

## 序

實施偵查、提起公訴、實行公訴、協助自訴、擔當自訴及指揮刑事裁判之執行，是檢察官法定之職權，職是，洗冤謗白、懲奸除惡即為檢察官責無旁貸的責任，「偉大的事業是根源於堅韌不斷的工作，以全副精神去從事，不避艱苦。」（羅素）花蓮地檢署檢察官洗冤謗白之心堅韌、懲奸除惡之心不避艱苦，爰期能為文激發與傳承。

花蓮縣轄區面積全國最大，原住民族人數全國最多，花蓮地檢署有感於原住民族基本權與法律保障至為重要，期能就原住民具體刑事個案，撰文研析，以供實務偵辦之參考。同時為充實本文內容，特由花蓮地檢署檢察官，共同以經辦過較具代表性之刑事案件，就案情摘要、偵辦經過、偵辦心得、實務見解等，撰文解析，期有助於實務上及學術參考，蒐羅原住民刑事案件、槍砲條例、公職人員選舉罷免法、常見刑事案件、網路犯罪、環保犯罪、跨境詐欺、智慧財產犯罪、內線交易、刑事訴訟程序原理原則及檢察官工作壓力之調適等合計 24 篇，皆為檢察官嘔心之作，頗具參考價值，盼能有助於檢察官偵辦刑案能力提升，有效打擊犯罪，確保民眾生家財產安全，惟倉促編撰，疏漏難免，請諸位法學先進不吝指教。

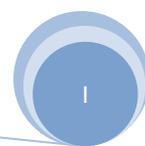
臺灣花蓮地方法院檢察署

檢察長 黃和村

106 年 6 月

## 目 錄

原住民刑事案件之實務見解解析.....	1
原住民族權利保障及其界限.....	19
論槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項「供作生活工具之用」之界限.....	31
花蓮地檢署常見刑事案例解析.....	37
試論公職人員選舉罷免法妨害選舉態樣之構成要件暨相關實務見解.....	49
常見網路刑事犯罪探討.....	65
花蓮地區廢棄物清理法案件之研究.....	75
查緝山坡地濫墾之困難及建議.....	91
擅自在公有地興建森林遊憩區涉犯刑責之比較.....	101
森林法案件實務案例解析.....	107
我國環境影響評估法制的運作及實務探討.....	123
談一則跨國取證的婦幼保護案件.....	163
廣西南寧詐騙案之刑事犯罪分析.....	167
累積關係過失犯.....	179
大千公司吸金案之判決分析.....	195
內線交易之範圍—以消息受領人為核心.....	205
內線交易之重大消息之研究.....	213
證券交易市場操縱行為之比較法研究.....	227
證人拒絕證言權之適用及漏未告知之法律效果.....	237
自由心證主義之無限延伸的小助理名單與大水庫理論.....	243
司法警察機關有無逮捕及蒐證方式於偵查程序之影響.....	251
修復式正義運用於刑事司法實證研究.....	259
檢察官工作壓力與因應策略研究.....	275
寫給花蓮—往復奔馳彼岸的世界.....	287



# 原住民刑事案件之實務見解解析

黃和村\*

## 一、前言

105年8月1日是原住民日，總統蔡英文選在這一日於總統府，以總統身分代表政府，對於原住民過去歷經不同政權、各種不公平對待，表示道歉。道歉文中提到「臺灣號稱『多元文化』的社會。但是，一直到今天，原住民族在健康、教育、經濟生活、政治參與等許多層面的指標，仍然跟非原住民族存在著落差。」我國對於原住民之保護，首先在按憲法增修條文第10條第11項、第12項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」、「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」94年2月5日制定公布之原住民族基本法即係秉承上開憲法增修條文中基本國策之明文宣示所為之法律規範。該法第10條「政府應保存與維護原住民族文化，並輔導文化產業及培育專業人才。」、第19條「(第1項)原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。(第2項)前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」、第23條「政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。」都明文規定。因此對於原住民之生活方式、傳統文化、祭儀等都有所規範。以原住民涉犯刑事案件，尤其是原住民違反槍砲彈藥刀械管制條例及野生動物保育法案件，法律對於原住民之保護遠比非原住民更多的保障，其與非原住民族存在的落差應該是更有利於原住民，本文擬就實務上原住民違反這兩種案件的法律見解比較分析。

## 二、槍砲彈藥刀械管制條例案件

---

\* 黃和村 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察長

(一)非原住民涉犯未經許可製造、販賣、運輸獵槍者，依槍砲彈藥刀械管制條例第8條第1項規定，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。又未經許可，製造、販賣魚槍者，依同條例第9條第1項處一年以下有期徒刑、拘役或新台幣五十萬元以下罰金。惟原住民 犯相同情節之刑事案件，依同條例第20條第1項及第2項規定「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或魚槍，供作生活工具之用者，亦同。」第20條規定於90年11月14日新增條文，其立法理由謂「原住民使用獵槍是有其生活上之需要，以法律制裁持有生活必需品之行為，是對原住民人權之嚴重傷害。因此，原住民持有獵槍者只要登記即可合法，而未經登記者則以行政罰加以處罰，這不但符合行政程序法之規定，也保障了原住民基本之生活權益。」亦即主要立法用意在保障原住民基本的生活權益，不惟如此，於93年6月3日因條文文字修正，立法理由並進一步闡明「九十年十一月十四日修正公布現行條文的立法理由，係基於尊重原住民族傳統文化而將刑罰予以除罪化，改以行政秩序罰來處分，即以行政機關積極輔導的方式協助原住民辦理申請登記事宜；惟查：警政機關在實務上卻是以警訊偵察程序進行查察，且在罰鍰處分時，又沒有按個案情形，例如初犯與否、槍枝性能等作不同裁量，致加重原住民生活經濟的負擔，是以參照一般法規有關行政罰規定增列上下限規定，俾供作處分裁量之依據。」是槍砲彈藥刀械管制條例之立法，對於原住民供作生活工具之用「製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍」極盡保護之能事。

(二)適用槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項的兩項關鍵要件即「自製」與「供作生活工具之用」，茲再分析之。

1. 自製獵槍之定義，內政部於87年6月2日台（87）內警字第8770116號函，說明自製獵槍：「指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工

具，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民在警察分局核准之報備地點協力製造完成；以逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或他法引爆，將填充物射出。」

2. 惟內政部86年之「生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法」已於91年10月30日廢止；87年第8770116號函釋，函文之主旨乃載為「原住民依生活習慣特殊國民獵槍漁槍刀械管理辦法自製之獵槍依說明認定之。」是該函文所示自製獵槍之說明，已無所依附，連同86年舊管理辦法，一併失其效力。90年11月修正之槍砲彈藥刀械管制條例第20條第3項為：「前二項之許可申請、條件、期限，廢止、檢查及其他應遵循事項之管理辦法，由中央主管機關定之」。係指自申請開始等等程序之管理，顯然不包含自製獵槍之定義。
3. 內政部又於91年10月02日重制定為槍砲彈藥刀械許可及管理辦法。於100年11月7日修正該辦法，於第2條第3、4款增列自製獵槍定義，即自製獵槍「指原住民為傳統習俗文化，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之地點，並依下列規定製造完成，供作生活所用之工具：（一）填充物之射出，須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，或使用口徑為零點二七英吋以下打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆。（二）填充物，須填充於自製獵槍槍管內發射，小於槍管內徑之玻璃片、鉛質彈丸固體物；其不具制式子彈及其他類似具發射體、彈殼、底火及火藥之定裝彈。（三）槍身總長（含槍管）須三十八英吋（約九十六點五公分）以上」。自製魚槍「指專供作原住民或漁民生活工具之用，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之漁民或原住民協力，在警察分局核准之報備地點製造完成，藉橡皮之拉力發射以鋼鐵、硬塑膠或木質作成攻擊魚類之尖銳物，非以火藥等爆裂物發射者。」實不出87年第8770116號函釋自製獵槍之範圍，亦即將其明文寫入槍砲彈藥刀械許可及管理辦法。
4. 90年11月14日修法予以除罪化，立法者實已將自製獵槍與制式獵槍作比較，認為自製獵槍之殺傷力既然遠不及於制式獵槍，在考量原住民族狩獵文化中均有使用槍枝之傳統，予以減輕或免除刑事責任

，依此，槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項中所謂「自製之獵槍」，應認凡非屬制式或固定兵工廠生產，而為簡易自製槍枝即屬之，所謂「自製」二字應係用以區分制式或非制式自製獵槍之情形，非僅包括行為人申請後獨力完成或報備後協力製造後而持有等情狀始足當之，亦包括行為人持有他人獨力完成或協力完成之非制式獵槍，應同為解釋範疇之列，此可由槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項規定：「原住民未經許可，『製造』、運輸或『持有』自製之獵槍……」，於法條中將「製造」與「單純持有」自製獵槍二者分開列舉，而非僅容許『製造』行為至明，否則即無明文『持有』之必要。

5. 關於自製獵槍是否限於自己製造疑義，臺灣臺東地方法院101年度訴字第166號判決要旨「槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項所稱『自製之獵槍』，應認凡原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其於生活中從事狩獵、祭典等活動使用，非為制式或合法兵工廠生產，而係以傳統方法製造而成之簡易槍枝即屬之，且不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限，始與立法本旨相契合。本案被告所持有之扣案槍枝……槍枝雖係『以打擊霰彈底火藥，引爆其彈內火藥為發射動力』，非『逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，打擊底火或以他法引爆，將填充之射出物射出』，與上揭管理辦法所載『自製獵槍』之定義不符……，此因傳統需從槍管填充黑色火藥之方式，由於底火片容易受潮，造成無法射擊，加上從槍管填充的火藥也比較容易引爆，對持槍的人較不安全，原住民族為增加使用槍械的安全性，遂有發展出以工業底火取代傳統底火片等方式來製造槍械之情形，本件扣案槍枝雖更進一步使用霰彈，惟所以如此替換之原因，除了擴大打擊面以增加擊中獵物的機率外，主要仍應與以工業底火取代傳統底火片之原因相同，即係為增加使用之安全性，究其根柢，並未改變其為該槍枝之自製簡易性質。」
6. 最高法院102年度台上字第5093號判決更進一步指出「自製獵槍」與「供生活工具之用」的關連性，該判決要旨謂：「中華民國憲法增修條文第10條第11項規定：『國家肯定多元文化，並積極維護發

展原住民族語言及文化』為落實憲法保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，原住民族基本法第10條規定，政府應保存維護原住民族文化，第30條亦規定，制定法律，應尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益等旨。因此，在依相關法律踐行保障原住民族之基本權利，促進其生存發展時，自應尊重其傳統習俗、文化及價值觀。而依同法第19條之規定，原住民基於傳統文化、祭儀或自用，得在原住民族地區依法從事獵捕野生動物之非營利行為，原住民基於此項需求，非因營利，以自製獵槍從事獵捕野生動物即屬其基本權利。槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項即在尊重原住民族此一權利下，逐步將原住民為供作生活工具之用而製造或持有自製獵槍之行為，從刑事罰改為行政罰，以資因應。此所謂「自製之獵槍」係指原住民為供作生活工具之用，而自行製造本條例第4條具有獵槍性能之可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝而言，所自製之獵槍裝填火藥或子彈之方式，法律既未設有限制，無論『前膛槍』或『後膛槍』均應包括在內；又狩獵係原住民族傳統維生方式之一，並與其祭典文化有關，原住民在狩獵過程中，可訓練膽識、學習互助精神及生存技能，亦得藉與族人分享狩獵經驗與成果，獲得認同，提昇在部落族人中之地位，故原住民族自製獵槍獵捕野生動物，乃其傳統生活習俗文化之重要內容。惟因社會整體發展急遽變遷，原住民族生活型態亦隨之改變，復因野生動物保育法獵捕規定之限制，難期其仍專以狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容，基於維護原住民傳統習俗文化及發展之考量，本條項「供作生活工具之用」之解釋，自應因應生活型態之改變而放寬，只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以專恃狩獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限，然如溢出此範圍而使用自製獵槍，自不在此限。從而，中央主管機關上開87年6月2日函釋及依本條例第20條第3項授權訂定之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第2條第3款將自製獵槍定義為『原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具』、『其結構、性能須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，將填充物射出』等情，增加法律所無之限制，

已逾越法律之授權，法院自不受其拘束。至原住民既得供作生活工具之用而自製獵槍，自包括該獵槍所適用之『自製子彈』，為本條例第20條第1項規定之『隱藏性』要件，此乃法律條文與法規體系之當然解釋。」因此判決上訴人僅在依其傳統生活習俗，充為打獵供家人或友人食用，並非用以供犯罪或擁槍自重等情，與槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項規定相符，其行為應屬不罰。改判諭知上訴人無罪。

7. 綜上得知，原住民自製獵槍等，只要符合「非屬制式或固定兵工廠生產」、「本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍」、「自製獵槍包括該獵槍所適用之自製子彈」、「無論前膛槍或後膛槍」均可適用槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項可以為不罰，僅「處新臺幣二千元以上二萬元以下罰鍰」。足以說明法律對於原住民生活權益之保護比非原住民更為週詳。

### 三、野生動物保育法案件

- (一)依野生動物保育法第4條第1項規定，野生動物分兩類，一為保育類：指瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物。二為一般類：指保育類以外之野生動物。又依同法第3條之定義：野生動物係指一般狀況下，應生存於棲息環境下之哺乳類、鳥類、爬蟲類、兩棲類、魚類、昆蟲及其他種類之動物。瀕臨絕種野生動物係指族群量降至危險標準，其生存已面臨危機之野生動物。珍貴稀有野生動物係指各地特有或族群量稀少之野生動物。其他應予保育之野生動物係指族群量雖未達稀有程度，但其生存已面臨危機之野生動物。同法第18條第1項「保育類野生動物應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用。但有下列情形之一，不在此限：一、族群量逾越環境容許量者。二、基於學術研究或教育目的，經中央主管機關許可者。」未具族群量逾越環境容許量而獵捕、宰殺保育類野生動物者，或未經中央主管機關許可，獵捕、宰殺保育類野生動物者，依同法第41條第1項，應處「六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金」。

- (二)惟原住民涉犯野生動物保育法第18條第1項而獵捕、宰殺保育類野生

動物者，依同法第21-1條「台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」換言之，原住民「獵捕、宰殺或利用野生動物」不受野生動物保育法第17條第1項(非基於學術研究或教育目的，獵捕一般類之哺乳類、鳥類、爬蟲類、兩棲類野生動物，應在地方主管機關所劃定之區域內為之，並應先向地方主管機關、受託機關或團體申請核發許可證。)、第18條第1項(保育類野生動物應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用。但有下列情形之一，不在此限：一、族群量逾越環境容許量者。二、基於學術研究或教育目的，經中央主管機關許可者。)、第19條第1項各款(獵捕野生動物，不得以下列方法為之：一、使用炸藥或其他爆裂物。二、使用毒物。三、使用電氣、麻醉物或麻痺之方法。四、架設網具。五、使用獵槍以外之其他種類槍械。六、使用陷阱、獸鉗或特殊獵捕工具。七、其他經主管機關公告禁止之方法。)之限制。所應特別強調者是，野生動物保育法第21-1條第1項所指的是「野生動物」，而「野生動物」依同法4條第1項包括「保育類：指瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物」及「一般類：指保育類以外之野生動物」兩大類。亦即認臺灣原住民族如基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，無同法第18條第1項規定之適用，僅課以其向主管機關申請核准義務，以為管理。

- (三)野生動物保育法第20-1條於93年2月4日新增條文，該次立法時同時增訂第50-1條「原住民族違反第二十一條之一第二項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣一千元以上一萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰。」之規定，並於三讀時通過：「有關第二十一條之一第二項之許可辦法，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化對一般類野生動物之種類、區域、及數量予以妥適訂定。」之附帶決議，即就違反第21條之1此申請核准義務者，課以行政處罰，然該條項文字指稱「一

般類野生動物」，似未包含保育類野生動物，此是否係立法文字之疏誤所致？抑或立法者有意限定在一般類野生動物，保育類野生動物部分仍應以刑事罰處理？

1. 此疑義，於96年4月間臺灣臺東地方法院檢察署以法律問題研討：「具有原住民族基本法及野生動物保育法所稱之原住民族身分者，基於其傳統文化、祭儀，如未經許可獵捕野生動物保育法所稱之保育類野生動物，是否涉有刑責？」討論意見有兩說：

(1) 甲說：否定說。理由係以①按原住民得在原住民族地區依法從事獵捕野生動物之非營利行為，原住民族基本法第19條第1項第1款定有明文。次按台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第17條第1項、第18條第1項及第19條第1項各款規定之限制，野生動物保育法第21條之1第1項亦定有明文。又觀諸野生動物保育法第4條第1項之規定，野生動物區分為保育類及一般類之野生動物，則原住民族基本法第19條第1項第1款及野生動物保育法第21條之1第1項僅規定「野生動物」，自包括保育類及一般類之野生動物，原住民自可獵捕保育類野生動物。②野生動物保育法第17條第1項係就一般類野生動物所為規範，同法第18條第1項係就保育類野生動物所為規範，而同法第21條之1第1項既規定原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕野生動物之必要者，不受第17條第1項及第18條第1項規定之限制，自表示原住民如基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕野生動物之必要者，可獵捕保育類及一般類之野生動物。③綜上，如原住民未經許可獵捕保育類野生動物，僅得依野生動物保育法第51條之1科以罰鍰，而無刑責。

(2) 乙說：肯定說。理由①依體系解釋：①按原住民族違反第21條之1第2項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣1千元以上1萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰，野生動物保育法第51條之1定有明文。該條僅規定「一般類野生動物」，並未規定保育類野生動物，顯見情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物

係科以罰鍰，情節較重之未經許可獵捕保育類野生動物則係以同法第41條處以刑罰，因此依體系解釋，同法第21條之1第1項所稱之「野生動物」，係指一般類野生動物，並未包括保育類野生動物。②如認同法第21條之1第1項所稱之「野生動物」包括保育類及一般類之野生動物，則情節較輕微之未經許可獵捕一般類野生動物尚需處以罰鍰，情節較重之未經許可獵捕保育類野生動物不僅無須負刑責，甚且無須科以罰鍰，豈非輕重失衡？②依立法解釋：野生動物保育法第21條之1之規定係於93年2月4日增訂公布，該條規定於3讀通過時有下列附帶決議：「有關第21條之1第2項之許可辦法，應特別尊重原住民族之傳統飲食文化對一般類野生動物之種類、區域、及數量予以妥適訂定。」，亦提及同法第21條之1第2項之許可辦法係僅就一般類野生動物所為規定，並不包括保育類野生動物。③依歷史解釋：①野生動物保育法第21條之1第1項之規定係於93年2月4日增訂公布，並刪除同法第21條第5款，增訂公布前係規定在同法第21條第5款（於83年10月29日修正公布）：「野生動物有下列情形之一，得予以獵捕或宰殺，不受第十七條第一項、第十八條第一項及第十九條第一項各款規定之限制。但保育類野生動物除情況緊急外，應先報請主管機關處理：……五臺灣原住民族於原住民保留地，基於其傳統文化祭典，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者。……」，增訂前後之內容大致相同，觀之增訂公布前之第21條但書規定，保育類野生動物仍受保護，亦即一般情形原住民僅能獵捕一般類野生動物，除有情況緊急，不能獵捕保育類野生動物。②民國85年1月26日公布施行之「臺灣原住民族基於傳統文化祭典需要獵捕野生動物管理事項」第5點規定，原住民族獵捕物種以一般類野生動物為限，亦認原住民不得獵捕保育類野生動物。④依目的解釋：野生動物保育法第4條第1項規定，保育類野生動物係指瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物。為保護保育類野生動物，因此對於獵捕保育類野生動物者，以同法第41條之規定處以刑罰。如解釋同法第21條之1第1項所稱之「野生動物」包括保育類及一般類之野生動物，而認原住民縱未經許可獵捕瀕臨絕種之野生動

物，亦僅科以罰鍰，則該瀕臨絕種之野生動物豈非果成絕種？此豈無法達成野生動物保育法為保護保育類野生動物之立法目的？顯見同法第21條之1第1項所稱之「野生動物」，係指一般類野生動物，並未包括保育類野生動物。<sup>⑤</sup>綜上，如原住民未經許可獵捕保育類野生動物，應依野生動物保育法第41條之規定負刑事責任。

討論意見：採乙說

審查意見決議：臺灣高等法院檢察署研究意見：採乙說（即肯定說）。

法務部研究意見：（一）同意臺灣高等法院檢察署研究意見，採乙說。（二）理由補充如下：(1)原住民族基本法性質上為普通法，野生動物保育法為特別法，依特別法優先普通法之原則，應優先適用野生動物保育法。(2)依原住民族基本法第19條第1項規定「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。…」，原住民得在原住民族地區從事獵捕野生動物之非營利行為，惟須「依法」為之。(3)依「臺灣原住民基於傳統文化祭典需要獵捕野生動物管理事項」第5點前段規定：「獵捕物種以一般類野生動物為限」，足見主管機關有意排除保育類野生動物之獵捕。

2. 惟此見解並未被法院所採，法院見解認94年2月5日公布施行原住民族基本法第19條規定：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」亦未將原住民基於傳統文化、祭儀或自用之非營利行為之獵捕「野生動物」區分種類。再行政院農業委員會基於野生動物保育法第21條之1第2項授權規定，於101年6月6日訂頒之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，其第6條第2項關於原住民族基於傳統文化及祭儀需要，而獵捕、宰殺、利用野生動物之種類，其中除一般類野生動物外，亦包含保育類野生動物，顯見主管機關亦認為原住民族，因基於傳統文化、祭儀需要獵捕行為之客體不限於一般類野生動物，亦包括珍貴稀有、其他應予保育之保育類野生動物。

3. 惟參諸野生動物保育法之立法目的，係為保育野生動物，維護物種多樣性，並維持自然生態之平衡，且依前述93年2月4日野生動物保育法第51條之1立法時附帶決議內容，未經許可獵捕「一般類野生動物」者，課以行政罰之規定，而排除保育類野生動物在內，或有認舉輕以明重，情節較輕之未經許可獵捕一般類野生動物係課以行政罰，情節較重之經許可獵捕保育類野生動物自應對應較重之刑事罰，否則，情節較重之行為反而不受任何管制及處罰，可見立法者顯然有意將准許該法第21條之1限定在「一般類野生動物」，保育類野生動物仍應以刑事罰處理。然依前所述，野生動物保育法第21條之1對於臺灣原住民基於傳統文化或祭儀而獵捕野生動物，既明文以「野生動物」為除罪化之對象，故無論依其文義、體系解釋，均不應限縮為「一般類野生動物」而排除「保育類野生動物」之適用；且就論理解釋而言，舉輕以明重之解釋方法，並非僅有「情節較輕之一般類課予較輕之行政罰，情節較重之保育類當然應課予較重之刑事罰」乙途，亦有「情節較輕之一般類課予較輕之行政罰、情節較重之保育類當然應課予較重之行政罰」之解釋空間，不必然導出刑事罰之結論，自難以野生動物保育法第51條之1未就原住民未經許可獵捕「保育類野生動物」施予行政裁罰之規定，據以推論原住民未經許可獵捕保育類野生動物即應處同法第41條第1項之刑罰，而違反罪刑法定原則與類推適用禁止原則之刑法基礎。

(四) 綜上，實務上原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第2條定有明文。因狩獵作為糧食來源，係為原住民族慣有之生活方式，且存在於原住民族社會已久，世代相傳而沿襲至今，除供應食物來源，分食象徵族人和諧團結關係，世代相傳的獵場及獵季傳統兼有平衡大自然生態之寓意，狩獵活動代表族人山林間生存的能力、勇氣及膽識，對於部分原住民族而言狩獵是生活的一部分，除提供基本需求之食物外，亦有穩定社會分工、確定部落中地位、帶給部落經濟收益和文化傳承意義。縱然原住民未依該辦法第4條第3項但書之規定於五日前申請，而違反該條之行政規定，然依上開說明，尚難因同法第51條之1對於未予許可獵捕「一般類野生動物」行為課予行政罰，以舉輕以明重之方式，認未經許可獵捕「保育類野生動物」

之行為應論以同法第41條刑罰處之。此類案件，如經地檢署檢察官起訴，法院通常亦為被告無罪判決，例如臺灣臺東地方法院103年度原訴字第32號刑事判決、臺灣花蓮地方法院105年度原訴字第79號很多事判決。

#### 四、王光祿案件解析

王光祿之刑事案件堪稱最典型之原住民涉犯槍砲彈藥刀械管制條例及野生動物保育法案件，特以此案再解析之。

##### (一)案情說明

王光祿係布農族之原住民，持未經許可，未以書面向戶籍所在地警察分駐（派出）所報備原住民自製具有殺傷力之土造長槍1支獵槍，於102年8月24日22時30分許，至臺東縣海源鄉廣原村關山事業區第3林班地河床狩獵，射殺以保育類野生動物山羌及長鬃山羊各1隻。嗣於翌日駕車返家時，為警攔查扣得長鬃山羊及山羌各1隻、土造長槍1支。

##### (二)檢察官起訴

臺灣臺東地方法院檢察署以「山羌」、「長鬃山羊」係保育類野生動物，既未經中央主管機關農委會公告族群量逾越環境容許量，則被告獵殺「山羌」、「長鬃山羊」所為，係違反野生動物保育法第18條第1項第1款、第2款之規定，請依同法第41條第1項第1款、第2款之獵捕保育類野生動物罪處斷。及未經許可持有土造長槍之行為，係犯槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之未經許可持有獵槍罪嫌偵查起訴。

##### (三)法院判決

###### 1. 臺灣臺東地方法院判決

(1)王光祿自承土造長槍是於102年7月間，在臺東縣海端鄉廣原村龍泉部落往第1林班地某處堰塞湖附近的河床撿到等語，足認持有之槍枝並非其所製造，亦非屬原住民以其文化所允許之方式製造，而由被告繼受取得，尚難認被告取得槍枝之「來源」，與其原住民文化有何相關，顯與槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項「

自製獵槍」之構成要件不符，尚無援引該條據為被告有利認定之餘地。

- (2) 野生動物保育法第21條之1規定應屬原住民族基於傳統文化、祭儀而為獵捕野生動物之行為之除罪化規定。惟按傳統文化，係指存在於原住民族社會已久，並藉由世代相傳而延續至今之價值、規範、宗教、藝術、倫理、制度、語言、符號及其他一切生活內容之總稱。原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第2條定有明文。由文義解釋可知，傳統文化乃原住民族中存續長久且延續至今之一切生活內容。原住民依靠山海之有限資源生活，而發展出不同之傳統文化，如漁獵、採果等，皆是順應時序，而與自然界之有限資源取得一定之平衡。為表彰原住民族世代相傳之普世價值，讓新一代的原住民族體認舊有文化，將其延續下去，應對已不合時宜的舊傳統文化予以排除，或限制在相當時空下才可執行。是野生動物保育法第21條之1雖就原住民族基於傳統文化或祭儀所為之獵捕野生動物行為予以除罪化，惟為保障生物多樣性，復於原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法中，另以將原住民各族舊有之傳統文化及祭儀就得獵捕期間及野生動物獵捕種類予以限制。原住民各族「狩獵祭」之期間、獵捕方式、獵捕種類及實施地區均作標明，即表明原住民族應於適當期間，以適當之方式，獵捕適當之野生動物種類，以兼顧野生動物之保育與原住民族傳統文化之傳承。而此將原住民狩獵之傳統文化限縮於相當期間，並錯開野生動物種類，乃為使野生動物休養生息，亦是表現原住民族順應時序與自然共存共榮，所採之取之於山林，用之於山林之精神。故國家為保護原住民族傳統文化之遺產，方將各族祭儀及傳統文化以附表方式記明，希望各族能將固有之文化永續傳承，讓新一代的原住民族得知舊時代的生活與文化，故不論是基於傳統文化或祭儀而為的狩獵行為，均須按原住民族傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第6條附表所規定之期間及得獵捕之野生動物種類為限制。倘認只要符合附表所列均屬基於傳統文化狩獵而作如是擴張，野生動物保育法所欲達成維護物種多樣

性之立法目的將無法實現，故不得謂原住民族得以高呼基於祭儀或傳統文化之大纛，即能肆無忌憚的獵捕野生動物，否則野生動物保育法無異失其衡平物種多樣性之功能，而形同具文。又依目前一般研究調查報告中，並無長鬃山羊及山羌之族群量逾越環境容許量之紀錄，且每年查獲違法獵捕的案件數未見大幅減少，故未將長鬃山羊及山羌公告為可利用之保育類野生動物種類。是被告獵捕山羌及長鬃山羊各1隻，顯非野生動物保育法第18條第1項但書例外可容許獵捕、宰殺或為其他利用之行為。

(3)綜上，判決王光祿違反槍砲彈藥刀械管制條例部分處有期徒刑叁年貳月，犯野生動物保育法部分處有期徒刑柒月，應執行有期徒刑叁年陸月。

2. 臺灣高等法院花蓮分院判決，除維持臺東地方法院判決理由外，亦補充：

(1)槍砲彈藥刀械管制條例之中央主管機關先後於87年6月2日、100年2月11日（臺內警字第100087215號）函釋，及依本條例第20條第3項授權訂定之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第2條第3款將自製獵槍定義為「原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具」、「其結構、性能須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，將填充物射出」等情，固增加法律所無之限制，而已逾越法律之授權，法院自不受其拘束。然法院於適用法律時，仍應審酌立法機關尊重、寬容原住民得因供作生活工具之用而自製獵槍，則其供獵槍適用之子彈，自仍應以「自製子彈」為範圍。故原住民族為供作生活工具用而自製獵槍，無論「前膛槍」或「後膛槍」，其所用子彈，係火藥、彈頭分離裝填之「自製子彈」，可見得使用「制式子彈」之獵槍應已逾越原住民供作生活工具用之範圍。因此，就獵槍所裝填火藥或子彈之方式而言，扣案槍枝既係可使用口徑12GAUGE【制式散彈】，自非以原住民文化所允許之方式製造；且被告亦自白稱扣案槍枝是由側邊裝填子彈，即於拉開槍機拉桿後，裝填散彈等語，益顯與原住民族所自製獵槍不同。

(2)被告係基於供家人食用目的而為狩獵，不能將其狩獵解作係依原住民族基於傳統文化及祭儀需獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第6條第2項附表之基於傳統文化之行為。況且，被告亦供稱知悉為祭儀而狩獵須事前申請許可，是被告既未事前申請許可，也非因傳統文化或祭儀而獵捕保育類野生動物山羌、長鬃山羊各1隻，即應依野生動物保育法第41條規定論以刑罰。

(3)因而判決被告上訴駁回。

### 3. 最高法院判決

最高法院於104年10月29日以104年度台上字第3280號判決上訴駁回，理由除被告就違反野生動物保育法部分未敘上訴理由外，違反槍砲彈藥刀械管制條例部分亦大致支持地院及高分院之見解。

#### (四)提起非常上訴理由：

1. 王光祿以台東縣海端鄉布農族男子，因高齡母親吃不慣豬肉，吵著吃山產，因而持拾獲的獵槍獵捕一隻山羌，贏得「孝子獵人」稱號，其因孝行被判三年六月定讞，即將入獄服刑，經媒體報導，引起檢察總長之關注，檢察總長因此於104年12月10日向最高法院提起非常上訴，得以暫緩執行。
2. 所謂「自製獵槍」，係指原住民為供作生活工具之用，而自行製造本條例第四條第1項第1款後段之具有獵槍性能可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍枝而言。至於所自製之獵槍裝填火藥或子彈之方式，法律既未設有限制，無論「前膛槍」或「後膛槍」均應包括在內；次觀之條文用語，亦無所謂應「依照原住民族文化之生活需要所製造」，或「原住民族文化所允許之方式製造」為免責要件。
3. 所謂原住民族「供作生活工具之用」。此依原住民族基本法第19條規定，「原住民族基於傳統文化、祭儀或自用，得在原住民族地區依法從事獵捕野生動物之非營利行為」之意旨。可知，原住民族基於「傳統文化」、「祭儀」或「自用」之需求，以自製獵槍從事獵捕野生動物，乃屬其憲法及國際人權公約保障之基本權利。故除非有

事實足認該原住民係基於「營利目的」，而以自製獵槍從事獵捕野生動物之例外情事，否則就其以自製獵槍從事獵捕野生動物，即應從寬認定係基於傳統文化、祭儀或自用之供作生活需求。

4. 按原住民族基本法係94年2月5日始公布生效之法律，較之93年2月4日增訂之野生動物保育法第21條之1規定，應以原住民族基本法為新法。依中央法規標準法第18條規定：人民聲請許可案件，據以准許之法規有變更者，應依從新從優原則適用法律。以本件原住民族採捕野生動物之許可規範，依新法即原住民族基本法第19條規定：「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」之意旨，明示原住民族只要基於「傳統文化」、「祭儀」或「自用」之目的，而不具營利性者，即可獵捕野生動物，不論是保育類野生動物及一般類野生動物。可知原住民族基本法第19條之新法規定，較野生動物保育法第21條之1之舊法規定僅限「基於其傳統文化」、「祭儀」之必要，始得獵捕野生動物者，顯然為優且為新。自應優先適用原住民族基本法第19條規定。
5. 原審判決適之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」，依該辦法第1條明示，「本法依野生動物保育法第21條之1第2項規定訂定之」，可知本辦法係由中央目的事業主管機關會同中央原住民族主管機關自主所制定。顯非依原住民族基本法第21條第1項規定：「經諮商並取得原住民族或部落同意或參與，而與原住民族共同建立之管理機制」，當然不得適用此辦法，作為原住民族基本法第19條規定依「法」從事採捕之法。故本件原審憑依此辦法，認被告在原住民保留地內獵捕保育類動物自用之行為不合法，適用法律即有不當。
6. 依野生動物保育法第19條第1項5款規定「獵捕野生動物，不得使用獵槍以外之其他種類槍械」，可見本法於國民(當然包括原住民族)合法獵捕野生動物時，僅禁止使用「獵槍以外之其他種類槍械」，並未禁止使用「制式獵槍」獵捕野生動物。則槍砲彈藥刀械管制條

例第20條之原住民使用改造獵免責條款，依「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」第2條第3款規定結果：只許原住民使用既不安全復無法有效打獵之自製前膛獵槍，不許使用「制式獵槍」獵捕野生動物，法律已有衝突，不但違反民族平等原則，復妨害原住民族之狩獵文化發展權。

7. 依野生動物保育法第21-1條明定：原住民族獵捕野生動物不適用第19條第1項第5款規定之反面解釋，足證同法第21-1條並未禁止原住民族即使用「獵槍以外包括第8條及12條之其他種類槍械」。此佐之原住民族使用基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第6條第2項規定公告之附表中，其獵捕方式欄，即明示許原住民得使用制式獵槍及傳統獵捕器，即足資佐證。則依舉重明輕原則，原住民族為狩獵生活之用，使用較制式獵槍殺傷力更輕之違反槍砲彈藥刀械管制條例第8條及12條之其他種類槍械獵捕野生動物。既屬野生動物保育法第21-1條第2項之法令許可行為，本件即應為無罪判決。

#### (五)最高法院審理

本案最高法院於106年2月9日上午9時30分，有史以來首度網路直播開庭審理本案之非常上訴，相信經由最高法院開庭審理本案所作出的判決，原住民涉犯槍砲彈藥刀械管制條例及野生動物保育法案件在實務上見解必能漸趨一致。

### 五、結論

蔡總統在105年8月1日向原住民族表示道歉文中，開宗明義即「憲法增修條文裡的『山胞』正式正名為『原住民』。這個正名，不僅去除了長期以來帶有歧視的稱呼，更突顯了原住民族是臺灣『原來的主人』的地位。」我國法律對於原住民族之保護，由以上實務上之刑事案件，無論法律制訂之沿革或法令實務見解之解釋，都極盡保護原住民族之餘地。更何況蔡總統還表示「對於現代法律和原住民族傳統文化，有些格格不入的地方，我們要建立具有文化敏感度的『原住民族法律服務中心』，透過制度化的設計，來緩和原住民族傳統慣習和現行國

家法律規範之間，日益頻繁的衝突。」我們也期待原住民族法律服務中心早日成立，以整理關於原住民族特殊之傳統文化及整合關於保護原住民族之法律(令)。

## 原住民族權利保障及其界限

王怡仁\*

### 摘要

臺灣人民之種族亟具多樣性，除十餘族原住民族外，復有明、清朝之閩、客移民、國民政府退守移民，及現今外籍新娘的新新移民。為彰顯對原住民族權益保障的重視，民國94年6月10日修正通過之中華民國憲法增修條文第10條（基本國策）第11款及第12款明文：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」在保障原住民族權益的前提下，立法上已通過原住民族基本法，原住民族自治法亦躍躍欲試亟欲通過立法，原本已立法通過之法令在解釋上似乎也有逐漸朝向原住民族權利擴張的方向解釋，甚而行政程序上也要求對於原住民族為差別之待遇。然而民族主義或族群意識向來為紛爭之始，遠由大日耳曼民族、大俄羅斯民族屠殺猶太民族、二次大戰之民族擴張主義、泉、漳州移民械鬥、近年之911爆炸案，在在提醒民族融合與民族尊重應居同等重要地位。而針對原住民族權益之保障進行差別性立法固非無當，但立法、法律解釋及行政處遇是否朝向民族逐步融合前進會更符合全民利益？差別性立法、法律解釋及行政處遇是否符合憲法對於比例原則及平等原則的要求？以長久的觀點觀察是否更符合原住民的利益？本文儘量脫離學術名詞的桎梏及學術論文之引用，試圖以淺顯的實務觀察為立論，討論原住民族權益之保障的諸多作法是否逾越了憲法的界限，提出實務運作上的看法。

### 壹、前言

邇來為更進一步落實保障原住民族權益，通過多件立法案件，且法律適用上，也朝原住民族利益進一步擴張法律適用，試圖保障原住民族法律上之權益，其小者諸如要求各地方法院審理原住民族案件時應設立原住民族案件專庭、檢察署偵

---

\* 王怡仁 臺灣花蓮地方法院檢察署主任檢察官

辦原住民犯罪應成立原住民專股；大者要求原住民被告原則上應有律師在庭辯護，擴大槍砲彈藥刀械管制條例中原住民合法持有槍枝之範圍、甚至原住民族基本法對於傳統領域之劃設及正爭取中之傳統領域上的自治權等。然而，在保障原住民權益之餘，上開立法及法律適用是否符合全國人民之利益、符合憲法比例原則及平等原則，實有探討之必要。

## 貳、憲法比例原則與平等原則

一、比例原則：釋字第476號解釋認為，國家對人民基本權利的限制，「倘與憲法第23條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則。」綜合學說與實務，認為比例原則之審查可分四階段：

### 1. 前階段：目的合憲性之審查

依德國學者Maurer見解，第一階段是審查系爭手段所欲追求目的之合憲（法）性，亦即首要之務即在於確立該立法目的何在，其後才能進行比例原則之審查；而第二階段則係由比例原例下之三個派生原則予以檢視其手段與目的之合比例關係。因此，關於目的合憲性的審查，首先是要要求系爭國家行為消極面向上不得追求明顯違憲之目的，如種族隔離或男尊女卑等違憲目的。

### 2. 手段適當性之審查

按適當性原則要求限制基本權利的手段必須適合於所追求公益目的之達成，就消極而言，若是一個措施加深目的達成之困難或根本毫無效果、或甚至是有害的，則該手段自屬不適合；反之，就積極而言，若該手段對目的之達成究應達到何種適合程度，始得肯認其適當性原則之要求，則不無疑問。對此，依德國聯邦憲法法院之見解，即使只有部份（zum Teil）有助於目的之達成，即不違反適當性原則。質言之，只要手段不是完全（völlig）或全然（schlechthin）不適合，即不違反適當性原則。而此種寬鬆的審查標準，學理上有稱為「完全不適合」準則。本文採用前者之見解以進行審查。

### 3. 手段必要性之審查

所謂手段必要性之審查，係指要求立法者應在所有同樣適合達成目的之限制基本權的手段中，選擇對私人基本權限制最小者為之。因此，學理上亦有稱為「最小限制原則」。由此定義可知，必要性原則實以「相同有效性」與「最小侵害性」兩者共同構成其內涵。

#### 4. 手段合比例性之審查

倘系爭手段已通過適當性及必要性原則之審查後，最後尚須審查是否合於狹義比例原則之要求，於此，必須審查「手段是否與所追求之目的不成比例」。換言之，在此須審查限制基本權的手段所追求或增進之公益是否大於對私人所造成之損害或不利益。

二、平等原則：中華民國憲法第7條之規定，中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。而憲法要求的是實質平等而非形式上平等或立足點平等，在不違反公序良俗及以公平原則的情況下仍可為差別待遇。司法院大法官釋字211號「平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待。」指出了立法機關於立法時候同樣受到平等原則拘束，平等原則由「法律執行的平等」進一步要求「法律制定的平等」。司法院大法官釋字211號解釋說明平等原則的內涵，「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事務性質之差異而為合理的區別對待」。也就是，不論法律執行的平等抑或是法律制定的平等，都要求「相同者，相同對待之；不同者，不同對待之」。這中間就產生了「差別待遇」的問題，如果立法者恣意形成差別待遇，則法律的平等原則無法維持，平等原則遭受破壞，然而因為社會多樣，不可能完全無「差別待遇」，此乃在尊重個人人性尊嚴的前提下，為對應人類種種源於先天及後天原因之事實上、社會上原因之當然要求，司法院大法官釋字第485號解釋「故法律或相關機關就個別案件事實上之差異及立法目的，作合理之不同處理，並不違背憲法之意旨」，換言之，「差別待遇」若在合理範圍內，即不違反平等原則。

#### 參、傳統領域實際案例（兼論原住民族自治法）之違憲審查

## 一、案例：清水農場濫墾案件：

位於花蓮縣卓溪鄉新生段之清水農場，其管理機關原為國有財產局，於93年間經國有財產局同意開始放租原由管訓隊員所開墾之土地（實際使用狀況為梯田），隨即零星發生租地外越界開墾茶園情事。唯上開土地於92年間納入「原住民傳統領域調查工作計畫」，並於94年間以「原住民保留地以外公有土地漏報增編計畫」，將上開土地由國有財產局移撥予行政院原住民族委員會管理，經行政院於94年11月函准，並於95年完成土地變更登記管理單位為原住民族委員會。惟原住民族委員會並無人力及設備進行管理，乃委託花蓮縣政府轉委託卓溪鄉公所為土地之管理。清水農場自97年起發生嚴重濫墾情事，由政治人物勾結漢人以大型機具大肆開墾陡峭山坡地後，交由原住民及漢人種植農作，並轉租他人，濫墾區水土流失嚴重，隨時可能造成土石流。合計明確之濫墾面積高達32公頃（因部分土地種植生薑，焚林種植數年後即棄置移種他處，而無法明確查明原開墾人，勘查人員亦無法進入原開墾地，而無法進行偵查、起訴）。

## 二、問題之發生：

- (一)清水農場及其附近山區原屬早期布農族原住民之活動空間，惟警備總部時期列管制區，由管訓隊員人力開築山坡地作成梯田種植蔬菜自給自足，斯時土地管理嚴格，除清水溪下游沖積扇之清水、卓溪等部落外，已無原住民居住山區，93年後漢人為開發上開地區，利用大型機具大肆開墾後，雇用臨近之卓溪鄉原住民種植，或轉租他人使用。其濫墾期間雖間有少數原住民前往狩獵，然狩獵人數甚少，雖發現有濫墾、濫伐情事，但或囿於部分受雇用之原住民生計，或畏於政治勢力之介入，少數獵戶實不足以阻止大量開墾或形成輿論之焦點。而政府對於山林之管理，若僅仰賴少數原住民之自覺，恐如螳臂擋車。
- (二)為因應林務工作之廣泛性、多樣性、複雜性，非各地地方政府或其他基層機關可竟其功，政府乃於行政院農委會下設林務局，統籌全國林務之巡查、管理、保林、造林、治山防洪、發展森林與保育等工作，林務局在林務管理上獨具專業性不言可諭。然本案因清水農場原屬警備總部管訓隊員之地點，因其特殊背景而輾轉劃歸國有財產局管理，

該管理機關之管理能力逐步衰退（包括管理人力、物力、管理設備及管理規範），原已遠低於林務單位，而衍生零星越界開墾之犯行，迨94年移撥原住民族委員會後，原住民族委員會無法編列足夠之人力、物力及設備管理該地，乃委由花蓮縣政府輾轉委託同樣欠缺人力、物力及管理設備之卓溪鄉公所管理，至此，擅於管理之林務單位自始未能介入管理，尚有微薄管理能力之國有財產局藉管理機關之變更而順理成章地退出管理，改由更無管理能力之卓溪鄉公所管理，清水農場幾成無政府狀態，濫墾之挖土機等設備逕行放置於山上大肆開墾，甚至於山頭設置大型儲水設施（遇大豪雨恐有崩潰而沖擊山下原住民村落之虞）而無力阻止。直至事態逐漸惡化，卓溪鄉民一再透過議員質詢、監察院陳情，卻自始未曾有任何檢舉函、卓溪鄉公所告發函或被害人告訴狀將上開情事告知臺灣花蓮地方法院檢察署，直至議會關切之新聞登上地方報紙，而經本署剪報分案，且偵辦中獲行政院大力支持而順利偵辦。

### 三、個案問題建議可能之解決方向：

應由專業機關介入管理：各行政管理機關之分工，專業機關應凌駕於各地方自治機關之上，取得管理權。易言之，林務局對於森林之管理應凌駕於原住民族委員會、花蓮縣政府、卓溪鄉公所等地方自治機關之上而共同管理；礦務局對於礦區之管理應凌駕於原住民族委員會、卓溪鄉公所等地方自治機關之上而共同管理，不應僅因管理機關劃歸原住民族委員會而退出管理。同理，對於租用林地使用之礦區管理，同時具有林務及礦務之專業領域，應由林務局及礦務局均介入共同管理，管理機關不應取其一而捨其他。

### 四、問題之再衍生：

- (一)原住民保留地之管理：同以「原住民保留地以外公有土地漏報增編計劃」，劃歸原住民族委員會之土地，包括其他原住民保留地，其劃設零散、大量，其管理脫逸於林務局之外，卻無任何其他機關可掌控。
- (二)原住民族自治法之通過，設立之管理機構恐疊床架屋。是否因而排除其他專業管理機關之介入頗值得觀察。如依立法原意，原住民族自治

法理當對其領域有獨立的管控權力，然而臺灣土地中有逾七成面積屬於山林，在原住民族有限之行政人力及行政資源下，對於廣闊的森林的管理，其能力是否足以排除其他人（包括原住民及其他民族）的侵害，才是問題的關鍵。

(三)傳統習俗之尊重，是否應介入評價？還是應完全尊重傳統習慣，而將原住民傳統習慣認為有法律位階之效力，而排除原處罰法令之適用？焚林、陡峭林區之種植習慣是否應有節制之機制？此於（肆、強制猥褻實際案例之違憲審查）中再行提出。

#### 五、違憲之審查：（手段適當性之審查）

按適當性原則要求限制基本權利的手段必須適合於所追求公益目的達成，就消極而言，若是一個措施加深目的達成之困難或根本毫無效果、或甚至是有害的，則該手段自屬不適合。本案而言，原住民族委員會將清水農場附近土地劃歸傳統領域之目的，在於尊重布農族傳統領域之特殊文化傳承目的，針對土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，取得諮詢、同意或參與之權利，固屬合法合憲，然而將土地之管理機關改列為原住民族委員會，而排除原住民族委員會以外之其他專業機關、管理機關介入，是否足以達成上開目的？以上開案例之結果論而言，則彰顯因原住民族委員會管理廣大土地之能力不足，恐怕難以達成促進傳統領域上特殊文化傳承之目的，且更難以保障傳統領域遭受其他非法破壞的基本目的。清水農場濫墾案件僅冰山之一角，原住民保留地之管理問題及劃區獨立管理之原住民族自治法，其土地管理機關必須有足夠的管理能力，否則土地管理問題日後將是清水農場案件之再衍生擴大。如何在保障傳統領域之文化傳承目的，與適當的土地管理之間取其平衡點，是在立法之初即應全盤考量的重點。

#### 肆、強制猥褻實際案例之違憲審查

一、案例：原住民父執輩長者違反未滿14歲之原住民族少男之意願，撫摸其性器官案件：

關於原住民父執輩長者違反未滿14歲之原住民族少男之意願，撫摸其性器官之相關案件，經檢察官認為所為係犯「加重強制猥褻罪」而提

起公訴，經法院認為加重強制猥褻罪部分罪嫌不足，被告所為僅涉嫌違反性騷擾防治法之「性騷擾罪」而逕行變更法條，並因撤回告訴或未經告訴，而判處不受理判決。（臺東101侵訴字第8號及花高分院101侵上字第47號、花蓮102原侵訴字第15號）臺灣臺東地方法院之判決稱：傳統排灣族的長輩有直接摸小孩的下體，表示關愛之情的習俗，並援引證人證述排灣族部落傳統習俗之證詞如下「1. 在太麻里溪流域的排灣族群，包括我的部落還有被告所屬的新園部落，小時候都會被長者、長輩叫過去，觸摸我們的性器官，甚至五、六個會輪流去觸摸，他還會親吻，那種親善、關心還有接納的感覺一開始會不習慣，但是一直到我們青春期的時候，回到部落或是有儀式也是會這樣子觸摸，那時候就會覺得很榮耀自己是男的性別，我在台大修過人類學的課，也看過很多文化人類學的書，我覺得這個跟性角色的認定有關，另外一個就是統合感覺的部分，我們自己的肢體系統對於生殖器官他是周圍神經系統，可以透過這種觸摸會有本體的感覺。2. 我的經驗中排灣族對於觸摸生殖器官都是初次見面或是很久沒有見到，基於想念他會輕輕的觸摸你，如果是經常相處在一起，想要表示親密的時候，也隨時會做，如果是自己家裡的人，這個頻率可能會增加，甚至他會去親吻生殖器官。另外，因為我自己是頭目家族，我印象中這大部分是在公開場合，很多人的時候，只要是部落的長者還有家族的長輩，父輩以上的都可以作這樣子的行為，他會叫小孩子過來，然後就摸，碰一下，不會再捏一下，大概五秒左右。如果小孩不要的話，他會跑掉脫身，摸的人也不會勉強。3. 排灣族這個文化，應該差不多到我這個年齡，下一輩的就比較少見，最近這一兩年部落裡面還是會有這樣子的文化存在，不過不是普遍性的，是有差異性的。如果接受現代教育的人，沒有在部落裡面參加儀式或是活動就比較少會有這種習慣，但我們也不會排斥這樣的習慣動作。4. 當一個強調共同價值、共同習慣的民族跳入現在的自由、經濟、公平、自主時，會有很多矛盾跟盲點，所以文化跟語言的合適性很重要，文化的習慣有時候像魔鬼一樣控制你，我們的孩子現在到學校去就要接受性防治法，但是他回到部落裡面，他又喜歡老人家對他有善意，善意的方式比如說觸摸身體、頭髮，有的在公眾場合會觸摸你的性器官。」另臺灣花蓮地方法院之判決

則採信被告關於「原住民（本案為阿美族）部落中，年長者有時會以查看生殖器是否成長戲鬧幼童」及被害人之母所述「原住民部落中，長輩會以此方式開幼童玩笑，除被告外尚有其他長者會如此開玩笑…被害人對被告印象不佳，然此或起於原住民部落常見長輩對幼童開玩笑之舉，被告會鬧之、開玩笑，有如玩具、要求脫褲查看是否長大、說笑話、拉生殖器等方式開玩笑；被告戲鬧被害人方式甚多，伊見過被告拉被害人生殖器，被害人哭泣，轉述予父親知悉」等證詞，認為被告所為（或原住民部落內之長輩所為）不過基於玩笑心態，而非性侵害，故認僅成立性騷擾罪。

## 二、問題之發生：對於原住民族之傳統習俗，是否不介入價值判斷，均應一律尊重。

上開案例突顯許多問題，包括：臺灣臺東地方法院之判決既然認為排灣族長輩撫摸未成年晚輩性器官，其主觀上是一種親善、關心、接納的具體表現，何以又認為被告所為係「意圖性騷擾」，乘人不及抗拒而觸摸其他身體隱私處，而成立性騷擾罪。臺灣花蓮地方法院之判決關於阿美族是否有上開習慣一節，除引用關係人之證詞外，似未進行任何查證，甚至僅因認為阿美族有「常見長輩對幼童以拉生殖器之舉開玩笑」而令刑事性侵害犯罪之處罰因而發生退讓？法院適用原住民傳統習慣是否會因一案例之突破後，因過度倚賴而擴張使用於明顯不適當的案例（例如未探討前案在被告主觀犯意不明之狀態下撫摸性器官係在公眾場所隔褲撫摸，後者係在被告至少基於開玩笑之主觀犯意，於住家脫褲撫摸，是否均適用傳統習慣之犯罪構成要件之排除）？上開問題或許有較為明確的爭議或看法，惟更深層的討論，是否可以不介入價值判斷，對於原住民族習俗均應一律尊重而排除法律適用，則是饒富爭議的問題。對於原住民族之習俗進行價值評價，實難逃脫強勢民族（漢民族）對於弱勢民族（原住民族）的威權統治的陰影。然而，如果該原住民族人民對於某特定原住民習慣，亦認為不應持續存在，或其存在已危及同部落其他原住民的人身安全，或該習慣之存在已成為原住民族全體的負擔（例如飲酒習慣），是否仍應僅因該原住民族確實曾經存在該傳統習慣，即應無限制「尊重」該習慣而排除法律適用？其爭也大。尤其當民族與民族間

具有高度融合性時（不同原住民族間、原住民與漢民族間、原住民與外籍人士的大量通婚、交流），現今原住民週遭已非處於全然屬同一民族而共同享有相同習俗之環境，為和平共處，各民族應犧牲、切割多少傳統習慣以促進和諧，法官在法律適用時得容忍多少違背法令之傳統習慣？此將是原住民族及法官共同面臨的課題。

### 三、違憲之審查：（目的合憲性之審查及手段合比例性之審查）

#### （一）目的合憲性之審查：

首先本案可考慮審查系爭手段所欲追求目的之合憲（法）性，亦即首要之務即在於確立法目的何在，其後才能進行比例原則之審查。依本案而言，若不介入任何法評價，而尊重所有原住民族傳統習慣與文化，在法律適用時得以原住民族傳統習慣與文化作為原法律構成要件之排除依據，則相當於賦予原住民族傳統習慣與文化特別法的法律地位。倘若某特定之傳統習慣之存在，是該民族進化的阻力而非助力，放任該習慣、文化之存在，將損及該原住民族之群體利益，則保障該傳統習慣或文化將失其目的合憲性，故對於某原住民族成員亦認為無保留必要之傳統習慣或文化，似應因欠缺保障之目的性而不予尊重。例如上開臺灣花蓮地方法院之案例，假設阿美族確有「長輩對幼童以拉生殖器之舉開玩笑」之傳統習慣，則該開玩笑之方式若非大部分阿美族人所得認同，並認為應繼續存在之習慣，則該傳統習慣失其保障之目的性，刑法之適用應無退讓之理。

#### （二）手段合比例性之審查：

其次，擴張一方的法律權利，常會牽動或限縮他方之法律權利，倘若某特定之傳統習慣之存在，是該民族進化的阻力而非助力，放任該習慣、文化之存在，將損及其他處於同一環境之原住民或其他族群之權益，甚至造成傷害，則保障該傳統習慣或文化的同時，其他人亦將提高其風險。故如何合理分配法律權利，將是法律適用上的一大課題。例如上開臺灣臺東地方法院之案例，假設排灣族確有「長輩直接摸小孩的下體，表示關愛之情」的傳統習俗，則認同該習俗而排除法律適用，將同時也認為與被告同處一處之其他族人，甚至無該習俗之其他

民族亦應認同該習俗而容忍其事件之再發生（或稱拋棄原法律關於強制猥褻罪之保障）。此在我國常存在各民族間之通婚及共同生活之情況下，是否足以賦予原住民族傳統習俗如法律位階之地位而逕予排除原法律適用，則應考慮手段（保障該傳統習慣之存在，排除原法律對於強制猥褻之制裁）與目的（維護原住民族之傳統文化）之間是否合於比例。

## 伍、律師強制辯護實際案例之違憲審查

- 一、實務：我國刑事訴訟法於今年（2013）年初修正刑事訴訟法第31條與第95條之規定，新修正刑事訴訟法第95條增訂（偵查中）檢察官訊問低收入戶、中低收入戶或原住民被告應先告知得請求法律扶助，及無辯護人之被告表示已選任辯護人時，應即停止訊問。但被告同意續行訊問者，不在此限。另同法第31條第1項修正為：「有下列情形之一，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護：一、最輕本刑為三年以上有期徒刑案件。二、高等法院管轄第一審案件。三、被告因智能障礙無法為完全之陳述。四、被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者。五、被告為低收入戶或中低收入戶而聲請指定者。六、其他審判案件，審判長認有必要者。」，增訂具原住民身分之被告以通常程序起訴或審判者，亦同屬強制辯護案件，藉以保障原住民被告之辯護權。是以倘被告係原住民，且以通常程序起訴或審判，審判長未為其指定公設辯護人或律師辯護，依刑事訴訟法第284條之規定，法院不得審判。如法院未為強制辯護案件指定辯護人，構成刑事訴訟法第379條第7款「依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者」之事由，判決當然違背法令，可上訴第三審。
- 二、問題之發生：端就原住民部分而言，依上開規定，檢察官於訊問原住民被告時，應先告知得請求法律扶助，由法律扶助基金會無償為其聘請律師擔任辯護人，案件進入法院後，更將之列入強制辯護案件，且不作任何限制（包括資力限制、惡性限制或法定刑度限制），只要被告具有原住民身分，均應為伊聘請律師。實屬「種族優惠差別性待遇」之具體實現。

### 三、違憲之審查：（手段合比例性之審查、平等原則之審查）

本件立法者顯然並非因為推定原住民必為低收入戶或中低收入戶而與之同列保障範圍，而係認為原住民於司法上常居於訴訟弱勢，而為特別保障。輿論或有批評該法條將「原住民」與「低收入戶或中低收入戶」同列顯有未當，然該立法技術上之疏失尚不在本文討論範圍，本文討論之重點僅在於花費大量公帑為所有原住民被告聘請律師，造成全民經濟上不利益之手段，是否與所追求原住民訴訟公平之目的間符合比例？及當訴訟被告為原住民時，特別花費全體國民之金錢為其聘請律師，是否就足以認為係在「合理範圍內」為適當的差別待遇而不違反平等原則？

#### （一）手段合比例性之審查

現行法制在上開法條修正前，除重罪之強制辯護外，並無其他單為特定人或特定對象要求免費提供律師辯護之規定，為填補無資力人民訴訟之弱勢，乃設立法律扶助基金會，無資力人得提出無資力者證明及案件資料，向法律扶助基金會申請扶助，經基金會所聘任之審查委員與申請者面談後，共同評議，經過半數委員同意，始得准予扶助，以將有限之資源投注於無資力之弱勢人民且非顯然勝訴無望之案件。然新修上開法令關於原住民刑事起訴案件應委任律師一節，並未立法作任何節制，只要是原住民犯罪，於偵查中均應告知被告得請求法律扶助，於審判中則逕屬強制辯護案件，無論被告是否自白、是否有資力、是否重罪，一律強制辯護，然而原住民犯罪之大宗實為簡易之竊盜、施用毒品、酒醉駕車等案件，上開案件常於偵查中即已自白犯罪，或證據著重於物證（如呼氣酒精濃度測試單及尿液中毒品鑑定報告書），甚至被告亦自認無庸聘請辯護人，而辯護人到庭常未曾見過被告，亦未曾閱卷，僅能簡單陳述「請從輕量刑」或「請依法判決」，於實務上委任辯護人顯欠缺其必要性，倘須耗費如此鉅大之公益成本及人力、物力與時間，對執行機關造成不可期待的負擔，其手段與欲行達成之目的顯不符比例原則。

#### （二）平等原則之審查：

司法院大法官釋字211號「平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待。」指出了立法機關於立法時候同樣受到平等原則拘束，平等原則由「法律執行的平等」進一步要求「法律制定的平等」。本案應斟酌規範事務性質之差異而為合理的區別對待，如果立法者恣意形成差別待遇，則法律的平等原則無法維持，平等原則遭受破壞。反之，司法院大法官釋字第485號解釋「故法律或相關機關就個別案件事實上之差異及立法目的，作合理之不同處理，並不違背憲法之意旨」，換言之，「差別待遇」若在合理範圍內，即不違反平等原則。本案以種族差異作為立法保障之唯一依據，要求對於具原住民身分者之起訴案件一律強制辯護，唯種族差異是否足以認為具有足夠的差異性而立法為「差別待遇」，實有論述空間。畢竟原住民犯罪與一般人民犯罪，在實務上絕大多數並不具有差異性，易言之，原住民犯酒後駕車、竊盜及施用毒品案件，在實務上均與其他民族同等對待，並不因種族差異而特為審判程序或判決，就上開無特殊性之案件針對原住民被告強制辯護之立法，實係忽視平等原則之作法。

## 陸、結論

我國對於原住民保障之立法、執行固有其必要，然似乎對於是否能達成原目的，或達成目的所將支出之成本未詳細斟酌。事實上社會衡處於有限利益之分配問題，部分人民取得較多的利益，勢必影響其他人民之權益，舉例而言，對於原住民槍枝之持有愈持開放態度，則對於沒有槍枝之其人民的保障亦形降低，而受害者常是取得槍枝者週遭之人民或其家人（例如持槍盜伐林木案件、持槍家暴案件、持槍性侵害案件），立法、執行時應如何取捨，立法保障原住民權益時，應將法界限劃於何處，將是司法永遠的難題，然無論如何立法、執行，或應於立法、執行之時，衡以憲法比例原則、平等原則其基礎再三審度，才能在保障原住民權益之際，仍能逐步進行民族融合。

## 論槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項「供作生活工具之用」之界限

余佳恩\*

### 壹、案例事實

甲係阿美族原住民，平日以至工地打零工為生，其父於民國105年5月1日死亡，甲因而於該日起持有父親所申請之原住民自製獵槍1枝（下稱本案獵槍），作為閒暇之時打獵及查看捕獸陷阱之用。甲於105年10月10日21時許，駕駛車輛原欲前往查看捕獸陷阱，恰接獲友人乙之電話，表示因丙懷疑乙竊取檳榔攔阻不讓乙離去，甲遂駕車改前往丙之檳榔園，甲抵達後與丙發生口角，甲遂自車上取出本案獵槍指向丙，以此方式通知丙加害其生命、身體之事，致生危害於丙之安全。嗣經警到場處理，當場扣得本案獵槍及喜得釘2顆、鋼珠3顆

### 貳、槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項之阻卻違法事由實務通說

按行為不罰者，應為不起訴之處分，刑事訴訟法第252條第8款定有明文。次按原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣2000元以上2萬元以下罰鍰，本條例有關刑責之規定，不適用之，槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項定有明文。而該規定立法之旨在尊重原住民原本生活習性，並認原住民所自製之獵槍，其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，因將此類行為排除在刑罰之外。而條文所規定「供作生活工具之用」，其範圍應從原住民群體權之保障及文化認同之觀點考量，不應侷限於維生之經濟活動，尤不以行為人是否尚有其他職業為判斷之唯一標準。次按獵槍本身之構造與性能，只要是原住民製造且未使用具有彈頭、彈殼及火藥之子彈者即屬原住民自製獵槍，此有內政部相關函示在案可稽，並經臺灣花蓮地方法院96年度訴字第269號刑事判決及臺灣高等法院花蓮分院96年度上訴字第330號刑事確定判決所採認。若依照上開法條及判決意旨，甲所持有之本案獵槍，經內政部警政署刑事警察局鑑定結果，認係土造長槍，由金屬擊發機構、木質槍托及土造金屬槍管組合而成，擊發功能

\* 余佳恩 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官

正常，可供擊發口徑0.27吋打釘槍用空包彈（作為發射動力），用以發射彈丸使用，認具殺傷力，又本案獵槍業經申請為原住民自製獵槍在案，本案甲遭查獲持有本案獵槍及喜得釘2顆、鋼珠3顆，應屬原住民自製獵槍無誤，又甲為阿美族原住民，平日雖非以打獵為生，然於閒暇之時確有持本案獵槍打獵及查看陷阱等行為，足認甲持有之本案長槍、喜得釘、鋼珠，應係供其打獵即供作生活工具之用，依上開法律意旨，自不適用槍砲彈藥刀械管制條例有關刑罰之規定，應純屬行政裁罰規定，與刑罰無涉。

### 參、槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項「供作生活工具之用」之界限

上開實務通說，就「供作生活工具之用」之判斷，雖基於原住民群體權之保障及文化認同之觀點考量，而不侷限於維生之經濟活動，亦不以行為人是否尚有其他職業為判斷之唯一標準，然當原住民持自製獵槍從事之行為，並非打獵、農作時驅趕山豬、上山查看陷阱等與文化認同相關之活動，而係持槍為犯罪行為時，是否仍得以槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項保護，則有討論餘地。

#### 一、肯定說：原住民持自製獵槍另行犯罪時亦符合上開阻卻違法事由

臺灣高等法院花蓮分院102年度上訴字第141號判決之被告為原住民，持自製獵槍恐嚇被害人，依該判決見解認為：惟被告製造系爭槍枝之時間係在96-97年間，而其持槍恐嚇被害人之時間係在101年3月，前後相距至少4、5年，除無積極證據證明被告於此段期間曾持槍犯罪以外，另被告持槍恐嚇被害人，亦係因之前遭到被害人等人欺負，一時氣憤所為失慮偶發之犯罪行為，並不能因為被告此單一偶發之犯罪事件，而認被告自始之初製造槍枝之目的非為打獵生活使用，公訴意旨所認，乃有誤會，並不可採。是本案法院係綜合考量被告製造槍枝的時間點，距離後續犯行時間甚久，期間並無持槍犯罪，所以推論被告製造槍枝之目的是為打獵生活使用，自仍得援以上開阻卻違法事由。原住民製造、持有自製簡易獵槍之初，倘係為供作生活工具、傳統文化目的，即屬不罰之行為，嗣後縱因一時失慮偶發性地持槍觸犯其他犯罪行為，並不影響其原始自製獵槍之免罰性，此有最高法院103年度台上字第281號歷審判決、臺灣高等法院花蓮分院102年度上訴字第141號、100年度上訴字第130號判決參照。因此，肯定說是認為如果原住民最初製造槍枝時

，如果符合上開阻卻違法事由，事後持有期間因一時失慮偶發犯其他犯行，也不會因此影響得除罪化之情形。

## 二、否定說：原住民持自製獵槍另行犯罪時不符合上開阻卻違法事由

### （一）最高法院103年度台上字第1521號判決

槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項規定，旨在尊重原住民傳統生活習慣之特殊性，於身分及用途上為特殊考量而予以除罪，自應解釋為原住民本於其文化傳統所形成之特殊習慣，專為其生活中從事狩獵、祭典等活動使用，而自行獨立製造、運輸或持有自製之簡易獵槍、魚槍為限。

### （二）臺灣高等法院刑事判決106年度原上訴字第15號判決

被告於前揭時地與他人發生行車糾紛進而有所衝突後，係基於恐嚇危害安全之犯意，持前揭扣案槍枝因誤認等候、追逐告訴人駕駛車輛，嗣更故意持槍朝告訴人所在駕駛座車門下方射擊，而有前揭所述之恐嚇行為，業如前述，則該等持槍行為顯然係基於不法目的，而無涉所謂持槍「供作生活工具之用」以達積極維護發展原住民族語言及文化之規範目的，明顯溢出此規範目的外，況被告於原審審理中經訊問時坦認不得持槍恐嚇他人，其行為已超出製作獵槍專供打獵使用的範圍，足見其亦知悉其持槍恐嚇行為已超出原先法律允許，揆諸前揭說明，被告用以恐嚇他人之前揭持槍行為，即難認其有槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項不罰規定之適用。是以被告確有於前開時、地非法持有可發射子彈具殺傷力槍枝之犯行至明。否定說則是在考量被告後續的犯行，如果已經明顯溢出工作工具之用的範圍，就不符合阻卻違法事由。

### （三）臺灣高等法院花蓮分院104年度原上訴字第29號判決

系爭獵槍固係被告於99年11月間時許，在臺東縣○○鄉○○村○○0號之0之地點自行製造而成，且被告製造之初係為投入布農族射耳祭祭典（即使用系爭獵槍前去山上打獵，取得獵物後作為祭祀祖先使用），於99年11月製造之初及緊接後續之持有行為，參照槍砲條例第20條第1項規定，固難認有槍砲條例有關刑罰規定之適用。然如前所述，本條項

之除罪化理由係奠基於尊重原住民傳統習俗文化目的，對於原住民「生活上需要」或與「生活必需品」有關而自行製造或持有之獵槍，刑事法律退讓尊重原住民傳統習俗文化而不予處罰，但如與原住民傳統習俗文化目的無涉，非原住民「生活上需要」或與「生活必需品」無關而持有獵槍，刑事法律基於保障社會安全及平和秩序之目的，自無退讓避卻之理。是被告於99年11月間製造持有之初，固無槍砲條例刑罰之適用，惟一旦被告逸出除罪化範疇，槍砲條例自無再次退讓之理。而且，亦不得因被告於99年11月間製造、持有之初，無槍砲條例之適用，即認被告因此即可取得所謂的「免死金牌」，日後與系爭獵槍有關之全部行為均不在槍砲條例等刑罰法律之射程效力內。如此解釋顯有不當扭曲槍砲條例第20條第1項「供作生活工具之用」之文義，更有無視立法者之規範目的、想法之疑。

#### （四）臺灣花蓮地方法院104年度原易字第148號判決

本案之被告為原住民，持原住民自製獵槍朝住處附近野狗射擊，違反動物保護法第25條第1項第1款之違反保護規定致動物肢體殘缺及重要器官功能喪失罪。就原住民持槍「供作生活工具之用」部分，本案判決認為：被告製造本案長槍並持有之初雖為『供作生活工具之用』之自製獵槍，然當被告基於懲罰、復報之心理，持本案長槍返回案發現場射擊被害犬隻時，被告合法製造、持有本案長槍之本質即已質變為非法持有槍枝。刑法內規範之犯罪行為雖多屬違反人類最基本道德情感之反社會行為，例如殺人、放火、強姦、竊盜等，而具『文化共通性』，然亦不乏有為維護國家政治、社會、經濟特有的體制運作，或為鞏固特定宗教信仰價值觀，或根據特殊文化、風俗習慣之特殊性而來，此時刑罰作為後盾之禁止規範即係建立在『文化相對性』之上。原住民犯罪即是與文化衝突與規範認同攸關之問題，而此問題之重點，即在他種文化規範可否挑戰主流刑法秩序，而阻卻刑事責任。基於刑法最後手段性，當可考量各種可能的除罪或減刑事由，無論是個人關係或社會結構等實質因素均可納入考量，故原住民部落傳統當具較大的實質影響效果。被告為阿美族平地原住民，且據被告自承及審理程序中傳喚證人調查之過程，均可證被告所傳承之阿美族傳統文化係源自花蓮縣壽豐鄉月眉部落，

故本案被告製造及持槍行為是否為「供作生活工具之用」，而得阻卻違法性，即應聚焦於「花蓮縣壽豐鄉月眉部落」之阿美族狩獵文化，惟經部落耆老證稱，持有的自製獵槍除對山豬外，其他保育類動物是禁止的，雖有打獵習俗，但因不滿野狗騷擾即射擊被害犬隻，並非阿美族狩獵文化的一部分，月眉部落阿美族文化雖有群體狩獵之傳統文化，然主要是基於防犯山豬破壞農田下之附帶所為，且其等對槍枝使用均抱持謹慎保守之態度，縱遭犬隻吠咬亦不會輕易取槍射擊，甚至為滿足懲罰、復仇之情緒即隨意射殺犬隻，則本案被告既自承其習得之阿美族傳統文化均係源自月眉部落，當對上開文化意涵無法諉稱不知，故其基於教訓被害犬隻之意，持槍返回案發現場對被害犬隻開槍之行為，即已逸脫月眉部落阿美族狩獵文化之核心價值，從而，縱使前揭判決先例，基於現代社會生活形態之改變，將槍砲彈藥刀管制條例第20條第1項規定之「供作生活工具之用」予以從寬解釋，認為只要本於與其傳統習俗文化目的有關而自行製造或持有之獵槍，即應認係供作生活工具之用，不以「專恃」獵維生或以狩獵為其生活主要內容者為限，惟因被告持本案長槍射擊被害犬隻之行為，已核與月眉部落阿美族使用槍枝之傳統習俗大相逕庭，復與一般原住民族藉由狩獵活動訓練膽識、培養互助觀念及精進求生能力，並與族人分享狩獵經驗與成果，以邀得自我認同之情形無涉，故本案被告持槍射擊被害犬隻洩恨之行為，即顯與槍砲彈藥刀管制條例第20條第1項規定之「供作生活工具之用」有違，至為明確。

#### 肆、本文結論

原住民持有自製獵槍從事犯罪行為時，是否仍有槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項之適用，牽涉到原住民習俗文化與刑事法律保障社會安全及秩序的價值判斷拉扯，從上開見解可知，目前實務尚無結論，而係就個案情節為斷，故尚留待後續實務發展。惟就本文所舉之案例，由於被告甲持槍所為之犯行係恐嚇，屬具文化共通性之犯罪，應採取上開否定說嚴格限制之，故當被告將持有槍枝的行為作為加害他人生命及身體之惡害通知之用，以恐嚇他人為目的時，即無槍砲彈藥刀械管制條例第20條第1項之適用，並非原住民合法製造、持有槍械後，即可享有永久不受原住民文化節制之槍枝使用權限之理，亦即此時刑事法律保障社會秩序的利益不再退讓。



## 花蓮地檢署常見刑事案例解析

許建榮\*

### 一、原住民上山摘取野菜烹食檢察官依職為不起訴處分案例

#### (一) 案例

小葉係阿美族原住民常年在台北打拼工作，掙錢養家，95年3月間，利用假期，回鄉探視父母，某日父子倆在客廳聊及以往山林狩獵之樂趣，一時興起，父子相約欲至山林野遊。

當父子二人在山林間，回憶過往狂野樂趣時，小葉發現山林區長滿山蘇、蕨類(即俗稱過貓)野菜，父子臨時起意，隨手摘取山蘇、過貓各約一台斤，欲帶回烹食，不料回家途中遇警攔查，遭警查扣山蘇、過貓等野菜，並以違反森林法第50條、刑法第320條第1項竊取森林副產物罪嫌移送地檢署偵辦。(花蓮地檢95年偵字第2122號不起訴處分書)

#### (二) 爭點

原住民在其傳統領域，援用其傳統習俗上山採取野生山蘇、過貓食用，是否得逕認其行為該當森林法第50條、刑法第320條第1項竊取森林副產物之犯罪，對之提起公訴？

#### (三) 解析

本案例中小葉與其父親均係阿美族原住民族，依阿美族傳統自得上山摘取野菜食用，此一習俗，雖於法不合，惟國家似應適度尊重，不宜藉故或託詞加以究責，因此，小葉與其父親二人雖未經允許擅自在國有林中摘取野菜食用，行為雖該當森林法第50條、刑法第320條第1項犯罪構成要件，惟基於對原住民族上開習俗之尊重，檢察官不宜率然追訴，將之繩之以法，而宜考慮其民族傳統習俗之差異性，對之為較寬鬆之職權不起訴處分處理。

### 二、老農拒收千元賄款獲頒五十萬元獎金案例

\* 許建榮 臺灣花蓮地方法院檢察署主任檢察官

(一) 案例：

老張是年過半百住在鄉下的老實農人，每日只知日出而作，日落而息，對政治選舉毫無興趣，100年某鄉村長選舉期間，某日老張像往常一樣到農地耕作，當接近中午時，同村的鄰居老陳夫妻同乘一部機車，來到老張田裡，大老遠就朝老張高喊，老張「會冬休暍」囉，老張放下農具，與其寒暄後，老陳忽自口袋中取出千元現鈔一張，塞入老張手中，並告訴老張，某林姓村長候選人，知道你農作辛苦，特別拿一千元要給你喝涼水，記得這次村長選舉要支持他，老張覺得不妥，馬上推辭，但老陳硬將千元塞入老張口袋，陳妻則在旁鼓勵老張收下，老陳夫婦塞給老張一千元後隨即驅車離去，老張楞在現場，不知所措，回神後，放下農事，即騎機車帶著現金至警察分局偵查隊詢問偵查員該怎麼辦？

(二) 爭點：

老張收了現金即拿到警察局報案，老張有無刑責？老陳夫婦將一千元交給老張並當場要老張把選票投給林姓候選人有無罪責？

(三) 解析：

警察分局偵查員接獲老張報案後，即將現鈔一千元很細心的用透明夾鏈袋收好，並對老張完成檢舉筆錄後，通知老陳夫婦、林姓候選人一同接受調查，老陳夫婦雖皆承認塞給老張一千元現鈔，但卻托詞該一千元不是賄款，而是林姓候選人委託其僱用老張砍草之工資訂金，林姓候選人則矢口否認。案經移送地檢署，檢察官追問，老陳夫婦有關林姓候選人田在何處？田有多寬？總工資多少？老陳竟無能以對，林姓候選人則供陳其名下雖無田，但最近要向鄰居租田耕作等語，然質之向何人租田，則又不知所云。老陳夫婦及林姓候選人經不起檢察官責問，終坦承犯行，檢察官遂依違反公職人員選舉罷免第99條第1項、第5項規定，對老陳夫婦及林姓候選人提起公訴，案經法院各判決有期徒刑二年，緩刑三年確定。老張因檢舉而查獲村長候選人賄選，檢察官依「鼓勵檢舉賄選要點」第9點規定，報請法務部依法核發獎金，老陳因而獲得新臺幣50萬元檢舉獎金。

### 三、投票權人收受賄款不去投票有無犯罪

(一) 案例：

小陳是經營小攤販的生意人，平常皆忙於攤販生意，對政治選舉不熱衷，某年縣議員選舉期間某日，某候選人之樁腳老林忽然來訪，言不及義的聊了一陣後，忽自口袋中取出一千元現鈔一張，塞入小陳手中，告訴小陳請支持某候選人當選，小陳原覺得不妥想推辭，但一想做生意賺錢不容易，既然財神爺都送上門了，不拿白不拿，拿了亦白拿，反正不去投票應不會有事，即逕自收賄款。

(二) 爭點：

小陳收受賄老林交給現金一千元賄款不去投票有無犯罪？

(三) 解析：

按有投票權人要求、期約、收受賄賂或其他不正利益，許以不行使其投票權或為一定之行使者，處三年以下有期徒刑得併科5千元以下罰金。刑法第143條定有明文。細譯條文之犯罪構成要件不外為投票權人只要收受賄賂，而與行賄賂者約定不行使投票權或為一定行使者即構成犯罪，與投票權人是否去投票或有無依約定投票均無關。本件小陳已收下賄款，且與該行賄者約定投票給該候選人，即構成投票收賄罪，小陳雖未去投票，甚或未依約定投票給該約定之候選人，均不影響該罪之成立，因此，小陳所為仍應成立投票權人收受賄賂罪。

#### 四、偽造債權利用法院訴訟中成立調解有無罪責

(一) 案例：

阿玉因兼營地下錢莊生意失敗，積欠金主數千萬元債務，眼見無力清償，為逃避其名下之財產，被查封拍賣，使家人無棲身之地。遂與其弟媳阿真串通，成立虛偽之假債權一千餘萬元，並將阿玉名下現住價值千萬元之房地，設定一千萬元之定額抵押權給阿真，完成設定抵押權後，二人復通謀於債務清期屆至時，由阿真向法院聲請准予強制執行之裁定，阿真取得法院准予強制執行之裁定後，即聲請查封拍賣上開房地產，拍賣中二人在法院成立調解，由阿玉將上開房地產，以高價折讓給阿真抵充債務，過戶手續辦妥後，阿玉再以假租賃方式向阿真租屋居住。

之後，阿玉之金主，因屢屢催討欠款未果後，即向地政單位申請上

開房地之登記簿謄本，欲向法院聲請查封阿玉之房地產，竟發現該房地已易主並辦理過戶給阿真。

(二)爭點：

阿玉與阿真二人所為是否構成刑法第二百十四條使公務員登載不實罪？

(三)解析：

按表意人與相對人通謀而為虛偽之意思表示者，其意思表示無效。但不得以其無效，對抗善意第三人。民法第八十七條訂為明文。又明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、刑拘役或五百元以下罰金。刑法第二百十四條亦訂有明文。

本件阿玉與阿真二人明知並無債權債務關係，竟虛立債權證明虛偽設定抵押權一千餘萬元，使地政單位公務員登載於土地登記簿本及他項權利證明書上，顯足生損害於地籍管理之正確性。又阿真明知上開地政單位核發之抵押權他項權利證明書屬不實之事項，竟執上開不實之證明書向法院聲請裁定准予強制執行，使法院民事執行處之公務員將該不實之抵押權設定事項，登載於准予強制執行裁定書之公文書上，足生損害於法院裁定書之公信力。又阿玉復與阿真明知二人間之債權債務關係虛偽捏造，竟於強制執行程序中成立調解，使法院將該不實之事項登載於調解書之公文書中，足生損害於法院調解書之公信力。因此，阿玉與阿真二人之所為，均係犯刑法第二百十四條使公務員登載不實罪，其二人所犯三罪中，犯意各別，應分論併罰，換言之，二人係共犯三項偽造文書罪應受三罰。

## 五、大姐姐讓將未滿六歲小弟獨自過馬路出意外有無刑責

(一)案例：

阿珍係滿二十歲之少女，天生具有一副好歌喉，以致對於卡拉OK唱歌，頗有偏好，某日，其母外出工作將甫滿四歲之小弟阿福交給她照顧，適阿珍友人邀其唱歌，阿珍遂帶阿福隨友人一同至某卡拉OK店唱歌，由於阿福對唱歌甚覺新奇，其雖不會唱歌，但卻與阿珍搶麥克風，讓阿

珍甚覺心煩，遂將阿帶回家中，令阿福留在家，不得外出，其則再行回到卡拉OK店與友繼續歡唱，阿福在家呆了一陣子後，甚覺無聊，遂自行跑至該卡拉OK店找阿珍，阿珍見到阿福甚為不悅，當即訓斥阿福後，即要阿福獨自回家，阿福不得不獨自一人跑回家，適有一部大卡車通過馬路，由於當時天下著小雨，阿福遂低著頭用雙手掩著，飛快地欲跑回家，以致沒注意到通過馬路之大卡車，遂直接衝到大卡車之車底，為大卡車輾斃，問阿珍有無刑責？

(二)爭點：

阿珍命未滿六歲兒童阿福獨自回家，以致出車禍，有無刑責？

(三)解析：

本件僅探討阿珍之責任，致大卡車司機之責任，則應視其是否有違反交通安全規則相關規定，始足認定其是否應負業務過失致人於死之責任，因非本件探討主題，併此敘明。

按父母、監護人或其他實際照顧兒童之人不得兒童獨處於易發生危險或傷害之環境，對於六歲以下兒童或需要特看護之兒童及少年，不得使其獨處或由不適當之人代為照顧。兒童及少年福利法第32條定有明文。違反者，應依同法第60條規定處3千元以上1萬5千元以下之罰鍰。本件阿珍受母親囑託照顧未滿六歲之小弟阿福，其竟貪圖歌唱享樂，讓阿福獨自冒雨跑回家，以致，阿福發生車禍被大卡車輾斃，阿珍顯然有違上開兒童及少年福利法之規定，因此，堪認阿珍在照顧阿福方面顯有疏失。又按：因過失致人於死者，處二年以下有期徒刑、拘役或2千元以下罰金。刑法第276條第1項亦定有明文。故本件阿珍既未盡到照顧阿福之責任，讓他獨自過馬路，致發生車禍死亡，阿珍自難解免過失致人於死之刑責。依上述阿珍未盡到照顧阿福責任之行為，除觸犯上開刑事法律外，仍同時違反兒童及少年福利法之規定，原應受行政上罰鍰之處罰，惟依行政罰法第26條第1項之規定，一行為同時觸犯刑事法律與違反行政法上之義務規定者，依刑事法律罰之。故阿珍如已受刑事處罰後，即不再受行政上罰鍰之處罰。

## 六、自導自演向父親勒贖五百萬元案例

(一) 案例：

阿輝是某大企業公司之獨子，自小嬌生慣養，服完兵役回來，其父親劉董準備將該家庭產業，交給他管理經營，特別將阿輝安排在該企業之業務單位實習、歷練，薪資比照公司經理級，月入十餘萬元，由於阿輝是「頭家仔子」亦是未來公司接班人，因此公司上下均不敢待慢，亦因此阿輝在公司每天都無所事事，其後竟喜好花天酒地，久而久之，薪資所得明顯不敷支付聲色場所之開消，雖假借各種借口向其父母索錢，但皆被回絕，轉向妻子索錢，亦無法如願，更因憚於酒店簽帳消費一事曝光，遭父母責難，其竟靈機一動，於某日上午到公司上班後，自行開車至山區某大旅住宿，以購得之變音器在旅社以電話向家人勒索錢財一千萬元，自導自演被綁架，嗣經討價還價結果，以五百萬元成交，翌日阿輝高興的自銀行領出贓款時，當場為警查獲，當阿輝被解送分局作筆錄時，其父母、妻子始知悉係阿輝自導自演綁架案，經向刑警查詢擄人勒贖刑責時，刑警答稱擄人勒贖罪最重可判處死刑或無期徒刑最輕亦可判處七年以上有期徒刑，霎時青天霹靂，阿輝之父母、妻子聞訊後，相擁抱頭痛哭。

(二) 爭點：

阿輝所為是否真的構成擄人勒贖罪嫌？

(三) 分析：

按刑法第347條擄人勒贖罪，以意圖勒贖而擄人為犯罪構成要件，本件阿輝雖旨在索贖，然其人身實際上並未被擄獲或控制中，故其所為並不構成擄人勒贖罪。不過阿輝既未被擄，竟以被擄為由向其父母索財，顯然有以被擄為詐騙之方法，欲向其父母詐取財物，因此其所為應符合刑法第339條第1項之詐欺取財罪，又阿輝已至銀行領得錢財，則其詐欺取財行為已達既遂。惟依刑法第343條規定，刑法第324條有關特定親屬間犯竊盜罪者，須告訴乃論等規定，於刑法第339條亦有準用規定，換言之，在直系血親、配偶或同財共居親屬或五親等內血親或三親等內姻親之間，犯詐欺罪者，須告訴乃論。本件阿輝係以自導自演被綁架方式向父母親詐欺取財，依上述係構成詐欺罪，屬相對告訴乃論之罪。故阿輝之父母只須向警方或檢察官表示不追訴阿輝之刑事責任，如已提告

訴者亦只須向警方或檢察官表示撤回告訴之意思，即可解免阿輝之責任。

## 七、不小心盜割他人牧草有無罪責

### (一) 案例

阿福係木工工人，家中飼養四、五土鵝，由於近來養鵝飼料高漲，阿福為節省購買鵝飼料之開支，遂每天利用下工時間，騎乘機車至鄉間各地，去割取牧草，載回養鵝。某日，阿福騎乘機車來到某鄉間小路，見路旁有一排牧草非常青嫩，十分高興，立刻下車拿鐮刀割取牧草，甫割取牧草約六台斤左右，忽然，有一自稱阿木的男子，向阿福說牧草是其所栽植，為何要盜割？阿福聞言嚇了一跳，隨即停止割取牧草，準備騎機車離開，但被阿木制止，阿木說其已報警，要阿福等警察來處理，俟警察到達後，阿木即向警察提起告訴，指訴阿福盜割其牧草，阿福雖向警察辯解說，其不知該牧草是阿木所栽種，其以為是牧草是野生的，但不為警察採信，警察即將阿福以犯竊盜罪之現行犯移送檢察官偵辦。

### (二) 爭點：

阿福之辯解不知牧草是阿木所栽種有無道理？阿福所為有無觸犯竊盜罪？

### (三) 解析：

按意圖為自己或第三人不法之所有，竊取他之動產者，為竊盜罪，處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。刑法第320條第1項定有明文。本件牧草即生長在鄉間小路旁，牧草排列成一排，相當整齊，客觀上，應屬人為種植方有可能，若非人為栽植，勢必生長零亂，毫無排序，因此，依一般人之經驗法則，應認定該牧草係屬他人之種植物，阿福竟無視於牧草生長排列整齊，而逕認牧草係野生之無主物，雖無犯罪之直接故意，但亦難解免犯竊盜罪之間接故意，因此，阿福之答辯顯無理由，其所為應符合刑法竊盜之犯罪構成要件，應受上述五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金之處罰。惟阿福所竊取者，僅為牧草六台斤，所割取之牧草又係僅供家鵝食用，其犯罪動機及情節，均屬輕微，如能於檢察官偵查中，坦承犯罪，深表悔悟，博得檢察官同情，檢

察官自可依據刑事訴法第253條規定，對阿福為職權不起訴處分，阿福即可免除竊盜罪牢獄之災。

## 八、女兒挪用父親貨款有無罪責

### (一) 案例：

阿菁學校畢業後，即為其父親阿南安排在獨資經之便利商店，擔任會計，處理帳務及將現金寄存銀行等業務，某日，阿菁經手店員阿華當日營收之現金新台幣（下同）二萬餘元，不僅未將該款入帳，更將該款納入私囊，並用以購買美容護膚之精品，保養肌膚。不料在當月月底，其父親阿南盤帳時，發現短收二萬元餘，誤以為係阿華侵占，遂向警方提起告訴，惟警方調查結果，發現該款係阿菁挪用，遂將阿菁依業務侵占罪嫌移送法辦。

### (二) 爭點：

阿菁侵占父親貨款有無罪責？如果阿菁父親阿南可否不追訴阿菁刑責？

### (三) 解析：

按對於業務上所持有之物犯刑法第335條第1項之侵占罪者，處六月以上，五年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。刑法第336條第1項定有明文。本件阿菁係受僱處理帳務及至銀行存款為業，自屬從事會計為業之人員，其利用職務之便，將業務上所收現款2萬餘元，納入私囊，資為己用，自符合上述業務上侵占罪之犯罪構成要件，而應受六月以上五年以下有期徒刑之處罰。惟按犯刑法第323條及第324條之規定於刑法第31章侵占罪準用之。刑法第338條亦定有明文。解析該條文意義，即於直系血親、配偶或同財共居親屬之間犯竊盜罪者得免除其刑之規定，及上述親屬或其他五親等內血或三親等內姻親之間，犯竊盜罪者，須告訴及論等規定，在上開親屬間犯侵占罪者亦可適用。本件阿菁係阿南之女兒，依我國民法規定，其二人間係屬一親等之直系血親，因此阿菁挪用其父親阿南貨款，固符合業務上侵占罪之犯罪構成要件，但因其二人間有上述一親等直系血親之關係，有關得免除其刑及須告訴乃論規定可以準用。故阿南如欲原諒其女兒阿菁，只要向警方表示不對阿菁提起

侵占罪之告訴，或表示撤回對阿菁涉犯侵占罪之告訴，阿菁既可免責。

## 九、少額捐贈取得大額收據報稅是節稅或犯法行為

### (一) 案例：

阿玉夫妻皆是某私立醫院高級幹部為高所得之上班族，每年綜合所得稅申報時，夫妻合併申報，雖盡全力蒐集各種可以列舉扣除之單據報稅，仍須繳交數十萬元之綜合所得稅。某日一位某保險公司之營業員阿軟到阿玉之公司招攬業務，向阿玉及公司之同仁，宣稱如購買保險單，可以替客戶，規劃節稅，阿玉一聽可以節稅，隨即買了簡易保險一份，並聆聽阿軟之指導說，只要出資百分之三之代價，可以取得全額某合法成立之基金會收據，用以申報所得稅，達到節稅之目的。阿玉核算結果，其夫妻倆每年應繳綜合所得稅率為百分二十一，每年須繳納金額約二十餘萬元，換算結果阿玉只要購買一百萬元之收據，即可以免繳所得稅，阿玉隨即拿出現金新台幣（下同）三萬元給阿軟，隔日阿軟果真將該基金會出具之面額分別為二十萬元、三十萬元之收據四張，合計一百萬元收據交給阿玉，阿玉將收據併入該年度夫妻綜合所得稅之申報書內列舉扣除，列舉扣除申報結果，竟然反而可退稅八千元餘，阿玉欣喜不已。

### (二) 爭點：

阿玉以少額捐贈取得多額之收據申報綜合所得稅，是合法節稅？還是犯法行為？阿玉、阿軟二人有無刑責？

### (三) 解析：

按納稅義務人以詐術或其他不正方法逃漏稅捐者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣六萬元以下罰金。次按教唆或幫助犯第四十一條之罪者處三年以下有期徒刑，拘役或科新台幣六萬元以下罰金稅捐稽徵法第四十一條、第四十三條第一項分別定有明文。本件阿玉僅向某合法成立之基金會捐贈三萬元，並非捐贈一百萬元，竟向該基金會取得一百萬元之收據報稅，而達到退稅之目的，係屬以不正之方法逃漏稅捐，應依上開規定科以五年以下之有期徒刑。致於阿軟因有教唆或幫助他人逃漏稅捐之犯行，故應依同法第四十三條第一項規定科以三年以下

有期徒刑之處罰。

## 十、支票借他人使用竟謊報失竊犯何罪

### (一) 案例：

阿水與阿南是交往多年的好友，97年8月間，阿水向某電器公司以新台幣（下同）四萬餘元購買筆記型電腦設備一套，因現金不足，特向阿水借用發票日為97年9月30日，面額為四萬元某銀行支票一紙，用以抵付貨款，阿水向阿南保證，在支票發票日到期三日前，會將現款入帳或交給阿南入帳，供廠商兌現支票，詎支票發票日到期三日前，阿南到銀行查詢結果，阿水並未依約定將現金入帳或將錢交給阿南，由於因支票存款帳戶內存款不足供廠商提領，阿南惟恐支票遭退票，影響支票債信，遂於97年9月28日向某派出所謊報，稱其所有之上開支票，於97年9月15日在台東市區放在機車置物箱內遭竊，請求派出所員警發給報案三聯單，隨後即持報案三聯單向銀行辦理支票止付。

### (二) 爭點：

阿南將支票借他人使用竟謊報失竊，有無罪責？

### (三) 解析：

按明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金；又未指定犯人，而向該管公務員誣告犯罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。刑法第214條、第171條第一項分別定有明文。

本件阿南明知上開支票係借給阿水使用，並未遺失，竟向警方謊報遺失，請求警方於受理報案之登記簿上登載該支票被竊之不實事項，發給報案證明（即報案三聯單），警方於受理報案後，勢必依法查緝持有支票之電器行老板及借用支票之阿水，因此電器行老板與阿水等人，均可能因警方之查緝而受害，因此阿南所為應該當上開刑法第214條使公務員登載不實罪之罪嫌。再者，阿南明知其所有上開支票並未遭竊，竟向派出所員警謊報遭竊，其報案行為自有請求警方查緝竊取支票犯嫌之意，故其所為亦應符合上述刑法第171條第一項未指定犯人之誣告罪罪嫌。

阿南以一個報案行為，觸犯使公務員登載不實罪與未指定犯人之誣告罪，應符合刑法第55條規定「一行為觸犯數罪名之想競合犯」，故應從一重使公務員登載不實罪處斷。

## 十一、父親車禍被撞昏迷兒子提起告訴其告訴是否合法

### (一) 案例：

阿明之母因年紀老邁，因病行動不便，居家休養，由阿明之父居家長年照顧，某日阿明父親過馬路，不慎為阿嬌所駕駛之自小客車撞及，受有多處骨折及顱內出血等傷害，經送醫急救，仍因傷重昏迷不省，在加護病房觀察中。阿明得悉上情，心急如焚，隨即至醫院照顧父親，並向警方提起告訴，請警方追訴阿嬌之肇事責任，警方於製作筆錄後，即以「過失傷害」罪名，將阿嬌移送檢察官偵辦。

### (二) 爭點：

父親車禍被撞昏迷，兒子提起告訴，其告訴是否合法？如不合法阿明應如何辦理？

### (三) 解析：

按犯罪之被害人，得為告訴；告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴人知悉犯人之時起，於六個月內為之；被害人之法定代理人或配偶得獨立告訴；告訴乃論之罪，無得為告訴人之人或得為告訴之人不能行使告訴權者，該管檢察官得依利害關係人之聲請或依職權指定代行告訴人。刑事訴訟法232條、第237條第1項、第233條第1項、第236條第1項分別定有明文。

本件肇事者阿嬌駕車肇事致人受傷，其所犯屬刑法第284條第1項之過失傷害罪嫌，依刑法第287條規定須告訴乃論。阿明的父親被撞傷，昏迷不省，顯然無法提起告訴，而阿明又非其父親之法定代理人，依前述自無告訴權，故阿明之告訴當然不合法。再者，被害人（阿明之父）尚有配偶（阿明之母）居家休養，可為獨立行使告訴權，亦不符合得聲請檢察官指定代行告訴人之規定，故阿明亦不可聲請檢察官指定代行告訴人。

因此，阿明如欲保護父親之權益，追究阿嬌之刑事責任，應請其母

於知悉阿嬌撞傷其父親之時起，六個月內，補向警方或檢察官提起告訴，告訴始能合法，檢察官亦才能受理並追訴阿嬌之刑事責任。

## 十二、書收費代擬起訴狀有無罪責？

### (一) 案例：

阿偉是某地政士事務所之負責人，平日以從事土地代書為業，由於邇來經濟景氣差，以致每月之營收，持續低迷。為增進業績，阿偉特洽請廣告業者製作「專門代為處理土地問題之疑難雜症」海報一種，以夾報方式，分送市區住戶。

適阿珠正因土地界址問題，與隣居起爭執，雖經鄉鎮調解委員調解仍不能成立調解，因此在看了阿偉海報後，即趨訪阿偉，阿偉聽了阿珠口述其與隣居土地界址糾紛之詳細情形後，隨即告訴阿珠說，既然經鄉鎮調解委員會調解不成立，最好提起民事訴狀，才能解決問題，阿珠躊躇不前際，阿偉見機不可失，即稱可以代擬起訴狀並遞起訴狀，完全代為處理相關訴訟事宜，惟應收取相關代書費用新台幣一萬元三千元，阿珠遂答應，阿偉擬妥起訴狀後，交阿珠閱讀簽章後，即向阿收取一萬三千元之費用，並依約向法院遞狀。

### (二) 爭點：

阿偉係執業地政士代阿珠撰擬民事起訴狀並代為遞狀收取費用，有無犯罪？

### (三) 解析：

按意圖漁利、挑唆或包攬他人訴訟者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。刑法第一百五十七條第一項定有明文。茲所謂意圖漁利，係意圖從中取利之意。所謂挑唆，係挑撥唆使之意，如他人本無興訟之意，巧言引動，使其成訟之情形是。所謂包攬，係承包招攬之意，如不法為他人包辦詞訟之情形是。所謂訴訟係指民事訴訟、刑事訴訟及行政訟而言。本件阿偉於阿珠諮詢其與隣居之土地糾紛後，即囑請提起民事訴訟，更復代撰起訴狀及遞狀，並收取費用。其不僅挑唆訴訟，復有包攬及從中牟利情事，故阿偉之行為應符合上開挑唆包攬訴訟罪之犯罪構成要件，應受一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金之處罰。

## 試論公職人員選舉罷免法妨害選舉態樣之構成要件暨相關實務見解

-以本署104年度選偵字第23、25、26號案件為例

詹常輝\*

### 壹、前言

選舉是民主政治的基礎，亦係民主共和國運作之核心精神，而賄選係對於選舉制度最大之傷害選舉，其所造成不公平之選舉結果，不但影響國家政務之進展及社會秩序之維持，亦使其等以不正當手段當選之人謀取私利之機會，而常為貪瀆案件之前身。從而賄選不但敗壞政治風氣、腐蝕民主根基，也損害民眾的權益。故端正選風杜絕賄選，以維持民主政治之正常運作，係全民共同之期盼。而現今妨害選舉(賄選)的主要型態依刑法及公職人員選舉罷免法的規定，主要有賣票、買票、搓圓仔湯等3種。本文除介紹上開3種妨害選舉態樣外，並以本署偵辦104年度選偵字第23、25、26號案件為核心，分析就該案之偵、審法律意見。

### 貳、現今妨害選舉態樣

#### 一、投票受賄罪：具有投票權之人即選民「賣票」之行為：

(一) 法條：刑法第143條第1項：

「有投票權之人，要求期約或收受賄賂或其他不正當利益，而許以不行使其投票權或為一定之行使者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣十五萬元以下罰金。

犯前項之罪者，所收受之賄賂沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。」

(二) 分析：

- 1、行為主體：有投票權之人即選民。
- 2、客觀行為：

\* 詹常輝 臺灣花蓮地方法院檢察署主任檢察官

- (1) 「要求」：係指對於他方（即候選人或具有候選人資格之人或其等之樁腳）表示要求給付賄賂的意思，一經表示，雖他方未經應允，仍成立本款既遂罪。
- (2) 「期約」：約定期間交付賄賂或金錢，乃雙方意思業已合致，而尚未交付，至於先由何方表示合意，在所不問。
- (3) 「收受」：他人給付賄賂或利益而收受，至於收受不問其受賄出於收受人的自動或被動，均應成立。
- (4) 「許以不行使其投票權或為一定之行使」：指有投票權之人允諾就其本身之投票權不去行使或投予行賄之人。
- (5) 對價關係：意指投票權人因上開「要求」、「期約」、「收受」賄賂或其他不正利益之行為進而影響、動搖其投票意向，而向對方「許以不行使其投票權或為一定之行使」。

### （三）實務見解：

- 1、 「要求、期約、收受賄賂」：每一階段行為，三者係逐級進行，以收受賄賂或不正利益為最高階段，如已達於收受階段，則其較低之要求、期約階段行為，當然為其所吸收，應論以收受賄賂或不正利益罪(最高法院廿七年上字第四四八號判例、四十六年台上字第八一二號判例)。
- 2、 「賄賂」：指金錢或可以金錢計算的有形財物(最高法院二十一年上字第三六九號判例)。賄賂係指具有經濟價值之財物而言，其為動產或不動產在所不問。如現金鈔票、禮券、黃金、汽車、勞力士手錶、衣服、電氣用品、房屋、書畫、古董等。「不正利益」：即不正當的利益，指賄賂以外足以供人需要或滿足人慾望的一切有形或無形的利益(最高法院二十一年上字第三六九號判例)。不以經濟上利益為限。包括財產上之不正利益及非財產上而足以滿足人需要之利益而言，如權利之讓與、設定債權、免除債務、清償之延期、給予無息或低利貸款、提供投資、晉升官階、招待遊樂、款待盛筵、招待性交享樂、媒妓作樂、喝花酒等。亦即賣票的代價不只是指金錢或財物，如照相機、電子計算機等。亦包括可以滿足人的慾望與需要的一切有形或無形的利益，如招待餐飲、國內外旅遊等（請參附件：賄選之態樣）。

3、「對價關係」：公職人員選舉罷免法之賄選罪係以對於有投票權之人，行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使為構成要件。亦即須視行為人主觀上是否具有行賄之犯意，而約使有投票權人為投票權一定之行使或不行使；客觀上行為人所行求期約或交付之賄賂或不正利益是否可認係約使投票權人為投票權之一定行使或不行使之對價；以及所行求、期約、交付之對象是否為有投票權人而定。上開對價關係，在於行賄者之一方，係認知其所行求、期約或交付之意思表示，乃為約使有投票權人為投票權一定之行使或不行使；在受賄者之一方，亦應認知行賄者對其所行求、期約或交付之意思表示，乃為約使其為投票權一定之行使或不行使。且對有投票權人交付之財物或不正利益，並不以金錢之多寡為絕對標準，而應綜合社會價值觀念、授受雙方之認知及其他客觀情事而為判斷（最高法院92年台上字第893號刑事判例）。

## 二、投票行賄罪：即候選人或具有選人資格之人或其等之樁腳向選民實施「買票」之行為：

### （一）法條：

#### 1、公職人員選舉罷免法第99條（對個人行賄罪）：

「對於有投票權之人，行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以上一千萬元以下罰金。

預備犯者，處一年以下有期徒刑。

預備或用以行求、期約或交付之賄賂，不問屬於犯人與否，沒收之。

犯第一項或第二項之罪，於犯罪後六個月內自首者，減輕或免除其刑；因而查獲候選人為正犯或共犯者，免除其刑。

犯第一項或第二項之罪，在偵查中自白者，減輕其刑；因而查獲候選人為正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」

#### 2、公職人員選舉罷免法第102條（對團體機構行賄罪）：

「有下列行為之一者，處一年以上七年以下有期徒刑，併科新臺幣一百萬元以上一千萬元以下罰金：一、對於該選舉區內之團體或機構，假借捐助名義，行求期約或交付財物或其他不正利益，使其團體或機構之構成員，不行使投票權或為一定之行使者。

預備犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑。

預備或用以行求期約或交付之賄賂，不問屬於犯人與否，沒收之。

」

例如假借捐助名義，行求期約或交付活動經費給某特定廟會、同鄉會、各種職業工會、商業工會或其他特定機構、團體等。

## （二）分析：

1、行為主體：行為主體不限於候選人，非候選人，如助選員、樁腳、候選人之家人等為候選人進行亦成立犯罪。

2、客觀行為：

（1）「行求」：指行為人自行要求給投票權人賄賂或不正利益，並同時要求對方不行使投票權或為一定之行使。行求不以對方承諾為必要。若對方已承諾，則為期約。

（2）「期約」：指行為人自行要求給投票權人賄賂或不正利益，並同時要求對方不行使投票權或為一定之行使，而得對方之許諾，雙方已達意思合致之意。

（3）「交付」：則指行為人將賄賂或不正利益交予投票權人。

（4）「約其不行使投票權或為一定之行使」：指行為人於為上開行求、期約、交付賄賂或不正利益時，向對方表示請其就投票權為不行使（不投票）或為一定之行使（即支持或不支持某特定候選人之意）。

## （三）實務見解：

1、法務部於89年1月25日法89檢字第000283號致最高法院檢察署函說明：「總統副總統選舉罷免法及公職人員選舉罷免法均未對投票行賄罪之時間作任何限制，致法院實務上曾有較嚴格之解釋，認為必須候選人完成候選人登記後，所為之買票行為始構成投票行賄罪（

如最高法院八十五年度上更一字第一一六號判決)，此項見解顯與一般社會通念有違。為避免各級檢察機關適用法律產生歧異，致影響查賄績效，有相關選舉罷免法未修正前，請將投票行賄期間之始日認定為「自選舉委員會發布選舉公告之日」，以資明確。」。另刑罰有關投票行賄、受賄罪之規定，旨在防止金錢介入選舉，以維護選舉之公平與純正。故候選人為求當選，於選務機關發布選舉公告之前或其登記參選之前，即對於有投票權之人預為賄賂，請求於選舉時投票支持，已足敗壞選風。則於選務機關已發布選舉公告或候選人已登記參選後，對於有投票權之人行求、期約或交付賄賂者，固應予以處罰；即在選舉公告或該候選人登記參選前，行賄或受賄者，均預期行賄者將來會參選，而約定予以投票支持時，自仍有公職人員選舉罷免法相關規定之適用，方合乎立法意旨。故行賄時縱尚未登記參選，如其已著手賄選之犯行，日後並實際登記取得候選人資格者，即與該罪之要件該當。但如行賄者於發布選舉公告或尚未登記參選之前，雖已著手賄選犯行，日後卻未實際登記取得候選人資格時，因非惟行賄者自始未取得候選人資格，且受賄者亦無從為一定投票權之行使，達成雙方約定之條件而完成其犯罪行為，並無礙於投票之公平或影響選舉之結果，自不宜任意擴張解釋，遽予繩之於罪，而違反罪刑法定主義原則（最高法院98年度台上字第3319號刑事裁判）。

- 2、對團體行賄罪之對價關係：公職人員選舉罷免法之對選舉團體或機構賄選罪，係鑒於團體或機構之構成員間彼此互為影響而形塑一定之凝聚力，倘對該團體或機構賄選，足以影響或動搖其構成員之投票意向，而達到實際影響投票之效果，該賄選行為須與團體或機構之構成員不行使投票權或為一定之行使之間，具有交換選民投票權之對價關係，始克相當。苟非屬其團體或機構之構成員，或其構成員無投票權者，即無使其不行使或為一定之行使投票權之可言。至於行為人對團體或機構所交付之財物或其他利益，既係假借捐助名義，從其名目上自不可能明示為選舉之用，是否遂行賄選之實而具有違法性，除應就行為人之主觀犯意等心理狀態、行為時之客觀情事，本於邏輯推理為綜合判斷外，仍須異時異地，衡酌社會常情及

經驗法則，在不悖離國民之法律感情與認知下，就社會一般生活經驗予以評價其捐助有無逾越社會相當性，而與當今社會大眾之觀念相連結，憑為判斷是否足以影響或動搖各該團體或機構構成員之投票意向而定，始能彰顯該罪之立法本旨，以及與捐助之本質在於行善或祈福之念有所區隔，而為人民所接受。倘若行為人之捐助經評價尚未逾社會相當性之範圍，諸如參與民俗節慶、廟會活動，贈送禮金、禮品顯與社會禮儀相當者，即不能僅因捐助人或其助選人員有趁機請託其構成員投票支持之行為，遽認兩者間具有對價關係，而以該罪相繩（最高法院98年度台上字第7793號刑事裁判）。

### 三、行賄棄選罪：即俗稱搓圓仔湯。

#### （一）法條：公職人員選舉罷免法第97條：

「對於候選人或具有候選人資格者，行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其放棄競選或為一定之競選活動者，處三年以上十年以下有期徒刑，併科新台幣二百萬元以上二千萬元以下罰金。

候選人或具有候選人資格者，要求期約或收受賄賂或其他不正利益，而許以放棄競選或為一定之競選活動者，亦同。

預備犯前二項之罪者，處一年以下有期徒刑。

用以行求期約或交付之賄賂，不問屬於犯人與否，沒收之；犯第二項之罪者，所收受之賄賂沒收之；如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。」

#### （二）解析：

1、行為主體：行賄及受賄的對象均為候選人或具有候選人資格之人。

2、客觀行為：

（1）須有行(要)求、期約或交付賄賂或其他不正利益之行為（其定義如上述）。

（2）須約定候選人或具有候選人資格者放棄競選或為一定的競選活動：如以賄賂之方式使其他候選人退出選舉，或候選人向其他候選人要求賄賂而退出選舉、放棄參選不辦理候選人登記，或登記

後將戶籍遷出其選區、停止競選活動，或約定不到某地區活動拉票等。

### (三) 實務見解

- 1、公職人員選舉罷免法之行賄棄選罪，以行為人有對於候選人或具有候選人資格者，行求賄賂或不正利益，而約其放棄競選或為一定之競選活動之意思表示，即已構成，不以該候選人或該具有候選人資格者承諾為必要（最高法院89年度台非字第15號刑事裁判）。
- 2、對價關係：「候選人或具有候選人資格者，要求期約或收受賄賂或其他不正利益，而許以放棄競選或為一定之競選活動者……」。所謂「收受」，乃指事實上獲得賄賂或不正利益，亦即一方有所交付，一方受領利益，或雙方經由第三人代為交付與收受；所謂「賄賂」，係指有形並得以金錢計算之財物。而「不正利益」則指賄賂以外，足以供人需要或滿足人之慾望，一切有形無形之利益而言。且本條項之受賄罪，乃以候選人放棄競選或為一定之競選活動為賄賂條件，故行賄人與受賄人之放棄競選或為一定之競選活動之間，須具有等價關係，否則即不成立本罪（最高法院80年度台上字第2589號刑事裁判）。

## 參、本署104年度選偵字第23、25、26案件解析

### 一、起訴事實：

緣花蓮縣○○鎮第20屆鎮民代表選舉(下稱本案選舉)，第1選區候選人有甲、乙、丙、丁、戊、己、庚、辛、壬等8人登記為候選人，而該選區應選鎮民代表席次為7人。甲因本件選舉為八選七，為達到同額競選實質效果以避免候選人彼此競爭(俗稱搓圓仔湯)，便與乙、丙、丁、戊、庚之父親(下稱庚父)達成每位候選人出資新臺幣(下同)40萬元，共同籌資交付賄賂，使壬放棄競選之共識；另委由己之配偶(下稱己夫)向壬之子(下稱壬子)表示將以270萬元(甲、乙、丙、丁、戊、庚各出資40萬元，己出資30萬元)作為使壬放棄競選之代價。嗣甲向乙、丙、丁、戊、庚籌集預備賄賂款項240萬元後。經壬子同向己夫表示認同以每位候選人出資40萬元(己部分為30萬元)賄款使壬放棄競選之方式行賄，並願意代為轉知及交付賄款予壬後，便由己夫將其中160萬元交予

壬子。而剩餘之110萬元，則由陸續由甲、己夫交予壬子。而壬、壬子因與甲、己夫、乙、丙、戊及庚父間，因有上開收受270萬元賄賂，而許以放棄競選之約定，壬及壬子即決定該次選舉一切從簡，未製作競選宣傳帽、旗幟，亦未安排造勢活動等消極競選之方式，以此履行與甲等人之放棄競選約定，終致壬因消極競選而落選。

## 二、一審判決及二審（終審）判決

（一）一審判決（臺灣花蓮地方法院104年度選訴字第15號：無罪）之理由略以：

1、收賄者非候選人，亦非具有候選資格之人，且無與其他候選人或具有候選資格之人有收賄之犯意聯絡：

按被告壬子稱有將其餘被告欲交付270萬元賄款換取王放棄競選之事轉告王，並將其餘被告交付之270萬元轉交王之說法，已有合理懷疑並非事實，復無其他補強證據以實其說，難認其供述與事實相符，自不能證明李敏聰確實有放棄競選鄉民代表之意，而委由被告壬子出面與被告甲、己夫洽談賄選及棄選事宜，並收受270萬元之賄款後，放棄選舉。則被告己夫、甲、乙、丙、丁、戊、庚父雖有意向該次選舉之候選人壬行求期約或交付賄賂，並有交付現金予被告壬子之事實，然因被告壬子並不具候選人身分，且無從證明有候選人身分之壬與被告壬子有犯意聯絡及行為分擔，亦難認渠等所為符合公職人員選舉罷免法第97條第1項之構成要件。此外，既不足以認被告壬子有與候選人壬間具有犯意聯絡，而被告壬子於103年9月5日上開選舉登記截止後，即非該次選舉候選人或具有候選人資格者，縱有要求期約或收受賄賂，猶不符合公職人員選舉罷免法第97條第2項之構成要件。

2、行賄過程尚未達預備階段：

另公職人員選舉罷免法第97條第3項雖有處罰預備犯，惟按刑法第25條所謂已著手於犯罪行為之實行，係指對於構成犯罪要件之行為，已開始實行者而言，若於著手此項要件行為以前之準備行動，係屬預備行為（最高法院30年上字第684號判例意旨參照）。而被告己夫、甲、乙、丙、丁、戊、庚父已著手實行交付賄賂之行為，惟其交

付之對象並非候選人或具有候選人資格者，客觀上未符公職人員選舉罷免法第97條第1項之構成要件，其渠等所為，並未構成該項之預備犯；而被告壬子亦無證據足資證明其本意有與候選人壬共同基於要求期約或收受賄賂之犯意聯絡，主觀上未足認被告壬子有犯公職人員選舉罷免法第97條第2項之犯意，而為準備行為，亦不構成該項之預備犯，併予敘明。

(二)本署上訴理由書略以：

依我國繼受德國法犯罪階層體系之構成要件理論，若個案中主觀構成要件要素與客觀構成要件要素完全合致，則行為人應論以既遂犯；若客觀構成要件要素滿足，而主觀構成要件要素部分欠缺，應論以過失犯；若主觀構成要件要素滿足，而客觀構成要件要素部分欠缺，應論以未遂犯，此為構成要件對應理論（Kongruenz）當然之理，無庸深論。（二）末按，刑法上之預備犯，係以已否著手於犯罪行為之實行為判斷標準。所謂已著手於犯罪行為之實行，係指對於構成犯罪要件之行為，已開始實行者而言，若於著手此項要件行為以前之準備行動，係屬預備行為（最高法院95年度台上字第4608號判決參照）。（三）是以，若行賄者係委由第三人交付賄賂，如該第三人並未轉達行賄者行求或交付賄賂之意思，行賄者之意思表示雖尚未到達候選人，仍應成立本法第97條第3項預備行求賄賂罪。此即立法者將行求、期約交付之各階段行為及預備犯均予以入罪化，以求完整保護公平選舉法益、避免處罰漏洞之具體展現。（四）退萬步言，縱使全盤依據原審所認定之事實，亦即被告壬子並未交付賄賂，亦未轉達賄賂意思，惟被告甲等7人既然已基於行求之意而交付賄賂予主導選舉且為候選人之子之被告壬子，則被告甲等7人主觀上明顯已出於行求之犯意，而客觀上開始實行與構成要件實現有密切關係之行為，被告甲等7人所為顯已著手而達犯罪未遂階段，雖本法未處罰未遂犯，然仍得論以更前階之行求賄賂或交付賄賂預備犯。原判決僅因交付對象非候選人本人，逕認被告甲等7人不成立預備犯，將「客觀構成要件部分未實現」逕解為「不成立犯罪」，完全忽視預備、未遂等犯罪階段、被告甲等7人之主觀犯意，實已將既未遂判斷標準誤認為決定構成要件行為特質之標準，混淆「有無製造風險」與「風險是否實現」之判斷（參

照許玉秀，刑法的問題與對策，頁282），適用法律顯有不當，難謂妥適。

(三)二審（終審）判決（臺灣高等法院花蓮分院105年度選上訴字第6號：有罪）之理由略以：

1. 如法有明文將預備階段獨立成罪，即有預備共同正犯之適用：按94年2月2日修正公布，95年7月1日施行之刑法第28條，排除陰謀犯、預備犯為共同正犯，其修法原理乃數人雖於陰謀、預備之階段有共同參與之行為，惟於著手實行犯罪構成要件行為前，即已脫離者，對犯罪結果如令負共同正犯刑責，實有悖於平等原則，且與一般國民感情有違，故確定在「實行」概念下之共同參與行為，始成立共同正犯。而上開排除之「預備共同正犯」，係指法無處罰預備犯之情形而言，如法律已將預備階段獨立成罪者，其共同參與該犯罪構成要件之行為者，仍應論以該罪之共同正犯。預備犯「對於有投票權之人，行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權，或為一定之行使」之罪者，公職人員選舉罷免法第99條第2項有處罰之明文規定，則共同實行該犯罪者，自應論以共同正犯(最高法院101年度台上字第680號刑事判決要旨參照)。
2. 被告甲、乙、丙、丁、戊、己夫、庚父及壬子基於共同預備交付賄賂使壬放棄競選之犯意聯絡，約由被告甲向乙、丙、丁、戊及己夫遊說並拿取40萬元賄款，被告甲、己夫再將賄款交予壬子，由壬子伺機告知壬其等上開行賄之意並交付270萬元賄款以完成行賄。依被告上開犯罪計畫，其等係基於行賄之犯罪決意應無疑義。酌以被告壬子與王為父子，二人共同居住，關係甚為密切，被告壬子隨時可能告知壬上情並交付賄款完成行賄，法益侵害之可能性甚高。被告基於行賄之決意，進而出資及委由被告李浚溢收齊270萬元賄款準備向李敏聰行賄之行為，核屬積極創設犯罪實現條件，應為預備行為。核被告甲、乙、丙、丁、戊、己夫、庚父及壬子所為，均係違反公職人員選舉罷免法第97條第3項、第1項預備對於候選人交付賄賂而約其放棄競選罪。

### 三、小結

本件一審判決原認被告甲、乙、丙、丁、戊、己夫、庚父基於交付賄款使候選人放棄競選之犯意聯絡，籌資交付賄賂予被告壬子，因無證據證明被告壬子與壬有收受賄賂之犯意聯絡，被告壬子復不具有候選人資格，則被告甲、乙、丙、丁、戊、己夫、庚父行賄之對象並非候選人或具有候選人之人，被告壬子與壬因欠缺犯意聯絡事證，亦難認被告壬子該當候選人或具有候選人之人收受賄賂罪，而認被告均無罪。而本署上訴即以公職人員選舉罷免法第97條雖無未遂犯之規定，然有未遂犯之前階段即預備犯之規定，是苟被告甲等人已將270萬元之行賄款項齊並交予被告壬子，縱事應未達行賄既遂之犯行，亦應論以預備行賄之罪責。而本件觀諸本署起訴書所載事項，實應審酌被告壬子於收齊270萬元賄款時，雖與壬尚無收受賄款之犯意聯絡，然依其與被告甲、己夫之談話內容，實已參與本案交付賄賂使壬放棄競選之謀議，並擔任伺機告知壬及轉交賄款之行為，壬子於本案之地位，應論以行賄方無訛，嗣再依本案所得之事證，苟壬子尚未交付賄款予壬，亦未將其與甲等人之行賄意思告知壬而約其放棄競選或為一定之競選活動，則甲、壬子等人之行賄棄選犯行尚未達著手階段，而應僅認定為預備階段之完成，是二審判決認被告甲、乙、丙、丁、戊、己夫、庚父及壬子係預備交付賄賂罪之共同正犯，誠屬妥當。

#### **肆、結論**

現今選舉制度已日臻完善，然賄選風氣仍未完全杜絕，從而建立並原行良好的法律制度以維護選舉的公平性，為司法機關責無旁貸之任務。本文係就妨害選舉(賄選)的主要型態依刑法及公職人員選舉罷免法的規定，將收賄、行賄及收棄競選罪等等3大類型作概略之介紹，將與構成要件有關之實務見解擇要引出，並以本署偵辦104年度選偵字第23、25、26號案件為核心，分析就該案之偵、審法律意見，期能端正選風杜絕賄選，維持民主政治之正常運作，以達全民共同之期盼。

## 附錄：賄選態樣

### 一、十大賄選招數：

- 1、巧立名目
- 2、偷天換日
- 3、樂善好施
- 4、化整為“零”
- 5、婚喪禮金
- 6、尾牙摸彩
- 7、公家買單
- 8、定點下定
- 9、禮尚往來
- 10、無料旅遊。

### 二、傳統賄選方式

#### 1、現金買票：

以往現金買票係最常見的賄選方式，係由候選人透過其所屬派系、農、漁會或水利會系統，由上而下將現金逐一交付予投票權人，再由最基層之樁腳，於投票當日逐一對已收受賄賂的投票權人進行催票，以換取所欲得到之當選公職票數。

#### 2、贈送禮品：

候選人或樁腳於選舉前相當時日，以酒、茶葉、醬酒、味素、碗盤，或其他禮盒等物，交付予投票權人，請其投票權為一定之行使。惟因所贈送之禮品價格，往往低於現金賄賂之價值，所產生之賄選效益，亦低於現金買票。故贈送禮品之賄選方式，往往於小型之地方性選舉，如村、里長或鄉鎮(市)民代表選舉最為常見

#### 3、旅遊：

往往發生於候選人或樁腳，於選舉前相當時日，透過樁腳動員某一團體或村里之投票權人，免費招待至某處進行旅遊。

#### 4、餐會：

部分免費招待餐會賄選方式，與招待旅遊賄選方式配合，而於旅遊時同時招待免費餐飲。

### 三、賄選新手法

1. 出錢幫大樓消毒、清潔服務。

2. 免費擔任會計、律師、建築顧問，發與免費顧問證書。
3. 致送利益非法遷徙戶口。
4. 指定處所提供小吃。
5. 先「假收費」後「真退錢」，如參加活動、旅遊等。
6. 以建設補助款綁樁。
7. 以使用執照綁樁。
8. 許以未來職務搓退候選人。
9. 夾報送洗車券、汽機車強制責任險優惠券500元。
10. 補助社團經費。
11. 出資招社團成員出遊、烤肉等。
12. 公所以約聘臨時人員每人1500元，不用實際上班。
13. 透過家長會長以慶生、中秋節、謝師宴招待。
14. 里長、議員、鄉長協議共同籌資150萬元，每票一千元。
15. 假救災之名，送民生用品。
16. 以民代補助款招待選民及致贈禮品。
17. 以招待某志工之經費變相招待選民。
18. 利用生日、喜宴名義以禮金方式致送賄款。
19. 許以新職務期約賄選。
20. 聘請臨時人員在鄉鎮公所假上班。
21. 將臨時人員升為正式職員。
22. 支付賄款尋求鄉鎮民代表支持，並允諾未來給予協助。
23. 先口頭約定賄選，當選後再「後謝」。
24. 以徵求志工名義，發與禮物。
25. 利用為選民拍照換發國民身分證機會，登記資料準備買票。
26. 運用所經營之加盟店或各式管道，請他人辦理戶籍遷移，使成為選區之幽靈人口，再致送部分利益予非法遷徙之選民
27. 運用加盟店邀人遷戶口，給予相當代價。

28. 假募款餐會名義宴請選民。
29. 舉辦活動限選區居民方能參加，人人有獎品。
30. 辦理園遊會無償給與園遊卷招待選民。
31. 以表揚楷模等名義致送數千（百）元之獎牌（品）。
32. 以介紹子女獎學金申請辦法名義招待選民。
33. 以關懷老人名義，贈送蠶絲被。
34. 發送個人化之郵票。
35. 宰殺豬、牛，分送選民。
36. 指定KTV免費提供唱歌、用餐、飲酒。
37. 配售低於市價或尚未流通之物品，使選民可賺取差額。
38. 對鄉鎮民之申請補助案，從寬核准。
39. 透過有黑道色彩之樁腳，以戶為單位期約賄款金額，選前再付款。
40. 提供「走路工」、「茶水費」、「誤餐費」或其他名目之現金、票據、禮券、提貨單或其他有價證券。
41. 提供具有經濟價值之日常用品，如電鍋、熱水瓶、收音機等。
42. 提供免費或自付額與成本顯不當之國內外觀光遊覽、國內遊覽車旅遊進香活動。
43. 提供免費或自付額與成本顯不相當之餐飲或流水席。
44. 提供往返居所地與之交通工具。
45. 增加薪資或工作獎金。
46. 假借捐助名義，提供廟宇、同鄉會、其他機構或團體等活動經費、團體服裝或活動用品等。
47. 假借核撥經費名義，提供縣市、鄉鎮或村里等地方政府建設經費。
48. 假借摸彩或有獎徵答名義，提供獎品。
49. 招待至舞廳、酒廊、歌廳或其他娛樂場所消費。
50. 收購身分證。
51. 免除債務。

52. 代繳稅款或各項違規罰鍰。
53. 販賣餐券，並期約於候選人當選後兌換餐券面額數倍之獎金。
54. 聚眾賭博，並期約於候選人當選後贏得數倍賭金。
55. 行求、期約或交付其他類型賄落或不正利益。
56. 提供或介紹工作機會、或良好職位。
57. 贈送樂透、大樂透、刮刮樂等公益彩券。
58. 廟方宴客 候選人事後添香油錢回饋
59. 選民捐款 候選人當選後領數倍報酬
60. 調虎離山 檢舉甲地買票再改乙地賄選
61. 免費拍照；或拍照後免費製成個人化郵票贈送；或藉拍照時登記資料，準備事後買票



# 常見網路刑事犯罪探討

林英正\*

## 壹、前言

電腦可謂人類自工業革命以來重大發明之一。文字或影像資料，透過數位電磁化整理、儲存，並利用電腦網際網路傳輸，已形成人類生活之重大改變，茲於相關電腦及網際網路之諸行為，可能涉及刑事犯罪之疑義，本文試以刑事法律問題的面向探討相關問題，並分為實體法部分及程序法部分。

## 貳、實體法常見電腦網路法律問題：

### 一、評論商品「意見」之可以為

評論商品之「意見」，是否構成刑法第310條第2項之加重誹謗或刑法第309條第1項公然侮辱罪嫌？首先，需對「意見」(Opinion)及「事件事實」(Fact)，於概念上作區分。所謂「意見」，係指個人信念或價值判斷 (belie for judgement not founded on complete knowledge)，依憲法第11條規定，此部分應屬「言論自由」，除為防止妨害他人自由，避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之 (憲法第23條)。因此，就一般主觀價值判斷 (如評論這個東西好或不好)，依上開說明，應不會構成違法。但須注意者，依刑法第309條所規定之公然侮辱罪，仍有處罰規定，如主觀評論時，在公然 (即不特定人包括特定多數人在內得以共見共聞狀態) 之情態下，對他人為侮辱辱罵 (如以粗鄙言語向特定人辱罵，此仍屬意見之1種)，仍有構成公然侮辱罪之可能。至於「事件事實」 (指：somethingthathashappenedorbeendone)，乃指某件事件已發生或經歷之歷史脈絡，故於事後判斷上，涉有真偽之判別。如網友明知並非事實之事，仍意圖散布於眾，引述指摘足以毀損他人名譽，可能構成刑法刑法第310條第1、2項誹謗罪嫌。至於網友引述指摘之事，縱屬「事實」

---

\* 林英正 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官

，但並無「公共性」（如該事僅係私德問題），此時，依刑法第310條第3項但書規定，仍不免違法，蓋此時個人隱私權利，容仍有受保護之必要。又依刑法第311條以善意發表言論，因①自衛、自辯或保護合法之利益、②公務員因職務而報告、③對於可受公評之事，而為適當之評論、④對於中央及地方之會議或法院或公眾集會之記事，而為適當之載述，此等行為，仍屬不罰之列。

所謂「以善意發表言論」，係指發表言論之動機，出於善意而無毀損他人名譽之惡意。而上開所指公務員因職務報告及對於中央及地方之會議或法院或公眾集會之記事，而為適當之載述，其中「報告」及「載述」，若涉某件事之歷史脈絡，已涉有上述真偽問題。報告者及載述者，仍有據實報告及載述之義務，在相關文書上，亦須依實際情形，為真實之記載陳述而無所增減，否則，仍恐有公務員故意登載不實罪（刑法第213條）或業務上文書登載不實罪（刑法第215條）成立之可能。因此，有關評論之「意見」，依上開說明，原則上不違法，但若於公然情態中（如使用公用網路平台）而辱罵他人，恐仍有觸法之虞。若評論屬於可受公評之事，網友基於言論自由保護原則，若為公正適當之評論時，應可免責，（刑法第311條第3款，設有不罰之條款，即為適例）。但須注意者，在於評論，須為「適當」，若係「捕風捉影」、「借題發揮」，以攻訐誹謗他人名譽為目的，並非當然可認為「適當」，自不待言。

另依大法官會議解釋第509號解釋文指明：「言論自由為人民之基本權利，憲法第11條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制。刑法第310第1項及第2項誹謗罪即係保護個人法益而設，為防止妨礙他人之自由權利所必要，符合憲法第23條規定之意旨。至刑法同條第3項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗

罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。就此而言，刑法第310條第3項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸」。因此，網友若能依其所提證據資料，認為其有相當理由「確信」所評論者為真實者，依目前實務及大法官會議解釋第509號解釋文見解，則可主張免責。但須注意者，在於網友應最少證明自己並非「明知」不實之事項而仍評論，或所評論之事，「縱屬全屬無據」，自己「並非完全不在乎」（即主張自己並無真正之惡意）時，方足以作為免責之理由。換言之，若網友（另如輿論意見領袖等人），於評論時，若係捕風捉影，借題發揮，佯以其已經相當查證為幌，仍惡意攻訐誹謗他人名譽為目的，依上開說明，尚難遽以主張免責，自不待言。

## 二、他人下載猥褻照片按「讚」並轉傳之行為

自他人傳輸下載不雅猥褻照片後，網友按「讚」並轉載予他人，是否犯罪？網友按讚行為，通常為表示已閱覽該項網路訊息或影像後，表達讚同或欣賞之意，原則上，尚難認已有參與犯罪之故意與行為。但若網友尚就上開不雅照片，仍行轉載給他人閱覽，則該網友恐將成立刑法第235條第1項散布猥褻影像罪嫌。而所謂「猥褻」與否，係屬不確定法律概念。大法官會議曾著有釋字第407號解釋：「主管機關基於職權因執行特定法律之規定，得為必要之釋示，以供本機關或下級機關所屬公務員行使職權時之依據。行政院新聞局中華民國八十一年二月十日（八一）強版字第○二二七五號函係就出版品記載內容觸犯刑法第二百三十五條猥褻罪而違反出版法第三十二條第三款之禁止規定，所為例示性解釋，並附有足以引起性慾等特定條件，而非單純刊登文字、圖畫即屬相當，符合上開出版法規定之意旨，與憲法尚無牴觸。惟猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之。又有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所為釋示，自不能一成不變，應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進。至於個別案件是否已達猥褻程度

，法官於審判時應就具體案情，適用法律，不受行政機關函釋之拘束，乃屬當然」。

另大法官會議亦著有釋字第617號解釋：「憲法第十一條保障人民之言論及出版自由，旨在確保意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及實現自我之機會。性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，亦應受上開憲法對言論及出版自由之保障。惟憲法對言論及出版自由之保障並非絕對，應依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則，國家於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制。為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重。惟為貫徹憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨，除為維護社會多數共通之性價值秩序所必要而得以法律加以限制者外，仍應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障。刑法第二百三十五條第一項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為；同條第二項規定所謂意圖散布、播送、販賣而製造、持有猥褻資訊、物品之行為，亦僅指意圖傳布含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品而製造、持有之行為，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，意圖不採取適當安全隔絕措施之傳布，使一般人得以見聞而製造或持有該等猥褻資訊、物品之情形，至對於製造、持有等原屬散布、播送及販賣等之預備行為，擬制為與散布、播送及販賣等傳布性資訊或物品之構成要件行為具有相同之不法程度，乃屬立法之形成自由；同條第三項規定針對猥褻之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，一概沒收，亦僅限於違反前二項規定之猥褻資訊附著物及物品。依本解釋意旨，上開規定對性言論之表現與性資訊之流通，並未為過度之封鎖與歧視，對

人民言論及出版自由之限制尚屬合理，與憲法第二十三條之比例原則要無不符，並未違背憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨。刑法第二百三十五條規定所稱猥褻之資訊、物品，其中「猥褻」雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限（本院釋字第四〇七號解釋參照），其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背」。以上，可引為判別是否屬於「猥褻」物品之參考標準。

### 三、駭客盜用「虛擬寶物」行詐騙或轉賣之行為

駭客製作電腦程式，非法複製、或輸入他人帳號、密碼，藉以盜取、占用「虛擬寶物」，而行詐騙或轉賣之行為犯何罪？此時，需視遊戲軟體公司就寶物之定性與規範，而為不同處置，若虛擬寶物可兌換現金或交易轉賣，則行為人可能成立刑法339條第1項普通詐欺罪第339條之4第1項第3款加重詐欺罪、刑法第335條第1項侵占罪、刑法第358條入侵電腦罪、刑法第359條破壞電磁紀錄罪、刑法第362條製作供犯罪電腦程式罪等罪嫌。最近，駭客入侵電腦而犯罪，層出不窮，更甚者，有所謂「網路武器」之發展，例如：有知有電腦程式漏洞（知情者包括網路商、政府法人等），不予主動回報，仍行對該等電腦程式，進行儲存或複製備用，供日後作為不法攻擊之用途。此舉不惟有關資訊安全，亦涉國安問題，加上此種犯罪取締實屬不易，因此，對於此種不法犯罪，應有加重其刑其必要，或將來於立法上設立專章規範，應係迫切之事。

### 四、網友轉賣自己出國購入藥品醫療器材或光碟之行為

網友在網路上轉賣自己出國購入藥品、醫療器材或光碟是否犯罪？依據藥事法規定，中、西藥、醫療器材販賣事業，係先經申請為藥商，始准營業（藥事法第27條第1項），並應有專任藥師、中醫師或修習中藥課程達適當標準之藥師或藥劑師註店管理（藥事法第28條第1、2項）。違反規定者，依藥事法92條、第93條有相關罰鍰規定。至販賣光碟部分，為保障原著作財產權人之散布權（著作權法第28條之1）及重製權（著作權法第22條第1項），網友自行上網販售光碟，均有觸犯著作權

法第91條之1第1項、第2項、第3項之侵害著作權罪嫌。

## 五、盜用他人帳號在臉書上留言之行為

為查看他人臉書內容，先非法或輸入他人帳號、密碼，並自行以原臉書使用者「留言」後傳輸予他人：按電磁紀錄，謂以電子、磁性、光學或其他相類之方式所製成，而供電腦處理之紀錄；以錄音、錄影或電磁紀錄藉機器或電腦處理所顯示之聲音、影像或符號，足以表示其用意之證明者，以文書論，刑法第10條第6項、第220條第2項分別定有明文非法或輸入他人帳號、密碼，將構成刑法第358條入侵電腦罪。至自行以原臉書使用者留言傳輸予他人，恐另涉刑法第220條第2項、第210條、第216條行使偽造私文書罪嫌。

## 六、在網路散布恐嚇之行為

於網路上預告對特定人或公眾以加害生命、身體、財產之事恐嚇：若恐嚇對象足可確定，係犯刑法第305條恐嚇罪；若事屬公眾事務，如預告將毀損水、電廠、電信網路等，則將構成刑法第151條恐嚇公安罪。

## 七、盜用他人信用卡在網路購物刷卡之行為

經由網際網路連結網路商店，接續輸入他人銀行信用卡卡號、授權碼及有效年月日等資料，偽造線上刷卡消費之電磁紀錄，並傳輸予網路商店，認為係該本人刷卡消費，而同意行為購買商品，因此獲得不法財產上利益涉犯何罪？按：錄音、錄影或電磁紀錄，藉機器或電腦之處理所顯示之聲音、影像或符號，足以為表示其用意之證明者，以文書論，刑法第220條第2項定有明文；又網路刷卡交易係持卡人在特約商店之網頁，將刷卡購買商品或取得服務利益之意思，以文字或代替文字之符號、圖畫，輸入電腦網路網頁欄位，藉由電信業者提供之網路訊息傳送服務功能，並經網路系統將上開電磁記錄加以傳發輸送，之後由他人電腦終端設備予以接收、儲存，並賴終端設備螢幕顯示此等足以為表示其用意之證明，性質上應屬刑法第220條第2項規定之準文書。行為人應係犯刑法第216條、第210條、第220條第2項行使偽造私文書罪、涉犯刑法第339條之3第1項非法以電腦相關設備製作不實財產權得喪紀錄取財罪嫌。

## 八、發表不實商品使用文章之行為

撰寫不實之試用文章，通常，撰寫者與提供商家已有犯意聯絡之關係，即由撰文者，虛構不實之使用心得或誇大商品之品質，藉謀推銷商品。此時，有公平交易法第21條第1項所稱廣告虛偽不實之情事，違反者，依同法第4項規定，相關廣告代理業者、廣告媒體業者、廣告薦證人，若明知或可得而知係引人錯誤之廣告，在民事部分，則與廣告主負連帶賠償責任。刑事部分，係恐涉犯刑法第339條第1項普通詐欺罪嫌或刑法第339條之4第1項第3款之加重詐欺罪嫌。

## 九、盜用他人身分證號網路訂購火車票之行為

利用他人之身分證個資資料，訂購交通票，例假日，某鐵路路段交通票一票難求，而交通部臺灣鐵路管理局網路訂票系統網路訂票系統應以自己或他人授權同意之國民身份證統一編號訂票，用以驗證身份、限制訂票張數，俾防止車票遭大量壟斷，行為人仍基於行使偽造準私文書之犯意，以連結至臺鐵網路訂票系統，擅自冒用他人之國民身份證統一編號，並將乘車日期、車次、起站、到站、張數等資料輸入該訂票程式，偽造該他人向臺灣鐵路管理局訂票之電磁紀錄並上傳，取得電腦系統自動產生之預約訂票電腦代碼，已足生損害臺灣鐵路管理局對於網路訂票系統管理之正確性及一般旅客訂購車票之權益。又按電磁紀錄，謂以電子、磁性、光學或其他相類之方式所製成，而供電腦處理之紀錄；以錄音、錄影或電磁紀錄藉機器或電腦處理所顯示之聲音、影像或符號，足以表示其用意之證明者，以文書論，刑法第10條第6項、第220條第2項分別定有明文。又於臺鐵網路訂票系統輸入國民身份證統一編號及相關資料之電磁紀錄，乃表示該人欲訂購火車票之用意證明，揆諸上揭規定，應以私文書論。行為人藉此取得訂位編號，嗣再實際取票或取消訂票而行使之，足以生損害於臺灣鐵路管理局對於網路訂票管理之正確性或一般旅客之訂票權益。均係犯刑法第216條、第210條、第220條第2項之行使偽造準私文書罪嫌。

## 十、盜錄他人非公開活動上傳供人瀏覽之行為

利用行動電話錄音、照像、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論或身體隱密部分，再行上傳至電腦網站供人瀏覽，行為人利用行

動電話先盜錄他人非公開之活動、言論或身體隱密部位，分網路功能連結至某網站，意圖散布於眾，將被害人之裸體影像及LINE(ID：詳卷)、連絡電話(詳卷)等資訊張貼於網站，甚至發表不實性交易廣告訊息，指摘或傳述足以毀損被害人譽之事，並供不特定人觀覽，致生損害於被害人。類似此等行為，恐將構成刑法第310條第2項加重誹謗罪嫌、刑法第235條第1項散布猥褻文字影像罪嫌、刑法第315條妨害秘密罪嫌。

## 參、程序法部分常見電腦網路法律問題：

### 一、利用電信發射器蒐證有無違法

利用電信發射器蒐證問題，當執法機關之蒐證行為，對於人民「合理隱私期待」(reasonable expectation of privacy)已有侵犯者，此時之蒐證，應屬搜索之範圍。一般而言，人民於公路上之行蹤並無合理隱私期待，因此，政府於公路上設置監視器，攝錄用路情況，並無違法。但可否用於「跟監」，是否需另循搜索方法為之，所蒐集證據可否於法院上使用，即有疑問。一般而言，若以美國案例討論之，有2種情形可供區分參考：

- (1)如果電信發射器僅係查知公路上某行為人之行蹤而僅供跟蹤輔助，原則上不需循搜索方法為之，所蒐集證據可為證據使用。(US. v. Knotts (1983)，以上參閱陳瑞仁著執法所思，2014)。
- (2)如果電信發射器僅已係探知某私人住宅某物品是否存在，原則上需循搜索方法為之。(US. v. Karo (1984)，以上參閱陳瑞仁著執法所思一書，2014)。

### 二、電話通聯調取是否合法

電話通聯紀錄，在於登錄通訊電話號碼，時間及基地台位址，並非電話對話內容，與所謂通訊監察，並非相同。現行通訊保障及監察法第11條之1第1、2項對於調取通信紀錄或通信使用者使用資料，原則認須由法院核發「調取票」，始得調取之，似乎將之與通訊監察認屬同類事務，更甚者，尚有公眾媒體認為調取通信紀錄仍需取得通訊監察書，更是令人難以索解。至於美國法案例，亦認為當使用電話者，應認其已同意將雙方電話號碼讓電信公司知悉以方便計算費率，所以就相關電話號

碼，使用電話者應已無「合理隱私期待」（Smith v. Maryland (1979) 以上，參閱陳瑞仁著執法所思一書，2014）），亦為適例。

### **三、扣押或判讀犯罪嫌疑人手機等資料疑義**

對犯罪嫌疑人之車輛行車記錄器或手機資料扣押與判讀問題，一般言之，對於警方查獲被告或犯罪嫌疑人時，對於上開行車記錄器或手機亦會同時查扣監看，以便查明有無與犯罪有關跡證。但「扣押」車輛行車記錄器或手機本身，係依何種判斷標準及門檻方得為之，恐有斟酌之餘地。若該等物件，並非原搜索票所載明得扣押之物，或非屬附帶搜索之範圍，若逕行對之搜索扣押，恐有適法之疑慮。至於就查扣之車輛行車記錄器或手機資料逕行「判讀」，若原持有人並未同意解讀，因為存檔於車輛行車記錄器或手機資料，內容包羅萬象、數量很多，亦與上開所指人民之「合理隱私期待」有重大關連性。如何對之進行即時有效「判讀」，是否需要另外聲請搜索票或通訊監察書始得為之？在辦案實務及法律理論上如何謀取平衡，自有再進一步研討探索之必要。

**肆、以上，係就目前電腦網路常見之問題，為初步簡要之報告，亦望拋磚引玉，並就教於大家之意。行文舛誤，見解粗疏，在所難免，希勿見怪。**



## 花蓮地區廢棄物清理法案件之研究

花蓮地區石材加工廠石材礦泥、石材廢料未經許可貯存、清除、處理之刑事責任—以臺灣高等法院花蓮分院104年度上訴字第133號判決、105年度上訴字第187號判決為中心

黃思源\*

### 一、問題緣起

(一)花蓮地區為臺灣石材集散地，具有極為豐富的石材資源，因此石材加工廠在花蓮林立，然天然石材在切割、加工過程中會產生大量的含水污泥和碎石邊料等廢棄物，其中：1.「石材污泥」為石材加工廢水排放至廢水處理場，經過分離沉降、脫水後所產出之廢棄物，其特性依原石種類及加工過程所添加之材料而有所不同，如係「大理石」、「蛇紋石」，因使用之切割機械主要為鑽石拉鋸機及十字剪(自動切割機)，切割過程並未添加任何輔助切割材料，故污泥成分與原石相近；如係「花崗石」之切割機械主要為鋼砂拉鋸機，因鋼砂拉鋸切割須添加鋼砂及石灰乳，故所產生之花崗石污泥較前者製程產出者含較高之鐵及鈣成分、鹼度偏高，為石材加工業中數量最龐大的污泥；2.「石材廢料」乃是石材加工過程所裁切之邊料及下腳料，其形狀可能為粉屑、片狀或塊狀，由於石材廢料係石材切割剩餘之邊料及下腳料，故其成分與原石相同。而石材工廠所產生數量龐大之石材礦泥、石材廢料，沒有妥為處理，極易造成破壞自然景觀或生態環境之問題<sup>1</sup>。如容任業者任意傾倒材礦泥、石材廢料，更造成土地寸草不生，農地無法耕作生產，在環保意識抬頭的今日，如何防止此類破壞國土的情形發生，自屬重要。

(二)為了防止業者任意傾倒上述之石材礦泥、石材廢料，刑事處罰、行政裁罰都屬於防止手段之一（但是業者為獲取暴利，偶遭查獲科以罰鍰

\* 黃思源 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官

<sup>1</sup>臺灣花蓮地方法院 104 年度訴字第 171 號判決理由四、(一)3.

，未必能夠有效遏止此類非法行為)。然而，此等行為是不是可以依據廢棄物清理法之所規定的刑事法規處罰，實務上容有不同見解，且近來並有「除罪化」之法院見解產生，並蔚為趨勢，為保護國土，則扭轉法院逐漸形成的無罪見解，則成為檢察官努力的目標。

## 二、近來有部分實務見解認為，未取得許可文件清除再利用廢棄物，並無刑事責任

### (一)廢棄物清理法第46條之刑事責任

按廢棄物清理法所稱「一般事業廢棄物」，係指事業所產生有害事業廢棄物以外之廢棄物。從事廢棄物清除、處理業務者，應向直轄市、縣(市)主管機關或中央主管機關委託之機關申請核發公民營廢棄物清除處理機構許可文件後，始得受託清除、處理廢棄物業務。未依第四十一條第一項規定領有廢棄物清除、處理許可文件，從事廢棄物貯存、清除、處理，或未依廢棄物清除、處理許可文件內容貯存、清除、處理廢棄物，處一年以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金。廢棄物清理法第2條第1項、第41條第1項、第46條第4款分別定有明文。又廢棄物清理法第46條第4款所規定之犯罪構成要件行為，計有貯存、清除及處理三者。就事業廢棄物而言，其中所謂「貯存」為一般廢棄物於清除、處理前，放置於特定地點或貯存容器、設施內之行為；「清除」則指事業廢棄物之收集、運輸行為；至「處理」則包含「中間處理」：指事業廢棄物在最終處置或再利用前，以物理、化學、生物、熱處理或其他處理方法，改變其物理、化學、生物特性或成分，達成分離、減積、去毒、固化或穩定之行為。「最終處置」：指衛生掩埋、封閉掩埋、安定掩埋或海洋棄置事業廢棄物之行為。「再利用」：指事業產生之事業廢棄物自行、販賣、轉讓或委託做為原料、材料、燃料、填土或其他經中央目的事業主管機關認定之用途行為，並應符合其規定者；「事業廢棄物處理、清理機構或再利用機構」應於收到廢棄物30日內完成廢棄物處理或再利用作業。「事業廢棄物處理、清理機構或再利用機構」因特殊情形無法於收到廢棄物30日內完成處理或再利用者，得由該處理、清理機構或再利用機構報經原許可文件核發之主管機關或再利用之目的事業主管機關

同意，並由該許可文件核發之主管機關或再利用機構之目的主管機關將同意文件副知中央主管機關，不受前項規定之限制。事業廢棄物處理、清理機構或再利用機構於許可文件核發時已註明其處理或再利用期程者，不受第一項規定之限制。行政院環境保護署依廢棄物清理法第36條第2項規定發布之事業廢棄物貯存清除處理方法及設施標準第2條第1款至第3款、第29條第1項至第3項規定甚明。從而，依據上開條文之文義解釋，從事廢棄物之貯存、清除、處理，只要沒有許可文件，即有廢棄物清理法第46條第4款之刑事責任。

## (二)部分實務見解對於廢棄物清理法第46條之刑事責任採取限縮解釋

按廢棄物清理法第39條第1項規定：「事業廢棄物之再利用，應依中央目的事業主管機關規定辦理，不受第28條、第41條之限制」，亦即有關事業廢棄物之再利用，依同法第39條第1項之規定，則授權中央目的事業主管機關制定管理辦法管理之，不受第28條（即事業廢棄物清理之方式）、第41條（即應申請核發公民營廢棄物清除處理機構許可文件）之限制，再利用之行為並不須取得許可文件，但仍應依事業主管機關制定之管理辦法為之。另行政院環境保護署91年12月25日環署廢字第0910091151號從事事業廢棄物再利用涉及違法清除處理及再利用認定原則第1點規定：「從事再利用經中央目的事業主管機關公告再利用或許可再利用之廢棄物（以下簡稱公告或許可再利用廢棄物）者，應依該公告之管理方式或許可文件內容辦理；未依該公告之管理方式或許可文件內容辦理者，以違反廢棄物清理法（以下簡稱本法）第39條規定處以行政罰；其另有本法第45條、第46條第1款至第3款規定情形之一者，則同時移送法院科以行政刑罰」。從而，公告再利用之事業廢棄物，依廢棄物清理法第39條規定，免受同法第41條應申請處理許可證之規範，無須申請公民營廢棄物清除處理許可證，未依公告之管理方式內容從事再利用之行為，以違反廢棄物清理法第39條規定處以行政罰；其另有本法第45條、第46條第1款至第3款規定情形之一者，則由行政機關移送法院科以行政刑罰，並無同法第46條第4款刑事罰則之適用甚明。另按上開從事事業廢棄物再利用涉及違法清除處理及再利用認定原則第3點規定：「清除公告或許可再利用廢棄物者，應符合中央目的事業主管機關規定之事業廢棄物送往再利用

機構再利用前之清除方式，其違反者，以違反廢棄物清理法第39條規定處以行政罰。清除者任意棄置公告或許可再利用廢棄物、非公告及許可再利用廢棄物及清除非公告及許可再利用廢棄物未取得公民營廢棄物清除、清理機構許可文件或未依許可文件內容清除廢棄物者，以違反廢棄物清理法第41條或第42條規定處以行政罰。前述違規情形另有同法第45條、第46條規定情形之一者，則同時移送法院科以行政刑罰」。再者，經濟部事業廢棄物再利用管理辦法第3條第2項亦規定「事業廢棄物之性質安定或再利用技術成熟者，事業及再利用機構得逕依附表所列之種類及管理方式進行再利用。」是石材礦泥、石材廢料如以再利用方式處理，應依上揭管理辦法種類編號12、編號13之規定辦理。準此以觀，送往清除公告或許可再利用廢棄物者，縱有違反公告之清除方式，如未有「任意棄置」行為，或雖未取得公民營廢棄物清除、清理機構許可文件或未依許可文件內容清除廢棄物，但係清除「公告或許可再利用廢棄物」時，尚難以廢棄物清理法第46條相繩<sup>2</sup>。

### 三、檢察官之困境：

檢察官身為追訴犯罪之主體，對於國土之保護責無旁貸，面對上述法院之見解，檢察官於收到法院諭知無罪之判決書後，自有事後監督、導正之責任，面對第一審法院認為未經許可貯存、清除、處理石材礦泥、石材廢料此種再利用廢棄物行為，竟然不能科以刑責之情形，對於環境的保護顯有不周，經檢察官不服提起上訴之後，而有臺灣高等法院花蓮分院104年度上訴字第133號判決、105年度上訴字第187號等判決產生，容後評論解析。

### 四、臺灣高等法院花蓮分院104年度上訴字第133號判決之簡介

#### (一) 案例事實：

甲未具備廢棄物清除、處理之技術員資格，亦未領有相關之清除文件，且明知從事廢棄物之處理，應向所屬之縣（市）主管機關或中央主管機關委託之機關申請核發公民營廢棄物清除之許可文件後，始得從

<sup>2</sup>採類似見解者有：臺灣高等法院花蓮分院 104 年度上訴字第 65 號判決、104 年度上訴字第 91 號判決、臺灣花蓮地方法院 104 年度訴字第 171 號判決、104 年度訴字第 172 號判決、103 年度訴字第 240 號判決、102 年度訴字第 208 號判決、臺灣花蓮地方法院檢察署 102 年度偵字第 884 號不起訴處分書等。

事清除廢棄物業務，仍基於從事廢棄物清除之犯意及非法提供土地堆置廢棄物之犯意，未取得主管機關許可，於民國103年3月14日9時許，非法向設於花蓮縣吉安鄉南濱路之A公司，受託收取大理石下腳料等一般事業廢棄物，並雇用不知情之乙，將前開大理石下腳料等一般事業廢棄物載運至花蓮縣花蓮市美港段之國有土地上，而為清除之行為，並將之堆置在上開國有土地上。

## (二)檢察官起訴以及第一審判決所採取之見解

檢察官認為甲所為，係犯廢棄物清理法第46條第4款前段之未依規定領有廢棄物清除、處理許可文件，從事廢棄物清除、處理罪嫌。然而，第一審判決認為，甲對大理石下腳料之再利用行為，已符合中央主管機關公告之再利用用途，核屬再利用行為，則依廢棄物清理法第39條第1項之規定，即無廢棄物清理法第41條、第46條第4款之適用，而判決甲無罪。檢察官不服提起上訴，臺灣高等法院花蓮分院因此為本案之判決。

## (三)臺灣高等法院花蓮分院所採取之見解

1. 甲向A公司購買之大理石下腳料，為一般事業廢棄物。
2. 甲於103年間並未領取廢棄物之清除處理許可執照或文件，嗣後甲雖以其妻為名義負責人成立公司，該公司於103年6月10日取得乙級廢棄物清除許可證，並不因此可認定甲之前之行為為合法，而應以未領有廢棄物清除處理文件相關規定處斷。
3. 按經濟部事業廢棄物再利用管理辦法係依廢棄物清理法第39條第2項訂定，該辦法第2條第2項規定「本辦法所稱再利用，指事業將其事業廢棄物自行或送往再利用機構做為原料、材料、燃料、工程填料、土地改良、新生地、填土（地）或經本部認定之用途行為。」同辦法第3條第2項規定「事業廢棄物之再利用技術成熟且廣為應用者，事業及再利用機構得依附表一之種類及管理方式逕行再利用」，同辦法之附表一編號12則就大理石下腳料之再利用管理方式列為「一、事業廢棄物來源：石材製品製造業在石材開採、裁切、加工製程產生之石材邊料或下腳料。但依相關法規認定為有害事業廢棄物者，不適用之。二、再利用用途：再製石材（板、磚或塊）原料

、預拌混凝土原料、水泥原料、水泥製品原料、鋪面工程之基層或底層級配粒料原料、混凝土粒料原料、瀝青混凝土粒料原料、化學品原料、建築材料原料、道路工程粒料原料、石灰石原料（限大理石邊料）、肥料原料（限蛇紋石邊料）或非農業用地之工程填地材料。」本件檢察官係起訴『甲將大理石下腳料載往國有土地傾倒堆置』，揆諸前開說明，核屬清理之行為及廢棄物清理法第46條第3款之堆置行為，而不及於『被告將事業將其事業廢棄物自行或送往再利用機構做為原料、材料、燃料、工程填料、土地改良、新生地、填土（地）或經本部認定之用途行為』等再利用之行為。

4. 甲確實有非法清理廢棄物之犯行：被告並未取得廢棄物處理或清理許可文件，已如前述，自不得從事廢棄物清除之業務，甲仍於103年3月14日，僱用不知情之人，非法向A公司，收取大理石下腳料等一般事業廢棄，載運而受託清除至系爭土地上，甲確實有非法清理廢棄物犯行，堪以認定。
5. 並非進行再利用行為即無庸取得許可文件，而得從事相關之清除行為：按事業廢棄物之再利用，應依中央目的事業主管機關規定辦理，不受第28條、第41條之限制。廢棄物清理法第39條第1項定有明文。而同法第28條乃規定事業廢棄物之清除處理除該條所定之方式外尚可自行以再利用之方式處理；另同法第41條規定從事再利用不須領得清除許可文件即得從事再利用，均無賦予再利用業者未經取得清除處理許可文件即行從事清除或許可行為之權利。縱令甲確實欲將前開大理石下腳料進行再利用，仍不得因此即認甲得以進行清除之行為而毋需取得清除許證，是甲辯稱自己欲將大理石下腳料為再利用之行為，而為無罪之抗辯，顯與前揭法律之規定不符，並無足取。
6. 本案甲未領有廢棄物清除許可文件，竟將大理石廢腳料等一般廢棄物運送至上開土地上，足認被告所為，已該當廢棄物清理法所指之「清除」之行為，係犯廢棄物清理法第46條第4款前段之非法清理廢棄物罪。又前揭條款之罪，係以未依同法第41條第1項規定領得廢棄物清除許可文件之人，作為犯罪主體，再依該第41條第1項前

段以觀，乃謂從事廢棄物處理業務者，應申請核發許可文件，是本罪之成立，本質上即具有反覆性，於行為概念上，應認為包括的一罪。

## 五、臺灣高等法院花蓮分院105年度上訴字第187號判決之簡介

### (一) 案例事實：

乙任職於A公司經理，因該公司石材切割或研磨製程所產生之污泥（石材礦泥）等一般事業廢棄物亟待清除處理，即與甲共同基於違反廢棄物清理法之犯意聯絡，均明知未領有廢棄物清除、處理許可文件，不得從事廢棄物之清除工作，竟議定由甲收取新台幣1千5百元之代價，而於民國104年2月8日上午10時50分前某時許，推由丙（已死亡）駕駛營業貨運曳引車，前往A公司，載運石材切割或研磨製程所產生之污泥（石材礦泥）等一般事業廢棄物，隨即載運至丁所提供花蓮縣花蓮市美港段土地傾倒後堆置。丁明知未經主管機關許可，不得提供土地堆置廢棄物，仍基於違反廢棄物清理法之犯意，故違予以同意，並於丙傾倒堆置後，駕駛挖土機正於推整過程中，於104年2月8日上午10時50分許，經花蓮縣環境保護局稽查人員會同內政部警政署花蓮港務警察總隊警員，前往上址當場查獲，始查悉上情。

### (二) 檢察官以及第一審判決所採取之見解

檢察官認為甲、乙、丙所為，均係犯廢棄物清理法第46條第4款前段之未依規定領有廢棄物清除、處理許可文件，從事廢棄物清除、處理罪嫌；丁所為，係犯廢棄物清理法第46條第3款之未經主管機關許可，提供土地回填、堆置廢棄物罪嫌。然而，第一審判決認為，甲、乙、丙係清除『公告或許可再利用廢棄物』時，僅為行政罰之範疇，尚難以廢棄物清理法第46條規定相繩。丁則為暫時堆放供再利用之石材礦泥、石材廢料，待進行物理（乾燥）處理，僅屬暫時性、短時間之置放，不符合廢棄物清理法第46條第3款「堆置」之要件，而判決甲、乙、丙、丁4人無罪。檢察官不服提起上訴，臺灣高等法院花蓮分院因此為本案之判決。

### (三) 臺灣高等法院花蓮分院所採取之見解

1. 按廢棄物清理法所稱之廢棄物，分為一般廢棄物及事業廢棄物二類。所稱事業廢棄物，計分二類，其一為「有害事業廢棄物」，亦即由事業所產生具有毒性、危險性，其濃度或數量足以影響人體健康或污染環境之廢棄物；其二為「一般事業廢棄物」，指由事業所產生有害事業廢棄物以外之廢棄物，此參廢棄物清理法第2條第1項第2款規定甚明。次按廢棄物清理法第39第1項規定「事業廢棄物之再利用，應依中央目的事業主管機關規定辦理，不受第28條、第41條之限制」，自須所從事者為「事業廢棄物之再利用」，且係依中央目的事業主管機關之規定辦理，始不受同法第28條、第41條之限制，否則既未依再利用之程序，復未有再利用之產品，而任意處理仍屬事業廢棄物之物，自仍有同法第46條第4款之適用。申言之，事業廢棄物之「再利用」行為，仍需依中央目的事業主管機關之規定辦理，要非自稱「再利用」行為，即得任意清除廢棄物，抑或提供土地堆置廢棄物，並均因而得以阻卻違法。
2. (1)經濟部業廢棄物再利用管理辦法第2條規定：「(第1項)本辦法所稱事業，指本法第二條第四項以經濟部為目的事業主管機關之事業。(第2項)本辦法所稱再利用，指事業將其事業廢棄物自行或送往再利用機構做為原料、材料、燃料、工程填料、土地改良、新生地、填土(地)或經本部認定之用途行為。(第3項)前項再利用機構以經政府機關登記有案或依法律規定免辦理登記之農工商廠(場)為限。」準此，以經濟部為目的事業主管機關之事業，其所為事業廢棄物之再利用行為，係指自行或將事業廢棄物送往業經政府登記有案或依法免辦登記之農工商廠，以做為原料、材料、燃料、工程填料、土地改良、新生地、填土(地)或經該部認定之用途行為，始符合再利用之規定。再者，經濟部事業廢棄物再利用管理辦法第3條第1項規定：「屬本法第三十一條第一項公告之事業，於其事業廢棄物清理計畫書經直轄市、縣(市)主管機關或中央主管機關委託之機關審查核准後，始得於廠(場)內自行再利用；其非屬公告之事業者，得自行於廠(場)內再利用。」綜合經濟部事業廢棄物再利用管理辦法所規定事業廢棄物之再利用方式，計分為廠(場)內自行再利用、公告

/附表再利用及許可再利用等三類：A. 廠（場）內自行再利用：屬廢棄物清理法第31條第1項公告之事業，於其事業廢棄物清理計畫書經直轄市、縣（市）主管機關或中央主管機關委託之機關審查核准後，始得於廠（場）內自行再利用；其非屬公告之事業者，得自行於廠（場）內再利用。B. 公告/附表再利用：事業廢棄物之性質安定或再利用技術成熟者，其種類及管理方式經中央目的事業主管機關公告或發布後，事業及再利用機構得逕依管理方式進行再利用。C. 許可再利用：非屬前述公告/附表之事業廢棄物種類及管理方式者，應經中央目的事業主管機關許可，始得送往再利用機構再利用。

(2)本件A公司為應檢具事業廢棄物清理計畫書之事業，稽諸工廠公示資料查詢系統，A公司之工廠登記所載產業類別包括「23非金屬礦物製品製造業」、主要產品包括「234石材製品」；另依A公司經花蓮縣環境保護局審查核准之事業廢棄物清理計畫書之附件「製程資料」，A公司之製造流程為以大理石及水等為原料，以濕式加工方式產製大理石產品。爰此，A公司生產裁切、研磨所殘留之石材碎塊、污泥屬一般事業廢棄物（該石材礦泥140噸/月、石材廢料10公噸/月），係「經濟部事業廢棄物再利用管理辦法」附件編號12、石材廢料（板、塊）（R-0502）及編號13、石材礦泥（R-0907），此有花蓮縣環境保護局104年12月3日花環廢字第1040030565號函及其檢附事業廢棄物清理計畫書、附件一製程資料、經濟部工業局104年12月11日工永字第10401113040號函各1份在卷可按，復參諸卷附現場照片，亦可知所堆置者多為碎石塊，有花蓮縣政府104年2月17日府環廢字第1040033457號函檢附104年2月8日花蓮縣環境保護局稽查通知單1份及照片32張、104年5月22日花蓮縣環境保護局花環廢字第1040012074號函1份存卷可稽。綜上，本案石材污（礦）泥及石材廢料均屬上揭事業廢棄物中之「一般事業廢棄物」，且為上揭辦法附表所列得再利用之事業廢棄物。再者，A公司屬事業機構而非清除機構之事實亦甚明確。

(3)A公司之目的事業主管機關為經濟部，此有公司及分公司基本資

料查詢明細1份存卷足憑，本案石材污（礦）泥及石材廢料等事業廢棄物，如進行再利用行為，自應依經濟部事業廢棄物再利用管理辦法規定之上揭程序及作為始屬合法，然A公司並非清除機構已如前述，且其本身亦非上揭經核准得為再利用事業廢棄物之機關，否則自行處理該事業廢棄物即可，無需送往他處處理，其理自明。甲、乙及丁均於審理時自承：並未聲請取得再利用處理機構資格，而甲、乙如上述認定，係將上揭事業廢棄物，送往提供系爭美港段土地且非再利用機構之丁處，丁亦僅將該事業廢棄物堆置，並以挖土機推整（無論是整為成堆或整為平地），並非以之做為原料、材料、燃料、工程填料、土地改良、新生地、填土（地）或經認定之用途行為，自與該辦法規定之「再利用」程序及行為有間。

3. 至於丁為B企業社之負責人，固與臺灣水泥公司花蓮廠於101年11月21日有簽訂原物料採購合約HH20120158-LS石灰石及HH20140062-一般石灰石，合約期間原自102年11月1日至103年10月31日，後於103年6月3日、同年11月27日簽訂增補合約，合約期間延長為103年11月1日至104年5月31日，嗣於104年5月18日續約，約定續約期間為104年6月1日起至105年1月31日，其中LS石灰石：水分含量必須小於、等於5%，碳酸鈣CaCO<sub>3</sub>大於、等於95%，粒度小於、等於20公分，MgO含量小於、等於3.6%，Al<sub>2</sub>O<sub>3</sub>含量小於、等於2.5%；一般石灰石：水分含量小於、等於3%，CaO含量大於、等於49%，粒度小於、等於10公分，MgO含量小於、等於2.8%等情，有臺灣水泥公司花蓮廠105年2月25日花（105）民物字第0117號函檢附之原物料採購合約、增補合約各2份及續約協議書1份附卷可佐，然如前述，丁並無法之再利用機構資格，所為僅將廢棄物堆置之後予以推整（無論是推整為平或推整成堆），難認為合法之再利用行為，即使與有再利用機構資格之臺灣水泥公司花蓮廠訂約，亦無從資為其有利認定，而解免被告等人上揭違法行為。又事業廢棄物貯存清除處理方法及設施標準第2條固規定：事業廢棄物於再利用前，得以物理、化學、生物、熱處理或其他處理方法改變其物理、化學、生物特性或成分，達成分離、減積、去毒、固化或穩定之「中間處理」行為，

然該條款所指之「再利用」，係指取得再利用機構資格並進行合法再利用前所為之中間處理行為，並非不具再利用資格之任何人或機構，均得任意進行自稱「再利用」前之「中間處理」，且不受任何法令規範限制，併此敘明。

4. 按廢棄物清理法第46條第4款所規定：未領有廢棄物清除、處理許可文件，從事廢棄物貯存、清除、處理者，關於事業廢棄物之「清除」，係指廢棄物之收集、運輸行為，（事業廢棄物貯存清除處理方法及設施標準第2條第2款規定參照）。被告甲、乙與丙（已死亡）基於犯意聯絡，推由丙將上揭事業廢棄物，自A公司收集後運輸至系爭美港段土地傾倒，已如前述認定，所為自屬該當上揭「清除」行為情灼無疑。按廢棄物清理法第46條第4款前段之規定，並未限於公、民營廢棄物清除處理機構始有適用，以從事廢棄物清除處理為業之自然人，亦包括在內；且依該款前段之文義觀之，凡未領有許可文件而從事事業廢棄物清除、處理者，即已該當，並不以行為人究係受託或自行清除、處理廢棄物而有不同。從而未領有許可文件之事業機構受委託從事事業廢棄物之清除、處理，固為處罰之對象，即便是自行清除所購買之事業廢棄物，亦在處罰之列。查乙為A公司之經理，固非「受託」清除廢棄物，然揆諸上揭說明，既未具清除廢棄物資格，本不得自行清除廢棄物，更何況本件係認定其與甲、丙間有違反廢棄物清理法第46條第4款前段規定之犯意聯絡，推由丙實施收集運輸之行為，易言之，其與甲及丙，就違反上揭廢棄物清理法犯行間，有犯意聯絡，自無並未受託即予以免責可言。
5. 按廢棄物清理法第46條第3款規定所稱「未經主管機關許可，提供土地回填、堆置廢棄物者」，所欲規範者在於未經主管機關許可，即提供土地供回填、堆置廢棄物之行為，不論提供土地係供自己或他人回填、堆置廢棄物，均應處罰。所謂「堆置」亦即在土地上置放廢棄物即屬該當。丁提供系爭美港段土地，由丙駕車將上揭廢棄物傾倒置放土地之上，自屬該條款之提供土地堆置廢棄物行為。
6. (1) 甲、乙均未領有廢棄物清除、處理許可文件，於上揭時地，從

事廢棄物之收集運輸等清除行為，是甲、乙為，均係犯修正前廢棄物清理法第46條第4款前段之罪（甲等人行為後，廢棄物清理法第46條業於106年1月18日經總統修正公布，其修正後得併科罰金金額部分較修正前為高，經比較新舊法後，自以修正前廢棄物清理法第46條規定較有利於甲等人，而應適用修正前廢棄物清理法第46條之規定，以符合刑法第2條第1項之規範）。丁未經主管機關許可，於上揭時間，提供系爭美港段土地，堆置前開廢棄物，核其所為係犯修正前廢棄物清理法第46條第3款之罪。甲、乙、丙之間，有犯修正前廢棄物清理法第46條第4款前段之罪之犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯。

(2)原審疏未詳查，遽認為甲、乙、丁等人所為，或屬於再利用前之中間處理，抑或至多僅應受行政罰而已，因而為其等均無罪之判決，尚有未洽，檢察官執此上訴為有理由，自應予以撤銷改判。

## 六、目前實務上所存在一般事業廢棄物之「再利用」，無廢棄物清理法第46條第4款之適用，其理由為何？

(一)廢棄物清理法第39條第1項之文義解釋：按廢棄物清理法第39條第1項規定：「事業廢棄物之再利用，應依中央目的事業主管機關規定辦理，不受第28條、第41條之限制。」亦即關於事業廢棄物之「再利用」，並不在第41條所規定，應申請核發「許可文件」之範圍內。而違反第39條第1項之規定，依同法第45條第1項所定，亦必須因而致人於死、致重傷或致危害人體健康導致疾病者，始負刑責。

(二)行政院環境保護署之行政函示：該署91年12月25日環署廢字第0910091151號從事事業廢棄物再利用涉及違法清除處理及再利用認定原則第1點規定：從事再利用經中央目的事業主管機關公告再利用或許可再利用之廢棄物（以下簡稱公告或許可再利用廢棄物）者，應依該公告之管理方式或許可文件內容辦理；未依該公告之管理方式或許可文件內容辦理者，以違反廢棄物清理法（以下簡稱本法）第39條規定處以行政罰；其另有本法第45條、第46條第1款至第3款規定情形之一者，則同時移送法院科以行政刑罰。

(三)事業廢棄物之「再利用」，立法者及主管行政機關既已明確宣示無須

申請公民營廢棄物清除處理許可證即得再利用，法院如再以廢棄物清理法第46條第4款（未依第41條第1項規定領有廢棄物許可文件，從事廢棄物貯存、清除、處理）相繩，則不免會使受規範對象人民有無所適從，陷入兩難之困境。

## 七、實務上所存在一般事業廢棄物之「再利用」，無廢棄物清理法第46條第4款之適用，是否合理？（代結論）

- (一)廢棄物清理法第39條第1項是規定：「事業廢棄物之再利用，應依中央目的事業主管機關規定辦理，不受第28條、第41條之限制。」如果行為人沒有依照中央主管機關規定辦理，應該怎麼辦？那麼當然就要受到廢棄物清理法第41條之限制，而有同法第46條刑責之適用，因為依廢棄物清理法第39條第1項的條文結構觀之，所謂「不受第28條、第41條之限制」，是立基於「依中央目的事業主管機關規定辦理」之大前提下，否則「依中央目的事業主管機關規定辦理」之條文內容，即成為贅詞。況且，資源回收再利用法第19條第1項更是直接明白規定：「再生資源『未依規定』回收再利用者，視為廢棄物，應依廢棄物清理法規定回收、清除、處理。」因此，法律已經明白宣示再利用物必須按照規定再利用，否則就應依照廢棄物清理法辦理，法院當然應該重視法律的宣示，而不可以認為只要是「再利用物」，就沒有廢棄物清理法第46條第4款之適用。因此實務上所存在上開利於被告之解釋，並不合理，且似已超出法律文義之範圍。
- (二)行政院環境保護署之行政函示僅為行政機關的解釋，並不拘束司法機關，況且上開環保署之函示，主要是針對違反廢棄物清理法行政罰規定之處理原則，沒有指明「再利用行為」，無廢棄物清理法第46條第4款之適用。
- (三)事業廢棄物之「再利用」，以本文所探討的石材礦泥、石材廢料等再利用物，為經濟部事業廢棄物再利用管理辦法附表所列得再利用之事業廢棄物，而該辦法所規定事業廢棄物之再利用方式，已經細緻分成三類，即廠（場）內自行再利用、公告/附表再利用、許可再利用，其中的「公告/附表再利用」部分，該辦法之附表編號十二、十三已就石材廢料、石材礦泥等之事業廢棄物來源、再利用用途、再利用機

構資格、運作管理等為詳細規範，在實務上認定是否違法，也至少可以行為人是否取得再利用機構資格為客觀上之判斷，完全沒有模糊的空間，當然不會有部分實務見解所認為的人民有無所適從、陷入兩難之困境發生。

(四)如果認為事業廢棄物「再利用行為」，無廢棄物清理法第46條第4款之適用，等同於將廢棄物清理法刑罰之範圍，授權由行政機關決定，違背立法者之意志：廢棄物清理法第39條第2項係規定：「前項再利用之事業廢棄物種類、數量、許可、許可期限、廢止、紀錄、申報、再利用產品之標示及其他應遵行事項之管理辦法，由中央目的事業主管機關會商中央主管機關、再利用用途目的事業主管機關定之。」則主管機關對於再利用之事業廢棄物之範圍有完全之決定權，如又認為被告不依據主管機關之規定處理再利用之事業廢棄物時無刑罰之適用，形同於將廢棄物清理法第46條第4款之適用範圍授權行政機關決定。然而，立法者已經宣示「再生資源『未依規定』回收再利用者，視為廢棄物，應依廢棄物清理法規定回收、清除、處理。」（資源回收再利用法第19條第1項），立法之精神，顯然是規範人民必須依照主管機關規定處理再利用物，否則即有廢棄物清理法之刑事責任，豈有授權主管機關以行政命令排除廢棄物清理法刑責之適用範圍之意思存在？

(五)法律解釋必須符合立法目的：石材礦泥與石材廢料既然有上述破壞環境的情形，而廢棄物清理法之立法本旨在於改善環境衛生、維護國民健康（廢棄物清理法第1條），如行為人未依規定處理再利用之廢棄物，又不能科以刑責，則對於立法目的之達成則大打折扣。

(六)目前已有最高法院判決支持本文見解：最高法院105年度台上字第2180號判決認定：「又廢棄物清理法所稱之廢棄物，分為一般廢棄物及事業廢棄物二類，而廢棄物清理法第三十九第一項規定『事業廢棄物之再利用，應依中央目的事業主管機關規定辦理，不受第二十八條、第四十一條之限制』，自須所從事者為『事業廢棄物之再利用』，且係依中央目的事業主管機關之規定辦理，始不受同法第二十八條、第四十一條之限制，否則既未依再利用之程序，復未有再利用之產品

，而任意處理仍屬事業廢棄物之物，自仍有同法第四十六條第四款之適用。」、最高法院103年度台上字第730號判決認為：「上訴人亦未具備廢棄物清除技術員資格，則其以有岳公司從業人員之身分，為再生利用而堆置瀝青混凝土挖（刨）除料、大理石下腳料及污泥處理之行為，仍有廢棄物清理法第四十六條第三、四款之適用。」亦同此見解。



# 查緝山坡地濫墾之困難及建議

兼談花蓮山坡地濫墾之查緝

王怡仁\*

## 壹、前言

山坡地濫墾問題區分為二類，即山坡地濫墾所存在的「特殊性問題」與「一般性問題」，特殊性問題指的是各地因其時空背景及地理環境之不同，存在山坡地的特殊性問題，例如花蓮山坡地採礦問題、清水農場濫墾問題，或南投清境農場、花蓮六十石、赤科山及臺東太麻里金針山三山之開墾問題等，其均有歷史的特殊背景，查緝亦有其特殊的困難。其中花蓮山坡地之特殊性問題，其一之採礦問題起於礦權取得的歷史原罪（三七五減租的利益交換）與政府對於礦業造成生態及山林危害的輕忽，政治問題遠大於法律問題，一時無解，暫不說明。其二之花蓮清水農場濫墾則是原住民傳統領域劃歸原住民委員會管理的後遺症，這是原住民對於傳統領域要求自治的問題，簡而言之，部分團體認為一旦原住民自治，尤其自行管理其傳統領域後，就不會再有傳統領域遭政府濫行開發的問題，卻錯估形勢，以致公權力退出後，政治勢力或非法勢力隨即進入傳統領域填補權力的真空，清水農場即是在所有權劃歸原住民委員會後，由政治人物領軍，帶領非法勢力進行濫墾，再將開墾後的山坡地出租或販售予原住民墾殖，造成原本清澈的清水溪濁濁洪流流經清水部落，造成恐慌。清水農場就山坡地濫墾而言，是個特殊個案，且該案問題的焦點其實並不在山坡地政策，而在原住民政策。而一般性的問題所指的是全省各地山坡地普遍性的問題，也是舉凡山坡地均會遇到的查緝困難。

## 貳、花蓮山坡地的一般性問題：

花蓮好山好水，是臺灣的淨土，怎容得下癩痢頭與狗皮膏藥？而花蓮山高水急，可以開發的山坡地幾乎限縮在花東縱谷兩側的淺山，只要開車延縱貫花東縱谷的台九線走一遭，大部分的山坡地開墾盡入眼簾，一有濫墾，即令人無法忍受。本文謹依個人經驗，就我所知悉花蓮的一般山坡地

\* 王怡仁 臺灣花蓮地方法院檢察署主任檢察官

問題所造成的查緝困難提出說明。山坡地濫墾常隨檳榔、薑價漲跌而起伏，本署於民國100年及102年二度嘗試解決上開困難，第一次鎩羽而歸，第二次始有斬獲（並非查得犯罪人，而係阻止開墾），本文記取花蓮查緝的失敗與成功，設法將一般山坡地的查緝，分三點加以說明：一、山坡地查緝困難之所在、二、嘗試解決困難（治標）的方法、三、對未來（治本）的建議。歸納整理，或可供大家參酌。

### **一、山坡地查緝事實上的困難：**

臺灣山坡地的查緝原本即具難度。眼睛看得到，不一定進得去。花蓮大山大河，直昇機在盜採區垂直上空定位後數日，還不一定找得到路進去。找到路進去後，再排定時間安排地政人員鑑界，確認土地是否為公有地、是否為林地或森林，已經一個月以後了，才發現又是私人農牧用地（非逮到現行犯難以論罪，詳諸下），又是白忙一場，僥倖查得一、二件占用公有土地，尚得面對時效抗辯（花蓮土地遼闊，大部分土地數年或十數年才作一次航照攝影，非可逐年比對）。一次全面性的飛航清查，可定位近100處可疑開墾地，數量極其龐大，查緝曠日廢時，再加以日後還要面對法院對於是否有致生水土流失之虞的保守認定（法院迷信專業，對於專業無法決定的問題則一律無罪推定或以未遂減輕之，而足否致生水土流失，其實並無所謂的專業鑑定人可供委託認定），查緝實大不易。

### **二、土地編定紊亂，導致管理機關紊亂、適用法條不明造成查緝困難：**

山坡地非法開墾的犯罪型態，一般分兩大區塊，其一為非法佔有，其二為違法開墾：

#### **(1) 「非法佔有」部分：**

偵辦時必須先確定該山坡地之所有權係公有地、私有地或原住民保留地，並確定使用人是否合法取得使用權。此部分查緝最困難的部分，莫過於時效抗辯。被告非法佔用公有地或他人土地，最常主張佔有已逾追訴時效，而花蓮山坡地並非年年拍攝航照圖，至於衛星圖照則因福爾摩沙號衛星之解析度低，照片較不清晰，不易判斷綠地係雜草或原始林木，且套繪地籍圖較不方便等缺點，造成偵辦困難。再者，就是土地所有權劃設紊亂，公有、私有難辨，更是查緝

盲點。

(2) 「違法開墾」部分：

偵辦時必須先確定該山坡地之地目編定情形。因為地目之編定，決定該山坡地之管理機關（林務局、縣政府或其他代管單位）、適用法條（即土地依法得開放至何程度）。詳言之：山坡地依其特性，則可區分為農牧用地（非取得水土保持許可，不得以機械力開墾種植）、林地（非取得許可，不得砍伐林木）、山坡地保育區、林業用地、森林等不一而足，而這些不同編定之山坡地，分別適用不同的法律限制，然臺灣山坡地編定紊亂，毫無章法，同一山頭忽而編定為林地，忽而編定為農牧用地，造成管理機關管理困難（甚至不知開墾地是否屬自己機關管轄），而司法警察既不知待查開墾山坡地之地段、地號，自無法確定土地編定，即無法先行知悉該土地依法得開放墾殖之程度，難以進行查緝。再加以在大片國有林地中，忽焉夾雜原住民地、忽焉出現私人所有農牧用或林地，互相交錯雜陳，連主管機關都常難以立即確定自己管理的土地界限何在、該山坡地開放的程度為何，更別提司法警察機關了，因之司法警察常常採取極其被動的消極方式，等候管理機關承辦人員發現濫墾，始行配合查緝，然而管理機關人力罔迫，常常一個承辦人員要管幾座山、幾條河。要在山之顛、水之涯主動發覺、查緝濫墾，實在力有未。

三、「農牧用地」編定氾濫造成開發氾濫：

山坡地的劃設，最難以清查，同時也是造成山坡地水土保持最大損害的，莫過於「農牧用地」了，因為位於山坡地的農牧用地並非不能開墾，只要先取得水土保持許可，即可以機械力開墾，故司法警察發現遭開墾之山坡地為農牧用地，首先得查明是否曾取得水土保持許可，倘係「未取得」水土保持許可之農牧用地，則須證明其有以機械力開墾之情事；同理，倘係「取得」水土保持許可之農牧用地遭濫墾時，則必須證明行為人以大型機械力（即200p以上之怪手）開墾方能成罪，然而大型機械進場開墾推倒大樹或挖掘土石，多者一、二週，少則一天即行退場，機械一旦退場，除非留下明確機械痕跡，否則即已查

無實據，更何況在取得許可之狀態下，還需證明係以200P怪手以上之大型機械開墾，而200p與300p的怪手所造成的機械痕跡完全相同，無法於事後以履帶或爪痕推斷是否屬大型機械，故除非在這短暫幾天內逮捕使用大型機械開墾的現行犯，否則事後實毫無物證足資證明係以200p以上之怪手開墾（加以大型機械之認定極其困難：為何方便運至極陡的陡坡，且足以大量挖掘土石的150p怪手或小乖乖不算大型機械？怪手退場後換山貓進場算不算大型機械？山貓退場後，換足以鬆土的四輪耕耘機造成土石鬆動是否算大型機械？手推耕耘機算不算？足以砍伐千年巨木的鏈鋸算不算大型機械？）。況且在高山上要逮捕現行犯，實難之又難，即使現行犯近在對面山頭，到達可能也要數小時。花蓮山坡地並不像西部的平緩山坡，花蓮在在都是平地拔地而起的高山，在這樣陡峭的山地，卻到處劃設農牧用地，實是造成山坡地濫墾的最大元凶。如果再加上夾雜在國有林地間的原住民保留地（且不斷擴張）農用地役權、所有權的取得，則無地不可開發。倘若這些農牧用地、原住民保留地都大量開發（甚至是合法開發），花蓮山坡地實將滿目瘡痍。事實上陡峭的山坡，或雖不陡峭，但已經曾經發生土石崩落危險的山坡地，實在不適合劃歸農牧用地或原住民保留地，因為申請簡易水土保持許可其實不難，但一旦開發，就再也難以回復了，更何謂這些合法使用的土地甚至位於土石流潛勢溪流區域內。土石流潛勢溪流區的劃設是由水土保持局（劃設宜農、宜林、宜加強保育地）判定，山坡地究應劃歸宜農、宜林或宜加強保育地，也是水土保持局的職責，而土地限制開發及土地利用管制卻完全不受土石流潛勢溪流區域劃設的影響，甚至在土石流掩埋40餘名原住民的銅門部落，即使建了紀念碑，仍容許原住民在該肇禍的溪流左近50公尺處繼續居住，行政機關所作出的行政規畫，實在有整合的必要。

#### **四、同意使用機關不同，同意開墾未經審慎評估**

由於管理機關各異，管理已有困難，而同意使用機關不同，更是雪上加霜，原住民保留地劃設地上權、地役權、耕作權以期日後改劃歸私有，甚至將原民地出租他人使用、農林公司土地出租、公有山坡地同意造林、轉租卻乏於管理、部分土地改歸國有財產署卻無視其管理能力及土地危險等，造成管理及追查犯罪的困難。

## 五、水土保持法及山坡地保育利用條例的瑕疵造成無法追訴處罰

對於「自有山坡地」之所有權的過度保障，致使「自有」山坡地濫行開墾行為無刑事責任，且限於「致生水土流失」，卻無認定機關，致只能論其未遂。詳言之：

- (1) 山坡地的保育，是為全民的生命安全著想，所保護的是社會法益，故涉及山坡地安全之開墾案件，不論該山坡地是公有、他人所有或自己所有，理應一視同仁，限制山坡地所有人對土地之支配、使用權，此為全民生命法益與個人財產法益的衝突，孰輕孰重不辯可知，個人法益（所有權之權利範圍）實應退讓。
- (2) 然而山坡地保育利用條例第34條、第10條分別規定：「違反第10條規定者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣六十萬元以下罰金。」「在公有或他人山坡地內，不得擅自墾殖、占用或從事前條第一款至第九款之開發、經營或使用。」上開二條文是山坡地濫墾最主要的處罰依據，然上開第10條卻限制在「公有」或「他人」山坡地的濫墾行為才加以處罰。相同的困窘情況，水土保持法第32條也規定：「在公有或私人山坡地或國、公有林區或他人私有林區內未經同意擅自墾殖、占用或從事第8條第1項第2款至第5款之開發、經營或使用，致生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣六十萬元以下罰金。但其情節輕微，顯可憫恕者，得減輕或免除其刑。」另（水土保持法第32條規範範圍限公有或他人所有，93年度台上字第323號判決可參）。立法似乎認為山坡地的所有權人就不會濫墾山坡地，卻忘了山坡地的損害，永遠不是只損及個人，所謂「致生水土流失」，其實就是濫墾達到損及鄰人、山下、下游土地使用人的生命、財產安全，豈可顧私利而忘公益？顯然現行法令完全未考慮到「以鄰為壑」之惡，上開法規對於個人財產法益的保護明顯凌駕在社會法益之上，其不合理極甚，以致於非法挖取他人林區內的一棵七里香，尚不致於致生水土流失，依竊盜罪尚應處以刑責；非法焚燒自己的整片林地種薑，即使致生水土嚴重流失，卻無刑責可罰。同屬「林地」濫墾，非法墾殖或占用他人林地，依森林法51條處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣六十萬元以

下罰金；而非法墾殖或占用他人林地「已達致生水土流失」者，其嚴重程度猶重於前者，但依水土保持法竟處相同刑度，其處罰輕重實已失衡。

- (3)此外，水土保持法第32條又規定限於已達「致生水土流失」之程度方能處罰，否則只能罰未遂（其實未致生水土流失就論其未遂，在學理上也講不過去），然全國竟無任何鑑定單位能夠鑑定是否致生水土流失。國家立了一個自己無法認定的法律構成要件，而且數十年如一日而不解決，實在也是奇怪，加以部分法官對於檢方已舉證證明山坡地已發生土石崩落，或樹木因基土流失而傾倒下滑等水土流失的具體現象，卻仍要求檢方必須由鑑定單位提出鑑定報告或鑑定人到庭交互詰問，這其實就跟要求檢察官提出鑑定報告，說明天上那道彩虹真的是彩虹，或黑夜天空中的銀盤其實是月亮一樣困難。
- (4)關於同時違反水土保持法及山坡地保育利用條例案件，部分法院採極嚴苛之認定，認屬法規競合，應適用水土保持法，一旦適用水土保持法，就面臨認定是否致生水土流失的困難。然而山坡地保育利用條例及水土保持法的適用客體（即山坡地之定義）不同、構成要件（是否須達「致生水土流失」之程度及法條對於開墾具體狀態之描述）不同、法律效果也不同，如果山坡地必須受二法拘束，為何修法後會造成水土保持法凍結山坡地保育利用條例之適用？實有討論空間。倘認為有合併為一法之必要，則應統合二者之差異，合併立法，在合併立法之前，二法實應併行適用。

### 叁、花蓮嘗試解決困難之方法——花蓮山坡地濫墾的「治標」之道

開宗明義，在農牧用地氾濫的問題解決前，沒有任何地方可以侈言能夠根本解決山坡地濫墾問題。因薑價上揚，花蓮山坡地於民國100年間淺山到處貼滿狗皮膏藥，於是花蓮地檢曾經進行第一波全面性的查緝行動，檢察官帶同相關機關人員沿臺九線公路（即花東縱谷）由北往南逐一清點目示可見的山坡地墾區進行清查（花蓮濫墾大多數集中在花東縱谷兩側淺山，其餘高山坡度甚陡，開墾難度甚高，故濫墾案例為數不大），遭遇的困難如上所述，其間有林務局與縣政府互指似為對方管理之土地，或有疑已劃歸國有財產署土地，或有公、私有土

地夾雜、或有農地、林地難辨者。一路清點三、四十處開墾山坡地，日後由司法警察自行分批會同各管理機關及測量單位推進山區測量及確定土地地號、地目，未料入山後卻發現雲深不知處；處處有墾區。入山之後不久即無法確定原來在山下所指開墾地究係何地，更遑論發現大批墾區實屬「農牧用地」，必須查獲現行犯才能論其刑責者，或以時效抗辯者，初次執行勞師動眾全無成效。於102年間，地檢署再改良查緝方式以「治標」，明知因無法查獲現行犯，但以查緝之聲勢，讓高山濫墾暫時偃兵息鼓，成效尚稱不錯。只是這種查緝方法並不會有太多移送案件，在數字治國的現在，並不會得到太多的青睞，習慣安靜辦案的檢察官其實十分適合。當時所採行的方法如下：

- 一、**大張旗鼓，打草驚蛇，直昇機三度來回梭巡：**央請刑大協調直昇機（現全數歸為內政部航○○○）進行數次梭巡，並提供航程拍攝開墾照片供新聞媒體，分批載運檢察官巡視空域，一方面讓全部國土檢察官體驗查緝之難，一方面在執行蒐證任務，發現疑似不法開墾之山坡地時，即飛至墾區垂直上空進行拍攝：(1)開啟手機GPS定位後拍照以取得開墾區之座標及現狀照片（因定位地點與現況照片二者可互相佐證，其效果比諸單純GPS衛星定位儀更好，但位置稍有誤差，故本署另使用GPS衛星定位儀輔助辨識）(2)拍攝時於每一開墾地照片錄音編號，避免日後查緝時混淆。
- 二、**逐一拜訪轄區各地政機關，協調取得各地政事務所之地籍存檔套圖資訊**供本署使用，將拍照取得之座標匯入軟體，即可立即確定開墾區土地地號，再以法務部地政系統取得土地地籍資料，以查明所有權人及地目編定，確定應傳喚對象及應適用何法規（另大規模全面定位時，因地點眾多，亦可將整批座標資料送請地政機關進行辨識，並即調閱該地地籍資料）。
- 三、**開墾地為公有地者，請林務局整批調取該公有地十年內年代最遠之航照圖**，確認開墾地之開墾時間是否已逾追訴時效。
- 四、**指揮員警逐筆尋找遭非法開墾之土地，並對每筆土地之所有人、承租人、使用人進行詢問，查明開墾依據，是否涉有濫墾山坡地之犯行。**上開方法，其意不在令濫墾犯罪人定罪，而在強力告知土地使用者，

其已受司法機關密切監督。因為上開土地之開墾，大部分均在私有之農牧用地上（再次呼籲，農牧用地劃設之毫無章法，是造成山坡地保育的最大障礙），其雖未曾申請簡易水土保持，但司法警察其實並無法證明其曾經使用大型機械開墾之事實。值得一提的是：單純直昇機巡視只是造勢，實在不值得讓檢察官冒險，且不足以讓土地使用者產生心理壓力，可以考慮在行動期間逐週、逐月召開國土會議，督促進度，指揮司法警察親自找上門，而且手上拿著空拍的開墾照片逐一偵訊，沒有刑責的也要追究是否有行政責任，土地使用人才會產生心理壓力而衡量得失，於是，當年所定位之100餘筆開墾土地，雖然結局果然如原先所料想的少有所獲，但山坡地濫墾之情況已大幅改善，查緝迄今已四年頭，原本像癩痢頭的各個山頭均已日漸回復生機，再次經過花東縱谷，仔細端詳仍可隱約辨識出原本遭砍伐而尚未生長雜林的墾地。現今因開墾數目少，少數開墾地點已較容易控制，當然也再無必要使用直昇機進行全面性查緝了。

## **肆、對未來的建議——治本之道**

### **一、慎重劃設農牧用地，並限制開發程度**

私有農牧用地之氾濫及公有農牧用地之租用或設定權利，是助長山坡地濫墾的濫觴，有制度、有規劃的限制土地開墾，才是治本之道。對於一定坡度以上的任何土地，首當限制供農牧使用，否則大家所看到的「濫墾」，其實將有一大部分是合法開墾。倘若因涉及私權而非一蹴可幾，那麼至少對於公有地之授權使用應極其謹慎、限縮，尤其業經水土保持局劃定的土石流潛勢溪流區域，或臨近危險地區之土地，基於人民生命考量，實不應開放租用或設定任何地上權或同意取得所有權。另夾雜在大片公有森林或林地中的公有農牧用地，既無法有效管理，實無必要同意租用或開墾，另風景區的山頭實不宜不斷劃設農牧用地，否則合法的開墾就足以使美麗山頭貼滿狗皮膏藥，甚至有故意越區墾殖之虞（花蓮、臺東皆然），一旦商人入山，農牧用地大肆開墾，再認真的檢察官也無能為力。

### **二、修正水土保持法及山坡地保育利用條例**

(1)山坡地的保護既著眼於社會法益的保護，則個人法益（所有權）的保

護自應退讓，故不論公有地、自有私有地或他人私有地，都應一體適用山坡地保育條例及水土保持法的規範，不應區別「他人土地」、「他人林地」。

- (2)水土保持法第32條「致生水土流失」，應改為「致生水土流失之虞」，並立法或授權子法對於「水土流失」之狀態具體描述，加以定義，讓一般人依客觀的觀察就可認定是否已達水土流失之狀態。或仿山坡地保育條例之規範，處罰其非法開墾行為，而不再勉強論其是否造成危險，再輔以現行該條但書之規定「但其情節輕微，顯可憫恕者，得減輕或免除其刑。」當不致於過於嚴苛。
- (3) 關於同時違反水土保持法及山坡地保育利用條例案件，應屬想像競合。倘認為有合併為一法之必要，則應統合二法之差異，合併立法，在合併立法之前，二法實應併行適用。
- (4)有規劃的修正森林法、水土保持法及山坡地保育利用條例，避免掛一漏萬、輕重失衡，甚至無法達到保護山林的目的。

### 三、山坡地禁種生薑，種薑者應視為已致生水土流失

生薑、高山蔬菜對山坡地而言，破壞力猶重於檳榔樹之種植，因為前者種植時必須盡除草木，土地涵養水份之功能盡失，而其中種植生薑者為害又更遠深於高山蔬菜，其原因：其一是斜坡、陡坡尤適於種薑，不同於高山蔬菜之必須種於平坦之處，一旦陡坡遭種植生薑，草木盡除，表土即失所附麗，隨時有遭大雨刮除表土之虞。其二者種植生薑以使用未曾耕種之原生土地（未曾人工種植之土地）為佳，故種薑者非但盡除林木，其焚林種薑者亦大有人在，動用怪手整地者更所有多有。其三是生薑經種植一至二年後，地力用盡，必須換用新地，於是每二年原耕土地即遭廢棄，焚林之舉再起，其對生態及水土保持之破壞將如癌細胞，不斷移轉擴散。其四為種植生薑之土地，必須表土以下30至50公分內均不得有稍大的石塊，故種植者不旦焚樹、伐林，甚至去石，地表石粒一經去除迨盡，僅存無涵養水份能力的土壤及細沙，大雨一來，豈有不造成土石流失之可能？日後縱使廢耕，樹木種籽雖落地生長，大雨一來又即沖失，且刮除、夾帶大片泥濘下山，其損及水土保持，造成河川淤積，下游積水漫流、挾帶泥沙，其影響至

深且鉅。

# 擅自在公有地興建森林遊憩區涉犯刑責之比較

臺灣花蓮地方法院103年度訴字第273號判決分析

陳靜誼\*

## 一、案例事實：

被告甲為「紐○華國際事業有限公司」、「紐○華溫泉山莊」、「紐○華茶樹森林」之實際負責人，其明知花蓮縣玉里鎮樂合段21○○（所有權人：中華民國、分類：風景區、林業用地）、21○○-2地號土地（所有權人：中華民國、分類：風景區、農牧用地）均為國有之山坡地，竟意圖為自己不法之利益，未得財政部國有財產署（下稱國有財產署，民國102年1月1日改制前為財政部國有財產局）之同意，於95年8月間起，擅自陸續興建水泥磚造泡湯屋、大眾泡湯池、公用廁所、平面停車場、溫泉加溫室等建物，作為紐澳華溫泉山莊之遊客住宿、遊憩及溫泉泡湯營業之使用，合計竊佔、墾殖國有土地面積達6454.65平方公尺。

## 二、涉犯法條：

刑法第320條第2項之竊佔罪、森林法第51條第1項之擅自墾殖林地罪、山坡地保育利用條例第10條及第34條第1項之擅自墾殖公有山坡地罪、水土保持法第32條第1項、第4項之未經同意擅自墾殖、開發公有山坡地罪。

## 三、被告答辯：

被告甲固坦承有於95年間陸續興建湯屋、露天浴池、平面停車場、涼亭2座、蓄水池、鐵皮屋加熱器等建物，及設施、植物均為其多年來所陸續興建或種植等情事，惟辯稱：伊於78年間向原地主乙購買本案土地時，係同時購買私有土地（購買時土地為花蓮縣玉里鎮樂合段20○○-2地號，分割後變更為20○○-12地號）及國有山坡地，購買時即知有部分為國有土地，並持續佔用，至今未超出原78年佔有使用範

\* 陳靜誼 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官

圍，故其在本案國有山坡地已墾殖20幾年等語；辯護人則以：本案國有山坡地，為被告於78年所購買，購買時該國有山坡地均業經乙竊佔墾殖使用，故被告於乙原竊佔範圍內於95年間興建房舍，非新的竊佔行為，其行為已罹於追訴權時效等語置辯。

#### 四、本案爭點：

被告甲於78年間向乙購買本案土地，而於被告購買前，乙在本案土地上係種植果樹、檳榔、菜圃，被告購買後承續先前使用的狀態，種植茶樹、樟樹等林木，惟自95年8月間起，被告在本案之國有土地上，陸續興建水泥磚造泡湯屋、大眾泡湯池、公用廁所、平面停車場、溫泉加溫室等建物。則被告於78年間種植茶樹、樟樹等林木時，是否即為竊佔罪、森林法之擅自墾殖林地罪、山坡地保育利用條例之擅自墾殖公有山坡地罪、水土保持法項之未經同意擅自墾殖、開發公有山坡地等罪之時效起算時點<sup>1</sup>？行為是否已完成？被告另於95年間8月起陸續興建造物，是否為竊佔狀態之繼續？被告所涉森林法第51條第1項之擅自墾殖林地罪、山坡地保育利用條例第34條第1項之擅自墾殖公有山坡地罪嫌、水土保持法第32條第1項、第4項之未經同意擅自墾殖、開發公有山坡地未遂罪等罪嫌，是否亦因該罪為即成犯，而罹於時效？

#### 五、一審判決（臺灣花蓮地方法院103年度訴字第273號）：

##### （一）調查經過及證據

本案，被告甲於向乙購買土地後，陸續在本案土地上種植茶樹、樟樹等林木，並自95年8月間起，陸續興建水泥磚造泡湯屋、大眾泡湯池、公用廁所、平面停車場、溫泉加溫室等建物，是否有超出原本乙竊佔國有土地及耕種範圍乙節，經向國有財產署北區分署花蓮辦事處調閱勘查資料、紐○華溫泉山莊占用國有土地清冊、土地勘清表、照片

<sup>1</sup> 相關實務見解：刑法第320條第2項之竊佔罪，為即成犯，於其竊佔行為完成時犯罪即成立，以後之繼續竊佔乃狀態之繼續，而非行為之繼續（最高法院66年台上字第3118號判例意旨參照）。按森林法第51條第1項、山坡地保育利用條例第34條第1項及水土保持法第32條第1項之罪，均具有竊佔罪之性質，為刑法第320條第2項之特別規定，於擅自佔用行為完成時犯罪即已成立，為即成犯，以後繼續擅自佔用乃狀態之繼續，而非行為之繼續（最高法院98年度台上字第5782號、84年度台上字第5764號、91年度台上字第7174號刑事判決意旨參照）。竊佔後，於竊佔狀態繼續中變更其使用之方法，不構成另一新竊佔罪，有關追訴權時效之起算，應以最初竊佔行為完成時為準（最高法院74年度台上字第3634號刑事判決意旨參照）。

圖、航照圖、繳款明細清冊、國有土地勘（清）查使用現況略圖、使用圖例說明，向花蓮縣政府府調閱建造執照、向花蓮縣玉里鎮地政事務所調閱複丈成果圖、土地登記公務用謄本、向行政院農業委員會林務局農林航空測量所調閱本案土地之正射影像檔及紙圖等文件，並經傳喚國有財產署北區分署花蓮辦事處職員，證述該國有土地未經合法承租使用而係非法佔用，及傳喚甲、乙均曾雇用在本案土地上除草之證人及甲之鄰居，證述被告甲佔用土地之範圍沒有超過乙佔用之範圍。

## （二）判決結論

1. 被告確有自78年間起，未得國有財產署同意而佔有、使用本案國有山坡地之犯意及犯行至今，且範圍未曾改變。被告於78年間既已佔用國有山坡地，於佔用期間雖有變更其佔用方式，然其佔用國有山坡地之行為既屬即成犯，一經佔用行為即完成，縱然於佔用狀態繼續中變更使用之方法，仍僅侵害狀態之持續，不因此構成另一新的佔用行為，故本件追訴權時效自應於78年間佔用行為完成時起算。故被告涉犯之刑法第320條第2項竊佔罪、刑法第349條第2項故買贓物罪，森林法第51條第1項擅自墾殖林地罪、山坡地保育利用條例第34條第1項擅自墾殖公有山坡地等罪，其犯罪行為態樣均屬即成犯，於擅自佔用行為完成時犯罪即已成立，以後繼續擅自佔用乃狀態之繼續，而非行為之繼續，被告犯罪行為於78年間既已完成，自應於斯時起算追訴權時效。
2. 刑法第349條故買贓物罪於103年6月18日修正公布，經比較修正前後條文，修正後規定並未較有利於行為人，應適用行為時即修正前刑法第349條第2項規定論處。森林法第51條第1項之擅自墾殖林地罪於87年5月27日經修正公布。經比較修正前後條文，修正後之條文並未較有利於行為人，本案應適用行為時即修正前森林法第51條第1項規定。山坡地保育利用條例第34條第1項之擅自墾殖公有山坡地罪，行為後於87年1月7日修正公布，經比較修正前後條文，修正後並未有利於被告，故本案應適用修正前山坡地保育利用條例第34條規定。又被告行為後，刑法第80條、第83條追訴權時效

期間及時效停止規定，業於94年2月2日修正公布，並自95年7月1日生效施行，經比較修正前後之規定，修正後刑法第80條追訴權時效期間較長，非較有利於被告，故本案應適用修正前刑法第80條追訴權時效規定。刑法第320條第2項竊佔罪、修正前刑法第349條第2項故買贓物罪，修正前森林法第51條第1項擅自墾殖林地罪、修正前山坡地保育利用條例第34條第1項擅自墾殖公有山坡地罪等，其最重本刑均為5年有期徒刑，依修正前刑法第80條追訴權時效規定，其追訴權時效為10年，從而本案被告所犯前開各罪名之追訴權時效至遲應於88年間均已完成，本案顯然已逾追訴權時效。至被告尚涉犯水土保持法第32條第1項、第4項之未經同意擅自墾殖、開發公有山坡地罪，該罪亦為竊佔罪之特別規定，屬即成犯，而水土保持法係於83年5月27日始經公布施行，被告犯行於78年間完成時尚無水土保持法之適用，依刑法第1條前段罪刑法定原則，自不得以行為後新增刑罰之法律對被告科予刑責。

3. 本案因追訴權時效已完成，而諭知免訴判決。

## 六、二審判決（臺灣高等法院花蓮分院105年度上訴字第27號）：

（一）檢察官上訴意旨略以：

被告佔用本案國有土地興建水泥磚造泡湯屋、大眾泡湯池、公用廁所、平面停車場、溫泉加溫室等建物，係於95年8月方始，時效應自該時起算，尚無罹於追訴權時效之問題。再被告於78年間購買本案土地時，土地尚未開發，經證人指稱係「滿目瘡痍，雜草叢生」，其上僅零星種植農作物，與被告嗣後於95年8月起在該土地上興建水泥磚造泡湯屋、大眾泡湯池、公用廁所、平面停車場、溫泉加溫室等竊佔行為，程度有天壤之別，自難執此認為被告於78年間，已將本案之國有土地移置於支配下，而遂行其竊佔之犯行。

（二）判決結論：

1. 按在公有或他人山坡地內，擅自墾殖者，75年1月10日及87年1月7日修正公布之山坡地保育利用條例第34條第1項均有處罰之明文。而此條項雖屬刑法第320條第2項竊佔罪之特別規定，如在公、私有之山坡地擅自墾殖，當然含有竊佔之性質，但因竊佔罪為即成犯，

若竊佔罪已罹於時效，追訴權消滅，並不因而取得該山坡地之權源而可以擅自墾殖，換言之，上該被竊佔之土地，猶屬公有山坡地，其在竊佔後之繼續墾殖行為，仍應受上該條例規定之拘束。又刑法之繼續犯，有狀態繼續與行為繼續之別，如犯竊佔罪，竊佔行為完成時，犯罪行為業已完成，嗣後之竊佔狀態，固屬於狀態繼續而已，不予論罪。但違反山坡地保育利用條例第10條規定，在公有或他人山坡地內，不得擅自墾殖、占用或從事同條例第9條第1款至第9款之開發、經營或使用之罪，如其占有公有山坡地墾殖之行為繼續實行之中，則屬行為繼續而非狀態繼續（最高法院99年度台上字第6025號、第6429號判決意旨參照）。又水土保持法之設立，係為保育水土資源，涵養水源，減免災害，以促進土地合理利用為目的，依水土保持法第32條第1項之犯罪構成要件以觀，以有在公有或私人山坡地或國、公有林區或他人私有林區內，未經同意擅自墾殖、占用為已足，並非單純處罰山坡地或林區之竊佔。苟若竊佔公有或他人山坡地或林區，無論成罪受罰或因法定原因不成罪之後，可無忌憚，任意擅自墾殖或占用，無視其影響水土資源之保育利用，當非制定水土保持法之目的，蓋水土保持法重在水土保持之處理及維護，避免發生公共危險之公共法益，與竊佔罪之保護土地所有人之個人財產法益顯有不同。是如在公、私有之山坡地或林區擅自墾殖、占用，當然含有竊佔之性質，縱因竊佔罪為即成犯，而竊佔罪已罹於時效，追訴權消滅，仍不因而取得使用該山坡地或林區之權源，而得擅自墾殖、占用及經營。換言之，上開遭竊佔之土地，猶屬公、私有山坡地或林區，其在竊佔後之繼續墾殖、占用、經營行為，仍應受水土保持法之拘束。又水土保持法第32條第1項，在公有或私人山坡地或國、公有林區或他人私有林區內未經同意擅自墾殖、占用或從事第8條第1項第2款至第5款之開發、經營或使用，致生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施罪，為繼續犯。如墾殖、占用、開發、經營、使用之行為在繼續實行中，則屬行為之繼續而非狀態之繼續，其犯罪之完結須繼續至其行為終了時。此與竊佔罪為即成犯，於其竊佔行為完成時犯罪即成立，以後之繼續占用乃狀態繼續，不再予論罪之情形不同（最高法院88年度台上字第5470

號、97年度台上字第4955號、98年度台上字第5782號判決、99年度台上字第7746號判決意旨參照)。

2. 被告自95年8月間起，在國有土地上陸續興建水泥磚造泡湯屋、大眾泡湯池、公用廁所、平面停車場、溫泉加溫室等建物，與其於78年間向乙購買土地時，其上已種植果樹、檳榔、菜圃，被告購買後承續先前使用的狀態，種植茶樹、樟樹等林木之占有行為態樣明顯不同，被告所涉刑法第320條第2項之竊佔罪嫌或修正前刑法第349條第2項故買贓物罪，至88年間雖已罹於修正前刑法第80條第1項第2款之10年追訴權時效，然被告所涉森林法第51條第1項之擅自墾殖林地罪、山坡地保育利用條例第34條第1項之擅自墾殖公有山坡地罪嫌、水土保持法第32條第1項、第4項之未經同意擅自墾殖、開發公有山坡地未遂罪等罪嫌，業經檢察官於103年10月間偵查起訴，無論依修正前或依修正後刑法第80條第1項第2款規定，其追訴權時效為10年或20年，均尚未罹於時效。倘依原審判決見解，無異被告日後可在上開國有土地上恣意為違反山坡地保育或水土保持之犯行，影響公共利益甚鉅，難謂妥適。

3. 原判決撤銷，發回原審法院。

#### 七、結論：

森林法第51條第1項之擅自墾殖林地罪、山坡地保育利用條例第34條第1項之擅自墾殖公有山坡地罪、水土保持法第32條第1項、第4項之未經同意擅自墾殖、開發公有山坡地未遂罪等罪，本質上固具有竊佔罪之性質，為刑法第320條第2項之特別規定，然究實以論，在林地上墾殖或占用，仍屬繼續不斷的行為，而非行為完成後之另一不同之行為，如墾殖、占用、開發、經營、使用之行為，在竊佔行為完成後仍在繼續實行中，則屬行為之繼續而非狀態之繼續，其犯罪之完結須待放棄法益的侵害狀態時，行為方才完成而終了。

# 森林法案件實務案例解析

黃和村\*

## 一、前言

森林法(105年11月30日修正)第1條即明定「為保育森林資源，發揮森林公益及經濟效用，並為保護具有保存價值之樹木及其生長環境，制定本法。」是森林法之立法意旨，係在保育森林資源，維持森林植被自然原貌，維護森林資源永續利用，及確保水源涵養及水土保持等目的而制定。台灣地區面積海拔100公尺以上山地佔74%，海拔1000公尺以上山地佔47%，可以說四分之三面積都是山地，海拔1000公尺以上的深山森林，蘊藏豐富珍貴的紅檜、扁柏、紅豆杉及牛樟等珍貴樹種之木材，價格昂貴，竊取及銷贓行為之不法獲利可觀，山老鼠盜伐與銷贓集團應運而生，為遏止在森林區盜伐林木，森林法第50條至第54條規範刑責之處罰，第50條係竊取森林主副產物等刑責，第51條係擅自墾殖或占用森林之處罰，第52條係竊取森林主副產物之加重處罰，第53條係放火或失火燒燬森林之處罰，第54條毀損保安林之處罰，茲就森林法這五個法條以實務上之案例解說，俾供違反森林法刑事案件之參考。

## 二、盜取森林主副產物罪(森林法第50條)

(一)法條：森林法第50條規定「竊取森林主、副產物，收受、搬運、寄藏、故買或媒介贓物者，處六月以上五年以下有期徒刑，併科新臺幣三十萬元以上三百萬元以下罰金。前項竊取森林主、副產物之未遂犯罰之。」本罪處罰類型包括竊取森林主副產物及收受、搬運、寄藏、故買或媒介贓物罪。

(二)不以自己盜伐為限：森林係指林地及其群生竹、木之總稱。而所謂森林主產物，依國有林產物處分規則第三條第一款之規定，係指生立、枯損、倒伏之竹木及餘留之根株、殘材而言。是森林主產物，並不以附著於其生長之土地，仍為森林構成部分者為限，尚包括已與其所

\* 黃和村 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察長

生長之土地分離，而留在林地之倒伏竹、木、餘留殘材等，至其與所生長土地分離之原因，究係出於自然力或人為所造成，均非所問。他人盜伐後未運走之木材，仍屬於林地內之森林主產物。森林法第五十條第一項所定竊取森林主、副產物之竊取云者，即竊而取之之謂，並不以自己盜伐為限，縱令係他人盜伐而仍在森林內，既未遭搬離現場，自仍在管理機關之管領力支配下，如予竊取，仍為竊取森林主產物，應依森林法之規定論處。（最高法院 92 年第 17 次刑事庭會議、最高法院93年台上字第860號刑事判例）

**(三)主副產物範圍：**森林主產物，係指生立、枯損、倒伏之竹木及餘留之根株、殘材；副產物則指樹皮、樹脂、種實、落枝、樹葉、灌藤、竹筍、草類、菌類及其他主產物以外之林產物。（臺灣臺東地方法院99年度訴字第132號刑事裁判）

**(四)森林認定不受地目限制：**丁、戊二筆國有原野地毗鄰，非經實測，不知其界址，丁地地目為「林」，戊地地目的為「旱」，均植同種類之森林，某丙基於概括之犯意，連續數日加以竊取，某丙究犯何罪？應如何處斷？討論意見：甲說：丙為連續違反森林法，僅犯森林法上之罪。理由：(1)森林法第五十條所定之罪，其保護之客體，係「森林」而非「林地」只要盜伐森林，不管該森林是在林地 或旱地之上，均構成森林法上之罪。蓋地目之編訂，只是行政手續問題，並非違反森林法之先決條件，地目縱為「林地」，而未植有森林者，即使在其上墾植，亦不構成森林法第50條之罪，因本無森林，即使墾植，對森林即無所謂損害也。相同道理，縱為旱地但實際上植有森林，對土地具有水土保持作用，加以竊取，即屬對森林造成損害，即應適用森林法之處罰規定。(2)就實際情形而言，丁戊二地毗鄰，均種相同之森林，非經實測不知其界址，某丙深知二地均係森林，以概括之犯意加以竊取，所伐之林木堆集一起，無從查明何者取之於林地，何者取之於旱地，其材積山價即無法確實調查，且就某丙之犯意而言，亦無二罪之處罰價值。

**(五)竊取森林主副產物與搬運贓物侵害法益不同：**竊盜罪係以行為人竊取他人之動產為犯罪構成要件；故買贓物則以行為人明知為贓物而有償

取得贓物之所有權始克成立，二者構成要件迥異，社會基本事實並非同一，檢察官起訴竊盜事實，法院自行認定贓物事實加以審判，變更起訴法條，論處被告贓物罪刑，於法不合。又竊盜罪所破壞之財產法益，為動產之所有權與持有權；而贓物罪旨在防止因竊盜、詐欺、侵占各罪被奪取或侵占之物難於追及或回復，則竊盜罪與贓物罪所侵害之法益，顯有不同。本件被告二人固涉有搬運贓物罪嫌，惟就犯罪基本構成要件而言，前者為意圖為自己不法之所有，竊取森林主、副產物（結夥及使用車輛為該罪之加重要件）之竊盜罪；後者為明知梢楠角材為贓物，仍加以收受、搬運、寄藏或故買之贓物罪，犯罪構成要件迥不相同；侵害財產法益亦有不一，另犯罪時間、地點，亦有顯著差異，所受法律評價，又大不相同，罪質並無共通性可言。依上開說明，二者社會基本事實並不同一，法院無從就被告二人涉嫌所犯贓物罪加以審判。（最高法院97年度台上字第3867號刑事裁判）

### 三、擅自墾殖占用森林罪(森林法第51條)

(一)法條：森林法第51條「於他人森林或林地內，擅自墾殖或占用者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣六十萬元以下罰金。前項情形致釀成災害者，加重其刑至二分之一；因而致人於死者，處五年以上十二年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金，致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣八十萬元以下罰金。第一項之罪於保安林犯之者，得加重其刑至二分之一。因過失犯第一項之罪致釀成災害者，處一年以下有期徒刑，得併科新臺幣六十萬元以下罰金。第一項未遂犯罰之。犯本條之罪者，其供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」

(二)說明：本條共六項，第1項規範擅自墾殖占用森林之基本罪型，第2項係加重結果罪型，又分三種，一為致釀成災害罪，二為致人於死罪，三為致重傷罪，第3項規範在森林之保安林犯之者，加重其刑，第4、5項規範過失及未遂犯之處罰，第6項則為沒收規定，比較特別是沒收標的包括供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，不問屬於犯罪行為人與否，全部沒收；無論刑責或沒收財物情節，只要在他人森林或林地內，擅自墾殖或占用者，都可能受到嚴厲之處罰。

**(三)刑法竊佔罪之特別規定：**森林法第51條第1項之罪，為刑法第320條第2項竊佔罪之特別規定，本質上含竊佔行為在內；又竊佔罪為即成犯，於竊佔行為完成時犯罪即成立，以後之繼續竊佔，乃狀態之繼續而非行為之繼續；如在他人竊佔土地行為完成後，始向其買受或收受，縱明知係因竊佔而得，仍予故買或收受，祇能成立故買贓物或收受贓物罪，與收買動產之盜贓初無異致，不能謂其故買或收受行為，即為竊佔不動產。(最高法院81年度台上字第2198號刑事裁判)

**(四)航照圖比對涉犯擅自墾殖罪：**李○妹擅自在花蓮林區管理處玉里事業區第七十二國有林班地內即附圖所示丙住置，擅自墾植約零點一二公頃栽種金針。被告李○妹固坦承耕種右述土地，但辯稱該處早經其父李○好在六十七、八年開墾，於八十三年間轉交她耕作云云經本院履勘現場，林務局工作人員潘○臣證稱：本件土地金針僅有二、三年歷史。經比對八十一年二月二十七日所攝航照圖，在案外人李○好承租地顏色較淡，丙位置顏色較深；潘君復證稱：航照圖深色部分是樹林，(顏色)較淡部是被開墾土地。雖李○好證稱丙部分與承租地同時開墾云云；惟李男說詞顯與航照圖顯示開墾情形不同，且李○好係被告父親，其證詞實係附和被告之詞，不足採信。綜上論述，本件事證明確，被告所辯不足採信，犯行足堪認定。核被告所為係犯森林法第五十一條第一項擅自墾植罪。(臺灣花蓮地方法院86年度訴字第434號刑事裁判)

**(五)承租人未依約定改種檳榔：**甲於82年2月間向嘉義林區管理處承租大埔事業區第104林班普通林地，依契約約定造林樹種為麻竹，嗣甲竟貪圖較高利潤，未經申請核准，擅自改植檳榔一千二百株，甲是否構成森林法第51條第1項擅自墾植罪？研討結論：甲於承租林地內雖種植契約未約定之檳榔，然而種植檳榔，亦屬經濟造林，如因租賃對於該林地有正當使用權源，縱違反約定使用方法，稽其性質，亦屬林地『超限使用』問題，顯與『擅自』之要件不符。何況山坡地保育利用條例第34條第1項及森林法第51條第1項就擅自墾植罪均有規定，俱屬刑法第320條第2項竊佔罪之特別規定，在承租山坡地超限使用，依最高法院85年度台上字第402號判決意旨，既認為不構成擅自墾植罪，甲改種檳榔行為應不構成森林法第51條第1項擅自墾植罪。(司法院第

四十五期司法業務研究會法律問題研討)

**(六)擅闢泥土道路之沒收：**某甲於省屬保安林地內，擅闢一條泥土道路，傾倒廢土，依森林法第五十一條第二項第一項於他人保安林內擅自設置工作物罪處罰，得否將該擅闢泥土道路依同條第四項宣告沒收？討論結論：森林法制定宗旨在保育森林資源，發揮森林公益及經濟部益。擅自開闢道路足以破壞森林保育，泥土涵養，造成水源缺乏，不問所闢泥土道路，其上有無填加設施(如鋪柏油路面)，均應嚴加禁止，以維護森林資源。此參諸「臺灣省國有林事業區出租造林管理辦法」第五條第一項第三款：「租地造林人設置或廢止林道、防火線、苗圃、工寮及其他工事，均應報請核准後始得實施」之規定亦明。最高法院七十九年度第一次刑事庭會議決議：「於地上、地下施工使成為具有特定用途之設施如道路者，即可稱之為工作物。」(如附件二)亦宣示此旨。故於保安林內擅闢之泥土道路，仍應屬森林法第五十一條第一項所定之工作物，自應論以森林法第五十一條第二項第一項於他人保安林內擅自設置工作物罪，所開闢泥土道路應依同法條第四項宣告沒收。(臺灣高等法院84年法律座談會)

**(七)原住民臨時起意墾殖無阻卻違法：**查被告固係原住民，登記族別為布農族，有其個人戶籍資料(完整姓名)查詢結果1紙在卷可參(見本院卷第4頁)，然其於98年間申請第59林班地增辦補編原住民保留地時，應已知悉第59林班地內之崙天段第29地號土地為國有土地，復屬公有山坡地、森林地，猶於103年10月間起，未經林務局之同意，亦未經主管機關之許可，擅自在如附圖所示操生地區域種植柑橘果樹、油菜、小白菜等農作物，共墾殖、占用上開林地即崙天段第29地號土地面積約0.3公頃，業證如上，足見其上開墾殖、占用非依山坡地保育利用條例第37條規定而為；又依前述被告所供：因有人通知其該地遭焚燒，始前往查看，方買菜種去撒等語(見本院卷第234頁正面)，顯見其係臨時起意而為，非係長久墾殖、占用上開土地之「生活慣俗需要」而「採取」森林資源，而與森林法第15條第4項規定不符；況被告將上開土地申請增辦補編為原住民保留地，所申請之地號及面積，除有未耕作農用外，復包括私有地及與陳○○所申請之原住民保留地相重疊等情，已有擴大申請其未耕作農用之地及非法占有他人私有地之嫌

；是被告上揭所為，難認合於山坡地保育利用條例第37條、森林法第15條第4項之規定，自非原住民族基本法所規定之「依法」採集野生植物行為，要難據為阻卻違法事由。…按山坡地保育利用條例第34條第1項，為森林法第51條第1項之特別規定，依特別法優於普通法之法律競合關係，前者應優先於後者適用。又山坡地保育利用條例第34條第1項之擅自占用罪，為刑法第320條第2項竊佔罪之特別規定，本質上含有竊佔行為在內(最高法院90年度臺上字第5923號、93年度臺上字第2833號、97年度臺上字第6983號判決參照)。是被告上開所為，依前揭說明，應依法規競合吸收關係之法理，擇一適用山坡地保育利用條例第34條第1項之在公有山坡地內擅自占用罪論處。(臺灣花蓮地方法院104年度原訴字第95號刑事判決)

#### 四、盜取森林主副產物罪之加重罪(第52條)

(一)法條：第52條「犯第五十條第一項之罪而有下列情形之一者，處一年以上七年以下有期徒刑，併科贓額五倍以上十倍以下罰金：一、於保安林犯之。二、依機關之委託或其他契約，有保護森林義務之人犯之。三、於行使林產物採取權時犯之。四、結夥二人以上或僱使他人犯之。五、以贓物為原料，製造木炭、松節油、其他物品或培植菇類。六、為搬運贓物，使用牲口、船舶、車輛，或有搬運造材之設備。七、掘採、毀壞、燒燬或隱蔽根株，以圖罪跡之湮滅。八、以贓物燃料，使用於礦物之採取，精製石灰、磚、瓦或其他物品之製造。前項未遂犯罰之。第一項森林主產物為貴重木者，加重其刑至二分之一，併科贓額十倍以上二十倍以下罰金。前項貴重木之樹種，指具高經濟或生態價值，並經中央主管機關公告之樹種。犯本條之罪者，其供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。第五十條及本條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，減輕或免除其刑。」

(二)說明：第52條為第50條規定之加重條款，其修正重點如下：(1)刑責提高至1年以上7年以下之有期徒刑，罰金之計算基準，提高為併科

贓額5倍以上10倍以下罰金。(2)竊取之森林主產物為貴重木者，加重其刑至二分之一，即最高可處10年6月有期徒刑，罰金亦提高為贓額10倍以上20倍以下。(3)增訂第52條第4項，貴重木之樹種，指具高經濟或生態價值，並經中央主管機關公告之樹種。(4)增訂第52條第5項，採「絕對沒收」規定，明定犯本條之罪者，其供竊取之器材及第一項第六款之牲口、船舶、車輛，或有搬運造材之設備，不問屬於犯人與否，沒收之。(5)增訂第52條第7項，係參照證人保護法第14條規定所增訂，期鼓勵從事山中竊取森林主副產物之犯嫌，能向檢方供出盜伐集團之主事者或負責人，以換取減輕或免除其刑。

**(三)竊取森林貴重木之加重處罰：**因國有林之紅檜、扁柏、紅豆杉及牛樟等珍貴樹種，或為柏檜類北半球分布最南界，或為天然下種及人工育苗不易致林分更新困難，且須經數百年生長始成巨木，不僅為高經濟且在生態上有其特殊價值，爰對於竊取貴重木者，予以加重其刑至二分之一，罰金亦提高為贓額 10 倍以上 20 倍以下，以為遏阻。貴重木之樹種，指具高經濟或生態價值者。將臺灣扁柏、紅檜、巒大杉（香杉）、臺灣肖楠、南洋紅豆杉（臺灣紅豆杉）、臺灣杉、烏心石、檫（臺灣檫）、牛樟、臺灣檫樹、黃連木、毛柿等 12 種樹種，公告為貴重木之樹種。（行政院農業委員會於104年7月10日農林務字第1041741162號公告。）

**(四)沒收之特別規定：**依現行法令，沒收供犯罪所用之物，僅能以刑法第38條規定，就屬於犯罪行為人所有者，予以沒收，惟考量現行實務與查緝現況，犯罪行為人常以租賃或借用車輛、器具等方式進行犯案，該等犯罪工具，因非屬犯罪行為人所有，致無法沒收而使行為人得一再使用，造成再次犯罪之機會大增；復衡諸森林為臺灣的命脈，佔國土面積達百分之59，具有國土保安、水土保持、涵養水源、調節氣候、生物多樣性保育、林產經濟等多種公益及經濟效用，且近年來極端氣候影響，天災頻仍，使保育森林資源與自然生態之「環境法益」觀念，成為國人普遍之共識，一旦森林資源遭竊取，其效用將消失殆盡；考量採絕對沒收，雖有侵害第三人財產權之虞，但能使第三人對於出借或租用器具予犯罪行為人，須承擔遭沒收之風險，因而有所警惕，進而促使犯罪行為人無法利用此一途徑規避責任，使國有森林資

源受到保護，有助於立法目的之達成，依比例原則及法益權衡原則，排除刑法第 38 條第 3 項規定，並參酌動物用藥品管理法第 43 條、環境用藥管理法第 45 條及毒品危害防制條例第 18 條等規定，採「絕對沒收」原則，明確規範犯本條之罪者，其供竊取之器材及第 1 項第 6 款之牲口、船舶、車輛，或有搬運造材之設備，不問屬於犯人與否，沒收之；針對絕對沒收，當事人間如有爭議，仍可循民事訴訟程序解決，以為救濟。(104年5月6日第52條立法理由參照)

**(五)窩裡反條款：**參照證人保護法第 14 條規定，增訂第6項規定，就違反森林法第50條或第52條的被告或犯罪嫌疑人，在檢察官進行刑事偵查程序時，提供與案情有關的待證事項，或同案的其他犯罪行為人之犯罪事證，使檢察官能夠加以追訴者，經過檢察官同意後，可減輕或免除其刑。透過這個規定，使從事山中竊取森林主副產物之犯嫌，能夠向檢方供出盜伐集團的主事者或負責人，以換取減輕或免除其刑，將可澈底糾出背後操控者，一舉殲滅、瓦解盜伐集團。

**(六)搬運贓物使用車輛之加重：**森林法第52條第1項第6款規定竊取森林主、副產物，為搬運贓物，使用牲口、車輛、船舶或有搬運造材之設備者，加重處罰，旨在阻止宵小利用易於搬移、運送之設備，助益其搬運贓物脫離現場，以遂其盜取森林產物之目的，資以杜絕森林之濫採行為。其所處罰者，係竊取森林主（副）產物，而利用設備載運贓物脫離現場之行為，故舉凡足供助益行為人搬移、運送贓物之牲口、車船等一切設備，均屬該條文規範之範疇（最高法院100年度台上字第1368號判決意旨參照）。查被告謝○○竊取桃花心木4棵後，駕駛車牌號碼4AFY-0000號自用小貨車，分別將其中2棵桃花心木拖運並放置於縣道東37線12公里處路邊，再將其餘2棵桃花心木拖運至稱發哥民宿後方空地，復於104年7月15日由不知情之被告陳清課駕駛車牌號碼VS-811號自用大貨車於上開二處搬運上開桃花心木，欲載至被告林佑龍之木材行等情，業據被告謝○○於本院審理時供承在卷，本件被告謝○○行竊地點位於國有林地內，且桃花心木之數量、重量及體積非微，無法輕易以人力搬運下山，亦據證人陳○○於本院審理時證稱：謝○○兩台車中，排氣量2351的應該是兩噸半，無法一次載4棵桃花心木，最勉強可以載2棵，但沒有吊桿吊上去，人搬不上去等語明確

，此外有前揭贓證物品領據及衛星定位圖、現場照片在卷可稽，顯見被告謝○○駕駛車牌號碼4AFY-0000號自用小貨車前往行竊地點，及利用不知情之同案被告陳○○駕駛車牌號碼VS-000號自用大貨車前往木材放置地點，均係為搬運贓物之用無訛，揆諸上開說明，被告謝○○自應構成使用車輛搬運贓物之竊取森林主產物罪。（臺灣臺東地方法院105年度訴字第63號刑事判決）

**(七)竊取貴重木併科10至20倍罰金：**按森林法第52條第3項規定「第1項森林主產物為貴重木者，加重其刑至二分之一，併科贓額10倍以上20倍以下罰金」。查本件遭竊之牛樟木價值合計為87萬8,400元乙節，業如前述，審酌被告謝○○、邱○○、孫○○、陳○○4人上開犯罪分工情節不同，爰依森林法第52條第3項之規定，就被告謝○○、邱○○均併科贓額即上開牛樟木價值11倍為適當，即966萬2,400元（計算方式：87萬8,400元 $\times$ 11=966萬2,400元）之罰金，就被告孫○○、陳○○併科贓額10倍為適當，即878萬4,000元（計算方式：87萬8,400元 $\times$ 10=878萬4,000元）。另就被告曾○○幫助竊取系爭牛樟木之情節，依刑法第30條第2項、森林法第52條第3項之規定，併科贓額7倍為適當，即614萬8,800元（計算方式：87萬8,400元 $\times$ 7=614萬8,800元）。（臺灣臺東地方法院106年度原訴字第13號刑事判決）

**(八)原住民涉犯之減輕事由：**森林法第52條之竊取森林主、副產物罪法定刑為「1年以上7年以下有期徒刑」然同為竊取森林主、副產物者，其原因動機不一，犯罪情節未必盡同，種類、數量亦有差異，破壞自然生態之程度自屬有別，若不分犯罪情節輕重，概處以上開刑責，難免輕重失衡，倘有情輕法重情形，於裁判時自得適用刑法第59條酌量減輕其刑，以避免過嚴之刑罰。經查，被告賴○○、湯○○、陳○○均為泰雅族山地原住民，此有被告3人之個人戶籍資料(完整姓名)查詢結果各1份存卷可參，而原住民族向來與大自然存有共存共榮之關係，舉凡食衣住行無一不與自然環境緊密相連，形成靠山吃山之特殊生活方式，而前揭生活型態隨著時代之演進，亦逐漸深化為各原住民族成員間所共享之生活經驗，成為原住民族文化之實質內涵。從而，相較於漢民族而言，原住民族與自然環境本具較緊密之生活聯繫，亦可謂採集野生動植物本屬原住民族傳統文化之核心領域。故立法者基於保

育森林資源，發揮森林公益及經濟效用等政策考量，固得制定刑罰規範統制森林資源，並對違反主流文化秩序之行為科予刑罰，然司法者於個案適用法律之際，仍不得不對已定著於受裁判者內心之價值經驗給予適當尊重。易言之，原住民族既有與漢民族迥然有別之傳統文化及生活體驗，則以刑罰規範強使其等與野生山林資源保持距離，並自我節制自然資源之取用，應具較低程度之期待可能；又觀諸其等僅以傳統持銼刀磨取之方式採集牛樟芝，核與駕車或攜帶大量專門工具大肆掠奪森林主、副產物之具規模性、組織性犯罪計畫之盜伐集團相異，非難性自亦有所不同；況其等所竊之如附表編號1所示之牛樟芝，均已遭警方查扣並發還玉里工作站，故被告3人已無從將上開牛樟芝挪作私用途(例如:食用、販賣等)，此情應足強化其等不再犯本罪之反對動機。爰此，本院因認如依森林法第52條規定，就被告3人量處有逾期徒刑1年之不得易科罰金之刑，確有情輕法重之情，乃各依刑法第59條之規定酌減其刑。(臺灣花蓮地方法院105年度原訴字第51號刑事判決)

**(九)拾得貴重漂流木應申請登記：**按天然災害發生後，國有林竹木漂流至國有林區域外時，當地政府需於一個月內清理註記完畢，未能於一個月內清理註記完畢者，當地居民得自由撿拾清理，森林法第15條第5項定有明文。公告自由撿拾清理時，應於公告中敘明：自由撿拾漂流木，發現漂流木上有國有、公有、私有註記、烙印者，由拾得人於撿拾後通報當地林務局林區管理處或直轄市、縣(市)政府保管並依民法第810條拾得漂流物規定辦理；拾得無國有、公有註記、烙印但屬森林法第52條第4項公告之貴重木之漂流木，應由拾得人向當地林務局林區管理處或直轄市、縣(市)政府申請拾得漂流木登記搬運，以確定漂流木所有權之歸屬，拾得人對於拾得之漂流木，應依森林法第44條第1項規定，設置帳簿，記載其林產物種類、數量、出處及銷路。海上漂流木如由漁民打撈，進港後應由海巡署或港務局人員，查看該漂流木有無烙印國、公有記號。如烙印國、公有記號之木材者，由海巡單位交當地林務局林區管理處或縣(市)政府運回集中保管，依民法第810條拾得漂流物規定辦理。如屬於無烙印國、公有記號之木材，則依民法第802條無主動產先占規定辦理，處理天然災害漂流木

應注意事項第3點（七）第1款、第7點分別訂有明文。故拾得漂流木，除依上揭規定通報林務局林區管理處或直轄市、縣（市）政府保管，並依民法第810條拾得漂流物規定辦理外，拾得人均應申請拾得漂流木登記搬運。（臺灣花蓮地方法院105年度原易字第75號刑事判決）

**（十）竊取樹瘤：**被告於偵訊時已供明，樹頭係二月間竊取來，我將它放在山上園裡，準備載到光復去請人家清洗等語，矧參以被告於警訊中亦供稱：在這之前約在82年間曾在瑞穗林道做過三次，都是自己上山去鋸等語，此外復有贓物領據可佐。再該批贓物之價額，為新台幣五萬七千元，有証人陳○輝之証陳明確及其所提之贓物材積調查表可憑，則被告於審理中再翻異前供，辯稱：該批樹瘤非伊所鋸，係伊檢到云云，即非實在，難以採憑。事證明確，被告犯行堪以認定。核被告所為，係犯森林法第52條第1項第6款之竊取森林主產物，為搬運贓物，使用車輛罪。（臺灣花蓮地方法院86年度訴字第314號刑事裁判）

**（十一）竊取野生山蘇：**金○蓮夥同僱請之李○山及金○賢（現役軍人，另移軍法機關審理）結夥二人以上，共同意圖為自己不法之所有，並基於犯意之聯絡，於民國八十七年十一月二十四日上午十時許，由金○蓮攜帶其所有、客觀上具危險性之鋸子、鐮刀各一把，三人在坐落於花蓮縣秀林鄉文蘭段六七四地號之林地內，以鋸子、鐮刀砍取之方式竊取屬森林副產物之野生山蘇，共竊得一○二株（市價約新台幣（下同）九百八十元），適經該地原承租人施○坤發現，報警當場查獲。核被告金○蓮所為，係犯森林法第五十二條第一項第四款之僱使他人、結夥二人以上，竊取森林副產物罪；被告李○山所為，係犯森林法第五十二條第一項第四款之結夥二人以上，竊取森林副產物罪。（臺灣花蓮地方法院88年度訴字第22號刑事裁判）

**（十二）竊取七里香：**政府基於保護山林之自然生態，追求永續發展之政策，將山坡地規劃列屬為公有之情形，較一般平地土地之比例為高，此為一般人所週知，被告2人從事園藝業，又均曾至前開現場查看，對現場環境係屬山坡地乙情，自無法諉為不知，再佐以被告2人所挖取之樹種，並非尋常可見，乃生長速度遲緩、較為珍貴之七里香樹，其經濟價值甚高，為觀賞園藝之熱門樹種，被告2人比一般人具有較高

之專業知識，其等單憑證人片面之詞即遽認證人對之有合法權源，實難令人採信。是被告2人係犯森林法第52條第1項第1款、第4款之結夥2人以上於保安林內竊取森林主產物罪(臺灣苗栗地方法院96年度訴字第236號刑事裁判)

## 五、放火或失火燒燬他人森林罪(第53條)

(一)法條：第53條「放火燒燬他人之森林者，處三年以上十年以下有期徒刑。放火燒燬自己之森林者，處二年以下有期徒刑、拘役或科新台幣三十萬元以下罰金；因而燒燬他人之森林者，處一年以上五年以下有期徒刑。失火燒燬他人之森林者，處二年以下有期徒刑、拘役或科新台幣三十萬元以下罰金。失火燒燬自己之森林，因而燒燬他人之森林者，處一年以下有期徒刑、拘役或科新台幣十八萬元以下罰金。第一項未遂犯罰之。」

(二)說明：本條共5項，第1項放火燒燬他人森林罪；第2項放火燒燬自己森林罪，因而燒燬他人森林者加重處罰；第3項失火燒燬他人森林罪；第4項失火燒燬自己森林因而燒燬他人森林罪；第5項係放火燒燬他人森林之未遂犯。

(三)失火燒燬他人森林：被告於民國(下同)八十五年一月六日下午一時三十分許，在其向吳○良租用坐落南投縣仁愛鄉山地保留地私有林內，應注意能注意點燃雜草時，火苗隨時可能延燒至附近他人之林木，竟疏於注意，在上揭土地內整地，並集中雜草，以自備之打火機點燃雜草，而未予有效控制，致火勢延燒至鄰地林木，核被告所為，係犯森林法第五十三條第三項之罪。(臺灣南投地方法院85年度易字第171號刑事裁判)

(四)放火燒燬他人森林：陳○○於102年3月9日10時許，在上開南投縣信義鄉臺大實驗林第28林班地內，意欲找尋鏈鋸，遂基於燒燬他人森林之犯意，在前揭第28林班之林地內，以打火機點火燒燬該林地內草生地約0.06公頃。嗣於102年3月9日13時45分許，臺大實驗林管處除草工人發現火警，通報消防隊及臺大實驗林管處員工前往現場搶救滅火，於同日16時30分許撲滅火勢，災情始未擴大。本案被告陳○○以打火機點火之處，為南投縣信義鄉臺大實驗林第28林班地內，該處屬林

地，且有群生之竹、木，有上開現場相片2幀在卷可憑，應屬森林法所定他人之森林無訛。又被告以打火機點火燃燒該處草叢後，其火勢為消防隊及臺大實驗林管處員工搶救撲滅，致該林地內草生地約0.06公頃遭燒燬，未燒及林木，固有上開臺大實驗林對高岳營林區102年3月9日護管巡視日記簿可參；惟依前開說明，該遭燒燬之草生地，為森林之一部分，縱無竹、木遭燒燬，亦不影響被告陳○○燒燬他人森林既遂之認定。（臺灣南投地方法院102年度訴字第387號刑事判決）

**(五)失火燬燒他人森林：**楊○○於民國104年4月19日上午9時許，在其位於屏東縣萬巒鄉新安路33之2號住處後院，放火焚燒清除後院內之雜草、樹枝時，本應注意由王麗怡無權占用位於屏東縣萬巒鄉五溝水段180-1387地號種植之檳榔樹及放置之灌溉用水管等物，自應避免火苗引燃檳榔樹、灌溉用水管而致生公共危險，且依當時之客觀情形及其智識能力，並無任何不能注意之情事，竟疏未注意至此，且未在旁注意當時風勢並適時控制火勢，致火勢過大而燒毀該筆土地上之檳榔樹及灌溉用水管等物，核被告楊宗璞所為，係犯森林法第53條第3項失火燒燬他人之森林罪。又森林法第53條第3項，係刑法第175條第3項之特別規定，自應先於普通法適用（最高法院41年度台非字第59號判例意旨參照）。（臺灣屏東地方法院105年度簡字第301號刑事簡易判決）

## 六、毀損保安林罪(第54條)

**(一)法條：**第54條「毀棄、損壞保安林，足以生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或科新台幣三十萬元以下罰金。」

**(二)保安林：**第22條（應編為保安林情形）「國有林、公有林及私有林有左列情形之一者，應由中央主管機關編為保安林：一、為預防水害、風害、潮害、鹽害、煙害所必要者。二、為涵養水源、保護水庫所必要者。三、為防止砂、土崩壞及飛沙、墜石、洋冰、頽雪等害所必要者。四、為國防上所必要者。五、為公共衛生所必要者。六、為航行目標所必要者。七、為漁業經營所必要者。八、為保存名勝、古蹟、風景所必要者。九、為自然保育所必要者。」，又保安林之管理經營，不論所有權屬，均以社會公益為目的。各種保安林，應分別依其特

性合理經營、撫育、更新，並以擇伐為主。另定有「保安林經營準則」。

**(三)擅自墾殖及毀損保安林：**被告等毀損並擅自墾殖之上開木麻黃林地，係坐落在曾文溪旁之保安林區該林地緊鄰曾文溪出海口，其非私人所有之土地，乃一般人所知之事；且若被告有疑該地為私人所有，即無於白日逕自挖林盜墾，無懼地主發現之理，足徵被告明知該地非私人所有之土地無疑。準此，被告既明知該地非私人所有，衡情即無不知其屬公有土地之理。況該地遍植木麻黃，而該林種專為防風飛砂所用，有特別保育之必要，亦為常人所得想見之事。被告等既明知所伐者為溪岸邊之木麻黃林，卻辯稱不知為國有之保安林云云，顯屬卸責之詞，自不足採。按森林法第五十一條為刑法第三百二十條第二項之特別規定，依特別法優於普通法之法律競合關係，應依森林法第五十一條處斷，故核被告等毀損上開保安林，並擅自墾殖之行為，應係犯森林法第五十一條第二項在他人森林內擅自墾殖罪及同法第五十四條第一項之毀損保安林罪。（臺灣臺南地方法院87年度易字第1810號刑事裁判）

**(四)毀損保安林，尚須足生損害於公眾或他人：**按森林法第54條第1項犯罪之構成要件，除須毀棄、損壞保安林外，尚須足以生損害於公眾或他人，始足當之。又同法第51條第1項、第2項規定之於保安林內擅自墾植，以未經主管機關之核准，而擅自在保安林內墾殖，為其構成要件（見最高法院84年度台上第4545號判決意旨足資參照）。惟查，經桃園市政府水務局會同水保技師，於103年8月20日至本案占用部分會勘結果，認定現場已植被覆蓋，而未發覺有任何水土流失之情形，此有桃園縣政府水務局103年9月1日桃水保字第1030031433號函暨會勘紀錄、會勘照片3張及照片拍攝位置圖1份在卷可佐，可認本案占用部分雖遭占用及墾殖，惟未致生水土流失之程度，而有足生損害於公眾或他人之情，此外，公訴檢察官亦已於原審準備程序中補充本件被告有為墾殖行為，是起訴書之證據並犯法條欄第二項所載認被告涉犯毀損保安林罪云云，應屬墾殖之誤載。又墾殖必先以己力支配他人保安林而後得以為之，故被告砍伐本案占用部分上之樹林後植以草皮之墾殖犯罪事實必涵蓋占用行為，是本案被告基於擅自占用架設變電箱及

墾殖之犯意，於本案占用部分上砍伐保安林後種植草皮，並架設變電箱，應屬單純一罪，故公訴意旨認被告所為，另犯有毀損保安林罪，並與前揭論罪科刑占用保安林罪部分，為想像競合犯關係，應從一重處斷云云，容有誤會。（臺灣桃園地方法院104年度簡上字第161號刑事判決）

**(五)毀損並墾殖木麻黃林地：**被告等毀損並擅自墾殖之上開木麻黃林地，係坐落在曾文溪旁之保安林區該林地緊鄰曾文溪出海口，其非私人所有之土地，乃一般人所知之事；且若被告有疑該地為私人所有，即無於白日逕自挖林盜墾，無懼地主發現之理，足徵被告明知該地非私人所有之土地無疑。準此，被告既明知該地非私人所有，衡情即無不知其屬公有土地之理。況該地遍植木麻黃，而該林種專為防風飛砂所用，有特別保育之必要，亦為常人所得想見之事。被告等既明知所伐者為溪岸邊之木麻黃林，卻辯稱不知為國有之保安林云云，顯屬卸責之詞，自不足採。按森林法第五十一條為刑法第三百二十條第二項之特別規定，依特別法優於普通法之法律競合關係，應依森林法第五十一條處斷，故核被告等毀損上開保安林，並擅自墾殖之行為，應係犯森林法第五十一條第二項在他人森林內擅自墾殖罪及同法第五十四條第一項之毀損保安林罪。（臺灣臺南地方法院87年度易字第1810號刑事裁判）

## 七、結語

臺灣木材市場具商業價值高，臺灣地區將「臺灣扁柏」與「紅檜」合稱為臺灣「檜木」，現今全世界檜木主要的族群皆分布在終年潤溼的雲霧山域環境裡；全世界僅有北美洲的東海岸、西海岸、日本，以及臺灣等區域有檜木的生長，而臺灣為檜木生長的最南界，也是唯一亞熱帶氣候卻能擁有檜木生長的國家。臺灣特有的檜木林存在百萬年以上，不僅是臺灣自然史的活見證者，也刻劃著臺灣生態演化變遷的記錄。而學術界認為屬臺灣最具代表性及林業生產重要性，尚包括南洋紅豆杉（臺灣紅豆杉）及臺灣杉等 2 種樹種。尤其南洋紅豆杉（臺灣紅豆杉），除木材紋理質優外，亦可由枝葉直接萃取出紫杉醇，極具葯用材料發展價值。另外牛樟、臺灣檫樹等皆屬臺灣特有種。牛樟之木材部分廣泛被作為

工藝品，牛樟其腐朽中空幹內之「牛樟芝」為民間珍視之稀世藥材，近年來僅存天然牛樟樹常遭盜伐現存之株數亦愈來愈稀少。104年4月修正後之森林法第 50 條、 52 條規定，已大幅提高竊取森林主、副產物及收受贓物等行為之有期徒刑與罰金金額，尤其第 52 條對於竊取具有高經濟或生態價值之貴重木者，加重其刑至二分之一，也就是說最高可處 10 年 6 月有期徒刑，罰金也再提高為贓額 10 倍以上 20 倍以下。「山老鼠罰金創天價！台東謝姓等5人竊取價值近88萬元的牛樟木，法院祭出重罰，5人罰金合計超過4300萬元，其中2人罰金近千萬元。」（中央通訊社106年5月4日報導，臺灣臺東地方法院106年度原訴字第13號刑事判決），相信可發揮刑罰威嚇之效果，進而維護國土保安與達到森林保護之目的。而森林所發揮之公益與經濟效用屬全民所共有，因此，森林資源之保育亦須依賴全民共同努力才能達成。也只有透過全民愛護山林，才能使森林永續的存在，為你我提供良好生活的環境。

# 我國環境影響評估法制的運作及實務探討

韓茂山\*

## 壹、前言

自工業革命以降，人類利用機器大量生產以滿足人類之需求，然隨著大量的生產過程中所排放的污染卻也造成人類生存的危機。如以含高硫化物的煤炭為燃料排放於空氣之中，造成有名的倫敦煙霧之空氣污染，利用化石燃料造成洛杉磯煙霧〈氮氧化物之光化學反應〉的污染；卡爾森女士在其著作寂靜的春天<sup>1</sup>一書中描述，人類為提高農作之生產大量使用大量的化學農藥、肥料，造成大量生物死亡，在春天這個時節原本應充滿萬物生氣活力的自然生態中，卻是一片死寂等等環境問題。在發生大量的環境污染問題後，環境議題引起各國的重視，各個國家紛紛立法管制污染物質，美國自1960至1970年代起大量的環境立法，如空氣清淨法（Clean Air Act）、水清淨法（Clean Water Act）、環境影響評估法（Environmental Impact Assessment Act）等等的環境立法，而有環境的黃金十年之稱<sup>2</sup>。我國工業化期間較歐美先進國家慢，環境問題亦較後發生，從1970年代初期開始才有大量的環境立法，如廢棄物清理法（1974年7月26日）、水污染防治法（1974年7月11日）、空氣污染防制法（1975年5月23日）、噪音管制法（1983年5月13日）等等。惟這些管制污染的法令均為「管末」之污染管制方式，亦即利用排放標準的訂定來管制污染源的污染物排放，其係利用最佳污染控制技術來計算污染物的排放量，優點是管制的執行成本較低且便於執行，缺點為未能考量環境整體的涵容能力是否足以承受累積的污染量，即縱使個別廠商之污染排放量符合管制標準，但整體的總排放量卻超過環境所能承受，污染之情形仍未能完全解決。此時用另一種角度思考，是否在有造成污染的開發行為中能夠「事先」、「預防」模擬開發過程中資源的使用、污染物的排放、對自然、人文及社會環境所造成的衝擊及影響，並試著提出採取何種解決之道的事前整體思考方式，來解決開發過程中所面臨的環境問題，當時

\* 韓茂山 前臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官，現臺灣苗栗地方法院檢察署檢察官

<sup>1</sup> 參瑞秋卡森，寂靜的春天，晨星出版有限公司，1997年3月1日，頁1-3。

<sup>2</sup> 參葉俊榮，環境政策與法律，元照出版社，2010年10月，頁18。

環境影響評估法制之設計被視為解決環境問題的利器。

我國於1994年12月30日經總統明令公布實施環境影響評估法，施行初期尚無重大爭議，近年來民眾環保意識高漲，且藉由環境律師的協助大量利用司法來爭取環境法上應有的權利，經由司法的審查過程中，讓我國環境影響評估法制施行的若干問題加以釐清。以下將從最上位人民是否享有憲法上的「環境權」先行探討，此一問題涉及人民得否依其「環境權」遭受侵害而請求法院予以保護？另針對我國環境影響評估法的規定及運作情形作一介紹，由於我國環境法制大致繼受美國法制，然行政程序法制卻是繼受德國法制，而環境影響評估法又是一種「程序法」兼具「實體法」之性質，其適用上是否有扞格？又應如何解釋調和？本文將介紹美國及德國的環境影響評估法制，藉由其他先進國家的法制來分析、比較及探討我國環境影響評估法制之適用，最後將探討法院實務運作中所涉及的法律問題作一探討。

## 貳、「環境權」在我國憲法上之定位

世界各國於憲法中將「環境權」有明文規定者，一般透過二種方式來表達。一為於憲法中具體明白創設出「環境權」，例如1980年韓國憲法第33條規定：「國民有生於清潔環境之權利，國家及國民，均負有環境保全之義務」<sup>3</sup>；另一種僅為宣示環境保護之政策，其憲法中有關環境保護的規定未必均以環境權的形式出現，部分規定是以環境義務或政策宣示方式為之<sup>4</sup>。我國的憲法中關於人民的權利義務規定在第二章，其中第7條規定平等權、第8條規定人身自由權、第9條規定人民有不受軍事審判之權、第10條規定人民有居住遷徙自由之權、第11條規定人民有言論、講學、著作及出版之權、第12條人民有秘密通訊自由之權、第13條規定人民有信仰宗教自由之權、第14條規定人民有集會結社自由之權、第15條規定人民之生存權、工作權及財產權應與保障之權、第16條規定人民有請願、訴願及訴訟之權利、第17條規定人民有選舉、罷免、創制及複決之權利、第18條規定人民有應考試、服公職之權利及第22條規定人民基本權利之概括條款，凡人民之其他自由及權利，不妨礙社會秩序公共利益者，均受憲法保障，顯見我國尚無於憲法中明白創設出「環境權」。另依憲法增修條文第10條第2項規定經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧。上述憲法基本權利中尚無規定「環境權」

<sup>3</sup> 同前揭註2，頁7。

<sup>4</sup> 同前揭註2，頁8-9。

做為人民之基本權利，僅列於基本國策編章中強調經濟發展與環境保護應兼籌並顧，此一宣示是否表示憲法上肯認「環境權」屬於憲法保障之人民基本權利，亦或與基本國策編章條文相同為國家大政方針，僅具有指導國家施政方向之性質，是否實現有賴於立法之形成。本文認為以後說為是，蓋本條之規定屬列於基本國策編章，而基本國策相關條文規定僅為宣示國家施政之大政方針，並非憲法所要求達成之事項，該增修條文列於基本國策編章，應為相同之解釋；另該條文僅抽象規定經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧，至於實質內涵為何？難以從條文中解釋得出，無法具體實現「環境權」所要保障的意涵。由於憲法欠缺明文規定，是否可以從憲法中其他條文中引導出「環境權」保障，亦即「環境權」可否從憲法第22條之基本權概括條款中導引而出？有學者認為將「環境權」列為基本人權的方式加以規範，有現實上的難題<sup>5</sup>。其理由為所謂的「環境權」的定義與人民享有清淨環境之權利之範圍為何？因專業領域及科技之發展而難有明確的界定，如多乾淨才是乾淨（how clean is clean），即若以排放標準而言，對廠商（污染者）而言認為是嚴格，但對附近的居民而言，會認為標準太寬鬆，該標準難以界定，權利範圍難以劃分。另外就環境的傳輸界質而言會使污染物傳遞無國界，造成我國憲法難以對其規制，如中國大陸的沙塵暴、造成酸雨的硫氧化物物質，甚至會造成地球暖化的溫室氣體二氧化碳係匯集世界各國的污染來源貢獻所致，因氣象條件會影響臺灣，臺灣人民承受惡劣不良的空氣，臺灣人民無法依憲法的規定對污染國做任何的請求，即如「環境權」被視為基本權之一，則其保護內涵並不明確，其現實之請求亦有其困難。另外，若依傳統基本權作用理論，基本權之主觀功能係用來對抗國家的不法侵害，並不能對抗第三人（私人），若要對抗第三人，只能依第三人作用，即基於憲法上之價值決定，經由立法者制訂法律，使得基本權利不僅不受國家之不法侵害，也不受私人之不法侵害。然環境問題之造成，來自國家者少，來自私人者多（大部分來自工商業生產或人類的活動），此時「環境權」若為基本權時，其對國家的防禦對抗作用並不顯著，要對抗私人則有待立法機關制訂法律規定<sup>6</sup>。最後，由於基本權之作用乃為保障憲法上之個人自由及權利，具有個人性，然「環境」具有公共財之性質，具有「共享性」而不具排他性

<sup>5</sup> 同前揭註2，頁30-32。

<sup>6</sup> 參陳慈陽，環境法總論，元照出版社，2000年6月初版，頁107。

，個人所應享有的「環境權」難以明確界定釐清，使得其與基本權以個人主義為基礎之本質有所不符<sup>7</sup>。綜上分析「環境權」內容及範圍未具體明確，在執行與保障上均有其困難，若將其解釋為憲法第22條所包含之基本權利，將使得人民空有「環境權」之名，而無實現之實，則會造成「環境」基本權空洞化及形骸化。雖「環境權」之本質上不符合基本權對抗國家之不法侵害之主觀功能，然在社會國原則之下，是否得要求國家積極提供服務或給付？即基本權之客觀功能？易言之，國家是否應積極提供一個符合人民生存之良好環境？就國家資源的配置及各種權利之利益衡量，國家應積極形成一個符合人性尊嚴之環境，即必須提供一個得以維持生命及生存之環境系統，就此人民有對國家請求給付與排除侵害之請求權。國家在給付一個符合人性尊嚴之環境及排除侵害時，勢必會產生對人民基本權之侵害，此時必須依據客觀價值秩序之衡量來決定課予國家保護與請求國家有給付義務<sup>8</sup>。

「環境權」尚不適當列為憲法上之基本權利已如上述，「環境權」即不具憲法上實質權利，環境問題雖不宜列為憲法上之基本權利，然在憲法上之解釋方面環境問題是否仍具憲法上之位階於立法者制訂法律規範環境問題時所應注意之憲法事項。憲法第1條規定「中華民國基於三民主義，為民有、民治、民享之民主共和國」，司法院釋字第499號解釋，憲法中具有本質重要性而為規範秩序存立之基礎，諸如憲法第一條所樹立之民主共和國原則具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則所在。憲法上之民主原則表現在民眾的參與及選擇，故在決定客觀價值秩序以決定國家之給付時必須經由人民共同參與意見與決定，準此，憲法上之「環境權」應非實體上之權利，而應為以民眾參與環境決策之程序權為保護核心之基本權<sup>9</sup>。此正與我國憲法增修條文經濟發展與環境保護應兼籌並顧相互輝映，蓋要達到兼籌並顧的目標必須以一定程度之程序設計作為基礎，使得各個不同利害關係之機關或個人能夠共同參與，提出彼此之觀點及意見，讓做為決策的基礎的完整資訊能夠呈現，以利作出符合全民利益最大的決策，而達到經濟發展與環境保護兼籌並顧之目標。我國環境法制之環境影響評估法在第二階段環評程序中，目的事業主管機關於收到評估書初稿後30日內，應會同主管機關、委員會委員、其他有關機關，並邀集專家、學者、團體及當地居民，進行現場勘察並舉行

<sup>7</sup> 同前揭註6，頁104。

<sup>8</sup> 同前揭註6，頁105。

<sup>9</sup> 同前揭註2，頁32。

公聽會（環境影響評估法第12條參照），即為民眾參與的規定。

### 參、美國、德國、日本等先進國家及我國環境影響評估法制之探討

我國環境影響評估法制係繼受於先進國家，有必要對先進國家之環境影響評估制度之規定做一介紹，最後與我國的環境影響評估法（以下稱環評法）作一分析比較。

#### 一、美國之環境影響評估法制之簡介<sup>10</sup>：

美國於1969年制訂國家環境政策法（The National Environmental Policy Act of 1969，以下簡稱NEPA），並於1970年1月1日起實施，該部法律為世界上第一部創設環評制度之法律，之後許多國家紛紛仿效該法律之規定而制訂環境影響評估法制。

NEPA制訂之目的在於要求行政機關運用所有實際可行之手段及措施來保護環境品質，希望在國家進行重大決策時，在環境成本與效益之間求取平衡，同時要求行政機關對於環境及自然資源、社會、歷史、文化及經濟發展做綜合性的平衡考量，其評估的對象包括政策環評及開發行為環評中的法律草案及聯邦重大行政行為，主要係藉由法定之環評程序實現國家既定的環境政策，性質上屬於程序法，沒有罰則的規定。

當行政機關之執行開發方案首先應考量是符合經驗法則而免進行環評程序，若是，則毋須進行環評程序；若否，則必須撰寫環境影響說明書（environmental impact statement, EIS）內容包括1. 方案本身對環境的影響，2. 方案一旦執行後，對環境造成之負面效果，3. 合理的替代方案，4. 長短期中對該區域環境資源之影響與維持生產力關係之分析5. 方案對該區域之環境資源造成無法回復性之損害等。由於環評主要之目的係由執行環評的目的事業主管機關可獲取高品質的資訊、正確的科學分析和專業機關的意見，以改變內部行政官僚的思考模式，在透過外部的公民參與和監督，以達到NEPA所定的環境政策目標，故在NEPA規定中並沒有規劃專門負責審查監督環評的主管機關。若行政機關認為開發方案對環境品質無重大影響時，可在開立對環境無重大影響報告後結束環評程序；若認為對環境品質有重大影響之虞的時，則須進入第二階段的環評程序，此時應對外公告將實施第二階段環

<sup>10</sup> 參田蒙潔，美國環境影響評估制度分析，全國律師月刊，3月號，2011年，頁19-47。

評，儘早確定環評的範疇，並著手起草環境影響報告書初稿。在公告期間，行政機關應徵詢其他機關、專家及民間團體的意見，並舉辦公聽會和公開的會議，會前應通知並邀請民眾參與，藉此，除提供行政機關決策的資訊外，還可瞭解民眾的想法、批評及疑慮。在匯納各方意見後，行政機關必須對各方所提出之意見作個別及整體的考量，將值得參考的意見納入最終的環境影響評估書中，包括根據意見修改之替代方案、重新考慮原來未慎重考慮之替代方案，及修正、加強或改善原來之分析。另對於未採納的意見，行政機關必須做出說明並提出可支持其原先立場的原因及依據，以作為日後司法審查的依據，最後做出環境影響評估書，並將該環境影響評估書及時公開及流通。行政機關對該開發方案作出決策，在做出決策報告書之前，任何環境有負面影響或排除合理替代方案的草案，行政機關不得有任何的行政行為，為落實環評的結果，行政機關必須監督方案的執行。

## 二、德國之環境影響評估法制之簡介<sup>11</sup>：

1985年歐盟通過環境影響評估指令(85/337/EEC)，正式要求各會員國實施環境影響評估。1987年歐盟「環境行動綱領」明訂環境政策原則，並確立發展方向；1993年歐盟通過「第五次環境行動綱領」(the Commissions Firth Environmental Action Programme)中強調歐盟所有政策需考量環境，各加盟國之計畫與方案需進行SEA。1997年歐洲共同體的指令大幅修正，德國除面對期限需將歐盟之指令轉換為內國法外，其本身另有制訂環境法典的立法計畫，其至2001年才公布轉換相關指令，嗣後修正環評法並從新公布。

德國環評法第2條第1項對環評的定義，明白指出環評程序非行政程序之獨立程序，其僅為行政機關對於開發計畫之許可做成決定時之參考。開發單位在進行開發行為時須向主管機關申請許可，此時主管機關應與開發計畫之申請人及其他權責機關共同討論環評之標的、範圍及方法，第三人及專家學者亦得參與討論。在決定環評範疇後，開發單位須依據該評估範疇提出環境影響之相關文件供主管機關於決策時參考。在主管機關做成決定之前，應廣泛地蒐集意見，包括因開發行為而受影響之其他權責機關、跨領域之其他國家機關、民眾、跨領域之其他國家民眾有提出意見參與程序之機會，民眾參

<sup>11</sup>參傅玲靜，簡介德國 2005 年環境資訊法及於環境影響評估之適用，全國律師月刊，11 月號，2010 年，頁 4-28。陳淑芳譯，德國之環境影響評估與行政程序，月旦法學雜誌，第 104 期，2004 年 1 月，頁 33-37。

與程序須符合德國聯邦行政程序法就計畫確定程序之聽證。主管機關在參酌開發單位所提出之申請文件，及蒐集其他機關、團體、民眾所提之意見後，必須對開發計畫對環境所造成的影響做成一綜合性的陳述，並提出避免、減輕或平衡開發計畫對環境造成不良影響之措施及替代方案。之後主管機關衡量環境利益後，做出對該開發計畫之許可或否決的決定，環評的意見僅為提供主管機關作成開發行為許可之參考，並不具備獨立之法律效力。

### 三、日本國之環境影響評估法制之簡介<sup>12</sup>：

日本全國性環境影響評估引進甚早，但因企業界大力反彈，遲遲未能完成立法工作，反而是地方立法體制發展迅速。日本國會於1997年通過「環境影響評價法」，並於1999年開始施行。日本「環境影響評價法」規範除港灣與港口建設計畫是在規劃階段進行環境影響評估外，其餘接近60種個案在計畫推動階段始進行環評。個案環評往往因時機較晚而無法產生對環境較友善的方案，以及無法考量多重計畫推動後的累積性環境影響。事實上，1997年日本國會在立法通過環評制度時，曾對政策環評作出附帶決議，要求日本政府應審視政策環評國際發展趨勢，從而加強對政策環評的研究發展工作。

日本「環境影響評價法」規範之適用事業分為兩大類，第一類為規模龐大，對環境有重大影響之虞；第二類指由中央政府負責執行，或者需取得許可之開發行為或中央補助計畫。依據認定標準，屬第一類開發行為者，因規模達認定標準以上，應實施EIA；第二類開發行為者，其規模未達認定標準，但已接近認定標準，是否應實施環評，應先經「篩選」程序加以認定，此「篩選」之判定標準，由目的事業主管機關依據「環境省長」所訂定之基本要項，經協商後納入「環境影響評價法」施行細則，並據以執行。此篩選主要為第二類開發行為而設計，主辦機關(計畫許可機關)收到開發計畫後，應徵詢地方政府首長意見，並依據與環境省協商所訂定之判定標準，於60日內決定此開發計畫是否應實施環評，如應實施環評，則進入後續範疇界定及環評書件準備程序。整個「環境影響評價法」之架構與評估程序，包括篩選、範疇界定、進行環境影響評估、編制環境影響準備書、編制與公告環境影響評估書、上述程序基本上均係由開發單位本身踐行之程序，其間都道府縣知事、主管大臣、環境大臣及市民均得陳述意見，主辦機關在綜合各方之意見

<sup>12</sup>參蔡秀卿譯，日本的環境行政與行政程序—以環境影響評估法制為素材，月旦法學雜誌，第104期，2004年1月，頁38-44。

後，以決定是否許該計畫等之流程。環境廳僅扮演提供意見之角色，並無書件審核及計畫否決之權利，此與我國環評書件由目的事業主管機關轉送環保主管機關審查之方式不同。

日本「環境影響評價法」規範適用事業中，對於發電廠、港灣開發及都市計畫有特別規定。以都市計畫為例，根據「環境影響評價法」第39至46條之規定，適用事業若屬新住宅開發或都市相關之設施，由擁有該都市計畫決定或變更權之都道府縣首長、鄉鎮市長(都市計畫決定權者)進行該適用事業之環境影響評估，而非由開發單位執行環境影響評估。至於港灣相關計畫，因屬人造陸地之上層計畫，較偏重於政策層級，無論規模大小，均需實施環評；其他發電廠之開發，因「環境影響評價法」與「電氣事業法」有特殊規範，在審查作業流程中，係由經濟產業省主導。

#### 四、我國之環境影響評估法制之探討：

##### (一)環評法之推行及立法過程

我國環境影響評估制度始於行政院1983年第1854次會議做成決議：今後政府重大經建計畫、開發觀光資源計畫，以及民間興建可能污染環境之大型工廠時，均應事先做好環境影響評估工作，再行報請核准辦理。繼而行政院於1985年10月17日核定「加強推動環境影響評估方案」，此方案選定台中火力發電廠、北二高、和四等14項計畫為評估示範計畫，實施期間為5年之試辦性質，以累積辦理之經驗、技術、人力。另於1990年4月17日行政院核定「加強推動環境影響評估後續方案」，為期6年間，實施對象為依相關法令規定應辦理環境影響評估者，例如山坡地開發建築、大眾捷運系統、工業區編定、污染性工廠新設擴建、水庫計畫等重要開發行為，期間持續透過立法程序，以建立環評法制化，該法案經立法院三讀通過「環境影響評估法」並自1994年12月30日正式公布實施，我國環境影響評估機制正式邁入法制化的時代<sup>13</sup>。

我國環評制度包括「政策環境影響評估」及「個案開發行為環境影響評估」二大部分。其中「政策環境影響評估」係依環境影響評估

<sup>13</sup>參葉俊宏、洪淑幸、黃建智，環境影響評估政策之探討，工業污染防治，第116期，2010年12月，頁119-135。

法第26條之規定，有影響環境之虞之政府政策，其環境影響評估之有關作業，由中央主管機關另定之。中央主管機關於1997年9月20日發布「政府政策環境影響評估作業要點」（2000年12月20將「作業要點」更名為「作業辦法」），並於同年3月及8月先後公告「政府政策評估說明書作業規範」及「應實施環境影響評估之政策細項」，讓政府的政策環評有所依據。政策環評制度乃期待政府在政策之形成階段，即將可能對環境產生的影響及衝擊列入整體政策的考慮做詳細的評估及判斷，以並採取是當的措施及相關之替代方案，以降低或減少於推行政府政策時對環境的衝擊及影響。政府政策環評的重點有二個部分，一為盡早進行評估，即強調政府於政策形成之初，及早評估對環境之衝擊及影響；二為整合性的概念，即打破個別零星開發行為的侷限，從整體影響的角度，強調整體、加總或累積的環境影響<sup>14</sup>。（葉俊榮：1997，223）我國政策環評實施至今已有經濟部工業局之「工業區設置方針」、經濟部水利署之「水資源開發綱領計畫」、「水源水質水量保護區範圍縮編」及行政院體委會之「高爾夫球場設置」等實施方案進行過政策環評之案例。以下本文將論述之重點置於「個案開發行為環境影響評估」部分之探討，先予敘明。

## （二）環評法之修正

環評法自1994年制頒迄今，共經過三次的修正<sup>15</sup>：

1. 第一次修正：在1999年12月22日公告實施，因配合臺灣省政府功能業務及組織之調整，刪除臺灣省政府環境保護處為環評法之主管機關，並配合地方制度法之規定意旨，將「直轄市」修正為「直轄市政府」，同時將直轄市之主管機關從環保局提昇為直轄市政府。
2. 第二次修正：在2002年6月12日公告實施，該次修法主要係配合行政程序法之施行，將施行細則的規定提昇至法律位階，（1）增訂13條之1，將環評法施行細則第14條中有關「資料不足應補正」的

<sup>14</sup>參黃錦堂，政府政策環境影響評估作業辦法之釋義與評價，全國律師月刊，9月號，2002年，頁111-127。

<sup>15</sup>參李建良，環境行政程序的法制與實務—以環境影響評估法為中心，月旦法學雜誌，第104期，2004年1月，頁45-67。

規定提昇至法律位階。(2) 修改第14條規定，將施行細則第31條有關「替代方案」限制之規定，提昇至法律位階並增訂於第三項(3) 增訂16條之1，將施行細則第42條有關取得開發許可後，逾三年載實施開發行為之限制規定提昇至法律位階。(4) 修正第23條處罰之規定，將施行細則第44條、第46條及第47條限制人民權益的規定提昇至法律位階。另配合第16條之1的增訂，於第1項第1款增列相關處罰之規定，並增訂第3項因不可抗力因素至不能於期限內完成改善之規定，第項有關情節重大的認定，第5項處以停止實施開發之後續改善規定，第6項停止開發期間之緊急應變措施及函請目的事業主管機關廢止許可之規定。(5) 增訂23條之1，將施行細則第45條有關報請查驗之規定提昇至法律位階。

3. 第三次修正：於2003年1月8日公佈實施，其修正理由乃係配合行政程序法的施行，(1) 修正第12條及第13條，將「聽證會」改為「公聽會」。(2) 修正第14條第1項將「目的事業主管機關於環境影響說明書或評估書未經完成審查前，不得為開發行為之許可，其經許可者無效，並由主管機關函請目的事業主管機關註銷之」。改為「目的事業主管機關於環境影響說明書或評估書未經完成審查前或『評估書未經認可前』，不得為開發行為之許可，其經許可者無效。」將現行條文第1項修正為『完成審查或認可』，以資明確。並刪除「並由主管機關函請目的事業主管機關註銷之」，以回歸行政程序法之規定。(3) 修正第23條，於第1項第1款增訂有關違反第7條第3項之處罰規定。並將第3項因不可抗力之事由至未能於改善期限內完成改善，由「15日內」以書面敘名理由，放寬為「30日內」。(4) 於23條增訂第7項「第1項及第4項所稱按日連續處罰，其起算日、暫停日、停止日、改善完成認定查驗及其他應遵循事項，由中央主管機關定之。」、第8項「開發單位違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。」、第9

項「行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、偵測鑑定費用或其他訴訟費用予對預防及減輕開發行為對環境造成不良影響有具體貢獻之原告」、第10項「第八項之書面告知格式，由中央主管機關定之。」

### (三) 我國環評程序之流程

#### 1. 界定開發行為是否為環評法所規制的對象：

並非所有的開發行為都要進行環評，環評法僅針對某些開發類型、規模及開發地區等條件加以規範。所謂之開發行為依環評法第4條第1款之定義，係指依第5條規定之行為。其範圍包括該行為之規劃、進行及完成後之使用。另依環評法第5條之規定「下列開發行為對環境有不良影響之虞者，應實施環境影響評估：一、工廠之設立及工業區之開發。二、道路、鐵路、大眾捷運系統、港灣及機場之開發。三、土石採取及探礦、採礦。四、蓄水、供水、防洪排水工程之開發。五、農、林、漁、牧地之開發利用。六、遊樂、風景區、高爾夫球場及運動場地之開發。七、文教、醫療建設之開發。八、新市區建設及高樓建築或舊市區更新。九、環境保護工程之興建。十、核能及其他能源之開發及放射性核廢料儲存或處理場所之興建。十一、其他經中央主管機關公告者。前項開發行為應實施環境影響評估者，其認定標準、細目及環境影響評估作業準則，由中央主管機關會商有關機關於本法公布施行後一年內定之，送立法院備查。」上述規範僅大略規範開發之類型，並概括授權中央主管機關公告應受規範之開發類型，至於開發規模、開發地區及細項之規定由母法授權中央主管機關訂定「開發行為應實施環境影響評估細目及範圍認定標準」，加以認定該開發行為是否應進行環評？

#### 2. 由開發單位針對開發行為編製並提出「環境影響說明書」(以下稱環說書)並開啟第一階段環評程序：

在界定該開發行為係屬環評法第5條所規範之開發行為而應實施環評後，開發單位即應依環評法第6條之規定，於規劃時，應依環境影響評估作業準則，實施第一階段環境影響評估，並作成環說書。該環說書應記載下列事項：一、開發單位之名稱及其營業所或事務

所。二、負責人之姓名、住、居所及身分證統一編號。三、環境影響說明書綜合評估者及影響項目撰寫者之簽名。四、開發行為之名稱及開發場所。五、開發行為之目的及其內容。六、開發行為可能影響範圍之各種相關計畫及環境現況。七、預測開發行為可能引起之環境影響。八、環境保護對策、替代方案。九、執行環境保護工作所需經費。十、預防及減輕開發行為對環境不良影響對策摘要表等項目規定。環境影響說明書之評估範圍依環評法第4條第2款之規定包括生活環境、自然環境、社會環境及經濟、文化、生態等可能影響之程度及範圍，事前以科學、客觀、綜合之調查、預測、分析及評定，提出環境管理計畫，並公開說明及審查。

開發單位於向目的事業主管機關提出開發申請時，將環說書一併由目的事業主管機關轉送主管機關審查。主管機關應於收到前項環說書後50日內，作成審查結論公告之，並通知目的事業主管機關及開發單位。但情形特殊者，其審查期限之延長以50日為限，為環評法第7條所明定。目的事業主管機關及環評主管機關之認定係依申請該開發行為時所依據之法律規定所認定之目的事業主管機關，例如工業區的開發目的事業主管機關為經濟部，科學園區的開發目的主管機關為國科會。而環評主管機關之認定係依目的事業主管機關之認定而決定，易言之，目的事業主管機關為中央單位，則環評主觀機關亦為中央單位，即為行政院環境保護署；目的事業主管機關為縣(市)政府，則環評主管機關亦為該縣(市)政府。各級主管機關為審查環境影響評估報告有關事項，應設環境影響評估審查委員會，其中專家學者不得少於委員會總人數三分之二。目的事業主管機關為開發單位時，目的事業主管機關委員應迴避表決。

開發單位應依環境影響評估法施行細則第11條之規定，除相關法令另有規定程序者外，於開發審議或開發許可申請階段辦理提出環說書。開發單位若未依環評法第7條之規定作成認可前，即逕行為第5條第1項規定之開發行為者，依環評法第22條之規定將處新臺幣30萬元以上150萬元以下罰鍰，並由主管機關轉請目的事業主管機關，命其停止實施開發行為。必要時，主管機關得逕命其停止實施開發行為，其不遵行者，處負責人3年以下有期徒刑或拘役，得併科

新臺幣30萬元以下罰金。顯見一旦被認定為環評法所規制之開發行為即應提出環說書送審，在未通過審查前不得逕予開發，若有開發行為除處以罰鍰外並可命其停止開發行為，若不遵行，將涉及刑事責任。

3. 主管機關審查後，若審查結論不須進行第二階段環評程序時，開發單位於取得目的事業主管機關之開發許可後，於動工前應辦理公開說明會：

主管機關應於收到前項環說書後50日內，作成審查結論公告之，並通知目的事業主管機關及開發單位。但情形特殊者，其審查期限之延長以50日為限。為環評法第7條第2項所明定。當目的事業主管機關收到該環評結論認為不須進行第二階段環評程序時，可依其所主管該開發行為准否之法令進行審查是否准許開發單位為該開發行為，若許可開發將發給相關許可證件。依環評法第7條第3項及環評法施行細則第18條之規定，開發單位應於開發行為經目的事業主管機關許可後動工前辦理公開說明會。開發單位於舉辦公開說明會時，於舉行10日前以書面為之，並記載舉行時間、地點、方式、開發行為名稱及場所、開發行為內容摘要、邀請之機關、人員及辦理說明會依據等事項。並通知之有關機關，至少應包括主管機關審查環說書時邀請之機關、當地民意機關及得請當地村（里）長轉知當地居民參加。並將會議資訊公布於主管機關指定網站，並至少公布至說明會舉行翌日，期落實資訊公開及民眾參與原則。（環境影響評估公開說明會作業要點第2條、第3條參照）。若開發單位未依環評法第7條第3項規定辦理公開說明會時，依環評法第23條第1項第1款之規定將處新臺幣30萬元以上150萬元以下罰鍰，並限期改善；屆期仍未改善者，得按日連續處罰。

4. 主管機關審查後，若審查結論認為開發行為對環境有重大影響之虞時，將進行第二階段環評程序：

開發單位之開發行為經主管機關審查後若認為開發行為對環境有重大影響之虞時，依環評法第8條之規定應繼續進行第二階段環境影響評估，然「對環境有重大影響之虞」係屬一不確定法律概念，

中央主管機關於施行細則第19條規定，「本法第8條所稱對環境有重大影響，係指下列情形之一者：一、與周圍之相關計畫，有顯著不利之衝突且不相容者。二、對環境資源或環境特性，有顯著不利之影響者。三、對保育類或珍貴稀有動植物之棲息生存，有顯著不利之影響者。四、有使當地環境顯著逾越環境品質標準或超過當地環境涵容能力者。五、對當地眾多居民之遷移、權益或少數民族之傳統生活方式，有顯著不利之影響者。六、對國民健康或安全，有顯著不利之影響者。七、對其他國家之環境，有顯著不利之影響者。八、其他經主管機關認定者。」在確定進入第二階段環評程序後，開發單位應將環說書於開發場所附近適當地點陳列或揭示，以供大眾閱覽並使其知悉開發行為之內容，其期間不得少於30日，並於期限屆滿後舉行公開說明會(環評法第8條參照)。經由開放大眾閱覽環說書後，對環說書中不盡詳盡之處，可要求開發單位於說明會中解釋說明，以便瞭解並提出有關環境保護的意見。另一方面，開發單位亦可藉由說明會闡釋開發計畫及構想，經由於當地居民的溝通及意見交流，以減少或降低未來實施開發行為時之阻力。為加強意見之溝通，有關機關或當地居民尚得於公開說明會後15日內向開發單位提出書面意見，並副知主管機關及目的事業主管機關(環評法第9條參照)。

公開說明會結束後，主管機關應邀集目的事業主管機關、相關機關、團體、學者、專家及居民代表共同確認可行之替代方案；應進行環境影響評估之項目；決定調查、預測、分析及評定之方法，及其他有關執行環境影響評估作業之事項等以界定評估範疇(環評法第10條參照)。

在界定評估範疇後，即進入第二階段環境影響評估。開發單位應參酌有關機關、學者、專家、團體及當地居民所提出之意見後，編制「環境影響評估報告書」(以下稱評估書)初稿，並向目的事業主管機關提出，記載之內容項目大致與第一階段環評程序相同，僅在評估書應記載對有關機關或當地居民意見的處理情形(環評法第11條)。

目的事業主管機關於收到開發單位的評估書初稿後30日內，應會同主管機關、委員會委員、其他有關機關，並邀集專家、學者、團體及當地居民，進行現場勘察並舉行公聽會，並於30日內將現場勘察現場紀錄、公聽會紀錄及評估書初稿送請主管機關審查(環評法第12條、第13條第1項參照)，主管機關於審查時認有應補正情形者，主管機關應詳列補正所需資料，通知開發單位限期補正。開發單位未於期限內補正或補正未符主管機關規定者，主管機關應函請目的事業主管機關駁回開發行為許可之申請，並副知開發單位。開發單位於補正期間屆滿前，得申請展延或撤回審查案件(環評法第13條之1參照)。

開發單位所提出的評估書初稿若無須補正之情形，主管機關應於60日內作成審查結論，並將審查結論送達目的事業主管機關及開發單位；開發單位應依審查結論修正評估書初稿，作成評估書，送主管機關依審查結論認可，經認可後，應將評估書及審查結論摘要公告，並刊登公報。

目的事業主管機關對於應進行環評程序之開發行為之許可時，應以經環評程序審查通過後所作之審查結論(第一階段之環說書)及評估書(評估書)為核發開發許可之前提要件，目的事業主管機關於環說書未經完成審查或評估書未經認可前，不得為開發行為之許可，其經許可者，無效。若主管機關之審查結論為不應開發者，目的事業主管機關不得為開發行為之許可。但開發單位得另行提出替代方案，重新送主管機關審查。開發單位依前項提出之替代方案，如就原地點重新規劃時，不得與主管機關原審查認定不應開發之理由抵觸(環評法第14條參照)。

#### 5. 環評通過後之追蹤及監督

已通過之環境影響說明書或評估書，非經主管機關及目的事業主管機關核准，不得變更原申請內容。若核准變更之情形符合環評法施行細則第38條之情形，其應重新辦理環境影響評估之認定(環評法第16條參照)。

開發單位於通過環境影響說明書或評估書審查，並取得目的事

業主管機關核發之開發許可後，逾三年始實施開發行為時，應提出環境現況差異分析及對策檢討報告，送主管機關審查。主管機關未完成審查前，不得實施開發行為。(環評法第16之1條參照)

開發行為進行中及完成後使用時，應由目的事業主管機關追蹤，並由主管機關監督環境影響說明書、評估書及審查結論之執行情形；必要時，得命開發單位定期提出環境影響調查報告書。調查報告書知內容應包括，應就開發行為進行前及完成後使用時之環境差異調查、分析，並與環境影響說明書、評估書之預測結果相互比對檢討。另主管機關發現對環境造成不良影響時，應命開發單位限期提出因應對策，於經主管機關核准後，切實執行。若開發單位未依環境影響說明書、評估書所載之內容及審查結論，切實執行，或違反第18條第1項，未提出環境影響調查報告書或違反第18條第3項，未提出因應對策或不依因應對策切實執行者。依環評法第23條第1項第1款、第2款之規定處新臺幣30萬元以上150萬元以下罰鍰，並限期改善；屆期仍未改善者，得按日連續處罰。情節重大者，得由主管機關轉請目的事業主管機關，命其停止實施開發行為。必要時，主管機關得逕命其停止實施開發行為，其不遵行者，處負責人3年以下有期徒刑或拘役，得併科新臺幣30萬元以下罰金。

#### **肆、我國實務運作情形涉及相關法律問題之分析**

我國自1994年12月30日公告實施環評法至今，經查三所高等行政法院受理訴訟案件類型分析，其中以違反環評法第17條未依環境影響說明書、評估書所載之內容及審查結論，切實執行遭主管機關裁罰的案件最多，為28件(台北高等行政法院19件、台中高等行政法院5件、高雄高等行政法院4件)；第三人對環評審查結論不服而提起第三人撤銷訴訟者次之，為19件(北高行14件、高高行5件)；另外人民或環保團體依環評法第23條第8項、第9項規定之公民訴訟條款提起客觀訴訟者有9件；違反環評法第18條第3項主管機關發現對環境造成不良影響時，應命開發單位限期提出因應對策，開發單位未依限提出對策者3件；開發單位不服環評審查結論而提起課以義務訴訟者3件；開發單位未經環評程序逕予開發行為違反環評法第7條之規定者2件；及開發單位於開發行為前向主管機關詢問該開發行為是否為環評法第5條所規制之

開發行為而應進行環評，經主管機關答覆應進行環評者3件<sup>16</sup>。

在2007年前環評之訴訟案件大多以開發單位因未遵循環境影響說明書或評估書之審查結論確實執行而遭主管機關裁罰之案件，然因人民環保意識高漲，再加上環保團體及律師之協助，人民利用訴訟管道來爭取其權利，近年來人民對開發行為大多以有條件通過第一階段環評的審查結論不服而提起第三人撤銷訴訟，及督促政府應確實追蹤及監督開發單位是否落實環評之審查結論而提起之公民訴訟(及客觀訴訟)之案件類型均有提升之趨勢，其中前者以中科三期案件最受矚目，臺北高等行政法院96年度訴字第1117號判決為法院撤銷主關機關「有條件通過環境影響評估」結論之首例，後經最高行政法院99判字第30號判決確定撤銷該案之審查結論，後續更引發了中科三期內之廠商是否應停工停業之爭議?後者高雄高等行政法院96年度訴字第647號判決認定公民訴訟之請求有理由，判命主管機關依環評法之規定命開發單位停止一切開發行為。

本文將從法院的判決中涉及相關的法律問題做一分析探討，包括第一階段的環評審查結論法律性質如何定性?是否為一行政處分?此涉及後續的救濟方式之提起；司法對環評結論的審查密度為何?第三人提起撤銷環評結論之訴訟應具備何種要件?是否要有主觀公權利?涉及其訴是否合法?提起客觀訴訟所需具備之要件為何?若環評結論遭行政法院撤銷後，後續所涉及的法律問題為何?等問題將逐一分析討論。

### 一、環評審查結論之法律定性為何?是否為行政處分?

所謂行政處分係指行政機關(中央或地方機關)就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。為行政程序法第92條第1項及訴願法第3條第1項所明定，簡言之，是否為行政處分必須具有行政機關行為、公權力之決定或措施、單方性、具體事件、對外性及法效性等要件。有認為環評審查結論因不具對外效力，非為行政處分，而僅為目的事業主管機關對開發行為准駁之內部行政程序。其理由為，依環評法第14條第2項之規定，經主管機關審查認定不應開發者，目的事業主管機關不得為開發行為之許可，僅規定未通過環評不得為開發許可之規定，尚無規

<sup>16</sup> 參司法院法學資料檢索系統，網址：<http://jiirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，檢索判決案由為「環境影響評估」，檢索期間至2011年10月10日

定通過環評時必須給予開發許可，易言之，環評審查結論所作成的決定，對人民之實體權利無任何影響，既非負擔處分，亦非授益處分，所以環評審查結論本身並不會發生對外規制效力，蓋因開發行為之准許與否係由目的事業主管機關依其所管之法令所為之核准或否准開發行為之申(聲)請，而非環評結論本身，故環評主管機關將環評審查結論僅為目的事業主管機關對開發行為作准駁行政內部協力行為-行政處分作成前之準備行為，學理上稱之為「多階段行政處分」，該內部行為僅為事實行為，而主管機關通知開發單位或公告與人民知悉，僅可認為是一個「觀念通知」<sup>17</sup>。另有認為環評審查結論性質上屬於行政處分，其理由為，依環評法第7條規定開發行為應先經環評程序而未經環評逕予開發行為者，及第17條規定未依環評審查結論確實執行者，依環評法第23條第1項第1款均有處罰之規定；另依第14條第1項、第2項之規定，主管機關審查認為應否開發之結論，直接影響開發許可得否核發，即未獲環評認可開發而核發之許可處分無效，且環評審查結論認定不應開發者，目的事業主管機關不得為開發行為之許可，故環評審查結論一方面對開發單位發生法律上拘束力，另一方面亦拘束目的事業主管機關得否核發開發許可處分，具有法律上效果，應為行政處分。由於我我環評法係採雙主管機關，即(環保)主管機關及目的事業主管機關，學理上有稱之為「多階段行政程序」，此係指行政機關於作成終局決定前，依法或依職權將行政程序之進行為階段性分割，為達成行政任務之必要，且為顧及許可申請人及其他利害關係人之權益，行政機關即可以階段性、步驟性之方式處理申請案件，以利審查之進行。依德國多數學說對「多階段行政程序」包括：1. 作成多階段行政處分之程序；2. 就申請事項之部分要件或先決條件為終局決定而作成部分許可或先行裁決之程序3. 個別獨立之行政程序而具有內容上關聯性，亦可結合為多階段行政程序。於多階段行政程序之情事時，行政機關於各階段程序終結時，會做出對外具有法律效力之行政處分或行政契約，此與多階段之行政處分之效力有別<sup>18</sup>。

行政法院之實務見解，依高雄高等行政法院90年度訴字第1904號裁定認

<sup>17</sup> 參辛年豐，對環境影響評估程序提起訴訟之法理分析—以開發行為之評估程序為核心，東海大學法學研究，第34期，2011年6月，頁205-259。

<sup>18</sup> 參傅玲靜，多階段行政程序—以環境影響評估程序與開發許可程序之關係，月旦法學教室，第66期，2008年，頁24-25。；傅玲靜，論環境影響評估審查與開發行為許可間之關係--由德國法「暫時性整體判斷」之觀點出發，興大法學，第7期，2010年6月，頁209-269。；傅玲靜，由行政程序法之適用論我國環境影響評估審查之法制，中原財經法學，第23期，2009年12月，頁37-105。

為「…本案有條件通過環境影響評估審查，開發單位應依十八項條件辦理，被告嗣於九十年五月二日以九十府環一字第九〇三六〇〇九八七四號公告「雲林縣B〇〇垃圾焚化廠興建營運計劃環境影響說明書」審查結論在案，此有環境影響說明書、會議紀錄、公告函等影本附卷可稽，堪予認定。……為環境影響評估法第七條第一項、第二項前段及第十四條第一項、第二項前段所明定。揆諸上開法律規定，本件被告對環境影響說明書所為之審查結論乃行政機關在實施行政程序之過程中以達成實體裁決為目的之相關行為，屬程序行為（內部行為），而非終局的裁決，開發行為最終准駁之權限係在目的事業主管機關，被告對環境影響說明書所為審查結論，僅提供目的事業主管機關裁量核准與否之內部參考，非屬行政處分，依行政程序法第一百七十四條前段規定，僅得於對實體決定聲明不服時一併聲明之。是原告提起本件行政訴訟，即屬於法不合，應予駁回。」該裁定認為環評審查結論僅供目的事業主管機關裁量核准與否之內部參考，非屬行政處分。該裁定業經最高行政法院92年裁字第519號裁定廢棄，其理由如下：「惟查本件系爭雲林縣B〇〇垃圾焚化廠興建營運計畫環境影響說明書審查會審查結論謂：本案有條件通過環境影響評估審查，開發單位應依下列（一）至（十八）事項辦理，此有第二次審查會議記錄在卷可稽。經查其或係垃圾車輛經過地區應如何確保社區或校區之環境品質，或為有毒危害性污染物之防制及監測規定，難謂不具法律效果，參諸環境影響評估法第16條第1項：「已通過之環境影響說明書或評估書，非經主管機關及目的事業主管機關核准，不得變更原申請內容」及第22條前段：「開發單位於未經主管機關依第7條或依第1條規定作成認可前，即逕行為，．．開發行為者，處新臺幣30萬元以上150萬元以下罰鍰。」以觀，此項審查結論，難謂對開發單位不具拘束力，原裁定認其未對外直接發生法律效果，非屬行政處分云云，自有違誤。」之後行政法院的見解相當一致，如最高行政法院94年度訴字第908號判決、94年度訴字第1020號判決、96年度判字第715號及96年度裁字第1091號裁定，均認為環評之審查結論性質上屬於行政處分。

本文認為，環評之審查結論性質上應屬行政處分，理由如下：從上述之爭點在於環評審查結論是否對外具有「法效性」？若將整個開發行為之申請視為一個整體程序，環評程序僅為開發行為准否之前提程序，依該程序所作成之環評結論是否僅供最後決定機關參考而界定為「內部行為」或為一獨立

之行政程序且其所作成之結論具有一定之法效力，應視環評法之相關規定來加以審酌。依環評法第14條第2項之規定，經主管機關審查認定不應開發者，目的事業主管機關不得為開發行為之許可，顯見環評結論對目的事業主管機關核發開發許可時具有一定之規制效力，然該效力係對行政機關所為之規制，僅間接影響人民之規制效力，尚無法作為環評審查結論具有法校性之堅強法律依據。然一旦通過環評審查結論，開發單位即須依審查之內容及結論確實執行，且非經主管機關及目的事業主管機關核准，不得變更原申請內容，環評法第17條及第16條第1項所明定，若未遵循上述規定，依環評法第23條第1項第1款將處以新臺幣30萬元以上150萬元以下罰鍰，並限期改善；屆期仍未改善者，得按日連續處罰，故環評審查結論對人民具有一定之規制性。準此，環評審查結論一方面對目的事業主管機關有一定之規制力，另一方面對人民亦具有對外之法效性，符合行政處分之要件，應為行政處分。另一方面從人民的救濟角度來看，若將環評審查結論界定為內部程序時，依行政程序法第174條之規定僅得於對實體決定聲明不服時一併聲明，尚無法對環評審查結論提起救濟，必須等到整個開發行為之核准與否方得提起救濟，在時間上對人民救濟保障顯有不足。另倘開發單位取得目的事業主管機關之開發許可，然該環評審查結論為附條件之結論，開發單位既已取得開發許可，且環評審查結論為內部程序，對人民不具有任何法效性，開發單位對環評結論不服時是否有起訴之利益？尚有疑義。縱有論者認為<sup>19</sup>，行政程序法第174條規定內部程序不得單獨提起救濟，須於實體審查時一併聲明，應限縮解釋僅在「純粹程序行為」時始不可對之單獨救濟，至於具有實質影響當事人權利的機關程序行為，應給予救濟。依其對環評審查結論定性為事實行為，在我國行政訴訟法已寬認有許多不同之訴訟類型，應依行政訴訟法第8條第1項之規定請求，該訴訟類型之提起對接受開發准否的開發單位尚無疑義，然對利害關係之第三人得否如依同法第4條提起第三人撤銷訴訟尚非無疑，主要在於第三人是否具有「請求權」？請求行政機關為一定之給付？若將環評審查結論定性為行政處分，人民的救濟可依行政訴訟法第4條、第5條之規定提起撤銷訴訟（利害關係第三人亦可提起）或課以義務訴訟，對人民的保障較為周全，且無須迂迴提起救濟，故環評審查結論應定性為行政處分為妥。

## 二、司法對環評審查結論之審查密度為何？

<sup>19</sup> 同前揭註 17

行政訴訟以保障人民權益，確保國家行政權之合法行使，增進司法功能為宗旨，故人民因中央或地方機關之「違法」行政處分，認為損害其權利或法律上之利益者可提起行政訴訟，為行政訴訟法第1條、第4條所明定。可知法院對行政機關之審查範圍限於「合法性」，而不及於「合目的性(妥當性)」，此與訴願法第1條人民對於中央或地方機關之行政處分認為「違法或不當」之規定，二規定相互對照自明。故原則上法院對於行政機關所為的行政處分是否違法具有完全的審查權限，若行政處分有違法情事，法院應依法撤銷該處分，以保障人民權益，確保國家行政權之合法行使。然行政事務所涉及的範圍經緯萬端複雜多樣且通常涉及專業問題，法院是否有能力為判斷審查？再加上立法機關於立法時於條文之規定上常用不確定法律概念為構成要件要素，及授權行政機關訂定相關之法規命令，行政機關在解釋條文適用事實時常享有所謂的「判斷餘地」，法院審查介入之程度為何？從權力分立的角度來看，立法機關代表人民制定法律，行政機關必須依照立法機關所制定的法律確實執行，司法機關對行政機關的執行應加以監督審查，以確保其合法性，然司法審查涉及是否有足夠之專業能力審查不同行政範疇之事務？及審查密度應如何拿捏？方能避免司法介入行政，代替行政為決定而違反權力分立之憲政秩序。針對行政機關之判斷餘地，司法院釋字第553號解釋理由書中對何種事項行政機關享有判斷餘地及司法審查密度為何？大法官之揭示斟酌考量之層面為，(一)事件之性質影響審查之密度，單純不確定法律概念之解釋與同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，對原判斷之尊重即有差異。又其判斷若涉及人民基本權之限制，自應採較高之審查密度。(二)原判斷之決策過程，係由該機關首長單獨為之，抑由專業及獨立行使職權之成員合議機構作成，均應予以考量。(三)有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？(四)法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無錯誤？(五)對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或抵觸既存之上位規範。(六)是否尚有其他重要事項漏未斟酌。易言之，法院對行政機關之行政行為享有完全之審查，但於某些特殊情形而限縮司法機關的審查密度<sup>20</sup>。

實務上針對環評審查結論所為之司法審查看法，臺北高等行政法院96年度訴字第1117號判決：「…又環評法第八條所稱「對環境有重大影響之虞」

<sup>20</sup> 參黃錦堂，高度科技專業性行政決定之司法控制密度—兼評臺北高等行政法院96年度訴字第1117號，東吳公法論叢，第三卷，2010年7月，頁349-391。

，屬於不確定法律概念中之規範概念，亦即須經由科技專門知識，或採取評價之態度，始能加以確定之法律概念。而學理上均認為不確定法律概念所涉及之事項，倘若具有高度之屬人性、專業性、經驗性之專業判斷，例如國家考試之評分、學生成績之評定、計畫性政策之決定、公務員能力之評價、獨立專家委員會之判斷、專門科技事項、行政上之預測決定或風險評估等，由於法院審查能力有限，而承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘地。但如行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事，亦應承認法院得例外加以審查，其可資考量之情形包括：1、行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或錯誤之資訊。2、行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。3、行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。4、作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。5、行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當連結之禁止。6、行政機關之判斷，是否違反平等原則，仍應由法院審查。…，本件就系爭開發行為是否對環境無重大影響而毋須繼續進行第二階段環境影響評估審查，既有未充分斟酌相關事項而出於錯誤之事實認定或錯誤資訊之判斷而有瑕疵，本院自得加以審查，而認定原處分違法，即屬無可維持，訴願決定未予糾正，亦有未合，原告訴請撤銷訴願決定及原處分，為有理由，應予准許。」最高行政法院99年度判字第30號判決、100年度第1332號判決，駁回上訴人及再審原告之訴，支持臺北高等行政法院的看法，另最高行政法院100年度判字第1040號判決、100年度判字第1022號判決亦採相同見解。

依環評法第3條之規定，主管機關於審查環境影響評估報告有關事項，應設環境影響評估審查委員會，其中專家學者不得少於委員會總人數三分之二；另依同法第4條第2款對環評的範圍包括生活環境、自然環境、社會環境及經濟、文化、生態等可能影響之程度及範圍。顯見環評審查結論具有高度專業性，且結論係由專家學者所組成之環評審查委員會所作成，符合司法院釋字第553號解釋所揭示行政機關享有判斷餘地，然此並非謂法院不得對環評審查結論進行完全之審查，僅是審查事項及密度不同罷了。法院仍得對行政機關所為之行政行為審查其是否有出於錯誤之事實認定或錯誤之資訊、法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無明顯錯誤、對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範、有違一般公認之價值判斷標準、是否違反法定之正當程序、作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權

限、行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當連結之禁止、行政機關之判斷，是否違反平等原則及比例原則等法治國應遵循之一般原理原則而有判斷濫用或裁量濫用之違法。於環評程序上之爭議係環評審查結論大多為有條件通過第一階段之環評程序審查而未進入第二階段之環評審查程序，由上述之環評程序得知，第一階段之環評僅為開發單位提出環境影響說明書供主管機關書面審查，並將審查之結果公告，缺少了由目的事業主管機關、相關機關、團體、學者、專家及居民代表共同「界定評估範疇」，蒐集各方之意見後方製作環境影響評估書，並邀各方代表現場履勘及召開公聽會，以落實民眾參與之民主程序，故有謂第二階段之環評程序方為真正的環評程序，第一階段環評程序僅為過濾篩選程序，確屬的論。然而要進入第二階段環評程序須滿足環評法第8條之規定，即依第一階段之環評審查結論認為「對環境有重大影響之虞」時方須進入第二階段環評程序。何謂「對環境有重大影響之虞」？依環評法施行細則第19條對「對環境有重大影響之虞」之定義係指下列情形之一者：一、與周圍之相關計畫，有顯著不利之衝突且不相容者。二、對環境資源或環境特性，有顯著不利之影響者。三、對保育類或珍貴稀有動植物之棲息生存，有顯著不利之影響者。四、有使當地環境顯著逾越環境品質標準或超過當地環境涵容能力者。五、對當地眾多居民之遷移、權益或少數民族之傳統生活方式，有顯著不利之影響者。六、對國民健康或安全，有顯著不利之影響者。七、對其他國家之環境，有顯著不利之影響者。八、其他經主管機關認定者。此一不確定法律概念之認定取決於環評審查委員會之審查判斷，原則上法院對該專業委員會之專業判斷應予尊重，例外若有判斷瑕疵或判斷濫用之情事，法院即得加以審查並撤銷該違法之行政處分，而非由法院對該是否有「對環境有重大影響之虞」之專業判斷自為審查並自行判斷，以免司法過度介入行政，而違反權力分立之憲政秩序。

### 三、第三人提起撤銷訴訟之要件為何？如何界定第三人是否具備利害關係？

第三人並非行政處分之當事人，第三人是否能對該行政處分提起訴願、行政訴訟等救濟，須視該行政處分是否有損害其權利或法律上之利益，訴願法第1條及行政訴訟法第4條第3項定有明文，即須有主觀公權利受到侵害方能允許救濟，故訴願及行政訴訟原則上均為主觀訴訟，例外時方得允許客觀訴訟之提起，如行政訴訟法第9條規定，人民為維護公益，就無關自己權利

或法律上利益之事項，對於行政機關之違法行為，得提起行政訴訟。但以法律有特別規定者為限，主要係為防止濫訴。當行政處分有第三人效力時，第三人是否能提起行政救濟，端視其是否有權利或法律上之利益遭受損害而定。然何謂「權利」？係指人民基於法律規範所賦予的法律上的力量，可以為自己的利益，請求他人為特定作為、容忍或不作為的地位。何謂「法律上利益」？係指某個法規具有保護特定個人利益或公益之目的時，該利益即為法律所保護之利益。若特定法規僅規範行政機關之作為或不作為，行政機關依該法規執行事務或履行義務時，間接使人民獲得附帶之利益，人民所獲得的僅為反射利益，而非法律上之利益，二者應予區別，其區別實益為法律上之利益具有主觀公權利之性質，人民具有公法上之請求權，可向行政機關請求為一定作為或不作為；而反射利益並無賦予人民公法上之請求權，即不具主觀公權利，無法向行政機關請求為一定作為或不作為。「權利」及「法律上之利益」二者並列於法文中，其實質意義應無不同<sup>21</sup>，可稱之為「主觀公權利」。人民是否有主觀公權利應如何判定？通說認為應取決於保護規範理論之判斷結果，而所謂保護規範理論係指行政機關於執行公權力適用某一法規時，該法規經由法律秩序整體關聯性之解釋，客觀探求其所保護的目的，該目的不只在於維護公益，或至少同時在於承認及保護特定個人之利益時，即為所謂之保護規範，其賦予被保護之個人公法上之權利，倘若此時某特定之個人係屬該法規內容所涵蓋之保護範圍時，該特定之個人即得向行政機關為特定之請求<sup>22</sup>。反之，如果該法規之目的僅在於維護公益，並不及於個人利益之保護時，則該法規並非保護規範，並未賦予個人公法上之權利，個人之利益僅為單純之反射利益。此一見解亦為大法官所肯認，依司法院釋字第469號解釋指出「…惟法律之種類繁多，其規範之目的亦各有不同，有僅屬賦予主管機關推行公共事務之權限者，亦有賦予主管機關作為或不作為之裁量權限者，…至前開法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜

<sup>21</sup> 參劉如慧，我國環境影響評法判決回顧，興大法學，第7期，2010年6月，頁277-304。

<sup>22</sup> 同前揭註15

合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」

實務上對於環評法係屬司法院釋字第469號所揭示之保護規範尚無爭議，如最高行政法院96年度判字第1601號判決、100年度判字第1601號判決指出：「…足見我國環評法制係採預防原則，開發行為對於環境有不良影響之虞時，應實施環境影響評估，評估審查程序有嚴謹規定，主要就對環境有重大影響之虞之開發行為進行審查。蓋重大開發案對環境往往影響深遠，對環境造成危害具有持續性及累積性，其危害程度之判斷具有風險評估(風險預測)特性，唯賴法定之環境影響評估程序及具各項專業委員予以把關，甚至連法院對此部分之判斷，亦給予一定程度之尊重。因此學說及本院現行一致之見解，認為環評審查會對應實施環境影響評估之開發行為，所作之無須進行第2階段環境影響評估之審查結論，開發行為之當地居民具有法律上利害關係，得對該環境影響評估審查結論，提起撤銷訴訟即具原告適格。換言之，環評法第5條第1項及第8條為保護規範，有保護開發行為當地居民之目的。…」惟法院早期的看法必須審酌是否有現實及具體之損害發生，若為將來的損害則不得提起救濟，最高行政法院48年判字第96號判例：「訴願法第一條所稱官署之處分，損害人民之權利或利益者，限於現已存在之處分，有直接損害人民權利或利益之情形者，始足當之。如恐將來有損害其權利或利益之行政處分發生，遽即提起訴願，預行請求行政救濟，則非法之所許」；51年判字第106號判例、59年判字第211號判例均同此意旨。最高行政法院重述上述判例於96年度判字第1601號判決認為：「…本件依甲○○等11人之主張，系爭垃圾焚化廠距離臺灣自來水公司籌建中之林內淨水廠僅1.8公里，其焚化爐落塵有污染自來水源之可能，而甲○○等11人又居住於自來水源之供應區域，應認為其權益有受侵害之可能，從而具有提起本件撤銷訴訟之訴訟權能等語，固非無見。惟查原判決僅以「應認為其權益有受侵害之可能」，即認有提起本件撤銷訴訟之訴訟權能，而未查明原處分是否已「損害其現實之權利或法律上利益」，揆諸首開說明，已嫌速斷。…」均認為須有現時損害其現實之權利或法律上利益，然環境影響評估係針對開發行為所可能造成對環境之衝擊事先評估預防並提出替代方案之方法，在未完成環評程序前，開發單位不得為開發行為(環評法第22條參照)，故利害關係第三人之權利或法律上利益均無現時之損害，若如此解釋，利害關係第三人永遠無法經由訴訟

獲得救濟，有違反憲法第16條保障人民訴訟權之虞，所幸最高行政法院改變原先之見解，不須利害關係第三人證明開發行為會使其受損害為必要，最高行政法院100年度判字第1601號判決：「…環評法第5條第1項、第8條及第16條第1項結合環評法施行細則第38條均為保護規範，已如上述。是以屬於在此保護規範所保護範圍之人民即開發行為之當地居民，其權利或法律上利益即有受侵害之可能，而有具撤銷訴訟之原告適格，並不以證明開發行為會使提起訴訟者權益受損為必要。原判決以上訴人未能證明本件變更增加原環說書所載之土石挖取量，會如何影響環境而危及上訴人安全或損害其權益，認上訴人提起本件撤銷訴訟不具原告適格，適用法規不當。…」

行政法上有關第三人撤銷訴訟，在審理的順序上，應先為形式審查，即原告是否具有提起本件訴訟之權能(或稱原告是否適格)，於形式審查後方進入實質審查，即有無理由之問題，二者應予區別，不可混淆<sup>23</sup>。是否具有提起本件之訴訟權能，須透過相關規定之解釋及個案的認定，始能確認。而認定的標準，依通說係以「保護規範理論」作為個案之判準，該理論在操作上可分為三個層次：1. 確認原告主張系爭處分違法索引據之法令規定，易言之，原告原則上須具體指摘系爭處分違反何等法令規定。2. 上開規定在解釋上應探求該規範之目的，除了保護公共利益外，是否兼及保護個人的利益。3. 判斷原告是否為該保護規範的保護對象<sup>24</sup>。在最高行政法院96年度判字第1601號判決、100年度判字第1601號判決均依司法院釋字469號之解釋，肯認環評法第5條第1項、第8條均為保護規範，有保護開發行為當地居民之目的。至於是否有損害其權利或法律上之利益，只要第三人(原告)有因該開發行為受侵害的可能，始足當之(可能性理論)，即為保障之訴訟權，形式審查上不應採取過嚴的限縮，盡量讓人民得利用法院救濟；另一方面為防止人民濫訴，起訴之門檻又不能毫無限制或失之過寬，而採取可能性理論是較佳的選擇，故第三人(原告)無須於起訴時證明其權利或法律上利益已受有侵害為必要，只要第三人(原告)於起訴時其權利或利益有侵害之可能，已具備訴訟權能，起訴已符合程式。至於環評審查結論是否違反環評法之規定，涉及行政處分是否違法，為實體上有無理由之問題，二者屬於不同之層次，應予區別。最高行政法院96年度判字第1601號判決認為查明原處分是否已「損害其現

<sup>23</sup> 同前揭註 15

<sup>24</sup> 同前揭註 15

實之權利或法律上利益」之看法，實有商榷之餘地。

#### 四、公民訴訟或客觀訴訟提起要件為何？

人民向法院起訴請求救濟主要係為保障法律所賦予其權利或法律上之利益，當法院為其勝訴判決時，即可將侵害其權利或法律上之利益之行為排除，使其回復權利原有圓滿之狀態，此時人民提起訴訟方有訴之利益，才不會耗費國家司法之人力、時間及費用等資源。顧人民於起訴時，法院會形式審查原告是否有訴之利益或當事人是否適格，若形式不合法法院將駁回原告之訴。然此一原則亦有例外，當人民提起訴訟雖非為自己之權利或法律上之利益，而係與公共利益有關係時，為鼓勵民眾勇於參與公共事務促進公共利益，例外開放人民在無涉及自己權利或法律上利益時亦得向法院請求救濟，此一情形常見於環保法令中，此一公民訴訟之規定係繼受於美國環境法之規範，此訴訟性質係以公益的促進為目的，該目的往往並非為了個案的救濟，而是督促政府或受管制者積極採取某些促進公益的法定作為，該判決之效力未必侷限於訴訟當事人<sup>25</sup>。

美國公民訴訟條款的濫觴係於1970年所制定的空氣清淨法（Clean Air Act），當時美國民權運動澎湃，人民對政府並不信任，對政府之執法諸多質疑，參議院順此趨勢乃於1970年空氣清淨法中加入公民訴訟條款，賦予民眾藉由法院的判決督促政府執行應為公益之作法，以確保該法的理想得以實現。自此，民眾參與環境的決策非僅限於聽證，更掌握積極主動參與之權利，之後各項陸續訂定之環境法律大部分均有公民訴訟條款。法院得以作成禁制令(injunction)或罰鍰的判決內容來滿足民眾提起訴訟之需求<sup>26</sup>。

人民若有公法上之爭議，除法律別有規定外，原則上得提起行政訴訟救濟，然人民提起救濟時須具有其權利或法律上之利益受到侵害為要件，為行政訴訟法第2條、第4條及第5條所明定，及人民提起行政訴訟須具備有主觀公權利方得為之。惟例外時人民為維護公益，就無關自己權利或法律上利益之事項，對於行政機關之違法行為，得提起行政訴訟。但以法律有特別規定者為限，行政訴訟法第9條定有明文。而我國公民訴訟的法律規定大多規定在環境保護相關法律中，如環評法第23條第8項、第9項規定：「主管機關於

<sup>25</sup> 同前揭註 2，頁 238。

<sup>26</sup> 同前揭註 2，頁 239-240。

書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、偵測鑑定費用或其他訴訟費用予對預防及減輕開發行為對環境造成不良影響有具體貢獻之原告。」，空氣污染防治法第81條、水污染防治法第72條、廢棄物清理法第72條、海洋污染防治法第59條、土壤及地下水污染整治法第54條等環保法律均有公民訴訟之相關之規定。

上述規定之公民訴訟條款中原告適格限於「受害人民或公益團體」公益團體係依我國相關法令登記有案其成立宗旨與公益有關之環保團體，於適用上應無疑義，惟「受害人民」應如何解釋？與具主觀公權利（權利或法律上之利益受損害）之利害關係第三人如何區分？應否區分？首先人民應指自然人而不包括法人在內，因法人已逾越「人民」文義解釋的範疇，另法人的解釋可納入公益團體中適用。其次對「受害人民」之解釋，美國於1970年制訂的空氣清淨法率先納入公民訴訟條款時，法律條文僅規定「任何人(any person)得…提起訴訟」未對原告做任何限制，於1972年之水清淨法納入公民訴訟條款時，對於原告適格之「公民」定義為「其利益被嚴重影響或有被嚴重影響之虞」，與其他訴訟上所要求的「實際損害」相當，所謂「實際損害」不限於經濟上之損害，環境舒適等非經濟上之損害亦包括在內<sup>27</sup>。我國立法上尚無與美國法之相同規定，實務上臺北高等行政法院於98年度訴字第504號判決：「…是環評法第23條第8項所稱「受害人民」，應包括直接受開發行為影響所及之居民及將受嚴重影響或將生損害之居民。」本文認為該定義可資贊同，蓋公民訴訟條款之訂定係為監督政府依法行政，具有公益性質，解釋上不宜過度限縮原告適格範圍，應比權利或法律上利益受損害之利害關係第三人寬，然為避免濫訴，耗費行政機關及法院之資源，自不宜無加限制開放任何人均可提起，故只要受開發行為影響所及即可肯認具原告適格；另從請求目的觀之，公民訴訟僅為請求行政機關依法執行其法令規定上應執行之義務，而利害關係第三人之主觀公權利之限制係因其與受處分之相對人利益衡量問題，所涉及者為私益非公益，故公民訴訟之原告適格應與利害關係第三人之原告適格區別，且前者之允許範圍較後者為寬。

<sup>27</sup> 同前揭註2，頁241。

公民訴訟法律上之性質為何?依行政訴訟法之規定訴訟類型包括撤銷訴訟、課予義務訴訟、確認訴訟及一般給付訴訟，行政訴訟法第4條、第5條、第6條及第8條所明定，原告於起訴時，應依個案事實及訴之聲明確認訴訟類型，因不同之訴訟類型須具備不同的訴訟要件，若原告所提之訴訟類型有誤，法院應向當事人闡明(行政訴訟法第125條參照)，不得以訴不合法逕予駁回原告之訴。依上述公民訴訟條款之規定「…受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行…」，故原告之聲明為請求主管機關執行一定之職務行為，為給付行為，就應為一般給付訴訟或課予義務訴訟?依高雄高等行政法院96年度訴字第647號判決：「…然就參加人在加路蘭段346-4地號土地為開發行為部分，被告則迄未命參加人停止其開發行為，原告乃依環境影響評估法第23條第8項後段規定，對被告怠於執行職務之行為，直接向本院提起本件行政訴訟，請求判令被告應命參加人停止在上開346-4地號土地上之一切開發施作工程行為，核屬給付訴訟之訴訟類型，揆諸上開環境影響評估法第23條第8項規定，並無不合。參加人主張本件原告所為訴求，既屬請求行政機關應為上開環境影響評估法第22條所定行政處分之訴訟，即屬所謂「課予義務訴訟」之類型，依行政訴訟法第5條規定，課予義務訴訟須經訴願程序，而認原告提起本件訴訟不合法云云，顯有誤會，自不足採。」該判決認定公民訴訟於上訴事實應認定為一般給付訴訟類型而非課予義務訴訟類型，其著眼於課予義務訴訟類型應先行課以義務訴願程序，然環評法之規定為逕行向法院起訴而無須先行訴願，故高雄高等法院認為該訴訟類型之性質為一般給付訴訟類型。此一見解不被最高行政法院接受，最高行政法院於99年度判字第403號判決指出：「…經查，被上訴人於96年5月11日依環境影響評估法第23條第8項規定，函請中央主管機關環保署轉由上訴人臺東縣政府應依環境影響評估法第22條規定，命開發單位上訴人即參加人立即停工，此有同日（96）環盟總字第960025號函可稽，本件被上訴人既請求為行政機關之上訴人應對上訴人即參加人為上開環境影響評估法第22條所定行政處分，則被上訴人提起之行政訴訟類型，應為「課予義務訴訟」，而非一般給付訴訟。…」依行政訴訟法第8條之規定：「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求做成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟…」故僅請求行政機關作成行政處分外之事實行為方得提一般給付訴訟，若須

作成行政處分，應依行政訴訟法第5條提起課予義務訴訟。上述案例之原告請求臺東縣政府應依環評法第5條之規定對該開發行為應經環評程序後方得開發，而環評之審查結論性質為行政處分已如前述，故原告之請求為請被告作成行政處分無疑，應屬課予義務訴訟，最高行政法院之見解應可贊同。該訴訟類型既屬課予義務訴訟，是否應經訴願先行，依訴願法第1條第1項但書規定：「但法律另有規定者，從其規定。」之免經訴願程序而得提起行政訴訟。而環評法等環保法律所規定之公民訴訟條款應屬法律別有規定無須經訴願程序即得提起行政訴訟。

該訴訟之提起須符合「對其怠於執行職務之行為」之要件，若是否執行主管機關有行政裁量權，且該裁量權並非縮減至零時(是否縮減至零可參照司法院釋字469號解釋理由書)，並不該當上述要件；若行政機關有義務執行該職務行為，必須主管機關怠於執行該職務行為，另外為防止干擾主管機關之執法調配及避免過度增加法院的負擔，在設計之機制上加入告知條款，以緩和上述顧慮，規定原告於書面告知送達之日起60日內仍未依法執行者，原告方得提起訴訟。另法院審理後之判決內容僅得依行政訴訟法第200條之規定作成判決。

## 五、環評法第14條第1項環評主管機關對於開發行為之「否決權」及相關問題之探討。

行政院環境保護署於2006年公告中部科學園區第三期發展區開發計畫環境影響說明書，以有條件通過環評審查之結論，經當地居民提起行政救濟，經台北高等行政法院96年度訴字第1117號判決認定該開發行為之環評審查結論違法，進而撤銷原處分及訴願決定。嗣後環保署向最高行政法院提起上訴，遭最高行政法院99年度判字第30號判決，以上訴無理由駁回環保署之上訴，全案確定撤銷環保署公告之環評審查結論。環保署不服提起再審，亦遭最高行政法院100年度判字第1332號判決駁回環保署再審之訴。本案成為我國司法史上環保署所作成之環評審查結論遭行政法院判決確定撤銷的首例<sup>28</sup>。而依環評法第14條第1項規定，目的事業主管機關於環境影響說明書未經完成審查或評估書未經認可前，不得為開發行為之許可，其經許可者，無效。環保署發布新聞稿表示，上述條文之「環境影響說明書未經完成審查或評估

<sup>28</sup> 同前揭註13，頁125。

書未經認可」係指「自始未經完成環評審查」，本案係經環評審查後遭撤銷，並無環評法第14條第1項之適用，至於本案目的事業主管機關及其他機關所核發之相關證照後續應如何處置，目的事業主管機關宜就主管法規或行政程序法，審慎妥善處理<sup>29</sup>。惟學界有不同之看法<sup>30</sup>，認為撤銷除依行政程序法第118條另定失效期限外，自始失其效力，與未經環評審查無異，應有環評法第14條第1項之適用，目的事業主管機關及其他機關所核發之證照均無效，應命中科三期停止開發及已進駐中科三期之廠商停工、停業。以下將探討環評法第14條第1項為我國所獨有之「否決權」或稱「橫斷條款」之規定。

首先應探討環評法第14條第1項之立法沿革及理由，以探求立法原意。行政院於1990年10月4日將環評法草案送交立法院審議，於該草案第13條規定：「目的事業主管機關於環境說明書或評估書未經完成審查前，不得為開發行為之許可，其經許可者，由主管機關函請目的事業主管機關撤銷之。」其立法意旨則為：「明定開發行為之目的事業主管機關於評估程序終結前，不得為開發行為之許可，以免忽略環境因素之考量。」在立法院完成一讀程序後進入委員會審查，立法委員主張應於本條增訂第二項，規範目的事業主管機關於環評主管機關未核可前不得為開發行為之許可<sup>31</sup>，其立法理由則為：「增列第二項是經主管機關審查認定不應開發者，但是開發單位得另行提出替代方案，重新送請主管機關審查。」上述草案中不得為開發行為之許可包括1. 開發行為於未經環評審查前，不得有開發行為之許可(第1項前段)；2. 若未完成環評程序而為開發行為之許可者，目的事業主管機關應依主管機關之請求，撤銷已核發之開發行為許可並命開發單位停止開發(第1項後段)；3. 環評主管機關認定不應開發者，目的事業主管機關即不得為開發行為之許可(立委主張草案應增加第2項)。環評草案於1993年年底進入二讀會程序，因增列第9條關於有關機關或當地居民提出意見之規定，後續之條文條號即有變更。經朝野協商後提出於院會討論之草案第14條修正版本：「目的事業主管機關於環境說明書或評估書未經完成審查前，不得為開發行為之許可，

<sup>29</sup> 參沈世宏，環保機關於行政法院撤銷環評審查結論後因應作為之適法性說明，台灣法學雜誌，第159期，2010年9月1日，頁16-19

<sup>30</sup> 參李建良，中科環評的法律課題-台灣法治國的淪喪與危機，台灣法學雜誌，第149期，2010年4月1日，頁17-28；陳仲麟，環評撤銷後的開發許可效力—評環保署拒絕令中科三期停工，台灣法學雜誌，第149期，2010年4月1日，頁29-34；王毓正，我國環評史上首例撤銷判決：環評審查結論經撤銷無效益或無效用？/最高行99判30，台灣法學雜誌，第149期，2010年4月1日，頁145-158。

<sup>31</sup> 參傅玲靜，論環境影響評估審查與開發行為許可間之關係--由德國法「暫時性整體判斷」之觀點出發，興大法學，第7期，2010年6月，頁209-269。

其經許可者無效，並由主管機關函請目的事業主管機關註銷之(第1項)。經主管機關審查認定不應開發之許可者，目的事業主管機關不得為開發之許可。但開發單位得另行提出替代方案重新送審查(第2項)。」其第1項之法律效果由得撤銷改為無效，立法委員認為賦予環評主管機關決定性之權利，具有準司法判斷之功能，否則將使環評制度之功能大打折扣，故朝野協商決定直接規定無效之法律效果，而不再由主管機關函請目的事業主管機關撤銷開發行為之許可，而係因無效僅須目的事業主管機關「註銷」許可即可<sup>32</sup>。該草案於1994年12月15日三讀通過，同年12月30日總統公布；環評法於1995年1月1日起生效。嗣後於2002年環評法配合臺灣省政府組織及功能業務之調整，第14條第1項後段有關許可無效之處理，回歸行政程序法之精神，刪除「並由主管機關函請目的事業主管機關註銷之」等字句，而第14條第1項規定對於第一階段及第二階段環評審查結論標的之不同，為求明確，修正為「目的事業主管機關於環境影響說明書未經完成審查或評估書未經認可前，不得為開發行為之許可，其經許可者無效。」之後環評法未再進行修法，與現行法同<sup>33</sup>。

從學理觀之，行政處分之瑕疵程度由輕到重，分別賦予不同之法律效果，若行政處分瑕疵較輕者如有誤寫、誤算或其他類此顯然之錯誤者，行政機關得隨時或依申請更正之(行政程序法第101條參照)；其次為違反程式或方式之行政處分，如有須經申請使得作成之行政處分而未經申請、必須記明之理由而未記明、應給予當事人意見陳述之機會而未給予、行政處分之作成應由委員會作成而未依規定作成、及應由其他機關參與作成之行政處分應參與之機關未參與等瑕疵時，該具瑕疵之行政處分為得補正(行政程序法第114條第1項)；除上述事由而該瑕疵未達行政程序法第111條規定之重大明顯之無效程度時，該具瑕疵之行政處分為得撤銷；最後若該瑕疵之行政處分若達如寫在額頭上重大明顯之程度時，該行政處分無效。而環評法第14條目的事業主管機關於環境影響說明書未經完成審查或評估書未經認可前，不得為開發行為之許可，其經許可者無效之規定，該無效並非如行政程序法第111條各款之無效事由，且不論該瑕疵是否重大明顯，應屬於法律規定之另一種無效之規定，所謂之無效係自始不生效力(行政程序法第110條第4項參照)。而環

<sup>32</sup> 同前揭註 31。

<sup>33</sup> 同前揭註 31。

評審查結論之法律上定性為行政處分已如上述，若該行政處分因具違法之瑕疵而遭法院撤銷時，除了另定失效之日期外，該完成審查結論之違法行政處分溯及既往失其效力(行政程序法第118條參照)，與未經完成審查或認可無異，依環評法第14條第1項之規定，開發行為之目的事業主管機關因而發給開發行為之相關許可應為「無效」，從上述環評法第14條之立法過程觀之，立法委員認為應賦予環評主管機關決定行之權利，若開發行為之目的事業主管機關不理會環評主管機關對環評審查之決定時，目的事業主管機關所為之許可為無效，即環評之審查結論為目的事業主管機關為開發行為許可時之前提要件，若該環評審查結論遭撤銷而失其效力時，目的事業主管機關依據該環評結論所為開發行為許可亦失其附麗，而遭無效之命運。此時環評主管機關應依環評法第22條之規定轉請目的事業主管機關，命其停止實施開發行為。必要時，主管機關得逕命其停止實施開發行為，若環評主管機關疏於執行上述行為時，受害人民或環保公益團體可依環評法第23條第8項、第9項之規定書面通知主管機關於60日內執行，若仍未依法執行者，人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。此一情形造成投資開發單位極大的不安定性，對國內經濟發展有不良之影響，然就法論法，解決之道仍應以修法的方式解決，是否要賦予環評主管機關所做的環評審查結論如此大的效果，立法委員須衡量環境保護與經濟發展二者應如何兼籌並顧，為立法形成自由。

## 伍、結論與建議

臺灣地狹人稠又是一個四面環海的島國，在有限的資源下，人民要生存及發展很大一部分需仰賴對外貿易，在國民所得仍低人民生活艱苦的年代，經濟發展似乎為首要的目標，為了發展經濟環境的破壞及勞動力的剝削幾乎都可以被犧牲。但隨著經濟發展到某一程度，人民的生活水準逐漸提升，人民對生存條件的要求也越來越高，經濟發展也逐漸轉型，從高勞力、高污染及技術層次低的產業結構，逐漸轉型為高資本、高腦力及高創意的產業模式。在注重經濟發展的同時，人們也同時省思，為了經濟發展人們失去了什麼？身體的健康？生活的環境已不再美麗？生存的條件已不再安全？農村純樸悠閒的生活回憶以一去不返？經濟發展已不再是人民的唯一選項，在資源有限及稀少性的限制下(尤其是土地資源)，要如何配置取的均衡，便產生競合的問題。而環境保護問題在經濟發展中佔有重要的地位，從早期五輕設置的林園

事件，到近期中科三期、四期的設置，苗栗徵收大埔農地設置銅鑼科學園區所引發農民的抗議及爭議，焚化廠及掩埋場等鄰避設施的設置等，均凸顯出環境問題在經濟發展上的重要性，如何落實憲法增修條文第10條第2項規定經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧之理想，隨著時間的發展會有不同的均衡點。

環評法是環保法令中唯一以事先預防及整體的角度來思考環境問題，被賦予很高的期待，然從1994年12月30日公布實施至今，我國環評法制之運作仍有許多的改善空間，此與制度的設計、人民的知識水準及理性討論公共政策之空間、廠商的守法精神及政府的執法都有密切的關係，以下分別說明。

### 一、制度的設計：

在我國環評制度的中，重要的設計特色及問題有雙主管機關之運作、環評主管機關之「否決權」、及民眾參與環境決策的程度不足等問題。

- (一)雙主管機關:依環評法的規定，主管機關包括環評審查之主管機關-中央為行政院環境保護署、地方為縣(市)政府，及目的事業主管機關-視開發單位之開發行為之態樣於法令屬於何主管機關而定，我國環評法之規定，與美國、德國、及日本係由開發單位之目的事業主管機關負責環評程序之審核制度不同，由於開發行為之前置作業須先經過環評程序，而環評程序係由主管機關所主導，目的事業主管機關多認為「環境」事務與其職權沒有關聯，在作成決定時，不用對環境事務多所著墨，環境影響考量，似乎永遠只是環境主管機關的事。然而構成環境影響評估重要環節的公共參與之目的在於鼓勵、引導私領域的人民，使其能藉由參與程序對行政機關進行公共監督，但環境影響評估事務集中於環境主管機關的結果，卻讓真正對開發作成決定的目的事業主管機關得以藏身於幕後，不用接受公共參與的挑戰。最終作成開發決定的目的事業主管機關不需要對環境的破壞負責。當開發行為對當地造成利益時，功績歸屬於目的事業主管機關；而環境主管機關則必須對環境的破壞負最終的責任。環境主管機關所負的只有責任，權利與義務顯然不成比例，也與責任政治的原理不符。將由環評主管機關集中審查制改變為由各決策目的事業主管機關承擔環評責任的作法

，是解決當前環境影響評估制度亂象最根本，也最有效的良方<sup>34</sup>。

(二)環評主管機關之「否決權」：當初立法機關賦予環評主管機關否決權係考量若開發行為之目的事業主管機關若置環評之結果於不顧，逕行給予開發許可，會使環評的目的意義大打折扣，故而於環評法第14條第1項規定目的事業主管機關於環境影響說明書未經完成審查或評估書未經認可前，不得為開發行為之許可，其經許可者無效之規定，此種規定亦為我國環評法治所獨有之規定，美國、德國及日本(中央法規)均無類似否決權之規定，此種規定造成開發單位要進行開發的第一道關卡就是一定要通過環境影響評估，一旦未通過環境影響評估審查，則所有的開發計畫都將胎死腹中。因此，對於開發單位而言，通過環境影響評估的重要性即不言可喻了。也因為如此，不論開發單位為行政機關或一般民間事業體，莫不無所不用其極地要通過環境影響評估。環境影響評估審查成為開發行為的主戰場，更使各方不同利益同時湧入環境影響評估審查之中，並對各個環境影響評估委員進行各式各樣的干擾，造成環境影響評估由公開程序理性蒐集民眾意見的機能萎縮，並不利民間團體的良性參與。另一方面，各種不同之利益團體除在審查程序中對審查委員進行干擾外，即使在通過環評審查結論後，亦將戰場延至司法程序，使得開發單位隨時處於一個審查結論有可能被法院撤銷進而導致開發許可無效之不確定的狀態，對國內經濟發展，有著巨大不良之影響。故在制度設計上，可以思索回歸環境影響評估制度設計的原形，讓環境影響評估不要成為利益衝突的主戰場，而回歸到環境影響評估是行政程序一環的原初設計，將否決權制的設計刪除，使各個行政機關做決策時都對環境價值有所考量。如此，也可讓環境影響評估結論及環境機關的意見，成為目的事業主管機關的政策納採內容，讓環境影響評估的決定可以實質地影響到開發決策。如此一來，相信將對有助於環境影響評估法制的正常化發展<sup>35</sup>。

(三)民眾之參與：本文認為「環境權」尚不適當列為憲法上之基本權利之實體權，然應可解釋為民眾參與環境決策之程序權，經由人民參與環

<sup>34</sup> 行政院研究發展考核委員會，環境影響評估制度問題之探討，計畫主持人：葉俊榮，編號：RDEC-RES-098-007，2010年6月。

<sup>35</sup> 同前揭註34。

境政策之程序，來達到人民有權利決定其所想要享有之環境品質為何？行政程序法所規定民眾參與行政決定的方式有意見陳述程序(行政程序法第102條參照)及聽證程序(行政程序法第54條至第66條參照)，然聽證程序並非強制行政機關履行之程序。在環評法中，人民參與程序是在第一階段環境影響評估進行並作成決定後的「公開說明會」時才有機會參與，在該階段等同全然沒有參與的機會，直到第二階段才讓人民有較多的參與機會，包括範疇界定會議及公聽會等，都是在第二階段才參與的程序。從程序正當性及程序理性的角度看來，人民參與決策反映意見之程序權幾乎被剝奪，環評審查結論欠缺民主正當性之基礎，從程序參與以協助決策正確性及效率的角度出發，讓人民至少可以在實際進行討論一個月前即知悉現階段有哪些開發案、參與程序時程如何、在何地或以何種途徑讓人民表示意見，以使人民有充分的時間蒐集相關資料並作相關的準備。不同意見在程序進行的初期即可相互論辯及審議，才能確實將所有的意見內化到決策的內涵，提升決策的正確性。除此之外，若經由人民參與並與人民溝通之程序，事後可減少人民對開發行為之阻力及減少不必要的訴訟，避免不必要的勞費<sup>36</sup>。

**二、人民的知識及理性討論公共政策之空間：**人民參與公共政策之決定本身須具備一定之理性及知識，方始公共政策有理性的討論空間。目前我國國民對公共政策之關心程度遠不如政論節目，於選舉過程中候選人對公共政策的提出均乏人問津，顯見我國人民對公共政策尚無關心討論的習慣，在此一民情下，環評程序中人民參與意見之場合中往往變成民眾要求開發單位給予附近民眾回饋金之討論，若回饋金不盡如民意，則將採取反對開發之立場，讓人民參與公共政策之美意大打折扣。

**三、開發單位的守法精神不足：**開發單位對環境保護的理念總認為環保只是花錢而不能如生產商品或服務增進收入的觀念影響，對環保之相關措施總是以應付的態度面對，而未能真正內化成為開發行為之一部分，認真考慮開發行為對環境的衝擊及影響，導致其所委託之環境工程顧問公司於撰寫環境影響說明書或報告書時，思考層面僅為如何通過環評的審查

<sup>36</sup> 同前揭註 34。

，至於做不做得得到是以後的事情，以這種態度來面對環評，又如何能達到環評所要達到的目的呢？顯現我國法治觀念之不足。

**四、政府監督執行的程度不足：**政府承辦環評業務的人員有限，在地方通常僅有一或二位承辦人員負責環評業務，其審查大多仰賴審查委員會之專家學者，其本身對開發單位所提出之環境影響說明書或評估書並未詳細閱讀，並不明瞭開發業者於環評中所做的承諾及應遵循之事項為何？如此又如何能期待政府主管機關（包括目的事業主管機關）能積極主動查核？人民僅能透過環評法第23條第8項、第9項所規定之公民訴訟條款來監督主管機關及開發單位；然人民的資訊有限，要進行監督有其困難。故環評制度的設計上，如何將資訊公開與人民知悉，利用無窮的民力來監督開發單位是否依照當初環評承諾的約定來進行開發行為。

## 參考文獻

### 一、專書

1. 中華經濟研究院，經濟發展、環境保護與民主參與，初版，主編：湯京平、蕭代基，2011年2月。
2. 行政院研究發展考核委員會，環境影響評估制度問題之探討，計畫主持人：葉俊榮，編號：RDEC-RES-098-007，2010年6月。
3. 陳敏，行政法總論，第5版，2007年10月。
4. 陳慈陽，環境法總論，初版，2000年6月。
5. 葉俊榮，環境政策與法律，第2版，元照出版社，2010年10月。

### 二、期刊論文

1. 方偉達、方偉光，環境影響評估作業程序之探討，工業污染防治，第105期，2008年1月，頁135-150。
2. 王珍玲，行政計畫與民眾參與--以最高行政法院99年判字第30號為例，法學新論，2010年12月，頁63-74。
3. 王毓正，司法判決撤銷環評審查結論之後，繼續施工?--中科三期環評撤銷訴訟判決後之爭議問題，台灣法學雜誌，第147期，2010年3月1日，頁1-4。
4. 王毓正，我國環評史上首例撤銷判決：環評審查結論經撤銷無效益或無效用?/最高行99判30，台灣法學雜誌，第149期，2010年4月1日，頁145-158。
5. 田蒙潔，美國環境影響評估制度介析，全國律師，2010年3月號，頁19-47。
6. 辛年豐，對環境影響評估程序提起訴訟之法理分析--以開發行為之評估程序為核心，東海大學法學研究，第34期，2011年6月，頁205-259。
7. 李建良，環境行政程序的法制與實務--以「環境影響評估法」為中心，月旦法學雜誌，第104期，2004年1月，頁45-67。
8. 李建良，中科環評的法律課題--台灣法治國的淪喪與危機，台灣法學雜誌，第149期，2010年4月1日，頁17-28。
9. 李錦地，環境影響評估制度之回顧與展望，工業污染防治，第116期，2010年12月，頁103-118。
10. 李育明、楊宜潔、王彬墀、陳秋楊，兩岸三地環評制度比較研究，工業污染防治，第116期，2010年12月，頁137-165。

11. 李惠宗，從法學方法論談論中科事件「停工，不停產」的弔詭，台灣法學雜誌，第161期，2010年10月1日，頁1-16。
12. 沈世宏，環保機關於行政法院撤銷環評審查結論後因應作為之適法性說明，台灣法學雜誌，第159期，2010年9月1日，頁16-19。
13. 林群超，實施策略環評建立政府政策之檢視與公開機制，工業污染防治，第105期，2008年1月，頁127-134。
14. 林昱梅，預防原則與「停、看、聽」環評機制之落實--中科三期環評案之省思，台灣法學雜誌，第161期，2010年10月1日，頁17-30。
15. 胡慕情，中科訴訟的意義，全國律師，2010年3月號，頁16-18。
16. 黃錦堂，「政府政策環境影響評估作業辦法」之釋義與評價，全國律師，2002年9月號，頁111-127。
17. 黃錦堂，高度科技專業性行政決定之司法控制密度--兼評臺北高等行政法院96年度訴字第1117號，東吳公法論叢，第三卷，2010年7月，頁349-391。
18. 陳雅惠，我國環境影響評估制度中司法所應扮演的角色，全國律師，1999年6月號，頁2-4。
19. 陳淑芳譯，德國之環境影響評估與行政程序，月旦法學雜誌，第104期，2004年1月，頁33-37。
20. 陳仲嶙，環評撤銷後的開發許可效力--評環保署拒絕令中科三期停工，台灣法學雜誌，第149期，2010年4月1日，頁29-34。
21. 楊昌憲、趙家緯、馬鴻文，我國環境影響評估制度問題探討，工業污染防治，第105期，2008年1月，頁101-121。
22. 葉俊宏、洪淑幸、黃建智，環境影響評估政策之探討，工業污染防治，第116期，2010年12月，頁119-136。
23. 劉如慧，我國環境影響評估法判決回顧，興大法學，第7期，2010年6月，頁275-307。
24. 詹順貴，中科環評事件的法律辨正，全國律師，2010年3月號，頁5-15。
25. 傅玲靜，由高雄高等行政法院96年度訴字第647號判決談開發許可與環境影響評估之關係，東吳公法論叢，第二卷，2008年11月，頁87-131。
26. 傅玲靜，多階段行政程序--環境影響評估程序與開發許可程序之關係，月旦法學教室，第66期，2008年4月，頁24-25。
27. 傅玲靜，論環境影響評估審查與開發行為許可間之關係--由德國法

- 「暫時性整體判斷」之觀點出發，興大法學，第7期，2010年6月，頁209-269。
28. 傅玲靜，由行政程序法之適用論我國環境影響評估審查之法制，中原財經法學，第23期，2009年12月，頁37-105。
  29. 傅玲靜，環境影響評估法中公民訴訟之當事人，月旦法學教室，第70期，2008年8月，頁22-23。
  30. 傅玲靜，簡介德國2005年環境資訊法及於環境影響評估之適用，全國律師，2010年11月號，頁4-28。
  31. 蔡秀卿譯，日本的環境行政與行政程序--以環境影響評估法制為素材，月旦法學雜誌，第104期，2004年1月，頁38-44。

## 談一則跨國取證的婦幼保護案件

陳宗賢\*

### 一、前言

筆者調任臺灣花蓮地方法院檢察署後，接獲一件案情、偵查流程均使筆者印象頗為深刻的案件，因為從發動偵查乃至調取、彙整證據等重要流程，結合了社政機關、外交機關的協助，從而使一件發生於7年前之家內性侵案件，得以查明事實，依法訴追。雖然本案的偵審和處罰，造成被告與被害人的家庭二度受影響，然而在此令人惋惜的案件事實中，至少仍有人的命運獲得扭轉，這是筆者唯一覺得欣慰之處，僅以此文感謝案件偵辦及事實經過流程中，各機關人員的協助與付出。

### 二、案件緣起

臺中市家庭暴力急性侵害防治中心在處理某件高風險家庭之兒保案件時，在查訪該案件家庭成員過程中，知悉該家庭成員多年前曾遭生父性侵，且因此產下一女嬰，嗣後該女嬰遭遺棄而下落不明，該中心即將此部分案情，轉由主管機關花蓮縣政府社會處處理，花蓮縣政府社會處受理後，即轉發保護性個案知會單予本署。本案知會單內容案情摘要略以：案主（下稱甲女）於民國95年間某日，遭其生父於酒醉後性侵，嗣於96年間在醫院產下一女嬰（下稱X女），嗣後案父（下稱被告丙）要求案主遺棄該女嬰，案主因恐懼案父，將該女嬰遺棄在花蓮縣○○鄉某社區，至今不知該女嬰下落等語。

本案係本署接獲花蓮縣政府函送保護性個案知會單後，分「他」字案偵辦，由於花蓮縣政府社會處的社政體系，會對於轄內高風險家庭進行瞭解，有時會在處理兒少保護案件過程中，察覺家庭暴力、妨害性自主犯罪等婦幼保護案件，此時花蓮縣政府即會將案件函知本署，本署收悉後，即會分案交由檢察官指揮警察單位偵辦，以便即時依刑事訴訟法程序完成蒐證，地檢署因為與警察機關同步接獲案件知會單，因此可以在案件的開端即指揮警察針對個案情節蒐證、調查，如此一來，可以提高婦幼案件偵查的即時性及調查

\* 陳宗賢 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官

的精緻度。

### 三、偵辦經過

筆者收悉本案後，即發指揮書指揮所轄警察分局，指明應查明及調取之資料，此外，令人最擔心的，則是遭遺棄之女嬰下落，筆者即以電話與承辦警員聯繫，請其至甲女供承遺棄X女的地點附近查訪，並調閱96年間有無查獲棄嬰之紀錄。幸而承辦警員回覆的是好消息，96年間同一分局內，有案發地點尋獲棄嬰（下稱Y女）的通報表，且當時遭發現的棄嬰，已透過社政體系安置，嗣後並順利出養至外國。筆者雖然鬆了一口氣，但是本案仍然是一個令人難過的妨害性自主及遺棄案件，必須把7年前的相關證據一一搜齊，並且證明棄嬰的身份。

本案已知的情節是X女出生後，曾經有取名字並申報戶口，另外遭尋獲的棄嬰Y女，亦有編輯戶籍資料、取名字，嗣後經法院裁定出養至歐洲Z國。除了案件各該當事人應調查訊問事發經過之外，還必須要調閱X女、Y女現存的紀錄，並且證明X女=Y女，及Y女生父的身份。關於X女部分，有醫院的出生紀錄、戶籍登記紀錄、出生證明等文件，可以證明X女的出生經過；關於Y女的部分，有尋獲棄嬰的通報表、尋獲當時的照片、手寫書信一紙、法院認可收養民事事件卷宗及裁定、Y女出入國資料、身分證明等文件。

本案當事人甲女到案之後，除了陳述其遭生父即被告丙性侵之事實經過外，並且也說明了將甲女遺棄的情形及經過，因此雖然甲女是妨害性自主案件的被害人，但甲女仍然觸犯了刑法的遺棄罪，檢察官仍然應依法訴追處理。在甲女與被告接受訊問後，也採集了他們二人的DNA，準備與Y女進行比對，Y女的DNA則是妨害性自主案件最重要的積極證據之一，但Y女已出養至國外，案情至此已有涉外因子出現。

偵辦過程中，筆者曾經聯繫法務部國際及兩岸事務司尋求相關支援，然而得知正式的程序，是必須自行填具外文司法互助請求書，且對方國家是否配合完成協助，均是未知數，本案又涉及刑事採證程序，十分複雜，非但曠日廢時，又未必能取得本案所需要的證據。幸而筆者透過Y女出養紀錄，得知當年協助Y女出養的社福基金會，近年仍有與Y女的養父母聯繫，經與該基金會溝通協調後，由該基金會與Y女養父母完成聯繫，表示願意協助取得Y女的DNA。同時，筆者在外交部網站查知本國有駐Z國代表處，經以電話向外交

部歐洲司協調後，正式以函文請求外交部轉駐Z國代表處協助，本案即在該社福基金會與外交部歐洲司駐Z國代表處的共同協助下，由Y女養父母將Y女帶至駐Z國代表處完成DNA採取，並將DNA棉棒函覆本署。另外為了證明Y女的DNA來源，也必須將採集DNA的過程存證。筆者收到外交部轉送的Y女DNA棉棒時，對於能夠取得遠在歐洲的證據（而且沒有特別動支公務經費），心中真的萬分感動，接下來只要將各當事人的DNA完成比對，案件就調查完畢了。而經DNA比對結果，也確認Y女與甲女、被告均有親屬關係，足以證明Y女就是甲女遭被告丙性侵害，進而遺棄的X女。

通常事隔多年的性侵案件，客觀證據的蒐集上都有很大的困難，然而本案的特殊情節，甲女懷孕、生產均有明確紀錄可查，且因為有社政體系的協助，讓X女遭發覺後即時受到安置保護，並有後續資料可循，方得讓本案事實有充足的證據可以認定。

#### 四、審判結果

被告丙男犯罪事實如下：

丙男係成年人，與甲女為父女，兩人屬家庭暴力防治法第3條第3款所定之家庭成員關係，詎丙男竟違背倫常，於民國95年9月至10月間某日晚間10時許，在其位於花蓮縣○○鄉之住處內，酒後為逞性慾，先將與甲女同住一間房間之丙男母親趕出房間，再基於強制性交之犯意，在甲女之房間內以手撫摸甲女之胸部，並不顧甲女已出言反抗並出手推阻，以腕力強行摟住甲女，脫去甲女之衣褲後，將其陰莖插入甲女之陰道內，而以上開強暴方式，對甲女為強制性交行為1次得逞，並射精於甲女體內。嗣甲女因遭丙男性侵後懷孕，於96年7月間產下一女X，而丙男依法對於X應扶助、養育及保護，且屬家庭暴力防治法第3條第3款所定之家庭成員關係。甲女將X帶回上址住處後，於96年8月間某日，因X啼哭不止，丙男明知X為出生未滿2週之嬰兒，基本生活皆仰賴他人協助，顯為無自救力之人，竟基於遺棄之犯意，向甲女表達不能將X帶回家，要求甲女「自己處理」，並不為X生存所必要之扶助、養育或保護，甲女則因此萌生遺棄X之犯意，於同日晚間某時許，與其胞妹乙女共同基於遺棄之犯意聯絡，由乙女騎乘機車搭載甲女，自上址住處出發，至花蓮縣○○鄉某住宅前，見四下無人且該址屋內亦無人發現之際，即由甲女將以浴巾包裹之X遺棄於該址門前走廊，使無自救力之X之生存受有危險。

被告丙因本案事證明確，於審判中認罪且無其他意見，而經法院因妨害性自主判處有期徒刑4年6月，及成年人故意對兒童犯違背法令遺棄罪，處有期徒刑8月，應執行有期徒刑5年確定。

而甲女雖為妨害性自主案件之被害人，但因其將X女遺棄，故甲女之行為，係犯兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法第294條第1項之成年人故意對兒童犯違背法令而遺棄罪，則經法院審酌本案之特殊情節、X女現受有良好照顧等情狀，判處甲女有期徒刑陸月。緩刑參年，緩刑期間付保護管束確定。

## 五、結語

本案係被告丙男酒後亂性所導致的家內人倫悲劇，而被告與甲女的家境均屬社會弱勢，又因觸犯刑法而需入監服刑，對於家庭環境影響更為劇烈，整件案子牽連到家族三人，筆者雖在職責之內調查全案事證，並將相關當事人依法起訴，但訴追的結果，卻再一次深刻影響了被告所有家庭成員。

因為檢察官有足夠的權限、能量，得以整合各體系的證據及支援，在各機關的協助之下，跨越時間、空間的證據得以在本案彙整，讓被告因此接受了刑罰，也知悉了X女的去向。本案雖然因為涉外而取證不便，但對照其他社會新聞上的虐童案件，因為7年前種種因緣際會，X女現在已在遙遠的國度，過著截然不同的生活，人與人的互助，可以改變一個人的人生，這也是人類社會得以維繫、正向發展的出發點，也讓筆者體認到社會溫暖的力量，及自己身為檢察官的公益使命。

## 廣西南寧詐騙案之刑事犯罪分析

-以臺灣高等法院花蓮分院104年度上易字第40號、臺灣花蓮地方法院102年度原易字第8號、第117號，103年度易字第24號、第240號為討論中心

林敬展\*

### 一、前言

「廣西南寧」詐騙案氾濫，造成民眾嚴重損失，全國300多個鄉鎮市區，幾乎皆有被害人。在民國2013年8月間，台中、雲林、台南、高雄5個地檢署同步掃蕩，檢警調共計破獲6案、20個詐欺集團，傳喚拘提98名被告，訊後羈押9人，被害人數逾1000人，估計被騙金額超過1億元人民幣，約5億台幣<sup>1</sup>，然此僅為該次檢調行動之統計，實際上，被害人及受害金額恐不僅於此。位處臺灣偏遠東部之花蓮地區亦無法免受其害，然本件花蓮地方法院（下稱花蓮地院）第一審判決，部分被告尚因違反公平交易法而判有罪，惟被告及檢察官均提起上訴後，在高等法院花蓮分院（下稱花高分院）卻均獲無罪判決確定，究因何理由導致本件纏訟數年，被害人受反復煎熬後，被害金額仍無法討回，被告亦無法經由法院定罪，故擬本文討論之。

### 二、案例事實<sup>2</sup>

（一）於民國100年3月間起至101年10月間，被告等人假藉大陸地區廣西省南寧市政府許可「資本運作」行業為由，以多層次傳銷之方式，許以高額之獎金為誘因，在臺招攬投資人（術語：下線）。該投資案之入會門檻為：支付人民幣6萬9,800元（術語：21份股、1粒、1球），次月退回招攬他人加入之補助費用人民幣1萬9,000元，投資人成為「資本運作」行業會員後，即取得招攬他人為下線、發展組織之資格，招

\* 林敬展 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官

<sup>1</sup> <http://www.chinatimes.com/newspapers/20130824000917-260106>；另以關鍵字「廣西南寧」查詢司法院法學資料檢索系統刑事判決，在臺灣高等法院有16筆，高等法院臺中分院有4筆，臺南高分院有4筆，高雄分院有11筆，花蓮分院有4筆；臺北地院有6筆，士林地院有1筆，新北地院有5筆，桃園地院有10筆，新竹地院有2筆，臺中地院有13筆，彰化地院有2筆，南投地院有1筆，雲林地院有3筆，臺南地院有2筆，高雄地院有21筆，橋頭地院有2筆，花蓮地院有8筆相關之判決，查詢日：106年6月7日。

<sup>2</sup> 以上案件事實以臺灣高等法院花蓮分院104年度上易字第40號之犯罪事實為基礎。

攬 3人可升經理階級，招攬23人可升老總階級。

(二)分配獎金之方式係：第一代會員以人民幣6萬9,800元加入「資本運作」，扣除次月返還之人民幣19,000元，其中之人民幣500元，會員得選購寢具、服飾、精品等商品，其他會費約45%由老總以上階級分配，約55%由老總之下階級分配，又參加人每招攬1人加入，可依招攬人所處階級分配比例，獲取人民幣6,000至10,000元之獎金，老總下線限四代，之後即出局，無法再領取獎金。

(三)並假借旅遊名義，以投資人僅需支付機票費用，其餘食宿全免之誘因，邀約投資人至廣西省南寧地區參訪，進行7天考察（術語：走學習），嗣投資人至廣西省南寧市後，先將投資人帶至當地市區參覽，佯稱廣西省南寧市政府默許「資本運作」行業，且該地繁榮之景亦係「資本運作」行業所導致，再加以安排每日至老總階級之會員住處聽課程（術語：分享），於課程中佯稱：「係投資於廣西省南寧市政府之建設」、「投資款項係交予政府建設」、「投資3年可獲利上千萬元」等言論，使投資人可能將「資本運作」行業與公權力及當地繁榮之景為不當之連結，加入申購投資，並帶領投資人至當地中國工商銀行開戶，用於每月獎金匯款。後因被害人投入資金無法回收，又該投入資金未確實投入廣西省南寧地區，經檢警調循線了解，始悉上情。

### 三、本案所涉相關問題

本件案件所涉爭點有三，試分述如下：

(一)對投資人佯稱如犯罪事實所載之內容<sup>3</sup>，是否構成詐欺？

(二)「廣西南寧」案之資本運作之模式<sup>4</sup>，是否為多層次傳銷？

<sup>3</sup>即被告等人將投資人帶往至廣西省南寧市區參覽，佯稱廣西省南寧市政府默許「資本運作」行業，且該地繁榮之景亦係「資本運作」行業所導致，再加以安排每日至老總階級之會員住處聽課程（術語：分享），於課程中佯稱：「係投資於廣西省南寧市政府之建設」、「投資款項係交予政府建設」、「投資3年可獲利上千萬元」等言論。

<sup>4</sup>入會門檻為人民幣69,800元（術語：21份股、1粒、1球），次月退回入會者人民幣19,000元，投資人成為「資本運作」計畫之會員後，即取得招攬他人為下線（術語：傘下）、發展組織之資格，招攬55份股（即3人）可升經理階級，招攬480份股（即23人）可升老總階級，老總階級即可分配其下線投資之獎金。其等歷任各代「老總」，執行各代「老總」應執行之事務如帳務管理、製作獎金分配表、訂班講課等。另該計畫之「考察」行程，係以投資人僅支付機票費用，其餘食宿全免之方式，邀請投資人至大陸地區廣西省南寧市參訪進行7天「考察」、其中之人民幣500元，會員得選購寢具、服飾、精品等商品等。

- (三)「廣西南寧」案之取得獎金模式<sup>5</sup>，是否構成銀行法規範之「以收受投資為名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者<sup>6</sup>」要件？

#### 四、所涉相關問題分析

##### (一) 詐欺部分：

##### 1. 詐欺要件

按刑法第339條第1項詐欺罪之成立，以意圖為自己或第三人不法所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付為要件。所謂以詐術使人交付，必須被詐欺人因其詐術而陷於錯誤，若其所用方法，不能認為詐術，亦不致使人陷於錯誤，即不構成該罪為要件。

##### 2. 本件花蓮地院及花高分院<sup>7</sup>之認定：

- (1)被害人等係為賺取介紹費而加入，並非為投資廣西南寧而加入「資本運作」，

被害人在去大陸前，被告等人雖有用投資廣西南寧等名義作為吸引因素，但其等對於「資本運作」入會門檻、輔導下線發展投資網絡，升為老總階級等「資本運作」運作模式及「獲利模式」皆屬知悉，知悉唯一收入來源係招攬下線以獲取獎金或佣金，並知悉加入後有下線後，有獎金可以領取，亦知若無招攬下線，即無任何獎金或佣金可以領取。

- (2)另大陸相關法院見解：(2012)青刑初字第365號判決之相關內容，該判決中認定之本件「資本運作」大陸地區被告乃犯組織、領導傳銷活動罪，而非詐欺取財罪。又其餘判決書理由雖提及【騙取財物】等字眼，然其內容為「引誘參加者繼續發展他人參加，騙取財物，擾亂經濟秩序」，顯然與刑法詐欺取財罪之構成要件不符。

<sup>5</sup>被告等人明知「資本運作」行業之組織以「支付人民幣69,800元，次月退回招攬他人加入之補助費用人民幣19,000元」之方式約定返還本金及實際以50,800元為算佣金之基礎，依招攬人所處階級之分配比例而獲取與本金50,800元顯不相當之高額「推薦獎金」及「組織獎金」。

<sup>6</sup>銀行法第29條之1。

<sup>7</sup>臺灣高等法院花蓮分院104年度上易字第40號、臺灣花蓮地方法院102年度原易字第8號、第117號，103年度易字第24號、第240號；另其他法院如臺灣高等法院刑事判決104年度上易字第2060號。

### 3. 本文見解

「詐欺罪」在成立上必須被告行使詐術時，有使他人陷於錯誤而為財物之交付，就本件被害人等人誤信純資本運作係大陸政府所支持而認為該行為係屬合法，且所繳之金錢乃投資建設而加入，是以並非理性思考後才決定投入金錢；否則，若告訴人等事先即知悉「資本運作並非合法」「投入金錢並未投入相關建設」、「所投入資金皆由上線瓜分」、「轉讓並不容易」等資訊上，即難想像會有人投入大筆資金，只為求獲取吸引下線之高額報酬。

然就相關法院審理，不斷探求被害人是否在過程中知悉獲利模式，若被害人回答在「走學習」或「分享」之過程中，老總曾有講過獲利模式，即認為被害人已知悉如何獲利，而認被害人未陷於錯誤，進而推論其等並非為投資廣西南寧，而係為賺取介紹費而加入，故不成立詐欺罪。然而如此判斷恐忽略該犯罪集團本即利用一般民眾思考上之錯覺，以為投入資金乃在協助建設廣西南寧，將來所獲取之報酬即可能從此而來，而未深思老總在台上講解獲利模式為何跟廣西南寧建設無關，在加上時間之緊迫性及人情之壓力下，陪同之人不斷在旁邊洗腦，再配合情境下之錯誤假象造成之誤解，如街道上都有販賣相關之書籍等，因此先在大陸工商銀行開戶，後來回台後即不好意思拒絕，最後始為金錢之交付，因此若謂被害人等並非為投資廣西南寧而加入「資本運作」，而為賺取介紹費而加入，單純以被害人均知獲利係以拉人加入為唯一要件，而認無詐欺之情形，稍嫌速斷，而忽略被告所營造之詐術環境對被害人之影響，才使投資人將「資本運作」行業與公權力及當地繁榮之景為不當之連結，使投資人陷於錯誤而加入申購投資。

#### （二）多層次傳銷<sup>8</sup>部分

<sup>8</sup>多層次傳銷管理法乃於 103 年 1 月 29 日制定公布施行，並於同年月 31 日生效。本文所述之公平交易法第 23 條及第 35 條第 2 項乃分別改列於多層次傳銷管理法第 18 條：「多層次傳銷事業，應使其傳銷商之收入來源以合理市價推廣、銷售商品或服務為主，不得以介紹他人參加為主要收入來源。」第 29 條第 1 項：「違反第十八條規定者，處行為人七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金。」且同法第

## 1. 多層次傳銷要件

多層次傳銷乃就推廣或銷售之計畫或組織，參加人給付一定代價，以取得推廣、銷售商品或勞務及介紹他人參加之權利，並因而獲得佣金、獎金或其他經濟利益者而言。前項所稱給付一定代價，謂給付金錢、購買商品、提供勞務或負擔債務<sup>9</sup>。多層次傳銷，其參加人如取得佣金、獎金或其他經濟利益，主要係基於介紹他人加入，而非基於其所推廣或銷售商品或勞務之合理市價者，不得為之<sup>10</sup>。據此，「多層次傳銷」之要件有三：

- (1) 須給付一定代價始得成為正式會員。
- (2) 係以由已入會之會員介紹加入組織，為其主要之招募會員方式（此即所謂平行擴散性）。
- (3) 給付代價之目的與取得介紹佣金之權利間有因果關係。

因此，多層次傳銷之行銷方式，乃有別於傳統之單純販賣商品或服務即可獲得佣金、獎金或其他經濟利益，而係由參加人給付一定代價，以取得推廣、銷售商品或勞務及介紹他人參加之權利，因之於販賣商品或服務時，同時得以吸收人員加入銷售行列，如此透由層層複製行銷網路，藉由階層利益附著於組織，以達到提高商品及服務銷售量之目的，參加人亦因而由此獲得佣金、獎金或其他經濟利益。然「多層次傳銷」是否以有「商品及勞務之銷售」為限，則恐有爭議，試分述如下：

- (1) 否定說<sup>11</sup>：

---

39 條亦明定：「自本法施行之日起，公平交易法有關多層次傳銷之規定，不再適用之。」據此，修正前公平交易法第 23 條及第 35 條第 2 項之處罰規定固業經修正刪除，然此乃係配合多層次傳銷管理法之單獨立法，而將該修正前公平交易法第 23 條及第 35 條第 2 項之規定改移列於多層次傳銷管理法，尚非予以除罪化，合先敘明。是以本件即發生在舊法時代，雖相關規定僅從「公平交易法」移置多層次傳銷管理法，內容並無變更，故仍以舊法討論之，以求一致。另次按公平交易法第 35 條第 2 項，係以違反同法第 23 條規定之「行為人」為規範對象，惟條文中之「行為人」並不囿於多層次傳銷事業之主體負責人，若擔任傳銷事業重要職務或屬於傳銷組織之高聘參加人，或與傳銷事業合意決定重大之營運事項，或積極參與傳銷組織擴散，或領得高額獎金不法經濟利益，經綜合判斷而可認定與傳銷事業負責人就違反公平交易法第 23 條之違法多層次傳銷行為有犯意聯絡、行為分擔，自該當於上開法文中「行為人」之構成要件。就本件之老總等級即具以上之特性，囿於篇幅，故於本文不多加贅述。

<sup>9</sup> 修正前公平交易法第 8 條第 1 項。

<sup>10</sup> 修正前公平交易法第 23 條。

<sup>11</sup> 臺灣高等法院 102 年度上易字第 1881 號、臺灣高等法院臺中分院 103 年度金上訴字第 395 號、臺灣新北

雖文義上認「參加人給付一定代價，以取得推廣、銷售商品或勞務及介紹他人參加之權利，並因而獲得佣金、獎金或其他經濟利益者而言」，似乎將「取得推廣、銷售商品或勞務」及「介紹他人參加…」，並列為要件，惟查現今社會發展迅速、商業方式各異、商品型態多元，修正前公平交易法23條，認多層次傳銷變型態樣繁多，如其參加人所得之佣金、獎金或其他經濟利益，主要係基於介紹他人參加，則後參加者必因無法覓得足夠之人頭而遭經濟上之損失，然其發起或推動之人則毫無風險，且獲暴利，可能破壞市場機能，甚或造成社會問題。是以應擴大解釋該處罰之範圍，而認為「權利或資格」雖無實體存在，然因對擁有者而言仍具有一定之經濟效益，且常作為買賣交易之客體，例如會員資格、專利權、商標專用權等等，因而所謂「商品」，自應包含「權利或資格」在內，而不能侷限於需有實物存在為要件之傳統觀念，故既參加者繳費加入後，可取得推廣、銷售投資純資本運作資格，自與多層次傳銷之要件並無相違。是以不應將多層次傳銷侷限在是否有產品之設計，而應認為只是藉由給付一定代價，取得推廣、介紹他人加入之權利，並因而取得利益即應屬之。

## (2) 肯定說<sup>12</sup>：

參諸修正前公平交易法第8條第1項關於「多層次傳銷」之定義規定，顯然包含「合法應受行政監督之多層次傳銷」及「修正前同法第23條非法應受刑事制裁之變質多層次傳銷」。由修正前公平交易法第23條之立法理由：多層次傳銷，並非均為不正當之銷售方法，惟認「變質非法多層次傳銷」，僅是將商品或勞務銷售予以虛化，仍非全無商品或勞務銷售之形式，而係予以形骸化，故倘全無商品或勞務之銷售，其性質與修正前公平交易法第8條第1項之「多層次傳銷」即屬有別，而認為該法之處罰仍以有「取得推廣、銷售商品或勞務」為要件。

---

地方法院 104 年度易字第 84 號、臺灣高等法院臺中分院刑事判決 105 年度上易字第 998 號（然此判決因法院後認被告不屬公平法上行為人概念，而仍判決無罪）、臺灣高等法院刑事判決 104 年度上易字第 1923 號（詳判決內檢察官之上訴理由）。

<sup>12</sup>臺灣高等法院刑事判決 105 年度上易字第 1931 號，此為目為高等法院多數看法。

## 2. 花高分院之認定

本件花高分院將被告所涉之行為事實，送往公平交易委員會詢問本案是否構成多層次傳銷之行為，經回覆內容略以<sup>13</sup>：

- (1) 依修正前公平交易法（下稱本法）第8條第1項規定...乃界定本法所規範多層次傳銷，不符合本條定義者，縱令其行銷方式具有多層級組織及團隊計酬等特質，亦非上開規定規範之對象。至符合本條定義之多層次傳銷是否為變質多層次傳銷，應依變質多層次傳銷相關規定判斷。
- (2) 承上，前揭法條所指之『給付一定代價』與『佣金、獎金或其他經濟利益』。係從參加人角度界定其於二個階段中應負之義務與可享之權利。在第一個階段中，加入者因給付多層次傳銷事業金錢等一定代價，取得參加人之資格，因而同時獲得推廣、銷售商品或勞務及介紹他人參加之權利；於第二階段，參加人因從事銷售、推廣商品或勞務及介紹他人參加之行為，獲得佣金、獎金或其他經濟利益，參加人並因此成為本法第2條所稱之事業。
- (3) 查廣西南寧事件之『純資本運作』係以給付一定代價，取得加入及介紹他人參加之資格，獎（佣）金等經濟利益係基於介紹他人加入，因無商品（或服務）銷售，則參加人給付一定代價後，因無可為推廣銷售之商品（或服務），自無所謂取得推廣銷售商品（或服務）之權利，而非上開法條規範之多層次傳銷。

花高分院依上開函釋，認為被告等人出資加入及招攬下線加入之廣西南寧「資本運作」，確係為一「純粹拉下線」吸收資金，並將下線資金依組織內部層級重新分配之投資組織，該組織並未對外從事營業或投資，亦未銷售或推廣任何實體商品或勞務，已如前述，堪認該廣西南寧「資本運作」計畫或組織確非屬修正前公平交易法第23條禁止之變質多層次傳銷，是其等取得之佣金、獎金，縱有不正，仍無從依修正前同法第35條第2項規定處罰。

<sup>13</sup>公平交易委員會以105年6月8日公競字第1050009219號函。

### 3. 本文見解

在「廣西南寧」案中，依證人證述及查扣之書籍宣傳資料，並非沒有產品之設計，只是該產品在整個銷售過程中不具重要性，參加人主要之獲利來源為拉下線，使其投入之組織中，應即屬商品或勞務銷售予以虛化之情形，此屬於該修正前23所增訂欲修法之對象。

惟在花高分院之判決中，對原審之有罪部分加以撤銷，然理由部分則以該法之主管機關所回覆函文為主，惟法官依法適用法律，應獨立探究立法精神，行政機關之解釋並無拘束力，而僅供判斷上之參考。實務上既認有「產品虛化」之概念，然如何區分界定「商品或勞務銷售虛化」或是「不具商品或勞務」，將仍是一大課題。實則，惟查現今社會發展迅速、商業方式各異、商品型態多元，因正常多層次傳銷的旨在推廣或銷售商品，而針對多層次傳銷變質而來之「老鼠會」則在吸金，是為了在組織中「搶位子」坐領金，其收入只靠不斷介紹下線來繳交「權利金」，做為上線的酬勞，所以上線是藉著介紹下線加入而獲得報酬一旦傳銷組織解體，將破壞市場機制，甚或造成社會問題，故同法第23條第1項將一般通稱「老鼠會」之違法多層次傳銷行為，予以明文定義，並賦予刑事責任明示禁止。是以即不應將違法之多層次傳銷侷限在是否有產品之設計，而應認為只要藉由給付一定代價，取得推廣、介紹他人加入之權利，並因而取得利益即應屬之，不限於一定要有產品之銷售始屬之<sup>14</sup>。

該犯罪集團散落於台灣各地，然就此類型是否屬多層次傳銷看法不一，形成被告坦承犯行有罪，若否認犯罪即無罪之亂象，實有賴實務就該法之處罰範圍及認定基礎，統一法律見解，以具司法可預測性。

#### (三)銀行法部分

##### 1. 銀行法中「收受存款論」之限制

銀行法第29條之<sup>15</sup>之文義意旨，可知所謂以「收受存款論」，係

<sup>14</sup>實務上之多數看法認，若此解釋有違罪刑法定主義，應透過修法為之。可參照臺灣高等法院刑事判決105年度上易字第1892號。

<sup>15</sup>銀行法第29條：除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理

指收受款項、吸收資金者，於收受、吸收資金後，於存續期間內，有給付與本金不相當之紅利、利息、股息或其他報酬之約定，始克相當。惟所謂「其他報酬」是否以「類似法定孳息性質」為要件，則恐有爭議，試分述如下：

(1) 肯定說：

依文義，或「其他報酬」乃列於「…約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息」之後，因而認該「其他報酬」需與「約定或給付之紅利、利息、股息」同具有在收受資金存續期間依本金一定比例當然發生，具有類似利息之法定孳息性質者，始為該條項所指「以收取存款論」。換言之，銀行法第29條之1所謂「收受存款」，不論其存款為零存整付、整存整付之型態，或以每月獲取固定利息方式，向不特定人吸收資金，約定出資人除能領取約定之利息外，尚能收回本金之情形為限。

(2) 否定說：

「其他報酬」乃列於「…約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息」之後，具有補充前開文字不足之處，若仍將該「其他報酬」限於需與前列各種紅利、利息相類似之性質，將無法達到銀行法處罰吸金之各種多變態樣，而有架空該處罰之目的。

且實務<sup>16</sup>上曾以「抽籤抽到時，合○公司即退回所繳交之全部會金及按照固定獲益計算之標金，此模式態樣類似銀行機構推行之『零存整付』模式」，而認係違反銀行法第29條第1項之規定。

亦有實務<sup>17</sup>認為：依原判決事實認定，被告邱○○等十一人與風繼財所推行之前揭方案吸金行為，係以加入天量會員名義，向不特

---

國內外匯兌業務；第29條之1：以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論。上開條文之制定仍源於民國77、78年間，由於龍祥、鴻源等地下投資公司風暴席捲全臺，為強化司法機關取締非銀行業者違法吸金行為之依據，立法院於民國78年7月修正銀行法時乃增訂第5條之1與第29條之1兩項規定以為因應，前者乃就何謂銀行法第29條第1項規定所指「收受存款」之意義予以正面定義，而後者則係就其他類似之脫法行為予以擬制作收受存款行為。詳細內容可參李曜崇律師「銀行法上違法吸金罪之研究--以最高法院相關判決為中心(一)」第2頁。

<sup>16</sup>最高法院101年度台上字第2077號判決參照。

<sup>17</sup>最高法院95年台上字第4271號判決參照。

定之多數人收受入會費，而約定加入會員並介紹其他會員加入會員並繳交會費者，可領取福利回饋金等情，倘該認定之事實無訛，此種吸收資金方式，似已符合銀行法第二十九條之一所規定「以借款收受投資，使加入為股東，其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息或其他報酬者，以收受存款論」之「以收受存款論」之行為，原審未予詳查稽，或向銀行法之主管機關函詢此種方案之吸收資金行為，是否亦應屬銀行法第二十九條之一所指之「以收受存款論」之行為，遽認該行為非屬收受存款之行為，而認邱等十一人該部分吸金行為，不能以銀行法第一百二十五條第一項之罪相繩，其論斷尚嫌速斷，併有查證未盡及理由不備之違誤。是以實務上亦有認該「其他報酬」不需與「約定或給付之紅利、利息、股息」同具有收受者使用所收受資金之存續期間依本金一定比例當然發生，具有類似利息之法定孳息性質。」。

## 2. 本件花蓮地院之認定<sup>18</sup>：

花蓮地院乃採取肯定說看法，因而認為該「其他報酬」需與「約定或給付之紅利、利息、股息」同具有收受者使用所收受資金之存續期間依本金一定比例當然發生，具有類似利息之法定孳息性質者，始為該條項所指「以收取存款論」。是以認為：

- (1) 隔月退還人民幣部分：此人民幣19,000元僅發放一次，非定期給予，並無類似利息之法定孳息性質；
- (2) 獎金部分：是否得到獎金，係取自於「有否招攬新會員之行為」而發給，具不特定性，即被告所發給之獎金須取決於未來時間會員本身招攬新會員入會之一定條件成就，方能取得，若整個組織網不能持續招募新會員，則先加入之會員將無從獲取任何獎金，亦即會員尚需有一定之作為，始能有一定之回報，如會員未有特定作為，非但無報酬可言，會員亦僅能取回部分之本金，而尚與銀行法規定不符。

<sup>18</sup>臺灣花蓮地方法院 102 年度原易字第 8 號、第 117 號，103 年度易字第 24 號、第 240 號；本件因花高分院認為銀行法部分尚非為起訴範圍，故未加以審理。

### 3. 本文見解<sup>19</sup>

將「約定或給付之紅利、利息、股息、其他報酬」解為「收受者使用所收受資金之存續期間依本金一定比例當然發生，具有類似利息之法定孳息性質者」，此乃逕自望文生義之結果，是否妥適，恐非屬無疑，而形式觀之係增加法律所無之構成要件，其適用法則容有未當。況所謂之不特定性，係何所指，乃屬不確定法律概念，諸如一年後領取、抽籤決定亦均應屬之。蓋在一年後甚或五年後領取等約定下，仍有可能因領取人死亡而未能領取，惟一年後領取乃係定期可得領取，猶如存款後半年後或一年後始能領取利息般，故雖有此等約定仍應認係收受存款或以收取存款論；而抽籤決定亦有可能未能抽中致無法領得款項，然由上可知，此最高法院之見解似未要求「以收受存款論」之行為必收受者使用所收受資金之存續期間依本金一定比例當然發生，具有類似利息之法定孳息性質者，若因「不特定性」而謂不構成銀行法，豈非鼓勵非銀行業於收受存款或以收受存款方式吸金時，加入一些極易且可達成之條件，以規避銀行法之重罪，此恐亦非立法者制定銀行法之原意。

#### 四、結論：

本件除銀行法外，均非重罪<sup>20</sup>，且因被告認罪確定，或是二個審級均無罪而未上第三審<sup>21</sup>而無從由最高法院統一見解，然本件花蓮地院就詐欺、銀行法部分判決無罪，但就修正前之公平交易法為有罪，惟經被告上訴後，雖獲無罪，惟未就銀行法部分，再上訴第3審，實有可惜之處，因而造成全國被告就犯行認罪，即經簡易判決而確定，被告否認犯行，即判決無罪確定之亂象，然該案件涉及金錢之鉅大、人數之眾多、屬集團性之犯罪，且證據（銀行資料）、集團首領均在對岸，偵辦上本屬不易，犯罪集團復利用大陸地區政府體制、政策形成過程、資訊流通程度等，均與臺灣迥然有異之現實狀況，特別針對臺灣籍、尤其經濟弱勢之

<sup>19</sup>參臺灣花蓮地方法院檢察署 103 年度蒞字第 1018 號論告書。

<sup>20</sup>除銀行法為 3 年以上之罪，修正前之公平交易法第 35 條第 2 項（違反第 23 條）為 3 年以下，詐欺罪為 5 年以下之罪。依刑事訴訟法第 376 條，後 2 者尚屬輕罪或明列而不得上訴第 3 審之情形。

<sup>21</sup>依妥速審判法第 9 條：第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，一、判決所適用之法令牴觸憲法。二、判決違背司法院解釋。三、判決違背判例，為限，因此該廣西南寧案均尚無第 3 審判決。

族群，誑騙訛詐，虛構「資本運作」係經大陸政府「暗地裡」高度支持之海市蜃樓假象，挑動渠等急欲在經濟地位上尋求一夕致富、瞬間翻身之人心弱點<sup>22</sup>，進而發現與預期不符後，又為了回收絕不可失之本金，往往在上線老總之慫恿下，不顧一切情誼，急迫尋找通常同為經濟弱勢之親友當「替死鬼」而加入為下線，如此惡性循環，同時卻擴張了各資本運作組織之人數規模，使臺灣民間資金大量外流，轉換為各種型態之犯罪所得，直接或輾轉藏匿在境外（例如：諸多「老總」均在廣西南寧購置房地產，長期居留在當地），又鑑於集團性詐欺犯行勾稽不易，公平交易法要件不清、銀行法對此種吸金行為，實務上又有固定之看法，造成偵審機關耗費龐大之人物力，部分被告在偵查中亦遭羈押，最後無罪確定，此亦有國家賠償之問題，惟類此犯罪黑數仍存社會中，若仍不設法加以解決，長久將造成社會問題及資金不斷流出，形成另類國安問題，不得不慎乎。

---

<sup>22</sup>參臺灣花蓮地方法院檢察署 103 年度蒞字第 1018 號論告書、臺灣新北地方法院檢察署檢察官 102 年偵字第 1025 號起訴書求刑論述。

# 累積關係過失犯

羅國榮\*

## 壹、前言

過失犯是實務上犯罪的大宗，但過失犯的研究卻與故意犯不成比例<sup>1</sup>，甚至連過失犯的判斷結構至今仍眾說紛紜。但是當代社會結構下之過失犯罪，已非傳統單一行為人、條件理論因果關係可以掌握<sup>2</sup>，而是朝向多行為人、無/微弱監督關係、疏失累積之「累積關係過失犯」發展。本文先將過失犯之體系做一整理歸納，並簡介過失共同正犯概念後，進入主題「累積關係過失犯」之探討，國內目前針對此主題之文獻不多，故筆者將大幅提出自己不成熟的意見並批判通說見解，期有拋磚引玉之效。

## 貳、過失犯之體系結構

以國內目前留德學者的刑總教科書而言，大多數<sup>3</sup>都將故意犯與過失犯分別置於不同章節，只有少部分學者<sup>4</sup>將故意犯與過失犯在客觀構成要件部分同視，僅於主觀構成要件部分區分故意與過失。這種編排方式的差異，事實上就是反映了過失犯如何定位的問題。進一步而言，又可分為傳統過失犯架構與客觀歸責理論<sup>5</sup>兩種判斷結構，分述如下。

### 第一節、德國理論下之過失犯成立結構

#### 第一項 古典理論

依據古典犯罪體系，故意和過失的區分不在於不法層次，而在於罪

---

\* 羅國榮 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官

<sup>1</sup> 許玉秀，故意與過失競合？—特別與一般關係？，刑法的問題與對策，自版，2000年11月2版，206頁。

<sup>2</sup> Schünemann 著，單麗玟譯，過失犯在現代工業社會的捉襟見肘—資產清算，不移不惑獻身法與正義—許迺曼教授刑事法論文選輯，頁519。

<sup>3</sup> 林山田，刑法通論、林東茂，刑法綜覽、林鈺雄，新刑法總則、張麗卿，刑法總則理論與應用。

<sup>4</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年9月三版。（黃教授認為過失犯在主觀構成要件以「行為人對犯罪事實的預見可能性」為標準，與通說迥異）

<sup>5</sup> 例如林鈺雄教授即揚棄傳統見解，而逕採客觀歸責理論作為過失犯判斷結構。而林東茂教授認為：「事實上，過失犯罪的構成要件，依客觀歸咎理論即可充分判斷。」並認為違反注意義務、可預見性、可避免性都包含在客觀歸責理論之內，亦有揚棄傳統見解的傾向。林東茂，刑法綜覽，一品，2004年9月3版，頁1-173~1-174。

責層次。此時對罪責採「心理罪責論」，認為故意或過失係行為人對行為的主觀心理關係。及至目的體系，雖沿襲新古典體系的「規範罪責論」，但故意與過失被移至不法層次，過失的內涵被切割為：違反客觀注意義務（=認識危險+避免危險的義務）、結果的可避免性、結果發生（以上屬於客觀構成要件要素），行為人個人欠缺注意的可非難性（=認識危險+避免危險的能力）則屬於罪責層次判斷，且過失犯並無主觀不法構成要件要素<sup>6</sup>。由於過失犯與故意犯之結構差異，過失行為所造成的法益侵害，必須著重在客觀世界所呈現的法益受損狀態來判斷。（過失犯都是結果犯）

所謂**客觀注意義務**之違反是行為人違反一般理智謹慎之人所應有的注意義務，**客觀預見可能性**是一般理智謹慎之人在與行為人所處的一種環境下，對於實現不法事實的預見可能性。**主觀注意義務**之違反是行為人違反行為人個人所應有的注意義務，**主觀預見可能性**是行為人個人對於實現不法事實的預見可能性。

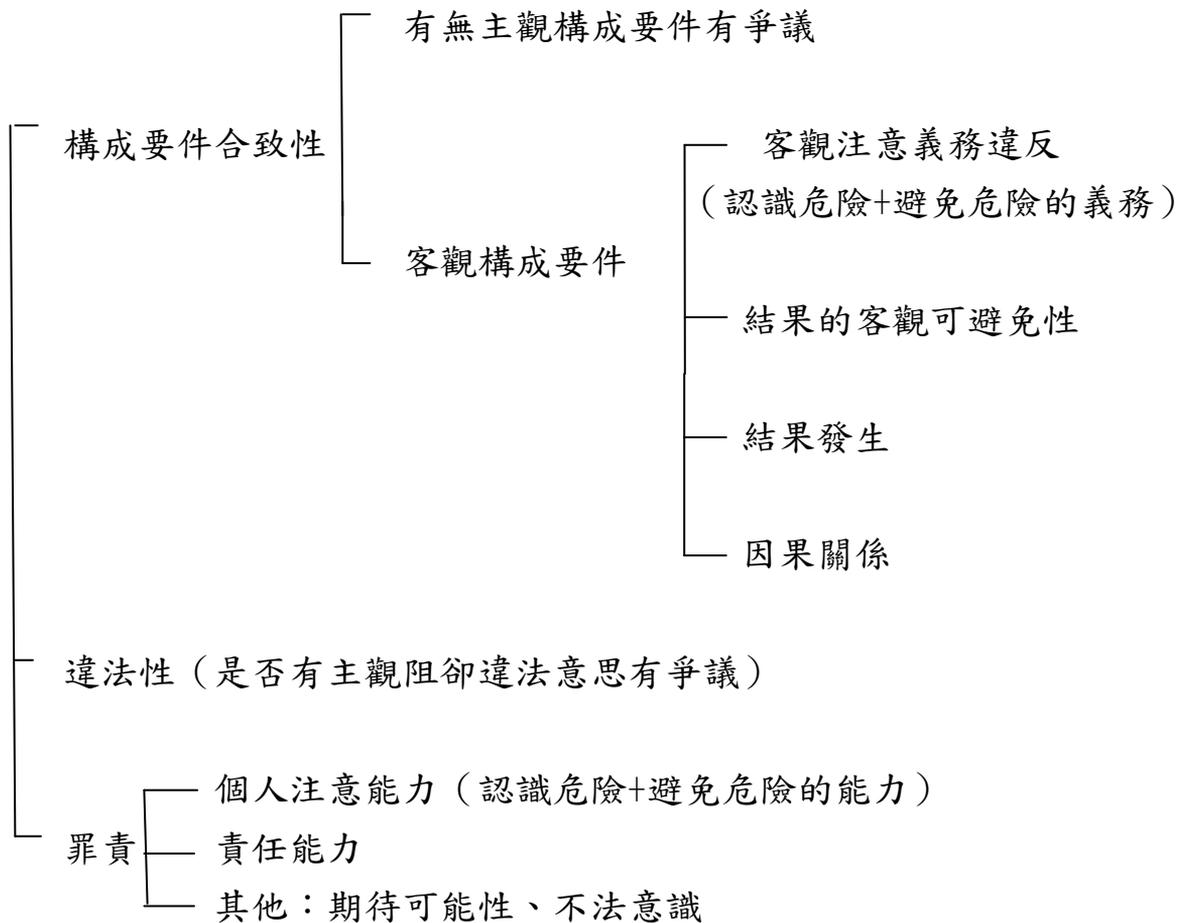
傳統通說對於客觀注意義務採一般人標準，而「個別化理論」論者認為於客觀要件層次就必須以「行為人個人之注意能力」為判準，才能使規範產生意義<sup>7</sup>。亦即，能力較高者，仍必須盡高度義務；能力較低者，只需盡較低義務。舉例而言，F1車手S. Vettel即使在平日駕駛自家車時，仍必須盡到賽車手程度之注意能力（例如以120km/h速度過彎仍絲毫不會傷及路人），否則應成立過失；而如果是殘障之駕駛者，就必須依其個人障礙程度界定義務的標準。

---

<sup>6</sup> 林東茂，前揭註5，頁1-41~1-51；許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，自版，2000年9月初版，頁23~27。

<sup>7</sup> 李聖傑，過失行為的刑法處遇，月旦法學教室，57期，2007年7月，頁83。

圖1:通說之過失犯階層體系<sup>8</sup>



## 第二項 目的理論

1970年以降，德國學者Roxin基於目的理性體系提出客觀歸責理論，突破傳統上應罰性、需罰性之區分，將客觀構成要件實現做價值思考，並某種程度解消了構成要件層次及違法性的分立<sup>9</sup>。

雖然Roxin認為客觀歸責理論可通用於故意犯及過失犯<sup>10</sup>，但他仍承認該理論「在確認過失不法方面具有最大的實際重要性<sup>11</sup>」。其子原則

<sup>8</sup> 參考自：許玉秀，前揭註 6，頁 120。（值得注意的是，許教授原圖中將「違反義務與結果發生有因果關聯」置於違法性層次，與通說迥異。）張麗卿教授之架構以傳統見解為主，客觀歸責理論為輔，原則上同此圖。張麗卿，刑法總則理論與應用，五南，2007年9月三版，頁 383 以下。

<sup>9</sup> 林東茂，前揭註 5，頁 1-53~1-55；許玉秀，前揭註 6，頁 44。

<sup>10</sup> 簡言之，古典體系認為故意犯與過失犯之差異在於罪責；新古典暨目的體系認為在於不法；目的理性體系再進一步細分，認為只有主觀構成要件部分有所不同。

<sup>11</sup> Roxin 著，許玉秀譯，客觀歸責理論，政大法學評論，50 期，頁 20。

可分為：**製造不被容許的風險、實現不被容許的風險、構成要件效力範圍**<sup>12</sup>。而「法所不容許」的具體判準<sup>13</sup>為：1. 法規範2. 工作與活動規範 (Verkehrsnormen)3. 信賴原則4. 分殊的評價標準 (Differenzierte Massfigur)5. 探知義務與不作為義務6. 利益與風險的衡量。值得注意的是，至少在1、2判準中，違反規範的行為不一定等於製造不容許之風險，質言之，違反規範只是判斷風險的「第一道關卡」，該違反究竟是否為刑法上不被容許風險（=具有刑法注意規範之品質），仍待「第二道關卡：個案判斷」<sup>14</sup>。

客觀歸責理論創新之處在於：影響對構成要件重心的判斷、重新架構過失不法及現縮故意犯範圍。也就是大幅削減主觀構成要件的重要性（除了行為人有特殊認知的情形外），直接以客觀面判斷不法，而只要客觀上可歸責者，至少已成立過失犯，如果主觀上尚具備故意者，則再論以故意犯<sup>15</sup>。此外，亦不再區分作為/不作為，而認為過失行為係「製造風險的行為」，而非「未採取注意措施的不作為」。

林山田教授之體系則較為特別，同時揉和了傳統見解及客觀歸責理論，認為過失犯之構成要件該當性有三要件<sup>16</sup>：1. 結果的原因2. 行為不法（不保持依客觀情狀應有的注意，即構成客觀注意違反性，製造法所不容許的風險）3. 結果不法（結果與行為之間具常態關連性、具風險實現關係、結果具可避免性）；罪責部分則有：責任能力、不法意識、客觀注意義務的認識能力與履行能力、因果歷程的主觀預見性、可期待性等要素。

最後，筆者將過失犯之因果關係部分做一簡單圖示。

<sup>12</sup>細部內容：1.製造不被容許風險（非降低風險、非可容許風險）2.實現不被容許風險（行為結果間具常態關連性、構成要件結果具可避免性、結果在注意規範保護目的範圍內實現）3.構成要件效力範圍（第三人專屬負責領域、被害人自我負責原則），參考自：林鈺雄，新刑法總則，自版，2009年9月二版，頁161~170。。

<sup>13</sup>細部內容可參閱：林東茂，前揭註5，頁1-174~1-179。

<sup>14</sup> 林鈺雄，第三人行為介入之因果關係及客觀歸責(下)——從北城醫院打錯針及蘆洲大火事件出發，台灣本土法學80期，頁32~34。（筆者認為，因刑法具有「補充性」(Subsidiaritätsprinzip/ Sekundärprinzip)，其他法規認為不法之行為，刑法不一定認為違法；但其他法規認為合法之行為，刑法必定將之視為合法。）

<sup>15</sup> 林鈺雄，前揭註12，頁174~176。

<sup>16</sup> 林山田，刑法通論，自版，2002年12月八版，頁172以下。

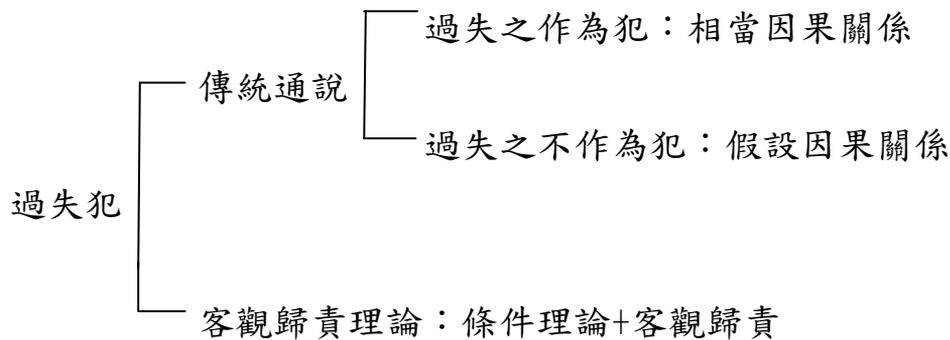


圖2：過失犯之因果關係判斷

## 第二節、問題提出

### 1. 預見可能性的範圍？(容許風險的認定)

客觀歸責論者認為，理論上所有自然法則上可能的因果流程都是可以預見的，真正的關鍵不在「預見可能性」，而是什麼是人有義務去預見的。（登高猝死案<sup>17</sup>、佛羅里達案、救護車案、毆一拳致死案<sup>18</sup>、灌高粱致死案<sup>19</sup>）

### 2. 對因果關係的認知？

對於因果關係的認識屬於獨立的罪責要素，或者是主觀預見可能性的內涵之一，或者根本不需要此一要素？

### 3. 累積的因果關係？

以下毒案為例，在故意犯累積的因果關係中（kumulative Kausalität），通說認為兩者皆成立未遂犯。但在累積因果關係的過失犯中，為何兩者均成立過失犯？例如，在甲乙雙方均有過失並且致第三人受傷的案

<sup>17</sup> 某縣政府舉辦登高大賽前，要求選手對自己健康狀況簽切結書，並投保意外險且派駐醫療人員在場，然某參賽者仍於比賽中途突然休克死亡。引自：林鈺雄，前揭註 14，頁 19~20。

<sup>18</sup> 行為人僅毆擊被害人一拳，但被害人有特殊體質最終導致死亡。參考自：許玉秀，客觀歸責概念的射程範圍，本土 12 期，頁 99 以下。

<sup>19</sup> 「…97 年 11 月間，5 名到中部地區求學的金門籍學生與賴姓女大學生聚會，其中一人帶了一瓶 0.75 公升裝、酒精濃度 58 度的金門高粱酒，5 人共同起鬨以 600 元代價要賴姓女大學生一口氣喝完高粱酒，女大學生竟然應允。女大學生喝到三分之二瓶時，已經臉色發白、頭暈、站立不穩，5 名學生察覺有異，同意交付 600 元，勸阻女大學生繼續飲酒並送她返回宿舍，但未通知宿舍輔導人員注意其狀況，女大學生在寢室書桌趴睡，因酒精中毒導致呼吸衰竭死亡，室友見狀報警，女生母親提出控告，案件移送台中地檢署偵辦。檢察官認為 5 名男學生受高等教育且來自金門，應熟知金門高粱酒的高酒精濃度，竟對平日不常飲酒的女大生提出喝完一瓶高粱酒的玩笑，事後未加照料也未通知他人注意女大學生的身體狀況，顯然有過失致死犯行，將 5 人提起公訴。」今日新聞網，<http://www.nownews.com/2010/11/11/138-2663439.htm>。一審以被告已盡防止結果之義務而宣判無罪，參閱臺灣臺中地方法院 99 年度易字第 3612 號判決。

例中，通說認為，即使是甲僅有1%的過失，乙有99%的過失，甲仍成立過失傷害罪。如此見解是否合理？（僅有1%的過失通常根本不可能導致事故發生，且甲主觀上亦難以想像會突然有一個99%過失的乙出現促成事故實現）但如果認為過失程度應達一定之門檻才算過失，則門檻應多高<sup>20</sup>？

### 參、過失共同正犯<sup>21</sup>

承認過失共同正犯的概念時，則二人以上因共同的過失行為致造成某一構成要件的結果發生，不必判斷各個過失行為與結果間有否因果關係，只須判斷其共同的過失行為與結果間具有因果關係，即得依「一部行為為全部負責」的法理，令其全體行為人共同負過失責任。如否認有過失共同正犯的概念，則二人以上因共同的過失行為致造成某一構成要件的結果發生，只能認其為過失行為的競合，亦即過失犯的同時犯，必須分別判斷各個過失行為與結果間有否因果關係，如有因果關係時，始負過失責任，否則即毋庸負責。

甘添貴教授認為，二以上的行為人於實施含有容易發生犯罪結果高度危險性的共同行為時，因各各行為人均負有共通的注意義務，其各自違反注意義務致發生犯罪結果，即得認為共同具有構成要件上的過失。於此係因全體共同行為人均課有共通的注意義務，而且違反時，即有可能發生一定犯罪結果的高度危險。所以於共同實施某行為時，各人都應遵守其注意義務，且不僅是各自遵守，並須有使其他共同行為人亦須一起遵守的關係。因此，在這種事態之下，如有違反注意義務時，非但各自違反其自己的注意義務而已，對於其他共同行為人的違反注意義務，即得認為有構成要件的過失。此種事態，嚴密言之，在其意識中固有其非共同面，但是在各人的意識下，未遵守注意義務的精神態度，則是共通的，而且相互結合，而成為共同過失責任的認定基礎。

舉例以言，數名工人，自建物屋頂共同將一塊大圓木往地上投擲，不慎將過路行人壓死。此數名工人既有往下投擲圓木的共同意思，也有共同投擲

<sup>20</sup> 案例：北城醫院打錯針案、德國樓梯縱火案(OLG Stuttgart, JR 1997, 517)：一流浪漢甲進入因不明原因未關好之公寓大樓入口，隨後甲不慎點燃住戶某乙違反行政法規囤積在樓梯間之垃圾致大樓失火，數人死傷，引自：許玉秀，客觀歸責與因果關係，刑法的問題與對策，自版，2000年11月2版，頁124~125。

<sup>21</sup> 主要參考：甘添貴，過失共同正犯與過失共犯，月旦法學教室18期，頁83以下。

的行為，在這種情形，自圓木的大小與重量、投下場所的高度、附近行人接近的可能性等等各種情況觀察，全體工人都負有不使行人死傷的安全確定後始行投下的注意義務。如果未盡其注意義務，而致行人死傷者，則該全體工人均得認為違反共同的注意義務。其次，就違反注意義務而言，各工人僅自行注意，猶有未足，尚須注意促使其他共同行為人安全投下，始能認為已盡遵守注意義務。如因某一工人的不注意，致行人於死傷者，共同將圓木投下的其他工人，應認其違反注意義務。各共同行為人的遵守注意義務，是相互結合，而成為一體，這點是承認過失共同正犯概念的核心。

簡言之，**討論過失共同正犯的實益在於事實不明時的罪疑唯輕問題**。例如， $T_1$ 、 $T_2$ 兩建築工人合扛鋼筋上鷹架，鋼筋掉落砸死行人 $O$ ，此時，如果分別檢驗結果是 $T_1$ 與 $T_2$ 皆有過失，則承不承認過失共同正犯，皆無實益可言。反之，若事實不明而無法確定是因何人過失造成鋼筋掉落，本來依照罪疑唯輕原則，便無人對 $O$ 死亡結果負責；但若承認過失共同正犯，即有可能因直接相互歸責原則之運用而令兩人皆對 $O$ 死亡結果負過失致死責任<sup>22</sup>。

## 肆、累積關係之過失犯

### 第一節 理論先探

從學者對於過失共同正犯的討論及案例中，可以知道本文要針對的「累積關係過失犯<sup>23</sup>」與過失共同正犯無關。因為後者是罪疑唯輕之下一種擴張刑罰的理論（而且通常是行為人同時有過失，而非先後有過失），但本文主題是事實並未不明，事實非常明確：複數人均存有過失，但是彼此過失程度不同，且唯有過失程度累積相加之後才有可能造成構成要件結果。

一個最根本的質疑是，為何在故意犯中行為人必須100%達到構成要件實現的程度，方可成立故意既遂犯<sup>24</sup>；然而在過失犯中，即使數行為人之一人僅有1%之過失亦可成罪？本文將以兩個經典案例為檢討中心。

【打錯針案】甲護士違反麻醉藥品及醫院管理相關規定，將麻醉用肌

<sup>22</sup> 林鈺雄，前揭註12，頁499。

<sup>23</sup> 亦可稱為「連鎖關係過失犯」。

<sup>24</sup> 在故意的參與犯中，雖然部分個人的客觀行為亦有可能未達100%構成要件結果，但此不足部分則是以彼此間主觀意思聯絡來做填充。

肉鬆弛劑放入醫院嬰兒房的冰箱，七個月後，乙護士違反「三讀五對」<sup>25</sup>的用藥程序，從冰箱取出肌肉鬆弛劑，誤以為是B肝疫苗直接注射至嬰兒丙，致丙死亡<sup>26</sup>。

【鞭炮案】戊在馬路上丟擲鞭炮，適逢己駕車行經該路段，未緊閉車窗，致鞭炮進入己之車中而在車內爆炸，己駕車失控撞上路旁庚<sup>27</sup>，致庚死亡。

基本上這兩個案例都可以簡化成：在A、B無犯意聯絡，也沒有共同義務時，A因（較少的）過失製造一有利構成要件實現的情況，B又因自己之（大部分的）過失補足，導致構成要件完全實現。此等案件中，後行為人之結果歸責固無問題，但前行為人之責任如何處理，值得深思。筆者認為有四種思考途徑：一、客觀構成要件要素之「相當」因果關係、二、主觀構成要件要素之預見可能性、時空密接性、三、風險移轉、四、涉及行政規範時，援引「規範保護目的理論」，以下分論之。

#### （一）相當因果關係

其實所有的歸責理論都是在處理「應否把結果算在行為人頭上」

<sup>25</sup> (1)確認正確的病人、(2)確認正確的藥物，指從藥櫃內取出藥物時、衡量藥量時、把剩餘之藥放回藥櫃時均需確認藥物標籤，至少讀藥瓶標籤三次、(3)正確的劑量、(4)正確的給藥時間(5)正確的給藥方法。（援引自板院92囑訴字1號判決）

<sup>26</sup> 板院92囑訴字1號判決就甲護士之因果關係部分認為：「按因果關係乃指行為與結果間必要之原因與結果之連鎖關係；又刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有「相當因果關係」始得成立。所謂「相當因果關係」，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果不相當，不過為偶然之事實而已，則其行為與結果間即無相當因果關係（最高法院七十六年台上字第一九二號判例參照）。雖被告甲之辯護人另辯稱：本案藥劑放置冰箱之時間長達七個月，期間未曾發生任何問題，顯見被告乙之過失，已因同案被告甲之介入行為而中斷，與本案並無相當因果關係云云。惟查：(一)被告乙自九十一年五月二日將亞庫凱林注射劑放入嬰兒房冰箱時起，即創造此一高度危險之環境，被告乙對之即負有避免危害發生之絕對義務，包括即時取走藥品以解除此危險狀態，或豎立確實之警示標語，並維持該警示繼續有效存在等行為；而非期待他人之介入以解除此危害狀態，例如醫院之管理階層檢查冰箱發現，或希冀其他醫護人員不會誤取該藥物。換言之，被告甲自九十一年五月二日擅自放置藥品後，在危險狀態解除前，均負有注意義務，不因在七個月內未曾發生憾事，即謂因果關係因被告乙之行為而中斷。(二)又亞庫凱林注射劑係麻醉用藥，適用於全身麻醉或緊急插管急救使用，並非一般嬰兒房護士所熟悉之藥物，業如前述。而以經驗法則判斷，將亞庫凱林注射劑置放於嬰兒房護士業務專用，供暫時存放B型肝炎疫苗、母乳之冰箱內，又未豎立明顯有效之警示標語，在通常情形下，可能導致施打疫苗之嬰兒房護士，在預期嬰兒房冰箱內皆應為B型肝炎疫苗或其他嬰兒用藥之情形下，誤取藥劑；又注射一cc肌肉鬆弛劑於新生兒身上之行為，依據經驗法則作客觀判斷，可認定在通常情況下均足以造成嬰兒死亡或傷害之結果，故被告甲、乙二人之業務過失行為相互結合，與被害人死亡結果間，均具有相當因果關係，至為灼然。」

<sup>27</sup> 在此，假定己仍有正確操控汽車的可能性。

(Zurechnung)，而通說所採之相當因果關係，則是以「是否具備相當性」做為評價標準。例如：行為人的父母親雖然是係爭犯罪行為不可想像其不存在之條件，但是與犯罪行為間不具相當性。所謂「通常有此情形，即會發生某結果」之公式，雖然看似客觀，但**事實上一切因果關係都只是統計學的觀念**<sup>28</sup>。經驗科學既是「依人類觀察外界現象所歸納而得的解釋方法」，則不管是「 $v_1=v_0+at$ 」或者是「人都會死」這類命題本質上都只是歸納所得之假設（歸納法不能保證結論恆真，只有前提為真之演繹法能獲得恆真之結論），只是因為依人類生活經驗這類命題的正確率太高，以致人們誤以為上述命題為不變之真理。此即學者黃榮堅所稱「自然科學家確認自然律的依據是對自然現象的觀察與統計，所謂自然律都是屬於相當因果關係的概念」<sup>29</sup>。

換句話說，所謂客觀上「通常不通常」、「相當不相當」都只是一種「多數人的共同主觀」。比如一般人認為下雨天外出散步被雷擊的機率很小，所以即使確實發生此事也會認為不具相當性。然而，假設全世界僅有甲實驗室人員知悉某合法之乙食品添加劑其實有致癌可能，但是其他人均不知悉，則甲實驗室人員出於傷害故意使用此種添加劑造成消費者之傷害結果時，因為一般人會認為兩者間無任何關連，故客觀上應不具相當性<sup>30</sup> <sup>31</sup>（ $\equiv$ 行為人有特殊認知的情形/Sonderwissen）。因此本文認為相當性之討論，其實應回歸到共同多數主觀上預見可能性的範圍加以理解。凡無從要求一般人經驗認識所能及的範圍，即為不相當。

## （二）預見可能性

客觀因果關係之相當性，植基於共同多數主觀的範圍；而主觀構成要素的故意，其認知與意欲則以行為人個人的預見可能性範圍為準（個人主觀）。例如客觀上一般人雖然都知道持鹽酸潑灑他人會造成他人傷害，但如果有一從未接觸現代文明之土著持鹽酸潑灑他人，則其主觀上

<sup>28</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（上），2006年9月三版，自版，頁313。

<sup>29</sup> 黃榮堅，論相當因果關係理論—評最高法院八十九年度台上字第七八二三號及台灣高等法院八十九年度重上更（三）字第一四三號判決，月旦法學，96期，頁320。

<sup>30</sup> 更為適切例子：**因為當代主流科學證據的意見，所以我們現在相信住在核電廠或基地台旁邊不會促使居民罹患癌症，所以即使今天有人因為住在基地台旁邊而罹癌，法院也會援引「通說之科學證據」認為兩者間無因果關係，純粹是被害者的妄想（即使目前確實存在著少數相反的實驗結果）。但是假設20年後主流意見方證明住基地台旁邊確實會罹癌，則屆時法院又會認為兩者有因果關係。**

<sup>31</sup> 類似的批評，見：黃榮堅，台灣刑法學上若干用語之商榷，東亞法律漢字用語之整合，新學林，2007年9月初版，頁24~27。

並無傷害之預見可能性與意欲。

預見可能性除了必須考量個人的知識背景程度，本文主張亦需斟酌**行為與結果間之「時空密接性」**。但時空密接性**必須考量個案情形不同做適切的認定**，而非硬性以某一時間單位作標準（例如10小時、七天或一個月）。在朝人體要害開槍殺人的案例中，時空密接性的要求可能必須緊縮到一小時，甚至10分鐘內。因為開槍後，其死亡結果應旋即發生。反之，如果某藥劑的反應期間為一週，則醫生因過失用藥導致病患不適的預見可能性即為一週的時間（=用藥後一週內產生不適都是可預見的範圍內）。

### （三）風險移轉

若累積關係之風險流程可明確區分為前後階段，亦即前行為之風險可完全移轉至後行為人，則原風險、法益侵害流程實質上均已由後行為人掌控中，此時原風險已完全被阻斷，而應由後行為人負完全之責任。因為事實上，任何事情的發生，都是 $a_1+a_2+a_3+\dots+a_n$ 所有條件集合的結果，如果將所有條件都納入歸責，無異於要求行為人的父母親亦須為犯罪行為負責。雖然前行為人之過失製造了一有利構成要件實現之風險，畢竟仍是未實現之風險，風險是否要實現仍完全係諸於後行為人自己之決定、意志。

### （四）規範保護目的

在社會國原則、福利國家的大氙之下，行政法規的肥大化已是難以避免的現象。雖然通說認為行政不法、刑事不法程度上並不同（行政不法不一定達到刑事不法的程度），但是就行政法規的規範保護目的範圍為何，則陷入眾說紛紜的混沌狀態。即使有清楚的立法過程記載，因立法者當初本無意以行政規定規範及刑法之用意，故主觀之歷史解釋無從發揮功能。因而，所謂「客觀的歷史解釋」—後來的法律適用者跳脫立法者之意思，依照「法律本身之精神意旨」所為之闡釋—才扮演了最重要的角色。然而每個法律適用者心中的「法律精神」並不相同，導致解釋結果之不同<sup>32</sup>。其實所謂規範保護目的，不外是「立法者之主觀預見

<sup>32</sup> 「法律之客觀目的，其實就是解釋者自己放進法律中的目的」，見Puppe著，蔡聖偉譯，法學思維小學堂：法學方法論密集班，元照，2010年1月初版，頁96。

可能性」，本文認為其規範之基礎來源可大別為兩種：a. 依科學知識所制訂、b. 無明確科學資料支持，而出於一般社會管制目的。

前者，例如食品衛生相關管理規則認定某添加劑之法定用量不得超過10ppm，其規定之基礎在於有科學實驗證實超過10ppm之用量將導致人體危害的高度可能，則此種情形之下，行為人一旦違反該行政法規（且消費者造成傷害），即同時該當刑事不法的程度，而無庸考量刑事不法是否要以12或20ppm為標準<sup>33</sup>。

後者，例如交通法規規定騎機車強制戴安全帽、建築法規規定不可在樓梯間堆積物品等，雖然有一定程度的合理性與預見範圍（戴安全帽可以減少死傷、堆積物品會影響出入逃生之常識），但主要仍係出於社會管制的目的，而非確實之科學基礎。因為即使有科學證據、統計資料證明實施強制戴安全帽政策後，機車車禍死亡人數有明顯降低，**但個案中一例如甲出於對乙之重傷害或殺害故意或過失，慫恿或故意/過失取走乙之安全帽，使乙在未戴帽之情況下騎車，而後乙亦確實發生車禍（且因未戴帽）而死亡—仍難以斷言違反此種行政法上要求與刑事不法間的關連性。**

## 第二節 案例分析

### 第一款 打錯針案

首先，板橋地院就因果關係部分，強調「甲誤放之行為可預期嬰兒房之護士誤取之可能」，然而因果關係原本為客觀要素，此時為何又融合主觀預見可能？此種說理更彰顯純客觀的因果關係並不存在，所謂「相當性」必須藉由共同主觀預見範圍界定之。

其次，關於甲所違反之行政規則，地院及高院判決均僅提及「又藥品之採購、保存，應依醫院之規定為之…，並有「冰箱使用規則」一份附於嬰兒房作業手冊中可證。而嬰兒房所使用之冰箱不得任意放置物品，以免污染其內存放之疫苗、母乳，應為一受過專業訓練之護理人員所具備之基本常識，本不待院方管理階層作特別規定，自不因被告甲係在開刀房工作，鮮少進入嬰兒房而諉為不知。」。其中醫院內部之「冰箱使用規則」詳細內容因未閱卷而無從得知，但是其本身並無法律效力

<sup>33</sup> 類似意見：黃榮堅，前揭註 28，頁 317。

，更不具行政法規之性質，迨無疑義。學者林鈺雄則提出民國八十六年二月二十日行政院衛生署（86）衛署麻處字第 86008140 號公告之「醫院內麻醉藥品管理要點<sup>34</sup>」，認為甲違反該要點第五條規定<sup>35</sup>。然而該要點並無任何違反之法律效果規定，僅為一單純之注意規定，如何推行出其規範保護目的？依學者之論述：「1. 原行為人(麻醉護士)違反了包含取得、存放在內的麻醉藥品相關注意規範；2. 該注意規範之目的正在於防範第三人故意或過失行為介入而造成的法益侵害。<sup>36</sup>」**但為何該注意規範之目的在於防範第三人，而不是防範行為人自己？**如果規範之射程範圍可以遠及第三人，是否亦可以無限擴張解釋下去至第四人、第五人、第n人？

本文認為，本案應依主觀預見能性及風險移轉之觀點解釋之。而主觀預見可能性，除了斟酌甲所受之醫學訓練、甲在該醫院的工作經驗外，尚需參酌時空密接性。若北成醫院確實有定期（每週、每月或隔月）清理檢查冰箱之機制或習慣，則甲對於七個月後發生之死亡結果實無從合理預見。其次，縱使冰箱長期未管理，但甲所製造的風險僅止於將肌肉鬆弛劑放入錯誤冰箱之時點，該風險究竟會進展演化到何種程度，已與甲無關，而完全繫諸於乙。在嬰兒房工作之乙，可以完全控管此程度之風險，且乙亦有控管之義務（遵循三讀五對原則），則對於風險是否要實現、是否會產生死亡結果，均係乙可自主決定之事，故甲之風險已完全移轉至乙身上，甲對於乙既無從利用、預見其行為，則乙即應為自己的自由意識下行為負責。（不論乙為故意或過失）

## 第二款 鞭炮案

學者許玉秀認為：「如果兩個過失行為不同時發生，施放鞭炮和敲

<sup>34</sup> 共五條，**並無任何罰則**，以下列出與本案較相關之第一條、第五條：「一、麻醉藥品應設置固定專用櫥櫃加鎖儲存，並設簿冊登錄收支使用情形，院內麻醉藥品之移轉，發藥人及領藥人均應簽名以便追蹤藥品流向；麻醉藥品管理人應每日登載收支情形及清點庫存量，並作成紀錄。…五、設有麻醉藥品常備量之麻醉科、手術室、急診室、護理站等單位，應依下列方式管理：（一）設置固定專用櫥櫃加鎖儲存，並設專人負責管理。（二）由各單位評估其應備量，經院方核准後，以預支單據向藥劑部門辦理預支。（三）交班時應當面清點、簽收。（四）領用麻藥時，應由醫師開立「麻醉藥品專用處方箋」並於調劑人員欄簽章後，憑以領取麻醉藥品，使用人並應將使用情形登錄於「麻醉藥品使用紀錄表」。（五）核銷常備量時，應將「麻醉藥品專用處方箋」及「麻醉藥品使用紀錄表」交藥劑部門點收，若有針劑應將空安甌一併繳回。（六）藥劑部門應將各預支常備量單位之麻醉藥品個別造冊，每月至少一次派藥師至各單位不定時抽查核對藥品數量，並與該單位負責人會同簽名，將抽查結果存檔備查。」

<sup>35</sup> 林鈺雄，前揭註 14，頁 27，註腳 68。

<sup>36</sup> 同前註，頁 27。

開車窗甚至是沒有製造不被容許風險的行為，蘇男（案例中戊）即便將鞭炮扔向車道，對車窗緊閉的轎車不會造成損害，即使行為逾越安全規則，風險也不會實現，而在一般的交通環境中，蘇男和林女（案例中己）其實相互都可以主張相信對方會小心放鞭炮和相信對方聽到鞭炮聲會把車窗關起來，但眼下的問題是，他們共同造成了一死十三傷。換句話說，也們的行為結合創造了一個風險的複合體，這個風險是法所不能容許的風險，而這個風險也的確在傷害和死亡的構成要件中實現了。

對受到傷害的進香客而言，蘇男與林女在交通環境上是屬於結合的一體，他們在為交通行為時，各自因為自己的安全義務以及互動的交通義務而對其他交通參與者有共同的安全義務，在這裡蘇男和林女相對於進香客而言，可以視為一個共同的義務團體，有相互注意對方的行為而實施安全的、排除風險的交通行為的義務，因違反共同安全義務造成法益受害，可以成立過失共同正犯。也就是說，對於蘇男和林女都可以用死、傷結果予以歸責。<sup>37</sup>」

本文認為在馬路上一即使本案中是山區間道路一會有人車往來的可能屬於常識，且在馬路上投擲鞭炮（不管有無丟入他人車內）會影響他人操控汽機車，進而引發交通事故之可能亦屬常識，而交通事故會導致用路人傷害或死亡結果亦為我國國民日常經驗所熟知，戊之投擲鞭炮行為成立過失致死罪。本案因果關係流程客觀上具相當性，主觀上有預見可能性，戊之過失行為旋即發生法益侵害結果，具時空密接性，不涉及規範保護目的理論、更不涉及共同注意義務或過失共同正犯。

蓋若將共同義務延伸至毫無控制從屬或團體關係之人，則所有人皆可能因為碰巧處在同一時空一且在彼此間毫無溝通、預見之機會下一旋即成為共同義務團體。即使依風險社會責任連帶的觀點，共同義務團體之成立仍應以聯絡溝通可能為前提，否則即偏離「團體內部相互溝通、彼此督促注意以維護法益」之原意，似非妥適。

## 伍、結論

Puppe教授認為：「目前在刑法學上有這樣的呼聲，在有利於行為人免除其責任下考量替代的因果，尤其在替代的原因是自然的原因時。這樣會造

<sup>37</sup> 許玉秀，前揭註 18，頁 110。

成一項後果，也就是即將滅失的法益會喪失對它在規範上的保障，因為任何人都可以損害或破壞該項客體而不受刑事處罰。但是這樣一個「有人跌倒了就可以再補上一腳(落井下石)」的原則，在法律道德上是值得質疑的。<sup>38</sup>」本文認為，重點不在於法感情是否能接受，而是行為人是否有意識地利用此一既存風險。若後行為人明知存在一前行為造成的既存風險且有意使其完全實現，則行為人本可依故意犯歸責之；惟若後行為人僅過失加入了既存風險，且後行為人之風險本身無從單獨導致風險實現，則依「共同主觀之相當性」或「主觀預見可能性」均應排除後行為人之歸責。同理，若前行為人之風險亦無從單獨導致風險實現，又無主觀預見可能性時，則前後二人皆不可歸責。

法醫學的知識告訴吾人，「依老化加上原有重要立即致死之重大器官疾病，如心臟、肺臟、中樞神經（腦中風史）、代謝性疾病（糖尿病、肝、腎疾；如洗腎、肝腎衰竭、長期代謝性電解質不平衡），單一重大器官衰竭應適度降低責任歸屬達40至50%<sup>39</sup>」故若行為人甲開車不慎撞擊長期洗腎病患乙，乙死亡，但可證明該撞擊力道於一般人僅會造成輕傷害結果時，則甲僅成立過失致普通傷害罪。

同理，於累積關係過失犯中，本文主張並非（前/後）行為人一有過失即成立過失犯，而是行為人之過失必須達到一定之程度方得歸責。但是過失程度門檻應要求至30%、50%或過半以上之主導原因，仍為懸而未決之難題。

<sup>38</sup> Puppe 著，趙彥清譯，醫師未說明其他醫療選擇之刑事責任，刑事法之基礎與界線（洪福增教授紀念專輯），頁 285。

<sup>39</sup> 蕭開平，交通事故法醫鑑識與型態傷，法務部司訓所檢察事務官班第九期：法醫知識講義，頁 152。（原文應係針對民事責任）

## 參考文獻

- 甘添貴，過失共同正犯與過失共犯，月旦法學教室18期
- 李聖傑，過失行為的刑法處遇，月旦法學教室，57期，2007年7月。
- 林山田，刑法通論，自版，2002年12月八版
- 林東茂，刑法綜覽，一品，2004年9月3版。
- 林鈺雄，新刑法總則，自版，2009年9月二版。。
- 林鈺雄，第三人行為介入之因果關係及客觀歸責(下)—從北城醫院打錯針及蘆洲大火事件出發，台灣本土法學80期
- 許玉秀，刑法的問題與對策，自版，2000年11月2版
- 許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，自版，2000年9月初版。
- 張麗卿，刑法總則理論與應用，五南，2007年9月三版
- 許玉秀，客觀歸責概念的射程範圍，本土12期。
- 黃榮堅，基礎刑法學(上)，元照，2006年9月三版
- 黃榮堅，論相當因果關係理論—評最高法院八十九年度台上字第七八二三號及台灣高等法院八十九年度重上更(三)字第一四三號判決，月旦法學，96期
- 黃榮堅，台灣刑法學上若干用語之商榷，東亞法律漢字用語之整合，新學林，2007年9月初版。
- 蕭開平，交通事故法醫鑑識與型態傷，法醫知識講義(法務部司訓所檢察事務官班第九期)，。
- Puppe, Ingeborg著，蔡聖偉譯，法學思維小學堂：法學方法論密集班，元照，2010年1月初版。
- Puppe, Ingeborg著，趙彥清譯，醫師未說明其他醫療選擇之刑事責任，刑事法之基礎與界線(洪福增教授紀念專輯)。
- Roxin, Claus著，許玉秀譯，客觀歸責理論，政大法學評論，50期
- Schünemann, Bernd著，單麗玟譯，過失犯在現代工業社會的捉襟見肘—資產清算，不移不惑獻身法與正義—許迺曼教授刑事法論文選輯。



## 大千公司吸金案之判決分析

林承翰\*

### 壹、大千公司吸金之事實

甲係址設花蓮縣大千多媒體股份有限公司（下稱A公司）之登記負責人即董事長，負責A公司之決策及執行，為A公司實際經營者。其為向社會不特定大眾募集資金以籌措A公司成立之初所需資金，以參加成為設備股東、收受投資等名義，向不特定人吸收資金，設計A公司設備股東分紅制度，並撰寫「投資開發契約書」，自98年10月間起至99年3月31日止，先後以A公司籌備處、A公司之名義，自行或指示不知情之公司業務人員，對外招攬廣告業務外，並向不特定人招攬有投資意願之設備股東，並於每星期在A公司舉辦至少1場說明會，由甲負責對投資人說明成為A公司設備股東紅利報酬發放模式及內容等方式，對不特定人公開宣傳可固定獲利，招攬、吸引不特定人加入A公司設備股東，並提供投資人可選擇下列四種投資方案獲利：「A級設備股東」需投資新臺幣（下同）1,000萬元，每月可領回之紅利報酬包括租賃所得現金120萬元及50萬點購物金點數（1點折算1元，可換購大千公司提供之商品）；「B級設備股東」投資需100萬元每月可領回之紅利報酬包括租賃所得現金9萬元及5萬點購物金點數；「C級設備股東」需投資10萬元，每月可領回之紅利報酬包括租賃所得現金6000元及4000點購物金點數；「D級設備股東」需投資3萬6000元，每月可領回之紅利報酬包括租賃所得現金1080元及1080點購物金點數，投資人依前揭4種投資方案，每年可獲取本金144%至36%不等之現金報酬，及60%至36%之購物金點數回饋。投資人成為設備股東需簽署投資契約書，於簽約完成可立即獲得首月之租賃所得及購物金點數，投資期間為1年，期滿可領回投資之本金或選擇繼續投資且每位投資人投資設備股東等級及單位數沒有限制，大千公司即以此約定、給付與本金顯不相當紅利報酬之方法，吸引44位投資人，與A公簽立投資契約書，成為該公司之設備股東，並以現金繳納或匯款至A公司帳戶之方式，交付投資款，A公

\* 林承翰 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官

司 所收受之投資金額達11,016,000元。嗣因甲無力再繼續發放約定之固定紅利，逕行減半支付，甚至停止發放，經獲報後，循線查知上情。

## 貳、偵查結果及各審級法院判決結果

- 一、臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官認為被告甲以「加入公司設備股東」之營運模式吸金，係違係違反銀行法第29條第1項規定，而觸犯同法第125條第1項之非銀行經營收受存款業務罪嫌，向臺灣花蓮地方法院提起公訴（臺灣花蓮地方法院檢察署101年度偵字第2448號）。
- 二、臺灣花蓮地方法院經審理後，認為被告甲所為，係違反銀行法第29條第1項、第29條之1之除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款業務之規定，應依同法第125條第1項前段、第3項之規定處罰，判處被告有期徒刑4年6月（臺灣花蓮地方法院102年度金訴字第1號）。
- 三、被告甲不服上開臺灣花蓮地方法院判決，就該判決提起上訴，臺灣高等法院花蓮分院審理後，以被告提起上訴，為無理由，駁回（臺灣高等法院花蓮分院103年度金上訴字第1號）。
- 四、被告甲就上開臺灣高等法院花蓮分院之判決提起上訴，最高法院刑事庭經審理後，以被告上訴不合法律上之程式，予以駁回確定（最高法院105年度台上字第721號判決）。

## 參、本件被告甲該當銀行法上非銀行不得收受存款業務罪構成要件之說明

銀行法第125條之違法吸金罪，性質上屬行政刑罰之範疇，針對違反銀行法第29條第1項、第29條之1規定所作之刑事制裁，是該條所規定之客觀構成要件，則須回歸銀行法第29條第1項、第29條之1之規定。

表1：收受存款罪與準收受存款罪構成要件之異同

	銀行法第29條第1項、第	銀行法第29-1條、第125條
--	--------------	-----------------

	5-1條、第125條第1項之「非銀行收受存款罪」	第1項之「非銀行準收受存款罪」
主體	非銀行業	非銀行業
名義	(無)	以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義
對象	不特定多數人	多數人或不特定之人
行為	經營收受款項或吸收資金	(經營)收受款項或吸收資金
約定或給付之內容	約定返還本金或給付相當或高於本金	約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬

資料來源：學者王志誠教授整理

## 一、行為主體

本罪之行為主體為非銀行之自然人或法人均屬之，而欲認定是否為非銀行者，需先界定何謂銀行，再探討個案中行為主體究為自然人或法人。

### (一) 有關銀行之認定

實務見解，就銀行之認定採形式認定，依最高法院97年度台上字第5936號刑事判決：「所謂『非銀行』，凡非依銀行法第2條規定，依銀行法組織登記，經營銀行業務之支機構者均屬之……，而匯○公司並非依銀行法第2條所設立之機構，當然屬於同法第29條第1項所稱『非銀行』」由此見解可知。本件大千公司登記時沒有申請銀行許可等語（見本院卷第186頁背面），從而大千公司顯未依銀行法第2條規定，依銀行法組織登記，經營銀行業務之機構，符合銀行法第29條第1項「非銀行」之要件。

### (二) 未經許可之自然人或法人

有實務見解<sup>1</sup>，認為銀行法第125條第3項所謂「行為負責人」，係指

<sup>1</sup> 最高法院84年度台上第2932號刑事判決、最高法院82年度台上2137號刑事判決。

係指實際參與違法吸金決策之公司負責人而言，如非公司負責人則以知情而參與吸金決策或執行吸金業務者為限，始得論以共同正犯；另銀行法第125條第3項以具有「法人之行為負責人」為犯罪成立之特別要素，屬學理上之純正身分犯。銀行法第125條第3項以具有「法人之行為負責人」為犯罪成立之特別要素，屬學理上之純正身分犯<sup>2</sup>。如最高法院103年度台上字第2507號刑事判決：「自然人違反銀行法第29條第1項非銀行不得經營收受存款業務之規定者，係犯銀行法第125條第1項之罪。法人違反上開規定者，處罰其行為負責人，同法第125條第3項定有明文。所規定『處罰其行為負責人』，並非因法人犯罪而轉嫁代罰其負責人，係因其負責人有此行為而予以處罰。倘法人違反銀行法第29條第1項非銀行不得經營收受存款業務之規定，而其負責人有參與決策、執行者，即為『法人之行為負責人』，應該當於銀行法第125條第3項『法人之行為負責人，違反非銀行不得經營收受存款業務之規定』之罪，而不應論以同條第一項『違反非銀行不得經營收受存款業務之規定』之罪。又如不具法人之行為負責人身分，而與法人行為負責人共同實行犯罪之人，則應依刑法第31條第1項規定，論以共同正犯，依修正後之規定並得減輕其刑。」由前開判決可知，銀行法第125條第3項所謂「處罰其行為負責人」，並非因法人犯罪而轉嫁代罰其負責人，係因其負責人有此行為而予以處罰，故此所謂「其行為負責人」，除應具有公司法第8條規定之公司負責人身分外，且須實際為違法吸收資金、收受存款業務行為之人，始足當之，並不及於未實際從事上開行為之其他公司負責人；又當有不具公司負責人身分之行為人與公司負責人，共同實行本罪時，則依刑法第31條第1項規定，論以本罪之共同正犯。

被告甲為大千公司登記負責人實，且亦為實際負責人，其撰寫系爭投資契約書，並以前述投資方案，對外招募「設備股東」，顯然負責大千公司之決策及執行，係屬銀行法第125條第3項所稱之法人（大千公司）行為負責人。

## 二、行為客體

依銀行法第5條之1規定：「本法所謂收受存款，謂向不特定多數人收受存款或吸收資金……」，而同法第29條之1規定：「……向多數人或不特定

<sup>2</sup> 最高法院 105 年度台上第 1622 號刑事判決。

之人收受存款……以收受存款論」，因此本規定之犯罪行為客體，應以所為之收受存款業務係對多數人或不特定人為對象，始該當之<sup>3</sup>。

本件被告甲辯稱係向親友招募資金，惟按銀行法第29條之1係以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向「多數人」或「不特定之人」收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論為要件，而所謂「多數人」，係指具有特定對象之多數人，所稱「不特定多數人」或「不特定之人」，係指不具有特定對象，可得隨時增加者，已如前述，則被告招募44人，至少已符合「多數人」之要件；況且，部分「設備股東」先前並不認識被告，亦非被告甲之親友，而係透過其他「設備股東」之介紹始認識被告甲，經被告甲說明投資方案始投資成為設備股東。又被告甲固定每週在大千公司舉辦至少1次設備股東說明會，親自向參加人員說明投資方案內容，並未限制設備股東資格條件，並不具特定對象，且可得隨時增加，自亦有對「不特定人」招募之情形，更非單純向親友借款或籌措資金。

### 三、行為形式（行為態樣）

本罪之行為態樣，應視銀行法第29條、第29條之1之「收受存款」與「擬制收受存款」（亦有論者稱準收受存款<sup>4</sup>）之規範內容作認定。收受存款之行為態樣，包含收受款項或吸收資金，並同時另有約定返還本金或給付相當或高於本金等；而擬制收受存款之行為態樣，包含以借款、投資、使加入為會員股東或以其他名義吸收資金，並且約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬等。

被告甲自98年10月間起至99年3月間止，先後以大千公司籌備處、大千公司之名義，設計如前述事實所示A級至D級共4級設備股東投資方案，招攬投資人參與投資，募得投資款項，足認帶大千公司係以加入為「設備股東」之名義，向被害人吸收資金共11,016,000元。

前述4種投資方案，每年可獲取本金144%至36%不等之現金報酬，及60%至36%之購物金點數回饋，其利率顯然高於一般銀行定期存款利率甚多，1年

<sup>3</sup> 郭土木，非銀行經營銀行業務刑事責任之探討，財產法暨經濟法，第31期，2012年9月，頁111。

<sup>4</sup> 江俊彥，違法吸金案件刑事規範之研究—以銀行法與證交法之體系違反為中心，法學叢刊，230期，2013年4月，頁142。

期滿更可選擇領回本金。從而參酌當時花蓮地區之經濟及社會狀況，大千公司向多數人或不特定人收受款項或資金，約定交付款項或資金之人嗣後能取回本金，且約定或給付高於一般銀行定期存款之利率，當能使多數人或不特定人受該行為人提供之優厚利率所吸引，而容易交付款項或資金予大千公司，顯有特殊之超額。足徵大千公司係以與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬，吸引、招攬特定人及不特定人加入成為「設備股東」，並吸收資金。

## 肆、探討本案法律爭議

### 一、對於本罪構成要件之一，與本金「顯不相當」之利息之判斷：

#### （一）與本金「顯不相當」之利息之判斷

約定或給付與本金「顯不相當」之紅利、利息、股息或其他報酬之要件，其中有關於「顯不相當」應如何判斷，實務上未有定論。有以民法第205條之最高利率之規定作為判斷標準<sup>5</sup>；另有以銀行各項定期存款利率為準<sup>6</sup>；更有以參酌當地之經濟及社會狀況為綜合判斷<sup>7</sup>。

本件臺灣花蓮地方法院係比較「當時一般銀行之存款利率」，判斷有無特殊超額之情形；臺灣高等法院花蓮分院係參酌當時花蓮地區之經濟及社會狀況，且比較「一般銀行定期存款之利率」，判斷有無特殊超額情形。上述兩個審級所採用之比較標準，皆屬有據，應為適當。

#### （二）本文意見

本文認為，有關於「顯不相當之要件」，採以當時一般合法銀行定期存款之利率作為判斷標準，蓋一般人進行投資或存款時，所比較之機會成本，多以一般合法銀行定期存款之利率作為目標，是當有優於一般合法銀

<sup>5</sup> 最高法院 92 年台上 3060 號刑事判決：「以大同公司為籌措經營生產事業之資金，向員工及一般不特定人借款，所支付之利息，或稍低或相同或略高於同時間一般行庫之基本放款利率，惟並未超過財政部所規定營利事業向非金融業借款之利率之限制，且亦未超過民法第二百零五條有請求權之最高利率為週年利率百分之二十之規定，難認大同公司所支付之利息與本金顯不相當，因而為被告等有利之論斷，尚有誤會，已有可議。」

<sup>6</sup> 最高法院 88 年度台上字第 3421 號刑事判決：「上訴人吸收資金，支付紅利及出金之方式，顯與合夥資金之性質不同，而與收受存款支付利息之性質相符。所支付之紅利或利息月利率三分至八分，與銀行各項定期存款利率相類，顯係經營收受存款業務無疑，應依銀行法第 29 條第 1 項規定，以收受存款論。」

<sup>7</sup> 最高法院 103 年度台上字第 4449 號刑事判決。

行定期存款利率之獲利，將使多數人或不特定人受該優厚獲利所吸引，而容易交付款項或資金予他人，是以一般合法銀行定期存款利率作為判斷標準，可謂符合常情；又於立法目的之追求上，較可達到保障存款投資人，因為採此見解亦可避免太過於強調顯不相當之特殊性，而設立過多或過高之條件或門檻，導致吸收大量存款之行為無法非難；再者，於論證上，採此說有其明確之依據，例如：各銀行之公告存款利率，相較於民間借貸習慣、個案判斷等標準，較為容易提出客觀之證據佐證。

## 二、本案有無刑法上詐欺罪適用之可能

### （一）非銀行經營收受存款罪與刑法詐欺罪競合關係之爭議

非銀行經營收受存款罪與刑法詐欺罪之競合關係，最高法院以往多數見解<sup>8</sup>，認為該二罪係互斥關係，兩罪無相容之餘地。然而，此見解是否真如以往多數見解所稱無相容之餘地，尚非無疑。也因為前開非銀行經營收受存款罪與刑法詐欺罪互不相容之見解，是實務上，行為人有見於此，認為違犯銀行法第29條之1之罪，其刑度較刑法第339條詐欺罪為重，其等為規避銀行法第29條之1之適用，除於訴訟中以無罪方向為攻防外，亦有寧願承認刑法詐欺罪，以獲取刑度較輕之詐欺罪責，而產生評價不足之情形，導致非銀行經營收受存款罪遭規避，使銀行法之立法目的無法彰顯。

然而，銀行法非銀行經營收受存款罪與刑法詐欺罪之競合關係，見解不一，有認為該二罪之客觀構成要件、主觀構成要件及保護法益皆不相同，當行為人之行為個別該當各罪之構成要件時，且侵害之法益不同，自應依刑法第50條之規定數罪併罰。另若以詐欺之不法所有意圖吸收存款者，是否構成非銀行經營收受存款罪，以往多數實務見解認為<sup>9</sup>，若以詐欺之方式吸收存款，應以刑法詐欺罪論處，並無成立非銀行經營收受存款罪之餘地。有學術及部分實務見解，對前開之見解，有不同之意見，亦有認為兩罪應為法規競合關係。近期最高法院有別以往多數實務見解<sup>10</sup>，以最高法院105年度第13次刑事庭會議決議<sup>11</sup>，改採若行為人一行為構成非銀行經

<sup>8</sup> 最高法院 97 年度台上字第 4934 號、97 年度台上字第 5449 號、99 年度台上字第 4128 號、100 年度台上字第 3412 號刑事判決；最高法院 103 年度台上字第 3135 號、103 年度台上字第 2499 號刑事判決。

<sup>9</sup> 最高法院 99 年度台上字第 4128 號刑事判決。

<sup>10</sup> 最高法院 105 年度台上字第 2081 號刑事判決

<sup>11</sup> 該次決議認為：「行為人所為既同時符合非法吸金罪構成要件與詐欺罪構成要件，自應認屬一行為觸犯

營收受存款罪及詐欺罪，則應以刑法第55條之規定以想像競合處斷。

## （二）本案有無適用刑法詐欺罪之探討

本件，被告甲被告成立大千公司時，並無相當資力，大千公司原始股東出資不足，股本狀況不健全，固定資產僅100多萬元，業績及廣告營收不佳，實際上並未獲利，所發放之現金及購物金遠超過固定資產及收益；且大千公司所發放的現金及購物金之來源，均為其他「設備股東」所繳納之投資款，大千公司實際上並無獲利營收，業績亦不佳，「設備股東」的利潤顯非如系爭契約書所示來源為設備出租及廣告出租，則大千公司經營狀況、能力及體質，並無足以吸引其他人投資之客觀能力<sup>12</sup>。從而，若被告甲在進行以本件投資模式，進行吸收資金之初，已知悉「設備股東」的利潤來自其他「設備股東」所繳納之投資款，並非經營公司所獲得之營利，卻又告知投資人，公司有實際經營公司登記之業務公司，則被告甲即有以欺罔之手段，使人限於錯誤，而交付財物之嫌，就其是否涉犯刑法詐欺罪，應進行探討。

## 伍、結語

針對探討主要爭議，銀行法非銀行經營收受存款罪要件之一即「顯不相當」之判斷標準，本文建議採「以當時一般合法銀行定期存款之利率」作為判斷標準，蓋當有優於一般合法銀行定期存款利率之獲利，將使多數人或不特定人受該優厚獲利所吸引，而容易交付款項或資金予他人，是以一般合法銀行定期存款利率作為判斷標準，可謂符合常情法目的之追求上，較可達到保障存款投資人，因為採此見解亦可避免太過於強調顯不相當之特殊性，而設立過多或過高之條件或門檻，導致吸收大量存款之行為無法非難。再者，於舉證、說理上，採此見解有其依據。

當行為人以詐欺之方式達成吸金之目的時，在競合時應採取何種方式，以往多數實務見解認為，銀行法第125條非銀行經營收受存款業務罪與刑法第339條第1項詐欺罪互不相容，無法同時成立，該見解所造成之影響，除導致當事人在訴訟策略上，僥倖選擇承認刑度較輕之詐欺罪，亦影響檢察機關、法院在個案適用法律上，為了避免評價輕重不一，而選擇忽略探討刑法詐

---

數罪名的想像競合犯，從一較重的違反銀行法非法吸金罪處斷，否則即有評價不足情形存在。」

<sup>12</sup> 本案臺灣高等法院花蓮分院刑事判決。

欺罪或以各種方式解釋不成立刑法詐欺罪之窘境。然而，近期實務見解認為，當行為人在行為之初或進行至一定程度時，利用詐術方法吸金，誑使特定的多數人或不特定人交付款項，故非法吸金罪和詐欺罪二者間，即可能具有某些交集情形存在，縱有部分相同或重疊，但猶有部分相異，仍應給予適當的評價，應以想像競合泛論處。本文從兩罪之犯罪性質、保護法益及構成要件皆有不同，認為需兩罪並無法互相涵蓋、取代雙方之功能，故係有同時成立之空間。從而，往後當行為人以詐欺方式達成吸金目的，即應探討是否有同時銀行法第125條非銀行經營收受存款業務罪與刑法第339條第1項詐欺罪。



# 內線交易之範圍—以消息受領人為核心

徐網廷\*

## 壹、前言

內線交易係證券交易規範中，一相當重要之課題。內線交易之進行影響了公司經營之效率，公司董事、經理人、大股東對公司之忠實義務之達成與否，以及投資大眾對證券市場之信賴程度，以致影響證券市場之穩定及效率。而證券市場之穩定及效率攸關公司得否藉公開發行籌措足夠之資金，倘若無法為之，將影響企業之經營，從而延滯整體經濟發展。至於消息受領人(包含直接消息受領人及間接消息受領人)是否宜使其負內線交易責任，即攸關內線交易之主體範圍，為本文所探討之主題。

目前世界各國均對內線交易訂有規範，惟所依據之理論各不相同，故所設計出之制度亦有所別。「忠實義務理論<sup>1</sup>」及「健全市場理論<sup>2</sup>」係內線交易規範之主要理論，分別為美國及歐盟所採。又內線交易規範之主體範圍關係何種身分之人需受內線交易規範，一直以來均為實務及學說所爭論，而上開範圍又與內線交易規範所採之理論息息相關。關於消息受領人是否宜納入

---

\* 徐網廷 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官

<sup>1</sup>忠實義務理論係認為，惟有行為人違反其忠實義務，方構成詐欺，其所為之交易行為方需負擔內線交易責任。本理論所主張之忠實義務，係源自公司法之忠實義務(fiduciary duty)。在忠實義務中，董事等受託人基於受委託人之授權，而獲有為委託人管理事務之權限。為保障委託人不會因受託人濫權而受有損害，故課以受託人忠實義務，使受託人在處理受託事務時，以委託人之權益為優先，同時提高注意義務、避免利害衝突。至於忠實義務是否成立，係以忠實關係之存在為要件，惟有雙方成立忠實關係時，受託人才需對委託人負擔忠實義務。而忠實關係如何成立，如前述，必待受託人受委託人授權後方告成立。一般常見的情形，如董事、經理人、大股東、信託關係中之受託人等等。故在忠實義務理論下，詐欺之範圍限於因忠實關係而負有忠實義務者，倘為內線交易者並未違背其忠實義務，則無需負擔內線交易之責。而當內線交易責任成立時，受託人亦僅對忠實關係中之委託人負忠實義務，其他人無求償權，故當行為人違反其忠實義務而為內線交易時，方違反內線交易。美國法上，以 *Chiarella v. United States* 案(*Chiarella v. United States*, 445 U.S. 222 【1980】)、*SEC v. Dirks* 案(*SEC v. Dirks*, 463 U.S. 646 【1983】)為採行忠實義務理論之代表裁判。

<sup>2</sup>健全市場理論係以市場之健全為保護法益，在此指導原則下，凡有害市場之健全者，均應加以禁止，從而在要件上有較嚴格之要求。本理論以維護證券市場之活絡，進而促進經濟發展為目標，而證券市場之活絡是投資人進場投資之意願而定，投資人之投資意願奠基於其對市場之信心，其對市場之信心來自於證券市場是否公平，市場之公平性復受投資人是否有相同取得資訊之管道影響，從而一旦某些人持有並利用他人所不知悉之消息，將造成資訊取得之不平等，進而危害市場之公平性，減損投資大眾對市場之信心，最終導致其不願進場投資，健全之市場無以維繫。是以建立健全之市場，由確保資訊之平等取得開始，故健全市場理論以維護資訊之平等取得為中心要務，凡有資訊上之優勢者，均應加以限制。

內線交易之主體範圍，目前通說雖採肯定見解，惟本文嘗試從忠實義務理論出發提出不同見解。

## 貳、內線交易之主體範圍以忠實義務理論觀察之為宜

忠實義務理論及健全市場理論為目前內線交易規範之兩大理論，美國法目前以忠實義務理論為通說，而歐盟法則採健全市場理論。我國法究採何說？依條文字意及立法理由尚難有定論，實務及學說亦有爭論，惟本文認為，忠實義務理論較能保護投資人權益，促進證券交易之活絡，實值往後解釋及修法之依據，茲說明如下：

### 一、行為規範較合理—以違反「忠實義務」及進行「交易」為歸責要件

忠實義務理論以實際上發生股票之買賣為歸責要件，從而未有買賣者，縱使內部人無正當理由傳遞內線消息，亦無需負擔內線交易責任。蓋投資人之權益在實際交易發生前，並未遭受損害，本無立法保護之必要，又既未遭受損害，則投資人並未喪失對市場之信心，市場秩序仍得以維護。若如健全市場理論般僅以傳遞消息為要件，反因過於嚴苛之設計阻礙市場活動，不利市場經濟。

### 二、公開揭露制度較合理，衡平資訊不對稱與公司經營

美國法雖在公平揭露規則中，亦賦予公司揭露之義務，然必待其洩漏消息予特定人時，方負公開責任<sup>3</sup>，則公司可透過資訊之保密免除公開責任，同時亦可達成消弭內線消息之傳遞，改善內線交易之目標。反觀健全市場理論，公司在重大消息產生時，即負公開義務<sup>4</sup>，此無異增加公司監視、處理資訊等非營運成本，對於其經營績效無所助益，且資訊之不平等為商業活動本質使然，強加公司上開揭露義務並無法解決問題，從而反對發行人、市場之健全造成不利影響。

綜上，忠實義務理論實係賦予行為人及發行人合理、可行之義務，有助於投資大眾權益之維護，證券市場之發展。在我國法係繼受美國法之情形下

<sup>3</sup>參照徐如慧，選擇性揭露資訊與內線交易之探討，證交資料，第463期，2000年11月，頁9-28。

<sup>4</sup>歐盟於2003年12月22日頒布Commission Directive 2003 / 124 / EC4，對內線消息公開之方法作出較詳細之規定。基於建立一透明公開之市場之目的，惟有發行人在最短之時間內，公開內線消息，方得徹底消弭資訊不對稱，解決內線交易之問題。因此課予金融商品之發行人立即公開內線消息之義務，並於「內部消息定義與公平揭露和市場操縱定義指令」(Directive 2003 / 124 / EC)加以落實。

，實宜以忠實義務理論為日後解釋及修正之方向。

### 參、消息受領人不宜納入內線交易規範主體

以忠實義務觀之，消息受領人實不宜納入內線交易規範之主體，其理由敘述如下：

#### 一、消息受領人不應負擔忠實義務

忠實義務以忠實關係之存在為前提，而忠實關係之成立要件為「委託人將處理其事務之權利授權予受託人」。傳統之內部人，如董事、經理人等管理階層，享有處理公司事務之權限，自得認獲公司授予權利，從而與公司成立忠實關係。然消息受領人為「傳統內部人以外，獲悉內線消息」者，不具內部人身分，未擔任管理階層等重要職位，無處理公司事務之權限，是以其並未獲公司授予權利，無從與公司成立忠實關係，應不對其負擔忠實義務。

#### 二、消息受領人在公司運作及法規範上之地位不同

消息受領人在公司運作及法規範之層面上，與內部人多有不同，顯見兩者存有本質上之差異，從而要求消息受領人需與內部人同負忠實義務，於理未合。茲將上述之差別分述如下：

##### (一)消息受領人之歸責要件本即與內部人不同

在消息傳遞責任中，當內部人未具有合理之理由而傳遞內線消息，且消息受領人買賣股票時，內部人即違反忠實義務，構成內線交易；然對消息受領人而言，其是否構成內線交易，尚需視其是否明知或可得知之內部人違反忠實義務，若否，則仍未構成內線交易。是以消息受領人在要件上，較內部人多了一項主觀之要求(明知或可得知之內部人違反忠實義務)，顯見兩者各居於不同之地位，負擔不同之責任，而以消息受領人負擔較輕之責任。

##### (二)消息受領人主觀認知之客體受有較嚴格之規範

消息受領人究係應明知或可得知之「內部人」違反忠實義務，或僅明知或可得知之「內部人以外之消息傳遞人(中間傳遞人)」違反忠實義務，即「參與」內部人違反忠實義務之行為，與其形成共同體，共負內線交易責任？在消息傳遞鍊長且複雜、消息受領人是否明知或可得知之內部人違

反忠實義務難以證明之情形下，美國通說仍認為，應以「內部人」為其主觀認知之客體而不得以其他消息傳遞人替代之<sup>5</sup>，顯見內部人處於與中間傳遞人、消息受領人不同之地位，該地位基於其不可替代性而屬忠實義務之核心。

綜上，無論由歸責要件、主觀認知之客體觀之，內部人與消息受領人均有顯著之不同，而以內部人受到較嚴格之規範，是以雙方在消息傳遞責任中，實居於不同之地位，要求兩者同負忠實義務，於理未合。

### (三)內線消息公開義務之承擔

在忠實義務理論下，行為人若欲避免內線交易責任，需符合「戒絕交易，否則公開」之原則，依我國「證券交易法第一百五十七條之一第五項及第六項重大消息範圍及其公開方式管理辦法公開辦法」第6條第1項、第2項之規定，企業需根據其重大消息之性質，以「公開資訊觀測站中輸入重大消息，或於證交所或櫃買中心基本市況報導之網站中之公告，或經由兩家以上每日於全國發行報紙之非地方性版面、全國性電視新聞或前開媒體所發行之電子報之報導」等方法中擇一公開之，然消息受領人非公司內部人，要無未經公司內部人同意逕行公開內線消息之權，則要求消息受領人負擔「戒絕交易，否則『公開』」之義務實屬不可能。或有謂其仍可由戒絕交易而免責，然內部人尚可在公開消息後買賣股票，而消息受領人卻僅能戒絕交易，及被動等待內部人公開消息。由此可知，消息受領人雖不具特殊之身分，卻反較內部人受到更嚴格之限制，造成消息受領人權利與責任之不衡。凡此，均顯示將消息受領人納入規範主體時，所可能產生之難以施行及不合理之問題。

### (四)小結

綜上，由法令規定觀之，內部人與消息受領人之歸責要件不同，係居於不同之地位，從而應負擔不同之義務，若使消息受領人同負忠實義務，不但現實上有不可行之處，且造成權責之不公平，故應回歸忠實義務之基礎理論觀之，使未擔任公司特殊職位、未獲公司授權，從而未與公司成立忠實關係之消息受領人，免負內線交易責任。此外，由法律經濟學觀之，

<sup>5</sup> 參照 SEC v. Dirks 案 (Chiarella v. United States, 445 U.S. 222 【1980】)、劉連煜，新證券交易法實例研習，2008年9月，頁380。

內線消息通常僅影響特定公司，在該消息所指涉之公司係特定而無可取代之情形下，將導致該公司之股價反應其真實價值。此外，內線消息將因免責而增加傳遞人之傳遞動機，擴大其交易、傳遞消息之規模，進而提升消息之明確度、可信度，使投資人據此作成投資決策而不受小道消息之影響，提升證券反應價格之效率。就公平性而言，公平與否不應單就資訊不對稱而論，而應以資訊不對稱是否出於偶然觀之，消息受領人受內部人告知內線消息，非其所能掌握，應屬出於偶然而非因其與發行人特殊關係。是以對於內線消息之產生、傳遞均不居於控制地位之消息受領人，課以與內部人相同之忠實義務，反有欠公允。

#### **肆、排除消息受領人並加重內部人責任可產生有利影響-代結論**

依忠實義務理論之內涵，本不應將消息受領人包含於規範中，以共同正犯理論處間接消息受領人之罪責亦有未妥，復加上由消息受領人傳遞內線消息有助公司反映其真實價格，促進市場效率，故在內線交易之規範上，應將消息受領人加以排除。而內線交易係持有內線消息之內部人進行交易或傳遞內線消息予他人，是以若內部人不利用其資訊上之優勢詐欺交易相對人，或傳遞內線消息，則內線交易之情形將獲得改善。換言之，市場上之所以存在內線交易，係導因於內部人買賣股票或傳遞消息之行為，從而欲解決此一問題應從內部人著手，故本文認為，除應使消息受領人免責外，尚需加重內部人之責任，以達成下述目標：

##### **一、符合忠實義務**

如上所述，忠實義務以忠實關係為前提，消息受領人未擔任公司重要職位，未獲公司授權，從而與公司間並無忠實關係，本無需負擔忠實義務，將其納入內線交易之範圍，實對忠實義務理論造成破壞。惟有免除其內線交易責任，方符合忠實義務之要旨。

##### **二、根本解除內線交易問題**

內線交易係行為人濫用其資訊上之優勢，而該優勢係源自於內部人不當之行為，如買賣股票或傳遞消息，故內部人方屬本問題之根本，從而欲改善內線交易之情形，需從內部人下手<sup>6</sup>。換言之，應加強內部人之責任，從源

<sup>6</sup> 張心悌，內線消息傳遞之民事責任，未出版論文，2009年，頁9；Jill E. Fisch, Start Making Sense: An Analysis and Proposal for Insider Trading Regulation, 26 Georgia L. R., 247-249.

頭禁止其利用知悉之內線消息買賣股票或更行傳遞，則不但對內部人本身進行交易有嚇阻效果<sup>7</sup>，亦使消息受領人無從由內部人處獲知內線消息，進而有效解決內線交易之問題。

### 三、維護公平性

公平與否不應單就資訊不對稱而論，而應以資訊不對稱是否出於偶然觀之，惟有非出於偶然、刻意使之發生的資訊不對稱，方不具公平性。蓋消息受領人受內部人告知內線消息，非其所能掌握，應屬出於偶然，則其獲悉內線消息係出於偶然的被告知，非因其與情報發生之源有特殊關係，一般投資者並不會因此而認為不公平，從而使消息受領人得以免責，並不會影響公平性。此外，行為人之權利與責任應成比例，亦即享有越多權利者，應負擔越重之責任，享有權利越少者，則負擔越輕之責任。若無論所享之權利之輕重，均負擔相同之責任，則顯有違權責衡平原則而有欠公允。蓋消息受領人由於未擔任公司重要職位，未獲公司授予權利，若要求其與享有公司授權之內部人同負「戒絕交易，否則公開」之限制，實有不公。此外，消息受領人無法依現行法規所訂定之方式公開重大資訊，要求其負擔公開之責任實屬不可行，即使得刊登公告於報章媒體上，由其支付廣告費用亦欠公允。

### 四、促進股票反映真實價格之效率

當消息受領人得以免責，將增加其傳遞消息之動機，擴大其交易、傳遞消息之規模，其傳遞消息之方法與內容不再晦暗不明，從而提升消息之明確度、可信度，故在內線消息通常僅影響特定公司之情形下，投資人將據此作成投資決策而不受小道消息之影響，從而提升市場效率，使股價得迅速反應公司真實價值，且避免公司因過早公開重大消息而受有損害。

### 五、避免舉證困難

有學者認為<sup>8</sup>，消息受領人之歸責要件，對法院和交易人而言，在適用上均非常困難。蓋消息受領人需明知或可得知之內部人違反忠實義務，方需負責，而內部人違反忠實義務又以其獲得個人利益為判斷標準。然在消息傳遞經多手之情形，消息受領人往往不知何人為消息傳遞最原始端之內部人，即使知道，也難以證明消息受領人知悉該內部人因傳遞

<sup>7</sup> 張心悌，前揭註 6，頁 6；Jill E. Fisch, *supra* note 6, at 246-247.

<sup>8</sup> Jill E. Fisch, *supra* note 6, at 247-249.

消息而獲得個人利益。正因如此，欲證明消息受領人符合上開要件顯得相當困難，從而在適用上即欠缺效率。若使消息受領人免責，則可避免舉證之困難，從而使內線交易在對內部人舉證較為容易之情形下，提升訴訟上之效率。



# 內線交易重大消息之研究

臺灣高等法院104年度金上訴字第46號刑事判決評析

江昂軒\*

## 壹、前言

隨著科技、商業的蓬勃發展，當今企業全球競爭優勢的焦點，趨向於企業規模、全球化經營體系及產品多元化與差異化之發展，對此企業提升經營規模，追求大而美的目標，已然成為趨勢；從而，企業為達追求獲利營收或營業規模之成長、取得關鍵技術、跨業整合以減低風險、擴大國際營運領域、甚或與競爭者競爭之策略目的，經常選擇併購他企業達到前述目的<sup>1</sup>，企業併購於全球商業社會中即扮演相當重要的角色。實務上，企業常透過合併、收購、股份轉換、分割等方式，達到企業併購之目的，並在其中選擇對企業最有利之經營方式，創造併購之整體綜效，例如僅將目標公司併購成為從屬公司，而選擇成立關係企業之前提下，藉由不同之企業文化、品牌價值與經營模式，達成前開之併購目的，若相關公司為公開上市（櫃）股份有限公司，即有證券交易法（下稱證交法）相關規定之適用，然而在控制公司為公開上市（櫃）股份有限公司，而從屬公司非為公開上市（櫃）股份有限公司之情況下，如從屬公司之經營上發生重大變化，是否屬重大影響控制公司股票價格之消息，而可能產生「內線交易」的機會，即本文討論之焦點，是本文擬透過在臺灣社會喧騰一時之「胖達人內線交易案」，借該臺灣高等法院104年度金上訴字第46號判決之探討，說明關係企業間與內線交易之重要問題。

## 貳、本案判決內容<sup>2</sup>

### 一、本案事實

被告徐洵平於民國102年間，擔任基因國際生醫股份有限公司（下稱基

\* 江昂軒 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官。

<sup>1</sup> 陳春山，企業併購及空股公司法實務問題，新學林，2005年11月二版，頁3-4。

<sup>2</sup> 相關事實與判決理由錄自臺灣臺北地方法院103年度金訴字第4號判決、臺灣高等法院104年度金上訴字第46號判決。

因公司)董事長兼總經理，而被告姜麗芬則擔任該公司監察人一職，另基因公司持有生技達人股份有限公司(下稱生技達人公司)50%股權，並在生技達人公司董事會之5席董事中取得3席，具有實質控制力，而由莊鴻銘擔任生技達人公司董事長一職。被告徐洵平因見生技達人公司於102年5月至7月間之營收下滑，故對莊鴻銘有所責難，嗣於102年8月14日下午，莊鴻銘因故與被告徐洵平意見不合，二人以行動通訊軟體相互傳送訊息方式，發生爭執之際，莊鴻銘傳送訊息表達請辭生技達人公司董事長之旨，另基因公司財務長兼生技達人公司董事黃筱玲於同日下午，接獲莊鴻銘以行動通訊軟體傳送訊息方式，指示其儘快安排召開生技達人公司董事會，以處理莊鴻銘辭任生技達人公司董事長事宜，黃筱玲遂依莊鴻銘之指示，定於102年8月19日下午4時召開生技達人公司臨時董事會，以處理莊鴻銘辭任董事長案。被告徐洵平、姜麗芬實際知悉上開「生技達人公司之董事長莊鴻銘辭任」消息，為重大影響基因公司股票價格之消息，卻於上開重大消息尚未公開之前，與被告姜麗芬共同基於違反內線交易規定之犯意聯絡，由被告徐洵平於102年8月18日某時，交代被告姜麗芬於翌日賣出基因公司之股票50仟股，經被告姜麗芬指示不知情之證券公司營業員於102年8月19日上午，賣出基因公司股票50仟股。嗣基因公司財務長黃筱玲得知後，向被告姜麗芬表示基因公司將於當天發布重大訊息，大股東不能賣出基因公司股票等語，被告姜麗芬始聯絡證券公司以錯帳處理反向買回基因公司股票，而取得不法獲利11,571元。被告許慶祥亦於上開重大消息尚未公開之前接獲被告徐洵平通知上開重大消息，於102年8月19日上午，指示不知情之證券公司營業員於同日上午賣出基因公司股票110仟股。嗣基因公司於102年8月19日下午6時0分46秒，在公開資訊觀測站公告主旨為「代重要子公司生技達人(股)公司公告董事長變動」之重大訊息，至此，上開重大消息始為公開。

## 二、判決理由摘要

(一)生技達人公司之董事長辭任對其控制公司即基因公司屬重大消息：

生技達人公司當時對於基因公司獲利能力的重要性，且莊鴻銘當時出任生技達人公司董事長，其決策及經營管理權責的獨立性，倘中途辭任，勢必重大影響一般理性投資人對於生技達人公司之經營績效及營收損益等業務、財務事項之判斷，進而重大影響一般理性投資人對於

是否投資基因公司之決定，因而認定「生技達人公司之董事長莊鴻銘辭任」消息，當時屬於重大影響基因公司股票價格的消息。

(二)本件重大消息之成立時點應為102年8月15日下午：

因被告徐洵平已下定決心取代莊鴻銘，自己接任生技達人公司董事長，意志決絕，毫無迴旋餘地，考量基因公司對於生技達人公司董事長人選的主導地位，及莊鴻銘對於雙方強弱之勢的理解，既已鬆口同意職辭，縱有反悔之意，因明瞭沒有對抗的實力，不可能對抗到底，終究仍將簽署辭職書，故「生技達人公司之董事長莊鴻銘辭任」消息，於近期內必成為事實，已屬明確。且依被告徐洵平、姜麗芬的配偶關係，二人分別是基因公司的董事長兼總經理、監察人，都持有基因公司股份超過10%；被告許慶祥則因與被告徐洵平合資買賣股權及合作投資協議，同時身為基因公司及生技達人公司的股東，且深受基因公司董事長徐洵平、生技達人公司董事長莊鴻銘等人的重視，本院認定上開被告三人對於當時基因公司與生技達人公司的實際情況，均應知之甚詳，故被告徐洵平至遲於102年8月15日下午，讀取莊鴻銘同意將於102年8月19日簽署董事長辭職書之訊息時，已實際知悉上開重大消息臻於明確；至於被告姜麗芬至遲於102年8月18日徐洵平交代其賣出股票前，被告許慶祥則至遲於102年8月15日或16日，因被告徐洵平之告知，亦均實際知悉「生技達人公司之董事長莊鴻銘辭任」消息已屬具體明確。

(三)以實際知悉作為認定內線交易主觀上判斷標準：

依被告三人之社會經濟地位，及當今社會屬白領犯罪類型之內線交易亦非罕見，本院認定被告三人對於相關法律禁止規範，不容諉為不知。上開重大消息於102年8月19日下午6時0分46秒始公開，於未公開之前，被告三人均無視法律嚴禁，被告徐洵平交代被告姜麗芬於102年8月19日上午共同賣出基因公司股票50仟股；被告許慶祥則於102年8月19日上午單獨賣出基因公司股票110仟股，故被告徐洵平、姜麗芬有共同違反內線交易規定之犯意聯絡及行為分擔；被告許慶祥有單獨違反內線交易規定之犯意及行為。並考量被告三人賣出股票，均非屬按事先擬訂的投資計畫或既定投資習慣所為的交易類型，不能脫免處

罰，均構成內線交易罪。又內線交易罪的成立，不以行為人主觀上有「圖利」或「避免損失」的意思為要件，故被告賣出股數、不法獲利若干，充其量可作為量刑輕重的參考，不影響本罪的成立。

## 參、評析

### 一、子公司之董事長辭任是否構成重大消息之認定？

#### (一)重大消息之定義

##### 1. 外國法制：

我國證交法有關內線交易之規定乃襲自美國證券交易法，而美國1934年證交法中並未就重大內線消息予以明確定義，因此於判斷上往往徵諸實務判決之累積。1976年美國聯邦最高法院於TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.一案中，對於徵求委託書之書面所未記載的事項是否具有重大性，採取「理性的股東極可能認為是影響投票決定之重要因素」的標準；同時，並認為假使單獨考量一項消息未能產生重大影響，但如連同其他可獲得之資訊進行綜合判斷，將得出可能影響理性投資人判斷之結果時，亦符合重大性之要件。進一步言，倘若預計產生重大影響之情事尚未確定發生時，如何確定其是否具備重大性？美國聯邦最高法院在1988年Basic Inc. v. Levinson一案中亦宣示認定基準<sup>3</sup>，認為過於機械而缺乏彈性之標準，無法因應實際之需求，從而認為消息之重大性應依事情確定發生之機率及其發生在公司整體活動中之影響程度等兩項因素綜合判斷。亦即如依客觀事實，發生機率高且對公司產生重大影響者，當屬重大消息無疑；即使如「高機率、低影響」或「高影響、低機率」者，亦可能構成重大消息。就前述二案所型塑之標準以觀，原則上應先適用TSC案所揭櫫之判斷標準，而Basic案之標準應屬例外補充標準<sup>4</sup>。

##### 2. 我國規範：

依我國證交法第157條之1規定，成立內線交易必須內部人所

<sup>3</sup> 美國聯邦最高法院 1988 年 Basic Inc v. Levinson (485 U.S. 224) 案參照。

<sup>4</sup> 李智仁，橫看成嶺側成峰—內線消息相關要件之判斷標準與適用爭議，月旦法學雜誌，第180期，2010年5月，頁303-304；劉連煜，新證券交易法實例解析，元照，2016年9月，增訂14版，頁560-564；賴英照，股市遊戲規則—最新證券交易法解析，2014年2月再版，頁483-485；林國全，證券交易法第一五七條之一—內部人員交易禁止規定之檢討，政大法學評論第45期，1992年6月，頁264-265

實際知悉者，為「發行股票公司有重大影響其股票價格之消息」（第1項）；更具體而言，「所稱有重大影響其股票價格之消息，指涉及公司之財務、業務或該證券之市場供求、公開收購，其具體內容對其股票價格有重大影響，或對正當投資人之投資決定有重要影響之消息」（第5項）。由此可知，證交法所謂重大消息之意涵有二：(1)關於涉及公司之財務、業務之消息；(2)涉及該證券之市場供求（或公開收購）之消息。不論前者或後者，此等消息對公司股票價格須有重大影響或對正當投資人之投資決定須具有重要影響，始足當之<sup>5</sup>。另基於「罪刑法定原則」及「構成要件明確性原則」之要求，證交法第157條之1第5項授權主管機關訂定重大消息之範圍，據此授權證券主管機關訂頒「證券交易法第一百五十七條之一第五項及第六項重大消息範圍及其公開方式管理辦法」（下稱「重大消息辦法」），以符實務運作需求，將前開兩種意涵予以類型化<sup>6</sup>。

<sup>5</sup> 劉連煜，重大內線消息之認定—最高法院九十八年度台上字第六四九二號判決評釋，月旦裁判時報，第1期，2010年2月，頁130。

<sup>6</sup> 重大消息辦法第2條：「本法第一百五十七條之一第五項所稱涉及公司之財務、業務，對其股票價格有重大影響，或對正當投資人之投資決定有重要影響之消息，指下列消息之一：一、本法施行細則第七條所定之事項。二、公司辦理重大之募集發行或私募具股權性質之有價證券、減資、合併、收購、分割、股份交換、轉換或受讓、直接或間接進行之投資計畫，或前開事項有重大變更者。三、公司辦理重整、破產、解散、或申請股票終止上市或在證券商營業處所終止買賣，或前開事項有重大變更者。四、公司董事受停止行使職權之假處分裁定，致董事會無法行使職權者，或公司獨立董事均解任者。五、發生災難、集體抗議、罷工、環境污染或其他重大情事，致造成公司重大損害，或經有關機關命令停工、停業、歇業、廢止或撤銷相關許可者。六、公司之關係人或主要債務人或其連帶保證人遭退票、聲請破產、重整或其他重大類似情事；公司背書或保證之主債務人無法償付到期之票據、貸款或其他債務者。七、公司發生重大之內部控制舞弊、非常規交易或資產被掏空者。八、公司與主要客戶或供應商停止部分或全部業務往來者。九、公司財務報告有下列情形之一：（一）未依本法第三十六條規定公告申報者。（二）編製之財務報告發生錯誤或疏漏，有本法施行細則第六條規定應更正且重編者。（三）會計師出具無保留意見或修正正式無保留意見以外之查核或核閱報告者。但依法律規定損失得分年攤銷，或第一季、第三季及半年度財務報告若因長期股權投資金額及其損益之計算係採被投資公司未經會計師查核簽證或核閱之報表計算等情事，經其簽證會計師出具保留意見之查核或核閱報告者，不在此限。（四）會計師出具繼續經營假設有重大疑慮之查核或核閱報告者。十、公開之財務預測與實際數有重大差異者或財務預測更新（正）與原預測數有重大差異者。十一、公司營業損益或稅前損益與去年同期相較有重大變動，或與前期相較有重大變動且非受季節性因素影響所致者。十二、公司有下列會計事項，不影響當期損益，致當期淨值產生重大變動者：（一）辦理資產重估。（二）金融商品期末評價。（三）外幣換算調整。（四）金融商品採避險會計處理。（五）未認列為退休金成本之淨損失。十三、為償還公司債之資金籌措計畫無法達成者。十四、公司辦理買回本公司股份者。十五、進行或停止公開收購公開發行公司所發行之有價證券者。十六、公司取得或處分重大資產者。十七、公司發行海外有價證券，發生依上市地國政府法令及其證券交易市場規章之規定應即時公告或申報之重大情事者。十八、其他涉及公司之財務、業務，對公司股票價格有重大影響，或對正當投資人之投資決定有重要影響者。

重大消息管理辦法第3條：「本法第一百五十七條之一第五項所稱涉及該證券之市場供求，對其股票價格有重大影響，或對正當投資人之投資決定有重要影響之消息，指下列消息之一：一、證券集中交易市場

### 3. 實務見解：

我國實務上如何認定內線消息之重大性，具有高度事實認定之性質（a highly factual inquiry），必須依據個案具體事實決定之，這也是認定標準難以取決的原因所在。近來實務判決逐漸跳脫單向思考層面，朝綜合性判斷取向發展，例如臺北地方法院95年度矚重訴字第1號判決：「…綜此，由美國聯邦最高法院前述二個判決意旨，可歸結出下列結論，第一、重大消息並非以單一事件作為衡量基準，而應綜合各項因素作整體之判斷。第二、某一事件對公司之影響，屬確定而清楚時，法院之判斷基準應是：一項未經公開之消息，是否「理性之投資者」於知悉此一消息後，「非常可能」會重大改變其投資決定；或者，是否將該未經公開之消息，與理性投資者已獲悉之其他消息合併觀察後，理性投資者便會對該股票之價格或投資與否之決定，予以重新評估。第三、如某一事件本身屬於『或許會或許不會發生』或『尚未確定，僅是推測性』之性質時，則判斷『重大性』之基準應該是：就該事件最後發生之可能性與該事件在整個公司所佔之影響程度加以評估，如事件影響確屬深遠，即令當時發生之可能性不大，亦可能成為重大事件；而如當時事件發生之可能性極大，雖該事件對公司整體影響效果較為輕微，亦仍可能被認為係屬重大事件。綜上所述，消息重大性與否之判斷，具有高度事實認定之特性，必須依個案具體事實認定，而且並非以單一事件作為衡量基準，而應綜合各項因素作整體之判斷。」實務見解無獨有偶地與學者所闡述之判決基準若合符節，即參酌美國TSC及Basic案所建立之判斷基準所得<sup>7</sup>。

#### （二）本案評析：

首先就文義觀之，證交法第157條之1規範客體敘明為「發行股票公司」有重大影響其股票價格之消息，雖未指明究為控制公司本身抑

---

或證券商營業處所買賣之有價證券有被進行或停止公開收購者。二、公司或其控制公司股權有重大異動者。三、在證券集中交易市場或證券商營業處所買賣之有價證券有標購、拍賣、重大違約交割、變更原有交易方法、停止買賣、限制買賣或終止買賣之情事或事由者。四、依法執行搜索之人員至公司、其控制公司或其符合會計師查核簽證財務報表規則第二條之一第二項所定重要子公司執行搜索者。五、其他涉及該證券之市場供求，對公司股票價格有重大影響，或對正當投資人之投資決定有重要影響者。」

<sup>7</sup> 李智仁，前揭註4，頁304-305。

或為其從屬公司，但其行為態樣既將內線交易適用範圍限於「該公司之上市或在證券商營業處所」，是所謂重大消息之來源自當限僅於交易市場上之上市櫃公司本身，而該公司本身之內部人即為內線交易之規範主體，準此，本案中涉及內線交易之規範客體與主體，當應為身為上櫃公司之基因公司於交易市場上所發行之有價證券本身及其內部人。而依同條第5項規定，如基因公司之財務、業務、人事，如影響基因公司理性投資人之投資判斷或基因公司之股票價格，始可稱之為重大消息。

然而於本案中發生董事長更換之重大消息來源非為基因公司，而係其所控制之生技達人公司本身，是依據法人格之獨立原則，兩間公司既為不同之公司，如何認定亦屬基因公司之重大消息？另觀證交法施行細則第7條、重大消息辦法第2條與第3條規定，雖已將所謂重大消息之定義予以類型化，但僅在證交法施行細則第7條第6款規定就董事長發生變動時認定屬該公司之重大消息，至於其餘各款所例示之內容中並未發現從屬公司之人事更動亦為控制公司之重大消息，是否為重大消息辦法訂立時所忽略或刻意遺漏，則屬未明。雖重大消息辦法第2條第18款尚有保留概括條款，由法院依具體情事判斷是否涉及公司之財務、業務，對公司股票價格有重大影響，或對正當投資人之投資決定有重要影響之消息，而本案之判決亦以此概括條款判斷，認定：「因從屬公司即生技達人對控制公司基因公司之財務影響，具重要地位，而時任生技達人公司董事長莊鴻銘之重要地位，倘中途辭任，勢必連帶影響基因公司之獲利能力，重大影響一般理性投資人對於生技達人公司之經營績效及營收損益等業務、財務事項之判斷，進而重大影響一般理性投資人對於是否投資基因公司之決定」等語。

惟就概括條款基於一補充規定之性質，故其解釋須以類似例示規定之意旨作為其依據<sup>8</sup>，本案中生技達人公司之董事長辭任，固然對其生技達人公司本身財務、業務、股票價格有重大影響之直接因果關係，然對基因公司而言，其影響已成間接，能否以此間接因果關係之影響，亦認定屬對基因公司之重大消息，即有疑問，蓋在現今國際化之

<sup>8</sup> 最高行政法院 94 年度判字第 77 號判決。

商業市場上，為求專業分工與資源共享之目標，企業彼此間成立合作或策略聯盟關係所在多有，皆占相當之營收比例，可謂牽一髮而動全身，是如其一公司有董事長或總經理之更動，均可能造成相互之影響，效應無遠弗屆，如依照前開判決之見解，除對其他公司而言當屬重大消息外，另對其他公司之合作或控制從屬公司亦可能認定屬重大消息，其範圍似永無止境，將使各公司之內部人難以預見內線交易之合理界線。再者，依重大消息辦法第2條與第3條所例示之內容觀之，其重大消息之範圍接環繞於該發行股票公司之財務、業務範圍，除涉及控制公司股權變動外，對於他公司之人事、財務、業務均未著墨，是依上開概括條款之解釋原則，是否有過度之擴張解釋，而違反罪刑法定主義即有疑義。末者，從屬公司之董事長雖係經由控制公司之支持而選任，但在現今講求專業化、經營效率與獲利極大化之前提下，於控制公司無法一一事必躬親管理旗下從屬公司時，必選任適才適任之人擔任從屬公司董事長一職，該公司之董事長本掌理該公司組織之決策及經營管理等權責，任期內可獨立行使權限，發揮其個人經營理念，以求提升從屬公司營運績效獲得控制公司之肯定，進而獲得更高之升遷或報酬機會，不因本案為生技達人有所不同，而本案判決似將常態之從屬公司董事長職權誤認為生技達人公司莊鴻銘所獨有，應為對於從屬公司特性之誤解，故本案判決以莊鴻銘居於生技達人公司當時之重要地位，作為論斷屬基因公司之重大消息基礎，並非妥適。

## 二、本案重大消息成立時點為何？

### (一)重大消息成立時點之判斷：

#### 1. 我國規範：

我國重大消息辦法第5條規定：「前三條所定消息之成立時點，為事實發生日、協議日、簽約日、付款日、委託日、成交日、過戶日、審計委員會或董事會決議日或其他依具體事證可得明確之日，以日期在前者為準。」然綜觀其母法相關條文，未見「成立」之用語，然衡酌其立法理由，主管機關顯然採取重大消息有成立時點之看法<sup>9</sup>。實務見解亦認為「獲悉發行股票公司有重大影響股票價格

<sup>9</sup> 2006年證交法第157條之1第4項授權主管機關增定重大消息管理辦法之理由：「為將內線交易重大

之消息」，係指獲悉在某特定時間內必成為事實之重大影響股票價格之消息而言，並不限於獲悉時該消息已確定成立或為確定之事實<sup>10</sup>。此項見解不拘泥於僵化之標準，可避免有心人士為謀內線交易之操作而預留空間<sup>11</sup>。

## 2. 學說見解：

學說認為任何重大消息都有其形成過程，從貫徹禁止內線交易目的而言，應以特定消息在其形成過程中，依具體情形，是否對投資人的投資決定具有重大影響作為判斷標準。如固守僵硬的基準，認為凡程序尚未完成，消息尚未確定者，消息尚未成立，故均非內線消息，此等見解顯然過於僵化，甚至導致有人故意延遲消息「成立」的時點，造成可操作內線交易之空間；此種結果，顯與立法意旨鄉悖離。畢竟「消息」(information)與「事實」(fact)不同。美國聯邦最高法院在Basic案中，係以消息完成後對投資決定可能產生的影響程度，做綜合判斷，而非單純以尚未完成特定程序，即否定其為重大消息的性質<sup>12</sup>。論者更認為，我國內線交易相關規範師法美國，但美國法是用證券詐欺來處理內線交易，其對於重大性和成立時點向來採混合觀察方式，直接以重大性(materiality)涵蓋二者，並未特別將成立或明確時點作為獨立的判斷基準。而我國重大消息辦法似乎將內線交易的重大消息與成立判斷分開，惟此二者本為一體兩面，若一個不夠明確的消息，也就難以稱上算是重大。然在我國重大消息辦法已經區分重大消息及成立時點的規範下，司法解釋上，若涉及公司財務業務事項，應以「重大消息範圍辦法」所訂多元時點中，最早能確定「在某特定時間內必成為事實的重大消息」，作為消息已然屬於明確重大/成立的時點；至若涉及證券收購等事項，於公開收購程序進行中可能還會有變化，事件本質上屬於推測性，還不一定的情況，便宜參酌Basic案，依據事情發生的機率及發生在公司整體活動中的影響程度來綜合判斷<sup>13</sup>。

---

消息明確化，俾使司法機關於個案辦理時有所參考，並鑑於重大消息內容及其成立時點涉及刑事處罰之法律構成要件如明定於本法，恐過於瑣碎且較僵化，同時難以因應未來市場之變化。」

<sup>10</sup> 最高法院於94年度台上字第1433號判決。

<sup>11</sup> 李智仁，前揭註4，頁305-306。

<sup>12</sup> 賴英照，前揭註4，頁477。

<sup>13</sup> 參閱林志潔、麻詠真，財經犯罪與內線交易重大消息之判斷—臺北地方法院九十六年度重訴字第一三二

## （二）本案評析：

本案判決認定被告徐洵平至遲於102年8月15日下午，為重大消息之成立時點，其理由謂：「雖莊鴻銘遲於102年8月19日簽署董事長辭職書，蓋因於整體觀察之下，被告徐洵平堅持到底要求莊鴻銘履行辭職承諾之情形下，莊鴻銘縱有反悔之意，因明瞭沒有對抗之實力，衡情不可能對抗到底，終究仍將簽署辭職書」等語。而自本案中之事實觀之，依上開之重大消息辦法規定與學說見解內容判斷，本案判決之理由大致上應為無誤。惟再進一步之思考，莊鴻銘擔任董事長一職，係基於其與生技達人公司間之委任關係，辭任生技達人公司之董事長本不須被告徐洵平同意或答應，且被告徐洵平是否同意接任該公司董事長一職亦與莊鴻銘辭任無涉，故應以莊鴻銘決心辭任之時點作為成立時點較為妥適。今依本案判決所認定之事實，莊鴻銘早於102年8月14日下午2時45分許已通知董事黃筱玲安排召開董事會，處理其辭任生技達人公司董事長職務，而董事黃筱玲乃依莊鴻銘之指示，準備所需相關文件，並擇定於102年8月19日下午4時召開生技達人公司臨時董事會，以處理莊鴻銘辭任董事長，是故，莊鴻銘於102年8月14日下午2時45分既已決定日期召開臨時董事會以辭任董事長，並通知各該董事，事後又無任何表達反悔之意，可見其心意已決，則該辭任董事長勢必成為事實，從而本案之重大消息成立時點應提前至102年8月14日下午2時45分，至於被告等人係於何時點確定莊鴻銘必將辭任董事長，則屬實際知悉時點之問題，與內線消息成立時點應作區分，方能避免有心人士圖謀內線交易之操作。

## 三、「實際知悉」是否需以利用為其要件？

### （一）學說爭議：

內線交易之主觀要件是否須有「利用」，或者「獲悉」內線消息即可成立，容有爭議，分析如下：

#### 1. 利用說<sup>14</sup>：

---

號（綠點案）刑事判決評釋，月旦裁判時報，第10期，2011年8月，頁93-94。劉連煜，前揭註4，頁563-564；賴英照，前揭註4，頁470。

<sup>14</sup> 參閱林孟皇，金融犯罪與刑事審判，元照，2010年01月，頁259-266；武永生，內線交易案件「獲悉」與「利用」之爭論—股市之極限遊戲規則(一)，銘傳大學法學論叢第10期，2008年12月，頁175-225。

就立法理由而言，1998年增訂本條之立法理由中載明：「對『利用』公司未經公開之重要消息之重要消息買賣公司股票圖利，未明定列為禁止規定，對證券市場之發展，構成妨礙併形成證券管理的一項缺失」、「對『利用』內部消息買賣公司股票圖利之禁止，已成為世界性之趨勢」等用語，可推得採納「利用」說的看法。從外國立法例而言，從美國學理上所提資訊平等、信賴關係、私取理論的角度觀察，「公開消息否則戒絕交易」法則所要求係獲悉未公開消息的人「利用」此消息而侵害證券市場的公平性，進而買賣股票的行為，始有違反信賴義務，造成兩方地位不平等。歐盟「反市場濫用指令」及英國「金融服務暨市場法」對於禁止內線交易之行為將事先預定計畫列為免責事由，例如：股份買回計畫、安定操作等。由此可知，如行為人並未「利用」內線消息，亦即行為人不論是否獲悉此消息，一概案事先擬定的投資計畫、投資習慣，規律地進行買賣股票之行為，則此時獲悉消息之人並無與一般投資者無異。從舉證責任上觀察而言，內線交易的犯罪性質係為抽象危險犯，不論有無實害或危險之發生，有買賣股票之行為即為違法。而對抽象危險犯之處罰為擴張可罰性的範圍，應有所節制，如採利用說之解釋，除可限縮成立具有抽象危險犯性質的內線交易犯罪外，舉證責任分配上之調整，獲悉未公開重大消息的人至少以此消息作為決定購買股票的重要因素之一時，始可認定違法，而行為人得舉證證明買賣股票非因利用消息，進而減免刑責。

## 2. 獲悉說<sup>15</sup>：

從文義解釋與立法理由為觀察，第157條之1明確使用「獲悉」之文字，不能以立法理由有「利用」而推翻法律用語。且立法理由雖明白表示仿自美國法制，但並未涵蓋較新的持有說的判決，而僅出現「利用」的用語，認定我國證交法據此論證採利用說，未有妥適。就內線交易理論基礎而言，我國證交法禁止內線交易之規定，非完全採美國法上信賴義務的理論，如全盤移植至本條，並無依據且增添實務執行的困難，退步言，縱採信賴關係理論，關鍵在於

<sup>15</sup> 參閱林國全，前揭註4，頁264-265；賴英照，前揭註4，頁478-480；劉連煜，前揭註4，頁519-523。

內部人有無將消息揭露給交易對象，而不在有無利用消息，故未必導出利用說的結論。舉證之問題，如採利用說，在事後檢察官則對內線交易行為人的主觀心理，將面臨舉證的困難，無法有效打擊內線交易。立法政策選擇問題，雖外國立法例中，歐盟明文採取利用說的立法政策，惟我國如改採利用說或增設免責條款，皆應修法明定為宜。而現行法將「獲悉」改為「實際知悉」下，顯然立法者目前已放棄於條文上採利用說的主張，更明確以主觀「知悉」內線消息，客觀有買賣之行為即可成罪。

## (二)實務見解<sup>16</sup>：

我國實務上多採獲悉說，其理由在於證交法第157條之1第1項內線交易之禁止規定，旨在使買賣雙方平等取得資訊，維護證券市場之交易公平，故於獲悉公司重大且未公開之消息時，應遵守「公布消息否則禁止買賣」之規則，使市場投資人均有公平獲取資訊機會，以防止不當使用內線消息，維持交易市場之公平性。而此內線交易之禁止，僅須內部人具備「獲悉（修正後為「實際知悉」）發行股票公司有重大影響其股票價格之消息」及「在該消息未公開前，對該公司之上市或在證券商營業處所買賣之股票，買入或賣出」此二形式要件即足當之，並未規定行為人主觀目的之要件。故內部人於知悉消息後，並買賣股票，是否有藉該交易獲利或避免損失之主觀意圖，應不影響其犯罪之成立；且該內部人是否因該內線交易而獲利益，亦無足問。

## (三)本案評析：

依本案法院所認定之犯罪事實中，被告徐洵平、姜麗芬與許慶祥確有於上開重大消息未公開前，賣出基因公司股票，而被告3人除僅有出售少量之股份外，被告徐洵平更於消息公開前事後再行回補，故被告3人辯稱其等主觀上未有基於「圖利」或「避免損失」之違反內線交易規定之犯意云云。惟內線交易之主觀要件是否須有「利用」，或者「獲悉」內線消息即可成立，爭議如前，通說見解認為，基於證交法第157條之1文義及合目的性解釋，當採獲悉說為妥，而本文見解亦認為採獲悉說為當，蓋採利用說將面臨舉證困境難有效規範內線交易。

<sup>16</sup>最高法院 101 年度台上字第 4351 號、102 年度台上字第 4868 號、103 年度台上字第 2093 號參照。

因此，本文認為本案法院所持：「內線交易之禁止，旨在維護證券市場之交易公平，保障一般投資人對於證券市場公平性及健全性之信賴，而行為人於實際知悉重大消息後之違法交易，其動機、目的不一而足，惟無論出於何者，均足以危害交易公平及投資人之信賴保障，故行為人主觀上是否基於「圖利」或「避免損失」等，洵非規範重點，均不應該列為證券交易法第157條之1第1項內線交易罪之成立要件。」見解殊值贊同。

#### 肆、結論

當今商業經營全球化風潮盛行，專業分工與策略聯盟興起，在此等商業模式下，各企業間之關係可謂錯綜複雜，如其一內部發生變動，將可能影響整體之經營走向與發展，且在瞬息萬變之商業競爭中，過程中只須有細微之事件，往往有造成內線交易之機會。然由於內線交易犯罪於構成要件上有部分不明確，加上商業模式千變萬化，在須處以行為人刑罰下，實務上如何解釋各項構成要件要素，即相當棘手，中外學說對此之闡述，可謂汗牛充棟。本文所探究之判決，較其他內線交易案情，相對單純，爭點主要集中於重大內線消息之認定，惟此向為內線交易案件爭辯之重點，認定之過程實具有高度事實認定之特質，除關於法令層面的判斷外，亦須具備一定程度對企業經營實務的瞭解。我國證交法於內線交易規範上大量參考美國立法，且訂立「重大消息辦法」，將所謂的重大消息之認定類型化，確認有「成立時點」的觀點，相關規定實務運作上之問題，於本案中清楚體現，使法院於審判時得以之為判斷內線消息之依據，然本文探究結果，除認為本案判決中關於重大消息之認定及其認定時點有部分之疑義須要釐清外，尚建議主管機關就重大消息辦法更鉅細靡遺建立類型化特徵，方能使公司內部人得以充分預見其行為之可罰性，並於刑罰構成要件明確性及規範內線交易立法目的間，取得平衡，避免公司內部人誤觸法網。



## 證券交易市場操縱行為之比較法研究

-以臺北地檢署103年度偵字第18228號起訴事實為例

曹智恒\*

### 壹、前言

民國103年8月12日下午5點半，行政院金融監督管理委員會(下稱金管會)以迅雷不及掩耳之速度出手，派出10多名接管人員，快速平和接管國寶人壽股份有限公司(下稱國寶人壽)與幸福人壽股份有限公司(下稱幸福人壽)兩家公司，讓媒體報導之500億元風暴災情暫時止住<sup>1</sup>，據媒體報導，96年國寶人壽實際負責人朱國榮<sup>2</sup>由前任經營者手上買下國寶人壽，當時國寶人壽帳上淨值僅有負5億元，事隔7、8年後到103年6月底止，國寶人壽帳上淨值已經快速擴大到負252億元，幾乎每年以虧損30至40億元速度迅速擴大財務缺口<sup>3</sup>。此大黑洞在金管會接管後由保險安定基金負責弭平財務缺口，而保險安定基金資金來源係由所有壽險保單保費，其中抽取千分之1而來，可說是全民買單<sup>4</sup>。

依據媒體報導，朱國榮96年接手國寶人壽時，國寶的淨值缺口僅負5億元，估計他接手國寶的成本不到新台幣10億元。至於朱國榮入主後的7年時間，國寶淨值虧損擴大到超過250億元，市場人士指出，這難免令人費解，其中是否可能涉及利用保費進行財務操作圖利大股東<sup>5</sup>。金管會於103年8月12日無預警接管國寶人壽，其集團前總裁朱國榮被控涉嫌以人頭戶炒作上市公司的龍邦國際興業股份有限公司(下稱龍邦公司)股票外，還涉嫌以違規超買股票的手法，讓國寶人壽虧損2億元，另利用國寶人壽帳戶炒作龍邦股票

\* 曹智恒 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官

<sup>1</sup> 今周刊，2014年8月25日，第77頁。

<sup>2</sup> 媒體報導，朱國榮傳言為香港人，從事珠寶生意起家，累積高額財富，更有傳聞他犯下「澳門南通銀行搶劫」，最後被通緝，在台灣搖身變為媒體大亨，其檯面上頭銜是上櫃公司松岡資產總經理、「新新聞」雜誌董事長兼社長，但私底下經營的事業涵蓋範圍廣闊，從國寶人壽、西湖渡假村、以販售生前契約、納骨塔為主北海福座、水立方時尚館、到新竹東方日星高爾夫球場，從殯葬業到休閒、飲食業幾乎有他身影，參今周刊，2014年8月25日，第86-87頁。

<sup>3</sup> 參註1，第77頁。

<sup>4</sup> 同上註。

<sup>5</sup> 經濟日報，A3版，2014年8月13日。

獲利5,000萬元。台北市調處約談朱國榮與其前妻劉慶珠、胞妹朱佩瑜等12人到案，訊後依違反證交法移送台北地檢署複訊，訊後朱國榮以200萬交保。調查局指出，朱國榮於100年12月至101年2月間，利用胞妹朱佩瑜、前妻劉慶珠、司機及國寶人壽與國寶集團員工所提供的13名人頭開立的31個證券帳戶，以大量相對成交及連續高價買進等方式，將龍邦公司股價成功自10元拉抬至14元。朱國榮見龍邦公司股價上揚，即運用國寶人壽保戶資金及投資額度，在股價高點大量承接龍邦公司股票，藉此出脫其個人持股，不法坑殺散戶及套取國寶人壽公司資金，獲利高達數千萬元。此外，朱國榮在101年11月到102年2月間，為爭奪龍邦公司經營權，朱國榮明知國寶人壽持有龍邦公司股票已達金管會規定5萬張上限，為爭取龍邦公司經營權，先將國寶人壽持有的3萬7,000張龍邦公司持股，當時龍邦公司股價為19至27元，以每股約20元價錢賣給金主賈文中等人鎖單，藉此空出國寶人壽再行購買龍邦公司股票額度，並搭配17個人頭帳戶，進行第2度炒作。由於朱國榮之後再指示國寶人壽以每股29至35元高價於102年5月間，趕在龍邦公司董監事改選前從金主手上買回持股，但因價格已上揚，造成國寶人壽虧損2億4,000萬元；同時間，朱國榮再以個人及親友帳戶大量買入龍邦公司權證，藉此套利5,000萬元<sup>67</sup>。檢調對朱國榮及其司機等人展開偵訊，於105年8月偵結，經臺灣臺北地方法院檢察署檢察官對朱國榮等6人提起公訴。

## 貳、起訴事實所涉法律問題分析

依據前開起訴書所載<sup>8</sup>，朱國榮等6名被告以取得龍邦公司經營權為炒作題材，分別於100年12月至101年2月間，及101年11月至102年1月間，連續以高價買入或低價賣出之交易，分別有43及55次以高（低）於或等於當時揭示成交價、漲（跌）停價連續委託買進（賣出）龍邦公司股票，致影響龍邦公司股票成交價格上漲或下跌；復為造成龍邦公司股票交易活絡之表象，分別於28及11個營業日以上為相對成交，操縱龍邦公司股價上漲高於同期間同類股指數振幅，因而涉犯違反104年7月1日修正前之證券交易法第155條第4、5款規定，構成同法第177條第1項第1款特別背信罪，以下茲就現行證券交易法第155條第4、5款之規定，以比較法之觀點，析述如下：

<sup>6</sup> 中國時報，A12版，2014年8月21日。

<sup>7</sup> 經濟日報，A16版，2014年8月21日。

<sup>8</sup> 見臺灣臺北地方法院檢察署檢察官103年度偵字第18228號、104年度偵字第81714號起訴書。

## 一、證券交易法第155條第1項第4款「連續交易」之比較法分析：

1. 證券交易法第155條第1項第4款明文禁止：「意圖抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格，自行或以他人名義，對該有價證券，連續以高價買入或以低價賣出」之行為。學者<sup>9</sup>認為適用要件有三：一、意圖抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格；二、自行或以他人名義，連續買賣某種有價證券；三、以高價連續買入或以低價連續賣出該證券。所謂連續，指基於概括犯意有二次以上之行為，此之連續為犯罪構成要件，與刑法之連續犯不同<sup>10</sup>。主觀意圖之認定，學者有認為非僅單純以買入或賣出之股價為準，尚須行為人主觀上具有影響某種證券行情之意圖，如果行為人以其買進股票，係取得該公司經營權為目的，並藉此證明絕無炒作意圖，此一抗辯不一定能夠成立，因炒股與經營權之介入，並非不能同時存在，過去實務案例亦頗多此種情形。至於維持股價之行為，看似不符意圖抬高或壓低交易價格之要件，惟依市場供需情形，若股價本應下跌，而以操縱之方式使其不跌，本身即為抬高價格之行為，其破壞自由市場之機能，與操縱股價無異<sup>11</sup>。另有學者提出最高法院曾以被告買賣行為「與大盤相背離」等相關因素，推定其操縱之意圖。綜合而言，有下列事證，法院可能認定被告具有抬高或壓低股價之意圖：(1)短期內(同一日、數日或數月間)連續大量買賣特定股票，其成交量、值佔當日該股票總成交值相當高之比率(10%-95%)。(2)利用人頭戶或子公司，以相對委託、沖洗買賣或其他方式，連續大量買賣股票，製造交易熱絡假象。(3)以高於平均價、接近最高價或以當日最高價格為限價委託，將股票維持在一定之價位，並逐步提高委託買進價格以拉抬股價，然後於收盤前以漲停價委託買進(拉尾盤)，進一步抬高股價。(4)選擇冷門股或小型股操作，或雖非冷門股，但股價因炒作行為明顯變動，漲跌幅度遠超過大盤指數，於股價拉告後伺機賣出獲取暴利；(5)在特定期間，綜合運用各種方法，製造特定股票交易熱絡之表象，炒高股價。並有判決參考財政部證管會函釋<sup>12</sup>所列事項，作為認定有無影響股價意圖之標準，包

<sup>9</sup> 劉連煜(2013)，新證券交易法實例研習，頁522-523。

<sup>10</sup> 曾宛如(2012)，證券交易法原理，頁298-299。

<sup>11</sup> 賴英照(2009)，最新證券交易法解析，頁656。

<sup>12</sup> 證管會民國79年11月17日(79)台財證(二)字第03181號函及81年1月4日(81)台財證(三)

括：(1)被告買賣股票其價量變化是否背離集中市場大盤走勢?(2)是否背離同類股走勢?(3)有無於拉高股價後賣出股票獲得鉅額利益?<sup>13</sup>學說上有認為<sup>14</sup>本要件解釋上不需要以「誘使他人從事有價證券買賣交易之意圖」，因基於意圖抬高或壓低公司股價之犯意與操縱行為，證券市場價格之自然形成機能以受人為之干擾與破壞，其行為不法行評價應可確認，並認行為人主觀上亦不需要有「利用股價圖謀不法利益之意圖」，因行為人有無藉此股價落差圖謀不法利益，應視為犯罪背後之動機，並非本罪之主觀意圖要件，且本款犯罪係行為犯，非結果犯，僅需客觀上有連續以高價買入或低價賣出之行為，主觀上有拉抬及壓低價格意圖即可，不以產生行為人期望之高價或低價結果為必要，故行為人有無利用拉抬後之股價賣出係爭股票並獲得利益，非本款犯罪構成要件，惟不妨作為行為人有否操縱意圖之佐證事實之一。另本款所定自行或以他人名義，其類型除行為人以自己名義外，亦包括人頭戶之情形，學者有認為人頭戶依其情形有幫助他人犯本款之罪之故意(含直接與間接故意)，且有將其帳戶借給他人使用之行為，法院自應論以幫助犯<sup>15</sup>。最後，所謂連續以高價買入或低價賣出，最高法院曾有具體闡釋，認為所謂連續以高價買入係指於特定期間內，逐日以高於平均買價，接近最高買價之價格或以最高之價格買入而言<sup>16</sup>。學者有認為現行法下「高價」、「低價」之認定，應繫於某特定時點，市場股價之相對高低而言，即所謂相對高低價。規範重點並非在如何認定高價或低價之問題，而是重在連續買進或賣出之行為以誘引他人買賣，美國法則非以高價買入或低價賣出為要件，而係以抬高或壓低有價證券之價格，並藉以影響市場行情，誘引他人買賣為重點(To effect, alone or with 1 or more other persons, a series of transactions in any security registered on a national securities exchange, any security not so registered, or in connection with any security-based swap or security-based swap agreement with respect to such security creating actual

字第 00006 號函。

<sup>13</sup> 賴英照(2009)，最新證券交易法解析，頁 662-669。

<sup>14</sup> 劉連煜(2013)，新證券交易法實例研習，頁 526-529。

<sup>15</sup> 劉連煜(2013)，新證券交易法實例研習，頁 524。

<sup>16</sup> 賴英照(2009)，最新證券交易法解析，頁 673。最高法院 74 年度台上字第 5861 號刑事判決。

or apparent active trading in such security, or raising or depressing the price of such security, for the purpose of inducing the purchase or sale of such security by others.)<sup>17</sup>，然由於美國1934年證券交易法Rule10b及10b-5亦禁止操縱行為，法律適用上與section 9有競合關係，美國聯邦上訴第2巡迴法院於UNITED STATES of America, Appellee ,v. John A. MULHEREN, Jr., Defendant-Appellant. 一案判決認為，如以Rule10b-5追訴時，不須證明引誘他人買賣之要件，但仍應證明被告買賣有價證券之唯一目的是影響證券價格<sup>18</sup>(The government's theory of prosecution in this case is straightforward. In its view, when an investor, who is neither a fiduciary nor an insider, engages in securities transactions in the open market with the sole intent to affect the price of the security, the transaction is manipulative and violates Rule 10b-5. FN2 Unlawful manipulation occurs, the argument goes, even though the investor has not acted for the “purpose of inducing the purchase or sale of such security by others,” an element the government would have had to prove had it chosen to proceed under the manipulation statute, § 9(a)(2). 15 U.S.C. § 78i(a)(2). Mulheren was not charged with violating § 9(a)(2).)<sup>19</sup>。

## 二、證券交易法第155條第1項第5款「沖洗買賣」之比較法研析

### 1. 沖洗買賣與證券交易法第155條第1項第2款之刪除：

所謂沖洗買賣(wash sale)，通常係由同一人分別在2家或2家以上之證券經紀商開戶，並委託經紀商針對某種特定之股票為相反方向之買賣，以影響該種股票之價格，並製造交易活絡之假象，誘使不知情之投資人跟進。由於委託買賣者常屬於同一人，且其目的在於操縱股價而

<sup>17</sup> 賴英照(2009)，最新證券交易法解析，頁 656。

<sup>18</sup> 賴英照(2009)，最新證券交易法解析，頁 660。

<sup>19</sup> See 938 F.2d 364, UNITED STATES of America, Appellee ,v. John A. MULHEREN, Jr., Defendant-Appellant., United States Court of Appeals, Second Circuit.

非取得股票的所有權，因而有「不移轉證券所有權而偽做買賣」之用語<sup>20</sup>。現在從事沖洗買賣者，為避免被察覺，已不再單純使用自己名下之帳戶，而是利用人頭戶，包括自己之配偶、子女、職員、朋友等<sup>21</sup>。證交法於2000年7月修正前，第155條第1項第2款原有禁止「在集中交易市場，不移轉證券所有權而偽做買賣」之行為，立法院刪除本款之理由，係本款條文所稱「不移轉所有權」並無適用餘地。因投資人賣出股票後，即將股票交付證券商完成交割，所有權即告移轉，買進股票後，從證券商取得股票，完成另一次所有權移轉，因此不可能不移轉證券所有權，在現今電腦自動撮合交易制度下，買賣雙方交易係由電腦自動配對，當事人無選擇自由，各筆買賣之委託一經撮合成交，買賣契約即告成立，無發生可能<sup>22</sup>。學者有認應可修法改進，毋庸因此廢除，認為不論在集中或店頭市場，經券商下單後由電腦撮合，縱以己之名義同時以相同價格數量買進、賣出，最後買進之證券不大可能為原來賣出之證券，就同一證券所有權想像上不太可能不移轉，若利用人頭戶，則所有權人絕對有改變，不移轉所有權用語不妥，其真意指「所有權實質上未移轉，或所有權仍屬同一人控制<sup>23</sup>」。最高法院亦有贊同上開實質所有權之觀點，指出「所謂造成某種有價證券交易熱絡之表象，通常係以不移轉證券所有權而偽作買賣，即一般所稱之沖洗買賣，因買賣雙方之委託人同屬一人，由撮合時點觀之，實質上並無移轉證券所有權。易言之，沖洗買賣，乃買賣雙方通謀虛偽之意思表示，此交易僅具形式要件，不具實質意義」（最高法院96年度台上字第2404號刑事判決要旨參照）。本款刪除後，學者有認為實務有見解運用證券交易法第155條第1項第7款之蓋括條款來處罰沖洗買賣，惟學者有認為立法者既已明白刪除此一操縱類型，不宜再適用另一概括條款加以制裁，否則違反刑事法違反禁止類推適用之原則<sup>24</sup>。

## 2. 沖洗買賣之回植與證券交易法第155條第1項第5款之增訂：

105年1月證券交易法修正增訂證券交易法第155條第1項第5款：「意圖

<sup>20</sup> 賴英照(2009)，最新證券交易法解析，頁 651。

<sup>21</sup> 曾宛如(2012)，證券交易法原理，頁 296。

<sup>22</sup> 劉連煜(2013)，新證券交易法實例研習，頁 513。

<sup>23</sup> 劉連煜(2013)，現代公司法，頁 443 至 445。

<sup>24</sup> 劉連煜(2013)，新證券交易法實例研習，頁 516。

造成集中交易市場某種有價證券交易活絡之表象，自行或以他人名義，連續委託買賣或申報買賣而相對成交」；所謂造成某種有價證券交易活絡之表象，為行為人之主觀意圖，美國法允許被告為合理投資或其他正當目的之抗辯，以證明買賣行為並非基於誤導投資人之意圖 (For the purpose of creating a false or misleading appearance of active trading in any security other than a government security, or a false or misleading appearance with respect to the market for any such security)。所謂「自行連續委託買賣而相對成交」，可能是一個人開2個或2個以上帳戶，互相買賣成交，此情形即為沖洗買賣。所謂「利用他人名義連續委託買賣」，可能是以人頭帳戶為沖洗買賣。至於「申報買賣」則是以證券商為處罰對象，處罰行為態樣亦為沖洗買賣，本款規定與原第2款具有相同之功能<sup>25</sup>。惟何謂「相對成交」？學者指出<sup>26</sup>由比較法觀察，美國與日本之證券法律均規定「無論何人不得以致使他人誤解上市有價證券之買賣為繁榮熱絡，或以致使他人誤解有價證券買賣之實際交易狀況為目的」，而為各種影響價格之行為。在沖洗買賣界定上，日本法第159條使用「不移轉權利之虛偽買賣」，與我國法相近。惟美國1934年證券交易法 section 9則明文禁止「完成交易而不移轉該有價證券之實質所有權 (to effect any transaction in such security which involves no change in the beneficial ownership thereof)<sup>27</sup>」。所謂實質所有

<sup>25</sup> 賴英照(2009)，最新證券交易法解析，頁 656。

<sup>26</sup> 同上註。

<sup>27</sup> 15 U.S. Code § 78i - Manipulation of security prices:

(a) Transactions relating to purchase or sale of security

It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce, or of any facility of any national securities exchange, or for any member of a national securities exchange—

(1) For the purpose of creating a false or misleading appearance of active trading in any security other than a government security, or a false or misleading appearance with respect to the market for any such security,

(A) to effect any transaction in such security which involves no change in the beneficial ownership thereof, or

(B) to enter an order or orders for the purchase of such security with the knowledge that an order or orders of substantially the same size, at substantially the same time, and at substantially the same price, for the sale of any such security, has been or will be entered by or for the same or different parties, or

(C) to enter any order or orders for the sale of any such security with the knowledge that an order or orders of substantially the same size, at substantially the same time, and at substantially the same price, for the purchase of such security, has been or will be entered by or for the same or different parties.

(2) To effect, alone or with 1 or more other persons, a series of transactions in any security registered on a national securities exchange, any security not so registered, or in connection with any security-based swap or security-based swap agreement with respect to such security creating actual or apparent active trading in such

權，係與名義所有權相對，如為同一人或同一炒作集團以「左手買進，右手賣出」，在市場上買賣股票，雖有名義上移轉，但並非實質移轉，仍可構成沖洗買賣。至於被利用為人頭戶者，若全然不知情當不構成犯罪，若以幫助之意思提供帳戶將構成幫助犯，若有犯意聯絡行為分擔則為共同正犯<sup>28</sup>。

## 參、結論

本案被告連續以高價買入或低價賣出之交易，數10次以高（低）於或等於當時揭示成交價、漲（跌）停價連續委託買進（賣出）龍邦公司股票，致影響龍邦公司股票成交價格上漲或下跌之行為，因我國證券交易法第155條第1項第4款並未如美國法要求以「引誘引他人買賣」為要件，且主要係規範操縱證券市場價格行為，檢察官無須證明被告主觀上有「以誘使他人買賣有價證券之意圖」，僅需證明被告主觀上有「影響或操縱股票市場行情」，客觀上有「以高價連續買入或以低價連續賣出某有

---

security, or raising or depressing the price of such security, for the purpose of inducing the purchase or sale of such security by others.

(3) If a dealer, broker, security-based swap dealer, major security-based swap participant, or other person selling or offering for sale or purchasing or offering to purchase the security, a security-based swap, or a security-based swap agreement with respect to such security, to induce the purchase or sale of any security registered on a national securities exchange, any security not so registered, any security-based swap, or any security-based swap agreement with respect to such security by the circulation or dissemination in the ordinary course of business of information to the effect that the price of any such security will or is likely to rise or fall because of market operations of any 1 or more persons conducted for the purpose of raising or depressing the price of such security.

(4) If a dealer, broker, security-based swap dealer, major security-based swap participant, or other person selling or offering for sale or purchasing or offering to purchase the security, a security-based swap, or security-based swap agreement with respect to such security, to make, regarding any security registered on a national securities exchange, any security not so registered, any security-based swap, or any security-based swap agreement with respect to such security, for the purpose of inducing the purchase or sale of such security, such security-based swap, or such security-based swap agreement any statement which was at the time and in the light of the circumstances under which it was made, false or misleading with respect to any material fact, and which that person knew or had reasonable ground to believe was so false or misleading.

(5) For a consideration, received directly or indirectly from a broker, dealer, security-based swap dealer, major security-based swap participant, or other person selling or offering for sale or purchasing or offering to purchase the security, a security-based swap, or security-based swap agreement with respect to such security, to induce the purchase of any security registered on a national securities exchange, any security not so registered, any security-based swap, or any security-based swap agreement with respect to such security by the circulation or dissemination of information to the effect that the price of any such security will or is likely to rise or fall because of the market operations of any 1 or more persons conducted for the purpose of raising or depressing the price of such security.

(6) To effect either alone or with one or more other persons any series of transactions for the purchase and/or sale of any security other than a government security for the purpose of pegging, fixing, or stabilizing the price of such security in contravention of such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors.

<sup>28</sup> 劉連煜（2013），現代公司法，頁 443 至 445。

價證券」之要件為已足，對於以連續買賣為操縱有價證券市場價格之行為人應較具嚇阻作用，惟有論者以為仍應仿效美國法，以被告主觀上有「以誘使他人買賣有價證券之意圖」為要件，以區別正當投資行為與操縱市場行為。至被告為造成龍邦公司股票交易活絡之表象，於10個營業日以上為相對成交，操縱龍邦公司股價上漲高於同期間同類股指數振幅之行為，因我國證券交易法第155條第1項第5款所規範之行為，通常係同1人開2個或2個以上帳戶，互相買賣成交，或以人頭帳戶間互相買賣成交，皆非一般理性投資人所為，該行為本身即含有「操縱市場意圖」，檢察官應僅須證明被告有前述之相對成交行為即足，無須再證明被告有「操縱市場意圖」，被告如欲就其有合理投資或其他正當目的提出抗辯，可參考美國法，使被告就其買賣行為並非基於誤導投資人之意圖負舉證責任。



## 證人拒絕證言權之適用及漏未告知之法律效果

陳佩芬\*

### 壹、案例概述

緣丁為花蓮縣第20屆鄉鎮市民代表選舉秀林鄉第二選舉區（景美村、佳民村）候選人，甲及其配偶乙均為有投票權資格之人，丙為丁候選人之支持者，甲及乙則為丁之夫戊的妹妹及妹夫。嗣丙明知對於有投票權之人不得交付賄賂，約其投票權為一定之行使，而甲及乙均為該次選舉有投票權之人，竟意圖使丁能夠順利當選，基於對有投票權之人交付賄賂，約其投票權為一定行使之犯意，於民國103年9月下旬某日18時許，前往花蓮縣秀林鄉甲住處，交付新臺幣（下同）2000元予有投票權人甲（其中1000元係給甲，另1000元則應轉交給乙），請甲及其夫乙在該次秀林鄉鄉民代表選舉時投票支持丁，而為一定之行使；甲明知上開2000元賄賂，係其與乙投票支持丁之對價，仍基於收受賄賂之犯意予以收受，旋將其中1000元交付予適自外返家之乙，並向乙表示這1000元是丙所交付，要幫丁之賄賂，乙明知於此，亦基於收受賄賂之犯意予以收受。

### 貳、被告主張

被告及辯護人認檢察官於偵查中訊問證人甲、乙之前，僅詢問證人與丁及其妻己之間有無親屬關係，未詢問證人與丙間之親屬關係，檢察官雖然有概括諭知證人就特定親屬關係仍得拒絕證言，然諭知不夠明確，證人未能明確知悉己身拒絕證言之權利，檢察官之取證過程有嚴重瑕疵，證人甲、乙於偵訊中之證述無證據能力。

### 參、法院判決

#### 一、第一審（臺灣花蓮地方法院103年度選訴字第4號）

1. 主文：丙無罪。
2. 理由：

---

\* 陳佩芬 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官

檢察官僅詢問證人與丁及其妻己之間有無親屬關係，無從令證人二人知悉己身之拒絕證言權，復抽象、概括告知訊問之問題若將致使證人自身或親戚有陷於刑事訴追風險，得拒絕證言，亦不夠明確使證人明白知悉其等證言可能致使丙受刑事訴追處罰，而該違背法定程序之程度應屬嚴重。選舉利益雖屬重大，仍與造成生命、身體法益急迫危險之犯罪有間，難以選舉法益重大而正當化告知義務之違反，經權衡後，認證人甲、乙於偵查中之證述，無證據能力，應予排除。又因證人甲、乙於審判中行使拒絕證言權，亦無其他證據證明丙有交付甲、乙2000元，是無證據可資認定丙之犯罪嫌疑。

## 二、第二審（臺灣高等法院花蓮分院104年度原選上訴字第8號）

1. 主文：原判決撤銷。丙犯公職人員選舉罷免法第99條第1項之交付賄賂罪，處有期徒刑3年2月，褫奪公權4年。扣案用以交付之賄賂2000元沒收。

2. 理由：

(1) 證人拒絕證言權之法律依據有刑事訴訟法第180條<sup>165</sup>、第181條<sup>166</sup>，檢察官及法官並依刑事訴訟法第185條第2項<sup>167</sup>、第186條第2項<sup>168</sup>負有告知義務。

(2) 然違反上開義務之效果並不同，尚須區分對證人本人及對被告：

A. 違反第185條第2項之告知義務：

a. 對人本人而言，倘證人未據實陳述，並不會構成偽證罪<sup>169</sup>。

b. 對被告而言，因刑事訴訟法第180條係證人之權利，當事人不得主張，倘違反該項規定，仍具證據能力，無庸依第158條之4<sup>170</sup>規定權衡<sup>171</sup>。

<sup>165</sup> 證人有下列情形之一者，得拒絕證言：一、現為或曾為被告或自訴人之配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬者。二、與被告或自訴人訂有婚約者。三、現為或曾為被告或自訴人之法定代理人或現由或曾由被告或自訴人為其法定代理人者。對於共同被告或自訴人中一人或數人有前項關係，而就僅關於他共同被告或他共同自訴人之事項為證人者，不得拒絕證言。

<sup>166</sup> 證人恐因陳述致自己或與其有前條第一項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。

<sup>167</sup> 證人與被告或自訴人有第180條第1項之關係者，應告以得拒絕證言。

<sup>168</sup> 證人有第181條之情形者，應告以得拒絕證言。

<sup>169</sup> 最高法院103年度台上字第3366號判決、104年度台上字第1173號判決。

<sup>170</sup> 除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。

<sup>171</sup> 最高法院102年度台上字第146號、第756號判決。

B. 違反第186條第2項之告知義務：

a. 對證人本人而言，目前實務見解有：

(a) 不得作為該證人本身犯罪之證據<sup>172</sup>。

(b) 必須證人若據實陳述，有使自己或與其有一定身份關係之人受刑事追訴或處罰之危險，始不構成偽證罪<sup>173</sup>。

b. 對被告而言，目前實務見解有：

(a) 未明確表示違反之法律效果<sup>174</sup>。

(b) 應依刑事訴訟法第158條之4審酌<sup>175</sup>。

(c) 仍具證據能力<sup>176</sup>。

(3) 就本案而言，檢察官係第185條第2項告知義務之違反，證人證詞對被告而言，仍具證據能力。縱認依原審所認因違反第185條第2項而導致違反第186條第2項，需以第158條之4權衡，然檢察官漏未詢問甲、乙與丙之關係顯係疏漏，違反程度輕微，且選舉行賄、收賄行為往往秘密進行，蒐證不易，不得因輕微瑕疵而忽視民主機制運作、選舉公平性之重大公共利益維護，仍應認有證據能力。

(4) 證人甲、乙就丙對於有投票權人行賄之構成要件事實，既然互核相符，且就檢察官所詢問有關丙如何交付賄賂，交付多少錢，使用何種交通工具，乙是否有看到丙離開其等住處，甲於何時交付1000元予乙，又甲是否有告訴乙此為丙所交付要幫丁，是否為甲主動告訴乙此1000元為行賄的錢等細節，亦完全一致，並無瑕疵，自可擔保證人甲、乙證述之真實性，自可互為補強證據。而甲及乙分別為丙先生戊之妹妹及妹夫，具有一定之親屬關係，丙與甲、乙間，亦無糾紛衝突，且所陳述之事實，係自承確有投票收賄犯行，更難認有何攀誣構陷丙之理。參以證人甲、乙在警詢中，亦主動提出現金共計2000元扣案，前開現金與丙所交付者雖不具同一性，但亦可佐證證人甲、乙確有將賄款繳回，擔保其自白

<sup>172</sup> 最高法院 99 年度台上字第 7297 號、101 年度台上字第 5459 號判決。

<sup>173</sup> 最高法院 103 年度台上字第 1475 號、104 年度台上字第 1173 號判決。

<sup>174</sup> 最高法院 97 年度台上字第 5347 號、第 4050 號。

<sup>175</sup> 最高法院 101 年度台上字第 1071 號判決。

<sup>176</sup> 最高法院 104 年度台上字第 2924 號判決。

真實性之情，核與本案犯罪事實相關，且亦可作為本案之補強證據，足認丙確有投票行賄罪犯行。

### 三、第三審（最高法院105年度台上字第1470號）

1. 主文：上訴駁回。
2. 理由：證人之第180條、第181條拒絕證言權，旨在免除證人因陳述不實而受偽證罪之處罰，或因拒絕證言而遭科處罰鍰。為確保證人上揭權利，刑事訴訟法第185條第2項、第186條第2項分別規定，法院或檢察官有告知證人之義務。倘法院或檢察官未經明確告知該項權利，即與未經告知無異，若仍命其具結作證，固不生具結之效力，其證言縱屬虛偽，亦難令負偽證罪責；然此項告知義務之違反，僅屬踐行之法定程序有瑕疵，所取得之證人供述證據，並非當然不具證據能力，而應適用刑事訴訟法第158條之4所定均衡原則，審酌、判斷其證據能力之有無。原判決已逐項說明如何認檢察官應係未踐行刑事訴訟法第185條第2項之告知義務，而非未踐行刑事訴訟法第186條第2項之告知義務，又縱認違反上開二項告知義務，如何經適用刑事訴訟法第158條之4規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護後，應認甲、乙二人於檢察官偵查中之陳述有證據能力。

### 肆、結論

於檢察官漏未告知證人拒絕證言權之情況下，本案一審採權衡原則，二審則直接認定證人證言仍有證據能力，然亦一併適用權衡原則討論於本案有無證據能力，三審則直接採權衡原則，惟認同二審所權衡之結果。而於本案判決後，最高法院就漏未告知證人拒絕證言權之情形，亦採取權衡原則<sup>177</sup>，且該案同為賄選案件，足認最高法院認賄選行為侵害公共

---

<sup>177</sup> 惟按刑事訴訟法第181條之規定，係為調和國民之作證義務與刑事被告緘默權之衝突而設，其所保障者應係恐受刑事追訴或處罰之證人本人，而非其他犯罪嫌疑人。亦即，拒絕證言權，專屬證人之權利，非當事人所得主張，證人拒絕證言權及法院告知義務之規定，皆為保護證人而設，非為保護被告，法院或檢察官違反告知義務所生之法律效果，僅對證人生效，即不得引之為證人犯偽證罪之依據，然就被告本人，並非當然無證據能力。本案檢察官，固漏未於偵查中告知證人林瑞乾就被告林文勇部分，得主張拒絕證言權，雖有可議之處，但該瑕疵輕微，衡諸選舉制度係民主政治植基之重要制度，投票行賄、投票受賄均為敗壞選風、破壞民主機制之正常運作及選舉之公平性，其犯罪嚴重影響公共利益，自不得僅因上開輕微瑕

利益重大。檢察官辦案本應依正當程序取得證據，然於偵辦案件過程，除一開始收案時已明確知悉之被告外，亦可能有原本未預料之被告慢慢浮現，此時即有可能因專注於搜集已知被告之犯罪證據，而忽略拒絕證言權之適用。惟拒絕證言權既然是為證人所設計，是給證人之保障，則在證人本人已據實陳述，已無偽證罪風險之情況下，實無理由再權衡是否有證據能力，否則所權衡者即為被告之人權保障與公共利益，而與拒絕證言權之設計理念不符。

---

疵，即認證人林瑞乾該部分之陳述，無證據能力，而忽視重大公共利益之維護，是本院認證人林瑞乾上開陳述，就本案應有證據能力，臺灣高等法院臺中分院 105 年度選上訴字第 515 號可資參照。又按同法第 181 條之規定，係為調和國民之作證義務與刑事被告緘默權之衝突而設，其所保障者應係恐受刑事追訴或處罰之證人本人，而非其他犯罪嫌疑人。上訴人與林瑞乾並無刑事訴訟法第 180 條第 1 項關係，雖檢察官漏未告知就林文勇部分得拒絕證言非無瑕疵，然林瑞乾之證言亦經原判決衡平各項因素後認有證據能力，亦無違誤，最高法院 106 年度台上字第 270 號判可資參照決。



# 自由心證主義之無限延伸的小助理名單與大水庫理論

花蓮地方法院103年度訴字第205號判決評析

林俊佑\*

## 一、前言

近日最熱門之話題，毋寧係司法改革。然而，司法千頭萬緒，最為迫切者究竟為何，甚值商榷，吾人以為人民最關切者，當係理論上有界限、實務操作上可謂毫無界限之「自由心證」，尤其是如何運用合理而使人信服之經驗法則及論理法則。本篇即以筆者實際參與案件之偵審，遭遇無法公正指揮訴訟而正確適用法律之法官時，只能徒呼負負之案例，供各方大德參酌。本件事實經過大略為：某議員以當時已經智障或失能之其母及其夫之母名義詐領助理費，偵查及羈押審理時均已請被告特定助理名單及人數，但審理中法官不斷明示或暗示釋放訊息予辯護人「陳報之助理支出人事費用與實際支領費用仍未符合」乙節，讓辯方與被告可以不斷推翻原先已經特定之助理人數，可以不斷補充原先所未提出之助理名單，甚至只需要記載在泛黃筆記本上之所謂記帳，法官即可當庭恣意採認為真實。吾人不宜也不願指稱被告與辯護人在審理中受到院方指點迷津而製造脫罪之證據，不過這樣的訴訟指揮，難道可謂為公正無偏私？以下詳述本件案例事實及審理過程，並試作評析，以饗大德。

## 二、案例事實

緣陳○○於民國95年3月1日起至99年2月28日止，擔任花蓮縣議會第16屆縣議員，葉\*\*係其配偶。陳○○與葉\*\*於陳○○任職期間明知並無實際聘任陳○○之母（年籍27年次）及葉\*\*之母（年籍8年次）為陳○○之議員助理，事實上亦未使陳○○之母及葉\*\*之母擔負議員助理之責。葉\*\*之母因行動不便，於95年以前已需輪椅代步，且葉\*\*於95年1月16日即持葉\*\*之母於94年12月29日行動障礙之診斷證明

\* 林俊佑 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官

書申請聘僱外籍看護工照顧葉\*\*之母，葉\*\*之母並於97年10月2日經醫師診斷失能需他人24小時看護照顧。陳○○之母則於96年6月13日、同年6月22日因失智症分別至佛教慈濟醫療財團法人花蓮慈濟醫院（下稱花蓮慈濟醫院）及臺灣基督教門諾會醫療財團法人門諾醫院（下稱門諾醫院）初診，陳○○於97年3月3日申請聘僱外勞照顧之，陳○○之母嗣於97年12月23日經鑑定為中度失智症，並於98年1月13日核發身心障礙手冊。陳○○與葉\*\*2人竟共同基於利用職務上機會詐取財物及使公務員登載不實之犯意聯絡，分別為下列行為：（一）由陳○○於95年4月1日前某日，向花蓮縣議會申報葉\*\*之母自95年4月1日起擔任其議員助理，並接續於96年12月31日提出花蓮縣議會助理聘任書函及花蓮縣議會助理簡歷表，表示葉\*\*之母於97年1月1日起至97年12月31日止連任議員助理，使花蓮縣議會承辦公務員為形式審查後，將葉\*\*之母於95年4月1日起至97年12月31日止擔任議員助理之不實事項，登載於職務上所製作之「花蓮縣議會第16屆議員助理名冊」、「議員助理費印領清冊」、「議員助理春節慰問金印領清冊」（下稱印領清冊）之公文書，並由陳○○或葉\*\*在印領清冊上領款人欄簽名，使花蓮縣議會依上開公文書，將如附表所示議員助理費及春節慰問金陸續撥付予陳○○、葉\*\*，共計新臺幣（下同）153萬元，並據此於各年底開立葉\*\*之母之各類所得扣繳暨免扣繳憑單，以詐取財物並致生損害於花蓮縣議會對補助議員遴用助理費用管理正確性及稅捐稽徵機關課稅之正確性。（二）另於96年12月31日，由陳○○提出花蓮縣議會助理聘任書函及花蓮縣議會助理簡歷表，向花蓮縣議會申報陳○○之母自97年1月1日起擔任其議員助理，使花蓮縣議會承辦公務員為形式審查後，將陳○○之母於97年1月1日起至99年2月28日止擔任議員助理之不實事項，登載於職務上所製作之「花蓮縣議會第16屆議員助理名冊」、「議員助理費印領清冊」、「議員助理春節慰問金印領清冊」（下稱印領清冊）之公文書，並由陳○○或葉\*\*在印領清冊上領款人欄簽名，使花蓮縣議會依上開公文書，將如附表所示議員助理費及春節慰問金陸續撥付予陳○○、葉\*\*，共計122萬元，並據此於各年底開立陳○○之母之各類所得扣繳暨免扣繳憑單，以詐取財物並致生損害於花蓮縣議會對補助議員遴用助理費用管理正確性及稅捐稽徵機關課稅之正確性

。

(附表)

年度	以葉**之母名義請領之助理費金額(新臺幣)	以陳○○之母名義請領之助理費金額(新臺幣)	年度合計
95	40萬元	無	40萬元
96	53萬元	無	53萬元
97	54萬元	54萬元	108萬元
98	6萬元(春節慰問金)	54萬元	60萬元
99	無	14萬元	14萬元
總計	153萬元	122萬元	

### 三、一審法院之認定

原審判決以：「被告陳○○、葉\*\*就民國95年至99年間實際支出之助理薪資均已超出以陳○○之母、葉\*\*之母名義領取之助理補助費，渠等就所領取之補助費，既已轉發所聘之助理，則被告二人所辯無不法所有意圖等語，尚非無稽」云云。而僅論被告二人共同犯使公務員登載不實罪，就被告二人涉犯貪污治罪條例第5條第1項第2款利用職務上之機會詐取財物罪嫌部分，認定不另為無罪之諭知。(目前上訴審理中)

### 四、相關實務見解

按「上訴人等所犯利用職務上之機會詐取財物罪，於施用詐術手段，使人陷於錯誤而交付財物時，其犯罪即已既遂，至於嗣後如何『挪用』該贓物，與已經成立之利用職務上之機會詐取財物罪無影響。」最高法院96年度台上字第3016號判決可資參照。次按「直轄市議會議員每人得聘用公費助理六人至八人，縣(市)議會議員每人得聘用公費助理二人至四人，公費助理均與議員同進退。前項公費助理補助費用總額，直轄市議會議員每人每月不得超過新臺幣二十四萬元。但公費助理每人每

月支領金額，最多不得超過新臺幣八萬元，縣（市）議會議員每人每月不得超過新臺幣八萬元。公費助理適用勞動基準法之規定，其相關費用，由議會編列經費支應之，並得比照軍公教人員年終工作獎金酌給春節慰勞金。」地方民意代表費用支給及村里長事務補助費補助條例第6條定有明文。再按「因議員所司地方自治立法等業務龐雜，且常涉及專業，乃有補助期使遴用優質助理，協助問政，提高議事品質之必要。惟既係補助性質，爰衡量政府財政負擔，於縣（市）議員，以補助其助理二員，並每員月支四萬元為上限，超此部分，當由議員自費處理；如實際遴用員額或所支月薪，未達該上限，則僅予覈實補助，非謂一律給予每月八萬元之補助款，任由議員將其間差額挪作他用，甚或納入私囊，此由該條例並非直接規定縣（市）議員每月均有八萬元之助理補助款自明。」「地方民意代表費用支給及村里長事務補助費補助條例所定之議員助理補助費，自始即非屬議員實質薪資範圍，必須議員『已實際遴用助理者』，始得依上開補助條例規定支給助理費用，如以虛報助理名額或月薪之方式核銷助理補助款，應有詐取補助費之問題。」最高法院94年度台上字第3897號、104年度台上字第3722號等判決可資參照。

## 五、判決評析

### （一）助理費用於公或私？足夠或不夠？（判決理由矛盾）

原審判決雖以被告二人就95年至99年間實際支出之助理薪資均已超出以陳○○之母、葉\*\*之母名義領取之助理補助費，而認定被告二人並無不法所有意圖。然而，被告陳○○於調查時已供稱：「（問：以97年1月為例，助理費總共新臺幣（下同）8萬元，依你前述，當月助理實際有．．．，所餘7,000元流向為何？）這是我『支付車子的油錢』」等語明確（見上開偵卷第154頁）。證人即共同被告葉\*\*於審理時具結後證稱：「（辯護人問：做面紙的部分是文宣費用，人事費的方面是否足夠？）人事費『絕對是夠的』」等語（見105年7月19日審判筆錄第15頁）綦詳。佐以依被告陳○○謄寫之助理費用給付期間與金額明細，97年所領得之108萬議員助理費用，其中6萬1,100元係用於「北京考察」支出（見103年12月8日刑事爭點整理狀所附之被證1）。況且於審理時，審判長亦當庭曉諭，被告二人於97年度之人事

支出，顯然少於當年領得之助理費（見105年7月7日下午審判筆錄第18頁）明確。從而，被告二人所領得之議員助理費，顯無原審判決所認「不足支應實際支出之助理薪資」之情形，且被告二人有將所領得之議員助理費用挪用在加油、出國考察等支出甚明，足證被告二人有不法所有意圖無疑。

## （二）審理中不斷成長的助理名單

再者，被告陳○○於調查時陳稱：「（問：你擔任花蓮縣議員期間，有無聘用議員助理？）有的，先後聘任我先生葉\*\*、我母親、我婆婆、我先生親戚葉A、葉B、黃C等。（其後改稱）我現在記得的有葉\*\*、葉A、我母親、我婆婆、葉B、黃C、蔡D、李E、柯F等9人」等語（見調查卷第2頁、上開偵卷第148頁背面）。經核與被告葉\*\*於調查時陳稱：「（問：陳○○擔任花蓮縣議員期間，聘用過多少助理？）我本人、李E、蔡D、柯F、黃C、陳G、葉A、林H等9人」等語大致相符（見上開偵卷第166頁背面）。而被告二人於羈押審理庭時，亦未再提出其他議員助理姓名（見上開偵卷第186至193頁）；卻在審理中經法官提示辯護人支出與支領金額不符之事後，莫名其妙突然再新增陳報了呂I、林J、劉K、古L、謝M、張N、黃O、劉P、徐Q、鍾R等多名助理。審酌議員助理係為協助議員處理地方自治立法等龐雜業務，有協助議員問政、提高議事品質之功能（前揭最高法院94年度台上字第3897號判決意旨參照），是議員助理為議員工作時不可獲缺之幫手、伙伴，被告二人如何可能於偵查中（包含羈押審理時）遺忘議員助理之姓名，而事後又突然想起？是應以被告二人於偵查中所述關於被告陳○○議員之助理名單，方與實情相符。而上開議員助理所領取之薪資，經核對李E等證人於偵查及調查中之供述，僅共為144萬3,000元（計算方式，見本署檢察官104年12月14日補充理由書），遠低於被告二人所領得之議員助理費275萬元，亦徵被告二人於領取議員助理費時，均有不法所有意圖甚明。此外，本件被告二人所陳稱之助理費用支出全無帳戶匯款紀錄，全憑被告二人手寫紀錄或口頭陳述認定，法院就被告二人手寫支出紀錄或口頭陳述，毋庸確認筆跡、製作人別為何等事項，亦能全部照單全收並遽予採認，實令人費解。

### (三)用於私事卻認定為公務用途以及無限擴張繼續成長之助理名單

被告二人雖於審理時，聲請傳喚呂I等數名證人，證明渠等確實有將議員助理費用使用於相關人事（工讀生）支出，原審判決並以：「被告葉\*\*另庭呈97年6月間支出工讀生費用共2萬100元，並以證人身分結稱：伊有找到97年6月分因舉辦活動聘雇支援性之工讀生費用明細，而該年度因適逢選舉會舉辦大型活動聘僱支援之工讀生，此部分支出至少另有10萬元以上之臨時性之人事費用等語。．．97年間被告所支出之助理費用合計應為113萬6,600元，已逾該年度所領取之助理補助費108萬元。」然查，證人黃C於審理時具結證稱：「葉\*\*之母手可以動的部分會幫忙清潔桌面，也會指揮我與其他助理（打掃），葉\*\*之母之抹布則是由我與其他助理幫忙擰，葉\*\*有交代，我們會陪葉\*\*之母一起做她想做的事情」等語（見審理卷三第87頁背面至第88頁背面）明確。證人即共同被告葉\*\*於審理時亦具結證稱：「母親（葉\*\*之母）會由外傭推輪椅到住家旁議員辦公室，議員辦公室有很多年輕人，我認為這樣有人可陪母親聊天不會寂寞，且母親摺紙可以活動手部，對母親比較好」等語（見105年7月19日上午審判筆錄第16頁）綦詳。足以證明被告二人僱用數名工讀生，目的在於陪伴年邁長者，此純為處理個人私務，而與係公務上協助問政、提高議事品質之議員助理工作無關（也因此被告二人無從記憶非議員助理之工讀生姓名），自非「實際遯用之助理」甚明，原審判決卻率爾恣意認定被告二人之該等支出屬於議員助理費用，似嫌速斷。且除上開莫名其妙新增之助理名單外，一審判決甚至採認證人即共同被告葉\*\*所證稱「97年度因適逢選舉會舉辦大型活動聘僱支援之工讀生」而提出內容「張S、\$1,500」等文字之表單，無法辨識製作人、製作之時間、張S等人之身分、金額之用途、張S等人是否確實領到錢（遑論僅蘇T、蘇U有「已領」之字樣）等，證據價值僅同於「被告葉\*\*之片面供述」（此僅為累積證據，苟被告均能在訴訟中單方提出自行製作的表單，證明金錢業已支出，自己無不法所有意圖，法院亦一概採信，依此標準，檢察官再無舉證被告犯罪之可能，當事人間即喪失衡平、對等，並與最高法院100年度台上字第6658號判決所揭示，檢察官當無證明被告抗辯事實不存在之責任等原則違背）。況且被告

葉\*\*自承：「97年是總統大選，選舉前應該會有一些造勢活動會找他們（即工讀生）」等語（見105年7月19日上午審判筆錄第31頁）甚詳。則被告二人支出97年度之總統、副總統選舉活動費用，與議員助理之上述協助問政等功能本無關係，何以能夠據此而挪用議員助理費用，進而認定被告二人主觀上無不法所有意圖？原審判決無合理根據即採信被告葉\*\*之片面說詞，已失之偏頗，且將與議員助理費用無涉之「總統、副總統選舉支出」，計入被告陳○○議員助理費用之支出（依據上開最高法院見解，議員應『已實際遴用助理者』，始得依規定支給助理費用），於法無據。

## 六、小結

依上開「上訴人等所犯利用職務上之機會詐取財物罪，於施用詐術手段，使人陷於錯誤而交付財物時，其犯罪即已既遂，至於嗣後如何『挪用』該贓物，與已經成立之利用職務上之機會詐取財物罪無影響。」最高法院96年度台上字第3016號判決意旨，被告二人以渠等二人之母名義申請助理費用而獲核發之時，本已犯貪污治罪條例之詐取財物罪既遂，當無再為被告開脫之空間。然本件審理中，如兒戲般讓被告二人可以推翻先前已經確定之助理名單，如湊數般使被告不斷擴張新增助理人數、補充不知真偽之手寫記帳，而將形式外觀上之已發放助理費用，盡量湊到與詐領金額相符合，再利用大水庫理論為被告求脫免，甚至做出「被告二人就95年至99年間實際支出之助理薪資均已超過以陳○○之母、葉\*\*之母名義領取之助理補助費」顯與事實不符之認定。當前國人倡議司法改革，毋寧係希求判決具有全國一致之判斷標準，而具有可預測性之期盼。然本件判決未採用與前述最高法院一致之標準認定，本已有失人民對於法院公平審判、判決具可預測性之要求，審理中之訴訟指揮又顯然偏袒被告，明示或暗示被告金額尚有不符，而任令被告隨意推翻先前陳述並恣意採認為真（只要使用泛黃筆記本製造之記載事項，毋庸確認筆跡製作人及製作時間，一概認定為真實）。審檢辯均應體認法院自由心證絕非毫無邊際或界限，此毋寧係違反自由心證界限之實證案例，甚值吾人研究並引以為鑑。



# 司法警察機關有無逮捕及蒐證方式於偵查程序之影響

以景美火車站殺人未遂、強制性交未遂案件淺論之

羅美秀\*

## 壹、前言

犯嫌或被告到場方式影響後續刑事偵查程序之進行及能否於移送地檢署後經檢察官即刻訊問後為適當之強制處分；更因逮捕犯嫌或被告方式左右蒐集證據及搜索扣押程序是否合法及未來在訴訟程序上之證據能力，該等程序如有瑕疵甚或影響案件能否起訴及定罪。茲以本署104年度偵字第5022號被告A涉嫌殺人未遂、強制性交未遂案件，就犯嫌到場方式、以實例分析現況、檢討問題，並提出相關解決方案，俾利日後司法實務運作之參考。〈註1：相關案號：臺灣花蓮地方法院檢察署—104年度偵字第5022號被告A涉嫌殺人未遂、強制性交未遂案件；相關判決臺灣花蓮地方法院105年度訴字第28號〉

## 貳、犯罪嫌疑人或被告到場方式

- 一、通緝犯之逮捕：依據刑事訴訟法第87條第1項，通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官得拘提被告或逕行逮捕之。
- 二、現行犯之逮捕：依據刑事訴訟法第88條第1項。
- 三、準現行犯之逮捕：依據刑事訴訟法第88條第3項。
- 四、拘提：
  - (一)依據刑事訴訟法第75條，被告經合法傳喚，無正當理由不到場者，得拘提之。
  - (二)依據刑事訴訟法第76條，由檢察官就犯罪嫌疑重大而有該條所列4種情形者，得由檢察官不經傳喚逕行拘提。
  - (三)依據刑事訴訟法第71條之1：司法警察官或司法警察因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問。經合法通知，無正當理由不到場者，得報請檢察官核發拘票。

\* 羅美秀 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官

- 五、緊急逮捕〈逕行拘提〉：依據為刑事訴訟法第88條之1。
- 六、書面傳喚：檢察官依據刑事訴訟法第71條以書面傳喚。
- 七、到場詢問通知書：司法警察官或司法警察依據刑事訴訟法第71條之1，得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問。
- 八、經犯嫌或被告同意到場接受詢問或訊問：目前似無法律依據，如被告自行到場，依據刑事訴訟法第228條第4項，經檢察官訊問後如認有聲請羈押之必要，得予以逮捕，並將逮捕所依據之事實告知被告後，聲請法院羈押之。

### 參、以實例分析現況

#### 一、本案被告A涉嫌殺人未遂、強制性交遂案件犯罪事實概要：

被告A曾於民國104年4月、7月、11月間某日及同年12月18日前之某日，共計4次至位在花蓮縣秀林鄉無人管理之景美火車站勘查該車站附近之環境、監視器設置位置、進出入車站出入口及人數、列車停靠該站之時刻等，預計、籌劃利用該站無人管理、地處偏僻、上下車人員極少之際，殺害不特定女子後強姦屍體。嗣被告A於同年12月18日11時33分自新北市某火車站搭乘莒光號列車，於同日15時13分許至花蓮火車站下車後，於同日20時13分許前之某時，騎乘其於同日15時55分向位在花蓮火車站前站附近之天○王機車行所租用之機車，至上述車站後躲藏於該站暗處，等待同日20時13分許到站之區間車停靠後，見1名年輕女性即被害人搭乘該班車於該下車後獨行於地下道欲出站，竟基於於殺人、強制性交之犯意，先行走在其前方，後改為尾隨在其後方，突發性在該站內剪票口處，持渠所有、自備之電腦讀卡機連接線自其後方勒住及摑住其口部，致其呼吸困難而掙扎、抵抗，復強行將其自該處強行拖至隔鄰之慈濟園區內後，見其似仍有反應，再用渠雙手緊掐住其頸部至其無反應、不再掙扎後，著手以渠生殖器對被害人陰道為強制性交，嗣因渠生殖器（陽具）無法勃起，且因見被害人已死亡而內心愧疚、思緒混亂始停止對被害人繼續強制性交，將其遺棄在渠犯案之慈濟園區內。被告A隨後將被害人遭其強制控制行動自由而拖行時所遺落在該站剪票口處之隨身包包、行動電話2支、鞋子等物品，撿拾後放置在被害人身旁

後，隨後欲騎乘遭渠上述所租用之機車逃逸時，於該犯案之園區內遍尋不著該機車鑰匙後，隨即徒步逃逸。被害人嗣於昏（死）迷約1小時20分後於同日即104年12月18日21時50分許自行轉醒，而逃離該園區至路旁向行經之車輛請求協助於該日21時55分許報警處理，經警到場後電連救護車送醫救治始倖免於死。被告A後於翌（19）日4時13分許，徒步至天○王機車行向該店夜班人員謊稱渠所用之機車鑰匙掉入水溝而索取該機車備鑰，經該店人員告知備鑰由伊老闆保管、不在該店內等情，並電連伊老闆返回該店內協助處理後搭載被告A至案發地點附近確認該承租機車所停放之位置。警據報後隨即清查現場，發現上述被告A租用之機車鑰匙遺留在前述案發之園區內，並尋獲渠用以作案之連接線1條及被害人散落在該處之隨身物品等。嗣經警循線追查，發現被告A已於104年12月19日6時7分許，在花蓮火車站搭乘北上之第561次莒光號逃逸，後為警於該日6時23分許，循線在該列車5車14號座位查獲，警經被告A同意後帶回警局調查而查悉上情。

## 二、檢討問題

就上述案件所遭遇之程序事項，說明如下：

（一）本署轄區內發生重大刑案，承辦司法警察機關未即時通報本署內勤檢察官，致檢察官於收案後始知悉轄區內發生此重大刑案：

法警室於104年12月19日17時25分許，接收該分局解送犯嫌A到署，惟該分局未通報有無逮捕犯嫌、亦未說明鎖定查獲犯嫌情形經過為何，隨即離開本署。經本署法警室隨即通報內勤檢察官有現行犯（因該分局於解送人犯報告書記載逮捕或拘提時間為同日6時23分），致法警室依接收現行犯流程上手銬（戒具），並將卷證資料交予內勤檢察官。

（二）本件應如何認定犯嫌A遭拘提或逮捕之時間而起算檢警共用24小時之時點顯有疑問：該司法警察機關於移送書建請羈押，警卷內中卻未見逮捕通知書、無提審權利告知書等，經內勤檢察官閱卷後，發現上情且該機關竟以現行犯移送本署，移送流程明顯異於常態。又倘係嫌疑人自願到場接受詢問卻漏未明確告知本署法警室

亦明顯有疏漏。

- (三)該司法警察機關送署人犯解送報告書「逮捕或拘提時間欄記載：104年12月19日6時23分」，惟實際上並未逮捕嫌疑人：既尚未逮捕嫌疑人而係經嫌疑人同意自行到場接受調查，即不應載明逮捕或拘提時間，應說明犯嫌人係於同日6時23分同意自行到場接受詢問、調查，並應完整交接上情予本署法警室，俾利法警採取妥善之接收人犯流程及檢察官能依法接續處理後續逮捕及是否採取強制處分等措施。
- (四)該司法警察機關掌握案情非僅原先所認為之搶奪罪嫌，且明知嫌疑人以搭火車逃逸等情後未行緊急逮捕，而選擇經嫌疑人同意自行到場方式處理本案，偵辦案件之敏感度顯然偏低：被害人甦醒後報警、送醫及犯嫌A所供述情節，該警察機關應已查悉犯嫌A所涉者犯最輕本刑為5年以上有期徒刑之殺人未遂及加重強制性交未遂罪嫌，該警察機關於比對花蓮火車站監視器畫面及上述機車出租車行所提供之租車資料後，經連夜追查始在前述北上莒光號列車上追及嫌疑人A，已明顯符合犯罪嫌疑重大及所犯為最輕本刑5年以上重罪、顯有逃亡事實等要件，仍選擇僅以徵得犯嫌A同意即自行到場方式偕同犯嫌返回警局協助調查、接受詢問；並至案發現場蒐證，程序選擇容有未妥。
- (五)未依性侵害案件蒐證、調查：該警察機關承辦人由被害人及犯嫌A所供述情節知悉所涉罪嫌包含強制性交未遂罪嫌後，未依妨害性自主案件流程對被害人採證驗傷、亦未以代號就被害人制作筆錄及密封其個資，甚至直接揭露被害人頸部傷勢及全身照片於警卷內，未另外密封於證物袋內，顯有疏失。
- (六)案發現場之蒐證流程失當：該警察機關承辦人係徒手未戴手套蒐證而直接碰觸犯嫌A及被害人遺留在案發現場之連接線、機車及鑰匙、手機、包包等物品，在未清點、採證該等物品，亦未扣案採證比對指紋或其他微物證據情況下，擅自將被害人物品發還予被害人或其家屬，嚴重污染證物及有違案發現場蒐集證據及調查犯罪情形之標準流程。

(七)該警察機關就本案是否逮捕犯嫌及蒐集證據、調查犯罪情形所選擇之程序顯有異常：本署轄區發生此一重大暴力及性侵害案件，該警察機關始終未通報內勤檢察官，亦未於追及犯嫌A後行緊急逮捕(逕行拘提)後報請值班檢察官簽發拘票，程序上顯有疏漏且增加蒐集證據及調查之困難；倘非犯嫌A未爭執程序事項及自願到場接受警詢及偵訊而要求離去，本案恐有難以確認犯嫌及繼續偵辦之虞。

#### 肆、提出相關解決方案

- 一、該警察機關應就本案主動與本署聯繫討論及說明相關案情：該警察機關就轄區內發生此嚴重之犯罪及程序事項均未主動通報本署，致內勤檢察官未能及時知悉本案及適時解說逮捕程序及蒐證應行注意事項，應可加強檢警個案聯繫俾利及時協助法律事項處理。
- 二、該警察機關應就本案主動向本署說明尚未逮捕犯嫌A，係經被告同意自行到場，且應說明非以現行犯方式移送本署等情：本署法警室始能及時接收犯嫌並通知內勤檢察官有本案及上述情形而及即時訊問並補足程序事項。(註：本案因當日本署值班法警警覺性、敏感度均極高，收案後隨即通報內勤檢察官並將卷證資料交予內勤檢察官，並善盡與該警察機關聯繫事宜而協助內勤檢察官能及時妥善補足上述程序事項)。
- 三、該警察機關應主動向本署說明被告係同意自行到場及尚未逮捕等情：以便檢察官依自行到場程序及時訊問後逮捕之，減省就上述警方已否逮捕犯嫌A及有無為各項權利告知及逮捕時間記載是否正確等問題重複與承辦人聯繫；並能明快予以訊畢後當庭逮捕依法交付被告逮捕通知書、為罪名及權利、提審權利告知等，予以被告明確起算24小時之時點，以保障被告之法律上權益，同時確保聲請羈押時及此後之偵訊程序均屬合法。
- 四、該警察機關應緊急逮捕後向本署報請簽發拘票，承辦人於辦理具體重大之暴力性侵案件敏感度應提升：  
承辦人於被害人甦醒後報警、送醫及追及犯嫌A後，依被害人證述及犯嫌A所供述情節已能掌握案情非僅原先所認為之搶奪罪嫌，且明知

嫌疑人已搭火車逃逸，顯為重罪、犯嫌重大且已有逃亡事實等情，應行緊急逮捕後速向內勤檢察官報請簽發拘票，並與本署聯繫以研討後續應如何蒐證續查及扣押證物之必要；復確認案發現場應如何保留蒐證為妥。

#### 五、案發現場蒐證流程應符合性侵案件及一般刑案之偵辦：

(一)該承辦人應會同鑑識組人員，封鎖案發現場逐項戴手套等隔離具據蒐證，避免徒手直接碰觸犯嫌A及被害人所碰觸過而遺留在該處之連接線、機車及鑰匙、手機、包包等物品；並逐項清點、扣案後逐一採證比對指紋或其他微物證據，等待鑑驗結果再行處理證物之發還等事宜，不得擅自將被害人物品發還予被害人或其家屬，以免因證據蒐集不全或遭辦案人員污染而欠缺證據能力或減損證據證明力，致影響案件偵辦所依據之證據。

(二)該承辦人應將被害人之個資及所採得之證物密封於證物袋內，以確保對被害人之保護及符合法定程序；並應加強基層員警之教育訓練以使其等具備就案發現場蒐證、採證之基礎觀念及應注意事項，避免因蒐證疏漏導致未來程序上爭執，復可能造成無法取得直接有利之證據致事後蒐證困難、陷入僅有單一自白之指摘。

#### 六、該警察機關就本案應直接緊急逮捕犯嫌A及依據刑案標準流程蒐集證據、調查犯罪情形：

本署轄區發生此重大暴力及性侵害案件，承辦人係綜合各項查悉之證據資料研判犯嫌A已於翌日清晨6時7分搭乘第1班北上對號列車逃亡，且員警亦確實於該日6時23許在該北上列車上追及犯嫌A，程序上因出於緊急不及報告檢察官，且犯嫌A所涉罪名及犯嫌均重大，已明顯有逃亡之事實，應緊急逮捕(逕行拘提)後報請值班檢察官簽發拘票，並應速通報本署並與內勤檢察官研析案情以續行確認應採行之蒐集證據及調查方向。

#### 七、本署檢察官之處置：

(一)由檢察官訊問後逮捕之：本件有關該警察機關未緊急逮捕及未通報本署非以現行犯解送人犯到署等程序事項，均由當日內勤檢察

官於訊問前，先行向被告A確認是否係自行到場接受警方詢問，並自行到本署接受訊問而補足相關程序後逮捕之，並依法交付被告逮捕通知書、為罪名及各項權利及提審權利告知等，予以被告明確起算24小時之時點，以保障被告之法律上權益，同時向臺灣花蓮地方法院聲請裁定羈押禁見，並確保聲請羈押及未來偵查、審理程序中，不致於在逮捕程序上遭被告爭執或法院彈劾而影響案件之偵辦。

(二)由察察官逮捕並補足所有程序事項：本件倘非被告A於偵查及審理程序中均未爭執程序事項及經內勤檢察官多次向渠確定是否係自願到場接受警詢及自行到署接受偵訊而經被告肯認，而於警詢或偵訊中表示不願自行到場，本案恐有難以確認犯嫌及繼續偵辦之虞。又倘被告自行到署後未同意接受本署檢察官訊問，本署檢察官無法強行留置之而須任渠離開本署後，再由檢察官親自逮捕，程序上始合法。

八、具體改善放棄：函轄區司法警察機關，下列事項：

(一)就刑事訴訟法規定之逮捕、拘提、搜索及蒐證如何周延完備等事項，請加強在職教育訓練，俾利人權及案件之追訴及定罪。

(二)遇調查轄內重大矚目案件，於人犯移送本署前，請及時通報本署值勤或承辦檢察官。

## 伍、結語

案件承辦之司法警察是最早得知有犯罪行為發生及最早接觸案發現場、被害人、證物、證人及犯罪行為者，其等於第一時間須對犯罪事實屬於何種類型有高度敏感性，保持大膽假設小心求證之最高標準，對於可能構成之罪嫌均應採大範圍撒網方式展開蒐證，再逐步據所蒐集之事證縮小嫌疑人及渠可能涉嫌之罪嫌範圍，以免掛一漏萬而遺漏重要證據未完整採集或保存，甚至因欠缺敏感度而污染重要證物致影響偵查審理程序中之舉證致無法定罪。又承辦之司法警察對於所犯可能為最輕本刑5年以上有期徒刑之罪，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡事實或逃亡之虞者〈註刑事訴訟法第88條之1、同法第76條〉，應當機立斷逕行逮捕後向檢察官報請補發拘票或以最速件與內勤檢察官報告上述情節而由內

勤檢察官逕行拘提，以免嫌疑人因不願自行到場而錯失偵辦及採取強制處分之契機；另同時須與鑑識單位密切聯繫，促使鑑識人員在第一時間抵達案發現場，以詳細蒐證採集實體及微物證據，協助密封現場可見之任何證物，鞏固案件最基礎最重要之跡證，充實並建立就案發現場詳細蒐證。

# 修復式正義運用於刑事司法實證研究

—以臺灣花蓮地方法院檢察署為例

陳世忠\*

## 壹、前言

修復式正義理念自1970年代開始在西方國家逐漸興起，隨著學者及專業團體的提倡，各國研究質量遽增，修復式正義在各國已發展出許多方案與計劃，固然做法不一，對象亦有所不同，但已成為各國處理犯罪的選項之一。

法務部於民國99年9月1日擇定板橋等8處檢察署試辦以「被害人與加害人調解 VOM, Victim Offender Mediation」為主要模式之修復式司法方案，101年擴大全國實施。修復式司法在筆者服務機關實施三年來，成效未盡理想，本文試圖透過文獻、次級資料、深度訪談分析，探求原因及可能之解決方式，期能為未來修復式正義運用於刑事司法提出建言。

## 貳、修復式正義理論

### 一、發展背景

現代刑事司法系統出現前，類似犯罪型態的刑事紛爭解決，乃是透過復仇與私鬥方式來處理。現代刑事司法系統建立後，首要任務就是揭發、確認犯罪行為人，將之作為刑事法執行的目標。在這個由國家主宰刑事司法系統中，犯罪行為人與被害人有其相異的地位，二者對於屬於他們的衝突，並無太多置喙餘地，犯罪問題的處理或是刑罰問題，由代表公益的國家機關來負責，刑事制裁的目的帶有向被告與一般社會大眾傳達遵守法律的訊息，不僅犯罪人在刑事程序中處於客體地位，被害人亦然，修復式正義理念正是在這種對國家司法不滿的環境下應運而生。

修復式正義並非人類社會的新發明，而是集合了舊有的賠償、補償、和解、彌補、社區服務、調解等綜合概念。一般認為最早的實務操作為西元1974年在加拿大安大略省一群觀護人要求行為人與被害人見面討論所受到的傷害以減少再犯，其他國家也開始運用此方案。西元1980至1990年代的修復

\* 陳世忠 臺灣花蓮地方法院檢察署文書科長

式正義方案以矯治更生為中心，其後慢慢融入被害人與社區修復的意涵，最終演變的結果納入加害人負起責任、被害人獲得賠償以及社區關懷性的協商三要素<sup>178</sup>。

除了區域性的實驗方案以外，修復式正義的發展也受到國際組織的重視，在聯合國與歐盟均將修復式正義視為增進被害人地位的策略方案，西元1985年聯合國公佈之「犯罪與濫用權力被害人基本原則宣言」（Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power）第5點特別提到國家應提供被害人以正式或非正式程序獲得賠償與彌補的機會。隨著修復式正義施行結果的正向反應證據逐漸累積，聯合國與歐洲議會紛紛鼓勵會員國應在刑事司法過程中提供調解與和解的機制，並提出刑事案件善用修復式正義的基本原則<sup>179</sup>。

## 二、修復式正義理論概述

有關修復式正義理論及實踐仍不斷演進發展，呈現多元面貌，且尚無定論。Tony Marshall（1996）的定義：修復式正義是一項特殊犯行的所有利害當事人共同聚在一起，共同處理犯罪後果及其未來意涵(implications)的過程。Bazemore和Walgrave（1999）則界定修復式正義為：任何主要目的為回復犯罪所造成的損害之活動，均稱之<sup>180</sup>。學者John Braithwaite認為：「只要受到不公義事件影響之利害關係人，能有機會說明自己所受到的傷害，以及應如何在一種具治療創傷的修復式價值架構內糾正這種傷害，我們就可認為這是一種修復式司法程序」。修復式價值至少應包括以下的基本人權價值：人類尊嚴的修復、財產損失的修復、健康或身體傷害的修復、受損害的人際關係的修復、社區的修復、環境的修復、情緒的修復、自由的修復、關懷的修復、和平的修復、自主的修復、公民責任感的修復<sup>181</sup>。

學者許春金認為，修復式正義有五個要素<sup>182</sup>：

- 一、以社會、衝突的觀點，而非法律的觀點審視犯罪事件；
  - 二、修復式正義是一種回復損害的「關係式正義」(Relational Justice)
- ：

<sup>178</sup> 黃蘭嫻、許春金、黃翠紋等.2011.修復式正義運用於刑事司法制度之探討.頁3。

<sup>179</sup> 黃蘭嫻、許春金、黃翠紋等.2011.修復式正義運用於刑事司法制度之探討.頁3、4。

<sup>180</sup> 許春金.2009.人本犯罪學.頁.444、445。

<sup>181</sup> 陳靜如.2010.修復司法在我國實踐之探微.法務通訊第2518期.第3版。

<sup>182</sup> 許春金.2011.刑事政策與刑事司法.頁401至409。

- 三、修復式正義主張，藉由發現問題，回復損害、治療創傷進行廣泛且有  
意義的社會革新，為社會創建更多更好的「和平及福祉」：
- 四、修復式正義尋求加害者、被害人及社區的共同參與：
- 五、犯罪處理的場域在社區：

聯合國「修復式司法方案手冊」，修復式司法是指：在解決犯罪的過程中，強調賠償、填補被害人的傷害、讓犯罪人為其行為負責、以及讓社區參與解決衝突的過程。在這個過程中，強調藉由參與的過程建立關係、尋求和解的可能性、以及朝著被害人及加害人希望的結果發展協議<sup>183</sup>。

綜上所述，修復式正義主要是回復社會關係，重建平等的社會，以滿足人類彼此關懷、彼此尊重的基本需求。在修復式正義的核心概念中，重視平等、尊重與回復，實踐的過程需要有加害者、被害人、社區共同參與。相對於以刑罰為中心的現行刑事司法制度，修復式司法關注的重點不在懲罰或報復，而是國家如何在犯罪發生之後，療癒創傷、恢復平衡、復原破裂的關係，並賦予「司法」一種新的意涵，即在尋求真相、尊重、撫慰、負責與復原中實現正義。

### 三、修復式正義的實務型態

近年來，修復式正義在世界各國蓬勃發展，實踐修復式正義的實務型態主要有：被害人—加害者調解、家庭團體會議、審判圈、社區修復委員會，本文整理學者許春金的介紹，簡述如下<sup>184</sup>：

#### （一）被害人—加害者調解

加／被害人調解（Victim-Offender Mediation）是讓被害人及其利害關係人與加害者在一個安全的環境中會面，進行與犯罪事件有關之討論的過程。這種討論通常是由一位訓練有素的專業促進者來召集協助，被害人可以藉對話的機會告訴加害者犯罪對其所造成的身體及財物損害，會談中也可以討論出加害者賠償的協議。亦有稱這種過程為加／被害人間之「對話」（dialogue）。

#### （二）家庭團體會議

<sup>183</sup> 黃蘭嫻、許春金、黃曉芬、洪千涵（2014），修復式司法試行方案成效評估暨案件評估指標之研究期末報告。頁194。

<sup>184</sup> 許春金等。2011.刑事政策與刑事司法。頁426~431。

家庭團體會議(Family Group Conferencing)是將受到犯罪事件所影響的所有人，包括加／受害者(及各自的支持者)、家庭成員等聚集於一處，共同討論事件的解決方式。這種會議通常是由受過專業訓練的人員所召集，加害者首先必須要承認犯行，參與者均出於自己意願參與。會議通常由加害者開始描述事件始末，然後由每一個參與會議的人員敘述所受到的影響或傷害，透過每個人的發言陳述，了解犯罪事件對於每一個人的影響或傷害。受害者可以陳述自己的感受並藉此瞭解有關的問題，提出自己所希望的協助。其他人也可以提出意見，以決定如何補償損害。

### (三) 審判圈

審判圈(Sentencing Circles)亦稱「和平圈」(peacemaking circles)。它是運用傳統的印地安人儀式將被害人(及其支持者)、加害人(及其支持者)、法官、檢察官、辯護律師、司法警察及社區相關人士都聚集一起，眾人以誠懇的態度共同尋求對事件的瞭解，探討如何治療受傷害人及預防犯罪。審判圈的參與者包括加／受害者及雙方之支持者，以及重要的社區成員，並開放給社區居民參加。根據Stuart (1996: 193)的說法，其主要目的是「希望藉由此項會議，對各方當事人的生活型態、態度及行為均造成改變、影響，並且對受到犯罪影響的社區、人文環境等有所助益。」

### (四) 社區修復委員會

社區修復委員會(Community Restorative Boards)是由一小群體之地方民眾所組成，他們受過專業訓練，能與加害人進行面對面的公開討論。在與加害者討論事件所造成的不良後果後，共同研擬一套修復和補償計畫。加害人必須承諾在一定時間內完成計畫。在特定時間後，委員會會向法院提出加害者執行狀況的報告，委員會的任務也至此完成。

## 參、個案機關實證研究分析

### 一、修復式司法試行方案實施計畫探究

法務部於2010年6月函頒「法務部『推動修復式司法試行方案』實施計畫」(下稱法務部實施計畫)，推動以「被害人與加害人調解 VOM (Victim Offender Mediation)」為主要模式之修復式司法試行方案，並於2012年6月28日函送全國各地方法院檢察署一體適用。根據法務部實施計畫，各地方法

院檢察署得視當地資源之特性、案件類型與當事人之需求評估，並參考法務部計畫之實施原則，規劃可行之試行模式，個案機關經過數次會商，考量本地資源有限，最終決議由機關自行辦理，個案機關推動『修復式司法試行方案』實施計畫」（下稱實施計畫）也在2012年12月5日經法務部准予備查。

依實施計畫，個案機關設「修復式司法執行小組」，負責實施計畫之擬定、執行及修正；修復式司法執行小組設主任委員1人，由檢察長兼任，委員9人，分別由主任檢察官、監所首長及公益團體負責人擔任。執行小組下設「方案專責小組」，負責受理轉介或當事人申請之修復案件，並初步評估當事人是否適宜本計畫。

得聲請進入修復程序之期間，以偵查、審判、執行、保護管束及更生保護階段為限；得聲請進入修復程序之案件，則須有被害人，且限於刑事訴訟法第376條各款所定各罪，及其他犯罪情節輕微之罪；當事人須具備下列要件：

- 一、加害人必須先有認錯及承擔刑責之意者。
- 二、加害人於當次犯罪回溯5年內，未曾因故意犯罪經法院判處有期徒刑以上之罪並執行完畢者。
- 三、當事人無精神疾病者。
- 四、當事人如未成年，應經監護人同意並陪同參加者。

在立案方面，配合偵查、審判、執行、保護管束及更生階段當事人需求，特規定檢察官、觀護人、花蓮監獄、花蓮看守所、自強外役監獄、更保花蓮分會、花蓮縣榮譽觀護人協進會、犯保花蓮分會知悉加害人有意願參與本計畫時，均得填寫轉介單轉介至方案專責小組立案；加害人或犯罪被害人亦得自行填寫申請書送交個案機關，再由方案專責小組受理立案。

為推廣及落實執行修復式司法試行方案，實施計畫也規定個案機關應舉行說明會、辦理宣導活動、對於相關人員實施教育訓練。另外，修復促進者對於個案情感能否成功修復居於關鍵角色，實施計畫特別針對修復促進者的遴選資格明確規定，例如應具有法律、心理、諮商輔導及社會工作等知識、技能及經驗，並認同、了解修復式司法之理念，可參與訓練課程等。此外，專責小組召開會議時間、審查方式，修復會議之準備、會議進程序、後續

追蹤、轉向處理及結案等，實施計畫都設有原則性規定。

## 二、修復修復式司法試行方案實踐情形

個案機關接獲「法務部推動『修復式司法試行方案』實施計畫，隨即指派幹練主任檢察官擔任召集人，指定主責科室並邀集相關科室主管會商，著手草擬實施計畫，同時研擬可行的辦理方式。並指派主任檢察官、主任觀護人、承辦業務觀護人參加法務部辦理之說明會及檢討會議；遴聘修復促進者及陪伴者，參加法務部辦理之教育訓練，個案機關亦接續辦理行政說明會，使業務重要承辦人對於修復式司法試行方案有深入瞭解。全體檢察官亦於2013年分梯次參加法務部規劃之修復式司法研習課程，機關首長、主任檢察官於機關內部重要會議也一再宣導，期望方案推廣順遂。

修復式司法試行方案開辦迄2016年12月止，全國各地檢署總計收案1468件，開案1275件，進入對話程序的有672件，進入對話後雙方達成協議的件數為484件，佔72%<sup>185</sup>。個案機關部分，統計至2017年2月18日止，開案件數5件，進入對話程序2件，進入對話後雙方達成協議者1件（詳表3-1）。

依上述實踐成果，修復式司法試行方案在個案機關實施成效著實不甚理想，以性質類似的調解程序為例，2015年轉介調解成立件數佔個案機關總結案數7%，近5年來轉介調解均能穩定維持於500件至900件之間，以個案機關每年收量8000至9000件計算，調解制度已能穩定發揮訴訟經濟，疏減訟源的功能，相較之下，修復式司法試行方案如何急起直追？又或者二制度有無交會之可能？亟待政策規劃者研擬方針妥善因應。

案件類型	開案件數 (A=B+C+F)	進入對話		未進入對話		進行中案件	
		件數 (B)	比例 (D=B/A*100%)	件數 (C)	比例 (E=C/A*100%)	件數 (F)	比例 (G=F/A*100%)
傷	2	0	0%	2	40%	0	0%

<sup>185</sup> 資料來法：法務部保護司，網址：<https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xitem=294006&ctNode=37174&mp=001>。  
檢索日期：2017/2/28。

害							
過失傷害	1	1	20%	0	0%	0	0%
恐嚇	1	0	0%	1	20%	0	0%
刑法227條	1	1	20%	0	0%	0	0%
合計	5	2	40%	3	60%	0	0%

表3-1：花蓮地檢署推動修復式司法試行方案自試辦起至106年1月底止開案案件類型統計表。

資料來源：臺灣花蓮地方法院檢察署觀護人室。取得日期：2017/02/18。

### 三、深度訪談設計

為瞭解個案機關執行成效，本研究除蒐集次級資料，也邀訪個案機關及相關機構執行者共計9人，藉由不同領域，學有專精，同時為修復式司法試行方案具體執行者，透過訪談深入瞭解個案機關實踐情形，可能遭遇的問題，歸納後進行分析。筆者設計政策規劃及政策執行二大面向，希望透過二大面向所列議題的探討，瞭解個案機關實踐修復式司法試行方案的現況及面臨的問題。

#### 一、政策規劃面向：

本面向筆者設計6大議題，包括：（一）、對於修復式正義或稱修復式司法的認識程度？（二）、現行鄉鎮市調解條例、緩起訴、簡易程序、認罪協商及緩刑等制度，都設有向被害人道歉、立悔過書、支付賠償金或提供義務勞務等規定，是否具有修復式正義之精神？（三）法務部曾否辦理修復式司法試行方案教育訓練？實踐者參與訓練之成效？（四）那些案件類型較適

宜推廣修復式司法試行方案？（五）運用組織行為激勵理論，是否有助於推廣修復式司法試行方案？（六）現階段是否適宜將修復式正義理論的意涵具體規定於相關法律？將修復式正義理論的意涵具體規定於相關法律是否有助於推廣修復式正義？

## 二、政策執行面向：

本面向筆者設計5大議題，包括：（一）偵查中加／被害人如果有機會進入修復式正義程序，您會建議使用那一種模式？原因為何？（二）法務部推行之修復式司法試行方案，進入修復式司法的案件有無程序上限制之必要？（三）有無轉介案件進入修復式司法試行方案的經驗？能否分享轉介經驗？（四）以花蓮地檢署為例，修復式司法試行方案開案量似乎不甚理想，您個人認為原因為何？有無改善建議？（五）對於我國推動修復式正義或修復式司法理念的具體改善建議？

## 肆、研究發現

本研究依文獻分析法及深度訪談法分析彙整個案機關實踐修復式正義相關議題，並歸納、剖析各面向探究結果，提出以下研究發現：

### 一、多數實踐者認為調解、緩起訴、簡易程序等制度具修復式正義精神

調解、緩起訴、簡易程序、緩刑、協商判決等制度是否具有修復式正義精神，受訪專家見解不一。肯定說認為「修復」的概念廣泛，修復式正義是對於傳統應報式司法的一種反思、改良，它有一個很重要的精神，就是當事人內心的覺醒，只要被告承認錯誤，願意彌補被害人的損失，並取得被害人同意，基本上都可以認為具有修復式正義精神；否定說則認為調解、緩起訴、簡易程序、緩刑等制度因為程序上不一定有機會讓加害人、被害人雙方對談，因而認為不具修復式正義精神。研究發現多數受訪者採肯定說，認為調解、緩起訴、簡易程序等制度具修復式正義精神。

### 二、法務部、個案機關辦理教育訓練成效未盡理想

教育訓練的目的，在為組織培育能自我啟發、行動積極且對組織具有強烈歸屬感及責任意識的人才，透過個人的學習成長以提高工作績效並達成組織目標。針對各項專業施以工作所需之專業知識及技能的訓練，目的也是希望提高在其各別專業領域的工作成果。歸納相關文獻資料及訪談結果，法務

部及個案機關均曾辦理修復式司法試行方案教育訓練，但剖析訪談結果，發現訓練課程無法使參訓人員充分認識及認同修復式司法試行方案，顯然不論是法務部或各試辦機關所辦理之教育訓練，在程度上及內容上都有檢討的必要。

### 三、適用修復式正義之案件類型應予限制

有關得聲請進入修復式司法試行方案之案件類型，法務部及個案機關實施計畫均有原則性規定，惟究竟那些案件類型適宜推廣修復式司法試行方案，具體實踐者提供之意見可能更具客觀可行性。研究發現，案件類型部分，多數受訪者認為應予限制，建議以形式上非重罪之案件為宜；兒虐案件因為加害者端基本上都是被害人的父母，明顯權利不對等，應由國家公權力介入，也不宜進入修復程序。另外，當事人間具有感情基礎之案件進入修復程序達成協議之機率較無感情基礎者高，建議列為評估指標。最後，考量修復式司法試行方案內涵係為追求加害人、被害人間情感修復，使加害人認知錯誤，被害人獲得賠償，應以有具體被害人之案件為宜。

### 四、妥適運用激勵理論，有助推廣修復式司法試行方案

激勵作用(motivation)泛指個體願意對任何目標所進行的努力，透過激勵理論，可以幫助管理者正視員工的需求及想法，進而提供適當的激勵行動，有助達成工作目標。激勵的方式有許多種類，以當今最富盛名的「需求層級理論」(hierarchy of needs theory)，該理論認為每個人都有以下五個層級的需求：1. 生理需求。2. 安全需求。3. 社交需求。4. 自尊需求。5. 自我實現需求。研究發現，多數受訪者認為妥適利用激勵理論將有助於推廣修復式司法試行方案，惟制度設計上應更加謹慎，以免適得其反。

### 五、何謂修復式正義有欠明確，目前不宜規定於相關法律

罪刑法定主義及明確性原則為法治國重要基本原則，檢察機關之主要任務為案件偵查、公訴之實行及刑事裁判之指揮執行，常涉及人民自由、財產的得、喪、變更，嚴重影響人民身體、自由、財產權利，各項行為應該有法律或法律明確授權之依據。修復式正義欲成為刑事司法之一環，自須明確定義其意涵，規定於相關法律，使具體實踐者執行時有法律上依據，方符法治國原則。綜合訪談結果，受訪者認為修復式正義概念太抽象，不容易明確規範，無法將修復式正義具體規定於相關法律；有認為調解、緩起訴等制度本

已內含修復式正義精神，無庸另為規定。剖析其原因，實肇因於何謂修復式正義定義不明確，致每人解釋不同所致；另外，分析文獻資料，國外目前也僅紐西蘭等少數國家針對修復式司法制定相關法律。國內引進修復式正義理念不過短短十數年，理念及操作均處於推廣階段，在修復式正義明確定義前，仍不宜將其具體規定於相關法律。

## **六、個案機關辦理修復式司法試行方案開案量偏低，原因複雜，除了上述教育訓練成效未達預期目標、缺乏誘因以外，分析、整理其他原因如下：**

### **(一) 促進者及陪伴者無法取得檢察官信賴**

根據法務部推動修復式司法試行方案，試辦機關應遴選修復促進者以中立第三者之角色協助當事人經由對話完成犯罪傷害之修復。研究發現，有受訪者質疑由訴訟關係以外之第三人協助對話之制度設計是否妥適？修復程序有無違反偵查不公開？遴選之修復促進者及陪伴者來自各行業，與加害人、被害人間如何產生信賴關係？檢察官如何信賴促進者可以修復加、被害人間之情感？凡此種種，都讓檢察官對於修復式司法試行方案持觀望態度。

### **(二) 進入修復式司法試行方案程序過於繁雜**

刑事案件發生後，檢察官、加害人、被害人都希望案件可以在公平、公正的前提下，明確、具體、快速解決紛爭。分析調解、緩起訴制度處理案件流程，快速、簡便，都能滿足加、被害人、及檢察官這方面的需求，相較之下，修復式司法試行方案從檢察官開庭當事人有意願進入修復程序，至促進者結案，須歷經當庭填寫轉介單，至更保、犯保辦公室聽取修復式司法內容、填寫個案評估表、專責小組會議綜合評估、挑選修復促進者及陪伴者、促進者與當事人對話前會談、開始對話、個案追蹤、結案報告、最後再由檢察官為偵查終結之處分，整個程序顯得十分繁雜，與檢察官、加害人、被害人希望能快速處理背道而馳。

### **(三) 案件管理人員、執行人員均屬兼職性質，專業性不足、角色模糊，難以提供專業協助**

依個案機關作業流程，案件進入修復程序，參與者包括檢察官、觀

護人、更生保護會、犯罪被害人保護協會、專責小組成員、修復促進者及陪伴者。研究發現，案件進入修復程序，大部分的程序參與者都是機動性的臨時參與，專業性不足，角色定位模糊，主辦科室承辦人也是身兼數職，二年須職務輪調，以上種種，均影響執行人員之專業性。

#### **(四) 缺乏合適個案供轉介修復程序**

依個案機關試行方案實施原則，適用修復式司法試行方案之案件，須有被害人，且限刑事訴訟法第376條各款所定各罪，及其他犯罪情節輕微之罪。研究發現，近三年來個案機關新收案件前三名分別為公共危險、毒品及竊盜案件（2015年偵查總收案件數為8645件，其中公共危險2857件，占總收案件數33%，毒品案件1508件，占總收案件數17%，二者合計占總收案件數50%），公共危險及毒品案件因為沒有被害人，無法轉介修復式司法試行方案，重複犯竊盜案件之人，也不該當當事人參與要件，隨機侵入住宅之竊盜案，被害人在極度恐懼的情況下，只怕也不願意與加害人對談，扣除前三名案件，僅剩的三分之一案件，又須受限於犯罪情節輕微、有被害人、雙方當事人同意，在修復式司法尚未廣為一般社會大眾認識前，要遇見合適個案機會微乎其微。

#### **(五) 當事人無意願進入修復程序**

依試行方案實施原則，修復程序必須尊重當事人之自主意願及權利，如當事人一方無參與意願，不得強制其參與。研究發現，當事人無意願最常成為案件無法轉介進入修復程序原因，誠如受訪者所言，在加害人、被害人互不認識的案件，被害人不會產生想要和加害人交心的意思，只希望案件儘速處理，儘快獲得賠償，有感情基礎之當事人因刑事糾紛進入訴訟，關係通常盤根錯節，非常不容易處理，加上有大家熟悉的調解制度可以運用，對於試辦階段之修復式司法試行方案自然興趣缺缺。

### **伍、結論與建議**

歸納以上研究發現，本研究整理政策規劃及政策執行兩大面向，提出以下研究建議：

#### **(一) 政策規劃面向：**

## 1. 明確定義修復式正義，具體規定於相關法律

「修復」是一個廣泛的概念，在刑事司法領域，要將它擴及到那些層面，亟待政策規劃者綜合考量相關因素，無論採廣義或狹義，或者兼採之，終須確定其範圍，使實踐者有一遵循之方向，爰建議儘速明確定義修復式正義意義，並儘速立法，具體規定於相關法律，以符法治國原則。

## 2. 統一作業方式，簡化作業流程

目前全國各檢察署辦理修復式司法試行方案模式不一，有採自行辦理者，有採委託方式辦理者，這種因地制宜自行擬定適合本土化試行模式的作業方式，在方案推行前階段固有累驗不同經驗作為日後政策參考的優點，卻也發生各檢察署實踐者感到莫衷一是的缺點，建議應由法務部統一建立原則性的作業方式，再由各檢察署視當地資源特性彈性調整。另外，依現行作業程序顯然過於繁雜，與檢察官、加害人、被害人及其他關係人快速解決紛爭的期待相違背，建議應簡化作業流程，減少當事人不必要的時間浪費。

## 3. 提供適當誘因，強化激勵理論應用

對於新概念的推廣，除了一般的教育訓練之外，提供適當的誘因激勵執行者也是推廣的方式之一。法務部目前對於辦理修復式司法有功人員，每年都會辦理表揚大會，透過頒獎時公布具體事蹟、受獎人抒發得獎感言，使社會大眾肯定受獎人的努力成果。除了表揚大會，建議採用受訪者建議之抵分案件、實質提供檢察官案件上優惠。

### (二) 政策執行面向：

#### 1. 提高推廣層級，增加實踐者人力，給予必要經費

修復式司法試行方案由於是試驗性質，除了修復促進者及陪伴者之外，各檢察署都是以原有的人力執行，統籌機關則是法務部保護司，每位實踐者都是在原有法定業務已極度繁忙的情形下，額外兼辦試辦性質的試行方案。受訪者在訪談過程中不只一次提到方案的實施，對各地檢署而言是不公平的，因為沒有辦法多給錢，也沒有辦法多給人，政府如果真的重視修復式正義，就應該給予必要的人力及經費。

因此，建議推廣修復式正義的主責機關應該提高到「院」的層級，不論是行政院或司法院，由院級機關統籌，成立跨部會工作小組，編列獨立的人事及經費，擴大實施，營造全民修復式正義的氛圍，方有助於試行方案的全面實施。

## **2. 持續辦理教育訓練，加強整體司法人員對於修復式正義的瞭解**

任何制度的實施，執行者熟悉制度是順利推展的前提。修復式正義在國內還是一個新引進的概念，許多司法人員對其仍感陌生，更遑論一般民眾，加上其本身內涵與調解、緩起訴、協商判決、社會勞動等制度具有重疊性，更令許多人猶如置身百里霧。從訪談結果分析得知，法務部及個案機關都曾經辦理教育訓練，使相關實踐者對於修復式正義有基本認識，但僅止於基本認識，訓練課程並無法使參加訓練人員真正瞭解修復式正義的精神，遑論信賴修復式正義之概念，因此，不論法務部或個案機關都應持續辦理教育訓練，針對法務部所屬機關所有同仁，包括檢察官、檢察事務官、觀護人、書記官、法警、監所教誨師、管理員、更生保護協會、犯罪被害人保護協會，甚至司法警察、律師、調解委員等，加強概念宣導，增進整體司法人員對於修復式正義的認識。

## **3. 廣泛利用各類媒體、各種場合，加強民眾教育宣導，提升社會大眾對修復式正義的認識**

「修復」的概念廣泛，修復式正義之精神及操作模式不限於刑事司法領域，校園霸凌、少年事件、職場糾紛都可能成為「修復」的一環，因此，政府應該廣為宣傳修復式正義，除了針對司法人員實施教育訓練，強化其專業性，對於一般民眾也應該利用各類媒體、各種場合積極宣導，提升社會大眾對於修復式正義的認識與瞭解，讓修復式正義的理念及精神融入我們的社會。例如，由法務部建議所屬於不違反偵查不公開之前提下，對於成功修復案例適時主動發佈新聞，提高修復式司法曝光率；或配合機關、學校法治教育機會，指派學有專精的檢察官口頭宣導、融入影片欣賞或案例分享，增進全民對於修復式正義內涵的認識，形成社會共同價值。

## **4. 強化管理機制，建立專業團隊**

個案機關為執行方案雖然設有修復式司法執行小組及專責小組，但實際運作由承辦觀護人一人負責，專責小組僅於開案評估時針對個案是否適宜進入修復程序進行評估，不論是承辦科室、專責小組或執行小組，均無定期召開會議檢討執行成效之機制。建議應強化管理機制，每月或每季召開檢討會議，藉由會議的召開，加強縱向、橫向聯繫，分享成功、失敗案例，具體檢討，凝聚共識。另外，修復程序涉及多元專業，若能建立專業團隊，在團隊合作的基礎上發展，將有助於程序的進行，司法人員可以透過參與修復式司法的過程，與其他機構之專業人士互相學習，溝通合作。

## **5. 結合調解、緩起訴、緩刑、協商判決等制度，適時推廣修復式正義**

許多學者、實踐者都認為修復式正義並非新的概念，現行刑事司法制度中的調解、和解、緩起訴、協商判決等制度都內含修復式正義精神，二者實為一體二面，無法強加割裂，學者也樂見修復式正義與其他具有修復精神的司法制度相結合，使二者發生相輔相成的效果。爰建議可以在調解委員的訓練中加入修復式正義的觀點，使調解委員進行調解所達成之協議，不僅限於損害賠償，也能達成情感修復的效果；另外，鼓勵檢察官、法官試行和解、或為緩起訴處分前，加入修復元素，使偵查程序與修復程序雙軌進行；其他緩刑、協商判決也可以比照相同模式，協調司法院在審判程序中鼓勵法官加入修復元素，使審判程序與修復程序雙軌進行，達到雙贏的效果。

## 參考文獻

### 一、專書：

- 林山田、林東茂、林燦璋（2012）。《犯罪學（增訂五版）》，臺北：三民書局。
- 林鈺雄（2006）。《新刑法總則》，臺北：元照。
- 林鈺雄（2013）。《刑事訴訟法（七版）》，臺北：元照。
- 許春金等（2011）。《刑事政策與刑事司法》，臺北：三民書局
- 許春金（2012）。《人本犯罪學—控制理論與修復式正義（增訂二版）》，臺北：三民書局。
- 盧映潔（2009）。《犯罪與被害：刑事政策問題之德國法制探討》，臺北：新學林
- 黃蘭嫻、許春金、黃翠紋（2011）。《修復式正義理念運用於刑事司法制度之探討》，臺北：法務部。
- 黃蘭嫻、許春金（2014）。《修復式司法試行方案成效評估暨案件評估指標之研究期末報告》，臺北：法務部。
- 丁佩元（2012）。《組織行為》，新北：普林斯頓

### 二、期刊論文：

- 魏小嵐（2012）。《修復式司法：實踐與反思》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 陳珈谷（2002）。《論修復式司法》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 陳逸紋（2012）。《我國鄉鎮市調解制度與中國人民調解制度之比較研究》，私立東海大學法律學系碩士論文。
- 謝如媛（2005）。《修復式司法的現狀與未來》，月旦法學雜誌，第118期，頁41~51
- 許春金、陳玉書、黃政達（2007）。《調解制度中受調解人修復性影響因素之研究：修復式正義觀點》，犯罪與刑事司法研究，第9期，頁1~54。
- 許春金、陳玉書、張謹名、張淑慧、高政昇、姚淑文（2008）。《泰雅族傳統正義概念內涵之探討》，犯罪與刑事司法研究，第10期，頁125~174。
- 許春金、黃蘭嫻、黃曉芬等（2015）。《臺灣修復式司法理念的實踐及展望》，更生保護70週年論文集，頁81~96。
- 黃怡君、林瓏、林宛怡等（2015）。《由理念邁向實踐—談臺灣推動修復式司法之歷程與挑戰》，更生保護70週年論文集，頁49~66。
- 黃曉芬、張耀中（2011）。《試評臺灣具修復式正義精神之相關制度》，犯罪與刑事司法研究，第19期，頁45~72。
- 林山田（2003）。《刑法改革與刑事立法政策》，月旦法學雜誌，第92期，頁8~25。
- 陳靜如（2010）。《修復式司法在我國實踐之探微》，法務通訊第2518期，第3版。

### 三、其他：

- 法務部統計處，《法務年報（104年）》，檢索日期：2016年12月26日，取自 [http://www.rjsd.moj.gov.tw/RJSDWEB/book/Book\\_Detail.aspx?book\\_id=191](http://www.rjsd.moj.gov.tw/RJSDWEB/book/Book_Detail.aspx?book_id=191)。
- 法務部保護司，《地方法院檢察署推動修復式司法辦理情形統計表》，檢索日期：2016年12月26日，取自 <https://www.moj.gov.tw/np.asp?ctNode=37165&mp=001>。

臺灣花蓮地方法院檢察署，《偵查案件收結情形表》，檢索日期：2016年12月26日  
，取自

<http://www.hlc.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=13386&CtUnit=768&BaseDSD=7&mp=024>

# 檢察官工作壓力與因應策略研究

張立中\*

## 壹、緒論

### 一、問題背景與研究動機

綜觀各民主先進國家之發展，民主國家之建立與穩定，除了政府是由人民選舉產生，具有民主正當性外，還須要有一公正及值得人民信賴的司法系統，維持社會的正義，使人民與人民間，甚至人民與政府間的衝突，有一公平的解決管道。然而隨著社會的開放及人民權利意識的高漲，及工業社會都市人口密集、傳統規範的崩解，造成訴訟案件的增加，使得司法系統的負荷幾近無法承受的地步，不禁令人擔憂位於司法系統中關鍵位置的檢察官們，是否可以在如此變化快速的環境中，面對大量的案件，做出正確並令當事人信服的決定。此外，在人民對於檢察官高生產力、高正確率的期待中，檢察官們是否已經因壓力的累積，超越其所能負荷的範圍，終致於不知不覺間侵蝕了身心，產生心理、生理及行為方面的困擾。

如同質性研究中之研究者即為研究工具一般，就刑事司法案件之偵辦而言，檢察官亦為惟一的研究工具，雖然就證據的蒐集及事實的發現有當事人或是司法警察機關等予以協助，然就事實的建構、證據的取捨及法律的適用，可謂僅存乎於每個檢察官的方寸之間。在此情況下，若是因壓力適應不良而產生身、心問題，不僅影響平日工作之進行，也將影響到案件相關當事人的權益及正義的實現。故而如何保持、協助檢察官維持正常的身、心狀態，當屬相當重要的課題。就此部分，同屬司法行政機關之司法院已注意到法官身心壓力平衡的問題，而於每年均舉辦舒解壓力的相關課程。然或許是因掃黑除惡千頭萬緒，又或是檢察官們向來對外均屬強悍的形象使然，法務主管機關至今均未就檢察官工作壓力、工作環境、適應情況有任何調查或了解。而作為檢察官之一份子，

---

\* 張立中 臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官

則想了解同事們平日忙於偵辦案件之同時，是否如對外強悍形象般的，毫無任何壓力感，或是將之隱藏後，默默的自我承受，亦或是對於工作壓力有良好的因應對策，可以保持身、心的健康，此即為本文之研究動機。

## 二、研究目的

一個高壓力的工作環境會影響家庭及心理健康，而家庭及心理問題亦會影響工作，現今大多數的企業都已體認到人才是公司發展的根本，也認知到工作壓力對組織之負面影響，進而提供解決方案，關心員工之身心狀況；然而源於傳統上對於公務人員任事不夠積極、具有相對職務保障之認知，公務人員之工作壓力似較被忽略。本研究的研究目的是瞭解目前檢察官所感受到的工作壓力情形、影響工作壓力可能相關因素、面對工作壓力時所採取的因應策略及相關因素、及工作壓力及因應策略的關係，最後並根據研究結果提出建議，供司法行政機關參考。

## 貳、相關理論及文獻探討

### 一、工作壓力的相關理論研究

Dr. Hans Selye 將個體承受壓力刺激的反應，稱為般適應症候群」(General Adaptation Syndrome, GAS)，所稱之「一般適應症候群」，包括三個階段，依次為警覺期(alarm)、抗拒期(resistance)、耗竭期(collapse)。當個體遭遇害怕或壓力源時，就會拉出警報，同時身體內部的各個壓力系統開始動員。如果壓力源不是短暫存在，即進入抗拒階段。在此階段中，個體會依其所選擇的適應策略，來調整其抗拒重點。如果壓力源繼續存在，由於長期曝曬在相同的壓力源下，使得可用的適應能量用盡，出現耗竭的現象。在此情況下，可能有二種情況發生，一是人體改用另一個系統或器官來對抗壓力源，在此情況下會導致另一個「一般適應症候群」的週期重複產生；如果人體已無其他系統或器官來抗拒壓力源時，則人就會死亡。(張常妙，民91)

#### (一)工作壓力的來源

1. Ivancevich & Matteson (1980) 將各種工作壓力來源分為時的下列五種：(張常妙，民91)

- (1)實體環境的壓力來源：包括燈光、噪音、溫度、機械振動或運轉、通風等五項。
- (2)個人方面的壓力源：包括角色衝突、角色不明確、工作過度負荷、對人之責任、事業發展的壓力等。
- (3)群體方面的壓力源：缺乏群體凝聚力、不適當的群體支持、群體內和群體間之衝突等。
- (4)組織上的壓力源：包括組織氣候、組織活動範圍、工作特性、技術、領導型態、輪班政策等。
- (5)組織外壓力源：家庭、遷居、經濟或個人財務、種族和階級、居住環境等。

## 2. 國內相關實證研究

國內的工作壓力文獻，包括侯望倫：工作壓力的實證研究；蔡先口：國民中學教師工作壓力和專業態度及相關因素之研究；吳盈江：臨床護士的工作壓力頻率與感受量表之編修與探討等。

### (二)工作壓力的影響

Cooper (1983)認為工作壓力會因特殊的工作與組織環境，以及勞工的人格特質而造成不同的壓力表徵，如冠狀動脈心臟病、心理不健康、工作不滿意、婚姻不和諧、過度飲酒、用藥等情形。有關工作壓力症狀的分類，不同的學者分法略有差異。Schuler (1980)將工作壓力的症狀分為生理、心理及行為三大類來討論。分述如下(王伯頌，民89)：

#### 1.生理上的症狀反應

個人面對工作壓力時所呈現的生理徵候，主要可分為(1)心臟及血管系統反應：心跳加速、高血壓等；(2)腸胃系統反應：便秘、胃潰瘍、食慾不振等；(3)呼吸系統反應：呼吸困難等；(4)皮膚系統：皮膚過敏。

#### 2.心理上的症狀反應

包括憂鬱、不滿足、低自尊、緊張、沮喪、憤怒、疏離感、退化、攻擊、幻想、注意力無法集中、無法做出決定，及對批評過度敏感等反應。

### 3.行為上的症狀反應

可分成個人在生活上及工作上的行為症狀二方面描述：

(1)個人生活之行為症狀：抽煙量增加、濫用藥物、酗酒、坐立不安等。

(2)個人工作之行為症狀：缺勤、離職、績效降低、參與意願降低、逃避責任、工作品質與產量低落等現象。

## 二、壓力因應策略相關文獻

一般人在遇到壓力情境時，總是會想辦法解決，而這解決過程的策略，我們稱之為因應策略（coping strategies）。在成功因應之後，便會產生幸福感（well-being），而失敗的因應，則可能會導致衰竭（burn-out）。因應與壓力之間具有一種動態關係，及個人與環境互動所產生的結果。當事件所產生之內在與外在的特定要求超過個體所能負荷時，對個體便會造成壓力，而為了降低壓力所做的努力就是「因應」。本研究中，「因應」定義為當一審檢察官面臨工作上的壓力情況時，在行為與認知上用以降低壓力的行動。

「因應」普遍被認為有二項主要功能，其一是調節因壓力所產生的情緒，另一則是改變人與環境的衝突關係，處理憂鬱、苦惱所產生的問題。Lazarus 和Folkman（1980）將因應方式分成「問題導向因應」與「情緒導向因應」，前者用來改變與管理個人所遭遇到的壓力事件，後者則是調節壓力事件而引起的情緒。（何家齊，民87年）

### 1.問題導向因應方式

問題導向（problem-focused）因應策略是直接移除壓力產生的來源，改變人與環境的關係，著重壓力源的處理，強迫個體去考慮自身既有的資源及知識，與情境相關的壓力作搏鬥。一但個體了解有足夠資源和活力去管理壓力，便能知覺到對情勢的掌控，如此一來，感受到的壓力和威脅即會減少，最後能產生正向的改變。

問題導向因應的實際使用，也反映了對自我效能（self-efficacy）的期望，自我效能是個體面對特殊情境時以過去經驗為基礎所產生的能力知覺，它可以反應個人執行任務時的信心程度，因此

當個體有高度的信心時，便擁有高度的自我效能，在這樣的情況下，能克服壓力的來源。

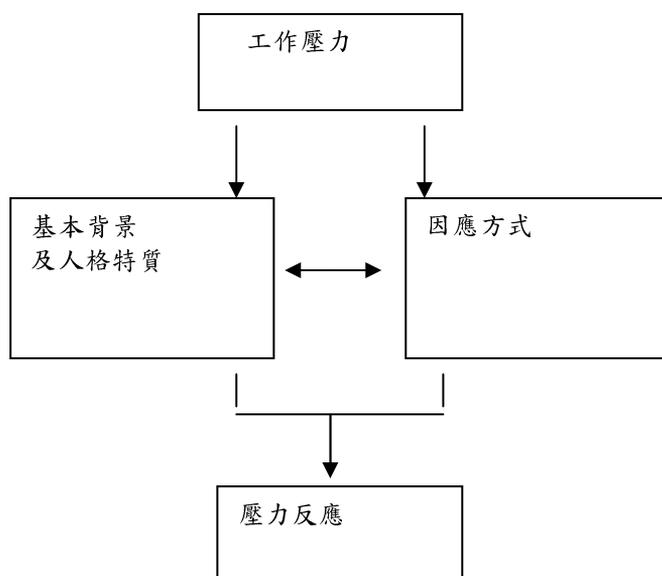
## 2. 情緒導向因應方式

情緒導向 (emotion-focused) 因應策略，則是用逃避或尋求他人社會性支持的方法，來降低或消除苦惱。這種因應方式牽涉到許多不同形式的拒絕 (denial)，包含避開 (avoidance)、隔離 (distancing)、徹底逃避 (outright escaping) 壓力來源的過程 (Silver&Wortman, 1980)，拒絕可能發生在壓力事件之後，也可能發生在壓力事件當中。雖然否認、拒絕被視為不健康的防衛機制，但它的有益影響在於使沮喪、無能力面對壓力的人暫時抽出壓力的情境。

## 參、研究設計與訪談分析

### 一、研究架構

透過文獻的探討可知，壓力來自於個人與環境的特殊關係，由於個體存在著個別差異的影響，每個個體對壓力的容忍度與經驗間也有很大的差異，對壓力反應也不盡相同，所以，一個事件只有在被個體評估為會威脅個人的健康或幸福感時才具有壓力。是故瞭解壓力對個人造成的影響，便必須兼顧工作壓力源、及適應方式的使用，以及對壓力的反應結果。亦即，從個人與環境間交互作用探討壓力，所得之架構圖如所示：



## 二、受訪者基本資料

本研究的訪談對象，分別為從事公訴職務之A檢察官及偵查職務之B檢察官，二位均為女性檢察官，其中A檢察官為具有五年以上任職資歷之檢察官，B檢察官為甫分發二年之檢察官。A檢察官已婚，育有一女，B檢察官仍為單身。二位檢察官均經研究者邀請後，即應允接受訪談，提供寶貴意見。

## 三、檢察官工作壓力源

### (一)內在工作角色

在偵查階段，檢察官的工作是須一方面搜集被告犯罪之相關事證，另一方面則須檢驗告訴人及警察之控訴是否可採，是否具有足夠之證據足以起訴，故可說是存在一方面是要成為犯罪之追訴者，另一方面又成為告訴人與被告間之裁判者的雙重角色，在此情況下，自然產生角色之內在衝突與判斷上的壓力。

**A：以前在做偵查的時候，案件的判斷對我來講是很大的壓力，我都很希望說我能夠做出一個跟事實非常接近的判斷，所以當證據不是那麼明顯的時候，就會優柔寡斷，那時候就會有很大的壓力。我覺得處理重大刑案、貪污案、相案的壓力會比較大，因為相案及兇殺案牽涉到**

人命，所以壓力會比較大，另為貪污案件對被告的影響很大，刑期較重，所以會很審慎的處理。

**B：就個別案件而言，我會擔心無法完成工作，但就擔任檢察官而言，我覺得沒有問題**

## (二)組織結構與控制

檢察機關與一般官僚組織之階層化、功能化之情形不太相同，因為依照法院組織法及刑事訴訟法之規定，刑事偵查、訴訟、執行之指揮主體是個別檢察官，而非是檢察署，故而指揮書、起訴書之署名係以個別檢察官之名義為之。而由於各別案件之不同，長官亦無從於案件進行中為指揮，是僅得就案件量、案件進行次數及時間等數量化之依據為管考。惟由於個別地檢署之收案量、案件難易度、人力資源情況均有所不同，是若處於人力資源不足，收案量又較大之地檢署，行政管考即成為一種壓力。

**B：結案的數字對我的壓力最大，因為量大到一定的程度，光要每個月的案件量打平，就要蠻花心力的，更何況希望要把案件的數量再壓下來，就會覺得吃力**

## (三)工作上之表現

由於司法官、律師人數不多，且多為法律系出身，相互之間多有師長、同事、學長學弟之關係，故工作表現情況如何，除反應在案件管考數據外，就案件實際之品質，也會有相當之風評，故一般檢察官就其工作均會戰戰兢兢，以求良好之表現，亦為一種壓力來源。

**A：是沒有準備好的部分，因為要是案子能準備好，表現就會好，如說起訴的證據不夠充份，就會感到焦慮。法官若是證據要求嚴格，然後遇到證據不夠充份的案子，事前就會覺得很擔心、擔憂，如果這個法官對於訴訟程序的要求不是那麼嚴格，就不會擔心。繁雜的案件就會擔心它無法順利進行，就會擔心它，只要那個案件要進行時，就會擔心它**

**B：我在當學習司法官的時候，因為想要盡量達到指導老師的要求，常常處於亢奮的狀況，都睡不著覺，現在在工作中則會時常感到疲倦，比較不會失眠。另外我對於接性侵害專股也覺得壓力很大**

，因為我覺得自己知道的太少。

#### (四) 其他

就壓力源的部分，輿論與人際關係均為相當之工作壓力，像本次訪談中A受訪者之情形，有關手銬之狼釋放的輿論攻擊對其而言，已經造成一種創傷，會對其未來就案件之處理及工作情緒形成深刻的影響，故就輿論的壓力而言，可說是檢察官工作壓力中的一項不定時炸彈

A：那是一件執行案件，實際上判決還沒確定，就叫被告來執行，被告是一個妨害性自主的被告，實際上他沒有犯行多件，只有一件要執行，一件在偵查中，手銬之狼的名稱也是媒體封的，因為他曾經有一件案子替被害人戴上手銬，所以媒體就替他取了這個名字，比較有新聞性、較為聳動。當時他的案件也不是我承辦的，是另一個檢察官的案件，但是我們有互相代理。執行科的案件收案處理是書記官，我們也看不到卷，本件承辦書記官收案後就通知被告來執行，沒注意到被告是否合法收受判決，被告到案時我正在法庭蒞庭，書記官匆匆忙忙的跑來找我，告訴我這名被告說他沒有收到判決，我就跟書記官說，你再看一下，如果確定沒有收到判決，案子還沒確定，我們就不能執行，要讓被告回去，將案件退回法院從新送判決，書記官就說好，後來讓被告回去。沒有想到被告回去後就引起渲然大波，說被告還有另案在偵查中，為何我們沒有通知偵查股做其他的處分，但實際上被告另外還未到通緝的階段啊。然後，媒體就報導警察好不容易抓到人，我們就讓被告走了，實際上我們當時也不知道有偵查的案件，而且原執行案確實應退回法院。媒體只聽信警察的說法，說我們縱放人犯，警察不知道有一種程序是案件未確定的狀況。當天晚上記者就知道了，打電話給我問這件事，我當時不知道事情有多嚴重，就跟他說我下午確實是處理了這件事，這個案件還沒確定，我請書記官讓被告先回去，要從新送判決。第二天這件事就登的非常大，還是全國版的，說手銬之狼被縱放了，我才知道被告在偵查還有案子。因為媒體炒作太厲害了，監察院就開始調查這個案件，要我們寫報告，及要求檢察長至監察院報告，接下來就很多很多的壓力，要跟襄閱主任檢察官及檢察長解釋整件事的經過，因為他們也要向監察院報告，最後懲處結果是懲處了書記官。那一陣子會心情低落、失眠，沒有工作情緒，對於工

作有倦怠感，覺得自己很認真的在做這份工作，卻因無心之過，甚至自己根本沒有疏失，卻要遭到輿論的壓力，長官的壓力。當時檢察長有安慰我，說調查的委員是他很熟，不會怎樣，但襄閱跟我說，這件事有可能很嚴重，我造成檢察長及地檢署的不便等，讓我每天都很想哭，襄閱會把壓力直接反映出來，檢察長對下屬是很寬容的。當時因為這件事的發生，造成我沒有心情處理遲延案件，最後因為遲延案件過多，所以當年考績就乙等了。

B：我自己案件還沒有遇過新聞報導，但是當地檢署的同事對自己的評價已經走樣了，會形成壓力，我會選擇離開，但我不會替我自己辯解

#### 四、檢察官工作壓力反應

基於上述種種的壓力源，造成檢察官在身體、心理、及行為上各種壓力反應症狀，其中以腸胃方面的疾病最為明顯。

A：不致於常常失眠，因為太累了，但是偶爾還是會失眠，但是想到我的案子的時候還是會失眠，以前做偵查的時候，都會想到我的在押人犯及遲延案件，在公訴的時候會想到這個案件如何出證、如何結問而失眠，及當面對眾多律師的時候要如何攻守的問題，就會失眠。疲倦是每天都會。精神緊張是常常會發生的，焦慮、急躁會有一點，不知道案件要如何下手時會焦慮，急躁是還好。我有特定的腸胃方面的毛病，一緊張腸胃蠕動較快，容易胃痛、肩頸酸痛，有時候會有頭痛，精神不能集中的情況。

B：本來我的身體還不錯，在擔任學習司法官的時候才開始失眠，分發之後到台南地檢署任職，原來還好，不過當時因為還要趕論文，才累了還曾經昏倒過。到桃園之後，一下子接了二百件案件的大股，因為案件不熟悉，所以很緊張，而有胃潰瘍的情況。

#### 五、檢察官工作壓力因應策略

##### (一)問題導向因應方式

一般來說，檢察官就工作內容產生之壓力，多以求助他人之經驗及專長以尋求解決，即為以問題導向之因應方式解決壓力。

A：我常覺得我壓力大是因為遇到複雜的案件難以進行，不知從何下手

，例如資產掏空的案子。我會請別人提供意見，看這個案子要如何解決。我以前會猶豫不決，但後來就果斷多了，我會想成我果斷的將案子結束是對當事人較好的，因為我們不是終審，當事人有救濟之道，我拖的越久，事實就越模糊。

**B：面對工作壓力的部分，我通常是會去問其他人的意見，尋求幫助。**

## (二)情緒導向因應方式

如果遇到無法解決或是工作內容本身以外之壓力，即多以尋求情感支持之方式疏解壓力。

**A：我會把壓力講出來，跟同事、先生說出來，通常是講出來發洩，希望能得到感情上的支持。也會尋求他人支持。也會去作SPA、按摩、逛街、和朋友吃飯、聊天、唱歌、抱小孩，以舒解壓力，都可以暫時把壓力丟在一邊，可以借由和先生說話的方式，把壓力講出來，會很舒服。**

**B：我通常舒解壓力的方式是跟貓咪玩，若遇到沒有辦法解決的壓力，就會抱怨一下，等待事情的改善**

## 肆、代結論

本研究的主要目的為探討目前檢察官從事偵查的過程中，所遭遇到之工作壓力為何，因此而有如何的身體及心理反應，對於工作、生活的影響及因應策略。茲將結論摘述如下：

檢察官主要工作壓力來源區分為二部分，第一部分為與工作內容衍生之工作壓力來源，第二部分為外在環境之工作壓力來源。工作內容衍生之壓力來源，可分為三層結構，第一層為工作量過大的壓力、承辦複雜重大案件的壓力及人際互動等工作壓力，是與檢察官個人及工作內容相關的初始工作壓力；第二層的工作壓力，則由第一層之工作壓力而衍生出來的，包括工作時間的壓力、案件決定及進行的壓力；最後第二層的工作壓力再衍生出第三層之工作壓力，其中工作與家庭兼顧的壓力、進修及研究的壓力係因工作時間過長造成的，另案件管考及考績的壓力，則係導因於案件的決定及進行不易而來。另就外在環境壓力部分，主要為了大眾媒體的壓力、陳情及關說的壓力。此外，檢察官工作壓力來

源是相互影響及連鎖反應的，以承辦重大案件為例，檢察官與法官因為承辦重大案件，而以長時間的心力投注於單一案件工作上，因此而忽略了家庭，複合產生了工作時間過長及無法兼顧家庭的壓力，又因為將心力投注於單一案件，致承辦的其他案件遲未進行或結案，從而亦感受到行政管考的壓力。

檢察官面對工作壓力的適應方式，可分為自我保護反應、直接控制、直接行動等三個層次，其中自我保護反應的部分，受訪者會以否認、合理化、幻想等心理作用，維持個體心理的穩定；直接控制的部分，受訪者則會以運動、旅遊、尋求社會支持等方式，舒解或遠離工作壓力；直接行動部分，受訪者則會面對壓力源，以直接有效的方法來解決壓力源。

在工作壓力反應出現後，檢察官應如何調整個人工作及身心狀況，使之恢復正常，又司法行政機關應如何協助處理，則有以下的建議：

## 1. 強化調適能力

### (1) 建立社會支援體系

不論已婚或未婚的檢察官，均有其個人所屬的家庭，若其能多參與家庭活動，除能舒解壓力外，亦可獲得相當的社會支持。此外，在與同僚、朋友的相處上，能有融洽的環境，亦可宣洩壓抑，達到舒壓、平撫心靈的效果。

### (2) 提倡休閒生活

運動及其它休閒活動，可謂為檢察官間最佳的聯誼、舒壓方式，可有效的緩和工作緊張與嚴肅的壓力，司法行政機關自應多舉辦及鼓勵球類及其它運動活動，或舉辦眷屬自強聯誼活動，促進彼此感情。

## 2. 設置支援系統

警界在多年前即已設立「關老師」輔導系統，並與醫院合作設置諮商室，強化輔導措施。然而，檢察官工作壓力雖不下於警察人員，諮商及支援系統至今卻付之闕如，似仍將檢察官工作壓力反應視為個人的缺陷，而任由其自生自滅。蓋不論檢察官工作壓力與壓力的反應的關聯性已如前述研究中可知，然就檢察官的養成不易而言，若能使

身心失衡的檢察官儘速恢復正常，返回工作崗位，亦為國家之幸。故法務部實應與醫院、心理治療師等建立合作關係，提供檢察官諮商的管道，加強輔導及治療的工作。

### 參考書目

張常妙（民91）。工作壓力、工作情緒、因應策略與心智模式相關之研究—以台南市稅捐稽徵處為例。國立中正大學企業管理研究所碩士論文。

何家齊（民87）。大學生的樂觀傾向、壓力因方式與生活適應的相關研究，國立彰化師範大學輔導學系碩士論文。

王伯頌（民89）。基層員警工作壓力與其因應策略關係研究，國立中正大學犯罪防治研究所碩士論文。

于文正（民79）。壓力知覺，因應策略與個人憂鬱程度的關係，國立台灣大學心理研究所碩士論文。

吳芝儀、李奉儒譯（民84）。質的研究與評鑑。台北市。桂冠出版社股份有限公司。

Larzarus & Folkman (1984). "Stress . Appraisal and Coping", NY : Springer Publishing Company .

## 寫給花蓮—往復奔馳彼岸的世界

王宗雄\*

「檢察官，報驗。」法警又拿了一張報驗單給我。看了看案由，問明警察後，偕同法醫確認亡者身分、由法醫判定死因、有無解剖必要？檢察官覆核，問明家屬意見。結案。法律術語曰：「外勤」，檢察官例行的值班勤務。

於是，我們反覆儀式性地，介入亡者的家庭。

有些同學，不喜歡在外奔波，甚或面對死亡，便選擇當法官。

然而，我總想著這是為人善終，也是好事一樁。每回相驗，反而多聽到不同的人生旋律。

### \* 走在山腳下

其一：

來花蓮的第一次相驗，是在玉里。初來乍到，也搞不清楚天南地北。其實，從花蓮市到玉里鎮，以西部地理位置而言，便是從台中到嘉義，須跨過北回歸線。走在省道台九線公路上，雖車程迢迢兩小時，一路有山有田，也是愜意。

到了現場，眼前是破落的矮平房。原只有阿嬤跟孫女同住，九月初孫女考上大學，去新竹念書，還是天天跟阿嬤通電話。連著兩天沒找到阿嬤，託付家鄉的男友（是的，此地高中畢業便工作的比例還不低），聞到奇怪氣味，拉著鄰居阿姨前去查看，才發現阿嬤倒臥在樓梯間，已沒了氣息。到場時，暑氣仍盛，阿嬤臉部已發青腫脹，味道不太好聞。孫女仍緊跟一旁，送阿嬤的最後一程，她不肯錯漏半步。

阿嬤五、六個兒女，女生多半嫁到鄰近鄉鎮，男生則在外地工作。小妹妹在隔代教養中長大，顯得格外獨立、自主。雖然有時過度的早熟，讓人看了心痛。她幽幽地說：「如果我沒去念大學，阿嬤今天就不會發生這種事了。」我一時愕然，也只能鼓勵她要繼續完成學業，讓阿嬤在天上，看了也歡

---

\* 王宗雄 前臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官，現臺灣新北地方法院檢察署檢察官

喜。

其二：

第一遭白骨案，也是在玉里的深山間。

「哥哥去年中秋節前聽聞颱風將來，冒著風雨，想去採生薑，減少損失，誰知一去不回。哥哥是小兒麻痺，左膝蓋換過人工關節。一看那關節，就知道是哥哥。」死者弟弟流著淚說。

這類案件，最怕查無死者身分。既然死者弟弟已出面指認，再有DNA比對即可。心下鬆了一口氣，驅車前往玉里。

那是更偏僻的山間了。一路隨山路蜿蜒而上，到一個名喚春日的小村落。

死者遺骨先停放在葬儀社。此地葬儀社不掛招牌，簡陋的鐵皮屋，空間極小，想辦場稍微體面的葬禮，恐怕都嫌困難。有具小小的棺材，裝著死者遺骨。恐怕是為節省費用，直接買了小號棺材。

初見白骨，還是不免震驚。人之肉身，經歷不過年餘，全還諸天地。佛家有謂「白骨觀」之修行，去我執，尋天理。這是法門，途中畏怖仍然不減不散。倒是弟弟一派坦然，或許原住民對生死更顯達觀，只關心何時能領回哥哥遺骨。

用最快的程序，請法醫複驗，確認骨頭上無何鈍器砍痕；再請鑑定機關採集遺骨，比對DNA後，很快就結案。

這件是初春，三個婦女偕伴要去山上採箭筍時發現的。說是採箭筍，言談中又說到牛樟芝很好吃云云（依法，野生牛樟芝禁止採摘！）。也罷，就當她們是玩笑話。多虧有她們三姊妹花，才讓死者早早回家呢。

## \* 走在海岸邊

其一：

母親節前一天夜裡，一對夫婦爭吵。先生拿了把小彎刀，刺死太太。

近海的小鎮，居民議論紛紛。到了現場，分局長竟也在場坐鎮，說：這是三十年來此地第一件兇殺案，真是人倫悲劇。犯案的先生約莫五十多歲，但臉上因長年勞動工作，滿是風霜。逮捕時還渾身酒氣，語焉不詳。女方親友憤慨非常，兄長指著先生說，他打我妹妹十幾年了，該死！亡者一個兒子、兩個女兒紛紛從桃園、台中趕回來，都是在外地討生活的原住民。掀開白布驗屍時，子女齊跪，哭了，私心裂肺地哭喊。通常，相驗時我常說節哀順

變。然而，對於此種家內極端的暴力，身為外人也無法輕易落下話語。

後來，先生暫時待在看守所了。幾次問案，沉默地很。問為何要拿刀刺太太？總是只說喝酒誤事。這樣的案件，往往是長期累積的家庭暴力。轉問兒子，為什麼明明知道爸爸常常打罵媽媽，卻不向外界通報？兒子也是一陣默然，有種無可奈何在流轉。

「反正海終究會再出現，在芭崎，在磯崎，在加路蘭。

午後我走到加路蘭。這是一個迷人的小部落，可惜一旁的加路蘭溪也正在進行工程，看來又是另一條被整個挖起，從溪床到溪岸都加以「再造」的溪。部落的路小小的，房子矮矮的，村民安安靜靜的，很能抵抗海風的厲害。他們大部分是加禮宛事件後遷移到這裡的加禮宛人，距離那個傷心的時代已經一百多年了。在這段時間中，他們有耐心地把每回颱風破碎的屋瓦補上，摧毀的農作物種回去，重新造船、結網、捕魚。」

〈〈吳明益／步行，以及海的悲傷／家離水邊那麼近〉〉

事後，過多的責問恐怕造成二度傷害。唯有更普遍的宣導，方能避免憾事重演。

要如何去面對這樣的爸爸？用恨嗎？用一輩子的憤怒嗎？

面對如斯巨大的悲痛，誰都無法輕易作答。人生，很多時候是靠自己衝撞出一個答案的。但我還是說，如果願意的話，多去監所看看爸爸。或許，有一天你們會找到彼此都接受的出口。

反正，海總會再出現，在不遠的某個地方。

其二：

大港口是阿美族的傳統部落。更為遊客熟知的，應是從瑞穗遊客中心泛舟，一路順溪而下，便到長虹橋。刺激好玩，多麼放鬆。

這回，亡者就是在港邊，玩水溺斃。然而，他不是遊客。

據港邊老闆娘說：他一早就一個人來游泳，還上岸吃碗貢丸湯。我還叫他不要玩這麼久，很危險。

弟弟說：哥哥十年前失業，有憂鬱症，才回老家住。常常自己一個人騎機車到海邊玩。

海巡人員說：民眾通報後，搜尋好幾個小時，才發現亡者卡在礁石縫邊

相驗後，確認亡者是生前溺水死亡，綜合老闆娘目擊證詞，研判係自行玩水溺斃，無他殺嫌疑。

因為亡者弟弟說哥哥常大白天就喝酒，為求慎重，請法醫幫忙抽血，量測酒精濃度。

死者血管中已無血液流動，所以法醫拿起長長針筒，插入心臟，從心室取血（若仍抽不到血，便須從眼球中抽取眼底液）。這過程對於我們這類沒醫學背景的，自是有點觸目驚心（但日後看多解剖畫面後，似也習慣成自然）。此時，門外忽有宏亮哭聲拔山倒樹傳來：「阿兄阿～～」，從門口急急跪行而來。

趕緊請員警問明來者何人？原來是死者妹妹。依傳統習俗，未在家的晚輩須從家門口跪行而入，以示對死者的哀悼與歉意。

有點<<父後七日>>的黑色幽默，大概是妹妹的哭喊乃至於跪行，過於浮誇。然在此場合，基於專業，也基於禮貌，仍是不動形色的請妹妹先出去，以利完成相驗程序。

製作筆錄時，死者弟弟說：哥哥自從回家後，都是伊在照顧。憂鬱症情況時好時壞，本來想說老家風景好，能讓哥哥散心。卻是整日買醉，吃藥也無效。

曾經聽某個法醫這樣說：相驗，是為了聆聽亡者留下來的聲音。

身在一旁的我，卻更想聆聽親友們，如何解讀亡者留下來的聲音。那關乎接受、關乎釋懷。關乎生者未來的路。

## \* 走在城市中

「我沿著場上的跑道繞圈子，由慢跑而疾走再轉為從容繼續漫步，間或停下來，面對著海的方向，聽海浪的聲音越過沙灘、防坡堤和燈光稀微的北濱街一帶舊聚落的住家小店及福德宮。聲音似被夜晚壓抑著，但也因穿行過黑暗而顯得好像更具有重量，一陣接著一陣，但好像又是輕盈的，一再反覆，一種永遠動盪不已的神祕旋律，在空氣裡上升，然後來到我的身邊跌宕遊走，然後降落在這個平坦的山崗上。」

## 《陳列／作夥／躊躇之歌》

現下，花蓮常被譽為五星級城市。冬有紅面番鴨悠游鯉魚潭，逗趣可愛；夏天有夏戀嘉年華，煙火連夜。自然奇景太魯閣、七星潭，本已遊客如織。近年來，陸客更多。這當然都是花蓮進步的一面。然而，正如從台北觀點看台灣，不時有「天龍國」之譏。從花蓮市看整個花蓮縣，恐怕也錯漏不少可以改進之處。

因著相驗，往復從省道台九線、台十一線遊走，穿越花蓮的山與海，奔馳在亡者的世界。許多人生的歌，快速響起。亡者不再說話，只用肉身譜曲。願我們都聽見這樣的歌，聽見內裡的悲苦與哀愁。唯有如此，這樣的城市，才有可能屬於全部人民的幸福。

雖然是那樣一首微弱的、哀傷的歌。

那樣躊躇喪志，企盼與某人重新作夥的低迴。

書 名 公理與正義—臺灣花蓮地方法院檢察署刑事實務論  
文集

發行人 黃和村

出版機關 臺灣花蓮地方法院檢察署

地 址 970 花蓮縣花蓮市府前路 15 號

電 話 (03)-8226153

機關網址 <http://www.hlc.moj.gov.tw>

總編輯 許建榮

副總編輯 王怡仁、詹常輝

編輯小組 林英正、張立中、羅美秀、黃思源、林俊佑、陳宗賢、陳佩芬、林承翰、羅國榮、林敬展、陳靜誼、余佳恩、江昂軒、曹智恒、徐網廷、陳世忠

美術編輯 吳淑華

印 刷 社團法人中華民國領航弱勢族群創業暨發展協會

出版日期 中華民國 106 年 6 月出版

定 價 新台幣 300 元

ISBN 978-986-05-2906-7

GPN 1010600939