刑事政策與犯罪防治研究

Criminal Policies and Crime Prevention

第32期

2022.08

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32期　2022. 08

出 版 者：法務部司法官學院
發 行 人：柯麗鈴
總 編 輯：吳永達
執行主編：許恒達、許華孚、黃蘭媖、謝煜偉
（依姓氏筆劃排列）
諮詢委員：王皇玉、朱群芳、吳慧菁、許春金
許福生、陳玉書、陳亮妤、楊士隆
楊雲驊、蔡德輝、鄧煌發
（依姓氏筆劃排列）
編輯委員：王伯頎、古承宗、許恒達、許華孚
黃蘭媖、溫祖德、賴擁連、謝煜偉
（依姓氏筆劃排列）
執行編輯：吳雨潔、許茵筑、蔡宜家、鄭元皓
顧以謙（依姓氏筆劃排列）
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：http://qr.angle.tw/w0u
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

刑事政策與犯罪防治研究

第32期　2022. 8

目　錄

專　論

【刑事法學】

自成本效益分析建構科技偵查
立法框架之理論嘗試
——由GPS與M化車偵查相關判決談起..... 范耕維　1

強制猥褻罪不罰未遂？
——從臺高院110年上訴字第1257號判決談起. 趙萃文　57

個人資料保護法第41條「違法侵害個資罪」
之基本課題
——以最高法院109年度台上大字
第1869號刑事裁定的檢討為契機..... 簡至鴻　131

特　稿

應用犯罪偵查知識工程化
於刑案偵查實務之探討
——以F銀行ATM跨國盜領案為例...林宜隆、吳昆霖　185

網路犯罪與資訊安全的未來
——從網域名稱扣押談網路治理..... 陳昱奉　219

Criminal Policies and Crime Prevention

Vol. 32 August 2022

CONTENTS

Articles

Criminal Law

A Theoretical Attempt to Establish the Legislative Framework for Technology Investigation
Keng-Wei Fan 1

Mandatory Impunity for Attempted Indecent Assault? – Concurrently Comment on the Taiwan High Court's Criminal Judgment 110 Shangsuzi No.1257
Tsuey-Wen Chao 57

The Basic Research of Penal Provision in Art.41 of Personal Data Protection Act – In the Context of the Criminal Grand Chamber of the Supreme Court: Tai-Shang-Da-Zi Decision No. 1869 (2020)
Chih-Hung Chien 131

Special Issues

A Study on Application of Knowledge Engineering to Criminal Investigation – ATM Hacking Theft Steal Case from F Bank as Example
I-Long Lin & Kun-Lin Wu 185

The Future of Cybercrime and Information Security – On Internet Governance from Domain Name Seizure
Yu-Feng (Harris) Chen 219

編輯導讀

本（32）期為本刊改版發行之第9刊，亦為「刑事法學」及「犯罪學」合併出刊後的第2期。為此，本期收錄了三篇專論、兩篇特稿，以期提供多元角度的新興犯罪議題評析。

有關專論部分，范耕維助理教授撰寫「自成本效益分析建構科技偵查立法框架之理論嘗試——由GPS與M化車偵查相關判決談起」一文，從兩則與位置資訊蒐集有關的科技偵查判決採取之權利保障論述模式，討論其不適於科技偵查法立法指引之原因，再進一步從成本效益分析的角度出發，提出較適用於科偵法之立法框架。趙萃文助理教授以「強制猥褻罪不罰未遂？——從臺高院110年上訴字第1257號判決談起」一文，以現行強制猥褻罪未罰及未遂之法律真空問題為論述基礎，考察「猥褻」概念之學說理論的發展軌跡及演變，並從臺灣高等法院之判決出發，提出較適用於當今社會脈絡之司法論證與判斷標準，嘗試解決強制猥褻罪存有可罰性不足之問題。為探討違法侵害個資罪的法益內涵及態樣，簡至鴻助理教授以「個人資料保護法第41條『違法侵害個資罪』之基本課題——以最高法院109年度台上大字第1869號刑事裁定的檢討為契機」一文，藉由分析大法庭裁定見解的論理構成，突顯個人資料保護法第41條違法侵害個資罪在解

釋適用上的課題與其問題結構，再進一步探討違法侵害個資罪的保護法益內涵與侵害態樣，突顯違法侵害個資罪在解釋適用上的相關問題。

有關特稿部分，林宜隆教授與吳坤霖偵查佐共同撰寫「應用犯罪偵查知識工程化於刑案偵查實務之探討——以F銀行ATM跨國盜領案為例」，以我國首件ATM盜領案為例，討論現今犯罪偵查過程中，導入「犯罪偵查知識工程化」之可能與必要性，以期建立「合理化」、「科學化」、「系統化」、「知識化」之犯罪偵查基本原則，並作為往後刑事偵查人員偵處案件之依據，值得相關單位參考。陳昱奉檢察官以「網路犯罪與資訊安全的未來——從網域名扣押談網路治理」一文，以美國對於網域名稱扣押、沒收的實務運作與法源依據，作為我國在網路犯罪防治上之借鏡，最後則提出數位時代下的網路治理新思維，相關制度足供有關單位立法、政策推動之參考。

感謝前揭專家學者大作，亦盼望未來有更多刑事法、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

2022年08月

專論

自成本效益分析建構科技偵查立法框架之理論嘗試
——由GPS與M化車偵查相關判決談起

范耕維*

要　目

壹、前　言
貳、科技偵查與司法解釋中的權利保障模式
　一、科技偵查相關判決概述
　二、以權利保障為中心的論述模式
　三、權利保障模式的問題
參、成本效益分析模式與追求國民自由與安全的立法框架
　一、成本效益分析模式簡介與適用理由
　二、科偵法立法框架建構之嘗試
肆、結　論

DOI：10.6460/CPCP.202208_(32).01
本篇文章業經雙向匿名審查通過。

* 國立東華大學法律學系助理教授，日本一橋大學法學博士。感謝兩位匿名審查者提供寶貴意見，使筆者得以修正論述不足之處。此外，林俊儒律師閱讀後的批評指教，與楊禔昇先生對內容的細心校對，皆令筆者相當感激。惟一切文責由筆者自負。

摘　要

本文主題是嘗試建構科技偵查的立法框架。首先，本文分析目前與GPS及M化車等偵查手段相關的判決，指出我國法院採取以保障隱私權為中心的論述模式。接著，本文從判決過度聚焦被偵查者隱私權保障、比例原則存在方法論上的問題、社會與科技發展脈絡下的隱私概念變化等三個面向出發，說明法院所採論述模式不適於用來發展科技偵查的立法框架。最終，本文從成本效益分析的角度出發，建立初步的分析模型，並指出未來我國立法應注意之處。

關鍵詞：科技偵查、隱私權、比例原則、令狀原則、成本效益分析

A Theoretical Attempt to Establish the Legislative Framework for Technology Investigation

Keng-Wei Fan*

Abstract

The main issue of this article is to establish the legislative framework for technology investigation. At first, this paper analyzes the current judicial precedents regarding on investigation methods such as GPS and IMSI catcher, and points out that Taiwanese courts have adopted a analysis model centered on ensuring privacy. Next, I will point out the problems of this model from the viewpoints of "too much attention to the privacy of the subject to be investigated", "methodological problems of the principle of proportionality" and "changes in the concept of privacy in the social context". Moreover, I will argue that the model adopted by the Taiwan courts is not suitable for legislation of technology investigation law. At last, Finally, I will establish the legislative framework for technology investigation from the perspective of cost-benefit analysis and points out the

* Assistant Professor, Department of Law, National Dong Hwa University; Doctor of Laws, The Graduate School of Law, Hitotsubashi University, Japan.

important points to note about the legislation of technology investigation law.

Keywords: Technology Investigation, Privacy, Proportionality Principle, Warrant Requirement, Cost-Benefit Analysis

壹、前　言

伴隨科技發展，許多犯罪類型在交易效率提升、被害人範圍擴大的狀況下，犯罪率也受顯著影響[1]。面對此轉變，偵查機關為達追訴犯罪、治安維持等目的，自然有使用科技設備進行偵查的必要。同時，最高法院在106年度台上字第3788號判決（下稱：GPS案判決）中，認為性質上屬於強制處分的GPS追蹤定位偵查行為（下稱：GPS偵查），因於現行法下欠缺法律授權而違法，並呼籲立法部門應儘速進行相關立法，使該偵查方式符合強制處分法定原則之要求。呼應前述偵查機關的現實需求與判決的呼籲，法務部也於2020年9月提出科技偵查法（下稱：科偵法）草案。不過，由於草案內容爭議頗多，法務部最終並未將其提出於行政院或送立院審議。在此背景下，立法論層次應如何對包括GPS偵查在內的新型態科技偵查，制定相關法規範，可說已成為目前重要的課題[2]。正因如此，本

1　有實證研究指出資訊通信科技的發展對竊盜、詐欺及毒品犯罪之犯罪率的提高，具顯著影響：劉孟奇、盧敬植，資訊通信科技與犯罪率之實證研究，犯罪學期刊，16卷1期，2013年6月，頁21-22。

2　亦有論者從現行法論層次主張在無直接被害人的重大犯罪中，當用通常偵查方式難以查獲該犯罪，而有持續、全面掌握對象車輛行動的高度必要性時，得由司法審查者透過類推適用搜索規定的方式，在搜索票上對執法人員如何使用GPS蒐證為適當指示，兼顧實務需求與人權保障。見：吳燦，科技偵查蒐證之授權依據與證據能力——以警察裝置GPS偵查為例，檢察新論，27期，2020年2月，頁164；蔡彩貞，定位科技在刑事司法程序之運用與人權保障，裁判時報，65期，2017年11月，頁77。

文設定以針對科偵法提出理論性的立法框架為主題。

關於本文寫作目標與理論建構取徑，則有二點說明。第一，直接針對多樣化的科技偵查類型，廣泛分析各類型之干預屬性、授權基礎與介紹外國制度[3]，並非本文預設的寫作範圍。亦即，由於立法工作在於建構明確的框架秩序，故本文希望透過說明「立法時應考量的要素為何」、「如何理解各要素間的關係」、「若衡量各要素時，衡量基準為何」等問題，初步提出一個討論科偵法立法時的基本框架[4]。未來再以此為基礎，將不同科技偵查手段置於該框架下，進一步思考對各手段可能的規範方式。第二，於國內對GPS偵查的外國法制介紹可謂汗牛充棟的狀況下，本文雖會引用外國素材作為例子，但並非以比較法研究為文章主軸。理由在於若要進行真正的、功能性的比較法研究，並非只是單純釐清問題或為制度介紹的描述性工作，亦非純粹說明某國制度考量全面或條文體系完整等，即可作為我國立法之啟示，而是必須理解不同法秩序面對共同問題時發展出不同因應之道的原因，才能探討將他國制度供我國解決問題時參考的可能性與限制[5]。如此一來，在比

3 不同科技偵查類型的干預屬性與授權基礎的詳細介紹：林鈺雄，科技偵查概論（上）——干預屬性及授權基礎，月旦法學教室，220期，2021年2月，頁46-57；林鈺雄，科技偵查概論（下）——干預屬性及授權基礎，月旦法學教室，221期，2021年3月，頁42-52。

4 國內嘗試透過比較法素材建構科技偵查立法架構：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154-174。

5 黃舒芃，比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例，收於：變

較法研究本身內含兩重因果推論的狀況下[6]，除了對不同法秩序下制度成效的實證研究與效益評估，非本文可一蹴而幾外，更重要的是在第二重的因果推論中，對我國參考不同法秩序之成效或數參考對象間的差異進行評估時，仍需要一個據以估量的框架。因此，本文即將討論範圍設定在提出科偵法立法的理論框架，並以之作為未來因果推論的基礎。

綜上，在我國目前未有相關草案，而司法解釋事實上可能影響立法的前提下，本文將以GPS案判決與處理M化車偵查合法性的桃園地院106年度易字第164號判決（下稱：M化車案地院判決）為對象，嘗試分析我國現行司法解釋面對科技偵查問題時，判決中所蘊含以權利保障為中心的論述模式（本文貳）。接著，以指出前述模式之問題為基礎，本文將改採成本效益分析的路徑，進行科偵法立法框架最適化的理論嘗試，提出以維護國民自由與安全等福祉為中心的論述模式。最終，筆者將以此論述模式發展的立法框架為基礎，指出對科偵法立法的初步發想（本文參）。

遷社會中的法學方法，2009年9月，頁250-260。

6 兩重因果推論指：第一，在各國背景條件不同的前提下，說明某國制定A法是產生B現象的差異製造事實，某國若無A條文則無B現象，或者制定A條文使B現象出現機率增高、更為普遍；第二，臺灣制定A條文後，由C法律現象轉為B法律現象的機率升高。見：張永健，社會科學式的比較法研究，中研院法學期刊，20期，2017年3月，頁226-228。

貳、科技偵查與司法解釋中的權利保障模式

本文在第貳部分將由GPS案判決與M化車案地院判決切入，由其對科技偵查手段合法性的判斷中，分析司法解釋採取的論述模式。誠然，司法解釋似與本文討論的立法層次有別，前者關注個案中被採用之偵查方式對憲法上權利限制的合法性或合憲性，後者則關心如何針對不同偵查方式，預設適用上應遵循的合法性要件，故司法判決未必會明確指引立法論的問題。不過，從理論上來看，現行法論（*de lege lata*）與立法論（*de lege ferenda*）本來即非清楚地截然區分，法釋義學雖然追求關於現行法的知識，但許多情況下也導致了法律的改變[7]。如GPS案判決雖然以個案中偵查方式合法性作為關照重心，但該判決最終呼籲立法時，仍不免提出了令狀原則與事後救濟等立法方向。同時，雖然該判決未明示立法應循相同的論理方式，而採開放性的立場，但判決所適用的論述模式與建議，仍有經由國內相似倡議，而成為立法方向的可能[8]。因此，以下將針

7 ALEKSANDER PECZENIK, SCIENTIA JURIS: LEGAL DOCTRINE AS KNOWLEDGE OF LAW AND AS A SOURCE OF LAW 4-5 (2005).

8 國內針對科技偵查立法問題，與GPS案判決論述取徑相似，採取基本權干預審查體系或以憲法上權利保障為核心之主張，見：劉靜怡、王士帆、林鈺雄、溫祖德、施育傑、李濠松，科技偵查立法藍圖——刑事訴訟目的之試金石（上），裁判時報，103期，2021年1月，頁105；林俊宏，《科技偵查法》擴張國家監控人民權利，2020年9月22日，https://www.cogitobar.com/publication-2020-09-22-2/（最後瀏覽日：2022年5月26日）。

對二則判決進行分析，指出其蘊含以憲法上權利保障為中心的論述模式，並進一步指出此模式雖可適用於個案判決，但可能不宜適用於立法層次的原因。

一、科技偵查相關判決概述

雖然二則判決據以要求偵查行為須有法律授權的法律原則有別，關於偵查行為合法性判斷的偵查法體系有所差異。但是，由這兩則判決觀之，其大體上採取相似的論述脈絡：偵查機關所採偵查手段對人民隱私權造成重大侵害，屬於強制處分而應有法律授權。但因現行法下未有可視為授權依據者，故偵查手段違法。關於此脈絡，可分二點說明。

第一，二判決皆圍繞隱私權概念來展開論述。詳言之，在GPS案判決中，最高法院援引援引釋字第603號、第689號為基礎，說明GPS偵查所涉及者為憲法第22條非明文列舉之基本權的「隱私權」，並指出該權利是為維持尊重人格自由發展之自由民主憲政價值，以及為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制而生。其中，由於GPS偵查內容勢必包含偵查對象於公共場域的位置與行蹤，故此判決特別提及釋字第689號，指出由於個人的私密領域與資料自主，在公共場域也可能受干擾而超出可容忍之範圍。特別是考量資訊科技的高度發展與相關設備容易取得，導致私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可能性增加，私人活動及隱私受保護之需要，也相應提升。因此，有無隱私權合理保護之期待，不

應以個人所處空間有無公共性，作為決定其是否應受憲法隱私權保障之絕對標準，即使個人身處公共場域，仍享有私人活動領域與個人資料自主，不被他人持續監視、侵擾的合理隱私期待。至於M化車案地院判決則與GPS案判決相同，同樣以釋字第689號為基礎，在承認一般行為自由、生活私密領域不受侵擾、個人資料自主與隱私等權利，均屬憲法第22條保障範圍，且該範圍及於公共場域的前提下，討論使用M化車偵查是否對隱私權造成非屬輕微的干預。

第二，雖然GPS案判決採取區分強制處分及任意處分的觀點，並以強制處分法定原則作為GPS偵查應有法律授權的依據，M化車地院判決採取基本權干預體系，以法律保留原則作為該偵查方式應有法律授權的理由，二者使用的偵查法體系與法律原則略有差異，但基本思維應屬相同[9]。首先，GPS案判決以偵查手段是否有實質侵害或危害個人權利或利益為基準，認為不論偵查手段有無使用有形之強制手段，凡有壓制或違反個人之意思，而侵害憲法所保障重要之法律利益時，性質即屬強制處分。據此，此判

9 學理上有認為強制處分法定原則不同於法律保留原則，可將被歸類為強制處分的行為類型化後明示於法規中。見：緑大輔，最高裁判例と強制処分法定主義、令状主義，收於：GPS捜査とプライバシー保護，2018年4月，頁200。但我國法脈絡下二者可理解為功能相當，見：范耕維，現行法下GPS追蹤定位偵查行為之合法性與立法方向——比較法觀點與最高法院106年度臺上字第3788號判決之考察，政大法學評論，157期，2019年6月，頁163-165；陳運財，GPS監控位置資訊的法定程序，台灣法學雜誌，293期，2016年4月，頁67-68。

決一方面認為GPS偵查異於傳統跟監，其無跟丟可能、可取得較大量資訊，並可將該資訊長期記錄、保存。另一方面，因GPS偵查可在不受時空限制的狀況下，連續多日、全天候持續而精確地掌握車輛及其使用人的活動行蹤，且可事後將長期蒐集而來的大量資訊進行分析比對，進而掌握使用人的日常生活與行為模式，故應重大侵害被偵查者之隱私權。因此，GPS偵查因重大侵害隱私權，應歸類為強制處分，在強制處分法定原則的適用下，若無法律授權則偵查行為應屬違法。

接著，M化車案地院判決指出其原理是利用虛擬基地台的方式，透過已知的IMEI或IMSI，藉M化車與目標設備間的訊號連結，進而定位目標設備，藉此定位所欲偵查之對象。一方面，透過訊號強弱連結來探知資訊的偵查手段，可在不限時間、地點的狀況下，讓偵查機關持續定位追蹤目標對象所在位置資訊，並蒐集、處理、利用這些資料。另一方面，由於目標對象的位置資訊並非客觀上隨時、隨地可為一般人探見者，故不因他人報案或具有犯罪嫌疑，而失去合理的隱私期待。因此，法院認為此偵查手段對目標對象的隱私權，造成非屬輕微的干預。在此前提下，本判決同樣將傳統跟監作為比較對象，認為從偵查作為干預基本權之質量程度、風險層面等進行考量，由於跟監只對一般人格權造成程度輕微的干預，故僅需如刑事訴訟法第230條、第231條等依據。反之，由於M化車造成非屬輕微的干預，性質上為侵害基本權程度較嚴重的強制處

分，故依法律保留原則，應有待法律具體授權始得為之。

二、以權利保障爲中心的論述模式

承上述，以下將從判決推論脈絡結合國內外相關學理切入，分就兩點指出上開判決所採取者，可歸類為以憲法上權利保障為中心的論述模式，亦即本文所稱之「權利保障模式」。

第一，前述二則判決皆以釋字第689號為起點，說明隱私權保障的內涵，作為論證二案中偵查行為造成隱私權干預的基礎。誠然，該號釋字實質上賦予警察判斷記者採訪、跟追行為正當性的權力，存在警察箝制採訪行為並掏空新聞自由實質內涵的問題[10]。但是，無可否認的是在該號解釋中，即是從保障隱私權的角度來討論保障的對象、必要性與範圍。在此狀況下，若二則判決是立足於本號釋字的脈絡進行討論，則或可理解為這些判決把GPS偵查、M化車定性為強制處分，強調其造成非屬輕微的隱私權侵害而要求法律授權的論述，應有將法律授權及後續如令狀原則等法律要件設定，認知為具有保障隱私權免於受到不合比例限制的功能。如M化車案地院判決曾提到：「蒐集犯罪證據固然重要，惟更重要者實為發動此等行為之要件及程序，如犯罪證據之蒐集不合目的性或以不正手段非法取得，人民基本權之保障將蕩然無存」，就表現出其認為

10 劉靜怡，大法官保護了誰？——釋字第689號的初步觀察，月旦法學雜誌，197期，2011年9月，頁50-61。

偵查法對法定要件與程序的設定，固然具有蒐集證據、發現真實等功能，但更重要的目的是在基本權保障。而這種以隱私權等憲法上權利保障為中心，將偵查法理解為基本權保障功能者，即是權利保障模式的思維。

第二，縱使不將二則判決放在大法官解釋的脈絡下觀察，單從二者採取的偵查法體系中，也同樣可發現將隱私權保障置於思考的中心，由隱私權保障與受侵害程度，來思考後續的規範上要求。首先，GPS案判決中，由於判定GPS偵查重大侵害隱私權，屬於強制處分而非任意處分，故透過強制處分法定原則的適用，認為該偵查手段因欠缺法律授權而違法。關於此論述，最高法院院長吳燦即指出可能受日本最高裁判所平成29年3月15日大法庭判決（下稱：日本平成29年判決）影響，而採取類似於日本法上對任意偵查與強制處分的區分[11]，以「是否壓制或違反個人之意思」與「偵查手段是否有實質侵害或危害個人權利或利益」為基準，當偵查手段符合此基準時，則屬於適用強制處分法定原則之強制處分，反之則為無需事前法律授權的任意處分。若在此脈絡下，更深一層檢視此基準背後的意涵時，以目前居於日本多數說的「重要權益侵害說」為例，該說即認為偵查行為是否具有強制處分之性質，應著眼於侵害權利的「質」，亦即判斷重點在於該行為是否實

11 吳燦，同前註2，頁158-159。又國內關於此日本判決簡評，可見：顏榕，簡評日本最高法院2017年3月15日判決——GPS偵查的合法性，月旦法學雜誌，278期，2018年7月，頁257-268。

質上侵害了須受到民主授權制定之嚴格要件與程序所保障的個人重要權利[12]。同時，針對侵害重要權利的強制處分，該說則認為應透過在法規範中要求令狀等設計，避免造成對偵查目的來說不必要或不相當的權利侵害，使侵害最小化[13]。對此，日本學者稻谷龍彥即將其理解為以權利保護為中心的觀點[14]。總結以上，從所採取的偵查法體系來看，GPS案判決可謂是將偵查法理解為以個人權利保障為核心的論述模式：當某偵查行為會造成個人權利重大侵害而歸類為強制處分時，則有必要透過事前法律授權及本判決最終提及的令狀原則等規範設計，限制此處分的發動可能，進而保障被告權利。

接著，在M化車案地院判決中，其異於GPS案判決而採取基本權干預的審查體系，將M化車定性為強制處分，並指摘其不符法律保留原則而違法。而在基本權干預審查體系之下，為基本權干預之偵查行為，除了法律保留原則外，也同時受到比例原則之限制，亦即要求國家機關干預人民基本權之手段與欲達成之目的間，必須符合適當性、必要性與狹義比例原則之要求[15]。而比例原則呈現於我國

12 井上正仁，強制捜査と任意捜査，新版，2014年12月，頁10-12；大澤裕，強制捜査と任意捜査，法学教室，439号，2017年4月，頁58-64。

13 井上正仁，同前註，頁58。

14 稲谷龍彦，刑事手続におけるプライバシー保護——熟議による適正手続の実現を目指して，2017年12月，頁39。

15 林鈺雄，刑事訴訟法（上），8版，2017年9月，頁324。

釋憲實務適用憲法第23條中，其最重要而為人所熟知的功能，就是防止國家公權力對人民基本權的過度侵犯，亦即用來節制不當公權力，進而保障人權[16]。在此理解下，以透過比例原則限制強制處分為內容的基本權干預審查體系，自然同樣立基於保障憲法上權利的基本意識上。而前面曾提到本判決強調偵查法之法律要件與程序，係為保障人民基本權而存在的內容，也正呼應了此審查體系所採的基本思維。簡言之，雖然與GPS案判決採相異的偵查法體系，但本判決依然反映其分享相同的思維，亦即透過偵查法對強制處分施加限制，來達成保障人民權利之功能。

三、權利保障模式的問題

透過以上整理，可歸納出二則判決採用權利保障模式時的兩項特點：第一，以隱私權保障為核心，偵查法的法律授權與法律要件限制作為保障手段；第二，都以傳統跟監為比較對象，考量偵查行為對隱私權侵害的質量，判斷其非輕微權利侵害而屬強制處分。不過，這種在個案判決中以已實行的強制處分與已受限制的基本權作為判斷前提的論述模式，若適用於針對未來所有可能的處分行為預先制定規範的立法層次時，其適當性即有商榷的餘地。簡言之，二則判決採取的論述模式是否適宜作為科偵法立法的基礎思維？是否宜由權利保障為中心的設定來進行科偵法

16 黃舒芃，比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，中研院法學期刊，19期，2016年9月，頁7。

立法？會是本文須先釐清的課題。以下，筆者由三個角度切入，指出此模式雖可適用於個案判決中，但可能不適於用以建構科偵法立法框架的理由。

(一)側重被偵查者權利受限制面向

在二則判決中，都是透過指出偵查手段對隱私權造成非屬輕微或重大的干預，來認定其性質為強制處分，並要求應有法律授權。甚至，GPS案判決還建議未來立法時應有令狀原則等要件限制。在此，可以思考一個問題：在立法層次，可以如二則判決所採的權利保障模式般，單純透過被偵查者受限制的權利性質與程度來層級化地進行偵查手段的類型化工作，並決定其在規範上應受法律要件限制的強度嗎？

當然，本文並非反對就偵查手段可能限制的權利內涵進行討論。如釐清科技偵查牽涉的隱私權性質上究竟是以類似財產權的形式來理解或以個人對與他人互動之界限的支配來思考[17]，以及如釋字第689號討論隱私權保障是否因住居場域或公共場所而有別等問題，當然具討論實益。但是，具體個案的判決與抽象規範的立法，在目的與著眼面向上都存在差異。前者是在權利已受限制的前提下，以現實化的實害為基準，判斷個案中造成侵害的偵查行為性質以及應受的法律要件限制。即使對該性質認定或法律要件

17 阪本昌成，プライバシーの権利と個人情報の保護——情報財の保護か自由な流通か，收於：国民主権と法の支配　佐藤幸治先生古稀記念論文集〔下巻〕，2008年10月，頁124-133。

的意涵有歧見，也是在同樣預設該實害為基準的前提下，透過法釋義學來討論是否調整性質認定的標準或修改對要件的解釋。反之，後者並非以處理過去已發生個案的特定實害為重點，而是以制定未來能普遍適用於科技偵查行為之抽象規範為目標的政策工作，故除思考科技偵查可能牽涉的權利種類與內涵外，也必須同時思考可能限制這些權利的偵查行為類型，並針對不同類型設定相異的法律要件。而且，縱使立法工作仍需觀察過往個案狀況，但也僅是將累積案例作為預測基礎，思考未來應保障的權利清單、應規範的行為類型與如何設計相應的規制措施。如此一來，司法判決與立法即使都會觀察科技偵查行為造成的權利限制，但因處理的問題有別，故關心的面向、需蒐集的資訊與所需成本自有不同。

若著眼上述層面，則單由被偵查者的權利面向切入，僅考量受限制權利的質量，對於立法上不同類型的偵查行為應如何分類、定性與設計相對應的規範強度來說，思考上確實有未盡完善之處。例如GPS案判決提及GPS偵查不同於傳統跟監，可不受時空限制、連續多日、全天候地持續精確掌握車輛與使用人行蹤，沒有跟丟的可能，且可取得較大量資訊，故認定其造成非屬輕微的隱私權侵害而屬於強制處分。但是，此說法的因果推論本身即有疑義：縱然不採GPS偵查的方式，當偵查者願意投入更高的人力與器材成本時，事實上也可能足以掌握被偵查者行蹤與位置資訊，GPS偵查未必會取得大於傳統跟監的資訊量，而

GPS偵查造成的隱私侵害程度，現實上未必大於傳統跟監所造成者。另外，針對採取相似論述的日本平成29年判決，也有論者提出相似批評，認為當現實上透過傳統跟監與攝影器材的使用，願意投入夠多的人力資源時，事實上也可能產生相同程度的隱私權侵害[18]。若是如此，單從被偵查者隱私權侵害的角度來看，GPS偵查與傳統跟監之間，未必有區分授權依據或設定不同法律要件限制的必要。

從以上分析可發現若要在偵查法作為隱私權保障機制的前提下，單從被偵查者隱私權受干預質量來立法，對不同手段方式的偵查行為類型進行規制，顯有不足之處。在此狀況下，要將不同偵查行為類型定性為強制處分與進一步思考立法政策如何規範時，勢必要將偵查者面向的事由也納入思考。誠然，從二則判決來看，在隱私權性質與干預程度外，他們在與傳統跟監對比時，都確實提及偵查行為方式的性質，如使用GPS或M化車偵查都具有不受時空限制、可連續為之、取得資訊並加以保存分析的特質。不過，這些判決的論述並未精確地掌握將偵查行為類型納入思考時應注意的兩個重點，也是其所採論述模式不適於作為立法框架建構指引的原因。

首先，若要對GPS偵查與傳統跟監設定不同規制措施，則重點顯非對被偵查者隱私權造成侵害的質量，也不

[18] 稻谷龍彥，同前註14，頁25。

是偵查者的行為實際造成何質量的實害。從立法學角度來思考，由於立法須預留形成與折衝的空間，無需鉅細靡遺地規定任何細節，僅需建構明確的框架秩序[19]，故偵查法立法的重心應放在將造成權利限制的偵查行為予以類型化。而要將多樣化的科技偵查行為加以類型化時，應重視的其實是該偵查行為類型可能對權利產生限制的危險性或機率高低，而此點也契合立法政策工作的預測性質。以搜索為例，縱使違反令狀原則的搜索並未實際造成被偵查者的重大基本權侵害，為何欠缺實害時仍會依預設的規範而被認定為違法，理由即在於該偵查行為類型對憲法上權利限制有相對較高的危險性[20]。接著，同樣關於偵查者面向，前述二則判決皆未論及偵查行為背後包含偵查者可運用資源、可承受成本與現行制度下所受限制等，自然也不會談這些制度性脈絡對偵查者行為選擇的影響。而此點也與前一個問題相關連，反映此論述模式未考慮到各類型偵查行為造成隱私權限制危險性高低的層次[21]。

綜上所述，由二者判決所呈現的論述模式中，可發現

19 李建良，立法學導論——比較法的框架性思維，月旦法學雜誌，295期，2019年11月，頁100。

20 相似看法：稲谷龍彦，同前註14，頁28。

21 這些立法政策上無法忽略的課題，要由價值觀相異法官組成的司法部門在資源及資訊有限的狀況下進行判斷，原本就有其極限。這也反映在判決所採論述模式不適於立法政策討論的背後，根本問題是不宜將司法部門作為終局解決問題的機構，而僅是作為觸發立法部門處理問題的角色。相關理論*See* CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT 46-60 (2001).

存在過度重視被偵查者權利侵害面向，忽略偵查者面向相關事由的缺陷。誠然，這不代表該論述模式是無用的。當個案中存在實害時，透過該模式來判斷處分合法性、證據排除與如何救濟，自有其價值。但是，當科偵法立法勢必要設定偵查行為類型並思考各類型對應的規範機制與強度時，此缺陷在立法層次即可能導致無法清楚進行類型劃分、無法充分評估如何設計規範等問題。由此出發，本文將嘗試提出可兼顧偵查者與被偵查者面向的立法框架。

(二)基本權干預審查體系的利益衡量預設

接著，若檢視如現存的資訊框架理論時，由於其著重被偵查者受干預資訊的質與量，同時也將屬於偵查者面向的干預手段造成之風險納入考量[22]，故上段(一)的問題未必會發生。但是，縱使如此，也不代表權利保障模式就適合用在科偵法立法。理由在於透過此種以基本權干預審查體系為基礎的理論來思考科偵法立法時，仍無法避免另一項質疑：若偵查法的程序與要件設計以隱私權保障為目的而對偵查者加諸之限制，反而為社會總體帶來不利益時，是否仍應選擇此立法方案？而此問題則源自於作為基本權干預審查體系內涵的比例原則本身，可能並非最適的利益衡量機制[23]。

---

22 施育傑，同前註4，頁167。

23 比例原則作為法學方法論之缺陷已是近年國際學界熱議的課題，較完整討論*See* Yun-Chien Chang & Xin Dai, *The Limited Usefulness of Proportionality Principle*, 18 INT'L J. CON.L. 1 (2021); Louis Kaplow, *On*

申言之，制定偵查法固然有擔保偵查活動合法與避免對被告及第三人權利造成侵害的面向，但由偵查目的來看，其本身當然也具有蒐集、保全與犯罪相關之人與證據的功能[24]，故進行偵查法立法時，自然必須兼顧偵查效率與人權保障等面向。只不過，由於以法律保留及比例原則為內涵的基本權干預審查體系，具有指向人權保障的性質，故當設定偵查行為的合法界限時，勢必要選擇最小化基本權干預的手段，而這也是適用比例原則中必要性概念時，可合理推導的結論。但是，若把對偵查行為的觀察，由被偵查者的權利面向擴張到偵查機關的制度面與整體社會的層次時，即有可能出現對防止偵查機關違法偵查與最小化基本權干預來說最有效的立法政策，卻導致對整體社會產生不利益或妨礙社會利益最大化的可能。如透過令狀原則的審查可有效保護被偵查者的隱私權，但偵查機關對此投入的成本將導致其餘偵查資源的減縮，可能導致證據或情報蒐集的困難與偵查機關對資源使用的政策改變，而當因此造成案件偵查不利乃至於冤案發生時，將明顯減損社會總體利益[25]。簡言之，不僅是偵查機關濫權偵查造成人民隱私權侵害有受約束的必要，刑事追訴效能降低導致

---

the Design of Legal Rules: Balancing Versus Structured Decision Procedures, 132 HARV. L. REV. 992 (2019).

24 陳運財，偵查之基本原則與任意偵查之界限，收於：偵查與人權，2014年4月，頁9。

25 稲谷龍彦，情報技術の革新と刑事手続，收於：刑事訴訟法の争点，2013年12月，頁40。

社會安全減損與弱者受害，也同樣須被兼顧。

透過以下設例，可更清楚發現權利保障模式無法兼顧社會總體利益的狀況。若某偵查方式可得到的預期效益為100，但因違法濫權的風險而有150的預期成本時，假若適用令狀原則可將違法風險所招致的預期成本降低到20，但會伴隨產生其他成本80時，則此偵查方式最終的預期效益為0。此時，假若不適用令狀原則而採取其他合法控制手段時，雖然只會將違法風險導致預期成本壓低到30，惟若伴隨的其他成本只有20時，則此時預期效益會變為50[26]。若對比二者，確實基於最小化基本權干預的觀點，會選擇採用令狀原則方案。但是，若採取效益主義的視角而追求社會總體利益時，後者反而可能才是最適方案。而此現象則起因於從立法等政策科學常使用的成本效益分析觀之，基本權干預審查體系內含的比例原則在立法層次至多構成殘缺的成本效益分析，且可能預設認知偏誤（Cognitive Bias）的存在。

詳言之，若由聚焦於人權限制或減損後果進行考量的「必要性」切入時，由於其以最小干預原則為內涵[27]，著重於與其他替代方案相比，待審查措施是否為對基本權干預最小之手段，導致其僅是片面關注私人成本（private cost）有無最小化，卻忽略合理的公共政策應關注總體社

[26] 稻谷龍彥，同前註14，頁45。
[27] 林鈺雄，同前註15，頁323。

會成本（social cost）[28]。如黃昭元大法官即指出必要性審查雖然利於人權保障，但也存在對系爭法律直接限制之人民提供最大保障，但對系爭法律保護之其他人民或公共利益卻構成保護不足的現象。亦即，此種單從人權保障出發的單面向思考，在人人互動密切的時空環境下，即可能導致「某人權利之最小侵害為他人權利之最大限制」的狀況。而且，若立法目的追求的公共利益可還原為個人利益的結合時，若將最小侵害（最低成本）視為必然要求，可能會剝奪立法者適度的形成空間，甚至造成反向的權利侵害[29]。而當必要性審查作為偏頗的成本效益分析時，狹義比例原則勢必於待審查措施可能非最佳的狀況下延續偏頗的分析。如此一來，對於目標為制定適用於整體社會之最佳規範的立法層次來說，恐怕並非立法政策上良好的論述模式。

此外，如德國學者Anne van Aaken曾指出比例原則蘊含了可稱為「損失厭惡」（loss aversion）的認知偏誤，導致當政府管制同時包含欲達成目的與受侵害權利時，卻往往對受侵害者的損失給予較高權重，而對政府目的給予較低權重。而且，根據van Aaken的看法，相較於成本效益分析可透過顛倒成本與效益項目來消除認知偏誤（de-

28 張永健，社科民法釋義學，2020年8月，頁130-132。

29 黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準——美國類型化多元標準模式的比較分析，國立臺灣大學法學論叢，33卷3期，2004年5月，頁128-129。

bias），比例原則審查體系卻無法做到此點[30]。而此看法所指出的問題，在立法政策的層次中會更為明顯。詳言之，本文提及的二則判決中，由於是以已遭遇國家偵查而被限制權利的特定被偵查者為對象，故以判斷該案已發生之偵查行為是否合法、造成權利限制是否合比例為目的時，聚焦於被偵查者所受實害並預設權利保障有較高權重，錨定被告權利受限制的實害質量作為後續判斷偵查行為是否合比例的基準，自有其理由而可能排除認知偏誤的質疑。但是，當立法並非要處理已發生的個案與已存在的權利侵害措施，而是要制定未來普遍適用於整體社會的規範時，其不應只聚焦在被偵查者的權利並賦予其較高權重，而是應該將社會總體的成本與效益都納入觀察，整體考量各方案的利弊得失。如此一來，內含比例原則適用而隱含認知偏誤的基本權干預審查體系，就未必是立法政策制定的適當指引。自此延伸，本文將嘗試提出可全面考量成本、效益，積極形塑最適立法框架的論述模式。

(三)監視社會與隱私批判弱化的社會脈絡

最後，若立法是針對社會問題進行現況分析，並制定能普遍適用於社會的規範來作為法律對策，其勢必在法治思維外，必須結合其他學科領域之知識、經驗，掌握社會

30 Anne van Aaken, The Decision Architecture of Proportionality Analysis: Cognitive Biases and Heuristics (2019), https://ssrn.com/abstract=3364553 (last visited: May 26, 2022).

現況、構思立法對策與進行影響評估[31]。在此意義下，社會學對監視如何影響當代社會的觀察，應是有助於理解立法背景的視角。而當論及國家對人民的監視，George Orwell式的「監控老大哥」是最常被使用的想像。在由強大的科層體制與公權力管理個人並透過社會整體追求共同目標的情況中，由於抵抗途徑是嘗試將個體從均一化的整體中解放，故自然會出現追求個人隱私保障來對抗老大哥的論述。然而，面對監視技術透過科技發展、降低成本與商業型態的全面滲透，而與個人生活交織在一起的現況，比起Orwell式想像，Bruce Schneier式的「無數打小報告小老弟（little brother）」[32]，或許更精確地詮釋監視與社會的關係。

根據David Lyon對當代監視社會的理解，監視（Surveillance）係指並非以是否能特定個人身分為重點，而是以影響資訊被蒐集者，整體性支配其行為為目的，蒐集與處理個人資訊的所有行為。故監視重點並非相互警戒的個人，而是自個人解析出的斷片事實。而在當代資訊化社會中，監視社會係指完全依靠資訊技術，蒐集與處理個人資訊，用以治理與管理，且對非身體的監視已充斥社會的現象[33]。以我國的科技偵查課題來說，透過GPS等取得

31 李建良，同前註19，頁98。

32 Bruce Schneier, Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World 34 (2015).

33 David Lyon, Surveillance Society: Monitoring Everyday Life 13, 60 (2001).

個人位置資訊、透過線上搜索取得個人生活資訊，以及使用大數據將保存資訊進行分析的狀況，正符合這個以取得個人資料來進行管理的社會想像。

其中，更重要的是監視意涵的實質轉變，如Zygmunt Bauman指出在當代社會，過往公權力所進行的管制已緩和而分散到私領域，轉型由作為自由個體的個人自身承擔風險與責任，社會中管理者與被管理者的關係也逐漸解消[34]。換言之，當代社會不再是國家單方向監視個人，而是個人為追求安全與自由，進行自我治理與監視。監視的意涵由限制個人自由與侵害隱私，轉化為追求安定，由管制與禁止轉化為自由與鼓勵[35]。如使用手機或允許智慧型路燈的裝設會使個人處於位置資訊被掌握及記錄的狀態，但由於同時帶來生活便利與安全，故人們願意付出自由與隱私。此狀況下，正如Lyon的觀察，人們希望透過制定法律、規範來對隱私侵害進行規制型（regulative）的抵抗，但當監視扮演照料與控制的角色並形塑當代社會時，由於監視在侵害隱私的同時，也帶來安全與快速等生活上利益，有效降低對隱私侵害的批判[36]。可以說，當國家可透過科技偵查個人，是有賴於個人為求生活的自由、安全與便利，而使監控機制得以滲透並參與個人生活的形塑時，

34 ZYGMUNT BAUMAN, LIQUID MODERNITY 15-16, 34-39 (2000).

35 阿部潔，公共空間の快適——規律から管理へ，收於：空間管理社会：監視と自由のパラドックス，2006年9月，頁23-35。

36 LYON, *supra* note 33, at 3, 130.

對隱私侵害的批判與對國家權力的節制，相應地困難許多。在此脈絡下，本文將捨棄以隱私保障為核心的論述模式，嘗試從追求個人自由與安全，但仍試圖兼顧隱私保障的角度，來建構立法框架。

參、成本效益分析模式與追求國民自由與安全的立法框架

承上述，本文將嘗試建構以考量整體社會利益為基礎，積極追求個人自由與安全，並將偵查者與被偵查者面向皆納入考量的立法框架。故第參部分將嘗試由成本效益分析觀點來建構該框架，並提出對未來立法的初步發想。

一、成本效益分析模式簡介與適用理由

本文所稱的成本效益分析（cost-benefit analysis）係指最適化多重目的之利益衡量，亦即Kaldor-Hicks效率標準：當目的Z1對應A措施，而目的Z2對應B措施，且採任一措施必然減損另一目的之實現時，應比較兩個措施——如是否採令狀原則——所導致之不同狀態下的成本效益總和，並選擇總和較高的措施[37]。對此，有論者從Robert Alexy針對原則碰撞所提出之衡平法則——原則Pi與Pj相碰撞，若Pi不被實現或被侵害程度越高，則Pj實現的重要性

[37] 王鵬翔、張永健，論經濟分析在法學方法之運用，國立臺灣大學法學論叢，48卷3期，2019年9月，頁842。

則隨之越高[38]——切入，認為該原則「正當化對Pi的侵害、優先實現相衝突原則Pj時，則後者實現所獲得利益須大於前者所受侵害」之主張，可謂與成本效益分析思維相符[39]。而由此分析模式與法學上利益衡量間的相近性，也凸顯其有適用於法學領域的可能。因此，以下即簡介於不同規範目的相衝突時，應如何適用成本效益分析，也藉此說明適用此分析模式於建構科偵法立法框架的理由。

首先，法學中所謂目的論證的思維，係指當某目的Z應當被實現而某措施M有助於實現Z時，則吾人即應採取M措施。而當規範目的代表某種好的或值得實現的利益時，因目的的實現通常並非全有或全無，而是存在實現程度高低的狀態，故若將「目的Z應實現」理解為最適化之要求時，即應盡可能以較高程度來實現該目的或價值。然而，當要追求的目的不只一個時，最適化要求的本身就必然包含利益衡量的工作：權衡數個無法兼得之目的或價值時，因為目的之實現必然伴隨機會成本，可能造成對其他目的之不良影響，甚至帶來犧牲其他目的之不良效果。此時，就勢必要衡量目的實現帶來的效益與它所造成的機會成本。在此意義上，不論衡量之目的為效率或如公平、正義等其他法律原則，成本效益分析可以說具有解決目的競

38 王鵬翔，論基本權的規範結構，國立臺灣大學法學論叢，34卷2期，2005年3月，頁23。

39 王鵬翔、張永健，同前註37，頁841。

合問題之功用[40]。對此衡量，參考學者張永健採取之用語，則可將之分為二個層次：一階層次是直接針對實質規範目的進行解釋之層次，論者可追求效率、自由等各種價值；二階層次則是在各種一階層次的價值發生衝突、產生目的競合時，權衡解決目的衝突。在此後設的層次中，為了能最適化實現一組可能相衝突之目的，可設定一項整合性的價值（下稱：二階效益），來對其包括且衝突的多重（一階）價值進行衡量，透過量度好處與壞處的大小，選擇淨好處值最大者[41]。

由上述對成本效益分析操作的說明，可發現其應用於科偵法立法中的實益。申言之，科偵法作為偵查法制的一環，偵查制度涉及的偵查效率與人權保障之衝突[42]，應有運用此分析模式進行衡量的可能。一方面，經濟分析所設定的抽象規範目的為效率，而成本效益分析作為經濟分析手法，以效率作為衡量對象是再自然不過。因此，當偵查效率必然是偵查法規範目的而作為與人權保障相衝突的一階價值時，正適於使用本模式進行分析。另一方面，針對一階層次中產生衝突而有衡量必要的二項規範目的，此模式可在二階層次透過提出包含二項目的在內的整合性價值，提供量度最大淨效益值的基準，使二項目的可依循基準為理性衡量，而非流於恣意選擇。如稻谷龍彥即認為無

40 王鵬翔、張永健，同前註37，頁839-840。
41 張永健，同前註28，頁78-81。
42 陳運財，同前註24，頁8。

論是提高偵查效率或維持隱私權保障，偵查活動的最適化即是要避免人民陷於犯罪支配或國家濫權支配，進而維護多元主義下的民主社會[43]，即可理解為將維持多元主義與民主社會設為二階效益的作法。

接著，由於成本效益分析不同於傳統法釋義學，採取結合行為理論的觀點來評估立法對受規範者之影響[44]，故在當設定科偵法立法要追求的總體利益後，可從如何制訂規範方可影響偵查者行為並達成該利益的視角，思考科偵法立法框架的形貌。詳言之，科偵法立法並非只是單純形式上滿足強制處分法定原則的要求，而是在科技並非外部中立，具有內部性與導引權力作用之性質的前提下[45]，在科技設備導引偵查者行為選擇的同時，透過法規範來提供另一個導引偵查者行為選擇趨向社會總體利益的機制。故若我們預設偵查者具有理性自立面時，科偵法立法方向即是要提供誘因（incentive）來引導偵查者，建構使偵查行為選擇偏向社會總體利益之追求，進而達到規範科技偵查行為效果的立法框架。

例如，在同樣使用此分析模式討論偵查法的文獻中，對於偵查機關為社會追訴犯罪、發現真實以追求公共利益的同時，為何仍會做出侵害人民、造成社會成本的違法偵

43 稻谷龍彥，同前註14，頁42-43。

44 張永健，同前註28，頁109。

45 Langdon Winner著，方俊育、林崇熙譯，技術物有政治性嗎？，收於：STS讀本——科技渴望社會，2004年10月，頁125、137-138。

查，一個常見的觀點是從經濟學上「委託—代理問題」（principal-agent problem）的角度來加以解釋[46]。此問題指當委託人與代理人間各自目標不一致，加上委託人要從利益最大化的觀點來監督代理人進行正確的行為判斷有所困難，故若代理人本身動機驅使其行為目標著重在增加自身利益，而非增加委託人利益，二者即會產生利益衝突，此時要如何合理控制代理人的不正行為，或引導代理人為委託人利益而行動，就成為問題所在。而當偵查機關（代理人）與國民（委託人）各自存在不同目的時，也可能發生偵查機關違背國民意願而進行違法偵查的類似狀況，故有以偵查法規制作為對此問題回應之必要[47]。而此部分的敘述，即可呈現出本模式基於行為理論來設定法律作為誘因，規範偵查者並追求總體最大利益的分析方式。

具體言之，偵查機關的任務在於有效利用資源來追求刑事追訴效能的最大化，故為理性選擇的偵查機關應會尋求以較低成本來獲得相對較多的資訊。以GPS偵查和傳統跟監為例，在對偵查對象獲得相同資訊的前提下，僅需使用科技設備即可不分時空掌握對象位置資訊的前者，相較必須出動大量人力的後者，會是偵查機關較合理的選項。

---

46 柳川隆、町野和夫、吉野一郎，ミクロ経済学・入門，新版，2015年3月，頁196-209。

47 Richard H. Mcadams, *Bill Stuntz and the Principle-agent Problem in American Criminal Law*, *in* THE POLITICAL HEART OF CRIMINAL PROCEDURE: ESSAYS ON THEMES OF WILLIAM J. STUNTZ 47 (Michael Klarman et al. eds., 2012).

在此脈絡下：第一，同樣偵查效率的手段中，從有限資源運用與組織負擔的角度來看，低成本手段相較高成本者，自然成為容易被選擇的選項。換言之，在講求資源利用效益的思考下，由於高成本的傳統跟監被輕易大量濫用的可能性相對較低，相較於低成本的GPS偵查，即可能採較不嚴格的監督措施。第二，在蒐集同程度資訊量的假設下，耗費成本較低的手段會留下更多資源供偵查之用。故低成本而高效益的偵查手段，即有被偵查者連續使用來增加偵查效率的可能。不過，雖然此狀況可能對社會治安等公益追求有所助益，但當不對此種低成本而高效益的偵查手段進行較嚴格的監督時，由於偵查機關本身恐無自我約束的誘因，即會導致隱私權等被過度限制的危險。且如GPS偵查等手段具較高隱密性時，由於國民處於不知情的狀態，無論是抵制乃至於提起救濟的可能性都會降低，使偵查機關濫用可能性又相應提高。此外，除偵查手段外，將資料之保存、利用納入考量時，由於相較於紙本資料，電子檔案形式僅需較低成本卻可提高組織運作的效率，同時可能產生對資訊使用控管不足的風險。如此一來，當偵查手段具以上特質而有較高的濫用可能性時，由於偵查者代理懈怠（agency slack）發生的機率相應提高，即可考慮在立法時透過如令狀原則等來強化審查機制，進而降低違法的可能[48]。而在此分析下，即使不採最小化權利侵害的模式，

[48] Orin S. Kerr, *An Economic Understanding of Search and Seizure Law*, 164 U. Pa. L. Rev. 591, 597-98 (2016); 稲谷龍彦，同前註14，頁293-

也依然可在追求社會總體利益的框架下，得到相似結論來兼顧人權保障。

二、科偵法立法框架建構之嘗試

(一)二階效益的確認

為便於操作成本效益分析的思考，本段將嘗試提出科偵法的立法框架，使立法者可將考量要素置入該框架中，進行效益比較與評估。承前所述，當要將規制科技偵查的科偵法最適化時，於一階層次須衡量者自然包括偵查效率與人權保障二者。然而，因二者可謂處於相互衝突的關係，故需一個二階層次的整合價值，作為衡量二者的基準。如美國學者Orin S. Kerr在嘗試以經濟分析理解美國憲法第四修正案時，即以社會福利（social welfare）為效益分析基準[49]。

但是，單以「福祉」概念為基準，似有過度抽象、內涵不明之虞，故較具體的參考對象可能是前述稻谷龍彥提出，建立在尊重個人與追求幸福實現的社會之上的維護多元主義下的民主社會[50]。不過，雖然此概念在臺灣也有作為福祉內容的可能，但當偵查效率不彰或違法偵查侵害人權時，是否可推論到妨礙追求幸福的實現或民主價值受侵害等較高的層次，仍有商榷的餘地。因此，筆者考量符合

296。

49 Kerr, *id*. at 605-08.

50 稻谷龍彥，同前註14，頁320。

人們主觀偏好與客觀上增加個人福祉等面向後，嘗試在較低的層次以「國民自由與安全」作為衡量二個目的衝突的二階效益。當然，這個主張可能面對以下質疑：科技設備偵查將侵害人民的隱私，重大干預對個人領域與資訊自主，如何達成保障自由的效益。而對此質疑的回應，也正可說明採此二階效益的理由。

首先，偵查效率所追求的是對犯罪刑事追訴、證據蒐集的保全，進而達到發現真實與維持治安等公共利益。但是，當過度追求此效率時，可能因而放寬對偵查行為的監督與規制，導致違法偵查或濫權使用取得資訊的情況發生，在科偵法所要處理的範疇內，即可能造成對人民隱私權之限制。而對人們來說，雖然偏好治安良好且可在其中自由營生、追求個人價值實現的社會，但當過多違法偵查發生時，也同時會影響生活的安定乃至於產生突然遭受國家侵害的恐懼，進而限制其追求個人價值與形塑生活型態的自由。而這些在曾經歷威權統治，甚至民主化後仍有如監聽國會事件發生的臺灣社會，的確會對國民的安全與自由造成負面影響。相對地，人權保障所追求的是盡可能避免或最小化國家對人民權利的限制。但當過度偏向此目的時，也可能因審查過嚴或發動門檻過高而造成偵查行為難以發動，導致面對因科技設備而日益強大的犯罪者時，產生追訴與蒐證的困難。如此一來，雖然人們可享受高度保障隱私的生活，但過多犯罪也同時會造成生活受犯罪者威脅、生命與財產等權利反遭侵害的狀況，也同樣會導致國

民生活在弱肉強食而非法治的社會，遭受暴力的支配而無法享有追求理想生活的自由。在此意義上，國民的自由與安全即可能整合二者而成為一項二階效益。

接著，確實偵查機關依法律授權進行偵查會對人民自由加諸限制，但如果我們思考自由的實質意義，也就是自由並非想做任何事就做的自由，而是在人們尊重他人被恰當理解的道德權利的情況下，做願做的任何事的自由時，則自由應理解為在非以不正當方式侵害他人的前提下，用最佳的方式來正當處置自己的資源[51]。那麼，實質的自由原本就不應導致他人落入被犯罪支配或生活於恐懼的境況。在此理解下，作為二階效益的國民自由，即可詮釋為在盡可能尊重其他社會成員道德權利的情況下，使自己與其他成員共存於追求整體利益的社會中，形塑自身生活且不被侵擾的自由。而此種人們平等地付出一部分行為受限制，在追求整體皆能享受最大自由之效益時不受其他社會成員侵害的情境，則是本文理解的安全。同時，當以本文所採二階效益為前提時，縱然不採基本權干預審查體系、不適用最小干預的原理，而將偵查效益也納入成本效益分析時，由於國民自由形塑的立法框架可設定刑事訴追的合理閾值，故仍可避免效益掛帥而出現刑事訴追最大化與國家監控權限過度膨脹的現象。而這也反映本文的分析模式並非完全逸脫法學思維的，亦即若所採方案導致人民隱私

51 Ronald Dworkin, *Do Liberal Values Conflict?*, *in* THE LEGACY OF ISAIAH BERLIN 73-91 (Mark Lilla ed., 2001).

或其他自由權利完全不受保障時，此種保障歸零的方案仍會受拘束而無法被採納，而可免於「好經濟學、壞法律」[52]的困境。根據上述說明，本文將以國民自由與安全作為二階效益，透過成本效益分析尋找最適化的科偵法立法方向。

(二)衡量模型的建構

接著，為在立法時能判斷是否對某偵查方式進行規制與採取何種規制，進而最適化科偵法規範，本文將試圖提出一個可將偵查效率或人權保障相關的考量事項納入其中的模型，作為清晰而可減少思維負擔的立法框架。其形式參考Kerr提出之經濟分析模型，呈現如下[53]：

$$P*V-Ci-Ce$$

偵查者進行偵查可獲得的預期效益是由P*V所代表。P所代表的是追訴犯罪所需的證據被發現的機率，由於不同調查手段往往有不同的偵查效率，故較低的P值代表該手段並未增加追訴犯罪的機會，反之較高者代表該手段有較高可能成功追訴犯罪。如相較於可能會因疲倦或疏失而失去偵查對象行蹤的傳統跟監，透過不受時空限制的訊號持續追蹤的GPS偵查可能有較高的P值。至於V代表的是成

52 簡資修，經濟分析作為法律科學，中國法律評論，總26期，2019年1月，頁101-102。

53 Kerr, *supra* note 48, at 599.

功追訴犯罪可獲得的效益，由追訴所帶來的嚇阻、教化等預防犯罪之效果扣除刑罰本身成本所構成。當不同犯罪類型被追訴時可獲得的期待利益會相應不同[54]，如越重大犯罪類型所代表的V值可能也越高，而這一點也可作為證成如通保法中「重罪原則」的論據[55]，當然也可作為未來科偵法是否要採同原則，以及是否針對不同科技偵查手段設定不同的對象犯罪範圍時，據以評估的切入點。

偵查行為的預期成本可分為二者。內部成本Ci可分為兩組，一組是從政策制定者或偵查機關上層監督預算的觀點而生，如訓練、設備、裝備與薪資等費用，另一組是從現場偵察者的視角產生，如調查所需耗費的時間、勞力，以及可能因經歷危險而生的身心傷害。至於外部成本Ce則是此處須詳細說明者。詳言之，不同於諾貝爾經濟學獎得主Becker在討論最適化偵查時，僅將內部成本納入考量[56]，如Kerr及稻谷龍彥皆認為應將偵查行為對被偵查者隱私、財產與自由等權利侵害，作為外部成本而納入分析中[57]。對此，考慮到權利侵害可能對自由及安全產生負面影響，且可能因證據排除而間接減損偵查效益，有礙於國民自由與安全的追求，本文也認為應將其作為外部成本而

54 Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76(2) J. POLIT. ECON. 169, 185 (1968).

55 重罪原則的介紹：李榮耕，電磁紀錄的搜索及扣押，收於：通訊監察與隱私保護，2020年3月，頁380-382。

56 Becker, *supra* note 54, at 174-76.

57 Kerr, *supra* note 48, at 600; 稻谷龍彥，同前註14，頁44。

納入分析。在此意義上，成本效益分析模式並非捨棄對權利保障的討論，而是將其作為一個項目，納入效益衡量中。

不過，縱使肯定應考量外部成本，仍須釐清其在分析中的角色為何。一種想法是如Kerr的模型將其作為影響分析的變項之一，另一種則如稻谷龍彥的後設權利論，認為權利侵害雖可作為判斷如何使偵查活動最適化的代理（proxy）變項，但即使沒有此變項亦無妨。而後者的理由在於即使因偵查而受干預的權利重大，也無法直接推論出要對偵查機關使用如令狀原則等成本較高、審查較嚴格的規制措施。亦即，要使用何種規制手段，還應考量低成本方式可否達到相同規制效果，以及偵查行為濫用危險性是否較低而欠缺採取高成本規制手段之必要性，才能做出最適化的決定，故不如直接由二階層次出發，從如何最適化偵查行為的角度來思考對偵查行為的規制措施即可[58]。針對此點，從方法論的角度來說，本文認為要跳過一階層次的分析，直接透過整合多種價值的上位概念來思考立法選擇時，等於要立法者已經清楚知道某規制措施會使人民在偵查效率與人權保障等一階效益綜合來說變高，但若未能先進行數個一階分析，確認不同規制措施對偵查效率、偵查機關資源分配的具體影響與對人權保障的效果時，其實難以直接評估二階效益的高低[59]。因此，本文仍會將權

58 稻谷龍彥，同前註14，頁44-47、318。
59 張永健，同前註28，頁81-82。

利限制之外部成本，作為效益分析模型的變項之一。

當確定將外部成本作為分析變項後，最後須說明的是此變項的判斷方式。由於外部成本指的是偵查行為對憲法上權利的侵害，因此判斷內容勢必涉及偵查行為限制權利的內容（質）與程度（量）。但正如批評權利保障模式時所言，單純聚焦在被偵查者的層次，無法有效類型化各種偵查行為對權利限制的質量如何，特別是量的部分更是如此。申言之，我們在質的面向可設定「限制的權利類型」作為具體判斷指標，對不同權利限制類型設定不同的成本。例如在技術上透過定序（ordinal）變數來對應被偵查者受限制之不同權利，設定成本的高低[60]，即是可能的作法。但是，在量的部分只聚焦被偵查者時，顯難充分類型化權利限制的態樣並評價其代表的成本高低。對此，根據應兼顧偵查者層次的立場，應由各偵查行為類型可能對權利產生限制的危險性或機率出發，評價常態下對權利施加限制而生的外部成本。例如將隱私權理解為人們對如何形塑自身與他人的相互關係、如何合理支配對他人表現自我，能夠擁有一個對個人資訊流動合理可預測的場域或界限時[61]，對隱私權的侵害即是不正當地顯著降低個人對該場域或界限的支配[62]。故應著眼於偵查行為如何降低人們

60 用定序變數描述利益衡量的代表，如Alexy的權重方程。見：王鵬翔，同前註38，頁27。

61 Andrei Marmor, *What is the Right to Privacy?*, 43(1) PHILOS PUBLIC AFF 3, 7-11 (2015).

62 *Id*. at 13-14.

對該場域支配，來將偵查行為類型化並評價各類型的危險性高低，據以決定各類型代表的外部成本。而在類型化過程中，包括偵查對象為被告或第三人、偵查時間長短、偵查行為次數等因素，都可納入類型化工作，使偵查行為的成本評價與相對應規制措施的成本效益分析更為精緻。

最終，我們可以上開模型為基礎，分析各偵查類型下對偵查機關應適用何種規制措施較可達到追求國民自由與安全之目的。而在規制措施的部分，除針對偵查行為發動本身事前設定的要件限制（如：令狀原則）外，也應注意對偵查取得資訊的保存與使用進行事後管制的方式。分析方式則是針對某規制措施，比較在上述模型下適用該措施所得的值（Wr）與不適用該措施所得的值（Wp），決定應採用何者。如對低內部成本、高偵查效益但會產生高外部成本的類型，假若不設任何規制措施會導致使用頻率升高、增加權利侵害的機率而過度升高外部成本時，若適用某規制措施比不適用帶來較高效益（Wr＞Wp），則應考慮在立法時設定該措施。反之，若某類型外部成本較低，適用某規制措施時降低外部成本幅度有限，卻會造成內部成本增加與使用頻率降低而壓低偵查效益，則因Wp＞Wr而不應立法設定該措施[63]。

(三)模型操作之初步嘗試

作為上開模型操作之初步嘗試，以下透過對GPS與M

63 Kerr, *supra* note 48, at 611.

化車偵查的觀察，嘗試簡單勾勒可能的立法方向。首先，在將偵查法理解為導引作為代理人的偵查機關避免發生代理懈怠之誘因的前提下，強制處分應指有高度危險性或機率限制基本權並造成國民安全與自由受侵害，故有必要透過法律規定授權並設定法定要件作為誘因來使危險實現機率降低的偵查行為。如此一來，二種偵查手段本身可不受時空限制持續掌握偵查對象位置資訊，對隱私限制具較高危險性的前提下，當其成本較傳統跟監低，隱匿性又降低受抵制干擾的可能，使其被頻繁使用甚至濫用，致隱私限制的危險性更為升高時，自應定性為強制處分，透過立法制定事前發動要件、審查機制與事後資訊使用界限，來降低該危險性。同時，也可考量重罪原則之適用或將偵查發動限定在有事實足認蒐集所得證據與本案偵查有必要性及關連性的情形，將偵查發動限定在可獲得較高偵查效益之情形。

接著，由於二種偵查手段對隱私產生限制的方式與危險性有所差異，故可考慮將其歸屬為二種不同的類型。如GPS偵查屬於透過衛星接收儀接收衛星系統之訊息，並計算接受儀位置之測量技術或其他具有追蹤位置功能之科技設備或技術來進行調查，獲得者僅是被偵查者的位置資訊（A類型）。相對地，雖然M化車同樣以取得被偵查者位置資訊為目的，但此透過科技設備或技術蒐集行動通訊設備所在位置資訊的類型，是先獲取偵測範圍內所有手機門號與其登錄，故在偵測階段獲得者包括非鎖定對象的位置

資訊（B類型）。如此一來，因B類型相較於A類型對隱私權造成限制的範圍較大、外部成本較高，對國民自由與安全的影響也較大，故立法時可設定較A類型嚴格的發動門檻。

在此，應注意到本文並非針對GPS偵查、M化車偵查逐一規範其合法性要件，而是透過觀察包括二者在內的各種科技偵查類型使用狀況，先歸納出科技偵查可能的類型（如類型A與B），再依照如GPS偵查或M化車偵查於個案中的具體適用狀況，決定應歸屬於哪一個類型，最後依該類型的規範來判斷其合法性。而此種以偵查手段限制憲法上權利之方式與危險性作為基準的類型化方式，相較於針對各個偵查手段逐一制定不同規範，顯然具有可兼顧科技偵查手段快速推陳出新與科技設備使用方式千變萬化等特質的優點，故可作為整套科偵法立法指引，而非僅能適用於本文提及的二種偵查手段。以無人機為例，學說上即有主張其作為中性的飛行載具，對基本權干預的屬性會取決於所搭載的科技元件，可能涵蓋搭載熱像儀追蹤隱匿的嫌疑犯行蹤，或搭載具有截收通訊信號的元件等偵查方式[64]。在此狀況下，要特別針對無人機來制定可涵蓋其各種可能使用方式的規範時，由於預先設想所有可能適用方式顯有困難，故顯然並非適當的立法模式。相反地，若依本文主張，先根據科技偵查手段限制憲法上權利的方式與

64 林鈺雄，科技偵查概論（上）——干預屬性及授權基礎，同前註3，頁52。

危險性來歸納出上段的A類型與B類型時，即可根據無人機實際使用狀況，將追蹤嫌疑犯位置的行為適用A類型的合法性要件，而將截收偵查範圍內不特定多數人通訊信號的行為適用B類型[65]。

不過，正如前述，在類型化過程中，透過增加偵查對象、偵查時間長短、偵查行為次數等變項，我們或可將各類型更深一層地細緻化。對照下開交叉圖，假設偵查對象為被告的前提下，可將特定日數以下且僅為一次的短期間GPS偵查確立為A類型的典型，而當一次性的偵查時間拉長到特定日數以上時，雖然時間長短可能與蒐集證據及追訴犯罪的機率呈正相關（顯著提高P值），但同時也可能因與隱私侵害之危險性呈正相關，而可推估其產生較高外部成本（顯著提高Ce值），因而對其設定較嚴格——如與B類型同等——的規制措施。在此狀況下，若GPS偵查需要法律授權時，即可衡量不同期間下預期效益與預期成本的相互關係，以及觀察各種法律要件對此相互關係的影響，進而以時間長短為基準，設定門檻不同的法律要件[66]。另外，設若偵查機關為多次A類型GPS偵查時，由於

65 甚至，我們可以觀察不同偵查手段取得通信訊號時，各種通信訊號的性質差異與對隱私權限制程度的影響差異，或可再區分出不同的類型。不過，由於本文僅是要提出一種立法思維，在此也僅是要說明此立法模式可作為一整套科技偵查立法指引的可行性，故篇幅上無法再假設更多的科技偵查方式與可能歸納出的類型。相關延伸討論，留待他文處理。

66 相似看法：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159。他國

偵查時間必定拉長到特定日數以上，故同樣可推估產生較高外部成本而適用B類型同等規制措施，如我國即有認為偵查者將長期監視切割為數次短期監視時，應適用長期監視的嚴格法定要件之見解[67]。在此脈絡下，可以將B類型理解為當偵查時間、偵查對象範圍與隱私限制危險性呈正相關時，因外部成本增加而須設定較A類型更嚴格法定要件之情形。

	時間短	時間長
一次位置蒐集	A	B
複次位置蒐集		B

而須附帶一提的是，雖然上述關於偵查期間長短與法律要件設定的討論，在結論上似乎與國內多數見解雷同。不過，當實際操作成本效益分析模式，試以常與此模式結合運用的法實證方法來分析B類型可能設定的期間時，即可看出取徑此模式的實益。詳言之，隱私權作為應受保障

法制例子如德國刑事訴訟法163f條，針對未必使用科技監視，但可能與之競合的長期監視，設有不同干預基礎，見：朱志平，GPS定位追蹤於刑事偵查程序之運用及其授權基礎——從臺灣高等法院高雄分院105年度上易字第604號刑事判決出發，法令月刊，68卷9期，2017年9月，頁125-129；薛智仁，GPS跟監、隱私權與刑事法——評最高法院106年度台上字第3788號刑事判決，裁判時報，70期，2018年4月，頁59。

67 李榮耕，科技定位監控與犯罪偵查——兼論美國近年GPS追蹤法制及實務之發展，國立臺灣大學法學論叢，44卷3期，2015年9月，頁958。

的憲法上權利，當國家一定期間的偵查可能造成隱私權受嚴重干預時，無疑地即應考量以令狀原則等法定要件來規範偵查發動的合法性。但是，單從該重要權利應受保障出發，並無法直接回應「多長的期間始應適用令狀原則」等疑問，自然難以在符合嚴謹因果推論的前提下推論出該期間可能的長度區間，最終可能僅是參考他國法制後，設定欠缺充分實證研究與效益評估的期間長度。對此，透過實證研究能夠更有效描述法論證與法現象的特質[68]，我們可透過結合實證研究為數據賦予規範意義，為成本效益分析提供更堅實的論證基礎，進而制定出較符合臺灣脈絡與具參考價值的期間長度。

以台灣人權促進會與立委尤美女國會辦公室2019年所取得的法務部調查局2017年至2018年間GPS偵查相關統計為基礎（詳下表）[69]，可發現2017年與2018年間裝置GPS對毒品案件的偵破率分別為52%與62%，而扣除裝置於運毒船舶的特殊狀況外，多數狀況都是在30日內完成GPS偵查。由此經驗事實出發，可能的規範意義是，對偵查機關來說可獲得最大偵查效益的期間約為30日，在該期間內多半可獲得偵查必要的資訊，且決定後續偵查結果，而當超過30日時，由於效益遞減，偵查機關繼續使用GPS裝置也

68 關於法實證研究的功用，見：張永健，法實證研究：原理、方法、應用，2版，2022年2月，頁34-36。

69 圖表取自台灣人權促進會，法務部調查局GPS偵查相關統計數據，https://www.tahr.org.tw/sites/default/files/u147/diao_cha_ju_gpszhen_cha_xiang_guan_tong_ji_shu_ju_.pdf（最後瀏覽日：2022年5月26日）。

無法獲得更多資訊，可能也無法提高案件偵破機率。同時，這也意味著偵查者平均在30日內可能即已對偵查對象的行蹤與生活圖像有所掌握，對偵查對象的隱私造成較大侵害。因此，若偵查期間繼續延長，則隱私侵害將擴大而繼續累加外部成本，但偵查效益不會顯著增加。如此一來，透過規範意義來思考立法政策時，以僅有GPS偵查資料可供參考的現況為前提，當認為B類型因需要適用較高發動門檻而適用令狀原則時，則應當是偵查機關適用該類型偵查方式的期間小於、等於30日時，即應通過法官核發令狀方得發動。換言之，以法務部在2020年提出的科偵法草案來說，該草案第5條規定檢警機關在2個月內使用如GPS裝置進行追蹤偵查時無須經法官核發令狀許可的規定[70]，顯然忽略在我國脈絡下，當使用GPS裝置偵查超過30日時，即可能出現「效益未顯著增加、成本繼續累加」的狀況，導致該偵查的預期成本大於預期效益。因此，該草案將時間點設定在2個月恐非合理作法，且現實運用也可能招致架空令狀原則或法官保留適用之結果。同時，雖然此草案未必是採取基本權審查體系或權利保障模式等思維的產物，但也明顯呈現出在未採取成本效益分析模式結合實證研究的狀況下，制定規範卻忽略立法經驗事實時，可能出現不當立法的狀況。總結以上，也可發現成本效益

70 法務部於2020年9月預告制定科技偵查法草案總說明，https://www.moj.gov.tw/Public/Files/202009/70320090817536d83f.pdf（最後瀏覽日：2022年5月26日）。

模式下的立法思維，不僅是理路不同，而是在實用層次有所差異，甚至更具操作價值。

表

函詢附表一						
	安裝案件數	偵破案件數	安裝偵破比率	安裝次數	偵破案件起訴率	所涉案件類型
2017年第1季	5	3	60.0%	無統計資料	100%	毒品犯罪
2017年第2季	4	2	50.0%	無統計資料	100%	毒品犯罪
2017年第3季	16	9	56.3%	無統計資料	100%	毒品犯罪
2017年第4季	13	6	46.2%	無統計資料	100%	毒品犯罪
2018年第1季	15	9	60.0%	無統計資料	100%	毒品犯罪
2018年第2季	10	7	70.0%	無統計資料	100%	毒品犯罪
2018年第3季	11	7	63.6%	無統計資料	100%	毒品犯罪
2018年第4季	9	5	55.6%	無統計資料	100%	毒品犯罪

函詢附表三				
	1-30天	31-60天	61-90天	91天以上
2017年第1季	4	1	0	0
2017年第2季	3	1	0	0
2017年第3季	14	1	1	0
2017年第4季	13	0	0	0
2018年第1季	14	1	0	0
2018年第2季	9	1	0	0
2018年第3季	8	2	1	0
2018年第4季	9	0	0	0

註：圖表由法務部製作，資料來源為台灣人權促進會網頁。

最終，將偵查行為類型化後，接著要思考的是針對各類型所生外部成本，應如何加以規制來達到偵查行為的最適化。如前述，規制方式包括事前設定法律要件與審查機

制，以及事後資訊的保存、使用與分析。事後規制的部分，除事後通知義務外，一方面可排除無偵查效益而僅有外部成本的情形，將無關本案者銷毀，並限制資訊使用範圍限於本案偵查與審判，除非有極高偵查效益時才有例外用於他案的可能[71]，另一方面則盡可能避免外部成本持續發生，縱使與本案相關者，使用後也應在一定期限內銷毀，不允許長期保存使用[72]。至於事前規制的部分，重點在於是否採GPS案判決呼籲立法時所提及的令狀原則，亦即合法發動是否須經法官審查並核發令狀？

依本文理解，令狀原則的功能在於透過法官審查來判斷偵查機關有無判斷違誤或濫用可能，防止違法偵查造成之外部成本，同時導引偵查者符合委託人利益，進行得維護國民自由與安全的偵查行為，使偵查行為的預期效益大於預期成本[73]。依此脈絡，本文有三點發想：第一，從隱私侵害危險性與外部成本高低的角度來說，B類型比A類型具較高隱私侵害危險性，故適用令狀原則的必要性較高，但這不等於A類型必然不適用該原則。亦即，立法者可透過成本效益分析的模型，比較A類型下Wr與Wp的關係，決定是否適用。此外，雖然本文並未處理通訊監察的議題，但相較於使用GPS與M化車取得者多為後設資料（meta data），當通訊監察直接取得通訊內容時，由於節

71 李榮耕，同前註67，頁955-956。
72 緑大輔，監視型捜査，法学教室，446期，2017年11月，頁29。
73 相似看法：稲谷龍彦，同前註14，頁290-292。

省資料分析時間而可更為接近被偵查者個人圖像，故可謂可能在證據蒐集與刑事訴追上的機率比A、B類型更高（P值更高），但同時產生隱私權侵害的外部成本也更高（Ce更高），而有設定更嚴格之事前審查機制的必要。如此一來，假定通訊監察法制暫無嚴重缺陷的前提下，或可以此類型作為參考基準，並結合目前行政部門實際運用用GPS與M化車後累積的次級資料所延伸的規範意義，來思考A、B類型是否要採與之相同門檻或略低其門檻的事前審查機制。第二，當成本效益分析結果為Wp＞Wr時，確實有不適用令狀原則的空間。如有論者建議急迫狀況可作為該原則的例外，但事後仍須向法官陳報[74]。對此，筆者認為從急迫狀況反映極高偵查效益來看，若事後陳報機制與事後資訊使用的規制措施，仍可將效益維持在提高對國民自由與安全維護的框架內時，此看法應值贊同。第三，GPS偵查除限制隱私權外，部分裝置的案例還會因擅自侵入（trespass）而有限制財產權的危險性。對此，是要特別就裝置與取下設備行為設定法律要件與審查門檻[75]，或者將其視為GPS偵查預備行為而一併處理，應是立法者須思考的面向。

---

74 李榮耕，同前註67，頁955。

75 他國法制例子如法國刑事訴訟法第230-34條，見：范耕維，最高法院106年度台上字第3788號判決後GPS定位追蹤之立法展望，萬國法學，222期，2018年12月，頁95。

肆、結　論

本文中，先指出二則科技偵查判決採取之權利保障論述模式，不適於作為現今科偵法立法指引的原因，接著初步嘗試以成本效益分析模式設計科偵法立法框架。但限於本文目的在於提出理論性框架，故僅能先就針對犯罪嫌疑人發動GPS偵查、M化車偵查等位置資訊蒐集之類型進行初探，藉此說明本文理論框架的應用性，並無法更進一步完整化個人對科偵法立法的想像。例如本文未觸及的儲存資料調取、設備端通訊監察及數位證據蒐集類型，由於不同於位置資訊蒐集，其取得資訊性質有較高機率觸及被偵查者個人圖像，故即應思考此手段是否對隱私侵害具較高危險性或可能造成更大限制，因而產生較高外部成本，同時又因發動的內部成本更低，而有被偵查者更頻繁使用的可能？若答案為肯定，則可能此類型相比位置資訊蒐集，有加強規制之必要。再如偵查對象擴及第三人的狀況，伴隨偵查範圍擴大，若偵查效能並未顯著增加，但隱私權限制之外部成本卻可能增加時，也可能有必要設定更嚴格的規制措施。更進一步，若再將這些類型所對應的事後資訊保存與對受偵查者通知之成本也納入考量，或許又能在各類型間擬定更細緻的規範。正因如此，筆者期待未來以本文提出之立法框架為起點，能有回應上述疑問並進一步將多樣化的科技偵查手段完整地類型化，再透過成本效益分析思考各類型規制方式的可能。

參考文獻

一、中文文獻

- Winner, Langdon (2004). *技術物有政治性嗎？*（方俊育、林崇熙譯），載於吳嘉苓、傅大為、雷翔麟主編，STS讀本——科技渴望社會（頁123-150）。群學。
- 王鵬翔（2005）。論基本權的規範結構。*國立臺灣大學法學論叢，34（2）*，1-61。http://doi.org/10.6199/NTULJ.2005.34.02.01
- 王鵬翔、張永健（2019）。論經濟分析在法學方法之運用。*國立臺灣大學法學論叢，48*（3），791-871。http://doi.org/10.6199/NTULJ.201909_48(3).0001
- 台灣人權促進會（n.d.）。法務部調查局GPS偵查相關統計數據。https://www.tahr.org.tw/sites/default/files/u147/diao_cha_ju_gpszhen_cha_xiang_guan_tong_ji_shu_ju_.pdf
- 朱志平（2017）。GPS定位追蹤於刑事偵查程序之運用及其授權基礎——從臺灣高等法院高雄分院105年度上易字第604號刑事判決出發。*法令月刊，68*（9），93-133。http://doi.org/10.6509/TLM.2017.6809.05
- 吳燦（2020）。科技偵查蒐證之授權依據與證據能力——以警察裝置GPS偵查為例。*檢察新論，27*，149-168。
- 李建良（2019）。立法學導論——比較法的框架性思維。*月旦法學雜誌，295*，87-101。http://doi.org/10.3966/102559312019120295007
- 李榮耕（2015）。科技定位監控與犯罪偵查——兼論美國近年GPS追蹤法制及實務之發展。*國立臺灣大學法學論叢，44*（3），871-969。http://doi.org/10.6199/NTULJ.2015.44.03.04
- 李榮耕（2020）。電磁紀錄的搜索及扣押。載於李榮耕著，*通訊*

監察與隱私保護（頁321-389）。元照。

➢林俊宏（2020）。《科技偵查法》擴張國家監控人民權利。https://www.cogitobar.com/publication-2020-09-22-2/

➢林鈺雄（2017）。*刑事訴訟法（上）*（八版）。新學林。

➢林鈺雄（2021）。科技偵查概論（上）——干預屬性及授權基礎。*月旦法學教室，220*，46-57。http://doi.org/10.3966/168473932200 9

➢林鈺雄（2021）。科技偵查概論（下）——干預屬性及授權基礎。*月旦法學教室，221*，42-52。http://doi.org/10.3966/168473 9322110

➢法務部（2020）。科技偵查法草案總說明。https://www.moj.gov.tw/Public/Files/202009/70320090817536d83f.pdf

➢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。http://doi.org/10.3966/1025 593130608

➢范耕維（2018）。最高法院106年度台上字第3788號判決後GPS定位追蹤之立法展望。*萬國法學，222*，89-103。

➢范耕維（2019）。現行法下GPS追蹤定位偵查行為之合法性與立法方向——比較法觀點與最高法院106年度臺上字第3788號判決之考察。*政大法學評論，157*，109-197。

➢張永健（2017）。社會科學式的比較法研究。*中研院法學期刊，20*，211-249。

➢張永健（2020）。*社科民法釋義學*。新學林。

➢張永健（2022）。*法實證研究：原理、方法、應用*（二版）。新學林。

➢陳運財（2014）。偵查之基本原則與任意偵查之界限。載於陳運財著，*偵查與人權*（頁7-34）。元照。

➢陳運財（2016）。GPS監控位置資訊的法定程序。*台灣法學雜*

誌，293，59-74。

- 黃昭元（2004）。憲法權利限制的司法審查標準——美國類型化多元標準模式的比較分析。*國立臺灣大學法學論叢，33*（3），45-148。http://doi.org/10.6199/NTULJ.2004.33.03.02
- 黃舒芃（2009）。比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例。載於黃舒芃著，*變遷社會中的法學方法*（頁245-279）。元照。
- 黃舒芃（2016）。比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思。*中研院法學期刊，19*，1-52。
- 溫祖德（2018）。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*（1），121-167。
- 劉孟奇、盧敬植（2013）。資訊通信科技與犯罪率之實證研究。*犯罪學期刊，16*（1），1-27。
- 劉靜怡（2011）。大法官保護了誰？——釋字第689號的初步觀察。*月旦法學雜誌，197*，27-61。
- 劉靜怡、王士帆、林鈺雄、溫祖德、施育傑、李濠松（2021）。科技偵查立法藍圖——刑事訴訟目的之試金石（上）。*裁判時報，103*，102-122。http://doi.org/10.3966/207798362021010103009
- 蔡彩貞（2017）。定位科技在刑事司法程序之運用與人權保障。*裁判時報，65*，63-78。http://doi.org/10.3966/207798362017110065007
- 薛智仁（2018）。GPS跟監、隱私權與刑事法——評最高法院106年度台上字第3788號刑事判決。*裁判時報，70*，42-59。http://doi.org/10.3966/207798362018040070005
- 簡資修（2019）。經濟分析作為法律科學。*中國法律評論，26*，101-115。
- 顏榕（2018）。簡評日本最高法院2017年3月15日判決——GPS偵查的合法性。*月旦法學雜誌，278*，257-268。http://doi.org/

10.3966/102559312018070278012

二、日文文獻

- 大澤裕（2017）。強制捜査と任意捜査。*法学教室，439*。58-71。
- 井上正仁（2014）。*強制捜査と任意捜査*（新版）。有斐閣。
- 阪本昌成（2008）。プライバシーの権利と個人情報の保護――情報財の保護か自由な流通か，載於初宿正典等編，*国民主権と法の支配　佐藤幸治先生古稀記念論文集〔下巻〕*（頁83-133）。成文堂。
- 阿部潔（2006）。公共空間の快適――規律から管理へ。載於阿部潔、成実弘至主編，*空間管理社会：監視と自由のパラドックス*（頁23-35）。新曜社。
- 柳川隆、町野和夫、吉野一郎（2015）。*ミクロ経済学・入門*（新版）。有斐閣。
- 稲谷龍彦（2013）。情報技術の革新と刑事手続。載於井上正仁、酒巻匡主編，*刑事訴訟法の争点*（頁40-41）。有斐閣。
- 稲谷龍彦（2017）。刑事手続におけるプライバシー保護――熟議による適正手続の実現を目指して。弘文堂。
- 緑大輔（2017）。監視型捜査。*法学教室，446*。24-30。
- 緑大輔（2018）。最高裁判例と強制処分法定主義、令状主義。載於指宿信主編，*GPS捜査とプライバシー保護*（頁190-202）。現代人文社。

三、英文文獻

- Bauman, Zygmunt (2000). *Liquid Modernity*. Polity.
- Becker, Gary S. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy, 76*(2), 169-217. http://doi.

org/10.1002/9780470752135.ch25

- Chang, Yun-Chien & Dai, Xin (2021). The Limited Usefulness of Proportionality Principle. *International Journal of Constitutional Law, 18*, 1-25. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3345798
- Dworkin, Ronald (2001). Do Liberal Values Conflict?. In Mark Lilla (Ed.), *The Legacy of Isaiah Berlin* (pp.73-91). New York Review Books.
- Kaplow, Louis (2019). On the Design of Legal Rules: Balancing Versus Structured Decision Procedures. *Harvard Law Review, 132*, 992-1065. http://doi.org/10.2139/ssrn.3371231
- Kerr, Orin S. (2016). An Economic Understanding of Search and Seizure Law. *University of Pennsylvania Law Review, 164*, 591-647.
- Lyon, David (2001). *Surveillance Society: Monitoring Everyday Life*. Open University Press.
- Marmor, Andrei (2015). What is the Right to Privacy?. *Philosophy and Public Affairs, 43*(1), 3-26. https://doi.org/10.1111/papa.12040
- Mcadams, Richard H. (2012). Bill Stuntz and the Principle-agent Problem in American Criminal Law. In Michael Klarman et al. (Eds.), *The Political Heart of Criminal Procedure: Essays on Themes of William J. Stuntz* (pp. 47-63). Oxford University Press. http://doi.org/10.1017/CBO9781139094603.004
- Peczenik, Aleksander (2005). *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*. Springer.
- Schneier, Bruce (2015). *Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World*. W W Norton & Co Inc.
- Sunstein, Cass R. (2001). *One Case at a Time Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press.

➢van Aaken, Anne (2019). The Decision Architecture of Proportionality Analysis: Cognitive Biases and Heuristics. https://ssrn.com/abstract=3364553

專論

強制猥褻罪不罰未遂？
——從臺高院110年上訴字第1257號判決談起

趙萃文*

要　目

壹、問題意識
貳、案例爭點解析
　一、強制猥褻罪之「猥褻」定義
　二、強制猥褻罪之「行為」定位
　三、「猥褻行為」之內涵與判斷標準
　四、強制罪與強制猥褻罪之強暴概念為不同層次問題
　五、強制罪之法益內涵與強制猥褻罪之法益內涵
　六、本案意圖為出於情慾之滿足
參、本案例之問題所在——兼評高院判決
　一、本案被告犯意之定性，其行為已達強制猥褻既遂
　二、判決將應適用於強制猥褻罪之行為移轉至強制罪身上
　三、強制猥褻未遂以強制罪相繩，將衍生價值領域之分化與衝突
　四、強制猥褻罪處罰未遂犯具正當性，應罰及未遂方不致輕重失衡

DOI：10.6460/CPCP.202208_(32).02
本篇文章業經雙向匿名審查通過。

* 空中大學助理教授，輔仁大學法學博士。

五、司法社群保守主義，缺乏和社會的對話之窗
肆、結　論
一、本案已達剝奪被害人性意思自主權程度，應從重論處
二、若受制於司法保守解釋，強制猥褻罪應增訂未遂犯之處罰
三、強制猥褻未遂立法後或將產生的解釋論上問題
四、國民法官法提前實施，並擴及刑法性犯罪案件

摘　要

本文旨在以現行強制猥褻罪未罰及未遂之法律真空問題為論述基礎，考察「猥褻」概念之發展軌跡與學說理論演變，就臺灣高等法院題旨判決予以評價，提出隨著性強制犯罪保護法益之內涵調整，司法實務恐難再依傳統判例法則一體適用，為避免與實際情況脫節，宜發展一套可遵循之新的解釋取徑，繼而反思現行性強制犯罪概念內涵與保護架構是否有重構必要，及如何成為可能？

傳統植基於「妨害社會風化」，所生成的性強制犯罪概念內涵與保護架構，於現今保護性自主決定權法益前提下，已無法有效地解釋並解決「妨害性自主」之規範性意涵；司法在闡釋性強制犯罪時，應符合國人對性自主活動的認知與想像，以框架出性自主決定權的本質核心範疇，作為捍衛守護性自主決定權之判斷準據。

本文的結論是，強制猥褻罪存有保護不足現象，亦即可罰性的漏洞，需要被填補，應調整現行解釋論基礎，進而改變性強制犯罪的司法論證和判斷標準，朝向更彈性且適應社會真實脈絡轉變；若短期難以改變司法文化下，修法將強制猥褻未遂犯納入處罰，填補此一法律漏洞，亦不失為一折衷辦法，深盼能提供一些啟發性意義。

關鍵詞：強制猥褻罪、未遂犯、猥褻、性犯罪、國民法官法、強制罪

Mandatory Impunity for Attempted Indecent Assault? – Concurrently Comment on the Taiwan High Court's Criminal Judgment 110 Shangsuzi No.1257

Tsuey-Wen Chao*

Abstract

The purpose of this article is to discuss the current legal vacuum of unpunished and attempted compulsory indecent crimes, to examine the development track and theoretical evolution of the concept of "indecency", to evaluate the subject judgment of the Taiwan High Court, and to propose the protection of legal interests with sexual coercive crimes. To adjust the connotation, judicial practice may no longer be applied in a unified way according to the traditional precedents. In order to avoid being out of touch with the actual situation, it is advisable to develop a new set of interpretation methods that can be followed, and then reflect on whether the connotation and protection framework of the existing compulsory crime concept

* Assistant Professor of National Open University; Doctor of Laws, Fu Jen Catholic University.

are important. necessary, and how is it possible?

Tradition based on “obstructing social morality”, and the conceptual connotation and protection framework of sexual coercive crime generated cannot effectively explain and solve the normative meaning of “impairing sexual autonomy” under the premise of today’s protective discretionary rights and legal interests; When the judiciary interprets sexual compulsory crimes, it should conform to the people’s cognition and imagination of sexual autonomy activities, and frame the essential core categories of sexual autonomy as the criterion for defending the guardianship of sexual autonomy.

The conclusion of this article is that there is insufficient protection in the crime of compulsory indecency, that is, the loophole of punitiveness, which needs to be filled. The basis of the current interpretation theory should be adjusted, and then the judicial reasoning and judgment standards of the crime of sexual compulsory crime should be changed to be more flexible and adaptable. The real context of the society has changed; if it is difficult to change the judicial culture in the short time, the amendment of the law to include the punishment of attempted indecent assault to fill this legal loophole can be regarded as a compromise solution, and I hope to provide some useful suggestions.

Keywords: Forced Indecency, Attempted Offender, Obscene, Sex Crime, The National Judges Act, Compulsory Crime

壹、問題意識

本文以臺灣高等法院110年上訴字第1257號判決為主軸，探討以國家法律管制人民與性強制相關之侵害身體活動，藉由法律規範達到教義或誡律指示，維護每個人的法益慣常運行，成就吾人享有不受侵害性質之權利。

本案緣自被告男子吳○○於2019年5月27日晚間開始埋伏，於翌（28）日5時45分許見一落單女子A女，自後方抱住，以手勾住其脖子、摀住嘴巴往巷裡拖行，欲強吻摸胸，因被害人A女奮力掙扎並大聲呼救，遂未得逞[1]。檢察官因現行《刑法》強制猥褻罪不罰未遂，用強制罪起訴，桃園地方法院依強制罪判處吳某拘役40日[2]，臺灣高等法院認為判刑過輕，改判5月徒刑定讞（均得易科罰金）[3]。

細查法院判決書，本案輕判最大理由在於，檢察官僅

1 本文原本引用媒體新聞論述本案，審查委員提及應查詢判決書系統，避免僅憑網路新聞造成事實可能被誤導之嫌，忽略法院運用證據所為之事實認定，謹遵示修正。細查本案起訴書（桃園地檢署108年度偵字第17292號）及第一、二審判決書，與新聞內容大致相符，引據新聞報導僅為表明裁判已受輿論非議，國人對本案判決之回應和感受，社群的聲量自不容忽視，更何況我國司法公信及裁判品質早已飽受質疑，為免引發誤會，以下個案事實皆以判決書所載內容為依據論述；另本案檢察官起訴書甚為簡略，且為一、二審援用，觀其內容主要是以警方監視器畫面來論證被告對女性性攻擊行為，並直接帶出因刑法強制猥褻不罰未遂，故論以強制罪之結論。本文論述完全尊重檢、院方根據監視器畫面所作事實及心證認定，僅針對犯罪事實涵攝到適用罪名部分為一法理上論述，並提出個人淺見。

2 臺灣桃園地方法院109年度審訴字第1790號判決。

3 臺灣高等法院110年上訴字第1257號判決。

以刑法第304條第1項之強制、第277條第1項傷害罪嫌起訴，起訴書載述：「犯嫌基於**妨害A女行動自由之強制及傷害犯意**，自A女後方抱住A女，以手勾住A女脖子及摀住A女嘴巴，將A女往巷裡拖，以此方式妨害A女自由行動之權利，並造成A女受有右臉挫傷、左下唇紅腫及右大腿瘀青等傷害，**吳某欲親吻A女及撫摸A女胸部**，因A女不從，奮力反抗，欲掙脫逃跑，並大聲尖叫呼救，致吳某未能得逞（**刑法未處罰強制猥褻未遂**）……」[4]，文末並提到「末請審酌被告以隨機擄人方式侵害告訴人A女之人身自由，除對告訴人造成莫大心理創傷外，對社會治安亦將造成恐慌，惡性非輕，建請從重量刑，以示懲儆。」

一審法院因被告於準備程序中自承犯罪，進行簡式審判程序，依強制罪處拘役40日，如易科罰金以新臺幣1,000元折算1日。檢察官認為判刑太輕不服上訴，二審法院認為，被告以「隨機擄人」方式選擇被害人，對社會大眾造成極度恐慌，復於擇定犯案對象後，即強制拖行至空無一人之停車場，以強暴方式妨害告訴人之行動自由，使告訴人A女因而受有右臉挫傷、左下唇紅腫及右大腿瘀青等傷害，並使告訴人於此期間處於極度驚恐狀態，對告訴人造成莫大心理創傷，因而撤銷改判；依強制罪判處有期徒刑5月，如易科罰金以1,000元折算1日。承審之二審法官既然認為被告隨機擄人方式，以強暴方式將告訴人強制拖行至

4 楷體字為本論文作者強調所加。

空無一人之停車場，使告訴人於此期間處於極度驚恐狀態，對告訴人造成莫大心理創傷，對社會大眾造成極度恐慌，因而撤銷改判；但卻未就被告是否構成強制性交未遂這個根本性問題加以釐清，而有不敷事實需求之憾。本案二審之判決雖大幅加重，但認事用法、量刑仍多有議論空間，類此「事實移轉」、「罪名遷徙」和「刑度優惠」案例，雖論述矛盾、判斷失據，並且可能衍生潛在仿效危機，能帶來多大的修正與撼動，後續值得觀察。

按「規範」係一種當為命題，即人們能經驗到，反覆出現且帶有規律性之行為；而律法乃人類社會行為之一種規範，內容包括應為之命令規範及禁為之禁止規範，用以衡量人類之行止及準繩，具準則性及拘束性。類此社會性之建構，被稱之為社會規範或簡稱規範，刑法即為其中之代表，以法典方式為條理性之建構。規範之制定，殆有一些依據，古人認為一係天理、一係民情；刑法在各種規範中最引人注意，蓋因其預設了最基本之是非準則，並以國家力量來維繫，所以，刑法立法自古以來就是政策選擇結果。

將法律作為一個歷史和社會實在領域觀察，馬克斯・韋伯（1864-1920）之法實證主義，即係把法律來源於可觀之社會事實看待，認為規範僅係手段，如倫理道德，法益才是目的，如保護之價值。規範包括法規範及社會倫理規範等，以社會倫理規範為例，其規範性要素自然具有倫常要素，如：重婚、誹謗死者、挖掘墳墓、盜取屍體等

罪，無不具婚姻價值、家庭倫常、孝思憶念及生命禮儀等禮教色彩[5]。

按規範本係用以約束、控制自己感情和行為之力量或工具；所謂活用規範，即係應清楚瞭解任一規範之原來意義與目的，於今是否仍係那種意義、那種目的，原初之意義和目的與現下之情況或需要是否相合？本案從檢方起訴到院方一、二審判決，認事用法及法理上均不無可議之處，究為釋義學分析問題？亦或立法政策選擇？本文分析刑法「猥褻」之定義，隨著性強制犯罪保護法益之內涵改變，傳統判例法則已不符實需，爰提出調整現行解釋論基礎，改變性強制犯罪之司法論證和判斷標準，朝向更應社會真實脈絡之方向轉變，以發展可資遵循之新的解釋取徑；繼而反思現行性強制犯罪概念內涵與保護架構，是否有重構必要？若短期難以改變司法文化，修法將強制猥褻未遂犯納入處罰，或可填補此一法律漏洞。

貳、案例爭點解析

本論文係以強制猥褻罪是否不罰未遂作為軸心，故擬先將相關之概念先予探究與解析，以協助論述之推進，並作為討論後續判決所生問題之基礎。

一、強制猥褻罪之「猥褻」定義

猥褻概可歸納為二，一為屬於社會法益的善良風俗，

5 平野仁彥、龜本洋、服部高宏，法哲學，2007年4月，頁27。

其中包括合理的性秩序及性道德，如公然猥褻即是，二為社會善良風俗及個人之性自由，而以保護個人之性自由為主，如強制猥褻，且在1999年修法前皆規定告訴乃論，是其最大特色[6]。

在現行刑法主要有三個罪名涉及猥褻，分別是第224條強制猥褻、第234條公然猥褻及第235條陳列販賣猥褻物品罪。實務及學者間通說對於猥褻之解釋，一直遵從最高法院解釋「在客觀上足以引起人之性慾之行為」，認為此三罪猥褻概念相同，即指姦淫以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為而言（最高法院27年上字第558號、45年台上字第563號、63年台上字第2235號判例），凡在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾者，即可評價為猥褻。

承襲最高法院見解，學者陳煥生、劉秉鈞教授認為，凡在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾者，即可評價為猥褻。林山田教授認為，猥褻行為乃性交以外一切滿足自己性慾，或足以挑逗他人引起性慾之色慾行為，故如其行為在客觀上不能遽認係基於色慾之一種動作，且又不致逗引他人之性慾，行為人主觀上又不能滿足其本人之性慾，即非猥褻行為。甘添貴教授認為，行為人如主觀上具有表現性慾之意念，客觀上得認該行為是屬於表現性慾動作者，即可認為猥褻行為；至猥褻行為是否

6 參閱周冶平，刑法各論，1968年9月，頁433。

會刺激或滿足自己或他人性慾，是否會引起他人羞恥或嫌惡感及是否違反善良性道德觀念，則非所問。黃源盛教授認為，行為人如在主觀上具有表現性慾之意念，且客觀上得認該行為係屬於表現性慾之動作者，即得認為猥褻行為。許玉秀教授認為，除了行為人利用他人為工具，實施引起或滿足性慾行為外，使被利用工具因而感受侵犯，也是猥褻行為特徵；猥褻因而是，性交以外，一切足以引起或滿足性慾而使人厭惡或恐懼的行為。林東茂教授認為，強制猥褻不以接觸身體為必要，即使沒有身體接觸，被害人的身體主控性也可能喪失，行為人的性需求並因而得到滿足；只要強制手段是為了滿足性慾，行為人全程掌控被害人配合自己的性慾，這就是強制猥褻[7]。

而較近期司法實務判決認為所稱猥褻行為，指客觀足以刺激或滿足性慾且與性之意涵有關，而侵害性自主決定權及身體控制權，**並不以行為人主觀犯意在滿足其個人性慾為必要**，主張猥褻成立並不以行為人主觀上有滿足個人性慾為必要（99年台上字第3850號判決）。另有判決（100年台上字第4745號判決）卻認為刑法所處罰違反意願猥褻罪、乘機猥褻罪，是指姦淫以外，基於滿足性慾之

7 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，7版，2020年8月，頁320；林山田，刑法各論（上），5版，2006年11月，頁241；甘添貴，刑法各論（下），4版，2015年5月，頁255-256；黃仲夫，刑法精義，犁齋社，修訂33版，2020年9月，頁628；許玉秀，強吻非強制猥褻？，月旦法學雜誌，90期，2002年11月，頁309；林東茂，刑法綜覽，增訂8版，2016年3月，頁2-71。

主觀犯意，以違反被害人意願、乘被害人不能或不知抗拒之方法所為，揆其外觀依一般社會通念，咸認足以誘起、滿足、發洩人之性慾，而使被害人感到嫌惡或恐懼之一切行為而言，主張需基於滿足性慾之主觀犯意始可；可見司法實務上尚未趨同發展一可資依循的明確準則。

觀諸立法史之說明，1912年《暫行新刑律》第23章「姦非及重婚罪」，第283條「原案注意」載述：猥褻行為，指違背風紀未成姦以前之行為而言，與第285條之「姦淫」、第289條之「犯姦」不同；另「補箋」復稱：猥褻者，除姦淫以外凡有關人類生殖、情慾之行為，違背善良風俗者皆是。原案謂未成姦以前之行為，尚失之隘；此種猥褻行為，在異性間（男女）固能成立本罪，同性間（男與男、女與女）之行為，及單獨之行為（手淫），亦在本條猥褻範圍內，惟本律不採處罰單獨行為之規定而已[8]。

事實上1999年刑法修正後，妨害性自主罪章已修正為屬侵害個人法益之性自主犯罪。故所謂猥褻應是指，凡以一般人皆會明顯感到性的厭惡感、羞恥心之方式侵害被害人之性自由行為而言，至於是否得以刺激或滿足自己或他人性慾，則非所問。但陳列販賣猥褻物品罪之「猥褻」，本身並非行為，主要在於保護未成年人性人格發展，其概念應與猥褻行為容有區別！因此，許澤天教授認為大法官

8 吳經熊編，中華民國六法判解理由彙編（刑法之部），1947年，頁373。

釋字第617號對散布猥褻物品罪之「猥褻」闡釋，應可援用至公然猥褻中之猥褻概念，卻無法直接套用到強制猥褻罪[9]。

觀諸最高法院上開解釋對於猥褻定義為何，亦無法解釋，僅能以排除法，即「性交以外在客觀上足以引起人之性慾之行為」。但須強調的是，現行法不同罪名中使用之「猥褻」用語，其在解釋上需視保護法益之差別而有所調整[10]，更且由於猥褻方式千變萬化，情節輕重懸殊。因此，1999年修法將一些情節較重猥褻行為，移至強制性交領域去處罰[11]。惟林東茂教授及楊智傑教授則認為此三罪猥褻概念皆不相同[12]，各異其旨。所謂猥褻，在現行法之下，自指除性交以外之一切表現性慾之行為；至於何種表現性慾之行為，得認其為猥褻？應依當下社會一般人之健全常識即社會通念，就客觀行為事實加以認定。本案被告主觀上具有滿足性慾之意念，且在客觀上深夜對被害人環抱、勾脖等行為，已可認係屬於表現性慾之動作，即得認為猥褻行為，本文亦持此見解。

---

9 許澤天，刑法分則（下）——人格與公共法益篇，2019年9月，頁239。

10 蔡聖偉，親吻與猥褻——評最高法院一〇三年度台上字第一二五四號判決，裁判時報，41期，2015年11月，頁46-48。

11 參中華民國刑法總則修正草案公聽會會議記錄彙編（第二冊），蔡碧玉司長發言，法務部印製，2001年12月，頁31。

12 林東茂，同前註7，頁2-279；楊智傑，猥褻是形容詞還是動詞？，臺灣法律網，2008年8月1日，https://www.lawtw.com/archives/371865（最後瀏覽日：2022年2月14日）。

關於散播猥褻物品之「猥褻」二字，大法官曾有二號解釋。先是釋字第407號說明所謂猥褻出版品，乃指一切在客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之「出版品」；嗣釋字第617號更具體說明，猥褻資訊或物品之「猥褻」，係指含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之資訊或物品，刑法第235條並處罰對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為。從這兩號解釋，均可看出大法官認必須客觀上足以刺激或滿足觀覽者性慾，才該當散播猥褻物品罪之猥褻；由於此二號解釋所釋示之猥褻係放置於媒介平台供人觀看，且對成年人觀賞、閱覽性方面之影片、圖畫亦是憲法所保障之重要人格自由，當然必須容忍較大尺度。至於公然猥褻罪之猥褻，因係現場觀覽，在尺度上即不同於散播猥褻物品罪，必須予以限縮解釋。

綜上，強制猥褻罪所謂之「猥褻行為」，因本罪之保護法益為性的自由，應當然比公然猥褻罪（第234條）中之猥褻概念的涵義要廣，允宜將強制猥褻罪理解為不僅係對性自由之侵害，同時讓人產生對性的厭惡或羞恥，而有害於正常之性情感者，亦包括在內。日本於平成16（2004）年為更大力度地保護性自主，提高了刑法強制猥褻與強制性交等罪之法定刑，其強制猥褻亦處罰未遂犯

（第179條）。但針對性風俗之犯罪，如公然猥褻、散發猥褻物品罪等，判例考量到憲法之表意自由（第21條），於一定限度內，對猥褻性的判斷趨於緩和，亦即判例傾向於限定處罰猥褻（最判昭44・10・15刑集23・10・1239；最判昭58・3・8刑集37・2・15），殊值參考。

具爭議者為，第221條之強制性交及第224條之強制猥褻，係嚴重侵害被害人之性自主權，且位於刑法妨害性自主罪章，與第234條公然猥褻及第235條陳列販賣猥褻物品罪性質上截然不同，性交或猥褻行為人是否必須具有滿足或刺激自己或他人性慾之傾向？學界有持肯定看法者，如林東茂教授認為以器物插入肛門或陰道之行為，如欠缺此等傾向，僅能論以「傷害罪」[13]；而甘添貴、盧映潔及蔡聖偉教授等則持反對見解，對傳統猥褻之法律定義形成挑戰，認為本罪並未要求行為人之主觀性意圖、性傾向之必要，對於被害人之性自主保護，亦不應依憑行為人是否有此傾向而生差異結果，更何況實務上亦難以判斷行為人是否具此傾向，此等見解已不符現行刑法之規範意旨，有幡然改圖之必要[14]。

惟部分實務及學說，認為此三罪猥褻概念皆相同；凡在客觀上足以誘起他人性慾，且主觀上足以滿足自己性慾

13 林東茂，同前註7，頁2-68、84。

14 甘添貴，刑法各論（下），修訂3版，2014年2月，頁256；盧映潔，由強吻案談起論我國刑法第二二四條強制猥褻罪之猥褻行為的界定，台灣本土法學雜誌，42期，2003年1月，頁98-100；蔡聖偉，同前註10，頁45。

者，始能該當[15]；如是見解，不無定調偏失、視域錯誤之微瑕，相互夾纏不清，造成許多匪夷所思，違反社會基本常識之判決。如一名男子深夜見便利商店無其他客人，緊緊摟住女店員強吻一分鐘，最高法院91年台非字第168號判決，竟認為「被告抱住告訴人時，僅吻其臉頰，並未以性器摩擦告訴人身體，或上下其手撫摸告訴人身體，在客觀上尚不足以引起告訴人之性慾，亦不足以滿足被告個人之性慾，故尚與猥褻之構成要件有間……。」觀諸刑法之強制猥褻罪，其犯罪目的乃是以其他性主體為洩慾工具，係侵害被害人之性自主權，即妨害被害人性意思形成、決定之自由；試問，被害人在非平和，而係受干擾或暴力對待之狀態下，除了心生驚恐、張皇失措外，豈會有被挑起或滿足性慾情事[16]？而女子遭強吻，欲提告強制猥褻時，竟還得客觀上挑起或滿足了自己性慾，寧是有理？試問：若果有被害人遭受強吻，因而感覺到己身性慾被挑起，則在心情歡悅情狀下又怎會去提告？更別說實務上亦難判斷被害人是否被挑起或滿足性慾，如是之說理顯然荒謬，無

15 在學說方面，許多刑法學者之教科書，大凡出現猥褻字眼，便將大法官所揭「客觀上足以刺激或滿足他人性慾」援引進去，而法官們可能在學時受這些教科書影響，亦繼續援引，致未慮及強制猥褻罪修正前，屬於妨害風化罪，其保護之法益為社會之善良風俗。修正後，著重於保護性自主之法益，擺脫過去悖德犯罪之定位，與修正前之猥褻概念，已難以契合，爰此現象實有必要改正調整。

16 從而，此之「在客觀上足以誘起他人性慾」之猥褻行為，應以被害人以外之其他一般人為判斷標準，若要求以「被害人已否燃起性慾」作判斷，殊難想像。

須言詮。

類此判決不勝枚舉，如2007年8月一名男子在大賣場對一名婦女襲胸10秒鐘，卻被地院法官判決認為不構成強制猥褻罪，理由在於告訴人A女遭被告觸摸胸部之際，尚未及感受到性自主決定權遭妨害，侵害行為即已結束，且接觸時間甚短，客觀上並無足以引起「他人」之性慾，與刑法強制猥褻罪行為人出於猥褻故意，主觀上滿足自己情慾，客觀上足以引起他人性慾之要件尚屬有間，因而認為不構成強制猥褻罪[17]；惟二審就本案之「強制行為」則認：「被告利用上開特賣會場情況，對A女為猥褻行為，A女在左右前後均無法挪移之情況下，遭被告持續抓捏左側胸部10秒，可見A女顯已不能抗拒被告所實施之猥褻行為，被告所實施之手段，核與刑法第224條前段所列舉之所謂強暴、脅迫等相當之其他強制方法，足以壓制被害人性自主決定權，並已違背A女意願，自該當於刑法第224條所謂其他違反其意願方法之行為態樣」；參合對照可發現，關鍵在「強制行為」是否存在，是否已不能抗拒？另判示所稱「他人」，如指被害人，依常理顯然不通，若指客觀第三人，於被害人遭受猥褻時，干「第三人」是否引起性慾何事；從目前司法裁判見解，大抵將公然猥褻罪與

17 孫英哲、劉榮輝、吳慧玲，襲胸10秒鐘判無罪　法官：時間短　不足引起性慾，蘋果日報，2007年8月29日，https://tw.appledaily.com/headline/20070829/COQ6JCKWNYFRAX34GAIDZTI3XU/（最後瀏覽日：2022年2月14日）。

陳列販賣猥褻物品罪之猥褻概念，直接套用到強制猥褻罪，並不能符合時代之真實狀態，而生與現實違和之情事[18]。

綜上，現行法在不同罪名中所使用之猥褻用語，其在解釋上應視保護法益之差別而有所調整。猥褻與否？要從罪名本質及其保護之法益綜合評價[19]。有學者認為，就行為之整體過程判斷是否具有最低限度之性關聯[20]，依行為

18 蔡明亮先生執導之電影「天邊一朵雲」，影片中男女主角裸露體毛、口交畫面，一刀未剪於戲院公開上映，該片除代表我國角逐奧斯卡金像獎最佳外語片外，更榮獲柏林影展「最佳藝術貢獻銀熊獎」等多項國際影評大獎。足證觀覽者對於器官之裸露或性愛行為之影像，並非當然產生厭惡或羞恥感。

19 事實上，各罪規範之客體不一，猥褻不等於出版品，猥褻亦不等於傳布。更且，如第227條對幼童性交猥褻罪與第221條強制性交罪保護法益即不相同，前者保護幼童之整體發展，防止孩童之整體發展受到過早之性經歷所影響，後者則保護性自主決定全，不宜混淆。並參蔡聖偉，同前註10，頁46-48。

20 審查委員提及此之「性關聯」意義為何，許教授文中並未交代。就筆者自身理解，直白說與「性沾得到邊的」即可稱為性關聯，就以強制猥褻罪或強制觸摸罪的方法、身體部位關聯性而言，若謂握手或親吻臉頰是很正常人際互動打招呼方式，但假設有一長相猥瑣男子（當然此之猥瑣又涉及從何觀點角度切入，在客觀上被評價很醜之人可能當事人主觀上又認為自己很帥）看到美女就想去和他握手或親吻臉頰，在美女拒絕之情況下仍強要握手，即有成立強制猥褻罪之可能。或謂單純握手是否有性慾滿足之可能？本文認為在現今開放社會下，各種怪異之事無奇不有，如腳趾一般被認為不潔或有氣味，但新聞上不時可見男性嫌犯抓住女生腳掌猛吸，或竊取女性原味（未清洗）絲襪內褲猛聞，藉以滿足性慾。此「性關聯」雖極為抽象，且須考量加害人、被害人雙方相貌（同樣強握「恐龍妹或正妹」之手，前者可能是看女生不爽想弄痛她，後者極有可能出於猥褻犯意，至於人的美醜如何判斷？已故李敖大師甚至可用打分數來判定，我們從媒體上報導的

之外觀可認其明顯地具有性關聯時，根本無需考慮行為人是否具有此一性傾向，亦不問被害人是否意識到其中之性關聯，即可評價為性交或猥褻。但依行為外觀具有多重解讀可能時，則應探究行為人是否具有滿足或刺激自己或他人性慾之意圖，否則難以斷定是否構成猥褻，至於被害人對此行為之性關聯是否有所意識，並不重要[21]。

二、強制猥褻罪之「行爲」定位

我國刑法之修正，大抵為因應特定社會事件引發輿論效應，而展開修法動能。1999年及2005年妨害性自主罪修法，調整第10條「性交」定義，大幅擴張強制性交罪範疇，將舊法時代一些猥褻行為移列新法之性交行為。性侵害由傳統男性生殖器插入女性陰道之行為，擴張至口交、肛交，或以手指異物插入對方性器官、肛門等，均可成罪；第221條強制性交罪被害人由「婦女」修改為「男

美女帥哥，雖然實際上可能感覺根本沒那麼美，是言過其實，但總體來講也是一般人平均之上，故相對於艱深法學理論，判斷一個人美醜絕對沒那麼困難）、財力及社會地位等綜合判斷（否則就不會有人帥性高潮，人醜性騷擾一說）。美國大法官史都華（Potter Stewart, 1915-1985）也說過「我沒有辦法定義什麼是猥褻，但我一看就知道。（But I know it when I see it.）」，故「性關聯」、「猥褻」本身並非法學理論而是一事實認定，而筆者有自信本文對性關聯、猥褻所作論述，應符合目前主流社會民意。「性關聯」、「猥褻」雖抽象，但絕非不能以社會通念加以判斷。

21 許澤天教授舉例：C壓倒D婦坐於其身上之行為，究係構成妨害自由（第302條、第304條），抑或強制猥褻，需視動機而定。若C意欲在D身上實施手淫，則已構成強制猥褻，無待手淫發生。許澤天，同前註9，頁237-238。

女」。自此，男對男、女對女同性間性侵害行為，甚或女性強姦男性之行為，均可納入本罪處罰射程；修法擴大了性交之範圍，而相對地縮小了猥褻罪之範圍。

當時刑法在性交與猥褻中間，曾試圖創造一個沒有稱謂之概念（如異物插入），但因其無法稱呼與描述，學者均難以接受如是三分法，最後仍回歸傳統二分法，僅係範圍有所不同，強制性交擴大而強制猥褻範圍減縮[22]；就此，柯耀程教授指出，此一修正是一種犯罪類型之轉移，對強制性交屬擴大其成罪範圍，對強制猥褻則屬限縮適用範圍[23]，顯示出性犯罪之實有與流變間並無一定界線，至於強制性交外之其他一切性攻擊，如強吻、摸胸、摸臀等均落入第224條強制猥褻罪範疇，造成性交與猥褻行為之概念混淆，亦造成強制性交未遂與強制猥褻既遂之難於區分。承此，有學者觀察過往司法實例對於性交與猥褻之區別，完全取決於行為人主觀之犯意，而認為如行為人意在性交，而已著手實行，且已達於用強程度，縱令未達目的，仍應論以強制性交未遂，不得論以猥褻[24]；同理，若行為人意在猥褻，已著手實行，且已達於用強程度，縱令未達目的，仍應論以強制猥褻，不得論以強制罪。

強制性交罪與強制猥褻罪「其他違反其意願之方法」

22 蔡碧玉，同前註11，頁31。

23 柯耀程，刑事法實務爭點，收於：月旦2013實務爭點與修法解析，2013年5月，頁81。

24 甘添貴，同前註14，頁254-259。

之解釋上，為維持性犯罪之雙行為犯性質，仍應要求在成立上先有違反意願之強制手段，而此之強制手段，只要能製造被害人無助而難以反抗或脫逃之「低度強制」狀態即可[25]。

本案吳某主觀上欲為親吻及摸胸動作，具有滿足性慾之故意，深夜以強制行為對被害人A女環抱勾脖，客觀上明確帶有性關聯性的碰觸行為（強制猥褻罪之構成要件並未限定受到保護之身體部位），對此具體事實，若未充分考量被害人孤立無援的無助情境，在心理感知和環境認知上，幾已陷入任被告宰制，而喪失或減少防衛之可能性，被告縱令未利用強暴或脅迫手段亦可達致實施猥褻行為，其終究不同於一般自由領域受侵害之情形，在罪之認定上，逕適用一般妨害自由強制罪的入罪門檻，其判斷的理論基礎及正當性均明顯不足。

另觀性騷擾防治法第25條突襲觸摸罪，該條文規定：「意圖性騷擾，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金（第1項）。前項之罪，須告訴乃論（第2項）。」本罪和刑法強制猥褻罪構成要件相似。行為須以突襲之方式來實施，若被害

25 黃士軒，強制性交與強制猥褻罪中的其他違反其意願之方法——以關於利用宗教手段為性交猥褻行為類型的臺灣最近學說與實務為中心，收於：刑事法學的浪潮與濤聲：刑法學——甘添貴教授八秩華誕祝壽論文集，2021年4月，頁892-893。

人已察覺到侵襲，還揮之不去，就已屬強制手段而升格為強制猥褻罪[26]。事實上，當初性騷擾防治法於2005年立法通過，第25條強制觸摸罪立法背景即是針對實務對強吻、強行摸胸等大多認為不構成強制猥褻，所以才立此條以彌補可罰漏洞，更可看出實務及學說對「猥褻」解釋不當所造成之遺禍[27]。

三、「猥褻行為」之內涵與判斷標準

事實上，1999年將性侵害犯罪自「妨害風化罪」章移出，增訂「妨害性自主罪」章，即已清楚表明不論是強制性交、強制猥褻或性騷擾，保護核心法益均係被害人之性自主決定權，側重於被害人主觀意願之確保。故「客觀上是否足以刺激或滿足他人性慾」，已並非該等罪名之考量重點，實務及通說允宜更易過往見解，將重心置於探討加害人手段是否真正侵害或破壞到被害人性自主權，而非此一行為是否會讓一般客觀理性第三人亦產生性慾。惟最高法院最新判決（108年台上字第1800號刑事判決），仍強調：「強制猥褻罪，因本質上具有猥褻屬性，客觀上亦能

26 實務意見如最高法院101年台上字第308號判決、100年台上字第4578號。學說可參考盧映潔，強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？——評最高法院九十七年度第五次決議，月旦法學雜誌，171期，2009年8月，頁226；林東茂，同前註7，頁2-72；林信銘，暴露與觸摸性騷擾刑事責任之探究——以德國刑法的性騷擾規範為借鑑，高大法學論叢，14卷1期，2018年9月，頁388-390。

27 林東茂，保安處分，收於：二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，2005年4月，頁452。

引起他人之性慾；強制觸摸罪則因行為瞬間即逝，情節相對輕微，通常不會牽動外人之性慾。誠然，無論強制猥褻或性騷擾防治法第25條之強制觸摸，就被害人而言，皆事涉個人隱私，不願聲張，不違常情（後者係屬告訴乃論罪），犯罪黑數其實不少，卻不容因此輕縱不追究或任其避重就輕。」仍然執著於性侵害行為是否會引起第三人性慾，身為最高法院具有拘束下級審權力卻將重點完全倒置，委實令人遺憾。

性罪犯具特殊性、變異性，危險程度高等性格特質，從危險到實害之發生，存在動態之危險因子，其實行行為持續至某個行為時點時，其法益侵害之危險性極可能無法控制地轉化為實害，甚或加重結果。本案被告吳某物色落單女子，隨機擇定擄人，性慾冲決理智，終致侵犯身體自主、性自主，甚或侵奪寶貴生命，是類此案件經驗面之犯罪路徑[28]。依實務見解，猥褻行為必須是一種「能夠引起性慾」之舉止，如是之判斷標準，就被害人而言，被猥褻之當下，充滿恐懼、羞辱與難堪，怎會有性慾被誘（挑）起或被刺激之反應。本案或許檢察官起訴時認為被告欲親吻被害人及摸胸，但最後並未親到或摸到，爰認為僅達未遂；抑或檢察官認為吳某雖欲親吻被害人並摸胸，兩人在「搏鬥中」縱有碰觸到女方全身，因為被告在脫被害人衣物時，主觀上並未滿足性慾，此時其一心想制服被害人，

28 沈勝昂，性侵害Deviance vs. Disorder與處遇vs.治療——神經心理的觀點，檢察新論，11期，2012年1月，頁352。

並無暇享受「性慾之滿足」[29]。先不說經驗上吳某極有可能一邊以武力制服A女，一邊則享受抱住A女之快感，若依此見解，所有強制性交案件除既遂外皆不會成立未遂，讓性強制罪失去可預見之輪廓，此道理明顯不通，亦不符社會倫理標準。

由於法律秩序是開放且有漏洞的，法律適用者必須自己建立在個別案件中所欠缺之決定規範。其適用，非特係單純之邏輯上推論，更且是一種價值判斷之認識程序。有關事實關係之調查，應取向特定之法律構成要件，而事實關係之定性，亦應考量法規範之意旨及目的。對事實關係之特徵，按照規範意旨及任務，以合乎事理之方式，加以評價[30]。刑法律條要因應各種不同行為態樣，規範勢必要抽象化，始能應接各式犯罪事實；更且，刑法大抵帶有非難的、譴責的負面價值特性，解釋及適用時，離不開價值判斷。既然是價值判斷，即不免有人之因素，法官在解釋律條時，便很有可能出現結論與人民預期之不一致，所以解釋就必須具可預見性與具合理性；在如是之理解下，法官之解釋便不能超乎可能之文義。

本案被告吳男以強暴方式對被害人A女實施帶有性意涵之身體碰觸侵害，依行為時、地所處場所環境，及環

29 事實上滿足性慾有多種方式，新聞上常見戀腳癖、戀物癖嫌犯偷竊女性鞋子、內衣褲、襪子狂聞或收藏或作自慰動作，對此等嫌（病）犯而言，這些行為相比實際觸摸到被害人，或許更能滿足其等之性慾。

30 陳清秀，法理學，修訂2版，2018年4月，頁342-343。

抱、勾脖、拖行等行為所顯示出來之外觀，就對立雙方之主、客觀因素判斷，均可理解、得出強制猥褻罪之處罰條件本已成就，犯罪應已既遂之判斷。起訴及一、二審判決均認係未遂，惟究難不負刑責，從而由此導出不法或罪責內涵「降低」之結論，既未考慮強度上之差異，亦不顧誡命責任之高低輕重，逕行拆解以強制罪處斷，避免產生處罰漏洞，非特為評價基準之偏差，亦不足以完整宣示被告本件犯行之不法與罪責內涵，有「情重法輕」之不平現象。

四、強制罪與強制猥褻罪之強暴概念爲不同層次問題

按普通強制猥褻罪之強制手段，與強制性交罪之強制手段應是相同理解，本條規定之強制手段包括強暴、脅迫等或其他違反被害人意願之方法，而所謂強暴係指以不法腕力，排除他人之抵抗，壓制被害人意願，使之就範[31]。至於其他違反被害人意願之方法，在2008年第五次刑事庭會議決議，放寬至「被害人之意思自由受到妨害」，作為

31 日本通說及實務意見，性強制犯罪之強暴、脅迫似採學理上之「最狹義暴行概念」，必須以被害人「反抗顯著困難」之程度為必要（最判昭和24・5・10刑集3卷6号頁711）；但反抗顯著困難與否之判斷，未必係以手段行為本身之程度為對象，即使是輕微之有形力，但參合被害人之年齡、性別或犯行之時間、場所四周環境等客觀情事綜合判斷（最判昭和33・6・6刑集126号頁171），判斷傾向側重在被害人是否處於難以抵抗之客觀情境當中。參閱辰井聡子，「自由に対する罪」の保護法益——人格に対する罪としての再構成，收於：刑事法・医事法の新たな展開——町野朔先生古稀紀念，2014年6月，頁419-425。

違反被害人意願要素之解釋，凡是悖離被害人意願之情形，皆可該當，態樣非常廣，所採行者乃是「強制手段不要說」，否定了傳統之「高度強制手段說」[32]。相較於上開見解，近期108年台上字第1800號刑事判決，認傳統方式以外之手段，包含製造使人無知、無助、難逃、不能或難抗情境，可以「低度強制手段」稱之[33]；本文認為避免在犯罪訴追上僅能依賴於舉證困難之被害人主觀意識，及目前條文「其他違反意願之方法」仍維持與「以強暴、脅迫遂行猥褻」相同刑度之前提下，尚不宜完全去強制化，保留強制要件，採「低度強制手段說」毋寧較為適切。日本最近趨勢，實務上對強暴脅迫之解釋門檻下降許多，強制性交罪之強暴脅迫只要係違反意思之強迫行為即可達成要件[34]。此一理解，亦符合日本學者所指稱之－「反於被害人合意之性交，必然有最狹義之暴行、脅迫存在」[35]。而一般之猥褻行為，通常係以突襲夾帶著「猥褻行為」同時進行，在性騷擾防治法第25條訂有「乘人不及抗拒觸摸

32 蔡聖偉，最高法院關於性強制罪違反意願要素的解釋趨向，月旦法學雜誌，276期，2018年5月，頁10。

33 有關妨害性自主罪之成罪標準，是否要以強制要素作為本罪構成要件，及是否要以一般妨害自由犯（較高）成罪門檻，來作為妨害性自主犯罪之不法判斷標準？可參考李佳玟，說是才算同意（Only Yes Means Yas）：增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議，臺北大學法學論叢，103期，2017年9月，頁61-69。

34 辰井聡子，性犯罪に関する刑法改正――強制性交等罪の検討を中心に，刑事法ジャーナル，55号，2018年3月，頁4-9。

35 井田良，性犯罪処罰規定の改正についての覚え書，慶應法學，31号，2015年2月，頁51-52。

罪」後，本條適用範圍已大幅縮小。

強制猥褻罪與強制罪為不同之犯罪類型，而有不同之法律評價，彼此性質未盡相容，亦不具垂直關係。強制猥褻罪之不法與罪責內涵較強制罪要高要重，對此具體事實，應本諸行為不法內涵之高低作為判斷之準據。從刑法有獨立之妨害性自主罪章，可知刑法已預設性自主為所要保護之（領域）法益，且對於侵害此類自主決定權之行為，課予高於一般妨害自由行為之刑罰。強制猥褻罪之行為在不法評價上，應較強制罪之行為作更高不法之評價，因其會產生強度截然不同於一般行動自由受到侵害之痛苦程度。本案被告已符合客觀行為要件之施用強制手段，違反被害人意願及為猥褻行為之緊密行為，卻逕依較輕之強制罪處斷，類如侵害一個較高位階之法益，卻以一個保護較低價值法益之罪名處罰，就實踐國家刑罰權之意義與目的而言，是否屬妥善裁斷？殊值商榷；果若基於罪疑唯輕或限定處罰範圍考量，亦宜修法增訂強制猥褻未遂犯之處罰，以明確規範要件。

五、強制罪之法益內涵與強制猥褻罪之法益內涵

有鑑於國家對於犯罪行為之反應必須合乎比例，吾人討論未遂是否具可罰性必要時，大抵認為處罰未遂行為之理由，在於維護法規範之效力，以達到保護法益之目的。因此，當行為人之行為在一般大眾心目中侵害法規範之意義較薄弱時，此一行為所引起之「制裁需求性」（Sanktionsbedürftigkeit）即會降低，至於應賦予怎樣之

法律效果，則涉及到「刑罰需求性」（Strafbedürftigkeit）評估，在行為人自行中止，表現回歸法秩序之態度，立法者亦自然可相應地規定減輕刑罰[36]。從人類制定法律以來，無不以追求罪與罰相當為目標，犯多重之刑，判多重之罪，國家對於犯罪行為之反應必須合乎比例；因此，強制猥褻罪為真正具有高度法益侵害危險性之犯罪，其犯罪行為之結果會對被害人身心造成重大傷害，未罰及未遂，並非其所為未遂行為對一般大眾不具威脅，欠缺一般預防必要性，其行為本身之屬性自非欠缺制裁需求性。

從法益保護來看，妨害風化罪章之保護法益，傳統上均理解為社會善良風俗，即社會健全良善之性風俗道德[37]，刑法第224條強制猥褻罪修法後，著重在維護個人之性自主意識，所要保護者為個人性決定自由之「性自主法益」，其法益內涵雖難有明確輪廓，卻是一種可以清楚理解之具體權利侵害，有日本學者謂：從犯罪惡性來看，性犯罪被害人所認為之侵害程度，將會帶著長達一生，且極為深刻之被害陰影，被稱為是「靈魂的殺人」[38]；而第304條強制罪所要保護之法益，一般認為是保護個人之意思形

36 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，3版，2020年8月，頁172-173、177。

37 有謂善良風俗此等概念過於抽象且泛道德化，可以說沒有任何一種犯罪不是違反善良風俗，以善良風俗作為刑法之保護法益並不適合，因其根本無從檢驗個別犯罪規範存在之正當性，參閱吳耀宗，「火車性愛趴事件」與刑法誘媒性交猥褻罪，月旦法學雜誌，206期，2012年6月，頁203-204。

38 岩井宜子，性犯罪規定の見直し，神奈川法学，43卷1期，2010年，頁131-144。

成、意思決定、意思實現之自由與身體活動自由[39]。但強制罪實行行為之態樣有二，一為使人行無義務之事，二為妨害人行使權利[40]；本案被告要求被害人履行何義務？或妨害被害人行使何權利？被害人所受之侵襲性行為，其行動自由及性自主受損之痛苦程度，剝奪感特別嚴重，不同於一般妨害自由，其被害重大性已逾越社會生活上所能忍受之範圍。

鑑於二者保護法益迥然不同；而立法者形構刑事法相關規範時，就刑罰設計之基礎，毋寧係立基於對行為人責任之指摘，進而對其個人人格進行直接且具評價性之處置。此種為回應基於違犯強制猥褻規範行為之犯罪指責，為作出確認罪責之裁判，而以一個降格式處罰為應報，毋寧是「重罪輕判」，便宜了罪犯，在整體法秩序實踐中造成價值矛盾，亦不符正確刑罰之法律效果，允宜思索一個更適合之制裁效果，始有助於與社會通念相呼應。

六、本案意圖爲出於情慾之滿足

依實務見解，猥褻行為必須是一種「能夠引起性慾」的舉止，依這樣的判斷標準，就被害人而言，被猥褻之當下，充滿恐懼、羞辱與難堪，怎會有性慾被誘（挑）起或被刺激之反應。本案被告對被害人已有肢體部位之接觸（自被害人後方抱住、勾脖、摀嘴），就性文化視角觀

39 林琬珊，強制罪強暴脅迫行為的判斷要素——評析臺北地方法院104年度字第43號刑事判決，法令月刊，67卷11期，2016年11月，頁59。

40 甘添貴，刑法各論（上），2009年6月，頁130-132。

之，其行為目的要非以傷害或妨害被害人自由為意圖，而係進行性強制求取並已滿足一定程度之性慾感覺。

本案起訴及一、二審判決，就事實部分均認定：「被告吳某基於妨害A女行動自由之強制及傷害犯意自A女後方抱住A女，以手勾住A女脖子及摀住A女嘴巴，將A女往巷子裡拖，以此方式妨害A女自由行動之權利，並造成A女受有右臉挫傷、左下唇紅腫及右大腿瘀青等傷害，吳某欲親吻A女及撫摸A女胸部，惟因A女不從，奮力反抗，致吳某未能得逞（刑法未處罰強制猥褻未遂）」云云。被告既係基於妨害A女行動自由之強制及傷害犯意，何來親吻A女及撫摸A女胸部之意圖？被告欲親吻A女及撫摸A女胸部，又怎會是基於妨害A女行動自由之強制及傷害犯意？本案意圖要係出於情慾之滿足[41]，觀諸去年馬來西亞籍女大生遭28歲梁姓被告擄人性侵殺害案，梁嫌為滿足私慾，於2020年9月30日晚間隨機挑選長榮大學一名落單女大生性侵未遂後，非特未知反省，反而變本加厲於10月28日晚間又於臺鐵沙崙線高架橋下，性侵殺害馬籍女大生，檢方依性侵未遂、性侵殺人、強盜殺人等罪起訴，求處死刑[42]，顯見性強制犯罪具隨時可能升高被害人生命或身體危險之

41 蔡聖偉教授指出，強制猥褻罪不應於構成要件故意之外，增加一個不成文之性慾目的之意圖，即行為人主觀上是否以滿足自己之性慾或刺激他人之性慾為目的，並非所問。蔡聖偉，同前註10，頁45。

42 洪學廣，長榮大學外籍女大生遭擄走殺害，檢方求處凶嫌死刑，中共通訊社，2020年12月15日，https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202012250034.aspx（最後瀏覽日：2022年2月13日）。

特性。日本最高法院亦有判例（最決昭和45・7・28刑集24・7・585）指出：被告二人基於強制性交意思在市區強拉女性上車，欲至5公里外工地現場姦淫，客觀危險性已清晰可見，已達著手階段[43]。因是，強制猥褻罪之處罰要件與處罰起點，在立法及解釋上必須合理正當，才能防止遺憾一再發生。

參、本案例之問題所在——兼評高院判決

法律是一種人生及社會經驗之累積，法律規範從具體個案逐漸積累歸納而成，其實就是一種從具體到抽象之過程；而將法律規範適用到具體爭訟，則是從抽象的規範經由解釋再具體適用到個案之過程。不論是從具體到抽象，或從抽象到具體，其中之過程實際就是一種簡化[44]。常人皆有與生俱來之法感，後天之教育讓吾人法感判斷能益加深刻；法院對爭議案件之評價，若引發錯愕或背離多數人之正義期待，即非允當。

遵法意識之形成，須透過個人之自我學習與啟發，並且在具體脈絡中將犯罪動機與反對動機對置，以作出行為選擇[45]。刑法體系之運作，仍具有一定程度的行為指引作

---

43 井田良，講義刑法学・総論，2018年10月，頁401。

44 林子儀等，正義與慈悲【復刻版】——給法律人的一封信，2020年3月，頁29-30。

45 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1238。

用，誠如謝煜偉教授就實行行為概念指出：應該要根據不同的問題領域，去賦予行為之（法益侵害）危險性在解釋論上之意義[46]。因此，當吾人在思考性強制犯罪之刑罰制裁需求時，應持較寬鬆之行為危險性來判斷結果是否被實現，不應罔顧性強制犯罪行為在經驗上危險會層升之事實，而對性自主意識有所曲解，甚或守舊心態。本文認為本案從檢方起訴書到院方一、二審判決，說理及論證上有數項可評議之處。

一、本案被告犯意之定性，其行爲已達強制猥褻既遂

刑法本身作為一種行為規範，亦作為一種裁判規範，行為犯只要行為人所為合乎不法構成要件所描述之行為活動，即已完全實現該不法構成要件，例如偽證罪、醉態駕駛罪，結果犯則係指在法定構成要件中，以「行為導致特定的外界變動（結果）」為成立要件，不但必須發生結果，而且行為與結果之間必須具有「因果關係」；刑法分則大多數之犯罪均屬結果犯，例如強制性交、殺人等[47]。強制猥褻罪在構成要件之審查上，若屬行為犯（舉動犯），以強制猥褻之犯意實施強暴、脅迫等強制行為時，犯罪即已完成而成立[48]，若屬結果犯，則本罪之構成要件

46 同前註，頁1240。

47 林鈺雄，新刑法總則，9版，2021年8月，頁91-92。

48 舉動犯亦可能有未遂，如公然侮辱罪，行為人某甲意圖公然侮辱某乙，而於教室黑板欲書寫「乙是王八蛋」，正寫到「乙是王」時乙進入教室，甲隨即中止，是屬公然侮辱未遂，若書寫到「你是王八」即達既遂。日本山中敬一教授指出，舉動犯之未遂問題，若將舉動犯定

結果係為「猥褻之達成」，猥褻之達成須如何解釋即極為重要[49]。

刑法之任務既被歸結為法益保護，無論行為犯或結果犯，均侵害法益。但最高法院判決指出：行為人基於滿足性慾之目的，對被害人所為之侵害行為，苟於客觀上不足認係為發洩情慾，或尚未至妨害被害人性意思自由，刑法上雖無處罰猥褻性侵害犯罪未遂之明文，然其對被害人有關性之平和狀態，不能謂無干擾，得論以性騷擾罪[50]；是以，我國實務似認為強制猥褻罪屬於結果犯。惟性意圖之彰顯有正向、亦有負向，正向指足以刺激或滿足一般人性慾，負向則指足於讓一般人造成性的厭惡與羞恥感；就著手實行概念來觀察，實行行為達到刑法意義之重要性，開始進行嚴格意義之構成要件行為時，即能論以既遂。日本實務曾出現經以「發生強姦之客觀上的危險性」為基準判定著手，其最高法院就強拉女子上車載至5公里外之處性侵案例，認為當女子被具有強姦意圖之陌生男子強拉上車之際，已明顯產生發生強姦之客觀上危險性，亦即幾乎可以確定會導致強姦結果之事態，應可論以著手（最決昭和45・7・28刑集24・7・585）；否則不足以周全地保護法益。因此，本文認為應正面思考行為的危險性在既遂犯論

義為須行為終了與構成要件充足二者一致的話，舉動犯便可能有未遂。易言之，行為著手時尚未終了前，構成要件是未充足的，既然未充足便屬未遂。山中敬一，刑法總論，3版，2015年8月，頁754。

49 曾淑瑜，刑法分則爭點精解，2017年9月，頁345。

50 最高法院103年台上字第4527號判決參照。

中之尺度，若外觀上符合構成要件所要求之文義範圍，內在具備文義中蘊涵法益侵害類型上之性強制行為，即應探求體系一致之解釋線索；此一釋義學之意義是否妥適，有待檢驗。

刑法性犯罪於1999年修法時，刪除舊法強制猥褻罪之強制行為程度，須達「至使不能抗拒」之要件，代之以在手段行為概括條款之「他法」中增加「違反其意願」文句。簡至鴻博士認係藉此強調強暴、脅迫等手段行為本身即具有侵害被害人性自主之特質[51]；惟謝開平教授謂：必須有能夠獨立於猥褻行為之強制行為存在，透過違反被害人意願之強制行為進而施行猥褻行為，始該當本罪，亦即在構成要件之檢驗上，二者應該是可以獨立分開存在的。換句話說，若單純只有猥褻行為而無強制行為，或僅有強制行為而無猥褻行為，均不足以成立本罪[52]。

本案被告吳某欲親吻及撫摸A女胸部，係出於主觀上之性動機，而基於強制猥褻之目的，被告所犯以妨害自由為手段之行為，應認係其強制猥褻目的行為之一部行為，為自然之一行為所涵蓋，應論以既遂。按諸常理，色狼自後方抱住女子，以手勾住脖頸、摀住嘴巴，將之往巷裡拖行等動作，其環抱動作勢必碰觸女方腹部與腰部，被害人

51 簡至鴻，刑法妨害性自主犯罪的基礎考察，收於：主體、理性與人權的彼岸——李茂生教授六秩晉五祝壽論文集，2020年6月，頁429。

52 謝開平，構成要件之結構分析——兼論襲胸案在強制猥褻罪之適用，月旦法學教室，90期，2010年4月，頁92-101。

已遭受身體上之直接侵犯，在拉扯糾纏過程中，若認未觸及被害人胸部，經驗上實難以想像；更且，強制猥褻不以接觸身體為必要[53]，亦未侷限碰觸身體某些部位始能成罪[54]，即便沒有身體之接觸，被害人之身體主控權亦可能喪失，行為人之性需求因而獲致滿足，允宜以既遂來評價該行為，否則法益即未獲充分保護。觀諸德國刑法第184h條第1款「性行為」概念，即係以行為之外在表現或根據對行為具體關聯性之通常理解作為判斷，亦即以行為在客觀上是否顯示出其與性有關為準據[55]；「猥褻行為」之概念，更應如是觀之。因是，本文認為妨害性自主之猥褻，根本上即不應該適用「客觀上引人性慾」這個嚴格要件。

另從被害人觀點而言，其突然遭到摟抱、勾脖、摀嘴，嚴重侵害其性自主權並引發嫌惡，A女之身體主控性早已遭受破壞，其奮力反抗呼救，已有明顯之抵抗行為，自可證其已明白表示違反其性自主決定權。被告吳某所為妨害自由行為，已可認為是強制猥褻行為之著手開始，已超出一般人認知所能容認之強制罪法益侵害程度，與在強制猥褻行為著手之前所為之妨害自由行為，可另成立妨害

53 例如：持刀脅迫女子勿動，自行掏出生殖器強使觀看手淫，射精後始放行，應成立強制猥褻罪。參見林東茂，同前註7，頁2-71。

54 例如：耳朵雖非性象徵意義部位，若行為人伸出舌頭對被害人做舔耳動作，實務上最高法院99年台上字第3071號、100台上字第393號、101年台上字第308號等多項判決，判示成立強制猥褻罪。

55 甘添貴總主編，林東茂主編，德國刑法翻譯與解析，2018年3月，頁428。

自由罪並不相同，應該當強制猥褻罪。又A女所受左下唇紅腫、右大腿瘀青等傷害，係因吳某之環抱勾勒欲為強制猥褻所致，自屬強制猥褻行為當然發生之結果，吳某意在猥褻尋歡，殊難推定另有傷害之故意，自不宜論以傷害（而非謂被害人未告訴）。

二、判決將應適用於強制猥褻罪之行爲移轉至強制罪身上

由於強制性交或猥褻罪適用範圍之限制，立法者再針對乘機性交或猥褻罪、利用權勢性交或猥褻罪、與少年或兒童為性交或猥褻罪等幾種值得保護之性自主情況，制定相關罪名；但該等犯罪均係獨立罪名，而非強制性交或猥褻罪之減輕規定；刑法自強制性交定義修正後，強制猥褻適用範圍大幅縮減，相反性騷擾防治法第25條觸摸罪案件則大幅增加[56]。

刑法第304條之強制罪是輕罪，是最易發生的妨害自由罪，屬於一種截堵構成要件，行為人之強制行為，在刑法評價上究屬強制行為？猥褻行為？強盜行為？妨害自由行為等？除取決於強制行為之強制程度外，尚決定於行為人主觀犯意究為何種故意，若行為人之主觀犯意未明，無

56 現行學說上對《性騷擾防治法》突襲觸摸罪及刑法強制猥褻罪，雖有不同見解，惟實務上已有較一致看法，即猝不及防下伸出鹹豬手係突襲觸摸罪，若被害人抵抗仍繼續觸摸，即升級為強制猥褻罪；惟此之強制暴力手段不宜要求太高（高度強制手段），有低度強制手段即可，但行為人使用之強制與妨害性自主應有關聯性，此為本文論述之思考方向。

法認定時，才適用強制罪處斷[57]，即強制罪具「截堵構成要件」（Auffangtatbestand）之功能，亦即狹義之構成要件可以滿足時，應優先適用，無法滿足時，至少可以權宜地依本罪制裁[58]，讓本罪具有「兜底」之性質[59]。

鑑因強制性交罪與強制猥褻罪均屬雙行為犯，行為人應有強暴、脅迫等強制行為在先，性交或猥褻行為緊隨其後。惟強制猥褻罪與強制罪在不法內涵上並不等價，所規範之倫理義務觀和規則秩序並不相同，所追求之目的及該秩序存在所依據之某個特殊信念亦非一致，行為人之思維與行為亦殊異。本案被告主觀上具有滿足性慾之意念，且在客觀上深夜以強制行為對被害人環抱勾脖等行為，剝奪A女之行動自由與抵抗可能性，進而利用如是之強制狀態實現其親吻、摸胸，已可認為係屬於表現性慾之動作。本文認為本案被告對A女所施強制，究係為進行性交之強制？抑或猥褻之強制？強制結果成立強制性交未遂？抑或不處罰之強制猥褻？對此之認定關係到刑責有無，法官並未究明，被告凌晨對落單之A女欲為強制行為，當場遂行即可，何須將A女往巷裡拖行，為環抱勾勒動作？自是已顯露對A女強制性交或強制猥褻之意圖與行為，既無「罪

57 曾淑瑜，刑法分則實例研習——個人法益之保護，修訂3版，2011年9月，頁110；林山田，論強制罪及其與他罪之競合之關係，刑事法雜誌，39卷3期，1995年6月，頁125。

58 林東茂，一個知識論上的刑法學思考，增訂3版，2007年10月，頁150-151。

59 陳煥生、劉秉鈞，同前註7，頁320。

疑唯輕」之適用，刑罰亦無節制之必要，就此論以強制性交未遂罪，相比單純論以強制罪，應更為適當。因此，無論如何，關於強制猥褻之解釋，吾人不能遷就於不罰未遂，而去適用強制罪，必須建構一套實質且合理的評價準據。本案判決把應該適用於強制猥褻罪之行為轉移到強制罪，去除掉行為人主觀想像之認知，混淆不同類型之法益內涵，伴隨的即是價值領域之分化與衝突，無法體現大多數人的法感情。

且強制罪之強暴概念，依學者許恒達教授之意見，行為人必須行使有形力，造成行為人與被害人之間未成傷害之身體接觸，從而干擾被害人意思自由[60]。本案深夜環抱強拖女子入巷道，從個人受害感受到「社會通識」，非強制性交即強制猥褻，其行為已逾越干擾被害人意思自由，而對其造成傷害，以強制罪處斷，容有未恰，法官之措置反而導致了法律制度（法律條文）運作中之諸多問題。強制猥褻罪與強制罪之解釋適用，固然並非無一定之邏輯關係，但重點在於規範必須為整體之適用，在罪刑對應之觀點下，具體事實成立何種犯罪，就必須依循該罪所定之法定刑，為具體之適用，不應將犯罪條文為割裂（移轉）適用。

60 許恒達，國道急煞堵車的刑事責任，月旦法學教室，220期，2021年2月，頁15。

三、強制猥褻未遂以強制罪相繩，將衍生價值領域之分化與衝突

我國刑法長期模仿德國，其妨害性自主罪章在2016年德國聯邦議會於第50次刑法修正案，根據伊斯坦堡公約第36條內容修正，採取所謂之「違反意思模式」，其第177條包括性侵犯（無強制行為但具強制內涵之犯罪型態）、性強制、強制性交等行為，另有兩個以騷擾（Belästigung）作為構成要件要素之條文，分別係第183條：「藉由暴露行為騷擾他人的男性，處1年以下自由刑或罰金。」規範透過暴露行為所為之性騷擾[61]；另一為第184i條：「以具性意涵之方式觸摸他人為身體而藉以騷擾者，若該行為無依其他規定而處以較重之刑時，處2年以下自由刑或罰金（第1項），情節嚴重者，自由刑之宣告為3月至5年。於多數人共同為之之情形，原則上即屬嚴重。」係規範與身體觸摸有關之性騷擾[62]，重點在於掌握未達到刑法第184h條第1款性行為概念門檻之性騷擾行為[63]。新法則將所有藉由與性有關之身體觸摸而騷擾他人之行為，均納入刑法加以處罰，旨在傳達「尊重他人身體之意涵」，殊值仿效。

---

61 甘添貴總主編，林東茂主編，同前註55，頁413。

62 甘添貴總主編，林東茂主編，同前註55，頁428-429。

63 依照德國刑法第184h條（概念規定）所稱性行為，僅指對受保護之法益係「相當重大」之行為（第1款）；參見甘添貴總主編，林東茂主編，同前註55，頁427-428。觀諸本款僅規定性行為概念之適用範圍，但概念內容為何則未規範；更且，何以僅性行為受保護之法益係「相當重大」？殺人、縱火等行為亦屬相當重大，語意欠明，是其判斷標準允宜回到「社會倫理標準」。

臺灣司法滿意度長期低迷，迨2010年間，各級法院在幾起兒童性侵案件中，或係量刑過輕，或係法官適用法條欠當引起社會爭議，公民團體乃於9月25日發動「白玫瑰抗議遊行」，要求加重對性侵加害者處罰，汰換不適任法官，並建立性侵案件專家證人制度，以維護兒童人權。最高法院為回應民眾訴求，順著民意期望決策，即火速作成99年度第7次刑事庭會議決議，將與未滿7歲兒童性交或猥褻，一律認定構成刑法第222條第1項第2款之加重強制性交或猥褻罪，擴張強制性交罪之適用，展現靈活變通之作用，雖一舉解決長久以來幼童對性行為到底有無同意能力之難題[64]，卻欠缺深入而透闢之說理。東鄰日本亦有學者批評，檢視許多性強制案件，司法現實在保守態度下，解釋論上所展現出之消極與疑慮，讓人感覺仍停留在以男性為中心之傳統家父長主義立場[65]。是律條框架了法官的思索，讓法官無法拓展既有法律規範觀點和理論？

本案判決理由，從本罪規範目的去思考強制猥褻罪之處罰理由與界限，對於本案認為不符合強制「猥褻」要件而不成立本罪，似乎過於狹隘，法律解釋方法是否正確，值得商榷。美國法理學家德沃金（Ronald Myles Dworkin, 1931-2013）認為，法官之判決有所謂「唯一正解」，這

64 雖有學者嚴厲批評本決議違反權力分立及罪刑法定主義，限於本文主題，在此不深入討論。

65 斉藤豊治，性刑法の改革と課題，犯罪と刑罰，26号，2017年3月，頁63。

唯一正解，是來自「陳述的一致性」；就此，蕭雄淋教授比喻類如接力小說一樣，法官是所有小說最後之結論者，而最後之結論必須來自每一個情節的合理性[66]。刑法中分則各個相關構成要件之規定，基本上是以既遂犯為藍本而擬定，因此，未遂犯之處罰前提是要法律有特別處罰之明文規定（刑法第25條第2項）。本案吳某之強制行為存有主觀性意圖及性滿足之成因，以強制罪來歸責，不足以正當化其制裁。

刑法第221條修正，將強姦修正為強制性交，將部分原本屬於強制猥褻之類型，轉移到強制性交之類型，係一種「犯罪類型之轉移」，使得強制性交成罪範圍擴大，法定刑則從原本5年以上有期徒刑，降低為3年以上10年以下。本案就個別行為之成罪判斷，被告主觀上具有滿足性慾之故意，深夜以強制行為對被害人A女環抱勾脖，欲為親吻及摸胸動作，作為受評價之具體事實，在罪之認定上，法官或可就是否構成強制性交未遂部分先予以檢視審認。本案判決在未敘明何以系爭行為非出於強制性交故意所為之情況下，逕依強制罪論處，對被告之倫理責難，做了減弱對應之裁斷，有違法治國所奉行之罪責相符原則，並且，如是之刑罰不具一定程度之宣示預防效果。

66 絲柏客，溫城筆記——一個律師的人文世界，2006年5月，頁183。

四、強制猥褻罪處罰未遂犯具正當性，應罰及未遂方不致輕重失衡

(一)未遂犯處罰之理論基礎

未遂犯之處罰，固然以法有明文規定者為限，我國刑法分則亦有不少處罰未遂犯之構成要件，其背後之理論基礎，有採客觀未遂理論、主觀未遂理論，或折衷說（主、客觀混合）之印象理論三說：

1.客觀未遂理論：從實行行為對法益造成之客觀危險角度加以解釋，亦即未遂行為仍然具有法益侵害之客觀危險性。故如客觀上不可能會發生法益侵害之結果，自亦無處罰之必要。此說過於強調客觀面之危險，而忽略行為人主觀面之法敵對意識。

2.主觀未遂理論：從行為人主觀法敵意面向，亦即「行為人在犯罪時所表露出故意侵害法益之主觀心態」，作為可罰性依據[67]。此說未針對行為人之行為並未實現構成要件部分加以考量。

3.主、客觀混合理論（印象理論）：從行為人主觀面向出發，但同時參酌一般客觀理性之第三人，是否會產生法敵對印象而動搖法秩序、法和平來判斷，即具可罰性[68]。若從「危險說」角度論述未遂犯之處罰根據，則

---

67 陳子平教授認為刑法第224條強制猥褻罪之成立，主觀要件上故意之外並不以猥褻之意圖、內心傾向等特殊主觀要素為必要。陳子平，新聞刑法1，2012年6月，頁263。

68 蕭宏宜，未遂與犯罪參與，8版，2015年7月，頁29-32。

「抽象危險說」即為主、客觀混合理論之說法[69]。

實務亦傾向於，行為人依其對於犯罪之認識或計畫，而開始實行足以實現犯罪構成要件或招致法益直接受侵害之行為者，即屬著手；惟2005年刑法修正，於第26條明白指出：「基於刑法謙抑原則，法益保護之功能，及未遂犯之整體理論，宜改採客觀未遂論。」[70]已明示採取客觀未遂理論[71]。

(二)未遂犯處罰之正當性與必要性

法制史上，我國刑法前身晚清《大清新刑律草案》、《欽定大清新刑律》、民初《暫行新刑律》至1915年《修正刑法草案》，強制猥褻罪和強制性交罪相同，均有處罰未遂，立法者顯有一併防止之意。惟自1918年《刑法第二次修正案》以後，即將強制猥褻罪之未遂犯刪除，立法理由尚待詳考[72]。日本刑法強制猥褻罪亦有罰及未遂犯[73]，德

---

69 張麗卿，刑法總則理論與運用，7版，2018年9月，頁320-321。

70 張明偉，學習刑法——總則編，4版，2015年9月，頁253-255。

71 雖然不罰不能未遂之法理依據在於客觀不法理論，但不能因此認為我國未遂理論採客觀不法論，因為普通未遂與中止未遂之成立與否仍取決於著手之判斷，而著手如採主客觀綜合說，即非採客觀不法理論。許玉秀，第16次修正刑法之總檢討(1)——刑事政策、刑法理論與具體適用，收於：司法院司法人員研習所94年第1期新修正刑法研討會講義，2005年4月。

72 黃源盛纂輯，晚清民國刑法史料輯注（上冊），2010年7月，頁584、716。

73 日本刑法第180條參照。甘添貴總主編，余振華主編，日本刑法翻譯與解析，2018年3月，頁413。

國刑法則不罰未遂[74]。從法理而言，若色狼出於色慾伸出魔爪欲強制猥褻，受害人用手或棍棒等物品擋下，雖可能輕微碰觸到被害人身體，從客觀理性第三人立場而言，應尚未嚴重侵犯被害人性自主權，論以未遂犯亦無不可。因是，強制猥褻概念上還是有成立未遂之可能性。

刑法作為裁判規範所具有之限定國家刑罰權的意義，刑罰正當性之首要核心問題在於國家得否對行為人施以刑罰，不在行為人是否應接受處罰[75]。強制猥褻不處罰未遂之法律真空，讓法官無所適從，甚至產生恣意，鑑因立法論所關注者，厥在現行規制是否為法規範之理想狀態，所思索者在如何拓展既有法律規範觀點和理論，設計出合理的法律規範；因而與解釋論相較，立法論可謂少些拘束，可重構比較合理與適合當今社會之制度設計。

強制猥褻未遂罪之立法有其正當性與必要性，可從以下觀察：

1.從處罰的妥當性觀點，性強制犯罪其法益侵害路徑大抵為線性發展，其侵害符合危險適格之條件即應介入，否則其不法結果會層升至實害或加重結果。

2.妨害性自主是對人的價值之破壞，對人的自我決定權之剝奪，與一般之行動自由不同，基於刑事政策考量，

74 德國刑法第12條區分重罪與輕罪，重罪是指法定刑最輕為一年以上自由刑，其餘為輕罪。重罪未遂犯一律處罰，輕罪未遂犯處罰須有特別規定（德國刑法第23條第1項）。德國強制猥褻罪法定刑為2年以下自由刑或罰金；情節嚴重者，處3月到5年。

75 古承宗，刑法的象徵化與規制理性，2017年2月，頁32。

立法者致力於性自由之有效防治，性強制之保護時點不宜至實害非價（至少要提前至危險非價）。

3.現行「評價不足」或「降責評價」之結果，將引發潛在犯罪者個人行為之漩引效果（Sorgwirkung），恐撼動所謂之性道德。

4.各罪之解釋與適用，宜按照立法者原本之法益設定解釋構成要件。強制猥褻有處罰未遂的正當性與必要性，從法益侵害或危險的關聯意義去評斷，在方法上或應以「社會現實」（soziale Wirklichkeit）為依憑，俾能充分反映社會發展之規制正當性與必要性，蓋因國家之任務主要在替國人建構一套安全的輔助體制，其體制結構宜指向於一種涉及個人是否及如何實踐自由權利之框架條件，法律建構與規範密度則宜完整對應到社會之運作現實，期能促進並確保個人自由權利之實踐可能。具體而言，所謂的社會運作，專指社會的具體形塑與自我再製等規範上之溝通程序，讓所有社會成員之間對彼此人格發展所需的自由領域形成相互承認或理解的認知結構，繼而以相互理解為基礎的參與條件，發展出合理且平等的社會交往模式[76]。

立法論上透過對現行規定增訂未遂犯處罰條款，藉由處罰範圍之變動達到解決「處罰缺口」的問題。當然，強制性交罪已處罰未遂犯，強制猥褻罪亦有同樣的處罰必要與處罰缺口，為兼顧立體例之對稱，強制猥褻罪自有考慮

76 同前註，頁22-27。

增訂未遂犯處罰的餘地，另強制罪已處罰未遂犯，對個人法益造成侵害或危險程度更高之強制猥褻罪，基於比例性之法益保護及不法內涵之衡平，強制猥褻罪自亦有增訂未遂犯處罰之必要。

本案就可罰之種類與刑度觀察，強制罪處3年以下有期徒刑，強制猥褻未遂依強制猥褻既遂犯之刑度（6月以上5年以下有期徒刑）而得減輕之，如依強制性交罪未遂處罰，依強制性交既遂之刑度（3年以上10年以下有期徒刑）而得減輕之，行為所內含之不法並不等價，處罰差異頗大，為平衡刑罰與責任之關係，亦有增訂強制猥褻未遂犯之必要性。

刑法之存在，除了法益侵害之應報功能外，還有藉由刑罰之威嚇，而達到預防法益侵害之功能；現行司法實務對於著手認定之涵攝態度，例如：以性交之故意，進行強壓在床，褪去衣褲等強制行為，應認定有強制性交之著手，為強制性交未遂（99年度台上字第2516號參照），有殺人之故意，以槍枝（未上膛）瞄準被害人，應認已著手殺人，至於當時子彈是否已上膛，不影響行為人著手殺人行為之認定（94年度台上字第4926號參照），可以發現著手之認定其實不再是一個法律概念內涵問題，而是一個概念涵攝之解釋問題[77]。本案出於猥褻之性慾滿足，為環抱、勾脖、拖行等強制行為，考量被告行為對客觀法益之

[77] 李聖傑，未遂行為刑法處遇之探究，月旦法學雜誌，194期，2011年7月，頁28-37。

破壞，及其具有破壞規範之主觀不法，從環境之危險情狀及女性共通之風險恐懼考量，論以強制猥褻既遂，符合社會大眾對於逾越行為規範之制裁期待，並適當展現社會對類此行為容忍程度之回應。任何具體案件之解析，都應先體系性思考，只要該當於構成要件者，都有義務被適用；本案縱令依「罪疑唯輕原則」，其適用前提必須是法官已就不成立強制性交未遂罪盡其釋明義務。

刑法第224條強制猥褻罪之成立，是否除了「猥褻之故意」之外，仍須具有「性傾向」，我國司法實務與通說見解持肯定立場。因此，在一些常見之校園「性霸凌」事件中，霸凌者強脫被害人衣物取樂時，似乎不會有「滿足、刺激性慾」之「性傾向」，不構成強制猥褻罪。日本判例亦認為，本罪係傾向犯，要求係在「刺激、興奮或者滿足犯人性慾這種性意圖之下實施」了猥褻行為，因而，即便係出於報復目的，讓被害女性裸體之後，再拍攝其裸照，亦不構成強制猥褻罪（最判昭和45・1・29刑集24卷1号頁1）。許澤天教授指出不論是性交或猥褻，行為人主觀上都必須意識到與性具有關聯性，始具有本罪故意，若係客觀上具有多義性之舉止或多重解讀可能性時，則要求行為人具備滿足或刺激自己或他人性慾之傾向意圖[78]。

陳子平教授則認為本罪之處罰根據既然在於被害人「性自主之侵害」，則本罪之成立，客觀上有侵害被害人

78 許澤天，同前註9，頁237-239。

性自由之行為，且主觀上對此有所認識而實施者即為已足，霸凌者強脫被害人衣物之行為已該當強制猥褻罪手段行為之「強暴」，以及目的行為之「猥褻之行為」，亦即是「以一般人皆會明顯感到性的厭惡感、羞恥心之方法侵害被害人之性自由之行為」，而侵害到被害人之性自由，因此構成第224條之強制猥褻罪，亦符合第224條之1加重強制猥褻罪[79]。

妨害自由犯罪與妨害性自主犯罪，依受妨害程度之不同，異其處罰輕重，其間分野，不可不辨，俾維各別處罰條文之規範功能。本案被告意圖猥褻被害人，並已侵害被害人之身體控制，已該當對於性自主法益之侵害。觀諸妨害自由罪章，第298條第1項略誘婦女罪、第300條第1項收受藏匿被略誘人罪、第302條第1項私禁或剝奪人之自由行動罪、第304條第1項強制罪等，均罰及未遂犯；為何在妨害性自主罪章，情節不下於，甚至較重於上開罪名之強制猥褻情形，竟反而不處罰未遂，寧是有理[80]？

在許多新犯罪類型都將處罰階段前置化，深夜隨機擄人予以猥褻，危懼感之蔓延擴散不宜放任其發生，為回應市民危懼感，是需要被處理之課題。而未遂犯之處罰根據在於行為侵害法益（保護客體）之危險性，強制猥褻等性

79 陳子平，同前註67，頁264-265。

80 日本刑法之性侵害犯罪法定刑較我國為重，其第176條強制猥褻罪法定刑6月以上10年以下，並處罰未遂犯。我國法定刑偏低，且不罰未遂。

強制犯罪，其行為實現不法構成要件結果具高度或然率，應有處罰未遂之必要，除非立法者之意旨認為，這種犯罪根本不分既遂未遂，行為一經著手實行，犯罪就立即成立，不會有成立未遂犯之可能性，自然亦未設未遂處罰之規定，例如：刑法第100條普通內亂罪，第101條暴動普通內亂罪，構成要件「著手」兼指既、未遂，且未遂本身已對法益造成破壞，有必要將未遂用與既遂等同視之，一旦著手即視為既遂[81]。尤其以本案而言，檢察官起訴及一、二審法官所認定係強制猥褻未遂之犯罪事實，而以強制罪處斷，與一般民眾之認知實存在不小差距，強制猥褻罪存有一些刑法保護之不足，亦即可罰性之漏洞，需要被填補。在短期難以改變臺灣司法文化下，或許修法將強制猥褻未遂犯納入處罰，填補此一法律漏洞，亦不失為一折衷辦法。

五、司法社群保守主義，缺乏和社會的對話之窗

蓋刑法對於犯罪事實之評價，乃以社會生活之倫理要求為其基準[82]，其所涉及者，乃對於刑法之適用主要在於理念認知的重要性，且更求其法理之適切性，俾期實現公平法院之理念。許玉秀教授即指出：強制性交罪從妨害社會風化到妨害性自主，代表著性自主意識之覺醒及性權力之解構，背後有其深刻意涵之轉變；但在處理性自主相關

81 張麗卿，同前註69，頁326。
82 周冶平，同前註6，頁621。

案件上，法官的司法意識落後於社會現實，亦欠缺風險意識，法官不能理解和操作性自主意識，便無法妥適處理妨害性自主犯罪，又對於性強制行為之危險性欠缺敏感度，便不易警覺性強制行為主體之危險性格[83]。點出性侵害（強制）規定自修法以來，與傳統植基於社會風化的規範性義涵，已大相逕庭，以往判例法則已難套用，但法官對性自主意識欠缺定論概念，未能據以作為司法論證和衡量準據，繼而勾勒出新的解釋取徑。

事實上，刑法中各種性犯罪主要爭點大都涉及事實認定，而不在艱深之法學理論。在何種行為構成性侵、猥褻？這些行為造成被害人多大之創傷，處刑需要多久才符合正義感，皆有賴一般國民之參與審判。東鄰日本學者認為，裁判員制度應與刑法構成要件相連結，如性侵、猥褻或誹謗罪等案件，有必要反映社會通念之客觀性者，應適用裁判員制度。國內並有學者認為基於我國由職業法官審理長期未取得國民信任，從受國民監督及保護人民權益不受公權力不當侵害案件之立場來觀察，主張應以：(一)基於應受國民監督的觀點，如公務員瀆職及濫權相關案件；(二)基於保護人民免受公權力不當迫害者，如違反集會遊行、妨害公務或內亂、外患之案件；(三)犯罪之構成要件具規範性，有必要反映健全國民文化意識活動之案件如妨害名譽、強制性交、猥褻等相關案件，應適用國民參審。

83 許玉秀，重新學習性自主——勇敢面對問題，月旦法學雜誌，200期，2012年1月，頁302-323。

如此則可以兼顧國家財政負擔及平衡國民參與審判之目的[84]。

刑法規範之制定、運用與解釋，需要人情世故之通達，需要對人性之充分領悟與同情。在比較法上，臺灣與日本僅隔一衣帶水，且風土民情極為相似，該國因強調國民能主體性實質參與量刑判斷，充分反映其健全之社會常識，針對性侵害犯罪等量刑常有從重傾向。日本最高裁大法庭於2011年11月16日判決即指出[85]：裁判員制度之目的，要充分達成固需相當時日，但其過程本身，就實踐扎根於國民之司法而言，仍能發揮一定程度法治教育功能，具有重大意義。在近代刑法思潮強調對個人性自主權重視下，為使司法改革常民化而不淪入民粹，日本法制或可供我國修法時參考。

立法院於2020年7月通過國民法官法，預計分兩階段實施[86]。觀諸其第1條明確揭櫫：「希望真正能達成增進國

84 陳運財，國民參與刑事審判之研究——兼評日本裁判員制度，月旦法學雜誌，180期，2010年5月，頁140-141。

85 刑集65卷8号頁1285。

86 該法第5條第2項：「故意犯罪因而發生死亡結果者」，將於2023年1月1日施行；第1項「所犯最輕本刑為十年以上有期徒刑之罪」，則延後至2026年1月1日施行。又第6條規定，有下列情形之一者，法院得依職權或依聲請裁定不行國民參與審判，包括：1.有事實足認行國民參與審判有難期公正之虞；2.對於國民法官、備位國民法官本人或其配偶、八親等內血親、五親等內姻親或家長、家屬之生命、身體、自由、名譽、財產有致生危害之虞；3.案件情節繁雜或需高度專業知識，非經長久時日顯難完成審判；4.被告就被訴事實為有罪之陳述，經審判長告知被告通常審判程序之旨，且依案件情節，認不行國民參

民對於司法之瞭解及信賴，並彰顯國民主權理念。」立法目的光明正大，無可挑剔[87]；為期發揮本法制度精神與功能，允宜加入性侵害犯罪等3年以上中等刑度犯罪，真正落實公民參與審判之影響力[88]。針對裁判員制度適用案件，在日本亦曾引起多方討論，有認為參審制度既在審判中反應民眾的社會常識，自應從平時常見的傷害、竊盜等輕微案件適用起，對民眾較不會有沉重壓力及負擔，何況日本每年法定合議刑事案件約僅4,000件，將範圍如此限定，將減少國民參與司法之機會；亦有認為裁判員制度適用於重罪案件，因屬社會關注之案件，勢必引起媒體報導反而容易造成裁判員心理壓力，因此應從法定刑適中之案件開始適用為宜；亦有認為裁判員制度應與刑法構成要件相連結，如猥褻或誹謗罪之案件等，有必要反映社會通念之客觀性者，始適用此制度。事實上若整體考量國家財政負擔及國民參審欲藉由國民裁判員參與審判，實仍有必要對適用案件，為一定之限制，學者基於以一般由職業法官審理較不易取得信任，宜受國民監督或有保護人民權益不

與審判為適當；5.其他有事實足認行國民參與審判顯不適當。扣除少年刑事案件及犯毒品危害防制條例案件，真正能由國民法官實際審理之案件極其稀少，僅有強姦殺人、強盜殺人、擄人勒贖撕票等，案件其實極其有限，日常生活絕大多數案件仍委由職業法官審理，每年預估僅500多件。

87 趙萃文，劃時代的里程碑——《國民法官法》正式起步，清流月刊，30期，2020年11月，頁53-54。

88 何賴傑，從德國參審制談司法院人民觀審制，收於：刑事法學的回顧與展望，2015年1月，頁299。

受公權力不當侵害之案件立場，主張應以：(一)基於應受國民監督的觀點，如公務員瀆職及濫權相關案件；(二)基於保護人民免受公權力不當迫害者，如違反集會遊行、妨害公務或內亂、外患之案件；(三)犯罪之構成要件具規範性，有必要反映國民文化意識活動之案件如賄選、妨害名譽、強制猥褻等相關案件。應係可兼顧國家財政負擔及平衡國民參與審判目的之思考[89]。

肆、結　論

按人需要社會組織，人與社會組織必須互相依賴才能生存，此所以現代文明法治國家無不以法律規範，來維護人民共同生活體及其安全，並用以保護每個人平等的人權與人性尊嚴；由此導出國家究竟可以用刑罰禁止個人哪些行為？亦即何種行為是屬於國家得以刑罰制裁之可罰行為？必須先有一套理論上之判準。自啟蒙時代以還，刑法多半認為唯有與公民之間和平的、自由的共同生活不一致之行為，國家施以刑罰才具有正當性，如殺人、強制性交、強制猥褻等，如果可以不受處罰，任意殺害別人、強制性交或猥褻別人，公民之間和平的共同生活殆無可能。因此現代刑法大抵是以行為之社會損害性為連結點，國家任務即在於保護個人免受他人攻擊，並且保障個人最大之

89 陳運財，同前註84，頁140-141。

自由[90]。

犯罪學上研究指出，強制性交犯罪是所有侵害人身自由暴力行為中，報案率最低之犯罪，被認為犯罪黑數很大，因此解釋上須非常謹慎。相同地，日本刑法第177條向來被認為犯罪黑數非常之大，平成16（2004）年早稻田大學事件「スーパーフリー事件」，一個以舉辦活動為主之校園社團，以校園為平台大規模有組織強制性交女同學，在1998年4月起對女大學生習慣性實施輪姦，受害女大學生人數超過數百人，直至2003年5月18日，有被害人向警方報案才被察覺；除早稻田大學外，還有出身自日本首都圈之東京大學、慶應義塾大學、法政大學、學習院大學、日本大學等名門大學，共計14名大學生以強制性交等罪被判刑入獄[91]。經統計犯案場所以深夜住宅區占7成最高，而16.83%則發生於旅社、飯店及汽車旅館等特殊營業場所。一般人均認為強制性犯罪是一種相當突發性之犯罪行為，男性犯人（可能飲酒後）充滿了性慾望與衝動，在遇到其攻擊目標，認為有機可乘後即刻下手，但美國學者阿米爾（Menachem Amir, 1931-）研究卻發現，超過7成案件係有計畫之攻擊行為，如先使被害者飲酒，然後再找合適時機著手[92]。本案吳某亦是於夜晚埋伏了超過6個小時

90 林鈺雄，同前註47，頁8-9。

91 高良沙哉，集団強姦罪の制定過程における「性的自由」論議，沖縄大学法経学部紀要，12期，2009年3月，頁2-5。

92 許春金，犯罪學，修訂5版，2007年1月，頁487-489。

物色被害人，可見犯罪計畫之縝密。

「性自主權」是我國憲法第22條及大法官解釋第791號明確承認之基本權，在人類社會文化中具有不可被侵犯之象徵性意義。在近代刑法思潮強調對個人性自主權重視下，觀諸具體之社會實踐告訴我們，性強制犯罪原初以「性道德」（性風俗）或多數主觀意識情感為標的之價值保護，並未全然消退，僅係隱身於個人自由、人格權、人性尊嚴或自主決定保護之外衣下，其與人格性價值之連結實難被切斷[93]。性犯罪具有「變動之本質」，加上「性」侵害之受害人多為女性與孩童，目前之處遇或治療操作結果似乎是無法保證「性侵害行為」之發生，可以百分之百「完全地」去除，在對於「性侵害」本質之認定時，處理上之特殊性與重要性備受關注。

本案行為人內心主觀想法，是要滿足性慾，其客觀事實即存在無數之可能性；按諸一般社會經驗，男子於凌晨突然自後方抱住陌生落單年輕女子，勾脖、摀嘴、往巷裡拖行，可能是強制性交、強制猥褻外，亦可能是強盜財物，甚或殺人狂要隨機殺人。在事實認定上，檢察官綜合

93 「性道德」乃係將社會共同體內多數人對於性和性互動之價值認知，具體化為一種人際互動規範，在共同體內被運行與實踐，從而形成一套關於性之慣習與秩序。現代社會對於性道德之認知大幅改變，但並不代表性犯罪得以完全擺脫性道德，恰巧因性道德內容本身之變遷，讓「性自主」成為了現代性道德之內涵。廖宜寧，由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理論基礎，國立臺灣大學法學論叢，49卷2期，2020年6月，頁680。

相關事證既已認定行為人想親吻、摸胸，依一般社會通念，凌晨5時於空無一人停車場，若被害人未大聲呼救，並激烈抵抗，犯行極有可能發展為強制性交行為。

按法條所述構成要件，極大部分為規範之構成要件要素，有待價值判斷之補充[94]。為何法規範要特別保護「性自主」，其何以較一般性之「自主決定」要值得被挑選出來保護，就只是應該尊重他人之性自主意思嗎？這是否過於抽象？能否符合普遍性法則之要求？所以，在形塑關於性自主決定之具體行為規範時，其價值判斷、立場準則乃至立法技術都顯得十分無力。將猥褻當作詮釋性概念，追求一個更具普遍性、超驗性之權威，詮釋轉圜空間即寬裕許多，不必囿於特定社群（司法）之觀念實踐，而僅須符合每個詮釋者之根本信念，致使此一概念更適合作為裁判他人及實踐倫理正義之基礎。上開相關之見解調整及法制修正，各機關允宜善體民意，相與補漏。更且，在司法亟欲提升信譽之現下，讓國民法官制擴及至性犯罪案件，並提前實施，或可為制度設計時審慎考量之課題。

一、本案已達剝奪被害人性意思自主權程度，應從重論處

性自主權從自我防衛避免受到他人決定之干預，而成為性行為客體或他人性慾之發洩工具；本案被告吳某有性意識地將被害人拖入巷內，作為猥褻之部分行為或前置行

94 林東茂，同前註58，頁406。

為，在評價上應可涵蓋為整體強制猥褻犯行之行為內涵；此種突如其來之侵害，造成生命或身體之危險，已逸脫社會所能接受之強制罪之法益侵害程度。故本案無論從犯案方式、時間、地點及對象，被告吳某之行為及其所造成之結果，已使被害人行無義務之事過程中，達至限制被害人性自主決定權程度，而該當本罪之既遂[95]；否則，毋寧是要被害人在被侵害後再喊叫再反抗，蓋因未遂則無罰。

強制猥褻罪與強制罪基於法益保護觀點，並結合倫理上的評價，概念上並不具有同種犯罪不法內涵，相較於強制罪構成要件行為之設計而言，兩者也顯然不具有完全相同之內涵，所涉及之刑罰行為，在主觀不法要素與責任要素上不具等價性。本案被告吳某基於色慾滿足，自後方環抱女子、勾脖、摀嘴，魔爪一旦出擊，身體主控性早已遭受破壞，對其性自主權已有具體之危害，刑法第224條強制猥褻罪之主、客構成要件已該當，已構成本罪之既遂而非未遂[96]。刑法第221條強制性交罪有罰及未遂，惟本案起

95 最高法院108年台上字第1800號刑事判決參照。

96 《性侵害犯罪防治法》第2條第1項規定：「本法所稱性侵害犯罪，係指觸犯刑法第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二項第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法之罪。」據此，《性騷擾防治法》第25條之強制觸摸罪，被界定為「對他人實施違反其意願而與性有關之『性侵害犯罪以外』之罪」，個案犯罪行為必須先被評價為不構成強制猥褻罪，才進一步考慮是否成立強制觸摸罪。相同道理，本案允宜先評價不構成刑法第221條強制性交未遂罪，才進一步考慮是否成立第304條強制罪。吳燦，強制猥褻與性騷擾犯罪之界定及案例研究，軍法專刊，55卷2期，2009年4月，頁243-245。

訴書及一、二審判決書，就吳某是否具備強制性交罪未遂之該當要件？均未為任何交代，認事用法恐無法折服人心。退一步言，即便依「罪疑唯輕」（in dubio pro reo）原則，在強制性交罪未遂及強制猥褻罪既遂難以認定下，為保障被告從輕論以強制猥褻罪，在法律解釋方法上堪稱正確。本文所提出之解釋方法是否合理，是否具實用性，尚有待檢驗。但找出司法實務上強制猥褻罪之「界限」所在，才有開啟更全面檢討強制猥褻罪解釋適用的可能，讓本罪不僅符合律條中「應然之規範向度」，亦符合社會生活中「實然之事實面貌」。

從法社會學視角觀察，刑法之功能，或係在避免與國家所欲形塑的祥和社會相關之行為期待，因為不法行為而落空，而如是之預設，當吾人將目光停格於刑法作為一套具有引導行為意義之社會控制工具時，此一行為期待或將從一種複合性社會系統之運作條件，轉變為在社會成員之自我意識中所形塑的，具有行為控制意義之禁命與誡命要求，而衍成行為規範[97]。

德國為處理嚴重性門檻所造成之處罰漏洞，在1973年第4次刑法改革法案之後，以性行為（sexuelle Handlungen）之用語取代猥褻行為（unzüchtige Handlungen），成為該國性刑法之核心概念。一個行為是否屬於性行為，係取決於從客觀之角度來觀察，此一行為在外觀上是否呈現出與

97 古承宗，經濟刑法的保護法益與抽象危險，刑事政策與犯罪防治研究專刊，24期，2020年4月，頁8-9。

性的關聯性，惟並非所有性行為在刑法上皆具有意義。依德國刑法第184h條第1款，應視各罪的保護法益分別認定之，僅具有一定顯著性（Erheblichkeit）之性行為，方屬刑法意義下之性行為。

依此，只有達到該款所設顯著性門檻（Erheblichkeitsschwelle）之性行為，才是刑法上所欲規範之性行為。在判斷時，應考慮該行為之種類、強度、持續時間、情狀、其他附隨情狀，及參與該行為者彼此之間的關係，當一個性行為所侵害法益的保護必要性越高，刑法為其所設立的嚴重性門檻就應越低。由於上述刑法第184h條第1款之規定，導致一些與性有關之身體接觸，因無法達到各別構成要件中關於性行為之嚴重性門檻，而在德國司法實務上被評價為構成要件不該當；爰此，在 2016 年德國性刑法修正之前，關於無法達到上開嚴重性門檻之性行為，係存在處罰漏洞。

2011年5月11日，歐洲各國於伊斯坦堡簽署《歐洲理事會預防與抗制對婦女暴力以及家庭暴力公約》（Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt，又稱「伊斯坦堡公約」Istanbul-Konvention），各簽署國有義務以刑罰手段來制裁所有非合意之性行為。德國為填補舊法中之處罰漏洞，聯邦司法部於2015年提出一份性刑法修正草案，新增對於突襲式性行為與利用他人擔心因反抗將遭受惡害而對其為性行為之處罰（修正草案

第179條第1項第2款、第3款），本件草案即為聯邦政府於2016年4月25日向國會提出之修正草案（第50次刑法修正法案）[98]。

二、若受制於司法保守解釋，強制猥褻罪應增訂未遂犯之處罰

強制猥褻罪與強制罪之危害本質並不相同，強制猥褻具有特殊危險與危害特性，較諸單純強制堪稱嚴重而不堪容忍，且其侵害有可能層升為強制性交或殺人風險，允宜強化預防效果；為避免產生保護漏洞，應調整臺灣現行之釋義學基礎，俾完足地履行保護性自主法益之義務。更且，法律邏輯上能說清楚之事，未必能符合社會大眾之經驗與常理，而司法判決僅能依據法律，若法律規範本身有問題，則判決和人民期待之落差與裂痕，即時常發生。本案或由於法官之仁慈，或出於院檢對刑法三種猥褻定義未能釐清，明顯出現遷就現實避免無罰之思考，從強制性交、強制猥褻到降格處以強制罪。如是之認定，恐有違常人最基本之邏輯常識，亦不無「事實移轉」、「罪名遷徙」和「刑度優惠」之情事，論述顯得矛盾，判斷亦不倫不類。

因應社會結構外在環境之變化，可證明女性經常受有性侵害、性強制或危險，尤其年輕的女性在經驗法則上更具有受侵害或危險之可能，反映出升高的安全保護需求，

98 林信銘，同前註26，頁372-374。

這樣的理解脈絡下，強制猥褻未遂行為具有可罰的不法程度，讓個別主體的生活領域和社會關係在社會交往的過程中被嚴肅看待。但此僅止於人之所以為人，要能服膺於人性尊嚴與平等法律評價下的行為決定，不得不用刑法來管制性犯罪，達成教義或戒律指示的穩定狀態；並非意味著現階段增訂未遂規範便具有百世不易之最高誡命性質，而只是傾向能希望個人能抑制自身的慾望，不去侵犯他人，方能維護每個人的身體法益。在男女權力差異依舊的現實改變之前，讓身體與性在刑法的框架秩序下相互協調去實踐個人自由。

本案依上文之分析明顯已達既遂程度，且任何客觀理性之第三人亦必定會如此認定。然而有關司法裁判文化之改變工程浩大，涉及司法官之養成考選、陪審參審引進一般市民將其社會健全知識納入裁判認定等，非本文能力所及。因是，基於保護具有憲法位階價值之特別重要法益，避免立法疏漏及司法實務上保守認定有害性犯罪之遏止，或可在立法上補足。

我國立法者就本罪放棄更為細緻的立法過程，委由司法官裁量的做法，實易導致審判者之恣意，更招致對量刑公平性之質疑。就強制猥褻罪增訂未遂犯之處罰，應為必要之選項[99]。按本案中被告出於性強制之行為，其行為形

99 審查意見點評強制猥褻罪增訂未遂犯，是否會與本文認強制猥褻罪為舉動犯相衝突，而前後論點不一（有關舉動犯亦可能有未遂之說明，可參照前註48）。作者認為一切性犯罪修法應以尊重性自主權為核

式業已達到對被害人性自主權引發或產生不可容許風險的階段，已能滿足應刑罰性中之行為非價要求，相較於強制罪尚且罰及未遂，當無違反罪責原則之疑慮，亦無可罰性過度擴張之質疑。

三、強制猥褻未遂立法後或將產生的解釋論上問題

在強制猥褻罪不處罰未遂之現行法制下，其既遂標準又缺乏合理、細緻之界定，造成司法實務判斷難題；強制猥褻未遂立法後，亦或將產生一些解釋論上之問題，試摘要整理，臚列如下：

(一)強制猥褻未遂罪之時點應如何認定

許恒達教授認為，實行行為係指「該行為雖然還沒有辦法立即發生中間危險效果（未遂之具體危殆狀態），但行為人已經在物理空間上，侵入被害法益的保護領域內，而且從外在情狀與主觀計畫綜合判斷後，可以預期行為人將在無任何阻礙的情況下，實施屬於典型構成要件的行為」，而實行行為之認定標準為：「雖尚未實施典型構成要件行為，但從外在客觀事理狀情況，足於推論行為人將足無任何障礙地實施典型構成要件的行為，該前行動階段

心，立法政策和學理都應以如何最能完善保障婦幼為最高依歸。在我國長期司法文化下，要遽然改變部分司法人員、法律學者對性犯罪之理解和認定實有困難，因此修法增訂未遂犯是一立即可行之絕佳選項。此說是否可行？仍有待法律人及社會有識之士指正。拙作若能對此重要問題朝向前邁進、向上增進一步，即堪告慰。

即符合實行行為要求」[100]。

在定式犯罪中，基於罪刑法定原則及行為同時性原則之要求，構成要件文義範圍所劃定之「實行行為」概念，即是行為究責時點之特定。在罪刑法定原則的要求之下，實行行為的內涵，亦應該對應到各該條文文義可解讀出來的範圍；就未遂犯實行著手的判斷，謝煜偉教授主張應分成定式犯罪與非定式犯罪二類，就定式犯罪而言，行為人必須要開始進行條文文義上所要求之特定行為，如強暴脅迫、竊取等，且該特定行為須內蘊發生既遂結果（或中間結果）之類型上危險性；基於這樣的行為，連結到出現既遂結果的具體危殆狀態下，才能夠論以定式犯罪之未遂犯[101]。

(二)如何區分強制未遂與強制猥褻未遂

審查委員點評，增訂強制猥褻未遂，如何與第304條單純之強制未遂區辨，在具體適用上如何判斷，這毋寧是一個修法後的新課題。對於刑罰權形成之判斷，以及對於基礎法理之詮釋與運用，實務仍須加以琢磨，為期能正確適用法律，最高法院自會擬出一套適用標準，作為實務操作之準繩。儘管如此，本文仍試為申論，恐有失誤之虞，仍待方家法教。

刑法制裁妨害性自主行為，係為保障他人關於性意思

---

[100] 許恒達，「行為非價」與「結果非價」：論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論，114期，2010年4月，頁245-246。

[101] 謝煜偉，同前註45，頁1203、1254。

形成與決定之自由，故妨害性自主罪章對妨害性自主犯罪之處罰，依被害人性意思自由受妨害程度不同，異其處罰之輕重，與妨害自由罪章強制罪，係保護被害人意思決定自由與意思實現自由[102]。本案行為人在強制手段中已顯明其性動機，該二罪行為的可罰性基礎，及行為規範本身之義務設定所欲非難之不法行為，本即是不同程度保護之原初結構，允宜明辨其間分野，俾維各別處罰條文之規範功能，有效地擔保社會成員之間合理及平等的社會交往。

觀諸最高法院判決有謂：「凡本於姦淫之意思而施用強暴、脅迫之手段者，即使姦淫尚未開始，仍不得謂非著手強姦。原判決既認定上訴人圖姦某氏，而掩住其口，挾持其脅肋，使不得聲張掙脫，則其強姦行為自屬已經著手」（25年上字第2103號）；因而「上訴人之行為目的在姦淫，並非單純之猥褻，以某女之掙扎脫身，未遂其姦淫之目的，依刑法第221條第1項、第3項及第26條論處，並無違誤。」（42年上字第431號）；是以，姦淫與猥褻非程度不同，而係本質有異，前者侵害性自主，後者妨害性道德，強制性交未遂不得逕以強制猥褻論科[103]；此或許可以作為具體適用之基準判斷。

同理，強制猥褻未遂自亦不得逕以強制罪論科；要區辨**單純之強制未遂與強制猥褻未遂，應回到行為人主觀意識或態度上**，強制猥褻行為人主觀上必須意識到與性具有

[102] 陳煥生、劉秉鈞，同前註7，頁310、311、503。
[103] 周冶平，同前註6，頁440、470、471。

關聯性，始具有強制猥褻之故意，若係客觀上具有多義性之舉止，則端看行為人是否具備滿足或刺激自己或他人性慾之傾向意圖而定；對此問題，實務大抵由客觀情狀推論被告之主觀犯意。關此強制與強制猥褻未遂之區分，審查委員垂詢猝不及防情況是否有強制性質？此問題如將未觸及被害人性自主意識之行為摒除於強制猥褻概念外，或可獲解決；若係出其不意的與性有關之暴力，使得對方難以反抗之情形，則宜認其成立強制猥褻罪；此外，對應德國刑法第240條第1項強制罪規定：凡是違法以強暴或透過以惡害威嚇強使人為行為、忍受或不作為者……[104]；由條文文字脈絡看來「出其不意，難以反抗」亦無法含括在強制概念當中。

綜上所言，性之本身，便是在追求親密關係，有其社會及情感意涵，妨害性自主要非單純妨害自由之概念可完全涵蓋，妨害性自主其本身之罪責即高於強制罪或剝奪行動自由罪，強制性交不等於非法剝奪他人行動自由，強制猥褻不等於強制性交；為了要達成強制猥褻之目的，而造成其他除猥褻以外之身體或生命法益風險時，行為人之罪責就應更重。

---

[104] (1) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

四、國民法官法提前實施，並擴及刑法性犯罪案件[105]

人民的信任係司法公信之支撐，但當今司法最大問題，在於判決之不可預測性。法官應如何斷案才能獲得人民的信任？在量刑方面以強制性交罪為例，經檢視絕大多數判刑均落入3年，亦即實務上法官大抵從低度刑量起[106]，司法院並表示，針對各地方法院之性侵害有罪判決所為統計結果，目前妨害性自主罪之普遍問題在於，法官量刑時往往從低度刑責起跳，在加重罪責之時，加重不多，減輕時卻大幅減低，因此，導致量刑歧異普遍存在，且在類似犯罪態樣之有罪判決中，最高與最低之刑度出現

105 本文結論建議《國民法官法》提前實施，並擴及刑法性犯罪案件，審查意見建議另以專論加以說明，避免將未經詳予論證之主張放入結論乙節，筆者業於（參、五）「司法社群保守主義，缺乏和社會的對話之窗」，補強論述，此部分雖屬旁論，未盡然與文旨有關，但司法判決就性侵害案件刑度出現大幅落差確係事實，爰有此建議，並將另以專論研析。

106 美國聯邦政府依1984年Sentencing Reform Act，設立United States Sentencing Commission獨立機構，於1987年4月13日向參議院提出第一版United States Sentencing Commission Guidelines Manual，依法每年修正一次。英國依1998年Crime and Disorder Act設立Sentencing Advisory Panel獨立機構，協助上訴法院制定量刑準則，以促進英格蘭與威爾斯法院量刑實務之一致性，自1999年7月開始運作，業已陸續提出12項量刑諮詢意見，由上訴法院採納其中11項據以制定量刑準則。澳洲新南威爾斯省依1986年Judicial Officers Act成立獨立司法委員會，建立量刑準據，開發電腦化量刑資料庫Sentencing Information System，並進行統計分析研究，嗣依1999年Crime Sentencing Procedure Act設立量刑委員會，自2003年1月1日開始運作，以減少地方法院量刑歧異，確保量刑一致為首要任務。參林錦芳，妨害性自主罪量刑分析研究，刑事法雜誌，55卷5期，2011年10月，頁36-37。

大幅落差[107]。

於此同時，為輔助國民法官量刑，司法院「刑事案件量刑委員會研議委員會」於2020年7月27日召開第11次會議，就《刑事案件量刑基本法草案》完成討論，如獲立法通過，將使量刑改革向前邁一大步[108]；就此，或可廣邀各領域學者專家、民間各行業有識之士等，妥善研議刑度差距及量刑重、輕之各種考量因子[109]，以齊一量刑觀點，補足部分法官的偏離人民之期待。

整體以言，法律規範之制定與生成，需要符合人民之期待，刑法之解釋與運用，藉由司法制度來實踐。囿於本文在強制罪涵攝範圍，及強制猥褻既遂之認定上有些新解，與大多數學者和司法實務存在歧異，爰於法哲學抽象論述外，亦旁及法社會學與比較法之論述，期能引起更廣泛共鳴，促成實務見解之改變。東亞社會對性犯罪一向極為重視，此或受儒家思想文化影響所然，臺灣社會亦同，輿論咸認應以重刑對付此等惡質犯行，此可從刑法性犯罪一章修法次數頻密，及性犯罪除刑罰外，另可施以無限期

---

107 蕭宏宜，電子監控與性犯罪者——借鑒美國經驗？，高大法學論叢，7卷2期，2012年3月，頁130-131。

108 司法院參考英、美、澳洲及荷蘭等國改革模式，於2011年2月即著手建置「妨害性自主罪」量刑資料系統，同年11月啟用；惟因系統之建置係以過去職業法官針對性侵害犯罪所做之統計，故在量刑建議上刑度均仍偏低。參見司法院，量刑委員會研議會研竣草案將廣徵意見，司法周刊，2015期，2020年8月。

109 趙萃文，刑法親屬間倫常規範的成與變，輔仁大學法律學系研究所博士論文，2021年，頁344-345。

之保安處分強制治療得到驗證。本案從法官在判決中所為法律（罪名）解釋，其推理論證及使用之說理文字，無法理解其具體基準為何，亦難看出其心證之價值判斷，但結果予人有法官認知落差及跳脫日常之慨嘆，更別謂能否達成增進國民對司法之瞭解及信賴！本文立基於個人之價值判斷，說理論證或待檢驗，但見解容未超乎條文可能文義，而在法規解釋可容許範疇中，基於有對話、有溝通，才有方法解決，亦才能為社會大眾接受，發揮更有效保護「性自主」及維護「罪刑均衡」之立法意旨，具體反映刑法目的與功能，以期減少無辜被害，提升社會安全，回應人民安全需求，此為本文之發想與期盼[110]！

[110] 另現行刑法公然猥褻罪將露鳥狂與脫衣舞者二種性質迥然不同之行為人並列為處罰對象，造成適用上極大問題，允宜拆分為二，針對脫衣舞孃等營利性色情行為，在現今社會風氣開放下，依《社會秩序維護法》處理即可；針對露鳥狂等於本章增訂規制暴露行為之條文，其犯罪構成要件亦應從保障性自主決定權角度來加以設計；現行第234條公然猥褻罪，可考慮予以刪除或限縮其適用範圍，朝保護個人性自主決定權方向轉型，如是，則刑法對被害人性自主權與免於恐懼自由之重視及保護，才得以完整彰顯，將另為文探討。

參考文獻

一、中文文獻

- 古承宗（2017）。*刑法的象徵化與規制理性*。元照。
- 古承宗（2020）。經濟刑法的保護法益與抽象危險。*刑事政策與犯罪防治研究專刊，24*，1-44。http://doi.org/10.6460/CPCP.202004_(24).01
- 司法院（2020）。量刑委員會研議會研竣草案將廣徵意見。*司法周刊，2015*，1。
- 甘添貴（2009）。*刑法各論（上）*。三民。
- 甘添貴（2014）。*刑法各論（下）*（修訂三版）。三民。
- 甘添貴（2015）。*刑法各論（下）*（四版）。三民。
- 甘添貴總主編，余振華主編（2018）。*日本刑法翻譯與解析*。五南。
- 甘添貴總主編，林東茂主編（2018）。*德國刑法翻譯與解析*。五南。
- 何賴傑（2015）。從德國參審制談司法院人民觀審制，載於政治大學法學院刑事法學中心編，*刑事法學的回顧與展望*（頁247-303）。元照。
- 吳經熊編（1947）。*中華民國六法判解理由彙編（刑法之部）*。會文堂新記書局。
- 吳燦（2009）。強制猥褻與性騷擾犯罪之界定及案例研究。*軍法專刊，55*（2），238-247。
- 吳耀宗（2012）。「火車性愛趴事件」與刑法誘媒性交猥褻罪。*月旦法學雜誌，206*，201-220。
- 李佳玟（2017）。說是才算同意（Only Yes Means Yas）：增訂刑法「未得同意性交罪」之芻議。*臺北大學法學論叢，103*，53-

118。
- 李聖傑（2011）。未遂行為刑法處遇之探究。*月旦法學雜誌，194*，22-38。
- 沈勝昂（2012）。性侵害Deviance vs. Disorder與處遇vs.治療——神經心理的觀點。*檢察新論，11，348*-366。
- 周冶平（1968）。*刑法各論*。三民。
- 林子儀等（2020）。*正義與慈悲【復刻版】——給法律人的一封信*。新自然主義。
- 林山田（1995）。論強制罪及其與他罪之競合之關係。*刑事法雜誌，39*（3），123-132。
- 林山田（2006）。*刑法各論（上）*（五版）。自版。
- 林東茂（2005）。保安處分。載於台灣刑事法學會主編，*二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析*（頁439-456）。元照。
- 林東茂（2007）。*一個知識論上的刑法學思考*（增訂三版）。五南。
- 林東茂（2016）。*刑法綜覽*（增訂八版）。一品文化。
- 林信銘（2018）。暴露與觸摸性騷擾刑事責任之探究——以德國刑法的性騷擾規範為借鑑。*高大法學論叢，14*（1），345-396。
- 林琬珊（2016）。強制罪強暴脅迫行為的判斷要素——評析臺北地方法院104年度字第43號刑事判決。*法令月刊，67*（11），56-79。http://doi.org.10.6509/TLM.2016.6711.03
- 林鈺雄（2021）。*新刑法總則*（九版）。元照。
- 林錦芳（2011）。妨害性自主罪量刑分析研究。*刑事法雜誌，55*（5），17-40。
- 法務部（2001）。*中華民國刑法總則修正草案公聽會會議記錄彙編（第二冊）*。法務部。
- 柯耀程（2013）。刑事法實務爭點。載於月旦別冊編輯部編，*月旦2013實務爭點與修法解析*（頁78-94）。元照。

- 洪學廣（2020）。長榮大學外籍女大生遭擄走殺害，檢方求處凶嫌死刑。中共通訊社。https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202012250034.aspx
- 孫英哲、劉榮輝、吳慧玲（2007）。襲胸10秒鐘判無罪　法官：時間短　不足引起性慾。蘋果日報。https://tw.appledaily.com/headline/20070829/COQ6JCKWNYFRAX34GAIDZTI3XU/
- 張明偉（2015）。*學習刑法——總則編*（四版）。五南。
- 張麗卿（2018）。*刑法總則理論與運用*（七版）。五南。
- 許玉秀（2002）。強吻非強制猥褻？。*月旦法學雜誌，90*，305-313。
- 許玉秀（2005）。第16次修正刑法之總檢討(1)——刑事政策、刑法理論與具體適用。載於司法院主編，*司法院司法人員研習所94年第1期新修正刑法研討會講義*。司法人員研習所編印。
- 許玉秀（2012）。重新學習性自主——勇敢面對問題。*月旦法學雜誌，200*，302-323。
- 許恒達（2010）。「行為非價」與「結果非價」：論刑事不法概念的實質內涵。*政大法學評論，114*，215-300。http://doi.org/10.6990/CLR.201004_(114).0004
- 許恒達（2021）。國道急煞堵車的刑事責任。*月旦法學教室，220*，14-17。http://doi.org/10.3966/1684739322003
- 許春金（2007）。*犯罪學*（修訂五版）。三民。
- 許澤天（2019）。*刑法分則（下）——人格與公共法益篇*。新學林。
- 陳子平（2012）。*新聞刑法1*。元照。
- 陳清秀（2018）。*法理學*（修訂二版）。元照。
- 陳煥生、劉秉鈞（2020）。*刑法分則實用*（七版）。一品文化。
- 陳運財（2010）。國民參與刑事審判之研究——兼評日本裁判員制度。*月旦法學雜誌，180*，131-149。

➢曾淑瑜（2011）。*刑法分則實例研習——個人法益之保護*（修訂三版）。三民。
➢曾淑瑜（2017）。*刑法分則爭點精解*。翰蘆。
➢絲柏客（2006）。*溫城筆記——一個律師的人文世界*。書泉。
➢黃士軒（2021）。強制性交與強制猥褻罪中的其他違反其意願之方法——以關於利用宗教手段為性交猥褻行為類型的臺灣最近學說與實務為中心，載於甘添貴教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，*刑事法學的浪潮與濤聲：刑法學——甘添貴教授八秩華誕祝壽論文集*（頁884-920）。元照。
➢黃仲夫（2020）。*刑法精義*（修訂三十三版）。犁齋社。
➢黃源盛纂輯（2010）。*晚清民國刑法史料輯注（上冊）*。元照。
➢楊智傑（2008）。猥褻是形容詞還是動詞？。臺灣法律網。https://www.lawtw.com/archives/371865
➢廖宜寧（2020）。由德國性犯罪條文修正之觀察探析妨害性自主罪的理論基礎。*國立臺灣大學法學論叢，49*（2），635-710。http://doi.org/10.6199/NTULJ.202006_49(2).0004
➢*趙萃文*（2020）。劃時代的里程碑——《國民法官法》正式起步。*清流月刊，30*，50-55。
➢趙萃文（2021）。刑法親屬間倫常規範的成與變（未出版博士論文）。輔仁大學。
➢蔡聖偉（2015）。親吻與猥褻——評最高法院一〇三年度台上字第一二五四號判決。*裁判時報，41*，40-48。http://doi.org/10.3966/207798362015110041005
➢蔡聖偉（2018）。最高法院關於性強制罪違反意願要素的解釋趨向。*月旦法學雜誌，276*，5-21。http://doi.org/10.3966/102559312018050276001
➢蔡聖偉（2020）。*刑法案例解析方法論*（三版）。元照。
➢盧映潔（2003）。由強吻案談起論我國刑法第二二四條強制猥褻

罪之猥褻行為的界定。*台灣本土法學雜誌，42*，94-100。
- 盧映潔（2009）。強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？——評最高法院九十七年度第五次決議。*月旦法學雜誌，171*，215-228。
- 蕭宏宜（2012）。電子監控與性犯罪者——借鑒美國經驗？。*高大法學論叢，7*（2），99-144。http://doi.org/10.29887/NUKLJ.201203.0003
- 蕭宏宜（2015）。*未遂與犯罪參與*（八版）。三民。
- 謝開平（2010）。構成要件之結構分析——兼論襲胸案在強制猥褻罪之適用。*月旦法學教室，90*，92-101。
- 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).0007
- 簡至鴻（2020）。刑法妨害性自主犯罪的基礎考察。載於李茂生教授六秩晉五祝壽論文集編輯委員會主編，*主體、理性與人權的彼岸——李茂生教授六秩晉五祝壽論文集*（頁427-453）。新學林。

二、日文文獻

- 山中敬一（2015）。*刑法総論（三版）*。成文堂。
- 井田良（2015）。性犯罪処罰規定の改正についての覚え書。*慶應法學，31*，43-60。
- 井田良（2018）。*講義刑法学・総論*。有斐閣。
- 平野仁彦、龜本洋、服部高宏（2007）。*法哲學*。有斐閣。
- 辰井聡子（2014）。「自由に対する罪」の保護法益——人格に対する罪としての再構成。載於岩瀬徹、中森喜彦、西田典之編，*刑事法・医事法の新たな展開——町野朔先生古稀紀念*。信山社。
- 辰井聡子（2018）。性犯罪に関する刑法改正——強制性交等罪

の検討を中心に。*刑事法ジャーナル，55*，4-9。
- 岩井宜子（2010）。性犯罪規定の見直し。*神奈川法学，43*（1）。
- 斉藤豊治（2017）。性刑法の改革と課題。*犯罪と刑罰，26*。
- 高良沙哉（2009）。集団強姦罪の制定過程における「性的自由」論議。*沖縄大学法経学部紀要，12*，1-12。

專論

個人資料保護法第41條「違法侵害個資罪」之基本課題——以最高法院109年度台上大字第1869號刑事裁定的檢討為契機[*]

簡至鴻[**]

要　目

壹、前　言
貳、違法侵害個資罪的實務現況概覽
　一、從代表性見解出發——最高法院109年度台上大字第1869號刑事裁定
　二、在本件大法庭裁定之後
　三、小　結
參、分析檢討
　一、實務現況所呈現出的解釋論課題
　二、解釋原點——關於違法侵害個資罪的保護法益與應罰性界限探問
　三、關於「違法侵害個資」行為類型化要件的檢討——限定解釋方向初探
肆、結　論

DOI：10.6460/CPCP.202208_(32).03
本篇文章業經雙向匿名審查通過。

[*] 本文初稿曾發表於2021年11月19日由國立中興大學法律專業學院主辦之「2021年刑事法學的新浪潮」學術研討會。本文承蒙當日與會先進給予意見交流，以及兩位匿名審查人提供審稿意見，充實本文之可讀性並提供進一步研究之契機，於此謹致謝忱。惟文責當由筆者承擔。

[**] 國立臺灣大學事業經營法務碩士在職學位學程助理教授，國立臺灣大學、日本東北大學法學博士。

摘　要

以最高法院109年度台上大字第1869號刑事裁定的作成為契機，本文藉由分析本件大法庭裁定見解的論理構成，進一步突顯個人資料保護法第41條違法侵害個資罪在解釋適用上的課題與其問題結構。申言之，本件大法庭見解雖然是以違法侵害個資罪中，有關意圖要件所指涉「利益」的範疇作為解釋對象，然則對於此一法律問題的理解，實與本罪保護法益的實質內容以及與之相應表徵法益侵害態樣的行為類型內涵密不可分。基此問題意識，本文首先從本件大法庭裁定作成的脈絡出發，對照現行判決實務對於違法侵害個資罪中「意圖」與「足生損害」等要件的解釋態度，考察其對於本罪行為類型的理解與適用傾向（貳、）。進而，在釐清判決實務於解釋適用上所呈現出的問題圖式基礎上，本文試圖藉由檢討、定性違法侵害個資罪的保護法益內涵與侵害態樣，亦即，以高度資訊化社會脈絡下的「資料庫監控」隱私侵害型態為中心，進一步探求本罪行為類型的限定解釋方向（參、）。最後，總結上述考察與分析所得，並以之初步回應本件大法庭見解所突顯出，違法侵害個資罪在解釋適用上的基本課題（肆、）。

關鍵詞：最高法院109年度台上大字第1869號刑事裁定、資訊隱私、資訊自決權、目的犯、行為足生損害

The Basic Research of Penal Provision in Art.41 of Personal Data Protection Act – In the Context of the Criminal Grand Chamber of the Supreme Court: Tai-Shang-Da-Zi Decision No. 1869 (2020)

Chih-Hung Chien *

Abstract

The main purpose of this treatise is to clarify the issue of Art. 41 of the Personal Data Protection Act, which criminalized purposely acquiring, processing or utilizing personal data without the legitimate reasons. We could say that, the judgement on act of committing crime of this code is reduced to mere form, as revealed by the 2020 Tai-Shang-Da-Zi Decision No. 1869 of the Criminal Grand Chamber of the Supreme Court. This controversial issues could be stated in two significant figures. First, the essence of personal data breach is absent of criminology reality. Namely, the definition for “encroaching on

* Assistant Professor, Professional Master’s Program of Law in Business Administration, National Taiwan University; Ph.D., College of Law, National Taiwan University; Ph.D., Graduate School of Law, Tohoku University.

information privacy" or "injury to personality right" as a criminal act is ambiguous and lacks clarity in judicial practice. Secondly, as regards the application of the legal requisites of this criminal act, it could be explained in certain formalized ways. Especially, we could see the cases about the defamation by using one's personal data, which might be lack of relevance in infringement of right to informational self-determination, but still are accused guilty on the court. Therefore, to confront with this dilemma, I would illustrate the essential meaning of the crime of encroaching on information privacy in terms of legal protection analysis. In that way, I suggest a feasible approach to interpret this crime based on the content of the "dataveillance", which can be used to restrict the boundary of the application of this crime. As a consequence, the structure of judgement on this crime can be shown accordingly.

Keywords: 2020 Tai-Shang-Da-Zi Decision No. 1869 of the Criminal Grand Chamber of the Supreme Court, Information Privacy, Right to Informational Self-determination, Criminal Offences Committed with Intention, the Act May Result in Damage

壹、前　言

依現行個人資料保護法（下稱「個資法」、「本法」）第41條違法侵害個資罪之規定，本罪之成立係以意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益，而違反——個人資料之蒐集處理（本法第15條、第19條）；個人資料之利用或特定目的範圍外的流用（本法第16條、第20條）；敏感性個人資料之蒐集處理或利用（本法第6條）；國際傳輸個人資料限制（本法第21條）——之相關規範，足生損害於他人為要件[1]。

關於本罪的規範模式，論者指出，在上開個人資料之蒐集、處理或利用之相關規範中，以本法第19條非公務機關對於個人資料之蒐集處理的容許事由為例，諸如「公共利益」、「取自於一般可得之來源」、「顯有更值得保護之重大利益」等用語[2]，可說是充斥著數個相當程度抽象性

---

1 個人資料保護法第41條參照：「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益，而違反第六條第一項、第十五條、第十六條、第十九條、第二十條第一項規定，或中央目的事業主管機關依第二十一條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」

2 個人資料保護法第19條第1項參照：「非公務機關對個人資料之蒐集或處理，除第六條第一項所規定資料外，應有特定目的，並符合下列情形之一者：一、法律明文規定。二、與當事人有契約或類似契約之關係，且已採取適當之安全措施。三、當事人自行公開或其他已合法公開之個人資料。四、學術研究機構基於公共利益為統計或學術研究而有必要，且資料經過提供者處理後或經蒐集者依其揭露方式無從識別特定之當事人。五、經當事人同意。六、為增進公共利益所必要。七、個人資料取自於一般可得之來源。但當事人對該資料之禁止處理

的不確定法律概念，立基於違反構成要件明確性要求的疑慮，個資法中的刑事責任規定實有「難以治癒的違憲缺陷」[3]。誠然，若是將觀察的視野加以延伸，在此等刑事立法瑕疵理解的側面，或可說正是相關批判論述對於2010年個資法大幅度修法後，本法所內蘊的「結構性困境」的質疑；亦即，從個人資料蒐集處理利用的相關免責條款所呈現出，諸如「增進公共利益」、學術研究需求等規範內容寬鬆空泛的例外事由取代當事人同意的立法傾向來看，關於個人「資訊自決權」乃至植基於「資訊隱私權」所衍生的資訊保護義務等本法所揭示的「人格權」保障實質內涵，實有因此遭到架空的疑慮[4]。如此一來，本法有關侵害個資的處罰規定，看似以個人的人格權保障為實質內容，實則有如僅是透過刑罰手段確保相關規範所表徵的抽象性公共利益，並且在相當程度法律效果（5年以下有期徒刑）的加乘下，本罪的立法可說是呈現出嚴罰化、重罰化的傾向。

只是，回歸刑法解釋論的問題範疇，檢視違法侵害個資罪的規範模式在適用上是否會出現處罰範圍空泛化的現

或利用，顯有更值得保護之重大利益者，不在此限。八、對當事人權益無侵害。」

3 劉靜怡，不算進步的立法：「個人資料保護法」初步評析，月旦法學雜誌，183期，2010年8月，頁161-162。

4 劉靜怡，同前註，頁151-156；同旨：邱文聰，從資訊自決與資訊隱私的概念區分——評「電腦處理個人資料保護法修正草案」的結構性問題，月旦法學雜誌，168期，2009年5月，頁181以下。

象，則問題的核心或許並不在於如上開立法批判所示，有關違法性判斷的「明確性」與否；質言之，個人資料蒐集處理利用的免責條款所涉及的適用問題，終究是相應於個案具體狀況的利益衡量判斷標準應如何作成一事。反之，觀察的重點毋寧應置於作為劃定本罪處罰範圍的前提，亦即所謂的「侵害個資」行為類型應如何解釋適用之上。進一步言，若是扣除各種正當化事由的規範，則本罪所指涉的「侵害個資行為」態樣係由——(1)「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」；(2)非基於特定目的之蒐集處理利用（乃至國際傳輸）個人資料；(3)「足生損害於他人」——諸要件所組成，在(2)基本上已經由立法針對個人資料的「蒐集」、「處理」、「利用」諸行為加以定性的情況下[5]，有關本罪行為類型是否足以限縮處罰範圍的評價重點，就在於(1)與(3)要件的解釋態度。

關於(1)點，2020年12月9日作成的最高法院109年度台上大字第1869號刑事裁定（下稱「本件大法庭裁定」、「本件大法庭見解」），應可說是近年來代表性的司法解釋。要言之，針對本件提案法律問題——本罪規定中「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」要件之

5 個人資料保護法第2條參照：「本法用詞，定義如下：……三、蒐集：指以任何方式取得個人資料。四、處理：指為建立或利用個人資料檔案所為資料之記錄、輸入、儲存、編輯、更正、複製、檢索、刪除、輸出、連結或內部傳送。五、利用：指將蒐集之個人資料為處理以外之使用。六、國際傳輸：指將個人資料作跨國（境）之處理或利用。……」

「利益」，其內涵是否僅限於財產上之利益一事，本件大法庭見解作出了區分解釋；亦即，其將本罪所指涉的意圖要件，分別就「意圖為自己或第三人不法之利益——限於財產上之利益」，以及「損害他人之利益——不限於財產上之利益」兩種情形加以定性。

看似明確的司法決斷，實則不論從解釋手法乃至結論來看，本件裁定可說是突顯，甚或深化違法侵害個資罪在適用上的疑義。首先，姑不論在同一條文中就「利益」一語所指涉的文義是否能作出相異的解讀，僅就規範形式而言，在意圖損害他人利益的情形中，所謂未限定利益內容，亦即欠缺客觀內涵為基底的意圖要件，是否足以發揮明確化行為類型的功能？應可說是明顯的疑問。其次，值得注意的是，從本件大法庭見解的說明可知，在意圖損害他人利益的情形中，其之所以會有未限定利益的範疇乃至容許抽象人格利益損害的理解，有關個資法所揭示的人格權保障意旨即為重要的立論基礎之一。如此一來，不論是「人格權」，或所謂「資訊隱私權」、「資訊自決權」等理解，基於本罪保護法益內涵的高度抽象性質，在一有違反個資法相關規定的侵害個資行為即足以表徵個人人格、隱私等各式抽象「利益」受到損害的解釋傾向引導下，則此處「損害他人利益」的意圖要件概念的空洞化疑慮自不待言，事實上，作為行為的危險表徵，有關本罪「足生損害於他人」之要件（上述(3)），在學理上亦可見所謂無用化之批判。（詳後述）

因此，從行為類型明確化的疑義出發，最高法院109年度台上大字第1869號大法庭見解雖然是以違法侵害個資罪中，有關意圖要件所指涉「利益」的範疇作為解釋對象，然則對於此一法律問題的理解，實與本罪保護法益的實質內容以及與之相應的法益侵害態樣內涵密不可分。進而，以本件大法庭見解的作成為契機，有關違法侵害個資罪在實際解釋適用上所可能衍生的行為類型概念內涵空洞化、判斷流於形式化等疑義，實有進一步加以檢視的必要。基此問題意識，以下，本文將從本件大法庭裁定作成的脈絡出發，對照現行判決實務對於「意圖」與「足生損害」等要件的解釋態度，呈現出其對於違法侵害個資罪行為類型的理解與適用傾向（貳、），藉由此等實務分析，除了勾勒出本罪在行為類型適用上的基本問題圖式之外，更進一步強化限縮解釋的問題意識與必要性；進而，本文試圖在檢討、定性違法侵害個資罪的保護法益內涵與侵害態樣的基礎上，探求行為類型的限定解釋方向（參、），並以之初步回應本件大法庭見解所突顯出，本罪在解釋適用上的基本課題（肆、）。

貳、違法侵害個資罪的實務現況概覽

一、從代表性見解出發——最高法院109年度台上大字第1869號刑事裁定

(一)本件提案法律問題與相關見解

最高法院針對本件提案法律問題——個人資料保護法

第41條所定「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」中之「利益」，是否僅限於財產上之利益？——經評議後認採為裁判基礎之見解具有原則重要性，裁定至大法庭進行審理。於此，簡要歸納本件提案法律問題的肯否對立見解內容如下[6]。

首先，〔肯定說〕見解的論據在於：

第一，依2015年修正後之現行個資法第41條所示，舊法未附加意圖要件的侵害個資行為類型（舊法第41條第1項）已經刪除，而原本以「意圖營利」為要件之侵害個資行為類型（舊法第41條第2項），其意圖要件之文字內容則是修正為「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」[7]，此等修正內容顯有限縮處罰範圍之用意。

第二，從修法歷程觀之，不論是依提案立委或是機關之說明所示，有關非意圖營利侵害個資之行為，原則以民事損害賠償、行政罰等救濟即為已足；其中，特別參照提案機關代表法務部之說明可知，基於於相關刑事法規已有規範足資處罰、避免刑事政策重複處罰等考量，該次修法即有意將非意圖營利侵害個資之行為加以除罪化。

6 最高法院刑事提案裁定109年度台上大字第1869號參照。

7 2015年修正前個資法第41條參照：「違反第六條第一項、第十五條、第十六條、第十九條、第二十條第一項規定，或中央目的事業主管機關依第二十一條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金（第1項）。意圖營利犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金（第2項）。」

第三，綜合上開修法要旨，非意圖營利侵害個資行為之處罰規定既經刪除，新法第41條規定中所指涉「利益」之內容即應予以目的性限縮，僅限於「財產上之利益」而不得擴及至侵害精神、人格等非財產利益之情形。

與此相對，在本件大法庭裁定明示擬採取的〔否定說〕見解則是認為：

第一，從修法歷程來看，行政院所提案之版本未為立法院司法及法制委員會之審查會所採納，審查會最終所通過者為立法委員之提案。從而，依審議過程中提案立委李貴敏的發言所示，立法者並未有意將此處「意圖」的內容限縮在「營利」，一如其發言中所舉交付仇家個資用以「借刀殺人」之例，此正是為了損害個資所有人利益而利用個資的情況。亦即，對提案立委而言，新法第41條意圖要件僅是在「用語上」參考刑法之規定，其所欲指涉之主觀內容，並不限於財產上之利益。

第二，新法既採立委提案版本之條文內容，在條項編排的理解上，應認為修法係將原居第1項之規定刪除後併為不分項條文，本罪所欲限縮處罰之對象僅在於「無意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」之情形，舊法第41條第1項規定的情形並未全部排除於本罪的處罰範圍。

第三，依個資法第1條所揭示之立法目的，違反個資法相關處罰規定之行為本質上即屬客觀侵害人格權之行為，「人格權」既為個資法所欲保障之法益，本法第41條

所定之「利益」內涵自當包括人格權，而非僅限於財產上之利益。

(二)刑事大法庭見解與部分不同意見

1.本件裁定內容要旨

觀察上述肯否見解之論理脈絡可知，二說所爭執之處，不外是立基於對修法歷程的相異理解，從而在修法意旨乃至規範目的上得出不同之解釋結論。對此，本件大法庭裁定最終採取了〔否定說〕之論述取徑，針對本件提案法律問題作出——**個人資料保護法第41條所稱「意圖為自己或第三人不法之利益」，應限於財產上之利益；至所稱「損害他人之利益」，則不限於財產上之利益**——所謂〔區分說〕的見解[8]。

進一步言，(1)本件大法庭裁定立基於前述〔否定說〕對於修法歷程的理解，亦即本罪修法所通過者係立法委員李貴敏提案之版本，以「**意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益**」為構成要件；如此一來，在新的立法模式中即存有兩種意圖型態。其中，(2)在「意圖損害他人之利益」的情形，行為人之目的在於造成他人之損害而非營利，參酌提案立委所舉借刀殺人之例，此一意圖型態既

8 關於「區分說」一語，詳參：薛智仁，最高法院109年度台上大字第1869號鄭永昌違反個人資料保護法等罪案件鑑定意見書，2020年10月23日，頁10以下，https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-12363-9d80a233921f49eb8979696b4630e548.html（最後瀏覽日：2022年6月8日）；同氏著，侵害個資罪之利益概念——兼評最高法院109年度台上大字1869號裁定，月旦法學雜誌，313期，2021年6月，頁70以下。

已納入新法第41條之構成要件，顯見立法者並未完全排除「非意圖營利」而侵害個資行為之可罰性。加以，(3)依個資法第1條所揭示之立法目的，本法係以人格權保障為內涵[9]，故此處的「利益」應不限於財產上之利益。另外，有關「意圖為自己或第三人不法之利益」的情形，從該條文用語係修正舊法第41條「意圖營利」而來，加上這樣的規範用語普遍使用於財產犯罪及經濟犯罪，此處利益的內涵自應限於財產上之利益。

2.反對意見的啟示

顯而易見的是，若是扣除有關探求「立法者真意」的篇幅，事實上支持本件大法庭見解的論據，或可說是僅在於所謂的「人格權保障」一事，亦即將個資法所揭示的立法目的進行再宣示而已（上述(3)）。值得注意的是，針對本件大法庭裁定就「損害他人之利益」不限於財產上之利益的解釋，在梁宏哲法官所提出的部分不同意見書中，應可說是進一步呈現出本件大法庭見解所可能造成的適用疑義。

關於此部分的論述[10]，歸納整理如下：首先，(a)違反

9 個資法第1條參照：「為規範個人資料之蒐集、處理及利用，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用，特制定本法」。

10 檢視本件部分不同意見書之構成，其主要包含：(1)個人資料保護法第41條之解釋；(2)比較法觀察；(3)依刑罰正當性原則所為的目的性限縮解釋等三大部分，基於行文便利，於此僅簡要說明(1)部分。梁宏哲，109年度台上大字第1869號裁定部分不同意見書，2020年，頁1-10，https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-12279-4d7ba3f430ac4a1e858a795b79f632a0.html（最後瀏覽日：2022年6月8日）參照。

個資法所規範個人資料之蒐集、處理及利用等行為在「本質上」即屬個人隱私（人格）範疇，若將違法侵害個資罪的主觀意圖解釋為包括人格權等非財產上利益，則因違反個資法相關處罰規定之行為本極容易合致此意圖要件，本罪的處罰範圍亦將大幅擴及至立法者原所不欲以刑罰處罰之範圍，違反限縮刑罰範圍之修法意旨。其次，(b)違法侵害個資罪之意圖要素若包括非財產上利益，則非意圖營利而違反個人資料保護法相關規定者，除了刑事法上相關處罰規定的適用，亦可能因違犯本罪而科處刑罰，而有刑罰過苛或恣意入人於罪等問題。最後，(c)從過往的實務適用狀況來看，諸如輕罪遭判刑或是相類似案件卻認定不一致等情形，關於本罪「損害非財產上之利益」的適用，將導致事實認定與法律操作上的困難。如此一來，本件大法庭裁定雖統一法律見解，但在未就如何認定非財產上利益損害劃定明確之判斷標準的情況下，實將造成實務判決在個案適用上更加分歧之困境。

(三)本件見解之意義——以本案之適用為例

一如前述，本件大法庭裁定在司法判決實務操作上，固然具有統一法律見解的指標性意義。然則，誠如部分不同意見書所指摘，若採取本件大法庭見解所作成的解釋方針，所謂以包含人格權在內、「不限於財產上之利益」為內容的損害意圖要件，從不論是明確化侵害個資行為的類型（上述(a)、(c)）、充實化本罪之不法內涵（上述(b)），進而限縮本罪的處罰範圍等面向來看，有關本要件

是否能發揮其應有的實質機能，應可說是顯而易見的疑問。在進一步檢視這樣的適用疑義之前，於此，首先藉由本件提案法律問題的形成脈絡，觀察本罪意圖要件的內容依僅限於「財產上之利益」與否，在個案實際解釋適用上所呈現的差異。

依原判決所示，本案之基礎事實為——被告A與告訴人X（A之胞兄）為家族祖厝之共有人，於X受保險公司向法院聲請強制執行查封拍賣該建物之另案中，A因依法向法院聲請閱卷而取得保險公司對X之債權憑證、強制執行分配表、股票集保查詢報表等資料；其後，A將該等資料交付予B（A之兄），再由B將上開資料寄送給同親族之C與D。[11]

關於本件A所涉及揭示X財務狀況相關資料之行為，一審屏東地方法院107年度訴字第363號判決基於：(1)債權憑證、強制執行分配表、股票集保查詢報表等資料係涉及告訴人財務狀況之個人隱私資料；(2)本件被告A刻意揭露告訴人個人資料之行為，主觀上已有損害告訴人利益之意圖；(3)該行為亦使B、C、D等人知悉告訴人之個人資料，而足生損害於告訴人之「自主揭露資訊權利」，認定本件侵害個資行為之構成要件該當性。進而，本判決在被告利用個資之行為，顯已逾越因閱卷所取得之特定目的範圍，且不符合個資法第20條規定中，得為特定目的外使用之各

11 屏東地方法院107年度訴字第363號判決參照。

款例外情況下，評價行為之違法性而將本件依違法侵害個資罪論處。

本案業經上訴，針對(2)點，本案辯護人主張被告主觀上並無損害告訴人利益之犯意一事，二審臺灣高等法院高雄分院108年度上訴字第344號判決進一步補充說明指出，參酌個資法所保護者非僅止於財產上之利益，並及於個人之人格權，違法侵害個資罪條文規定中之「損害」，自應包括人格權而非僅限於財產權；基此，本件系爭之個人資料既涉及告訴人財務經濟狀況之隱私，該隱私係屬於「個人資訊隱私權，為人格權之一部分」，則被告未經同意且無合法或適當權源將系爭資料交付予文件無關之訴外人，即難謂其主觀上無損害告訴人人格權上之利益。最終，本案經上訴三審並提案至大法庭統一見解後，最高法院109年度台上字第1869號判決即依循本件大法庭見解的脈絡，肯認原審的判斷而駁回上訴。

值得注意的是，針對前述B將本件X之個人資料寄送給C、D是否構成侵害個資行為一事，在以B作為被告的另案歷審判決中則出現過不一樣的評價。進一步言，有別於上開判決認定的方式，在該案二審臺灣高等法院109年度上訴字第931號判決中，則是在限縮本罪處罰範疇的修法脈絡下，基於違法侵害個資罪的意圖要件，其所指涉「利益」的內容應在於「財產上之利益」的理解，本件被告B將系爭資料交寄之行為，固然侵害告訴人X之隱私權而足生損害，但以本件所涉及家族成員間財產糾紛的個案情境

——被告因與告訴人間之糾紛、私怨及不滿C、D於另案所為之證述——而言，該等揭露告訴人系爭個資之行為，實難以作為論斷被告B主觀上具有為自己或第三人不法之利益或損害他人利益意圖的基礎，進而作出無罪判決。

從本件基礎事實所涉及的本案與另案判決脈絡來看，首先，一如本案（被告A）歷審判決經緯所示，關於侵害個資行為類型的判斷，判決可說是在系爭資料確屬於個資法上之「個人資料」的基礎上，認定本件隱私侵害的態樣；易言之，對於判決而言，若系爭揭露個資之行為本身即足以表徵對於隱私的侵害，則不論是損害（人格）「利益」的主觀意圖，乃至行為是否足生損害一事，實難想像會有相異的理解可能。就此點觀之，本件大法庭裁定的作成，毋寧可說是進一步確認與強化這樣的判斷傾向。與此相對，在另案（被告B）中，雖然二審判決以「財產上之利益」作為主觀意圖要件內容的理解方式終究未得到最高法院的認可[12]；然而，該判決的判斷方式卻適足以呈現出，在當前的實務判斷框架下，與隱私乃至人格利益有別，所謂損害「財產上之利益」的意圖，或可說是提供了限縮本罪適用範圍的可能性。質言之，在一有（形式上）侵害個資行為即足以表徵實質法益侵害態樣的實務理解基

12 本件另案二審判決經最高法院110年度台上字第79號判決依「本條所稱『損害他人之利益』中之『利益』，並不限於財產上之利益。此為本院最近之一致見解」，系爭判決與此最高法院一致見解意旨相違背為由撤銷發回後，更一審臺灣高等法院110年度上更(一)字第34號判決依循本件大法定裁定意旨駁回上訴，維持原審判決有罪之認定。

礎上，諸如本件所涉及以提示系爭個人資料的方式釐清家族糾紛、誤會等與行為相關的個案情事[13]，方有因此在實際的解釋判斷上納入考量的餘地，從而使本罪之意圖要件產生實質操作的可能。

二、在本件大法庭裁定之後

承接前述，不論是行為類型判斷上的形式化，乃至其所造成處罰範圍的空泛化，本件大法庭裁定在看似統一實務法律見解的同時，實則亦突顯出違法侵害個資罪在實務適用上所可能形成的解釋疑義。基此，以下分別從本罪行為類型中，有關意圖「損害他人之利益」以及「足生損害於他人」二要件的判斷傾向，進一步考察實務判決對於此一問題意識的態度。

(一)觀察點1：意圖「損害他人之利益」之具體態樣

首先，本件大法庭見解所揭示，所謂「不限於財產上利益」的侵害內容，應可說是當前判決實務對於本罪意圖要件的主要理解方式，基於「損害他人之利益」意圖的侵害個資行為亦可說是常見的成罪類型。只是，檢視相關判決論述即不難發現，對於多數判決而言，此處「不限於財產上利益」一語所指涉的內涵，無異僅是既成犯罪事實的描述，甚而與本罪「足生損害於他人」要件的理解相連

13 依本件上訴意旨所示——「上訴人僅將資料給相關民事紛爭而有利害關係之家人，用來解釋共有之房屋為何遭到拍賣，以釐清家族對其誤會，並無任何營利行為，告訴人鄭○泰亦未因此受有財產上之損害……」最高法院109年度台上字第1869號判決參照。

動。進一步言，不論是侵害個資行為本身所涉及的隱私權或其所表徵的「人格」利益[14]，或是行為所涉及的其他特定犯罪所表徵的不利益[15]，乃至有如整體犯行所表徵（而無須多作說明）的不利益等[16]，均成為實務判決對於被告主觀上具有「損害他人之利益」意圖的描述方式。

以常見的「網路公審」案例類型為例，針對這類在網路上發表相關指責言論的圖文訊息內容中同時含有特定對象個資之情形，諸如：在言論內容涉及勞資及債權債務糾紛私怨的臺中地方法院109年度訴字第904號判決（〔案例

14 基隆地方法院109年度訴字第545號判決參照：「本件被告未經告訴人之同意，擅自將上開關於告訴人為性行為及身體隱私部位內容之照片傳送給證人潘○豪及湯○琇，雖未取得任何財產上之利益，然其所為，造成告訴人精神上受到莫大之痛苦，顯已損害告訴人之人格利益，至為明確」（黑體、底線為筆者所加，下同）。

15 新北地方法院109年度訴字第971號判決參照：「……（最高法院大法庭109年度台上字第1869號裁定意旨參照）。本件被告未徵得告訴人王○山等5人同意，擅自取得告訴人王○山等5人105年度之綜所稅各類所得及本人財產資料清單等財務情況資訊，其蒐集此等個人資料目的，在於後續不法使用，俾利冒用告訴人王○山等5人名義向玉山銀行申辦信用卡，核屬非法蒐集、利用個人資料，足以生損害於告訴人王○山等5人無疑，是被告此部分所為，亦係犯個人資料保護法第41條之違反同法第19條第1項、第20條第1項之非公務機關非法蒐集、利用個人資料罪」。

16 臺中地方法院110年度訴字第27號判決參照：「……（最高法院109年度台上字第1869號判決意旨參照）。章○駿因不滿廖○港未依先前在竹林雅緻汽車旅館930號房所商討之結果償還債務，遂至『港動吃鍋火鍋店』外張貼討債文宣，並刻意指名道姓、附上廖○港之照片，使觀看該討債文宣者認為廖○港債信、經濟狀況不佳，且可能因此使廖○港受到他人指指點點，揆諸上開實務見解，縱然廖格港實際上未受有財產上之損害，仍無礙於章書駿主觀上意圖損害廖格港利益之認定。」

1.〕）事例中，判決在援引大法庭見解之基礎上，指出本件揭露個資之行為係「侵害告訴人之資訊隱私或自決權，損害告訴人非財產上利益之人格權」，肯認被告具有損害他人之利益之不法意圖。又或者，一如新北地方法院109年度訴字第444號判決（〔案例2.〕）所示，著眼於被告所傳述之言論內容足以貶損告訴人之名譽一事，本件判決即肯認被告「其具有損害告訴人利益之意圖至為明確」。最後，在桃園地方法院110年度桃簡字第526號判決（〔案例3.〕）事例中，判決雖然肯認被告所發表之言論內容未達誹謗程度，其仍指出——「佐以於『爆料公社』Facebook社團頁面所發表之文章，遭指明或影射之人或事，往往係帶有負面評價，此為眾所皆知之事，而從被告所發表之文章中含有『麻煩出來面對，別一閃再閃』之文字，亦隱含告訴人遇事不願處理、刻意逃避之意（尚未達誹謗程度），亦堪認被告實有侵害告訴人之利益之意圖」（楷體、底線為筆者所加）——在無從依判決文脈得知判斷基礎的情況下，或許只能從個案犯行內容中，衍生出其對於「不利益」（例如具有「負面評價」性質的言論）的理解。

值得注意的是，相對於這種積極成罪的判斷傾向，近來亦開始出現少數判決，在本件大法庭裁定的脈絡下採取限縮解釋的態度。

首先，在新北地方法院109年度訴字第952號判決（〔案例4.〕）事例中，針對本件被告於臉書公開頁面上

揭露告訴人X、Y等2人之真實姓名及照片，並為文指摘告訴人等均對X之岳母不聞不問一事，判決在揭示前揭大法庭裁定意旨之後，進而指出——(1)立基於限縮解釋之立場，個資法第41條所稱之「損害他人之利益」，應限定在個人之資訊隱私及自主權利益「以外」之生命、身體、自由、名譽或財產等利益損害[17]。(2)在行為人意圖之判斷上，應從個資非法使用行為可能造成的效果來觀察，而不是從行為人個資使用以外，所另行發表的言論內容來解讀——從而，在本件涉及家族糾紛的個案情境中，判決基於被告所揭示的照片內容不足以產生損害告訴人等名譽之效果，加以告訴人等主觀上並未感到名譽受損；亦即，在排除「資訊自決權或資訊隱私權」作為損害他人利益之內涵，並且實質上無名譽利益受損的情況下，本件判決即否認被告具有損害他人利益之意圖。

類似的事例，在高雄地方法院109年度訴字第517號判決（〔案例5.〕）中，本件被告於臉書公開頁面張貼含有

17 新北地方法院109年度訴字第952號判決參照：「……然本條所稱『損害他人之利益』中之『利益』包山包海，以本罪法定刑為『5年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金』，應採限縮解釋，始符合立法者顯有意限縮非法使用他人個人資料之刑事處罰範圍之立法意旨。故本院認為『損害他人之利益』係指個人之資訊隱私及自主權利益『以外』之生命、身體、自由、名譽或財產等利益損害，不包括『資訊自決權或資訊隱私權本身』，否則違法公開他人個人資料之行為，本身即有損害個人資訊自主決定權之意圖，立法者何須增加2個意圖型態之構成要件。又上開限縮解釋並未與前開最高法院刑事大法庭之見解相違背，而是在該見解所謂『不限於財產上之利益』的解釋外，進一步排除『資訊自決權或資訊隱私權本身』而已……。」

告訴人Z之相片、生日等個人資料，並寫下具有妨害告訴人名譽意涵之文字訊息；在系爭揭露個資行為是否出自於被告基於「損害他人之利益」意圖的判斷上，判決同樣在揭示前述大法庭見解意旨之後，將此處意圖之不法內涵，限縮在追求損害個人資訊隱私權或個人資訊自決權以外之其他利益一事。關於此點，歸納本件判決理由可知：(1)在意圖犯規定之類型中，依行為人之內心意向，其意圖內涵可區分為「並非針對法所規定之法益侵害」以及「涉及法所規定之法益侵害本身」二種型態；其中，在前者的情形，除了特定法益侵犯之外，尚必須具有特別可責性及危險性之動機。(2)在現行個資法第41條規定的情形中，一般而言，行為人在違反個資法相關侵害個資行為的規定時，客觀上已足造成對個人資訊隱私或個人資訊自決權之損害，行為人對此主觀上亦有所認知；基此，應認為當行為人係以侵害個人資料作為侵害其他利益之手段時，此等侵害個人資訊隱私權或個人資訊自決權之情形，必須提升至具有主觀不法或可非難性之程度，亦即在行為人以追求損害其他利益為目的時，方有處罰之必要。進而，在被告本件行為係出於保護自身合法權利的個案情事理解基礎上[18]，本案即難認被告有損害告訴人之個人資訊隱私權或個人資

[18] 高雄地方法院109年度訴字第517號判決參照：「被告本件張貼之告訴人個人資料及所附文字內容，可知被告係針對其遭到告訴人不法騷擾行為而發，意在說明告訴人對其騷擾之情節，用以公開澄清其在網路上受到告訴人散播個人資料及不實言論內容，足認其行為目的係為自清、保護自身權利，非以不法損害告訴人為目的……。」

訊自決權之外，所謂侵害「其他利益」之主觀意圖。

(二)觀察點2：對於「足生損害於他人」要件之理解

其次，在一有違反個資法相關侵害個資行為之規定即足以侵害他人資訊隱私權或資訊自決權的理解基礎上，實務判決對於本罪「足生損害於他人」要件的判斷，諸如使用「資訊隱私權或自決權」、「隱私利益」、「人格利益」乃至其他犯行的相關修辭，甚或是直接以「足生損害」一語帶過等描述方式，同樣可說是呈現出有如自不待言般的形式化傾向。

關於此點，例如，在彰化地方法院109年度簡字第1407號判決（〔案例6.〕）事例中，針對本件被告於前女友所工作養生會館之臉書公開專頁上留下——「99（按：該女於該會館工作之編號）是西元1979，民國68年次，哪裡年輕了，都41歲了」之文字訊息一事，判決即（不附理由地）肯認被告上開揭露含有出生年份之文句供不特定多數人觀覽的行為，已足生損害於被害人。又如，在士林地方法院110年度審簡字第283號判決（〔案例7.〕）事例中，擔任公司秘書之被告於醫院網路掛號系統輸入該公司老闆及其配偶之身分證統一編號、生日等個人資料，藉以冒名向醫院掛號心理衛生科；基於本件被告係利用他人個資行為以偽造乃至行使（準）私文書的理解，判決認定被告行為——「使耕莘醫院掛號系統誤認告訴人、被害人各有掛號申請之意思，影響其2人正確就醫及不特定多數人掛號排序先後之權利，足生損害於告訴人及被害人」，肯

認本件行為的足生損害態樣。最後，在宜蘭地方法院110年度簡字第76號判決（〔案例8.〕）事例中，本件被告因為替X處理個人事務，從而知悉X與其子Y之身分證統一編號、出生年月日、聯絡電話及戶籍地址等個人資料，嗣因本件被告懷疑X有違法領取社會補助之情形，遂將X、Y二人之相關個人資料，以電子郵件方式寄送至新北市政府社會局局長信箱；對此，判決僅在重申被告利用個資之行為已違反個資法相關規範的情況下，肯認本件被告之行為已足生損害於X、Y二人。

值得注意的是，有別於上揭主流的解釋態度，在判決實務中並不是沒有出現過進行實質判斷的嘗試。在雲林地方法院110年度訴字第22號判決（〔案例9.〕）事例中，針對本件具有公務員身分之被告所涉及，將含有個人姓名資訊在內的公務上應秘密資料洩漏給特定人之侵害個資行為，是否該當本罪足生損害要件一事，判決基於——(1)本罪使用「足生損害於他人」作為犯罪構成要件，故其在罪質上係屬於具體危險犯，從而，(2)對於具體危險的證明及判斷應以行為當時之各種具體情況以及已經判明的因果關係為根據，用以認定行為是否具有發生侵害法益的可能性；亦即，本罪必須有積極之事證以證明具體危險之事實，「而非僅以籠統之抽象危險理論，即可以該罪相繩」——等理解，在本件欠缺足以證明被害人等有因為個人資料遭無故蒐集、利用而受有不利影響之相關事證或客觀情

狀的情況下[19]，否認系爭利用個資行為該當足生損害於他人之要件。

三、小　結

總結上述實務現況的考察，首先，本件大法庭裁定針對個資法第41條違法侵害個資罪中，作為意圖要件內涵的「利益」概念進行了區分解釋；其中，在意圖「損害他人之利益」的情形，著眼於個資法所揭示的人格權保障意旨，此處所指涉之利益係以包含人格權在內，所謂「不限於財產上之利益」為內容。進而，在大法庭見解的引導及強化下，不論是對於這種未限定內涵的意圖要件，或是「足生損害於他人」的行為要件，判決實務在本罪行為類型的適用上，即呈現出以——(1)侵害個資行為所表徵的人格、資訊隱私、資訊自主等利益（〔案例1.〕、〔案例6.〕）；(2)侵害個資行為的伴隨犯行（〔案例2.〕、〔案例7.〕），甚或是(3)整體犯行所表徵的不利益（〔案例

19 雲林地方法院110年度訴字第22號判決參照：「查漢光重劃案於107年3月份完成土地分配作業，漢光段60地號土地已於同年月13日登記予林○霓、陳○政，嗣經移轉、分割後，由被害人乙○○、丙○○分別取得60、60-1地號土地等情，已如前述，被告固將前開漢光段60、60-1地號所有權人異動之資訊告知鄭○俊，主要目的係因丁○○之請託，雙方也僅只於談論實價登錄價格之內容，並未有任何欲加損害於乙○○、丙○○之言論，足徵被告前揭所為，主觀上並無損害乙○○、丙○○之目的，況被害人乙○○、丙○○均陳稱其等對此事毫不知情（本院卷第92頁），卷內並無證據證明其等有因上開個人資料遭無故蒐集、利用而受有不利之影響，亦無相關事證或客觀情狀可證可能因此遭受不利影響之虞，自難認已該當足生損害於他人之要件……。」

3.〕、〔案例8.〕）——作為理解基礎，從而有如僅是對於既有犯行情狀加以描述般的形式化傾向。

參、分析檢討

一、實務現況所呈現出的解釋論課題

判決實務對於行為類型所呈現出的形式化適用傾向，毋寧也突顯出違法侵害個資罪在解釋適用上的難題所在。

首先，究其問題根底，不論是本件大法庭裁定乃至相關判決見解，無疑是建立在個資法所揭示以人格權保障為核心的立法目的，並以之作為本法保護法益的理解之上。亦即，對於判決實務而言，在違反個資法有關個人資料之蒐集、處理及利用等規定的情況下，此等「侵害個資」之行為既已足表徵諸如資訊隱私權、資訊自決權、隱私利益等「人格權」的侵害態樣，則不論是損害他人利益之意圖，或是「足生損害於他人」等有關侵害個資行為的刑罰要件，在個案認定上即有如自不待言般的存在。

然而，這樣的理解方式，除了無法說明何以針對特定的違反個資法規定行為，在規範上會有行政罰與刑罰的不同法律效果[20]；在具體個案中，單就形式上違反個資法相關規定的行為本身，似亦難以說明行為所造成的法益侵害態樣與其危險內涵。以前揭〔案例6.〕的情形為例，姑不論本案所涉及具有「出生年份」的語句是否該當個資法第

20 個人資料保護法第47條、第48條參照。

2條所欲指涉，所謂足以識別特定個人之資料[21]；事實上，從判決肯認揭露他人「年紀」之行為亦能評價為具備法益侵害內涵一事觀之，不論是個人之資訊隱私權、資訊自決權乃至其所彰顯的「人格利益」等有關本罪保護法益內涵的理解，應可說是極度抽象而難以作為侵害個資犯罪行為態樣的解釋指引。也因此，一如〔案例7.〕所示，在利用個資行為作為偽造文書犯罪手段的情形，此時有關侵害個資行為「足生損害」態樣的理解，實有隨著侵害個資行為所同時成立的犯罪類型而置換的疑慮。進而，在〔案例7.〕及〔案例8.〕中，從不論是已輸入特定文書系統，或是基於檢舉目的交予特定人士等個案情事來看，在系爭個資已無進一步傳遞、擴散乃至不當利用可能性的情況下，相關利用個資行為是否仍可評價為足以產生諸如「使個人資訊流露在外風險」的損害態樣[22]？

同樣的，檢視前揭少數見解所提示的回應策略亦不難發現——首先，在本件大法庭裁定所劃設的論述架構下，亦即將本罪「損害他人之利益」意圖所指涉的「不限於財產上之利益」內容，進一步排除所謂「個人資訊隱私及自

21 個人資料保護法第2條參照：「本法用詞，定義如下：一、個人資料：指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。」

22 以個資在外流竄、遭不當利用等「風險」一語描述本罪足生損害概念之實務見解，例如：桃園地方法院110年桃簡字第526號判決、新竹地方法院110年度竹簡字第263號判決等參照。

主權」利益的見解（〔案例4.〕、〔案例5.〕），或可說是相對穩健可行的妥協作法。質言之，這樣的解釋手法，至少在形式上維持住「構成要件故意」與「主觀意圖」的論理區分，從而使本罪的規範結構在理解上不至淪於有如「意圖損害他人資訊隱私及自主權而故意侵害他人個資」般的荒謬。只是，這樣僅著眼於形式區分的理解方式在論理上自無法說明，何以只要是個人資訊隱私及資訊自主權等利益「以外」，所謂包含了生命、身體、自由、名譽或財產等其他利益，均可作為本罪對於行為人主觀意圖的要求？關於此點，論者或有認為，若將本罪意圖要素的「利益」概念限於財產利益，卻排除價值更高的其他非財產利益，顯然會造成輕重失衡而「抓小放大」的適用效果，亦即，著眼於透過侵害個資所進一步引發的其他利益侵害，意圖侵害非財產利益的侵害個資行為應該更加值得處罰；並且，此一解釋結果亦符合提案立委在修法討論中所表達，處罰為了尋仇而洩漏個資的想法[23]。

姑不論「提案立委」對於處罰的想望能是否足以作為判斷解釋合理性的指標，這樣一個有如為特定立委發言尋找論理上正當基礎的解釋方式，無異也將導出以「其他利益侵害」作為本罪所欲評價的行為侵害態樣，亦即以其他伴隨犯行的法益侵害可能性作為「侵害個資」行為處罰基

23 薛智仁，本件鑑定意見書，同前註8，頁12-13；薛智仁，侵害個資罪之利益概念——兼評最高法院109年度台上大字1869號裁定，同前註8，頁71-72參照。

礎的結論；如此一來，本罪所謂的「資訊隱私權或資訊自決權」保護法益，實有如僅是作為合理化前置處罰其他伴隨犯行（一如〔案例3.〕中「尚未達誹謗程度」的名譽侵害）的說辭而已。退步言之，縱或要以資訊隱私以外之其他利益的侵害意圖作為本罪行為類型化的指標，論理上即必須說明，在侵害個資的情況下所伴隨引發的其他利益侵害類型與其發生的必然性；至少，有關此一侵害的實質內涵，實無法僅建構在違法侵害個資行為必然出現人格權、資訊隱私權或資訊自決權等法益侵害態樣的形式理解基礎之上。

其次，在法益侵害的危險情事必須依個案實質檢證的實務論述立場脈絡下，將違法侵害個資罪的罪質定性為具體危險犯的見解（〔案例9.〕）固然有其值得參考之處。只是，單從規範形式上有「足生損害於他人」一語，顯然無法證立本罪作為具體危險犯的理解基礎；事實上，一如相關學說所示，依照足生損害要件究係指涉行為類型的危險適性，抑或是行為所造成的危險狀態等相異理解，本罪的罪質即分別有從抽象危險犯及具體危險加以定性的可能[24]。更重要的是，不論是依何種理解方式，若是試圖從危險犯的概念出發掌握本罪之罪質，則有關本罪保護法益

24 對照觀察，詳見：徐育安，個資風險與刑事立法——個資保護新法的疑義及其檢討，全國律師，17卷4期，2013年4月，頁21-22；潘怡宏，論個資法第41條第1項違法侵害個資罪之保護法益，收於：甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（下冊），2012年4月，頁549。

的性質，就成為論述上所無法迴避的問題。進一步言，有別於以個人法益犯罪為中心的實害犯，以國家法益、社會法益犯罪類型為主要規範對象的危險犯，毋寧是以危險所及範圍的廣泛、侵害對象的多數等法益侵害特性與相應的保護必要性，作為其處罰前置化立法手段的正當性基礎[25]。如此一來，單從所謂以個人人格利益為核心內涵的資訊隱私權或資訊自決權等保護法益理解，是否足以說明違法侵害個資罪作為危險犯的不法內容？又或者，縱或是在個人法益犯罪類型的理解脈絡下，本罪藉由「足生損害」要件所表徵的危險內涵以及侵害態樣究何所指？易言之，在法益內涵形式化、抽象化理解的情況下，有關本罪罪質的定性同樣無法進行有意義的說明。

藉由上述實務現況的考察，應可初步勾勒出違法侵害個資罪在解釋論上，有關行為類型要件形式化，以及其所突顯出不法內涵空洞化等疑義傾向與基本問題圖式；同時，檢視少數判決見解提示的回應策略亦可知，僅著眼於個別要件在規範形式上的意義，並無法充分回應此一植基於法益內涵抽象化理解所衍生的問題結構。基此，作為問題解構對策的原點，以下將嘗試重新檢討違法侵害個資罪的保護法益內涵與其相應的侵害態樣，藉此探求行為類型

25 井田良，危険犯，法学教室，369号，2011年6月，頁76以下；李茂生，論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念（下）——兼評最高法院99年度台上字第3048號判決，法令月刊，63卷3期，2012年3月，頁20-21參照。

的限定解釋方針。

二、解釋原點——關於違法侵害個資罪的保護法益與應罰性界限探問

(一)作為保護法益的「個人資訊自決權」——概念基礎的考察

一般在論及個資法之保護法益時，從該法第1條所揭示的人格權保障意旨出發，即便論述細節稍有不同，以「資訊隱私權」或「資訊自決權」作為此處人格權所指涉的實質內涵一事，應可說是當前普遍的理解方式[26]；同樣的，關於違法侵害個資行為的刑法保護法益，論者或有在憲法對於人格權、資訊隱私權、資訊自決權等基本權保障的考察基礎上，著眼於資訊隱私概念的消極面向與「自主決定權」所彰顯的人格權核心概念，將個資法第41條違法侵害個資罪之保護法益定性為個人的資訊自決權[27]。

誠然，立基於刑法人權保障機能的觀點，個人資訊自決權既屬於依憲法基本原理所能普遍肯認的人權內涵，以之作為刑法上的保護法益一事，或有足以證立的規範基礎。只是，僅訴求憲法上的制高點，並無法合理說明相應刑事立法手段的正當性；退步言之，縱或確認個人資訊自決權具有值得以刑罰保護的價值，作為其相應犯罪類型態

26 李震山，「電腦處理個人資料保護法」之回顧與前瞻，中正法學集刊，14期，2004年1月，頁40-49；劉靜怡，同前註3，頁151；邱文聰，同前註4，頁174以下。

27 潘怡宏，同前註24，頁540-543參照。

樣的設計前提，在應罰性界限的理解基礎上，此處所應探問的毋寧是——所謂「資訊自決權」的實質內涵又該如何加以掌握？關於此點，與其一再宣示個人對於涉己資訊具有積極性支配權利[28]，作為理解此一賦權的實質理由，於此，實有必要進一步將觀察視野延伸至個人資訊自決權所欲對應的外部環境，以及相應於外部環境變化而生的隱私侵害態樣。

首先，關於近代隱私權概念的變貌，論者指出，大抵可歸結為二次轉折、三個階段的發展歷程[29]。第一時期的隱私權概念，眾所周知，1890年由Warren以及Brandies二人所提出的「隱私權」一語，其所指涉的概念原點係個人在私領域中所具有的「獨處權利」（the right to be let alone），個人有拒絕他人介入私領域、自我管理涉己資訊不向外公開的權利；質言之，此時期的隱私權內涵應可說是一種「私生活秘匿權」[30]，而此一概念開展的契機係為了對抗當時社會上所風行，以煽情報導、揭露私生活為內容的「黃色新聞」（Yellow Journalism），亦即以言論自由所涉及的個人權利侵害作為基本問題意識[31]。

---

28 國內代表性介紹，詳參：李震山，論資訊自決權，收於：現代國家與憲法——李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，1997年3月，頁710以下。

29 山本龍彦，プライバシーの権利，ジュリスト，No.142，2010年12月，頁80以下參照。

30 同前註，頁80。

31 佐藤幸治，プライヴァシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察(一)——比較法的検討，法学論叢，86巻5号，1970年2月，頁34。

第二時期的隱私權概念，則是泛指1960年代所發生，有關「隱私權」概念的議論焦點，由固有的私領域、私生活的保護，轉向至與個人對於相關涉己資訊的自我控制一事，值得注意的是，此時期所指涉的「個人資訊自我決定權」，其內涵固然可定義為個人對於涉己資訊具有包括應於何時、何種方式向他人開示，以及開示範圍等各式積極支配權利；然而，深究其論述的問題意識，則是著眼於伴隨著電腦技術等科技開展，諸如竊聽器裝置的縮小化等監控技術高度進化的社會背景[32]。質言之，在科技監控技術開展而難以確保私領域資訊不被對外公開的脈絡下，此時期的個人資訊自我控制權的內涵，與其說是限制他人對於涉己資訊的接觸，毋寧是指涉以具有可視性人際關係為前提的「近距離」控制，亦即在建構特定人際關係時，個人有權決定其所欲隱藏或呈現的資訊[33]。沿此理解，論者更有主張，基於資訊自決、控制權所表徵的人格自律面向，對於形塑人際關係具有「直接影響」者，所謂與個人內在精神、身體特徵等相關連的基本資訊，方為具有保護價值的「固有隱私資訊」；反之，諸如翻閱電話簿即可查找得知的姓名、住所、電話號碼等個人資訊，則僅是單純的「外延隱私資訊」而與資訊自決權的保護內涵無涉[34]。

---

32 山本龍彦，同前註29，頁80-81。

33 山本龍彦，同前註29，頁81-82。

34 佐藤幸治ほか，佐藤幸治憲法学との対話〔討論〕，法律時報，82巻5号，2010年5月，頁55〔佐藤発言〕參照。

相對於前述兩時期所開展的概念，自1990年代後半開始，有關隱私權內涵在議論上所出現的轉所，則是由來於電腦、網路等技術的加速進展下，其所形構而成的高度資訊化，乃至與全球化相連結的社會背景；申言之，在高度資訊化的當代社會中，就算是姓名、住所地、出生年月日等所謂的外延性隱私資訊，又或者諸如移動、消費、通信等日常活動紀錄，透過資訊的積累、保存、檢索、分析等相關技術的運用，這類片斷性資訊即有被加以編輯、重組以描繪出特定個人形象的高度可能[35]。基此問題背景，第三時期的隱私權概念，亦即在面對高度資訊化社會脈絡下所指涉資訊自決權的概念內涵，已不再僅著眼於表徵個人私領域資訊遭到公開一事，而是指向個人對於系統本身的控制權，以如何應對蓄積大量個人資訊的系統、資料庫的建置與管理為問題意識[36]。進一步言，這種指向以資訊系統控制為內涵的資訊自決權，固然是與個人資訊電子化管理的危險性，特別是資訊外洩的可能性，乃至伴隨資訊外洩所衍生的具體「被害」可能性相關；然而，更重要的問題意識毋寧是，在系統「內部」，這類被集中管理且本身不具有表徵個人私領域意義的相關涉己資訊，會在什麼情境下被加以使用？亦即，透過相異資訊間的連結、檢索、解析所描繪出的特定個人形象，不論此一作為個人「分

35 同前註34，頁55〔佐藤発言〕；水谷雅彦，住基ネットとプライバシーの「危機」，法学セミナー，571号，2002年7月，頁42參照。

36 山本龍彦，同前註29，頁82。

身」的內容正確與否，均有隨著使用情境而造成人際關係的不利益狀況[37]。

總結而言，在高度資訊化的現代社會中，伴隨著電腦、資訊處理，乃至新興的人工智慧技術等科技的開展，不但消弭了作為隱私權理論基礎的公私區分界限，有別於過往以特定對象的監控、曝光其私領域資訊為主的侵害理解，被稱之為「資料庫監控」（dataveillance）的新型態隱私侵害態樣，則是在龐大的數位化資訊當中分析出特定群體或現象，乃至抽繹出特定個人的行動模式[38]；值得注意的是，關於這類隱私的侵害，往往是在本人無法察覺的情況下發生，原因固然是與資訊流通乃至資訊系統運作一事均難以由個人所掌握相關[39]，然而，身處自我人格形成與資訊系統高度依存的現代社會，個人在日常生活自發性地提交各式涉及資訊的同時，事實上，就已被納入以自動蒐集各式生活、行動履歷等資訊為內容的數據庫，以及相關資訊處理技術所形成的監控範疇之中[40]。

---

37 水谷雅彦，同前註35，頁42-43；山本龍彦，同前註29，頁82-83參照。

38 宮下紘，プライバシー・個人情報保護の新世代，駿河台法学，25巻1号，2011年9月，頁119。

39 同前註，頁120-121。

40 坪井雅史，現代の監視とプライバシーの限界，人文研究，181号，2013年12月，頁30-31；山本龍彦，同前註29，頁83參照。

(二)重新思考違法侵害個資罪——應罰性界限設定的難題

承上，在科技發展所衍生新型態隱私侵害態樣的問題背景脈絡下，賦予個人積極管理、支配、控制涉己資訊權利的主體地位一事，就概念本身而言，即被肯認係具有確保憲法核心價值的重要意義[41]。事實上，第三時期的隱私權概念，同樣展現在晚近個資保護規範的國際趨勢上，代表性立法適例即為2016年通過，於2018年正式生效的「歐盟個人資料保護基本規則」（EU General Data Protection Regulation, GDPR）；其中，有關「資料主體」（data subject）與「資料管理者及處理者」（controller and processor）之間諸種權利與義務關係的規範，甚或是「獨立監督機關」（independent supervisory authorities）的建置等規範內容，應可說是具體呈現出，這種指向以蓄積大量個人資料的系統為隱私侵害主體並與之相抗衡的賦權模式立法思維。

回到刑事法適用的問題範疇，礙於篇幅，於此無法細論比較法上對於侵害個資行為的刑事處罰一事，在規範設

41 曾我部真裕、山本龍彦，自己情報コントロール権をめぐって〔誌上対談〕，情報法制研究，7号，2013年12月，頁130-131〔山本発言〕參照。另外，對於「資訊隱私」權採取強烈批判立場的代表性憲法學者，則是直指所謂的資訊「自我控制權」在權利論的構成階段即已告失敗。阪本昌成，プライバシー保護と個人情報保護の違い——私法的保護か、公法的保護か，Nextcom，Vol.12，2012年12月，頁27參照。

計以及實際運作上所呈現出有如「象徵規定」般的謙抑態度[42]；僅就我國個資法中違法侵害個資罪的情形而言，在宣稱以「資訊自決權」作為保護法益的同時，作為本罪的罪質以及應罰性界限的討論前提，實無法迴避以下的問題。

首先，無可否認的，正是「資訊自決權」一語作為保護法益內容的不明確性與保護範圍曖昧性的疑慮。質言之，就權利的性質而言，相比於在區分個人私領域的前提下所開展，以消極性防衛權利為實質內涵的傳統隱私權概念，所謂以個人涉己資訊為對象的資訊自主決定與控制權利，一如GDPR所揭示，除了自主同意權的相關規定之外，資料主體尚具有包括「更正權」（Article 16）、「刪除權或被遺忘權」（Article 17）、「資料可攜權」（Article 20）等諸種權利內容，其概念內涵可說是具有積極性請求權的特質。同樣的，論者亦有指出，有關資訊的自主「控制」一事，大抵可從：(1)資訊開示範圍的選擇，以及(2)涉己資訊的參與（諸如個人資訊的開示、訂正、利用停止等請求權）等二個面向加以理解；特別是後者的情形，本質上有如是一種「確認」個資沒有被不當或違法處理的權利，二者均可說是帶有強烈的手段性質而欠缺固有的權利內容[43]。要言之，所謂「資訊自決權」概念的內

---

42 佐藤結美，個人情報の刑法的保護の可能性と限界について，刑法雜誌，56巻2号，2017年4月，頁170-174參照。

43 曽我部真裕、山本龍彦，同前註41，頁129〔曽我部発言〕參照。同

涵，或可說是在個人有權自主決定、同意涉己資訊開示程度的隱私權理解基礎上，延伸至其他關聯請求權的建構以確保此一主觀權利的有效性。如此一來，將這種以個人同意為核心的權利概念作為刑法的保護法益，除了一如「資訊主體不欲讓他人知悉者皆屬個人涉己資訊」的固有批判所示[44]，無從設定明確的保護範圍之外；事實上，若欲貫徹對此一主觀權利的保護，同樣難以說明作為保護對象的涉己資訊被限定在特定客觀事項的理由，進一步言，以「資訊自決權」作為刑法的保護法益，實無法從中推導出合理的可罰行為態樣[45]，最終將有如僅是針對單純違反表徵特定抽象權利的規定一事加以處罰。也因此，面對這種帶有積極意義的資訊隱私權利，相關論者或有認為其基本上依行政手段加以規制即為已足，或是僅限定在「敏感性資料」（sensitive data）的情形方有使用刑法手段保護的必要，對於刑法介入規範個人資料保護一事採取保守的

旨，論者更有認為這類資訊自主控制權利本身，實有以下缺點而難以採為一般原理：①「控制」僅是保護手段而非保護內容或權利本身；②資訊與資訊主體之間的關係多樣而難以類型化；③基於可以事前細部化設定權利內容的誤解；④在技術面上即無法確保「控制」的實效性；⑤過度傾向隱私權侵害防止的面向恐有阻礙資訊流通利用的疑慮；⑥實定法上的根據並不明確；⑦徹底強調控制面向即有質變為財產權（排他性）的疑慮，反而衍生更強的弊害。林紘一郎，「個人デ一タ保護」の法益と方法の再検討：実体論から関係論へ，情報通信学会誌，31卷2号，2013年12月，頁81-82。

44 阪本昌成，同前註41，頁27。

45 佐藤結美，個人情報の刑法的保護の可能性と限界について(5)，北大法学論集，67卷5号，2017年1月，頁30-31參照。

態度[46]。

與此相對，對於侵害個資行為入罪化一事表現出積極態度的我國立法現象，適足以說明這種植基於法益內容的不明確性所衍生，在應罰性界限設定上呈現出空泛化傾向的疑慮。關於此點，2010年個資法修正擴張個資保護義務的適用主體一事，應可說是重要的觀察指標；亦即，該次修法刪除原本「電腦處理個人資料保護法」對於「非公務機關」定義中所設定的行業類別[47]，將本法的適用主體擴及至公務機關以外之「自然人、法人或其他團體」（個資法第2條第7款），同時增修自然人在「為單純個人或家庭活動之目的」情況下蒐集、處理或利用個資之行為排除本法適用之規定（個資法第51條第1款）。

誠然，在高度資訊化的現代社會中，即便任何自然人均有能力透過簡易的電腦技術完成蒐集、處理或利用個人資料之行為，但是此等行為是否可以一概評價為具有侵害他人資訊隱私、自主控制涉己資訊的權利等個資法所欲保護的實質內涵？對此，論者即精確地指出——個人資料保護法制的建構主要仍在處理具組織性、系統性的資料蒐

46 平川宗信，刑法各論，1995年12月，頁259；佐伯仁志，刑法による情報の保護，收於：法システムⅢ——情報法〈改訂版〉，2006年9月，頁205。

47 個資法修正前之「電腦處理個人資料保護法」第3條第7款參照：「本法用詞定義如左：……八、非公務機關：(一)徵信業及以蒐集或電腦處理個人資料為主要業務之團體或個人。(二)醫院、學校、電信業、金融業、證券業、保險業及大眾傳播業。(三)其他經法務部會同中央目的事業主管機關指定之事業、團體或個人。」

集、處理或利用行為，如果在個案中過度聚焦在單一行為（特別是單一的資料「利用」行為），忽略行為人在資料蒐集、處理等階段，其實沒有適用、甚至沒有被期待應適用個資法（特別是履行相關告知義務）的客觀情事，在不當擴張個資法的打擊範圍同時，也侵蝕了其他法律的存在基礎；基此，在自然人非出於職業或業務目的，或有組織、系統性蒐集、處理或利用個人資料的情形，即使是在網路上針對不特定人散布含有他人個資的內容，仍有主張個資法中排除適用條款的空間[48]。

易言之，此一修法內容，與其說是「填補舊法對於個人資料保護不足的缺口」[49]，毋寧更突顯出有關行為類型實質內涵的問題意識。事實上，將現行個資法規範所表徵的「侵害個資行為」加以入罪化的結果，一如判決實務現況所示，僅是形式性地大量處罰少數特定人間「一次性」、「偶發性」的個人資料利用行為；其中間或有作為特定犯行手段或是前階段行為的情形，多數案件類型則是涉及單純（未得同意）曝光所謂「不欲他人知悉」之私領域資訊，以及其所衍生的特定人際關係糾紛。因此，若試圖為判決實務所呈現的適用現象解套，或許僅能從個人「保有免於受社會評價的自由領域」的隱私利益[50]（第二

48 劉定基，個人資料保護法，月旦法學教室，218期，2020年12月，頁65-66。

49 劉靜怡，同前註3，頁148參照。

50 佐伯仁志，プライヴァシーと名誉の保護——主に刑法的観点（4・完），法学協会雑誌，101巻11号，1984年11月，頁65。

時期的隱私概念）作為本罪的保護法益，並且在日後的解釋適用上，盡可能從既有的個人資料定義中區分出具有影響個人社會評價性質的部分，以避免處罰範圍過於寬泛的疑慮[51]。只是，這樣的作法，亦即將有形的私領域空間加以抽象化，代之以「個人同意」所表徵的一身專屬性與合理隱私期待一事，如前所述，其終究無法迴避植基於抽象主觀權利的法益內涵理解，以及其所衍生的行為類型化難題。

三、關於「違法侵害個資」行爲類型化要件的檢討——限定解釋方向初探

行文至此，應可清楚理解到，著眼於高度資訊化社會脈絡下所謂「資料庫監控」的新型態隱私侵害態樣，作為違法侵害個資罪所指涉的「資訊自決權」保護法益，其實質內涵係指向個人對於資料系統、資料庫本身的控制一事；同時，也由於不論是概念本身的抽象性，或是概念原點所突顯的手段性質，在作為刑法的保護法益同時，實更應該觀照行為類型所表徵的應罰性界限。

基此理解，首先，前述論者所提示，有關個資法所設定的行為類型應限定在所謂「具組織性、系統性的資料蒐集、處理或利用行為」，而排除一次性、偶發性等單一資料的「利用」行為一事，在以資訊系統控制為內涵的資訊自決權（第三時期的隱私權概念）脈絡下，這樣的說明應

51 以此方式作為立法論述者，佐藤結美，同前註45，頁34-36參照。

可說是為違法侵害個資罪的行為類型劃定提供一個適切的切入點。在此理解基礎上，接下來應探問的則是，有關本罪行為類型所設定的意圖要件，以及「足生損害於他人」要件，應如何與此等基本行為類型所表徵的法益侵害態樣相連結。

(一)主觀意圖要件的意義

關於本罪意圖要件的解釋，首先必須定性的是，在行為類型中加入意圖要件的實質意義，亦即其所被期待發揮的機能。

對此，論者或有著眼於主觀意圖要件與構成要件行為之間的關係，將刑法上的「目的犯」區分為——(a)行為本身與目的實現之間具有密切關聯性，以及，(b)目的本身改變行為的違法性質等二種類型[52]。在(a)的情形，不論是以後行為為目的（例如，刑法第195條「意圖供行使之用」而偽造通用貨幣）以及以結果為目的（例如，刑法第169條「意圖他人受刑事或懲戒處分」而為誣告行為）等犯罪類型，客觀行為遂行一事固然具有高度的法益侵害可能性，以及實現目的的高度危險性；然而，若是僅以該等行為本身作為處罰基礎，由於要件寬鬆極易成罪，勢將造成處罰範圍寬泛且不相當的現象，因此在這類客觀行為之上加入主觀意圖要件，正是藉此明確法益侵害的態樣以限縮

52 伊藤亮吉，目的犯における目的の内容，刑法雜誌，54卷2号，2015年2月，頁205以下參照。

處罰範圍[53]。其次，在(b)的情形，例如證券交易法關於操縱市場犯罪（同法第155條第1項第3款）之規定中，在「意圖抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格」的情況下，客觀的有價證券約定買賣行為方成為刑法上所評價的違法行為；又如在擄人勒贖罪（刑法第347條第1項）的構成要件中，則是透過「勒贖」的主觀意圖，表明其與剝奪他人行動自由（刑法第302條第1項）的「擄人」行為相異的犯罪內容與法益侵害態樣[54]。

總的言之，刑法上目的犯的立法設計，係藉由主觀意圖要件的添加，進一步明確化客觀行為的法益侵害態樣；也因此，對於此一意圖認識內容的理解，固然應超過客觀構成要件的範圍，更重要的毋寧是，有關此一超過部分的客觀事態是否足以回應行為類型明確化的要求。

基此，在違法侵害個資罪之情形，從不論是為了訴求行為人的惡性動機而僅是在「用語上」參考意圖犯的提案立委發言[55]，又或者是本件提案鑑定意見書所示，所謂「損害他人之利益」意圖將使「行為侵害資訊隱私權的主觀不法或可非難的程度隨之提升」的說明可知，本件大法

53 同前註，頁205。

54 同前註，頁206-207。

55 立法院公報第103卷第38期頁126-127參照：「**李委員貴敏**：……而我的建議是說，刑法上的意圖犯有專門的法條用語，所以我建議把刑法的用語放進去」、「**李委員貴敏**：……比如我很討厭你，也想對你尋仇，可是我不用自己去做，我只要知道誰可以做，就把你的資料給他即可。我覺得這樣子也不可以，因為有損害個資所有人利益的情況，因此也應該在處罰之列。」

庭見解的作成，或可說是建構在以加重處罰為導向而探求行為人內心動機的理解基礎上[56]。如此一來，一如實務現況所示，縱或肯認單純違反個資法規定的蒐集、處理或利用個資行為具有一定程度的法益侵害可能性，在意圖要件訴諸行為人主觀惡性一事，也使所謂用以表徵行為與法益侵害之間具有密切關聯的客觀事態失去判斷可能，僅流於伴隨犯行乃至整體犯行的修辭。

與此相對，關於本罪意圖要件的解釋，不論是立基於上述(a)或(b)的理解，作為本罪的行為類型，若欲探求與個資法所欲規範的具組織性、系統性的資料蒐集、處理或利用行為密切關聯的客觀事態，著眼於在高度資訊化的當代社會中，諸如大量資訊持有者蒐集、銷售用戶個人資料的「資訊貨幣化」經商模式[57]，又或如伴隨金融科技開展，以個人財務狀況、過往交易紀錄等資訊進行分析剖繪以提供客戶最佳金融商品與服務等授信管理技術等現況[58]；基於商業目的趨動有組織、有系統的蒐集、處理或

56 就此點而言，本罪的意圖要件或有理解為罪責加重事由的可能，然而，必須指出，姑不論在形式上，本罪的規範組成與一般在特定犯罪之後，以「意圖營利」作為加重處罰條款的情形有別；就不法的實質內涵而言，針對欠缺可罰性的行政不法行為（違反個資法相關規定的行為）之上所添加的意圖要件，實無法僅從行為人的「主觀惡性」出發，說明本罪作為獨立犯罪類型的基礎。

57 Roger Bootle著，陳珮瑜譯，AI威脅——未來是演算法決定剝削你？，2020年12月，頁269-270。

58 堀内進之介，予測アルゴリズムに基づく与信管理の功罪——ライフチャンスへの影響とその対策の有効性の検討を中心に，社会情報学，8巻2号，2019年12月，頁172-173。

利用個人資料之行為，以及其潛在對於個人財務資訊安全乃至其遭侵害所導致的不利益等，應可說是當前以大數據、資料庫為基礎運作的資訊社會下所面臨的課題。

沿此現況與課題加以思考，對於本件提案法律問題所涉及，有關違法侵害個資罪意圖要件的客觀內涵是否應限縮於財產上之利益一事，不論是立基於充實不法內涵、明確行為類型與處罰範圍等問題意識，就結論而言，前揭〔肯定說〕見解應是較為適切的解釋方式。

(二)無用的「足生損害於他人」要件？

承上，在本罪「足生損害於他人」要件的解釋適用上，同樣無法迴避對於法益侵害態樣的理解與行為類型明確化的要求。

對於本罪的足生損害要件，論者或有認為，違法蒐集或處理個資的行為本身即造成侵害資訊隱私的結果，若是「足生損害於他人」係指資訊隱私之損害則屬於多餘的要素，如果此要素是指必須造成其他法益之損害，則是對於資訊隱私之保障附加欠缺事理關聯的限制，屬於欠缺正當性的要素[59]；同樣的，亦有論者指出，未遵守個資法相關規定所實施的蒐集、整理、運用或傳遞個人資料的行為，就已然對於他人的資訊自決權造成現實的侵害，以「足生損害於他人」作為成罪之必要條件係屬不當立法[60]。

---

59 薛智仁，衛星定位追蹤之刑責——評臺灣高等法院100年度上易字第2470號判決，科技法學評論，11卷1期，2014年6月，頁146。

60 潘怡宏，同前註24，頁549。

觀察這類有關本罪足生損害要件無用化的理解或批判，其論述前提不外是建立在——「違反個資法規定的個資蒐集、處理及利用行為＝侵害資訊隱私、資訊自決權」——的理解基礎上，進而將本罪所規範的犯罪行為類型簡化為單純違反個資法規定的義務違反行為。一如前述考察，這樣一種不論是將法益內涵、行為類型均加以抽象化理解的解釋方式，其所能導出的不當適用結論已然具體反應在目前判決實務的現況，於此不再贅述。值得注意的是，從這樣的問題結構當中毋寧也突顯出，在個資法規範中，作為行政處罰規定的單純違反個資法規定之行為，以及附加了描述刑事不法內涵要素的刑罰規定，亦即行政不法及刑事不法兩種手段，在所謂的的資訊隱私或資訊自決法益保護上應如何分配其守備範圍；進一步言，有關兩者之間界限劃分的問題，實涉及到對於本罪足生損害要件的理解。

關於此點，首先必須說明的是，本罪的罪質，並不會僅從條文規範形式中「足生損害於他人」的構成要件設計而被定性為危險犯。事實上，從保護個人財產法益的毀損器物罪規定（刑法第354條）中亦有「足以生損害於公眾或他人」一語可知，構成要件如何設計一事未必與罪質係屬於「實害犯」或「危險犯」的定性劃上等號[61]，而毋寧

61 關於毀損器物罪規定中「足以生損害於公眾或他人」要件的解釋手法，詳見：李茂生，刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上），台灣本土法學雜誌，54期，2004年1月，頁240-241。

應從法益保護的內涵、對象與其相應的侵害態樣作為理解基礎。以此為出發點，違法侵害個資罪在所謂個人資訊隱私、資訊自決權保障的論述脈絡下，其保護對象既難以從不特定多數人的法益侵害可能性加以理解，應可說是欠缺作為危險犯的解釋基礎；若否，不論是抽象危險犯或是具體危險犯，本罪的處罰重點將無異僅是以特定個人的個資受到（形式）侵害一事，並基此抽象性地表徵諸如對於資料系統安全，乃至整體社會有關個資管理秩序的不信任感或動蕩，以所謂「精神化的中間法益」作為實際的保護對象[62]。

如此一來，進一步應解明的問題即在於，如何理解違法侵害個資罪所欲描述的法益侵害態樣？關於此點，仍應從第三時期的隱私侵害概念，亦即所謂的「資料庫監控」作為對照觀察的對象。一如前述，所謂的「資料庫監控」係泛指藉由相應的電腦技術，從蒐集所得的龐大數位化資訊當中，分析出特定群體或現象乃至抽繹出特定個人的行動模式。以近年來透過大數據資料庫與人工智慧演算法所建構的「犯罪預測」或「預測性警務」（predictive policing）運作機制為例，這類監控體系的運作型態即包括——(1)將看似與特定個人無涉、匿名化的資訊（大數據）透過演算法的分析；(2)涵攝至特定個人的行動模式，並揭露個人行動（犯罪）可能性；(3)進而發動國家公權力

62 金尚均，危険社会と刑法——現代社会における刑法の機能と限界，2001年1月，頁183參照。

加以介入——亦即，植基於大數據所進行的〔(1)〈分析〉→(2)〈適用〉→(3)〈行動・介入〉〕行動監控結構[63]。

基此理解，作為違法侵害個資行為的刑法介入時點，亦即對於組織性、系統性的資料蒐集、處理或利用行為本身是否具有對於特定他人產生「足生損害」效果的判斷，應可從(2)或(3)階段所呈現的客觀情事加以檢證。申言之，在(1)〈分析〉中尚屬於分析大量匿名化資訊的階段，直至(2)〈適用〉階段中，藉由特定個人行動模式的解析成果，「個人」形象始被加以具現出來（顯名化階段），並進而展開相應的社會行動（(3)）。易言之，除了在特定個人形象浮現（被強制揭露）後的(2)階段開始，方有具體的隱私侵害態樣之外；基此資訊分析所得，(3)階段對於特定個人進行相應的行動，則有形成進一步人際關係侵擾狀態的可能。

總結而言，本罪有關「足生損害於他人」要件，所指涉的應是「足以影響具體隱私狀態的資訊自決權侵害」一事；質言之，本罪的實行行為並非單純違反個資法規定意義下的侵害資訊自決權之行為，而是諸如已足曝光特定個人形象（(2)）、已形成進一步行動介入的基礎等事態（(3)）所表徵，所謂「足生具體隱私損害的資料蒐集、處理或利用行為」。相關的個案判斷事由與基準，即有待日

63 山本龍彦，予測的ポリシングと憲法——警察によるビッグデータ利用とデータマイニング，慶応法学，No.31，2015年2月，頁330-332參照。同旨，宮下紘，同前註38，頁128-129。

後進一步的案例與論述加以形成。

肆、結　論

論述及此，以最高法院109年度台上大字第1869號刑事裁定的作成為契機，本文藉由分析本件大法庭裁定見解的論理構成，進一步突顯個資法第41條違法侵害個資罪在解釋適用上，所呈現出的解釋論課題與其問題結構；亦即，植基於法益內涵抽象性、規範性的理解，有關本罪行為類型的諸要件即呈現出形式化的認定傾向，進而衍生處罰範圍空泛化的疑義。

基此，本文試圖在釐清本罪保護法益內涵、性質與侵害態樣的考察基礎上，探求對於違法侵害個資行為類型，其初步可行的限定解釋方向。以下簡要整理本文見解：

第一，作為本罪行為類型的基本態樣，違反個資法規定下的蒐集、處理或利用行為應限定在「具組織性、系統性的資料蒐集、處理或利用行為」，而排除一次性、偶發性等單一資料的利用行為。

第二，關於本罪的意圖要件，基於行為類型明確化的要求，並著眼於高度資訊化社會中，基於商業目的趨動有組織、有系統且大規模的進行蒐集、處理或利用資料的現況，作為本罪意圖要件內容的「利益」，應從此脈絡下的「財產上之利益」加以理解。

第三，關於本罪「足生損害於他人」要件，作為表徵本罪行為內涵的要件，對照觀察高度資訊化社會中「資料

庫監控」的隱私侵害態樣與其運作方式，不論是特定個人形象的創出，或是基此分析而有開展進一步社會行動的效果等事態，均是作為解釋行為具有隱私侵害效果一事可能的判斷基礎。

最後必須指出，本件大法庭裁定可說是在——(1)探求立法者真意，以及，(2)人格權保障（立法目的）宣示——的基礎上構成本件司法解釋。本文所試圖處理的問題，僅涉及到(2)部分所突顯出的解釋困境，就結論而言，本文見解或許終究難以避免類似未尊重立法者原意的批判。只是，姑不論將提案委員等同於「立法者」，並將其特定發言內容作為具拘束力的解釋準則一事，在法學方法論上可能的疑義[64]；事實上，本件賴以作為立法解釋基礎的內涵，充其量僅是所謂的立法者在諸如針對「借刀殺人」犯罪情境的處罰想望驅使下，對於「意圖」概念與用語的濫用而已。因此，不論是就解釋方法的適切性乃至論理的充分性而言，本件大法庭見解應可說是有亟待商榷之處；質言之，幾近不附理由的司法決斷，相信並非最高法院大法庭制度所被賦予的統一法律見解、提升司法公信力等高度期待之所在[65]。

64 Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，1996年12月，頁232-233參照。

65 司法院，解決裁判歧異　大法庭上路2年已統一法律見解54件新聞稿，2021年，https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-496105-22184-1.html（最後瀏覽日：2022年6月8日）。

參考文獻

一、中文文獻

- Bootle, Roger (2020). *AI威脅——未來是演算法決定剝削你？*（陳珮瑜譯）。好優文化。（原著出版年：2019）。
- Larenz, Karl (1996). *法學方法論*（陳愛娥譯）。五南。（原著出版年：1990）。
- 司法院（2021）。解決裁判歧異　大法庭上路2年已統一法律見解54件新聞稿。https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-496105-22184-1.html
- 李茂生（2004）。刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上）。*台灣本土法學雜誌，54*，235-247。
- 李茂生（2012）。論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念（下）——兼評最高法院99年度台上字第3048號判決。*法令月刊，63*（3），11-33。http://doi.org./10.6509/TLM.201203_63(3).0002
- 李震山（1997）。論資訊自決權。載於李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會主編，*現代國家與憲法——李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集*（頁709-756）。月旦。
- 李震山（2004）。「電腦處理個人資料保護法」之回顧與前瞻。*中正法學集刊，14*，35-82。http://doi.org./10.30094/NCCULJ.200401.0002
- 邱文聰（2009）。從資訊自決與資訊隱私的概念區分——評「電腦處理個人資料保護法修正草案」的結構性問題。*月旦法學雜誌，168*，172-189。
- 徐育安（2013）。個資風險與刑事立法——個資保護新法的疑義及其檢討。*全國律師，17*（4），15-24。
- 梁宏哲（2020）。109年度台上大字第1869號裁定部分不同意見

書。https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-12279-4d7ba3f430ac4a1e858a795b79f632a0.html

- 劉定基（2020）。個人資料保護法。*月旦法學教室，218*，59-67。http://doi.org.10.3966/1684739321810
- 劉靜怡（2010）。不算進步的立法：「個人資料保護法」初步評析。*月旦法學雜誌，183*，147-164。
- 潘怡宏（2012）。論個資法第41條第1項違法侵害個資罪之保護法益。載於甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會主編，*甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（下冊）*（頁503-554）。承法數位文化。
- 薛智仁（2014）。衛星定位追蹤之刑責——評臺灣高等法院100年度上易字第2470號判決。*科技法學評論，11*（1），119-154。http://doi.org/10.3966/181130952014061101004
- 薛智仁（2020）。最高法院109年度台上大字第1869號鄭永昌違反個人資料保護法等罪案件鑑定意見書。https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-12363-9d80a233921f49eb8979696b4630e548.html
- 薛智仁（2021）。侵害個資罪之利益概念——兼評最高法院109年度台上大字1869號裁定。*月旦法學雜誌，313*，62-75。http://doi.org/10.3966/1025593131306

二、日文文獻

- 山本龍彦（2010）。プライバシーの権利。*ジュリスト，142*，80-90。
- 山本龍彦（2015）。予測的ポリシングと憲法——警察によるビッグデータ利用とデータマイニング。*慶応法学，31*，321-345。
- 井田良（2011）。危険犯。*法学教室，369*，76-84。
- 水谷雅彦（2002）。住基ネットとプライバシーの「危機」。*法学セミナー，571*，41-43。

- 平川宗信（1995）。*刑法各論*。有斐閣。
- 伊藤亮吉（2015）。目的犯における目的の内容。*刑法雑誌，54*（2）。199-213。http://doi.org/10.34328/jcl.54.2_199
- 佐伯仁志（1984）。プライヴァシーと名誉の保護――主に刑法的観点（4・完）。*法学協会雑誌，101*（11），1-83。
- 佐伯仁志（2006）。刑法による情報の保護，載於宇賀克也、長谷部恭男編，*法システムⅢ――情報法*〈改訂版〉（頁192-208），放送大学教育振興会。
- 佐藤幸治（1970）。プライヴァシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察(一)――比較法的検討。*法学論叢，86*（5），1-53。
- 佐藤幸治ほか（2010）。佐藤幸治憲法学との対話〔討論〕。*法律時報，82*（5），49-55。
- 佐藤結美（2017）。個人情報の刑法的保護の可能性と限界について(5)。*北大法学論集，67*（5），19-58。
- 佐藤結美（2017）。個人情報の刑法的保護の可能性と限界について。*刑法雑誌，56*（2），169-184。
- 阪本昌成（2012）。プライバシー保護と個人情報保護の違い――私法的保護か、公法的保護か。*Nextcom，12*，22-31。
- 坪井雅史（2013）。現代の監視とプライバシーの限界。*人文研究，181*，23-48。
- 林紘一郎（2013）。「個人データ保護」の法益と方法の再検討：実体論から関係論へ。*情報通信学会誌，31*（2），77-92。http://doi.org/10.11430/jsicr.31.2_77
- 金尚均（2001）。危険社会と刑法――現代社会における刑法の機能と限界。成文堂。
- 宮下紘（2011）。プライバシー・個人情報保護の新世代。*駿河台法学，25*（1），111-136。http://doi.org/10.15004/00000289

➢堀内進之介（2019）。予測アルゴリズムに基づく与信管理の功罪――ライフチャンスへの影響とその対策の有効性の検討を中心に。*社会情報学，8*（2），169-185。http://doi.org/10.14836/ssi.8.2_169
➢曽我部真裕、山本龍彦（2013）。自己情報コントロール権をめぐって〔誌上対談〕。*情報法制研究，7*，128-140。http://doi.org/10.32235/alis.7.0_128

特稿

應用犯罪偵查知識工程化於刑案偵查實務之探討
——以F銀行ATM跨國盜領案為例

林宜隆*、吳昆霖**

要　目

壹、前　言
貳、犯罪偵查知識工程化之探究
　一、犯罪偵查與實務工作
　二、犯罪偵查知識工程化五大階段
參、案情說明與案例分析
　一、案情說明
　二、本案案例分析
肆、應用犯罪偵查知識工程化於刑案偵查實務
伍、結論與建議

DOI：10.6460/CPCP.202208_(32).04

* 大同大學資訊工程學系暨研究所教授、台灣數位鑑識發展協會（ACFD）創會理事長，中央警察大學退休教授。

** 宜蘭縣警察局刑警大隊偵查佐，國立宜蘭大學資訊工程研究所碩士。

摘　要

臺灣刑案犯罪偵查，係以刑事訴訟法之檢察官為犯罪偵查主體，司法警察（官）僅定位為偵查輔助機關，然而，資通訊科技（ICT）進步所帶來現今之犯罪手法多變且日新月異，偵查人員無時無刻接受著最新的挑戰及思維（即所謂：犯罪科技化與科技犯罪化）；因此，導入「犯罪偵查知識工程化」（ICNIV modelling）方式，提升犯罪偵查技能與效能、法律素養及人權等觀念，實有其必要性與急迫性。

2016年7月11日，臺灣金融史上首件ATM盜領案，F銀行20家分行、51台ATM，在7月9日至11日期間，遭多名外籍人士盜領新臺幣83,277,600萬元；警方於案發後第7天宣布破案，分別在宜蘭縣及臺北市共逮捕3名犯嫌，並掌握來臺外籍嫌犯共有19人，其中16人已潛逃出境（已發布通緝），迄今本案已追回贓款新臺幣77,481,100萬餘元，前警政署長陳國恩說：「國際犯罪集團在臺灣踢到鐵板。」

回歸檢視本案偵辦過程，從F銀行報案、逮捕主嫌、追溯共犯及取贓等偵辦過程，運用「犯罪偵查知識工程化」之方式，逐一檢視及檢討案件偵查手法、技巧及程序之優劣，作為日後刑事人員偵處案件之依據。因此本文試以，建立「合理化」、「科學化」、「系統化」、「知識化」之犯罪偵查基本原則（ICNIV modelling）。

因此本文以「F銀行ATM跨國盜領案」為案例，自案發後，F銀行通報警方起，至查獲主嫌、共犯及起出贓款，再

導入國內學者林宜隆教授所提出「犯罪偵查知識工程化」之方法與架構，剖析多元化且先進之新興犯罪型態與手法。

關鍵詞：犯罪偵查、知識工程化、犯罪偵查技術及推理法則、駭客、ATM跨國盜領

A Study on Application of Knowledge Engineering to Criminal Investigation – ATM Hacking Theft Steal Case from F Bank as Example

I-Long Lin* & Kun-Lin Wu**

Abstract

The criminal investigation of Taiwan's criminal case is based on the prosecutors of the Criminal Procedure Law as the main body of criminal investigation, and the judicial police (officials) are only positioned as auxiliary investigation agencies. However, the current criminal methods brought about by the advancement of information and communication technology (ICT) are changeable and changeable. With the rapid changes, investigators are always accepting the latest challenges and thinking (the so-called: criminal technology and technology criminalization); therefore, the "ICNIV modelling" approach is

* Professor, Department of Computer Science and Engineering, Tatung University (TTU); Founder, Association of Cyber Forensics Development in Taiwan (ACFD); Retired Professor of Central Police University (CPU).
** Investigation Assistant, Criminal Police Brigade, Yilan County Police Station; Master of Computer Science and Engineering, National Ilan University.

introduced to improve criminal investigation skills, effectiveness, and legal literacy and the concepts of human rights, etc., have their necessity and urgency.

On July 11, 2016, the first ATM theft in Taiwan's financial history, F Bank's 20 branches and 51 ATMs were stolen by many foreigners from July 9th to 11th. NT$832.776 million was stolen. On the 7th day after the incident, the police announced that they had solved the case. They arrested 3 suspects in Yilan County and Taipei City respectively, and knew that there were 19 foreign suspects who came to Taiwan, 16 of whom have absconded and left the country (wanted). So far this case More than NT$77,481,100 in stolen money has been recovered. Former Commissioner of Police Chen Guoen said: "International criminal syndicates have kicked the iron plate in Taiwan."

Return to review the investigation process of this case, from the investigation process of F Bank reporting, arresting the main suspect, tracing accomplices, and taking stolen goods, using the method of "ICNIV modelling' to review and review the investigation methods, techniques and procedures of the case one by one the pros and cons will be used as the basis for criminal investigation and handling of cases in the future. Therefore, this article tries to establish the basic principles of criminal investigation (ICNIV modelling) of "rationalization", "scientization", "systematization" and "intellectualization".

Therefore, this article uses the "Transnational theft of ATMs in Bank F" as a case. After the incident, Bank F notified the

police, until the main suspect, accomplices, and stolen money were found, and then introduced the "Crime Investigation Knowledge Project" proposed by the domestic scholar Professor Lin I-long. The method and framework of ICNIV modelling analyzes diversified and advanced emerging crime patterns and methods.

Keywords: Crime Investigation, Knowledge Engineering, ICNIV modelling, Hacker, ATM Transnational Theft

壹、前　言

所謂「知識工程化」，意旨將集成化的思維，去組織欲分析之目標個案，讓刑案偵查呈現一體之綜合且具體之面貌；犯罪偵查含括發生刑事案件後，警察受理民眾報案，啟動偵查作為之案發現場及書面資料的證據保全，追緝犯嫌及執行拘提或搜索，最後到案件移送等，需具備各方面的專業知識及偵查技巧，刑事犯罪偵查工作始能發揮最大之效益（林宜隆，1998）。

我國刑案偵查，係以刑事訴訟法之檢察官為犯罪偵查主體，司法警察（官）僅定位為偵查輔助機關，然而，科技進步所帶來現今之犯罪手法多變且日新月異，偵查人員無時無刻接受著最新的挑戰及思維；故導入「犯罪偵查知識工程化」，提升偵查技能、法律素養及人權等觀念，實有其必要（林宜隆，2009）。

近10年來，內政部警政署致力建構一系列查察刑案之知識平臺，讓戶役政、刑案素行紀錄、查捕逃犯、失蹤人口、查贓、在監在所、親等關聯式架構表，但對於刑案破獲後之資料庫，僅止於移送書、起訴書及判決書等靜態資料，尚未建立「合理化」、「科學化」、「系統化」、「規則化」之資料庫查詢方式（林宜隆，2009）。

因此本文以「F銀行ATM盜領案」為案例，自案發後F銀行通報警方起，至查獲主嫌、共犯及起出贓款，再導入國內學者林宜隆教授所提「犯罪偵查知識工程化」（ICNIV modelling）之架構，剖析多元化且先進之犯罪型

態與方法（林宜隆，2011；林宜隆，2016）。

貳、犯罪偵查知識工程化之探究

犯罪偵查係在發掘犯罪行為在心理上、物理上、社會上殘存的表徵，並依據一定的犯罪痕跡所能顯現的片段表徵來推理犯罪事實和犯罪人，進而收集證據等基本的技術及推理法則，以應付變化多端的犯罪型態。犯罪偵查走向合理化（不被合理懷疑）、科學化（刑事鑑識）、系統化（組織現場蒐證系統化）及規則化（知識化犯罪事實）等目標及願景，具備程序性之原理、原則，作為偵查實務工作之參考，避免故事性或英雄化渲染，讓犯罪偵查工作日益精進，並提升犯罪偵查知識工程化正確性，其詳細步驟如下（林宜隆，1998；林宜隆，2009）：

一、犯罪偵查與實務工作

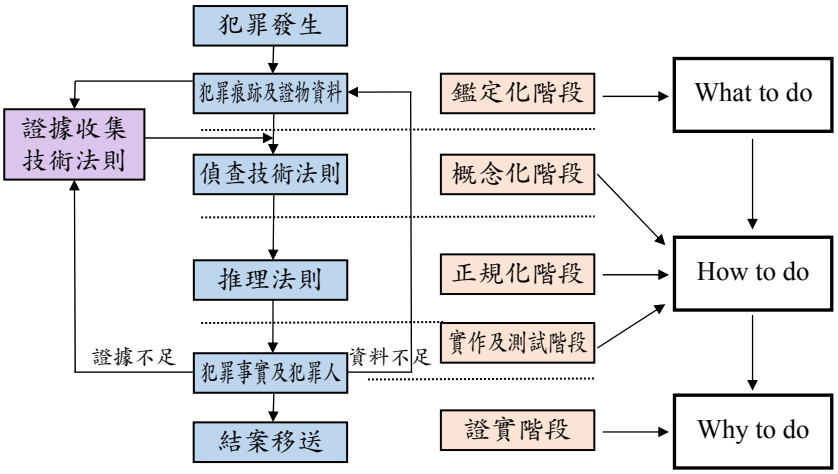
依目前我國刑事訴訟法規定，偵查主體為檢察官，檢察官有指揮警察偵查犯罪之職權。然而，就實務工作經驗而言，案件能否破案之關鍵卻在於承辦警察之專業能力，不論是犯罪現場保全、蒐證、鑑識、查訪、拘提、逮捕、搜索、扣押、通訊監察等工作都需仰賴F線從事偵查工作之員警，因此建立警察應有的犯罪偵查專業素養、能力及法學素養，應是作為犯罪偵查工作的前提及目標（林宜隆、吳昆霖、施凱鐫，2016）。

二、犯罪偵查知識工程化五大階段

國內學者林宜隆教授提出犯罪偵查知識工程化方法係為：欲使犯罪偵查走向合理化、科學化、系統化及規則化（知識化犯罪事實）等專業職能，應具備下列五項基本原則（如圖1）（林宜隆，2009；林宜隆，2017）：

圖1

犯罪偵查技術及推理法則運用（ICNIV modelling）之流程圖



(一)鑑定化階段（Identification, I）：蒐集所有現場犯罪痕跡及證物資料，找出問題

犯罪偵查工作乃是一種解決問題的過程，首先要明確瞭解問題所在，才能確定偵查手段和方法。進而蒐集所有關鍵資料，以便供應判斷推理案情的證據與參考。

如本案民眾發現F銀行ATM吐鈔異常後報案、F銀行

通報特定ATM遭盜領、領鈔車手身分、共犯及交通工具。

(二)概念化階段（Conceptualization, C）：從事鑑識、檢討，以發現新的價值或認定問題

將所蒐集之資料加以鑑識或檢討，往往又可以發現資料價值，進而使其個化，如調閱監視器可發現車手樣貌，反求交通工具可得知住處及身分、將異常吐鈔ATM進行數位鑑識可追溯駭客來源及入侵點。

如本案案發地相關監視器調閱小組、同一型號遭駭ATM數位鑑識、如何同步鎖定同一型號ATM地點並自動吐鈔及聯絡領鈔車手取款、車手取款後之作為。

(三)正規化階段（Normalization, N）：多方假設，進而演繹歸納案情

以現場狀況和搜索所得痕跡、證物等資料為基礎，運用智慧、經驗予以推測種種可能性，多方假設並加以演繹歸納案情。

如本案模擬嫌犯各別入境時間、聯絡方式、如何分工、如何同步聽從指揮並至指定ATM進行取款犯案、犯案後逃逸、集合、交付贓款及路線。

(四)實作及測試階段（Implementation, I）：依假設之答案分別反覆求證

查證首先應擬定偵查方針，再按照計畫進行實施。

1.決定偵查事項：針對推測的事項，逐點查明。

2.決定偵查方法：偵查事項確定後應視其性質、型態

而決定偵查方法。

3.偵查結果：所推測的事項得到佐證，推測之事項可以得到正確認定；反之，則推測屬可疑。查證工作應盡所有方式及方法，再三反覆求證。

如本案模擬歹徒行進路線，並調閱監視器加以證實交通工具、居住地點及逃逸路線後，最後於宜蘭縣警方查獲；另模擬駭客攻擊F銀行主機及分行ATM，經數位鑑識後，證實係由F銀行倫敦分行入侵。

(五)實證階段（Validation, V）：偵查結果所得推斷用以證明犯罪事實

由偵查結果所得推斷（心證或主張）必須依下列方法，使其具備客觀性：

1.應以一定形式表達推斷（主張）。

2.應提示其推斷是真實的理由或證據。

3.表達推斷（主張）的形式通常是文字。以文字表達某些推斷為之命題。

如本案依ATM監視器可得知，車手未操作ATM，但機器自動吐鈔，確定本案係駭客以遠端操作方式犯案；破案後得知外籍犯嫌係以俄羅斯文並用通訊軟體與遠端駭客聯繫，並與數位鑑識結果相互佐證，本案駭客係由F銀行倫敦分行入侵等情形。

因此，欲證明犯罪事實是真實，必須使推斷表達命題外，並提示足以主張其推斷是真實的理由或證據。犯罪偵查的過程中，必須循一定的法則，按部就班、循序漸進，

以現場危機處裡及蒐集情報之處，運用科學方法及技術，進行清查核對或化驗鑑定，汰蕪存菁，然後深入分析研究，以利案情研判，期能發掘偵查線索，確定偵查方向，擬定偵查計畫，進而部署分工，採取適當偵查行動俾迅速發現犯罪真相，藉以證明犯罪事實及人犯身份，如表1所示（林宜隆，2017）。

表1

犯罪偵查知識工程化五大階段

犯罪偵查知識工程化五大階段方法			
五大階段	步驟內容	定義	以F銀盜領案導入犯罪偵查知識工程化
鑑定化階段(I)	蒐集所有現場犯罪痕跡及證物資料，找出問題。	1.犯罪偵查工作乃是一種解決問題的過程，首先要明確瞭解問題所在，才能確定偵查手段和方法。 2.進而蒐集所有關鍵資料，以便供應判斷推理案情的證據與參考。	如本案民眾發現F銀行ATM吐鈔異常後報案、F銀行通報特定ATM遭盜領、領鈔車手身分、共犯及交通工具。
概念化階段(C)	從事鑑識、檢討，以發現新的價值或認定問題。	1.將所蒐集之資料加以鑑識或檢討，往往又可以發現資料價值。 2.進而使其個化，如調閱監視器可發現車手樣貌，反求交通工具可得知住處及身分。 3.將異常吐鈔ATM進行數位鑑識可追溯駭客來源及入侵點。	如本案案發地相關監視器調閱小組、同一型號遭駭ATM數位鑑識、如何同步鎖定同一型號ATM地點並自動吐鈔及聯絡領鈔車手取款、車手取款後之作為。
正規化階段(N)	多方假設，進而演繹歸納案情。	1.以現場狀況和搜索所得痕跡、證物等資料為基礎。 2.運用智慧、經驗予以推測種種可能性，多方假	如本案模擬嫌犯各別入境時間、聯絡方式、如何分工、如何同步聽從指揮並至指定ATM進行

表1（續）

犯罪偵查知識工程化五大階段方法				
五大階段	步驟內容	定義		以F銀盜領案導入犯罪偵查知識工程化
		設並加以演繹歸納案情。		取款犯案、犯案後逃逸、集合、交付贓款及路線。
實作及測試階段(I)	依假設之答案分別反覆求證。	查證首先應擬定偵查方針，再按照計畫進行實施。	1.決定偵查事項：針對推測的事項，逐點查明。 2.決定偵查方法：偵查事項確定後應視其性質、型態而決定偵查方法。 3.所推測的事項得到佐證，推測之事項可以得到正確認定；反之，則推測屬可疑。 4.查證工作應盡所有方式及方法，再三反覆求證。	如本案模擬歹徒行進路線，並調閱監視器加以證實交通工具、居住地點及逃逸路線後，最後於宜蘭縣警方查獲；另模擬駭客攻擊F銀行主機及分行ATM，經數位鑑識後，證實係由F銀行倫敦分行入侵。
證實階段(V)	偵查結果所得推斷用以證明犯罪事實。	由偵查結果所得推斷（心證或主張）必須依下列方法，使備其客觀性。	1.應以一定形式表達推斷（主張）。 2.應提示其推斷是真實的理由或證據。 3.表達推斷（主張）的形式通常是文字。以文字表達某些推斷為之命題。	如本案依ATM監視器可得知，車手未操作ATM，但機器自動吐鈔，確定本案係駭客以遠端操作方式犯案；破案後得知外籍犯嫌係以俄羅斯文並用通訊軟體與遠端駭客聯繫，並與數位鑑識結果相互佐證，本案駭客係由F銀行倫敦分行入侵等情。

註：本研究整理。

參、案情說明與案例分析

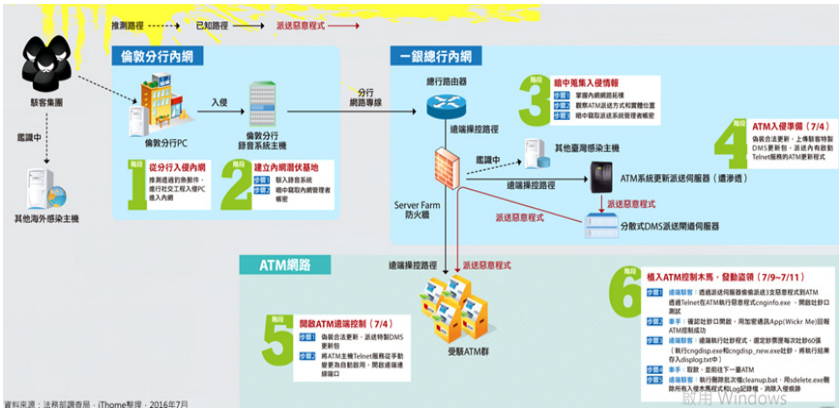
本文即以「F銀行ATM盜領案」為案例，分析臺北市政府警察局、法務部調查局新北市調查處及臺灣臺北地方法院檢察署所發布之新聞稿及偵查終結新聞稿，並參考各新聞媒體報導，分析F銀行ATM盜領案之犯罪事實及犯罪手法，導入「犯罪偵查知識工程化」方法之分析，以解決變化多端的犯罪型態，其詳細說明如下：

一、案情說明

本文根據臺北市政府警察局及法務部調查局新北市調查處發布之發生及偵辦過程新聞稿，及最後由臺灣臺北地方法院檢察署發布之偵查終結新聞稿，歸納出本案可能犯罪事實共6點，分別說明如下（如圖2）（iThome，2016）。

圖2

F銀行ATM跨國盜領案歸納出本案可能6項犯罪事實



註：本研究整理及參考法務部調查局和iThome整理。

(一)犯罪事實1：駭客製作惡意程式，選定ATM機型，尋找侵入F銀行之漏洞及跳板

集團內之不詳成員，先於2016年7月5日前（2016年7月5日係集團內之成員最早來臺之日期），製作專供取得「ProCash 1500」型ATM內現鈔資訊之電腦程式「cnginfo.eFe」、專供命令該型提款機執行吐鈔動作且限定僅能於2016年7月間執行之電腦程式「cngdisp.eFe」與「cngdisp_new.eFe」、專供犯案後呼叫「sdelete.eFe」之電腦程式，功能係針對欲刪除之檔案進行磁區抹除，使得刪除後之檔案難以透過專業軟體進行復原，以徹底刪除「cnginfo.eFe」與「cngdisp.eFe」進行滅證之電腦批次檔「cleanup.bat」等專供犯妨害電腦使用罪章之惡意電腦程式後，並於2016年5月31日晚上22時36分許，侵入F銀行倫敦分行電話錄音主機電腦系統之漏洞，便利作為日後侵入其他F銀行電腦之跳板（iThome，2016；臺灣臺北地方法院檢察署新聞稿，2016）。

(二)犯罪事實2：選定跳板及侵入點，並竄改特定ATM機型監控程式，連續將目的係在各ATM電腦上執行盜領前準備工作之電腦指令

謀議既定後，陸續於2016年6月28日起至7月4日間，利用F銀行倫敦分行電話錄音主機作為跳板，侵入F銀行內部網路中負責「ProCash 1500」型ATM電腦程式更新派送暨監控之應用程式伺服器，連續將目的係在各ATM電腦上執行盜領前準備工作之電腦指令，例如刺探ATM電腦軟硬體資訊、在ATM電腦上建立具有管理者權限之帳號

「support_487566a0」等準備工作之電腦指令，包裝為附檔名為dms之封裝檔，先後共33個，以操作AP伺服器上之派送程式，將前揭封裝檔派送至該集團為犯案選定位於臺北市、新北市、臺中市，共計41部之「ProCas h1500」型ATM之電腦上執行，而變更該等ATM電腦上之使用者帳號紀錄，並蒐集取得該等ATM電腦之資訊，作為進行盜領前之準備（蘋果日報，2016a；蘋果日報，2016b）。

(三)犯罪事實3：測試惡意程式執行狀況，並指派外籍犯嫌至選定地點觀察遭駭ATM吐鈔口執行情形

安排妥適後即於2016年7月5日前某日時，再利用F銀行倫敦分行電話錄音主機作為跳板，侵入F銀行內部網路中負責針對F銀行所使用另一系列由NCR公司生產之，ATM，進行ATM電腦程式更新派送之NCR伺服器，將上開惡意程式「cnginfo.eFe」、「cngdisp.eFe」、「cngdisp_new.eFe」、「cleanup.bat」存放在該伺服器內，以便後開始進行盜領時，供上述41部F銀行ATM得以連線至NCR伺服器後以ftp方式加以下載。另為驗證前述入侵與布署惡意程式機制是否可行，並於2016年6月30日凌晨2時11分，選擇位於臺北市萬華區F銀行西門分行ATM進行測試，透過NCR伺服器傳送「86.eFe」程式至該西門分行ATM之電腦，再於同日凌晨3時52分許，經AP伺服器將作用為建立上開管理者帳號並呼叫「86.eFe」程式以提高該帳號telnet權限之電腦指令封裝檔，派送至該西門分行ATM之電腦，以建立具有telnet連線能力之帳號後，復於

同日晚上9時18分5秒至31秒期間，一方面委請真實姓名年籍不詳男子，至該西門分行ATM前觀察，另方面由集團內成員自F分行倫敦分行電話錄音主機以telnet方式連線至該西門分行ATM之電腦，執行諸如「cnginfo.eFe」之程式以測試該ATM吐鈔口開闔情形，並由該不詳之人觀察後以手機回報，因而確認前述入侵與布署惡意程式之機制確實可行。

(四)犯罪事實4：16名車手分批抵臺，並執行惡意程式及干擾總行稽核連線後，開始進行盜領

嗣入侵F銀行內部網路及惡意電腦程式之製作與布署等前期作業完成後，即自2016年7月8日起負責之車手暨車手頭共15人先後分組、分批入境，並自同年月10日凌晨0時許起開始分組犯案，均利用手機通訊軟體通知該集團不詳之成員，由該成員利用F銀行倫敦分行電話錄音主機作為跳板，以Telnet（遠端登錄服務）之方式與該ATM電腦建立連線，並輸入事先已建立在該ATM電腦上之管理者帳號「support_487566a0」暨密碼後，侵入上述41部ATM之電腦，再由該ATM之電腦上以FTP（檔案傳輸服務）之方式，自NCR伺服器下載取得上開盜領用惡意電腦程式「cnginfo.eFe」、「cngdisp.eFe」與「cngdisp_new.eFe」、「cleanup.bat」，隨即執行「cnginfo.eFe」確認ATM之吐鈔模組狀態，再執行「cngdisp.eFe」或「cngdisp_new.eFe」，以干擾ATM電腦及ATM內之吐鈔模組，使該ATM在未經ATM電腦與F銀行帳務系統連線稽

核之狀況下，直接由ATM之吐鈔模組吐出上開惡意程式所指定數額之現鈔，並由守候在各該ATM前之車手或車手頭取款，而以此等不正方式，自各該具有自動付款功能之ATM內盜取款項，共計達新臺幣（下同）8,327萬7,600元，足生損害於F銀行。

(五)犯罪事實5：盜領既遂後，駭客經跳板及侵入點刪除惡意程式及登入紀錄檔案

得手後，上開集團內成員，為將侵入F銀行內部網路布署上開電腦程式之跡證湮滅，復於2016年7月12日，利用F銀行倫敦分行電話錄音主機作為跳板，再次侵入F銀行內部網路中之AP伺服器，將目的在於執行上開「cleanup.bat」程式，以便將犯案用惡意程式「cnginfo.eFe」、「cngdisp.eFe」與「cngdisp_new.eFe」進行徹底刪除之電腦指令，包裝為檔名為「60712001.dms」之封裝檔，再以AP伺服器上之派送程式將該封裝檔派送至遭盜領ATM之電腦上執行，以徹底刪除做案用之惡意程式及該等程式產生所產生諸如「displog.tFt」之電磁紀錄。另又針對作為跳板F銀行倫敦分行電話錄音主機，將硬碟內電磁紀錄刪除，使該電腦無法連線登入查看其狀態，足生損害於F銀行。

(六)犯罪事實6：另7位外籍車手成員抵臺，負責接應、通訊及贓款之後續置

繼之集團成員為處理贓款後續搬運、寄藏暨掩護同案共犯等事宜，上開犯罪集團復自2016年7月9日起安排陸夫

斯基等7位成員來臺接應。而上開集團內之各組車手暨車手頭完成ATM之取款後，第1組車手之贓款，連同該組車手柏克曼於2016年7月11日凌晨4時38分許，至第5組車手投宿之旅社內收取之第5組車手之贓款，將款項放置於所投宿之留在君悅飯店房內，等候同集團後續來臺成員入住該房間後進行後續處理；第3組、第4組車手之贓款係由車手頭巴比收取後，於2016年7月12日下午5時58分許，將款項裝入黑色大型行李箱、藍色小型行李箱各1只內，分別暫置在臺北車站地下1樓東出口前置物櫃；第2組、第6組車手之贓款則係由洛夫斯基收取後，與莎琪蘇娃共同處理，並於同年月11日下午5時55分許，裝在白色大型行李箱1只內，暫置於投宿之寒舍艾美酒店房內，復由車手頭巴比與保羅於同年月13日下午5時54分許，在寒舍艾美酒店會面後，由巴比至艾美酒店房內取走該只白色大型行李箱，並於同日下午6時47分許，存放在臺北火車站地下1樓東出口前置物櫃。安德魯則經上開集團之指示來臺，於同年月11日下午6時52分許，至臺北市君悅酒店，以訪客身分向櫃檯取得房卡後，取得第1組車手甫於同日上午離開時（未辦理退房，並事先已告知櫃檯將有另1名俄籍友人來訪，請櫃檯配合給予房卡），暫置該房間內之行李箱內之贓款，準備進行贓款之後續處理；惟斯時因F銀行ATM遭盜領之新聞已見諸媒體報導，安德魯經集團成員之指示，於同年月12日自君悅酒店退房，隨後攜帶贓款入住臺北市中山區民生東路之套房，並於同年月13日凌晨5時3分

許，將贓款裝放於1只黑色行李袋、1只電腦手提包後，藏放在臺北市內湖區內湖路登山口上方約50公尺處旁草叢內後返回上開套房，又於同日上午9時2分許再度回到上址藏放處，以便將該地點之GPS座標，透過手機通訊軟體回傳集團成員，並依指示前往宜蘭縣躲避，上開集團則另指派雷納斯，於同年月16日午間將新購得之三星牌A5型手機空機1支，藏放在宜蘭縣頭城鎮烏石港之消波塊中，指示安德魯前去取用，準備伺機再進行贓款之後續處理。而米海爾則經由巴比之指示偕同潘可夫來臺，於同年月16日下午4時50分許，自臺北車站地下1樓東出口前置物櫃，取得裝有贓款之上開3只行李箱，準備進行贓款之後續處理（臺灣臺北地方法院檢察署新聞稿，2016）。

二、本案案例分析

2016年7月8日、9日，經反向追查及調閱監視器畫面，得知歹徒搭乘國泰航空到臺灣，並在臺租車，於7月9日在臺北市萬華區、中正區及新北市汐止區等地區之F銀行ATM進行盜領動作。

2016年7月10日晚間8點，有民眾在F銀北市古亭分行提款，發現兩名男子戴口罩，鬼鬼祟祟的在提款機前操作，民眾以為是詐騙集團，當下報警，不過兩名歹徒在警方到達現場前已經離開，而吐鈔口還留下6萬元現金；古亭分行經理接獲通知後，立刻清查提款機的電腦系統行，並未顯示插卡獲不當方式提領紀錄，總計損失6百多萬，並即刻通知總行，結果到了11日下午，F銀古亭分行陸續

發現其他分行異狀，而且都為特定機型，而且也都沒有紀錄，全臺20家F銀分行，共41台提款機共被盜領約8,000多萬元，後來調監視器發現，兩名歹徒在完全無操作ATM的情形下，直接讓ATM吐鈔後大量提領，並立即將現金裝入背包離開，作案過程約5~10分鐘就在每台ATM輕鬆盜領數百萬元（如圖3）（蘋果日報，2016a；蘋果日報，2016b）。

圖3

F銀行歹徒盜領時序表

7月8日：2名俄羅斯籍車手搭機抵臺。

7月9日：車手從凌晨起陸續至臺中、臺北與新北的F銀行ATM盜領。

7月10日：車手兵分兩路，再到臺中、臺北與新北的F銀行ATM盜領。

7月11日：凌晨車手分別至臺北與新北的F銀行ATM盜領後出境，F銀行報案。

7月12日：警方清查總計遭盜領新臺幣8千多萬元，並鎖定安德魯等3名外籍犯嫌並通報境管。

7月13日：檢警約談ATM工程師與F銀行資訊主管。

7月14日：警方清查後確認，拉脫維亞籍嫌犯安德魯在臺灣境內，並擴大追查。

7月15日：涉及F銀行盜領案的外籍犯嫌至少11人，且多在11日出境。

7月16日：刑事局鎖定15名犯嫌，並公布涉及盜領案10名犯嫌照片，認定盜領案結束才入境的安德魯是善後組，負責將贓款匯出臺灣，並查出有一外籍犯嫌潛逃至宜蘭縣外澳鄉。

7月17日：犯嫌安德魯在宜蘭縣東澳鄉某餐廳用餐遭警方發現，並通報專案小組後循線逮捕歸案，並擴大查獲於北市藏匿之另2名外籍犯嫌。

註：本研究參照新聞內容製作。

綜上所述，其犯罪偵查知識工程化（ICNIV modelling）步驟如圖4所示，其詳細說明如下（林宜隆，2017）：

圖4

運用犯罪偵查知識工程化於刑案偵查實務流程

鑑定化階段	1.民眾發現F銀行ATM吐鈔異常後報案。 2.F銀行通報特定ATM遭盜領。 3.領鈔車手身分、共犯。 4.交通工具。
概念化階段	1.案發地相關監視器調閱小組、同一型號遭駭ATM數位鑑識。 2.如何同步鎖定同一型號ATM地點並自動吐鈔及聯絡領鈔車手取款。 3.車手取款後之作為。
正規化階段	1.模擬以下狀況。 2.嫌犯各別入境時間、聯絡方式、如何分工、如何同步聽從指揮並至指定ATM進刑取款犯案、犯案後逃逸、集合、交付贓款及路線。
實作及測試階段	1.模擬歹徒行進路線，並調閱監視器加以證實交通工具、居住地點及逃逸路線後，最後於宜蘭縣警方查獲。 2.另模擬駭客攻擊F銀行主機及分行ATM，經數位鑑識後，證實係由F銀行倫敦分行入侵。
證實階段	1.本案依ATM監視器可得知，車手未操作ATM，但機器自動吐鈔，確定本案係駭客以遠端操作方式犯案。 2.破案後得知外籍犯嫌係以俄羅斯文並用通訊軟體與遠端駭客聯繫，並與數位鑑識結果相互佐證。 3.本案駭客係由F銀行倫敦分行入侵等情。

註：本研究整理。

(一)鑑定化階段(I)：（本案犯罪偵查知識工程化之流程如表1所示）

1.民眾向警方報案疑有2名男子在ATM錢從事不法行為

民眾向警方報案後，警方立即聯絡F銀行，經清查提款機電腦系統，並未顯示插卡獲不當方式提領紀錄，總計損失6百多萬元，進一步清查，發現全國共41台提款機共被盜領約8,000多萬元。

2.犯嫌作案方式

涉案犯嫌以1至3人為1組，犯案時以通訊軟體聯繫，北市警局指出本案犯嫌多以搭乘計程車匆忙趕路方式前往F銀行各提款機提領現金，犯嫌多為蒙面、變裝，經過濾大量錄影監視系統畫面比對，目前已確切掌握6名以上共犯身分。

3.提領方式

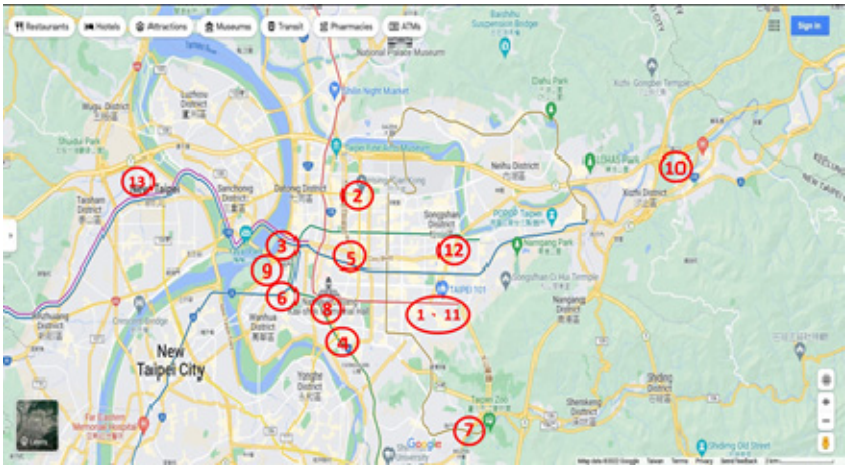
依照銀行的錄影系統發現，提款人幾乎是完全沒有碰觸到ATM的任何機器按鍵，鈔票竟然就從鈔票口流出。

4.ATM地點

根據統計，北中兩地共20間分行，42部ATM共遭嫌犯盜領8千多萬元，根據警方所掌握監視器畫面，初步研判嫌犯至少5人，而根據目前警方所公布，雙北共有12處ATM，被盜領13次（如表2），蘋果在大臺北地圖上標註，讓您瞭解這些嫌犯在2天之內，搜刮F銀行雙北ATM的地點（如圖5）（iThome，2016；蘋果日報，2016a；蘋果日報，2016b）。

圖5

F銀行在雙北遭盜領地點及次數地圖



註：iThome整理。

表2

F銀行在雙北遭盜領時間、地點及金額

1.	9日	09:00	信義光隆分行	基隆路二段82號	損失400多萬元
2.	10日	05:00	中山吉林分行	吉林路136號	損失380萬元
3.		05-08	萬華西門分行	西寧南路52號	損失約773萬
4.		07-08	大安古亭分行	羅斯福路二段95號	損失648萬元
5.		23-03	中正忠孝路分行	忠孝東路二段94號	損失約855萬元
6.		23:00	萬華雙園分行	中華路二段42號	損失260萬
7.	11日	00:15	文山木柵分行	保儀路12號	損失560萬元
8.		02:00	中正南門分行	南昌路1段94號	未遂
9.		01-02	萬華分行	康定路87號	新聞未提供
10.		03:00	汐止分行	大同路二段133號	新聞未提供
11.		05:00	信義光隆分行	基隆路二段82號	損失447萬元
12.		05:00	信義興雅分行	永吉路167號	損失188萬元
13.		05:00	五股分行	五股區五工路117號	新聞未提供

(二)概念化階段(C)

1. 確認ATM被破解原因

法務部調查局資通安全處確認國際駭客植入的兩支惡意程式分別為Cngdisp.eFe與Cngdisp-new.eFe，漏夜到F銀行測試發現，兩款惡意程式一次會讓ATM吐出現鈔6萬元，因此讓兩名嫌犯在短短60小時內，以遠端操控模式讓全臺20家分行及機關內38台自動櫃員機自動「開口吐鈔」，領走8千多萬元臺幣逃逸（如圖6）（聯合報，2016a；聯合報，2016b）。

圖6

F銀行ATM吐鈔大揭密

註：聯合新聞網及刑事局採訪整理。

2.犯嫌間如何聯絡、如何挑選機器

涉案犯嫌以1至3人為1組，犯案時以通訊軟體聯繫，目前已查知犯嫌國籍，以東歐國家居多，俄羅斯人為主，目前尚未掌握國人犯罪事證。

警方分析，犯嫌到指定的自動櫃員機後，以手機通訊軟體聯絡境外同夥，再遠端遙控櫃員機吐鈔；不過在北市領款過程並不順利，有兩次被熱心民眾察覺異狀報案，其他數次被打算領錢民眾干擾而未能得逞，後來另組人乾脆坐計程車到汐止、五股與新店等地盜領。

3.贓款流向

涉嫌盜領F銀行ATM鉅款的兩名俄羅斯籍男子，2016年7月11日上午從桃園機場出境；兩人略顯疲憊，通關時還打哈欠，得手的現金並沒隨身或託運攜帶，檢警專案小組因此研判贓款正透過國內地下匯兌管道匯出，正重建犯案軌跡試圖釐清贓款流向。

(三)正規化階段(N)

1.分析嫌犯各別入境時間、聯絡方式、如何分工、如何同步聽從指揮並至指定ATM進刑取款犯案

偵辦F銀行盜領案的警方專案小組，2016年7月12日清查確認來臺犯案的外籍嫌犯至少有6人，包括2名俄羅斯籍車手等4人已出境，拉脫維亞籍安卓斯等犯嫌還在臺灣；警方限制他出境，並撒網清查各大住宿處所準備抓人（聯合報，2016a；聯合報，2016b）。

根據入出境資料，犯嫌中有人在2016年7月2日抵達臺

灣，先遣部隊搭計程車到臺中「勘點」，2016年7月7、8日，安卓斯和2名俄羅斯犯嫌陸續抵臺，3人先到臺中與共犯會合「勤教」；2016年7月9日開始四處盜領，F個盜領地點就是臺中自由路的F銀行臺中分行。隨後，一組人留在臺中繼續盜領，貝瑞佐夫斯基、柏克曼和安卓斯及另外一組人轉往雙北犯案。由於臺北市是金融機構與自動櫃員機最多的地區，警方不排除犯嫌先到臺中是為了測試F銀行櫃員機系統、製作F銀行櫃員機分佈圖，並和地下匯兌業者接觸。

警方發現，2016年7月8日柏克曼和貝瑞左夫斯基來臺後，租車直奔臺中，與另2名先遣部隊人員會合勤教，警方查出這段時間他們的手機通話資料，有3、4通與臺灣人通話的紀錄，由於通話時間僅3~5分鐘，警方懷疑這名臺灣人可能是「帶路人」或「地下匯兌掮客」，正在清查釐清這名臺籍人士的身分（聯合報，2016a）。

2.分析犯案後逃逸、集合、交付贓款及路線

「抓到人，就能找到錢。」警方認為，F銀行遭盜領的8千多萬元贓款，還在這些滯留國內的犯嫌手上，他們試圖透過地下匯兌的管道將錢洗到國外，抓到人就能追回贓款。

(四)實作及測試階段(I)

1.歹徒選定F銀行於臺灣之ATM作為犯案目標，經分析有下列三項原因：

(1)首先，臺灣的ATM密度高。根據金管會資料，國

內金融機構ATM台數有2.7萬台，平均每850人就有一台ATM，業者說，最近幾年國外機構統計都指出，臺灣ATM密度在全球排名前十名，亞洲更是前三名。ATM一年交易金額高達9.6兆元，相當於五個中央政府總預算。臺灣地方小，歹徒犯案不必費太大力氣。臺灣人又習慣用現金，一台ATM裝了200多萬元現鈔，歹徒共得手8,000多萬元（聯合報，2016a）。

(2)第二，這次盜領沒有提領紀錄，沒有跟任何帳戶連結，機器就直接吐鈔，銀行主機也偵測不到。業者表示，如果是從帳戶異常提領，銀行主機馬上可以偵測，但沒有帳戶，主機無法立即偵測到，這個漏洞也讓歹徒有機可趁。

(3)F銀行2016年7月初大批更換34台ATM，剛好成為下手對象，而且分散北、中、南，顯見歹徒早就鎖定哪幾台要更換，而且是利用假日對帳空檔犯案。

2.模擬歹徒行進路線，並調閱監視器加以證實交通工具、居住地點及逃逸路線。

3.警方查獲3名犯嫌後，經數位鑑識使用行動電話及警詢筆錄，再調閱當地監視器，證實並釐清來去動線。

4.經數位鑑識後，證實係由F銀行倫敦分行入侵。

(五)證實階段(V)

1.依ATM監視器可得知，車手未操作ATM，但機器自動吐鈔，確定本案係駭客以遠端操作方式犯案。

2.破案後得知外籍犯嫌係以俄羅斯文並用通訊軟體與

遠端駭客聯繫，並與數位鑑識結果相互佐證，本案駭客係由F銀行倫敦分行入侵等情（臺灣臺北地方法院檢察署新聞稿，2016）。

肆、應用犯罪偵查知識工程化於刑案偵查實務

現行犯罪偵查工作都是遇案辦理，偵查人員僅被動地依照個人偵辦刑案經驗進行偵查工作，雖警政署訂有警察機關偵查犯罪手冊及警察機關分駐〈派出〉所常用勤務執行程序彙編，惟規範內容僅限於案件處理程序及處理原則，對於已偵破之案件尚未建立系統化、規則化之基本原則（如建立ICNIV modelling），致偵查人員如同「盲人摸象」，僅能慢慢摸索，並就個人過往偵辦經驗加以詮釋，因而容易在偵辦時產生盲點或謬誤，除了可能延誤偵破案件之時程而讓真正犯人逍遙法外，更可能因此造成第三人之權益受損，例如本案案發時，F銀行甚是婉拒警方關心，欲自行吸收損失，但翌日始知遭大規模盜領8,000餘萬，嚴重程度已非單一分行可承擔之問題。

犯罪偵查知識工程化正是為了協助員警針對過去偵破案例的經驗，提供即時、正確的案情研判方向，俾提供偵查人員快速掌握偵查要領，並協助偵查人員撰擬偵查計畫，建立具有專業及效能之偵查形象，提升偵查人員查緝能量。

偵查工作（ICNIV modelling），係從觀察犯罪發生

有關之人、地、時、事、物等事證著手（即所謂What to do工作，包括鑑定化階段），進而運用科學推理方法與科學鑑識技術，以被害人或目擊證人與犯罪現場及嫌疑人為偵查起點（即所謂How to do工作，包括概念化、正規化、實作及測試階段），找尋因犯罪所產生之一切變動現象，蒐集具體的事證或情報資料，經由推理論證與鑑定比對及分析研判，以期發掘更多線索（即所謂Why to do工作，包括證實階段），然後採取適當偵查行動，俾能緝獲犯罪嫌移人、查扣相關犯罪證據並正確推論犯罪事實，申言之，犯罪偵查之主要目的，在偵查「人」、鑑定「物」，以確定嫌疑人，瞭解犯罪事實之真相，掌握犯罪相關之證據，並且緝獲犯罪嫌移人，運用犯罪偵查知識工程化驗證偵辦結果（如表3）（林宜隆，2019）。

表3

運用犯罪偵查知識工程化驗證——依偵辦結果論證

F銀行ATM盜領案——運用犯罪偵查知識工程化驗證——依偵辦結果論證		
五大階段	步驟內容	依案例與偵辦結果論證
鑑定化階段(I)	蒐集所有現場犯罪痕跡及證物資料，找出問題。	1.民眾報案，疑有2名男子在ATM錢從事不法行為。 2.犯嫌作案方式。 3.提領方式。
概念化階段(C)	從事鑑識、檢討，以發現新的價值或認定問題。	1.確認ATM被破解原因。 2.犯嫌間如何聯絡、如何挑選機器。 3.贓款流向。
正規化階段(N)	多方假設，進而演繹歸納案情。	1.分析嫌犯各別入境時間、聯絡方式、如何分工、如何同步聽從指揮並至指定ATM進刑取款犯案。 2.分析犯案後逃逸、集合、交付贓款及路線。

表3（續）

F銀行ATM盜領案——運用犯罪偵查知識工程化驗證——依偵辦結果論證		
五大階段	步驟內容	依案例與偵辦結果論證
實作及測試階段(I)	依假設之答案分別反覆求證。	1.歹徒為何選定F銀行於臺灣之ATM作為犯案目標。 2.模擬歹徒行進路線，調閱監視器瞭解交通工具、居住地點及逃逸路線。 3.警方查獲3名犯嫌後，經數位鑑識使用行動電話及警詢筆錄，再調閱當地監視器，比對正確來去動線。 4.經數位鑑識後，證實係由F銀行倫敦分行入侵。
證實階段(V)	偵查結果所得推斷用以證明犯罪事實。	1.依ATM監視器可得知，車手未操作ATM，但機器自動吐鈔，確定本案係駭客以遠端操作方式犯案。 2.破案後得知外籍犯嫌係以俄羅斯文並用通訊軟體與遠端駭客聯繫，並與數位鑑識結果相互佐證，本案駭客係由F銀行倫敦分行入侵等情。

註：本研究整理。

伍、結論與建議

犯罪偵查是一種「高度智慧性」的活動（如知識工程化），它的主要目的是在偵查「人」、鑑定「物」，蒐集犯罪證據，以瞭解犯罪事實的真相；同時，犯罪偵查係在發掘犯罪行為心理上、物質上、社會上殘存的表徵，並依據一定的犯罪痕跡所能顯現的片段表徵來推理犯罪事實和犯罪人，進而蒐集證據等等基本的技術及推理法則；本案例中，犯罪集團係國際級駭客集團，不僅於犯案前可侵入F銀行倫敦總行電話總機為跳板，再進行單一機型ATM搜尋、植入惡意、測試吐鈔模組、執行盜領動作及最後之刪

除惡意程式及登錄紀錄，全程皆未遭發現，惟其一車手於取款時遺落現金而遭民眾報案發現本案，種種跡象顯見企業資安資訊不足，且間接嚴重影響檢警偵查形象，更是耗費大量警力人員投入偵辦此案。

犯罪偵查知識工程化正是為了協助員警針對過去偵破案例的經驗，提供即時、正確的案情研判方向，俾提供偵查人員快速掌握偵查要領，並協助偵查人員撰擬偵查計畫，建立具有專業及效能之偵查形象，提升偵查人員查緝能量。

建議如果我們能夠將特殊（重大）刑案等案例，逐漸累積相關偵辦經驗與建立刑案知識庫（Cases Knowledge Base, CKB）及犯罪偵查專家系統（Crime Investigation EFpert System, CIES），並且建立「合理化」、「科學化」、「系統化」、「規則化」之犯罪偵查基本原則，甚至建立犯罪偵查知識工程化（鑑定化、概念化、正規化、實作及測試與證實階段），不但可以強化證據取得之線索及連結有效性，同時更可以讓偵辦人員不用遇案摸索，並將犯罪紀錄之資料及資訊處理，提升至知識處理及知識管理，甚至是達到智慧管理及大數據分析（Big Data Analysis），並進一步提升其證據能力與證明力之有效性，且加速辦案效率、提升辦案形象。

參考文獻

- 林宜隆（1998）。整合性犯罪偵查專家系統之研究現況與未來趨勢。*警學叢刊，28*（4），263-278。
- 林宜隆（2009）。*網路犯罪理論與實務：網際網路與犯罪問題*（三版）。中央警察大學。
- 林宜隆（2011）。應用犯罪偵查知識工程化於刑案偵查實務之探討——以偵辦華采慧命案為例。2011年鑑識科學暨野生保育應用國際研討會。
- 林宜隆（2016）。應用犯罪偵查知識工程化於刑案偵查實務之探討——以八里雙屍命案為例。*電腦稽核，34*，78-92。
- 林宜隆（2017）。臺灣數位犯罪及數位鑑識發展現況與未來趨勢——以「創新司法警察IEK Model智慧模型」為例。*刑事政策與犯罪研究論文集(20)*（頁289-330）。司法官學院。
- 林宜隆（2019）。建立整合性行動鑑識標準作業程（iDEFSOP-M）與實際案例驗證之研究——以刑事警察局破獲之實際案例及驗證為例。*刑事政策與犯罪研究論文集(22)*（頁361-404）。司法官學院。
- 林宜隆、吳昆霖、施凱鏻（2016）。應用犯罪偵查知識工程化於刑案偵查實務之探討——以F銀行ATM跨國盜領案為例。Cyber2016研討會，大同大學，臺北。
- iThome（2016）。駭客入侵一銀AMT流程追追追。https://www.ithome.com.tw/news/107294
- 聯合報（2016a）。台版瞞天過海？一次看懂一銀盜領案始末。http://blog.udn.com/spark37/66173654
- 聯合報（2016b）。發展超戲劇化！一口氣看懂一銀盜領案始末。http://www.udnbkk.com/article-187032-1.html
- 蘋果日報（2016a）。這張圖告訴你　雙北被盜領ATM位置。

https://www.appledaily.com.tw/local/20160713/JXKALZYZRZC5NCPR2UTAEQB2TQ

- 蘋果日報（2016b）。11車手9人出境，警追台籍關係人。https://tw.appledaily.com/local/20160716/RN5JHKZNMJ6NQYD6CFZPNGRXEQ/
- 臺灣臺北地方法院檢察署新聞稿（2016）。臺灣臺北地方法院檢察署偵辦F銀行ATM現鈔跨國盜領案件，偵查終結簡要說明。

特稿

網路犯罪與資訊安全的未來
——從網域名稱扣押談網路治理

陳昱奉*

要　目

壹、前　言
貳、網域名稱扣押：從美國實務出發
　一、網域名稱系統簡介
　二、背景簡介
　三、法律依據
參、網域名稱扣押在我國司法實務之實踐：兼論DNS RPZ之運用
　一、背景簡介
　二、法制概述
肆、其他模式：以網站屏蔽命令（Website Block Order）為中心
　一、導　論
　二、各國屏蔽命令實務簡介
伍、數位時代的網路治理與犯罪防治新思維
　一、防治重於查緝
　二、刑法謙抑性之維持
　三、正視民事、行政手段在防治網路犯罪的重要性
　四、加強國際合作
　五、網路治理的未來
陸、結　語

DOI：10.6460/CPCP.202208_(32).05

* 臺灣嘉義地方檢察署檢察官，國立政治大學商學院智慧財產研究碩士，前哈佛大學柏克曼－克萊恩網路與社會研究中心訪問學者。

摘　要

網路犯罪已然成為現階段最重要的犯罪型態，從影音串流侵權、投資詐欺至兒少性剝削等，無一不是廣泛而即時的法益侵害。但從犯罪偵查角度言之，此類犯罪的行為人本身，以及用以實施犯罪的網站伺服器等所在位置，經常不在我國境內。對於用以作為犯罪工具的網域名稱，美國以扣押、沒收的方式處理，肇因於美國就網域名稱管理的各個層面，具有其他國家無法匹敵的刑事管轄權。然而，對於含有.tw頂級域名以外的網域名稱，我國執法機關並無法比照美國模式進行實質扣押，而是援引刑事訴訟法第133條之1，向地方法院聲請域名扣押裁定，以停止域名解析方式，限制使用者接取不法網站。展望未來，對於網路犯罪與資訊安全，應轉變既有思維：一、防治重於查緝；二、維持刑法謙抑性；三、善用民事及刑事手段；四、加強國際合作；五、強化網路治理，方能因應日後來自虛擬世界的各種挑戰。

關鍵詞：網路治理、網域名稱扣押、域名停止解析、網域名稱系統回應政策區域、網站屏蔽命令、域名濫用

The Future of Cybercrime and Information Security – On Internet Governance from Domain Name Seizure

Yu-Feng (Harris) Chen *

Abstract

Cybercrime has become the most important type of crime at this stage, from video streaming infringement, investment fraud to child sexual exploitation, etc., all of which are widespread and immediate violations of legal interests. However, from the perspective of criminal investigation, the perpetrators of such crimes, as well as the location of the website server used to commit the crime, are often not located in our country. For domain names used as criminal tools, the United States has treated them with seizure and forfeiture, because the United States has criminal jurisdiction that is unmatched by other countries in all aspects of domain name management. However, for domain names other than the .tw top-level domain, Taiwan's law enforcement agencies cannot follow the American model,

* Prosecutor of Chiayi Prosecutor's Office; MBA of Institution of Intellectual Property, National Chengchi University; former Fellow of Berkman Klein Center for Internet and Society, Harvard University.

but to invoke Article 133-1 of the Criminal Procedure Law to apply to the court for domain name seizure warrant to disable domain name resolution and restrict user's access to unlawful websites. Looking forward to the future, regarding cybercrime and information security, the existing thinking should be changed to: 1. Prevention is more important than investigation; 2. Maintaining restraining of criminal law; 3. Making good use of civil and criminal means; 4. Strengthening international cooperation; 5. Strengthening internet governance can we respond to various challenges from the virtual world in the future.

Keywords: Internet Governance, Domain Name System (DNS), Domain Name Seizure, Disabling DNS Resolution, DNS RPZ, Website Block Order

壹、前　言

人類歷史發展至今，截至目前為止，除了實體世界之外，尚有由電腦設備及網際網路所構築而成的虛擬世界。自從英國科學家伯納李（Tim Berners-Lee）爵士在1989年的3月12日，在歐洲核子研究中心（CERN）工作的，成功傳出第一則透過網路發送的訊息開始，人類有史以來第一個網站info.cern.ch.，就架設在他自己的桌上型電腦[1]。因此，這一天被譽為「全球資訊網絡」（World Wide Web）的誕生日。從此以降，各式各樣的大量電腦等數位設備，藉由網際網路串連起來，以「網域名稱系統」（Domain Name System, DNS）為架構，傳遞來自世界各地的數位資訊，為人類帶來鋪天蓋地的改變。預料至2025年，全球儲存在私有和公共IT基礎設備、公用事業基礎設備、私有和公共雲端數據中心、個人計算設備（PC、筆記本電腦、平板電腦和智慧型手機）以及物聯網（IoT）設備上的數據，將可達200ZB[2]。

自犯罪偵查角度而言，網際網路已然成為相當重要的

---

1 有關伯納李爵士（鑑於發明網際網路此一功勛，經英國女王授與爵士）與網際網路的濫觴，詳見CERN, A Short History of the Web, https://home.cern/science/computing/birth-web/short-history-web (last visited: Oct. 10, 2021).

2 Steve Morgan, The 2020 Data Attack Surface Report, https://1c7fab3im83f5gqiow2qqs2k-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2020/12/ArcserveDataReport2020.pdf (last visited: Oct. 2, 2021). ZB為「澤」位元。

犯罪管道，基於網路世界「無遠弗屆」、「無時無刻」、「無所不包」的「三無」特性，致使犯罪行為跨越難以數計的司法管轄區域之外，犯罪時間為24/7全天候型態，犯罪行為人躲藏何處，復至難查緝，有時甚至達到「無計可施」的地步。根據美國聯邦調查局「網路犯罪申訴中心」（Internet Crime Complaint Center, IC3）[3]統計，2020年IC3收到的美國民眾投訴案件達數量，達到創紀錄的79萬1,790件，損失總計超過41億美元。與2019年相比，總投訴量增加69%。其中，「商業郵件詐騙」（Business E-mail Compromise, BEC）詐欺案件受害為最，計有1萬9,369起投訴，調整後損失約為18億美元。網路釣魚詐騙（online-phishing）案件也相當令人矚目，計有24萬1,342起投訴，調整後損失超過5,400萬美元；勒索軟體（ransomware）[4]案件的數量也在繼續增加，2020年據報計有2,474起[5]。除此之外，從全球觀點而言，網路犯罪於

3 美國聯邦調查局所轄，參見FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, Internet Crime Complaint Center IC3, IC3 Mission Statement, https://www.ic3.gov/Home/About (last visited: Oct. 22, 2021).

4 為目前最嚴重資安問題之一，擴及全球主要產業。2021年發生在美國的「殖民油管」網路勒贖案件，廠商被迫支付贖金即屬適例。參見THE UNITED STATES DEPARTMENT of JUSTICE, Department of Justice Seizes $2.3 Million in Cryptocurrency Paid to the Ransomware Extortionists Darkside, Department of Justice, June, 7, 2021, https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-seizes-23-million-cryptocurrency-paid-ransomware-extortionists-darkside (last visited: Sept. 13, 2021).

5 2020 Internet Crime Report, https://www.ic3.gov/Media/PDF/AnnualReport/2020_IC3Report.pdf (last visited: Oct. 12, 2021).

2021年估計在全球造成總計6萬億美元的損失，成為僅次於美國和中國的世界第三大經濟體產值。而且未來五年內全球網路犯罪成本將以每年15%的速度增長，到2025年達到每年10.5萬億美元，高於2015年的3萬億美元。網路犯罪成本包括數據毀損和破壞、被盜資金、生產力損失、智慧財產權被盜、個人和財務數據被盜、挪用公款、詐欺、攻擊後對正常業務過程的破壞、鑑識調查、恢復和刪除被駭客入侵數據和系統，以及聲譽損害等等，不容小覷。

隨著網際網路進入現今每一個人生活當中，我們所謂「網路犯罪」（Cybercrime）一詞的定義，在學界中存在不同的見解。而歐洲理事會（Council of Europe, COE）於2001年11月23日在布達佩斯簽署之「網路犯罪公約」（Convention on Cybercrime）[6]第一章的定義中，對於該公約所規範的內容，認定網路犯罪仍屬於與電腦相關之犯罪行為（Computer-related crime）。[7]本文探討重點側重於網際網路，故以下均以「網路犯罪」一詞代表cybercrime。而網際網路係以「網域名稱」（Domain Name）為基礎的「網域名稱系統」所構築，以下為敘述簡便起見，「網域名稱」一詞或以「域名」代之，「網域

6 因簽署地在匈牙利布達佩斯，故一般亦稱為布達佩斯公約（Budapest Convention）。

7 陳昱奉，跨境電腦犯罪偵辦之未來走向——從「電腦犯罪公約（Convention on Cybercrime）」暨「In Our Sites行動」出發，台灣國際法學刊，15卷2期，2019年6月，頁95-105。公約內容請參見 Convention on Cybercrime, Budapest, Nov. 23, 2001, https://rm.coe.int/1680081561 (last visited: May 5, 2022).

名稱系統」一詞，則以英文縮寫DNS稱之。

除了傳統類型網路犯罪之外，更重要的是，在「資安即國安」的前提下，臺灣因為身處美中對立第一島鏈的關鍵地位，主要產業跟隨全球科技製造業連動，「地緣科技」（Geo-science and technology）讓臺灣也成為全球駭客活動熱區。根據行政院國家資通安全會報「109年國家資通安全情勢報告」[8]顯示，包括臺灣在內，全球所面臨的資安威脅，可分為下列六大項：一、個資與帳密頻遭大量竊取；二、社交工程郵件助長勒索軟體散布；三、物聯網設備資安漏洞擴大蔓延；四、進階持續性威脅攻擊鎖定能源產業；五、供應鏈資安威脅激增；六、關鍵基礎設施遭駭風險升高等。因此，如何有效防範資安威脅，實為執法單位日後所需面對的嚴峻問題。除此之外，我國近來從「楓林網」違反著作權法案件[9]、SWAG網站違反妨害風化案件[10]，均曾由執法機關嘗試藉由扣押網域名稱方式，暫停其網路活動。尤有甚者，臺灣網紅「小玉」藉由「深

8 行政院資通安全處，109年國家資通安全情勢報告，2021年6月29日，https://nicst.ey.gov.tw/Page/7AB45EB4470FE0B9/7234b46b-fe52-4295-8bae-41d9ea36d447（最後瀏覽日：2021年10月22日）。

9 蘇文彬，刑事局破獲盜版影音網站楓林網，每月獲利估至少400萬元，iThome，2020年4月8日，https://www.ithome.com.tw/news/136848（最後瀏覽日：2021年10月2日）。

10 林郁萍，號稱亞洲最大成人平台SWAG被抄　負責人夫妻檔等5人遭送辦，中時新聞網，2021年4月2日，https://www.chinatimes.com/realtimenews/20210402004244-260402?chdtv（最後瀏覽日：2021年9月12日）。

偽」技術，以名人臉像製作色情影片[11]，韓國「N號房事件」[12]，受害人眾多，甚或有兒童及少年在內，更凸顯出此舉之必要性。簡言之，如何在網路世界中，建立優質、衡平、合憲的數位偵查（digital investigation），甚或數位扣押（digital seizure）、數位沒收（digital forfeiture）作為，已然是世界各國執法及立法單位急需努力的方向。再進一步言，有關網路不法行為防治，究竟是否均須法官保留取得令狀始得為之？得否單純以「停止域名解析」（Disabling DNS Resolution）方式，截堵臺灣網域的出入訊號？抑或是某種程度得以由行政機關以行政處分方式為之？是否必須倚賴刑事程序，或者民事程序亦得更迅速獲得救濟？政府是否需另立專法因應？

雖然，網路世界的發展從初期開始，即非奠基於政府所創制的平臺，而是遵循「網路自治」原則，以開放、自律、平等為宗旨，由多方利害關係人漸次營造而成。但是伴隨著網路蓬勃發展，網路世界占據人類大半生活，無可諱言地，無論是網路犯罪，亦或是民事網路侵權，甚至是

---

11 許伯崧、董容慈，網紅小玉DeepFake換臉謎片　YouTube官方宣布：無限期停止營利資格，公視新聞網，2021年11月3日，https://news.pts.org.tw/article/552248（最後瀏覽日：2021年11月29日）。

12 周子馨，南韓N號房主嫌終審定讞！至少關34年、公開個資10年，TVBS新聞網，2021年11月11日，https://tw.news.yahoo.com/%E5%8D%97%E9%9F%93n%E8%99%9F%E6%88%BF%E4%B8%BB%E5%AB%8C%E7%B5%82%E5%AF%A9%E5%AE%9A%E8%AE%9E-%E8%87%B3%E5%B0%91%E9%97%9C34%E5%B9%B4-%E5%85%AC%E9%96%8B%E5%80%8B%E8%B3%8710%E5%B9%B4-055734593.html（最後瀏覽日：2021年11月29日）。

違反行政規範之網路違規案件，均跳脫不了對於「網路治理」（Internet Governance）的範疇。「網路治理」一詞則可追溯至「網路治理工作小組」（Working Group on Internet Governance, WGIG）；此小組因應2003年聯合國世界資訊社會高峰會（World Summit on Information Society, WSIS）日內瓦階段會議發表的「原則與行動宣言」而成立[13]。次而，WGIG在2005年6月發表WGIG工作報告，將網路治理工作定義為：「網際網路的國際管理應該是多邊的、透明的和民主的，政府、私營部門、民間社會和國際組織的充分參與（The international management of the Internet should be multilateral, transparent and democratic, with the full involvement of governments, the private sector, civil society and international organizations.）」，以達到兼顧各方利益衡平的網路治理。該宣言內容於今視之，仍然適用無礙，亦為本文立論的張本。

貳、網域名稱扣押：從美國實務出發

一、網域名稱系統簡介

在DNS架構下，網域名稱，如www.harvard.edu（哈

[13] Building the Information Society: a global challenge in the new Millennium, Declaration of Principles, World Summit of the Information Society 2003, Dec. 12, 2003, https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop.html (last visited: Sept. 21, 2021).

佛大學網站）、www.amazon.com（亞馬遜購物網站）等，係供網路使用者於連結網際網路時辨識之用，以使用者所熟知之英文名稱所組成，為使用者端的辨識模式；而該網域名稱相對應於電腦端，則為四組號碼連串所組成之IP（Internet Protocol）位址，以作為供電腦判讀之用[14]。

鑑於網域名稱涉及廣大網路使用者之利益，為有效並公平統籌分配網域名稱，並且維護網際網路運行之穩定性及競爭之公平性，「網際網路名稱與號碼指配組織」（Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, ICANN）於焉成立，透過此一非營利組織的運作，掌理全球網際網路IP位址的分配、通用頂級網域名稱（gLTD）系統的管理，以及根伺服器（root server）系統管理[15]。

目前，ICANN進而將不同的頂級網域名稱，委由不同之「註冊管理機構」（registry）管理，如「.net」、「.com」等頂級網域名稱，係由Verisign負責[16]；「.org」

---

14 限於篇幅，有關網域名稱、DNS及IP位址的架構與基礎理論，請參見以下說明：Beginner's Guide to INTERNET PROTOCOL (IP) ADDRESSES, ICANN, Mar. 4, 2011, https://www.icann.org/en/system/files/files/ip-addresses-beginners-guide-04mar11-en.pdf (last visited: Oct. 2, 2021); How the Domain Name System (DNS) Works, VERISIGN, 2021, https://www.verisign.com/en_US/website-presence/online/how-dns-works/index.xhtml (last visited: Oct. 2, 2021).

15 參見Welcome to ICANN!, https://www.icann.org/resources/pages/welcome-2012-02-25-en (last visited: Oct. 23, 2021); 愛范兒，全球網路的新「波瀾」：美國正式交出域名管理權，數位時代，2016年10月4日，https://www.bnext.com.tw/article/41205/icann-domain（最後瀏覽日：2021年10月29日）。該組織位於美國洛杉磯，成立於1998年。

16 Verisign的主要業務有管理世界13台根伺服器中的2台（A與

頂級網域名稱則由The Public Interest Registry（PIR）負責[17]。而一旦註冊者（registrant）欲使用網域名稱，則需向網域名稱註冊管理機構轄下之「受理註冊機構」（registrar）申購註冊服務，再由註冊管理機構依照ICANN之規定，予以分配網域名稱。在美國，截至目前為止，在眾多的受理註冊機構中，最著名應屬GoDaddy[18]。簡而言之，就網域名稱註冊服務產業而言，註冊管理機構就如同「批發商」，僅負責「批發」其所掌管之網域名稱，不直接面對消費者；而受理註冊機構就如同「零售商」，受理網域名稱使用者之申請，並提供註冊服務。

從而，就扣押、沒收網域名稱之法律面及執行面而言，對於涉犯侵權網站之網域名稱，只要其頂級域名為「.com」、「.net」或「.org」，則行為人為犯罪行為，如傳遞盜版數位內容訊號，或傳輸仿冒產品之網頁頁面訊息

J），.com、.net和.name通用頂級域名以及.cc和.tv國家代碼頂級域名的註冊，另包括.jobs、.gov和.edu頂級域名後端系統營運，同時提供管理型DNS服務（MDNS）、分散式阻斷服務（Distributed Denial of Service，DDoS）防禦，以及網路威脅報告等服務。VeriSign公司總部於2011年遷移至美國維吉尼亞州之Reston。What Does Verisign Do?, VERISIGN, https://www.verisign.com/en_US/company-information/index.xhtml (last visited: Oct. 2, 2021).

17 About PIR, the new, 2021, https://thenew.org/org-people/about-pir/ (last visited: Oct. 22, 2021)公司總部位於美國維吉尼亞州之Reston。

18 GoDaddy是目前全球最大的受理註冊機構，截至2017年為止，旗下管理7,500萬筆網域名稱，擁有1,700萬名客戶，總部設於美國亞利桑納州Scottsdale。參見History & Milestones, GoDaddy, 2019, https://aboutus.godaddy.net/newsroom/history-and-milestones/default.aspx (last visited: Oct. 3, 2021).

時，必然會透過Verisign或PIR等網域名稱註冊管理機構之伺服器。因此，縱然該等侵權網站之伺服器係架設於美國境外，行為人亦未具有美國國籍，甚或不知孰為行為人時，因該等網站所使用之頂級網域名稱之持有管理者，如Verisign等公司係在美國境內，執法單位因之對於此等網域名稱之沒收，享有管轄權。準此，執法機關僅需將法院核可的扣押令狀，提示予Verisign等公司執行，即可達到沒收網域名稱之效果，無須再透過司法互助或在境外提出訴訟之方式為之。

二、背景簡介

所謂「域名扣押」（domain name seizure），係指自2010年左右開始，美國政府開始針對販售仿冒品及侵犯著作權的網站所展開的打擊犯罪行動。美國國土安全部（Department of Homeland Security）轄下的「移民及邊境執法局」（Immigration and Customs Enforcement）（下稱「ICE」），及其他相關執法機構，透過民事程序「對物」（*in rem*）沒收[19]的方式，認為系爭網站之域名，係嫌犯遂行侵犯智慧財產權犯行所使用之犯罪工具，遂以該域名為「被告」，向管轄法院提出相當合理之證據與說明，

19 迥異於傳統對人（*in personam*）的沒收，亦即無需確定被告人別，可將系爭標的物列為「被告」而沒收之。詳請參見陳昱奉，數位時代之犯罪偵查與網路自由及隱私權之保障——從網域名稱（Domain Name）之扣押、沒收談起，臺灣嘉義地方檢察署研究報告，2014年12月，https://www.cyc.moj.gov.tw/media/136016/551410383574.pdf（最後瀏覽日：2021年9月12日）。

聲請扣押（seize）該域名。

在此，值得探討的是，網域名稱係為IP位址相對應之代號，並非有體物，是否得成為沒收之客體？域名是否可以成為形式強制處分制度下的扣押標的？對此，美國尚無成文法以資規範，然自從2002年Kremen v. Cohenu一案後，實務上已普遍接受域名為「無形財產」（intangible property）的一種形式[20]，而與其他財產權一樣，得成為扣押之標的，核與財產權之特性並無相違。事實上，網域名稱之轉賣或拍賣在商業上數見不鮮，具有特殊意義或辨識性高的網域名稱，其價值更以百萬美元計[21]。再者，在ICE歷次Operation In Our Sites行動中，各法院並未將網域名稱排除在沒收之客體外，而予以拒絕核發令狀，足見目前各聯邦地區法院咸認為網域名稱乃得成為沒收之客體，核無疑義。此外，另值得注意的是，域名之扣押，雖然現實上並未發生物之占有移轉，但尚未脫逸美國憲法第四修正案[22]所賦予之扣押定義範疇。在United States v. Jacobsen,

20 Kremen v. Cohen, 337 F.3d 1024,1030 (9th Cir. 2002).

21 如域名Cars.com，其價格即達8億7千2百萬美元之譜，參見Joe Styler, The top 25 most expensive domain names, GoDaddy, 2022, https://www.godaddy.com/garage/the-top-20-most-expensive-domain-names/ (last visited: Oct. 6, 2021).

22 THE FORTH AMENDMENT: “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 affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

466 U.S. 109, 113 (1984)一案中，最高法院認為：「對於系爭財產個別的占有利益，有意義地加以干涉（some meaningful interference with an individual's possessory interests in … property），亦可謂之為扣押。」準此見解，將欲沒收之網域名稱登記資料納為國家控管，並將網址指向國家指定之網頁，亦屬扣押之態樣。

以近年來著名的WeLeakInfo.com一案[23]為例，該網站聲稱為其用戶提供搜索引擎，用於非法取得的個人資訊，其中包含超過120億則，包括姓名、電子郵件地址、用戶名、電話號碼和密碼等紀錄。該網站藉由訂閱制度營利，任何用戶都可以透過該網站查知遭洩露的個人資料。此次查緝行動是FBI、美國哥倫比亞特區檢察官辦公室、司法部電腦犯罪和智慧財產權科以及包括英國國家犯罪局在內，國際執法部門所採取的全面執法行動的一部分。荷蘭國家警察總隊、德國聯邦刑事警察局和北愛爾蘭警察局也參與此次行動。為有效迅速防止損害擴大，WeLeakInfo.com之網域名稱被扣押之後，上網瀏覽該網站之網路使用者，將會看到網頁被轉向至美國政府相關執法單位網站，並暫停該網站營運，透過網頁告知原有網站之網域名稱已遭扣押（如下圖1）。

23 WeLeakInfo.com Domain Name Seized, Department of Justice, Jan. 16, 2020, https://www.justice.gov/usao-dc/pr/weleakinfocom-domain-name-seized (last visited: Sept. 29, 2021). 讀者可以在網址欄鍵入WeLeakInfo.com之後，即可看到該警示網頁。

圖1

域名遭扣押後所顯示之警告頁面（WeLeakInfo案）[24]

三、法律依據

在實體法層面，以智慧財產權案件為例，侵犯智慧財產權網站之域名沒收，係以Title 18 U.S.C.第2323條為基準條文開展。Title 18 U.S.C.第2323條第(a)(b)項規定：任何用以交易第2319條所禁止標的之物品，或是任何用以，或意圖用以犯罪或幫助全部或一部犯罪之財產，均應沒收[25]。Title 18 U.S.C.第2323條第(a)項第2款進一步陳明，

24 同前註。

25 本條為美國沒收法制下之重要條文，其地位相當於我國刑法第38條。

Title 18 U.S.C. § 2323. Forfeiture, destruction, and restitution

(a) Civil Forfeiture.—

(1) Property subject to forfeiture.— The following property is subject to forfeiture to the United States Government:

(A) Any article, the making or trafficking of which is, prohibited under section 506 of title 17, or section 2318, 2319, 2319A, 2319B, or 2320, or chapter 90section 2318, 2319, 2319A, 2319B, or 2320, or chapter 90, of this title.

(B) Any property used, or intended to be used, in any manner or part to commit or facilitate the commission of an offense referred to in subparagraph (A).

(C) Any property constituting or derived from any proceeds obtained directly or indirectly as a result of the commission of an offense referred to in subparagraph (A).

(2) Procedures.— The provisions of chapter 46 relating to civil forfeitures shall extend to any seizure or civil forfeiture under this section. For seizures made under this section, the court shall enter an appropriate protective order with respect to discovery and use of any records or information that has been seized. The protective order shall provide for appropriate procedures to ensure that confidential, private, proprietary, or privileged information contained in such records is not improperly disclosed or used. At the conclusion of the forfeiture proceedings, unless otherwise requested by an agency of the United States, the court shall order that any property forfeited under paragraph (1) be destroyed, or otherwise disposed of according to law.

(b) Criminal Forfeiture.—

(1) Property subject to forfeiture.— The court, in imposing sentence on a person convicted of an offense under section 506 of title 17, or section 2318, 2319, 2319A, 2319B, or 2320, or chapter 90 section 2318, 2319, 2319A, 2319B, or 2320, or chapter 90, of this title, shall order, in addition to any other sentence imposed, that the person forfeit to the United States Government any property subject to forfeiture under subsection (a) for that offense.

(2) Procedures.—

(A) In general.— The forfeiture of property under paragraph (1), including any seizure and disposition of the property and any related judicial or administrative proceeding, shall be governed

第46章與民事沒收有關的條文，均得適用於該條所稱之沒收[26]。換言之，在Title 18 U.S.C第2323條所示之各項罪名，其射程範圍含括各種形式之扣押及民事沒收。此外，Title 18 U.S.C第981條第(b)項(1)款復規定，民事沒收得藉由檢察總長之指揮，透過檢察機關執行之[27]。

在違反著作權法案件部分，侵權網站之域名之所以得

---

by the procedures set forth in section 413 of the Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970 (21 U.S.C. 853), other than subsection (d) of that section.

(B) Destruction.— At the conclusion of the forfeiture proceedings, the court, unless otherwise requested by an agency of the United States shall order that any—

(i) forfeited article or component of an article bearing or consisting of a counterfeit mark be destroyed or otherwise disposed of according to law; and

(ii) infringing items or other property described in subsection (a)(1)(A) and forfeited under paragraph (1) of this subsection be destroyed or otherwise disposed of according to law.

(c) Restitution.— When a person is convicted of an offense under section 506 of title 17 or section 2318, 2319, 2319A, 2319B, or 2320, or chapter 90section 2318, 2319, 2319A, 2319B, or 2320, or chapter 90, of this title, the court, pursuant to sections 3556, 3663A, and 3664 of this title, shall order the person to pay restitution to any victim of the offense as an offense against property referred to in section 3663A (c)(1)(A)(ii) of this title.

26 參見前註Title 18 U.S.C. § 2323(a)(2).

27 Title 18 U.S.C. § 981(b)(1)
Except as provided in section 985, any property subject to forfeiture to the United States under subsection (a) may be seized by the Attorney General and, in the case of property involved in a violation investigated by the Secretary of the Treasury or the United States Postal Service, the property may also be seized by the Secretary of the Treasury or the Postal Service, respectively.

成為扣押、沒收之標的，乃係依據Title 18 U.S.C第2319條第(a)項規定，即任何人違反美國聯邦法典第17編（Title 17 U.S.C）「著作權」（Copyright）第506條[28]，均屬涉犯

[28] Title 17 U.S.C. § 506
(a) Criminal Infringement.—
(1) In general.— Any person who willfully infringes a copyright shall be punished as provided under section 2319 of title 18, if the infringement was committed—
(A) for purposes of commercial advantage or private financial gain;
(B) by the reproduction or distribution, including by electronic means, during any 180–day period, of 1 or more copies or phonorecords of 1 or more copyrighted works, which have a total retail value of more than $1,000; or
(C) by the distribution of a work being prepared for commercial distribution, by making it available on a computer network accessible to members of the public, if such person knew or should have known that the work was intended for commercial distribution.
(2) Evidence.— For purposes of this subsection, evidence of reproduction or distribution of a copyrighted work, by itself, shall not be sufficient to establish willful infringement of a copyright.
(3) Definition.— In this subsection, the term "work being prepared for commercial distribution" means—
(A) a computer program, a musical work, a motion picture or other audiovisual work, or a sound recording, if, at the time of unauthorized distribution—
(i) the copyright owner has a reasonable expectation of commercial distribution; and
(ii) the copies or phonorecords of the work have not been commercially distributed; or
(B) a motion picture, if, at the time of unauthorized distribution, the motion picture—
(i) has been made available for viewing in a motion picture exhibition facility; and
(ii) has not been made available in copies for sale to the general public in the United States in a format intended to permit

刑事責任。Title 17 U.S.C第506條第(a)項規定：「故意以下列方式侵犯他人之著作權者，依Title 18 U.S.C第2319條之規定處罰之：(a)基於商業利益或個人財獲……。」而在違反商標法案件部分，在歷次所查獲的案件中，多屬在網站上販賣仿冒商品之類型。對此，美國聯邦商標法，即美國聯邦法典第15編（Title 15 U.S.C）第22章「商標」（Trademark）中，並未另設有特別法之刑責規定，而係回歸普通刑法即Title 18 U.S.C第2320條，作為處以刑事責任的依據。依照該條第(a)項規定，明知為仿冒商標之商品而販賣之者，得處以徒刑或科或併科罰金。復依同條第(c)項規定，涉犯同條所稱之刑事責任者，適用Title 18 U.S.C

---

viewing outside a motion picture exhibition facility.

(b) Forfeiture, Destruction, and Restitution.— Forfeiture, destruction, and restitution relating to this section shall be subject to section 2323 of title 18, to the extent provided in that section, in addition to any other similar remedies provided by law.

(c) Fraudulent Copyright Notice.— Any person who, with fraudulent intent, places on any article a notice of copyright or words of the same purport that such person knows to be false, or who, with fraudulent intent, publicly distributes or imports for public distribution any article bearing such notice or words that such person knows to be false, shall be fined not more than $2,500.

(d) Fraudulent Removal of Copyright Notice.— Any person who, with fraudulent intent, removes or alters any notice of copyright appearing on a copy of a copyrighted work shall be fined not more than $2,500.

(e) False Representation.— Any person who knowingly makes a false representation of a material fact in the application for copyright registration provided for by section 409, or in any written statement filed in connection with the application, shall be fined not more than $2,500.

(f) Rights of Attribution and Integrity.— Nothing in this section applies to infringement of the rights conferred by section 106A (a).

第2323條有關沒收之規定，再經由Title 18 U.S.C第2323條指向適用Title 18 U.S.C第981條所示之民事沒收程序。

綜上，由於侵犯著作權或商標權之域名，係行為人用於施行或幫助侵害智慧財產權之工具，並為佐證該犯行之證據，遂得成為沒收的客體。執法單位爰依Title 18 U.S.C第981條之規定，向法院聲請令狀，扣押系爭域名稱後予以沒收之。對此，ICANN為讓扣押、沒收程序得以順遂進行，遂制訂「網域名稱命令指引」（Guidelines for Domain Name Orders）[29]，供執法機關或其他民事案件當事人據以遵循。執法機關欲執行法院令狀，進而對系爭網域名稱進行扣押、沒收，需就下列問題提出說明：聲請人為何？聯絡人為何？執行命令性質為何（如：法院令狀、因著作權或惡意程式所衍生之第三人請求（third party request for action）？所欲執行日期為何？是否需要同時取得網域名稱之相關資訊？網域名稱紀錄要如何變更（如：變更網域名稱登記人等）？網域名稱之現況要如何變更（如：禁止系爭網域名稱移轉、禁止網域名稱更新登記資料、刪除網域名稱）？網域名稱是否需轉移至其他登記人？網域名稱是否要停止解析等等。在美國諸多案例中，

[29] Dave Piscitallo, Thought Paper on Domain Name Takedowns, ICANN Blog, Mar. 8, 2012, https://www.icann.org/en/blogs/details/thought- paper-on-domain-seizures-and-takedowns-8-3-2012-en (last visited: Sept. 7, 2021); Dave Piscitallo, Guidance for Preparing Domain Name Orders, Seizures and Takedowns, ICANN Security Team, 2012, https://www.icann.org/en/system/files/files/guidance-domain-seizures-07mar12-en.pdf (last visited: Sept. 7, 2021).

ICE等執法單位於取得令狀之後，隨即通知Verisign等註冊管理機構，將令狀所列之網域名稱轉向至指定之IP位址，使網頁瀏覽者得以看見如圖1所示之網頁，進而知悉其所造訪之網站網域名稱已遭扣押；註冊管理機構並應要求受理註冊機構，將個別網域名稱之「技術聯繫窗口」（Technical Contact）及「管理聯繫窗口」（Administrative Contact）等記錄資料，轉至執法機關所指定之聯繫窗口，以此法將該網域名稱至於國家之實力支配之下。

值得注意的是，網域名稱扣押除了智慧財產權相關侵權行為得以使用之外，在於其他透過營運網站以遂行犯罪之情況，尤其是需要即時停止或減低犯罪所生之損害時，已可獲得相當實益。其中，在資訊安全方面，除了上述WeLeakInfo網站大量販售他人個資案件之外，2018年之Sofacy Group殭屍網路一案[30]，即以民事對物沒收方式扣押網域名稱.toknowall.com，以阻止損害擴大。本案波及甚廣，由數十萬受感染的家庭和辦公室（SOHO）路由器和其他物聯網設備組成全球殭屍網路，名為Sofacy Group，至少從2007年或大約在2007年開始運作，針對政府、軍隊、安全組織和其他被認為具有情報價值的目標。由於本案係以VPNFilter模式運作[31]，為了識別受感染的設

30 Justice Department Announces Actions to Disrupt Advanced Persistent Threat 28 Botnet of Infected Routers and Network Storage Devices, DEPARTMENT OF JUSTICE, May 23, 2018, https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-announces-actions-disrupt-advanced-persistent-threat-28-botnet-infected (last visited: Oct. 24, 2021).

31 VPNFilter惡意軟體是一個多階段的模組化平臺，具有多種功能，可

備並進行補救，美國賓州西區檢察官辦公室因此向法院申請並取得令狀，授權FBI取得屬於惡意軟體所命令和控制基礎設施的部分區域。而就網域名稱部分，在美國賓州西區聯邦法院所核發的扣押命令中，係採取民事對物沒收方式，將toknowall.com此一域名列為被告，認定該網域名稱，是犯罪嫌疑人涉犯美國聯邦Title 18 U.S. Code第1030條[32]「利用電腦設備詐欺罪」所使用之工具，爰指示受理註冊機構Verisign公司執行該網域名稱之扣押，執行方法及細節參照前述ICANN所制訂「網域名稱命令指引」為之。

支持情報蒐集和破壞性網路攻擊操作。在第1階段，惡意軟體通過重啟持續存在，使其與大多數其他針對物聯網設備的惡意軟體區分開來，因為惡意軟體通常無法在設備重啟後存活。此外，第1階段的主要目的是獲得持久的立足點，並啟用第2階段惡意軟體的部署。第1階段利用多個命令和控制（C2）機制來發現當前第2階段部署服務器的IP位址，致使該惡意軟體非常強大，並且能夠處理不可預測的C2基礎設施變化。參見William Largent, New VPNFilter malware targets at least 500K networking devices worldwide, TALOS CISCO, May 23, 2018, https://blog.talosintelligence.com/2018/05/VPNFilter.html (last visited: Dec. 30, 2021).

32 Title 18 U.S. Code § 1030 — Fraud and related activity in connection with computers.

圖2
Sofacy Group殭屍網路一案，扣押域名toknowall.com之法院令狀[33]

IN THE UNITED STATES DISTRICT COURT
FOR THE WESTERN DISTRICT OF PENNSYLVANIA

IN THE MATTER OF THE SEIZURE OF THE DOMAIN NAME, **toknowall.com**	)	WARRANT OF SEIZURE *IN REM* PURSUANT TO 18 U.S.C. §§ 1030(i) AND 1030 (j) AND 21 U.S.C. §§ 853(e) AND 853(f) AND SEALING ORDER
		Magistrate No. 18-665 [redacted]

WARRANT OF SEIZURE AND SEALING ORDER

TO: VERISIGN, INC., 12061 BLUEMONT WAY, RESTON, VA ("REGISTRY")

ANY AUTHORIZED LAW ENFORCEMENT OFFICER

An Affidavit having been made before me by MICHAEL J. McKEOWN, a Special Agent with the Federal Bureau of Investigation, United States Department of Justice, that he has reason to believe that the above-captioned domain name is subject to seizure and criminal forfeiture pursuant to 18 U.S.C. §§ 1030(i) and 1030(j) and 21 U.S.C. §§ 853(e) and 853(f), and as I am satisfied that there is probable cause to believe that the property so described is subject to seizure and criminal forfeiture pursuant to 18 U.S.C. §§ 1030(i) and 1030(j) and 21 U.S.C. §§ 853(e) and 853(f);

YOU ARE HEREBY COMMANDED AND AUTHORIZED to seize, within fourteen (14) days of the date of the issuance of this warrant, by serving a copy of this Seizure Warrant and Order, upon the REGISTRY, the domain name described below pursuant to the seizure procedure contained in Attachment A to this Seizure Warrant and Order:

toknowall.com

33 參見同前註。

YOU ARE FURTHER COMMANDED AND AUTHORIZED to prepare a written inventory of the property seized and promptly return this Seizure Warrant and Order and inventory before this Court as required by law.

THE REGISTRY IS HEREBY COMMANDED to comply with all terms of this Seizure Warrant and Order pursuant to the seizure procedure set out in Attachment A to this Seizure Warrant and Order pending further order of the Court.

THE COURT FINDS that there is reason to believe that notification of the existence of this Seizure Warrant and Order will result in destruction or tampering with evidence and flight from prosecution, or otherwise will seriously jeopardize an ongoing investigation. Accordingly, it is ordered that this Seizure Warrant and Order, including Attachment A to the Warrant, and the Affidavit upon which it was issued, be filed under seal, except that the Government may without further order of this Court serve the Seizure Warrant and Order on the REGISTRY; provide copies of the Affidavit or Seizure Warrant and Order as need be to personnel assisting the Government in the investigation and prosecution of this matter; and disclose these materials as necessary to comply with discovery and disclosure obligations in any prosecutions related to this matter.

Dated: May 22, 2018

[redacted]
HONORABLE LISA PUPO LENIHAN
UNITED STATES MAGISTRATE JUDGE

參、網域名稱扣押在我國司法實務之實踐：兼論DNS RPZ之運用

一、背景簡介

相較於網域名稱扣押在美國已行之有年，在我國司法實務上仍可說是相當陌生的概念。誠如前述，美國實務上有關域名扣押制度之開展，係奠基於歷史悠久的「民事對物沒收制度」，然我國因欠缺此一機制，而且諸如

ICANN、Verisign、GoDaddy等與頂級域名相關的組織或公司，並非位在我國境內，欠卻管轄聯繫因素，因此網域名稱扣押機制是否得以在我國執行無礙，尚有疑義。對此，網域名稱扣押原本即重在防止訊號繼續傳接，防止一般大眾得以不斷造訪侵權網站，也因此，向來在網域管理上已經發展相當成熟的機制：Response Policy Zone，中文稱之為「回應政策區域」（下稱「DNS RPZ」），在查緝網路相關犯罪上提供了一套因地制宜的解決方案。

為了因應網路犯罪與網路安全威脅增加，「財團法人台灣網路資訊中心」（Taiwan Network Information Center, TWNIC）[34]整合國內網路關鍵基礎設施提供者（Internet Servie Provider, ISP），共同建構DNS RPZ[35]。簡言之，DNS RPZ是域名系統服務器所提供的功能之一，

34 財團法人台灣網路資訊中心（TWNIC）是一非營利性之財團法人機構，在交通部電信總局及中華民國電腦學會的共同捐助下，於1999年12月29日完成財團法人設立登記事宜，2017年12月22日完成主管機關變更為「國家通訊傳播委員會」。捐助章程中規定，TWNIC為我國國家級網路資訊中心（National Network Information Center），其服務宗旨如下：一、非以營利為目的，以超然中立及互助共享網路資源之精神，提供註冊資訊、目錄與資料庫、推廣等服務。二、促進、協調全國與國際網際網路（Internet）組織之間交流與合作，並爭取國際網路資源及國際合作之機會。三、協助推展全國各界網際網路應用之普及，以及協調資訊服務之整合、交換。四、協助或支援政府辦理各項事務，並推動網路資訊相關公益事務。參見TWNIC，成立宗旨，2021年，https://twnic.tw/about.php（最後瀏覽日：2021年10月2日）。

35 黃勝雄，DNS RPZ摘要說明，TWNIC，2020年9月23日，https://blog.twnic.tw/2020/09/23/15311/（最後瀏覽日：2021年10月2日）。

亦可稱之為「DNS防火牆」，發揮阻擋外來攻擊。由於在網路世界，有愈來愈多惡意程式及殭屍網路，利用DNS查詢C&C伺服器（Command and Control Server），RPZ允許遞歸解析器（recursive resolver），透過自定義的資訊修改解析結果後，再回傳給DNS客戶端，藉由修改查詢結果的方式，以防止駭客攻擊，或避免使用者訪問惡意網站。

目前，DNS RPZ機制採取主從架構，如將不當網域名稱或IP位址寫入主節點DNS RPZ時，所有參與DNS RPZ的次級節點，會同時限制接取此不當網域名稱或IP位址。一般而言，TWNIC主要負責臺灣國家網域名稱.tw的註冊與營運，另外，為提升網路空間安全，TWNIC與國內網路關鍵基礎設施提供者共同合作建構全臺DNS RPZ服務架構，透過全臺DNS RPZ服務架構，將DNS RPZ限制接取的網域名稱範圍擴大，不限於.tw國家頂級網域名稱，作為境內或境外惡意網域名稱第一線的防護措施。

二、法制概述

由以上論述可知，美國法上的網域名稱扣押，其前提需要取得法院的令狀始得將系爭域名扣押，將該域名的連結轉到司法單位所指定的警示頁面；如果是採行DNS RPZ的防火牆機制，也需要有法院的判決、裁定，或者行政處分，我國TWNIC才能據以執行。那麼，對於網路盜版等網路犯罪案件，在我國司法審判權範圍內，是否也能夠以網域名稱扣押及DNS RPZ等機制來處理呢？這裡將牽涉到二

個問題：我國刑事訴訟法所規定的「扣押」態樣，是否包括網域名稱扣押呢？如果答案是肯定的，那麼在取得法院令狀之後，實務面又應如何執行？

我國刑事訴訟法有關扣押之相關規定，最基本的條文為第133條第1項：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」另外，「非附隨於搜索之扣押，除以得為證據之物而扣押或經受扣押標的權利人同意者外，應經法官裁定。」「偵查中檢察官認有聲請前條扣押裁定之必要時，應以書面記載前條第三項第一款、第二款之事項，並敘述理由，聲請該管法院裁定。司法警察官認有為扣押之必要時，得依前項規定報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發扣押裁定。」刑事訴訟法第133條之1第1項、第133條之2第1項分別定有明文。亦即，若非以搜索為前提的扣押，亦得以循上開規定，向法院聲請裁定獲准後執行扣押。再者，扣押為強制處分之一種，刑事訴訟法並未限定其執行態樣，因此，以扣押之意思而對欲扣押之標的執行扣押，即產生扣押效果。簡言之，一旦扣押之意思達到扣押標的之持有人或所有人，並將應扣押標的移至公權力之下，扣押行為即告完成，法律上即為國家所占有，其原有運作之功能亦即因扣押而中止。例如：扣押刀子一把後，即不得再持之用以傷人；扣得挖土機一部後，即不得再用以盜採砂石，傷害及竊盜之犯行因此中止。而在許多電信詐欺案件，實務常見司法警察扣押被告辦公室或住家的電腦主機後，必然會將電源線及網路線拔除，停止該主機的一切運作功能，包括中斷與外部網際網路的連結，自然也包括停

止解析域名在內。進一步而言，執法機關執行扣押的目的，其一大目的無非在於阻斷系爭犯行再次遂行的可能性，從而，刑事訴訟法第133條所謂之「扣押」，原本即含有「暫時性的處分」的功能，不因最終是否經法院宣告沒收而有異。

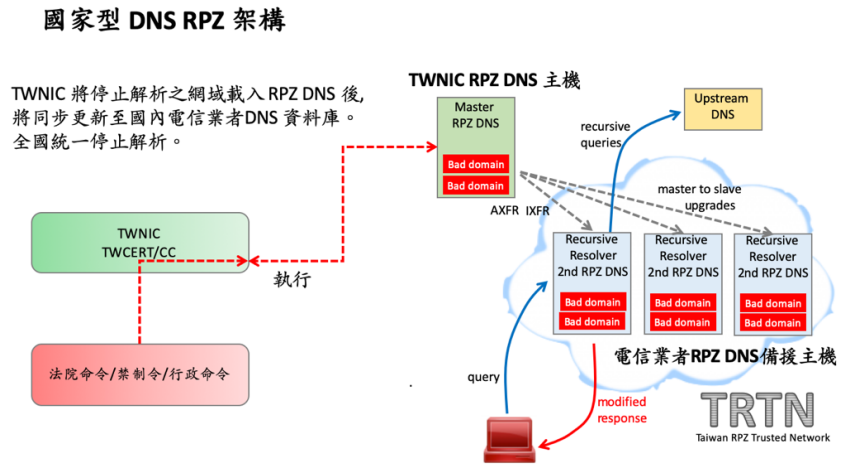
其次，網域名稱扣押我國刑事訴訟法所規定的「扣押」態樣，是否包括網域名稱，以及其所對應之IP位址？對此，我國刑事訴訟法並無明文規定，但參諸刑事訴訟法第133條於2016年6月22日之修法理由載明：「關於不動產、船舶、航空器之保全方法，不限於命其提出或交付」足見扣押之方式，已不限於現實上移轉占有的情形，也包括透過其他方式，限制所有權人所支配權人處分權限的情形。刑事訴訟法第133條第4項、第5項所規定的扣押方式，即屬適例。再觀諸藉由網站和域名涉犯違反著作權法等犯行的情形，對於任何網站而言，網站訊息的進出與傳遞，來自於對其網域名稱的解析，所以透過域名扣押方式，將域名支配權限移轉於公權力之下，由公權力決定該網站營運與否，或者透過前述DNS RPZ的方式為之，將系爭網域名稱列在「黑名單」之中，以停止解析的方式，讓一般大眾無法接取，實際上與扣押的本質並無不同，仍屬刑事訴訟法第133條第1項所稱之扣押。然而值得注意的是，誠如前述，由於審判權的限制，非屬.tw的域名，例如www.amazon.com等網域名稱，由於其域名管理業務並非由TWNIC所管轄，處理頂級域名.com的根伺服器（root

server）亦非位在我國境內，因此，TWNIC並無法在其業務職掌範圍內，命令Verisign等註冊管理機構限制或剝奪域名持用人的權限。所以對於非屬TWNIC管理權限內的域名，僅能透過司法互助的方式，以我國法院所核發的裁定，向該管國家請求協助執行域名扣押。

再者，就DNS RPZ實際執行層面而言，TWNIC同時依據DNS RPZ架構特性，業已規劃符合正當程序之政策模式以及審核要件，以作為RPZ執行依據。而依照TWNIC規劃，限制惡意域名接取依據，包含法院判決或行政機關命令，或有資安疑慮且影響資安重大者。其架構及執行流程如下圖3、4[36]：

圖3

國家型DNS RPZ架構Structure of DNS PRZ (Country Mode)

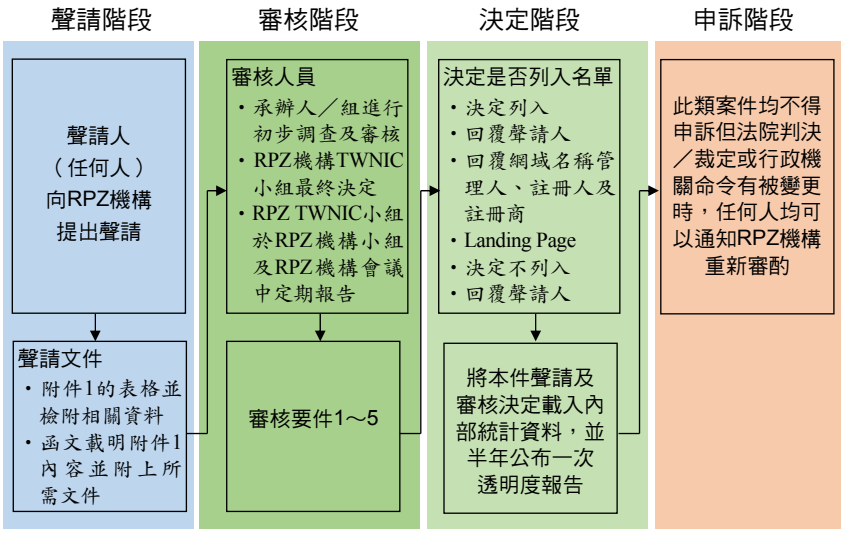


36 同前註。

圖4

聲請DNS RPZ依據及流程圖

情況一：依據法院判決／裁定或行政機關命令



承上所述，目前在DNS RPZ的運作框架下，TWNIC得以根據法院判決、裁定，或者行政機關的命令（實務上或以「行政處分」方式為之），將預計停止解析之網域名稱，載入DNS RPZ資料庫後，同步更新至國內電信業者DNS資料庫，全國統一停止解析。從而，TWNIC對於DNS治理部分，也有更進一步的說明[37]，關於.tw的域名，在技術上，TWNIC可以採取以下作為：第一、針對網域名稱部分：(一)提供關於該網域名稱之相關登記資料；(二)

37 財團法人台灣網路資訊中心110年9月9日第11082000120號函。

更換該網域名稱所有人（registrant）為其他指定之人；(三)更換該網域名稱之受理註冊機構（registrar）為其他指定的受理註冊機構；(四)防止該網域名稱之移轉；(五)防止該網域名稱資訊之更新；(六)防止原網域名稱所有人續約繼續使用該網域名稱；(七)刪除該網域名稱。（然於刪除該網域名稱後，其他人將能另行註冊使用該網域名稱）；(八)停止DNSSEC[38]；(九)就DNSSEC提供新的鑰匙，以取代目前的DNSSEC鑰匙。第二、針對DNS部分：(一)停止解析；(二)將連結至原網域名稱者，轉址至其他指定之網域名稱，通知使用者原網域名稱業經遭扣押或停止解析等（需提供轉址之網址以及需要執行轉址之時間）；(三)更換DNS管理者為其他指定之管理者（須提供該指定之管理者）。

綜上所述，藉由法院核發扣押裁定，對於域名實施DNS RPZ用以阻斷訊號接取的方式，讓侵權內容無法繼續由造訪者透過該網站取得，不僅在法制面及執行面上係屬有據且可行，在我國司法實務上並業已獲得肯認。2021年東京奧運期間，因某知名藝人藉由提供盜版影音內容的電

38 所謂DNSSEC（Domain Name System Security Extension, DNSSEC），即「網域名稱系統安全擴充程式」，網域名稱註冊人得以透過DNSSEC方式，數位簽署持有域名的相關資訊，而來自其他客戶端（如網頁瀏覽者）的查詢在取得回應後，也因回應中含有註冊人的數位簽章，從而確認回應正確無誤。詳請參見David Conrad, DNSSEC: Securing the DNS, ICANN Office of the Chief Technology Officer (OCTO), 2020/7/24, https://www.icann.org/en/system/files/files/octo-006-24ju l20-en.pdf (last visited: Oct. 24, 2021).

視機上盒「安博盒子」，在家中觀賞東奧賽事而喧騰一時，臺灣安博公司負責人及其他共犯因此遭到檢警查緝[39]，並藉由前述法院裁定扣押的方式，向法院聲請扣押涉犯著作權法的網域名稱，並以DNS RPZ的方式執行獲准[40]，而就涉外域名部分，也透過國際司法互助模式，向該管國家司法機關協助執行我國的扣押裁定。而在此之前，我國檢察機關也已意識到資通犯罪具有即時性和跨域性，因此，臺灣高等檢察署於2021年8月，成立「資通犯罪查緝督導中心」，推動「聲請法院扣押域名並執行DNS RPZ（停止解析）」，以違反智慧財產權、兒童及少年性剝削等重大指標性案件為主，統合情資即時阻斷犯行，並同時循線追緝嫌犯[41]。

肆、其他模式：以網站屏蔽命令（Website Block Order）為中心

一、導　論

人類自二十世紀開始保障智慧財產權以來，其相關法制架構是從地域性出發，為內國法的一部分，聚焦在內國

39 參見何毓庭，黑人看盜播奧運掀波　安博老董交保，聯合報，2021年10月9日，https://udn.com/news/story/7321/5804227（最後瀏覽日：2021年11月23日）。

40 參見臺灣新北地方法院110年度聲扣字第19號裁定。

41 王宏舜，資通犯罪猖獗　高檢署點出這6大特性讓查緝變艱鉅，聯合新聞網，2021年12月21日，https://udn.com/news/story/7321/5977416（最後瀏覽日：2021年12月23日）。

公權力的遂行，以及對國民權利的保障。但是，自從網際網路出現以來，已然打破傳統的法治架構。網際網路是跨國境的訊息空間，侵權網站又通常位於外國司法管轄區域，無法單恃內國刑事司法予以規範。而承前所述，利用域名扣押的方式，或可達成禁止使用者繼續造訪系爭侵權網站的效果，然而，一旦行為人迅速更改或申請新域名後，仍可繼續從事侵權行為，未能達到治本目的。況且，透過刑事訴訟，以發動強制處分程序為之，先要有司法警察相當時間的偵查，繼而經檢察官之可核准後，繼而向法院聲請受押裁定，其程序曠日費時，恐怕取得對系爭域名扣押裁定後，已成明日黃花，行為人早已轉移陣地或重起爐灶。

對此，除了刑事程序外，為避免損害繼續擴大，並及時確保權利人權益，自2010年左右開始，越來越多的國家或地區允許權利人在一定條件下，除利用刑事程序外，亦可循民事、行政程序，取得法院或相關主管機關所核發之命令，以類似發禁制令的方式，指示ISP業者即時阻止網路使用者造訪涉及不法內容的網站，進而減少盜版並增加合法內容和服務的消費[42]，此即一般所謂的「網站屏蔽命令」。再者，許多侵犯著作權的不法網站，係以

[42] Nigel Cory, How Website Blocking Is Curbing Digital Piracy Without "Breaking the Internet", Information Technology & Innovation Foundation (ITIF), Aug. 2016, https://itif.org/publications/2018/06/12/normalization-website-blocking-around-world-fight-against-piracy-online (last visited: Oct. 24, 2021).

BitTorrent[43]（簡稱BT，中文以「位元洪流」稱之，為敘述簡潔，以下以BT稱之）方式傳送影音串流內容，同時間下載越多，傳播就越迅速，若以屏蔽命令限制使用者造訪，在短時間內將減少BT下載點，降低檔案傳播速度，有助於減少法益侵害。簡言之，屏蔽命令可謂是數位時代的特殊法律手段，相當於其宗旨在於阻斷網站與外界的連結與資訊的進出，不讓使用者得以造訪網站上的侵權內容。

---

43 楊又肇，曾被盜版污名化的BitTorrent網路傳輸技術，如今邁入20週年，Mashdigi，2021年7月6日，https://mashdigi.com/bittorrent-turns-into-20-anniversary/（最後瀏覽日：2021年10月24日）。依該文獻說明，由BitTorrent係美國軟體工程師Bram Cohen等人於2001年4月所研發，並且在同年7月2日時首度投入應用的BitTorrent網路傳輸協定，推出至今已經進入20週年。雖然在發展過程中涉及傳播盜版內容等負面形象，但是對於網路傳輸技術應用卻有顯著影響。相比傳統在HTTP/FTP下載時使用的TCP/IP網路傳輸協定，BitTorrent建構在TCP/IP協定基礎之上，並且以P2P檔案傳輸通訊協定運作，更隨著發展擴充傳輸協定。在BitTorrent基本運作模式中，透過.torrent種子檔案定義Tracker資訊與檔案資訊，前者分別對應伺服器位址及設定，後者則闡述下載檔案內容，同時將下載檔案預先規劃相同大小的下載區塊，並且透過.torrent種子檔案比對每個下載區塊索引資訊與hash驗證碼。值得注意的是，由於一般在HTTP/FTP下載時，通常會占據提供下載端的伺服器運算資源與網路頻寬，因此若同時間連入使用人數過多，就會造成伺服器無法負荷，同時也會造成網路頻寬被占滿，可能會造成網路傳輸堵塞或伺服器當機情況，因此BitTorrent技術理念就是將檔案「切割」成多數細小下載區塊，並且透過P2P傳輸方式，讓其他已經下載部分區塊的裝置也能成為分享下載檔案「來源」，藉此分散原本提供下載端伺服器負荷量。換言之，當有更多人下載時，相對會讓整體下載速度變快，同時也會讓檔案可下載性持續延伸。但由於這樣的下載特性，後續也衍生被諸多網路論壇用於提供下載非法盜版內容，例如檔案容量龐大的影片、遊戲或音樂內容，因此也讓BitTorrent技術被烙上盜版工具形象。

而屏蔽命令從技術面而言，大致可分為以下四種方式[44]：

(一)網域名稱屏蔽（DNS Name Blocking）

涉及修改或刪除域名伺服器記錄，致使域名請求無法解析特定IP位址，因而造成域名請求不獲任何回應，或被重新定向到另一個網站，例如以「登錄頁面」（landing page）方式通知用戶造訪已被阻止。此法相當於本文前述之域名扣押。

(二)IP位址屏蔽（IP Address Blocking）

由於IP位址系統是透過ISP業者的路由器（router）運作，故ISP業者可藉由閘道路由器（gateway router）的配置，以便特定IP地址的數據封包被阻擋或重新指向到另一個IP地址。

(三)統一資源定位符（俗稱「網址」，以下仍以URL稱之）（URL Site Blocking）屏蔽

URL是網際網路上特定文件或文檔的位址，包括域名以及文件或文檔的位置。URL屏蔽通常由ISP業者將流量重新導引到具有應被屏蔽之「URL黑名單」的代理伺服器，然後將請求的URL與黑名單進行比較，如果請求的URL與列出的URL匹配，則連接將被拒絕或重新指向到另一個站點，例如警告頁面。

---

44 David Linsay, *Website Blocking Injunctions to Prevent Copyright Infringements: Proportionality and Effectiveness*, 40(4) UNSW LAW JOURNAL 1507, 1507-38 (2017).

(四)混合模式（Hybrid）

上述三種模式的混合使用。混合屏蔽涉及上述技術的組合，並且通常以兩階段方式實施。例如，IP位址屏蔽可用於第一階段，將可能被屏蔽的站點指向到代理伺服器，繼而由代理伺服器以URL屏蔽方式進行，英國即是採行混合模式。

二、各國屏蔽命令實務簡介

目前，世界各先進國家以屏蔽命令打擊網路盜版已趨常態化，茲將近年來各國實務狀況簡介如下[45]：

(一)澳大利亞

2015年2月，澳大利亞聯邦政府針對網路盜版部分，提出「2015著作法修正案」（Copyright Amendment (Online Infringement) Act 2015 (Online Infringement Amendment)）[46]，容許法院核發網站屏蔽命令，法院俟於2016年12月批准了第一份網站屏蔽命令[47]。自2016年12月

---

45 Nigel Cory, The Normalization of Website Blocking around the World in the Fight against Piracy Online, Information Technology & Innovation Foundation (ITIF), June 12, 2018, https://itif.org/publications/2018/06/12/normalization-website-blocking-around-world-fight-against-piracy-online (last visited: Oct. 24, 2021).

46 Review of the Copyright Online Infringement Amendment, Department of Infrastructure, Transport, Regional Development and Communication, Feb. 13, 2018, https://www.infrastructure.gov.au/have-your-say/review-copyright-online-infringement-amendment (last visited: Sept. 23, 2021).

47 Lianne Tang, Federal Court Orders ISPs to Block Pirate Sites in Australia, LEGALVISION, Oct. 31, 2018, https://legalvision.com.au/sinking-ship-federal-court-orders-isps-to-block-pirate-sites-in-australia/ (last visited: Dec.

在澳大利亞發布第一個網站封鎖令以來，聯邦法院已下令封鎖65個盜版網站，以及超過378個相關域名。自那時以來，澳大利亞排名前50的盜版網站的使用量下降了35%[48]。

除了防制網路盜版之外，線上博奕防治亦得藉由此法取得若干成效。聯邦政府所轄之「澳大利亞通訊暨媒體管理局」（The Australian Communications and Media Authority, ACMA）[49]，相當於我國的國家通訊傳播委員會，根據「1997年電信法」（Telecommunication Act 1997）第313條[50]之規定，向網路服務提供商發出命令，阻

22, 2021).

48 Nick Whigham, 'Shamelessly facilitating crime': Rights holders hit out at Google amid renewed Aussie piracy fight, news.com.au, Feb. 21, 2018, https://www.news.com.au/technology/online/piracy/shamelessly-facilitating-crime-rights-holders-hit-out-at-google-amid-renewed-aussie-piracy-fight/news-story/7cf2b0b441a91c55484bf38c874aa222 (last visited: Dec. 22, 2021).

49 詳請參見該機關網站Who we are, Acma, https://www. acma.gov.au/who-we-are (last visited: Jan. 13, 2022).

50 第313條　接續業者及接續服務提供業者之義務（313 Obligations of carriers and carriage service providers）

(1) A carrier or carriage service provider must, in connection with:

(a) the operation by the carrier or provider of telecommunications networks or facilities; or

(b) the supply by the carrier or provider of carriage services; do the carrier's best or the provider's best to prevent telecommunications networks and facilities from being used in, or in relation to, the commission of offences against the laws of the Commonwealth or of the States and Territories.

(1A) For the purposes of security (within the meaning of the *Australian Security Intelligence Organisation Act 1979*), a carrier or carriage

service provider must, in connection with:

(a) the operation by the carrier or provider of telecommunications networks or facilities; or

(b) the supply by the carrier or provider of carriage services; do the carrier's best or the provider's best to protect telecommunications networks and facilities owned, operated or used by the carrier or provider from unauthorised interference or unauthorised access to ensure:

(c) the confidentiality of communications carried on, and of information contained on, telecommunications networks or facilities; and

(d) the availability and integrity of telecommunications networks and facilities.

Note 1: ***Security***, among other things, covers the protection of, and of the people of, the Commonwealth and the States and Territories from espionage, sabotage, attacks on Australia's defence system and acts of foreign interference.

Note 2: A person who uses a carriage service to supply various kinds of broadcasting services is not a carriage service provider merely because of that use (and therefore not subject to the duty imposed by this subsection): see subsections 87(1) and (2) and 93(1) and (2).

(1B) Without limiting subsection (1A), the duty imposed by that subsection includes the requirement for the carrier or carriage service provider to maintain competent supervision of, and effective control over, telecommunications networks and facilities owned or operated by the carrier or provider.

(2) A carriage service intermediary must do the intermediary's best to prevent telecommunications networks and facilities from being used in, or in relation to, the commission of offences against the laws of the Commonwealth or of the States and Territories.

(2A) For the purposes of security (within the meaning of the *Australian Security Intelligence Organisation Act 1979*), a carriage service intermediary must do the intermediary's best to protect telecommunications networks and facilities used to supply the carriage service referred to in subsection 87(5) from unauthorised interference or unauthorised access to ensure:

(a) the confidentiality of communications carried on, and of

information contained on, telecommunications networks or facilities; and

(b) the availability and integrity of telecommunications networks and facilities.

Note: ***Security***, among other things, covers the protection of, and of the people of, the Commonwealth and the States and Territories from espionage, sabotage, attacks on Australia's defence system and acts of foreign interference.

(3) A carrier or carriage service provider must, in connection with:

(a) the operation by the carrier or provider of telecommunications networks or facilities; or

(b) the supply by the carrier or provider of carriage services; give officers and authorities of the Commonwealth and of the States and Territories such help as is reasonably necessary for the following purposes:

(c) enforcing the criminal law and laws imposing pecuniary penalties;

(ca) assisting the enforcement of the criminal laws in force in a foreign country;

(cb) assisting the investigation and prosecution of:

(i) crimes within the jurisdiction of the ICC (within the meaning of the I*nternational Criminal Court Act 2002*); and

(ii) Tribunal offences (within the meaning of the *International War Crimes Tribunals Act 1995*);

(d) protecting the public revenue;

(e) safeguarding national security.

Note: Section 314 deals with the terms and conditions on which such help is to be provided.

(4) A carriage service intermediary who arranges for the supply by a carriage service provider of carriage services must, in connection with:

(a) the operation by the provider of telecommunications networks or facilities; or

(b) the supply by the provider of carriage services; give officers and authorities of the Commonwealth and of the States and Territories such help as is reasonably necessary for the following purposes:

(c) enforcing the criminal law and laws imposing pecuniary penalties;

(ca) assisting the enforcement of the criminal laws in force in a foreign country;

(cb) assisting the investigation and prosecution of:
(i) crimes within the jurisdiction of the ICC (within the meaning of the *International Criminal Court Act 2002*); and
(ii) Tribunal offences (within the meaning of the *International War Crimes Tribunals Act 1995*);
(d) protecting the public revenue;
(e) safeguarding national security.

Note: Section 314 deals with the terms and conditions on which such help is to be provided.

(5) A carrier or carriage service provider is not liable to an action or other proceeding for damages for or in relation to an act done or omitted in good faith:
(a) in performance of the duty imposed by subsection (1), (1A), (2), (2A), (3) or (4); or
(b) in compliance with a direction that the ACMA gives in good faith in performance of its duties under section 312; or
(c) in compliance with a direction given under subsection 315A(1) or 315B(2).

(6) An officer, employee or agent of a carrier or of a carriage service provider is not liable to an action or other proceeding for damages for or in relation to an act done or omitted in good faith in connection with an act done or omitted by the carrier or provider as mentioned in subsection (5).

(7) A reference in this section to giving help includes a reference to giving help by way of:
(a) the provision of interception services, including services in executing an interception warrant under the *Telecommunications (Interception and Access) Act 1979*; or
(b) giving effect to a stored communications warrant under that Act; or
(c) providing relevant information about:
(i) any communication that is lawfully intercepted under such an interception warrant; or
(ii) any communication that is lawfully accessed under such a stored communications warrant; or
(caa) giving effect to authorisations under section 31A of that Act; or
(ca) complying with a domestic preservation notice or a foreign

止網路使用者造訪涉及嚴重刑事或民事犯罪的網站，其中包括違反「2001年互動式賭博法」（Interactive Gambling Act 2001）之網站，諸如：

・向澳大利亞客戶提供被禁止的互動式賭博服務（如：線上賭場、線上老虎機、允許進行線上體育博奕的服務）；

・向澳大利亞客戶提供未經許可監管的互動式賭博服務（如：欠缺澳大利亞有效許可證的線上博奕服務）；

・在澳大利亞發布有關被禁止的互動式賭博服務或未經許可之受監管互動式賭博服務的廣告。

(二)加拿大

2018年，加拿大聯邦法院首次核准盜版網站屏蔽命令，要求主要ISP業者（包括Cogeco、Rogers、Bell、Eastlink和TekSavvy）阻止對盜版IPTV服務業者GoldTV網域和IP位址的造訪[51]。本件命令由承審法官Patrick Gleeson

---

preservation notice that is in force under Part 3-1A of that Act; or

(d) giving effect to authorisations under Division 3 or 4 of Part 4-1 of that Act; or

(e) disclosing information or a document in accordance with section 280 of this Act.

Note: Additional obligations concerning interception capability and delivery capability are, or may be, imposed on a carrier or carriage service provider under Chapter 5 of the *Telecommunications (Interception and Access) Act 1979*. 詳請參見https://www. legislation. gov.au/Details/C2019C00273 (last visited: Oct. 26, 2021).

[51] Ernesto Van der Sar, Federal Court Approves First 'Pirate' Site Blockade in Canada, Torrentfreak, Nov. 18, 2019, https://torrentfreak.com/federal-

所核發，該命令在北美地區堪稱首舉，但相當程度上參照英國有關屏蔽命令的前例。Gleeson法官認為，封鎖措施並非萬無一失，但是他也表示：「從證據中可以清楚地看出，網站屏蔽不會消除用戶對侵權服務的造訪。然而，證據確實顯示，在那些實施了網站屏蔽措施的司法管轄區域，對侵權網站的造訪量顯著減少（It's clear from the evidence that site-blocking will not eliminate user access to infringing services. However, the evidence does establish that in those jurisdictions where site-blocking measures have been implemented there has been a significant reduction in visits to infringing websites）[52]。」

此外，針對屏蔽命令的衡平性，Gleeson法官認為，面對一個具有強而有力表面證據（prima faci）的現時侵權案件，對於非法網站的限制性封鎖並結合處理無意過度封鎖程序的命令，於此網絡中立性和言論自由問題，與所尋求的救濟之間將取得平衡（in the face of a strong prima facie case of ongoing infringement and a draft order that seeks to limit blocking to unlawful sites and incorporates processes to address inadvertent over-blocking, that neither net neutrality nor freedom of expression concerns tip the balance against granting the relief sought）。

court-approves-first-pirate-site-blockade-in-canada-191118/ (last visited: Oct. 3, 2021).

52 同前註。

這一案件具有里程碑的意義，也引起了多家第三方機構的關注。著作權人團體固然支持網站封鎖，但加拿大網域註冊局（The Canadian Internet Registration Authority, CIRA）針對上開屏蔽命令持保留見解。而應執行禁制令的ISP業者，除了TekSavvy之外均無異議。雖然，TekSavvy即刻對裁決提出上訴，不過，加拿大聯邦上訴法院以及聯邦最高法院，仍都駁回TekSavvy的上訴，維持第一審的裁決[53]。TekSavvy辯稱，網站屏蔽將違反網絡中立性（net neutrality）。然而，聯邦上訴法院洛克（George R. Locke）法官認為，依照加拿大電信法第36條的文義，並沒有取代聯邦法院核發禁令的衡平權力，包括實施網站封鎖令的權力[54]；而ISP角度而言，TekSavvy遵守屏蔽命令，並不會產生「控制」（controlling）或「影響」（influencing）的效果[55]。此外，在言論自由部分，洛克法官同樣不認為屏蔽命令將會有過度封鎖的效果。最後，聯邦上訴法院不接受著作權人應首先考慮其他非屏蔽選項的建議，例如尋求Cloudflare或金錢支付服務商的幫助[56]。總而言之，洛克法官認為上訴應該被駁回，合議庭其他兩位法官納登（M. Nadon）法官和勒布朗（Rene LeBlanc）

53 Ernesto Van der Sar, Canada's Supreme Court Denies TekSavvy's Site Blocking Appeal, Torrentfreak, Mar 29, 2022, https://torrentfreak.com/canadas-supreme-court-denies-teksavvys-site-blocking-appeal-220329/ (last visited: Apr. 3, 2022).

54 同前註。

55 同前註。

56 同前註。

亦對此表示贊同。

圖5

加拿大聯邦上訴法院駁回TekSavvy上訴判決結論

D. *Conclusion*

[88] Having found no error in the Judge's conclusion that the Federal Court has the power to grant a site-blocking order, and having likewise found no error in his analysis of the applicable legal test, I conclude that this Court should not interfere with the Judge's decision.

[89] I would dismiss this appeal with costs.

"George R. Locke"
J.A.

"I agree
M. Nadon J.A."

"I agree
René LeBlanc J.A."

(三)德　國

相較於歐洲其他地方對於網站屏蔽命令的廣泛使用，遲至2018年2月，德國法院始首次發布暫時禁制命令，要求德國ISP業者（Vodafona Kabel）阻止用戶造訪非法流媒體網站Kinox.to[57]，該網站為德國最受歡迎的非法影音串流

57 Ernesto Van der Sar, Pirate Site Blockades Enter Germany With Kinox.to as First Target, Torrentfreak, Feb. 13, 2018, https://torrentfreak.com/pirate-site-blockades-enter-germany-with-kinox-to-as-first-target-180213/

平臺網站之一，但是位於德國境外。除此之外，針對線上盜版影音侵權，德國也開始融合「自律」與「他律」模式，結合公私部門力量，從組織面上做根本改變。鑑於透過法院命令方式來屏蔽侵權網站，往往無法收到及時的效果，因此，德國於2021年3月，由數家具規模的ISP業者以及著作權人、職業團體項聯合成立「線上著作權爭議處理機構」（Die Clearingstelle Urheberrecht im Internet, CUII），其性質為獨立機關，旨在使用客觀標準檢查阻止對侵權網站的造訪是否合法。審查委員會應權利人的要求進行檢查，如果滿符合條件，則建議對這個侵犯著作權的網站進行DNS封鎖。此外，儘管CUII免除法院訴訟的必要性，但仍藉由「委員會」（其中包括熟悉德國著作權法的退休法官）的方式，審查著作權人提交的每項申訴。CUII的業務監督係由德國電信監管機構「德國聯邦網路局」（BNetzA）[58]負責，受理各項投訴，以確認任何一個網站屏蔽均未違反歐盟的網路中立規則。德國聯邦網路局局長Jochen Homann並表示：「此系統有助於避免漫長而昂貴的法律訴訟（Verfahren hilft, langwierige und kostspielige Gerichtsverfahren zu vermeiden）」[59]。

(last visited: Apr. 3, 2022).

58 參見該機關官方網頁，Bundesnetzagentur (Federal Network Agency), Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action, 2022, https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Artikel/Ministry/bundesnetzagentur-bnetza.html (last visited: Apr. 3, 2022).

59 Clearingstelle Urheberrecht im Internet veranlasst Sperrung einer Streaming-Website, Bundesnetzagentur, Mar. 11, 2021, https://www.

(四)葡萄牙

自2015年開始，葡萄牙當地權利人、ISP業者和政府達成一項備忘錄，根據政府機構IGAC（Inspeção Geral das Atividades Culturais）的命令，ISP業者可以阻止造訪盜版網站。調查結果顯示，自2015年11月至2016年6月實施網站屏蔽命令之後，造訪侵權網站的用戶顯著減少：在葡萄牙排名前250的未經授權的網站中，有65個被阻擋，在此期間葡萄牙境內的使用量減少56.6%，但在全球範圍內增加3.9%；葡萄牙排名前250的未經授權網站的整體境內使用量下降9.3%；然而，全球範圍內全球增加30.8%[60]。

(五)英　國

自2011年以來，英國已屏蔽了數百個網站，在涉嫌智慧財產權侵權網站之網路屏蔽命令範疇，具有引領世界先鋒的地位。民事法院因應串流媒體侵犯智慧財產權的情況，主要依照「著作權、設計和專利法」（Copyright, Designs and Patents Act, CDPA）第97A條的規定，核發此類屏蔽命令。迄今，數百個網站已通過這種方法被屏蔽，通常包括文件共享（P2P/Torrent）、影音串流網站和銷售

---

bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/20210311_Clearingstelle.html (last visited: Feb. 3, 2022).

60 A PORTUGUESE GOVERNMENT ANTI-PIRACY PROGRAMME REDUCED TRAFFIC TO LARGE-SCALE PIRACY WEBSITES BY NEARLY 70 PER CENT, ACCORDING TO A NEW INCOPRO REPORT, INCOPRO.

假冒商品的網站等[61]。在2021年10月，英格蘭暨威爾斯商業暨財產法院（HIGH COURT OF JUSTICE BUSINESS AND PROPERTY COURTS OF ENGLAND AND WALES INTELLECTUAL PROPERTY LIST (ChD)），對於由哥倫比亞影業、迪士尼、派拉蒙、環球影業、華納和Netflix等聲請人所聯合提出，以BRITISH TELECOMMUNICATIONS PLC等為首的六大ISP業者為相對人，針對極受歡迎的影音串流媒體侵權網站，包括Tinyzonetv、Watchserieshd、Levidia、123movies和Europixhd核發屏蔽命令，由英國上開ISP業者加入過濾名單中予以屏蔽。法院命令認為，根據CDPA第97A的規定，核發禁令已被證明是阻止和勸阻此類侵權活動的最有效手段，特別是一般民眾在造訪對權利人造成重大損害的盜版作品時，並未具有合法利益。任何對其權利和ISP權利的干涉都是出於防止此類侵權的合法目的，換言之，自衡平性而言，該命令保障措施係屬適當[62]。

61 Mark Jackson, Six Big UK ISPs Ordered to Block Five Piracy Streaming Websites, Oct. 25, 2021, https://www.ispreview.co.uk/index.php/2021/10/six-big-uk-isps-ordered-to-block-five-piracy-streaming-websites.html (last visited: Mar. 26, 2022).

62 [2021] EWHC 2799 (Ch), THE HIGH COURT OF JUSTICE BUSINESS AND PROPERTY COURTS OF ENGLAND AND WALES INTELLECTUAL PROPERTY LIST (ChD) Case No: IL-2021-000045, Dec. 21, 2021, https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2021/2799.pdf (last visited: Mar. 26, 2022).

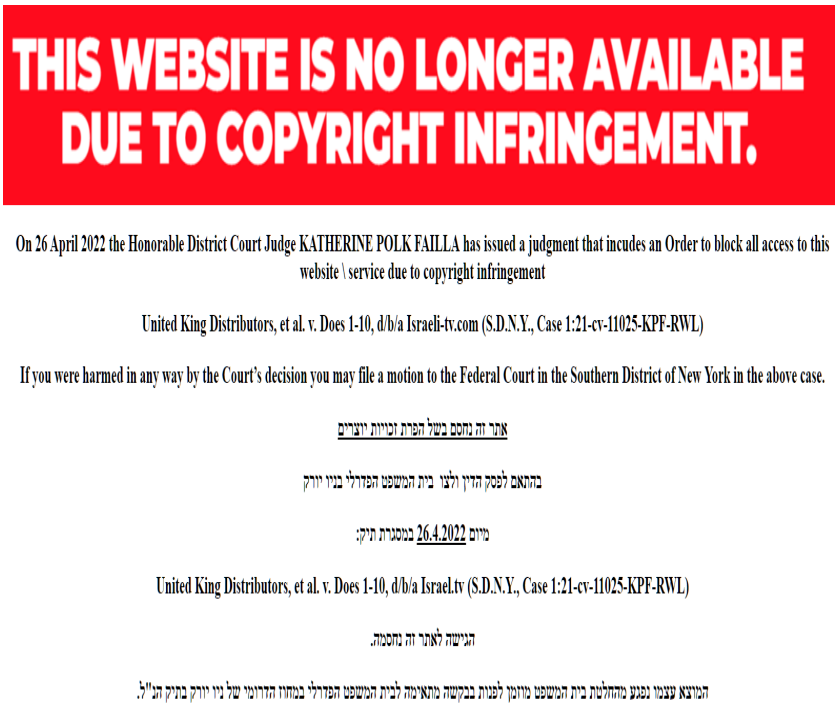
(六)美　國

向來，網站屏蔽在美國而言是一大禁忌，象徵著對言論自由的侵犯，以及對網路自由的不信任，尤其可能斲傷網路中立性。因此，對於網路侵權的遏止，相較於歐洲國家大量採用屏蔽命令，美國仍舊採行最初的域名扣押方式，其中最重要的原因，在於如本文前述：全世界得以順遂執行通用定級域名，如.com、.net等之扣押沒收者，應該只有美國，蓋因其管轄的連結因素最為周全，執行扣押均得在內國範圍完成。然而，近來美國法院已變更見解，表明藉由民事訴訟程序，准許權利人在侵權人未知的情況下，將侵權網站Israel-tv.com、Israel.tv和Sdarot.tv列為被告（本案以下以「以色列盜版串流網站案」簡稱之），針對盜版流媒體服務取得禁制令（injunction），要求每個美國ISP阻止訂閱的消費者造訪該網站。

2021年，包括United King Film Distribution、DBS Satellite Services以及Hot Communication在內的權利人，分別以Israel-tv.com、Israel.tv和Sdarot.tv等盜版串流媒體網站域名（實際犯罪嫌疑人不詳，故另以「DOES」稱之）為民事被告，向美國聯邦紐約南區地方法院（US District Court for the Southern District of New York）提起民事訴訟。最終，於2022年4月26日，原告透過一造缺席判決贏得上開三起訴訟。法院命令Israel-tv.com、Israel.tv和Sdarot.tv的運營商各支付7,650,000美元賠償金予原告。此外，前所未有的是，在所有三項判決中，被告都被禁止

侵犯原告的權利，包括串流傳輸、散佈或以其他方式向公眾提供任何受著作權保護的作品。被告還被禁止從現有網域，或者將來可能使用的任何其他網域操作他們的網站。用戶因此無法連接或使用該網站，並將被ISP的DNS服務器轉移到由原告操作和控制的登錄頁面（詳如下圖6）[63]：

圖6



63 Andy Maxwell, US Court Orders Every ISP in the United States to Block Illegal Streaming Sites, Torrentfreak, May 2, 2022, https://torrentfreak.com/us-court-orders-every-isp-in-the-united-states-to-block-illegal-streaming-sites-220502/ (last visited: May 16, 2022).

簡言之，上開三項判決和永久禁令，命令美國的所有ISP業者對侵犯著作權的行為，實施全面性的屏蔽。不僅如此，還包括「動態命令」（Dynamic Order），旨在防範侵權網站未來可能部署的任何反封鎖對策。再者，這三項禁令都禁止任何第三方公司（包括ISP、網路主機、CDN提供商、DNS提供商、域名公司、廣告服務、金融機構、支付處理商等）與其當前網域的網站，或任何新的網站開展任何業務。所有網域都必須引導到原告操作的登錄頁面，並且必須標示並凍結被告持有帳戶[64]。

總括來說，截至2021年為止，全世界總共至少有48個國家／地區允許以侵犯著作權為由屏蔽網站。其中，33個（不包括歐盟）積極允許權利人使用網站封鎖禁令來阻止著作權侵害。至少另外12個國家／地區（例如：保加利亞、克羅地亞、塞浦路斯、捷克共和國、愛沙尼亞、匈牙利、列支敦士登、盧森堡、馬爾他、波蘭、斯洛伐克和斯洛維尼亞。），法律容許在技術上允許網站屏蔽，但實務上未曾使用[65]。此外，澳大利亞、英國和其他地方的研究證明，如果有足夠多的盜版網站被封鎖，人們就會轉向合法來源，增加此類服務的消費[66]。

---

64 同前註。

65 Nigel Cory, *A Decade After SOPA/PIPA, It's Time to Revisit Website Blocking*, Jan. 2022 ITIF 22, 22-28 (2022).

66 *Id*. at 6-12.

伍、數位時代的網路治理與犯罪防治新思維

誠如前言所述，在數位時代，我們可以預料幾乎日後所有犯罪都會和電腦或網路相關。長久以來，網路空間向來被認為是獨立自主的空間，但網路治理與犯罪偵查是否必須立於對立的狀態？從虛擬空間的思維出發，恐怕許多傳統偵查思維需要改變。向來以「追人」為首要宗旨的查緝思維，未必能夠妥善解決問題。筆者於2011至2012年在哈佛大學Berkman Klein網路暨社會研究中心擔任訪問學者期間，該中心於2011年9月假哈佛大學法學院Austin Hall，舉辦「iLaw 網路法律國際研討會」[67]，探討包括網路智慧財產權在內之最新網路法律議題。筆者應主辦單位邀請，在「全球網際網路」（the Global Internet）此項議程中，就網路治理（Internet Governance）主題發表評論。筆者以「Outcomes of Governance – The Example of Cybersecurity」為題，自犯罪預防及查緝的觀點，評析網路治理之未來走向。在研討會中筆者曾指出，美國貴為網路科技大國，除Google、Facebook等網路服務業巨擘的總部均設於美國外，另有許多如思科（Cisco）等網路設備大廠亦以美國為公司母國；加以美國本土網路使用人口眾

67 會議自2011年9月6日開始迄9月9日結束，研討主題相當廣泛，包括：網際網路的歷史、開放系統、線上自由權及表達自由、探討阿拉伯之春、轉變中的網路——網路安全、智慧財產、使用者創新、隱私權、新科技下的新方法、數位人性等。參與人士來自世界各地，相當踴躍。

多，反恐主義當道，美國政府當局藉由「網際網路」各個面向取得司法管轄權，進而對於存在於網路空間之各種言論資料予以調查甚或扣押取證，堪屬必要手段。換言之，在現今網路世界，透過法律或法律授權行政機關，對於「網路交通」（Internet Traffic）進行即時、廣泛、長期蒐證，不僅為查緝犯罪所必須，也是抑制犯罪損害的必要手段。對此，本文僅提出以下幾點建言，作為各界參考：

一、防治重於查緝

將被告繩之以法，處以適當刑責，固然為傳統刑事司法之基礎原則。但是從本文前開章節說明可知，面對無所不在、無遠弗屆、無時無刻的網路犯罪，任何一國要以其內國刑事司法將行為人定罪，難度益愈升高。在AI技術一日千里，不斷進化的今天，我們恐怕不難想像未來的犯罪行為人，可能僅是一部電腦內的軟體，如好萊塢電影「機械公敵」（I, Robot）中的VIKI，是否能夠以傳統處罰自然人或法人的刑罰繩之，殊有疑問。尤為重要的是，在網路色情領域，如散播私密兒少照片等案件，損害及時防止更為重要。依衛福部統計，2020年違反「兒童及少年性剝削防制條例」的通報案件共1,696件，其中1,333件屬於拍攝兒童或少年性交或猥褻行為與物品，占全數犯罪型態近八成，與2017年581件相比已翻倍成長。其中在社群網站、通訊軟體等平臺查獲者多達1,239件，占犯罪工具的七成，可見數位科技的犯罪比例很高，邇來深偽技術的流

行，專家也憂心將會進一步衝擊青少年[68]。

準此，我們可以逐步仿照「網路內容防護機構iWIN（Institute of Watch Internet Network）」模式[69]，作為下架私密照片、深偽影音甚至防止線上盜版的手段。iWIN是依據兒童及少年權益保障法第46條授權，由「國家通訊傳播委員會」邀請各目的事業主管機關共同籌設，如衛生福利部、教育部、文化部、內政部警政署、經濟部工業局及商業司等共同籌設。依該條條文第1項規定：「為防止兒童及少年接觸有害其身心發展之網際網路內容，由通訊傳播主管機關召集各目的事業主管機關委託民間團體成立內容防護機構，並辦理下列事項：一、兒童及少年使用網際網路行為觀察。二、申訴機制之建立及執行。三、內容分級制度之推動及檢討。四、過濾軟體之建立及推動。五、兒童及少年上網安全教育宣導。六、推動網際網路平臺提供者建立自律機制。七、其他防護機制之建立及推動。」將通訊傳播機關列為召集機關，負主要防治責任，實屬正確。此外，亦賦予網路平臺業者，即提供連線上網後各項網際網路平臺服務，包含在網際網路上提供儲存空間，或利用網際網路建置網站提供資訊、加值服務及網頁連結服務等功能者（同條第4項），如：谷歌、臉書等業者自律

68 郭正芬、蔡容喬，深偽技術犯罪／素人也會換臉軟體變報復神器，聯合新聞網，2021年10月31日，https://udn.com/news/story/7321/5855633（最後瀏覽日：2021年10月31日）。

69 關於iWIN（網路防護內容機構）詳請參見官方網站https://i.win.org.tw/（最後瀏覽日：2021年12月2日）。

責任，該條第2項規定：「網際網路平臺提供者應依前項防護機制，訂定自律規範採取明確可行防護措施；未訂定自律規範者，應依相關公（協）會所定自律規範採取必要措施。」並且負有移除責任，同條第3項規定：「網際網路平臺提供者經目的事業主管機關告知網際網路內容有害兒童及少年身心健康或違反前項規定未採取明確可行防護措施者，應為限制兒童及少年接取、瀏覽之措施，或先行移除。」

此外，兒童及少年性剝削防制條例第8條亦規定：「網際網路平臺提供者、網際網路應用服務提供者及電信事業知悉或透過網路內容防護機構、其他機關、主管機，相關資料至少九十天，提供司法及警察機關調查。」此舉以先下架防堵，後移送偵查之「先行政，後司法」的模式控管，同時兼顧防堵侵害擴大及程序正義。同理，對於線上盜版案件，電信主管機關、電信業者，網際網路平臺提供業者以及權利人等，亦可考慮援用iWIN模式，或者前述德國之CUII模式，以共同治理，自律自清的方式，加強網路盜版之防治與查緝。

二、刑法謙抑性之維持

向來，對於侵害法益的行為是否皆應施以刑罰制裁？一直是個爭論不休的議題。相較於民事賠償、行政罰等，得以處自由刑甚或生命刑為對重要手段的刑事處罰，毋寧是對於人權侵害最大的方式。因此，發動刑罰要件應予嚴格限縮，而非作為第一線的防火牆，此即刑法之「最後手

段性」（ultima ratio）。承上所述，防治重於查緝網路犯罪的重要性日益升高，由犯罪預防及保護法益的角度而言，無論是域名扣押或者是停止解析域名，出發點仍不脫損害的及時防止與減少。誠然，「有權利必有救濟」（Ubi jus, ibi remedium）固然為法治國家建立司法制度的張本，然而，救濟途徑卻未必僅有刑事程序一途，刑罰之謙抑性在法治國原則下仍須兼顧。基於刑事程序的最終目的仍在於課以被告適切刑責，對人權的干預程度較大，發動門檻較民事、行政程序為高，仍應將之視為最後手段，庶幾無違比例原則。再者，刑事資源含括從司法警察機關、檢察機關至法院的各項人力、物力，耗費龐大，往往獲得最終之確定有罪判決曠日費時，對於瞬息萬變的網路犯罪防治，恐難發揮最好的功效。

也因此，為避免司法資源浪費，且為有效統合網路犯罪辦案資源，給予檢察官充分辦案能量支援，調和各處地檢署實務見解的分歧，臺灣高等檢察署遂於2021年12月間，成立「查緝資通犯罪督導中心」，鎖定電信詐欺等資通案件，建構大數據辦案模式，試圖針對域名濫用案件尋求辦案新途徑。該中心轄下並設有「聲請法院扣押域名並執行DNS RPZ（停止解析）」推動計畫，協助各地檢署及執法機關，藉由取得法院令狀的方式，交由TWNIC執行停止解析，停止臺灣使用者連上國外的犯罪網站，達到斷訊的效果。而就在2021年12月24日，針對非法播送串流影音的「安博盒子」機上盒，執法單位對非法影像來源的其中

56個網址，以取得法院扣押裁定，再交由TWNIC及ISP業者進行「停止解析」的方式，讓不法業者形同斷訊，高檢署推動扣押域名並停止解析的計畫收到成效[70]。

三、正視民事、行政手段在防治網路犯罪的重要性

從各國法制面及實務運作觀之，犯罪防治從來不是只有執法機關或司法機關的專屬業務，而是政府部門齊心同力的結果。正如同勞工監理有助於防範逃逸外勞，金融監理有助於防制洗錢，海關監理有助於非法物品入境，環境監理有助於防止污染物擴散，行政機關在犯罪防治上扮演曲突徙薪的預防角色，至關重要。同理，網路世界的監理，各國多半委諸電信通信主管機關，如我國的「國家通訊傳播委員會」（National Communication Committee），從通訊端開始截堵網路濫用情事發生，方為正辦。事實上，檢審機關的起訴、判決主要在於針對被告犯罪行為的評價，對於擴展迅速的網路犯罪，即時防治成效仍屬有限。網路安全的維護以及網路犯罪的防範，必須由多方利害關係人共同參與。因此，TWNIC與參與國內DNS RPZ的ISP業者，採取符合法律及正當程序的措施，共同為網路空間安全與打擊網路犯罪努力，係符合網路中介者的良善治理責任。不惟如此，從本文上開有關網站屏蔽命令章節所示，採行此一機制的國家，幾乎均使用民事或行政手

70 蕭博文，斷開與惡的連結　高檢署推動扣押域名首戰告捷，中央通訊社，2022年2月5日，https://www.cna.com.tw/news/asoc/202202050094.aspx（最後瀏覽日：2022年5月16日）。

段獲取法院命令，強制ISP業者阻斷相關網路域名，以迅速獲得成效，降低損害。預期在不久將來，面對更多的無法找到犯嫌的網路犯罪，以民事或行政手段進行截堵的機率將大為增加。

四、加強國際合作

最近，主管電腦犯罪及網路安全得美國司法部副部長Lisa O. Monaco[71]，於2021年10月20日，在美國華府以「進化中的網路威脅樣貌」（The Evolving Cyber Threat Landscape）[72]為題，發表開場演說闡明，近來網路威脅不僅是國家支持的攻擊者，也與犯罪集團結合在一起，透過勒索軟體攻擊美國相關基礎設施。面對網路威脅，副部長也指出未來三大努力方向：第一、評估如何提高調查、起訴和阻擾嫌犯及其不斷發展技術的能力；第二、在網路安全方面，需要專注於建立一個具有彈性的跨國性全球組織；第三、為追緝此類犯行的下一世代檢察官及調查官做好完善準備。此外，加密貨幣助長洗錢，並且與勒索軟體

71 2021年4月21日就任，由美國總統拜登提名，參議院表決通過，曾於歐巴馬政府時代擔任國土安全暨反恐顧問（Homeland Security and Counterterrorism Advisor 2013-2017），長期耕耘資訊安全及國家安全議題。

72 U.S. Department of Justice, Deputy Attorney General Lisa O. Monaco and Assistant Attorney General Kenneth A. Polite Jr. Deliver Opening Remarks at the Criminal Division's Cybersecurity Roundtable on 'The Evolving Cyber Threat Landscape', JUSTICE NEWS, Oct. 20, 2021, https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-and-assistant-attorney-general-kenneth-polite-jr (last visited: Oct. 23, 2021).

連結，將是近年來最具有威脅性的犯罪行為。是以，美國司法部於2020年10月也宣布成立「國家加密貨幣執法小組」（National Cryptocurrency Enforcement Team, NCET）[73]，以應對加密貨幣濫用相關犯罪的調查和起訴。NCET將結合司法部刑事司（Criminal Division）「洗錢暨資產追回科」（Money Laundering and Asset Recovery Section, MLARS）、「電腦犯罪和智慧財產科」（Computer Crime and Intellectual Property Section, CCIPS）。該團隊還將協助追踪及追回因欺詐和勒索而損失的資產，包括向勒索軟體集團所支付之支付加密貨幣。美國司法部指出，加密貨幣被用於各種犯罪活動，包括勒索軟體贖金支付、洗錢，以及非法銷售毒品、武器和惡意軟體。近期多起勒索軟體案件都涉及加密貨幣的付款要求，包括2021年5月針對美國最大燃料管線營運商Colonial Pipeline的攻擊，美國財政部更是在2021年9月首次對加密貨幣交易所發出制裁。

不僅如此，美國白宮在2021年10月13日主辦了一場對抗勒索軟體的線上會議，邀請全球逾30個國家共同參與，包括澳洲、巴西、加拿大、捷克、法國、德國、印度、以色列、義大利、日本、肯亞、墨西哥、紐西蘭、南韓、新

73 U.S. Department of Justice, Deputy Attorney General Lisa O. Monaco Announces National Cryptocurrency Enforcement Team, JUSTICE NEWS, Oct. 20, 2021, https://www.justice.gov/opa/pr/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-announces-national-cryptocurrency-enforcement-team (last visited: Oct. 23, 2021).

加坡及英國等國家，不過，中國與俄羅斯並未參與。根據白宮估計，去年一整年全球所支付的勒索軟體贖金為4億美元，而今年第一季的贖金亦已達到8,100萬美元。於是美國召開了此次會議，打算結盟全球以對抗勒索軟體。美國已列出了4項對抗勒索軟體的作法，包括摧毀勒索軟體基礎架構及駭客、增強對勒索軟體的防禦能力、避免駭客透過加密貨幣來洗錢，以及利用國際合作來打擊勒索軟體的生態體系等[74]。

從以上分析可以得知，在布達佩斯公約架構下，歐洲各國或者其他國家的援引加入，使得網路犯罪查緝的司法互助更形便利。更值得我們注意的是，隨著網路犯罪的激增，電子證據儲存在不同的司法管轄區的情形日益增多。因此，自2017年起經過了近四年的磋商談判，歐洲理事會（Council of Europe, CoE）於2021年11月17日正式通過《布達佩斯網路犯罪公約第二附加議定書（the Second Additional Protocol to the Budapest Convention on Cybercrime），下稱「第二附加議定書」》，於2022年5月12日，在法國斯特拉斯堡的歐洲理事會，由各會員國正式簽署。「第二附加議定書」鑑於網路犯罪持續增加，而足以將這些罪犯定罪所需的證據，可能存在於國外、可移轉或未知地點的伺服器上，所以，「第二附加議定書」專

74 FACT SHEET: Ongoing Public U.S. Efforts to Counter Ransomware, The White House, Oct. 13, 2021, https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/10/13/fact-sheet-ongoing-public-u-s-efforts-to-counter-ransomware/ (last visited: Oct. 15, 2021).

門設計用於幫助執法當局獲取電子證據，其新作法包括與服務提供商和註冊商直接合作，加快取得與犯罪活動相關的訂戶資訊和流量數據的手段[75]。

然而，以臺灣目前的外交處境，即便參與如國際刑警組職（Interpol）等情資分享機構已戛戛乎其難，若要成為布達佩斯公約或者類似公約的成員國，恐怕更具有難度。本文認為，限於我國目前處境，縱使無法參與國際公約進行司法互助，但仍可漸進以互惠方式，透過個案與請求國、被請求國逐步建立規模化的協議程序（protocol），甚可援引目前已被全球認可的布達佩斯公約模式作為基礎架構，以利與國際接軌。例如，在取證方面，我國業已獲准加入「24/7高科技犯罪網路」（G7 24/7 cybercrime Network）[76]。鑑於各國對保存電磁紀錄之時間均有限制，刑事司法互助又常需透過雙方中央主管機關，甚或外交途徑等正式官方管道傳遞訊息，而有較長程序，為確保我國向外國請求電子證據之刑事司法互助請求，不致因電磁紀錄逾保存期限而無法取得，檢察機關依具體個案情節審酌在向法務部提出刑事司法互助請求「之前」或「同時」，得透過刑事局「24/7高科技犯罪網路」聯繫窗口，請外國

75 Details of Treaty No.224, Council of Europe, 2022, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=224 (last visited: May 15, 2022).

76 由7大工業國倡議組成，全球已有超過70個國家加入該網路，以即時保存各國境內之電磁紀錄不被刪除，我國目前由內政部警政署刑事警察局（下稱「刑事局」）擔任該網路聯絡窗口。

協助保存相關電磁紀錄，俾有效達成刑事司法互助請求之目的[77]。

五、網路治理的未來

行文至此，其實我們可以清楚明瞭，在網路時代，DNS是不可或缺的基礎設施。「掌握資訊，即掌握利益；掌握DNS，即掌握資訊」。自上世紀八十年代中期以來，域名系統一直是網際網路的重要組成部分。不過，美國在DNS領域向來居於主導地位，即便是數位發展極其蓬勃的歐洲，仍然需要透過美國協助，始能完善網路治理。為此，歐盟提出了屬於自己的替代方案，名為「DNS4EU」[78]。歐盟表示，DNS4EU將配備內置過濾功能，能夠阻止惡意網域的DNS名稱解析，例如託管惡意軟體、網路釣魚站點或其他威脅的網路安全的網域[79]。

此外，歐盟官員希望使用DNS4EU的過濾系統，根據法院命令阻止訪問其他類型的禁止內容，而DNS4EU系統還必須遵守所有數據處理相關法律，例如：GDPR，以確

77 參見法務部中華民國108年4月3日法外字第10806510520號函。

78 Equipping backbone networks with high-performance and secure DNS resolution infrastructures – Works, Jan. 12, 2022, European Commission, https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/portal/screen/opportunities/topic-details/cef-dig-2021-cloud-dns-works (last visited: Jan. 15, 2022).

79 Catalin Cimpanu, EU wants to build its own DNS infrastructure with built-in filtering capabilities, The Record, Jan. 19, 2022, https://therecord.media/eu-wants-to-build-its-own-dns-infrastructure-with-built-in-filtering-capabilities/ (last visited: May 4, 2022).

保在歐洲處理域名解析所得數據，禁止出售或營利。

陸、結　語

自烏俄戰爭於2022年3月間爆發以來，我們可以很清楚得知，掌握網路，就掌握了勝基。DNS已從全球網路基礎架構的一部分，轉身成為新世代的戰略武器。當烏俄戰爭初起，烏克蘭數位轉型部（Ministry of Digital Transformation）部長Mykhailo FEDOROVE隨即於2022年2月28日，提出正式請求，要求ICANN首席執行官Göran Marby對俄羅斯實施制裁，肇因普丁政權利用網路基礎設施宣傳其戰爭成果以及散播假訊息。具體而言，FEDOROVE部長要求ICANN撤銷俄羅斯所使用的域名“.ru”、“.pф”、“.su”和其他域名，關閉為俄羅斯服務的DNS根伺服器，並協助撤銷相關網域的TLS/SSL證書等舉動[80]，雖在現實上難以達成，但卻也喚起世人有關DNS濫用及網路治理的意識，進而研擬於戰爭時如何在網路世界中制裁侵略國[81]。

向來，域名濫用與不當內容之網路治理等相關內容，較少在法制面上予以著墨。然而，在網路迅速發展與普及

---

80 該聲請書內容詳請參見Mykhailo FEDOROV, Feb. 28, 2022, https://eump.org/media/2022/Goran-Marby.pdf (last visited: May 4, 2022).

81 Thomas Claburn, Ukraine invasion: We should consider internet sanctions, says ICANN ex-CEO, The Register, Mar. 10, 2022, https://www.theregister.com/2022/03/10/internet_russia_sanctions/ (last visited: Apr. 3, 2022).

使用的今日，域名濫用與不法行為息息相關，身處第一線的域名勢必應成為解決問題的出發點。但是，盱衡我國目前現況，如何由法制面授予執行，仍未見完備。觀諸臺灣目前對於網路空間之管理規範，目前僅有兒童及少年福利與權益保障法第46條與動物傳染病防治條例第38條之3，明文規範可對於網路不當內容進行移除或限制接取。然而，除此之外，目前並無通盤性的立法，得以處理域名濫用的問題。

對此，本文建議，從宏觀層面而言，首先應從「優化電信監理」著手，不應僅將網路犯罪視為刑事範疇，而應善用行政、民事手段。因此，在2022年6月29日，NCC通過「數位中介服務法」草案，希望透過多方協力參與網路治理，保障數位基本人權、促進資訊自由流通，建立自由、安全及可信賴的數位環境，將原「數位通訊傳播服務法」草案名稱修正為「數位中介服務法」，以突顯該草案係以提供數位中介服務者為規範對象，並參考歐盟數位服務法（DSA）草案等國際相關法制規範，衡諸我國國情而訂定，以數位中介服務提供者為規範對象，包括連線服務、快速存取服務及資訊儲存服務（包含線上平臺及指定線上平臺），並依其服務型態、規模等課予不同義務，以促進服務提供者之問責及資訊透明，並介接政府各部會之實體作用法，強化違法內容之處理[82]，此一立法方向堪屬

[82] NCC公布「數位中介服務法」草案，以網路治理精神共同建構自由、安全、可信賴之網路環境，國家通訊傳播委員會，2022年6月29

正確。其次，從個別爭議領域，如：智慧財產權侵害，得以援用德國CUII模式，權利人、ISP業者及政府監理機關共同治理的模式，無需藉由法院令狀及得以屏蔽侵權網站，不但得以迅速減少損害擴大，亦可妥善維護網路中立性，達到有效衡平的網路治理。

日，https://www.ncc.gov.tw/chinese/news_detail.aspx?site_content_sn=8&sn_f=47684（最後瀏覽日：2022年8月9日）。

參考文獻

一、中文部分

- TWNIC（2021）。成立宗旨。https://twnic.tw/about.php
- 王宏舜（2021）。資通犯罪猖獗　高檢署點出這6大特性讓查緝變艱鉅。聯合新聞網。https://udn.com/news/story/7321/5977416
- 行政院資通安全處（2021）。109年國家資通安全情勢報告。https://nicst.ey.gov.tw/Page/7AB45EB4470FE0B9/7234b46b-fe52-4295-8bae-41d9ea36d447
- 何毓庭（2021）。黑人看盜播奧運掀波　安博老董交保。聯合報。https://udn.com/news/story/7321/5804227
- 周子馨（2021）。南韓N號房主嫌終審定讞！至少關34年、公開個資10年。TVBS新聞網。https://tw.news.yahoo.com/%E5%8D%97%E9%9F%93n%E8%99%9F%E6%88%BF%E4%B8%BB%E5%AB%8C%E7%B5%82%E5%AF%A9%E5%AE%9A%E8%AE%9E-%E8%87%B3%E5%B0%91%E9%97%9C34%E5%B9%B4-%E5%85%AC%E9%96%8B%E5%80%8B%E8%B3%8710%E5%B9%B4-055734593.html
- 林郁萍（2021）。號稱亞洲最大成人平台SWAG被抄　負責人夫妻檔等5人遭送辦。中時新聞網。https://www.chinatimes.com/realtimenews/20210402004244-260402?chdtv
- 國家通訊傳播委員會（2022）。NCC公布「數位中介服務法」草案，以網路治理精神共同建構自由、安全、可信賴之網路環境。國家通訊傳播委員會。https://www.ncc.gov.tw/chinese/news_detail.aspx?site_content_sn=8&sn_f=47684
- 許伯崧、董容慈（2021）。網紅小玉DeepFake換臉謎片YouTube官方宣布：無限期停止營利資格。公視新聞網。

https://news.pts.org.tw/article/552248
- 郭正芬、蔡容喬（2021）。深偽技術犯罪／素人也會換臉軟體變報復神器，聯合新聞網。https://udn.com/news/story/7321/5855633
- 陳昱奉（2014）。數位時代之犯罪偵查與網路自由及隱私權之保障——從網域名稱（Domain Name）之扣押、沒收談起。臺灣嘉義地方檢察署研究報告。https://www.cyc.moj.gov.tw/media/136016/551410383574.pdf
- 陳昱奉（2019）。跨境電腦犯罪偵辦之未來走向——從「電腦犯罪公約（Convention on Cybercrime）」暨「In Our Sites行動」出發。*台灣國際法學刊，15*（2），95-105。
- 黃勝雄（2020）。DNS RPZ摘要說明。TWNIC。https://blog.twnic.tw/2020/09/23/15311/
- 愛范兒（2016）。全球網路的新「波瀾」：美國正式交出域名管理權。數位時代。https://www.bnext.com.tw/article/41205/icann-domain
- 楊又肇（2021）。曾被盜版污名化的BitTorrent網路傳輸技術，如今邁入20週年。Mashdigi。https://mashdigi.com/bittorrent-turns-into-20-anniversary/
- 蕭博文（2022）。斷開與惡的連結　高檢署推動扣押域名首戰告捷。中央通訊社。https://www.cna.com.tw/news/asoc/202202050094.aspx
- 蘇文彬（2020）。刑事局破獲盜版影音網站楓林網，每月獲利估至少400萬元。iThome。https://www.ithome.com.tw/news/136848

二、英文部分

- 2020 Internet Crime Report (2020). https://www.ic3.gov/Media/PDF/AnnualReport/2020_IC3Report.pdf
- About PIR (2021). the new. https://thenew.org/org-people/about-pir/

➢Beginner's Guide to INTERNET PROTOCOL (IP) ADDRESSES. ICANN (2011). https://www.icann.org/en/system/files/files/ip-addresses-beginners-guide-04mar11-en.pdf
➢Building the Information Society: a global challenge in the new Millennium, Declaration of Principles (2003). World Summit of the Information Society 2003. https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop.html
➢Bundesnetzagentur (Federal Network Agency) (2022). Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action, https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Artikel/Ministry/bundesnetzagentur-bnetza.html
➢Catalin Cimpanu (2022). EU wants to build its own DNS infrastructure with built-in filtering capabilities. The Record. https://therecord.media/eu-wants-to-build-its-own-dns-infrastructure-with-built-in-filtering-capabilities/
➢CERN (2019). A Short History of the Web. https://home.cern/science/computing/birth-web/short-history-web
➢Claburn, Thomas (2022). Ukraine invasion: We should consider internet sanctions, says ICANN ex-CEO, The Register. https://www.theregister.com/2022/03/10/internet_russia_sanctions/
➢Clearingstelle Urheberrecht im Internet veranlasst Sperrung einer Streaming-Website (2021). Bundesnetzagentur. https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/20210311_Clearingstelle.html
➢Conrad, David (2020). DNSSEC: Securing the DNS. ICANN Office of the Chief Technology Officer (OCTO). https://www.icann.org/en/system/files/files/octo-006-24jul20-en.pdf
➢Convention on Cybercrime (2001). Budapest. https://rm.coe.int/

1680081561

- Cory, Nigel (2016). How Website Blocking Is Curbing Digital Piracy Without "Breaking the Internet". Information Technology & Innovation Foundation (ITIF). https://itif.org/publications/2018/06/12/normalization-website-blocking-around-world-fight-against-piracy- online
- Cory, Nigel (2018). The Normalization of Website Blocking around the World in the Fight against Piracy Online. Information Technology & Innovation Foundation (ITIF). https://itif.org/publications/2018/06/12/normalization-website-blocking-around-world-fight-against-piracy-online
- Cory, Nigel (2022). A Decade After SOPA/PIPA, It's Time to Revisit Website Blocking. *Itif, Jan. 2022*, 22-28.
- Details of Treaty No.224 (2022). Council of Europe. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=224
- Equipping backbone networks with high-performance and secure DNS resolution infrastructures – Works (2022). European Commission. https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/portal/screen/opportunities/topic-details/cef-dig-2021-cloud-dns-works
- FACT SHEET: Ongoing Public U.S. Efforts to Counter Ransomware (2021). The White House. https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/10/13/fact-sheet-ongoing-public-u-s-efforts-to-counter-ransomware/
- FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, Internet Crime Complaint Center IC3 (2021). IC3 Mission Statement, https://www.ic3.gov/Home/About
- FEDOROV, Mykhailo (2022). https://eump.org/media/2022/Goran-Marby.pdf

➢History & Milestones (2019). GoDaddy. https://aboutus.godaddy.net/newsroom/history-and-milestones/default.aspx
➢How the Domain Name System (DNS) Works (2021). VERISIGN. https://www.verisign.com/en_US/website-presence/online/how-dns-works/index.xhtml
➢Jackson, Mark (2021). Six Big UK ISPs Ordered to Block Five Piracy Streaming Websites. https://www.ispreview.co.uk/index.php/2021/10/six-big-uk-isps-ordered-to-block-five-piracy-streaming-websites.html
➢Justice Department Announces Actions to Disrupt Advanced Persistent Threat 28 Botnet of Infected Routers and Network Storage Devices (2018). DEPARTMENT OF JUSTICE. https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-announces-actions-disrupt-advanced-persistent-threat-28-botnet-infected
➢Linsay, David (2017). Website Blocking Injunctions to Prevent Copyright Infringements: Proportionality and Effectiveness. *UNSW Law Journal, 40*(4), 1507-1538.
➢Maxwell, Andy (2022). US Court Orders Every ISP in the United States to Block Illegal Streaming Sites. Torrentfreak. https://torrentfreak.com/us-court-orders-every-isp-in-the-united-states-to-block-illegal-streaming-sites-220502/
➢Morgan, Steve (2020). The 2020 Data Attack Surface Report. https://1c7fab3im83f5gqiow2qqs2k-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2020/12/ArcserveDataReport2020.pdf
➢Piscitallo, Dave (2012). Thought Paper on Domain Name Takedowns. ICANN Blog. https://www.icann.org/en/blogs/details/thought-paper-on-domain-seizures-and-takedowns-8-3-2012-en
➢Piscitallo, Dave (2012). Guidance for Preparing Domain Name

Orders, Seizures and Takedowns. ICANN Security Team. https://www.icann.org/en/system/files/files/guidance-domain-seizures-07mar12-en.pdf

- Review of the Copyright Online Infringement Amendment (2018). Department of Infrastructure, Transport, Regional Development and Communication. https://www.infrastructure.gov.au/have-your-say/review-copyright-online-infringement-amendment
- Styler, Joe (2022). The top 25 most expensive domain names GoDaddy. https://www.godaddy.com/garage/the-top-20-most-expensive-domain-names/
- Tang, Lianne (2018). Federal Court Orders ISPs to Block Pirate Sites in Australia. LEGALVISION. https://legalvision.com.au/sinking-ship-federal-court-orders-isps-to-block-pirate-sites-in-australia/ (last visited: Dec. 22, 2021).
- THE UNITED STATES DEPARTMENT of JUSTICE (2021). Department of Justice Seizes $2.3 Million in Cryptocurrency Paid to the Ransomware Extortionists Darkside, Department of Justice. https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-seizes-23-million-cryptocurrency-paid-ransomware-extortionists-darkside
- U.S. Department of Justice (2021). Deputy Attorney General Lisa O. Monaco and Assistant Attorney General Kenneth A. Polite Jr. Deliver Opening Remarks at the Criminal Division's Cybersecurity Roundtable on 'The Evolving Cyber Threat Landscape'. JUSTICE NEWS. https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-and-assistant-attorney-general-kenneth-polite-jr
- U.S. Department of Justice (2021). Deputy Attorney General Lisa O. Monaco Announces National Cryptocurrency Enforcement Team. JUSTICE NEWS. https://www.justice.gov/opa/pr/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-announces-national-cryptocurrency-enforcement-

team
- Van der Sar, Ernesto (2018). Pirate Site Blockades Enter Germany With Kinox.to as First Target. Torrentfreak. https://torrentfreak.com/pirate-site-blockades-enter-germany-with-kinox-to-as-first-target-180213/
- Van der Sar, Ernesto (2019). Federal Court Approves First 'Pirate' Site Blockade in Canada. Torrentfreak. https://torrentfreak.com/federal-court-approves-first-pirate-site-blockade-in-canada-191118/
- Van der Sar, Ernesto (2022). Canada's Supreme Court Denies TekSavvy's Site Blocking Appeal. Torrentfreak. https://torrentfreak.com/canadas-supreme-court-denies-teksavvys-site-blocking-appeal-220329/
- Welcome to ICANN! (2012). https://www.icann.org/resources/pages/welcome-2012-02-25-en
- WeLeakInfo.com Domain Name Seized (2020). Department of Justice. https://www.justice.gov/usao-dc/pr/weleakinfocom-domain-name-seized
- What Does Verisign Do? (n.d.). VERISIGN. https://www.verisign.com/en_US/company-information/index.xhtml
- Whigham, Nick (2018). 'Shamelessly facilitating crime': Rights holders hit out at Google amid renewed Aussie piracy fight. news.com.au. https://www.news.com.au/technology/online/piracy/shamelessly-facilitating-crime-rights-holders-hit-out-at-google-amid-renewed-aussie-piracy-fight/news-story/7cf2b0b441a91c55484bf38c874aa222
- Who we are (n.d.). Acma. https://www.acma.gov.au/who-we-are
- William Largent (2018). New VPNFilter malware targets at least 500K networking devices worldwide. TALOS CISCO. https://blog.talosintelligence.com/2018/05/VPNFilter.html

徵稿啟事

111.4.28修訂

1. 本刊1年固定發行3期，分別於4、8、12月出刊。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. 稿件以中文發表為限，全文以2萬字以內為宜（含中英文摘要、註腳、參考文獻），本刊亦得視情況決定刊登方式。
5. 支給稿費以每千字新臺幣（下同）957元為標準，惟稿費支給以1萬元為上限。
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. 本刊不接受一稿多投，稿件部分內容如已投稿其他刊

物，或者已刊登於其他出版品者，投稿時請說明稿件投遞情形，或其與已出版論文之實質差異。投稿後，稿件全文或部分內容如經其他出版品接受刊登，作者應告知本刊。

9. 稿件在本刊正式刊登前，已另投其他期刊或收錄於其他專書（含論文集）中並已出版者，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者，不在此限。
10. 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。
11. 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。
12. 投稿者，視同已知悉以上徵稿啟事規範，並願意予以遵守。

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

111.4.26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
確認項目	□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

Criminal Policies and Crime Prevention

Vol. 32 August 2022

Chief Editor

Yung-Ta Wu, Director, Crime Prevention Research Center, Academy for the Judiciary, Ministry of Justice

Executive Editorial Board

Heng-Da Hsu, Professor, College of Law, National Taiwan University

Hua-Fu Hsu, Professor, Department of Criminology, National Chung Cheng University

Lan-Ying Huang, Associate Professor, Graduate School of Criminology, National Taipei University

Yu-Wei Hsieh, Professor, College of Law, National Taiwan University

Advisory Board

Chuen-Jim Sheu, Distinguished Professor, Graduate School of Criminology, Ming Chuan University

Doris Chu, Professor, Department of Criminology, National Chung Cheng University

Fu-Shen Hsu, Professor, Department of Police Administration, Central Police University

Huang-Fa Teng, Professor, Department of Crime Prevention and Corrections, Central Police University

Huang-Yu Wang, Professor, College of Law, National Taiwan University

Hui-Ching Wu, Professor, Department of Social Work, National Taiwan University

Lian-Yu Chen, Attending Physician, Division of Psychosomatic Medicine, Taipei City Hospital

Shu-Lung Yang, Distinguished Professor, Department of Criminology, National Chung Cheng University

Te-Hui Tsai, Chair Professor, Department of Criminal Justice, Ming Chuan University
Yun-Hua Yang, Professor, College of Law, National Chengchi University
Yu-Shu Chen, Associate Professor, Department of Crime Prevention and Corrections, Central Police University

Editorial Board

Chen-Chung Ku, Professor, Department of Law, National Cheng Kung University
Heng-Da Hsu, Professor, College of Law, National Taiwan University
Hua-Fu Hsu, Professor, Department of Criminology, National Chung Cheng University
Lan-Ying Huang, Associate Professor, Graduate School of Criminology, National Taipei University
Po-Chi Wang, Associate Professor, Department of Criminal Justice, Ming Chuan University
Tzu-Te Wen, Associate Professor, Institute of Law and Government, National Central University
Yu-Wei Hsieh, Professor, College of Law, National Taiwan University
Yung-Lien Lai, Professor, Department of Crime Prevention and Corrections, Central Police University

Publisher:
Academy for the Judiciary, Ministry of Justice

Address:
No.81, Sec. 3, Xinhai Rd., Da'an Dist., Taipei City 106, Taiwan (R.O.C.)

Website: http://qr.angle.tw/j40

Tel: (02)2733-1047

DOI: 10.6460/CPCP GPN: 2010503237