刑事政策與犯罪研究論文集(14)

法務部　編印
100 年 12 月

刑事政策與犯罪研究論文集(14)目錄

壹、刑事政策探討

一、我國犯罪被害人補償制度之檢討與未來展望

----------盧映潔----------1

二、以智慧財產權制度保護原住民傳統知識之探討

----------倪貴榮、黃韻蓉----------29

三、弱勢語言族群之接近司法權—以原住民通譯問題為中心

----------王皇玉----------59

貳、犯罪問題與犯罪預防研究

四、聲聲慢—台灣女性主義犯罪學之冷清

----------周愫嫻----------77

五、電子商務之刑事侵權—妨礙秘密罪與電腦犯罪

----------黃宏全----------93

六、具體求刑與量刑歧異影響因素分析：以殺人罪為例

----------陳玉書、林健陽、賴宏信、郭豫珍--------119

七、以被害人為中心的刑事偵訊：以性侵害與人口販運為例

----------葉毓蘭----------149

參、司法人權科技

八、論後基因體時代基因科技與生物醫學研究於犯罪者究責程序之影響

----------范建得----------179

附錄　歷年刑事政策論文集目錄----------203

我國犯罪被害人補償制度之檢討與未來展望

國立中正大學法律系教授 盧映潔

目　次

壹、前言--犯罪被害人補償制度之世界發展
貳、我國犯罪被害補償制度概說
參、我國犯罪被害補償制度之運作現況
肆、我國被害補償制度之實務運作相關問題探討
伍、結論與建議

壹、前言--犯罪被害人補償制度之世界發展

第二次世界大戰以後，對於犯罪被害人的保護思想開始興盛，由於認識到被害人的基本需求無法獲得滿足的弊端，萌發了關於建立被害人國家補償制度的想法。當時，稱為被害者學之父德國學者 Hans von Hentig、以色列律師 Benjamin Mendelshon、加拿大精神醫師 Henri Ellanburger 等人的倡導，被害者學作為一門獨立學科興起，被害人補償問題得到了前所未有的關注。1957 年英國的女性刑罰改革運動家 Margery Fry 法官建議由國家補償犯罪被害人受到的損害，引起英國政府和工黨的重視。紐西蘭則是率先於 1964 年 1 月施行了《犯罪傷害補償法》(Criminal Injuries Compensation Act 1963)，但後來在 1974 年以《意外事故補償法》(The Accident Compensation Act)取代了 1964 年《犯罪傷害補償法》[1]。後來英國是在 1995 年 11 月 8 日通過了《犯罪傷害補償法) (Crirninal Injuries Act 1995)，並於同年 12 月 12 日通過、次年 4 月 1 日施行了新的《犯罪傷害補償方案》(The Criminal Injuries Compensation Scheme 1995)。在 1965 年美國加利福尼亞州設立了被害人補償方案，其後三年之內，又有五個州設立了被害人補償方案，至 1972 年為止美國有九個州設有被害人補償方案。到 1980 年則有 28 個州設立了被害人補償方案。目前美國全部 50 個州，以及哥倫比亞特區、維爾京群島、波多黎各

[1] 許啓義，犯罪被害人保護法之實用權益，永然文化出版股份有限公司，2000 年，頁 33-34。

都有了被害人補償方案[2]。

被害人補償制度不久從美國迅速影響到其他國家和地區，在 20 世紀 70 年代左右歐洲許多國家建立了被害人補償制度，例如瑞典在 1971 年的《刑事損害補償法》、奧地利在 1972 年的《刑事被害人救助法》、芬蘭在 1974 年的《刑事損害補償法》、丹麥在 1976 年的《刑事被害人國家補償法》、荷蘭在 1975 年的《刑事傷害補償基金法》、前西德在 1976 年的《暴力犯罪被害人補償法》、法國在 1977 年的《刑事訴訟法典》第四卷等。此後，愛爾蘭、愛沙尼亞、澳大利亞、百慕大、比利時、冰島、波蘭、丹麥、哥倫比亞、加拿大、捷克共和國、盧森堡、挪威、葡萄牙、瑞典、瑞士、賽普勒斯、斯洛伐克、特立尼達和多巴哥、西班牙、匈牙利、以色列等國也陸續見立了被害人補償制度。在亞洲，受到歐美的犯罪被害人保護運動的影響，香港於 1973 年率先建立了被害人補償制度，並於 1996 年制定了《被害人憲章》。日本於 1980 年頒行《犯罪被害人等給付金支付辦法》，並於 2001 年修訂了該法[3]。韓國於 1987 年制定了《犯罪被害者救助法》，菲律賓在 1992 年制定了《不當拘禁以及暴力犯罪補償請求委員會設置法》，印度的馬德拉斯邦於 1995 年設立了對暴力犯罪被害人的“被害人支援基金”。至此全世界已經有三十多個國家和地區建立了被害人補償制度[4]。

貳、我國犯罪被害補償制度概說

我國在民國八十七年十月一日開始實施的「犯罪被害人保護法」，該部法規範的內容有兩部份，一為被害補償制度，另一為其他被害人保護措施[5]。在被害補償制度方面，「犯罪被害人保護法」曾於民國九十一年小幅修法[6]，其中修正第 12 條、增訂第 12 條之 1，是有關檢察署向加害人行使求償權以及進行財產調查的規定；修正第 25 條是有關補償審議委員會向被害人請求返還補償金的決定得

2 請參照網路資料 Crime Victim Compensation：An Ovewiew"，at http://www.nacvcb.org/index.asp?bid=14，瀏覽日期：2011/9/21。

3 鄭敦宇，台灣、德國及日本犯罪被害補償之比較研究，政治大學法律研究所碩士論文，2003 年，頁 50-59。

4 陳彬、李昌林、薛竑、高峰等著，刑事被害人救濟制度研究，西南政法大學法學學術文庫，2008 年，頁 35。

5 我國犯罪被害人保護法於草擬階段時，原定為「犯罪被害人補償法」，目的係由國家在財政許可範圍內，補償犯罪被害人之損失，以保障人民權益。惟當時立法者考量對於犯罪被害人除了給予犯罪被害補償外，也應照顧被害人其他層面所需，因此，希望再納入成立犯罪被害人保護機構及訂立相關所需辦理之保護業務內容，更名為犯罪被害人保護法。

6 此次修法有第 12 條、第 25 條、第 27 條、第 29 條、增訂第 12 條之 1，其中第 29 條非關被害補償制度。

為執行名義與強制執行的規定；修正第 27 條是有關向加害人行使求償權之假扣押規定。民國九十八年則是再度修法[7]，在被害補償制度制方面，針對補償對象與基準、補償內容以及補償基金的設置上有所增修。有關被害補償的對象與基準之修正，首先是見到的是在第 3 條、第 4 條、第 5 條、第 7 條及第 9 條新增針對性侵害犯罪之被害人[8]，若因被害致喪失或減少之勞動能力或增加之生活上需要，可申請最高金額不超過新臺幣一百萬元的性侵害補償金。而有關被害補償的給付內容，原本依第 9 條的規定有四種項目：(1) 因被害人受傷所支出之醫療費；(2) 因被害人死亡所支出之殯葬費；(3) 因被害人死亡致無法履行之法定扶養義務；(4)受重傷之被害人所喪失或減少之勞動能力或增加之生活上需要的費用，而此次修法則增加精神慰撫金為第五種補償項目。至於增訂第 4 條之 1，則是給予主管機關法務部得設置犯罪被害人保護基金之法源依據，爾後視業務實際需要、基金來源之籌措再行規劃運作。最近，於民國 100 年 11 月 15 日又通過修正犯罪被害人保護法第三十條及第三十三條，因認為隨著全球化與國際化趨勢，跨國境的觀光、商務、通婚、就業、就學等日益增多，跨國人口移動遷徙頻繁，也使各國政府逐漸重視外國人的人權保障議題。監且，面臨人權保障國際化的浪潮，原本犯罪被害人保護法互惠原則，與「公民與政治權利國際公約」精神未盡相符，有檢討修正必要。為確保在台外國籍與無國籍被害者受到合理及平等對待，因此法務部提案修法。過去犯罪被害人保護法對於大陸地區、香港、澳門或外籍配偶與勞工，被害補償金的給付有「平等互惠原則」的適用，根據修正通過的法案，未來大陸地區、香港、澳門或外籍配偶與勞工，不需考慮「平等互惠原則」規定，亦可申請被害補償金。

依目前犯罪被害人保護法，申請被害補償之相關制度如下：

(一)申請補償之要件

依我國犯罪被害人保護法第 3 條、第 4 條的規定，凡人民在中華民國領域內或在中華民國領域外之中華民國籍之船艦、航空器內，遭受到因故意或過失之「犯罪行為」所導致的生命喪失或身體重傷，或因性侵害犯罪之被害，得依法申請被

7 此次修法第 1 條、第 3 條、第 4 條、第 5 條、第 7 條、第 9 條、第 29 條、第 30 條、增訂第 4-1 條。其中第 4 條之 1、第 29 條、第 30 條非關被害補償制度。

8 性侵害犯罪行為，依犯罪被害人保護法第 3 條第 1 項第 2 款的規定，係指犯刑法第 221 條、第 222 條、第 224 條、第 224 條之 1、第 225 條、第 226 條、第 226 條之 1、第 228 條、第 229 條、第 332 條第 2 項第 2 款、第 334 條第 2 項第 2 款、第 348 條第 2 項第 1 款與兒童及少年性交易防制條例第 24 條、第 25 條第 1 項至第 5 項、第 26 條、第 27 條第 4 項或其未遂犯之罪之被害人。還有犯刑法第 227 條之罪而被害人有精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類情形或因受利誘、詐術等不正當方法而被害，或加害人係利用權勢而犯之，或加害人與被害人為家庭暴力防治法第三條所定之家庭成員者，亦同。

害補償金。再依第 16 條申請時效的規定，申請補償要件共有：(2)加害人行為包含故意及過失行為；(3)加害行為包括緊急避難行為與無責任能力行為(4)被害人受到生命法益的侵害或身體法益重傷程度的侵害，或者被害人是因性侵害犯罪而受害；(5) 應自知有犯罪被害時起二年內或自犯罪被害發生時起五年內申請之。

(二)補償內容與補償對象

依我國犯罪被害人保護法第 5 條、第 6 條的規定，犯罪被害補償金之種類及支付對象為：(1)遺屬補償金：支付因犯罪行為被害而死亡者之遺屬；(2)重傷補償金：支付因犯罪行為被害而受重傷者；(3)性侵害補償金：支付因性侵害犯罪行為而被害者。得申請遺屬補償金之遺屬其對象與順位為：(1)父母、配偶及子女、(2)祖父母、(3)孫子女、(4)兄弟姊妹。

依我國犯罪被害人保護法第 9 條規定之補償金的內容與額度分別為：

1. 遺屬補償金的內容與額度為：(1)被害人死亡之殯葬費不得逾新台幣四十萬元；(2)因被害人死亡而無法履行的法定撫養義務金額不得逾新台幣一百萬元，而且若是祖父母、孫子女、兄弟姊妹申請法定撫養義務金額，以依賴被害人扶養維持生活者為限。(3) 精神慰撫金，最高金額不得逾新臺幣四十萬元。
2. 重傷補償金的內容與額度為：(1)支出的醫藥費金額不得逾四十萬元；(2)被害人因喪失或減少勞動能力的損失或是增加生活需要之費用，不得逾一百萬元；(3)精神慰撫金，最高金額不得逾新臺幣四十萬元。
3. 性侵害補償金的內容與額度為：(1)性侵害犯罪行為之被害人所喪失或減少之勞動能力或增加之生活上需要，最高金額不得逾新臺幣一百萬元；(2) 精神慰撫金，最高金額不得逾新臺幣四十萬元。

(三)補償之減除、返還與求償規定

依我國犯罪被害人保護法第 10 條，凡是被害人對其被害有可歸責事由者，或是斟酌被害人或其遺屬與犯罪行為人之關係及其他情事，依一般社會觀念，認為支付補償金有失妥當者，則得不補償被害人的損失之全部或一部。

又依我國犯罪被害人保護法第 11 條，已受有社會保險、損害賠償給付或因犯罪行為被害依其他法律規定得受之金錢給付，應自犯罪被害補償金中減除之。

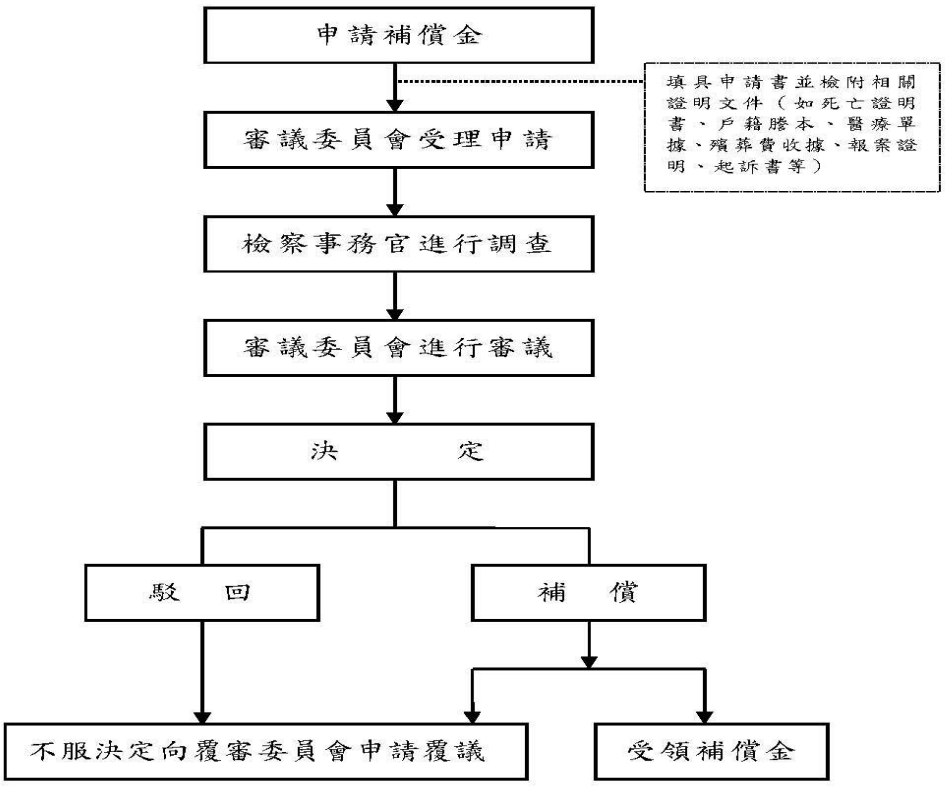
再依我國犯罪被害人保護法第 13 條，受領之犯罪被害補償金有下列情形之一者，應予返還：(1)有第十一條所定應減除之情形或復受損害賠償者，於其所受或得受之金額內返還之。(2)經查明其係不得申請犯罪被害補償金者，全部返還之。(3)以虛偽或其他不正當方法受領犯罪被害補償金者，全部返還之，並加計自受領之日起計算之利息。

依我國犯罪被害人保護法第 12 條，國家於支付犯罪被害補償金後，於補償金額範圍內，對犯罪行為人或依法應負賠償責任之人有求償權。求償權是由支付補償金之地方法院或其分院檢察署行使。求償權因二年間不行使而消滅，若於支付補償金時，犯罪行為人或應負賠償責任之人不明者，自得知犯罪行為人或應負賠償責任之人時起算。

(四)申請程序及救濟

依我國犯罪被害人保護法第 14 條第 1 項，申請補償是向地方法院及其分院檢察署設犯罪被害人補償審議委員會 (以下簡稱審議委員會) 為之。若不服第一級審議委員會決定，在犯罪被害人保護法第 14 條第 2 項，則向高等法院及其分院的檢察署設置的覆審委員會提出覆議。最後，依犯罪被害人保護法第 19 條規定，當申請人不服覆審委員會的決定，得在規定的期間內提起行政訴訟。

有關申請流程如下列圖表1所示：



圖表1：申請補償金流程圖

圖表來源：林韡婷，從犯罪被害人之主觀感受探討我國犯罪被害補償金制度，臺北大學犯罪學研究所碩士論文，2011年，頁25。

叁、我國犯罪被害補償制度之運作現況

我國自民國八十七年十月一日開始實施「犯罪被害人保護法」，迄今已逾十三年。有關被害補償實務的運作現況，以下即針對全國申請被害補償的件數以及核准的件數與金額，犯罪被害補償金歷年預算編列與實際執行情形，檢察官進行求償的數額與成效、申請補償金終結案件審議期間等四項問題，分別以圖表呈現之。

圖表 2：民國 87 年至 99 年全國申請被害補償的件數以及核准的件數與金額

年度	申請件數	決定補償件數、人數與金額				駁回件數*		撤回件數	其他件數
		件數	比例	人數	金額(單位：台幣千元)	件數	比例		
87 年 10-12 月	8	-	-	-	-	8	-	-	-
88 年	490	215	43.8%	308	103,152	217	44.2%	45	13
89 年	853	410	48.0%	560	197,172	323	37.8%	102	18
90 年	701	258	36.8%	428	146,511	341	48.6%	80	22
91 年	912	291	31.9%	497	143,093	478	52.4%	95	48
92 年	928	348	37.5%	477	126,048	465	50.1%	87	28
93 年	817	294	35.9%	364	106,021	397	46.3%	78	48
94 年	739	271	36.6%	349	87,271	368	49.7%	74	26
95 年	730	216	29.5%	258	61,544	385	52.7%	108	21
96 年	603	167	27.6%	230	63,671	291	48.2%	130	15
97 年	615	196	31.8%	278	83,667	255	41.4%	139	25
98 年	796	203	25.5%	258	80,824	377	47.3%	175	41
99 年	817	243	29.7%	319	112,548	392	47.9%	151	31
合計	9,009	3,112	34.5%	4,326	1,311,522	4,297	54.6%	1,264	336

資料來源：法務部保護司提供

*駁回原因：不符合犯罪被害人保護法第 4 條第 1 項、不符合犯罪被害人保護法第 6 條、有犯罪被害人保護法第 10 條情形、有犯罪被害人保護法第 11 條情形、逾期不補正或無可補正等。

*註：拒絕件數與核准件數的比例是圖表製作自行計算出的，係以拒絕件數與核准件數的數量除以申請件數之數量所得出。

圖表 3：民國 88 年度至 99 年度犯罪被害補償金的預算編列以及實際執行情形

(單位：新臺幣元)

會計年度	預算數	實際補償金額 A=B+C	預算支出金額 B	勞作金支出金額 C
88 年度	46,900,000	20,948,768	20,948,768	0
88 下半年度及 89 年度	514,468,000	240,156,448	240,156,448	0
90 年度	202,673,000	148,757,116	148,757,116	0
91 年度	100,000,000	129,990,342	99,989,941	30,000,401
92 年度	100,000,000	128,372,457	99,989,828	28,382,629
93 年度	97,000,000	117,437,040	96,989,716	20,447,324
94 年度	97,000,000	94,927,528	94,927,528	0
95 年度	61,000,000	63,142,393	60,957,504	2,184,889
96 年度	31,000,000	60,237,518	30,917,655	29,319,863
97 年度	0	83,618,930	0	83,618,930
98 年度	0	77,934,775	0	77,934,775
99 年度	481,175,000	94,263,152	37,000,127	57,263,025
合計	1,731,216,000	1,259,786,467	930,634,631	329,151,836

資料來源：法務部保護司提供

圖表 4：民國 88 年至 99 年檢察官求償的數額及成效 (單位：新臺幣千元)

會計年度	決定補償金額	實際補償金額	年度求償金額	年度取得債權憑證金額	備 註
88 上半年度	25,393	20,949	0	0	
88 下半年及 89 年度	274,931	240,156	2,064	19,170	
90 年度	146,511	148,757	4,393	60,056	
91 年度	143,093	129,990	7,501	100,011	含監所勞
92 年度	126,048	128,372	8,937	101,241	含監所勞
93 年度	106,021	117,437	12,404	100,195	含監所勞
94 年度	87,271	94,928	16,010	106,956	
95 年度	61,544	63,142	14,893	73,426	含監所勞
96 年度	63,671	60,238	9,100	37,754	含監所勞
97 年度	83,667	83,619	9,389	50,968	含監所勞
98 年度	80,824	77,935	5,847	73,526	含監所勞
99 年度	112,548	94,263	9,624	188,393	含監所勞
合計	1,311,522	1,259,786	100,162	911,696	

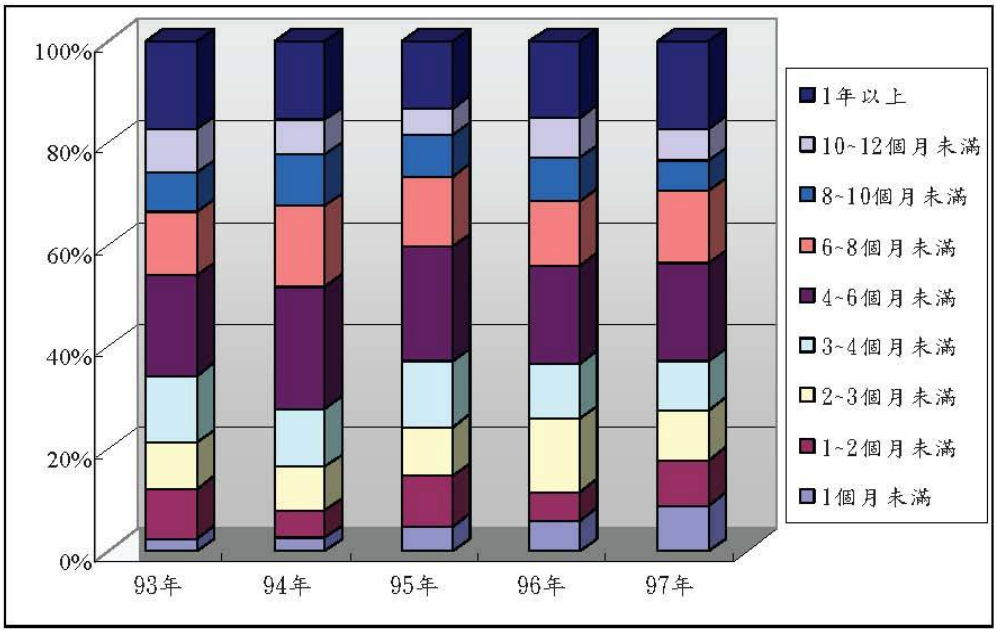
資料來源：法務部保護司提供

註：「年度求償金額」與「年度取得債權憑證金額」合計為 10 億 1,185 萬 8 千元（決定補償金額的 77%）

年度	93 年		94 年		95 年		96 年		97 年	
時間	件數	%	件數	%	件數	%	件數	%	件數	%
1 個月未滿	20	(2.4%)	19	(2.6%)	36	(4.9%)	36	(6.0%)	55	(8.9%)
1 至 2 個月未滿	80	(9.8%)	40	(5.4%)	72	(9.9%)	34	(5.6%)	55	(8.9%)
2 至 3 個月未滿	74	(9.1%)	63	(8.5%)	70	(9.6%)	87	(14.4%)	60	(9.8%)
3 至 4 個月未滿	107	(13.1%)	84	(11.4%)	94	(12.9%)	65	(10.8%)	59	(9.6%)
4 至 6 個月未滿	162	(19.8%)	178	(24.1%)	164	(22.5%)	116	(19.2%)	119	(19.3%)
6 至 8 個月未滿	101	(12.4%)	117	(15.8%)	101	(13.8%)	76	(12.6%)	87	(14.1%)
8 至 10 個月未滿	63	(7.7%)	74	(10.0%)	60	(8.2%)	52	(8.6%)	37	(6.0%)
10 至 12 個月未滿	70	(8.6%)	50	(6.8%)	37	(5.1%)	47	(7.8%)	38	(6.2%)
1 年以上	140	(17.1%)	114	(15.4%)	96	(13.2%)	90	(14.9%)	105	(17.1%)
總件數	817	(100%)	739	(100%)	730	(100%)	603	(100%)	615	(100%)

圖表 5-1：民國 93 年至 97 年申請補償金終結案件審議期間

圖表來源：林韡婷，從犯罪被害人之主觀感受探討我國犯罪被害補償金制度，臺北大學犯罪學研究所碩士論文，2011年，頁12。



圖表 5-2：民國 93 年至 97 年申請補償金終結案件審議期間堆疊圖

圖表來源：林韡婷，從犯罪被害人之主觀感受探討我國犯罪被害補償金制度，臺北大學犯罪學研究所碩士論文，2011年，頁12。

由上述統計可知，我國的申請被害補償的件數，尤其是核准的件數與金額並沒有逐年增長的趨勢，因而犯罪被害補償金歷年預算編列與實際執行情形亦如是，自94年度開始甚至是降低許多。至於實務關注的檢察官進行求償的數額當然是所謂成效不彰。另外，犯罪被害人保護法17條規定：「審議委員會對於補償申請之決定，應參酌司法機關調查所得資料，自收受申請書之日起三個月內，以書面為之」，但是單以 98 年補償金案件審議終結情形來看，3 個月內審結完畢者，僅佔全體案件26.8%（213件），若僅觀察最後決定予以補償之案件的經過期間，能在3個月內審議決定者，應該少之又少[9] 。

肆、我國被害補償制度之實務運作相關問題探討

一、我國被害補償制度運作問題之文獻回顧

在我國犯罪被害人保護法施行三年多後監察院曾進行調查，在民國九十一年公布「犯罪被害人保護執行成效專案調查研究報告」[10]，當時共做出五點結論：(1)犯罪被害人保護之補償範圍，在整個犯罪被害者中所佔比例極其有限；(2)犯罪被害補償金經費之動支，悉賴政府預算編列，易造成政府財政負擔；(3)犯罪被害補償金決定補償之件數及人數比例偏低；(4)犯罪被害補償金求償權之執行比例偏低；(5)審議委員會審查逾期之情形嚴重。其中指出得申請補償金之犯罪被害人，在整體犯罪被害者的比例偏低，而在獲得補償的案件，例如在民國九十一年一至四月間，只占申請案件的三成左右。

又有學者鄭瑞隆、王世文執行之「犯罪被害人家屬服務需求之研究」實証研究計劃，其成果在民國九十三年發表。其中指出，在被害人申請補償金及其滿意度的調查中，關於被害人申請補償金之情況方面，該研究之受測被害人家屬有 55 人申請遺屬補償金，佔全部受測被害人家屬之 45.0%，申請重傷補償金人數，計 23 人，至於回答沒有申請之被害人家屬，可能因申請資格不符或已與加害者調解後不需申請，此類人數有 44 人，佔 36.1%。根據該研究顯示，受測者被害人家屬有申請補償金人數有 78 人，除 1 人未表示申請結果之外，申請人數中，41 人有得補償金，佔全部申請補償金人數之 53.2%，沒有獲得補償金有 10 人，佔全部申請補償金人數之 13.0%，至於補償金申請上在審理中之人數，計 26 人，

9 林韡婷，從犯罪被害人之主觀感受探討我國犯罪被害補償金制度，臺北大學犯罪學研究所碩士論文，2011 年，頁 12。

10 資料來源請參照九十一年十二月二十日於政治大學法學院舉辦的「犯罪被害人保護法學術研討會」，報告人林輝煌(司法官訓練所所長)所提書面資料，頁 8 以下。

佔全部申請補償金人數之 33.8%。關於獲得補償金之滿意情況方面，有獲得補償金之被害人家屬，是否滿意政府所核發之補償金？覺得滿意知被害者家屬有 17 人，佔有獲得補償金的被害者家屬之 48.6%，認為不滿意之被害人家屬有 18 人，佔有獲得補償金的被害者家屬之 54.1%，兩這差距並不明顯，人數僅相差一人。該研究最後指出被害補償金是被害人家屬和加害人無法達成和解，且難以藉由民事賠償的管道獲得賠償金時，保護協會可代為向地檢署補償金審議委員會申請遺屬、重傷補償金，然而審查過程嚴謹慎重，需扣除國家或社會保險以補助之款項，而審查所費時間甚長，大多案件都會超過受件三個月審理結束之規定，因此引起部分家屬的不解與不滿[11] 。

近期有王寬弘君以犯罪被害人保護法之保護對象為範圍，採用問卷調查法，透過犯罪被害人保護協會 12 個分會對 200 名受保護人進行問卷調查的量化研究，調查我國犯罪被害人對我國犯罪被害保護執行意見，而檢驗我國實務對犯罪被害人保護執行成效，研究成果於民國 100 年發表。其中指出僅有 26.5 %之被害人或其遺屬對於犯罪被害補償金之決定結果滿意，不滿意者高達 73.5 %。至於申請被害補償的效率問題，研究成果發現 6 個月內決定有 26.5%，1 年內決定有 63.2%，研究者認為，或許被害補償涉及較廣較複雜，但犯罪被害保護法第 17 條有規定審議期間為 3 個月，顯然審議效率有待加強[12]。

圖表 6：申請害補償審議時間分析表

審議時間	被害補償	
	人數	百分比
6 個月未滿	26	26.5
6 個月至 1 年未滿	36	36.7
1 年至 1 年 6 個月未滿	19	19.4
1 年 6 個月至 2 年未滿	10	10.2
2 年以上	7	7.2
總和	98	100.0

資料來源：王寬弘，我國犯罪被害人保護執行成效之研究--以犯罪被害人保護法保護對象為例，中央警察大學警學叢刊第四十一卷第四期，民國 100 年 1 月，頁 24。

※盧映潔修正製作

[11] 鄭瑞隆、王世文，犯罪被害人家屬服務需求之研究，刊於刑事政策與犯罪研究論文集(七)，法務部，2004 年，頁 383-436，

[12] 王寬弘，我國犯罪被害人保護執行成效之研究--以犯罪被害人保護法保護對象為例，中央警察大學警學叢刊第四十一卷第四期，2011 年 1 月，頁 24。

又有林韡婷君基於其碩士論文的研究，透過質性研究方式，抽樣選取 8 名獲有補償金之重傷或死亡案件被害人或其遺屬進行深度訪談，旨在瞭解受訪者申請補償金之經驗，以及對於申請過程、結果與制度之主觀感受，進而從其觀點探討制度之功能及缺失。其研究成果中所提到的補償金制度之負向結果有：(1) 等候時間過長、審查過程不公開以及資訊上之缺乏，形成另一種焦慮的來源；(2) 被害人多為申辦效率所苦；(3) 被害人於行政流程中感到被忽視，無單一對應窗口可獲得答案；(4) 被害人多半不理解決定書內容，而無法及時爭取權益；(5)被害人對於審查標準多有微詞，感到不平與生氣；(6)被害人不太信任覆議能保障其權益；(7) 返還補償金之規定阻礙加被害人和解的意願；(8)司法人員對制度設計有所誤解時，可能導致被害人做出不利之決定，致其權益受損等 [13]。

二、我國被害補償制度運作問題之分析

有關我國被害補償制度實務運作上存在諸如上述提到的問題，筆者認為乃下列因素所造成，分述如下。

(一)因被害補償定位不清而導改法律規範架構不佳以及適用的誤解

我國犯罪被害人保護法第一條宣示立法目的為：「為保護因犯罪行為被害而死亡之遺屬或重傷者，以保障人民權益，促進社會安全」。此立法原則採以保護被害人或其遺屬之生活照顧為出發，稱之為保護生活理論，當初立法草案亦提及犯罪被害人保護法係採保護生活理論[14]。不過，有文獻上認為犯罪被害人補償法於 1995 年草案階段，由於擬定犯罪被害補償之項目及金額為：「一、因被害人受傷所支出之醫療費，最高金額不得逾新台幣40　萬元；二、因被害人死亡所支出之殯葬費，最高金額不得逾新台幣 20 萬元；三、因被害人死亡致無法履行之法定扶養義務，最高金額不得逾新台幣40萬元；四、受重傷被害人所喪失或減少之勞動能力或增加之生活上需要，最高金額不得逾新台幣 100 萬元」，基於當時草擬之補償金項目及範圍與民法所定之損害賠償範圍類似，並認為犯罪被害補償主要目的在於填補加害人所未能給付之損害賠償，因此認為犯罪被害補償制度被視為是用於補償民事侵權行為制度之不足[15]。但是另有文獻上又認為1998年的立法是將犯罪被害補償制度定位為全體社會為了分擔少數不幸被害人之受害，所共同承擔之社會補償，而不再是將犯罪被害補償定位為僅具補足侵權行為民事責

[13] 林韡婷，從犯罪被害人之主觀感受探討我國犯罪被害補償金制度，臺北大學犯罪學研究所碩士論文，2011 年，頁 142。

[14] 犯罪被害人保護研究彙編，法務部，民國八十七年六月出版，頁 108。

[15] 李美琴、許啟義，《犯罪被害人保護之研究》，臺北：法務部，1995 年，頁 54 以下。

任之補充性功能[16]。

而文獻上一般對於被害補償制度的理論基礎，有提到國家責任論：該理論認為，憲法是保障公民的人身和財產安全不受侵犯的根本大法，公民只要依法履行了對國家的義務，就應擁有國家保護的權權利。國家負有為公民提供安寧、太平的生活環境，防止刑事犯罪發生的責任。如果公民的權益遭受犯罪的侵害，則說明國家對公民權益的保護不力，對犯罪的預防、打擊不力。因此，國家理應對刑事被害人所遭受的損失承擔適當補償責任，亦即公民具有受國家補償的正當權利[17]。另在文獻有提出到社會福利理論、社會保險理論或說危險分散理論。社會福利理論認為：刑事被害人因遭遇犯罪侵害，不僅身心受創、財產受損、精神受挫，而且在刑事訴訟程序中又往往是檢察官及被告論證下的犧牲品，是社會極待解決的弱勢群體，隨著社會的進步和發展，人類文明的提高，社會福利事業更應發揮保護、援助弱者的作用。因為"在現代社會，犯罪人即使被囚禁，也享受到人道的待遇。如果被害人雖有自由，但連起碼的保障也沒有，兩者相比就顯得不公平了。"政府應履行行善，即保護被害者的職能，從立法或行政上採取各項保護措施，為刑事被害人提供福利性保障，以補償被害人悲慘的境遇。社會保險理論或危險分散理論認為：犯罪乃社會的產物，當個人遭到犯罪的侵害時，正是社會進步下的副作用之犧牲品，與其他沒有受到犯罪侵害的人相比較下，對於犯罪被害人的犧牲，社會自當無理由不予以彌補。而補償被害人的資金來源為國家財政支出，就是全體社會成員繳納的稅金。如此一來正如同利用保險制度之分散風險的方式，將少數受害人的損害分散到每一個社會組成份子身上，藉以實現分配的正義[18]。

在我國某些中央機關(諸如審計部、監察院)，也包括第一線處理補償實務者，對於被害補償制度的想法都是與民事損害賠償糾葛在一起，並且以這樣的觀念現實上影響了被害補償的實務運作，造成實務操作者的嚴重困擾(見下述)。各國的被害補償制度，目前許多國家應該是採取國家責任理論、社會福利措施，乃至於完全的社會保險給付，也就是體認到犯罪是社會多種因素共同作用的結果，國家、政府基於管理社會的行政主體，對於犯罪被害人進行的補償也並非只是反映行政賠償責任，更重要的是具有保障社會成員共同利益的意涵。社會共同成員

[16] 郭明政，犯罪被害人保護法 ― 後民法與社會法法律時期的成熟標竿，政大法學評論第 60 期，1998 年，頁 303-323，

[17] 盧映潔，淺論我國犯罪被害人保護法，逢甲人文社會學報第 1 期，2000 年，頁 353 - 374。

[18] 許福生，犯罪被害人保護政策之回顧與展望，月旦法學雜誌第 178 期，2010 年，頁 5-21。鍾秉正，「犯罪被害人保護法」之補償規定及其實務分析，臺北大學法學論叢第 52 期，2003 年，頁 27-70。

本應履行的社會互助責任，犯罪被害人補償制度具有高度的社會屬性，諸如澳洲、紐西蘭等國甚至已將犯罪被害人的損害，以無過失責任的觀點納入全體社會保險之中，全民接受保險額度的徵收，以保險給付的做法來支付犯罪被害人的生存所需。而在社會福利、社會保險的思維下，多半會考量到人民對制度的濫用或不當情形所形成的不公平現象，還有被害補償給付與其他社會保險或福利給付之間的重疊，故有減除規定。諸如英國、美國、德國、澳洲等皆有將被害人對犯罪發生或者犯罪後的不適當舉動納為減少或不予給付被害補償的理由，也有規定被害補償與其他社會保險或福利給付之間的減除或返還。

我國當時制訂犯罪被害人保護法時，雖然提出所謂保護生活理論，但是當初在設計被害補償制度時，背後的基本思維是：犯罪被害人若要循一般民事賠償途逕，如侵權行為等等民事請求權去獲得損害填補時，最後可能拿不到應該拿到的錢，所以國家就先站出來幫助被害人，也就是我國被害補償明顯是定位在國家替加害人所為的民事損害賠償先行代位給付之性質。然而，「犯罪被害人求助無門」的思維雖然是國際上為何會與起犯罪被害人保護運動以及產生被害補償制度的推展動機所在，不過，世界各國在建制被害補償制度時其實並沒有立基於這樣的思維，沒有一個國家會把被害補償與民事損害賠償等同看待，即使被害補償對象、給付項目名義等與請求民事損害賠償的權利人及民事損害賠償的內容有相似之處，但是這只是意味著犯罪發生後需要協助的人之主要範圍在此，以及這些給付內容係牽涉到需要協助的人之生存基礎所在。

惟可惜的是，我國由於對被害補償定位不清，其中有民事損害賠償、對加害人應承擔犯罪責任的強烈意識以及社會保險等等思維相互糾纏，在如此思維下我國在被害補償制度設計上就將其他來源的社會保險給付與民事損害賠償同等列為減除被害補償金的事項，亦即犯罪被害人保護法第十一條中明文：社會保險[19]、損害賠償給付或因犯罪行為被害依其他法律規定得受之金錢給付，應自犯罪被害補償金中減除；又因為無法跨出真正的國家責任承擔，而自我限縮在民事損害賠償的先行給付，之後卻藉由求償規定展現加害人才是最大責任承擔，並且強烈要求務必要向加害人求償到位，以遮掩國家在被害補償上的角色，如犯罪被害人保護法第十二條中明列了國家給付被害補償金後應向犯罪行為人或依法應負賠償責任之人求償的規定，而且現實上我國相關機關(審計部、監察院)一直以來

19 依犯罪被害人保護法施行細則第八條：本法第十一條所稱社會保險，指下列保險：一、全民健康保險。二、勞工保險。三、公教人員保險。四、軍人保險。五、就業保險。六、農民健康保險。七、學生團體保險。八、強制汽車責任保險。九、國民年金保險。十、其他經法務部會同相關目的事業主管機關認定之社會保險。

都是將求償的成果與發放的補償金為比較，作為評估被害補償執行成效的重要考量。

因此，我國被害補償制度若要予以改革，首先即應就被害補償制度建置的理論基礎給予明確論述，並且說服立法者與主事者揚棄對被害補償制度不適切的思維模式，依符合國際潮流與社會意識的立論，重新架構我國被害補償制度的理論基礎。

(二)根深蒂固之民事損害賠償先行代位給付觀念引發求償問題與實務操作困境

誠如上述，由於在我國主事者對於被害補償制度的想法係出於根深蒂固之民事損害賠償先行代位給付的觀念，並且以這樣的觀念現實上強烈影響了被害補償的實務運作，造成實務操作者的嚴重困擾。這恐怕是當初殷殷期盼犯罪被害人地位與保障能藉此提昇的社會大眾始料未及的問題。

申言之，在我國，被害補償是與民事損害賠償責任完全混淆，也就是混淆「補償」與「賠償」的概念；在我國，國家給付被害補償金是替加害人先行墊付民事損害賠償，所以國家務必向加害人求償與給付出去的被害補償金相等數額之金錢。實則，如此「補償＝賠償」的觀念可說是在被害補償執行實務上根深蒂固，誠如犯罪被害人保護法第十條的規定，被害人對其被害有可歸責事由者，得不補償被害人的損失之全部或一部。有關「被害人有可歸責事由」在施行細則中就明定是民事「與有過失」，而且審核被害補償的機關自始就大量運用「與有過失」概念當作排除被害補償的事由，也就是審核被害補償的機關一直就是抱持著「被害補償＝民事賠償」的想法，筆者早在民國九十年執行一項國科會計劃[20]時即已發現這個問題，曾舉出一個台東地檢署被害補償審議委員會有關於車禍致死的案例[21]，在補償決定書中審議委員會非常明白地指出：「按犯罪被害人保護法屬補充性之立法，旨在避免依法應負賠償責任之人，因無資力賠償其損害，使被害人及其家屬，因犯罪被害生活陷於困難；且縱依本法補償被害人或其家屬後，仍應向加害人求償，亦即，加害人所負者，仍為最終之賠償義務....」。由此可知，在我國補償實務執行機關的想法中，被害補償的本質就是一種民事的損害賠償而已，國家之所以支付被害補償，只是「代替」加害人先支付給被害人的民事損害賠償。

如果當初製訂犯罪被害人保護法中有關被害補償制度的目的與功能，只是在

[20] 國科會九十年度 90-2414-H-130-005 編號專題研究計劃「我國犯罪被害人保護法施行成效之研究 --以被害補償排除條款的運用為探討中心」。

[21] 台東地方法院檢察署犯罪被害人補償審議委員會八十九年度補審字第二、三、四、王、六、七號決定書。

於建立另一個民事損害賠償機制，實在不必如此大費周章，特別製訂一套名為「犯罪被害人保護法」的法律，但實質只是一種「先位的民事賠償」而已。十幾年來我國被害補償執行機關一直在這樣觀念中運轉這個制度，終究嘗到苦果：年年遭審計部緊盯有關向加害人求償所得金額究竟達到給付出去的補償金額的多少成數；亦遭監察院一再指責求償不力而被認定被害補償執行成效不彰[22]；因申請項目要求人民舉証繁瑣，且需逐一審核補償金額是否符合民事損害賠償內容，造成程序延宕[23]，又因憂慮事後求償無果導致減少核定補償金額，令人民怨聲載道。因此，協同主持人認為這是目前我國被害補償制度面臨的重大問題與實務困境，此又與前述被害補償制度的定位相互關連，未來必需重新建構思維，以理解求償制度的作用。

(三)補償審核效率及結果與人民對補償給付的期待有落差

在上揭提到的一些針對我國犯罪被害保護的實務執行以及我國實務對犯罪被害人保護執行成效的研究成果，皆提到被害人或其遺屬認為申請程序繁瑣，而且對於犯罪被害補償金之決定結果不滿意者居多數，與人民的期待有落差，並對於申請被害補償的效率不滿。

形成這個現象主要來自幾方面的因素，這些因素又與前述以民事損害賠償作為被害補償的定位有所關連。申言之，由於給付補償金之後的求償是由檢察官向民事法庭為之，而民事法庭當然是以民事損害賠償請求權的概念、內容及範圍加以審查。由於被害補償審議委員會擔憂核定的補償金高於後來民事法庭認定的求償額度，而遭審計部指責，所以被害補償審議委員會不但成員中必需有民事法官，對於補償金的給付項目與認定基準完全是以民事損害賠償請求權的內容認定方式逐一審查，更是要求被害人方要提出相關單據一一「舉証」這些支出是存在的，以作為損害的認定。這當然會造成程序的繁瑣以及審核期間的延宕，引發人民不滿。

其次，針對各個補償給付項目的審核，即便是依民事損害賠償請求權的審查基準為之，但是有研究者觀察補償決定書內容，卻發現各地檢署審議委員會對於法定扶養費、喪失或減少勞動能力項目所採之計算方式並非一致。例如有關法定扶養費之計算方式，雖法務部前已於90年5月2日以(90)法保字第269號函釋認為宜採年別單利複式不扣除第一年中間利息之霍夫曼計算法計之，並有提供相關計算公式軟體供承辦補償金案件人員使用，而法定扶養費的計算公式為「綜合所得

[22] 如前述監察院在犯罪被害人保護法施行三年多後進行調查在民國九十一年公布的「犯罪被害人保護執行成效專案調查研究報告，結論之一就是犯罪被害補償金求償權之執行比例偏低。

[23] 如前述王寬弘君研究結果指出申請被害補償的效率問題，只有 26.5% 是在 6 個月內加以決定。

稅免稅額 ×應受扶養年數之霍夫曼係數 ÷ 負擔扶養義務人數」,但是對於在綜合所得稅免稅額方面，各審議委員會決定採用的年度並不一致，有的係採「事發年度」的免稅額計算之，有的則是採用「事發前一年度」的免稅額計算之。又、在法定扶養費的計算中關於「應受扶養年數」的認定，在配偶或父母申請遺屬補償金時，應受扶養年數計至何時，各審議委員會採取計算之級距包含這幾種：(1) 計至申請人之平均餘命止；(2) 比較被害人與申請人二者之間，何者之平均餘命較短，以較短者之年數計之；(3)計至被害人有經濟能力之工作年齡65歲止[24]。又例如重傷被害人喪失或減少勞動能力程度該如何認定，審議委員會於審酌喪失或減少勞動能力此一部分項目之補償時，其計算公式為：〔勞工工資 ×12個月 × 喪失或減少勞動能力比例〕× 事發起至法定退休年齡之工作年限（該年限須以霍夫曼計算法計算之）。但對於喪失或減少勞動能力比例，審議委員會可能採用之標準有三：(1) 以「各殘廢等級喪失或減少勞動能力比率表」所示一至十五級認定之；(2)綜合判斷相關資料（如診斷證明書、醫院回函等）後，自行認定之；(3)參考勞工保險殘廢給付標準表各殘廢等級給付標準天數，依該等級與第一級殘廢等級之天數比例，認定其喪失或減少勞動能力程度[25]。

在殯葬費方面，有研究者訪談被害人家屬，被害人家屬認為沒有浮濫支出被害人的喪葬費用，亦未浮報金額，且辦理殯葬事宜的地點即在公立殯儀館，相關單據都是由公家單位所開立，因此對於審議委員會對於刪減部分費用感到些許不平。而殯葬費的項目收費標準係參考表係法務部於民國90年所訂的參考表，當時係參考最高法院自民國70年至88年間民事損害賠償案件有關殯葬費之裁判內容所歸納出之准予補償及不准予補償之項目，再參考台北市殯葬管理處各項服務收費標準、最高法院有關殯葬費之裁判，以及當時各地檢署實際核給犯罪被害人死亡所支出之殯葬費項目及金額而訂定之參考表，然該參考表業已十年未曾修訂過，至今各地檢署審議委員會仍予以援用之，對於萬物飛漲的今日，十年前訂定的參考表所示項目及金額，恐已不符合當前一般殯葬費現實上之收費情形[26]。

至於因為減除規定導致補償金的核定數額與申請民眾的期待有落差，也就是社會保險給付是否應從補償金減除的問題，另有研究者對被害人進行深度訪談，發現：「… (被害人)很主動地自己先提到減除勞工保險死亡給付的問題，雖然來申請時已經知道會被扣除，在開調查程序時，檢察事務官也有跟他說明要減除的事，但他們始終無法理解為何要減除被害人的勞保死亡給付，覺得這是被害人個

[24] 林韡婷，前揭論文，頁 108。
[25] 林韡婷，前揭論文，頁 110。
[26] 林韡婷，前揭論文，頁 144。

人的保險，而補償金制度規定須將該給付予以減除感到不甚合理」[27]。

實則，社會保險或社會福利給付與被害補償金的減除關係，在各國被害補償制度中可以見到，在採取國家責任理論連結社會保險與社會連帶責任的思維下，倘若該國原來已有相當的社會保險或社會福利制度的建置，則被害補償金的給付額度，基本上會將被害人能夠領取的社會保險或社會福利給付予以減除。或者如紐西蘭，原本是獨立的立法 (即《犯罪傷害補償法》)，後來則是將犯罪被害人的損害納入整個社會保險體系，也就是不論犯罪被害人的損害或是意外事故的損害，皆是給予相同的給付項目與內容。在我國補償金減除社會保險給付的規定，為何會引起人民的不理解、甚至不滿。筆者認為其中原因可能在於：其他社會保險 (諸如勞工保險、全民健保等) 都是由民眾個人長期繳納一定費用，以風險分擔的做法，凡是遇有事故產生損害時，民眾當然會認為個人是有權利支領這些保險給付。但是被害補償在我國民眾的理解中，是屬於國家對於犯罪被害人的額外照顧，是用全民的納稅去支付，又摻雜了國家先替加害人代位支付損害賠償的想法，所以被害人會覺得補償金與社會保險給付兩者要相互減除是不妥當的。還有，我國犯罪被害人保護法製訂迄今的十幾年內，台灣的社會保險機制其實有相當的變化，例如當時還沒有國民年金等制度，或許過去補償金的減除並沒有太多，但是隨著社會保險的種類及給付項目增加或調整，補償金減除的數額可能就變多，所以被害人最終獲得的補償金就會減少，也會影響被害人申請補償金的意願。這從上揭圖表 1 有關我國自民國 87 年迄 99 年申請補償的件數以及決定補償的總金額並非上升的趨勢，反而是下降的情形，或可反映出這個現象。

基此，我國倘若為符合一般人民的期待，將犯罪被害人保護法中被害補償減除社會保險的規定刪除，在國家財政充裕得以因應被害補償金的高額支出，則皆大歡喜，無庸再討論。然而，正如世界各國共通面臨的問題：影響犯罪被害人補償制度的基礎主要是與國家的社會福利、經濟發展水準和社會安全狀況有關，這些因素決定了一個國家給予犯罪被害人補償的程度高底。而經濟發展水準更是滿足社會成員需求不可或缺的物質基礎，也直接決定了政府可支配財力的豐裕程度，進而影響到給予犯罪被害人補償的的財政能力。面對日益增加的申請被害補償的數量與額度，如何在財政均衡分配的考量下支應符合需求的補償金，這是被害補償制度發展的困境所在。所以，我國若要維持原有規定，就應確立被害補償是社會保險、社會安全機制的其中一環之理論基礎，說服人民接納被害補償乃既有的社會保險給付之備位性質，亦即倘若有被害人沒有其他社會保險來足夠支應其受到損害後的生存照護，至少還有被害補償金可以申請。未來則可參考諸如紐

[27] 林韡婷，前揭論文，頁 114。

西蘭的做法，將犯罪被害人的損害納入全體社會保險之中，全民接受保險額度的徵收，以保險給付的做法來支付犯罪被害人的損害。

最後，關於加害人的損害賠償與被害補償間的減除關係及返還規定，有研究指出補償金之規定阻礙了被害人和解的意願，亦即倘若在和解當時，被害人已清楚認知有關返還補償金之規定，則不可能答應和解，造成加害人想與之商談和解的可能降低，此亦無益於刑事訴訟程序的進行，並且有害於雙方關係的修復[28]。實則，被害補償給付若是基於國家責任而來的對犯罪被害人的生存照護，與加害人基於犯罪行為所應負擔的損害賠償應是出於不同的責任分擔所形成的不同給付，對被害人而言不需指稱其乃雙重得利。然因我國對被害補償的定位乃根深蒂固之民事損害賠償先行代位給付，所以才會在法律規範上要求被害補償應減除被害人所獲損害賠償，若是先得補償金，後來又獲得損害賠償，亦強調必需返還補償金。惟觀諸世界各國的被害補償制度，大部份的國家或地區 (香港、澳大利亞除外) 幾乎沒有將被害人所獲損害賠償當作應減除補償給付的事由。因此，未來我國應對此問題再多加思考，或朝刪除的方向改革之。

(四)審核被害補償的組織問題

有關我國審核被害補償的機關，目前是有二級，第一級的被害補償審議委員會設於地方法院檢察署；於高等法院及其分院的檢察署設置覆審委員會，作為受理不服第一級審議委員會決定的覆議事件之第二級決定機關。當初規劃的理由在於：大部份的犯罪行為發生後，最初受理的機關是地方法院檢察署，故設置於地方法院檢察署的被害補償審議委員會可使檢察機關能進一步發揮司法保護的功能[29]。

不過，我國審核被害補償的組織卻是飽受學者以及補償實務專家的批評，亦即我國以設置在地方法院檢察署下的被害補償審議委員會作為被害補償審核機關，被指責的問題在於：(1) 由於我國對被害補償的定位乃根深蒂固之民事損害賠償代位給付，所以補償給付需逐一審核是否符合民事損害賠償內容，且後續的求償亦是向民事法庭為之。但是因實際負責補償事務的地檢署檢察官並非民事法律專長，故必需仰賴具有民事法律專長之人(檢察事務官或是民庭法官) 的協助。由地檢署檢察官來主事被害補償事務，不但與檢察官的專長與任務有所扞格，也增加檢察官不少負擔與壓力；(2) 被害補償其實是國家的常態行政給付，目前卻僅以任務型、非常設型的補償審議委員會來進行審核，所以實質上都是由檢察官交予地檢署某檢察事務官來處理被害補償申請的諸多事務，然而檢察事務

[28] 林韡婷，2011

[29] 犯罪被害人保護研究彙編，法務部，民國八十七年六月出版，頁 112。

官並非只有此一業務，故如此兼辦性質，恐難因應被害補償申請民眾對於審核以及後來的發放補償金之效率的期待。

倘若為了審核及發放補償金的效率，有專責的機關來負責處理被害補償申請事務，當然最為妥適。不過，若現行組織架構未能改變的狀況下，如果能夠對於補償金的內容與審核基準由上級監督單位(法務部保護司) 訂定一致的標準，以行政指導方式使全國各地檢署主要承辦補償事務者以及補償審議委員會加以依循，應該可以促進審核及發放補償金的效率。

伍、結論與建議

犯罪是社會多種因素共同作用的結果，而國家基於管理社會的權力對犯罪被害人所進行的補償或救助基本上並非常只是一種行政賠償責任，更非加害人民事損害賠償的代位給付，被害補償內含有為保障社會成員共同利益而代表全體社會成員履行的社會互助責任，所以被害補償可以動用主要來源於納稅人貢獻的政府財政經費為之，具有正當性基礎。

有鑑於我國被害補償制度在實踐上的諸多問題，筆者建議未來我國被害補償制度的修正可依下述近程及遠程目標進展，筆者並在最後提出個人的修法建議條文。

(一)近程目標

1.確立我國被害補償給付是基於國家責任下連結社會保險、社會安全機制的思維，由國家對犯罪被害人支付補償金，以支應其生存需求之理念。

2.揚棄被害補償給付是國家替加害人先行代位給付之民事損害賠償的觀念，說服相關單位不應以向加害人的求償作為檢現被害補償運作成效的考量因素。

3.建議刪除被害人所獲民事損害賠償作為補償金減除項目。

4.使申請補償金之被害人理解其他社會保險給付作為補償金減除項目之意義。

5.就現行被害補償給付項目訂定一致、透明之審查標準。

(二)遠程目標

1.設立獨立的專職機構處理被害補償給付審核事宜

2.建立被害補償經費來源之國家基金制度

3.將被害補償納入全民保險的體系

4.建立長期照護式的被害補償給付制度

(三)修法建議條文

被害補償與急難救助制度修法建議條文

第 1 條 (被害補償與急難救助的對象)	I、 因犯罪行為被害而受有身體、健康損害或死亡之中華民國國籍者或其遺屬，得依本法申請被害補償金與急難救助金。 II、遇有前項情形者，在中華民國領域內不間斷合法居留逾四個月以上之非中華民國國籍者，根據下列原則得申請被害補償金與急難救助金： 1. 在中華民國領域內不間斷合法居留逾一年以上，並依相關規定申報繳納所得稅捐者，得申請被害補償金與急難救助金。 2. 在中華民國領域內不間斷合法居留逾四個月而未滿一年者，僅得申請急難救助金。
第 2 條 (犯罪行為的界定)	I、 前條所稱犯罪行為包含本條第二項、第三項、第四項所規定之行為。 II、本法所指之故意犯罪行為，係在中華民國領域內，或在中華民國領域外之中華民國船艦或航空器內，故意侵害他人生命或身體、健康，依中華民國法律有刑罰規定之行為。 III、本法所指之過失犯罪行為，係在中華民國領域內，或在中華民國領域外之中華民國船艦或航空器內，因過失造成他人生命或身體、健康之損害，依中華民國法律有刑罰規定之行為。 IV、因刑法第十八條第一項、第十九條第一項、第二十四條第一項之規定而不罰

	的行為，於本法視為前項之過失行為。
第 3 條 (被害補償金之給付要件與範圍)	I、對於故意犯罪之被害人或遺屬，依下列原則支付犯罪被害補償金： 一、被害人死亡，每月支付其遺屬新台幣○○元，以○○年為限。 二、被害人受重傷，每月支付被害人新台幣○○元，以○○年為限。。 三、被害人受身體、健康傷害，每月支付被害人新台幣○○元，至其身、健康傷害回復為止，最長以○○年為限。 II、前項各款所定金額，法務部得因情勢變更需要，報請行政院核定調整之。
第 4 條 (急難救助之給付及其範圍)	I、對於故意犯罪行為、過失犯罪行為及視為過失犯罪行為之被害人或遺屬，支付新台幣○○元之急難救助金。 II、前項各款所定金額，法務部得因情勢變更需要，報請行政院核定調整之。
第 5 條 (犯罪被害人保護基金之設置)	I、法務部為加強推動犯罪被害保護相關工作，得設犯罪被害人保護基金。 II、前二條之被害補償金與急難救助金，由地方法院或其分院檢察署支付；所需經費來源如下： 一、法務部編列預算。 二、監所作業者之勞作金總額提撥部分金額。 三、犯罪行為人因犯罪所得或其財產經依法沒收變賣者。 四、犯罪行為人因宣告緩刑、緩起訴處分或協商判決而應支付一定之金額總額提撥部分金額。

	五、其他收入。
第 6 條 (遺屬的範圍與支付順位)	I、得申請被害補償金或急難救助金之遺屬，依下列順序定之： 一、配偶及子女。 二、父母 三、祖父母。 四、孫子女。 五、兄弟姊妹。 II、前項第三、四、五款所列遺屬，申請第三條、第四條所定之被害補償金或急難救助金者，以依賴被害人扶養維持生活者為限。 III、得申請被害補償金或急難救助金之遺屬有數人時，每一遺屬均得分別申請，但其數額係由第三條所定金額平均分配之。
第 7 條 (被害補償金或急難救助金之申請及受理機關)	I、 申請被害補償金或急難救助金者，應以書面向犯罪地之各地方法院或其分院檢察署為之。 II、為決定被害補償金或急難救助金之必要，檢察署得通知申請人及關係人到場陳述意見、提出文書或其他必要之資料或接受醫師診斷，並得請有關機關或團體為必要之協助。 II、對於申請之決定，應自收受申請書之日起一個月內以書面為之。 III、地方法院及其分院檢察署應設置專股，掌理被害補償金與急難救助金之決定及其他有關事務。 IV、有下列各款情形之一者，由法務部保護司首長指定應受理之地方法院或其

	分院檢察署： 一、犯罪地不明者。 二、應受理之檢察署有爭議者。 三、無應受理之檢察署者。
第 8 條 (被害補償金或急難救助金之代理申請)	I、被害人無法申請被害補償金或急難救助金時，得委任代理人代為申請。被害人無法委任代理人者，得由其最近親屬、戶籍所在地之各直轄市及縣（市）政府或財團法人犯罪被害人保護協會代為申請。 II、被害人如係未成年、受監護宣告或輔助宣告之人，而其法定代理人或輔助人為加害人時，被害人之最近親屬、戶籍所在地之各直轄市及縣（市）政府或財團法人犯罪被害人保護協會得代為申請。 III、遺屬如係未成年人，於其成年前、受監護宣告或輔助宣告之人於撤銷宣告前，其補償金、急難救助金及其孳息得委交犯罪被害人保護機構信託管理，而直接支付該未成年人之生活維持與就學教育費用。
第 9 條 (被害補償與急難救助金之申請排除)	有下列各款情形之一者，不予支付被害補償金與急難救助金： 一、被害人參與引發其被害之犯罪行為。 二、被害人之年收入逾新台幣○○○元以上。
第 10 條 (遺屬之被害補償金與急難救助金之申請排除)	有下列各款情形之一者，不予支付遺屬被害補償金與急難救助金：： 一、故意或過失使被害人死亡者。

	二、被害人死亡前，故意使因被害人死亡而得申請遺屬補償金之先順序或同順序之遺屬死亡者。 三、被害人死亡後，故意使得申請遺屬補償金之先順序或同順序之遺屬死亡者。 四、遺屬之年收入逾新台幣○○○元以上。
第 11 條 (被害補償金與急難救助金之申請及受領時效以及扣押、轉讓之限制)	I、被害補償金與急難救助金之申請，自知有犯罪行為被害時起○年或犯罪行為發生後○年，不得為之。 II、被害補償金及急難救助金之領取，自通知受領之日起逾○年，不得為之。 III、受領犯罪被害補償金及急難救助金之權利，不得扣押、讓與或供擔保。
第 12 條 (被害補償金與急難救助金之返還)	受領之被害補償金與急難救助金有下列情形之一者，應予返還： 一、經查明其係不得申請犯罪補償金或急難救助金者，全部返還之。 二、以虛偽或其他不正當方法受領被害補償金或急難救助金者，全部返還之，並加計自受領之日起計算之利息。
第 13 條 (被害補償金之求償與求償時效)	I、國家於支付被害補償金後，於補償金額範圍內，對犯罪行為人或依法應負賠償責任之人有求償權。 II、前項求償權，由支付補償金之地方法院或其分院檢察署行使。必要時，得報請上級法院檢察署指定其他地方法院或其分院檢察署為之。 III、第一項之求償權，因○年間不行使而

	消滅。於支付補償金時，犯罪行為人或應負賠償責任之人不明者，自得知犯罪行為人或應負賠償責任之人時起算。
第 14 條 (求償對象之財產查詢)	地方法院或其分院檢察署依前條規定行使求償權時，得向稅捐及其他有關機關、團體，調查犯罪行為人或依法應負賠償責任之人之財產狀況，受調查者不得拒絕。
第 13 條 (不服被害補償金與急難救助金決定的救濟)	I、不服地方法院及其分院檢察署有關被害補償金或急難救助金之決定，得於申請人接受決定書時起三十天內，以書面附理由經原檢察署，向高等法院及其分院檢察署聲請再議。 II、高等法院及其分院檢察署認為前項再議聲請不合法或無理由，應駁回之；認為有理由，撤銷原決定，而自為被害補償金或急難救助金之決定。 III、因調查之必要，得通知申請人及關係人到場陳述意見、提出文書或其他必要之資料或接受醫師診斷，並得請有關機關或團體為必要之協助。 IV、高等法院及其分院檢察署應於聲請再議後三十日內為前項之決定。 V、對於第二項之決定，不得再聲明不服。 VI、高等法院及其分院檢察署應設應設置專股，受理不服被害補償金與急難救助金決定之再議，及其他相關事務。
第 14 條 (被害補償金或急難救助金之返	I、第十二條之返還以及第十三條之求償，由各地方法院或其分院檢察署以

還或求償的決定、執行以及不服決定之救濟)	決定書決定應返還或求償之金額。 II、各地方法院或其分院檢察署應將決定書送達通知義務人，令其限期返還，屆期未返還者，依法移送強制執行。 III、該項決定書經送達者，得為執行名義。 IV、前項應返還或求償之金額，優先於普通債權而受償。 V、不服第一項應返還之決定者，準用第十三條之規定。
第 15 條 (被害補償金或急難救助金之返還或求償權利之保全)	I、地方法院或其分院檢察署為保全第十二條返還請求權、第十三條求償權之行使，得對返還義務人或受求償對象之財產，向法院聲請假扣押。 II、民事訴訟法第七編保全程序之規定，於地方法院或其分院檢察署為前項行為時適用之。但民事訴訟法第五百二十三條、第五百二十六條第二項至第四項及第五百三十一條不在此限。

文獻參考

王寬弘，我國犯罪被害人保護執行成效之研究--以犯罪被害人保護法保護對象為例，中央警察大學警學叢刊第四十一卷第四期，頁 1-42，2011 年。

李美琴、許啟義，《犯罪被害人保護之研究》，臺北：法務部，1998年。

林韡婷，從犯罪被害人之主觀感受探討我國犯罪被害補償金制度，臺北大學犯罪學研究所碩 士論文，2011年。

柯納爾、鄭昆山、盧映潔，德國如何在刑事程序中改善被害人的地位--以「行為人與被害人調解制度」為討論重點，軍法專刊第 49 卷第 4 期，頁 21–31，2003 年。

許啓義，犯罪被害人保護法之實用權益，永然文化出版股份有限公司，2000 年。

陳彬、李昌林、薛竑、高峰等著，刑事被害人救濟制度研究，西南政法大學法學學術文庫，2008 年。

鄭敦宇，台灣、德國及日本犯罪被害補償之比較研究，政治大學法律研究所碩士論文，2003 年。

鄭瑞隆、王世文，犯罪被害人家屬服務需求之研究，刊於刑事政策與犯罪研究論文集(七)，法務部，頁 383-436，2004 年。

郭明政，犯罪被害人保護法 ㄧ 後民法與社會法法律時期的成熟標竿，政大法學評論第 60 期，頁 303-323，1998 年。

盧映潔，犯罪被害人保護法修正之評析，月旦法學雜誌第 178 期，頁 35-46，2010 年。

盧映潔，我國犯罪被害人保護法施行成效之研究--以被害補償排除條款的運用為探討中心，政大法學評論第 77 期，頁 285 - 332，2004 年。

盧映潔，論被害人補償制度中排除條款的適用問題--以德國法為說明，臺大法學論叢第 31 卷第 3 期，民國 91 年 5 月，頁 185-236，2002 年。

盧映潔，淺論我國犯罪被害人保護法，逢甲人文社會學報第 1 期，頁 353 - 374，2000 年。

以智慧財產權制度保護原住民傳統知識之探討*

國立交通大學科技法律研究所教授 倪貴榮
國立交通大學科技法律研究所碩士 黃韻蓉

目　次

壹、序言
貳、智慧財產權制度立論基礎
參、智慧財產權制度與傳統知識之保護
肆、智慧財產權制度適用於傳統知識的現狀與問題
伍、以智慧財產權制度保護傳統知識的適當性綜合分析—代結論與建議

摘　要

由原住民社群所發展出的傳統知識不僅和生物多樣性的永續保存發展具有緊密的連結，亦富含潛在的經濟價值，可促進農業、醫藥的發展，故傳統知識不僅為在地原住民社群的重要資產，對於全球人類而言也具有保護的實益。在各項保護傳統知識的訴求中，不乏提倡創設新的或以現行智慧財產體系來積極保護傳統知識之論述與相關實踐。惟因傳統知識在特性上和現行智慧財產權制度存有根本的差異，故適用上遂產生許多爭議。

本文主要研究以現行智慧財產權制度保護傳統知識之相關議題。第貳部分針對智慧財產權制度的立論基礎做了基本的分析。現狀下因傳統知識屬於無體財產，故透過智慧財產權制度加以保護引起諸多的討論，惟兩者在本質上有所差異，故第參部分就智慧產權制度保護傳統知識可能產生的相關爭議進行研討。而在智慧財產權制度此概念下尚存有諸多不同的保護制度，諸如專利、著作權、商標、營業秘密等，第肆部分便針對個別的智慧財產權制度保護傳統知識的適用現狀加以檢視，並逐一分析適用上的優劣之處。第伍部分便綜合以上的論述，嘗試進行以現行智慧財產權制度保護傳統知識的妥適性分析，並為代結論與建議。

關鍵詞：原住民、傳統知識、生物剽竊、智慧財產權

* 本研究獲國科會專題研究計畫補助：「傳統知識保護之國際立法與實踐之研究」(NSC 97-2410-H-009-025-MY3)。感謝郭華仁教授及陳昭華教授的指正。

壹、序言

原住民社群針對其生長環境中的各式自然資源，經過長久以來經驗與知識的累積，多已發展出一套獨特的利用模式，在此通稱為「傳統知識」（Traditional Knowledge，簡稱 TK）。傳統知識和生物多樣性的永續保存發展具有緊密的連結，故傳統知識不僅為在地原住民社群的重要資產，對於全球人類而言也存在保護實益；但現今傳統知識面臨大量流失的情形，已嚴重侵害到傳統知識的根本體系[1]。

近二十年來，這些原本乏人問津的傳統知識，其富含的潛在經濟價值被外界發現後，於現代社會中不管是透過間接或是直接的方式，傳統知識都被大量的利用著，而以西方社會為首的各類組織，特別是跨國集團，往往以幾近竊盜的方式將該傳統知識據為己有；更有甚者，透過智慧財產權制度，諸如專利的申請，嘗試對該傳統知識取得排他性的權利以謀取商業利益。在欠缺利益共享機制下，已嚴重妨害傳統知識持有人（TK holder）的權益，造成嚴重的生物剽竊（bio-piracy）問題。

現今保護傳統知識已成為國際所共同關注的議題；從國際立法脈絡觀之，傳統知識的保護原則上涉及三個面向[2]，即與傳統知識密切相關的生物多樣保育與利用[3]、原住民的國際人權[4]以及傳統知識的智慧財產權[5]。許多具備豐富傳統生物多樣性知識的開發中國家傾向以國際法架構來規範傳統知識的取得與利益分享，期能拘束和影響先進國家的法律，特別是在國內智慧財產權法的部分，以避免不當專利的授與。

另外，在學界與部分國家立法上，亦不乏以創設或以現行智慧財產體系積極保護傳統知識之論述與相關實踐。惟因傳統知識於特性上和現行智慧財產權制度

---

1 David R. Downes, *How Intellecual Property Could Be a Tool to Protect Traditional Knowledge,* 25 COLUM. J. ENVTL. L. 253, 282 (2000).

2 Manuel Ruiz, Isabel Lapeña & Susanna E. Clark, *The Protection of Traditional Knowledge in Peru: A Comparative Perspective*, 3 WASH. U. GLOB. STUD. L. REV. 755, 797 (2004).

3 在生物多樣保育與利用中最具影響力的莫過於生物多樣性公約(Convention on Biological Diversity，簡稱 CBD)。

4 聯合國教科文組織於1960年代首先進行相關研討，「聯合國原住民族權利宣言（The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples）」亦於2007年的第61屆聯合國大會中通過。全文包括20段前言及45條宣言，涵括全球原住民族的文化等多項權利，其目的乃在防止種族滅絕、維護文化多樣性、保護原住民智慧財產權及土地權。將於本文第貳章加以介紹。

5 本文主要著墨於世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization, WIPO）下所制定的傳統知識保護草案之研討。

存有很大的差異，故適用上遂產生許多問題[6]，進而可能造成保護上的不足，本文將針對以現行智慧財產權制度保護傳統知識的妥適性進行討論。

本文主要以現行智慧財產權制度保護傳統知識之相關問題進行研究。第貳部分針對智慧財產權制度的立論基礎做了基本的分析。現狀下，因傳統知識屬於無體財產，故透過智慧財產權制度加以保護引起諸多的討論，惟兩者在本質上有所差異，故第參部分就智慧產權制度保護傳統知識可能產生的相關爭議進行研討。而在智慧財產權制度此概念下尚存有諸多不同的保護制度，諸如專利、著作權、商標、營業秘密等，第肆部分便針對個別的智慧財產權制度保護傳統知識的適用現狀加以檢視，並逐一分析適用上的優劣之處。第伍部分便綜合以上的論述，嘗試進行以現行智慧財產權制度保護傳統知識的妥適性分析，並為代結論與建議。

貳、智慧財產權制度立論基礎

智慧財產權（Intellectual Property Rights，簡稱 IPRs）制度，從私有角度出發，是現今各國針對知識的所有進行權利分配（allocate）的主要機制之一。此機制在傳統知識本身、持有或擁有傳統知識的社會體系以及其他社會體系之間的互動扮演了相當重要的角色。雖然智慧財產權制度在保護權利人上，常常有過之或是不及的問題，惟某些層面確實可有效解決傳統知識流失的問題[7]。

廣義而言，透過智慧財產權制度來保護傳統知識，可從防衛性[8]與積極性兩面向分別觀察。現行智慧財產權制度透過實質權利的賦予來保護傳統知識擁有者，即為積極性保護的表現，且權利者具有排他性的處分權限為智慧財產權制度的一大特色，本文將聚焦於智慧財產權積極性面向的討論。

智慧財產權的排他性表現在兩方面，一是保護上之排他性，二是取得保護後之排他效力。前者是指同一保護客體究竟只能由一個人享有該保護，或者完成相同發明之數個人都能取得保護；後者係指取得保護後，所享有之排除他人侵害之效力。各個智慧財產權制度由於規範目的不同，其排他性亦表現在不同層面。就專利制度而言，其排它性最主要表現在於同一技術只能給一個專利；而於著作權制度中，只要不涉及抄襲，數個人縱使分別完成內容相同之著作，都可以分別享

[6] *See generally* GRAHAM DUTFIELD, INTELLECTUAL PROPERTY, BIOGENETIC RESOURCES AND TRADITIONAL KNOWLEDGE 100-09 (2004).

[7] John T. Cross, *Justifying Property Rights in Native American Traditional Knowledge*, 15 TEX. WESLEYAN L. REV. 257, 293 (2009).

[8] 防衛性保護主要是經由揭露傳統知識來源和建立資料庫以防止不良專利之取得。

有著作權之保護[9]。本文關於排他性的討論，主要係指於取得保護後之排他效力。

以下從財產權和智慧財產權的概念比較進行討論，了解皆具排他性特色的兩者，在制度內涵上的異同；接著對於智慧財產權制度設置的理論進行相關探討，以俾對智慧財產權制度保護傳統知識的妥適性做出分析。

一、財產權和智慧財產權概念比較

(一)從財產權保護「有形資產」 vs. 智慧財產權保護「無形資產」談起

說到「財產」，一般人直觀上聯想到的，就是「不動產（如土地、房子）」或是「動產（現金、珠寶、股票...）」等「有形」且具體可見的物。但隨著文明發展的進步，「無形」財產的保護開始受到重視，進而產生了「智慧財產權」。

因此，所謂「智慧財產權」，可說是各國法律為了保護人類精神活動成果，而創設出各種權益或保護規定的統稱。因為這些權利都是法律所創設出來「無形」的權益，一般也會稱為「無形財產權」或「無體財產權」[10] 。

依據 1967 年「成立世界智慧財產權組織公約」（Convention Establishing the World Intellectual Property Organization）的規定，智慧財產權包括：

1.文學、藝術及科學之著作。

2.演藝人員之演出、錄音物以及廣播。

3.人類之任何發明。

4.科學上之發現。

5.產業上之新型及新式樣。

6.製造標章、商業標章及服務標章，以及商業名稱與營業標記。

7.不公平競爭之防止。

8.其他在產業、科學、文學及藝術領域中，由精神活動所產生之權利[11]。

目前台灣保護智慧財產權的法律包括：專利法（發明、新型、新式樣）、商標法（商標、證明標章、團體標章、產地標示等）、著作權法（著作人格權、著作財產權）、營業秘密法、積體電路布局保護法、植物品種及種苗法、公平交易法（不公平競爭的部分）。自 1990 年代迄今為止，我國為了加入世界貿易組織，智慧財產權法律為符合「與貿易有關智慧財產權協定」（Agreement on

[9] 謝銘洋，《智慧財產權法》，102-03，台北：元照 (2008)。

[10] 請參考經濟部智慧財產局網站，http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2244&guid=0dbd0d72-6fb5-4757-8b3e-f2c551aece73&lang=zh-tw （最後點閱日期 2011 年 2 月 16 日）。

[11] *Id. See also* WIPO website, http://www.wipo.int/treaties/en/convention/trtdocs_wo029.html (last visited Feb. 15, 2011).

Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，簡稱 TRIPS）」的規範，經過幾次重大修正及立法，大致上已符合 TRIPS 對於 WTO 會員國所要求之智慧財產權保障的條約義務。

(二)財產權的排他性權能欲使「物的使用發揮最大效益」

所有的法律體系中都承認所謂「財產權」（property right）的概念。因一般情形下，一個社會若賦予其社會社員針對某些特定事物有排他的（exclusive）權利，則將會產生許多利益，且這些利益會在整個社會體系中川流不息的流動（flow），進而發揮該物的最大效益；這些利益多數屬於經濟價值[12]。

在財產權制度下[13]，所有權人知道所有從該客體衍生的利益都歸他所有，自然有高度誘因善加利用，使該保護客體能夠發揮最大效益（to its best and most productive use）[14]。

在財產權制度下的保護客體有一個相當關鍵的共通特性，即：「將保護客體分享給許多人使用和僅讓一使用者獲得排他權利使用的兩種情形中，相互比較之下，分享給大眾共通使用時該保護客體將會使其價值大幅減少；反之，若僅讓一使用者有排他權利的使用，則能使該保護客體產生較高的利用價值。」[15]

(三)智慧財產權的排他性特色具有「促進社會整體發展的政策意涵」

「智慧財產權制度」係近代才發展出的概念，和財產權制度相較之下，係針對無實體（intangible）的創作作品（creative works）或是發明（invention）來提供保護。和財產權制度不同之處在於：「在智慧財產權制度底下，大眾共同使用屬於保護客體的著作或是發明，並不會造成其他人在使用該保護客體時於實際效用上的減損[16]。」乍看之下，針對著作或是發明授與排他權利似乎不具效率，亦不具公平性。但為什麼所有已開發國家都設有智慧財產權制度來賦予特定的著作或是發明排他性的權利？這些國家發現若賦予適當的主體一定時間、範圍的排他性權利來保護其創新，於社會政策上將是十分有用的工具，有助於整體社會的發展。

二、智慧財產權制度設置理論基礎

---

[12] Cross, *supra* note 7, at 265.

[13] 一般財產權制度的保護客體除了包含了有形的、實體物資產外（tangible），像是土地和腳踏車這類的不動產以及動產；也包含了利益（account）或是債（debt）此類分離的、非實體物（discrete intangibles）的離散資產。

[14] Cross, *supra* note 7, at 264-65.

[15] *Id.* at 265.

[16] *Id.*

(一)「獎勵創新理論」

智慧財產權制度最受人注目者莫過於提供創新活動者可觀的金錢上回饋[17]。在許多場域的討論中,「智慧財產權制度的設置係為了獎勵創新」("The Reward for Creativity" theory),早已成為經典名言,亦成為多數人所認知的智慧財產權制度設置目的;較早期的美國政府係透過智慧財產權制度做為貿易上排除異己的手段,近期才真正成為保護近代創新發明的法律制度,於政府准許的範圍內賦予保護主體在使用上、銷售上的排他性權利以獎勵其創新[18]。

(二)獎勵創新理論性質之研討—分別從自然權以及財務誘因角度切入

關於獎勵創新理論性質之研討有從眾多不同角度切入,其中主要有以下兩種不同的版本(variant)[19];其中一個版本從「自然權」(natural right)的角度切入,將財產權制度中排他性權利的賦予視為對創新者所為創造性活動的公正、合理獎勵。這樣的觀點在歐洲國家接受程度甚高,且多半和著作權制度有較深的連結。甚至有支持者主張著作權的賦予恰好反映了「著作者將其個人特質注入作品」的特色[20]。

另一個關於獎勵創新理論性質之研討,從更具效用、且前瞻的角度出發,係由早期經濟學者所提出,在今日仍具十分的影響力,特別是在英美法體系的國家;其認為智慧財產權的授與提供了財務上的誘因來鼓勵人們創新[21]。

關於獎勵創新理論性質之研討,在這兩種主要的版本中,分別於整個論理體系上都存在著相同的關鍵—即「創造力」(creativity),在兩個版本中都扮演了十分重要的角色。「創造力」為著作者或是發明者所提出的新見解,且因該見解對整體人類的知識庫有所貢獻,才進而賦予該著作者或是發明者排他性的權利,以

---

[17] Univ. of Colo. Found. v. Am. Cyanamid Co., 105 F. Supp. 2d 1164, 1175 (D. Colo. 2000): "stating that the "fundamental purpose" of the patent system is the "promotion of real innovation in science and technology' "; William van Caenegem, INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND INNOVATION 1 (2007): "The central argument justifying intellectual property laws is that the greater social welfare results where the 'natural balance' between imitation and innovation is disturbed to favor the latter."; Shahid Alikhan & Ragunath Mashelkar, INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITIVE STRATEGIES IN THE 21ST CENTURY 4 (Kluwer Law International 2004): "The main objective of intellectual property rights protection is to encourage creative activity, thereby providing for the largest number of people, economically and speedily, the benefit of such activity".

[18] Cross, *supra* note 7, at 265-66.

[19] Drahos 教授認為獎勵創新理論應有三種不同的版本,而非兩種。其將本文的第一個版本切為兩個版本,將「自然權」及「公平正義」分別考量。

[20] Cross, *supra* note 7, at 266.

[21] *Id.*

避免讓第三人免費分享了該創新知識[22]。

(三)並非所有智慧財產權制度的設置都僅係為了「獎勵創新」

各國的法律體系也承認並非所有的智慧財產權制度都係和獎勵創新有絕對的連結，亦存在連結薄弱或根本毫無連結的情形；其中商標和營業秘密制度就是最好的例子。雖然這兩者都賦予所有權人一排他性的權利，但這兩者都非為了鼓勵創新活動而設置，商標制度係賦予權利人針對已存在且具有暗示性（suggestive）意涵或任意性（arbitrary）意涵的現存知名商標存在排他權利；營業秘密制度則希望在激烈競爭的商業環境中仍能要求員工的忠誠度，且在一定程度下維持公平競爭。

縱使在保護原創性著作或是發明的其他智慧財產權制度中，除有獎勵創新的考量外，亦存在著其他的保護目的；以下試以專利和著作權制度為例[23]。專利和著作權這兩種制度都提供發明人或是著作者一定的利益回饋，但和直接給予現金回饋不同的地方在於：「這樣的回饋需要發明人或是著作者選擇公開他們的作品於大眾時，方能產生價值。」若保護主體選擇保存其作品不予公開，則智慧財產權制度所賦予的排他使用、銷售等權利便無法產生極大化的價值[24]。

且這兩種制度在不同程度上都要求權利者須揭露該發明中的重要部分予公眾，專利制度在此部分要求最嚴格。以美國專利法為例，不僅需要於專利說明書中揭露該技術的相關特徵外，還須提供最佳實施例（best mode requirement）[25]。美國著作權法（The Copyright Act）中雖無要求寄存（deposit）該著作的複製品做為權利取得要件，但若欲提起訴訟時，則須以寄存該著作的複製品為前提，方得提起訴訟[26]。

從以上各制度特性的討論中可得知，專利制度和著作權制度並非僅考量創新事物的保護而設，同時也具有確保該創新的利益得以供大眾運用的制度意涵，也就是具有廣泛散播的目的；此制度目的雖然並非廣為人知，但確實常出現於與智慧財產權制度發展政策相關的討論中[27]，以下將於下文中詳細敘述[28]。

---

[22] *Id.* at 267.

[23] *Id.* at 268.

[24] *Id.*

[25] Best mode requirement 係要求申請人應完整揭露相關技術特徵與「最佳」實施例，不允許發明人僅揭露「第二好（second best）」的實施例。而判斷是否符合 Best mode requirement，有兩個測試：一為，在專利申請時當下，判斷發明人是否已經擁有最佳實施例；二是，如果申請日當時已經知道有一個最佳實施例，須判斷是否揭露於說明書中，且使得相關技術人員可以據以實施，係以相關技術人員的水平來判斷。

[26] Cross, *supra* note 7, at 269.

[27] 整理自美國最高法院的相關討論意見：「首先，專利法致力於發明的培育（foster）與獎勵；其

(四)獎勵創新理論外，其他智慧財產權制度的立法理由

雖然「鼓勵創造力的發揮」係智慧財產權制度的核心考量，但整體而言，對於創新活動的回饋並非智慧財產權制度的唯一作用；且就如同上述的商標和營業秘密制度所顯示的：「除了考量鼓勵創新外，有時候社會基於其他的理由亦會賦予權利人排他性的權利。」

因此除獎勵創新理論外，其他智慧財產權制度的設置理由亦有必要討論，最具說服力的三大理由包括：

1.促進知識的散播

「促進知識的傳播」（enhancing dissemination of knowledge）為智慧財產權制度設置很基本的理由。該制度除了希望鼓勵創新知識外，同時也有確保新知識能夠在社會成員中廣泛流傳的目的。因此智慧財產權制度係專注於促進創新知識的傳播，以俾利整體社會發展；但一般而言，整體社會在促進知識散播時並非僅侷限於新想法、新知識的傳播，只要該知識於現今整體社會中有相當人數的一群人並不知悉，則政府便有可能產生興趣，透過相關保護機制的提供，諸如排他權利的賦予來鼓勵大眾提出任何具潛在實用性的想法、主意（idea）[29]。

一個完整的財產權制度係促進知識廣泛傳播的重要機制。而透過智慧財產權制度中排他權利的賦予，之所以可以達到促進知識傳播的目的，關鍵在於「完善處理了知識傳播過程中必然產生的交易成本問題」。雖然說著作或是發明等知識，在供他人使用後並不會造成效用上的減損，但這樣的論述係建立在一些前提上方屬正確。即該知識的傳播係由原本的持有者（holder）轉讓給其他人；另普遍而言，於知識轉讓的過程中，很少存在著不須負出任何成本的情況[30]。

因此知識的持有者除非在知識傳遞的過程中，就所付出的努力能夠有實質的價錢回饋，否則該知識的持有者不太會想替自己找麻煩去教授他人該知識[31]；而這也是為什麼智慧財產權制度須賦予知識持有者實質金錢回饋的原因。

另外，縱使理論上而言，該知識持有者可以就所教授的時間要求同等的金錢上回饋，而不一定須透過國家立法賦予一定期限內的排他權利；縱使如此，智慧

次，專利法推廣了發明的揭露（disclosure），因此刺激了未來更高層次、更深入的創新發明出現。同時在專利保護時間經過後，亦得提供大眾利用該發明；最後，於最嚴格（stringent）的專利保護要件中，其嘗試確保至於公共領域的想法（idea）得以免費使用。」以上種種，顯示了鼓勵散播知識的制度意涵。

[28] Cross, *supra* note 7, at 269.

[29] *Id.* at 270.

[30] *Id.*

[31] *Id.*

財產權制度仍有設置的必要性。因為若沒有某些立法保護存在，欲透過不正當方式取得知識的投機份子，便會想盡辦法，在不付費的情形下取得該知識[32]。

因此，智慧財產權制度賦予知識持有者就該知識所含的價值，能夠決定類似獨占價格（quasi-monopoly price）的權利，以提供知識持有者廣泛傳播該知識的誘因；因惟有透過和他人分享該知識，該持有者方得從排他的權利中得到實質的金錢回饋[33]。

2.確認知識於傳送以及使用過程中的正確性

在某些情形下，賦予排他權利係為了避免在使用以及傳遞知識的過程中產生錯誤。最常見的例子，便為針對某些專業性或危險性高的活動，政府通常都要求須經過特許（licensing）方得為之。其僅允許有專門知識者申請使用特定知識，以特許的要件來限制，有助於避免錯誤的發生。而同樣的立法理由也可以用在「以智慧財產權制度保護傳統知識」的討論上[34]。

對一原住民族發展出並持有或所有特定的專門知識（expertise），若准許其他外來者使用或是傳遞該傳統知識，在過程中很有可能會產生錯誤的情形。舉例言之，若某一原住民社群持有或所有關於醫學療法的傳統知識，因該族群成員和其傳統知識間有著較強烈的連結和理解，故透過排他權利的賦予，以確保傳統知識於傳送以及使用過程中的正確性[35]。

知識傳遞的過程中，可能產生內部性（internal）以及外部性（external）兩種錯誤類型。就知識傳遞過程本身而言，僅有可能產生內部性的錯誤，即：「傳統知識本身的傳遞內容產生錯誤」；至於外部性的錯誤，若以上述原住民族的傳統醫學療法知識為例，非原住民族成員的外來者若對於該傳統醫學療法知識有所誤解時，於治療病患的過程中便可能對該病患產生傷害，此即為外部性的錯誤[36]。

且若恣意讓外來者使用或是傳遞其傳統知識，亦會對於原住民族群產生傷害；最常見的便是聲譽上的傷害。政府之所以會願意賦予原住民族以排他性的權利來掌握其傳統知識，與為避免外部性錯誤所帶來的傷害有很大的關係；若僅係為了避免外在威脅對傳統知識產生的影響，所可能產生的內部性錯誤，就此點考量本身則似乎無法構成以排他性權利保護傳統知識的充足理由[37]。

---

[32] *Id.*
[33] *Id.* at 271.
[34] *Id.* at 272.
[35] *Id.*
[36] *Id.*
[37] *Id.* at 272-73.

3.文化保存

一般而言，「保存傳統知識源起的文化」（cultural preservation），本身並不夠充分構成需以智慧財產權制度保護的理由。但就如同前面兩個立法理由的討論，若有其他相關情事的考量出現，結合文化保存本身，則便有以排他權利保護的必要[38]。

傳統知識在一族群的文化中扮演了很關鍵的角色，因此亦為文化保存客體中的一份子。在很多情形下，文化中所蘊含的傳統知識有助於該族群的自我認同，使族群成員感受到自身文化的獨特以及與眾不同之處。和傳統文化連結知識的流失將不當影響該文化中族群成員身分上的自我認同，最終導致傳統文化的喪失。這也是為什麼要透過排他權利來保護傳統知識的原因。特別是傳統文化已遭受威脅的原住民族，諸如美洲的印第安人（Native American）[39]，完善保存其傳統文化是賦予智慧財產權制度很重要的立基點[40]。

一個族群的文化可能遭受的威脅可分為有意圖的（purposeful attempt）威脅，以及無意（unintended）造成的威脅；前者的最佳例子便為「同化」（assimilation），像是早期的美國逼迫印第安人放棄其傳統文化，以禁止使用傳統語言等方式，希望讓印地安人接受當時的美國主流文化[41]；或是日本統治台灣時期的皇民化運動都是很好的例子。在這種情形下，智慧財產權制度所賦予的排他權利是否足以給予原住民族任何積極的權利以抵抗法律針對傳統知識使用的禁制規定[42]，似乎不容易有明確答案。

因此智慧財產權制度的排他權利，在「無意造成威脅的情形」較有發揮制度保護目的的可能；以下以媒體對傳統文化所造成的威脅為例。早期的媒體較傾向聚焦於主流文化的報導與散播，使得非主流文化在相關的討論中被忽略[43]；在此情形中，財產權制度便可發揮其效用來避免傳統知識的流失。

是在主流文化和非主流文化互動的情形，非主流文化得以財產權制度的排他權利避免第三人使用其傳統知識。但其實在這兩種不同文化互動的情形中，非主流文化仍會以另一種方式喪失自身文化的認同，賦予財產權制度的保護，成效上

---

[38] *Id.* at 273.

[39] 這並不是說只有非主流文化才會需要透過傳統知識來產生文化認同，主流文化也有獨樹一格的知識和表達，只是主流文化在存在上所受到的威脅較少。所以一般政府並不會感受到有需要賦予主流文化的傳統知識排他權利，以保存該文化的必要性。

[40] Cross, *supra* note 7, at 274.

[41] *Id.*

[42] *Id.* at 275.

[43] *Id.* at 274.

著實有限[44]。

從過去把非主流文化的流失視為人類文明發展無可避免的發展歷程（unavoidable result of "progress"），到今天各國政府紛紛採取尊重多元文化的政策；同化非主流文化的時代已經過去了[45]。

現今不管是在國際法[46]或是國內法層次，取而代之的都是從人權保障角度出發，對現存不同多元文化的尊重；希望不管是有意圖或是無意造成對族群文化威脅的情形下，都能夠透過相關的保護立法進行有效管制[47]。

雖然財產權制度的排他性特色在某些情形下能夠避免文化的流失，達到文化保存的目的，但在有些情形下，該制度卻無法達到有效利用的目的，以下試以最明顯的替代（substitution）以及同質化（homogenization）情形為例說明之。

在替代情形中，若某一原住民社群成員長期接觸外來的文化，則該社群成員很有可能以其他形式的知識來取代既有的傳統知識，進而造成傳統知識的流失；在同質化的情形中，造到威脅的並非如替代情形中的傳統知識本身，而係傳統知識和原住民成員之間的緊密連結以及身分認同關係。舉例而言，若外來者開始使用某傳統社群於傳統知識中所保存的治療方法，則該知識便非僅止於社群成員之間流傳，故使用該傳統知識者不一定皆係特定傳統社群的成員，透過傳統知識的使用來特定原住民社群成員的功能便逐漸下降[48]。

參、智慧財產權制度與傳統知識之保護

一、概論

智慧財產權制度在「如何規範傳統知識所產生的商業利益」議題上，為現今三大規範制度之一；另外兩者為 ABS（access and benefit-sharing）制度[49]以及生物探勘契約（bio-prospecting）。在這三大制度中，又以智慧財產權制度可能對傳統知識持有者之影響最為直接，因其在利益的產生上、以及利益應如何分配上最

---

[44] *Id.* at 275.

[45] *Id.* at 274.

[46] The 2005 UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, which encourage nations to adopt measures "for the protection and promotion of the diversity of cultural expressions on their territory."

[47] Cross, *supra* note 7, at 274.

[48] *Id.* at 275-76.

[49] 在 2010 年「名古屋議定書」（Nagoya Protocol on ABS）通過後，應為國際立法中關於 ABS 制度最完整的規範。

具影響力[50]。

國際上有許多和智慧財產權相關的立法，例如 1961 年「羅馬公約」（Rome Convention on the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations）、1883 年「巴黎公約」（Paris Convention for the Protection of Industrial Property）、1886 年「伯恩公約」（Berne Convention on the Protection of Literary and Artistic Works）等；從國際影響力以及實際拘束力觀之，現今以世界智慧財產組織（World Intellectual Property Organization，簡稱 WIPO）底下的 IGC 論壇中所擬的保護草案「傳統知識保護草案：政策目的與核心原則」[51]以及世界貿易組織（World Trade Organization，簡稱 WTO）下所制定的 TRIPS 最具重要性，亦為本文在國際立法上的討論重心。

透過智慧財產權制度提供傳統知識積極性保護，又以專利保護最屬有利。但一般認為傳統知識的若干特性與專利保護要件所要求者有很大的差異[52]，以下本文將試從整體智慧財產權制度與傳統知識的本質衝突談起，再就各個智慧財產權制度分別討論之。

二、以智慧財產權制度保護傳統知識之爭議問題研析

(一)具備傳統特性的知識如何因創新得到保護

首先值得討論的是：「以智慧財產權制度保護所謂的「傳統知識」時，於何種程度上可認為該知識具新意（new）及創新性（innovative）？」舉例言之，傳統知識若為既有的、古老的知識，則其如何能符合專利法中的新穎性要件？從以上的討論觀之，傳統知識中，所謂的傳統指的是知識獲得以及使用的方式，意即於持有或擁有該傳統知識社群的社會脈絡中特有的學習以及分享過程，即為「傳統」的核心概念[53]。綜合觀察生物多樣性公約（Convention on Biological Diversity，簡稱 CBD）[54]與 WIPO 對於傳統知識概念的界定，可發現其對傳統知識的傳統特性，理解上亦採此想法。

且該屬於特定一群體的傳統知識，於代代相傳的過程中並非一成不變，為求生存一定會有所改變以適應當代社會，使得傳統知識有了新的面貌[55]。以上的理

[50] DUTFIELD, *supra* note 6, at 12.
[51] WIPO, *Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Principles*, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/8/5 (2005) [*hereinafter* IGC eighth session].
[52] 參見郭華仁、嚴新富、陳昭華、鴻義章，〈台灣民族藥學知識及其保護〉，《科技法學評論》，2 卷 2 期，頁 82-83。
[53] DUTFIELD, *supra* note 6, at 94.
[54] CBD art. 8(j).
[55] DUTFIELD, *supra* note 6, at 95.

解與 WIPO[56]對於「基於傳統知識體系（tradition-based knowledge system）」的定義不謀而合[57]。

綜上所述，傳統社會體系中所產生的知識可以同時擁有創新和傳統兩個特色。文義上觀之，CBD以「傳統的生活方式」此一用語來闡述該知識的傳統之處；WIPO則是以「基於傳統的背景脈絡」表示。而不論是依CBD或是WIPO的理解，在基於此傳統的生活方式或是背景脈絡下產生的知識，都存在著創新的無限可能，若該創新得符合專利申請要件，則自然可以取得專利權的保障。

(二)原住民社群中是否存在所有權概念以及財產權制度

其次，持有傳統知識的社會體系中是否存在著財產權（property right）、著作者（authorship）的概念？抑或是屬存在於公共領域（public domain）的公共財進而得以免費使用的相關問題，討論如下。

針對此問題，學者Dutfield以為若認為原住民社群不存在著財產權制度，則就沒有所謂的權利存在，後續傳統知識於商業上或是研究上未經同意的使用就沒有侵權的疑慮，反而變相鼓勵了傳統知識的不當取得，從反面假設的論理討論，肯定原住民社群中應存在財產權制度[58]。

在多數傳統知識皆為集體持有或所有且已落入公領域的情形下，「所有權歸屬問題」在未來建立傳統知識保護法制的討論中誠屬重要[59]，因為若否認傳統社群中存在著所有權（ownership）的概念，便否認了傳統社群中存在著私有制度的可能性；此舉無異是替傳統知識「是」且「須」存在於公共領域中的想法背書，進而使傳統知識無法受到智慧財產權制度的保護[60]。換言之，此乃透過反面假設的論理討論肯定了原住民社群中應存在著所有權概念。

除了透過理論的討論之外，就實際情況觀之，縱使為遠離主流文化的原住民社群，諸如亞馬遜河流域、西伯利亞區域，其雖然保有強烈的分享風氣，但並不等同於所有的事物都是所有人一起分享，社群內仍存在所有權概念（ownership）

---

[56] *See* WIPO, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders*, at 25. WIPO Doc. (2001) [*hereinafter* WIPO, IP needs and expectations of TK holders].

[57] Under the WIPO definition, tradition-based knowledge systems: "have been transmitted from generation to generation ; are generally regarded as pertaining to a particular people or territory ; and are constantly evolving in response to a changing environment".

[58] DUTFIELD, *supra* note 6, at 95.

[59] The ownership issue plays an important role in the very justification of a possible future traditional knowledge protection.

[60] Matthias Leistner, *The Positive and Negative Aspects of Traditional Knowledge Protection*, *in* INDIGENOUS HERITAGE AND INTELLECTUAL PROPERTY 58 (Silke von Lewinski ed., 2004); GRAHAM DUTFIELD, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, TRADE AND BIODIVERSITY 62 (2000).

和財產權制度[61]；更有社群讓個人得因其凸出貢獻從社群中分離出來獨享權利，成為該傳統知識正式的創作者或是發明者。惟該權利通常都伴隨著特定的義務存在，著實不可一概而論[62]。

(三)存在於公共領域的傳統知識得否受到保護

關於存在於公共領域的傳統知識得否受到保護此問題，若從既有的智慧財產權制度出發，該制度係針對無形資產，諸如知識所為的保護，以達到鼓勵個人創新，進而有利整體社會發展的立法目的。因此若該保護客體已經置於公共領域中，則便無保護的必要，他人便可免費使用。

惟若採此看法，認為對於公共領域的傳統知識不須加以保護，則對於有大量的傳統知識已流入公共領域的原住民社群相當不利，特別是受到嚴重生物剽竊的開發中國家的原住民族。

秘魯27811法案針對已流入公共領域的傳統知識，係透過金錢補償的方式來保護。因已流入公共領域的傳統知識並無法禁止他人使用，但其透過給予原住民社群一定金錢補償的方式加以彌補，使得利用該知識所產生的利益仍得以公平的和原住民族分享[63]。

惟若針對所有存在於公領域的傳統知識皆加以保護，恐有過度保障之嫌，因此27811法案於保護範圍上做出限縮，僅限於近二十年內流入公共領域的傳統知識，使用者才需要提供金錢補償[64]。

我國的「原住民傳統生物多樣性知識保護條例草案」亦規範在某些情形下，針對公領域傳統知識的使用，第三人須給付原住民族權利金。因在立法政策的考量上，和秘魯有些許不同。我國草案並未針對所有公領域傳統知識的使用加以保護，而係透過「使用目的及方式」加以限縮。僅限於利用該知識以謀取商業利益，且表彰係該傳統知識係源自於原住民族或部落者時，才須給付權利金[65]。

---

[61] DUTFIELD, *supra* note 6, at 95-96.

[62] Downes, *supra* note 1, at 255; Anil Gupta, *Building upon What the Poor are Rich in: Honey Bee Network Linking Grassroots Innovations*, Enterprise, Investments and Institutions, *available at* http://csf.Colorado.edu/sristi/papers/building.html.

[63] Ley N° 27811, del 24 de julio de 2002, mediante la cual se establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos (Law Introducing a Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived From Biological Resources) (enacted on 2002), *available at* http://www.wipo.int/tk/en/laws/index.html [*hereinafter* Law 27811].

[64] *Id.*

[65] 參見「原住民傳統生物多樣性知識保護條例」草案第七條。

(四)傳統社會體系中誰是傳統知識的持有者或是所有者

1.將原住民族視為傳統知識的管理者，有使用傳統知識的權利

此為傳統知識保護法制探討上很重要的問題。某些國家的立法將現代的原住民族視為傳統知識的「管理者」(guardianship)，故其並無法「所有」(own）流傳下來的傳統知識，僅能「持有」(hold）這些傳統知識，並為其後代子孫保管這些知識。因此在此種理解下，這些原住民族僅能「授權」他人使用這些傳統知識，而不能將傳統知識「轉讓」予他人。秘魯的 27811 法案便採此見解。

2.將原住民族視為傳統知識的所有者，針對傳統知識具排他性權利

傳統知識的所有者（owner）—多數為原住民社群，應為享有權利者，於財產權（property right）體系中，針對該傳統知識享有很重要的一項權能便是「排他權」，近似我國民法中物權的概念，為一專屬權、絕對權，權利者擁有排除第三人使用的權利。

在保護主體部分，因智慧財產權制度係針對西方社會的需求而設，因此權利主體係以個人為單位，即係以私人為權利主體，和講求團體共同享有的原住民社群不太一樣。在既有的智慧財產權概念下，於傳統知識的社會體系中誰得以享有傳統知識所帶來的權利呢？是傳統知識的個人創作者或是持有者？抑或是社群中的領導者？還是整體社群？

以秘魯保護傳統知識的 27811 法案為例，該法以原住民社群做為傳統知識的所有者[66]，否認個人得享有傳統知識的權利。法案中承認原住民社群對其傳統知識享有權利，得透過成立代表組織（representative organizations）來行使權利。惟並無明文揭示其已具財產法制度的對世效力。其權利內涵為何尚待後續的實踐與討論。27811 法案中除了針對持有傳統知識的社群賦予權利以外，對於整體的原住民族則透過建置原住民發展基金（Fund for the Development of Indigenous Peoples）的方式來提供保障，27811 法案於第 37 條[67]中明確指出希望透過該基金的建制能夠改善原住民整體的生活水平。

至於究竟是否承認個人得以享有傳統知識的權利，於原住民社群中看法上有很大的歧異。反對者以為讓個人成為傳統知識的著作者是十分不妥的做法。其所採取立場為個人或是特定群體都不適宜成為傳統知識的著作者[68]；而於承認個人

---

[66] Law 27811 art. 2.

[67] *See id.* art. 37.

[68] DUTFIELD, *supra* note 6, at 96; DARRELL POSEY, INDIGENOUS PEOPLES AND TRADITIONAL RESOURCES RIGHTS: A BASIS FOR EQUITABLE RELATIONSHIPS? 17 (1995): "indigenous singers…may attribute songs to the creator's spirit"; Michael Blakeney, *Protection of Traditional*

得以成為傳統知識所有者或是權利者的社群中，存在著其他的問題。多數的傳統社群面臨早已忘記或是時間過久根本無法確認誰是該知識創作者的情況；另縱使可以特定出該傳統知識的所有者或是創作者，亦可能面臨該知識存在已久，已經超過專利的保護期間此類無法以智慧財產權給予保護的情形[69]。

在此關於傳統知識和財產權制度間的互動關係做出基本釐清，本文之後的討論便奠基在此處對於傳統知識概念的理解，嘗試以財產權的角度詳細討論相關保護法制的建立。

肆、智慧財產權制度適用於傳統知識的現狀與問題

以下將針對所有既存的智慧財產權制度逐一討論其適用現狀，以及現行制度上所存在的保護限制，主要以美國國內的智慧財產權制度做為討論核心，因其為此套制度的主要使用者[70]；而針對專利以及植物品種權（Plant Variety Protection，簡稱 PVP）兩種智慧財產權制度，因和本文主要研究的「傳統生物多樣性傳統知識」有較緊密的關聯，因此會做較詳盡的闡述。

一、著作權

在國際上，透過著作權制度來保障原住民或是傳統社群的無形文化表達（Intangible Cultural Expression）起源於 1960 年代。1967 年於斯德哥爾摩所舉行的外交會議中，針對修改伯恩公約（Berne Convention）相關條文做出的討論，首先提出透過著作權法制度來保護文學與藝術創作的想法；在當時所謂的「無形的文化表達」，通常指的是民俗文化（folklore）或是與民俗文化有關的表達（expression of folklore），並非傳統知識[71]。

因本文於保護客體上僅探討「傳統生物多樣性知識」，並不包含民俗文化，故在與民俗文化有關的部分並不詳述，僅指出透過著作權制度保護無形文化表達的適用現狀以及可能產生的限制，敘述如下：

Knowledge under Intellectual Property Law, 22 EUR. INTELL. PROP. REV. 251-52 (2000): "If the beliefs and practices if Australian indigenous peoples are any guide, authorship may reside in ore-human creator's ancestors…Authorship is replaced by a concept of interpretation through initiation".

[69] Cross, *supra* note 7, at 280.

[70] 悍衛智慧財產權對於美國人來說，也具有捍衛資本主義傳統的意義，因為美國有創新的傳統。對於他們來說，智慧財產權和創新緊密相連。如果沒有智慧財產權保護，確保產權所有者可以獲利，那麼很多人就不會去致力於發明創造。

[71] DUTFIELD, *supra* note 6, at 100.

(一)保護主體為特定權利人與傳統知識集體性特色的衝突

著作權制度的保護主體為一特定的著作者（an identifiable author），此一概念的適用在許多傳統社會體系中便產生問題。於傳統社會體系中雖有承認個人得成為保護主體的可能，但多數社群仍相當重視傳統知識創作過程中的集體性（collectively） 特色，和西方社會重視個人創作的價值觀背道而馳[72]。

另外傳統知識的來源很難追溯，很難追溯的原因可能是因為該知識係為多人創造，亦有可能單純不知道著作者（author）究竟是誰，在這樣的情形下若適用智慧財產權制度就有可能面臨找不出保護主體的困境；且對某些社群而言，讓個人得享有傳統知識的權利是十分不妥且不合適的做法。雖然年輕一輩受西方社會價值觀影響可能會希望透過著作權制度來取得保護，但卻造成另外一個問題，即該制度所提供的利益可能造成社群內年輕的創作者與不承認個人得擁有傳統知識的長老之間的衝突[73]。

(二)保護主體若非自然人則須具備法人格，多數原住民社群難以具備

於美國著作權法制度中，被保護的主體若非自然人，則必須具備一法人格（legal personality）[74]。對原住民社群而言，這是一個相當大的限制，亦為多數社群想要利用智慧財產權制度保護自身權益時會面臨到的障礙。這些持有或所有傳統生物多樣性知識者，有些可能只是一群鄉下的農民，或是社群規模太小以致於難以具備法人格，而被排除於保護主體外[75]。

(三)保護客體必須是固著的

在美國著作權法制度[76]下，其所保護的著作必須是固著的（fixation）[77]，但多數原住民社群的文化創作都係口耳相傳代代傳承下來，也因此常常無法符合保護客體的要求，進而被排除於著作權法保護範疇之外[78]。但這樣的情形相較於前

---

[72] *Id*. at 101.

[73] *Id*.

[74] 我國著作權法在民國八十一年修正後亦採同樣見解；只承認法人(包括公法人以及私法人)及自然人可以享有著作權。

[75] DUTFIELD, *supra* note 6, at 104.

[76] 美國著作權法 101 條：「A work is "fixed" in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is "fixed" for purposes of this title if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission.」

[77] 我國著作權法未如美國著作權法規定以固著（fixation）為著作保護要件，只要以一定方法表現其內容，使他人得經由感官機能客觀上覺察其存在即可。

[78] DUTFIELD, *supra* note 6, at 103.

述的討論是較可以解決的問題，許多國家在其國內立法直接將文化表達列入保護範疇，像是突尼西亞、玻利維亞和肯亞等國都採取了這樣的做法[79]。

(四)一定的保護期限與某些類型傳統知識需要永久不公開的保護需要之衝突

賦予權利人一定期限的排他專有權利，於期限經過後再使大眾得以廣泛使用是智慧財產權制度的一大特色，著作權制度也不例外。因此該制度在保護上亦存有一定的期限。但有些傳統知識是這些原住民文化認同上（culture identity）的重要要素，原住民社群可能不願意使第三人使用該知識並從中獲益而將其公諸於世。針對此類型的傳統知識則較適合給予永久無限期的保護，且保護方式為不公開於公共領域中供大眾所利用。

在權衡原住民族群與大眾利益後，若仍要公開，則至少在一定範圍內不能讓大眾任意的利用。但現行的各國著作權法制度並無此規定，只要期限經過後一公開，大眾便可任意使用。從這個面向來看，著作權法制度似乎並不適合用來保護傳統知識[80]。

二、專利

WIPO 於 2008 年的一份諮詢文件[81]中提到：「在專利申請案中，有一大部分的發明或多或少都和傳統知識有所關連。」[82]而原住民社群的傳統知識若有新的進步時亦有可能符合現行的專利要件，進而取得專利保護。在這樣的情況下，學者指出傳統知識持有者需要思考的問題為：「其是否想從專利保護中獲取利益？」、「以專利保護傳統知識是否符合其最佳利益？」；若且兩者的答案為肯定，則進入到第三個思考問題，即「該傳統社群是否有能力申請該專利？權利被侵害時是否有能力起訴、實行專利權？」[83]。

專利權提供發明者在一特定期間內[84]得防止他人使用或是銷售其發明的排他性權利[85]。若以我國專利法為例，申請者所欲申請保護的客體須符合新穎性

---

[79] *Id*.

[80] *Id*. at 102.

[81] WIPO, *Consultation Paper: Recommendations on the recognition of Traditional Knowledge in the Patent System*, at 15. WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/7 Annex (2008) [*hereinafter* WIPO, Recognition of Traditional Knowledge].

[82] 多數情形為第三人使用原住民族的傳統知識來延伸發明，並申請專利保護。於傳統知識為該專利申請的主體時（subject），該發明和傳統知識間的連結關係為何便影響到該發明的可專利性。

[83] Jay Erstling, *Using Patents to Protect Traditional Knowledge*, 15 TEX. WESLEYAN L. REV. 295, 297 (2009).

[84] 現今各國通常將保護期限設定為 20 年。

[85] 生命科學（life science）領域的公司在研發新產品上時常常須投注大量成本，故專利權的取得

（new）、產業上可利用性[86]（susceptible）以及非顯而易知性（non-obvious）三大要件。而於數個國際協定中都將專利納入規範主體中，從財產權角度觀之，又以 TRIPS 和 1883 年簽訂的巴黎公約最具代表性。

而本文所討論的傳統知識概念，因與自然資源較具關聯性，相關的爭議多集中在專利法領域，以下係為透過專利制度來保護傳統生物多樣性知識可能面臨的難題：

(一)被視為個人成就的進步性要件與傳統知識集體性特色的衝突

申請專利時其中一項要件為進步性（inventive step）的要求。專利法中的保護客體係針對特定個人給予保護，故將進步性認定為個人的成就；惟傳統知識通常都具備集體性的特色，並非個人的成就，在此要件的檢視上便可能被認定為不具進步性，而無法取得專利保護[87]。

此本質上的衝突常被作為專利法制度不適合用來保護傳統知識的論述根據。惟從 19 世紀後期以來，近代專利法已於進步性的要件中納入了集體性的特色，只是仍然維持了需要指明發明者的要件[88]。

然於印度的 Honey Bee Network 組織的工作成果中[89]可以發現，許多和傳統知識相關專利的申請和權利歸屬都為個人，傳統知識的集體性特色似乎並不影響專利的申請和取得；個人針對既有的傳統知識做出修改和創新便可申請專利的保護。但在很多案例下，「需要指明特定發明者的要求」的確成為申請專利保護的障礙[90]。

另外，專利申請人必須提供證據證明此專利為一發現（a single act of discovery），即證明此專利對於此領域中的專業人士（one skilled in the art）亦符合了進步性或是具非顯而易知性的要求。將這樣的標準套用於傳統知識上，將會使得多數的傳統知識被排除在可專利標的範圍之外。同樣的情況亦發生於西方社會的科學知識（scientific knowledge）上，因為該知識亦具有累積（cumulative）的特性[91]。

是其回收資金一個很重要的方式，因此專利制度的運用於該領域在商業發展上扮演著關鍵性的角色

[86] 於美國專利法要件上係為實用性（useful）的要求。

[87] DUTFIELD, *supra* note 6, at 104.

[88] *Id.*

[89] 由 Anil Gupta 教授於 1990 年所創立，該組織致力於傳統知識的蒐集以及散播，並協助傳統知識的相關創新（facilitate and spread grassroots innovation），在印度以及世界各地都可見其蹤影。

[90] DUTFIELD, *supra* note 6, at 104; Anil Gupta, *supra* note 62.

[91] DUTFIELD, *supra* note 6, at 104-05.

(二)高額的申請及訴訟費用阻礙了權利的行使

在申請專利時，專利申請書的填寫有一定的格式和撰寫方式，具高度技術性。對於傳統知識的持有者而言，這代表著他們可能要以高額的費用聘請專利代理人，將其傳統知識轉化為審查者得以了解的敘述，以技術性的專有名詞來呈現其專利技術[92]。同時申請過程中亦有許多規費需要繳交；若以美國為例，申請專利整體費用至少需要 20,000 美元。惟身為傳統知識大宗持有者的傳統社群多數本身並無獨立經濟能力，無法繳交高額的申請費用[93]。

除了在專利申請階段會遇到困難外，如發現他人侵害其傳統知識時，縱使該知識可能已獲得專利保護，也會因為付不起高額的訴訟費用而選擇不提起訴訟捍衛權利。故經濟上的弱勢嚴重阻礙了持有傳統知識的原住民社群透過專利制度來保護自身傳統知識[94]。

(三)其他彈性作法—與科技公司合作簽訂契約

從以上討論觀之，透過專利來保護傳統知識似乎困難重重，原住民社群經濟上的弱勢成為申請上的最大阻礙。但這並不代表該制度完全不可行，經濟上處於弱勢的原住民社群可透過與科技公司合作的方式來解套[95]。

也就是說，讓原住民社群和科技公司一起分享專利的所有權，科技公司以給付權利金的方式做為回饋；或是透過科技公司申請專利，但指定社群中的成員為發明者（inventor），因而得以享有和科技公司所簽訂契約上的權利或是請求補償。但就算存在這樣的彈性做法，仍有許多原住民社群從本質上反對透過專利制度來保護傳統知識，僅有非常少數的原住民想申請專利[96]。

(四)小結

綜上所述，傳統知識和專利制度間的連結關係存在著許多顯而易見的爭議。如何利用這些連結關係來增進傳統知識的保護，已成為許多人關注的議題[97]。在此應回歸到專利制度立法目的之探討，以求進一步清楚討論專利制度與傳統知識的連結關係。而關於專利制度的主要立法目的為何各國已有共識存在。分述如下：首先，使具備專利要件的發明能夠獲得排他權利的保護；再者，從防衛面向

---

92 *Id.* at 105.
93 *Id.*
94 *Id.*
95 *Id.*
96 *Id.*
97 See Krishna Ravi Srinivas, *Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: A Note on Issues, Some Solutions and Some Suggestions*, 3 ASIAN J. WTO & INT'L HEALTH L. & POL'Y 81, 112-20 (2008).

觀之，確保無法符合專利要件的發明無法取得專利相關權利的保護[98]；除此之外，專利制度亦存在這一個相當重要的資訊上目的，即保證對第三人揭露所有和發明相關的資訊以作為取得排他權利保護的對價[99]。

故欲透過專利制度來保護傳統知識的國家，應回歸到上述的三大立法目的，且相關措施的制定亦須反映出上述的立法目的。而透過此三大立法目的循序漸進的研討，無非就是希望相關立法或是保護機制的制定，能夠聚焦在提供傳統知識防衛性的保護、傳統知識的揭露制度和惠益分享機制，以及讓符合專利要件的傳統知識能夠取得專利保護此三大重點上[100]。

三、「植物品種權」與「實用新型」

就既有的智慧財產權制度中，「植物品種權」（PVP）與「實用新型」（Utility Models）兩種型態似乎是最可能實踐的選擇。「植物品種權」容易獲得且申請費用較低廉。另外，這些傳統知識的持有者有時候同時也是育種家，故透過植物品種權來保護其傳統知識為一可行做法。但至今為止，很少原住民社群透過 PVP 來做為保障機制[101]。主因和多數原住民社群並不知悉相關保護制度存在有很大的關係。

而實用新型，則可用來保護無法符合專利要件的傳統知識。實用新型制度對於進步性的要求沒有這麼嚴格，但保護期間相對而言比較短[102]。大約介於八至十年間。對於奠基在既有創新的創新技術或是產品而言，因在原創性以及商業潛力上貢獻較少[103]，很適合透過實用新型加以保護[104]。

實用新型的專利，在保護要件的檢視上較專利制度寬鬆。其發明者的貢獻程度雖不足以賦予二十年的獨占權利，但該創新確實有避免被免費使用的價值存在。這樣的一個制度，對於想將傳統知識商業化的持有者而言，在更進一步創新以及開發新的市場產品提供相當大的助力[105]。

---

[98] To ensure the denial of rights to inventions that are already known or lack a sufficient level of inventiveness.

[99] Erstling, *supra* note 83, at 297-98.

[100] *Id.* at 298.

[101] DUTFIELD, *supra* note 6 at 107.

[102] *Id.*

[103] 對於持有傳統知識的中小型企業或是個人企業特別好用，將從中獲益良多。Krishna Ravi Srinivas 教授強烈建議開發中國家可以嘗試透過實用新型來保護其傳統知識，因適用上不需要太多的修改便可直接用以保護傳統知識，本質上並無太大的衝突，故其認為應會有十分良好的成效。

[104] Srinivas, *supra* note 97, at 100.

[105] *Id.* at 100-01.

有想法提出實用新型制度其實可比照典型的專利制度設計。諸如以一個完整的定義來架構保護客體、授權及強制授權條款、可專利性的內容 (criteria)，以及相關登記程序和檢驗及授與專利的程序都可參考專利制度[106]。惟國際上的實用新型系統差異極大，肇因於並沒有一個共同的國際條約或是公約作為標準；但對於開發中國家的原住民社群而言，不失為一個可行的保護機制[107]。

四、營業秘密

雖然在原住民社群中，知識的分享是很普遍的現象，但對於所有傳統知識的治療者（healer）、專家或是家族（lineage）而言，其可能並不願意和所有人分享自身所持有的傳統知識[108]。

在保護客體要件部分，因為營業秘密制度的保護並不限於該傳統知識只能被一小群人所有的情形，因此得以和傳統知識的集體性特色和平共存[109]。在此情形下，1993 年美國國會研究處（Congressional Research Service）於相關報告中做出了回應，其提到：「如果巫師或是特定人持有或所有特定的傳統知識是因為他在這個社群裡面的特殊地位，那整個社群都可以享有此知識因營業秘密所產生的權利。因此如果有任何公司以不正當的方法來獲取此傳統知識，則可以透過法律上行動的採取要求該公司賠償整個社群。」[110] 若由這個角度觀之，似乎許多傳統知識皆可獲得營業秘密的保障[111]。1997 年由美洲開發銀行（Inter-American Development Bank）贊助，於厄瓜多舉行的一項實驗性計畫便嘗試透過營業秘密來保護傳統知識，讓原住民社群能從中受益[112]。

五、商標

在商標法保護範疇中，可用來保護傳統知識的為商標證明（Certification Trade Mark），它可以為小規模的生產者向消費者證明其商品都出產為某一特定地點、依古法所製作，或是使用了使環境永續發展的製造方法。透過地理標章，得以確定該產品經過獨立組織的認定，於品質上有一定保障[113]。

---

106 *Id.* at 101.
107 DUTFIELD, *supra* note 6, at 107.
108 *Id.* at 105.
109 *Id.*
110 J. R. AXT, M.L. LEE AND D. M. ACKERMAN, BIOTECHNOLOGY, INDIGENOUS PEOPLES AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, Congressional Research Services, Washington, DC (1993).
111 DUTFIELD, *supra* note 6, at 105-06.
112 *Id.*
113 *Id.* at 106.

該制度雖立意良好，但在運用到與原住民族傳統知識相關所生產的產品時，並非每個國家都具成效。像是在美國，雖於產品上貼有特定的標籤，標示該產品係由原住民所生產製造，惟似乎沒有達到預期推廣的效果[114]。消費者可能並沒有意識到地理標章所標示的意涵，或是說他們根本不在意該產品是否真的由原住民社群所生產製作。更有甚者，縱使看到了該標籤，惟對於產品上所貼的標籤到底代表了什麼意義可能也會造成混淆。[115]

六、地理標示

地理標示（Geographic Indications）於使用上有相當程度的限制，它僅能用來保護一些飲料和食品。對於傳統知識保護的貢獻在於它可以用來保護傳統的關鍵技術（know-how），且透過管控，讓這些道地原住民產品的經濟價值維持在一定水平[116]。以下試以 Basmati rice 乙案來探討地理標識保護傳統知識的有效性。

Basmati rice 是源於北印度以及巴基斯坦產地的品種，多出口至北美洲以及歐洲，且因為此類稻米品質非常好，也有可能是因為消費者對此品種具有高度的信賴（authenticity），因此銷售價格高昂。也引起了其他人的覬覦。有兩家法國公司便不當利用 Basmati rice 高知名度銷售自家公司產品，進而影響到北印度以及巴基斯坦的銷售[117]。

過程中印度政府並無意透過既有的法律制度在美國境內保護「Basmati rice」此一名稱，反而是兩個來自美國、一個來自印度的非營利組織集體向美國的農業暨聯邦貿易委員會提出相關保護請求。希望能保存「Basmati rice」的名稱給予產地源自印度以及巴基斯坦的某些品種，但並未被該委員會採納。且印度政府認為加強 Basmati rice 的市場行銷，似乎是更有效率的保護方式[118]。

伍、以智慧財產權制度保護傳統知識的適當性綜合分析—代結論與建議

一、反對以智慧財產權制度保護傳統知識

(一)智慧財產權制度和傳統知識存在本質上的衝突

關於適用智慧財產權制度來保護傳統知識是否可行，反對者以為智慧財產權

[114] *Id.*
[115] *Id.*
[116] *Id.* at 107.
[117] *Id.* at 108.
[118] *Id.*

制度對傳統知識產生了一定的衝擊，不僅無法提供原住民的智慧與文化財產足夠的保護，反而變相鼓勵大眾不當取得傳統知識；在不當申請傳統知識獲得專利保護的過程中，加劇了生物剽竊問題的嚴重性[119]。

因此便出現了「傳統知識和智慧財產權制度間存在著本質上衝突」的想法，進而認為智慧財產權制度並不適合用來保護傳統知識；特別是在開發中國家[120]，因多數的傳統知識集中於這些國家所處的地區，故多採此立場，並希望另外建立專有（*sui-generis*）的保護制度，真正落實傳統知識的保護[121]。

因為在現行的智慧財產權制度下，縱使未將利益公平分享予原住民族群，或是取得過程不具正當性，因現狀下並未規範申請者此部分的義務，因此只要符合專利或是相關制度的申請要件，便可不當取得該傳統知識或由其衍生出的權利；再者，智慧財產權制度鼓勵商品化的立場，也和原住民的文化規範產生了衝突[122]。

(二)智慧財產權制度無法將所有傳統知識納入保護

過去二十幾年來人們發現既有的智慧財產權制度，於保護範疇上似乎過於狹隘，無法廣泛的將所有的傳統知識納入保護，因此運作過程反而造成了傳統知識的流失[123]。

更有甚者提出，連接智慧財產權利和傳統知識為一錯誤組合的看法。其立論上最主要的基礎在於智慧財產權制度係限定於特定一段時間的保護，於此權利期間經過後，該知識便成為人人都可使用的公共財；且專利制度中有要求若所欲申請的技術有使用傳統知識，則須揭露該知識[124]。惟對某些原住民社群而言，其並不願意讓第三人得以取得其傳統知識。

多數的傳統知識和原住民社群在文化上以及信仰上都存在著緊密連結，並非僅存在財產利益上的考量，若依既有的智慧財產權制度來操作，將嚴重影響原住民族的生活，甚有侵害其人權之虞。

以智慧財產權制度保護傳統知識更被指出存在著許多困難點，像是：決定誰享有權利？以及權利者可否避免他人使用其知識進一步轉化成新的想法（new idea）等問題。因這兩者本質上的不同，不僅無法將所有傳統知識納入保護範疇，

---

119 Downes, *supra* note 1, at 257; Erstling, *supra* note 83, at 299.

120 The majority of "Indigenous Groups in Attendance" at a 2000 UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for the Protection of TK, Innovations and Practices recommended that "the current IPR system is inappropriate for the recognition and protection of traditional knowledge systems because of the inherent conflicts between these two systems...".

121 Erstling, *supra* note 83, at 300-01.

122 Downes, *supra* note 1, at 257.

123 Cross, *supra* note 7, at 257, 262.

124 Erstling, *supra* note 83, at 300.

縱係符合保護要件，適用上的問題亦層出不窮[125]。

(三)智慧財產權制度的政策發展考量不符合傳統知識的保護目的

但有想法以為以智慧財產權制度來保護傳統知識，除了在實行上產生許多問題之外，兩者最根本的衝突其實是在論理上。其認為現今多數的法律體系中都存在著「應該沒有人可以擁有知識」的假定前提，進而可推論出知識應得以免費提供每個人使用。但就像每個假設一般，這樣的推論當然也存在著例外的情形，智慧財產權制度的產生便是最佳的例子[126]。

另一想法則嘗試從主流的政策考量即「獎勵創新理論」檢視以智慧財產權制度保護傳統知識於論理上的不足之處。在許多情形下，傳統知識存在已久，真正的創作者或是發明者—不管是一個或是多個，可能都早已被遺忘；就算是找得出真正的著作者或是發明者，多數的傳統知識都具備集體性特色，現行相關立法多半將利益給予整體原住民社群，而非著作者，因此便無法符合智慧財產權制度的立論基礎—獎勵創新理論鼓勵著作者或是發明者的考量[127]。

惟之所以會有智慧財產權制度的出現，係基於全面發展之政策上的考量，但若係適用於傳統知識的保護上，便不存在鼓勵創新的政策目的；因此有許多聲音出現，認為以智慧財產權制度保護傳統知識並不存在正當性（unwarranted）[128]。

上述的想法其實存在著一未經邏輯檢驗、也未經實際經驗證明的假設前提；這些反對者假設：「獎勵創新理論不僅為智慧財產權制度立論基礎的主流想法，同時也是賦予知識排他權利的唯一立論基礎。」[129]

基於「無法符合例外設置智慧財產權制度以保護傳統知識的政策目的」，憑著此一關鍵原因，使得 WIPO 在討論傳統知識的保護制度時，捨棄了原本打算用財產權來保護傳統知識的提案[130]。

(四)道德層面觀之

若將此議題拉到道德（moralistic）層面來討論，贊成以智慧財產權制度來保護傳統知識者，提出既存的智慧財產權制度都存在一核心價值，即「一個人針對其付出勞力以及創新的產品享有道德上[131]的權利」（a person has a moral right to

---

[125] Cross, *supra* note 7, at 259.
[126] *Id.* at 259-60.
[127] *Id.* at 267.
[128] *Id.* at 260.
[129] *Id.* at 267.
[130] *Id.* at 260; *See* WIPO, IGC eighth session, *supra* note 52, at 88, 94, 135, 147.
[131] Moral right，亦稱為人格權。

control the product of her labor and creativity）[132]。由此觀之，既有的智慧財產權制度確有支持其存在的核心價值。但事實上該核心價值卻沒有一具體的論理基礎來支持其核心價值，並成為既有的各種智慧財產權制度存在的正當性基礎[133]。

二、贊成以智慧財產權制度來保護傳統知識

但另一方面，贊成者提出不同的想法。其認為智慧財產權制度為生物多樣性的創新使用提供了相當有效的誘因，僅欠缺惠益分享的機制，若將該機制納入使傳統知識的持有者或所有者亦能受惠，便可使智慧財產權制度順利運行。此類對立的爭論，長期以來受限於各國立法實踐上的不足，以及傳統知識並無一固定的使用方式等原因[134]，研究不易，常常流於意識型態上的爭辯。

雖然現況下智慧財產權制度對於原住民社群而言，的確無法提供充足誘因促使他們積極發展或是管理其傳統知識，惟某些形式的智慧財產權制度對於原住民社群而言，確實可以成為十分有價值的工具來管理其傳統知識，並從中分享因該知識所衍生的商業利益。從這個角度觀之，欲使傳統知識更發揮效用則需透過國內立法的修改，或是專門為傳統知識的保護創設一個新的智慧財產權制度。

意即，針對既有的智慧財產權制度和傳統知識特性衝突的部分，須透過國內立法層次來解決較為適當。於國際立法上，若能在立法架構或政策等部分提供方向，則將會是推動國內修法的一大助力，使各國更有效的施行傳統知識保護立法[135]。現狀下，以智慧財產權制度來保護傳統知識於概念上、實際應用上都存在著許多挑戰。

三、智慧財產權制度對傳統知識保護的妥適性探討

(一)傳統知識難以界定概念範疇使得保護成效不彰

以現行智慧財產權制度保護傳統知識時，常因其多變特性使得保護成效不彰。承上所述，縱使我們在傳統知識概念的界定上採取一個較廣泛的範疇，在通常的情形下，辨識出傳統知識的持有者（holder）或是所有者（owner）仍是很困難的一件事情；因為傳統知識並非單純從祖先流傳下來的知識，其具有累積性（cumulative）的特色，且會隨著環境不斷的演變，這也是為什麼傳統知識常常

---

[132] United Nations Universal Declaration of Human Rights provides that "everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic protection of which he is the author." U.N. Doc. No. A / 810 (1948).

[133] Downes*, supra* note 1, at 261.

[134] *Id.*

[135] *Id.* at 256.

具有創新性的原因之一。

再者，因為多數的傳統知識為口耳相傳，並沒有經過文獻化（documentation）的過程，造成了以現行的智慧財產權制度加以保護的困難，以下試以專利制度為例；在專利審查階段，不僅在辨識該發明是否有使用傳統知識時會產生困難，縱使發現該發明確實使用了某傳統知識，於現行的專利審查要件下，評估該傳統知識對於創新發明的貢獻程度究竟為何，其實非常困難。

(二)智慧財產權制度保護範疇不足

智慧財產權制度，若以專利和著作權為例，其透過一套法律機制的運作來鼓勵創新，將權利賦予特定個人，或是一群共同完成發明或是著作的個人，整體上係從私有的角度出發，反映出西方社會中財產權排他、私有的概念[136]。而傳統知識多數係由世代相傳下來，很少存在著可指明特定作者的情形。因此便有智慧財產權制度並不適合保護傳統知識的聲音出現。因為兩者在本質上存在著許多衝突，特別是智慧財產權從私有角度出發來賦予個人權利，並不承認多數傳統知識的集體性特色[137]。

因智慧財產權制度和傳統知識於本質上存在著許多衝突，從讓傳統知識成為國際重要議題的 WIPO 關於傳統知識概念的敘述來看，傳統知識僅有一部分落於智慧財產權制度的保護架構內，另一部分早已超出保護範疇[138]。因此透過智慧財產權制度來保護傳統知識似乎並非如此的有效，不僅沒有提供原住民社群更多的保護途徑，常面臨連保護門檻都無法進入的窘境。

(三)僅將焦點放於為鼓勵市場競爭而生的智慧財產權制度

於現代社會中，智慧財產權制度肩負著一項十分重要的任務，即透過實際經濟利益的給予來鼓勵創新，進而維持資本主義下的市場運作機制，是工業化國家，特別是美國發展智慧財產權制度時的一大特色[139]。

首先，為市場服務固然為智慧財產權制度相當重要的特色，將重心全然置於鼓勵市場的競爭上未免失衡，並非所有智慧財產權制度下的運作都是為了維持市場的運作，像是某些國家於著作權法中制定了著作人格權（moral right of author）

---

136 DUTFIELD, *supra* note 6, at 258.

137 *Id.*

138 Cross, *supra* note 7, at 262; *see also* WIPO, *Revised Draft Provisions for the Protection of Traditional Knowledge: Policy Objectives and Core Principles*, art. 3 (2) at 23, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/16/5, Annex (2010) [*hereinafter* WIPO, IGC Sixteenth Session Document].

139 以專利制度為例，只有市場上的產品本身或其製程會使用到專利技術時該發明才有用處存在。地理標識制度亦然。只有當顧客願意針對於相關區域以傳統方式所生產的產品付出更多的價格時，該制度的存在方具實益。

的保護規定便係基於國際人權法的承認而來[140]。

再者，智慧財產權制度並非唯一的誘因來鼓勵知識的創新和管理，仍有許多可行的方式得以提供誘因來鼓勵創新，像是透過出版著作的方式、學術成就獎或是政府提供研究獎勵等方式[141]。美國過度強調智慧財產權可鼓勵創新的想法，實際上於該國國內也受到了質疑[142]。

事實上，某些種類的知識，像是關於自然世界的行為（behavior）或是本質（qualities）的科學發現，都被排除在智慧財產權制度的保護範疇外，而係置於公共領域供大眾使用[143]。即多數科學領域的基本研究都不受智慧財產權保護[144]。

(四)對於原住民社群的想法並沒有進行充分且全面的理解

縱使有些智慧財產權制度可提供一定的保障，原住民社群也不見得想要透過這樣的方法來保護其傳統知識。原住民族的傳統知識不僅為其日常生活所必需，同時也和其精神生活緊密連結，甚至具有宗教、性靈（spirit）方面的意涵；因此多數原住民族並不希望第三人使用其傳統知識，僅想使傳統知識能「單獨存在」（to be alone）。

但在相關的研討中可以發現仍係從使傳統知識產生經濟利益的角度出發，如何在這過程中仍兼顧原住民族的需求是相當重要的議題。現狀下對於原住民族的想法，也需要有更多的理解，而非制定出一套遊戲規則並要求其遵守之。

紐西蘭國內目前尚未有任何傳統知識保護法制的建立，仍處於意見整合、共識取得的階段。在相關意見的協商過程，其相當尊重境內毛利原住民的意見，不僅設置了維坦基法庭（Waitangi Tribunal）做為毛利原住民與政府的政策溝通平台，在相關的工作計畫中也十分看重毛利族的諮商意見，頗值學習。

(五)另外建立一套專門立法的可能性

在傳統知識保護的議題上，具豐富傳統知識的開發中國家似乎較主張透過另設之特殊保護制度，諸如事先告知同意[145]、惠益分享等方式來保障其權利，似乎是因為現行的智慧財產權制度並不全然的符合其需求。更甚者，反而成為侵害其權利的工具。許多開發中國家的生物科技公司其依據不當取得的自然資源進一步

---

[140] Cross, *supra* note 7, at 259.
[141] *Id.* at 260.
[142] *Id.* at 261.
[143] 關於這樣的處置是否恰當已有討論的聲音出現，特別是在分子生物學以及生物技術領域當中。
[144] Cross, *supra* note 7, at 259-60.
[145] 事前告知同意制度（Prior Informed Consent，簡稱 PIC）。

的做研發，再透過智慧財產權制度獲得保障。這不僅剝奪了傳統知識持有者或所有者的權利，同時限制了開發中國家管控自然資源於科技領域應用的權利[146]。

四、未來國際立法趨勢、結語與建議

值得注意的是，在傳統知識保護法制的研討上，有許多論述都認為不一定要透過智慧財產權制度來保護傳統知識。因為傳統知識此議題十分複雜，還牽涉到了原住民的自我決定的權利（self-determination）領土權以及人權，同時需尊重原住民現有的規範架構[147]。

就現狀下看來，尚無法預測未來國際立法是否會發展出一個最低限度的智慧財產權標準來保護傳統知識，但可以肯定的是，若有任何最低限度保護標準出現，應該都不會完全採用財產權的排他性概念，因為就現狀下觀之，從實際應用層面到深入政策理論的研析，都已經可以看出智慧財產權制度和傳統知識因為特性的不同，而產生的諸多爭議性問題[148]。

然而，透過以上的討論，可知儘管傳統知識與智慧財產仍存在難以弭平的間隙，然並不表示各國主流社會及其原住民不能以智慧財產作為保護的參考模式，兩種價值並非不可能發展出適合的相互支持的共榮途徑。綜言之，在國際尚未達成以智慧財產權積極保護傳統知識共識之際，仍有待於各國經由立法與實踐的經驗累積，以探詢適合全球趨勢與在地需求之理想方案；無論如何，傳統知識持有者（TK holders）仍是最重要的利害關係人，任何的法制建構工作都不應使其缺席，他們的意見應該被充分的表達和尊重。

146 DUTFIELD, *supra* note 6, at 12.
147 Matthias Leistner, *supra* note 61, at 58..
148 Cross, *supra* note 7, at 292.

弱勢語言族群之接近司法權
—以原住民通譯問題為中心

國立臺灣大學法律系副教授 王皇玉

目　次

壹、前言
貳、我國法院通譯配置之現狀
參、原住民語通譯之必要性
肆、原住民通譯問題之現狀
伍、結語

壹、前言

被告乃刑事訴訟中之主體，在偵查審判程序中，刑事被告除了受正當程序之保障外，且應享有充分之防禦權。然而，被告進行有效防禦的前提是，他必須先明白自己面臨了什麼樣的指控，其次，他能夠充份瞭解進行中的訴訟程序內容為何。被告在刑事訴訟法上所享有的聽審權與公平審判的權利，不僅憲法第 16 條明文保障人民訴訟權而有憲法層次的位階；此外，刑事訴訟法上也有明文規定，例如刑事訴訟法第 95 條規定，國家追訴審判機關應該告知被告犯罪嫌疑與所犯罪名，罪名告知後如有變更者，應再告知；第 33 條規定，被告於審判中得檢閱卷宗證物，無辯護人代為閱卷之被告，亦可預納費用請求交給卷內筆錄之影本。被告所擁有的這些訴訟上權利，均是使被告得免於淪為訴訟客體命運的權利。

在台灣，刑事審判程序中，越來越多刑事被告是不通曉國語之人，這些人當中，除了日益增多的外來移民之外，還包含一小部份以原住民語為母語的原住民被告。這些外來移民或原住民，有些是完全不諳國語，有些是國語聽說讀寫能力有限之人。在日常生活中，他們無法以中文或國語作為基本的溝通工具，如果要與司法機關打交道，或是涉及刑事追訴審判時，不管是作為被告，被害人或是證人，他們接近法院或使用法院的可能性，更是因為語言的障礙的受到壓抑。因此，前面所提到的刑事被告所享有的聽審權或公平審判權利，對這些弱勢語言族群的

刑事被告來說，其實相當的遙遠與不切實際。因為與其自身有關的刑事偵查、審判程序與事項，除非經過通譯或翻譯，否則這些刑事被告就如同無法為自己防禦的客體一般，其刑事程序上的權益是否真的受到重視與保障，實令人質疑。

對不諳國語的被告而言，偵查與審判過程中，他們如同聾人一般或是鴨子聽雷，因此不是成為無動於衷或冷感的訴訟客體，就是只能當一個不解審判活動意義的消極旁觀者。因此，給不通法庭語言者一個翻譯，乃是使其享有最基本的公平審判權之保證[1]。否則，當一個被告接近法院與使用法院的權利，因其欠缺語言能力而受到限制，無疑使其刑事訴訟上的聽審權與公平接受審判的權利受到剝奪。

從國際人權法來看，對於不通法庭用語之被告所享有的通譯權，在聯合國在 1966 年決議通過的「公民與政治權利國際公約」中，將其視為刑事被告所應享有的最低限度保障。該公約第 14 條第三項規定：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：（一）迅即以其通曉之語言，詳細告知被控罪名及案由；（二）給予充分之時間及便利，準備答辯並與其選任之辯護人聯絡；（三）立即受審，不得無故稽延；（四）到庭受審，及親自答辯或由其選任辯護人答辯；未經選任辯護人者，應告以有此權利；法院認為審判有此必要時，應為其指定公設辯護人，如被告無資力酬償，得免付之；（五）得親自或間接詰問他造證人，並得聲請法院傳喚其證人在與他造證人同等條件下出庭作證；（六）如不通曉或不能使用法院所用之語言，應免費為備通譯協助之；（七）不得強迫被告自供或認罪。」

其中第 1 款與第 6 款明白宣示了，任何國家對於該國的刑事審判被告，必須迅即以被告通曉之語言，詳細告知被控罪名及案由，且被告如有不通曉或不能使用法院所用之語言，應免費為其備通譯以協助其進行訴訟程序。我國於民國 98 年 3 月 31 日，由立法院審查通過了此一公約，亦表達了我國對於不諳國語的刑事被告訴訟權之保障，亦即應使其享有免費的通譯，且能了解國家對其所控訴的罪名、犯罪事實，以及後續所有法庭程序的意義與攻防自辯的可能性。

貳、我國法院通譯配置之現狀

我國刑事偵查與審判程序所使用的語言為「國語」。此一使用國語的法源依據為法院組織法第 97 條規定，「法院為審判時，應用國語。」然而同法第 98 條

[1] Patricia Walter Griffin, Beyond State v. Diaz: How to Interpret “Access to Justice” for Non- English Speaking Defandants? 5 Del. L. Review, 131(2002)

亦針對不懂國語之人如何參與審判程序，另為如下之規定：「訴訟當事人、證人、鑑定人及其他有關係之人，如有不通國語者，由通譯傳譯之，其為聾啞之人，亦同。」

除了口說的語言之外，法院組織法另外針對法院文書進行規範，該法第 99 條規定，「訴訟文書應用中國文字。但有供參考之必要時，應附記所用之方言或外國語文。」除了前面法院組織法之規定，就刑事偵查或審判程序中，被告不諳國語之相關規定為刑事訴法在第 99 條規定：「被告為聾或啞或語言不通者，得用通譯，並得以文字訊問或命以文字陳述。」此外，刑事訴訟法第 93-1 條規定，「第九十一條及前條第二項所定之二十四小時，有左列情形之一者，其經過之時間不予計入。但不得有不必要之遲延：・・・六、被告或犯罪嫌疑人須由通譯傳譯，因等候其通譯到場致未予訊問者。但等候時間不得逾六小時。」

從前面法律規定來看，目前刑事偵查審判程序所使用之語言，原則上為國語。不管是閩南語，客家話，原住民語或是各種外國語言，均非目前臺灣偵查審判程序中所使用的語言。此外，對於不諳國語的被告，在訴訟上所享有的權利是由法院為其聘請通譯，此外根據第 93-1 條規定，被告或犯罪嫌疑人如果須由通譯傳譯，則可以為其召喚通譯，且等候其通譯到場的等待期間，原則上不得訊問被告，但等候時間不得逾六小時。

在現實上，不管是地檢署或法院已經面臨日益增多的不諳國語之被告。這些被告通常不會為自己準備一名通譯上法庭，且在不懂法律也不懂國語的情形下，要其主動積極地請求偵審機關為請找一名通譯，實屬不可期待。因此若非由檢察官或法院主動為其尋求翻譯，則他們在整個偵審程序中就像是被呼來喚去卻不解法庭意義的客體。要使不諳國語的被告在刑事訴訟程序的開啟到進行過程中，不是以一個客體般的身分被對待，而是能夠至少瞭解自己的處境與訴訟上權利，最實際的作法，就是給他一個翻譯。然而目前我國司法實務改革中，從未認真正視過通譯政策問題，在刑事訴訟法教科書與刑事法律相關文獻的探討中，通譯問題也從來沒有被當成一個值得深入研究的議題。這不禁令人好奇，在不諳國語之被告日益增加的情形下，每天面對被告的警察、檢察官或法官，是如何進行實際上的詢問、訊問或審判，是切實地為被告召喚一位適當的通譯？還是能夠便宜行事就便宜行事？

關於通譯的使用與召喚，首先必須先確定被告不通曉國語，其次則是必須進一步地判斷被告所慣常與理解的語言為何，如此始能判斷要召喚何種語言的通譯為被告翻譯。此外，通譯的資格並非只要通曉雙方語言即可，由於通譯是協助被告與法庭活動互動與行使攻擊防禦權利的關鍵人物，其本身不僅要通曉國語與被告語言兩者之外，更要對刑事訴訟程序與法律專門用語有一定的認識與理解，甚

至必須對於法庭活動或法律概念的語言如何精確與精準的翻譯出來，有一定的訓練與經驗。[2]在美國，法庭通譯常見的三大問題是：一、翻譯者與被告所使用的語言相近，但不完全一樣，例如被告語言帶有其他方言特色，翻譯者不瞭解而使翻譯內容失真；二、翻譯者具偏見或偏頗不中立，例如由不適當之人擔任通譯，如法警人員，工友，法院員工，檢舉被告的告發者，幼童，被害人的朋友或親戚，監獄人員，假釋官，被告的獄友，同案被告等人來翻譯；三、翻譯不正確，翻譯者誤導，翻譯過於簡短，甚至翻錯，使得被告有利於己的陳述未被表達出來[3]。

目前臺灣的法院均配置有「通譯」一職。然而，通譯原則上僅限閩南語通譯。通譯在審判中僅進行閩南語翻譯，除了翻譯之外，在開庭時，因為通譯的位置位於法官與被告中間，因此，通譯的主要工作反而不是翻譯，而是當法官須將訴訟文書或證據提示給當事人辨認時，由通譯擔任傳遞的工作。此外，通譯也是法庭錄音設備的操作者。[4] 換言之，目前法院固定配置的通譯者，其主要工作並非真的在擔任翻譯，而是從事協助法庭運作順暢的助理。

此外，我國目前各地法院中固定配置的通譯，均屬閩南語通譯，由此點可以看出極為明顯的漢人主流意識型態。因為，我國在原住民人口與原住民被告較多的地區如花蓮、台東，法院中的通譯配置，也未見按原住民與漢人的族群人口比例而固定配置有原住民語的通譯。目前的實務作法是，如果真的需要原住民語通譯，則由法院遴聘臨時性質的「特約通譯」來進行審判。[5] 而法院所遴聘之特約通譯，乃根據民國 95 年 04 月 21 日發布之「高等法院及其分院建置特約通譯名冊及日費旅費報酬支給要點 」而辦理。其要點共有 15 點，詳細如下：

一、為落實保障瘖啞人、不通國語人士等之權益，並提升法庭之傳譯水準，特訂定本要點。

二、高等法院及其分院(以下簡稱法院) 應主動延攬通曉手語、閩南語、客語、原住民語、英語、日語、韓語、法語、德語、西班牙語、葡萄牙語、越南語、印尼語、泰語、菲律賓語、柬埔寨語或其他國語言一種以上，並能用國語傳譯上述語言之人，列為特約通譯備選人。

三、特約通譯備選人應提出下列文件：

(一)申請書。

---

[2] Randall T. Shepard, Access to Justice for People who do not Speak English, 40 Ind. L. Rev ,643 (2007).

[3] Id, 645-647.

[4] 湯文章，設置原住民法庭或法院可行性之研究，司法院印行，2009 年 11 月，第 117 頁。

[5] 湯文章，同前註，第 118 頁。

(二)經政府核定合法設立之語言檢測機構，所核發之語言能力達「中級」程度之證明文件影本。

(三)備選人如無法提出前款所指之語言能力證明文件，本國人民應提出其在所通曉語言之地區或國家連續居住滿五年之證明文件影本；外國人士應提出其所通曉語言之國籍及我國政府核發之永久居留證等證明文件影本。備選人未提出前項規定之文件，法院無須通知補正，得逕不列入遴選。

四、法院接獲前點申請書時，由書記處依語言分類彙整，送請院長遴選。

五、法院應對特約通譯備選人辦理法律教育講習，課程及時數如下：

(一)法院業務簡介二小時。

(二)律常識六小時。

(三)各類審理程序或相關程序概要十二小時。

(四)傳譯之倫理責任二小時。

六、完成教育訓練合格者，法院發給二年任期之特約通譯聘書。

法院對於特約通譯每二年至少辦理在職教育訓練一次。

七、特約通譯若有不適任情事者，法院應撤銷其聘書。

八、法院對於特約通譯，應依語言分類建置名冊，名冊內應記載特約通譯之姓名、照片、年齡、電話、住所及語言能力級別。其姓名及語言能力級別並應登錄於法院網站，提供法官或其他機關團體選用時參考。

特約通譯如經異動，法院應隨時更新名冊及網站資料。

九、特約通譯之迴避，適用民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法關於通譯迴避之規定。

十、特約通譯因傳譯所知悉他人職務上、業務上之秘密或其他涉及個人隱私之事項，應保守秘密。

十一、特約通譯到場傳譯，乘坐交通工具，市內以搭乘公共汽車、捷運車輛，長途以搭乘火車及公民營客運汽車、輪船為原則，如有等位者，以中等等位標準支給，遇有水陸交通阻隔無法通行，或時間甚為急迫時，得搭乘飛機，惟應提出足資證明之文件。

特約通譯如駕駛自用汽機車者，其旅費得按同路段公民營客運汽車可乘坐車種票價報支。

特約通譯因時間急迫或行動不便，市內得搭乘計程車，依實支數計算。

特約通譯在途及滯留一日以上期間內之食宿等旅費，每日不得超過國內出差旅費報支要點所定薦任人員每日膳雜、住宿費給與之標準，依實支數計算。

十二、特約通譯到場之日費，準用民事訴訟法之規定標準支給。
特約通譯每件次傳譯服務之報酬數額，承辦法官得視案件之繁簡、所費勞力之多寡，於新台幣一千元至三千元之範圍內增減支給。
十三、特約通譯之日費、旅費及報酬，由國庫負擔。
十四、各法院於審理案件需用特約通譯時，應於庭期前一週備函通知選用之特約通譯；屆時特約通譯攜函向法院指定報到處報到，法院應派人引導或指引至法庭就位；庭畢時，書記官應填具特約通譯日費、旅費及報酬申請書兼領據(格式如附件二)，經法官審核後，交報到處辦理支付手續，並按程序結報。
十五、本要點自發布日實施，修正時亦同。

參、原住民語通譯之必要性

我國目前原住民人口總數約為 51 萬人。原住民人口居住最多的縣市地區，依序為花蓮、台東、桃園、屏東與南投。根據民國 91 年制定的「原住民民族別認定辦法」規定，目前政府認定台灣地區共有 14 族原住民，分別為阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、魯凱族、鄒族、卑南族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族、撒奇萊雅族與賽德克族。這 14 族中，人口數量最多的族群依序為阿美族，泰雅族，排灣族，布農族，盧凱族與卑南族。

臺灣各地原住民人數（前五大縣市）

年度	花蓮	台東	桃園	屏東	南投
95	89053	79103	50556	55252	27087
96	89347	78956	53436	55783	27521
97	89812	78819	55704	56048	27724
98	90604	80039	57632	56848	28075
99	90929	80152	59321	56858	28257
100	90810	79819	60704	57040	28315

統計資料來源：行政院原住民族委員會全球資訊網(統計至 2011 年 9 月)

臺灣原住民人口總數及各族群人數（前六大族群）

年度	總人口	阿美族	泰雅族	排灣族	布農族	魯凱族	卑南族
95	472490	164445	78382	80371	47133	10922	10290
96	484174	172685	81348	83391	48974	11408	10897
97	484107	177909	81545	85617	50132	11670	11348
98	504531	183799	80061	88323	51447	11911	11850
99	512701	187763	81552	90209	52585	12127	12235
100	518218	190352	82378	91633	53273	12280	12503

統計資料來源：行政院原住民族委員會全球資訊網(統計至 2011 年 9 月)

此外，本人於民國 96 年接受國科會之補助，進行臺灣原住民犯罪問題之實證研究。根據本人統計民國 95 年至 98 年之臺灣刑事司法案件中，原住民被告人數最多的前五名地區，依序為花蓮、台東、桃園、南投與屏東[6]。這些原住民人口與原住民被告較多之地區，法院始終沒有配置固定的原住民語通譯，而是以遴聘特約通譯的方式，來解決刑事被告與證人語言無法溝通的問題。

由目前臺灣法庭普遍未配置有原住民語通譯的「小問題」即可透露出一項訊息，亦即，執政者始終是以「原住民應已經完全漢化且必須通曉國語或閩南語」的心態來進行司法偵查審理工作，且一相情願地認為，「法院僅需配置閩南語通譯」，即可因應原住民人口較多區域的司法審判中語言溝通不良問題。

或有論者會認為，目前原住民族有十四族，法院就算要聘用長期且固定職缺的原住民通譯，也不知道要聘用哪一個族群語言的翻譯，而且如果僅聘阿美族語通譯，則會對泰雅族或其他族群不公平。這樣的看法實在毫無說服力。難道我們應該認為，因為弱勢族群語言種類繁多，所以乾脆通通都不要聘該族群語言的通譯？所以所有的固定通譯的職缺應該還是繼續用來聘任閩南語通譯，而其他弱勢族群的語言溝通問題，則繼續使用臨時性質的「特約通譯」嗎？如此，我們將永遠無法跨出第一步。

聘用固定職缺原住民通譯的必要性有如下數點：首先，我國臨時通譯雖有前開遴聘通譯要點以資規範，然而翻譯法庭用語或法律語言，並非僅需具有雙語能

[6] 本人所進行之研究計畫題目為「台灣原住民犯罪問題之研究」（計畫編號 96-2414-H-002-021-SS3），研究期間為 96 年 8 月 1 日至 99 年 7 月 31 日。

力即可，也絕非進行十數小時的法律教育講習或課程。尤其有些法律用語與概念，並不存在相對應的原住民語，因此要用原住民語傳達出法律概念的等價性，並非想像中的簡單，此可從本人在研究計畫進行期間，曾經對檢察官與律師所進行的訪談記錄摘要中，可略知一二：

「（整個訴訟程序中）不公平的地方，我覺得就是語言的部份。因爲他們一講（話），有時候真的很冗長。而且像我們這邊常常講一些笑話，有些原住民來，因爲要問資力，問他有幾個孩子，他就說『我沒有孩子，但有幾個兒子，幾個女兒』，他不知道，在他們的文化裡，孩子就是小孩子；如果你問他有沒有跟人家借錢，他會說『我沒有跟人家借錢，但是我有欠人家錢』這些都是在我們這邊發生過的。」

「我們訓練了很久的母語翻譯，幫他們上勞工法、民法、刑法的課程，上完之後要他們翻，他們還帶回家，慢慢的去字字斟酌。所以有一個檢察官來講，是抓賄選的，他找一個通譯，因爲沒辦法口語溝通，就覺得很奇怪，爲什麼我講一分鐘他翻了十分鐘？假設今天他對這個觀念不是很理解，法官講的可能是一個法律上程序的語言，他有辦法翻嗎？我不覺得。我覺得一定會失真，而且會影響他的權益。所以我覺得（專職翻譯）有很大的幫助。即便是有十三族（現爲十四族），原民會也要花錢。」

此外，理想中的法庭通譯，必須保持中立，熟悉法律用語、審判程序、起訴書用語、論告要旨或辯論要旨等，且翻譯必須力求精確與正確，這些要求並非臨時性的通譯就能勝任[7]，必須有一定的訓練，或是專職，或是長時間不間斷地參與法庭審判工作或再進修，始有可能勝任。然而，目前我國原住民通譯卻是長期仰賴不具中立性甚至與被告立場對立的警察，被告或被害人家屬，或臨時性的特約通譯來擔任此一工作。

再者，目前臨時通譯的翻譯薪資為每次新台幣一千元至三千元不等，交通費為公民營客運汽車來回票價，如此微薄的翻譯報酬，即使有能力擔任翻譯者，也不見得願意擔任法院的臨時通譯。

除了前面所提臨時通譯的翻譯品質無法期待與控管之外，法庭上也常因為未設有固定的原住民語通譯，以致於有些法官或多或少會有一種心態，想到要遴聘特約通譯必須另行聯絡，另外擇期開庭，且以國語表達出來的法律用語與概念在原住民語中因為沒有相對應的說法，因此問答與翻譯都極為冗長，無異延長審理與結案時程。如果法官有結案壓力的話，往往也就昧著良心認為，被告既然可以

[7] 關於司法通譯的角色與功能，詳細可參考張立姍，入無人之境—司法通譯跨欄的文化，台大法研所碩士論文，2010 年 6 月，第 15 頁以下。

用國語「有問有答」，或「大致聽得懂國語或會說國語」，就應屬通曉國語之人，因而傾向於忽略或漠視被告有使用通譯的必要。另外常見的情況則是，法官偏向於採取便宜行事的態度，遇到不諳國語的被告，則臨時請在場的證人，警員或是陪同被告的親屬暫時擔任被告的通譯，毫不要求與檢驗翻譯內容的品質與正確性。

目前我國法院固定職缺的通譯乃「獨尊閩南語」，事實上法院固定配置的閩南語通譯也未見天天在翻譯，而是協助法官開庭傳遞訴訟文書與錄音。其實，只要深刻地體認到法院設置通譯的目的，乃是為了保障弱勢語言使用者「使用法院」與「接近法院」的權利，以及人民在憲法上享有的「訴訟權」，以及由此延伸而來的「防禦權」之保障，必會深刻體認到不諳國語被告上法庭的「雙重壓迫」狀態。「第一重壓迫」是法律專業的壓迫，亦即被告不懂法律語言，因而在法庭中受到法律專業社群的宰制；「第二重壓迫」是優勢語言的壓迫，亦即被告不諳國語，偵查或審判時如同置身國外，對訴訟程序不解如鴨子聽雷或霧裡看花，僅能保持沈默或是回答自己也不甚明瞭的問題。在此雙重壓迫下，不諳國語被告的防禦權利則是徹底被剝奪。

因此，在此不禁要問一個問題，將閩南語通譯的職缺釋放一部份出來，制度上增加招聘固定職缺的原住民語通譯，何難之有？此舉不僅可以對原住民創設更多的工作機會，也可將法院營造成對原住民當事人友善的環境，至於法院有必要使用原住民語通譯的場合，也可立即且就近有原住民語的通譯協助翻譯[8]。此外，此舉更是我國法院肯認多元文化價值，尊重原住民使用法庭與接近司法等訴訟權的展現。

目前，許多關心原住民議題之論者均針對我國應設置原住民法院或原住民法庭之必要性進行研究，在原住民社群中，也有人意識到應該廣泛培養本族法律相關人才的看法，因為除了語言之外，翻譯者尚必須瞭解原住民族的文化，習俗，也必須瞭解這些文化與習俗所對應的法律規定與法律用語為何，如此才能及時且準確地擔任通譯[9]。然而我國政府對原住民通譯人才之訓練，又提供了什麼協助？因此，即使當前短期間無法立即設置原住民法庭，但在原住民人口較多的地區，其法院內設置一定員額的常設性質之原住民語通譯，應屬執政者可以立即改革的地方，只看願不願意而已。

[8] 不僅原住民通譯名額可以增設，目前臺灣日益增加的外籍新住民如越南人，印尼人，泰國人等，也應比照辦理增設固定的越南語、印尼語、泰語通譯。

[9] 楊曉珞，臺灣原住民司法權之探討與建構，東華大學民族發展研究所碩士論文，2007 年 1 月，第 66 頁。

肆、原住民通譯問題之現狀

一、誰來擔任通譯？

「現在不論是對原住民或對外籍人士都一樣，只要被告說不懂中文就一律請通譯。而原住民找通譯更方便，因爲有原住民警察的存在，被告也可以找自己的親戚。」

「若被告聽不懂國語，如果是山地的話，山地鄉的很多警察都是原住民。新竹地區以泰雅族居多，移送過來的警察機關可能也是靠近那邊的，如果真的聽不懂，就找警員或（被告的）家屬幫忙翻譯。以被告的身分來講，我是沒有遇過完全聽不懂的。我覺得不需要設置特約通譯。因爲我們漢化很徹底，目前在語言溝通方面是沒有障礙的。現在山上都會有小耳朵，他們都看數位電視，我想電視也是一個很大的因素，原則上都還好。」

「我們現在大部份都是找山地鄉的警察，或是部落裡的其他人來擔任。我們不會找抓被告的警察來翻譯，不過他們在地彼此都認識的啦。」

「他們說要用法警（擔任通譯），我根本覺得不可能。比如說法警好了，其實也是一個法官跟我講的，法警都會自作主張，因爲他們要討好法官，所以翻譯不是幫他翻，而是說「你認罪！你就認罪！」這是一個法官跟我講的，他覺得不能用法警。那用其他人呢？其他人根本沒有辦法翻。」

前面這一連串的訪談記錄摘要，乃是我國檢察官目前對待不諳國語原住民被告的常見心態，或是認為大多數的原住民都已經漢化的很徹底，因此無須藉由通譯來溝通；或是認為如果需要通譯的話，原住民社群中警員往往也是原住民身分，因此警察就可以與被告溝通，無須通譯在場。換言之，目前檢察官在偵查中，即使需要原住民通譯，原則上也是重度仰賴警察來擔任原住民被告的翻譯。

依刑事案件的偵查流程與審判流程來看，一位不諳國語的刑事被告，其可能需要通譯的情形，包含了警詢階段，偵訊階段與訊問階段。但刑事司法上需要通譯的情況，並不僅此於詢問或訊問被告，有時是證人不諳國語需要通譯；有時是通訊監察被告的談話，而被告使用原住民語，以至於必須藉由翻譯來瞭解通訊監察的內容。然而，究竟誰來擔任通譯呢？目前實務上擔任通譯之人可謂各式各樣，但簡單來說，就原住民語的通譯，以「素人」通譯居多。

以警詢為例，目前我國原住民成為被告擔任證人時，如果其不諳國語，原則上會由通曉原住民語的原住民警察制作詢問筆錄，然後由被告在筆錄上簽名[10]，

[10] 例如花蓮地院 97 年度選訴字第 7 號：「上揭證人天○○、宇○○警詢筆錄雖是以整合受詢問人回答的方式記載筆錄，但就以其所採一問一答方式之內容而言，證人天○○、宇○○在詢問過程中雖因不閒國語，無法連貫表達，但仍可推論出其欲表達之意思，就問題之回答方誘導訊問之

或是由警局或派出所中通曉原住民語的員警擔任翻譯[11]。此外在偵查時，檢察官如果發現或認為被告不諳國語，通常也會優先找原住民警員擔任通譯。檢察官慣常以原住民警察擔任通譯，一方面是偵查中，警察受檢察官之指揮，可以隨叫隨到，方便好用；另一方面，原住民警察通曉原住民語之外，也熟習辦案流程與法律語言，翻譯或溝通較無阻礙。

除了員警自己以原住民語和被告溝通記載之外，其他通譯人選可謂五花八門，除了地檢署的特約通譯之外，實務判決出現的通譯者還有由被告的子女[12]，族人[13]，或是鄉民代表[14]，來擔任通譯。其實，在上述各式各樣的通譯中，有一些人是立場偏頗不中立的「誤譯」高危險群，例如由原住民警員擔任原住民被告或證人的通譯。由於警員正是逮捕被告的人，警員與被告間有極其明顯的利益衝突。蓋警員既然將被告移送法辦，其心證必定是傾向於被告具有犯罪嫌疑，故在翻譯時，實在難保警員能保持中立客觀立場進行翻譯與記載。即使不是由逮捕或偵辦本案的警員進行通譯，而是由其他與本案無關的警員來翻譯，由於警員身處

事項，且亦經證人確認後向是一致的，且詢問員警對於證人回答過程中遇有表達上困難時，雖會稍做提詞， 惟均係提示完整全銜（例如台灣光彩促進會全銜）等非屬始製作筆錄，故並無不正訊問之情事。」

[11] 例如屏東地院 97 年選訴字第 4 號，「警：要不要請律師來？潘：不要啦。警：一個簡單的案件啦，那剛才我所。潘：○○○（母語），聽不懂我再給你○○（向畫面外三人交談）。（畫面外第三人與丙○○用母語交談。）警：我們這邊有翻譯官，沒關係喔。（警察局之翻譯官用母語與丙○○交談。）翻譯官：對，這我們同事，你據實回答。警：可以啦。潘：可以。」

[12] 例如花蓮地方法院 91 年訴字第 149 號判決：「況且被告己○於警詢時就收受賄賂乙事供承無訛，詳見前述，而其於警詢時係由其親生女兒甲○○擔任通譯，此有警詢筆錄一份附卷可參，經本院質之證人甲○○對當時擔任翻譯之筆錄內容有何意見？其回答稱：「我當時都有仔細確認我母親瞭解訊問的問題，她也都是依自己的意思回答的，當時警察問案的態度還好，沒有刑求，也沒有對我母親恐嚇、威脅。」等語（見本院九十二年二月十八日審判筆錄），而被告丙○○於檢察官偵訊時尚且供稱：伊當時有向被告辛○○等表示家中有三張票（意旨有三位投票權人），但對方不肯給伊三張票的錢等語（見上揭偵查卷第十九頁反面），均足徵被告己○、丙○○於警詢、偵查中所為供詞，應係出於自由意志所為，有其可採信之處。」

[13] 例如台東地院 97 年訴字第 1 號判決，「證人戊○○於本院固證述：被告丁○○所交付之現金，有關於選舉的事，就是給給我說是機車加油的錢云云。惟證人戊○○於警詢及偵查中有阿美族人邱福生擔任其通譯，於偵查中亦表明警察並未為刑求等不法情事，且若果真於警詢及偵查中迷迷糊糊，豈會就被告丁○○交付現金之地點、經過情形均做詳細交代，何況證人戊○○復陳明：曾經在警詢及偵查中講過這些話等語，足見證人戊○○上開於警詢及偵查中所述均屬實在，而堪採信。」

[14] 例如最高法院 88 年台上字第 2973 號判決：「檢察官於督同警方帶上訴人等四人至命案現場表演時，上訴人乙○○與吳明鄉、張永輝三人均參與表演殺害被害人情節，核與渠等警訊時之供述相符，亦有勘驗筆錄足憑。且現場表演時上訴人乙○○亦指證其父即上訴人甲○○亦參與殺害被害人，上訴人等並未受到警方人員脅迫等情，亦據當時擔任通譯之萬榮鄉鄉民代表林宗義於原審證述明確。上訴人等人於檢察官督同警方帶往現場表演時，仍供承犯行，是渠等警訊中之自白，顯非警方刑求所致，渠等警訊中遭刑求之抗辯，顯無足採。」

同儕團體中，有其共通的利益與同儕壓力，即使由其他警員來翻譯，也難以保證其中立、客觀甚至正確性[15]。除此之外，由原住民員警擔任原住民被告之筆錄詢問及紀錄者，由於筆錄的內容仍以中文書寫，如果被告同時也不諳中文，則幾乎無從知悉與查驗警員到底記載了什麼內容。

或有論者認為，警詢筆錄的內容正確性如受質疑，則還能勘驗詢問時的錄音帶或錄影帶來還原詢問的內容或檢驗筆錄的正確性。然而實務上常出現的狀況是，警詢時的錄音記錄滅失或是沒有錄到音，尤其是在被告人數眾多的選舉案件中，常常會忘了錄音，使得事後連檢驗警詢筆錄內容正確性的可能都沒有，例如以下高等法院高雄分院 96 年度重選上更(三)字第 2 號判決內容所述情形：「查選舉為民主政治之基石，我國在實施民主政治過程中，經歷多次之選舉，然選風敗壞，賄選買票之事時有所聞，為端正選風，每到選舉時，檢調單位即成立專案小組積極察查賄選，然仍無法斷絕。本案係因有人檢舉，經檢調單位持搜索票在被告家中查到帳冊及選舉人身分證等物後，始依名冊上之名單傳喚證人，因人數眾多，場面極為吵雜混亂，且證人多為原住民，有部分人聽不懂國語，尚須透過翻譯應訊，然渠等均出於自由之意思而為陳述，此由同時被傳訊之選民武馬香妹、王里文、孫慶豐、王京三、簡水來、姚牡丹、盧健勇、石秀善、魯仁德、武久娘、顏良、蔡阿娥、鍾明發、杜成昌、何瑞火、胡新財、金瑞芳等人之警訊筆錄均未陳述渠有收受賄選財物之情事，故如非出於證人之自由意思陳述，豈能如此之情，即可瞭然；是本院審酌人權保障及政府端正選風之公共利益維護，縱有證人唐惠美、乙○○之警詢錄音帶滅失；證人徐忠敏、施曾月姑之警詢錄音帶無聲音；證人顏國秋、吳秋蓮、嚴文里等人之警詢錄音帶未全程連續錄音之情形，應屬警方製作筆錄時，由於證人人數過多，一時疏失所致，且上開筆錄於製作完畢後已經上開證人閱覽無訛後始經其等簽名，有筆錄可憑，對其等之權益亦無侵害，而刑事訴訟法或其他相關法律亦未規定違背刑事訴訟法第 100 條之 1 第 1 項所定之程序時，不得為證據，本院審酌上情，認上開證人於警詢所為之陳述均仍有證據能力。」

二、何種情形應命通譯？

最高法院 98 年度台上字第 4051 號判決謂，「刑事訴訟法第九十九條規定『被告為聾或啞或語言不通者，得用通譯，並得以文字訊問或命以文字陳述。』係因刑事訴訟法採言詞審理主義，如因被告之聽能、語能之欠缺或言詞不通，使其與法官、檢察官或司法警察（官）或其與證人相互間，就訊（詢）問或詰問之內容，

[15] 以上參考張立姍，同前揭註，第 42 頁。

無法辭能達意或充分理解，又無通譯加以傳譯時，對於被告防禦權之保障即有未週。至於是否命通譯傳譯，固屬法院或檢察官之裁量權，然仍不得恣意漠視，否則不足以維護程序正義。」

前開最高法院的判決認為，對於是否使用通譯進行傳譯，在偵查中屬檢察官權限，在審判中屬法官權限。此外，檢察官與法官雖然具有應否命通譯的裁量權，但仍不得恣意漠視被告在訴訟上的權益。如果被告對於審判中交互詰問的內容，**有無法辭能達意或無法充分理解**，又無通譯加以傳譯時，就是一種對被告防禦權的保障不週。如果此時沒有命通譯進行傳譯，就屬判決違背法令。

前開判決的重點，主要在於如何保護不諳國語之被告，其在審判中的防禦權及公平審判權，並且提出了「使用通譯之必要性」如何認定的標準，也就是「無法辭能達意」或「無法充分理解」詢問、訊問或交互詰問之內容。

三、欠缺通譯的幾則判決

如何檢驗被告是否無法辭能達意或充分理解呢？在實務上，比較有爭執的情形常出現在被告的警詢筆錄製作過程中。也就是說，被告不諳國語，但警察照樣以國語詢問，並以國語製作筆錄。到了審判中，被告爭執該份警詢筆錄內容不具有證據能力。對於被告事後爭執自己不諳國語，法院就此爭議常會特別究明。以下試舉兩個判決說明。

（一）法院認定警察製作警詢筆錄時未使用通譯，該警詢筆錄不具證據能力

第一則判決中的被告背景為民國 21 年出生之阿美族原住民，其表示早年係受日本教育，國語非其母語。本訴訟案件涉及選舉訴訟。警詢筆錄時並無通譯在場而由警察以國語詢問。但被告與審理時隨即表明聽不太懂國語，無法完全以國語溝通，需通譯為其翻譯。判決內容摘錄如下：

花蓮地方法院 94 年選訴字第 12 號判決，「再者，參以寅○○於本院審理中即表示其聽不太懂國語，無法完全以國語溝通，需通譯為其翻譯等情，而質諸證人醜○○雖到庭證稱：『（檢察官問：當天你在問寅○○時他有無辦法聽得懂國語？是否可以跟你溝通？）都可以。』、『（檢察官問：你們做完該份警詢筆錄後有無給寅○○看過？）我們給他親自閱覽，他才簽名。』、『（檢察官問：他看得懂國字嗎？）可以。』、『（檢察官問：當天他看了多久？）詳細時間我記不清楚，大約 5 到 10 分鐘，他有實際看。』、『（辯護人問：你如何判斷寅○○聽得懂你們所詢問的每一句話？）因為我用國語問，他也以國語回答我。』、『（辯護人問：你能不能確認被告寅○○看得懂中文？）我不能確認，但是我有拿給他看，他也有看。』等語，顯然本案寅○○之警詢筆錄均係全程以國語詢答，亦無

通譯在場，雖寅○○當場並未表示需通譯在場翻譯，顯然非完全不諳國語，惟參以寅○○係民國 21 年出生之阿美族原住民，其表示早年係受日本教育，國語非其母語等背景，難認寅○○確實得完全以國語溝通無誤，且依丑○○上開所證，亦無法證明寅○○警詢時，係在完全『理解』之狀態下所為之應答及簽名，因此本件製作警詢筆錄之過程，實不能排除寅○○可能因國語溝通上有誤解或其本身以國語應答有失其真意等情狀發生（或係在不瞭解警方詢問之真意下而隨意攀附員警之問題）；是綜以上開寅○○於該份警詢筆錄製作時陳述之背景，其處於緊張之心理壓力，又因語言溝通可能有些許障礙下，並非在自然狀況下所為之陳述，自難認該警詢筆錄具有特別可信之情狀。」

本案法院認為，由於系爭警詢筆錄作成時並無通譯到場，故無法排除被告因溝通上的誤解而未能表達其真意等情狀。因而該警詢筆錄不具特別可信之情狀，不能當然劃歸為傳聞例外而認為具有證據能力。

（二）被告主張聽不懂國語，法官勘驗偵訊錄影光碟後認定被告仍聽得懂國語

第二則判決中為宜蘭地方法院 98 年度訴字第 351 號判決。本判決的被告為患有輕度智能障礙之泰雅族原住民，犯罪行為乃假結婚之人頭，因而被控觸犯刑法使公務員登載不實罪與違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 15 條第 1 款，第 79 條第 1 項之使大陸地區人民非法進入臺灣地區罪。本案中所存在的語言溝通問題在於，被告在警詢與偵查中均自白承認有去中國大陸與某女假結婚，然而到了審判中，其辯護人則主張，被告於接受警員調查、檢察官訊問時因伊患有輕度智能障礙，且係泰雅族人，聽不太懂國語，無法理解警員詢問、檢察官訊問內容，始分別為警詢、偵查筆錄所載內容之陳述。本判決之內容摘要如下：

「被告雖抗辯伊因患有輕度智能障礙，且係泰雅族人，無法理解警員、檢察官訊問內容，始分別為警詢、偵查筆錄所載內容之陳述等語，並提出中華民國身心障礙手冊 1 份為證（見本院卷第 30 頁）。惟經證人即內政部入出國及移民署專勤事務第一大隊宜蘭縣專勤隊員乙○○於 98 年 9 月 9 日本院審理中證述：「（問：98 年 2 月 9 日對被告丙○○就本案製作調查筆錄，是否你詢問？）是。…（問：筆錄是否在被告住處製作？）是。（問：當時製作筆錄時，被告有無聽不懂的情形？）我們是用國語詢問被告，有時候被告比較聽不懂，因為紀錄人甲○○是原住民，所以他會用原住民語將問題重複陳述給被告聽，被告再回答。（問：被告當時是否有針對你們的問題答覆？）是。我們問他什麼，他就回答什麼。（問：當時甲○○用泰雅族的語言對被告解釋問題時，被告是以何語言回答？）有時候講國語，有時候講泰雅族語言，以兩種語言回答。…（問：你詢問被告時，被告答覆時的精神狀態容是否都是依照被告的陳述而據實記載？）是。」等語（見本

院卷第 55 頁至第 57 頁），而證人乙○○係依法執行職務之公務員，與被告間素不相識，復無宿怨嫌隙，其自無甘冒偽證罪刑責之風險，而設詞構陷被告之理，況經本院於 98 年 9 月 9 日當庭勘驗 98 年 5 月 14 日偵訊錄影光碟內容，結果亦顯示：一、偵訊過程被告全程站立於應訊台前應答，神情專注，意識清楚，全程以國語陳述；二、偵訊過程被告對檢察官之提問均**有針對提問問題回答，且常常以手勢輔助言語**，並無答非所問的情形，**僅有時口語陳述較不流暢**，此有勘驗筆錄 1 份在卷足憑（見本院卷第 45 頁至第 53 頁）。可證被告雖患有輕度智能障礙，且係泰雅族人，然仍聽得懂國語，並能理解訊問內容，而回答問題，故被告此部分辯解，顯不足採。」

本案中，由於被告到了審判中完全否認有假結婚情事，使其自白前後反覆，此外法院認為又無其他積極證據足以佐證被告之偵訊中自白與事實相符，故因而認定被告無罪。雖然被告被判決無罪，但此一判決仍有兩大問題值得注意。第一個問題是，本案判決認定，被告雖為泰雅族人，且有輕度智能障礙，但偵訊過程中，被告對檢察官之提問均有針對問題回答，且常常以手勢輔助言語，並無答非所問的情形，僅有時口語陳述較不流暢，故進而認定被告應屬通曉國語之人。換言之，法院並未如前面最高法院判決所要求的檢驗「辭能達意」(「常常以手勢輔助言語」、「有時口語陳述較不流暢」)，更未進一步審查被告有無「充分理解」。

此外，檢驗被告語言能力的方式，也非僅以勘驗偵訊錄影光碟就足夠，因為偵訊的問題，常為「是不是・・・」、「有沒有・・・」、「要不要・・・」等二選一的問答方式，因此被告即使無法理解或聽不懂，也能回答「是」或「不是」，「有」或「沒有」。被告只要有回答是或不是，有或沒有，常常就被「美化」為「辭能達意」與「充分理解」。此外，所謂「充分理解」除了瞭解問答內容本身的用語之外，還必須進一步瞭解其背後所隱藏的「法律意義」，例如本案被告在偵訊中承認有到大陸「假結婚」，且承認因為到大陸假結婚可賺 3 萬元；但在審判中又改口是「真結婚」，「在台灣兩人有過性行為」。被告會反覆改口多次，應是不解其所述內容所帶來的法律效果使然。

被告在警詢與偵訊中自白犯罪，到了審判中又改口不承認犯罪，此一前後改口問題固然是實務上的老問題，也是令審判者頭痛的問題。然而有過刑事追訴經驗的人必然知道，地檢署偵訊室是一個令人緊張的地方，即使有律師在場陪同應訊，仍然會有想要儘快逃離偵訊室的念頭，因此無罪而認罪者有之，不解訊問意義而認罪者亦有之。本案被告為智能不足者，其在偵訊程序中，除了面臨前面所稱的「雙重壓迫」之外，亦即不懂法律語言，在偵審程序中受到法律專業社群宰制的第一重壓迫，以及不懂國語如置身國外，僅能保持沈默或是回答是或不是的語言上第二重壓迫，更由於其本身的智力程度，使其成為邊緣中的邊緣。對於這

種被告，我們給予的訴訟權保障，只能更多，不應更少，而且給予的保障應該是偵審等程序進行時當下的實質保護，而不是以得過且過的心態，在事後有爭執時，透過錄音或錄影光碟去推敲被告是否懂得國語。

伍、結語

我國刑事訴訟法從民國 92 年至目前為止已進行了一連串的修正。眾所皆知且變革幅度最大者，即是引進英美法制上的「交互詰問」制度，並將我國刑事訴訟的審判程序，調整為「修正式的當事人進行主義」。在「交互詰問」的訴訟制度下，檢察官擔負實質舉證責任並到庭舉證、參與辯論，做為對造的被告及其律師，則擁有對證人、證物的反對詰問權。民眾的期待是，藉由這個制度，可以使我國的法庭活動變得像美國法庭戲劇或影集「洛城法網」一樣，透過檢察官和律師的激烈辯論，來找出事實的真相。然而為了彌補被告法律知識的困窘，以及避免與檢察官在訴訟能力上的落差，我們也引進了「法律扶助制度」，由國家為被告請律師，協助被告打官司。然而，法律知識上的落差有可能藉由法律扶助制度而彌補，但是被告如果有語言上的隔閡與差異，卻因為目前存在著聊備一格，未能確實發揮翻譯效果的通譯制度，讓人誤以為我國司法實務上不存在著語言差異而使被告邊緣化或客體化的問題。

近年來，一連串沸沸揚揚的社會事件，又再度催促著我國刑事司法進行另一波的改革。六歲女童遭受性侵害案件，法官的審判程序與量刑裁量爭議，在民國 99 年下半年引發著名的「白玫瑰運動」。社會大眾藉此力量控訴著性侵害刑法條文的不當，控訴著法官與社會人民情感脫節，因此司法院再度宣示了新一波的司法改革，包括觀審制度與法官法的推動。

然而，我國的社會大眾對司法改革的關心，卻很少放在少數組群如外來移民或原住民族之上，因此司法改革的觸角，也甚少針對少數組群的司法人權進行改革。通譯問題在司法改革的議題上，是如此的微不足道，因為弱勢語言使用者沒有發聲的管道與機會，我們往往就假裝問題不存在，所以也就不需要改革。如果將心比心的話，一個臺灣人在外國身陷刑事司法案件中，所需要的扶助，除了法律上的專業知識者如律師外，更迫切的是需要一名中文翻譯，以協助自己瞭解自己究竟陷入了什麼困境。然而，在台灣，法庭語言長期獨尊國語與閩南語，對於弱勢語言使用者來說，法律扶助之外，更需要的是語言上的扶助。因此本文有以下幾點建議：

一、 法院應盡可能招聘固定的弱勢語言通譯（除了原住民語，其他新住民日益增加的族群如越南語，泰語，印尼語也有其必要）。此外，政府也

應積極培養弱勢語言族群的法律通譯人才，以因應實際需求。

二、 某些制式的法庭訴訟文書如傳票、拘票，應以弱勢族群的語言加以翻譯，以免這些人因不會閱讀中文傳票，動輒被當成逃亡或隱匿而通緝。此外，就原住民族語言來看，行政院原住民族委員會及教育部自民國94年起，已公布原住民族語書寫系統，各類公文書均有翻譯成原住民族語言的可行性，傳票等司法文書，也可能翻譯成原住民語。

三、 擴大目前法律扶助的功能，對於弱勢語言組群者，除了由政府出錢提供訴訟律師之外，也應出錢為其聘請通譯或翻譯。這些翻譯者除了協助擔任口語翻譯外，也應協助其閱讀諸如傳票、拘票、起訴書，鑑定書，判決書等訴訟文書，以真正落實被告所享有的公平審判權。

過去五年來，本人持續地研究我國原住民犯罪的各種問題，通譯問題本來並非本人研究的重點與重心。但是在與原住民社群多次的接觸中，發現許多原住民雖然生長在台灣一輩子，但仍然不見得通曉國語，尤其是世居於原住民部落之人。此外，原住民的族語與國語的語法也不盡相同，例如原住民語有許多倒裝句，所以在與漢人溝通上，有時會因無法精確地表達國語而吃虧或被誤解，比如說以國語祝候選人「高票當選」，用原住民族語法，則會說成「當選高票」。除了原住民通譯問題外，類似的司法語言不通或語言障礙問題，也存在於外國人或外來移民的被告上。因此，在外來移民或新住民人數有增無減的情形下，司法通譯的問題未來只會更多，不會減少。通譯制度的改善，其實並不需要耗費太大的行政資源與成本，但要達到改革的目的，首先必須願意看到問題與正視問題。本文僅是拋磚引玉之作，希望未來有其他研究者或司法改革者可以就此通譯問題進行更多的研究與與提出建言。

聲聲慢－台灣女性主義犯罪學之冷清

國立台北大學犯罪學研究所教授 周愫嫻

目　次

壹、本文緣起與目的
貳、美國女性主義發展的三階段
參、台灣女性主義發展的三階段
肆、女性主義犯罪學的流派及其研究課題
伍、女性主義犯罪學研究的觀點與發展
陸、結論：台灣女性主義犯罪學的冷清與緩慢

摘　要

台灣其他領域的女性主義論述約略興起於 1970 年代中期，到現在不過短短三十年，但是其理論引介之進程與政策上的影響與成就令人印象深刻。反觀在犯罪學與刑事司法的理論與研究中，女性主義犯罪學卻是寥寥可數。女性主義犯罪學，絕對不等同於文獻上汗牛充棟的「性別與犯罪」、「女性犯罪人」、「少女 XX 偏差或犯罪行為」等研究主題，因為觀察這一類論文，我們看到的不外是「生理差異」、「心理差異」、「自我控制論」、「標籤論」、「社會鍵理論」、「學習理論」、「社會化差異」等觀點對女性犯罪的詮釋，少見真正女性主義的核心論述與挑戰。如果說，台灣的犯罪學理論與研究也有性別之分的話，無疑是一個「男性的犯罪學」、「單一性別的犯罪學」。本文主要目的想藉由扼要回顧美國、台灣女性主義犯罪學的發展過程，來彰顯台灣犯罪學領域相關觀點與文獻之冷清局面處，希望引發更多犯罪學研究投入此項工程，讓犯罪學世界中，可以在燈火闌珊處，眾裡尋到「她」。

關鍵字：女性主義、犯罪學、刑事司法研究

壹、本文緣起與目的

台灣其他領域的女性主義論述約略興起於 1970 年代中期，到現在不過短短三十年，但是其理論引介之進程與政策上的影響與成就令人印象深刻。反觀在犯罪學與刑事司法的理論與研究中，女性主義犯罪學理論的介紹卻是寥寥可數，遑論臺灣本地的實證研究。女性主義犯罪學，絕對不等同於文獻上可以找到無數類似「性別與犯罪」、「女性犯罪人」、「少女 XX 偏差或犯罪行為」等研究主題，這些主題讓很多讀者誤以台灣有許多女性主義犯罪學的研究，但卻是嚴重誤導。因為觀察這一類論文，我們看到的不外是「生理差異」、「心理差異」、「自我控制論」、「標籤論」、「社會鍵理論」、「學習理論」、「社會化過程」、「社會適應」等等觀點對女性犯罪的詮釋（鄭瑞隆，1997；蔡德輝、楊士隆，2000；陳玉書，2000；張淑中，2002；蘇益志，2004；林秀美、陳佳輝，2004；林莉婷，2005；馬傳鎮，1997），少見真正女性主義的核心論述與挑戰（李佳汶，1997；黃富源，2005）。如果說，台灣的犯罪學理論與研究也有性別之分的話，無疑是一個「男性的犯罪學」、「單一性別的犯罪學」。作者認為之所以造成這種單一性別犯罪學論述的現象，其中原因之一，是缺乏更多當代女性主義犯罪學理論與研究的中文文獻，在多數犯罪學的教科書中，不是未放置這個觀點，就是簡要介紹、輕輕帶過，且缺乏實證研究，或者是停留在很早期對於女性犯罪人論述的觀點中，未隨著全球女性主義犯罪學研究的步調更新。因此，本文主要目的想藉由扼要回顧美國、台灣女性主義犯罪學的發展過程，來彰顯台灣犯罪學領域相關觀點與文獻不足之處，希望引發更多犯罪學研究投入此項工程中，繼續努力。南宋詩人李清照說得好：「尋尋覓覓，冷冷清清，悽悽慘慘戚戚。乍暖還寒時候，最難將息。」在男性犯罪學世界裡，台灣女性主義犯罪學的「聲聲慢」，叫人如何將息？

貳、美國女性主義發展的三階段

一、1848-1920 年「女性反剝削運動期」

美國女性主義運動第一波起源於 1848 年 7 月 19 日在紐約州 Seneca Falls 第一次召開的女性權利研討會，這個會議的重要性，在於會後通過了第一部專屬於女性的「女性宣言」(Declarations of Sentiments and Resolutions)，象徵了女性開始爭取平等權利時代的來臨，這份宣言，被形容為「女性權利的第一道曙光」，因為女性公民權、立法權被剝奪的議題被隱藏了幾百年，未見過天日，到了這一

天，終於露出第一道令人期待的曙光。

「女性宣言」分為兩部分，由 Stantan, Anthony, Cage and Harper 等人起草，第一部份說明女性在歷史上受到的不平等待遇，第二部分則提出具體的解決主張（resolutions）。宣言開宗明義提出人類歷史就是一部男性不停殘暴傷害女性的歷史，首先剝奪女性公民權、立法權，一旦結婚，也剝奪其在婚姻上的權利，女性一旦結婚，在法律上的權利形同死者，最後，還剝奪了女性的就業權、受教權。宣言舉出了十餘項證據來說明這個驚天動地的控訴（Kelly, 2005）。

- 男性不允許女性有投票權。
- 男性要求女性遵守男性立下的法律，卻沒有給予女性參與立法的權利。
- 男性寧願將權利給予一群沒知識的男性，也不願意賦予女性相同的權利。
- 男性剝奪了已婚女性的公民權。
- 男性剝奪了女性的財產權，甚至擁有女性的薪資。
- 男性將女性視為無行為責任能力者，一旦女性犯罪，只要丈夫願意出面，妻子保證聽從丈夫指導，女性均可免除刑罰。法律合法的讓丈夫擁有妻子的自由權與指揮權。
- 如果離婚，子女監護權屬於丈夫，完全不採女性的意見，將所有的權利交給了男性。
- 女性若未婚擁有財產，需要課稅來補貼政府支出。
- 男性剝奪了女性就業權，譬如女性從不存在於神學、醫學、法學領域裡。因為男性不允許女性進入這些行業。
- 男性剝奪了女性上大學的權利。
- 女性可以上教堂，但不得成為神職人員或參與教會行政。
- 男性對女性有道德上的雙重標準，社會極端排斥女性犯罪人，但對同樣犯罪的男性，則百般容忍。
- 男性將上帝據為己有，自認代表上帝來監督女性的良知。
- 男性窮盡各種方法摧毀女性自信心，極盡能事地降低女性獨立生活的能力。

從當代的眼光來看，前述男性對待女性的歷史，不忍卒睹。經過約七十年的努力，女性團體終於在 1920 年促使美國國會通過憲法第十九條修正案，正式賦予了女性投票的權利。但這也讓女性運動暫時失去戰場，稍微停歇了四十年。

二、1960-1980 年「女性解放運動期」

美國第二波女性運動始自二次大戰後，自 1960 年代至 1980 年代末，約二十

年，又被稱為「婦女解放運動」期。這個時期女性主義者關注點是要求女性在社會權、政治權、經濟權上獲得更大的平等地位，並且主張解放社會對婦女角色的看法，同時，也要求社會正確的看待女性，特別是女性在生養子女的角色上的歧視問題。

美國女性主義犯罪學大約也起源於此一時期。在女性解放運動下，犯罪學者注意到性別與犯罪問題（Chesney-Lind, 2006），開始加入女性主義的觀點與研究。

三、第三波：1980 年代末至今「新女性運動」

經過第一波與第二波的努力，女性主義者對於自己信心更強，得到社會支持也更多，因此，相關的論述開始從緩和的「平權」之戰，轉而大膽的挑戰「男性、父權」社會。自 1980 年代末，女性運動主要訴求就在於批判父權、男性霸權的社會，進而期待改變這樣的社會與制度。第三波新女性運動，可說更讓許多男性如坐針氈。

叁、台灣女性主義發展的三階段

比起美國的女性主義一百六十多年的發展，台灣的女性主義僅三十多年的歷史。這一段歷史雖然短，但也分為三個時期，每個時期女性主義者均提出很多議題，都被壓縮在很多的時間內論述與實踐。學者王雅各認為台灣的女性主義運動史始自 1970 年代初期（1999），以呂秀蓮女士之「新女性主義」一書為代表（1977），爾後即有許多女性組成各種團體，提出議題，改變政策，甚至有街頭的小型運動。

一、1970-1987 年代，「女性主義啟蒙期」

七零年代參與女性主義者非常少，因為台灣文化是典型的父權與男性特色，少有女性敢於進入公共領域之論戰。呂秀蓮 1977 年出版的「新女性主義」一書首先揭開了台灣社會對於美國與歐洲女性主義的認識。1982 年李元貞等人創立了「婦女新知雜誌社」，是女性主義在民間開花結果的實際結果，雜誌社成立時，是當時唯一的婦女運動民間機構。當時台灣仍處於戒嚴時期，因此，不論是書籍或雜誌社論文對所有婦女相關的議題都扮演了喚醒、教育女性觀念及意識上的角色。但是所有的努力也僅限於論述層次，沒有行動與實踐。

二、1987-1990 年代，「女性主義運動團結期」

1987 年台灣解嚴後，社會上出現更多多元的婦女團體，分別針對不同主題或專以婦運為主旨，讓社會聽見她們的聲音。這個時期，婦女團體的策略有兩條主要路線，一者是從事傳統服務和救助工作，這也是化解社會上很多人與男性誤解、反對、排斥女性主義的手段之一；但是在另一方面，這些團體也積極的參與政治，藉著推動立法、修法、監督政府政策，來實踐各種主張。她們在議題與實踐的工作上，大約循著「救援雛妓、爭取男女平等工作權、提倡兩性平等教育、主張政治改革、建立家庭內平權關係」等進行。

這段時間的女性運動有著非常豐富的具體成果，但更重要的是使社會意識到長久以來對女性的壓制與不合理的期待，並且刺激了政府部門，必須給予女性運動一些回應。

三、1990 年代至今，女性主義路線百花爭鳴

1994 年「女人連線」發起反性騷擾大遊行，這次街頭遊行，她們沒有運用政治或其他社運團體，純粹以女性身體自主權，以及女性情慾為訴求，跨進了台灣女性主義的另一階段，也就是將性騷擾、性侵害、性慾、女同性戀、身體權等過去被視為個人的、隱私的、禁忌的議題推入公共政治、社會問題之論述。這些議題傳統上均是醫師、律師、教育人員的「中性」專業領域，成為政治或社會論述的正當性有限，民眾願意提出討論的容忍度也有限，但是台灣女性主義在很短的時間內，快速的引起主流媒體的注意，進行了廣泛辯論，雖然從表面上看，這些議題屬於個人、內省的行為，但是這種文化底蘊下的社會真實，面臨的尷尬、矛盾、衝突更大，也因此，女性主義者之間也有了路線之爭，彼此對相同的議題有著不同的主張與論述，形成百花爭鳴局面。

肆、女性主義犯罪學的流派及其研究課題

多數女性主義犯罪學家會大力批判主流犯罪學不但缺乏對女性犯罪人的關心，且會扭曲對其看法，甚至形成刻板印象。但是相關的批判在其他犯罪學理論（如衝突理論、標籤理論）也很常見，因此，對於犯罪學女性議題關心不足的批判並非女性主義獨特的看法。

以女性主義犯罪學而言，包含了好幾個流派，主要有：自由主義女性主義犯罪學、激進主義女性主義犯罪學、馬克斯主義女性主義犯罪學、社會主義女性主義犯罪學，以及如精神分析女性主義犯罪學、後現代女性主義犯罪學、環境主義女性主義犯罪學等。

自由主義女性主義起源最早，她們的主張是社會結構應該重視女性議題、提

升女性權利、增加女性各種公共領域之機會、並且致力於改變女性在社會上的角色。自由主義女性主義犯罪學者重視女性在刑事司法制度裡是否受到公平的對待，前述有關監獄內職業訓練課程的兩性差異，就會是自由主義女性主義犯罪學批判的對象。但是自由主義女性主義「性別平等」的主張若落實，可能導致女性被當成男性來對待，或者男性被當成女性來對待。換言之，在她們的眼中，真正的兩性平等是落實消弭生物上的性別與社會上的性別差異對待。我國刑法妨害性自主罪章將男性納入性侵害被害人之內的作法，也應該是自由主義女性主義犯罪學者主張的實例之一。

激進主義女性主義犯罪學則關注為何在歷史上女性一直屈居順從於男性的角色與附屬的地位，且集思如何改變女性的這種處境。這一派的學者特別重視研究毆妻、性侵害、兒童性虐待、性騷擾等議題，她們認為很多女性犯罪人其實都成長在一個男性、暴力管教的家庭環境中，曾是性虐待、性侵害、精神虐待被害人的比例很高。

馬克斯主義女性主義特別重視資本主義經濟結構下的父權或男性特權，譬如這一派的學者會主張女性犯罪人通常會因財產犯罪與性犯罪受到嚴重的刑罰，表面上看起來可能與男性財產犯有相同的犯罪原因，但是究其底蘊，只因為這些犯行深深的威脅到男性的財產主宰權以及對女性身體的控制權，因此男性的反撲與懲罰，將會更加嚴厲。馬克斯主義女性主義也認為女性從事性工作，必須從經濟脈絡去分析，性工作是所有當代社會婦女工作中，所得最高的行業，因此她們多半基於經濟與工作理由，甚少與性慾或性衝動有關。

社會主義女性主義犯罪學者則主張女性在「情慾」、「撫養子女」、「照護家人」、「家務」上等「私領域」上的權利應該平等，只有這些讓女性每天精疲力竭的工作獲得平等對待，她們才有餘力去討論實踐自我的問題。舉例而言，台灣傳統大家庭式微，轉為核心家庭，某種程度協助減輕了女性大家庭的親戚往來或照護老人的負擔，但是女性的負擔又因雙薪家庭超過單薪家庭的趨勢，重新推回原點，且更多的戶外活動，增加了女性被害機會，家庭暴力也因核心家庭生活形態更為隱密。

後現代女性主義犯罪學希望解構男性為主的思維、論述，也希望打破這些思維與論述造成女性之間姊妹分離的結果，她們主張重視「陰性書寫」，以女性的思維與語彙，重新反省犯罪學論文，具體的主張是從書寫女性經驗、身體經驗開始，不必在乎有結論，超越期待，盡情宣洩感覺（顧燕翎主編，2000）。其中比較具體的是對當代媒體營造犯罪問題的文字與報導進行批判。舉例而言，嚴厲的刑事政策理應跟隨高漲的犯罪率而來，但有時犯罪率下降了，刑事政策並沒有放鬆的態勢，其中很大一部份原因是「犯罪報導犯罪潮」從來都不是跟隨真正的犯

罪潮而變化的。此外，”War on Crime”, “War on Drugs”,「向犯罪宣戰」、「向毒品宣戰」、「打擊犯罪」、「嚴抓嚴打」、「打擊、殲滅、掃蕩」等一類中外相似的治安口號中，不也是充滿了殺辱、暴力、征服的「陽性書寫」意味嗎？作者很難想像犯罪問題如何能夠等同於戰爭，更難同意一個國家需要對犯罪人發動撲天蓋地的「戰爭」，或以「作戰的方式」來解決犯罪問題。

不管是哪一個流派的女性主義犯罪學家，幾乎都會處理「性別與犯罪」這一類的研究題材，尤其特別重視研究犯罪率上顯著的性別差異以及成因。也有的女性主義犯罪學者，選擇了反省與批判傳統犯罪學理論是否同樣適用於解釋女性犯罪人的問題，她們的研究問題就是「男性的犯罪學理論」可以應用在女性犯罪人身上嗎？

所謂「男性的犯罪學理論」，其基本原則可形容為「線性、理性、快速、確定、客觀」的邏輯基礎與研究結論；但女性主義犯罪學者認為這些理論缺乏「緩慢、直觀、循環、反覆、實驗」的特質。另一方面，女性主義犯罪學研究比較不重視巨型理論論述或使用統計方法，也因此，若有人要批判或評價女性主義犯罪學研究，基本上不能使用目前傳統的評估或評鑑方法為之。

伍、女性主義犯罪學研究的觀點與發展

一、早期性別與犯罪論述缺乏說服力

作者認為最缺乏說服性的早期論述女性與犯罪之關係者，首推「月經說」。此說將女性犯罪歸因為經前緊張症候造成焦慮不安、情緒不穩定、興奮、疲勞，以致產生偏差與犯罪行為（蔡德輝、楊士隆，2003）。類似的論調，還可以 1950 年 Polloak 發表的「女性犯罪」（the Criminality of the Women）一書中找到，他將女性犯罪人描述為狡猾、愛說謊欺騙、報復心重、無情者，常百般找尋理由掩飾其犯行。他又指出女性犯罪人喜歡從事女僕、護士、老師、家管等工作，這樣她們就可以在別人不察之下進行犯罪行為，他還認為女性犯罪人常有如竊盜癖、色情狂等精神失常問題。1923 年 Thomas 發表「脫軌的少女」（the Unadjusted Girl）一書也一樣，書中宣稱女性犯罪人追求刺激、過度好奇，具有過高的性衝動與性慾望，無處發洩，又受到社會一夫一妻制的限制，即從犯罪中解放自己的慾望。另一說是「智能說」，認為女性智力較男性低，故智慮欠周，無法明辨是非，無法與他人競爭，低承受責難恥笑力，以致於轉化為偏差與犯罪行為（蔡德輝、楊士隆，2003）。

毫無疑問的，兩性智力、愛說謊、狡猾、性慾過強等生理心理差異的基礎，

尚需要更多科學證據之支持（或根本沒有科學依據？）；其次，女性獨有之月經生理差異如何轉化為偏差或犯罪行為，無法舉出更多符合邏輯之推論，目前醫學界已經研發出藥物可以暫停女性月經週期，如此一來，女性是否從此不再犯罪？或轉化為任何時候均可能犯罪？這種推論就如同指責男性因為擁有陽具，必然成為性侵害犯罪人一樣的蒼白無力。第三，兩說舉出的單一因素，若經過其他多元因素加入後，立刻顯得薄弱無據，經不起實證證據考驗。

再看犯罪學之父龍布羅梭在 1903 年發表「女性犯罪人」（the Female Offender）一書如何論述女性犯罪人。書中龍布羅梭指出女性犯罪人通常長得「矮、黑髮、具有男性性徵」，這些生理特徵接近男性，因此這些女性犯罪率也接近男性，天生注定她們將會成為犯罪人（Lombroso and William, 1898）。龍布羅梭認為女性犯罪人比許多男性還要強壯、且痛苦忍受力高，入監受刑對她們並無太大影響。作為犯罪學者，我們如何評價這種解釋？此說背後的思維是女性犯罪人不具備一般女性應有的生理特徵，是「退化的女性」，也就是說「女性犯罪人」等同於「男性」。女性主義者似乎應該慶祝在龍布羅梭眼裡，女性是比男性更進化的人類？不然，羅布羅梭認為女性犯罪人之生理演化比男性更低劣，換言之，在兩性的天平上，女性犯罪人比男性犯罪人的退化更為嚴重，也更接近低劣的原始動物。女性主義犯罪學者顯然微笑得過早。

著名的精神分析學者佛洛依德認為所有的女性均經歷過「陽具崇拜」或「陽具嫉妒」（Penis Envy）的痛苦（蔡德輝、楊士隆，2003），具有不如男性的自卑感，因此缺乏動機，無法形成強烈的自我，耽溺於私情與一己好惡，缺乏正義感與社會關懷之心，本質就是非理性的，只關心瑣事，因此從未被歷史賦予重任，成為改變人類文明的推手。而女性犯罪基本上都是因為陽具崇拜造成的，她們常需藉著不斷展示自己、打扮自己或自戀來補償自己不如男性的自卑情結。表面上看起來，佛洛依德理論好像能夠「幫助我們瞭解人類文明男尊女卑文化的心靈起源與運作過程」（顧燕翎主編，2000），但實際上，佛洛依德還是展現了一位擁有陽具之男性白人知識分子之優越感。台灣有些研究將從事援助性交易少女歸因為「缺愛症候群」，即為一例（鄭瑞隆、唐秀麗，2003）。作者認為少女無知，把愛投向她們所認定的智者，也就是「理性強壯的家長或男性」，男性將女性的「愛」拿來分析，卻不談及男性犯罪人是否同樣擁有「缺愛症候群」的問題。套用拉岡（Lacan）的解釋來說明，挑動男性的，其實是自己的慾望動機，男性不過拿女性為中介，用以投射自己的慾望（劉毓秀，1997）。男人一方面愛女人，一方面又要神靈化、幻想化自己與女人一樣的慾望，豈非諷刺之致？

二、「騎士精神、父權思想與家長制」為主軸的當代女性主義犯罪研究

1975 年美國兩位犯罪學者出版了兩本書，一位是 Freda Adler 的「犯罪姊妹花」(Sisters in Crime)，以及 Rita Simon 的「女人與犯罪」(the Contemporary Woman and Crime)，影響頗深，兩書均提及刑事司法體系如何差別的對待不同性別的犯罪人、被害人。綜合包括兩書以及其他相關文獻的脈絡，本文認為當代女性主義研究刑事司法制度如何差別地的對待不同性別的犯罪人，主要可分為三種主流假說或理論：「騎士精神/英雄救美」、「父權思想/男性氣概」與「家長制/馴化管教」。

1.「騎士精神/英雄救美」假說

有關刑事司法體系具有「騎士精神」或「英雄救美」精神，對待女性比較寬容仁慈的假說，雖然部分實證證據，但也有爭議（Crew, 1991）。有時證據顯示刑事司法體系的確對待女性比較寬容，但有時可能更嚴厲。刑事司法制度對待女性比男性更寬容，但是這可能導因於女性觸犯犯行本來就比較輕微所致，但另一方面，女性主義犯罪學者認為因為刑事司法制度具有西方中古時代男性之「騎士精神」，中國文化的「英雄救美」，將女性視為腳下的崇拜者，因此自我期許必須負起保護女性的責任，女性犯罪人到了以男性為主的刑事司法制度殿堂，若展現的是「柔弱」、「不理性」、「情緒化」、「知錯能改」的女性特徵，則會被更寬容的對待，受到的刑罰較輕。學者周愫嫻的研究發現，少年保護事件中，少年法庭法官給予男性的懲罰的確比女性更嚴厲，同樣地，少年觀護人也會建議法官給予男性更嚴厲的懲罰（2004）。但是一旦女性犯罪人具有「不淑女」、「壞妻子」、「壞女人」、「壞母親」的特性，刑事司法體系隨之而來的懲罰將會更為嚴厲（Erez, 1992），因為這些女性不符合社會對女性的角色期待，也就不是「騎士」或「英雄」要拯救的「淑女」或「美人」。

2.「父權思想/男性氣概」假說

「父權宰制/男性氣概」相關假說，通常會從女性角度批判以男性為主的職場所營造出來的「強暴文化」(rape culture)，以及「男子氣概文化」(masculinity culture)，以致創造了更多的女性被害人。過去犯罪學進行的犯罪被害調查與研究中，也發現最常傷害女性的，通常不是躲在灌木叢內的陌生人，而是與女性最親密的家人或朋友。

爾來，台灣發生之政政治人物與公務人員出入「辣妹招待所」喝花酒事件，部分男性政治人物聲稱不喝酒，不能談事情；喝酒沒有女人作陪，也不能成事。這一類的官場、商場、職場文化，就是整個社會營造「強暴文化」最好的例子，

學者黃淑玲曾經研究台灣男性喝花酒文化，就曾經說明過在花酒中，女性是男性結盟時的禮物，也是資本累積的工具，並可以藉此場合展現「男性氣概」(黃淑玲，2003)。至於「男子氣概文化」成功的教育了男性「不能對女性太友善」、「不能失敗，失敗了也不能承認，不能軟弱、不能有同情心、不能輕易表達感情」等想法，使得很多男性刻意挑選了適合他們性別角色的犯罪類型或表現，另一位學者許華孚對於男子監獄受刑人比較性經驗、性器官、入珠的研究(許華孚，2005)，充分說明了監獄受刑人與管理工作人員如何「默會」到男性氣概的氛圍中。另一個例子展現在何春蕤 1994 年出版的「豪爽女人」一書中，她提出「賺賠理論」，認為自古以來，不管男性或女性，只要男性摸了女性、上了床、看見女性的裸體、自己的裸體被女性看見，都是男性「賺到」，但女性被摸了、上了床、看見男性的裸體、或自己的裸體被男性看到，都是女性「賠」。也就是說在父權男性中心的文化中，女性的貞操與身體是永遠沒有贏面的。

女性主義犯罪學者也以父權思想為觀點，批評刑事司法教育隱然成為傳遞男性思維，並將女性邊緣化的場域，在這個以男性為從業人員的世界裡，女性不斷被提醒，作為女性，她們適合的研究議題為「兒童受虐」、「性犯罪」、「家庭暴力」、「性騷擾」等，她們適合處理的實務問題為「交通事件」、「兒少事件」、「家庭事件」、「性犯罪事件」。此外，在女性受刑人的監獄教化方面，也充滿了父權思想。美國密西根州 1979 年的經典案例 Clover vs. Johnson 就顯示了密西根州內男性監獄的職業訓練課程有 22 種，女子監獄卻只有 3 種，也因此女性受刑人對州政府提出性別歧視的控告。台灣的監所也是如此，不但男子監獄與女子監獄職業或工作訓練課程數量懸殊，連訓練內容（女的插花、美髮，男的車床、修車）也是複製了父權社會的性別刻板印象。

3.「家長制/馴化管教」假說

至於「家長制/馴化管教」假說，則是將刑事司法制度看得更為邪惡，認為女性只被視為喜歡挑戰權威的「兒童」或精神失常者。1992 年 Chesney-Lind and Sheldon 的論文發現刑事司法制度面對這樣的女性，不能只是寬容，還應該介入給予「治療、管教與馴服」，去其「野性」，給予適當的「社會化」。因此，從司法逃脫出來的女性，終究免不了還要走進刑事司法制度「善意」安排下的「安置輔導機構」或「醫療治療」，給予進一步的馴化過程。Chesney-Lind 早一點的研究也發現從事性行為少年中，女性有 74%被逮捕的機率，男性有 27%；被逮捕後法院要求少女接受體檢的機率是 70%，男性是 15%，且少女更容易被送入矯治或安置機構「輔導」，監禁時間也較男性為長(1988)。在當代，臺灣有一個「鄧如雯殺夫案」(李佳汶，2005)，美國 2002 年也有一位葉慈小姐殺害五名子女案

（West and Lichtenstein, 2006），她們的案例都顯示只有「受虐婦女症候群」或「精神失常」的標籤，才能交換、救贖其殺夫殺子的「殺人」行為，也才能使其逃離刑事司法制度的制裁。

陸、結論：台灣女性主義犯罪學的冷清與緩慢

性別差異影響犯罪與刑事司法結果的各種論述，很少可從統計數據上獲得驗證，但這並不代表其立論毫無意義。因為這些論述，讓我們注意到包括性別在內的「法律外因素」（extra-legal factors）（亦即法律規範外，但也會影響刑事司法制度結果的因素）如何影響到刑事司法的結果；同時，也提醒我們瞭解非正式社會控制如何與正式社會控制混在一起影響刑事司法制度，其中性別就是一個最好的檢驗證據。

一方面，女性主義犯罪學想要架構一個理論或模型，尚言之過早，其中一個主要問題是她們的論文較少在期刊上發表，因此被引用機率低。沒有大量引用與辯證的過程，想要演化出更多、更精彩的理論或模型，困難度頗大。另一方面，性別在刑罰上的差異，也有各種不同的看法。自由主義女性主義犯罪學者比較期待刑事司法體系能平等的對待女性（一樣的寬容？還是一樣的嚴厲？），但並非所有的女性主義犯罪學者都同意這種看法。同樣地，成年女性之娼妓行為，究竟代表了女性的解放自主？還是受到男性之剝削侵害？女性主義學者對類似議題及其衍生的政策，似乎也還沒有共識（黃淑玲，1995；李美枝，1997）。

另一項值得注意的缺失是臺灣的女性主義者似乎缺乏對女性中產階級、漢人、西方、知識分子之主流提出批判。這目前女性主義提出之眾多議題與觀點中，我們總是聽見中產階級、西方、漢人、殖民強權國家的聲音，對於那些一生無法閱讀、困苦、女外勞、原住民女性、無法享受跟先進國家女性一樣待遇的其他女性以及她們的議題，我們一無所知，一片空白。當那些女律師、女學者、女醫生、女官員、女作家、女記者、女大學生、女權者在研討會上、媒體前面慷慨激昂、中英語夾雜的陳述女性主義觀點或自詡為「女性代言人」時，被她們所論述的主體，幾個人能夠出聲贊成或反對？女性主義者與穿梭在工地裡的女工、二十四小時住在護理之家的大陸籍看護、科技園區的外國女作業員、精神失常女病人之間一層層的鴻溝，尚待女性主義者放下身段，努力跨越。

此外，作者認為女性主義者或女性主義犯罪學者在論述議題時，使用的文字或語言也頗有爭議。不符合理性與邏輯的語言或可忍受，但空洞華麗的詞藻、拗口難懂的英文語法，難有實質意義，因其不但無法溝通，更無從辯論。玩弄語言、平行輸入文字、進口術語的結果，終究淪為自戀、喃喃自語的書寫。更重要的，

這些華麗的學術語言與舶來品的用語，異化了其論述主體 --「女性」，使被論述者成為「客體」，無從理解或表達自己的存在。換言之，妳談論的是「我」，「我」卻不瞭解妳談論的內容，仍然是西蒙波娃筆下那個「他者」，只不過凝視「我」的，從「男性」換成了「中產階級知識份子的女性主義者」而已。

2006 年第一本以「女性主義犯罪學」（Feminist Criminology）為名的期刊，終於在美國著名出版社 Sage 公司的支持下出版。在男性犯罪學的世界裡，眾裡尋「她」，原想在燈火闌珊處找到答案，可惜驀然回首，結果還是「尋尋覓覓，冷冷清清」。再看目前臺灣女性主義犯罪學與刑事司法研究，仍然停留在論述、引用西方女性主義理論，缺乏實證研究與討論社群的局面。其冷清與緩慢，真是令人再難將息！

最後，本文嘗試性的提出四個台灣未來犯罪學需要的女性主義研究取徑：

一、研究目的在於考掘

本文認為犯罪學與刑事司法女性主義研究的終極目的，不應該著重在提出兩性政策或理想的性別主張，而在於考掘現象，建立論述，因此不論研究結果如何，研究人員無需過渡衍生，或建議「適當」的兩性角色與政策。

二、研究方法先紮根

採用紮根理論的取向，先採集實證資料，研究本地的現象，再去形成或引介國外理論，不應該用國外的理論來指導、框架本地的現象，尤其應該擺脫語意不清的語言書寫模式。

三、研究主體的全面性

研究犯罪與刑事司法問題時，必須涵蓋犯罪人、被害人、執法者（包含審判者）三者之間的性別互動，及其與刑事司法結果之間的關係，至少能夠先解答騎士精神、父權思想與家長制與如何在刑事司法體系內顯性或隱性的運作。

四、展現脈絡的全景

本文也建議目前台灣的女性主義犯罪學觀點，可以展開模塑政治、社會、文化、知識四者對性、兩性議題的影響；然後進一步分析這些社會脈絡如何改變/未改變女性犯罪行為與被害行為模式。譬如：前述 Freda Adle，以及 Rita Simon 兩作者預測當代女性主義抬頭，不論是教育、就業、政治參與等議題對對兩性相對過去友善，也因此造成了女性就業機會增加，進一步使女人有了與男人一樣的犯罪機會。Simon 也預測男性與女性在刑事司法體系上受到的待遇將會愈來愈平

等。但性別解放造成女性犯罪增加的預測對嗎？以台灣為例，根據警政署刑事局出版的台閩刑案統計，1998 年女性犯罪人有 26,822 人，到了 2005 年增加為 34,139 人，八年來數量的確成長了 27%（內政部警政署刑事局，2006）。但另一方面，比起男性，女性通常不會從事「龐大不法利益」的犯行（如網路犯罪、跨國犯罪、內線交易、或其他白領犯罪等），她們所從事的犯罪類型其實跟她們十九世紀祖母級差不多（如偷竊如化妝品等小物品、詐欺、性犯罪等），換言之，女性也沒有跟著時代變化而改變犯罪型態，也沒有跟著她們就業機會增加、教育提升而改變犯罪型態。Adler 與 Simon 的預測部分為真，就是女性因就業率增加，犯罪率也增加，但是犯罪類型上卻還沒有看見「兩性平等」的分佈趨勢出現。在犯罪問題上，仍然是性別刻板印象的再製，女性真正解放角色的時代還沒有來臨。諸如此類的理論（或假說）與實證上的吻合度，還需要更多全景式的分析。

五、提出研究者社會位置與研究結論之關係

除了前述四項建議外，女性主義犯罪學尚需可在研究中，提出、反省研究者與被研究對象之性別、階級、族群之間投射、同情、代言、對立、異化、疏離等之權力關係。譬如：在犯罪與刑事司法研究的世界中，階級幾乎與性別同等重要，兩者之間的關係特別容易顯示在研究者與被研究者的相對位置上，如果研究者是中產階級男性或女性，被研究者（尤其是在監獄的女受刑人）是下層階級女性，身份、階級、性別等之差異很自然地會融入詮釋被研究者的處境與脈絡中，產生不同的結論；另一方面目前台灣近四十萬的新移民人口，將會展現另一個族群與階級在研究者與被研究者之間豎立的權力關係，因此，未來研究課題，可以將階級、族群加入性別變項，一起考掘研究者與被研究者之間作用力。

參考書目

中文資料

內政部警政署刑事局，2006，《台閩刑案統計》。台北：警政署。

王雅各，1999，《臺灣婦女解放運動史》。台北：巨流。

李佳汶，1997，〈淺論女性主義犯罪學〉。《犯罪學期刊》3：191-208。

— 2005，〈女性犯罪責任的敘事建構--以鄧如雯殺夫案為例〉，《台大法學論叢》34（6）：1-56。

李美枝，1997，〈女性犯罪的形態與社會心理歷程：以臺灣第一所女子監獄受刑人為例〉。《中央研究院民族學研究所集刊》86：73-120。

呂秀蓮，1977，《新女性主義》。台北：拓荒者。

何春蕤，1994，《豪爽女人》。台北：皇冠。

林秀美、陳桂輝，2004，〈女性殺人犯罪之研究〉。《警學叢刊》157：227-248。

林莉婷，2005，〈女性白領犯罪之研究〉。《犯罪與刑事司法研究》4：119-166。

周愫嫻，2004，《少年犯罪》。台北：五南。

馬傳鎮，1997，〈女性少年犯罪相關因素及其防制對策之研究〉。《初等教育學刊》6：197-249。

陳玉書，2000，〈女性犯罪之現況與研究發展〉。《中央警察大學學報》36：255-275。

張淑中，2002，〈女性犯罪問題之研究〉，《法令月刊》53（3）：14-24。

許華孚，2005，〈The patterns of masculinity in prison: A case study in one Taiwanese prison〉，《Critical Criminology》13(1): 1-16。

黃淑玲，1995，〈台灣特種行業婦女：受害者？行動者？偏差者？〉。《台灣社會研究季刊》22：103-152。

— 2003，〈男子性與喝花酒文化〉。《台灣社會學》5：72-132。

黃富源，2005，〈女性主義在犯罪學與被害學的影響〉。《哲學與文化月刊》370：21-79。

劉毓秀，1997，〈文明的兩難：精神分析中的壓抑及其機制〉，《思與言》35(1)：39-85。

鄭瑞隆，1997，〈少女從娼原因與防治策略之研究〉。《犯罪學期刊》3：85-120。

鄭瑞隆、唐秀麗，2003，〈少女性經驗、性觀念、缺愛症候群與網路援交行為相關之研究〉。《當前國內青少年援助交際問題與防治對策研討會論文集》，頁81-116。嘉義：中正大學。

蔡德輝、楊士隆，2000，〈The girls' delinquency: An empirical test of a general theory

of crime and social learning theory in Taiwan〉。《犯罪學期刊》6：205-223。
— 2003，《少年犯罪理論與實務》。台北：五南。
蘇益志，2004，〈心理暨動力預估模式在虞犯少年輔導實務上的運用--以一受少年司法保護處分之少女個案為例〉。《兒童及少年福利期刊》7：151-163。
顧燕翎主編，2000，《女性主義理論與流派》。台北：女書。

英文資料

Adler, F. 1975. *Sisters in Crime*. NY: McGraw-Hill.
Chesney-Lind, M. 1988. Girls in jail. *Crime & Delinquency* 34: 150-68.
— 2006. Patriarchy, crime, and justice: Feminist criminology in an era of backlash. *Feminist Criminology* 1(4): 258-282.
Chesney-Lind, M. and R. Sheldon. 1992. *Girls Delinquency and Juvenile Justice*. CA: Broos and Cole Publisher.
Crew, K. 1991. Sex differences in criminal sentencing: Chivalry or patriarchy? *Justice Quarterly* 8: 59-83.
Erez, E. 1992. Dangerous men, evil women. *Justice Quarterly* 9: 105-126.
Kelly, M. 2005. A little history of the history of woman suffrage. *IOBA Standard Online* 4(1). CA: Spring.
Lombroso, C. and F. William. 1898. *The Female Offender*. NY: Appleton Century Co., Inc.
Polloak, O. 1950. *The Criminality of Women*. PA: Univ. of Pennsylvania Press.
Simon, R. 1975. *Woman and Crime*. MA: D. C. Health.
Thomas, W. 1923. *The Unadjusted Girl*. MA: Little Brown.
West, D. and B. Lichtenstein. 2006. Andrea Yates and the criminalization of the filicidal maternal body. *Feminist Criminology* 1(3) 173-187.

電子商務之刑事侵權—妨礙秘密罪與電腦犯罪

輔仁大學學士後法律學系教授 黃宏全*

目　次

壹、妨礙秘密罪
　一、前言
　二、妨害書信秘密罪
　三、窺視、竊聽、竊錄罪
　四、其他相關問題
　五、結論
貳、電腦犯罪
　一、目前我國法條結構
　二、九二新法之體系
　三、新法帶來的問題

壹、妨礙秘密罪

一、前言

有關電子商務之刑事侵權樣態，概有一、隱私權之刑事侵權：亦即刑法之妨礙秘密罪，其類型諸如：電子郵件侵害（妨害書信秘密罪）、電子商務活動之侵害（窺視、竊聽、竊錄）、個人資料之侵害（包含電腦或其他設備洩密罪）。二、電子商務財產權之刑事侵權：包括著作權、電子商務詐欺。三、電子商務交易媒介之刑事侵權：包括妨害電腦使用罪、非法使用電腦、無故入侵電腦、惡意程式之製作等類型。本文僅先就妨害秘密罪與電腦犯罪作一論述，謹先敘明，並請指正。

於人們步入工業社會之前，並沒有所謂的隱私權概念的存在，當時的人們仍舊生活在共同團體中，公與私的領域區分並不明確，當然互相觀望的視線也是交錯無礙的。然而當人們一旦進入工業社會，社群生活漸漸雜沓，於都市中形成公與私的物理性空間的區隔，人們視線的交錯被限縮阻隔在公的領域之中，此現象有助了個人概念的發展，產生了個人私生活領域不受干擾的需求與法律問題[1]。

* 現任輔仁大學法律學院副院長兼學士後法律學系系主任。

[1] 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第 51 期，頁 99。

整體說來，妨害秘密罪章所要保護的法益，主要是人民的私人或內在領域，或稱作個人的「安心領域」，亦即免於恐懼的自由[2]。而妨害秘密罪章中與個人「人格」有關的犯罪類型，它的構成要件都是基於一個前提下被設計出來的，就是個人發展自我人格而得享有自由空間的要求。傳統上對於隱私權的侵害，大致分成四種類型，亦即侵入（對於他人具有物理性隔絕的領域的侵入）、私事公開（公開他人若被大眾知悉則會感到精神上痛苦的私事）、公眾的誤會之引起（公開私事讓公眾產生誤解），以及盜用（以營利為目的而無故使用他人姓名、肖像）[3]。就這四種侵害，於第二次世界大戰之前，通常是以民法或行政法為事前規制或事後救濟，至於刑法上的規制則僅是聊備一格而已。而刑法上的規範又可分成私領域的物理性侵入的禁止以及私人秘密的保護兩種[4]。私領域的物理性侵入類型中的典型不外是妨害書信祕密罪的規定。書信是以封緘的行為來表示其私領域的範疇，不論書信的內容如何，書信一旦封緘即代表了享有該書信內容資訊的利益持有人不欲他人的探知或予以評價。至於規制中的第二種類型，亦即秘密保護的類型，則較為複雜。這是因為並非所有的個人資訊都是「秘密」，而且無類似於「封緘」等物理性動作來表示秘密之所在，因此其犯罪定型化的要求會比較難以達成[5]。在一九九七年刑法修正之前，關於此「秘密」範疇的限定是利用兩種方法為之，係以界定行為人的身分地位並加上「洩漏」的行為來定型化。惟礙於本文篇幅，於此大部分將有關於私領域的物理性侵入類型（包含妨害書信秘密罪與八十八年增訂的窺視、竊聽及竊錄罪），作一說明，並針對其中修改及新增訂的各種犯罪構成要件加以論述之。

二、妨害書信秘密罪

書信本為人們溝通訊息的方法，也是開展個人人格發展的管道，而當人們欲

[2] 陳志龍，法益與刑事立法，頁二。

[3] 這是 William Prosser 氏於一九六〇年分析美國諸多判例所整理出來的類型（William Prosser Privacy，48 Calif. L. Rev. pp.389-407（1960）），不過我國內學者認為，這四類型仍有諸多問題，例如第四類型，其所要保護的毋寧說是一種排他的財產上利益，而與隱私所著重的精神上的保護不同；至於第三類則應屬於侵害名譽之行為，是一種誤導社會對人格評價的行為類型，並非是將不受社會評價之事公諸於世之行為，此從本法第三百十條第三項後段係規範公開隱私之行為，必須於結果評價上有毀損名譽的危險性來現縮成罪的規定可以觀之。因此，將名譽的保護視同為隱私的保護，則是有值得商榷之處。至於侵入住居的部分，雖說也算是一私域物理性的侵入行為，不過侵入住居所要保護的包含了許多如人身、財產及隱私等不受侵害的利益，如將保護法益範圍較寬的罪解釋成較為狹窄的罪，於邏輯上並不妥當。李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第 51 期，頁 99。

[4] 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第 51 期，頁 99。

[5] 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第 51 期，頁 99。

保有正在溝通中的訊息的秘密性，通常是將書信封緘，然而一旦封緘投郵之後，又難以用自己的力量來保護秘密，因此國家會以刑法來保障已經過封緘書信的保密性。換言之，這裡是把憲法上基本人權的保護，透過刑法規範加以確認。

(一)行為客體

1.文書與文件

一般國內文獻上對於本法第三百十五條之規範慣稱為「妨害書信秘密罪」，其意思應該是說，妨害書信秘密罪的原形應該僅限單純地對於書信秘密提供保護。不過，現行規定已將保護的範圍擴大到所有的封緘文件而非僅限於書信，因此本罪似乎不宜繼續稱為妨害「書信」秘密罪[6]。從形式上來看，本罪的客體包括有封緘信函、封緘文書以及封緘圖畫三者。信函，是指人與人之間書面的傳達，然而因法條中之「文書」可謂是信函的上位概念[7]，所以本罪規範客體應著重於文書的概念，因此，於此必須先明白本條所謂的文書與偽造文書罪章的文書有何不同。德國現行法和文獻上的用詞，於此有關之概念稱之為文件（Schriftstück）[8]。德國現行法第二百零二條的前身是第二百九十九條「侵害信件秘密罪」，舊法所規定的客體也是「封緘信函或其他封緘之『文書』(Urkunde)」，之後考慮到並非所有本罪欲規範的客體，都是偽造文書罪章中的文書，因此將客體修改成「文件」[9]。所持的理由為，偽造文書罪章中的文書概念從文書犯罪的保護法益角度來解釋[10]，它應該指的是一個「固定於一個實體型態之物體上實體化的思想表示」，透過視覺感受使一般人能夠理解所表示的意思內容，最重要的，就是它還明示了制作人，目的在於擔保了該內容具備了法律上重要的事項[11]。

與此相對的，妨害書信秘密罪顯然不是要保護文書的證明功能乃至於交易安全，而是不同方向的利益，因此這裡所稱的文書也只要求是一個實體化的意思表示，而不需要內容也涉及法律交往上的重要證明事項，與前面的文書的意涵範圍並不相同。所以該文件的意義是，內容為一定的思想意思表達，至於是否具有證明重要事項的功能，則在所不問。如果堅持本罪的客體是文書而非文件，那麼像

---

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

[7] 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（上），月旦法學雜誌，第七十期，二○○一年三月，頁一五二。

[8] 用詞與此相關的國內文獻，僅見林山田，刑法各罪論(上)，增訂四版，頁二六七以下。

[9] 參閱 Blei，Strafrecht II，1983，S.120。轉引自蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（上），月旦法學雜誌，第七十期，二○○一年三月，註 18，頁一六○。

[10] 按照一般說法是「法律交往（文書之證明功能）的安全與信賴」。

[11] 學說上的定義大致不超過如此的範圍，轉引自前註 6，註 16。

是日記等許多物件，均會因其並內容不具有法律或經濟上的重要證明事項而不能算是本罪所要保護的客體，這就可能違背了當初立法者的意旨了。早期德國的學界，在其舊法的規定之下，也直接超越該法條的文字，將條文中的「文書」解釋成「文件」[12]。不過這樣的解釋不免有違反罪刑法定之虞，為了解決這一個文義上的問題，還是有賴日後修法將之改善了。

2.文件內容

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

相對於本罪章中其他處罰洩漏行為的罪名而言，本條所要保護的是一個「形式界定」的秘密領域或者稱作「一種以特定方式被形式化的資訊保密利益」。簡單的說，這裡涉及的是個人在「資訊自主決定」方面的權利。但是因為本罪所要保護的畢竟還是「個人的生活與秘密領域」，因此文件的內容至少仍必須與人格有相當程度上的關聯。基於這樣的觀點，德國通說則進一步主張，如果所涉及到的文件是大量印製的印刷品，諸如廣告紙，報紙，書籍期刊，郵票，鈔票，器材的使用說明書等，就應該不是本罪的適用客體[13]。惟在德國少數說則認為，就印刷品的部分可能就不能一蓋而論，必須就具體個案視之，不應一蓋剔除。例如，某某人訂閱了色情書刊或隨之寄送而來的最新訊息，關於此種特殊內容的文件，如果被他人知係時，不免會因該特殊的訊息而對該某人產生特殊的評價，因此，這種文件當然也會涉及到人格及保護價值的問題，應該仍是屬於個人資訊的保護範疇[14]。而少數說也認為，雖然在絕大部分的情形，印刷品到最後都還是會被排除，從結論上而言與通說之間並沒有太大的不同，但是在解釋上預留空間可以避免因為過早剔除而形成保護的漏洞。至於本條所稱的「圖畫」是否也需要和人格有一定之關聯，存在著相同的問題，於此便不再論述。

3.封緘

按本條條文之規定，前述的文件還必須加上封緘，才屬於本罪要保護的客

---

[12] 如 Schäfer，Strafrechts-Lehrbuch，40.Aufl.1954，S.259。轉引自前註 6，註 19。

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

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

體。所謂的**封緘**是指，封閉開口，而使他人無法自外部知悉其內容知措置[15]。本罪並非在保護形式上封緘的完整，而是要保護內容不被探知[16]。立法者藉由文件上的封緘措置形成了「形式的秘密領域」，代表秘密持有者加上封緘之時，即表示他要排除無權限之人知悉其內容的可能性，這個動作表明了不希望他人的任意探知與評價。所以，封緘只要被排除或開拆，便使得文件內容有被知悉的可能性，就已經是屬於危害了文件的秘密性，因此學說也將本罪列為危險犯的類型[17]。而在學說上也有提到，在具體個案中還是必須去判斷封緘的「任務」，只有當封緘的動作是表達封緘者要透過封緘來排除他人知悉內容的意志時，才有本條的適用；如果僅僅是為了基於經濟或安全上的考量而保存文件本體（例如防髒或防竊或收納之用）加上封緘，就應與本條無涉。

當然學說上也要求封緘與文件二者之間必須有相互結合的實際狀態，也就是從生活經驗上的角度觀察，二者相互關連，而不能是兩個獨立的狀態，像是把信件鎖在木盒中，就不能算是這裡的封緘[18]。不過國內有學者主張，將未封緘的書信置於上鎖之抽屜中，他人既以將信函鎖於抽屜，乃表示無意使其內容為外人所知悉，倘若開啟抽屜則即足侵害他人隱私，因此應不以封緘與信函成為一體為必要[19]。當然在我國尚未類有德國立法之規定情形下，如此解釋也是用心良苦，惟為了避免牴觸罪刑法定且造成個案認定的困難（例如「信箱」算不算），還是認為封緘與文件二者之間，在經驗上必須具有相互結合的一體性，方有本條之適用。

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

4.電子郵(信)件

國內有文獻主張，既然現行法第二百二十條第二項以將電磁紀錄視為準文書，那麼他人電腦中的電子郵件自然就可以成為妨害「文書」罪的客體；並且只要該電磁如紀錄所保存的資訊有加上密碼，在解釋上自得與封緘同視，如果未經允許侵入他人電腦之後，並破解密碼觀看他人電子郵件的行為，當然也會夠成本

---

[15] 甘添貴，體系刑法各論，第一卷，二○○一年九月，修訂再版頁 467。

[16] 陳志龍，法益與刑事立法，頁二一二。

[17] 認為，不以被害人秘密事項發生已為行為人或他人知悉知結果為必要。甘添貴，體系刑法各論，第一卷，二○○一年九月，修訂再版頁 459。

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

[19] 甘添貴，體系刑法各論，第一卷，二○○一年九月，修訂再版頁 466。

罪[20]。不過，如果接受於前對於「文件」與「文書」的概念區別，既然妨害秘密罪的文書不能與偽造秘密罪章的文書同視，那麼電磁紀錄充作準文書的規定就不是當然可以直接適用[21]。就算真的「遵守」罪刑法定，就算可以透過第二百二十條第二項讓電子郵件成為本罪的客體，畢竟法條另外還要求客體是「封緘」的，而對於封緘的理解，指的應該是一個具體意義而非象徵意義的封緘物品[22]，因此基於罪刑法定原則，除非修法彌補漏洞，否則開拆或隱匿他人的電子郵件仍然不構成本罪。新型態的秘密儲存方式當然也有保護的必要性，例如有人會以電腦來書寫日記，沒有人會去懷疑這種秘密型態的保護必要性。但是因為罪刑法定原則是防止刑法被濫用的基本界限，因此遇有爭議時，毋寧還是採取保守的看法，透過立法或修法的方式來改善較為妥適。

關於這裡的修法，或許參考德國刑法第二百零二條之一的規定：為自己或第三人無權取得設有特殊防護之資料者，處三年以下自由刑或罰金（第一項）。第一項所稱之資料，係指經電子、磁性或其他無法直接感覺之方式所儲存或傳送之資料（第二項）。這一個條文就是在彌補使用電腦設備後，在妨害秘密罪章所形成的法律漏洞。對於他人資料的取得，該資料既然已經所有人加上特殊的防護裝置，對於被害人而言，就代表了相當程度的利益損失，簡單的說，這個條文也是在保護一個形式劃定的秘密範圍[23]，亦即以是否有加密來認定可罰性的範圍[24]。

(二)構成要件行為

1.開拆與隱匿

既然本罪是將被害人的秘密以「封緘」的物理性隔絕作為秘密的形式領域，因此，本條對於構成要件行為有相當程度的的限定，所以是屬於定式犯罪的一種，而該行為類型係屬侵入秘密類型，並非洩漏秘密類型[25]。一九八二年的立法理由有提到，「蓋無故公表他人之秘密文書圖畫，若其秘密因開拆而得者，自可適用該條第一項之規定。若得之傳聞，而非自行開拆者，則箝制言論，未免過甚，固各國立法例，多不採之。」因此，本條文中所處罰的行為並不包括單純傳述他

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

[21] 認為電磁紀錄並非本罪的客體，黃榮堅，刑罰的極限，頁 330、331。

[22] 換言之，必須是一個猜開一個用糨糊，膠水，膠帶或至少適用釘書機釘好的信封，才算。黃榮堅，刑罰的極限，頁 192、307。

[23] 黃榮堅，刑罰的極限，頁 201。

[24] 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（上），月旦法學雜誌，第七十期，二〇〇一年三月，頁一五六。

[25] 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第 51 期，頁 99。

人文書內容的行為，而僅限於直接開拆。所謂開拆，就是泛指所有在物理上使封緘失其效用的行為，但不以封緘被破壞為必要。此外，學說通說也認為，於此僅需要讓文件內容「可能」被知悉，而不需要實際真的被知悉內容[26]。換言之，是一種危險構成要件[27]，開拆的行為就已經危及到了封緘者的保密希望。

本條前段的另一個行為態樣，則是「隱匿」。所謂的「隱匿」，是加以藏匿之意，以阻礙他人收到信件或文件的行為。於此僅需行為人將他人的信件隱閉藏匿，使其難以發現即為既遂，不以本人無法發現為必要。這樣的行為態樣似會讓人覺得和妨害秘密罪章沒有什麼關係，因為行為人是在沒有開拆的情形下直接藏起來，比較像是損害財產的犯罪。學說上則有認為，或許是立法者所考量的是，這樣的行為會使得原來有權限知悉文件內容的人無法取得該文件，同時也會增加其他無權知悉者開拆的可能性，同樣也是對於秘密有所妨害。但是封緘文件在被隱匿之後果真被無權開拆，那麼針對開拆行為的處罰規定，是否有必要用妨害秘密的條文來掌握此種態樣，似乎還有考慮的空間[28]。簡單的說，隱匿行為在解釋上應該不屬於對於秘密領域的侵入行為型態，頂多只能算是開拆等侵入行為的前階段行為或準備行為，就秘密的保護而言，刑法似乎有太早介入之嫌。

2.開拆以外之窺視方法

一九九七年修正本條於後段新增，「無故以開拆以外之方法窺視其內容」，修正理由為為因應實際需要，得以規範電子科學儀器窺視文書的情形。其重點就是著眼於就秘密的保護而言，內容被探知的危險性而非形式上封緘的完整。增加了後段的規定，就可以涵蓋到行為人雖為破壞封緘，但藉由工具或器材探知內容的的情形。於此要注意的是，行為人除了要使用開拆以外之方法外，還必須「窺視其內容」。而之所以加上此要素，學說上有認為，主要是立法者考量到技術面的問題，因為這樣的透視行為並不如「開拆行為」來的清楚可見，如果條文中只有單純的「以開拆以外之方法」為規定，那麼單單這一句陳述是無意義的，無論如何都必須在附加「窺視其內容」才能和妨害秘密有所連接，並且「窺視其內容」是一個所謂客觀構成要件要素，而非特殊的主觀不法要素（意圖）[29]。不過，本

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

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

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

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

文以為，不論是開拆或開拆以外的行為都是使封緘失其效力的行為，同樣具有使秘密被侵害的危險性；其次，本條前段規定，學說上都不以秘密已被探悉為必要，只需文件開拆後秘密有被知悉的可能即為已足[30]。如果只是基於技術上的考量，而附加了一個「客觀」要素，那麼意思是不是說，行為人必須實際上已窺探到了文件的內容方屬既遂，使得行為人仍有機會推託其雖已使封緘失效了，但是還沒法看到文字標記或閱讀內容[31]？因此，該要素的存在，會不會使得本條前後段認定既未遂的時點產生不一致的情形，這不免令人懷疑。

至於「窺視其內容」如何才算是已經被實現的問題，國內文獻上並無太多的討論，德國學說通說主張，這裡不需要求行為人「理解」文書的內容，而只要求使得客體處於「視覺能感受」的情形即可論以既遂[32]。不論內容是用行為人所不懂的外文書寫或是行為人的理解能力問題均非所問。理由還是一樣，所考慮的應該是行為人的行為是否已經造成保護（秘密）法益的損害，如果法益已經遭受侵害，犯罪就應該既遂，至於行為人有無從這樣的事件中獲的好處，對於利益的保護而言，應該就是無關緊要的。換言之，當行為人看到個別的文字標記時，就算是窺視其內容，就已經犯罪既遂，不需要再去探討行為人對於該文字或標記有無正確的理解。

三、窺視、竊聽、竊錄罪

本罪在一九九九年三讀通過，當時修法背景是警察在掃蕩色情光碟與錄影帶的犯罪偵辦上，屢屢發現諸多證物中有一些內容是針對於賓館、公共廁所、百貨公司更衣室及女生宿舍浴廁內，以針孔攝影機偷拍不知情民眾的隱私行為。經過媒體報導後，引起社會大眾的不安，因此立法院即召開議會審議，並完成修法。暫且撇開當時修法的動機而造成修法所帶來的問題[33]，此次修法是針對了個人隱私權因現代科技設備精進而有遭受侵害之虞的補足，毋寧是一周延的修訂。而依照德國學界的說法，本罪的保護目的是在於口頭表示的不拘謹，以及非公開場合所說的言論的草率。這是一種「決定表示範圍」的權利的保護[34]。相對於妨害秘密罪而言，本罪是針對私人秘密中之動態的口頭或動作的形式秘密，所設的秘密領域的保護。以下即針對本罪的相關處作一論述。

---

[30] 參前註 25。

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

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

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

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

(一)「非公開」的意義

本次修法乃是對於無明確的物理性隔絕場所之領域的「侵入行為」的規制，因此關於秘密所在的領域，即以有相當不確定性的「非公開」的要素來加以劃定。所以**場所**的界定即非本罪的重點[35]，而是必須以**活動本身**的內容來認定是否為「非公開」的狀態[36]。亦即，本條既然是要保護私人的秘密自主權，重點應該還是在於表示者的意思，並從客觀外在的條件來加以認定[37]。非公開的認定必須取決於表意人是否還保留了他對於自己的意思表示的接收範圍的控制。對於第三人是否為開放的，單純從聽眾的人數無法推導出來是否屬於公開的結果[38]。而如果發言的人，已經放棄了他對於表達範圍的控制，那麼就不會屬於於此所稱的「非公開」。例如，接受廣播電台的訪問，即使還沒有對外播放，仍舊是屬於公開的言論。

不過這裡要注意的是，他人如果不需要特別的努力就可以聽到的談話，就已經失去了秘密的性質，也算是公開的了。例如在大街上或公共交通工具上的竊竊私語行為。或許會質疑，既然要取決於被害人的意思，為什麼要還要考慮到被害人主觀以外的其他客觀條件？因為如果每一次我們都必須要探詢被害人是否願意公開，不但技術上難以做到，而且不合於利益的衡平。刑法上的一個核心觀念就是利益權衡，透過刑法規範，要把處處可見的利益衝突切割出一條合宜的準則界線讓人民遵循，如果只是因為說話的人主張他不希望內容被第三人知悉就認定是「非公開」，不免保護過了頭，過份限縮了其他人的相對利益。舉例來說，在公車上的談話，儘管說話的人不希望被別人聽到，但是既然他選擇了一個別人不需要特別費力就可以聽到談話內容的地點，在一般情形下相當程度地也表示了他容忍了（或者說必須要容忍）談話內容被旁邊的第三人知悉的風險。否則他就應該自己選擇一個「安全」的空間[39]。所以，如果在大型的活動場所中，只有在主辦者透過特殊的措施排除公開性的情形，才會被認定該活動的內容為非公開的。

---

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

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

[37] 參註 34。

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

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

至於在比較有爭議的情形，德國學說上認為，買票入場觀看表演或演講，只要是原則上每個人都可以透過購票而取得入場許可，就算是公開的[40]。因為對於主辦單位而言並沒有保密的利益存在，之所以要求入場者有入場票券，只是基於經濟利益上的考量，原則上主辦單位的活動還是針對不特定的對象實施，所以還是屬於「公開的」。而在這樣的情形之下，擅自錄音、錄影再對外放送的行為固然會影響其經濟利益，但是這就已經和「秘密」的保護無涉，而是屬於其他法領域的範疇（如著作權法）所要處理的問題[41]。

(二)他人之活動、言論及談話

本條的言論或談話，是指以言語發聲形式所表露的思想表示，所著重的並不在於涉及自己或是他人的思想表示，也不論他人是否能夠理解、內容有無意義[42]。這裡和前述的妨害文件秘密罪一樣，同樣也是在保護一個形式界定的秘密（用非公開來表示），所以內容為何不再是重點。而學說上更進一步加以主張，如果要對於言論的內容再去做區分，分成重要的（與人格有關）和不重要的（不涉及人格）的內容。理由是，這在技術上不易做到，所以不去考慮言論內容會影響侵害的強度。 不過，本文認為，雖然語音訊息不像文字訊息容易確定其範圍，不過隨者時代進步，將語音化為類文字的工具出現後，我們即得以將語音物化必予以紀錄，因此在證據的技術上是不是真的很難做到，恐有待考驗。畢竟語音得成為本罪的客體，實也須透過工具或設備加以保存，所以這邊語音的解釋，就其內容而言，既然須以工具或設備而特定，即與一般文件內容展現在一有體物上一樣，因此，語音的內容是否須具有與人格有相關的關聯，則似應予文件作相同解釋，方符新增訂之第三百一十五條之一的立法意旨。

其次，關於「活動」的部分，從比較法來看，德國刑法典只有保護到言論和談話，而沒有保護到活動，就這點而言，我國刑法所提供的保護是比較周延的。之所以有包括到「活動」這一種態樣，應該是考慮到日前盛行使用針孔攝影機偷拍的情形。因為基於隱私權的保護來看，需要受到保護的不只是對話，有些活動所包含的私密性要比對話或言論所含有的私密性還要強的多，例如洗澡或性行為的過程。學說上有認為，基於立法目的，應對於「活動」一語予以擴張解釋，其代表了身體的動與靜。如此我們才能合理的去規制如於公車或電車中所為偷拍或窺視他人私處或（內部）穿著的行為[43]。不過亦有論者認為，一個單純站立或是

[40] 林山田，刑法各罪論(上)，增訂四版，頁二七三。
[41] 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（下），月旦法學雜誌，第七十一期，二〇〇一年四月，頁 98。
[42] 參前註。
[43] 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第 51 期，頁 104。

坐在椅子上的事實（或是內衣褲的穿著），很難界定成活動，因此認為必須透過修法來規範此種行為[44]。這樣的爭議，在九十四年通過的部份新修正條文之中，於第三百一十五條之一明文增訂規範了此種行為態樣，亦即除了言論、談話、活動之外，尚規制了對於「身體隱私部位的部分」，以擴大處罰的範圍。

(三)構成要件行為

1.利用工具或設備

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

其次，所謂的竊聽，必須是使用竊聽器材，也就是必須以儀器來強化或轉撥談話，使其超越聲音傳播的範圍而使人直接感受到，像是利用聽筒[45]、麥克風等。至於竊錄的工具，則是像錄音機，錄影機等器材，這是較不具爭議的。而關於窺視的工具，如果行為人運用的是特殊的儀器，像是隱藏式監視器或是熱感應顯像器材來進行監視，當然就夠成本罪。簡單的說，就是透過這些器材儀器來使得活動的內容超越物理上的障礙，使得行為人能夠看到活動的畫面或是聽到談話的內容。易言之，上述儀器或設備必須是具備能夠擴張人體功能（視聽能力）的程度，而有直接關聯者。因此搬椅子站在牆上偷看，應不具有加強視覺的直接功能，則應該就非本罪所要規範的對象。

2.窺視、竊聽或竊錄

早期的實務見解，可能是受到了字面的影響，認為所謂的「竊」應該是有「偷偷摸摸」、「秘密或隱密」[46]，或是「乘人不知」[47]的意思[48]。然而對於法益的保護

---

[44] 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（下），月旦法學雜誌，第七十一期，二○○一年四月，頁 100。

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

[46] 司法院十八年院字第一一六號解釋。

來講，行為人的行為是公開還是隱密，和秘密的保護並無關係。因此，本罪的「竊」或「窺」指的應該是「沒有經過說話者或活動者的允許」，至於行為人究竟是躲在暗處為之，還是站在被害人面前，就不再是重點。否則，在兩個人對話的情形，其中一方私下將談話內容錄下，難道就不會該當本罪嗎？這應是一不正確的解釋。這邊要附帶一提的是，如果本罪的「竊」或「窺」指的應該是「沒有經過說話者或活動者的允許」，那麼行為人的行為就不該當窺視、竊聽或竊錄的要件，因此，說話者或活動者的允許可以說是一種阻卻構成要件的同意[49]。不過國內有學者認為，妨害文書祕密罪章之中關於「無故」的要素是具有**雙重機能**的，亦即在構成要件層次具有構成要件性質；在違法性層次具有違法性要素的性質[50]。本文認為，這樣的看法應該是受到德國條文規定的影響，德國刑法二百零一條第一項與我國的規定用字上並不相同，其行為態樣只是中性的規定「錄音」這樣一個動作，因此德國學說將「未經同意」的要素透過「無權」（unbefugt）來解釋。因此，德國學說在解釋「無權」這個要素時，不光只是考慮有無得到同意，而且也必須要考慮到利益衡平的問題[51]。不過，既然我國條文文字既有明顯的區別，於此無故的解釋，似應將其解為一違法性要素，較為妥適。

四、其他相關問題

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

(一)關於意圖營利的幫助行為

關於第三百十五條之二第一項加重處罰的規定，在學說上也引起相當的質疑。首先，於此附帶一提的是，根據原本一讀審查會通過的條文，對於第三百十五條之一的兩種行為態樣均有處罰未遂犯的規定，不過經朝野協商之後，認為單純的窺視、竊聽或竊錄行為是舉動犯，並沒有未遂的可能性，所以刪除了設未遂犯的規定[52]。奇妙的是，從我國新增規定中的第三百十五條之二第二項與第四項

---

47 司法院三十三年院字第二六六一號解釋。

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

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

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

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

52 參第四屆第一會期第十四期立法院公報一九四至一九五頁。

的規定可以看出，只要有散佈等意圖，「竊錄」的行為即會變成有未遂的可能，這在體例上的解釋即產生相當大的問題[53]。學說有認為，其實窺視、竊聽（或竊錄）行為，事實上是有未遂的可能，情形就是持有或設置工具的行為。因此，在第三百十五條之二第一項即設有處罰為他人為此類窺視、竊聽（或竊錄）的未遂行為[54]。又學說上認為，第三百十五條之二第一項應該屬於第三百十五條之一的幫助行為，可是在加重處罰的正當性上，是值得商榷的，因為為何只是單純地因為行為人主觀上出於營利的意圖，就把他規定成正犯的類型，而且法定刑竟然還超過了所幫助的正犯（第三百十五條之一的行為人）[55]？於此有學者認為，立法者應該是基於此幫助行為類型會擴張被害的程度，所以應該科處較高的刑罰，不過，意圖要素的規定也許有過度期待主觀要素的限制犯罪化的功能[56]。當然我們認為，就侵害利益的支配（作用力）的程度來看，無論如何，對於利益的侵害居於決定性的支配角色之人，應該才要負最大的責任。

(二)關於電腦或其他設備之洩密罪

相對於第三百十六條至第三百十八條的構成要件而言，第三百一十八條之一的規定，應是一個獨立的犯罪類型，行為主體並不限於具有特定職業身分之人，任何人都有可能構成本罪，似應是屬於學說上所謂的一般犯。而在本條文的解釋上，學說有謂「本罪係利用電腦或其相關設備為『洩密』的手段，而非因電腦而持有或知悉[57]。」這樣的解釋可能有違罪行法定原則。詳言之，因為條文文義已經明白訂出來是「利用電腦或相關設備知悉或持有」，電腦或相關設備的利用應該是取得秘密的手段，至於洩漏的方式，條文文義並無多做限制。其實這樣的誤解可能是符合原先立法者的想像，因為本條是規定在第三百十八條之後，就其侵害秘密的行為類型，應該是屬於「洩漏」秘密型，而立法者當時似乎未考量到「洩漏」秘密的行為態樣之規範原由，而只著重於電腦問題的關係上。刑法之所以禁止洩漏秘密的行為，這是因為秘密主體對於此種秘密是否提供並無多大的掌控權（例如生病須就醫，而病人勢必提供自己病情），而且一旦提供之後，又無法憑自己的力量來保護自己的隱私。因此，洩密行為的重點則非到底是不是利用電腦

---

[53] 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第 51 期，頁 106。

[54] 參前註。

[55] 林山田，刑法各罪論(上)，增訂四版，頁二七九；甘添貴，體系刑法各論，第一卷，二○○一年九月，修訂再版，頁四九七。

[56] 所持理由為，援依藥事法第八十二條與八十三條的規定。李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第 51 期，頁 106。

[57] 甘添貴，體系刑法各論，第一卷，一九九九年九月，初版，頁四二五。不過，在新版的書上已變更見解，甘添貴，體系刑法各論，第一卷，二○○一年九月，修訂再版，頁五二四。

或相關設備的侵入手段來達到洩密的目的，而是秘密主體對於秘密有多大的掌控權。難道立法者以為現代科技發達之後，一般人在電腦的威脅之下，對於自己的秘密並無多大的掌控權嗎[58]？結果是，在新的立法下，由於並無限定秘密主體與洩漏者的關係，進而無法判斷秘密主體是否無法憑自己力量來保隱私，而無法阻止刑法勢力的擴張[59]。

對於上述立法者的誤解，還可以從第三百一十八條之二看出，就其增訂時的理由認為，「以電腦違犯相關罪名者『損害範圍較大』」，因此加重刑責。從這裡即可看出立法者對於電腦的恐懼。一個行為不法內涵有多高，就應該給予行為人多重的處罰，唯有以特殊的行為方式使得原本的行為在不法內涵上有顯著的提升，才考慮加重處罰。為何單單以電腦違犯就要加重其刑？這樣無異是讓電腦承擔了一切的原罪。如果行為人真的在個案之中，造成了比較大的損害，那麼透過第五十七條（第九款）的規定於量刑上予以較重處罰即可[60]。

五、結論

人們在現代的資訊社會之中，由於資訊的交流與傳播相當的快速與大量，因此個人秘密與隱私的保護也較以往更為迫切。但是權利保護的觀點也是相對的，在權利概念隨著時代的變遷而有所擴張時，他人活動自由的界線，也同時必加以衡量。在上述關於「妨害文書祕密罪」的部分，本文在概念上去分析了偽造文書罪章關於文書的概念與本罪章的文書概念，但是希冀透過修法方式來免除於此對於罪行法定原則的牴觸之嫌的解釋。當然在此處，學說上針對侵入他人電腦偷看他人檔案的行為，有作一詳細交代，而本文認為，就現行條文規範而言，似亦無法規範現行相當流行的手機簡訊（或 PDA）與自拍照片檔案遭窺視的行為。這個部分在學說上未見詳細討論，而在現行實務上亦未見有相關見解。本文以為，現行手機使用普及，手機的使用功能亦已非單純作為電信通聯之用，更由於攜帶方便，較電腦作為保存電子簡訊或檔案的使用率更高。因此，手機（或 PDA）內的個人資料實亦有保護的必要性，所以在未來立法考量上，針對於除電腦外之其他設備之資料的保護，應綜合考量現行形形色色的檔案保存設備或工具，方符立法的現代性。

其次，本文亦提供關於窺視、竊聽或竊錄罪中，涉及相關如「非公開」，及「利用工具或設備」的構成要件之解釋其標準與理由，目的在於使秘密的保護與

[58] 黃榮堅認為，本條規定應予刪除，參黃榮堅，刑罰的極限，頁 308-309。
[59] 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學教室，第 51 期，頁 97。
[60] 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（下），月旦法學雜誌，第七十一期，二〇〇一年四月，頁 101，註 104。

上述構成要件要素之間的關聯予以明確化與合理化。當然學說上亦有許多的不同看法，不過重要的應該不是那些技術上的理論的堆砌，而應該是如何合理與清楚闡述這些解釋標準的理由。最後，本文透過學說上的介紹，提供吾人對於刑法對於秘密保護的規範做一較清晰的理解。

貳、電腦犯罪

一、目前我國法條結構

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

刑法中與電腦犯罪有關之條文，在時間點上，可大致區分為民國九十二年以前之修正條文與民國九十二年所通過之修正條文。民國九十二年以前所通過的修正條文，總共有三次，首先是民國八十六年、其次為民國八十八年，最後則為民國九十一年。其中以民國八十六年所通過的條文最多，亦最具代表性，故本文標題之僅以民國八十六年為標示，並將民國八十八年及民國九十一年的二次部分條文修正一併納入討論。而民國九十二年所通過的條文，不論體系上及條文內容，均大幅度的與民國八十六年的修法不同，亦具有相當的代表性，故本文亦將其獨立討論，與民國八十六年加以比較。其體系如下：[61]

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

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

我國電腦犯罪刑法規範在二次修法過程中，相當程度的引用外國立法例：例如在民國九十二年以前的修法主要是參考日本立法例；而在民國九十二年的修法則大幅度改採英國及美國等立法例，此種針對電腦犯罪加以規範，卻使用二種不同體系得立法例，亦是值得以比較的方法加以研究。不過限於篇幅，底下對於我國如何第一次繼受日本法與第二次繼受歐洲、英美法律的過程，無法詳細加以討論，本文將直接針對現行我國法加以討論，只在結論部分批判時才加以引用外國法例。

二、九二新法之體系[62]

(一)刪除電磁紀錄擬制為動產之規定，解決與竊盜罪之衝突

電磁紀錄擬制為動產之規定，與傳統刑法產生之扞格，以竊盜罪部分衝突最大。而刪除電磁紀錄擬制為動產之規定，可以解決此部分之問題。但刑法關係錯綜複雜，一旦刪除其中一個條文，勢必造成相當之牽動，如果不審慎為之，恐怕會造成相當程度之影響。觀察刑法中仍適用或準用第三百二十三條者，尚有第三百三十四條之一、第三百三十八條及第三百四十三條等罪。不過幸運的是，分別就各罪而言，並不會有造成太大之影響。以搶奪罪來說，因刑法搶奪罪必須有奪取之動作，而單純是搶奪儲存於有體物上之電磁紀錄時，搶奪該有體物之行為當然成立搶奪罪。但若非搶奪該有體物，而係電磁紀錄，此時之電磁紀錄僅係無形之訊號，故殊難成立搶奪罪。另海盜罪之部分，亦與搶奪罪之情形相同。強盜罪部分亦如前述，除了電磁紀錄係儲存於有體物，強盜該有體物之行為仍可構成強盜罪外，惟如電磁紀錄並未儲存於有體物，僅係無形之訊號，透過脅迫、藥劑、催眠術等其他使人不能抗拒之手段，仍有可能發生強盜無形電磁紀錄之情形，譬

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

如線上遊戲虛擬寶物之財產利益，仍可成立刑法第三百二十八條第二項之強盜得利罪，則刪除電磁紀錄擬制為動產之規定並不對其發生影響。而就侵占罪而言，如電磁紀錄儲存於有體物，且係儲存在他人所有之有體物上，可逕以該有體物為侵占罪之行為客體，而直接適用侵占罪。倘若被害人並未透過儲存於有體物，而直接交付電磁紀錄，例如以網路傳遞電磁紀錄時，行為人嗣後卻拒絕返還該電磁紀錄，則可依刑法背信罪或著作權法相關規定處理，則刪除電磁紀錄擬制為動產之規定亦不對其發生影響。而就詐欺罪而言，若該電磁紀錄係儲存於有體物，當然直接適用第三百三十九條第一項之詐欺取財罪，而無疑義。惟若該電磁紀錄之交付並未透過有體物之交換，例如網路常見線上遊戲之虛擬寶物，因其具有財產上之價值或利益，則可構成刑法第三百三十九條第二項之詐欺得利罪。故本條刪除「電磁紀錄」，對詐欺罪章之準用及電磁紀錄之保護亦無影響，則刪除電磁紀錄擬制為動產之規定也不會對其發生影響。因此基於電磁紀錄之可複製性，並考慮電腦及網路犯罪規範體系更加完整，將電磁紀錄擬制為動產之規定刪除，同時將不法取得電磁紀錄之行為改納入新增之妨害電腦使用罪章中規範，實有其必要。

(二)將干擾電磁紀錄罪變更至妨害電腦使用罪章中加以規範[63]

原第三百五十二條第二項之干擾電磁記錄，在行為內容之規範並不夠明確，而產生適用上相當之困擾。從體系上觀察，此種行為與有形之毀損文書行為並不相同。而各種對電腦不同程度之干擾，雖日漸增多，不過確有相當之類型，並已漸趨穩定，例如電腦病毒情形即是，已經可以單獨訂立處罰之條文，而不需要繼續包括於干擾行為之中。因此，適度的將部分類型獨立出來，並更明確訂定干擾行為之內涵，故將第三百五十二條第二項刪除。另配合使電腦犯罪規範體系更為完整之要求，改列於妨害電腦使用罪章中，並將干擾方式予以限縮「以電腦程式或其他電磁方式」之範圍內，以解決前述內涵不明確之困擾，並符合罪刑法定主義之明確性原則。同時對於新增之問題如分散式阻斷攻擊或封包洪流等行為，破壞 ISP 系統、灌爆使用者信箱之故意濫發電子廣告郵件，及其他電磁方式包括有線或無線之電磁干擾方式，基於保護電腦系統及其相關設備之正常運作，均可以適用本條加以處罰，但為避免某些對電腦系統僅產生極輕度影響之測試或運用行為亦被繩以本罪，故加上「致生損害於公眾或他人」之要件，以免刑罰範圍過於擴張。

---

[63] 葉奇鑫，「我國刑法電腦犯罪修正條文之立法比較及實務問題研究」，『刑事政策與犯罪研究論文集（六）』，法務部，2003 年 10 月，頁 97。

(三)增訂妨害電腦使用罪章

從刑法體系而言，廣義之電腦犯罪指凡犯罪之工具或過程牽涉到電腦或網路，即為電腦犯罪，而狹義之電腦犯罪則專指以電腦或網路為攻擊標的之犯罪。而廣義之電腦犯罪，在刑法中已有相關處罰規定，毋庸重複規範，而狹義電腦犯罪條文所規範之行為及保護之對象，與現行刑法條文均有不同，從刑法本身體系之完整以觀，實在不宜繼續附麗於任何現行刑法罪章中，而有單獨規範之必要。而就法益保護之角度而言，電腦犯罪所規範之行為及保護之對象，與現行刑法分則各罪章均有不同，其保護之法益兼及於個人法益及社會安全法益，亦有獨立設章之必要。故為顧及刑法原有條文之次序及體系，將關於妨害電腦使用之犯行歸入一章，以達到刑法立法體系之統一及保護他人使用電腦不受侵害之目的。

(四)增訂無故入侵電腦罪以解決非法使用電腦之問題

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

(五)增訂保護電磁紀錄之規定以求完善

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

之範疇。

(六)增訂對於公務機關電腦或其相關設備犯罪之加重處罰

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

(七)單獨訂定製作專供電腦犯罪用之程式罪

各種惡意製作之電腦程式，如電腦病毒、木馬程式或蠕蟲程式等日趨氾濫，對電腦系統之安全性危害甚鉅，亦常常造成重大的財產損失，而致生損害於公眾或他人，因此實有對此類程式之設計者加以處罰之必要。不過若只是利用他人所製作之電腦病毒，而為侵害他人電腦網路系統之行為，則無本罪之適用。[64]本次修法處罰之範圍，限於製作專供犯電腦犯罪之惡意程式，其他尚有部分工具程式雖可用於入侵電腦系統，但究其主要功能係用於電腦系統或網路之診斷、監控或其他正當的用途，則非本條處罰之範圍。

(八)部分條文採告訴乃論以有效集中司法資源

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

---

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

(九)告訴乃論可能導致警察蒐證之困難

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

三、新法帶來的問題

(一)整體法益概念的理解

雖然法務部認為由第三五九條、第三六0條可以觀察出第三十六章保護法益兼及個人法益及社會法益，但從系統解釋，也就是章節編排位置下來看，應為個人法益才對，國家社會法益只能擔任輔助地位。明確說來第三五八條是不是具有兼及的性質？還是僅為個人法益？第三五九條、第三六0條就算宣稱兼及，也應認為只涉及國家社會法益而已。[65]而第一次修法時動產化的問題，其實不需要，因為即使不是動產也是利益。鄭師認為不應刪動產化的條文。[66]李師認為因為電腦數據資訊並不等於電磁記錄（0與1的組合需要某種機器與正確程序讀取，如果以錯位方式破壞，雖仍存在，但已無法讀取）。就竊盜罪本權說與持有說之爭，鄭師有用舊說的嫌疑，目前通說是持有說。所以刑法竊盜罪本來就只處理實體財產。所以必須另立新章討論。[67]

(二)網路服務業者（ISP）之法律責任仍然未具體納入規範

科技發展除了帶來生活之便利，也讓相關之犯罪有了新的發展空間。網路服務業者提供服務時，也同時製造網路使用者透過網路來侵害別人的危險。因此，究竟透過法律使網路服務業者負相當之管理責任，或根本委由業者自律，不僅是法律規範之問題，也涉及相關科技和電腦網路使用倫理之建立問題。單獨的刑法規範，絕對不是解決這個問題的根本方法，如何在法律及科技間求得一個平衡，則有待時間演變、社會進化及科技發展才能獲得解決。實際上ISP責任可以說是

---

[65] 李茂生，「刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上）」，『台灣本土雜誌』，第 54 期，台灣本土法學雜誌社，2004 年 1 月，頁 239。

[66] 鄭逸哲，「吹口哨壯膽—評刑法第三十六章增訂」，『月旦法學雜誌』，第 102 期，元照出版，2003 年 10 月，頁 108。

[67] 李茂生，「刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上）」，『台灣本土雜誌』，第 54 期，台灣本土法學雜誌社，2004 年 1 月，頁 236。

目前學界討論最熱烈的課題，此次修法未納入絕對是一大遺憾。[68]

(三)網路賭博

透過網路賭博，其網路虛擬出來之空間概念，與刑法所謂之「場所」產生之扞格，仍然在此次修法中未獲得解決。目前係透過解釋之方法，讓刑法中之「場所」概念包括網路空間，讓刑法能亦能「與時俱進」，也是一種解決之道。不過，罪刑法定之原則，應該還是有所堅持，因此還是透過修法來解決此問題為宜。[69]從內國法的角度來說，假如莊家與賭客都在國內，那只要克服賭場概念的網路化即可。但若是涉及外國，禁止賭博並非國際公序，自然就不生法益侵害危險，只是若莊家與賭客都是本國人，僅架設的網頁在外國，雖然是種取巧的作法，本文基本上認為從法益角度來看賭博罪保護倫理道德的正當性，閃躲到外國去就已達到不要隨便教壞小孩的效果，即使採取不在乎通訊網路而在乎內容的看法，也不評價其為違法。

(四)無故入侵電腦罪之問題

對於本條之立法，有下列問題值得商榷：

1.本條立法目的是為保護資訊安全，其法律性質應該被解釋為抽象危險犯，是將著手階段行為予以犯罪化。[70]因此，如果行為人以本罪作為第三百六十條干擾他人電腦或相關設備之前階行為，在不法內涵上，二罪所受之評價應有所不同，不過二罪之刑度均是三年以下有期徒刑，顯然刑度設計有所不當。假如解為實害犯，則其保護法益若是指對於社會上的信賴感，行為限定可以限縮刑罰發動可能。如果是指個人法益，對行為的限制可能造成漏洞。而其侵害的方式類似破壞封緘，但刑度卻高三倍，而接近第二一七條的偽刻。例如未成年人登入免費網站遊玩，除非使用可罰違法性理論來作為違法判斷，否則一定會構成違法（有責性邏輯上尚未判斷），此時會留下調查記錄而使少年成長過程蒙上陰影，這是一個支持可罰違法性理論的理由。激進的看法認為這個罪名只能當作民事求償的保障？也就是說本條保護商人的個人利益？那又怎麼會傷害到社會的信賴感！[71]

---

[68] 馮震宇，「從 MP3 法律爭議論網路著作權保護之未來」，『月旦法學雜誌』，第七十四期，，元照出版 2001 年 7 月，頁 120。章忠信，「美國一九九八年數位化千禧年著作權法案簡介」，『萬國法律』，一〇七期，萬國法律事務所，1999 年 10 月，頁 2。劉秋絹，網路上著作權及其刑事責任之探討，銘傳大學碩士論文，自版，2004 年 6 月，頁 187。

[69] 刑法有關電腦（網路）犯罪研修資料彙編，法務部印製，2002 年 12 月，頁 71。

[70] 林東茂、蕭宏宜，「結合型犯罪—白領、網路、組織犯罪」，『刑事政策與犯罪研究論文集（六）』，法務部，2003 年 10 月，頁 120。

[71] 李茂生，「刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（下）」，『台灣本土雜誌』，第 56 期，台灣本土法

2.本條之行為客體，僅限於有保護措施之電腦，不過，一般家用電腦亦有簡易之保護措施，相對於公眾或商業用之專業電腦，所具有之專業保護措施，顯然二者不應該被一視同仁。[72]

3.有主張應該將保護之範圍擴大，不要限縮於破解保護措施或利用電腦系統漏洞之情形，只要是無故入侵他人之電腦或相關設備，就應該加以處罰，以資周全。[73]

4.本條若是將著手階段行為予以犯罪化，作為第三百五十九條及三百六十條之預備行為，卻未對二者之未遂犯加以處罰，顯有違背罪刑法定主義之嫌。因此，倒不如直接刪除本條規定，於第三百五十九條及第三百六十條加入預備犯之處罰為宜。[74]而且若從另一個方向來看，對於犯罪行為前置行為的前置行為，例如盜賣個人資料的金融帳號密碼，卻無規定？用第三六0條處理嗎？假如說買的人沒拿去犯罪，出賣人使用個人資料保護法第三四條、刑法第三一八條之一來評價，會造成規範系統上的落差，這都是因為缺漏了未遂的規定[75]（不論法條母國的日本、歐盟，該條文都有未遂犯的規定）。

5.本條所採用之「入侵」一詞，顯然是假設法律的閱讀者具有與起草者相同之知識或技術背景，此舉可能與法條文字要求清晰明確之原則有所違背，尤其是在刑法中，亦應該較一般附屬刑法中之用語更為基礎為是。另外在法益上，葉師認為使用人合理期待電磁資料是安全時，就應受保護。但是假如在電腦前打了密碼後離開，後被利用就不保護。李師認為葉師觀念錯誤，如果不處理，應該是因為法無明文，如果生有損害，應該是透過解釋將法無規定的行為態樣擴張，或是用間接正犯理論解決，因為這是利用被害人的行為進行犯罪行為。[76]

6.實際上本條應係出於美國的雙罰原則下所生的立法，雙罰原則：『壓迫他國寬鬆立法以方便美國促其調查，美國各州法反而嚴格限制刑罰發動』而日本所謂不法連線的處罰則刑度很低，並有具備促進網路安全教育的功能。[77]

學雜誌社，2004 年 3 月，頁 217。

[72] 蔡仲彥，刑法新增電腦條款之檢討，成功大學法研所碩士論文，自版，2002 年 1 月，頁 100。

[73] 柯耀程，前揭文，頁 127。

[74] 鄭逸哲，前揭文，頁 113。

[75] 李茂生，「刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（中）」，『台灣本土雜誌』，第 55 期，台灣本土法學雜誌社，2004 年 2 月，頁 251。

[76] 李茂生，註 37，頁 243。

[77] 李茂生，註 37，頁 243。

(五)電磁紀錄保護之問題

對於本條之立法，另有學者有以下不同的看法：

1.本條行為之態樣，有取得、刪除及變更三種。關於取得的部分，以前學界就有討論網頁暫存的問題，但條文沒有主觀的限縮也沒有客體的限制，可以說是根本沒有考慮到學界的看法。[78]刪除部分，雖然克服了原來擬制動產的問題，但文書意義仍觀其是否具備文書性質而定。結果刪除文書意義的檔案用輕的，非文書適用比較重的第三五九條？幸好第三五九條有侵害結果來限縮。但這樣似乎仍有不平衡的可能！例如寫到一半的程式作業或產品？而且本條可能是第三三九條之三的未遂犯，因為當初抄日本刑法第二四六條之二時，第三三九條之三沒抄到未遂犯，現在透過解釋可以把本條當作該條的未遂犯。[79]整體來說「刪除」及「變更」性質上是屬於一種破壞，與取得應屬不同之性質，故將二種不同性質之行為態樣並列，恐有所不妥，應該分別規定為宜。[80]

2.另有認為取得電磁紀錄，主要是帳號密碼，其背後則是有利用價值之資訊，故應該是屬於妨害秘密之一部分，實無單獨處罰之必要。[81]

3.有主張其實「取得」與八十六年修法所用之「竊取」，在範圍上原則相同，都是指在未獲得他人同意之情況下，「取得他人持有中」之電磁紀錄。差別的是，本次修法後的故意是「取得的故意」，八十六年修法的條文是規定「不法所有意圖的故意」，若不加以限縮，則可能影響到人民接觸資訊之自由。因此，本條有必要限縮解釋為未經他人同意取得具敏感性之電磁紀錄，造成他人財產上之損害，始符合立法之意旨。[82]

(六)干擾電腦及相關設備罪之問題

對於本條之立法，有下列問題值得加以討論：

1.就法益保護之角度而言，以物理力砸毀他人電腦，致使他人財產損失及影響資料之處理，與以電腦程式或其他電磁方式干擾資料處理，二者法益之侵害應該相同，實無分開處罰之必要。實際上干擾一詞的定義，立法理由排除了最高度的毀損與最低度的網路活動例如 ping 測試、垃圾郵件，其他

---

78 黃榮堅，「個人使用下載 MP3 檔案的刑事責任」，『台灣本土法學雜誌』第 23 期，台灣本土法學雜誌社，2001 年 6 月，頁 63。

79 李茂生，註 37，頁 253。

80 柯耀程，前揭文，頁 127。

81 蔡蕙芳，「電磁紀錄無權取得行為之刑法規範」，『國立中正大學法學集刊』，第十三期，中正大學法律系，2003 年 10 月，頁 167。

82 蔡仲彥，前揭文，頁 105。

都算在干擾行為中。[83]

2.同樣上述之情形，以物理力砸毀他人電腦，致使他人財產損失及影響資料之處理，與以電腦程式或其他電磁方式干擾資料處理，在刑度上卻有不同之差別，前者為二年以下有期徒刑，後者為三年以下有期徒刑，其不法之內含有何差別，而需要做不同之評價？況且如果如立法理由指出干擾是暫時性的，之後可以排除，為何刑度卻比物理力毀損無法回復之刑度來的重，亦是令人不解。[84]

(七)加重處罰之問題

本條主要是處罰侵害公務機關之電腦及相關設備之犯行，不過是不是只要是冠上「公務機關」的物品即有特別加以保護之必要，實無必然之關連。以民國九十二年三月二十八日發生總統府網站首頁被一高中生入侵，而被修改發佈四月一日愚人節放假一天之案件為例，難道此種情形亦有加重處罰之必要？並非所有公務機關的電腦中所儲存都是重要之資料，換言之，區分電腦或相關設備所儲存資料重要性之等級，而一律加重處罰，實在有保護過度之問題。更激進一點的見解，這是掩飾商業與金融機構不注重資訊安全，將成本轉嫁給大眾，保護其商業利益的伏筆。因為立法理由竟比較了第三三九條之三以及第三五八條、第三六一條的刑度，可以看出（政府＞商業機構＞一般人民）軌跡。這樣的加重就失去了意義，實際上參考母國法的美國法例，必須以該資料事涉公務、影響公務才發動。[85]

(八)電腦病毒條款之問題

本條之法律性質，應該是新增修條文第三百五十八條至三百六十條之預備行為，性質上應該是屬於實質預備犯，是一種抽象危險犯的概念。不過條文中另規定「致生損害於公眾或他人」之實害結果始有處罰，與危險犯處罰危險製造之概念有所不符，否則，直接處罰實害之結果即可達到規範之目的。因此有主張「致生損害於公眾或他人」之實害結果，是一種「客觀處罰條件」，實害結果之發生與行為人主觀上能否預見無關。況且，如果欲透過本條防堵電腦病毒之製作，若真等到實害之結果發生始能加以處罰，則顯然無法在第一時間達到此目的。換言之，行為人可能製作電腦病毒程式後，放置於網路供人下載，而按本條之規定，必須等到有實害結果發生，才能將行為人繩之以法，而此時則可能為時已晚，無法避免危害發生之目的。而致生損害一詞與第一一四條、第三四二條相比較後，應該指破壞某種信賴關係。當然激進的看法認為這些保護信賴關係的條文只是曖

[83] 李茂生，頁 208。
[84] 蔡仲彥，前揭文，頁 105。
[85] 李茂生，頁 211。

昧的尋找代罪羔羊，其實根本沒用。[86]例如第一一四條的犯罪人應該早跑了，第三四二條則是資本不發達國家才存在的法令。文義規定為目的犯是從主觀主義的角度出發，客觀主義會將實行行為與著手分開考量，所以如果製作或放置病毒程式，製作是前行行為，放置才是構成要件的實行。著手則是將該程式提供他人使用。以此為基礎，所以本條會變成其他罪的實質預備犯、而且也是實害犯，但因果關係歷程的證明太長，可能遭到濫用。[87]

(九)告訴乃論的問題

民國九十二年新增修的刑法第三百六十三條，規定第三百五十八條至三百六十條之罪須告訴乃論，固然此一設計原為紓解訟源，基於各種犯行程度不一、輕重有別，可提供被害人或被害機構衡量犯罪行為人之犯意，然後再決定是否提出告訴，其立意可謂良善。不過美中不足的是，排除第三百六十二條製作專供犯妨害電腦使用罪章之電腦程式，而供自己或他人犯罪，致生損害於公眾或他人者，無告訴與否之裁量餘地，顯然過於嚴苛。其次，犯第三百六十一條之罪亦無告訴乃論之適用，亦即與公務機關電腦有所牽涉之電腦犯罪行為，均屬非告訴乃論之罪。此等加強對公務機關保護之立法政策固然正確，但是不分犯罪情節輕重，例如入侵某國民小學之系統，是否真的需要立即啟動偵查行為，值得加以考慮。是否應該適度的將部分行為轉為非告訴乃論之罪，以達到本次立法避免司法資源過渡耗費之目的。況且訂為告訴乃論之罪本來應該考量兩大重點，被害人意願與法益需不需要保護，假如是商業與金融機構遭到入侵，被害人為了商譽而不提告訴，反而失去讓大眾明白商業機構系統漏洞的機會，那麼這樣的規定到底保護了誰？這樣的法益值得保護嗎？[88]

(十)在網路散布電腦系統漏洞之行為應加以處罰

電腦系統之周全與否乃隨著發展而成長，每一階段的科技都有其技術上之限制，電腦系統當然也有一定之漏洞，但可能不是一般單純使用者所能輕易發覺，大多是有相當技術背景之使用者才會發現。而一旦這些電腦系統漏洞被惡意的加以散布，尤其透過網路的散布方式，將使得更多的一般使用者容易取得這些相關資訊，而造成電腦系統之漏洞能被隨意使用的現象，此種行為就現行法律是無法加以處罰的。因此，是否應該將此種行為納入刑法中加以處罰，亦是一個值得研究之課題。

---

[86] 李茂生，頁 244。
[87] 李茂生，頁 214。
[88] 李茂生，頁 216。

(十一)掃描通訊埠（Scan Port）之行為

掃瞄通訊埠也應該納入刑法規範，民國九十二年新修正的刑法第三百五十八條，規定無故輸入他人帳號密碼、破解使用電腦之保護措施或利用電腦系統之漏洞，而入侵他人之電腦或其相關設備者應加以處罰。電腦駭客利用掃描通訊埠方式嘗試入侵電腦系統，雖然未達到入侵他人電腦或相關設備之階段，但是無正當理由的進行通訊埠掃描行為，並非一般電腦使用者所必然進行之行為。況且，此種嘗試性的掃瞄，多半是入侵的「探路」活動。因此，針對此種行為是否應該解釋為刑法第三百五十八條之預備行為，另增訂預備犯加以處罰，或者已達無故入侵他人電腦之著手階段，還是另增訂未遂犯來處理，亦是日後修法可以考慮之問題。

(十二)系統管理者成為他人犯罪工具亦應納入刑罰規範[89]

隨著科技的發達，電腦犯罪者不僅只是使用自己的電腦來攻擊他人，亦利用他人之電腦系統作為攻擊第三人電腦之工具，尤其涉及跨國的網路攻擊，更是常見。例如國際駭客常會以台灣的網路，做為進攻他國的跳板，即是利用我國的網路環境頻寬大、服務多、安全差、管理少的特性，造成我國常接到其他國家情治單位的反應，這也是我國目前網路環境所應解決的問題。而系統管理者因防範不周，成為干擾他人電腦的跳板，在解釋上是否能成為刑法第三百六十條無故以電腦程式或其他電磁方式，干擾他人電腦或其相關設備之電磁紀錄，致生損害於公眾或他人之「幫助犯」，而納入刑法之規範，亦有討論的空間。不過何種不當的管理類型屬於放任「跳板」之行為、又哪些電腦的系統管理者應該納入規範，都需要進一步加以討論。

[89] 盧映潔，「由危險概念論網路服務提供者或網站管理人成立刑事責任之可能性」，『國立中正大學法學集刊』，國立中正大學法律系，2002 年 1 月，頁 25。

具體求刑與量刑歧異影響因素分析：以殺人罪為例*

中央警察大學犯罪防治學系副教授 陳玉書
中央警察大學犯罪防治學系教授 林健陽
中央警察大學犯罪防治研究所碩士 賴宏信
台灣高等法院法官 郭豫珍**

目　次

壹、緒論
貳、相關文獻探討
參、研究方法與研究樣本
肆、研究發現
伍、結論與建議

摘　要

儘管相關法令對於如何求刑和定罪的基本精神與原則均有所規定，但在刑事司法執行過程中，起訴和判決的結果仍常存在不一致，而引發民眾對於司法信賴、公正性的質疑。本文以殺人罪為例，從檢察官具體求刑與法官量刑行為的研究出發，以達到下列二項目的：（1）經由 174 位檢察官和 168 位法官問卷調查，以瞭解檢察官與法官對於殺人罪具體求刑與量刑之考量因素；（2）分析 2001～2007 年各地檢察署和地方法院同一案件殺人罪之起訴書和判決書，共 340 件，

* 本研究係根據陳玉書、林健陽等於 2008 年接受法務部檢察司委託之「具體量刑及求刑標準之研究」資料整理而成，感謝所有審查委員在研究期間給予的寶貴建議，委託單位提供各項研究協助，接受調查之檢察官和法官對於本項研究的支持和配合，以及所有研究成員的努力。本項調查結果僅呈現客觀事實，並不代表委託研究單位之政策立場。

**陳玉書，美國杜克大學社會學博士，警察大學犯罪防治學系（所）副教授，系主任兼所長。
林健陽，美國聖休士頓大學刑事司法博士，警察大學犯罪防治學系（所）教授。
賴宏信，警察大學犯罪防治研究所碩士。
郭豫珍，警察大學犯罪防治研究所博士，台灣高等法院法官。

以瞭解我國殺人罪求刑與量刑現況，以及分析產生求刑與量刑歧異的原因。分析結果發現，檢察官與法官對於殺人罪求刑或量刑考量因素分析看法有相當高的一致性，但具體求刑與量刑結果確實存在歧異現象，且刑度越重，具體求刑與量刑差異越大；求刑與量刑歧異的主要原因，為偵查與審判過程中犯罪手段、社會保障和犯後態度等產生改變所致，尤其是在減輕的因素上，以致於法官的量刑往往輕於檢察官的求刑。而求刑與量刑專責機構建置，以及綜合各國長處規劃一套輔助求刑或量刑資訊系統，為未來可努力的方向。

關鍵字：具體求刑、量刑、準則、殺人罪、焦點關注理論

壹、緒論

檢察官的起訴與法官的判決公不公平？求刑與判刑的輕重是否合宜？常為民眾關切的問題。根據調查顯示，在民眾對於法院審理案件之信任度中，相信法院審理案件公平公正之比率為 25.1%，抱持質疑態度者為 54%；在檢察官部分，受訪民眾相信檢察官偵辦案件是公平公正者，佔 27.5%，抱持質疑態度者佔 48.2%[1]。民眾對於司法公正性的質疑的情況可見一般。

除有罪、無罪認定或法條適用不同而影響刑度高低外，即使犯罪事實認定相同、適用同一法條，法官的量刑與檢察官的求刑之間仍可能出現相當大的歧異。儘管審、檢角色功能有別，但相關法令對於刑度高低審酌的基本精神與原則既屬相同，實際執行和審判結果存在嚴重歧異，終究難免引發民眾對於司法信賴、公正性的質疑與誤解。以 2007 年 1 月至 12 月具體求刑案件起訴與裁判確定不符合情形為例（參見圖 1-1），圖中所呈現的資料更發人深省。除罰金、拘役和六個月以下不符合比例在 25%以下，其他個案刑度的起訴具體求刑和判決確定不符合率均高於 65%，尤其在 2007 年被檢察官起訴求刑為死刑者，未有被審判終結為死刑；而 761 位無期徒刑被告當中，僅 31 人（佔 4.1%）被判決確定為無期徒刑，不符合率為 95.9%。

上述統計資料均顯示，檢察官對於各類型犯罪的具體求刑與法官的審判量刑存在顯著歧異，尤其是罪刑越嚴重歧異越大。根據證據認定事實，在做出「起訴與否」或「有罪與否」的判斷基礎上，對有罪的被告處以適當求刑或量刑，是刑事司法的一個重要環節。

[1] 國立中正大學犯罪研究中心，93 年度台灣民眾被害經驗暨對政府防制犯罪滿意度調查研究。《透視犯罪問題》，2005 年 4 月，5 期，52 頁。

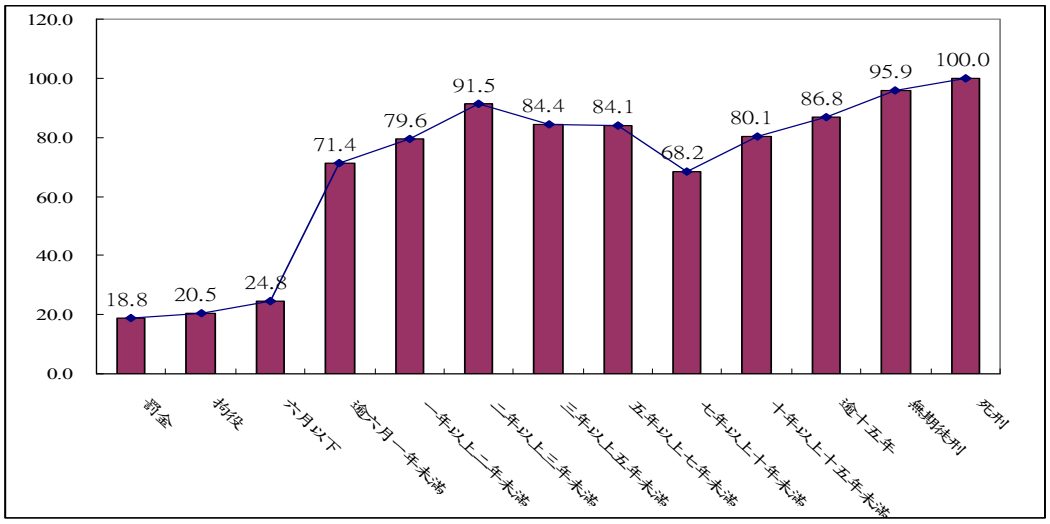


圖 1-1　2007 年 1 月至 12 月 1 具體求刑案件起訴與裁判確定不符合比例

資料來源：台灣高等法院檢察署統計室

本研究以殺人罪為具體求刑與量刑歧異研究素材[2,3]。理由如下：

(1)**殺人罪為侵害個人法益最為嚴重的犯罪**：殺人違反人性是一種自然犯罪(nature crime)，文明社會無不列為犯罪而加以制裁(林東茂，1980)。殺人案件的發生必會造成社會極大震憾，其起訴與審判亦是社會關注的焦點。

(2)**法定刑較重，求刑與量刑的歧異影響重大，死刑具爭議性**：殺人罪法定刑包含死刑、無期徒刑、十年以上有期徒刑等重刑。前述統計資料顯示，檢察官對於各類型犯罪的具體求刑與法官的審判量刑，罪刑越嚴重歧異越大。而死刑本身就存在許多爭議，尤其在廢死政策走向之下，更加突顯殺人犯罪求刑與量刑間的歧異。

(3)**案件數量適中**：作為本研究素材的個案數量不宜太龐大，否則難免力不

[2] 本文所謂求刑，是檢察官依偵查犯罪的結果，認定被提起公訴的被告有某種犯罪的嫌疑，要求法院對被告論處某種犯罪，並請求法院對被告在所犯罪名的法定本刑刑度中，採取某種刑度的刑罰，也可說是檢察官向法官提出的量刑建議。

[3] 「量刑」又稱「刑罰裁量」或「刑罰的量定」，是指法官對於一定的犯罪事實，經審判者確認有罪之後，在特定的刑度範圍內，衡量斟酌犯罪行為人與犯罪事實的整體情狀，以確定刑罰的種類及其幅度的程序，是行為可罰性判斷的終點站。從狹義上講，量刑是法院對特定的行為人宣告科以特定的刑罰；廣義上，就包括選擇決定該特定刑罰的整個過程。其範圍，學理上多數的見解包括刑罰種類的選擇、刑罰分量的決定、刑的加重、減輕或免除、易科刑罰、緩刑及保安處分（謝瑞智，1987：353）；另外，屬於檢察機關權限範疇的起訴猶豫制度、緩起訴，雖然形式上尚未進入審判機關的活動領域，但實質上檢察官也進行了某種程度的「裁量」；廣義言之，也屬於量刑的範疇（許福生，2001：159-182）。但本研究係採狹義解釋。

從心；但也不能太少，否則分析結果的代表性與穩定性不足。本研究蒐集 2001 年 1 月 1 日至 2007 年 12 月 31 日間，臺灣各地方法院檢察署和地方法院同一案件殺人罪的起訴書和判決書，計 340 名被告進行分析，分析結果有助於了解我國殺人罪求刑與量形差異情形與造成差異的原因。

(4)**刑度幅度較寬，有助於觀察求刑與量刑歧異：**求刑和判決的量刑幅度愈寬，愈具研究價值；如太集中在某等級的量刑，則不易識別其間的差異性。表 1-1 求刑統計幅度顯示，殺人罪主刑從重刑至輕刑，計分死刑、無期徒刑、有期徒刑等，求刑與量刑橫跨 10 個等級以上，適於具體求刑與量刑歧異原因的比較分析。

本文從檢察官具體求刑與法官量刑行為的研究出發，首先探討偵查與審判關係、殺人罪法定因素與焦點關注理論等，從相關論點與實證研究結果歸納出可能影響求刑與量刑歧異的因素；而檢察官與法官問卷調查，以及 2001～2008 年間台灣各地方法院判決書文樣本分析，則為提供台灣殺人罪具體求刑與量刑歧異的客觀參考依據。

表 1-1　2007 年 1 月至 12 月 1 殺人罪起訴案件具體求刑與判決量刑情形

單位：件、人

來源	件數	人數													
		計	六月以下	逾六月～一年未滿	一年以上～二年未滿	二年以上～三年未滿	三年以上～五年未滿	五年以上～七年未滿	七年以上～十年未滿	十年以上～十五年以下	逾十五年	死刑	無期徒刑	其他
具體求刑	536	613	92	38	46	11	12	30	33	111	29	18	90	103
判決量刑	2,631	2,705	1485	594	102	45	23	149	87	126	8	6	45	35

資料來源：台灣高等法院檢察署統計室、司法院統計。

說明：其他包括拘役、罰金和其他等。

貳、相關文獻探討

一、偵查與審判的關係：具體求刑與量刑歧異可能的因素

檢察官求刑與法官量刑為何有歧異的情形?或許可以先從我國偵查審理職權演變窺知;在早期刑事訴訟程序中，審訊自偵查、逮捕、審理、裁判以至於執行，均由司法官單獨承辦，致而發生諸多爭議；檢察制度對濫觴可溯及 14 世紀法國的 procureur du roi，而具有現代刑事程序的檢察制度，係規定於 1808 年的法國治罪法；其後，德、日亦加以模仿，分別於 1877 年與 1880 年立法建立檢察制度(林山田，2001)。我國於 1970 年 7 月 1 日，將原隸屬於司法行政部的高等法院以下各級法院改隸於司法院，將司法行政部改制為法務部，審檢從此分立。

審檢分立後，法官與檢察官在刑事訴訟制度中各自扮演著不同的角色，因此檢察官求刑與法官量刑間的歧異，乃現代刑事訴訟制度中必然的現象。以下就檢察官與法官在刑事訴訟中角色的差異，探討求刑與量刑間的關係。

(一)檢察官在量刑活動的地位

學者蔡墩銘認為我國檢察官論告時，應包括公訴事實、法令適用及犯罪情狀，並再就具體量刑意見予以表示，因此，檢察官的求刑為影響量刑的重要因素。檢察官具體表示量刑意見，縱在形式上未必拘束法院的量刑，但因其代表國家行使追訴權，其意見自然應受法院密切的注意，無形中對法院量刑產生影響(蔡墩銘，1978：36-38)。因此，量刑雖為法官的專屬職權，而檢察官對於量刑事項是否存在?評價為何?在偵查中本即有澄清的義務。在法庭上，被告不希望被判重刑而論述，檢察官則是站在控方立場，舉證被告有罪，既然法律賦予被告與檢方權利，均可對科刑有權表示意見(從輕、從重或具體求刑)，檢察官若認為有重判的必要，即應向法官提供意見。由此觀察，量刑活動與檢察官的求刑態度，亦屬密切相關；就同一案件的殺人罪而言，影響其量刑的相關因素，法官與檢察官是否有其一致性看法，為影響具體求刑與量刑歧異的關鍵。

(二)檢察官具體求刑率偏低

在實務上檢察體系習以起訴案件有罪與否為案件勝訴的重要指標，甚至認為量刑為法官專屬職權，與檢察官無關；因此對案件的具體求刑鮮少積極表示意見，大多僅依其起訴罪名，建議法官從輕或從重量刑。2005 年法務統計專題有關具體求刑與裁判確定刑度比較分析顯示， 2004 年臺灣各地方法院檢察署偵查終結起訴 138,940 人中，檢察官具體求刑 9,360 人，僅占 6.7%；而在執行法院移送的裁判確定案件 135,132 人中，經檢察官具體求刑的被告計 8,170 人，僅占

6.5%；裁判確定與具體求刑刑度相同的人數占具體求刑該刑度人數計算符合率，2004 年整體符合率為 64.0%，其中裁判確定較具體求刑輕判的比率為 34.2%，反之以較重刑度判決的比率則為 1.8%（參見表 2-1）[4]。

表 2-1　2004 年台灣各地方法院檢察署執行裁判確定有罪案件刑度與具體求刑刑度比較

	合計	死刑	無期徒刑	7 年以上	3 年以上~7 年未滿	3 年未滿	拘役	罰金	其他
具體求刑刑度分配比(%)	100.0	1.1	3.3	14.8	11.9	58.0	7.1	3.7	—
裁判確定刑度分配比(%)	100.0	0.1	1.0	8.9	6.2	55.7	9.1	4.4	14.7
重判比例(%)	1.8	-	-	1.6	2.3	0.6	7.3	11.8	-
符合比例(%)	64.0	5.1	12.3	42.1	23.8	78.3	83.8	83.2	-
輕判比例(%)	34.2	94.9	87.7	56.3	73.9	21.1	8.9	5.0	-

資料來源：2005 年 6 月法務統計專題分析「具體求刑與裁判確定刑度比較分析」

說明：重判比例＝（裁判確定刑度較起訴時具體求刑為重的人數/起訴時具體求刑人數）*100

符合比例＝（裁判確定刑度較起訴時具體求刑相同的人數/起訴時具體求刑人數）*100

輕判比例＝（裁判確定刑度較起訴時具體求刑為輕的人數/起訴時具體求刑人數）*100

其他包含免刑、無罪、免訴、不受理等裁判情形。

(三)偵查與審判對於證據要求程度存在落差

由於偵查與審判程序多有不同，例如在對於認定受偵查的被告是否構成「足認有犯罪嫌疑」而提起公訴的要件上(刑訴第 251 條第一項)，檢察官在認定此一事實並不需要經過如同審判程序，對被告認定其有罪無罪時所謂「嚴格的證明程序」方可；且亦無要求檢察官於認定被告的犯罪嫌疑是否足夠時，須達到「其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑而得確定其為真實」的程度，始可提起公訴。「足認為有犯罪嫌疑」的認定，僅要求有罪判決的高度可能性已足夠(林鈺雄，2002)。因此，檢察官起訴求刑與法官審判量刑所考量的犯罪事實

[4] 參見 2005 年 6 月法務統計專題分析「具體求刑與裁判確定刑度比較分析」，http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/512161519718.pdf

的落差，無可避免造成了求刑與量刑之間的歧異。

二、影響殺人罪量刑因素

無論何種犯罪類型，均以量刑標準較為盛行，而求刑標準以荷蘭為典範；文獻上有關量刑準則或影響因素的研究，亦較具體求刑普遍（陳玉書、林健陽等，2008）。為能有系統分析影響殺人罪具體求刑與量刑因素，以下就法定因素、可責性、社會保障和犯後態度等，分素如後。

(一)法定因素

我國殺人罪量刑考量法定因素依犯罪類型而有所不同，在刑罰上亦有其加重與減輕的考量因素，資分述如下：

1.殺人犯罪類型與刑度：

本研究殺人犯罪的類型，可由刑法分則內的法定構成要件，作為分類的標準；與本研究相關的犯罪類型和刑度如下：

(1)普通故意殺人罪：刑法第 271 條第 1 項規定，殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。

(2)殺害直系血親尊親屬罪：刑法第 272 條第 1 項規定，殺害直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑。

(3)強盜殺人罪：刑法第 332 條第 1 項規定，犯強盜罪而故意殺人者，處死刑或無期徒刑。

2.加重事由：

包括：(1)連續犯(刑法 56 條)[5]；(2)累犯(刑法 47 條)；(3)罰金刑的加重(刑法第 58 條)。

3.減輕事由：

包括：(1)不知法律(刑法第 16 條)；(2)18 歲以下，80 歲以上人犯罪之行為(刑法第 18 條)；(3)心神喪失，精神耗弱(刑法第 19 條)；(4)瘖啞人行為(刑法第 20 條)；(5)過當防衛(刑法第 23 條但書)；(6)避難過當(刑法第 24 條第 1 項但書)；(7)普通未遂犯(刑法第 26 條前段)；(8)不能未遂(刑法第 26 條但書)；(9)中止未遂(刑法第 27 條)；(10)從犯(刑法第 30 條)；(11).情可憫恕(刑法第 59 條)；(12)自首(刑法第 62 條)；(13)未滿 18 歲或滿 80 歲之人，所犯本刑為死刑或無期徒刑(刑法

[5] 刑法第 56 條連續犯加重規定於 95 年 7 月 1 日刑法修正後業已刪除，由於本研究所蒐集的樣本範圍涵括了修法前後之殺人罪案例，因此仍加以列入。

第 63 條)。

在以上加重減輕事由中，除罰金刑的加重、心神喪失、避難過當、未遂犯等較不適用於本研究所探討的殺人案件的特性外，其餘均可能成為法官在審理殺人罪做成判決時的考量因素。

(二)焦點關注理論（Focal Concern Theory）

過去有關量刑相關研究顯示（如：郭豫珍，2008a；陳玉書、林健陽、郭豫珍等，2008a），Steffensmeier 等所發展的量刑焦點關注理論(Focal Concern Theory)（Steffensmeier & Demuth, 2001; Steffensmeier et al., 1998）較能有效解釋量刑結果（郭豫珍，2008a）；該理論係由 Steffensmeier 所發展，其基本主張認為影響法官量刑的因素包含可責性、社會保障與犯後態度。可責性與應報思想相對應，以確保罪行均衡，尤其是犯罪的手段、嚴重程度與損害程度等均可作為審酌的因素；社會保障係依被告前案紀錄與過去素行來推估再犯的危險性，犯後態度則為加重或減輕的重要考量依據。茲分述如下：

1.可責性

可責性（blame worthiness）係指犯罪結果的可歸咎性（罪責）與背離正義等議題；此觀點與應報思想有密切關係，認為法官應該確保犯罪審判的「罪刑相當」原則。其中犯罪的嚴重性與可責性有顯著關聯，它提供為被告的罪責與犯罪造成的損害的測量標準；被告在犯罪所扮演的角色也被運用為可責性的測量標準。被告若被宣告較嚴重的犯罪，以及較嚴重的犯罪又有較長且較嚴重的犯罪紀錄，則被視為較具可責性（郭豫珍，2008a）。前田雅英等（2007）以殺人罪為研究議題，其對法官對 1,000 名具有裁判員資格的國民及 766 名法官進行問卷調查發現，犯罪計畫性、殺害方法和被害人數等因素，為影響殺人罪量刑的重要因素。陳玉書、林健陽和郭豫珍等（2008）亦發現，可責性為影響妨害性自主罪量刑的重要因素。

2.社會保障

社會保障（protection of the community）係指藉由降低再犯的可能性來關切社會的保護。因此，量刑時考量有關犯罪行為性質與前案紀錄，嘗試估算或預測被告的危險性及其未來再犯的可能性。如：緩刑或假釋中犯罪、前案記錄、殺人罪前案、累犯與否等。曹金山認為被告的犯罪紀錄、學識、社會地位及影響力，為影響量刑因素之一(1986：9-10)。周愫嫻(2005)對妨害性自主罪量刑的實證研究中發現，刑法第 57 條所規定的科刑標準中，以加害人的生活狀況與品行，亦即前科紀錄對刑期長短的影響最大，加害人的前科種類越多越可能被處以較長的

徒刑。陳玉書、林健陽和郭豫珍等（2008）與前田雅英等（2007）研究亦發現，被告的前案紀錄為影響刑度重要因素。

3.犯後態度

量刑影響因素中涉及「犯後態度」(attitude after offence)者多為刑法第 57 條第 10 款，然「犯後態度」從法定刑至處斷刑，最終至宣告刑的量刑過程，每個階段都受其影響。首先，從法定刑至處斷刑的階段，法律上的減免事由已將「犯後態度」類型化，例如自首、自白等。其次，從處斷刑至宣告刑的階段始考量刑法第 57 條第 10 款量刑事由 (曾淑瑜，2006)。前田雅英等（2007）有關日本研究亦將被告的悔悟態度、道歉與賠償，列為殺人罪量刑考量因素。

參、研究方法與研究樣本

一、調查法

本研究為瞭解檢察官具體求刑或法官量刑的一般考量因素與殺人罪考量因素，乃對我國各地檢署、地方法院、高檢署、高等法院、最高法院及最高法院檢察署的檢察官及法官進行問卷調查。研究母群體為 2007 年 12 月間，司法院統計年報（九十五年）中各級法院（含機關別、性別）的法官人數（含庭長和法官）[6]，以及法務部檢察司所提供的 2007 年 12 月各級檢察署（含機關別、性別）的檢察官人數為母群體。根據研究設計，原計劃調查樣本包括 150 位法官和 150 位檢察官；在抽樣時考量審級、法官/檢察官性別、各級法院/檢察署人數和城鄉差距，以分層隨機取樣法（stratified random sampling）由母群體中抽取所需的樣本，調查機關包括最高法院/檢察署、3 個高等法院/檢察署、10 個地方法院/檢察署（包括：台北、雲林、台南、花蓮、屏東、新竹、台中、桃園、板橋和高雄等）；為便於進行調查和資料蒐集，以同一法院和檢察署為調查對象，根據該法院佔總母群體比例抽取所需的樣本數，實際調查樣本包括 200 位法官和 211 位檢察官，寄回收法官樣本 169 人（回收率為 84.5%），檢察官樣本 179 人（回收率為 84.83%）；其中有 1 位法官和 5 位檢察官為無效樣本，實際分析樣本為法官 168 人，檢察官 174 人。

受訪檢察官和法官的人口特性如表 3-1 所示，就檢察官而言，男性 124 人（佔 72.1%），女性 48 人（佔 27.9%）；在任職機關方面，以地方法院檢察署受訪人數最多佔 70.7%，其次為高等法院檢察署佔 24.7%，再其次為最高法院檢察署佔

[6] 參見司法院網站：http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm。

4.6%；在教育程度方面，以有 107 位檢察官為大學畢業（佔 62.2%），65 位為碩士（佔 37.8%），受訪檢察官的平均年齡為 41.55 歲，平均年資為 11.11 年。

就法官而言，男性 106 人（佔 63.1%），女性 62 人（佔 36.9%）；在任職機官方面，以地方法院受訪人數最多佔 56.5%，其次為高等法院佔 34.5%，再其次為最高法院佔 8.9%；在教育程度方面，以有 99 位法官為大學畢業（佔 59.6%），60 位為碩士（佔 36.1%），5 位博士（佔 3.0%），2 位為其他（佔 1.2%），受訪法官的平均年齡為 44.13 歲，平均年資為 14.83 年。

表 3-1　檢察官與法官樣本特性分佈

檢察官		法官	
性別(n＝172)		性別(n＝168)	
男	124（72.1%）	男	106（63.1%）
女	48（27.9%）	女	62（36.9%）
任職機關(n＝172)		任職機關(n＝168)	
地方法院檢察署	123（70.7%）	地方法院	95（56.5%）
高等法院檢察署	43（24.7%）	高等法院	58（34.5%）
最高法院檢察署	8（4.6%）	最高法院	15（8.9%）
教育程度(n＝172)		教育程度(n＝166)	
大學	107（62.2%）	大學	99（59.6%）
碩士	65（37.8%）	碩士	60（36.1%）
博士	0（0.0%）	博士	5（3.0%）
其他	0（0.0%）	其他	2（1.2%）
平均年齡(n＝168)	41.55 歲	平均年齡(n＝160)	44.13 歲
平均年資(n＝169)	11.11 年	平均年資(n＝163)	14.83 年

本文主要分析的調查內容包括受訪檢察官與法官：(1) 對於一般犯罪具體求刑和量刑標準的看法（同意程度）；(2) 對於殺人罪具體求刑或量刑標準的看法（同意程度）；各問項主要以「非常同意」、「同意」、「不同意」和「非常不同意」四個等級測量之，主要測量內容如表 3-2 所示

表 3-2 檢察官與法官調查內容

內　容	測 量 項 目
殺人罪	行為人的犯罪動機、案件為預謀、有無凌虐被害人、棄（滅）屍、犯罪工具為槍枝、造成傷勢、與被害人關係、被害人有無挑惹或刺激的行為、是否獲得被害人或家屬的宥恕等問項。
一般具體求刑/量刑標準	案件計畫性、行為人角色、行為人數、行為人性別、同類案件前科等 8 項。

二、現存官方文件分析

現存官方文件是一種運用統計方法，以系統性和客觀性的過程研究、處理與分析顯現的（manifest）的官方文書內容，藉以測量變項的研究方法。本研究以 2001 年 1 月 1 日至 2007 年 12 月 31 日間，臺灣各地方法院檢察署和地方法院同一案件殺人罪的起訴書和判決書，計 340 名被告為分析樣本；所適用的法律條文為第 271 條 1 項普通殺人罪、272 條 1 項殺害直系血親尊親屬罪與第 332 條第一項強盜殺人罪。在資料編碼和登錄的過程中，並不過問起訴書與裁判文書內容可能表示的潛在動機，也不過問由其內容可能引出的潛在反應；僅客觀的依據求刑和裁判結果，亦即以起訴書與裁判文書形式的實際內容為主要研究對象，此一階段僅探究「什麼」的問題，不過問內容何以如此，也不憑空推測動機。

本研究對起訴書和判決書的官方文件分析主要包括：法定因素、可責性、社會保障、犯後態度等，經檢索相關的起訴書和判決書歸納後，研究主要分析的概念測量如表 3-3 所示。

表 3-3　起訴書與判決書中主要概念的測量

概念	變 項	測　　量
法定	適用法條	271 條一項、272 條一項、322 條一項
	加重事由	是、否為：.連續犯、.從一重或累犯
	減輕事由	是、否為：自首、.幫助犯、59 條酌減或精神耗弱
可責性	犯罪動機、目的	是、否為：貪念、尋仇、感情因素、口角衝突或逃避逮捕
	犯罪手段/情狀	是、否為：受被害人刺激、預謀犯罪、手段殘酷(忍)、漠視人命或凌虐被害人
	犯罪危害	是、否造成：造成被害人家屬心靈傷痛或危害社會治安
社會保障	前案紀錄	1.有；0 無
	假釋緩刑紀錄	1.有　0 無
犯後態度	犯後悔悟	1.良好，悔悟，坦承 2.態度不佳 3.未能坦承全部犯行（部分坦承）
	坦承犯行	1.是　2.否　3.部分承認，部分否認
	與被害人家屬和解	1.是　2.否
	被害人家屬是否宥恕犯罪人	1.是　2.否
	是否翻供	1.是　2.否

肆、研究發現

一、檢察官與法官在殺人犯罪求刑與量刑考量因素的差異分析

表 4-1 為檢察官與法官在殺人犯罪求刑/量刑標準考量因素的差異分析，逾九成的檢察官和法官均表示「同意或非常同意」在求刑或量刑時會考量「案件為預謀」、「殺人前有無凌虐被害人」和「犯罪造成傷勢」，而「與被害人關係」而決定求刑或量刑刑度分別為 89%和 92.8%，且檢察官和法官在這四項因素同意程度的比例相當一致。

在犯罪動機的考量上殺人動機為財（約 65%）較為情（約 22%）因素影響

檢察官求刑和法官量刑輕重。求刑和量刑考量因素差異最大者為「被害人挑惹或刺激行為而從輕求刑/量刑」（χ^2=24.308; p<.001），73.4%的檢察官表示同意或非常同意會考量這項因素，而有 92.8%法官在審理會考量這項因素而減輕量刑刑度，法官較檢察官同意程度高出 8.7%。此外，檢察官與法官在「獲得被害人家屬宥恕而從輕求刑或量刑」同意程度上亦有顯著差異，75.1%的檢察官表示同意或非常同意會考量這項因素，而有 90.5%法官在審理會考量這項因素而減輕量刑刑度，法官較檢察官同意程度高出 15.4%。此亦顯示**被害人與行為人互動和行為人犯後態度，為影響檢察官求刑與法官量刑刑度差異的重要因素**。

表 4-1　殺人犯罪檢察官求刑與法官在量刑考量因素的差異分析

項　目	身分	同意（%）	非常同意（%）	χ^2；df=9
動機是**為情**從輕求刑/量刑	檢察官	33(19.2%)	3(1.7%)	χ^2=2.156 df=3
	法官	38(23.0%)	1(.6%)	
動機是**為財**從重求刑/量刑	檢察官	98(56.3%)	18(10.3%)	1.417 df=3
	法官	93(56.0%)	13(7.8%)	
案件為**預謀**從重求刑/量刑	檢察官	123(70.7%)	35(20.1%)	χ^2=.154 df=3
	法官	117(70.1%)	36(21.6%)	
殺人前有無**凌虐被害人**從重求刑/量刑	檢察官	84(48.3%)	90(51.7%)	χ^2=1.178 df=3
	法官	84(50.0%)	83(49.4%)	
犯罪**造成傷勢**決定刑度	檢察官	121(69.5%)	40(23.0%)	χ^2=1.827 df=3
	法官	116(69.9%)	43(25.9%)	
行為人**與被害人關係**決定刑度	檢察官	133(76.4%)	22(12.6%)	χ^2=1.416 df=3
	法官	133(80.1%)	21(12.7%)	
被害人挑惹或刺激行為從輕求刑/量刑	檢察官	122(70.5%)	5(2.9%)	χ^2=24.308*** df=3
	法官	138(83.1%)	15(9.0%)	
獲得**被害人家屬宥恕**從輕求刑量刑	檢察官	121(69.9%)	9(5.2%)	χ^2=15.121** df=3
	法官	136(81.0%)	16(9.5%)	

* p<.05; ** p<.01; *** p<.00

二、具體求刑種類與量刑種類的差異情形

本研究所蒐集的起訴、判決樣本的求刑與量刑種類有以下三種：死刑、無期徒刑與有期徒刑。表 4-2 為殺人罪求刑與量刑種類的差異分析，結果顯示，起訴

時被求處死刑的 68 名被告中，在判決時只有 21 名(30.9%)被量處死刑；起訴時被求處無期徒刑的 122 名被告中，在判決時有 61 名(50.0%)被量處死刑；而被求處有期徒刑的 150 名被告中，在判決時有 138 名(92.0%)仍被量處有期徒刑。

而量刑比求刑重的僅有 13 人(佔 3.8%)，其中求處無期而改判死刑的只有 1 人。而量刑比求刑輕的則有 107 人(佔 31.5%) (參見表 4-2 與圖 4-1)。

上述資料顯示刑度越重，具體求刑與量刑結果的符合比率越低，而且法官與檢察官在對於是否求處或量處死刑與無期徒刑上有相當大的差異。而有期徒刑的符合率雖然高達九成，仍有必要進一步探討在各種刑度上求刑與量刑是否有所差異。

表 4-2　殺人罪具體求刑與量刑種類差異

刑罰種類		求刑種類			
		死刑	無期徒刑	有期徒刑	合計（%）
求刑種類	死　刑（%）	**21（30.9）**	35（51.5）	12（17.6）	68（100.0）
	無期徒刑（%）	1（.8）	**61（50.0）**	60（49.2）	122（100.0）
	有期徒刑（%）	0（.0）	12（8.0）	**138（92.0）**	150（100.0）
	合　計（%）	22（6.5）	108（31.8）	210（61.8）	340（100.0）

χ^2=172.866; df=4; p<.001

表 4-2　殺人罪具體求刑與量刑種類差異分佈

	人數	%	累積百分比
死刑符合	**21**	**6.2**	**6.2**
無期符合	**61**	**17.9**	**24.1**
有期符合	**138**	**40.6**	**64.7**
死刑改無期	**35**	**10.3**	**75.0**
死刑改有期	**12**	**3.5**	**78.5**
無期改死刑	**1**	**.3**	**78.8**
無期改有期	**60**	**17.6**	**96.5**
有期改無期	**12**	**3.5**	**100.0**
總和	**340**	**100.0**	

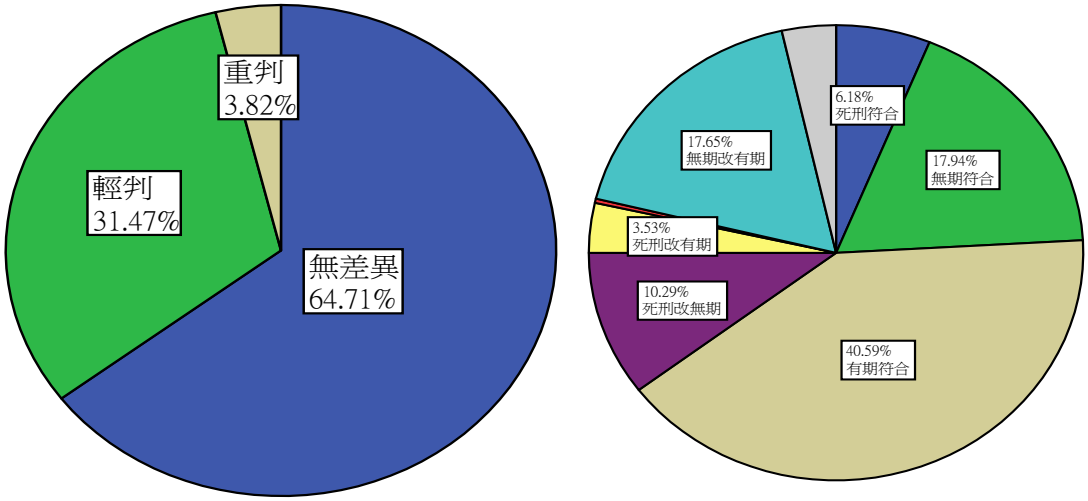


圖 4-1 殺 2 人罪具體求刑與量刑種類差異百分比的分佈

三、具體求刑與量刑刑度的差異情形

表 4-3 和圖 4-2 為殺人罪量刑與求刑的差異分析，結果顯示，在 138 個求刑與量刑均為自由刑的案件中有 37 件檢察官和法官求刑刑度完全一致(佔 26.8%)，量刑較求性輕者有 78 件（佔 56.5%），量刑較求刑重者有 23 件（佔 16.6%），整體而言，對於同一案件量刑刑度大多較求行刑度為輕，其中以輕 36～84 月為最多（佔 23.2%）其次為輕 36 月以下（佔 15.2%），而刑度差距最高則為輕 156 月有一件，隨著刑度差距加大則比例逐漸下降。

表 4-4 為同一案件檢察官和法官對於殺人罪求刑和量刑刑度的差異分析，結果顯示，檢察官的平均刑度為 159.31 月，法官的平均刑度為 137.75 月，二者的平均差異為 21.56 月，且差異達統計上顯著水準（t= 6.42; p<.001）。實有必要進一步觀察產生差異的原因為何。

表 4-3　殺人罪量刑與具體求刑刑度差異

	人數	%	累積%
輕156-180月	1	.7	.7
輕108-132月	3	2.2	2.9
輕84-108月	5	3.6	6.5
輕60-84月	16	11.6	18.1
輕36-60月	32	23.2	41.3
輕36月以下	21	15.2	56.5
無差異	37	26.8	83.3
重36月以下	14	10.1	93.5
重36-60月	7	5.1	98.6
重84-108月	1	.7	99.3
重132-156月	1	.7	100.0
總和	138	100.0	

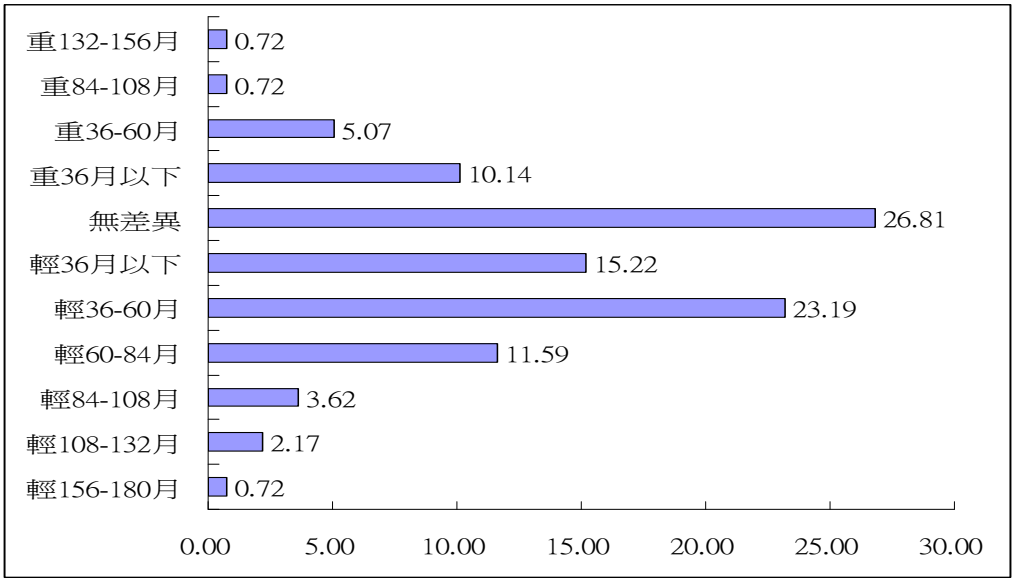


圖 4-2　殺人罪量刑與具體求刑差異百分比分佈

表 4-4　求刑與量刑刑度差異分析

項目	樣本數	平均數	標準差	平均刑度差距 t 值；Sig
求刑	138	159.46	34.27	差距＝21.84
量刑	138	137.62	36.13	t= 6.528***

*** p<.00

四、殺人罪求刑與量刑歧異的原因

(一)適用法條

求刑和量刑法條適用不同會影響刑度的輕重，表 4-5 為殺人罪求刑與量刑法條差異情形，在 340 件殺人罪中，有 333 件求刑與量刑法條相同，佔 97.9%，不一致率為 2.1%；其中一致性最高者為適用第 272 條一項與同時適用第 271 條一項和第 272 條一項者，2 個案件檢察官和法官法條適用完全一致（100%），其次為第 271 條（一致率 98.1%），再其次為第 322 條一項（一致率 93.8%）。

僅管法條適用上檢察官和法官有 97.9%的一致性，因此，檢察官與法官在適用法條上並未有顯著改變（McNemar　Sig=.160）），唯前述分析顯示求刑和量刑刑度有顯著差異，對在適用同一法條的情況下，仍有可能因為加重減輕事由不同、對犯罪事實看法不同、犯罪惡性與危害性認定不同、起訴和量刑時行為人態度不同等因素，而導致求刑與量刑結果產生差異，以下進一步觀察求刑和量刑時這些因素的差異。

表 4-5　殺人罪求刑與量刑法條分佈

適用法條		判決法條				合計（%）
		271條一項	272條一項	322條一項	271&272條	
起訴法條	271條一項(%)	**316(98.1)**	1(0.3)	5(1.6)	0(0.0)	322(100.0)
	272條一項(%)	0(0.0)	**1(100.0)**	0(0.0)	0(0.0)	1(100.0)
	322條一項(%)	1(6.3)	0(0.0)	**15(93.8)**	0(0.0)	16(100.0)
	271條＆272條(%)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	**1(100.0)**	1(100.0)
合計（%）		317(93.2)	2(0.6)	20(5.9)	1(0.3)	340 (100.0)

McNemar　Sig=.160

(二)加重或減輕事由

1.加重事由

表 4-6 為對同一案件同一行為人，檢察官求刑與法官量刑加重事由的改變顯著性分析，以觀察殺人罪在求刑適用加重相關法條，在量刑時繼續適用該法條百分比是否有顯著改變。如以適用刑法第 47 條累犯為例，求刑時有 23 人適用第 47 條，但在量刑時有 19 人適用該法條（佔 82.6%），而有 4 人並未適用第 47 條（佔 17.4%）；在求刑時有 317 人未適用第 47 條，量刑時則有 303 人未適用第 47 條（佔 95.6%），而量刑時改適用第 47 條者有 14 人（佔 4.4%）。適用 47 條人數從 23 人增加到 33 人，這的改變達到統計上的顯著水準（McNemar Sig.=.031），顯示在求刑和量刑有關第 47 條的適用有顯著改變。

而在是否適用第 55 條（"否"一致性 93.7%，"是"一致性 54.7%,McNemar Sig.=.441）、是否連續犯（"否"一致性 94.6%，"是"一致性 58.3%McNemar Sig.=.248），顯示檢察官與法官在此二種加重事由上的差異並不大。

表 4-6　殺人罪求刑與量刑加重事由改變顯著性分析

加重事由			量刑		McNemar sig.
			否(%)	是(%)	
求刑	第 47 條（累犯）	否	303（95.6）	14（4.4）	**McNemar sig.= .031**
		是	4（17.4）	19（82.6）	
	第 55 條（從一重）	否	269(93.7)	18(6.3)	McNemar sig.= .441
		是	24(45.3)	29(54.7)	
	56 條（連續犯）	否	299（94.6）	17（5.4）	McNemar Sig.= .248
		是	10（41.7）	14（58.3）	

2.減輕事由

表 4-7 為求刑與量刑適用第 19 條 2 項（精神耗弱）的改變顯著性分析，求刑時有 3 人適用第 19 條 2 項，在量刑均維持適用；求刑時有 337 人未適用第 19 條 2 項，在量刑時則有 318 人維持未適用 19 條二項（佔 94.4%），但其中有 19 人（佔 5.6%）在量刑時適用 19 條 2 項，適用精神耗弱人數由 3 人增加為 22 人，這樣的改變達到統計上的顯著水準（McNemar Sig.=.000），顯示在**審判時法官的量刑較有可能認定行為人的精神狀況適用第 19 條 2 項的規定**。

相似的情況也出現在適用第 62 條（自首）的改變顯著性分析，求刑時有 30

人適用第 62 條，在量刑時有 26 人維持適用（佔 86.7%）；求刑時有 310 人未適用第 62 條，在量刑時則有 290 人維持非自首（佔 93.5%），但其中有 20 人（2.1%）在量刑時適用 62 條自首，適用自首人數由 30 人增加為 46 人，這樣的改變達到統計上的顯著水準（McNemar Sig.=.001），亦即**在量刑時法官較檢察官更有可能認定行為人適用自首**。對於適用第 30 條（幫助犯）和第 59 條（酌減），檢察官和法官則有相當高的一致性（逾 98%一致）。

表 4-7　殺人罪求刑與量刑減輕事由改變顯著性分析

加重事由			量刑		McNemar sig.
			否(%)	是(%)	
求刑	第 19 條 2 項（精神耗弱）	否	**318(94.4)**	19(5.6)	McNemar Sig.= .000
		是	0(0.0)	**3(100.0)**	
	第 30 條（幫助犯）	否	**335(99.7)**	1(0.3)	McNemar Sig.= 1.000
		是	1(25.0)	**3(75.0)**	
	第 59 條（酌減）	否	**0(0.0)**	1(100.0)	McNemar Sig.= .070
		是	7(2.1)	**332(97.9)**	
	第 62 條（自首）	否	**288(93.2)**	21(6.8)	McNemar Sig.= .001
		是	4(12.9)	**27(87.1)**	

3.可責性

表 4-8 為求刑與量刑在犯罪動機的改變顯著性分析，無論動機為貪念、尋仇、感情因素口角衝突或逃避逮捕，檢察官求刑和法官量刑的認定上，均無顯著性改變，顯示檢察官與法官對於殺人罪犯罪動機的認定具相當高的一致性（參見表 4-8）。

表 4-8　殺人罪求刑與量刑犯罪動機的改變顯著性分析

加重事由			量刑		McNemar　sig.
			否(%)	是(%)	
具體求刑	貪念	否	286（97.6）	7（2.4）	McNemar Sig.=.340
		是	4（8.5）	43（91.5）	
	尋仇	否	284（99.0）	3（1.0）	McNemar Sig.= 1.000
		是	4（7.5）	49（92.5）	
	感情因素	否	289(98.0)	6(2.0)	McNemar Sig.= .289
		是	2(4.4)	43(95.6)	
	口角衝突	否	169(91.8)	15(8.2)	McNemar Sig.= .307
		是	9(5.8)	147(94.2)	
	逃避逮捕	否	316(99.4)	2(.6)	McNemar Sig.=.109
		是	8(36.4)	14(63.6)	

在犯罪手段情狀上，檢察官與法官對預謀犯罪與凌虐被害人的看法上有相當高的一致性；但在對於是否受被害人刺激的認定，求刑時有 204 人被認定受被害人刺激，量刑時其中 168 人維持原認定，36 人（佔 17.6%）則否；求刑時有 136 人認定為否，量刑時其中 127 人維持認定，但有 9 人被認定受被害人刺激。被認定受被害人刺激人數從 204 人減少到 177 人，這樣的改變達到統計上的顯著水準（McNemar Sig.=.000），亦即在量刑時法官比檢察官較少認定行為人受被害人刺激；在手段是否殘忍與漠視人命相似認定上亦有相似結果，在量刑時法官比檢察官較常認定行為人手段殘忍和漠視人命（參見表 4-9）。

對於犯罪危害性的認定，在是否造成家屬心靈傷痛的認定上，檢察官與法官的認定有顯著改變，求刑時有 29 人被認為造成家屬傷痛，量刑時其中 22 人維持認定，7 人（佔 24.1%）則否；求刑時有 311 人被認定為否，量刑時其中 218 人維持認定，但有 93 人（佔 29.9%）被認為造成家屬傷痛。被認定手段殘忍人數從 29 人增加到 115 人，這樣的改變達到統計上的顯著水準（McNemar Sig.=.000），亦即在量刑時法官比檢察官較多認為行為人對於被害人家屬造成心靈上的傷痛。在犯罪是否危害社會治安的認定上，亦獲致相似結果，在量刑時法官比檢察官較多認定殺人犯行已造成社會治安的危害（參見表 4-9）。

表 4-9　殺人罪求刑與量刑的犯罪手段與危害性改變顯著性分析

加重事由			量刑		McNemar　sig.
			否(%)	是(%)	
具體求刑	被害人刺激	否	127（92.7）	10（7.3）	**McNemar Sig.=.000**
		是	36(17.7)	167（82.3）	
	預謀犯罪	否	143(94.7)	8(5.3)	McNemar Sig.= .791
		是	6(3.2)	183(96.8)	
	手段殘忍	否	124(66.0)	64(34.0)	**McNemar Sig.= .013**
		是	38(25.0)	114(75.0)	
	漠視人命	否	267（87.0）	40（13.0）	**McNemar Sig.= .003**
		是	17（51.5）	16（48.5）	
	凌虐被害人	否	318（99.4）	2（.6）	McNemar Sig.=1.000
		是	2（10.5）	17（89.5）	
	家屬心靈傷痛	否	218（70.1）	93（29.9）	**McNemar Sig.= .000**
		是	7（24.1）	22（75.9）	
	危害社會	否	237(78.2)	66(21.8)	**McNemar Sig.= .000**
		是	18(48.6)	19(51.4)	

(四)社會保障因素

表 4-10 為社會保障的相關因素，包括：是否有前案紀錄、被告素行是否良好、是否曾緩刑或假釋狀態等三個因素，以下就同一案件同一行為人檢察官求刑和法官量刑在這些因素是否有顯著改變進行分析。

在前案紀錄的改變顯著性分析方面，求刑時有 40 人有前案紀錄，而在量刑時其中 38 人（佔 95.0%）仍維持有前案的認定，僅有 2 人（佔 5.0%）被認定沒有前案。求刑時有 300 人是沒有前案的，在量刑時其中 268 人（佔 89.3%）維持無前案，但有 32 人（佔 10.7%）被法官認定有前案。有前案紀錄的被告從 40 人增加到 70 人，這樣的改變達到統計上的顯著水準（McNemar Sig.=.000）；顯示，求刑時和量刑時認定被告有前案紀錄的比例有顯著差異。

在緩刑或假釋狀態的改變顯著性分析，求刑時有 14 人有緩刑或假釋狀態，而量刑時有 18 人，僅增加 4 人，這樣的改變並未達到統計上的顯著水準（McNemar Sig.=.219）；顯示檢察官與法官對於被告緩刑或假釋狀態的認定上具有一致性。

在被告素行的改變顯著性分析方面，求刑時有 13 人被檢察官認為素行良好，而在量刑時其中 7 人（佔 53.80%）並未被法官認為素行良好。求刑時有 326

人沒有被檢察官認為素行良好，而其中 37 人（佔 11.3%）被法官認為素行良好。素行良好的被告從 13 人增加到 43 人，這樣的改變達到統計上的顯著水準（McNemar Sig.=.000）；顯示，檢察官與法官對於被告素行是否良好的認定有顯著差異。

表 4-10　殺人罪求刑與量刑社會保障的改變顯著性分析

加重事由			量刑		McNemar sig.
			否(%)	是(%)	
具體求刑	前案紀錄	否	268(89.3)	32(10.7)	**McNemar Sig.=.000**
		是	2(5.0)	38(95.0)	
	曾經緩刑假釋	否	321(98.5)	5(1.5)	McNemar Sig.=.219
		是	1(7.1%)	13(92.9)	
	被告素行		良好	不良/未提及	**McNemar Sig.= .000**
		良好	6（46.2）	7（53.8）	
		不良/未提及	37（11.3）	290（88.7）	

(五)犯罪後態度

表 4-11 為行為人犯後態度的改變顯著性分析，求刑時有 6 位行為人與被害人和解，在量刑時全部均維持和解；求刑時有 334 位行為人未與被害人和解，在量刑時則減少至 305 人（91.3%）未和解，而和解案件增加至 30（佔 9.0%），這樣的改變達到統計上的顯著水準（McNemar Sig.=.000），亦即在量刑時有較多的行為人會與被害人和解，而使法官從輕量刑。在宥恕方面，求刑時僅 2 位行為人獲得被害人家屬宥恕，在量刑時亦維持宥恕；求刑時有 338 位行為人未被宥恕，在量刑時則減少至 330 人（97.6%）未獲宥恕，而宥恕案件增加至 8 人（佔 2.4%），這樣的改變達到統計上的顯著水準（McNemar Sig.=.008），亦即在量刑時有較多的行為人會獲得被害人宥恕，而使法官從輕量刑。

在坦承的改變顯著性分析顯示，求刑時有 271 人對檢察官坦承或部份坦承犯罪，在量刑時其中 257 人（佔 94.8%）仍坦承或部份坦承犯罪，但有 14 人（佔 5.2%）否認犯罪或法官未提及是否坦承。求刑時有 69 人對檢察官否認犯罪，在量刑時其中 34 人（佔 49.3%）仍然否認犯罪，但有 35 人（佔 50.7%）改變態度坦承或部份坦承犯罪；這樣的改變達到統計上的顯著水準（McNemar Sig.=.004）；顯示，求刑時和量刑時坦承犯罪比例有顯著改變。

表 4-11　殺人罪求刑與量刑犯後態度的改變顯著性分析

加重事由			量刑		McNemar　sig.
			是(%)	否/未提及(%)	
求刑	和解	是	6（100.0）	0（.0）	McNemar Sig.=.000
		否/未提及	30（9.0）	304（91.0）	
	宥恕	是	2(100.0)	0(.0)	McNemar Sig.=.008
		否/未提及	8(2.4)	330(97.6)	
	坦承/部份坦承	是	257（94.8）	14（5.2）	McNemar Sig.=.004
		否	35（50.7）	34（49.3）	

伍、結論與建議

本研究以殺人罪為例，分析檢察官求刑與法官量刑歧異現象與可能影響因素，從問卷調查可發現，逾九成的檢察官和法官均表示「同意或非常同意」在求刑或量刑時會考量「案件為預謀」、「犯罪造成傷勢」、「殺人前有無凌虐被害人」，而「棄(滅)屍行為」的比例在 79%左右、「動機為財」的比例分別為 66.6%和 63.8%，顯示檢察官和法官在這六項因素同意程度的比例相當一致。對於「被害人刺激或挑惹行為」和「獲得被害人家屬宥恕」二項檢察官和法官的同意程度有顯著差異，對於這二項因素檢察官的同意比例分別為 73.4%與 75.1%，而法官的同意比例則分別為 92.1%和 90.5%，高出約 15%，顯示多數的法官較檢察官重視這二項因素（參見表 5-1）。

表 5-1　檢察官與法官在殺人罪求刑/量刑考量因素分析

項　目	檢察官		法官		檢察官 vs. 法官差異
	%	程度	%	程度	
動機是為情從輕求刑/量刑	20.9	極低度	23.6	極低度	**o**
動機是為財從重求刑/量刑	66.6	中低度	63.8	中低度	**o**
案件為預謀從重求刑/量刑	90.8	極高度	91.7	極高度	**o**
殺人前有無凌虐被害人從重求刑/量刑	100	極高度	99.4	極高度	**o**
棄(滅)屍從重求刑/量刑	79.9	中度	79.8	中度	**o**
犯罪工具為槍枝從重求刑/量刑	67.3	中低度	59.4	低度	**o**
犯罪造成傷勢決定刑度	92.5	極高度	95.8	極高度	**o**
行為人與被害人關係決定刑度	89	高度	92.8	極高度	**o**
被害人挑惹或刺激行為從輕求刑/量刑	73.4	中度	92.1	極高度	√
獲得被害人家屬宥恕從輕求刑/量刑	75.1	中度	90.5	極高度	√

註：「√」表示對該項目在統計上有顯著差異或關聯性，具有歧異性。

「**o**」表示對該項目在統計上無顯著差異或關聯性，具有一致性。

依受訪者「同意或非常同意」程度區分為極高度（90%以上）、高度（80%~89%）、中度（70%~79%）、中低度（60%~69%）、低度（50%~59%）、極低度（49%以下）六個等級。

起訴書與判決書分析結果顯示，殺人罪求刑與量刑確實存在歧異現象，同一案件殺人罪起訴判決樣本在求處死刑、無期徒刑或有期徒刑的判決結果符合率來看，死刑符合率為 30.9%、無期徒刑符合率為 50%、有期徒刑符合率為 92%，而求處有期徒刑的樣本中，刑度與判決結果符合的僅佔 26.81%，輕判的佔 16.65%、重判的佔 56.54%。由此可知，殺人罪案例亦存在檢察官求刑與法官量刑間的歧異現象，且刑度越重，求刑與量刑差異越大。

進一步分析產生歧異可能的原因，加重事由方面，僅有第 47 條（累犯）檢察官與法官的求刑與量刑達到統計上的顯著差異，其餘項目皆有一致性。減輕事由則為第 19 條二項(精神耗弱)與第 62 條（自首）檢察官與法官的求刑與量刑達到統計上的顯著差異。至於犯罪動機部分，檢察官與法官的求刑與量刑均無顯著

差異，顯示檢察官與法官在犯罪動機的認定部分並無差異。在犯罪手段情狀上，除了在「犯罪預謀」和「凌虐被害人」二者無顯著差異外，其他手段情狀均有顯著差異，顯示檢察官與法官在犯罪手段與其嚴重性的認定上並不一致。而在社會保障方面，「前案紀錄」、「被告素行」的認定上亦有顯著差異。

關於犯罪者的犯後態度，「坦承犯罪」、「是否與被害人和解」、「獲得被害人宥恕」等三個項目，檢察官與法官的求刑與量刑均達到顯著差異，顯示在量刑時有較多的行為人會坦承犯罪、犯後態度改變，並與被害人和解，而使法官從輕量刑（參見表 5-2）。整體而言，求刑與量刑歧異的主要因素為犯罪手段、社會保障和犯後態度等產生改變所致。

表 5-2 殺人罪求刑與量刑的改變差異產生原因

差異影響因素		影響顯著度
殺人罪相關法條適用		o
加重事由	第 47 條（累犯）	√
	第 55 條（從一重）	o
	第 56 條（連續犯）	o
減輕事由	第 59 條(酌減)	o
	第 19 條二項(精神耗弱)	√
	第 30 條(幫助犯)	o
	第 62 條(自首)	√
犯罪動機	貪念	o
	尋仇	o
	感情因素	o
	口角衝突	o
	逃避逮捕	o
手段情狀	受被害人刺激	√
	犯罪預謀	o
	手段殘忍	√
	漠視人命	√

	凌虐被害人	**o**
	造成家屬心靈傷痛	√
	危害社會治安	√
社會保障	前案紀錄	√
	被告素行	√
	緩刑或假釋狀態	**o**
犯後態度	坦承犯罪	√
	和解	√
	宥恕	√

註：「√」表示對該項目求刑與量刑在統計上有顯著改變，具有**歧異性**。
「**o**」表示對該項目求刑與量刑在統計上無顯著改變，具有**一致性**。

從前述各國求刑與量刑模式相關文獻可知，其求刑、量刑標準的建立均經過長時間的觀察、醞釀、研究、辯論、規劃和執行，並且在資訊逐漸完備，凝聚足夠共識後，還必須由政府成立專責機構負責求刑、量刑標準的建立。例如：美國係由隸屬於國會系統聯邦量刑委員會負責，澳洲則為法官組成獨立於法院外的司法委員會負責，英國於 2004 年以前曾經由上訴法院來主導，2004 年則由獨立的量刑準則委員會負責這一項工作，其成員主要也來自刑事審判系統。至於荷蘭模式則由檢察系統發動，專司求刑標準的建立、推動和修正。而各國在標準建立後，仍依法律變革、社會變動、新判例的產生等因素，逐年修正公布新的求刑或量刑標準，以符合實際需求。而日本的量刑行情制度雖然行之多年，對於法官量刑也具有一定的拘束力，但由於至今仍無政府專責機構負責量刑準則的建立，因此難免在學說上受到質疑，正當性亦無法檢驗，也無法反應刑事政策的一貫性。因此，無論未來我國欲推動何種模式的求刑或量刑標準，均須有專門機構負責才是長遠、可行之計。

具體求刑與量刑歧異並非我國司法的特有，而是全球化長期存在的的問題，也是各國推動司法改革運動的重要根源。1987 年美國即著手建立數值化量刑標準，而荷蘭也從 1990 年由檢察總署負責求刑標準的建立。目前存在的求刑與量刑模式各有其擅場。制訂求刑、量刑標準仍需考量我國法律文化與共識，在制度採擷上，未必要定於一尊，其實也可以在我國司法的特殊法律文化背景下，綜合各國長處，規劃一套輔助求刑、量刑資訊系統。尤其，在憲法上求刑與審判獨立

的規制下擬訂求刑或量刑標準，無論是強制性或參考性，如果缺乏共識，都難免遭致是否侵犯起訴、審判獨立的疑慮與抗拒；相較之下，於「檢察一體」的法務體系下，訂定標準，協助檢察官進行合乎公平原則的具體求刑，似乎較為可行。荷蘭北極星準則的規範始意與成效，應值參酌。

無論是官方統計或本研究起訴書資料蒐集經驗，具體求刑率的確有偏低現象。陳玉書、林健陽、郭豫珍等（2008）研究發現，在相同條件下（如初或累犯、是否有共犯、單純一罪或數罪併罰、是否為連續犯、不同犯罪手段或事實等），求刑的標準差相當大；數罪併罰具體求刑時多數案件未分別求刑。事實上仍有許多關於具體求刑的問題有待瞭解，而這些問題的釐清和克服，是建立和推動客觀具體求刑標準的先決條件之一。如欲建立一套可行的具體求刑標準，法務部應更積極瞭解目前檢察體系具體求刑現況，並採取相對因應措施。

具體求刑標準的建立並非一蹴可幾，在荷蘭，1970 年代檢察總署乃發布「國家檢察準則」，但未產生所期待的影響結果，1990 年代末期檢察總署所發行的「檢方求刑準則架構」為基礎，而建立架構非常明確的「檢方求刑準則」；這一套求刑準則雖無法律明定的強制力，但透過制度設計與實務運作，在某種程度上建立了事實上的拘束力，而實務上卻有高達 80%的判決是根據檢察官的求刑而量刑（Anton, 2001：78）。因此逐步建立各案類具體求刑標準，有助於降低求刑與量刑歧異。

在殺人罪起訴書和判決書分析中發現，檢察官具體求刑與法官量刑時，在犯罪動機和法律上所規範的加重事由（累犯）等，大多無顯著差異；而檢察官與法官問卷調查求刑與量刑考量因素亦顯示相似的結果。但在酌減、可責性和行為人犯後態度（如：坦承犯罪、和解、宥恕等）等，對於求刑、量刑的影響則有較多的歧異，這或許能夠說明何以起訴書與判決書分析求刑與量刑刑度差異時，量刑刑度大多輕於求刑刑度。檢察官起訴時無論是加重事由或減輕事由，如能盡可能敘明，將可降低具體求刑與量刑的差異。

參考文獻

林東茂（1980）。〈殺人犯罪之被害特性〉,《警學叢刊》(11 卷 1 期，頁 91-103)。

林鈺雄(2002) 《嚴格證明與刑事證據》(台北：學林文化)

林山田（2001）。《刑事程序法（第四版）》，台北：五南。

周愫嫻（2005）。〈妨害性自主罪量刑之實證研究〉,《刑事政策與犯罪研究論文集》，8 期，21-66 頁。

姜瑞貞（2003）。《影響法官對刑事案件量刑因素之研究》(台北：輔仁大學應用統計研究所在職專班碩士論文)。

國立中正大學犯罪研究中心（2005）。93 年度台灣民眾被害經驗暨對政府防制犯罪滿意度調查研究。《透視犯罪問題》,(5 期，頁 52)。

曹金山（1986）。〈法官刑罰裁量權之探討〉,《軍法專刊》(42 期，頁 718-20)。

郭豫珍（2008a）。《法官量刑影響因素之實證研究:以臺灣高等法院 2002 -2006 強盜案刑事判決為例》，中央警察大學犯罪防治研究所博士論文。

郭豫珍（2008b）。〈荷蘭檢察總署求刑準則之運作與發展〉,《法務通訊》，2377 期，3-6 頁。

陳玉書、林建陽、郭豫珍等 (2008)。《具體量刑及求刑標準之研究》(台北：法務部委託研究案)。

曾淑瑜（2003）。〈量刑基準之比較研究〉,《華岡法粹》(29 期，頁 151-190)。

蔡墩銘(1978) 。〈刑庭推事之量刑行為〉,《台大法學論叢》,(14 期，頁 37-76)。

蔡墩銘（2005）。《刑法精義》(台北：蔡墩銘)

Anton, Monika et al. (Eds) (2001/11/5-6). "***Proceedings of the International Expert Workshop on the Enforcement of Wildlife Trade Controls in the EU***" (TRAFFIC Europe, Brussels, Belgium and IUCN). 資料來源：http://www.iucn.org/themes/pdfdocuments/procedings%20judicial%workshop%20ELC-TRAFFIC%200c+01.pdf.

Kramer, J. H. & Ulmer, J. T. (1996). "Sentencing disparity and departures from guidelines." ***Justice Quarterly***, 13: 81-106.

Steffensmeier,D.& Demuth, Stephen. (2001). "Ethnicity and judges' sentencing decisions: Hispanicblack-white comparisons." ***Criminology***, 39: 145-178.

Steffensmeier,D.,Ulmer, J., & Kramer,J. (1998). "The interaction of Race, Gender, and Age in Criminal Sentencing: The punishment cost of being young, Black, and male." ***Criminology***, 36: 763-797.

前田雅英等（2007）。〈量刑に関する国民と裁判官の意識についての研究―殺人罪の事案を素材として〉，《司法研究報告書》（第 57 輯，第 1 号）

以被害人為中心的刑事偵訊：以性侵害與人口販運為例[1]

Victim-centered Forensic Interview - Cases of Sexual Assault and Human Trafficking

中央警察大學外事警察學系教授 葉毓蘭

目　次

壹、楔子--從犯罪被害人保護法談起
貳、性侵害犯罪、被害人與偵查起訴的困難
參、人口販運被害人的特殊需求
肆、以被害人為中心的刑事偵訊強化人口販運的偵查起訴
伍、訊問人口販運兒童被害人的策略與問題範本
陸、結語與建議： 以落實被害人中心強化人口販運防制

壹、楔子--從犯罪被害人保護法談起

隨著全球化與國際化趨勢，跨國境之觀光、商務、專業交流、通婚、就業、就學等活動日益增多，跨國人口移動遷徙頻繁現象已成為世界潮流，各國政府對於外國人之人權保障議題亦逐漸受到重視。在 2009 年 5 月 8 日通過犯罪被害人保護法修正案，將性侵害、家庭暴力或人口販運犯罪的被害人納入保護範圍，同時對於來自大陸地區、香港、澳門或外國籍之配偶或勞工，也一體適用。這些被害人，若因此喪失或減少勞動能力或增加生活需要，最多可向政府申請一百萬元補償，另可請求最多四十萬元的精神慰撫金，合計可達一百四十萬元[2]。這是因

[1] 本文係作者於 2011 年 3 月 1 日至 6 月 30 日，在美國布魯金斯研究院（Brookings Institution）東北亞政策研究中心（Center for Northeast Asian Policy Studies）擔任訪問學者期間，以研究人口販運防制政策為主，承美國國土安全部移民及海關執法局(Immigration and Customs Enforcement, Department of Homeland Security)協助，提供該局訓練資料研究所得。

[2] 司法院公報，第 51 卷第 7 期，2009 年 7 月，第 58-61 頁。

為國際人權之保障已成為普世尊重之價值，犯罪被害人保護制度為國家人權保障之重要指標，面臨人權保障國際化浪潮，現行犯罪被害人保護法互惠原則之相關規定，與現代保障人權平等原則與精神不符，實有檢討修正之必要，政府基於人權立國理念及實踐人道主義，將在臺外國籍與無國籍人士納入本法保護對象，以確保渠等被害者在我國受到合理及平等之對待，使犯罪被害者人權保障更加周延，也更確定政府重視被害人保護，未來的刑事司法政策，將會與先進國家以被害人為中心(Victim-Centered)的刑事政策取向同步，尤其是被害人特別脆弱(vulnerable)、更多為兒童與婦女的人口販運與性侵害這兩種類型的犯罪，更應列為重點。

不管何種犯罪，如要對加害人成功的起訴並予定罪，都需要得到被害人的協助與合作。因此，執法人員如善用合宜的訪談或偵訊策略，更容易得到被害人的信任，從而增加他們參與刑事司法程序的可能性。性侵害犯罪防治法通過有年，對被害人身心受創的研究頗多，因而政府也發展出許多以保護被害人為中心的策略與措施，例如針對性侵害的兒少或心智障礙被害人，在刑事司法訴訟過程中均有特殊機制予以協助。而許多被販運的人們曾經遭受數月或數年的身體和心理摧殘，背井離鄉並與執法官員或其他政府官員有過負面的接觸。員警必須考慮到被害人可能經歷的恐懼、他們脆弱的心理狀態以及他們的實際需要，因而必須根據情況採用適當的面談策略。雖然檢警才需要培養偵訊的專業技能，但任何人都可以從下列以被害人為中心的刑事偵訊（forensic interview，或譯為法庭訊問）面談技巧中獲益。刑事偵訊是在偵辦性侵害案件時對兒童與心智障礙的被害人使用的偵訊技巧，在歐美國家行之有年，我國的性侵害減少重複陳述作業亦以此精神設計。

貳、性侵害犯罪、被害人與偵查起訴的困難

台灣的性侵害犯罪防治法在 1997 年通過，在此之前僅有刑法妨害風化罪章中強姦罪、猥褻罪。由於性侵害犯罪的特殊性質，屬於女性被害人數最多的犯罪，也是行為人幾乎為男性的犯罪，也因為法律文化充斥父權思想，性侵害更加是犯罪黑數最高的犯罪。以最近三年台灣刑案統計的數字觀之（參見表一），被害人絕大多數為女性（2008 年 96%、2009 年 96.5%、2010 年的 95.4%），未滿 18 歲的兒童（2008 年 64%、2009 年 63.3%，2010 年 63.4%）。

表一、台灣最近三年性侵害犯罪被害人性別與年齡分析[3]

	2008		2009		2010	
	男	女	男	女	男	女
年齡別總計	**150**	**3,374**	**184**	**3,399**	**174**	**3,585**
0-5 歲	8	96	8	115	17	124
6-11 歲	42	356	67	350	57	370
12-17 歲	75	1,666	91	1,600	78	1,738
18-23 歲	12	436	7	475	7	448
24-29 歲	7	343	6	337	8	322
30-39 歲	5	280	2	304	5	360
40-49 歲	-	131	1	143	-	141
50-59 歲	-	48	1	54	1	55
60-64 歲	-	8	1	8	-	9
65-69 歲	-	6	-	6	-	9
70 歲以上	1	4	-	7	-	8
不詳	-	-	-	-	1	1

性侵害是主要對婦女及兒童實施的暴力犯罪，對社會與個人都會造成嚴重的傷害（黃富源 2000）[4]，1、對社會的影響有：干擾婦女的生活作息，使社會大眾產生恐懼、憤怒、不安，甚至無奈與無力感，影響人際之間相互信賴的關係；2、對被害人個人所造成的傷害，包括財物損失，包括物質破壞、生產力降低、醫療支出、心理復健、醫療支出等等費用；心理傷害：強姦創傷症候群，症狀主要包括：抑鬱、沮喪，飲食睡眠模式改變、不名原因生理病痛；喪失自信心；無力感、無助感、脆弱感；人際與工作疏離；對異性態度改變、無法集中注意力；害怕與焦慮；易與家人或朋友起衝突；可能導致酗酒與藥物成癮；亦可能對被害人的人際關係造成傷害。

另依據舊金山性侵害醫療中心的歸納，發現被害者會有：1、擔心被懷疑；2、

[3] 資料來源為內政部警政署性侵害被害人性別統計，http://www.npa.gov.tw/NPAGip/wSite/ct?xItem=26954&ctNode=12597&mp=1，2011/9/18 造訪。

[4] 黃富源（2000），警察與女性被害人，新迪文化有限公司印行，台北。

產生普遍的恐懼；3、害怕身體檢查，視陰部檢查為再次傷害；4、對類似被害的情境產生強烈的情緒反應；5、想要報復；6、害怕懷孕與得到性病；7、無力感等等負面反應。另一方面，則需要：1、有人傾聽並同理瞭解；2、安全感；3、被相信或信任；4、所採取處置方式能夠被認同與接受；5、得到醫療或法律協助與諮詢；6、有足夠資訊面對醫療與警察的協助；7、能夠掌握局勢並重獲力量；8、急迫需要醫療與法律等等能夠解除壓力的協助（Davis, Lurigio & Skogan, 1997）[5]。

性侵害案件因涉及侵犯他人身體隱私，對被害人的影響甚鉅。張琬婷（2006）的研究[6]發現，性侵害的被害人遭侵害後會出現負面影響，包括：對異性採取負面態度、出現掙扎與分裂人格排斥性行為與肢體碰觸、產生愧疚感與貶低自我價值、無所不在的二度傷害、無法順利運作日生活、及對人失去信任感。性侵害被害人依其生心理發展狀況，亦有不同之受創反應[7]（詳如表二）。而性侵害犯罪防治法施行之初，被害人案發後必須先至警局報案再到醫院驗傷，之後帶著驗傷單回到警局等候社工陪同、警察聯繫檢察官，接著才開始製作筆錄。筆錄製作過程也因各單位需要蒐集的資訊不同，導致不同專業重複詢問被害人資訊，讓被害人感到耗時、且疲累。內政部家庭暴力及性侵害防治委員會為了減少被害人審判前的訊問次數以及二度傷害，從檢警與社政的處理程序上以家庭暴力暨性侵害防治中心為樞紐，發展出「性侵害案件減少被害人重複陳述作業方案」，這個方案可以視為「以被害人為中心（victim-centered approach）」的實踐。

[5] Davis, R. C., Lurigio, A. J. & Skogan, W. G. (1997). *Victims of Crime.* Thousand Oaks, CA: Sage Publications.

[6] 張琬婷，2006。重要他人對性侵害被害婦女復原歷程之影響。國立中正大學犯罪防治所碩士論文。

[7] 內政部家庭暴力及性侵害防治委員會，2006 年，性侵害案件減少重複陳述作業工作手冊。

表二：性侵害對兒童或少年被害人的影響

	兒童與智能障礙者	青 少 年
生　理	1. 活動量改變 2. 胃口不佳 3. 睡眠不安、做惡夢 4. 易哭、不易安撫 5. 沒有夜尿習慣但突然尿床 6. 玩弄自己的生殖器官 7. 自慰（例如拿枕頭磨蹭）	1. 經期改變 2. 常腹痛 3. 睡不安穩 4. 胃口不佳 5. 懷孕 6. 性病或生殖器官的疾病
情　緒	1. 害怕特定的成人 2. 特別害怕夜晚 3. 退縮進入幻想的生活 4. 失去安全感 5. 突然無法集中注意力 6. 突然害怕異性 7. 經常沮喪或憂鬱 8. 突然亦怒或暴躁	1. 突然無法集中注意力 2. 退縮、冷漠或不喜歡與人接觸 3. 經常沮喪或憂鬱 4. 易怒、暴躁 5. 低自尊感與價值觀 6. 害怕
行　為	1. 早熟的性遊戲或性模仿 2. 過度的性好奇 3. 對男性出現挑逗行為 4. 繪畫或遊戲出現性的主題 5. 談話中出現超過年齡的性話題 6. 特別喜歡或抗拒與異性在一起 7. 行為舉止不符合年齡 8. 語言表達變少 9. 突然的退化現象（例如：咬拇指、黏著大人） 10. 課業突然落後 11. 避免回家或逃家 12. 躁動不安的行為 13. 學習障礙	1. 上下學時間改變（例如常遲到、早退或常延後回家） 2. 與同學難以建立穩定友誼 3. 課業突然落後 4. 曠課逃學 5. 逃家 6. 自殺或自傷行為 7. 其他偏差行為（打架、偷竊） 8. 穿著打扮的改變 9. 自願賣淫 10. 對男人有勾引的行為 11. 過度性活動 12. 接觸菸酒等上癮物品 13. 強迫性的行為（例如：不斷洗手）

由於性侵害犯罪的被害人將近三分之二為兒童，在性侵害案件裡，尤其是當兒童為被害人，因為驚恐與害怕，再加以年幼，而不可能自行去尋求救助與提告訴，所以被發覺時，相關的微物跡證如 DNA 或精液多半早已喪失，也因此，在

性侵害案件的審理裡，被害人的供述成為被告定罪最重要的證據，但若讓兒童出庭作證，卻又得面對二次傷害的風險（吳景欽，2010）[8]。

依照我國刑事訴訟法，所謂「證人」係指於刑事訴訟過程中－就自己對犯罪事實有關之親身見聞而為陳述之第三人，被害人在刑事訴訟過程中，就是證人。兒童證人向來就是司法心理學最重要但是最棘手的問題，在婦女人權與兒童人權極度受到重視的今天，兒童證人的議題-尤其是兒童性侵害證人的議題，以及如何對兒童及心智障礙被害人進行詢（訊），都是在進行偵查起訴性犯罪時，必須克服的困難。在兒童為性侵被害人的案件審理時，必須有別於一般證人的處理，除了審理不公開外，為了避免被害人直接面對被告，法官必須採行一定的隔離措施，至於其方式，可以是布幕、蒙面、變聲，甚而得以現代科技的視訊傳播方式，使被害人隔離於被告之外，而接受訊問。同時，在審判中，亦必須要有社工人員陪同在場。凡此種種，都是為避免二次傷害所為的保護措施，以使兒童能在不受壓力的情況下為陳述。

我國現行刑事訴訟法採行之鑑定制度，與英美法之專家證人（expert witness）固同係借重某專業領域上之意見，使有助於事實審判者就待證事實作成判斷，然兩者訴訟體制不儘相同，證據能力有無之認定，尚有差異。英美法制之專家證人，由當事人舉證，專家證人必須到庭，且在庭陳述意見之前，首須通過法官為適格與否之審查，並通過適格審查，其專業意見之陳述始具證據能力。而我國現行刑事訴訟法第 198 條定有授權選任鑑定人之明文，凡由法官或檢察官選任之鑑定人或鑑定機關，即適格充當鑑定人，且第 206 條並容許鑑定人（機關）以書面報告鑑定經過及結果，僅於斟酌證據證明力之必要，始須到庭說明，與專家證人法制，迥然不同，自不能因鑑定人未到庭陳述或鑑定機關未派人到庭陳述，或鑑定經過及結果以書面報告，即認屬傳聞證據(98 台上 949）。

兒童被害人的證詞效力，當然也影響了基本人權的保障，許多影響成人目擊者的因素，像是壓力、專注於武器、問題的引導，都有可能會對兒童產生影響。事實上，兒童指認出嫌疑犯的正確性上要比成人來得低。司法心理學家指出減少錯誤的方法有以下幾項（黃富源，2008）[9]：

1.無論是社工人員、醫生、心理師，還是司法人員，對兒童要避免暗示性的問法， 以免誤導兒童的證詞。

2.專家要避免使用，意象導引(guided imagery)以重建兒童記憶。

3.對於作證的兒童，要儘量在合法的範圍內降低其非必要的壓力。在美國有

[8] 吳景欽（2010），是專家證人、專家參審，抑或國民參審？ http://www.nownews.com/2010/09/10/138-2644967.htm，2011/9/10 造訪

[9] 黃富源（2008），司法心理學的議題與難題，檢察新論第三期，台灣高等法院檢察署

許多州接受「透過父母、醫生、心理學家、老師、警察、或社會工作者，傳述兒童在法庭外陳述的遭受虐待的經驗，這個「聽聞證據」(hearsay testimony)可以作為虐待兒童的證據。」美國更使用視訊（CCTV)以保護兒童證人不必出現在法院中。更有意義的是，司法心理學家發現：在法庭裡公開作證的幼童，因為引導式詰問而出現較多錯誤，因此設置視訊可以提升兒童證詞的正確性，也減少了兒童審判前的壓力經驗。(Wrightsman, 2006)[10]

4.要儘量減少可能會對兒童造成創傷的任何作證。

此外，為有效提升兒童或心智障礙被害人證詞的效力，美國兒童倡議中心（National Children's Advocacy Center）在全美透過跨領域的合作、宣導訓練，推廣適用於偵查性侵害、兒虐、人口販運，尤其被害人為特別脆弱、表達能力欠佳的兒童、心智障礙、或跨國跨境的移民移工等犯罪的刑事偵訊。目前該中心亦協助美國國土安全部研發訓練。

叁、人口販運被害人的特殊需求

人口販運是全球性的問題，也隨著全球化而益加惡化。據世界銀行(World Bank)和國際移民組織 (International Organization of Migration)報告，在過去幾十年中，世界上國際移民的數量急劇增長：2005 年為 1 億 9 千 100 萬人，到 2010 年增加為 2 億 1 千 500 萬人。2010 年度，全世界的移民匯款估計超過了 4400 億美元(2005 年為 2750 億美元)，其中發展中國家收到的匯款為 3250 億美元(2005 年為 1920 億美元）[11]。

跨國的移民是容易遭受現代奴役的弱勢群體，其中婦女與兒童尤其脆弱。根據聯合國兒童基金會（UNICEF）的統計顯示，每年約有 1200 萬名兒童淪為人口販運的被害人，受到強迫勞動或性剝削[12]。婦女帶著對更好生活的夢想，要做餐館女侍或家庭女僕的工作，卻被投入淫窟或家庭奴役。勞工因欠下仲介費以及與出國務工有關的名目繁多的費用而陷入債奴境地。而且這並不僅僅是指非法移民；根據 2011 年度的人口販運報告，世界各地都有這樣的情況：被害人以合法

[10] Wrightsman, L.S. (2006). Psychology and the legal system. (7th). Beverly Hills, CA: Sage Publications.

[11] International Organization of Migration (2011), About Migration: Facts and Figures/Global Facts and Trends, http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/facts-and-figures/lang/en. 2011/9/11 visited

[12] Child protection from violence, exploitation and abuse http://www.unicef.org/protection/index_exploitation.html，2011/9/18 **visited.**

身份到達目的地國家，在到達後卻遭受奴役。

有鑑於此，除了美國在 2000 年制訂人口販運被害人保護法[13]外，同年聯合國也通過「打擊跨國有組織犯罪公約關於預防、禁止和懲治人口販運，特別是婦女和兒童補充議定書」[14]，冀望透過立法、宣導、訓練與國內外的合作，共同有效的遏阻人口販運的惡行。在聯合國的議定書中指出：針對人口販運被害人的特殊需求，各國政府採取有效行動來預防和打擊國際人口販運，特別是婦女和兒童。必須在原住地國、過境國和目的地國採取綜合性國際做法，包括預防這種販運懲治販運者和保護這種販運活動被害人的措施。由於人口販運與全球化的關連甚密，美國比聯合國更積極地扮演火車頭的角色，將一部國內法ＴＶＰＡ發揮得淋漓盡致，藉由定期公布全球人口販運年度報告，與對第三級國家採取制裁等作法，督促世界各國依照美國的規範共同合作建構防制網絡。

依據聯合國的資料[15]，人口販運存在於全球各角落，人口販運的被害者絕大多數是婦女與少女，為了追求較高待遇的工作，被人口販子以不實的廣告、郵購新娘（婚姻仲介）的目錄，甚或熟人所騙，在抵達目的地後，變成人口販子剝削牟利的工具，行動自由受到限制，護照或旅行證件被代管，而他們與家人也會受到威脅而不敢不合作。許多被迫賣淫的女子被蛇頭威脅，若不合作將要告知他們的家人。被販運的兒童則必須依賴蛇頭供給食物、棲身之所，與其他生活必需品。蛇頭也經常利用被害人在異國的恐懼，威脅他們如果求助的話，將遭受起訴或遣返的下場。聯合國議定書也因人口販運被害人的特殊需求，要求各締約國必須對人口販運犯罪的被害人提供協助與保護（第6條），作法包括：

一、各締約國均應在適當情況下，並根據本國法律，儘量保護人口販運活動被害人的隱私和身份，尤其包括對審理這類販運活動案件的法律程序予以保密。

二、各締約國均應確保本國法律或行政制度中，包括各種必要措施，以便在適當情況下向人口販運活動被害人提供：

(a)有關法院程序和行政程序的資訊

(b)幫助被害人，從而使其意見和關切在對犯罪的人提起的刑事訴訟的

---

[13] Trafficking Victims Protection Act of 2000, http://www.state.gov/g/tip/laws/. 2011/9/18 visited.

[14] The Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children. 係由聯合國大會 1998 年 12 月 9 日第 53/111 號決議，決定設立一個開放的政府間特設委員會，負責擬訂一項打擊跨國有組織犯罪的綜合性國際公約。與處理販運婦女兒童問題的國際文書所擬定，並於 2003 年 12 月 25 日生效。截至 2011 年六月止，共有 142 國簽署並批准。

[15] http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/what-is-human-trafficking.html, 2011/9/11 visited.

適當階段，以不損害被告方權利的方式，得到表達和考慮

三、各締約國均應考慮採取措施，為人口販運活動被害人的身心康復和重返社會提供條件，包括在適當情況下同非政府組織、其他有關組織和民間社會其他方面開展合作特別是：

(a)提供適當的住房

(b)以人口販運活動被害人懂得的語文，提供諮詢和資訊，特別是有關其法律權利的諮詢和資訊

(c)提供醫療心理和物質幫助

(d)提供就業教育和培訓機會。

四、約國在執行本條規定時，均應考慮到人口販運活動被害人的年齡、性別和特殊需要，特別是兒童的特殊需要，其中包括適當的住房教育和照料

五、各締約國均應努力保護，在本國境內的人口販運活動被害人的人身安全。

六、各締約國均應確保本國的法律制度，包括各項必要措施使人口販運活動被害人，可以就所受損害獲得賠償。

此外，對於非本國人口販運被害人的遣返作業上，聯合國議定書（第8條）建議：

一、人口販運活動被害人為本國國民或其在進入接收締約國領土時，尚擁有本國永久居留權的締約國，應在適當顧及其安全的情況下便利和接受其返還，而不應有不適當或不合理的遲延。

二、當一締約國將身為另一締約國國民，或在進入接收締約國領土時，尚擁有該另一締約國永久居留權的人口販運活動被害人送還該締約國時，這種送還應適當顧及被害人的安全和與其身為販運活動被害人有關的任何法律程序的狀況並應最好出於自願。

三、根據接收締約國提出的請求，被請求締約國應核查人口販運活動被害人是否為本國國民、或其在進入接收締約國領土時，是否擁有本國境內的永久居留權，而不應有不適當或不合理的遲延。

四、為便於無適當證件的人口販運活動被害人的返還，締約國應根據接收締約國提出的請求，同意向身為本國國民、或在進入接收締約國領土時擁，有本國永久居留權的該人，簽發必要的旅行證件、或其他許可文件以使其得以前往、並重新入境。

聯合國的議定書要求各國政府針對人口販運被害人的特殊需求，採取有效行動來預防和打擊國際人口販運，特別是婦女和兒童。必須在原住地國、過境國和目的地國採取綜合性做法，包括預防這種販運懲治販運者和保護這種販運活動被

害人的措施，包括：通過保護被害人國際公認的人權，對他們進行保護。美國國務院在2011年的人口販運報告書中，也呼應聯合國要求各國政府應該根據被害人個人的需要提供全面服務：醫療、長期住房援助的緊急和過渡住宿、心理健康諮詢；工作培訓和安排；家庭協尋和團聚安排；筆譯和口譯；在刑事訴訟過程中提供代理人；宗教信仰的支持；刑事、民事和移民法律的援助；安全計畫以及返回祖國[16]。

雖然聯合國議定書和美國的人口販運被害人保護法，有志一同的採取保護（Protection）、預防（Prevention）及起訴（Prosecution）之3P防制策略，然而不論是聯合國、美國官方統計，抑或由民間團體、學術機構所進行的調查研究，都發現人口販運的被害人常被有意或無意地逮捕和驅逐出境。但如果被害人缺乏被害的意識、或被害的經歷並不為他人所知，直到完成被遞解至來源國並不准重新入境之後才公佈於眾，這種否認（denial）、拘留（detention）、與驅逐（deportation）的 3D現實，對照保護、預防和起訴的3P格外諷刺。也因而聯合國與美國等先進國家，近來在推動人口販運防制工作上，皆致力於提升各國執法人員對於被害人的脆弱境況與人權的瞭解，更進而研發適於這些被害人特殊需求的偵訊策略。

肆、以被害人為中心的刑事偵訊強化人口販運的偵查起訴

聯合國和美國近期均開始重視人口販運起訴與定罪率過低的問題，紛紛倡導檢警應該採取更有效的詢問技術，即效法偵辦兒童性侵害案件的經驗－以被害人為中心的刑事偵訊。美國的國土安全部開始對職司人口販運偵辦的移民及海關執法局（Immigration and Custom Enforcement, ICE）的在職訓練中，加入兒童性侵害的刑事偵訊，除在總局聘有一名兒童刑事偵訊專才(child forensic interview specialist)，統籌訓練事宜與指導 ICE 幹員，並在全美 26 個分局中共聘有 18 位刑事偵訊員（forensic interviewer）及 250 名被害人服務專員（victim assistance coordinators），藉以落實以被害人的需求為中心的人口販運防治政策[17]，在 2011 年的人口販運報告書中，也建議各國政府應該採取以被害人為中心的刑事訊問技巧較易得到被害人的信任，從而增加他們參與刑事司法過程的可能性。因為許多

[16] U.S. Department of State, Trafficking in Persons Report 2011, pp.41-2, http://www.state.gov/documents/organization/164452.pdf, 2011/9/10 visited

[17] 美國國土安全部代理助理副部長Kelly Ryan於2011年9月14日在參議院司法委員會針對 “Trafficking Victims Protection Reauthorization Act: Renewing the Commitment to Victims of Human Trafficking”聽證會的證詞，參見 http://www.dhs.gov/ynews/testimony/20110914-ryan-commitment-to-victims-of-human-trafficking.shtm, 2011/9/15 visited.

被販運的人們曾經遭受數月或數年的身體和心理摧殘，背井離鄉並與執法官員或其他政府官員有過負面的接觸。檢警必須考慮到被害人可能經歷的恐懼、他們脆弱的心理狀態以及他們的實際需要，因而必須根據情況採用適當的面談策略[18]。

而聯合國除於 2009 年出版「針對決策者與專業人士的犯罪的兒童被害人與證人的司法事務手冊 (Handbook for Professionals and Policymakers on Justice Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime)」(UNODC & UNICEF, 2009)，特別強調應該制訂對兒童有利的程序，在整個司法過程中應當以關愛和謹慎的態度對待兒童被害人和證人，考慮到他們的個人處境和緊迫需要、年齡、性別、傷殘情況和成熟程度，並充分尊重他們的身體、精神和道德的完整性；為了避免給兒童造成更多的痛苦，應當由受過訓練的專業人員以敏感的、尊重人的和周密的方式進行面談、檢查和其他形式的調查。強調所有的兒童被害人或證人都享有以下的權利[19]：

1. 受到有尊嚴和有同情心的對待的權利(The right to be treated with dignity and compassion)
2. 免受歧視的權利(The right to be protected from discrimination)
3. 知情權（The right to be informed）
4. 表達意見和關切的權利 The right to be heard and to express views and concerns
5. 獲得有效協助的權利（The right to effective assistance）
6. 隱私權（The right to privacy）
7. 在司法過程中免受痛苦的權利（The right to be protected from hardship during the justice process.）
8. 受到安全保護的權利（The right to safety）
9. 獲得賠償的權利（ The right to reparation），以及
10. 要求採取特別防範措施的權利（The right to special preventive measures.）

上述的兒童被害人與證人在刑事司法過程中應享有的權利，就是兒童權利公約的體現，也是以被害人為中心(victim-centered)的刑事政策的具體內容。同年聯合國亦出版「刑事司法從業人員打擊人口販運手冊（Anti-Human Trafficking Manual for Criminal Justice Practitioners）[20]」,其中亦有專章探討人口販運被害人

[18] U.S. Department of State, Trafficking in Persons Report 2011, pp.30-39.

[19] United Nations Office on Drugs and Crime, 2009. Handbook for Professionals and Policymakers on Justice Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime, Vienna.

[20] http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/2009/anti-human-trafficking-manual.html, 2011/9/10 visited.

的心理創傷，以及如何辨識被害人、如何訪談潛在的被害人或證人，訪談兒童被害人等，手冊共分為 14 單元，分別為：

一、人口販運和偷渡的定義與區別

依據聯合國文書，特別是《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》的《人口販運議定書》中的人口販運定義和《移民議定書》界定的偷渡(smuggling)，以及兩者之間的重要區別。

二、人口販運的指標

針對對不同類型販運 情況的指標進行了歸類，從而為邊境員警和可能與人口販運活動被害人接觸的其他行為人提供指導。

三、人口販運被害人的心理反應

分析性剝削和性虐待對人口販運被害人的影響，人口販運過程如何影響被害人的身心健康的。被害人健康受損會如何妨害偵查和起訴人口販運罪，並討論了能使被害人配合刑事司法過程的適當刑事司法戰略－並就最大限度降低偵查可能對人口販運被害人造成的心理影響提供了指導。

四、人口販運的控制方法

解釋了販運者所採用的主要控制形式，在整個販運過程中如何綜合 使用各種控制措施，並且探討了在偵查人口販運案件時應對主要控制形式的各種反制辦法。

五、偵查人口販運中的風險評估

說明進行持續風險評估的必要性，以及在進行人口販運偵查風險評估時需要考慮的關鍵問題。

六、人口販運案件的國際合作

鑒於許多人口販運案件是跨國案件，所以在對人口販運進行有效偵查時國際合作是 必不可少的。該單元解釋了在販運案件中為什麼必須開展國際合作，回顧了國際合作的各種形式和原則。

七、偵查人口販運的犯罪現場搜查及蒐證

解釋犯罪現場偵查在處理人口販運罪中的意義，並介紹了在人口販運偵查中最常見的物證類型，概述了保存和記錄犯罪現場以及從中重新得到物證痕跡所需的基本行動。

八、與作為潛在證人的人口販運被害人進行偵訊

說明與作為潛在證人的人口販運被害人進行偵的五個階段，計畫此類談話的實際步驟以及在進行取證談話中接觸人口販運被害人 - 證人的各種要素與特殊談話技巧，並解釋了在談話中開放式問題、具體問題、封閉式問題和誘導性問題之間的區別。

九、與人口販運的兒童被害人進行偵訊

按照《人口販運議定書》，兒童是18 歲以下的人口，談話時必須考慮到要以兒童的最佳利益為重，也必須認識到疑似人口販運被害人的兒童可能比疑似成人被害人更加脆弱，應當相應地調整談話式的五個階段。

十、人口販運偵查中的通譯

說明在偵查過程中可能需要通譯人員的各種情況，解釋在整個販運人口偵查過程中保留一名通譯人員是非常重要的。該單元還解釋了在計畫口譯服務時的考慮因素以及在準備談話時需要採取的行動，並且確定了在提供口譯服務過程中應對通譯人員保密以及不應對通譯人員保密的資訊。

十一、在刑事司法程序中人口販運被害人的需求

必須承認販運過程的傷害性影響，並在應對這種罪行的刑事司法措施的各個階段加以解決。《人口販運議定書》規定了對被害人的支持和援助。說明了支持和援助被害人不僅對被害人有好處，也有助於實現刑事司法目標。

十二、在人口販運案件中對被害人（證人）的保護與救助

說明證人保護概念、其必要性及其在人口販運案件中的局限性。解釋人口販運被害人 - 證人的脆弱性，以及被害人 - 證人在刑事司法過程中遇到的風險。

十三、對販運人口被害人的賠償

介紹將各締約國國內立法中執行的《人口販運議定書》視為有關人口販運賠償的國際法律框架。該單元還強調了在賠償金的管理、籌措、索賠和支付方面的司法差異，進而瞭解被害人提出賠償的可能依據以及能夠裁定索賠的不同法院。

十四、人口販運案件的考慮因素

探討刑罰理論，提供了切實可行的建議，並探討了司法部門在判決中的作用。回顧了在對販運者判刑時需要考慮的常見加重處罰和減罪情節，並且述及如何將資訊作為對人口販運案件進行判刑的參考因素。

伍、訊問人口販運兒童被害人的策略與問題範本

由於人口販運案件的調查和起訴較為複雜，需要瞭解人口販運的態樣（如性剝削、勞動販運、外籍或本國被害人），司法分析常常較為複雜，而且需熟悉各級政府和民間資源，並與各個層面的多個機構 / 組織協運作。此外，販運的立法相對較新； 因此，如果我們要保護這些被害人，學習如何識別販運案件以及適當確定販運被害人是至關重要的。

美國的國土安全部也為偵查人口販運案件的幹員預備一份制式的偵訊訪談十步驟[21]（詳如附件），偵訊的十步驟如下：

1.引言（若對象是青少年或成人，則做調整）

A.自我介紹

- 「我是_____。我工作中最棒的是可以和很多人聊天。我可以和大朋友、小朋友、男生、女生聊很多東西

B.告知有錄影設備還有其他觀察員

- 「今天我們所談的一切都會錄影。這是因為我不做筆記，但是我又要記住你今天在這裡說的一切。我的同事在另一個房間，他們可以看到我們，也可以聽到我們談的內容。他們跟我做一樣的工作，因此他們也在那裡聽我們的談話，這樣你就不必一再地跟很多人談。」

2.你沒有問題的！（告知信息）

- 讓被害人知道他們沒有任何問題，也不會因為他們所說的話而惹上麻煩。你想看看你可以做些什麼來幫助他。

3.如果我不了解（指示）

- 「如果我問的問題或說的話，你聽不懂，我要你讓我知道。你可以說『我不明白』，或『你說什麼？』等。我會以不同的方式再說一遍，直到我們彼此都瞭解了。 請問：如果你不明白，你會告訴我嗎？」

[21] 由美國國土安全部國土安全調查署編製的 Ten Step Investigative Interview,，係參考 Debra Poole 和 Michael Lamb 設計的<兒童調查偵訊(Investigative Interviews of Children)>及 Tom Lyon 設計的<調查偵訊十步驟(Ten Step Investigative Interview)>而來。

- 用實際的例子 - 例如：『如果我問你_____是什麼意思？你會怎麼說？

4.如果我錯了（指示）

- 「我會對你重講一次你對我說的話。但我並不完美，所以如果我說的話你沒說過，還是我說錯了，我希望你讓我知道。你可以告訴我：『我並沒有說』，或「你講錯了 這是不對的」或類似的東西。請問，如果我說錯了，你會告訴我嗎？
- 用實際的例子 - 例如"如果我叫你_____？你會怎麼說？"

5.保證只講事實（指示）

- 「我們今天在這裡的談話很重要，一定要講真話。 你可以保證你今天跟我講的，都是真話，也都是真實發生的事嗎？ 」

A.如有必要，真話的例子可以用於五歲以下的兒童。

- 問孩子簡單的問題，請他指認物品，然後再問他剛剛問過的問題。這樣很有效的，因為兒童往往拒絕講假話。

  例如：孩子坐在椅子上。 你問他；「你站在椅子上的？」

  例如：如果孩子以經只出你手上拿著一枝筆，你問：「我手裡拿著一個杯子？」

6.沒有事先練習的自由交談（持續建立關係;促進自由敘述）

A.喜歡 /不喜歡 ... ...永遠加上：「多告訴我一點，還有呢？」... ...

- 「告訴我你喜歡做的事。」

例如：「你說你喜歡運動。多告訴我一些你喜歡的運動。」

- 「告訴我你不喜歡的事。」

例如：「你說你不喜歡洗碗。告訴我更多.....」

B.事件

- "告訴我你今天所做的一切，從你醒來開始，一直到到你來這裡與我談話前，所做的一切事情。」

*記得要跟進加上：「多告訴我一點」，或「然後發生了什麼？」

7.轉到關注的話題（在你的問題中避免使用 「為什麼」__

A.「告訴我你今天來跟我說話的理由。」

B.「我知道你和_____講過話，告訴我你們講些什麼。」

C.「我們一直在談_____，現在我們比較熟了。我也和其他的孩子談過發生在他們身上的事情，告訴我，你發生什麼事？」

8.自由敘述（讓被害人以自己的話來告訴你）

- 「你說過（一再重複的指控）。告訴我到底發生什麼。」
- 再以開放性的問題追問，避免是/否的問題。

例如：「你說他帶你到公園。 」「接下來發生了什麼？」. . . . . 「然後發生了什麼事？」

9.問題和澄清（聚焦在法律上相關的信息）

- （指控的事）有沒有發生，一次或一次以上？
- 還有什麼我們應該談論的事，或有沒有忘記講什麼嗎？
- 建立管轄權，時間，事件順序，其他犯罪等。
- 了解他們（和加害人）最後一次接觸的時間

10.結束

- 討論一些中性的話題，例如離開後他們要做什麼。
- 允許被害人問你的問題。不要試圖美化真相－只要告訴他們你知道的。
- 避免作出你無法信守的承諾。
- 謝謝被害人願意和你說話，而不是為他說的內容謝他。
- 讓被害人知道，有時我們需要再和他或她談話。
- 給被害人你的聯絡資訊。

陸、結語與建議： 以落實被害人中心強化人口販運防制

美國公布的 2011 年人口販運報告，在全球一八四個被評比的國家地區中，有二十三個國家被評為第三級的黑名單，四十一個國家與地區被評為第二級觀察名單。按照 2008 年再授權的美國人口販運被害人保護法(Trafficking Victims Protection Reauthorization Act 2008, TVPRA 2008)，名列第二級觀察名單國家最多只能維持兩年，兩年後必須升等至第一級或降至第三級。而第三級國家依照 TVPRA 規定，將要受到非人道救援之外的制裁，包含透過美國在國際貨幣基金和世界銀行的否決權，終止對這些國家的經濟援助。而在亞洲國家中，台灣和南韓是唯二的第一級國家。

在國際社會如火如荼進行人口販運法制努力之初，台灣由於過去在拯救雛妓與訂定專法防制兒童少年性交易的成就，最初四年一直被評定為第一級國家。嗣後因美國國務院實地考察靖廬，發現大陸偷渡來台賣淫的未成年女子並未依法視為被害人分開收容後，二○○五年首度被降為第二級國家；而二○○五年八月爆發高雄捷運泰勞抗爭事件，外勞在台受仲介與雇主剝削受到國際側目，二○○六年再度向下調整為第二級的觀察名單，距離被制裁的第三級國家僅一步之遙。國際間對台灣的外勞與外籍配偶未能受到完善保護，淪為性剝削與強迫勞動的被害人頗多責難，更讓以人權立國的台灣顏面無光。

重回第一級國家之路並不輕鬆。在全球化的浪潮中，應運而生的人口販運更國際化、集團化；利用高額仲介費的債務約束，形成無形的枷鎖，讓來台築夢的異鄉人成為被剝削、奴役的對象。而台灣特殊的政治困境，無法參與由聯合國及其主導的國際勞工組織(International Labor Organization, ILO)、國際移民組織(International Organization of Migration, IOM)針對人口販運進行的國際論壇，即便與我國外勞的主要輸出國也缺乏司法互助的法律框架。因此對於具有跨國犯罪性質的人口販運，在預防與偵處上，總有鞭長莫及，無法跨越國界的遺憾，以致無法從輸出國根絕人口販運。

所幸台灣還是走過來了，連續兩年都在亞洲國家中成為南韓之外唯一的第一級國家，而且是唯一從第二級警告名單中逐步爬升至第一級的國家。過去幾個月，筆者在華府屢次聽到美國國務卿希拉蕊(Hilary Clinton)與主管人口販運的西狄巴卡(Luis CdeBaca)大使，公開讚揚台灣在防治人口販運上的成就，稱許台灣從總統展現出高度的決心、政府透過立法與跨部會的合作，與民間團體建立綿密的夥伴關係，落實人口販運的預防、起訴與保護政策，績效斐然。

台灣在過去幾年，致力於被害人的辨別與保護，提供被害人法律、生活、工作、醫療等協助，讓被害人能夠從被害的夢魘與痛苦中復原，因而受到國際肯定。在今年的人口販運評比中，我們雖然仍被列為第一級的國家，美國國務院仍有以下建議[22]：

1.延伸勞動保障至所有類別的勞工，包括家庭傭工與看護工，以防止勞動人口販運；

2.以 2009 年六月頒布的人口販運防制法為本，維持並加強對人口販運罪犯的調查、起訴和定罪的作為；

3.確保被定罪的人口販運罪犯受到夠嚴厲的刑罰；

4.針對被害人鑑別措施與人口販運防制法，繼續擴大對執法人員、勞委會官員、勞動檢查員、檢察官、和法官的訓練；

5.持續在被害人中間宣傳協助起訴的這個選擇，並確保他們瞭解參與其中會產生的影響；

6.增加檢方與為被害人提供庇護的非政府組織之間的協調，並讓被害人知道其案件進度；

7.發掘並資助庇護所和求助熱線外語翻譯人員；

8.加強調查和起訴台灣公民所犯下的兒童性觀光的罪名；

[22] 參見美國 2011 年人口販運問題報告 台灣部分（第一列），http://www.ait.org.tw/zh/officialtext-ot1110.html ，2011/9/18 造訪。

9.以及持續提升公眾對各種形式人口販運的認識。

本文建議，台灣在連續兩年重列人口販運防制第一級的國家之後，更應該針對目前人口販運犯罪偵辦困難，起訴率低、定罪刑期亦遠低於法定情其等諸多問題，從引進以被害人為中心的刑事偵訊策略，落實並深化執法人員的教育訓練、提昇其敏感度，以積極的鑑別被害人；加強司法官與檢警的在職訓練，以提昇司法人員對此議題的認知與人權素養，理解被害人的處境及人口販子的控制手法，不僅提昇有助於定罪率以實際打擊人口販運犯罪，更避免被害人在刑事訴訟過程中受到二度傷害。這些以幫助被害人為出發點的策略，會是讓被害人願意信任檢警、願意檢警合作，成功起訴人口販子的基石，更能夠建立以被害人為中心的防治網絡！

附錄：如何對兒童與心智障礙被害人進行刑事偵訊[23]

一、訪談者工作準則

為了對兒童及心智障礙被害人進行有效的刑事偵訊，訪談中應遵守以下幾種關於訪談者行為、舉止與溝通方式之指導原則：

- 在訪談中避免穿著制服或露出槍械。
- 傳遞並保持一個放鬆友善的氛圍。對於虐待案件的描述不要表露驚訝、反感、懷疑或其他情緒反應。
- 避免觸碰孩童
- 訪談中不要利用給予上廁所或喝水等休息誘因使其加強合作。千萬不要說：「讓我們趕快結束這問題我就可以給你飲料喝囉」之類的話語。
- 尊重孩童的個人空間。
- 不要緊盯孩子或坐得太近以致感到不舒服。較年長的孩童或青少年當訪談者不是直接坐在他們面對或不要在交談時緊盯他們時，將會感覺較為自在。
- 不要對於孩童表明感受或反應。例如，不要說：「我知道這對你來說有多麼難過。」
- 不要許諾。例如，不要說：「事情會變好的」「你永遠不需要再說這件事了」。
- 如果孩童生氣、困窘、或害怕，了解並處理其情緒，但要避免廣泛評論孩童的情緒。「我常與孩子們談論這類事情；你可以跟我講這件事情」等意見之表達是有幫助的。
- 不要表示說：「好女孩」或「我們不是好朋友嗎?」等意見，這些可能會被解讀為強迫孩童談論虐待事件。另應避免偶發的同情言論。換言之，鼓勵不應於 孩子談論特定類型之議題時發生。最佳的鼓勵時機在友誼建立之初與訪談結束之際，在對話被轉換成安全話題時。
- 不要使用「假裝」、「想像」或其他暗示幻想或玩耍等類似字眼。
- 避免問關於為何孩子有特別的行為等問題(例如：『為什麼不告訴你媽那天晚上的事？』)。小孩子無法回答你的問題，甚至可能覺得你在怪罪他們。
- 訪談中避免不必要地指正孩童行為。用有意義的解釋導正孩童的注意力會有幫助(例如：『我聽力有點問題，如果你能在說話時看著我，我就能聽得懂

[23] 本節內容係節譯美國密西根州兒童司法特別小組與社福部於2007年共同出版的刑事偵訊協議（Forensic Interviewing Protocol），全文可以從網路下載，網址為：http://www.michigan.gov/documents/dhs/DHS-PUB-0779_211637_7.pdf。

你，這對我幫助很大。』)，但要避免矯正不會阻礙訪談繼續的焦慮或逃避行為。

- 如果你不了解孩子在說什麼，請這孩子再重複一次，並使用例如「你剛剛說什麼？」、「我聽不到，你可以再說一次嗎？」等句子，而不要猜測(例如：你剛剛是說…？)小孩子常常會贊同成人對於他們話語的解釋。
- 對於對話的中斷要有容忍力。看向別處並給予孩子時間繼續談話是較恰當的。同樣地，花幾分鐘構想你下一個問題也會有幫助。
- 避免給小孩禮物。

二、執行分段訪談

訪談以分階段方法進行有以下幾點好處：

1、所有的訪談者能向孩童傳達建議的引言與指示。

2、訪談者被鼓勵使用較不命令性的詢問方法。

3、分階段方式使訓練較為便利，藉由將訪談程序切割成可被獨立控制的各別階段。

分階段訪談體系減少暗示的影響力，並強化孩子提供訊息的自主權。藉由三個主要的指導方針這些目標可以被達成：

1、孩子得到關於訪談者工作與訪談基本原則的清楚資訊。

2、訪談者以鼓勵孩童談話方式建立友誼。

3、訪談者使用較少命令性問題的訪談格式引出資訊。

有些調查不只一次訪談，但即使孩子曾參與先前的訪談，訪談者仍應該將所有階段的訪談完成。

雖然所有訪談階段被明確規定，仍給予訪談者相當的彈性去談論調查團隊覺得相關的任何話題，只要目的適當，規劃分階段訪談大體結構，但並未強行規定訪談者將要問哪些特定問題。

訪談包括 8 階段：

1.準備訪談環境

2.引言介紹

3.建立基本原則

4.以練習訪談完成友誼建立階段

5.引進話題

6.自由敘述

7.提問與說明

8.結束

這些階段的順序隨著訪談有所變化，而這些訪談是受孩童最初談話與年紀所影響的。例如，有些小孩無須催促就開始談論指控。以這類案件而言，訪談者在孩子清楚的說明並結束自由陳述以前，都不應該打斷陳述。再者，基本原則的安排是彈性的，訪談中訪談者在任何時刻都可以提醒孩子有關的基本原則。有些訪談者喜歡在建立友誼之前先設立基本原則。而這可以使訪談者在非正式談話過程中重新檢視這些原則。然而，小孩子可能無法訪談過程中時刻記得這些原則，所以有些訪談者會在最初的友誼建立階段後再引進這些原則。這些階段的目的在於使訪談者能使自己更為孩子所瞭解，建立與孩子間的友誼，傳達適齡的指示，使孩子們能以他們自己的語言談論關於他們的生活，並且使用後續問題以釐清報告中的不明確點。在這架構下，訪談者可以選擇符合自己訪談風格、符合各個孩子年紀與需求及符合個別案件特殊性的方法。

準備訪談環境

在向孩子介紹訪談室之前，訪談者應將房內令人分心的事物移除，並且將椅子及錄影設備擺放至適當位置。確認這孩子在開始訪談前已經先去過廁所且不餓是很好的想法。避免在孩子午睡時間安排訪談。在將孩子帶進訪談室之前，訪談者可以檢視訪談計畫，包括假設性測試性問題的試驗清單。(詳見快速指南#1：測試 2 擇 1 假說的問題實例與通常做法之實例)。

引言介紹

引言的目的在使孩子能適應訪談，在整個訪談期間，訪談者要塑造並維持一個放鬆與耐心的腔調。有時孩童並未被告知或被錯誤告知訪談情況，而這情況是由父母一方或照護者所造成的。當事情況發生時，孩童常常對於訪談目的感到困惑或是會擔心他們是不是有麻煩了。再者，孩子們需要時間適應新環境，而且可能會暫時被訪談室內的景象或聲音吸引以致分心。

在孩子與訪談者坐定位後，訪談者會開始簡要地說明他(她)的工作內容與使用錄影設備的目的。這孩子應該要被給予檢視這房間的機會。學齡孩童如果要的話慎甚至可以檢查錄影設備。是否將孩童引介給觀察員或是在訪談前讓孩子觀察觀察室等是可視情況而做決定的。

根據孩子放鬆的程度決定引言這階段時間的長短。以下是一則改編自 1997 年 Sternberg 等人的簡單案例：

引言介紹：「嗨!我是_____。我是警察／刑警／社工而我工作的一部分是與孩子們聊聊剛剛發生了什麼事。」

解釋錄影：「像你看到的，在這邊有個攝影機／錄影機。它會把我們所說的記錄下來。有時我會忘記事情，而這些錄影讓我可以專心聽你說話而不用把事情寫下來。」

孩子對於被警察或其他教授詢問可能會感到困惑，所以訪談者對於他們的工作內容可以多做解釋(例如：你知道社工／警察是在做什麼的嗎?我一部分的工作是與孩子們談話然後幫助他們。我在(城市名)與許多孩子們談話。) 當孩子似乎感到憂慮時，詢問他們的感受，並提供關於訪談的定位資訊是適當的。(例如：我與許多孩子們談論關於他們發生的事情。我們將會先談一會兒，然後我會把你帶回你爸媽等你的房間)。訪談者可能會想要進行非正式談話，以便能瞭解孩子。

研究顯示，對於不知道答案或沒有道理的問題，孩子們有時仍會試著去回答問題。(Waterman, Blades, & Spencer, 2002)在基本原則這階段，訪談者以一系列簡短、簡單的指示激發孩子精確地回答問題。關於法庭訪談過程中是否有討論「事實／謊言」的需要沒有一致的定論，但許多檢察官傾向訪談者簡要地處理這議題，並取得這孩子的口頭同意，而這口頭同意是指他打算說實話。

這階段可以延後到訪談者與孩子建立友誼之後再實行，或是可以被略過如果指導者建議不要「事實／謊言」之詢問的話。

在「事實／謊言」測定中，訪談者藉著要求孩子標示陳述為"真"或"假"，來證實這孩子瞭解事實與謊言的不同，在這測定後，關於這孩子是否將能闡述事實，訪談者將會得到口頭承認。訪談者應避免用類似以下的問題要求孩子定義這些概念，例如：「說謊的意思是什麼？」或「你可以告訴我事實是什麼嗎?」。這些問題孩子來說太難答了且常常導致困惑。

訪談者可使用以下例子：

「我將會說一些事。我需要你告訴我它們是真或不真(謊話)？『你今天搭飛機來這裡的』這是真或不真(謊話)？有關你今天怎麼來這裡的事實是什麼？『我們坐著』這是真或不真(謊話)？『你有 6 個兄弟』這是真或不真(謊話)？有關你有多少兄弟這件事的事實什麼？

很好。我知道你瞭解事實與謊言的不同。說出事實是好的嗎?說謊是好的嗎?當我們今天談話時，你對我說出事實是很重要的－有關發生了什麼事的事實。這房間是個你應該永遠說真話的地方。所以第一項原則就是，你只可以告訴我真的發生過的事情。」

在討論事實之後，訪談者可以引進介紹其他基本原則藉由說：「我今天有幾項其他原則要說。如果我問了你不了解的問題，我要你告訴我你不了解。相同的，如果你不知道問題的答案，不要用猜的。例如，我的貓叫什麼名字？是的，你不知道我貓的名字，所以，『我不知道』是正確的答案。最後一項基本原則是，如果我犯了錯或說錯話，我要你改正我。例如，你是 8 歲。很好，你告訴我我錯了是對的，因為你才 6 歲。」

以實際面談建立與被害兒童之融洽關係

在成人與兒童的日常生活對話中，成人會詢問兒童許多精確的問題，而傾向成為對話支配者的角色。因此許多兒童在面談中，期盼成人詢問他們諸多問題，然後他們的工作就是一一以簡短的答案回答這些問題。

建立與兒童融洽面談的目的如下：

(一)使兒童對於面談的安排配置感到舒適。

(二)初步瞭解兒童的語言能力、辨識能力與心智成熟度。

(三)傳達面談的目標是與兒童對談。

要求兒童就最近一次的事件始末連續陳述

面試調查報告顯示，面談者於面談中談及老師、家人及兒童本身的好惡，較能夠與兒童建立融洽面談。即使這類問題有助於作為面談的開場白，但回答這類問題往往只能以簡短的一兩個字回答，導致兒童認為面談者將會掌控整體對話。一個較好的方式是以少數焦點問題為開場，接著將討論範圍提升至兒童最近的親身經驗。藉由詢問問題喚起兒童個人的親身經歷，面談者便能精確估計兒童的語言能力並達到與兒童溝通對談的目的。

使用開放式問題提示-例如：“接著發生了什麼事?”

建立融洽面談的方法在確認—面談前的準備—兒童最近經歷的事件(例如：兒童被虐之嫌疑時間前後所經歷的事件)。訓練兒童說話的事件可以是生日派對，或是節慶慶祝，學校發生的事情，或是家庭成員間所發生意義重大的事（新寵物狗狗的加入）。面談者使用開放式問題提示兒童就事件始末詳細描述，使兒童能夠暢所欲言，舉例臚列如下：

1.幾天前(或幾週前)為復活節(或生日、耶誕節等)，告訴我你的復活節過得如何?

2.我希望你告訴我有關復活節那天所有的事情(或其他)。再回想看看復活節那天，從你早上起床後到晚上睡覺前之間發生了什麼事(或兒童提及的某個事件)?

3.接著發生了什麼事?

4.告訴我事件發生之後的任何事情(兒童提及的某個事件)。

5.告訴我更多有關這件事的詳情(兒童剛提及的某件事)。

6.你所告訴我所有相關你發生的事情是非常重要的。

藉由釋出關心鼓勵兒童說話，並且不中途插話中斷

有以下三項一般性原則：

(一)以開放性問題試圖誘出兒童想表達的訊息，之後請他以多重的字彙還回答問

題，例如：告訴我所有有關這個事件的事。

(二)讓兒童透露更有意義的訊息，例如：告訴我所有的事，即便你覺得很細微而不重要的事。告訴我所有發生的事，從最初至致終。

(三)面談者可鼓勵兒童於面談期間以點頭或是喊叫方式表達(例如發出“噢”的聲音)。或者以重複兒童的部分說詞(例如兒童說：接著他不小心拆開了我的禮物；面談者說：噢，他拆開了你的禮物。)抑或是以更直接的方式鼓勵，(例如：你談了很多有關你生日的事，現在換告訴我更多有關你自己的事)。

兒童鮮少能夠精確描述事件，但能以重複式或情境式的方式描述

年幼的兒童通常很少能夠描述過去所發生的事實。在這樣的情況下，要求兒童以描述一個重複發生或情境式的事件的方法會有助於面談的進行。所謂情境通常以兒童平時每日會重複的行為來模擬，例如詢問兒童每天早上準備上學前都做些什麼?或到平時最喜歡的速食餐廳途中發生了什麼事?如何玩最喜歡的遊戲?

設計引導式的情境範例如下：

1.我想要知道一些有關你和你的家人的事?每天早上準備上學前都做些什麼事?你離開床鋪的第一件事是做什麼事?接著是做什麼事?告訴我你到達學校前所有的事，所有即便你覺得不重要的細微的事?好，然後呢?

2.我和許多兒童訪談過，他們大部分的都偏好在最喜歡的餐廳買漢堡、披薩和墨西哥塔可餅吃，你有最喜歡的速食餐廳嗎?很好，讓我們談談有關你到____旅行吃____所發生的所有事情。告訴我事件從頭到尾的詳細經過。首先你開車到那，對嗎?然後接著發生了什麼事?

面對不情願接受面談的兒童，可以表達主張讓孩子成為這個主題的專家，而面談者偽裝成完全對主題一竅不通的樣子。

例如：

“昨天我和你媽咪聊天，你媽媽說你非常喜歡玩____。我對那遊戲不太了解，但我有聽說過那個遊戲，我想我兒子也許會想要學著玩那個遊戲，你可以告訴我嗎?也許我能學會玩!”

在談話建立的過程中，面談者能透過“你可以開始說話囉!”或“這是給你的特別說話時間，我希望你能當我的講者，而我來當聽眾。”的字眼鼓勵不情願接受面談的兒童說話。

導入正題

開始以建議性的提示喚起受虐事件的正題

1.“既然我對你已有初步了解，那麼我們現在該來談談其他的。你知道今天你為何要到此地來嗎?”

2.“既然我們彼此已有初步了解，我來與你談論今天你來到此地的目的。告訴我你今天來這的原因。”

3.“現在我們來談談別的，我知道你的家庭有一些問題(或我知道些有關夏令營所發生的事)，將有關這件事的事告訴我。

4.“我知道你最近必須搬家，而現在由____先生/太太負責照顧你，告訴我發生了什麼事情?”

避免例如：傷害、壞、虐待等字眼，或詮釋成人陳述時所使用的術語。假如兒童對於這些中立的提示沒有回應，面談者可以進階使用更開放性的言詞，同時也一樣要避免提到特定行為，範例如下：

1.“我知道有些事情正困擾著你。”

2.“你的媽媽知道你現在正受到某些事情的困擾嗎?”

3.“我知道你昨天和某人在玩耍，而你的老師要你停止，我對你們玩的那個遊戲感興趣，可以告訴我你們是怎麼玩的嗎?”

當上述方法對談失效時，部分面談者會運用之技巧臚列如下：

1.面談者詢問兒童最喜歡的事物和最不喜歡的事物，以及他(她)人生中相關的人。

2.選擇性問法，面談者問“你最喜歡和誰再一起”或“最不喜歡和誰在一起?”(尤莉、杭特、喬飛和查紐克)。

3.某些面談者會藉由問“你今天跟我談話會有什麼擔心顧慮嗎?”問題間接導入正題。

4.給予兒童控制權改變面談位置或面談者，或允許兒童將最初的答案以紙筆寫下。面談者可由詢問“有什麼方法可以讓你和我的談話變得更容易呢?你需要換其他位子嗎?或我該換坐其他位子嗎?”之問題發現兒童是否有改變之需要。

這些詢問技巧目的在於避免過於直接詢問兒童敏感問題，例如“上星期有發生有人觸碰你的私處嗎?”。研究顯示部分的兒童即使這樣的事件還沒有發生，就會回答“有”(尤其是學齡前的兒童或是曾經聽過成人討論類似事件的兒童)。其結果，詢問直接問題比詢問起開放式問題所獲得的資訊相對較少。此外，有關這些私密的問題可能會在兒童從事盥洗或是量體溫等例行性活動時被問出，或是從知識來源獲知相關訊息(性犯罪預防宣導節目)擴大解釋誤導陳述，尤其當這些問題承接在許多精確問題之後時更有可能發生。當面談者詢問直接問題時，提升問題為開方式問題並鼓勵兒童運用所懂的字彙主動描述是很重要的。

結束面談而沒有得到有關兒童受虐的相關資訊是可被接受的結果

結束面談兒童未透露有關受虐的過程等資訊是可被接受的結果。兒童不透露

這些是有很多因素的，可能因為兒童認為事件根本沒有發生、遺忘、不願讓所愛的人受到司法追訴之傷害、事件並沒有非常印象深刻或是在被詢問時剛好想不起來，面談的調查準備團隊必須事先知道對兒童的問題提示可到達多直接的程度，考量證據被證實的能力及兒童從願意透露到隱藏事實的風險程度。

自由陳述

導入正題之後，面談者要求兒童對事件提供故事性陳述。研究顯示兒童對於開放式問題的回答描述較焦點式問題長且詳細。回答開放式問題的答案會比焦點式問題的答案更為精確，因為即便兒童不記得相關資訊時仍會回答焦點式問題。面談者普遍會犯的錯誤是疏忽自由陳述的進行，倉促進階到詢問精確問題。

為導入進行自由陳述階段，面談可以在進入正題後加入下列作為開場說詞：

1.“告訴我所有有關那件事可以說的事情。”

2.告訴我所有事情，從第一件發生的事開始，告訴我所有你能告訴我的事，包括即便你覺得不重要的事。

3.告訴我自始至終發生的所有事情。

當兒童開始陳述時，面談者對於對話中的停頓必須具有耐心，不要馬上跳至下一階段的問題提示，可用於鼓勵兒童自由陳述的言詞為“然後呢?”“告訴我更多有關這件事”或“還有時麼其他有關這件事可以告訴我的?”面談者亦可用中立的說詞來鼓勵兒童陳述，例如：“嗯，嗯!”、重複兒童說的話(例如：兒童說：“然後他打開了電視”；面談者說：“他打開了電視!”)、鎖定關鍵事件允許兒童繼續針對該事件敘述說明(兒童說：然後他...；面談者說：沒問題的，繼續說。)必要時，面談者可以提醒兒童自己很習慣談論這些事，不會感到不自在，可以說：“我和很多兒童談過這類事情，所以和我談論這件事沒問題的，告訴我這整件事的始末吧”。

忍受對話中的停頓時間

當兒童變得不願回答或沮喪時，記錄下兒童的行為，但避免延伸解釋，給兒童時間恢復冷靜。倘若兒童仍然保持沉默，可以溫和緩慢地告訴他“你停下來囉~!”兒童也許會有所回應。如果兒童感到沮喪，可以重複兒童剛才的說詞或是詢問他沮喪的原因來幫助面談的進行。

兒童常會有讓成人無法理解的說詞或是提到之前未提及過的人名。面談者如果打斷兒童的陳述，立即要求澄清疑點，這樣可能會剝奪兒童繼續陳述的機會。較好的方式是在進入澄清問題階段前，先用鼓勵的提示“然後呢?”讓兒童發言直到真正進入澄清問題的階段再問。面談者過程中可以先速記寫下簡單重點註記，讓兒童陳述完畢後，再一一回到疑點確認明確的訊息。

提問與澄清

提問階段是在明確提供兒童完全自由陳述之後開始，透過這個階段，面談者可依指導方針的適當啟發性問題(見本議定書末頁，快速指南#2：兒童提問指南)。

提問階段是用來尋找法律相關資訊及使兒童澄清陳述言詞的時間(見快速指南#5 問題架構範本)。面談者必須避免混亂階段順序，一般來說，最佳的建構問題階段大約在兒童自由陳述時。例如：如果兒童已就一個單一事件進行自由陳述後，面談者必須先行對此事件進行提問與澄清後，在繼續下一個類似的事件。

在提問與澄清的過程中，面談者必須確認證詞的描述及罪犯的指認，發掘是否為單一事件?或者為多重事件?是否有證人?或是兒童是否目擊其他兒童亦發生類似事件?此外其他陳述亦很重要，取決於有否明確的事情，例如：犯罪現場取回的生物性跡證。然而面談者必須避免探究沒有必要的細節，因為兒童可能會因為被詢問自己記得不太清楚的事情而爭辯。例如：如果遭指控的加害人為兒童親近的人(如：老師或親戚)則不需要請兒童詳細描述嫌疑犯或穿著。即使兒童可能能夠想起事件發生的時間地點，但對較年幼的兒童、發生時間事隔已久的兒童或受虐已持續長達一段時間的兒童，卻難以描述出精確的訊息。

使用最少的建議問題達到目的，一次只針對一個陳述事件詢問

面談者應該盡可能使用最多的開放式問題來作提問及澄清。如果一個精確的問題勢必會挑起一個議題，面談者必須要試著再提出一個開放式問題。例如：從犯案現場取回了一項嫌疑物品，面談者問：“當他來找你的時候有攜帶任何東西嗎?”接著問“那些看起來像是什麼東西?”引述有關《Memorandum of Good Practice》一書中所使用的說法，問題的指令是沿用從最少到最多的開方式問題的連續系統設計而成的；下列的分類是描述面談者問題型態的進化；面談者必須從第一種詢問方式開始，並且避免混合領導式問題。(見快速指南#6)

當提示兒童告訴你“所有事情”時，注意兒童可能發生延遲陳述或分段式陳述的現象，一次面談即獲得完整的訊息往往不太可能

開放式問題 讓兒童能選擇需要詳述的內容作陳述，而這些問題大多需要多重的答案。開放式問題能夠讓兒童擴大(你說他用皮帶抽打你，告訴我有關這件事所有的經過。)描述實體的證據(那條皮帶長什麼樣子?)，釐清疑點(你說你是一個人，但你剛才說你媽媽聽見你說話，我很疑惑，可以再說明一次嗎?)。開放式問題同時也能夠引出環境的擺設及對話。例如，即使是學齡前童一樣可以精確地回答下列問題：

“有時候我們記得許多東西的樣子，想想當時房間所有的東西，然後告訴我。”

“有時候我們記得許多人們的聲音和東西，告訴我當時所有你所聽到的。”

精確非領導式的問句，詢問兒童所提及的詳情，而此種問法能用一個字或一段話來回答，能夠詢問事件的來龍去脈使前後連貫(告訴我當時你在做什麼?)，要求澄清(你說鮑伯?誰是鮑伯?)，或是問有關細節的部分(是什麼顏色的毛巾?)。

結束問題，提供有範圍的答案給予選擇，以選擇式問題或是非式問題作為結束問題。這些問題的風險高於開放式問題及精確式問題，因為兒童有時候會覺得他必須從中選擇一個答案回答。因此，比起開放式問題答案通常較不準確。

如果面談者想要知道精確的詳情而兒童對於開放式及精確式問題似乎感到困惑時，最好的方法就是將正確答案從選擇選項中刪除。舉例，假設一個事件發生地點在浴室，面談者問：“發生地點是在哪呢?臥房、廚房或其他地方?”。結束問題必須承接開放式問題提供兒童自然而然回答的空間，因為是非題的答案會被認為是專家引導出來的答案，所以尤其對於學齡前的兒童必須非常謹慎地使用。當是非題被視為必要時，必須事先提醒兒童不要用猜測回答。

領導式問題，意味著答案和事實之間是有爭議空間的。領導式問題並沒有單一的定義。是否為領導式問題的取決於許多不確定之可變因素，包括兒童的年齡、成熟度、面談者的口音。問法例如：“然後他觸摸你，對吧?”這類的誘導性問句，內容含有兒童尚未自願提供的訊息。

上揭個階段中，面談者必須要不斷地偵測確保兒童的陳述清晰而不含糊，如果兒童提到“祖父”，面試者必須確認兒童是在談論哪一個特定人物(面談者問：“是哪位祖父?他有其他的名字嗎?”)。同樣地，如果兒童使用一個不尋常的字眼(“我的熱狗”或“我的屁屁”)，面談者必須要清楚確認那個字的意思(面談者“告訴我你說的熱狗或香腸是什麼意思?”)。

年幼的兒童在面談過程中常會偏離主題談論其他的事物

因為年幼的兒童在面談過程中常常會偏離主題開始討論其他的事物，面談者必須要反覆說明所討論的內容。舉例，若此時運用確認性的問法會較有幫助(面談者：“大概此時你與比爾叔叔在廚房…”)如果兒童回答一個新的或不尋常的答案，就是一個詢問關鍵點的時機(你是說此時小明抓住你的私處?還是其他時侯?)如此一來可以讓兒童專注在主題上。另一種可以運用的策略是，為了避免兒童產生困惑，可以將一個事件貼上口語化的標籤，以便後續再度提到同樣事件時使用(面談者說：“好，我們就把這件事稱為廚房時間。”)。

面談者必須避免在預定的順序中掩蓋主題，反之，應該配合著兒童思考邏輯推進，然後去詢問與陳述相關的問題。在性虐待的案件中，面談者必須詢問發生的次數是一次或是多次，兒童是否知道還有其他兒童類似受害經驗?是否有被發掘?在結束面談之前，必須確認所有相關的人事物必須是明確清晰的，並且對於

兒童所做的陳述只能存在一種說法。

提問與澄清階段是面談過程中最困難的階段，面談者必須傾聽兒童陳述，同時在心中反覆審閱已有的訊息，來決定下一個要問的問題，並決定在何時結束面談。面談者必須保持一貫輕鬆的態度且不時來花幾分鐘整理思緒以接續面談的進行。如有其他面談者在隔壁鄰近的面談室，面談者可詢問是否有其他問題需要提問後再結束面談。

面談終止

倘若兒童已陳述完畢，面談者可以以詢問“你還有其他想告訴我的嗎?”進入終止面談的階段。不論面談結果如何，面談者都可以問：“你還有其他想要問我的事嗎?”。這是一個閒聊一般話題的時間，用幾分鐘的放鬆時間來結束這場面談。面談者可以感謝兒童願意前來面談，但請謹慎用字，切勿感謝兒童來此分享有關被虐之情事。此外，不要對兒童承諾沒有把握做到的事(例如：向兒童保證不用再次陳述有關被虐的事情)。可留下面談者的聯絡電話予在學中的兒童和陪同的成人，以防萬一想起有需要補充說明其他的陳述時可方便連繫。

論後基因體時代基因科技與生物醫學研究於犯罪者究責程序之影響

國立清華大學科技法律研究所教授 范建得[**]
法律與生命科學研究小組[***]

目 次

壹、前言
貳、責任能力與基因之關聯性
參、基因因素可否作為法院判斷責任能力之依據？
肆、基因檢測結果可否融入現行證據相關法律體制中?
伍、結論

壹、前言

按行為人於行為時若不具備自我決定之能力，亦即不具備辨識適法或非法之能力，且無法依其辨識而控制其行為之能力者，應屬無責任能力，而精神障礙犯罪者，依我國刑法第 19 條之規定，即屬無責任能力或限制責任能力者。至於在實務上，法官審理相關案件時，通常係透過精神科醫師之鑑定，以作為判斷行為人是否合於「精神障礙犯罪者」之定義。而今，隨基因科技與生物醫學研究之發展，已逐漸在科學研究的理論中，顯示出行為人的基因致生精神疾病之可能；這其中，不論是憂鬱症、躁鬱症，乃至以竊盜或性犯罪為內容的強迫症部分，均可見諸於文獻研究，而生命倫理學的研究，也已經將所謂的神經倫理(neuroethics)列為重要課題之一；如此一來，當行為人之 DNA 檢測(鑑定)結果，在科學上顯示出其涉案行為與特定精神疾病(障礙)有生物機制(bio mechanism)運作上之可能(possible)關聯性時，精神科醫師之鑑定應否或可否將之納入，又法官之心證如何

** 國立清華大學科技法律研究所教授兼生物倫理與法律中心主任。

*** 法律與生命科學研究小組為國立清華大學生物倫理與法律中心之研究團隊，成員包含（依筆劃順序排列）：林宛萱、林宛樞、洪子洵、侯門與謝依芠。本篇文章係由研究小組成員分工，參與資料蒐集與撰寫；其中，第貳部分由林宛萱與侯門負責，第參部分由林宛樞與林宛萱負責，第肆部分由謝依芠與洪子洵負責，最後由林宛萱總其成。

對應？另自證據法之原則來看，此之所謂可能究與證據法上之可證(probable)間的差異如何?以及吾等是否應自行為人之主觀構成要件問題來加以看待，抑或應以之為罪責認定或抗辯之問題處理之，均值得加以重視。

近年來，後基因體時代的科學家，努力的探尋並了解各個基因的功能，這其中除致病基因的探究外，更已及於基因如何影響我們的行為與心理的層面，當然犯罪行為的探討也已涵括其中。另一方面，法學家則極其力量嘗試了解行為人於行為時的內心狀態，判斷其是否具備選擇適法行為的能力與自由，以作出是否應對該行為人施以國家刑罰權的決定，該理念則落實於法條中關於責任能力之規範。想像當兩者互相分享其研究，當中的科學事實與法律評價究竟會如何的碰撞或相結合?這正是本文所欲探討的重點所在。

本文首先從科學的角度，說明現今生物醫學研究的發展如何解釋基因、環境與行為之間的關係。再參酌美國以基因要素作為抗辯的案例，釐清「基因抗辯」可能衍生的問題，包含對現行法制度的衝擊。最後則嘗試在實體上，討論基因要素究竟應從構成要件抑或是罪責部分加以討論；並就程序面向，討論基因檢測結果之證據力、證據能力與舉證責任的問題。

貳、責任能力與基因之關聯性

一、刑法關於責任能力之規範

1.規範法理

依據罪責原則，當行為人的行為具責難性，並具罪責時，始負擔刑事責任，而屬於國家刑罰權實施的對象。詳言之，罪責之成立，繫於行為人是否有決定的自由意志，是否具備辨識適法與違法的能力與自由。既然行為人有選擇適法或違法行為的能力，但卻選擇了違法行為，才需對其行為負刑事責任。罪責的內涵包括責任能力，係指行為人有能力辨識其行為適法或違法，並且有能力依其辨識而行為[1]。因此，刑法關於責任能力的規定以期待可能性為核心[2]，當行為人能選擇適法的行為，迴避違法的行為時，才需對其行為負責。據此，我國刑法第 19 條第 1 項規定：「行為時因精神障礙或其它心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰」，即顯示我國刑法放棄對於無責任能力者使用刑罰的價值選擇。且同條第 2 項規定：「行為時因前項原因，致其辨識行為違

[1] 林山田，《刑法通論（上冊)》，林山田自版，增訂十版，2008 年 1 月，頁 91 及頁 382。

[2] 黃榮堅，〈兇殘?異常?突發性失能之規範性判斷問題—評最高法院 96 年台上字第 6233 號判決〉，《法令月刊》，60 卷 9 期，2009 年 9 月，頁 26-27。

法或依其辨識而行為之能力，顯著減低，得減輕其刑」，同樣顯現，當期待可能性降低，刑事責任隨同降低的立法政策。

2.我國精神障礙立法與其適用之問題

上述條文為我國刑法於 2005 年修正後的規定，而從責任能力相關法條修正的過程可知，此項立法，由於同時涉及精神醫學鑑定與法官就該事實的法律評價，有其立法與適用上的困難性。首先，修正案在立法理由中指出，修法前的條文用語，「心神喪失」與「精神耗弱」並非醫學用語，不但過於簡略，且造成實務上法官不知如何採用醫學鑑定結果，以致不同法官於認定上有出入[3]。因此，該條文修正時，參酌現今精神醫學之發展，採取「混合式立法方式」[4]，亦即先從生理層面診斷行為人是否有精神障礙或其他心智缺陷，再配合心理層面判斷行為人是否因上述生理因素，而有無法辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為的能力。再者，精神鑑定有其限制；畢竟一個人的精神狀態並非單純二分為正常或異常即可形容，而可能處於正常或異常之間的連續光譜，因此醫學上所為之判斷非絕對，且該判斷之客觀性亦備受質疑[5]。最後，精神醫學診斷的目的在於實施醫學治療，而非探求行為人於行為時的精神狀態而發展，因此精神鑑定之結果本不應直接套用於責任能力之判斷。

準此，法官在從事究責之判斷時，是否能自精神鑑定所提出的生理因素，來推演出行為人於行為時之決定自由，進而就行為人是否應負刑事責任為決定，實屬一大挑戰。若法官沒有能力判斷精神鑑定之內容，而僅能從程序上確認鑑定過程無誤，則鑑定人的地位將趨於強勢。學者即引用實證研究指出，在交付精神鑑定之案件中，鑑定的結果大多數被法院直接採納[6]。這種現象在修法將醫學用語法典化後，可能會更行強化。

3.精神障礙與心智缺陷以外之責任能力判斷

事實上，許多因素均可能影響行為人的責任能力，而精神障礙與心智缺陷僅屬於其中兩種。由於精神醫學研究結果，替精神障礙與心智缺陷影響行為人的心理狀態，提供了統計數字上的因果意義，因此可作為刑法總則中一般性的阻卻責任事由。相對的，其他影響行為人期待可能性的因素，則於個案中，由法官進行

[3] 參考我國刑法於 2005 年修法之修正理由。
[4] 張麗卿，〈精神障礙影響責任能力之立法方式〉，《刑法爭議問題研究》，五南圖書出版公司，初版一刷，1999 年 2 月，頁 201-202。
[5] 張麗卿，〈刑法第 19 條之法理分析〉，《月旦法學雜誌》，第 136 期，2006 年 9 月，頁 171。
[6] 同前註 5，頁 172-173。

具體判斷[7]。

如前所述，行為人精神狀態之診斷係屬於正常與異常之間的權衡，故此即便該權衡結果接近於正常區塊，有時醫學診斷上亦可能出現遲疑。反社會人格違常的型態即為醫學上難以與正常狀態清楚劃分的例子。加以我國精神衛生法之規定，反社會人格違常者並非歸類在精神疾患者，此時法院於刑事案件中，應如何判斷其責任能力[8]便構成問題。

按人格違常係指行為人之感覺、意志與性格方面有所偏差，屬於個人生物學特性，係與生俱來[9]。此時，行為人能否主張遺傳因素，以證明其心理狀態係屬欠缺或限制責任能力? 再者，雖然多數精神疾病之病理變化是一個繼續性的過程，通常有病歷資料可輔助診斷[10]，然少數精神障礙會突然發生，此時不但有醫療診斷上的困難，法院亦難以判定行為人行為時的心理狀態。此外，除突發性的精神障礙也同有此處理上的困難外，所謂「深度意識障礙」亦被解為突然發生的類型，其引發的問題更多。故此，在德國便已在該國刑法第 20 條中指出，影響心理狀態的生理因素，除病理性精神障礙外，亦包含深度之意識障礙、智能不足與其他嚴重之精神異常；其中尤其認為，深度之意識障礙並無病理上的原因，屬突發性的精神或情緒紛擾，實務上將之歸為「高度的情緒衝動」[11]。

上述人格違常與深度意識障礙的例子，目前尚難依據我國刑法第 19 條之規定進行責任能力之判斷。然則，即便精神醫學鑑定於上述案例中仍有其限制，但法官卻無法在系爭案件發生時，迴避其判斷行為人之行為責任的義務。準此，在基因體醫學研究已累積相當之科學事證後，法官是否能平行於精神醫學角度之外，本諸獨立審判之職權，藉助遺傳(基因)研究，來判斷行為人的責任能力？實不無討論之空間。畢竟先前以精神障礙為主的討論，似乎不能當然用於詮釋基因科技發展的效果。蓋除了精神醫學慣用的病理診斷外，生物醫學研究所發現足以影響人類精神狀態的遺傳因素，業已逐漸顯示出：導致精神障礙的生理狀態與神經系統狀態，均可能來自於基因缺陷。綜上，當行為人的精神狀態難以透過精神醫學加以診斷時，或許可經由檢視行為人的遺傳因素來尋求解答；而即便當行為人的精神狀態可藉由精神醫學的生理層面加以診斷，遺傳因素或許可以用來補充

---

[7] 同前註 2，頁 27。

[8] 有學者透過解釋，以補新修正刑法第 19 條的不足，認為精神障礙包括病理的精神障礙與深度的意識錯亂；其他心智缺陷則包括智能不足、人格違常等其他嚴重的精神異常。參考張麗卿，〈精神障礙者之犯罪〉，《台灣本土法學雜誌》，第 86 期，2006 年 9 月，頁 162-163。

[9] 同前註 8，頁 163。

[10] 郭壽宏、蔡冠逸、李俊穎，〈從精神醫學觀點—論行為時精神狀態之判斷〉，《醫事法學》，第 12 卷第 1 期，2004 年 6 月，頁 44。

[11] 同前註 8，頁 162。

釐清疾病進展相關資訊。故此，探討遺傳或基因的因素是否可作為阻卻罪責的通則性規定？抑或僅能輔助法官進行期待可能性降低的判斷，作為減刑的依據？已然是值得我們重視的問題。實際上，這種思維的可行性已在某種程度上累積相當的科學實證，以下謹先就科學發展之角度加以介紹。

二、基因、環境與行為

1.探討犯罪行為的生命科學研究

根據分子生物學的中心教條「DNA→RNA→蛋白質」[12]，若改變基因之序列，會影響下游蛋白質的表現或活性，進而使其代謝功能變化，而達到影響個體生理及心理功能的效果。依 Aubrey Milunsky 之研究[13]，於常見之疾病，例如心臟病、高血壓、糖尿病、癌症、阿滋海默症，或是於精神疾病，例如躁鬱症、憂鬱症，甚至是肥胖及老化，皆受到基因的影響，因此可看出基因對生理及心理功能的影響力。

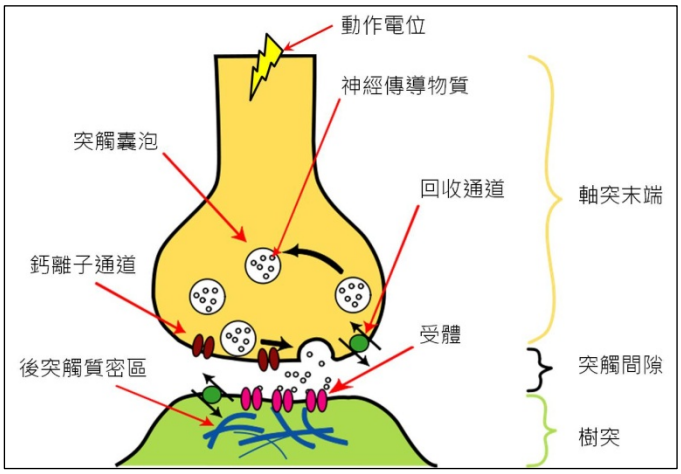
人的行為是經過神經系統的複雜運作所產生，這些複雜運作的模式以神經傳導為主。所謂神經傳導，為神經元（Neuron）之間的訊息傳遞，在神經元的胞體（Cell Body）產生一電位衝動後，透過軸突（Axon）將衝動傳到軸突末端，刺激軸突末端的神經傳導物質（Neurotransmitter）輸出至突觸間隙，讓神經傳導物質與另一神經元，其樹突（Dendrite）上的特定受體（Receptor）作用後，使下個神經元將原本的衝動傳送下去，而運作完畢的神經傳導物質，會透過突觸末端的回收通道蛋白而回收至原神經元之軸突末端內，以等候下次神經衝動或經由分解酵素直接分解（關於神經元的結構與功能請參見下圖[14]）。

---

[12] 在概念上，生命可以分成兩個基本面：硬體和軟體。硬體（蛋白質）執行化學催化作用，並且組成結構；軟體（核酸）儲藏與複製訊息，並且指揮與控制硬體。生物學的中心教條係描述，如何從 DNA 所攜帶的訊息完成蛋白質合成的過程，這幾乎是所有生物體內生命現象運作的基本機制。過程中，DNA 必須先轉錄(transcription)成 RNA，RNA 再轉譯(translation)成蛋白質。詳細說明請參考：http://www.dls.ym.edu.tw/2.htm（最後瀏覽日：10/16/2011）。

[13] Aubrey Milunsky 著，嚴愛鑫 譯，《別讓遺傳決定你的命運》，商周出版，2002 年。

[14] 本圖引自 http://zh.wikipedia.org/wiki/%E7%AA%81%E8%A7%A6，轉引自 R. M. Julien, *A primer of drug action: A comprehensive guide to the actions, uses, and side effects of psychoactive drugs* (pp. 60-88). New York, NY, USA: Worth Publishers，本文作者就圖中名詞用語進行調整。



出處：本圖引自 http://zh.wikipedia.org/wiki/%E7%AA%81%E8%A7%A6，轉引自 R. M. Julien, *A primer of drug action: A comprehensive guide to the actions, uses, and side effects of psychoactive drugs* (pp. 60-88). New York, NY, USA: Worth Publishers，本文作者就圖中名詞用語進行調整。

由以上觀之，神經傳導作用牽涉到突觸區域的蛋白質所影響，因此若欲維持正常的神經傳導功能，則須在突觸區域，將神經傳導物質維持在循環、生成、分解之持續恆定狀態，若於個體內，該神經傳導物質相關的回收通道蛋白、分解酵素，或受作用的受體其相關基因有變異時，會影響到其蛋白質之活性及表現，進而影響到神經傳導物質的恆定狀態。

常用於探討犯罪與生命科學之關係的神經傳導物質種類主要為單氨類物質（Monoamine），有多巴氨（Dopamine）、血清素（Serotonin）、正腎上腺素（Norepinephrine）[15]。以多巴氨為例，多巴氨之作用牽涉到數個受體蛋白及分解酵素，如 DRD2（Dopamine D2 Receptor）、DRD4（Dopamine D4 Receptor）、MAOA（Monoamine oxidase A）。就 MAOA 而言，MAOA 除了能分解多巴氨外，也能分解血清素及正腎上腺素[16]，對於維持這些神經傳導物質的恆定狀態有一定的重要性，其基因位於 X 染色體上。於動物實驗中，若將小鼠的 MAOA 基因予以刪去（Deletion），則產生的縮短型（Truncated）MAOA 不具酵素活性，導致該小鼠個體的腦中神經傳導物質的濃度比野生型小鼠還高，使得如此之個體有較高的

[15] Mitchell E. Berman and Emil F. Coccaro, *Neurobiologic Correlates of Violence: Relevance to Criminal Responsibility*, 16 Behavioral Sciences and the Law 303, 305, 1998.

[16] Randy J. Nelson and Brian C. Trainor, *Neural mechanisms of aggression,* 8 NATURE REVIEWS: NEUROSCIENCE 536, 541, 2007.

侵略性[17]。以人類而言，位於 MAOA 基因前之啟動子（Promoter）上其變異數串連重複序列（Variable Number Tandem Repeat, VNTR）之重複情況會影響 MAOA 的表現量，一般而言，其重複次數在 3、3.5、4、5 之間，重複次數在 3.5、4 次之間者，其 MAOA 表現量較佳，約 2-10 倍[18]，為最適 VNTR，不在上述次數內，其 MAOA 的表現量較低，而具有非最適 VNTR 的個體，會有酗酒及反社會人格之傾向[19]。很顯然的，科學家的結論式表述方法，會讓人覺得基因缺陷或變異之本身是否已是一種科學事實，而不待醫生的專業評價?相對於前文提及的精神障礙個案，法院的審理往往可以藉由醫師的診斷及病歷來評斷個案的罪責，面對基因抗辯，顯然法官面對的將是科學研究的結果。法院該如何看待這些科學證據?應如何詮釋科學表述的機率或百分比用語(如致病可能性百分之多少)，顯然將是新的挑戰。

嘗有研究[20]論及了下列幾個與性犯罪相關之基因；DRD4（追求刺激感）、DRD2（性行為）、MAOA、COMT（Catechol O-Methyltransferase；攻擊性、暴力）、5-HT1A、5-HT2C（焦慮、沮喪）。在其研究中，作者取中央警察大學學生及性犯罪者的血液，分離其 DNA，並以酵素切割片段長多樣性分析（Restriction Fragment Length Polymorphism, RFLP）觀察兩者之差別，結果發現 COMT、DRD2、MAOA 有其顯著性（$p<0.05$），此研究乃初步透過實證來呈現基因與犯罪關聯性之台灣在地研究。雖然我們必須注意，此類研究僅提供具統計上意義的觀察，並不能由該結果直接推論基因有缺陷者，將發展成性犯罪者。但是，從上述研究仍可看出，與傳統精神障礙由醫師診斷並綜合評估不同的是，在透過分子生物技術檢視與神經傳導相關基因之序列，並瞭解其序列或其多樣性型態後，在理論上，便可透過臨床研究，直接推估該基因之攜帶者之精神狀況與傾向，而此種作法，有如將診斷之時點從精神疾病發生後，拉至疾病發生之前。這與前述尤以醫師之診斷與病歷產生時點為據的處理方式顯有差異。另一方面，這種判定方式，也使得攜帶特定基因之人，可能因為基因序列分析之結果，受到「標籤化」的影響。

其實當面對科學時，吾等必須了解，科學所呈現的，是在特定時空與環境條件下的真，不同於法律的公平正義，必須跳脫點的限制，且須傳諸久遠並兼容社

---

[17] Olivier Cases, et al., *Aggressive Behavior and Altered Amounts of Brain Serotonin and Norepinephrine in Mice Lacking MAOA,* 268 SCIENCE 1763, 1995.

[18] Chung-Yen Pai, et al., *Assessment of the role of a functional VNTR polymorphism in MAOA gene promoter: a preliminary Study*, 6 FORENSIC SCIENCE JOURNAL 37, 38, 2007.

[19] Ian W. Craig, *The importance of stress and genetic variation in human aggression,* 27 BIOESSAYS 227, 232, 2007.

[20] 田佳平，〈性犯罪與候選基因之相關研究〉，國立清華大學碩士論文，2000 年。

會慣例與多元人文思維，故此，基因的缺陷的真是否可以當然地被用於犯罪行為關連性的詮釋，不無疑義。

2.特定基因缺陷者必然會有犯罪行為？

科學研究確實在某種程度上顯示，犯罪者所帶有的基因或其基因型，可能有異於常人。然而是否可因此推論出帶有這類基因者必然會犯罪？則容有疑義。誠如學者 Peter Little 所言[21]，這種論斷應是誤以為基因乃單獨作用所致。蓋基因序列上的變異並不當然意味著其神經生理功能一定受其影響，一如 Joanna S. Fowler 等人[22]，藉由正子斷層掃瞄（Positron Emission Tomography）來比對帶有不同活性 MAOA 基因者的腦部，便發現其造影並未因此有明顯差異，這意味著帶有不同性質之 MAOA 基因，其之間之差異不必然一定在蛋白質層次或生理層次表現。

其實，基因乃單獨作用之說法顯然過度強調了基因序列上結構的變異，而未能同時將非結構性的變化對個體之影響加入討論。基因所生之蛋白質之活性，不全然取決於基因序列上之差異，也會受到非基因序列變異之因子所影響，例如甲基化（Methylation）。甲基化是將 DNA 上的腺嘌呤，於其氮上添加一甲基。DNA 上若出現甲基化，會使 DNA 雙股無法進行配對，使其在轉錄時，有如於火車軌上放了一個障礙物，使轉錄酶無法轉錄該基因，使該基因無法被順利地表現，達到抑制表現的效果，如此一來，即便是同樣的基因序列，也不見得在表現活性上會必然相同。以同卵雙胞胎為例，根據 Mario F. Fraga 等人的研究，同卵雙胞胎雖帶有相同序列結構的基因，但是因為其甲基化圖譜之情況不同，因此同卵雙胞胎之基因表現情況也不同，甚至這種甲基化圖譜之差異在年齡增長時會擴大[23]，意味著同卵雙胞胎仍有機會在蛋白質層次或生理層次上有差異。因此，單靠基因序列之結構，是不能直接推論該個體的行為，尚須視其非結構性變異之貢獻程度。

除了甲基化以外，環境因子也對於個體之行為有顯著之影響，舉一例而言，母職效應（Maternal Effect）便在 Michael J. Meaney 之論著[24]中獲得重視。Meaney 認為，母職效應會影響到仔鼠的血清素系統及促腎上腺皮質激素釋放因子（Corticotrophin Releasing Factor, CRF）系統，以後者情況而言，若仔鼠所受到的照顧較多，則仔鼠的糖皮質激素（Glucocorticoid）受體表現較高，而使得糖皮

[21] Peter Little 著，鄭清榮 譯，〈基因與命運〉，原水文化出版，2003 年。

[22] Joanna S. Fowler, et al., *Evidence That Brain MAO A Activity Does Not Correspond to MAOA Genotype in Healthy Male Subjects,* 62 Biol Psychiatry 355, 2007.

[23] Mario F. Fraga, et al., *Epigenetic differences arise during the lifetime of monozygotic twins,* 102 PNAS 10604, 2005.

[24] Michael J. Meaney, *Epigenetics and the Biological Definition of Gene X Environment Interactions,* 81 CHILD DEVELOPMENT 41, 2010.

質激素系統的負向回饋系統較敏感，使得仔鼠的 CRF 分泌量較低。由此可見外在條件的變動也會影響到細胞內之基因表現。

由上述二例可知，環境因子也會以非改變基因序列之方式影響到基因的表現，進而產生個體生理狀況的差異。因此，光憑基因序列是無法決定一個人的行為應如何，這樣的論點也見於 Joshua W. Buckholtz 及 Andreas Meyer-Lindenberg 所寫的文章[25]。文章中認為，即便 MAOA 與暴力行為有關，但這並不代表擁有低表現量基因型的 MAOA（MAOA 表現量愈低，愈傾向暴力）的個體就是罪犯，換言之，這些基因擁有者，仍可能透過後天良善的家庭環境而成為正常人。

因此，雖然基因確實有影響到個體生理狀況之可能，但這並非絕對性或全面性的，是以我們不能光憑「個人所帶有的基因型」逕而推斷「他的人格與行為」，我們必須在基因序列的多樣性外，同時將「非基因序列之變異」以及「環境因子」納入考慮，甚至可以把「環境因子」當成主因子判斷[26]。畢竟，基因與環境的交互作用如何影響人的行為，當中更綿密細緻的關聯性，仍需嚴謹的科學論證去探究，如此始能提供法官據以判斷行為人心理狀態的指引。

三、基因缺陷與責任能力之判斷

究竟基因缺陷與責任能力之關聯性如何，學說指出，其判斷仍須本諸充分的科學證據來證明：其一、特定基因缺陷之確實存在；其二、基因缺陷確實導致犯罪行為的發生[27]。依據當前的基因研究成果來看，或許已可證實第一點的存在，然在第二點的證明上，卻仍存有相當之難度。蓋雖然基因研究結果已足以呈現特定遺傳因素與某些犯罪行為的關聯性，但這些研究仍無法自證據法的角度釐清其中之因果關係或影響之程度。誠如前揭本文所述，基因在多數情況下並非影響行為的直接因素，據此，即便利用基因檢測驗出了基因的缺陷，該些資訊並不當然能直接告訴我們，受檢測者有何精神與行為異常及其嚴重程度，亦無法直接了解該基因缺陷如何影響受檢測者的行為。是以，既然生物醫學研究尚未到達法律所要求證實基因因素與犯罪行為之直接因果關係的程度，則一如前述有關是否將精神障礙與心智缺陷納入刑法總則之規範的討論，可能納入基因因素或許也會被認為言之過早。

---

[25] Joshua W. Buckholtz and Andreas Meyer-Lindenberg, *MAOA and the neurogenetic architecture of human aggression,* 31 TRENDS IN NEUROSCIENCES 120, 2008.

[26] Avshalom Caspi and Terrie E. Moffitt, *Gene–environment interactions in psychiatry: joining forces with neuroscience,* 7 NATURE REVIEWS: NEUROSCIENCE 583, 2006.

[27] Maureen P. Coffey, *The genetic defense: excuse or explanation?*, 35 Wm. & Mary L. Rev. 353, 389, 1993.

但另一方面，我們卻也不能因此便忽視當前科學研究的發展趨勢，而決斷的否定基因缺陷與犯罪行為有一定的關聯性。畢竟在不久的未來，行為人仍可能隨科技之發展強化基因與行為關聯性之間的科學論證，而有利於訴訟當事人主張其行為時心理狀態受其基因因素的影響。畢竟在可預期的未來，基因檢測將朝向更快速、更便宜、進用性更高之檢測發展。其中基因檢測之價格對於上述發展扮演關鍵性角色。美國目前基因檢測要價 100 至 2,000 美元不等，差異來自於檢測之類型與複雜度[28]；而我國目前臨床應用之基因檢測費用則為新台幣 2,000 至 50,000 元。美國國家衛生研究院之基因體研究中心(National Human Genome Research Institute)致力於發展與資助學界及業界增進基因定序技術，第一階段之計畫至 2004 年已將個人之全基因體定序分析之費用降低致 100,000 美元，而最新計畫之目標則為達成 1,000 美元或更低價之全基因體定序分析[29]。這些發展將開啟法庭面對日益增多的基因抗辯之可能性。

叁、基因因素可否作為法院判斷責任能力之依據？

儘管美國的刑事案件程序及審理原則與我國不盡相同，然而在美國各級法院中，陸續有刑案被告提出檢測其人是否具有特定基因缺陷、或是欲以基因缺陷作為減刑甚或免責要件等要求，在一些重要的案例發生以後，美國法院已然對於是否及如何採用基因檢測作為判定被告刑事責任之證據，已然大致形成一套判別標準，自比較法研究觀點來看，這些美國經典案例的分析，或可作為我國法制的參考。

以下本文將分別介紹紐約州的 *People vs. Yukl* [30]及喬治亞州的 *Mobley vs. State*[31]兩個重要案例；此二案件皆對於基因檢測結果是否可作為證明刑事案件被告責任能力的證據提出見解，並陸續為其他法院所引用與認可。

一、*Yukl* 案：XYY 性染色體與刑事責任

本案被告 Yukl 在 1966 年時因犯下一起殺人案而被判處徒刑，而後於 1973 年獲假釋出獄。但 Yukl 在出獄次年便被指控在自家公寓中殺死一名二十三歲的

[28] Genetic testing handbook- What is the cost of genetic testing, Genetics Home Reference, U.S. National Library of Medicine, http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/testing/directtoconsumer (最後瀏覽日：2011/10/16)。

[29] National Human Genome Research Institute, http://www.genome.gov/27534233 (最後瀏覽日：2011/10/16)；George M. Church, *Genome for All*, Scientific American, Vol. 294, Issue 1, 2006.

[30] People v. Yukl, 372 N.Y.S.2d 313 (1975)

[31] Mobley v. State, 455 S.E.2d 61 (1995)

女子，並再度被以殺人罪起訴。

被告一路上訴本案至紐約州最高法院，並在此一審級中提出請求，希望能夠邀請一名細胞遺傳學家為 Yukl 進行檢測，以確認其人的性染色體是否具有 XYY 的異常形態。由於當時已有基因遺傳學研究指出，具有 XYY 型態性染色體者，也較易出現反社會性格與暴力傾向，因此法庭認為，被告或許欲以其具有 XYY 性染色體作為行為時心智並不正常的答辯證據[32]（an insanity defense，或可譯為「精神障礙心智缺陷抗辯」[33]）。

即便被告主張，邀請基因遺傳學家作為專家證人、並檢測被告是否具有 XYY 遺傳缺陷一事，不僅在技術並不複雜也不昂貴，且無浪費訴訟費用之疑，然法庭仍然駁回此一請求，並認為在本案中，基因檢測結果不應作為被告心智狀況是否健全之證據。

首先，承審法院認為，除非法庭認同基因檢測結果可以作為心智狀況判斷之證據，否則便難以進一步就是否應准許被告進行基因檢測、並提交檢測結果以為證據為判斷。然而，依據判決先例意見，[34]但凡以自然科學方式舉證，則應先確認在取得該項證據時所使用的科學理論或技術、器械是否已經獲得該科學領域的普遍接受，如是，該證據方得提交與法庭、並作為判決時之參考。[35]雖然 XYY 型態的性染色體異常早在 1961 年就被發現，但在 *Yukl* 案審理之時，XYY 染色體與反社會傾向之間的關聯究竟如何，尚未被研究確證。

承審法院更引用經加州上訴法院判決的另一案件 People v. Tanner[36]中三項否定基因檢測結果證據能力的具體理由作為輔助說明：（一）雖然已有專家學者提出「暴力行為可能是 XYY 染色體缺陷的主要結果之一」的推測，但此一說法仍在假說階段，並不足以證明所有具有 XYY 染色體皆具有暴力傾向，相對地，甚至有部份具有 XYY 染色體者根本不具此種傾向；（二）即使是相關領域專家，亦無法確定被告的暴力行為是否是因 XYY 型態的性染色體異常而起；（三）依據該案件管轄州（加州）的州法，「（患有）精神疾病」屬於法定的心神喪失狀況之一，但即便是專家也無法斷定只要具有 XYY 性染色體異常即可導致精神疾病、並被州法認定為「心智不正常」。[37]

---

[32] 372 N.Y.S.2d 313, 315.

[33] 林志潔，〈論美國法上犯罪主觀要件與精神障礙心智缺陷抗辯〉，《歐美研究》，第 39 卷第 4 期，2009 年 12 月。

[34] People v. Leone, 25 N.Y.2d 511, 307 N.Y.S. 2d 430, 255 N.E.2d 696

[35] 372 N.Y.S.2d 313, 317

[36] People v. Tanner, 13 Cal.App.3d 596, 91 Cal.Rptr. 656, 42 A.L.R.3d 1408 (Ct. of Apps., 2d District, Div. 3, 1970)

[37] 372 N.Y.S.2d 313, 319.

法庭最後指出：除非在醫學上已發展出高度確信、認為 XYY 染色體確實可影響識別能力或是對所處社會基本道德觀念的認知，否則不可單純的以 XYY 染色體的檢驗結果作為心智狀況判斷的證據。最後，Yukl 的基因檢驗請求被法庭所駁回。

二、*Mobley* 案：MAOA 基因缺陷與刑事責任

此案的上訴者 Mobley 已被證實於 1991 年持槍搶劫一家比薩店，並在搶劫過程中槍殺了一名店員，並在先前的審級中被依殺人、持械搶劫、嚴重人身傷害、持有火力武器等罪起訴、陪審團並建議求處死刑。在全案上訴至喬治亞州最高法院時，Mobley 提出一連串請求，其中亦包括了檢測被告有無基因上缺陷的要求。不同之處在於，Mobley 要求檢驗的是其 MAOA（Monoamine oxidase A，單胺酸氧化酶）基因有無缺陷。

在 Mobley 提出此一要求的二年前，一項有關 MAOA 基因缺陷的研究甫被發表，該研究指出，MAOA 基因具有缺陷者，也較有出現反社會人格、暴力行為的傾向。[38]與 Yukl 案相似之處在於，此案中的上訴者 Mobley 或許也希望以此一基因缺陷的檢驗結果作為其行為時心智狀況不正常的證據；但此兩案的管轄法院也作出了相同的裁決，駁回了進行基因檢測的請求，並認為基因檢測結果不得作為心智狀況的證據。

本案承審法院指出，Mobley 要求實施之檢測項目所採科學理論，不僅在近期內尚無被檢驗及獲得科學上支持的可能，提出請求的 Mobley，亦無法證明此一理論在可預見未來有被肯定的可能。[39]此外，即使初審法院認為，在宣判刑度的審級中，證明減刑要件之科學證據，可以不按一般科學證據的高標準來加以檢驗，然最高法院仍認為，就算降低要求標準，Mobley 所提出之請求，背後的科學理論亦不夠明確。因此，法庭拒絕讓 Mobley 接受基因缺陷檢測、亦不得提交檢測結果作為證據。

三、以基因檢測結果判斷責任能力可能衍生的問題

1.法院對於新興科技證據的可審查性(Reviewable)問題

從上述兩個美國重要案例的判決結果可知，美國紐約州與喬治亞州的最高法院對於「科學證據」是否具有證據能力、可否被呈交法庭作為證據，都採取了美國法院歷來審查科學證據之證據能力時慣用的標準：取得系爭證據時所採用之科

[38] H. G. Brunner et al., *Abnormal Behavior Associated with a Point Mutation in the Structural Gene for Monoamine Oxidase A,* 262 Science 578 (1993)

[39] 455 S.E.2d 61, 66

學理論或技術，是否已獲得所屬學術領域的普遍認可？

美國法院之所以重視證據所依憑的理論或技術是否已被普遍認可，係因法院在審理時，必須先就證據的可審查性（reviewability）加以評估，以確認當事人提交的證據真偽、或是該證據的證據力強弱，以資心證判斷。若當事人希望以新興科技為基礎來提出證據，然而其所欲使用的科技方才問世，法院一方面難以斷定其舉證方法是否已在所屬專業領域中獲有公信力，另一方面也無法針對其所提出的證據再藉其他技術加以審查真偽；而一項無法辨明真實程度的證據自然也難被用於法官的自由心證過程之中。面對以新興科技作成的科學證據帶來的證據審查之困難，法庭通常乾脆直接駁回當事人採取證據的請求。

至於特定科技是否已經足夠成熟、獲得普遍認可，依據該科技而形成的證據又有無證據能力，依據美國案件中的法庭意見來看，則要藉助相關科學領域的專家證人或是研究資料作為輔助方能確定。但此些專家與資料是否也需要通過前述的「普遍認可」審查標準，或是只需法庭以心證認定其具有足夠公信力即可？此一「普遍認可」的標準究竟應否採用，若是採用又應如何制訂認定審查專家與審查證據之標準，將是值得思考的一項問題。

2.採用基因檢測結果可能對於刑事法律制度造成的衝擊

現行刑法係建構於行為人具有自由意志的前提上。換言之，係因行為人能辨別行為的適法性，並能依其辨識而行為，是以應令其對所為之行為負責。雖然當前之法律同樣承認，因精神障礙或心智缺陷者而無責任能力者，得不課予刑罰制裁，然而該例外迄未延伸至生物或遺傳因素之部分。自上述美國案例之探討可知，美國法院對於行為人援引遺傳因素作為無責任能力的抗辯，似未加以採納而係採取保留的態度。此態度可能源自於法院接受科學新知的遲疑，或是科學研究尚未指出基因與犯罪行為的直接因果關係，抑或是法院害怕採納「基因抗辯」（genetic defense）後，導致可能危害社會的人逍遙法外[40]。然而，不可否認者，隨基因科技之發展加速，法律上對於自由意志僅設立精神障礙或心智缺陷的例外，恐逐漸面臨與現今科學研究結果不相符的挑戰。誠如前文所述，遺傳因素已在某種程度上被科學檢證而確認其影響行為人發展反社會或犯罪傾向行為之可能。或許這些仍處於少數個案或科研階段，然一如心神障礙之抗辯亦非很快的被納入刑法體系中，本文所欲強調者是，基因科技的發展，已是司法審判應開始以更積極的態度來面對問題了。

反對「基因抗辯」者認為，基因研究仍處於發展階段，科學家對於基因缺陷

[40] Maureen P. Coffey, *The genetic defense: excuse or explanation?,* 35 Wm. & Mary L. Rev. 353, 376, 1993.

與犯罪行為之間的因果關係尚未提出有力證明，且基因缺陷究竟有多少態樣亦屬未知。若可主張某一基因缺陷作為抗辯，而另一基因缺陷卻不得主張，如此一來，引進「基因抗辯」極可能引發分配正義的爭議[41]。然而，若基因缺陷影響行為的因果關係越來越直接而明確，法院似乎也應本諸維護基因缺陷行為人之基本人權的考慮，將其納入責任能力之判斷中。

進一步論之，在基因缺陷影響行為的因果關係越來越明確的前提下，法院若仍然拒絕將遺傳因素納入責任能力之判斷中，此舉是否有違早先精神障礙立法之法理，亦不無疑義。蓋承認行為人因精神障礙而無責任能力，係間接肯認行為人有期待可能性[42]，能依其自由意志遵守規範，始負刑事責任。同樣的，承認行為人因基因缺陷而無責任能力，亦揭示了上述價值觀。再者，刑法的功能包括：應報（retribution）、嚇阻（deterrence）、監禁隔離（isolation）與社會復歸（rehabilitation）[43]。對一個有責任能力的行為人使用刑罰，可能達到刑法的上述功能，但是對於因基因缺陷而無法控制其想法與行為者，使用刑罰卻無法實現刑法的上述功能。換言之，對後者使用刑罰，是否可屬於對其先天缺陷的「報復」，此時懲罰之意義究竟何在？其次，既然行為人無法控制其行為，刑罰何以會產生嚇阻的效果？至於監禁隔離，更是無法矯治該行為人的行為，甚至可能導致更為反社會的傾向。最後，社會復歸的前提在於一個人的行為係受環境的影響並可以改變，然而有些遺傳因素所致行為，理論上很難受後天影響而改變。這些都是值得吾等考慮刑法制度是否應有所調整之因素。

3.法官應如何採納基因鑑定的結果?

然則正如同前文所論及法官面對精神鑑定時的困境，基因鑑定的結果更是對法官構成高度挑戰；簡言之，法庭如何以之為據，又可否用以判斷與評價行為人之責任能力，均構成問題。首先，在取得基因資訊的過程，無可避免的必須依賴基因檢測的解讀，而誠如在臨床應用上所顯示者，不當或過度的解讀均可能落入基因決定論（gene determinism）的爭議。蓋基因資訊具有其「預測性」，透過專業人員（例如醫生或心理師）的解讀，或被認為足以透露出個人未來可能罹患之疾病或有其他健康問題之傾向，換言之，基因檢測結果係顯示一個人的基因傾向（genetic predisposition）。然則，基因資訊所具備之「預測性」，應僅限於預測之

[41] 同上註 40，頁 392。

[42] 同上註。黃榮堅，〈兇殘?異常?突發性失能之規範性判斷問題—評最高法院 96 年台上字第 6233 號判決〉，《法令月刊》，60 卷 9 期，2009 年 9 月，頁 27。

[43] 林志潔，〈論美國法上犯罪主觀要件與精神障礙心智缺陷抗辯〉，《歐美研究》，第 39 卷第 4 期，2009 年 12 月，頁 625。

功能，[44]並不及於行為之道德評價。易言之，法官在面對基因鑑定之結果時，在解釋上，將無法直接與絕對的據以判斷，該些具有特定基因缺陷者的責任能力。畢竟以基因決定論來理解基因缺陷與犯罪行為之關係，不但不正確，還可能引發社會輿論的爭議。尤有甚者，當基因研究與種族（race）連結上，並再由種族連結上犯罪傾向，更可能引起種族歧視的爭議。例如在 1993 年時，美國馬里蘭大學(Maryland University) 的 Wasserman 教授，在籌辦犯罪行為之基因要素研討會過程，便因其宣傳用語不當，引發社會的誤解並反彈，導致該研討會被取消[45]。雖然該研討會並未直接論及種族的議題，但是美國監獄中較高比例為非裔美國人的社會背景下，我們可以想像，當宣傳中論及「基因研究在未來，可辨識傾向於特定犯罪行為的個人，可找出促使基因傾向表現於行為的環境因素，並可以藥物或無干擾的療法治療某些基因傾向」，言者無心，但卻被部分民眾以為種族歧視的文宣了。

肆、基因檢測結果可否融入現行證據相關法律體制中?

一、實體部分

1.基因缺陷尚不宜做為阻卻主觀構成要件該當之事由

「行為非出於故意或過失者，不罰」，我國刑法第 12 條第 1 項定有明文。犯罪行為人在行為時是否有故意或過失為主觀構成要件所討論者，其中故意又可分為「知」與「欲」，而過失的成立則視其是否有違其注意義務而定，在刑法上，行為人須具備故意或過失，方能成立犯罪。然自基因可能影響人類行為的角度來看，若基因檢測的結果可阻卻主觀構成要件之該當，即若犯罪行為人能提出與其犯罪行為有直接相關聯的基因缺陷，證明其行為時不具有犯罪故意(例如行為時無意識、或行為時有意識但卻無力阻止自己的犯罪行為等)、且因基因缺陷而使該行為人無犯罪結果之預見可能性與迴避可能性，則法院即應判決該行為人無罪。因此，在探討基因缺陷是否可阻卻主觀構成要件之該當時，重點即為法院是

[44] 范建得、林宛萱，〈基因資訊保護與正義〉，《認識醫學倫理》，前程文化事業有限公司，2011 年 6 月初版，頁 220。

[45] 該研討會題目為：「Genetic Factors in crime：Findings, Uses, and Implications」，其宣傳手冊載有以下文字：「genetic research holds out the prospect of identifying individuals who might be predisposed to certain kinds of criminal conduct, of isolating environmental features which trigger those predispositions, and of treating some predisposition with drugs or unobtrusive therapies」，有些讀者認為此份宣傳有種族歧視的意味。參考自，Ted Peters，〈Chapter 3 The Crime Gene, Stigma, and Original Sin〉，《Playing God? Genetic Determinism and Human Freedom》，Routledge New York and London，1997，頁 71。

否應承認，幾乎沒有該基因以外的因素會導致犯罪行為的產生，例如基因缺陷會使行為人在行為時，自主決定的空間受到相當大程度的壓縮，以致於行為人雖然做出犯罪行為，但卻因不具備故意或過失，而無法成立犯罪。在某種程度上，這種推論方式係延續「人的行為由其基因來決定」之說。

按此種基因決定論乃「行為遺傳學(Behavioral Genetics)」之主張，然則一如前揭本文所述，此派理論尚未臻成熟且極具爭議，是以本文雖認為基因科技之發展值得吾等重視，但就現行刑法體制而言，在基因與行為之間的因果關係尚容有科學上的討論空間之前，逕行將基因缺陷視為阻卻主觀構成要件該當之事由顯然言之過早。其實即便是遺傳學派的研究亦顯示，人的行為除了受到基因的影響外，還有很多非遺傳性的因素同樣不可忽視，這些因素甚至比基因更能左右一個人的行為[46]，例如美國學者 Amanda R. Evansburg 便認為，由於基因研究者在建立基因與人類行為間之因果關係時，大多採較保守的態度，故此要在兩者間建立因果關係基本上是不可能的[47]。

此外，基因決定論之支持者其實也對於基因與行為間之因果關係，存有歧見: 其中一派乃所謂的絕對基因決定論(Strong Genetic Determinism)；另者則為相對基因決定論(Weak Genetic Determinism)。前者認為基因缺陷與人類行為間確實存在因果關係，故若行為人具相關之基因缺陷，則應使其免於刑法的制裁；後者則與上述遺傳學派的觀點相似，認為基因缺陷固然會影響人的行為，但其影響力並不足以支持法律上因果關係的討論，故不應使之用於行為人無罪之抗辯，充其量僅可依其自由意志能所控制的程度，來決定是否作為減輕罪責或作為得減輕罪責之考量因素。我國黃榮堅教授便主張可採相對基因決定論，即基因缺陷的存在不應使行為人得因此而無罪，而是一項減輕罪責的事由[48]，此一論點並可分別自實務與理論面向來加以討論。

從法庭實務的角度來看，基因檢測的結果不應使行為人得以直接獲判無罪，蓋因為現今的科學發展尚無法證實「某個基因的存在會直接造就某項犯罪行為」，故此，缺陷基因的主張可能無法滿足證據法的要求，從而衍生出「基因檢測結果是否能作為證據」以及「即使基因檢測的結果能作為證據、法官又應如何看待基因對行為之影響力」等問題，而有關證據法上證據能力與證明力等問題，

---

[46] Robert Plomin & Richard Rende, *Human Behavioral Genetics,* Annu. Rev. Psychol. 42:161-90 (1991).

[47] Amanda R. Evansburg, "*But Your Honor, It's in His Genes" The Case for Genetic Impairments as Grounds for a Downward Departure under the Federal Sentencing Guidelines*, 38 Am. Crim. L. Rev. 1565, 2001.

[48] 同前揭註 47，頁 1566。

將於後文論及。

若從法理的角度出發，則會發現若使基因缺陷的存在得以直接阻卻主觀構成要件之該當，則無異於讓基因決定論取代了犯罪人的自由意志，成為法庭判斷犯罪行為人可非難性的主要依據，破壞了刑法中最基本的自由意志原則(Principle of Free Will)，而此正係刑法中最重要的基本假設；認為行為人犯罪乃是法敵對意思的表現。至於基因決定論無法獨自用以完全否定犯罪人自由意志之存在的主要原因，應在於即使犯罪人能證明其體內帶有可能導致犯罪行為的基因，使其自我控制的能力受到限制，然則在大多數的情況下，該行為人仍保有一定程度的自由意志，或至少在一定程度上能夠依其自由意志來預見、並避免犯罪結果的發生；例如，明知自己有基因缺陷，而同時也知道、且有能力取得適當的基因治療卻不為之等。在理論上，只要擁有缺陷基因的行為人，於行為前或行為時仍存有自由意志可以發揮的空間，這就代表了該行為人與一般人的究責基準不應存有差異，亦應受到刑法的制裁[49]。充其量，僅能在此究責基準上調整其刑度而已。

2.基因檢測結果或可作為減輕罪責之事由？

承上所述，基於人的行為除基因外，更受其他因素之影響，故此不應使行為人得以假基因缺陷之名，主張其行為之主觀構成要件不備，而獲無罪之判決。然不可否認者，基因缺陷確實可能使行為人的生理或心理異於常人，使其須要花費更大的力氣來克制或預防犯罪行為的產生[50]，故此，相較於其他完全出於自由意志而犯罪的行為人，具基因缺陷之犯罪者，其行為的可非難性應是較低的。這也是前述相對基因決定論之主張的立論依據，且顯然這種主張必須視個案情況來判斷行為人減輕罪責之機會。

按所謂的有責性判斷，其核心內涵應在於「期待可能性」的討論，亦即在一般情況之中，法規對行為人有遵守規範、選擇為合法行為的期待，故若行為人違背了法的期待，就產生了可非難性，應受到刑法的制裁。然則基於基因缺陷雖不致直接導致犯罪，但卻可能使行為人在生理上或心理上的自我控制能力低於一般人，此時行為人即便符合故意或過失之主觀構成要件，法律上也應該考量「行為人自我決定選擇合法行為」的能力不如常人，故不應對其與對一般人有相同的期待，此即所謂「期待可能性」的降低；否則在理論上，若仍給予該行為人同於一般犯罪人的刑責，則會有過度評價行為人之虞。

至於主張將基因缺陷列為減輕罪責的事由之理論最常面對的批評為：

---

[49] Hugh Miller, *DNA Blueprints, Personhood, and Genetic Privacy*, 8 Health Matrix 179, 206-210, 1998.

[50] P.S. Greenspan, *Free Will and the Genome Project*, Philosophy & Public Affairs 22, 31, 1993.

「因基因缺陷而犯罪的人，並不像一般行為人改過向善之後，即可靠著自己的意志力而不再危害社會，基因缺陷使行為人的犯罪傾向並不會因為受到感化而有效降低，其再犯率勢必比一般犯罪行為人要高，故不應提早讓其返回社會，甚至應延長監禁的期間…[51]」

然此一說法有下列兩點可議之處；其一，維持或延長刑期或許能在該行為人服刑的期間，讓社會大眾暫時免於威脅，但其暴力傾向並無法藉由獄中制度得到改善，因為獄中的制度是為一般的犯罪行為人而設計的，對於具基因缺陷的犯罪人而言，較無法達成幫助其再社會化的目的；其二，如同前文所述，環境因素可能會比基因更能左右一個人的行為，甚至可能因為讓行為人與其他犯罪者長期共處，而使其基因中的犯罪傾向更加外顯於其行為之上；如此不論是對於行為人本身，或對於整個社會而言，可能都是有害而無利。

綜上，維持或是延長基因缺陷犯罪人的刑期，除不能真正彰顯正義外，反而有造成負面效果、徒增社會成本之可能。故此，讓基因檢測結果作為減輕罪責之事由，或許對於擁有缺陷基因的犯罪行為人，是一種值得正面加以考量的課題。

3.有關實體方面之具體建議

本文認為，基因缺陷應可被納入減輕罪責的事由(genetic-based mitigating factor)，如此才能正確反映基因與人類行為及其可非難性之間的關係，且不致過度解讀基因的重要性，也不會因過度評價行為人，反而衍生出不公的現象；尤其是在行為人可能面臨死刑的案件中，因為死刑的不可逆性，法官更應該要考量各項可能影響犯罪人行為的因素，並提供減刑的機會[52]。除了減刑之外，由於行為人基因的特殊性，為了防止行為人再犯，法院判刑時也應考慮配合現有且可得的治療方式，甚至以強迫的手段，讓行為人接受藥物或基因治療，如此方能從根本降低行為人再犯的機率。

二、程序部分

基因證據在 *Mobley* 案後，基因與犯罪行為的連結，近年來在美國學界以及實務界漸受重視；然則一如前揭本文所述，基於科學事實的欠缺，基因缺陷是否足以作為在法庭上呈交的證據，仍多有爭議之處。現若假設，依據前述在實體部分之討論，吾等在某種程度上已可支持將基因檢測之結果作為證據的處理，那麼

[51] Dorothy Nelkin, *After Daubert: The Relevance and Reliability of Genetic Information*, 15 Cardozo L. Rev. 2119, 2126, 1994.

[52] Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586, 98 S.Ct. 2954, 57 L.Ed.2d 973, 9 O.O.3d 26 (1978).（此判決揭示，「考量任何可能給予死刑犯減刑的機會」是憲法上規定法官應盡的義務。）

在程序上又應如何與現行體制結合，則是有待吾等進一步加以探討者。

1.科學證據之證據能力與證明力

a.證據能力

在我國法律體制下，能作為呈交於法庭供審判者裁判之證據，須先符合刑事訴訟法第一五五條規定的證據能力要件，該條並將之區分為消極要件以及積極要件。消極要件為證據須未經禁止使用者，亦即此證據是否有違法取得之問題，或者係在違法取得後，應依證據排除法則的規定不得使用者；至於後者，則是指必須經嚴格證明法則檢驗之合法調查證據，方符合證據能力之積極要件。

按傳統的科學證據係指科學偵查之所得[53]，然科學偵查並不當然以偵查程序為限，法院在審判程序中所為發見真實之調查，亦同樣有其適用。[54]由此可見，將基因檢測分析之結果作為證據，雖在我國實務上十分少見，但若以之為廣義之科學證據，似並非不可。準此，若檢調單位為釐清案件事實而必須對被告進行檢測分析，則必須特別注意是否有侵害被告隱私權及緘默權之虞。從而導致所取得之證據有證據能力上之瑕疵。

然觀諸美國之實務案例（前述 *People v. Yukl* 以及 *Mobley v. State* 案例）[55]，基因檢測分析資訊卻多為被告所提供，用以作為阻卻罪責之事由，故此，在自行揭露隱私的前提下，前述影響證據能力之私權與緘默權侵犯情形便不常見。此際，若吾等針對被告自行提出之基因相關事證加以判斷，實難謂其不具備我國刑事訴訟法體制下所要求的程序要件，從而基因檢測分析資訊也可被解為具備證據能力。然則，若系爭之基因檢測分析資訊是檢調單位為發現真實而提供給法庭者，則其取得證據之合法性問題自然浮現，而有賴個案探之討論。

b.證明力

相對於證據能力的判斷，法庭該如何判別基因相關事證之證明力，則是一個在我國實務尚未見相關判決先例之問題；或許吾等得自美國之實務經驗來歸納出一些足供借鏡之原則。首先，美國法院在 1923 年 *Frye v. United States* 案的判決中樹立了有名的「福來標準」(Frye Standard)，幾十年下來，該標準業經美國刑事訴訟實務適用於科學證據問題上之處理。這個標準主要包含兩要件；其一，科學證據須完整的確立 (sufficiently established)。其二，系爭之科學證據必須為其

[53] 科學偵查者，係為發現真實，運用科學的專業知識、技術、經驗，實施證據蒐集、分析、鑑定之活動。請參見陳運財，〈刑事程序使用催眠之違法性及取得證據之容許性〉，收錄於:刑事訴訟與正當法律程序，《月旦法學雜誌》，1998 年，220 頁。

[54] 朱朝亮，〈科學偵查之類型及其蒐證效力(上)〉，《月旦法學教室》，第 94 期，40 頁。

[55] 前揭註 28、29。

所屬特定科學領域普遍接受者(have gained general acceptance in the particular field in which they belong)。

然則在 1975 年制定美國聯邦證據法時，為因應法庭援用科學證據的次數漸多且必要，「福來標準」受到了挑戰；在法律制訂過程中，嘗試將該標準適度地放寬，認為只要科學證據對發現真實或釐清爭點有利，且經專家證人之背書，便有其證明力，但這些呈現在證據法第七百零二條之規定，較像是指標性的宣示，[56]一直到了 1993 年的 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*案，[57]最高法院才提出了較為清晰而明確的解釋。在該案中，美國最高法院認為，具有證明力的科學證據必須經過專家證人之作證，且系爭之證據資訊應有助於事實的了解或爭點事實之確定。此外，該判決並提出數點可供日後法官審酌科學證據證明力之建議:其一， 被提出的科學理論或技術是否業經證實或測試；其二，此類理論或技術是否經過公開發表或專家審查(peer review)；其三，法官須檢驗此類科學技術的出錯機率；其四，法官須檢視此類理論或技術是否已得到相關科學社群的普遍接受[58]。這是所謂的「道博標準」(Daubert Standard)。

雖然「道博標準」發展較後，但因其為民事案件之裁判，故其對「福來標準」不受案例拘束原則(the doctrine of *stare decisis*) [59]之限制，故此許多刑事案件的判決仍多適用後者。總之，美國法院對科學證據所樹立的證據法則已行之多年，且較我國規定更為縝密，值得我國實務以及學界研究之參考，並據以為探討是否將之結合於我國規範並適用於現行體制之用。

2.法庭上採用基因檢測結果之可能情形

最後值得吾等注意之問題，應在於基因檢測分析結果何時以及如何會為法庭所採?以美國的刑事犯罪案例為例，在上訴法院（appellate court）的判決中，主要可區分為兩種類型:

(1) 謀殺案(Homocide)中，被告提出抗辯以達到減刑目的:此類案例之被告多為受死刑或無期徒刑之宣告者，其提出基因分析結果之目的，意在以遺傳鑑定檢測資訊（Genetics Evidence）作為罪刑的減免的手段，而非追究犯罪成立與否之抗辯。

(2) 探求任何(一如精神失常等原因)減輕罪責機會的刑事案件:大多數遺傳鑑定

[56] Fed. R. Evid. 702.

[57] Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993)

[58] *Id. pp*.592.

[59] 所謂的「遵循先例原則(the doctrine of *stare decisis*)」為英美法體系中的法律原則。在此原則下，法官有「尊重先前判決所建立之先例(precedents)」的義務，其目的在維持法之安定性，即指法院在一般情形下，必須遵守既定之判決先例。

之分析目的，係被用來證實被告具有精神障礙；諸如憂鬱症、精神疾病或酒精上癮等，被告意圖藉此主張其得以減免刑度。

上述遺傳鑑定所欲證實的精神障礙，已多為法院肯認作為減免事由。至於遺傳鑑定攻擊方法（Tactical Strategies）之使用則可被歸納為三類：支持辯護律師未能有效辯護的主張、藉此提供被告遺傳背景（genetic condition）的診斷與證據；以及藉以顯示被告日後威脅社會的危險性，據以作為請求法院作出保安處分裁判的手段[60]。

綜上，既然基因證據確實有可能作為被告主張阻卻罪責或減免刑責之事由，那麼舉證的責任該如何分配，則是另一個值得我們深入探討之問題。以較重視當事人主義[61]的美國為例，主流的學說認為，被告主張殺人的事實若是出於正當防衛、心神喪失，此時應由被告來負舉證責任，證明行為時確有此事由存在；然為減輕被告舉證的負擔，其證明程度，只需達到提出證據的程度即可，並不要求其必須達到說服的程度[62]。

至若在被告用以主張阻卻違法(Justification)或阻卻責任(Excuse)之情事，美國各州所採之一般規範為：被告應就此主張負舉證責任。換言之，在被告就此事由提出全部證據後，法院必須判斷被告所提證據是否已經足夠。然因美國各州的具體法律規定不同，有的州要求被告只要提出比所謂些微證據還多的證據(more than a scintilla of evidence)即可，有些州則要求被告必須達到讓一般理性裁判者能合理相信的程度。若被告未提出證據，或提出的證據不到法律規定的程度，在此情形下，審判之法官將會指示[63]陪審團，將被告阻卻違法或減免責任的主張排除在審判的考量外，亦即陪審團不得認定阻卻違法或減免責任事由的成立，且應本

---

[60] Deborah W. Denno, *Revisiting the legal link between genetics and crime*, 69-SPG Law & Contemp. Probs. 209, 225, 2006.

[61] 世界各國的刑事訴訟系統主要可分為糾問主義以及彈劾主義兩類，前者認為社會全體利益應重於個人利益，應信任國家機構之性善，將訴訟的進行交由審判官或司法機構來主導，國內從日、德負笈歸國的學者即稱其為「職權主義」;後者則認為個人利益應平等於全體利益，認為擁有權力多導致濫權，需儘量削減公權力介入的機會，並將訴訟的進行委之於當事人，故亦稱「當事人主義」。請參見黃東熊，〈當事人主義的神話與美國刑事訴訟程序的改革〉，《台北大學法學論叢》，第五十二期，2003，98 頁。

[62] 王兆鵬，〈刑事舉證責任理論-由英美法理論出發-〉，《台大法學論叢》，第二十八卷，第四期，1998，173 頁。

[63] 亦即「陪審團指示(jury instruction)」，意旨在英美法體制下，法官在審判中對陪審團的指示，在審判的不同階段，法官會給予陪審團許多指示。主要是在選好陪審團、開始正式審判前，以及雙方舉證完畢、陪審團進入陪審團室討論前，這兩個階段法官會有較完整的指示，包括規範陪審團評估證據和判決案件的法律。例如在刑事案件中，法官會指示陪審團要適用「超越合理之懷疑的舉證」的舉證標準，亦即只有在被告犯罪已超過合理懷疑時，才可以判決被告有罪，否則必須無罪開釋。

諸被告自始未主張阻卻違法或減免責任事由之事證為事實認定[64]。

至於在我國，當被告在交互詰問的過程中主張此種阻卻犯罪成立的事由時，究該由誰負舉證之責[65]? 仍待進一步之探討。證諸我國的歷次刑事訴訟法之修法意向可知，我國已漸由職權主義為主的程序法轉向當事人主義，但此是否足以代表我國亦應採美國由被告舉證的作法，仍不無疑義。若我國欲採當事人主義，援用美國的作法將舉證責任分配給被告，則由於我國無法像美國法提供給被告蒐集證據的社會資源，以縮小被告與檢察官間的落差，若逕自課被告以阻卻犯罪事由之存在之舉證責任，顯然並不盡公平，[66]值得吾輩深思之。

伍、結論

當前我國在探討生命科學對於刑事責任能力之影響時，主要以精神障礙與心智缺陷之討論為核心，且必須藉助精神醫學的鑑識。然在人類基因體計畫後，快速發展的生物醫學研究已顯示，遺傳因素確有可能影響行為人的心理狀態，進而輔助法院為責任能力之判斷，這種趨勢很顯然的必須受到法界的重視。只是欲將基因因素納入行為人期待可能性的考量，勢必對於法院造成新的挑戰，畢竟能否遵循過往以精神醫學鑑識的模式來納入基因鑑定仍容有疑義。

詳言之，雖然行為人每欲從基因決定論的觀點，主張基因缺陷影響其選擇，故不應被究責。然目前的基因研究卻顯示，特定基因缺陷並非決定行為人的辨識適法與違法或依其辨識而行為的唯一因素。故此本文以為，基因因素尚不宜作為構成要件不備之理由，而法院應避免從基因決定論詮釋任何基因因素，蓋因此舉將影響法律的公正。蓋如本文之討論所示，基因因素並非決定行為人辨識適法與違法能力的唯一條件，則行為人自無由據以主張免責。

惟本文並非反對將基因因素視為降低責任能力之事由，參酌本文所評介之美國實務案例[67]，如此作為，除能適度反映基因與人類行為及其可非難性之間的關係外，且不致過度解讀基因的重要性。至於決定採用此種基因抗辯後，吾等仍應針對採用基因檢測結果對於現行刑法制度之可能衝擊加以觀察。

本文以為，倘若生物醫學研究已能直接說明，何種基因缺陷將會導致行為人

---

[64] 同前註 56，172 頁。

[65] 相較於美國，在制度上較偏向職權主義的日本，其通說恰與美國多數說相反，認為應由檢察官來證明被告於殺人行為時，不是正當防衛、心神喪失。

[66] 陳運財，〈舉證責任與推定〉，「刑事證據法則」學術研討會紀錄，《東海大學法學研究》，第 17 期，2002 年 11 月，431 頁。

[67] 前述 *People v. Yukl* 以及 *Mobley v. State* 案例，前揭註 30 及前揭註 31。

何種精神與行為異常及其嚴重程度，此時法院自應重新衡量基因缺陷者之實體權義關係。例如，基因缺陷者的基本權利是否得比照精神障礙與心智缺陷者，並將之明文化以作為實質責任能力判斷的依據。相對者，吾等則應自體制上來思考相關程序規定之配合可能。本文認為，除應注意基因鑑定是否有侵害被告隱私權及緘默權之虞，另須建立判別基因鑑定證明力的標準，並基於被告與國家蒐集相關證據的能力，形成公平的舉證責任制度。

生命科學的快速發展，使我們對於人類性狀、疾病甚至行為有了新的理解，隨之而來的，是我們的行為規範與價值觀將受到衝擊。本文中，基因因素如何影響刑法責任能力之判斷，即屬面對科學事實，法律規範該如何因應的初步討論。如何在生物科技持續進展的過程中，先驅地思考其衍生的倫理、社會與法律問題，以及如何因應，都是吾輩須面對的挑戰。

附錄　歷年刑事政策論文集目錄

※刑事政策與犯罪研究論文集（1）87 年 5 月

一、　蔡德輝　楊士隆 台灣地區組織犯罪問題與預防對策
二、　鄭善印　中、美、日三國幫派組織之概況及其抗制對策之比較研究
三、　戴育毅　跨國性組織犯罪之探討
四、　周愫嫻　人道與企業管理精神並進的少年處遇政策
五、　高玉泉　媒體報導犯罪事件之社會意涵及責任
六、　劉幸義　「安樂死」刑事政策的擬定與論證
七、　黃朝義　論經濟犯罪的刑事法問題
八、　鄭昆山　論空氣污染犯罪及其刑事法防制之道
九、　謝靜琪　少年飆車行為之分析與防制
十、　李義男　校園暴力問題與防制方法之探討
十一、趙星光　生活型態觀點毒品濫用及戒治之分析與政策運用
十二、陳正宗　藥物濫用防治對策
十三、呂淑妤　我國藥物濫用問題探討
十四、周震歐　我國更生保護事業之展望

※刑事政策與犯罪研究論文集（2）88 年 5 月

一、　許春金　孟維德 台灣地區的犯罪與刑事司法—對世界犯罪學的意義
二、　侯崇文　殺人事件中犯罪者與被害人關係研究
三、　林東茂　經濟犯罪的幾個現象面思考
四、　靳宗立　論違法集資行為相關刑事制裁規範之解釋及其適用
五、　黃富源　當前我國婦幼安全現況分析與防治對策
六、　林振春　營造全民參與的社區治安預防體系
七、　林瑞發　婦幼保護概念的新趨勢
八、　柯耀程　重刑化犯罪抗治構想的隱憂與省思
九、　蔡懷卿　電腦犯罪問題—美國刑事立法之參考
十、　張　紉　少年社區處遇的懲罰與矯治意涵的探討

十一、郭秋勳　青少年違反倫理道德規範之歸因及輔導對策
十二、范麗娟　中輟生問題初探

※刑事政策與犯罪研究論文集（3）89.11

一、　劉幸義　刑罰正義與刑事政策—論常業犯之特質與處罰
二、　吳景芳　美國聯邦量刑改革法
三、　高金桂　從刑事政策論刑法妨害性自主罪之立法變革
四、　鄭逸哲　罪實競合與罪名競合
五、　許春金　徐呈璋　青少年不良幫派形成過程及相關因素之研究
六、　陳聰文　陳佳琪　青少年犯罪成因及預防策略
七、　郭秋勳　黃俊勳　影響青少年偏差行為之相關因素究
八、　李清泉　少年事件處遇亟待商榷諸問題
九、　黃德祥　青少年宵禁問題之初探
十、　李復甸　林瑞發　兒童色情網路管制之初探
十一、馮　燕　法入家門之後—家庭暴力面面觀
十二、楊士隆　竊盜罪問題與防治對策

※刑事政策與犯罪研究論文(4)90.11

一、　李茂生　我國電腦網路犯罪的虛像與實相
二、　楊士隆　強盜、搶奪犯罪問題與防治對策
三、　李志恆　呂孟穎　我國藥物濫用現況及流行趨向
四、　高政昇　刮刮樂詐欺案件之偵查與防制
五、　黃寶瑾　信用卡犯罪問題及其防範對策
六、　李建廣　我國組織犯罪實體面及其偵查策略之探討
七、　吳嫦娥　青少年網路應用問題之探討
八、　吳明燁　青少年集體暴力犯罪行為之探討
九、　黃翠紋　整合性調查團隊之建立在受虐兒童保護工作之重要性
十、　吳素霞　林明傑　從性罪犯治療理論探討我國社區性侵害犯罪加害人之身心治療及輔導教育制度
十一、趙碧華　青少年犯罪防治—安置服務輔導策略之研究

※刑事政策與犯罪研究論文集（5）91.10

一、　吳志光　從人權看死刑廢除與否的爭議—從我國如何因應國際人權法趨勢談起
二、　劉靜怡　網際網路時代的資訊使用與隱私權保護規範：個人、政府與市場的拔河
三、　李忠雄　網路信用卡詐欺犯罪
四、　劉文瑢　醫療過失責任之認定
五、　周煌智　精神障礙暴力犯罪之現況
六、　孟維德　犯罪熱點之研究
七、　鄧煌發　當代社區處遇措施之探討
八、　鄭瑞隆　性侵害犯罪之處遇與再犯預測問題
九、　鄭崇趁　中輟學生的輔導與中介教育方案
十、　吳嫦娥　青少年幫派問題
十一、施慧玲　論性剝削被害兒童少年之處遇規範—以兒童少年發展權為法律中心價值之思考

※刑事政策論文集（6）92.10

一、　曾學經　更生保護組織變廿及前瞻—台灣更生保護會組織變革後應有之作為
二、　陳玉書　簡惠露　再犯預測之研究：以成年受保護管束者為例
三、　林健陽　毒品犯罪戒治成效影響因素之追蹤研究
四、　葉奇鑫　我國刑法電腦犯罪修正條文之立法比較及實務問題研究
五、　林東茂　結合型犯罪—白領、網路、組織犯罪
六、　侯崇文　青少年犯罪問題與政策現況
七、　郭靜晃　吳幸玲　犯罪兒童少年之安置輔導
八、　莊耀嘉　兒童偏差行為成因的一項探討：低自制力扮演的角色
九、　許福生　從兩極化刑事政策觀點論刑法之修正草案
十、　宋耀明　台美刑事司法互助協定之簽訂與實踐
十一、李太正　反恐怖主義之立法與相關問題

※刑事政策與犯罪問題研究論文集（7）93.12

一、　王玉葉　美國聯邦主義與美國民意對廢止死刑之態度
二、　陳運財　緩起訴制度之檢討與展望
三、　曾淑瑜　財經犯罪案例研究—以重大證券犯罪案例為研究對象
四、　孟維德　組織犯罪分析與預警式控制
五、　謝立功　兩岸跨境犯罪及其對策
六、　許福生　黃芳銘　青少年痛苦指數與偏差行為之研究
七、　高玉泉　網際網路上兒童色情資訊之問題回顧與檢討
八、　陳玉書　鍾志宏　我國假釋政策之評估研究
九、　盧映潔　性犯罪之分佈狀況及再犯率研究（上）
十、　鄭瑞隆　王世文　犯罪被害人家屬服務需求之研究

※刑事政策與犯罪研究論文集(8)94.12

一、　柯耀程　刑法法定原則規範修正評釋
二、　周愫嫻　妨害性自主罪量刑之實證研究
三、　曾淑瑜　精神障礙者犯罪處遇制度之研究
四、　林佳範　把大法官帶進教室
五、　謝立功　兩岸反毒策略之探討
六、　孟維德　海峽兩岸跨境犯罪之實證研究—以人口走私為例
七、　范國勇　ATM 轉帳詐欺犯罪之實證研究
八、　黃翠紋　婚姻暴力加害人危險評估量表建構之研究—從警察分局家庭暴力防治官的觀點
九、　盧映潔　性犯罪之分佈狀況及再犯率研究（下）
十、　許福生　台灣地區少年非行狀況與防制策略之探討
十一、謝靜琪　犯罪被害恐懼之實證研究

※刑事政策與犯罪研究論文集(9)95.11

一、　曾淑瑜　論量刑之判斷
二、　謝靜琪　民眾之死刑意向與刑罰目的之實證研究
三、　黃翠紋　修復式正義理念在婚姻暴力案件調解上的應用

四、　周愫嫻　張耀中　各國保險詐欺犯罪管制政策之比較研究
五、　林東茂　孟維德　非營利性組織犯罪實證研究
六、　林瑞欽　成癮者的用藥行為特性與其對與其對違法藥物戒治的啟示
七、　黃蘭媖　被害調查的國際比較－兼論對我國被害者研究理論與政策啟示
八、　孟維德　企業犯罪被害之實證研究－以販售業為例
九、　許福生　性侵害犯罪及其處遇之探討－以運用科技設備監控為中心

※刑事政策與犯罪研究論文集(10)96.12

一、　施茂林　我國現行司法保護作為與未來展望
二、　曾淑瑜　不安時代下之刑罰論－從日本修正刑法提高法定刑談修復式正義
三、　黃蘭媖　知識為基礎與證據為前提的刑事政策－英美經驗
四、　黃翠紋　涉及暴力之家事事件調解現況及改進方向之研究--以試辦法院之推動狀況為中心
五、　周愫嫻　張耀中　國際組織與台灣網路犯罪相關法規之比較
六、　孟維德　企業犯罪被害與預防
七、　謝立功　我國人口販運防制對策
八、　陳玉書　謝立功 陳明傳　非法移民人口估計之相關研究與省思
九、　董旭英　社會支持對生活壓迫性因素與青少年暴力行為間的關聯之影響性研究
十、　林瑞欽　殺人犯的社會-心理-發展特質與其對矯治策略的涵義
十一、林健陽　陳玉書 張智雄 柯雨瑞 呂豐足 我國當前毒品戒治政策之省思與建議
十二、鄭瑞隆　矯正機關運用志願服務人員相關問題之探討

※刑事政策與犯罪研究論文集(11)97.12

一、　王玉葉　美國少年犯處置制度的演進：Roper v. Simmons 案廢除少年犯死刑之意義
二、　謝靜琪　死刑意向性別差異之初探
三、　陳慈幸　被害者學與犯罪被害人保護之現狀與未來趨向
四、　許福生　犯罪學上慢性習慣犯防制之省思與未來展望

五、 李思賢 減少傷害緣起與思維：以美沙冬療法做為防制愛滋感染、減少犯罪與海洛因戒治之策略
六、 李茂生 遺傳基因與犯罪－自然科學的發現及其社會意義
七、 林志潔 法人犯罪防制之省思與展望
八、 孫繼光 周毓瑩 陳巧雲 洪蘭 運用認知神經科學的方法探討性侵害犯處理煽情情緒時的神經機制
九、 呂淑妤 女性與藥物濫用
十、 葉郁菁 馬財專 家庭暴力與性侵害之新移民女性人權~籍別的探討與比較
十一、彭淑華 兒虐致死危險因子與防治策略之研究

※刑事政策與犯罪研究論文集(12)98.12

一、 鄭瑞隆 從矯正社會工作觀點論緩起訴基金之運用與效能
二、 許春金 洪千涵 修復式正義對被害者損害影響-以泰雅族為例
三、 許華孚 林正昇 藥癮戒治者之社會復歸與社會支持接納系統之研究
四、 孟維德 防治跨國犯罪的國際合作途徑
五、 廖有祿 江芝迎 冒用人頭資料犯罪及相關防制對策
六、 王行 「強制治療」中防止再犯的瓶頸與突破
七、 黃翠紋 調解委員調解能力認知與影響因素之研究-以家庭暴力案件調解為例
八、 陳麗欣 洪健晃 鄭斐升 洪麗娟 臺灣大專院校學生校園被害經驗與被害恐懼之研究
九、 吳芝儀 我國少年矯正機構實施選替教育之芻議
十、 莊耀嘉 兒童至少年階段累犯的個性與家庭之成因探討
十一、賴月蜜 從處遇到預防-論「調解」在少年刑事政策之運用與發展
十二、唐淑美 論英國國家 DNA 資料庫擴增之增議

※刑事政策與犯罪研究論文集(13)99.12

一、 吳景芳 日本檢察審查會制度之探討
二、 林明傑 風險評估與新刑罰學之起源、發展、實務運用與未來
三、 董旭英 譚子文 以結構方程模式檢驗父母語言暴力、父母角色認同及情

緒穩定影響國中生偏差行為之關係模式
四、　吳齊殷　青少年物質使用與憂鬱症狀之關係
五、　黃葳威　線上遊戲青少年玩家之疑慮消除與情緒調整
六、　李易蓁　高風險用藥少年戒癮防治處遇之實務探討
七、　范國勇　海峽兩岸查緝菸品走私體制與法規之探討
八、　蔡田木　通訊詐欺犯罪成因及其防制策略之研究
九、　劉靜怡　新興科技與犯罪：以美國法制之通訊隱私程序保障為論述中心

※刑事政策與犯罪研究論文集(14)100.12

一、　盧映潔　我國犯罪被害人補償制度之檢討與未來展望
二、　倪貴榮、黃韻蓉　以智慧財產權制度保護原住民傳統知識之探討
三、　王皇玉　弱勢語言族群之接近司法權：以原住民通譯問題為中心
四、　周愫嫻　聲聲慢：台灣女性主義犯罪學之冷清
五、　黃宏全　電子商務之刑事侵權：妨礙秘密罪與電腦犯罪
六、　陳玉書、林健陽、賴宏信、郭豫珍
具體求刑與量刑歧異影響因素分析：以殺人罪為例
七、　葉毓蘭　以被害人為中心的刑事偵訊：以性侵害與人口販運為例
八、　范建得　論後基因體時代基因科技與生物醫學研究於犯罪者究責程序之影響

國家圖書館出版品預行編目資料

刑事政策與犯罪研究論文集(14)／法務部保護司編

－－初版. －－臺北市：法務部, 民100. 12

面；　公分

ISBN 978-986-03-1260-7（平裝）

1.刑事政策　2.犯罪學　3.文集

548.507　　100027829

刑事政策與犯罪研究論文集（14）

編　　者：法務部保護司

出版機關：法務部

地　　址：臺北市重慶南路1段130號

網　　址：http://www.moj.gov.tw

電　　話：(02) 2314-6871

版　　次：初版（中華民國100年12月）

承 印 者：盤磊國際企業有限公司

電　　話：(02) 2362-5398

工 本 費：新台幣85元整

GPN：1010004903　　ISBN：978-986-03-1260-7（平裝）