

⑨ 輯選文論學法

(上) 輯選文論則分法刑

編主 銘 墩 蔡

⑨ 輯選文論學法

(上) 輯選文論則分法刑

編主 銘 墩 蔡

士博學法學大堡萊佛德西
授教系律法學大灣台立國

五南圖書公司

法學論文選輯 ⑨
刑法分則論文選輯 (上)

中華民國73年 7月初版

總主編 鄭 玉 波

主 編 蔡 墩 銘

發行人 楊 榮 川

發行所 五南圖書出版公司

局 版 臺業字第0598號

臺北市銅山街1~1號

電 話：3916542號

郵政劃撥：106895號

基本定價：精裝5.56元
平裝4.45元

印刷所 茂 榮 印 刷 廠

(本書如有缺頁或倒裝，本公司負責換新)

——鄭玉波主編——

法學論文選輯

書目及各冊主編

本選輯聘請

鄭大法官玉波先生擔任總主編，分別敦聘權威學者，各就專攻，擔任各冊之主編。書目及主編姓名如左：

- | | |
|-----------------|-------|
| 11. 國際私法論文選輯 | 馬漢寶教授 |
| 10. 刑事訴訟法論文選輯 | 陳樸生教授 |
| 9. 刑法分則論文選輯 | 蔡墩銘教授 |
| 8. 刑法總則論文選輯 | 蔡墩銘教授 |
| 7. 強制執行法破產法論文選輯 | 楊建華教授 |
| 6. 民事訴訟法論文選輯 | 楊建華教授 |
| 5. 商事法論文選輯 | 林咏榮教授 |
| 4. 民法親屬繼承論文選輯 | 戴東雄教授 |
| 3. 民法物權論文選輯 | 鄭玉波教授 |
| 2. 民法債編論文選輯 | 鄭玉波教授 |
| 1. 民法總則論文選輯 | 鄭玉波教授 |

法學論文選輯

總序

民主、法治，國家「現代化」之特徵也。吾國廣土衆民，將來完成統一，堂堂大國，而欲現代化，則舍民主、法治而外，別無捷徑。惟民主須賴法治以為運作，亦即法治為民主之基礎。故吾人今日當務之急，在乎推動法治。法治不僅指國家依法行政及依法審判而言，人民之依法生活尤為切要。蓋人無論個人團體，事無論大小公私，彼此關係之處理，相互問題之解決，苟能悉以法律為其準繩，則正義伸，紛爭息，社會和諧，經濟繁榮，國家焉有不現代化者乎？

其次，法治須以人人有守法精神為前提；而守法精神則建築於法律知識普及之上；法律知識之普及，又以法學之昌明為後盾。法學昌明之途甚多，出版法學書籍，供法學之研究，不失為要道。多年來，吾國出版業已蓬勃發展，出版物之數量，亦日益增多，固屬可喜之現象，然而出版物中，有關法學者，則比率甚少，足徵法學之不受重視，法律知識之未能普及，則法治云者，豈不徒託空言耶？

五南圖書出版有限公司以出版法學書籍為主，近年來已刊行甚多，對於法學界研究參考上頗有貢獻。民國七十二年春，其總經理楊榮川先生擬出版「法學論文選輯」十一冊，囑余

擔任總主編。余雖從事法學有年，但對於編輯一道，經驗不足，原不敢承乏斯任，但念及出版法學刊物，為法學昌明之手段，亦為國家法治之原動力，個人既忝列法學界之末，又為國民之一份子，則又責無旁貸，不得不勉盡棉薄矣。爰商諸法學先進及友好，欣承惠允擔任各冊之主編，共襄斯舉，計：1. 民法總則編，2. 民法債編，3. 民法物權編，由本人擔任。4. 民法親屬編及繼承編，由戴東雄先生擔任。5. 刑法總則，6. 刑法分則，由蔡墩銘先生擔任。7. 商事法，由林咏榮先生擔任。8. 民事訴訟法，由楊建華先生擔任。9. 刑事訴訟法，由陳樸生先生擔任。10. 強制執行法及破產法，由楊建華先生擔任。11. 國際私法，由馬漢寶先生擔任。於是著手研訂「編輯要旨」，開始蒐集論文，迨選稿初定，乃由五南圖書出版有限公司，函徵各論文原作者同意轉載，歷時一年，現已定稿，共選論文五二五篇，除選輯要旨，詳見「凡例」及各冊「編輯說明」，於此不贅外，茲當出版之際，應敘明編輯緣起及經過，并向各冊主編先生及各篇論文原作者，致最大之敬意與謝意。同時因本選輯篇幅有限，總主編個人所見不廣，不無遺珠之憾。至於本選輯設計之未週，校讐之疏漏，均所難免。倘蒙斯學宏達，不吝賜正，則無任企幸！

中華民國七十三年四月二日

鄭玉波

序於台大法學院研究室

法學論文選輯

凡 例

一、本選輯旨在提供司法界、律師界以及從事法學研究者，進一步深入研究參考之用。尤可作爲各大學法律系、所學生研修各法之補充教材。

二、本選輯收錄之論文，始自民國三十八年，以迄民國七十二年止。舉凡發表於國內著名之法學期刊中之法學論著，富於學術參考價值者，均在蒐羅之列。至於非法學期刊中之法學論著，若其內容翔實、見解精闢，確有參考價值者，亦予輯入，以免遺珠之憾。

三、本選輯係依下列標準，選其重要而有價值之法學論文，加以輯成：

1. 對向來之法學論爭點，提出精闢獨到之見解者。
 2. 發掘法律新問題，加以探討分析而有創見者。
 3. 分析闡述現行法之規定，而內容新穎，鞭辟入裏，深得法律真義者。
 4. 介紹外國立法例或判解、學說，而有助於本國法律問題之解決者。
- 四、本選輯依法律別編輯成冊，共計十一種，每種書名如下：

1. 民法總則論文選輯（上、下）；
2. 民法債編論文選輯（上、下）；

3. 民法物權論文選輯（上、下）；
 4. 民法親屬·繼承論文選輯；
 5. 商事法論文選輯（上、下）；
 6. 民事訴訟法論文選輯（上、下）；
 7. 強制執行法·破產法論文選輯；
 8. 刑法總則論文選輯（上、下）；
 9. 刑法分則論文選輯（上、下）；
 10. 刑事訴訟法論文選輯；
 11. 國際私法論文選輯。
- 五、本選輯論文之編排，按其探討主題，依各法之編章次第、法條順序，列其先後，不考慮論文發表時間，以利讀者之研究，並便理論系統之建構。
- 六、本選輯所收論文中，其所引用之法令條文，間或已有修正者，爲了保存原文面貌，在編排時一仍其舊，不加更動。

七、本選輯於每篇論文文末，均註明該論文出處，發表之年、月以及期刊之卷、期，俾便讀者查考，並示不敢掠美之意。

八、本選輯所收之論文作者中，有現任司法法院大法官，有在各大學法律系、所擔任教席，有從事司法審判工作，亦有從事律師業務者，均爲研究斯學之學者專家，爲使讀者讀其文而得識其人起見，

遂於每篇論文之後附上「作者簡介」，對該文作者之學經歷及現職，略作介紹，藉此可知各學者專家之學術有所專精，或可供讀者進一步研究之參考。

九、本選輯所收論文，除已故及旅居國外者外，均已獲得原作者之同意准予刊載，部分作者甚至就原論文再作潤飾或修訂，在此謹誌謝忱。至於少數作者或用筆名發表，或因地址異動等因素以致無法取得連繫，在此深表歉意。

十、本選輯各冊之後附錄各該法重要論文索引，舉凡登載於法學專業期刊之論文均在網羅之列，編成索引，以供參考。

刑法分則論文選輯

編輯說明

一、刑法分則為刑法之一部分，其所規定者為各種犯罪之構成要件，因之有關刑法分則之論文，莫不以闡述各種犯罪構成要件之內容為其課題，此與刑法總則之論文係以闡述犯罪與其處罰之一般原理原則有異。不過除刑法分則規定各種犯罪之構成要件外，特別刑法亦就某種犯罪之構成要件分別予以規定，而此在刑法分則亦每有類似之條文，可見特別刑法不啻在於替代刑法分則之部分條文而立法者，依特別法優先於普通法之原則，應適用特別刑法。藉此以觀，特別刑法與刑法分則顯然有互相消長之關係；特別刑法愈多，則刑法分則被停止適用之條文亦隨之增加，一旦特別刑法悉被廢止，刑法分則所規定之條文始有全部適用之餘地。值此動員戡亂時期，我國頒布無數之特別刑法，有者雖冠以「戡亂時期」或「非常時期」於特別刑法之前，有者却未冠以何種時期適用之限制，儼然成為永久性之特別刑法；屬於前者例如戡亂時期檢肅匪諜條例、戡亂時期貪污治罪條例、非常時期農礦工商管理條例、戡亂時期肅清煙毒條例及戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例等；後者例如懲治叛亂條例、妨

害軍機治罪條例、妨害兵役治罪條例、妨害國幣懲治條例。目前我國既有如此多之特別刑法，導致刑法分則之有關條文，悉被停止適用，於是在刑法分則全章卅五個罪章中，未有與其相抵觸之特別刑法，幾已鮮有其例。

二、刑法分則之條文既被特別刑法所替代，不外表示刑法分則虛有其表，實際上已無多少適用之機會。對於此種虛有其表之法典，自然無法引起刑法學者研究之興趣，此導致我國學者專研刑法分則者少，大部分之學者重視刑法總則之研究；即使研究刑法分則之問題，亦不能不同時研究特別刑法，以免被譏為高談闊論，不著分際，於是刑法分則之研究每不免與特別刑法之研究，混在一起，彼此之間幾至難分難捨之地步。然而刑法分則之部分條文即使因特別刑法之存在而被凍結，但大多數之特別刑法僅為一時之存在，遲早將被廢止，在此情況之下，對於刑法分則之研究，仍有必要，實不可因特別刑法之存在而有予以忽視之理。

三、一國之社會情況異於他國，因之本國所處罰之犯罪，未必為外國所處罰，與此同理，外國所處罰之犯罪亦未必為本國所處罰。究竟何種犯罪為本國所處罰，此端視一國之社會情況如何而定，假如一國具有健全之社會道德，民事與行政救濟尚稱發達，則大多數之反社會行為由於受有效之社會控制（social control）而無由發生；縱或發生，但犯罪多屬單純，故刑法分則不必列舉過多或複雜之犯罪類型。反之，一國社會道德敗壞，民事與行政救濟亦均未見發達，影響所及，犯罪必層出不窮，同時犯罪之種類亦必有增無已，故為因應起

見，刑法分則遂不得不規定各式各樣之犯罪。惟因如此，觀一國刑法分則之規定，不難獲悉該國常有之犯罪現象。

四、刑法分則既網羅本國社會所發生之犯罪，即知其內容頗具個別性與特殊性，尤其其所規定之犯罪，可能未為外國刑法所處罰，僅見於我國刑法分則之規定。然而刑法所規定大部分之犯罪，乃屬於所謂自然犯（*Substantive Crime*），故其犯罪不僅出現於我國社會，亦出現於外國社會，此使我國刑法所規定之犯罪，亦見於外國刑法，在此情況之下，我國刑法對於犯罪構成要件之規定，極可能抄襲外國刑法之規定，是以外國刑法對於某種犯罪而為之規定，在我國刑法亦無不同。法律之規定如此，即對於各個犯罪所發生問題而為之檢討，概可能採用外國學者所主張或提出之理論，於是在刑法分則之領域內，不僅有外國刑法立法之移植，更有其犯罪理論之輸入，其情形無異於在刑法總則之領域所發生者。

五、過去我國刑法學者對於個別犯罪而為之檢討，幾注重下列三種犯罪：一為竊盜罪。二為強盜罪。三為侵占罪。鑒於財產犯罪一向在我國犯罪案件所占之比例極高，是以今後對於財產犯罪而為之檢討，仍占頗為重要之份量。不過由於人口愈來愈集中，促使人與人之接觸不斷增加，是以由此而引起之摩擦，必然有增無已，由此而引發傷害、殺人或妨害名譽，在所難免，是以此等犯罪之法律規定，極可能成為將來刑法分則研究之主要對象。此外隨交通發達而引起之交通過失案件，以及因企業之發達而附帶發生之商業間諜等，成為明日刑法

分則討論之主題，亦頗有可能，不難預料。

六、民國六十三年以來我國所進行之刑法修正，在刑法分則之罪名部分，斟酌增加若干過去所無之犯罪，就中以下列十種犯罪為最重要，即(1)參加叛亂結社罪（刑法第一〇一條），(2)藐視法庭罪（刑法第一四〇條），(3)參與幫會罪（刑法第一五四條），(4)劫機罪（刑法第一八五條），(5)解放核能罪（刑法第一八七條），(6)獨占市場罪（刑法第二五五條），(7)竊聽罪（刑法第三一五條），(8)使用竊盜罪（刑法第三二二條），(9)濫用自動收費設備罪（刑法第三三九條），(10)虛設公司行號詐欺罪（刑法第三四〇條）。雖然刑法修正草案初稿所新增之犯罪，在外國刑法已不乏其例，但對於我國而言，此不失為新型之犯罪，故將來立法之後，仍有待刑法學者對其性質與特徵多加分析，方可期其合理妥當之適用，故此不失為從事刑法分則之研究者未來之研究課題。

七、本書所選之論文，均曾經在國內著名之法學刊物發表，著者可謂為研究斯學之翹楚，其中雖有在大學擔任教席，但不乏從事刑事司法實務者，因之所選之論文，有者偏重學理，而有者注重辦案經驗，然而皆有頗值研讀之見解。

八、本書論文之著者，除已故及現居外國者外，均曾同意論文之刊登，是以如無原著者之好意，本書將無法順利出版，謹於此致感謝之忱。

九、本論文選輯選入之論文共五十三篇，作者為三十餘人，大多數之情形係一人一作，

例外為一人數作。所選之論文以內容新穎，鞭辟入裏及深得法律真義者為主，但仍不免有遺珠之憾，希望未被選入之著者諒解。

主編人 蔡 璦 銘 謹識

刑法分則論文選輯（上）目錄

總序

凡例

編輯說明

第一章 對於國家法益的犯罪

1 內亂罪之探討·····	孫嘉時·····	〇〇三
2 論刑法上之瀆職罪·····	何任清·····	〇二二
3 賄賂罪之探討·····	梁恆昌·····	〇三一
4 貪污犯罪學與刑法賄賂罪之研究·····	林山口·····	〇四〇
5 賄賂之概念·····	吳正順·····	一〇六
6 有關考試犯罪之研討·····	史尙寬·····	一二二
7 論組織犯罪及其預防性之刑法條款·····	林山田·····	一三四

8 聚眾犯之本質特徵與分類·····	葉志剛·····	一四一
9 妨害投票罪概說·····	周治平·····	一六七
10 湮滅刑事案件證據罪引論·····	周治平·····	一七五
11 論誣告罪·····	孫德耕·····	一八三
 第二章 對於社會法益的犯罪		
12 論公共危險罪·····	何任清·····	一九五
13 論放火罪之本質·····	廖文煥·····	二一二
14 偽造或變造文書罪之研究·····	林山田·····	二三四
15 論文書印文之偽造·····	史尚寬·····	二六三
16 偽造文書罪之本質與文書之概念·····	甘添貴·····	二八七
17 略論偽造文書罪上的幾個問題·····	梁恆昌·····	二九八
18 論「使公務員登載不實事項於所掌公文書罪」之構成要件問題·····	王建今·····	三〇五
19 論偽造有價證券之刑責·····	廖健男·····	三一四
20 關於妨害風化及婚姻家庭罪立法問題之商榷·····	韓忠謨·····	三二二
21 猥褻之規範評價·····	周治平·····	三四一

22 論處罰吸食嗎啡之法律依據	孫德耕	三五〇
-----------------	-----	-----

附：下冊目錄

第三章 對於人格法益的犯罪

23 殺人罪	吳鑑平	三五七
24 泛論刑法上殺尊親屬罪規定	石榮顯	三七二
25 刑法之重傷	林天予	三八〇
26 一般過失傷害與業務過失傷害之探討	梁恆昌	三八七
27 「強暴」義例	周治平	三九五
28 暴行脅迫罪實務研究	王富茂	四〇五
29 墮胎宜合法化之研究	劉清波	四二四
30 遺棄罪序說	吳啓賓	四三九
31 妨害居住自由之法益與概念	甘添貴	四四七
32 漫談有關人身自由之法律規定	尤英夫	四六四
33 論企業秘密之保護與刑事立法	蘇俊雄	四七六