

刑事政策與犯罪防治研究

Criminal Policies and Crime Prevention

第27期

2021.04

法務部司法官學院

ISSN 2706-641X

刑事政策與犯罪防治研究

Criminal Policies and Crime Prevention

第27期 2021. 04

出 版 者：法務部司法官學院

發 行 人：蔡碧玉

總 編 輯：吳永達

編輯委員：王皇玉、朱群芳、吳慧菁、許春金
許福生、陳玉書、楊士隆、楊雲驊
趙儀珊、蔡德輝、鄧煌發
(依姓氏筆畫排列)

執行主編：王伯頌、古承宗、吳柏蒼、溫祖德
楊曙銘、賴擁連(依姓氏筆畫排列)

執行編輯：吳雨潔、許茵筑、蔡宜家、鄭元皓
顧以謙(依姓氏筆畫排列)

發 行 所：法務部司法官學院

地 址：10671台北市大安區辛亥路三段81號

電 話：(02)2733-1047

傳 真：(02)2377-0171

網 址：<https://www.cprc.moj.gov.tw/>

定 價：200元

編印單位：元照出版公司

電 話：(02)2375-6688

網 址：<http://www.angle.com.tw>

DOI: 10.6460/CPCP

GPN: 2010503237

～文中若有疏漏，將於電子發行檔上予以修正～

刑事政策與犯罪防治研究

第27期 2021. 4

目 錄

專 論

- 收受、持有、使用洗錢罪之解釋疑義..... 許恒達 1
- 特別背信罪的共同正犯成否問題
——以關於對向交易之我國學說
與最高法院實務為素材..... 黃士軒 59
- 私部門賄賂罪之可罰性基礎與規範模式..... 謝煜偉 119

特 稿

- 從冤錯案救援觀點評謝志宏案再審無罪判決... 林慈偉 179
- 淺論同意搜索應用於電子設備
——以共同權限及表現權限為中心..... 施育傑 223
- 論駕駛半自動駕駛車輛肇事之刑事責任..... 陳俊偉 287

Criminal Policies and Crime Prevention

Vol. 27 April 2021

CONTENTS

Articles

- On the Interpretation of Acceptance, Possession and Use
of Crime Proceeds as Money Laundering
Heng-Da Hsu 1
- On Co-Principal Liability in Offense of Breach of Trust
Shih-Hsuan Huang 59
- On Justifying the Criminalization of Private-Sector Bribery
Yu-Wei Hsieh 119

Special Issues

- A Review of Hsieh Chih-Hung's Verdict of Innocence
from the Perspective of a Campaigner for
His Exoneration
Tzu-Wei Lin 179
- Consent to Search Electronic Devices: Focusing on
Common Authority and Apparent Authority Doctrine
Yu-Chieh Shih 223
- On Criminal Responsibility in Connection with
Accidents Occurring on the Occasion of Driving Partly
Automated Vehicles
Chun-Wei Chen 287

編輯導讀

本（27）期之發刊，以法律學為議題主軸，收錄我國6位專家學者，撰寫和洗錢、背信、賄賂、冤錯案、同意搜索、駕駛肇事等六類和刑法、特別刑法、刑事訴訟法、刑事政策領域相關之論文，且為兼顧政策建言與學術研究之雙軌發展，自本期起，將論文分類為專論與特稿，其中專論部分，係經匿名雙審之著作。

本期共收錄3篇專論及3篇特稿。專論類別，許恒達教授以「收受、持有、使用洗錢罪之解釋疑義」一文，探討收受、持有、使用型洗錢行為，在普通洗錢罪、特殊洗錢罪中的多類爭議，並分析妥適的規範解釋與修法方向；黃士軒副教授以「特別背信罪的共同正犯成否問題——以關於對向交易之我國學說與最高法院實務為素材」一文，探討對象交易構造之特別背信罪中的共同正犯概念，呈現的實務狀況與學說解釋疑義，並在考察實務與學說脈絡後，提出研究建議；謝煜偉副教授以「私部門賄賂罪之可罰性基礎與規範模式」一文，探討在三類保護法益觀點下，私部門賄賂行為於應然面的可罰性，及分析通說下的保護、適用範圍疑義，與建議合適的保護法益方向。

而在特稿類別，林慈偉法務主任以「從冤錯案救援觀點評謝志宏案再審無罪判決」一文，從其第一線參與死刑冤錯案救援之觀點評釋謝志宏案的再審無罪判決，並提出「社會各界共同救援、司法及國家機關協力合作、政府應立即暫停死刑之執行並盤點受冤抑可能之爭議案件」等死刑冤錯案件救援的重要關鍵與建議；施育傑法官以「淺論同意搜索應用於電子設備——以共同權限及表現權限為中心」一文，探討搜索電子設備、第三人同意搜索概念匯集時所涉的法律爭議，並自美國法觀點分析我國同意搜索中得運用的基準；陳俊偉助理教授以「論駕駛半自動駕駛車輛肇事之刑事責任」一文，探討半自動駕車事故中，行為概念、多類行為人在法釋義學中的疑義，並研議含駕駛人、車輛供應者刑責之立法方向。

本期除收錄豐富的法學研究成果，也進一步修正引註、參考文獻格式及其撰稿凡例，以提升本期與後續刊物之可讀性與專業度。感謝前揭專家學者大作，亦盼望有更多刑事法、刑事政策及犯罪防治領域之專家學者、青年學人踴躍賜稿，期能匯集更多精闢的研究成果，以饗讀者大眾。

執行主編群 謹識

2021年4月

收受、持有、使用洗錢罪之 解釋疑義*

許恒達**

要 目

- | | |
|----------------------|---------------------|
| 壹、導論：新種類的洗錢行為？ | 三、收受洗錢罪與律師酬金之難題 |
| 貳、普通洗錢罪中的收受持有使用型洗錢行為 | 參、特殊洗錢罪與收受持有使用的要件定性 |
| 一、普通洗錢罪要件之修訂 | 一、特殊洗錢罪的新增訂 |
| 二、收受、持有、使用型洗錢的規範定性 | 二、收受持有使用的要件定位 |
| | 三、小 結 |
| | 肆、結 論 |

DOI：10.6460/CPCP.202104_(27).01

* 本篇文章經匿名雙向審查通過。

本文之初稿曾於2020年8月29日發表於國立高雄大學法學院比較刑法研究中心及國立中興大學法律學系主辦之「經濟刑法的在地實踐」研討會，會後參考當日與會來賓及本刊兩位匿名審查委員提出的斧正意見後修改而成，就此筆者敬致謝忱，惟文責仍由筆者自負。

** 國立臺灣大學法律學院教授。

摘 要

本文討論新洗錢防制法之收受、持有、使用等洗錢手法的解釋問題，此項問題涉及同法第14條之一般洗錢罪與第15條之特殊洗錢罪，筆者認為對一般洗錢罪而言，收受、持有、使用係屬特別的洗錢手法，但非概括型的構成要件行為，對於特殊洗錢罪而言，收受、持有、使用亦屬該罪的典型犯罪方法。至於刑事辯護律師可能構成收受洗錢罪的問題，本文主張限定於明確直接故意時始能成罪，未來亦應立法設定明確的阻卻違法事由。

關鍵詞：洗錢、收受、持有、特殊洗錢罪、辯護權

On the Interpretation of Acceptance, Possession and Use of Crime Proceeds as Money Laundering*

Heng-Da Hsu**

Abstract

This article aims to discuss the interpretation of acceptance, possession, and use of crime proceeds under the new version of money laundering prevention and control law. This issue involves the general money laundering crimes of Article 14 and the special money laundering crimes in Article 15 of money laundering prevention and control act. In other words, receiving, possessing, and using of crime proceeds constitute specific money laundering behavior. As for special money laundering crimes, receiving, possessing, and using of crime proceeds should be understood as typical behaviors. In case of the criminal defense lawyer receiving attorney fees which might derive from predicate crime, it is suggested that a restrict interpretation of money laundering should be adopted.

Keywords: Money Laundering, Acceptance of Crime Proceeds, Possession of Crime Proceeds, Special Money Laundering, Right to Counsel

* This article has been double-blind peer reviewed.

** Professor, College of Law, National Taiwan University.

壹、導論：新種類的洗錢行為？

我國近期修正洗錢防制法，全盤翻新洗錢防制法規範，有別於以往立法，本次修正是為了能夠通過亞太防制洗錢組織（Asia/Pacific Group on Money Laundering）在2018年進行的評鑑，因此修正時主要參考洗錢防制的國際共通規範防制洗錢金融行動工作組織（Financial Action Task Force, FATF）四十項建議¹，期待讓我國洗錢防制立法跟得上國際脈動，更能與國際法治相互接軌。我國政府認真修法的成果相當卓著²，依據2019年8月所公布成果，我國獲得一般追蹤的頂尖成績，某程度上這是我國近期法制與國際成功連動的重要案例³，我國政府相關人員就此項防制洗錢的立法成績，自然功不可沒，也獲得了社會一致的讚賞。

而在洗錢防制法通過之後，也產生新的適用問題，姑且不論立法之後不久，就因為實質受益人的認定疑問，立法者再次修正甫公布的新法，在刑事法領域中，同樣出現「提供人頭帳戶」是否構成掩飾隱匿洗錢罪⁴，

¹ FATF與其建議的發展，vgl. Mark Pieth, Die internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung, in: Felix Herzog/Dieter Mülhausen (Hrsg.), Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung, 2006, § 4 Rn. 8 ff.

² 有關修法基本理念，參見蔡佩玲，洗錢防制法新法修正重點解析，檢察新論，21期，2017年1月，頁49-53。

³ 相關詳情，參考蔡佩玲、林晉億，簡介亞太防制洗錢組織第三輪相互評鑑程序、標準以及對我國司法與執法機關金流追查思維與成效之評鑑結果，檢察新論，28期，2020年8月，頁250-256。

⁴ 就此問題，參見李秉錡，分析洗錢犯罪之構成要件——兼評數則交帳

以及「取款車手」得否另論洗錢罪的適用疑義⁵，而在上述兩個較具代表性的洗錢刑責爭議之外，近期又出現了另一類是否構成洗錢的新興案例，不過這類案例尚無具體的法院判決，但已經有相關社會新聞。

依新聞所載，甲、乙為夫妻，長期偽造與知名公司的不實買賣合約書，而令人產生甲、乙對知名公司均有應收帳款的誤信，接著再以這些應收帳款債權作為擔保，向銀行貸款，因此詐得新台幣386億元，甲、乙夫妻後來被檢察官偵查時，以1,250萬元作為律師酬金，聘請丙律師協助刑事辯護，由於丙律師「極度盡責」，除了協助處理甲、乙公司的電腦與文件資料外，也協助公司員工模擬與檢察官間可能發生的對談內容，檢察官後來認為丙收受極高額的酬金並不合理，該律師可能知悉其酬金是甲、乙行為人的詐騙銀行所得，因此打算以「收受洗錢罪」偵辦丙律師⁶。

戶案件之判決，檢察新論，24期，2018年8月，頁111-115；許恒達，評新修正洗錢犯罪及實務近期動向，國立臺灣大學法學論叢，48卷特刊，2019年11月，頁1486-1491。最高法院後來透過大法庭確認僅構成洗錢罪之幫助犯，參見最高法院大法庭108年度台上大字第3101號裁定。

⁵ 就此問題，參見李秉錡，探討取款車手應如何適用洗錢防制法——評六件高等法院之判決，裁判時報，79期，2019年1月，頁69-80；許恒達，同前註，頁1491-1494。

⁶ 此即一般所稱之「潤寅案」，該案後續發展尚未可知，本文僅以該案事由作為討論緣起，進而分析收受型洗錢罪的可罰性界限，但無意對該案的刑事責任表達任何意見。<https://tw.appledaily.com/local/20200109/QGZW6O2VWYLZK7DCJRG747TYAI/>（最後瀏覽日：2021年2

上述案例後來似乎未再以洗錢罪進行後續訴追⁷，即便如此，這個案例仍提醒我們，我國洗錢防制法明文處罰「收受、持有、使用」前置犯罪所得的行為，當法條規範的「特定犯罪」之刑案被告⁸，前往事務所委任律師協助其刑事辯護，卻約定高額或不符被告資力的酬金，且該被告涉案的犯罪所得尚未被查扣，倘若律師接受該被告委任，收取「疑似來自犯罪所得」之酬金，是否會構成收受洗錢罪，未來不免有洗錢罪成立與否的問題。

除了收受洗錢罪之外，本次修法時，立法者又參考澳洲立法例，在洗錢防制法中增訂特殊洗錢罪，其構成要件中援用普通洗錢罪的「收受、持有、使用」等行為描述文字，此時倘若行為人收受或持有一筆不明來源財產，而且其收受或建立持有的過程又符合三款文字，例如身無長物的行為人甲，被查獲持有不明方式取得的他人乙名義帳戶，而該帳戶中竟有一筆從國外不詳人士X匯至帳戶，且其與行為人甲身家無法相稱的100萬存款，此時無明確的前置犯罪可供稽考，排除適用普通洗錢罪，但甲是否因「收受或持有」該筆款項，從而可以成立特殊洗錢罪？即有待進一步的解釋與釐清。

月21日)。

⁷ 後來起訴與定罪的重點不再置於收受或持有洗錢罪，而是湮滅證據罪，參見<https://udn.com/news/story/7321/4499200>（最後瀏覽日：2021年2月21日）。

⁸ 本次修法已將洗錢的前置犯罪改稱為「特定犯罪」，惟為求理解上的簡便，本文仍採「前置犯罪」的用語行文。

從以上兩則案例可以發現，立法者在本次洗錢防制法修正時，不僅在原來的普通洗錢罪構成要件中，直接明文承認了「收受、持有、使用」等三種較特別的洗錢態樣，該要件可能處罰未實質掩飾、隱匿犯罪所得，卻將其終端納入支配並隔離於流通市場的行為人，例如前文所提及的辯護律師案例；除此之外，採用相同文字的特殊洗錢罪，也會發生相同問題，當行為人收受或持有不明財產，且又符合異常金融交易的法定事由，不無可能面臨特殊洗錢連結的刑責風險。從以上論述可以發現，作為本次修法過程中，擴張幅度最廣大的洗錢行為，當然有必要詳細地檢討其非難的重點為何。

以下討論，筆者將先說明收受、持有、使用型洗錢行為在整體洗錢罪的規範角色，分析其構成要件屬性，再討論律師收受當事人疑似犯罪所得的酬金時，是否成立收受洗錢罪；然後轉至分析特殊洗錢罪，檢討收受、持有、使用等文字，究竟在特殊洗錢罪中扮演什麼樣的角色。

貳、普通洗錢罪中的收受持有使用型洗錢行為

一、普通洗錢罪要件的修訂

眾所皆知，洗錢防制法是一部綜合各類法律規範領域的法典，其中包含民事、行政、金融監理的相關規定，更有洗錢犯罪與相應刑事制裁。利用這次全盤修法

機會，立法者更是全面修訂其中有關的刑事法規定，而就刑事法相關規範而言，這次修法可分為三個主要層面：普通洗錢罪的重整、特殊洗錢罪的增訂，以及沒收規範的擴大⁹。以下就先討論普通洗錢罪規範的重新整備問題。

一般而言，普通洗錢罪由三個基本要件組成：前置犯罪、前置犯罪產生之所得、洗錢行為。本次修法針對洗錢罪三個基本要件都有所調整：首先，立法者在洗防法第3條大幅擴張前置犯罪類型，並依據國際公約期待，納入概括型前置犯罪；其次，針對所得與前置犯罪的關聯性，本次修法增訂第4條明文，不再要求必須已經有罪判決確定才能肯認，只要有充分證據證明利得源自前置犯罪，就可以認定此項關聯性。最後，立法者重新整合構成要件所要實行的洗錢行為樣態，放棄舊法中以前置犯罪行為人「為自己洗錢」與第三人「為他人洗錢」的規範模式¹⁰，並改採國際法規範的洗錢防制觀點，將洗錢行為從開始到完了，區別為處置（placement）、多層化（layering）與整合（integration）等三個階段¹¹，每個

⁹ 相關討論，參見李聖傑，洗錢罪的可罰基礎與釋義，收於：新洗錢防制法：法令遵循實務分析，2017年8月，頁39-47。

¹⁰ 舊法所規定的洗錢行為共有兩種：「一、掩飾或隱匿因自己重大犯罪所得財物或財產上利益者。二、掩飾、收受、搬運、寄藏、故買或牙保他人因重大犯罪所得財物或財產上利益。」

¹¹ 蔡佩玲，同前註2，頁50-51。相同觀點亦見於李秉錡，同前註4，頁103-109；Vgl. Sabine Vogt, Phänomen der Geldwäsche, in: Felix Herzog/Dieter Mülhausen (Hrsg.), Geldwäschebekämpfung und

階段都有其個別規定，就此見於新法第2條規範的三種洗錢手法：

一、意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源，或使他人逃避刑事追訴，而移轉或變更特定犯罪所得。

二、掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益者。

三、收受、持有或使用他人之特定犯罪所得。

本文討論重點是第3款的收受、持有、使用手法，依上述理解，這類屬於洗錢整合階段，本次修法將此類洗錢行為態樣納入規範，其立法理由則是：「維也納公約第三條第一項第c款規定洗錢態樣行為尚包含『取得、占有或使用』特定犯罪之犯罪所得（The acquisition, possession or use of property），爰修正現行第二款規定，移列至第三款，並增訂持有、使用之洗錢態樣，例如：(一)知悉收受之財物為他人特定犯罪所得，為取得交易之獲利，仍收受該特定犯罪所得；(二)專業人士（如律師或會計師）明知或可得而知收受之財物為客戶特定犯罪所得，仍收受之。爰參酌英國犯罪收益法案第七章有關洗錢犯罪釋例，縱使是公開市場上合理價格交易，亦不影響洗錢行為之成立，判斷重點仍在於主觀上是否明知或可得而知所收受、持有或使用之標的為特定犯罪之所得。」依立法理由所述，除了得知立法者直接將維也納公約所要求的文字直接納入國內法，就此還可

Gewinnabschöpfung, 2006, § 2 Rn. 1.

進一步觀察到幾個特點：

第一，立法理由參考維也納公約第3條第1項第c款，直接將收受持有使用型洗錢納入法條中，不過維也納公約針對不同態樣的洗錢，其實有完全不同規範期待，比較一般性的移轉變更型與掩飾隱匿型洗錢，在同條第1項第b款的規定中，公約直接要求締約國必須將相關行為納為內國法，不過，針對收受、持有、使用型的洗錢，公約雖一併要求內國法化，卻在該規定之前先行聲明保留，強調僅限符合締約國憲法原則與法律體系基本概念的前提¹²，才須考慮將收受、持有、使用型的洗錢手法納入締約國的刑事制裁範圍。我國立法者在引納國際公約的共通規定時，往往全盤接納國際規範，卻未於法條中清楚地言明，究竟積極擴增此類洗錢罪時，究竟能否已經符合維也納公約附帶要求的入罪條件。

第二，收受、持有、使用型的規範中明文限定「他人」，明確排除適用於前置犯罪行為人可以成立此類洗錢，這其實是舊法規範的變形版本，不過立法理由中卻未說明為什麼要如此限制，若從法理推導，或許因為前置犯罪行為人必須先行取得或至少實際支配犯罪所得，當前置犯罪既遂的同時，就已經收受或持有該犯罪所得了，而前置犯罪行為人再享受該利得所具有的經濟利益，又會再一次成立使用型洗錢，在此脈絡下，因為前

¹² “Subject to its constitutional principles and the basic concepts of its legal system.”

置犯罪既遂後，其行為人通常已經收受、持有、使用所得，若不予排除適用，幾乎「必然」另行成立收受、持有、使用型的洗錢罪，因此我國立法者就此選擇了排除前置犯罪本人的立法模式，就此應可贊同¹³。

第三，個案中應該如何解釋與適用，立法理由中也補充若干看法，具體判斷指標包括兩項重點：(一)此類型洗錢成立與否的關鍵，應該在於非屬前置犯罪者的行為人，對於其所收受、持有或使用的財產，是否源自前置犯罪，主觀上是否達到明知或可得而知的認知程度，立法者極度強調主觀認知在成罪與否判斷的重要性；不過這樣的說法並沒有超出刑法原始解釋範圍，因為洗錢罪只處罰故意犯，行為人主觀上當然要明確知悉，或至少雖不確定，但有合理證據可認為該財產具有前置犯罪關聯性，立法理由的見解固非無見，但可惜之處在於，並未進一步提出更具洞見的成罪理由。(二)立法者又進一步指出，只要收受、持有或使用財產之人主觀上出於故意，那麼即使與前置犯罪人之間，存在合理對價交易關係，立法者也認為不足以排除收受者的洗錢刑責，換言之，縱然是常態社會交易活動（例如律師明知被告財

¹³ 承接前文，依據維也納公約，收受持有使用型的洗錢並未設有「排除前置犯罪行為人」的限制，此項排除規範可說是我國立法特點，某程度上也可以認為，我國立法者已經考慮了內國刑事法的基本結構，立法上作出了適用限制，而這正是維也納公約對於此類洗錢在內國法化時，要求立法者先行考量本國憲法與法制前提的明確證據，可惜在立法理由中並未表達出此項「恪遵」的意旨。

產源自犯罪，卻照樣提供法律服務而換取其該財產作為報酬），只要收受財物者知悉或可得知悉其法律性質，仍無法免於洗錢罪究責。

論述及此大致釐清立法者基本看法，但修法後也引發兩個進一步的提問：首先，固然可以理解立法者排除前置犯罪行為人適用本類型洗錢的想法，但是否有更充足理由支撐此種法律效果？其次，依立法理由所述，成罪關鍵在主觀認知，然而這種解釋角度，把刑事可非難性全然委諸主觀想法，行為人有主觀認知而收受就成罪，缺乏主觀認知而收受就無罪，主觀認知對於成罪影響力顯然非常之高，一方面可能使得法官的個案事實認定權限扮演過度吃重角色，另一方面，也有弱化客觀行為與法益關聯性的判斷需求，等於只要有初步的收受行為，就推論客觀上已經發生危害保護法益情事，只要行為人主觀上也有侵害意思，就可以成立洗錢罪，這樣的操作是否合理？

上述兩項後續提問，具體展現在本文最初提過的律師酬金難題，當律師主觀未達明知，而僅「可得而知」該酬金或許是犯罪所得時，律師只剩下拒絕委任及冒著成立洗錢罪風險而接受委任兩種選擇。如果每位律師均拒絕接受委任，勢必讓該被告無法有效地選任辯護人，透過收受洗錢罪而限制選任辯護人的效果，是否合理？是否應該在主觀要素之外，有更進一步的成罪限制，即需要後續討論。

接下來將檢討收受、持有、使用型洗錢行為的規範定性，接著再以辯護人的事例為中心，討論對於本類型洗錢是否要添加進一步的成罪條件。

二、收受、持有、使用型洗錢的規範定性

首先討論收受、持有、使用型洗錢罪的定性，有別於移轉變更型與掩飾隱匿型的洗錢行為，當行為人從他人處收受犯罪所得時，只是讓該所得納入自己的支配範圍，因為沒有再以之進行後續交易，不必然產生金流斷點，也不能直接肯定有掩飾隱匿財產去向的效果，究竟這種洗錢手法的可非難性何在，往往存在重大爭議。就此問題，學說發展迄今，大致有四種概念定位方法，以下分別討論。

第一種定位是我國修法時採用的觀點，將收受行為當作是洗錢過程的最後「整合」階段，此一見解的看法強調，前置犯罪所得經過處置、多層化等手法之後，該財產與前置犯罪之間的關係已經不再顯著，因此將該財產再次轉入合法的財產持有或交易行為，從而落入合法的事實上支配狀態¹⁴。

上述見解可說是維也納公約採用的理解方式，我國立法者更將維也納公約看法納入內國法的立法理由，然而筆者認為此種理解方式難以提供合理的掌握看法，主要理由有兩點：首先，依據洗錢三階段論的看法，必須

¹⁴ Vogt, aaO. (Fn. 11), § 2 Rn. 11.

經過處置或多層化之後，才有辦法讓所得脫去前置犯罪關聯性，該財產也因此「洗白」，接下來才有辦法重新納入合法交易或持有之列，達成「整合」效果，在此意義下，如果前置犯罪所得還沒真正洗白，就不會進入整合階段，整合必然發生在達成處置與多層化之後，然而，實際上可能會應用收受、持有、使用型洗錢的案例，恐怕都還沒歷經前階段的處置或多層化程度，就已經被他人所收受；舉例來說，甲使用尚未被查緝到的受賄所得，聘用乙律師擔任刑事辯護律師，乙律師明知該筆酬金源自前置犯罪，卻仍收受，依據立法理由所見，乙律師成立收受洗錢罪，但該筆金錢並未歷經處置或多層化階段，僅因前置犯罪人甲交付給乙律師，乙律師即成立犯罪，這表示從「洗錢的最後整合階段」來理解收受、持有、使用型洗錢，並非正確出發點。

其次，三階段論強調的整合階段行為，可以由前置犯罪行為人實行，亦即前置犯罪行為人經由多次的移轉、變更、掩飾、隱匿，最後再把洗白的犯罪所得投入一般正常交易活動。但是新法規範的收受型洗錢行為卻完全排除前置犯罪行為人，這表示能夠實行「整合」階段洗錢之人，都是在主觀知悉的情況下，輾轉受前置犯罪行為人交付犯罪所得，進而建立事實上支配，此種規範結構表達的是：能夠透過收受、持有、使用而達到「整合效果」的洗錢者，基本上都不是前置犯罪行為

人¹⁵，而是與前置犯罪無關的第三人，該第三人透過取得前置犯罪所得的事實上支配，達到讓犯罪所得不易發現效果。如果能夠接受上述論點，那麼收受、持有、使用型洗錢當然不再是最終階段的洗錢，而是洗錢中間階段的類型之一。

相對於我國立法的三階段論，第二種見解則認為，收受、持有、使用型洗錢是其他兩種洗錢態樣的概括手法，當洗錢行為人不足以認定成立其他兩類洗錢行為時，仍可依收受、持有或使用洗錢罪論處，所以本類洗錢手法可以理解為洗錢行為的截堵構成要件（*Auffangtatbestand*）¹⁶。此項論點有其說服力，因為試圖移轉、變更、掩飾、隱匿的行為人，一定要握有該犯罪利得的事實上支配關係，否則難以想像有辦法能夠達成移轉變更或掩飾隱匿的洗錢效果，舉例來說，當行為人將犯罪所得從A戶頭「移轉」至B戶頭時，至少該行為人必須在移轉A戶頭時，該行為人至少必先收受系爭所得，接續持有或使用犯罪所得後，才有辦法達成，又例如行為人將帳戶內金額轉買鑽石，該行為人也必須先行收受、持有或使用，才能有效地「變更」所得之財產表

¹⁵ 德國法雖未有相同規定，但整體結構亦相去不遠，vgl. Adriano Teixeira, *Die Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche*, NStZ 2018, S. 635.

¹⁶ 截堵構成要件一說源自德國立法理由，vgl. BT-Dr 12/3533, S. 13. 德國學說見解，vgl. Erik Kraatz, *Die Geldwäsche* (§ 261 StGB), JA 2015, S. 705; Felix Herzog/Mohamad El-Ghazi, *Geldwäschegesetz*, 4. Aufl., 2020, StGB § 261 Rn. 97.

現態樣。

平心而論，理解本類型為洗錢的概括手法，確有其合理之處，但筆者認為仍存在疑慮，主要理由有兩點：首先，即使承認收受、持有、使用型是概括手法，若檢視這類概括型的三種衍生手法時，會發現收受、持有、使用等手法雖然規定在同一款內，適用上其實還有先後之別¹⁷，嚴格來說，收受與使用都必須要事實上支配犯罪所得，在此意義下，持有會成為真正的概括型手法，而收受與使用是較特別的持有，當行為人在持有、收受或使用過程中，採取特別方式處理或交易所得，那麼就會滿足其他更特別的移轉、變更、掩飾或隱匿，換言之，以第3款作為概括手法時，會導出各類洗錢手法之間存在「持有→收受／使用→其他洗錢行為」的概括與具體關係，問題是：既然持有犯罪所得是真正概括的洗錢方式，其本身必須具備充分可非難性，否則不足以成為整體洗錢行為的非難原點，當洗錢者純粹持有犯罪所得時，此時若未對該所得進行有意義的假性交易或掩飾／隱匿行為，單純持有犯罪所得恐怕難以存在任何可非難性，舉例來說，詐欺被害人而獲得其財產的前置犯罪者甲，因被害人陷於錯誤而取得犯罪所得，該行為已然該當「持有犯罪所得」，但顯然建立犯罪所得持有只屬於前置犯罪的組成部分，還不能直接認定為洗錢，再考量

¹⁷ 就此參考許恒達，同前註4，頁1475-1477。

單純持有犯罪所得，通常不會擾亂刑事司法訴追效果，也難以產生任何金流斷點，持有行為的與洗錢不法關聯性恐怕極其微弱。質言之，持有行為本身欠缺證成洗錢可罰性的不法關聯性，以持有犯罪所得作為概括型的洗錢行為仍待商榷。

其次，能夠作為截堵構成要件的概括行為，概念上必須能夠同時符合其他類型的構成要件，否則不會產生「截堵效果」，然而新法對於收受、持有、使用型洗錢，直接排除適用於前置犯罪行為人，立法者透過成文規範，某程度已經表明，只有非前置犯罪行為人可以成立收受、持有、使用型的洗錢罪名，相對於第1款與第2款的其他洗錢手法，在行為主體上都沒有預設限制，邏輯上不易認為成罪門檻較高的第3款能作為前兩款的概括規定。

第三種見解同樣源自德國法的解釋，德國部分文獻認為收受、持有、使用型洗錢屬於隔離型構成要件（Isolierungstatbestand）¹⁸，此項構成要件態樣用以處罰進行中性商業交易活動，包括收受、持有、使用前置犯罪所得的行為態樣，藉以使得前置犯罪所得不再能夠進行交易，前置犯罪行為人也不再能夠享受系爭利得¹⁹，從而讓前置犯罪者無法因此獲利，並產生未來類似犯罪

¹⁸ Lars Hombrecher, Der Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB), JA 2005, S. 69.

¹⁹ Mathias Jahn/Markus Ebner, Die Anschlussdelikte – Geldwäsche (§§ 261-262 StGB), JuS 2009, S. 601.

不再發生的預防效果²⁰。此種見解核心論點強調，收受、持有、使用型洗錢不必然有掩飾隱匿犯罪所得效果，其入罪化保護重心，毋寧在於有效控管前置犯罪所得的流通性，透過洗錢罪制裁後續獲得犯罪所得利益之人，以使犯罪所得能隔離於一般交易市場，達到有效控管前置犯罪利得成果，不會被其行為人享受的預防前置犯罪功能²¹。

對於上述源自德國立法者的看法，筆者認為有待檢討。之所以強調隔離型構成要件的重要理由，在於保護利益不再是前置犯罪「司法訴訟機能」的維護，而是前置犯罪「侵害法益」本身，依此見解，收受他人詐欺之前置犯罪所得，並非侵犯該詐欺罪的司法訴追，而是造成詐欺罪財產利益的後續侵害。上述觀點的根本前提在於：不論收受、持有或使用利得，都只是享用前置犯罪所生或所換取的利得，倘能立法處罰利得享用行為本身，就可以更有效保護不再發生前置犯罪²²。然而，通常前置犯罪要達到既遂才會產生利得，此時前置犯罪已經既遂，其所保護的法益已經受到破壞，事後要再強加新罪名以保護該前置犯罪的法益，本質上是難以實現之事，因此與其說保護前置犯罪的法益，倒不如認為隔離

²⁰ Lars Hombrecher, Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafverteidiger, 2001, S. 24 f.

²¹ Karsten Altenhain, Das Anschlußdelikt, 2002, S. 417.

²² 此見解又可稱為法效力理論（Rechtsgeltungstheorie），vgl. Altenhain aaO., S. 237 ff., 399.

型構成要件的見解將導向保護法益是「同類型前置犯罪的預防」²³。

不過，此項法益定性在筆者看來，實有重大疑問，刑法之所以強調保護法益，是因為透過法益定性可以瞭解該構成要件具體侵害內容與解釋方向，至於該行為被處罰之後，自然能夠產生預防同類型犯罪的反射效果，若因此而推論刑法處罰A犯罪（洗錢），其保護法益就是弱化未來任何社會成員實行B犯罪（前置犯罪，例如詐欺）的潛在心理誘因²⁴，這種說法不僅未說明A犯罪已然實現的侵害內容究竟為何，更將干擾未來B犯罪之預防（更正確地說，A犯罪的實行會使得人們更傾向違法實行B犯罪！）的不確定效果，當作是A犯罪的利益損害，其合理性令人費解。質言之，要預防B犯罪，應該透過B犯罪的刑事制裁達成論理上的預防效果，要藉由處罰A犯罪來預防B犯罪，恐有打擊錯誤之嫌。

近期我國學說上又有提出第四種意見，其論者主張洗錢罪保護國家源自前置犯罪的沒收請求權，進而間接地保護前置犯罪法益²⁵。論者接續指出，從沒收請求權保障效果來看，一般洗錢罪三類手法的差別，應在於危害沒收請求權的強弱²⁶。掩飾隱匿型洗錢是真正的核心

²³ Dazu vgl. Altenhain, aaO. (Fn. 21), S. 417 ff.

²⁴ Dazu Altenhain, aaO. (Fn. 21), S. 420 f.

²⁵ 薛智仁，2019年刑事法實務回顧：詐欺集團的洗錢罪責，國立臺灣大學法學論叢，49卷特刊，2020年11月，頁1634。

²⁶ 同前註，頁1635。

手法，不僅有客觀掩飾隱匿行為，行為人也須有主觀掩飾隱匿意圖，更須造成實現沒收請求權的客觀具體危險²⁷；移轉變更型則可理解未達成掩飾隱匿客觀危險的移轉或變更行為²⁸；至於收受、持有、使用型則屬更概括的抽象危險犯手法，既無掩飾隱匿客觀效果，行為人主觀上更無相掩飾隱匿意圖，屬於前兩類手法的截堵構成要件²⁹。

上述本於我國法的見解，雖有相當見地，但筆者認為仍有若干問題。首先，沒收請求權是前置犯罪後的制裁機能之一，刑法也有保護「制裁機能」的罪名，但這些罪名鮮少可以將刑度上調至最重本刑7年，以最關鍵的自由刑制裁機能為例，侵害自由刑制裁機能的一般脫逃罪，除非脫逃過程中又造成其他的人身傷害或社會秩序干擾，否則其刑度至多也只有1年（刑法第161條第1項），倘若洗錢罪只保護單一沒收制裁機能，恐怕無法提高至7年有期徒刑。相對來說，涉及概括性刑事訴追利益，例如偽證、誣告等行為³⁰，才有可能大幅調高最重本刑，這正是因為概括性的刑事定罪需求，可以連動後階段整體制裁效果，所以才能提高刑責，若能接受此觀

27 同前註，頁1640

28 同前註，頁1640-1641。

29 同前註，頁1641。

30 主流見解認為，偽證及誣告均主要保護「國家審判作用之妥適公正」，僅參考陳子平，刑法各論（下），3版，2020年1月，頁844-845。

點，過度限縮洗錢罪保護的司法利益內容，似不無疑問。

其次，從沒收請求權具體危險的觀點理解「掩飾隱匿效果」，可能欠缺足資操作的標準，質言之，究竟要用什麼標準來決定具體危險，個案中恐怕難以拿捏。例如詐欺罪既遂後，詐欺集團透過車手「進行虛偽目的之匯款」，此時該論者同樣認為車手可成立掩飾隱匿型洗錢³¹。然而，因為車手透過金融交易進行匯款，此時所有出帳及入帳紀錄均在金融機構控管下，這種金流全面受控的交易狀態如何能產生具體危險，實有待更深入的說明。

此外，若依論者所言，移轉變更型可謂掩飾隱匿型的前階段，近似於未遂態樣，但洗防法第14條第2項卻又處罰所有洗錢類型的未遂犯，透過時間序列理解三類洗錢手法，勢必傾向把較前端的手法理解為後端手法的未遂階段，此時顯然無從說明每類手法都有未遂類型的理由。

最後，對收受、持有、使用型洗錢的觀察，論者同樣認為其屬截堵構成要件，這個看法本質上仍陷於截堵構成要件本身的問題，甚而，即便認為這是沒收請求權的抽象危險犯，恐怕仍難以解釋為什麼截堵構成要件的抽象危險行為要排除前置犯罪本人的洗錢刑責。綜合上

³¹ 薛智仁，同前註25，頁1656。

述四點，筆者認為我國新近見解仍待商榷。

論述及此，上述各種學說提及的見解，恐怕都無法合理證成收受、持有、使用型洗錢罪。依本文之見，唯一能夠合理論證的看法，還是必須回歸保護法益的定位問題，申言之，筆者認為洗錢罪保護前置犯罪司法利益的實現³²，這裡所稱的司法利益內容，包括訴追、定罪與制裁法律效果的實現，當第三人收受、持有或使用犯罪所得時，事實上將犯罪所得置於非屬於犯罪行為人的其他環境中，從而與前置犯罪行為人之間不再直接牽連，此種把利得從原行為人，轉換管領場域至無關係之他人的隔離過程，一方想將造成訴追與制裁執行上的障礙，另一方該他人收入已用或已有，會建立起貌似合法的持有狀態，造成訴追與追償上的困難，也因此必須透過刑法的介入，以保障立法者特別篩選出來的前置犯罪司法利益，換言之，收受、持有、使用是一種較特別的掩飾隱匿犯罪所得行為³³。

既然應該從掩飾隱匿犯罪所得角度來解釋，那麼收受、持有、使用型洗錢與其他兩類洗錢的關係，就應該有如下的定位：

(一)基礎且概括型的洗錢構成要件，應該是新法第2條第2款之掩飾隱匿型洗錢，此一行為完全切中干擾前置犯罪司法利益的核心保護目標。

³² 有關保護法益問題，參見許恒達，同前註4，頁1456-1462。

³³ 進一步討論，參見許恒達，同前註4，頁1470-1477。

(二)同條第1款的移轉變更型洗錢行為，是第一種特別態樣的掩飾隱匿型手法，若能成立本類手法，則排除適用第2款的基本構成要件行為。

(三)承上，第3款的收受、持有、使用型洗錢，同樣是掩飾隱匿型的特別手法，而立法者考量這種行為本身往往與前置犯罪利得的享受本身重疊，因此立法者僅只限制非前置犯罪行為人才能成為此類洗錢的行為主體；同樣道理，如果行為人可以成立第3款的個別洗錢手法，自然排除適用第2款的概括手法。

三、收受洗錢罪與律師酬金之難題

(一)收受洗錢罪對律師辯護工作的影響

討論完收受、持有、使用型洗錢罪後，接下來則進入核心議題：律師收受當事人疑似法定前置犯罪所得之財產，以作為其委任辯護的對價，該律師是否會構成收受洗錢罪？舉例來說，甲是販賣毒品罪嫌犯，警察逮捕甲之後，未能發現其販賣毒品所生價金，而甲為了使其脫罪，以高額價金聘用乙律師為其辯護，甲並指示其友人丙支付乙律師的辯護報酬，乙律師見甲無其他收入卻仍可支付其高額律師費用，懷疑甲可能以犯罪所得支付，卻仍收受該筆費用作為刑事辯護的報酬，事後經證實，甲的確以販毒所得支付乙之律師報酬³⁴。

³⁴ 除了律師之外，會計師及公證人亦有涉入洗錢罪的風險，參考魏至潔，會計師防制洗錢暨打擊資恐申報實務，月旦會計實務研究，18期，2019年6月，頁92-95；鄭惠佳，別以為公證與洗錢無關，月旦會

在上述案例中，乙收受報酬確為販毒所得，而販毒也在洗錢罪的前置犯罪之列，而乙在主觀上，對於價金可能屬於犯罪所得至少具有未必故意，單從形式文義解釋來看，乙律師已經完全該當收受洗錢罪的構成要件，此一結論同樣是立法理由中表達的原始意思，已如前述，本罪立法理由明文指出，只要律師、會計師符合刑法對於故意的要求，主觀上出於「明知或可得而知」的直接故意或未必故意，進而收受系爭報酬，即可成立收受洗錢罪，在此脈絡下，立法者似乎認為只要純粹依據收受型洗錢罪與故意的一般性解釋，即可成立收受洗錢罪，就此沒有更多的成罪限制。

然而，採取上述解釋的問題在於：倘若收受委任當事人報酬的律師懷疑其報酬源自犯罪所得，該律師必然面臨收受報酬卻同時成立洗錢罪的執業風險，法律無異給予該受委任的律師兩項選擇：第一個選項是直接拒絕接受被告的委任，被告只能另外尋求其他律師，或者接受公設辯護人或法扶律師協助，第二個選項則是仍接受有風險的委任關係，嗣後萬一被證明其報酬確實源自犯罪所得時，律師即構成收受洗錢罪。可以想像的是，多數面對相同處境的律師，都會選擇保護自己，不接受刑事辯護委任，這將造成幾個不令人樂見的後果。

第一，被告有權選任辯護人保護其權利，被告此項受律師協助的權利（right to counsel）規定於刑事訴訟法

計實務研究，34期，2020年10月，頁22-24。

第27條³⁵，同時也具有憲法位階³⁶，若被告未指定辯護人，則於其案件屬於強制辯護案件或得指定辯護人的情況時，通由審判長指定律師或公護辯護人協助被告。無論如何，由被告自行出資而聘任的選任辯護人，基本上具有優先協助權能，除非選任之辯護人卻未出庭，或強制辯護案件卻未選任辯護人，才會轉用法扶律師或公設辯護人³⁷。但若讓被告所選任的辯護人面臨收受洗錢罪的成罪風險，足令辯護人存有疑慮時拒絕委任，甚至該「尚未確定」的前置犯罪利得，也因可能涉及前置犯罪或洗錢罪而被刑事訴追機關扣押，被告無法再行使用這些不確定是否為犯罪利得的資金，這都讓被告不再能自願且機會公平地選任辯護人，實質地干預被告選任辯護

³⁵ 最高法院之闡釋，參見最高法院109年台上字第3499號刑事判決：「刑事訴訟係採當事人進行原則，被告乃程序主體者之一，有本於程序主體之地位而參與審判以影響裁判形成之權利，除得基於訴訟上防禦權而自由陳述或行使辯護權外，並得藉由辯護人協助，以強化其防禦能力，落實訴訟當事人實質上之對等，凡此均構成人民依憲法第16條規定賦予訴訟權所衍生基本權之內涵，則法院立於程序指揮者之地位，自應保障被告得以適時充分地行使此一防禦權之機會，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位，而受法院公平之審判。」

³⁶ 參考李榮耕，Gideon's Trumpet被告的受有效辯護權，收於：搜索、扣押及受律師協助權，2020年4月，頁220-226。See also Adam K. Weinstein, *Prosecuting Attorneys for Money Laundering: A New and Questionable Weapon in the War on Crime*, 51 LAW & CONTEMP. PROBS. 369, 378-80 (1988); Lynn D. Boylston, *Attorney's Fees and the Money Laundering Control Act of 1986: Further Erosion of Criminal Defense Advocacy*, 21 GA. L. REV. 929, 932-33 (1987).

³⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），10版，2020年9月，頁217-219。Dazu auch vgl. Claus Roxin/Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 29. Aufl., 2017, § 19 Rn. 31.

人的權利（right to counsel of choice）³⁸，即使該項選任權利可以在充分政府利益存在時予以限制，但對於前置犯罪司法利益及其所得的訴追需求，恐怕仍無法優越於前置犯罪被告的選任辯護人利益³⁹，最後強迫被告必須接受信賴度相對較低的公設辯護人或法扶律師⁴⁰，甚至在非強制辯護案件，被告可能就無人協助辯護，最後反而架空了刑事訴訟法上的選任辯護制度⁴¹。

第二，被告除可尋求辯護人協助權利外，辯護人所提供被告的協助，還必須是實質、有效的辯護（right to effective counsel），辯護人必須實質地參與被告受訴追的各項程序，實質地為被告實體與程序利益提出辯護⁴²。倘若律師在辯護過程中，意識到其當事人繳付的律師報酬來自犯罪所得，勢必造成律師與當事人之間的利益衝突關係（conflict of interest），律師將因洗錢罪被迫作出優先保護自己而非當事人利益的行為⁴³，具體言之，當律師意識到洗錢風險時，可能選擇解除委任，並

³⁸ See Weinstein, *supra* note 36, at 380-81.

³⁹ See Boylston, *supra* note 36, at 961-64.

⁴⁰ See Weinstein, *supra* note 36, at 378-80.

⁴¹ 就此可參考釋字第654號解釋理由書：「憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。」

⁴² 參見王兆鵬，貫徹平等與實質之辯護制度，收於：辯護權與詰問權，2006年1月，頁95-105；李榮耕，同前註36，頁226-233。

⁴³ See Weinstein, *supra* note 36, at 382-84; Boylston, *supra* note 36, at 959.

向刑事司法機關揭發其當事人的資金狀況，這將會影響辯護人與委任人之間非常重要的信賴關係⁴⁴；即使律師不解除委任，律師也會選擇有利自己而非有利被告的辯護策略，例如在檢方明顯起訴證據不足時，「積極地」鼓勵被告認罪⁴⁵；此外，被告也可能意識到律師更關心其利益，對於律師三緘其口，雙方陷入「律師／當事人溝通間的寒蟬效應」（Chilling of Attorney-Client Communications）⁴⁶，一旦陷入這種極度不信賴的互動關係，律師當然無從知曉實情，也就難以提供實質、有效的辯護以協助被告。收受洗錢罪顯然明顯地斷傷作為刑事辯護基礎的信賴關係，更是帶來被告受有效實質辯護權利的嚴重干預⁴⁷。

第三，我們可以再從辯護人的視角立論，雖然學說上對於辯護人的定位，尚有若干爭議⁴⁸，不過，即使是將辯護人理解為刑事司法機關之一的德國刑事訴訟理論，

⁴⁴ 此種信賴關係的重要性，參見王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），5版，2020年3月，頁611。

⁴⁵ See Boylston, *supra* note 36, at 959.

⁴⁶ See Weinstein, *supra* note 36, at 384-85.

⁴⁷ 大法官釋字第654號解釋謂：「刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。上開自由溝通權利之行使雖非不得以法律加以限制，惟須合乎憲法第二十三條比例原則之規定，並應具體明確，方符憲法保障防禦權之本旨，而與憲法第十六條保障訴訟權之規定無違」，依本文之見，雙方的信賴關係正是自由溝通不可或缺的基礎條件。

⁴⁸ Dazu vgl. Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 37), § 19 Rn. 3 ff.

仍接受辯護人享有自由執業特性（freie Advokatur）⁴⁹，可以自由地決定接受那位當事人委任，更可以在接受委任之後，自由地決定其辯護策略，以達成有效保護委任人的目的。收受洗錢罪透過刑罰禁止律師在明知或可得而知的情況下，收受犯罪所得以作為法律服務的對待給付，也造成律師必須在此種情況下拒絕委任，或在委任進行中盡可能不去瞭解當事人金流關係，避免碰觸與委任人之間的敏感問題，在這種氛圍下，律師有關訴訟策略與進展的擬定，當然也會受到干預。基此，收受洗錢罪的立法與適用，顯然干預律師自由決定其代理客戶的選擇自由以及辯護策略的選擇限制，影響了律師的執行職業自由（Das Recht auf Ausübung der Berufsfreiheit）⁵⁰，甚至有可能因為辯護律師涉犯洗錢罪，該律師所有生活周邊活動都受到刑事司法機關監控，使得律師與其當事

⁴⁹ 就此問題，參考張哲源，律師之法律地位與獨立性原則——德國暨歐陸發展概況，玄奘法律學報，5期，2006年6月，頁146-155。有關律師與洗錢罪的緊張關係，參見吳俊毅，律師納入洗錢防制法義務人的義務性質與有效辯護，收於：犯罪、資恐與洗錢，2017年8月，頁145-157。

⁵⁰ 大法官釋字第711號解釋（針對藥師的執業處所限制）指出：「憲法第十五條規定，人民之工作權應予保障，其內涵包括人民之職業自由。法律若課予人民一定職業上應遵守之義務，即屬對該自由之限制。法律對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求公共利益，且採行之限制手段確屬必要者，始符合憲法第二十三條比例原則之要求，迭經本院解釋在案（本院釋字第五八四號、第六四九號、第七〇二號解釋參照）。」

人之間原受保護的私領域被偵查機關侵入⁵¹。無論如何，洗錢罪必須有相對更重要的公益保護需求，才能證成此種干預的正當性。

綜合以上分析，完全採取新法立法理由見解，大幅度擴張律師成立收受洗錢罪，最後反而帶來刑事訴訟制度與相關基本權利的不當限制，也因此學說主流見解及外國立法例，都指出必須限制律師因收受報酬而成立收受洗錢罪的範圍，問題在於如何發展出有效的限制標準，就此即有不同看法⁵²。

(二)排除律師洗錢刑責的不同進路

第一種見解是「酬金排除說」，本說源自早期的德國實務見解⁵³，亦有較少數學者支持，主張洗錢罪將禁止律師收受有瑕疵之酬金，本身干擾律師的執業自由⁵⁴，更對前置犯罪被告受律師協助的權利有所妨害⁵⁵，而且律師收受合理酬金屬於刑事辯護的對待給付，與洗錢罪所要保護的法益無關⁵⁶，因此不能把律師酬金計入

⁵¹ Herzog/El-Ghazi, aaO. (Fn. 16), StGB § 261 Rn. 107.

⁵² 就此問題討論的文獻，參見吳天雲，律師收受辯護報酬是否該當洗錢罪之界限，全國律師，9卷7期，2005年7月，頁102-105。Auch vgl. Kai Ambos, Annahme „bemakelten“ Verteidigerhonorars als Geldwäsche? Einschränkungsvorversuche im Lichte des Völker- und ausländischen Rechts, JZ 2002, S. 73-76.

⁵³ OLG Hamburg, Beschluss vom 6.1.2000 – 2 W185/99, NStZ 2000, 311.

⁵⁴ OLG Hamburg, aaO., S. 314.

⁵⁵ OLG Hamburg, aaO., S. 314 f.

⁵⁶ OLG Hamburg, aaO., S. 316 f.; Stephan Barton, Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB), StV 1993, S. 162.

洗錢罪客體，尤其考量律師的工作是執業所得，收受酬金本來就是常態性律師業務活動的一環⁵⁷，即使律師明知而收受被告的犯罪所得作為酬金，仍不該當客觀構成要件而排除犯罪⁵⁸。

此外值得一提的是，美國聯邦法考量洗錢罪可能侵擾被告的辯護權，因此在其洗錢罪構成要件中，獨立設立了專用於辯護人的「安全港」（safe harbor），其刑事法典第1957條第(f)項第(1)款前段針對洗錢罪「金融交易」（monetary transaction）予以定義的同時，同時又設定了排除事由：「但本於美國憲法第六修正案所擔保之個人受律師協助權利，從而為該權利之確保所發生之任何交易，不屬於前述金融交易」⁵⁹，換言之，辯護律師

⁵⁷ Barton, aaO., S. 163.

⁵⁸ 支持本說者，vgl. Wolfgang Wohlers, Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit, StV 2001, S. 425 f.; Barton, aaO. (Fn. 56), S. 162; Stephan Barton, Verteidigerhonorar und Geldwäsche, JuS 2004, S. 1034 f.

⁵⁹ 18 U.S.C. § 1957 (f)(1): “the term ‘monetary transaction’ means the deposit, withdrawal, transfer, or exchange, in or affecting interstate or foreign commerce, of funds or a monetary instrument (as defined in section 1956(c)(5) of this title) by, through, or to a financial institution (as defined in section 1956 of this title), including any transaction that would be a financial transaction under section 1956(c)(4)(B) of this title, **but such term does not include any transaction necessary to preserve a person’s right to representation as guaranteed by the sixth amendment to the Constitution**”.（強調為本文所加）。此外，英國法亦有類似規範，參見英國2002年犯罪所得法（Proceeds of Crime Act 2002）第329條第(2)項第(c)款之規定「出於適當之對價」（for adequate consideration）。

為保護被告受憲法保護的受辯護權利，其所收受的價款不屬於洗錢標的⁶⁰，其意旨大致與酬金排除說相同。

至若前置被告與律師之間所約定之酬金超出一般行情甚多，依本說見解，律師仍然不會成立收受洗錢罪，只要犯罪所得用以支付律師報酬，此種對價關係只要存在，報酬就不成為洗錢客體；不過，如果律師嗣後又出於隱匿所得目的而移轉變更該所得，或者律師與當事人之間是通謀虛偽意思表示而無任何委任關係，則當然應論以洗錢刑責⁶¹。

第二種見解則是「直接故意說」，本說是德國實務與學說的主流見解，不僅受到德國聯邦最高法院所承認⁶²，甚至是聯邦憲法法院，亦認為只有採取直接故意說解釋律師的收受洗錢罪刑責，才能符合憲法基本保障⁶³。依據德國聯邦憲法法院針對收受洗錢罪合憲性的裁判意見，律師酬金並不當然排除收受洗錢罪刑事責任，但若無限制地適用，特別是處罰僅對酬金來源有未必故意的律師，可能會侵害律師的執業自由，尤其考量

⁶⁰ 針對此項規定的後續發展，see Phillip J. Griffin, *Of Laundering and Legal Fees: The Implications of United States v. Blair for Criminal Defense Attorneys Who Accept Potentially Tainted Funds*, 164 U. PA. L. REV. ONLINE 179, 185-94 (2015-2016).

⁶¹ Barton, aaO. (Fn. 56), S. 163.

⁶² 相關判決發展，vgl. Hombrecher, aaO. (Fn. 20), S. 132 ff.; Herzog/El-Ghazi, aaO. (Fn. 16), StGB § 261 Rn. 109-110.

⁶³ BVerfG, Urteil vom 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01 u. 2 BvR 1521/01, NJW 2004, 1305.

知悉當事人重要情報的律師，甚至可能成為偵查對象，這對律師的執業自由有非常大干擾⁶⁴，更破壞辯護人與被告之間的信賴關係⁶⁵，造成選任辯護制度實質架空⁶⁶，為了平衡洗錢罪保護法益與上述各項利益之間的衝突，即使條文沒有任何限制，解釋上也必須採取目的性限縮，僅當律師於「收受酬金時點明確知悉，該酬金源自於洗錢罪所列表之前置犯罪」（wenn der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Entgegennahme des Honorars sicher weiß, dass dieses aus einer Katalogtat herrührt），才能成立收受洗錢罪，倘若律師明知其酬金源自犯罪所得，則根本不受憲法保護，基此聯邦憲法法院指出，僅當目的性限縮收受洗錢罪的成罪範圍時，收受洗錢罪的刑法規範方能合憲⁶⁷。

針對聯邦憲法法院見解，學者更精確地指出，其並非單純透過個案式的主觀要件審查解決問題，而是建立起「通案式的審查基準」，亦即必須達到一定嫌疑事實，才可以認定該律師可能涉嫌收受洗錢罪，其具體指標包括酬金金額明顯過高，被告支付酬金方式若以秘密帳戶、現金支付或以小額鈔票支付，這些跡象均足以證明辯護人有可能知悉酬金本身可能源自犯罪所得；換言之，德國實務建立了一套非形式的證明法則（informelle

⁶⁴ BVerfG, aaO., S. 1308 ff.

⁶⁵ BVerfG, aaO., S. 1310 f.

⁶⁶ BVerfG, aaO., S. 1311.

⁶⁷ BVerfG, aaO., S. 1312.

Beweisregel)，必須符合該證明法則才可以足以證成律師存在聯邦憲法法院所認為的明知程度⁶⁸。

第三種見解則是「阻卻違法說」，本說尚無德國實務判決支持，僅為學說見解⁶⁹，其原始的立論基礎強調，前置犯罪被告在確定判決之前，應推定其前置犯罪不成立犯罪，此種無罪推定（*Unschuldvermutung*）的利益是前置犯罪被告的基本權利，而辯護人訴訟協力正是擔保被告獲得無罪推定的重要支柱，辯護人與前置犯罪被告之間的關係，也就必在無罪推定視角下審酌，既然辯護人是為了被告的無罪而努力，故可認為其得信賴前置犯罪被告無罪，此種辯護人與前置犯罪之間的委任關係，是充分保障被告無罪推定的憑藉，基於委任關係下所生的酬金收受行為，自應本於無罪推定的保障而具有優越於打擊洗錢的法益保護需求，故辯護人因此享有阻卻違法事由而認定不成立收受洗錢罪⁷⁰；不過支持者也認為，倘若辯護人與前置犯罪被告間是虛偽的委任關係，此時即不能享有上述保護；此外，如果前置犯罪已經確定有罪之後，辯護人才收受源自犯罪所得之酬金，則辯護人亦不能再主張阻卻違法事由⁷¹。

⁶⁸ Barton, aaO. (Fn. 58), S. 1037.

⁶⁹ Ambos, aaO. (Fn. 52), S. 80 f.

⁷⁰ Vgl. Klaus Bernsmann, Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche – Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund, StV 2000, S. 44 f.

⁷¹ 若前置犯罪確定無罪，則辯護人亦不成立洗錢刑責。Dazu vgl. Bernsmann, aaO., S. 45.

論者更進一步提出具體審查要件，包括：1.阻卻違法情狀：存在可能影響辯護人保護被告權利的受偵查風險狀況；2.阻卻違法行為：辯護在客觀上收受相對合理的酬金；3.主觀認知：行為人主觀上知悉阻卻違法情狀。而即使辯護人知悉前置犯罪被告所支酬的來源是犯罪所得，亦不妨害上述阻卻違法事由的成立⁷²。

以上大致檢討迄今學說上提出的幾種不同意見，有共識之處，明顯在於認為不能僅因律師收受委任人的酬金，而該酬金恰巧源自犯罪所得，就成立刑責，問題在於排除刑責的界限何在？就此問題，我們可以成兩個層次討論，包括我國現行法的解釋，以及未來立法修正方向，以下分別說明之。

(三)現行法解釋與未來修正方向

回到一開始的問題，若我國律師收受前置犯罪被告提供的可疑財產作為酬金時，該律師是否成立收受洗錢罪？已如前述，倘若不限制收受洗錢罪的成立範圍，勢必造成辯護人極大困擾，也蝕奪被告受憲法保護的受辯護權利，但究應從什麼角度予以限制，就此先從現行法解釋來觀察。

就現行法解釋而言，洗防法只明訂收受洗錢罪的成罪要件，卻未有除罪事由相關規範，因此只能就前述三種解釋觀點逐項分析可能的排除刑責方法。首先討論阻

⁷² Ambos, aaO. (Fn. 52), S. 81.

卻客觀構成要件該當性的「酬金排除說」，該說強調所有本於律師專業服務而收受的酬金，將一律排除適用收受洗錢罪，本說法律效果非常強烈，縱然辯護人已經明知酬金來自犯罪所得，也可以排除刑事責任。然而筆者不贊同本說，主要理由有二：第一，辯護人在執行律師業務而收取酬金，固然屬常態性業務活動，但這不代表專業人士的業務執行活動可以自外洗錢刑責，根本言之，絕大多數的洗錢行為都是表面上合法的交易活動，但仍因涉及掩飾隱匿犯罪所得而成立洗錢罪名，律師常態性辯護活動的理由，恐怕不足以證成將酬金排除於洗錢客體之外的解釋操作；第二，固然學說有認為，律師收受酬金不會帶來抗制前置犯罪效果⁷³，但律師收受屬於犯罪所得的酬金，本質上就是將不法所得納入合法管道的活動，依本文所見，收受他人犯罪所得，除了影響刑法沒收犯罪所得的制裁效果外，更影響犯罪所得連結的前置犯罪司法訴追，既然實務上可以肯認已經發生法益損害，自然沒有排除酬金於洗錢客體之外的正當性。

同樣問題也發生在阻卻違法說，該說強調只要律師執行刑事辯護業務，即可以本於優越利益阻卻違法，固然從保護被告受到憲法保護的辯護權利來看，確有必要給予辯護人相當程度的刑罰優惠，藉以維持被告與辯護人之間的信賴關係；不過，此一說法在辯護人出於直接

⁷³ Z. B. Detlef Mütter, Verteidigerhonorar und Geldwäsche, Jura 2001, S. 321.

故意而收受犯罪所得作為酬金時，就會面臨現實障礙，辯護人在無明確證據時，理應相信其當事人無罪，但若已經知道當事人涉案，還要在事後協助當事人「善用並掩飾」犯罪所得，達到侵害司法權能效果時，這種收受明知違法利益的行為，恐怕難以符合優越利益而得阻卻違法⁷⁴。

此外，若要採取阻卻違法說，我國現行法並無獨立規定，可以採納的阻卻違法授權依據，可能只有1.律師的業務上正當行為或是2.被告有效辯護的基本權作為阻卻違法事由；業務上正當行為在理念上較為合適，但是絕大多數業務上正當行為是為了個人或公眾利益，容許犧牲特定他人的個人法益⁷⁵，洗錢罪涉及國家法益，能否適用業務上正當行為不無疑問，而再考量律師收受報酬的行為並非純粹「為被告利益」，收受報酬毋寧只是提供為被告利益的辯護服務後，必然發生的伴隨交易，這種伴隨性的金融往來能否涵括於業務上正當行為之列，尚待釐清；至於直接透過基本權阻卻違法的選項⁷⁶，其問題在於受律師有效辯護的利益屬於被告，律

⁷⁴ Gerhard Grüner/Klaus Wasserburg, Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?, GA 2000, S. 436 ff.

⁷⁵ 詳細討論，參見許恒達，新聞自由與記者的侵犯隱私行為：以業務上正當行為的解釋為中心，國立臺灣大學法學論叢，46卷2期，2017年6月，頁609-618。

⁷⁶ 有關基本權與阻卻違法的關係，參見薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，17期，2015年9月，頁165-185。

師是為了被告基本權實現而提供協助之人，能否從協助他人實現基本權而導引出阻卻違法的效果，實不無疑問。本於以上兩個實質面與形式面的理由，筆者認為在現行法脈絡下，不宜採取阻卻違法說。

論述及此，筆者認為「直接故意說」可能較適合我國現行法的解釋方向，一來可以排除未必故意過寬的入罪化現象，二來也可以專心打擊「取得持有之時」出於直接故意，且有積極意向透過收受犯罪所得而干擾司法偵查及執行權能的辯護人。不過，筆者也必提出幾點進一步說明。

第一，德國聯邦憲法法院在推導本說時一再強調，這是保護利益（洗錢罪法益）與受干預之基本權（律師之執行職業自由、辯護人與委任人之信賴關係及選任辯護制度）兩相考量，平衡雙邊利益而提出的折衷方案。對此部分學說認為，適用於辯護人的收受洗錢罪所能干預之基本權，並不如想像之寬，因為信賴關係及選任辯護制度均用以保護前置犯罪被告，在此保護的對象並非其辯護人，透過收受洗錢罪限制律師的接案範圍或辯護策略，其實對律師的執行職業自由影響相對有限⁷⁷，這些見解固非無見，不過必須注意，對律師執行職業自由或信賴關係的影響，本身僅是聯邦憲法法院進行合憲性解釋時的衡量因子，這些衡量因子與洗錢罪保護法益經

⁷⁷ Z.B. Grüner/Wasserburg, aaO. (Fn. 74), S. 434 f.; Müther, aaO. (Fn. 73), S. 321.

過衡量，才導出排除未必故意的成罪事例，縱或作為衡量因子的基本權利干預程度有限，但只要放在整合衡量的框架下處理而推導出上述結論，這仍然不致直接挑戰結論本身的合理性。

第二，至於結論合理性，在筆者看來，當新法直接處罰收受、持有、使用型洗錢後，立法政策明顯已經調整入罪方向，即使是終端的收受所得，仍被認為具有干擾司法機能的潛在作用，只不過我們在處罰這類行為時，必須同時顧慮處罰可能帶來的副作用。顯然以收受洗錢罪制裁收受酬金的律師，會影響律師協助辯護工作，也會帶來辯護關係的不安定，透過解釋而將處罰界限聚焦於直接故意的行為人，並宣示符合初步指標就排除直接故意，只要辯護人收受酬金時沒有異常金流或交易情事，就可以排除辯護人的直接故意；這些解釋操作明顯地可以讓辯護工作的進行較為順利，也能維持辯護關係穩定，更不會全面架空選任辯護的法律機制。至於我國立法理由中一併將未必故意的情況也納入處罰之列，但考量形式面上，立法理由並沒有絕對的拘束力，而實質面上，處罰未必故意的律師會導致不合比例原則的立法干預，因此解釋上仍可限定直接故意方能成罪。

第三，本說的德國版本不著重個案性判斷，而是強調透過內化證明規則而建構制度性機制，原則上符合這些證明規則所要求的基礎表徵事實，就可以推定該律師

無直接故意⁷⁸，此一作法在我國現行法脈絡下，尚待實務累積個案經驗而逐步建立，不易一步到位，筆者就此只能先行強調：要認定辯護人對「報酬屬於犯罪所得」有「直接故意」，必須在個案中有極度明確的客觀證據，足以證明辯護人充分認知且具體知情被告支付酬金的來源之外，更須足可證明辯護人期待收受此項酬金，亦即同時符合收受犯罪所得作為酬金的知悉與意欲，若無充分證明，仍宜否認辯護人的直接故意。

不過筆者也承認本說有隱性風險，此即故意之有無與程度，是由法院在事後審判時點，依其所蒐得的證據予以個案認定，個案中不無可能出現辯護律師在收受之時，行為人僅有未必故意，但嗣後竟被法院認定有直接故意的解釋風險，就此現行法並無其他更適合的解釋方法，只能留待未來修法解決；此外，金錢利得在物權法可能發生與其他所有權混合的現象，平心而論，此一問題不僅涉及本文討論的律師收受報酬議題，更與所有的犯罪所得問題有關，惟限於篇幅，本文無法再進一步討論。

第四，本說雖然將阻卻刑責要素置於直接故意，但其理論基礎仍是為了保護被告辯護權，因此能夠限縮主觀要件的範圍，僅限於「刑事案件辯護的報酬」，倘若非涉及刑事案件的其他事務委任，例如內線交易被告

⁷⁸ 此種學說又稱為「制度性的直接故意理論」，vgl. Grüner/Wasserburg, aaO. (Fn. 74), S. 439 ff.

X，委任Y律師公司上市事務（酬金300萬）及內線交易辯護（酬金100萬），則Y僅能在內線交易事務的100萬元內主張特別限縮刑責至直接故意，但就上市事務的300萬酬金則不涉及被告刑案權利，即無此項見解的適用⁷⁹。

以上解釋是立於現行法，筆者在最大範圍內所能提供的思考方向，正本清源之道，仍待未來修法增訂專用於律師的阻卻違法事由，就此僅能簡要指出可考慮的立法方向：

1.限縮具有辯護特別需求的辯護人的收受洗錢罪刑責，但此項除罪事由僅能用於捍衛被告刑案上受律師協助權利，非屬相涉刑案或不在該權利所保障範圍，即不適用阻卻違法事由。

2.符合上述事由時，該辯護人僅就收受洗錢行為具直接故意始能成罪，但直接故意的判斷必須透過立法「指標」予以限定，這些明文指標包括「報酬的合理性」、「辯護人與當事人之間無通謀虛偽意思合致」等事由⁸⁰，甚至可以考慮讓律師有疑慮時，「事前向法院陳報」，該陳報僅作為律師未來的除罪需求，不得以之認定當事人刑責。

3.換言之，立法上應先設定「疑似犯罪所得」之具體指標，若個案不符合任何指標，即認定律師無直接故

⁷⁹ 相近觀點，see *United States v. Blair*, 661 F. 3d 755, 771 (4th. Cir. 2011).

⁸⁰ 相近觀點，但僅限於起訴前，see *Griffin*, *supra* note 60, at 201-03.

意而不成立犯罪；但若個案滿足部分指標時，則必須有進一步的明確證據證明律師主觀上有直接故意，始能成罪。至於其他專業人士，因為其執業活動不直接涉及被告受有效辯護權利問題，不在此項阻卻違法事由保護之列⁸¹。

參、特殊洗錢罪與收受持有使用的要件定性

一、特殊洗錢罪的新增訂

除了一般洗錢罪之外，另一個與收受持有使用行為相關規定，見於本次修法時新增訂的特殊洗錢罪。特殊洗錢罪並非我國固有的洗錢類型，而是立法借鏡澳洲立法，在第15條增訂的新罪名，其具體規定如下：

收受、持有或使用之財物或財產上利益，有下列情形之一，而無合理來源且與收入顯不相當者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金：

- 一、冒名或以假名向金融機構申請開立帳戶。
- 二、以不正方法取得他人向金融機構申請開立之帳戶。
- 三、規避第七條至第十條所定洗錢防制程序。

⁸¹ 進一步討論，vgl. Andreas Raschke, Strafverteidigung als „privilegiertes“ Berufsbild – „privilegium“ oder „a minore ad maius“?, NStZ 2012, S. 608 ff.

單看條文文字鋪陳，其實並不容易理解究竟立法者要處罰什麼態樣的行為，不過，若能掌握澳洲立法的援引適例，可以認為本罪要處罰的真正目標，在於欠缺明確前置犯罪或前置犯罪關聯性、且透過異常金融交易所進行的推定洗錢行為⁸²。析言之，要能夠成立洗錢，必須先滿足兩個情狀及實行洗錢行為，這兩個先行發生的洗錢情狀，即前置犯罪實行與源自犯罪的利得財產客體，不過，如果個案中難以確認有無前置犯罪，或者無法確認該財產客體是否源自犯罪，此時固然不能成立普通洗錢罪，但立法者透過本次修法認為，仍然可以在一定條件內，透過其他相關事實「推定」這兩個構成洗錢罪的關鍵要件成立，此項足以推定兩要件的事實，即是行為人在實行特定洗錢行為時，存在異常金融交易事由，亦即，只要行為人「實行洗錢行為＋前述行為實行過程中存在異常金融交易事由」，就可以認為行為人「實行洗錢行為＋推定有前置犯罪＋推定該財產客體為犯罪所得」，從而可以構成較次一階的特殊洗錢罪⁸³。

至於具體要件拿捏，依澳洲法原始設計⁸⁴，共有兩

⁸² 就此問題，參見許恒達，評析特殊洗錢罪的新立法，收於：刑事政策與犯罪研究論文集，21期，2018年10月，頁109-116；近期強調特殊洗錢罪用以實現沒收未確定罪名功能者，參見林鈺雄，洗錢擴大利得沒收制度，國立臺灣大學法學論叢，49卷2期，2020年6月，頁805-806。

⁸³ 此項意旨，參見許恒達，同前註，頁116。

⁸⁴ 澳洲法內容，參見：https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00235/Html/Volume_2#_Toc488052230（最後瀏覽日：2021年2月23日）。

大特點：第一，特殊洗錢罪的洗錢行為相同於普通洗錢罪，不過應用到特殊洗錢罪時，因為必須「實行洗錢行為時存在異常金融交易」之故，特殊洗錢罪的洗錢行為，原則上排除非透過金融交易實行的類型，例如擅改財產的相關來源保證書，或者將財物實體藏匿至特定物理處所的行為；第二，異常金融交易事由必須由法律明文規範，具體適例如行為人使用冒名帳戶轉帳，或是行為人在提領現金時規避銀行反洗錢所要求的申報義務等；第三，特殊洗錢罪只是用來解決無法判斷前置犯罪的補充型法條，如果可以適用普通洗錢罪，仍應優先考慮普通洗錢罪。

上述澳洲立法例的理路其實相當清晰，不過我國在繼受時，卻發生四個關鍵的立法錯誤⁸⁵：

第一個錯誤涉及到洗錢行為的連結範圍，已如前文的討論，我國法共有三種洗錢行為，如果延續澳洲法的規範，應該這三類洗錢行為都可以適用到特殊洗錢罪，但實際上觀察新法第15條，竟只有納入收受、持有、使用型洗錢而已，這就造成實務適用特殊洗錢罪的重大困擾。

第二個錯誤則是在構成要件的描述文字中，多加了「之」字，亦即，現行法規定：「收受、持有或使用『之』財物或財產上利益，有下列情形之一……」，多加

⁸⁵ 相關討論，參見許恒達，同前註4，頁1480-1482。

了這個「之」字，在漢文的語意中，將使得「之」字前的「收受、持有或使用」成為純粹狀態概念的描述，不再能表達出其屬於洗錢的構成要件行為，相對來說，如果把「之」字去掉，則法律文字就會改為「收受、持有或使用財物或財產上利益，有下列情形之一……」，依此修正版的法律文字，「收受、持有或使用」就能被理解為真正的構成要件行為，只是立法者在撰述立法文字時，未能正確把握本罪的非難重點，造成核心犯罪行為無法表現其規範目標，反而淪為描述犯罪前既存狀態的文字。

第三個錯誤涉及異常金融交易事由的設定，依澳洲法基本規則，只要行為人進行洗錢金融交易，而附帶「單一」異常事由，就足以推定該行為的洗錢不法關聯性，不過我國立法時，不知是否強化人權保障之故，在設定特殊洗錢罪的推定事由時，同時要求「複數」異常事由必須同時成立，才可成立特殊洗錢罪，以第15條第2款的特殊洗錢罪為例，行為人必須對於一筆「無合理來源」、「與行為人收入顯不相當」且「使用不正取得之他人帳戶」進行金融交易，才會成立本罪，三則聯立的推定事由將使本罪極難成立，尤其是要求「收入顯不相當」，這無異讓收入相對較高的金字塔頂端人士幾無成立本罪空間。無論如何，立法者設計本罪時，置入過多必須同時成立的推定事由，特殊洗錢罪也因而罕有適用機會。

第四個錯誤則與異常金融「交易」事由有關，既然是金融活動的異常事由，相關的行為已經達到交易程度，不能夠只是行為人私下的計畫，也不能只達到交易的準備階段而已，例如行為人必須「使用」冒名帳戶轉帳，但不能夠只是取得冒名帳戶而還沒轉帳而已，後者因為尚未實行異常金融交易，根本不可能成立特殊洗錢罪。可惜的是，我國法除了第15條第3款之外，第1款的「申辦冒名或假名帳戶」，以及第2款的「不正方法取得他人帳戶」都僅只於達成異常金融交易的準備階段，僅只「申辦冒名帳戶」或「取得他人帳戶」都不足以發生任何值得刑法介入的洗錢關聯性，換言之，立法者在此未以明文要求必須達到「使用異常帳戶進行交易」，也就進一步模糊了本罪的處罰宗旨。

即便如此，我國實務見解則在一定範圍內，設法修正立法誤會，其中最關鍵的看法即是，特殊洗錢罪僅能用於補充普通洗錢罪之用，最高法院態度亦採取上述看法，例如具有指標性意義的最高法院108年度台上字第1744號刑事判決即指出：「第15條之特殊洗錢罪，係在無法證明前置犯罪之特定不法所得，而未能依第14條之一般洗錢罪論處時，始予適用。倘能證明人頭帳戶內之資金係前置之特定犯罪所得，即應逕以一般洗錢罪論處，自無適用特殊洗錢罪之餘地」⁸⁶，後來最高法院更有見解認

⁸⁶ 相近觀點亦可見於最高法院108年度台上字第2500號刑事判決。

為：「同法第15條之洗錢罪，則以來源不明，但無法確認與犯罪具備連結關係之金流為規範對象，因無從知悉資金所由來之前置犯罪，故此洗錢罪成立之要件，明定為使用以不實身分、不正方法自他人取得之帳戶，或規避防制洗錢程序而進行金融交易；因迥異於上開必須具備前置犯罪之立法常態，故屬特殊洗錢罪。二者均旨在防免行為人藉由規避身分確認、製造金流斷點之不法手段，妨礙金融監理與不法資金之查緝，故皆可能涉及人頭帳戶之取得、使用；其主要之區辨，毋寧在於犯罪之成立，是否以具備前置犯罪係為前提」⁸⁷，大致上此項有關特殊洗錢罪適用的基本條件，已經成為我國實務定見。

二、收受持有使用的要件定位

雖然最高法院很明顯地發現立法者誤會所在，也提出初步的修正作法，限定特殊洗錢罪至來源不明的洗錢客體，但這樣的作法並未解決全部問題。更不好處理的問題，則是倘若個案的交易客體恰屬不明來源所得時，這時行為人是否及如何成立特殊洗錢罪，即有疑問。

要回答這個實質層面的問題，必須先行合理定性本罪不法內涵，才有辦法正確地掌握特殊洗錢罪的構成要件結構，筆者就此曾撰述過兩篇論文，這兩篇論文前後採取不甚相同的解決路徑。

⁸⁷ 參見最高法院109年度台上字第1887號刑事判決。

第一種解釋方法認為⁸⁸，構成要件行為即「收受、持有、使用」，此見解可以稱為「收受持有說」，本說強調只要行為人所取得、利用的行為手段及其財產利益屬性，同時符合第15條所要求的各項異常事由，即可成立特殊洗錢罪，此種解釋方法的重點在於：(一)直接無視立法者在法條文誤繕的「之」字，將第15條的構成要件解讀為：「收受、持有或使用財物或財產上利益，有下列情形之一……」；(二)疑似洗錢財產的異常推定事由，仍依據法律要求，包括「無合理來源」、「與行為人收入顯不相當」等兩項要件；(三)對於疑似洗錢之異常金融交易行為的推定事由，則不能僅要求行為人達到準備階段，必須已經進行異常金融交易，基此，本條第3款的解釋，指的是行為人收受、持有、使用該異常財產時，一併違反洗錢防制的相關規定，而第1款則指行為人透過「使用冒名或假名帳戶」取得、持有、使用異常財產，至於最具本土意義的第2款，則要達到「使用不正方法取得之他人帳戶」而取得、持有、使用異常財產。

相對於此，筆者亦曾提出第二種解釋方法，此說可稱為「續行交易說」⁸⁹，本說核心理念則是，順應立法誤繕「之」字，因此將錯就錯地把「取得、持有、使用」等要件，理解為特殊洗錢罪犯罪行為實行前的狀態

⁸⁸ 此一解釋立場，參見許恒達，同前註82，頁116。

⁸⁹ 此觀點之提出，參見許恒達，同前註4，頁1483-1485；相近觀點，參考薛智仁，同前註25，頁1648-1649。

描述，亦即，行為人必須在犯罪之前先行取得、持有、使用異常財產，而接續再將異常財產透過三款要件中先行框定的手法，對該異常財產進行金融交易，換言之，在第二種解釋方法下，真正構成要件行為應該是三款事由指涉的「交易行為」，以第2款為例，此即行為人先行取得異常財產的支配後，使用不正取得的他人帳戶，將該財產「轉帳予他人」，該金額的轉出行為才是真正犯行。在這種解釋視角下，財產必須符合「無合理來源」及「與行為人收入顯不相當」等兩項異常事由，但犯罪行為則遞延至使用異常帳戶或違反洗錢防制規範進行金融交易的階段才會成立，取得、持有、使用該異常財產則僅只為先於犯罪發生的既存狀態，不僅無涉犯罪行為，也不成立犯罪。

以上兩種見解均為筆者提出，但其實質內容明顯有異，那麼究竟在哪一說較為合理，即須後續研議。這兩說主要差別，主要在於成立犯罪行為的時間點，我們可透過下列案例分析：

甲在網路上向乙買受乙名義帳戶之後，甲提供帳戶相關資料給友人丙，丙接著將一筆可疑資金匯入乙名義帳戶，接著甲又將該筆資金匯款至另一位友人丁之帳戶。（丙之資金來源是外國詐欺所得，但檢察官並未掌握該筆資金的相關事證，故無從確認丙之資金來源，至多只能認為，該筆資金來源不明，且與甲之國稅局可查證之收入顯不相符）。

甲在本案中共有幾個可以受到責罰的時間點，包括(一)取得乙名義帳戶、(二)使用乙帳戶收受丙匯入的不明資金、(三)使用乙帳戶將不明資金匯給丁。第(一)個行為時點，雖然貌似符合新法第15條第2款的規定，但如前所述，這個行為時點根本不會實現金融交易，不論採前述任何一說，均不能獨立構成特殊洗錢罪；若考慮第(二)時點，此時甲已經使用不正取得之他人帳戶「收受」不明資金，依收受持有說可以成罪，但若採續行交易說，則要求必須在犯罪之前，「先行」取得持有狀態下，進一步使用進行金融交易，該交易行為才是真正的犯罪行為，此時因為甲僅只達到續行交易說的「前行狀態」而已，還沒進行真正的後續交易，依其看法不能成罪；不過，到了第(三)時點，因為此時行為人已經收受、持有疑似犯罪所得，甚且也作了後續的金融交易，即使採取後續交易說，行為人也會成立特殊洗錢罪。

以上兩說最關鍵差異，顯然在於第(二)時點的可罰性，尤其當犯罪行為人的侵害流程只發展到這個階段，卻未進一步開展至第(三)時點的案例。這兩種均由筆者提出來的見解，顯然答案有異，而經過筆者再一次反省之後，認為比較合理的見解應是收受持有說，亦即維持特殊洗錢罪的原始架構，特殊洗錢罪的法定犯行，正是原來已於普通洗錢罪第2條第3款規範的收受、持有、使用之行為，在此意義下，特殊洗錢罪就可解釋成特別類型的收受、持有、使用型洗錢犯罪。之所以發生見解變

更的具體理由如下：

第一，承前所述，這兩說最大的差別在如何判定構成要件行為，續行交易說雖然能更加地限縮特殊洗錢罪的可罰範圍，但此種見解可能偏離立法者參照澳洲法的原始旨趣，尤其考量澳洲法上，收受（receive）、持有（possess）行為本來就是洗錢罪的構成要件行為類型之一，我國立法者雖然未詳實繼受澳洲法，但至少仍然維持了收受與持有這兩個構成要件行為選項。基於尊重立法者選擇構成要件行為的政策決定，維持相同於澳洲法制的行為設定，可能是比較適切的解釋方法。

第二，批評者可能認為，相對於後續交易說，收受持有說會使得特殊洗錢罪較容易成立，此項論點確有其所本。不過筆者要強調，既然特殊洗錢罪的非難基礎，在於「行為人進行異常金融交易」，從而推定該交易客體可能是前置犯罪所得，使得系爭異常金融交易有極高可能性屬於洗錢行為，如果不質疑此一見解的合理性，那麼即使透過異常方式「收受」可疑資金，或者對之「透過金融交易而建立持有」，都已經符合上述證成可罰性的基本條件。質言之，在特殊洗錢罪的原始理念與非難內涵下，收受持有說才是較一貫的解釋方法，後續交易說則過度重視「轉出」可疑犯罪所得的可非難性，卻忽略接受可疑犯罪所得的「轉入」同樣屬於金融交易的一環，故筆者認為，收受持有說應該比較有說服力。

我國實務上曾有類似案例為：被告甲受詐騙集團委

託，以3,000元之對價擔任「取薄交通手」，前往便利商店收受詐騙集團蒐集且已經存有詐欺所得之提款卡數張，但甲在便利商店就被警察緝獲。檢察官認為甲已經收受了疑似犯罪所得之資金，因此直接以特殊洗錢罪起訴甲⁹⁰，不過接續一審判決與二審判決⁹¹，均否認成立特殊洗錢罪。就本案事實是否成立而言，核心關鍵在於能否證明該利得源自特定前置犯罪？倘若前置犯罪不明或無從證明，依最高法院看法，此時方能考慮適用特殊洗錢罪。基此，依上述案事，因為匯款軌跡幾乎都有明確的銀行帳戶變更資料可供查考，透過銀行匯款而犯的內國詐欺罪，幾無不明財產可言，故在此理應排除適用特殊洗錢罪，上述法院判決見解應可贊同。

不過，如果我們修正原案事實，假定該筆款項來源無從稽考，例如外國不明人士透過無摺存款方法，將某筆疑似犯罪所得存入他人帳戶之後，詐騙集團成員再將該帳戶提款卡交給甲，則甲是否成立特殊洗錢罪？若採收受持有說，應該考慮甲可能成立持有型的特殊洗錢罪，問題在於，甲建立持有之時（成員透過一般郵務交

⁹⁰ 參見臺灣臺中地方檢察署108年度偵字第2198號起訴書，檢察官之理由為：「本件被告及其所屬詐騙集團成員共同以不正方法取得上開被害人之帳戶欲作為收受、提領贓款使用，自與上述立法理由例示之行為人本於隱匿資產之動機，取得帳戶並據以收受帳戶內財物，助長洗錢犯罪發生之情形相當。」

⁹¹ 參見臺灣臺中地方法院108年度金訴字第24號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院108年度金上訴字第2588號刑事判決。

付給甲)，並非透過任何金融交易機制，而是在集團成員取不明來源所得之後，將具有合法提款權限的卡片，以「實體物理方式」交給甲，既然甲取得持有的過程欠缺「異常金融交易」屬性，而僅只事實上持有他人犯罪後可用以提領犯罪所得之提款卡，故甲在取得持有的同時，並無「使用不正取得之他人名義帳戶」的異常金融交易屬性，故甲尚不成立特殊洗錢罪。

三、小 結

綜合上述，在採取收受持有說的脈絡下，特殊洗錢罪的構成要件行為是收受、持有或使用疑似犯罪所得，由於立法者未將其他的洗錢行為（移轉、變更、掩飾、隱匿）納入特殊洗錢罪的規範之列，在解釋上，必須將收受、持有、使用理解為特殊洗錢罪的構成要件行為，而行為人在違反第15條第1項列舉的三款異常金融交易事由的情況下，收受、持有或使用來源不明的財產。基此，特殊洗錢罪也就成為一種針對不明來源財產的收受持有使用型洗錢罪。

最後要補充的是，在普通洗錢罪之下，收受、持有、使用型洗錢僅限於非前置犯罪者可以成立，此原則是否也適用於特殊洗錢罪？從第15條法律文字來看，並沒有此等限制，看似包括不明或無從證實之前置犯罪行為人，亦有成立特殊洗錢罪的可能性。依筆者之見，特殊洗錢罪其實有可能成為對抗一般性「異常金融交易」的概括性條文，尤其以收受、持有這兩類手法，因為這

個階段的行為幾乎與前置犯罪的後階段「取得犯罪所得」有相當程度重疊，倘若個案中的前置犯罪無從追查，或者法院放棄續行訴追前置犯罪，而該前置犯罪行為人又恰巧符合第15條的各項異常金融交易事由，此時不排除可以直接動用特殊洗錢罪替代前置犯罪的處罰，這樣的趨勢是否會發生，仍待進一步觀察。

肆、結 論

以上討論了筆者對於收受持有使用型洗錢行為，在普通洗錢罪與特殊洗錢罪的各項問題，筆者將研究成果簡要整理如下：

一、收受、持有、使用型的洗錢罪，在普通洗錢罪之中，屬於掩飾隱匿型洗錢的特別規定，其定性並非整合階段，亦非截堵構成要件或用以防制前置犯罪的隔離型構成要件，其毋寧是一種具體的隱匿掩匿犯罪所得之手法，透過將利得隔離於市場外，妨害前置犯罪的司法訴追，並致令其制裁機能難以實現。

二、律師收受前置犯罪被告的可疑資金作為酬金，此項行為應限定可罰性至「直接故意」程度，但解釋上必須發展出具體的證明規則，通案性地在被告約定金額、支付方式與支付客體均為一般常態時，認定律師主觀上僅出於未必故意，但若個案有更明確的證據證明律師已達直接故意，仍可成立。未來應進一步修法，創設專用於刑事辯護律師不成立洗錢罪的阻卻違法事由。

三、收受持有使用行為在特殊洗錢罪，亦應解釋為構成要件行為，但必須連結同法第15條第1款至第3款各項異常金融交易事由合併觀察，亦即，只要行為人進行異常金融交易而收受、使用、持有不明來源財產，即成立特殊洗錢罪。

參考文獻

一、中文文獻

- 王兆鵬（2006）。貫徹平等與實質之辯護制度。載於氏著，*辯護權與詰問權*（頁79-107）。元照。
- 王兆鵬、張明偉、李榮耕（2020）。*刑事訴訟法（上）*（五版）。新學林。
- 李秉錡（2018）。分析洗錢犯罪之構成要件——兼評數則交帳戶案件之判決，*檢察新論*，24，100-115。
- 李秉錡（2019）。探討提款車手應如何適用洗錢防制法——評六件高等法院之判決。*裁判時報*，79，67-80。<http://doi.org/10.3966/207798362019010079006>
- 李聖傑（2017）。洗錢罪的可罰基礎與釋義。載於楊雲驊、王文杰編，*新洗錢防制法：法令遵循實務分析*（頁33-49）。元照。
- 李榮耕（2020）。Gideon's Trumpet被告的受有效辯護權。載於氏著，*搜索、扣押及受律師協助權*（頁219-264）。元照。
- 吳天雲（2005）。律師收受辯護報酬是否該當洗錢罪之界限。*全國律師*，9（7），95-106。
- 吳俊毅（2017）。律師納入洗錢防制法義務人的義務性質與有效辯護。載於吳俊毅主編，*犯罪、資恐與洗錢*（頁141-174）。新學林。
- 林鈺雄（2020）。洗錢擴大利得沒收制度。*國立臺灣大學法學論叢*，49（2），779-817。[http://doi.org/10.6199/NTULJ.202006_49\(2\).0006](http://doi.org/10.6199/NTULJ.202006_49(2).0006)
- 林鈺雄（2020）。*刑事訴訟法（上冊）*（十版）。自版。
- 許恒達（2017）。新聞自由與記者的侵犯隱私行為：以業務上正當行為的解釋為中心。*國立臺灣大學法學論叢*，46（2），589-

- 664。http://doi.org/10.6199/NTULJ.2017.46.02.05
- 許恒達（2018）。評析特殊洗錢罪的新立法。載於：法務部司法官學院主編，*刑事政策與犯罪研究論文集*，21期（頁95-117）。法務部司法官學院。http://doi.org/10.6482/ECPCR.201810.0005
- 許恒達（2019）。評新修正洗錢犯罪及實務近期動向。*國立臺灣大學法學論叢*，48特刊，1435-1502。http://doi.org/10.6199/NTULJ.201911_48(SP).0003
- 張哲源（2006）。律師之法律地位與獨立性原則——德國暨歐陸發展概況。*玄奘法律學報*，5，141-178。
- 陳子平（2020）。*刑法各論（下）*（三版）。元照。
- 蔡佩玲（2017）。洗錢防制法新法修正重點解析。*檢察新論*，21，46-95。
- 蔡佩玲、林晉億（2020）。簡介亞太防制洗錢組織第三輪相互評鑑程序、標準以及對我國司法與執法機關金流追查思維與成效之評鑑結果。*檢察新論*，28，250-271。
- 薛智仁（2015）。刑法觀點下的公民不服從。*中研院法學期刊*，17，131-204。
- 薛智仁（2020）。2019年刑事法實務回顧：詐欺集團的洗錢罪責。*國立臺灣大學法學論叢*，49特刊，1623-1665。http://doi.org/10.6199/NTULJ.202011/SP_49.0008
- 魏至潔（2019）。會計師防制洗錢暨打擊資恐申報實務。*月旦會計實務研究*，18，91-96。http://doi.org/10.3966/252260962019060018010
- 鄭惠佳（2020）。別以為公證與洗錢無關。*月旦會計實務研究*，34，21-27。http://doi.org/10.3966/252260962020100034002

二、英文文獻

- Boylston, Lynn D. (1987). Attorneys' Fees and the Money

Laundering Control Act of 1986: Further Erosion of Criminal Defense Advocacy. *Georgia Law Review.*, 21, 929-966.

- Griffin, Phillip J. (2015-2016). Of Laundering and Legal Fees: The Implications of United States v. Blair for Criminal Defense Attorneys who Accept Potentially Tainted Funds. *University of Pennsylvania Law Review Online*, 164, 179-206.
- Weinstein, Adam K. (1988). Prosecuting Attorneys for Money Laundering: A New and Questionable Weapon in the War on Crime. *Law and Contemporary Problems.*, 51, 369-386. <http://doi.org/10.2307/1191725>

三、德文文獻

- Altenhain, Karsten (2002). *Das Anschlußdelikt*. Mohr Siebeck.
- Ambos, Kai (2002). Annahme „bemakelten“ Verteidigerhonorars als Geldwäsche? Einschränkungsversuche im Lichte des Völker- und ausländischen Rechts. *JZ*, S.70-82.
- Barton, Stephan (1993). Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB). *StV*, S. 156-163.
- Barton, Stephan (2004). Verteidigerhonorar und Geldwäsche. *JuS*, S.1033-1037.
- Bernsmann, Klaus (2000). Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche – Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund. *StV*, S. 40-45.
- Grüner, Gerhard/Wasserburg, Klaus (2000). Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?. *GA*, S. 430-447.
- Herzog, Felix/El-Ghazi, Mohamad (2020). *Geldwäschegesetz*, 4. Aufl. C.H. Beck.
- Hombrecher, Lars (2001). *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch*

Strafverteidiger. Shaker Verlag.

- Hombreicher, Lars (2005). Der Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB). *JA*, S. 67-71.
- Jahn, Mathias/Ebner, Markus (2009). Die Anschlussdelikte – Geldwäsche (§§ 261-262 StGB). *JuS*, S. 597-603.
- Kraatz, Erik (2015). Die Geldwäsche (§ 261 StGB). *JA*, S. 699-709.
<http://doi.org/10.1515/jura-2015-0139>
- Müther, Detlef (2001). Verteidigerhonorar und Geldwäsche. *Jura*, S. 318-325.
- Raschke, Andreas (2012). Strafverteidigung als „privilegiertes“ Berufsbild – „privilegium“ oder „a minore ad maius“?. *NStZ*, S. 606-611.
- Pieth, Mark (2006). Die internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung. In Felix Herzog/Dieter Mülhausen (Hrsg.), *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung* (S. 36-58). C.H. Beck.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd (2017). *Strafverfahrensrecht*, 29. Aufl. C.H. Beck.
- Teixeira, Adriano (2018). Die Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche. *NStZ*, S. 634-639.
- Vogt, Sabine (2006). Phänomen der Geldwäsche. In Felix Herzog/Dieter Mülhausen (Hrsg.), *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung* (S. 11-35).
- Wohlers, Wolfgang (2001). Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit. *StV*, S. 420-429.

特別背信罪的共同正犯成否問題 ——以關於對向交易之我國學說與 最高法院實務為素材*

黃士軒**

要 目

壹、前 言	三、應進一步探討的問題
貳、我國學說關於對向交易 類型中背信罪共同正犯成 否之實務的一般理解	參、關於特別背信罪共同正犯 成否的最高法院實務考察
一、關於實務理論發展的 一般理解	一、實質立場同一型
二、我國刑法學界對於實 務理論的檢討與批判	二、水平雙方往來型
	三、最高法院實務見解的 特徵
	肆、分析與檢討

DOI: 10.6460/CPCP.202104_(27).02

* 本篇文章經匿名雙向審查通過。
本文初稿曾發表於國立高雄大學法學院比較刑法研究中心主辦之第二屆研討會「經濟刑法的在地實踐」（2020年8月28至29日，於臺中市國立中興大學），感謝當日參與研討會的各界先進對本文提出的評論與提問，讓筆者有機會再次思考本文內容；同時也感謝兩位匿名審查人提出的寶貴建議，使本文具有更高的完整性與可讀性，惟文責由筆者自負，乃屬當然。

** 國立中正大學法律學系副教授，日本東京大學法學博士。

一、特別背信罪共同正犯
成否與必要共犯相關
理論有無關連

三、目前實務上肯定共同正
犯成立的主要範圍

伍、結 語

二、對於實務理解的修正

摘 要

本文以金融領域之特別背信罪的共同正犯成否問題為主題，以我國主要之學說及實務為素材進行檢討。本文先對我國主要的學說對於我國實務的理解，以及在這樣的理解上所提出的理論進行掌握，並檢討這樣的學說現況所呈現的疑問，其後再進一步以我國最高法院的實務為對象，就有關背信罪共同正犯成否問題的金融領域刑事案件加以觀察，歸納我國實務的特徵。最後再基於這樣的理解，對我國學說進一步檢討，並提出本文的主張。

關鍵詞：背信罪、共同正犯、必要共犯、對向犯、增幅不法

On Co-Principal Liability in Offense of Breach of Trust*

Shih-Hsuan Huang**

Abstract

This article focuses on problems concerning the principal liability in the offense of breach of trust. In the first part, this article scrutinizes the theories concerning the history and development of Taiwanese judicial practice and the interpretation of the offense of breach of trust, and points out the problems worth further study. In the second part, this article scrutinizes the legal practice in the supreme court of Taiwan and tries to characterize the legal theory. Based on the first two parts, this article exams the interpretation theories and tries clarifies the argument of this article.

Keywords: Offense of Breach of Trust, Co-Principal, Necessary Accomplice Encounter Offense, Necessary Involvement of a Partial Corresponding Culprit, Amplified Illegality

* This article has been double-blind peer reviewed.

** Associate Professor, Department of Law, National Chung Cheng University; Doctor of Laws, The University of Tokyo, Japan.

壹、前 言

如同眾所周知地，自從2000年以來，為確保金融秩序，作為金融制度改革的一環，我國主要金融法律均出現所謂「特別背信罪」的刑事立法¹。其主要的規定，例如：銀行法第125條之2第1項規定「銀行負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於銀行之財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」證券交易法第171條第1項第3款規定「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產，致公司遭受損害達新臺幣五百萬元」處「三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金」；保險法第168條之2第1項規定「保險業負責人或職員或以他人名義投資而直接或間接控制該保險業之人事、財務或業務經營之人，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害保險業之利益，而為違背保險業經營之行為，致生損害於保險業之財產或利益者，處三年以

¹ 關於此部分立法的詳細說明，可參照：謝煜偉，論金融機構特別背信罪，國立臺灣大學法學論叢，45卷4期，2016年12月，頁2034-2036。

上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」等即是。

這些特別背信罪的條文在運用上，因為涉及的公司或機構事務經常需數人參與才能完成，所以這些情形中共同正犯乃至共犯成立與否，自然成為論斷刑事責任時必需檢驗的重點。其中，特別受到我國學說關注的，是當對向的交易結構存在時，交易之一方為具有處理事務身分之人，他方則為無此身分之人，而此時這兩方面的行為人是否可能成立共同正犯的問題。

關於此問題，一、一方面涉及到無身分之人可否透過我國刑法（以下簡稱刑法）第31條第1項的規定與有身分之人一起成立共同正犯的問題；二、另一方面則涉及到無身分之人本身是否應成立共同正犯的問題。

此二問題不論在理論或實務均有重要的意義。但是，考慮到(一)上述一、的問題主要涉及到對於身分屬性的解釋，以及刑法第31條規定的理論問題，而本文之主要問題意識在於共同正犯的成立與否問題；(二)上述二、的問題如後所述，涉及在具體的經濟交易中，共犯理論中的必要共犯概念與其對共同正犯成否之影響之問題，與本文的問題意識較為契合，因此本文在以下內容中，將以上述二、的問題作為探討的核心²。

² 關於一、的背信罪乃至特別背信罪中的共犯與身分問題，可參照：許

如後所述，我國刑法學經常將對向交易，例如買賣或借款等行為時，交易雙方當中無事務處理者身分之人可否成立背信罪共同正犯？的問題，與必要共犯的概念相連結加以探討。這樣的理論傾向之背景，固然有可能是因為考慮交易雙方立場相對的特徵，另一方面也極為可能是因為我國學說一般而言認為實務是在必要共犯的脈絡下，透過對向犯概念處理此一問題的緣故。最近，我國學界更進一步出現援用必要共犯的刑法學理，嘗試限縮背信罪乃至特別背信罪中共同正犯成立的動向。對於這樣的學說現況，在以下各點，仍有進一步探討的必要：

第一，倘若我國實務是在必要共犯的脈絡中進行共同正犯成否的檢驗，那麼我國實務應會頻繁地在各個事例中運用必要共犯的概念。但是，如後所述，基本上關於特別背信罪的共同正犯成否問題，在對向交易的結構存在時，我國實務未必有這樣的傾向。倘若如此，那麼究竟在對向交易結構存在時，我國背信罪共同正犯成否的實務實際狀況為何？即有再重新檢討的必要。

第二，倘若我國實務實際的狀況，未必與學說對於

恒達，身分要素與背信罪的共同正犯——Roxin構成要件理論的檢討（上），萬國法律，123期，2002年6月，頁109-116；許恒達，身分要素與背信罪的共同正犯——Roxin構成要件理論的檢討（下），萬國法律，124期，2002年8月，頁104-107；許恒達，背信罪的財產損害與共犯——評臺灣高等法院97年度矚上易字第1號刑事判決，台灣法學雜誌，238期，2013年12月，頁83-92。

實務的一般理解相同，則在背信罪領域以限縮共同正犯成立為目標的學說，究竟有無在實務的實踐中達成其目標？也同樣需要檢驗。倘若在此一目標達成上效果有限，則需更進一步在理論上檢討其成效有限的可能原因為何？等問題。

第三，倘若我國實務的狀態與學說對實務的認識未盡一致，且學說所提出的限縮處罰目標在實務上的反映也有限，則究竟在背信罪的領域中限縮共同正犯成立的意義為何？其理論上根據否充分？等問題，也同樣需要加以檢討。

基於以上的問題意識，本文在以下內容中，將先掌握我國學說的現況，說明我國學說對於實務的一般理解、嘗試限縮背信罪乃至特別背信罪共同正犯成立的學說動向，以及學說對於實務的評價（貳），再就筆者所蒐集，具有對向交易構造的特別背信罪事例加以觀察實務的現況，並分析實務的特徵（參），接著再就學說與實務的關係，探討學說的問題，以及檢討學說嘗試在背信罪領域限縮共同正犯成立的理論根據（肆），最後再就本文考察所得加以歸納（伍）。

貳、我國學說關於對向交易類型中背信罪共同正犯成否之實務的一般理解

一、關於實務理論發展的一般理解

在透過借款、買賣等對向交易方式違背職務上之義

務，導致本人（通常為公司）因此受到財產上損害的情形中，除了公司內部具有法定身分的職員可能作為行為人而成立背信罪之外，交易相對人可否與公司內部職員一起成立特別背信罪的共同正犯，不僅在實務上有重要性，同時也受到我國學說的關注。

就此一問題的我國實務理論發展脈絡，我國學說大致上有以下的理解：

第一，我國學說一般認為，實務上，對於此一問題是使用必要共犯中的對向犯概念加以處理。至於實務中使用必要共犯乃至對向犯概念之起源，是我國最高法院在1992年的同院81年度台非字第233號刑事判例³中，使用了相對於任意共犯的必要共犯概念，並且指出在必要共犯的「聚合犯」與「對向犯」兩種類型⁴有如下的區別：

³ 本文所引用之我國實務見解，均係透過司法院法學資料檢索系統檢索而得。因為本文所引用之實務見解均為刑事判決，且案號中的紀年均為民國，所以為免重複，以下引用實務判決時，即不再於案號中加註「民國」與「刑事」字樣。

⁴ 對於實務做如此理解的我國文獻，參照：許澤天，對向犯之研究，成大法學，19期，2010年6月，頁63-64；張天一，背信罪之共同正犯，收於：時代變動下的財產犯罪，2015年10月，頁299；謝煜偉，同前註1，頁2069。另外，此處實務對於必要共犯的說明，也與我國通說的理解大致相同。通說關於必要共犯之理解，可參照：林山田，刑法通論（下冊），10版，2008年1月，頁152-155；林鈺雄，新刑法總則，8版，2020年9月，頁488-490；王皇玉，刑法總則，6版，2020年8月，頁414-415；陳子平，刑法總論，4版，2017年9月，頁481-485。

(一)「聚合犯」是指二人以上朝向同一目標共同參與犯罪實施的情況。例如公然聚眾實施強暴罪、脅迫罪、參與犯罪結社罪或輪姦罪⁵等情形。因為這種情形本質上屬於共同正犯，所以除法律依照首謀、下手實施或在場助勢等參與程度不同設有刑罰輕重不同的處罰規定，以致不能適用刑法總則的共犯規定外，其他情形均應有刑法第28條共同正犯規定之適用。

(二)「對向犯」是指二人或二人以上之行為人，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪。例如賄賂罪、賭博罪、重婚罪等均屬此種類型。因為這種類型中的行為者各有目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，所以當法律上僅處罰其中部分行為人，其餘對向行為人之行為縱然可能認為帶有教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆犯、幫助犯或共同正犯。並且，若對向之二個以上行為，法律上均有處罰明文時，也無刑法第28條共同正犯規定適用之餘地⁶。

第二，我國學說一般認為，實務除了在上述1992年的判例中提到的賭博、重婚或賄賂罪等犯罪中，使用了對向犯概念進行共同正犯成否的判斷外，也進一步將此一概念引進背信罪的領域。受我國學說引用的案例，是

⁵ 當時的我國刑法仍有輪姦罪的規定，不過在1999年的刑法性犯罪規定修正中，輪姦罪已經刪除，則為眾所周知的事實。目前能涵蓋舊法中輪姦罪的現行規定，應為我國刑法現行第222條第1項第1款的「二人以上共同犯」強制性交罪的規定。

⁶ 參照：最高法院81年度台非字第233號判例。

最高法院97年度台上字第533號判決，以及同院99年度台上字第1294號判決⁷。

最高法院97年度台上字第533號判決中，針對被告與原為國營之中國農民銀行經理及職員基於共謀，由銀行經理與職員透過不實徵信而超貸款項給無資力償還之被告，使銀行受損的情形，舉出與上述1992年判例相同的文字，先說明必要共犯、聚合犯與對向犯概念後，再指出原審並未認定本件各行為人是否均朝向同一目的等事實，且未判斷有無背信罪適用，即認為因上述銀行在刑法第10條之公務員定義修正後，銀行職員不成立圖利罪而判決被告等人免訴，有所不當，因此將原判決撤銷，並將案件發回高等法院更為審判⁸。

最高法院99年度台上字第1294號判決中，即針對不具備農會職員身分之被告與農會職員基於共謀，使農會職員透過高估土地價值、不實徵信等方式，貸款給無充分清償資力之被告的情形，雖未在判決中詳細闡述必要共犯概念，但是仍舉出對向犯概念，並認為原判決未論述本案被告與農會職員間是否屬於背信罪之共同正犯或對向犯，並且也未確認本案被告與農會職員間是否有共同犯背信罪之意思聯絡，即認定被告成立背信罪之共同正犯，有所不當，而將原判決撤銷，並將案件發回高等

⁷ 參照：張天一，同前註4，頁296-297；謝煜偉，同前註1，頁2081。

⁸ 參照：最高法院97年度台上字第533號判決。

法院更為審判⁹。

二、我國刑法學界對於實務理論的檢討與批判

對於上述實務的一般理解，我國刑法學界主要基於以下的三種見解，提出檢討與批判。考慮到這三種見解均是在背信罪與必要共犯概念的關係上檢討上述我國的實務理論，以下關於各說的說明，即依照：(一)各種見解對於必要共犯概念乃至對向犯概念的立場、(二)各種見解認為背信罪是否為必要共犯的犯罪類型？對向交易的構造在背信罪共同正犯成否是否有理論上的意義？(三)對於上述的我國實務理論是否贊成？之順序進行說明。

(一)從「增幅不法」說的立場提出的檢討與批判

第一種見解的主要主張內容如下：

1.必要共犯分為聚合犯與對向犯，且以往的學說有採取立法者意思說，以立法者是否有意處罰為標準，說明對向犯中的相對人可否依據共犯規定處罰的問題。不過，此一標準並無實質的根據，因此在解釋上，不能僅採取立法者意思作為標準判斷相對人有無適用共犯規定之問題，而應在採取因果共犯論的前提下，更為實質地參照犯罪論上的根據與刑事政策上的處罰必要性來分析¹⁰。

⁹ 參照：最高法院99年度台上字第1294號判決。

¹⁰ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2075。

關於本文主題的對向犯，此說認為從刑法分則或特別刑法的犯罪規定分析各種犯罪類型後，應可發現有些犯罪類型中，具有身分的行為主體，具有反覆與不特定第三人共同協力造成法益侵害的可能性。此說將這種屬性稱為「增幅不法」，並認為以有無這種「增幅不法」為判斷標準，即可以在這些犯罪類型中判斷犯罪參與者有無適用刑法總則正犯與共犯章規定之餘地¹¹。

此說以我國刑法第235條第1項的販賣猥褻物品罪為例，主張因為出賣人才有反覆將印有猥褻圖片的出版品賣給不特定第三人之可能性，所以在本罪的實現上，僅有出賣人有「增幅不法」，而購買猥褻出版品的顧客，不論其購買時是否表現積極的態度，均不可能成為販賣猥褻物品罪的共同正犯¹²。

2.此說認為必要共犯乃至對向犯的形式本身並不足以成為否定共同正犯的理由¹³，並且背信罪本身並非對向犯，也未必以二人以上的參與為必要¹⁴。但是，在背信罪乃至特別背信罪的共同正犯成否的判斷上，在有背信罪或特別背信罪身分的行為主體與無此身分的行為人處於交易上相對的立場時，這樣的對立構造仍可能影響

¹¹ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2075-2076。此一見解在日本學界是由豐田兼彥教授所主張。關於豐田教授的論述，可參照：豐田兼彥，共犯の処罰根拠と客觀的帰属，2009年3月，頁100-108。

¹² 參照：謝煜偉，同前註1，頁2076。

¹³ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2071。

¹⁴ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2081。

共同正犯的成立¹⁵。亦即，此說認為，特別背信罪的本質在於保護不特定多數的存款戶、投資人乃至金融秩序，而在這種犯罪類型中，有身分之正犯可以反覆透過與不特定第三人交易而侵害法益。在此意義下，在對向交易的情形，交易相對人若與有身分之正犯一起實現增幅不法，則可成立共同正犯，若僅是進行邊緣性的參與行為，而非實現增幅不法，則不成立共同正犯乃至共犯¹⁶。在是否具備增幅不法可影響是否具備正犯性的意義上，此一標準即是一種在正共犯區別上的「質的」判斷標準。

3.對於上述我國實務的狀態，此說認為最高法院99年度台上字第1294號判決中雖未提及必要共犯概念，而僅提及對向犯概念，應是因為法院認為只要有對向關係，就可以排除總則之共同正犯乃至共犯規定的適用，並且此說基於這樣的理解，對此一法院見解表示肯定¹⁷。

4.最後，此說指出，即使不採取增幅不法概念，考慮到背信罪的內容中處理他人事物的核心，也應認為這種對向構造中，若要肯定無身分之人可成立共同正犯，則需以(1)該行為人有保護本人財產利益之立場；(2)違背任務之方式與內容是由行為人主導（或創造）；(3)對有身

¹⁵ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2081。

¹⁶ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2078。

¹⁷ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2082。

分的事務處理者之遊說，顯然逾越相當的程度為理由¹⁸。

(二)從實質理解對向犯說的立場提出的檢討與批判

第二種見解的主要主張內容如下：

1.我國學說向來將必要共犯區分為聚合犯與對向犯兩種，而與本文主題相關的對向犯，則是在實施犯罪時，行為人之間存在主觀目的或意思方向對立的情形。向來，這種對向犯的實益在於：立法者可能預定就對立的各參與者給予不同的刑事處罰；以及對立的參與者間無法形成共同正犯所需的犯意聯絡，因此無法成立共同正犯，且在立法者僅預定處罰一方時，他方即無法成立正犯也無法成立共犯¹⁹。

不過，此說認為行為人行為時的主觀目的與共同正犯成立所需的犯意聯絡並無必然的關連，因此上述聚合犯與對向犯的分類也僅有犯罪型態的常態觀察意義，並不能以此區分作為解釋論上是否應適用正犯與共犯規定的準則²⁰。從而，此說認為若是實質理解必要共犯乃至對向犯的概念，則應認為即使處於對向關係，也未必不可能形成共同正犯成立所需的主觀要件即共同行為

¹⁸ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2081、2083。我國學說中，對於有對向構造中的情形，也舉出此處之(1)(2)(3)要件作為無身分之人成立共同正犯之要件者，亦可參照：陳子平，刑法各論（上），4版，2019年9月，頁678。這樣的見解，在日本學界已可見於中森喜彦，背任罪の共同正犯，研修，609号，1999年3月，頁7。

¹⁹ 參照：張天一，同前註4，頁298-299。

²⁰ 參照：張天一，同前註4，頁303。

決意²¹。

2.此說認為嚴格而言，背信罪在性質上並非當然屬於對向犯，僅是在某些情形中，才有對向結構存在。因此無法直接以對向犯為理由，形式地否定行為人之間存在共同正犯的關係²²。

但是，在對向交易的情形中，因為從事商業活動而立場相對的交易行為人之間，經常為各自之利益打算，所以若將無身分之相對人輕易地認為成立背信罪的共同正犯，那麼將有可能導致過度限縮經濟活動的疑慮，也因此有限縮背信罪成立範圍的必要²³。至於限縮的方式，此說則主張以有身分人之相對人，亦即無身分之人是否有「積極推動」行為為準。亦即，(1)當有身分之人具備圖利加害意圖；(2)對無身分之人要求在A.主觀上認識事務處理者即相對人的交易行為逾越交易常態；B.客

²¹ 參照：張天一，同前註4，頁301。

²² 參照：張天一，同前註4，頁300。

²³ 參照：張天一，同前註4，頁323-325。這樣的思考，至少於：1990年代即已經可見於日本刑法學界。例如：中森喜彥，同前註18，頁6即指出，若將背信行為的相對人也是獨立的經濟利益主體作為出發點，那麼在能將其行為視為是不超出追求自己利益範圍之行為的限度內，原則上該行為即不應與刑事責任相連結。與此同旨的見解，另可參照：林幹人，背任罪の共同正犯——共犯構成要件について，判例時報，1854号，2004年6月，頁7-8；朝山芳史，住宅金融専門会社の融資担当者の特別背任行為につき同社から融資を受けていた会社の代表者が共同正犯とされた事例，法曹時報，57卷8号，2005年8月，頁2566；內田幸隆，背任罪の共犯——不良融資における借り手の刑事責任，企業と法創造，2卷1号，2005年9月，頁42；設樂裕文，特別背任罪の共同正犯，日本法学，82卷2号，2016年10月，頁358。

觀上利用優勢地位，且逸脫通常的社會交易容許範圍而推促處理事務之人即相對人實現背信行為時，則可認為行為人是「積極推動」背信罪構成要件的實現，而可成立共同正犯²⁴。

3.對於我國上述實務，此說指出最高法院99年度台上字第1294號判決的意義在於指出：對向關係中的行為人雙方，因為主觀目的並不相同，即有可能因為不存在共同正犯成立所需的主觀要件即犯意聯絡，而不成立共同正犯。此說認為在此限度內，此一判決有其意義。不過，此說認為，在此判決中被援用的必要共犯概念則無需要²⁵。

(三)從「離心、向心犯」說的立場提出的檢討與批判

第三種見解的主張是認為：

1.此說不採取通說對於必要共犯的聚合犯、對向犯分類，而是認為必要共犯的類型分為離心犯和向心犯兩種。離心犯是指危險物品由居於中心的正犯向外傳送的類型；向心犯則是居於中心的正犯吸引第三人加入的類型。在離心犯的情形中，居於邊緣地位的相對人之所以不處罰，是因為立法者採取比例原則的立場，亦即比起

²⁴ 參照：張天一，同前註4，頁326-327。將行為人是否積極推動發揮影響力作為背信罪共同正犯標準的學說，已可見於日本學界，例如：垣口克彥，不正融資と特別背任罪，阪南論集・社会科学編，44卷2号，2009年3月，頁127-128；上瀧一高，背任罪の広義の共犯，收於：三井誠先生古稀祝賀論文集，2012年1月，頁405-409參照。

²⁵ 參照：張天一，同前註4，頁325-326。

將居於核心與邊緣者均處罰，立法者選擇僅處罰居於核心之人以達到保護法益的目的。在向心犯的情形中，居於邊緣之人之所以不處罰，是因為這種邊緣的參與行為人與正犯之間有危險性落差，而使其參與和居於核心的正犯在性質上無法相提並論²⁶。

2.但是，此說並未認為背信罪是必要共犯的犯罪類型。此說毋寧是指出，背信罪的性質是一種義務犯，亦即純正的特別犯（純正身分犯），若無為他人處理事務之資格，即無法成為正犯。不過，在現行法下有可能透過刑法第31條第1項規定使無身分之交易相對人與有身分之人成立共同正犯或教唆犯乃至幫助犯²⁷。

此說也指出，在背信罪的共同正犯成立問題上，重要的並非背信罪是對向犯或聚合犯的問題，而是背信罪的行為人之間究竟有無可能朝同一目標進行犯罪的問題²⁸。

3.在這樣的立場下，此說對於本文前述貳、一、所提到2008年的最高法院判決，認為此一判決援用聚合犯與對向犯之意義不明，從理論的觀點難以理解²⁹。

²⁶ 參照：許澤天，同前註4，頁58-62。

²⁷ 參照：許澤天，同前註4，頁71。

²⁸ 參照：許澤天，同前註4，頁71。

²⁹ 參照：許澤天，同前註4，頁71。

三、應進一步探討的問題

(一)前述考察所得

在考察上述我國學說對於實務理論發展脈絡的理解，以及對於實務理論的檢討、批判之後，大致可以得到以下的考察所得：

第一，我國學說對於實務的理解，是認為實務在1990年代初期即透過較為形式的必要共犯概念，在有對向關係的情況，就認為相對人不適用刑法總則共犯規定，而不構成共同正犯。並且，實務在其後也將這樣的思考引進背信罪的領域，認為對向交易的相對人有因為符合對向犯的概念而不構成共同正犯的解釋論上餘地。

第二，對於必要共犯的概念，我國學說中已經可見不同於通說的有力見解，亦即不將必要共犯區分成聚合犯與對向犯，而從數種不同立場實質地理解有對向結構的犯罪類型。

第三，我國上述各種較為有力的見解，均未認為背信罪是一種必要共犯的類型。但是，採取「增幅不法」概念的見解，以及採取實質理解對向犯概念立場的見解，則認為對向交易的情形中，對向的結構對於共同正犯的成立與否仍有意義。並且從此二說的主張觀察，兩說均認為這樣的結構可能在解釋上開啟援用原本以對向犯為對象形成之理論的可能性，並均將其運用於限縮背信罪中共同正犯處罰的方向。這種解釋論的背景，應可認為是基於避免經濟活動過度受限而萎縮的考慮。

另一方面，我國學說中，採取「離心、向心犯」概念的見解除了並未認為背信罪是一種必要共犯外，同時也不認為背信罪的共同正犯成否問題與必要共犯概念有關。

第四，對於我國的實務見解，採取「增幅不法」概念的見解與採取實質理解對向犯立場的見解認為在解釋上有其意義，但是採取「離心、向心犯」概念的見解，則根本地質疑實務見解將必要共犯運用於背信罪的理論上關連性。

(二)應進一步探討的問題

然而，基於上述的考察所得，在以下各點應認為還有必須進一步探討的問題：

第一，關於我國背信罪實務理論發展脈絡的理解問題。

倘若依照上述我國學說的一般理解，對向犯的概念既然已經引進我國背信罪實務，則在刑法的背信罪領域，乃至本文主要關心的問題亦即附屬於金融法領域的特別背信罪事例中，當法院對於對向交易結構的當事人雙方是否可能成立共同正犯的問題作出判斷時，即應頻繁援用對向犯的概念。然而，如後所述，根據筆者的考察，至少在特別背信罪的領域中，最高法院對於存在對向交易結構的事實關係，在判斷當事人雙方是否可能成立共同正犯的問題時，大多數未見特別援用前述關於必要共犯的同院實務見解。如此一來，我國學說的主張是否是基於對法院實務的正確理解，即有疑問。

第二，與此相關的問題是，倘若實務上的主流未必

是採取援用必要共犯乃至對向犯的理論判斷共同正犯的成否，那麼究竟在對向交易構造存在的情況中，特別背信罪共同正犯成否的實務實際狀態為何？是否有哪些類型上的特徵？等問題，即需進一步檢討。

第三，倘若依照上述我國有力學說的見解，對向的構造有可能影響共同正犯的成立。然而，從共同正犯的基本理論觀點來看，這種在背信罪乃至特別背信罪領域對共同正犯的成否所做的限縮，是否可能從共犯理論上合理說明（或還原至共犯理論）？應是上述各見解的重要前提，然而關於此點，從上述二說的論述來看，則非自明，而仍有進一步探討的需要。

第四，值得注意的是，上述我國有力的學說中，也有質疑將必要共犯乃至對向犯概念援引至背信罪實務領域的見解者。這樣的學說存在的理論上的意義則是在提示了：背信罪共同正犯的問題，與必要共犯的問題事實上無關，也因此援用必要共犯脈絡下的理論對背信罪共同正犯成否所做的解釋，不具理論上的必然性與必要性。倘若將上述第一點的問題一併納入考慮，則在此，對於本文作為主題的特別背信罪共同正犯成否而言，需要進一步探討、確認的問題，即是究竟實務是否真的有將必要共犯理論引進特別背信罪的共同正犯判斷領域？並且，在完成此部分的釐清之後，即可進一步探討究竟在特別背信罪的共同正犯成否的判斷中，理論上是否真的有援用必要共犯中的對向犯概念或其精神，藉以限縮

共同正犯成立的必要之問題。

考慮到上述的各個問題，均需以第一點所提到的，釐清我國實務現況為前提，因此本文在以下的內容中，即以我國最高法院特別背信罪實務中，存在對向交易的事例為對象³⁰，考察這種情形中最高法院如何處理共同正犯成否的問題。

參、關於特別背信罪共同正犯成否的 最高法院實務考察

關於特別背信罪的我國最高法院實務中，就存在對向交易（可能是虛偽的買賣或不正融資貸款）的情形判斷是否交易雙方成立共同正犯的事例，主要有以下的兩種類型：

第一種類型，是形式上雖然有兩個公司之間相互交易的外觀，但是基於以下的事實要素特徵，可認為實質上交易雙方在立場上有同一性的情形：一、交易的複數

³⁰ 作為本文研究對象的最高法院判決，是筆者使用司法院法學資料檢索系統的裁判書查詢功能，以「特別背信罪」與「共同正犯」為關鍵字查詢後，再選擇事實關係存在對向交易的結構且法院有就共同正犯的成否加以判斷者挑選而出。司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/default.aspx>（最後瀏覽日：2020年8月25日）。另外，雖然特別背信罪相關的判決通常均會有相當多數的行為人涉案，同時涉及的行為也未必僅包含背信行為部分，而通常也還會涉及複數個其他金融法律所定的犯罪條款，但是考慮到本文主題是特別背信罪，且以共同正犯的成否為主要的討論重心，因此本文在以下內容介紹各事例時，均會依照本文主題，對於事實關係作必要的簡化，以免造成讀者閱讀上的混亂，合先敘明。

公司實際上均屬於同一財團，且交易相對人係受財團實質經營者指示的情形；二、交易雙方雖非屬於同一財團，但是其中一方係完全配合他方進行交易的情形。本文在此先將其稱為「實質立場同一型」。

第二種類型，則是主要涉及銀行與私人之間，由銀行的信貸業務職員與借款人間所生的不正融資行為。這種情況中，與上述的實質立場同一型不同，作為交易雙方並無屬於同一財團或上下關係亦無一方配合他方的關係，因此本文先將其稱為「水平雙方往來型」。

以下即先就此二種類型的事例，加以考察。

一、實質立場同一型

關於實質立場同一型的事例，可以舉【事例1】最高法院105年度台上字第2206號判決、【事例2】最高法院106年台上字第248號判決、【事例3】最高法院107年台上字第4571號判決為例。

【事例1】最高法院105年度台上字第2206號判決的事實關係如下：

A為公開發行有價證券之上市公司甲商業銀行（以下稱甲商銀）創辦人兼董事長，且同為乙、丙兩公司之董事，其後A又為甲銀行常務董事兼實際負責人，B自2000年3月起陸續擔任甲商銀太原路分行、三重分行經理。乙、丙兩公司為甲商銀之利害關係人，亟需資金，但無足夠資產可供擔保，因此甲商銀本不得在無擔保情況下對乙、丙公司授信，且授信時需徵得十足擔保品。

A遂透過知情之B、C等人尋覓急需資金週轉之公司，最後取得丁1印刷股份有限公司（下稱丁1公司）、丁2科技股份有限公司（下稱丁2公司）、丁3工業股份有限公司（下稱丁3公司）、丁4電子股份有限公司（下稱丁4公司）、丁5建設股份有限公司（下稱丁5公司）、丁6科技股份有限公司（下稱丁6公司）、丁7系統公司（下稱丁7公司）、丁8科技電子股份有限公司（下稱丁8公司）、丁9股份有限公司（下稱丁9公司）、丁10資產管理股份有限公司（下稱丁10公司）等十家公司之同意，並以該等公司購買乙、丙公司之公司債為授信條件之方式，由甲商銀同意貸予該等公司實際所需週轉金額加計購買乙、丙公司債之金額，實質上即係借用該等公司名義為乙、丙公司向甲商銀借款。與特別背信罪的成否有關而值得參考者，可舉其中丁3、丁5、丁10公司部分為例：

（一）丁3公司、丁5公司營運狀況不佳，未具償債能力，亦未提供足額擔保品，本不宜放款，A、B等人竟共同基於意圖為自己及第三人不法利益並損害甲商銀利益之犯意聯絡，由B要求丁3公司需將貸款新臺幣³¹3,000萬元中1,200萬元購買公司債，始得動撥，丁3公司應允後，竟未徵提任何擔保品，將授信案呈送總行審查通過，於2005年4月21日撥款3,000萬元與丁3公司，丁3公司到期無法依約償還本金3,000萬元，足生損害於甲商銀及全體股東權益。

³¹ 本文以下內容中，如無特別說明，則貨幣單位為新臺幣。

(二)另B要求丁5公司需將貸款金額3億元中之9,000萬元購買公司債，始同意核貸，丁5公司應允後，未提供足額擔保品，即將授信案簽報由總行審查通過，於2005年12月16日撥款，惟丁5公司到期尚餘2億5,900萬元未償還，足生損害於甲商銀及全體股東權益。

(三)丁10公司於2006年下半年間向招商公司購入座落基隆市之大樓，從事商場大樓開發而有資金需求，遂透過B向甲商銀太原路分行申請7年之中長期借款8億6,000萬元，惟丁10公司甫於2005年間成立，2005年營收542萬9,000元，稅前獲利2萬1,000元，2006年上半年營收316萬7,000元，稅前獲利34萬元，且迄2006年10月止，向各銀行借款總餘額為1億9,500萬元，償債能力顯有疑慮，徵信報告中亦已載明「中長期償債能力（還款財源）於屆期時似需另籌」，亦未提供足額擔保品，本不宜放款，A、B竟共同基於意圖為自己及第三人不法利益並損害甲商銀利益之犯意聯絡，由B受理該等授信案呈報總行，經甲商銀常董會決議以附條件方式，准予太原路分行先動撥6億3,000萬元，B及C隨即與丁10公司於2006年12月26日簽署載有「甲銀行同意丁10公司基隆案6.3億元於2006年12月27日撥貸，其中8,000萬元向乙公司購買公司債」之承諾書，甲商銀太原路分行旋於2006年12月27日撥款，足生損害於甲商銀及全體股東權益³²。

³² 本件事實是摘要自原判決即臺灣高等法院105年度金上重更(二)字第14號判決的事實欄記載。

對於此一事實關係，原判決認為A與B成立銀行法第125條之2第1項前段特別背信罪之共同正犯³³。對於原判決，被告提起上訴，最高法院則是以：1.B已於原審抗辯有對丁3公司的財務狀況為負面評價，但是原判決未注意是否可因此認為A已經盡善良管理人注意義務而有商業判斷原則之適用？2.原審雖有認定丁3公司財務狀況不佳，清償能力有疑問而不宜貸款與該公司之情形，但是並未說明究竟本件放款是違反甲銀行的何項授信核貸規定、3.對於B的犯罪所得究竟是否超過1億元並未明確認定即認為無銀行法第125條之2第2項之適用等理由，認為原判決有應撤銷之不法，乃將原判決撤銷，並將案件發回原審更為審判³⁴。

【事例2】最高法院106年度台上字第248號判決的事實關係如下：

A為甲光電股份有限公司（係依證券交易法在公開市場發行有價證券之興櫃公司，下稱甲公司）負責綜理甲公司所有事務之決策及調度，亦為甲公司董事，受甲公司全體股東委任，代表全體股東實際經營與執行甲公司事務。B為乙科技股份有限公司（下稱乙公司）登記及實際負責人。A曾經因經營甲公司所需，向C借貸大筆金錢，遂於2010年7月間，向乙公司負責人B稱其有資金需求，要求B以乙公司名義配合其為虛偽交易，以此方

³³ 參照：臺灣高等法院105年度金上重更(二)字第14號判決。

³⁴ 參照：最高法院105年度台上字第2206號判決。

式套取甲公司資金，以償還積欠C之債務。B明知甲公司係依證券交易法在公開市場發行有價證券之興櫃公司，A為該公司之負責人及董事，不得以此不法方式取得公司財物，但因與甲公司有業務往來，竟應允A之要求，二人共同基於意圖，為A之利益，雖明知甲公司並未向乙公司採購「機臺設備維修工程」，乙公司亦未到場實際對機臺設備進行任何維修，仍於2010年7月間，A代表甲公司、B代表乙公司，雙方簽訂由甲公司向乙公司採購金額為：未稅價格新臺幣（下同）1,941萬3,654元、含稅價格2,038萬4,337元，名稱為「設備機臺維修工程」之虛偽契約。契約簽訂後，A再指示不知情之財務部出納人員自甲公司於丙銀行平鎮分行之帳戶取款，匯入乙公司指定帳戶，致甲公司無端支付2,038萬4,337元而受損害。A、B二人均再度指示不知情之公司會計部門職員製作內容不實之統一發票、轉帳傳票（均未扣案）等不實會計憑證。然後B扣除乙公司應負擔之費用（含作業成本及稅額等項目），依A指示，於2010年7月22日直接存入現金800萬元至指定之數個銀行帳戶，使A藉此清償對C之借款³⁵。

對於此事實關係，原判決認為被告A就甲公司所受損害成立證券交易法第171條第1項第3款特別背信罪，B則與A成立同罪之共同正犯。A對於原判決提起上訴，最

³⁵ 此一事實關係是摘要自本件原判決即臺灣高等法院104年度金上重訴字第10號判決事實欄之記載。

高法院則基於以下理由將上訴駁回：(一)原審已經詳細認定A所進行者為使甲公司受損害之墊高價格的虛偽交易；(二)原審已經認定B明知A所進行者為使甲公司無端支付工程款項的虛偽交易，仍配合A將資金回流至A指定帳戶，使A能清償債務，且敘明「B雖非甲公司負責人，竟與被告A所為有犯意聯絡、行為分擔，其與被告A間自有共犯關係」³⁶，因此被告上訴之主張並無理由³⁷。

【事例3】最高法院107年度台上字第4571號判決的事實關係如下：

A因透過違反證券交易法之方法拉抬甲公司股價後，為能順利出脫其持股獲利，乃與在乙產物保險股份有限公司（以下稱乙產險公司）擔任投資部經理之B約定，以買進甲公司股票總金額7%之報酬，由B以所經管之乙產險公司之資金買進甲公司股票。B明知以保險業資金購買公開發行公司股票係屬保險業經營之行為，應以追求公司投資最大報酬為目標，不得將公司買賣股票決策等職務上所知悉之消息洩漏他人，亦不得利用職務關係圖謀私利，竟與A及其他三名中間人共同意圖為自己、第三人不法之利益，基於違背保險業經營行為之犯意聯絡，應允以上開約定報酬為對價，配合購入甲公司

³⁶ 本文所引用的實務見解中的楷體字與底線均為筆者所加，以下均同。

³⁷ 參照：最高法院106年度台上字第248號判決。這種訂立虛偽的契約導致公司受損的例子，另可參照：最高法院106年度台上字第461號判決。

股票。其後A即將欲出售甲公司股票之日期、數量於交易前一日透過三名中間人層層轉知B，並於約定交易日（2011年9月19日、20日）掛賣甲公司股票後，隨即再以相同方式通知B買進，B即依約定數量掛買單承接甲公司股票，A因而得以確保賣出其持股套現獲利，B並於交易日收盤後，提供該公司買進甲公司股票之交易資料再透過中間人層層轉交A，A確認買進數量後，將佣金、報酬透過三名中間人層層轉交，上開中間人並各自從中扣下佣金後，將約定之報酬轉交B收受。嗣因甲公司股價持續下跌，B遂出清甲公司股票，乙產險公司因而虧損442萬5,400元，致生損害於保險業之財產³⁸。

對此事實關係，原判決認為A與B成立保險法第168條之2第1項特別背信罪的共同正犯。被告對原判決提起上訴，最高法院則基於以下理由將被告上訴駁回：

原審已經說明(一)因為保險業資金的運用除存款外，亦可用於有價證券、不動產、放款、辦理經主管機關核准之專案運用、公共及社會福利事業投資、國外投資、投資保險相關事業、從事衍生性商品交易、其他經主管機關核准之資金運用等用途，所以保險法特別背信罪的保護法益應包含個別保險業或股東之財產，以及不特定多數投保人財產，以維護保險市場經營及社會金融秩序的穩定；(二)本件B為求取不法利益即不正報酬，進

³⁸ 參照：最高法院107年度台上字第4571號判決。

行違反保險業經營的承接股票行為，可認為具有為自己及A不法利益及損害保險業利益之意圖；(三)基於本件之事實認定，可認為A與B之間有共同正犯的犯意聯絡與行為分擔；(四)A與B在本件中彼此朝向同一目的，因此其對於B的背信行為並非居於相對立之立場，仍得成立共同正犯；(五)A對B的利誘與遊說使得居於核心地位的正犯B與其反覆協力，經由對向交易或利益輸送之手段，侵害上述(一)所提到的保險法特別背信罪保護法益，A與B之間的參與行為，已經不是邊緣性的參與，而是達到實現「增幅不法」的參與行為，應成立上述保險法特別背信罪之共同正犯³⁹。

二、水平雙方往來型

屬於往來相對人間水平型的事例，則可舉出【事例4】最高法院107年度台上字第276號判決為例。

【事例4】最高法院107年度台上字第276號判決的事實關係如下：

A為臺灣銀行大甲分行經理，綜理大甲分行業務，並就貸款授信業務擔任核定人員，負責審核初審及覆審人員所簽具之意見。B為同分行副理，就貸款授信業務擔任覆審人員，負責審核初審意見，並擬具具體意見供核定人員核定；C為同分行初級襄理，就貸款授信業務擔任主辦之初審人員，負責就授信案件附隨之資料予以

³⁹ 參照：最高法院107年度台上字第4571號判決。

審核，簽具應否准駁意見，並擬具核貸條件；D為同分行徵信人員，負責提供授信對象及其保證人、票據關係人之徵信資料並加以分析，且應勘估擔保品之價值，俾作為核貸之依據。因E承做位於新竹縣之「甲山莊」修繕工程，遭遇泰半住戶不願意繳納後續工程款之情況，乃透過友人F及親友輾轉介紹，聯絡上任職銀行之A，此時A因剛調任大甲分行，亟需放款業績，乃於2004年1、2月間，至上述甲山莊察看，並與E及「甲山莊」興建委員會成員等人晤談、評估，雙方初步達成共識，惟仍需待大甲分行報臺灣銀行總行核可後方可承貸。其後臺灣銀行總行同意大甲分行進行「甲專案」以優惠利率辦理本件貸款。此時E也欲藉此機會入住甲山莊，於是乃向當時為該山莊住戶X以2,100萬元購買其房地。此時X之房地已經透過甲專案貸款且設定2,400萬元最高限額抵押權貸款1,900萬元，但E仍向A要求由大甲分行貸款2,700萬元。此時A明知E所買之房地並無2,700萬元之貸款價值，且明知臺灣銀行內部規定，類此申貸金額超過2,000萬元之案件，業已超過分行經理權限，須報請臺灣銀行總行審核，竟與B、C、D商量，並採納D之提議，指示C透過D向E表達可採取墊高買賣契約價格，再找一人共同買受房屋之方式貸款。其後，E即由不知情之其子Y分別擔任上述房屋、土地之買受人，且由D在鑑價時表示該房地價值為4,077.6千萬元，A、B、C再於審核時核定授信意見，C復於「個人小額貸款及准駁情形表」上擬具

核貸條件並蓋印表示認可後，由覆審B出具「擬照初審意見及擬貸條件辦理」之審查意見後，將相關文書轉呈A，A復在上開准駁情形表上批示如數貸2,700萬元與E，使E得以超貸1,272.63萬元，除此之外，A、B、C、D等人也透過上述手法另超貸7次，總額共計超過5億元⁴⁰。

對此事實關係，原判決認為A、B、C、D共同實行對臺灣銀行之背信行為，應成立銀行法第125條之2第1項、第2項的特別背信罪，而E與A等人也有共同正犯的關係⁴¹。對於原判決，A與B提起上訴，最高法院則基於以下理由將被告上訴駁回：原判決(一)已經認定且說明A、B、C、D等人因開辦上述甲山莊之貸款專案而與E等人相熟，且明知違反臺灣銀行規定，但為業績而將該等規定視而不見，明知有墊高買賣契約價格情事及進行不實徵信後准予貸款，有違背職務之行為；(二)E取得貸款後因無力繳納本息，導致其所貸之款項成為呆帳；(三)原判決對上訴人等間的犯意聯絡及行為分擔，以及其等為共同正犯等部分，均已經詳細認定論斷，因此被告A

⁴⁰ 此一事實關係是摘要自原判決即臺灣高等法院104年度重上更(二)字第21號判決之事實欄記載。

⁴¹ 不過，本件判決之前的第一次第二審程序中，法院認為被告A、B、C、D、E之行為應適用的法條為刑法第342條背信罪，並且E因另有行使偽造文書等行為，所以最終對E適用的條文為行使偽造文書罪。其後E部分的判決即因第一次第三審上訴程序受最高法院駁回而確定。也因此其後的更審程序僅針對A、B、C、D進行。另外可附帶說明的是，被告C也因死亡，而於2016年12月5日由法院判決不受理。

等之上訴並無理由，應予駁回⁴²。

三、最高法院實務見解的特徵

根據以上的考察，大致可以歸納出我國最高法院在存在對向交易關係的情形中，對於特別背信罪共同正犯成否的問題所採取的立場，有以下的特徵：

第一，從上述【事例2】【事例3】【事例4】均肯定共同正犯成立可知，在我國實務的解釋論中，基本上應是認為在特別背信罪的解釋上，在有對向交易結構存在時，無事務處理者身分的交易相對人，也可以與有身分的背信行為人成立共同正犯。

至於上述參、一、所舉【事例1】的事實關係中，涉及到處於同一財團內部的兩個公司之間的對向交易行為，對於此，法院則是將原判決撤銷。不過，倘若考慮到(一)最高法院撤銷原判決時，並非認為原判決對共同正犯存否的問題判斷有違誤；(二)最高法院指出的是原判決並未明確認定在本件究竟B所任職的銀行中，關於貸款有如何的具體規定被違反的問題，則應可推認，法院所著重者在於如何認定背信行為內容的事實認定問題，而在此種類型中，法院並未排除特別背信罪共同正犯的成立餘地。

第二，在對向交易的結構中，處理特別背信罪共同正犯成否的問題時，【事例1】【事例2】【事例4】均未

⁴² 參照：最高法院107年度台上字第276號判決。

提及一般被我國學說認為出現於1990年代開始並被引進背信罪領域的必要共犯概念。而【事例3】雖有提及與必要共犯有關的學理，但也並未引用前述關於必要共犯的實務裁判先例。從實務理論發展的觀點來看，這應是表示即使上述的實務判決有使用必要共犯的概念，這樣的概念也非目前我國實務判斷特別背信罪共同正犯成否時的主流立場。

第三，從共同正犯如何實現特別背信罪，亦即透過如何的方式實現特別背信罪之保護法益的觀點來看，在【事例2】之中，是④透過由有處理事務身分之人A主動向⑤無身分之人B要求進行虛偽交易，B再基於與A之共謀配合A進行虛偽交易導致A之公司受損；【事例3】之中，是⑥透過無處理事務身分之人A，對於④有處理事務身分的B，以報酬約定使B同意配合A，而違背保險法規定使B之保險公司承接A之股票受損害；【事例4】之中，是透過⑥無處理事務身分之人E，對於想要儘量爭取業績的A，透過申請貸款之的方式，使④A、B、C、D違背銀行內部關於貸放款項的規定，對無清償能力之借款人貸款。

以這樣的分析為基礎，應可知道在我國最高法院實務上，特別背信罪的共同正犯成立與否成為問題的「實質立場同一型」與「水平雙方往來型」事例中，其各自有如下的結構：

（甲）在「實質立場同一型」的情形，主要可見由

企業內部之有事務處理身分的行為主體（ $\textcircled{\text{A}}$ ）主動發起背信行為，向外使無身分之人（ $\textcircled{\text{B}}$ ）配合完成背信行為的類型（ $\textcircled{\text{A}} \rightarrow \textcircled{\text{B}}$ ）。

（乙）在「水平雙方往來型」的情形，則主要可見由企業外部之無事務處理身分之人（ $\textcircled{\text{B}}$ ）發出邀約或申請，使企業內部之有事務處理身分之行為主體（ $\textcircled{\text{A}}$ ）違反企業內部的規定，而完成背信行為的類型（ $\textcircled{\text{B}} \rightarrow \textcircled{\text{A}}$ ）。

第四，在肯定共同正犯成立時，【事例2】【事例4】中，法院並未特別提及對向犯的問題，而是指出原審已經詳細認定共同正犯的成立要件，同時肯定了原審的判斷。這樣的實務判決在理論上的意義，即在於其可能顯示，特別背信罪的解釋上，即使有對向交易的事實存在，也與共同正犯成否是否要考慮關於對向犯（或援用源自對向犯領域）的理論並無必然的關連。

另一方面，在肯定共同正犯成立時，【事例3】中，法院不僅提及被告等人朝向同一目的而無對向關係⁴³，也提到本件中不論是有事務處理者身分的B，以及無事務處理者身分的交易相對人A的參與行為，已經達到具有「增幅不法」的程度⁴⁴。考慮到對向與否的思考，以及「增幅不法」的概念，均為前述我國最近的學說所主張之見解，當本件原判決提及此等見解，且最高法院也在判決中加以肯定，則這樣的判決在理論上的意義，即

⁴³ 參照上述【事例3】判決理由第(四)點。

⁴⁴ 參照上述【事例3】判決理由第(五)點。

在於其可能表示，最高法院看似在特別背信罪的解釋上，也認為當有對向交易的事實存在時，可能需考慮此種結構的特性，以及此種結構在必要共犯乃至共同正犯的基本理論上之意義，再進行共同正犯的判斷。

從學說與實務的關係而言，值得注意的是上述【事例3】的最高法院維持原判決時，提及原判決所提及，源自必要共犯領域的理論。從法院引述學說的理論這點觀察，這樣的判決外觀上看起來似可認為是實務接受了學說的見解。

然而，倘若考慮(一)上述學說之所以主張實質的對向犯理解，以及「增幅不法」概念的相關理論，主要的目的是希望透過這樣的解釋論途徑，限縮共同正犯的成立；(二)上述【事例3】之中，在對向交易關係下，無事務處理身分之交易相對人仍然被法院認為成立共同正犯；(三)從本文所考察的法院整體的立場來看，肯定共同正犯成立的結論與同一類型的最高法院實務本身並無不同等各點，即應該認為上述【事例3】判決的真正意涵，應該是在於：法院是對基於向來的實務見解可認為成立共同正犯的事實關係，繼續採取肯定共同正犯的結論之餘，並且透過引述我國學說中可見的理論，說明即使採取這些理論，仍然可以肯定共同正犯的成立。

倘若對於【事例3】的意義，可能如此理解，那麼一方面即可知我國學說與實務有著相當的差距，另一方面，在上述我國實務的操作下，即使採取本文上述貳、二、所舉的我國有力學說，對於限定共同正犯的成立，

亦僅能發揮有限的功能，則在此即不得不重新思考：特別背信罪共同正犯成否的問題，與必要共犯的理論是否真的有必要加以連結？並且，從背信罪的解釋出發的上述學說，是否忽略從共犯理論的觀點來看此一問題時，究竟在理論上有無根據支持限定的必要性？等根本的問題。

肆、分析與檢討

基於上述對於我國學說與實務的觀察，應可知我國實務事實上未必將特別背信罪的共同正犯成否問題與必要共犯的相關理論加以連結；而另一方面，我國學說的有力見解則有嘗試運用源於必要共犯領域的理論，在有對向交易結構時，限縮特別背信罪共同正犯成立範圍的動向。

從這樣學說與實務狀況來看，應可認為究竟特別背信罪的共同正犯成否，與必要共犯的相關理論有無關連？的問題，學說與實務仍有著根本的分歧。因此在本文以下內容中，即進一步就此問題加以檢討。

一、特別背信罪共同正犯成否與必要共犯相關理論有無關連

(一)必要共犯相關的學說難以發揮限定功能

從上述的考察可知，我國最高法院雖然在最近判決中引述了源自於必要共犯領域的理論，但是卻未如學說所預定地用於限定共同正犯的用途。如此一來，以目前

的實務狀況來看，應可認為學說想達到的限定處罰目的，並未達成。問題在於，為何我國的學說無法對於上述實務發揮限定共同正犯成立範圍的影響？關於此一問題，本文以下的內容即從理論的觀點，一邊參照本文前述對於學說的觀察，一邊進行檢討。

1. 「增幅不法」說的問題

關於上述採取「增幅不法」概念的見解，倘若無法發揮限定實務的功能，其可能的理論上原因，應是在以下的幾點：

(1) 增幅不法概念的定位問題

上述採取「增幅不法」概念的見解下，當對向構造存在時，因為考慮行為人是否具備反覆與不特定第三人共同協力實現構成要件的能力，且將有這種能力的行為人當成是具有較高程度的核心人物，藉此將僅有較低度的邊緣參與行為的行為人排除於共同正犯乃至共犯的處罰範圍外⁴⁵。從這樣的理論構成來看，此說是嘗試透過客觀上行為人行為引起法益侵害的機會大小，在對向關係中區分可罰的正犯與不可罰的行為人⁴⁶。

另一方面，此說也指出，即使不採取增幅不法概念，也可以透過對於背信罪處理事務本質的理解，在「A.該行為人有保護本人財產利益之立場；B.違背任務之方式與內容是由行為人主導（或創造）；C.對有身分

⁴⁵ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2075-2076。

⁴⁶ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2076。

的事務處理者之遊說，顯然逾越相當的程度」時，才有理由將行為人作為共犯處罰⁴⁷。

以上述採取「增幅不法」概念的學說主張來看，首先可提出的問題即是，關於在對向關係中，作為正犯處罰基礎的「增幅不法」的理論本身，定位似不夠清楚的問題。這樣的問題有以下幾個面向：

第一，倘若在對向關係中，正犯的處罰基礎在於其有「增幅不法」能力而居於核心地位，那麼在設定相對人作為共同正犯處罰的要件時，即應該將此等的要件與「增幅不法」的概念相對應。同時，因為在我國現行法下即使是特別背信罪，在共同正犯成立的問題外，也有共同正犯與共犯區別的解釋上需求，所以增幅不法的概念本身在理論上，如能具備區別正犯與共犯的功能，似較符合解釋論上的期待。然而，從此一概念的內涵來看，應如何區分正犯與共犯，即非清楚，而有待進一步的發展。

第二，即使在不採取增幅不法概念時，此說也指出可考慮採取上述A.B.C.要件，作為共同正犯乃至共犯成立的要件。不過，不採取增幅不法概念時，是否即會回歸共同正犯的基本理論？若是回歸共同正犯的基本理論，為何能推導出上述A.B.C.的要件？以及這些要件中，究竟需要同時具備三者或僅具備其一即可？等問題理論上也還有待進一步發展。此部分問題的意義在於，

⁴⁷ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2081。

若能建立理論基礎與要件設定的關連性，學說的主張才不易發生被實務恣意選取其中一部運用的危險。這樣的危險，從上述【事例3】中僅見最高法院提及「增幅不法」的刑法學專業術語，卻未見法院完整援用增幅不法說的全部內容，亦即未提及即使未採取增幅不法概念時亦可能採取上述A.B.C.要件加以涵攝時，便可窺知。

(2)將共犯處罰根據與共犯成立要件混同的可能疑問

其次，若要從共犯理論的觀點來看此說的主張，則此說透過「增幅不法」概念，藉以賦予對向交易構造中的行為人作為共同正犯乃至共犯的處罰基礎，同時將不具「增幅不法」之行為人排除於共犯處罰範圍外之點⁴⁸，也有理論上的疑問。

此說之所以採取這種見解的共犯理論上理由，是因為此說在共犯的處罰根據上也採取因果共犯論（亦即所謂的惹起說）⁴⁹，且認為「增幅不法」概念「從法益侵害的惹起程度」而言較為可採⁵⁰。

以共同正犯及共犯對於法益侵害的實現有心理上或物理上的因果貢獻（即學說上稱的「因果性」），作為此等參與行為人依共同正犯乃至共犯處罰之理由，確實是目前我國學界較為主流的見解⁵¹。

⁴⁸ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2076。

⁴⁹ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2075。

⁵⁰ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2076。

⁵¹ 我國學界採取此種見解者，例如：黃榮堅，基礎刑法學（下），4版，2012年3月，頁740；林書楷，刑法總則，4版，2018年9月，頁

然而，對於法益侵害實現的心理上或物理上貢獻，本質上應該是「有」與「無」的問題，透過此一概念，理論上僅能解決行為人的行為是否具有作為共犯之可罰性的基礎亦即「可罰」或「不可罰」的問題，而無法處理反映參與程度的共犯處罰輕重問題。換言之，共犯的處罰根據與共同正犯及共犯的分類乃至個別共犯的成立要件應是不同層次的問題，僅探討處罰根據，理論上應無法解決正犯要件設定的問題⁵²。

問題是，從上述採取「增幅不法」概念的學說見解來看，其是重視因果歷程中，何人有較高的機會與能力實現不法的問題。則在此限度內，即有可能被認為有「增幅不法」的行為人因此被定性為引起法益侵害的程度較高之人，同時將其認為是「核心」的行為人，再以此認為其是正犯；另一方面，認為無這種「增幅不法」的行為人是引起法益侵害的程度上較低之人，同時認為其是「邊緣」的行為人，再將其排除於共同正犯與共犯的處罰範圍外。一旦此說被如此理解，且考慮到「核心—邊緣」這組對立概念，是採取犯罪行為支配說的我國主流學說用於正、共犯區分標準的論述中的概念⁵³，此

362-363；王皇玉，同前註4，頁468；陳子平，同前註4，頁517-518等參照。關於共犯處罰根據深入而經典的重要研究，可參照：大越義久，共犯の処罰根拠，1981年2月，頁1-261。

⁵² 參照：町野朔，惹起説の整備・点検——共犯における違法從屬と因果性，收於：刑事法學の現代的狀況（內藤謙先生古稀祝賀論文集），1994年11月，頁116。

⁵³ 參照：林山田，同前註4，頁42；張麗卿，刑法總則理論與運用，8

說即可能被理解為，在上述採取「增幅不法」概念的理論論證當中，原本應該屬於正、共犯區分標準之問題的概念，即被帶入共同正犯乃至共犯的處罰根據的問題之中⁵⁴。倘若如此，從共犯理論的觀點，「增幅不法」說即可能有被認為隱含混淆共犯處罰根據與正、共犯區分乃至共犯成立要件這兩個層次不同的問題的可能性。

當然，理論上若欲避免上述的疑問，固然可從是否具備增幅不法的判斷結果將影響及於是否具備正犯性的觀點出發，並將增幅不法的標準理解為是一種「質的」正犯性區別標準。但是，倘若如此，則進一步需探討的問題是，此一以增幅不法為內容的正犯性標準，即會與目前刑法學上的正犯與共犯的區別標準有所差異。同時，是否能主張增幅不法也可能受到構成要件規定形式的影響，導致此種增幅不法概念僅在符合其構造的構成要件下始能使用。也因此，究竟增幅不法的概念是否需與現有的正共犯區別標準加以整合？以及若欲以此作為

版，2020年9月，頁406-407；林書楷，同前註51，頁305；林鈺雄，同前註4，頁413。同旨之說明，可參照：王皇玉，同前註4，頁421-422。

⁵⁴ 正犯與共犯的區分雖非本文的主題，但是在此可附帶補充說明的是，倘若採取因果共犯論作為基礎，將共犯可罰與不可罰的問題求諸於對於法益侵害的因果上貢獻後，若要儘量貫徹此一立場，確實有可能將正犯與共犯區別的標準求諸於引起法益侵害的因果上貢獻之程度高（核心）低（邊緣）。但是，在這樣的理論下，為了判斷對法益侵害之因果上貢獻程度高低，事實上仍然需要一個足供區分（為何可認為貢獻程度高或低）的標準，而非直接將貢獻程度高（核心）者認為是正犯，將貢獻程度低（邊緣）者認為是共犯。

獨立的正共犯區別標準，其是否僅在特定的構成要件解釋上才能發揮功能，或能推而及於所有的共同正犯與共犯的區別問題？等課題，也有待進一步的發展。

最後可補充的是，理論上，若在「增幅不法」說的脈絡下，固然也可能將「增幅不法」的概念在共犯的成立上做以下的運用：亦即無「增幅不法」者無法成立共同正犯，仍可能轉論共犯，也因此此種概念似乎並非全無理論上之價值⁵⁵。但是，若是考慮到：A.依照本文上述應區分共犯處罰根據與共犯處罰要件的不同層次的立場，則即使認為無「增幅不法」者仍可轉論共犯，也仍需檢驗行為人是否具有得作為共犯處罰之根據，與是否符合刑法就個別的共犯所定之要件，無法僅以「無增幅不法」為理由即直接成立共犯；B.從因果共犯論的立場出發，只要行為人能對背信罪的構成要件實現在物理上或心理上有所貢獻，本來即可認為已經具備成為共犯的處罰根據；C.是否成立教唆犯或幫助犯的檢驗上，重要的仍是應回歸行為人的行為是否能該當刑法第29條與第30條所規定之要件等各點，筆者初步認為從理論的觀點來看，即使在共犯的成立上，不使用「增幅不法」概念，應該也無特別的影響。

(3)具體適用上可能產生的問題

最後，適用此說時，在其主張，即使不採取增幅不

⁵⁵ 此為匿名審查人所提出的寶貴建議之一。

法概念時，透過對背信罪本質的理解可採用的A.該行為人有保護本人財產利益之立場；B.違背任務之方式與內容是由行為人主導（或創造）；C.對有身分的事務處理者之遊說，顯然逾越相當的程度等標準，判斷對向交易結構中，無事務處理身分之相對人是否可能成立共同正犯的問題時，可否充分掌握對向交易結構的背信罪共同正犯，也可能產生以下的疑問：

第一，若依照上述A.的要件，考慮到事實上交易的相對人彼此間在刑法上對他方的財產一般而言並無保護義務，則一旦要求此一要件，例如本文上述我國最高法院實務中的【事例2】【事例3】【事例4】的情形，因為不具備事務處理身分的相對人無這樣的保護義務，從而不居於保護另一方之交易者所屬公司即本人財產之立場，也因此無法成立共同正犯。

第二，若依照上述B.C.的要件，則在這些要件存在時，有事務處理者身分的交易之一方，將會處於事實上較難拒絕無此身分的行為人所為請求的狀態，也因此特別背信罪的要件即有較高的實現可能性⁵⁶。但是，倘若如此，則儘管在此說的理論下，有身分之人一般而言較有與不特定第三人反覆共同實現背信罪構成要件的機會，然而在具體的背信行為實行時，在B.C.的要件存在時反而是無此身分的行為人才是處於較為優勢的地位。

⁵⁶ 參照：島田聰一郎，對向的取引行為と背任罪の共同正犯，收於：クローズアップ刑法各論，2008年1月，頁336。

在這種情形中，採取增幅不法概念時應如何解決？以及與不採取增幅不法概念時成立「共同正犯」的處罰範圍相比，兩者的處罰範圍是否一致？倘若不一致，則應如何進行理論選擇或整合等問題，也有待進一步研討。

2. 實質理解對向犯說的問題

(1) 「積極推動」概念的疑問

在實質理解對向犯的見解下，在對向交易構造存在時，倘若無身分之一方有「積極推動」背信罪構成要件的實現，亦即A.主觀上認識事務處理者即相對人的交易行為逾越通常交易常態；B.客觀上利用優勢地位且逸脫通常的社會交易容許範圍，推促處理事務即相對人實現背信行為時，即可認為其亦可成立背信罪之共同正犯⁵⁷。在這樣的見解下，B.部分即客觀上交易行為的通常性乃至社會相當性，即成為是否可以將交易的相對人作為共同正犯處罰的基礎。

但是，從理論的觀點而言，除了社會相當與否的判斷標準本身並不明確的問題以外，從本文上述所舉的實務事例中亦可知，基本上在特別背信罪的領域，當對向交易構造存在時，這種交易通常會以虛偽買賣、承攬或超額的不正融資等行為之型態出現。倘若如此，則具有這種性質的交易，卻仍具有通常性或社會相當性的情形，究竟實際上有無可能出現？即有疑問⁵⁸。倘若無出

⁵⁷ 參照：張天一，同前註4，頁317。

⁵⁸ 同旨趣的批判，可參照：橋爪隆，背任罪の成立要件について(1)，

現的可能性，則依照此說，究竟能限縮背信罪乃至特別背信罪之共同正犯的成立至何程度？也同樣將發生疑問。

(2)主觀面限定要件的問題

在實質理解對向犯的見解下，無身分之一方是否有「積極推動」背信罪構成要件實現的判斷上，除了上述客觀面的交易行為通常性或社會相當性的部分外，也需從主觀面判斷無事務處理者身分的行為人是否「主觀上認識事務處理者即相對人的交易行為逾越通常交易常態」。

然而，考慮到逾越交易常態的行為，通常就是背信行為本身，則要求行為人認識客觀上逾越交易常態的行為，本質上即是要求行為人認識背信行為，倘若如此，則被此說用於背信罪共同正犯成立要件的這種主觀認識，與背信罪的故意有何不同？即難以區別。考慮到共同正犯乃至共犯的成立上，當然也以行為人具有特定犯罪之故意为必要，則在這樣的見解下，上述「主觀上認識事務處理者即相對人的交易行為逾越通常交易常態」的主觀面限定要件，究竟是否還能發揮更限定共同正犯成立的功能，自然也將成為問題。

(二)共同正犯論觀點下欠缺額外附加限定要件之直接根據

從上述對於我國學說中，嘗試透過援用關於必要共犯之理論，限縮實務上背信罪乃至特別背信罪之共同正犯處罰範圍的見解之檢討，應可大致掌握個別見解的理論上問題。另一方面，值得注意的是，如前所述，之所以這些見解均以限縮共同正犯成立範圍作為解釋論的主要方針，是因為這些見解均認為成立共同正犯的範圍若過大，將造成對於經濟活動的過度干預。

然而，一方面，從背信罪乃至特別背信罪的各論立場來看，為何在我國的經濟金融環境下，例如本文上述實務事例中的不正交易的處罰將造成對於經濟活動的過度干預？本身並不清楚以外；另一方面，因為限縮的是共同正犯的成立，所以究竟從共犯論的觀點來看，有無限縮處罰之根據的根本問題，自然也需檢討。

從共同正犯的成立要件來看，一般而言要求主觀面要有共同的行為決意或共謀，客觀面要有基於該決意或共謀的犯罪實行，除此之外並無其他的要件。倘若如此，那麼為何在背信罪的情形，即需特別就對向交易的結構，設置共同正犯的成立或處罰要件，在理論上即不清楚⁵⁹。在此意義上，以在背信罪乃至特別背信罪領域限縮共同正犯成立範圍為目的的上述學說，即有將原本

⁵⁹ 參照：山口厚等，〔座談會〕現代刑事法研究会第6回 背任罪，ジュリスト，1408号，2010年10月，頁145-146（橋爪隆發言）。

應屬於共同正犯的成立要件是否具備的事實認定問題，與構成要件的解釋問題混同的疑問⁶⁰。在此限度內，本文前述認為背信罪乃至特別背信罪的共同正犯問題，與包含向心犯與離心犯的必要共犯概念在理論上並無關連的學說見解⁶¹，在背信罪並非對向犯的限度內，可以認為——就特別背信罪共同正犯成否的解釋論問題——在理論上有較為妥當的出發點⁶²。

二、對於實務理解的修正

基於本文上述的考察，若有可能認為一方面我國實務在背信罪乃至特別背信罪的處罰上未必以必要共犯乃至對向犯概念的運用為主流，另一方面在理論上也未必有援用源自必要共犯概念的理論上必然性，則在這樣的

⁶⁰ 同旨趣的批判，可參照：山口厚等，同前註，頁96（渡辺咲子發言）。

⁶¹ 參照：本文貳、二、(三)之介紹。

⁶² 不過，需補充說明的是，此處僅是就是否成立背信罪共同正犯的問題而言，並非表示筆者贊成此說所採取的必要共犯概念與類型。除此之外，對於是否需如同上述「增幅不法」說或實質理解對向犯說的解釋論一般，再進一步將向心犯、離心犯概念納入對向交易的結構中，嘗試限縮共同正犯乃至共犯的成立範圍的問題，本文基於以下的理由，認為並無理論上的必要性。亦即：(1)在離心犯的情形中，是否作為共犯處罰繫於立法者的意思，但是究竟我國立法者於背信罪乃至特別背信罪是否有此種區別共同正犯乃至共犯可罰範圍的意思，從條文上並無明顯的根據；(2)在向心犯的情形中，排除邊緣的參與者是因為其危險性與核心的參與者有落差，倘若如此，則這樣的理論核心還是在透過「核心—邊緣」的概念嘗試劃定共犯的處罰範圍，也因此，如本文前述，在此也可能產生混淆共同正犯乃至共犯的處罰根據與處罰要件的理論上疑問。

本文立場下，應如何理解前述被我國學說認為是實務於背信罪乃至特別背信罪領域引進必要共犯或對向犯概念的事例，亦即最高法院97年度台上字第533號判決，以及最高法院99年度台上字第1294號判決，即成為需說明的下一個問題。在此本文即就此二判決的事實關係與法院判斷略做回顧，並提出本文的理解如下：

（一）最高法院97年度台上字第533號判決之理解

首先是最高法院97年度台上字第533號判決的部分，從本文前述貳、一、的說明可知，本件的事實關係是因檢察官起訴被告與原為國營之中國農民銀行經理及職員基於共謀，由銀行經理與職員透過不徵信而超貸款項給無資力償還之被告，使銀行受損的情形。對此一事實，檢察官在原審上訴時指出被告等人可能成立公務員對主管監督事務圖利罪，不過法院認為於刑法總則修正後，對於放款這種純粹私經濟行為，並無刑法公務員概念之適用，自非貪污治罪條例的圖利罪所欲掌握的對象，也因此雖撤銷第一審之無罪判決，但仍判決被告等人均免訴⁶³。

此一判決經檢察官上訴第三審後，最高法院以1.本件縱無貪污治罪條例的圖利罪之適用，也應檢驗是否可能成立背信罪；2.必要共犯的情形有聚合犯與對向犯二種，而在對向犯之情形，因彼此行為各有目的，各就彼

⁶³ 參照：臺灣高等法院93年度上訴字第2376號判決。

此行為負責，而彼此間既然無犯意聯絡即無成立共同正犯之餘地，而本件被告是否有朝同一目標參與犯罪，而有行為之合致等關於共同正犯之成否重要的事實認定問題，原審並未加以調查，而有所不當，乃將本件原審的免訴判決撤銷，並將案件發回原審更為審判⁶⁴。

在上述最高法院的判斷中，與本文主題有關並值得注意的是上述2.的部分。關於此部分，考慮到(1)在此部分中，法院雖然提出了必要共犯、對向犯等概念，但從法院最終仍指出原審並未認定被告等人是否有朝同一目標參與犯罪的行為合致，亦即是否有主觀的犯意聯絡或行為分擔等問題；(2)此處的對向犯概念，毋寧僅是透過在對向犯中有可能因立場相對，而出現「無犯意聯絡即無成立共同正犯之餘地」的情形，而提醒本件原審應注意慎重認定被告等人是否有犯意聯絡的問題等各點，則應認為：

本件最高法院縱然使用對向犯概念，也僅為透過對向犯概念提示下級審，在被告等人之間可能有因為外觀上看似有——如同對向犯一般——相對立的不同動機而共同進行犯罪行為時，必須詳細而實質地認定犯意聯絡等共同正犯的成立要件，未必有認為背信罪是一種對向犯，也未必有要求下級審形式地適用對向犯概念排除背信罪共同正犯成立的意涵。

⁶⁴ 參照：最高法院97年度台上字第533號判決。

這點，從本件發回更審後的臺灣高等法院97年度上更(一)字第140號判決中，法院一方面並未於判決中援用上述最高法院97年度台上字第533號判決關於必要共犯乃至對向犯的說明，一方面就背信罪的成否在調查事實與證據後，認為被告等人雖未能及時發現本件交易上的瑕疵，但是檢察官並未證明被告等人主觀上有故意違背任務的行為，且無法證明被告等人間有共同正犯成立所需的犯意聯絡，加上亦無其他積極證據可證明被告等人有背信行為，而認定被告等人未犯背信罪等判決內容，亦可窺知⁶⁵。

(二)最高法院99年度台上字第1294號判決之理解

其次是關於最高法院99年度台上字第1294號判決的部分。本件是不具備農會職員身分之被告與農會職員基於共謀，使農會職員透過高估土地價值、不實徵信等方式，貸款給無充分清償資力之被告的事例。在本件中，原審經調查證據與事實後，肯定被告等人具有關於背信罪之犯意聯絡與行為分擔，均為共同正犯⁶⁶。本件判決經檢察官上訴後，最高法院將原判決撤銷，將案件發回原審更為審判。關於背信罪共同正犯成否的爭點，法院指出：1.背信罪屬於刑法第31條的身分犯，依照同條第1項規定，無此身分之人與有此身分者在具有關於背信罪

⁶⁵ 參照：臺灣高等法院97年度上更(一)字第140號判決。

⁶⁶ 參照：臺灣高等法院臺中分院95年度上訴字第2858號判決。

之共同犯意聯絡及行為分擔下，亦可成立；2.「無此身分者與有此身分者行為雖有合致，但雙方各有其目的，彼此係居於相互對立之『對向關係』，而無共同犯意聯絡與行為分擔者（即「對向犯」），除另有處罰該無此身分者之他項罪名外，尚難論以背信罪之共同正犯」，而本件原審並未認定被告等人間是否具有共同犯罪目的，有無犯背信罪之意思聯絡，以及究竟屬於背信罪之共同正犯或對向犯等問題並未加以認定，有所不當，因此將原判決撤銷而將案件發回原審更為審判⁶⁷。

上述的2.固然提及對向犯概念，且最高法院甚至指出原審需認定被告等人之關係究竟是「共同正犯」或「對向犯」，從這樣的判決看起來，確實並非不可能如本文前述貳、一、內容所提及的我國學說理解一般，認為本件判決於背信罪領域採用必要共犯中的對向犯概念。但是，考慮到：(1)本件判決中法院強調的特徵是對向犯不具備共同正犯所需的犯意聯絡，並非直接將對向犯與否作為共同正犯的判斷標準；(2)法院在本件仍要求原審認定被告等人是否有犯意聯絡或共同犯罪目的；(3)在上述1.的部分，關於背信罪共同正犯的成立要件上，也僅指出無身分之人與有身分之人，在刑法第31條第1項規定下，只要具備共同犯意聯絡與行為分擔，也可成立背信罪之共同正犯等各點，應可認為本件判決對於對向

⁶⁷ 參照：最高法院99年度台上字第1294號判決。

犯概念的使用方式，與上述最高法院97年度台上字第533號判決並無不同。

亦即，本件僅是在強調被告等人如就犯罪之實行，在外觀上有——如對向犯一般——相對立之動機時，即須注意詳細認定其間是否仍有共同正犯成立所需的共謀乃至意思聯絡，並非直接認為背信罪是一種對向犯，也未必有要求下級審形式地適用對向犯概念排除背信罪共同正犯成立的意涵。

這點，從本件發回後，更審的臺灣高等法院臺中分院99年度重上更(一)字第30號判決一方面指出被告等人並非各有目的的對向關係，且在肯定被告等人具有同一的犯罪計畫，朝向同一的圖利目的，並基於謀議之犯意聯絡進行背信行為後，仍認定被告等人成立共同正犯⁶⁸，而後最高法院亦以同院100年度台上字第3872號判決維持此一更審判決使本件確定⁶⁹，亦可窺知。

三、目前實務上肯定共同正犯成立的主要範圍

若可接受本文上述的理解，亦即實務上即使在特別背信罪的領域，形式地適用對向犯概念的立場也非主流，則若回歸到非必要共犯，亦即任意共犯的領域，應如何理解我國實務現況，即成為下一個需探討的問題。關於此一問題，應可從以下幾點探討上述本文所考察的

⁶⁸ 參照：臺灣高等法院臺中分院99年度重上更(一)字第30號判決。

⁶⁹ 參照：最高法院100年度台上字第3872號判決。

我國實務現況的意義：

第一，我國實務事實上大多數並未在特別背信罪共同正犯成否的問題上，援用——不論是來自1990年代的實務或最近有力學說的——必要共犯相關理論。最高法院毋寧是在大多數維持肯定共同正犯成立的原審判決時，僅指出原審已經就共同正犯的成立要件（共同的意思聯絡與行為分擔）詳細認定與說明。即使有提及有力學說援用必要共犯相關理論的概念，事實上也還是肯定共同正犯的成立。這樣的實務現況顯示，我國最高法院的實務也未將特別背信罪共同正犯成否的問題與必要共犯相關理論加以連結。

第二，至於目前我國最高法院實務中，在存在對向交易的結構時，特別背信罪共同正犯在成立範圍上涵蓋如何的行為態樣，則可分為以下幾個層面加以探討：

（一）在【事例1】中，考慮到事實上交易的雙方相對人，均屬於同一財團，且該等交易的進行也是為了財團高層要從財團套取資金；在【事例2】中，交易雙方的公司在交易前已經有往來，且有處理事務之身分的一方也與無身分之相對人形成了一起進行虛偽締約的合意；在【事例3】中，有事務處理身分之人因為同意約定報酬，所以答應配合無身分之人操作，並承接無身分之行為人的股票，等事實要素，則可認為在這種情況中，交易雙方的相對人已經並非處於相對的立場，毋寧是處於一致立場。

由上述的事例可知，在本文前述參、的事實上立場同一型之中，如探討數名行為人之間為何能有同一立場的原因，則可區分為1.自始立場同一或接近的類型（【事例1】【事例2】），以及2.藉由約定報酬等行為所形成的積極影響之類型（【事例3】）。在這兩種類型中，較為重要的意義是即使外觀上數名行為人是交易相對人，但是實質上行為人均係處於相同的立場，也因此相對地容易認定具備共同正犯所需的共謀等主觀要件。

（二）另一方面，在【事例4】中，無事務處理身分的相對人即借款人，之所以能輕易借到款項，是因為有事務處理身分的銀行主管A有儘速取得業績的狀態。這種特徵意味著，儘管行為人僅是申請貸款，但是當銀行的職員或主管有儘量實現貸款爭取業績的情形時，利用這種情狀申請貸款的行為也有可能成立特別背信罪之共同正犯。

在這種類型中，因為有身分之人基於其個別的動機（例如取得較高的業績等），而對進行背信行為有高度的配合可能性，也因此，在這種情況中，同樣地也相對容易認定行為人等具備共同正犯成立所需的共謀等主觀要件。

透過以上分析可知，目前特別背信罪的共同正犯成立範圍，在我國實務上至少有1.自始立場同一或接近的類型；2.透過約定報酬等方式利用積極影響使立場同一的類型，以及3.利用高度配合可能性的類型。不過，考

慮到理論上，共同正犯的成立上，只要滿足其成立要件，基本上即應認為成立，也因此理論上未必僅限於上述三種類型始可成立共同正犯。從而，究竟今後實務上是否還可能再進一步擴張及於其他類型，還需今後進一步加以觀察⁷⁰。

伍、結 語

最後將本文考察所得的成果說明如下：

第一，儘管我國的實務有將必要共犯中的對向犯概念較為形式地運用在背信罪的解釋之例，以及我國的學說有運用與必要共犯中的對向犯有關的理論，嘗試在背信罪乃至金融背信罪的領域，對於有對向交易構造的情形，排除無事務處理者身分之人成立共同正犯或共犯的動向，然而從本文的考察可知，我國最高法院的特別背信罪的共同正犯實務中，這種透過有關必要共犯的理論

⁷⁰ 至於從理論的觀點，是否還要進一步將這三種類型加以限定，或者說明成立範圍僅限這三種類型，固然也是需檢討的問題。不過，如同前述，本文基本上認為不需因為背信罪而對共同正犯在其成立要件外另設要件加以限縮，因此就此問題採否定見解。至於學理上，以特別背信罪實務的類型作為出發點，嘗試在理論上說明者，可參照：島田聰一郎，同前註56，頁341-343，主張在(1)對向交易的雙方利害關係一致的情形；或(2)無事務處理者身分的交易相對人對有此身分的相對人以脅迫、欺罔等方法積極加工，導致公司內部的審查機制失靈時，交易的雙方可以成立共同正犯，但是在通常的情形下，則因為可以期待公司內部的審查機能有所作用，所以單純對金融機構申請超額貸款等行為並不生處罰共犯所需的法所不容許的危險，也因此不成立犯罪。

限制共同正犯成立的立場未必是主流的見解。也因此，是否應繼續以本文貳、所舉的學說對於實務的一般理解，作為理解我國實務的基礎，即應慎重地重新檢討。

第二，從我國實務的現況來看，我國學說試圖達成的解釋論上限縮的目標，並沒有已經達成的跡象，因為前述理論上的原因，學說對於實務的限縮功能發揮有限。

第三，關於任意共犯的一般理論中，除了共同正犯的共同行為決意或共謀，以及基於共同行為決意或共謀的共同實行等要件以外，難以再找到更進一步僅在背信罪或特別背信罪的情形中限縮共同正犯成立的理論上根據。

第四，基於本文的上述考察與分析，可知即使是一般而言被我國學說舉出，且被我國一般學說認為可代表最高法院實務將必要共犯乃至對向犯概念引進至背信罪領域的最高法院97年度台上字第533號判決與同院99年度台上字第1294號判決，應僅能認為其意義主要在於提醒下級審法院，若行為人之間在外觀上有——如對向犯一般——看似立場相對的不同動機時，應注意認定其間是否具備共同正犯成立所需的共謀或犯意聯絡等要件，並無將背信罪直接理解成是一種對向犯，亦無形式地運用對向犯概念排除背信罪共同正犯成立的意涵。上述的學說對於我國實務的理解，應加以修正。

第五，在有對向交易的情形時，我國背信罪共同正

犯實務中，共同正犯的成立範圍上，可歸納出至少有一、自始立場同一或接近的類型；二、利用積極影響使立場同一的類型，以及三、利用高度配合可能性的類型。究竟實務今後會如何發展，值得繼續注意觀察。

參考文獻

一、中文文獻

- 王皇玉（2020）。*刑法總則*（六版）。新學林。
- 林山田（2008）。*刑法通論（下冊）*（十版）。自版。
- 林書楷（2018）。*刑法總則*（四版）。五南。
- 林鈺雄（2020）。*新刑法總則*（八版）。自版。
- 張天一（2015）。背信罪之共同正犯。載於氏著，*時代變動下的財產犯罪*（頁293-328）。元照。
- 張麗卿（2020）。*刑法總則理論與運用*（八版）。五南。
- 許恒達（2002）。身分要素與背信罪的共同正犯——Roxin構成要件理論的檢討（上）。*萬國法律*，123，109-116。
- 許恒達（2002）。身分要素與背信罪的共同正犯——Roxin構成要件理論的檢討（下）。*萬國法律*，124，104-107。
- 許恒達（2013）。背信罪的財產損害與共犯——評臺灣高等法院97年度囑上易字第1號刑事判決。*台灣法學雜誌*，238，83-92。
- 許澤天（2010）。對向犯之研究。*成大法學*，19，45-77。
- 陳子平（2017）。*刑法總論*（四版）。自版。
- 陳子平（2019）。*刑法各論（上）*（四版）。自版。
- 黃榮堅（2012）。*基礎刑法學（下）*（四版）。自版。
- 謝煜偉（2016）。論金融機構特別背信罪。*國立臺灣大學法學論叢*，45（4），2031-2092。

二、日文文獻

- 上畠一高（2012）。背任罪の広義の共犯。載於井上正仁等編，*三井誠先生古稀祝賀論文集*（頁381-412）。有斐閣。
- 大越義久（1981）。*共犯の処罰根拠*。青林書院。
- 山口厚等（2010）。〔座談会〕現代刑事法研究会第6回 背任

- 罪。ジュリスト，1408，125-151。
- 中森喜彦（1999）。背任罪の共同正犯。研修，609，3-8。
 - 内田幸隆（2005）。背任罪の共犯——不良融資における借り手の刑事責任。企業と法創造，2（1），27-44。
 - 町野朔（1994）。惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性。載於松尾浩也等編，刑事法学の現代的状況（内藤謙先生古稀祝賀論文集）（頁113-146）。有斐閣。
 - 林幹人（2004）。背任罪の共同正犯——共犯構成要件について。判例時報，1854，3-8。
 - 垣口克彦（2009）。不正融資と特別背任罪。阪南論集・社会科学編，44（2），117-131。
 - 島田聡一郎（2008）。対向的取引行為と背任罪の共同正犯。載於山口厚編著，クローズアップ刑法各論（頁312-349）。成文堂。
 - 設楽裕文（2016）。特別背任罪の共同正犯。日本法学，82（2），33-367。
 - 朝山芳史（2005）。住宅金融専門会社の融資担当者の特別背任行為につき同社から融資を受けていた会社の代表者が共同正犯とされた事例。法曹時報，57（8），2561-2589。
 - 豊田兼彦（2009）。共犯の処罰根拠と客観的帰属。成文堂。
 - 橋爪隆（2017）。背任罪の成立要件について(1)，法学教室，441，77-87。

私部門賄賂罪之可罰性基礎與 規範模式*

謝煜偉**

要 目

壹、企業賄賂罪・商業賄賂 罪立法議論的現況	一、保護私部門（財產上） 利益：背信之抽象危 險犯？
一、企業賄賂防制法草案	
二、刑法第255條之1商業 交易賄賂罪修正草案	二、保護同業競爭者自由與 公平競爭秩序
三、聯合國反貪腐公約第 21條之立法檢討義務	三、保護執行業務上之公 正性
四、小 結	四、小結：犯罪構成要件的 思索方向
貳、企業賄賂行為的可罰性 基礎：保護法益的再檢視	參、結 論

DOI：10.6460/CPCP.202104_(27).03

* 本篇文章經匿名雙向審查通過。
本文為科技部專題研究計畫「從法益論探究私部門賄賂罪之可罰性基礎與規範模式（MOST 104-2410-H-002-075-MY2）」之部分研究成果。二位匿名審查委員提供寶貴意見，碩士班常子薇同學協助校正初稿，讓本文降低錯誤，增添可讀性，筆者由衷感激。

** 國立臺灣大學法律學院副教授，日本京都大學法學博士。

摘 要

近年來由於著名企業職員不當收受回扣，引發社會對企業肅貪議題的關注，此外，依聯合國反貪腐公約施行法第6條之規定，吾等應具體檢討有無將私部門賄賂行為入罪化之正當性及必要性。迄今為止，雖有若干草案版本進入國會審查，但皆未完成立法。本文從「業務上之公正性」、「事業間的公平競爭」、「私部門財產上利益」三種保護法益視角，來分析私部門賄賂行為入罪化的可行性。就此，學界多認為應以「自由競爭市場機制」作為私部門賄賂罪之保護法益，然本文認為，競爭法益的保護難以拓展到所有商業交易的領域中，且具對價關係之利益供給行為未必會產生導致市場競爭秩序之抽象危險性。從維護「業務上公正性」之觀點來建立私部門賄賂行為的法益保護關連性，較能符合可罰性基礎的應然檢驗。基此，在具有公共事務性質的業務範圍中，可針對以違背職務行為為對價之受賄、行賄行為，予以犯罪化。

關鍵詞：貪污、企業賄賂防制法、業務上公正性、私部門賄賂、聯合國反貪腐公約、公平競爭

On Justifying the Criminalization of Private-Sector Bribery*

Yu-Wei Hsieh**

Abstract

Recently, due to social concern for the issue of corporate anti-corruption, legislators in Taiwan draft “Corporate Bribery Prevention Act” rashly without sufficient discussion. However, the issue of criminalization of bribery in private sector has been discussed internationally and thus could help us to realize the importance. In addition, since the United Nations Convention Against Corruption (UNCAC) Implementation Law was passed in May 2015, we should review whether it is appropriate to criminalize private-sector bribery in accordance with Article 21 of the UNCAC. In this paper, the author analyzes this issue with three different viewpoints of “legal interest”, which included “fairness of implementation of business duties”, “fair competition between businesses”, and “property interests of a private sector”. While a free and fair competition rule is eligible for protection of legal interests in specific types of business transactions, it is difficult to extend it to all areas of business

* This article has been double-blind peer reviewed.

** Associate Professor, College of Law, National Taiwan University; Ph.D., Kyoto University, Japan.

transactions. Besides, bribery in private sector may not necessarily lead to losing the effectiveness of the market competition and giving rise to unfair competition. This paper argues that it is more consistent with the fundamental principles of criminal law to Justify the Criminalization of Private-Sector Bribery from the viewpoint of “the fairness of implementation of business duties”. It is necessary to criminalize the bribery of specific positions in the private sector in the regulations of the relevant business. Finally, this paper aims to give some substantial and useful recommendations to our legislators and law enforcers.

Keywords: Corruption, Corporate Bribery Prevention Act, the Fairness of Implementation of Business Duties, Private-Sector Bribery, United Nations Convention against Corruption (UNCAC), Fair Competition

壹、企業賄賂罪・商業賄賂罪立法議論的現況

一、企業賄賂防制法草案

數年前，因國內知名企業集團底下數名高階採購主管向材料供應商索取鉅額回扣弊案引發軒然大波¹，在該企業集團經營者大力呼籲之下，企業從業人員賄賂相關行為是否應犯罪化一事，成為刑事立法政策上的討論焦點²。眾所周知，作為瀆職罪章中最重要的賄賂罪，必須涉及以公務行為（職務上或違背職務行為）換取不正利益，規制對象為收賄之公務員與行賄者。對於私人企業的從業人員收受賄賂等不正利益之行為，僅能依其所造成之企業內部侵害情形，論以背信、侵占等罪。而這些企業內部所產生的利益侵害行為往往舉證困難，不易定

¹ 此案於2016年一審以背信罪判決罪，然針對收取回扣的金額，不同審級間有不同之認定，迄今仍在高院更審中，參見：鴻海內鬼廖萬城收回扣 二審輕判被最高院發回更審，自由時報，2020年1月21日，<https://ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/3046692>（最後瀏覽日：2020年12月30日）。

² 近期關於企業貪腐或商業賄賂入罪化的討論相對較多，除下述個別提及之文獻外，尚有：王煦棋、王雲澤，防治商業賄賂保護法益比較與我國立法建議，財金法學研究，2卷1期，2019年3月，頁1-28；許永欽，我國公務賄賂與商業賄賂罪之研究，法學叢刊，243期，2016年7月，頁99-133；吳盈德，美國聯邦「海外反貪污行為法」對我國企業法規遵循之啟示，中正財經法學，9期，2014年7月，頁1-41；林志潔，反制跨國行賄與強化企業法令遵循——以美國海外反貪腐法（FCPA）為例，月旦法學雜誌，242期，2015年6月，頁5-25。

罪³。當時，為了要強化企業內部貪腐的刑事規制力道，國民黨立委遂連署提案制訂「企業賄賂防制法草案⁴」（下稱本法草案），並於2014年5月底經由經濟司法聯席委員會審查通過，送朝野協商，因條文過於簡陋且爭議尚大，迄今未完成立法。在當時，這部牽連社會各階層的法律，縱使在新聞版面上獲得矚目，然而，在法學理論上卻未有較深入的檢討，而僅停留財團與民意代表片面宣稱其重要性的階段。

根據草案中的說明，該法主要的目的在於填補現行法以背信、詐欺等罪訴追企業職員收賄時不易舉證的漏洞，並且認為有必要明確將企業賄賂行為入罪化，以避免企業間不公平競爭。因此，可以說規範目的重點放在企業間公平競爭秩序的維持，並且將企業賄賂相關行為理解為一種典型的造成競爭秩序破壞的行為。如此一來，在保護法益的思考上便跟傳統以保護個人法益的背信罪（企業本人之整體財產利益）有顯著的不同。

在行為主體的劃定上，本法草案規範犯罪主體僅為「企業之受僱人」，而未擴及企業之經營階層如董監事

³ 嚴格而論，舉證困難的問題，在公務員貪污犯罪當中亦屬常見。參見張麗卿，臺灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難，法學新論，28期，2011年2月，頁1-24。世界各國的貪污犯罪認定問題，See TOSHIHIKO SHIOBARA, ANTI-CORRUPTION POLICIES 149-67 (2013); 塩原俊彦，腐敗の世界史：腐敗の構造，2016年9月，頁1-35。

⁴ 草案條文及立法說明，參見立法院第8屆第3會期第4次會議議案關係文書，<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfc7cfcccfbc8cdc5cecf6d2cececd>（最後瀏覽日：2020年12月30日）。

等負責人。其與銀行法、金融控股公司法、證券交易法、期貨交易法等法規範皆涵蓋董監事等經營階層及監督者的立法型態顯然不同。不過最特別的是關於所屬單位的定性，僅以「企業」為要件，並於第3條將「企業」定義為本國或外國之法人或獨資事業。如此規範下，射程範圍極為廣泛，大至如上市上櫃公司、銀行等特殊產業，小至飲料、餐飲、飯店等中小型企業，皆悉數列入。同時，由於未限定在以商業、經濟或營利活動為目的的法人，則如以公益為目的之財團法人、社團法人是否屬於本法規制的範圍內？即有疑義。

再者，就實行行為態樣上，本法草案仿造刑法及貪污治罪條例之賄賂罪規定，將受僱人職務上行為以及違背職務行為要求期約收受賄賂者，分別處以輕重不同的刑度（草案第4條，徒刑部分分別是三年以下以及五年以下）。就違背職務受賄部分的處罰與現行刑法背信罪的刑期差不多，但企業賄賂防制法的罰金刑上限明顯高於背信罪。另一方面，作為必要共犯的行賄者在本法草案中亦有處罰（草案第5條），參考貪污治罪條例第11條，針對不違背職務行為以及違背職務行為之行賄行為，分別處以不同刑度（徒刑部分為一年以下、六月以上五年以下）。另外，本法尚針對賄賂金額在五萬元以下的情節輕微者，給予減輕其刑之優惠。

本法草案進入立法院委員會審議時⁵，法務部對以立專法處理企業賄賂行為抱持消極之態度。其主要理由如下：一、制訂單一特別刑法與我國現行法制針對不同企業組織型態分別以其事業法規規範私部門員工賄賂行為之體例不同。如果僅以一部特別刑法難以對各產業企業為周全妥適之規範。二、適用對象僅限受僱人，而未擴及董監事等經營階層，可能會引發員工與管理階層之矛盾。三、適用企業無明確規模門檻限制，且均係非告訴乃論之罪，對中小企業的衝擊須審慎評估。四、對未違背職務行為之賄賂態樣亦科處刑責，與刑法原理以及國際趨勢不合，如聯合國反貪腐公約僅規定將關於違背職務行為之賄賂列入處罰。因此，結論是不認同以單一特別刑法之立法方式來處理牽涉層面廣泛的私部門賄賂行為，而是根據現有的規範型態，分別就尚未有相關罰則的規範領域，如於證券交易法或公司法，針對公司經營者及職員增訂相關罰則即可⁶。

二、刑法第255條之1商業交易賄賂罪修正草案

除了上述企業賄賂防制法草案之外，也有另一項重要的刑法修正案，經立法院程序委員會進入審議程序當中。有別於上開特別法的立法模式，本刑法修正案從普

⁵ 關於審議會之詳細內容，請參見立法院第8屆第5會期司法及法制、經濟兩委員會第4次聯席會議記錄，立法院公報，103卷46期，2014年6月，頁434-449。

⁶ 同前註，頁435-436。

通刑法之規定著手，在妨害農工商罪章裡增定第255條之1商業交易賄賂罪，並開宗明義將其定性為保護自由競爭之罪⁷。詳言之，立法說明中明確設定以自由競爭作為商業賄賂罪之保護法益。其認為，自由競爭作為經濟制度的保障，對於市場經濟的重要性與日俱增，於商業交易中放任以提供不公平優惠為對價之賄賂行為，除了逐步破壞競爭制度而不利於經濟發展外，終將對於國民經濟、社會福祉造成重大之負面影響。這樣的修法說明，基本上參考國內學者引介德國刑法典2015年修正前第299條第1項，以及修法後第299條第1項第1款、同條第2項第1款之規定而來⁸，亦即，不採取現行法同條第1項第2

⁷ 立法院第9屆第6會期第1次會議議案關係文書（院總第246號委員提案第22240號），立法院公報，107卷79期，2018年10月，頁2。

⁸ 2015年修正前德國刑法第299條第1項（商業賄賂罪）之規定為：「商社職員或受託人於商業交易中，以就競爭商品或商業給付之訂購時以不正方法圖他人之便作為對待給付，而為自己或第三人要求、期約或收受利益者，科處3年以下自由刑或罰金。」而同條第2項（商業行賄罪）則規定為：「於商業交易中，基於競爭目的，為自己或第三人就競爭商品或商業給付之訂購時以不正方法得便，而對於商社職員或受託人本人或第三人提供、期約或交付利益作為對待給付者，亦同。」條文翻譯參考惲純良，商業賄賂行為可罰性簡析：以2015年德國刑法典第299條商業賄賂罪之修正為鑑，月旦刑事法評論，4期，2017年3月，頁84-85；法務省大臣官房司法法制部編，ドイツ刑法典，2007年，頁178。依照德國學說的理解，當時的條文在體系上歸類為有害競爭之犯罪，主要的保護法益為自由競爭秩序，至於企業及競爭對手的財產利益只是間接保護的對象。Vgl. Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 56. Aufl., 2009, § 299/2.

根據德國官方的統計資料，舊第299、300條仍採競爭模式的商業賄賂罪在實務上發生的案例相當低，以警察部門一年受理的犯罪件數

款、第2項第2款之業主模式構成要件⁹，而採取競爭模式構成要件（Wettbewerbstatbestand）。

具體而言，本草案第1項規定：「公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人之代表人、受託人或受僱人，於交易行為中，意圖為自己或第三人之不正當利益，以商品或勞務交易中之不公平優惠為對價，而要

（非起訴、定罪）來看，2015年僅404件，2014年423件，2013年637件，而2012年也僅有519件，相較於公務員的受贈賄罪受理件數一年約1千至2千件而言，僅有一半不到。資料來源：Statistisches Bundesamt, Sustainable Development, Data relating to the Indicator Report, 2016, p. 82. 更不用說這個統計數字僅是警察部門的受理件數統計，最後被成功起訴且定罪的件數必定少於這個數字。由此或可推估實務上認定標準並非浮濫。關於舊德國刑法第299條之適用情形，另參見Joachim Vogel, Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht, in: Bernd Heinrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 396.

⁹ 現行德國刑法第299條：「I 於商業往來為職員或企業代表，有下列情形之一者，處三年以下有期徒刑或罰金：

1. 為自己或第三人之利益，要求、期約或收受對待給付，使他人於國內或國外之競爭，於承購商品或提供勞務時以不公平方式獲取優惠，或
2. 為自己或第三人之利益，未經企業同意而要求、期約或收受對待給付，於承購商品或提供勞務時，以作為或不作為之方式違反其對企業應負之義務。

II 於商業往來對於職員或企業代表，有下列情形之一者，亦同：

1. 為其或第三人之利益，提供、期約或交付對待給付，使他人於國內或國外之競爭，於承購商品或提供勞務時以不公平方式獲取優惠，或
2. 為自己或第三人之利益，未經企業同意而提供、期約或交付對待給付，於承購商品或提供勞務時，以作為或不作為違反其對企業應負之義務。」引自李聖傑、潘怡宏編譯，德國刑法典，2版，2019年7月，頁470。

求、期約或收受不正利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二千五百萬元以下罰金。」第2項規定：「對於公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人之代表人、受託人或受僱人，於交易行為中，意圖為自己或第三人之不正當利益，以商品或勞務交易之不公平優惠為對價，而行求、期約或交付不正利益者，亦同。」上述行賄與受賄之行為，必須發生於商業交易中，即與受賄者所屬事業間具有就商品或勞務之商業交易上的關係。又「另因應我國國情」，草案將代表人、受託人與受僱人所屬之企業，限於交易規模較大、對於其交易市場經濟影響程度較高之「公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人」之範圍內¹⁰。立法理由甚至明言，此乃「配合臺灣社會中小企業與家族企業較多的國情」，且排除對自由競爭較為輕微威脅或侵害的情形¹¹。

不過，質言之，公益社團法人或財團法人與以營利、追求利潤為目的的民間企業性質迥異，也未與自由競爭市場的保護有必然的關連性，草案中並沒有進一步說明，為何公益性質的社團法人或財團法人（以及與公益法人交易的相對方）相較於其他追求利潤的公司行號

¹⁰ 此部分之立法建議似乎應該是參考了王玉全，私部門貪腐行為與其侵害法益——刑事立法的準備工作，月旦刑事法評論，4期，2017年3月，頁70-71。

¹¹ 可推測此部分亦參考了同前註，頁71處之立法建議。

更具有保護其自由競爭市場秩序的必要性？其次，在我國目前家族企業、關係企業私相授受，或以裙帶關係決定交易對象的情形，不是正好屬於市場當中「不公平競爭」典型的類型？何以此際又可以僅因為配合我國國情而給予排除適用之優惠？

其次，草案之行為主體限於「代表人、受僱人與受託人」，這些人基於法令或契約而對業主所負有忠誠義務，違反此等義務為構成本罪之要件。亦即，違反義務與提供不公平優惠間須具備關連性。立法理由雖然也特別說明，該義務之履行並非本條之保護對象，僅具反射利益之意義，然而，一方面將保護法益設定為保護公平的自由競爭市場，另一方面又將對業主忠誠義務的違反設定為成罪的必要條件，反而無法貫徹採取競爭模式的立法意旨。因為，即使沒有違背業主要求的忠誠義務，給予特定廠商優惠仍然有可能會造成其他廠商間不公平競爭的情況；相對的，受僱人違背對業主的忠誠義務給予特定廠商優惠而收賄卻未必皆會造成同業競爭者不公平競爭的情況。到頭來，對業主的忠誠義務反而反客為主，成為商業賄賂罪的主要保護對象，而同業競爭者的公平競爭秩序變成次要性、反射性的利益！如果要確實貫徹保護競爭秩序法益的目標，反而應該要將違反忠誠義務的要求撤除才對。

三、聯合國反貪腐公約第21條之立法檢討義務

另一方面，以國際上的規制趨勢來看，現今談及企

業賄賂或商業賄賂的處罰，必定會提到2003年通過之聯合國反貪腐公約（United Nations Convention against Corruption, UNCAC）第21條之規定。由於我國已於2015年5月通過「聯合國反貪腐公約施行法」，根據該施行法第6條及公約第21條之規定，我國應具體檢討有無將私部門賄賂行為入罪化之正當性及必要性。國際公約本身在內國法化的過程中，時常與本國之立法體例或基本原則產生衝突矛盾之現象，各國在國際協調上的步調未必一致，這些都是在看待國際公約時不得不考慮的嚴肅問題。真正重要的是，如何在兼顧刑法基本原則的前提下，促使反貪腐法制與政策之實現。

在具體說明公約內容之前，應先辨明公約中所謂「立法義務」與「立法檢討義務」之差異。詳言之，根據聯合國反貪腐公約的第15條（賄賂國家公職人員）、第16條（賄賂外國公職人員或國際組織官員）、第17條（公職人員侵占、竊取或挪用財物）、第18條（影響力交易）、第23條（犯罪所得之洗錢），皆要求各締約國「應採取（shall adopt）必要之刑事立法和其他措施」，在用語上，公約直接使用了「應採取刑事立法」的字眼，屬於本文所謂之「立法義務」。相對於此，在公約第19條（濫用職權）、第20條（財產來源不明；不法致富）、第21條（私部門賄賂）、第22條（私部門財產之竊取或侵占），則是有意識地使用「應考慮採取（shall consider adopting）必要之刑事立法和其他措施」，屬於

本文所謂之「立法檢討義務」。很顯然在立法的層次上，立法檢討義務所欲規範的行為類型，並非列為強制性的立法義務，而是針對是否需要立法予以檢討的義務而已。這一點亦可從聯合國反貪腐公約立法指引（Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption）中獲得佐證。公約立法指引區分兩種入罪化（criminalization）義務，一是有義務入罪化的犯罪（Obligations to criminalize: mandatory offences），另一是有檢討是否入罪化的犯罪（Obligations to consider criminalization: non-mandatory offences），但沒有強制入法的義務。而公約第21條的私部門賄賂罪即被劃歸為後者¹²。

諸多政府部門的立法說明或其他文獻上常見類似「應與聯合國反貪腐公約第二十一條對於私部門賄賂以刑法制裁的立法要求接軌」之說法，可能過度詮釋了上開公約的文義，應予以釐清¹³。當然，公約施行法第6條規定，政府機關應依反貪腐公約規定檢討相關法令修訂，依此，吾等自然有必要認真檢討私部門賄賂立法的可行性。若相關主管機關檢討之後，認為現行法體系已經在符合刑法基本原則地框架下適當地處理私部門貪腐

¹² UNODC, LEGISLATIVE GUIDE FOR THE IMPLEMENTATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION 78-80 (2nd ed. 2012).

¹³ 潘怡宏、許恒達、許順雄、洪培根、林鈺雄，商業賄賂罪——借鑒德國刑法第299條商業賄賂罪之立法芻議，月旦刑事法評論，7期，2017年12月，頁85（潘怡宏發言）。

行為的話，自然就沒有訂定私部門賄賂罪之必要。反之，若公約規範的私部門賄賂行為類型中，存在具有保護法益適格性且有需罰性的情況時，得以採取必要的立法措施，有條件地採納公約當中的規制方向¹⁴。

具體來看，聯合國反貪腐公約第21條所定義的私部門（private sector）賄賂行為，係指在經濟、金融或商業活動過程（economic, financial or commercial activities）中，故意觸犯之下列行為：(a)向以任何身分領導私部門實體或為該實體工作之任何人，直接或間接行求、期約或交付其本人或他人不正當利益，以使其違背職務而作為或不作為；(b)以任何身分領導私部門實體或為該實體工作之任何人，為了其本人或他人直接或間接要求或收受不正當利益，以作為其違背職務而作為或不作為之條件。上開公約第21條(a)(b)這兩款所涉及的行為主體沒有限縮在管理階層、受僱人或董監事，而是任何身分皆可，但作為收受不正當利益的交換條件，限於「違背職務」（in breach of his or her duties）之行為。其次，公約的立法檢討義務並沒有針對保護法益或者規範目的進行深入的指摘，也因此我們在檢討立法的過程中容有從

¹⁴ 此觀日本政府為了將組織犯罪防止公約「共謀罪」內國法化所遭遇之困境與爭議，便可明白這個道理。參見松宮孝明，組織犯罪対策に見る「自由と安全と刑法」——共謀罪立法問題を含む，刑法雜誌，48卷2号，2009年2月，頁256-266；高山佳奈子，共謀罪立法と憲法・国際法の諸原則——改憲案が刑事法に及ぼす影響を視野に——，鹿兒島大学法学論集，53卷2号，2019年3月，頁107-110。

不同規範目的予以解釋的空間¹⁵。

同樣於2003年，歐盟理事會（Council of the EU）發布所謂「打擊私部門貪腐框架決議」（Framework Decision 2003/568/JHA on combating corruption in the private sector），其中提及重要的私部門賄賂罪立法義務，包括受賄罪、行賄罪以及有關法人責任的立法需求。具體來說，在本框架決議中，建議應列入刑事處罰的行為態樣相當廣泛，只要是針對服務於私部門組織中之經營管理人員或受僱人員，以不正當利益（undue advantage）作為對價來換取其任何違背職務之作為或不作為，皆可分別論以行賄與收賄。需要留意的是，關於違背職務，框架決議第1條定義規定應根據各內國法來理解，而內國法中的違背職務應至少包括違反法定義務（a breach of a statutory duty），或者違反其業務上所適用的

¹⁵ 在2015年5月立法通過反貪腐公約施行法之後，臺灣舞弊防治與鑑識協會也順應公約的立法需求提出所謂「法人貪腐防制條例」草案，該草案採取非常廣泛的處罰型態，就行為主體部分，只要是法人中之「特定人員」，皆受其規範拘束。但其並沒有具體說明何謂「特定人」，因此恐怕欠缺刑事立法所必須之基本品質。此外，行為態樣擴及違背職務行為及不違背職務行為的行賄、收賄，並且也擴及到所謂私部門的影響力交易罪，亦即，以「具能影響第三人職務之影響力作為對價」，亦列入處罰。由於此草案並沒有正式列入立法院的審查程序當中，在此省略其詳細檢討。關於本草案的相關說明及批評，參見賴帥君，我國防制企業貪腐法制之研析，刑事法雜誌，62卷5期，2018年2月，頁113-125；潘怡宏，論商業賄賂罪——借鑑德國刑法第299條商業賄賂罪之立法芻議，收於：陳子平教授榮退論文集編輯委員會編，法學與風範——陳子平教授榮退紀念論文集，2018年1月，頁226-232。

規則或命令（a breach of professional regulations or instructions）。此外，本框架決議所欲立法打擊的組織類型，並不限於營利組織，亦包括非營利組織的商業活動¹⁶。

比對反貪腐公約第21條與本框架決議所規範的處罰型態可以發現，兩者相當近似，皆未限制行為主體於私部門組織服務的位階，且皆以限於違背職務之行為作為不正當利益的對價；而歐盟的框架決議僅列明商業活動，公約則言及經濟、金融或商業活動，但兩者並無明顯的實質差異。同時，在理解所謂breach of duties時，並非單純以對企業義務違反為基準，而是聚焦在法定義務之違反或不遵守專業上應遵守之規則命令而言。對於筆者而言，這是一條妥適理解保護法益的重要線索。雖然框架決議對會員國沒有直接且絕對的拘束效果，不能比照歐盟指令來看待¹⁷，但仍舊有相當程度的影響力。更

¹⁶ COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, Official Journal of the European Union, 192, 55, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003F0568&from=EN> (last visited: Dec. 20, 2020).

¹⁷ 在里斯本條約生效前在歐盟第三支柱範圍內發布的框架決議，依照里斯本條約第36號過渡條款議定書第9條規定，在被指令廢止、被宣告無效或修正前，繼續維持其原有的規範效力。見Helmut Satzger著，王士帆譯，國際刑法與歐洲刑法，2版，2019年10月，頁162-163、219-221。而本框架決議迄今為止仍然有效，參見歐盟法資料庫（EUR-Lex），<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=legissum%3A133308>（最後瀏覽日：2020年12月20日）。

重要的是，歐盟的框架決議允許會員國在初始適用本架構時，有五年的緩衝期，讓各會員國將商業賄賂行為的入罪範圍限縮至「與商品交易或服務有關的競爭妨害」（a distortion of competition in relation to the purchase of goods or commercial services），不過，這個限縮處罰範圍的緩衝規定已於2010年失效。換言之，即使與交易上的競爭妨害無關，而符合條文中所列舉的賄賂型態，依照本框架決議仍然有立法加以刑事處罰之義務¹⁸。

四、小 結

透過上述對於「企業賄賂防制法」草案、聯合國反貪腐公約第21條、歐盟框架決議，以及刑法第255條之1商業交易賄賂罪修正草案的初步檢視可知，主要的議論焦點集中在：(一)私部門的組織型態、(二)行為主體劃定的範圍、(三)實行行為態樣（是否以違背職務行為為限）、(四)延伸的處罰態樣（行賄方、法人之可罰性）這四點。而這些問題都會與保護法益的定性有極為密切的關連性。

從我國企業賄賂防制法草案的立法意旨來看，似乎比較接近於德國法，偏向保護企業間公平的競爭秩序。惟在構成要件的設計上卻未能彰顯此項目的，不但未限定賄賂之事務種類，犯罪主體也僅限於企業之受僱人，

¹⁸ COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, *supra* note 16, at 55.

反而比較像是企業經營者為了揪出不忠誠職員所被賦予的武器。相對的，刑法第255條之1修正草案的內容與德國法的競爭模式構成要件更為貼近，保護法益清楚定位在同業競爭者的自由與公平競爭，並且將事務種類限定在商業交易往來之商品或勞務提供；行為主體不限職位層級高低，即使是企業的管理經營者亦受規制。相較之下，本草案的立法品質顯然較企業賄賂防制法草案更高。不過，在普通刑法典裡制定單一法規恐怕難以對不同的產業類型、企業經營型態與交易環境進行周全的妥適規範，雖然該草案將適用的私部門組織型態限制在「公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人」但以此種主體範圍的限縮並沒有相對應的刑法基本原理作為支撐，而顯得正當性基礎薄弱。

其次，就實行行為態樣的限定而言，聯合國反貪腐公約僅將違背職務行為之賄賂列入處罰，歐盟的框架決議則聚焦在「違背職務」在違反法定義務或違反其業務上所適用的規則或命令層面之意義。歐盟的框架決議雖然對我國並無拘束力可言，然透過其與公約內容的交互參照可以推知，兩者作成的時間極為相近，且規範態樣亦高度相似。框架決議中關於違背職務的理解，以及對於規範目的解釋的緩衝性規定（不限於競爭妨害），都具有非常重要的參考價值。也就是說，在立法模式的選擇上，顯然不是只有競爭秩序或業主利益之保護這兩條路可以走。

除了反貪腐公約之外，英國反賄賂法第1條、第2條¹⁹、前述德國刑法第299條、中華人民共和國刑法第163條、第164條²⁰、義大利民法典第2635條²¹，以及日本

¹⁹ 英國法在貪污的定性上並未區分公部門（公務員）與私部門（企業經營者與職員）賄賂行為的差異，皆劃歸為貪污。關於本法之介紹，參見許恒達，從英國2010年新賄賂法談我國反貪污法制修正方向，輔仁法學，44期，2012年12月，頁66-77；西垣建剛、本間正人，民間人との取引にも罰則が！英国贈収賄禁止法のリスクと対処術，旬刊經理情報，1279号，2011年4月，頁50-54；松澤公貴、高橋さやか，施行後1年間の主要事例等に学ぶ：英国贈収賄防止法にはこう対応する，旬刊經理情報，1325号，2012年9月，頁38-43。

²⁰ 該法第163條規範收賄行為，其基本的犯罪構成要件為：「公司、企業或者其他單位的工作人員利用職務上的便利，索取他人財物或者非法收受他人財物，為他人謀取利益」，並依數額大小劃定法定刑；第164條規範行賄行為，其中僅限為牟取不正當利益之行賄始有可罰性，相當於關於違背職務行為之行賄罪類型。參見：麥志明，賄賂罪・商業賄賂罪についての概観的まとめ，JCAジャーナル，59卷9号，2012年9月，頁80-82；屠錦寧、中川裕茂，中国の商業賄賂規制および外国公務員等に対する贈賄罪の新設，NBL，957号，2011年7月，頁84-93。

2017年11月大幅修訂，隔年1月施行的「中華人民共和國反不正當競爭法」則針對廣泛的商業賄賂行為制定行政責任，該法第7條規定範圍廣泛的商業賄賂行為：「Ⅰ經營者不得採用財物或者其他手段賄賂下列單位或者個人，以謀取交易機會或者競爭優勢：（一）交易相對方的工作人員；（二）受交易相對方委託辦理相關事務的單位或者個人；（三）利用職權或者影響力影響交易的單位或者個人。Ⅱ經營者在交易活動中，可以以明示方式向交易相對方支付折扣，或者向中間人支付傭金。經營者向交易相對方支付折扣、向中間人支付傭金的，應當如實入帳。接受折扣、傭金的經營者也應當如實入帳。Ⅲ經營者的工作人員進行賄賂的，應當認定為經營者的行為；但是，經營者有證據證明該工作人員的行為與為經營者謀取交易機會或者競爭優勢無關的除外。」第19條規定違反第7條之罰則為「由監督檢查部門沒收違法所得，處十萬元以上三百萬元以下的罰款。情節嚴重的，吊銷營業

的公司法第967條（詳後述）都有類似的商業賄賂處罰規定。這些規定的立論基礎差異頗大，究竟商業賄賂罪的可罰性基礎何在？最終的保護對象為何？構成要件應如何設定才能劃出適足的不法內涵範圍，不至於牽連過廣？仍有許多未釐清之處。為了回答上述疑問，本文不免俗地要進行保護法益的檢討，並且希望能從具體的規範模式出發，找尋合適於我國法制的構成要件安排。

執照。」關於商業賄賂適用行政罰或刑事罰的區分基準，參見原浩，新不正競争防止法の施行で一層強化：中国における商業賄賂に関する法規制と企業の対応（上），旬刊經理情報，1544号，2019年5月，頁35-37；張国棟，制定後24年を経て初の大改正：中国・新不正競争防止法の要点詳解，旬刊經理情報，1501号，2018年1月，頁46-55。

- ²¹ 在義大利的法體系中，私部門賄賂的處罰規定首見於2002年的修正案，義大利民法典（Italian Civil Code）第2635條，當時所規範的收賄（第1項）行為主體包括公司的董事、總經理、負責公司會計的經理和清算人，而賄賂的對價是違背工作相關之義務或違背對公司之忠誠義務而對公司造成損害，第2項則規定了聽從第一項人員指示或監督者而收賄的刑責。第3項規定了行賄方的刑責。而該條於2017年再度因配合歐盟打擊私部門貪腐框架決議而修正，首先私部門的型態不限公司，亦可包括非營利之私部門組織，收賄人員放寬至所有服務於私部門內的管理職人員；此外，私部門不需受有損害亦能論罪。其他尚有第2635條之1的煽惑賄賂罪以及對法人本身的行政裁罰規定等，相關說明參見：Roberto Pisano, *Bribery & Corruption 2021 Italy*, GLI, 2020, <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/italy> (last visited: Dec. 25, 2020); Francesco Laureti, *Italy: Amendment to the Private Bribery Offence*, mondaq, 2018, <https://www.mondaq.com/italy/white-collar-crime-anti-corruption-fraud/656476/amendment-to-the-private-bribery-offence> (last visited: Dec. 25, 2020).

貳、企業賄賂行為的可罰性基礎： 保護法益的再檢視

一、保護私部門（財產上）利益：背信之抽象危險犯？

私部門賄賂行為的處罰可能涉及的法益保護有三種類型。首先最容易想到的是保護私部門財產上利益（個人法益）。在較為初期的學術研究中，私部門賄賂或貪腐的可罰性，著眼在民間組織或企業裡擁有一定裁量權限之人，透過與他人間的利益交換，濫用其裁量權限，做出有違其身為該職位應盡之職責或義務的決定，進而造成所屬組織或企業的損害²²。進一步言之，此處的「損害」通常可以直接或間接轉換為可以具財產價值的利益減損，即使是無形的商譽、信用亦同，因此利益型態就算是限於「財產上」之利益，也能夠涵蓋絕大部分的侵害類型。實際上，現有刑法所規定的財產犯罪，像是背信、侵占、詐欺、竊盜等罪本身即可顧及私部門的財產利益保護，特別是過去企業員工發生私下抽傭拿回扣的案例，也都有可能構成背信既遂罪或未遂罪。那麼，儘管私部門的財產上利益本身具備值得以刑法保護的法益適格性，是否仍有必要額外訂立私部門賄賂罪，以加強保護之？現有保護個人財產利益的犯罪規定是否

²² Antonio Argandoña, *Private-to-private Corruption*, 47 JOURNAL OF BUSINESS ETHICS 255 (2003).

出現規範密度不足的情況？仍值得探究。此際，可以檢討的是，關於保護私部門財產法益的抽象危險犯立法。

以日本法為例，日本公司法第967條規範了「股份有限公司董監事暨職員賄賂罪」。日本學說及實務將本罪理解為背信之危險犯，以保護公司財產上利益為目的。這個規定富有悠久的歷史，在戰前國家總動員體制之下，私人公司也是國家底下的機關（構），公司（日文稱「会社」）相當於小型的社會。基於這種國家主義的發想²³，股東與公司董監事及職員之間的關係，相當於國民與公務員之間的關係，因此，早在1938年商法修正時便有股份有限公司董監事暨受僱人等相關賄賂罪之規定，並延續至今成為公司法第967條²⁴。其他如保險業法、有限公司法（有限会社法）、股份有限公司監察等商法特例法（株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律）當中也有類似這種董監事職員賄賂罪之規定，差別僅在於法人組織的特殊性，以及職員主體範圍

²³ 參見京藤哲久，刑法から經濟刑法へ，明治学院大学法科大学院ローレビュー，19号，2013年12月，頁19-20。

²⁴ 原條文中譯如下：（董事等賄賂罪）

I 下列各款之人關於職務受有不正之請託而要求、期約或收受財產上利益者，處五年以下懲役或五百萬日圓以下罰金。

一、第九百六十條第一項各款或第二項各款所列之人。

二、於第九百六十一條所定之人。

三、應履行會計監察人或依第三百四十六條第四項規定選任之臨時會計監察人之職務者。

II 行求、期約或交付前項利益者，處三年以下懲役或三百萬日圓以下罰金。

略有區分而已。而在日本新修訂公司法之後，上述法律即告廢止，相關處罰一併併入公司法來處理。

在日本商法第493條之舊法時代，本罪的保護法益為何素有爭議。其中有學說認為本罪與刑法公務員賄賂罪的保護法益相同，皆為保護社會上對公正執行職務之信賴（又可稱之為「準公務員說」）。兩者差別只有在於，本罪所謂「職務」係指公司從業者所肩負之職務行為，與公務行為不同。本說的立基點乃建立在股份有限公司所具備的社會重要性與公益性。就此，公司之董監事、發起人乃至於受僱人應比擬作為準公務員之地位²⁵。

不過，反對見解認為，對於這種以營利為目的的私法人經營者或受僱人而言，要求其負有與刑法上公務員相當的身分廉潔或公正遂行職務義務，並以刑事罰加以確保一事實屬過苛，更何況行為主體範圍甚至包括其他營業上相關之代理人、受託人等，因此在罪質解釋上，不應拿來與公務員賄賂罪相比擬，而應該理解為保護公司財產上利益之危險犯；亦即，作為對價的（違背）職

²⁵ 此亦為目前的通說實務見解。學說部分，參見落合誠一編，会社法コンメンタール（第21卷）：雜則(3)・罰則，2011年10月，頁125（佐伯仁志執筆部分）；神山敏雄ほか編，新經濟刑法入門，2版，2013年7月，頁180-184（松宮孝明執筆部分）；佐伯仁志，日本における商業賄賂の処罰について，收於：佐伯仁志、金光旭編，日中經濟刑法の比較研究，2011年6月，頁247。實務見解，僅見最判昭和34年12月9日刑集13卷12号3186頁。

務行為意味著對公司財產上利益侵害的實害或危險，本罪應該定位為特別背信罪之補充規定（此又稱為「保護公司財產說」）²⁶。

日本實務上亦有下級審判決明白表示，本罪雖然也帶有要求公司經營者及職員清廉性之面向，但最重要的仍然是在於防止以營利為目的之公司財產上損失；如果追求的是職務執行之公正性或身分廉潔性，則應該以「經濟關係罰則整備法（經濟關係罰則の整備に関する法律）」第2條來進行一般性的處罰。因此，縱使是公司受僱人，其職務並未直接與營業行為有關，僅從事事業內部之業務，或者並未居於對外產生經營商業行為等法律關係之地位者，應排除在本罪行為主體「受有關於營業上或特定事項委任之受僱人」的範圍之外²⁷。

現行公司法第967條的規範內容實質上與商法第493條相同，僅條文體系及用語略有差異。因此欲理解現行法，必須回溯至商法修訂之時。當時，商法修正之際日本政府所提出之草案並未限縮在「受不正請託」，而是於貴族院（相當於現在的參議院）審議之際才增設。此等賄賂罪之規定與刑法公務員賄賂罪相比，犯罪構成要件較為嚴格，必須限於接受不正之請託，通說實務認為

²⁶ 參見上柳克郎、鴻常夫、竹內昭夫編，新版注釈会社法(13)：株式会社の解散・清算・外国会社・罰則，1990年12月，頁597（芝原邦爾執筆部分）。

²⁷ 東京高判昭和37年5月17日高刑集15卷5号335頁。

此要件相當於行賄者要求行為人做出「違背公司職務行為」。詳言之，所謂不正請託之內涵，並未區分公司外部法令或內部規章之規範層級，係指一切違反法令、定款、股東會決議事項，乃至於違背董事之善管義務、忠實義務之請託者；不過需留意的是，日本通說認為就公司內部事務處理規則，必須限於重要事項之違反，才能該當於此處的不正²⁸。不過日本實務上對於職務上行為的認定，則與刑法賄賂罪中的解釋相一致，不但就職務內容不要求具體特定（抽象職務權限說），並且尚可擴張至與職務密切關連之行為²⁹。然而，公司當中的職務權限概念較公務員的法定職務權限還模糊，一旦將職務關連行為的射程範圍擴張出去，那麼像是基於公司內部身分地位的「斡旋關說行為」或者一些商業往來的交誼行為，就極有可能變成是處罰之對象³⁰。

此外，關於賄賂之對價，亦限於財產上之利益。就後者而言，刑法上的「賄賂」並不限於財產上之利益，所有一切能滿足人之需求及慾望之利益者皆屬之（大判明治43年12月19日刑錄16輯2239頁），但本罪則限制在

²⁸ 參見上柳克郎、鴻常夫、竹內昭夫編，同前註26，頁599（芝原邦爾執筆部分）；此種解釋延續自舊法（商法第493條）的見解，見平野龍一、佐々木史朗、藤永幸治編，注解特別刑法（第4卷），1982年12月，頁84-86。

²⁹ 參見最判昭和37年5月29日刑集16卷5号528頁、最決昭和32年12月19日刑集11卷13号3300頁。學說上亦有支持之意見。參見上柳克郎、鴻常夫、竹內昭夫編，同前註26，頁598。

³⁰ 參見落合誠一編，同前註25，頁128（佐伯仁志執筆部分）。

得以換算貨幣價值之利益，解釋上不包括地位的賦予或情慾的滿足等。

至於行為主體之範圍，日本現行公司法第967條規定略微雜亂，大抵而言與公司法第960條、第961條特別背信罪之行為主體相同，包括公司之發起人、董監事、經理人、會計參與、受僱人、受有關於事業特定事項之委託之人、公司清算時之相關人員，另包括會計監察人等，可以說相當廣泛³¹。不過基本上都不脫背信罪中「為本人（公司）處理事務」的解釋範圍。由此可知，將本罪定性為特別背信罪的補充規定亦較能符合構成要件的特徵。

由上述討論可知，本罪在戰後日本學說與法院實務的理解下，定性為保護公司財產之特別背信罪補充規定，屬抽象危險犯的立法模式，並不以財產上損害為要件，僅須該等作為對價交換之職務行為基於不正之請託，便可擬制其具有侵害公司財產上利益之類型上危險性。然而，有疑問的是，行為人縱使違背對企業之忠實義務，是否必然帶有損害企業財產之危險性呢？立法者事前對於法益侵害危險關連性的設定是否合理？即使果真有此危險性出現，這種危險性是否有提前以刑罰制裁的必要性？皆有可議。

顯而易見的，除非像是前述義大利舊法規定一樣，

³¹ 伊藤榮樹、小野慶二、莊子邦雄編，注釈特別刑法（第5卷）：經濟法編 I，1986年2月，頁202。

在賄賂對價關係之外，加上「致私部門受損害」之要件，否則，賄賂處罰皆不以發生實際損失為必要，一旦職務上的作為或不作為與不正當的利益間具備對價關係，即屬可罰。從公約及各國現有的私部門賄賂罪規定來看，由於這些條文中僅要求有義務／職務違反行為與不正當利益作為對價，這可謂進一步鬆綁收賄（背信）行為與私部門財產上利益減損之間關連性的認定，可以說是財產犯罪的抽象危險犯立法。然而，僅以保護個人財產法益為理由，就要採取處罰極為前置的抽象危險犯模式，不但有過於前置處罰的問題，也可能會讓處罰失之過廣。因為這將極有可能讓完全不會造成私部門利益減損的行為也納入處罰範圍，除非我們對於抽象危險犯採取實質說的解釋觀點，或者，立法上採取如適性犯（Eignungsdelikte）、具體危險性犯（konkrete Gefährlichkeitsdelikte）等中間模式的立法³²，這就是既有學說多反對以保護私部門利益為由來增訂商業賄賂罪

³² 附帶說明，此處所謂的「具體危險性犯」與具體危險犯（konkrete Gefährdungsdelikte）並不相同，危險性（Gefährlichkeit）一語著重在描繪一種事前的、蘊藏在行為本身的危險性質，而具體危險（konkrete Gefährdung）則是描述被害客體隨時可能發生實害的急迫危殆狀態。無論是具體危險性犯、適性犯、具體的抽象危險犯等概念雖然略有差異，但都可以說是介於抽象危險犯與具體危險犯的中間立法模式。關於抽象危險犯的實質解釋及立法模式，參見謝煜偉，風險社會中的抽象危險犯與食安管制——「攙偽假冒罪」的限定解釋，月旦刑事法評論，1期，2016年6月，頁74-81。

的理由³³。事實上，私部門的賄賂行為並非不能用刑法背信罪處理，特別是我國刑法的背信罪有處罰未遂型態，本身已經有一定程度前置化處罰的功效。因此諸如德國法因無處罰背信未遂行為而使得業主模式構成要件可能有其存在實益的討論，在我國並沒有相對重要的意義³⁴。因此，若要進一步將處罰時點前置到更早的階段，勢必須相對應的具備侵害結果的重大性以及高度蓋然性³⁵。

晚近有學者強調，作為經濟犯罪的刑事立法原理，應著重在從整體經濟制度運作的維護、集合法益的維持，而非僅把傳統上用個人法益理解的財產犯罪予以重罰化或前置化³⁶。因此，在檢討這些經濟犯罪的罰則規定時，也應該秉持這個精神，逐項檢驗罰則要件與保護法益之間的關連性是否適切整合。筆者認為，此見解提供了一項明晰的檢驗基準，幫助我們確認這些經濟刑法立法的必要性與正當性。不過，我們可以發現，多數的經濟刑法立法體例或學說時常採個人法益與制度法益的混合保護模式，要不採取階段式的法益保護（主副法

³³ 潘怡宏，同前註15，頁221；惲純良，同前註8，頁90-91；王玉全，同前註10，頁64-68。

³⁴ 僅參見惲純良，同前註8，頁91。

³⁵ 相關論述，參見謝煜偉，抽象的危險犯論的新展開，2012年3月，頁95-99。

³⁶ 神例康博，經濟刑法の保護法益について，收於：川端博、山口厚、井田良、淺田和茂編，理論刑法学の探究⑧，2015年6月，頁119。

益），就是採取多重式的法益保護（雙重法益）模式。階段式的法益保護並非不可行，但副法益的作用必須是用以判斷主法益侵擾的程度，例如，以企業或投資大眾的財產損害程度來印證金融秩序的紊亂程度³⁷。詳言之，散見於銀行法等金融法規的「特別」背信罪之所以特別，不能僅只因為對金融機構從業人員的嚴罰化思考，同時也必須是因為法益侵害有別於普通的背信罪，亦即，該行為不僅侵害私部門的財產上利益，還進一步造成其他投資者或存款人利益減損，進而出現衝擊金融體系安定的危險性³⁸。是以，特別背信罪縱然外觀上與普通背信罪相仿，其內涵仍應定性為以保護特定經濟制度或金融體系為目的的（狹義）經濟犯罪，非單以「個人財產」法益為其保護對象。

進一步來看，商業賄賂罪的構造能否符合主副法益論的要求？甚為可疑。因為業主利益是否受損與其他同業競爭者的自由競爭環境受侵擾程度的高低無甚關連，競爭秩序受破壞的程度無法透過業主利益受損來加以評估。另一方面，若採取雙重法益模式，則必須追問的是，必須兩種法益皆受到侵擾始能成罪？抑或僅須擇一受損即可該當於構成要件的要求³⁹？如德國現行刑法第

³⁷ 謝煜偉，論金融機構特別背信罪，國立臺灣大學法學論叢，45卷4期，2016年12月，頁2044。

³⁸ 同前註，頁2041。

³⁹ 王玉全，同前註10，頁61-63；惲純良，同前註8，頁81-82。同樣的質疑出現在肇事逃逸罪的檢視。我國實務對本罪保護法益採取包山包

299條第1項第1款、第2款的立法模式就相當於只要任一法益受損即可成罪，不僅處罰範圍過於擴張，同時也仍然無法說明，為何單純造成私部門利益減損的抽象危險行為有處罰之必要。故本文認為，若採取雙重法益模式，也只能夠從業主利益與制度利益兩者皆受侵擾的角度來證立其可罰性。

二、保護同業競爭者自由與公平競爭秩序

相較於私部門利益保護的觀點，我國多數見解認為，企業／商業賄賂罪的保護法益應設定為「自由與公平競爭秩序」⁴⁰。眾所周知，競爭的前提是在公平與對等的交易規則下，與其他人互相競逐利益。在自由經濟市場下，競爭秩序的保護至為重要，現行法中諸如公平交易法、營業秘密法甚至政府採購法等法規都帶有維護產業交易公平競爭秩序的目的。那麼企業賄賂犯罪構成要件的設計重點便是在於如何勾勒出交易雙方如何透過

海的解釋方式，只要有任一法益受侵害即可成罪，以此立場來解釋逃逸行為，就會近乎於處罰一個單純違反在場義務的行為。參見最高法院104年度台上字第2570號判決：「維護各參與交通的眾人往來安全、避免事端擴大，和立即對於車禍受傷人員，採取救護、求援行動，以降低受傷程度外，還含有釐清肇事責任的歸屬，及確保被害人的民事求償權功能，兼顧社會與個人的重疊性權益保障。……未等待警方人員到場處理，或無獲得他方人員同意，或不留下日後可以聯繫的資料，就逕自離開現場（含離去後折返，卻沒表明肇事身分），均屬逃逸的作為。」

⁴⁰ 潘怡宏，同前註15，頁233-234；惲純良，同前註8，頁93-94；王玉全，同前註10，頁69-70；張天一，論商業賄賂之可罰性基礎及入罪化必要性，月旦法學雜誌，242期，2015年7月，頁26-40。

賄賂以進行不公平之競爭。可以想見，賄賂或其他不正利益對於行賄者而言，一方面意味著額外的交易成本，另一方面也意味著可以規避市場上對於企業間交易的規制條件，以較差的競爭條件取得較佳的交易內容。長期來看，透過賄賂所造成的不公平交易條件，將可能讓不願或不能跟進行賄的業者逐漸喪失與特定企業交易上的競爭力，而被排除在交易的競爭圈之外；行賄所造成的門檻亦有可能讓新業者難以進入與特定企業交易的競爭行列。

同樣採取維護公平競爭觀點的犯罪類型是「行賄外國公務員罪」⁴¹。學說及實務上多認為行賄外國公務員罪的規範目的在於維護「國際商業交易之公正競爭」⁴²。從國際上的立法沿革來看，美國於1970年代後期率先制訂海外腐敗行為防止法（Foreign Corrupt Practices ACT, FCPA）立法，禁止美國企業向海外其他

⁴¹ 我國關於此議題的研究起步甚晚，直至近期始有較為完整的學術文獻，見林志潔、張天一、莊詔雯、黃崧鼎、李岳軒、孫永蔚，行賄外國公務員，2019年2月，頁13以下。See VIVIAN ROBINSON & STUART H. DEMING, ET AL., THE FCPA AND THE UK BRIBERY ACT: A READY REFERENCE FOR BUSINESS AND LAWYERS 3-34 (2014).

⁴² 就此，日本法學界及政府立場向來將行賄外國公務員的刑事處罰理解為「保護企業間對外國政府採購或承攬標案時的公平對等競爭關係（level playing field）」，而非該外國政府的公務遂行公正性維持或外國公務員身分廉潔性維持。因此，關鍵的不法核心並非如同公務員瀆職行為落在收賄這方，而是落在行賄這方。參見經濟產業省知的財產政策室編，逐條解說不正競爭防止法，2版，2019年6月，頁216；石井由梨佳，越境犯罪の國際的規制，2017年8月，頁348。

國家政府公務員行賄。然而，若光是只有美國一國擁有這樣的法律，無法促使欲交易的國家不向其他國家索賄，對美國企業來說反而不利於國際商業往來上的「競爭力」，因為此時已無法和其他國家的企業一樣使用行賄手段。因此，在美國的主導之下，透過其國際上的規範協作力量，促使OECD各國於1998年締結「外國公務員行賄防止條約」，促使新的國際商業倫理的形成。這種透過國際組織或條約方式進行的協調立法，涉及國際政治下妥協性、權宜性的色彩，近年來已經成為促使各國刑事立法重要的推動力量⁴³。然而，所謂「維護國際商業交易的公正競爭」卻未必能夠通過法益論的諸種檢驗，特別是這種法益著眼於他國公平參與競標的利益，並且藉由國際協調立法「間接」促使各國自身利益的增進（不透過行賄等方式來從事國際商業交易），毋寧說是一種利他性的規範⁴⁴。

首先，按照法益論的傳統基本立場，刑法系統謹守

⁴³ 參見高山佳奈子著，謝煜偉譯，「政治」主導下之近年日本刑事立法，月旦法學雜誌，172期，2009年9月，頁121-152；許恒達，國際法規範與刑事立法，國立臺灣大學法學論叢，46卷特刊，2017年11月，頁1262-1276；川出敏裕，刑事法をめぐる問題——國際的協調の観点から，法律時報，92卷7号，2020年6月，頁41-47。

⁴⁴ 保護法益的檢討與批判，參見：北島純，外国公務員贈賄罪の保護法益に関する考察——グローバルな商取引におけるインテグリティ，社会情報研究，1卷1号，2020年3月，頁9-22；許恒達，行賄外國公務員罪之制裁理由與修正方向，法學叢刊，65卷4期，2020年10月，頁39-66。

作為「保護現狀」的法律，有其作為最後手段性的歷史意義與社會功能，刑法所應保護的法益是「現已存在」的利益，而非「應該要有」的利益；即使是超乎個人生命、身體、自由、財產等層次的「集合法益」，也必須具備法益的實在性（*Realität*）以及基於實在性內涵而衍生的因果變更可能性⁴⁵。那麼，所謂「自由競爭」又是什麼？在競爭法的思考底下，看重的是自由市場的成果競爭功能，所謂成果競爭係指藉由降低商品或服務的價格或提升其品質，取得較他人商品或服務更優越的成果，藉其成果優越的程度取得交易機會⁴⁶；然而，具體來說，可以取得交易上的優勢地位的方法有千百種，透過人際關係、信用、商譽，乃至於其他業種的合作關係考量等等皆有可能成為取得交易優勢地位的原因，這些因素顯然不與本商品或服務的價格或品質高低有關。除非我們能夠先行確認所處的市場交易環境當中，已經存有穩定運作交易規則（例如企業內部的採購規範、廠商間的交易慣例或者政府法規等）得以讓其他符合交易資格的廠商擁有合理的競逐機會，否則即會欠缺保護法益的適格性基礎。反之，所謂的不正競爭，就是指歪曲了

⁴⁵ 嘉門優，法益論——刑法における意義と役割，2019年2月，頁95-104。

⁴⁶ 金井重彦、山口三恵子、小倉秀夫編，不正競争防止法コンメンタール，改訂版，2014年9月，頁3-5；渋谷達紀，不正競争防止法，2014年5月，頁13-16；小野昌延、松村信夫，新・不正競争防止法概説，2版，2015年10月，頁9-12。

上述以價格或品質決定高下勝敗的遊戲規則，利用價格或品質以外的途徑，取得了相較於其他競逐者更優勢之地位以進行交易往來⁴⁷。若我們要將自由平等的競爭環境當作是商業賄賂罪的保護法益，其前提必須是在犯罪行為時既已存在以價格或品質取勝的成果競爭（或稱效能競爭）規則下的自由競爭狀態，而該賄賂行為造成了該等自由競爭狀態的破壞或者危險⁴⁸。

在這個前提之下，破壞競爭秩序之犯罪，只能存在於採取上述以自由競爭市場的價格形成機制達成資源最適分配的經濟制度中；反之，在不採取自由競爭市場的經濟制度當中，以破壞競爭秩序為處罰名義之犯罪型態就沒有存在的正當性及必要性⁴⁹。有疑問的是，若打從一開始該產業的交易環境並非服膺於成果或效能競爭規則，自始沒有自由且平等的競爭環境，是否就無法正當化刑罰的投入？我們能否以刑事手段在沒有競爭的狀態下創造或回復競爭秩序？如果按照前述法益概念的現實性及因果變更可能性要件來看，答案應該是否定的，因為不存在的保護客體根本沒有辦法成為行為侵害危險性

⁴⁷ 但是利用這些手段或者使買方考量這些價格或品質以外的因素，並非當然構成了不正競爭的行為。那麼，到底什麼樣的歪曲型態，將會構成不正競爭的評價，就會是問題的關鍵。參照洪谷達紀，同前註，頁13-14。

⁴⁸ 參見伊東研祐，保護法益としての「競争秩序」，北大法学論集，56卷3号，2005年9月，頁1330-1332。

⁴⁹ 神例康博，同前註36，頁119。

的判斷對象⁵⁰。

相對的，在一個尚未形成自由競爭狀態的交易市場中，固然得以透過行政法規或社群規則形成新的交易行為準則（行為規範的形塑），並透過持續一定時間的規則實踐與修正逐步形成穩定的交易常態，但這並不代表我們應該在尚未形成自由競爭狀態前就投入刑罰手段藉以強化上開行為規範的有效性⁵¹。反之，從事商業賄賂行為的業者未必當然會成為獨占企業，且業者交易的對象也未必僅限於該特定企業。換言之，商業上的利益輸送行為究竟會否造成自由競爭制度的破壞一事，可能因不同的業種、市場與交易型態，而有相當程度的差異。從抽象危險犯的法理而言，真正的問題焦點不在於泛論「競爭秩序」是否作為一適格的保護法益，而在於：欲保護的競爭秩序是否現實存在？以及何種競爭型態需要藉由刑事罰保護？藉此，我們才能夠劃定出何種商業賄賂行為將可能造成競爭秩序之危險性。唯有具備對競爭秩序的類型上危險性的商業賄賂行為，才可能具有刑事處罰的正當性。

有學者認為應該針對不同類型的商業交易，考量市

⁵⁰ 參見伊東研祐，保護法益としての「競争秩序」（再論）：防衛庁燃料談合事件最高裁判決等の評価を契機に，慶應法学，14号，2009年9月，頁72-73。

⁵¹ 刑法作為裁判規範的本質以及其與行為規範之間的關係，參見謝煜偉，論實行行為概念，國立臺灣大學法學論叢，49卷3期，2020年9月，頁1229-1239。

場規模與市場屬性，委諸個別立法的方式，在公司法、公用事業法規、證券交易法、醫事法等領域，制訂不同法定刑度的商業賄賂罪。具體來說，就公開上市公司，或者攸關民生需求的行業，有以刑事罰保護競爭秩序之必要性。其次，就具體的構成要件設計，應保留「以不公平方式給予優惠」的要素，才能具體反映出影響公平競爭關係的實質要素⁵²。此見解正確理解了關於競爭秩序保護在個別領域的異質性，而從個別立法的角度思考對公平競爭環境的保護，誠屬可採。基此，筆者認為採取統一於刑法典規範保護競爭秩序的商業賄賂罪恐怕無法達到兼顧不同產業交易環境的需求，在立法手段的選擇上，仍應從不同的市場領域思考可能的規範模式。

接下來的問題是，要如何用商業賄賂行為劃定出可罰的競爭妨害類型。不同於公司法保護公司業主的思維，競爭法中自然人和企業皆可能該當於商業賄賂的身分主體；處罰的行為主體既包括董監事、經理人或一般職員，也可以包含法人本身，因為競爭法益的內涵並非著眼於特定職位的忠誠義務或公司財產，而是自由市場競爭秩序本身⁵³。相反地，給予特定廠商優勢地位固然可能會形成不公平競爭的行為態樣，但並不能當然認為

⁵² 許恒達，商業賄賂罪立法方向評析，檢察新論，24期，2018年8月，頁71-72。

⁵³ 王煦棋、王雲澤，中國大陸商業賄賂防治架構之探討，收於：刑事政策與犯罪研究論文集(20)，2017年11月，頁88。

所有商業活動中的利益輸送（賄賂）都會形成自由競爭的侵害；企業市占規模小或於合理限度內或商業習慣範圍內的折扣、禮品並沒有擾亂市場競爭秩序，不應視為具違法性的行為。但平心而論，利益輸送或餽贈得以擾亂市場競爭秩序的界線極為隱晦不明確，能否充分在事前即透過立法明確限定下來，仍有相當大的疑慮。

筆者認為，儘管競爭秩序具備保護法益的適格性，但賄賂行為與侵擾競爭秩序之間卻存在著許多不確定的變因，一旦不分青紅皂白投入刑事處罰，可能會造成更多的萎縮效應或恣意執法的空間。與其耗費龐大的社會成本處理本罪立法後的負面因素，不如讓不公平競爭的規制回歸到競爭法體系內來處理，才是正途⁵⁴。公平交易法除了處理獨占性市場的問題之外，也處理不公平競爭的問題，因此在該法排除限制競爭之「獨占、結合、聯合行為」以促進市場自由競爭之外，另有消弭「不公平競爭行為」以促進事業自由與公平競爭之目的。而商業賄賂行為所可能侵害的同業自由與平等之競爭，正是

⁵⁴ 反對見解認為，商業賄賂罪所處罰的不公平競爭與公平交易法所欲處理的競爭（事業壟斷或獨占關係）意義並不相同。見許恒達，同前註52，頁66；潘怡宏、許恒達、許順雄、洪培根、林鈺雄，同前註13，頁96（許恒達發言）。不過，由於我國採取將限制競爭與不公平競爭合併立法的模式，與美、德、日採分別立法（如日本分別訂定「獨占禁止法」與「不正競爭防止法」）不同，筆者認為，關於不公平競爭的刑事立法仍應回歸至公平交易法的管制架構，較為妥適。而德國刑法第299條商業賄賂罪的前身也是規定在不正競爭法當中，相關說明見憚純良，同前註8，頁74。

屬於公平交易法管制不公平競爭的射程範圍。一般認為，公平交易法中的第24條概括條款所稱「交易秩序」即等同自由及公平競爭秩序，其中包括：(一)交易相對人間不為欺罔及不當壓抑的交易秩序，以及(二)不阻礙同業競爭者為公平競爭的交易秩序。而該條「足以影響交易秩序之顯失公平行為」涉及(二)之類型者，包括事業的競爭手段違反商業倫理或效能競爭之本質、濫用市場地位以排除或阻礙其他同業競爭者，對同業競爭者顯失公平等情形⁵⁵。另一方面，公平交易法對於不公正競爭行為的管制手段涵蓋了民事損害賠償、行政處分與刑事制裁，並透過公平交易委員會獨立行使職權，對事業間是否因商業賄賂行為產生不公平競爭情形進行判定，若有具體情事且情節重大者再移送至檢方偵查、起訴。相較於直接進入刑事訴追程序，藉由公平會的介入處理應該是比較妥適的作法。

三、保護執行業務上之公正性

最後，將目光焦點集中在「保護業務上公正性」的立場。傳統上雖然對於賄賂可罰性的思考乃環繞在公務員職務之不可收買性、職務遂行之公正性乃至於身分廉潔性之上，然而，早在20世紀初期，最老牌的資本主義國家英國即已將貪污的範圍擴展到私人企業⁵⁶。而日本

⁵⁵ 廖義男，公平交易法之釋論與實務（第二冊），2015年3月，頁45-46。

⁵⁶ 許恒達，同前註19，頁67。

在戰前統制經濟時代，也已有將賄賂的規制範圍擴張到公共事業或具有重要性質的事業主體的例子⁵⁷。即使是民營企業，上至經營階層下至受僱階級，固然其從事的事務內容大異其趣，但仍可根據不同的規制條件及具體情形認為，該事務不應以其他不正當利益作為對價進行交換。

首先，「公務員賄賂」與「私部門人員賄賂」具有性質上的差異，不應直接劃上等號。特別是當私部門企業從業人員並未對國民或社會成員負起某種特別的保護義務或服從義務，而僅對所屬組織負起一定之忠實義務之際，其受賄之處罰實難以從保護不特定多數人之利益為出發，而仍僅應思考其對於組織所造成之侵害⁵⁸。那麼，一個非具公務員身分的賄賂行為，究竟侵害了什麼公正性？答案關鍵在於其職務的事務類型。

本文認為，不應採取將公司作為社會縮影、小型社會的理解方式，也不應將「公司職員之於股東」，理解為相當於「公務員之於國民」。公司職員縱使對經營者或者公司股東負有忠實義務，其違反至多只是相當於背信罪之「違背任務行為」。在背信罪中，除了背信行為之外，尚且需要進而引起本人財產上之損害，才能成立

⁵⁷ 佐伯仁志，同前註25，頁234-235。

⁵⁸ 例如，一般認為商業賄賂叢生將會嚴重破壞企業內控機制，並增加企業營運成本，不利於良善公司治理的目標。不過，造成公司治理上的困難並不當然等同於刑法上的背信行為，因為其未必會造成公司財產上之損害。

既遂犯。因此可知，忠實義務之違反尚不足以成立犯罪，所謂「執行職務公正性」其來源需來自於企業外部，基於該企業組織在社會中之定位，因而賦予在該企業體服務之特定從業者一個公正遂行職務之義務。前述歐盟「打擊私部門貪腐框架決議」中關於違背職務的定義要求包含違反法定義務及違反其業務上所適用的規則或命令正是指出：這個違背職務的行為並不是單純違反私部門內部的忠實義務，而是具有一定程度的外部效果，將會對私部門以外的其他第三人（或多數人）形成不公正的對待。

一般在刑法理論上所謂的公正性要求，固然乃建立在國家、公務員以及國民三方關係之下的概念。公務員作為統治者執行國家任務的手足，必須忠實履行國家所託付於己的職務，才能夠維繫國家統治團體的運作基礎。因此，公正執行職務，不僅僅是履行其與國家之間的忠實義務，更帶有適切回應人民所託的「公共性」色彩。私部門的業務履行通常不會涉及公共性，在不涉及公共性的領域中也自然沒有業務上公正性的要求。但並非所有的私部門業務履行皆不涉及公共性。例如以公益為目的的財團法人、公會、公用事業等業務即有可能產生保護「業務上公正性」之需求。以日本法為例，他們針對公共性、公益性色彩濃厚的法人團體／企業經營者或職員訂定特別賄賂罪。依照其立法型態又可以細分成兩種：第一種方式是以「擬制公務員」（みなし公務

員)之方式,將一些介於灰色地帶,而其業務內容會對公共利益產生重大影響的組織,如公法人、公共團體、公庫、公團之職員在組織法規中明訂「擬制公務員(視為從事於公務之職員)」的種類與範圍,讓他們適用刑法上公務員賄賂罪的相關規定⁵⁹。

第二種方式是以「特別賄賂罪」的立法模式加以對應,好處是不需要在個案解釋上直接讓這些職員全盤適用公務員犯罪之規定,而是依照公益性的強弱與政策需求予以調整。這種特別賄賂罪的規定,在日本法中並不少見,對於某些具有公共性、公益性的團體,其職員亦須對社會負起一定之公正履行職務之義務。例如,像是在1944年管制經濟色彩最強烈的時候,以「經濟關係罰則整備法」(經濟關係罰則の整備に関する法律)將鐵路電氣瓦斯等公共事業之從業人員賄賂罪,包括普通賄賂及違背職務賄賂行為列入處罰範圍中(第1條)。這些公共事業的從業人員,縱使其公共性、公益性要求不如公務員,但仍可要求其身分上之廉潔性以及職務遂行時之公正性。戰後,日本重要的公共事業,如電信、機場、鐵路、高速公路、菸產業、酒產業等在於其事業法規中皆有特殊賄賂罪之相關規定,不過立法模式不一而足,例如「日本電信電話公司法」(日本電信電話株式会社等に関する法律,簡稱NTT法)第19條僅規定職務

⁵⁹ 例如日本的國立大學法人法第19條即規定國立大學法人之董事及職員就刑法等相關罰則之適用時,視為刑法上之公務員。

上及違背職務行為收賄罪，而不處罰行賄者⁶⁰。此外，即使沒有針對一些特殊的事業組織或團體，例如競技賽馬、競技自行車等運彩事業有關之團體、行政法人日本體育振興中心經營之國立競技場、商品交易所等，有業務執行公正性之強烈需求者也有類似特殊賄賂罪之規定⁶¹，可供參考。

同樣的，我國現行法也存在著若干「非公務員」的賄賂罪處罰規定，歸納起來約略有三種類型：首先，(一)涉及選舉權、人事權行使之類型。例如農會法第47條之1、漁會法第50條之1（農漁會選舉賄賂罪）、農會法第47條之2、漁會法第50條之2（總幹事聘任賄賂罪）等以特定人事職位為對價關係之賄賂罪。政黨法第33條則規定政黨於黨內選舉〔負責人、中央、直轄市及縣（市）級選任人員選舉〕時對於選舉權行使進行行賄之刑事處罰。這種類型的核心原理與刑法、選罷法之妨害投票罪相同，都是以維護人事選舉制度之公平性、公

⁶⁰ 關於職務上公正性與業務上公正性的比較，另請參見謝煜偉，同前註37，頁2052-2055。

⁶¹ 競馬法第32條之2、同條之3規定調教師、騎手或輔助飼養或調教競走馬之人的普通收賄罪及不正行為收賄罪，第32條之4則規定了行賄者的刑責。而自行車競技法第60條規定自行車競技騎士的普通收賄、不正行為收賄罪，第61條規定事前及事後收賄罪、第63條規定行賄者刑責。而關於競馬、自行車競技相關協會組織的董事、受僱人則於其相關職務事項範圍內視為刑法上公務員（擬制公務員），而直接接受刑法賄賂罪之規範。相關文獻註釋，參見：伊藤榮樹、小野慶二、莊子邦雄編，注釈特別刑法（第5卷）：經濟法編Ⅱ，1984年1月，頁566-571、614-628。

正性為目的。而這些組織的重要幹部選舉都可謂具備相當程度之公共性、公益性色彩。

其次，(二)涉及具公共事務性質的職務上、業務上行為，因此分別在其事業法規當中制訂特殊之賄賂罪。例如證券交易法第172條、第173條，為了維護證券交易所之公正性，針對證券交易所之董監事受僱人關於職務上行為或違背職務受賄行賄行為進行處罰。類似規定如期貨交易法第113條、第114條（期貨交易所、期貨結算機構及期貨信託事業之董事、監事、監察人、經理人、受任人或受僱人）、證券投資信託及顧問法第108條（證券投資信託事業、證券投資顧問事業之董事、監察人、經理人或受僱人）對於職務上行為或違背職務行為之受賄行賄罪規定，以及破產法第157條至第159條以及消費者債務清理條例第148條、第149條關於監督或管理更生或清算程序之監督人或管理人職務上行為及違背職務行為之賄賂罪，皆有同樣的規範結構。

再者，還包括(三)作為不當報酬禁止之類型。這種類型的條文，外觀上看起來像是賄賂行為之處罰，但解釋上應從管制合理薪酬價格的角度加以理解。原因在於，這些規定不要求與職務上行為具有對價關係、且管制型態僅限於收受而未包括要求與期約行為，更重要的是，利益的提供來源僅限定在「存款戶等顧客」，不包括如銀行同業等其他不具備客戶關係之對象。例如，銀行法第35條：「銀行負責人及職員不得以任何名義，向

存戶、借款人或其他顧客收受佣金、酬金或其他不當利益。」以及第127條：「違反第三十五條規定者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五百萬元以下罰金。」本行為規範另有準用至經營貨幣市場業務之機構、外國銀行等。類似條文，例如金融控股公司法第17條第4項、第59條、票券金融管理法第11條第2項、第62條，皆具有幾近相同的犯罪要件與法律效果。亦有僅採取行政罰鍰的制裁手段者，例如就業服務法第40條：「私立就業服務機構及其從業人員從事就業服務業務，不得有：五、要求、期約或收受規定標準以外之費用，或其他不正利益。六、行求、期約或交付不正利益。」以及第66條：「違反第四十條第五款規定者，按其要求、期約或收受超過規定標準之費用或其他不正利益相當之金額，處十倍至二十倍罰鍰。」且僅科處行政罰鍰。此外，律師法第37條：「律師不得違背法令、律師規範或律師公會章程，要求期約或收受任何額外之酬金」、會計師法第46條第1項第8款：「會計師不得要求、期約或收受不法之利益或報酬。」則未直接規定違反時之罰則，僅可能於情節重大時成為律師或會計師懲戒處分（同法第61條以下）之事由。上述規定皆以收取額外不當酬金為處罰對象，外觀上雖與普通賄賂罪極為類似，但這些職業從業人員並沒有相對應於公務員所應遵守之身分廉潔義務，同時所涉及的事務內容也並未具備相當程度之公共性。同時，對於職務收取不當酬金等

利益的行為，也未必具有將來針對違背職務行為索取不當利益之潛在危險性。因此，與其將這些規定理解為刑法上賄賂罪的延伸，不如將其定位為對於收取不當報酬的禁止規定。

總結來看，(一)、(二)兩類的犯罪要件可能涉及的法益侵害實與私部門或公司組織之財產上利益無關，也與同業競爭者的公平競爭維護無涉，應以維護特定「業務上之公正性」作為保護法益來加以理解，始為妥適。至於第(三)類的罰則規定，不能用業務上公正性維護合理說明，且顯然與同業競爭者的公平競爭無關，比較有可能從保護私部門利益的角度加以詮釋。然而，收取額外報酬一事固然有可能減損公司與客戶之間的信賴關係，但並非必然如此，且由於不要求特定義務違背行為與利益間的對價關係，不但不符合私部門賄賂行為的不法內涵特徵，同時也難以單以收取額外報酬一事就認定為屬於背信行為。因此，關於(三)類的規定，恐怕難以通過私部門賄賂罪保護法益的檢驗，除非大幅變更犯罪構成要件的內容，否則應儘速刪除刑事處罰的法律效果改採或維持行政裁罰手段，始為正道。

四、小結：犯罪構成要件的思索方向

綜合上述三種保護法益的觀點，可以認為私部門賄賂行為的可罰性基礎，以及射程範圍，將會因應不同的保護法益觀點而有相異的思考。無論是「保護私部門財產上利益」、「保護公平競爭秩序」乃至於「保護業務

上之公正性」，這三者基本上皆具備保護法益的適格性。然而，本文欲強調，真正重要的是如何透過各該法益侵害與危險的類型思考，劃定適當的處罰範圍，而非針對「犯罪現象」處罰來進行事後合理化的論述。

首先，就保護私部門財產上利益的角度而言，現行法已經有相對應的犯罪類型如背信罪可供處理，而企業內部舉發不易或認定困難的難題，應該透過公益者通報法制以及強化公司治理的角度尋求改進，更何況賄賂罪本身也同樣存在著認定困難，不易證明的問題。況且，由於違背對私部門之忠實義務並不必然帶有損害私部門利益之危險性，因此在立法手段上，應須在賄賂之對價關係外，加上輔助判斷是否將會致使私部門受損害之適性要件，以避免處罰過於前置。

其次，就保護競爭秩序而言，此觀點的確可以得出一定範圍的刑事立法正當性，但是將競爭利益作為一般性的保護，在立法技術上恐怕無法勝任根據具體犯罪類型而予以精確劃定處罰範圍的功能。亦即，同業間的公平、透明競爭關係固然非常重要，但並非不區分產業種類以及競爭市場的實然狀態，就可以將所有私部門的決策行為皆納入「競爭秩序」中的一環。必須是該產業現已存在一定程度之同業自由競爭狀況，才能符合保護法益的現實性條件。即便如此，賄賂行為與侵擾競爭秩序之間卻存在著許多不確定的變因，直接投入刑罰，可能會造成更多的萎縮效應或恣意執法的空間，固然有學說

建議採取搭配業主利益受損的混合模式，然而業主利益是否受損與其他同業競爭者的自由競爭環境受侵擾程度的高低無甚關連，競爭秩序受破壞的程度無法透過業主利益受損來加以評估。是以，本文建議讓商業賄賂此種不公平競爭行為的規制，回歸到競爭法體系內，謀求更妥善的實體要件以及程序訴追要件立法設計。

相較於前兩種保護法益的觀點，本文認為若從「保護業務遂行之公正性」的角度，來定位這種特殊的賄賂罪處罰，較符合現行法之下個別根據各行業的公共性程度，來劃定具有公正執行職務要求的主體以及其內容。這涉及到立法技術的問題，私部門賄賂罪的規定可能需要在各個有立法需求的組織法規或者事業法規中去訂定。即使是民間企業或私部門組織，也時常會出現於其業務範圍中有立於與公務機關近似的公共性地位之可能⁶²。就此，我們或許可以參考日本法上針對一些特定的公共事業制訂賄賂罪。具體而言，必須就該私部門本身的組織上功能意義，以及職務權限範圍進行檢討，必須是該職務上行為有涉及外部不特定多數人之利益，而具有公正遂行職務之要求者，才能作為賄賂罪規制的對象。此際，不違背職務（職務上）行為賄賂原則上不應比照公務員普通賄賂罪列入處罰範圍，在社會通念下容

⁶² 參見広瀬元康，外国公務員・民間贈収賄の防止法制：スポーツ界の特殊性を念頭に，ジュリスト，1497号，2016年9月，頁58；鎮目征樹，贈収賄罪，法学教室，396号，2013年9月，頁100-101。

許的日常交誼類型（小費、紅包），也應排除在入罪的行列。但仍可視具體情況，若認為職務上賄賂可能可以引發將來的違背職務行為，仍有列入處罰之必要。

就違背職務行為之定性而言，其公正性的要求並非單純來自於服務單位內部的忠實、公正、信賴義務之違反。因此，解釋上不應從內部觀點（對公司之忠實義務、善管義務、注意義務）判斷行為人有無違反依附於職位所產生的忠實、公正、信賴義務，藉以決定是否構成違背職務行為，也不應從概括的、一般性的「企業社會責任」角度理解所謂的「職務公正性」；應從公益性、外部觀點（如事業法規）來考慮違背職務行為之意涵。前述歐盟「打擊私部門貪腐框架決議」中關於違背職務的定義，強調違反法定義務及違反其業務上所適用的規則或命令的方針，可供立法上之參考。亦即，若要制定這種私部門賄賂罪，應限定在「違背職務行為」作為對價關係，而該違背職務行為具有一定程度的外部效果，將會對私部門以外的其他第三人（或多數人）形成不公正的對待。

至於行賄者的可罰性，向來學說上對於行賄者之法定刑輕於收賄者，有責任減少說、違法減少說以及刑事政策個別化說三種觀點。責任減少說認為從傳統上「官僚對人民」的不對等結構來看，收賄之一方往往處於強勢地位，而行賄者多半居於弱勢，是以其可罰的責任較

低，甚至不可罰⁶³。相對的，採取違法減少說的觀點，則是從公務員違反一身專屬之特別義務的角度認為，行賄者並無違反此等特別義務之可能，因此違法性較低⁶⁴。特殊賄賂罪在刑事政策上應考量的因素未必與公務員賄賂罪相同，根據其惹起的法益侵害種類，須綜合考量後根據收賄刑度，做不同的個別化檢討。若採取保護財產利益說或者保護競爭秩序說，那麼行賄者的可罰性並非當然須較輕於受賄者。特別是，若採取保護競爭秩序說，行賄方的不法與罪責程度並不亞於收賄方，在法定刑的設計上或許容有不同的考慮。但若採取將私部門賄賂罪定位為「保護業務之公正性」時，在立法政策上仍有處罰較輕於受賄者之餘地。

以下分別從保護法益內涵、私部門的組織型態、行為主體範圍、實行行為態樣、延伸的處罰態樣等面向，簡要對照本文見解、企業賄賂防制法草案以及刑法第255條之1商業交易賄賂罪修正案之異同。

	本文見解	企業賄賂防制法草案	刑法第255條之1 商業交易賄賂罪修正案
保護法 益內涵	保護業務遂行之公 正性	不明（混有企業 業主利益保護、 公平競爭、清廉 商業環境之保 護）	保護自由競爭

⁶³ 西田典之，刑法各論，6版，2012年3月，頁505；山口厚，刑法各論，2版，2010年3月，頁628。

⁶⁴ 藤木英雄，刑法講義各論，1976年12月，頁69。

	本文見解	企業賄賂防制法草案	刑法第255條之1 商業交易賄賂罪修正案
私部門的組織型態	公共事業組織、具公益性質之法人	企業：本國或外國之法人或獨資事業	公開發行股份有限公司、公益社團法人或財團法人
行為主體的劃定範圍	代表人或受僱人	受僱人	代表人、受託人或受僱人
實行行為態樣	對於違背職務（違反法定義務及違反其業務上所適用的規則或命令等）行為要求期約收受賄賂或不正利益	對於職務上行為要求期約收受賄賂或不正利益 違背職務要求期約收受賄賂或不正利益	於交易行為中，意圖為自己或第三人之不正當利益，以商品或勞務交易中之不公平優惠為對價，而要求、期約或收受不正利益
延伸的處罰態樣	可延伸至行賄方，但處罰應輕於受賄方	不違背職務行賄 違背職務行賄	於交易行為中，意圖為自己或第三人之不正當利益，以商品或勞務交易之不公平優惠為對價，而行求、期約或交付不正利益

參、結 論

近年來由於著名企業內部職員收受不正利益，引發社會輿論對企業肅貪議題的關注，並認為應以新增刑事立法之方式回應肅貪之需求。此外，由於我國已於2015年5月通過「聯合國反貪腐公約施行法」，根據該施行法第6條及聯合國反貪腐公約第21條之規定，我國應具體檢討有無將私部門賄賂行為入罪化之正當性及必要性。迄今為止，已分別有企業賄賂防制法草案、法人貪腐防制法草案以及增訂刑法第255條之1企業賄賂罪草案版本進入國會審查，但皆未完成立法。

從刑事立法論的角度而言，任何刑事罰，都必須要通過應然面的可罰性基礎檢驗，以及實然面的規制實效檢討。本文聚焦在應然面的可罰性基礎檢驗，從保護法益的觀點，亦即「業務上之公正性」、「事業間的公平競爭」、「私部門財產上利益」三種視角，來分析私部門賄賂行為入罪化的可行性。就此，我國學界多認為，現行背信罪等財產犯罪以及特別法當中的刑罰法規已可針對「私部門財產上利益」進行適度的保護，因此應以「自由競爭市場機制」或「以價格或品質取勝的公平競爭規則」作為私部門賄賂罪之保護法益，並應仿照德國（2015年修法前）刑法舊法第299條「競爭模式構成要件」來進行概括性的立法。

然而，本文認為，「藉由價格或品質取勝」的自由競爭規則固然在特定商業交易型態中具有法益保護的適格性，卻難以拓展到所有商業交易的領域中。而且具對價關係之利益供給行為也未必會產生導致市場競爭秩序喪失原有效能而生不正競爭之危險性。再者，制定單一犯罪構成要件的規範模式而言，存有打擊範圍過廣、不易精準劃定管制對象、訴追程序上缺乏彈性等弊病。

另一方面，從維護「業務上公正性」之觀點來建立私部門賄賂行為的法益保護關連性，較能符合可罰性基礎的應然檢驗。亦即，在具有公共事務性質的業務範圍中，有類比於職務上公正性的必要時，應在相關事業的法規中針對私部門當中特定職位的違背職務賄賂，予以

犯罪化。

另一種可能的立法模式則是針對特定領域的私部門（例如公開發行之股份有限公司等），以背信的抽象危險犯之立法模式，設計管理階層者的賄賂罪，強化保護私部門之財產利益。但若採取這種立法模式，必須要在賄賂之對價關係外，加上輔助判斷是否將會致使私部門受損害之適性要件，以避免處罰過於前置。就此，日本法制上的立法歷程及發展經驗，可以提供我們立法上之參考。

參考文獻

一、中文文獻

- Satzger, Helmut (2019). *國際刑法與歐洲刑法* (王士帆譯；二版)。元照。(原著出版年：2018)。
- 王玉全 (2017)。私部門貪腐行為與其侵害法益——刑事立法的準備工作。*月旦刑事法評論*，4，40-71。<http://doi.org/10.3966/2415472520170300403>
- 王煦棋、王雲澤 (2017)。中國大陸商業賄賂防治架構之探討。載於法務部司法官學院編，*刑事政策與犯罪研究論文集(20)* (頁81-112)。法務部司法官學院。
- 王煦棋、王雲澤 (2019)。防治商業賄賂保護法益比較與我國立法建議。*財金法學研究*，2 (1)，1-28。
- 自由時報 (2020)。鴻海內鬼廖萬城收回扣 二審輕判被最高院發回更審，<https://ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/3046692>
- 吳盈德 (2014)。美國聯邦「海外反貪污行為法」對我國企業法規遵循之啟示。*中正財經法學*，9，1-41。
- 李聖傑、潘怡宏編譯 (2019)。《德國刑法典》(二版)。元照。
- 林志潔 (2015)。反制跨國行賄與強化企業法令遵循——以美國海外反貪腐法 (FCPA) 為例。*月旦法學雜誌*，242，5-25。
<http://doi.org/10.3966/102559312015070242001>
- 林志潔、張天一、莊詔雯、黃崧鼎、李岳軒、孫永蔚 (2019)。《行賄外國公務員》。元照。
- 張天一 (2015)。論商業賄賂之可罰性基礎及入罪化必要性。*月旦法學雜誌*，242，26-40。<http://doi.org/10.3966/102559312015070242002>
- 張麗卿 (2011)。臺灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難。*法學新*

論，28，1-24。

- 許永欽（2016）。我國公務賄賂與商業賄賂罪之研究。《法學叢刊》，243，99-133。
- 許恒達（2012）。從英國2010年新賄賂法談我國反貪污法制修正方向。《輔仁法學》，44，51-90。
- 許恒達（2017）。國際法規範與刑事立法。《國立臺灣大學法學論叢》，46特刊，1257-1330。<http://doi.org/10.6199/NTULJ.2017.46.S.P.04>
- 許恒達（2018）。商業賄賂罪立法方向評析。《檢察新論》，24，48-73。
- 許恒達（2020）。行賄外國公務員罪之制裁理由與修正方向。《法學叢刊》，65（4），39-66。
- 高山佳奈子著，謝煜偉譯（2009）。「政治」主導下之近年日本刑事立法。《月旦法學雜誌》，172，121-152。
- 惲純良（2017）。商業賄賂行為可罰性簡析：以2015年德國刑法典第299條商業賄賂罪之修正為鑑。《月旦刑事法評論》，4，72-94。<http://doi.org/10.3966/2415472520170300404>
- 廖義男（2015）。《公平交易法之釋論與實務（第二冊）》。元照。
- 潘怡宏（2018）。論商業賄賂罪——借鑑德國刑法第299條商業賄賂罪之立法芻議。載於陳子平教授榮退論文集編輯委員會編。《法學與風範——陳子平教授榮退紀念論文集》（頁193-234）。元照。
- 潘怡宏、許恒達、許順雄、洪培根、林鈺雄（2017）。商業賄賂罪——借鑒德國刑法第299條商業賄賂罪之立法芻議。《月旦刑事法評論》，7，83-98。<http://doi.org/10.3966/2415472520171200706>
- 賴帥君（2018）。我國防制企業貪腐法制之研析。《刑事法雜誌》，62（5），83-134。
- 謝煜偉（2016）。風險社會中的抽象危險犯與食安管制——「攪

偽假冒罪」の限定解釋。月旦刑事法評論，1，74-81。

<http://doi.org/10.3966/2415472520160600105>

- 謝煜偉（2016）。論金融機構特別背信罪。國立臺灣大學法學論叢，45（4），2031-2092。<http://doi.org/10.6199/NTULJ.2016.45.04.05>

- 謝煜偉（2020）。論實行行為概念。國立臺灣大學法學論叢，49（3），1203-1265。[http://doi.org/10.6199/NTULJ.202009_49\(3\).007](http://doi.org/10.6199/NTULJ.202009_49(3).007)

二、日文文獻

- 上柳克郎、鴻常夫、竹内昭夫編（1990）。新版注釈会社法（13）：株式会社の解散・清算・外国会社・罰則。有斐閣。
- 小野昌延、松村信夫（2015）。新・不正競争防止法概説（二版）。青林書院。
- 山口厚（2010）。刑法各論（二版）。有斐閣。
- 川出敏裕（2020）。刑事法をめぐる問題——国際的協調の観点から。法律時報，92（7），41-47。
- 北島純（2020）。外国公務員贈賄罪の保護法益に関する考察——グローバルな商取引におけるインテグリティ。社会情報研究，1（1），9-22。
- 平野龍一、佐々木史朗、藤永幸治編（1982）。注解特別刑法（第4巻）。青林書院。
- 広瀬元康（2016）。外国公務員・民間贈収賄の防止法制：スポーツ界の特殊性を念頭に。ジュリスト，1497，58-63。
- 石井由梨佳（2017）。越境犯罪の国際的規制。有斐閣。
- 伊東研祐（2005）。保護法益としての「競争秩序」。北大法学論集，56（3），1325-1335。
- 伊東研祐（2009）。保護法益としての「競争秩序」（再論）：

防衛庁燃料談合事件最高裁判決等の評価を契機に。慶應法学，14，65-77。

- 伊藤栄樹、小野慶二、莊子邦雄編（1984）。注釈特別刑法（第5巻）：経済法編Ⅱ。立花書房。
- 伊藤栄樹、小野慶二、莊子邦雄編（1986）。注釈特別刑法（第5巻）：経済法編Ⅰ。立花書房。
- 西田典之（2012）。刑法各論（六版）。弘文堂。
- 西垣建剛、本間正人（2011）。民間人との取引にも罰則が！英国贈収賄禁止法のリスクと対処術。旬刊経理情報，1279，50-54。
- 佐伯仁志（2011）。日本における商業賄賂の処罰について。載於佐伯仁志、金光旭編，日中経済刑法の比較研究（頁234-255）。成文堂。
- 麦志明（2012）。賄賂罪・商業賄賂罪についての概観的まとめ。JCAジャーナル，59（9），80-82。
- 京藤哲久（2013）。刑法から経済刑法へ。明治学院大学法科大学院ローレビュー，19，13-30。
- 松宮孝明（2009）。組織犯罪対策に見る「自由と安全と刑法」——共謀罪立法問題を含む。刑法雑誌，48（2），256-266。
- 松澤公貴、高橋さやか（2012）。施行後1年間の主要事例等に学ぶ：英国贈収賄防止法にはこう対応する。旬刊経理情報，1325，38-43。
- 金井重彦、山口三恵子、小倉秀夫編（2014）。不正競争防止法コンメンタール（改訂版）。レクシスネクシス・ジャパン。
- 法務省大臣官房司法法制部編（2007）。ドイツ刑法典。法曹會。
- 原洁（2019）。新不正競争防止法の施行で一層強化：中国における商業賄賂に関する法規制と企業の対応（上）。旬刊経理情

報，1544，34-38。

- 神山敏雄ほか編（2013）。新経済刑法入門（二版）。成文堂。
- 神例康博（2015）。経済刑法の保護法益について。載於川端博、山口厚、井田良、浅田和茂編，理論刑法学の探究⑧（頁111-137）。成文堂。
- 屠錦寧、中川裕茂（2011）。中国の商業賄賂規制および外国公務員等に対する贈賄罪の新設。NBL，957，84-93。
- 張国棟（2018）。制定後24年を経て初の大改正：中国・新不正競争防止法の要点詳解。旬刊経理情報，1501，46-55。
- 渋谷達紀（2014）。不正競争防止法。発明推進協会。
- 経済産業省知的財産政策室編（2019）。逐条解説不正競争防止法（二版）。商事法務。
- 高山佳奈子（2019）。共謀罪立法と憲法・国際法の諸原則——改憲案が刑事法に及ぼす影響を視野に——。鹿児島大学法学論集，53（2），107-138。
- 塩原俊彦（2016）。腐敗の世界史：腐敗の構造。社会評論社。
- 落合誠一編（2011）。会社法コンメンタール（第21巻）：雑則（3）・罰則。商事法務。
- 嘉門優（2019）。法益論——刑法における意義と役割。成文堂。
- 謝煜偉（2012）。抽象的危険犯論の新展開。弘文堂。
- 鎮目征樹（2013）。贈収賄罪。法学教室，396，97-107。
- 藤木英雄（1976）。刑法講義各論。弘文堂。

三、英文文獻

- Argandoña, Antonio (2003). Private-to-private Corruption. *Journal of Business Ethics*, 47, 253-267. <https://doi.org/10.1023/A:1026266219609>.

- COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector (2003). Official Journal of the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003F0568&from=EN>
- Laureti, Francesco (2018). *Italy: Amendment to the Private Bribery Offence*. mondaq, <https://www.mondaq.com/italy/white-collar-crime-anti-corruption-fraud/656476/amendment-to-the-private-bribery-offence>
- Pisano, Roberto (2020). *Bribery & Corruption 2021 Italy*. GLI, <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/italy>
- Robinson, Vivian & Deming, Stuart H. et al. (2014). *The FCPA and the UK Bribery Act: A Ready Reference for Business and Lawyers*. American Bar Association.
- Statistisches Bundesamt (2016). Sustainable Development, Data relating to the Indicator Report. Statistisches Bundesamt.
- Shiobara, Toshihiko (2013). *Anti-Corruption Policies*. Maruzen Planet.
- UNODC (2012). *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption* (2nd ed.). UNODC.

四、德文文獻

- Fischer, Thomas (2009). *Strafgesetzbuch*, 56. Aufl. C.H. Beck.
- Vogel, Joachim (2004). Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht. In Bernd Heinrich et al. (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag* (S. 395-411). Gieseking.

從冤錯案救援觀點評謝志宏案 再審無罪判決

林慈偉*

要 目

壹、前 言

貳、從「案由欄」談起

參、謝志宏案再審無罪判決
理由及其推論

一、謝志宏於警詢的二次
自白均無證據能力

二、郭俊偉不利謝志宏證
述之評價

三、「凶手有一人以上」
之推論乃不可採

肆、結論：謝志宏案再審無罪
判決的三個關鍵

一、社會各界的共同救援

二、司法及國家機關的協力
合作

三、立即暫停執行死刑並重
新盤點受冤抑可能之爭
議案件

DOI : 10.6460/CPCP.202104_(27).04

* 台灣廢除死刑推動聯盟法務主任，國立政治大學法學博士候選人。

摘 要

臺灣高等法院臺南分院歷經一年多的再審審理，在2020年5月15日這一天宣判謝志宏無罪（臺灣高等法院臺南分院108年度再字第1號判決），終於讓這位無辜者擺脫掉糾纏多年的死刑誤判。這份無罪判決，得來不易。本文作者作為死囚謝志宏救援團隊之成員，從冤錯案救援視角就這份再審無罪判決輔以歷次關鍵開庭之現場觀察提出若干評論。本文從冤錯案救援觀點認為，謝志宏再審無罪判決有三個關鍵即：社會各界的共同救援、司法及國家機關的協力合作，以及對於潛在冤錯案死囚未執行死刑等。

關鍵詞：謝志宏、死刑、再審、錯誤自白、冤錯案

A Review of Hsieh Chih-Hung's Verdict of Innocence from the Perspective of a Campaigner for His Exoneration

Tzu-Wei Lin*

Abstract

On May 15, 2020, Hsieh Chih-Hung was acquitted by the Tainan High Court after a year-long retrial (see the Judgment of Tainan High Court (2019) Zai Zih No.1). This verdict, which finally overturned the death sentence that haunted Hsieh for years, is hard to come by. As a member of the team that helped exonerating Hsieh, the author reviewed this not-guilty verdict as well as critical moments during the court sessions from the perspective of a campaigner for Hsieh's innocence, rendering a conclusion that the verdict is a result of three key factors: the civil society's joint efforts, the collaboration between the judicial and administrative branches, and a halt in executions of possibly innocent death row inmates.

Keywords: Hsieh Chih-Hung, Death Penalty, Retrial, False Confession, Wrongful Conviction

* Legal Director, Taiwan Alliance to End the Death Penalty (TAEDP); Ph.D. Candidate, College of Law, National Chengchi University.

壹、前言

「原判決關於謝志宏部分撤銷。謝志宏無罪。」

——臺灣高等法院臺南分院108年度再字第1號刑事判決主文

臺灣高等法院臺南分院（臺南高分院）歷經一年多的審理，終於在2020年5月15日這一天，就死囚謝志宏再審案作出了無罪判決¹。

謝志宏案是一個雙被害人、雙被告的案件。被指控殺人者有兩人，即郭俊偉與謝志宏；被殺害的也有兩人，陳寶珠與張清木。凶器只有一把蝴蝶刀。再審之前的定讞判決認為，郭俊偉與謝志宏兩人接力使用同一把刀，將兩位被害人分別殺死，最後判處郭俊偉兩個殺人罪、兩個死刑；判處謝志宏兩個殺人罪、兩個死刑²。

雖然謝志宏案於2011年被判死刑定讞，不過，因全案欠缺血跡指紋等物證、法醫自刀傷方向貿然研判本案為兩人所為，再加上錯誤自白以及測謊假科學證據等爭議，除了他的律師涂欣成為謝志宏奔走喊冤之外，後來台灣冤獄平反協會、台灣廢除死刑推動聯盟、民間司法改革基金會、台灣人權促進會、台南律師公會、國際特

¹ 臺灣高等法院臺南分院108年度再字第1號判決。判決全文，參見：司法院法學資料檢索系統網站，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TNHM,108%2c%e5%86%8d%2c1%2c20200515%2c1>（最後瀏覽日：2021年3月24日）。

² 張娟芬，謝志宏案的證據結構分析，2018年「台灣冤獄平反協會年度論壇」，2018年8月26日，頁62。

赦組織台南小組等民間團體也組成救援大隊展開救援，與死刑拔河。張娟芬老師更以〈紙片人殺人記〉連載文章³，從本案凶手體型、定罪之凶刀血溝、測謊報告、自白疑慮等論點，清楚道出謝志宏的故事和冤情所在。

不過，2011年至2018年，謝案律團歷次的特別救濟聲請還是都遭到駁回。直到2018年秋天，謝案經臺灣高等檢察署臺南檢察分署（臺南高分檢）及救援律師團隊前後向臺南高分院聲請再審，終於推開法院及看守所的大門。謝志宏遭關押的日子，6,834天，終於停止計數。過去14個月的審理，臺南高分院傳訊鑑識人員、法醫等科學專家來檢視本案證據，也傳訊同案被告敵性證人出庭陳述，全面重啟調查，直至再審判決無罪⁴（謝志宏案

³ 張娟芬，紙片人殺人記(一)：同案被告的指控，上報，2017年11月27日，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=29792（最後瀏覽日：2021年3月24日）；張娟芬，紙片人殺人記(二)：測謊抓凶手，上報，2017年11月28日，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=29793（最後瀏覽日：2021年3月24日）；張娟芬，紙片人殺人記(三)：假科學冤枉人，上報，2017年11月29日，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=29860（最後瀏覽日：2021年3月24日）；張娟芬，紙片人殺人記(四)：外行人充內行，上報，2017年11月30日，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=29908（最後瀏覽日：2021年3月24日）；張娟芬，紙片人殺人記(五)：謝志宏為什麼要自白？，上報，2017年12月1日，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=29922（最後瀏覽日：2021年3月24日）；張娟芬，紙片人殺人記(六)：有罪推定，一票玩到底！，上報，2017年12月2日，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=30001（最後瀏覽日：2021年3月24日）。

⁴ 謝志宏案再審無罪判決後的即時評論文章以及深入報導，例見：林慈偉，謝志宏案無罪的3個關鍵，蘋果日報，2020年5月15日，

再審大事記，如下頁圖）。

回顧謝案，這個無罪判決著實得來不易。反觀過去這些年成功平反的死刑冤案一件又一件，包括江國慶、蘇建和、劉秉郎、莊林勳、徐自強、鄭性澤，一直到現在的謝志宏。一方面，我們可以看到司法系統能夠糾正自己的錯誤，這當然值得肯定，但是另一方面，在累積了這些平反成功的案例以後，值得深思的是，司法體系是否因此有了改變？又或者說，從謝志宏案的救援至平反無罪的經驗，我們可以學到什麼？因此，作為「死囚謝志宏救援大隊」救援團隊成員，從救援歷程所觀察到的視角，我將試著就謝志宏案這份再審無罪的判決（臺灣高等法院臺南分院108年度再字第1號判決，下稱「無罪判決」），一頁一頁地讀過，輔以我歷次到庭的現場觀察，提出我的一些評論及看法。

<https://tw.appledaily.com/forum/20200515/N4AJYP3DHFT3GDLVUG76F7LJWA/>（最後瀏覽日：2021年3月24日）；張娟芬，謝志宏案 多麼痛的領悟，上報，2020年5月16日，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=87503（最後瀏覽日：2021年3月24日）；台灣冤獄平反協會，看見無辜者辛苦的靈魂：謝志宏案宣判前特輯，冤冤相報電子報，74期，2020年5月10日，<https://mailchi.mp/3e6c58e62692/no74>（最後瀏覽日：2021年3月24日）；台灣冤獄平反協會，從悲憤到平靜：謝志宏走過冤案二十年，冤冤相報電子報，75期，2020年5月25日，<https://mailchi.mp/d0c282e8c40b/no75>（最後瀏覽日：2021年3月24日）。

從冤錯案救援觀點評謝志宏案再審無罪判決



圖 謝志宏案再審大事記

資料來源：台灣冤獄平反協會，看見無辜者辛苦的靈魂：謝志宏案宣判前特輯，冤冤相報電子報，74期，2020年5月10日，<https://mailchi.mp/3e6c58e62692/no74>（最後瀏覽日：2021年3月24日）。

貳、從「案由欄」談起

「上列上訴人因殺人等案件，不服臺灣臺南地方法院89年度重訴字第30號中華民國90年10月26日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署89年度偵字第7578號、89年度偵字第7961號），提起上訴，經本院以100年度上重更(七)字第186號判決並確定後，因檢察官及上訴人聲請再審，經本院以107年度聲再字第80、92號裁定開始再審……」

——臺灣高等法院臺南分院108年度再字第1號判決案由欄

判決書的案由欄，一般而言，大多就是記載被告人數、罪名、起訴案號（確認審判範圍）、程序轉換等資訊，本來沒有特別好談的，不過，從本案的判決案由欄中，我們可以看到謝志宏再審聲請案救援過程的若干線索。

第一個是「更(七)」。更七的意思是，這個案件更審了7次，在更七審定讞，也就是說，謝志宏案在地方法院、高等法院、最高法院，一共經過17次審理。三級三審，審了17次，從次數來看，應該很詳盡、很正確、不會冤枉人了吧？從本次再審判決無罪結果觀之，答案顯然錯矣。

事實上，從徐自強案到謝志宏案，乃至於民間團體還在持續努力救援的邱和順案、王信福案，這些案件都

有一個共同點，即多次更審，訴訟時程遙無止盡⁵。實則，這些均再再指向，審級監督於這類案件之失能。而或許於此所謂「次數」所彰顯的意義，我們可以反過來思考的是，一個已經被判死刑的案件，何以尚須經過多次更審而無法確定？是不是其中意味的是，若干承審法院也認為該等案件仍然有些環節「怪怪的」，而不敢讓它逕行定讞，實令人省思。

第二個是，謝志宏案最後定讞的時間點是2011年。2011年是近年死刑定讞數量最多的一年，共有16件。一直以來，於民間救援觀點來看，2011年，死刑定讞數量飆高，與那一年前後《刑事妥速審判法》（下稱「速審法」）的制定及施行的關聯性，啟人疑竇⁶。因為當時訂立速審法的背景，原本是為了解決案件延宕不決的問題，所以在2010年5月，我國立法院特制定速審法以為因應，而為了防止重罪案件的被告，因案件懸而未決，一直被羈押的問題，特別在速審法第5條第2項⁷，調整了刑事訴訟法對重罪無羈押次數的限制，也在同條第4項⁸，

⁵ 例見：徐自強案（更九）、謝志宏案（更七）、邱和順案（更十一）。

⁶ 吳景欽，速審法 還是速死法，蘋果日報，2011年7月30日，<https://tw.appledaily.com/headline/20110730/BZ546FAXSHYMPZB3PMFB5BG4MM/>（最後瀏覽日：2021年3月24日）。

⁷ 刑事妥速審判法第5條第2項規定：「審判中之延長羈押，如所犯最重本刑為死刑、無期徒刑或逾有期徒刑十年者，第一審、第二審以六次為限，第三審以一次為限。」

⁸ 刑事妥速審判法第5條第3項規定：「審判中之羈押期間，累計不得逾

對於審判中的羈押期間，若超過此期間，而仍未確定，即視為撤銷羈押，也就是法院必須立即放人，再依據速審法第13條第1項⁹，速審法亦溯及適用於施行前已繫屬但尚未確定的案件。所以藉由此法的通過，類似邱和順這般因重罪遭長期羈押的被告，正可能因此脫離苦海。而根據速審法第14條第1項¹⁰、第5條等規定乃於2012年5月生效。

而一般認為，相關案件之所以久而未決，正在於其爭議性。像是，民間團體普遍認定有死刑冤錯疑慮並持續聲援的謝志宏、邱和順、王信福等案件，都是在2011年定讞，是依此而論，該等案件定讞的時間不難令人懷疑，法院是否係因慮及個案若又再經發回，而待此等條文生效，勢必得釋放被告，又另一方面，假如被告獲得解脫，同時卻也可能因此引發被害家屬與輿論的強烈指責與反彈，所以與其釋放被告，倒不如迅速將案件確定。也因此，2011年包括謝志宏、邱和順、王信福案在內的死刑定讞案件數量，突然飆高，在這一年共計就有16起的死刑案件經確定¹¹，這使得原本是為保障被告迅

五年。」及第4項規定：「前項羈押期間已滿，仍未判決確定者，視為撤銷羈押，法院應將被告釋放。」

⁹ 刑事妥速審判法第13條第1項規定：「本法施行前已繫屬於法院之案件，亦適用本法。」

¹⁰ 刑事妥速審判法第14條第1項規定：「第五條第二項至第四項，自公布後二年施行；第九條自公布後一年施行；其他條文施行日期由司法院定之。」

¹¹ 2011年前後死刑定讞人數為，2010年4位、2011年16位、2012年7位、

審權的速審法，被民間稱作為「速死法」¹²。這是2011年這個時間點，再結合速審法施行生效的背後疑慮。

第三，是檢察官主動為謝志宏聲請再審，即案由欄中所謂的「因檢察官及上訴人聲請再審，經本院……裁定開始再審」。謝志宏案是繼鄭性澤案後，我國司法史上第二件由檢察官為死刑犯聲請再審的案件。若非林志峯檢察官願意重啟調查，並親自前往當時承辦此案的歸仁分局找到了警方未移交的關鍵證據，謝志宏案的再審開啟或許仍遙遙無期，更遑論獲得最終的無罪平反判決。現實上，自近年的死刑冤錯案救援歷程，從鄭性澤案到謝志宏案，我們也可以看到，檢方與辯方不應該是絕對處在對抗的兩方，反而是，在面對被冤的無辜被告時，也能夠協力合作彌補過去司法的錯誤，檢辯雙方以「合作」取代「對抗」，讓苦坐冤獄的無辜被告能夠儘早獲得平反，在平冤路上，檢辯也可以是攜手同行的友軍。

2013年3位、2014年1位、2015年0位、2016年2位、2017年1位、2018年0位、2019年1位、2020年1位。

¹² 以邱和順案為例，當時最高法院駁回被告邱和順、林坤明、吳淑貞三人之上訴，其中邱和順部分判決死刑定讞，民間司法改革基金會即發表聲明表示：「速審法」本應是要保障被告迅速受審的權利，如今卻成法院迅速判處邱和順死刑的壓力來源，若說是「速審法」殺了邱和順，亦不為過，參見：民間司法改革基金會，邱和順死刑定讞 司改會聲明稿：「速審法」殺了邱和順！，2011年7月28日，<https://www.jrf.org.tw/articles/238>（最後瀏覽日：2021年3月24日）；吳景欽，同前註6。

參、謝志宏案再審無罪判決理由及其推論

「一個有罪判決的論罪，應當如同鳥籠：要運用證據來形成完整的邏輯結構，將被告犯案的事實證明到確信的程度，就像鳥兒被關在籠裡無法逃脫。」

——張娟芬，〈謝志宏案的證據結構分析〉，發表於2018年「台灣冤獄平反協會年度論壇」，2018年8月26日

在進入判決理由及相關推論之前，我們可以先回顧過去文獻有關於謝志宏案的案件疑點之相關討論，這將會幫助我們對於本件無罪判決結構的理解。

過去文獻上大致的討論，除了相關民間團體、謝志宏案救援大隊、辯護律師團隊的倡議文章及聲明之外¹³，有數篇直接針對謝志宏案疑點為析論之學術論文與評論文章。而監察院也在2018年7月就謝志宏案提出了調查報告。這些文獻資料均從不同面向上分析謝志宏案，直指該案之冤錯所在。

首先，2014年5月，李佳玟老師即已透過〈求歡不遂殺人事件〉一文¹⁴，針對謝志宏案，指出每一個涉案者

¹³ 例見：台灣廢除死刑推動聯盟，冤案救援，謝志宏：人人入罪如鴻毛，<https://www.taedp.org.tw/topic/10121>（最後瀏覽日：2021年3月24日）；以及台灣冤獄平反協會，個案救援，A02謝志宏 Hsieh, Chih-Hung, <https://twinnocenceproject.org/case/謝志宏/>（最後瀏覽日：2021年3月24日）。

¹⁴ 李佳玟，求歡不遂殺人事件，月旦法學教室，139期，2014年5月，頁55-60。

的自白都必須得到補強證據支持，認為為貫徹自白補強法則的精神，依照自白內容所描述的參與型態，對於不同被告要求一定程度之非自白的補強證據，檢察官尚須提出相關證據補強犯意聯絡的存在，而當補強證據是科學鑑定時，則應先以其他方法如科學專業確認鑑定的可信度，而不能用被告自白去確認鑑定的可信度，再反過來用鑑定報告「補強」被告自白。

其次，張娟芬老師就謝志宏案過去歷審判決理由及結構所提出的諸多疑慮，更是謝案救援的重要論述關鍵。張娟芬老師著力於近年死刑冤案的救援及研究，從蘇建和、徐自強、鄭性澤、邱和順，一直到謝志宏案，均有許多著墨¹⁵。其中，對於謝志宏案，張娟芬老師於2015年即從測謊偽科學的角度寫了〈不科學的「科學證據」：冤獄被害人呂介閔與謝志宏〉一文¹⁶，並以謝志宏案的測謊為例，批評測謊偽科學造成司法冤獄的問題點；後來，2017年11月至12月，張老師更以〈紙片人殺人記〉系列文章¹⁷，完整地檢視謝志宏定罪的證據以及偵審過程的諸多違失，例如，確定判決倚重的證人即共

¹⁵ 例如張娟芬老師所著《無彩青春》一書，係針對蘇建和等三人的案件的分析；《十三姨KTV殺人事件》一書則是針對鄭性澤案提出諸多案件疑點。

¹⁶ 張娟芬，不科學的「科學證據」：冤獄被害人呂介閔與謝志宏，蘋果日報，2015年7月30日，<https://tw.appledaily.com/forum/20150730/VECUZFFYG26U4H553EO6GBQ2ZU/>（最後瀏覽日：2021年3月24日）。

¹⁷ 張娟芬，同前註3。

同被告郭俊偉，在偵查過程裡不斷改變說詞，逐步將罪責推到謝志宏身上，郭俊偉的證詞不穩定，有些說詞已經證明是謊言，並且在案發時有吸毒成癮等，甚者確定判決還把「無法判斷」的法醫意見當作定罪證據來用，因此張老師形容此案是「有罪推定，一票玩到底！」；於謝案聲請及開啟再審前夕，2018年8月，張娟芬老師更於2018年「台灣冤獄平反協會年度論壇」，發表了〈謝志宏案的證據結構分析〉一文¹⁸，以「證據結構分析法」研究謝志宏案並發現，謝案死刑判決所依賴的法醫意見有無法彌補的錯誤，亦即，判決就殺害陳寶珠的部分，法医意見不是「二人行凶」，而在張清木案中，法医意見業經更六審鑑定報告認有違法醫知識，且依據法理，受到自白影響的法醫意見本應就不得補強自白，因此除了關鍵證據錯誤以外，就殺害陳寶珠、殺害張清木的證據結構均有缺損，而判決在沒有事證的狀況下逕行認定犯罪，依此張老師進一步認為，謝志宏案的救援，沒有別的解法，只有「砍掉重練」一途。

再者，2018年5月，身為謝志宏案辯護團隊一員的黃致豪律師也以〈測謊 想像與迷思(七)：他是謝志宏〉一文¹⁹特別聚焦於此案的心理層面，從謝志宏與郭俊偉

¹⁸ 張娟芬，同前註2，頁60-79。

¹⁹ 黃致豪，測謊 想像與迷思(七)：他是謝志宏，上報，2018年5月30日，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=41505（最後瀏覽日：2021年3月24日）。

的人格特質，分析二人於案發現場之心理機轉，並深入探討測謊在謝案中的錯誤運用。

最後，2018年7月，監察院提出謝志宏案的調查報告²⁰，時由王美玉監察委員負責調查，並諮詢法醫、鑑識人員、心理學家，並進行現場重建等等，後來該調查報告指出，謝志宏的警詢自白在任意性與真實性上都有嚴重缺失。在任意性方面，監察院認為警方曾經刑求或以其他不正方式偵訊謝志宏，包括毆打、威嚇、誘騙與疲勞訊問，並且故意不通知律師到場，對謝志宏不斷施加心理壓力，而警局偵訊郭俊偉時均有錄音帶可證明任意性，唯獨謝志宏被迫承認殺人的幾次警詢，警方遲遲拿不出錄音帶，因此國家機關無法擔保謝志宏警詢的任意性，但定讞判決卻仍依賴謝志宏的警詢自白而將其定罪；就真實性方面，監察院也指出，謝志宏的警詢自白不具真實性，但確定判決卻仍依賴謝志宏的警詢自白來將他定罪²¹。

²⁰ 關於謝志宏案之監察院調查報告全文，詳見：監察院網站，<https://www.cy.gov.tw/CyBsBoxContent.aspx?n=133&s=6123>（最後瀏覽日：2021年3月24日）。

²¹ 監察院認為：從本案犯行結果而論，被告僅因細故，先後殺害二人，惡性極為重大，視人命如草芥，手段凶殘，確達泯滅人性，為天理國法不容，有永世隔離必要。然正如宋慈於洗冤集錄所說：「獄事莫重於大辟，大辟莫重於初情，每念獄情之失，多起於發端之差，定驗之誤，皆原於歷試之淺。故事莫大於人命，罪大莫於死刑，殺人者抵法故無恕，施刑失當心則難安。倘死者之冤未雪，生者之冤又成，因一命而殺兩命數命，仇報相循慘何底止。」本案僅憑可疑供述證據，無視事證相斥，遽以死刑定讞，恐法院仍存有「有罪推定」之因並有「輕忽怠慢」之

上開文獻以及調查報告，均指出謝志宏案死刑判決，在論理上過於牽強、前後矛盾，且不合邏輯。監察院調查報告並參考刑事鑑識專業意見，懷疑判決所認定的刺殺過程，不符合現場跡證，同時也均指向，全案調查過程中有許多對謝志宏有利的證據，均未被法院納入通盤考量。

從這些文獻資料，我們不難發現，其中有三個重要證據「謝志宏二次的警詢自白、郭俊偉歷次指證和通過測謊、法醫鑑定所謂刀傷深淺不一應不只一人所為之說法」是認定本案之所以有冤錯疑慮的三大論點。而這些論點也正是後來再審無罪判決所著眼、一一攻破的核心。以下繼續說明評釋之。

一、謝志宏於警詢的二次自白均無證據能力

首先是謝志宏於警詢的二次自白。謝志宏及辯護律師之意見為，該二次警詢筆錄，警方在沒有急迫而無法錄音之情形下，違反了應全程錄音錄影之義務，此侵害謝志宏的緘默權，且因該等自白欠缺任意性，而國家也

故，實與國策所云：「三人成虎，十夫揉椎，眾口所移，無翼而飛。」同。若本案仍有疑信未決，即率然執行，則恐死者虛被澆漉，負刑者猶含冤莫白，亦背離司法正義，實非得宜。從而，監察院就偵審違背法令之處具體指摘，祈司法機關謹慎查明，俾免生冤抑。參見：監察院，「監委王美玉指出歸仁雙屍命案，死刑犯謝志宏原確定判決違反公平法院原則，監察院將函法務部轉請最高檢察署檢察總長研提非常上訴與再審」新聞稿，2018年7月11日，https://www.cy.gov.tw/News_Content.aspx?n=124&sms=8912&s=12965（最後瀏覽日：2021年3月24日）。

未能提出反證加以推翻，因此謝志宏於警詢的二次自白應無證據能力。

就此，無罪判決認為：「且其程序上，除無錄音或錄影之瑕疵外，尚有謝志宏已選任辯護人，卻同意辯護人不到場即陳述，但辯護人卻又經通知到場，謝志宏當場表示要重做筆錄之爭議，而檢察官對該二次警詢筆錄之任意性及是否事實相符，不僅未舉證說明，反主張無證據能力。加以謝志宏在該二次警詢前，均有確切證據證明其原否認犯行，何以在該二次警詢中又坦承犯行？其間轉折為何？以該二次警詢均無辯護人或其他客觀第三人在場之情形觀之，當時已遭拘提、羈押之謝志宏，並無法自行蒐集有利證據，面對國家機關以法定本刑為死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑之殺人重罪進行偵查，其訴訟上得以請求調查之有利證據，幾乎僅有該二次警詢錄音、錄影資料而已。然職司應錄音或錄影與保管該些資料之警察機關，竟無法提供，不論係未錄音或錄影，或者保存不當而無法提供，對謝志宏而言，其對該二次不利於己，且可信度容有疑問之警詢筆錄，幾乎無法提出任何證據防禦，對其訴訟防禦之侵害程度甚鉅，縱其當時為警偵查者為殺人重罪，此等不利益仍不應由謝志宏負擔。是以，本院就人權保障及公共利益予以權衡結果，認謝志宏89年6月28日及89年7月5日第一次警詢筆錄均無證據能力，以匡正偵查機關恪遵偵訊手段之正當程序，避免冤抑。」

亦即，無罪判決認為，謝志宏於該二次警詢曾坦承

「在郭俊偉舊家沙發上性侵陳寶珠」、「持蝴蝶刀刺殺陳寶珠幾刀、張清木一刀」、「殺害陳寶珠腹部三刀」等行為。對此，謝志宏主張該二次警詢均遭到刑求等不正當的方法訊問，雖然在卷內沒有確切證據證明刑求等情事為真，不過這應該由檢察官負舉證責任，證明謝志宏的陳述是出於其自由意志以及內容的真實性，然而：(一)警方沒有辦法提供該二次警詢的全程錄音、錄影資料；(二)兩份筆錄內容也沒記載任何急迫而無法進行錄音之情形；(三)檢察官主張警察機關應有錄音、錄影，但是如同扣在警局的「行蹤交代稿」、「郭俊偉畫像」、「住家現場圖」等重要證物般，警察機關故意不提供。因此，該二次警詢違反刑事訴訟法第100條之1第1項前段之規定²²，而法院依刑事訴訟法第158條之4規定權衡²³，認定該二次警詢筆錄應無證據能力。

從這邊我們可以看到，雖然法院仍然無法確認謝志宏是否遭受刑求，但關鍵還是在於「行蹤交代稿」和承認重罪之自白間的轉折及其緣由。就此，無罪判決認為，警方既無錄音錄影、無移送書，又不願讓律師到場，此般種種，啟人疑竇，無論如何，此等情形均違反

²² 刑事訴訟法第100條之1第1項規定：「訊問被告，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。」

²³ 刑事訴訟法第158條之4規定：「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。」

了刑事訴訟法第100條之1的規定，於權衡欠缺有效防禦和人權保障之下，應認為該等警詢自白，均無證據能力。而其中的一個重要關鍵是，重要證據未被完整呈現這塊拼圖，是2018年林志峯檢察官重啟調查，直搗臺南歸仁分局（2000年當時負責本案的警局）後才發現原來是當初承辦員警未將完整資料移送給檢察官，其中還包含了隱匿19年不曾曝光的新資料，如謝志宏親手寫的「行蹤交代稿」、郭俊偉畫像等。

在此需特別說明，謝志宏親手寫的這份「行蹤交代稿」之詳細以及可能引發的疑慮。這份「行蹤交代稿」是謝志宏於案發後第一時間遭警方逮捕時親手寫下的文件，從該「行蹤交代稿」，不但可以看出，謝志宏明確否認犯案，也可以看出，謝志宏詳細說明了他在案發當晚與郭俊偉的行經路線、地點與時間。不過，於過去十幾年來，卻沒有任何人在卷內看到這份文件，這份手稿，警方自始並未交給檢方，是2018年林志峯檢察官親自前往歸仁分局翻閱當年專案卷宗時，才意外發現「夾在卷宗內」的新證據。令人疑惑的是，在這份「行蹤交代稿」中，謝志宏是否認犯案的，但卷內的警詢筆錄所呈現的卻是，後來警詢時謝志宏的突然改口、自白犯罪，而警詢筆錄之錄音錄影後來也是遍尋不著，此般重要證據何以未移送或不提供，緣由為何，令人匪夷所思。

另外，關於郭俊偉畫像的部分。因為涉及被害人陳

寶珠的朋友王姓男子，該男子曾帶著警方到臺南的南門路繪製凶嫌畫像，而這張畫像的人物很像郭俊偉。這些事證其實可以看出警方辦案的方向轉變等蛛絲馬跡，也可供給法官判決參酌，但同樣地，這些重要證物當時卻也都未移交給檢方。在此案中，警方隱藏諸多重要證物。對此，林志峯檢察官在後來的再審以及重啟審理程序的法庭現場，直呼：「他們到底在怕什麼？」令人印象深刻。

如今回頭看，若本件非檢察官重啟調查，甚而前往負責本案的警局拿到這些關鍵證據，挖掘出這些不曾出現在卷內的「行蹤交代稿」及相關證據，那麼實在殊難想像本件尚有重新審理及有所轉圜之可能。事實上，證據未確實移交或聲稱已滅失等情形，於我國過去的司法冤錯案例經驗，並不陌生。像近年的個案如徐自強、許榮洲等案例，也都有警察和司法機關保管證物不當，導致證物滅失等問題。被判決無罪確定的徐自強，臺灣高等法院於更六審時，曾向臺北市警局內湖分局、刑事警察局調取偵查卷宗，但當時這兩個單位都以因納莉颱風淹水導致相關卷宗已毀損為由而無法提供，導致更六審無法確認徐自強案偵查過程相關通聯紀錄。另外，又如曾被懷疑是空軍女童命案嫌犯的許榮洲，臺北地檢署本想調取關鍵證物「橫隔木條」以鑑識比對上面是否有掌紋，但空軍司令部、刑事局、臺北市警局刑警大隊和憲兵司令部等機關，也都查不到這個「橫隔木條」的下

落。除了這兩個案件之外，謝志宏案以及其他已經判決死刑定讞的邱和順、陳錫卿、沈鴻霖²⁴等案件，於救援的過程中，也都是一再地被救援團隊質疑及指出，這些個案中屢屢有證物保管不當的問題，實則，這些證物的保管不當、證據鏈的斷裂，均會造成冤錯案判斷上以及後續聲請特別救濟之障礙，著實會嚴重影響其等之訴訟權利以及真實發現。

謝志宏案中，被隱匿19年不曾曝光的新資料（謝志宏親手寫的「行蹤交代稿」、郭俊偉畫像等），以及二次警詢之錄音錄影，職司應錄音或錄影與保管該些資料之警察機關，在證據並非毀損滅失，乃至不論係未錄音或錄影或者保存不當而無法提供等情形，此般種種，對於謝志宏而言，該二次不利於己且可信度容有疑問之警詢筆錄，是幾乎無法提出任何證據防禦的，這對其訴訟防禦之侵害程度甚鉅，而此等不利益自始也不應由謝志宏負擔。

二、郭俊偉不利謝志宏證述之評價

其次是關於同案被告也就是敵性證人郭俊偉不利謝志宏證述之評價的部分。對此，謝志宏及辯護律師團隊

²⁴ 就沈鴻霖案的冤錯疑點，台灣廢除死刑推動聯盟，冤案救援，沈鴻霖：沒有證物，沒有真相，<https://www.taedp.org.tw/topic/10646>（最後瀏覽日：2021年3月24日）中有詳細的說明及評論文章；以及邱顯智，沒有證據的死刑犯 沈鴻霖案，收於：邱顯智，我袂放你一個人：律師，永遠的反抗者，2017年10月，頁238-246。

主張，郭俊偉對謝志宏的不利證述不可信、郭俊偉通過測謊的測謊報告也不具證據能力，因為郭俊偉有反社會人格，又是共犯，有誣陷謝志宏的高度動機與人格特質。就這個部分，無罪判決則花了超過整份判決書三分之一的篇幅（18/47頁），析論郭俊偉對謝志宏不利的證述與卷內客觀事證不符合、其憑信性（可信程度）令人懷疑之處等。就此部分，簡單摘要判決理由四點如下。

第一，關於郭俊偉和謝志宏如何共同殺害陳寶珠的證述，包括郭俊偉刺陳寶珠的刀數及部位、謝志宏刺殺陳寶珠的情形，有前後不一以及與客觀事證不符的部分：(一)先刺陳寶珠腹部說：根據法醫鑑定報告，陳寶珠最先遭刺之部位應非郭俊偉所說的腹部，而是背部；(二)二人凶刀交換說：郭俊偉所述交換凶刀給謝志宏殺害陳寶珠之情形，都提到郭俊偉曾將蝴蝶刀置放路旁，如此將使得路面上有血漬產生，但現場並無此跡證存在；(三)二人菸蒂說：郭俊偉所描述謝志宏在馬路旁抽完菸即跳到陳寶珠身邊猛刺陳寶珠，惟此並無客觀跡證可以佐證。

第二，關於郭俊偉就謝志宏殺害陳寶珠動機之說法。郭俊偉曾表示自己不知道謝志宏殺害陳寶珠之動機，但後來卻又表示謝志宏告訴他是因為陳寶珠不肯給他「虧」（此為謝志宏所否認），然而依客觀事證來看，當天謝志宏僅有短暫1、2分鐘與陳寶珠獨處，因此謝志宏應不太有產生殺機之可能。

第三，關於郭俊偉和謝志宏如何共同殺害張清木的證述。郭俊偉先稱與謝志宏共同殺害張清木，但後來於現場模擬時又表示張清木是他一人殺害，甚者最後一次偵訊再改說詞稱係謝志宏單獨殺害。郭俊偉之證述，不僅前後不一，且與事實及常情相違背。此外，郭俊偉陳述謝志宏是從正面刺殺張清木胸部，但張清木面朝地上倒地後應未再翻動過，否則背部應會沾染泥土或血跡，所以此等說法均與客觀事證不符。

第四，不能以郭俊偉通過測謊即認定郭俊偉對謝志宏的不利證述可採信。嘉南療養院鑑定郭俊偉具反社會人格，且按研究發現，反社會人格者對測謊測試之電子反應較為遲鈍，是以郭俊偉之測謊結果應較不可信。

以上是無罪判決就郭俊偉不利謝志宏證述之評價之部分，而於開啟再審審理程序後，有兩次重要的開庭。一次是2019年6月28日法院傳訊鑑定人藍錦龍股長以鑑定人的身分到庭接受交互詰問；另一次是，2019年12月2日傳訊敵性證人郭俊偉到庭詰問。這兩次開庭的詰問內容也正是後來法院無罪判決理由中對應、評價郭俊偉證言之真實性的重要程序及證據調查過程，茲進一步說明如下。

就2019年6月28日法院傳訊藍股長之部分。於臺南高分院裁定本件開啟再審3個月後，2019年6月28日，法院依檢察官聲請，傳喚藍股長到庭接受檢辯雙方交互詰問。藍股長自其血跡噴濺、現場調查與重建等領域專業角度，逐一回答本件被害人遭刺殺之刀傷順序及部位，

再透過出血量與血流方向分析，推論證實郭俊偉之前所稱刺殺部位等證詞與客觀事實有所不符、缺乏證據支持。此外，藍股長更發現了過往不曾留意到的「張清木左腋下深入9公分的刀傷」，就此刀傷，其實正與郭俊偉於案發後第一次檢訊筆錄即曾自白有刺向張清木左腋下的說法相符。這一點將會對應至被告自白是否可信的疑慮，因為一般而言，被告之自白是否可信，會以該自白是否已暴露了僅有實際行為人才可能知道的犯案細節來判斷，換言之，藍股長此一刀傷新發現正與20年前郭俊偉的自白陳述相呼應。當時藍股長也說明，其根據鑑定與現場物證認定「極可能是郭俊偉一人所為」，逐一拆解郭俊偉所稱本案是二人輪流持刀殺害陳寶珠的證述。又藍股長亦認為現場並無任何證據顯示凶刀曾經在郭俊偉、謝志宏二人之間移交，並表示根據現場證據，郭俊偉提到二人接力行凶的過程實缺乏物證支持。

就2019年12月2日傳訊敵性證人郭俊偉到庭詰問之部分。至今我仍印象深刻的是，當時交互詰問郭俊偉的法庭現場，呈現出一種劍拔弩張的氛圍。由於本件同案被告郭俊偉自始即緊咬著謝志宏有下手殺害陳寶珠、張清木，對於郭俊偉而言，謝志宏與其是敵對關係，而郭俊偉則是轉為證人的共同被告。於該次開庭之交互詰問，面對郭俊偉，謝志宏的辯護律師即直接切入重點，請郭俊偉盡可能詳細地陳述案發當晚的前因後果。不過面對詰問，郭俊偉時而迴避問題，時而回應不知道、沒注意

等，有時甚至不耐煩貌地對律師說：「你問的問題很奇怪！」不過，在律師的詰問下，這次開庭再次從郭俊偉的口中確認了「沒看見謝志宏跟陳寶珠對話」、「持刀是防身，而謝志宏不知道其持刀動機」、「因為陳寶珠要找其他男性友人而起意殺人」等關鍵事實。

就郭俊偉對謝志宏不利的證述，無罪判決認為，郭俊偉的證述與卷內客觀事證不符合，郭俊偉證述之憑信性（可信程度）令人懷疑。另外，就測謊部分，無罪判決也認為，測謊結果亦僅能提供偵查參考，不能憑此定罪，況按嘉南療養院鑑定郭俊偉具反社會人格，且研究亦指出反社會人格者對測謊測試之電子反應較為遲鈍，所以郭俊偉之測謊結果應較不可信，依此法院無法以郭俊偉通過測謊鑑定即認定郭俊偉對謝志宏的不利證述可採信。於此我們也不難看出，就測謊於謝志宏案的意義上，無罪判決相當程度採取了檢辯雙方於本件辯結程序所提出的主張，亦即，同案被告郭俊偉被鑑定為反社會人格傾向，在測謊結果是否準確仍保有相當大的疑慮下，有罪判決仍以「測謊結果之可信性固非絕對，然事實上仍有相當之準確度」認定其所言為真，林檢察官在當時辯論程序時就直指郭俊偉之測謊報告證明力薄弱、沒有參考價值，而辯方則說明欠缺科學性的測謊根本就不應該採為判決有罪的基礎。

本件無罪判決最終認定：「惟查，郭俊偉經原審送行政院衛生署嘉南療養院鑑定結果，認『其有明顯反社會

人格特質，對自身之行為欠缺內疚感，對被害人亦欠缺同理心，衝動情緒自控力差……』，有該院90年7月17日鑑定報告在卷可查（重訴卷271頁）；而依學者之研究發現『反社會人格與社會化差的個體，對於測謊之電子測試，反應確實較為遲鈍，』（黃富源『測謊及其限制探討』一文15頁，轉引學者Gudjonsson之研究，更三卷二202頁）、『……對社會性格犯罪者而言，測謊時比不曾犯罪的一般人更不容易被測出來……對反社會性格罪犯而言，他們或許對說謊行為本身並無強烈的道德焦慮，因此有可能難有罪惡感產生……』（沈勝昂等人所著『反社會性格罪犯之測謊反應與道德認知發展的關係』一文，研究數據見『中央警察大學學報第三七期』290頁，上述引用文字見同學報296頁，更三卷二208、209頁），可見郭俊偉對於測謊之電子測試，反應較為遲鈍，其測謊結果是否可信，非無疑問。況如前所述，郭俊偉有關謝志宏如何共同殺害陳女之證述，先後不一，且其所述二人共同殺害陳女之細節，與卷內客觀事證顯示之可能狀況相違。本件自不能無視郭俊偉之人格特質、有關謝志宏共同殺害陳女之不利證述，先後不一，與客觀事證不符且有違常情等情事，僅因上述測謊鑑定報告，即認定郭俊偉不利謝志宏證述為可採。」

總之，本件無罪判決，法院除了逐一檢視檢辯雙方的主張，肯認郭俊偉之指述前後歧異、刺傷順序也與專家證述不合，而認為原判決對於謝志宏的殺人動機並無根據之外，這份無罪判決更從近期最高法院實務見解認

定，測謊結果僅能提供偵查參考作為補強的小證據而不能憑此定罪。

值得一提的是，郭俊偉既被判死刑，那麼郭俊偉繼續死咬著謝志宏不放的動機為何？就此，無罪判決書雖未提及，但於2020年5月15日宣判時，黃建榮審判長於宣判庭上即主動提及了其審理本案之心證歷程，其中，就共同被告緊咬被告之例及心態，黃審判長說自己原本也不能理解，是讀了講述冤錯死囚徐自強平反後所出的書《1.368坪的等待：徐自強的無罪之路》²⁵後，才恍然大悟這樣的事情是可能發生的，而徐自強案中的共犯至死都緊咬徐自強是共犯，就是鮮明的前例，謝案亦然。

三、「凶手有一人以上」之推論乃不可採

「事莫大於人命，罪大莫於死刑，殺者抵，法故無恕，施刑失當，心則難安，故成招定獄全憑屍傷檢驗……，倘檢驗不真，死者之冤未雪，生者之冤又成，因一命而殺二命，仇報相循慘何抵止。」

——宋慈《洗冤集錄》

除了「謝志宏二次的警詢自白、郭俊偉歷次指證和通過測謊」之外，最後則是，法醫鑑定所謂「刀傷深淺不一應不只一人所為」之說法，應如何評價等問題。

於無罪宣判現場，黃建榮審判長引用了宋慈的《洗

²⁵ 李濠仲，1.368坪的等待：徐自強的無罪之路，2016年12月。

冤集錄》並感嘆道出，為免因一命而殺二命，驗傷判斷極為重要，而原起訴書雖認為，郭俊偉與被害人陳寶珠發生性行為後應體力不支，故不排除有第二人為殺人犯行，但審判長對此存疑，並提及，就「不排除」應如何解讀，先前有經平反之冤錯案陳龍綺案²⁶的前例可循，

²⁶ 陳龍綺案乃，陳龍綺於2009年被控與另外兩名男子酒後對一名已因酒醉意識不清之女子乘機性交，陳龍綺原先以證人身分協助調查，然而DNA鑑定報告顯示被害女子衣物有一處混合型精斑之檢體，不排除混有陳龍綺或與其同父系血源之人的DNA後，陳龍綺遭檢方轉為被告，儘管陳龍綺明確表示自己絕未涉案，檢方仍然起訴。該案唯一之證據，僅有刑事警察局「不排除」混有陳龍綺及在場另外兩名男子Y染色體的DNA鑑定結論，除此之外，並無其他證據指向陳龍綺。然而陳龍綺仍遭判乘機性交罪成立，處4年有期徒刑。2013年陳龍綺遭判有罪確定，該案最關鍵證據是該「不排除」的DNA鑑定結論，經台灣冤獄平反協會諮詢臺灣大學醫學院法醫學研究所李俊億老師，李老師告知，鑑定結論雖然是不排除混有陳龍綺與另外二名男子，但並不代表該處混有「三個人」的DNA檢體，李老師表示如有該次鑑定報告的STR電泳訊號圖，應可進一步確定混合之人數。該案法院認定三人有罪，若僅混了二人的DNA，就不足論斷陳龍綺與另外二人均涉案。2013年，台灣冤獄平反協會義務律師團向臺灣高等法院臺中分院聲請再審，於再審程序時，法院傳訊刑事局鑑定人員說明，鑑定人員向法院解釋「不排除」之意義，並表示目前技術已進步，原先僅驗17組Y染色體，可加驗6組基因位，如檢體仍足夠，可再行鑑定比對，法院當庭請刑事局再為鑑定。2013年12月，新鑑定結論排除陳龍綺，仍然不排除另外二名男子。法院裁定開始再審並停止刑之執行。2014年3月26日，經過兩次開庭審理後，法院宣判陳龍綺無罪。無罪之後，陳龍綺轉身成為冤案救援的行動者，於2017年，陳龍綺受總統府之邀請擔任總統府司法改革國是會議第一分組委員，在會議上為被冤者發聲，提出關於再審制度、刑事補償制度、司法科學政策的改革方案。詳見：台灣冤獄平反協會，個案救援，B03陳龍綺 Chen, Long-Qi, <https://twinnocenceproject.org/case/陳龍綺/>（最後瀏覽日：2021年3月24日）。

再加上藍錦龍股長和石台平法醫的意見，均可得知，本案乃郭俊偉一人殺害等結論及理由。

於2020年3月30日，法院傳訊鑑定人石台平法醫以及王約翰法醫，就先前幾份寫著刀傷深淺不一應不只一人的法醫報告說法為詰問。法醫在謝志宏案中扮演相當關鍵的角色，因為法醫先前幾份寫著「應是二人所為」、抑或是較保守的「不排除二人所為」的意見書，都讓本案究竟是一人犯案，抑或是二人犯案陷於迷霧風雲。在謝志宏遭判有罪的法醫證據中，法務部法醫研究所曾以刀傷方向研判二人行凶，讓二人接力持刀殺人的說法有了「科學」上的依據。不過，後來到更六審時，法醫研究所有更正意見即「單由刀傷的數量、深淺、方向或傷口型態，均無法據以推斷行凶人數」，而儘管在當時該份意見已讓「二人殺害說」失去了科學憑據，但後續法院仍然認定謝志宏有罪。

因此，本件再次審理時，臺南分院於2020年3月30日也傳訊了石台平法醫以及經手過本案的王約翰法醫，兩位法醫以鑑定人身份出庭，接受檢辯雙方的詰問，當時，王約翰法醫重申，法醫職責是分析屍體客觀呈現的狀態和事實，至於行凶人數、現場的血跡勘驗、血流方向等等皆不屬於法醫的專業範圍，所以本案法醫報告寫「不排除二人以上所為」的意思是，一人、二人或二人以上都有可能，依此可知，王法醫的證詞確認了「在本案，法醫無從自刀傷來判斷行凶人數」。而石台平法醫

則進一步說明，法醫無法推定行凶人數，所以「不排除二人」的說法，也不應該呈現在報告上，因為「不排除」的意見仍然可能會使法院作出不正確的推斷。

此外，石法醫也透過被害人出血量與血流順序研判被害人陳寶珠之受傷順序，這些研判結論均與藍股長的分析相同，像是背部先中刀、胸腹中刀時心臟應該已無力等等，而石法醫的陳述支持藍股長的分析，讓藍股長的意見也有了法醫學的依憑。二位法醫的結論均指向，郭俊偉所稱「二人接力殺人」之說法，愈趨薄弱。

經過此般詰問及調查程序後，最後的無罪判決綜合所有事證認為，原起訴檢察官用以推論殺害陳寶珠、張清木之凶手有一人以上的理由不可採信。詳細理由為：(一)根據法醫研究所函覆，陳寶珠之傷勢無法排除一人以上行凶所造成，該所函文，從刀傷數量、深淺、方向或傷口型態，無法推斷行凶人數，鑑定人們也都在本院一再重申此意義；(二)關於刀具的血溝（fuller，刀上凹槽），法醫研究所認為其功用通常是要減輕刀具重量，但是否會影響刀具插入人體後拔出力道大小，現尚無相關文獻資料可參考，因此並不能以該蝴蝶刀不具血溝，來推論無血溝的刀械刺入人體後會被肌肉所夾緊，拔出時需較大的力量，進而認定當晚徹夜未眠又進行性行為的郭俊偉沒有體力用以單獨殺害陳寶珠；(三)郭俊偉表示會回家拿取蝴蝶刀是為防身，而殺害陳寶珠之動機是因陳寶珠整晚態度反覆即一下要過夜、一下要回家、一

下要去找男性友人，因而郭俊偉最後心生不爽，起了殺機。而非在那之前於廢棄磚窯處吵架時就和謝志宏有了共同殺害陳寶珠之動機；(四)原起訴檢察官認為郭俊偉毫無醫學知識，所以無法編造謝志宏參與殺人之過程，但是郭俊偉對謝志宏刺殺陳寶珠之部位，不僅無法說清楚，郭俊偉自身的供述也前後不一；(五)原起訴檢察官認為郭俊偉明知自己的行為應負死刑刑責，因此應該沒有必要誣陷謝志宏以求免死，但是從郭俊偉的證述，不難發現郭俊偉有規避或減免自己刑責的心態；(六)根據國立成功大學函覆以及現場模擬重建資料，謝志宏距離陳寶珠遇害現場30至40公尺，確實仍能聽見如其所述陳寶珠遭刺後所說「你不要殺我，我會當你女朋友，不會將今天的事情講出去」等話語。

基此，判決最後認定：「綜上所述，本件公訴人所提謝志宏不利於己之警詢自白，不具證據能力；共犯郭俊偉對謝志宏之不利證述與卷內客觀事證不符，有瑕疵可指；謝志宏所為郭俊偉單獨殺害陳女、張清木之辯解，復有鑑定人石台平、藍錦龍之鑑定報告可據；另卷內證據亦無法證明謝志宏確有幫助殺人或共同持有刀械之犯行。從而，本件依檢察官所舉及卷內所有直接、間接之證據，就謝志宏所涉之殺人、違反槍砲彈藥刀械管制條例罪嫌，尚未達到使通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度，仍有合理之懷疑存在。本諸無罪推定原則，謝志宏之犯行自均屬不能證明。法院自應就檢察官前開起訴之

殺人、違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪嫌，為無罪之諭知。」

肆、結論：謝志宏案再審無罪判決的三個關鍵

「我從死牢走出來，所以我知道，身居死牢，為冤罪尋求再審，尋求在陽光下的審判，是多麼艱困，多麼難熬的一件事，所以我希望能夠藉著我們這些無辜者的親身經歷，來再次檢視所謂罪證確鑿的案件，請不要以罪犯來看待，而是以人來看待，讓他們也能跟我一樣，接受到陽光下的監督與審判。請支持邱和順特赦，支持王信福再審，支持許倍銘老師的案件，支持平冤所有尋求再審開啟的聲請人，謝謝你們。」

——謝志宏案無罪宣判日記者會謝志宏發言

一、社會各界的共同救援

若從救援觀點而言，我認為，謝志宏案再審無罪判決的第一個關鍵是，社會各界的共同救援。謝志宏於2011年遭判處死刑定讞後，他未曾放棄自己的清白。在這些年，除了謝志宏自己以及律師團隊的不放棄之外，也有許多民間團體、學者專家，以及關注司法的夥伴共同參與（更組成了「死囚謝志宏救援大隊」），透過文章、建立論述、判決分析、演說、活動等方式，不厭其煩地讓社會各界更瞭解這個案件的疑點。此階段有如料

理前的備料、熱鍋等事前準備。

於此要特別強調的是，社會各界共同的支撐力量對於冤錯案的救援相當重要。因為，除了當事人無辜者本身、律師團隊不放棄之外，社會各界的不放棄，是謝志宏案救援過程中的重要支撐動力。這個支撐動力以及不放棄，包括了：(一)救援前的策略計畫以及對於喊冤者的「相信」，社會各界要先「相信」無辜者，對於冤錯當事人不放棄，冤案當事人才能長出信心，有動力走下去；(二)救援過程中，一路相伴冤錯案當事人、心理支持²⁷，與各種法律救濟的研擬嘗試，在這當中，特別是，對於無辜者及家庭成員關懷、陪伴與培力，乃至於修復或重建家庭及社會關係、減少無辜者家庭社會復歸的困境等，於我國實甚少為人所理解與關注，但此等無辜者的心理支持需求卻是冤錯救援行動裡相當重要的環節；以及(三)救援成功後的「社會平反」，司法平反固然重要，但對於冤錯無辜者的救援，無罪判決並不是句點，後續的社會平反、標籤去除，更是重要。協助無辜者及其家庭走向冤案平反與社會平反的道路，這些都需要投入更多資源修復，以彌補無辜者及其家庭在冤案中所失去的人生缺角。因此，就謝案的經驗即可發現，營救冤案死囚，需要社會各界的力量。事實上，除了有幸獲冤

²⁷ 就此，更多的資訊及關懷行動，可參見：台灣無辜者行動聯盟，工作項目，<https://front.all4innocent.tw/index.php/home/tasks>（最後瀏覽日：2021年3月24日）。

獄平反的謝案外，我國至今還有許多死囚冤錯案的當事人，例如死囚王信福、邱和順等，現仍在看守所中等待救援，他們的案件也非常需要社會的關注及努力。

二、司法及國家機關的協力合作

本案再審無罪判決的第二個關鍵則是，司法及國家機關的協力合作。此階段猶如備料、熱鍋等準備工作之後，還需要專業的廚師們來掌廚料理。所幸，於檢察官為謝志宏聲請再審之前，2018年7月，監察院提出了謝志宏案調查報告，於王美玉監察委員調查、諮詢相關專家，出具調查報告後，監院並將調查意見送請法務部，再經由臺南高分檢林志峯檢察官負責調查並囑託藍股長提出鑑定意見，藍股長的意見正式進入司法系統，後來林檢察官為謝志宏聲請再審。謝志宏案是繼鄭性澤案後，司法史上第二件由檢察官為死刑犯聲請再審的案件。如今回頭看，若不是檢察官願意重啟調查，並親自前往案發當時承辦此案的歸仁分局，找到了警方未移交、隱匿19年不曾曝光的重要證據（像是，謝志宏親手寫的「行蹤交代稿」、郭俊偉畫像等），而檢察官也重返現場，發現判決疑點，並囑託鑑識人員進行現場重建等關鍵證據，那麼謝志宏案的再審開啟或許仍遙遙無期，更遑論最終的無罪判決。至今仍令我印象深刻的是，於本件再審審理程序最後一次開庭時，林檢察官在法庭上作出無罪論告並堅定地說：「謝志宏只是一個進退無據、不知所措的血案目擊者，請求法院判處謝志宏

無罪」、「平冤懲惡，是檢察官的天職」。檢方與辯方不應該永遠處在對抗的兩方，在面對被冤的無辜被告時，檢辯也可以協力合作，共同彌補過去司法的錯誤；而法院則秉持無罪推定，重啟謝案審判程序，並讓冤錯的無辜被告獲得平反，避免其錯遭執行死刑，更屬關鍵。

法院在這般案件中的角色究竟為何，承審法庭黃建榮審判長當時於謝案再審宣判庭說，本案自更七審死刑判決確定，一直到檢方與被告共同聲請再審，後來一年多的重新審理，黃審判長認為，這是檢方具公益色彩為被告尋求冤屈平反，而在檢辯雙方意見一致的情形下，法院仍須兼顧被害人權益，就不爭執事項仔細調查。這些具體的調查，以法院檢視調查郭俊偉對於謝志宏的不利證詞為例，因該證詞涉及對於刺殺的過程描述，法院傳喚了郭俊偉到庭，呈現郭俊偉的個性以及與謝志宏的對比，然後再由法醫再行確認而傳喚王約翰法醫、石台平法醫二人到庭說明，並排除掉兩份無證據能力的不利自白，以匡正偵查機關恪遵偵訊手段之正當程序，避免冤抑。於此，法院並不是偏頗哪一方，而是恪遵刑事訴訟法結合直接審理及觀察互動形成心證，達成真實發現。所以在這當中，從監察院、檢察官、法院，我們可以看到，本件冤錯救援成功的第二個關鍵是，司法及國家機關的接力、協力合作。

不過，僅由民間團體救援或個案式地由檢察官接觸

案件而發現冤錯，實非長久之計。數年前，羅秉成律師曾說「台灣不缺冤案，卻沒人研究冤案。這不只是台灣司法『審、檢、辯、學』的共同怠惰而已，更是法律專業靈魂的集體墮落」²⁸，一語道出冤錯案救援的困境與長久以來的不受重視等問題。而謝志宏案，乃至於歷來的案例，也都再再顯示出，司法系統最大的問題乃，只有當某案因緣際會地受到大眾矚目，法院才使出無罪推定、嚴謹的證據法則與正當法律程序來處理，而這些案例中所造成錯誤的因素，在其他案件裡依然繼續存在，因此冤獄繼續產生²⁹。所幸，近年來，隨著民間社團的持續倡議³⁰、台灣冤獄平反協會的成立，以及若干個案順利平反的同時，在法律社群學界，逐漸地，亦有明確指出司法冤錯案乃出於系統性問題³¹以及應革新再審救

²⁸ 此為羅秉成律師為《路人變被告：「走鐘」的刑事司法程序》所撰之「司法脫線 正義離線」推薦序所提及。參見：Brandon L. Garrett 著，張芷盈、何承恩譯，路人變被告：「走鐘」的刑事司法程序，2014年8月，頁25。

²⁹ 張娟芬，同前註4。

³⁰ 例見：尤伯祥，保障刑事人權，是防止冤案的不二法門，律師雜誌，348期，2008年9月，頁1-4；邱顯智，司法能多正確？從德國冤假錯案看我國死刑及再審制度，司法改革雜誌，85期，2011年8月，頁53-54；梁家羸，錯失再審制度改革的契機：評司法院大法官第1400次會議不受理決議案（邱和順聲請案），司法改革雜誌，94期，2013年2月，頁26-27。

³¹ 蘇凱平，居於憲法訴訟權核心的冤罪防抑：評釋字第752號解釋，裁判時報，66期，2017年12月，頁88-100；蘇凱平，以「高風險複雜系統理論」探討刑事司法系統中的「不可避免錯誤」：以冤案與死刑案件為中心，月旦法學雜誌，278期，2018年7月，頁230-256。

濟制度³²等討論，乃至於也有諸多建議如我國應設立「司法錯案研究中心」³³、美國「定罪完善小組」建置之借鏡³⁴、我國應建立完善刑事證物保管制度³⁵等討論，這些趨向、反省與改變，同時也會為上開，不論是社會共同救援，抑或係國家機關協力合作，帶來力量及形成好的循環。

三、立即暫停執行死刑並重新盤點受冤抑可能之爭議案件

謝案之無罪判決，還有一個簡單且重要的意義是「幸好謝志宏沒被槍決」。巧婦難為無米之炊，沒有米，再好的廚師也做不出好飯。要救人，缺乏必要條件，也難以完成，即便事後平反，生命也無可挽回。而

³² 例見：林超駿，從發動機制著手之非常救濟變革：英國刑案審查委員會之例，國立臺灣大學法學論叢，44卷1期，2015年3月，頁263-354；林超駿，再論刑事非常救濟發動機制：英美三種法制借鏡，月旦法學雜誌，271期，2017年12月，頁77-100；林鈺雄，我國刑事非常救濟制度之漏洞與填補：兼論鄭性澤聲請再審案，台灣法學雜誌，223期，2013年5月，頁98-101；羅秉成、李榮耕編，刑事再審與救濟無辜，2016年9月。

³³ 馬躍中、戴伸峰、王正嘉、謝國欣，我國設立「司法錯案研究中心」可行性之研究，刑事政策與犯罪防治研究專刊，26期，2020年12月，頁125-169。

³⁴ 金孟華，冤錯案之平反救濟：美國「定罪完善小組」建置之借鏡，臺北大學法學論叢，102期，2017年6月，頁153-187。

³⁵ 林裕順、施志鴻、張家維、葉姿君，我國建立完善刑事證物保管制度之研究，刑事政策與犯罪防治研究專刊，26期，2020年12月，頁171-210

一道料理的完成，除了事前備好料、專業掌廚之外，還需要最基本的「材料」。在謝案中，謝志宏就是一條活生生的生命、一位等待救援的「人」。自從謝志宏於2011年死刑定讞後，我國幾乎年年執行死刑，在這當中，不論是已經獲得平反但也已被槍決的江國慶、太陽花學運後被執行的杜氏兄弟，都是政府槍下無可回復的冤魂。一個簡單的道理是，死刑若業遭執行，生命將無可回復。因此，謝案之所以可以開啟再審，甚至最終獲判無罪的前提，也萬般慶幸的是，謝志宏在這些年未被挑選為死刑執行的對象。

試想，若謝志宏果真被執行死刑，那今日又何來無罪判決？死刑永遠存在著錯殺的風險，而這個風險來自於司法的誤判。謝志宏案再一次告訴了我們，司法錯判的後果，所付出的可能就是一條活生生的「性命」。正如謝志宏在無罪宣判日當天所說的那句鏗鏘有力的話：「請把我們當成人，而不是罪犯來看待。」唯有透過暫停執行死刑，重新盤點死刑定讞案件中可能的冤抑案件，才可能讓無辜者重獲自由，洗刷冤屈。事實上，於2009年兩公約內國法化之後，我國政府除應依具內國法效力之《公民與政治權利國際公約》規範恪遵廢除死刑之義務外，總統亦應妥適行使其赦免權力，懸崖勒馬，而法務部更應立即停止執行死刑，以儘速全面審查所有潛在死刑冤錯爭議案件，並及時展開救濟，始為妥適。

總之，謝志宏案的再審無罪結果，讓我們看見司法的自我覺醒，希望謝案可以鼓勵更多含冤待雪受苦的人繼續堅持下去。最後，我也想以這篇文章獻給謝志宏，「阿宏，望你未來的日子，一切安好。」

參考文獻

- Garrett, Brandon L. (2014). *路人變被告：「走鐘」的刑事司法程序*（張芷盈、何承恩譯）。台灣冤獄平反協會。（原著出版年：2012）。
- 尤伯祥（2008）。保障刑事人權，是防止冤案的不二法門。*律師雜誌*，348，1-4。<http://doi.org/10.7030/TBJ.200809.0001>
- 台灣無辜者行動聯盟。工作項目，<https://front.all4innocent.tw/index.php/home/tasks>
- 台灣冤獄平反協會（2020）。看見無辜者辛苦的靈魂：謝志宏案宣判前特輯。冤冤相報電子報，74期。<https://mailchi.mp/3e6c58e62692/no74>
- 台灣冤獄平反協會（2020）。從悲憤到平靜：謝志宏走過冤案二十年。冤冤相報電子報，75期。<https://mailchi.mp/d0c282e8c40b/no75>
- 台灣冤獄平反協會。個案救援，B03陳龍綺 Chen, Long-Qi。<https://twinnocenceproject.org/case/陳龍綺/>
- 台灣冤獄平反協會。個案救援，A02謝志宏 Hsieh, Chih-Hung。<https://twinnocenceproject.org/case/謝志宏/>
- 台灣廢除死刑推動聯盟。冤案救援，謝志宏：人人入罪如鴻毛。<https://www.taedp.org.tw/topic/10121>
- 台灣廢除死刑推動聯盟。冤案救援，沈鴻霖：沒有證物，沒有真相。<https://www.taedp.org.tw/topic/10646>
- 民間司法改革基金會（2011）。邱和順死刑定讞 司改會聲明稿：「速審法」殺了邱和順！。<https://www.jrf.org.tw/articles/238>
- 吳景欽（2011）。速審法 還是速死法。蘋果日報。<https://tw.>

appledaily.com/headline/20110730/BZ546FAXSHYMPZB3PMFB5
BG4MM/

- 李佳玟（2014）。求歡不遂殺人事件。《月旦法學教室》，139，55-60。http://doi.org/10.3966/168473932014050139013
- 李濠仲（2016）。1.368坪的等待：徐自強的無罪之路。衛城。
- 林超駿（2015）。從發動機制著手之非常救濟變革：英國刑案審查委員會之例。《國立臺灣大學法學論叢》，44（1），263-354。http://doi.org/10.6199/NTULJ.2015.44.01.05
- 林超駿（2017）。再論刑事非常救濟發動機制：英美三種法制借鏡。《月旦法學雜誌》，271，77-100。http://doi.org/10.3966/102559312017120271006
- 林慈偉（2020）。謝志宏案無罪的3個關鍵。蘋果日報。https://tw.appledaily.com/forum/20200515/N4AJYP3DHFT3GDLVUG76F7LJWA/
- 林裕順、施志鴻、張家維、葉姿君（2020）。我國建立完善刑事證物保管制度之研究。《刑事政策與犯罪防治研究專刊》，26，171-210。http://doi.org/10.6460/CPCP.202012_(26).04
- 林鈺雄（2013）。我國刑事非常救濟制度之漏洞與填補：兼論鄭性澤聲請再審案。《台灣法學雜誌》，223，98-101。
- 邱顯智（2011）。司法能多正確？從德國冤假錯案看我國死刑及再審制度。《司法改革雜誌》，85，53-54。http://doi.org/10.30138/SFGGZJ.201108.0025
- 邱顯智（2017）。沒有證據的死刑犯——沈鴻霖案。載於邱顯智著，*我袂放你一個人：律師，永遠的反抗者*（頁238-246）。大塊文化。
- 金孟華（2017）。冤錯案之平反救濟：美國「定罪完善小組」建置之借鏡。《臺北大學法學論叢》，102，153-187。
- 馬躍中、戴伸峰、王正嘉、謝國欣（2020）。我國設立「司法錯

- 案研究中心」可行性之研究。《刑事政策與犯罪防治研究專刊》，26，125-169。http://doi.org/10.6460/CPCP.202012_(26).03
- 張娟芬（2004）。《無彩青春》。商周出版。
- 張娟芬（2013）。《十三姨KTV殺人事件》。行人。
- 張娟芬（2015）。不科學的「科學證據」：冤獄被害人呂介閔與謝志宏。蘋果日報。https://tw.appledaily.com/forum/20150730/VECUZFFYG26U4H553EO6GBQ2ZU/
- 張娟芬（2017）。紙片人殺人記(一)：同案被告的指控。上報。https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=29792
- 張娟芬（2017）。紙片人殺人記(二)：測謊抓凶手。上報。https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=29793
- 張娟芬（2017）。紙片人殺人記(三)：假科學冤枉人。上報。https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=29860
- 張娟芬（2017）。紙片人殺人記(四)：外行人充內行。上報。https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=29908
- 張娟芬（2017）。紙片人殺人記(五)：謝志宏為什麼要自白？。上報。https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=29922
- 張娟芬（2017）。紙片人殺人記(六)：有罪推定，一票玩到底！。上報。https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=30001
- 張娟芬（2018，8月）。謝志宏案的證據結構分析。2018年「台灣冤獄平反協會年度論壇」，臺灣大學法律學院霖澤館國際會議廳，臺北市，臺灣。
- 張娟芬（2020）。謝志宏案 多麼痛的領悟。上報。https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=87503
- 梁家羸（2013）。錯失再審制度改革的契機：評司法院大法官第1400次會議不受理決議案（邱和順聲請案）。《司法改革雜誌》，94，26-27。

- 黃致豪（2018）。測謊 想像與迷思(七)：他是謝志宏。上報。
https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=41505
- 監察院（2018）。「監委王美玉指出歸仁雙屍命案，死刑犯謝志宏原確定判決違反公平法院原則，監察院將函法務部轉請最高檢察署檢察總長研提非常上訴與再審」新聞稿。https://www.cy.gov.tw/News_Content.aspx?n=124&sms=8912&s=12965
- 羅秉成、李榮耕編（2016）。*刑事再審與救濟無辜*。元照。
- 蘇凱平（2017）。居於憲法訴訟權核心的冤罪防抑：評釋字第752號解釋。*裁判時報*，66，88-100。<http://doi.org/10.3966/207798362017120066008>
- 蘇凱平（2018）。以「高風險複雜系統理論」探討刑事司法系統中的「不可避免錯誤」：以冤案與死刑案件為中心。*月旦法學雜誌*，278，230-256。<http://doi.org/10.3966/102559312018070278011>

淺論同意搜索應用於電子設備 ——以共同權限及表現權限為中心

施育傑*

要 目

- | | |
|-------------------------------------|---------------------------|
| 壹、序 論 | 二、共同權限的指標案例：
Trulock判決 |
| 貳、同意搜索的基礎與類型 | 三、表現權限的若干案例 |
| 一、一般基礎 | 肆、評釋：兼論我國法的適用 |
| 二、共同權限 | 一、第三人同意搜索的基礎 |
| 三、表現權限：指標的
Rodriguez判決 | 二、電子設備的特性 |
| 參、同意搜索電子設備的案
例：以共同權限及表現權
限為中心 | 三、同意搜索與電子設備：
我國法適用的建議 |
| 一、一般性的應用 | 伍、結 論 |

DOI：10.6460/CPCP.202104_(27).05

* 桃園地方法院法官，國立政治大學法學博士。特別感謝臺灣高雄地方檢察署襄閱主任檢察官徐弘儒，在寫作過程中對筆者的多所協助。本文限於個人能力，內容多有舛誤，責任當然由筆者自負。

摘 要

本文嘗試淺論美國法上的「同意搜索」，及其「共同權限」與「表現權限」應用於電子設備的案例。據此進一步探討後，提出在我國法可得應用的判準。

關鍵詞：同意搜索、第三人同意、共同權限、表現權限、電子設備

Consent to Search Electronic Devices: Focusing on Common Authority and Apparent Authority Doctrine

Yu-Chieh Shih*

Abstract

This article provides an overview of the U.S. cases on the topic of “consent searches”, and how information technology affects “common authority” & “apparent authority” doctrine. In conclusion, this article presents practical proposals in light of the aforementioned research.

Keywords: Consent Search, Third-Party Consent, Common Authority, Apparent Authority, Electronic Devices

* Judge, Taoyuan District Court; Ph.D., National ChengChi University.

壹、序 論

立法規定了搜索的令狀原則及各種無令狀搜索¹，其法理與應用迄今已大致有所共識²。在各種無令狀搜索類型之中，「同意搜索」是實務上經常出現的爭執，重點大多集中於有無「自願性」或「真摯同意」的事實、證據判斷³，最高法院亦對同意搜索的問題，指出若干重要判準⁴。學理的討論，則對於同意搜索的基礎、判斷標準及程序保障，累積了若干探討，呈現相當程度的開展⁵。

¹ 刑事訴訟法（以下均簡稱「刑訴」）第128條（令狀原則）、第130條（附帶搜索）、第131條第1項（對人緊急／逕行搜索）、第2項（對物緊急搜索）及第131條之1（同意搜索）。

² 對此可參：林鈺雄，刑事訴訟法（上），10版，2020年9月，頁432-441；王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），4版，2018年9月，頁181-189（令狀原則）、頁253-315（無令狀搜索）。實務近例參考：最高法院108年度台上字第1453號判決：「三……（一）搜索……可分為『有令狀搜索』（有票搜索）與『無令狀搜索』（無票搜索）……，……無令狀搜索或無票搜索，細言之，可分為：第130條附帶搜索、第131條第1項、第2項2種不同之緊急搜索及第131條之1之同意搜索等共4種。……。」

³ 近例如：最高法院109年度台上字第3554號、第3557號判決；109年度台上字第3893號判決（於事實審均爭執同意搜索之合法性）；109年度台上字第4163號判決（一審爭執同意搜索）。

⁴ 例如最高法院94年度台上字第1361號判決（同意搜索之程序、同意權人之理解、自主表達及其判準）；96年度台上字第5184號判決（自願性之審查義務與判斷標準）；99年度台上字第4117號判決（同意搜索之判斷要素與證據排除權衡）；近例：109年度台上字第259號判決（指出撤回同意的判準）。

⁵ 例如：王兆鵬，經同意之搜索，法學叢刊，44卷4期，1999年10月，頁75-89；黃惠婷，同意搜索與違反令狀原則之法律效果——臺灣高等法院八十八年度上訴字第二九五七號判決評釋，台灣本土法學雜

一般來說，個人得以自由處分其基本權⁶，因此一般討論同意搜索的問題，也是自此角度出發⁷。不過，現實生活中，對於特定空間或物品，經常有多數人享有共同使用、支配權限的情形（例如同住的夫妻）。也可能存在「表面上」看起來得以（共同）使用、支配，但實則並無權限的狀況（例如協議分居、但原來住居處鑰匙尚

誌，27期，2001年10月，頁67-80；蕭宏宜，同意搜索的自願性判斷標準——評最高法院100年度台上字第376號刑事判決，法令月刊，63卷8期，2012年8月，頁28-43；李榮耕，Yes, I do！——同意搜索與第三人同意搜索，月旦法學雜誌，157期，2008年6月，頁102-125；謝志鴻，同意搜索，月旦法學雜誌，165期，2009年2月，頁231-244；黃翰義，同意搜索與相當理由——評最高法院一〇〇年度台上字第一七三一號判決，裁判時報，26期，2014年6月，頁139-146；林裕順，同意搜索→同意受檢，月旦法學教室，163期，2016年5月，頁27-29。近來探討：薛智仁，同意搜索之基本問題(一)，法務通訊，3002期，2020年5月1日，版3-6；薛智仁，同意搜索之基本問題(二)，法務通訊，3003期，2020年5月8日，版3-6；薛智仁，同意搜索之基本問題(三)，法務通訊，3004期，2020年5月15日，版6。

⁶ 但因涉及「人性尊嚴」及「公共利益」的問題，並非所有基本權均能概括拋棄（例如生命或自由），對此可參林鈺雄，同前註2，頁332。

⁷ 王兆鵬，同前註5，頁77；黃惠婷，同前註5，頁68-69；蕭宏宜，同前註5，39頁；李榮耕，同前註5，頁106-109（並討論「合理搜索」）；謝志鴻，同前註5，頁231-232（並臚列其他理論）；黃翰義，同前註5，頁144（仍認為屬於基本權限制）；林裕順，同前註5，頁29（若有同意即非「強制」處分）；薛智仁，同前註5(一)，3-4版。實務見解近例參最高法院109年度台上字第259號判決：「二、惟按：……(二)……同意搜索之合法性，係立基於受搜索人明知有權拒絕搜索，卻仍本於自由意志，願意放棄憲法所保障之隱私權、財產權、居住權等基本權，接受搜索。受搜索人之同意，既為搜索合法之最重要前提，搜索之進行，自須於獲得受搜索人同意後，始得為之，範圍及期間長短，亦取決於受搜索人之意思。……。」

未交回的夫妻)。此時，倘若執法機關徵求同意的對象並非「本人」，而是其他(共用)人的時候，即涉及「第三人同意」(“third party consent”)的問題⁸。對此，學理基本上區分「共同權限」(“common authority”)與「表現權限」(“apparent authority”)的類型討論⁹；我國實務見解，則明確接受了「共同權限」的看法¹⁰，但對「表現權限」則傾向否定¹¹。

⁸ 此處所指的「第三人」，指的是「相對」於受到搜索、控訴的被告「本人」而言。

⁹ 例如：王兆鵬，同前註5，頁80-84；李榮耕，同前註5，頁106-107、113-124；謝志鴻，同前註5，頁235-236；薛智仁，同前註5(一)，版5。

¹⁰ 參最高法院100年度台上字第4430號判決：「(二)、……自願性同意搜索，明定行使同意權人為受搜索人，參諸同法第128條第2項規定搜索係對被告或犯罪嫌疑人為之，第122條第2項明文可對第三人為搜索，……同意權人……及於被告或犯罪嫌疑人以外之人。在數人對同一處所均擁有管領權限之情形，如果同意人……有得以獨立同意之權限，則被告或犯罪嫌疑人在主客觀上，應已承擔該共同權限人可能會同意搜索之風險，此即學理上所稱之『風險承擔理論』。執法人員基此有共同權限之第三人同意所為之無令狀搜索，自屬有效搜索……」。同旨：最高法院104年度台上字第503號判決、105年度台上字第1892號判決。近來見解，參109年度台上字第5631號判決：「……第三人……有得以獨立同意之權限，則被告或犯罪嫌疑人在主客觀上，既與該第三人共享空間，自其隱私之合理期待而言，應已承擔該共同權限之第三人可能會同意搜索之風險，此即學理上之『風險承擔理論』。惟根據前述基本權拋棄之說明，此所謂之『共同權限』仍應指具有共通進入、接近與相互使用2種完整管領支配權限者，始得稱為適格之同意權人。則於同居共財之夫妻、父母對子女或家長對家屬間，因其彼此存有相互依存或主從之生活關係，對於處所享有完整管領支配權，原則上仍得肯認其同意權存在。」

¹¹ 參照：最高法院95年度台上字第7162號判決(支持原審否定說)；99

暫時將同意搜索的議題放下，將視角轉往搜索的「客體」。當時序邁入數位科技發展後，立法機關於2001年在刑事訴訟法明定得以搜索「電磁紀錄」¹²。實務上，針對搜索「電磁紀錄」的判斷方式，大致上與其他的搜索客體並無特別不同，也沒有在同意搜索的層面，產生能否，或如何適用程序規範的爭議案例¹³。換

年度台上字第6794號判決（似傾向否定見解）：「……原判決既謂員警業依憑丙○○之供述而知悉丙○○持有該等處所之鑰匙，係甲○○為便利其進出所交付，則員警似應明知丙○○原非對該等處所有支配、管領權之人，係因甲○○之交付，始持有該等鑰匙，且交付目的僅為便利其進出等情，而得進出該等處所與對該等處所有支配、管領權限，係屬二事，非場所之支配、管領權人，縱經支配、管領權人同意，授權其得出入該場所，要不因此即取得對該場所之支配管領權。從而即使如原判決理由所述，丙○○就上開二址無同意搜索之權限，而警員因其外觀上足使人誤認有同意搜索權，而據以對上開二址進行搜索，仍屬合法云云，然原判決……並未為任何必要及適當之說明……理由不備」；最高法院107年度台上字第2850號判決：「……同意搜索，必須經受搜索人『自願性』地同意，……就『身體』之搜索而言，僅該本人始有同意之權；就物件、宅第而言，則以其就該搜索標的有無管領、支配之權力為斷（如所有權人、占有或持有人、一般管理人等），故非指單純在場之無權人；其若由無同意權人擅自同意接受搜索，難謂合法，更不待言。」明確採取否定見解者：臺中地方法院103年度訴字第1660號判決。

¹² 刑訴第122條第1項：「對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之。」第2項：「對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」第128條第2項第3款：「搜索票，應記載下列事項：三、應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄。」

¹³ 不過，對於同意範圍的「事實」爭執仍然有之，例如最高法院108年度台上字第644號判決（爭執同意搜索範圍不及於翻拍line對話紀錄，經判決駁回）。

句話說，具體的物品或「電磁紀錄」，都是可得搜索的客體「之一」，我國司法實務目前並未因數位科技的進展，針對上述搜索標的之不同，而產生特殊的規範適用問題。至於學理，則已開始針對搜索電子設備的議題，自基礎開始爬梳其理論、規範解釋與應用¹⁴。

上述的討論意義何在？倘若「同意搜索」的實務意義，大抵只是「自願性」的判斷標準、事實及證據爭執，最多就是「第三人同意」的類型的區分討論；縱使涉及電子設備，或許也就是「同意搜索電子設備」時，是否需要不同的判斷密度而已。甚而，就算認定搜索違法，法院仍可引用「權衡排除」的方式，採用取得之證據¹⁵。如此一來，討論同意搜索電子設備的實益，看來似乎相當有限。不過，試想一個簡單（？）的例子：如果搜索客體是自己的電腦或手機，但卻是由「別人」加以「同意」搜索時，這個議題是否還是這麼不起眼？換言之，環繞在我們生活周遭的電子設備，其儲存的資訊質量、密碼保障機制等特性，使之不同於一般物理的

¹⁴ 例如李榮耕，電磁紀錄的搜索及扣押，國立臺灣大學法學論叢，41卷3期，2012年9月，頁1059-1112；溫祖德，行動電話內數位資訊與附帶搜索——以美國聯邦最高法院見解之變遷為主，月旦法學雜誌，239期，2015年4月，頁199-220。

¹⁵ 刑訴第158條之4：「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。」實務案例如：最高法院94年度台上字第4477號判決。近例如：最高法院109年度台上字第4546號判決、109年度台上字第5072號判決。

空間或物體，讓原本看似不甚困難的「第三人同意搜索」與「搜索電子設備」匯集時，成為不易釐清、解決的難題，而有進一步探究之必要。為此，本文嘗試以美國法若干案例為主，淺論「同意搜索」與「第三人同意」的發展，藉此劃分出「共同權限」與「表現權限」的基本不同（本文貳）；並進一步呈現其應用於電子設備的案例（本文參）¹⁶；據此進一步評釋後，提出在我國法可得應用的界線與判準（本文肆）；最後作出結論（本文伍）。

貳、同意搜索的基礎與類型

一、一般基礎

（一）自願性及範圍

依照《美國聯邦憲法》增修條文第四條（下稱「第四修正案」）規定，人民有人身、住所、文件與財物之權利，不受不合理之搜索、扣押¹⁷。據此，搜索、扣押

¹⁶ 本文之所以選擇「淺論」，並在比較法部分以若干起始、先前的標竿案例為重心，是為了在有限的篇幅中，針對「（第三人）同意搜索」應用於「電子設備」的議題，盡可能得出相對清晰的架構與操作建議。因此，本文雖然不少內容可以再深入開展（例如：「合理性」的意義），但這已經是其他專論、專文的範圍，筆者僅能選擇割捨，有待另文為之。

¹⁷ U.S. CONST. amend. IV states:
“The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or

必須基於相當理由、特定標的，原則由法院發出許可令狀方得為之，以禁止不合理的搜索扣押¹⁸，令狀原則的「例外」則有附帶搜索、緊急搜索與同意搜索。其中，關於同意搜索的理論基礎，大致可以從權利拋棄的觀點出發，而以「自願性同意」（voluntary consent）為重要關鍵¹⁹。一般來說，自願性同意是指知情同意（knowing and voluntary）的狀態下所為，並應綜合一切情狀判斷之²⁰，但由政府負擔其證明責任²¹。另外，被告是否知悉

affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

「人民有人身、住所、文件及財物之權利，不受不合理拘捕、搜索及扣押，並不得非法侵犯；非有相當理由，並經宣誓或代誓宣言，且詳載搜索地點、拘捕之人或扣押之物外，不得發出令狀」（翻譯主要參考：釋字第689號林子儀、徐璧湖大法官部分協同、部分不同意見書，頁10-11，註15）。

¹⁸ O. S. KERR, COMPUTER CRIME LAW 389 (4th ed. 2018).

¹⁹ 自願性同意可取代令狀，至於是否仍需具備「相當理由」（事證），美國聯邦最高法院採取否定見解：Schneckloth v. Bustamonte, 412 U.S. 218, 227 (1973) (“[I]n situations where the police have some evidence of illicit activity, but *lack probable cause to arrest or search*, a search authorized by a *valid consent* may be the only means of obtaining important and reliable evidence.”) (emphasis added). 並可參照王兆鵬、張明偉、李榮耕，同前註2，頁303。同採否定說之我國實務見解：最高法院100年度台上字第4580號判決。

²⁰ See e.g., United States v. Mendenhall, 446 U.S. 544, 557 (1980). 另外，依據前述Schneckloth判決見解，第四修正案與保障公平刑事審判權利不同，前者並不要求「知情而明智」（“knowing” and “intelligent”）的拋棄（Schneckloth, 412 U.S. at 241）。

²¹ See Schneckloth, 412 U.S. at 223-24, 226-27. 我國實務相同見解可見：最高法院100年度台上字第7112號判決（「受搜索人對……同意書面有所爭執，……如係檢察官提出者，依刑事訴訟法第156條第3項之相

自己有權拒絕，雖亦屬「自願性」的綜合判斷因素之一²²，但執法機關並無「義務」告知其有拒絕權利²³。除此之外，第二巡迴上訴法院曾經也表明，即便同意者並不清楚警方所要找尋的事物，仍不影響同意的有效性²⁴。

其次，關於「同意範圍」，雖然主要在探究具體案件的事實及證據，但還是有判斷標準的問題。在1991年的Jimeno案中²⁵，警方對於懷疑販毒的嫌犯跟車，隨後以交通違規為理由攔停，在警方告知有權拒絕同意搜索後，被告仍同意警方搜索車輛，隨後警方在車輛地上發現摺疊的棕色紙袋，打開後發現1公斤的古柯鹼，被告則

同法理，法院應命檢察官……指出證明之方法」）。

²² 例如：Bumper v. North Carolina, 391 U.S. 543 (1968)一案中，警方聲稱自己有搜索票（實際則無），同居者因而「同意」搜索時，等同受告知不得拒絕搜索（*id.* at 546-50），而無異受到強制，同意應屬無效（“[W]here there is coercion there cannot be consent.”, *id.* at 550）。

²³ See *Schneckloth*, 412 U.S. at 232-34, 248-49; *United States v. Drayton*, 536 U.S. 194, 206-07 (2002). 以及：United States v. Collins, 683 F.3d 697, 702 (6th Cir. 2012)（借車人同意搜索，警方無須告知借車人及出借人有拒絕權利）。

關於告知義務，我國否定見解參：王兆鵬、張明偉、李榮耕，同前註2，頁304（是否應告知，需結合證據排除效果一併考量）。肯定見解參：謝志鴻，同前註5，頁233-234、242（權利拋棄應以知悉權利內容及效果為前提）；最高法院108年度台上字第839判決：「……『同意搜索』乃放棄基本權對隱私的保護與令狀主義的堅持，本質上趨近所謂『任意處分』，……搜索人員應於詢問受搜索人同意與否前，先行告知其有權拒絕搜索，……。」

²⁴ *United States v. Snow*, 44 F.3d 133, 135 (2d Cir. 1995) (“[...] defendant did not and probably could not know what the officer was looking for does not change our view of his consent.”).

²⁵ *Florida v. Jimeno*, 500 U.S. 248 (1991).

爭執同意搜索範圍並不包括該紙袋內的物品²⁶。聯邦最高法院指出，同意的判斷應採取客觀標準，亦即「被告與執法者溝通之際，典型理性者得以理解者」²⁷；並認為同意搜索權人有權利限定搜索範圍，但倘若同意者未限定其區域或物件時，其同意範圍得以合理客觀判斷及於概括同意者²⁸。

(二)「第三人同意」的問題

由於權利人可能是複數，因此，倘若僅有「部分」權利人同意搜索空間或物件，能否成為有效的同意搜索？另外，實際上並無同意權限，但因外觀呈現有權限之人「同意」搜索時，此時同意搜索是否仍然有效？上述兩種類型，前者是「共同權限」、後者則是「表現權限」的問題。該兩者都涉及「未曾實際自願拋棄權利者，因他人同意而受搜索」的核心概念。據此，可以先歸納為「第三人同意」是否有效的問題。

²⁶ *Id.* at 249-50.

²⁷ *Id.* at 251 (“[T]he standard for measuring the scope of a suspect's consent under the Fourth Amendment is that of ‘objective’ reasonableness – what would the *typical reasonable person* have understood by the exchange between the officer and the suspect?”) (emphasis added). 該標準也經常受到下級審所援用，*see, e.g.*, *United States v. Santana-Aguirre*, 537 F.3d 929, 932 (8th Cir. 2008); *United States v. Luken*, 560 F.3d 741, 744 (8th Cir. 2009).

²⁸ 據此，聯邦最高法院認為，該案中，被告既然沒有限定特定容器不能搜索，則警方認為被告一般性的同意搜索車輛時，進而搜索車輛座位地板上的紙袋內容物，客觀上應屬合理（*Jimeno*, 500 U.S. at 251-52）。

倘若從「權利拋棄說」出發，「第三人」如何「拋棄」他人的權利？——或說，本人為何得因「第三人」之同意，而「被」拋棄權利？聯邦最高法院過去無意處理這個基本但困難的問題²⁹。直到1961年的Chapman案³⁰，才漸漸開啟其實質的說理。該案中，某房屋的共有者（房東）發現屋內有濃重威士忌原料味，報警後要求警方爬窗進入，進而查獲被告Chapman（房客）違法釀酒裝備與原料³¹。聯邦最高法院認為這屬於非法搜索扣押，其中的一個理由是：即便房東在財產法上可能有權進入查看廢棄物，但本案如此作為，等同由房東解除房客的第四修正案權利保護³²。接著，在1964年的Stoner案中³³，聯邦最高法院指出：「第四修正案權利並不受到不切實際的『表現權限』侵蝕」³⁴，認為第四修正案的憲法權利，僅能由權利人或其代理人透過其言行而放棄³⁵。因此警方透過旅館櫃檯人員逕自同意搜索住客房

²⁹ See, e.g., *Amos v. United States*, 255 U.S. 313, 317 (1921)（妻子可否同意搜索與丈夫共住的房屋，該爭點不予處理）。

³⁰ *Chapman v. United States*, 365 U.S. 610 (1961).

³¹ *Id.* at 611-12.

³² *Id.* at 616-17. “[...]to uphold such an entry, search and seizure ‘without a warrant would reduce the (Fourth) Amendment to a nullity and leave (tenants’) homes secure only in the discretion of (landlords).’...” (quoting: *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10, 14 (1948)).

³³ *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964).

³⁴ *Id.* at 488 (“[...]the rights protected by the Fourth Amendment are not to be eroded ... by unrealistic doctrines of ‘apparent authority.’”).

³⁵ *Id.* at 489 (“[I]t is important to bear in mind that it was the petitioner’s constitutional right which was at stake here, and *not* the night clerk’s *nor*

間，不能認屬有效的同意搜索³⁶。

不過，聯邦最高法院後來漸漸地在「共同權限」與「表現權限」的問題，呈現了不同的理論基礎走向。關於「共同權限」的核心概念，走向「共同權限」者得以基於自身權限對抗未同意者，而未同意者必須「承擔風險」的方向³⁷。「表現權限」則是脫離權利拋棄的脈絡，而以第四修正案的「合理性」為基礎。以下分述之。

二、共同權限

（一）基於第三人自身權限所來的風險承擔

具有「共同權限」者，是否得以「同意搜索」，其範圍如何？在1974年的Matlock案中³⁸，Matlock住在Marshall夫婦租來的房子，並與Marshall太太、其數名子女（其中一名女兒為Graff太太）、3歲外孫同住，後來警方因Matlock涉嫌銀行強盜案而前往該處，先在院子裡

the hotel's. It was a right, therefore, which *only* the petitioner could waive by word or deed, either directly or through an agent") (emphasis added).

³⁶ *Id.* at 490.

³⁷ 由於第四修正案本身在禁止「不合理」的搜索扣押，因此，不論是「同意搜索」或「第三人同意搜索」，會產生「權利拋棄」或「合理性」（reasonableness）為基礎的討論爭議（*see, e.g.,* WAYNE R. LAFAYE, SEARCH AND SEIZURE § 8.1(a) (6th ed. 2020)）。然而，如同前述的篇幅限制與議題定位（參同前註16），本文以美國的案例法走向作為觀察重點，無法臚列比較法上的學理深入開展。因此，本文就上開問題，僅於必要時如同前註腳中簡要交代。

³⁸ *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974).

逮捕Matlock後，警方遇見並告知Graff太太他們正在找錢和槍枝，Graff太太（被認定）同意警方搜索³⁹；警方後來到Graff太太與Matlock共用的二樓東側房間搜索時，找到4,995美金，因此Graff太太的同意是否有效，成為重要爭點⁴⁰。聯邦最高法院認為：在場之「共同權限」者有權同意整體的搜索，而不受缺席者的意願影響⁴¹；並進一步指出，「共同權限」的基礎，是因為共同權限者有權近用、控制財產，同居者亦有其自身權利得以同意受檢視，從而其他同居者「承擔」共同區域受到搜索的「風險」⁴²。

（二）風險承擔之限縮：「明示反對」的案例

1. Georgia v. Randolph：現場「明示反對」

不過，在被告已經現場實際明示反對的狀況，這時候無法僅依據共同權限者的同意，進而正當化同意搜

³⁹ See *id.* at 166.

⁴⁰ See *id.* at 166-67.

⁴¹ See *id.* at 169-71. 按：本案威斯康辛西區法院認為，搜索當下必須存在同意搜索者之「同意」得以拘束他人的事實（“[T]he District Court ruled ... the Government had to prove ... that ‘just prior to the search, facts do exist which render the consentor’s consent binding on the putative defendant.’...”），而檢方提出的事證並不足以證明此點，後來第七巡迴上訴法院亦駁回上訴（see *id.* at 167-69）。

⁴² *Id.* at 171, n. 7 (“[C]ommon authority ... rests rather on *mutual use* of the property by persons generally having *joint access* or *control* for most purposes, so that it is reasonable to recognize that any of the co-inhabitants has the right to permit the inspection in his own right and that the others have assumed the risk ... to be searched.”) (emphasis added).

索。例如2006年的Randolph案中⁴³，被告Randolph與妻子Janet在2001年5月底分居，但Janet在7月回到被告家中時，報警稱被告將其兒子帶走、且被告有使用古柯鹼、並因此導致財務問題，被告出面解釋其行為是為了避免兒子再被妻子帶走、並否認使用古柯鹼；警方找到孩子後，Janet再次告知警方家中有毒品相關證據，警方徵得Janet同意後，不顧被告現場明示反對而進入屋內，進而發現毒品吸管與粉末，後來把夫妻兩人、上述毒品吸管都帶回警局後，再另行聲請搜索票獲准，因而查獲被告的其他毒品證據⁴⁴。

聯邦最高法院於本案表示：共同權限的同意搜索應該在「社會廣泛認同之期待」（“widely shared social expectations”）或「社會慣行」的狀況下（“customary social usage”）考量⁴⁵。一般來說，在欠缺公認的上下權限階級時（例如父母、子女），同住者的權限並無優劣之分，但就像是賓客受到他人邀請入其住所，而另一共同權限者已經現場明示反對時，此時理智的賓客也不會貿然地進入⁴⁶。至於Matlock判決雖認為同居者得以基於自身權利而有權同意搜索，但這樣的權限並不是單純基於財產法的因素，毋寧是基於社會慣行所共認，而在特

⁴³ Georgia v. Randolph, 547 U.S. 103 (2006). 引介與分析可參：李榮耕，同前註5，頁120-124；謝志鴻，同前註5，頁236。

⁴⁴ See Randolph, 547 U.S. at 106-07.

⁴⁵ See id. at 111, 121.

⁴⁶ See id. at 113-14.

定情況下影響第四修正案之合理性判斷⁴⁷。因此，同意搜索當下，其他共同權限者已經現場實際反對時，並不受到「風險承擔」（“assumption of risk”）的拘束⁴⁸。

但這樣以「合理性」為名的「社會判斷」，當然也不無爭議⁴⁹。Randolph案中，Roberts大法官提出、Scalia大法官加入的不同意見認為，多數意見是以非典型的社交案例來創造憲法，更何況社會現實案例千變萬化，難以一概而論；例如兩個室友間共享電腦，則個人將盜版軟體安裝在電腦上時，也放棄了其隱私期待⁵⁰。而且，就如同被告在場也不能阻止其他共犯將證據交給警方一樣，共享權限者本應承擔風險，所以本案應該以風險承

⁴⁷ *Id.* at 120-21 (“[...] the ‘right’ to admit the police to which *Matlock* refers is *not* an enduring and enforceable ownership right as understood by the private law of property, but is instead the authority *recognized by customary social usage* as having a substantial bearing on Fourth Amendment *reasonableness in specific circumstances*.”) (emphasis added). 按：本文認為，共同權限的核心仍然是共同權限者的彼此近用、承擔風險。Randolph判決加入的「合理性」文字，雖可較為貼近第四修正案，但其作用並非建構共同權限的基礎，而是在結論層次限定共同權限的適用範圍（並可比較其後述不同意見書）。就此角度而言，Randolph判決並沒有改變Matlock判決的理論基礎。

⁴⁸ 後來的實務判決有稱為「Randolph法則」（“Randolph Rule”），參：United States v. Thomas, 818 F.3d 1230, 1240 (11th Cir. 2016).

⁴⁹ 本文以下僅引用針對「社會性」爭點的不同意見。至於Thomas大法官在本案的不同意見，則是認為本案並非警方或其代理人要求進入，而是私人帶領警方進入，不構成搜索，因此本文不再另行討論。See *Randolph*, 547 U.S. at 145-49 (Thomas, J., dissenting).

⁵⁰ *Randolph*, 547 U.S. at 127, 129-31 (Roberts, J., dissenting, joined by Scalia, J.).

擔理論處理即可⁵¹。其重點在於個人本來可以自由地排除他人近用或控制物件或空間，但倘若共享時，就需要承擔他人同意搜索的風險⁵²。Scalia大法官並單獨提出不同意見，認為共同權限者平等且衝突時，共同權限者仍有權同意，而不受他方阻礙（尤其本案涉及受家暴婦女同意警方進入配偶家中）⁵³。

2. Fernandez v. California：「先前」現場明示反對者仍需承擔風險

類似但有所區別的，在2014年的Fernandez案中⁵⁴，被告涉嫌持刀、自稱某幫派成員，並聯合其餘4名歹徒強盜了Abel Lopez，兩名員警接獲報案前往後，在場有名男子指稱被告在某特定公寓裡，該建築物當時也發出打鬥聲與叫囂聲，警方待支援到達後敲門，應門的卻是抱著嬰兒的Rojas，當時Rojas臉上、身上都有傷痕、看來似乎剛哭過，並告知警方其於現場遭毆打，而她與4歲兒子是唯二在場的人⁵⁵。於是，警方要求Rojas步出，以便進行保護性掃視（protective sweep），但被告隨即穿著四角褲出現，激動地要求警方離開，警方隨即因被告涉嫌毆打Rojas，而將之逮捕並帶回警局；警方於1小時後返回該公寓，告知Rojas稱被告已經遭到逮捕、且獲得

⁵¹ *Id.* at 128 (Roberts, J., dissenting, joined by Scalia, J.).

⁵² *Id.* at 135-36 (Roberts, J., dissenting, joined by Scalia, J.).

⁵³ *Id.* at 144-45 (Scalia, J., dissenting).

⁵⁴ *Fernandez v. California*, 571 U.S. 292 (2014).

⁵⁵ *Id.* at 295.

Rojas同意搜索後，查獲被告的幫派相關物件、蝴蝶刀、涉嫌強盜所用的衣物、彈藥，且Rojas的小孩還告知警方被告藏放散彈槍的地方：被告後來被起訴強盜、非法持有槍彈及家暴等罪，並被判決有期徒刑14年⁵⁶。

本案的爭議是：當被告已經現場實際明示「不」同意搜索，卻因故被逮捕，導致後來在同居人同意搜索時，被告未能在現場，此時，是否仍能援用Randolph判決⁵⁷？聯邦最高法院認為，家宅權利人既有權限讓他人進入檢視，也有相同權限予警方為之⁵⁸。聯邦最高法院並指出：在Matlock判決的事實中，Matlock已經被逮捕而身在警車，但警方徵求共同居住的Graff同意搜索，此時同意仍屬有效，而得以對抗不在場者⁵⁹。且Rodriguez案中，聯邦最高法院也表明警方合理相信表現權限者的同意，並不違反第四修正案⁶⁰。再者，Randolph判決已經認定特定場所的共同居住者有權同意搜索，此時本人必須承擔風險，僅在本人實際在場明示反對之情形下，不

⁵⁶ *Id.* at 296-97.

⁵⁷ 下級審一致認為，Randolph判決中，共同權限人（Rojas）同意時，持反對意見者（Fernandez）身在現場是必要條件，因此駁回被告的排除證據動議（*id.* at 297）。

⁵⁸ *Fernandez*, 571 U.S. at 298 (“[T]he owner of a home has a right to allow others to enter and examine the premises, and there is no reason why the owner should not be permitted to *extend this same privilege to police officers* if that is the owner’s choice.”) (emphasis added).

⁵⁹ *Id.* at 299-300.

⁶⁰ *Id.* at 300 (citing: *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990)). 按：該案屬於「表現權限」的經典案例，詳本文後述。

適用之⁶¹。此一「實際在場」者（“present at the scene”，“physically present”）的明示反對，是決定的關鍵因素⁶²。於本案中，被告雖然主張，其不在場是因為警察將其帶走、且其先前明示反對效力仍持續存在⁶³；但本案是依據客觀合理的事由移置反對者（＝被告），而非警方刻意為避免現場反對，而將潛在反對者帶走⁶⁴。另外，Randolph判決已經指出「社會廣泛認同之期待」或「社會慣行」相當重要，因而認為「同意搜索者」不會凌駕「現場實際反對者」，但這類情形，當反對者不在現場時，賓客還是可能入內；倘若以被告「先前實際反對」作為判準，將會造成難以處理的狀況，比如反對的效力持續時間、將來是否仍有權限⁶⁵、「不在場反對」之必要程序或要件、其他不知情之執法機關是否受到限制等，均相當不明或無從執行，因此被告的意見無法採用⁶⁶。

三、表現權限：指標的Rodriguez判決

（一）基礎事實

聯邦最高法院針對第三人同意搜索的「表現權限」

⁶¹ *Id.* at 300-01.

⁶² *Id.* at 301.

⁶³ *Id.* at 302.

⁶⁴ *Id.* at 302-03.

⁶⁵ 按：例如租客被關起來後、沒有繼續付房租，難以認定共同權限的後續效力（*id.* at 305）。

⁶⁶ *See Fernandez*, 571 U.S. at 298 at 303-06.

（表現出「共同權限」的外觀），在1990年的Illinois v. Rodriguez的案件進一步作出認定⁶⁷。

該案中，警察因接獲報案，來到Dorothy Jackson位於芝加哥南威爾科特（South Wolcott）的住所，Jackson的女兒Gail Fischer向警方出示其被嚴重毆打的狀況，並向警方告知，同日稍早之前，她在南加州的一間公寓被Rodriguez毆打，且告知警方Rodriguez正在睡覺，同意和警方一同前往該處、以便持其鑰匙為警方開門、進入逮捕Rodriguez；談話中，Fischer數次向警方提及該處是「我們的」（“our”）公寓，並稱其在該處還有衣物、家具（Fischer雖曾居住在該處，但當時是否仍住該處並不清楚）；警方隨即驅車與Fischer前往該公寓（未另外聲請拘捕或搜索令狀），到該處時，Fischer以其鑰匙開門讓警方進入，警方進入後，隨即目視發現毒品用具、裝滿古柯鹼的容器，到了正在睡覺的Rodriguez臥室後，再目視發現其他古柯鹼，於是逮捕Rodriguez並扣押上述物品⁶⁸。因此，該案同意搜索是否有效，即成重要爭點⁶⁹。

⁶⁷ Illinois v. Rodriguez, 497 U.S. 177 (1990).

⁶⁸ *Id.* at 179-80.

⁶⁹ 針對該案「同意搜索」爭點，Rodriguez主張Fischer早在前幾週就搬出公寓，而無權同意搜索，地區法院認同該異議，認為Fischer並非該公寓租約名義人、未分擔租金、亦無自身獨立決定邀請他人造訪的權限，且當時Fischer也將部分財產移出，因此Fischer不是該處的「常住居民」（“usual resident”），而僅是「偶見訪客」（“infrequent visitor”）；第八巡迴上訴法院亦駁回檢方（主張警方合理信任Fischer、屬於合理搜索）的爭議（*id.* at 180）。

(二)法院見解：「合理性」

對此，聯邦最高法院首先指出：Matlock判決的「共同權限」，應由檢方負舉證責任，而依照本案事證，同意搜索者（Fisher）實際上並無共同權限⁷⁰。其次，Rodriguez主張其未曾同意搜索，而面對「權利拋棄」與「合理性」的爭議，聯邦最高法院指出：第四修正案要求合理性（“reasonableness”）、但不要求一律正確，例如法官基於看來可靠的相當理由而發出搜索令狀、但實際並不正確時，此時的錯誤也只是「生活在安全社會的代價」（“the cost of living in a safe society”），而非違反第四修正案⁷¹；針對執法人員在搜索過程的事實判斷，亦屬相同⁷²。

Rodriguez判決並認為，先前的Stoner判決，雖然提到權利不受「不切實際」（“unrealistic”）的「表現權限」所侵蝕；但該判決所謂「不切實際」的用詞，敘述實則相當模糊，而非僅能解釋為「表現權限」本身不切實際，也可能指不能仰賴「不切實際」的「表現基礎」⁷³。再者，Stoner判決縱然指出僅能由權利人或代理

⁷⁰ See *Rodriguez*, 497 U.S. at 181-82.

⁷¹ See *id.* at 184.

⁷² See *id.* at 184-85 [quoting: *Maryland v. Garrison*, 480 U.S. at 88 (1987). 按：關於該判決所引用Garrison案，其基礎事實（令狀記載與實際情況有差別）及其「判斷錯誤、但仍屬合理」等見解，可參照：施育傑，數位、科技與刑事程序干預處分——資訊框架理論之建構，政治大學博士學位論文，2020年5月，頁192，註1207]。

⁷³ See *id.* at 187 (quoting: *Stoner*, 376 U.S. at 488).

人拋棄權利，但亦指出判斷基礎是「警方對夜班櫃台有否受到授權，無法認為具備任何信賴基礎」，因此，也得以（更可取地）解為警方明知同意來自櫃台人員、而非源自該案被告，從而無法合理信賴所謂同意權限⁷⁴。據此，重點是執法人員獲得某人同意進入某處時，仍需依周遭環境、當下所獲事證判斷，能否讓合理謹慎之人不需懷疑、進一步查證，即可信同意者有其權限⁷⁵。依據該判決見解，倘若執法機關善意、合理認定已得到權利人的同意（＝「表現權限」），此時並非憲法第四修正案所要禁止的「不合理搜索」。不過，執法人員仍然必須依照整體情狀判斷同意權限之有無，不能一獲同意即認為符合表現權限。

據此，聯邦最高法院於Rodriguez判決，明示將原來同意搜索的「權利拋棄（讓渡）」基礎，轉往搜索的「合理性」認定。不過，必須注意的是：表現權限必須是執法人員在當下事證足以認定、而無模糊情境存在時，因為信任「同意者」即屬「有權同意者」（包括共同權限），方可認為具備「合理性」，因此表現權限仍

⁷⁴ See *id.* at 188 (quoting: *Stoner*, 376 U.S. at 488, “[...]there is nothing in the record to indicate that the police *had any basis whatsoever to believe* that the night clerk had been authorized by the petitioner to permit the police to search the petitioner’s room.”) (emphasis added).

⁷⁵ 換言之，倘若在模糊（ambiguous）情境下，警方有進一步探知權限的責任。See *id.* at 188-89; also *United States v. Kimoana*, 383 F.3d 1215, 1222 (10th Cir. 2004).

然有其框架，而非漫無邊界⁷⁶。不過，各州法院仍可能依據其州（憲）法，對同意搜索的「合理性」作出更嚴格的限制⁷⁷。

參、同意搜索電子設備的案例：以共同權限及表現權限為中心

一、一般性的應用

既然同意搜索植基於權利拋棄，其搜索範圍往往亦繫於權利人的拋棄意願。一般來說，如果權利人本於自願而主動明示範圍，不太容易產生爭議；因此會產生問題的，往往是同意搜索時，權利人自身未明確指出搜索範圍的狀況。將此問題延伸至電子設備的搜索，會產生爭議的問題即為：倘若同意搜索電子設備而未限定內容時，是否及於設備內所有資訊⁷⁸？

⁷⁶ 例如，認為表現權限以客觀標準判斷：United States v. Gillis, 358 F.3d 386, 390 (6th Cir.2004); United States v. Hunyady, 409 F.3d 297, 303 (6th Cir. 2005).

⁷⁷ 例如奧勒岡州最高法院在State v. Blair, 361 Or. 527, 535-38 (2017)認為，州憲第1章第9條與第四修正案的解釋並不完全相同（*id.* at 535. “This court’s focus on actual consent as a touchstone of the consent exception under Article I, section 9, is distinct from the way the consent exception operates under the Fourth Amendment.”），依據州憲，無令狀搜索本身原則就是不合理的，因此無令狀例外必須嚴格解釋，從而同意搜索的要求較Rodriguez判決要多，必須特別考量「同意人」的心神狀態、實際理解程度及其同意範圍（*see id.* at 535-38）。

⁷⁸ 即便從我國法規來看，在同意權人書面同意搜索「電磁紀錄」時，仍然會有一樣的問題。詳言之，我國刑訴雖規範「電磁紀錄」得作為搜索客體（刑訴第122條），但「電磁紀錄」的範圍相當廣泛（刑法

2002年紐約南區法院的Al-Marri案⁷⁹，以一般客觀標準、並以同意搜索權人自身主觀的背景知識作為加強論述，是值得稍作引介的案例。該案中，來自卡達的Al-Marri以前曾在美國取得電腦科學學士學位，並自2001年再度前往美國攻讀電腦科學碩士，911事件後，FBI獲報Al-Marri有可疑情形，因而派出兩名探員前往訪查，第一次訪查時，被告回答探員問題、並同意搜索行李箱，兩個月後，探員第二次再度前往，被告同意探員進入其住所、並同意探員逐個房間查看⁸⁰。探員後來在主臥房看到筆電，要求可否「帶回辦公室『看一看』」（“take it to their office ‘to take a look at it’”），理由是沒有時間、技術在現場處理⁸¹，依照探員證詞，Al-Marri同意並關閉筆電電源，並且同意探員一併將現場發現的幾張CD、磁片（diskettes）帶回⁸²。後來探員將被告帶回詢問，在辦公室要求Al-Marri簽署同意書面時，Al-Marri拒絕簽名；詢問結束後，探員特別提醒Al-Marri欺騙聯邦探員的後果，並且要求Al-Marri次日測謊，Al-Marri同意

第10條第6項：「稱電磁紀錄者，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」），而「電磁紀錄」可能是電腦內的任何一個檔案、程式、甚而是延伸到雲端的資訊。因此，縱使「同意書」記載同意搜索「電磁紀錄」，但僅依據這樣的書面文字記載，仍然難以限定電子儲存設備內（或延伸到雲端）所要特定的搜索標的。

⁷⁹ United States v. Al-Marri, 230 F. Supp. 2d 535 (S.D.N.Y. 2002).

⁸⁰ *Id.* at 536-37.

⁸¹ *Id.* at 537.

⁸² *Id.*

後，詢問可否於該日晚間將電腦拿回，探員告知「不行，至少今晚不行」（“No, not tonight.”），次日（12/12）Al-Marri改為拒絕測謊、但以證人身分（material witness）受到拘留，FBI在此期間鑑識其電腦（12/12-12/23），發現有關信用卡詐欺的證據（卡號、資訊及網站書籤等），之後被告因詐欺案件被起訴⁸³。

法院採信FBI探員的證詞，認為被告曾經同意搜索房屋及電腦⁸⁴，但同意搜索電腦的範圍如何？法院認為，第四修正案的關鍵在於「合理性」，因此衡量被告的同意搜索範圍，應該是最高法院曾經提示過的，「被告與執法者交流之際，典型理性者得以理解者」⁸⁵。本案中，電腦科學專業的Al-Marri應該可以相當瞭解FBI將電腦帶回、徹底檢視的能力，而且也可以對FBI指出同意搜索的範圍（包括文件夾或程式範圍），但其並未為之（未限定範圍）⁸⁶；客觀來說，探員因此理解為得以對筆電廣泛搜索，應屬合理⁸⁷。至於Al-Marri後來雖然有再詢問探員能否拿回電腦，但當探員表示不行時，客觀上Al-

⁸³ *Id.* at 537-38.

⁸⁴ *Id.* at 539 (“[...], this Court concludes that Al-Marri gave consent to the search of his home, laptop computer...”).

⁸⁵ *Id.* (citing: *Jimeno*, 500 U.S. at 251).

⁸⁶ *Id.* at 539-40.

⁸⁷ *Id.* at 540 (“[V]iewed objectively from the perspective of the agents, it was reasonable ... this unrestricted grant of access, combined with Al-Marri’s expertise in computer technology and his helpful attitude in handing the laptop over, indicated that Al-Marri had no qualms about an extensive search of his computer.”).

Marri清楚FBI將繼續扣留該電腦至當晚之後的不確定期間，Al-Marri若不同意留置電腦，得以理性認定Al-Marri將要求限定期間返還，但Al-Marri仍未如此作為，因此其先前同意並未終止（未限定時間）⁸⁸。據此，在「同意搜索者主觀可預見且未限定範圍時」，會概括及於整部電腦內容。

其後的類似案例，認定結論也大致相同。第七巡迴上訴法院在2005年的Long判決認為：於被告書面同意時，同意範圍原則應依書面記載認定，此時得以認為包括同意搜索特定區域中的電腦，也包括電腦中的全部資料範圍⁸⁹。據此，當事證顯示同意權人並未限定同意範圍的特定客體、內容時，搜索會及於同意範圍內全部的物件、資訊。

依據上述見解，倘若同意搜索某區域、但未限定特定範圍或物件時，該區域內的電腦會被判定在同意範圍

⁸⁸ *Id.* (“[...] a reasonable person would have expected Al-Marri to ask for the computer to be restored to him within a specified time frame for whatever reason justified a prompt return. [...] his consent could reasonably have been understood to be open-ended and given without a limitation on time or scope.”).

⁸⁹ *United States v. Long*, 425 F.3d. 482 (7th Cir. 2005). 該案中，被告爭執書面同意搜索辦公室並不包括筆電、CD以及據此而來的全面鑑識（*id.* at 486），但法院以該書面記載相當明確而駁回（*id.* at 487. “[W]e reject Long’s argument for the simple reason [...]. The consent form stated [...] that the officers were authorized to remove and search any documents and property ‘including but not limited to computer hardware, software, and all other external media storage.’”）。

之內；不僅如此，同意搜索電腦時，若未限定範圍，也會包括該電腦裡的全部內容。

二、共同權限的指標案例：Trulock判決

在「共同使用電腦」的案例中，能否藉由共同使用者的「共同權限」，讓同意搜索範圍及於被告自身使用的檔案？於2001年第四巡迴上訴法院的Trulock案中⁹⁰，就涉及了這個爭點。該案原告主張被告（FBI官員）搜索共用房屋、電腦而違反第四修正案，進而提起民事訴訟⁹¹。值得注意的是，該案除了將電腦類推「閉密容器」之外⁹²，也將「密碼」作為重要的「共同權限」判斷依據。分述如下。

（一）基礎事實⁹³

原告Notra Trulock於1994-1998年任職能源部情報辦公室主任（Director of the Office of Intelligence of the U.S. Department of Energy），並在1995-1998年兼任反情報辦公室（Office of Counter intelligence）主任，其於1998年間，揭露疑有中國間諜已系統性滲透多個（核

⁹⁰ Trulock v. Freeh, 275 F.3d 391 (4th Cir. 2001).

⁹¹ 即一般所稱“Bivens action”（*see id.* at 399-402）。該訴訟類型是從Bivens v. Six Unknown Named Agents of Fed. Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388 (1971)而來，該判決確認私人得以聯邦官員違反第四修正案為由，提出民事侵權訴訟。

⁹² 將電腦類推為容器的基礎方向，並參本文肆、二以下。

⁹³ 兩造所為主張但有爭執而無證據可證明部分，本文原則上不整理入基礎事實；但有影響部分，則在註腳整理說明。

子) 武器實驗室，並認為白宮、FBI及CIA都忽視其警告，後來，Trulock因而受到降職處分、離開政府部門⁹⁴。2000年初，Trulock意欲披露相關過程、並認為其原稿並不涉及機密，但仍要求能源部進行安全審查（security review），能源部拒絕後，Trulock便與雜誌社合作、預計出版文章⁹⁵。至於另外一位原告Linda Conrad，則是在本案主任辦公室擔任助理長達6年（包括接任辦公室主任Lawrence Sanchez到任後的期間），Trulock並與Conrad同居在Conrad所有的房屋⁹⁶。

Conrad於2000年7月14日早晨上班時，Sanchez把她帶到一旁，向她告知FBI想要詢問她關於Trulock的事情，並警告她若不合作，FBI會有搜索令狀，將在大眾媒體前破門（但並無證據可認Sanchez的行為係源起或受FBI所指示）⁹⁷，當天下午，FBI探員前往辦公室找Conrad，並將她帶到會議室後，詢問Trulock的個人紀錄與電腦檔案的問題⁹⁸。Conrad告知FBI她與Trulock共用電腦，但兩人各別都有密碼所保護的檔案，兩人也不知道彼此的密碼；探員詢問完畢後，給Conrad一張同意搜索書面並要其簽字⁹⁹。之後，FBI探員與Conrad前往其住處，

⁹⁴ *Trulock*, 275 F.3d at 397.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.* at 397-98.

⁹⁷ *Id.* at 398.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.* Conrad並主張，探員當時沒有解釋書面意義、Conrad也未閱讀該

Trulock當時在場、且要求出示搜索令狀，FBI探員向Trulock告知Conrad已經同意搜索¹⁰⁰，並將系爭電腦放置在臥室後，由其中一位探員及鑑識人員在現場搜索電腦內容約90分鐘¹⁰¹，現場搜索結束後，FBI人員將電腦帶走，給予Conrad收據¹⁰²。

(二)法院意見

關於同意搜索的爭議¹⁰³，原告主張Conrad的同意並非出於自願；被告則認為Conrad已經簽署書面同意搜索而有效¹⁰⁴。法院指出：同意搜索應綜合一切情況、判斷同意者是否出於知情同意¹⁰⁵。原告主張Sanchez為FBI傳達強制的訊息，因此Conrad的「同意」搜索應屬於無效；而依據Bumper判決的標準（「同意」搜索不能出於強制）¹⁰⁶，本案確實是由Sanchez告知Conrad關於FBI的訊息，Conrad也因而認為其受到轉達FBI的訊息，從而其

書面記載內容，Conrad事後才知道那是同意搜索的書面。不過，Conrad並未主張探員聲稱已有搜索票，或脅迫其若不同意將破門，或提到媒體的事情，但Conrad同時也主張其當時很害怕、哭泣並顫抖（*id.*）。

¹⁰⁰ *Id.* 原告並未主張Conrad當時有試圖撤回同意，也未主張Trulock以其自身權限阻止搜索（*id.*）。

¹⁰¹ *Id.* 原告另主張FBI人員當時已檢視了Trulock受密碼保護的檔案（*id.*）。

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ 本案另有關於訴權、第一修正案的爭議（*see id.* at 399-400, 404-06），考量與本文相關性不高，於此省略。

¹⁰⁴ *Trulock*, 275 F.3d at 401.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ 關於Bumper判決，參本文同前註22。

同意並非出於自願，應屬無效¹⁰⁷。

其次，巡迴上訴法院除了認同Trulock的主張，認定本案Conrad的同意無效之外，並指出Conrad之同意即便有效，亦無權限搜索Trulock的私人密碼保護檔案¹⁰⁸。法院認為，有效的第三人同意搜索的要件有二：第三人有權同意¹⁰⁹，且其同意出於自願¹¹⁰。依據Matlock判決建立的標準，共同權限並非單純源於財產利益，而是共同近用、控制而有檢視權限，因而其他共用者應承擔受搜索共用區域的風險¹¹¹。本案中，Conrad與Trulock雖然共用電腦（硬碟），但該兩人彼此間有各自受密碼保護的檔案，且Conrad無權近用Trulock的檔案，從而，Conrad雖然有權對電腦同意搜索（a general search of the computer），但該權限並不及於Trulock受密碼保護的檔案¹¹²。例如，第四巡迴上訴法院在先前的Block案中，認

¹⁰⁷ *Trulock*, 275 F.3d at 401-02. 不過，本案執法人員得以豁免責任（qualified immunity），理由是：依據上述過程，本案並沒有證據顯示FBI透過或知悉Sanchez曾向Conrad傳達訊息，FBI也未曾告知Conrad有所謂的搜索令狀，而且還給予Conrad同意搜索書面、由她簽字，且FBI在搜索前還告知Trulock本案並無搜索令狀、而由Conrad同意（*id.* at 402）。據此，「合理的執法人員都會認為Conrad出於自願」（*id.* “[B]ased upon these facts, no reasonable officer would have believed that Conrad’s consent was involuntary”）。

¹⁰⁸ *Trulock*, 275 F.3d at 402.

¹⁰⁹ *Id.* (citing: *Stoner*, 376 U.S. 483).

¹¹⁰ *Id.* at 403 (citing: *Bumper*, 391 U.S. at 548).

¹¹¹ *Id.*（除引用Matlock判決外，另引用Frazier v. Cupp, 394 U.S. 731, 740 (1969)，該判決認共用者有權同意搜索整個行李袋）。

¹¹² *Id.*

為母親有權同意搜索其與Block共用的房間，但同意權限不及於該房內上鎖的箱子，從而「共同權限」的同意搜索範圍，並不當然及於個別的密閉空間（discrete enclosed space）；而這種「共用區域的密閉容器／空間」，也成為個案中「共同權限」者，其同意有效範圍的基礎界線¹¹³。本案Trulock受密碼保護的檔案，就有如房內的上鎖箱子，由Trulock以密碼確實地排除了Conrad或他人近用的權限，況且Trulock既然不讓Conrad知悉密碼，因此也不能認為Trulock必須要「承擔」該等檔案受到搜索的「風險」¹¹⁴。綜上，Trulock對密碼保護的檔案有合理隱私期待，且Conrad同意權限不及於此，而無法以共同權限正當化，本案執法人員之作為違反第四修正案¹¹⁵。

三、表現權限的若干案例

（一）Morgan案

1. 基礎事實

2006年第六巡迴上訴法院的Morgan案中¹¹⁶，被告妻

¹¹³ *Id.* (citing: *United States v. Block*, 590 F.2d 535, 541 (4th Cir.1978)).

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.* 但本案執法人員仍得以豁免責任，理由是：於相同職位而合理的執法人員，並不清楚其搜索將違反標準；亦即，當時其他案例法標準並不一致，例如*United States v. Smith*, 27 F. Supp. 2d 1111 (C.D.Ill. 1998)認為得以全權近用電腦之第三人有權同意搜索電腦；但*United States v. Barth*, 26 F. Supp. 2d 929 (W.D.Tex. 1998)則認為電腦維修人員無權同意搜索（*See Trulock*, 275 F.3d at 403-04）。

¹¹⁶ *United States v. Morgan*, 435 F.3d. 660 (6th Cir. 2006).

子Cassie因為懷疑自己丈夫透過家中電腦瀏覽兒童色情物件，於是偷裝了間諜軟體（“Spectro Spy”），用以監控螢幕狀態並擷取畫面，發現懷疑屬實，嗣後通報警方到場，進而同意警方搜索該電腦¹¹⁷。該電腦位在地下室共用區域，Cassie並向警方稱夫妻都可以使用該電腦（她偶爾也會用）、且夫妻無獨立用戶名稱（usernames）或密碼，不過被告妻子並未告知警方，她另外也有自己主要使用的電腦¹¹⁸。警方檢視系爭電腦後，發現被告曾下載大量兒童色情圖片，且被告雖無密碼保護、但有裝設了抹除程式（“Internet Eraser”）以刪除該等圖片，然而出於不明原因，該程式雖抹除了大部分證據，但未成功刪除其中約148個圖片¹¹⁹。

2. 法院意見

第六巡迴上訴法院指出，同意搜索可由被告或有共同權限的第三人出於自願為之¹²⁰；警方倘若善意信賴「表現（共同）權限」之第三人而為同意搜索，並不違反第四修正案¹²¹。本案中，電腦位於被告妻子Cassie可

¹¹⁷ *Id.* at 662.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.* at 663 (citing: *Schneekloth*, 412 U.S. at 219, 222; *Matlock*, 415 U.S. at 171).

¹²¹ *Id.* (“[W]e have held that even where third-party consent comes from an individual without actual authority over the property searched, there is no Fourth Amendment violation if the police conducted the search *in good faith* reliance on the third-party’s *apparent authority* to authorize the search through her consent.”) (emphasis added).

全然近用的共同區域，且她已向警方表明其可近用該電腦、其與被告也都沒有獨立用戶名稱或密碼，Cassie亦未告知她自身有使用其他電腦，甚至Cassie對警方表示其有安裝間諜軟體，更得以支持Cassie得以近用電腦的結論¹²²。因此，警方依據上開情狀，得以合理認為妻子有權同意搜索¹²³。另外，假設警方在「搜索」電腦時發現了「抹除程式」，上述結論仍然相同，理由是：搜索當下如果依據已經探知所得的客觀情狀，而可認為有「合理性」時，並不受實際錯誤所影響¹²⁴；檢視的警察縱然先發現了「抹除程式」，但並不清楚是誰、為何裝設，因此並不影響本案表現權限的認定¹²⁵。

(二)Buckner案

1.基礎事實

同樣在2006年，第四巡迴上訴法院的Buckner案中¹²⁶，警方接獲檢舉，指稱以Michelle Buckner名義申辦的網路帳戶涉嫌詐欺，警方前往其住處探查時，只有Frank Buckner在其共同住處¹²⁷。員警要求Frank轉知Michelle聯絡警方後離開，不久Frank主動聯絡警方，詢

¹²² *Id.* at 663-64.

¹²³ *Id.* at 664.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.* (“[...]at that time Captain Prindle did not know who installed the eraser program or why it was installed. Therefore, the discovery of the eraser program does not vitiate Cassie Morgan’s apparent authority.”).

¹²⁶ *United States v. Buckner*, 473 F.3d. 551 (4th Cir. 2006).

¹²⁷ *Id.* at 552.

問警方何以要找Michelle，警方則回應是關於一些電腦交易紀錄（computer transactions）的事情，當晚Michelle到警局，稱她不清楚所謂非法的網路交易情事，家中雖然確實也有以她名字租用的電腦，但她只是偶爾玩玩接龍而已¹²⁸。

次日，警方回到上址，欲進一步與Michelle談論網路詐欺的事情，當時Frank不在場，Michelle則完全配合，並告知警方「要什麼自己拿」（“to take whatever [they] needed”）、她「將盡可能地配合」（“want[ed] to be as cooperative as she could be”）¹²⁹。Michelle表示以其名義租用的電腦位在房屋前門進入的客廳桌上，警方徵得Michelle同意後對該電腦執行扣押程序¹³⁰。警方扣押時，該電腦正在運作、螢幕指示燈也亮著，但警方並未開啟任何資料夾，或檢視電腦裡的任何資訊，警方同樣徵得Michelle同意後，將電腦關機、拆卸儲存裝置（data-storage components）帶回鑑識，而發現了Frank相關犯罪證據¹³¹。Frank之後被起訴多起網路詐欺犯罪，被告主張其係唯一可登入該電腦、知悉密碼而檢視系爭檔案的人，本案雖無證據可認被告所述不實，但亦無證據顯示警方在整個過程中知悉有密碼存在，且鑑識也未必需要探知

¹²⁸ *Id.* at 553.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.*

密碼¹³²。

2. 法院意見

基於上述的證據基礎，第四巡迴上訴法院引用 *Matlock* 判決，指出「共同權限」者，係其得以基於自身權利進行檢視，其他共同使用者因而必須承擔風險¹³³。而關於第三人同意搜索被告「受密碼保護檔案」的問題，法院引用前述的 *Trulock* 判決，指出當同居、共同使用電腦者，不知道共用電腦中他人檔案之密碼時，該第三人對該等檔案欠缺同意權限¹³⁴。且在 *Trulock* 案中，法院類推這些私人文件夾為有共同權限的「上鎖盒子」（“locked box”），共同權限者縱然有權同意一般性的搜索，但權限並不自動延伸至各個分散的密閉空間¹³⁵。本案邏輯相同，被告 *Frank* 使用密碼係為排除其他人近用檔案，*Michelle* 亦無共享權限，因此被告並不「承擔」共用者進入密碼保護檔案的「風險」¹³⁶。

不過，在表現權限的層面，本案 *Michelle* 所為的言行，足以顯示其對房屋內任何物品均具備了表現權限：她全力配合警方，且其雖然自稱不懂電腦、只是玩玩接龍¹³⁷，但在整體狀況下，本案的「合理性」，建立在警

¹³² *Id.* (“[T]he Government’s evidence was that its forensic analysis software *would not necessarily* detect user passwords”) (emphasis added).

¹³³ *Id.* at 554.

¹³⁴ *Id.* (citing: *Trulock*, 275 F.3d at 403).

¹³⁵ *Id.* (citing: *Trulock*, 275 F.3d at 403-04; *Block*, 590 F.2d at 539, 541).

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.* at 555.

方知悉電腦位於Frank、Michelle的共同生活區，且電腦開機、螢幕燈亮，警方一開始亦獲悉本案是Michelle名義的帳戶實行詐欺¹³⁸，而電腦又是Michelle租用，其得以在Frank不知情的狀態下返還該租用的電腦，再者，警方在過程中（包括鑑識）也未曾獲知任何檔案有受到密碼保護的情形，因此本案符合表現權限，不違反第四修正案¹³⁹。

(三)Andrus案

1.基礎事實

2007年的Andrus案中¹⁴⁰，執法單位在調查Regpay（提供用戶造訪兒童色情網站的第三方支付公司）的過程時，發現Ray Andrus涉嫌使用該公司服務，經過執法單位查證相關用戶資料、信用卡號碼、駕照、實體郵件紀錄、電子信箱後，進一步鎖定Ray Andrus，但是，其中有一個電子信箱bandrus@kc.rr.com，則與Bailey Andrus（老Andrus）相關¹⁴¹。執法單位繼續調查後，認為本案仍無足夠證據聲請搜索令狀，因此由兩名探員與一名鑑識人員（在車上等）前往，嘗試「敲門打探」（“knock and talk”）、同意搜索的方式進行偵查¹⁴²。當時91歲的老Andrus穿著睡衣應門，同意兩名探員進入、

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *United States v. Andrus*, 483 F.3d. 711 (10th Cir. 2007).

¹⁴¹ *Id.* at 713.

¹⁴² *Id.*

一同坐在客廳，探員於交談過程中，知悉Ray Andrus住在屋內中間的臥室，並在該處照顧其年邁父母，而未另外支出房租¹⁴³。探員在客廳看到Ray Andrus的臥室房門開著，詢問其可否進入，老Andrus表示可以，並且告知探員，老Andrus自己可以在門打開時自由進出，但如果門是關上的話，他都會敲門¹⁴⁴。

後來老Andrus簽署書面，同意搜索房屋及屋內的任何電腦，並帶領一名探員進入Ray Andrus的臥室、指出臥室內有一台電腦，於是另一名探員再帶領鑑識人員進入後，在現場以另一台筆電連結系爭電腦，以EnCase軟體開始鑑識¹⁴⁵。該鑑識軟體無須先確認是否有用戶名稱或密碼，而得以直接讀取硬碟，因此鑑識人員在預覽（preview）時並未注意有無用戶名稱或密碼，直到電腦被帶回辦公室的時候，才發現電腦內有Ray Andrus的用戶個人資料（user profile）¹⁴⁶。此外，在帶電腦回去之前，鑑識人員曾經以影像檔（.jpg）搜尋，發現疑似兒童色情名稱的檔案（夾）後，進一步確認有相關兒童色情物件，後來其中一名探員告知Ray Andrus返回，因此鑑識暫停，直到探員轉述Ray Andrus同意搜索後，再繼續前述偵查作為¹⁴⁷。

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.* at 713-14.

¹⁴⁷ *Id.* at 714. 過程包括詢問老Andrus是否還有其他電腦、網路服務的問

2. 法院意見

關於同意搜索的問題，Ray Andrus爭執老Andrus並非出於自願同意；縱使其有權限同意搜索Ray Andrus的房間，仍無實際權限得以同意搜索電腦，而且老Andrus也無法合理認為有表現權限外觀¹⁴⁸。地區法院認為老Andrus出於自願同意搜索、但無實際權限同意搜索電腦，不過，本案既然有涉及兒童色情的電子信箱與老Andrus相關，老Andrus另外有告知探員他負責支付家中相關網路費用，探員知悉有複數人口住在該房屋，Ray Andrus的房間又沒上鎖，這些情狀使合理的執法人員得以相信家內其他成員得以近用系爭電腦，況且進入臥房之後一望即知有該電腦、可得供任何人使用，因此老Andrus除了自願同意搜索之外，亦具有表現權限¹⁴⁹。

Ray Andrus上訴認為，本案的客觀狀態屬於模糊情境，探員有義務探詢老Andrus相關電腦的實際同意權限問題¹⁵⁰。不過，第十巡迴上訴法院仍然認為老Andrus有表現權限¹⁵¹，理由是：縱使第三人欠缺實際（共同）權限，但其表現權限足以使執法人員合理（縱使錯誤）地相信其有權限者，即屬合法的同意搜索¹⁵²。而合理的執

題，老Andrus稱只有該電腦、有線電視方案包含網路，以及後續聯絡Ray Andrus返回等情節（*id.*）。

¹⁴⁸ *Id.* at 715.

¹⁴⁹ *Id.* at 715-16.

¹⁵⁰ *Id.* at 716.

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² *Id.* (citing: *Randolph*, 547 U.S. at 126).

法人員對客觀、整體環境的探查，是其信賴第三人有無權限的重要依據¹⁵³。倘若搜索標的是物體或容器時，則必須探查該第三人與該搜索標的之關係¹⁵⁴。聯邦最高法院在Randolph判決中，並指出必須在社會廣泛認同期待之脈絡下，藉以評估搜索特定標的之合理性¹⁵⁵。據此，倘若搜索標的是箱子、盒子之類的物體，通常會有較高的隱私期待¹⁵⁶。對於此類有較高隱私期待之標的，執法人員貿然相信第三人有權限同意，可能並「不」合理，尤其是執法人員（應該得以）知悉物主有意排除第三人近用、控制之情形時，更屬如此¹⁵⁷。

第十巡迴上訴法院指出：於本案之前，該院並未審酌過關於家庭電腦的第三人同意問題，而僅處理過物主單獨同意權限與範圍的案例¹⁵⁸。不過，其他法院所處理第三人同意搜索家庭電腦時，則將焦點集中在依據電腦之環境、外觀，是否得認定被告對該電腦或其內資料有

¹⁵³ *Id.* at 717 (citing: *Rodriguez*, 497 U.S. at 188; *Kimoana*, 383 F.3d at 1222 (“[W]here an officer is presented with ambiguous facts related to authority, he or she has a duty to investigate further before relying on the consent.”)).

¹⁵⁴ *Id.* (citing: *Matlock*, 415 U.S. at 171).

¹⁵⁵ *Id.* (citing: *Randolph*, 547 U.S. at 111-12).

¹⁵⁶ *Id.* (citing: *Block*, 590 F.2d at 541; *United States v. Salinas-Cano*, 959 F.2d 861, 865 (10th Cir. 1992)).

¹⁵⁷ *Id.* (citing: *Salinas-Cano*, 959 F.2d at 865-66).

¹⁵⁸ *Id.* (citing: *United States v. Brooks*, 427 F.3d 1246, 1249-53 (10th Cir. 2005); *United States v. Tucker*, 305 F.3d 1193, 1202 (10th Cir. 2002); *United States v. Carey*, 172 F.3d 1268, 1276 (10th Cir. 1999)).

主觀合理隱私期待¹⁵⁹。此外，其他法院的判決也將電腦比擬為容器，而依此考慮隱私期待¹⁶⁰。一般來說，依照個人電腦使用的普遍性，通常也是物主個人（高度）私密資訊的儲存庫，而無意與他人分享¹⁶¹。從而，電腦內資訊的問題，可參照物主是否對於箱子「上鎖」，以其物理排除之狀態，表現其主觀合理隱私期待¹⁶²。不過，電腦是否「上鎖」，或者合理的執法者是否（應該得以）知悉電腦「上鎖」，與一般物理的箱子畢竟不同，尤其是已關機的電腦是否「上鎖」，並不明顯；亦即，密碼雖然也有「上鎖」的功能，但是要開機或使用時才能知道¹⁶³。據此，電腦搜索的第三人同意問題，關鍵是執法人員是否知悉，或應該合理懷疑有密碼保護電腦或檔案¹⁶⁴。此一問題，必須考量電腦在家中的位置、家庭成員是否得以近用的區別外觀¹⁶⁵。倘若電腦位於家中公共

¹⁵⁹ *Id.* (“[O]ther courts have, ... analyzed third party authority to consent to the search of a home computer, focusing on ... where it is unclear from a visual inspection of the outside of the computer whether the computer’s owner has manifested a subjective expectation of privacy in the computer or its data.”).

¹⁶⁰ *Id.* at 718 (citing: *United States v. Aaron*, 33 Fed. Appx. 180, 184 (6th Cir. 2006) (unpublished); *Trulock*, 275 F.3d at 403).

¹⁶¹ *Id.* (citing: *United States v. Gourde*, 440 F.3d 1065, 1077 (9th Cir. 2006) (en banc) (Kleinfeld, J., dissenting); *Salinas-Cano*, 959 F.2d at 864).

¹⁶² *Id.* (citing: *Block*, 590 F.2d at 537).

¹⁶³ *Id.* at 718-19.

¹⁶⁴ *Id.* at 719 (citing: *Trulock*, 275 F.3d at 398, 403; *Morgan*, 435 F.3d at 663; *Aaron*, 33 Fed. Appx. at 184).

¹⁶⁵ *Id.*

區域、而家庭成員未受排除使用時，通常會認定有表現權限¹⁶⁶。反之，當第三人已經明確否認得以近用、控制電腦或其中部分檔案時，即便電腦位於家中共用區域，法院並不認為有表現權限¹⁶⁷。

本案中，Andrus一家的電腦位於Ray Andrus的臥房，而非公共區域；但老Andrus可以毫無阻礙地進入該房間，執法人員雖未詢問老Andrus關於電腦的特定問題，但老Andrus也沒有提及此類的事情，儘管老Andrus對其是否使用該電腦並未有肯定陳述，而電腦中的用戶資訊，也顯示Ray Andrus有意排除其他家庭成員使用該電腦¹⁶⁸。但本案必須討論的是，合理的執法者於當時的整體情形，是否會懷疑老Andrus的同意效力，而未進一步探知即開始動作¹⁶⁹。換言之，如果當時的整體情況合理顯示老Andrus得以對該電腦共同近用、控制的話，執法人員並無義務提出探知問題¹⁷⁰。

巡迴上訴法院接著表示：依據地區法院認定的事實¹⁷¹，執法人員知悉老Andrus是屋主、與其他家庭成員

¹⁶⁶ *Id.* (citing: *Buckner*, 473 F.3d. 555-56; *Morgan*, 435 F.3d at 663-64; *United States v. Smith*, 27 F. Supp. 2d 1111, 1116 (C.D.Ill. 1998)).

¹⁶⁷ *Id.* at 719-20 (citing: *Trulock*, 275 F.3d at 403).

¹⁶⁸ *Id.* at 720.

¹⁶⁹ *Id.*

¹⁷⁰ *Id.* (“[I]f the circumstances reasonably indicated Dr. Andrus had mutual use of or control over the computer, the officers were under no obligation to ask clarifying questions”).

¹⁷¹ *Id.* (“[T]his court must accept the factual findings of the district court unless those findings are clearly erroneous.”).

共住，且該處可以上網、網路費用由老Andrus支付，而bandrus@kc.rr.com這個電子信箱被用來在兒童色情網站註冊，老Andrus可以自由進出Ray Andrus的房間，探員又可在房間內一望即知有系爭電腦，該電腦因而呈現得為家庭成員共用的狀態¹⁷²。甚而，探員要求搜索電腦時，老Andrus並未表現其無使用或控制權限，現場鑑識電腦時，老Andrus仍然對自身有無權限未置一詞，也無紀錄可認定執法人員鑑識時知悉已存在用戶名稱及密碼¹⁷³。另外，雖然Ray Andrus與本判決不同意見的法官，都認為電腦使用密碼保護才是常態，但此一事實並非毫無爭議，也無充足證據可以認定；則本案顯示的整體情況，得以客觀合理相信老Andrus是電腦的使用者之一，具有表現權限¹⁷⁴。

3. McKAY法官的不同意見

值得注意的是，本案有McKAY法官提出不同意見，其指出：多數意見認為關鍵為執法人員是否知悉或應合理懷疑密碼保護，值得贊同；但關於執法人員承擔探知義務的程度則有問題；換言之，多數意見隱含著，執法人員得以透過第三人同意，使用鑑識軟體而無視密碼保護，即達成表現權限的同意搜索¹⁷⁵。多數意見雖正確地將電腦類推為「容器」，但既然已經承認個人電腦使用

¹⁷² *Id.* at 720-21.

¹⁷³ *Id.* at 721.

¹⁷⁴ *Id.* at 721-22.

¹⁷⁵ *Id.* at 722 (McKAY, J., dissenting).

的普遍性、且屬物主私密資訊的儲存庫、無意與他人分享，卻又要求被告證明自己的主觀合理隱私期待依據，並不合理¹⁷⁶。執法部門使用EnCase這類的鑑識軟體即可無視密碼，等同迴避電腦受第四修正案的保護；電腦物理外觀看不到「鎖」，不代表它沒有「鎖上」，例如開機、登入畫面，都仍然可以表現出電腦受密碼保護的情形¹⁷⁷。

再者，執法人員本來就熟知EnCase得以無視密碼的功能，而本案鑑識人員發現被告電腦未開機後，是直接將筆電連接後鑑識，代表其於動作前並未有任何確認為，而是在帶回鑑識辦公室時才發現相關用戶資訊¹⁷⁸。多數意見肯認執法人員並未向老Andrus探知相關電腦的知識、也未向其探知被告有無使用密碼，但又認為老Andrus並未否認其近用、控制權限，卻同時亦忽視電腦位於Ray Andrus的小房間內，此時何以不會造成所有權狀態的模糊情境（ambiguous situation），令人不解¹⁷⁹。況且，執法人員確認電腦相關權限之負擔程度相當輕微，探員既然問了老Andrus其有無付房租、能否進入Ray Andrus房間等問題，以確認同意搜索的權限，但執法人員沒有問老Andrus是否使用該電腦、有無Ray Andrus的

¹⁷⁶ *Id.* at 722-23 (McKAY, J., dissenting).

¹⁷⁷ *Id.* at 723 (McKAY, J., dissenting).

¹⁷⁸ *Id.* at 723-24 (McKAY, J., dissenting).

¹⁷⁹ *Id.* at 724 (McKAY, J., dissenting).

密碼¹⁸⁰，該房屋僅有一台電腦，老Andrus也僅同意搜索電腦（單數名詞），而執法人員也沒有再次詢問有無其他電腦存在，亦曾有陪同到場的當地警方證人表示老Andrus曾向其妻子稱探員要搜索被告的電腦，這些跡證都足以引起合法執法人員懷疑老Andrus是否有實際同意搜索的權限¹⁸¹。此外，探員雖然證稱，他們僅在知道老Andrus一同支付有線電視、網路費用帳單時，曾經因為懷疑其有無權限同意而暫停搜索，但地區法院的紀錄顯示探員們在上門前就調查過這些資料，這些事證均得以顯示當時同意權限的模糊情境，因此探員未進一步探知即使用EnCase鑑識，並不足以受到正當化¹⁸²。

此外，依據其餘案例法的指引，並基於密碼保護的重要性、普遍性，及EnCase或類似軟體無視密碼的特性，於電腦的同意搜索問題，應由執法人員探詢、其他確認方法以認知有無密碼保護，若有，則進一步詢問同意者關於密碼及使用的共同權限問題¹⁸³。最後，本案被告同意搜索之前，是否已經知悉其電腦已遭受搜索而發現犯罪事證，導致其同意是否係自願並不明確，因此本案應該撤銷發回重新調查這部分的事實¹⁸⁴。

¹⁸⁰ *Id.*

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Id.* at 724-25 (McKAY, J., dissenting).

¹⁸³ *Id.* at 725 (McKAY, J., dissenting) (citing: *Rodriguez*, 497 U.S. at 188; *Kimoana*, 383 F.3d at 1222).

¹⁸⁴ *Id.*

肆、評釋：兼論我國法的適用

一、第三人同意搜索的基礎

關於同意搜索的議題，出發點大致上都是個人得以自行決定拋棄權利¹⁸⁵。因此，倘若單純地從「權利拋棄說」作為同意搜索的基礎，一般性的同意搜索並不難解，本文從之。但到了「第三人同意搜索」的層次，必然要處理的是：第三人如何「拋棄」他人權利的問題。本文觀點如後。

(一)共同權限

美國法在共同權限的問題，係植基於共同權限者本身有近用、檢視的權限¹⁸⁶；據此，共同權限者自身也可以決定此一權限如何，以及由何人代為行使¹⁸⁷。舉例而言，甲、乙合租某房屋，各自得以單獨使用客廳，某甲應該有權邀請其他朋友入內同坐，也有權限自己請水電工到房屋的雜物間檢查走線或配電，而不需要某乙的特別授權。但這樣使用、檢查共同空間的權限，原則上並不及於某乙的房間。因此，在某甲「行使共同權限」的角度來看，某甲並不是「拋棄」了某乙的權利，而是「行使」了自己的權利¹⁸⁸。

¹⁸⁵ 參本文貳、一、(一)。

¹⁸⁶ 參考例如前述Matlock判決 (Matlock, 415 U.S. at 171, n. 7)。

¹⁸⁷ 參考例如前述Fernandez判決 (Fernandez, 571 U.S. at 298)。

¹⁸⁸ 另一種可能的操作走向是：共同權限的基礎，既然在於共同使用者本

但在上述事例中，從某乙的角度看，其權利是否「被」拋棄？本文認為：共同權限與單獨權限的基本不同，在於任何一個共同權限者在行使權利時，都無法如同單獨權限狀態下的隨心所欲。當個人於自身開啟、參與（或不脫離）共同支配特定空間或物件、形成共同權限的類型時，勢必需要忍受其他共用者帶來的不便。至於被告「承擔」的「風險」，實際上是因為其他共同權限者行使權利時，自身必須受到影響的狀態，並不是他人違法的侵害，也不是被告自身權利「被」拋棄。據此，共同權限者既然得以自由決定如何、由何人代為行使自身檢視權限，他人（包括警察）則得以獲得授權而行使相同權限。所為被告必須「承擔風險」，毋寧只是在描述被告自身在「共同」使用空間、物件時，所應具備而能預見其將受到影響的生活經驗，而不是自己的權利「被」拋棄¹⁸⁹。

身的權利行使，因此「轉由」國家執法人員行使時，執法人員可得作為的技術、能力及範圍，不應該超越私人（亦即，「國家性」的考量）。但此一論理，本身可能反而與「單獨同意搜索」不相容（否則，單獨同意搜索時，執法機關理論上也不應該透過鑑識或其他專業技術，超過私人能力而查知相關程式碼、日期戳記等科技資訊），而且將可能造成共同權限的搜索範圍，取決於單一共同權限者專業知識，而非綜合因素的判斷，因此本文並不採用。

¹⁸⁹ 據此觀點出發，被告是否到場實際反對（前述Randolph判決），或出於自己的原因、導致無法到場主張權利（前述Fernandez判決），同樣得以從客觀生活經驗出發、個人得以預期（或說，無法信賴自己不被逮捕）的情狀，區分是否應「承擔風險」。因此，以被告是否「實際到場」的形式，是原則上可以採用的區分標準。

從而，「共同權限」的基礎，既然沒有脫離行使自身權利的基礎，那麼共同權限者各自或共同的權限範圍，也決定了其得以行使權利之類型、範圍與方式。因此，在決定「共同權限」者的「同意」搜索是否有效（亦即，是否在權限範圍之內），必須在具體案例中，透過證據檢視共同權限人的關係、空間或物件情狀，以認定權限類型、性質、比例的問題¹⁹⁰。舉例來說，同住一屋的夫妻甲、乙，各自有權在共同使用的客廳、廚房甚而書房的櫃子、抽屜找尋物品，但應無權任意檢視另一方放置在上述處所的個人手機。自此角度，縱使某甲同意警方搜索共用的客廳、廚房或書房，其同意範圍不及於位在該等區域的某乙手機內容。

（二）表現權限

美國法在表現權限的理論脈絡，係以第四修正案的「合理性」作為根據¹⁹¹，而脫離了同意搜索、共同權限的權利拋棄（移轉行使）內容¹⁹²。由於我國法關於搜索的整體規範，抑或同意搜索的條文文字構造，與美國第

¹⁹⁰ 自本文觀點，前述最高法院109年度台上字第5631號判決（本文同前註10），指出：「……根據前述基本權拋棄之說明，此所謂之『共同權限』仍應指具有共通進入、接近與相互使用2種完整管領支配權限者，始得稱為適格之同意權人」，是值得贊成的見解。

¹⁹¹ 參考例如前述Rodriguez判決（Rodriguez, 497 U.S. at 184-85, 188）。

¹⁹² 亦即，「單獨權限」或「共同權限」，仍是出於有權限者的「同意」搜索（只是共同權限加上了被告必須「承擔風險」的說理）；至於「表現權限」是實際上全然無權限者的「同意」，而以「合理性」作為建構依據。其等理論基礎，有根本的不同。

四修正案的「合理性」仍有不同；且直接適用表現權限，也可能造成法律未規定而限制被告基本權的嫌疑。據此，本文認為，在我國法的解釋上，目前無法直接移植「表現權限」¹⁹³。

必須附帶說明的是：美國法已經普遍承認「表現權限」，但其以「表現權限」正當化第三人同意搜索的案例，未必就會是最後確認的類型¹⁹⁴；其仍然可能透過證據探究與事實區辨，於個案改以「共同權限」的方式認定。這個問題，關鍵在於美國法得以「共同權限」與「表現權限」，一併作為正當化「第三人同意搜索」的依據，因此對於事證的探究，可能相對有其細節的限度¹⁹⁵。不過，應用於我國法時（至少在目前為止），

¹⁹³ 此一見解已見：薛智仁，同前註5(一)，版5。據此，我國實務接受共同權限、但傾向否定表現權限的結論（參同前註10、11實務見解），亦值肯定。

¹⁹⁴ 對照前述美國法的「表現權限」案例而言，Morgan案中，妻子自身有自己使用的電腦，可能未必就會減少系爭電腦的使用；倘若認為妻子本身縱有單獨使用的電腦，與系爭電腦的共同使用狀況並無關連（且被告無其他保護機制）時，或許也可能認定成為共同權限，而得以正當化該案的同意搜索。

至於Buckner案，其電腦內容的使用狀況仍然處於模糊情境，執法人員有必要再行探知；如果僅依據該案判決呈現的事實，同意搜索者已經自稱「只是玩玩接龍」，而沒有其他進一步的資訊時，被告設定密碼的檔案並不在共同權限的範圍。在Andrus案中，電腦內容的問題同樣處於模糊情境，執法人員並未履行探知義務，僅依照該判決呈現的事實，執法人員明顯地亦非針對老Andrus為嫌犯而開始偵查作為，甚而老Andrus是否確實有使用過該電腦，恐怕也還不清楚，在此情形，無法認定共同權限。

¹⁹⁵ 例如：2016年第十一巡迴上訴法院的Thomas案件中（*Thomas*, 818

「共同權限」或「表現權限」的差異，仍然會是「第三人同意搜索」合法與否的分界。從而，倘若未來我國產生類似美國的案例情節時，不宜逕自引用比較法的判決認定結論，而仍需進一步確認事實細節。

(三)「合理性」於我國法適用仍有實益

我國法雖不能直接適用表現權限，但並不代表美國

F.3d 1230, 同前註48)，被告涉嫌明知而以網路觀覽兒童色情圖片，該案係由被告妻子發現置於共同臥室、共同使用且彼此知悉密碼之電腦（但被告因為在家工作，是主要使用者），經回復瀏覽紀錄後有兒童色情圖片，嗣後妻子於被告在屋內睡覺時，報警並同意警方觀看疑似兒童色情名稱的連結網址、鑑識及扣押電腦，且告知警方被告會刪除造訪紀錄、封鎖彈出視窗與垃圾郵件（*id.* at 1233-34）。被告醒來、經警方告知後，未同意繼續搜索，警方暫停後將電腦扣回，以避免滅證，嗣聲請搜索令狀獲准而查獲相關事證（*id.* at 1235-37）。巡迴上訴法院認「Randolph法則」以反對者實際在場表示為必要，且警方無義務喚醒睡眠中的被告，至於「Randolph法則」是否僅適用於住居所，或可及於物件，雖有不同見解，但本案被告醒後未同意繼續搜索時，警方業已停止搜索，因此此一爭點並不重要（*id.* at 1240-41）。重點在於，妻子是否有實際或表現權限同意電腦鑑識（“[...] whether [she] had actual or apparent authority to consent to a forensic search of the computer”），但本案被告並沒有透過區別用戶登入、密碼或其他方式，排除妻子共同近用電腦或網路紀錄的權限（針對密碼保護，並引用 *Trulock*, 275 F.3d at 403 及 *Andrus*, 483 F.3d at 718-20），而最高法院在 *Riley* 判決中雖類比手機近乎搜索房屋，但 *Matlock* 案中也是搜索房屋，因此第三人同意之關鍵在於共享權限而承擔風險，不論電腦或房屋皆然（*id.* at 1241-42）。另外，法院也特別指出，即便本案違法搜索，也適用獨立來源例外（*independent source doctrine*），亦即被告爭議部分縱使去除，仍可得出相同結論（*id.* at 1243-44）。以上述 *Morgan*、*Thomas* 兩案而言，都是被告未能排除妻子近用電腦或網路瀏覽紀錄的情形，但兩者關於「第三人搜索」的正當化依據，並不完全相同。

法的「合理性」，在我國法均無考量的可能或實益。首先，「合理性」仍有可能協助釐清共同權限的界線。例如前述的Randolph案（現場明示反對），既然已經出現「現場明示反對者」，此時共同權限人「自身」的近用、檢視權限雖然不受到影響，但其移轉給特定他人行使之權限，已經受到另一名共同權限者明確宣示反對，此時權利行使與否既然發生衝突而無法排除，警方在此情形，也不能基於自身的利益而選擇特定立場、進而執行「同意搜索」。於此脈絡，我國法同可參照，而將「合理性」作為「共同權限」的參考（限縮）因素。

其次，程序法並不禁止有利基本權的類推，「合理性」仍然可以在權利保障的角度，審視執法作為。換言之，該要素得用以檢驗執法人員本身的作為是否「合理」，以進一步保障被告的基本權利。據此，當執法人員對於同意搜索之（共同）權限產生「模糊情境」時，執法人員的偵查作為必須具備合理性，而有義務探知同意（共同）權限的實際情形¹⁹⁶。倘若執法人員違背此一探知義務時，可於具體個案連結程序違法情節，而在證據排除的層次產生重要實益¹⁹⁷。

¹⁹⁶ 並參同前註75。

¹⁹⁷ 刑訴第158條之4立法理由：「……法官於個案權衡時，允宜斟酌（一）違背法定程序之情節。……」。另外，如果執法人員惡意迴避或忽略探知義務，也有可能成為權衡排除的參考因素（同上立法理由「（二）違背法定程序時之主觀意圖。……」）。

二、電子設備的特性

(一)「容器類推」及其界限

硬體、軟體與網際網路的蓬勃發展，使得人們應用更加便利且多元；資訊科技的資訊生成、處理、儲存與傳輸，不僅影響一般生活，也讓刑事程序必須與時俱進¹⁹⁸。關於如何處理「搜索」電子設備的議題，美國法院實務上，過去雖然不無遲疑見解¹⁹⁹，但大致已趨向「容器類推」²⁰⁰，而將儲存資訊的電子設備當作「容器」，開展相關認定²⁰¹。

不過，電子設備的進展，讓資訊的儲存量體相當龐

¹⁹⁸ 參施育傑，科技時代的偵查干預處分——兼論我國法方向，月旦法學雜誌，306期，2020年11月，頁154-155（及該文註腳2文獻）。

¹⁹⁹ 例如：United States v. Runyan, 275 F.3d 449, 462 (5th Cir. 2001)，將硬碟以容器類推方式處理（“[...] we address whether the police exceeded the scope of the private search when they examined the entire collection of ‘containers’ (i.e., the disks) turned over by the private searchers, [...].”）（emphasis added）（*cf.* also KERR, *supra* note 18, at 389-99），但仍在註腳中（n.13）強調並非完全認定「封閉容器」的描述（“We reiterate the caveat that we are assuming without deciding that the parties are correct in their characterization of computer storage devices as ‘closed containers’.”）（emphasis added）。

²⁰⁰ See, e.g., United States v. Wright, 838 F.3d at 885 (7th Cir. 2016) (“[A]s several of our sister circuits have observed, in this context computers are akin to closed containers: The information that they ‘contain’ is usually not readily observable without some further investigation.”). 其餘相關整理參照：施育傑，同前註72，頁218-223。

²⁰¹ 相關整理可見施育傑，同前註72，頁218-222（案例）、367-369、374-378（分析）。

大²⁰²；其透過網際網路延伸至「雲端」的處理功能，讓其儲存功能更趨近無限²⁰³。因此，電子設備儲存的資訊質、量，終究與一般「容器」所能容納者有所不同。從而，當「容器類推」可能對隱私權產生不利的影響時，美國法院實務上也有解除「容器類推」的見解。舉例來說，在附帶搜索的層面，2009年俄亥俄州最高法院在Smith案中²⁰⁴，即表明不應採取「容器類推」，其中的一個主要論點，即是手機存放大量數位資訊，與密閉容器內有限的物理狀態不同²⁰⁵。後來在不同巡迴上訴法院在若干案件中，也有認為附帶搜索手機不應「容器類推」²⁰⁶。2014年，聯邦最高法院在Riley v. California一案

²⁰² 參施育傑，同前註72，頁31、50。

²⁰³ 就此科技影響層面，可以說是跨越不同比較法的考量點，例如：德國（線上搜索案）：BVerfGE 120, 274 (303 ff.); 《網路犯罪公約》第19條（對於已儲存之電腦資料搜索及扣押）。為避免議題過大而失焦，本文就上述裁判、條約不多做論述，其相關翻譯、整理，可參照施育傑，同前註72，頁143-144、460。

²⁰⁴ State v. Smith, 124 Ohio St.3d 163 (2009). 基礎事實：Northern用藥過度被送到醫院，後來同意與到場警方合作，聯繫上游毒販Smith、約在Northern住處交易毒品，過程均經警方記錄，後來警方逮捕到場的Smith，並在其身上扣得手機、在現場扣得古柯鹼；警方後來（部分在警局完成）檢視手機內容，發現相關號碼與通話紀錄（*id.* at 163-64）。

²⁰⁵ *Id.* at 168 (“[E]ven the more basic models of modern cell phones are capable of storing a wealth of digitized information wholly *unlike* any physical object found within a closed container. We thus hold that a cell phone is *not a closed container* for purposes of a Fourth Amendment analysis.”) (emphasis added).

²⁰⁶ United States v. Flores-Lopez, 670 F.3d 803 (7th Cir. 2012); United States v. Wurie, 728 F.3d 1 (1st Cir. 2013).

中²⁰⁷，明確指出「手機」的功能相當多樣，與一般可附帶搜索之物件所含質、量有所不同²⁰⁸。尤其手機儲存容量相當龐大，與一般附帶搜索受到物理限制、導致有限的資訊範圍，其間也有明顯區別²⁰⁹。從而，附帶搜索之範圍並不及於手機內容²¹⁰。

綜上，電子設備雖然得以用「容器類推」作為考量原則，但其與一般物理容器所能容納之資訊質量、延伸的使用方式（例如連結雲端），既然存在相當不同之處²¹¹；因此，在規範解釋權利保障的角度，電子設備及其內容資訊本身的實際特性，反而會相當程度地影響規範解釋與適用²¹²。此一特性，於解釋同意搜索及其相關

²⁰⁷ Riley v. California, 573 U.S. 373 (2014). 引介參：溫祖德，同前註14，頁206-214。

²⁰⁸ *Id.* at 393 (“[C]ell phones differ in both a quantitative and a qualitative sense from other objects that might be kept on an arrestee’s person. [...] many of these devices are in fact minicomputers [...]. They could just as easily be called cameras, video players, rolodexes, calendars, tape recorders, libraries, diaries, albums, televisions, maps, or newspapers.”).

²⁰⁹ *Id.* (“[O]ne of the most notable distinguishing features of modern cell phones is their immense storage capacity. Before cell phones, a search of a person was limited by physical realities and tended as a general matter to constitute only a narrow intrusion on privacy.”).

²¹⁰ *Id.* at 403.

²¹¹ 亦即，關於搜索電子設備的「載體」與「資訊」，兩者必須分開觀察。對此並可參施育傑，數位證據的載體、雲端與線上取證——搜索扣押與類型化的觀點，裁判時報，64期，2017年10月，頁57-63。

²¹² 例如本文相關美國法「同意搜索電子設備的案例」中，「上鎖」與「密碼」存在著類似性（是否隔絕他人）或不同處（是否目視可見），即為重要關鍵，並詳後述。

類型時，同樣是必須注意而可能轉折的地方。

(二)應用於第三人同意搜索的問題

在第三人同意搜索電子設備的議題上，關於電子設備是否適用「第三人同意搜索」的層面，法院實務大致採取肯定見解²¹³。但其如何適用，其核心疑義在於：「容器」雖然還是類推的基礎，但「密碼」類同「上鎖」、卻又難以直接觀察、得由鑑識軟體忽略保護機制的特性，成為關鍵的難解因素。

詳言之，一般物理性質的「容器」，被告可以透過「上鎖」及其物理呈現方式，藉以隔離他人的支配權限，並宣示個人對其內容的高度隱私期待²¹⁴。在此情形，「共同權限」的同意範圍，並不及於該「上鎖容器」之內，也不會具備「表現權限」的外觀²¹⁵。而電子

²¹³ 除本文前述各該案例（電腦）之外，第六巡迴上訴法院於2018年的U.S. v. Gardner, 887 F.3d 780 (6th Cir. 2018), 亦明確指出手機適用第三人同意搜索（“[...] the third-party consent exception to the warrant requirement applies to cell phones all the same, just like other essential ‘effects’ protected by the Fourth Amendment.”. *Id.* at 783-84）。巡迴上訴法院於Gardner案中，認定該第三人具備表現權限外觀。理由是：在未成年人性販運的案件中，該未成年第三人使用該手機聯絡客戶、與客戶約會期間也只持有該手機，且其知悉手機密碼，並將該手機交給警方，任何一個合理的執法者均會認為其實際支配該手機（*id.* at 784）。即便該第三人曾告知警方手機所有人是被告，也仍然可認為有共同權限的表現外觀（*id.*）。

²¹⁴ See *Block*, 590 F.2d 535, 541.

²¹⁵ 被告既然已經隔絕第三人對容器內容的支配力，則第三人縱使「同意」搜索上鎖容器，也無法「表現」自身有同意權限的外觀；倘若執法人員逕自以強制力開鎖，無法透過所謂的「合理性」正當化。

設備及其內容（以下簡稱「電子設備」）的密碼保護機制²¹⁶，也類同「上鎖」性質，同樣可以隔絕他人支配、並據以表達其欲保護自身資訊隱私²¹⁷。但是，電子設備本身的「上鎖」機制（＝密碼保護），一方面不容易目視可見，另一方面又可透過鑑識軟體直接忽略，導致電子設備縱使客觀上存在密碼，但其保護功能趨向無用化²¹⁸，也難以一般性地標示出個人的合理隱私期待。此時，倘若要讓電子設備的密碼發揮原來的作用，顯然無法比照「上鎖」的「物理外觀」而尋求解決方式。因此，探求「上鎖外觀」本身以外的事證或程序，應該是較為可行的方法。

（三）解決方式

何謂探求「上鎖外觀」本身以外的事證或程序？具體來說，藉由強化觀察外部環境、物件的客觀狀態，避免僅因概括的近用外觀，而恣意地擴張第三人同意搜索範圍；另外，透過執法人員的探知義務，得以使「密

²¹⁶ 以一般使用電子設備的經驗來說，密碼基本上在兩者呈現保護機制的功能：第一是登入電子設備本身的密碼（＝電子設備的密碼），第二則是具體內容檔案或資料的密碼（＝電子設備內容的密碼）。但為行文簡要、且不至於妨礙論述與理解，本文以下均以「電子設備」簡稱之。

²¹⁷ 參前述 *Trulock* 判決（*Trulock*, 275 F.3d at 402-03）、*Buckner* 判決（*Buckner*, 473 F.3d. at 553-54）、*Andrus* 判決（*Andrus*, 483 F.3d. at 718）。

²¹⁸ 如果對照一般物體，打個比方：這就如同允許執法人員取得第三人同意後，無令狀使用X光機透視所有上鎖容器內容。

碼」一定程度地回復其作用。

首先，從電子設備所處的區域、電子設備本身的物件性質強化觀察，可以得出是否有同意權限的初步結論。以前述Morgan案（電腦位在共用區域）、Buckner案（電腦位於共同生活區）為例，其電腦的位置，或許可認為屬於共同權限範圍；但該二案件中，電腦本身是否呈現特殊外觀、具體有無其他細節，並不清楚，應該還需要釐清。但在Andrus案中，電腦既然位於被告房內，而老Andrus僅在被告門開啟時得自由入內，那麼老Andrus是否能一般性地近用系爭電腦，就顯得相當可疑，而無法僅據外部環境認定共同權限。

其次，透過執法人員的探知義務，可以進一步深入確同意權限，並回復密碼的效用。以前述具備「密碼」的案件為例，Buckner案的Michelle已經自稱其不懂電腦、只是玩玩接龍，而當時系爭電腦正在運作、螢幕指示燈也亮著，執法人員得以簡要地詢問現場電腦運作、登入或密碼情形²¹⁹。Andrus案中，老Andrus的同意權限已經在外觀呈現模糊情狀，執法人員有進一步探詢電腦使用狀況、帳號與密碼的義務。

²¹⁹當然，也可能在監督機制下，以一般使用方式確認有無密碼保護機制。不過，這樣的操作是否可能與鑑識原則抵觸，必須要有更清楚的案件內容及專業資訊，因此本文不列為建議方式。

三、同意搜索與電子設備：我國法適用的建議

(一)一般性的應用標準

單獨同意搜索電子設備時，考量同意權單一、且同意人可支配該電子設備內的資訊，其與一般「容器類推」並無特別不同。此時，可得搜索與否、得以搜索之範圍，均取決於同意權人的自願性。不過，必須注意的是，電子設備如果與網際網路連結時，同意權人可能無法預見有取得「容器外」資訊的問題，而可能發生同意搜索範圍的爭議。就此，本文認為：於同意搜索電子設備時，不宜僅告知或記載搜索客體為「電磁紀錄」，建議於自願受搜索同意書面一併記載「自該設備延伸而空間分離之儲存設備內，與本案相關之（特定資料）電磁紀錄」，以避免爭議²²⁰。

(二)共同權限

雖然電子設備的內容有無經過部分「上鎖」，沒有辦法僅從設備外觀確認，但仍可透過本文前述案例歸納與理論基礎，確認個案中對於內容資訊的共同使用權限，避免僅以載體的占有、支配形式作為判斷標準。本文認為，判斷的步驟可以從搜索順序觀察，以區域－物件－內容之三層次，依序判斷。

首先，「區域」的參考指標，例如電子設備位於何

²²⁰ 此類記載方式之建議，可參照施育傑，同前註211，頁69（於今狀）。

空間、何種置物平台²²¹。其次，「物件」本身的參考指標，例如電子設備的類型、功能²²²、外觀有無可得區分單獨或共用的特徵²²³，越貼近個人使用的電子設備，共同使用的可能性也應該越低²²⁴。最後，「內容」的判斷，則應透過執法人員的探知義務而確保，以進一步確認同意搜索者，對相關電子設備的「內容」具有共同權限。諸如詢問同意搜索者相關購買、使用知識²²⁵，或在不違背鑑識原則之下，由執法人員確認設備本身的使用、密碼狀況²²⁶、資料夾的特殊名稱或各種可能的資訊²²⁷，並可於鑑識時，與同意搜索者所回答的問題相互比對²²⁸。

²²¹ 例如：共用區域的客廳，或個人單獨的臥房；客廳餐桌上或個人臥房的書桌抽屜。

²²² 例如：桌機、電競筆電、文書筆電、手機型號、外殼或使用架。

²²³ 例如：筆電上有無個人姓名貼紙、手機殼外型、顏色或飾品。

²²⁴ 例如：手機因其性質本即貼近個人使用，縱使置放於同一居住空間，原則應非共同權限所及。

²²⁵ 例如：購買時間、購買價錢、如何購買；如何開機、有無各別單獨使用者名稱、使用者資料、主要用途或密碼為何。

²²⁶ 例如：有無相關的用戶、密碼或登入欄位。必須說明的是：針對不同的電子設備，可能有不同的鑑識步驟，因此本文並未建議以重開機、操作電子設備的模式確認上述事項。不過，執法人員見到電子設備的當下，該物件可能仍在運行之中，仍然可能知悉相關設備使用或密碼狀況（例如畫面就停在要輸入使用者帳號／密碼的狀況），此時不應「裝成」沒看到而特意迴避。

²²⁷ 例如：特殊的資料夾名稱、使用時間、瀏覽網址或設備的地理定位資訊等。

²²⁸ 例如：鑑識過程中，倘若發現相關資料與同意搜索者所回答者差異甚多時，就應該懷疑其同意權限相當可疑。

本文上述建議，目的在於透過事前的程序確認，將「偽」共同權限的風險降到最低。尤其電子設備內容所得以獲得的資訊相當廣泛，鑑識技術又可以使密碼、保護機制無效化；倘若僅由支配載體的第三人貿然同意後即可全面性地搜索，這時候的電子設備，可能不僅有「容器」的性質或作用而已，反而比較像是「任意門」或「百寶袋」，而得通往任何地方、取得任何物品，但卻欠缺保護機制，並不妥適。最後，倘若同意搜索者實際上並無共同權限時，執法人員是否履行探知義務，亦可作為證據排除的重要參考因素²²⁹。

(三)表現權限

依據本文意見，我國法不能直接引用表現權限，因此關於同意搜索電子設備的問題亦同。不過，實務見解的動向，是否可能轉往承認表現權限的類型，還在未定之天。倘若將來承認了表現權限，本文仍然建議，應該在搜索電子設備的議題上，參酌前述的判斷步驟。

伍、結 論

據上，簡要整理本文觀點如後：

一、在美國法的案例中，同意搜索的原始基礎是權利拋棄。同意搜索可基本區分為兩種類型，分別是共同權限與表現權限。共同權限的核心，是因為共同權限者

²²⁹ 參同前註197（刑訴第158條之4的立法理由）。

有權近用、控制空間或物件，而得基於自身權利同意受檢視，從而被告「承擔」受到搜索的「風險」。至於表現權限，是以搜索的「合理性」為根據。

二、美國法針對同意搜索電子設備的問題，以「容器類推」作為基礎，並且以密碼作為重要的參考點。但在表現權限的案例中，無法藉由設備外觀查知密碼，鑑識方法亦可忽略密碼存在，因此密碼影響的作用降低。

三、本文認為，我國法得以適用單獨同意搜索與共同權限，但不能支持表現權限的類型。但美國第四修正案的「合理性」，可以在我國法及具體個案之中參照衡酌，尤其是適當界定（限縮）共同權限範圍、作為執法人員事前探知義務的基礎，並可成為證據排除的審查依據。

四、本文建議，同意搜索電子設備，宜於書面載明是否包括透過網路延伸儲存空間的電磁紀錄。在共同權限的類型，應依照區域－物件－內容三個層次，透過具體情狀的不同、執法人員的探知義務，以事前程序釐清電子設備的使用權限。若屬違法搜索，探知義務之履行與否，亦可作為證據排除的參考因素。

參考文獻

一、中文文獻

- 王兆鵬（1999）。經同意之搜索。*法學叢刊*，44（4），75-89。
- 王兆鵬、張明偉、李榮耕（2018）。*刑事訴訟法（上）*（四版）。新學林。
- 李榮耕（2008）。Yes, I do！——同意搜索與第三人同意搜索。*月旦法學雜誌*，157，102-125。
- 李榮耕（2012）。電磁紀錄的搜索及扣押。*國立臺灣大學法學論叢*，41（3），1055-1116。<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2012.41.03.05>
- 林裕順（2016）。同意搜索→同意受檢。*月旦法學教室*，163，27-29。<https://doi.org/10.3966/168473932016050163008>
- 林鈺雄（2020）。*刑事訴訟法（上）*（十版）。自版。
- 施育傑（2017）。數位證據的載體、雲端與線上取證——搜索扣押與類型化的觀點。*裁判時報*，64，55-71。
- 施育傑（2020）。數位、科技與刑事程序干預處分——資訊框架理論之建構（已出版博士論文）。國立政治大學。
- 施育傑（2020）。科技時代的偵查干預處分——兼論我國法方向。*月旦法學雜誌*，306，154-174。
- 黃惠婷（2001）。同意搜索與違反令狀原則之法律效果——臺灣高等法院八十八年度上訴字第二九五七號判決評釋。*台灣本土法學雜誌*，27，67-80。
- 黃翰義（2014）。同意搜索與相當理由——評最高法院一〇〇年度台上字第一七三一號判決。*裁判時報*，26，139-146。<https://doi.org/10.3966/207798362014040026012>
- 溫祖德（2015）。行動電話內數位資訊與附帶搜索——以美國聯邦最高法院見解之變遷為主。*月旦法學雜誌*，239，198-220。

<https://doi.org/10.3966/102559312015040239010>

- 蕭宏宜（2012）。同意搜索的自願性判斷標準——評最高法院100年度台上字第376號刑事判決。《法令月刊》，63（8），28-43。
[https://doi.org/10.6509/TLM.201208_63\(8\).0003](https://doi.org/10.6509/TLM.201208_63(8).0003)
- 謝志鴻（2009）。同意搜索。《月旦法學雜誌》，165，231-244。
- 薛智仁（2020）。同意搜索之基本問題(一)。《法務通訊》，3002，3-6。
- 薛智仁（2020）。同意搜索之基本問題(二)。《法務通訊》，3003，3-6。
- 薛智仁（2020）。同意搜索之基本問題(三)。《法務通訊》，3004，6。

二、英文文獻

- Kerr, O. S. (2018). *Computer Crime Law* (4th ed.). West Academic.
- LaFave, Wayne R. (2020). *Search and Seizure* (6th ed.). Thomson Reuters.

論駕駛半自動駕駛車輛肇事之 刑事責任*

陳俊偉**

要 目

- | | |
|-------------------------|----------------------|
| 壹、前 言 | 二、現行交通刑法對半自駕車事故的歸責困境 |
| 貳、半自駕車運作機制的風險與潛在刑法關連性 | 肆、半自駕車事故對刑法釋義學的具體衝擊 |
| 一、車輛自動駕駛發展與分級 | 一、駕駛半自駕車對刑法釋義學概念的影響 |
| 二、半自駕車之定義、潛在風險及其刑事責任關連性 | 二、不同行為人的刑事責任檢討 |
| 參、現行交通刑法的困境 | 伍、結論暨立法方向的初步建議 |
| 一、失靈且規範不足的現行交通刑法 | 一、結 論 |
| | 二、立法方向的初步建議 |

DOI: 10.6460/CPCP.202104_(27).06

* 本文為作者108年度科技部補助專題研究計畫（計畫編號：108-2410-H-005-035-MY2）之部分研究成果。初稿曾於2021年2月20日，在社團法人台灣刑事法學會舉辦之「二十週年會慶研討會」發表，會中主持人林東茂教授對於本文題目與內容提出若干修正建言，與談人古承宗教授、黃宗旻教授和陳俊榕教授分別對於本文若干論點提出精闢指正意見，均使本文內容得以更為充實，特此感謝。

** 國立中興大學法律學系助理教授，德國法蘭克福大學法學博士。

摘 要

未來進入自動駕駛車輛的時代後，刑法規範勢必將會遭遇重大挑戰。但在此之前，目前已經上路的半自動駕駛車輛所可能衍生的刑事責任問題，就已經可能對司法實務造成困擾。本文嘗試找尋半自動駕駛車輛不同於全自動駕駛車輛的差異，界定出該類型車輛人車共同合作決策的本質。並且將指出，此種人車共同合作決策對刑法釋義學所造成的衝擊，以及該類車輛肇事所衍生的刑事責任認定難題。有鑑於此類難題未必可以完全藉由現行法加以解決，因此未來有關半自動駕駛車輛的交通刑法與產品刑法規定，都有重新立法之必要。

關鍵詞：自動駕駛、半自動駕駛、交通刑法、產品刑事責任

On Criminal Responsibility in Connection with Accidents Occurring on the Occasion of Driving Partly Automated Vehicles

Chun-Wei Chen*

Abstract

After entering the era of autonomous vehicles in the future, criminal law regime will inevitably encounter major challenges. Yet before that, the criminal liability issues that may arise from semi-autonomous vehicles that are currently on the road may already cause problems in judicial practice.

This paper, with this in mind, explores the differentiation between semi-autonomous and autonomous vehicles and suggests that the essence of semi-autonomous vehicles is the joint cooperation decision-making of human driver and the autonomous driving system. It will also point out how such a joint cooperation decision-making of criminal law dogmatics affects and how difficult the problem of accidents on the occasion of such semi-autonomous vehicles is to solve. In view of the fact that such problems may not be completely solved by

* Assistant Professor of Department of Law, National Chung Hsing University; Dr. jur., Goethe University Frankfurt am Main, Germany.

the current law, it is necessary to re-enact laws in the future traffic criminal law and product criminal law for semi-autonomous vehicles.

Keywords: Automated Driving, Semi-Automated Driving, Criminal Traffic Law, Product Criminal Liability

壹、前言

在進入未來自動駕駛車輛正式上路的時代後，社會各層面將面臨新型態的行動生活，傳統的刑法規範自然也會面臨挑戰¹。綜觀我國目前此一議題的研究現況，主要研究焦點多鎖定在配備有高度或全自動駕駛系統之車輛（下簡稱「全自駕車」）上路後的法律規範適用與制訂²。但不可諱言的是，在全自駕車正式商業化量產上路以前，實際的道路交通仍將會有一段很長的過渡時期。在此一過渡時期當中，除了尚未被完全淘汰的傳統人力駕駛車輛以外，還是會有不少配備各式輔助程度不一的半自動駕駛輔助系統車輛（下簡稱「半自駕車」）在各種道路上行駛。這種半自駕車固然可以改善部分人類駕駛可能發生的疏失，而有助於交通安全的提升，但在現實生活中卻也已經引發不少車禍事故。其實際案例如：

• 【德國Aschaffenburg案】2012年時，一輛配備行車方向維持輔助系統之車輛駛進Aschaffenburg附近小鎮時，駕駛人腦中風發作，在此同時也將方向盤向右急

¹ Eric Hilgendorf, Teilautonome Fahrzeuge: Verfassungsrechtliche Vorgaben und rechtspolitische Herausforderungen, in: Eric Hilgendorf/Sven Höttzsch/Lennart S. Lutz (Hrsg.), Rechtliche Aspekte automatisierter Fahrzeuge, 2015, S. 25; Brian Valerius, Sorgfaltspflichten beim autonomen Fahren, in: Eric Hilgendorf (Hrsg.), Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 9.

² 例如針對全自駕車的詳細討論與分析，見張麗卿，人工智慧時代的刑法挑戰與對應——以自動駕駛車為例，月旦法學雜誌，第286期，2019年3月，頁87以下。

轉，以使車輛可在路旁灌木叢停止下來。然而此時行車方向維持輔助系統發生作用，將車輛引回道路行駛，接著並撞死二人，另外一人因跳開躲避車輛而僅受腿部傷害³。

• **【美國Uber自駕車案】**2018年時，一輛其內坐有駕駛人、同時具有電腦控制與駕駛人手動控制模式的Uber公司自駕車，於晚間9點多左右，在美國亞利桑納州的公路上，撞死一位正牽著腳踏車、試圖違規穿越道路的行人。後續經美國國家運輸安全委員會調查指出，事發當時該車輛之自動駕駛系統過晚預測與行人碰撞的可能性，也無法啟動自動煞車功能；而該系統將車輛操控權轉回駕駛人時，駕駛人並未注視道路方向，而是觀看置於控制面板底部之手機，待駕駛人回神注視道路前方、發現行人並試圖轉向時，已為時已晚，進而撞死該行人⁴。

• **【衝撞警車案】**2019年時，某位駕駛人在國道上駕駛特斯拉電動車，並開啟自動駕駛輔助系統（Auto Pilot），在未注意前方處理交通事故執勤警員所設的警戒管制區之情形下，車輛未減速而持續行駛進警戒管制

³ 案例介紹見Hilgendorf著，林信銘譯，自動駕駛與刑法——以「阿沙芬堡案」為例，國立高雄大學法學論叢，15卷1期，2019年9月，頁10-11。

⁴ 此即受到全球矚目的第一起自駕車致人於死案，詳細的事故過程與發生原因分析，見陳亭諠，論自動駕駛車輛交通事故之刑事責任與立法芻議，中興大學法律學系碩士論文，2021年，頁27以下。

區，進而直接衝撞警用巡邏車，造成巡邏車後方保險桿破損之結果⁵。兩名在巡邏車後警戒之員警，係在上述車輛衝入警戒管制區前一刻才閃避離開，因此未被撞上⁶。

• 【國道吃麵案】2019年，知名藝人偕同友人為了測試自動駕駛輔助系統的功能，在國道上駕駛特斯拉電動車時，在開啟自動駕駛輔助系統之後，由駕駛人放開操控方向盤之雙手，開始食用牛肉麵⁷。

前述【衝撞警車案】與【衝撞貨車案】兩起因為利用自動輔助駕駛系統而導致的事故，以及後述【國道吃麵案】駕駛放開雙手食用牛肉麵的事件，最終並未造成人身傷亡，最多只造成第三人車輛的毀損。但在【德國Aschaffenburg案】與【美國Uber自駕車案】當中，則是

⁵ 黃羿馨，全台首例特斯拉自駕撞毀警車 公共危險、妨害公務均不起訴，蘋果日報，2019年10月23日，<https://tw.appledaily.com/local/20191023/BXQ5Y3CMU36TWEZRH5EKLNEQTY/>（最後瀏覽日：2021年2月14日）。

⁶ 類似案例尚有2020年發生的【衝撞貨車案】，該案同樣是有駕駛人駕駛特斯拉電動車，並開啟自動駕駛輔助系統，在以為車輛將會自動煞車的情況下，直接衝撞因事故而翻覆在國道上之貨車後車廂。貨車司機在貨車後方仍持續揮手向特斯拉駕駛示意，直到車輛駛來前一刻才閃避離開，因此未被撞上。就此見蔡智明，特斯拉國道直撞翻覆貨車駕駛誤認會自動煞車，中央社，2020年6月1日，<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202006010318.aspx>（最後瀏覽日：2021年2月14日）。

⁷ 戴志揚、吳侑縈、陳科廷，陳建州偕友玩命 高速公路自動駕駛吃牛肉麵挨轟，中時新聞網，2019年11月29日，<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20191129001503-260402?chdtv>（最後瀏覽日：2021年2月14日）。

有人不幸因此死亡。值得吾人深思的是，這些車輛案件中的駕駛人是否應該承擔刑事責任？若是，其刑事責任應如何認定？可以依據何種刑法犯罪規定來加以處罰？現行法規是否已經足夠用來解決半自駕車所引發的交通事故刑事責任認定問題？恐怕都是相較於全自駕車所引發的交通事故而言，實務上更為亟需儘快提出解決方案的問題。

為了解決上述實務適用法規的迫切難題，本文擬以半自駕車肇事後的刑事責任認定為主題，首先界定半自駕車的定義，試圖透過其運作機制的說明，找尋其與高度或全自駕車的本質差異，並據此初步釐清半自駕車事故的潛在刑法關連性（下述貳部分）。隨後本文將接續指出的是，現行交通刑法規範對於半自駕車之駕駛行為規範，確實有其難以因應之處，從而在刑事政策面向上，有必要進一步改革刑法有關半自駕車肇事的相關規範內容（下述參部分）。為了確認改革的方向，必須先找尋現行法規所面臨的解釋與適用困境。其中將分別檢討行為與行為人概念等釋義學基礎所受的衝擊，以及確認不同行為人的刑事責任究竟有何具體疑義（下述肆部分）。最後，本文將提出釋義學之結論，並嘗試提出改革的立法建議，以作為未來立法者得以參考的方向（下述伍部分）。

貳、半自駕車運作機制的風險與潛在刑法關連性

在探討駕駛半自駕車肇事的刑事責任疑義之前，有必要先行說明自動駕駛車輛的不同運作模式與區分等級。藉由此一說明，不僅得以先定義清楚半自駕車之含意，也才能更進一步評估不同分級中部分駕駛或全部駕駛之態樣，以及各該態樣究竟會如何改變過去吾人對駕駛行為的認知。最終也才能進一步釐清自動駕駛與人為駕駛的核心差異，以及此一差異對刑法規定（特別是過失犯罪）適用上的影響。

一、車輛自動駕駛發展與分級

針對車輛自動化程度的分級，目前產業界廣為接受的是美國汽車工程師協會所發布之SAE J3016車輛自動化的分級標準（下稱SAE J3016標準），而此一標準目前也已經被美國、歐盟與日本等主要汽車製造工業大國所接受⁸，因此本文也同樣採取此一標準作為討論基礎。依據SAE J3016標準，車輛在進行動態駕駛任務（Dynamic Driving Task）時，可依照其自動化程度或自動駕駛技術區分為六種不同等級⁹：

⁸ 洪德欽，歐盟自動駕駛車之發展策略與法律規範，歐美研究，50卷2期，2020年6月，頁351。

⁹ 不同等級之間的系統與駕駛人工作分配，綜合參見財團法人資訊工業策進會科技法律研究所，自駕車的第一本法律書，2018年10月，頁4以下；陳敬典，全球自駕車產業發展現況與未來趨勢，車輛研測專

(一)第0級指的是車輛並不具備任何自動駕駛的功能，完全由人類承擔駕駛工作、獨自作成行駛決策的等級，從而此一等級之車輛完全不屬於本文所指的半自駕車或全自駕車。

(二)第1至2級開始，車輛上就已經配備一定的自動輔助駕駛系統，使車輛得以在系統的操控下制動、加速、轉向使車輛在行駛中偏離車道後得以修正，甚至是使車輛自我適應路況而巡航。目前此兩等級的車輛早已經商業化量產，並且廣為在道路上行駛，以本文所提出的前述案例中的特斯拉電動車來說，因為所配備的自動輔助駕駛系統與全自動輔助駕駛系統（Full Self-Driving）之故，使車輛除了在高速公路得以自動巡航駕駛之外，還增加了輔助導航駕駛和智慧召喚車輛等功能，一般咸認為已經達到第2級的極限，可說是已經朝向第3級邁進。只是在這兩個等級當中，駕駛人在駕駛過程中仍然居於主導地位，自動駕駛系統至多只能承擔最基礎的轉向及加減速操控工作，複雜情況下的駕駛環境監控工作與動態駕駛任務，還是無論如何都需由駕駛人承擔。因此這兩等級車輛的上路，只能說是已經實現了車輛「輔助駕駛人」甚至是「部分自動化」的想法，還不能稱之為高度或完全自動化的車輛。

(三)唯有從第3級車輛開始，車輛才可說是真正朝向高度或完全自動化之路邁進。只是第3級仍屬有條件的自

刊，2020年6月，頁20；陳亭誼，同前註4，頁11以下。

動化階段，此時車輛已經得以在某些特定道路條件下，譬如道路壅塞且低速行進的塞車狀況下，由自動駕駛系統進行所有的駕駛與操控，但駕駛人還是承擔著在系統提出要求時，隨時接手駕駛與操控車輛的工作。車輛真正進入到高度或全自動化的階段，則是必須直到第4與5級的车辆始能實現。此兩等級的自駕車已經可以由自動駕駛系統進行所有的駕駛與操控車輛之任務，只是在第4級的车辆進行中，還是保留著基於道路或環境條件的系統使用限制。無論如何，第3至5級車輛已經轉由系統操控為主，駕駛人地位已經逐漸退居二線角色，甚至是完全消失，因此與第1、2級車輛在自動化程度上有本質上的重大差異。

二、半自駕車之定義、潛在風險及其刑事責任 關連性

本文所使用的「半自駕」定義，係指車輛本身已經有配備一定的自動駕駛輔助系統，但駕駛人仍須承擔主要駕駛工作，或在特定系統要求下接手駕駛工作之情形。之所以如此定義的理由在於，本文的主要探討議題本來就設定在駕駛人與自動駕駛系統相互配合之下，車輛執行其運輸任務過程中發生意外或事故的風險分配與刑事責任認定難題，駕駛人在自動駕駛系統運作過程中的介入可能性與必要性，以及駕駛人與半自駕系統之間對於車輛操控的合作或分工決策，就必須是此一定義的核心內涵之一。而若是依循此一定義，「半自駕」的概

念當然將排除了第0級車輛這種完全由人類駕駛操控的狀況，也直接可以排除了人類完全不介入駕駛、由自動駕駛系統獨立操控車輛的第4、5級車輛之狀況。至於第1、2級的車輛，因為其特性就在於車輛的操控以人類駕駛為主、自動駕駛系統為輔，因此符合於本文所欲探討的人與系統配合操控車輛的半自駕定義。至於第3級的車輛，雖然分類上已經屬於高度或完全自動化的車輛，但因為此一等級車輛保留了人類駕駛介入操控車輛的可能性，儘管人類駕駛在此一等級退居二線，成為輔助角色，但仍屬於人類駕駛與自動駕駛系統分工合作、操控車輛的運作模式，也還是包含在本文所界定的半自駕概念內涵內¹⁰。

從法律責任歸屬的觀點來看，半自駕車設定由駕駛人與系統分工合作操控的運作模式，恐怕遠較第4、5級全自駕車輛完全由系統主導的運作模式更為複雜，因此其目前所可能帶來的潛在風險不僅單只來自於車輛本身的軟硬體設計與運轉等層面，更會來自於人類駕駛與系統在車輛行進過程中，共同參與作成決策的複雜模式。

¹⁰ 與本文似有契合的半自駕界定如張麗卿，同前註2，頁93。至於 Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), S. 16 f. 則是舉出安全氣囊與防鎖死煞車系統（ABS）作為部分自駕（teilautonom）之例，似乎是將部分自駕侷限在第2級以下之車款。另值得注意的是，因為第3級車輛以系統為主、人類駕駛為輔的分工模式，將會使該等級車輛發生事故後的責任歸屬問題更為複雜，因此產業界已有傾向跳過第3級車輛的商業化量產，直接研發及量產第4級以上車輛的趨勢，因此對於第3級車輛之探討或許未來並不見得有較高的實益。就此可見陳敬典，同前註，頁19。

換言之，半自駕車的所有作動，都是來自於人類駕駛、自動駕駛系統與系統背後的车輛供應者三方之間有關車輛操控決策的分工、消長與共同作用所引發¹¹。因此，在釐清半自駕車所可引發的刑事責任疑義之前，有必要先行說明駕駛人、自動駕駛系統、車輛供應者三者之間有關半自駕車利用過程的風險分配與移轉流動，才能釐清後續的法律責任歸屬。

首先，特別是在第1至3級的半自駕車的行駛過程裡，無論駕駛人在此究竟是主要或次要操控角色，其終究還是被賦予兩方面的任務。在積極層面上，駕駛人有可能必須承擔主要的操控車輛工作，只是在此的主要操控工作，得以因為系統的介入輔助而減緩其所需付出在駕駛工作上的心力。在消極層面上，即使是在系統進行車輛操控工作時，駕駛人仍必須對於道路狀況及系統運作盡到一定的監督與注意義務，並準備隨時主動或被動地在系統要求下，及時回應甚至接管駕駛工作。但在半自駕車的事故案例中特別值得注意的狀況是，駕駛人除了在執行操控車輛工作的過程中，有未盡注意的傳統情況外（積極層面風險），往往因為車輛配備了相關的自動駕駛系統之功能，反而容易誤解了自身駕駛人的角色與義務，過度信賴了系統的功能，而沒有盡到自己身為駕駛人應盡的監控與注意義務（消極層面風險）。前述

¹¹ 不同見解如張麗卿，同前註2，頁93則是認為，此種半自駕車輛案例類型按照現有刑法理論已經可以解決。

【衝撞警車案】、【衝撞貨車案】以及【國道吃麵案】，正是這種「自動化過度信賴」（automation complacency）的典型¹²，而這也正是半自駕車上路行駛的一大潛在風險來源。這一點如以在我國2020年電動車銷量總排行第一名的特斯拉MODEL 3為例¹³，其車主手冊上也都明白地警告車主切勿完全依賴相關半自駕系統行駛車輛，就可以明白此一風險的重要性¹⁴。

只是如果車輛本來就被允許配備半自駕系統，駕駛人也被允許在合乎使用規則的情況下利用此一系統的話，駕駛人的不夠注意小心可能就只是一個法所容許的風險。或者更明白地說，半自駕系統的初衷本來就是設計用為減輕駕駛人駕駛過程中的負擔，使車輛本身及行車環境的控管責任無須再完全由駕駛人獨自承擔，因此駕駛人在開啟半自駕系統之後，本來就被容許對於車輛的監控放鬆一部分的注意力。如此無疑將衍生的難題將會是，在半自駕系統開啟時，駕駛人的注意程度應該如

¹² 陳亭誼，同前註4，頁21-22、39。

¹³ U-Car編輯部，2020年度臺灣汽車市場銷售報告：電動車Top 10，U-Car，2021年1月15日，<https://news.u-car.com.tw/news/article/64655>（最後瀏覽日：2021年2月14日）。

¹⁴ 特斯拉公司，MODEL 3車主手冊，頁73：「警告：上述清單並未完全列出干擾『Autopilot 自動輔助駕駛』元件正常運作之所有情況。切勿依賴這些元件以策安全。……」，頁75：「警告：……請勿依賴由『主動巡航定速』來適當地降低Model 3的速度。……請勿完全依賴由『主動巡航定速』系統將Model 3減速……」，2020年，https://www.tesla.com/sites/default/files/model_3_owners_manual_asia_tw.pdf（最後瀏覽日：2021年2月14日）。

何要求或設定¹⁵，除了是法釋義學上的重要問題之外，更突顯出立法者有必要在立法政策的層次上，進一步考慮是否要將駕駛人開啟自動駕駛系統以後的風險及其連帶之法律責任，部分地分配給系統及其背後的供應者來承擔。也就是說，在半自駕車駕駛人合於規則地使用自動駕駛系統，卻仍有發生安全風險之可能時，扮演車輛供應鏈（Supply Chain）每個環節的製造、生產、銷售、維修保養等人，只要其工作涉及了半自駕車輛完成及上市流通的決策或決策之監督，就有可能需要承擔此一部分之風險以及風險實現後的法律責任¹⁶。具體而言，半自駕車的車輛供應者除了基於一般產品責任，還是必須注意相關配備必須得以達到預期的輔助駕駛效果，否則將會有承擔法律責任之可能。更重要的是，基於半自駕車輛的「人與系統分工合作決策」模式，車輛供應者應該特別必須考慮到在半自駕車行駛過程當中，人類駕駛與系統之間的決策合作、互動與角色轉換等機制要如何完善地設計，並且是否已經將此種分工機制之具體細節

¹⁵ Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), S. 25.

¹⁶ 從而，本文並不僅稱為車輛製造者或生產者，而是以較為上位概念之車輛「供應者」（Provider）稱之，此種稱呼在德文文獻中也極為常見，如Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), S. 25; Günther M. Sander/Jörg Hollering, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit automatisiertem Fahren, NSTZ 2017, S. 197; Eric Hilgendorf, Automatisiertes Fahren und Recht – ein Überblick, JA 2018, S. 803 f.; Carsten Staub, Strafrechtliche Fragen zum Automatisierten Fahren. Der Hersteller als strafrechtlicher Verantwortlicher der Zukunft? Umfang der Sorgfaltspflicht – Datenschutz versus Aufklärungspflicht, NZV 2019, S. 396 f.

明確地教示車輛消費者¹⁷。從而以車輛供應者的角度來看，人類駕駛與半自駕系統之間的人機介面（Human Machine Interface）應如何設計與產製，會是其是否因此必須承擔法律責任的核心關鍵點¹⁸。

從前述說明可知，半自駕車的安全風險究竟應該由誰承擔控管責任，將至少會在駕駛人、半自駕系統與車輛供應者三者之間游移，相較於高度或全自駕車所可能引發的法律衝擊，駕駛半自駕車發生事故所可能導致的風險實現以及相關法律責任歸屬問題，未必更為單純。甚至因為半自駕車始終存在著人類駕駛與半自駕系統之間分工合作與車輛操控轉換，未來作為車輛造成事故原因的行為究竟何在，法院也將無可避免地必須在人類駕駛與半自駕系統之間加以認定。此種以「機器決策」參與「人類決策」的分工合作模式，儘管還沒有達到在全自駕車輛當中以「機器決策」取代「人類決策」的模式¹⁹，但已經足以對刑法釋義學的基礎概念造成衝擊。

¹⁷ 例如特斯拉公司，同前註14，頁75：「警告：……您有責任時刻保持警惕、安全駕駛，並全程操控車輛。……請全程注意前方路況，並準備好隨時採取更正措施。……」，頁84：「『自動輔助導航駕駛』不會使車輛自動駕駛。您必須注意路面，隨時保持手握方向盤，並持續留意導航路線。……請持續保持警覺並準備隨時採取行動。未這麼做可能導致車體受損與人身傷亡。」

¹⁸ 有關美國聯邦自動駕駛車輛政策中對於人機介面的要求，見陳亭誼，同前註4，頁20-21。

¹⁹ 機器取代人類決策的基礎思考方向提出，見劉靜怡，人工智慧潛在倫理與法律議題鳥瞰與初步分析——從責任分配到市場競爭，收於：人工智慧相關法律議題芻議，2018年11月，頁24。

只是更具體來說，究竟半自駕車事故將會如何衝擊目前的刑法釋義學以及現行交通刑法，還有待更進一步的說明，始能完全釐清。

參、現行交通刑法的困境

在具體探討半自駕車事故的刑法釋義學衝擊之前，本文將先行釐清現行交通刑法目前所遭遇到的困境，以確認現行規定針對半自駕車事故的歸責問題，確實有其窒礙難行之處。以下將首先歸納分析我國現行刑法中有關交通事故責任之相關規範內容，並確認過失犯此一犯罪類型在其中所扮演的重要角色及其所欲解決的歸責難題²⁰。之所以提出此一問題，其背景在於我國交通刑法向來因為規範密度的嚴重不足，僅能依賴傳統過失實害犯之規定，並且司法實務也呈現出擴張解釋該些過失犯罪適用範圍的此一刑事政策現狀²¹。在此，將特別探討對交通事故扮演關鍵角色的刑法過失致死傷罪，在半自駕時代是否仍能發揮適切的規範作用。

²⁰ 過失犯對交通刑法的重要性幾乎是不言而喻的，僅見Bernd Schünemann, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, S. 435; Heng-da Hsu, *Zurechnungsgrundlage und Strafbarkeitsgrenze der Fahrlässigkeitsdelikte in der modernen Industriegesellschaft*, 2009, S. 65. 中文文獻部分見林山田，*刑法通論*（下），增訂10版，2008年1月，頁222以下。

²¹ 類此批判亦可見林山田，同前註，頁223。

一、失靈且規範不足的現行交通刑法

現代人對於道路交通安全的需求是否被滿足，無疑已經是現代社會生活當中新興型態風險管理課題中相當重要的一環。如果欠缺一個值得信賴且安全的道路交通環境，人們已經幾乎無法外出從事有意義的社會生活。然而，儘管近年來因為交通工具的進步而使交通事故發生的風險逐漸減少²²，但是現代化的動力交通工具都具有更為快速移動的功能，也就因此造成道路交通事故導致人身安全危害的機率還是相當地高。在我國，譬如單是2019年全年，因為交通事故死亡人數即高達1,849人、受傷人數高達456,378人。而此些事故當中，因為汽（機、慢）車駕駛人過失所導致之交通事故共335,174件，占全年事故總件數341,972件的比率高達98.01%，並且如與過去幾年的數字相較，無論是事故總件數或是傷亡人數，都呈現穩定且極少下降的趨勢²³。這種基於駕駛人過失的交通事故肇事率以及死傷人數如此高的現象，到底能否以刑法作為管控手段，應該還沒有一致的答案。如果再從刑法最後手段原則來看，立法者當然也不能只藉由刑法來作為唯一的交通安全改善及風險控管

²² Horst Janiszewski, Verkehrsstrafrecht, 5. Aufl., 2004, S. 1.

²³ 內政部警政署全球資訊網，重要統計結果表：道路交通事故肇事原因分類件數及傷亡人數，2020年5月28日，<https://www.npa.gov.tw/NPA/Gip/wSite/ct?xItem=80163&ctNode=12902&mp=1>（最後瀏覽日：2021年2月14日）。

措施²⁴。只是從上述數據中也能看得出來，藉由刑法來規制交通安全風險的社會需求還是確實存在，並且此一趨勢也在全球各國的刑事立法中也顯然難以阻擋。本文也因此認為，考慮到交通事故可能對於人類生命與身體法益造成重大侵害這一點，設置交通刑法以作為生命、身體法益保護的最後手段，應較無疑義²⁵。剩下的問題則是只在於，我國刑法是否已經具備一個正當且具有實際效益，並且可供法院實務合理適用的體系性交通刑法²⁶？

我國刑法針對交通犯罪²⁷所可能適用的規範，大致上區分成兩大類：第一類是在發生特定死亡或傷害等實害結果時，所運用的過失致死罪（第276條）與過失傷害或致重傷罪（第284條）等過失實害犯構成要件²⁸；第二類則是在公共危險罪章當中，針對陸路、水上與空中交通所分別規範的危險犯構成要件（第183條至第185條之4），這些交通犯罪所適用的主要案件類型，則是陸路交

²⁴ 謝煜偉，交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略，月旦法學雜誌，210期，2012年11月，頁108。

²⁵ 贊成交通刑法具有實際效用者，見Janiszewski, aaO. (Fn. 22), S. 2 f.

²⁶ 類似的思考方向見謝煜偉，同前註24，頁114。

²⁷ 關於交通犯罪概括性的介紹，見林東茂，交通犯罪，月旦法學雜誌，177期，2010年2月，頁232以下。

²⁸ 但值得注意的是，近年來也開始出現法院針對特定交通事故案件論以故意殺人罪之情況，詳見臺灣高等法院109年度交上訴字第52號刑事判決。

通中的駕駛行為²⁹。只是因為高達九成以上的交通事故死傷結果皆肇因於駕駛人之人為過失，前述過失實害犯的規定就被大量適用在這類死傷事故判決中。至於其餘的危險犯規範，應該就屬第185條之3的酒醉或不能安全駕駛罪與第185條之4的肇事逃逸罪兩者，最具有實務意義。其中，第185條之3規定係針對酒醉或服用藥物後危險駕駛的具體規範，並非針對所有危險駕駛行為的全面性禁止規定。第185條之4則是規範肇事後的禁止逃逸，屬於交通事故發生後的人身法益與法律責任釐清的保全規範。而我國社會中常見的飆車行為，實務上則是牽強地以第185條壅塞道路罪適用之³⁰。換言之，扣除了第185條之3規定後，肩負我國道路交通事故人身死傷預防與刑事歸責重任的刑法規範，幾乎是僅剩下過失致死罪與過失傷害或致重傷罪等過失實害犯規定，對於交通事故的刑事責任認定，也就主要落到過失犯的犯罪結構檢驗上，導致反而是過失犯的規定比起危險犯規定來說，在實務適用上更為重要³¹！

²⁹ 林東茂，同前註27，頁232。

³⁰ 林東茂，同前註27，頁233。另見最高法院101年度台上字第2527號判決：「按刑法第185條第1項之妨害公眾往來安全罪，其中構成要件之『他法』，乃係指除損壞、壅塞以外，凡足以妨害公眾往來通行之方法者皆屬之。具體而言，以併排競駛或為追逐前車而以飆車之方式，在道路上超速行駛，均極易失控，有撞及道路上之其他人、車或路旁之人、物，足以發生交通往來之危險，自該當上開所稱之『他法』。」

³¹ 林山田，同前註20，頁220；李聖傑，交通事故中過失行為的刑法處

然而，實害犯構成要件首先講求犯罪應報的思考，其對於交通刑法主要所欲發揮的一般預防效果來說³²，屬於較為次要的補充性規範角色，因此過失實害犯規定並不應該是交通刑法的核心構成要件³³。並且，這些過失實害犯規定本來也不是專門針對交通犯罪所設，一部幾乎僅倚賴過失實害犯來因應交通事故刑責釐清的刑法典，實質意義上似乎也根本不算是交通刑法。換言之，實質意義上的交通刑法不僅僅是可能適用於交通犯罪的所有刑法規定之集合，其形式固然未必一定要是一部單一專門的特別刑法，但必須是出於交通安全風險管理與交通事故預防的思考邏輯而設置的刑法規範。就此實質意義而言，我國刑法距離配備了一部完整且具體系性的交通刑法此一目標，恐怕仍尚遙遠。

二、現行交通刑法對半自駕車事故的歸責困境

從理想層面而言，每一次道路交通工具科技的重大進展，都應該就意味著將會隨之出現一次交通刑法的典範變遷。早從傳統的人力抬轎或騎騾馬的年代，進展至目前的動力機械交通工具年代，交通事故的刑事責任也早就不再可以只憑過失致死、過失致重傷與過失傷害罪

遇思考，收於：刑事法學的新視野，2011年5月，頁110-111。

³² 張麗卿，交通刑法，2002年12月，頁17以下；謝煜偉，同前註24，頁112-113。

³³ Janiszewski, aaO. (Fn. 22), S. 117.

等傳統過失實害犯規定，即能精確掌握³⁴。更不用說的是，如同前面所述，從自動駕駛技術與人工智慧技術結合發展，半自駕車甚至是全自駕車普遍上路後，道路交通科技的發展與駕駛行為的決策模式又即將邁入下一個里程碑，這當然同時也意味著所謂的「交通意外」的界定與法律風險及其責任的重新分配，以及現有的法律秩序又再次面臨了新的挑戰。在刑法領域當中，這自然也將導致諸多傳統釋義學概念的解構與重新理解，並且在立法論的層次上，也有必要針對各類自駕車事故型態研議新的刑事政策加以因應。目前全球主要汽車工業國家，如德、美、日等國，均為了在自駕車領域中搶占領先龍頭地位，無不早就積極改善法制現狀，其中不僅推出自駕車的「測試」程序與責任承擔法律，更包含了今後自駕車真實上路後的交通法規因應³⁵。以位居汽車工業龍頭角色的德國為例，德國聯邦交通與數位建設部早於2015年所發布的「自動化與網路互聯化駕駛之策略」中就已經明確指出，德國現行的交通法規必須要將自動駕駛車輛完全上路納入成為修法重點³⁶。並且隨後在2017年完成「道路交通法」（Straßenverkehrsgesetz）的

³⁴ Bernd Schünemann著，陳志輝譯，交通刑法之憲法界限與刑事政策問題(一)，司法周刊，1006期，2版，2000年11月，頁2。

³⁵ 各國目前法規綜覽，見財團法人資訊工業策進會科技法律研究所，同前註9，頁10以下。

³⁶ Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Strategie automatisiertes und vernetztes Fahren, 2015, S. 16.

修正，將自動駕駛的相關規範整合到該法當中³⁷。其中最為重要之規定者，則是依該法第1a條第1項規定，只要是合於規定使用的情形下，使用高度或全自動駕駛功能驅動車輛已經被允許，並且已經在同條第2項完整地將各種自動駕駛的等級都納入到規範範疇裡，甚至更強調此些自動駕駛配備必須「可以隨時由交通工具的駕駛人以手動的方式加以操縱或解除」，並且必須一方面得以「辨識由駕駛人親自操控交通工具的必要性」，他方面則是得以「在將交通工具的操控交給駕駛人之前，預留足夠的時間，且透過視覺、聽覺、觸覺或其他可感知的方式，將親自操控交通工具的必要性通知駕駛人」³⁸。透過這些規定的內容，德國立法者基本上已經將車輛（系統）與人類駕駛之間的共同決策關係納入規範，並且不僅只及於高度或全自駕等級之車輛，各該規定更是明顯可以直接適用在配備有駕駛輔助等系統的半自駕車上³⁹。德國道路交通法此一之改革固然並沒有直接涉及到德國刑法固有的交通刑法規定（如第315b條、第315c條）之修正，但還是一定程度地宣示了，利用半自駕或全自駕車輛之人類駕駛仍有其應遵循之注意義務，並且

³⁷ Aches Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes vom 16. Juni 2017, BGBl I 2017, S. 1648 ff.

³⁸ 各該規定的中譯文引用自 Hilgendorf 著，林信銘譯，同前註3，頁7-8。

³⁹ Michael Burmann/Rainer Heß/Katrin Hühnermann/Jürgen Jahnke/, Straßenverkehrsrecht, 26. Aufl., 2020, StVG § 1a Rn. 4.

也將仍然有可能為其利用自駕系統的行為承擔過失犯的刑事責任⁴⁰。

反觀我國的修法進程，除了於2018年12月19日公布制訂「無人載具科技創新實驗條例」此一測試無人載具所需的法規，其中第22條第2項明訂，經核准之無人載具實驗得排除一定之行政法規或法規命令之適用，但不包括民事、刑事責任規定。除此之外，在改革歷程上並無更多進展。特別是對於道路交通具有關鍵性角色的「道路交通安全管理處罰條例」，至今都還沒有納入有關任何等級自動駕駛的相關規範內容。因此儘管自動駕駛時代已經來臨，全球第一個使用半自駕系統導致第三人死亡的案例已經在美國真實發生了，而我國也開始發生自駕車事故，但交通刑法卻還停留在以過失實害犯為主軸的「騾馬時期」刑法。換言之，如以前述幾個我國案例來說，因為各該案件中都並未發生第三人死亡或受輕重傷等實害結果，因此無從適用過失致死或致輕重傷罪等規定科予駕駛人刑責，其行為即使會被一般人都認為已經達到不足以安全駕駛之程度，但也都因為我國現行刑法典所規定的危險駕駛態樣過於侷限，而無從適用第183條至第185條之4的危險犯規定加以處罰。這類案件在刑事實務上最終只能以不起訴處分加以終結的結果⁴¹，從罪

⁴⁰ 同樣認為此一改革並未觸及全部的自動駕駛刑事責任問題者，見 Hilgendorf著，林信銘譯，同前註3，頁9-10。

⁴¹ 黃羿馨，同前註5。

刑法定原則的角度來看，也就自屬當然。即使是在我國發生類似【美國 Uber 自駕車案】或是【德國 Aschaffenburg案】等有第三人因此死亡的案件，在刑事責任認定上，雖然可以朝向過失致死罪的方向思考，但也正因為我國至今都沒有如同德國之改革一般，至少先行將各種等級的自動駕駛之概念與可能性納入交通基本法規當中，也有可能遭遇到過失犯的注意義務欠缺或不明確的難題。

至此本文已將我國刑法對於規範半自駕車事故所可能遭遇的困境，先行加以說明。此一困境不僅表徵出我國現行法對於體系性交通刑法的極度欠缺，當然也更得以證明，我國法目前亟需針對未來即將面臨的自動駕駛時代重新改革。只是立法者應如何重新思考其刑事立法政策，則還有待於更深入檢討該類事故對於刑法釋義學的具體衝擊與細部影響評估，才能加以決定。

肆、半自駕車事故對刑法釋義學的具體衝擊

駕駛半自駕車肇事的刑事責任究竟應該如何認定，將會有別於傳統駕駛非自駕車肇事之情形。只是在前者是否構成特定刑法構成要件的評價上，因為有半自駕系統的運作機制介入可能性，將有必要重新評估現存刑法釋義學概念的解讀是否受到影響（下述一部分）。並且，基於駕駛半自駕車肇事之原因可能來自於人類駕駛與半自駕系統兩者的共同分工決策，此類肇事的刑事責

任認定疑義，將可分別從「人類駕駛」與「車輛供應者」兩方面，進一步檢討其刑事責任的認定困難何在（下述二部分）。

一、駕駛半自駕車對刑法釋義學概念的影響

在半自駕車運作機制底下所設計的半自駕系統介入駕駛決策可能性，將至少在兩個刑法釋義學概念造成衝擊：其一為行為人概念，其二則為行為概念。換言之，這種人類駕駛與半自駕車的自駕系統共同合作、分工決策的行為事實模式，將有可能影響了行為概念（Handlungsbegriff）的判斷，以及考慮實行行為的行為人概念（Täterbegriff）是否也要相應調整。

（一）行為概念的詮釋

在半自動駕駛的情境下，基本上會由半自動駕駛系統以程度不等的方式，參與傳統僅由人類駕駛所掌控的車輛操控過程，對周遭行進動線與交通環境進行監測，並據此納入程式運算而得出結果，進而對所發生之車輛行進情狀加以反應，而非僅只由人類駕駛對周遭情境自行監控、決策並行動。因此需討論的是，當以半自駕系統之運算所作成之反應或決策參與了人類駕駛的操控決策過程，甚至是當車輛操控決策主要由半自駕系統作成時，如此的整體操控歷程是否還能與傳統行為概念相互合致？或者更簡單地問，半自駕系統能否從事具有刑法

意義上的行為⁴²？

如果先撇開在構成要件階層之前，是否確實還需要設置一個獨立的行為階層此一前階段審查此一爭論⁴³，目前多數見解贊成的「人格行為概念」（Der personale Handlungsbegriff），不外乎是將作為刑法評價客體的行為，定義為「人格的對外展現」（Persönlichkeitsäußerung）。在此一定義底下，行為的前提要件首先必須是人類的行止，此一人類行止則是涵蓋了行為主觀面與客觀面的整體歷程（Gesamtgeschehen），並且此一整體歷程更必須是人類對於「自我的控制」（Kontrolle des “Ich”）、以人類作為「靈魂—精神的行動中心」（seelisch-geistiges Aktionszentrum），也就是透過意志與意識所支配或可得支配者，方才能稱之為人格的對外展現⁴⁴。建立在此一

⁴² Staub, aaO. (Fn. 16), S. 392 f. 此一問題的答案則是後續討論系統是否得以承擔責任此一問題的前提，就此見Eric Hilgendorf, Können Roboter schuldhaft handeln? Zur Übertragbarkeit unseres normativen Grundvokabulars auf Maschinen, in: Susanne Beck (Hrsg.), Jenseits von Mensch und Maschine: Ethische und rechtliche Fragen zum Umgang mit Robotern, Künstlicher Intelligenz und Cyborgs, 2012, S. 125 f.

⁴³ 此一爭論的內容可參閱Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht: Allgemeiner Teil: Bd. I, Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., 2020, 8/42 f.; Claus Roxin, Handlung, in: Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/Brian Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 2020, Rn. 94 ff.; 中文文獻當中，贊成在構成要件階層以外，保留行為階層此一前階段審查者，見許恒達，再訪行為理論，收於：法益保護與行為刑法，2016年5月，頁55以下。

⁴⁴ Roxin/Greco, aaO., 8/44, 52; Roxin, aaO., Rn. 70 ff.; 許恒達，同前註，頁44以下。

行為概念的前提要件之上，刑法上的行為概念因此指涉的是人類透過內在意志與外在因果的綜合作用，對於法益損害的支配關係⁴⁵。

極為明顯的是，上述行為概念的基本要素相當著重於人類的意志或意識之操控或支配可能性的展現。而半自駕系統當中的各項功能，例如自駕等級1的「防鎖死煞車系統」（ABS）、「車道偏離預警系統」等，或是等級2的「Autopilot自動輔助駕駛」⁴⁶，都具有能夠以車輛系統主動警示駕駛人、主動操控車輛達成直行或橫向轉彎等一般的車輛操控功能，看似會符合前述支配可能性展現的要求。只是半自駕系統所能實行的這類主動駕駛功能，是否就已經能夠稱之為是透過意志與意識所支配或可得支配的行為，仍不無可疑。其理由在於，這類半自駕系統的決策模組，都是以「傳統規則化」（Rule-based）的技術所建立，不僅難以類比人類的意識或意志，甚至都還與人工智慧的決策模組相距甚遠；也就是

⁴⁵ 此種行為概念的詮釋見許恒達，同前註43，頁60以下。以類似觀點詮釋「人格的對外展現」者，Roxin/Greco, aaO., 8/51 f.

⁴⁶ 特斯拉公司，同前註14，頁54：「緊急煞車時，ABS會持續監控每個車輪的速度，並依據適當的抓地力調節煞車力道」；頁100：「車道偏離預警：『警告』：如果車輛的前輪超出車道標線，方向盤則會震動。『輔助』：……逐漸靠向鄰近車道或接近道路的邊緣，則會套用修正轉向，……維持在安全的位置」；頁73：「以下『Autopilot自動輔助駕駛』便捷功能專為減少駕駛人行車負擔而設計：主動巡航定速、自動輔助轉向、自動變換車道輔助、自動停車、召喚、智慧召喚、自動輔助導航駕駛、紅燈號誌與停止標誌警告、交通號誌和停止標誌控制……」。

說，該類系統的駕駛功能尚無法如同人工智慧的決策方法一樣，具有可以藉由卷積神經網路不斷反覆深度學習與改善，進而作出類似人類駕駛因應不同道路環境狀況的決策程度，而是只能透過系統設計者預先設定好的「如A則A+、如B則B+」此類決策規則，來應付同樣也是事先預想的道路環境狀況⁴⁷。如此傳統規則化的決策模組，自然是不能與人類的意志或意識相比擬，更不用說的是，系統本身根本不可能具備具社會性質的「人格」可言。從前述人格行為概念的觀點來看，半自駕系統的各項功能儘管有主動操控車輛的作用，但無論如何都不是刑法上的行為⁴⁸。從而，在半自駕案例中，作為評價對象的行為，最終還是必須回歸到駕駛人在車輛行進過程中，以其意志親自執行車輛操控之行為，以及下達指令予半自駕系統、監控或收回該系統運作等駕駛人與系統的互動行為⁴⁹。除此之外，半自駕系統依據其事先設定的系統規則決策模組，所作出的車輛行進控制與判斷，在目前的行為理論觀點之下，最終只能回歸到車輛供應者、製造商或軟體設計者的編程（*Programmierung*）、設計、製造等製程行為。換言之，如果不改

⁴⁷ 有關自動駕駛的決策技術差異說明，見陳亭誼，同前註4，頁15-16。

⁴⁸ 類此結論亦見Hilgendorf, aaO. (Fn. 42), S. 125 f.; Roxin/Greco, aaO. (Fn. 43), 8/66f.

⁴⁹ 機器人的使用者對於機器人的監控義務與相應的刑事責任，見Jan C. Joerden, *Strafrechtliche Perspektiven der Robotik*, in: Eric Hilgendorf/Jan-Phillip Günther (Hrsg.), *Robotik und Gesetzgebung*, 2013, S. 209.

變現有理論上的行為概念定義，在半自駕車案例當中具有人格對外展現特質、因此可歸類於具有刑法意義的行為，除了駕駛人對於駕駛與利用半自駕系統的相關決定之外，僅剩下在半自駕車輛背後的供應者的各類製程行為⁵⁰。

基於此故，不令人意外的是在立法論上，已經有呼聲主張必須要因此改變傳統行為理論的對於刑法上行為的定義，使新的定義得以同時涵蓋了機器決策，或者至少可以將機器決策類比於人類決策⁵¹。只是如此將機器決策類比於人類決策的新定義，單純只有著重於兩者都具有類似的合於規則而行動之特質，以及決策脈絡因此具備了一定程度的可預測性，但卻忽略了刑法上的行為概念除了以意識與意志操控作為基礎之外，更重要的是與意志操控極為相關的意志自由及社會面向的人格形塑。換言之，刑法上的行為不能單純化約為人作為一種生物體所引發的外界物理及生物現象；在此所指的人類，仍然應保有其社會面向的人格體特質，而這一層社會面向的人格體特質，則是至少在半自駕案例中的系統決策難以擁有的⁵²。

⁵⁰ Hilgendorf, aaO. (Fn. 42), S. 125; Roxin/Greco, aaO. (Fn. 43), 8/66 f.

⁵¹ Hilgendorf, aaO. (Fn. 42), S. 125.

⁵² 至於未來全自駕時代，利用人工智慧來控制車輛的情形，究竟能否更為接近人類思考模式，因此得以類比人類之決策行為，則不在本文的討論範圍內。就此基礎的問題意識可見劉靜怡，同前註19，頁24-25。

(二)行為人及處罰對象的詮釋

此外，行為概念的界定並不是只有牽涉到行為本質的定義，還更牽涉到可能需要承擔刑事責任的行為人，以及該行為人作為一個未來可能受處罰的對象，究竟要如何在構成要件階層之前就如何界定的問題，而這也是半自駕車輛案例當中，主張改變行為理論定義的贊成者所較少思考到的後半部問題。其實，只要回歸到從行為概念的篩選功能（Filterfunktion）出發，將行為理解為行為人與損害事件的連結點⁵³，就應該不難理解從行為概念所可能衍生而來的行為人詮釋問題。也正因為如此，動物與法人在人格行為概念底下，才會都因為欠缺了靈魂與精神層面的本質，其行動也就被排除在刑法意義上的行為範圍之外，動物與法人也就不是刑法上適格的行為人⁵⁴。至於在半自駕車案例當中，如果依循著前述本文的說明，僅有駕駛人的相關駕駛或利用半自駕系統之行為，以及半自駕車輛供應者的各類製程行為，則在此具有刑法意義的行為人將會僅有駕駛人與供應者，半自駕系統或者該車輛本身都不會是具有刑法上意義的行為人⁵⁵。甚至只要思考到在此刑法意義上的行為人，

⁵³ 此一功能的強調，見許恒達，同前註43，頁59。有關行為概念篩選功能的詳細說明，Roxin, aaO. (Fn. 43), Rn. 101 ff.

⁵⁴ Roxin/Greco, aaO. (Fn. 43), 8/58 f.; Roxin, aaO. (Fn. 43), Rn. 109 ff.

⁵⁵ Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), S. 25; Roxin/Greco, aaO. (Fn. 43), 8/66 f. 在德國實際已經發生的Aschaffenburg案當中，汽車本身從一開始也就已經被排除是可能的行為人，就此見Hilgendorf著，林信銘譯，同前註3，

後續將會是承擔刑事責任、受刑罰處罰的可能對象，應該就足以瞭解，即使是改變行為概念的定義，勉強將半自駕系統或車輛的操控認定為刑法上意義之行為，也無從改變半自駕系統或車輛無論如何都不可能有意義地承擔刑事責任，接受與自然人相同的刑罰之處罰⁵⁶。

當然，如果主張在半自駕車案例當中，會具有刑法意義的行為人將僅有駕駛人與供應者兩者，還是必須考慮到的是，受限於法人尚不能成為刑法歸責的對象，而車輛供應者還是以法人的型態呈現的話，未來在相關車輛經銷商與製造商當中，恐怕最終只能由其中實際從事相關系統設計或製造等工作的自然人來承擔刑事責任⁵⁷。而這無疑將意味著，從半自駕車上路以後，可能為半自駕車事故承擔刑事責任之人，也將會包含了不在交通事故現場實行相關駕駛行為之人，從此交通刑法將一部分地轉向產品責任刑法，實踐了法規範的典範轉移⁵⁸。由此延伸而來，後續更為重要的釋義學思考則是，在半自駕系統運作或參與決策的過程當中，駕駛人以及車輛供應者等各該可能的行為人，其行為對於法益損害的判斷過程與行為支配，在刑法上應如何詮釋並賦予其刑事責任⁵⁹？則有待於更進一步檢討不同案例當

頁11。

⁵⁶ 同樣的思考，Roxin/Greco, aaO. (Fn. 43), 8/66 f.

⁵⁷ Valerius, aaO. (Fn. 1), S. 17; Staub, aaO. (Fn. 16), S. 393.

⁵⁸ 類此方向的提出，劉靜怡，同前註19，頁25-26。

⁵⁹ Joerden, aaO. (Fn. 49), S. 207 ff.

中，不同行為人可能受刑法評價的行為何在，以及各該行為對於分工與決策的具體貢獻，才能加以釐清其刑事責任。

二、不同行為人的刑事責任檢討

在駕駛半自駕車肇事發生事故的案例裡，駕駛人與車輛供應者所可能承擔的刑事責任為何，必須首先視被害人死亡、重傷或普通傷害等實害結果是否發生而定。如果在個別案例當中有上述實害結果發生，考慮半自駕系統的設計初衷本來就是為了追求較高的安全性，較難想像各該行為人在半自駕車事故會具備殺人、重傷或傷害故意，其刑責主要還是在過失實害犯的相關規定裡去尋找。此外，特別就位處交通現場的駕駛人而言，若個別案例當中並沒有發生上述實害結果，則僅能考慮是否構成刑法第183條至第185條之4等危險犯規定。只是如前所述，一般的半自駕車肇事情形都難以構成各該危險犯規定，此部分的規範不足，恐怕只能有待於以立法的方式去填補。因此以下主要探討的焦點，則是駕駛人與車輛供應者在半自駕車事故過程中的特定行為，是否會構成過失致死傷等犯罪規定。只是囿於篇幅之故，以下將難以詳細一一檢討過失犯的各項細部要件，而將只區分注意義務違反及結果預見可能性兩大要素，簡要的指出各該可能行為人的刑事責任疑義。

(一)駕駛人的刑事責任疑義

駕駛人駕駛半自駕車發生事故的刑事責任確認，必須先行確認在駕駛過程中應該受到刑法評價的行為為何。其中，啟動引擎、開啟或利用已開啟的特定半自駕系統功能以及在事故前的駕駛行為，都應該符合前述行為作為「人格展現」的要求，而得以作為進一步確認過失犯刑責的評價對象⁶⁰。此外在這類案例當中較為特別的問題意識還在於，如果車輛配備了半自駕系統，駕駛人卻將特定功能關閉不使用，隨後發生事故，此一關閉行為應該同樣屬於刑法意義上的行為無疑，而有必要進一步確認此一行為是否構成過失犯。

首先就駕駛人將特定半自駕系統功能關閉不使用，隨後發生事故之情形，單純僅此一關閉行為是否會成立過失行為，殊有疑義。過去就曾有駕駛人駕駛配備有「循跡防滑系統」之車輛，但卻刻意將該系統功能關閉，疑似因此導致車輛打滑失控而發生事故⁶¹。在此駕駛人是否將因為其關閉行為而受到過失犯的刑責，決定關鍵仍是在於不使用半自駕系統功能之後的駕駛過程當中，駕駛人是否已經違反了相關的注意義務。誠然，目前我國的車輛安全檢測基準，已經將部分屬於半自駕系

⁶⁰ Staub, aaO. (Fn. 16), S. 393.

⁶¹ 東森財經新聞，享受甩尾快感？千萬超跑墜山谷恐是「小旋鈕」惹禍？，東森新聞網，2019年1月24日，<https://news.ebc.net.tw/news/business/149738>（最後瀏覽日：2021年2月11日）。

統的功能，如「車輛穩定性電子式控制系統」（Electronic Stability Control, ESC）與「煞車輔助系統」（Brake Assist System, BAS）的檢測強制納入（車輛安全檢測基準第84點及第85點參照）⁶²。只是此一車輛安全檢測基準所規範的對象為車輛供應者，而非駕駛人，因此是否能以此一規定為據，要求駕駛人必須開啟已納入強制檢測的半自駕系統，仍有可疑。並且，儘管車輛本身配備了半自駕系統的功能，但車輛供應者如果也設計了關閉機制，而非一律強制開啟的話，也很難將駕駛人的關閉行為一律評價為注意義務的違反行為。準此，其是否因此構成過失行為，還是必須回歸到現行的道路交通法規去找尋相關的注意義務是否已經被違反，也就是譬如說回歸到道路交通安全規則第94條第3項之規定⁶³，討論駕駛人在駕駛過程中是否已經盡了車前狀況的注意義務，以及是否隨時採取必要之安全措施。至於是否強制駕駛人必須一律開啟半自駕系統的特定功能，否則將有可能直接導致過失犯刑責，則是未來立法論上可以討論的問題⁶⁴。

⁶² 此些系統的功能運作可見曾惓賢，ESC及BAS自民國107年起納入車輛安全檢測基準，財團法人車輛研究測試中心網站，2017年，https://www.artc.org.tw/chinese/03_service/03_02detail.aspx?pid=3074（最後瀏覽日：2021年2月11日）。

⁶³ 道路交通安全規則第94條第3項之規定：「汽車行駛時，駕駛人應注意車前狀況及兩車並行之間隔，並隨時採取必要之安全措施，不得在道路上蛇行，或以其他危險方式駕車。」

⁶⁴ Sander/Hollering, aaO. (Fn. 16), S. 200.

至於駕駛人開啟半自駕系統而駕車，隨後發生事故者，可資檢討是否可能構成過失行為的個別行為，則有啟動引擎、利用特定半自駕系統功能以及在事故前的駕駛行為等。首先，既然法規容許半自駕車上市販售並行駛於道路上，並且半自駕系統的設計目的在於增進交通安全，此一目的也具有普遍性的社會利益特質，儘管半自駕系統的功能仍然有其極限，駕駛半自駕車上路也還是不排除有肇事的風險存在，但此一風險應該仍在容許風險的範疇內。換言之，除了原本駕駛人開車上路即應遵守的相關法規與履行的注意義務外，單純啟動引擎並行駛於道路上的行為在刑法評價上頂多屬於開啟容許風險的行為，並無可歸咎過失犯刑責之處⁶⁵。同樣的理由，其實也適用在對於此類行為是否具備對結果發生的預見可能性詮釋上。駕駛人啟動引擎、駕駛半自駕車上路後，客觀上固然可以預見此些行為會有導致車輛肇事、致人死傷的抽象可能性存在。只是啟動引擎、單純駕駛車輛本身後續會在哪種具體情狀下導致哪些被害人的死傷結果發生？其具體的因果歷程為何？半自駕系統在此一因果歷程所發揮的效用是什麼？這些實害結果發生的個別因素，一般駕駛人在行為當下其實難以客觀預見。這種對於實害發生具體情狀與因果作用的客觀預見困難，同時也會隨著自動駕駛發展及運作機制的漸形複

⁶⁵ 同此見解，見張麗卿，同前註2，頁97。

雜而不斷提高⁶⁶。如果對於構成過失犯的結果預見可能性的要求，僅止於對於結果發生的抽象可能性之預知，則駕駛人單純啟動引擎、駕駛半自駕車上路之行為，當然也就都有機會成立過失犯。只是如果採取此種見解，大概也不會再有人願意研發或製造半自駕車輛販售流通，也不會再有人勇於冒險駕駛此種車輛上路，如此也就抹煞了原本容許半自駕車上路、追求道路交通安全的良善美意⁶⁷。反之，如果要求結果預見可能性就是一種對於因果作用與其他個案具體情狀的預見，一方面將會因為自動駕駛技術提升後其運作機制的逐漸複雜化，導致很難有案例得以滿足此種具體的結果預見可能性要求；但他方面而言，至少在解釋上駕駛人單純啟動引擎、駕駛半自駕車上路之行為，也就難以構成過失犯的責難基礎。

既然駕駛人駕駛半自駕車肇事的案例中，關閉半自駕功能、啟動引擎、單純駕駛此類車輛等行為，在認定過失犯是否成立的面向上都有其困難，剩下唯一成立過失犯的可能性，或許只有在駕駛過程中利用特定半自駕系統功能的行為。而在此所稱的利用行為，不僅指單純的開啟系統功能之行為，更廣泛地包含了利用過程中的駕駛人

⁶⁶ Susanne Beck, Selbstfahrende Kraftfahrzeuge – aktuelle Probleme der (strafrechtlichen) Fahrlässigkeitshaftung, in: Bernd H. Oppermann/Jutta Stender-Vorwachs (Hrsg.), Autonomes Fahren: Technische Grundlage, Rechtsprobleme, Rechtsfolgen, 2. Aufl., 2020, Rn. 17.

⁶⁷ Beck, aaO., Rn. 36.

（未）監控系統行為，以及（未）即時接管駕駛工作等可歸類為「注意力欠缺」（Aufmerksamkeitsmangel）行為，甚至是事前的未足夠養護半自駕系統設備的「養護欠缺行為」（Wartungsmangel）。在此二類行為的過失責任認定上，有鑑於我國目前對於半自駕乃至全自駕系統車輛的規範不足現狀，較為有必要特別討論者，則是駕駛人未實行監控、接管或養護行為，因而致第三人死傷時，各該行為是否確實違反了一定的注意義務，仍有可疑。因為作為過失犯要件之一的注意義務來源，除了相關的行政法規之外，至少必須是具備社會共識、社會共同遵守的特定要求⁶⁸。然而，目前半自駕系統的發展所呈現的趨勢，卻是各家車商基於商業利益與研發實力，各自開發不同的相關系統功能與配備，現實上還並沒有存在具有社會共識的半自駕系統使用規範。從而，在此所必要的注意義務來源，應該就只剩下刑法以外的法律規定。只是譬如先以養護欠缺行為來說，我國道路交通安全法規則第89條第1項第1款固然已有規定：「行車前應注意之事項，依下列規定：一、方向盤、煞車、輪胎、燈光、雨刮、喇叭、照後鏡及依規定應裝設之行車紀錄器、載重計與轉彎、倒車警報裝置等須詳細檢查確實有效」，但其中並沒有明白針對半自駕系統運作必要配備（如鏡頭或感測器）的維護義務規定。此種針對半自駕系統配備的養護要求，基本上來自於車輛供應者與消費者之間的契約

⁶⁸ Beck, aaO., Rn. 18.

或告知內容，譬如車主手冊當中的警告或資訊告知⁶⁹。只是這類車主手冊裡的告知或警示事項，是否已經對駕駛人具有拘束力？是否已經足以作為具有社會共識的注意義務來源？實有可疑。

同樣的注意義務來源欠缺情形，也存在於另一類的注意力欠缺行為的案例當中，因此也影響了此類行為是否構成過失犯的認定困難。這類在利用半自駕或全自駕系統中的注意力欠缺行為之刑法評價，如參考前述德國「道路交通法」第1a條第1項規定，只要駕駛人對於車輛的半自駕功能是「合於規定而使用」（*bestimmungsgemäß verwendet*）的話，就不應該構成注意義務的侵害（*Sorgfaltspflichtverletzung*），駕駛者也就不會承擔額外的責任風險。只是如果援引同樣觀念到我國法的話，也還是會出現這裡所謂的「合於規定而使用」的「規定」到底何在的問題。

此外，特別是針對最常被討論的「注意力欠缺」行為，固然有學者認為即使是利用半自駕系統之設備，駕駛仍應握有主控權，隨時注意車前狀況，因此如果因為未注意而造成第三人死亡，仍可能成立過失犯罪⁷⁰。然而，譬如以目前實際上路最為先進的自動輔助駕駛系統

⁶⁹ 譬如特斯拉公司，同前註14，頁72：「每次駕駛前，請確保所有鏡頭和感測器清潔無髒污。……。不潔的鏡頭和感測器，以及環境狀態如下雨和模糊不清的車道標線，都會影響『Autopilot自動輔助駕駛』的效能。」

⁷⁰ 張麗卿，同前註2，頁93。

為例，駕駛人在利用此一系統時，都還是駕駛工作的主要承擔者，仍然被要求保持得以監控系統與隨時接管駕駛工作的狀態。只是此一系統的設計初衷，本來就是為了減輕駕駛人駕駛車輛的負擔⁷¹，並藉此提升行車安全此一最終目標，如果駕駛人在利用半自駕系統的同時，所應付出的注意程度仍然與駕駛傳統車輛相同，則此類半自駕系統設計的美意無疑將會落空。原則上來說，假如半自駕系統本身的設計越能排除缺陷、較無疑慮地運作，並且也搭配了相應的監控輔助系統，使系統得以即時警示駕駛人可能的問題或疑慮，使系統更得以使駕駛人普遍信賴的話，駕駛人的注意程度要求當然就應該越能相應減輕。從而，半自駕車輛駕駛人的刑事責任認定，有必要視個案所涉及的半自駕系統等級、程度與運作機制，在這種「控制的兩難」（Kontrolldilemma）情境下，作成駕駛人在特定情境中究竟應該負擔多高的監控義務之決定，似乎難以通案式地一概而論⁷²。

綜合上述說明可知，單只是就駕駛人駕駛半自駕車肇事，致人死傷的狀況，是否可以輕易地以過失致死傷的犯罪規定來決定其刑事責任，還是有諸多疑問。本文前述交通刑法的規範不足與對半自駕車事故的歸責困境，藉由上述的詳細檢討也就更為明確地突顯出來，也

⁷¹ 特斯拉公司，同前註14，頁73：「以下『Autopilot 自動輔助駕駛』便捷功能專為減少駕駛人行車負擔而設計……」。

⁷² Hilgendorf, aaO. (Fn. 1), S. 26 f.; Staub, aaO. (Fn. 16), S. 395 f.

就更足證交通刑法亟待針對自動駕駛科技的快速發展而有迫切改革的必要性。

(二)車輛供應者的刑事責任疑義

至於車輛供應者對於半自駕車事故可能承擔的刑事責任為何，則是考慮前述車輛供應者對於將半自駕車輛作為終端產品（Endprodukt）流通至市場上路的決策過程裡，是否有違反注意義務的行為而定。其中除了車輛本身的產品品質以外，當然也更包含了半自駕系統以及人機介面的設計與品質確保，以及將此些運作機制明確教示消費者的確保。如果此些品質未受確保，或教示過程未被確實實行，將可能衍生出「設計結構缺失」（Konstruktionsfehler）、「製造生產缺失」（Fabrikationsfehler）或「指示教導缺失」（Instruktionsfehler）等可能被評價為違反注意義務之行為⁷³。至於如果僅是單純設計或製造配備有半自駕系統車輛之行為，原則上在未證明有前述各項缺失的情況下，即使後續駕駛人駕駛各該車輛而發生事故，這類車輛供應者之行為都還是屬於容許風險的範疇，不應被認定成立過失犯責任⁷⁴。

至於所謂設計結構缺失，係指譬如自動輔助駕駛系統存有軟體上在設計、編寫為程式等方面的瑕疵，導致可能在運轉過程中將車輛誤判為交通號誌、對於同類顏

⁷³ Sander/Hollering, aaO. (Fn. 16), S. 197.

⁷⁴ Hilgendorf著，林信銘譯，同前註3，頁13。

色的物體無從辨別，甚至是導致無法將鏡頭或感測器所取得之資料組合為實際圖像，或難以針對交通現況為合理應對等情形⁷⁵。再者，製造生產缺失則是指在設計與結構都沒有缺失的情況下，發生終端產品的硬體組裝或軟體完成偏離原本的設計與結構計畫而言，前者如車載鏡頭組裝有錯誤或缺陷，後者則是譬如將原本商用電腦軟體誤用於車輛電子系統，導致鏡頭與感測器的成像錯誤等問題⁷⁶。最後，指示教導缺失則是指車輛供應者對於消費者如何使用半自駕系統，沒有教導、未為足夠、有效或正確之教導而言。其例如前述之【衝撞貨車案】，駕駛人在開啟自動輔助駕駛系統後，即使已經看見前方有障礙物，但並不知自己可以儘快操控系統的轉向，因此並未踩煞車，而自動輔助駕駛系統也沒有引發煞車裝置，最終導致撞上障礙物。此種指示教導缺失是否構成過失，常因駕駛人自己本來也應該有瞭解車輛整體功能的義務，仍存有爭議。只是在半自駕車輛案例當中，因為目前並不是所有車輛都有安裝半自駕系統，汽車駕駛訓練過程也通常並未安排此種訓練課程，因此就對駕駛過程中的安全確保顯得更具有實務意義。並且，車輛供應者對於消費者詳盡地告知或教導各項新科技系統的運作機制、系統極限乃至駕駛人還是應該隨時準備

⁷⁵ Sander/Hollering, aaO. (Fn. 16), S. 198.

⁷⁶ Sander/Hollering, aaO. (Fn. 16), S. 198.

即時接管駕駛工作等事項⁷⁷，在刑法層次將會寓有車輛使用半自駕系統的可能風險，轉移由消費者以及駕駛人自行決定是否使用與如何承擔此類風險，車輛供應者也才能得以免責⁷⁸。

此外，即使前述各項車輛供應者在提供半自駕車輛上產生上述相關之缺失，導致發生後續事故及實害結果，至少從故意的「意欲」要素的角度出發來看，都還是得以排除故意責任，而是主要探討過失責任是否成立此一問題⁷⁹。但就算是只探討車輛供應者是否將會因為上述缺失而成立過失犯，同樣必須考慮注意義務違反與結果發生預見可能性等過失要素始能決定。就此還存有疑慮之處在於，儘管從容許風險的觀點來說，不可能要求車輛供應者所供給之半自駕車與半自動駕駛系統完全毫無缺失或引發危險之可能⁸⁰，然而在目前仍然欠缺普遍有效的客觀注意標準之情況下，各家車廠對於其半自

⁷⁷ Sander/Hollering, aaO. (Fn. 16), S. 198 f.

⁷⁸ 類似但針對全自駕案例所主張之見解，見張麗卿，同前註2，頁97-98。

⁷⁹ Sander/Hollering, aaO. (Fn. 16), S. 195 f.; Staub, aaO. (Fn. 16), S. 396則是指，唯一可想像從供應鏈而來的自駕車案例故意犯罪，大概只有網路犯罪（Cyberkriminalität）此一型態而已。

⁸⁰ 儘管Sander/Hollering, aaO. (Fn. 16), S. 197是從容許風險的觀點詮釋此一見解，但如Hilgendorf, aaO. (Fn. 16), S. 804則是從「剩餘風險（Restrisiko）」的角度詮釋；Staub, aaO. (Fn. 16), S. 397則是從「社會相當性」的角度來詮釋。但從筆者的認知而言，三者的見解其實都是從風險對於社會的好處大於益處之衡量出發而為論證，並無實質差異。

駕系統欲如何設計並運作，多數仍是取決於其研發、設計能力與商業利益而各自為政，對於半自駕系統的各項功能而言，至今仍然還欠缺得以作為注意義務來源的社會統一共認之各項標準⁸¹。因此，譬如說系統或程式設計者在系統與程式的設計建構時，必須依循何種原則而為之？是依循倫理、法律或商業競爭與獲利模式⁸²？此一問題的答案，即使是回歸到消費者保護法的規範內容去找尋可能的注意義務來源，都將遭遇困難。因為除了硬體以外，半自駕系統相關的軟體程式與演算法撰寫如何才能評價為瑕疵？是否被涵蓋在消費者保護法所規定「商品」或「服務」等保護範疇內⁸³？並且，譬如在產品刑事責任的範疇中，如果承接了民事法的商品製造責任作為過失犯的注意義務來源，是否合乎刑法原本的釋義學基礎以及上述明確性要求與最後手段原則⁸⁴？都仍存有極高疑慮。而此種法律與刑法產品責任歸責標準不明的窘境，將也會是半自駕車現行人車分工機制下的一個極為重要的刑法過失責任認定難題。

最後，車輛供應者未來是否對半自駕車事故承擔過

⁸¹ Staub, aaO. (Fn. 16), S. 397; Beck, aaO. (Fn. 66), Rn. 18, 37也提到，此種得以作為注意義務來源的共通標準，將必須在商業利益與安全風險減少之間加以權衡，並且也會在社會中各種層面之間，如科技研究、經濟、健康等系統的需求之間綜合考慮。

⁸² 劉靜怡，同前註19，頁26。

⁸³ 這一點疑慮在德國法也仍存在，就此見Hilgendorf著，林信銘譯，同前註3，頁14。

⁸⁴ Valerius, aaO. (Fn. 1), S. 18 ff.

失責任的另一個疑慮，還在於此類案例當中的結果預見可能性認定問題。如果德國聯邦交通與數位建設部倫理委員會所發布的「自動化與網路互聯化車輛交通倫理規則」可以在我國被接受，未來在半自駕與全自駕的車輛設計與編程的首要目標，就將會是「增進交通參與者之安全」，並且盡可能地避免發生意外。且對於人類生命的保護，必須是在所有利益衡量的情境中始終占據最優先的地位，並且寫入系統程式作為判斷基礎⁸⁵。則在事故中對人類生命實害的盡可能避免，將會成為每台自動駕駛車輛系統設計時的首要目標，並且也不得寫入任何有侵害人類生命的程式或設計作為機器決策基礎。未來在事故發生後，即使事故原因可以確認是車輛供應者的缺失所導致，並且吾人也可以預期車輛供應者本身作為專業人士，對於設計缺失的認知可能性較常人為高，但車輛供應者恐怕都會因為遵守上述倫理規則的要求，而得以否認對於實害結果有預見可能存在，難以被認定為是對於實害結果應該負責的人⁸⁶。或者更具體而言，如果半自駕車輛的供應者在半自駕車輛的設計製造上，無論如何都不能賦予車輛系統得以擁有決定第三人之死傷

⁸⁵ Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Bericht der Ethik-Kommission: Automatisiertes und Vernetztes Fahren, 2017, S. 10 f. (Artikel 1, 2, 7).

⁸⁶ 類似的質疑，見 Susanne Beck, Das Delimma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik, in: Eric Hilgendorf (Hrsg.), Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, S. 120.

等實害結果的權限，則車輛供應者的設計製造行為將因此欠缺實害關連性，也對於實害結果難以具體預見（konkret vorhersehen），或許只能相當抽象且一般性地想像到此種事故發生的可能性，而不易成立過失實害犯⁸⁷。

伍、結論暨立法方向的初步建議

一、結 論

綜合上述的檢討與分析，對於半自駕車事故可能的刑事責任認定方向此一問題，本文已經得以作成下列結論：

（一）如果在個案中並未發生駕駛人以外的第三人死傷等實害結果，譬如前述【衝撞警車案】、【衝撞貨車案】與【國道吃麵案】等，考慮到在此類案例中通常會排除故意犯罪成立的可能性，因此不會有成立故意殺人或傷害罪未遂犯的可能性；當然也因為沒有實害結果發生，不會有成立過失致死傷罪的可能。最後，各該行為同樣並未符合刑法第183條至第185條之4等危險犯規定之構成要件。因此在此類案例當中，結論就是各該可能的行為人（駕駛人與車輛供應者）都不會受到刑事追訴、承擔刑事責任。

（二）如果在個案中已經發生駕駛人以外的第三人死

⁸⁷ Beck, aaO., S. 122 f.

傷等實害結果，譬如前述【德國Aschaffenburg案】與【美國Uber自駕車案】，才有進一步去探討各該可能的行為人（駕駛人與車輛供應者）是否構成過失致死罪的可能。只是在此如果分別從駕駛人與車輛供應者的角度去分析，可以發現未必然每個個案行為都一定能符合過失犯的細部要件。從前述的說明即可得知，在半自駕車事故的案例當中，不僅作為注意義務來源的共通行為標準與規範仍有所欠缺，在個案的結果預見可能性判斷也都還存有不少疑點。

（三）受限於篇幅所致，本文還無法處理在半自駕車事故當中，基於人車分工或共同決策的特殊機制而來的複雜性歸責難題。這裡所指的是在個案當中：

• 駕駛人的過失行為與系統（具體而言來說，指的是其背後的車輛供應者）的過失行為，兩者共同作用導致實害結果發生的情形，其適例正是前述的【美國Uber自駕車案】。從傳統觀點來說，應該是將駕駛人與車輛供應者分別論以過失致死罪，並且兩者會以過失同時犯（Fahrlässige Nebentäterschaft）來處理。未來在立法論或解釋論上，有無可能針對此類案例推翻過去通說否定過失成立共同正犯之見解，將駕駛人與車輛供應者認定為「過失共同正犯」（Fahrlässige Mittäterschaft）或「過失幫助犯」（Fahrlässige Beihilfe）⁸⁸，則有待未來另文

⁸⁸ 目前為止與本文問題意識較為相關，討論內容極為深入的贊成見解論證，見許恒達，論瑕疵商品與共同過失責任——以最高法院九十八年

檢討。

・既不是駕駛人有過失，半自駕系統也依其所設計及預設的功能運作，但死傷等實害結果仍然發生之情形，如【德國Aschaffenburg案】即屬之。此類案例突顯了刑法規範適用的極限，未來在立法論上或許僅能朝向強化在半自駕車輛保險制度的方向進行，以求至少得以填補實害結果發生之損害。

二、立法方向的初步建議

從前述的解釋論結論來看，如果以現有的刑法規定來作為半自駕車事故的刑事責任認定依據，恐怕仍會有諸多不足之處，因此本文也認為有必要考慮針對半自駕車案例，重新檢討是否有再行立法的必要性。至於再行立法的初步方向，則是建議分別針對前述駕駛人與車輛供應者刑事責任的規範不足，為如下思考：

(一)有鑑於前述判斷過失犯時所可能發生的注意義務來源欠缺問題，針對半自駕事故刑事責任的重新立法，最根本也最為關鍵的工作並非在於刑法典的修正，而是有必要隨著半自駕系統的發展，相應修正或增訂各項交通行政法規。其中，統一定義在半自駕系統利用情

台上字第三一二五號刑事判決及其歷審見解為討論中心，與大法學，10期，2011年11月，頁27以下。較新的德文文獻如Roxin, aaO. (Fn. 43), Rn. 19就明白地指出，儘管德國現行法的參與規定受到目的行為論之影響，參與的成立均以故意主行為的存在為前提。但是在刑事政策層面上的考量，並非不可以在特別犯部分容許參與非故意主行為之情形。

境下的「駕駛人」、被容許的「駕駛行為」以及「半自駕系統」概念，以及此時的人車分工決策模式與駕駛人的即時接管義務，乃至於車輛供應者設計、製造此類半自駕車的檢測與容許標準，都是目前迫切需要增訂到相關交通法規的規定⁸⁹。就此而言，德國道路交通法在2017年改革所新增的第1a條、第1b條規定，應該可作為我國立法時的參考方向。

(二)就駕駛人的刑事責任認定難題，有必要進行交通刑法相關規定的改革。為了達成管理交通安全風險與預防交通事故之目的，立法者應可轉換觀念，嘗試多元化的立法形式，針對道路交通領域用路人的生命或身體法益保護，在目前的過失實害犯規定以外，額外以危險犯構成要件來達到保護前置化的預防效果⁹⁰。而為了避免運用危險犯規定有處罰過度前置的問題，建議可仿效德國刑法第315c條危害道路交通罪之規定，由立法者選擇交通參與者對道路交通安全所為的某些重大危險駕駛

⁸⁹ 本論文發表時的多位與談人均認為，此種注意義務來源欠缺的情形，可以藉由實務判決自行實質開發即可補足，而不一定要依賴立法。然而不可否認的是，過失犯相較於故意犯來說，本來就有構成要件較不明確的問題。如果又承認注意義務來源可以由實務判決自行開發，而不是由立法者明確指出注意義務之內涵或來源，受規範者恐怕難以在一般日常生活中對注意義務加以認識，而會有更加違反罪刑法定原則的疑慮。類此見解，見Gunnar Duttge, Wider die Palmströmsche Logik: Die Fahrlässigkeit im Lichte des Bestimmtheitsgebotes, JZ 2014, S. 267, 269.

⁹⁰ 類似的觀念轉換思考，見Schünemann, aaO. (Fn. 20), S. 798; 林山田，同前註20，頁220-221；李聖傑，同前註31，頁139-140。

行為作為行為要素，搭配必須導致具體危險結果的立法模式⁹¹，以節制可能過度擴張的可罰性。此種具體危險犯的立法模式，也特別適用於半自駕車事故的刑事責任規範⁹²。因為如前所述，在半自駕車事故當中，常見駕駛人未合於規定使用半自駕系統，只是極為幸運沒有導致發生實害。然而其駕駛行為或許從社會觀點來看，已經僅為接近實害，實害之所以沒有發生，其實也只是偶然的意外，譬如前述【衝撞警車案】與【衝撞貨車案】，就是典型的案例。而這種案例當中因為偶然而未發生實害的情狀，正是規範性危險概念所可以掌握的情況⁹³。

(三)就車輛供應者的刑事責任認定難題，則是應該引進產品刑法的思維進行改革⁹⁴。立法者就此必須首先考慮將行為人與處罰對象明確化，指出在車輛供應鏈過程的哪些行為人，將有可能因為半自駕車事故受到刑事追訴與處罰⁹⁵。再者，考慮到在產品瑕疵案例常見對於

⁹¹ Janiszewski, aaO. (Fn. 22), S. 126 ff.

⁹² 建議直接以危險駕駛的適性犯規定、部分搭配致生公共危險要素之規定作為立法主軸者，見陳亭誼，同前註4，頁132以下。

⁹³ 有關於規範性危險概念的偶然性要素，僅見陳俊偉，從危險故意理論省思放火故意之實質內涵——以最高法院105年度臺上字第2179號判決及其歷審判決爭點為出發點，興大法學，26期，2019年11月，頁197、199-200。

⁹⁴ 方向類似但細節有所差異之建議，見陳亭誼，同前註4，頁136以下。

⁹⁵ 在工業製造流程日趨分工精細的趨勢下，要如何事先確認車輛供應鏈當中的哪些人必須承擔刑事責任，確實有其困難。並且，此一問題也同時涉及到法人是否承擔刑事責任的爭議，因此更為難解。只是必須

死傷或具體危險等結果的因果關係證明難題，立法者可適度考慮以抽象危險犯的規定作為車輛供應者刑事責任的規範主軸，以彌補過失實害犯甚至是具體危險犯在此類案例中的不足。至於採取何種抽象危險犯規定較為適當，則是有待於立法者選擇此類規定入罪化後的保護法益而定：如果仍以生命或身體等個人法益作為保護對象，則是採取以實害犯為主、各類危險犯作為保護前置化的規範模式，此時適性犯之規定是較為正當的立法模式；如果立法者選擇以交通安全此類集體法益作為保護對象，則會是以違反半自駕車相關的設計、製造及教示之法規及相關社會制度作為此類法益的侵害形式。

說明的是，在現行規定當中也早已存在這類規定，譬如刑法第190條之1第2項規定：「廠商或事業場所之負責人、監督策劃人員、代理人、受僱人或其他從業人員，因事業活動而犯前項之罪者，處七年以下有期徒刑，得併科一千五百萬元以下罰金」，即屬適例。

參考文獻

一、中文文獻

- Schünemann, Bernd (2000). 交通刑法之憲法界限與刑事政策問題 (一) (陳志輝譯)。司法週刊, 1006, 二版, 2-2。
- Hilgendorf (2019). 自動駕駛與刑法——以「阿沙芬堡案」為例 (林信銘譯)。國立高雄大學法學論叢, 15 (1), 5-16。
- U-Car編輯部 (2021)。2020年度臺灣汽車市場銷售報告：電動車 Top 10。U-Car。https://news.u-car.com.tw/news/article/64655
- 內政部警政署全球資訊網 (2020)。重要統計結果表：道路交通事故肇事原因分類件數及傷亡人數。https://www.npa.gov.tw/NPAGip/wwwSite/ct?xItem=80163&ctNode=12902&mp=1
- 李聖傑 (2011)。交通事故中過失行為的刑法處遇思考。載於：政治大學法學院刑事法學中心編，刑事法學的新視野 (頁109-140)。
- 東森財經新聞 (2019)。享受甩尾快感？千萬超跑墜山谷恐是「小旋鈕」惹禍？。東森新聞網。https://news.ebc.net.tw/news/business/149738
- 林山田 (2008)。刑法通論 (下) (增訂十版)。自版。
- 林東茂 (2010)。交通犯罪。月旦法學雜誌, 177, 232-240。
- 洪德欽 (2020)。歐盟自動駕駛車之發展策略與法律規範。歐美研究, 50 (2), 349-431。http://doi.org/10.7015/JEAS.202006_50(2).0007
- 特斯拉公司 (2020)。MODEL 3車主手冊。https://www.tesla.com/sites/default/files/model_3_owners_manual_asia_tw.pdf
- 財團法人資訊工業策進會科技法律研究所 (2018)。自駕車的第一本法律書。書泉。

- 張麗卿（2002）。*交通刑法*。學林。
- 張麗卿（2019）。人工智慧時代的刑法挑戰與對應——以自動駕駛車為例。*月旦法學雜誌*，286，87-103。<http://doi.org/10.3966/102559312019030286005>
- 許恒達（2011）。論瑕疵商品與共同過失責任——以最高法院九十八年台上字第三一二五號刑事判決及其歷審見解為討論中心。*興大法學*，10，1-47。
- 許恒達（2016）。再訪行為理論。載於氏著，*法益保護與行為刑法*（頁27-78）。元照。
- 陳亭誼（2021）。*論自動駕駛車輛交通事故之刑事責任與立法芻議*（中興大學法律學系碩士論文）。中興大學。<https://hdl.handle.net/11296/2davq4>
- 陳俊偉（2019）。從危險故意理論省思放火故意之實質內涵——以最高法院105年度臺上字第2179號判決及其歷審判決爭點為出發點。*興大法學*，26，153-266。
- 陳敬典（2020）。全球自駕車產業發展現況與未來趨勢。*車輛研測專刊*，19-28。
- 曾惓賢（2017）。ESC及BAS自民國107年起納入車輛安全檢測基準。財團法人車輛研究測試中心網站。https://www.artc.org.tw/chinese/03_service/03_02detail.aspx?pid=3074
- 黃羿馨（2019）。全台首例特斯拉自駕撞毀警車 公共危險、妨害公務均不起訴。蘋果日報。<https://tw.appledaily.com/local/20191023/BXQ5Y3CMU36TWEZRH5EKLNEQTY/>
- 劉靜怡（2018）。人工智慧潛在倫理與法律議題鳥瞰與初步分析——從責任分配到市場競爭。載於：劉靜怡主編，*人工智慧相關法律議題芻議*（頁1-45）。元照。
- 蔡智明（2020）。特斯拉國道直撞翻覆貨車 駕駛誤認會自動煞車。中央社。<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202006010318.aspx>

- 戴志揚、吳侑縈、陳科廷（2019）。陳建州偕友玩命 高速公路自動駕駛吃牛肉麵挨轟。中時新聞網。 <https://www.chinatimes.com/realtimenews/20191129001503-260402?chdtv>
- 謝煜偉（2012）。交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略。《月旦法學雜誌》，210，107-130。

二、德文文獻

- Beck, Susanne (2017). Das Delimma-Problem und die Fahrlässigkeitsdogmatik. In Eric Hilgendorf (Hrsg.), *Autonome Systeme und neue Mobilität* (S. 117-142). Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845281667>
- Beck, Susanne (2020). Selbstfahrende Kraftfahrzeuge – aktuelle Probleme der (strafrechtlichen) Fahrlässigkeitshaftung. In Bernd H. Oppermann/Jutta Stender-Vorwachs (Hrsg.), *Autonomes Fahren: Technische Grundlage, Rechtsprobleme, Rechtsfolgen*, 2. Aufl. (S. 439-454). C.H.Beck.
- Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (2015). *Strategie automatisiertes und vernetztes Fahren*.
- Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (2017). Bericht der Ethik-Kommission: Automatisiertes und Vernetztes Fahren.
- Burmans, Michael/Heß, Rainer/Hühnermann, Katrin/Jahnke, Jürgen (2020). *Straßenverkehrsrecht*, 26. Aufl. C.H.Beck.
- Duttge, Gunnar (2014). Wider die Palmströmsche Logik: Die Fahrlässigkeit im Lichte des Bestimmtheitsgebotes. *JZ*, S. 261-270. <https://doi.org/10.1628/002268814X13909182092672>
- Hilgendorf, Eric (2018). Automatisiertes Fahren und Recht – ein Überblick. *JA*, S. 801-807.

- Hilgendorf, Eric (2015). Teilautonome Fahrzeuge: Verfassungsrechtliche Vorgaben und rechtspolitische Herausforderungen. In Eric Hilgendorf/Sven Hötitzsch/Lennart S. Lutz (Hrsg.), *Rechtliche Aspekte automatisierter Fahrzeuge* (S. 15-32). Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845261638>
- Hilgendorf, Eric (2012). Können Roboter schuldhaft handeln? Zur Übertragbarkeit unseres normativen Grundvokabulars auf Maschinen. In Susanne Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine: Ethische und rechtliche Fragen zum Umgang mit Robotern, Künstlicher Intelligenz und Cyborgs* (S. 119-132). Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845237527>
- Hsu, Heng-da (2009). *Zurechnungsgrundlage und Strafbarkeitsgrenze der Fahrlässigkeitsdelikte in der modernen Industriegesellschaft*. Peter Lang.
- Janiszewski, Horst (2004). *Verkehrsstrafrecht*, 5. Aufl. C.H.Beck.
- Joerden, Jan C. (2013). Strafrechtliche Perspektiven der Robotik, In Eric Hilgendorf/Jan-Phillip Günther (Hrsg.), *Robotik und Gesetzgebung* (S. 195-209). Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845242200>
- Roxin, Claus/Greco, Luis (2020). *Strafrecht: Allgemeiner Teil: Bd. I, Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Aufl. C.H.Beck.
- Roxin, Claus (2020). Handlung. In Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/Brian Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 2, Strafrecht Allgemeiner Teil I (S. 39-67). C.F. Müller.
- Sander, Günther M./Hollering, Jörg (2017). Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit automatisiertem Fahren. *NStZ*, S. 193-206.
- Schünemann, Bernd (1975). Moderne Tendenzen in der Dogmatik

der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte. *JA*, S. 435-444, 511-516, 575-584, 647-656, 715-724, 787-798.

- Staub, Carsten (2019). Strafrechtliche Fragen zum Automatisierten Fahren. Der Hersteller als strafrechtlicher Verantwortlicher der Zukunft? Umfang der Sorgfaltspflicht – Datenschutz versus Aufklärungspflicht. *NZV*, S. 392-398.
- Valerius, Brian (2017). Sorgfaltspflichten beim autonomen Fahren. In Eric Hilgendorf (Hrsg.), *Autonome Systeme und neue Mobilität* (S. 9-22). Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845281667>

徵稿啟事

110.2.18修訂

1. 本刊1年固定發行3期，分別於4、8、12月出刊，其中12月為學術發表會特輯。同時本刊亦就重要時事或特定議題，不定期發行特刊。
2. 本刊全年接受投稿，稿件隨到隨審，並採取雙向匿名審查，審查結果將適時通知作者。
3. 本刊歡迎刑事法學、犯罪學研究專論投稿，並請作者於來稿時註明所屬學門，以便後續審查作業。
4. 來稿全文以1萬5千字至2萬字為度（不含中英文摘要、註腳、參考文獻），支給稿費以每千字新台幣975元為標準；惟稿費支給上限以1萬5千字為限，超過前述字數部分，不另支給稿費，執行編輯亦得視情況決定分期刊登與否。
5. 稿件若為二人以上共同撰寫者，請於投稿資料表中註明作者順位、分工情形，並檢附各作者同意聯名投稿之書面文件。
6. 來稿標註中、英文題目名，並檢附5個以上中、英文關鍵字，及5百字左右之中、英文摘要。
7. 來稿請以word檔案寄至承辦人電子郵件信箱，並於信件主旨註明「某某某（請具名）投稿論文_刑事政策與犯罪防治研究專刊」。

8. 稿件在本刊正式刊登前，另投其他期刊或收於專書（或論文集）中出版者，本刊將逕自退稿，並於退稿日起二年內不接受同一（含共同）作者之投稿。但來稿如係收錄於研討會議性質之論文集且經本刊同意者，不在此限。
9. 本刊稿件一經刊登後，文責自負，若嗣後遭人檢舉涉及學術倫理情事時，如係屬實，除本刊公開表示退稿外，得追回已給付之稿費，並於退稿日起二年內不接受同一（含共同）作者之投稿。
10. 投稿經本刊刊登後，所有列名作者同意本刊得以非專屬授權方式再授權經本刊授權之資料庫，並得以數位方式為必要之重製、公開傳輸、授權用戶下載及列印等行為。為符合資料庫編輯之需要，並得進行格式之變更。作者交付稿件時，應一併附上著作權授權書。

審稿規則

110.2.18修訂

1. 為確保本刊之稿件品質，凡投稿稿件應依本規則進行審查。
2. 本刊設發行人一人、總編輯一人，由法務部司法官學院院長及犯罪防治研究中心主任出任；另每期刊物均商請國內外學者擔任執行編輯。
3. 除特約邀稿外，來稿均由執行主編邀請相關領域學者以雙向匿名審查方式進行審查；投稿與本刊性質不符者，執行主編得逕為退稿之決定。
4. 稿件數量如超過該期篇幅，執行主編得依論文時效性等原則，決定稿件刊登之先後順序。
5. 本刊通知投稿作者審查通過後，即開立來稿審查通過證明書。
6. 審查人應就送審稿件為「刊登」、「修改後刊登」、「修改後再審」、「不予刊登」之建議，並由本刊通知作者審查結果。
7. 投稿人稿件送審後，若獲「修改後刊登」、「修改後再審」通知，原則上應於通知後30天內修訂完成。如有因特殊事由請求延長時限時，應送執行主編決定是否同意。若逾期未完成修訂，視同撤回。如投稿人撤回後日後再次投稿，則重新進行匿名審查程序。

撰稿凡例

110.2.18修訂

壹、文長以1萬5千字至2萬字為原則，應包括作者中、英文姓名、論文之中、英文題目、目次、5個以上之中、英文關鍵字、參考文獻，以及5百字以內之中、英文摘要。中、英文最高學歷及中、英文現職獨立列為註解。

貳、所有引註均需詳列出處，如引註係轉引自其他書籍或論文，則須另為註解，不得逕自引用，年代則一律以西元為準。

參、註解格式

來稿若為犯罪學研究論著，應參考APA格式最新版（目前為第七版）內容進行撰寫；若為刑事法學研究論著，應使用隨頁註。

一、APA格式第七版

(一)內文中引用文獻時應將作者的姓名及發表年代寫出，若引用文獻之作者為1～2位，第一次引用時請列出所有作者姓名；若在3位以上，限引用第1位作者姓名，餘以等人代替。

(二)作者為機構，第一次出現呈現全名，再備註簡稱，第二次之後即可使用簡稱。

(三)同時引用若干位作者時，中文作者按姓氏筆劃排序，英文作者則依姓名字母排序。同時引用中文與英文作者時，中文作者在前，英文作者在後。

(四)同位作者相同年代有多筆文獻時，應加上a、b、c……標示，引用時並依此排序。

(五)引用全文時，應加註前後引號與頁碼。

(六)圖、表格式應參照APA第七版格式規範。

二、隨頁註之格式

(一)中、日文部分

- 1.期刊論文：作者，篇名，期刊名，卷期數，出版年月，引註頁碼。

例如：溫祖德，從Jones案論使用GPS定位追蹤器之合憲性——兼評馬賽克理論，東吳法律學報，30卷1期，2018年7月，頁121-167。

- 2.專書論文：作者，篇名，收於：專書名，出版年月，引註頁碼。

例如：許恒達，酒後犯罪歸責模式之比較法研究，收於：刑事法學的回顧與展望，2015年1月，頁109-127。

- 3.研討會論文：作者，篇名，研討會名稱，主辦單位，辦理年月，引註頁碼。

例如：謝如媛，從犯罪防治到少年健全成長發展權之保障——從日本少年法制近年之動向談起，第75屆司法節學術研討會，司法院等，2020年1月，頁57-98。

- 4.書籍：作者，書籍名，版次，出版年月，引註頁碼。

例如：林山田，刑法通論（上），增訂10版，2008年1月，頁20。

- 5.所引註之文獻資料，若係重複出現，緊鄰出現則註明「同前註」之後加註頁數，例：同前註，頁35。前註中有數筆文獻時，應註明作者；若同一作者有數筆文獻，

則應簡要指明文獻名稱，例：林山田，刑法通論（上），同前註，頁35。

若非緊鄰出現則註明作者及「同前註××」之後再標明頁數，其他同前例：林山田，同前註10，頁50。

6.官方出版法律條文或判決等政府資料：

大法官解釋：司法院釋字第735號解釋。

行政函示：內政部(88)年台內地字第8811978號函。

法院判決：臺北高等行政法院97年度訴字第2594號判決。

法院判例：最高法院81年台上字第3521號判例。

法院決議：91年度第14次民事庭決議，91年11月5日。

7.引據其他國法律條文或判決時，請依各該國習慣。

(二)英文部分

1.期刊論文：作者，論文名，卷(期)數 期刊名 起始頁，引註頁碼（出刊年）。

例如：Matthew A. Edwards, *Posner's Pragmatism and Payton Home Arrest*, 77(2) WASH. L. REV. 299, 394-96 (2002).

2.書籍：作者，書名，引註頁碼（出版年）。

例如：JOHN KAPLAN ET AL., CRIMINAL LAW: CASES AND MATERIALS 897 (2004).

3.專書論文：作者，論文名，in 書名 起頁，引註頁碼（編者，出版年）。

例如：John Adams, *Argument and Report*, in 2 LEGAL PAPERS OF JOHN ADAMS 285, 322-35 (L. Kinvin Wroth & Hiller B. Zobel eds., 1965).

4.前註之引用：

緊鄰出現者：*Id.* at引註頁數。例：*Id.* at 101.

非緊鄰出現者：作者姓，*supra* note ×，at引註頁數。

例如：Edwards, *supra* note 10, at 395.

- (三)德、法文或其他語言之期刊論文、專書論文、書籍等，作者得依所引用該國文獻之通用方式，於本文隨頁註釋。

肆、參考文獻格式

參考文獻必須為正文與註釋中援引過之書籍與期刊文獻；請先列中文資料、再列外文資料；中文排列請按作者或編者之姓氏筆畫數，外文請按作者或編者之姓氏字母序。若同一作者有多項參考文獻時，請依年代先後順序排列。應採如下標示：

APA格式第七版

一、書 籍：

作者（出版年）。書名（版次）。出版者。

例如：陳慈幸（2019）。*刑事政策：概念的形塑*（二版）。元照。

Dutton, D. G. (1995). *The Batterer: A Psychological Profile*. Basic Books.

二、期刊論文：

作者（出版年）。文章名稱。*期刊名稱*，卷（期），頁碼。doi碼

例如：王禎邦、歐陽文貞（2020）。臺灣社區精神復健機構發展近況及興革建議。*中華心理衛生學刊*，33（4），315-340。http://doi.org/10.30074/FJMH.202012_33(4).0001

Hotaling, G. T. & Sugarman, D. B. (1986). An Analysis of Risk Marks in Husband to Wife Violence: The Current State of Knowledge. *Violence and Victims*, 1(2), 101-124. <http://doi.org/10.1891/0886-6708.1.2.101>

三、專書論文：

作者（出版年）。篇或章名。載於編者，書名（版次，頁碼）。出版者。若有doi碼請加註。

例如：許福生（2013）。性侵害防治法制之變革與發展。載於林明傑主編，*家庭暴力與性侵害的問題與對策*（頁355-424）。元照。

Straus, M. A. (1990). The Conflict Tactics Scales and Its Critics: An Evaluation and New Data on Validity and Reliability. In M. A. Straus & R. J. Gelles (Eds.), *Physical Violence in American Families: Risk Factors and Adaptations to Violence in 8,145 Families* (pp. 49-73). Transaction Publishers. <http://doi.org/10.1891/0886-6708.5.4.297>

四、翻譯書籍：

原作者（翻譯出版年）。翻譯書名（譯者；版次）。出版者。（原著出版年）。

例如：Babbie, E. (2016). *社會科學研究方法*（林秀雲譯；十四版）。雙葉。（原著出版年：1975）。

五、學位論文：

作者（出版年）。論文名稱（未出版博／碩士論文）。學校名稱。

作者（出版年）。論文名稱（已出版博／碩士論文）。論文網址

例如：紀致光（2020）。毒品施用者分流處遇制度及篩選項目之研究（未出版博士論文）。中央警察大學。

Lai, Y. L. (2011). *The determinants of public attitudes toward the police across racial/ethnic groups in Houston* (Unpublished doctoral dissertation). Sam Houston State University.

Andrea, H. (2014). *Effective networked nonprofit organizations: Defining the behavior and creating an instrument for measurement* (Doctoral dissertation). <https://etd.ohiolink.edu/>

六、會議或研討會論文（包括口頭或書面發表）：

作者（年，月）。論文名稱。研討會名稱，舉行地點。

例如：林俊宏（2020，11月）。毒品犯處遇之腦功能變化差異分析。科學實證之毒品犯處遇及復歸轉銜研討會，集思台大會議中心——蘇格拉底廳，臺北市，臺灣。

Huang, S., Pierce, R., & Stamey, J. (Eds.). (2006). *Proceedings of the 24th annual ACM international conference on the design of communication*. ACM Digital Library. <https://dl.acm.org/citation.cfm?id=1166324&picked=prox>

七、研究計畫報告：

作者（西元年代）。報告名稱（報告編號）。出版者。

例如：林瑞欽、江振亨、黃秀瑄（2007）。藥物濫用者復

發危險因子與保護因子之分析研究（行政院衛生署
管制藥品管理局九十六年度委託科技研究計劃之研
究報告，DOH96-NNB-1036）。科技部。

Nabors, L. A. (1999). School mental health quality
assessment and improvement (NTIS No. PB2000101192).
Washington, DC: U.S. Department of Commerce.

八、網路資源：

作者（西元年代）。文章名稱。URL

例如：李維庭（2020）。臨床心理師談思覺失調症：試著
與患者的雙知覺系統接軌，讓他不致成為「孤
兒」。https://www.thenewslens.com/article/135487

Mateo, A. (2020). You're not the only one feeling more
anxious in 2020 — here's what to do about it.
https://www.health.com/condition/anxiety/how-to-talk-
about-anxiety

九、文末參考文獻，最多可列出20位作者，其他未在本文中詳 載之引用資料，則依照APA第七版手冊（Publication Manual of the American Psychological Association, 7th edition, 2020）規定之格式列入參考文獻。

投稿資料表

110.2.18修訂

學 門 種 類	☐ 刑事法學 研究 ☐ 犯罪學 研究		
論 文 篇 名	中文： 英文：		
作 者 姓 名 (或第一作者)	中文： 英文：		
服 務 單 位	中文： 英文：	職 稱	中文： 英文：
最 高 學 歷	中文： 英文：		
聯 絡 方 式	電話： 手機： E-mail： 地址（含郵遞區號）：		
若有更多位共同作者，請依序列出。 請自行擴增上方的姓名、職稱、服務單位、聯絡方式等欄位使用。			
通 訊 作 者 姓 名		單一作者免填； 每篇文章只有一位通訊作者	
稿費領取人姓名		單一作者免填； 二位以上作者時，請推派一人代表領取	
檢 查 項 目	☐ 已瞭解並同意相關審稿與刊登規定，且投稿內容與本刊性質相符。 ☐ 中英文標題、摘要與關鍵字詞俱全，並符合字數限制。 ☐ 文章版面、引註及參考文獻格式符合徵稿啟事之規定。 ☐ 正文符合字數限制，本篇約_____字。		

投稿人：

(簽章)

年 月 日

