

# 電子商務之刑事侵權—妨礙秘密罪與電腦犯罪

黃宏全\*

## 目次

- 壹、妨礙秘密罪
- 貳、電腦犯罪

## 壹、妨礙秘密罪

### 一、前言

於人們步入工業社會之前，並沒有所謂的隱私權概念的存在，當時的人們仍舊生活在共同團體中，公與私的領域區分並不明確，當然互相觀望的視線也是交錯無礙的。然而當人們一旦進入工業社會，社群生活漸漸雜沓，於都市中形成公與私的物理性空間的區隔，人們視線的交錯被限縮阻隔在公的領域之中，此現象有助於個人概念的發展，產生了個人私生活領域不受干擾的需求與法律問題<sup>†</sup>。整體說來，妨害秘密罪章所要保護的法益，主要是人民的私人或內在領域，或稱作個人的「安心領域」，亦即免於恐懼的自由<sup>‡</sup>。而妨害秘密罪章中與個人「人格」有關的犯罪類型，它的構成要件都是基於一個前提下被設計出來的，就是個人發展自我人格而得享有自由空間的要求。傳統上對於隱私權的侵害，大致分成四種類型，亦即侵入（對於他人具有物理性隔絕的領域的侵入）、私事公開（公開他人若被大眾知悉則會感到精神上痛苦的私事）、公眾的誤會之引起（公開私事讓公眾產生誤解），以及盜用（以營利為目的而無故使用他人姓名、肖像）<sup>§</sup>。就這

\* 現任輔仁大學法律學院副院長兼學士後法律學系系主任。

† 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第51期，頁99。

‡ 陳志龍，法益與刑事立法，頁二。

§ 這是 William Prosser 氏於一九六〇年分析美國諸多判例所整理出來的類型（William Prosser Privacy, 48 Calif. L. Rev. pp.389-407 (1960)），不過我國內學者認為，這四類型仍有諸多問題，例如第四類型，其所要保護的毋寧說是一種排他的財產上利益，而與隱私所著重的精神上的保護不同；至於第三類則應屬於侵害名譽之行為，是一種誤導社會對人格評價的行為類型，並非是將不受社會評價之事公諸於世之行為，此從本法第三百十條第三項後段係規範公開隱私之行為，必須於結果評價上有毀損名譽的危險性來現縮成罪的規定可以觀之。因此，將名譽的保護

四種侵害，於第二次世界大戰之前，通常是以民法或行政法為事前規制或事後救濟，至於刑法上的規制則僅是聊備一格而已。而刑法上的規範又可分成私領域的物理性侵入的禁止以及私人秘密的保護兩種<sup>\*\*</sup>。私領域的物理性侵入類型中的典型不外是妨害書信秘密罪的規定。書信是以封緘的行為來表示其私領域的範疇，不論書信的內容如何，書信一旦封緘即代表了享有該書信內容資訊的利益持有人不欲他人的探知或予以評價。至於規制中的第二種類型，亦即秘密保護的類型，則較為複雜。這是因為並非所有的個人資訊都是「秘密」，而且無類似於「封緘」等物理性動作來表示秘密之所在，因此其犯罪定型化的要求會比較難以達成<sup>††</sup>。在一九九七年刑法修正之前，關於此「秘密」範疇的限定是利用兩種方法為之，係以界定行為人的身分地位並加上「洩漏」的行為來定型化。惟礙於本文篇幅，於此大部分將有關於私領域的物理性侵入類型（包含妨害書信秘密罪與八十八年增訂的窺視、竊聽及竊錄罪），作一說明，並針對其中修改及新增訂的各種犯罪構成要件加以論述之。

## 二、妨害書信秘密罪

書信本為人們溝通訊息的方法，也是開展個人人格發展的管道，而當人們欲保有正在溝通中的訊息的秘密性，通常是將書信封緘，然而一旦封緘投郵之後，又難以用自己的力量來保護秘密，因此國家會以刑法來保障已經過封緘書信的秘密性。換言之，這裡是把憲法上基本人權的保護，透過刑法規範加以確認。

### （一）行為客體

#### 1. 文書與文件

一般國內文獻上對於本法第三百十五條之規範慣稱為「妨害書信秘密罪」，其意思應該是說，妨害書信秘密罪的原形應該僅限單純地對於書信秘密提供保護。不過，現行規定已將保護的範圍擴大到所有的封緘文件而非僅限於書信，因此本罪似乎不宜繼續稱為妨害「書信」秘密罪<sup>‡‡</sup>。從形式上來看，本罪的客體包括有封緘信函、封緘文書以及封緘圖畫三者。信函，是指人與人之間書面的傳達，

---

視同為隱私的保護，則是有值得商榷之處。至於侵入住居的部分，雖說也算是一私域物理性的侵入行為，不過侵入住居所要保護的包含了許多如人身、財產及隱私等不受侵害的利益，如將保護法益範圍較寬的罪解釋成較為狹窄的罪，於邏輯上並不妥當。李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第51期，頁99。

<sup>\*\*</sup> 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第51期，頁99。

<sup>††</sup> 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第51期，頁99。

<sup>‡‡</sup> 陳志龍，法益與刑事立法，頁二一二。德國亦有學者指出，將「信函」指出成為一個獨立的要素是無意義的，因為「文件」之要素就足以適用涵蓋。（Schmitz, JA 1995, S.297）。

然而因法條中之「文書」可謂是信函的上位概念<sup>§§</sup>，所以本罪規範客體應著重於文書的概念，因此，於此必須先明白本條所謂的文書與偽造文書罪章的文書有何不同。德國現行法和文獻上的用詞，於此有關之概念稱之為文件（Schriftstück）<sup>\*\*\*</sup>。德國現行法第二百零二條的前身是第二百九十九條「侵害信件秘密罪」，舊法所規定的客體也是「封緘信函或其他封緘之『文書』（Urkunde）」，之後考慮到並非所有本罪欲規範的客體，都是偽造文書罪章中的文書，因此將客體修改成「文件」<sup>†††</sup>。所持的理由為，偽造文書罪章中的文書概念從文書犯罪的保護法益角度來解釋<sup>†††</sup>，它應該指的是一個「固定於一個實體型態之物體上實體化的思想表示」，透過視覺感受使一般人能夠理解所表示的意思內容，最重要的，就是它還明示了制作人，目的在於擔保了該內容具備了法律上重要的事項<sup>§§§</sup>。

與此相對的，妨害書信秘密罪顯然不是要保護文書的證明功能乃至於交易安全，而是不同方向的利益，因此這裡所稱的文書也只要求是一個實體化的思想表示，而不需要內容也涉及法律交往上的重要證明事項，與前面的文書的意涵範圍並不相同。所以該文件的意義是，內容為一定的思想意思表達，至於是否具有證明重要事項的功能，則在所不問。如果堅持本罪的客體是文書而非文件，那麼像是日記等許多物件，均會因其並內容不具有法律或經濟上的重要證明事項而不能算是本罪所要保護的客體，這就可能違背了當初立法者的意旨了。早期德國的學界，在其舊法的規定之下，也直接超越該法條的文字，將條文中的「文書」解釋成「文件」<sup>\*\*\*\*</sup>。不過這樣的解釋不免有違反罪刑法定之虞，為了解決這一個文義上的問題，還是有賴日後修法將之改善了。

## 2. 文件內容

如果先將本罪的客體解釋成「文件」，那麼於此的文件應該具有何種內涵呢？依照德國通說見解，這裡所稱的文件，泛指所有透過文字或數字（包括符號）標記的實體化的思想表示。信件當然是最典型的例子，但是並不侷限於此，不一定是為了要做傳達之用，只要是思想表示，寫給自己看的也算在內，因此也包括了日記，筆記本，計畫書等等。

<sup>§§</sup> 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（上），月旦法學雜誌，第七十期，二〇〇一年三月，頁一五二。

<sup>\*\*\*</sup> 用詞與此相關的國內文獻，僅見林山田，刑法各罪論（上），增訂四版，頁二六七以下。

<sup>†††</sup> 參閱 Blei, Strafrecht II, 1983, S.120。轉引自蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（上），月旦法學雜誌，第七十期，二〇〇一年三月，註18，頁一六〇。

<sup>†††</sup> 按照一般說法是「法律交往（文書之證明功能）的安全與信賴」。

<sup>§§§</sup> 學說上的定義大致不超過如此的範圍，轉引自前註6，註16。

<sup>\*\*\*\*</sup> 如 Schäfer, Strafrechts-Lehrbuch, 40. Aufl. 1954, S.259。轉引自前註6，註19。

相對於本罪章中其他處罰洩漏行為的罪名而言，本條所要保護的是一個「形式界定」的秘密領域或者稱作「一種以特定方式被形式化的資訊保密利益」。簡單的說，這裡涉及的是個人在「資訊自主決定」方面的權利。但是因為本罪所要保護的畢竟還是「個人的生活與秘密領域」，因此文件的內容至少仍必須與人格有相當程度上的關聯。基於這樣的觀點，德國通說則進一步主張，如果所涉及到的文件是大量印製的印刷品，諸如廣告紙，報紙，書籍期刊，郵票，鈔票，器材的使用說明書等，就應該不是本罪的適用客體<sup>††††</sup>。惟在德國少數說則認為，就印刷品的部分可能就不能一蓋而論，必須就具體個案視之，不應一蓋剔除。例如，某某人訂閱了色情書刊或隨之寄送而來的最新訊息，關於此種特殊內容的文件，如果被他人知悉時，不免會因該特殊的訊息而對該某人產生特殊的評價，因此，這種文件當然也會涉及到人格及保護價值的問題，應該仍是屬於個人資訊的保護範疇<sup>†††††</sup>。而少數說也認為，雖然在絕大部分的情形，印刷品到最後都還是會被排除，從結論上而言與通說之間並沒有太大的不同，但是在解釋上預留空間可以避免因為過早剔除而形成保護的漏洞。至於本條所稱的「圖畫」是否也需要和人格有一定之關聯，存在著相同的問題，於此便不再論述。

### 3.封緘

按本條條文之規定，前述的文件還必須加上封緘，才屬於本罪要保護的客體。所謂的封緘是指，封閉開口，而使他人無法自外部知悉其內容知措置<sup>§§§§</sup>。本罪並非在保護形式上封緘的完整，而是要保護內容不被探知<sup>\*\*\*\*\*</sup>。立法者藉由文件上的封緘措置形成了「形式的秘密領域」，代表秘密持有者加上封緘之時，即表示他要排除無權限之人知悉其內容的可能性，這個動作表明了不希望他人的任意探知與評價。所以，封緘只要被排除或開拆，便使得文件內容有被知悉的可能性，就已經是屬於危害了文件的秘密性，因此學說也將本罪列為危險犯的類型<sup>†††††</sup>。而在學說上也有提到，在具體個案中還是必須去判斷封緘的「任務」，只有當封緘的動作是表達封緘者要透過封緘來排除他人知悉內容的意志時，才有本條的適用；如果僅僅是為了基於經濟或安全上的考量而保存文件本體（例如防髒

<sup>††††</sup> 我國學者如甘添貴認為，廣告函件係無關個人私生活之事項，解釋上應排除在外。參甘添貴，體系刑法各論，第一卷，二〇〇一年九月，修訂再版頁 469。

<sup>†††††</sup> 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（上），月旦法學雜誌，第七十期，二〇〇一年三月，頁一五四。

<sup>§§§§</sup> 甘添貴，體系刑法各論，第一卷，二〇〇一年九月，修訂再版頁 467。

<sup>\*\*\*\*\*</sup> 陳志龍，法益與刑事立法，頁二一二。

<sup>†††††</sup> 認為，不以被害人秘密事項發生已為行為人或他人知悉知結果為必要。甘添貴，體系刑法各論，第一卷，二〇〇一年九月，修訂再版頁 459。

或防竊或收納之用) 加上封緘, 就應與本條無涉。

當然學說上也要求封緘與文件二者之間必須有相互結合的實際狀態, 也就是從生活經驗上的角度觀察, 二者相互關連, 而不能是兩個獨立的狀態, 像是把信件鎖在木盒中, 就不能算是這裡的封緘<sup>++++</sup>。不過國內有學者主張, 將未封緘的書信置於上鎖之抽屜中, 他人既以將信函鎖於抽屜, 乃表示無意使其內容為外人所知悉, 倘若開啟抽屜則即足侵害他人隱私, 因此應不以封緘與信函成為一體為必要<sup>§§§§</sup>。當然在我國尚未類有德國立法之規定情形下, 如此解釋也是用心良苦, 惟為了避免抵觸罪刑法定且造成個案認定的困難(例如「信箱」算不算), 還是認為封緘與文件二者之間, 在經驗上必須具有相互結合的一體性, 方有本條之適用。

其次, 在資訊電腦(數位)化的時代下, 本條文中關於文件與封緘的概念, 是否能派的上用場? 這裡涉及到兩個問題, 一為電磁紀錄是否該當本罪的適用客體; 另一為於電腦中有附加保護措施是否亦屬於本條之封緘。以下即綜合上述的原則與概念, 加以論述。

#### 4. 電子郵(信)件

國內有文獻主張, 既然現行法第二百零二條第二項以將電磁紀錄視為準文書, 那麼他人電腦中的電子郵件自然就可以成為妨害「文書」罪的客體; 並且只要該電磁如紀錄所保存的資訊有加上密碼, 在解釋上自得與封緘同視, 如果未經允許侵入他人電腦之後, 並破解密碼觀看他人電子郵件的行為, 當然也會夠成本罪<sup>\*\*\*\*\*</sup>。不過, 如果接受於前對於「文件」與「文書」的概念區別, 既然妨害秘密罪的文書不能與偽造秘密罪章的文書同視, 那麼電磁紀錄充作準文書的規定就不是當然可以直接適用<sup>+++++</sup>。就算真的「遵守」罪刑法定, 就算可以透過第二百零二條第二項讓電子郵件成為本罪的客體, 畢竟法條另外還要求客體是「封緘」的, 而對於封緘的理解, 指的應該是一個具體意義而非象徵意義的封緘物品<sup>+++++</sup>, 因此基於罪刑法定原則, 除非修法彌補漏洞, 否則開拆或隱匿他人的電子郵件仍然不構成本罪。新型態的秘密儲存方式當然也有保護的必要性, 例如有人

<sup>++++</sup> 為了保護這種用「容器」型態來置放文件的情形, 德國刑法第二百零二條特別增設第二項來規範, 這樣就不會有處罰的漏洞。

<sup>§§§§</sup> 甘添貴, 體系刑法各論, 第一卷, 二〇〇一年九月, 修訂再版頁 466。

<sup>\*\*\*\*\*</sup> 甘添貴, 體系刑法各論, 第一卷, 二〇〇一年九月, 修訂再版, 頁 466。又甘老師也認為, 本條後段之規定, 其類型包含了利用電腦透過網路窺其內容等。參頁 470。惟, 本文認為, 縱有後段新增規定, 似應亦有「封緘」概念的問題存在。

<sup>+++++</sup> 認為電磁紀錄並非本罪的客體, 黃榮堅, 刑罰的極限, 頁 330、331。

<sup>+++++</sup> 換言之, 必須是一個猜開一個用糝糊, 膠水, 膠帶或至少適用釘書機釘好的信封, 才算。黃榮堅, 刑罰的極限, 頁 192、307。

會以電腦來書寫日記，沒有人會去懷疑這種秘密型態的保護必要性。但是因為罪刑法定原則是防止刑法被濫用的基本界限，因此遇有爭議時，毋寧還是採取保守的看法，透過立法或修法的方式來改善較為妥適。

關於這裡的修法，或許參考德國刑法第二百零二條之一的規定：為自己或第三人無權取得設有特殊防護之資料者，處三年以下自由刑或罰金（第一項）。第一項所稱之資料，係指經電子、磁性或其他無法直接感覺之方式所儲存或傳送之資料（第二項）。這一個條文就是在彌補使用電腦設備後，在妨害秘密罪章所形成的法律漏洞。對於他人資料的取得，該資料既然已經所有人加上特殊的防護裝置，對於被害人而言，就代表了相當程度的利益損失，簡單的說，這個條文也是在保護一個形式劃定的秘密範圍<sup>§§§§§§</sup>，亦即以是否有加密來認定可罰性的範圍<sup>\*\*\*\*\*</sup>。

## （二）構成要件行為

### 1. 開拆與隱匿

既然本罪是將被害人的秘密以「封緘」的物理性隔絕作為秘密的形式領域，因此，本條對於構成要件行為有相當程度的的限定，所以是屬於定式犯罪的一種，而該行為類型係屬侵入秘密類型，並非洩漏秘密類型<sup>††††††</sup>。一九八二年的立法理由有提到，「蓋無故公表他人之秘密文書圖畫，若其秘密因開拆而得者，自可適用該條第一項之規定。若得之傳聞，而非自行開拆者，則箝制言論，未免過甚，固各國立法例，多不採之。」因此，本條文中所處罰的行為並不包括單純傳述他人文書內容的行為，而僅限於直接開拆。所謂開拆，就是泛指所有在物理上使封緘失其效用的行為，但不以封緘被破壞為必要。此外，學說通說也認為，於此僅需要讓文件內容「可能」被知悉，而不需要實際真的被知悉內容<sup>††††††</sup>。換言之，是一種危險構成要件<sup>§§§§§§</sup>，開拆的行為就已經危及到了封緘者的保密希望。

本條前段的另一個行為態樣，則是「隱匿」。所謂的「隱匿」，是加以藏匿之意，以阻礙他人收到信件或文件的行為。於此僅需行為人將他人的信件隱閉藏

<sup>§§§§§§</sup> 黃榮堅，刑罰的極限，頁 201。

<sup>\*\*\*\*\*</sup> 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（上），月旦法學雜誌，第七十期，二〇〇一年三月，頁一五六。

<sup>††††††</sup> 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第 51 期，頁 99。

<sup>††††††</sup> 林山田，刑法各罪論（上），增訂四版，頁二六八；甘添貴，體系刑法各論，第一卷，二〇〇一年九月，修訂再版，頁四六九。

<sup>§§§§§§</sup> 黃榮堅老師認為，只要是保護個人法益的犯罪類型都應該是實害犯，危險犯一定是限於保護整體法益的情形。參黃榮堅，刑罰的極限，頁 221。

匿，使其難以發現即為既遂，不以本人無法發現為必要。這樣的行為態樣似會讓人覺得和妨害秘密罪章沒有什麼關係，因為行為人是在沒有開拆的情形下直接藏起來，比較像是損害財產的犯罪。學說上則有認為，或許是立法者所考量的是，這樣的行為會使得原來有權知悉文件內容的人無法取得該文件，同時也會增加其他無權知悉者開拆的可能性，同樣也是對於秘密有所妨害。但是封緘文件在被隱匿之後果真被無權開拆，那麼針對開拆行為的處罰規定，是否有必要用妨害秘密的條文來掌握此種態樣，似乎還有考慮的空間<sup>\*\*\*\*\*</sup>。簡單的說，隱匿行為在解釋上應該不屬於對於秘密領域的侵入行為型態，頂多只能算是開拆等侵入行為的前階段行為或準備行為，就秘密的保護而言，刑法似乎有太早介入之嫌。

## 2. 開拆以外之窺視方法

一九九七年修正本條於後段新增，「無故以開拆以外之方法窺視其內容」，修正理由為為因應實際需要，得以規範電子科學儀器窺視文書的情形。其重點就是著眼於就秘密的保護而言，內容被探知的危險性而非形式上封緘的完整。增加了後段的規定，就可以涵蓋到行為人雖為破壞封緘，但藉由工具或器材探知內容的情形。於此要注意的是，行為人除了要使用開拆以外之方法外，還必須「窺視其內容」。而之所以加上此要素，學說上有認為，主要是立法者考量到技術面的問題，因為這樣的透視行為並不如「開拆行為」來的清楚可見，如果條文中只有單純的「以開拆以外之方法」為規定，那麼單單這一句陳述是無意義的，無論如何都必須在附加「窺視其內容」才能和妨害秘密有所連接，並且「窺視其內容」是一個所謂客觀構成要件要素，而非特殊的主觀不法要素（意圖）<sup>+++++</sup>。不過，本文以為，不論是開拆或開拆以外的行為都是使封緘失其效力的行為，同樣具有使秘密被侵害的危險性；其次，本條前段規定，學說上都不以秘密已被探悉為必要，只需文件開拆後秘密有被知悉的可能即為已足<sup>\*\*\*\*\*</sup>。如果只是基於技術上的考量，而附加了一個「客觀」要素，那麼意思是不是說，行為人必須實際上已窺探到了文件的內容方屬既遂，使得行為人仍有機會推託其雖已使封緘失效了，但是還沒法看到文字標記或閱讀內容<sup>§§§§§§§§</sup>？因此，該要素的存在，會不會使得本條前後段認定既未遂的時點產生不一致的情形，這不免令人懷疑。

\*\*\*\*\* 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（上），月旦法學雜誌，第七十期，二〇〇一年三月，頁一五七。

+++++ 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（上），月旦法學雜誌，第七十期，二〇〇一年三月，頁一五九。

+++++ 參前註 25。

§§§§§§§§ 例如，用強烈燈光照射信件內部，不料信件被摺疊甚厚，使光線亦無法穿透而得以視覺來感受其中的內容的情形。

至於「窺視其內容」如何才算是已經被實現的問題，國內文獻上並無太多的討論，德國學說通說主張，這裡不要求行為人「理解」文書的內容，而只要求使得客體處於「視覺能感受」的情形即可論以既遂<sup>\*\*\*\*\*</sup>。不論內容是用行為人所不懂的外文書寫或是行為人的理解能力問題均非所問。理由還是一樣，所考慮的應該是行為人的行為是否已經造成保護（秘密）法益的損害，如果法益已經遭受侵害，犯罪就應該既遂，至於行為人有無從這樣的事件中獲的好處，對於利益的保護而言，應該就是無關緊要的。換言之，當行為人看到個別的文字標記時，就算是窺視其內容，就已經犯罪既遂，不需要再去探討行為人對於該文字或標記有無正確的理解。

### 三、窺視、竊聽、竊錄罪

本罪在一九九九年三讀通過，當時修法背景是警察在掃蕩色情光碟與錄影帶的犯罪偵辦上，屢屢發現諸多證物中有一些內容是針對於賓館、公共廁所、百貨公司更衣室及女生宿舍浴廁內，以針孔攝影機偷拍不知情民眾的隱私行為。經過媒體報導後，引起社會大眾的不安，因此立法院即召開議會審議，並完成修法。暫且撇開當時修法的動機而造成修法所帶來的問題<sup>+++++</sup>，此次修法是針對了個人隱私權因現代科技設備精進而有遭受侵害之虞的補足，毋寧是一周延的修訂。而依照德國學界的說法，本罪的保護目的是在於口頭表示的不拘謹，以及非公開場合所說的言論的草率。這是一種「決定表示範圍」的權利的保護<sup>+++++</sup>。相對於妨害秘密罪而言，本罪是針對私人秘密中之動態的口頭或動作的形式秘密，所設的秘密領域的保護。以下即針對本罪的相關處作一論述。

#### (一)「非公開」的意義

本次修法乃是對於無明確的物理性隔絕場所之領域的「侵入行為」的規制，因此關於秘密所在的領域，即以有相當不確定性的「非公開」的要素來加以劃定。所以場所的界定即非本罪的重點<sup>§§§§§§§§</sup>，而是必須以**活動本身**的內容來認定是否為「非公開」的狀態<sup>\*\*\*\*\*</sup>。亦即，本條既然是要保護私人的秘密自主權，重

\*\*\*\*\* Lackner/Kühl, StGB, §202 Rn. 4; Otto, BT, 34/20. 轉引自蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（上），月旦法學雜誌，第七十期，二〇〇一年三月，頁162，註76。

+++++ 詳見李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第51期，頁100-101。

+++++ 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（下），月旦法學雜誌，第七十一期，二〇〇一年四月，頁96。

§§§§§§§§ 不過國內也有學說主張，所謂非公開活動，是指不對公眾公開而具隱密性，且有**建築物或其他設施**，而在**客觀上**足認可以確保隱密性的個人或團體活動。林山田，刑法各罪論（上），增訂四版，頁二七二。

\*\*\*\*\* 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第51期，頁105。

點應該還是在於表示者的意思，並從客觀外在的條件來加以認定<sup>+++++</sup>。非公開的認定必須取決於表意人是否還保留了他對於自己的意思表示的接收範圍的控制。對於第三人是否為開放的，單純從聽眾的人數無法推導出來是否屬於公開的結果<sup>+++++</sup>。而如果發言的人，已經放棄了他對於表達範圍的控制，那麼就不會屬於於此所稱的「非公開」。例如，接受廣播電台的訪問，即使還沒有對外播放，仍舊是屬於公開的言論。

不過這裡要注意的是，他人如果不需要特別的努力就可以聽到的談話，就已經失去了秘密的性質，也算是公開的了。例如在大街上或公共交通工具上的竊竊私語行為。或許會質疑，既然要取決於被害人的意思，為什麼要還要考慮到被害人主觀以外的其他客觀條件？因為如果每一次我們都必須要探詢被害人是否願意公開，不但技術上難以做到，而且不合於利益的衡平。刑法上的一個核心觀念就是利益權衡，透過刑法規範，要把處處可見的利益衝突切割出一條合宜的準則界線讓人民遵循，如果只是因為說話的人主張他不希望內容被第三人知悉就認定是「非公開」，不免保護過了頭，過份限縮了其他人的相對利益。舉例來說，在公車上的談話，儘管說話的人不希望被別人聽到，但是既然他選擇了一個別人不需要特別費力就可以聽到談話內容的地點，在一般情形下相當程度地也表示了他容忍了（或者說必須要容忍）談話內容被旁邊的第三人知悉的風險。否則他就應該自己選擇一個「安全」的空間<sup>§§§§§§§§§§</sup>。所以，如果在大型的活動場所中，只有在主辦者透過特殊的措施排除公開性的情形，才會被認定該活動的內容為非公開的。

至於在比較有爭議的情形，德國學說上認為，買票入場觀看表演或演講，只要是原則上每個人都可以透過購票而取得入場許可，就算是公開的<sup>\*\*\*\*\*</sup>。因為對於主辦單位而言並沒有保密的利益存在，之所以要求入場者有入場票券，只是基於經濟利益上的考量，原則上主辦單位的活動還是針對不特定的對象實施，所以還是屬於「公開的」。而在這樣的情形之下，擅自錄音、錄影再對外放送的行為固然會影響其經濟利益，但是這就已經和「秘密」的保護無涉，而是屬於其

+++++ 參註 34。

\*\*\*\*\* 惟甘老師認為，只要是對於「多數人」所為者，就是屬於「公開」的，只有對於個人或是特定的少數人所為者才可能是本罪的客體。參甘添貴，體系刑法各論，第一卷，二〇〇一年九月，修訂再版，頁 480。

§§§§§§§§§§ 李茂生老師則是認為，在大街上或公共交通工具上的竊竊私語行為，不但沒有物理性的實體得加以信賴；而且事實上被害人是有足夠的力量來防止這類的情形發生。因此，仍屬公開活動，不得無謂地擴張刑法對於隱私權的保護網。參李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第 51 期，頁 99。

\*\*\*\*\* 林山田，刑法各罪論(上)，增訂四版，頁二七三。

他法領域的範疇（如著作權法）所要處理的問題<sup>††††††††††</sup>。

## （二）他人之活動、言論及談話

本條的言論或談話，是指以言語發聲形式所表露的思想表示，所著重的並不在於涉及自己或是他人的思想表示，也不論他人是否能夠理解、內容有無意義<sup>††††††††††</sup>。這裡和前述的妨害文件秘密罪一樣，同樣也是在保護一個形式界定的秘密（用非公開來表示），所以內容為何不再是重點。而學說上更進一步加以主張，如果要對於言論的內容再去做區分，分成重要的（與人格有關）和不重要的（不涉及人格）的內容。理由是，這在技術上不易做到，所以不去考慮言論內容會影響侵害的強度。不過，本文認為，雖然語音訊息不像文字訊息容易確定其範圍，不過隨者時代進步，將語音化為類文字的工具出現後，我們即得以將語音物化必予以紀錄，因此在證據的技術上是不是真的很難做到，恐有待考驗。畢竟語音得成為本罪的客體，實也須透過工具或設備加以保存，所以這邊語音的解釋，就其內容而言，既然須以工具或設備而特定，即與一般文件內容展現在一有體物上一樣，因此，語音的內容是否須具有與人格有相關的關聯，則似應予文件作相同解釋，方符新增訂之第三百一十五條之一的立法意旨。

其次，關於「活動」的部分，從比較法來看，德國刑法典只有保護到言論和談話，而沒有保護到活動，就這點而言，我國刑法所提供的保護是比較周延的。之所以有包括到「活動」這一種態樣，應該是考慮到日前盛行使用針孔攝影機偷拍的情形。因為基於隱私權的保護來看，需要受到保護的不只是對話，有些活動所包含的私密性要比對話或言論所含有的私密性還要強的多，例如洗澡或性行為的過程。學說上有認為，基於立法目的，應對於「活動」一語予以擴張解釋，其代表了身體的動與靜。如此我們才能合理的去規制如於公車或電車中所為偷拍或窺視他人私處或（內部）穿著的行為<sup>§§§§§§§§§§</sup>。不過亦有論者認為，一個單純站立或是坐在椅子上的事實（或是內衣褲的穿著），很難界定成活動，因此認為必須透過修法來規範此種行為<sup>\*\*\*\*\*</sup>。這樣的爭議，在九十四年通過的部份新修正條文之中，於第三百一十五條之一明文增訂規範了此種行為態樣，亦即除了言論、談話、活動之外，尚規制了對於「身體隱私部分」，以擴大處罰的範圍。

<sup>††††††††††</sup> 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（下），月旦法學雜誌，第七十一期，二〇〇一年四月，頁 98。

<sup>††††††††††</sup> 參前註。

<sup>§§§§§§§§§§</sup> 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第 51 期，頁 104。

<sup>\*\*\*\*\*</sup> 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（下），月旦法學雜誌，第七十一期，二〇〇一年四月，頁 100。

### (三)構成要件行為

#### 1.利用工具或設備

本罪也是屬於定式犯罪，行為模式限於窺視，竊聽與竊錄，而且必須是「利用工具或設備」。這裡之所以附加此一要素，道理與前面在解釋「非公開」的認定是相同的。所考慮的還是利益衡平的問題，如果被害人選擇了一個旁人不需要借助工具或設備就可以聽到或看到的地點說話或行為，那麼他就應該自己估算被別人聽到或看到的風險。換言之，縱使被害人多麼不願意讓別人知悉他的所作所為，惟他人能夠不使用任何工具或設備就可輕易得悉，我們還是認為，被害人不選擇離開就等於對於自己能力所及的控制已然放棄了，則刑法規範也無必要加以介入。相對的，如果使用工具或設備去偷看、偷聽別人的談話或他人的行為，就表示行為人刺探他人的隱私的強烈意願，已逾越了社會所應容許的界線，應該受到禁止與非難。

其次，所謂的竊聽，必須是使用竊聽器材，也就是必須以儀器來強化或轉撥談話，使其超越聲音傳播的範圍而使人直接感受到，像是利用聽筒<sup>+++++</sup>、麥克風等。至於竊錄的工具，則是像錄音機，錄影機等器材，這是較不具爭議的。而關於窺視的工具，如果行為人運用的是特殊的儀器，像是隱藏式監視器或是熱感應顯像器材來進行監視，當然就夠成本罪。簡單的說，就是透過這些器材儀器來使得活動的內容超越物理上的障礙，使得行為人能夠看到活動的畫面或是聽到談話的內容。易言之，上述儀器或設備必須是具備能夠擴張人體功能（視聽能力）的程度，而有直接關聯者。因此搬椅子站在牆上偷看，應不具有加強視覺的直接功能，則應該就非本罪所要規範的對象。

#### 2.窺視、竊聽或竊錄

早期的實務見解，可能是受到了字面的影響，認為所謂的「竊」應該是有「偷偷摸摸」、「秘密或隱密」<sup>+++++</sup>，或是「乘人不知」<sup>§§§§§§§§§§</sup>的意思<sup>\*\*\*\*\*</sup>。然而對於法益的保護來講，行為人的行為是公開還是隱密，和秘密的保護並無關係。因此，本罪的「竊」或「窺」指的應該是「沒有經過說話者或活動者的允許」，至於行為人究竟是躲在暗處為之，還是站在被害人面前，就不再是重點。否則，

<sup>+++++</sup> 不同見解，李茂生認為，如果屬於日常生活中隨處可見的機械式物件，如玻璃杯、聽筒等，為避免刑法確定性的喪失，應將之排除在外。李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第51期，頁106。

<sup>+++++</sup> 司法院十八年院字第一一六號解釋。

<sup>§§§§§§§§§§</sup> 司法院三十三年院字第二六六一號解釋。

<sup>\*\*\*\*\*</sup> 例如藏身公廁內聽聞他人之對話。參甘添貴，體系刑法各論，第一卷，二〇〇一年九月，修訂再版，頁482。

在兩個人對話的情形，其中一方私下將談話內容錄下，難道就不會該當本罪嗎？這應是一不正確的解釋。這邊要附帶一提的是，如果本罪的「竊」或「窺」指的應該是「沒有經過說話者或活動者的允許」，那麼行為人的行為就不該當窺視、竊聽或竊錄的要件，因此，說話者或活動者的允許可以說是一種阻卻構成要件的同意<sup>+++++</sup>。不過國內有學者認為，妨害文書秘密罪章之中關於「無故」的要素是具有**雙重機能**的，亦即在構成要件層次具有構成要件性質；在違法性層次具有違法性要素的性質<sup>+++++</sup>。本文認為，這樣的看法應該是受到德國條文規定的影響，德國刑法第二百零一條第一項與我國的規定用字上並不相同，其行為態樣只是中性的規定「錄音」這樣一個動作，因此德國學說將「未經同意」的要素透過「無權」(unbefugt)來解釋。因此，德國學說在解釋「無權」這個要素時，不光只是考慮有無得到同意，而且也必須要考慮到利益衡平的問題<sup>§§§§§§§§§§§§</sup>。不過，既然我國條文文字既有明顯的區別，於此無故的解釋，似應將其解為一違法性要素，較為妥適。

#### 四、其他相關問題

以上是針對基本犯罪類型的構成要件要素作相關的討論，除了上述已經提到的解釋問題之外，相關的增修所產生的問題及於此章作一論述。

##### (一)關於意圖營利的幫助行為

關於第三百十五條之二第一項加重處罰的規定，在學說上也引起相當的質疑。首先，於此附帶一提的是，根據原本一讀審查會通過的條文，對於第三百十五條之一的兩種行為態樣均有處罰未遂犯的規定，不過經朝野協商之後，認為單純的窺視、竊聽或竊錄行為是舉動犯，並沒有未遂的可能性，所以刪除了設未遂犯的規定<sup>\*\*\*\*\*</sup>。奇妙的是，從我國新增規定中的第三百十五條之二第二項與第四項的規定可以看出，只要有散佈等意圖，「竊錄」的行為即會變成有未遂的可能，這在體例上的解釋即產生相當大的問題<sup>+++++</sup>。學說有認為，其實窺視、竊聽（或竊錄）行為，事實上是有未遂的可能，情形就是持有或設置工具

<sup>+++++</sup> 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（下），月旦法學雜誌，第七十一期，二〇〇一年四月，頁 101。

<sup>\*\*\*\*\*</sup> 陳志龍，法益與刑事立法，頁二一三、二一七。如按其意思於本罪之解釋上，此時「無故」的解釋為，「視、聽、錄未得法益處分權人的同意」；在違法性層次具有違法性要素的性質，此時「無故」的解釋為，「行為人無視、聽、錄的權限」。

<sup>§§§§§§§§§§§§</sup> 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（下），月旦法學雜誌，第七十一期，二〇〇一年四月，頁 101，註 106。

<sup>\*\*\*\*\*</sup> 參第四屆第一會期第十四期立法院公報一九四至一九五頁。

<sup>+++++</sup> 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第 51 期，頁 106。





闡述這些解釋標準的理由。最後，本文透過學說上的介紹，提供吾人對於刑法對於秘密保護的規範做一較清晰的理解。

## 貳、電腦犯罪

### 一、目前我國法條結構

有關電腦犯罪的法律規範相當多，既然稱之為犯罪，則必然是必須觸犯刑事法律始則謂之犯罪。而規範電腦犯罪之刑事法律，除了普通刑法以外，尚有在其他法律中的附屬刑法，例如電腦處理個人資料保護法、電信法、通訊保障及監察法、著作權法及兒童及少年性交易防制條例等，與電腦犯罪有關且涉及刑事責任之法律條文相當的多。

刑法中與電腦犯罪有關之條文，在時間點上，可大致區分為民國九十二年以前之修正條文與民國九十二年所通過之修正條文。民國九十二年以前所通過的修正條文，總共有三次，首先是民國八十六年、其次為民國八十八年，最後則為民國九十一年。其中以民國八十六年所通過的條文最多，亦最具代表性，故本文標題之僅以民國八十六年為標示，並將民國八十八年及民國九十一年之二次部分條文修正一併納入討論。而民國九十二年所通過的條文，不論體系上及條文內容，均大幅度的與民國八十六年的修法不同，亦具有相當的代表性，故本文亦將其獨立討論，與民國八十六年加以比較。其體系如下：+++++

電腦 犯罪 之 刑事 法 規 範	刑法	86 年	86 年10 月8 日公布：220、315、318-1、318-2、323、339-1、339-2、339-3、352
			88 年2 月3 日公布：340、343
			91 年1 月30 日公布：334-1
	92 年	92 年6 月25 日公布：323、352、第36 章、358、359、360、361、362、363	
	附屬 刑法		電腦處理個人資料保護法、電信法、通訊保障及監察法、著作權法及兒童及少年性交易防制條例等

我國電腦犯罪刑法規範在二次修法過程中，相當程度的引用外國立法例：例

+++++ 金明燦，電腦犯罪刑法規範之研究—以二次修正案為中心，國立國防管理學院碩士論文，自版，2004年6月，頁4。

如在民國九十二年以前的修法主要是參考日本立法例；而在民國九十二年的修法則大幅度改採英國及美國等立法例，此種針對電腦犯罪加以規範，卻使用二種不同體系得立法例，亦是值得以比較的方法加以研究。不過限於篇幅，底下對於我國如何第一次繼受日本法與第二次繼受歐洲、英美法律的過程，無法詳細加以討論，本文將直接針對現行我國法加以討論，只在結論部分批判時才加以引用外國法例。

## 二、九二新法之體系\*\*\*\*\*

### (一)刪除電磁紀錄擬制為動產之規定，解決與竊盜罪之衝突

電磁紀錄擬制為動產之規定，與傳統刑法產生之扞格，以竊盜罪部分衝突最大。而刪除電磁紀錄擬制為動產之規定，可以解決此部分之問題。但刑法關係錯綜複雜，一旦刪除其中一個條文，勢必造成相當之牽動，如果不審慎為之，恐怕會造成相當程度之影響。觀察刑法中仍適用或準用第三百二十三條者，尚有第三百三十四條之一、第三百三十八條及第三百四十三條等罪。不過幸運的是，分別就各罪而言，並不會有造成太大之影響。以搶奪罪來說，因刑法搶奪罪必須有奪取之動作，而單純是搶奪儲存於有體物上之電磁紀錄時，搶奪該有體物之行為當然成立搶奪罪。但若非搶奪該有體物，而係電磁紀錄，此時之電磁紀錄僅係無形之訊號，故殊難成立搶奪罪。另海盜罪之部分，亦與搶奪罪之情形相同。強盜罪部分亦如前述，除了電磁紀錄係儲存於有體物，強盜該有體物之行為仍可構成強盜罪外，惟如電磁紀錄並未儲存於有體物，僅係無形之訊號，透過脅迫、藥劑、催眠術等其他使人不能抗拒之手段，仍有可能發生強盜無形電磁紀錄之情形，譬如線上遊戲虛擬寶物之財產利益，仍可成立刑法第三百二十八條第二項之強盜得利罪，則刪除電磁紀錄擬制為動產之規定並不對其發生影響。而就侵占罪而言，如電磁紀錄儲存於有體物，且係儲存在他人所有之有體物上，可逕以該有體物為侵占罪之行為客體，而直接適用侵占罪。倘若被害人並未透過儲存於有體物，而直接交付電磁紀錄，例如以網路傳遞電磁紀錄時，行為人嗣後卻拒絕返還該電磁紀錄，則可依刑法背信罪或著作權法相關規定處理，則刪除電磁紀錄擬制為動產之規定亦不對其發生影響。而就詐欺罪而言，若該電磁紀錄係儲存於有體物，當然直接適用第三百三十九條第一項之詐欺取財罪，而無疑義。惟若該電磁紀錄之交付並未透過有體物之交換，例如網路常見線上遊戲之虛擬寶物，因其具有財產上之價值或利益，則可構成刑法第三百三十九條第二項之詐欺得利罪。故本條刪

---

\*\*\*\*\*基本上，本節大部分內容為法務部撰寫之立法理由與葉奇鑫檢察官為法務部背書之內容。將作為原始立法資料使用，以作為次節檢討之標的。



#### **(四)增訂無故入侵電腦罪以解決非法使用電腦之問題**

非法使用電腦之問題已經存在相當之時日，所產生之影響亦如前所述，不可小覷。單純帳號密碼被不法取得之情形，是否可成立偽造文書罪，實務已採否定之見解；而單純入侵之行為，究竟屬於使用竊盜的範疇，或是第三百十五條之妨害書信秘密罪，抑或是第三百零六條無故侵入他人住居罪，仍有相當之爭議。常見以不法取得帳號密碼而入侵他人電腦之問題，所涉及之條文更是錯綜複雜，顯然無法以八十六年所修訂之條文加以規範。考量其中有相當之犯罪類型已經趨於穩定，且鑒於對無故入侵他人電腦之行為採刑事處罰，已是世界各國立法之趨勢，對於未經授權使用他人電腦者，並造成他人損害者，應受到刑事之處罰，以符合社會通念及國民法律感情。不過本次修法僅針對情節較重大之無故入侵行為，即以盜用他人帳號密碼、破解保護措施或利用電腦系統漏洞之方法，而入侵電腦系統之行為為限。如果未經他人允許而使用未設有密碼之電腦，或已設有密碼之電腦已經受到解碼，使得行為人得不經破解密碼而直接使用電腦，均無本條之適用。

#### **(五)增訂保護電磁紀錄之規定以求完善**

由於電磁紀錄擬制為動產及干擾電磁紀錄之規定已經被刪除，對於電磁紀錄之保護立即出現相當之不足，因此有必要增訂保護規定以求體系之完備。而原本電磁紀錄保護之範圍，須有使用之用意證明者方得視為準文書而受保護，如果只是單純之程式，則保護顯有所不足。基於電腦中之任何重要資訊遭到竊取、刪除或變更，將導致電腦使用人之重大損害，本次新增訂條文之保護範圍，包括八十六年修正條文中沒有規範之未經授權刪除他人電腦系統中不具「文義性」電子檔案。但是如果電磁紀錄涉及財產權之得喪、變更紀錄，且有取得他人財產或得財產上不法利益之結果，則因第三百三十九條之三已經將其納入保護故非本條保護之範疇。

#### **(六)增訂對於公務機關電腦或其相關設備犯罪之加重處罰**

一般個人電腦被入侵，在本次修法中已經納入刑法之規範，而入侵金融機構電腦之行為，則於現行刑法第三百三十九條之三不正利用電腦或其相關設備詐欺罪已有處罰，而入侵公務機關之電腦，考量其如果被入侵，往往造成國家機密外洩，有危及國家安全之虞。基於區別入侵政府電腦系統與一般個人使用電腦系統之處罰應有所差異，以及保護對具有財產價值及國家社會公益之資訊，故對於入侵公務機關電腦或其相關設備之犯行加重刑度，以適當保護公務機關之資訊安全。

### (七)單獨訂定製作專供電腦犯罪用之程式罪

各種惡意製作之電腦程式，如電腦病毒、木馬程式或蠕蟲程式等日趨氾濫，對電腦系統之安全性危害甚鉅，亦常常造成重大的財產損失，而致生損害於公眾或他人，因此實有對此類程式之設計者加以處罰之必要。不過若只是利用他人所製作之電腦病毒，而為侵害他人電腦網路系統之行為，則無本罪之適用。

\*\*\*\*\*  
本次修法處罰之範圍，限於製作專供犯電腦犯罪之惡意程式，其他尚有部分工具程式雖可用於入侵電腦系統，但究其主要功能係用於電腦系統或網路之診斷、監控或其他正當的用途，則非本條處罰之範圍。

### (八)部分條文採告訴乃論以有效集中司法資源

電腦網路所創造之虛擬空間，標榜自由及共享，國家如何適度介入，尺寸如何拿捏，本應有所節制。而且刑罰並非萬能，即使將所有狹義電腦犯罪行為均規定為非告訴乃論，未必就能有效遏止電腦犯罪行為，亦徒增司法資源之浪費。尤其對於個人電腦之侵害行為態樣不一，輕重有別，如被害人無告訴意願，則訴訟過程舉證將倍加困難，反而只是對於犯罪之縱容。為使國家將有限之偵查及司法資源集中於較嚴重之電腦犯罪，故本次修法規定新增訂之部分條文，如第三百五十八條至第三百六十條須告訴乃論。而不採告訴乃論者，如第三百六十一條之罪，係考量公務機關之電腦系統往往與國家安全或社會利益密切關聯，實有加強保護之必要，故採非告訴乃論以嚇阻不法。以及第三百六十二條之罪，其惡性較第三百五十八條至第三百六十條之罪為重大，雖被害人數眾多，卻往往因證據滅失，或不願出庭作證，以致無法追訴，故採非告訴乃論，以有效懲處不法。

### (九)告訴乃論可能導致警察蒐證之困難

告訴乃論之設計，固然可以降低司法資源之耗費，不過相對的，警方辦案蒐證卻形成另一種的困擾，因為告訴乃論的設計會使得警方喪失在第一時間蒐證之優勢，被害人的電腦系統可能在被入侵數日後才提起訴訟，此時則於並非是公訴之罪，警察無法在第一時間發動調查，無法及時保存證據，導致日後在訴訟中，證據提出發生困難，此則影響到犯罪之追訴，導致犯罪者不能被定罪而使得法律無法發生規範之效果。

## 二、新法帶來的問題

### (一)整體法益概念的理解

---

\*\*\*\*\*  
柯耀程，「刑法新增電腦網路犯罪規範」立法評論，『月旦法學教室』，第十一期，元照出版，2003年9月，頁126。



+++++從內國法的角度來說，假如莊家與賭客都在國內，那只要克服賭場概念的網路化即可。但若是涉及外國，禁止賭博並非國際公序，自然就不生法益侵害危險，只是若莊家與賭客都是本國人，僅架設的網頁在外國，雖然是種取巧的作法，本文基本上認為從法益角度來看賭博罪保護倫理道德的正當性，閃躲到外國去就已達到不要隨便教壞小孩的效果，即使採取不在乎通訊網路而在乎內容的看法，也不評價其為違法。

#### (四)無故入侵電腦罪之問題

對於本條之立法，有下列問題值得商榷：

- 1.本條立法目的是為保護資訊安全，其法律性質應該被解釋為抽象危險犯，是將著手階段行為予以犯罪化。+++++因此，如果行為人以本罪作為第三百六十條干擾他人電腦或相關設備之前階行為，在不法內涵上，二罪所受之評價應有所不同，不過二罪之刑度均是三年以下有期徒刑，顯然刑度設計有所不當。假如解為實害犯，則其保護法益若是指對於社會上的信賴感，行為限定可以限縮刑罰發動可能。如果是指個人法益，對行為的限制可能造成漏洞。而其侵害的方式類似破壞封緘，但刑度卻高三倍，而接近第二一七條的偽刻。例如未成年人登入免費網站遊玩，除非使用可罰違法性理論來作為違法判斷，否則一定會構成違法（有責性邏輯上尚未判斷），此時會留下調查記錄而使少年成長過程蒙上陰影，這是一個支持可罰違法性理論的理由。激進的看法認為這個罪名只能當作民事求償的保障？也就是說本條保護商人的個人利益？那又怎麼會傷害到社會的信賴感！\$
- 2.本條之行為客體，僅限於有保護措施之電腦，不過，一般家用電腦亦有簡易之保護措施，相對於公眾或商業用之專業電腦，所具有之專業保護措施，顯然二者不應該被一視同仁。\*\*\*\*\*
- 3.有主張應該將保護之範圍擴大，不要限縮於破解保護措施或利用電腦系統漏洞之情形，只要是無故入侵他人之電腦或相關設備，就應該加以處罰，

---

+++++ 刑法有關電腦（網路）犯罪研修資料彙編，法務部印製，2002年12月，頁71。  
+++++ 林東茂、蕭宏宜，「結合型犯罪—白領、網路、組織犯罪」，『刑事政策與犯罪研究論文集（六）』，法務部，2003年10月，頁120。  
\$ 李茂生，「刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（下）」，『台灣本土雜誌』，第56期，台灣本土法學雜誌社，2004年3月，頁217。  
\*\*\*\*\* 蔡仲彥，刑法新增電腦條款之檢討，成功大學法研所碩士論文，自版，2002年1月，頁100。





內含有何差別，而需要做不同之評價？況且如果如立法理由指出干擾是暫時性的，之後可以排除，為何刑度卻比物理力毀損無法回復之刑度來的重，亦是令人不解。\*\*\*\*\*

### (七)加重處罰之問題

本條主要是處罰侵害公務機關之電腦及相關設備之犯行，不過是不是只要是冠上「公務機關」的物品即有特別加以保護之必要，實無必然之關連。以民國九十二年三月二十八日發生總統府網站首頁被一高中生入侵，而被修改發佈四月一日愚人節放假一天之案件為例，難道此種情形亦有加重處罰之必要？並非所有公務機關的電腦中所儲存都是重要之資料，換言之，區分電腦或相關設備所儲存資料重要性之等級，而一律加重處罰，實在有保護過度之問題。更激進一點的見解，這是掩飾商業與金融機構不注重資訊安全，將成本轉嫁給大眾，保護其商業利益的伏筆。因為立法理由竟比較了第三三九條之三以及第三五八條、第三六一條的刑度，可以看出(政府>商業機構>一般人民)軌跡。這樣的加重就失去了意義，實際上參考母國法的美國法例，必須以該資料事涉公務、影響公務才發動。  
+++++

### (八)電腦病毒條款之問題

本條之法律性質，應該是新增修條文第三百五十八條至三百六十條之預備行為，性質上應該是屬於實質預備犯，是一種抽象危險犯的概念。不過條文中另規定「致生損害於公眾或他人」之實害結果始有處罰，與危險犯處罰危險製造之概念有所不符，否則，直接處罰實害之結果即可達到規範之目的。因此有主張「致生損害於公眾或他人」之實害結果，是一種「客觀處罰條件」，實害結果之發生與行為人主觀上能否預見無關。況且，如果欲透過本條防堵電腦病毒之製作，若真等到實害之結果發生始能加以處罰，則顯然無法在第一時間達到此目的。換言之，行為人可能製作電腦病毒程式後，放置於網路供人下載，而按本條之規定，必須等到有實害結果發生，才能將行為人繩之以法，而此時則可能為時已晚，無法避免危害發生之目的。而致生損害一詞與第一一四條、第三四二條相比較後，應該指破壞某種信賴關係。當然激進的看法認為這些保護信賴關係的條文只是曖昧的尋找代罪羔羊，其實根本沒用。\*\*\*\*\*例如第一一四條的犯罪人應該早跑了，第三四二條則是資本不發達國家才存在的法令。文義規定為目的犯是從主觀主義的角度出發，客觀主義會將實行行為與著手分開考量，所以如果製

\*\*\*\*\* 蔡仲彥，前揭文，頁 105。

+++++ 李茂生，頁 211。

\*\*\*\*\* 李茂生，頁 244。



