學術論文集

刑法深思・深思刑法

余振華 著

元照出版

D914/20

2005

刑法深思·深思刑法

余振華　著

元 照 出 版 公 司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法深思・深思刑法 ／ 余振華著. — 初版. —
[桃園縣龜山鄉] ： 余振華出版 ； 臺北市 ：
元照總經銷, 2005[94]
面； 公分

ISBN 957-41-3165-3（精裝）

1. 刑法 — 論文, 講詞等

585.07 94019146

刑法深思・深思刑法

5D65GA

2005 年 9 月 初版第 1 刷

作　　者　余振華
出 版 者　余振華
總 經 銷　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 460 元
訂購專線　(02)2375-6688 轉 503　(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 957-41-3165-3

余振華教授
「刑法深思・深思刑法」推薦の辞

この度、余振華教授が名著「刑法違法性理論」に続いて２冊目の論文集「刑法深思・深思刑法」を上梓されました。中華民国および日本の学界にとって慶賀すべきことで、本書の出版を心から歓迎いたします。

余教授は、かつて日本に学ばれ、国立東北大学で法学修士、次いで明治大学で法学博士の称号を取得されました。東北大学では当時、私が指導教授でしたが、余教授や奥様の江玉女女史と一緒に勉強した愉快な日々は、今でも時々思い出し、当時をなつかしんでいます。その後、余教授は母校である中央警察大学の教授に就任され、学界や刑事立法の方面で大活躍されていることは周知の通りであります。

本書は、活力ある刑法学者としての余教授の最近の成果であり、どの１篇も教授の基本的立場である二元的行為無価値論からの深い思索に貫れています。取り上げられたテーマも、違法性の認識、信頼の原則、未遂犯、牽連犯、連続犯、過失共同正犯、結果的加重犯の共同正犯、共犯と身分、性犯罪などきわめて広範で、かつ重要なものばかりであります。本書は、刑法学界の発展に資するとともに、刑法に関心を持

つ天下の読書人に広く迎えられることを確信するものであります。

以上により、本書の出版を歓迎し、本書を江湖に推薦する次第です。

阿部純二

2005年8月

東北学院大学教授

東北大学名誉教授

试读结束：需要全本请在线购买： www.ertongbook.com

推薦文

本書の著者である余振華博士は、明治大學大學院法學研究科博士後期課程において私の許で研究をされ法學博士の學位を取得された學究である。私は余博士の研究する姿を目の当たりにして實に感じ入ったことである。真理の探究に真摯に取り組まれ、沈着冷静に思索を重ねて緻密に分析を進め、広く文献を渉猟された上で、考察を深め自らの立場を確立されていく姿勢に尊敬の念を抱いたのである。ここに刑法學を愛し真理を追求する求道者の在るべき姿を見た思いがする。私がまさに追求する研究者の在るべき姿がそこに見出されるとの感を深くする。

本書の題名は「刑法深思・深思刑法」である。ここに著者の思いが込められている。刑法の深い思い、即ち刑法の根本的な基本思想を追求し、更に刑法を深く思いやる著者の刑法學への並々ならぬ學問的情熱が表現されているのである。私は、この書名に深い感慨を覚える。余博士の學問的情熱と冷静な學問的態度が如実に表出されていると感じられるからである。

本書の目次を見せて戴いた。そこに本書の内容が明示されている。冒頭の「刑法學の新思潮」の章においては、近代刑法の変革について叙述した後、刑法の基本原理を再考し、

刑法の解釈論の実質化・憲法の精神と刑罰論について論じた上で、刑法理論が具体的に論じられている。本章に著者の刑法學における基本的立場が提示されていると言えるであろう。その後に続く諸章において刑法の重要論点について詳細な議論が展開されている。

本書は、必ずや刑法學界及び実務界に対して重要な影響を及ぼすものと思われる。多くの方々に読んで戴きたく本書を御推薦する所以である。

法學博士　川端　博

明治大學大學院法學研究科・法務研究科・法學部教授

日本學術会議員

甘　序

歲月荏苒，遲暮已將至，在刑法學領域內，我個人雖曾戰戰兢兢，黽勉從事，惟受拘於個人的能力，成果仍極有限，不禁感嘆「路已近時翻覺遠，人因垂老漸知秋」。學術研究的道路，實在是很孤單崎嶇的，需要長期培養享受孤獨，忍受寂寞的心境，才能有毅力及勇氣，繼續躑躅前行。任何學問，如果把它譬喻為一個圓，一個人窮其終生，無論如何日以繼晷的努力，也不管有多高的聰明與智慧，所擄獲的，也不過是圓中一個小角裡的數粒泥沙或幾顆珍珠。剩下的一大片領域，無論所藏的是泥沙或珠寶，還是有待後人不斷的挖掘與探索。

振華兄自1998年返國任教，課餘之暇，幾乎每天皆蟄居於學校研究室，享受孤獨，忍受寂寞地孜孜於刑法理論的研究，雖僅短短七個寒暑，已發表數十篇的學術論文，研究成果極為豐碩。此實因振華兄具有深厚的日文功力、勤勉不倦的精神以及樸實無華的生活，始能有此亮眼的成果展現。振華兄除於2001年將刑法理論頗為深奧的違法性部分論文，輯印為「刑法違法性理論」一書發行外，近日更將近數年有關刑法的重要爭議性問題，以德國與日本的立法例、學說及實務為借鏡，闡述其研究所得，並發表於國內各大法學雜誌的學術論文，彙整編

印成「刑法深思・深思刑法」乙冊，希能以刑法的深思為楔子，引發讀者進一步地深思刑法。在艱深的刑法理論裡，經百般深思後，振華兄雖謙稱祇是貢獻其一得之愚，但已是圓中小角裡閃爍的珍珠，令人有種古人所說「書堪咀處味逾久」的感覺。

甘添貴 謹序

2005年8月於挹翠山莊半半齋

序　言

自一九九八年返國任教至今，匆匆已時過七個寒暑，在這段期間中，觀察無數社會新型態問題，在探討學理上解釋與實務上適用之際，深深理解各家學者之論述，箇中蘊含精闢奧秘之說理，本來從抽象且充滿哲理之論點理出一清晰之脈絡即非易事，尚且必須援引其中法理具體地解釋各種現實問題，故經常陷入迷失之深淵。其間，個人有幸在教學與研究之際，承蒙輔仁大學 甘添貴教授所主持之台灣刑事法學會於舉辦刑事法專題各型學術研究會與座談會時給予參與之機會，並忝為我國刑法二〇〇五年重大修正時之「刑法總則修正協商會議」列席參與者，斟酌傳統至近年我國及德日等刑法法制變革、實務進退及學說論辯等思潮之演變，以釐清各種問題之盲點，並逐漸脫離刑法學主觀與客觀二個面向之迷失，基於二元行為無價值論之立場，重新調整學理與實務之謀合空間。

我國刑法學承襲歐陸法系，在犯罪理論體系確立之基礎下，雖已呈現大致完整之體系概念，惟學者針對事實問題之闡釋與實務上之適用，仍有看法不一而未整合之處，故在現代刑法思潮下，諸多爭議性課題再度被提出論辯。特別係我國刑法典在施行七十年期間，已存在二、三十年之修正問題，在本次修法過程中，學者基於主觀與客觀理論之論辯及犯罪理論體系之思考，提出重大變革暨修正理由，例如法例之變更、刑事責任能力之明確規範、不能犯及禁止錯誤之不具可罰性、正犯與

共犯規定之修正、牽連犯及連續犯規定之廢止、寬嚴刑事政策之思考等，個人於參與此龐大修法工程之際，同時受教無數精闢之論點，深感有必要針對重要議題提出看法與詮釋。

專論之走筆，係關係於刑法點線面之擴張，本書於繼二〇〇一年拙著「刑法違法性理論」出版以來，基於犯罪理論體系及行為評價之基礎，以專論方式針對「違法性認識及其體系定位」、「信賴原則之體系地位及其適用範圍」、「未遂犯之變革與適用問題」、「共犯與身分之比較法考察」、「牽連犯及連續犯之廢止」、「過失共同正犯之適法性」、「論結果加重犯之共同正犯」、「對性犯罪之刑罰規定的再檢討」以及「廢止貪污治罪條例暨回歸普通刑法之可行性」等近年來重要爭議性問題，以德國與日本之立法例、學說及實務為借鏡，分別提出闡述與看法，期能在此轉換期中，從體系思考與論理解釋尋求一合理落點與刑法體系定位。亦因個人留學日本攻讀刑法學十餘年，係深受新派學說之影響，特別係師承 阿部純二與川端博兩位日本當代刑法大師，故於近年來研究刑法理論時，特別著重二元行為無價值論之思考。

本書之付梓，目的在廣求教益，然因係於距刑法總則重大修正後之短暫時間內即倉卒整理成冊，故首須感謝法源資訊股份有限公司董事長吳紹興兄撥冗設計編排及李善同先生不辭辛勞之聯繫、世一文化股份有限公司董事長莊朝鈞先生之慨然允諾出版以及中央警察大學與輔仁大學法律學研究所師生之全力協助，謹致十二萬分之謝意。筆末，刑法之內涵處處嚴肅，然探究之態度卻必須時時輕鬆，故以刑法之深思為楔子，盼引發讀者進一步地深思刑法，因之特將書名命為「刑法深思・深思

试读结束：需要全本请在线购买： www.ertongbook.com

刑法」。個人才疏學淺，擠身浩瀚刑法學領域，思慮難免欠周，然在每一盞學術寫作的燈下，都有一顆執著的心，謹以一個過來人的立場，將研讀經驗表達一二，並以受教之心，敬祈法學前輩賢達不吝賜教與指正。

余振華 謹誌

於桃園大崗誠園

2005年8月

目　錄

余振華教授「刑法深思・深思刑法」
推薦の辞……阿部純二教授

推薦文……川端 博教授

甘　序

序　言

◆刑法學之新思潮—以日本刑法為借鏡

壹、近代刑法之變革暨動向 …… 3
一、歷次刑法典之衍變 …… 3
二、現行刑法之著眼式修正 …… 4
三、現行刑法之大幅度修正暨動向 …… 5
貳、刑法基本原理之再思考 …… 7
一、刑法與憲法之銜接點 …… 8
二、罪刑法定原則之異論 …… 8
參、刑法解釋論之實質化 …… 9
一、形式解釋論之檢討 …… 9
二、實質解釋論之必要性 …… 10
肆、憲法精神與刑罰論 …… 11
一、國家刑罰權之理論基礎 …… 11

二、憲法觀點與刑罰謙抑原則 …… 12
三、憲法理念與法益侵害理論 …… 13
伍、法解釋論爭與刑法學 …… 14
一、刑法學與民法學之關係 …… 14
二、判例之法源性 …… 15
三、判例之特色 …… 16
陸、刑法理論之具體實現 …… 17
一、刑法機能之理解 …… 17
二、構成要件論之確立 …… 18
三、目的行爲論之影響 …… 20
四、違法性之判斷 …… 21
五、責任之基礎 …… 23
六、中止犯之法性格 …… 25
七、不能犯之理解 …… 27
八、共犯理論之發展 …… 29

◆論違法性認識及其體系定位

壹、前　言 …… 37
貳、違法性認識之概念緣起 …… 39
參、違法性認識之理論形成 …… 43
一、違法性認識之思想背景 …… 43
二、違法性認識不必要說 …… 45
三、違法性認識必要說 …… 47
四、目的刑論 …… 48
五、規範責任論 …… 50

肆、違法性認識之實質意義 …… 53
一、實質行爲責任論 …… 54
二、機能責任論 …… 56
三、抑止刑論 …… 57
四、法責任論 …… 58
伍、違法性認識之內涵 …… 60
一、規範違反之認識說 …… 61
二、可罰性之認識說 …… 64
三、法律上禁止或命令違反之認識說 …… 66
陸、違法性認識之體系定位（代結論） …… 68

◆信賴原則之體系地位及其適用範圍

—評最高法院九十三年度台上字第五八六號判決

壹、前　言 …… 75
貳、案例事實 …… 75
參、判決要旨 …… 76
一、高等法院之裁判 …… 76
二、最高法院之裁判 …… 77
肆、判決評析 …… 78
一、問題之爭點 …… 78
二、信賴原則之理論基礎 …… 79
三、信賴原則之實務運用 …… 81
四、信賴原則與過失論之關係 …… 87
伍、結　論 …… 89

◆刑法未遂犯之變革及適用問題

壹、未遂犯之立法沿革 …… 95

一、普通未遂犯 …… 96

二、不能犯 …… 98

三、中止犯 …… 101

貳、「舊法」未遂犯之規定內容 …… 104

一、未遂犯之內容態樣 …… 104

二、未遂犯之刑罰理由 …… 104

三、未遂犯之成立要件 …… 106

參、「舊法」未遂犯之修正目的 …… 108

一、有關「舊法」第二十五條之修正目的 …… 108

二、有關「舊法」第二十六條之修正目的 …… 108

三、有關「舊法」第二十七條之修正目的 …… 109

肆、「新法」未遂犯之規定內容 …… 111

一、修正不能犯處罰效果之內涵 …… 112

二、新設準中止犯之內涵 …… 114

三、新設正犯或共犯之中止之內涵 …… 116

伍、「舊法」過渡至「新法」時，在適用上可能引發之困難或不同結果 …… 119

一、不能犯不具刑罰性之理論介紹 …… 119

二、不能犯不具刑罰性之實務借鏡 …… 122

三、準中止犯之適用問題 …… 123

四、正犯或共犯之中止之適用問題 …… 124

陸、結　語 …… 125

◆論牽連犯之存廢及其罪數

壹、前　言……131

貳、牽連犯之概念……132

一、牽連犯之基本認識……132

二、牽連犯之牽連性概觀……133

參、牽連犯之廢止論……135

一、日本之牽連犯廢止論……135

二、我國之牽連犯廢止論……136

三、牽連犯存廢論之處置及對策……137

肆、牽連犯罪數之實體法上考察……139

一、實體法上學說之概況……139

二、學說之評析……142

三、牽連犯在罪數論上之定位……144

伍、牽連犯罪數之訴訟法上考察……145

一、訴訟法上學說之概況……145

二、刑事訴訟程序各階段對牽連犯之考量……146

三、牽連犯在訴訟法上之定位……147

◆連續犯規定廢除後之因應與處理

—以日本一九四七年廢除連續犯規定為借鏡

壹、前　言……153

貳、一九四七年之前連續犯規定之適用情形……155

一、學說見解評析……156

二、實務立場介紹……160

试读结束：需要全本请在线购买： www.ertongbook.com