

台灣刑法之發展

蔡墩銘 / 台灣大學法律系教授

全部翻新在大陸制定之現行刑法，制定一部順應社會變遷與社會轉型之新刑法顯然有其必要性。

一、前言

法律規範對人類之團體生活之維持不可或缺，尤其刑法之制定在於保持社會秩序，倘無刑法之制定，社會秩序將無法維持而造成失序，平安的社會生活自屬不可求。在早期人類社會，雖無刑法之制定，但卻有頗具權威的執法者，亦即聚落社會的長老對於破壞秩序者可行使各種懲罰權。團體中之長老所行使之懲罰權事例，越積越多，即形成慣例，沿襲於後代。就此以觀，早期人類社會所以能夠維持其團體生活之秩序，主要之因素有二，即（一）為有值得信賴之長老行使懲罰權。（二）有一套不成文的處罰違反社會秩序者之慣例的存在。

然而不成文的處罰違反社會秩序者之慣例顯然有不明確性與不穩定性，因此在社會上逐漸興起處罰慣例成文化運動，此種處罰慣例成文化運動在中國之出現早於世界各國。依史記高祖紀，在漢代的漢高祖入關後已與地方父老訂有約法三章，殺人者死、傷人及盜抵罪。此可視為初期中國成文刑法。雖已有成文刑法，但因其過簡，無法應付社會所出現各種不同類型之侵害行為，其後由蕭何定律，即九章律，

擴大罪名範圍，於此始正式有適用於全國的統一刑法典。據學者之考證，唐虞為中國刑法之萌芽期，春秋戰國至秦漢為中國刑法之確定期，而隋唐為中國刑法集前代之大成期，但此皆係針對中國古代的傳統刑法而言。

中國的成文刑法在公元三千年前即已粗具，脫離不成文的處罰慣例，朝向處罰犯罪必須有成文依據之準刑法定方式，就此點而言中國刑法之進步先於世界其他國家。令人遺憾者，歷代的中國君主將刑法作為統治人民之工具，不僅對於人民之犯罪處罰極重，且採絕對刑，執法者祇能對於犯人依法宣科，毫無裁量餘地。另外遇有改朝換代時，後代不僅接受前代遺留的刑法，而且不斷增加其罪名，使法網越來越密，人民動輒得咎，苦不堪言。

自漢律至清律，中國歷代刑法始終未能擺脫原始刑法之色彩，亦即刑法祇有規定個罪之分則篇，而缺乏規範犯罪之一般規定，亦即缺少總則篇，在未規定一般犯罪成立要件及可以阻卻犯罪之各種事由，如阻卻違法事由及阻卻責任事由之情況，任何人犯罪無論其犯罪當時之情況如何，皆不免遭受處罰，毫無例外可言，此使刑法之工具性越來越明顯，促使人民被迫必須生活

在嚴刑峻罰威嚇之下，毫無抗拒之餘地。

二、中國現代刑法制定經過

清代西洋文化入侵中國，西洋人不斷來訪居住，使含有濃厚封建思想沿襲前代法律的清律無法適應時代需要，此使清政府決定修改律例，由修律大臣沈家本主其事。沈家本於是聘請日本法學教授岡田朝太郎參酌各國刑法，起草大清新刑律，於光緒33年完成草案初稿，提交資政院審議後，於宣統2年正式公布，準備予以施行，但宣統3年辛亥革命成功，使其來不及施行而被擱置。雖如此，民國建立以後不能無成文刑法，於是北京政府遂將此部公布尚未施行的大清新刑律，改名為暫行新刑律正式在革命後的中國施行，其施行期間共達十六年之久。

大清新刑律之起草雖稱參考各國刑法，但因其係由日本刑法學者代為起草，使其內容難免受當時日本舊刑法之影響，亦即以日本明治時期制定的日本刑法作為起草的藍本。由於日本舊刑法係繼受法、德及瑞士等大陸法係國家刑法而制定，可見大清新刑律可謂為間接承繼大陸法係國家刑法。

日本刑法學者為清朝起草的新刑律，在用字措詞方面雖充滿舊律之色彩，但其內容已經大為西化，其足以表現傳統中國法系之內容者，祇有滿八十歲人之犯罪得減及自首減輕，其他均未見被保存下來。

民國17年公布之舊刑法及民國24年公布之現行刑法，其內容雖異於清朝末年起草的新刑律，但因新刑律業已西化，因此舊刑法與現行刑法之制定，祇是加重其西化之程度而已，本質上並無太大之不同。易言之，過去三次刑法之制定，除第一次之新刑律捨棄傳統中國法接受歐陸法外，其

他第二次第三次制定之刑法，就整體而言，並無太大之改變。

現行刑法於1930年代中期制定於大陸，不僅在時間上迄今相隔六十五年，在地域上不大相同，時空上之差異如此之大，將其作為權宜之計而暫時予以適用，猶如大清新刑律在民國建立之後適用十六年之久，尚非不可，假如必須繼續適用下去，是否適宜實不無存疑之餘地。

三、最近刑法局部修正

現行刑法自1935年7月1日公布施行以後迄今已經過十次大大小小的局部修正。立法當局顯然以刑法局部修正替代刑法之重新立法，以免動搖法律之安定性，影響社會大眾之生活。果如此，則今後現行刑法實難免一再受到局部修正，之所以如此，實在於避免刑法之重新立法。

近來社會不斷變遷，尤其二次大戰後各國社會變遷加快其速度，此使各種法律永遠落後於社會變遷，此對於刑法而言，亦無例外。今後應否考慮將刑法重新立法，抑或仍然從事局部修正，即可應付，雖屬見仁見智，但立法當局傾向於局部修正，即屬不爭之事實。

就以民國88年間二次刑法局部修正為例，一共修正廿九條條文，新增加條文為十七條，其修正方向趨於現代化、民主化、自由化、國際化及全球化。茲基於上述觀點分別列舉其修正之要點於次：

(一) 屬於現代化：即依現代社會之觀點看待犯罪，尤其青少年在社會化過程中所出現之犯罪。為此刑法新修正條文規定，未滿十八歲之人與未滿十四或未滿十六歲之男女為性交或猥褻者，減輕或免除其刑（刑法第二二七條之一），不罰其行為。

(二) 屬於民主化：為維護人民之通信自由權，對於無故利用工具或設備竊視竊聽他人非公開之活動、言論或談話，使成立妨害秘密罪（刑法第三一五條之一）。

(三) 屬於自由化：刪除犯刑法第十六章妨害風化各條之罪者，非經強制診療不得假釋之規定（刑法第七七條）。另為尊重配偶之性自主權，承認對配偶亦得構成強制性交罪，但須配偶告訴乃論（刑法第二二九條之一）。

(四) 屬於國際化：為因應國際化之趨勢而為刑法之修正，實有必要。例如死刑在全世界半數國家已經廢止或停止適用，因此絕對死刑宜予以廢止，改為相對死刑，將強制性交殺人之唯一死刑改為相對死刑，使原有四個絕對死刑減為三個絕對死刑符合廢止死刑之國際趨勢。

(五) 屬於全球化：對於世界各國應共同致力防制之犯罪，將其規定於刑法之內者，符合全球化之要求。例如設劫機及危害飛航安全罪於刑法之內（刑法第一八五條之一）。處罰利用電腦或其他相關設備或自動付款設備取得他人之物者予以處罰（刑法第三三九條之一至三）。又處罰不法使用核子原料等物或無正當理由使用放射線等行為（刑法第一八七條之至三）。

(六) 重刑化：此次刑法局部修正，除增加罪名之外，對於若干犯罪之法定刑亦有所調整。大多數之情形，加重原來之法定刑。立法者似欲藉法定刑加重之方式警告社會大眾不可隨便犯罪，否則科以重刑，尤其對於罰金刑，若干犯罪將其提高十倍之多。罰金刑隨著經濟情況之變化，國民平均所得之提高及物價之高漲而為適當之提高雖有必要，但應為普遍性而非選擇性之提高，以符平等原則。

四、假釋規定一改再改

民國83年之刑法局部修正，對於受有期徒刑執行者之假釋，將執行逾二分之一改為執行逾三分之一，又將最短執行期間一年縮短為六月，固有鼓勵受刑人在獄接受改善之作用。但民國86年之刑法局部修正，卻將執行逾三分之一改回執行逾二分之一，如係累犯則必須執行逾三分之二，短短三年之期間對於刑法假釋規定，作成一百八十度的轉變，令人不可思議。

延長或縮短聲請假釋之期間，固有刑事政策上之考慮，但在修法僅經過三年即又將其改回來，並且對於累犯反而延長其聲請假釋期間，可見民國83年當時之修法顯然有失妥當。與此相同，民國83年所增加犯妨害風化罪章各條之罪，非經強制診療不得假釋，經過五年後，即在民國86年之局部修正又將其取消，亦令人感覺當初何以有此項規定之增訂，是否亦有修法時考慮不週之情形發生。

同為刑事處遇之刑罰與保安處分並非不可合而為一，使刑罰趨於保安處分化，以減少刑罰之懲罰色彩，同時促成刑事處遇之全面改變，達成教育刑或改善刑之目的。屬於剝奪自由之保安處分，本質上無異於自由刑，因此二者並非不可互補或互相替代。果如此，對於需要接受強制治療之犯人，並非不可祇對其宣告剝奪自由之治療保安處分，不必再對其宣告自由刑，促使此二者之轉換，或許更有助於犯人之改善。從而刑法有關保安處分之規定，應增加其適用範圍，而非反而限縮其適用範圍。

五、重新制定刑法之展望

現行刑法自民國24年公布施行以後，一

共經過十次的局部修正，在此十次之局部修正中，自民國83年起，局部修正趨於密集，即民國83年一次，三年後民國86年二次，再過二年民國88年二次，尤其最後一次之修正，更動與增加之條文達數十條之多。

刑法局部修正越來越密集，表示現行刑法對於社會之不適應，越來越嚴重，使其必須加快局部修正之腳步，在此情況之下，應否考慮將其予以全部翻新，制定一部適合於現代社會之新刑法，以代替在大陸制定之現行刑法，不失為值得注意之問題。

近來刑法頻繁的局部修正，一方面固與二次大戰後社會變遷之迅速有關，不得不反應於刑法之修正，另一方面亦有可能由於立法者欠缺遠見，以致在刑法局部修正後，必須再度為刑法局部修正，以回到原點，此使刑法失去其應有的穩定性，令人不知何去何從。

在大陸依照當時的社會情況而制定的現行刑法適用在台灣有無水土不服之問題，應否為台灣制定一部屬於本土的刑法，此對於今後刑法之發展不得不予以考慮之嚴肅課題。過去十次刑法局部修正，即使爭議最大的刑法第一〇〇條之普遍內亂罪，在民國81年第五次刑法局部修正時，社會出現一片廢掉之聲音，卻仍然未達成廢法目的。可見除非刑法重新立法，欲將刑法之條文廢掉其中一條或數條，實談何容易。

如果民國24年在大陸制定之現行刑法，在台灣之施行不僅在時間上已過五十多年，而且在地域上真有水土不服問題，何必抱殘守缺，將其全部廢止，重新立法，今後不必過二、三年就修一次，破壞刑法最重要之法律安定性，在立法政策上是否更為妥當？

新刑法之立法雖不能保證一勞永逸，以後永遠不再修法，然而重新立法如與刑法

局部修正相比較實有以下各項優點。茲分別述之於次：

（一）統一性：除現行刑法以外，立法者在大陸或台灣另制定不少之特別刑法及行政刑法，皆規定犯罪之處罰。如果刑法重新立法，即可將眾多之特別刑法或行政刑法上之犯罪納入於新立法的刑法之內，即可達刑法統一之目的，避免過多之刑罰法規，在刑事審判產生適用上之困擾。

（二）完備性：目前現行刑法仍存有不少之空隙或漏洞，有待填補，使其趨於完備。現行刑法所出現之立法缺陷，不應祇藉刑法局部修正而予以補充，而應在刑法重新立法時一次予以補足，較為理想。

（三）清晰性：現行刑法使用之語言為文言文，與台灣社會通用語言之白話文有別。台灣社會已不大適用文言文，為使人易懂起見，有必要將其改為白話文。其次在條文上不應求文字之簡練而省略應有之用語，是以重新制定之刑法應力求口語化、完整化及明確化。

（四）公平性：罪重則刑重，罪輕則刑輕，顯然符合公平原則，因此刑法上之個罪應注意罪刑是否相符，排除罪重刑輕或罪輕刑重之不合理現象。此外站在公平原則，一罪一刑，數罪數刑，因此應取消數罪一刑之從一重處斷（刑法第五五條）及以一罪論（刑法第五六條）等有失公平之規定。

（五）除罪化：處於正常情況固可期待人民不犯罪，惟如處於異常或緊急情況實難期待人民不實施犯罪，是以對於此種情形而犯罪之人，應為其規定一般之除罪化條文。例如因不可抗力或意外而實施之犯罪應列為犯罪不成立之情形，以求科刑之合理化。

六、制定新刑法立法原則

刑法之重新立法可以順應社會變遷與社會轉型，顯然有其必要性。目前台灣社會正在社會變遷之洪流中，無論政治、經濟、文化、科技、教育及社會觀念莫不有重大之改革，法律不可能維持不變，既然如此，為呼應社會變遷而應改變之法律，自應以刑法之改變為先。

任何社會變遷受衝擊最大者為社會道德，尤其是舊社會道德亦即社會變遷之結果，使舊的社會道德無法予以繼續維持，設此時新的道德未能及時出現勢必導致社會道德之空白，每每因此而使社會秩序無法維持，破壞社會秩序之犯罪層出無窮。

刑法所以必須存在乃因其有維持社會秩序之功能，如果社會秩序蕩然無存，無異表示刑法已失去其應有之維持社會秩序之功能，在此情況之下，除非繼續忍受社會秩序被破壞，祇有考慮刑法之重新立法，別無其他選擇之餘地。

現行刑法立法時所欲保護之社會秩序為舊秩序，而非社會變遷後之新秩序。又現行刑法立法當時所依據之道德為舊道德，而非社會變遷後出現之新道德。新的社會秩序異於舊的社會秩序，同一情形，新的道德亦異於舊道德。既然如此，現行刑法對於現在台灣社會顯然不適應。社會變遷結果所導致社會不適應，不僅使生活於社會之人走上犯罪之路，亦由於刑法本身與社會格格不入而難以達成其維持社會秩序之目的，無形中助長犯罪之發生。

為重建台灣之社會秩序，今後台灣刑法之重新立法應依據下列原則。

(一) 現實原則：社會與犯罪之關係非常密切，有何種社會，則有何種類型之犯罪。在台灣社會出現之犯罪，在外國社會早已出現之情形，雖不乏其例，但亦有外

國所無之本土型犯罪，例如六合彩詐欺實應將其規定於刑法之內，以資處罰此種本土型犯罪。

(二) 平等原則：刑法處罰對象為自然人，既以人為處罰對象，則祇要有犯罪之實施，除非符合刑法阻卻違法或責任事由以外，即應受處罰，不因其有族群、性別、階層或地位上之不同而異。

(三) 保護原則：刑法所以處罰犯罪，在於保護法益，因之倘無法益被侵害，犯罪自無成立之餘地。然而何種法益必須藉刑法以保護，使侵害法益者成立犯罪，應由立法者斟酌實際情況，決定其保護之必要性。

(四) 必要原則：犯人侵害法益，處罰犯人亦在於剝奪其法益。藉此以觀，無論犯罪或對於犯罪之處罰，皆有損於法益。針對此點。刑法立法者在規定個罪時，必須慎重考慮對其有無藉刑罰予以處罰之必要，有必要時始將其規定為犯罪，如依刑罰以外之手段即可制止其行為時，實不應隨便將其列為犯罪，如此刑罰始可出現其最後手段性之特徵。

七、結語

現今之台灣社會有異於過去之大陸社會，既有此種不同，此使現行刑法中之條文存在無數之死條文，因其所規定之犯罪不可能在台灣社會出現，是以現行刑法在台灣地區適用55年之期間從來未用過一次之條文，即所謂死條文可能達四分之一以上。對於此種死條文與其讓其繼續存在，不如將其予以廢止為宜。然而最簡單之法，即重新制定一部新刑法，不再將現行刑法之死條文納入其內，即可順利解決此一問題。