

# 刑法七十年之回顧與展望 紀念論文集(一)

林山田·鄭逸哲·黃朝義  
許玉秀·余振華·鄭善印 合著  
林東茂·柯耀程



# 刑法七十年之回顧與展望

## 紀念論文集 (一)



林山田·鄭逸哲·黃朝義·許玉秀  
余振華·鄭善印·林東茂·柯耀程  
合著

元照出版公司

刑法七十年之回顧與展望紀念論文集 / 林山田等合著.

-- 初版. -- 臺北市：元照，2000〔民89〕  
冊；公分

ISBN 957-0332-77-8 (第一冊：精裝) --

ISBN 957-0332-78-6 (第二冊：精裝)

1. 刑法 - 論文，講詞等

585.07

89016589

## 刑法七十年之回顧與展望紀念論文集(一)

學術論文集 1D65GA

---

2001年1月 元照初版第1刷

作者 林山田·鄭逸哲·黃朝義·許玉秀  
余振華·鄭善印·林東茂·柯耀程

出版者 元照出版公司  
台北市100館前路18號5樓

定價 精裝 新臺幣500元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版公司

---

Copyright©by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第1531號

ISBN 957-0332-77-8

現行刑法公布於一九三五年，迄今已有六十五年之歷史，但如與其前身之舊刑法，即公布於一九二八年而僅施行七年之刑法合併計算，即有七十二年之歷史。事實上在一九二八年舊刑法公布之前，另有一部民國初年公布之暫行新刑律，在中華民國公布施行達十七年之久，假如將此部刑法之施行亦加入計算，則民國以來共有三部刑法公布施行，其施行期間與民國之紀年相同，亦即已有八十九年之久。

暫行新刑律脫胎於宣統二年公布施行之大清新刑律，此部刑律雖由日本刑法學者岡田朝太郎負責起草，頗具現代法之色彩，但仍留有許多中國傳統法律之陰影，因此尚難認為完全屬於現代法。因此尚難認為完全屬於現代法。因此真正具有現代法之刑法，允推一九二八年公布施行之舊刑法與一九三五年公布施行之現行刑法。舊刑法公布施行後祇經過七年，即被現行刑法所取代，表示舊刑法之內所存在之各項缺陷，無法僅以修法之方式為之，必須以重新立法之方式為之。

在現行刑法公布施行之六十五年中間基於社會變動之需要，已經對其進行十次的部分刑

法條文之修正與增補。在社會變動當中，對於現行刑法之修正影響最大者，莫非科技方面之進步，促使現行刑法不得不而為相應之修正，尤其一九九九年間最後一次之刑法修正為然。

在六法之體系下，刑法與憲法、民法，皆屬於實體法。刑法與憲法雖同屬於公法，但憲法為國家根本大法，故其為上位法，刑法僅居於下位法之地位。因此二者無論在立法技術上或內容上皆有所不同。至於民法雖亦居於下位法之地位，但性質上屬於財產法（債權法、物權法、繼承法）及身分法（親屬法），而刑法屬於純粹之處罰法，一切破壞社會秩序行為或反社會行為，皆須依據刑法之相關規定對於行為人科以應得之刑罰。

民法規範之對象為財產與身分，此表示財產與身分均受民法之保護。然而刑法保護對象之法益不限於財產、身分等個人法益，更及於國家安全及社會安寧之公益，因其所包括之範圍較廣，如何對於各種不同法益提供適當之保護，殊非易事。

依刑法之規定而對於破壞社會秩序者所科處之刑罰，具有最後手段性之性質，是以如無特別必要，實不應隨便對於行為人科以刑罰。易言之，倘依民法之規定科以民事罰，或依行政法之規定科以行政罰，即可達成處罰之目的時，應儘量不適用刑罰。因此刑法對於「罪」與「非罪」應釐定明顯界限，以免本可適用刑

事罰以外之處罰，卻因刑法分則各罪條文之不明確一味適用刑事罰，造成刑事罰之誤用，甚至於濫用之情形發生。

一切犯罪行為之實施行為人莫不具有不法的經濟動機，而不法的經濟動機所以出現，莫不與國家之經濟體制有關，此使健全之法律體制必須建立在健全之經濟體制之基礎上。藉此以觀，法律尤其刑法不失為上層建築，而經濟屬於下層建築，一旦作為基礎之經濟不穩固或雜亂無章時，將使刑法窮於應付。

由於社會經濟變化多端，影響面極大，為此刑法必須成為具有實踐性與可行性之法律，倘其施行之結果已無法有效處罰社會上所出現之新型犯罪，則其應接受不斷的修正，甚至於重新立法，始有濟於事。

現行刑法雖已施行達六十五年之久，但刑法學者迄未對其過去與將來作出通盤檢討，而此項檢討實可充分顯現今後現行刑法將何去何從，對於將來刑法之修正或重新制定，實攸關重要。此次元照出版股份有限公司邀請國內年青一代的刑法學者依各自專研領域對於刑法之回顧與展望發表其個人見解，將其匯集成為二冊出版，相信對於國內刑法學研究應有重大之貢獻，是以本人樂以為序。

蔡墩銘

二〇〇〇年十二月一日

# 目 錄

- 刑法七十年來的修正與展望 ..... 林山田 ..... 1
- 罪刑法定主義七十年 ..... 鄭逸哲 ..... 77
- 罪刑法定原則與刑法之解釋 ..... 黃朝義 ..... 109
- 從「所知所犯」論不法事實與罪責  
    事實的區分 ..... 許玉秀、王玉鈺 ..... 151
- 緊急避難之演進 ..... 余振華 ..... 193
- 論未遂犯的幾個爭議問題 ..... 鄭善印 ..... 245
- 中止犯 ..... 林東茂 ..... 287
- 競合論之回顧與前瞻  
    一定位與處理原則之檢討 ..... 柯耀程 ..... 311

# 刑法七十年來的修正與展望

林山田

## 作者簡介：

學歷：德國杜賓根大學法學博士

現職：台大法律系暨法律研究所教授

著作：刑罰學、刑法通論（上）（下）、  
刑法各罪論（上）（下）、刑法特  
論、刑事訴訟法、刑事程序法、刑  
事法論叢(一)(二)、經濟犯罪與經濟刑  
法、犯罪學（與林東茂合著）、犯  
罪問題與刑事司法、社會問題與法  
治現況、談法論政(一)(二)(三)、法制  
論集、五十年來的台灣法制、抗  
爭一〇〇、德國胡思錄（上）  
（下）、建造自己的國家、審判？  
～林山田談法論政等書。





## 導 讀

本文從刑法法制史觀點出發，研究刑法立法史，詳析其七十年來的發展歷程。全文分就制法與修法兩部分加以闡述，制法部分係分就舊刑法以及現行刑法之制定加以論述；修法部分則就早期的修正刑法的全面性修正、言論內亂罪的刪除、放寬及緊縮假釋有關規定的反覆修正、電腦犯罪條款的增訂、妨害風化與自由罪章及公共危險罪章的增修、治療處分的增訂等重要議題，分別加以論述。最後，分就修法的程序與實體內涵對於刑法的修正提出總評，期盼對於這部老舊刑法，引進當前的刑事思潮與新的刑法理論，就台灣社會的現實需要，參考本文提出的具體修法建議從事全面的大翻修，使其脫胎換骨，成功地轉化成為台灣刑法。



## 目 次

- 壹、前言
- 貳、制法
  - 一、舊刑法
    - (一)草案的提出
    - (二)刑法草案的審議
  - 二、現行刑法
    - (一)刑法修正草案的提出
    - (二)刑法修正草案的審議
    - (三)形為修正而實為重新制定
- 參、修法
  - 一、早期的修正
    - (一)修正第五條增列第六款鴉片罪
    - (二)刪除第七十七條第二項
    - (三)修正第一百六十條第一項
    - (四)修正第二百三十五條
  - 二、刑法的全面修正
    - (一)刑法修正草案的形成與提出
    - (二)刑法修正草案的審查
    - (三)刑法修正草案的暫停審查
  - 三、言論內亂罪的刪除
    - (一)修正背景

## 目 次

- (一)臨時提案刪除第一百  
條
- (二)委員會的審查
- (三)院會的審議
- 四、放寬假釋有關規定的  
增修
  - (一)修正案的提出
  - (二)委員會的審查
  - (三)院會的審議
- 五、緊縮假釋有關規定的  
修正
  - (一)逕付二讀的修正案
  - (二)院會審議
- 六、增訂電腦犯罪條款
  - (一)修正案的提出
  - (二)修正案的審查與審議
  - (三)立法疏失的補修
- 七、妨害風化與自由罪章  
及公共危險罪章的增  
修
  - (一)立委的提案修正
  - (二)委員會的併案審查
  - (三)院會的審議
- 八、增訂治療處分
  - (一)修正案的提出
  - (二)委員會的審查
  - (三)院會的審議

## 目次

四憑空刪除第七十七條

第三項

九、修法總評

(一)施行三十四年間的四

次小修

(二)停擺的刑法全盤修正

(三)透過社運而修正的政

治刑法條款

四假釋有關規定的反覆

修正

(五)電腦犯罪條款增訂的

不足

(六)草率的分則大幅增修

肆、展望～全面大翻修脫胎

換骨轉化成爲台灣刑法

◎關鍵字：舊刑法、現行刑法、刑法修正草案、言論內亂罪、假釋要件的放寬、假釋要件的緊縮、電腦犯罪條款、妨害風化罪章、公共危險罪章、性刑法、部分條文修正、全盤修正、台灣刑法

## 壹、前言

刑法論理學(Strafrechtsdogmatik)與實定法之間，關係密切，若無實定法的規定，或未結合實定法的規定與刑法實務的操作，則刑法論理學的探討，只能停留在外國刑法理論、學說與外國立法例或外國判例的討論。這雖然亦有其學術價值，但對本土的刑事法學與刑事司法實務的貢獻，則自然有限。

刑法學對於實定法的研究不應只侷限於就規範科學的觀點而從事刑法論理的研究，或刑法解釋與刑法適用的技術性層次的探討，而應擴及法事實的研究<sup>1</sup>，其中包括就法制史的觀點，研究刑法的立法史，使刑法學的研究者能夠得知實定法的規定或修正的來龍去脈，以及制定或修正當時的社會背景與社會現實，而有助於刑法學的研究與發展。

研究七十年來的刑法，自然也應先了解刑法的制定以及自制定公布施行以來的修正，並觀察刑法的修正動向是否與當代的刑事思潮或刑法論理的學說理論相符，而能展望刑法的未來。

刑法公布於一九二八年三月十日，同年九月一日施行。七年後，經過大幅度地修正，從三百八十七條減為三百五十七條，而於一九三五年一月一日重行公布，同年七月一日施行。前者稱為舊刑法，而後者即為現行刑法。

---

<sup>1</sup> 參閱林山田，〈法事實研究～一個亟待加強的法學研究領域〉，刊：《法學叢刊》，88期，1977，48～54頁，收錄於林山田，〈刑事法論叢〉(二)，1997，407～422頁。



本文分就制法與修法兩部分，對於這部已逾七十年的制典，作一回顧，並就當前的刑事思潮與刑法理論，以及台灣的社會事實需要，提出對於這部制典的展望。

## 貳、制 法

### 一、舊刑法

#### (一)草案的提出

由於民初的【中華民國暫行新刑律】係刪修滿清末年的【大清新刑律】而成的過渡時期的刑法法典<sup>2</sup>，施行以來，頗多疑義，且多違反各國法例，不切國情，故於一九二七年十二月命司法部長王寵惠修改刑法。王氏乃依據一九一九年的「刑法第二次修正草案」<sup>3</sup>，略加增刪，提出刑法草案<sup>4</sup>。

#### (二)刑法草案的審議

<sup>2</sup> 關於【中華民國暫行新刑律】，參閱林山田，〈刑法〉，刊：國史館編，《中華民國史法律志》（初稿），1994，481～486頁。

<sup>3</sup> 一九一四年即已開始刑法修正工作，組成「法律編查會」，聘請日本人岡田朝太郎參與修正，歷時八月，提出「刑法第一次修正草案」。一九一八年成立「修訂法律館」，積極從事刑法修正工作，翌年提出「刑法第二次修正草案」。參閱林山田，前揭書（註2），486～491頁。

<sup>4</sup> 因此，坊間六法全書刑法條文後所附「立法理由」，大多引「查第二次修正案理由謂……」。