

國立政治大學法律學系碩士班

碩士學位論文

從文化法益建構文化保護之刑法思考

— 以建築類文化資產為核心

Constructing Criminal Thinking for Cultural Protection

from Cultural Legal Interests

— Focus on Architectural Cultural Assets

指導教授：李聖傑 博士

研究生：姜智勻 撰

中 華 民 國 1 1 2 年 1 月

謝辭

一、序語，呢喃

《莊子·逍遙遊》：「且夫水之積也不厚，則負大舟也無力。覆杯水於坳堂之上，則芥為之舟，置杯焉則膠，水淺而舟大也。風之積也不厚，則其負大翼也無力。故九萬里則風斯在下矣，而後乃今培風；背負青天而莫之夭闕者，而後乃今將圖南。蜩與學鳩笑之曰：『決起而飛，搶榆枋而止，時則不至而控於地而已矣，奚以之九萬里而南為？』適莽蒼者，三飡而反，腹猶果然；適百里者，宿舂糧；適千里者，三月聚糧。之二蟲又何知！」

這個時代，是最好的時代，也是最壞的時代，仰賴科技的發展，對於資訊的取得造就了論文寫作的方便，而與此相對的，資訊的複製與抄錄的容易也成為了少數有心人士脫不下來的魔戒，而透過戒指一窺論文寫作的終南捷徑。在社會追求碩士學歷的光鮮下，只在乎如何取得文憑，忽略了對於學識的累積與思考，而成為了暮蟬與鳩鳥。是故，在寫作過程中，不求能成為扶搖萬里的鯤鵬，只求能夠將這幾年所積累的風，乘風而南，寫出一篇無愧己心的論文。

二、投我重恩，僅能以片語為報

三載光陰，倏忽即逝，時光荏苒，轉瞬即終。2019年入學至今，經過了疫情隔閡；看過了論文風暴；游過了國考汪洋，走到最後，終於完成了論文，為自己在學術的生涯當中，畫下了一筆不知是輕還是重的休止符。

或許從宏觀的視野觀察，一切的事物都是與自己平行，能夠與自己走到最後的人只有自己，在法律人成長的過程中，在深夜的檯燈下最常陪伴自己的，除了手上的法典及書籍外，往往只有自己的影子，而常常是在自己的小小沙盒中尋找並且型塑屬於自己的樣貌。但如果將視角關注在時間大河的片段，我們的生活，便不僅僅只是一條單薄的絲線，而是由一縷縷與不同人的線交集而成的結，正如

同日文在人與人關係常用的「結び」一詞，我們活著，往往很重視各種緣分的交匯，或許每一個交會都是一生的唯一。因此，作為一篇謝辭，對於論文的寫作上以及研究所生涯中每一個重要的人，都會被涵蓋於其中。

首先，在整個求學的階段，對於爸爸、媽媽、爺爺、奶奶、外公、外婆、伯父、伯母以及其他的親戚的鼓勵與支持，使得我能夠從小就浸潤在充滿書香的氛圍中，養成我對於各方面知識的基礎以及靈活的思考能力。而對於教育資源的提供上，父母親的鼎力支援也使我沒有任何後顧之憂能夠從容的面對國考以及論文等一個個重要的階段。謝謝你們帶著我一路走到了今天，身為你們的孩子，真的很幸福。未來，換我扶著你們繼續前行。

而在研究所三年多的生涯中，第一個要特別感謝的就是我的指導教授 李聖傑老師，由於我是於大二後透過雙主修的方式開始走入法律的世界之中，而對於刑法的啟蒙上，對於各種不同法規範的呈現即是從大學時期在老師的刑法(三)的課堂上，透過老師一貫幽默的上課氛圍中，啟發了我對於刑法的認識的大門。這也讓我堅定地在研究所指導教授的考慮上，毫不猶豫地找了老師。而老師在法哲學到法釋義學上的理解及運用，乃至於對於各個刑法議題所展現的熱忱以及對於學術的活力，讓我真正的見識到了作為一個學術界的份子所應該有的態度。老師也常常告誡我們，作為一個研究生所應該要有的態度，並且期許我們在論文的寫作上，也要抱持著相對應的態度，而讓自己的論文，都能成為未來學術的引用上不可以忽略而具有學術價值的文章。而這樣的信念，也成為了我在論文的寫作上所希望追求的目標。此外，老師在課堂後時不時地找學生一起吃飯聊天，對於學生近況的關心，以及對於未來的期許，不論是法律系多數人必經的國考心情的調適上，抑或是在研究所生活的調整上，都在在顯示了老師強調的「刑中大家庭」信念的實踐。

其次，也要感謝時常來刑法中心關心研究生們的黃士軒老師，老師在學術研究上的獨到見解往往對於學生在研究過程中所遇到的疑惑之處提供了不一樣的

觀點，而讓我在議題的思考上能夠從老師的身上看得不一樣的觀察視角。同時老師不吝嗇地提供自己的書籍及相關資源給刑法中心，也讓我在論文寫作的過程中得到了許多的幫助。同時老師在論文口試上所提供的建議以及格式上的斧正也成為學生論文完成的重要後盾。老師對於學生的關懷也同樣的讓我在跟老師的交流過程中認識到老師溫暖而富有人性的特質，畢業前沒有辦法修到老師的課真的很可惜。

第三個要感謝的是願意擔任我口試委員的凌赫教授，尤其是在今年過年較早而於期末繁忙之際，老師仍願意來幫忙口試。老師在文化權上的犀利觀察以及一針見血的評論及建議，都是我在論文寫作過程中從刑法視角出發而難以觀察到的部分。老師的意見使得論文能夠更加充實與完整，而對於本論文的完成有著珍貴的指引。

此外，在研究所的生涯中，何賴傑老師、謝如媛老師以及楊雲驊老師的課堂上，老師們對於學術的豐富涵養以及對於人性的關懷讓我更深刻的認識到了作為一個法律人所應該要保持的態度。而在課堂過程中老師們對於報告內容的提點以及對於各個議題的思考方式，對於我在論文的寫作以及對於各個法律上問題的思考也有著莫大的幫助，而都成為了我在研究所生涯中不可或缺的養分。同時，老師們在刑法中心的各項活動中對於所有學生的關懷，也讓我在學術的生涯的過程中體會到了身為刑中人的溫暖。

另外，還要感謝台史所的林果顯教授，老師在大學通識的台灣史的相關課程，是啟發我思考文化相關議題的重要因素之一，而當初在做論文题目的發想時，在基礎內涵的思考上，對於文化的價值應該如何詮釋以及關於文化在歷史學的相關內涵的思考上，如果沒有老師的協助，對於這方面的議題的思考可能會讓我陷入很深的瓶頸。

除此之外，感謝一起組論文討論會的冠玆、昀健、佳康、奎元，以及在論文

寫作的思考上給予我許多幫忙的國晉學長、悅寧學姊。這段日子下來的固定進度報告以及討論總是將我從怠惰的懸崖旁拉起，而一次次的推動我朝向論文的終點跑去，而各位給予我在論文寫作上的建議以及思路也讓我獲益良多。對於最後加入的彥榮以及以恬的論文，在未來我也會秉持著這樣的精神以及和所收到的協助般，盡可能地給予意見及幫助。

感謝同樣為李門同屆也都是寫文化權相關的奎元(大圭さん)，不論是在對於文化權相關內容的討論以及資料的提供上都給予了相當大的幫助，在做論文模擬及校對時也提供了詳盡的意見讓我在後續論文的調整上有了不同角度的思考方向。感謝佳康，在這逾千日的國考生涯當中，能夠上榜的重大原因絕對少不了那段和你一起在刑中寫題目、探討各個考試爭點的日子，而在論文的寫作上，一起在刑中激烈討論也對於問題的釐清上起了相當大的幫助。感謝昶健、冠玆在律訓時期的協助，而讓我能夠在論文寫作的同時順利渡過律訓的這段日子。感謝宇峰、侑宸、彬哥，在修課過程中所給予的眾多幫忙以及在學術、生活上的協助，讓我的研究所修課過程中可以安全下莊。感謝彥榮，同樣在論文的內容上提供了許多協助外，也剛好適逢李老師擔任中心主任之際接班，許多中心以及李老師的事務都交由你去完成，而大大減輕了我們的工作，辛苦你了。感謝以恬，在論文寫作的這段日子，給予我不論是論文上以及精神上的協助，而讓我在對一些事務感到迷惘時，直接地給予相關的意見而讓我能夠順利度過。感謝一起打桌球、玩桌遊的自強外役監的竣彥、定富、匯翹，而引薦我在研究所的最後認識碩二的學弟妹們，也安撫了等待口試時間的徬徨與緊張。另外要感謝口試當天來幫忙以及一起分享喜悅的彥榮、以恬、竣彥，未來在論文上也要加油啊。也要感謝刑法組的所有學長學姊學弟學妹們，因為你們的陪伴使得我的研究所生涯中增添了許多色彩，當初在刑法中心和大家一起談天說地的樣子、在法治斌講堂以及各個研討室修課的情景以及組遊和聚餐的種種，總讓人回憶再三。

感謝植芄、馨巧、川松、巧真、上安、韜誠、建哥、趙毅等國中、高中的朋

友們，與你們的友誼同樣是我成長的重要沃壤，雖然因為畢業了而無法像往日一般常常相聚，但與你們的每一次相聚都能夠讓我回想起當初那種純粹而了無心機的美好。

感謝研究所生涯中待最久的刑法中心，作為刑中地縛靈之一，沒有這方溫暖的小天地，就沒有這一篇論文的誕生。

最後，要謝謝在論文期間常常陪我吃飯的你，在 2022 年，因為諸多原因而使得回家的次數寥寥可數，心裡有些事也難以找到可以傾訴的時機與對象。雖然對於獨自一人吃飯已經習以為常，但是在內心深處，仍不免會期待在低落沮喪之時能夠有個人可以說說話，幫助我重新整理自己的情緒。因此，不論是生活上或是其他各方面的內容，或許輕鬆，或許嚴肅，能夠有一個人可以分享、可以說話的感覺真的很好、真的很好。謝謝這段日子以來的陪伴與包容，讓我能夠笑著面對每一天的挑戰，能夠認識你，真好。

三、千餘日月，換一紙迷離

夏目漱石於《草枕》的卷頭寫道：「智に働けば角が立つ。情に棹させば流される。意地を通せば窮屈だ。とかくに人の世は住みにくい。」人生很難，不能徒重理智，也不能感情用事，更不能堅持己見。論文亦如是，不能僅憑己見而恣意妄為，對於他人的意見亦不能偏聽而陷入隧道效應之中，更不能一字不漏地照單全收而淪為抄襲之作。而在論文寫完，口試通過後，不免長吁口氣，在內心萌生了看海的念頭。

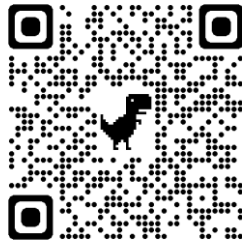
而去看海，彷彿已經成為了完成一件大事後的習慣。

坐在碼頭旁，海風獨有的鹹味刺激著鼻腔，細想著這幾年，汗水是鹹的，而淚水，也是鹹的。回想當時，當下額上的汗水、前幾年考試落榜的遺憾、論文寫作過程的焦躁與煩惱，此時此刻，都與海融為一體。成績出來，幸運的登上岸邊，喜悅過後，回首則是淡淡的悵然，思考著一路走來是否留下了些什麼？回首數年，

在學海中泅泳的這段日子，僥倖上了岸，滿身的海水，帶著鹹，但更多的應當是苦，那份作為考生、研究生都懂的苦。以苦作舟，每個人都是掌船的舵手，只是我先駛船開往下個關口，而灣內的船在等待下一次潮起，出航。

謝辭的最後，感謝自己，選擇了讀研究所的這條道路，雖然有過迷茫、有過失落，但在深夜的歌聲中，不論是遇到了怎麼樣的困難和低潮總能夠重新收拾心境，期許自己能成為那顆為世界帶來些什麼的彗星，堅定地在夜空中抹上屬於自己的色彩。

「彗星が僕を選ぶのなら/ この空を全部 君にあげる/ 言えなかった言葉の尾を引いて/ 降り注ぐのは誰の悲しみだろう?/ 星はまた弧を描いて飛んだ / 街の視線を奪い去るように/ 君とまた会えるのなら僕はそうだ/ 星の名前をひとつ受け止めよう」《天球、彗星は夜を跨いで》- 星街すいせい



姜智勻 筆於醉夢溪畔八卦樓頂

2023 年元宵前夕

摘要

隨著人類文明的發展而對於文化保護的概念日益看重的當下，對於如何為文化保護，並不僅限於行政上之相關措施，對於作為制裁手段之刑罰亦是達成保護之重要構成之一。而對於文化保護之學術討論，學界多係對於行政相關規範以及如何保護進行討論，就文化保護之刑法思考，過往於學術上則少有相關的討論。而實務在處理毀損古蹟等侵害文化之行為時，在對於侵害文化資產行為之保護法益等相關理論的建構上亦並未有所著墨，因而導致於侵害之事實行為涵攝的思考上，仍未超脫傳統刑法財產犯罪中的思考模式。是以本文認為對於文化資產保護之相關刑法上議題之理論以及解釋上之釐清，有透過法益的概念重新建構一套完整論述以支撐刑罰處罰正當性基礎之必要性。包含對於文化權概念之釐清、其作為憲法上未列舉基本權之理由、對於侵害文化行為之文化法益的內涵、文化法益作為刑事不法及行政不法區隔之基準以及如何透過文化法益解釋現行法以完善我國文化保護刑事規範之內涵及範圍。並且，對於現行法在規範密度仍有不足之情況下，對於規範內涵上之解釋以及行為規制之修正，亦有借助比較法進行分析並提出個人見解之必要性。

關鍵字：文化保護、文化權、文化基本權、文化法益、家族相似性、刑事不法與行政不法、毀損古蹟罪、毀損歷史建築

簡目

第一章 緒論.....	1
第一節 問題意識-釋字第 813 號解釋對文化權的啟發.....	1
第二節 研究標的範圍.....	4
第三節 研究方法暨架構.....	5
第二章 法律上的文化權保護.....	7
第一節 文化的概念.....	7
第二節 文化的價值.....	13
第三節 從文化到文化資產.....	30
第四節 法律轉置下的文化權.....	53
第五節 小結-從人本角度建構出文化價值與文化權內涵.....	73
第三章 從文化權到文化法益的過渡.....	75
第一節 文化法益的建構.....	75
第二節 違反文化權行為的行政不法與刑事不法.....	109
第三節 侵害文化法益行為的刑事不法界線.....	125
第四節 小結-透過文化法益建構出的破壞文化資產不法內涵.....	130
第四章 文化資產保存法之適用.....	132
第一節 文資法的規範.....	132
第二節 實務上文資法之適用.....	147
第三節 從法益角度觀察實務見解的問題.....	156
第四節 與外國法之比較.....	162
第五節 小結-未從文化法益出發的現行法規範及實務.....	184
第五章 由法益角度對文資法的再思考.....	186
第一節 現行文資法的適用界線.....	186
第二節 從法益視角建構的文化保護.....	197
第三節 小結.....	205
第六章 結論-從文化法益建構文化保護行為的刑法思考.....	207
參考文獻.....	211
一、中文文獻.....	211
二、外文文獻.....	220

詳目

內容

第一章 緒論.....	1
第一節 問題意識-釋字第 813 號解釋對文化權的啟發.....	1
第二節 研究標的範圍.....	4
第三節 研究方法暨架構.....	5
第二章 法律上的文化權保護.....	7
第一節 文化的概念.....	7
第一項 文化內涵的變遷.....	7
第二項 中文語境上對文化概念的設定.....	10
第二節 文化的價值.....	13
第一項 直接角度的文化價值.....	13
第一款 文化的多元性價值.....	15
第二款 文化的象徵價值.....	17
第三款 文化的時間性價值.....	19
第四款 文化的真跡價值.....	21
第二項 間接角度的文化價值.....	23
第一款 產業上的文化經濟價值.....	23
第二款 政治上的文化效用價值.....	25
第三款 學術上的文化研究價值.....	27
第三節 從文化到文化資產.....	30
第一項 文化資產的定性.....	30
第一款 文化資產與文化遺產的定義及概念上的差別.....	30
第二款 文化資產的種類.....	33
第一目 1970 年公約的文化資產類別.....	33
第二目 世界遺產公約的文化資產類別.....	37
第三目 無形文化遺產公約的文化資產類別.....	40
第二項 文化資產的保護必要.....	44
第一款 文化資產的保護價值.....	45
第二款 文化資產的保護必要性.....	48
第一目 文化真跡價值中的獨特性、稀少性和真實性.....	49
第二目 文化時間價值中的不可逆性.....	50
第三目 文化象徵價值中的典範性.....	51
第四節 法律轉置下的文化權.....	53
第一項 文化權的內涵.....	53
第一款 從價值到權利的思考路徑.....	53

第二款 從文化價值到文化權.....	56
第一目 文化價值作為文化權的規範性基礎.....	56
第二目 文化權道德內涵之證立.....	59
第二項 憲法上的文化權.....	61
第一款 文化權作為憲法基本權的內涵.....	61
第二款 憲法基本國策下的文化權.....	66
第三項 文化保護與文化權.....	70
第五節 小結-從人本角度建構出文化價值與文化權內涵	73
第三章 從文化權到文化法益的過渡.....	75
第一節 文化法益的建構.....	75
第一項 從憲法上文化權到文化法益.....	76
第一款 法益對文化權之意義.....	76
第一目 法益的概念與功能.....	76
第二目 憲法上基本權與法益之關係.....	81
第三目 憲法上之文化權與法益.....	86
第二款 透過家族相似性探尋文化法益之存在.....	90
第一目 家族相似性在刑法上之運用.....	91
第二目 從環境法益思考文化法益.....	93
第三目 從褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪思考文化法益.....	97
第二項 文化法益的意義.....	101
第一款 文化法益的存在實益.....	101
第二款 文化法益的判斷標準.....	104
第一目 文化法益的內涵.....	104
第二目 文化法益客體的判斷.....	107
第二節 違反文化權行為的行政不法與刑事不法.....	109
第一項 行政不法及刑事不法之概念.....	110
第二項 行政不法及刑事不法之區隔.....	113
第一款 質差說.....	113
第二款 量差說.....	115
第三款 量差質變說.....	118
第四款 本文觀點.....	120
第三節 侵害文化法益行為的刑事不法界線.....	125
第四節 小結-透過文化法益建構出的破壞文化資產不法內涵	130
第四章 文化資產保存法之適用.....	132
第一節 文資法的規範.....	132
第一項 文資法規範目的之變遷.....	133
第一款 一元化之中華文化保存時期.....	134
第二款 多元文化保障時期.....	135

第三款 明示人民平等參與權之多元文化保障時期.....	137
第二項 文資法之規範架構及相關侵害行為之態樣.....	138
第一款 以行政罰作為制裁之不法行為.....	139
第二款 刑罰作為制裁手段之不法行為.....	144
第二節 實務上文資法之適用.....	147
第一項 實務案例的選取背景.....	147
第二項 實務案例事實說明.....	148
第一款 台中瑞成堂毀損案.....	148
第二款 台北圓山水神社塗鴉案.....	150
第三款 新竹春官第盜匾案.....	150
第四款 高雄鹽警槍樓噴漆案.....	151
第三項 實務見解.....	151
第一款 實務對於文化資產毀損之認定標準.....	151
第二款 晚近實務之判斷標準.....	153
第三款 實務對於其他侵害文化資產行為之認定.....	154
第四款 實務對於侵害歷史建築行為之認定.....	154
第三節 從法益角度觀察實務見解的問題.....	156
第一款 對於文化資產毀損行為之認識仍以財產作為核心.....	156
第二款 對於文化資產毀損行為認定之狹隘.....	158
第三款 對於歷史建築毀損行為之評價不足.....	160
第四節 與外國法之比較.....	162
第一項 國際法對文化權受破壞之制裁規範.....	163
第一款 國際法對於破壞文化資產之相關規範.....	163
第二款 國際刑事法院對於國際法規範之實踐.....	171
第二項 日本法對文化法益的建構.....	173
第一款 早期日本文化財保護制度.....	174
第二款 日本文化財保護法之規範.....	175
第一目 文化財保護法之規範保護目的.....	176
第二目 文化財保護法之文化財種類.....	176
第三目 文化財保護法之制裁規範.....	179
第五節 小結-未從文化法益出發的現行法規範及實務.....	184
第五章 由法益角度對文資法的再思考.....	186
第一節 現行文資法的適用界線.....	186
第一項 文化資產種類區別上之缺失.....	187
第一款 從規範面觀察文化資產行為客體之問題.....	187
第二款 從執行面觀察文化資產行為客體之問題.....	191
第二項 對於違反行為之法規範的思考.....	192
第一款 竊取及非法運出行為之適用上疑義.....	193

第二款 毀損行為之適用上疑義.....	195
第二節 從法益視角建構的文化保護.....	197
第一項 從解釋論上對於現行文化資產保存法制裁規範的思考.....	197
第二項 立法論上的建議.....	202
第三節 小結.....	205
第六章 結論-從文化法益建構文化保護行為的刑法思考	207
參考文獻.....	211
一、中文文獻.....	211
(一) 專書.....	211
(二) 專書論文.....	213
(三) 期刊論文.....	214
(四) 學位論文.....	218
(五) 網路資料.....	218
二、外文文獻.....	220



第一章 緒論

第一節 問題意識-釋字第 813 號解釋對文化權的啟發

西元 2021 年底，大法官會議作出第 813 號解釋，本號解釋中，雖係涉及文化資產保存法中就歷史建築登錄及補償之問題，其主文及理由書中主要從人民之財產權是否受到超越社會責任之損失而受有侵害觀察，而就文化權相關之部分，僅提及憲法第 166 條規定國家應保護有關歷史、文化、藝術之古蹟而具有正當公益目的，並未針對文化資產之是否具有文化權作出相關之解釋及證立。惟於黃瑞明大法官的協同意見書中，除就本號解釋所涉及之問題表示贊同之外，另針對歷史建築所面臨之困境及威脅，提出相關之意見。尤其是就交通發展興建相關運輸系統以及與都市開發各類徵收的各種威脅中仍倖存的古建築，在被指定為歷史建築之後未受珍惜，反而突然遭焚燬或拆除之情形，提出應更加重視之呼籲¹。

就文化資產之保護，因為政府預算、法制成熟、人民概念等因素，導致文化資產對於資產所有人來說，所帶來之經濟上利益並不明顯，反而就資產之保存、維護上，承擔更多之責任，從個人的經濟立場而言並無利可圖。又傳統文化資產所座落之處，常為古時之交通要道或是聚落核心，自城市發展之脈絡觀察，其位於市鎮核心者並非罕見，換言之，其所在之處多具有龐大之開發利益。故針對文化資產之保存，除卻行政層面之外，透過刑事責任亦是保障文化資產不可或缺的一部份。

近一二十年間，由於人口增長聚集所形成都市更新或者是開發的利益，許多極富價值的文化資產不論是已登錄、審議中甚至是還來不及登錄受保護，因法律保護未臻周全的狀況下，被以各式名義遭到拆除²。就連已經具有刑法罰則保護

¹ 黃瑞明，釋字第 813 號解釋協同意見書，頁 4-5。

² 例如：台中張慶興堂因土地重劃案而遭建商拆除，參見

陳品竹、蘇孟娟，6 日甫公告為歷史建築 張慶興堂一夜成廢墟，自由時報，2009.08.13。

的古蹟及暫定古蹟，遭人破壞之案例亦有所聞³。舉例而言，民國 98 年，因為苗栗後龍高鐵特定區的開發案，身為地方文化資產主管機關的苗栗縣政府，卻僅因高鐵特定區的開發，而將正於當時的文建會審議是否登錄為古蹟的三座象徵苗栗窯業以及台灣陶業重要發展軌跡的古窯(四角窯、八卦窯煙囪以及包仔窯)拆除，此事後來亦被監察院與以糾正⁴。另外於民國 107 年初，被列為暫定古蹟的新竹太原第在審議前夕被堂而皇之的拆除⁵。由前述之情形即可以發現，對於文化資產之保護，被破壞者絕大多數係為審議中之文化資產以及歷史建築。因此，對於古蹟、歷史建築甚至是正在審議登錄為古蹟或歷史建築的建物等極具意義的文化資產，如何有效能防止文化法益受到侵害，其相關之保護法律規範如何訂定，便有釐清討論之必要。

承上，我國文化資產受破壞之事時有所聞，而我國針對文化資產之保存，其相關之討論多集中於文化資產保存法之行政法及其法制之層面，而少有及於其刑事責任之討論。然就我國文化資產保存法相關處罰責任訂立之依據，意即文化資產之保存是否存在值得保護之法益，而該法益保護之強度是否可用刑罰處罰之，進而其法益侵害之判斷標準為何，所影響者為文化資產保存法相關刑事責任存在之正當性及如何適用之部分，並能藉由法益劃定刑罰適用之界線，進一步者，亦牽涉本法與刑法毀損罪章之競合。

早年，我國對於文化資產保護，僅由古物保存法進行相關規範，而其所保障

<https://news.ltn.com.tw/news/local/paper/326823> (最後瀏覽日:2022.01.07)

苗栗縣後龍鎮陳愷悌古厝亦於被列為暫定古蹟後遭屋主拆除。

鄭名翔，百年巴洛克古蹟現勘前突遭拆 苗栗縣府將告屋主，自由時報，2018.05.15。

<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2426807> (最後瀏覽日:2022.01.07)

2016 至 2017 年彰化農業倉庫、楊全酒類賣捌所及製酒產業遺址、杜錫圭故居等多處彰化老屋、暫定古蹟之拆除爭議，參見

李政青，彰化老屋連環拆，公視新聞議題中心，2017.07.04。

<http://pnn.pts.org.tw/main/2017/07/04/%E5%BD%B0%E5%8C%96%E8%80%81%E5%B1%8B%E9%80%A3%E7%92%B0%E6%8B%86-%E4%B8%8A/>(最後瀏覽日:2022.01.07)

³ 潘建志，屏東里港蔡家古厝遭拆 文史工作者哀文化浩劫，中國時報，2019.02.12。

<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20190212004022-260405?chdtv> (最後瀏覽日:2022.01.11)

⁴ 監察院 098 內正 0033 號。

⁵ 參見

王駿杰、張裕珍，私宅古蹟保存戰 修法擋不住破壞，聯合報，2021.04.25。

<https://udn.com/news/story/7314/5411701> (最後瀏覽日:2022.01.07)

之範圍，僅以概括的規定保護與考古學，歷史學，古生物學，及其他文化有關之一切古物，而未為細緻的分類。直至民國 71 年，制定文化資產保存法後，對於文化資產之保護始有較為完善且細緻的規範。就其中罰則之部分，從早年針對「毀損、破壞、未經許可移轉」文化資產，僅保護古物、古蹟，雖於民國 89 年第 3 次修正時將古蹟拆分為古蹟與歷史建築，然此時之罰則並未對歷史建築之破壞毀損有任何規範而形成空白，遲至民國 105 年之第 7 次修正，方以罰鍰之行政罰方式，加入對於歷史建築之保護。在歷次修正後，雖看似就不同種類文化資產有相對應之規範，然自立法歷程觀察，歷次修法並未對於破壞文化資產的刑事責任有整體性的思考，對於採取何種標準作為刑法與行政罰之區別以及是否應以刑罰作為保護手段並未有所著墨，而有討論之必要。

又我國現行文化資產保存法雖係以日本的文化財保護法作為立法、修正之參考對象，惟針對不同的文化資產，我國係將建築類型的有形文化資產區別為古蹟、歷史建築、紀念建築⁶，而分別賦予不同之登錄審查程序以及保障以及處罰規定，此部分與日本法對於文化資產的對於罰則的處理情形截然不同⁷。我國就古蹟之破壞認定具有刑事不法而以刑罰作為法律效果。但就歷史建築及紀念建築之毀損，則是依第 106 條認定其非具刑事不法而僅以行政罰作為規範。針對處罰規範上的不同，若欲處理此規範上的差異，因刑事罰與行政罰間之適用涉及刑事不法與行政不法之間是否具有本質上的差異，換言之，必須先就行政不法轉換到刑事不法間之判斷標準做出定位，再以此作為基礎搭配上前面所證立的文化法益以及不同侵害手段進行思考，才能進一步去討論規範是否合理。

⁶ 文化資產保存法第 3 條。

⁷ 參照日本文化財保護法第九十三條以下關於文化資產之處罰之規定，日本就有形文化資產之建構採兩階段審查，第一階段主要是以重要文化財做規範，再將非重要文化財的文化資產，再去審酌其是否具有高學術價值而為文化象徵之歷史遺跡等指定為史跡名勝天然記念物及特別史跡。但就重要文化財之毀損以及史跡名勝天然記念物的毀損，均係用刑罰作為規範。

第二節 研究標的範圍

在本論文的寫作上，從世界遺產公約以及無形文化遺產公約乃至於我國的文化資產保存法中對於文化資產的分類都可以看出，對於文化資產的類別並不僅限於有形之物，對於無形的文化資產，亦有被作為保護的對象。而從文化的概念加以觀察，文化作為一抽象的概念而在許多面向中都有適用的空間，其中對於代表人類社會群體發展過程中的習慣以及能力的文化概念來說，並沒有辦法獨立的將文化的概念加以展現，而是附著於媒介之上，必須要透過其他媒介來去作為承載文化的載體，而藉由文化的媒介將其所代表的文化概念呈現出來。作為文化概念的承載媒介，並不僅限於有形體之物，對於無形體之物，例如傳統工藝、表演藝術、祭儀慶典等，亦是作為人類社會發展過程中的文化呈現的媒介之一。因此，在文化資產的內容，即不僅限於一般意義認知下的有形文化資產，而包含了有形文化資產以及無形文化資產兩大種類。

而對於文化媒介標的即文化資產的部分，在本文的討論下，會先就文化資產的概念即種類進行介紹，但在後續刑法思考的內容中，針對行為客體的涵攝，由於我國文化資產保存法中對於保護文化資產的罰則，僅包含對於有形文化資產的破壞而不包括對於無形文化資產的破壞行為，因此，本文在後續研究標的的範圍上，除了於第三章第三節中對於為何無形文化資產以刑事不法之刑罰作為處罰規範的困難進行思考外，本文於後續的討論上將會把重心放在有形文化資產的刑事制裁上。其中在實務的案例中，對於文化資產的侵害行為，多出現在建築類文化資產之上，其中包含了對於建築物本體的破壞、建築物附屬設施的破壞以及對於獨立於建築物之外，但對於建築類文化資產具備重要價值之物的侵害(類似於民法從物概念之物，例如建築物之牌匾、建築物前之石獅)等，其中最具有代表性的即是在我國文化資產保存法中對於建築類文化資產僅有毀損這一種侵害行為。因此在實務的討論上也多係對於建築類文化資產的毀損為何進行討論，而對於建築類文化資產毀損的定義以及範圍為何，即是爭執的核心所在。由此可知，在學

理與實務上的爭議，多係圍繞著建築類文化資產為核心。

除此之外，我國文化資產保存法在對於建築類文化資產的認定上，其中經歷了多次定義上的變動，並且對於其之種類亦從最原始的古蹟一類，至今已經區分成古蹟、歷史建築及紀念建築三類而分別屬於不同類型之建築類文化資產，但隨著建築類文化資產的定義更迭，我國實際運作上對於其內涵、位階以及內部的類別卻並未進行重新檢討，以致於對於建築類文化資產雖於定義上看似清晰，但在適用上卻產生模糊而難以區別的結果。同時實務上也因為區分的模糊而產生建築類文化資產審議及判定上的標準逐漸相同而使得現行法所採之指定、登錄二元制度已成為形式上的差異。

因而，於現行文化資產保存法的實際運作上，不論是實務與學理上的衝突抑或是對於規範內容的瑕疵上，其爭議多係出自於建築類文化資產。因而本文在研究標的範圍的設定上，對於實際法規範問題的探討，即係以建築類文化資產作為討論的核心，而將文化保護刑法思考的問題限縮在建築類文化資產的刑法保護上。

第三節 研究方法暨架構

1. 研究方法

本文主要預計採取文獻分析之歸納以及演繹的方法，透過相關文獻的蒐集進行學說上之歸納及分析、研究，並且自司法實務案例及見解的歸納觀察我國實務對於文化法益適用之見解，再觀察外國法例對於行政刑法之使用範圍、方式以及文化法益與文化資產保存的刑事責任所採取之立場及規範。從而提出本文見解，提供我國文化資產保存法修正之參考。本文擬透過司法實務文獻(如起訴書或判決書)、政府公開資訊(例如立法院公報、監察院調查報告)、學術文獻(例如期刊論文)之分析，建構一個完整的架構去說明文化法益之應罰性與需罰性，進而就文化資產保存法現行之刑罰規範進行反思與提出相關之建議。

2. 研究步驟

本論文共分為六章，第一章為緒論，於第二章時先從西方社會對於文化這一

個概念的發展及東方社會本身對文化一詞的理解以及從西方引入的文化概念為何，建立文化的內涵為何。並預計從歷史學、法律學及經濟學的相關文獻進行歸納及整理來探討文化的價值為何，並藉該價值去建構出文化資產需要被法律保障的正當性，從而轉置成法律上的文化權建立及保護。

於第三章，則要從前章所確立之文化權過渡到刑法上之文化法益，故先建構文化法益的概念為何，確認其意義及區隔標準和區隔的實益後，再就文化法益的行政不法與刑事不法進行探討。介紹行政不法及刑事不法區隔的相關學說及本文所採的見解之後，再涵攝到侵害文化法益之行為區隔其刑事不法及行政不法的標準及界線為何，以確保該文化法益之保護有哪些部分需要以刑罰作為處罰手段，哪些則以行政罰處理即可。

第四章則自我國文化資產保存法出發，先介紹我國文資法的規範目的及立法規範架構後，釐清我國文化資產保存法的思考模式，再就違法文化資產保存法而侵害文化法益相關行為之實務案例進行介紹，確認我國實務對於侵害文化法益行為之思考模式仍是自財產之角度出發而以刑法毀損罪作為思考的核心，並從文化法益角度觀察實務思考模式的問題，再以二戰後對於破壞文化資產行為為相關之國際條約以及日本法對於文化資產保存之相關實踐及文化法益之建立作為比較基準，與我國現行法進行比較，以釐清我國現行法之問題及困境。

第五章則延續前章之結論，先說明現行文資法針對破壞文化資產保存行為之界線，釐清現行法規範下以行為客體做為思考主軸及以財產法益之思考作為判斷文化資產制裁行為的問題後，而反思現行違反行為的法規範是否允當。再從法益的角度出發，提出本文以法益保護作為核心，建構違反文化保護行為相關規範之內涵，以此檢驗我國現行文化資產保存法規範要件的適當性並提出相關之建議。

最後，就上述各章之內容及結論，進行統整置於第六章之結論中。

第二章 法律上的文化權保護

文化，作為人類發展的重要構成部分，代表著人類的祖先脫離動物的範圍，而朝向社會發展的主要區別證據。又人類社會的發展，文化扮演著重要的角色，而對於人類個别人格的養成乃至於人類集合形成的社會文明的推進，有著不可替代的角色。因此，本章預計先釐清文化的概念，再確證文化的價值存在而具有保護的實益。並定義文化權保護的客體，透過文化概念、價值及客體堆疊出法律上文化權保護的前提要件及基礎，從而將文化價值轉置為法律上的權利，建構出文化權的內涵及文化權與文化保護之關聯性。

第一節 文化的概念

文化，於社會多數人而言看似基本而被廣泛的運用在社會的各個層面，但實際上對於文化的概念仍是眾說紛紜而有不同的解釋。因此，在理解文化的價值乃至於文化於法律上的保護實益甚至是否為憲法上需要被保護的權利而可成為文化權之前提，仍需理解文化的概念以及於現代中我們所稱的文化究竟意味著什麼。故於本節中將先討論文化的概念究竟為何，方有助於接下來的開展。

第一項 文化內涵的變遷

若欲談文化的概念為何，首先必須先了解文明(Civilization)與文化(Culture)這兩個概念的異同。文明一詞，於西方之詞源來自於拉丁文的 *civilis*，其原意為公民化、城市化，而衍生指城市公民的素質以及社會生活所發展出的規則的意思。文化一詞則源自於拉丁文 *cultura*，其字根為 *colere*，最初係「農事」之意思，指從耕耘到灌溉等一系列對於自然生長之照料，延伸成人類於歷史中對於發展過程狀態⁸。對於文化以及文明的定義之流變，起先兩者的定義如同字源一樣並不完

⁸ Terry Eagleton, 文化的理念(The Idea of Culture), 頁 1, 2002 年 9 月。

全相同，而二者開始產生交集，最初是於十八世紀之啟蒙時代的核心區域法國，此時歐洲對於文明一詞的定義，被認為是與「野蠻、未開化」相對之概念，而指人類發展過程中所建立的一種進步的秩序狀態，其所反映出人類於社會上之精神、知性及物質上發展進步的程度，而文化一詞，同樣的被認為是對於社會發展狀態的描述，此時，文明與文化兩者的概念近乎重疊⁹。

但隨著工業革命以及帝國主義的逐步興起，西方世界因而產生的歐洲中心論，以歐洲作為思考的本位，強調西方的先進與殖民地的落後，使得文明一詞的概念中，其與「野蠻、未開化」相對的概念被進一步的強化，對於社會的發展，產生了從野蠻進化到文明的階梯式思考。文明一詞自中古時期延續下來的禮儀、禮貌及社會高速的發展的概念衍伸，逐漸成為人們表達自我概念及好惡的判斷標準，變成人民自我調節之依據，進一步演變成某一階層或是民族向其他階層及區域擴散延伸的「文明化」的概念¹⁰。同時，文明及文明化的概念也在此時與帝國主義發展連結，成為一個「進步的文明民族」向外擴張進而佔領、殖民其他地域的藉口，文明及文明化兩個詞語變得具有侵略性以及優越感¹¹，使得文化一詞承接了原本表示社會生活現況的意思。而對於文化的概念，其解釋社會發展的部分被文明化的概念所涵蓋，但強調多元並立的部分漸漸無法被此時文明的概念所包容。因此，文明的概念開始與文化分道揚鑣，甚至成為了文化一詞的反義詞，變成了對於事物進步的形容詞彙或是進步的代名詞¹²。

而西方世界對於文化一詞的概念，最初之意思為物質層面之灌溉照料，亦有與文明一詞之概念混同模糊的時期，但隨著歷史的發展，西方對於文化與文明的

⁹ Terry Eagleton, 同註 8, 頁 11。

¹⁰ 張敦為, Norbert Elias 的文明理論——文明化、個體化、知識化的形態與過程, 國立清華大學社會學研究所碩士論文, 頁 17, 2009 年 5 月。

¹¹ 舉例來說, 西方世界此時普遍設置的博物館, 其往往蒐集了大量來自於殖民地或是非歐洲地區從古至今的收藏, 諸如中國的名畫、瓷器、雕塑、中東地區巴比倫、蘇美文明的泥板、石柱, 埃及的木乃伊、陪葬品等。此類極富文化價值的物品於此時的西方社會通常以保護之名將其掠奪至殖民母國的博物館作為館藏, 以彰顯西方國家的文明以及國力。詳參閱謝宇婷, 英國「不舒服藝術導覽」: 揭開帝國黑暗面的博物館挑戰, 轉角國際 udn Global, 2019 年 12 月 12 日 https://global.udn.com/global_vision/story/8664/4200085 (最後瀏覽日: 2022 年 6 月 28 日)

¹² Terry Eagleton, 同註 8, 頁 13-15。

概念逐漸有了清晰的分界。於 18 世紀後期，德國文學家席勒與歌德所開創的古典威瑪主義時期，對於文化的概念，更進一步強調了「文化國」的概念，其認為文化國並非現實世界中之真實國度，不具有疆域、政權以及任何高權的具現化表現，而係一種為個人自我而存在的「內在國度」。每個人都可以透過民族語言、哲學、藝術的發展，產生文化的個體性與異質性，進一步形塑出各個族群所獨有的文化風貌¹³。由此可見，此時對於文化的概念，已經從最原始的現實世界的外在形象，轉化為精神的內在意義。

現代意義上的文化內涵，隨著社會的發展，從物質面的灌溉逐步轉化為精神層面的陶冶澆灌。從西方世界對於文化概念的變動可知，文化一詞為一流動的詞彙，而會隨著時代的變遷及文明的發展，賦予不一樣的意義。又從文化國的概念可以發現，自其傳統照料自然生長的原意發展到個人內在心靈的成長，文化的理念具有去中心化的意識¹⁴，並不僅僅只是透過人類歷史中最優良、精緻意識下所延伸出的產物，另一層面來說，一個文化的形塑，靠的是每個獨立的個體根據其社會生活的發展，所集體形成之「整體」的生活方式。簡而言之，文化的形成，並非僅為由上而下的指令式發展，而是上位及下位兩種不同的樣態相互影響而成。

而自文化一詞意義的轉變可以發覺，其所代表的內涵中，從早期對於自然事物的描述到現代對於人類文明發展的內在象徵，文化的概念隱含著自然與人為之間的辯證，自現實層面觀察，自然與人為這兩者間貌似處於天平的兩個端點，而存在著對立，但再往深一層思考人為改變自然的手段，卻往往仍源於自然¹⁵，兩者存在著一個相互對立卻又互為依存的思考。換言之，西方世界對於文化概念的

¹³ Thea Dorn、Richard Wanger，德國文化關鍵詞 從德意志到德國的 64 個核心概念，頁 482-489，2017 年 4 月。

¹⁴ Terry Eagleton，同註 8，頁 33。

¹⁵ 人類學家 Harvey 認為，城市是透過人類的勞動而由自然界的沙泥、木材、鐵塊、石頭與水等材質所構成，因此由從這個角度觀察，構成改變自然狀態的事物，其本質上仍為自然。詳參見 Terry Eagleton，同註 8，頁 5。；David Harvey, *Justice, Nature and the Geography of Difference*, p.186-8 (Oxford, 1996)

思考，不僅僅只是在解構文化與自然之間的對立關係，文化一詞所代表的概念即包含了對立的意義，而自然亦為文化呈現的樣貌之一，文化本身即是解構的源頭¹⁶。

從西方世界對於文化一詞的演變觀察，我們現代所稱之文化概念，目前多數學者均肯認英國人類學家 Edward Burnett Tylor 的定義，Tylor 氏認為文化為：「從廣義的人類學民族誌的角度觀察，其包括了知識、信仰、藝術、法律、道德、風俗，以及人類社會群體任何其他的能力和習慣的總和¹⁷。」這個概念已經脫離了原始的灌溉意涵，而成為一個虛擬、抽象的概念。但同時，文化概念仍然為一個「有機」的多元個體，包含了對於特定具現事實陳述的描述性概念以及對於形容特定事物的規範性概念，而為一個相對的概念，在事實與價值之間，都有文化概念存在的空間。他所代表的，可能是一個族群所認同的價值，但同時，生活中的任何物件都有可能為某個文化的產物¹⁸。

第二項 中文語境上對文化概念的設定

而從東方社會的角度觀察，在中文語境中，文化一詞出自於周易中賁卦象辭中之「人文化成」一詞，其原文為：「剛柔交錯，天文也；文明以上，人文也。觀乎天文，以察時變；觀乎人文，以化成天下。」所謂文，依說文解字其原意為交錯的紋理¹⁹；化，按清代段玉裁所著之說文解字注²⁰，為教化的意思。於周易中原文的意思為：「人們觀察天地間紋理的規律變化而形成了人類社會的倫理秩序，該秩序即為文明，人文即是人類因文明形成的社會秩序，並且透過人文，進一步教化天下的萬民百姓。」換言之，人文化成之意思即為透過人倫禮制所形成之人

¹⁶ Terry Eagleton，同註 8，頁 3。

¹⁷ Edward Burnett Tylor, *The Origins of Culture*, p.1-1(1958)

¹⁸ Terry Eagleton，同註 8，頁 16-17。

¹⁹ 文，錯畫也。象交文。凡文之屬皆從文。

²⁰ 教行於上。則化成於下。賈生曰。此五學者既成於上。則百姓黎民化輯於下矣。老子曰。我無為而民自化。

文來教化天下人，使人民得以遵循常規、守己守分的情形²¹。因此，自前述之根源可以知悉，上位者透過觀察「天」而創造出代表人文的「禮」，因而文化與禮教有著密不可分的關係。更進一步，自漢代以降，董仲舒透過「天人感應說」與儒家思想結合，建構出一套天文與禮法密切結合相互影響的體系，並且透過禮教，以人文教化的方式建立一個穩定的儒家社會秩序。從而，文化一詞，於中國古代之意涵即為一個由上而下以文教化世間的概念，其所代表的僅限於傳統秩序下的人文禮教。

而現今漢字文化圈內所使用的文化一詞，與傳統中國古代所用文化一詞的意思並不全然相同，係源於日本之和製漢語，其所表述之意思係將西方「文明」及「文化」的概念帶回東方。自福澤諭吉《文明論概略》一書，可以知悉於明治維新時期對於「文化」一詞的概念，源自於十八世紀西方對於文化的理解，尤其受啟蒙時期思想大國法國影響甚深，係自文明的觀點出發，將文化解為文明開化之意思，而將文明與文化的概念畫上等號。對於文明開化的概念，其強調文明的相對概念而將文明與野蠻的概念劃分出來，並且將國家的發展自野蠻到半開化最終進入一個文明國家，視為一種社會間價值交融而演繹的過程，該過程即稱之為文明化²²。因而此時所稱之文明，是指一種進步而不惑溺於舊習，並且對於現狀有著積極進取之狀態²³。同時，福澤氏亦將文明的概念區分為外在的文明及內在的文明，並且認為外在的文明相較於內在文明容易學習，但若僅注重外在的形而不求內在的質，則為本末倒置之舉，精神內在層面的文明才是文明化過程中最核心的部分²⁴。福澤氏對於文明核心概念的理解，並不僅僅只是外在事物進步的學習、模仿，更重要的是精神層面的文明化，而培育人民意識層面的文明意識，單純僅在物質層面滿足文明的需求而不去追求內在層面而閉塞其精神者，並不能稱之為文明的社

²¹傅元龍，教育大辭書，國家教育研究院，2000年12月。

<http://terms.naer.edu.tw/detail/1301574/>(最後瀏覽日：2022.02.11)

²² 福澤諭吉，文明論之概略，頁57，岩波書店，2000年2月，第9刷。

²³ 福澤諭吉，同註22，頁27。

²⁴ 福澤諭吉，同註22，頁29-33。

會²⁵。也就是說，福澤氏從西方引入的「文化」及「文明」的概念，雖然同樣帶有「教化、開化」的意涵，但其所教化者，並非傳統不變的禮教人文，文明、文化的概念更注重所謂的「智」²⁶，強調文明的進步性而須透過啟迪民智，來達到文明國家的境界²⁷。因此，其與中國傳統對於文化的概念，已有本質上的不同。

因此中文語境中「文化」一詞於概念上的設定，由於漢字的特性，其在同一個詞語上面能夠被賦予多義性而不侷限於單一概念²⁸。因此在日本所引入的概念中，不論是文化(Culture)或是文明(Civilization)的概念，都可以同時被包含在「文化」、「文明」這兩個符號之中，而不會相互衝突。並且從福澤氏於文明論概略對於文明這一概念的詮釋搭配上明治維新時期的整體歷史脈絡可以知悉，文化的概念大致上與法國啟蒙時期對於文明的意思相同。但是不一樣的地方在於，西方世界隨著德國哲學家將文明與文化分割為兩個對立的概念時，東方社會在解釋文化上，並未將之與文明的概念分割，文明的概念中仍然有強調內在精神層面象徵的部分，而注重文化的進步面，該內在精神的部分則使文化的概念仍與文明為同義詞。在文化的概念中，亦兼具有文明之意思在內，而同時注重對於社會前進的面向，舉例而言，在符號的使用上，我們可以用具有「文化」來形容一個人對於某些事物所具有的高度涵養，但這時將文化一詞，抽換為「文明」，而稱其為「文明人」或是其舉止很「文明」時，其所表達之意思並不會產生太大的變化，仍具有相似的意思。

換言之，在中文語境下所使用的「文化」這一個符號，在使用上相較於西方世界「Cullture」的概念，其所包含的範圍更為廣泛，而及於「Civilization」的概

²⁵ 子安宣邦，福澤諭吉《文明論概略》精讀，頁 27-33，生活·讀書·新知三聯書店，2019 年 9 月，1 版次印刷。

²⁶ 此處所稱之「智」，按福澤氏之定義，係指西方的「intellect」之概念，為文化的知識、知性層面，指思考事務、分析事務、理解事務之能力，其相較於「德行」為完全植基於人心而屬無形的教化，「智」具備客觀的程序及方法而為有形的教化。參見子安宣邦，同註 25，頁 120-126。

²⁷ 子安宣邦，同註 25，頁 124-132。

²⁸ 王韻茹，國家對文化保存與維護的憲法義務——以文化資產保存法為觀察，高大法學論叢，第 17 卷第 1 期，頁 1，2021 年 9 月

念。甚而，對於建構文化這一概念時，從根本觀察，其更係立基於西方的「文明」概念而生，並且融入部分東方社會「人文教化」的概念，強調其可供學習進步的「教化」意涵。而隨著時代的更迭，於現今，文化的概念並未有本質上的變動，其仍為一個抽象的概念，亦同樣為學習進步的架構，但對於「人文」、「智」的概念，在西方社會對於文化一詞不再具有侵略性的影響下，不再僅限於單純的技術、思想的進步，變得兼容並蓄，將多元的不同價值不再區分優劣，均納入為文化的一部分，而形塑出現今對於「文化」一詞多元而彈性的概念。

第二節 文化的價值

對於文化這一抽象的概念，如欲承認文化對於人個體乃至於社會來說可以成為文化權而需要以法律保護、維護，則必須先了解對於個人乃至於社會、國家而言，文化的評價究竟為何。也就是說，必須先確認文化的價值為何，方有辦法針對其價值，做出相對應的法律效果。從經濟學的領域來看，判斷事物的價值為何，於現在多以邊際效用理論去詮釋，但對於文化來說，近年來所採的文化相對理論強調文化概念具備變動性與異質性，而為相對的概念，因此無法直接使用經濟學的邊際效用理論去評估文化的價值²⁹。所以就文化的價值應如何去判斷，大致可從兩種角度去切入，第一種是直接將文化概念的特徵拆解分析去判斷個特徵下文化的價值，其目的主要是能透過文化的特徵去觀察文化對於人的直接影響而能從中探尋文化是否具有構成權利的因子。第二種則是間接的透過社會所反映出的實際效用去評斷文化對社會所具有的效益為何，其目的主要係作為政府乃至於民間判斷對於文化所採用之執行手段，對於其而言之效益分析所帶來之影響。

第一項 直接角度的文化價值

文化的直接價值，即係就文化對於整體社會有何重要性，即社會角度的文化

²⁹ 大衛·索羅斯比，文化經濟學，頁 35，2003 年 10 月，初版。

價值。就此，美國經濟學家大衛·索羅斯比(David Throsby)將文化價值的特徵歸納為美學價值、精神價值、社會價值、歷史價值、象徵價值、真實價值六類³⁰。又這六類價值，其中美學價值及社會價值係自多元文化價值所衍生的概念，美學價值係指文化所具有的形象及其他美學特徵的價值，社會價值則為文化所具有的使人們理解社會本質的價值³¹。而這二類價值，從整體人類社會的角度觀察，不論是美學價值或是社會價值，其所彰顯的意義均在於能夠反映某一個群體所具有之思考表現的外觀以及該思考的背後意涵，反映了文化的多元性構成對於社會的價值。且該二者亦相互影響，若個別觀察，則僅能見樹而難以見林，無法顯現其確切的價值³²。故本文認為，應將該二類價值之上位概念即文化的多元性作為文化價值思考的方向較為妥適。另文化的精神價值與象徵價值，前者係指文化的內在特質對於人類精神世界的理解與啟蒙，後者則指文化所欲傳達與人們的意義，二者的區別在於前者所指涉者為宗教上的精神象徵，而後者則為文化的意義³³，惟二者均係表達文化對於社會的內在心理層面而具備的象徵意義，故以象徵的價值概括已足。文化的歷史價值則係源自於文化所存續的時間性以及其各段時代內所被賦予的相關任務及意涵，惟文化亦具有承先啟後而包含現在的時刻以及未來的延展，而不應只限於過去的歷史部分，故應從歷史價值的核心概念即為文化的時間性價值判斷較為全面；文化真跡的獨特性則為文化真實價值的核心。因此，就從直接角度觀察文化的價值，本文即從上述的四個角度去觀察：多元性的價值、象徵的價值、時間性的價值、真跡的價值。

³⁰ 大衛·索羅斯比，同註 29，頁 36。

³¹ 大衛·索羅斯比，同註 29，頁 37。

³² 舉例而言，於 18 世紀由法國發源擴散，盛行於歐陸的洛可可風格文化，其除了彰顯當時宮廷貴族的美學思考外，亦代表當時法國崇尚奢華的社會風氣，而之後的新古典風格則反映了對於先前奢華風氣的反思而認為應該回到古希臘、羅馬時期的簡潔風格，而不再推崇富麗堂皇的裝飾。這同時反映了歐洲社會自啟蒙時期的思潮發展，人民普遍對於上流社會的高度奢侈的不滿。簡而言之，不論是美學價值以及社會價值，其並不單單只是看其所具備之美學及社會意義而已。

³³ 大衛·索羅斯比，同註 29，頁 37。

第一款 文化的多元性價值

文化的多元性價值，代表文化的存在讓現今的社會仍存在著不同的文化象徵，使得社會並非只有單一的文化，而呈現文化的多元性，是文化最為核心的價值。對於社會來說，文化多元性的價值為何，首先，可以觀察文化對於社會有那些影響，依美國著名政治學家杭亭頓(Samuel Phillips Huntington)的觀點，文化對於社會的政治層面，尤其是對於整體社會的體制，會產生某些關鍵性的影響³⁴，當一個社會上的文化越具多樣性時，其越強調獨立文化群體的自我表達價值，而非為了生活秩序妥協的生存價值時，該社會越會顯得活潑而民主，反之，當社會上只有單一的文化及聲音，而缺乏其他不同種類的價值時，此時社會的氛圍將會趨於單調而有更高的機率產生獨裁專制的政府³⁵。也就是說，從社會的角度觀察，文化的態樣越多元，其兼容並蓄的結果會讓社會的價值更加活躍而進一步推動民主自由的保持。反之，當社會對於不同種類的文化無法接受時，對於該地區人民的思考將會趨近單一而僵化，而更容易形成獨裁威權的體制³⁶。

其次，自心理學的角度，有研究指出，處於雙文化乃至於多元文化的個體對於自我認同以及自我的概念較容易接受其他文化的影響，而有更豐富多元的文化感受。而單一文化的個體相較於前者，其對於外來文化的認識往往都為碎片化的理解而不易形成完整的認識³⁷。兼之，於文化心理學的理論中，不論是採文化多元主義(Multiculturalism)而強調不同文化之間的平等性及並存價值，抑或是採文

³⁴ 哈瑞森、杭亭頓編著，李振昌、林慈淑譯，為什麼文化很重要，頁 101，聯經出版，2003 年 4 月。

³⁵ 舉例來說，1930 年代的德國納粹政府大談民族主義，認為只有日耳曼民族的文化最為優越，甚至貶低其餘民族的文化而視猶太人為寇讎。這樣的一個只崇尚單一民族、文化而排斥其他文化的情形，造成當時的德國逐漸走向一個獨裁而威權的政府，進而導致了後續的納粹第三帝國的出現以及二戰的發生。另一個例子是文化大革命時的中國，當毛澤東以「破四舊」作為口號，決意透過破壞傳統的中國文化來達到肅清政治，排除異己的目的。同時將毛澤東的思想集合成「毛語錄」做為至高的指導原則。此時期的中國不但排斥所有來自西方的文化，更是連傳統的儒家文化以及各式宗教文化都打砸殆盡，不但造成文化上的浩劫，當時的中國社會人與人之間充斥著不信任而冷漠沒有其餘聲音，於政治上更是形塑了「一人專政」的氛圍，變成沒有任何異見的時期，使得當時的社會喪失生命力直到毛澤東去世之後。

³⁶ 哈瑞森、杭亭頓編著，李振昌、林慈淑譯，同註 34，頁 102-106。

³⁷ 吳瑩，文化、群體與認同：社會心理學的視角，社会科学文献出版社，頁 26，2016 年。

化會聚主義(Polyculturalism)，鼓勵不同文化間進行對話、接觸及溝通，而意識到不同群體間的多樣性而相互影響³⁸，均對於文化的多元認同有正面的看法。多元文化對於個人而言，係建構社會認同的重要元素，當人處於一個多元文化的社會時，能夠與其他不同的社會群體進行互動以及相互影響，而培養出對於不同文化間包容的態度，進而容易凝聚成社會的共識，為適應社會的重要心理機制，建構出人格上心理實現的重要依據。反之，當社會僅有單一、極端的文化時，對於人格的養成而言較容易形成單一、排外的身分認同，此時容易產生文化衝突以及文化排斥的反應，往往導致個人認知的侷限性而產生不協調的情形，進而使心理發展不健全，影響個人對於社會的適應以及互動³⁹。而對於社會中的少數族群而言，倘若社會上僅存在單一而排他性強的強勢文化而欠缺其族群本身原生之文化時，在缺乏對於自身的瞭解下，即容易被貼上標籤而產生相關之刻板印象，而不利其之人格發展。例如對於原住民族而言，若壓迫其之文化而不使其原住民族身分者理解其文化時，將容易使得原住民子女之身分認同在強勢文化的壓迫下發生障礙而排斥其原先之文化，形成自我認同的否定而阻礙其人格發展之不利結果⁴⁰。

也就是說，因為文化是社會氛圍形塑的重要元素，會影響社會典型的生活方式、價值觀以及行為模式，且每個人的生活均須經過社會化的過程來與社會進行互動，而社會化的過程又是個人的人格養成及自我實現可能性培養的關鍵時點。因此對於人格的自我實現，其重要的內涵為能夠「自我決定」其人格的「自我開展」，而只有在多元文化的社會中，人格的自我開展才不會因為單一的文化價值所壓制，而能夠自由地做出自我決定，開展其自我的價值選擇⁴¹。故自心理學的角度來說，文化的多元性價值有其重要性。

第三，自文化國的概念出發，從 18 世紀啟蒙運動以來文化國的發展，人類

³⁸ 吳瑩，同註 37，頁 39、40。

³⁹ 吳瑩，同註 37，頁 14。

⁴⁰ 陳奎元，原住民(族)文化權在刑事法上的意義—以釋字 803 號為中心，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 38，2022 年。

⁴¹ 許育典，文化基本權作為文化憲法的建構，文化基本權與多元文化國，元照出版，頁 12，2014 年 3 月，初版。

對於開展個人自由信念與積極建構多元社會的要求逐漸產生，文化不再限於上流社會，而開始向下開展。到了二戰以後，對於納粹獨裁的反思，以及個人自我實現概念的興起，文化不再只是國家利益支配下的控制人民思想的工具，國家不再掌握獨立的文化形塑能力⁴²。而從人性尊嚴的角度，文化既然為人自我實現的重要依歸，國家對此即應以確保個人能夠獨立自主決定其生命的發展作為前提，對人民的自由開展做保護，而於個人能自由開展其意志而養成獨立價值判斷的情形下，國家所保障的各類基本權如言論自由、結社自由、宗教自由等，方有實踐的空間及意義。換言之，對於國家來說，文化國的核心價值係以人自由開展為核心，文化的多元價值則為養成人性格發展的核心要件，亦為實現基本權的重要前提⁴³，因此，文化的多元價值對於個人乃至於社會、國家來說，有其重要性。

綜上所述，不論是對於整體社會的構成到個人人格的養成，多元的文化均扮演關鍵的角色，亦即從人的角度出發，必須先具有文化的多元性建構出完整的人格後方有其他價值討論的必要性，因此對於社會及個人而言，追求文化的多元價值即是文化價值中最重要基礎。

第二款 文化的象徵價值

所謂象徵性，是指以具體的形象去表彰某一抽象的觀念或價值，而用來代表其他客體或是意義的概念，除了表彰其外在的形式意義之外，其核心為內在所欲呈現的涵義⁴⁴。法國著名精神分析學者 Jacques Lacan 從心理學的角度，將人內心的思考模式，可以區分為想像界(Imaginary)、象徵界(Symbolic)及真實界(Real)，其中所謂的象徵界，係指在個人的主體下，所有將日常現實的概念組織而成的秩序，包含了自我認知、社會規範、人際關係、情感表達等。象徵界為主體存在最

⁴² 許育典，文化國作為文化憲法的客觀法建構，文化憲法與文化國，元照出版，頁 154，2013 年 5 月，二版。

⁴³ 許育典，同註 42，頁 156。

⁴⁴ Chris Barker 著，許夢芸譯，文化研究智典，韋伯文化國際出版有限公司，頁 236，2007 年 1 月。

重要的部分，對於個體而言，象徵界的意義在於將人的主觀性注入於現實世界的領域之中，並藉此接觸整體社會環境，與他者建立連結，而使得個體藉此實現社會化以及呈現其文化性，亦使個體由自然人逐步的融入社會之中⁴⁵。也就是說，象徵性的價值，即在於其乘載各式價值提供給社會上個體做為成長社會化的要素。而文化的象徵價值，呈上所述，即係指文化的存在，對於人類社會的成長而言，承載著特殊的意義，而彰顯出來的價值。而文化的象徵價值，又可以從兩個不同的視角去切入，第一是從個人的精神視角去觀察，第二則是從整體社會群體的視角去觀察。

個人精神上的文化象徵價值，其所觀察的視角，主要是從個人的角度出發，由於每個人都為獨立存在的個體，對於每個人的內心想法，象徵的價值即在於將個人內心的思想託付在某一具體的形體之中，由內至外的去塑造出的象徵性的符號、圖騰，從而形成其代表的文化，最常見的情形即是個人的作品。透過作品的呈現，可以了解作者在該時空背景下的所思所想，進一步能夠成為某種思潮、思想的象徵，而成為構成社會的一部分⁴⁶。

而從社會群體的視角去觀察文化的象徵價值，其核心部分所探討者即是一個已經成形而存在的文化對於個人乃至於社會而言，會產生怎麼樣的影響。常見表現態樣為宗教的存在以及民族的圖騰。宗教的存在對於其信仰者，往往有著獨特的意義以及共同信奉的價值，而該價值，會影響社會群體的行動以及行為⁴⁷。而民族的圖騰，對於該民族而言，是其精神的展現，能夠成為人民精神上的寄託

⁴⁵ 徐寬儒，晚清狹邪小說中的花月意象—以《花月痕》為中心，東海大學中國文學系研究所碩士論文，頁 96，2010 年；Peter Brooker 著，王志弘、李根芳譯，文化理論詞彙，巨流圖書公司，頁 209-210，2003 年 10 月，初版一刷。

⁴⁶ 舉例而言，西班牙著名的藝術家 Picasso 於 1937 年所創作 Guernica，透過該畫描述了遭受到砲彈地毯式轟炸的格爾尼卡城表彰其對於戰爭的厭惡，從而該作品即成為了反戰的象徵。清末劉鶚的老殘遊記亦是將自己投射成其筆下的人物老殘，透過其所見所聞，影射清末的官場敗壞以及作者對於國家時局、陳腐制度表達其不滿。而該作品亦成為清末四大譴責小說之一，成為對清末時局不滿的象徵之一。

⁴⁷ 舉例而言，對於伊斯蘭教徒或是基督徒而言，伊斯蘭教的古蘭經或是基督教的聖經會成為他們生活中所遵循的重要依歸；而台灣的佛教、道教團體的信仰者也多會依循著佛教、道教的教義以及其師父的教誨去向善、行善。由此可以彰顯出宗教對於一個人的內心以及其行為舉止會產生相當程度的影響，進而透過宗教可以象徵著該信仰者的價值取向，從而顯示出宗教文化對於社會的象徵價值。

48。換言之，文化透過象徵性，會由外至內的影響整體社會的運作以及活動。

文化的象徵價值，不論是將個人的思想投射為作品而由內至外所形成的象徵性，抑或是宗教、信念等由外至內的將特定價值影響予社會群體所反映出的象徵性，可以發覺文化的象徵價值並不單單僅是單方面的形塑而成，前者的象徵性集合可能會凝聚為特定的文化，而透過後者形塑出的價值亦會使個人創造出新的作品。二者彼此間會交互影響，而共同形成社會的架構，從而對於個人的人格自主養成及社會秩序價值產生決定性的影響，此即文化象徵價值的核心所在。

第三款 文化的時間性價值

時間的流動，依照軸線可以分成過去、現在、未來，而文化的時間性價值，指的是某一文化從古代存續至今而未消失在時間的大河之中，其時間上具有累積的困難性，故稱之為時間性的價值。於客觀上文化的時間性價值是最直接反映且能立即證明者，透過承載文化的文化資產的存續，能夠使得現在與過去的時空產生連結，而透過文化資產顯現當時人們的生活型態以及社會活動等，從而對人們的現在及其未來產生影響⁴⁹。因此，時間性的價值依照時間流動的脈絡可以區分為代表過去的歷史價值、代表現在的存續價值以及代表未來的發展價值。

歷史，依法國年鑑學派歷史學家 Marc Bloch 的定義，為人類在時間中的科學，是對於人類過去所為的事物所進行的紀錄，包含了當事人的親自紀錄留存、當代人轉述紀錄以及文獻及實物的保存，係忠實地將過往發生的情形紀錄下來的社會科學⁵⁰。而這些過去所留存下來的事物，能夠透過歷史學家的整理、爬梳，形成歷史事實(Historical Facts)，透過歷史事實，建構出過往歷史的骨幹，進一步

⁴⁸ 例如，對於日本人民來說，富士山為其重要的精神象徵，代表著大和民族堅韌不拔的精神，此外，櫻花對於日本人來說，也是其民族的象徵，象徵著日本武士道絢爛而短暫人生哲學。而對於美國人來說，自由女神象徵著美國自由、和平、人權以及民主，而成為美國精神乃至於民主價值的重要象徵。另外，法國巴黎的凱旋門亦是代表著法國大革命「自由、博愛、平等」的內涵，而成為法國人精神的重要象徵。

⁴⁹ 大衛·索羅斯比，同註 29，頁 106。

⁵⁰ 杜維運，史學方法論，三民書局，頁 24，1999 年 9 月。

形塑出過去的文化面貌，提供予後世的人們參考。而這些反映過去文化的歷史事實，即為文化的歷史性價值之所在。因此，文化的歷史價值即在於透過客觀留下來的各項資訊，能夠將過往的一般事實形成歷史事實，並藉此成為對於現在及後世的評斷基礎，而成為現代人們建構文化的基石。

然而，屬於過去的文化的歷史性價值，只是客觀的呈現出過往文化風貌的載體、基礎，英國哲學家 Bertrand Russell 亦認為，歷史世界的本質，並不是在過去的時代就被賦予⁵¹。對處於現在的我們而言，歷史價值對於現在的意義才是我們所關切的事務而具有評價性。因此，從現在視角所著重的文化的存續價值為何，即在於過去到現在的歷史必須存續至今的意義究竟為何。正所謂以古為鏡，可以知興替，歷史對人類的意義在於，透過歷史不斷的生成與轉換，能夠形成一個客觀的比較基礎，進而透過歷史呈現的問題與自身情形進行對照，了解自身所處的位置，而更了解自己⁵²。

又文化對於整體社會而言，其最重要的目的在於個人人格的養成，換言之，歷史必須存續到現在才能夠成為對照的標的，亦即文化於現在的存續性價值即在於存續方能對於社會產生影響。英國歷史學家 G.R. Elton 在 *The Practice of History* 一書中亦稱：「歷史並非指研究過去，其所研究者，為過去留存於現在的痕跡；若人們所思、所想、所作或其任何之遭遇沒有留下痕跡，等同於這些事都沒有發生過⁵³。」也就是說，歷史的重點不僅僅只是人類過去生活經驗的集合體，更必須能夠使現代人得以閱知者，才具有實質上的意義。如果文化只停留在過去而沒存續到現在，該文化便只具備歷史的價值而對於現在不具參考性。同時，著眼於現在的存續價值，與過去的歷史價值產生連結後，因為歷史價值僅代表著其從以前到現在的發展軌跡，為外在的中性狀態，客觀的呈現出文化的過去而不作評價。而現在的存續價值則對歷史價值的中性狀態進行評價，進一步與人的內在價值進

⁵¹ 堀米庸三，*歴史の意味*，中央公論社，頁 29，1970 年 6 月。

⁵² 堀米庸三，同註 51，頁 29。

⁵³ Elton G. R., *The Practice of History*, Sydney, Australia : Sydney University Press, 20 (1967)

行橋接，賦予歷史價值對於現今社會的意義，使得歷史價值能夠成為人格發展的媒介及素材。

文化的發展價值，所看重的是文化對於社會將來的發展價值，著眼的觀點為文化對於未來的影響。雖然從現在的角度無法直接證明特定文化對於未來是福是禍，但回到文化對於人格養成的觀點，多元的文化方能健全人類個別及社會的自我實現，因此，不應當從現在觀點去任意扼殺任何文化，而保留文化的發展性。也就是說，文化的未來價值，亦與文化的存續價值相互呼應，而將存續價值延伸到未來，使得文化能夠維持多元性而支撐人類社會的持續發展。

文化的時間性價值雖然依照時間的流動可以從過去、現在、未來去觀察，但不論是過去的歷史價值抑或是未來的發展價值，由於人類存在的時點為此時此刻，故仍必須回到現在的時點觀察。意即文化的時間性價值的核心在於，藉由過去文化的歷史事實及未來文化的發展價值，去映證出現在文化的存續對於人格養成及自我實現所形成之對照功能。

第四款 文化的真跡價值

文化是一個抽象的概念，於各個層面對於人類個體乃至於整體社會產生影響，在邏輯上，只要有乘載其存在的媒介即能夠延續，而不需在意該媒介為何。甚至就現代的通俗文化，其定義為透過廣泛取得的人工產品所傳播的文化，為透過文化工業所產生之產品為傳播媒介的大眾文化⁵⁴。也就是說，某些情況下，文化的載體不需要具備獨特性即可擔負文化傳播、影響的功能。此時，就必須去思考為何抽象的文化仍有所謂的真跡的價值，而必須保護那些具有獨特性的文化。

於現代的文化雖有部分文化不具備獨特性而可以透過複製或是大量生產進行傳播。惟承前三款所述，文化具有多元性的價值、象徵的價值以及時間性的價值，而以這三款價值作為核心去思考，對於文化來說，有保護其真跡的必要性而

⁵⁴ Dominic Strinati 著，袁千雯、張茵惠、林育如、陳宗盈譯，通俗文化理論，韋伯文化，頁 6-7，2005 年 3 月。

具備真跡的價值。

最直接的是從文化的時間性價值觀察，對於文化的保存而言，雖然現代科技的進步已經使得許多資料可以透過數據化而轉變為可大量複製儲存的資訊，但某些具備獨特性的文化載體，一旦被破壞或消逝，便無法再生。從現代觀點來看，雖然某些文化載體透過現代科技可以完整重現，但其真實的價值亦包含於該文物所生的時代及技術以及該文物於時間軸上的各時點所具備的功能及意義，並無法透過現代技術去模擬及取代。另有些文化載體代表著古時所遺留的技術或相關記載，於現在已經完全失傳或是尚未破解者，一旦失去，及永久於歷史中消失，故從時間的價值觀察文化具備真跡的價值。

其次從文化的象徵性價值思考，文化載體的真跡存在對於個人乃至於民族而言，係承載著該象徵之價值，為精神象徵的核心依據，其雖可透過複製的方式將象徵概念散佈傳播於外，使該真跡的複製品對於人們亦具有象徵的意義及價值。但若該文化載體的真跡消失，對於將文化載體視為具有象徵意義的群體而言，代表著該象徵的依據已然消逝而失所附麗，如同無根浮萍般使得象徵的價值因沒有根源而會隨時間經過而式微。因此，從象徵性的角度亦存在著真跡的價值。

最後從文化的多元性價值出發，由於文化所具備的時間性及象徵性價值中都有涉及到對於現存的文化載體應善加保存，以確保其價值之存續。而當文化載體被越妥善的保存時，相較於未為文化保存的社會，會因為被保存的文化載體越完善而使得社會上具備象徵性、歷史性的文化越豐富多元。換言之，為了保障社會上的文化多元性，使人們有更多接觸不同文化的機會，即有盡力保全各式文化載體的真跡以維持其所蘊含的文化存續的價值。

綜上所述，所謂的真跡的價值，即在於對特定的文化，因其只存在於特定的媒介上，該媒介一旦消逝，文化會因此失所附麗，故真跡的價值所表現出的文化價值係獨一無二而無法被複製取代⁵⁵。另一方面，對文化載體來說，其本身的價

⁵⁵ 大衛·索羅斯比，同註 29，頁 37。

值在於所彰顯出的其他價值，意即文化的真跡價值係依附於其他價值根源上，而以保護文化載體作為其核心，必須先具有前述三種價值後，再去判斷是否具有保護真跡的必要性，倘若真跡消失，會影響到文化的其他價值者，即具有文化的真跡價值。

第二項 間接角度的文化價值

而從間接角度觀察文化的價值，則非直接就文化的概念出發，而係從現實層面觀察文化對於生活上所帶來之實體利益，簡言之，即效用視角的文化價值。由於文化對於社會的影響是全面性的，其所帶來的效益可以自多個角度去呈現，故此處所稱之效用，並非僅限於金錢上的經濟收益，更包含自社會各群體的角度對於文化可以提供給與其之效益而言。由於其可觀察的視角相當多元，而本文之目的並非深究文化各層面的價值，為避免討論上的失焦，本文僅從產業上文化的經濟效益、政治上文化的影響效益、學術上文化的研究效益這三個對於社會影響最深刻的部分去觀察，藉此呈現文化的效用價值已足。

第一款 產業上的文化經濟價值

首先，從產業上的角度去觀察，依照美國心理學家 Maslow 的需求階層理論，人類對於其所為之行為所具備之動機，會從最基本之生理需求、安全需求開始滿足，最後一路層升至對自我成就需求的追求。現代社會在發展下，當人類最基本的生理、安全需求已然被滿足的情況下，社會上人們的行為便會試圖去尋求更高層次的需求。而文化承前所述，係對於人格養成以及整體社會的影響的重要因子，所涉及到的即是自我實現的部分，因此，當人們從單純的生理上的需求轉而開始追求自我實現時，必然會相對應的產生對於文化的需求。

在自由市場經濟下，從經濟學的角度，供給的產生主要係因為消費者對於事物產生需求，而當人們對於文化產生需求時，對於獲得不同程度的文化項目會有其相對應可付出的成本，使得需求產生相對應的價格。同時消費者對於文化的需

求反映在市場中，對於生產者而言，依照其對應的價格會產生相對應的供給，進而將文化轉化為商品提供與消費者，從而滿足市場對於文化的供給。進一步從總體經濟的角度觀察，將多個相同類別文化商品的生產者供給聚合，便會形成產業，並且透過文化商品的提供及擴散，而形塑出不同的大眾文化以及通俗文化⁵⁶。

但對於具有象徵性及歷史性的文化媒介，因其欠缺可複製性而無法透過現代工業大量生產製造，生產者貌似無法形成上述類型之文化產業。但這部分的文化因其之稀缺性及獨特性，為現代社會中人類重要的精神象徵以及作為創造該文化載體時代的代表，而其複製品仍有被人類保留而承載其象徵、代表的意涵，因此對於該文化載體的複製品雖然並非真跡，但透過其象徵意涵以及代表價值，仍然得為商品而讓生產者所能複製並傳佈，故亦可形成文化產業。

此外，具備象徵性的文化載體以及具備時間性價值的文化載體對於人類社會來說，因其之象徵性以及獨特性，對於視其為重要精神象徵者來說具有不可取代性而必須要親赴當地才能夠一睹其真跡⁵⁷。而前往該地所需要的花費、到當地的相關消費、紀念周邊或是必要開支以及入場的門票等相關費用均會構成依靠其所形成的產業圈。也就是說，文化載體倘若具難以在其他地方看到的特性時，其對於人類而言，即具有追求的吸引力，而成為社會上重要的資產以及珍貴的觀光財。並且透過文化，可以有效的去帶動旅遊觀光產業以及文化創作產業，促使社會上衰退的夕陽產業朝向綠色環保的無煙囪工業轉型，進而透過推廣行銷地方帶動地方經濟從而帶來相關之收益，同時使得該文化載體存在城市市民的生活透過文化的推銷及擴展而更具創造力，產生正向的改變⁵⁸。

⁵⁶ 舉例而言，消費者對於視、聽、遊玩的需求會促使生產者提供動畫(Animation)、漫畫(Comic)、遊戲(Game)等商品予消費者，為了對上述商品的製作所衍生的上下游產業鏈所形成的各式職業及團體因此而形成 ACG 產業。並且透過 ACG 的發行與播送使得部分熱愛 ACG 內容的消費者因此進行相關的二次創作或是 cosplay，從而形成獨特的二次元文化。

⁵⁷ 例如，對於伊斯蘭教徒而言，聖地參加的大清真寺不但是每日教徒朝拜時所必須朝向的方向，前往聖地參加大清真寺朝聖更是每個教徒的重要目標，而使得該處有無法取代的重要性

⁵⁸ 馮久玲，文化是好生意，臉譜出版，頁 125-132，2002 年 4 月初版；李汾陽，文化資產概論，秀威資訊科技出版，頁 140-142，2010 年 7 月，初版。

第二款 政治上的文化效用價值

文化於政治上的效用價值指的是從政府的角度思考，對於一國政府而言，文化對於其施政上有怎麼樣的效益，反映文化對於政府決策之影響。就此，可以從國內的影響以及國外的反應去觀察。

對於國內而言，文化於政治上的經濟價值為何，可以再分為抽象的文化以及具體文化資產的存在對於政治的影響。從抽象的文化觀察，最初，文化對於統治階層而言，並非將文化視為國民人格養成的基礎，而係作為統治人民思想的工具，在透過高權由上而下的強勢作為下，能夠將政府所認同的單一文化規制於國民身上，藉此拘束人民思考，並控制民眾思想，從而達到權力集中於統治階層的靜態社會⁵⁹。此種社會對於統治階層而言，雖然容易控制並維持統治者的威權性，但卻也因為階層的難以流動而使社會、國家喪失活力而不利於經濟、文明的發展，更可能因此導致國家走向失控。同時，此種透過單一文化洗腦灌輸人民思想之方式，對於當政者而言，亦得借用人民無知下的愚昧建構自我文化的優越感並破壞其他文化，從而激起國內國族主義而強化對於政府的忠誠，惟此種負面式影響於現代已然為民主社會所難以容許而不應肯認為文化的政治效用⁶⁰。

於現今多元文化主義視野的思考下，透過單一文化做為控制國家的手段對政府而言已經是邪魔歪道而不具有政治上的效益，但多元文化的維持對於政府的施政上，仍有其實益。對政府而言，多元文化的維持所帶來的效益主要係立基於民主社會下，政府的權力來源為人民對政府之授權。人民透過多元文化所養成之自由意志的自主決定概念後，對於其自身所具有之基本權以及對於政府權力之授予有更深刻的認識下，人民藉由選舉對政府進行授權，成為法治國奠定的基礎以及

⁵⁹ 哈瑞森、杭亭頓編著，李振昌、林慈淑譯，同註 34，頁 84-94。

⁶⁰ 舉例來說納粹時期希特勒政府透民族主義去形塑日耳曼民族血統的優越感並排斥打擊猶太裔族群，藉此達到國內的團結進一步推動軍國主義而轉移因經濟大蕭條的社會恐慌。此舉雖然對當時的政府來說能夠高度動員國家的人民而有極高的效益，但實質上造成社會上不同族群的裂解甚至是種族上的歧見而導致集中營種族滅絕的慘劇，從現今來看並非正面之效益；李汾陽，同註 58，頁 1。

民主國家構成政府的合法權源，因而對於政府而言，於此情形下所獲得之授權，相較於獨裁國家，更具正當性而能反映整體社會的意志。也因為人民係在多元文化下依其自由意志所授權政府之構成，將可使不同族群均有其表達意見之可能，而使不同意見得以透過政府制定政策而實踐於社會之中，進而推動社會的發展。因此，文化對於國內政治上的效益即在於能夠促進政府構成的正當權源以及組成的多樣性，而使得施政上不致於過度偏向特定族群而有助於國家及社會的發展。

而從具體的文化資產對於政治的影響，承襲前述所提到的文化所具備的象徵價值，對於國家來說，不單單只是透過文化思想層面可以影響國內的群眾以及國家政策的制定，透過文化的象徵價值，使得文化資產成為國家的象徵以及成為民眾精神上的寄託。當人民對於國內之文化資產產生認同並進而以此為自豪，同時認定該文化資產對於其民族具有相當重要之地位，於此情形下，對於民族自信心的建立乃至於民眾的團結均具有正向的影響⁶¹。

對外而言，於保護世界文化和自然遺產公約中，開宗明義即提到本公約的核心目的係因為任何文化遺產保存情形之惡化或消失對於全世界而言，遺產枯竭的有害影響是全面的。同時，針對具獨特性而無法替代的文化資產，不論該遺產位於何處，對全世界的人民來說均有重要的文化價值，而非僅限於該國。因此，考慮到這部分的文化或自然遺產所具有的重要性，而需要作為全人類世界遺產的一部分加以保護，故制定本公約以約束世界各國⁶²。

也就是說，保護文化資產不任意遭受破壞以及流失，於政治上不僅僅只是針

⁶¹ 例如，對於日耳曼民族及德意志民族的人民來說，萊茵河作為其文化發揚的核心地域，其自中世紀以降作為生命源泉及交通動脈而哺育日耳曼民族發展茁壯，並因此於沿岸遺留下的豐富文化史蹟，此歷史及人文交錯的象徵性使得萊茵河被德意志民族視為父親河，於德國人精神上具有不可取代的象徵價值及地位。詳參見 Thea Dorn、Richard Wanger，同註 13，頁 752-772；對於日本人來說，伊勢神宮被稱為日本人心靈的寄託，更有著「一生に一度はお伊勢さん」的說法，伊勢神宮及其供奉之天照大神，代表著日本人對於自然的崇敬以及成為日本文化的重要組成及象徵之一。詳參見日本大百科全書(ニッポニカ)「伊勢参り」の解説，小学館。
<https://kotobank.jp/word/%E4%BC%8A%E5%8B%A2%E5%8F%82%E3%82%8A-432660> (最後瀏覽日：2022.04.25)

⁶² Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage
The declaration is available on UNESCO's website:
<https://whc.unesco.org/en/conventiontext/> (2022.04.19 last visited)

對國內人民而已，於國際上，倘一國政府對於該國之文化遺產不加以重視而任其荒廢及破壞，甚至是於戰爭時期任意對於文化遺產開火破壞，就此類破壞文化資產的行為，於《國際刑事法院羅馬規約⁶³》以及聯合國教科文組織《有關蓄意破壞文化遺產宣言⁶⁴》中均有對破壞具價值文化資產的國家或是個人訂有國際法上之責任，國際上將會對此予以譴責甚或是會對此負上相關的國際責任⁶⁵。由此可知，文化資產於政治上的效益，不單單只涉及國內政府施政上及團結國內之功用，對於國際上針對保護文化資產一事，不僅是有保護之國際法規需要遵守，對於恣意破壞文化資產之國家或是組織，國際上亦會予以施壓而會有外部之壓力存在。換言之，保護文化資產一事對國家而言，具國際法上責任而為涉及國家於國際上角色之判斷依據之一。因此，不論是就國內或是國外之立場，文化對於政治上均有其效益而應當具有保護的價值。

第三款 學術上的文化研究價值

最後，自學術面觀之，由於對學術界的發展來說，大多數都是奠基於前人的研究並加以深化其內涵，而不同的研究最後的目標，多為實踐於人類文明社會而使得文明發展有進一步的推進，並且對於學術界角度來說，培育研究的心血亦為重要的工作，因此，就文化於學術上的效用，可以從最上層研究者的角度以及向

⁶³ July 17 1988, Rome Statute of the International Criminal Court, entry in force July 1 2002. Article 8 2.b. (ix):” Intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals and places where the sick and wounded are collected, provided they are not military objectives.” Available at : <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> (2022.4.25 last visited)

⁶⁴ UNESCO Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage, October 17 2003 VII – Individual criminal responsibility : ” States should take all appropriate measures, in accordance with international law, to establish jurisdiction over, and provide effective criminal sanctions against, those persons who commit, or order to be committed, acts of intentional destruction of cultural heritage of great importance for humanity, whether or not it is inscribed on a list maintained by UNESCO or another international organization.”

The declaration is available on UNESCO's website: https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc_854_unesco_eng.pdf (2022.4.25 last visited)

⁶⁵ 鄭景懋，聯合國教科文組織證實 烏克蘭 53 個文化遺址遭破壞，中央廣播電台，2022 年 4 月 2 日 <https://www.rti.org.tw/news/view/id/2128956> (最後瀏覽日：2022.4.25)；德特默，伊斯兰国摧毁尼姆鲁兹城，美國之音，2015 年 3 月 7 日。 <https://www.voachinese.com/a/iraq-nimrud-20150306/2671205.html> (最後瀏覽日：2022.4.25)

外推廣的教育角度去探尋文化的價值。

從研究面觀察，文化可以再區分為抽象的文化思想以及實體的文化資產，抽象的文化思想對於研究來說，可以簡單區分為自然科學層面以及社會科學層面，自然科學上，法國哲學家 Bernard 曾說過：「我們如同坐在巨人肩膀上的侏儒。我們能比其他人看得更多更遠，並不是因為我們的視力絕佳，也不是因為身體上有優於他人的特徵，只不過是藉由巨人的龐大身軀，讓我們得以位於高處罷了⁶⁶。」這句話被自然科學領域的學者廣泛的使用，其所代表的意涵為自然科學研究的建立，並非無中生有，其往往都是立基於前人的研究之上，不論該見解是正確抑或是錯誤，對於後續的研究而言都是極其珍貴的資料。換言之，抽象文化思想的保存，對於自然科學而言代表的是知識累積的過程，在自然領域內後續的研究仍須用到以往所得推演之公式或是所發現物質特性的情況下，對於以前相關的實驗、想法、發現等，均有保存的價值。而從社會科學的角度觀察，社會科學係以科學的方法，研究人類社會的種種現象，即研究人的科學，對於人及其所處的社會而言，抽象的文化思想的層層積累為構成人類社會文明的基礎，古往至今所有學者研究後提出之相關理論以及思想，對於從事社會科學的研究者來說為研究的重要基礎以及對象，現今許多的理論往往係從過往學者所研究的理論下去延伸、發展或是將其之論點因應時代而擴張或是再解構。換言之，從研究者的角度觀察，不論是自然科學或是社會科學，過往學者之文化思想及論述均對於現今研究者而言，為重要依據而具有價值。

而從具體的文化資產的保存方面，對於研究者來說，由於具體的文化資產往往是由過往所留存至今，不論是紙本的資料內容抑或是實體的實物，均記載著過往的種種情形以及隨著時代演變的印痕，文化資產的存在對於整體社會的發展規

⁶⁶ 原文為: Dicebat Bernardus Carnotensis nosesse quasi nanos gigantum umeris insidentes, ut possimus plura eis et remotiora uidere, non utique proprii uisus acumine, aut eminentia corporis, sed quia in altum subuehimur et extollimur magnitudine gigantea. 轉引自讀書猿，線性 VS 環狀思考：整合意見、企業決策、實現目標，37 種解決商務與人生難題的思考術，楓書坊，頁 112，2019 年 3 月，初版。

軌跡以及過往的歷史片段，為最忠實的記錄者，所以該等資料以及資產的確保及整理，對於後續的研究而言，係保存了未來關於相關研究之珍貴資料，能夠透過保存下來的文化，給予現今的研究者們提供很好的對照。另一方面，針對從文化資產所反映出的古代技術、生活情形，有部分為現代科技無法妥善保存或是無法複製再現者⁶⁷，抑或是透過現有資料無法推知古時如何製造出來而需要等待未來更多資訊被發掘者，將文化資產保存而待後世科技技術達到時再行開啟或是研究從學術研究角度來說，亦具有價值。

自教育面觀之，文化的存在，不論是實體的文化資產供人們接觸而理解或是抽象的文化思想透過文字、語言傳播予不同的人們，文化的功用對於成年人亦或是未成年人而言均十分重要。對於成年人而言，雖其之思想已然定型，但透過文化的影響仍可以使人民了解過去之歷史或是不同社會的理念、想法等價值，而潛移默化使人們有著更開闊的心胸去接受新的文化而能夠促進社會、科技的發展。同時透過文化所具備的象徵價值，能夠使的人的精神世界有所依靠而能夠有健全的人格發展。對於未成年人而言，文化的重要性更是不言可喻，未成年時期為於人格養成的重要階段，需要透過多方的文化刺激方能使其能夠使其接觸不同的思想進而健全人格的發展，從而培養出其自由意志的思考模式而走向社會化。因此倘若只有單一特定的文化，將會使未成年人對於觀看世界的視野趨於狹隘而欠缺獨立思考不同價值的能力，養成盲從的心態而不利於社會的發展與進步。故從教育面觀察，教育作為幫助價值觀發展及培養人類思維發展的主要工具⁶⁸，而文化作為支撐教育的重要內容，維持並保存越多的文化對於教育而言，即是提供了越

⁶⁷ 舉例而言，舊時於地中海沿岸有被稱為世界七大奇蹟的建築，如今只有金字塔尚存於埃及，其他的均消失於歷史的大河之中，無法研究其他建築當時所採的技術、風格等。而對金字塔而研，現今我們仍難有一個圓滿的理論可以說明金字塔如何修成，故金字塔的保存除了其歷史的價值之外，對於研究埃及文明的學者而言，保存等待未來有更多史料或是文字破譯能夠佐證金字塔的建成即有其意義。此外，古中國的秦始皇陵被譽為世界第八大奇蹟，但因現今技術仍然無法完善的保存被深埋於地的文物於出土後能否維持原樣，故在技術成熟之前，為避免破壞文物，選擇不開挖而保存地宮內的文物以待後事成熟後開啟，對於研究而言，此舉對推進先秦時期的研究才是最有價值的行為。

⁶⁸ 哈瑞森、杭亭頓編著，李振昌、林慈淑譯，同註 34，頁 63。

充分的條件可以去培養一個具有自由意志的人，而去推進不同的思想、科技及社會價值的進步，有助於整體社會的發展。

第三節 從文化到文化資產

於前一節針對文化的價值進行闡述之後，已然能夠確認文化對於個人乃至於整體社會而言影響重大而有具價值。惟文化係抽象的概念而多依附於不同之載體上方能存續、傳承，故在討論保存文化時，除了確認該文化是否具有保存的價值之外，更需要去觀察其所依存的媒介為何。換言之，雖然文化保護的實際保護客體為抽象的文化，但仍必須先確定實體承載文化的載體即文化資產的定性及範圍為何，方能有效的達到保存文化的目標。故於本節會先對文化資產定性後，再討論文化資產的保護實益為何，以釐清文化資產對於文化之意義。

第一項 文化資產的定性

第一款 文化資產與文化遺產的定義及概念上的差別

在討論承載文化的載體時，於政策以及法律制定上常有文化資產(Cultural Property)以及文化遺產(Cultural Heritage)兩個名詞在使用，二者在法律的使用上並沒有為其作明確的定義，但仍然能夠從國際公約制定的脈絡下去尋找蛛絲馬跡。於 1970 年聯合國教育科學及文化組織制定《關於採取措施禁止並防止文化財產非法進出口和所有權非法轉讓公約》(下稱 1970 年公約)中就文化資產及文化遺產這兩種概念均有於條文中使用，1970 年公約於第一條中即針對文化資產進行定義，認為文化資產係指各國基於宗教或世俗的理由所具體指定對於考古學、史前歷史、歷史學、文學、藝術或科學而言具有重要意義的財產，並針對文化資產，區分為 11 類⁶⁹。同時，1970 年公約於第四條對於文化遺產的定性，認

⁶⁹ UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, November 14 1970, Article 1, The declaration is available on UNESCO's website: <https://en.unesco.org/about-us/legal-affairs/convention-means-prohibiting-and->

為在特定情形下所取得的文化資產為各國文化遺產的一部分⁷⁰。因此，從 1970 年公約的條文規範可以知悉，此時聯合國教科文組織對於文化資產及文化遺產這兩者的概念所賦予的意涵為上位與下位的關係，其認為文化資產所指涉者為針對個別對象物，屬於客觀地去對於不同的文化載體去進行分類；文化遺產則是傾向於對於不同國家的文化傳統有較為綜合性以及象徵、精神層面上意涵的思考後所賦予的物件，而為文化資產的上位概念⁷¹。

然而聯合國教科文組織於 1972 年所訂定的《世界文化遺產暨自然遺產保護公約》(下稱世界遺產公約)以及於 2001 年《聯合國保護水下文化遺產公約》(下稱水下遺產公約)中，直接將文化遺產一詞作為個別化文物分類的總稱，而沒有使用文化資產作為個別化文物的稱呼。於世界遺產公約中將從歷史、藝術、科學以及人類學角度觀察，具有文化、歷史或考古價值而具有傑出普世價值的文物、建築群、遺址等稱之為文化遺產⁷²；而於水下遺產公約中則將位於水中而具有文化、歷史或考古價值的所有人類生存的遺跡稱之為水下文化遺產⁷³。

由前述聯合國教科文組織所制定的三個公約為例可以發現，對於使用文化資產抑或是文化遺產作為個別文物的稱呼，於國際法上並未有固定的定義去定義何

[preventing-illicit-import-export-and](#) (2022.5.02 last visited)

⁷⁰ “The States Parties to this Convention recognize that for the purpose of the Convention property which belongs to the following categories forms part of the cultural heritage of each State: a.Cultural property created by the individual or collective genius of nationals of the State concerned, and cultural property of importance to the State concerned created within the territory of that State by foreign nationals or stateless persons resident within such territory; b.Cultural property found within the national territory; c.Cultural property acquired by archaeological, ethnological or natural science missions, with the consent of the competent authorities of the country of origin of such property; d.Cultural property which has been the subject of a freely agreed exchange; e.Cultural property received as a gift or purchased legally with the consent of the competent authorities of the country of origin of such property.”

The declaration is available on UNESCO's website: <https://en.unesco.org/about-us/legal-affairs/convention-means-prohibiting-and-preventing-illicit-import-export-and> (2022.5.02 last visited)

⁷¹ 久保敦彦「文化遺產に関する国家の国際法上の権利と違法流出文化財に対する回復請求権：考古学的遺産に関する問題を中心とする一試論」神奈川法學第 30 卷第 1 号 58 頁。(1995 年)；河野俊行「文化財の国際的保護と国際取引規制」国際法外交雜誌九一卷六号 4 頁。(1992 年)

⁷² UNESCO Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage Article 1 The declaration is available on UNESCO's website: <https://whc.unesco.org/en/conventiontext/> (2022.5.03 last visited)

⁷³ UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage Article 1 – Definitions 1 The declaration is available on UNESCO's website: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000126065> (2022.5.03 last visited)

為文化資產以及何為文化遺產，於實際運作上其解決的方式是透過個別公約的制定，以條文去定義何謂文化資產或是文化遺產，賦予該詞所涵攝的範圍，而不去拘泥於使用文化資產或是文化遺產的用語⁷⁴。

惟自英文的語境觀察，「heritage」與「property」二者的意思仍有差異。從劍橋英語辭典對於「heritage」的定義可以知悉⁷⁵，英文上對於遺產的定義，強調其為過往所創造之物並具有歷史性。而就歷史的價值，雖然歷史事實為客觀呈現的一段過往經歷，不具評價意義，但實際上將一般事實轉化為歷史事實進而為歷史賦予之價值，仍為過去乃至於現在的人們對於該歷史所抱持之立場。換言之，一件事物是否具歷史價值，並非僅視其誕生年代而定，而係視國家或視人民是否重視該一般事實而將其選為歷史事實，再透過主觀的判斷賦予意涵使其成為歷史評價。因此，在英文遺產的概念強調其需具備歷史性的情形下，代表著遺產的價值對於人而言實際上已非客觀、固定的概念，對於不同國家、群體而言，因應其歷史、社會以及文化上的差異以及選擇，對於一個文化媒介是否能被詮釋為該國的文化遺產，則會有不同的看法⁷⁶。而「property」的定義則是單純表達其為個別之物而並未強調限定於特定概念方能成為資產⁷⁷，亦即相較於具有歷史性主觀意涵的遺產而言，文化的媒介物縱使是在近代社會所創設或建構，只要其對於人類社會文明上面具有相對應的價值而值得被保護者，即有被歸類至文化資產的可能性，而不強調該物是否具備歷史性而為過往留存至今之事物，而屬於中性的語彙⁷⁸。

⁷⁴ 久保敦彦，同註 71，頁 58。

⁷⁵ features belonging to the culture of a particular society, such as traditions, languages, or buildings, that were created in the past and still have historical importance.
<https://dictionary.cambridge.org/zht/%E8%A9%9E%E5%85%B8/%E8%8B%B1%E8%AA%9E/heritage> (2022.5.03 last visited)

⁷⁶ Graeme Aplin 著，劉藍玉譯，文化遺產 鑑定、保存與管理，五觀藝術管理，頁 70-75、94-99、196-198，2005 年 4 月，初版。

⁷⁷ an object or objects that belong to someone
<https://dictionary.cambridge.org/zht/%E8%A9%9E%E5%85%B8/%E8%8B%B1%E8%AA%9E/property?q=Property> (2022.5.04 last visited)

⁷⁸ 舉例而言，當代書法大師董陽孜所創作的書法作品《臨江仙》如按照遺產的定義因為該作品為當代所創作而缺乏歷史性，所以不能被歸類為文化遺產。但因為其具備藝術性而具有文化上的價值而可被視為文化資產。

因此，本文認為，在進行文化媒介物的分類及歸納時，因為承載文化之載體並不僅限於具歷史性之文化媒介，故以文化資產作為名詞上之歸納，相較於文化遺產，其所涵蓋的範圍更為廣泛而能有效地將所有具備文化價值的文化媒介涵蓋其中。因此相較於世界遺產公約以及水下遺產公約將文化遺產直接作為個別文化媒介的分類模式，1970 年公約的分類方式更為適切妥當而能有效的建構出文化資產的分類體系。而文化遺產，則係基於文化資產的分類上，再將對於各國而言具備歷史上特殊意義的文化資產進一步的去做歸納所得出之文化媒介物，可視為狹義的文化資產概念。

第二款 文化資產的種類

在確認文化資產的定義係從宗教或世俗等基於人類文明社會發展的理由所具體指定對於考古學、史前歷史、歷史學、文學、藝術或科學等對於人類的文化而言具有重要意義的財產，並以之作為承載文化之文化媒介的分類基礎，而將文化資產視為文化媒介物的總集合後。再來便是確認文化資產的種類為何，從而確立文化資產需要保護的範圍究竟及於哪些部分。就此，可先從 1970 年公約所規範的 11 種文化資產類別以及後續的世界遺產公約和聯合國教科文組織於 2003 年進一步制定的《保護無形文化遺產公約》(下稱無形文化遺產公約)對於文化遺產以及無形文化遺產的概念去歸納出文化資產的範圍。

第一目 1970 年公約的文化資產類別

首先，就 1970 年公約第一條的規定，其將文化資產分為 11 類⁷⁹，以下分別就這十一類物品被列為文化資產的意義以及必要性進行概述。

第一類為珍貴的動植物、礦物、解剖學的蒐藏品及標本和具有古生物學意義

⁷⁹ 以下本文對於 1970 年公約的條文內容均來源自 UNESCO 的網站: <https://en.unesco.org/about-us/legal-affairs/convention-means-prohibiting-and-preventing-illicit-import-export-and>

的物品⁸⁰。本類所規範之文化資產主要為與自然科學相關之資源，而具有研究之價值。對於現存珍貴的動植物為避免其滅絕而減損生物之多樣性而納入保護，而對於礦物、解剖收藏、標本及具古生物學意義之物，因這類物品具有有限性而無法大量複製及製作，具備真跡的獨特性，因此對於本類物品的保存以及流通即有保護的需求。

第二類文化資產為與歷史有關之物，此處之歷史包含科學、技術、軍事以及社會史等，此外，與國家領導人、思想家、科學家和藝術家有關的資產以及與國家重要事件相關的資產亦屬之⁸¹。本類所包含之文化資產主要是基於文化資產所具備的歷史性而具有時間上的價值，同時對於國家及國民而言，國家領導人、思想家、科學家、藝術家和國家重要事件相關的資產，由於其屬於影響國家乃至於全人類的重要角色，所具備之象徵性價值亦屬於文化的價值而值得被保護。

第三類是考古發掘或是考古發現的物品，包含於公開情形及非公開情形所挖掘者⁸²。本類所包含的文化資產強調其係透過考古手段所得到之物品，具備的歷史性而有時間的價值。學術上考古學乃係研究過往人類活動的重要手段及學術方式，而有文化的價值。同時，本類文化資產強調不論其發掘的手段為何，縱使其發掘手段為非公開而為非法挖掘的考古物件，但因其仍具有歷史性以及不可再現性而具備文化的價值，而有本條約的適用，仍在文化資產保護的範圍之內。

第四類為藝術或是歷史的遺跡以及於考古遺址中被拆解的部分⁸³。本類所包含的文化資產係基於藝術品對應其創作者而言具有象徵性，而歷史遺跡及考古遺址對應其所代表時期的文化而言具有歷史價值，縱使該類文化資產因為各種因素而被拆分成數個部分，仍可從其被拆解的部分獲得該時期社會及文化發展上的情形，不因其被拆解而喪失其意義，故仍具有文化上的價值。

⁸⁰ Rare collections and specimens of fauna, flora, minerals and anatomy, and objects of palaeontological interest.

⁸¹ Property relating to history, including the history of science and technology and military and social history, to the life of national leaders, thinkers, scientists and artist and to events of national importance

⁸² Products of archaeological excavations (including regular and clandestine) or of archaeological discoveries

⁸³ Elements of artistic or historical monuments or archaeological sites which have been dismembered

第五類為超過百年以上的古文物，例如碑文、古幣以及刻印等⁸⁴。本類文化資產係基於該文物所具備的歷史性而具有時間的價值，同時自碑文、刻印乃至於古硬幣上的文字資料等，對於推斷古代人物、歷史事件甚或是天文曆法律令等資料均具有學術上的研究價值，故得被歸類於文化資產。

第六類為具民族學上意義的資產⁸⁵。本類所包含的文化資產係基於該與民族學相關的資產對於創造該物件的民族而言有可能為其文化的象徵，故具有象徵的意涵而具備象徵價值。且對於世界各國而言，保護不同民族所留下來的資產對於保障少數民族的文化不被主流文化同化，進而保持文化的多元性亦具有相當的實益，具備文化的多元性價值。同時對於研究者而言，民族學上的資產可以直接反映出該民族的文化表現態樣而具備研究的價值。故得被納入文化資產保護的範圍。

第七類為具有藝術價值之資產，例如：1.完全以手工方式於任何支撐物及材料上製作的圖片、繪畫和圖畫，但不包含工業設計或透過手工裝飾的人造物。2.以任何材料製作的雕像藝術及雕塑作品 3.原創版畫、印刷品和石版畫 4.以任何材料製作成的原創藝術組合及蒙太奇組合⁸⁶。本類文化資產於藝術上的價值，代表其創作者思想的展現而具備象徵的價值。保存各類藝術價值資產亦代表可以由此窺見不同時期的不同文化注重的部份以及反映其該創作者所處時期之文化而具備多元性的價值。同時本款排除透過工業大量生產製造的物件而反映該藝術品須具備真跡的價值。再者藝術價值的資產透過博物館或是展覽的展出、合法拍賣場的拍賣活動以及相關的周邊生產和帶動地區產業層面更能夠反映出藝術資產所具備的經濟及學術價值。部分國寶級的藝術品亦可能成為該國文化上的象徵，進

⁸⁴ Antiquities more than one hundred years old, such as inscriptions, coins and engraved seals

⁸⁵ Objects of ethnological interest

⁸⁶ Property of artistic interest, such as:

- i. pictures, paintings and drawings produced entirely by hand on any support and in any material (excluding industrial designs and manufactured articles decorated by hand);
- ii. original works of statuary art and sculpture in any material;
- iii. original engravings, prints and lithographs ;
- iv. original artistic assemblages and montages in any material;

而為政府宣傳的標的具備政治上的效用價值⁸⁷。因此值得受到保護。

第八類為單張或是收集全本的罕見手稿和小冊子、舊書、文件和具特殊意義的出版物，其種類包含歷史、藝術、科學、文學等⁸⁸。本類文化資產因為古時的文書資料，其實體物件代表當時的印刷、造紙、手抄等技術，加上文書之內容所反映出該時代相關聯的文化內容等，具備歷史性而有時間性的價值。且其為孤本或手稿及古書而無法於現代再現完全相同的物件，具備稀少性而有真跡的價值。文書的內容除了反映不同時期、不同種類的文化而具備多元性價值外，對研究者而言亦為研究的客體，具有研究上的意義而有學術上的價值。

第九類為單獨或成冊的郵票、印花稅票以及相類似的票券⁸⁹。本類文化資產主要涉及郵政史及當時政策面所需而發行的票券等，由於舊時的票券已經無法重現而具有不可再現性，具備歷史的價值以及真跡的價值。該類票券亦可以透過票券上所給予的資訊及用途反映出當時社會上的現況以及當時的政策等情形，對於研究者而言具備學術上的研究價值。

第十類為檔案，包含聲音、照片以及電影檔案⁹⁰。本類文化資產所涉及者主要係紀錄了各個時代所發生的事件以及人物等，保存了其最貼近真實的一面。由於從現代的角度觀察，舊時的生活已經成為歷史而無法完全重現，故透過留存下來的影像、聲音等資料，能夠幫助拼湊出當時社會上的情形而協助現代研究人建構以往的生活型態及模式而完善歷史的紀錄。故具備真跡的價值以及學術上的研究價值。

第十一類為超過百年歷史的舊家具以及舊樂器⁹¹。由於超過百年的骨董家具以及舊樂器其生產的年代主要係透過專業職人手工打造出該物，因此每一件資產

⁸⁷ 例如法國畫家 Eugène Delacroix 所繪製的《La Liberté guidant le peuple》，本化作不但為羅浮宮收藏的著名畫作之一，更是能夠代表法國大革命所宣揚的自由、平等、博愛精神而成為法國精神的重要象徵以及作為政府宣傳的標的。

⁸⁸ Rare manuscripts and incunabula, old books, documents and publications of special interest (historical, artistic, scientific, literary, etc.) singly or in collections

⁸⁹ Postage, revenue and similar stamps, singly or in collections

⁹⁰ Archives, including sound, photographic and cinematographic archives

⁹¹ Articles of furniture more than one hundred years old and old musical instruments.

都是獨一無二而無法再現而具備真跡的價值。透過各式舊家具以及舊樂器的風格亦可知悉該時期的社會流行的風格，並且透過該物的外觀以及其構成材質和工法亦能夠推斷出當時社會所具備的技術而具有時間性的價值。

綜上，透過文化的價值與該十一類文化資產種類的比較可以知悉前述 1970 年公約所規範的十一類文化資產均具備文化的價值，惟因 1970 年公約之目的為避免不法人士非法進出口文化資產以及轉讓其所有權，其規範的文化資產種類僅包含能夠被運送或是移動之資產，故本公約所規範的文化資產主要為有形的動產資產，因此就其餘無法移動的文化資產例如不動產類型、遺跡等以及無形文化資產的部分，因並未規範於其中，而仍需仰賴其他公約加以補足。

第二目世界遺產公約的文化資產類別

在世界遺產公約中，其透過「文化遺產」此一符號對於承載文化價值的資產進行歸納。而實際上世界遺產公約中的文化遺產概念與本文依據 1970 年公約所建構出的文化資產概念相同。因此，為了完善有形文化資產的概念，本文將把世界遺產公約中對於文化遺產的概念與 1970 年公約對於文化資產的概念進行整合後，而就有形文化資產的種類為何建構出較全面的架構⁹²。

第一種於世界遺產公約第一條第一項所規範的文化資產為文物，其係指自歷史、藝術或科學的角度觀察，為傑出而具普世價值的建築作品、具紀念性的雕塑以及繪畫作品、具考古性質之元素或遺構、碑銘、穴居地以及物件組合⁹³。本類所規範的文物，首先是於 1970 年公約內已經被劃入文化資產類別的 11 種有形文化資產動產類別，其第七類的雕像藝術與雕塑作品與本項之具紀念性之雕塑可以畫上等號。而第七類具藝術價值的繪畫作品及圖畫作品，亦與本項所稱之具紀念性之繪畫作品相符。本項之具考古性質之元素、碑銘及物件組合，與第二類與歷

⁹² 以下本文對於世界遺產公約之條文，均來源自 UNESCO 的網站：

<https://whc.unesco.org/en/conventiontext/>

⁹³ monuments: architectural works, works of monumental sculpture and painting, elements or structures of an archaeological nature, inscriptions, cave dwellings and combinations of features, which are of outstanding universal value from the point of view of history, art or science

史有關之物、第三類考古發掘或是考古發現之物品、第四類歷史的遺跡以及於考古遺址中被拆解的部分以及第五類超過百年古文物中之碑文等物件等四類文化資產所包含之物相同。

也就是說，從上述的歸納可以知悉，1970年公約所規範的有形文化資產的部分，因其多為可以移動之動產，因此在世界遺產公約中，會被歸納入文物的類型。但由於文化遺產公約的文物並不僅限於動產之部分，在排除前階段被討論過已經被1970年公約所劃定的有形文化資產的動產部分後，其他具普世價值的建築作品、具考古性質之遺構、穴居地等，則而可被歸類為有形文化資產之不動產的一部分。而就此部分，其所具備的文化價值為何，由於本類中之建築作品對於文化資產所在地的國家而言，具有傑出的普世價值而對於該國甚至是世界，具備特殊之意義而具象徵性而有象徵的價值。同時因其常為古代某一時期所造，而能夠代表當時之建築特色以及反映出當時的社會文化，故具備歷史性而有時間性的價值。又該建築作品只存在於該地而無法被複製或是在他地重現，因而具有真跡的價值。此外，因為建築作品對於國家、世界或是特定族群而言具有象徵的價值，換言之，其可以吸引相關人士前往參觀，有發展觀光的潛力而具備發展成觀光業的經濟價值。部分建築之象徵性得為政府宣傳的重要標的、凝聚國家向心力而具備政治上的效用。而不論是建築作品抑或是考古遺構及穴居地等，對於研究者而言，其之存在可以為學術建構該段歷史的脈絡及輪廓，並且透過這些文物能夠知悉過往族群的生活樣貌而具備研究之價值。因此，本類物品得被歸類為文化資產。

第二種被世界遺產公約規範的類型是建築群，其係指由於其建築之式樣、其之同質性或其與環境景觀的結合之方面，從歷史、藝術、科學的角度觀察具備傑出普世價值之獨立或相連的建築群⁹⁴。本類型的文化資產與前述文物之建築作品，雖均屬於建築類文化資產，但其區別在於建築群強調其與周遭的連動關係，

⁹⁴ groups of buildings: groups of separate or connected buildings which, because of their architecture, their homogeneity or their place in the landscape, are of outstanding universal value from the point of view of history, art or science

不論是透過相同類型之建築集合成的群落抑或是與環境相互呼應所形成之相關景觀，均強調出其與周遭所形塑出的完整圖像。也就是說，建築群的核心概念在於綜合環境觀察出的歷史、藝術、科學上的價值，而不僅就單獨的建築物去評斷。但相同的是，其之構成仍然係以建築作為本體，建築作品所具備的文化上價值，並不會因為其為建築群而消失，意即建築群亦兼具有象徵的價值、時間性的價值、真跡的價值、經濟的價值、政治的價值、研究的價值。甚至透過建築群所呈現出來不同族群的群落，亦可能能夠保存不同民族的文化特色，進而維持文化的多元性而具有多元性的價值。

第三種於世界遺產公約的規範類型為遺址，其係指從歷史學、美學、民族學或人類學的角度觀察，具有傑出普世價值的人造作品或兼具有自然與人造所形成的作品以及包含考古遺址的地區⁹⁵。本類文化資產強調的方面主要有二，首先世界遺產公約係從歷史學、美學、民族學或人類學的角度觀察，意即於世界遺產公約第一條中本類所稱之遺址，並非泛指一切自古時留存至今的人造作品、遺構，其前提要件必須考量其是否具備學術上的價值，倘若並不具備上述各學術之價值者，則會被排除在遺址之範圍外。第二其必須係由人造而成者，惟此處所稱之人造而成之作品，並不需要完全均由人工造成，若配合自然之環境而營造出之人造作品，雖有自然的成分，但因其仍透過非自然之人力才完成而仍屬之。因此，由上述兩點可以知悉，本項之遺址，必須經由非自然之人造力而完成之具學術價值的作品、遺構。故本項文化資產所具備之價值，除了因為其之歷史性所生之時間性價值、真跡價值外，亦在意該遺跡所生之學術上研究價值。

而從上述三類於世界遺產公約中所制定之文化資產類別觀察，可以發覺聯合國教科文組織在本公約中所欲規範的文化資產主要是強調其自學術研究的角度而言，具備對於人類社會及文明重要的普世價值。而就其類別，除卻可以被搬運、移動的文物以外，於規範上更著重於將 1970 年公約中未被規範到的有形不動產

⁹⁵ sites: works of man or the combined works of nature and man, and areas including archaeological sites which are of outstanding universal value from the historical, aesthetic, ethnological or anthropological point of view

部分納入國際法的保護規範，而透過本公約的規範將有形文化資產的類別完整的建構。

此外，世界遺產公約除卻就文化資產進行定性及分類外，亦針對自然構造、地質和自然地理結構、動植物棲地、自然場所及自然區域等自然場域，在以美學、科學及保育之角度觀察實具有價值者，劃定為自然遺產的範圍。而由公約內容可以知悉，對於自然遺產，亦並非任意自然景觀均可被納入其中，仍係要觀察其對於人類而言，是否具有教育及研究之價值方對於該自然景觀加以納入保護。換言之，自然遺產之範圍仍無法與人類文化之發展脫離，而仍係以對人類而言具有文化價值者作為規範之核心，併與敘明。

第三目無形文化遺產公約的文化資產類別

於 1970 年以及 1972 年聯合國教科文組織分別制定了 1970 年公約以及世界遺產公約後，對於有形的文化資產的類型已有相對完善的規範。然而就文化所呈現之形式而言，承載文化之媒介並不僅限於有形體的物件，而就技藝、民俗節慶、宗教祭儀等對於人類不同民族的發展有著重要象徵，其表現形式並沒有具體樣態之無形體的部分，則並未於前兩個公約中有所規範。同時，從具體實踐世界遺產公約所制訂之的世界遺產公約執行作業要點的歷次修訂中，於 1987 年將歷史城鎮和城鎮中心(Historic towns and town centers)、1992 年將文化景觀(Cultural landscapes)、1994 年將遺產運河(Heritage canals)以及遺產線路(Heritage routes)納入文化遺產之審查範圍，而擴張先前所制定規範之範圍。由逐次對於文化遺產範圍的擴張理由中可以知悉聯合國教科文組織對於文化資產的觀察，逐漸從傳統單純就有形物質層面的價值，開始對於建築之技術、整體觀察下的時間、空間、發展等多面向的動態交流等無形價值層面納入考量⁹⁶。又因無形文化資產常屬於文化多樣性之具體展現態樣，而對人類不同民族文化之發展為可延續的保證，同時

⁹⁶ 蔡明志，試論無形文化遺產概念下的「文化空間」，文資學報，13 期，頁 55，2020 年 12 月；UNESCO，實施《世界遺產公約》操作指南，頁 66-72，2019 年 7 月。

無形文化資產與有形文化資產及自然資產間亦常存有內在相互依存之關聯⁹⁷。因此，對於文化遺產的保護，不應當只侷限於有形的文化資產，更應即於無形文化資產，因此於 2003 年制定無形文化遺產公約而將無形文化遺產的類別作完整的涵蓋，健全文化資產的保護網。

而就無形文化遺產公約中無形資產之類別，首先於第二條中，即對無形文化資產先為定義，所謂無形文化資產，係指：「被各社區、群體，有時甚至是個人，視為其文化遺產組成部分的各種社會實踐、觀念表述、表現形式、知識、技能以及與之相關的工具、物品、工藝品和文化場所。這種代代相傳的無形文化遺產係由各社區和群體根據其所處之環境、與自然之間的互動以及和歷史的互動中，被不斷地進行再創造，並且為其提供認同感及持續感，從而促進對於文化多元性和人類創造力的尊重。於本公約中，只考慮符合現有的國際人權文件，以及和各群體、團體和個人之間相互尊重的需要和可持續發展的無形文化遺產⁹⁸。」從上述定義可以知悉對於無形文化資產，其核心意涵著重於文化實踐，強調相關者對於文化多元性及獨特文化場域(Culture Place) 之維繫，並且該文化遺產須具備歷時長久(long-lived)的性質而展現出獨特價值的文化表現，傳達不同民族所表現出自由與創造的才能⁹⁹。意即，對於無形之文化遺產並不限制必須為社會群體所流傳下來的部分，而更著重於該無形文化資產之存在對於文化多元性的維持以及人類社會文明創造的進步是否有所助益，縱使該無形文化資產係基於個人者亦無不

⁹⁷ UNESCO the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage
The declaration is available on UNESCO's website: <https://ich.unesco.org/en/convention> (2022.05.18 last visited)

⁹⁸ The “intangible cultural heritage” means the practices, representations, expressions, knowledge, skills – as well as the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith – that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage. This intangible cultural heritage, transmitted from generation to generation, is constantly recreated by communities and groups in response to their environment, their interaction with nature and their history, and provides them with a sense of identity and continuity, thus promoting respect for cultural diversity and human creativity. For the purposes of this Convention, consideration will be given solely to such intangible cultural heritage as is compatible with existing international human rights instruments, as well as with the requirements of mutual respect among communities, groups and individuals, and of sustainable development.

⁹⁹ 黃貞燕，無形文化遺產國際公約的成立與其護衛方法論，文化資產保存學刊，25 期，頁 19-21，2013 年 9 月。

可。

因此，對於釐清無形文化遺產的定性從而開展無形文化遺產的種類，依照無形文化遺產係由實體漸進到抽象的發展脈絡，可以從「文化空間(Culture space)」的角度進行思考，而由空間性、時間性、社群性與集聚性四個面向去建構無形文化遺產的核心內涵¹⁰⁰。本處的空間性並非僅限於實體存在的空間，而是以人類學的角度出發，將文化遺產存在狀態以人為本體去思考，不僅只是同一空間範圍內所具備的文化表現形式，更在於這些文化表現形式間的相互關聯性所張開的「空間」¹⁰¹。時間性則著重於兩點，一為無形文化遺產在被歷代所傳承的時間中的變動性、再創造力。第二則是其歷史的繼受和傳承，彰顯出其之時令性以及週期性，而能為反覆再現的特性，表現出無形文化遺產於時間軸上同具備流動時的動態狀態以及週期性實踐的不動狀態¹⁰²。社群性強調無形文化遺產於社群中的實踐性，而藉由社群創造的社會關係以及與周遭自然、人文環境的連動，形塑文化表現及認同，進而體現其文化價值¹⁰³。集聚性則強調無形文化遺產的保護因文化表現形式的多樣化且相互關聯，而難以個別描述或保護，而應自整體的角度去形塑無形文化遺產以達到保護其存續之效¹⁰⁴。

同時，依據第二條對於無形文化遺產之定義，本公約同時於第二條第二項中進一步對於認定之無形文化遺產分成五類。第一類為口頭傳統和表現方式，包括作為無形文化遺產媒介的語言；第二類為表演藝術；第三類為社會實踐、儀式、節慶活動；第四類為有關自然界和宇宙的知識和實踐；第五類為傳統手工藝。以下將針對這五類無形文化遺產進行介紹。

第一類口頭傳統和表現方式，所指涉者係指對於特定的文化傳承，並非經由

¹⁰⁰ 蔡明志，同註 96，頁 72。

¹⁰¹ 蔡明志，同註 96，頁 72-74；劉朝暉，村落社会与非物质文化遗产保护，文化艺术研究，第 2 卷 4 期，頁 31，2009 年 6 月。

¹⁰² 向云駒，論“文化空間”，中央民族大学学报(哲学社会科学版)，178 期，頁 81-85，2008 年 5 月。

¹⁰³ 劉朝暉，同註 101，頁 30。

¹⁰⁴ 蔡明志，同註 96，頁 76-77。；Bouchenaki，“The Interdependency of the Tangible and Intangible Cultural Heritage”，ICOMOS 14th General Assembly and Scientific Symposium

文字紀錄抑或是圖畫等以有形物件的方式傳承者，而係透過部落長者、耆老以口述、歌謠傳唱等方式，將該特殊之傳統文化延續¹⁰⁵。

第二類表演藝術則是指特定的族群或是宗教等群體，對於依據其之傳統文化所發展出透過肢體或是透過語言、歌曲、肢體三者結合而形成的舞蹈、戲劇等呈現方式所留存至今的活動。本類表演藝術所代表者，不單單僅是其所呈現的形式，更重要的是該表演藝術活動中所保留對於該特定群體特殊的意涵，而為該族群所代表的文化價值¹⁰⁶。

第三類社會實踐、儀式、節慶活動同樣是對於特定族群、團體等不同的群體，根據其傳統文化或是宗教需求等所發展出來的相關慶祝、紀念或是象徵性質的活動，反映出該群體對於生活上特定事物的看法。透過社會實踐、儀式及節慶活動，能夠影響群體內之人對於其文化、群體的認同感，具有象徵的價值。而對於群體外之人，也可以達到推廣、擴展其群體的效果，從而保障該文化的延續以及維持文化的多樣性¹⁰⁷。

第四類為有關自然界和宇宙的知識和實踐，係指對於少數民族或是族群，因為其所處環境的特殊性以及其生活型態等多方面的影響下，而發展出屬於自己對於自然、世界乃至於宇宙的觀點。同時，本類無形文化遺產亦包含根據其所在的環境而發展出來的醫學、藥學等基於自然而生之相關學問及知識¹⁰⁸。

¹⁰⁵ 舉例而言，於聯合國教科文組織非物質文化遺產名錄和優秀保護實踐名冊中，於中美洲的garifuna族，該族作為中美洲加勒比原住民以及非洲文化之融合族群，透過舞蹈、歌曲及音樂將該族的歷史及對於生活的傳統知識等加以傳承。詳參見 UNESCO 網站：<https://web.archive.org/web/20191121065720/https://ich.unesco.org/en/RL/language-dance-and-music-of-the-garifuna-00001> (最後瀏覽日:2022.5.21)

¹⁰⁶ 例如，起源江戶時代歌舞伎，作為日本民族重要的象徵之一，其將日本的歷史及傳說建構出不同的「世界」，並且，歌舞伎強調役者「一声、二顔、三姿」藉由演員的肢體動作及七五調的劇本台詞詮釋角色的心境或是其於道德上衝突而生的困境。而透過表演，展現出日本人的民族性格及文化形塑出代表日本文化的獨特性。詳參見 UNESCO 網站：<https://ich.unesco.org/en/RL/kabuki-theatre-00163> (最後瀏覽日:2022.5.21)

¹⁰⁷ 舉例而言，日本奧能登のあえのこと，為日本農民祭祀稻田之神(田の神)的儀式，於十二月收穫之後將神明迎至家中感謝其賜予豐收，並於次年二月耕作前將神請回田中請求來年的豐收。本儀式作為傳統日本農耕祭儀的代表之一，為日本自古為農耕社會的生活展現，並反映出日本人敬天地萬物的信仰。詳參見 UNESCO 網站：<https://ich.unesco.org/en/RL/oku-noto-no-aenokoto-00271> (最後瀏覽日:2022.5.21)；日本文化庁，文化遺產オンライン：<https://bunka.nii.ac.jp/heritages/detail/199492> (最後瀏覽日:2022.5.21)

¹⁰⁸ 例如中國從以往流傳至今的中醫針灸以及二十四節氣，中醫針灸是在中國從古代留存至今而

第五類為傳統手工藝，則是指特定的民族或是群體的文化中，所發展出具有獨特性的技術及工藝手段。傳統手工藝之成形與現代工業技術不同，往往是因應該族群所處之環境的特殊性以及生活模式上的需求，針對其文化所需要而發展出的相關技術，換言之，此類手工藝具有反映該族群生活特色之功能¹⁰⁹。

因此，對於文化資產的認識，在將文化空間的概念引入後，進一步形塑出的無形文化遺產，其從人類學的角度觀察，將承載文化的媒介從有形的物質延伸至無形的表現方式之上，而拼上最後一塊文化資產的拼圖，而將文化資產的類別，完整的建構出一個周延的保護範圍，而更能妥善的保護文化的價值。

第二項 文化資產的保護必要

於本節第一項對於有形文化資產以及無形文化資產的概念進行定性及其之類別進行整理，再來就是針對文化資產的保護實益進行探討。對於文化資產保護的定義，包含文化資產的維護、保護、修復以及重建，意即除卻消極的維護文化資產的現存狀態外，以積極手段保護文化資產使其延遲毀壞、消逝的速度甚至是利用原本資產的組成部分修復其原先狀態以及運用相同工法、資料還原其早先之狀態，均屬於保護的範圍中¹¹⁰。由此可知，對於文化資產的保護，強調對於文化資產原先樣態之維持。因此，為何文化資產需要盡力維持在現存的狀態，不讓其隨時間自然流逝而以人為介入，即是在判斷為何文化資產具備保護實益的思考核

仍廣泛使用的傳統中醫形式。針灸學說認為，人體是由經脈和穴道相互串連而形成內在的小宇宙，並且於經脈和穴道中有「氣」，透過針及燃燒艾草將氣導入穴道中可以刺激經脈，促進人體的自我調節功能，為患者帶來健康。二十四節氣是透過對於中原地區季節變化、天文等自然現象的觀察製定而成，傳統上往往作為農業生產依據以及日常工作的時間框架。詳參見 UNESCO 網站：<https://ich.unesco.org/en/RL/the-twenty-four-solar-terms-knowledge-in-china-of-time-and-practices-developed-through-observation-of-the-suns-annual-motion-00647>；<https://ich.unesco.org/en/RL/acupuncture-and-moxibustion-of-traditional-chinese-medicine-00425> (最後瀏覽日:2022.5.21)

¹⁰⁹ 例如烏干達傳統的樹皮衣(Barkcloth)，為因應早期在沒引進相關紡織技術的非洲，因其環境不適合發展棉業或蠶業，而自環境取材所發展出之工藝技術，其於雨季將較軟的內層樹皮收穫後，再以不同的木槌敲打，使其柔軟細膩，並以不同染色、花紋的風格穿著以強調不同地位者之形象，反映出早期烏干達人的生活。詳參見 UNESCO 網站：<https://ich.unesco.org/en/RL/barkcloth-making-in-uganda-00139> (最後瀏覽日:2022.5.21)

¹¹⁰ Graeme Aplin 著，劉藍玉譯，同註 76，頁 142-146。

心。就此，本文自兩個層次觀察之，第一為該物件是否為保護的客體且具備維持現狀的保護價值，其次再判斷是否具備維持現狀的保護必要性，在通過這兩個層次的檢驗後，即可得出文化資產具備保護實益而有保護必要。

第一款 文化資產的保護價值

就文化資產是否為保護的客體，由於文化係屬於抽象之概念，但保護的手段多作用於實際存在的物件上，因此若欲保護文化，則必須以承載文化之媒介作為保護的客體。文化資產不論是有形抑或是無形，均是作為文化的媒介而承載並反映抽象的文化概念，而將保護手段實施於文化資產上能夠藉此將其所蘊含的文化概念加以保護，故文化資產即為保護文化之行為客體。

在確認文化資產為保護文化的行為客體後，其次便是就文化資產所反映的文化價值為何而具備維持其現狀之保護價值。前述就文化的直接價值可以區分為多元性的價值、時間的價值、象徵的價值以及真跡的價值。多元性的價值於外所呈現出來的型態必須盡可能地將不同的文化保留並且使之能夠正常的延續發展，從而透過不同的文化健全人的心智養成以達到文化多元性之效果¹¹¹。故針對文化的媒介，保留越多則越能夠維護文化的多元性。象徵的價值強調媒介所蘊含之文化內涵對於個人、群體乃至於社會的象徵意義，象徵性往往是透過時間的積累而逐漸對特定族群、民族產生影響。故若放任具象徵性文化媒介任意改變而不加以保護，則會對其之象徵性產生動搖甚而喪失其所具備的象徵意義。時間的價值針對文化媒介的存續，倘能維持以往存續至今的風貌，而代表能夠將其所代表之文化的時間軸推得越前面而能以不同時代的視角觀察之，而能完整呈現其時間的價值。自真跡的價值觀察，由於真跡的價值所在即在於該資產係屬於獨一無二而難以被其他事物取代，故欲最大化文化資產的價值，則必須將其盡量維持在與當初相同之狀態¹¹²。綜上所述，為了保護文化的價值並使之得以實踐，即代表文化的

¹¹¹ 許育典，同註 41，頁 218-219。

¹¹² Graeme Aplin 著，劉藍玉譯，同註 76，頁 142-146。

媒介需要被保護，故文化資產所具備文化的價值，即為文化資產保護價值存在與否的判斷依據。

依此，就有形文化資產動產的保護價值，呈現在前項第二款第一目關於 1970 年公約的文化資產類別就有形文化資產的動產中。從第一類標本具備的真跡價值、第二類社會財產具備的時間價值及象徵價值、第三類到第五類歷史、考古物件具備的時間價值、第六類人類學價值之物具備的多元性價值和象徵價值、第七類藝術品具備的多元性價值、象徵價值及真跡價值、第八類文稿具備的多元性價值、時間價值和真跡價值、第九類的票券所具備的時間價值和真跡價值、第十類的影音檔案的時間價值和真跡價值以及第十一類的古家具、樂器所具備的時間價值和真跡價值，均具備了某一類的文化的直接價值。同時，上述十一類文化資產，通常都具備學術上研究之價值，部分文化資產亦有經濟上及政治上的效用而自間接角度觀察同時具備文化的價值。換言之，不論其是哪一類的文化資產動產，都具備文化的價值而具有保護價值。

其次，就世界遺產公約所規範的三類的文化資產，同樣從文化的價值對照觀察，第一類文物所包含的範圍廣泛，而涵蓋前述之文化資產動產以及具普世價值的建築作品、具考古性質之遺構、穴居地等無法移動之資產，本類資產具備文化的時間價值、象徵價值、真跡價值，第二類建築群與建築相同亦具備多元性價值、時間價值、象徵價值、真跡價值，第三類遺址具備了時間價值以及真跡價值。而從世界遺產中心認定文化遺產之標準亦可發現，本公約對於文化遺產的認定，係對於人類價值之維護及促進具備實益或是表彰不同人類價值之遺產，就人類價值的判斷，其所觀察的角度係自歷史、科學、藝術或人類學的角度進行判斷，而從學術視角進行觀察是否具備人類價值，易言之，屬本類文化資產者，即具備學術上文化的研究價值¹¹³。同時，文化資產於應用上亦具備帶動周邊及相關產業的發展以及促進國民文化素養和凝聚住民情感之功能，而具備文化經濟上之價值以及

¹¹³ 李汾陽，同註 58，頁 20-22。

政治上的效用¹¹⁴。因此，於世界遺產公約所規範補充 1970 年公約的文化資產者，亦有文化的價值而具備文化資產的保護價值。

再就無形文化遺產公約所規範的無形文化遺產態樣，對於無形文化遺產的定性和於無形文化遺產公約中所規範的五類無形文化遺產，可以發覺對於無形文化遺產的分類，係基於文化空間的四個特性開展，而以人為核心作為思考是否為無形文化遺產的基準，並不完全拘泥於固定的場域。並且其均具備有時間性的動態的價值，維繫至今並且仍保存著過往該群體所欲展現的意涵，而未被其他強勢文化同化而消逝。同時無形文化遺產亦強調能夠與其他群體產生互動而具有實踐性，並且都是自整體的角度去將無形文化遺產進行規範而非針對單獨的個體。換言之，自前述對於無形文化遺產的定性中，其以人為本而所欲維持文化空間的多元性代表無形資產所保障之文化的多元性價值；強調文化時間性的動態價值彰顯出具備文化的時間價值；從人的角度思考該文化遺產所含之意義、其實踐對該群體所帶來的價值以及透過無形文化資產與其他群體互動，因而產生連結而將該群體之象徵意涵擴散於外，此部分與文化的象徵價值亦相互對應而具備直接的文化價值。同時，從間接角度就無形文化遺產的維護所帶來之學術上研究價值、象徵價值作用於該國國民上所具備政治的效用以及無形文化遺產為核心所進行的各式商業經濟活動，亦具備間接的文化價值。因此，無形文化遺產亦具有文化的價值而具備保護價值。

綜上所述，透過上述三個公約中所制定之文化資產的類別與文化價值的關係可以了解，文化資產之所以為文化資產，其核心即在於具備了文化的價值，所規範的文化資產類型，從直接角度及間接角度觀察，因具有文化的價值，而具備保護的價值。

¹¹⁴ 李汾陽，同註 58，頁 140-145。

第二款 文化資產的保護必要性

於前述三個公約中所規範的文化資產，先判斷其具備文化上的價值而具有保護價值後，再來就是判斷為何文化資產具備保護之必要性而具有保護實益。

於前所述，文化為抽象的概念而會透過其承載之媒介將其所欲彰顯之價值實際呈現。又文化的種類豐富而多元，同時因工業發展而使不同種類的文化媒介得以無限的再製，並透過大眾媒體大量推廣給不同的族群，進而產生商業化而形成一個個代表不同族群的大眾文化、通俗文化或是次文化。而從這觀點觀察，量產的文化產品於形式上的呈現即是透過生產線以標準化、公式化及重複化的方式被製造出來而與物質產品並無本質上的差異¹¹⁵。但無可否認的，於後現代主義的社會中，大眾文化和通俗文化作為形塑社會的重要機制，不僅反映當今社會的現實層面，亦成為群眾消費的決定性因素¹¹⁶，作為承載大眾文化、通俗文化之文化價值的文化產品，如消費產品、流行音樂、電影、建築等，自然也包含了各種大眾文化和通俗文化的意涵於其中。並且在促進文化多元性的情況下，這類文化產品亦具備了文化的多元性價值。此時，便要去思考前述公約中所定義的文化資產與這些量產的文化產品有何差異而具備保護之必要性。

相較於其他一般群眾持有的文化產品，文化資產係基於特殊的時空環境脈絡下所形成之產物，此脈絡通常反映出前述的文化價值，因而具備重要性而與文化產品等普通資產不同¹¹⁷。因此，此處所稱之重要性即是文化資產保護必要性的核心。而該重要性，由於大眾文化和通俗文化亦是代表社會上的某一特定價值觀，故其為文化多元性所包容而亦能反映文化的多元價值，故就重要性之思考，可從文化的真跡價值、文化的時間價值以及文化的象徵價值等其餘三類文化的價值去觀察。

¹¹⁵ Dominic Strinati 著，袁千雯、張茵惠、林育如、陳宗盈譯，同註 54，頁 9、15-17。

¹¹⁶ Dominic Strinati 著，袁千雯、張茵惠、林育如、陳宗盈譯，同註 54，頁 217-220。

¹¹⁷ Graeme Aplin 著，劉藍玉譯，同註 76，頁 141。

第一目文化真跡價值中的獨特性、稀少性和真實性

首先對於重要性可以從世界遺產中心對於文化遺產的認定標準所稱之傑出普世價值去思考，其從六個角度去認定，第一是該文化遺產必須是作為人類天才的創造力的傑作；第二個標準是文化遺產對於某一時期內或某一文化區域內的人類價值觀的重要交流，該人類價值觀包含對於建築、技術、古蹟藝術、城鎮規劃或景觀設計的發展產生重大影響；第三個標準是文化遺產能作為延續至今或業已消逝的文明或文化傳統提供獨特或稀有少見的證據；第四個標準是文化遺產對於人類歷史上的重要階段，提供建築類型、建築或技術整體、或景觀的傑出典範；第五個標準是文化遺產作為傳統人類聚落、土地使用或海洋開發的傑出典範，其表彰傳統人類的文化或人類與環境的相互作用，特別是當該文化遺產面臨不可逆變化的影響而變得脆弱而處於消滅危機的情形；第六個標準是文化遺產與具有傑出普遍意義的事件、活的傳統、觀點理念、信仰、藝術或是文學作品產生直接或實質的聯結¹¹⁸。

並且世界遺產中心於判斷文化遺產同時亦將真實性與完整性納入考量，所謂真實性，係指在判斷是否為具備文化價值的文化遺產時，必須取決於其價值為真實而非透過想像變造而成，而該真實則建立在其所在之文化背景下對於歷史上各時期所積累而涉及文化遺產原始及發展變化的各項表現特徵之上。至於完整性，則是強調文化遺產表現上的整體性以及無缺憾性，包含所有表彰其傑出普世價值的必要因素不能有所減失，同時該文化遺產所保存之部分必須大到能夠確保完整的文化遺產價值的特色以及其過程足以被呈現。並且該文化遺產所受到的侵蝕、減失等負面發展因素的影響是能夠被控制而被有效維護的文化遺產¹¹⁹。

承前所述，將文化遺產中心對於文化遺產審查的這六個標準以及對於文化遺產真實性的要求與文化的真跡價值對照後可以得出，文化遺產在認定上，不論是

¹¹⁸ UNESCO，實施《世界遺產公約》操作指南，頁 16-17，2019 年 7 月。

¹¹⁹ UNESCO，實施《世界遺產公約》操作指南，頁 17-19，2019 年 7 月。

哪一個標準，均注重其對於人類而言，是否具有重大影響、或是其對人類乃至於世界而言為重要的典範以及其為獨特或是少見的證據而可為特定時期之見證。意即對於人類社會及世界而言，這類文化遺產具備少見或獨特的特性。同時就文化遺產的真實性之審查，其亦要求文化遺產的存在必須為真實而非透過想像變造者。因此，依據這些審查標準，受到保護的文化資產必須具備獨特性或是稀少性，而且必須為從創造發展以來留存至今的真跡而非後人加以偽造、變造而成，而這些標準所對應的文化價值為文化的真跡價值。換言之，由於一般具有文化價值的文化產品在現代社會中可以透過工業手段進行大量生產、甚至是可商業化而得為大量傳播，因而具標準化、公式化的特性而不具備獨特性、稀少性，因此並不具保護必要性而不能被認定為文化遺產。相較於此，被認定為文化遺產者則因具獨特性、稀少性，倘若這些文化資產因為任何緣故而滅失，其就永遠的從地球上消失，而無法再彰顯出任何價值，故具有保護之必要性。因此，從審查標準中，反映出的第一個文化資產保護必要性指標即為文化真跡價值中的獨特性、稀少性和真實性。

第二目文化時間價值中的不可逆性

再者，將上述第二到第五個標準以及文化遺產中心對於文化資產具備真實性和完整性的要求與文化的時間價值去對照，可以知悉文化資產另一個認定的重點在於其所具備之歷史價值。除了針對過往歷史中特定時期具備代表性或是做為典範的文化資產，認為必須考量此一要件外，特別是從第三個標準及第五個標準觀察，第三個標準考量者為是否為獨特或稀有的文化資產，而提供了從古代延續至今或業已消逝的文明或文化的價值者，本標準代表對於人類以及整體社會而言，因為時間無法回到過去，已經消逝的文明是沒有辦法重回到創造的時候，而只能透過留存至今的文化資產所呈現的片段去窺見過往的情形¹²⁰。因此對於這些文化

¹²⁰ 葛劍雄、周筱贇，歷史學是甚麼，天地圖書出版，頁 225，2003 年；Baldwin, Longhurst, McCracken, Ogborn, Smith 著，陶東風等譯，文化研究導論(修訂版)，高等教育出版社，頁

資產，只要消逝了就等同少一個可供呈現價值的媒介，而為永久性的損失，具備不可逆的特性。同樣的，第五個標準則是考量是否為正面臨不可逆變化的影響而變得脆弱而處於消滅危機情形的文化資產，其之判斷標準亦是對於該文化資產因面臨消滅的危機而受到了不可逆變化的負面影響，倘真的因此而消滅，同樣的將使該文化資產所呈現的文化價值受到減損甚至滅失，亦具有不可逆的特性。並且從文化資產的真實性及完整性延伸，亦同樣可以推導出對於文化資產而言，真實性及完整性的減損因為文化資產真跡價值的獨特性，倘受到永久的破壞，縱使用現代手段予以修復，對於從古留存至今文化資產的每一個組成而言，其消失即是永遠的消失，進而最原初文化資產的完整性及真實性也因此而受到減損。相反的，對於一般具備文化價值的文化產品，由於其具有標準化、公式化以及重複化的特性而能夠通過工業手段去大量複製完全同的產品，因此縱然有少數文化產品被破壞而消失，其仍可再行生產而對於世界而言不具備不可逆性，故不具備保護必要性。因此，審查標準反映出的第二個文化資產保護必要性指標即為文化時間價值中的不可逆性。

第三目文化象徵價值中的典範性

第三，從上述的六個審查標準以及文化遺產中心對於文化資產具備真實性和完整性的要求，與文化的象徵價值去對照，可以知悉對於文化遺產中心在審查文化遺產是否需被列入保存清單而被認為是世界文化遺產時，該文化遺產是否具備對於人類而言重要的典範性是重要的考量基準。所謂典範，係指於特定時期能夠代表某一群體的信仰、價值、技術等之共識觀點，或者是代表該群體於特定時期內成就的集合，該共識觀點或是集合能夠作為該群體之象徵基礎¹²¹。而於前述的六個判斷標準中，對於文化遺產是否具備典範性，從第一個標準看的是其是否為

200，2004年7月。

¹²¹ 孔恩，科學革命的結構，遠流出版，頁102，2021年2月；李聖傑，「家族相似性」探尋刑法典範之應用——以法益為核心，刑事法學的新視野，頁142，2011年5月。

彰顯人類創造力的作品；第二個標準是其是否對於人類價值觀具有重大影響之文化資產；第三個標準是其是否作為表現過往歷史獨特或稀有價值的文化資產；第四個標準看其是否為人類歷史重要階段的傑出典範；第五個標準看其是否為人類文明社會發展的傑出典範；第六個標準則是看其是否具備人類普遍意義的典範。因此，在上述六個標準可以看到在文化遺產的審查中，審查標的對於人類社會文明的影響，不論是從科學、歷史、美學、人類學等視角去觀察，均必須去考量其是否具有傑出之價值而對於人類群體乃至於世界具有作為象徵意義的表現形式，亦即是否具備典範性的要件對於文化遺產的審查而言，為判斷是否具備文化保護必要性的重點之一¹²²。易言之，由於一般具備文化價值的可大量複製流傳的文化產品，其因為得透過工業手段大量複製，使得這類的文化產品所具備的文化價值並不會單單只存在於單一的媒介上而不具備稀少性以及具備可替代性，因而不具有特別的象徵價值而不具典範意義。而相較於此，這些被認定為文化遺產的文化資產，因為對於人類群體乃至於世界而言，這些文化資產具有重要的象徵意義，同時因為其係獨特或是稀有的存在，於特定層面上因難以或不可取代而具備典範性，若不加以保護而放任其凋零，則將會對該文化遺產所生之象徵的典範性產生減損甚而喪失，進而使的該群體的文化因喪失其之典範而衰退、消失。因此，對於被審查文化遺產是否具備典範的價值，為其審查的重要標準之一。

綜上所述，在確認審查標的具備文化價值而具有保護價值之後，並非所有具文化價值的文化媒介均有保護的必要。此時對於文化資產的保護必要性，可從真跡價值所反映的獨特性及稀少性、時間價值反映出的不可逆性以及象徵價值所反映的典範性這三個指標，去呈現出對於人類社會而言，那些文化媒介是足堪被認定為文化資產者。而將前述對於具備文化價值的文化媒介進一步的去釐清並劃定

¹²² 實際運用上的見解，從世界各國對於文化遺產的認定標準亦可看出。舉例而言，澳洲新南威爾斯遺產辦事處對於文化遺產的定義為包含風景、建物、結構、廢墟、遺址和其他的勞動產物，無法被更新取代、日漸稀有、價值不斐的文化資源，其中又就評估價值不斐，其係透過判斷該文化遺產對於州郡至國家(聯邦)所呈現的重要程度去評估是否被納入文化遺產保護的範疇。詳參見 Graeme Aplin 著，劉藍玉譯，同註 76，頁 72、318-322。

文化資產所具備之文化保護必要性，進而確證文化資產為法律所保護之範圍。

第四節 法律轉置下的文化權

於前所述，在對於文化的概念進行釐清後，透過確證文化的價值並且藉由文化的價值去定義出文化資產的範圍以及對於文化資產保護必要後。可以知悉對於文化以及文化資產的保護，其核心的思考仍是圍繞著文化的價值去證立。又文化價值作為中軸線的價值為維持文化的多元性價值，而文化的多元性價值的核心的為人類自主的人格養成而為人性尊嚴的重要部分。換言之，接續前文一步步地推衍，由於價值並不當然能夠直接與權利畫上等號，要將文化權轉置為法律的前提，必須先將文化價值轉置為文化權後，並確認文化權作為未列舉之基本權之一後，方有將文化保護作為法律上權利的憲法上依據。

第一項 文化權的內涵

文化權的內涵為何，以及文化權在憲法上的依據為何，此攸關對於文化的文化能否轉置為法律進而能否以刑法去做為規制手段的前提。在討論文化權是否作為基本權之前，必須先將文化的保護價值轉換為權利，而承認文化權的存在後，方有進一步認定為基本權之可能性。又於討論文化權的成立及其內涵時，除了確認文化權的核心及其內涵為何之外，亦必須對於如何將前述確立之文化價值轉置到權利的論證方法有所闡釋，以作為文化權的證立基礎。進而在文化權證立的基礎上，確立文化權為憲法對於文化保障的基本權之一。因此下文將先討論如何將文化價值轉換為文化權，再進一步尋找文化權於憲法中具體的保障脈絡，對文化基本權做出定位以及其內涵，以作為後文文化法益的基礎。

第一款 從價值到權利的思考路徑

在談論如何將文化保護價值轉換為文化權之前，必須先釐清價值與權利間之關聯性，從而將價值的概念與權利的概念進行橋接。對於價值之概念，所謂價值，

係指評價之客體對於為評價之主體而言所呈現之正向意義及有用性，於文義的使用上，通常是在闡述某一特定之物具有價值或是特定物是作為承載價值之媒介者，其係基於評價者對於該物的主觀意識而為之，具有主觀以及相對的評價概念。縱使是所謂內在價值之概念，其所指涉者為特定物所具備的客觀價值，而此時所稱之「客觀」，係通過多數人之主觀意見之共識而形成者，亦即為社會群體所普遍認同的價值，仍必須通過評價主體即人之判斷而成。換言之，價值的概念，並不獨立於評價者，而不否認價值的人類相關性¹²³。

相對而言，就權利之概念，從行為的實質規範內容觀察，對於權利擁有者而言，權利之存在係保障或允許擁有權利者得為某些事情或是因權利而能享有某些事態，具備規範之特性。而因為權利具有規範意義，擁有權利者，其即得享受特定利益於法律上之作用，亦即法律於一定要件之下，賦予具有權利者力量，使之享受特定利益，並加以保護。進一步言之，基於該權利，權利擁有者得請求特定人或是國家為一定之作為、不作為，或容忍權利擁有者為一定之作為¹²⁴。換言之，一個人針對某一事態擁有權利時，對於任何其他人的作為而言，倘其他人之作為對於該事態的維持有所影響時，基於該權利即可得出其他人的作為是被允許或是其他人不被允許為該行為之判斷¹²⁵。

而就前述所稱權利所具備之規範性，係指能對當事人抑或是其他的相關人形成指導或是限制其行為之認定、性質或是事實。權利規範性之根源，則源自於特定的價值或是對於特定事物的義務。因此，就權利的規範性與價值間之關係，代表權利規範性的內涵可能涉及到某一特定之價值，特定人對於特定事物有權利時即代表對於特定人而言，追求特定事物是具有價值而應該去實踐的¹²⁶。換言之，若某一特定事態為具有價值者，其即有成為權利規範性基礎的可能性而能作為證

¹²³ 羅亞玲，從價值到規範——論非人類中心主義環境倫理學的一個論證問題，應用倫理評論，第46期，頁54-55，2009年4月。

¹²⁴ 李建良，行政法：第十二講 公法上權利的概念、理論與運用，月旦法學教室，頁20，2011年1月。

¹²⁵ 許漢，論權利的概念，政治與社會哲學評論，第3期，頁183，2002年12月。

¹²⁶ 許漢，同註125，頁188-190。

立權利之論述方式。

從另一個哲學的視角觀察，權利存在的前提必須是具有道德地位之事物因為特定的原則而能對其他人或事物行使者，亦即作為權利擁有者的前提在於該事物必須具備道德地位¹²⁷，權利則是道德地位者所具有而可以做的道德考量上正確之事物，對於社會而言，權利即為擁有道德上須被考量的部分之一¹²⁸。又事物的道德地位雖然是透過賦予而得而並非屬於自然性質，但由於其之依據是透過科學方式去認定該事物所具有的一般性質，而非依據個別案例的個別性質去判斷，故其賦予具有客觀之基礎，仍必須具有自然性質上的依據，而與自然性質有密切之關係，且因為道德地位與自然性質之關聯性，使得道德地位之賦予與自然性質一樣具有類似於先驗之關係，係透過概念式的給予而非經由經驗而得之¹²⁹。並且就特定事物是否為道德考量的標準，是以具道德地位者即人類為對象進行，並透過普遍性原則(universalizability)、人為目的自身原則(humans as ends in themselves)以及自律原則(autonomy)這三個方法去進行判斷。簡單來說，可普遍性原則是指道德上正確的行為必須為普遍的適用於所有具理性道德之人；人為目的自身原則是不將人作為工具去考量，而是將其作為目的本身來看待；自律原則則是行為人是依據自身所訂之行為法則為依據來行事¹³⁰。

也就是說，由於權利必須是歸屬於具道德地位者，且權利的確立必須符合道德上之原則，因此在判斷一個事物是否為權利時，仍必須從人的視角去思考，同時可以透過上述標準加以判斷之。亦即，在判斷特定事物是否為權利時，必須去思考該事物對於人而言是否具備可普遍性，同時該事物並不會產生將人視為工具的結果，並且該事物之證立是基於人之自律原則所形塑而成者。而將上述概念與

¹²⁷ 所謂道德地位的概念，例如「T佔有道德地位」，是指T具有某種自然性質，而且因為某道德觀點，T能夠被納入決定道德對錯的道德考量中。換言之，T因為具有道德地位，在適當情形下，T的存在、利益或福祉是道德上相關的，會在我們對待T或是T在決定自身行為時造成規範性差別，詳參見許漢，同註125，頁206。

¹²⁸ 許漢，同註125，頁198-199。

¹²⁹ 許漢，同註125，頁199-200。

¹³⁰ 許漢，同註125，頁202-203。

前述對於權利的規範性論述相結合則可以得出，由於價值是建構權利規範性的其中一種基礎，故若特定事物具備價值時，只要該事物符合道德上之原則而符合前述標準時，則可以認為該事物屬於道德上正確之部分而可將此事物從單純對於價值的論述轉置為具有權利的性質。

第二款 從文化價值到文化權

基於上述論點套用至文化價值轉置到文化權的路徑，對於所要證立之文化權為何，由於最廣義文化權的概念，泛指所有與文化相關的權利或是主張，而不以法律上及具有基本權功能之權利為限，縱為非法律的政治學或政治哲學上對於文化的相關主張，亦能用文化權說明之¹³¹。而本文所稱之文化權，係指法律意義上之文化權，則必須透過前述之路徑，先證明其具備權利之規範性，再去針對其是否為道德上具道德地位之主體所得為道德上正確之事去加以判斷。

第一目 文化價值作為文化權的規範性基礎

故假定文化能夠作為法律上需要被保護的權利，本文所預設的文化權之概念，是否具備前述之要件，首先，依據聯合國經濟社會文化權利國際公約第 15 章之規定以及 1992 年重新修正該公約第 15 章之內容¹³²，其對於文化權內涵之定義為：「尊重每個人的文化、真誠與本質；平等的近用權與尊重非歧視原則；參與主流文化與少數文化的創造與享受的機會；不可缺少的創造活動的自由，如表達自由權、智慧財產權；保障與發展可參與的文化，包括有關於主流或是少數文化

¹³¹ 許育典、李佳育，公民文化權的憲法保障——以國藝會文化補助為例，國立中正大學法學集刊，第 51 期，頁 76-77，2016 年 4 月。

¹³² 經濟社會文化權利國際公約第 15 章之規定為：「本公約締約國確認人人有權：
一、(一) 參加文化生活；(二) 享受科學進步及其應用之惠；(三) 對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。

二、本公約締約國為求充分實現此種權利而採取之步驟，應包括保存、發揚及傳播科學與文化所必要之辦法。

三、本公約締約國承允尊重科學研究及創作活動所不可缺少之自由。

四、本公約締約國確認鼓勵及發展科學文化方面國際接觸與合作之利。

方面的國家與國際的文化交流¹³³。」透過上述條文以及定義可以知悉對於文化權之內涵，可以區分為尊重不同文化並且對於社會上少數而較為弱勢的文化之保存而從消極的保障文化之存續的文化防禦面相，以及使人民具有積極地請求給予接觸不同文化的文化交流面向¹³⁴。意即，若欲證明前述假設之文化權具備正當性，即可以從前述之消極面向以及積極面向加以思考，倘能夠從前述所建構之文化價值中得出文化權積極面向的規範性以及消極面相的規範性，則可以得出法律上文化權證立之前提基礎。

對於文化消極的防禦面向，按聯合國經濟社會文化權利國際公約第 15 章之意旨，其所保障的價值在於對於不同的文化尤其是其中較為弱勢的文化，應提供一個場域以及制訂完善的制度使這些相對弱勢的文化能夠維持其文化之內涵不致消失。此外，對於存在於社會上而承載著藝術、人類學、歷史、科學等各式不同價值的文化資產而言，亦應有完整的制度以及相對應的手段使其不致於減損、滅失，從而透過承載媒介的維護使得罕見、稀少的文化價值得以存續。亦即文化消極的防禦面向，其核心在於對於文化的保護，除了知悉文化所蘊含的價值以外，更必須要著重判斷對於整體社會來說，文化保護必要的價值究竟為何，而使得政府有相對應之責任對於文化的存續提供不同的方式，使得弱勢以及具備稀少性的文化和其載體不會因為其他強勢文化的影響併吞抑或是放任其毀敗不作為而導致文化的消失。

因此，前述對於文化消極面向之防禦價值，由於不論是主流或是少數文化都不應該放任其消失而應予以保護，故其所具備規範性之根源即係透過文化的保護必要性價值所形成之相對應規範。而於本章第三節第二項已經證明文化資產之保

¹³³ 劉宜君、王俐容，台灣文化權落實之研究：以文化參與實證調查為例，國家與社會，12 期頁 50，2012 年 6 月。

¹³⁴ 此處所稱之積極面向以及消極面向，係針對權利之行使而言，為人民較主動積極的向他造或是國家請求為特定之作為，抑或是國家較為消極地維持多元文化之存續。因為文化權之實踐與傳統之權利不同，其同時具有要求國家維持少數、稀有文化之存續之義務以及民眾對於共享多元文化之文化近用權，而與政治學上所談之消極權利以及積極權利以及人權發展上的第一代人權之消極人權及第二代人權之積極人權的概念並不相同。

護必要性，透過文化的直接與間接價值推導出對於文化資產的保護價值，並進一步透過文化資產所具備的獨特性、不可逆性以及典範性而形成之保護必要性，進而形成文化資產的保護必要之價值所在。又因為文化的保護必要性的媒介即為文化資產，故文化資產的保護必要性與文化保護必要性二者實質上並無法切割而可從文化資產的保護必要性得出文化之保護必要性。因而透過該保護必要性，即能夠確認政府具備保護文化及文化資產之責任，而不得放任文化消失影響人們對於文化上之選擇。綜合上述，透過文化資產保護必要性之價值，可以得出政府對於文化所具備之責任，從而得出文化權於文化消極防禦面向之規範性。

另就文化之價值是否能夠得出文化積極面向的規範性，由於文化的積極面向係對於社會群體以及個人而言，滿足生存的基本需求之後，在進一步追求更高之生命價值時，從文化對於其所追求自我實現角度的影響而言，透過參與文化生活以及近用文化資源，而達成自我實現之目的。故必須去判斷文化價值是否能夠推導出對於使人民能有夠更多接觸文化並且對於其產生相當程度影響的價值，進而形成規範。簡言之，對於文化積極面向所具備規範性的判斷基準即在於文化的存在對於民眾而言具備何種效用而有使民眾積極的將尋求文化做為生活中重要的一項作為，進而促進政府必須為相關之規範而產生規範性。

正如本章第二節對於文化的價值之思考，對於文化所具備之價值，其具備直接的多元性、象徵性、時間性以及真跡價值和間接經濟上、政治上效用以及學術上的研究價值。從上述之價值能否推導出文化的積極面向的價值，於實際作為的思考上即反映出對於民眾以及整體社會而言，文化之參與及文化之近用是否具備價值。由於文化的間接價值係從文化對於個人、社會以及國家所產生之效用進行評價，係自文化所帶來之結果面去進行判斷，並非直接反映出文化本身之價值。而針對文化參與及文化近用之價值，則必須思考文化對於人之影響，故欲思考文化價值的積極面向，應從直接的角度判斷文化本身之價值。亦如前所述，由於文化四個直接價值所反映的核心價值在於文化的多元性價值之維護，又對於人格開展以及自我決定之實踐基礎而言，文化的多元性價值之存在是提供不同的價值選

擇予每一個個體，使其得自由的憑藉自主意識而選擇其所欲發展的人格，不至於因為僅有特定文化被迫只能受單一文化之影響，而能夠實踐對於自我價值之選擇從而形塑出自主決定之人格¹³⁵。亦即對於人格的自由開展而言，維護文化的多元性價值使得多元文化存在是不可或缺的要素。由上可知，自由的人格開展對於生命之自我實現而言為核心內涵之一，是故，透過文化價值所形成之積極的追求文化之參與以及文化之近用對於人格開展而言即扮演重要之地位而為有價值之事物。因此，透過文化的直接價值，其能夠反映出個體追求人格開展之價值，進而能夠反映出對於文化價值所具備之文化積極面向的內涵，進而能夠得出文化權積極面向的規範性。

綜上所述，透過文化價值對於文化權消極面向以及積極面向的涵攝，可以得出文化權形塑所需具備之價值，因而透過文化價值，能夠形成文化權之規範性而使得文化權作為法律上權利的前提要件得以滿足。

第二目文化權道德內涵之證立

於透過文化價值確認文化權具有規範性後，再來便是要從道德地位之主體觀察，實踐文化權所展現之文化保護、文化參與、文化近用等行為於道德考量上是否屬於道德上正確之事。於此可以透過前述之可普遍性原則、人為目的自身原則以及自律原則進行道德考量。倘若透過文化權所呈現之行為通過道德考量，那麼對於道德地位主體而言，文化權即屬於法律上具有規範性之權利。

首先針對文化權所呈現之行為於可普遍性原則上之適用，對於可普遍性原則的判斷標準，若特定行為對於特定人而言是正確的，那於對每一個具有類似情狀之人，於相似的情境中為此一行為，必須也是正確的。亦即，此一行為所依據之原則，必須能夠普遍的適用於具有道德地位者，而使得社會集體能夠適用相同之概念¹³⁶。而就文化權實踐所對外展現之作為，不論是消極層面的文化保護抑或是

¹³⁵ 許育典，同註 41，頁 11-13。

¹³⁶ 許漢，同註 125，頁 203；簡國榮，後果主義式的可普遍性原則（上），鵝湖月刊，323 期，

積極層面的文化參與及文化近用，對於社會上的每一個人而言，文化維護其效用之給予不會因為種族、性別、宗教等之不同而異。同時，任何人均享有得受到參與及近用文化上的相關作為之機會，而不會因為個人之差異而有所不同。對於弱勢群體而言，只要條件相類似者，其所得之文化保護於群體內亦不會有所差異。因此，文化權呈現之行為具備可普遍性原則。

其次針對人為目的自身原則於文化權呈現作為之適用，由於人自身只能作為行為之目的，而不能當成手段，意即行為不能為了滿足自身而將人作為工具去看待¹³⁷。文化權於本原則之適用上，因為文化權所呈現於外之作為，對於人而言，並非透過將人作為工具去達成文化保護、文化參與及文化近用之結果，毋寧說是文化的存在及價值係因人所生，文化上的一切行為，其根本之目的均是導向人本身，係透過文化達成自主人格養成之效用，而將人作為目的去看待，因而文化權呈現之行為符合人為自身目的原則。

第三就自律原則於文化權上呈現行為之適用，自律原則的概念為道德的先決條件，道德之所以具有意義，係因為道德行為是具備自主性之人所為之理性行為。換言之，自律即是自我與規範之連結，為理性之道德主體透過自主意志所決定依循其所認定之具有可普遍性的基本法則的行為¹³⁸。而就文化權所呈現之作為於本原則之適用上，對於每一個人而言，由於積極的為參與文化以及文化近用為符合可普遍性以及人為目的自身原則之行為。同時行為主體所為之參與文化行為以及文化近用行為，從理性角度觀察，由於文化能夠建構之人自主決定意識，而從自律原則所得出人作為主體的價值亦必須基於自主之人格方能實踐之，使得道德主體為達成人格自主及維持其人性尊嚴之目的，對於文化權所呈現之行為，會成為其自主決定所為之作為。因而從道德主體的角度觀察文化權所呈現之作為符合自律原則。

頁 4-6，2002 年 5 月。

¹³⁷ 許漢，同註 125，頁 203。

¹³⁸ Rainer Zaczyk 著，廖宜寧、林倍伸譯，自律與法權，五南圖書出版公司，頁 66，2018 年 10 月，初版。

最後針對文化保護之部分，從整體社會的角度觀察，因為社會係由人所構成，又對於人之人格養成而言，多元的文化係自主人格養成之重要部分，對於個人而言，因為文化保護所造就之文化的多元性結果即是達成其自主人格形塑的基礎，故文化保護對於個人而言即會成為理性主體所會為之作為。而在每一個人於理性思考下均會有相同之行為後，對社會而言即會成為可普遍為之的原則，故在自律原則之思考下，文化權所呈現之文化保護作為亦符合自律原則。

綜上所述，因為文化權於實際層面上所呈現之文化保護、文化參與及文化近用之作為透過文化價值呈現其規範性後，又此等作為屬於理性之道德地位主體在道德思慮後所為之道德上正確之事，因而對於文化權而言，其為具備規範性而得為法律所規範之權利。

第二項 憲法上的文化權

第一款 文化權作為憲法基本權的內涵

另一方面，在法規範下的文化權中，就文化權的位階是否得作為憲法基本權之一，即具體地將文化權做為一個憲法上基本權去加以思考，必須加以思考文化權是否具有基本權作用面向的功能。如文化權作為憲法上基本權，那對於侵害文化權之作為者，即屬於侵害基本人權之作為，而為憲法所不允許之情事，因而有成為刑法上侵害法益行為之可能¹³⁹。

首先，就憲法上對於文化之相關規定，於我國憲法中並未直接規定於基本權之章節，文化之相關規定於第 13 章基本國策第 158 條、第 163 條、第 165 條、第 166 條以及憲法增修條文第 10 條第 11 項中有所規定。其中第 158 條、第 163 條及第 165 條所規定者係屬於對於人民之文化促進政府所應負之責任；第 166 條則係針對文化促進之獎勵以及文化保護上政府所應負之責任；憲法增修條文第

¹³⁹ 蔡墩銘，從法益保護之觀點檢討憲法與刑法之關係—兼論刑法修正，憲政思潮，29 期，頁 91，1975 年 1 月。

10 條第 11 項為宣示肯定多元文化並應保障原住民文化之明文而作為國家對於文化多元性之目標及憲法價值的確立¹⁴⁰。就上述條文觀察，雖未直接規定文化權屬於憲法上之基本權，但從憲法及憲法增修條文的相關規範中，可以發覺對於憲法上文化之相關規定，可以分成對於文化促進類型以及文化保護類型，而文化促進類型之規定又可以再細分為使人民對於文化相關政策之參與及文化創作促進保障的文化參與類型及使人民接近並使用文化的文化近用類型。因此可以透過上述憲法所規定之文化相關類型與前述所得出之文化權結合，作為文化權是否為憲法上基本權之思考方向。

就基本權之概念為何，係指對於人而言均擁有之權利，在多數學說的見解中，基本權具有雙重性質，可以將基本權區分為主觀權利和客觀規範的功能¹⁴¹，從而透過客觀義務與主觀權利之關聯性釐清基本權之結構。而從學理角度觀察，文化權所涉及之基本權可以分為廣義的文化基本權和狹義的文化基本權。其中，廣義的文化基本權泛指任何於主觀權利及客觀規範上涉及文化權之基本權，其包含多個憲法上的基本權，舉例而言，於教育、學術、藝術、宗教基本權中均有受文化之影響而屬於廣義之文化基本權。

首先，於憲法第 21 條所規定之教育基本權中，為體現學生能依人格自由開展之多樣性達成自我實現，而由國家提供相對應之資源形成教育基本權之保護網，而此處所提供之資源即包涵與人格養成密切相關之文化相關事物¹⁴²。其次，於憲法第 11 條表現自由中所延伸之學術自由，對於人民於學術上之自我實現，包含對於學術加以探究之研究自由、將自身所得以學術認知之方法加以傳授之講學自由、出於自我實現之目的而得自由選擇所學事物之學習自由¹⁴³。這類學術自

¹⁴⁰ 王韻茹，同註 28，頁 16-17

¹⁴¹ 吳庚，憲法的解釋與適用，頁 102-118，2004 年 6 月三版；李震山，多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心，頁 17，2005 年 10 月初版；陳新民，憲法學釋論，頁 100-102，2018 年 7 月修訂九版；許育典、李佳育，同註 131，頁 17；陳慈陽，基本權核心理論的實證化及其難題，頁 72-74，2007 年 3 月，二版。

¹⁴² 許育典，同註 41，頁 23-27。

¹⁴³ 許育典，同註 41，頁 28-33。

由能夠形塑不同類型的多元文化價值以及藉由不同文化價值能夠對於學術自由之多元性及自主性產生積極之影響，因而屬於廣義之文化基本權之一。再者，對於藝術自由部分，按釋字第 806 號解釋理由書，藝術自由係為憲法第 11 條之表現自由之一部分，而以藝術創作者之自身對藝術之自我理解為核心，不僅對於藝術創作者之效果領域有所保障，對於創作階段亦有不受干預之自由。對於文化基本權而言，藝術自由作為共享權而保障每個人都能享有文化藝術資源之挹注及近用，換言之，基於藝術自由之共享權國家有義務提供機會均等的文化藝術資源並且不應限制人民近用之¹⁴⁴。最後，就宗教基本權之宗教自由部分，按釋字第 490 號解釋理由書，憲法第 13 條規定人民有信仰宗教之自由，係指人民有信仰、參與任何宗教與否之自由，同時國家不得對於特定之宗教給予優待或不利益而控制人民之信仰自由。換言之，宗教自由基於國家寬容誠命之原則，除了國家不得藉由公權力偏向特定宗教而須對所有宗教保持寬容之外，亦具有保障了個人的內在信仰自由、表達信仰之自由以及從事宗教活動之自由之效力¹⁴⁵。又因為不同的宗教本身即是構成多元性文化的一部份，因此對於宗教自由之保障亦涉及到文化國家之構成而屬於廣義文化基本權之範疇。

而相對於廣義的文化基本權係指憲法上現有之基本權與文化相關聯者，狹義的文化基本權則是指文化權是否得直接作為基本權，而為本文所欲確認者。由於基本權是人皆有之權利，而承認人民作為主體之人格，作為人追求自我實現最大可能性之基礎價值，同時因國家權力與人民權利實際運作上之衝突而有實證化之必要，故在憲法上加以規定而具有確認其在國家規範秩序中的最高效力，使國家對於此有加以保障之義務¹⁴⁶。雖文化基本權未明文規範於憲法中，惟按憲法第 22 條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保

¹⁴⁴ 許育典，同註 41，頁 34-38。

¹⁴⁵ 許育典，同註 41，頁 38-45。

¹⁴⁶ 吳庚，同註 141，頁 90；許育典，論宗教自由的保障與實質法治國的實踐－評司法院大法官釋字第 490 號解釋，憲法解釋之理論與實務第三輯，頁 274，2002 年 9 月；李震山，論憲法未列舉之自由權利之保障－司法院大法官相關解釋之評析，憲法解釋之理論與實務第三輯，頁 360，2002 年 9 月。

障。」得作為概括基本權之基礎，故對於狹義文化基本權之證立，倘文化權具備對於人性尊嚴保障之核心價值，同時直接從文化自身之角度去思考是否具備基本權之主觀權利及客觀規範之功能，若文化權具備前述之人性尊嚴保障之價值，並具備基本權之雙重性質，則可肯認狹義文化基本權之概念存在。

首先就文化權是否具備人性尊嚴保障之價值，如本章第二節對於文化價值內涵以及本節第一項對於文化權證立之論述可以知悉，文化的核心價值在於文化的多元性價值之維護，使得社會系統呈現多元文化價值之面貌而不會產生社會優位的文化壟斷思想而壓制自主決定之空間，因而能夠實現人之憑藉其自主意識而決定其自我開展之選擇，以促進人最大可能的自我實現¹⁴⁷。換言之，文化做為以人為本所呈現之概念，其價值係因人而生，文化權之保障，即為了實現人作為人之自由意志的人格養成，對於作為基本權本質之自我實現及人性尊嚴，具有不可或缺之地位。故文化權具備人性尊嚴保障之價值。

其次按目前學理對於狹義文化基本權的討論上，依照文化權所呈現行為的積極及消極層面，著重於人民請求參與文化及近用文化的文化共享權和國家對於不同文化的包容以及對於文化的保護義務這兩個層面¹⁴⁸，故將這兩個層面放入基本權之主觀權利和客觀規範觀察，即可確認文化權作為基本權之功能。

自基本權之主觀權利觀察，由於主觀權利具備防禦性功能以及給付性功能¹⁴⁹，而對於文化保護而言，文化權之作用主要在於防禦權功能，自世界人權宣言第 27 條第 1 項規定：「任何人均有權自由參加社會的文化生活，享受藝術，及分享科學進步及其果實。」肯認人民有權利去追求文化，換言之，對於人民所具有之文化參與及文化近用的權利，政府即有不去侵害人民對於追求文化的義務。同

¹⁴⁷ 許育典，同註 41，頁 12。

¹⁴⁸ 許育典，多元文化國的文化資產保護，文化憲法與文化國，頁 227-229，2013 年 5 月。

¹⁴⁹ 所謂防禦性功能係指基本權之功能在於確保人民之自由及財產不會受到國家的任意侵犯，並創設免於國家干涉之自由空間。而給付性功能則係指國家應有積極之作為提供人民相對應之給付或服務，包含涉及各式程序保障之程序性給付、提供最低保障資源及公共資源共享權之的物質性給付以及促進資訊公開的資訊性給付。詳參見李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，9 卷 1 期，頁 43-48，1997 年 3 月。

時，世界人權宣言第 27 條第 2 項亦規定：「任何人對於其所創作的科學、文學或美術作品所生之精神的和物質的利益，有享受保護的權利。」由本條規定可以知悉，政府對於人民所創造之文化作品，不容許政府任意用法律加以限制，而使人民享有文化創作之自由。

而就基本權主觀權利之給付性功能，文化權體現之作用主要在於提供人民生活最低保障之資源以及公共資源共享之物質性給付，同樣從世界人權宣言第 27 條第 1 項可以知悉，人民具有追求文化生活之權利，相對於人民之權利，政府對於已經提供之文化資源，具有使人民能夠平等的去近用這些文化資源之義務，同時，對於現存之文化資源，政府為使人民有機會去近用，亦有義務維護這些文化資源以提供予人民。此外，對於處於文化弱勢的族群而言，由於現代社會中文化係人格養成而維繫人性尊嚴之重要部分，故政府亦有提供基本之文化資源之義務，以保障個人文化自由的最大自我決定可能。

於確認文化權具備基本權之主觀權利後，其次便是確認文化權作為基本權的客觀規範之功能。自基本權保護基本權利的角度觀察，其為客觀的價值秩序，而作為國家公權力乃至於全人類共同追求的價值標準，故基本權於客觀規範之功能即是將此一客觀價值標準投射至國家所制定之規範中，作為要求國家保護人民基本權利義務所應遵循之準繩，此即客觀規範之價值決定功能。而為了達成基本權利之存在與實現，國家則有義務去建立制度並且不得任意更動之，以避免基本權之保障如無根浮萍，此即客觀規範之制度性保障功能。另外，基本權之客觀規範亦作為國家行為及決定之界限，其透過基本權之規範，使國家權力不能任意過度侵害人民之基本權，而將基本權作為國家權限消極規範之功能¹⁵⁰。

因此，將文化權與前述基本權客觀規範功能相對照後，由於文化權透過文化多元性建構多元社會使人民得以追求自我實現而實現人性尊嚴，為憲法文化國原則之重要依據，故透過文化權的客觀法作用，使得國家有形成文化國之義務，具

¹⁵⁰ 李建良，同註 149，頁 48-52；林依仁，文化憲法的意義(下)，月旦法學雜誌，291 期，頁 121-129，2019 年 8 月。

有客觀規範之價值決定功能。同時藉由文化權所課予立法者制定保障多元文化相關法律以落實文化價值之立法義務，使得立法者必須立法落實人民參與、近用文化以及保護文化等文化權，具有制度性保障之功能。最後，透過文化權之規範存在，能使國家於執行公權力行為時，必須考量該行為是否過度限制人民追求文化的權利，使人民的自由意志受到壓制，而限制國家行為之範圍，具備國家權限消極規範之功能。故文化權具有基本權之客觀規範功能。

綜上所述，文化權具有人性尊嚴保障之價值，同時亦具備基本權主觀權利及客觀規範之雙重功能，故得作為憲法基本權之一。因而透過文化基本權之主觀權利以及客觀規範之建構，使人民不論其文化傾向為何，均得擁有自我開展之空間而能透過主觀權利功能形成自我決定；並透過客觀規範所形成之憲法上文化國，使人民在規範的保障下得不受文化差異之拘束，自主決定其自我實現之價值，從而落實文化基本權於憲法上之保障¹⁵¹。

第二款 憲法基本國策下的文化權

然而觀察文化權的性質，可以發覺對於文化權的內涵並不單單僅限於對於個人權利上的主張，其性質上更涵蓋了社會乃至於國家的利益，均會受到文化權的影響¹⁵²。換言之，文化權在其之性質上，與傳統基本權以個人作為保障並不完全相同，除了包含消極不讓人侵害的防禦功能以及積極請求國家給予給付的給付性功能之外，其亦具備了集體權的性質而具備了第三代人權的概念¹⁵³。因此，在文化權於性質上具有超越個人的情況下，在基本權體系的運作仍然係以個人權利作為主體進行思考下，雖本文肯認文化權作為憲法上之狹義基本權，但在學說以及實務對於文化權作為基本權之概念尚未被廣泛接受的情形下，於實際的操作中，如何地使個人能夠以文化基本權作為法律上的抗辯，則仍然有其適用上的困難。

¹⁵¹ 許育典，同註 41，頁 21-22。

¹⁵² 林依仁，文化憲法的意義(上)，月旦法學雜誌，第 290 期，頁 182，2019 年 7 月。

¹⁵³ 呂炳寬、楊智傑，全球化脈絡下的人權保障，發表於整合全球化與在地化：21 世紀政治學研究的新趨勢學術研討會，頁 14，2005 年 12 月。

回到文化權的核心，作為保障人類人格發展養成及自我實現之價值，仍然係基於構成社會集體的基本單位即個人作為基礎，如果以此這角度進行思考，將文化基本權於個人的行使上與集體進行二階段的思考，便可以將個人行使文化基本權的難題透過與其他基本權之複合思考而將個人行使之文化基本權以廣義的文化基本權進行涵蓋。至於文化權以集體做為行使的性質方面，則透過國家任務條款的方式來對於政府應盡的文化保障義務進行規範，以作為文化基本權肯認過渡時期的解決方法。換言之，基於文化權作為個人權利行使的重要價值之一，在對於基本權行使的過程中透過考量文化權的方式，將文化權轉置進各個基本權的保障範圍內，在解釋憲法上基本權時將文化權的概念涵攝其中，而在確保現行以個人作為權利主體的基本權概念體系下，兼顧了個人對於文化權的行使，而暫時規避集體權行使的困難性¹⁵⁴。

綜合前述，文化權於憲法上除了於前款以基本權作為文化權內涵的論述外，於集體權行使的部份，作為特定群體就其之文化所要求國家所擔負之義務，而規範國家對於社會上群體之文化所應承擔之任務以及對於特定群體應有何特定之作為，仍必須透過國家任務條款即基本國策進行補充，方能夠完整地將憲法上的文化權進行較全面的思考¹⁵⁵。

就憲法基本國策之目的，係作為國家政策之基本框架而將國家之目的規範於一定的範圍之中，並作為國家的方針條款而指引國家之行政權以及立法權所應為之特定作為，以作為國家存立的正當性基礎¹⁵⁶。而針對基本國策之規範效力，雖早期的學說多認為基本國策係不具有法規範拘束力之方針條款，惟晚近學者自國家目標規定的視角觀察，認為基本國策雖與基本權不同而無法賦予個人於主觀法上之地位，而以基本國策作為請求權基礎要求國家為特定之作為或不作為，但基

¹⁵⁴ 周志潔，文化作為憲法的一個面向-從部門憲法角度探索台灣的文化憲法，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 56-59，2006 年。

¹⁵⁵ 林依仁，同註 150，頁 119。

¹⁵⁶ 林依仁，同註 150，頁 120；林明昕，基本國策之規範效力及其對社會正義之影響，台大法學論叢，第 45 卷特刊期，頁 1309-1312，2016 年 11 月。

本國策作為憲法法規範之一部分，則其仍然具有客觀法作用，而得以拘束國家必須依照其之規範內容之指示進行¹⁵⁷。

而在我國憲法的基本國策之中，對於文化權所涉及者主要規範於憲法第 13 章基本國策之第五節教育文化之中，其中包含了第 158 條、第 163 條、第 165 條、第 166 條均與文化權有關。此外，於同章第 6 節邊疆地區中，第 169 條亦就邊疆地區各民族之文化扶助及發展亦有所宣示。而於憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項中，也對於多元文化之保障以及原住民族之文化保障及發展有所規定。而細就憲法基本國策中的內容進行觀察，可以將基本國策中就文化權之概念，區分為三個部分，第一是對於文化權之基本立場進行規範；第二則是就國家文化促進之面向進行規範；第三則是對於國家就文化保護之面向進行規範。

對於基本立場的規範，主要展現在憲法增修條文第 10 條第 11 項，其宣示國家肯定多元文化並應保障原住民文化之明文而作為國家對於文化多元性之目標及憲法價值的確立，亦即，透過本條之宣示，彰顯出國家對於文化之多元性價值以及對於少數之原住民族之文化，應有所作為以作為憲法基本國策之回應。本項作為國家表達對於多元文化之宣示，除了作為方針條款的宣示意涵之外，依照現在多數學者認定基本國策的客觀法作用下，尚有對於國家不得為肆意否定多元文化之誡命作用，而對於國家之行政與立法上具有拘束之效果，而使得國家不得恣意阻礙多元文化之發展，而為違反多元文化及原住民族文化之保障行為¹⁵⁸。

對於國家文化促進的規範，作為國家負有推動發展文化之憲法上義務，其主要展現在憲法第 158 條、第 163 條及第 166 條之中，其中就憲法第 158 條之規定，其宣示文化應「發展國民之民族精神、自治精神、國民道德、健全體格、科學及生活智能」，而對於文化權於憲法上所賦予國家之義務，在於透過文化來去形塑國民之自主能力與認同意識的培養，而透過德育、智育、體育的文化教育來作為建構人民於歷史進程所孕育而成的精神態樣、個人在自主管理和對於各項權

¹⁵⁷ 林明昕，同註 156，頁 1310-1314。

¹⁵⁸ 林依仁，同註 150，頁 121-122。

利內涵行使的正確態度以及與社會上其他個人乃至於群體相處所應有的作為¹⁵⁹。而就憲法第 163 條之規定，本條所宣示者為對於各地區文化的均衡發展，同時對於邊遠及貧瘠地區之教育文化經費，則透過由國庫補貼之方式達到促進文化均衡的結果。同時於憲法第 169 條之規定以及憲法增修條文第 10 條第 12 項之規定中，對於少數族群之文化發展，為達成促進少數族群之族群上認同以避免其之文化被主流強勢文化所排擠、吸引而遭到消弭，亦透過基本國策之宣示，以達成促進文化的多元性以及各族群對於其文化之認同，從而拘束國家必須為之義務，以保障憲法所宣示之肯定多元文化以及原住民族文化之效果能夠達成。除此之外，就憲法第 166 條前段之規定，其宣示「國家應獎勵科學之發明與創造」，雖於文義上其係以「科學」作為獎勵之內容，但為了發揮憲法保障極大化之作用，對於其他類似於此之創作，例如學術的發現及藝術的創作上，從憲法第 165 條同樣對於學術及藝術工作者賦予與科學工作者相同之保障宣示上，亦應同等適用，國家對於其同樣應有憲法上之獎勵補助創作之規範之文化促進之義務¹⁶⁰。

至於國家文化保護規範，其係著重於國家對於現存之與文化相關的利益的存續以及對於將來可能危害之防免，而使得國家內部的文化維持在合理的狀態之中。例如使得國民之文化生活不虞貧乏、國家內部之文化保持多元性等。而就文化保護所欲防免的文化危害來源，並不僅限於國家公權力的實施，對於因自然因素、社會因素以及個人自由權行使下所造成的文化資產破壞，均係文化保護規範所包含之範疇¹⁶¹。而文化保護規範於憲法上，主要展現於憲法第 165 條以及第 166 條後段，其中對於憲法第 165 條之規定，於本條所宣示之「國家應保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇。」係透過對文化有所貢獻之人之生活的保障，以減輕人民於文化創作之過程中受到生活壓力的影響，從而達成國家促進人民文化創作，進而達到提升人民文化之目的。而於憲法第

¹⁵⁹ 林依仁，同註 150，頁 123-124。

¹⁶⁰ 林依仁，同註 150，頁 126-128。

¹⁶¹ 林依仁，同註 150，頁 128。

166 條後段，則宣示國家所具有之「保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物」的義務，則係基於對於具有文化之時間性價值、以及象徵性價值之古蹟、文物之保護，使得這些記錄下人類文明發展過程或是具有藝術、人文等獨特性價值之文化資產得以妥善保存，而透過保存文化資產使得其所蘊含之文化價值得以留存，進而藉由文化資產之文化價值作為人民之人格自我養成以及對於國家民族精神之認同基礎，從而保障人民以及社會上群體之文化權不受到侵害。

綜合上述，可以知悉對於如何落實文化權之集體面向，雖然透過基本權的方式於現行制度下仍有適用上的困難，但是藉由憲法基本國策，在肯認其所具備之客觀法作用下，使得國家方針條款不再只有不具拘束力之宣示作用，而能夠作為國家於行政以及立法政策執行上的拘束，從而透過基本國策於文化的基本立場以及文化促進和文化保護規範之宣示，保障社會上各個群體乃至於整體社會之集體面向的文化權得以透過憲法之拘束而落實之。

第三項 文化保護與文化權

透過前述從價值轉置到權利的路徑確認文化權之存在，並且透過基本權價值及主觀權利和客觀價值的審查證立文化權為基本權之一而為憲法上所保障之未列舉基本權。而對於文化基本權之主觀權利功能所呈現之行為，由於防禦權功能主要係指國家不得任意干涉人民追求文化之權利，故對於人民及政府針對文化所進行之積極相關作為，主要應從給付性功能去發展，同時結合基本權之客觀規範綜合觀察之。

按學理對於給付性功能之分類可以區分為文化資產、文化藝術、文化創意、文化政策以及文化生活這五個面向¹⁶²，並且就這五個面向，可以從文化參與、文化近用以及文化保護三個方面去切入。其中，文化參與以及文化近用主要是著重於人民對於追求文化的權利之實際作為，從政府角度思考文化參與及文化近用即

¹⁶² 許育典、李佳育，同註 131，頁 21。

是政府具有促進規範而負有推動發展文化事項之憲法上義務，而必須創造並鼓勵人民得以追求文化的環境¹⁶³，以及政府對於人民追求文化之行為不得任意限制之。換言之，文化參與以及文化近用除了基本權的防禦性質外，其性質較貼近於對於人民之權利面向進行規範，政府所為之作為以及制訂之規範亦是以人民追求文化之權利為核心¹⁶⁴。相較於此，文化保護則是著重於政府以及人民對於文化的義務層面，對於現存文化的存續與危害的防免，而能使文化維持在合理的狀態。換言之，文化保護旨在維護社會上文化的均衡性，而對於特定、少數之文化及其媒介之存續進行保護，以維護社會上的文化多元性不至於偏重，而促使人民自我決定及追求自我實現之基礎得以被保障¹⁶⁵。故文化保護是以文化及其承載之媒介應如何被確保作為保護規範義務的核心。

而對於上述針對文化基本權給付性功能所區分的五個面向，首先就文化政策及文化生活之概念，此二概念並不直接涉及文化保護之概念，而主要作為程序之參與和近用之宣示的功能。就文化政策之部分，雖然政策的制定係由國家作為主導方，但國家於制定文化相關政策時仍須保障人民的參與權及通知權，使人民獲得參與政策制定程序之權利以及對於政府所制定之文化相關政策有獲知其相關資訊之權利。意即，文化基本權於文化政策面相所具備之功能為為程序性給付以及資訊性給付，屬於程序面向之權利，而為廣義的文化參與¹⁶⁶。至於文化生活，則是抽象概括式的概念，包含人民對於文化事物之參與以及多元文化社群、資訊、經驗等一切有關於文化生活的事務的接近使用¹⁶⁷。立法者將此一概念轉置為文化基本法，作為宣示國家文化發展的基本原則及施政方針。換言之，文化基本權的功能在文化生活概念下的意義即在於對其他文化面向之補充，並且具有宣誓文化

¹⁶³ 林依仁，同註 150，頁 122。

¹⁶⁴ 文化部對文化平權之綜合規劃，詳見 https://www.moc.gov.tw/content_413.html (最後瀏覽日：2022.06.22)

¹⁶⁵ 林依仁，同註 150，頁 128-129。

¹⁶⁶ 許育典、李佳育，同註 131，頁 21-22；李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，9 卷 1 期，頁 43-48，1997 年 3 月。

¹⁶⁷ 許育典、李佳育，同註 131，頁 21-22。

近用重要性的功能。

其次，在文化藝術以及文化創意方面，透過文化近用、文化參與及文化保護的概念去理解可以知悉，由於文化藝術於實際制訂層面，政府透過基本權之客觀規範所轉置之法規範為文化藝術獎助及促進條例，該法之立法目的為推廣文化藝術活動而透過獎助之方式支持文化藝術事業，從而保障文化藝術創作者能夠有妥善的空間進行文化創作，以促進文化藝術的多元發展¹⁶⁸。而就文化創意於實際落實上政府所訂之法規範則是將文化基本權轉置為文化創意產業發展法，從該法之立法目的，對於文化創意之參與面向主要著重於促進文化創意產業之發展，而透過新的科技以及技術建構多元文化創作之社會環境，使得社會能夠包容各式創意。政府對於文化創意的手段亦是透過資源協助、獎勵補助以及租稅減免等鼓勵性質之手段協助人民達成發展文化產業之目標¹⁶⁹。亦即文化創意所注重者，係在文化高度發展而人民追求文化的同時，透過政府輔導及協助，將文化創意產業化而提高文化所生之經濟上價值。由此可知，文化藝術及文化創意於實際轉置成的法規範所欲達成之目的，主要是為了使人民對於文化的參與，透過國家公權力的協助，能夠有更多的動力將文化落實於生活，而實踐憲法文化國原則的目標。政府實施的手段亦是以鼓勵、獎助的方式為主，同時提供相關之公共設施以及優惠減免等。換言之，政府對於文化藝術與文化創意所為之作為，是就人民所擁有之權利面向進行規範，性質上屬於文化參與及文化近用的實踐，對於文化保護面相則較少著墨¹⁷⁰。

相較於文化藝術以及文化創意的性質為文化參與及文化近用，文化資產的面相則因為文化資產的性質而較為複雜。文化基本權中對於文化資產所轉置的法規範為文化資產保存法，於文化資產保存法中，其立法目的為保存及活用文化資產，並保障人民對於文化資產保存相關程序之進行具備普遍平等之參與權，進而透過

¹⁶⁸ 立法院公報 110 卷 8 期 4859 號二冊，頁 6-7。

¹⁶⁹ 行政院文化創意產業發展法草案立法院議案關係文書，立法院公報 98 卷 24 期 3710 號，政 70-71。

¹⁷⁰ 許育典、李佳育，同註 131，頁 21-22。

文化資產之保存以維護文化多元性，充實國民的精神生活，並加以發揚多元文化¹⁷¹。從文化資產保存法的立法目的可以知悉，除了對於文化資產的審議程序明文規定相關人民有平等參與之權利外，對於保護文化資產之行為亦有補助、獎勵以及相關租稅減免等優惠、鼓勵措施。除此之外，文化資產與前述之文化政策、文化生活、文化藝術及文化創意不同，除了具有文化參與及文化近用之部分外，對於應如何保護文化資產，亦有方式及程序上的相關規定。並且，相較於前述文化藝術及文化創意所轉置的法規範多以鼓勵的方式做為推動人民追求文化而確保人民的文化權，就文化資產保護之行為，文化資產保存法除了透過獎勵、補助的方式鼓勵民眾提報、保存文化資產外，更訂有罰則而可對於違反文化保護之行為進行處罰。也就是說，於文化資產之面向，除了文化參與及文化近用外，由於文化資產之特性，而對於文化保護面向更為看重，而有著重於保護層面的各式作為。

綜上所述，透過前述五個面向所轉置的客觀法規範與文化參與、文化近用和文化保護的概念相互對照後，對於文化基本權中文化保護的概念，相較於文化參與、文化近用主要為人民文化權利之確保及國家促進規範之實踐，文化保護更偏重於政府及人民對於文化所具備之保護規範，為了達到文化保護之目的，政府規範所為之手段，相較於偏重人民權利層面的文化參與及文化近用以獎勵方式作為主要手段¹⁷²，針對文化保護，可以對於違反文化保護之行為進行處罰。換言之，透過文化基本權之建構以及文化保護概念之詮釋，從人民的視角觀察，對於違反文化保護之行為，係違反了文化國原則下人民所具備的保護義務，而提供了憲法上基本權正當性基礎作為處罰的依據，進而透過文化基本權延伸而成為文化法益建構之源頭。

第五節 小結-從人本角度建構出文化價值與文化權內涵

本章以建構法律上文化權保護為目的，透過西方及東方對於文化概念的流變

¹⁷¹ 立法院公報第 105 卷第 32 期委員會紀錄，頁 268。

¹⁷² 王韻茹，同註 28，頁 28-30

及對照，建構出文化概念的核心在於人內在精神世界之養成以及整體社會發展所形塑之描述性概念及規範性概念。雖然文化是抽象的概念，但其內涵仍然環繞著人作為發展的核心，因而在以人為本的核心思考下，從直接和間接的角度去觀察文化的價值，並確認文化價值的核心在於文化多元性價值的維持。又為了要對於抽象的文化概念進行保護，而必須要探討文化的媒介為何以及哪些為值得保護的客體。本章透過聯合國教科文組織所訂定的三個公約去釐清文化資產之定義並且整理文化資產的各種類別，進一步透過這些文化資產的共通點去觀察文化資產保護必要性而確認值得保護的文化資產的範圍。在談完文化以及文化資產的相關概念後，為了建構法律上文化保護的正當性基礎，本文將前述文化的價值以及文化資產保護必要性結合，建構成文化權的規範性基礎，並且確認文化權實踐下的文化參與、文化近用及文化保護之行為符合道德，而確證文化權屬於法律上值得以規範保護之權利。而就文化權的位階是否屬於憲法上之基本權，除了蘊含在其他基本權利的廣義文化基本權外，對於文化權是否作為作為憲法上未列舉之狹義基本權，本文透過憲法上對於基本權之定義，確認文化權符合人性尊嚴價值以及具備基本權之雙重功能，而肯認文化基本權的存在。最後從文化基本權之實質轉置內涵的討論，確認文化保護在文化基本權中所扮演之角色，推導出文化保護作為保護規範，而能夠成為第三章對於文化法益建構的憲法上基礎。

第三章 從文化權到文化法益的過渡

於第二章從文化的概念推導出文化的價值並且進一步確證文化權於憲法上之角色而確認文化權之存在後，於刑事法上，由於刑事之不法係指行為人所為為整體社會秩序所不容許的法益侵危狀態，故憲法上文化權得否作為刑法上處罰之依據，即國家得否處罰侵害文化權之行為及應以何種形式處罰之，則必須先探究文化權是否能夠轉置為文化法益，而於確認文化法益之存在後，方得做為刑事法上處罰之依據。因此，本章之目標希望基於前章文化權之基礎建構出文化法益後，並透過行政不法與刑事不法界限之討論，將違反文化權之行為透過文化法益進一步去區隔出行為之刑事不法與行政不法的界線，以釐清文化法益及其違反行為為何而作為違反文化權刑罰處罰之基礎。

第一節 文化法益的建構

於第二章確認憲法上文化權的存在之後，再來便是處理憲法上文化權是否能夠成為刑事規範的基礎而進一步推導出侵害文化權的相關刑事規範之正當性。而對於判斷是否能夠以刑事規範做為保護之手段，目前多數學說見解均強調刑法的功能在於保護法益，無法益即無刑罰，行為人之行為必須是侵害法益之行為方為刑法所欲處罰之對象¹⁷³。換言之，若某一行為並不具有法益或是法益未受侵害或受侵害之危險者，即無刑罰之必要性¹⁷⁴。因此，本節預計先介紹法益的意義及其功能，並透過法益去確認憲法上文化權能夠作為建構文化法益的基礎並建構文化法益倘若成立的核心內涵後，再透過家族相似性之概念去進一步確認文化法益的存在。

¹⁷³王皇玉，刑法總則，頁22，2019年8月，5版；林山田，刑法通論(上)，頁52，2008年1月，增訂10版；林東茂，刑法綜覽，頁1-10，2015年8月，8版；林鈺雄，新刑法總則，頁10，2021年8月，9版；張麗卿，刑法總則理論與運用，頁30，2021年9月，9版；陳子平，刑法總論，頁9，2017年9月，4版；黃榮堅，基礎刑法學(上)，頁21，2012年，4版。

¹⁷⁴陳志龍，法益與刑事立法，頁XIII，1997年，3版。

第一項 從憲法上文化權到文化法益

第一款 法益對文化權之意義

在討論文化權得否做為文化保護相關刑事規制的保護法益前，由於本文的重點並非對於自古以來法益概念變遷之相關釋義學上爭議以及法議論規範論之採用與否進行探討。而係對於文化權是否能夠成為值得用刑法保護之法益進行探究，故並不會就不同時期之法益理論及其相關爭論進行探討，而僅先就法益的概念以及相關之功能進行探究，進而探討文化法益之證立及其內涵與憲法上文化權之關係。

第一目 法益的概念與功能

基於憲法法治國原則之實踐，無刑法即無刑罰，刑法作為賦予國家刑罰權基礎之依據，使國家得對犯罪之行為人施以刑罰。而對於何種行為應以刑罰作為規制手段，以及如何判斷行為人及其行為是否應予以處罰，法益的概念即扮演了重要角色而為現代刑法學中不可或缺之要素之一。在判斷犯罪行為上，對於客觀上構成要件之結果要素、犯罪行為之內容、主觀構成要件故意或過失之判斷、違法性階層中有無阻卻違法事由之判斷等，均與法益概念之運用有所關聯¹⁷⁵。縱使是對於法益理論持反對態度之規範理論者，其所主張之行為規範仍係為了使法益能夠受到有效之保護而為之禁止行為或誡命行為態樣之類型化¹⁷⁶，而無法完全否定法益對於上述判斷犯罪時所具備之功能¹⁷⁷。因此，對於法益的概念為何以及法益對於刑法所具備之功能為何，即是在運用法益上必須先處理之議題。

¹⁷⁵ 許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，法益保護與行為刑法，頁 1，2016 年 5 月，初版。

¹⁷⁶ 許恒達，行為非價與結果非價，法益保護與行為刑法，頁 109-110，2016 年 5 月，初版。

¹⁷⁷ 李聖傑，同註 121，頁 143。

惟對於法益的定義為何，撇除德國學說對於法益所具有的各式不同見解¹⁷⁸，縱使是觀察目前日本及我國的學說，雖多以法益一詞之文義出發，而從法律保護及利益這兩個概念對法益進行定義，惟於細部之解釋上各學說之見解仍有不同，有認為法益簡而言之即為法律所保護之利益者¹⁷⁹；有認為法益強調生活重要利益而係指人類社會發展下之生活利益及權益具有重要價值，經法律納入範圍而值得以刑法作為保護者¹⁸⁰；亦有學者認為法益係指以法律手段保護之生活利益¹⁸¹；也有學者認為法益所保護之利益，為一愉悅之現實狀態，而此狀態非屬於個人，而係由社會全部人之狀態的總集合¹⁸²。由此可知對於法益的定義，至少到目前為止，仍然缺乏一個一槌定音而廣泛被學說所接受的明確描述。

然而縱使對於法益概念目前仍欠缺一個統一明確的定義，但於現代刑法學仍普遍廣泛的運用法益的概念，換言之，對於法益的概念而言，於刑法學中仍扮演一定的角色而仍具備其之功能性。因此，以下本文即著重探討法益的概念之功能為何而有使用此一不明確概念之必要性。

首先，從刑法整體的體系架構觀察，除卻對於全部犯罪均有適用之總則章節，從刑法分則之各章節以及章節內之相關條文觀察，雖然於妨害電腦使用罪章增訂時有認為我國刑法之立法體系並不特別強調透過保護法益之種類作為各章節之區分，而係採混合式立法¹⁸³。然實際觀察我國刑法典分則之條文體系，從第一章

¹⁷⁸ 舉例而言 Köhler 認為法益是指經由行為規範所連結之人類自由與生存條件的體現或可受侵擾與保護的狀態；Freund 則認為法益是必須用法律保護的利益；H. Mayer 對法益的定義為體現生活的價值狀態；Jescheck 則認為法益是社會秩序中，以法律保護的抽象價值等。詳參見李聖傑，同註 121，頁 147。

¹⁷⁹ 韓忠謨，刑法原理，頁 95，1982 年，15 版；王皇玉，同註 173，頁 22；陳子平，同註 173，頁 9；平川宗信，刑事法の基礎，有斐閣，頁 92，2008 年 12 月；松宮孝明，刑法總論講義，成文堂，頁 15，2017 年 3 月，第 5 版；山口厚，刑法總論，有斐閣，頁 4，2016 年 3 月，3 版；大谷實，刑法講義總論，成文堂，頁 7，2012 年 3 月，3 版。

¹⁸⁰ 蘇俊雄，刑法總則 I，頁 17，1995 年；許澤天，刑法總則，頁 4，2021 年 7 月 2 版；松原芳博，刑法總論，日本評論社，頁 16，2013 年 1 月。

¹⁸¹ 林山田，同註 173，頁 52。

¹⁸² 黃榮堅，同註 173，頁 21。

¹⁸³ 立法院第五屆第二會期第十三次會議議案關係文書，院總第 246 號政府提案第 8862 號，頁 11。

到第三章之內亂罪、外患罪、妨害國交罪係針對侵害國家存在與安全；第四章到第十章第之瀆職罪、妨害公務罪、妨害投票罪、妨害秩序罪、脫逃罪、藏匿人犯及湮滅證據罪、偽證及誣告罪則係侵害國家權力作用之犯罪，前述之 10 個章節構成我國實務慣稱之侵害國家法益之犯罪。而第十一章公共危險罪係對於公共安全進行保護；第十二章到第十五章之偽造系列罪章是針對公共信用之妨害；第十六章之一至第二十一章之妨害風化罪、妨害婚姻及家庭罪、褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪、妨害農工商罪、鴉片罪、賭博罪自當初立法者之觀點，則係對於整體社會之善良風俗的妨害進行規範¹⁸⁴，前述的 11 個章節構成我國實務慣稱之社會法益而係針對社會及公共相關之法益進行規範。自第二十二章以下排除後來增訂之第三十六章，則是屬於個人法益之範圍。從第二十二章到第二十八章之殺人罪、傷害罪、墮胎罪、遺棄罪、妨害自由罪、妨害名譽及信用罪、妨害秘密罪 以及後來重新確認保護法益而修正章名之第十六章妨害性自主罪，係對於專屬於個人之法益進行規範；第二十九章到第三十五章之竊盜罪、搶奪強盜及海盜罪、侵占罪、詐欺背信及重利罪、恐嚇及擄人勒贖罪、贓物罪、毀棄損壞罪則是對於非專屬於個人之法益進行規範。因此透過前述各章節之整理可以知悉，刑法作為法益保護法仍係以法益作為核心進行體系化的編排，對於各章節中條文之分類依據，並非雜亂無序，而係透過不同條文間所涵蓋之保護法益的不同作為分類，而呈現從國家至社會再到個人法益的嚴謹法律規範體系¹⁸⁵。而透過刑法分則中以法益所建構之法律規範體系，對於刑法的解釋而言，除了能夠透過該體系去思考個別犯罪之定位外，從而在對於個別條文之核心目的以及條文該如何適用之解釋上有所疑義時，基於刑法分則的體系，透過體系解釋之思考亦能夠作為處理刑法爭議之

¹⁸⁴ 此處之妨害農工商罪及鴉片罪從現在之視角觀察雖較偏向於妨害國民經濟及民族健康，惟自傳統禮教觀點，對於害農工商之行為對於社會經濟秩序產生動搖從而使人民對於社會及他人產生不信任而會導致鄰里關係破碎，亦屬於對於善良風俗之妨害。同樣的，在強調天行健，君子以自強不息之傳統社會，鴉片等毒品對於社會的負面影響在傳統社會眼中亦為妨害善良風俗之事物，故於我國刑法最初立法時將其放在妨害善良風俗之體系之中。

¹⁸⁵ 陳志龍，刑法之法益概念(中)，國立臺灣大學法學論叢，第 17 卷第 2 期，頁 118-120，1988 年 6 月。

手段¹⁸⁶。換言之，透過法益概念，能夠作為建構出刑法典上個別條文體系之標準，此即法益之犯罪類型編排的體系功能¹⁸⁷。

其次，除了對於體系上編排的功能以外，法益概念在刑法學中所具備之功能，可以從犯罪的判斷上進行觀察，對於刑法中各條文犯罪之構成要件的實質內容為何，必須透過法益概念加以解釋，方能夠有效地釐清各罪之內涵為何。舉例而言，不同的犯罪中，對於特定犯罪之構成要件之內容及其範圍為何，透過法益的概念可以釐清保護的客體、保護的範圍以及保護的目的為何，而決定各罪之實質保護內容。此外，對於判斷行為人之行為與違法性階層是否構成阻卻違法事由時，亦必須透過法益概念進行利益衡量，從而權衡行為人之行為是否為顯不相當之行為。甚而在判斷完犯罪成立之後，如行為人係一行為觸犯不同罪名之犯罪，則牽涉到競合的問題，又於各罪的競合間，也必須透過各罪之保護法益去判斷該條犯罪是否屬於侵害同一法益之行為，從而判斷適用法條競合抑或是想像競合¹⁸⁸。換言之，透過法益概念能夠釐清不同犯罪間之刑罰權的範圍，對於具體條文內容之構成要件要素的涵攝範疇及判斷行為人所為之行為是否構成刑法所規定之犯罪行為具有解釋之功能¹⁸⁹。

第三，法益概念的功能除了前述之體系的編排功能以及法律的解釋功能之外，對於某個行為是否應納入刑罰之處罰基礎，法益亦作為劃定行為入罪化界線之判準¹⁹⁰。由於刑法作為法益保護法係具有保護功能，而必須保護法益不受到侵害，倘若行為人之行為係侵害法益之行為時，即有刑法適用之空間，換言之，法益的概念具有判斷刑法保護機能的功能¹⁹¹。而從另一個角度觀察刑法作為法益保

¹⁸⁶ 舉例而言，在判斷通姦行為是否為具備值得保護之法益，若僅關注在通姦行為對於婚姻所成立之身分契約的違反，則對於通姦罪保護法益的思考便會著重在於締結婚姻契約的當事人間。但是，倘若按照刑法之體系解釋，由於本章之罪並非僅限於對婚姻制度之侵害，亦包含對於家庭的妨害及影響，那麼對於通姦罪之保護法益之思考便應該將對家庭之影響納入思考範圍。詳參見黃士軒，司法院會台字第 12664 號聲請解釋案鑑定意見書，頁 17-18，2020 年

¹⁸⁷ 李聖傑，同註 121，頁 146。

¹⁸⁸ 許恒達，同註 175，頁 2。

¹⁸⁹ 李聖傑，同註 121，頁 146；黃士軒，詐欺罪的財產損害與被害人之錯誤——法益關係錯誤說的應用嘗試，中研院法學期刊，第 26 期，頁 139，2020 年 3 月。

¹⁹⁰ 許恒達，同註 175，頁 2。

¹⁹¹ 陳子平，同註 179，頁 9-10；平川宗信，同註 179，頁 92。

護法，再加上刑法謙抑性以及最後手段性之概念，刑法具有保障人權之保障功能，而有限制國家刑罰權發動之功能。意即對於立法者而言，若針對特定行為想要將其納入處罰，其前提必須是該行為屬於損害法益之行為或是具有危害法益之潛在可能行為時，方能將其納入處罰。同時，倘若行為人之行為並非屬於侵害法益之犯罪行為而僅為危害道德感情甚或是無任何法益侵害之行為時，國家即無理由發動刑罰權而不得以刑罰制裁該行為，若某一條文係對於非法益保護範圍之行為任意施以處罰，即屬於不當刑罰而違憲¹⁹²。綜合上述，透過法益的概念作為刑法之保護核心，進而劃定刑法之保護範圍以及對於保護範圍進行限制而排除保護道德及感情此類非屬於法益之行為，能夠確認刑罰權之具體界線並且防止刑罰權漫無限制的擴張，而具有可罰性限縮之機能¹⁹³。

儘管目前學界對於法益概念本身並無法給予一個能夠說服多數人的明確定義，但是透過前述對於法益所具備之功能討論，可以發覺滿足充分釐清法益概念的定義及內涵並不是解決刑法功能及刑罰解釋等與法益概念相關之問題必須具備的前提要件¹⁹⁴，一個模糊的法益概念仍然不妨礙其對於刑法學功能的探討，因此，本文並不直接對於法益概念進行定義，而直接就法益對於刑法之功能進行討論，來釐清對於刑法而言，法益概念之功能為何而有確證法益存在之必要性。而透過上述法益概念所具有之刑法規範體系的編排功能、對於犯罪刑罰規範內涵的解釋功能以及對於國家刑罰權界線的限縮可罰性功能可以知悉，法益概念縱使在無法明確定義的情況下，目前仍然具備無可替代之功能而在刑法學中廣泛的運用。同時從這些功能中亦可以窺知，法益概念可說是做為社會規訓機制之鑰匙，將侵害整體社會秩序行為之處罰需求，透過法益開啟刑罰之標準，建構並合理化其處罰之依據；同時一體兩面的，法益亦作為刑罰謙抑性防止國家無限制擴張而將刑罰作為統治之強力手段。意即，法益的概念明確化了刑法規範及其體系的框

¹⁹² 許恒達，同註 175，頁 2；陳子平，同註 179，頁 2-3；平川宗信，同註 179，頁 93。

¹⁹³ 許恒達，同註 175，頁 3；黃士軒，同註 189，頁 138。

¹⁹⁴ 李聖傑，同註 121，頁 156-157。

架，而給予國家一個有力的枷鎖將刑罰權牢牢限制在具備法益的前提之下，以保障人民之自由不被任意侵害。

第二目 憲法上基本權與法益之關係

於第一目透過法益概念的功能可以知悉縱使對於法益沒有統一明確的概念下，於刑事法學上法益概念仍有其不可或缺之功能。同時，在判斷行為是否要用刑罰作為制裁手段時，亦必須透過法益來作為判斷。再來的問題便會是憲法上的基本權與法益之間的關係為何，而思考基本權對於法益的確證及判斷上扮演何種角色。

就憲法與刑法的關係，由於憲法為國家最高之法，為國家權力行使規範之根本，而以保障人民各種自由意志作為基本權之保護核心，而刑法之保障機能則是透過限制刑罰權的發動限制以對於被告的自由進行保護，二者間具有上下位以及廣狹之關係¹⁹⁵。因此，憲法作為刑法之上位規範，對於刑法規範而言，具有規制刑罰之效果，然具體規制之呈現為何，就刑罰權之賦予，有認為刑罰權係直接基於憲法所賦予國家之權力，亦有認為刑罰權之基礎係基於社會內部所生，只是透過法律轉由國家行使，而並非解為憲法所賦予之權力¹⁹⁶。然而不論採上述何種見解，直接從刑罰的角度觀察，刑罰作為國家對內之物理強制力之展現，同時現代社會對於私自施以刑罰之私刑行為已然被禁止而將該權力僅限於國家才能擁有，換言之，刑罰權在收歸於國家獨佔的同時亦代表刑罰權已經成為國家權力之一部分。又因為國家權力之根源，係基於人民之意思所賦予，意即國家權力係基於人民之意思而使其對內產生之合法支配，而憲法作為國家最上位之法律，自然亦屬於基於國民之意思而制定者。換言之，不論認為刑罰權係基於憲法所賦予抑或是自社會內部所生者，其核心均係人民為了其之自由平等，基於自主意志所賦予國

¹⁹⁵ 蔡墩銘，同註 139，頁 93。

¹⁹⁶ 平川宗信，憲法的刑法学の展開----仏教思想を基盤として，有斐閣，頁 71-72，2014 年 12 月，初版。

家之權力，作為人民授權國家制定相關之規範而對於人民自身之保護。又憲法基本權之核心在於保障人性尊嚴而使人民之自由意志不被任意剝奪及侵害，而對於國家之行為及規範定下保障之底線。故對於刑罰權而言，作為國家之權力，在人民賦予國家此一權力之時，自然亦必須運作在憲法的原則之下，意即對於憲法對於國家權力之限制，亦同樣適用於刑罰權之上，換言之，憲法上之基本權，對於刑罰權而言具有制約之效果¹⁹⁷。

從前述憲法與刑罰權的關係可以知悉憲法做為最上位之法律而其之基本權對於刑罰權的限制有其意義，又於實際操作下，對於國家刑罰權之行使，從憲法角度應如何進行制約，由於刑罰作為國家限制人民自由權、財產權甚或是生命權之手段，為國家所能使用之最嚴厲手段，故不應無限制的擴張而恣意的使用刑罰，而應限於必要之干預，倘若能以其他手段而達成目的時，則不應以刑罰作為處理的手段。而對於審查刑罰是否屬於必要之干預手段，如同前面對於法益功能之介紹，由於法益概念的功能同樣包含對於刑罰權之開啟與限制，在違憲審查上往往使用法益概念來對於刑罰之實施是否具備適當性進行判斷。由此可知，對於憲法基本權與刑法之法益二者間有何種關係，涉及將憲法文化權轉置進刑罰規範的重要關鍵，為本文接下來要討論的部分。

對於刑法的規範而言，在違憲審查上常常透過法益的存否作為判斷刑法規範違憲與否之基礎，故應如何觀察憲法基本權與法益之關係，則應從刑法與違憲審查之關聯性出發，先觀察刑法違憲審查的操作中法益扮演何種功能，再進一步回到憲法基本權與法益的視角。首先，從最近釋字第 791 號解釋針對通姦罪是否違憲之案例進行觀察，對於刑法的違憲審查，目前大法官的多數意見將限制基本權的法律的管制內容以及管制手段分開討論，先思考刑法規範之內容是否具有保護之必要，才來思考運用刑罰作為處罰規範是否合理。以刑法學概念來看，大法官的審查概念即是分別判斷行為規範與制裁規範之合理性。而行為規範與制裁規範

¹⁹⁷ 平川宗信，同註 196，頁 71-76。

二者之區別，從憲法的觀點思考，由於憲法所保障之公共利益並不僅限於以刑法達成，亦可以透過其他法規範加以保障人民之權利，意即，干預基本權之手段並不僅限於刑罰，刑法構成要件下的行為規範所連結之制裁規範，除刑罰之手段外，亦有透過行政罰達成之可能存在¹⁹⁸，因此，在區分行為規範以及制裁規範上似乎有其實益。惟於大法官實際審查上，其針對通姦行為是否具備法益一來係以性自主權做為思考的核心而對於婚姻是否具備公益性而屬於法益進行質疑，並未對於通姦罪另一可能之保護法益的家庭權之維護進行討論，對於行為規範而言顯然並未討論完全¹⁹⁹。其次本件大法官在判斷制裁規範是否應用到刑罰作為處罰時，仍然將應該於前面行為規範及判斷完畢之內容納入制裁規範的判斷中，在具體操作上於比例原則的必要性以及衡平性的判斷過程中，一併考量通姦罪的制裁效果與保護目的的關係，而使得通姦罪的行為規範與制裁規範之審查標的模糊不清²⁰⁰。此一情形係因為行為規範本身與制裁規範二者之關係仍然為相互連動，倘若行為規範脫離制裁規範，則其之存在僅為一個不具有法律效果之規範而於實際運用甚或是審查上不具實益，意即在未將制裁規範一併納入思考的情形下，則難以判斷該行為之限制是否不符合比例原則。同樣的，如果僅單單觀察制裁規範而未將行為規範納入思考，則未與行為進行連結而單看法律效果亦無法觀察到整體法規範的樣貌而難以判斷是否符合憲法之規範而無實益可言。換言之，進行違憲審查時必須將行為規範與制裁規範作為一個整體，才能確認整合兩者的刑法規範是否違憲²⁰¹，因此在觀察憲法與法益的關係上，亦不應該區別行為規範與制裁規範，應該將兩者一併納入而綜合審查。

確認刑法中憲法基本權規範之觀察應綜合行為規範及制裁規範一併審查後，回到法益在違憲審查中所扮演的角色，雖然於釋字第 791 號解釋的內容中，大法

¹⁹⁸ 許澤天，刑法規範的基本權審查，憲法解釋之理論與實務第 7 輯，頁 273，2010 年。

¹⁹⁹ 黃士軒，同註 186，頁 17-18。

²⁰⁰ 許恒達，行為規範、保護法益與通姦罪的違憲審查——評釋字第 791 號解釋，月旦法學雜誌第 305 期，頁 20，2020 年 10 月。

²⁰¹ 許恒達，同註 200，頁 20-21。

官在對於刑法規範是否違憲進行審查時，並未明確將法益作為審查規範的工具，只要法規範之保護目的符合憲法的價值，即認定該法規範具有正當目的而通過適當性之審查²⁰²，將判斷違憲之工作置於後續之必要性及衡平性中。但實際上由於刑法作為國家最嚴厲之處罰手段而具有最為強烈之法律效果，與其他法律之性質有所不同，因此不能僅因規範目的合於憲法價值，就一律認為刑法規範的保護目的通過適當性之審查，而應該透過法益概念的運用，在適當性之審查時將法益作為刑法規範的運用界限，作為限定刑法之規範保護目的重要性的指標，而彰顯憲法對於刑罰規範的嚴格態度。倘若受審查之特定刑法規範，在探尋其所有可能之保護目的，均無法找到其所保護之刑法法益時，即代表該刑法規範之保護目標不足以作為能夠施以刑罰處罰的支撐，不具有施以刑罰之正當性而違憲²⁰³。也就是說，在違憲審查中的法益與憲法基本權之關聯性，由於現代刑法仍係以法益作為其保護之核心，透過法益概念，除了具有法規範之解釋功能而確認刑法條文的處罰範圍與運用外，法益概念的限縮機能更是作為刑罰效果之界限，甚而延伸到對於立法者立法時之訂定範圍進行限制，倘若立法者所訂立之規範並不具備保護法益時，則該條文即欠缺處罰正當性，進而導致該刑法規範違憲。意即，在觀察刑法規範是否違憲的情形中，法益概念所扮演的角色即是劃定刑法規範保護目的之範圍，而在適當性的審查中增加重要性之門檻，必須是屬於刑法所保障法益之法規範，才能夠以刑罰等刑事制裁作為保護之手段。倘若保護目的無法被認為是刑法之法益，則不具備刑事制裁之正當性。換言之，法益概念於違憲審查上之作用，即在於限制系爭保護目的的門檻，而在適當性的審查階段即排除不具有保護法益之刑法規範保護目的，必須保護目的能稱得上法益，才能動用刑罰予以保護該目的，否則，無法益保護之刑罰規範即屬違憲²⁰⁴。

透過法益概念在違憲審查所扮演之角色，可以知悉法益在適當性階段之審

²⁰² 許恒達，同註 200，頁 24。

²⁰³ 許恒達，同註 200，頁 29-30。

²⁰⁴ 許恒達，同註 200，頁 22-24。

查，其作為審查保護目的重要性的門檻，而作為限制保護目的之功能。既然違憲審查是作為審視法律規範是否逾越憲法對於人民基本權之保障，反過來觀察，法益於違憲審查之作用亦同樣的顯示出法益概念與憲法基本權之關聯性，而將法益概念作為從憲法基本權保護到刑法保護目的範圍之審查設定的同時，亦代表法益能夠作為憲法對於刑法所具備任務所賦予其之核心。對於刑法之保護法益來說，憲法基本權之功能為何，則可以觀察憲法基本權對於法益設定而言所具有之功能而能夠為後文探尋文化法益建構其基礎。

由於於前文已經確認對於憲法而言，透過刑罰加以制裁之刑法規範存在正當性之前提即在於該規範之保護具有刑法之保護法益，意即，對於任何合憲之刑法條文，其基本上均具備刑法之保護法益，而這些通過違憲審查之刑法條文之保護法益，亦代表著該法益之保護具備並符合憲法基本權保障之內涵。因此，如果就刑法法規範的角度觀察，既然每一條合憲的刑法規範之保護核心均能夠於憲法保障之基本規範中找到其根源的話，那麼憲法基本權對於刑法之法益而言，即具備了初步的篩選功能，而能夠先劃定法益的可能範圍²⁰⁵。其次，對於憲法基本權所劃定的法益可能範圍，能否進一步的作為法益的正面定義，甚而可以直接從基本權推論出刑法之保護法益的詳細清單，由於對於憲法而言，基本權的保護價值在於對於人性尊嚴以及自由意志之保護，而對於憲法所保護之價值，倘若係屬於侵害構成自由民主憲政基礎的刑法核心價值諸如人性尊嚴、思想、表意、行動自由、財產、名譽等意義重大之不法構成要件，其可以直接從基本權之內涵明確導出，國家即負有刑法保護義務而屬於核心的刑事不法價值。惟若該價值屬於較不重要的價值，雖其同樣受憲法基本權之保護，但其保護之限度則會落於秩序法或其他的法領域而屬於行政不法之範圍²⁰⁶。換言之，判斷刑事不法及行政不法之區別將會顯現在該價值之重要與否。但透過憲法基本權，並無法明確得出何謂重要之價值以及何謂非重要之價值，實際情形往往必須經過立法者立法後再透過違憲審查

²⁰⁵ 鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，頁 168-169，2012 年 4 月。

²⁰⁶ 鍾宏彬，同註 205，頁 183-184。

審視法規範是否違憲，因此，顯然難以透過基本權就能夠正面定義出刑法法益的範圍及於何處。意即，對於刑法而言，憲法作為國家構成之框架固然能夠對於刑法規範之構成起到限制之作用，但由於刑法所處理者為社會所面臨之問題，於現代社會中，由於國家任務的轉變，法規範所扮演的角色從定義出不受國家權力干預之領域而對抗國家權力並限制國家權力無限制擴張的防禦權角色，轉變到依據社會國原則而保障並促進人之自我實現，進而推動整體社會發展之均衡而確保社會之分配正義，不再僅限於對於基本生活之保障，因此，伴隨著國家對於社會生活的介入日益增加，使得刑法任務的範圍不再僅限於傳統的法領域而逐漸擴張²⁰⁷。在處理日益複雜之問題時，法益在作為刑法的核心之情形下，顯然難以僅透過憲法即能夠完整覆蓋。因此對於刑法以及法益而言，憲法基本權之功能除卻負有刑法保護義務之事項能夠明確導出外，其主要功能即是作為負面排除之作用，而去判斷什麼不是法益，而非確認何為法益²⁰⁸。倘若特定價值屬於憲法基本權所保障的內涵者，其即不被負面排除在審視是否具備刑法法益之範圍，而能夠進一步去思考是否屬於刑法所值得保護之法益。

第三目憲法上之文化權與法益

在前段確認過憲法上基本權對於是否具有法益的判斷上，所具備的功能主要在於劃定初步的範圍，並且確認那些並非屬於法益範圍而負面排除後。回到文化權上，對於文化權之保障是否值得以刑法加以保護而得否作為刑法法益，首先必須要先釐清的是釋字第 803 號解釋是否係屬於文化權對於保護法益之限制，如果是的話，那麼即可以得出文化權能夠直接推導出文化法益的結論。在本號解釋中，首先，大法官對於原住民族基於其傳統文化以及因祭祀及儀式之需要而從事狩獵野生動物之行為，肯認其屬於原住民族文化形成以及文化傳承的重要部分，為原住民族文化權利之重要內涵而應受憲法保障，而肯認原住民文化權為憲法必須保

²⁰⁷ 鍾宏彬，同註 205，頁 245-247。

²⁰⁸ 鍾宏彬，同註 205，頁 185-188。

護之基本權。從本號解釋中，可以知悉對於原住民之狩獵文化權，作為原住民族之重要傳統文化，對於原住民族各部落而言，具有傳統祭儀以及部落族群教育之重要功能，為原住民認同其族群之重要基礎，故屬於原住民族之集體文化權²⁰⁹。而進一步觀察，對於狩獵活動而言，雖然於本號解釋中就聲請人方多係用「狩獵文化權」稱之，惟於實際上倘若狩獵文化權係作為權利的角度觀察，則從文意上理解，並非僅有原住民族方具有狩獵之文化，其所涵蓋的範圍即不應僅限於原住民族之狩獵活動方能形成狩獵文化權，而應該對於所有具有狩獵活動之族群均有所適用。故於大法官之解釋文及解釋理由書中有意避開狩獵文化權之用語，而以狩獵活動或狩獵文化稱之，意即在本號解釋下，對於狩獵活動之思考脈絡，仍應置於原住民族之文化下進行思考，而係屬於原住民族文化呈現樣貌之一部。由於狩獵活動係作為原住民族對於部落之生活、文化祭祀、儀式、培育等文化之呈現手段，故依據本文前章對於文化資產中的定義及類型化下，狩獵活動之類型並非文化權利，而應為原住民族文化傳承的重要媒介，而屬於原住民族無形文化資產的一種。故在憲法權利之討論下，仍應就原住民族文化權作為思考的核心。

而於本號解釋中，對於原住民族文化權影響之系爭條文為野生動物保育法第 21 條之 1 規定中對於原住民族狩獵野生動物放寬之限制，由於該條文屬於將原住民族基於其傳統文化祭儀所進行之狩獵行為排除適用野保法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定限制之行為規範。而違反野保法第 17 條第 1 項未經許可即獵捕一般類野生動物之法律效果會牽涉到第 49 條之罰鍰以及得撤銷許可證之行政罰；違反第 18 條第 1 項之獵捕、宰殺保育類野生動物之法律效果會連結到第 41 條之有期徒刑及得併科罰金之刑罰；違反第 18 條第 1 項之騷擾、虐待保育類野生動物之法律效果會連結到第 42 條之有期徒刑及罰金或併科罰金之刑罰；違反第 19 條第 1 項之方式獵捕野生動物時，若係一般類之野生動物則會連結到第 49 條第 2 項之罰鍰之行政罰，若係保育類野生動物則連結

²⁰⁹ 許育典，原住民族狩獵文化權作為文化集體權——評釋字第 803 號解釋的釋憲同理心，月旦裁判時報，第 110 期，頁 10，2021 年 8 月。

到第 41 條第 1 項第 3 款之有期徒刑及得併科罰金之刑罰。意即，保障原住民族的狩獵文化權之野保法第 21 條之 1 之規範，亦將間接影響到野保法罰則之範圍。惟對於野生動物保育法而言，其規範保護目的自該法第 1 條觀察，為保育野生動物、維護物種多樣性以及保護自然生態之平衡，而係對於整體自然環境之生態系內之物種進行維護，因此基於野保法規範保護目的下對於違反野保法規範之行為所制定之刑罰規範，其保護法益應為維護物種多樣性及保護自然生態平衡，其類型上較類似於環境刑法而係對於整體自然生態之永續進行保護而保障人類之生存環境²¹⁰。換言之，從野保法之規範保護目的觀察下的不具正當理由而獵捕野生動物行為之保護法益為物種多樣性之維護，而與原住民之狩獵文化並無關聯。於實務上，對於引用野保法第 21 條之 1 之原住民族狩獵文化權之文化抗辯時，於構成要件上原住民之狩獵行為仍然構成破壞物種多樣性之行為而該當其構成要件，而係將野保法第 21 條之 1 第 1 項之規定作為刑法第 21 條第 1 項所稱之依法令之行為而於違法性之階層阻卻違法而不罰²¹¹。意即，對於野保法保護物種多樣性相關之刑罰處罰而言，其保護法益為物種之多樣性以及生態之平衡，並非對於原住民族文化之保障，原住民文化權之憲法基本權並非對於本法中以刑罰處罰保護法益之依據，而無法從文化權中推導出野保法刑罰處罰之法益，因此，釋字第 803 號解釋並非係屬於文化權對於保護法益之限制。

在無法透過大法官解釋得出文化權能夠直接推導出刑法法益而對於刑法法益有所限制後，回到自憲法基本權本身的角度進行推演，如前所述，文化權在憲法中之角色，除了廣義的文化基本權能夠從憲法上其他基本權加以推演而成之外，對於狹義的文化基本權，由於其具備人性尊嚴保障之價值，同時亦具備基本權主觀權利及客觀規範之雙重功能，而作為憲法上未列舉之基本權。因此對於判

²¹⁰ 許恒達，持有獵槍、獵捕保育類野生動物與原住民慣習間的衝突及解套：評宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號刑事判決，台灣原住民族法學，第 1 卷第 2 期，頁 57，2017 年 4 月；吳志強，尋求原住民族基本法與野生動物保育法間規範衝突的緩衝地帶——以「違法性意識之可能性」的視角淺析，東吳法律學報，第 27 卷第 2 期，頁 177-178，2015 年 4 月。

²¹¹ 張宏節，非法獵捕保育類野生動物判決之實證研究——以原住民文化抗辯為中心，法律扶助與社會，第 1 期，頁 55-56，2018 年 9 月。

斷刑法的法益而言，文化權做為憲法上之基本權而能夠肯認為屬於人類自由意志發展下的必要條件之一而符合法益的第一階段審查而不被憲法負面排除。

其次，就憲法上之文化基本權而言，其是否為憲法上所直接規範之刑法核心保護事項而屬於能夠直接從憲法基本權推演出具備刑法保護法益之重要價值事項。由於就憲法上文化基本權之內涵加以觀察，其所涵蓋之範圍包含文化參與、文化近用以及文化保護這三個面向。針對文化參與及文化近用之部分，由於對於文化參與以及文化近用之內涵所涉及者屬於文化共享權，而對於國家所制定之法規範而言，文化共享權所規範的內容除了要求國家必須為一定之義務以保障人民文化參與的權利以及人民對於文化近用的權利之外，在實踐上國家對於推動文化參與及文化近用方面，所適用之法規範除了規範前述之國家義務以外，並無透過刑罰之處罰方式對於未實踐文化參與及文化近用之行為限制之，而係採取創造友善文化發展的環境而鼓勵並且提供獎助以及資源的方式促進文化參與及文化近用。意即，對於憲法上文化權之文化參與及文化近用之部分，並非屬於憲法上所直接規範之刑法核心保護事項。而針對文化保護之部分，由於文化保護所涉及之面相並不僅限於對於侵害文化之行為的處置，從公部門對於文化資產審議程序到私部門對於文化資產之維護手段、使用方式乃至於對於文化資產的侵害等，均屬於文化保護的範圍。且對於侵害或是破壞文化之行為，其所運用之手段以及對於文化資產造成破壞之內容甚至是其破壞程度之輕重以及修復回原初狀態之難易等，亦是屬於文化保護所必須思考之範圍。換言之，對於文化保護而言，由於其之內容牽涉甚廣，所涉及者亦難以直接從憲法之基本權中即判斷該行為是否屬於憲法上所直接規範之刑法核心保護事項而屬於能夠直接從基本權推演出刑法保護法益之重要價值事項。因此，對於憲法上文化基本權而言，僅透過憲法上之文化基本權所涵蓋之價值並不足以直接肯認文化權為刑法所值得保護之法益，而仍需進一步判斷之。

綜合上述從憲法基本權的角度開始推導法益之結果，由於文化權為憲法上未列舉之基本權而屬於憲法所保護之權利之一，換言之，在法益的審查上，其能夠

通過第一關的審查而有作為刑法法益的可能性。但因為文化權所涉及之內容相當多元，因而並不足以直接透過憲法之文化基本權即認為文化權屬於刑法核心保護事項，仍必須透過其他方式加以探尋文化法益之存在。但就憲法上文化權對於探尋法益之意義，仍然可以做為負面排除非法益保護之範圍而起到開啟判斷是否具有法益存在之可能。

第二款 透過家族相似性探尋文化法益之存在

雖然對於法益的概念至今仍然沒有一個能夠說服多數學者的精確定義，但是從前述對於法益概念功能的介紹仍然可以得知，法益的存在並不因為其缺乏一致的定義而失其功能，而在體系編排、犯罪行為解釋以及可罰性的限縮上仍有法益概念存在之實益。因此可以知悉，並不需要充分理解並釐清法益概念的定義才能夠解決刑法解釋等涉及法益之問題，對於法益概念給予一個明確之定義與個別刑法規範其保護法益究竟為何，這兩者間並沒有一個必然的先後關係，而不一定需要精確的法益定義才能夠推知個別刑法規範的保護法益。個別刑法規範保護法益的討論係為了確證刑罰權的發動必要性以及刑罰權之範圍，而試圖對法益概念的定義的釐清則是為了探尋法益為何，二者所討論的核心並不相同，無法確立一個精確的法益定義並不會影響基於法益理論下的刑法概念討論，因為真正在刑法規範的適用中，對於個別刑法規範所要求之法益並非單純法益之定義，而是對於該條文所具備之明確的保護法益²¹²。意即，只要能夠探尋到個別特定條文之保護規範核心具備刑法保護法益時，該條文之刑罰及具有正當性基礎。而如何探尋個別條文是否具備刑法保護法益，基於上述之概念，有學者另開途徑不從傳統法益概念之定義出發，而透過家族相似性之思考作為刑法保護法益之探尋，因此，本文將先簡單介紹家族相似性以及如何在探尋法益上進行運用後，再透過該方式對於文化法益之存在進行探究，而確證文化法益存在之正當性。

²¹² 李聖傑，同註 121，頁 157。

第一目 家族相似性在刑法上之運用

首先，就何謂家族相似性之概念，該概念係出自於奧地利裔(時奧匈帝國)英國籍的哲學家路德維希·維根斯坦(Ludwig Josef Johann Wittgenstein)。維根斯坦於學術生涯後期對於其之哲學思想，與早期於邏輯哲學論(Tractatus Logico-philosophicus)中在檢驗語言邏輯上的想法產生衝突，因而就這前後表述上之不同自省所產生的概念。由於維根斯坦於其早期對於語言邏輯的思考，係認為只要能夠描述的事物，都可以利用精確的語言邏輯，明白清楚的表達；反之，對於無法透過語言確切描述的事物，因為語言邏輯的物質容易產生以詞害意而造成誤解的情形發生，因此不應該做無意義的嘗試而應直接保持沉默，以免產生問題²¹³。意即，維根斯坦早期的思考是從語言結構邏輯上的觀點，強調語言所具備的描述事物的特點，透過描述建構出世界的邊際，並非由物的列舉窮盡世界的所有情形²¹⁴。但於後期維根斯坦在思考哲學的問題上，不再強調前期之語言邏輯結構，而認為「直接指證」只是語言所呈現的方式之一，縱使語言在描述上無法如同直接指證般的準確，但透過語言以及活動交錯而達成交流目的之「語言遊戲」仍然能夠達到交流溝通的效果²¹⁵，也就是說，語言的描述並不像維根斯坦早期概念下的為一個單一對應的結構，為一個沒有固定侷限而具備多元可能。因此，承襲上述語言遊戲概念下的思考，對於如何說明以及描述概念，維根斯坦進一步擺脫透過特定符號建構概念之體系作為思考事物本質為何的方式，而透過語言遊戲的方

²¹³ 李聖傑，同註 121，頁 149-150。

²¹⁴ 黃敏，維特根斯坦的《逻辑哲学论》—文本疏义，華東師範大學出版社，頁 5-6，2009 年 11 月。

²¹⁵ 此處所稱之語言遊戲，係指將語言以及和語言編織成的一系列活動所組成的整體。舉例而言，其中的一種語言遊戲如下。我們在觀察棋類遊戲、排類遊戲、球類遊戲等被稱為「遊戲」活動的時候，會發現在不同類型的遊戲內，可以觀察到一些共同點，若在不同類型的遊戲間，會發覺部分共同點消失但又產生了其他的共同點而仍然具備某種程度上的相似性。而透過對於遊戲活動的觀察，可以發現在遊戲的大架構下，是透過各種不同的相似性所串連而成對於遊戲的理解而有一張透過這些相似之處所形成的網路。因而在解釋何謂遊戲時，除了直接指證遊戲的定義外，我們也可以透過描述不同種類遊戲的方式，來對於遊戲的概念進行詮釋。詳參見，維根斯坦著，陳嘉映譯，哲學研究，五南出版，頁 14、54-56，2020 年 5 月，初版。

式，藉由多面向的思考提出了「家族相似性」的概念²¹⁶。

所謂家族相似性之概念，係由於語言語義概念下所具備之相似性，而透過其相似性之特質，形成一張互相交會而重疊的複雜網路，從而建構出對於特定事物的思考。意即，家族相似性的概念不從單一定義的方式在掌握特定事物的充要條件後才能夠建構事物之本質，而是強調透過各種描述所產生之交集來去思考特定之事物，當特定事物的特徵被呈現的愈多，該交錯的網路就更加的密集而愈能夠清楚的掌握並且建構出我們對於特定事物概念，同時，透過相似性的連結所產生之延展，能夠將不同之事物歸納在同一概念之下從而更加清晰對於概念之理解²¹⁷。也就是說，倘若將家族相似性的概念運用在對於概念的掌握上，由於是透過各種描述交錯形成對於概念的理解，因而在概念的邊際上必然會存在模糊的空間。但在實際運用概念時，由於概念是經由多數不同的特徵描述理解而成，因此並不會產生空泛的理解而在運用上不會產生使用上的障礙²¹⁸。意即，倘若在面臨一個難以直接指證的概念時，透過家族相似性之概念，能夠不去正面對於難以定義之概念進行定義，而透過家族相似性的概念形成一個新的思考方式去解決概念理解的問題。

若將家族相似性之概念運用到對於法益概念的理解上，如前所述，雖然目前各學說對於法益的概念有不同之定義而仍未形成統一明確之見解，但從前述語言遊戲去思考法益的概念後便會發現，不同學者對於法益概念的理解，均可以視為其對於法益概念的描述，而都有碰觸到法益的樣貌。故在此情形下，這些對於法益概念的不同描述，就能夠形成對於法益概念理解的網路，而有助於我們對於法益概念的理解，能夠作為觀察法益的工具²¹⁹。而進一步對於個別刑法規範所要求的保護法益為何以及對於特定法規範之規範保護目的是否屬於刑法規範之保護法益這兩個問題進行思考，若不採取傳統直接從規範目的本身論證而定義法益之

²¹⁶ 李聖傑，同註 121，頁 152。

²¹⁷ 維根斯坦著，陳嘉映譯，同註 215，頁 54-56。

²¹⁸ 李聖傑，同註 121，頁 153-155，維根斯坦著，陳嘉映譯，同註 215，頁 56。

²¹⁹ 李聖傑，同註 121，頁 156。

方式，而將家族相似性的概念套用到對於前述問題之探尋上，由於在現行之刑法體系中，除了少部份對於其之保護法益仍有所疑問之刑法規範外，在大部分於刑法典中之刑法規範其所具備之保護法益是不被懷疑其之適格性。意即，在刑法典體系內的這些刑法規範中，其所具備的法益概念原則上都是被予以承認而屬於前述所稱之刑法的核心保護事項，而在前述語言遊戲的思考下，這些刑法規範的保護法益就能夠成為探尋特定法規範之規範保護目的是否屬於刑法保護法益之工具²²⁰。因此，對於要探尋之特定法規範而言，倘若特定法規範之規範保護目的與已經被承認之刑法保護法益之間能夠找尋到具有共通的相似之處時，即具備了家族相似性而可以認為該規範之保護目的與現存之刑法法益具有同質性，就可以透過這些保護法益形成一張網路而將具有同質性的個別規範之規範保護目的涵蓋其中，因而證明該規範亦具有刑法保護法益。換言之，特定法益是否存在，透過家族相似性概念之運用，在對於既有個別法規範的相似性延展的情形下，藉由將個別法規範之保護目的與現存法益相互比較、印證，能夠避開前述因為法益定義之困難所造成之確證特定法益存在之抽象推論的困難。同時，從法規範行為類型的角度觀察，相較於直接論證特定法益存在而形成之獨立思考脈絡，透過家族相似性所建構之具備同質性或是相似性之保護法益延展下之網路，對於特定具體保護法益存在之理解以及保護之必要性而言，更能夠清楚的理解該法益於整體刑法體系架構下之定位以及其之界限，而有助於前述法益功能之達成²²¹。

第二目從環境法益思考文化法益

而進一步將前述家族相似性之概念運用到對於文化法益的探尋上，在探尋文化法益與哪些刑法保護法益可能具有家族相似性之前，必須先去思考對於文化法益而言，其探尋家族相似性之部分究竟為何。此時便必須從前章對於文化的價值以及文化有何保護必要性進行第一步的建構，在從刑法規範體系中尋找是否具有

²²⁰ 李聖傑，同註 121，頁 157。

²²¹ 李聖傑，同註 121，頁 157-158。

相似之刑法規範，從而判斷並建構出文化法益與其之家族相似性。

從文化的價值以及文化的保護必要性進行思考，首先，對於文化的價值而言，文化價值的核心在於文化的多元性，而文化的多元性價值背後則是對於人類個體乃至於整個族群之人格養成之重要基礎。其次，文化具有象徵的價值而對於人類族群而言能夠推導出具備典範性的保護必要。第三，文化所具備的時間性價值一方面顯示了文化的積累必須依靠長時間的累積而逐漸形成，另一方面亦表示了對於需要時間積累的文化來說，被損毀了即會具有難以甚而無法修復的不可逆的保護必要性。第四，為文化的真跡價值，同樣代表著文化在具備獨特性以及稀少性的同時，因為損毀破壞即會產生該文化媒介消失而連帶使其所蘊含的文化亦一起消逝而具有保護的必要性。因而，對於文化法益而言，其與其他刑法規範體系之保護法益的家族相似性之思考，即應從前述之文化價值及其保護必要性出發，來去進行相類似法益的確認。而檢視刑法分則的相關規定，倘若針對文化多元性價值之人格養成以及時間價值的不可逆性和真跡價值的獨特型及稀少性進行思考，可能會有類似保護概念的刑法分則條文即為刑法第 190 條之 1 之投放毒物罪以及其所代表之環境刑法。

對於刑法第 190 條之 1 之投放毒物罪，其之體系位置放置於公共危險罪章，但在實際上本條係作為刑法規範體系中對於環境刑法的典型規範，故對於本條之保護法益而言，不應僅思考傳統之公共危險法益，而更應該將環境對於環境刑法保護法益之意義放入思考之中。因此，針對環境刑法之保護法益，按目前之學說，大致可以從人本角度以及自然本位角度對於環境刑法之保護法益進行解釋。從人本的角度出發，可以發展出人本核心法益說，其認為法規範秩序建立的一切基礎均係以對於人類本身之自我實現以及利益作為出發點，環境之保護並非對於環境的利益進行保護，而係為了保護人類不因環境之破壞而受有損害，而屬於為避免人類之生命身體法益受有損害的前置化處罰，倘若該環境之破壞不會影響人類本

身時，即不應列入處罰之範圍²²²。而從自然本位的角度出發，則發展出嚴格的生態法益說，其強調保護法益之本體並非人類生命身體健康之危害及其危險，而為自然環境本身，對於環境的破壞即代表對於環境法益之破壞，人類之健康只是在保護環境下所附帶之利益而已，換言之，只要對於環境破壞，無須看是否對於人類之生命身體造成危害即構成法益之侵害²²³。

除卻上述單純從人本角度觀察之人本核心法益以及從生態角度觀察之自然本位法益之觀點外，由於對於人類之生活基礎而言，自然環境係其安身立命之根基所在，倘若沒有自然環境，人類之生存即失所附麗，意即人類生活與自然環境間二者緊密相連而會相互影響。換言之，保護環境與生態的目的，並不單單只是在排除環境本身受到惡化侵害所造成之負面影響，其亦保障了人類生活的基礎。因此，考量環境刑法之保護法益究竟為何時，並不能完全的偏向以人為本的思考抑或是以自然為本的思考，因而發展出生態與人本雙重法益的主張，而從生態維護之功能性作為核心的思考，將人類生活之利益納入環境法益內涵的範圍之中。同時，由於環境破壞對於人類生活之利益並不依定會立即顯現出來，因此透過生態維護的功能性視角，亦可以將環境破壞所具備之累積性特點納入思考而將未來人類永續之利益涵蓋其中而不僅限於當代人之利益²²⁴。本文認為，環境法益的核心究竟是以人為主體抑或是從以自然生態為主體，由於對於刑法規制而言，採取生態本位者將人類與自然截然二分，而未釐清自然環境媒介與人類社會運作之意義，忽略了人類與自然相互依存之依附性及關連性²²⁵；同樣的，採取人類本位者亦未考量到人類係依存於自然生態方能生存，且未考慮到對於自然環境破壞之累積性而未將未來人類之生存放入思考，將視野過於侷限在當代的人類本身之中，可能造成過於保守而導致環境破壞復原的可能性因此被錯過，進而對於整體人類

²²² 古承宗，環境風險與環境刑法之保護法益，興大法學，第 18 期，頁 210-213，2015 年 11 月；李聖傑，刑法第 190 條之 1 的釋義思考，月旦法學雜誌，第 290 期，頁 73，2019 年 7 月。

²²³ 古承宗，同註 222，頁 204-205；李聖傑，同註 222，頁 73。

²²⁴ 古承宗，同註 222，頁 207-209；李聖傑，同註 222，頁 73。

²²⁵ 古承宗，同註 222，頁 207。

之永續發展造成侵害²²⁶。因此，考量到前述將過於極端的兩種本位思考作為環境刑法保護法益的缺陷，本文以及目前較多數的見解亦是把生態與人本雙重法益的主張作為環境刑法的保護內涵而將環境對於人類本身之影響以及環境自身保護均作為其之保護法益。

因此，在確認過環境刑法的保護法益為人類本身永續存在之利益以及自然本身永續存在之利益後。將環境法益與文化法益進行對照可以發覺，前述文化法益中所保護之文化價值，其多元性價值之核心為對於人類人格養成之重要基礎，而現代社會發展之下，對於人之生存已經不再限於滿足其之生理需求，人格養成所涉及之個人之自我實現對於人存在於社會而言已經是不可或缺之條件。而環境法益中從人類利益的角度出發其所保障之人類健康以及永續生存發展之利益對於人類存在於社會而言，也同樣為不可或缺之要素。因此，從人類之存續及永續發展的角度觀察，文化法益所保護之多元性價值與環境法益對於人類永續生存均是屬於人存在於社會中之不可或缺之要件，同時文化之保護與環境之保護均不僅限於對當代人類之影響，同樣具有對後世之保護價值在其中，而具有相似性。

而從文化法益中之時間價值的不可逆性以及真跡價值的獨特性角度與環境法益進行對照，也可以發現文化時間價值的不可逆性對於破壞文化的行為而言，一旦破壞了，就難以回復，而對於破壞文化之媒介以後，同樣會有在短期之內或許該文化消失的影響難以被發現，但長期下來對於人類而言亦會對於該被破壞文化內涵之部分產生整體養成上之缺陷。而環境法益下從對於環境媒介破壞的行為觀察，對於環境生態而言，常說地球只有一個，許多對於環境媒介之破壞所造成之影響常為單向的，一旦破壞該自然資源及消失在地球之上，縱使能有環境復原的可能，其往往需要極長的時間才能修復完畢，故與文化法益相同，二者均具有不可逆之特性。同樣的，文化真跡價值下文化媒介所具有之獨特性以及稀缺性，與環境本身之環境媒介互相對照，亦會發現二者一旦遭到破壞，其結果將會連接

²²⁶ 古承宗，同註 222，頁 212。

到前述之不可逆性而無法或是難以再行復原。因此，從文化法益對於文化媒介保護的視角觀察，其與環境法益從生態本身對於環境媒介保護目的之價值亦具有相似性。

綜合上述，若將文化法益與環境法益互相對照可以發現，其對於人類之永續生存發展上一個係對於生命身體健康之永續進行保護，一個是對於人類之心理面向之人格發展上之永續進行保護，二者在現代社會中均為人類永續生存不可或缺之要件。而從保護之客體媒介進行觀察，文化法益所保護之文化媒介之保護價值與環境法益所保護之環境媒介之保護價值同樣具有不可逆性以及獨特性或稀缺性之價值。因此，透過這兩個面向所具備之相似性，可以得到文化法益與環境法益具有家族相似性之結論。換言之，因為環境法益之存在已經為整體社會所肯認，而屬於刑法所保護之核心事項，故對於具有家族相似性之文化法益而言，文化法益之存在亦應屬於刑法核心保護之事項而具有以刑罰保護之必要性，為刑法所保護之法益。

第三目從褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪思考文化法益

前述文化法益的內涵中所具備的文化價值，其中文化的多元性價值、文化的真跡價值以及文化的時間性價值下能夠探尋到文化法益與環境法益間所具備之家族相似性。而從另一個視角觀察，對於文化法益之象徵性價值是否亦能夠找到與其相似之刑法法益，在我國刑法規範體系中，對於褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪係定有專章而作為獨立之刑法處罰規範，而其客體之壇廟、寺觀、教堂、墳墓或公眾紀念處所往往與文化有所關聯，而有做為比較對象之可能。

對於刑法第十八章之褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪，其大體上可以區分為第 246 條之侮辱宗教建築物或紀念場所罪及妨害祭禮罪以及第 247 條至第 250 條之侵害墳墓、屍體等罪。對於第 246 條之侮辱宗教建築物或紀念場所罪及妨害祭禮罪之保護法益，從本罪之立法理由觀察，對於宗教建築物以及祭禮之部分而言，其稱「又查暫行新刑律第二十章原案謂中律祀典向隸禮律祭祀，凡邱壇寺觀，俱

賅於內。查各國刑法，宗教特立一門，蓋崇奉神明之意，中外同此一理，既根於全國之習慣，即為社會秩序所關係，故仍設為專章。」、「該條補箋內稱信教自由，各國皆載在憲法，乃人民之權利也。本條不論宗教種類如何，或奉道教，或信佛教，或皈依耶穌教，皆保護之，非以保護宗教為理由也，蓋此等紊亂信教上之秩序行為，不罰無以飭風紀也。」由此可以知悉，對於刑法第 246 條之保護法益，主要係保障一般人對於宗教之敬畏情感，而透過對外在之宗教信仰自由環境之保護，維護社會整體秩序並達成憲法所保障之宗教信仰之平等以及自由²²⁷。

而對於第 247 條至第 250 條之侵害墳墓、屍體等罪之部分，依過往司法實務的見解，因墳墓以及遺體所代表者，為人類過世後所承載其生命終結的最終處所，對於墳墓及遺體之保護，係保護社會敬重墳墓之善良風俗，為社會普遍所敬重，故對於墳墓無故予以發掘，即係破壞對於死者之崇敬感情及社會之善良習俗。又該保護並非針對墳墓本身或死者遺族，故無主之墳墓，亦在保護之列²²⁸。而依學說對於本罪保護法益之理解，亦是從屍體及墳墓對於人及社會之觀感出發，而基於傳統社會風俗對於往生者所生之敬畏之心而反映於行為之上所構成之社會秩序，而以一般人對於死者之敬畏感情作為本罪之保護法益²²⁹。

因此，從上述侮辱宗教建築物或紀念場所罪、妨害祭禮罪之保護法益以及侵害墳墓、屍體等罪之保護法益進行觀察可以發覺，本罪章所規範之犯罪行為主要均係從宗教情感之保護以及墳墓、屍體之虔敬情感保護作為出發點，而對於宗教以及墳墓、屍體而言，為何對於其之情感屬於會影響社會整體秩序而值得被以刑法保護，則必須從宗教、墳墓以及屍體的性質加以觀察。對於宗教來說，按法國社會學家涂爾幹的定義，所謂宗教是一種與神聖事物相關的信仰與儀式所組成之統一體系，而將對之贊同者團結於同一道德群體中²³⁰。意即，宗教所代表者為具

²²⁷ 陳子平，刑法各論(下)，元照出版，頁 518，2020 年 1 月，3 版；謝庭晃，褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪之研究，刑事法雜誌，第 50 卷第 1 期，頁 39-41，2006 年 2 月。

²²⁸ 最高法院 70 年度台上字第 3333 號刑事原判例；最高法院 108 年度台上字第 2719 號判決。

²²⁹ 謝庭晃，同註 227，頁 41-42。

²³⁰ 涂爾幹著，芮傳明、趙學元譯，宗教生活的基本形式，桂冠圖書，頁 63，2007 年 4 月，初版三刷。

有顯著社會性之事物，其對外之表現為表達集體實在的集體表象，所為之祭典、儀式則是產生於集合群體中的行為方式，並作為激發、維持或重構群體中的某些心理狀態²³¹。而對於日常生活中不可名狀之事物，宗教有特別的力量能讓人心生敬畏，並且對於特定宗教的信仰者而言，與神聖事物有關之宗教建築以及祭典儀式等，均是讓其心生敬畏之事物。簡而言之，宗教對於整體社會來說，往良善面思考而排除特定邪教的部分後，對於特定宗教信仰者而言，宗教的存在對於其之生活屬於指引其生活方式甚至於方向之重要準則之一，而能夠成為其生命中的典範。甚而透過宗教的存在，能夠對於信仰者人格之養成起到關鍵的作用，而具有象徵性。因此，宗教往往被視為其信眾於心靈層面的避風港及引路者，而具有完善其人格並豐富其心靈之功能²³²。因而對於社會整體而言，宗教所具有之內在功能即是穩定社會的重要支柱，而對於內在功能之保護，除卻對於宗教自由之維護而不允許偏袒或是壓制特定宗教以外，不論是何種宗教，往往都具備外在彰顯之形式，對於象徵宗教之媒介以及宗教對外所表現之方式，即係為了維護內在信仰自由所必不可少之要件。意即，保護宗教外在表現之形式，另一個角度來說，即是保護了內在宗教信仰，而使每個人均能夠有更多的信仰自由，而保障了憲法所保護的宗教自由²³³。因而，對於整體社會的秩序而言，從宗教對於社會所具備之象徵性觀察，本罪保護法益之宗教情感之核心即在於宗教所具備之象徵性對於社會而言所具備之價值。

同樣的，對於侵害墳墓、屍體等罪其之保護法益為墳墓、屍體虔敬情感之保護，為何該情感具有以刑法保護之實益，其核心思考益可以從社會對於屍體以及墳墓等所象徵之意涵進行觀察。對於墳墓以及屍體來說，其之價值並不在於客體實物本身，而係在於該墳墓及屍體對於其他人而言的象徵意義。而就此部分之象徵意義，又可分為墳墓屍體遺族之象徵以及整體社會對於墳墓屍體之象徵。就前

²³¹ 涂爾幹著，芮傳明、趙學元譯，同註 230，頁 9-10。

²³² 涂爾幹著，芮傳明、趙學元譯，同註 230，頁 473。

²³³ 謝庭晃，同註 227，頁 40-41。

者而言，雖本罪章所保護者並非遺族對死者的追思之情，但由於對於社會上的每一個人而言，其均有成為遺族之可能性而於其親屬往生時具備追思之意而使得其親屬之遺體及墳墓成為承載其思念之象徵。而將單一個人的追思之情放大到整體社會，基於墳墓對於每個人均具有之象徵性，即會發現保護對於遺族具備象徵意義之墳墓及遺體即成為社會之共識。而從後者的角度去思考，由於社會上對於往生者的態度，並不全然係自遺族對於其所具備之情感，對於墳墓及遺體侵害之避免，自傳統習俗觀察，除了根基於傳統禮教所形成之喪事祭儀，對於往生者有著入土為安、死者為大而對於墳墓、屍體有著尊重、敬畏並希冀不會打擾往生者之用意外，另有對於無名屍或無名墳墓等再行安葬所形成之義塚、厲壇，並進一步請求其庇佑及避免作祟所形成之民間厲鬼信仰如有應公、大眾爺等²³⁴。由此可知社會對於往生者所抱持的敬畏心情，多係由於傳統民俗文化所衍伸而成，因而使得外在顯現之墳墓以及屍體等，成為社會對於該傳統文化習俗之象徵。換言之，不論對於墳墓及屍體之敬畏之心，是源自於對於往生者思念心情集合之象徵而成為社會秩序的一部形成保護的普遍共識，抑或是來自於傳統社會風俗對於死者之敬畏並加以衍生而成之崇敬象徵，均可以觀察到對於毀損墳墓、屍體等罪保護法益的核心，亦在於該墳墓、屍體對於社會上的一般人所具備之象徵性。

因而，將文化法益所具備之文化的象徵性價值與褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪保護法益進行比較，即可以發覺不論是宗教情感維護的保護法益或是屍體墳墓崇敬情感的保護法益，其保護之情感的核心價值均在於宗教所具備之象徵性、墳墓屍體所具備之象徵性。進一步觀察，毋寧說本罪章保護的與其說是一般人及社會對於宗教、墳墓、屍體之崇敬感情，其所保護者應進一步探究該感情之本質而為對於此類對社會具有重要意義之象徵性不因此而受到侵害，而該象徵性由於係抽象之概念，故透過保護象徵性所依存之媒介即壇廟、寺觀、教堂、墳墓、公眾紀念處所、祭禮、屍體等不受到侮辱、毀損、破壞。而這類對社會具有重要意義

²³⁴ 台灣大百科全書 <https://nrch.culture.tw/twpedia.aspx?id=1979> (最後瀏覽日:2022.09.21)

象徵性之宗教、墳墓、屍體具備象徵性的根源，係源自於社會對於特定文化風俗的呈現，該象徵性亦屬於對於宗教文化及傳統風俗的象徵。換言之，壇廟、寺觀、教堂、墳墓、公眾紀念處所、祭禮、屍體從象徵性的角度加以觀察，亦符合文化資產的定義而屬於廣義的文化資產。因而，褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪之保護法益作為保障其象徵性時，本身即是一種對於特定文化之反映，二者均透過保護媒介之方式達成保護背後象徵性之規範目的，故與文化法益具有家族相似性。因此，在褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪屬於刑法保護之核心事項而具有刑法之保護法益時，對於文化法益而言，由於與褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪之保護法益具有家族相似性，因此在確認文化法益所保護之客體與本罪之客體一樣具有對社會重要之象徵性價值者，即可肯認其屬於刑法核心保護之事項而具有以刑罰保護之必要性，為刑法所保護之法益。

第二項 文化法益的意義

在透過家族相似性之方法藉由環境刑法以及褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪之保護法益推導出文化法益與二者均具備家族相似性，而推導出文化法益確實為刑法核心保護之事項後，如前所述，由於對於文化保護之方式相當多元，因此在區別何種保護行為值得以刑法加以保護而具有刑事不法時，作為判斷之核心即為文化法益之具備與否。因此，在思考違反文化權之行為係屬於行政不法抑或是刑事不法之前，必須要將文化法益之存在實益以及區隔標準加以說明，作為後續判斷行政不法以及刑事不法之前提要件。

第一款 文化法益的存在實益

對於文化法益之存在實益為何，承前所述，對於文化權而言，其所涵蓋的範圍包含了文化參與、文化近用以及文化保護。而在文化保護的範圍中，對於可以實施的手段又可以再區分為透過獎勵補助之方式以及透過處罰以限制侵害行為之方式。又對於透過罰則限制侵害文化權行為之手段，又有以行政罰之方法以及

透過刑罰之手段達成保護之目的。因而，在透過罰則來達到文化保護之目的時，於判斷該用行政罰亦或是刑罰作為手段時，即必須透過文化法益加以觀察。故就文化法益之存在實益為何，即必須要回到前述對於法益概念之功能出發，對於法益概念而言，現階段仍不可取代之功能為對於犯罪行為體系之判斷、對於犯罪行為內涵之解釋以及對於犯罪行為可罰範圍之限制。

而將前述法益之功能其套用到文化法益上，首先，可以知悉文化法益在判斷其所處之犯罪行為體系中，從前述運用家族相似性所對照之環境法益以及褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪章之保護體系加以觀察可以知悉，由於文化法益與環境法益以及褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪章之保護法益具備家族相似性，而環境法益在規範體系上基於其於解釋上以生態及人本雙重法益作為保護之核心而將保護範圍著眼於對未來世代人類利益之永續維護，兼之環境刑法典型規範條文之刑法第 190 條之 1 之規範章節於刑法之公共危險罪章，而屬於針對不特定人之行為規範，為超個人法益²³⁵。同樣的，褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪章在規範體系上，由於其所保護者並非針對特定之遺族情感，而係為宗教、墳墓屍體等對於整體社會及一般人而言之重要象徵性，為針對不特定多數人之行為規範，而於刑法典之體系上其亦置於刑法第十八章，實務之傳統認定屬於社會法益之範圍，亦屬於超個人法益。因此，對於文化法益而言，從家族相似性之角度觀察，其之類型自與環境法益及褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪章之保護法益相同。兼之自前章對於文化之價值及保護重要性觀察，文化法益所保護者既為具有保護重要性之文化價值，而文化資產又係對於不特定多數人開放所得共同享有，不屬於任何人能夠獨佔者，自然並非針對特定人之法益，而於體系上屬於超個人法益。

其次，在對於文化法益作為犯罪行為規範內容之解釋上，以後續將作為探討主軸之文化資產保存法為例，其中對於文化資產保存法第 103 條第 1 項第 2 款之損毀古蹟的判斷上，從古蹟的本質觀察，其最基本之性質為建築物，在判斷對於

²³⁵ 李聖傑，同註 222，頁 75。

毀損古蹟之定義時，若僅係從對於古蹟本體之建築物之毀損判斷時，與傳統在判斷建築物或是一般物之毀損之定義相同而包含毀棄、損壞或致令不堪用，必須判斷建築物之全部或一部效用喪失或是致令不堪用方屬於毀損，但由於對於古蹟而言，其獨立以文化資產保存法第 103 條第 1 項第 2 款規定毀損其行為之刑事責任時，及代表對於古蹟之思考模式，不能單從建築物之角度觀察，而必須透過文化法益加以觀察其毀損行為而必須從文化法益的角度去解釋本款之毀損，方為妥適。此即文化法益在犯罪行為規範要件解釋上之功能。

第三，將法益對於犯罪行為可罰範圍限制之功能套用到文化法益上，承前所述，在文化多元價值的概念底下，文化與文化間並不具有高低優劣之分，在許多事物上，背後亦有所代表之不同文化，因此許多事物均能夠作為文化之媒介而成為具有文化意涵之客體。故對於文化保護之對象而言，倘若對於所有的文化及其媒介均透過刑法加以保護，或者是在界定何者為具有保護必要的文化及其媒介時，若不透過某些原則加以限制，會使得政府將文化保護做為其許多政策執行之背書理由，毫無限制的擴張其限制手段而透過刑法手段去限制人民之權利達到其所欲達成之目的，反而對於人民其他基本權造成更大的負面影響進而造成基本權衝突的對立加劇。因而，所並非所有承載文化之媒介都必須透過刑法加以保護，此時對於文化保護以刑罰作為手段之界限，並非任意由國家去創設，必須透過文化法益去建構出值得以刑法保護之框架，而不至於使得刑罰權的範圍過於擴張而違背刑法謙抑性之原則。

綜合上述，對於文化法益存在之實益即文化法益所具有之功能為何，對於判斷侵害文化之行為之刑事責任為何時，透過文化法益夠定位其於犯罪體系中屬於超個人法益或是實務所稱之社會法益；並且在判斷侵害行為之構成要件上，不單單只是從其所侵害之媒介的手段思考，必須將文化遭受破壞之情形納入侵害手段之考量；而在侵害行為是否值得以刑法作為制裁手段時，透過文化法益亦能夠較為清楚的劃定處罰之邊際而達成限制刑罰權實施之範圍。

第二款 文化法益的判斷標準

確認過文化法益之存在實益後，進一步要確認者即為文化法益在判斷上之區隔標準，而此處所稱之區隔標準，係指在文化法益的判斷上，要以那些標準為之，即如何判斷文化法益所保障之範圍。而針對區隔標準，可以分為兩個層次，第一個層次為文化法益的內涵為何，此部分除了涉及對於判斷特定之文化媒介是否具備文化法益之標準，並且對於侵害文化法益的行為而言，亦必須從文化法益之內涵去作為侵害行為強弱之判斷標準。而在建立判斷之標準後，第二個層次即是對於文化法益客體之判斷，意即如何篩出屬於文化法益所保護之客體，而此部分會涉及具體化文化法益邊界之判斷而進一步影響到後續對於侵害文化法益行為之內容。

第一目 文化法益的內涵

首先，針對文化法益之內涵為何，涉及到應從哪些角度判斷具備文化法益與否，由於對於文化概念以及其媒介而言，其本身之存在與否為中性之概念，但若涉及到透過外力進行保護時，在判斷具備文化法益與否而選擇並劃定範圍時，牽涉到價值之取捨，故為避免落入任意評價其範圍，仍必須從前章對於文化所具備之價值以及對於文化及文化資產之保護必要性進行觀察。對於特定文化及其媒介而言，若認定其存在文化法益時，代表著該事物及其所蘊含之價值具有以刑法保護之必要性。換言之，判斷文化法益的內涵即係觀察文化之價值哪些是具有刑法保護之必要者。

從文化的多元性價值觀察，其作為文化價值的核心基礎，代表著社會希望存在著多元的文化而創造人格自我開展養成之環境²³⁶。因此，將其與環境法益的保護核心互相對照可以發覺，由於環境法益為人本與生態雙重核心，於人本方面，

²³⁶ 許育典，多元文化國，月旦法學教室，第6期，頁36-37，2003年4月。

環境法益之內涵著重在於對於人類之生存來說，係無法脫離環境而獨立存在，因此維護人類所生存之環境是人類自由發展其人格之前提²³⁷。而在現代社會發展下，對於人類人格發展之前提，已經不限於生命身體之生理需求之滿足，而上昇及於對於人性尊嚴之維繫以及自我實現之追求之心理層次。文化多元價值之核心內涵在作為確保人格自我開展之環境，亦屬於對於人類人格自由發展之前提要件，從這一觀點觀察，文化法益之文化多元性價值之核心內涵與環境法益之核心內涵亦具有家族相似性而亦應具刑法保護之必要性。

但由於對於社會上所存在的多數事物而言，背後或多或少都可以被歸類到某一個文化之中，意即社會上多數的事物只要其背後所具備的文化價值沒有違反人性尊嚴者，從文化的多元性價值觀察即不能否定它存在的價值。故在判斷特定文化及其媒介是否具刑法保護之必要性時，較無法透過文化的多元性價值中對於多元文化的存在判斷其是否具有文化法益。因此，在進一步思考文化法益的內涵時，仍應思考文化的真跡價值、文化的時間價值以及文化的象徵價值這三個部份於文化法益的內涵中所具備之刑法保護必要性。

從文化的時間價值所具備之不可逆性去對照文化法益之內涵，於此部分是否具有刑法保護之必要性，可以回到前述與其具有家族相似性之環境法益加以觀察。由於環境法益依目前多數的見解係以人本與生態雙重法益作為保護之核心。其中對於生態為核心著重在於作為媒介之環境的存在必須要能夠永續發展。而從環境永續存在本身加以觀察，世界自然憲章即明言：「每種生命形式都是獨特的，無論對人類的價值如何，都應得到尊重²³⁸。」對於目前地球上之整體環境而言，在人類尚未往其他星球進行移民之前，人類所生存的環境即是有限的，即環境媒介並非無限而是有其之界限。同時，對於現在存有的每一個生態系而言，其存在之形式以及內部之構成亦是獨一無二而難以透過方式將整個環境搬移到其他地

²³⁷ 潘怡宏，現行刑法汙染環境媒介罪之修正芻議，月旦法學雜誌，第 278 期，頁 37，2018 年 7 月。

²³⁸ 世界自然憲章，<https://www.un.org/zh/documents/treaty/A-RES-37-7> (最後瀏覽日:2022.09.28)

域。因此，一旦遭受到超過承受範圍的破壞，對於環境來說，其即必須要花極大的成本及時間復原甚或是無法回復到原先之狀態，而具有不可逆之特性。換言之，由於環境永續這一命題的前題即是地球的環境及資源是有限的，倘若人類之開發以及汙染行為超過環境所能負擔之範圍，而使得生態之平衡受到破壞，將會造成環境無法自主修復而產生耗竭而形成不可逆之負面影響。因此，從環境法益生態永續之面向觀察，環境永續對於保障人類永續發展而言，係不可或缺之重要條件，而其價值重要性之前提即在於環境之有限性及受破壞之不可逆性²³⁹。而文化法益與環境法益相似，由於人類人格發展並非僅限於當代，亦具有永續保存而使得人類文明發展能夠永續之必要，而對於文化之媒介而言，作為乘載人格發展重要基礎之文化的載體，倘若該媒介因遭受到侵害而使得其之存續中斷而消失，亦將造成該媒介所代表之文化失所附麗亦伴隨消逝，影響人類人格之養成，而同樣具有不可逆之特性時，保護其之必要性即與保護環境之必要性具有相似之程度。因此，文化法益之時間性價值所衍生之不可逆性價值即具有以刑法保護之必要性而得作為文化法益的內涵之一。

從文化象徵價值之典範性去對照文化法益之內涵，於前述對於褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪章之保護法益之內涵觀察可以發覺，其所保護者係透過宗教對外表現之形式之保護以保護宗教對於社會之象徵性不被減損以及透過對於墳墓、屍體之保護達到社會對於逝去者之象徵以及民俗習慣之象徵不受到減損。換言之，既然褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪章之保護法益與文化法益間具有家族相似性，甚至是可以將褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪章看做是對於特定文化之保護之型態之一，因而，對應到褻瀆祀典侵害墳墓屍體罪章以象徵性作為法益之保護內涵而具有以刑法保護之必要性，對於文化法益來說，具有相似價值的文化的象徵性價值所具有之典範性亦應具有以刑法保護之必要性而得作為文化法益的內涵之一。

而從文化真跡價值之獨特性以及稀少性去對照文化法益之內涵，如前章對於

²³⁹ 許玉秀，水污染防治法的制裁構造—環境犯罪構成要件評析，政大法學評論，第45期，頁199，1992年6月。

文化的真跡價值之概念所述，文化的真跡價值係附隨於文化的其他價值之上，而作為對於具備文化多元性價值、時間性價值以及象徵性價值之文化媒介保護之判斷依據。意即，在認定特定之文化媒介以及其所代表之文化具有文化多元性價值、象徵價值以及時間性價值後，雖然這些價值具有以刑法保護之必要性而為文化法益之內涵，惟倘若該文化媒介能夠大量複製或是該文化媒介之存在係普遍而不具有獨特性以及稀少性時，由於不會因為該媒介受到破壞而使得背後之文化因此而受到減損抑或是消失，故對於該文化媒介之破壞即不會造成文化的價值因而受到減損，而不會動搖到前述文化法益具刑法保護必要之內涵。換言之，文化法益透過文化的真跡價值之獨特性及稀少性去建構出法益之邊界，而將文化法益之適用範圍限縮到若受到侵害會動搖到文化價值之具獨特性及稀少性之文化以及文化媒介，而亦作為文化法益的內涵之一。

第二目文化法益客體的判斷

在確認過文化法益之內涵後，進一步則是如何篩出屬於文化法益所保護之客體。由於文化法益之客體即係承載著各式文化的文化媒介，而對於文化的媒介而言，如前所述在每一個社會上的事物都有可能承載著文化時，要如何篩出具文化法益之客體以及由誰決定這些客體，即是判斷文化法益客體內容所要面對的問題。而在判斷哪些文化以及其之媒介具備文化法益而值得以刑罰作為處罰方式時，由於對於文化媒介所具有之文化價值及其保護必要性之判斷，難以直接從一般人的角度及予以定性，而涉及到專業性及技術性之事項，故必須觀察其與行政行為之關係，就此部分，學理上有從刑法之行政從屬性的角度進行思考。

所謂刑法的行政從屬性概念，係指行政法對於刑法所生的規範效應，使刑法之規範接收了行政法或是行政處分之規範，而將其作為刑法構成要件要素之一部份，其內容而言包含了刑法對於行政法規範依賴之行政法從屬性以及刑法對於行

政個案決定依賴之行政處分從屬性²⁴⁰。就刑法的行政從屬性的目的，從功能最適理論的觀點出發，係對於特定事項之特性，由於其概念或是內涵具特殊性、專業性或是技術性，而難以直接透過立法者即明確訂出，故應根據該特定事項之屬性，交由具專業技術或是條件之行政機關將該刑法規範加以補充²⁴¹。而對於刑法的行政從屬性，依照目前學說之分類方式，根據其與行政之間之從屬程度，可分為獨立型、絕對從屬型、相對從屬型三種規範型態²⁴²。就獨立型而言，雖稱之為獨立型，但實際上並不需要所有之構成要件要素之解釋均獨立於其他規範，故學說上亦稱為概念上的從屬性，只要其規範之構成要件獨立於行政命令或行政法規，而具有完整的不法構成要件內涵，可以依照內在於法規範的規範目的來進行法益關連性的和目的性解釋，即屬之²⁴³。而絕對從屬型，係指該刑罰規範之規範內容，僅以違反某行政法令或是違反某行政義務作為規範之內容，故於解釋上必須將該法令或義務之違反作為解釋法益侵害危險關連性之基礎，而屬於徹底之行政義務違反犯²⁴⁴。至於相對從屬型，存在兩種規範模式，其一係於刑罰規範要件內容上，除了違反特定行政法令或是行政義務外，亦存在特定行為或是狀態變更的具體描述之獨立解釋構成要件之空間。其二則為透過行政機關所制定之管制基準作為惹起法益危險之標準，而處罰逾越行政機關所制定之管制基準值的行為²⁴⁵。

因而，對於侵害文化法益行為處罰構成要件之行為客體的思考上，對於文化法益之行為客體為何即判斷社會上之文化媒介是否為文化資產，在概念上，對於文化媒介是否屬於文化資產，由於其牽涉到對於特定文化媒介是否具有值得保護文化價值之認定，而就文化媒介之保護並非僅限於以刑罰作為手段之保護，其亦包含了對於文化產之管理維護、修復再利用、補助等。因而在對文化資產之判斷，

²⁴⁰ 許宗力，行政法對民、刑法的規範效應，行政法實務與理論（一），頁 90，2003 年 3 月。

²⁴¹ 許宗力、謝在全，釋字第 680 號解釋協同意見書，頁 7-10。

²⁴² 謝煜偉，論排放毒物污染環境媒介罪：與各環境行政刑罰法規之關連性，臺大法學論叢，第 48 卷特刊，頁 1389，2019 年 11 月。

²⁴³ 謝煜偉，同註 242，頁 1389-1390。

²⁴⁴ 謝煜偉，同註 242，頁 1390。

²⁴⁵ 謝煜偉，同註 242，頁 1390-1391。

由於涉及層面包含了專業性、技術性之事項，從功能最適的角度，係交由專業之審議會審議後復由主管機關公告之²⁴⁶。故對於文化資產之認定，於性質上，文化資產之指定、登錄屬於行政處分而為行政機關之職權範圍。其次，將上述行政機關所認定之文化資產置於侵害文化法益行為之構成要件之思考上，在構成要件要素中，由於對文化資產之認定屬於侵害文化法益之行為客體之認定而不涉及到侵害之行為，對於相關條文上有關於文化資產之認定及解釋，僅係對於文化資產之概念而為之，而因其在認定上具備專業性以及技術性，故難以直接認定而須透過行政機關之認定予以補充說明。因此，對於文化法益行為客體之判斷上，其並非針對文化資產審議及認定之行政法上之法令規範或是具體之行政處分等行為進行侵害法益與否之判斷，而係立法者透過空白刑法構成要件之規範模式，使行政機關對於文化資產之概念以及其內涵予以補充、具體化。換言之，就侵害文化法益行為中對於構成要件行為客體之判斷上，由於對於侵害法益之行為並未涉及透過行政之方式加以定性，而係對於文化資產之概念以行政權之方式加以補充，因此，在區隔文化法益客體之部分，即係由行政機關透過審議會判斷文化之價值及其保護必要性，其性質屬於行政從屬性獨立型之概念上從屬，而該判斷不涉及到對於侵害法益行為之判斷。

第二節 違反文化權行為的行政不法與刑事不法

在確認過文化法益之客體是由誰以及以何種標準進行判斷之後，進一步即是針對侵害文化法益行為之判斷問題，意即對於文化法益而言，係以何種標準判斷哪些行為屬於侵害文化法益之行為。就此部分，承前所述，基於功能最適原則下的思考，對於文化之保護而言，其所涉及的文化媒介相當多樣，所用的保護手段亦有所不同，而對於不同媒介所能夠施加之侵害手段以及該手段所造成的文化侵

²⁴⁶ 舉例而言，對於古蹟之審查程序，可參考古蹟指定及廢止審查辦法之相關規定，其中對於審議會之組成即其成員，可參考文化資產保存法第6條以及文化資產審議會組織及運作辦法第4條。

害情狀之輕重亦不相同。因而，對於不同媒介的保護規範以及對於其之侵害行為，在其具備專業性、技術性判斷的前提要件下，通常係透過行政法以及相關之命令、規則等來加以規範。故對於文化法益客體及文化資產之相關保護規範，主要係透過具行政法性質之文化資產保存法加以規定。而為了確保上述於行政法中之保護目的能夠實現，對於違反保護義務之行為或是破壞行政法所構成之秩序者，通常會透過一定法律效果的搭配，課予違反者不利之法律效果，而這類不利之法律效果，即被稱為廣義之行政罰²⁴⁷。而在廣義的行政罰體系下，對於該類違反行為進行處置之手段，按該處置手段之規範目的，有以為防止、預防危害發展為目的之管制性不利處分以及對於違反義務行為制裁為目的之裁罰性不利處分之分別，並不限於裁罰性不利處分即單純之行政秩序罰，而包含行政懲戒罰、行政執行罰在內²⁴⁸。此外，對於某些違反行政法上義務之行為，由於這類行為於本質上具有較高的倫理道德非難性，故對於此類行為，於法規範之制定上直接科予其刑罰者，而屬於行政刑罰之範疇，此部分亦被認為屬於廣義之行政罰。因此，在對於侵害文化保護之行為所採取之制裁手段，由於能夠採取之手段並不僅限於行政罰或是行政刑罰，而係兩種手段交互使用。故對於特定之侵害行為係以刑事不法之刑罰為之抑或是以行政不法之行政罰作為制裁，其所涉及者即為對於行政不法以及刑事不法內涵之認識。故在探討侵害文化法益行為之刑事不法的界限前，必須先就如何劃定刑事不法之界線進行探討，而此部分即涉及到刑事不法與行政不法間之區隔以及二者之性質為何。因此，本文會先就行政不法及刑事不法之概念進行探究，並探討二者間之關聯性為何，以對刑事不法與行政不法之區別進行定性，來作為後續對於評斷侵害文化法益行為刑事不法之基準。

第一項 行政不法及刑事不法之概念

²⁴⁷ 林明鏘，行政法講義，新學林出版，頁 252，2018 年 4 月，4 版；洪家殷，行政罰法論，五南出版，頁 5，2006 年 11 月，2 版；陳文貴，談我國行政罰法制度下的行政不法行為與刑罰之界限——行政法學與刑事法學的對話，法學新論，4 期，2008 年 11 月，頁 110-112。

²⁴⁸ 林明鏘，同註 247，頁 252。

首先，就行政不法的概念為何，就行政法學者之觀點，有認為當行為人未遵守行政法規範，以致違反行政法上義務而形成之不法，即為行政不法，依此觀點，行政不法包含了行政秩序罰、行政懲戒罰、行政執行罰以及行政犯在內，而屬廣義之行政罰所反映之不法²⁴⁹。亦有認為所謂行政不法，係於秩序不法領域內，對於行為人違反行政法上義務之行為，而以刑法典所定之主刑及從刑以外之處罰，若按此觀點，行政不法所包含之範圍應僅限於狹義之行政罰²⁵⁰。由此可知，在行政法領域內對於行政不法內涵之解釋上，主要差別在於對於「行政刑罰」是否被包含在行政不法之範圍內，亦即，對於行為人違反行政法上義務，而法律規定以刑罰作為制裁手段之行政犯而言，是否屬於行政不法之範圍。此一問題之根源係因為早期於行政法之運用上，對於行政罰、行政犯、法定犯以及行政不法等符號的運用上，由於欠缺統一之定性，故在符號的使用上有相當之分歧。有將法定犯作為行政不法行為之定義者，而認為行政不法係源於法律之禁止規定，而以行政制裁稱呼行政不法行為；亦有將行政犯與法定犯作同一解釋，而認為法定犯係為了貫徹行政措施而對違反行政規定者所施加之刑罰處罰；亦有將行政犯與行政罰畫上等號，以行政罰作為稱呼違反行政法義務之制裁，行政犯則為違反行政法義務之行為，並將行政犯作為與刑事犯對應之符號²⁵¹。

在前述符號未能有統一定性之情況下，對於行政不法概念的內涵定性，必須先處理行政犯等符號之定義問題，方能夠釐清對於行政不法內涵的涵蓋範圍。而對於行政犯之定義，如前所述，其用語上因觀察視角之不同，而產生對於行政犯理解上之差異，有著重於其係規範行政法義務而屬於行政法規範之層面，亦有關注其以刑罰作為制裁手段而屬刑法之範疇。然而觀察行政犯之本質，其係源自於早期歐陸刑法對於犯罪行為所具有之自然犯及法定犯之區別，自然犯係基於自然的法概念而對於行為本質違反整體社會秩序之行為所施以刑罰之制裁者，亦稱為

²⁴⁹ 洪家殷，同註 247，頁 5-6。

²⁵⁰ 陳文貴，同註 247，頁 102。

²⁵¹ 詳參陳文貴，從行政罰法看行政不法與刑事不法之交錯，法令月刊，第 58 卷第 11 期，頁 41-43，2007 年 11 月。

刑事犯；對於法定犯之定義則係指行為之本質並非當然違反整體社會秩序，係為達成行政目的，出於行政需求而對於違反行政法規者，以刑法之刑罰手段作為該行為之制裁，故亦稱之為行政犯²⁵²。因此，若自此角度進行思考，對於行政犯之定義，即不包含現在所稱之行政罰(行政秩序罰)，而僅限於行政刑罰之部分。換言之，行政犯此一符號在運用上，係作為在刑罰權之思考上與自然法相對之表徵，其本質上仍係以刑罰之角度作為制裁手段，而不涉及刑事不法及行政不法之判斷。

因此，對於行政不法以及刑事不法內涵之思考上，則不應將行政不法與行政犯直接進行連結，而在解釋上應回到從權力分立以及刑法的原理原則之適用進行思考。對於行政不法以及刑事不法之區隔，由於刑事不法行為所具備之應刑罰性以及係以最嚴厲之刑罰作為制裁手段而能完整適用刑法之原理原則，必須經由司法權透過刑事程序而為之；行政不法行為則係為達成行政秩序及目的而係交由行政權透過行政程序對其加以制裁²⁵³。故從權力分立之角度觀察，倘若係透過刑罰權加以制裁之手段，即應由司法權掌握；而行政權所能使用之制裁，應僅限於以行政罰手段所為之制裁方式²⁵⁴。意即，對於刑事不法之行為而以刑罰作為制裁手段者，不論其係屬於刑法核心領域之自然犯抑或是對於禁止惡所施以制裁之法定犯(行政犯)，由於其均具備刑罰之應罰性，故均屬於刑事不法行為之範疇²⁵⁵。而對於行政不法行為，則為對於行政秩序違反行為而科予行政罰之部分，對於科處刑罰之行政犯，則不被包含在行政不法之範圍內。進一步言之，在對於行政不法以及刑事不法之範圍已經透過刑罰權進行劃分的情況下，而將以刑事制裁規範作為回應者，限於具刑事不法之義務違反行為，故對於僅具行政不法之行政義務的違反，則僅能以行政罰加以回應而不應存在以刑罰作為制裁手段之類型。

綜上所述，對於刑事不法以及行政不法之概念應以所施以之制裁效果進行區

²⁵² 陳文貴，同註 251，頁 41。

²⁵³ 陳文貴，同註 251，頁 44-45。

²⁵⁴ 林山田，行政刑法與行政犯辯證，法令月刊，第 40 卷第 9 期，頁 20，1989 年 9 月。

²⁵⁵ 林山田，同註 254，頁 20。

別，而將行政不法行為之範圍限縮在狹義之行政罰上，而對於行政刑法之行政犯部分，由於其係以刑罰作為制裁手段，故仍屬於刑事不法之範圍。

第二項 行政不法及刑事不法之區隔

在釐清行政不法以及刑事不法之概念後，對於行政法上之規範義務之違反而言，倘若具行政不法性質者則以行政罰作為制裁手段；而若係具有刑事不法性質者則係以刑罰作為制裁手段。因此，接下來的問題便是在行政不法與刑事不法的交錯下，對於行政不法及刑事不法應如何區隔。就此，於學理上有質差說、量差說、量差質變說等不同見解，因此，本文以下將對於各學說進行介紹，並提出本文所採之見解。

第一款 質差說

質差說的觀點，係指行政不法與刑事不法間具有本質上的區別，其概念最早係出自於 18 世紀末到 19 世紀時德國在刑法法定以及規範明確性之要求下，認為應將犯罪行為及違警行為做區隔之對待。舉例而言，Feuerbach 即將違警行為定位為獨立於傳統刑事犯罪以外之不法行為，係國家為達成特定行政目的而為之手段；除此之外，Karl Binding 則透過實證規範理論認為犯罪與違警行為之區隔並非自然發生，而進一步以類似於危險犯之處理模式將犯罪區分為實害犯、危險犯以及不服從犯；另外，Reinhard von Frank 則將違警行為定義為構成要件中雖不需含有侵害或危險之要素，但可能隱含有危險或違背群體善良秩序之行為，而均將違警行為定位為與犯罪行為不同之行為態樣²⁵⁶。

而隨著學說發展，在國家社會主義下福利國家概念的興起，由國家擔負社會福利政策之思考，而對於區分說有進一步的影響及發展，例如 Goldschmidt 將行政罰法理解為：「國家行政在擔負公共或國家福祉任務時，得於國家法授權之範

²⁵⁶ 陳信安，再論刑事不法與行政不法之區別——以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心（上），興大法學，第 15 期，2014 年 3 月，頁 183-184。

圍內，將違反行政法上義務之行為以及違反行政法上義務之處罰二者加以結合所構成之規範整體。²⁵⁷」同時，對於行政罰規範標的與刑事罰規範標的之區隔，係從目的與手段之差異性進行區分，刑事規範所保障者為意志權利，即意志主體對於其所享有之權力領域所形成之法憲法之和平狀態。行政規範所保障者則為福利，而為不必然基於意志主體利益之實際理想幸福的絕對狀態，為集體良善秩序下人類共同生活所欲達到的目標²⁵⁸。換言之，違反刑事規範係對於意志主體之權力領域之侵害，亦即為法益之侵害，因此必須透過涉及行為人權力領域之手段即刑罰進行回應；而違反行政規範係對於公共福祉之福利目的達成之干擾，為對於促進目標達成之不作為，並非屬於實際已發生之損害。因此，對於行政罰之作用，即係透過懲處措施而迫使行為人一起達成福利之目標²⁵⁹。

除了 Goldschmidt 外，Erik Wolf 基於 Goldschmidt 的論述，並透過哲學之觀點對於 Goldschmidt 的區分說進行補充，其認為刑罰於行政罰之處罰類型雖於本質均係對於構成要件該當之行為人科予一定之法律效果而並無不同，但其在意義與價值上則有所不同。對於刑罰以及行政罰而言，從國家價值觀察，行政之最高價值為福利，為行政罰法之基礎價值，其透過福祉主義建構警察國家及福利國家之思維；而司法之最高價值為正義，為刑法之基礎價值，其透過正當主義建構法治國之思維，二者間處於競爭之關係²⁶⁰。而從法益與行政利益的角度觀察，法律價值係透過情感上與正義思想內容結合而彰顯正義價值之法益加以實現；行政價值則係透過國家將任意社會事實與行政價值相結合而彰顯福利價值之行政利益加以實現。因此，對於違反刑事不法者，為違反社會最一般性之禁令，而抵觸法共同體所形成之內在倫理確信而具有反社會性及危險性之特徵。而違反行政不法者，實際上僅係欠缺社會熱情而未共同追求社會之福祉，並不具有反社會性及危

²⁵⁷ 陳信安，同註 256，頁 185。

²⁵⁸ 陳信安，同註 256，頁 185-189。

²⁵⁹ 陳信安，同註 236，頁 189-196。

²⁶⁰ 陳信安，同註 256，頁 196-199。

險性之特徵²⁶¹。

而對於前述區分犯罪行為與秩序違反行為之質差說，由於其係立基於權力分立原則所推導出之行政領域與司法領域所既存之差異性。故於納粹時期國家追求行政與司法一體化的概念下，被從根本上受到否定而成為少數見解。但於二戰結束後，Schmidt 在對於經濟刑法之思考上，對納粹時期將犯罪與秩序違反行為混淆而以有無公共利益作為犯罪或是秩序違反行為處罰標準進行反思，而於本質上再將違反行為重新區分為刑事不法行為與行政不法行為。其根據權力分立之思維區分司法與行政之功能領域，並透過不同場域理論將利益場域區分為代表法益之實質經濟生活利益場域以及代表行政利益之行政上之利益場域，前者藉由對法益造成具體可度量之損害而彰顯了司法不法之特徵；後者則限於在社會方面未逾越行政上利益場域之秩序違反行為。因此，透過對於前述之區分見解，對於所適用之刑罰與行政罰而言，亦具有明確之區隔，刑罰之目的係綜合應報以及預防理論而在於贖罪及教育；反之，行政罰之目的並不在於教育或是贖罪，而是行政機關就單純之行政事務威嚇思想之彰顯²⁶²。

除了上述基於德國刑事法及行政罰發展脈絡下所發展出之質差說的見解外，亦有質差說之見解係從羅馬法出發而認為刑事不法之惡性為存在於與生俱來行為本質之自體惡；行政不法之惡性為源自於法律禁止規定之禁止惡、以及從社會倫理價值判斷而認為刑事不法行為係出自於自然法之倫理的不法而具有社會倫理性質；行政不法行為是觸犯秩序規章而不涉及觸犯社會倫理價值者²⁶³。而從不同觀點切入思考行政不法及刑事不法本質區別。

第二款 量差說

相較於質差說見解認為刑事不法與行政不法於本質上有質的區別，另有見解

²⁶¹ 陳信安，同註 256，頁 200-202。

²⁶² 陳信安，同註 256，頁 203-208。

²⁶³ 林山田，論刑事不法與行政不法，刑事法雜誌，20:2 期，1976 年 4 月，頁 39-44。

採量差說認為刑事不法與行政不法二者間於本質上並無差異，而僅有違法程度之量上的差異，刑罰為制裁較重之違法行為，較輕之違法行為則以行政罰制裁之。意即，典型之刑事犯固然有較高之反道德性及反倫理性而對於社會足以產生較大之損害，但對於典型之行政不法行為而言，並非全然無社會倫理道德之可非難性，縱使為純粹法律規定之義務，於長期實行而深植人心後亦可轉變為道德或倫理的要求，而有較低之反道德性及反倫理性²⁶⁴。此外，亦有見解從國家對於違反其所課與義務所為之制裁的目的角度進行觀察，雖然刑事不法係立基於個人責任主義而行政不法則係以社會連帶主義為基礎，但由於國家施予制裁之目的，在刑法使用範圍的擴張、制裁方式的多樣以及兩罰主義下，而產生行政刑法逐漸肥大化而使得政府常透過刑罰來對於嚴重違反行政法上義務者加以制裁，科與行政罰或是刑罰之標準常出自於立法政策之裁量，而非本於法律原理為之，所觀察之面向係出於行為人之違反行為對於國家、行政以及社會所造成之外部成本等各種因素，而非全然關注不法行為之惡性，故行政不法及刑事不法間的關係從涇渭分明之本質差異逐漸相對化而轉變為類似於光譜的關係，形成量差之關係²⁶⁵。

而在德國學說的發展中，Heinz Mattes 及 Herta Mattes 認為質差說將行政不法及刑事不法對立之基礎在於法秩序之理解係基於人類作為原始個體的思維所致，然於實際上，從人類的社會本質性觀察，人類並非孤立之個體而係於群體之中，法秩序建構之前提必然係以群體作為前提，換言之，只有在作為群體中之一份子時方擁有權利之概念可言。因此，在人類特有的群體連通性的情況下，對於權利的建構以及其內容和延伸之原理原則，並非以個別存在之個人作為存續，而係在群體中與他人共存為其標的。故對於法秩序的基礎而言，係立基於群體關係而建構之，不論是行政不法抑或是刑事不法均應自此一關係出發，因此於論證上質差說之前提並不存在，而無法藉由將個體之人與群體內之人、個體對於個體之

²⁶⁴ 陳敏，行政法總論，頁 696，2011 年 9 月，7 版。

²⁶⁵ 陳敏，同註 264，頁 696；李惠宗，行政罰法之理論與案例，2 版，元照出版，2007 年 10 月，頁 9；洪家殷，同註 247，頁 112-118。

義務與個體對於社會之義務以及群體關係對立而得出刑事犯罪與行政秩序違反行為間有本質上之差距²⁶⁶。

此外，Mattes 亦從社會國原則對於行政不法及刑事不法進行思考，由於在社會法治國下對於實質正義的內涵中，已被肯認其包含群體及福祉關聯性之概念，而應理解為個人作為群體的一份子所須擔負之社會義務。因此不能將正義以及權利套用到個別存在之個人或侷限在規範個別關係之內容上。意即，社會國原則作為客觀法之任務，其目的並非確保個別權利或是利益之存續，而係作為建構以及維持整體社會良善秩序。故在此一原則下，對於個人來說，基於群體連通性的概念，並無法獨立將個人所擔負之社會義務性與其他義務相分離，因此在法治國及社會國原則下，並無法將正義與福祉、權利目標與行政目標區分出獨立之領域，而使得刑事不法與行政不法的區分見解已然無法成立²⁶⁷。

而於我國實務見解中，雖早期於實務及行政法院之見解中仍係以質差說為主²⁶⁸，且於早期大法官解釋中並未直接就行政不法及刑事不法之區別為何進行表態，而認為基於立法形成自由，立法者在考量事件特性、行為侵害法益輕重以及所欲達到之管制效果後，得本於立法裁量之權限而得規定行政罰或是刑罰²⁶⁹。但於部分解釋中，亦有大法官於其意見書中表明國內多數學說及實務見解已傾向量差說及危險程度理論作為立法者立法形成自由之判斷基準²⁷⁰。而於近期之釋字 808 號解釋理由書中，更首度就社會秩序維護法中之違反該法義務之行為與犯罪行為之區隔，提及：「此等社維法第三編分則所規範之違法行為及其法益侵害，與同一行為事實之犯罪行為及其法益侵害間，應僅係量之差異，非本質之根本不同。」而明確表明對於社維法中之違反行政秩序行為之行政不法刑為與刑法中之

²⁶⁶ 陳信安，同註 256，頁 209-211。

²⁶⁷ 陳信安，同註 256，頁 212-213。

²⁶⁸ 例如：司法院院字第 2066 號解釋：「印花稅法之罰鍰，係行政罰而非刑罰，故不適用刑法總則關於時效之規定。」；最高行政法院 90 年度判字第 1241 號判決中對於時效規定亦從前述院字第 2066 號解釋之見解。

²⁶⁹ 司法院大法官解釋 517 號解釋理由書。

²⁷⁰ 司法院大法官解釋第 517 號蘇俊雄大法官不同意見書；第 751 號張瓊文大法官部分協同意見書；第 751 號蔡明誠大法官協同意見書。

刑事不法行為係採量差之見解。此外，雖我國行政法院早期所採見解傾向以質差說作為區隔²⁷¹，然於 2005 年行政罰法制定，而將刑事優先原則明文化後，認為刑罰與行政罰均屬於對違反義務之不法行為所為之制裁，但由於刑罰之制裁強度較行政罰強，倘若以刑罰制裁即能達到效果時，即無另外處以行政罰之必要²⁷²。因此，依據上開理由，可以知悉立法者係基於量差說而進行立法之考量，基此，我國行政法院對於刑事不法與行政不法之區隔，亦有改採取量差說之趨勢²⁷³。

第三款 量差質變說

由於現代國家功能的轉向以及對於違反義務行為之制裁手段相對化之情況下，使得刑事不法以及行政不法的概念逐漸相對化以及模糊化，因此對於堅持前述質差說見解之基礎已然逐漸變得薄弱，除了改採量差說之外，亦有見解將量差說以及質差說之觀點綜合考量後，而提出量差質變說之見解。本說見解認為，基於人文社會科學的視角，對於人類行為之價值判斷上，存在量變而導致質變之情形，基於前述立場進而觀察刑事不法與行政不法二者之核心部分，其於本質上並不相同，但在刑事不法及行政不法彼此交錯之邊緣部分，所呈現者僅為量的差異。因此，可以將違反義務之行為區分為刑事不法行為、具行政罰效果之純正行政不法行為以及具刑罰效果之不純正行政不法行為²⁷⁴。對於刑事不法行為其本質上具有高度之社會倫理非難性以及反社會性，而對於社會會產生高度之危險及損害，故為了維護整體社會秩序以衡平惡害，故對於此類行為得以同樣具有倫理非難性之刑罰作為制裁手段²⁷⁵。而對於純正行政不法行為係違反國家所欲達成特定行政目的之行政義務，於性質上屬於違反價值中立之秩序誡命或是禁令，而不涉及到社會倫理可非難性，故透過行政罰作為制裁手段來對於行為人之違反行為進行警

²⁷¹ 吳庚，行政法之理論與實用，三民書局，頁 481，2016 年 9 月，增訂 14 版。

²⁷² 陳信安，行政罰法中刑事優先原則爭議問題之研究——以德國法制之比較分析為中心，臺北大學法學論叢，第 116 期，頁 130，2020 年 12 月。

²⁷³ 例如最高行政法院 108 年度判字第 396 號行政判決即是基於量差說而為判決。

²⁷⁴ 林山田，論刑事不法與行政不法，刑事法論叢(二)，頁 51-53，1997 年 3 月。

²⁷⁵ 林山田，同註 274，頁 53。

告或是促使行為人履行行政目的所欲其為之行政義務即可²⁷⁶。不純正行政不法行為雖同樣係對於特定行政目的之行政義務之違反，惟從該行為於客觀上對於國家行政或是整體社會秩序所產生的危害，以及從主觀上對於行為人之動機與惡性加以觀察，不純正之行政不法行為具有較為強烈之不法內涵，並非僅對於行政秩序之干擾，而達到社會倫理之可非難性對社會已產生負面之負擔，故僅以行政罰手段已無法反應其之負面影響，而有必要透過刑罰手段加以制裁²⁷⁷。換言之，不純正行政不法行為雖於本質上係立基於行政不法之秩序違反性上，惟自其法律效果觀察則因其情節之惡性與單純之行政秩序違反有所不同而提高為刑事不法之範疇，故對於其之刑事不法的意義則與傳統之刑事不法略有差異，而必須思考其本質仍為行政秩序之違反，係對於未然行為之警告，而不包含對於已然行為結果之應報²⁷⁸。

而就不法行為應定性為刑事不法行為抑或是行政不法行為，林山田教授則從四個角度進行觀察，分別為行為質的考量、行為量的考量、行政管理政策的考量以及刑事政策的考量。

就行為質的考量上其係自社會倫理非難性之有無以及社會基本價值之維繫進行觀察，倘不法行為係屬於社會倫理可非難之行為，則為刑事不法之犯罪行為，反之則為行政義務不履行之秩序違反行為。而若該不法行為所侵害者係對於社會的基本價值之破壞而影響到社會共同之生活利益，則屬於刑事不法行為，反之，不法行為所破壞者無涉社會共同生活之基本價值者，則屬於秩序違反之行政不法行為²⁷⁹。

就行為量的考量上，則係觀察犯罪行為與秩序違反行為間，其差異在於行為之輕重程度以及行為出現頻率之高低，對於行為後果產生之危險或實害較嚴重者或是違反行為出現頻率較高而為社會無法忍受者，則為刑事不法行為；反之，程

²⁷⁶ 林山田，同註 274，頁 53-54。

²⁷⁷ 林山田，同註 274，頁 54-55。

²⁷⁸ 林山田，同註 274，頁 55。

²⁷⁹ 林山田，使用刑罰或秩序罰的立法考量，刑事法論叢(二)，頁 73，1997 年 3 月。

度較輕或是出現頻率較低者則為秩序違反行為²⁸⁰。

對於行政管理政策之考量則係自權力分立及功能最適的角度觀察，由於司法權所掌握之制裁權為以刑罰為手段之刑罰權，而由行政權所掌握之制裁手段則為行政罰。因此，對於不法行為之判斷上係屬於刑事不法行為抑或是行政不法行為，從行政管理之立場，依功能最適理論則應將由行政機關管理能夠有效達成目的者，對於違反其之不法行為定性為行政不法行為，以行政罰作為其之制裁手段；而將必須透過刑事司法程序方能有效處理之不法行為定性為刑事不法行為，則以刑罰作為其之制裁手段²⁸¹。

而就刑事政策的考量上，由於刑罰具最後手段性之特質，且刑事司法資源具備有限性而應集中處理具有較高不法內涵之犯罪行為，兼之對於當前社會所生之重刑化趨勢而導致特別刑法肥大化之現象嚴重，故基於刑事政策之考量，應強調刑罰最後手段性以及刑法謙抑性之原則，而只有在不法行為除卻刑罰以外之制裁手段均無法有效制止時，該不法行為才須以刑罰作為制裁手段而具刑事不法；反之，透過行政罰之制裁即能有效遏止之不法行為，則認其為秩序違反之行政不法行為已足²⁸²。

綜上所述，量差質變理論透過核心領域之概念，詮釋刑罰與行政罰間之本質上之差異，而透過核心間之交錯地帶，詮釋量差說對於刑事不法與行政不法間輕重程度之差異以及賦予立法者對於其他因素之裁量空間。起到對於質差說二元對立之緩和作用，而兼顧質與量間對於刑事不法以及行政不法之影響。

第四款 本文觀點

於介紹完前述三種不同之見解後，對於刑事不法與行政不法之劃分，可以發覺對於特定類別之不法行為，不論採何種見解，均不會對於此類不法行為之定性

²⁸⁰ 林山田，同註 279，頁 74。

²⁸¹ 林山田，同註 279，頁 74-75。

²⁸² 林山田，同註 279，頁 75-76。

有任何疑義，而不會是行政不法與刑事不法區別所爭論之重點。例如侵害他人生命、身體之行為，其所具備之社會倫理非難性而必須透過刑罰加以制裁而屬於刑事不法行為；或是對於單純違反秩序之行為例如於搭乘捷運時飲食或是未依規定繫安全帶等，其不會影響整體社會秩序之公共利益而不具備社會倫理可非難性則以行政罰制裁已足而為行政不法行為²⁸³。換言之，對於刑事不法與行政不法間應以何種見解為區隔之問題，其核心仍在於對於非屬前述之中間類型的情形應以何種方式加以觀察並處理。

而對於質差說之見解來說，由於國家政策的轉變使得國家任務逐漸多元化，而在福利國家的概念下對於許多原本涉及行政秩序之社會福祉事項亦有提升至社會共同生活之基本價值層次之趨勢產生，對於司法權之行使，亦不再僅係對於國家權力制衡下之維護正義之任務，而亦有擔負對於社會福利保障之功能在內²⁸⁴。在此概念下，對於原先屬於秩序不法層次之行政秩序違反行為，倘若涉及到整體社會秩序之公共利益者，亦有層升至刑事不法層次之可能，而會產生基於行政秩序違反但卻屬於對於整體社會共同價值破壞因而具有社會倫理可非難性之刑事不法層次的類型²⁸⁵。意即，由於質差說基於社會倫理可非難性之有無而為二分之區隔，故在社會倫理可非難性之內涵會隨著時代變遷而形成原先被認定為行政不法之行為可能會變為刑事不法行為之情形下，對於行政不法與刑事不法本質之認定即有可能因時間不同而產生認定上的衝突²⁸⁶。因此，對於刑事不法與行政不法嚴格劃分之質差見解，在國家與人民間之互動關係已不再只是單純之自然法

²⁸³ 陳信安，再論刑事不法與行政不法之區別——以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心（下），興大法學，第16期，頁193，2014年11月。

²⁸⁴ 洪家殷，同註247，頁102。

²⁸⁵ 例如涉及金融秩序之違法吸金行為或是老鼠會之變質多層次傳銷行為，雖對於金融秩序之監理及維護係屬於行政權之範疇，但若金融秩序受到影響者，可能會使投資人及社會暴露在金融泡沫或是捲款跑路而產生傳銷之金字塔崩塌而對於入會者產生血本無歸之連鎖效應，甚而導致金融風暴而造成動搖整體社會金融秩序架構之結果，其性質已然涉及到社會基本價值而並非單純之秩序違反，故有提升至刑事不法之必要性。對於違法吸金刑法管制必要之詳細論述詳參見李聖傑，以比特幣吸「晴」的刑法管制——兼評臺灣最高法院107年度金上訴字第83號判決，月旦法學教室，第232期，頁58-62，2022年2月；而對於變質多層次傳銷概念之案例及分析，詳參見黃士軒，初探變質多層次傳銷行為罪（下）——以關於變質多層次傳銷行為之判斷的我國立法、學說與實務為中心，月旦法學教室，第229期，頁40-62，2021年11月。

²⁸⁶ 洪家殷，同註247，頁101。

及秩序法之情形，社會倫理可非難性亦隨著國家任務變遷而會產生變動之情形下，使得行政不法與刑事不法間具有本質上明顯區別之概念產生模糊化之結果而難以再為直接之二分。

而對於量差說之見解而言，如前所述，自行政法之角度觀察對於部分秩序之維護，並非全然不具有社會倫理之可非難性而使得在判斷行政不法行為之核心領域有其困難。但從對刑事不法行為所施加之刑罰觀察，由於刑罰之本質為對於行為人之生命、身體或是財產所為之侵害，為具有社會倫理可非難性之手段，而具備獨特之痛苦性。故對於刑法而言，其所具有之謙抑性以及最後手段性之特質則呈現出行政罰與刑法截然不同之特質²⁸⁷。

同時，若係採量差說之見解，則行政不法與刑事不法於本質上應無不同，換言之，對於一切刑罰所適用之原則亦應與行政罰適用之原則全然相同，然於刑法之適用上，於2005年1月7日刑法修正後即採從舊從輕原則，而以行為時之法律作為判斷之原則，以維護罪刑法定原則及人民對於法之信賴。惟行政罰法於2005年1月14日制定之初，即採從新從輕原則，以裁處時之法律為判斷原則，而非以行為時之法律作為裁罰之基準，其目的係基於國家價值秩序改變時，原則上應依新的價值作為衡量標準。故從此處觀察，刑事不法與行政不法在適用之根本原則上即有扞格之處，而非能夠直接對接。

此外，若係認為刑事不法及行政不法間僅係量之區別，在認定行為之裁罰以立法者使用刑名與否作為判斷²⁸⁸，而不強調透過之社會倫理可非難性時，由於刑法本質作為對社會既有規範否定之原理仍適用於此時之所定之刑罰上，故在國家建立規範秩序時，如何在建立規範時同時表彰對於既有規範之否定，即對於違反該秩序尋找運用具高度痛苦性之刑罰的正當性上，若不思考刑罰與行政罰本質之差異時，即有其困難度，換言之，刑名之出現，即表彰了刑罰與行政罰具有本質

²⁸⁷ 李聖傑，黑心食品所涉及的刑法思考—評析金華市金東區人民法院（二〇〇四）金東刑再初字第第一號判決，月旦民商法，第13期，頁170-171，2006年9月。

²⁸⁸ 陳敏，同註264，頁697。

之不同²⁸⁹。

因此，對於刑事不法及行政不法之區隔標準，承前所述，不論採單純之質差說或是量差說均有其無法處理之部分，同時對於純正之刑事不法行為與行政不法行為之判斷不論透過何種見解均能得出相同之結論而並未有疑義之情況下，對於區隔模式之採用，則不應僅單純的考量質或是量之差別，應回歸到對於不法行為本身之思考上。不可諱言的是對於刑事不法行為以及行政不法行為，二者之規範性質上確實有所不同，若忽略了其本質之差異，則無法建立起二者所應適用之基本形式。但對於不法行為於程度的變化上，不管是在刑事不法、行政不法內，或是在二者交錯地帶上，同樣存在著存在量的差異而有類似於光譜的型態產生。因此，基於上述兩個立場下，可以知悉在刑事不法與行政不法本質之下，於刑事不法行為以及行政不法行為內部之量差並不會影響到行為本質之改變，而係對於違反行為之法益侵害或是秩序違反的強弱程度上之區別而應對應何種強度之刑罰或行政罰。而量差概念於光譜上雖係漸進式之改變，但量差之程度仍然有其界限，於交錯地帶量差之界線會形成飛躍的質變效果而彰顯出刑事不法與行政不法之本質上的差距。而此一裁量界限質變之交錯點的判斷基準即是行政不法與刑事不法間區隔之標準。

而對於交錯點之判斷基準，德國聯邦最高法院從刑法核心領域的角度進行思考，而將交錯點的位置以刑法核心領域之判斷作為裁量的界線，而透過刑法保護共同生活中之重要及根本性之價值作為判斷核心領域之基礎，而無法任意裁量轉換刑罰或是行政罰之部分。反之，對於在刑法核心領域外之邊界地帶，則保留立法者之立法形成自由，能依其判斷使用刑罰或是行政罰之量的裁量空間，並且對於其裁量之範圍，德國聯邦最高法院拒絕透過比例原則進行審查，而認為只需符合憲法上原理原則之要求即可²⁹⁰。本文贊同前述透過刑法核心領域對於行政不法與刑事不法之本質差異進行思考。惟對於邊界地帶之裁量，除了透過刑法核心領

²⁸⁹ 李聖傑，同註 287，頁 171。

²⁹⁰ 陳信安，同註 283，頁 181-182。

域將刑法之原則作為行政不法與刑事不法間本質之劃分外，既然對於裁量範圍仍須符合憲法之原理原則，對於具有本質上重要性而為整體憲法規範秩序建構基礎之各項憲法上原則，亦應同樣必須被納入思考，故對於不須經過比例原則之審查，本文難表贊同。因此，本文認為，從刑法本質的角度進行思考，對於刑事不法與行政不法間於交錯地帶適用上之區隔，應從刑法核心之法益概念出發，並且透過比例原則的操作以作為立法形成自由之裁量上界限而作為判斷上之依據。

因此在判斷上，基於刑法所施加之刑罰係對於行為人所施加之具有社會倫理可非難性之手段作為制裁，具有獨特之痛苦性，而為國家所能動用最強力的制裁手段，故在使用上，動用刑罰之前提要件即應較為嚴格。基此，在判斷特定行為是否屬於刑事不法之範疇而能動用刑法之前提，即必須先透過法益理論進行判斷，劃定無刑罰施用之範圍而作為確認行政不法與刑事不法間本質差異之初步基準。意即，在判斷規範使用刑罰合理性之審查時，倘若該規範之保護目的與刑法之保護法益無涉時，即無使用刑罰之餘地，而僅能被歸類至行政不法之範圍²⁹¹。但若特定行為之違反會對於刑法之保護法益有所撼動時，則必須進一步透過比例原則進行刑罰使用與否之判斷。

在確認法益之適格性而取得以刑罰作為制裁手段之門票後，其次便是透過比例原則進一步判斷對於該行為以刑罰作為制裁之適格性。意即，滿足法益只是開啟作為對於特定不法行為作為刑事不法之可能性，而並不代表其僅能以刑罰作為唯一手段而無以其他方式達成規範保護目的之可能。而必須進一步操作適當性、必要性及衡平性之比例原則之審查。於適當性之審查，必須判斷對於該不法行為，立法者透過刑罰之制裁手段是否有助於達成對於其之法益保護不受侵害之規範保護目的。而在確認手段對於規範目的達成之適當性後，進一步便是要確認手段對於刑法規範目的之達成是否為必要而屬於最小侵害手段，意即，在刑法謙抑性及最後手段性原則之下，倘若有更溫和之手段即能達成對於法益保護之目的時，

²⁹¹ 許恒達，同註 200，頁 28。

即無以刑罰作為制裁手段之必要性。換言之，對於立法者就特定不法行為之制裁應採取刑罰、行政罰或是其他制裁手段時，在必要性之審查上，即必須考量是否刑罰系唯一能達成目的之手段²⁹²。在通過適當性及必要性之審查後，最後則必須審查是否符合衡平性，意即對於該不法行為以刑罰作為制裁手段所保護之法益，與其所限制之人民之基本權利相比較，是否符合狹義比例原則而具備衡平性。換言之，衡平性原則之具體適用，即為罪刑相當原則，而對於立法者就特定不法行為之制裁手段不得逾越其罪責之範圍²⁹³。

綜上所述，對於刑事不法與行政不法二者間交錯之邊界地帶之區隔，立法者對於特定不法行為是否能夠定性為刑事不法行為，而透過刑罰手段作為制裁，則必須建構在法益原則下之比例原則的框架進行判斷，而應先確認該不法行為之制裁是否具有刑法保護法益之規範保護目的，具備者則進一步對於該行為之規範進行比例原則之檢驗，通過者則能夠將其定性為刑事不法行為，而得以刑罰作為制裁手段；反之，則應定性為行政不法行為，而無施以刑罰之可能。

第三節 侵害文化法益行為的刑事不法界線

因此，基於前述以量差導致質變的量差質變理論作為區別基礎，並透過法益理論以及比例原則來去對於刑事不法及行政不法間之區隔進行解釋與審查後。回到侵害文化法益行為上，於本章第一節第二項第二款已經對於文化法益之內涵以及文化法益的客體進行判斷後，接著便是對於侵害文化法益客體之行為哪些具有刑事不法進行整體性的思考。而就此部分，仍要回到刑法與行政法之核心領域進行探究。

對於文化保護行為而言，其核心目的即係保護文化之價值不受到侵害而對於文化及其媒介之存續進行保護自不待言。而對於文化之保護，必須合先敘明者如前所述，亦有透過鼓勵或是獎助者進行文化之保護，而並非所有之文化保護行為

²⁹² 陳信安，同註 283，頁 209-215。

²⁹³ 陳信安，同註 283，頁 223-225。

均有相關之行政不法以及刑事不法之規範，故對於侵害文化行為之刑事不法之判斷上，即先排除此類以保護、獎助之方式維護者。意即，對於保護過程中所採取之一切措施，必須先認定該行為是否屬於法律上之義務違反行為而足以被認定為不法行為後，方有進行刑事不法及行政不法行為區隔之必要。

而在確認過討論之文化保護行為係屬於對於法律上之義務違反行為之對應措施後，再來就是對於該不法行為之認定是否屬於刑事不法行為進行探究。意即，就這些規定之規範保護目的是否屬於對於文化法益之保護，抑或是只是對於單純行政秩序違反之制裁。就此，可以分為與法益無涉之行政秩序違反行為、直接對於文化法益侵害之不法行為以及間接對於文化法益侵害之不法行為。

首先，對於單純針對行政秩序違反之作爲，舉例而言，對於建築類文化資產之運用以及修復，應先將該計畫提出與主管機關並經由主管機關核定後，方能予以執行之²⁹⁴。意即行為人對於運用或是修復文化資產方面有提出計畫並按照主管機關核准之計畫進行之義務，其係因為建築類文化資產之修復及利用屬於具有專業性及技術性之事項，而應經由專業人士進行審查以確保修復或是利用時不會破壞文化資產之價值，而透過政府機關之核定達到修復或利用符合政府之期望。故對於此等行政上之義務，其之目的係為了使政府所制定之行政法上秩序得依照其所希望之方向進行運作而不會產生重大之偏離致使之後發生更大問題，並不涉及到文化資產之保護法益而為行政上秩序之維護。因此，對於此類文化行政秩序違反行為之制裁方式，並不涉及到文化法益而無法被歸類到刑事不法行為而為單純之行政不法行為。

其次，針對直接侵害文化法益之不法行為，係指不法行為對於該法律上之義務違反，而直接對於文化法益造成侵害之行為。舉例而言，對於毀損建築類文化資產中古蹟之行為，其對於文化媒介之破壞會直接對於所蘊含之文化資產之價值產生不可逆或難以回復之減損，而使得文化法益之內涵直接受到影響而對於文化

²⁹⁴ 文化資產保存法第 24 條。

法益造成侵害之結果，因此，此類行為即係直接動搖到文化法益之不法行為，而屬於侵害到文化法益之不法行為。而接著在比例原則之審查上，刑罰作為制裁手段能夠對於此類不法行為之違反產生嚇阻作用而有助於達到保護文化法益之規範保護目的，手段上具有適當性。同時對於侵害文化法益之作為，由於該行為造成文化媒介及其所含之文化價值受到減損而係對於整體社會公益之重大危害，不僅僅只是單純之行政秩序違反，且行為人為此類行為時實難謂不熟稔文化資產破壞之重要性，卻仍基於其之目的而對文化資產進行直接侵害，故此類具高度可非難性之行為若透過行政罰之手段難以受到嚇阻，因此，刑罰手段為達成保護文化資產行為不受破壞之最小侵害手段，具必要性。並且由於毀損行為對於文化資產所受到之不可逆或難以回復之損害會除了影響到文化媒介本身實體存在之價值外，其所含之文化價值之減損亦會影響到該文化之存在對於社會及人類之人格養成之影響，而造成文化法益之減損，而為重要社會上公共利益之損失。故對於此等重要公益上損失相較於刑罰手段對於違反該不法行為之行為人之損害，並不具備罪責不相當之情形而具有衡平性。因此，此類直接侵害文化法益之不法行為以刑罰作為制裁手段原則上係符合比例原則而得以刑罰作為制裁規範，屬於刑事不法行為之範疇。

而對於間接侵害文化法益之不法行為，其係指不法行為對於法律上義務之違反，其雖並未直接對文化媒介進行侵害而使文化法益造成侵害，但該行為從整體社會觀察仍對於文化法益產生動搖。舉例而言，行為人將特定文化資產偷竊走或將其偷運出國之行為²⁹⁵，其本質上係將該文化資產之位置進行移轉而並未對於文化資產所蘊含之文化價值進行破壞而產生影響，但從文化法益之本質進行思考，文化多元性價值對人格產生之影響並非僅針對個人，而係對於整體社會之每一個個體均能夠享有文化價值對其人格建構之利益，為超個人法益而係屬於整體社會

²⁹⁵ 橫山輝，はじまりは獄中仲間の耳打ち 仏像盗んだ被告に有罪判決，朝日新聞デジタル，2020年1月17日 <https://www.asahi.com/articles/ASN1K744RN1KTOLB004.html> (最後瀏覽日:2022年10月22日)

之共同利益，基此，縱使該偷盜行為或是盜運出國之行為並非直接對於文化媒介進行侵害，但該作為仍使得社會之群體無法享有對於此被竊盜或是盜運文化資產之價值以及運用之，故仍係屬於侵害文化法益之不法行為。同樣的，於比例原則之審查中，此一間接侵害文化法益之行為透過刑罰作為制裁手段能夠有效遏阻文化資產被盜竊或盜運之行為，而有助於達成文化法益保護之規範保護目的，具有適當性。而在必要性審查上，對於間接侵害文化法益之作為，同樣為對於社會公益之重大侵害，且此等行為亦難以透過行政罰之手段達到同樣之保護效果，故刑罰手段係為最小侵害手段而具必要性。最後在衡平性原則之審查上，對於間接侵害文化法益之不法行為而言，此類行為使得整體社會對於文化資產價值之享有及運用上因其之不法行為而造成減損及喪失，係對於社會重要公益之破壞。故對於此等重要公益上之損失，相較於刑罰手段對於實行該不法行為之行為人之損害，並不具備罪責不相當之情形原則上能通過狹義比例原則之審查。因此，此類間接侵害文化法益之不法行為以刑罰作為制裁手段原則上亦符合比例原則而得以刑罰作為制裁規範，屬於刑事不法行為之範疇。

因此，透過上述對於侵害文化法益之不法行為是否得透過刑罰作為制裁而具備刑事不法，原則上因文化法益之特性而屬於重要公共利益而能通過比例原則之審查。但是否存在例外之情形而對於侵害法益之作為卻不適宜透過刑罰加以制裁。就此則有兩種可能之情形，一為該文化法益之處罰難以以刑法法規範進行規定，另一種則為是否存在較低程度之文化資產種類而有產生行政不法與刑事不法間之本質上差異之可能。

就第一種可能性來說，其主要出現在對於無形文化資產之保護上，由於無形文化資產多係透過個人或是群體進行維繫，故對於破壞無形文化遺產之可能行為而言，若係透過群體所保存之祭典祭儀等，難以想像哪些行為會對於此類之文化法益造成減損。而若係對於由個人保存之無形文化遺產，破壞行為因為文化遺產之不同破壞手段及其強度會有極大跨度的不同，而可能從對於工具之破壞到對於其身體、生命之侵害均有可能達到破壞之結果，因此在立法技術下，難以針對每

一個個案設計出不同的刑罰，並且在行為類型複雜且高跨度之情況下亦難以透過概括性規定設計出充分明確並且確保妥當處罰之構成要件。因此，對於此情形，在難以透過文化法益準確掌握犯罪行為之內涵之情形下，基於罪刑法定原則下之罪刑明確性原則，此類行為難以明確訂立出刑法規範而以刑罰作為制裁手段，故自文化法益保護之角度難以透過刑罰手段制裁而認定其為刑事不法行為²⁹⁶。

而就第二種可能性來說，係指對於文化資產之分類而言，存在有高低之區隔，而此高低之區別對於文化之保護而言，會產生行政不法及刑事不法之本質上的區別。而就程度高低之分類，較典型之類別為毒品危害防制條例對於毒品之分級以及野生動物保育法對於野生動物之分級，而對於毒品分級之標準，係基於其對於人之成癮性、濫用性以及社會危害性進行區隔²⁹⁷，對於野生動物之分級則係基於其物種之族群量及其稀有、特有程度進行區隔²⁹⁸。因此，透過觀察這兩種高低程度差別而產生刑事不法與行政不法本質區隔之分類²⁹⁹，可以知悉對於產生本質區隔之分類方式，其分類展現出對於該法規範之保護規範目的的強度差異，例如從對人體成癮、危害之強弱觀察可以得知對人體危害較弱之三、四級毒品能夠以較低之處罰或是透過其他行政手段加以管制即可達到管制毒品藥物濫用之目的。而從族群數量之多寡亦可以將無滅絕、絕種危險之一般野生動物在正常狩獵不會動搖到生物多樣性之保護目的下，以行政手段即能有效達到保護生態之目的。而對於文化資產之分類來說，同樣係為了保護文化之多樣性，但在將特定文化媒介納入文化資產保護之先決條件即已經排除了無消失危險等可以大量複製之文化媒介，而係將具有特殊性、代表性、獨特性及稀少性之文化媒介納入保護之範圍，故在分類上被納入文化資產保存法之文化資產時，即以不具有明顯之珍稀與否之區隔。其次文化資產之分類下是否存在程度之本質差異，雖於民國 71 年最初立

²⁹⁶ 黃士軒，同註 186，頁 18-19。

²⁹⁷ 毒品危害防制條例第 2 條。

²⁹⁸ 野生動物保護法第 3 條、第 4 條。

²⁹⁹ 對於無正當理由施用第三級及第四級毒品者，係透過行政罰為制裁，而施用第一級與第二級則為刑罰；對於未具條件獵捕、宰殺保育類野生動物者，為以刑罰作為制裁，而對於一般野生動物則無此規定而僅對於獵捕方式、管制區域等之違反為行政罰之制裁規範。

法時確實將古蹟之分類依照其歷史文化之價值，而區分為第一級、第二級、第三級三種³⁰⁰，而存在保護價值強弱之區隔，但於民國 86 年修法時即將該分級之標準改以主管機關之不同進行劃分，並於修法理由中明確表示：「每座古蹟均為獨一無二之文化資產，應無價值等級之分，爰廢除等級制度。³⁰¹」同時，基於文化法益保護核心之文化多元性，對於不同種類之文化資產在具有獨特性之前提下亦難以比較出珍稀程度之差異，故對於文化資產之分類上亦難以顯示出如同毒品分級般之保護強弱之不同。換言之，對於第二種可能性在文化資產已經為篩選過後之文化媒介的情形下，已經將不具備保護重要性者排除，於原則上難存在文化資產保護之本質具有顯著差異之可能，而難認因有形文化資產之種類差異而產生侵害文化法益行為不具刑事不法之情形。

第四節 小結-透過文化法益建構出的破壞文化資產不法

內涵

綜上所述，本章以建構文化法益為核心，先透過法益概念功能之確認並將法益概念與憲法上基本權之關聯進行釐清，而為前章所確認出作為未列舉基本權之文化權與刑法法益概念進行連接，從而確認文化權能夠作為文化法益第一步之篩選機制後，並進一步透過家族相似性之運用，從環境法益以及褻瀆祀典及侵害墳墓罪章的角度探尋文化法益之存在。於確認文化法益之存在後，透過文化法益的存在實益及其內涵為何的確認，建構出對於文化法益之判斷基準及其之客體之判斷，而建立於後續討論中對於文化法益之核心概念以及討論之標的為何。並在文化法益之前提建立後，為了對於後續文化資產保存法中的侵害文化法益行為進行

³⁰⁰ 71 年版文化資產保存法第 27 條第 1 項。

<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?000C65F6D1BC00000000000000000003200000007000000^02901105071200^000000000000> (最後瀏覽日:2022 年 10 月 23 日)

³⁰¹ 86 年版文化資產保存法第 27 條第 1 項。

<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?000C65F6D1BC00000000000000000003200000007000000^02901105071200^000000000000> (最後瀏覽日:2022 年 10 月 23 日)

探討，於第二節中先就刑事不法行為及行政不法行為之概念及區隔進行前提之介紹，而確立以量差質變說作為基礎並透過法益概念以及比例原則之審查進行不法行為之判斷。在確立前述標準後，在詳細討論個別規範前，於第三節先對於侵害文化法益行為之刑事不法界線進行總則性之認定，確保違反文化法益之不法行為原則上均具有刑事不法之本質後，以作為次章詳細探討文化資產保存法違反義務行為之基礎。



第四章 文化資產保存法之適用

於前兩章從文化的概念建構出憲法上未列舉基本權之文化權，並透過法益概念的功能及家族相似性之運用確立文化法益存在之實益及其內涵和判斷標準，而建立起文化資產保護之法規範基礎概念後，於本章便要就文化資產保存最核心之法規範即文化資產保存法為進一步之理解。而對於文化資產保存法，由於本文之核心目的為探討侵害文化法益行為之刑事責任，故對於本章就文資法有關內容之探討，並不會將行政上之所有關於文化資產之條文全數分析，而會將範圍限縮在對於侵害文化法益之不法行為有關之部分，先就涉及文化法益之文資法之規範目的的變遷進行探討，並就現行文資法之規範架構即其所規範之不法行為進行分析，而確立文資法保護文化法益之規範體系。並於確認過文資法之規範體系後，在就實務上對於文資法適用之典型案例進行介紹，從而觀察實務就侵害文化法益之不法行為之如何適用及其見解為何。於觀察實務適用之角度後，本文會從文化法益的視角對實務見解進行審視，希望能夠重新確認文化法視角下實務見解之疑問為何，並透過文資法於 105 年修正時希望與之接軌的國際公約與我國修法參照甚多之日本法之比較，從而對照出與我國現行法規不同之處。

第一節 文資法的規範

文化資產保存法於民國 71 年制定至今，已經歷過 7 次修正，其中對於本法之規範目的，並非於立法之初即係針對多元文化價值之確保進行保護，其隨著時代變遷有不同之目的而有所更迭。因此本節將就文資法之規範目的之變遷進行介紹，以釐清文化法益發展的過程後，再就現行文資法之規範架構及對於侵害文化法益行為之態樣進行釐清，以確立對於後續實務運作及比較之基礎。

第一項 文資法規範目的之變遷

就文化資產保存法之規範目的，其係顯示出國家對於文化資產及相關之文化政策所抱持之態度為何。如前文所述，雖然文化權之發展及內涵係基於憲法多元文化國原則下，在文化的多元性對於保障人之人格養成以達到自我實現做為核心，並基於此大原則下開展出文化的不同價值以及確立其之保護必要性，而屬於憲法之未列舉基本權。因此，對於文化保護相關之法秩序的建構，理論上應以憲法之文化基本權做為最高指導原則，而以人之自我實現作為其最核心之目的，同時透過保護文化之多元性而形成文化國之保障³⁰²。從刑事法的角度觀察，作為基本權實踐之態樣之一，文化法益的建構亦是基於文化基本權而形塑之，係透過文化之保護而使文化的價值能夠確保人類之人格發展得以自由開展，屬於超個人法益。惟文化對於國家而言，若係處於極權專制國家，通常都會將其作為服務政治之工具，以國家想要人民接收之文化作為其文化上推動之依據，以達到透過文化控制人民思想之目的。而於民主開放的國家，方有將文化作為前述人民基本權利之思考，而將文化作為人格養成之基石³⁰³。換言之，若係作為政府執政工具之文化法規範之規範目的，即與文化國原則及文化法益之核心背道而馳。而我國國內政治之發展，自戒嚴時期一路到民主化的過程中，隨著政治環境變遷，對於文化所抱持之態度有所不同，其政策之規範核心目的亦有所不同，而對應到作為制裁手段之刑罰規範所含之思考亦會有不同的理解產生。因此，對於文化資產保存法的規範目的之變遷，即有討論之必要性。而從文化資產保存法的規範目的之改變加以觀察，將規範保護目的區分為以政府政策為核心之一元化之中華文化保存、基於多元文化國原則下之多元文化保障以及明示人民平等參與權之多元文化保障這三個時期。

³⁰² 許育典，多元文化國下建築文化資產保存之建構，文化基本權與多元文化國，元照出版，頁204，2014年3月，初版。

³⁰³ 許育典，同註302，頁205。

第一款 一元化之中華文化保存時期

於戒嚴時期對於國民政府而言，其仍然以正統中國自居，治國的核心政策亦為反共復國，國防及經濟才是其施政之核心所在。因此於中國處於文化大革命時期，對於當時之政府而言，相比於中國共產黨以破四舊、立四新為口號，而對於傳統中華文化產生毀滅性的破壞，對於自詡為中華文化道統繼承者之中華民國政府，遂趁勢推動中華文化復興運動，力圖在國內及國際間樹立其為中華文化繼承者與捍衛者之形象，也因此對文化政策產生深遠的影響，而將文化政策透過中華文化復興運動定位為中華文化於台灣推展之必要性及重要性，目的是將台灣打造成內在文化及外在作為均成為民族復興的基地。此時期透過官方的力量主導一切文化活動，而將台灣的意識形態導向中華文化，同時壓縮外來文化、本土文化的活動空間，使得此時台灣的文化風貌呈現濃濃的中國化，形成文化一元化的結果³⁰⁴。

而基於政府強力的中華文化一元化的政策下，此時的文化所具備之意涵，是對於政治服務之工具，而作為政府統治人民的手段之一，其目標是將人民培養成「堂堂正正的中國人」。同時在政府不鼓勵甚至是壓制其他文化而相對欠缺其他文化之對人的相互影響下，並不作為完善人格養成基礎之功能而不作為人之基本權利之一，因此在文化之保護並不從對人民人格健全發展基礎為核心之多元性保障之情形下，而僅強調文化作為政治之效用而將其作為上對下的統制工具下，於前文所述之文化法益的概念並不存在於此時立法者的心中，而不作為文化保護之核心規範目的。

因此，在這樣的政治環境的影響下，文化資產保存法之立法規範目的亦呈現對於中華文化保護之面貌。而係以發揚中華文化作為其之宗旨，並於立法說明強調保障祖先遺留下來之傳統美德、善良風俗、生活情趣等³⁰⁵。同時基於上述以中

³⁰⁴ 許育典，同註 302，頁 205-206。

³⁰⁵ 立法院議案關係文書院總第 1082 號，頁 343。

華文化為核心之文化思考下，對於指定之文物及古蹟等，亦僅限於與傳統中華文化相關者，而排除非與中華文化相關之日治時期、原住民等相關文化時期所留存之文化資產，並且所指定之理由亦係與中華文化相關之傳統美德等³⁰⁶。在此情況下，此時對於文化資產之保護，不從文化對於人格養成之價值進行思考，而並非基於前述之文化法益而為之，其係對於中華文化象徵及傳承媒介之文化資產本身進行保護。意即，於性質上對於文化資產的判斷，係將其作為具有中華文化價值之特殊財產而進行保護。故在此脈絡下，對於古蹟、古物之毀損、破壞及刑度上之思考，自必須與刑法之毀損罪進行連結，而將文化資產保存法對於古蹟、古物之毀損破壞作為特殊之財產犯罪進行判斷³⁰⁷。換言之，此時對於文化資產之保護法益，並非前述之文化法益，而係具特殊價值之財產法益。而作為財產犯罪之特別法，對於毀損文化資產此種特殊財產法益侵害行為之判斷標準，亦與刑法對於毀損行為之判斷相同，此一思考亦影響了後續實務對於文化資產破壞之判斷甚深。

第二款 多元文化保障時期

隨著民國 76 年解除戒嚴、民國 80 年廢除動員戡亂時期臨時條款、民國 85 年總統開始改由人民直選，威權統治的陰霾逐漸從國家的頭頂散去，國家政策之制定不再定統治者於一尊，而透過選舉將政府組成之授權還與人民，逐漸將主權在民的思想擴散開來。也因此，使得國家的政策亦不再以反共復國作為核心，對於文化政策層面亦逐漸擺脫傳統中華文化一元化之作為，脫離了文化為政治服務之時期，文化不再作為國家統制人民思想之工具，而進入以人民作為文化之本位，

³⁰⁶ 舉例而言，於民國 74 年所指定之鄭崇和墓，其指定之理由係因鄭崇和之行為符合儒家之理想類型，貧困時不肯以刀筆營生，富裕後仍生活儉約，敬惜字紙，不口角傷人，對親族亦照顧有加而不忘提攜。詳參國家文化資產網。

<https://nchdb.boch.gov.tw/assets/advanceSearch/monument/19850819000059> (最後瀏覽日:2022 年 10 月 26 日)

³⁰⁷ 此一見解之形成過程可以參照立法院公報，第七十一卷第 38 期，頁 8-10；立法院公報，第七十一卷第 39 期，頁 21-23。

對於文化政策之形塑轉而透過文化為主體進行思考。換言之，此時之文化政策之思考已從最初由政府完全控制之由上而下逐步轉變為由下而上而變的是以人民為導向去引導政策之形成³⁰⁸。

因此，對於在對文化之保存逐漸從中華文化而看向其他早期被壓制的本土文化時，文化保存之規範目的，若仍係以發揚中華文化作為規範核心，顯然有力有未逮甚至是不合時宜，因此，於民國 94 年文化資產保存法修正時，將第一條之立法目的，由原先之發揚中華文化而轉變為發揚多元文化，而重視各時代不同族群之文化發展及歷史脈絡，建構出非漢人中心主義的多元文化思考，凝聚這塊土地下所有族群之共識以反映社會對於多元文化發展之趨勢³⁰⁹。換言之，文化的功能，在擺脫威權色彩而承認多元文化時，亦代表對於文化的思考轉而朝向憲法多元文化國之形塑，將透過文化價值健全人格發展並促進自我實現之以人為本的思考作為文化之保護規範核心，而將文化權作為憲法上被保護之基本權利。同時，對於文化資產保存法之規範目的除了保存以外，亦增加了活用文化資產的思考，而顯現出對於文化資產之功能，已擺脫了傳統作為文化樣板之政治工具，而表彰了對於民眾文化近用之權利已經成為文化政策重要之一環。此亦顯示出對於文化的思考，已經與最初僅作為政府工具之功能不同，而進入了著重於文化價值對於健全人格養成之重要利益，將文化作為憲法上基本權利。

而在對於文化的觀念及功能的轉變下，對於文化資產保存之規範保護目的，在以人為本的思考下，從文化價值對於人格養成的視角觀察，自然應與早期對於中華文化保存媒介之特別財產保護有所差異，形成前章所稱之文化法益。換言之，於性質上對於文化資產的判斷，在多元文化國即文化法益之思考下，所著重者不再只限於該文化資產本身特殊財產之價值，而係看中文化資產本身所含價值對於人類人格發展之影響，文化資產之特殊性亦是基於其對人格發展及自我實現所必須者而有保護的重要性，而形塑出文化法益與財產法益不同的結果。因此，在對

³⁰⁸ 許育典，同註 302，頁 210-211。

³⁰⁹ 立法院第五屆第五會期第二十一次會議議案關係文書，頁 245。

於毀損破壞文化資產之侵害文化法益之不法行為，不應當只是將該行為與刑法上之財產犯罪之毀損等進行連結，而應當著重文化價值本身破壞對於人格發展影響之文化法益角度進行觀察。意即，在多元文化保障時期下對於文化資產保存之規範目的及保護法益之思考，已然脫離最初將其視為特別財產犯罪之想像，而應將其作為獨立之文化法益進行觀察。

第三款 明示人民平等參與權之多元文化保障時期

於民國 94 年進入多元文化保障時期以人為本的多元文化保護成為文化資產保存之規範保護目的核心後，隨著民眾及地方參與文化資產保護工作以及活用文化資產之文化政策逐漸推廣下，對於早期由政府作為文化資產審議主導的情形亦開始有從民間進行提報以及將古蹟之活用交由民間來運營的情形。而在文化資產審議的過程以及文化資產活用的過程中，由於文化資產的價值最終係面向社會大眾，而形成社會之公眾利益，因此在思考上不應僅僅只是經由行政機關所組成之專業委員會進行審查，仍必須要考量民眾對於文化資產的態度以及相關之意見³¹⁰。同時，在文化資產修復與再利用之過程中，由於並非所有文化資產均係屬於國家所有之資產，而有部分文化資產屬於私有者，此時若對於私有文化資產的所有權人課予保存之義務，對於其而言不但文化保存之社會拘束限制其之財產權行使而產生特別犧牲，在不給予其參與權及補償之情形下，反而造成其有強大動機在確認其為文化資產前先行拆毀而與原先之目的背道而馳³¹¹。兼之欲保存之文化資產所在地的居民對於該文化資產的保存亦會影響到整體社區營造之發展或是相關民眾之權益，若未進行詳盡之溝通即冒然審定或是進行規劃，可會使得周邊居民產生反感甚至是反彈而造成文化保存之原始目的無法達成³¹²。

³¹⁰ 許育典，古蹟審議的法律分析，公民文化權、文化法制與古蹟保存，元照出版，頁 165，2017 年 7 月，初版。

³¹¹ 許育典，私有古蹟保存與財產權保障，公民文化權、文化法制與古蹟保存，元照出版，頁 207-220，2017 年 7 月，初版。

³¹² 許育典，同註 302，頁 211。

因此，在肯認對於文化保存而言人民之參與權係相當重要之一環，於民國 105 年文化資產保存法再修正時，對於規範保護目的之明示規範，除卻原先對於多元文化保存及發揚之部分外，另外將「保障文化資產保存普遍平等之參與權」納入第一條中，而明示對於文化資產保存之政策以及相關之作為，不論是文化資產之審議抑或是修復、活用、再利用等行為，均應考量到人民對於文化參與之權利。而透過規範保護目的揭示公共平等參與權，並且於文化資產審議的發動上，增加對於人民或團體發動文化資產保存之權利以及強化主管機關不作為時之制衡。並且透過文化資產貢獻衡平原則的明文及實踐，而對於因文化資產保存而造成特別犧牲之當事人給予適當之補償，以改善長期以來文化資產保存的困境³¹³。換言之，於本次文化資產保存法修正後，對於文化資產保存之規範保護目的，雖與前時期相同而仍然係基於多元文化下對於人格養成及自我實現作為核心，但是在憲法文化基本權之表現上，除卻先前已經彰顯之文化保存以及文化近用方面，於本次修法更將文化參與之憲法基本權保障核心進行明文化，並落實於相關之規範中，而使得文化資產保存法與憲法文化基本權之內涵能夠完整對應。因此，於本時期之規範保護目的之變遷係對於文化基本權之落實，對於基於文化保護之文化法益的思考，並未因加入文化參與而產生動搖，仍與前時期相同。

第二項 文資法之規範架構及相關侵害行為之態樣

而對於文化資產保存法之規範架構，因本文之核心目的為對於文化法益的建構與侵害文化法益行為刑事責任之探究，故於本項就文化資產保存法之規範架構，就會就涉及之條文進行討論。

合先敘明者，就文化資產保護於憲法位階之規範，對於侵害文化資產保護之最上位概念，在肯認現今對於文化之保護係基於多元文化國原則下文化對於人格養成發展之基礎功能，而屬於憲法上未列舉之基本權時，其最上位的法規範即可

³¹³ 立法院公報第 105 卷第 57 期院會紀錄，頁 38；立法院公報第 105 卷第 32 期委員會紀錄，頁 268。

推演自憲法第 22 條之概括基本權之規範。此外，對於文化政策之宣示，於憲法基本國策章節之第 164 條定有對於政府預算投入教育、科學、文化政策之經費、第 165 條定有對於從事文化工作者生存之保障、第 166 條則係對於文化資產保護之宣示、而於憲法增修條文第 10 條第 11 項則係肯定多元文化並且對於原住民文化之維護採取積極保護之態度，並且於憲法第 108 條第 1 項第 20 款之規定，作為中央得以制定文化資產保護相關法規範之憲法上依據。

在說明憲法位階對於文化資產保存之規範後，其次便是於法律位階對於文化資產保護之法規範的介紹，而其中，作為文化資產保存最根本的法規範即為文化資產保存法。又對於文化資產保存法的法規範體系為何，首先在對於文化資產保存之規範目的係對於憲法上文化基本權具體實踐之宣示已如前述，因此，文化資產保存法原則上亦可以從文化參與、文化近用以及文化保護三個基本權內涵下去觀察，惟本文之核心為對於侵害文化法益之行為刑事責任之探究，因此，在本項介紹文化資產保存法之規範架構時，僅會就涉及刑事不法行為及行政不法行為之文化保護義務違反行為進行規範上之介紹，以避免討論上之失焦。故對於此類文化保護義務之違反行為，依照現行文化資產保存法所賦予其之制裁態樣來對於該義務違反行為進行分類，可以分為以行政罰作為制裁手段之行為以及以刑罰作為制裁手段之行為。

第一款 以行政罰作為制裁之不法行為

文化資產保存法中以行政罰作為制裁手段之規範，係立法者對於文化資產保存法中之義務違反行為，認為其不法程度以行政罰處罰即已足之行為。而依照其行為態樣之不同，可以區分為以下兩種態樣：

一、違反主管機關義務型

所謂違反主管機關義務型之文化資產義務違反之不法行為，係指對於該義務違反行為之態樣，並不涉及到對於文化資產本身之破壞，而是在文化資產發現、審議、保護以及再利用之過程中，對於文化資產主管機關所賦予行

為人之義務，於程序上有違反者。將其之行為規範與制裁規範進行整理後，其所涉及之條文包含

- (一) 對於文化資產保存法第 24 條古蹟保存之修復及再利用行為，行為人應提出相關之計畫，該計畫應經過主管機關之核准，並依照該核准通過之計畫進行之。若違反本條之規定，而未提出相關計畫即對於古蹟進行修復、再利用行為，或是提出計畫後未按照主管機關所核准之計畫進行修復及再利用行為，則有同法第 106 條第 1 項第 1 款罰鍰之行政罰制裁。
- (二) 對於文化資產保存法第 27 條因重大災害而使古蹟有緊急修復之必要者，行為人應於災後三十日內提報搶修計畫，並於災後六個月內提出修復計畫，該計畫同樣應經過主管機關之核准，並依照該核准通過之計畫進行之。若違反本條之規定，而未提出相關計畫即對於古蹟進行搶修及修復行為，或是提出計畫後未按照主管機關所核准之計畫進行搶修及修復行為，則有同法第 106 條第 1 項第 2 款罰鍰之行政罰制裁。
- (三) 按文化資產保存法第 28 條及第 83 條之規定，古蹟、自然地景、自然紀念物之所有人、使用人或管理人對於其有管理之義務。若因管理不當而致前述文化資產有毀損或是價值減損之虞時，主管機關得通知其限期改善，倘若經通知仍未予以改善者，則有同法第 106 條第 1 項第 3 款罰鍰之行政罰制裁。
- (四) 按文化資產保存法第 34 條第 1 項後段之規定，營建工程等開發行為，不得遮蓋古蹟、歷史建築、紀念建築及聚落建築群外貌或阻塞其觀覽之通道。倘若營建工程對於前述文化資產之外觀或是觀覽通道造成阻礙者，即有同法第 106 條第 1 項第 4 款罰鍰之行政罰制裁。
- (五) 按文化資產保存法第 57 條第 2 項、第 77 條以及第 88 條第 2 項之規定，進行營建工程等開發行為時若發現疑似考古遺址、具古物價值者或是具自然地景、自然紀念物價值者，應即停止進行相關之工程，並通知所在地之主管機關。並於主管機關完成審議程序前不得復工。倘若未配合停

工而仍繼續進行工程者，除了有同法第 106 條第 1 項第 4 款罰鍰之行政罰制裁外，並得勒令停工、斷絕水、電等能源之裁罰性不利處分。

(六) 按文化資產保存法第 51 條之規定，發掘考古遺址、列冊考古遺址或疑似考古遺址時，應由學者專家、學術或專業機構向主管機關提出申請，經審議會審議，並由主管機關核准，始得為之。同時，對於發掘之過程等，應作成發掘報告並保請主管機關備查及公開發表。倘若未經申請即任意進行發掘者，或是於發掘結束後未依規定作出發掘報告並交由主管機關備查者，則有同法第 106 條第 1 項第 5 款罰鍰之行政罰制裁。

(七) 按文化資產保存法第 51 條及第 52 條之規定，發掘考古遺址、列冊考古遺址或疑似考古遺址之行為，除非經過中央主管機關許可而與國內學術或專業機構合作者外，否則發掘行為僅限於國內之學者專家、學術或專業機構為之，而並不包含一般民眾及外國人。倘若不具前述許可即進行挖掘之一般民眾或是外國人，則有同法第 106 條第 1 項第 5 款罰鍰之行政罰制裁。

(八) 按文化資產保存法第 71 條之規定，基於研究或是宣揚之需要，公立保管機關得就保管之公有古物，具名複製或監製，未經核可之他人不得任意再複製。倘未經核可仍對於公有古物進行再複製者，則有同法第 106 條第 1 項第 6 款罰鍰之行政罰制裁。

(九) 按文化資產保存法第 32 條、第 55 條、第 75 條之規定，私有古蹟及其定著之土地、考古遺址定著土地、國寶、重要古物之所有權於移轉前應事先通知主管機關。倘若於移轉前述私有文化資產之所有權未事先通知主管機關時，則有同法第 107 條第 1 款罰鍰之行政罰制裁。

(十) 按文化資產保存法第 33 條第 1 項、第 57 條第 1 項以及第 76 條之規定，發現具古蹟、歷史建築、紀念建築及聚落建築群價值之建造物、疑似考古遺址以及具古物價值之無主物時，應通報主管機關處理以利進行維護。倘若於發現前述文化資產卻未向主管機關進行通報時，則有同法第

107 條第 2 款罰鍰之行政罰制裁。

(十一) 按文化資產保存法第 86 條第 2 項之規定，除法律另有規定者外，非經主管機關許可，不得任意進入自然保留區。倘若未經主管機關許可即任意進入自然保留區者，即有同法第 108 條第 1 款罰鍰之行政罰制裁。

(十二) 按文化資產保存法第 88 條第 1 項之規定，發現具自然地景或是自然紀念物價值者，應報請主管機關進行處理。倘若發現後卻未向主管機關進行通報者，即有同法第 108 條第 2 款罰鍰之行政罰制裁。

而透過上述將十二種於文化資產保存法中義務違反之行政秩序違反行為進行整理後可以發覺，這些義務違反行為雖然均不涉及到對於文化資產本身以及其所含價值之破壞而屬於單純涉及行政法上對於文化資產保存過程中所賦予行為人之義務。立法者於此情形之處理應有其立法裁量之範圍而可審視哪些行為需要透過行政罰加以規範哪些則無需制定制裁規範而屬於宣示條文。但從前述之行為規範內容與制裁規範內容對照後加以觀察卻可以發覺，對於文化資產中建築類文化資產保存程序中之義務違反行為，立法者於修法過程中並未就整體狀況進行通盤式的檢討，以至於在制裁規範之制定上，有掛一漏萬之情形發生。就行為規範之部分於歷次修正後就文化資產態樣所新增加之歷史建築、紀念建築、聚落建築群等類別，雖對於歷史建築、紀念建築及聚落建築群有相關之發現、保存、再利用行為有相關之規範而賦予行為人對於文化保存之過程有相關之義務。但在對於行為規範義務違反之制裁規範中，卻仍係沿用既有之規範條文而僅對條號變更處進行修正，以至於新增之歷史建築、紀念建築等文化資產保存之義務於部分行政罰規範中無相關之規定。

因此，在行政罰之規範上，產生對於營建工程造成建築類文化資產之外觀或是觀覽通道造成阻礙者等較不涉及文化資產本體保存之行為因制裁規範之制定完全對照行為規範而有行政罰之制裁。反而涉及到文化資產本體保存更重要之修

復、緊急修復、再利用以及管理行為卻因條文設計而僅將行為客體限於古蹟，而未有對於後來新增之歷史建築、紀念建築及聚落建築群等類型有相對應之制裁規範。同樣的針對私有文化遺產之所有權移轉，所有訂有事先通知主管機關義務之文化資產均有相對應之制裁規範，但在建築類文化資產卻只有古蹟有行政罰之制裁而不及於歷史建築，而產生與私有國寶、重要古物之所有權移轉有行為規範與制裁規範兼具之情形有別。

二、破壞文化資產型

而就破壞文化資產型之文化資產義務違反之不法行為，係指對於該義務違反行為之態樣，其並非單純就文化資產保存之程序上之義務違反，而係對於文化資產本身造成侵害之行為。其所涉及之條文包含

- (一) 按文化資產保存法第 34 條第 1 項前段之規定，營建工程等開發行為不得破壞古蹟、歷史建築、紀念建築及聚落建築群之完整。若對於前述文化資產造成完整性之破壞，即有同法第 106 條第 1 項第 4 款罰鍰之行政罰制裁。
- (二) 按文化資產保存法第 106 條第 1 項第 7 款之規定，毀損歷史建築、紀念建築之全部、一部或其附屬設施者，處以罰鍰之行政罰制裁。

而針對前述兩個涉及到文化資產本身侵害之義務違反行為，其不僅僅只是對於行政法上所規範之秩序違反，對於文化資產本身之侵害不論係對建築類文化資產之完整性抑或是對於歷史建築之毀損，其涉及了對於文化法益破壞之情形，換言之已經存在以刑事不法之刑罰手段作為制裁之前提。而立法者究竟以何理由作為以行政罰處罰之基準，觀察立法過程之討論，於立法時對於破壞建築類文化資產完整性並未加以討論³¹⁴。同時對於毀損歷史建築之部分，所採用行政罰之理由

³¹⁴ 關於第 34 條營建開發行為對於文化資產完整性破壞之行為規範之討論詳參見立法院公報第 105 卷第 39 期委員會紀錄，頁 248-249。

亦未多作說明³¹⁵，僅在討論刑罰規範時提出歷史建築罰則是否以刑罰作為規範時以該規定放在行政罰即結束相關之討論，而未就理由多做說明，並且於立法理由亦僅說明希望透過規定歷史建築於罰則之相關規定解決過往保存維護之成效不佳之問題，而未確實釐清侵害文化法益之義務違反行為以行政罰作為其制裁規範之內容是否合理。

第二款 刑罰作為制裁手段之不法行為

同樣的，除卻前款透過行政罰規範作為制裁手段之不法行為外，文化資產保存法於第 103 條中亦存在以刑罰作為制裁手段之規範，而舊以刑罰作為制裁手段之行為，對於其之規範模式為何，依照本文第三章第一節第二項於文化法益客體判斷上所具備之行政從屬性之討論，從其行為態樣行政從屬性進行觀察，文化資產保存法之刑罰規範之內容，可以區分為獨立型以及相對從屬行二種

一、獨立型刑罰規範

如前所述，獨立型刑罰規範係指對於法規範之構成要件獨立於行政命令或行政法規，而具有完整的不法構成要件內涵，可以依照內在於法規範的規範目的來進行法益關連性的和目的性解釋。因此，只有對於構成要件客體之解釋必須參照文化資產保存法以及主管機關相關之行政命令、函釋所涵蓋之範圍已足，而不會影響對於構成要件行為之判斷。就文化資產保存法獨立型刑罰規範之內容，有下列四條規範

- (一) 毀損古蹟、暫定古蹟之全部、一部或其附屬設施
- (二) 毀損考古遺址之全部、一部或其遺物、遺跡
- (三) 毀損或竊取國寶、重要古物及一般古物
- (四) 違反第八十六條第一項規定，改變或破壞自然保留區之自然狀態

³¹⁵ 對於毀損歷史建築行為之討論詳參見立法院公報第 105 卷第 39 期委員會紀錄，頁 334、339。

對於前述四款獨立型刑罰規範，可以發現前二種之構成要件行為均係以毀損作為侵害文化法益之行為，第三種除了前述之毀損行為以外，由於所規範者係對於動產類型之文化資產，故又再透過竊取行為對於間接侵害文化資產客體之行為進行規範。同時在對於前述毀損、竊取行為之思考上，立法者係基於最初立法時之想像而係以毀損建築物之毀損行為作為文化資產保存毀損行為之對應，而係將文化資產視為具有特殊價值之建築，而將國寶、古物等視為具有特殊價值之物，將刑法中對於毀損以及竊取之思考一體適用於文化資產之上。

而對於第四種之行為規範，表面上雖其係以違反第 86 條第 1 項作為行為規範，於立法模式的外觀上較像是限制從屬型，惟觀察第 86 條第 1 項之條文，為「自然保留區禁止改變或破壞其原有自然狀態」，而於第四種之條文規範，其之構成要件行為則為改變或破壞自然保留區的自然狀態，換言之，透過文化資產保存法第 103 條第 1 項第 7 款之條文即能夠完整的詮釋整個規範之構成要件，而並非需要經由第 86 條第 1 項之規定才能夠詮釋其之構成要件，故本款之規範仍為獨立型之刑罰規範。

二、相對從屬型刑罰規範

而相對於獨立型之刑罰規範，文化資產保存法中亦存在相對從屬型之刑罰規範，而其之規範模式，係於刑罰規範要件內容上，除了違反特定行政法令或是行政義務外，亦存在特定行為或是狀態變更的具體描述之獨立解釋構成要件之空間。換言之，對於此類之構成要件之解釋上，除了條文本身之行為外，必須配合其於前述文化資產保存法中所規範之行政義務加以對照，方能確認其之構成要件。而對於此類相對從屬型之刑罰規範，有以下三款

(一) 違反第三十六條規定遷移或拆除古蹟

依文化資產保存法第 36 條之規定，除非基於國防安全、重大公共安全或國家重大建設，並經由中央主管機關提出保護計畫後審議通過而予以核定者外，不得任意遷移或拆除古蹟。因此，本款之構成要件除了拆除或遷移古蹟之外，其之前提要件必須為無重大事由而未經主管機

關核定者所進行者方屬之。倘若經主管機關核可而進行之遷移或拆除行為，則連本款之構成要件均不該當。

- (二) 違反第七十三條規定，將國寶、重要古物運出國外，或經核准出國之國寶、重要古物，未依限運回

依文化資產保存法第 73 條之規定，除非係基於戰爭、必要修復、國際文化交流舉辦展覽等特殊情況，而有運出國外之必要者，並經由中央主管機關報請行政院核准者外，不得將我國之國寶、重要古物運出國外。因此，本款之構成要件除了運出國外或未依期限運回以外，仍必須觀察其是否具有特殊情況並經由中央主管機關報請行政院核定，倘若具備者，則被排除於本款之情事而不該當本款之構成要件。

- (三) 違反第八十五條規定，採摘、砍伐、挖掘或以其他方式破壞自然紀念物或其生態環境

依文化資產保存法第 85 條之規定，除非為原住民族基於其傳統文化、祭儀之需要或是研究機關為了研究等特殊情況而需要採自然紀念物或生態環境者，而報經主管機關核准者外，禁止採摘、砍伐、挖掘或以其他方式破壞自然紀念物。因此，本款之構成要件除了已採摘、砍罰等方式破壞自然紀念物外，其之前提要件必須結合第 85 條之規定而判斷其是否屬於原住民族基於其傳統文化之需要或是研究上所必須，而報經主管機關同意者。倘若符合前述條件者則被排除於構成要件行為之外。

因此綜合上述三款之構成要件規範模式之觀察，可以發現對於相對從屬型之刑罰規範除卻構成要件行為外，仍必須觀察其行為規範之義務內容，方能對於刑罰之構成要件行為有完整之認識。因此對於這三款相對從屬型之文化資產保存法刑罰規範的實際操作上，對於其構成要件行為之判斷必須掌握行政機關對於其之行為規範所為之相關作為，而在判斷行為是否具有不法前，先行確認行為人為該

行為前是否經過主管機關之核可並且主管機關核可之範圍為何，方能夠做出對於構成要件之完整觀察。

第二節 實務上文資法之適用

在確認過文化資產保存法規範變遷對於文化法益建構之影響以及對於現今之文化資產保存法之處罰規範架構進行整理後，其次便是對於我國實務上在面對文化資產保存之義務違反行為時如何適用刑罰之規範進行觀察。因此，於本節將會先對於為何選取下述之實務案例判決進行說明後，在進行案例之介紹與對於判決所採之實務見解進行釐清，以利後續分析實務見解判斷上之問題。

第一項 實務案例的選取背景

首先就實務案例的選取，並非隨機挑選判決作為案例即足夠，必須具有代表性之判決方對於觀察實務見解具有相當之實益而為有意義之討論。因此在說明實務案例之前，必須先就實務案例選取之背景及意義進行介紹。

於本節第二項之實務案例，會挑選四個我國之文化資產受到侵害之案例進行說明，第一個案例為促成 2016 年文化資產保存法對於罰則修法的指標案例的【台中瑞成堂案】，本文預計透過瑞成堂案觀察過往實務對於文化資產受到毀損之情形，其對於毀損之判斷標準，所採取之一貫見解為何。第二個案例則為【台北圓山水神社塗鴉案】，本文預計透過此案觀察於近期之實務見解對於文化資產保存法中毀損之定義，除卻傳統刑法之規範外，已開始將文化資產保存之規範目的納入觀察。第三個案例為【新竹春官第盜匾案】，而預計透過此案觀察對於文化資產內具有文化價值之部分實施竊盜之行為，實務對於此類行為所採之態度為何，進而判斷實務對於此類行為是否有從文化法益之視角進行觀察。第四個案例為【高雄鹽警槍樓噴漆案】，係對於歷史建築所實施之毀損破壞行為，實務對此所採之判斷標準為何，而透過本案去觀察對於現行文化資產保存法對於歷史建築之保護以及法院對於破壞歷史建築行為所採取之見解為何。

因此，透過本文所選取的四個案例作為介紹之主幹，並參酌實務於其他判決所採取之見解進行觀察，即可以得到實務對於文化資產保存法中對於文化資產受到侵害之行為，其所採取的立場為何，並且於晚近修法後有無改變見解之傾向。同時透過未直接對於文化資產本體造成侵害之行為之實務判決，觀察實務對這類行為進行判斷的角度為何，而可以看出實務是否對於文化法益有充分之理解與認識。最後透過未被列入文化資產刑罰保護之歷史建築之同樣的毀損行為實務所採取的見解，能夠進一步分析文化資產保存法對於不法行為之規範是否妥當。亦即，透過這四個案例所建構出的實務脈絡，即能夠有效地觀察出實務對於破壞文化資產保存行為之立場。而建構出本文後續於第三節從文化法益角度觀察實務見解的前提要件。

第二項 實務案例事實說明

第一款 台中瑞成堂毀損案

本案的案例事實為，A 為市地重劃會之理事長，於該重劃區內之「瑞成堂」於民國 100 年 7 月 11 日經審議會決議，決議通過為暫定古蹟；並於 100 年 9 月 29 日經台中市政府公告將「瑞成堂」指定為古蹟；A 明知依文化資產保存法規定，暫定古蹟於審查期間內即視同古蹟，不得毀損或任意拆除，須變更都市計畫而會造成重劃工程進度延宕而造成利益受損。因而心有不甘，故與其子 B 及承包拆屋填土整地工程之 C 商議多次後，A、B、C 三人間即萌生毀壞他人建築物、古蹟之犯意聯絡，由 A 出資，C 負責找人以挖土機拆毀「瑞成堂」，B 則擔任 A 之代理人居中連絡。迨於 100 年 9 月 9 日「瑞成堂」經指定為古蹟後不久，A 命 C 於 100 年 9 月 19 日前拆毀「瑞成堂」，而給予 C 70 萬元以及後續承包工程之利益。C 旋與好友 D，於 100 年 9 月 13 日晚間 7、8 時許，邀請從事駕駛挖土機工作之 E，商議拆毀「瑞成堂」之事。E 雖因不敢一 F 承擔而婉拒 C 以 50 萬元轉包拆毀「瑞成堂」之工作，仍建議 C 找其雇主 F 承包，C 即電召 F 於同日晚間 10 時

許到場，加入商議。其間，因 D 向 C 表示願參與把風而分取 5 萬元之酬金，遂議定由 F 找人駕駛挖土機拆毀「瑞成堂」，其他協助人員、機具即由 F 以餘額 45 萬元統籌處理，C 並向 F 許諾尚有轉包工程之利益可期。適 E 因工作原因而知悉某挖土機無衛星定位，乃透露予 F 知情。F 遂請 E 帶看該部挖土機及分頭擔任把風，另允酬 15 萬元徵得 G 駕駛挖土機拆毀「瑞成堂」。至此，D、E、F、G 均已直接或間接與 C、B、A 達成毀壞他人建築物、古蹟之犯意聯絡。

謀議既定，A 親自提領 60 萬元現鈔；C 則於同日傍晚電請 B 聯絡 A 要拿拆毀「瑞成堂」之期前費用 60 萬元，俟 B 居中聯絡妥後，C 依約於同日晚上 10 時許，向 A 收取 60 萬元現鈔。C 取得現金後，即與 D、E、F、G 陸續會合，D、E、F、G 先去勘察前揭之挖土機，確認該挖土機當時停在距離「瑞成堂」約 100 公尺遠之工地，隨時可啟動使用。俟於 100 年 9 月 20 日凌晨 2 時許，由 E 騎乘機車搭載 F，D 騎乘機車搭載 G，先後抵達重劃區內，F 下車擺放交通錐後步行至路口把風，E 再騎車載 2 個交通錐南下至另一路口把風，G 下車後步行去駕駛挖土機，D 再騎車前去把風。而 G 穿戴手套，將該挖土機一路駕駛至「瑞成堂」，拆毀「瑞成堂」之外門樓「務本居」、內部圍牆、拜亭、大廳等，並壓損內埤地坪，致其建築物效用之一部喪失，費時約 20 分鐘後，便將該挖土機棄置現場，手套丟入附近水溝，步行逃逸至 F 所在路口會合，C 全程以電話監控狀況。D、E 隨後各騎車至路口，分別搭載 F、G 回會合處後，改由 D 駕駛自小客車搭載 G，D、E 各自騎車，旋於 100 年 9 月 20 日凌晨 3 時許，與 C 會合，C 即依協議交給 D 5 萬元、F 45 萬元，再由 F 單獨給 E 5 萬元、G 15 萬元。數日內，C 再向 B 當面提醒報酬尾款 10 萬元及承包特定工程等事宜。於 100 年 9 月 20 日清晨，持有挖土機之公司負責人獲悉該挖土機在「瑞成堂」後，隨即報警處理，為警循線查獲上情³¹⁶。

³¹⁶ 本案事實整理自臺灣高等法院臺中分院 103 年度上訴字第 31 號刑事判決。

第二款 台北圓山水神社塗鴉案

本案的案例事實為，坐落於臺北市之「圓山水神社」，為民國 93 年 4 月 28 日經台北市政府公告指定為直轄市市定古蹟之「草山水道系統」保存範圍，而為臺北自來水事業處所管理，其主殿柱子，係屬「圓山水神社」之設施之一部。A 因上網查知臺北市尚有日本人建造之「圓山水神社」，且白天前往現場勘察，可預見上揭「圓山水神社」位於臺北自來水事業處陽明營業分處後方，二者有地緣關係，神社除主殿供奉水神外，下有書寫「圓山水神社」之石碑，另有涼亭、石燈籠，手洗石製水槽，並有石獅二隻守護，有表參道供拾階而上，均係昭和時代產物，可能為「草山水道系統」古蹟保存範圍內。詎 A 因不滿部分地方政府都在復建神社，為彰顯自 F 是中國人，非日本人，遂起意以毀損神社之方式表達對於日本殖民歷史之抗議，竟基於縱使造成毀損古蹟亦不違反其本意之不確定故意，於 106 年 8 月 13 日晚上 11 時 47 分許至翌日凌晨 0 時 30 分許，攜帶其所有之畫筆 1 支、橡膠手套 1 雙、無蓋廣口空瓶 1 個及無法以清水或去漬油洗淨之白色水泥漆 1 瓶前往「圓山水神社」，沿參道步上主殿，戴上手套後，將白色水泥漆倒入空瓶內，再以畫筆沾取白色水泥漆後，在該神社主殿之 4 根朱紅色柱子上塗鴉書寫表達不滿之文字，致「圓山水神社」主殿柱子之原有古樸莊嚴外觀形貌受損而致令不堪用。A 於塗鴉後，恐字跡不易辨識，遂將預先在家中打字記載文字內容之抗議字條留置現場後離去。嗣登山民眾於 106 年 8 月 14 日下午 4 時許發現後通知臺北自來水事業處報警循線查獲³¹⁷。

第三款 新竹春官第盜匾案

本案的案例事實為，A 意圖為自己不法之所有，基於竊盜之犯意，於民國 107 年 9 月 9 日凌晨 3 時 6 分許，騎乘機車前往業經新竹市文化局核定為市定古蹟

³¹⁷ 本案事實整理自臺灣高等法院 108 年度上訴字第 196 號刑事判決。

之鄭氏祖厝春官第，徒手竊取屬於「祭祀公業法人新竹市鄭永承」所有，懸掛在春官第內之牌匾「崇祀鄉賢」、「文魁」、「明徑」、「進士」共4面得手後，於同日上午4時34分許，以上開機車載運前揭牌匾離去。B已預見上開4面牌匾可能係來源不明之贓物，竟仍基於縱買受贓物亦不違背其本意之故買贓物之不確定故意，於107年9月12日至同年月19日之間，接續2次各以新臺幣1萬8千元、1萬7千元，合計3萬5千元之價格，向A購買上開4面牌匾，並將上開4面牌匾載回其住處放置。嗣為警調閱相關監視器影像，並於108年11月1日，持搜索票前往B之住處執行搜索，扣得上開「崇祀鄉賢」、「文魁」、「明徑」、「進士」4面牌匾而查獲³¹⁸。

第四款 高雄鹽警槍樓噴漆案

本案的案例事實為，茄荳竹滬鹽灘鹽警槍樓於2012年06月12日經高雄市政府登錄為歷史建築，並由高雄市政府文化局負責管領。A因與茄荳生態文化協會之總幹事B有細故，竟於民國107年11月5日17時42分許，基於毀損之犯意，在「茄荳竹滬鹽灘鹽警槍樓」之主體建築物牆面上，先以鐵樂士噴漆噴上辱罵之字樣，復於上開槍樓之門扇、鐵欄杆及其地面、水泥護牆上分別為同樣之噴字行為，毀損上開槍樓之一部，致不堪使用，足以生損害於高雄市政府文化局。嗣經管理上開槍樓之茄荳生態文化協會發覺而報警處理，始查悉上情³¹⁹。

第三項 實務見解

第一款 實務對於文化資產毀損之認定標準

首先，對於實務上最多案例之建築類文化資產之毀損行為，其判斷之基準為何，而從【瑞成堂案】觀察古蹟之毀損行為應如何認定，依本案對於「瑞成堂」

³¹⁸ 本案事實整理自臺灣新竹地方法院109年度易字第127號刑事判決。

³¹⁹ 本案事實整理自臺灣橋頭地方法院108年度簡字第1601號刑事判決。

是否受到毀損之認定上，其係基於「瑞成堂古蹟建築之外門樓務本居、內部圍牆、拜亭、大廳等重要位置遭該挖土機拆毀，內埕地坪亦受壓損，致其建築物效用之一部喪失之事實，已堪認定。」作為判斷古蹟毀損成立之依據。而從法院判斷之文字加以觀察，於本判決中對於毀損行為之認定，與多數實務對於文化資產毀損之判決相同，仍係以刑法第 353 條毀損建築物罪作為其構成要件之判斷³²⁰，而以使所毀損之物失其全部或一部之效用為構成要件。換言之，刑法中對於毀損罪之構成要件行為之認定，包含毀壞滅棄而使物之本體全部喪失其效用者之毀棄、損傷破壞致使物之本體喪失其效用者之損壞以及透過其他不損及原物形式之方法使物之一部或全部喪失其效用者之致令不堪用，這三者之判斷標準均一體適用於對於古蹟毀損之認定，而與刑法毀損罪做同一解釋³²¹。

而對於古蹟之效用之判斷，於本案雖因瑞成堂之建築係直接遭到拆毀而明顯符合毀損之要件而未對此多做討論，但自其他實務見解觀察，於早期之實務見解對於判斷古蹟之效用是否受到減損，從文化資產保存法之規範目的與刑法毀損罪並不相同，一個為個人之財產法益，另一個則為社會法益。二者係保護不同法益。因此，在判斷古蹟之效用上雖係基於刑法毀損罪之判斷標準，但在對於古蹟是否受到毀損之判斷上，仍必須審酌文化資產保存法之規範保護目的而判斷毀損行為對於維護文化資產所彰顯之文化歷史價值有無因此而遭受貶抑，綜合加以判斷，而以行為是否毀壞古蹟歷史、人文之文化價值作為效用之判斷³²²。

因此，在前述對於毀損古蹟與刑法毀損罪之保護法益不同之情形下，對於文化資產保存法毀損古蹟行為與刑法第 353 條之毀損建築物罪之關係，從【瑞成堂

³²⁰ 毀壞他人建築物、礦坑、船艦或致令不堪用者，處六月以上五年以下有期徒刑。因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。

第一項之未遂犯罰之。

³²¹ 臺灣臺北地方法院 96 年度簡字第 2550 號刑事判決、臺灣高等法院 99 年度上訴字第 4105 號刑事判決、臺灣高雄地方法院 101 年度訴字第 967 號刑事判決、臺灣士林地方法院 107 年度訴字第 205 號刑事判決、福建金門地方法院 109 年度訴字第 17 號刑事判決均採此一見解。

³²² 臺灣臺北地方法院 96 年度簡字第 2550 號刑事判決、臺灣高等法院 99 年度上訴字第 4105 號刑事判決、臺灣臺北地方法院 103 年度訴字第 146 號刑事判決。

案】觀察，法院認為，對於拆毀「瑞成堂」之行為，係一行為觸犯二罪名，而分別侵害個人財產法益及文化資產保存之社會法益，為想像競合犯，應從一重之毀壞他人建築物罪處斷(按:此一結果係於民國 105 年修法前，毀損建築罪仍重於毀損古蹟罪之時)，此一想像競合之見解亦為法院至今均未改變之見解³²³。

第二款 晚近實務之判斷標準

而於近年來，對於古蹟毀損之認定標準上，逐漸有強調文化資產保存特殊性的趨勢產生，而自【圓山水神社案】之歷審判決可以發現，於一審時法院所採之見解仍然與早期實務見解相符，而係參酌刑法毀損罪所定之毀損行為之要件，並搭配文化資產保存法之規範保護目的，同時參酌維護文化資產所彰顯之文化歷史價值有無因此而遭受貶抑，而綜合判斷之。

而於二審高等法院對於毀損古蹟之判斷上，其首先自文義解釋觀察毀損古蹟罪及刑法毀損建物罪，而認為二者條文之構成要件並不相同，立法者對古蹟有特別保護之意。此外，二審法院除了傳統重申過往實務參酌刑法毀損罪及文化資產保存法規範保護目的綜合判斷之見解外，更進一步分析一般財產與古蹟之不同，自古蹟之價值及其保存意義出發，而認為判斷古蹟毀損與否，因古蹟本以其原有存在之形式，表彰其所蘊含之歷史、文化或藝術價值，且於判斷上不以致令不堪用為必要，因此依照目的性解釋，對於毀損古蹟之「損壞」概念，不以改變古蹟本體之完整性或發生重大變化，或喪失原有效用為限，應包括改變古蹟外貌致貶抑古蹟歷史、文化、藝術價值之情形在內³²⁴。換言之，對於古蹟之毀損行為，本案二審法院透過對於古蹟本身之價值與一般財產之差別進一步深入論述，開始將古蹟之毀損之構成要件，從傳統刑法之毀損行為作為思考之核心的論述脈絡，朝

³²³ 臺灣新竹地方法院 98 年度審竹簡字第 1348 號刑事判決、臺灣高雄地方法院 99 年度易字第 297 號刑事判決、臺灣高雄地方法院 101 年度訴字第 967 號刑事判決、臺灣臺中地方法院 101 年度訴字第 690 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 108 年度上訴字第 1847 號刑事判決、臺灣屏東地方法院 110 年度訴字第 367 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 111 年度上訴字第 219 號刑事判決均採此一見解。

³²⁴ 臺灣高等法院 108 年度上訴字第 196 號刑事判決。

向以文化資產作為本位進行思考來對於毀損古蹟行為進行判斷³²⁵。

第三款 實務對於其他侵害文化資產行為之認定

而從本文第三個案例之【新竹春官第盜匾案】對於其他侵害文化資產行為之認定進行觀察，本案中行為人之竊盜行為於外觀上雖然並未直接透過手段毀損春官第之本體，但其行為將懸掛於春官第內之四塊自清代即保存下來之匾額竊走，而該匾額之內容代表春官第作為開台第一位進士住所並作為其重要之象徵，而從整體古蹟的文化價值觀察仍對於文化法益造成侵害，而屬於本文第三章第三節所稱之間接侵害文化法益型。

但本案法院對於行為人之行為所為之判斷，由於目前多數實務見解仍然係以刑法之毀損罪之毀損行為態樣作為觀察毀損古蹟之基本構成要件，而僅係對於毀損內容之判斷從文化角度觀察是否效用受到減損。故對於本案行為人將屬於古蹟一部分之四個匾額為竊取行為時，因為該匾額並非屬於文化資產保存法中所稱之國寶或是古物等對於可被移動之文化資產之分類，且竊取行為並非屬於實務所認定之毀損古蹟之範圍。因此新竹地方法院對於本案之行為判斷並非從文化資產受到侵害之角度對於本案進行觀察，而係以一般刑法之竊盜罪對於行為人將四塊匾額從古蹟處竊走之行為進行評價³²⁶。

第四款 實務對於侵害歷史建築行為之認定

而在第四個案例【茄荳竹滬鹽灘鹽警槍樓噴漆案】中，對於毀損歷史建築之行為實務如何進行認定，首先，必須先釐清者，由於目前文化資產保存法對於歷史建築損毀之規定，係以行政罰作為處罰規範，而於實務實際之適用上，對於適

³²⁵ 臺灣臺中地方法院 111 年度中簡字第 993 號刑事判決亦採此一見解。

³²⁶ 福建金門地方法院 109 年度訴字第 17 號刑事判決亦為同樣類似之思考案例，於該案中金門地院對於被指定為古蹟之陳健墓內之石獅，雖認定其屬於古蹟之一部分，但對於竊取該石獅之行為，金門地院對於毀損古蹟之思考仍係以刑法之毀損出發，而認定竊取之犯意與毀損古蹟之犯意並不同，且其亦認為竊取石獅之行為，以自然意義上並不屬於毀棄對於古蹟之重要部分以使之失去效用，故認為該竊取行為不觸犯文化資產保存法。

用文化資產保存法第 106 條第 1 項第 7 款之情形，目前實務之案例並不多見，而於零星之個案中，對於是否屬於文化資產保存法第 106 條第 1 項第 7 款毀損歷史建築之行為之判斷上，通常係對於自己所有之建築物被指定為歷史建築後，因為各種因素而將其拆除或欲將其拆除而遭駁回之行為³²⁷。而對於將他人或是公有之歷史建築拆除之行為，實務對於本類行為則並無適用文化資產保存法之案例。

其次，就本案對於就茄荳竹滬鹽灘鹽警槍樓之歷史建築進行噴漆之行為，於實務之認定上，並未適用文化資產保存法第 106 條第 1 項第 7 款之規定，而認為行為人對於鹽警槍樓之主體建物牆面、門扇、鐵欄杆及其地面、水泥護牆噴漆之行為，係屬於刑法第 354 條之毀損器物罪，因此，對於毀損之定義，即完全適用刑法中對於毀損之判斷標準，而係自財產犯罪之角度觀察本案行為人之毀損行為。換言之，對於毀損他人或是公有之歷史建築之行為，按行政罰法第 26 條之規定一行為同時觸犯刑罰及行政罰之規定者，依刑事法律處罰之，基於一行為不二罰之原則，在以刑法之毀損器物罪進行處罰後，對於此行為即無須再透過行政罰加以制裁而未有適用文化資產保存法第 106 條第 1 項第 7 款規定處以罰鍰之空間。

而於本案中對於鹽警槍樓之文化價值因行為人之噴漆行為受到減損之判斷上，本案法院並未以文化價值是否受到減損作為判斷毀損行為之要件，而完全以刑法毀損罪判斷財產毀損之要件進行判斷。而對於文化價值之考量，係於審酌被告刑度時透過「造成上開槍樓之歷史文化遭破壞」作為非難行為人行為並審酌刑度之判斷依據。亦即，本案法院對於判斷毀損歷史建築之行為上，基於適用法律為刑法之緣故，則完全以刑法對於財產毀損之判斷作為依歸，而並未因行為客體

³²⁷ 臺灣雲林地方法院 110 年度再易字第 2 號民事判決、臺灣彰化地方法院 109 年度重訴字第 99 號民事判決、臺灣屏東地方法院 109 年度簡上字第 83 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 107 年度重上更一字第 1 號民事判決之拆屋還地案對於行為人請求拆除文歷史建築之行為認定期會違反文化資產保存法第 106 條第 1 項第 7 款之毀損歷史建築；而目前對於適用文化資產保存法第 106 條第 1 項第 7 款之判決僅臺灣新北地方法院 107 年度簡字第 96 號判決，本判決認為則毀損歷史建築之全部、一部或其附屬設施，所負之責任為行為責任，而非狀態責任而將毀損行為限於積極作為之行為。

為歷史建築而考量文化價值對於其效用之意義。

第三節 從法益角度觀察實務見解的問題

因此，在整理完實務上對於文化資產受到侵害之行為的案例以及所採見解後，可以發覺實務對於文化資產受到侵害之行為，雖然肯認文化資產保存法之保護法益與刑法財產犯罪之毀損罪以及竊盜罪不同，但其對於文化資產之想像仍係以「資產」的概念來對於侵害文化資產之行為進行解釋。因此，本文透過前述所建構之文化法益對於實務見解進行觀察後，可以發覺，實務見解有三個主要問題：第一，實務見解對於文化資產毀損行為之認識仍以財產作為核心而非以文化作為本位之思考；第二，對於文化資產毀損行為之認定，基於實務以財產作為核心之前提下，其認定之範圍過於狹隘而對於部分文化法益受到減損之行為未能進行充分評價；第三，在現行法下，對於歷史建築毀損行為之評價不足，而未能充分考量文化法益受到減損。因此，本節將就此三個問題分別論述之。

第一款 對於文化資產毀損行為之認識仍以財產作為核心

首先，對於實務見解針對文化資產受到毀損之行為，由於在文化資產保存法修訂之初即有對於古蹟、公有古物之毀損為規定，且如前所述，早期對於文化資產的想像，係將其作為具有中華文化價值之特殊財產而進行保護，因此在對於毀損古蹟、古物的判斷上，亦承襲前述之判斷而將刑法中對於個人財產犯罪之毀損概念直接套用至文化資產之上³²⁸。換言之，對於文化資產的概念以及奇之意義，立法者及實務見解所具備之想像仍係著重在對於「資產」之保存，文化只是使該資產具有特殊保護必要之條件而已。

然而於晚近對於文化資產保存法之規範目的進行大幅度的調整而從早先之中華文化之發揚轉變為對於多元文化之保護及發揚後，文化從原先作為政府控制

³²⁸ 立法者見解之形成同註 307。

社會思想之手段，轉變成為係以人民為主體而以憲法多元文化國原則之實踐使人民得以在多元文化之環境下使其人格健全養成及自我實現作為文化資產保存之核心目的。此一規範目的之轉變亦作為對於文化資產保護法益重新建構之基礎，而更能名正言順的將文化法益與傳統刑法財產法益做出區隔，而使得文化資產保存法不再被視為財產保護之特別法，而應將保護之核心從「資產」轉向於「文化」。亦即，對於文化資產保存法制裁規範的解釋上，在肯認文化法益之保護核心與財產法益有所不同後，於解釋上除卻於刑法總則制定之相關共通規範的解釋須為同樣理解以維繫刑法體系的一致性外，對於個別條文之解釋上，出於不同之保護法益所著重的核心不同，其所規範之內涵亦會有所差異，倘若於解釋上須完全一致，即有產生規範漏洞之可能性³²⁹。因而在對於造成文化法益侵害之毀損行為之認定，無須完全以刑法之解釋作為依歸。

而觀察實務對於文化資產保護相關制裁規範之適用上，對於其構成要件成立之解釋上，於早期的實務基本上是將刑法中對於毀損成立之構成要件解釋搬至毀損古蹟之行為上，因此，在判斷是否構成毀損時，對於手段之判斷仍係以刑法之毀棄損壞行為作為毀損之判斷，而強調其手段係透過對於建築物之物質加以破壞而致使效用全部或一部之喪失³³⁰。而早期事務見解與晚近實務見解最大之差異，即是在對於效用減損之判斷上，從早期以建築之效用受到毀損作為判斷依據而未強調文化之效用，逐漸轉移到將文化之效用是否受到減損納入判斷而綜合考量之。換言之，實務見解之判斷標準仍係以資產是否受到毀損作為判斷上之主軸，而在判斷毀損造成效用之全部或是一部喪失時，對於效用之判斷改以文化效用取代傳統建築物功能減損之思考。亦即，實務在判斷古蹟毀損的思考上，仍係從財產犯罪的思考模式出發，而將古蹟的本質視為建築物，只是將其所具備之功能從單純之建築物加入文化保存之功能而將文化作為資產的特別效用，判斷之本質仍

³²⁹ 例如，刑法中對於強暴之解釋，依照犯罪類型之不同，對於強暴成立所要求之強度亦有所差異，詳參陳子平，刑法各論(上)，元照出版，頁164，2017年9月，三版。

³³⁰ 陳子平，同註329，頁718。

係將其視為特別之財產犯罪。

因此，從文化法益的角度觀察實務見解後可以發覺，在對於毀損古蹟等對於文化法益造成侵害之行為之判斷上，就文化法益是否受到侵害的思考，實務雖然肯認文化法益與財產法益所保護者係截然不同，但於實際之操作上，仍受到最初立法時將其作為財產犯罪之特別法之思維影響，係以對於財產造成毀損之手段作為判斷之主軸，將重點放在「資產的侵害」，而忽略了文化資產保存之核心為建構多元文化之「文化」，使其價值之完整性不受到侵害，對於文化資產侵害之保護只是保護文化不受到破壞的手段而已。意即，實務見解於判斷之根本上即偏離了文化資產保存的核心，而將古蹟作為資產，並非將古蹟視為文化之媒介，而從對於文化價值受到減損之判斷仍拘泥於刑法上毀損行為之形式外觀，將其作為判斷侵害文化法益之毀損行為之依據，而並未從文化是否受到減損的角度觀察之。

第二款 對於文化資產毀損行為認定之狹隘

因此，延續第一款實務在認定文化資產毀損行為於根本思考上的偏誤，使得對於毀損行為於判斷上仍拘泥於刑法之毀損行為之表現形式將其作為毀損古蹟之行為判斷。而對於透過其他方式造成文化資產作為媒介所包含之文化價值受到減損之其他行為上，例如於本章第二節第二項第三款之【春官第盜匾案】中，對於古蹟內之四塊牌匾遭人竊取之情形，由於該匾額係自清代道光時期即保存至今，並且作為春官第鄭家之先祖鄭用錫於清朝道光年間考取進士之重要象徵，其代表了台灣文教歷史中在科舉表現之最高榮譽，作為見證台灣文化發展過程中的重要一部，而具有高度之歷史文化價值。因此，對於春官第此一古蹟而言，該匾額亦屬於構成其所具備文化價值之重要組成，本案中行為人對於四塊匾額的竊取行為，雖從刑法個人財產法益的角度而言係屬於對於匾額所有人之所有權的侵害，屬於竊盜行為而與對於建築物或是物品之一部或全部效用減損之毀損行為並不相同。因此實務對毀損古蹟的想像基於前述於立法時期即延續迄今之財產法益的特別法思維，而仍以刑法財產犯罪行為作為思考文化資產保存法制裁規範中行

為態樣之基礎。

而在文化資產之制裁規範中，多以毀損作為規範內容的核心，而僅對於國寶、古物有以竊取行為另做規範，在我國對於國寶、古物於文化資產保存法中另有成立之標準以及相對應之規範，而並非所有具有文化價值之動產類型文化資產均能被視為古物。因此，對於屬於古蹟構成之一部分但並未被登錄為國寶或是古物之動產類型文化資產而言，對於並未以毀損手段將該物破壞而係透過其他方式使其與古蹟整體脫離者，則於現行實務之判斷中並無法該當於毀損古蹟罪，例如本案之牌匾亦或是本文註解之福建金門地方法院 109 年度訴字第 17 號刑事判決中陳健墓之石獅³³¹，雖然行為人之竊取行為並非刑法中之以財產法益視角進行觀察之毀損行為，但從文化法益的視角觀察，行為人之行為係將古蹟之一部分從其內部剝離，並且該行為使得古蹟整體之文化價值因此而喪失或是受到減損，而使得古蹟之效用受到影響。但實務對於此類行為之判斷均係以行為人之竊盜行為進行判斷，而論以刑法之竊盜罪，而對於文化價值減損之文化法益受侵害之部分並未予以評價。反而對於古蹟內部之電纜線剪斷後竊取之行為，雖然電纜線本身之功能並非彰顯該文化資產之文化價值，對於文化資產而言並不具備文化之價值，而非屬於文化之媒介。但因其係維繫古蹟內部能源運作之不可或缺之一部，而被認定為古蹟之附屬設施，因而對於剪斷電纜線後竊取之行為，能夠該當文化資產保存法之毀損古蹟附屬設施罪³³²。

因此，透過上述實務案例可以發覺，因為實務對於文化資產之想像仍係著重於「資產」而非「文化」，因此對於文化資產之毀損行為仍係基於「資產」是否受到毀損作為出發點，對於實際造成文化資產文化價值喪失之侵害文化法益行為，無法透過文化資產保存法進行評價，反而部分實際上不屬於文化媒介之一部

³³¹ 雖於福建金門地方法院 108 年度訴字第 19 號刑事判決中對於竊取石獅之共同正犯係以文化資產保存法第 103 條第 1 項第 4 款竊取古物未遂罪論處，惟實際上為金門地院之誤用法條，蓋本案之石獅並未被金門縣府或是文化部等主管機關登錄為古物，而僅係構成古蹟之一部分而已。

³³² 詳參臺灣臺北地方法院 106 年度審易字第 3175 號刑事判決。

者，因其之功能與文化資產保存相關而被視為附屬設施而能夠受到文化資產保存法之保障。意即，從文化法益的角度觀察實務以資產作為文化資產保存制裁規範思考模式核心之見解可以發覺，實務對於毀損行為之認定過於狹隘而限定於刑法毀損罪之毀損行為態樣時，產生對於部分非以破壞性手段造成文化資產之一部脫離古蹟之行為，雖於外觀上同樣造成文化資產之效用喪失或是減損，但因解釋上的侷限而無法對於其侵害文化法益之部分進行評價，產生評價不足之問題。

第三款 對於歷史建築毀損行為之評價不足

此外，於本文第四個案例【高雄鹽警槍樓噴漆案】中之實務見解加以觀察，依照我國現行文化資產保存法之規範架構下，對於毀損歷史建築之行為可以區分為三種態樣，其一是所有權人或管理人對於歷史建築消極不予以修復而導致歷史建築傾頹之情形³³³，其二是因過失而導致歷史建築受到毀損之情形，其三是故意毀損歷史建築之情形³³⁴。

於第一種情形中，主管機關認為按行政罰法第 10 條第 1 項之規定，對於違反行政法上義務事實之發生，依法有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生事實者同。而於本案例中行為人在主管機關多次要求其編列相關之預算對歷史建築進行修復而卻未配合辦理相關之修復事宜而致使歷史建築之文化價值因此而受到毀損，因此對於行為人所能預見，能防止而不防止之消極不作為，致使毀損歷史建築之積極違法行為結果發生，應科予和積極違反行政法上義務行為相同之處罰責任³³⁵。於此訴願決定可以發覺主管機關對於歷史建築毀損之行為態樣，並不侷限於刑法傳統之毀損行為，而係從文化資產之價值觀察，對於具有行為義務而據保證人地位之責任人，以不作為之方式致使歷史建築受到毀損行為者亦屬於毀損行為之一種。惟此訴願決定之見解於地方法院實務之判決中將之予以

³³³ 實際案例為文規字第 1073009951 號訴願決定以及對該決定所為之行政訴訟之臺灣新北地方法院 107 年度簡字第 96 號判決。

³³⁴ 即本文案例四之情形。

³³⁵ 文規字第 1073009951 號訴願決定。

推翻，而又將行為人之毀損行為限於積極毀損歷史建築之行為責任，而排除消極不作為之狀態責任之部分³³⁶。亦即法院實務見解對於毀損歷史建築之想像，與前述對於毀損古蹟相同，仍係以歷史建築作為資產之角度進行觀察，而以刑法之毀損行為作為文化資產毀損之態樣。因此，在歷史建築並未和古蹟相同具有對於未提出修復計畫或未依主管機關核定之計畫為之的相關行政責任的情形下，對於不欲保存歷史建築之所有人而言，只要消極不予以維護即可脫免相關之行政責任。

而於第二種情形則是目前文化資產保存法針對毀損歷史建築唯一有適用可能之情形，蓋按行政罰法第 7 條第 1 項之規定，違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。意即對於違反行政法上義務之行政罰制裁，其之處罰包含故意以及過失違反行政法上義務之行為。因此，就文化資產保存法中對於歷史建築毀損之行為，由於目前之法規範係以行政罰作為毀損歷史建築行為之制裁，按行政罰法之規定基於故意或過失而毀損歷史建築之行為均得以本款規定作為制裁，故若係因過失而造成歷史建築受到毀損之情形，仍有適用本款之餘地而得以行政罰論處之。

於第三種情形則是故意毀損歷史建築之情形，按行政罰法第 26 條第 1 項之規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」對於故意毀損歷史建築之情形，倘若係針對建築之本體所為之行為，則會同時觸犯刑法之毀損建物罪，而若係對於歷史建築之一部或是其附屬設施所為之毀損行為，則會同時有刑法毀損器物罪之適用。而於本文【案例四】之情形中，行為人故意毀損者，為歷史建築之一部以及其相關之附屬設施，而對於歷史建築本體牆面之噴漆行為，由於行為人所噴漆之該槍樓本體為同屬於歷史建築之平房遺構，故不符合建築物之定義，因而實務係以毀損器物罪論處之。又因為行政罰法第 26 條一行為不二罰以及刑罰優先原則之緣故，對於一行為同時觸犯刑

³³⁶ 臺灣新北地方法院 107 年度簡字第 96 號判決。

罰與行政罰時，在無其他種類行政罰之情況下，則僅論以刑罰之規範。換言之，不論是對於歷史建築之建築物本體造成毀損行為抑或是對於其之一部及附屬設施所為之毀損，在現行法規範下，由於對於其文化價值受到侵害之部分係以行政罰之罰鍰作為制裁規範，而該行為又同時觸犯刑法之毀損罪，因而在刑罰優先原則及一行為不二罰原則下，將只對於財產受到侵害之刑法上毀損罪進行評價，不可能有適用罰鍰之行政罰之餘地，而使得對於毀損歷史建築行為之制裁，僅對於其造成歷史建築所有人之財產效用減損或喪失之部分進行評價，而對於該行為造成歷史建築之文化價值減損之文化法益之侵害，則無法評價之。

綜合上述對於毀損歷史建築類型之實務見解可以發覺，在現行文化資產保存法之規範體系下，我國實務對於毀損歷史建築之行為態樣，不但對於毀損行為之判斷與前述對於毀損古蹟之態樣同樣從資產的視角出發，而侷限於積極之刑法毀損行為態樣。對於故意毀損歷史建築之行為更難以有適用文化資產保存法第 106 條第 1 項第 7 款之可能，而無法評價到其造成文化價值受損之文化法益受侵害之部分。因而對於文化資產保存法毀損歷史建築之規範於實際適用下僅剩下過失造成歷史建築毀損之情形能夠適用之，使得毀損歷史建築之制裁規範形同具文而產生文化法益保護之漏洞。

第四節 與外國法之比較

因此，從本章第二節及第三節之實務見解以及透過文化法益觀察實務見解之問題後，可以發覺我國實務見解最主要的問題在於對於文化法益的認識不足以及對於文化法益客體之規範模式及其侵害行為之理解不足，因此，本文預計透過國際法上對於破壞文化資產之規範以及國際刑事法院和南斯拉夫國際刑事法庭對於破壞文化遺址構成戰爭罪與否之案例來就國際法對於文化保護之核心價值進行觀察以釐清國際法上對於文化法益的本質為何。並且從我國文化資產保存法立法及修正參考甚多之日本文化財保護法對於文化法益建構之法規範進行觀察，而作為我國實務見解以及立法模式之對照，並作為本文第五章從法益角度對於文化

資產保存法進行再思考之比較基礎。

第一項 國際法對文化權受破壞之制裁規範

國際法上對於文化權之保護，本文主要係針對國際法上對於毀損文化資產行為之制裁係以何種角度以及如何制裁，就此，可以從兩個部分加以觀察，其一為國際條約中有哪些針對文化資產受到破壞之制裁規範，其二則為國際刑事法院對於國際上毀損文化資產之行為所採取之制裁態度為何，以作為觀察破壞文化資產行為判斷上比較之基準。

第一款 國際法對於破壞文化資產之相關規範

對於針對各國所為之避免文化資產受到破壞而保護文化資產之相關規範，由於國際法上破壞文化資產之最典型之情狀，多為於戰爭時期將文化資產作為攻擊之標的而造成其之破壞以及恐怖組織對於特定地域佔領或是恐怖行動而將文化資產作為其之標的而破壞之。因此，就國際法上對於破壞文化資產行為之制裁規範，多係於戰爭罪相關之國際條約中有相對應之規範。

首先，第一次針對國家於戰爭時對於文化資產進行破壞行為提出禁止呼籲之條約為 1907 年之《陸戰法規和慣例公約》(海牙第 4 公約)，於本公約第 27 條第 1 項規定，在未被用於軍事用途的前提下，於圍困和轟炸中所採取之一切必要措施，應盡可能避免對宗教、藝術、科學或慈善目的之建築物、歷史古蹟、醫院和收集傷病員的地方為之³³⁷。同時，於本公約第 56 條亦規定市鎮的財產，包括宗教、慈善、教育、藝術和科學機構的財產，即使是國有財產，也應作為私有財產

³³⁷ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907, Art. 27. In sieges and bombardments all necessary steps must be taken to spare, as far as possible, buildings dedicated to religion, art, science, or charitable purposes, historic monuments, hospitals, and places where the sick and wounded are collected, provided they are not being used at the time for military purposes.
<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/385ec082b509e76c41256739003e636d/1d1726425f6955aacc125641e0038bfd6> (2022.11.14 last visited)

對待。對於這些機構、歷史建築、藝術和科學作品所為之任何沒收、毀壞以及故意毀損之行為均應予以禁止並受到法律之追究³³⁸。

其後，於 1935 年所簽訂之《關於保護藝術和科學機構及歷史紀念物條約》(羅里奇公約)亦再次對於歷史紀念物，博物館，科學、藝術、教育和文化機構而言，在未用於軍事用途的情況下，應視為中立而不應受到戰爭影響而任意破壞之原則進行明文³³⁹。

而於二戰結束聯合國成立後，有鑑於科技發展導致戰爭對於文化資產的威脅日益增加，並且基於文化資產保存對於世界各地的民族而言具有重大意義，並且文化資產之損害所造成的損失並非限於個人，而係屬全世界的損失，因而對於文化資產於戰爭時之保護，於 1954 年聯合國教科文組織通過《關於武裝衝突情況下保護文化財產的海牙公約³⁴⁰》(1954 年海牙公約)，作為第一部規範文化資產於武裝衝突時之保護條約。於本公約中，就有關於保護文化資產於衝突時免於受到破壞的相關規範，其在第 1 條對於公約所保障之客體即文化資產進行定義以及範圍上之規範³⁴¹。於第 4 條中則對於文化資產之存續表示尊重而於第 1 項中使各締

³³⁸ 同註 337，Art. 56. The property of municipalities, that of institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, even when State property, shall be treated as private property. All seizure of, destruction or wilful damage done to institutions of this character, historic monuments, works of art and science, is forbidden, and should be made the subject of legal proceedings.
<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/385ec082b509e76c41256739003e636d/1d1726425f6955aee125641e0038bfd6> (2022.11.14 last visited)

³³⁹ Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact). Washington, 15 april 1935.
Article 1. The historic monuments, museums, scientific, artistic, educational and cultural institutions shall be considered as neutral and as such respected and protected by belligerents. The same respect and protection shall be due to the personnel of the institutions mentioned above.
<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=46ED540A257C6FE4C12563CD005197BE> (2022.11.14 last visited)

³⁴⁰ 以下就本公約之條文均出自聯合國教科文組織之官網。
<https://www.unesco.org/en/legal-affairs/convention-protection-cultural-property-event-armed-conflict-regulations-execution-convention> (2022.11.14 last visited)

³⁴¹ For the purposes of the present Convention, the term "cultural property" shall cover, irrespective of origin or ownership:
a. movable or immovable property of great importance to the cultural heritage of every people, such as monuments of architecture, art or history, whether religious or secular; archaeological sites; groups of buildings which, as a whole, are of historical or artistic interest; works of art; manuscripts, books and other objects of artistic, historical or archaeological interest; as well as scientific collections and important collections of books or archives or of reproductions of the property defined above;
b. buildings whose main and effective purpose is to preserve or exhibit the movable cultural property

約國承諾尊重其領土內以及其他締約國領土內的文化資產，不以使文化資產在武裝衝突情況下遭受毀壞或損害為目的，來使用文化資產及其緊鄰的周邊環境或用於保護該項財產的設施以及避免進行針對文化資產的敵對行為³⁴²。同時於同條第3項中亦規定各締約國承諾禁止、防止並在必要時制止對另一締約國領土上之文化資產的所為之任何形式的竊盜、搶奪、侵占以及任何破壞行為³⁴³。而於同條第4項亦規定不得對文化資產施以任何報復行為³⁴⁴。於本公約第28條則規定到各締約國承諾於其普通刑事管轄權之範圍內採取一切必要步驟，對於違反或教唆違反本公約者，不論其國籍，進行起訴並施以刑事或紀律制裁³⁴⁵。

於1970年，為了避免世界各國對於其領土內之文化資產面臨盜竊、秘密挖掘和非法出口的危險，並且為了促進國際間的各國合作以更有效的保護文化資產，聯合國教科文組織通過了《關於禁止和防止非法進出口文化財產和非法轉讓其所有權的手段的公約³⁴⁶》(1970年公約)，於本公約中，其於第1條規範了對於公約所欲防止之文化資產之範圍外(詳參本文第2章第3節第1項第2款第1目之內容)，就文化資產非法進出口和所有權非法轉讓之遏止，除了於第2條及第3條重申該行為係屬非法並且締約國有義務透過消除根源、制止現有作法及給予

defined in sub-paragraph (a) such as museums, large libraries and depositories of archives, and refuges intended to shelter, in the event of armed conflict, the movable cultural property defined in sub-paragraph (a);

c.centers containing a large amount of cultural property as defined in sub-paragraphs (a) and (b), to be known as "centers containing monuments".

³⁴² Article 4 Respect for cultural property

1. The High Contracting Parties undertake to respect cultural property situated within their own territory as well as within the territory of other High Contracting Parties by refraining from any use of the property and its immediate surroundings or of the appliances in use for its protection for purposes which are likely to expose it to destruction or damage in the event of armed conflict; and by refraining from any act of hostility, directed against such property.

³⁴³ 3.The High Contracting Parties further undertake to prohibit, prevent and, if necessary, put a stop to any form of theft, pillage or misappropriation of, and any acts of vandalism directed against, cultural property. They shall refrain from requisitioning movable cultural property situated in the territory of another High Contracting Party.

³⁴⁴ 4.They shall refrain from any act directed by way of reprisals against cultural property.

³⁴⁵ Article 28 Sanctions

The High Contracting Parties undertake to take, within the framework of their ordinary criminal jurisdiction, all necessary steps to prosecute and impose penal or disciplinary sanctions upon those persons, of whatever nationality, who commit or order to be committed a breach of the present Convention.

³⁴⁶ 以下就本公約之條文均出自聯合國教科文組織之官網。

<https://www.unesco.org/en/legal-affairs/convention-means-prohibiting-and-preventing-illicit-import-export-and-transfer-ownership-cultural> (2022.11.15 last visited)

補償來消除此類行為外³⁴⁷，於第 6 條至第 8 條中，在第 6 條第 b 項訂有未附有出口證明而將文化資產自本國出口之禁止規範；第 7 條 b 項則為禁止進口其他締約國博物館等機構所遭竊之列冊文化資產之禁止規範；於第 8 條則規定締約國若觸犯前兩條之禁止規範，則應對負有責任者科予處罰或是行政制裁³⁴⁸。同時於本公約第 11 條亦對於透過佔領他國而迫使其出口文化財產和轉讓所有權之手段亦應被視為非法而禁止透過戰爭來迫使轉移文化資產之手段³⁴⁹。

其後，於 1991 因蘇聯解體而引發的南斯拉夫內戰中，在境內民族相互對立而產生衝突的情況下，亦造成種族清洗的嚴重後果，連帶的也使得其境內相關之文化資產造成嚴重的破壞。因此在發生嚴重違反國際人道主義法之行為後，於 1993 年聯合國安理會根據聯合國憲章為了就相關行為人之責任歸究所設立之前南斯拉夫問題國際刑事法庭(ICTY)而通過之《前南斯拉夫問題國際刑事法庭規約》中，對於破壞文化資產之行為，於第 3 條第 d 項中，就奪取、摧毀或故意毀損專用於宗教、慈善事業和教育、藝術和科學機構、歷史文物和藝術及科學作品

³⁴⁷ Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, Article 2

1. The States Parties to this Convention recognize that the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property is one of the main causes of the impoverishment of the cultural heritage of the countries of origin of such property and that international co-operation constitutes one of the most efficient means of protecting each country's cultural property against all the dangers resulting there from.

2. To this end, the States Parties undertake to oppose such practices with the means at their disposal, and particularly by removing their causes, putting a stop to current practices, and by helping to make the necessary reparations.

Article 3

The import, export or transfer of ownership of cultural property effected contrary to the provisions adopted under this Convention by the States Parties thereto, shall be illicit.

³⁴⁸ Article 6(b)

To prohibit the exportation of cultural property from their territory unless accompanied by the above-mentioned export certificate;

Article 7(b)

i. to prohibit the import of cultural property stolen from a museum or a religious or secular public monument or similar institution in another State Party to this Convention after the entry into force of this Convention for the States concerned, provided that such property is documented as appertaining to the inventory of that institution

Article 8

The States Parties to this Convention undertake to impose penalties or administrative sanctions on any person responsible for infringing the prohibitions referred to under Articles 6(b) and 7(b) above.

³⁴⁹ Article 11

The export and transfer of ownership of cultural property under compulsion arising directly or indirectly from the occupation of a country by a foreign power shall be regarded as illicit.

者，認為其屬於戰爭罪之一部分³⁵⁰。

也因為南斯拉夫內戰，於 1998 年及 1999 年，分別催生了對於國際上武裝衝突所觸犯戰爭罪制裁相關之審理機構及規範之《國際刑事法院羅馬規約》(下稱羅馬規約)，以及自 1954 年海牙公約延伸之《關於發生武裝衝突時保護文化財產公約第二議定書³⁵¹》(下稱海牙公約第二議定書)。於羅馬規約第 8 條第 2 項第 b 款第 9 目之規範中，對於嚴重違反國際法既定範圍內適用於國際武裝衝突的法規和慣例而故意命令攻擊專用於宗教、教育、藝術、科學或慈善事業的建築物、歷史紀念物、醫院和傷病人員收容所者，即屬戰爭罪之行為。同時於同條第 2 項第 e 款第 4 目針對嚴重違反國際法既定範圍內適用於非國際性武裝衝突的法規和慣例之情形，亦有相同之規範適用³⁵²。而於海牙公約第二議定書中，於第 15 條第 1 項中就任何人將受重點保護的文化資產作為攻擊目標、將受重點保護的文化資產或其周圍設施用於支持軍事行動、大量地破壞或攫取受海牙公約以及本議定書保護的文化資產、將受保護的文化資產作為攻擊目標或是竊取、掠奪或侵占受保護的文化資產或是對文化資產進行破壞的行為，應負相關之刑事責任³⁵³。同時，

³⁵⁰ Updated Statute of The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia (2009) Article 3 Violations of the laws or customs of war

(d) seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science

³⁵¹ 以下就本議定書之條文內容均出自於國際紅十字會官網。

<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=48083752D709C74F412567BB00560E35> (2022.11.15 last visited)

³⁵² Rome Statute of the International Criminal Court (1998)

Article 8 War crimes

2. For the purpose of this Statute, "war crimes" means:

(b) Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:

(ix) Intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals and places where the sick and wounded are collected, provided they are not military objectives;

Other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character, within the established framework of international law, namely, any of the following acts:

(iv) Intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals and places where the sick and wounded are collected, provided they are not military objectives;

³⁵³ Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict The Hague, 26 March 1999

Article 15 Serious violations of this Protocol

1. Any person commits an offence within the meaning of this Protocol if that person intentionally and in violation of the Convention or this Protocol commits any of the following acts:

於本條第 2 項之規定中，各締約國應採取必要措施，依據國內法對本條款所列之各種違約行為加以指控，並通過適當刑罰制止此類行為³⁵⁴。又於本議定書第 21 條之規範中，在不違背海牙公約第 28 條規定的情況下，各締約國應透過立法、行政罰或是懲罰之手段，以制止故意實施對文化資產進行違反公約規定的任何形式使用，並且禁止從被占領土上非法出口文化資產或非法將文化資產之所有權轉讓³⁵⁵。

於 2001 年，在阿富汗塔利班政權為了其信奉之伊斯蘭教否定偶像及其他神祇崇拜之緣故，下達滅佛令將西元 6 至 7 世紀建造之巴米揚大佛炸毀，而影響國際社會甚深。基此，於 2003 年，聯合國教科文組織發表《關於蓄意破壞文化遺產宣言³⁵⁶》。其於第 2 條第 2 項將蓄意破壞定義為「故意違反國際法或無理由違反人道原則和公共良心的要求，而全部或一部的毀壞文化遺產，使其完整性受到破壞的行為。³⁵⁷」於第 3 條規定各國應制止蓄意破壞文化遺產之措施，包含訂立適當的法律、行政、教育措施、技術、加入並遵循對於文化遺產保護之國際公約

-
- a. making cultural property under enhanced protection the object of attack;
 - b. using cultural property under enhanced protection or its immediate surroundings in support of military action;
 - c. extensive destruction or appropriation of cultural property protected under the Convention and this Protocol;
 - d. making cultural property protected under the Convention and this Protocol the object of attack;
 - e. theft, pillage or misappropriation of, or acts of vandalism directed against cultural property protected under the Convention.

³⁵⁴ 2. Each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the offences set forth in this Article and to make such offences punishable by appropriate penalties. When doing so, Parties shall comply with general principles of law and international law, including the rules extending individual criminal responsibility to persons other than those who directly commit the act.

³⁵⁵ Article 21 Measures regarding other violations

Without prejudice to Article 28 of the Convention, each Party shall adopt such legislative, administrative or disciplinary measures as may be necessary to suppress the following acts when committed intentionally:

- a. any use of cultural property in violation of the Convention or this Protocol;
- b. any illicit export, other removal or transfer of ownership of cultural property from occupied territory in violation of the Convention or this Protocol.

³⁵⁶ 以下就本宣言之條文均出自於聯合國教科文組織官網。

<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000133874> (2022.11.15 last visited)

³⁵⁷ II – Scope

2. For the purposes of this Declaration “intentional destruction” means an act intended to destroy in whole or in part cultural heritage, thus compromising its integrity, in a manner which constitutes a violation of international law or an unjustifiable offence to the principles of humanity and dictates of public conscience, in the latter case in so far as such acts are not already governed by fundamental principles of international law.

等³⁵⁸。於第 6 條訂定了蓄意破壞對人類具有特別重大意義之文化遺產國家之責任，此處之蓄意破壞包含直接破壞或是故意不採取必要措施禁止、預防、阻止及懲處蓄意破壞行為的國家³⁵⁹。於第 7 條則規範了個人的刑事責任而要求各國應根據國際法採取一切必要措施並建立司法管轄權，對於實行或教唆實行蓄意破壞對人類具有特別重要意義文化遺產之人為刑事制裁³⁶⁰。

因此，透過前述自 1907 年迄今對於破壞文化資產行為有所規範之主要國際法規範的爬梳可以發覺對於毀損破壞文化資產之行為，國際法透過刑事責任進行制裁之規定並非一步到位，而係逐步累積而成。從最初《海牙第 4 公約》及《羅里奇公約》對於文化資產僅係籠統的泛稱而對於禁止透過戰爭手段或是其他故意毀損之行為僅係呼籲各國節制而未有實際之法律效果開始。於二戰後聯合國成立而對於國際秩序有進一步重塑及規範後，《1954 年海牙公約》以及《1970 年公約》的訂定對於國際秩序就武裝衝突行為以及非法進出口及轉讓文化資產所有權之行為對於文化資產造成破壞之干預有了更進一步的規範，不但就文化資產有了較

³⁵⁸ III – Measures to combat intentional destruction of cultural heritage

1.States should take all appropriate measures to prevent, avoid, stop and suppress acts of intentional destruction of cultural heritage, wherever such heritage is located.

2.States should adopt the appropriate legislative, administrative, educational and technical measures, within the framework of their economic resources, to protect cultural heritage and should revise them periodically with a view to adapting them to the evolution of national and international cultural heritage protection standards.

3.States should endeavour, by all appropriate means, to ensure respect for cultural heritage in society, particularly through educational, awareness-raising and information programmes.

4.States should:

(a)Become parties to the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its two 1954 and 1999 Protocols and the Additional Protocols I and II to the four 1949 Geneva Conventions, if they have not yet done so;

(b)Promote the elaboration and the adoption of legal instruments providing a higher standard of protection of cultural heritage, and

(c)Promote a coordinated application of existing and future instruments relevant to the protection of cultural heritage.

³⁵⁹ VI – State responsibility

A State that intentionally destroys or intentionally fails to take appropriate measures to prohibit, prevent, stop, and punish any intentional destruction of cultural heritage of great importance for humanity, whether or not it is inscribed on a list maintained by UNESCO or another international organization, bears the responsibility for such destruction, to the extent provided for by international law.

³⁶⁰ VII – Individual criminal responsibility

States should take all appropriate measures, in accordance with international law, to establish jurisdiction over, and provide effective criminal sanctions against, those persons who commit, or order to be committed, acts of intentional destruction of cultural heritage of great importance for humanity, whether or not it is inscribed on a list maintained by UNESCO or another international organization.

明確的認定外，對於在武裝衝突中蓄意破壞文化資產之行為、竊盜、搶奪、侵占等任何破壞文化資產之行為以及非法進出口及轉讓文化資產所有權之行為均有更詳細之規範，同時對於此類行為明示締約國應立法禁止之而將武裝衝突破壞文化資產的行為以內國法的方式法制化。而於 1993 年以後，自《前南斯拉夫問題國際刑事法庭規約》針對個案之南斯拉夫內戰之戰爭罪相關條文的訂立開始，至 1998 年後《羅馬規約》、《海牙公約第二議定書》以及《關於蓄意破壞文化遺產宣言》訂定後，國際秩序對於以戰爭手段造成文化資產受到破壞之行為，從要求各締約國訂立相關法律作為行為之制裁規範外，更透過條約明文訂定增加了對於破壞行為之國家、行為人及相關責任人之刑事責任，並且透過國際刑事法庭來對此類行為進行究責。將破壞文化資產之行為，不僅只是具有對於國內之責任，更上升到國際責任而實踐保障文化資產屬於全人類所共享之普世價值。並且前述國際條約透過以戰爭罪作為規範之方式，而認定對於文化資產之破壞不僅是單純財產的破壞，更是對於民族文化、精神傳承之象徵之破壞而強化了文化資產於文化上的特殊性。

換言之，國際條約除了對於締約國就破壞行為之立法有所規定而為內國法化的基礎以外，從國際條約之發展亦可以觀察到文化資產從最初作為特殊價值之財產而於戰時不得任意破壞，到透過戰爭罪以及諸多公約宣示對於全人類之價值而強化了文化資產與人類之連結，而看出文化資產保存目的於國際法上的變遷。此外，從國際條約對於破壞文化資產行為之規範內容亦可以發現，國際法上對於文化資產破壞行為之手段，並不僅限於物理性之毀壞之行為，而包含了任何形式之沒收、竊取、侵占、非法進出口及轉讓等對於文化資產完整性受損之行為。並且對於竊取、侵占、非法進出口及轉讓之行為，只要可以被移動，而該移動侵害了文化資產自身抑或是對於人類享有上的完整性者，即有受到條約之保護，而被認定具有相關之刑事或是行政上之責任。

第二款 國際刑事法院對於國際法規範之實踐

除了單純從國際條約之國際法上規範觀察破壞文化資產之行為外，於國際上亦有對於前述國際法上之戰爭罪或是危害人類罪適用之相關案件，而可以從國際刑事法院於個案的判斷中觀察對於戰爭罪中破壞文化資產本質為何的思考，更能有效的理解文化資產作為文化之媒介與人類人格發展之關係。

首先，針對前述因為南斯拉夫內戰所成立之前南斯拉夫問題國際刑事法庭（下稱 ICTY），對於文化資產受到侵害及破壞之行為，由於南斯拉夫內戰所涉及者不單單只是獨立之武裝衝突，其中更涉及不同民族間之衝突問題以及信奉宗教不同之東正教與伊斯蘭教之宗教衝突，因此於南斯拉夫內戰中，清真寺、教堂等對於民族之文化及宗教具象徵意義之建築往往成為不同陣營間攻擊的主要目標。而對於此類做為宗教文化媒介之建築受到破壞之行為，ICTY 除了戰爭罪外，亦對於危害人類罪之適用與否有相關之討論。因此，本文將透過 *Kupreškić Case* 以及 *Blaškić Case* 這兩個判決觀察 ICTY 對於文化資產與人類族群之人格發展之關聯性。

於 *Kupreškić Case* 中，因為波士尼亞培養了大量的穆斯林領袖以及教長 (Imam) 和導師，所以克羅埃西亞軍隊為了打擊伊斯蘭教和與波士尼亞人間之種族衝突，對於未具有軍事設施及軍事目標之 Ahmici 村中的穆斯林平民發動攻擊之行為，造成信奉伊斯蘭教之波士尼亞人的村莊及村民受到毀滅式的打擊，屬於穆斯林的居民、房屋、莊稼、畜產以及清真寺被軍隊系統性地摧毀，與此相對的，克羅埃西亞人的房屋卻並未受到影響。而可以了解克羅埃西亞軍隊之行為係有系統、有組織的「種族清洗」行為³⁶¹。而於本案中，ICTY 認為，對於屬於文化資產之清真寺之破壞，在危害人類罪之範疇裡，係屬於基於政治、種族或宗教迫害之行為之一，而透過破壞具種族、宗教象徵之建築物，達到對於種族迫害行為之

³⁶¹ ICTY, PROSECUTOR v. Zoran KUPRE[KI], Mirjan KUPRE[KI], Vlatko KUPRE[KI], Drago JOSIPOVI], Dragan PAPI], Vladimir [ANTI], also known as "VLADO", Case No.: IT-95-16-T (Jan, 2000), p. 63-66

結果，而對於迫害行為，則係基於歧視性的理由公然違反國際法及國際習慣法上所規定之基本人權，而達到與規約第 5 條所禁止之其他行為相同之犯罪，對於該行為而言，必須是基於對種族、宗教之系統性之政策而對於平民進行廣泛或系統性的攻擊³⁶²。換言之，透過本案可以知悉 ICTY 對於危害人類罪之理解，已不限於直接對人所為之行為，對於毀壞文化資產之部分，倘若係出於系統性的執行種族清洗而將具象徵性之建築進行破壞者，對於種族之存續及發展而言，亦屬於迫害之行為。亦即，對於破壞文化資產於戰爭罪及危害人類罪的思考上，其之意義即與種族內人民人格之發展與象徵進行連結。

於 *Blaškić Case* 中，ICTY 對於攻擊文化資產之行為與危害人類罪間之關聯有更進一步的論述。其認為，迫害行為可以有很多種形式，其之共同點為無差別地剝奪每個人應享有的人權和基本自由，而包含對一個人的生命權及其身心健康權尊重的剝奪。因此，迫害行為亦包含將對於種族而言具象徵性之建築物沒收、摧毀之行為³⁶³。同時，其引用 ILC 的報告認為系統性的破壞代表特定社會、宗教、文化或其他群體的紀念碑或建築物之行為屬於迫害人類罪之行為³⁶⁴，而認定對於穆斯林或是象徵伊斯蘭文化的建築物所進行之系統性攻擊及摧毀是針對穆斯林平民的種族清洗行為而該當危害人類罪³⁶⁵。換言之，透過本判決可以知悉，於武裝衝突中對於人民之精神和相關文化資產的破壞，由於特定文化資產所具備之象徵性價值對於種族而言係具有特殊之精神及象徵意義。故對於其之破壞不應單純的視為普通的財產毀壞，其更係摧毀特定民族之文化根基，而使得象徵價值因為文化資產的破壞而對於該種族之人格及精神層面受到打擊並壓制其人格發展之自由，形成迫害人類行為之態樣，構成危害人類罪。意即，文化資產在國際法上戰爭罪以及危害人類罪所反映出的保護價值即在於對於人類或是種族而言

³⁶² ICTY, PROSECUTOR v. Zoran KUPRE[KI], Mirjan KUPRE[KI], Vlatko KUPRE[KI], Drago JOSIPOVI], Dragan PAPI], Vladimir [ANTI], also known as “VLADO”, Case No.: IT-95-16-T (Jan, 2000), p.303

³⁶³ ICTY, THE PROSECUTOR v. TIHOMIR BLA[KI], Case no.: IT-95-14-T (Mar, 2000), p.76

³⁶⁴ ICTY, THE PROSECUTOR v. TIHOMIR BLA[KI], Case no.: IT-95-14-T (Mar, 2000), p.78

³⁶⁵ ICTY, THE PROSECUTOR v. TIHOMIR BLA[KI], Case no.: IT-95-14-T (Mar, 2000), p.142-143

具有之精神層面之象徵意義不應因戰爭而受到迫害而仍能夠使得種族之人格發展不受到壓迫，而反映出文化資產之價值係以人作為核心的思考。

而於國際刑事法庭(下稱 ICC)成立後，在 *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* 案中，首度就破壞文化資產是否構成戰爭罪進行審理。而於本案中，行為人在知悉作為世界文化遺產之一部份之陵墓和清真寺為 Timbuktu 居民之祈禱處所而與宗教生活不可分割的情況下，其為了禁止居民之宗教信仰行為，而指揮武裝團體將陵墓及清真寺摧毀。就行為人之指揮破壞行為而言，ICC 於判決中認為，Timbuktu 作為馬利文化的核心區域，其之陵墓及清真寺等反映了伊斯蘭教文化於非洲之傳播及擴張之歷史，對於 Timbuktu 的居民而言，陵墓及清真寺作為祈禱和朝聖的地點，具有象徵和情感價值而並非單純之建築物。行為人摧毀 Timbuktu 居民具象徵和情感價值之陵墓目的在於摧毀 Timbuktu 人民的精神象徵，使其之人格發展自由受到壓制而摧毀人民反抗之意志，因而成立戰爭罪³⁶⁶。因此，透過本判決亦可以發現，國際刑事法庭對於文化資產受破壞之行為與戰爭罪之連結，與前述 ICTY 相同，均係從文化資產對於人類而言是否具有影響人格發展之重要精神及象徵意涵的視角觀察，而強調文化資產對於人而言之重要性，而非從財產受到破壞的角度進行觀察。

綜合上述，透過前述國際法庭判決之判斷過程，即可以更明確的知悉文化資產作為文化媒介，其之核心不在於本身之財產上價值，而係對於人而言之影響。對於破壞文化資產行為之影響，其構成危害人類罪及戰爭罪之理由並不是基於財產上受到侵害，而係破壞行為對於人類之精神及象徵造成壓迫，而對於人格之發展產生負面影響。

第二項 日本法對文化法益的建構

除了從國際法的角度觀察文化資產受破壞行為之相關規範之思考脈絡外，對

³⁶⁶ ICC, THE PROSECUTOR v. AHMAD AL FAQIAL MAHDI, No. ICC-01/12-01/15 (Sep, 2016) p.36-39

於我國文化資產保存法而言，其於立法及修法時多有受到日本文化財保護法之影響，因此，亦可以透過觀察日本文化財保護法對於文化財客體的規範模式以及其對文化法益的建構方式，以作為判斷我國規範是否允妥之比較對象。

第一款 早期日本文化財保護制度

日本對於文化資保存制度之濫觴，起於明治 30 年之古社寺保存法，而其之對象為受政府認定之舊有神社、寺廟之建築物(合計 1081 棟)以及其所有之寶物類型(合計 3926 件)之文化資產³⁶⁷。對於文化資產之制裁規範，則包含管理人對於國寶之竊盜、毀損、隱匿、挪用行為；對於特別保護建築物及國寶之處置和扣押行為；明知禁止處置和扣押國寶而仍收受、借用、質押、貯藏或擔保國寶之行為有相關之刑事責任。對於過失致使國寶遺失或毀損之管理人則有行政罰之處罰³⁶⁸。而於古社寺保存法訂立後，有鑑於其他單位之物件同樣有受保護之必要，故於昭和 4 年訂立國寶保存法，而將國寶指定之範圍擴大至任何作為歷史證據或藝術模型的建築物、寶物或其他物品。而對於相關之制裁規範，包含未經許可出口國寶、毀損、毀壞及隱匿國寶之行為，而對於個人所有之國寶之毀損、毀壞、隱匿之行為，亦有刑事責任³⁶⁹。除卻上述之有形文化財之保護規範，於大正 8 年針

³⁶⁷ 文化庁，文化財保護法五十年史，株式会社ぎょうせい，頁 6-7，2001 年 8 月。

³⁶⁸ 古社寺保存法

第十三条 監守者其ノ監守スル所ノ国宝ヲ竊取シ、毀棄シ、隱匿シ若ハ他ノ物件ト変換シ又ハ第五条ノ規定ニ違背シタルトキハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ処ス。

第五条ノ物件ナルコトヲ知りテ之ヲ讓受ケ、借受ケ、担保ニ取り、寄蔵シ若ハ其ノ牙保ヲ為シタル者ハ六月以上三年以下ノ重禁錮ニ処シ五十円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス。

第十四条 監守者怠慢ニ由リ国宝ヲ亡失若ハ毀損シタルトキハ五十円以上五百円以下ノ過料ニ処ス。

https://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/html/others/detail/1318164.htm (最後瀏覽日：2022 年 11 月 18 日)

³⁶⁹ 國寶保存法

第二十条 主務大臣ノ許可ナクシテ国宝ヲ輸出又ハ移出シタル者ハ五年以下ノ懲役若ハ禁錮又ハ二千元以下ノ罰金ニ処ス。

第二十一条 国宝ヲ損壞、毀棄又ハ隱匿シタル者ハ五年以下ノ懲役若ハ禁錮又ハ五百円以下ノ罰金ニ処ス。

前項ノ国宝自己ノ所有ニ係ルトキハ二年以下ノ懲役若ハ禁錮又ハ二百円以下ノ罰金若ハ科料ニ処ス。

https://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/html/others/detail/1318166.htm (最後瀏覽日：2022 年 11 月 18 日)

對史蹟、名勝、天然紀念物制定史蹟名勝天然紀念物保存法，並對於未經許可改變史蹟、名勝、天然紀念物之狀態、影響其保存以及違反對於主管機關為保護史蹟、名勝天然紀念物而為之禁止命令者，有相關之刑事責任³⁷⁰。而對於埋藏文化財之保護，主要係對於出土文化財相關所有權之歸屬問題，而於明治 32 年之遺失物法中對於所有權人不明之埋藏文化財之所有權歸於國家所有³⁷¹。透過上述各個法規範，建構出早期日本文化資產保護之相關規範。

第二款 日本文化財保護法之規範

二戰結束後，由於在戰時對於文化資產的保護及管理因為法規範的分散以及戰爭的緣故而在資源缺乏的情況下，產生行政統一性及效率的低落而產生保護制度及實踐上的混亂。因此對於文化資產保存的法規範上，即有全盤性思考而訂立全新的文化財保護制度之呼聲³⁷²，而於昭和 25 年訂定文化財保護法，開始對於文化財之保護制度上有較全面性的思考及規範制度的制定。而針對文化財保護法之規範，因本文之核心為文化保護之刑事責任，因此，對於日本文化財保護法之規範，僅就其規範之目的、文化財之種類以及違反義務行為之制裁規範進行介紹。

³⁷⁰ 史蹟名勝天然紀念物保存法

第三條 史蹟名勝天然紀念物ニ関シ其ノ現状ヲ変更シ又ハ其ノ保存ニ影響ヲ及ホスヘキ行為ヲ為サムトスルトキハ地方長官ノ許可ヲ受クヘシ。

第四條 內務大臣ハ史蹟名勝天然紀念物ノ保存ニ関シ地域ヲ定メテ一定ノ行為ヲ禁止若ハ制限シ又ハ必要ナル施設ヲ命スルコトヲ得。

第六條 第三條ノ規定ニ違反シ又ハ第四條第一項ノ規定ニ依ル命令ニ違反シタル者ハ六月以下ノ禁錮若ハ拘留又ハ百円以下ノ罰金若ハ科料ニ処ス。

https://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/html/others/detail/1318165.htm (最後瀏覽日：2022 年 11 月 18 日)

³⁷¹ 尾谷雅比古，制度としての近代古墳保存行政の成立，桃山学院大学総合研究所紀要，第 33 卷第 3 号，頁 167-170，2008 年 3 月。

遺失物法

第十三條 埋藏物ニ関シテハ第十條ヲ除クノ外法ノ規程ヲ準用ス。

學術技芸若ク考古資料ニ供スヘキ埋藏物ニシテ其ノ所有者知レサルトキハ其ノ所有權ハ國庫ニ歸屬スコノ場合ニオイテハ國庫ハ埋藏物ノ発見者及埋藏物ヲ発見シタル土地ノ所有者ニ通知シ其価格ニ相当スル金額ヲ給スヘシ。

³⁷² 文化庁，同註 367，頁 17-19。

第一目文化財保護法之規範保護目的

首先，對於文化財保護法之規範目的，於最初立法時迄今均並未修正，而係以「本法旨在保存及活用文化財，並以國民文化之提升以及為世界文化之作出貢獻為目的³⁷³」並且定義「文化財之存在係對於正確理解我國的歷史及文化是不可或缺的，而作為未來文化完善和發展的基礎，故必須認真貫徹落實本法之意旨。³⁷⁴」對於國民之文化提升以及作為未來文化發展完善基礎的意義即在於透過文化財之時間性及象徵性價值之作用使得現在乃至於未來的人民可以藉由文化財，使其之人格得到充分發展之基礎。換言之，日本文化財保護法之規範保護目的係從文化對於人之影響進行觀察而強調文化財之存在及表示其作為文化媒介所包含文化之價值能夠作為國民人格發展不可或缺之基礎，並對於世界文化維持多元性有所貢獻³⁷⁵。因此，對於日本侵害文化權之不法行為制裁規範基礎之建構，仍係以人為本之思考而與財產法益不同，為以本文所稱之文化法益作為不法行為判斷之核心。

第二目文化財保護法之文化財種類

其次，對於文化財保護法就文化財種類之規範，現行文化財保護法將文化財區分為六類，有形文化財、無形文化財、民俗文化財、記念物、傳統建造物群、重要文化景觀以及具有特定功能之埋藏文化財和保存技術二類。

對於有形文化財，規定於文化財保護法第2條第1項第1款，包含對於我國

³⁷³ 以下就文化財保護法之條文均引註自

<https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=325AC0100000214> (最後瀏覽日：2022年11月19日)
第一條 この法律は、文化財を保存し、且つ、その活用を図り、もつて国民の文化的向上に資するとともに、世界文化の進歩に貢献することを目的とする。

³⁷⁴ 第三條 政府及び地方公共団体は、文化財がわが国の歴史、文化等の正しい理解のため欠くことのできないものであり、且つ、将来の文化の向上発展の基礎をなすものであることを認識し、その保存が適切に行われるように、周到の注意をもつてこの法律の趣旨の徹底に努めなければならない。

³⁷⁵ 文化庁，同註 367，頁 29。

具有高度歷史或藝術價值之建築物、繪畫、雕刻、工藝品、書法、典籍、古文書以及其他有形的文化資產、考古材料以及其他具有高度學術價值之歷史材料³⁷⁶。而對於有形文化財之保護，係以經文部科學大臣指定之重要文化財(第 27 條)以及對於重要文化財以外具特別保護及活用價值之登錄有形文化財(第 57 條)作為保護客體。同時對於從世界文化角度觀察具有更高價值之重要文化財指定為國寶。

無形文化財，規定於文化財保護法第 2 條第 1 項第 2 款，包含對於我國而言具有高度歷史或藝術價值的演劇、音樂、工藝技術及其他無形的文化資產³⁷⁷。而對於無形文化資產之保護，係以經文部科學大臣指定為重要無形文化財者(第 71 條)以及於重要無形文化財以外具特別保護及活用價值之登錄無形文化財(第 76 條之 7)，而由於無形文化財本身並未有實體，故於認定上必須將重要無形文化財及登錄無形文化財之持有人及持有團體予以認證，而透過掌握持有人及持有團體之方式特定無形文化財之保護對象³⁷⁸。

民俗文化財，規定於文化財保護法第 2 條第 1 項第 3 款，係指食衣住行、生計、信仰、年中行事相關之風俗習慣、民俗藝能、民俗技術以及用於此類事務之衣服、器具、家屋和其他物件，而為理解我國國民生活演變不可或缺之事物³⁷⁹。而就上述之民俗文化財，依照其形體之有無，可以再分為無形民俗文化財以及有形民俗文化財，而對於二者之保護同樣必須經由文部科學大臣對於其中特別重要者指定為重要有形民俗文化財以及重要無形民俗文化財(第 78 條)，同時亦對於重要民俗文化財以外之民俗文化財若有特別保護及活用價值者有登錄民俗文化

³⁷⁶ 第二條 この法律で「文化財」とは、次に掲げるものをいう。

一 建築物、絵画、彫刻、工艺品、書跡、典籍、古文書その他の有形の文化的所産で我が国にとって歴史上又は芸術上価値の高いもの（これらのものと一体をなしてその価値を形成している土地その他の物件を含む。）並びに考古資料及びその他の学術上価値の高い歴史資料。

³⁷⁷ 二 演劇、音楽、工芸技術その他の無形の文化的所産で我が国にとって歴史上又は芸術上価値の高いもの。

³⁷⁸ 文化庁，同註 367，頁 64。

³⁷⁹ 三 衣食住、生業、信仰、年中行事等に関する風俗慣習、民俗芸能、民俗技術及びこれらに用いられる衣服、器具、家屋その他の物件で我が国民の生活の推移の理解のため欠くことのできないもの。

財之規定(第 90 條)，而亦為保護之對象。

記念物，規定於文化財保護法第 2 條第 1 項第 4 款，其源自於史蹟名勝天然紀念物保存法，而包含了三類文化資產，第一類為史蹟係指對我國具有高度歷史以及學術價值之貝塚、古墳、都城遺跡、城堡遺跡、古屋以及其他遺跡；第二類名勝係指對於我國具有高度藝術及觀賞價值之庭園、橋梁、峽谷、海濱、山岳以及其他名勝地；第三類天然記念物則為對我國具有高度學術價值之動物(包含棲息地、繁殖地以及遷徙地、植物(包含原生棲息地)以及地質礦物(包含發生獨特自然現象之土地)³⁸⁰。而對於這三類文化資產之保護同樣係經由文部科學大臣將重要之史蹟、名勝及天然記念物指定為記念物(第 109 條)，同時並對於記念物中具有特別重要價值者得指定為特別史蹟名勝天然記念物。而對於前述指定之記念物以外之史蹟名勝天然記念物若有特別保護及活用價值者亦有登錄記念物之規定(第 132 條)，而同為保護之對象。

文化景觀，規定於文化財保護法第 2 條第 1 項第 5 款，係指基於該地區人民生活或生計以及該地區之氣候所形成之景觀地，而對於理解我國國民生活以及生計所不可或缺者³⁸¹。而文化景觀之保護者，為文部科學大臣根據都道府縣或市町村之提議而就具有特別重要價值者選定為重要文化景觀(第 134 條)。

傳統建造物群，規定於文化財保護法第 2 條第 1 項第 6 款，係指具有高度價值而與周圍環境融為一體，構成該地區歷史特徵一部分之傳統建造物群³⁸²。而就其之選定，係由文部科學大臣依照市町村之提出申請，而就具有高度特別價值之傳統建造物群選定為重要傳統建造物群保存地區(第 144 條)。本類文化財之特色在

³⁸⁰ 四 貝塚、古墳、都城跡、城跡、旧宅その他の遺跡で我が国にとって歴史上又は学術上価値の高いもの、庭園、橋梁、峽谷、海濱、山岳その他の名勝地で我が国にとって芸術上又は観賞上価値の高いもの並びに動物(生息地、繁殖地及び渡来地を含む)、植物(自生地を含む)及び地質鉱物(特異な自然の現象の生じている土地を含む)で我が国にとって学術上価値の高いもの。

³⁸¹ 五 地域における人々の生活又は生業及び当該地域の風土により形成された景觀地で我が国民の生活又は生業の理解のため欠くことのできないもの。

³⁸² 六 周囲の環境と一体をなして歴史的風致を形成している伝統的な建造物群で価値の高いもの。

於其所保存者為該地區居民生活繼續維持下之城鎮景觀，而將保護對象之特定以及保護的相關措施均交由市町村為之³⁸³。

而就埋藏文化財，係規定於文化財保護法第 92 條第 1 項之規定，為埋藏於土地以下之文化財³⁸⁴，而於其出土後可能因其性質再將其分類至有形文化財、有形民俗文化財或是紀念物等範圍之內。其早期於立法之時係將其作為文化財之一種而為獨立之分類，惟實際上對於埋藏文化財僅係對於有形文化資產出土前之狀態，故其並未有指定或是登錄為文化財一種之規範。對於埋藏文化財之義務規範屬於對於發現時工事行為人及土地所有人所應負之義務以及該物之歸屬等之規範，故不將其列為文化財分類之一種。惟因其仍有制裁規範之討論，仍須就此加以說明³⁸⁵。

最後為保存技術之部分，由於其係為文化財保護所不可或缺之技術，為避免其消失而致使將來之文化財保護發生困難，故亦將其納入文化財保護法之保護範疇³⁸⁶。而其定義，係規定於文化財保護法第 147 條第 1 項，指對於文化財之保存所不可或缺並需要採取保護措施的傳統技術或技能，而透過文部科學大臣選定之保護技術³⁸⁷。由於保存技術亦屬於無形文化資產之一種，故對於技術之保存對象，必須將該保存技術之持有人及持有團體予以認定，而透過掌握持有人及持有團體之方式特定保存技術之保護對象(第 147 條第 2 項)。

第三目文化財保護法之制裁規範

最後係對於文化財保護法中針對義務違反規定所制訂之制裁規範，同樣可以區分為刑罰之刑事制裁以及行政罰之行政制裁。就刑事制裁之規範，其於第 193 條規

³⁸³ 文化庁，同註 367，頁 68。

³⁸⁴ 土地に埋蔵されている文化財。

³⁸⁵ 文化庁，同註 367，頁 68-71。

³⁸⁶ 文化庁，同註 367，頁 71。

³⁸⁷ 文部科学大臣は、文化財の保存のために欠くことのできない伝統的な技術又は技能で保存の措置を講ずる必要があるものを選定保存技術として選定することができる。

定，未經文化廳長官許可而將重要文化財輸出者之刑事制裁³⁸⁸；第 194 條規定，未經文化廳長官許可出口重要有形民俗文化財者之刑事制裁³⁸⁹；第 195 條規定損壞、毀壞或隱匿重要文化財者之刑事制裁³⁹⁰；第 196 條規定改變史蹟名勝天然記念物之現狀或為影響其保存之行為，致使其滅失、毀損、衰敗者之刑事制裁³⁹¹；第 197 條規定未經許可或不符合許可條件，而改變重要文化財或史蹟名勝天然記念物的現狀，或為影響其保存行為或未遵守改變現狀或影響其保存之停止行為者。以及不遵守導致改變現狀行為之禁止或停止命令者之刑事制裁³⁹²；第 198 條規定違反管理規定修理國寶或拒絕或妨礙防止丟失、損壞或竊盜措施執行者、違反管理規定拒絕或妨礙挖掘埋藏文化財者、違反管理規定拒絕或妨礙特別史蹟名勝天然記念物之修復，或為防止遺失、損毀、變質或失竊措施之實施者之刑事制裁³⁹³；第 199 條則規定法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從

³⁸⁸ 第九十三條 第四十四條の規定に違反し、文化庁長官の許可を受けずに重要文化財を輸出した者は、五年以下の懲役若しくは禁錮又は百万円以下の罰金に処する。

³⁸⁹ 第九十四條 第八十二條の規定に違反し、文化庁長官の許可を受けずに重要有形民俗文化財を輸出した者は、三年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円以下の罰金に処する。

³⁹⁰ 第九十五條 重要文化財を損壊し、毀棄し、又は隠匿した者は、五年以下の懲役若しくは禁錮又は百万円以下の罰金に処する。

前項に規定する者が当該重要文化財の所有者であるときは、二年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円以下の罰金若しくは科料に処する。

³⁹¹ 第九十六條 史蹟名勝天然記念物の現狀を変更し、又はその保存に影響を及ぼす行為をして、これを滅失し、毀損し、又は衰亡するに至らしめた者は、五年以下の懲役若しくは禁錮又は百万円以下の罰金に処する。

前項に規定する者が当該史蹟名勝天然記念物の所有者であるときは、二年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円以下の罰金若しくは科料に処する。

³⁹² 第九十七條 次の各号のいずれかに該当する者は、五十万円以下の罰金に処する。

一 第四十三條又は第二百二十五條の規定に違反して、許可を受けず、若しくはその許可の条件に従わないで、重要文化財若しくは史蹟名勝天然記念物の現狀を変更し、若しくはその保存に影響を及ぼす行為をし、又は現狀変更若しくは保存に影響を及ぼす行為の停止の命令に従わなかった者。

二 第九十六條第二項の規定に違反して、現狀を変更することとなるような行為の停止又は禁止の命令に従わなかった者。

³⁹³ 第九十八條 次の各号のいずれかに該当する者は、三十万円以下の罰金に処する。

一 第三十九條第三項（第八十六條第二項において準用する場合を含む。）において準用する第三十二條の二第五項の規定に違反して、国宝の修理又は滅失、毀損若しくは盜難の防止の措置の施行を拒み、又は妨げた者。

二 第九十八條第三項（第八十六條第二項において準用する場合を含む。）において準用する第三十九條第三項において準用する第三十二條の二第五項の規定に違反して、発掘の施行を拒み、又は妨げた者。

三 第二百二十三條第二項（第八十六條第二項において準用する場合を含む。）において準用する第三十九條第三項において準用する第三十二條の二第五項の規定に違反して、特別史蹟

業者，因執行職務犯第 193 條至第 198 條之罪者，除依規定處罰行為人外，對該法人或自然人亦科以各條所定之罰金³⁹⁴。

而就行政規範之部分，於第 200 條規定具管理、維護、修復重要文化財、有形民俗文化財或史蹟名勝天然記念物之責任者，因過失或重大過失，致使重要文化財、有形民俗文化財或史蹟名勝天然記念物滅失、毀損、衰亡或遭竊取者之行政責任³⁹⁵；第 201 條規定無正當理由不遵守文化廳長官命令管理重要文化財或重要有形民俗文化財或修繕國寶之事務、不遵守文化廳長官命令管理、修復史蹟名勝天然記念物、不遵守文化廳長官命令管理重要文化景觀或採取相關措施者之行政責任³⁹⁶；第 202 條以及 203 條則係針對違反主管機關對於文化財所為之各項行政措施或科與人民之行政命令等行政義務者之行政制裁³⁹⁷。

名勝天然記念物の復旧又は滅失、毀損、衰亡若しくは盗難の防止の措置の施行を拒み、又は妨げた者。

³⁹⁴ 第百九十九条 法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者がその法人又は人の業務又は財産の管理に関して第百九十三条から前条までの違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人又は人に対し、各本条の罰金刑を科する。

³⁹⁵ 第二百条 第三十九条第一項（第四十七条第三項（第八十三条で準用する場合を含む。）、第二百三条第二項、第百八十六条第二項又は第百八十七条第二項で準用する場合を含む。）、第四十九条（第八十五条で準用する場合を含む。）又は第百八十五条第二項に規定する重要文化財、重要有形民俗文化財又は史跡名勝天然記念物の管理、修理又は復旧の施行の責めに任ずべき者が怠慢又は重大な過失によりその管理、修理又は復旧に係る重要文化財、重要有形民俗文化財又は史跡名勝天然記念物を滅失し、き損し、衰亡し、又は盗み取られるに至らしめたときは、三十万円以下の過料に処する。

³⁹⁶ 第二百一条 次の各号のいずれかに該当する者は、三十万円以下の過料に処する。

一 正当な理由がなく、第三十六条第一項（第八十三条及び第百七十二条第五項で準用する場合を含む。）又は第三十七条第一項の規定による重要文化財若しくは重要有形民俗文化財の管理又は国宝の修理に関する文化庁長官の命令に従わなかつた者。

二 正当な理由がなく、第二百一条第一項（第百七十二条第五項で準用する場合を含む。）又は第二百二条第一項の規定による史跡名勝天然記念物の管理又は特別史跡名勝天然記念物の復旧に関する文化庁長官の命令に従わなかつた者。

三 正当な理由がなく、第百三十七条第二項の規定による重要文化的景観の管理に関する勧告に係る措置を執るべき旨の文化庁長官の命令に従わなかつた者。

³⁹⁷ 第二百二条 次の各号のいずれかに該当する者は、十万円以下の過料に処する。

一 正当な理由がなく、第四十五条第一項の規定による制限若しくは禁止又は施設の命令に違反した者。

二 第四十六条（第八十三条において準用する場合を含む。）の規定に違反して、文化庁長官に国に対する売渡しの申出をせず、若しくは申出をした後第四十六条第五項（第八十三条において準用する場合を含む。）に規定する期間内に、国以外の者に重要文化財又は重要有形民俗文化財を譲り渡し、又は第四十六条第一項（第八十三条において準用する場合を含む。）の規定による売渡しの申出につき、虚偽の事実を申し立てた者。

三 第四十八条第四項（第五十一条第三項（第八十五条において準用する場合を含む。）及び第八十五条において準用する場合を含む。）の規定に違反して、出品若しくは公開をせず、又

は第五十一条第五項（第五十一条の二（第八十五条において準用する場合を含む。）、第八十四条第二項及び第八十五条において準用する場合を含む。）の規定に違反して、公開の停止若しくは中止の命令に従わなかつた者。

四 第五十三条第一項、第三項又は第四項の規定に違反して、許可を受けず、若しくはその許可の条件に従わないで重要文化財を公開し、又は公開の停止の命令に従わなかつた者。

五 第五十三条の六（第八十五条の四（第七十四条の二第一項において準用する場合を含む。）及び第七十四条の二第一項において準用する場合を含む。）、第五十四条（第八十六条及び第七十二条第五項において準用する場合を含む。）、第五十五条、第六十七条の五（第九十条の四及び第三十三條の四において準用する場合を含む。）、第六十八条（第九十条第三項及び第三十三條において準用する場合を含む。）、第七十六条の四（第八十九条の三において準用する場合を含む。）、第七十六条の五（第九十条の十一において準用する場合を含む。）、第七十二条の五（第七十四条の二第一項において準用する場合を含む。）、第三十条（第七十二条第五項において準用する場合を含む。）、第三十一条又は第四十条の規定に違反して、報告をせず、若しくは虚偽の報告をし、又は当該公務員の立入調査若しくは調査のための必要な措置の施行を拒み、妨げ、若しくは忌避した者。

六 第九十二条第二項の規定に違反して、発掘の禁止、停止又は中止の命令に従わなかつた者。

七 正当な理由がなく、第二百二十八条第一項の規定による制限若しくは禁止又は施設の命令に違反した者。

第二百三条 次の各号のいずれかに該当する者は、五万円以下の過料に処する。

一 第二十八条第五項、第二十九条第四項（第七十九条第二項において準用する場合を含む。）、第五十六条第二項（第八十六条において準用する場合を含む。）又は第五十九条第六項若しくは第六十九条（これらの規定を第九十条第三項において準用する場合を含む。）の規定に違反して、重要文化財若しくは重要有形民俗文化財の指定書又は登録有形文化財若しくは登録有形民俗文化財の登録証を文部科学大臣に返付せず、又は新所有者に引き渡さなかつた者。

二 第三十一条第三項（第六十条第四項（第九十条第三項において準用する場合を含む。）、第八十条及び第一百九条第二項（第三十三條において準用する場合を含む。）において準用する場合を含む。）、第三十二条（第六十条第四項（第九十条第三項において準用する場合を含む。）、第八十条及び第二十条（第三十三條において準用する場合を含む。）において準用する場合を含む。）、第三十三条（第八十条、第一百八条及び第二十条（これらの規定を第三十三條において準用する場合を含む。）並びに第七十二条第五項において準用する場合を含む。）、第三十四条（第八十条及び第七十二条第五項において準用する場合を含む。）、第四十三条の二第一項、第五十三条の四若しくは第五十三条の五（これらの規定を第七十四条の二第一項において準用する場合を含む。）、第六十一条若しくは第六十二条（これらの規定を第九十条第三項において準用する場合を含む。）、第六十四条第一項（第九十条第三項及び第三十三條において準用する場合を含む。）、第六十五条第一項（第九十条第三項において準用する場合を含む。）、第六十七条の四、第七十三条、第七十六条の九、第八十一条第一項、第八十四条第一項本文、第八十五条の三（第七十四条の二第一項において準用する場合を含む。）、第九十条の三、第九十二条第一項、第九十六条第一項、第十五条第二項（第二十条、第三十三條及び第七十二条第五項において準用する場合を含む。）、第二十七条第一項、第二十九条の四（第七十四条の二第一項において準用する場合を含む。）、第三十三條の三、第三十六条又は第三十九条第一項の規定に違反して、届出をせず、又は虚偽の届出をした者。

三 第三十二条の二第五項（第三十四条の三第二項（第八十三条において準用する場合を含む。）、第六十条第四項及び第六十三条第二項（これらの規定を第九十条第三項において準用する場合を含む。）並びに第八十条において準用する場合を含む。）又は第十五条第四項（第三十三條において準用する場合を含む。）の規定に違反して、管理、修理若しくは復旧又は管理、修理若しくは復旧のため必要な措置を拒み、妨げ、又は忌避した者。

構模式係建立在文化財之種類以及違反義務行為上，而以違反義務行為作為行為不法非難程度輕重之核心，並於部分行為透過文化財之重要程度進行非難程度之思考。對於毀棄、損壞、隱匿有形文化財包含重要文化財以及史蹟名勝天然紀念物具有相同程度之刑事不法；對於未經許可輸出文化財之行為，則按該文化財之重要程度區分不同之刑事不法；對於涉及行政規範違反之行為而對文化財之現狀產生影響或是阻撓維護文化財現狀之行為而對於文化法益產生影響之行為則以較輕之罰金刑作為規範；而對於涉及行政義務之違反行為則係透過行政罰作為制裁。

因此從日本文化財保護法之規範中，可以發覺其法規範之制定，係以文化法益為核心，建構出完整的文化法益保護體系，而從最嚴重之侵害文化法益而使文化法益減損、喪失行為，到較輕之涉及文化法益之文化財現況管理規定之違反，再到僅單純違反主管機關行政管理上義務之行政不法行為，具有隨法益侵害之程度層層遞減之制裁規範。換言之，透過觀察文化財保護法中不法行為對於文化法益受侵害之嚴重與否，能夠對文化財之保護，形成一個完整的保護圖像思考。而該體系之圖像，如下表所示。

行為	客體	刑事/行政責任
毀棄、損壞、隱匿、滅失、衰亡(非文化財所有人)	重要文化財	五年以下懲役、禁錮或一百萬元以下罰金
	史蹟名勝天然紀念物	
未經許可輸出	重要文化財	三年以下懲役、禁錮或五十萬元以下罰金。
	重要有形民俗文化財	
毀棄、損壞、隱匿、滅失、衰亡(文化財所有人)	重要文化財	二年以下懲役、禁錮或五十萬元以下罰金
	史蹟名勝天然紀念物	

影響現狀或保存之作為及不作為	重要文化財	五十萬元以下罰金
	史蹟名勝天然記念物	
違反管理規定或妨礙保存行為(涉及文化法益)	國寶	三十萬元以下罰金
	埋藏文化財	
	特別史蹟名勝天然記念物	
管理人因過失或重大過失，致使文化財遭滅失、毀損、衰亡或竊取	重要文化財	三十萬元以下罰鍰
	有形民俗文化財	
	史蹟名勝天然記念物	
無正當理由不遵守修復或管理規定(未涉及文化法益)	國寶及重要文化財	
	重要有形民俗文化財	
	史蹟名勝天然紀念物	
	重要文化景觀	
其他行政措施或之行政命令之違反		10萬元/5萬元以下罰鍰

(表一) 日本文化財保護法制裁規範體系

第五節 小結-未從文化法益出發的現行法規範及實務

因此，透過本章之介紹，可以發覺對於我國文化資產保護法之規範目的係經歷過不同階段之變遷，由早期作為威權政治下之統治工具而以特別之財產法益作為規範思考之核心到基於憲法多元文化國下以人為本而獨立於財產法益之文化法益之規範保護思考。惟從我國文化資產保存法義務違反行為之制裁規範以及實務實際操作下的見解觀察，卻仍保留早期作為特別財產法益下以刑法財產犯罪作為行為之判斷基準而並未實質的從文化法益的角度出發，使得規範及實務的運用

上產生無法充分評價之漏洞。因此本章於第四節透過比較法的觀察，從國際法及國際刑事法庭判決對於破壞古蹟行為與戰爭罪的連結進行思考而再次確立文化資產保護行為之核心係文化資產與人之關聯。並且透過日本法之比較，觀察日本法對於文化法益的建構模式，以更清晰的去對於我國文化資產保存法規範上與日本法之不同，而形塑出我國立法及實務運用上之不足之處。



第五章 由法益角度對文資法的再思考

因此，透過前章對於現行文化資產保存法之法規範檢討以及透過文化法益觀察現行實務見解之問題並且與外國法針對文化資產保存之相關規範進行對照後，於本章將從文化法益之角度，對於現行文化資產保存法之規範內容進行再思考，而從文化資產保存法之刑罰規範係保護文化法益之角度，重新探討對於文化資產保存法之適用界線，而從文化法益的角度進行解釋。並且透過文化法益建構出文化資產保存法之保護規範，而使得本法之刑罰規範之法理基礎與文化法益之保護相符。

第一節 現行文資法的適用界線

從第四章第一節針對我國文化資產保存法之規範保護目的及法規範之內容之介紹以及透過第四章第二節實務針對文化資產保存法之構成要件解釋上的操作及運用可以知悉，不論是規範或是實務見解，均肯認侵害文化資產行為之保護法益與財產法益並不相同，但於實際之運用上，是否恪遵以文化法益作為行為判斷之核心思考，從第四章第三節之實務見解運用下之問題觀察，則有所疑問。因此，在我國實務看待文化資產保存法若並未從文化法益出發進行思考，而仍維持著最初立法時以特別的財產法作為思考脈絡，加上歷次修法進行通盤檢討時並未從根本之角度加以思考而係透過規範疊加的方式為之，就此所產生之問題，於根本上可以區分為兩個部分，第一個是針對法規範中行為客體即文化資產之部分，被我國法規範做為區別不法內涵程度之依據是否為合理之方式。第二個則為我國現行法規範對於違反文化法益行為之思考在著重於資產之財產法思維下是否存在漏洞。

第一項 文化資產種類區別上之缺失

在文化資產保存法中相關之制裁規範中，對於毀損文化資產行為的構成要件，雖具有獨立之構成要件行為而係透過獨立型規範為之，但就各類文化資產之內容為何，以及如何定義各類型之文化資產種類，則必須透過行政機關為之，具備概念上從屬之性質。而就文化資產種類之定性及相關概念的變遷，其在區別上所產生的缺失不僅會造成行政規範及執行上的漏洞以及困難，亦會連帶影響到制裁規範構成要件行為客體的判斷以及範圍之認定，甚而對於文化法益刑事不法範圍之判斷上亦有所影響。因此，對於文化資產種類區別進行分析即有其必要性，故本文將從規範面以及執行面的角度觀察現行法下文化資產行為客體區隔標準之問題，以釐清現行文化資產種類區別上的缺失。

第一款 從規範面觀察文化資產行為客體之問題

針對我國文化資產保存法對於侵害文化法益行為之制裁規範，從規範面的角度觀察文化資產行為客體，我國目前對於文化資產種類之區分雖然大致與世界遺產公約、無形文化遺產公約以及日本文化財保護法之分類相似而以有形文化遺產及無形文化遺產作為最上位之區別。而在細目之文化資產之種類上，在無形文化遺產部分沿用無形文化遺產公約上並無太大問題，但在有形文化資產之分類上，我國文化資產保存法之分類模式與世界遺產公約及日本文化財保護法則有所不同。世界遺產公約將文化資產分為文物、建築群、遺址和自然遺產而將多數文化資產除卻成群的具有獨立規範意義之建築群以及遺址外透過文物之方式做概括式的認定。日本文化財保護法則對於文物依照其性質做了進一步的區分，而分為有形文化財、民俗文化財、記念物、文化景觀以及建造物群，其中世界遺產公約中之建築群於文化財保護法中再區分為人類營造自然而代表居民生活與周圍環境相互結合之文化景觀以及與周圍環境結為一體而形成該地區歷史一部分之建造物群；而對於文物之部分，於文化財保護法中則將其依性質之不同，而區分為

包含多數有形文化資產之有形文化財、以民俗作為文化資產特徵之民俗文化財；而史蹟名勝天然記念物則係對應自然遺產以及遺跡之部分。其中，日本文化財保護法中涉及建築類之文化資產者為有形文化財和史蹟名勝天然記念物之史蹟。而就有形文化財之建造物與史蹟之區別，有形文化財中所規範之客體為建築物，史蹟所規範者則為遺跡或城牆遺構等可能不具有建築物特徵之遺址³⁹⁸。

相較於世界遺產公約以及文化財保護法，我國文化資產保存法之規範除了與建造物群對應之聚落建築群、與史蹟對應之考古遺址、史蹟以及與文化景觀對應之文化景觀。對於日本之有形文化財部分，我國則又區分為古物、古蹟、歷史建築及紀念建築，其中屬於建築類文化資產者則為古蹟、歷史建築及紀念建築，其中問題即出自於此種對於建築類文化資產之再分類，就此必須搭配相關之制裁規範一併觀察。

首先針對建築類文化資產之分類，最早僅只有古蹟一種，歷史建築之規範模式係於民國 89 年因 921 地震而導致許多未被指定為古蹟之建築類文化資產在缺乏相關配套保護之情況下無法修復而被拆除，為避免未來陷入無古蹟之情形，故對於未被指定為古蹟，但具有歷史、文化價值之古建築物、傳統聚落、古市街及其他歷史文化遺蹟者，透過歷史建築之規範，作為備位之古蹟³⁹⁹。也因為在作為備位古蹟的思考脈絡下，其所具備之價值係低於古蹟，故歷史建築所搭配之制度為登錄制，而以鼓勵民間及歷史建築所有人之方式使其申報具有文化價值之建築物登錄為歷史建築。此時期，由於歷史建築與古蹟具備上下位之概念，因此，可以有不同之保護密度並無疑義。

惟於民國 94 年文化資產保存法再度修正後，對於歷史建築之定位，則又產生改變，將歷史建築置於與古蹟同款規範而為相同之定義，為「人類為生活需要所營建之具有歷史、文化價值之建造物及附屬設施群」，而使得歷史建築在取消

³⁹⁸ 施國隆、林其本，日本古建築保存與防災策略考察計畫-公務出國報告，頁 20，2015 年 8 月。

³⁹⁹ 洪伯勳，次一等古蹟或另一類文資？論「歷史建築登錄制」之定位，博物館學季刊，第 35 卷第 4 期，頁 55-56，2021 年 10 月。

「未被指定為古蹟者」之規定後，形成與古蹟位階平行之文化資產種類而非次一等古蹟⁴⁰⁰。換言之，本次對於文化資產種類之修法，直接導致古蹟與歷史建築間從原先的上下位關係轉變為競合關係，對於每棟身分未定之建築物而言，其可能於審議後成為古蹟或是歷史建築。

又對於歷史建築之登錄制度，於早先係由所有人同意後提出申請後經由審查通過而「登錄」為歷史建築，其之制度與日本「登錄文化財」之目的相同，而以鼓勵方式進行文化資產保存之推動，因此在性質、配套措施及保護密度上得以做出與古蹟不同之區別，而有不規範相關罰則之正當性。惟於後續實際之運作上，在社會逐漸重視文化資產後，由於登錄之提報申請並不限於建造物之所有人為之，使得對於登錄之度是否須經所有人同意方得登錄之鼓勵性質存有疑義。又於文化部函示以及監察院之糾正案中，亦對於縣市政府就所有人未同意而未予以登錄或是待所有人同意後始登錄之審議結果予以糾正⁴⁰¹，而使得登錄制度之同意概念被移除而有走向強制性之情形。而於釋字第 813 號解釋中，同樣對於歷史建築之登錄規定未以取得所有人同意為要件，並不能認為即違反憲法保障人民財產權之意旨，而再一次的肯定歷史建築之登錄制度不一定需要所有人之同意，只要對所有人之特別犧牲有所補償即可。換言之，歷史建築原先作為候補古蹟所採取之登錄制規範，在社會發展下而將歷史建築地位提升至與古蹟相當時，其登錄制之鼓勵內涵亦已經走向與指定制相同之強制性，使得歷史建築於實質內涵上抑或是於審議程序規範上均已與古蹟無過多區別。而與最初所參照之日本文化財保護法中對於各類文化財之登錄制度，於其本質及運作上已經有所不同。

因此，於我國法將古蹟與歷史建築之關聯轉變為平行種類後，又因為判斷基準均係列於同款之中，並且所適用之登錄制規範與指定制無過多區別，使得古蹟指定與歷史建築登錄之判斷基準欠缺明確性，而難以將二者之區隔做出明顯之區隔。並且，在對於歷史建築仍未有制裁規範之情況下，使得政府在進行古蹟及歷

⁴⁰⁰ 洪伯勳，同註 399，頁 59-61。

⁴⁰¹ 文資局蹟字第 10230102471 號函；104 教正 0012 號糾正案。

史建築審議時產生認定上的困難以及保護上之漏洞。

而於 2016 年修法後，基於上述區分標準欠缺明確性而使得古蹟與歷史建築之區分產生困難，於本次修法將歷史建築再次獨立為一款進行規定，並且新增紀念建築之概念，而強調歷史建築所具備之「歷史性、地方性、特殊性」，紀念建築之「紀念性」，而試圖透過立法之分別方式將三者做出定位上之區隔，而強調古蹟所保護之價值為「建築史」之價值，歷史建築及紀念建築則係保護「一般歷史」之價值，保護者為歷史人物、歷史事件之價值而與建築物本體無關⁴⁰²。換言之，立法者定義下之歷史建築及紀念建築的價值在於其所紀念之歷史事件、人物等，而不包含建築物本身之建築史價值，而在規範涵攝下與古蹟之屬性形成互斥關係，二者並無交集之空間。此一立法看似解決建築類文化資產類別定位不清之問題，然實質上並非如此，蓋因對於特定文化資產而言，其所具備的價值並不僅有建築史、歷史事件、人物其中之一，往往在單一文化資產中可能包含複數個定義之內涵，倘若其同時具備建築史之價值及歷史價值者，若認定其為古蹟者則有可能忽略其歷史見證的性質；而若認定其屬於歷史建築，則使其建築史上的價值受到忽視⁴⁰³。兼之就紀念建築及歷史建築之分類，實際上對於特定事件之紀念或特定人之紀念，於根本上均可以推演至對於特定歷史之見證層面，而難以將此二類之區別進行明確之區隔。因此，可以知悉對於建築類文化資產而言，其之價值在多為複合式價值之狀態下，難以用特定概念之定義將建築類文化資產進行有效之區別。

同時，若將種類之分類與文化資產保存法之制裁規範進行思考時，對於文化資產而言，其產生制裁規範密度差異之情況在於對同種類文化資產中具有特別重要保護價值者，在法已有明文之情形下可以有不法程度上之差異；或是於不同種類之文化資產間，本身即屬於上下級之關係，而產生對於特定文化資產之保護價值及優先程度上之差別，可對於上位階之文化資產為較重之制裁，下位階之文化

⁴⁰² 洪伯勳，同註 399，頁 64-65。

⁴⁰³ 洪伯勳，同註 399，頁 64-66。

資產則為較輕之制裁。然而於我國文化資產保存法中，對於古蹟之制裁達到刑罰之刑事不法程度，就歷史建築及紀念建築卻僅具有行政罰之行政不法程度而已。惟從文化法益的角度進行思考，依照 2016 年修法之結果，在肯認古蹟與歷史建築和紀念建築間三者係平行之相同位階而分別保障不同種類之建築類文化資產下，三者關係處於競合之地位，而無上下位階之思考。因此，對於破壞建築類文化資產之行為，在其位階相同之情況下，應肯認對於三者所造成之破壞均構成對於文化法益之不法侵害，而具有刑事不法之程度，而不應有所區隔。亦即，從法益的角度思考現行法對於建築類文化資產之保護，其保護法益應屬相同，而不應依照種類之不同而產生保護上之差異。

第二款 從執行面觀察文化資產行為客體之問題

若從實際執行面的角度觀察，對於我國文化資產行為客體種類的區分上，問題在我國現行對於文化資產之審議構成及實際運作結果上會更加明顯。由於審議會之組成，雖於文化資產審議會組織及運作辦法第 4 條第 1 項規定：「審議會置召集人一人，由主管機關首長或其指派之代表兼任；置委員十一人至二十三人，除召集人為當然委員外，由主管機關首長遴聘主管機關或有關機關代表、專家學者及民間團體代表擔任。」而係以機關代表、專家學者及民間團體代表擔任委員，並且於同條第 2 項規定「前項專家學者、民間團體代表應具備該審議會所涉文化資產類別之相關學術專長或實務經驗，專家學者及民間團體代表委員人數不得少於委員總人數四分之三。」而看似構成以專家學者作為主體而具有專業性，惟實際上就委員之遴選並未有明確之規則而使得主管機關對於委員之選任可以「技巧性」的聘請對於主管機關較友善之委員，而使得審議會變成政府之工具而能夠操作古蹟審議之結果⁴⁰⁴。

因此，在現行文化資產保存法對於建築類文化資產之保護規範密度具有高度

⁴⁰⁴ 許育典，同註 310，頁 162-163。

差異的情況，兼之現行審議會之構成仍然係由主管機關主導委員遴選結果而公聽會又未具備相對應的法律效果，使得對於古蹟之審議程序，結果多係由政府主導而反映政府政策之方向。倘若對於特定文化資產之開發利益對於政府以及利益團體而言相當巨大時，主管機關便能夠透過審議會之「運作」，將文化資產不列入保存抑或是以歷史建築之形式進行保存，即可以迴避文化資產保存法第 36 條古蹟原則不能拆除或遷移之規範。尤其是就歷史建築之部分，雖其具有文化資產之身分，但實際上之該身分能夠提供的保護卻是趨近於零。只要能夠說服建築物之所有人，縱使將歷史建築拆毀，其對於文化法益被破壞之非難程度僅有行政罰最高 200 萬元之罰鍰，相比於開發後之鉅額利益，顯然微不足道。更甚者若以消極方式任其傾頹者，在台灣的潮濕多雨的氣候下，不但很容易就能夠達成歷史建築毀壞之目的，在不承認毀損歷史建築亦具有狀態責任之現行實務見解下，對於放任傾頹之情形更無須擔負任何責任，而能夠規避文化資產保存法之規範。因此，在欠缺歷史建築刑事制裁規範之情況下，歷史建築在開發利益下最好之結局可能僅為易地保存，雖然形同將其發展之文化脈絡剝離出媒介本身，但至少有機會能夠保有其文化資產之外觀，而在政府著重「資產」的情況下達到表面的文化保護

405。

第二項 對於違反行為之法規範的思考

而觀察文化資產保存法之制裁規範，除卻其透過行為客體作為區隔刑罰與行政罰之刑事不法與行政不法界線，在現行法對於文化資產種類相關規範之解釋上會產生規範層面以及執行層面之問題及漏洞外。對於現行法上侵害文化資產之違反行為法規範上的思考，從本文第四章第二節實務上案例的適用以及第三節從法益視角觀察實務見解的問題中，可以發覺現行法規範對於侵害文化法益之違反行

⁴⁰⁵ 甚至部分易地重建仍有可能無法實現，例如中山橋在 2002 年允諾易地重組而支解拆除後，至今仍被堆放在再春游泳池原址，未看到重建之可能。詳參考蕭文杰，孫中山的文資悲慘史（中）：台北中山橋拆解 20 年追悼文，聯合報鳴人堂，2022 年 2 月 11 日。
<https://opinion.udn.com/opinion/story/11472/6090584>（最後瀏覽日：2022 年 11 月 19 日）

為的態樣，有其規範上或是解釋上之不足而導致處罰上之漏洞產生。

對於我國文化資產保存法刑事制裁之行為態樣，除了針對自然紀念物之採摘、砍伐、挖掘等有以其他方式作為概括條款而將所有能夠對於自然紀念物及生態環境破壞之行為態樣均涵蓋進保護之範圍外，對於非自然生成之人造物類型的文化資產而言，並未有類似之其他破壞文化資產的規範模式，而是透過特定行為之處罰方式進行規範，因此，在刑法罪刑法定原則之概念下，刑事不法之界線及僅能就法律所規範之行為框架下進行思考。其中，對於文化資產之相關違反行為有三種類型，其一為毀損、其二為竊盜、其三為非法運出及未依期限運回這三種類型。而就毀損類型，基本上對於除歷史建築以外之其他類型文化資產均有相關之刑罰制裁，而就竊盜以及非法運出及未依期限運回這兩種類型，僅限於國寶及古物方有適用。因此，以下將就這兩種情形是否合理進行探究。

第一款 竊取及非法運出行為之適用上疑義

首先，對於竊盜以及非法運出及未依期限運回這兩種類型之行為，其適用範圍之規範歷程，最初於文化資產保存法立法之時，就文化資產之竊盜行為，原先有列入草案之中，而針對公有古物進行竊盜行為之處罰，惟於立法過程中，因立法者在對於文化法益受侵害行為之刑度從原先之 7 年以下有期徒刑調整至 5 年以下，又因為立法者立法時所認定之文化資產屬於特別之財產，而應加重處罰對於其之破壞行為，但在刑度之調整下，反而使得以竊取方式破壞文化資產之行為在與刑法競合之過程中，產生了具有加重事由卻有著更輕之處罰之矛盾情形，因此在本條刑度先於條文內容協調完畢之情況下，立法者的解決方式則是「湊合」地將竊取態樣從草案中刪除而避開矛盾之問題⁴⁰⁶。於此之後，在民國 95 年之修法中，亦有部分委員就古蹟及其一部或附屬文物之竊取行為納入文化資產保存法中之刑罰制裁規範⁴⁰⁷，惟於後續審查中在委員會審查階段保留送出後，於二讀階段

⁴⁰⁶ 立法院公報第 71 卷第 39 期院會紀錄，頁 21-23。

⁴⁰⁷ 立法院議案關係文書院總第 1082 號委員提案第 4867 號，頁委 93；立法院議案關係文書院

在政黨協商後即將本行為規範移除於修法中，而在立院文書中未能知悉移除之緣由。而於 105 年修法，在刑度提高至 6 個月以上 5 年以下有期徒刑的同時，重新將對於國寶、古物之竊取行為納入文化資產保護之侵害行為態樣，但就 95 年修法草案中對於古蹟一部及其附屬文物之竊取行為以及對於考古遺址內所挖掘出之文物的竊取行為，則未一併列入修法之中。因此，文化資產保存法至今對於就除了國寶及古物以外之古蹟一部及其附屬文物之竊取行為以及對於考古遺址內所挖掘出之文物的竊取行為，則並未有所規定。換言之，在我國立法者的想像中，從對於竊取行為以及非法運出及未依限運回之行為態樣，因其係從文化資產種類進行思考，故僅認為只有國寶以及古物等才有被竊取或是非法之運出或是未依期限運回之可能，而忽略了對於古蹟之一部以及其附屬設施或是附屬文物，亦有可能遭竊盜或非法運出。

而若從違反行為之態樣進行思考，就竊取行為以及非法運出行為而言，該行為對於文化法益之侵害方式係透過竊取行為導致文化資產原先之存續狀態遭受破壞而無法被多數人加以利用，因而使得其之文化價值無法對多數人發揮效用而使得多數人之透過文化資產能發展之健全人格養成因而有受到影響之危險，故對於能夠以竊取行為達到文化法益受侵害者均應有適用之空間。又對於竊取行為來說，該行為可以對一切能被移動之文化資產為之，而不僅限於國寶及古物。因此，若係對於文化資產保存法內所規範之文化資產為竊取或非法運出行為時，該行為所造成之文化法益侵害之不法內涵於本質及程度上應無差異，而具有相同程度之非難情狀。但同樣是對於文化資產為之，於現行法的適用下，會形成一方面認為該行為屬於侵害文化法益之行為而就對國寶及古物為該行為者規範以刑事制裁；另一方面卻又在對於古蹟及考古遺址之一部或其附屬文物上，否認該行為所具備之侵害文化法益之不法內涵，而排除該行為之刑事制裁。因此，針對竊盜文化資產之行為，在立法者以文化資產種類作為思考文化資產侵害行為態樣的情況下，

總第 1082 號委員提案第 4868 號，頁委 111。

加上對於行為的思考模式侷限於對財產法益的侵害方法下，使得針對同樣之竊取行為，適用在不同種類之文化資產上，產生了截然不同的兩種矛盾思考。

第二款 毀損行為之適用上疑義

對於毀損行為於文化資產適用上之認定，從本文第四章第二節之實務案例及第三節對於實務案例之分析可以知悉，就毀損行為之法規範之規定，存在兩個問題，其一為毀損行為所適用之行為客體之評價問題，而對於屬於另一種文化資產之歷史建築於評價上存在評價不足之疑問，其二則為對於毀損行為之手段認定上，在現行文化資產保存法之保護態樣欠缺之情況，而仍拘泥於傳統刑法之毀損行為所造成之處罰上評價不足。

就第一個問題，毀損行為對於所適用之文化資產而言，包含了古蹟、暫定古蹟、考古遺址、國寶、重要古物、一般古物以及歷史建築和紀念建築。其中就前六種係規範於文化資產保存法第 103 條而被立法者認為屬於具刑事不法之刑罰規範，而後兩種則被規範於文化資產保存法第 106 條而被立法者認為屬於具行政不法之行政罰規範。而本規範之制裁所存在之質之差異是否合理則存有疑問。首先，立法者於本規範所存在本質上差異之思考，係立基於民國 89 年對於歷史建築之定位仍屬於次一等文化資產，而在認定其作為備位古蹟時，因而有較低之保護密度，故於最初對於歷史建築之毀損並未規定任何之處罰條文。惟於嗣後修法時將歷史建築之定位重新提升至與古蹟相同之位階，而認定古蹟與歷史建築所保護之建築類文化資產，二者間屬於相互競合之種類而為互斥，不存在上下位關係，為對不同類型之建築類文化資產所為之分類。因而對於歷史建築受到侵害之情形，在將其之位階提升至與古蹟並列的情況下，則對於歷史建築之毀損行為，不論是從歷史建築之本質或是從毀損行為之本質上觀察，於本質上應與對古蹟之毀損行為有相同程度的不法內涵，而均係對於建築類文化資產造成破壞，因而使其所蘊含之文化價值受到減損或喪失，進而對於社會上群眾之人格健全養成以促進自我實現之基礎受到減損而妨礙其之實現。故不存在本質的差異，而應有相同之

刑法上評價。

退而言之，縱使係依據立法者於最初所認定之階層關係，而將古蹟、歷史建築間與國寶、重要古物、一般古物相同而視為上下位之關係，在對於古物這個種類之階層關係連最普通之一般古物，對於其之損毀均具備刑事不法，而以刑罰作為制裁手段。而將歷史建築及紀念建築在其之登錄基準與一般古物之指定基準相互對照可以發覺，二者所保護之文化資產在審查標準中均係以地方風貌以及之表現作為保護之重要意義⁴⁰⁸，並且就登錄之程序與指定之程序間亦無差異⁴⁰⁹，因而可以推知二者間之保護上從程序或是實質內涵觀察應無差異，故縱使立法者之觀念仍停留在認定其屬於備位古蹟之階層，亦無產生質變而應適用行政罰之情形。意即，對於歷史建築及紀念建築之毀損行為之法規範本質上之思考，仍應屬於侵害文化法益之行為，具有刑事不法而應以刑罰作為制裁規範方屬合理。

而針對第二個問題，承襲前面實務對於文化資產侵害行為的思考建立在刑法財產犯罪之行為態樣上，就毀損行為之適用上，亦係基於刑法之毀損行為而強調對於文化「資產」之效用受損，而對於「文化」而言，僅將其作為毀損行為後效用受到減損與否之判斷，而將其作為毀損行為之綜合判斷依據之一。其行為判斷之核心仍必須基於傳統刑法之毀損行為，而先符合毀損行為後，才去對於是否文化價值受到減損進行第二步的判斷。換言之，倘若於行為之認定尚不被認定為是傳統刑法上毀損行為者，則無法進入是否造成文化受損之判斷。然而此一判斷方

⁴⁰⁸ 歷史建築紀念建築登錄廢止審查及輔助辦法第 2 條：「歷史建築之登錄，應符合下列基準之一：一、表現地域風貌或民間藝術特色者。二、具建築史或技術史之價值者。三、具地區性建造物類型之特色者。」；歷史建築紀念建築登錄廢止審查及輔助辦法第 2-1 條：「紀念建築之登錄，應符合下列基準：一、與歷史、文化、藝術等具有重要貢獻之人物相關，且其重要貢獻與建造物及附屬設施具高度關聯者。二、具有歷史、藝術、科學等文化價值，且應予保存者。」；古物分級指定及廢止審查辦法第 2 條：「一般古物之指定，應符合下列基準之一：一、具有地方或族群之風俗、記憶及傳說、信仰、傳統技術、藝能或生活文化特色。二、具有地方重要人物或歷史事件之深厚淵源者。三、能反映政治、經濟、社會、人文、藝術、科學等歷史變遷或時代特色者。四、具有藝術造詣或科學成就。五、數量稀少者。六、對地方或族群知識、技術或流派發展具影響或意義。」

⁴⁰⁹ 歷史建築紀念建築登錄廢止審查及輔助辦法第 4 條：「直轄市、縣（市）主管機關為歷史建築、紀念建築之登錄，依下列程序為之：一、現場勘查。二、經審議會審議通過。三、作成登錄處分，辦理公告，並通知申請人或處分相對人。」；古物分級指定及廢止審查辦法第 5 條：「主管機關為古物之指定，依下列程序為之：一、實物勘查。二、經審議會審議通過。三、作成指定處分，辦理公告，並通知申請人或處分相對人。」

式最大的問題即在於認定範圍之限縮，且必須有周密的法規範才能排除文化保護上之漏洞。惟若從現行法思考模式仍然基於刑法上對於不同種類侵害財產法益行為出發，在目前欠缺概括條款之規定下若仍將毀損行為之解釋與刑法之毀損行為畫上等號，對於如第四章實務案例中所為之行為，屬於造成文化法益受到減損之侵害但並非為刑法上傳統之毀損行為者，則會產生適用上之漏洞。因此，就文化資產保存法中毀損行為之認定，基於保護法益不同，應有與刑法毀損行為之認定不一樣之思考，而應從文化法益之視角進行毀損行為之認定。

第二節 從法益視角建構的文化保護

透過第一節思考現行文化資產保存法文化資產種類區別上的缺失以及對於侵害文化資產之違反行為法規範的思考可以發覺，我國文化資產保存法現階段所面臨之問題，除了在對於文化資產種類之分類上不斷地改變其分類之模式以及標準外，立法者在對於侵害文化資產之制裁規範的制訂上，其之思考脈絡並未經過系統性的觀察侵害文化資產之意義以及不同侵害行為對於文化資產之影響程度，因而在未釐清文化法益之概念的前提下，對於制裁規範中行為之思考以及規範之範圍上呈現如本章第一節所述之評價上漏洞。因此本文認為，應以文化法益為核心，作為解釋現行文化資產保存法制裁規範內容之思考，並對於無法經由解釋解決問題之部分，基於文化法益之思考下，給予立法論上之建議。

第一項 從解釋論上對於現行文化資產保存法制裁規範的思考

透過第四章第一節所確認之文化資產保存法制裁規範之規範保護目的為確保作為文化之媒介不受侵害，而其核心目的為保障社會上之人類人格健全發展以促進自我實現目的之文化法益。因此，對於制裁規範之內涵亦應基於文化法益之概念開展，而透過文化法益之侵害與否作為構成要件之解釋。並非單純透過文化媒介之文化資產種類作為判斷，而從資產的概念以刑法財產犯罪之判斷為依歸。

就現行文化資產保存法中制裁規範之行為，除卻具有概括條款而無爭議之自

然地景、自然紀念物外，於實際上較有爭議者當屬於並無概括條款加以規範之其他類文化資產，並且，透過制裁行為規範之差異，而可以將討論之種類區分為有透過毀損或竊取及非法運出或未依限運回態樣之古物類文化資產以及僅以毀損作為制裁行為之古蹟、暫定古蹟及考古遺址，而透過文化法益作為核心之思考，分別對於其制裁規範之解釋有相對應之見解。

首先，對於僅有以毀損作為制裁行為之古蹟、暫定古蹟及考古遺址，由於其之行為態樣僅有毀損行為，因此對於毀損行為之解釋，則必須要扣緊文化法益之核心作為思考。而從第四章之實務見解觀察，不論係早期完全依照刑法財產犯罪之毀損行為作為判斷，抑或是到了晚近在基於刑法毀損行為之判斷上加入的文化價值之效用是否受到影響之綜合判斷立場，實務見解對於文化資產「毀損」之概念，仍係基於刑法毀損罪之毀棄、損壞、致令不堪用之內涵。而依照實務之主流見解，對於毀棄、損壞之構成要件成立，不論是從單純外觀或是功能之毀損，或是從回復原狀困難與否作為判斷，多必須使客體失去全部或一部之效用，而達到致令不堪用之程度作為判斷標準⁴¹⁰。因此，對於文化資產之毀損，自然以毀損之行為達到對於文化資產之文化價值受到減損作為判斷。然而於實際上，毀損罪章之財產法益之保護核心，在於所有權人或合法持有人對於該財產之使用、收益及處分權能之保障，而排除他人對於其所有財產之干涉⁴¹¹，其核心意義在於所有權人或合法持有人得依其主觀意志就其之財產為處分行為。而就毀損罪之行為客體之利益，係指向其之所有權人，因此，只要是違背所有權人意願，而對其之所有物的整體完整性或是效用上所造成之負面改變行為，即侵害其之所有權上利益而屬於毀損之行為⁴¹²。換言之，只要作用於該行為客體之上之行為，不論係造成行

⁴¹⁰ 黃士軒，對建築物潑漆等行為與毀損罪的「致令不堪用」概念—評台灣高等法院 109 年度上易字第 2400 號刑事判決、台灣高等法院台南分院 110 年度上易字第 81 號刑事判決與台灣高等法院 106 年度上易字第 1999 號刑事判決，台灣法律人，18 期，頁 99-101，2022 年 12 月。

⁴¹¹ 陳子平，同註 329，頁 376-381。

⁴¹² 薛智仁，毀損古蹟罪／台北地院 99 訴 930 及台高院 99 上訴 4105 判決，台灣法學雜誌，第 192 期，頁 182，2012 年 1 月。

為客體通常效用之物理性減損，或是對於客體之效用完整性減損者，均能該當於刑法「毀損」之概念。然而，從目的性解釋的觀點，文化資產保存之制裁規範並非規範於保護個人財產之財產罪章之中，文化資產保存法之核心概念，所保護者為文化法益而並非財產法益，其性質為對於社會群眾利益保障之社會法益而屬於超個人法益。因此，對於文化資產之「毀損」行為之解釋上，即不應當單純以對於個人財產所有權侵害防免之刑法毀損罪章上的毀損行為進行判斷，而應自文化資產保存的觀點出發，以文化保護核心目的之文化法益之保障作為毀損行為思考的核心。

又對於毀損之解釋，從文義解釋的角度，文化資產保存法中之毀損行為，係以「毀損」作為行為之規範，而與刑法毀損罪章中以「毀棄、損壞或致令不堪用」作為規範內容不完全相同，在毀損一詞之文義解釋中，於社會之使用上，並不僅限於改變物之完整性的手段，對於非以物理力造成物之使用利益受到壓制之情形，亦會被稱為毀損。故在毀損之文義解釋上，應包含使物之功能減失的手段在內⁴¹³。亦即，在文化資產之侵害行為以毀損作為規範內容而非如刑法將毀棄、損壞或致令不堪用為分別例示之情形下，文化資產保存法中之毀損行為則應有以前面文義作為解釋之空間。而將前面對於毀損之概念套用到文化資產上時，以物理手段破壞文化資產之一物或全部，並非貶抑文化價值之唯一方式，將文化資產內具有文化價值之物脫離文化資產整體，抑或是透過手段使得文化資產無法被人們接近或使用，從文化法益作為判斷的核心基準下，同樣能夠造成文化價值受到貶抑⁴¹⁴。因此，在文化資產之毀損行為之思考上，其重點即不只是對於文化資產形體之破壞之物理上毀損，應放在文化資產存在之目的即文化法益是否因作用於文化媒介之文化資產上的行為而受到貶抑，倘若是，則該行為則應屬於毀損文化資產之行為。

例如於本文第四章第二節之案例中，在實務以財產法益之毀損概念作為文化

⁴¹³ 薛智仁，同註 412，頁 184。

⁴¹⁴ 薛智仁，同註 412，頁 184-185。

資產毀損的解釋下，【瑞成堂毀損案】為典型之物理性減損之毀損行為；【圓山水神社塗鴉案】之塗鴉行為以及【鹽警槍樓噴漆案】之噴漆行為，則在刑法之毀損行為中有所爭議，而依照不同見解，會有成立毀損及不成立毀損罪之可能⁴¹⁵；【春官第盜匾案】之竊盜行為，於刑法上更不被認為是毀損行為，而屬於竊盜行為。惟若從文化法益之觀點對於毀損行為進行解釋，對於毀損行為之核心思考，並非以所有權人對於財產之使用、收益及處分權能之保障作為解釋之核心，而應從保障社會上之人類人格健全發展以促進自我實現目的之文化法益是否因行為而受到影響作為判斷基準。故在毀損行為之解釋上，即係從文化資產對於整體社會而言所具備之文化功能進行觀察，文化資產作為文化之媒介而透過文化價值的保護以達到文化法益之保障而不被任意侵害。倘若特定行為造成文化資產的文化價值受到貶抑，即代表文化對於社會上人類個人即群體之人格自主開展之基礎受到負面的影響，而造成文化法益受到侵害，因而對於該造成文化價值受貶抑而使得文化法益受到侵害之行為，則應被解釋為文化資產之毀損行為。

因此，對於古蹟、暫定古蹟及考古遺址毀損行為之解釋上，即不以刑法毀損罪上之毀損行為為限，例如於【圓山水神社塗鴉案】之塗鴉行為，該塗鴉行為構成毀損古蹟之理由並非因為噴漆行為改變了古蹟之外貌後，因而導致古蹟之歷史、文化、藝術價值受到貶抑而推導出古蹟受到毀損之結果。而係因為噴漆行為使得人們無法接近或使用古蹟，造成古蹟之文化上價值對於人格養成基礎的負面影響，而古蹟所具備之社會上對於古蹟所反映之總體文化價值受到貶抑，使得古蹟所具備之文化功能受到減損而造成文化法益受到侵害，因而該行為對於古蹟整體而言造成毀損，至於噴漆行為是否造成古蹟外貌之改變並非毀損古蹟判斷上之重點。於【春官第盜匾案】中之竊盜行為、日本文化財保護法中對於古蹟一部之隱匿行為抑或是【金門陳健墓案】中將石獅搬移原處之行為，不論是古蹟內具有文化價值之匾額、石獅抑或是古蹟之一部，其均作為古蹟整體文化價值所涵蓋之

⁴¹⁵ 陳子平，同註 329，頁 718-719。

成分，而對於該成分所為之竊盜或是隱匿行為，從外觀上看雖非屬於毀損罪章之毀損行為，然而在文化法益的角度對於毀損行為之解釋下，竊盜、隱匿、搬移之行為對於古蹟整體之文化價值均係造成了減損，並且對於社會上之群體而言，將這些文化資產之成分竊取、隱匿、搬移之行為，會使得人們無法接近並使用全部之文化資產，而造成古蹟之文化上價值在欠缺一部份之情況下無法完整作為人格養成之基礎，使得社會上對於古蹟所反映之總體文化價值受到貶抑，古蹟所具備之文化功能受到減損而造成文化法益受到侵害。因而該行為縱使非屬於毀損罪章之毀損行為，然而自文化法益的觀點進行解釋，仍對於古蹟整體造成毀損。

其次，對於古物類文化資產之制裁態樣，由於古物在文化資產保存法之定義下，其內容屬於可以被移動之動產，而就古物所具備之文化價值，其作為文化媒介的最小分子即為古物之本體，因而對於古物本身若再將其進行拆分，則對於其所拆分之部件已難以作為獨立之物而表彰個別獨立之文化價值。換言之，在對於古物之文化法益侵害行為之思考上，其之行為客體即從古物之整體性進行觀察，而與前文所討論之建築類文化資產或是考古遺址不同，無法再由其內部分出具獨立文化價值之部分。因而，對於古物類文化資產的立法規範上，對於其制裁規範內容之制定，立法者在以古物之實體為保護之情況下，而將制裁之行為區分為對於古物本體造成物理上侵害之毀損行為、將人們對於古物之接近、使用利益剝奪之竊取行為以及將國寶及重要古物從國家支配之範圍內剝離之非法運出或未依限運回之態樣，而對於造成文化法益受到侵害之行為有較完善之規範。

是故，從文化法益之視角解釋前述三種行為態樣時，對於毀損古物行為以及竊取古物行為之區隔上，即能夠與前述建築類文化資產毀損態樣上之解釋進行調整，而將對於古物本體之實際價值並未造成侵害，係基於不法所有意圖將古物從原初之存續狀態納入自身之支配下，造成社會上人們無法接近或使用古物之文化價值，致使人們人格健全養成之基礎受到侵害之行為解釋為竊盜行為。若該作用於古物之行為並非基於不法所有意圖，而將古物之文化價值貶抑造成之文化法益侵害行為，則仍維持前述之毀損解釋。至於非法運出或未依限運回古物之制裁行

為態樣，則係依其文義而理解之，係因該行為所造成之結果，同樣使得古物所具備之文化價值，因無法讓群眾接近或使用而造成社會上文化效用之貶抑影響社會群體健全人格之養成，因而亦為侵害文化法益之行為。

第二項 立法論上的建議

而就歷史建築及紀念建築之定位以及其罰則之合理性與否，因為透過解釋並無法超脫法規範之定義範圍，故在歷史建築與紀念件無被分類為不同於古蹟之情況下，則難以透過解釋之方式去解決該問題，因此，就歷史建築及紀念建築之刑事不法之制裁規範之部分，則應透過立法論的方式給予建議。

雖然歷史建築以及紀念建築二者，於民國 105 年之修法中重新對於歷史建築以及紀念建築為定義，而將其定位為與古蹟屬性不同之文化資產，而與古蹟屬於平行之文化資產種類，並有著與其他文化資產指定制不同之登錄制度以及與其他文化資產相異之行政罰制裁規範。惟就其之規範是否合理，由於歷史建築自民國 89 年制定至今經歷過數次定義上之轉變，而對於已被定位為歷史建築者，並未按現今之定義重新整理，且因為文化資產審議過程中，由於之文化資產審議上之爭議，而將歷史建築與古蹟保存概念拉近，在許多地方政府文資審議會中亦混為一談⁴¹⁶。因而產生現有的歷史建築中，其之審查標準有以現行法強調歷史建築之所代表之特定歷史價值者，亦有以 89 年之備位古蹟之概念為定義而審查者，亦有於民國 94 年將其與古蹟定義為相同判斷時而以申請方式為登錄或是指定做為區隔之模糊時期為基準所審查者，而使得歷史建築之態樣難以與古蹟做出區隔。

兼之受歷史建築最初之概念立基於備位古蹟之思考以及綁定登錄制之影響，於立法者之思考上仍係以次等古蹟之概念進行制裁規範之想定。惟實際上在文化資產保存法規範的文化資產之定位中，對於歷史建築以及紀念建築已經成為了另

⁴¹⁶ 陳啟信，由 2016 年修訂後《文化資產保存法》探討國內文化資產保存觀念變遷-以建築類文化資產為例，第 19 屆文化山海觀國際研討會：文化鏈——文化生態與文化資產教育的再鏈結論文集，頁 245，2019 年 5 月。

一類文化資產時，又對於鼓勵性質之登錄制度在行政機關之函釋以及司法院之解釋中，在排除了所有人同意之必要後，亦實質的將登錄制度架空。加上透過行政罰之制裁對於歷史建築之毀損進行規範，而排除了所有人自主決定歷史建築處分之可能。而使得文化資產保存法中對於歷史建築及紀念建築之登錄制度僅剩下符號上之意義，而於實際內涵上與古蹟之指定制無異而帶有強制性之色彩。換言之，對於歷史建築及紀念建築而言，不論係從定義上觀察抑或是從程序上判斷，其之保護內涵均與古蹟並無差別，均屬於對建築類文化資產之保護類別。

因此，基於歷史建築及紀念建築與古蹟同樣為建築類文化資產，在現行法下屬於平行之文化資產種類而僅為定義不同，且在法規發展之脈絡下所造成之古蹟與歷史建築之內涵及差異使得原先所具備之上下階層之關係逐漸模糊化而難以為明確之區隔。因此從文化法益之視角觀察侵害歷史建築及紀念建築行為之責任時，對於侵害歷史建築及紀念建築之行為，其亦如同侵害古蹟般的對於建築類文化資產所具備之文化法益造成侵害，而同樣的屬於動搖到文化法益之不法行為，而在肯認對於古蹟之侵害行為具有刑事不法而應以刑罰做為制裁之前提下，對於侵害歷史建築及紀念建築之行為，亦應具有刑事不法之內涵而應以刑罰做為制裁手段，否則對於建築類文化資產的保護即會產生適用上的漏洞而無法對於文化法益之侵害行為進行充分評價。惟在罪刑法定原則之適用下，現行文化資產保存法對於歷史建築及紀念建築未規範刑罰之制裁手段時，並無法透過解釋之方式解決歷史建築及紀念建築之刑罰問題，故對於歷史建築及紀念建築之刑罰，應透過修法方能夠將該漏洞補上。

除了前述對於古蹟、歷史建築、紀念建築等建築類文化資產之分類以及適用之登錄規範以及對於其毀損之制裁規範上應透過立法論來進行全面的再建構外。針對我國現行法就制裁規範係以行為客體作為分類的思考上，由於以行為客體做為思考脈絡的立法在現行規範僅以毀損作為制裁核心行為下，雖可以透過解釋論來擴張對於文化資產的毀損行為以更全面的保障文化資產而對於侵害文化法益之行為予以制裁。惟實際上在刑法仍有毀損罪章之情形下，現行實務於思考上仍

然難以逸脫刑法的思考而對於文化資產毀損行為的解釋上仍係以刑法之毀損行為作為論述的核心。因此，於根本上仍應透過修法的方式來處理對於侵害文化資產行為。第一種方式係以其他符號來稱呼對於文化資產之文化法益所造成侵害的行為，從而迴避毀損行為與傳統刑法之重複問題。例如改用「破壞古蹟、暫定古蹟之全部、一部或其附屬設施。」的方式來對於文化資產之侵害行為進行規範。然而對於上述的修正方式仍然無法解決我國現行罰則下僅有一種刑事制裁規範而無法區分對於同一類型之文化資產所為的侵害文化法益行為的輕重問題，因此，最為根本的修法方式則是仿照日本文化財保護法之規範模式，將解釋論上所稱之毀損行為依照對於文化法益侵害行為之輕重，以文化法益為核心，建構出完整的文化法益保護體系，而從最嚴重之侵害文化法益而使文化法益減損、喪失行為，到較輕之涉及文化法益之文化財現況管理規定之違反，再到僅單純違反主管機關行政管理上義務之行政不法行為，而制定出隨法益侵害的程度輕重層層遞減之制裁規範。同時對於解釋論上的不同「毀損行為」的態樣，進行更細緻的區隔，而能夠如同日本法一樣將隱匿、滅失甚或是竊取行為明確進行規範，即可以使得毀損行為明確化而不用透過解釋的方式擴張侵害行為的思考，進而對於不同行為所造成之侵害為明確之規範，達到法律明確性之要求，同時亦能夠符合文化資產保存法應以文化法益作為侵害行為思考核心之目的。

因此，本文認為，對於文化資產保存法之修法建議，應以文化法益之保護為核心，就本質上均屬於建築類文化資產而僅為種類不同之古蹟、歷史建築及紀念建築，對於其之毀損行為所造成之文化法益侵害程度應為一致，就其之制裁規範亦應為相同之思考而進行同一規範，使得對於建築類文化資產之毀損行為於評價上均能夠適用文化資產保存法之規範，而不會產生如現行法般無法評價到文化法益減損之部分而評價不足之問題。同時，在古蹟、歷史建築及紀念建築之定義係屬於三種對於建築類文化資產之分類下，對於建築類文化資產之認定制度，則不應有所區隔，而應將歷史建築及紀念建築從原先之登錄制度修正為指定制度，在同一思考所形成之分類下，使得建築類文化資產之分類規範能夠與其毀損行為之

制裁規範對應，而從根本解決歷史建築及紀念建築定位之爭議，落實文化資產保存法對於文化資產種類之定義。並且，透過將古蹟、歷史建築以及紀念建築從程序規範到制裁規範之統一，對於毀損暫定古蹟之刑事責任上，亦能夠排除審議歷史建築過程中之暫定古蹟與其審議客體制裁規範落差之問題。而透過將登錄制度抽離具有相同本質之文化資產之分類規範，亦能夠讓登錄制度重新回歸其本質，作為鼓勵民眾自主保存之機制，而與其他鼓勵之規範進行結合，達到健全文化資產保存規範之效果。同時，對於根本解決毀損行為之解釋問題上，可以透過參考日本法的規範模式，而以文化法益的侵害輕重作為思考核心，同時將原先之毀損行為進行更細緻的分類而將隱匿、滅失、竊取、衰亡等行為明確於條文進行規範，而建構出完整的文化法益保護體系來對於文化資產的保護，形成一個完整的保護圖像思考。

第三節 小結

本章透過對於現行文化資產保存法適用上之思考，先從文化資產種類區隔上之缺失對於現行文化資產保存法中文化資產種類及其定義上的變遷所導致規範上的混亂而使得對於侵害建築類文化資產之行為在同樣具備文化保護價值而具文化法益的不同種類文化資產下，卻會產生刑事不法與行政不法本質區別之矛盾結果，進而導致在執行面上主管機關以及私人得以透過矛盾結果所產生之漏洞，透過運作將文化資產審議為歷史建築來達到開發該文化資產所在地之目的，反而造成無法有效保護文化資產之結果。除了種類區隔上之問題外，對於違反行為之法規範在現行文化資產保存法未有與日本文化財保護法般對於不同態樣之侵害行為均有所規範下，在實務仍以刑法之財產犯罪作為判斷之依歸下，適用於文化資產保存法之違反行為規範會產生相同行為卻評價不同之結果，而對於部分行為之認定上，甚至有未評價文化法益侵害之部分而評價不足之情形產生。

因此，對於資產種類以及違反行為規範之缺失，本文於第二節透過解釋論的方式，對於毀損行為以文義解釋及目的解釋之方式，在以文化法益作為毀損行為

之核心下而不再與刑法毀損罪章之毀損內涵完全連結，並且對於無法透過解釋方式解決之種類區隔上問題，透過立法論之建議，對於歷史建築及紀念建築之定位在以現行定義為原則下，將制裁規範透過法益之思考而應以刑事不法之刑罰作為規範，並且將其相關之配套措施與古蹟之配套措施一致化，而從登錄制回歸至指定制，以符合現今具有裁罰規範下對於建築類文化資產強制保護之趨勢。



第六章 結論-從文化法益建構文化保護行為的刑法思考

所謂倉廩實而知禮節，衣食足而知榮辱。在文明發展的過程中，隨著對於基本生活之生命身體需求得到滿足後，對於更高層級之心理層面之滿足以及對於自我實現之追求變成為人類存續所不可或缺之部分。而文化之功能，即係作為人格健全養成的重要基礎而為對於滿足人類心理層面及自我實現追求有著不可取代地位。因而，隨著時間之發展，文化對於社會之重要性日益增加，而使得對於文化之保護即有法制化的必要性。因而，對於文化之意義以及其相關之保護規範所應建立之前提，即應有完整之建構基礎以及對於保護規範內涵之完整解釋。而又對於現行文化資產保存法之規範目的與其制裁規範之刑法思考上，在刑法謙抑性以及最後手段性而為國家所能動用之最嚴厲手段，其所依據之基礎理論以及規範之解釋即必須要有明確之理論基礎，而此即是本文各章所欲解決之問題。

因此，本文透過文化概念以及文化價值之釐清而推導出對於抽象之文化概念，必須透過保護其媒介以達到文化保護之效果。因而於法規範上多係以保護文化媒介即文化資產作為規範客體。並且，透過文化之多元性、象徵性、時間性及真跡價值，建構出文化及文化資產保護之必要性，並透過文化價值中作為核心之多元性價值所反映出對人類自主的人格養成而為人性尊嚴的重要部分，依此建構出以人為本思考脈絡下之文化權。而在確認該文化權做為人類權利之情形下，進一步透過以基本權之主觀權利及客觀規範之確證，確立其屬於憲法上之未列舉基本權後，透過憲法上文化權之文化保護、文化近用以及文化參與之內涵，形成一切對於文化相關規範之法秩序上的最上位基礎。

而對於憲法上之文化保護內涵而言，其不僅僅只是政府之義務，對於民眾而言亦有相關之義務必須遵守，因此，對於違反義務行為所配套之制裁規範，則會有應以行政罰作為制裁還是以刑罰作為制裁方能有效達到文化保護之效果。因此，若係對於義務違反行為所施以之刑罰規範，則必須要有相關的理論基礎以及

行為區隔上之標準。本文在承認法益概念功能的前提下，透過憲法上文化權作為初步劃定法益的審查範圍，而確認文化權有做為刑法法益的可能性後。再透過家族相似性之運用，而從環境刑法以及褻瀆祀典及侵害墳墓屍體兩個超個人法益的觀點，推導出文化法益與二者均具備家族相似性，而得出文化權確實為刑法核心保護之事項而推導出文化法益存在之正當性。而在建立起文化保護刑罰權基礎之文化法益後，接著透過行政不法及刑事不法之介紹以建立行為區隔上之標準，而本文基於不法內涵量差的漸進式關係，但在行政不法與刑事不法本質仍有區別前提下，最終仍然會在交錯地帶導致質變，並且透過文化法益的概念作為區隔刑事不法及行政不法質變界線，而透過文化法益之概念建構出破壞文化資產的刑事不法內涵。

而在取得文化法益存在之正當性基礎並將其作為侵害行為之刑事不法判斷核心後，便是要將前開之理論實際運用至現行之文化保護規範即文化資產保存法之中。因而本文先是透過文化資產保存法規範目的之變遷而確認現行文化資產保存法之規範保護目的是基於前開所證立之憲法上文化權而開展後，進一步將涉及刑事不法及行政不法之規範進行整理及說明，同時透過實務上具代表性案例以及涉及到文化資產侵害行為的相關案例之整理及分析，得出立法者制定規範及實務之思考上，仍未跳脫出最初立法時之特別財產的思維而以財產作為思考核心，而未能將文化法益作為文化保護之刑法核心概念落實於規範的制定及行為之解釋上，造成對於毀損行為之認定及對於歷史建築之定位上之缺失，而形成規範保護上之漏洞。因而，對於我國立法者及實務之思維，本文透過國際法上對於破壞文化資產之戰爭罪的條文及國際法院判決的思考，再次確認文化權所保護者係以人為本之人格養成及發展，因而侵害文化資產之行為的處罰，不是基於文化資產作為財產上之損失，而是破壞行為會對於人類個人乃至於群體之人格養成及發展造成負面影響而必須從人本角度對於文化資產所保護者進行思考。同時，本文透過我國立法及修法參照甚多之日本法規範之發展及現行文化財保護法的介紹，得出日本之文化保護制裁規範之核心，係基於不法行為對於文化法益受侵害之嚴重與

否形成一個完整的保護體系，而去對應出我國現行文化資產保存法在規範上之錯漏。

因而，在觀察完實務見解及相關比較法之內容後，本文就文化資產保存法於行為客體上規範變遷中未通盤考量而產生之缺失以及對於行為規範及制裁規範內容上在現行實務見解基於前述之特別財產思考下而以刑法財產犯罪作為行為依歸造成之保護及評價不足之問題，本文透過將文化法益的內涵作為現行法之行為規範的思考基礎，以文義解釋及目的性解釋之方式將文化資產保存法中對於毀損行為之認定透過文化價值貶抑而造成文化法益受到侵害之方式，將侵害行為不再限於傳統刑法毀損罪章之行為態樣之中，並透過立法論上之建議重新將歷史建築及紀念建築之種類內涵以及其審議程序依照其所具備之文化法益與建築類文化資產之古蹟及暫定古蹟為一致性之規範，而從文化法益角度落實對於文化資產之保護，以解決前開保護及評價不足之問題。

綜合以上，對於我國文化保護刑事規範，透過本文從其憲法上基礎到保護法益再到規範檢視上所進行之全面分析及檢討，對於建構文化保護行為之刑事責任之思考上，多少能夠為侵害文化資產之行為於解釋上及明確化規範內涵上提供解釋之基礎。在文化資產保護逐漸受到重視的現在，面對現行法及實務仍未見對於文化法益有充分認識及瞭解的情況下，也希望透過本文之解釋與建議，能夠作為進一步完善文化資產保護之基石。

最後，就本文主要討論之各項議題，結論如下：

1. 文化權屬於憲法上之未列舉基本權，應受到憲法及法律之保障。
2. 透過環境刑法與褻瀆祀典及墳墓罪之家族相似性確認文化法益存在之正當性，而對於侵害文化法益之行為具有刑事不法
3. 在現行法規範下，毀損文化資產之解釋應以文化法益為核心，對於造成文化資產之文化價值受損或減失而會導致作為人格健全發展之基礎受到影響之行為，即應被認定為毀損行為，而不以刑法毀損罪所認定之毀損行為為限。
4. 透過文化法益所建構出之文化資產保存法制裁規範中，對於歷史建築及紀念

建築之毀損行為具備刑事不法而應透過刑罰加以制裁，現行法規應予以修正。



參考文獻

一、 中文文獻

(一)專書

1. 子安宣邦，福澤諭吉《文明論概略》精讀，生活·讀書·新知三聯書店，2019年9月1版次印刷
2. 大衛·索羅斯比，文化經濟學，2003年10月，初版
3. 王皇玉，刑法總則，2019年8月5版
4. 孔恩，科學革命的結構，遠流出版，2021年2月
5. 李汾陽，文化資產概論，秀威資訊科技出版，2010年7月，初版
6. 李惠宗，行政罰法之理論與案例，2版，元照出版，2007年10月
7. 李震山，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心，2005年10月初版
8. 杜維運，史學方法論，三民書局，1999年9月
9. 吳庚，憲法的解釋與適用，2004年6月三版
10. 吳庚，行政法之理論與實用，三民書局，2016年9月，增訂14版
11. 吳瑩，文化、群体与认同：社会心理学的视角，社会科学文献出版社，2016年
12. 哈瑞森、杭亭頓編著，李振昌、林慈淑譯，為什麼文化很重要，聯經出版，2003年4月
13. 林山田，刑法通論(上)，2008年1月增訂10版
14. 林東茂，刑法綜覽，2015年8月8版
15. 林明鏘，行政法講義，新學林出版，2018年4月，4版
16. 林鈺雄，新刑法總則，2021年8月9版

17. 洪家殷，行政罰法論，五南出版，2006年11月，2版
18. 涂爾幹著，芮傳明、趙學元譯，宗教生活的基本形式，桂冠圖書，2007年4月初版三刷
19. 張麗卿，刑法總則理論與運用，2021年9月9版
20. 陳子平，刑法總論，2017年9月4版
21. 陳子平，刑法各論(上)，元照出版，2017年9月，3版
22. 陳子平，刑法各論(下)，元照出版，2020年1月，3版
23. 陳志龍，法益與刑事立法，1997年3版
24. 陳敏，行政法總論，2011年9月7版
25. 陳新民，憲法學釋論，2018年7月修訂九版
26. 陳慈陽，基本權核心理論的實證化及其難題，2007年3月二版
27. 許澤天，刑法總則，2021年7月2版
28. 馮久玲，文化是好生意，臉譜出版，2002年4月初版
29. 黃敏，維特根斯坦的《邏輯哲學論》—文本疏義，華東師範大學出版社，2009年11月
30. 黃榮堅，基礎刑法學(上)，2012年4版
31. 葛劍雄、周筱贇，歷史學是甚麼，天地圖書出版，2003年
32. 維根斯坦著，陳嘉映譯，哲學研究，五南出版，2020年5月初版
33. 鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，2012年4月
34. 韓忠謨，刑法原理，1982年15版
35. 蘇俊雄，刑法總則 I，1995年初版
36. 讀書猿，線性 VS 環狀思考：整合意見、企業決策、實現目標，37種解決商務與人生難題的思考術，楓書坊，2019年3月初版
37. Baldwin, Longhurst, McCracken, Ogborn, Smith 著，陶東風等譯，文化研究導論(修訂版)，高等教育出版社，2004年7月
38. Chris Barker 著，許夢芸譯，文化研究智典，韋伯文化國際出版有限公司，2007年1月

39. Dominic Strinati 著，袁千雯、張茵惠、林育如、陳宗盈譯，通俗文化理論，韋伯文化，2005 年 3 月
40. Graeme Aplin 著，劉藍玉譯，文化遺產 鑑定、保存與管理，五觀藝術管理，2005 年 4 月初版
41. Peter Brooker 著，王志弘、李根芳譯，文化理論詞彙，巨流圖書公司，2003 年 10 月初版一刷
42. Rainer Zaczky 著，廖宜寧、林倍伸譯，自律與法權，五南圖書出版公司，2018 年 10 月初版
43. Terry Eagleton，文化的理念(The Idea of Culture)，2002 年 9 月
44. Thea Dorn、Richard Wanger，德國文化關鍵詞 從德意志到德國的 64 個核心概念，2017 年 4 月
45. UNESCO，實施《世界遺產公約》操作指南，2019 年 7 月

(二) 專書論文

1. 李聖傑，「家族相似性」探尋刑法典範之應用——以法益為核心，刑事法學的新視野，頁 141-163，2011 年 5 月
2. 李震山，論憲法未列舉之自由權利之保障—司法院大法官相關解釋之評析，憲法解釋之理論與實務第三輯，頁 355-394，2002 年 9 月
3. 林山田，論刑事不法與行政不法，刑事法論叢(二)，頁 51-53，1997 年 3 月
4. 林山田，使用刑罰或秩序罰的立法考量，刑事法論叢(二)，頁 73，1997 年 3 月
5. 陳啟信，由 2016 年修訂後《文化資產保存法》探討國內文化資產保存觀念變遷-以建築類文化資產為例，第 19 屆文化山海觀國際研討會：文化鏈——文化生態與文化資產教育的再鏈結論文集，頁 235-250，2019 年 5 月
6. 許育典，論宗教自由的保障與實質法治國的實踐—評司法院大法官釋字第 490 號解釋，憲法解釋之理論與實務第三輯，頁 265-353，2002 年 9 月
7. 許育典，文化國作為文化憲法的客觀法建構，文化憲法與文化國，頁 146-221，元照出版，2013 年 5 月，二版

8. 許育典，多元文化國的文化資產保護，文化憲法與文化國，頁 222-315，2013 年 5 月
9. 許育典，文化基本權作為文化憲法的建構，文化基本權與多元文化國，頁 9-64，元照出版，2014 年 3 月，初版
10. 許育典，多元文化國下建築文化資產保存之建構，文化基本權與多元文化國，元照出版，頁 203-230，2014 年 3 月，初版
11. 許育典，古蹟審議的法律分析，公民文化權、文化法制與古蹟保存，元照出版，頁 151-178，2017 年 7 月，初版
12. 許育典，私有古蹟保存與財產權保障，公民文化權、文化法制與古蹟保存，元照出版，頁 207-226，2017 年 7 月，初版
13. 許宗力，行政法對民、刑法的規範效應，行政法實務與理論（一），頁 77-104，2003 年 3 月
14. 許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，法益保護與行為刑法，頁 1-26，2016 年 5 月初版
15. 許恒達，行為非價與結果非價，法益保護與行為刑法，頁 79-156，2016 年 5 月初版
16. 許澤天，刑法規範的基本權審查，憲法解釋之理論與實務第 7 輯，頁 273-259-323，2010 年 12 月

(三)期刊論文

1. 古承宗，環境風險與環境刑法之保護法益，興大法學，第 18 期，頁 181-231，2015 年 11 月
2. 王韻茹，國家對文化保存與維護的憲法義務——以文化資產保存法為觀察，高大法學論叢，第 17 卷第 1 期，頁 1-43，2021 年 9 月
3. 向云驹，论“文化空间”，中央民族大学学报(哲学社会科学版)，178 期，頁 81-88，2008 年 5 月
4. 刘朝晖，村落社会与非物质文化遗产保护，文化艺术研究，第 2 卷 4 期，頁 29-36，2009 年 6 月

5. 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，9卷1期，頁39-83，1997年3月
6. 李建良，行政法：第十二講 公法上權利的概念、理論與運用，月旦法學教室，第99期，頁20-40，2011年1月
7. 李聖傑，黑心食品所涉及的刑法思考—評析金華市金東區人民法院（二〇〇四）金東刑再初字第一號判決，月旦民商法，第13期，頁167-176，2006年9月
8. 李聖傑，刑法第190條之1的釋義思考，月旦法學雜誌，第290期，頁69-82，2019年7月
9. 李聖傑，以比特幣吸「睛」的刑法管制——兼評臺灣高等法院107年度金上訴字第83號判決，月旦法學教室，第232期，頁51-62，2022年2月
10. 呂炳寬、楊智傑，全球化脈絡下的人權保障，發表於整合全球化與在地化：21世紀政治學研究的新趨勢學術研討會，頁1-19，2005年12月
11. 吳志強，尋求原住民族基本法與野生動物保育法間規範衝突的緩衝地帶——以「違法性意識之可能性」的視角淺析，東吳法律學報，第27卷第2期，頁173-222，2015年4月
12. 林山田，論刑事不法與行政不法，刑事法雜誌，第20卷第2期，頁37-59，1976年4月
13. 林山田，行政刑法與行政犯辯證，法令月刊，第40卷第9期，頁19-21，1989年9月
14. 林依仁，文化憲法的意義(上)，月旦法學雜誌，第290期，頁164-188，2019年7月
15. 林依仁，文化憲法的意義(下)，月旦法學雜誌，291期，頁108-138，2019年8月
16. 林明昕，基本國策之規範效力及其對社會正義之影響，台大法學論叢，第45卷特刊期，頁1305-1358，2016年11月
17. 洪伯勳，次一等古蹟或另一類文資？論「歷史建築登錄制」之定位，博物館學季刊，第35卷第4期，頁53-74，2021年10月
18. 張宏節，非法獵捕保育類野生動物判決之實證研究—以原住民文化抗辯為中

- 心，法律扶助與社會，第 1 期，頁 31-69，2018 年 9 月
19. 許玉秀，水污染防治法的制裁構造—環境犯罪構成要件評析，政大法學評論，第 45 期，頁 193-215，1992 年 6 月
20. 許育典，多元文化國，月旦法學教室，第 6 期，頁 36-37，2003 年 4 月
21. 許育典、李佳育，公民文化權的憲法保障——以國藝會文化補助為例，國立中正大學法學集刊，第 51 期，頁 61-101，2016 年 4 月
22. 許育典，原住民族狩獵文化權作為文化集體權——評釋字第 803 號解釋的釋憲同理心，月旦裁判時報，第 110 期，頁 5-13，2021 年 8 月
23. 許恒達，持有獵槍、獵捕保育類野生動物與原住民慣習間的衝突及解套：評宜蘭地方法院 104 年度原訴字第 1 號刑事判決，台灣原住民族法學，第 1 卷第 2 期，頁 49-60，2017 年 4 月
24. 許恒達，行為規範、保護法益與通姦罪的違憲審查——評釋字第 791 號解釋，月旦法學雜誌第 305 期，頁 15-32，2020 年 10 月
25. 許漢，論權利的概念，政治與社會哲學評論，第 3 期，頁 179-213，2002 年 12 月
26. 陳文貴，從行政罰法看行政不法與刑事不法之交錯，法令月刊，第 58 卷第 11 期，頁 36-51，2007 年 11 月
27. 陳文貴，談我國行政罰法制度下的行政不法行為與刑罰之界限——行政法學與刑事法學的對話，法學新論，4 期，頁 101-129，2008 年 11 月
28. 陳志龍，刑法之法益概念(中)，國立臺灣大學法學論叢，第 17 卷第 2 期，頁 117-138，1988 年 6 月
29. 陳信安，再論刑事不法與行政不法之區別——以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心(上)，興大法學，第 15 期，頁 182-231，2014 年 3 月
30. 陳信安，再論刑事不法與行政不法之區別——以德國聯邦憲法法院裁判見解及立法形成自由為中心(下)，興大法學，第 16 期，頁 165-233，2014 年 11 月
31. 陳信安，行政罰法中刑事優先原則爭議問題之研究——以德國法制之比較分析為中心，臺北大學法學論叢，第 116 期，頁 121-176，2020 年 12 月

32. 黃士軒，司法院會台字第 12664 號聲請解釋案鑑定意見書，2020 年
33. 黃士軒，詐欺罪的財產損害與被害人之錯誤——法益關係錯誤說的應用嘗試，中研院法學期刊，第 26 期，頁 85-166，2020 年 3 月
34. 黃士軒，初探變質多層次傳銷行為罪（下）——以關於變質多層次傳銷行為之判斷的我國立法、學說與實務為中心，月旦法學教室，第 229 期，頁 40-62，2021 年 11 月
35. 黃士軒，對建築物潑漆等行為與毀損罪的「致令不堪用」概念——評台灣高等法院 109 年度上易字第 2400 號刑事判決、台灣高等法院台南分院 110 年度上易字第 81 號刑事判決與台灣高等法院 106 年度上易字第 1999 號刑事判決，台灣法律人，18 期，頁 93-114，2022 年 12 月
36. 黃貞燕，無形文化遺產國際公約的成立與其護衛方法論，文化資產保存學刊，25 期，頁 7-31，2013 年 9 月
37. 潘怡宏，現行刑法汙染環境媒介罪之修正芻議，月旦法學雜誌，第 278 期，頁 31-78，2018 年 7 月
38. 蔡明志，試論無形文化遺產概念下的「文化空間」，文資學報，13 期，頁 53-89，2020 年 12 月
39. 蔡墩銘，從法益保護之觀點檢討憲法與刑法之關係——兼論刑法修正，憲政思潮，29 期，頁 90-93，1975 年 1 月
40. 劉宜君、王俐容，台灣文化權落實之研究：以文化參與實證調查為例，國家與社會，12 期，頁 45-99，2012 年 6 月
41. 薛智仁，毀損古蹟罪／台北地院 99 訴 930 及台高院 99 上訴 4105 判決，台灣法學雜誌，第 192 期，頁 179-187，2012 年 1 月
42. 謝庭晃，褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪之研究，刑事法雜誌，第 50 卷第 1 期，頁 37-59，2006 年 2 月
43. 謝煜偉，論排放毒物汙染環境媒介罪：與各環境行政刑罰法規之關連性，臺大法學論叢，第 48 卷特刊，頁 1375-1434，2019 年 11 月
44. 簡國榮，後果主義式的可普遍性原則（上），鵝湖月刊，323 期，頁 25-33，2002 年 5 月

45. 羅亞玲，從價值到規範——論非人類中心主義環境倫理學的一個論證問題，
應用倫理評論，第 46 期，頁 51-68，2009 年 4 月

(四)學位論文

1. 周志潔，文化作為憲法的一個面向-從部門憲法角度探索台灣的文化憲法，
國立政治大學法律學研究所碩士論文，2006 年
2. 張敦為，Norbert Elias 的文明理論——文明化、個體化、知識化的形態與過
程，國立清華大學社會學研究所碩士論文，2009 年 5 月
3. 徐寬儒，晚清狹邪小說中的花月意象—以《花月痕》為中心，東海大學中國
文學系研究所碩士論文，2010 年
4. 陳奎元，原住民（族）文化權在刑事法上的意義—以釋字 803 號為中心，國
立政治大學法律學研究所碩士論文，2022 年

(五)網路資料

1. 文化部對文化平權之綜合規劃 https://www.moc.gov.tw/content_413.html
2. 王駿杰、張裕珍，私宅古蹟保存戰 修法擋不住破壞，聯合報，2021 年 4 月
25 日
<https://udn.com/news/story/7314/5411701>
3. 台灣大百科全書 <https://nrch.culture.tw/twpedia.aspx?id=1979>
4. 世界自然憲章，<https://www.un.org/zh/documents/treaty/A-RES-37-7>
5. 李政青，彰化老屋連環拆，公視新聞議題中心，2017 年 7 月 4 日
<http://pnn.pts.org.tw/main/2017/07/04/%E5%BD%B0%E5%8C%96%E8%80%81%E5%B1%8B%E9%80%A3%E7%92%B0%E6%8B%86-%E4%B8%8A/>
6. 陳品竹、蘇孟娟，6 日甫公告為歷史建築 張慶興堂一夜成廢墟，自由時

報，2009年8月13日

<https://news.ltn.com.tw/news/local/paper/326823>

7. 國家文化資產網

<https://nchdb.boch.gov.tw/assets/advanceSearch/monument/19850819000059>

(最後瀏覽日:2022年10月26日)

8. 傅元龍，教育大辭書，國家教育研究院，2000年12月，

<http://terms.naer.edu.tw/detail/1301574/>

9. 德特默，伊斯兰国摧毁尼姆鲁兹城，美國之音，2015年3月7日

<https://www.voachinese.com/a/iraq-nimrud-20150306/2671205.html>

10. 潘建志，屏東里港蔡家古厝遭拆 文史工作者哀文化浩劫，中國時報，2019年2月12日

<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20190212004022-260405?chdtv>

11. 鄭名翔，百年巴洛克古蹟現勘前突遭拆 苗栗縣府將告屋主，自由時報，2018年5月15日

<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2426807>

12. 鄭景懋，聯合國教科文組織證實 烏克蘭 53 個文化遺址遭破壞，中央廣播電台，2022年4月2日 <https://www.rti.org.tw/news/view/id/2128956>

13. 謝宇婷，英國「不舒服藝術導覽」：揭開帝國黑暗面的博物館挑戰，轉角國際 udn Global，2019年12月12日

https://global.udn.com/global_vision/story/8664/4200085

14. 蕭文杰，孫中山的文資悲慘史（中）：台北中山橋拆解 20 年追悼文，聯合報鳴人堂，2022年2月11日

<https://opinion.udn.com/opinion/story/11472/6090584>

二、外文文獻

日文

期刊論文

1. 尾谷雅比古，制度としての近代古墳保存行政の成立，桃山学院大学総合研究所紀要，第33巻第3号，2008年3月
2. 河野俊行「文化財の国際的保護と国際取引規制」国際法外交雑誌九一卷六号4頁(1992年)
3. 久保敦彦「文化遺産に関する国家の国際法上の権利と違法流出文化財に対する回復請求権：考古学的遺産に関する問題を中心とする一試論」神奈川法學第30巻第1号58頁(1995年)

專書

1. 大谷實，刑法講義総論，成文堂，2012年3月3版
2. 平川宗信，刑事法の基礎，有斐閣，2008年12月初版
3. 平川宗信，憲法的刑法学の展開----仏教思想を基盤として，有斐閣，2014年12月初版
4. 福澤諭吉，文明論之概略，岩波書店，2000年2月，第9刷
5. 文化庁，文化財保護法五十年史，株式会社ぎょうせい，2001年8月
6. 堀米庸三，歴史の意味，中央公論社，1970年6月
7. 松原芳博，刑法総論，日本評論社，2013年1月1版
8. 松宮孝明，刑法総論講義，成文堂，2017年3月第5版
9. 山口厚，刑法総論，有斐閣，2016年03月第3版

網路資料

1. 日本大百科全書(ニッポニカ)「伊勢参り」の解説，小学館
<https://kotobank.jp/word/%E4%BC%8A%E5%8B%A2%E5%8F%82%E3%82%8A-432660>

2. 日本文化庁，文化遺産オンライン:

<https://bunka.nii.ac.jp/heritages/detail/199492>

3. 横山輝，はじまりは獄中仲間の耳打ち 仏像盗んだ被告に有罪判決，朝日新聞デジタル，2020年1月17日

<https://www.asahi.com/articles/ASN1K744RN1KTOLB004.html>

英文

期刊論文

1. Bouchenaki, “The Interdependency of the Tangible and Intangible Cultural Heritage”, ICOMOS 14th General Assembly and Scientific Symposium

專書

1. David Harvey, Justice, Nature and the Geography of Difference, p.186-8 (Oxford, 1996)
2. Edward Burnett Tylor, The Origins of Culture, p.1-1(1958)
3. Elton G. R., The Practice of History, Sydney, Australia : Sydney University Press, 20 (1967)
4. Updated Statute of The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia

國際法院判決

1. ICTY, PROSECUTOR v. Zoran KUPRE[KI], Mirjan KUPRE[KI], Vlatko KUPRE[KI], Drago JOSIPOVI, Dragan PAPI, Vladimir [ANTI], also known as “VLADO”, Case No.: IT-95-16-T
2. ICTY, THE PROSECUTOR v. TIHOMIR BLA[KI], Case no.: IT-95-14-T (Mar, 2000)
3. ICC, THE PROSECUTOR v. AHMAD AL FAQI AL MAHDI, No. ICC-01/12-01/15 (Sep, 2016)

網路資料

1. Cambridge Dictionary

<https://dictionary.cambridge.org/zht/%E8%A9%9E%E5%85%B8/%E8%8B%B1%E8%AA%9E/heritage>

2. Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage

The declaration is available on UNESCO's website:

<https://whc.unesco.org/en/conventiontext/>

3. Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex:

Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907

Available at : [https://ihl-](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/385ec082b509e76c41256739003e636d/1d1726425f6955aec125641e0038bfd6)

[databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/385ec082b509e76c41256739003e636d/1d1726425f6955aec125641e0038bfd6](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/385ec082b509e76c41256739003e636d/1d1726425f6955aec125641e0038bfd6)

4. Rome Statute of the International Criminal Court, entry in force July 1 2002.

Article 8 2.b. (ix)

Available at : <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

5. Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict The Hague, 26 March 1999

Available at : [https://ihl-](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=48083752D709C74F412567BB00560E35)

[databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=48083752D709C74F412567BB00560E35](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=48083752D709C74F412567BB00560E35)

6. Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact). Washington, 15 april 1935.

Available at : [https://ihl-](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=46ED540A257C6FE4C12563CD005197BE)

[databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=46ED540A257C6FE4C12563CD005197BE](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=46ED540A257C6FE4C12563CD005197BE)

7. UNESCO Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention.

The declaration is available on UNESCO's website:

<https://www.unesco.org/en/legal-affairs/convention-protection-cultural-property-event-armed-conflict-regulations-execution-convention>

8. UNESCO Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage, October 17 2003 VII – Individual criminal responsibility

The declaration is available on UNESCO's website: https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc_854_unesco_eng.pdf

9. UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, November 14 1970, Article 1, The declaration is available on UNESCO's website:

<https://en.unesco.org/about-us/legal-affairs/convention-means-prohibiting-and-preventing-illicit-import-export-and>

10. UNESCO Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage Article 1 The declaration is available on UNESCO's website:

<https://whc.unesco.org/en/conventiontext/>

11. UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage Article 1 – Definitions 1 The declaration is available on UNESCO's website:

<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000126065>

12. UNESCO the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage The declaration is available on UNESCO's website:

<https://ich.unesco.org/en/convention>

13. <https://web.archive.org/web/20191121065720/https://ich.unesco.org/en/RL/language-dance-and-music-of-the-garifuna-00001>

14. <https://ich.unesco.org/en/RL/kabuki-theatre-00163>

15. <https://ich.unesco.org/en/RL/oku-noto-no-aenokoto-00271>

16. <https://ich.unesco.org/en/RL/the-twenty-four-solar-terms-knowledge-in-china-of->

[time-and-practices-developed-through-observation-of-the-suns-annual-motion-00647](https://ich.unesco.org/en/RL/time-and-practices-developed-through-observation-of-the-suns-annual-motion-00647)

17. <https://ich.unesco.org/en/RL/acupuncture-and-moxibustion-of-traditional-chinese-medicine-00425>

18. <https://ich.unesco.org/en/RL/barkcloth-making-in-uganda-00139>

