

⑧ 輯 選 文 論 學 法

(下) 輯選文論則總法刑

編主 銘 墩 蔡

⑧ 輯 選 文 論 學 法

(下) 輯選文論則總法刑

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

行印司公版出書圖南五

法學論文選輯 ⑤

刑法總則論文選輯(下)

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 7.78 元
平裝 6.67 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)

——鄭玉波總主編——

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：

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

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；而守法精神則建基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

刑法總則論文選輯

編輯說明

一、現行刑法之公布迄今尚未滿五十年，但在台灣之適用已逾三十餘年，是知我國刑法雖制定於大陸，然而却顯然成長於台灣，因之有關刑法之問題，自以出現於台灣者較為重要。況台灣發行之法學刊物甚多，不僅有刑法之專門雜誌，如自民國四十一年起發行之軍法專刊及自民國四十六年起發行之刑事法雜誌，針對刑法問題從事研討，即一般法學雜誌亦對於刑法問題有所討論，此導致刑法論文之數量頗有可觀，且其中亦不乏有價值者，故將其匯集，顯可避免有志於刑法之研究者追尋之困難，且亦能成為刑法論著之時代紀錄，可供來茲之參考。

二、考刑法之適用所以引起問題，莫不由於立法當時立法者未見及此，以致應規定之事項未予以規定，或其所規定之事項與另一規定之事項互相衝突或矛盾。果如此，則為解決其所發生之問題，要非僅可藉司法上之解釋，即可予以彌補，而必須依賴立法上之改變，是以為使刑法之規定與刑法理論及刑事政策相配合，並為解決實際問題起見，我國自民國六十三

年起，在司法部（今之法務部）主持之下，開始進行刑法修正之工作。至今已完竣修正草案初稿，將來一旦順利通過立法，則新修正之刑法自然影響我國刑法學之發展，是以對於此項修正草案初稿不能不寄以重視。然而刑法修正牽涉之問題至多，雖刑法修正之主要目的在於解決現行刑法上之問題，假如其本身亦引起無數之問題，則修正刑法之得失如何，仍有待於進一步之檢討。

三、刑法分總則與分則二部分。前者所規定者為一般犯罪與其處罰之原理原則，後者所規定者為各個犯罪之構成要件，於是依刑法論文所討論者為一般犯罪之原理或個別犯罪之理論，實可將其分為刑法總則論文及刑法分則論文。刑法總則論文所檢討者既係一般犯罪，刑法分則論文所檢討者僅係個別犯罪，則為對於個別犯罪予以檢討之前，應先認識者當係一般犯罪，此使中外刑法學者研究之興趣，大多集中於刑法總則之問題，因之刑法總則論文出現於法學刊物自然較諸刑法分則論文為多。

四、刑法總則之領域內所引起之問題甚多，但論文選輯與教科書有異，即其不可能對於一切之問題均予重視，而祇注意若干重要之問題。大體上言，本書所選入刑法總則論文係以下列三個問題為中心：一為刑法基礎理論。二為犯罪體系上之主要爭論。三為犯罪之法律效果。準於上述而論日本書所選入之刑法總則論文注重其是否在於闡述近代刑法之原理及有無試圖建立嶄新之犯罪理論體系而定。

五、我國刑法總則論文雖立足於我國現行刑法之條文，然而其理論之依據却多參考外國文獻，其中以大陸法系之日德刑法論著為多，此使我國刑法論文失去其特徵，亦因此而使我國在刑法學之分野始終無法提出獨自之理論。過去三十餘年來，我國刑法學界幾致力於介紹二次大戰前之犯罪概念，如構成要件該當性、違法性、違法意識、原因上之自由行為、期待可能性及優越利益保護原則等之檢討。然而在犯罪論之範圍，不斷有新新創見，在二次大戰後方告出現之觀念，為時不久亦被我國刑法學者提出，引起刑法學界之注意，例如社會相當性、行為支配、不作為之等價判斷、被害者之危險、信賴原則及義務衝突等。最近我國刑法學界之研究趨向，似逐漸將其重點從犯罪論轉移於刑罰論，例如法人可否成為處罰之對象、罰金刑執行之改善及日額罰金刑之可行性問題。除此之外，因刑法修正而引起之處罰規定之變更，當亦可能成為將來我國刑法界檢討之主要課題，例如①刑罰法規錯誤應否規定為不罰（刑法第十六條），②嗜吸人之減輕其刑應否維持其規定（刑法第二〇條），③自陷心神喪失應否排除無責任能力之適用（刑法第十九條），④自招緊急避難應否為除外之規定（刑法第二四條），⑤準中止犯應否予以承認（刑法第二七條），⑥間接正犯應否予以明文規定（刑法第二八條），⑦共謀共同正犯應否予以明文規定（刑法第二八條）及⑧共犯之中止應否設明文之規定（刑法第三〇條之一）。

六、本書所選入之論文，除注重其內容是否妥當外，兼重視其有無新觀念，尤其對於新

立法規定或新思想之介紹，特別注意，是以本書所選下列幾篇論文頗值在此予以推介：①論限時法，②論結合犯之結合關係，③超法規的違法阻却事由之理論，④繼續犯之研究，⑤中國緩刑制度之研究，⑥罰金刑之改造。除上舉之六篇論文外，其他論文亦均提出精闢獨到之見解，頗值參考研讀。

七、本書所選入之論文共五十餘篇，但著者為三十餘人；大多數之情形以一人一作為原則，例外為一人數作。無論屬於一人一作或一人數作，著者之職業大多為司法院大法官、最高法院推事或刑法學教授，雖其中有人業已物故，但皆不失為其所處時代刑法學界之翹楚。然而滄海遺珠或所難免，尤其年輕一代之著者，鑒其來日方長，將來不可限量，故對其所發表之論著，本書未予以選入，祈見諒。

八、本書所選之論文，均曾經在國內著名之法學刊物發表，且除已故及現居國外者外，均經獲得刊載之同意，因之如無原著者之好意，本書將無法順利出版，謹於此致感謝之忱。

主編人 蔡墩銘 謹識

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。

刑法總則論文選輯(下) 目錄

總序

凡例

編輯說明

第四章 犯罪的特殊型態

29 論犯罪之未遂與既遂	梁恆昌	五一五
30 預備犯之研究	李元簇	五三四
31 論共犯之因果關係及故意問題	賴硃隆	五五四
32 共謀共同正犯引論	周治平	五八九
33 教唆犯論	高仰止	六二五
34 共犯與身分關係之探討	梁恆昌	六四七
35 我國身分刑法之一般規定	陳樸生	六五四

36 罪數論·····	周治平·····	六七七
37 刑法上之吸收·····	胡開誠·····	六九一
38 想像數罪牽連犯及連續犯·····	趙琛·····	七〇四
39 繼續犯之研究·····	梁恆昌·····	七二二
40 論「同一罪名」之認定與連續犯之適用·····	楊大器·····	七三五
41 論累犯之刑事立法·····	韓忠謨·····	七四六

第五章 刑罰與保安處分

42 論刑罰之意義與目的·····	林山田·····	七六五
43 刑之量定問題·····	張甘妹·····	八二六
44 中國緩刑制度之研究·····	李模·····	八五五
45 假釋制度之比較研究·····	丁道源·····	九二三
46 論犯罪與刑罰問題·····	丁道源·····	九八二
47 論現代自由刑執行之原則及其特徵·····	林紀東·····	一〇三二
48 罰金刑之改造·····	林紀東·····	一〇四四
49 褫奪公權之初步檢討·····	林紀東·····	一〇五四
50 我國刑法上之保安處分制度·····	孫德耕·····	一〇六七

51 論追訴權時效

陳 涵 一〇七九

論文索引

附：上冊目錄

第一章 刑法的基本問題

1 論我國現行刑法的特點

黃少游 〇〇三

2 刑事法學的新趨向

俞叔平 〇一〇

3 未來刑法之趨勢

蔡墩銘 〇一八

4 變遷社會中刑法的現代機能

蘇俊雄 〇三〇

5 刑法與社會變遷

廖正豪 〇四〇

6 刑法理論之進化與社會進化

王建今 〇五一

7 刑法理論上幾個有待簡化與統一的問題

楊大器 〇七四

8 刑法法典應用之技術

安裕琨 〇八四

第二章 刑法的基本原則

9 論罪刑法定主義思想史上與現行法上之意義·····	梁恆昌·····	〇九七
10 論罪刑法定原則·····	陶龍生·····	一一一
11 涉外刑事及在領域外犯罪之法律適用·····	開正懷·····	一三二
12 論限時法·····	陳樸生·····	一四三
13 海域主權與刑法之適用範圍·····	高仰止·····	一五一
第三章 犯罪成立要件		

14 構成要件與刑法理論之體系·····	韓忠謨·····	一六一
15 古典學派與近代學派於現代刑法理論之影響·····	甘添貴·····	一八三
16 意思與犯罪·····	洪培鈞·····	二三六
17 論錯誤·····	林山田·····	二四九
18 論刑法上的因果關係·····	陶龍生·····	二六二
19 論我國刑法上之目的犯·····	蔡墩銘·····	二八一
20 作為犯與不作為犯之比較研究·····	葉志剛·····	二九一
21 加重結果犯·····	洪福增·····	三一七
22 論結合犯之結合關係·····	陳樸生·····	三五一
23 略論法人之處罰規定·····	朱石炎·····	三六八