

⑧ 輯 選 文 論 學 法

(上) 輯選文論則總法刑

編主 銘 墩 蔡

⑧ 輯選文論學法

(上) 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

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

行印司公版出書園南五

法學論文選輯 ③
刑法總則論文選輯 (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 6.67 元
平裝 5.56 元

印刷所 茂 榮 印 刷 廠

(S88 6 (中) 15/114 (上))

刑法總則論文選輯 上

BG000520

法學論文選輯 ⑧
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Q598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)

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，由陳模生先生擔任。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！

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，進一步深研學法律系、所學生研修各法之補充教材。尤可作為各大

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。選中之法學論著，富於學術參考價值者，均在蒐羅之列。至於非法學之翔實、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，深得法律精神者。

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

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，本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，在司法行政部（今之法務部）主持之下，開始進行刑法修正之工作，至今已完成修正草案初稿，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處理原則，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以重視，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。準於上述而知，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。

——編主總波玉鄭——

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 | 陳模生教授 |
| 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 |

H/44263/02

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，國家為有現代化者乎？

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，由陳模生先生擔任。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！

鄭玉波

序於台大法學院研究室

中華民國七十三年四月二日

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。尤可作為各大學法律系、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，