要求維繫社會安定之警員品德端正、執法公平、盡忠職守，要比通常公務員更高的形象、效率及能力，並不為過。

可是，我們看看警員的表現如何？對轄區內的色情場所、賭場、電玩店收取規費，已是公開的祕密，刑求取供，一案雙破，沒有犯案的被告還在警訊中坦承不諱，真是匪疑所思。而警員擄妓勒贖再加白嫖，與擄車集團勾結，真不知良心何在？紀律何在？另外績效制度更是推波助瀾，造成員警爭功諉過，有人買槍作績效，有人以毒品養線民，而轄區內刑案，除公然吃案之外，如是查不到嫌犯，強盜案可能變為竊盜案，如嫌犯被捕，也許小小的討債押人妨害自由案，也可以變成擄人勒贖大案，公然偽造文書不以為異。

今年六月初，各報刊載政治經濟風險顧問公司一項針對在亞洲地區工作的外僑所作之司法警政體系調查，結果：美、澳、日分居前三名，亞洲四小龍之中之星、港、韓均及格，台灣非僅不及格，還落後於馬來西亞，只比越南、印度、中國好一些，台灣雖然創造了經濟奇蹟，也進行民主、自由的政治改革，可是司法警政居然如此落伍，能不汗顏？

筆者認為提昇警員素質，基本上應提高員警的學歷，至少要大學畢業，學歷比較高並不代表員警的素質一定相對高，但是，較長時間的專業訓練以及充實的學識，可以增進員警的

工作能力，以及未來的可塑性，將來自我提昇的機會必然增多，其次要建立員警正確的價值觀念，染上喝花酒、玩女人、賭博等惡習的人，大多迷失在物慾橫流、於感官享受，紙醉金迷酒色財色而不能自我約束，自然毫無理想、尊嚴可言，農人、工人、商人可以在酒色財氣中打滾，只要不作奸犯科，誰也管不著，可是身為執法者的人民保姆，缺乏正確的價值觀、使命感，輕者爭功諉過、偷懶怕事，重者自然是貪污腐化、偷搶拐騙，無所不至。

其實，警員如此，司法人員亦復如此，出事的司法人員，大多是生活腐化，沈迷酒色之流，不是嗎？