

刑事政策與犯罪研究論文集(15)

法務部 編印
101年 12月

刑事政策與犯罪研究論文集(15)目錄

壹、刑事政策探討

一、以北歐的刑罰經驗反思刑事政策之走向

-----許華孚、劉育偉--- 1

二、海峽兩岸刑事司法互助之罪贓移交--以跨境

詐欺、洗錢犯罪為例-----李傑清---17

三、淺論法醫鑑定制度—德語系國家之借鏡

-----鄭文中---45

貳、人權議題

四、我國監所人犯權利演進的檢視與前瞻--從我國

大法官會議解釋與美國法院判例分析

-----賴擁連---65

五、接受公正審判之權利：公民與政治權利國際公約

第十四條第一項與第二項解析-----姚孟昌---85

六、人體研究與原住民族集體權：人權規範與發展的

新課題-----蔡志偉--103

參、犯罪問題與犯罪預防

七、醫療事故刑事責任的判斷架構初探

-----李茂生---117

八、德國與我國監獄醫療相關問題探討--兼論前總統 陳水扁先生保外就醫爭議之分析-- -----盧映潔---	149
九、犯罪青少年持續犯罪歷程及影響因素之研究 -----許春金、洪千涵---	183
肆、婦幼保護	
十、女性毒品施用及其處遇之研究 -----陳玉書、林健陽---	213
十一、美國法中兒童虐待案件之處置：以消極不作 為之父母為例 -----林昀嫻---	243
十二、少年事件報導中有關個人資料之保護— 以日本少年法第 61 條引發之爭議為借鏡 -----范姜真嫻---	269
伍、司法人權科技	
十三、德國電子監控法制發展及其對我國之啟示 -----許恒達---	291
附錄 歷年刑事政策論文集目錄-----	313

以北歐的刑罰經驗反思刑事政策之走向

國立中正大學犯罪防治學系暨研究所專任教授 許華孚

國立中正大學犯罪防治研究所博士生 劉育偉

目 次

- 壹、緒言
- 貳、北歐量刑政策
- 參、北歐懲罰的使用
- 肆、監禁率之影響
- 伍、人民對刑罰觀感期待
- 陸、結論

摘 要

當我們論及刑事政策之議題時，優先聯想到的便是一個國家的量刑政策，量刑政策下所施加的懲罰是否適宜，直接影響到的層面包括，對監獄而言就是監禁率的問題，對社會治安而言就是與犯罪率之關係；尤其在當一項處罰施加於受罰者時，這項處罰是否得宜、是否符合社會期待，及是否能承受公評，均為廣義刑事政策值得探討之範疇；因此，本文以他山之石可以攻錯，以北歐（即斯堪地那維亞半島，Scandinavia）各國為例，探究量刑政策、懲罰的使用、監禁率之影響及人民對刑事政策之觀感期待等四個面向，以呈現反映北歐追求公平正義理念、寬容人道的謙抑思想、重視預防矯正的刑事政策等價值取向，這些都是深嵌於北歐刑法典的核心內涵。思辨我國目前的刑事政策迄係以寬嚴並進的刑事政策為主，「輕者衡輕，重者衡重」的基礎之下開展的刑事政策，以適應社會上治安狀況之良齟，但近年來最新幾次刑法（如加重竊盜、醉態駕駛罪等罪為例）、刑事特別法（如毒品危害防制條例針對第三、四級毒品犯罪處罰態樣為例）等之修法，寬嚴並進的刑事政策似乎只有「嚴」，未達到「寬」之目的，因此透過北歐刑事政策之經驗可以做為我國現代化、國際化，同時兼顧本土化刑事政策思潮改革之借鏡。

關鍵詞：量刑、懲罰、監禁率、觀感期待、刑事政策

壹、緒言

挪威奧斯陸大學教授 Nils Christie¹ (2000, 以下稱 Christie) 主張「法律是人道的活動」, 與其將法律視為權力與政治的歸屬, 他認為法律更需要貼近人道關懷取向, 法律的工作通常具有衝突化的現象, 所以不應該侷限於以單面向的尺度來衡量, 如此懲罰可以被視為反映我們的理解及價值, 也因此透過標準而規則化, 進而適用在別人身上, 以什麼是可行的, 以及什麼是不可行的標準來執行, 這些標準正被使用, 而不只是顯示在公眾的意見調查上, 遠勝過做為社會工程的工具之一, 畢竟懲罰的程度與類型是支配一個社會的標準之反射。因此, 他山之石可以攻錯, 本文以北歐各國為例, 開宗明義以量刑政策、懲罰功能、監禁率之影響及人民對刑事政策之觀感期待所呈現的反映, 反思刑事政策之走向, 並藉以批判性之思考做為研究方法, 畢竟批判性之思考, 從價值判斷來看, 係對某一論述或行動加以分析, 再進行價值判斷或是行動的抉擇。從邏輯推理來看, 則是一種反省性思考歷程, 強調以客觀的證據歸納出結論或因果關係。再從問題解決的歷程以觀, 批判思考是廣義的問題解決, 起源於辨別問題的所在, 然後運用批判思考的傾向、能力及知識, 藉以在情境中推論及回答複雜的問題 (張玉成, 1993; 陳膺宇, 1994; 葉玉珠, 1998; 余佳貞, 2007; Ennis, 1996; Facione & Facione, 1992)。

Christie 在《對痛苦的輸送》(Limits to pain, 1981) 一書中強調, 就北歐的觀點而言, 刑事司法系統事實上就是一種痛苦輸送的系統, 系統運作所控制的數量並不是來自於被界定為犯罪行為的人數, 而是來自於一個社會所要加諸於公民身上痛苦的總數, 這種刑罰價值觀彰顯出北歐人道主義犯罪控制的典範, 呈現出刑罰是一種文化的象徵, 也是一種社會的價值, 刑罰是社會控制的一項沉重工具, 而刑罰機構的擴張亦象徵著對理想社會凝聚和同化的威脅; 另外, 我們也觀察到一些工業國家如何讓犯罪政策漸漸成為政治家有機會在議會殿堂炒作的場所。然在北歐斯堪地那維亞 (Scandinavia) 各國中, 這些現象及研究一樣指出普世所期待的正義觀感及相類似之範疇, 甚至包含道德及社會上價值 (Bondeson, 1977; Bondeson, 1979; Linden & Simila, 1982)。因此, 在法制及道德文化中, 分析法律結構及社會普世所期待的正義觀感之交集突顯從批判犯罪學觀點反思刑事政策之走向, 是分就量刑政策、懲罰功能、監禁率之影響及人民之觀感期待等四個面向探討如下。

¹ Nils Christie, 1928 年出生於挪威, 現為挪威奧斯陸大學法學院教授, 著作等身, 其中最重要且對西方犯罪學影響甚鉅之著作為「對痛苦的限制」(Limits to Pain), 強調刑事司法系統事實上就是一種痛苦傳送的系統, 系統運作所控制的數量並非來自一個社會所要加諸於公民身上痛苦的總數; 及「犯罪控制工業時代的來臨」(Crime Control as Industry), 延伸上開論述分析犯罪控制是一種工業, 用以管理犯罪, Nils Christie 的看法提供犯罪學更深刻的省思 (許華孚譯, 2004), 可謂北歐犯罪學頗具代表性之學者。

貳、北歐量刑政策

刑罰之裁量係量刑在先，執行在後，量刑是執行之前提；量刑亦是就具體罪名得出宣告刑，所影響者係宣告刑之輕重的事實因素，此即為何本文先論及量刑，再後述刑（懲）罰之原因。然量刑自由裁量權是相對罪刑法定主義下產物，刑罰裁量始終被視為對犯罪行為之反應結果；同時，量刑內涵亦為也是刑事政策之一環，其目的在於實現刑罰權之分配正義，使輕重得宜、罰當其罪，以契合社會之法律感情。矧定「罪」與否之問題係「刑事立法」問題，亦屬法律層面問題；而刑事司法系統的首要目的在於「控制犯罪」（許春金，2010），「刑罰」才是「刑事司法」亦為犯罪學層面之問題。因此，檢驗刑事法官能力之最好尺度並非定罪，而係量刑水準；又判斷刑事法官之基本功力是否紮實，亦端視其在量刑方面之表現（呂忠梅，2006）。而量刑歧異之不平等是一般人對法官判斷之誤解，相關文獻指出為防止法官判決時之恣意主觀，似可透過檢察官於實行公訴時，積極對被告所犯罪行表示求刑之刑罰裁量基準來建構，我國最高法院94年度台上字第2131號判決指出，當檢察官於實行公訴之論告時，就被告科刑辯論所表示之求刑意旨，廣義上亦屬於法律辯論之範疇，法院似不能無視其求刑意見，於判決中就量刑之理由不予以交代，甚至在日本刑事訴訟的法院審判程序中認為，「求刑」為檢方「論告」最後總結表述（劉邦繡，2008）。

一、犯罪學與量刑之關聯

自1970年以後，犯罪學家鑑於犯罪實證學派無法找出犯罪真正原因，犯罪率仍然高居不下，並基於對實證學派教化主義之質疑，再加上時實證學派所主張「社會重建」政策成效不如預期，於是古典學派又再度抬頭，稱之為現代新古典犯罪學派，其有三個分支，分別為應報理論（公平應報主義）、一般威嚇理論（懲罰嚇阻）及特別威嚇理論（除具懲罰嚇阻的效果外，並個別予以教化、矯正，進而預防將來再犯），演變成「刑罰」目的理論—「應報主義」、「一般預防主義」、「特別預防主義」之基礎；而刑罰之量刑權衡向來為刑事審判上困難問題。依照我國刑事訴訟法第155條第1項、軍事審判法第117條第1項²之規定，法官對於證據之判斷採取所謂自由心證原則；在量刑時則參酌刑法第57條³，予以酌科及加減；因此，審判者在法規範的刑度範圍內，對於量刑具有極富彈性之裁量權，另許多刑事實體法典雖有最低法定刑之規定，但與最高法定刑差距懸殊，再加上

² 刑事訴訟法第一百五十五條：證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。軍事審判法第一百七條：證據之證明力，由軍事法院自由判斷之。

³ 刑法第五十七條：科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：一、犯罪之動機、目的。二、犯罪時所受之刺激。三、犯罪之手段。四、犯罪行為人之生活狀況。五、犯罪行為人之品行。六、犯罪行為人之智識程度。七、犯罪行為人與被害人之關係。八、犯罪行為人違反義務之程度。九、犯罪所生之危險或損害。十、犯罪後之態度。

每一位審判者在主觀上對刑法第57條所列應予審酌之各項內涵，有認知上之不同，致相類似案件卻有不同刑度之可能，合先敘明。

二、北歐國家量刑政策

自從 1970 年代以來，北歐的法律改革與審判實務之政策，透過刑事司法體系中反對壓迫 (anti-repressive) 之觀念開始而慢慢改變，近來亦有許多帶有目的性的司法改革，以寬大、仁慈的處罰系統，朝向保護管束的作法，以利刑罰使用率的下降；無論係以司法獨立、立法政策，抑或是審判實務的角度以觀，北歐整個刑事司法制度的運作均環繞著寬鬆的標準 (Lappi-Seppala, 1998、2001；Tornudd, 1993；于志剛 譯，2005；陳琴 譯，2008；馬松建 譯，2004)。北歐法官在審判中，在量刑上的選擇性相當小。基本上，僅有三種可選擇性的主刑即：無條件的監禁 (unconditional imprisonment)、有條件的監禁 (conditional imprisonment)、罰金 (fine)。罰金刑係主要的處罰方式⁴；其次，為有條件的監禁，在 1950 年至 1990 年間，有條件的監禁已經每年從 3000 件案例中增加至 18000 件；此外，在 1970 年至 1980 年間亦有快速的成長，但平均刑期大都為 6 月以下；相對特別的是在 1950 年至 1965 年，無條件監禁平均刑期已從 13 個月降至 7 個月，背後意味著無條件監禁只要服刑平均滿 13 個月降至 7 個月即可請報假釋，故在 1960 年代中期，三分之二的審判幾乎是無條件的監禁；至 1960 年代以降，各案數量亦從 70%(1966)降到 42%(1980) (Bondeson, 2005)，足見寬鬆之量刑政策令人耳目一新。

三、以酒駕為例

邇來，有關酒駕在刑事政策上的話題頗受注目，我國刑法第 185 條之 3 亦於 100 年 12 月 2 日將法定刑從原本一年以下修正為二年以下，並將科或併科罰金 15 萬元以下調整為 20 萬元以下，可謂在量刑上愈趨嚴格，惟以芬蘭為例，雖然早在 1960 年代，芬蘭對酒駕犯罪係採無條件監禁，此時期因酒駕而入獄者比例極高；但至 1970 年代，開始實施非監禁之替代處遇，此項思潮來自於法院本身的省思，但幕後的推手來自於分立的立法行為。故於 1977 年對於酒後駕車之構成要件及刑期有了修法，特別是將徒刑部分修改為有條件的監禁與罰金刑的選擇之機會。彼時之刑事政策大幅鼓勵罰金刑的運用，也由於 1977 年的立法改革之成功，促使酒駕犯罪在整個刑事司法系統呈現輕判化 (Lappi-Seppala, 2001；如圖 1)。在 1971 年，70% 的酒駕犯罪者均獲得無條件監禁之判決；1981 年，亦即 10 年後，下降至 12%；自從 1977 年修法後，對於較為嚴重的酒駕大都係有條件的監禁或搭配罰金刑的使用，甚至，一般性的酒駕均以判處罰金為常態，故 1977 年的修法促使芬蘭刑事政策的一致性與穩定性的整合，並伴隨著明確的目標與有

⁴ 刑法政策改革之潮流有三：一、自由刑使用的下降；二、罰金刑使用的提升及三、刑法損害的回復 (鄭昆山，2011)。

系統的策略，酒駕刑事政策的改變就是其中一例。亦即立法者創造了一個機會，結合罰金與有條件監禁之審判空間，提升酒駕每日罰金的個案，為審判系統提供新的法律化裁量願景，也藉此方式，將所有改革都納為包裹（big package）立法計畫之一部分，此亦提供我國對酒駕量刑上另類的反思。

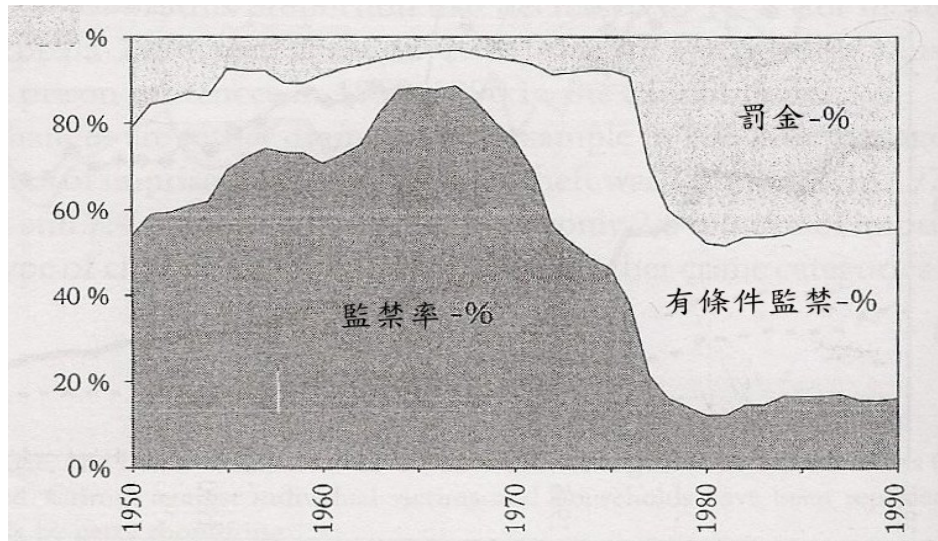


圖 1 1950-1990 酒駕犯罪處罰之趨勢
(資料來源：Bondeson, 2005)

參、北歐懲罰的使用

一、懲罰與犯罪之關聯

處罰能控制犯罪嗎？對犯罪學術研究者而言，已是項萬年考古題。但這個問題同樣引起北歐國家犯罪學及公共政策上的辯論。但是大量的證據顯示，這根本是個錯誤的問題。更有用的問題應該是：在什麼情形下，會使哪一種犯罪處罰對將來的犯罪，使其減少、增加或沒有影響。這項問題的答案才將是未來犯罪及處罰研究的主要課題。但有懲罰的社會未必全然是不好的，因為懲罰的社會學是關於刑事立法、刑事司法與刑事制裁的社會學，現代社會中所有懲罰領域都是仰賴最高主權法秩序的授權；涂爾幹認為「如果犯罪並非病態，那麼懲罰的目的便不在於治癒」，如此，將懲罰作為控制犯罪的方法就是「失靈的」，畢竟懲罰的目的並不在於矯治犯罪者與威嚇可能的犯罪者，這頂多是它的次要功能；它真正的功能在於維持社會凝聚的整全性，並在共同良知中維持其活力。因此，犯罪與懲罰的重要性在於使道德循環得以運轉，甚至法國學者傅柯（Foucault）認為政治的迫切是刑罰變遷的主因（劉宗為、黃煜文 譯，2006）。

二、懲罰的替代方案—以挪威為例

犯罪與行為並無法完全劃上等號。批判犯罪學者認為犯罪並不存在，只有行為存在，只不過行為在不同的社會架構中通常會被賦予不同的意義。而犯罪是被無限量的供應，因為潛在的犯罪行為就像是無盡的天然資源，我們或許可以把一些或很多本來是犯罪行為的事情篩除其犯罪之意義，但行為不行，當行為被表現出來後，其意義即存在。因此，以挪威為例，Christie 認為犯罪代表著加害人與被害人間的衝突，故主張應該建立一個加害人與被害人間之調解背景，這個背景應是具有「替代性」(alternative)的懲罰系統，而此所謂具「替代性」係指爭執之一方應主動在爭執的過程中尋找問題的解決之道，而這種解決之道，或許能使身陷於衝突事件之人參與溝通協議；因此，其處理犯罪機制的爭議在於如何找出一個能夠符合被害人期望的運作系統，而不遭專業人士所壟斷或把持，並認為透過調解 (mediation)，即使當事人勇於面對面地解決衝突，才是取代懲罰的最佳途徑。故挪威從 1991 年由國會通過調解法案，奠定調解服務功能 (mediation and reconciliation Service) 之法制化，間接代表修復式正義 (Restorative Justice) 所使用之方法被賦予法效力的地位，同時亦為政府、學術及實務機構所認同，大力鼓吹加害者與受害者間選擇調解解決問題，適用的範圍除民事案件外，亦囊括刑事犯罪及青少年偏差行為。總而言之，挪威利用調解法制化、政府政策之支持、調解實務之評估等面向，以調解服務之社會福利系統取代傳統懲罰模式來解決衝突，為北歐修復式正義紮根，成為北歐各國中實踐修復式正義最為成功的國家。反思我國當前修復式正義之形成，係在法務部推動下，凝聚社會規範共識所逐漸推廣而處於發展中，然或基於國情，在修復式正義的接受程度上，按實務操作之經驗，似僅囿於輕微犯罪或財產犯罪，非但調解功能未彰，社區亦少具解決衝突之能力，遑論賦予修復式正義法制化之地位；是以，挪威在犯罪懲罰功能上之取代確有改革性地創見。

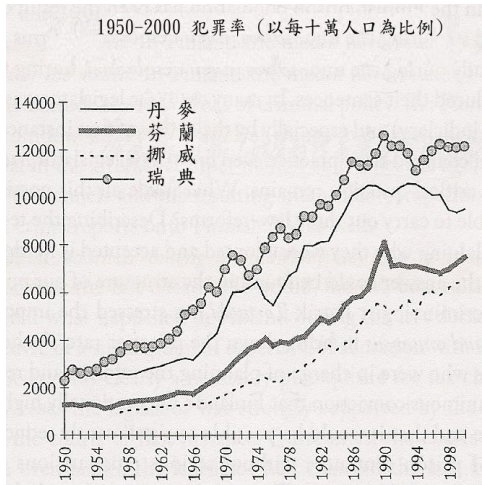
肆、監禁率之影響

談到北歐的刑事政策，一定要論及其監禁率的問題，而講到監禁率，就一定係以芬蘭最具代表。在 1950 年代初期，芬蘭監禁比率是一般北歐國家的 4 倍，在芬蘭每 10 萬個居民中有 200 位受刑人，1918 年至 1975 年間，芬蘭因為獨立運動之故，陷入長期內戰，內戰中失敗之一方戰俘多半被槍決，監獄或集中營大肆成立，使芬蘭國內呈現人口裂痕，再加上適值右翼運動，共產活動均被視為犯罪，造成該國比其他國家有更高之監禁率，這導致犯罪率達到最高峰；跨越了半個世紀的改變，在 1990 年代，因受到巨觀層次結構性之因素 (macro level structure factors)、刑罰理論上意識型態的轉變 (ideological changes in penal theory)、法律改革與審判實務改變 (legal reforms and changing practices of sentencing)，以及監禁執行約束力的改變 (prison enforcement) 等 4 個主幹因素之影響 (Bondeson，

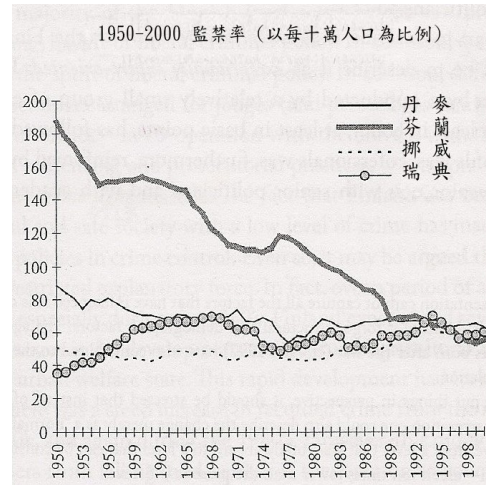
2005)，芬蘭赫然成為全歐洲國家中，犯罪率及監禁率最低的一個國家，值得省思其刑事政策之走向。

一、監禁率與犯罪率之關係

監禁率與犯罪率間是否有必然之連動關係？從圖 2，不難看出芬蘭（FIN）、丹麥（DEN）、挪威（NOR）、瑞典（SWE）從 1950 年至 2000 年間，犯罪率均為逐年攀升之趨勢（圖 2A）；惟值得探討的是其監禁率卻是連年遞減（圖 2B）。



(圖 2A)



(圖 2B)

圖 2 1950-2000 年芬蘭，瑞典，丹麥和挪威犯罪率與監禁率之關係
(資料來源：Bondeson, 2005)

由此，在北歐國家中之監禁率不等於犯罪率，甚至呈現反比，其最主要可能之原因，除刑事政策（包含量刑政策）的改變外，罰金刑的大量運用是最有可能之主要原因；而這些數字也再次證實，在一般犯罪之結論中，犯罪率之升降係根據國家本身之法律或體制所影響，而刑事（或量刑）政策之發展及變化亦是根據國家運作之動態而變化；因此，監禁率及犯罪率，此兩套系統可謂是分別獨立的，兩者無必然之關聯性。

二、打破傳統—降低監禁率

傳統的刑事政策，總是認為監禁率越高，越能嚇阻犯罪，降低犯罪率。但芬蘭打破了傳統，非但沒有提高監禁率，反而大幅降低監獄的使用；惟該國監獄人口的減少是有意識的結果，因為這是一個長期性及有系統的犯罪防治政策（Aho, 1997）。而這些政策之肇始於 1960 年代中期之立法改革，甚至在此之前，在 1950 年代，芬蘭之法院就逐漸開始減少以徒刑為主文之判決，而且獲得大多

數立法者的支持，但值得研究的是，究竟是什麼樣的原因去掀起刑事政策改革反動之思潮，而且又同時獲得國內實務界之採納及立法者之接受，茲探討如下：

1.政治上形成共識的重要性

芬蘭犯罪學家帕特里克（Tornudd, Patrik）強調的政治意願及共識（political will and consensus）的重要性，是使監禁率降低的原因之一，並且其指出在負責規劃刑罰改革及相關研究之專家，幾乎均分享了一致之信念，該信念就是芬蘭如果持續在國際上仍然呈現高監禁率，這是一種退化、一種恥辱；只要對社會無重大威脅性的犯罪在刑事司法體系的制度面上予以鬆綁，要降低監獄服刑的數量是可能的，此觀念為一般公務員、司法機關、監獄當局及政客所認同（Anttila & Tornudd, 1992；Tornudd, 1996）。因此，要形容芬蘭刑事政策之表徵，可謂係以獨特專家化為方向（exceptionally expert-oriented）的政策，代表芬蘭刑事政策的改革是以專家化為取向，同時在國內政治、學術及實務界達成共識下所孕育而生的（Anttila, Inkeri, 1971），認為刑罰政策與犯罪控制是一種最好交給專家及實務工作者去處理的技術事務，信條為沒有診斷就沒有處遇、沒有專家意見就沒有刑罰制裁（周盈成 譯，2006）；但與許多其他國家的情況不同的是，控制犯罪在芬蘭任何政治活動的政見中，從沒有被當成是中央政策之議題；至少在重量級（heavyweight）的政策中，未受其它西方國家如「三振出局法案」（three strikes）、「真實的判決」（truth in sentencing）的影響，成為民粹的焦點（Tornudd, 1993）。

2.媒體所扮演的角色占有舉足輕重之地位

芬蘭刑事政策改革背後的另一個組成推手—大眾傳媒。芬蘭的大眾媒體對於刑事政策的態度均相當保留及理性，亦即芬蘭國情為「低調民粹」，媒體對於犯罪事件的報導大都採取保守之態度；但也有例外，約 10 幾年前，在媒體的激烈競爭下，電視帶來犯罪的報導，藉以刺激收視率，但畢竟不是常態。由於媒體對犯罪事件報導的收斂，無形中助長刑事改革思潮之波瀾。

3.審判實務上觀念的改變

司法機關間的態度也是被認定為在過去幾十年刑事政策改革動力相關因素之一，事實上，司法機關之支持與配合顯然是一個發生變化必要的先決條件，在立法者推動相關改革法案的過程中，背後都是有司法機關強大的助力在協助，甚至在修法通過前，就已經採用法律草案之觀念進行審判，再加上芬蘭初審法院、檢察署之法官及檢察官均較年輕，觀念也比較先進，主要是因為渠等在 1970 至 1980 年代大學法律培訓的過程中吸收了寬鬆刑事政策之精神；此外，學術界亦定期安排與實務界之審檢人員進行交流，以促進改革觀念之活絡。

伍、人民對刑罰觀感期待

北歐對於刑事政策的別稱為「犯罪政策」（kriminalpolitik），令北歐犯罪

學者憂心的是犯罪防治之政策逐漸流於政治化，但犯罪政策不應淪為操弄政治的工具或由政治家所把持，應該由專家來做決定，然後由政治人物來實行；但人民對於該政策之觀感期待，倘更甚者加上媒體之渲染，往往為政客製造發揮的舞台。茲以懲罰之嚴厲性、監禁指標、預防效能、懲罰影響及監禁之替代性方案等面向，經由訪談北歐四國人民(即丹麥、瑞典、芬蘭及挪威為例)之實證研究，說明北歐人民對刑事政策觀感期待之程度。

一、以懲罰之嚴厲性而言

在斯堪地那維亞人民對刑事政策之觀感的早期研究指出，大多數的瑞典居民普遍認為懲罰非屬嚴厲的(Bondeson, 1979)，相對地，倘若將此議題加諸於已受懲罰或以矯治機關的人口來調查的話，大多數的受矯治人會如預期般認為懲罰太過嚴格(Bondeson, 1974; Bondeson, 1989)。在斯堪地那維亞的人民有69%都認為他們國家的懲罰是屬於較為寬鬆(mild)的，而只有約2%左右之一般人民認為懲罰是嚴苛的。總和而論，認為刑事政策較為寬鬆指數最高的國家是瑞典，丹麥及挪威亦有約70%的人民回應懲罰是寬鬆的，至於芬蘭是北歐四國中，最不認同嚴刑峻罰刑事政策之國家，如圖3所說明。

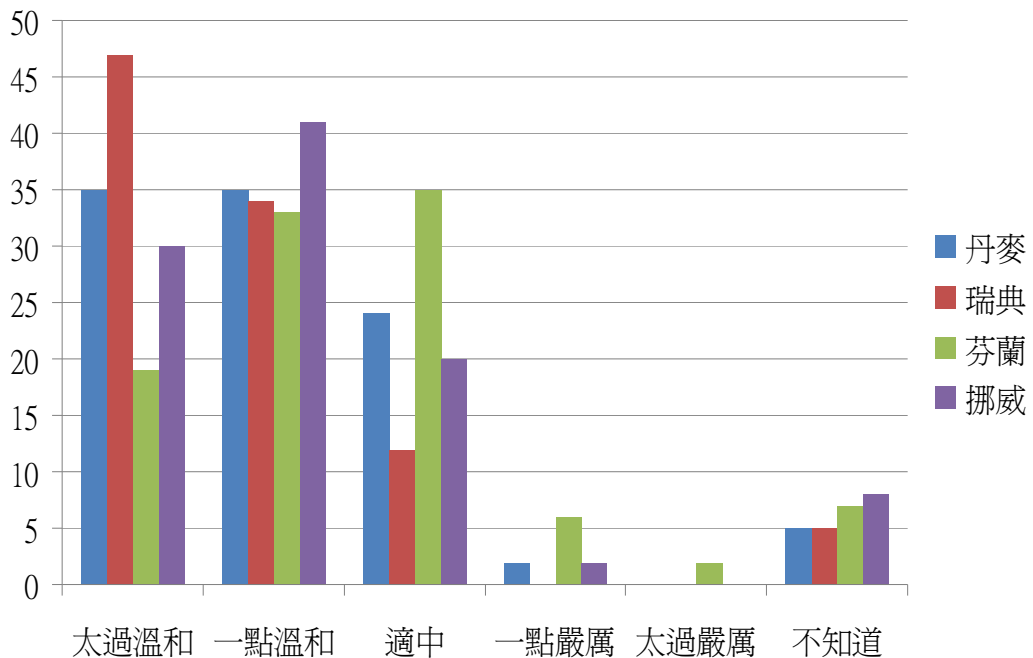


圖3 斯堪地那維亞4國對懲罰觀感之調查(%)
(資料來源: Bondeson, 2005)

因此，大抵斯堪地那維亞人民對於該國之懲罰觀都抱持著具有「一定懲罰性程度」之嚴格態度(Kutchinsky, 1970)。但這樣的反應可能是受訪者容易將處

罰與較為嚴重的犯罪（如加重搶奪等罪）進行相關之聯結所致。此外，大眾媒體亦佔一定比例之影響，無庸置疑地，傳媒工具性的對外製造出令人錯誤的刻板印象（Robert & Doob, 1990）。然而，斯堪地那維亞人民對於懲罰觀之看法上並非全然一致，特別在性別、年齡及教育程度上，均有不同之回應，研究發現在性別上，男性在斯堪地那維亞各國之比例上有較高之程度認為處罰是過於寬鬆的；丹麥及芬蘭在性別差異上，男性多過女性 3%，瑞典及挪威分別為 5% 及 8%，尤其是挪威與其他各國有如此大之差異，是項重要之分析數據。在年齡方面，相較於年齡族群部分，在北歐各國亦有不同之傾向。在挪威，以 50 歲至 67 歲較為年長之族群有 41% 的人口認為處罰過於寬鬆，但卻只有 20% 的人口在 16 歲至 24 歲間的年輕族群認同此看法；同樣地，在丹麥，老年人與年輕族群認為處罰過於寬鬆之比例為分別為 42% 與 31%。然而，在瑞典卻有一小部分之年輕族群支持刑罰的嚴厲性。至於芬蘭則是呈現 U 字型之趨勢，只有中年人及年長者認為處罰過於嚴苛。另在教育方面也是一項重要之指標，教育程度較低者認為刑罰過於寬鬆，相較於教育程度高者則認為刑罰過於嚴厲，在二個族群之差異上，挪威有 12%、丹麥 11%、芬蘭 10% 及瑞典 3% 之差異。

二、監禁指標

經由 Bondeson (2005) 之研究發現，當斯堪地那維亞人民被訪談到監獄最重要的目的時，受訪者之觀點如圖 4 所示。

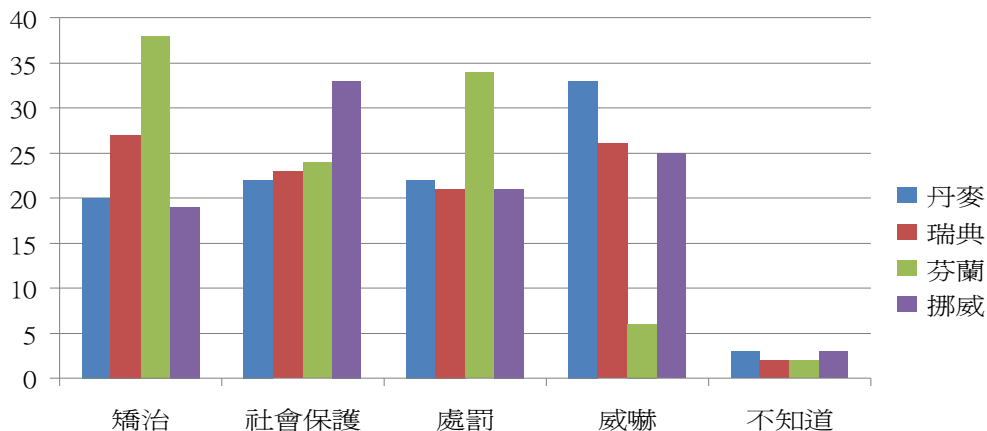


圖 4 北國 4 國對監禁功能之觀感 (%)

(資料來源：Bondeson, 2005)

在這些受訪者之人口特徵中，在性別方面，男性大都認為監禁之功能在於嚇阻再犯、預防犯罪；在年齡部分，年長的族群則以保護社會及促使受刑人悔改的功能為多，較少強調監獄之矯正效能，而年輕族群則著重於監獄之威嚇作為處罰之目的，這種態度在挪威及芬蘭，則較為明顯、在瑞典則無顯著性。又在教育程度方面，教育程度高者則強調監獄矯正功能，教育程度低者，則認為監獄主要促

使受刑人悔悟，強調社會的保護，畢竟受刑人願意真誠悔悟，修復式正義之適用始有意義。至在社經地位方面，北歐四國社經地位較高者均強調矯治功能之重要，低社經地位者，則認為監禁是選擇報復手段之一種，另較靠近都市化之人口，則以矯正及保護社會之族群為主要組合，特別是在丹麥。

以犯罪一般性預防之效能而言，其目的就是要嚇阻犯罪人避免從事違法行為。但實證研究指出，事實上可被接受之程度不高，就性別而言，女性對一般預防之滿意度最低，因為她們認為犯罪是有意識且有預謀的行動，因此較無法達到一般預防的效果。以年齡層而論，一般預防對年輕族群也比較沒有說服力，對高教育程度之族群亦同，這種情形在芬蘭，更是格外明顯；至對高社經地位者，亦不認同一般預防所能發揮之功效。

三、懲罰影響

處罰本身所造成的影響程度，相較於隨之伴隨而來制裁的效果為何，何者能達到人民所期待之效應，是件值得探究的問題；因此，為了研究處罰關於正式（formal）與非正式（informal）之多元性的影響；受判決者不僅受到懲罰，也受到其他相關聯之制裁所影響，因此列舉 8 項北歐受審者在付出懲罰代價的背後，伴隨而來可能的道德性制裁，進行探討。此 8 項分別為：

1. 犯罪行為人所察覺並向警察告發或告訴（Being detected and reported to the police）。
2. 犯罪者會接受法院之審判，並受到應有之裁決（The trial and the sentence）。
3. 純粹會被處罰（The punishment itself）。
4. 付出損害賠償之代價或吊銷（扣）駕照（Consequences such as damages and loss of a driver's license）。
5. 犯罪者之犯行將會被公開（Publicity）。
6. 犯罪者之犯行倘為人所週知，則家人、朋友等也會知道這件事（That family and friends get to know about the case）。
7. 犯罪會因此而失去工作及生活之處（The loss of a job or a place to live）。
8. 不知道犯罪會帶來何影響（Don't know）。

上開 8 項問題經實證檢驗後發現，第 6 項即「犯罪者之犯行倘為人所週知，則家人、朋友等也會知道這件事」之選項中，被認為是對受判決處罰之人影響最嚴重者，在本文所舉例之北歐 4 國中平均為 2.72（在此低平均數代表影響甚鉅）；約受訪人數的 25% 有別於其它選則而選擇此項，其中 37% 在瑞典為最高位，最低者則在芬蘭，約 11%。另外，在第 7 項即「犯罪會因此而失去工作及生活之處」幾乎同樣平均為 2.73，其中受訪者約有 20% 優先選填此項作為第一選擇，此影響再次突顯最差的是瑞典，最少者則出現在挪威及芬蘭。又在第 3 項即「純粹會被處罰」僅有 3 個國家即丹麥、瑞典及芬蘭優先選擇，其平均約在 3.14 及約有 18% 作為第一選擇之對象；因此，相對地，認為處罰會賦予犯罪者最大痛苦的國家為挪威及芬蘭。而第 5 項即「犯罪者之犯行將會被公開」，認為是處罰所帶來最嚴

重之影響者約有 10%，平均是 3.5，此選項較常在挪威容易被選擇，較少則在丹麥；由於犯罪者犯行被公開在正式的懲罰後，尚須承擔非正式的道德譴責；因此，在丹麥的對名聲道德之宣傳，相較於瑞士不嚴格。受訪國之人民較少優先選擇第 1 之選項即「犯罪者犯行為人所察覺並向警察告發或告訴」，僅有平均 3.67，頻率普遍出現在挪威及芬蘭。而第 2 項即「犯罪者會接受法院之審判，並受到應有之裁決」，此部平均為 3.76，在丹麥較為強調此觀點，挪威次之。最後，第 4 項即「付出損害賠償之代價或吊銷（扣）駕照」之平均為 4.14，此被認為是懲罰所挾帶的嚴重後果，影響甚鉅者在芬蘭，挪威次之；但卻是位於所有非正式約束中的最末端。

四、監禁替代性方案之觀感

Bondeson (2005) 為了要測量人民對監禁替代性方案之觀感，茲就以下 5 種替代方案之選擇進行驗證，1 人不限選擇 1 項次：

1. 附條件判決或緩刑 (By sentencing to a conditional sentence or probation)。
2. 罰金刑 (By sentencing to a fine)。
3. 命犯罪者對被害人支付一定的損害賠償 (By ordering the offender to pay damages to the victim)。
4. 社區處遇 (By sentencing to community service)
5. 不接受任何替代方案 (I cannot accept any of these alternatives to prison)。
6. 不知道 (Don't know)

研究發現約有 51% 之人口選擇第 4 項即「社區處遇」作為監禁之替代性方案，雖然各國的監禁率是不同的，但此方案卻是為北歐四國普遍的選擇。又替代方案中之第 3 項即「命犯罪者對被害人支付一定的損害賠償」為北歐四國人民之接受程度為 49%；其中逾 59% 出現於挪威跟瑞典，僅 26% 在丹麥。在北歐各個國家中，沒有任何一國公開正式認可以替代性方案取代監禁，但卻常為法院用來作為附加性的從刑來使用，這樣的嘗試在瑞典、挪威較常為廣泛地被討論，在丹麥則較少。另外，在罰金部分即第 2 項，僅有 19% 的人口選擇此項，而且僅有少部分在挪威使用，瑞典次之；惟罰金刑在北歐刑事司法系統的實務上倒是頗為普遍。而第 1 項即「附條件判決或緩刑」，令人意外地僅有 16% 之比例，最高在芬蘭 (22%)，最低則在挪威 (7%)，其代表芬蘭可能需要更多替代方案來取代其監禁率。最後，則有明顯超過半數選擇「不接受任何替代方案」即第 5 項方案，尤其是丹麥特別突出，極端對比於其他國家，說明丹麥顯然比起其他北歐國家需要監禁的必要及存在。至分布在人口特徵上之差異，性別部分，男女均無顯著差異，不僅是北歐所有國家均無明顯差異，各個國家內亦無顯著性；相較於年齡族群，中年人對於「社區處遇」及「命犯罪者對被害人支付一定的損害賠償」有比較高的接受度，特別是在芬蘭，年輕族群與中年人均認同監禁替代性方案的選擇，但老年族群則傾向「附條件判決或緩刑」及有「不接受任何替代方案」之趨勢。在教育程度方面則有顯著的差異性，教育程度較高者以接受「社區處遇」

及「命犯罪者對被害人支付一定的損害賠償」之程度較高，這些差異性在挪威及芬蘭尤然；而教育程度較低者，則有選擇「不接受任何替代方案」之趨向；但這部分丹麥是例外的，因為在丹麥逾三分之二受過良好教育之人亦選擇「不接受任何替代方案」之傾向。另外，公務人員、收入穩定者及已婚者或與人同居者亦均以「社區處遇」及「命犯罪者對被害人支付一定的損害賠償」作為主要的選擇。

陸、結論

Christie(2000)提到社會上一個合適的懲罰數量並不是功利性的問題，也不是犯罪控制的問題，更不是什麼有效的問題，而是建立在價值標準的問題，這是一個文化的問題」。其中有兩個主要的方式，來理解這個問題：

第一個是「創造出刑罰理論」，而且這個理論是建立在很強勢且不可質疑的權威上。功利主義的理論將國家視為他們的建立者，而大多數非功利性的理論，則從上帝、先知或其他者身上找到腳本。非功利主義者的概念是認為真理存在於某一個地方，而且完完全全是由絕對的權威者所賦予，也因此學者的任務僅將這種真理用現代的語言詮釋開來。這種型態的非功利主義者，僅僅是上帝的發言人，就像功利主義者是國家的發言人一樣。這類似 Christie(2004)所提到典型的垂直式司法(vertical justice)的例子，如同摩西從山上下來，在他的手臂下，他帶來了刻在石頭上的規矩，這些規矩是比山頂還要崇高的上帝命令要求的，摩西只是傳遞訊息的人，而百姓們是接受者，控制所有。規定被刻在石頭上，一個普遍正確、正當(validity)的存在被創造出來了。每個相同情況根據同樣的規定，要被相同的處理。

另一種方式，是將「法律的概念視為已經存在且為隨手可得的」，而它的一個基本原則之一，就是無時無刻司法的正義總是在那裡。但是具體的型塑與論述一次又一次的重新被創造出來，因此另一種方式是指著「司法正義並沒有包含隨手可得的這樣的原則」，而是等待被發掘出來，使用在法律或社會的科學，則是透過共同的知識，在這類知識範疇內，每一個世代都必須去形塑法律的原則，這是一個概念，視每一個人為道德的主體，而且將他與自然的法律相連結，因此我們每一個人都扮演一位先知的角色，這類似於水平式的司法(horizontal justice)，這種正義是由相當多的地位平等的人，因為親密、親近(closeness)的關係所創造的。在水平式正義的情況下，沒有預先定義(pre-defined)的解決方法，而是所有有利害關係的一群人(party)共同參與討論，因此補償變得比懲罰還重要，這樣的系統下，懲罰尤其是不正常的(dysfunctional)，懲罰如同故意施加的痛苦。

因此，在水平式司法的概念與思維下，懲罰可以被視為反映我們的理解以及吾等的價值，也因此透過標準而規則化，進而適用在別人身上，以什麼是可以的，以及什麼是不可以的標準來執行，這些標準正被使用，而不只是顯示在公眾的意見調查上，遠勝過做為社會工程的工具之一，懲罰的程度與類型是支配一個社會的標準之反射。所以對於我們每一個人，所要問的問題是：「懲罰是根據我的價值準則嗎？」而這些價值是呈現吾等個人所存在的意義所在。

從北歐刑事政策之發展，在北歐斯堪地那維亞所展現的文化是相信國家的仁慈，並信任政府機關，同時文化的價值塑造出社會的公共議題或政策，可以讓所有人一起參與，這樣獨特的文化影響著所有的社會行動者，囊括彼等觀念、思維與主張。反思我國，法務部推動提升刑事司法效率的刑事政策，主張所謂「寬嚴並進的刑事政策」，但目前仍有寬的不夠寬，如罰金刑被使用的普及率低及嚴的還是太嚴，如仍以徒刑判決為主要、以監禁為嚇阻犯罪之主要辦法或修復式正義效能不彰等弊。特別是從這幾年之修法以觀，在實體法總則部分，修正前刑法第49條有關累犯適用之除外，明文規定將軍法及外國法院裁判排除於連續犯罪之累計，故軍法裁判對司法而言，是不列入累犯之計算的，惟配合假釋制度之修正，以符社會正義之所期待，是修正後刑法第49條已將「軍法」二字刪除，言下之意係指爾後軍法裁判對連續犯罪者而言已納入司法累犯上之計算；分則部分，刑法第321條加重竊盜罪，原條文為第1款、第6款分別為：「犯竊盜罪而有左列情形之一者，處六月以上、五年以下有期徒刑：一、於夜間侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內而犯之者。六、在車站或埠頭而犯之者。」於100年1月26日修正為：「犯竊盜罪而有下列情形之一者，處六月以上、五年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以下罰金：一、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內而犯之者。六、在車站、埠頭、航空站或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機內而犯之者。」除增列罰金刑外，對於入罪化的條件予以擴大；而刑法第185條之3亦於100年12月2日將法定刑從原本一年以下修正為二年以下，並將科或併科罰金15萬元以下調整為20萬元以下；至毒品危害防制條例（第11條）將原本持有第三、四級毒品不罰之情形列入處罰。甚至，邇來酒駕肇事仍頻，亦有主政者主張將判斷抽象危險犯之酒測值即原本0.55毫克（MG/L）之數值下修，除提高罰金刑外，尚有縮減緩起訴、連坐懲罰乘客、民代提案最重判無期、酒測容忍值降低及提高行政懲罰等研議，期以防「制」而非防「治」之觀點壓制酒駕犯罪之肇生，可謂只有「嚴」，而沒有「寬」的刑事政策，這樣的刑事政策是否確實符合國人期待？能夠被期待之持久率有多長？是否符合民主人權潮流之期望？是否符合法治國刑事政策之精神？一連串的問題，不禁令人好奇地進一步省思，我們的刑事政策到底是在向前進步？還是往後退縮？雖然我國當前刑事政策之形成，係在三權分立的憲政體制下，透過代議制度，凝聚社會規範共識所策訂，但是他山之石可以攻錯，不妨以斯堪地那維亞半島為借鏡，參考北歐各國以批判犯罪學之反思精神，人性關懷為考量，且強調符合國情的個別化處遇，透過社會福利之發展，並積極塑造出一個符合社會需要且保障人權之溫暖環境；畢竟刑罰是一種文化的象徵，在北歐斯堪地那維亞所展現的文化是相信國家的仁慈，並信任政府機關，同時文化的價值塑造出社會的公共議題或政策，可以讓所有人一起共同參與，使此類獨特的文化傳統烙印在彼等之社會觀念、理性思維與行動主張（許華孚，2005），當我們回頭看看台灣的經驗時，更應該想想我們是否擁有著能躍升出傳統的文化價值體系，而開拓自己嶄新的道路。

參考文獻

一、中文：

- 于志剛 譯 (2005)。《芬蘭刑法典》。北京：中國方正出版社。
- 余佳貞 (2007)。〈批判思考內涵之探討〉，《網路社會學通訊期刊》64：15。
- 呂忠梅 (2006)。《美國量刑指南-美國法官的刑事審判手冊》，北京：法律出版社。
- 周盈成 譯、Garland, D. 著 (2006)。《控制的文化-當代社會的犯罪與社會秩序》，台北：巨流出版社。
- 馬松建 譯 (2004)。《挪威一般公民刑法典》。北京：北京大學。
- 張玉成 (1993)。《思考技巧與教學》。台北：心理出版社股份有限公司。
- 許春金 (2010)。《人本犯罪學》，台北：三民書局。
- 許華孚 (2005)。〈監獄與社會排除：一個批判性的分析〉，《犯罪與刑事司法研究》5: 191-235。
- 許華孚 譯，Nils Christie 著 (2004)。《犯罪控制-工業時代的來臨》，台北：一品文化出版社。
- 陳琴 譯 (2008)。《瑞典刑法典》。北京：北京大學。
- 陳膺宇 (1994)。〈批判思考運動初探〉，《國立政治大學學報》69：141-171。
- 葉玉珠 (1998)。〈有效批判思考教學的基礎之探討〉，《教育研究》59：57-67。
- 劉邦繡 (2008)。〈論檢察官實行公訴時之論告〉，《台灣法學雜誌》110：43。
- 劉宗為、黃煜文 譯 (2006)。David Garland 原著，《懲罰與現代社會》，台北：商周。
- 鄭昆山 (2011)。《批判刑事政策學—法治國刑法的思考》，未出版。

二、西文：

- Aho, Timo. 1997. Land of Decreasing Prison Population. In Prison Population in Europe and North America. Problems and Solutions. Ministry of Justice, Department of Prison Administration. Helsinki.
- Anttila, Inkeri & Tornudd, Patrik . 1992. The Dynamics of the Finnish Criminal Code Reform. In R. Lahti-K. Nuotio (eds.), Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Tampere : Finnish Lawyers' Publishing Company.
- Anttila, Inkeri. 1971. Conservative and radical criminal policy in the Nordic countries. In Scandinavian Studies in Criminology vol. 3 1971 pp.9-21. Norwich : Universitetsforlaget.
- Bondeson, U.V. 1977. The General Sense of Justice- A Legal Doctrine. In Kulcsar (ed.) Sociology of Law and Legal Science. Budapest.

- Bondeson, U.V. 1979. Det allmänna rättsmedvetandet-en legal fiktion (The General Sense of Justice-a Legal Fiction) in Bondeson, U. V. (ed.) Rationalitet i rättssystemet. Stockholm.
- Bondeson, U.V. 2005. Crime and Justice in Scandinavia. Denmark : Narayana Press.
- Castoriadis, C. 1997. World in Fragments: Writings on politics, Society, Psychoanalysis, and the Imagination. Stanford: Stanford University Press.
- Christie,N. 2000. Crime Control as Industry-Towards Gulags, Western Style. London: Routledge.
- Ennis, R. H. 1996. Critical thinking. NJ: Prentice Hall.
- Facione ,P.A.,& Facione ,N.C. 1992. The Californiacritical thinking disposition inventory . The California Academic Press.
- Garland, David. 2001. The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society. The University of Chicago Press 2001.
- Kutchinsky,B. 1970. Den almindelige retsbevidstbed (The General Sense of Justice) . Lund.
- Lappi-Seppala, Tapio. 2001. Sentencing and Punishment in Finland : The Decline of the Repressive Ideal. In Punishment and Penal Systems in Western Countries, edited by M. Tonry and R.Frase. New York : Oxford University Press 2001.
- Lappi-Seppala, Tapio. 1998. Regulating the Prison Population. Experiences from a Long-Term Policy in Finland. National Research Institute of Legal Policy. Research Communications 38/1998.
- Linden, P.-A& Simila, M. 1982. Rättsmedvetandet i Sverige (The General Sense of Justice in Sweden) . Stockholm: Rapport.
- Listhaug, O. 1990. Macrovalues : The Nordic Countries Compared. Acta Sociologica 3: 219-234.
- Tornudd, Patrik. 1993. Fifteen Years of Decreasing Prisoner Rates in Finland. National Research Institute of Legal Policy. Research Communication 8/1993.
- Tornudd, Patrik. 1996. Facts, Values and Visions. Essays in Criminology and Crime Policy. National Research Institute of Legal Policy. Research reports 138/1996.

海峽兩岸刑事司法互助之罪贓移交

--以跨域詐欺、洗錢犯罪為例

國立臺北科技大學智慧財產權研究所教授 李傑清

目 次

- 壹、問題意識
- 貳、海峽兩岸協議之罪贓移交的法律定位及體例意向
- 參、我國利於兩岸協議罪贓移交之程序法制的檢討
- 肆、我國利於兩岸協議罪贓移交之實體法制的分析
- 伍、我國利於兩岸協議罪贓移交之分享機制
- 陸、提升兩岸協議罪贓移交之展望---代結論

摘 要

海峽兩岸自 2009 年 4 月簽訂海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議之後，在罪贓移交方面儘管都是符合國際或國內立法的主流趨勢，也都符合國民的期待，但實施迄今，仍無任何得以確認的成功案例。其在我國難以落實罪贓移交的主因在於，有關財產扣押、禁止處分、沒收及資產分享等法制的創設與適用，雖有利於沒收犯罪所得之罪贓移交，但在具體實踐上究應：一、如何啟動請求刑事司法互助之協助偵查；二、如何及時確認及查扣；三、複數被害人或被害財產混合、轉換時，如何釐清並予發還或沒收；四、如何及時發還被害人或善意第三人可能的合法財產；五、如何強化兩岸落實刑事司法互助之罪贓移交的誘因，均為本文分析及考察的重點，期盼能改善相關缺失，並提升兩岸落實刑事司法互助之罪贓移交的成效，以平衡兩岸協議共同合作偵查之利益，並增進雙方執行協議事項之對等及互信的關係，俾利於開創兩岸及國際共同打擊犯罪及司法互助之新紀元。

關鍵字：兩岸協議、司法互助、罪贓移交、沒收、扣押、資產分享

壹、問題意識

近年來由於臺海兩岸政治氛圍的改善、經濟的發展及海空運的直航都促進了雙方資金、人員及貨物往來的成長，同時也帶動了兩岸之間跨域犯罪的擴大化及嚴重化。若以詐欺取財犯罪為例，早期盛行於臺灣本島的犯罪手法，由於警察等司法當局不斷地宣傳及取締行動奏效，迫使詐欺犯罪集團為逃避檢、警方之強力執法，遂多以在海外建立通訊據點，利用近鄰各國便捷的通訊網絡，一來逃避我國警方直接地查緝，再透過電話層層轉接，持續向我國人民詐騙；二來改為轉向相對較無宣導反詐騙經驗及同文同種的中國大陸人民行騙。這些詐騙集團，若經由我國透過國際情資交換或司法互助獲得當地國司法單位的協助取締，通常依據我國與中國大陸簽訂之海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議（以下稱本協議或兩岸協議）或國際慣例，我國籍的犯罪嫌疑人最終大多能遣返回臺依法審理。然刑事訴訟的目的，除了發現真實之外，最為重要的即是實現司法正義的損害回復。因此，多數詐欺犯罪的被害人雖然期待法律能制裁犯人，但其可能更是期盼受害的損失能夠及時被追回並發還。本文僅先以下面三則事例之報導或判決為起點，導出問題意識，再漸次析論兩岸在對方及第三國共同打擊犯罪之際，如何在啟動兩岸協議所建構之協助偵查的執行模式後，繼續致力於財產犯罪被害人之罪贓移交，以克竟其功落實損害回復之司法正義。

一、中國大陸查獲我國籍詐欺犯罪集團向國人詐欺所得之贓款，並於確定判決後欲移交我國之報導

安徽省高級人民法院日前對一起涉及兩岸的重大電信詐騙案作出二審判決。3名主犯分別被判有期徒刑15年、12年和10年，並處罰金人民幣50萬元、30萬元和20萬元；其他30名被告也分別被判刑期不等的有期徒刑，並處數額不等的罰金，對部分積極退贓、揭露共同犯罪、有悔罪表現的，依法判處緩刑。另「在該案辦理過程中，大陸司法機關盡最大努力為臺灣居民挽回損失，對依法追繳的贓款，大陸方面將根據《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》有關精神，依法儘快向被害臺灣居民發還扣押在案的贓款。¹」

二、我國籍詐欺集團在菲律賓成立「AMG」機房向中國大陸籍被害人持續詐騙，其中部分贓款由車手集團在臺領取後，雖能確認被害人及被害金額，但並未查扣及宣告沒收

¹ 人民法院報，安徽終審宣判一起涉臺重大電信詐騙案，2011年11月18日，
http://www.lawbase.com.cn/law_info/lawbase_@51448.htm（最後查閱日：2012年11月5日）。

呂○○於 2011 年 5 月間在臺灣成立「法拉利」車手集團，並先後邀集具有共同意圖為自己不法所有之詐欺犯意聯絡之江○○、吳○○等人加入，--- ---而「法拉利」車手集團除為「AMG」詐騙機房領得如判決附表二所示款項外，亦為「CK」詐騙機房領得如判決附表三所示款項，及為不詳詐騙機房領得如判決附表四所示之款項²。

三、因查獲我國籍詐欺集團成員從菲律賓等國匯回我國之犯罪所得後，逕行宣告沒收

廖○○、余○○等詐欺犯罪集團於 2010 年 9 月間某日起，共同意圖為自己不法之所有，而基於詐欺之犯意聯絡，在菲律賓等國向大陸地區之不特定民眾進行詐欺犯行，詐得金額龐大之人民幣，再由曾○○、龔○○將詐得之人民幣轉換為各種外幣或新臺幣，發放報酬給集團成員，在臺部分則交由陳○○保管，並依龔○○之指示匯款。嗣彰化縣警察局、內政部警政署刑事警察局、基隆市警察局第一分局於 2011 年 9 月 20 日同步執行搜索，於余○○等處查獲其所保管之新臺幣 952 萬 4,000 元、港幣 9 萬 1,120 元等大量現金，並予宣告沒收³。

上述第一例為我國籍詐騙集團分別在中國大陸向我國籍國民詐欺取財之犯行，中國安徽省高級人民法院之判決，已有依兩岸協議之精神，儘快向被害的臺灣居民發還扣押贓款的思維及作為。第二例為我國對車手集團在臺提領詐騙犯罪所得時，即使能查明被害人、損失金額或匯款途徑，終因無法及時查扣而最終未能予以宣告沒收。第三例則為我國籍詐騙集團在菲律賓等國之犯罪所得被匯回國內由專人集中保管，其被查扣之現金，因無法確認被害人等而予以沒收。綜上，影響兩岸刑事司法互助之罪贓移交成效的重點是：（一）執行跨域罪贓移交的前提在於：1. 如何依據協議啟動請求刑事司法互助之協助偵查；2. 如何及時確認及查扣犯罪所得；3. 複數被害人或被害財產混合、轉換時，如何釐清；4. 如何確保善意第三人合法的財產權益；5. 如何強化兩岸執行刑事司法互助之罪贓移交的誘因；（二）兩岸落實刑事司法互助之罪贓移交的成效，除攸關被害人損害回復之司法正義外，亦能促進兩岸執行協議之互信、互利，更有利於今後開創兩岸及國際共同打擊犯罪及司法互助之新紀元。

貳、海峽兩岸協議之罪贓移交的法律定位及體例意向

兩岸分治初期因彼此屬於敵對關係，故長久以來都未能建立制度化的打擊犯罪及司法互助機制，直至 2009 年 4 月 26 日「江陳會談」，由我國海峽交流基金會董事長江丙坤與海峽兩岸關係協會會長陳雲林在南京簽署「海峽兩岸共同打擊

² 彰化地方法院 101 年度易字第 719 號刑事判決。本判決附表四「不詳詐騙機房詐騙後由『法拉利』車手集團在臺領取贓款之犯罪事實，詳文末附表一。

³ 彰化地方法院 101 年度易字第 93 號刑事判決。

犯罪及司法互助協議」，始為兩岸警務合作的共同打擊犯罪及法務合作的刑事司法互助開啟了歷史新頁。此乃由於兩岸協議乃以「擱置主權、重視治權」之方式，避開政治上敏感的主權問題，著眼於務實解決治權問題的需求上，先求建立全面性及框架性的協議內容，故條文較為粗疏，缺乏直接操作性⁴。此就協議本身而言，首先面臨的即是定位及法律效力的問題。此乃由於兩岸協議並非以條約、公約或協定為名稱並附有批准條款者，且系於2009年4月26日完成簽署後，僅函送立法院備查⁵，並未送立法院審議，因此，其是否具有等同於法律之位階，即有疑慮。對此，採否定見解者認為本協議內容已涉國家重要事項或人民之權利義務，故應將協議視同條約，送請立法院審議，以符合法律保留原則，避免違憲⁶。採肯定見解者認為本協議涉及人民權利義務部分，均可在現行法律下執行，既未涉及法律之修正，亦無須另訂新法，故援用釋字第329號解釋⁷所稱之「其內容與國內法律相同者」，認其具有準國際書面協定之性質，無須送請立法院審議，即具有法律位階之效力⁸。然依司法院釋字第329號解釋之「其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或『其內容與國內法律相同者』外，亦應送立法院審議。」之文義及目的解釋，本協議之內容在形式上並無與其相同之國內法律，且實質上無論就落實兩岸打擊犯罪之協助偵查、人員遣返；或刑事司法互助之調查取證、罪贓移交所涉及強制處分權等之執法依據及執行主體的差異，均非簽約當時我國現行法律之效力所能完全因應，因此兩岸協議內容的本身，確實與國內法律不同，故本協議之法律位階確有疑問。若再進一步將其與2010年8月17日立法院審議通過之兩岸經濟合作架構協議（ECFA）及兩岸智慧財產權保護合作協議相對照，則更增添國人對其法律位階之疑慮，日後恐有動搖兩岸共同打擊犯罪及司法互助之執法依據的風險。

上述兩岸協議法律位階之爭議，若能本於相互尊重及互惠原則，另行補送立法院審議；或兩岸日後協商修正協議內容後呈請立法院審議，使其取得具有等同條約或協定之國際法律位階，當能更利於相對應之國內法在請求協助事項之執行。此在罪贓移交之體例意向方面，本協議第3章（司法互助）第9條（罪贓移交）之規定為「雙方同意在不違反己方規定範圍內，就犯罪所得移交或變價移交

⁴ 張淑平，海峽兩岸刑事司法互助研究，九州，2011年12月，頁14。

⁵ 該協議係於2009年4月30日由行政院依「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」第5條第2項予以核定後，以行政院院臺陸字第0980085712A號函送立法院備查。

⁶ 顏厥安、徐斯儉，MOU簽署的民主與法制制度問題，中國時報，2009年11月25日，A16版。

⁷ 該解釋全文重點為：1. 國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。2. 名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議。3. 其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者外，亦應送立法院審議。

⁸ 參閱董武全，兩岸刑事司法互助之證據調查---以海峽兩岸共同打擊犯罪與司法互助協議為中心，國境警察學報，2009年12月，12期，頁122、123。另有認為兩岸約定的合作事項，執行之範圍與方式，均以現行內國法為依據，故兩岸協議並無超越現行法律的效力。范振中，兩岸司法互助---以98年「兩岸協議」為探討，司法新聲，103期，2012年7月，頁98。

事宜給予協助。」該簡略內容的規定被認為充其量僅是意向性條款⁹，表明雙方將致力於損害回復之意圖，且可能從較易執行之觀點，優先選擇通常在判決確定後之犯罪所得移交或變價移交。然在罪贓移交方面，第2章（共同打擊犯罪）第5條的協助偵查（查扣、取證等）及第6條的人員遣返（併同物證、書證等）更是攸關嫌疑犯審理時如何確認罪刑及罪贓範圍之重要關鍵。對此，本協議顯然僅先表達雙方對於合理處理罪贓最終流向的共識，但對於如何追查、（保全）扣押及沒收等並未觸及，雙方僅同意最基本的合法性原則，亦即將「不違反己方規定」作為雙方進行罪贓移交之最高指導原則，並無進一步就促進對方協助複雜跨域犯罪案件之查贓、取證等創設誘因或引導採取積極作為之內容¹⁰。

兩岸協議實施迄今相關協助事項的執行回覆情形¹¹得知，我國請求協助事項較多，且也受惠較多，此相較於具有法律地位之「駐美國臺北經濟文化代表處與美國在臺協會間之刑事司法互助協定」可謂成效斐然¹²。然在罪贓移交方面，依本協議聯繫主體之法務部國際及兩岸法律司所製作之執行本協議協助事項之案件統計表內並無罪贓移交的項目，似乎仍乏具體成效¹³。又如本文前述第1事例之報導，安徽省高級人民法院乃是根據本協議「有關精神」，欲依法儘速發還扣押之贓款予被害的臺灣居民，但迄今仍未能確認。惟值得注意的是，安徽省高級人民法院移交贓款的依據並非該協議內容的本身，而是協議「有關精神」，因此是否缺乏落實執行發還之具體程序規定等，應有探詢之必要。對此，我國法務部為因應本協議第9條規定所制定之「海峽兩岸調查取證及罪贓移交作業要點」及依據該要點第2點、第3點及第11點分別製作制式之海峽兩岸調查取證及罪贓移交請求書及結果通報書¹⁴，應有供對方參考之價值。其次，本協議罪贓移交之「罪贓」二字雖與我國慣用之「贓物」、犯罪所得「財物」或「財產上利益」等法律用語有別，其之概念在理論上應可涵蓋可為證物或兼具財產價值之有體物及無體物，但在本協議之體例及實踐上似乎較偏向於聯合國反毒公約、防止國際組織犯罪公約或反腐敗公約之犯罪所得（*proceed of crime*）的概念。因此，即使我國曾於2011年11月間首次透過本協議取回我國籍販毒集團在中國大陸雲南地區遭公安機關查扣之海洛因毒品7公斤之案件¹⁵，然在區分上應不屬於罪贓移交，而應為調查取證之協助項目。綜上，本協議之罪贓移交應指沒收犯罪所得（贓款、

⁹ 張淑平，同註4，頁121。

¹⁰ 各國司法警察等對於本國案件之偵查，通常即已顯得任務繁忙，且跨域查贓的難度有時也高於緝捕逃犯或境內查贓等，故通常較難以投入更多的人力、物力等，亟需較多政策或預算上之支持、鼓勵或獎勵。參閱陳東，腐敗資產追回和預防腐敗資產轉移的思考，黃風、趙林娜編，境外追逃追贓與國際司法合作，中國政法大學，2008年1月，頁222-228。

¹¹ 如文末附表二。

¹² 參閱安芷嫻、陳亦偉，兩岸司法互助件數，半年追上臺美7年，參閱 <http://news.sina.com.tw/article/20091017/2271154.html>（最後查閱日：2012年11月5日）。

¹³ 張淑平，同註4，頁124。

¹⁴ 如文末附表三、四。

¹⁵ 范振中，同註8，頁105。

贓物)之後如何發還被害人等處置犯罪所得的問題,此在國際公約或各國條約、協定等通常有下列5種處置方式¹⁶:一、收歸(被請求國)國有;二、發還(與分享);三、賠償被害人(或善意第三人)的損失;四、支付用於沒收及管理的費用;五、捐贈等。惟在目前本協議罪贓移交之實踐面,本於不違反我國法律規定之基本原則及刑法損害回復之法理仍應依序以下列方式處置之:一、發還或賠償被害人或善意第三人(包括人合團體、法人組織或國家)之損失;二、依雙方協議之內容¹⁷扣除執行沒收及管理的必要費用;三、依法分享扣除前述支出後剩餘之犯罪所得。另在本協議罪贓移交之執行成效面,從本文前述我國第2及第3事例之跨域詐欺犯罪的判決已可得知,在罪贓移交的前置階段:(一)追查、辨識犯罪所得;(二)及時扣押或凍結(禁止處分)財產;(三)及時進行沒收執行前的發還與沒收執行後(罪贓移交前)之救濟措施;(四)促進被請求方強化協助請求方執行扣押或凍結等強制處分之誘因,均是攸關本協議罪贓移交成效之重要關鍵。

參、我國利於兩岸協議罪贓移交之程序法制的檢討

一、洗錢防制法具保全性質之財產扣押

兩岸協議之罪贓移交主要乃針對犯罪所得,而財產犯罪者取得犯罪所得之後,如何以掩飾、隱匿等巧妙、複雜、多元的洗錢作為,以確保其犯罪所得,自屬理所當然之舉。因此,如何為確保沒收等之執行而保全扣押或凍結其犯罪所得,即是重要的先決課題。對此,我國洗錢防制法第14條第2項規定,「為保全前項財物或財產上利益之追徵或財產之抵償,必要時得酌量扣押其財產。」該酌量財產扣押¹⁸的罪名不僅未限縮於洗錢犯罪相關之財產,且更擴大至與一般財產難以區分或特定之財產,甚至是包括了合法財產。

(一)與刑訴法傳統扣押的差異

刑訴法第133條一般扣押之客體為:1. 可為證據之物;2. 得沒收之物。其基本上侷限於「物」的概念與財產扣押不限於物,而擴及一般「財產」的扣押,顯然存在極大的差異。此觀之於洗錢防制法第4條明文區分因犯罪所得財物或財產上利益,包括:1. 因犯罪直接取得之財物或財產上利益;2. 因犯罪取得之報酬;3. 因前2款所列者變得之物或財產上利益,亦可得知。因此,依文義及論

¹⁶ 張淑平,同註4,頁117、120。

¹⁷ 依本協議第20條之規定,雙方同意互免執行請求所生費用。但請求方應負擔下列費用:1. 鑑定費用;2. 筆譯、口譯及謄寫費用;3. 為請求方提供協助之證人、鑑定人,因前往、停留、離開請求方所生之費用;4. 其他雙方約定之費用。

¹⁸ 貪污治罪條例第10條第4項「為保全前3項財物之追繳、價額之追徵或財產之抵償,必要時得酌量扣押其財產。」及組織犯罪處罰條例第7條第3項「為保全前2項之追繳、沒收或追徵,檢察官於必要時得扣押其財產」均為類似之規定。

理解釋，財物應指具有財產價值之物，不包括未具經濟價值之一般土壤、垃圾或骨灰等；財產上利益乃著重於有體財物及無體權益等之綜合性經濟價值，且「變得」旨在強調後續直接或間接衍生之物或財產上利益之追查等，而此時的「物」究指包含財物之物；抑或已將財物歸入財產上利益，極易滋生混淆。若從刑法第349條第3項「因贓物變得之財物，以贓物論」之「變得」重在價值兌換之手段上的意義及演變結果之財物而言，似乎仍應以財物之用語較為妥適。惟財產本身已內含有體、無體財產之一切利益，其包括無體財產的內涵與財物本身顯然有別；前者（無體財產）之內涵本身即為財產上利益，只是後者（財物）較強調有體物衍生之利益而已，而該後續衍生之利益就文義、論理解釋而言，實質上亦可歸屬於財產，故洗錢防制法之扣押財產應可解釋為扣押財產上利益¹⁹，包括物、財物或財產所衍生之一切利益。如此之財產扣押不僅一舉突破了刑訴法的扣押原則上是以物為限的範疇，同時亦明文強調是以扣押財產作為確保執行追徵或抵償之財產保全作用，亦即淡化甚至否定證據保全之作用，事實上即是符合國際洗錢立法趨勢及罪贓移交之創新法制。

（二）「必要時，得酌量扣押其財產」之檢討

沒收、追徵或抵償之宣告雖不以已經扣押為限，然實質上如果未經扣押或未能及時追徵（抵償）保全，如何能確保日後刑之執行或被害人財產之發還，即有疑慮。因此，在針對洗錢犯罪或與其相關之重大犯罪或恐怖活動，如何在渠等以第三人（自然人或法人）名義之人頭帳戶，藉由現代金融體系或防不勝防的地下經濟進行複雜交易而移轉財產時，及時、適切及有效地執行洗錢防制法等特別刑法酌量扣押財產之規定，實是當務之急。其中，所謂「必要時」，依現行檢察機關實施搜索扣押應行注意事項第4點之規定，係指一般理性之人依其正常判斷，可認為有犯罪證據存在之相當可能性的情形而言。此種相當可能性，雖無法要求達到充分可信或確定程度之必要，惟須以有相當或然性存在為條件。而所謂「酌量」，依現行檢察機關實施搜索扣押應行注意事項第3點之規定，乃要求檢察官實施搜索、扣押，應嚴格遵守偵查不公開之規定，並依比例原則，擇其適當方法，務期於損害最小、影響最少之情形下，審慎執行之。惟須特別留意的是，上述扣押之財產在偵查或審理中經常會涉及第三人或當事人合法財產權益之問題，實不宜以非法律性質之內部注意事項規範之，而應有儘速制定得以讓被告以外第三人參與訴訟；或財產扣押必須經由法院審核之規定（即採法官保留原則）或配套措施，方具有其創設之合理性，亦能利於兩岸協議之罪贓移交。

¹⁹ 類似此種混用「財產」與「財產上利益」之情形，亦存在於「(贓)物」、「財物」與「財物上利益」。例如：刑法第349條第3項明定「因贓物變得之財物，以贓物論」，係以擬制之方式擴大變得財物之違法性。參閱林山田，刑法各罪論（上冊），台大法學院圖書部，2006年10月，頁527、528；蔡墩銘，刑法精義，瀚蘆圖書，2005年7月，頁618、619；甘添貴，刑法各論（上），三民，2010年11月，頁386、387。

二、洗錢防制法具凍結性質之禁止處分

我國洗錢防制法第9條²⁰禁止處分之目的，基本上仍沿襲傳統刑訴法扣押著重於「保全得沒收之財產或證據」之思維，故將行為客體侷限於「該筆交易之財產」，以符合比例原則。然如此特別強調「『該筆』交易之財產」的特定性用語，較易被質疑的是：當疑似洗錢交易之匯款已被轉匯至國外時，對於帳戶內仍有相當於該筆洗錢交易之匯款的財產時，是否可對其禁止處分的問題？對此問題，本於文義解釋，由於帳戶內之財產價額，不論多寡，均非「該筆」有特定性之洗錢交易的財產，故非為禁止處分之客體，只能援引第9條第5項之規定請求他國針對「該筆交易之財產」協助執行禁止處分命令。惟就論理及目的解釋，事實上「該筆交易之財產」所重的應該是該財產之價值，只要帳戶內之財產與「該筆交易之財產」因混合之故，喪失特定性時，本於民事法上均屬同一名義人之債權的法理²¹，應仍可執行禁止處分，如此方能達到禁止處分欲「保全得沒收之財產或證據」之立法意旨。

三、銀行對疑似不法或顯屬異常交易之存款帳戶管理辦法之警示帳戶

我國由於詐欺犯罪盛行，為有效迅速凍結匯款帳戶及利於被害人儘速取回得以確認之匯款等，特以銀行法第45條之2第3項為法源，制定銀行對疑似不法或顯屬異常交易之存款帳戶管理辦法（以下稱異常帳戶管理辦法），該法第3條規定警示帳戶之定義為「指法院、檢察署或司法警察機關為偵辦刑事案件需要，通報銀行將存款帳戶列為警示者。」而依據該法第4條及第5條之規定：（一）被列為存款帳戶經通報為警示帳戶者，應即通知金融聯合徵信中心，並暫停該帳戶全部交易功能，匯入款項逕以退匯方式退回匯款行；（二）存款帳戶屬衍生管制帳戶者，應即暫停該帳戶使用提款卡、語音轉帳、網路轉帳及其他電子支付功

²⁰ 洗錢防制法第9條第1項為：「檢察官於偵查中，有事實足認被告利用帳戶、匯款、通貨或其他支付工具犯第11條之罪者，得聲請該管法院指定6個月以內之期間，對該筆交易之財產為禁止提款、轉帳、付款、交付、轉讓或其他必要處分之命令。其情況急迫，有相當理由足認非立即為上開命令，不能保全得沒收之財產或證據者，檢察官得逕命執行之。但應於執行後3日內，聲請法院補發命令。法院如不於3日內補發或檢察官未於執行後3日內聲請法院補發命令者，應即停止執行。」第2項為：「前項禁止提款、轉帳、付款、交付、轉讓或其他必要處分之命令，法官於審判中得依職權為之。」第3項為：「前2項命令，應以書面為之，並準用刑事訴訟法第128條規定。」第4項為：「第1項之指定期間如有繼續延長之必要者，檢察官應檢附具體理由，至遲於期間屆滿之前5日聲請該管法院裁定。但延長期間不得逾6個月，並以延長1次為限。」第5項為：「對於外國政府、機構或國際組織依第16條所簽訂之條約或協定或基於互惠原則請求我國協助之案件，如所涉之犯罪行為符合第3條所列之罪，雖非在我國偵查或審判中者，亦得準用第1項、前項規定。」第6項為：「對第1項、第2項之命令、前項之裁定不服者，準用刑事訴訟法第4編抗告之規定。」

²¹ 參閱岩原紳作、森下哲郎，預金の帰属をめぐる諸問題，金融法務事情，1746期，2005年8月，頁29；堂園昇平，振り込め詐欺資金における被害者の預金払戻請求権の代位行使，銀行法務21，657号，2006年3月，頁7。

能，匯入款項逕以退匯方式退回匯款行。另依該法第 11 條規定之發還剩餘款的程序為：(一) 存款帳戶經通報為警示帳戶，銀行經確認通報原因屬詐財案件，且該帳戶中尚有被害人匯(轉)入之款項未被提領者，應依開戶資料聯絡開戶人，與其協商發還警示帳戶內剩餘款項事宜。(二) 銀行依前項辦理，仍無法聯絡開戶人者，應透過匯(轉)出行通知被害人，由被害人檢具下列文件，經銀行依匯(轉)入時間順序逐筆認定其尚未被提領部分，由最後一筆金額往前推算至帳戶餘額為零止，發還警示帳戶內剩餘款項：1. 刑事案件報案三聯單。2. 申請不實致銀行受有損失，由該被害人負一切法律責任之切結書。惟疑似交易糾紛或案情複雜等案件，不適用第 1 項至第 3 項剩餘款項發還之規定，應循司法程序辦理。

上述針對國人被害之凍結帳戶及發還剩餘款的規定，對於兩岸跨域詐欺犯罪之大陸籍被害人，因不易取得報案三聯單等，恐難有適用之餘地。若大陸籍被害人依據兩岸協議請求罪贓移交，即使被害人及其匯款金額均能確認且仍在警示帳戶內，在理論上應有及時追回並發還之機會。然兩岸協議之交流實務上迄今仍未有發還成功之案例，究竟是兩岸協議之情資交流、通報作業或協助偵查等之管道有所障礙，抑或大陸籍詐欺被害人無法依法適用該辦法等亟待早日釐清，方能促進兩岸協議罪贓移交之實踐。

四、執行財產扣押或禁止處分是否利於罪贓移交之檢討

洗錢防制法第 9 條第 5 項及第 14 條第 3 項均有類似「對於外國政府、機構或國際組織依第 16 條所簽訂之條約或協定或基於互惠原則請求我國協助之案件，如所涉之犯罪行為符合第 3 條所列之罪，雖非在我國偵查或審判中者」，亦得準用禁止處分及財產扣押之規定。針對前者(禁止處分)，其之立法理由為：1. 符合防止向恐怖主義提供資助國際公約(International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism)、聯合國安全理事會第 1373 號決議及國際防制洗錢金融行動工作組織(Financial Action Task Force On Money Laundering, 以下稱 FATF)防止資助恐怖行動第 2 項特別建議，均要求各國應將提供恐怖行動資金之行為罪刑化；2. 鑑於近年來重大罪犯，在我國境外進行犯罪所得之洗錢行為的情形層出不窮，洗錢防制法第 9 條第 1 項至第 3 項之罪因不在刑法第 5 條至第 7 條之適用範圍，若該法亦無特別規定，僅仍適用刑法第 3 條屬地原則之規定。該結果與防止向恐怖主義提供資助國際公約第 7 條第 1 項 c 款要求資助恐怖行動罪之管轄權應兼採屬地及屬人原則不符；3. 2003 年聯合國反腐敗公約建議各國應將洗錢罪之適用擴大至各國領域外之規定；且為因應我國國民在國外之洗錢行為亦常發生，認宜對我國國民在我國領域外洗錢或資助恐怖行動之行為加以處罰。針對後者(財產扣押)乃為回應 2001 年 3 月亞太防制洗錢組織(APG)對我國評鑑報告之建議，認為我國應制定允許在外國請求時，凍結、協助沒收扣押財產之規定，以符合 FATF 40 項建議中，要求各國在接到他國請求

時，應能有迅速凍結、查封和沒收與洗錢犯罪相關財產之法制²²。

上述立法理由雖強調洗錢法制與國際公約等整合的重要性，惟並未凸顯針對國內洗錢等犯罪情勢而必須加強兩岸及國際合作之必要性、合理性及實效性。因此，兩岸如何在偵查跨域洗錢犯罪的初期，即能迅速、有效地開啟本國協助外國或請求外國協助我國以禁止處分、財產扣押等達到國際公約凍結或保全財產之作用的兩岸及國際合作，誠屬防制洗錢等最為重要且迫切之核心作為。然上述我國禁止處分及財產扣押之規定，在我國境內之立法、執行及審理，仍有諸多法制不備、定性不明（執行客體之競合）等尚待釐清之疑慮。其次，由於我國不僅仍缺乏完整啟動國際刑事偵查及司法互助等之法制²⁴，亦欠缺代替財產扣押之配套措施，如何能確保與他國簽訂之刑事司法互助協議或承諾之互惠原則的成效，亟待考驗。最後，由於政治的因素，中國大陸仍非屬洗錢防制法第 9 條第 5 項及第 14 條第 3 項所稱之「外國政府、機構或國際組織」，故其依兩岸協議針對在大陸發生之洗錢案件，向我國提出罪贓移交請求時，基於立法目的或互惠原則，我國得否依據洗錢防制法及時禁止處分或財產扣押等，仍有疑慮。

肆、我國利於兩岸協議罪贓移交之實體法制的分析

一、執行沒收、追徵、抵償洗錢犯罪所得之基準

（一）義務沒收之執行基準

洗錢防制法第 14 條第 1 項「不問屬於犯人與否，沒收之」的用語，並不存在於多數特別刑法（如貪污治罪條例、組織犯罪防制條例）對違法犯罪所得之義務沒收的規定內。但其卻與刑法對於偽（變）造物、猥褻物、毒品、賭具或竊錄物等違禁物的沒收規定相同，隱含立法者似乎將沒收客體的一切犯罪所得均視為等同違禁物，而欲將其徹底沒收之意圖。然較特殊的是：該法欲貫徹徹底沒收之前，與組織犯罪相同，必須先發還的對象除「被害人」之外，另增加「第三人者」的合法財產。足見，該義務沒收的客體牽涉太廣，雖然在用語上欲以「不問屬於犯人與否」的立法方式，強調徹底沒收，但在實際執行時，仍應優先排除被害人或善意第三人的合法財產。

在執行沒收的基準方面，檢察官依法院判決執行沒收時，若非單純的物件，而係價值變動頗大的新股認購權利證書或公司股票（債券）等物件時，究應採取得時說；抑或裁判時說，仍未有定論。例如：從該法第 14 條第 1 項後段「全部或一部不能沒收時」之用語得知，若扣押物屬於非共犯的多人所有，且財產價值可個別區分時，應可執行部分沒收。惟該部分沒收應何時執行，是否須徵得所有

²² 立法院法律系統洗錢防制法第 9 條及第 14 條之立法理由。參閱 [http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@9:1804289383:f:NO%3DE01835%*%20OR%20NO%3DB01835\\$\\$11\\$\\$\\$PD%2BNO](http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@9:1804289383:f:NO%3DE01835%*%20OR%20NO%3DB01835$$11$$$PD%2BNO)（最終查閱日：2012 年 10 月 8 日）

²⁴ 我國業已完成「國際刑事偵查及執行互助法」草案，全文計有 37 條。

共同所有人的同意，特別是攸關被害人鉅額財產利益增減時，仍須有進一步立法規範的必要。其次，依刑訴法第 142 條第 2 項規定，若檢察官因所有人請求，得將暫行發還之債券責付所有人保管，而該債券日後被法院諭知沒收時，在保管期間內有鉅額財產利益增減時²⁵，是否須連同利得一併沒收或應令所有人負賠償責任等，亦非無疑。因此，基於刑法的謙抑性、國家不能藉刑罰權的行使而獲利；及不能使仍具刑罰屬性的沒收等成為嚴苛刑罰的考量，應有制定明確規定的必要。

（二）追徵、抵償之執行基準

在傳統上刑法分則的追徵規定，多為立法者欲貫徹剝奪瀆職罪或妨害投票罪等不法所得（賄賂）之意旨，故其前提條件為應沒收物或利益「全部或一部不能沒收」時，方能針對應沒收物或利益的價額採取代替措施。此亦與特別刑法的追徵規定相同。至於抵償的規定，通常在「追徵其價額」之後與「或以其財產抵償之」的擇一選項出現。故就文義、論理或目的解釋，應可視其為沒收不能的代替措施。惟就用語出現的先後或執行代替沒收時的邏輯順序觀之，不能沒收時，先追徵其價額；若被告無法繳交相當於應沒收物或利益的金錢等利益時，方能採以強制執行的方式，將其財產抵償之。對此，刑法第 34 條第 3 款為避免刑法總則的沒收規定缺乏實效及刑法分則追徵的目的在於將犯罪所得收歸國有，故基於法律保留之原則，被認為應以法律明定之²⁶。惟法律並未將其制定為徹底剝奪犯罪所得的保安處分，反而將其明定為具有刑罰色彩的「從刑」。因此，基於從刑為刑罰之一的觀點，必須以行為責任為依歸，並對其兼具徹底剝奪犯罪所得的保安處分色彩有所制約，故理論上似不宜規定為刑罰。特別是在現行刑法制定前的解釋論上，學說對追徵普遍已有代替處分的認知，捨棄不用，明定為從刑，絕非妥適。

在執行追徵、抵償的基準方面，由於我國法院宣告的判決主文²⁷，除非是具有足以推論的犯罪所得（含現金），將其宣告沒收外，通常多在明文應沒收物之後，諭知「全部或一部不能沒收，追徵其價額或以其財產抵償之」等語，並未實際論定應沒收物之追徵價額或應以（其他財產）抵償之價額。此種沒收宣告將使檢察官依刑訴法第 470 條第 1 項，執行追徵或抵償之裁判時，並無明確可供其遵循的價額。特別是針對鉅額且短時間內變動頗大的洗錢犯罪所得時，究應採學界及實務界通說的「裁判時說²⁸」；抑或少數學者主張的「取得時說²⁹」、「沒收不能

²⁵ 參閱最高法院 93 年度台上字第 3199 號判決；最高法院 94 年度台上字第 4010 號判決。

²⁶ 陳子平，刑法總論（下），元照，2006 年 2 月，頁 303。

²⁷ 參閱臺灣高等法院 96 年度上更（一）字第 528 號判決。

²⁸ 學者及實務之見解多為「裁判時說」。司法院院解字第 3895 號解釋；洪福增，刑法之理論與實踐，五南，1988 年 6 月，頁 462；高仰止，刑法總論，五南，1980 年 5 月，頁 504；臺灣高等法院 87 年度上更（一）字第 489 號判決。

²⁹ 又稱為「收受時說」。蔡墩銘，刑法總論，三民，2011 年 9 月，頁 328。日本實務界認為應追徵財產在取得之後至裁判之時常有增減情形，「裁判時說」、「沒收不能時說」的金額如何計算

時說³⁰」及「利益剝奪說³¹」實有深入探究之餘地。對此，論者就剝奪洗錢犯罪所得之立場，認上述四說均有其缺失，但基於洗錢防制法及「追徵」、「抵償」擇一選項的立法意旨，應在避免嚴苛刑罰及在可掌控犯罪所得的範圍內，採取能夠儘量剝奪犯罪所得的「利益剝奪說」為宜。另鑑於洗錢犯罪等沒收客體日益多元、複雜，且根據刑訴法第 470 條第 3 項之規定，沒收、追徵及抵償亦得就受刑人之遺產執行，故明定追徵、抵償等之價額，以利執行的程序法制應有及早確立之迫切性。

二、宣告沒收執行前之發還及執行沒收後之救濟

（一）扣押物的發還

依刑訴法第 133 條第 1 項之規定：「可為證據³²或得沒收之物，得扣押之。」其中，「可為」、「得」沒收或「得」扣押等用語，均屬依當時偵查或審理進度知悉之犯罪情況所作出的判斷問題。又刑訴法第 142 條第 1 項「扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；其係贓物而無第三人主張權利者，應發還被害人。」因此，隨著偵查或審理情況之進展，只要確認該扣押物為：1.無留存之必要；2.無第三人主張權利者³³，即應發還予被害人³⁴；且扣押物因所有人、持有人或保管人之請求，得命其負保管之責，暫行發還。另依刑訴法第 318 條扣押贓物之發還，應不待其請求即行發還；對暫行發還之物，若無他項諭知者，視為已有發還之裁定。同時，扣押物若未經諭知沒收者，應即發還。但上訴期間內或上訴中遇有必要情形，得繼續扣押之。而此所謂「必要情形」，若在扣押物為非絕對必要之證物的洗錢犯罪財產時，除須有合於比例原則之考量外，宜有創設確保日後「刑之執行」之替代措施的必要。

（二）禁止處分財產的發還

已有困難，且會影響法律之安定性，故以「取得時說」為通說。井上弘通、西田時弘，沒收保全及び追徵保全に関する實務上の諸問題，法曹會，2004 年 4 月，頁 19、20。

³⁰ 日本學界則以「裁判時說」、「沒收不能時說」較受支持。三浦守、松並孝二、八澤健三郎、加藤俊治，組織的犯罪對策關連三法の解説(三)，法曹時報，52 卷 7 号，2000 年 7 月，頁 65；中山研一，概說刑法Ⅱ，成文堂，1991 年 3 月，頁 275。

³¹ 此說主張追徵價額的算定基準，應針對犯罪行為人取得該物時之價值及之後所衍生之一切利益，在可能的範圍內予以剝奪之見解。李傑清，沒收犯罪所得之程序法制與國際刑事司法互助—以台、日扣押法制的比較法考察為核心，元照，2010 年 10 月，頁 95。

³² 可為證據之物是否須僅限於「可為證明被告有罪之證據之物」？我國實務採否定說。亦即除有罪之證據外，無罪之證據亦得扣押之。林俊益，刑事訴訟法概論（上），學林文化，2011 年 9 月，頁 333；許澤天，刑事訴訟法論Ⅱ，神州，2003 年 8 月，頁 140。

³³ 刑訴法第 142 條第 1 項規定「扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；其係贓物而無第三人主張權利者，應發還被害人。」；李傑清，同註 30，頁 93。

³⁴ 若扣押物之應受發還人所在不明，或因其他事故不能發還者，檢察官應公告之；自公告之日起滿 6 個月，無人聲請發還者，以其物歸屬國庫。

扣押與禁止處分通常均具有暫時性、及時性及階段性的性質。惟就禁止處分規定之內容觀之，其之客體多限定於與金融機構業務相關之財物或財產上利益。因此，論理上禁止處分財產之發還應等同或近似於扣押物之發還。然由於：(1)核發禁止處分的主體原則上只有法官，而檢察官在緊急時的逕命執行；須於3日內獲法院補發命令方能繼續執行。(2)理論上扣押雖為取得物品占有之暫時性的強制處分³⁵。然該「暫時性」的用語，隨著案件之複雜性或犯罪被害人數、規模的擴大等，極易導致發還遲延的結果，已與一般人對「暫時」字義所理解的短時間有甚大落差，故刑訴法多有「應即發還」、「應不待其請求即行發還」等促進迅速發還之規定。對此，洗錢防制法第9條之禁止處分，無論是在偵查或審理期間並無主動得以解除禁止處分之規定，亦無得以取代禁止處分財產之配套措施，已有缺失。其次，由於案件之複雜性及法制面不夠周延等問題，禁止處分在立法上似乎未呈現與扣押物發還相對應之及時性或積極性，已不利於解除或撤銷禁止處分；且其之核駁在本質上均屬法官職權，以當前法院對複雜跨域犯罪所得之審理流程而論，若真有不應禁止處分之財產，恐極易導致遲延發還之結果，亦不利於兩岸協議之罪贓移交。

(三) 沒收執行前的發還與沒收執行後的救濟

洗錢防制法第14條為義務沒收之規定，條文內容僅規定沒收前應發還被害人或第三人³⁶。然此沒收究竟是指沒收宣告前或沒收執行前，並未明定。前者（沒收宣告前）在有發還對象不明、發還財產的所有權有爭議等情形時，即會產生無法發還的問題；後者（沒收執行前）則涉及檢察官是否必須在法院宣告沒收、追徵等判決後，即須立即依法執行的問題。對此，優先發還被害人或善意第三人之規定似不宜以沒收宣告之時間點為基準，而應以沒收執行之時間點為準，其之理由在於：1. 沒收宣告之前的發還，固然已涵蓋扣押物及禁止處分財產之發還，同時法院亦可能斟酌確認已與被害人等和解或匯入法院、檢察署指定之特別帳戶的犯罪所得等，進而宣告沒收特定財產或追徵特定價額。因此，若以沒收宣告之時間點為基準，日後若尚有被害人或善意第三人因所有權等民事訴訟裁判確定後再聲請發還時，則會產生難以依法發還之疑慮。2. 依刑訴法第470條第1項之規定，罰金、罰鍰、沒收、追徵、追繳及抵償之裁判，應依檢察官之命令執行之。但罰金、罰鍰於裁判宣示後，如經受裁判人同意而檢察官不在場者，得由法官當庭指揮執行。因此，對於罰金、罰鍰以外之沒收、追徵等之執行，雖以法院判決為準，但原則上仍以檢察官命令執行之，且檢察官在執行方式及時程等細節之抉擇應具有主導權。此若與刑訴法第472條規定「沒收物，由檢察官處分之。」相

³⁵ 李傑清，同註30，頁137。

³⁶ 被害人以外之第三人，在解釋上應以善意（合理且不知情）取得之情況為限。此所謂「合理」應針對雙方之職業背景、交往情況及取得該物的交易情況、對價關係等綜合判斷之；「不知情」亦以取得該物時不知相關犯行即可，無須擴大至取得後完全不知情為已足，但應排除有重大過失的情況。李傑清，同註30，頁48。

對照，亦可得到相同結論，故應以沒收執行之時間點為準。3. 依刑訴法第 473 條明定「沒收物，於執行後 3 個月內，由權利人聲請發還者，除應破毀或廢棄者外，檢察官應發還之；其已拍賣者，應給與拍賣所得之價金³⁷。」觀之，檢察官在沒收執行後，尚有發還沒收物或拍賣價金之權利，故優先發還被害人之規定，若以沒收執行為基準應較具合理性。特別是重大經濟犯罪產出之洗錢犯罪所得，經常由於被害人數眾多，被害金額及犯罪財產之所有權在審理期間尚未完全釐清之際，在沒有其他法制或作法足以確保日後須優先發還之被害財產時，先予以宣告沒收，避免因未宣告沒收而須發還扣押財產；再待執行沒收時，由檢察官依權利關係人之聲請而發還的作法，應有一定參考價值³⁸。此法院宣告沒收之後並不立即、直接地歸屬國庫之作法，應較符合當前我國優先發還被害人或善意第三人之立法目的，亦將裨益兩岸協議之罪贓移交。

伍、我國利於兩岸協議罪贓移交之分享機制

一、分享沒收洗錢犯罪所得之依據

聯合國自 1988 年通過反毒公約後所制定之防止向恐怖主義提供資助的國際公約（1999 年）、防止國際組織犯罪公約（2000 年）及反腐敗公約（2003 年）都有提出分享協助沒收犯罪所得的概念，目的在以經濟動機或利益誘因促進沒收犯罪所得的國際合作。此外，2003 年修訂之 FATF 40 項建議的第 38 項亦呼籲各國應考慮：1. 成立「沒收財產基金」(asset forfeiture fund)，將全部或一部沒收財產，作為提升執法、醫療保健、教育或其他適當使用之用途。2. 採行必要作為，俾能於必要時與其他國家分享沒收之財產，特別是該沒收是直接或間接源自共同執法行動之成果。因此，在簽署執行沒收國際合作之刑事司法互助條約、協定（議）等時，如何建立分享沒收犯罪所得之制度性的法律規範，以促進國際合作有其必要性及合理性。

針對上述國際公約有關分享沒收洗錢犯罪所得之發展趨勢，我國洗錢防制法第 15 條可謂已有相因應之法制。其之主要內容及配套作為有：1. 沒收的客體僅限於現金或有價證券以外之財物，且僅供執法機關作公務使用。2. 須本於與外國政府、機構或國際組織所簽訂之條約、協定；或基於互惠原則協助我國執行沒收犯罪所得財物或財產上利益者，法務部方得將該沒收財產之全部或一部撥交該

³⁷ 法務部於民國 100 年 12 月 16 日法務部法檢字第 10008081520 號函訂定發布「檢察機關辦理刑事案件偵查中扣押物變價應行注意事項」，<http://www.laws.taipei.gov.tw/taipei/lawsystem/showmaster02.jsp?LawID=A040090041032600-20111216>（最終查閱日：2012 年 11 月 7 日）

³⁸ 參閱日本由犯罪被害財產支付損害回復金法（日文全名為：犯罪被害財產等による被害回復給付金の支給に関する法律），<http://law.e-gov.go.jp/announce/H18HO087.html>（最終查閱日：2012 年 11 月 7 日）。

外國政府、機構或國際組織。3. 行政院已於 2004 年 7 月頒布洗錢犯罪沒收財產管理撥交及使用辦法。

二、分享沒收洗錢犯罪所得之探討

(一) 創設國際分享沒收洗錢犯罪所得之合理性

從聯合國相關公約的內容觀之，聯合國對於各國分享犯罪所得之國際協定（議）或各國國內之相關法制基本上是採取贊成、支持的態度，目的在鼓勵及促進沒收的國際合作，以有效剝奪特定重大犯罪之所得。此就公平原則而言，雙方若基於協定（議）所產生之義務，由被請求國執行沒收，將源自請求國之財產全部返還請求國，即屬協定（議）規範之事務。此時，被請求國應不得另外提出分享沒收財產之要求，否則，對請求國而言，恐有違公平原則。然就國際法之觀點，依照場所支配行為原則³⁹ (locus regit actum)，被請求國多依其本國法律執行沒收⁴⁰，故在其實質占有該財產而不返還請求國時，在法理上雖無缺失，但在情理上似非妥適，且極不利於沒收之國際合作。職是，就請求國而言，藉由互惠原則先開展國際合作；再依貢獻度⁴¹比例分配資產之沒收分享制度的創設，促使被請求國能更積極協助跨域沒收之執行，將原本請求國難以追查之跨域犯罪所得加以沒收，實是對雙方均為有利之舉。另就被請求國而言，在沒有特別協定（議）的情況下，通常其必須自行負擔執行費用⁴²。此時，若能分享源自請求國之財產沒收，當能有效提升執行效率及符合本國之國家利益。因此，就國際法或國際刑事司法互助之分析，無論是請求國或被請求國原則上都應支持分享沒收洗錢犯罪所得的制度。

(二) 分享沒收洗錢犯罪所得之正當性及有效性的質疑

對於為符合分享沒收洗錢犯罪所得之國際公約的我國法制而言，最大的爭點在於對洗錢防制法第 15 條之正當性及有效性的質疑。針對前者（正當性）之質疑在於：1. 在大陸法系的國家，沒收最終執行的結果即歸屬於國家，且多被認為是國家對沒收物權利的原始取得⁴³。因此，在論理上不存在有與任何個人、機

³⁹ Guy Stessens, *Money laundering: A New International Law Enforcement Model*, Cambridge University Press, 2000, P. 416.

⁴⁰ Wolfgang Schomburg, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: International cooperation in criminal matters*, C.H. Beck, 2006, S.238-239.

⁴¹ 美國是世界上少數實施資產分享制度最為成功的國家之一，其對符合美國法制規定下實施之扣押、凍結或沒收之國家，得分為 3 類型之貢獻度如下：(1) 重大協助(essential assistance)：分享比例為 50%-80%；(2) 較大協助(major assistance)：分享比例為 40%-50%；(3) 提供便利(facilitating assistance)：分享比例為 40% 以下。黃風，關於追繳犯罪所得的國際司法合作問題研究，政治與法律，5 期，2002 年 10 月，頁 18；張士金，資產追回國際法律合同問題研究，中國人民公安大學，2010 年 2 月，頁 135、136。

⁴² 聯合國刑事事件互助示範條約第 19 條前段規定「除締約國另有協議，執行請求的一般費用應由被請求國負擔。」

⁴³ 張麗卿，刑法總則理論與應用，五南，2010 年 10 月，3 版，頁 504；黃仲夫，刑法精義，元

構或團體分享沒收資產的概念；2. 國家公務員依法執行查扣及沒收洗錢犯罪所得之職務行為的結果，不應直接成為沒收分享的對象。3. 沒收分享制度的創設，在鼓舞執法人員之士氣及積極性的反面，難免會影響到公務員對未有相對利益產出之職務行為的熱誠；或造成選擇性執法之缺失。針對後者（有效性）之質疑在於：1. 由於法制及執法體制之不同，我國沒收相關法制不夠靈活或健全，針對本國人頭（含法人）帳戶及第三人名義（白手套）之財產，能否及時、有效沒收，已有疑問。2. 多數洗錢犯罪之前置重大犯罪所取得的財產多有犯罪被害人；或該犯罪所得經由掩飾、隱匿之後已轉為善意第三人之財產，故通常可直接歸屬於國庫之財產已極為有限；又他國基於互惠原則，撥交可供我執法機關公務使用之財物通常亦難以期待。3. 沒收分享制度較為成功的實例，大多集中在英美法系國家，其之扣押、凍結及沒收制度較多元、靈活；且由他國流入之犯罪所得亦較多，故其成效較佳⁴⁴。惟必須留意的是：並非所有協助美國執行沒收的國家均能分享沒收財產，而是必須以符合美國相關法律規定為前提⁴⁵，故國際沒收分享制度的建立，絕非僅以少數條文規定即能落實且取得成效。

三、分享沒收洗錢犯罪所得之國際合作

我國有關分享沒收洗錢犯罪所得的國際合作，從國際公約及我國立法例的分析已可看到理論與實踐難以兩立的結果。如此矛盾的結論，事實上並非只發生在我國，也經常由於法制體系的差異發生在大陸法系國家與英美法系國家；或只因發生在開發中國家之貪污、經濟犯罪等之鉅額犯罪所得大多移轉至已開發國家，若貫徹聯合國的資產分享制度，難免會引發上述國家在確保國家利益及維護制度公平性之爭議，故亦有下列具有自主性及協調性的代替措施，以供各國參考。

（一）聯合國反腐敗公約有關犯罪所得返還及處分的啟示

聯合國雖鼓勵各國以簽署反毒等國際公約、簽訂雙方協定（議）或以互惠原則促進分享沒收犯罪所得制度之實踐，但亦期待各國以適合自己國情及犯罪情勢之方式，建立有關沒收犯罪所得之規範、機制或安排。例如，聯合國反腐敗公約有關資產的返還和處分（第 57 條）即特別指摘以分享沒收財產促進國際合作時，必須特別考量或留意之要點如下：1. 無論是依照公約規定或本國法律處分犯罪所得時，均須優先返還合法所有人。2. 被請求國應當依據本國法律的基本原則，

照，2008 年 1 月，2 版，頁 258。惟少數不同意見認為，沒收並非必須限定在國家對於沒收物權利的原始取得，而是一種「權利暫時性代為關係的宣示」。柯耀程，沒收、追徵、追繳與抵償制度之運用與檢討，法令月刊，59 卷 6 期，2008 年 6 月，頁 845、846。

⁴⁴ 相關案例，參閱張士金，同註 40，頁 104-106；陳東，同註 10，頁 222-225。

⁴⁵ 例如：美國在與外國分享沒收資產時必須符合下列條件：1. 相關國家直接或間接參加了依美國法律所開展之扣押、凍結或沒收犯罪所得的活動。2. 美國司法部長或財政部長須批准移交外國分享之資產。3. 上述移交資產的決定須取得美國國務卿的批准。4. 美國與相關外國簽署雙邊刑事司法互助協定或針對個案達成沒收分享的協議。5. 在必要時，相關國家須依據美國《1961 年對外援助法》第 490 條之規定取得認證。黃風，同註 40，頁 18。

在考量第三人權利之情況下，採取必要的立法或措施，以利沒收犯罪所得之返還。3. 在適當的情況下，(1) 除非締約國間另有約定，被請求締約國可在返還或處分沒收犯罪所得之前，扣除為此進行偵查、起訴或者審判程序而發生的合理費用⁴⁶；(2) 締約國尚可特別考慮就所沒收犯罪所得之最後處分逐案訂立協定或者可以共同接受的安排⁴⁷。

(二) 修正我國沒收分享犯罪所得之觀念及作為

從聯合國反腐敗公約較具包容性及協調性之規定得知，當前我國分享沒收財產以利國際合作的規定，仍有儘速修正之必要。其中，如何本於我國自身之犯罪情勢、經濟發展及法制現況，創設以優先彰顯司法正義及保障善良國民（善意第三人及被害人）之財產權的沒收分享制度，除能促進兩岸協議罪贓移交之實踐外，亦能利於國際共同執行沒收之合作。茲從務實、強化沒收分享制度之觀念及作為之層面，分述如下：

1. 觀念面

- (1) 沒收犯罪所得之分享，原則上應屬國際公約、國與國之間的協定（議）或本於互惠原則下所創設之法制，但從聯合國反腐敗公約第 57 條有關「根據本國法律的基本原則」、「在適當的情況下」及「可特別考慮就所沒收犯罪所得之最後處分逐案訂立協定或者可以共同接受的安排」等內容再再地說明，創設沒收分享法制雖以制度化及公平化為前提，但各國針對個別情況仍有極大自主彈性調整之空間。
- (2) 沒收分享法制基本上以返還被害人或善意第三人為優先；扣除執行之必要、合理費用次之⁴⁸，至於各國如何依被請求國執法機關之貢獻度酌訂分配比例與如何將沒收財產迅速轉讓予被請求國等，則為各國內部本於沒收分享制度貴在公平性及制度性之雙重考量下的自主事宜。
- (3) 國際沒收分享法制有助於提升國際或兩岸沒收之時效及成效，而其又以返還被害人或善意第三人為優先，因此實質上即能促進兩岸協議罪贓移交之實踐，且依兩岸協議第 20 條之規定，亦可免除執行請求所生之主要費用，我國實應儘速修法或增修兩岸協議以利對海峽兩岸被害人等之損害回復。

⁴⁶ 此所謂合理費用，係指因查扣、處理或移交財產等所實際產生的直接費用，不含佣金或其他未具體明示之費用。李秀娟，《聯合國反腐敗公約》與我國刑事訴訟比較研究，中國政法大學博士論文，2006 年 10 月，頁 220。

⁴⁷ 在反腐敗公約制定相關規定之前，聯合國反毒公約第 5 條、防止向恐怖主義提供資助的國際公約第 8 條及防止國際組織犯罪公約第 14 條均有類似之規定，但以反腐敗公約內有關沒收分享的內容，最具協調性及包容性。

⁴⁸ 大陸學者有認為應該在締結條約時，明訂補償合理（執行）費用的問題，且以預先支付的方式在沒收執行前支出，故主張補償費用應與沒收執行後之財產分享分別處理。蘇薇、金紅希，費用補償和收益“分享”問題之我見——從《聯合國反腐敗公約》談我國外逃貪官贓款的追繳問題，瀋陽大學學報，16 卷 3 期，2004 年 6 月，頁 57。

2. 作為面

洗錢防制法第 15 條第 1 項（沒收財物撥交使用）之規定，事實上並非針對國際間分享沒收資產所制定之法制，因為國際間之沒收資產分享乃以現金或有價證券等為主，而該規定僅限於「作公務上使用」之財物，事實上多指在我國協助查獲之財物，而其是否能依我國法予以沒收已有疑慮。又我國傳統之沒收乃歸屬於國家之原始取得，外國政府或該財物所有人能否轉讓已遭我國沒收之財物等亦有疑問。另該規定乃為配合國家預算及財產登記等法制而將犯罪所得自行區分財產客體之作法，是否能真正激勵我國偵查人員執行跨域沒收的士氣及提升執法的成效頗值商榷。更重要的是：在該法第 15 條第 2 項上可作為我國撥交外國政府等沒收財產之法源的同時，若無執行該規定之互惠原則的保證等，第 15 條第 1 項充其量僅是我國內部處理分享沒收財產之規定，並非我國請求分享協助他國沒收（源自該國）財產之依據。其次，在促進實踐兩岸協議之執行項目方面，由於我國通緝犯潛逃中國大陸者較多，故輿論及法務部門對於罪犯接返等較為關注，而大陸公安等也都盡力協助。然在跨域詐欺犯罪之犯罪所得方面，我國多為犯罪所得之流入國，我國實應貫徹查扣及沒收該詐欺犯罪之所得，並積極展現誠意以啟動兩岸協議之罪贓移交，如此除能略為平衡及增進兩岸協助對方執法之互利及互信外，亦能深化並落實其他兩岸協議之新合作事務的開展。

陸、提升兩岸協議罪贓移交之展望---代結論

海峽兩岸自 2009 年 4 月簽訂兩岸協議之後，在罪贓移交方面儘管都是符合國際或國內立法的主流趨勢，也都符合國民的期待，但實施迄今，仍無任何得以確認的成功案例。其在我國由於財產扣押、禁止處分、沒收及資產分享等制度的創設與適用，雖有利於沒收犯罪所得之罪贓移交，但經由上述之分析及考察，無論在理論及實務面，仍有下列缺失亟待完善：

一、兩岸協議之法律定位應及早釐清、洗錢防制法有關國際合作之主體應予修訂

當前兩岸執行罪贓移交之法律依據的兩岸協議，僅為框架性的意向規定，其之協助要項的具體落實，恐非現行法律所能全面因應。基此，兩岸協議就文義及目的解釋之觀點，是否符合釋字第 329 號之解釋，應予儘速釐清。又洗錢防制法第 9 條第 5 項（禁止處分）及第 14 條第 3 項（犯罪所得財產沒收）均為涉及國際刑事司法之凍結及沒收的國際合作，最能創設兩岸協議之罪贓移交的契機，然因政治或立法疏失，洗錢防制法第 16 條簽訂國際書面協定的主體不應僅為「外國政府、機構或國際組織」應擴及中國大陸及港、澳地區。

二、洗錢防制法之財產扣押、禁止處分與刑訴法之一般扣押及異常帳戶管理辦法之警示帳戶的客體有所重複，在概念上並不明確，執行上容易混淆

洗錢防制法之財產扣押、禁止處分與刑訴法一般扣押之客體有所重複，在概念上並不明確，執行上容易混淆。例如，現金之通貨交易，其既可為刑訴法一般扣押之客體；亦可為該法之財產扣押與禁止處分之客體，實無在該法另行創設新法制予以財產扣押與禁止處分之必要。然若針對一般扣押之客體僅限於「有體物」之概念及執行時稍偏重於無可替代之「可為證據之物」的特性，在該法創設出專為保全財產價值之財產扣押與論理上應僅管控金融帳戶內之金錢債權的禁止處分，則有其必要性及合理性。惟財產扣押與禁止處分之共同點為，均具管控財產價值之沒收保全性質的強制處分；不同點在於，財產扣押尚可擴及合法財產，禁止處分則僅限於非法財產。惟若客體為存款債權時，則既有禁止處分之規定，則應優先適用之，且在執行時，應以其價值為準，不須具有外在之特定性。至於異常帳戶管理辦法主要乃授權司法警察及時通報銀行將詐欺匯款帳戶列為警示帳戶，暫停該帳戶全部交易功能，以利在能確認被害人、被害金額及其尚未被提(轉)出帳戶時之剩餘款的及時發還。對此，不論我國籍詐欺犯罪集團在我國、中國大陸或第三國實施犯行，若有大陸籍詐欺犯罪被害人依兩岸協議請求我國協助罪贓(匯款)移交時，我國均應積極主動予以協助，俾利於落實兩岸協議之罪贓移交。

三、宣告沒收、追徵財產價額與優先發還被害人等應以沒收執行為基準

當前在宣告沒收財產及追徵價額時，通常最為困難的關鍵在於：當扣押物等因財產權歸屬有所疑慮而無法及時發還時，如何正確宣告沒收財產之價值或追徵財產之價額。此時，我國法院在未確認扣押物已發還前，法官可能本於職權將所有日後可能發還之財產，先行宣告沒收或追徵，以避免相關扣押財產因未能及時宣告沒收而被發還。因此，洗錢防制法優先發還被害人或善意第三人的時間點，應為沒收執行時，而非沒收宣告時。另針對特定重大或複雜之詐欺、洗錢案件之犯罪被害財產，我國當前亟須建構在沒收判決後立即確認犯罪被害財產，進而由法務部長命令所屬檢察長統籌分配被害財產之法制，俾利能以較民事訴訟迅速、簡易之程序，加速兩岸協議之罪贓移交或對本國籍被害人之財產發還等，以達被害人損害回復之刑事司法的目的。

四、沒收資產分享應以返還被害人或第三人為優先；扣除執行上必要、合理的費用次之

國際間沒收資產分享的概念，主要存在於國家之間，目的在利於沒收的國際

合作，以打擊跨域洗錢犯罪者之利益動機。因此，我國當務之急應是先建構完整啟動國際刑事偵查互助等之相關法制；其次在作為國際間刑事司法互助重要一環的沒收資產分享制度上，仍應以返還被害人或第三人為優先；扣除執行上必要、合理的費用次之；若仍有剩餘資產時，依貢獻度比例及制度化之原則，合理分配犯罪所得，則再次之。又沒收資產分享既以返還被害人或善意第三人為優先，其在實質上即有促進實踐兩岸協議之罪贓移交的作用，我國實應儘速增修較具實益之資產分享規定或兩岸協議的具體執行內容，俾利於我國能儘速查扣跨域詐欺、洗錢犯罪等之所得，早日啟動對大陸被害人之罪贓移交，以平衡兩岸協議共同合作偵查之利益，增進雙方執行協議事項之對等及互信的關係，俾利於開創兩岸及國際共同打擊犯罪及司法互助之新紀元。

附表一、彰化地方法院 101 年度易字第 719 號刑事判決附表四「不詳詐騙機房詐騙後由『法拉利』車手集團在臺領取贓款之犯罪事實」

編號	被害人姓名	匯款日期 匯款金額	匯款帳戶	詐騙集團 假冒名稱	機房成員	負責人及 會計	車手集團
1	杜秀玲	2011年12 月14日 人民幣 2700元	農業銀行 、戶名黃 沙沙 帳號 00000000 00000000 315	不詳	不詳	不詳	呂侑鴻、 江志強、 張哮豪、 蔡尙廷、 翁嘉駿、 吳立偉（ 通緝中） 、翁○○ （少年）
2	戴春生ID： 0000000000 00000000	2011年8 月24日人 民幣2萬 2836.34 元	工商銀行 廣東省廣 州維多利 廣場支行 、戶名李 磊 帳號 00000000 00000000 836	不詳	不詳	不詳	呂侑鴻、 江志強、 張哮豪、 蔡尙廷、 翁嘉駿、 吳立偉（ 通緝中）
3	夏東霞ID： 0000000000 00000000	2011年05 月27日 人民幣17 萬元	工商銀行 廣東省廣 州分行體 育西路支 行、戶名 葉曉健 帳號 00000000 00000000	不詳	不詳	不詳	呂侑鴻、 江志強
4	范麗娟ID： 0000000000 00000000	2011年12 月12日 人民幣1 萬7000元	山東省泰 安城東支 行 戶名陳濤 帳號 00000000 00000000 422	廣西欽州 市公安局 民警劉寶 祥 廣西欽州 市人民法 院法官	不詳	不詳	呂侑鴻、 江志強、 張哮豪、 蔡尙廷、 翁嘉駿、 吳立偉（ 通緝中） 、翁○○ （少年）

5	周生達ID： 0000000000 00000000	2011年12 月16日 人民幣1 萬700元	農業銀行 、戶名黃 沙沙 帳號 00000000 00000000 315	廣西省青 州市公安 局宋警官 、劉警官	不詳	不詳	呂侑鴻、 江志強、 張哮豪、 蔡尙廷、 翁嘉駿、 吳立偉（ 通緝中） 、翁○○ （少年）
6	王小林ID： 0000000000 00000000	2011年12 月19日 人民幣4 萬6412元	農業銀行 、戶名黃 沙沙 帳號 00000000 00000000 315	廣西人民 法院 廣西省公 安局	不詳	不詳	呂侑鴻、 江志強、 張哮豪、 蔡尙廷、 翁嘉駿、 吳立偉（ 通緝中） 、翁○○ （少年）
7	胡海銀ID： 0000000000 00000000	2012年3 月17日 人民幣1 萬6035元	中國農業 銀行廣東 省汕頭分 行金砂支 行營業部 戶名郭萍 帳號 00000000 00000000 116	瀋陽市公 安局城西 派出所民 警 杭州中級 人民法院	不詳	不詳	呂侑鴻、 江志強、 吳紹楠、 楊智翔、 吳立偉（ 通緝中）
8	陳曉紅ID： 0000000000 00000000	2012年4 月13日 人民幣 9749.51 元	中國農業 銀行廣東 省汕頭分 行金砂支 行營業部 戶名郭萍 帳號 00000000 00000000 116	還中縣公 安局東街 派出所民 警 廣西省金 州市公安 局派出所 雷警官	不詳	不詳	呂侑鴻、 江志強、 吳紹楠、 楊智翔、 吳立偉（ 通緝中）
9	王軍	2012年1 月2日 人民幣5 萬元	農業銀行 、戶名黃 沙沙 帳號 00000000 00000000 315	欽州公安 局	不詳	不詳	呂侑鴻、 江志強、 吳立偉（ 通緝中）

海峽兩岸刑事司法互助之罪贓移交---以跨域詐欺、洗錢犯罪為例

10	濮秀梅ID： 0000000000 0000000X	2011年12 月2日 人民幣10 萬元	農業銀行 、戶名黃 沙沙 帳號 00000000 00000000 315	人民法院 廣西欽州 公安局	不詳	不詳	呂侑鴻、 江志強、 張哮豪、 蔡尙廷、 翁嘉駿、 吳立偉（ 通緝中） 、翁○○ （少年）
11	李海麗ID： 0000000000 00000000	2011年12 月2日 人民幣2 萬700元	農業銀行 、戶名黃 沙沙 帳號 00000000 00000000 315	公安局李 兆雄警官	不詳	不詳	呂侑鴻、 江志強、 張哮豪、 蔡尙廷、 翁嘉駿、 吳立偉（ 通緝中） 、翁○○ （少年）
12	康林ID： 0000000000 00000000	2012年3 月16日 人民幣3 萬 4536.36 元	中國農業 銀行廣東 省汕頭分 行金砂支 行營業部 戶名郭萍 帳號 00000000 00000000 116	新化公安 局 自稱人民 法院男子	不詳	不詳	呂侑鴻、 江志強、 吳紹楠、 楊智翔、 吳立偉（ 通緝中）

附表二、「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」案件統計總表（累計）
（統計期間自 98 年 6 月 25 日起至 101 年 4 月 30 日）

101 年 5 月 8 日製表（單位：件）

項次	協助事項	執行情形							備註 （請詳列重大案件之基本案情、當事人姓名，並提供機關新聞稿）	
		我方（請求、邀請、主動提供）	陸方（回復）			陸方（請求、邀請、主動提供）	我方（回復）			
			完成	瑕疵、補正	進行中		完成	瑕疵、補正		進行中
一	通緝犯緝捕遣返	591	205 (191 人)	7	379	7	5	2		
二	犯罪情資交換	1,504	712	2	790	504	440	64		
三	司法文書送達	18,365	15,469			1,351	1,157			
四	調查取證	357	160	49	148	31	16	15		

五	罪犯接返		323	6		317				
六	重要訊息通報 (含人道探視)	請求	438	252		186	請求			
		提供	522	522			提供	1,663	1,633	
七	業務交流		94	94			62	62		
八	其他 (請列舉)	<p>一、人員遣返部分，我方向陸方完成遣返 4 人、陸方向我方完成遣返 185 人（包含具指標性之外逃通緝犯，如彰化縣議會前議長白鴻森、前法官李東穎、張炳龍及前立法委員郭廷才、重大槍擊犯陳勇志、前交通部秘書宋乃午等人）</p> <p>二、我方與大陸地區合作交換情資合作偵辦案件，合計破獲 60 案，共逮捕嫌犯 3137 人：</p> <p>（一）內政部警政署刑事警察局與大陸公安單位交換犯罪情資，46 件 3071 人，包括詐欺犯罪 34 件 3014 人、擄人勒贖犯罪 5 件 29 人、毒品犯罪 4 件 21 人、殺人犯罪 1 件 1 人、強盜犯罪 1 件 3 人、侵占洗錢犯罪 1 件 3 人。</p> <p>（二）法務部調查局與大陸地區公安單位交換犯罪情資，雙方共同偵辦破獲 9 件跨境走私毒品犯罪，查獲愷他命 1281 公斤，搖頭丸 14 公斤，逮捕嫌犯 31 人。</p> <p>（三）行政院海岸巡防署與大陸地區公安單位交換情資，雙方共同偵辦破獲 5 件跨境走私毒品犯罪，查獲愷他命 789.4 公斤，逮捕嫌犯 35 人。</p>								

資料來源：法務部網址

<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=268479&ctNode=32135&mp=001>

附表三、海峽兩岸調查取證及罪贓移交請求書

海峽兩岸調查取證及罪贓移交請求書

事 項	內 容	
請 求 機 關	臺灣○○地方法院檢察署	
請 求 目 的	<input type="checkbox"/> 取得證言及陳述 <input type="checkbox"/> 取得書證、物證及視聽資料 <input type="checkbox"/> 確認關係人所在或確認其身分 <input type="checkbox"/> 勘驗、鑑定、檢查、訪視或調查 <input type="checkbox"/> 搜索及扣押 <input type="checkbox"/> 犯罪所得移交或變價移交 <input type="checkbox"/> 其他調查取證事項	
請 求 協 助 事 項 之 說 明		
案 情 摘 要	犯 罪 事 實 摘 要 及 所 犯 法 條	
	目 前 偵 審 情 形	
請 求 執 行 所 附 資 料		
聯 絡 人 及 聯 絡 方 式	職稱:○○○○ 姓名:○○○ 電話:○○○○ 傳真:○○○○ 電子郵件:○○○○	
備 註		
年 月 日		

資料來源：法務部網址

<http://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentDetails.aspx?id=FL057601>

附表四、海峽兩岸調查取證及罪贓移交結果通報書

海峽兩岸調查取證及罪贓移交結果通報書

事 項		內 容
執 行 機 關		
大 陸 地 區 主 管 部 門		
請 求 事 項 摘 要		
執 行 結 果	已依請求執行 完畢及其說明	
	暫緩執行事由	
	無法執行事由	
	不予協助事由	
聯 絡 人 及 聯 絡 方 式	職稱: ○○○○ 姓名: ○○○ 電話: ○○○○ 傳真: ○○○○ 電子郵件: ○○○○	
附 件		
備 註		
年 月 日		

資料來源：法務部網址

<http://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentDetails.aspx?id=FL057601>

淺論法醫鑑定制度--德語系國家之借鏡

文化大學法律學系助理教授 鄭文中

目 次

- 壹、緒論
- 貳、法醫學發展概述
- 參、法醫學在德語系國家發展之概述
- 肆、德國法醫鑑定制度--刑事司法方面之考察
- 伍、我國法醫師法部分規定之檢討
- 陸、結論

摘 要

法醫鑑定，係運用法醫臨床學的理論和技術，對涉及與法律有關的醫學問題進行檢驗鑒定，其所檢驗鑒定之客體者，包括與人身有關的活體、屍體及生物物證等。由於法醫鑑定與人身具有密切相關，在訴訟程序上具有重大意義，而在審判實務上，常以法醫鑑定報告作為證據資料，對於發現真實，維持司法公正具有一定程度地影響。

近代歐洲自中古晚期以來所形成的法醫學及法醫制度係於 19 世紀末葉傳到遠東地區。臺灣在日本統治時期透過日本所建立之法醫制度，而間接地承接歐陸法醫師傳統，亦即有法醫專科醫師之養成制度，一直沿用至 2005 年法醫師通過之前。

法醫師法之制定，其目的在於：健全法醫制度，提升檢驗水準，並促進法治、人權保護及社會正義。立法目的固然良善，然就若干重要的法律條文而言，能否確實地解決「法醫荒」並提升檢驗、鑑定的品質，相關爭議似未隨著法案之通過而塵埃落定。

本文嘗試以法醫制度於歐陸之發展為出發點，簡要地介紹法醫制度在德語系國家中之發展軌跡，並淺顯地探究德國鑑定人制度與法院選任之間之關聯，以說明目前德國法醫鑑定之概況，並針對法醫法中所涉及的爭議問題，擇要地予以探討。

壹、緒論

隨著社會與經濟的高度發展，本為社會現象之一的犯罪現象，也隨之呈現出日趨複雜與多樣化，為發現真實、保全證據，偵查與審判上需運用科學知識經驗之案件將愈來愈多，運用鑑定的領域也隨之愈廣泛，文學、社會學或法律學固非全無，然仍以自然科學居多，且若涉及爭議案件，則對特別法律知識的瞭解與運用更有其必要性。法院若欲將一般人不具備之知識經驗運用於審判上時，通常則必須透過鑑定。在審判實務上，不僅被告行為時之精神狀況須仰賴科學的鑑定，甚至全盤的科學知識、技術已廣泛運用於鑑定領域，充實鑑定功能，而使鑑定與鑑定人屢屢具有足以左右判決結果之重要地位。而就鑑定所涉及之專業領域而言，文獻上亦曾有指出，「由過去累積的案例可發現鑑定案以醫學、心理學、社會學之鑑定最多，占半數以上。其中醫學鑑定又以法醫鑑居多。」¹

刑事訴訟法第 198 條規定：「鑑定人由審判長、受命法官或檢察官就下列之人選任一人或數人充之：一就鑑定事項有特別知識經驗者。二經政府機關委任有鑑定職務者。」鑑定人必須是具有專門的或特別的知識經驗，此之知識經驗並不以特別具有學術上研究地位的學者或研究者為限，而是就鑑定事項，具有鑑定能力，亦即具有特別的、專門的知識經驗者之謂。其目的在於透過活用鑑定人之學識經驗，以補充法院在裁判上所必要之實驗性法則之專業知識的不足。²鑑定人可能以三種方式輔助法院，此亦為鑑定人之任務：1、鑑定人依照其科學專門知識，向法院報告某個一般的經驗法則。2、再者，鑑定人鑑定某個唯有依照特別之專門知識始能察覺、判斷之事實。3、依照得出結論的科學論證規則，鑑定人得出某個唯有依照其專門知識始能判定的結果。³

我國因受社會及文化背景影響，法醫制度之建立及其完備長期未受到應有之重視，以致對於人權之保障難以周全。而隨著國際刑事鑑識科學之快速發展及國內對於司法鑑定制度完善之需求也日益殷切，在具體實踐上，法醫科學固然逐年有所提升，而法醫師於司法實務上之重要性亦與日俱增，然而不可諱言的是，法醫師之人數仍極度欠缺，歸咎箇中原因乃在於整體制度及薪資結構，無法吸引優秀人才從事法醫工作。有鑑於此，立法院於民國（94 年 12 月 28 日制定公布法

¹ 陳文哲，日本刑事法院囑託鑑定程序，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2007 年，頁 9-10。

² 由於目前我國之法制基本上並非如英美法系國家由當事人選任鑑定人，而是由檢察官或法院予以選任，在性質上可謂應屬法官或檢察官之輔助者，參見，黃朝義，勘驗與鑑定，月旦法學教室第 12 期，92 年 10 月，頁 74-86；實務見解亦認為，鑑定人僅係法院的輔助者，最高法院 94 年度台上字第 2074 號判決指出：「刑事訴訟法之鑑定，乃使有特別知識或經驗者，在訴訟程序上，就某事項陳述或報告其判斷之意見，藉以補充法院之知識，協助法院判斷事實之真偽，屬證據資料之一種；因鑑定僅具補充法院認識能力之機能，鑑定意見能否採取，屬證據證明力問題，賦予法院自由判斷之權」。

³ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，3 版，2003 年 9 月。

醫師法，並自公布後 1 年正式施行，而法醫師法之目的即是在於建立完整之法醫師制度，以回應社會對於提昇法醫鑑定水準之要求，從而落實司法人權保障，維護社會正義及促進民主法治之期盼。

法醫師法現行條文第 48 條規定，醫師自本法施行屆滿 6 年起，不得執行刑事訴訟規定之檢驗、解剖屍體業務。亦即自 101 年 12 月 28 日起醫師不得執行刑事訴訟法第 216 條第 2 項與第 3 項、醫師法第 11 條之 1、第 16 條、第 21 條規定檢驗或解剖屍體應命醫師行之。未具醫師資格者，與未具專科醫師資格者之法醫師，依法醫師法服務一般時間後取得執業資格，即可執行法醫師法第 13 條規定 9 項專業鑑定項目，且禁止專科醫師為之，目前固有少數現職檢驗員進入臺灣大學法醫學研究所就讀，惟因工作繁重且須輪值，迄今尚無人完成學業並取得法醫師資格，其餘多數檢驗員則因工作、家庭等諸多因素，始終無法進入法醫學研究所修習學業，不僅目前法醫師人力嚴重不足，未來法醫師來源亦極匱乏。⁴上開規定若未予修正，除各地方法院檢察署自 101 年 12 月 28 日起，即無法借助醫師辦理檢驗及解剖業務外，而於發生重大災難時亦無法借重現有醫師人力辦理相驗工作，有鑑於此，為解決第一線法醫師及檢驗員人力不足問題，行政院已於 101 年 4 月 10 日以院臺法字第 1010128280 號擬具「法醫師法」部分條文修正草案，函請立法院院審議，目前正於司法及法制委員會審查。⁵而此項修正對於該法指導原則之一，即所謂的「醫師與法醫師分流」，無異大相逕庭。此是否意謂著，法醫師法歷經立法五年多的沉澱與反思，該法之主管機關法務部發現，「法醫」學業訓練過程中難以貫徹立法院於通過該法時所作成之附帶決議，甚且其執行業務時，可能與「醫師法」、「醫療法」、甚至是「個人資料保護法」，有所抵觸、衝突，而有侵犯民眾隱私之虞，⁶並不可得知。

臺灣的現代法醫學是日本統治台灣時期所建立，而日本的現代法醫學制度則又是於明治維新脫亞入歐的時代背景下，師法歐陸制度而來。因此，臺灣的法醫學制度也間接地繼受歐陸法醫制度，同時在二次大戰結束後，也受到美國制度的影響。因此本文首先將於歷史的角度切入，介紹法醫學及法醫鑑定制度於歐洲大陸，尤其是德國及其他德語系國家之發展概況，其次在就德國鑑定人制度之現

⁴ 立法院第 8 屆第 1 會期司法及法制委員會第 20 次全體委員會議紀錄，立法院公報 第 101 卷第 46 期 委員會紀錄，頁 430-431。

⁵ 此外尚有蘇清泉委員版本(全聯會版本)及民間司法改革基金會提出相對應之修正草案，而立法院已於本(2012)年 11 月 20 日三讀通過法醫師法部分條文修正草案，延長法醫師法第 48 條原定醫師得執行司法機關之檢驗及解剖業務之時限至 104 年 12 月 28 日。

⁶ 例如法醫師法第 44 條規定，醫學院或其附設醫院，一定規模以上之教學醫院，應設置法醫部門；其設置辦法，由中央衛生主管機關會同相關機關定之。然而，根據醫師法 28 條，未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務者，係可施加刑罰之密醫行為，法醫師法如此之規定，使得不具醫師與或醫學生資格的「法醫研究所學生」在醫院實習、不具醫師與專科醫師資格且欠缺臨床經驗的法醫研究所之法醫師，在醫院廣設法醫部門，積極的準備未來介入醫事鑑定，進行專科鑑定(諸如：性侵、懷孕、流產、兒虐、精神、牙科等)，恐亦是陷人於罪，同時更是嚴重的侵犯病人的個資秘密。

況，及其在刑事司法之規定，針對現行德國法醫專科醫師參與司法鑑定進行初步地考察，其中並佐以數則與具體實踐有關之情形說明德國法醫鑑定在司法實務上所具有之重要性。本文第五章亦將我國法醫師所揭示之立法目的為基調，探討法醫師之若干原則性規定，能否與此目的相符，進而實現其立法時所設定之立法目的。最後在回顧本文討論之重點，而於提出個人觀點後，結束本文。在此亦須一併敘明者為，關於鑑定人之鑑定報告在德國法及我國法證據法上所涉及之問題，本文並未列入討論，且限於篇幅之因素，需另為文探討。

貳、法醫學發展概述

自西元 2 世紀到中古時期，西方醫學是以被視為醫學聖經(Bibel der Medizin)，蓋倫(Claudius Galenus)學說為主流，一直到薩維李(Andreas Vesalius)使用解剖工具親自演示操作，取代了傳統上由講授者聘請外科醫生對於動物進行解剖加以解說的方式，並於 1543 年發表了「人體的構造」(De humani corporis fabrica)一書，而為現代的法醫學理論奠定基礎。就法律上的規定而言，早在 1532 年，神聖羅馬帝國於雷根斯堡的帝國議會(Reichstag zu Regensburg)通過了著名的卡洛林納法典(Constitutio Carolina Criminalis)，該法典規定有關殺嬰及墮胎(krimineller Abort und kriminelle Sterilisation)、謀殺(Mord)、殺人(Totschlag)、傷害致死(Körperverletzung mit Todesfolge)等犯罪之審判及遭殘殺死亡者的屍體解剖(Leichenschau gewaltsam Getöteter)、甚至包括青少年行為人或是精神病患之責任能力(Schuldfähigkeit Jugendlicher oder Geisteskranker)都必須有醫學專家(ärztlicher Sachverständiger)參與評估。德國學者 Otto v. Oesterlen 於 1877 年時⁷指出，在卡爾五世(Karl V.)所頒布的卡洛林納法典之前，並未如此詳盡及適用範圍涵蓋如此廣的規定，而藉由卡洛林納法典的規範，作為一項新型態實用科學的法醫學，於焉產生。⁸

相對於歐洲大陸須有醫學專家參與特定刑事犯罪鑑定，英國則是施行所謂的驗屍官(Coroner)制度。英國的驗屍官制度早於西元 1194 年即與稅務員「合署辦公」，中古世紀英國驗屍官可以調查所有可能影響國家稅收之事件，該制度係以維護王國之稅收為目的，故以具有醫師或律師資格者為原則，由於醫學不發達與人頭稅之制度，仍難免有「因地制宜」之政治任命，驗屍官未必人人具有「醫學

⁷ http://www.selfmedia.de/usr_web287_3/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=23，最後瀏覽日，8/11/2012。

⁸ 遠東地區最早於南宋理宗淳祐 7 年(247 年)由宋慈(南宋福建建陽縣童游里人，字惠父，1186 年-1249 年)撰述可以稱為法醫學首部專著之「洗冤錄」，書中記載有自縊、絞死、溺斃、殺傷、中毒、屍體現象等項目。後於明朝時流入韓國及日本，日人河合甚兵衛於 1736 年編譯為「無冤錄述」，風行於日本，葉昭渠：最新法醫學，1987，頁 24-25。

專業」。早期驗屍官會針對非病死、猝死、自殺、暴力死亡者，皆須經過「調查」，早期驗屍官對「自殺」進行調查，如認為「畏罪自殺」，則會沒收其「有形資產」；另外因為事關王國之稅收，早期驗屍官也要對轄區之「出土財寶」進行調查，即使至今日，仍保留「出土財寶」通報責任。隨著時代演進，驗屍官之角色越來越專業，1887年之「驗屍官法」，明確地免除其國家稅收責任，賦以驗屍官維護社區利益之責任。部分地區也有病理醫師負責驗屍。病理醫師是具有醫師資格的專科醫師，關於醫師調查死者死亡原因之方法有「屍體解剖」與「開棺檢驗」兩大項。英國死亡鑑定單位因區域而異，蘇格蘭為「意外死亡鑑定所」(Fatal Accident Inquiry)，英格蘭與威爾斯為「法醫鑑定所」(Coroner's Inquiry)。⁹

歐洲自17世紀開始，法院開始全面採用法醫師之證詞，歐洲大學醫學院亦於17世紀開始教授法醫學，且大多數認為應屬於醫學而非法學之分支，保持獨立研究與發展之能力，以發展與判斷法律事件，應將法醫學設於醫學院，至18世紀，法醫學已經成為醫學院之必修課程。因此歐洲民主國家皆將法醫學設於醫學院內，例如德國、英國、奧地利、瑞士。

台灣於1936年台北帝國大學醫學部成立之時，由東京帝國大學法醫學三田定則教授擔任台北帝國大學醫學部首任部長(醫學院院長)，同時也是首任法醫學講座教授，1937年9月三田接續幣原坦教授擔任台北帝國大學第二任總長(校長)，1938年6月由北海道帝國大學久保忠夫副教授擔任法醫學講座教授，1941年4月日本法醫學第26回總會於台北帝國大學舉行，1943年8月久保忠夫中風病逝，1944年改由九州帝國大學田代歡之助教授擔任，至1945年5月不幸被美轟炸機炸死。1945年11月台北帝國大學醫學部改名臺灣大學醫學院，由新潟醫科大學小片重男教授留任法醫學科主任，1947年4月日本人被遣返後，警務處法醫由台大法醫學助教葉昭渠轉任。台灣自1945年以來，長期缺乏足夠的法醫學人力與物力，法醫學研究逐漸落後於部分亞洲國家。¹⁰ 遲至1990年，全國治安會議的決議，以臨時任務編組方式在台灣高等法院檢察署暫設法醫中心，並研擬《法務部法醫研究所組織條例》草案，此一法案於1997年經立法院三讀通過，並由總統公布施行，同年5月30日成立籌設小組，1998年7月1日，法務部法醫研究所正式成立，原屬臨時編組之台灣高等法院檢察署法醫中心業務則併入該法醫研究所。

⁹ 參見葛謹，英國醫療糾紛處理制度：對改進我國制度之啟示，台灣醫界第51卷，2008年，頁68-73。

¹⁰ 臺大醫學院百年院史(下)系科所，臺大醫學院，1999，頁155-160。

參、法醫學在德語系國家發展之概述¹¹

關於現代法醫學之任務，可以認為：法醫學係研究與利用醫學與科學知識以解決法律事件中醫學問題之學問¹²，即以醫學之知識與經驗，應用學識與協助解決法律事件之學問，目的在謀求法律公正、社會安寧與維護公共利益。

歷史上最早記載關於法醫任務(gerichtsmedizinische Aufgabe)的文獻，可以回溯至西元前 2700 年左右的古埃及時期，印和闐(Imhotep)經由驗屍(Leichenschau)確定死亡原因，而西元前 1700 年左右巴比倫國王漢摩拉比(Chammurapi)，在著名的漢摩拉比法典第 218 條即規定有關於醫療疏失(ärztliches Kunstfehler)的處罰，在近古的文獻中，例如日耳曼法及東羅馬帝國皇帝查士丁尼(Justinian)所編纂的民法典(Corpus iuris civilis)中，都可以找到相關的記載。而實際上探討法律上具有重要性的問題是開始於中古晚期的維薩李(Vesalius)、郭德隆齊(Codronchi)、費德利思(Fidelis)、菲力克斯·布拉特一世(Felix PLATTER I.)、帕雷(Parè)及札哥雅思(Zacchias)等散居於當時瑞士、法國及義大利的醫師，而其中法國醫師帕雷(1517–1590)更被認為是現代意義下的第一位法醫師(Gerichtsmediziner)¹³，而札哥雅思的著作「法醫學之問題」(die Questiones

¹¹ Ausführlich dazu, Hans Joachim Mallach, Geschichte der Gerichtlichen Medizin in deutschsprachigen Raum, 1996

¹² 德國法醫師協會於 1968 年的年度會議中曾對於法醫師的任務項目作成以下決議，「醫師在社會中及對於社會的任務與職責(醫師的法律地位、醫師與病患之間的契約關係、醫學倫理、醫師沉默與說明義務之範圍與界限、對於有關機關之說明與通報義務、醫療處置之法律問題，特別是涉及手術與輸血)、醫療人為疏失、最重要的保險醫療問題及醫學鑑定行為之基礎，尤其是涉及到醫學確定之證據價值(或然率概念)等之理論、於有疑問且具有法律上重要性的傷害行為之蒐集及保全證據的醫學工作，例如虐待、性侵害及死因不明與意外死亡之情形、驗屍及解剖屍體之難題、確定死亡時間、劃定自然死亡、意外、自殺及他殺界限之診斷鑑別可能性。基於法律之確定性要求每一位醫師，對於最常見方式之威脅行動有所認識。」，原文如下：
"Aufgaben und Verantwortlichkeit des Arztes in der Gesellschaft und für die Gesellschaft (Rechtsstellung des Arztes, vertragliche Beziehungen zwischen Arzt und Patient, ärztliche Ethik, Umfang und Grenzen der ärztlichen Schweige- und Aufklärungspflicht, der - und Meldepflicht gegenüber Behörden, insbesondere Operationen und Transfusionen), die Lehre vom ärztlichen Kunstfehler, von den wichtigsten versicherungsmedizinischen Problemen sowie von den Grundlagen der ärztlichen Sachverständigentätigkeit, besonders im Hinblick auf den Beweiswert medizinischer Feststellungen (Wahrscheinlichkeitsbegriff), ärztliche Aufgaben der Befund- und Beweissicherung bei fraglichen rechtserheblichen Körperverletzungen, zum Beispiel Misshandlungen und Notzucht und bei unerwarteten Todesfällen, Probleme der Leichenschau und Obduktion, Todeszeitbestimmung, differentialdiagnostische Möglichkeiten zur Abgrenzung von natürlichem Tod, Unfall, Selbstmord sowie Tötung durch fremde Hand. Die Rechtssicherheit verlangt von jedem Arzt die Kenntnis der häufigsten bedrohenden Einwirkungsmöglichkeiten."
http://www.selfmedia.de/usr_web287_3/index.php?option=com_content&task=view&id=23&Itemid=29，最後瀏覽日，8/11/2012。

¹³ <http://www.akfos.com/der-akfos/geschichte/entwicklung-der-gerichtlichen-medizin.html>，最後瀏覽日，8/11/2012。

medico-legales)則是第一部有系統地針對法醫學所為之著作。¹⁴

西元 17、18 世紀在德國中部地區，三位歷史上著名的法醫學者 Paul Ammann、Gottfried Welsch 及 Johannes Bohn，相繼提出有關法醫學的鉅著，其中 Johannes Bohn 則是首度提出了法(庭)醫(學) (Gerichtliche Medizin)的概念，而同一時期，德國北部的學者 Ludwig Julius Caspar Mende 更是完成了一部七卷內容詳盡，而適於立法者、法律學者、醫師及外科醫師(Wundärzte)參考的法庭醫學 (Handbuch der Gerichtlichen Medizin)。

17、18 世紀年間，在約瑟夫·貝昂德(Josef Berndt)與彼得·法蘭克(Peter Frank)的影響下，強化了法醫學領域的這種轉變，1804 年維也納醫科大學設立了德語世界的第一個法醫學的大學教席，到了 1818 年已經有法醫學研究所的成立。¹⁵自 1819 年起，法醫學在丹麥更成為一項考試科目。¹⁶ 在大學教育方面，1651 年起，海德堡大學醫學院即已經提供法院鑑定意見報告。如同其他許多情況所顯示者，法庭醫學的科目，開始之初是由其他醫學專業的學者兼任傳授。法庭醫學的名稱大概是在 1700 年左右首度被使用。而 1774 年，哥廷根大學醫學教授 Christiani Gottlieb Ludwig 於 1764 年所出版的著作，被推薦成為第一本關於法庭醫學的教科書。¹⁷ 在其他歐陸各國，1740 年，哥本哈根大學開設了有關法庭醫學的講演課程(Vorlesungen)；法國大革命期間，法國第戎科學院(Akademie von Dijon)也首度開設有關法庭醫學的講演課程；布拉格大學亦於 1785 年開設相同的課程，並於 1807 年設置了法庭醫學的正式教授教席。

除了大學的法醫學教育，實務的發展也同步地在進行。18 世紀末，奧地利相關衛生警察法規(Sanitätspolizeigesetze)之制定，一定程度地促進了法醫學的發展，特別是佛蘭克所提倡，法醫學與醫療警察(Medizinische Polizei)，公共衛生服務人員合併成國家食品藥品監督機構，在公共衛生(Hygiene)及細菌學(Bakteriologie)蓬勃發展之前，此一機構均一直維持。正如同 Pettenkofer 所指出者，將法醫學及醫療警察這兩股力量聚攏在一起似乎總是不自然，1875 年當霍夫曼(Eduard Ritter von Hofmann)被任命為維也納大學法醫學的副教授時，法醫學在實務上始與公共衛生與醫療警察分離。¹⁸

¹⁴ Vgl. Patrick Budenz: *Quaestiones medico-legales. Hinter den Kulissen der Rechtsmedizin* 2011.

¹⁵ Lehrkanzel für Staatsarneykunde, Lehrkanzel für gerichtliche Medizin und Medizinalpolizei, vgl. <http://www.meduniwien.ac.at/hp/gerichtsmedizin/allgemeine-informationen/geschichte-der-wiener-gerichtsmedizin/>

¹⁶ 值得一提的是，被西、葡兩國殖民的南美國家，例如巴西的里約大學在 1832 年即有法醫學的教席，秘魯也在 1839 年跟進，vgl. <http://www.akfos.com/der-akfos/geschichte/entwicklung-der-gerichtlichen-medizin.html>，最後瀏覽日，8/11/2012。

¹⁷ 完整的書名為：D. Christiani Gottlieb Ludwig, ord. Professor Med. in acad. Lips. quondam Decani, *Institutiones Medicinae Forensis praelectionibus academicis accomodatae*

¹⁸ 關於此一部份，vgl.

<http://www.meduniwien.ac.at/hp/gerichtsmedizin/allgemeine-informationen/geschichte-der-wiener-gerichtsmedizin/>

事實上，早在 18 世紀下半葉，奧地利境內已經有與法醫制度相關的法規，例如 1768 年制定的泰瑞莎刑法典(Constitutio Criminalis Theresiana)規定，自 1770 年 3 月 30 起開始引進驗屍的制度，而驗屍官必須通過醫學院的考試。1784 年，在維也納市立綜合醫院設立(Wiener Allgemeine Krankenhau, AKH)後，官方的屍體解剖工作也就移交給該醫院的外科醫師，而由該醫院兩名外科醫師與維也納的市外科醫師(Stadtwundarzt)共同組成委員會，並且由後者負責實際屍體解剖工作的進行。1808 年，奧地利發布一項行政命令，驗屍與屍體解剖部門應該由法醫學暨藥理學教授(Professor für Gerichtliche Arzneykunde)掌理，而驗屍與屍體解剖時也應該有醫學系的學生參與，1812 年起，維也納市區與市郊所有的屍體解剖都必須在市立綜合醫院進行。

直到 19 世紀結束前，相較於在奧地利成為大學醫學教育的專門學科已經有近百年的歷史，在德國，作為一門學科，法醫學仍未受到相當的重視。¹⁹ 根據一項統計數據顯示，在 1889 年時的德國境內，並沒有任何一所大學設置有法醫學的正教授教席，在 20 所德國大學中，有兩所大學有法醫學的全職教授(Ordinarien)，不過僅是次要科目(Nebenfach)，10 所大學有副教授(Extraordinarien)，然而全部均不是因教授法醫學而獲得教席，1 所大學設有講師，值得一提是，此係為法律人所開設的課程。²⁰ 以在二次大戰前，德國法醫學研究居於領先地位的萊比錫大學的發展為例，一直到了 1900 年，當時的薩克森邦文化部才批准設置法醫學研究所，1901 年法醫學始成為必修科目，1927 年時已成為醫師國家考試的專業科目之一，隔年，1928 年，根據當時萊比錫大學法醫學研究所所長李查·寇克(Richard Kockel)所作的調查顯示，當時德國的 24 所大學中，共有 14 所大學設有法醫學研究所。²¹

事實上，在法醫學蓬勃發展的時代中，在德國並非全然沒有阻力，而主要的反對勢力是來自於病理學家(Pathologen)的競爭，以及外科醫師(Chirurgen)。然而，稍後在 1899 年九月，普魯士立法者於區醫師法(Kreisarztgesetz)中規定，官方醫療機構的醫師(Amtsarzt)必須同時執行法醫師的工作，才使得此種競爭對立的態勢獲得解決。而現今德國法醫師協會的成立，事實上可以回溯到在 1822 年九月於萊比錫成立的德國自然學者與醫師協會(Gesellschaft für Deutscher Naturforscher und Ärzte)。²² 後者於 1886 年設立了一項與法醫師有關的部門，之後於 1904 年成立德國法醫師協會。值得一提的是，在該協會的六名創立委員會的成員中，有兩位來自奧地利的法醫學正教授獲選出任。²³

¹⁹ Vgl. Kockel, Richard, Das erweiterte Institut für gerichtliche Medizin der Universität Leipzig Arch Kriminal 83, 1928, 206-207

²⁰ Kockel, ebd.

²¹ vgl. <http://www.akfos.com/der-akfos/geschichte/entwicklung-der-gerichtlichen-medizin.html>，最後瀏覽日，8/11/2012。

²² 該協會已於 1968 年正式更名為「Gesellschaft für Deutscher Rechtsmedizin」，vgl. Hans Joachim Mallach, (Fn.10)。

²³ 關於此一部份，vgl.

在德國，法醫師的養成教育，除了必需至少受過六年醫學教育外，此外尚須於醫學教育後，繼續接受至少五年的法醫學專科醫師養成教育(Facharzt Ausbildung Rechtsmedizin)，其中至少有半年的精神病學(Psychiatrie)及一年病理學(Pathologie)的課程。²⁴ 在此之後仍必須通過法醫專科醫師(Facharzt für Rechtsmedizin)的考試。在瑞士，法醫學專科醫師，也是必須於正規的大學醫學養成教育後，再受五年的專科醫師教育，而在通過專科醫師考試外，在專科醫師的養成教育中，尚須接受一定數量的臨床法醫檢查(klinisch-forensische Untersuchungen)、驗屍(Legalinspektion，德、奧術語分別為 Leichenschau、Leichenbeschau)、屍體解剖(Obduktion)及其他相關的法醫實習課程。這些資格條件都記載在瑞士醫界聯盟(FMH)²⁵ 對於專門醫學科目的評估備忘錄(Evaluationsprotokoll)中。²⁶

在司法實務上，德國法醫學鑑定係採取由大學醫學院及醫療機構承擔的制度，法院、檢察署和警察局皆不設置所謂的專責法醫鑑定機構，而隸屬於警察局的司法鑑定機構亦不從事法醫學的司法鑑定。各邦境內所發生的刑事案件，倘若需要法醫學方面的鑑定，則由各邦境內的大學醫學院法醫研究所所設立的法醫鑑定機構負責。換言之，德國的法醫司法鑑定與法醫師養成教育，係與醫學教育緊密結合，而法醫研究所一方面培養高素質的法醫專科醫師及法醫學相關專業技術人才，一方面大學法醫研究所通常皆有設立法醫鑑定機構，以供培養法醫專科醫師實習之用。在德國要成為一名法醫必須經過十一年的時間，其中六年時間學習基礎醫學課程，五年時間專門學習法醫知識。在法醫學學習的五年中，除相關的專業課程、如解剖學、心理學、精神病學、病理學等課程外，尚需學習相關的法學知識，參與實習、研究工作，撰寫並發表相關論文。並於通過國家考試後，始能取得法醫資格。

肆、德國法醫鑑定制度--刑事司法方面之考察

一、德國刑事訴訟法鑑定程序概述²⁷

德國刑事訴訟法第 168d 條第 2 款規定：「法官勘驗時，若須指定鑑定人的，被告可以申請傳喚其提名的鑑定人到場，如果法官對此申請拒絕准予，被告可以自行傳喚其提名的鑑定人到場。對於被告提名的鑑定人，在不妨礙法官指派之鑑

http://www.selfmedia.de/usr_web287_3/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=23，最後瀏覽日，8/11/2012。

²⁴ <http://flexikon.doccheck.com/de/Facharzt>

²⁵ FMH 是瑞士醫師的職業聯盟及邦醫師協會與專科醫師協會的聯合組織，類似我國的醫師公會全聯會，總部設在伯恩，係一私法人組織，vgl. <http://www.fmh.ch/>。

²⁶ Vgl. <http://www.sgrm.ch/medizin/fachtitel-rechtsmediziner.html>，最後瀏覽日，8/11/2012。

²⁷ Vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht 25. Aufl. 1998, §27,S.225ff.; Beulke, Strafprozessordnung, 2003, 197ff..

定人的工作前提下，應當准許其參與勘驗及必要的調查。」

為了保障鑑定的公正性，在法官同意實施鑑定後，通常被告對鑑定程序具有以下參與權：(1)有權請求鑑定人迴避，德國刑事訴訟法第 74 條第 1 項規定：「得以請求法官迴避的同樣理由，於請求鑑定人迴避時，準用之。」(2)有權請求鑑定人宣誓，德國刑事訴訟法第 97 條規定「依檢察官、被告或者辯護人申請，應當要求鑑定人具結。」

從決定鑑定事項及鑑定範圍到委託鑑定人的具體工作主要由法官依職權進行。德國刑事訴訟法第 73 條規定：「在涉及法律規定的若干情況下，法官必須邀請鑑定人提供鑑定意見；需要聘請的鑑定人及其人數由法官決定；同時法官須與鑑定人達成鑑定完成期限之約定。」同法第 83 條第 1 項規定：「法官如果認為已作出的鑑定尚有不足時，可以要求原鑑定人或請求其他的鑑定人作出新的鑑定。」從而可以得知，於審判中，鑑定程序之啟動係由法官主導，在一定程度上避免由當事人啟動鑑定程序、決定及藉由委託鑑定人而導致鑑定人充當「當事人的辯護人」之情況發生；同時鑑定人選和人數由法官決定，得以避免因當事人意志而出現任意增加鑑定人之情況，從而避免因鑑定程序繁瑣，導致拖延訴訟程序進行的後果發生。

負有舉證責任之當事人亦有啟動鑑定程序之權利。德國刑事訴訟程序上，鑑定報告是法律規定的重要的證據方法之一，在審判程序中，負有舉證責任的當事人一方必須提供事實存在與否的證明，在其過程中如果涉及相關專門問題需要鑑定時，負有舉證責任的一方有啟動鑑定程序之權利。刑事案件的被告或犯罪嫌疑人有一定的鑑定程序啟動權。德國刑事訴訟法第 168d 條第 2 款規定：「法官勘驗時，若須指定鑑定人的，被告可以申請傳喚其提名的鑑定人到場，如果法官對此申請拒絕准予，被告可以自行傳喚其提名的鑑定人到場。對於被告提名的鑑定人，在不妨礙法官指派之鑑定人的工作前提下，應當准許其參與勘驗及必要的調查。」根據此項規定，德國刑事訴訟法固然賦予了刑事被告鑑定程序啟動權，然而此項啟動權之行使須符合一項前置條件，即是否符合「不妨礙法官指派之鑑定人的工作前提下」此一條件，因此此類案件的鑑定程序啟動仍是由法官主導，法官主導鑑定程序之開啟，此項原則並未有改變。

二、德國鑑定人之分類

鑑定人的名稱，在法律上原則上並不受保護，因此在某些專業領域，倘若法律對之並未有法律明文規定許可或是承認規則，每一個人都可以在市場上從事鑑定工作，並且自己冠上鑑定人的名稱。然而如同私人組織，立法者已經發展出關於決定鑑定人之程序及形式，並藉此將不同領域所需之必要專業知能予以定義。在德國訴訟體制中的鑑定人，其主要來源大約可區分成以下五類²⁸：

²⁸ 關於此一部份，vgl.

http://www.konstanz.ihk.de/recht_und_fair_play/sachvers/Merkblaetter/996384/SV_Arten.html;jses

i 公開任命並宣誓、具結之鑑定人(öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige):此種鑑定人明文規定於特定的法律中,例如商業法第36條,並且提供諮詢意見、審查部門(Prüfungssektoren,例如報廢車輛審查條例、包裝法規),及於其被定義的專業領域提供建議;此種鑑定人必須宣誓(具結),於其執行鑑定或其他任務時,不偏袒、不受指令拘束、獨立、嚴謹地進行,並且是親自進行;此類鑑定人僅受公開任命,倘若其之前即具有特殊專業知能,且對於其個人之誠信毋庸置疑;於法院之鑑定程序將優先委託其進行,而在法院的訴訟程序中其他鑑定人僅應於特殊的情況存在時,始能委託其鑑定(參見德國刑事訴訟法第73條第2項之規定);於其接受任命之期間,此種鑑定人必須遵守廣泛的職責義務,並且接受公法上公共團體(Körperschaft des öffentlichen Rechts)的監督²⁹,倘若其違反職責義務時,則將喪失其公法上之地位。由於公開任命宣誓的鑑定人條件要求最高,程序審核最嚴格,管理規範最嚴謹,因而可信度相對也屬最高,其他種類的鑑定人故意冒充此種鑑定人將遭受法律制裁。對這類鑑定人,德國通過《企業法》、《手工業法》等法律,具體規定了工商協會、手工業協會等相應的行業組織實施准入、管理、監督、編制統一名冊等職能。根據2010年的統計,各行業公會登錄之公開任命宣誓鑑定人達2萬多人,涉及的專業領域近千個,幾乎已經涵蓋所有的司法鑑定類別及專業領域。

ii 官方認可之檢驗機構的鑑定人或官方承認之鑑定人(Sachverständige amtlich anerkannter Prüforganisationen bzw. amtlich anerkannte Sachverständige):根據特定法律之規定,此種鑑定人僅得於其通過安全檢查(Sicherheitsprüfungen)之特定領域,例如機動車輛、電梯、壓力容器(Druckbehältern)或醫療設備等之檢驗,從事鑑定工作,此種鑑定人通常是受雇於國家法律授權委託機構的職員或契約夥伴,例如德國機動車監督協會(DEKRA)、技術監督協會(TÜV);倘若鑑定人違反職責義務時,則將被撤銷其所獲得的官方認證,而這些官方認可的機構及其鑑定是由邦所屬的相關主管機關,依照法律所確立的職責義務項目,監督其鑑定工作。

iii 邦承認之鑑定人(Staatlich anerkannte Sachverständige):在某些邦定期會舉行有關隔音及保溫(Schall- und Wärmeschutz)、建築物防火及結構穩定(bauliches Brandschutz und Standsicherheit)等考試,或者是如巴伐利亞邦所謂的「負擔責任之鑑定人」(verantwortliche Sachverständige)³⁰,而這些考試都是邦政府承認的考試類科。通過此種考試的鑑定人,將獲得主管邦建築事務之機關或者受其委託之建築師或工程師公會(Architekten- und Ingenieurkammer)的認證,而此種認證,必須符合個人及專業上的必要條件,且是值得信賴;同樣地,此種鑑定人違反職責義務時,將由各邦撤銷其所獲得的認證。而這些鑑定人是由符合資格的認證機

sionid=4BCE69410C6536508EBC191CCBBD4B5.repl2, 最後瀏覽日, 8/11/2012。

²⁹ 公開任命的鑑定人名冊,通常可以在每一個地區的登記註冊的公共團體(Bestellungskörperschaft),尤其是職業公會(Kammer)中取得。

³⁰ 關於「負擔責任之鑑定人」,vgl. http://www.stmi.bayern.de/imperia/md/content/stmi/bauen/rechtundtechnikundbauplanung/_bautechnik/pruefung_pruefamt_svbau_spruefv/svbau.pdf

構，依照確定的職責義務項目，監督其鑑定工作，此種鑑定人的名冊須於認證機構登錄。

iv 獲得認證之鑑定人(Zertifizierte Sachverständige): 德國目前所稱的認證鑑定人，首先必須獲得認證，倘若其之前已經符合個人與專業的要件，且對於其個人適格(persönliche Eignung)與否，並無任何質疑；此種鑑定人於其認證期間必須遵守廣泛的職責義務目錄(Pflichtenkatalog)，並且接受認證單位適當的監督。此種認證得予以撤銷，倘若鑑定人違反其應遵守的職責義務，或者無法持續地證明具備目前所需的必要知識。經由認證單位，例如德國認證委員會(Deutschen Akkreditierungsrat)的服務據點的認證，將由獨立的第三方認證機構持續地監督認證單位的認證工作。藉由此種方式，而得以確保，認證符合規定的標準。

事實上，此一部份的鑑定人，在目前有關鑑定人認證的事項上，有一項發展趨勢是相當值得注意的，特別是其具有擴及德國及歐洲整體鑑定事務之重要性。長久以來，對於專業知能的考核一直都是屬於德國鑑定人的本質事務，也因此德國鑑定人協會(Institut für Sachverständigenwesen, IfS)將鑑定人定義為，在一項或是多項專業領域中，具有卓越的知識及經驗之個人，而能夠親自，獨立，公正，不受指令拘束，且嚴謹地運用這些特殊的專業知能。然而在歐盟統合的政策目標下，歐洲標準機構(Die Europäischen Normeninstitutionen)已經決定，所有的歐盟國家將一律地適用 45000 系列的認證標準(Normenreihe 45000)，此一認證系統將取代德國原有的德國標準機構(Deutschen Institut für Normung, DIN)的認證標準，並且在國際上對於服務提供者也愈發具有重要意義，根據此一標準，歐洲標準機構亦可以要求鑑定人接受認證，即使是在會員國已經獲得公開任命者。在歐洲標準機構 45013 認證中確立了，基於認證之需要，接受認證的個人必須符合一定之要件。關於認證及對於在德國的認證單位之監督管理，監督管理的事項通常是國家機關負責，至於與監督管理無涉的事項上，則是由依私法所組成的認證單位(Akkreditierungsstelle)負責。為了使現有的體系在未來能與新的體系相容地運作，德國認證委員會(Deutscher Akkreditierungsrat)作為代表德國參加有關國際協定的組織，已將德國境內原有的二十多家認證公司，於 2010 年 1 月 1 日起調整為一家聯邦、各邦、工業同業公會聯合會各占三分之一的責任有限公司(DAKKS)，由這些認證機構頒發資格證書給予通過考試等形式證明，具有相關專業領域鑑定人之專業水準者。

v 其他的鑑定人(Sonstige):一部分的鑑定人會組成私法上的協會，接受會員而當會員符合教育及技能(Vorbildung und Sachkunde)方面的特定要求，則被認定是協會的鑑定人。這些協會的承認所應有的前提要件係經由德國聯邦最高法院判決³¹予以確定。

三、德國法醫鑑定之概況

³¹ NIW 84, 2365

目前德國共計有 31 所大學醫學院設有法醫學研究所 (Institut für Rechtsmedizin)，合格的法醫學專科醫師約 400 至 500 人³²，主要從事的業務範圍大致可以分為(傳統)法醫學(forensische Medizin)、司法精神醫學(Forensische Psychiatrie)、法醫毒物學(forensische Toxikologie，亦有稱為法醫化學 forensische Chemie)，法醫生物學(forensische Biologie)，檢測毒品、酒精、DNA 和屍體解剖等項目，另外也參與部分醫療事故的鑑定，值得注意的是，傷殘鑑定並不屬於法醫學鑑定的項目。法醫師參加該法醫師協會均係自願，入會的資格，除具有法醫學專科醫師外，還包括自然科學學者(Naturwissenschaftler)等相關專業的專家，即已取得相關專業領域之學位者，即可申請。另外德國法醫學專科醫師成立了德國法醫學協會，該協會最主要的業務之一即是對於大學醫學院法醫研究所進行 17025 系列的實驗室認證，包括該實驗室人員的認證，但對於法醫學實驗室要增加適用 15189 醫學實驗室標準，檢查機構則適用 17020 標準和 17011 標準，到 2010 年為止，全德國已經有超過 20 所大學附屬的法醫研究所通過上述認證，以保證鑑定報告的可靠性。至於對於鑑定人個人則是適用 17024 的標準進行認證，且已經有將近一百年的歷史。

德國司法鑑定執業種類比較全面、廣泛，根據「鑑定人，通譯及翻譯薪酬暨榮譽職法官，證人及第三人補償法」(Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten, JVEG)之相關規定，與醫療鑑定有關的項目，司法鑑定執業種類大致可區分為法醫和醫學類(包括醫療事故、殘疾、工作能力、駕駛能力、出庭受審能力、適於羈押或監禁能力、抵抗力、行為能力、遺囑能力、訴訟能力；驗屍和解剖、死因分析、檢驗、化驗和抽血、生物遺傳學的 DNA 檢驗等等。例如身體健康狀況是否夠承受監禁、接受審問或審理之條件；與由酒精、毒品、藥物或疾病對正常駕駛機動車輛的影響有關的法醫學或毒物學的問題；與駕駛執照規定有關的精神心理學問題；與致死原因認定相關的法醫學、毒理學和追蹤學的問題，醫療事故或刑事責任能力的判斷等等)，另外也包括所有涉及專業判斷的鑑定類別(例如建築及其所屬的材料、物理、防水、結構等等；電氣設備及電器；機動車；廣播電視；樂器；珠寶；對食品、生活必需品、藥品、空氣、氣體、土壤、污泥、水或廢水等此類的化驗及評估等等)。

在司法實務上，法官固然是司法鑑定的主導者，然而一般而言，在鑑定人的選擇上，則有賴各相關專業領域之行業公會組織的建議。如同前述，德國公開任命並宣誓的鑑定人數眾多，且幾近包括所有的鑑定專業項目，訴訟中涉及的專業

³² Vgl. Bernd Brinkmann/Burkhard Madea (Hrsg.): Handbuch der gerichtlichen Medizin 1 und 2. 2004. 至於在其他德語系國家，奧地利有 4 所大學醫學院設有法醫學研究所，而在瑞士則有 6 所。德國除了 31 所大學醫學院的法醫學研究所外，另外於三個城市不來梅、多特蒙德、杜伊斯堡設置有市立法醫研究所，以及波茲坦(布蘭登堡邦法醫研究所)、及柏林(邦法醫學及社會醫學研究所，Landesinstitut für gerichtliche und soziale Medizin)

技術問題需要專業人士提供專業意見，而各專業領域如何分類和確定、如何篩選可靠的專業人士、如何編制名冊都由法律規定的行業公會組織負責。從而在司法鑑定活動上，行業公會組織的主要作用在於：培訓、篩選鑑定人及訂定相關之行業規範準則，同時高度地依賴並藉助嚴密的相關行業公會組織監督管理鑑定人，以確保鑑定人符合專業水準認定之客觀性，再者透過相關行業公會組織鑑定人之合法權益得以獲得保障，從而確保其中立地位，換言之，通過行業公會組織之監督，使鑑定人僅需於法官指導下，在專業技術方面充分發揮作用。一般而言，物證蒐集與司法鑑定之分工有相對明確的界限，前者在檢察官的主導下，由刑事警察機關完成，司法鑑定部門原則皆不參與現場勘查、採證，如此在相當程度上，可以有效地避免「偵查與鑑定合一」的情況出現，在事務的職責分擔上確保了鑑定報告內容的公正性及中立性。二是鑑定人員身份中立。在德國，雖然此類鑑定機構隸屬於警察局，但其中的鑑定人不具有員警或檢察官的身份，基本上都是由各專業領域的專家、學者組成。這種「專家+非警方人員」的組合，一定程度上擔保了鑑定報告內容的權威性、中立性。在法醫學領域方面，亦不例外。

在實務上，法醫學專科醫師在德國刑事訴訟程序具有的重要角色，茲舉以下數例說明之：

i 在今年我國法醫師法修正草案討論過程中引起激烈爭辯的問題，即解剖屍體是否為醫療行為，涉及到根據法醫師法取得法醫師資格，但未受過醫學基礎教育養成者是否有能力進行解剖後，無爭議地確定死亡原因。³³ 德國刑事訴訟法 87 條第 1 項，「勘驗屍體應由醫師協同檢察官為之，或經檢察官申請亦得由(醫師協同)法官為之」(第 1 款)，「倘若勘驗屍體與事實澄清顯然無關緊要，則無需醫師協同為之。」(第 2 款)，而本法第 87 條第 2 項，「解剖屍體應由兩名醫師為之。其中一名醫師必須為法醫師或公立的法醫學或病理學研究所的主管或是具有法醫學專業知識而接受此種機構委託的醫師。不得委託於緊接死亡前，為死者進行疾病治療的醫師解剖屍體，但得邀請第三項之醫師參加解剖屍體，並由死者的病史提供線索。檢察官得參加屍體解剖。在檢察官的聲請下，解剖屍體應於法官面前為之。」可資參考。事實上，屍體解剖由醫師為之是德語系國家刑事訴訟法的一致規定，除了前述德國刑事訴訟法的規定外，奧地利刑事訴訟法第 128 條第 2 項，「解剖應予允許，倘若無法排除，死亡是由於犯罪行為所導致。解剖應由檢察官命之，解剖應委由大學的法醫單位或是一名來自於法醫學領域的鑑定人為之，此一鑑定人不得為大學法醫單位此類機構的研究人員之一員」；瑞士刑事訴訟法第 235 條第 1 項，「倘若於死亡案例中存在有非自然死亡的跡象，特別是有犯罪行為的跡象，或者是屍體的身份不明，基於調查死亡原因或是確定死者身分，檢察官應命具有鑑定人資格的醫師驗屍」；列支敦斯登刑事訴訟法第 81 條第 1 項，「屍體勘驗及屍體解剖由一名醫師為之，必要時，由兩名醫師為之」。

³³ 法務部法醫師法修正暨解剖是否為醫療行為等議題研討會，101 年 5 月 16 日。

ii 德國自1933年起，即實施預防監禁(Sicherungsverwahrung)³⁴，我國學者有稱為「安全管束監禁」。³⁵2004年增定之所謂的事後預防監禁((nachträgliche Sicherungsverwahrung)³⁶，即類似我國刑法第91條之1的規定，「犯第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第二百三十條、第二百三十四條、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法之罪，而有下列情形之一者，得令入相當處所，施以強制治療：一、徒刑執行期滿前，於接受輔導或治療後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。二、依其他法律規定，於接受身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。前項處分期間至其再犯危險顯著降低為止，執行期間應每年鑑定、評估有無停止治療之必要。」。根據德國刑法之規定，預防監禁是指，法院針對已經判處刑事處罰，服刑屆滿之前的受刑人，於其釋放後，對於可能危害社會和他人人身安全危險程度加以評估，做成不予釋放而將其繼續監禁，以防止社會危害結果發生的措施。預防監禁並不是一種判決，而是一種剝奪人身自由的保安處分決定。在法院作出決定前，鑑定人對於受刑人再次危害社會及他人的危險性進行鑑定和評估，協助法院做出決定。簡言之，依照德國刑法之規定，適用預防監禁的情形有以下三種：一、已經被判刑事處罰，被判刑罰較重的。二、被判處二年以上的有期徒刑。三、非初犯，而是至少第二次遭判處徒刑，這三種情形於刑期屆滿後，雖可予以釋放，且可能危害社會和他人人身安全，對於此種危害的可能性必須加以評估、鑑定，以供法官於作成裁定時之參考。此種被稱為預防監禁鑑定是德國刑法上特殊的規定。預防監禁鑑定程序的啟動可以由法官於作出刑事判決之同時一併提出，亦可以於受刑人服刑期間未屆滿而提前釋放，或刑期即將屆滿前時提出，對上述適用預防監禁鑑定之對象，須每二年一次進行危險性之評估，鑑定所需之費用由國家負擔。預防監禁之鑑定是由具有鑑定權限之醫生進行，此項鑑定的內容包括：一、是否有再次犯罪及傷害他人人身安全之危險性。二、危險程度之指標，該項指標須以危險度量化的表格為之，以分值高低計算成正比判斷危險程度，內容包羅萬象，包括罪犯的心理因素、受教育程度等。三是醫學檢測檢查，包括生理、心理、精神狀態以及與上述鑑定內容的相互關係的分析判斷。鑑定報告必須提交給法官，由法官決定是否適用預防監禁，倘若適用，則應繼續監禁在監獄中；有精神疾病者，則應送精神治療院所進行治療。³⁷

³⁴ Vgl. Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung” vom 24. November 1933 (RGBl. I S. 995)

³⁵ 參見盧映潔，德國安全管束監禁制度之介紹兼論我國死刑廢除替代方案之思考方向，成大法學，第17期，2009年，127-187。

³⁶ 參見德國刑法第66b條，不過此一規定於2011年1月遭歐洲人權法院宣告違反歐洲人權公約之規定，同年5月又遭德國聯邦憲法法院宣告違憲，而必須於2013年5月提出修正後的新條文，vgl. <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/04/6587-04.php>

³⁷ 關於此一部份，詳見盧映潔，前揭註35一文有關德國安全管束監禁制度之介紹。

iii 汽車駕駛人行為能力鑑定：在德國大學法醫研究所通常均有「交通醫學」(Verkehrsmedizin)的鑑定項目，包括：血液中酒精測定(Blutalkoholbestimmung)、身體缺陷所導致駕駛能力(Fahrtüchtigkeit infolge körperlicher Mängel)，例如德國刑法 315c 條中所規定的糖尿病情形、生物力學鑑定(Biomechanische Gutachten)、次要成分分析(Begleitstoffanalyse)、適於駕駛與否之鑑定，特別是在有吸食毒品、服用藥物及酒精的情形(Medizinische Fahr eigungsbegutachtung bei Drogen, Medikamenten u. Alkohol)，依照駕駛條例(Fahrerlaubnisverordnung)的有關規定，大學所屬的法醫研究得針對汽車駕駛人行為能力的進行司法鑑定。此項鑑定係指，基於特定法律規定之事由而遭吊銷汽車駕駛執照的汽車駕駛人，於其再次申請駕照時，應由鑑定人對其進行是否適宜領取汽車駕駛執照的鑑定。此項鑑定的內容包括：被鑑定人血液中酒精含量及各項醫學常規指標之檢查、生活經歷、個人品行、心理狀態及是否吸毒、酗酒等等。根據聯邦最高法院判決³⁸所確立之標準，每百毫升血液中含有 1.6 克酒精即為酗酒，對酗酒的人必要時，應命進行接受強制戒治之處分。

伍、我國法醫師法部分規定之檢討

法醫師法 2005 年制定時，當時之立法目的有三：健全法醫制度；提升檢驗水準；落實人權保障、維護社會正義及促進民主法治。是以就其立法宗旨而言，提升法醫鑑定品質實為核心，蓋以目前現況而言，不健全法醫制度，無以對提升法醫鑑定品質寄以期待，而落實人權保障、維護社會正義，進而促進民主法治，不論是就被害人及其家屬，亦或是被告的觀點而言，法醫鑑定品質能否體現對於發現真實所具有之促進作用，實居於關鍵地位。然而就條文具體規定之內容而言，能否達成上述三項目的，則不無疑問。

第一、就關於健全法醫制度的部分，法醫師法第 3 條規定，擔任法醫師的工作須通過法醫師國家考試，而同法第 4 條則針對應法醫師考試之資格予以規定，「具有下列各款資格之一者，得應法醫師考試：一、公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院法醫學研究所畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書。二、公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院醫學、牙醫學、中醫學系、科畢業，經醫師、牙醫師、中醫師考試及格，領有醫師、牙醫師、中醫師證書，且修習法醫學程，並經法醫實習期滿成績及格，或經國內外法醫部門一年以上之法醫專業訓練，領有證明文件。」。首先就法醫師第 4 條的規定，則已經先將法醫師區分成「具有醫師資格之法醫師」及「不具有醫師資格的法醫師」³⁹，若加上根據刑

³⁸ Vgl. BGH 4 StR 297/90

³⁹ 事實上，在臺灣的刑事司法上「不具有醫師資格的法醫師」一直都存在，其官方職稱為「檢驗員」

事訴訟法可以進行屍體解剖的醫師，其亦可能為「不具有法醫師資格的醫師」，則在刑事司法上，關於醫療方面的鑑定人，即可區分成此三種不同類型。其次法醫師法也似仿效醫師法之制度而度，創設出「一般法醫師」及「專科法醫師」，⁴⁰亦即將法醫師區分為2種；前者之依據為法醫師法第4條並同第13條第1項法醫師執業項目，而後者則是法醫師法第6條、第13條第2項專科法醫師執業項目，而法醫師法第6條更明文規定，專科法醫師之分科及甄審辦法，由主管機關會同中央衛生主管機關定之，在此甄審辦法中再明定「專科法醫師」之類別與訓練學程，則其中僅有「病理專科法醫師」是要以四年時間完成「解剖病理」、「臨床病理」、「參與病理解剖」、「參與法醫病理解剖」等訓練內容，其餘類別之「專科法醫師」（如精神、臨床、牙科、生物、毒物等）皆無此等訓練，綜言之，依法醫師法之現行規定，應僅有取得「病理專科法醫師」證照者，始足以擔當法醫解剖及死因鑑定之工作。又，依法醫師法第13條「法醫師執業項目」之規定而言，第1項係規定「法醫師」之「執業項目」，第2項方為「專科法醫師」之「執業項目」，包括了性侵害、兒童虐待、懷孕、流產、牙科等之「法醫鑑定」，而此等「專科法醫鑑定」項目全部綜合起來，實仍不足以構成「死因鑑定」，故如僅具「法醫師」資格，應更不足以擔當法醫解剖及死因鑑定之工作。而所謂「不具有醫師資格的法醫師」，於法醫學研究所應修習之課程內容為何，該法施行細則並未有規定。

其次、在提昇檢驗水準方面。對於所謂的「乙組法醫師」，即「不具有醫師資格的法醫師」，法醫師法第4條第2項固然規定，「前項第一款法醫學研究所應修課程，另以細則定之。」然而該法施行細則對於此種法醫師於法醫學研究所應修習之課程內容為何，並未有規定，而根據目前國內僅有的臺灣大學法醫研究所所開設之課程⁴¹，此種類型的法醫師僅僅修習部分基礎醫學、臨床醫學與見習課程，且未經由臨床診斷住院、專科醫師訓練與經驗。以如此之培育養成過程，是否符合一般民眾對法醫師之認知與期待，著實令人懷疑，⁴²而立法院於制定法醫師法時曾作成附帶決議：「法醫研究所課程，除醫師臨床實習課程外，應包含所有醫學系基礎醫學及臨床醫學之全部科目及其必要學分。」然而關於「乙組法醫師」養成教育，目前並未徹底執行與完成，應完成醫學系的修習學分，再者由於所謂的乙組法醫師本即不具有醫師資格，而無臨床診斷、住院與專科醫師訓練與經驗，如何能夠勝任執行原本於法醫師法制定前由外科創傷，性侵害、懷孕、流產、兒童虐待、精神、牙醫等專科法醫師鑑定之重要工作。又，以精神鑑定為

⁴⁰ 參見醫師法第2條(醫師)及與第7條之1(專科醫師)之規定。

⁴¹ <http://www.mc.ntu.edu.tw/department/forensic/graduate.html>，最後瀏覽日，8/11/2012。

⁴² 因此論者有主張應將「法醫師法」正名「相驗師法」。關於此一部份之論述，參見，蔣世中 <http://www.dryahoo.org.tw/%E6%AC%A1%E7%B6%B2%E9%A0%81/%E7%B6%B2%E8%B7%AF%E4%BD%88%E5%91%8A%E6%AC%84/%E9%86%AB%E7%99%82%E6%B3%95%E5%B8%B%E6%B3%95%E9%86%AB%E5%B8%AB%E6%B3%95.htm>，最後瀏覽日，8/11/2012。

例，其本身即存在有醫學上的不確定性⁴³以及鑑定可能發生錯誤的問題存在，而司法上卻對於精神鑑定是完全的依賴，換言之，縱使是由受有基礎醫學及專業精神病學等養成教育之精神科醫師，尚有可能發生錯誤的認定，則未受基礎醫學訓練的「乙組法醫師」，又如何能期待其作成值得信賴之鑑定結果？莫非將司法之公正繫乎於「天生好手」的極低或然率？

法醫師制定前，台灣傳統上的法醫師的養成教育與及世界多數國家並無二置，亦即法醫師一定具有醫師資格，其整體養成過程包括：醫學系七年畢業考取醫師證書如內、外、婦產、小兒科醫師執照，再經4年CPC病理專科訓練考試及格，取得病理專科醫師證照(由法醫師公會發給)再送外國專業法醫病理專科醫師訓練機構訓練一年後，經衛生署審查發給執照，才有法醫病理專科醫師(forensic pathologist)資格，才能擔任法醫鑑定的工作，然而法醫師法第12條規定，僅需擔任法醫師職務(姑且不論是否為所謂的「乙組法醫師」)連續滿二年者，即可申請執行法醫師鑑定業務，是否能夠稱得上是提升檢驗水準？抑或僅是提升檢驗員的水準，恐已相當明顯，而此種速成的法醫師養成，能否提供值得民眾信服之鑑驗與解剖品質？種種結果似亦非主管機關所能承擔。目前法醫面臨人材不濟之窘境，已是七年之病，若非三年之艾，恐難有治癒之可能。主其事者，似應更慎重為之。⁴⁴

行文至此，法醫師法第1條所稱之促進落實人權保障、維護社會正義及促進民主法治等目的，能否達成，恐已相當明顯。經由如此程序及方式所產生的法醫師，能否勝任法醫師法中所指涉之鑑定重要任務，恐難令人信服，而「先求有，再求好」的思維，亦不容許在此一領域獲得實驗的機會。而在屍體解剖方面，更應具備完整醫療專業知識與技能，始能發現醫學真相，否則不具有鑑定所需專業知能的鑑定人，其所提出之鑑定報告，是否具備有證據能力，亦頗值探究。刑事鑑識與法醫師之鑑定，其所從事之業務內容有稱之為「死者的律師」(Anwälte der Toten)，然而就具體實踐而言，也涉及到行為人從事犯罪行為時，是否符合「責任能力與行為能力同時存在原則」，亦即是否有我國刑法第19條第1、第2項所規定「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨

⁴³ 在醫學不確定性之情形有二：第一是醫學家認為，健康與疾病的過程是只有流動性的；第二是缺乏客觀的方法，證明一個人並非罹患精神病，因精神醫學的診斷及預測，仍有其困難存在。

⁴⁴ 此外在醫療糾紛的案件中，為了判斷的醫療提供者是否有過失，有無應負之責任，經常需要作下列之鑑定：1.解剖鑑定：法院所屬的法醫藉屍體的病理檢查，明瞭病人的的病因和死因。基本上由法醫解剖，紀錄肉眼所見的病理，採取並保存嫌疑之病源臟器、組織，送交檢驗室做顯微鏡組織學的病理檢查、藥理學檢查、生化檢查；根據這些檢查結果，作成初步的鑑定。2.臨床鑑定：司法機關就醫師治療經過乃以病狀變化作過失之判斷。由法官或檢察官委託鑑定機構的專家，根據醫師所記載的診療紀錄，與法醫初步的鑑定結果，查證醫師在診斷、治療、手術、用藥上有無錯誤。3.藥理生化鑑定：將屍體解剖所得之組織，在實驗室中作藥理、生化檢查，以判斷臨床狀況與死亡結果間純醫學上因果關係。這個鑑定結果及紀錄保存於法院中，院外難以調查。關於此一部份，參見 www.tma.tw/ltk/101550606.pdf，最後瀏覽日，8/11/2012。

識而行為之能力者，或致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者」之情形，而得以不罰或減輕其刑，或是 91 條之 1 事後預防監禁，性侵害犯罪人是否再犯可能性顯著降低的情形，均有賴於鑑定。換言之。法醫師的鑑定任務，不僅是與被害人權保護有關，甚至與行為人在法律上之合法權益有關。最末，我國的法醫研究所，就行政組織而言，隸屬於法務部，而法務部又是統率檢察官之主管機關，而法醫師之主管機關又是法務部，縱使能排除過去民眾對於法醫鑑定能否中立、客觀之疑慮，然對於法務部有無管理法醫師之能力，則又有外行領導內行之質疑。以前述德語系國家的法醫專科醫師的鑑定而言，擔任鑑定人之法醫專科醫師身份中立，主要是由大學醫學院法醫研究所或是法醫師的公會組織推薦人選，並不具有警察或是偵查機關成員的身份，原則上是該專業領域的專家、學者，在一定程度上擔保了鑑定報告內容的權威性、中立性。簡言之，除法醫鑑定的專業品質外，法醫鑑定的客觀、公正、獨立、自主，也應予以關注。我國的法醫師法，其主管機關是否應改由衛生署主管，而其由其負責醫師、專科醫師及法醫病理醫師養成訓練、核發執照等事項，至於任用部分則交由法務部建立規範管理，或許是我國法制未來可以思考的方向。

陸、結論

從本文第二章及第三章之敘述，不難發現，法醫鑑定在人類社會存在已久，而現代法醫學之發展伊始於中古世紀晚期的歐洲，以本文論述主軸的德語系國家為例，其法醫學及法醫鑑定之發達史與醫科大學或是大學醫學院有著密不可分的關聯，而在法醫專科醫師之養成教育上，迄至今日，仍依循著其傳統專科醫師養成之程序及方式，以受過基礎醫學教育之醫師作為前提；隨著科學之進步，分工之細緻，即使產生了不少與傳統法醫學核心領域密接的臨近學科，然而法醫專科醫師(Facharzt für Rechtsmedizin)的名銜，仍是僅限於受過醫師訓練，具有醫師資格者，始有可能取得，其他的自然科學研究人員，並無由獲得。然而，我國法醫師法卻創造了一個現代醫學上新的法醫師定義，其目的為何，著實令人費解。

另外德語系國家法醫鑑定的另一項傳統，事實上是與司法鑑定之所有專業領域攸關的傳統，即藉由專業相關的行業公會組織來管理監督鑑定人，訂定專業的行業規範，藉以使得鑑定人之專業知能維持在水準之上，同時在司法鑑定有需要時，行業公會組織亦可發揮諮詢、舉薦之作用，如此並能保持鑑定人之客觀、中立及鑑定報告內容之可信度。當然此亦與德國刑事訴訟法對於鑑定人之資格未作規定有關，舉凡事項屬於特別知識經驗之法則，或於具體事實上應用該法則所得到的意見或判斷之報告即是鑑定，則向法院或法官進行上述報告者，即為鑑定人，於證據法上，鑑定屬於證據資料，而鑑定人則屬於證據方法，其所報告之文書則為鑑定書，亦屬證據方法。因此，鑑定人應具知識經驗者，此所謂「知識經驗者」並非特指學術上優秀的學者或研究人員，而是指就鑑定事項具有專門的、

特別的知識經驗者而言。⁴⁵ 簡言之，鑑定人之第一要求即在於，是否具備鑑定事項所涉及領域之專業知能或經驗。

我國的法醫師法的規定，將法醫師區分為「具有醫師資格之法醫師」（「甲組法醫師」）及「不具有醫師資格的法醫師」（「乙組法醫師」），倘若再參照刑事訴訟法第 216 條第 2 項與第 3 項、醫師法第 11 條之 1、第 16 條、第 21 條之規定，「檢驗或解剖屍體應命行之」的情形，此舉非但無法達成其立法所欲實現之目的，更引起其他的法律爭議，例如對於未具醫師、中醫師或牙醫資格之法醫師，其學程及實習內容，均不應涉及醫師法所規定之醫療行為，以免雇主是否需以醫師法第 28 條以密醫論處之情形。⁴⁶ 詳言之，未具醫師資格者，與未具專科醫師資格者之法醫師，依法醫師法服務一般時間後取得執業資格，即可執行法醫師法第 13 條規定 9 項專業鑑定項目，未來解剖、鑑定水準恐不升反降，鑑定糾紛勢必不減反增。鑑定人是具有特別的、專門的知識經驗者之謂，鑑定制度其目的在於透過活用鑑定人之學識經驗，以補充法院在裁判上所必要之實驗性法則之專業知識的不足。然而如此之法醫師如何院補充法院之知識，協助法院判斷事實之真偽。事實上從法醫師法第 19 條規定：「法醫師應本於醫學專業知能，誠實公正態度執行職務，發現醫學真相及保障司法審判品質」，即可得知法醫師法立法之初，法醫師的養成、訓練，甚至執行業務皆應秉持醫學教育之精神，然而事實所呈現的情況恐與醫學的專業認知嚴重悖離，稍早之前立法院所進行之修正，僅在於解決燃眉之急，就長遠的目標而言，則應以法醫專科醫師之養成為藍本，通盤地檢討、修正法醫師法，提升一般法醫師及專科法醫師水準，限制非取得法醫病理專科醫師資格，不得執行攸關生死之法醫鑑定工作，同時選擇較具規範的教學醫院或區域醫院設立法醫部門，揚棄多年來官方壟斷法醫鑑定的情形，結合醫療資源，吸引醫界人才，根本解決法醫師缺乏的窘境，否則，為了保障某些制度錯誤設計所造就成員的工作權，所付出的代價，就是降低法醫鑑定品質，影響偵查審判的品質，折損司法公信力。

⁴⁵ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，頁 426、416 以下。

⁴⁶ 自由時報，法醫師解剖違法?!法醫研究所組長槓所長，參見，<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/apr/12/today-so10.htm>，最後瀏覽日，8/11/2012。

我國監所人犯權利演進的檢視與前瞻

——從我國大法官會議解釋與美國法院判例分析——

中央警察大學犯罪防治學系助理教授 賴擁連

目 次

- 壹、前言
- 貳、我國大法官會議解釋關於人犯權利之檢視
- 參、美國監所人犯權利發展的五階段綜覽
- 肆、美國監所人犯重要權利之介紹與剖析
- 伍、結論與政策意涵

摘 要

邇來我國監所人犯權利的議題，紛紛躍上平面與電子媒體版面，成為社會大眾關注的焦點。特別是司法院大法官會議近四年來一連串作成釋字第 653、654、677、681 與 691 等五號解釋，更讓主管機關法務部承受著無法喘息的壓力。筆者以為，法務與矯正部門應利用此一契機，進行大刀闊斧式的改革，以讓我國邁向更臻完善的民主化國家之列。

從上述一系列大法官會議解釋，不難發現幾點特徵：1.從看守所被告的訴訟權到監獄受刑人的訴訟權之建構，傳統以來的特別權力關係已遭瓦解，主管機關若再持特別權力關係不給予人犯救濟之途，恐阻礙我國邁入「人權國家」之林。因此，建構完善的人犯訴訟制度以求救濟，此乃當前矯正部門最重要的課題。2.上述的釋字已逐漸建構出監所人犯的程序正義原則（procedural justice），大法官們除肯認憲法第 16 條訴訟權的對於監所人犯也有適用的餘地外，對於監獄受刑人的人身自由權之保障，也在釋字第 681 與 691 號解釋揭示，換言之，要求矯正機關保障人犯實體正義（substantive justice）的部分，將會是日後改革重點。而這些人犯實體正義權利的建構，不引述太平洋彼端的美國監獄法，恐無法作為日後改革的參考。

本文擬先從邇來大法官們針對監所人權的五號釋憲解釋進行檢視，釐清其特徵；其次，透過比較法學的觀點，介紹美國監所人犯權利發展的階段以及各階段之特徵，並針對重要的聯邦最高法院所做成的監所判例予以介紹剖析(例如生活與處遇品質的要求、擁擠的緩和、施用戒具的時機與程序、構成人犯懲罰要件)

適法性、獨居的正當性、搜身搜房的權益以及人犯通達法院請求救濟的權利等)，以拓展我國法務與矯正當局之視野。最後提供相關的政策意涵，提供主管機關日後修法時的重要參考。

關鍵字：人犯、監所人權、行政救濟、特別權力、程序正義、大法官會議解釋

壹、前言

近年來監所人犯¹的人權議題 (inmates' rights)，例如人犯律見時可否監聽？假釋駁回時可否提起救濟？人犯是否可以加入全民健保？突然間躍然平面與電子媒體上，成為社會大眾關注的焦點。人權 (human rights)，是驅動一個社會邁向更臻民主化國家之力量，在此洪流的衝擊，任何一個人或團體，即使在怎麼不願意，也無法抵擋此一洪流的力道。換言之，即使有些衛道人士對於監所人權的高漲與進步，在怎麼不願意，也無法撼動此一潮流的發展。

其實，平心而論，當社會上各階層的團體，特別是弱勢團體，積極地爭取她們權利的時候，例如私娼爭取她們的工作權，勞工階層為他們的工作權益的保障走上街頭，這些長期以來沒有選票、難得受到社會大眾關注的人犯，只要在符合社會公平正義的情況下，為他們的權利進行平反，未嘗不是件值得期待的事情。我國的大法官似乎也體認出這樣的發展，在過去這四年中，陸陸續續針對監所人犯的權利，作了一系列的釋憲解釋，這些解釋文所涉及的人犯權利以及渠等在憲法上的保障為何？其特徵為何？這些釋憲文可能引發的後續效應為何？是值得我們法務及矯正部門應該持續關注的焦點。特別是，日後是否還為引發其他人犯為爭取自身權利而繼續提釋憲訴訟呢？相較之下，遠在太平洋彼端的美國，其人犯權利的發展，自 1960 年代以來已逾 50 年，在過去這些歲月中，聯邦最高法院受理釋憲案件，已汗牛充棟，而哪些權利最後由人犯獲得勝訴呢？美國人犯權利發展的軌跡與經驗，似乎可以成為我國人犯權利甫發展階段的借鏡。

基此，本文擬從兩個角度探索我國人犯權利的演進與發展：首先從邇來大法官所作成的一系列有關人犯權利的釋憲文中，逐一檢視其內涵與受保障之權利，進一步分析其特徵與啟示，以作為日後因應之依據；其次，「他山之石，可以攻錯」，從美國人犯權利發展的階段與案例中，瞭解美國聯邦最高法院對於人犯的哪些權利，主張應受到憲法保障，以進一步增廣見聞，面對日後可能發生在我國的訴訟案件，法務部門與矯正當局可以及早研擬因應策略（例如成立人犯權益審

¹ 本文稱人犯(inmates)，亦可稱收容人(clients)，泛指因刑事裁判收容於法務部矯正署所屬各類型矯正機關的對象，包含受刑人(prisoners)、被告(suspects)、受處分人與少年犯(juvenile offenders)等。惟根據近年來大法官會議所解釋的案例，本文探討之對象為看守所被告與監獄受刑人。

議委員會或人犯處遇檢視委員會)，以進一步保障人犯的權利。

貳、我國大法官會議解釋關於人犯權利之檢視

傳統以來，受限於傳統特別權力關係（das besondere Gewaltverhältnis）之影響，如同其他公營造物，例如公僕與政府、學生與學校以及軍人與服役機關，我國監所的人犯與管理階層，也存在著不公平的支配與服從關係²。誠如大法官湯德宗於釋字第 691 號解釋協同意見書略以：按特別權力關係理論計有三項核心內涵：1. 國家權力之行使無需受到個人基本權利之限制。亦即，特別權力關係的臣屬者（如軍人、公務員、學生與受刑人），無基本人權可言；2. 國家於特別權力關係中發佈之一般性「行政規則」，不同於國家對人民發布之「法規命令」。亦即，無需法律授權，不適用「法律保留」原則；3. 國家在特別權力關係中，對權力臣屬者所為之具體「個別指令」，不得作為行政訴訟之客體。亦即，特別權力關係的臣屬者不得以國家為被告，進行行政爭訟。³ 然而，隨著台灣社會日益開放，民主法治觀念日臻成熟，特別權力關係乃次第瓦解，從 1984 與 1986 年的公務員訴請退休金（釋字第 187 與 201 號）、1995 年學生退學身份的請求救濟（釋字第 382 號）、1997 年軍人身份存續以及服公職之權利救濟（釋字第 430 號）等，以及最近四年一連串的監所人權的釋憲文，特別權力關係理論可謂已完全打破⁴，走入歷史灰燼中。

揆諸近年來大法官會議有關監所人犯權利的釋憲解釋，考其牢牢大端者有以下五則：

一、釋字第 643 號解釋

2008 年 12 月，大法官會議針對羈押法中不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違，做作成解釋，認為相關機關應檢討修正相關法規，給予受羈押被告及時有效之司法救濟制度。查大法官之解釋理由書認為，羈押係拘束刑事被告身體自由，並將其收押於一定處所之強制處分，此保全程序旨在確保訴訟程序之順利進行，使國家刑罰權得以實現。惟羈押刑事被告限制其人身自由及因人身自由受限制而影響之其他憲法所保障之權利，固然因而依法受有限制，然在此範圍之外，基於「無罪推定原則」，受羈押被告之憲法權利之保障與一般人民所得享有者，原則上並無不同。因此，

² 更精確地說，應可分為以下四種：1. 公法上勤務關係（即公務員以及軍事勤務關係）；2. 公法上營造物關係（例如學校關係與刑罰執行關係）；3. 公法上之特別監督關係（國家對公共團體、特許企業者或行政事務受任人之監督關係）；4. 公法上社團關係。詳見陳清秀（1998），行政法上法律關係與特別權力關係，載於翁岳生編，行政法（上冊），台北，瀚蘆圖書出版公司，第 239 頁。

³ 參見大法官湯德宗（2011）在其釋字第 691 號解釋協同意見書，第 13 頁。

⁴ 湯德宗（2011），同註 3，第 14 頁。

受羈押被告如認為羈押機關對其所為之不利決定，逾越達成羈押目的或維持羈押處所秩序之必然範圍，不法侵害其憲法所保障之權利者，自應許其向法院提起訴訟請求救濟。故羈押法第 6 條及其同法施行細則第 14 條第 1 項有關羈押被告申訴制度之規定，係羈押機關自我省察、檢討改正其所為決定之機會，並提供受羈押被告及時之權利救濟，其設計固屬立法形成之自由，惟仍不得因此剝奪受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之權利。因此，不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違，相關機關應就受羈押被告及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。至於應採行刑事訴訟、行政訴訟或特別訴訟程序，須考量因素甚多，諸如爭議事件之性質及與所涉刑事訴訟程序之關聯、羈押期間之短暫性、及時有效之權利保護、法院組織及人員之配置等，其相關程序及制度之設計，均須一定期間妥為規劃。惟為保障受羈押被告之訴訟權，相關機關仍應至遲於本解釋公布之日起 2 年內，訂定適當之規範。

二、釋字第 654 號解釋

2009 年 1 月，大法官會議針對羈押法第 23 條與 28 條規定，律師接見羈押被告時，是否有監視、監聽、錄音及所獲得資訊做為被告本案犯罪事實證據之適用，作成違憲的解釋。大法官認為，羈押法第 23 條第 3 項規定，律師接見羈押被告時，有同條第 2 項應監視之適用，不問是否達成羈押目的或維持押所秩序之必要，亦予以監聽與錄音，違反憲法第 23 條比例原則之規定，不符憲法保障訴訟權之意旨；同法第 28 條規定，使依同法第 23 條第 3 項對羈押被告與辯護人接見時監聽、錄音所獲得之資訊，得以作為偵查或審判上認定被告本案犯罪事實之證據，在此範圍內妨害被告防禦權之行使，抵觸憲法第 16 條保障訴訟權之規定。前開羈押法第 23 條第 3 項及第 28 條規定，與本解釋意旨不符部分，均應自 2009 年 5 月 1 日起失其效力。

三、釋字第 677 號解釋

2010 年 5 月，大法官會議針對監獄行刑法關於執行期滿者，應於其刑期終了次日午前釋放之規定，是否違憲，作成違憲解釋。大法官認為，監獄行刑法第 83 條第 1 項關於「執行期滿者，應於其刑期終了之次日午前釋放」之規定部分，使受刑人於刑期執行期滿後，仍拘束人民身體自由於特定處所，而與剝奪人民身體自由之刑罰無異，系爭規定未明確規範類似限制刑事被告人身自由所應踐行之正當法律程序，與憲法第 8 條規定之正當法律程序即屬有違。另系爭規定考量受刑人釋放後之交通與人身安全，延至刑期終了之次日午前始行釋放受刑人，目的固屬正當，惟所謂刑期執行期滿當日，就執行刑罰目的之達成，並不以執行至午夜 24 時為必要，是於期滿當日之午前釋放，既無違刑期執行期滿之意旨，亦無受刑人交通與人身自由之顧慮。足見系爭規定關於受刑人應於刑期終了次日午前釋放部分，與憲法第 8 條有關人身自由權利的正當法律程序與第 23 條比例原則有所抵觸。與本解釋意旨不符部分，應自 2010 年 6 月 1 日起失其效力。有關機

關應儘速依本解釋意旨，就受刑人釋放事宜予以妥善規範，相關規定修正前，受刑人應於其刑期終了當日之午前釋放。

四、釋字第 681 號解釋

2010 年 9 月，大法官會議針對受假釋處分人於不服撤銷假釋處分，不得提起行政爭訟；如有異議，應俟執行殘刑時，向原裁判法院提起刑事訴訟之規定，認為與憲法第 16 條保障人民訴訟權利之意旨尚無抵觸，但相關機關應儘速檢討改進，俾使受假釋處分人得適時向法院請求救濟。考其解釋文，首先，大法官對於假釋的目的，作了一番解釋。假釋之目的在使受徒刑執行而有悛悔實據並符合法定要件者，得停止徒刑之執行，以促使受刑人積極復歸社會。因此，假釋處分經主管機關作成後，受假釋處分人即停止徒刑之執行而出獄，如復予以撤銷，再執行殘刑，非僅僅直接涉及受假釋處分人有關憲法第 8 條人身自由權利之限制，對於其因復歸社會而業已享有之各項權益，亦產生重大影響，因此，主管機關所為之撤銷假釋決定，應宜遵循一定之正當程序，慎重從事。而對於撤銷假釋之決定，也應賦予受假釋人得循一定之救濟程序，請求法院依正當法律程序公平審判，以獲適時有效之救濟機會。其次，有關現行的救濟機制方面，大法官認為實務上最高行政法院 2004 年 2 月庭長法官聯席會議決議：「假釋之撤銷屬刑事裁判執行之一環，為廣義司法行政處分，如有不服，其救濟程序，應依刑事訴訟法第 484 條規定，俟檢察官指揮執行該假釋撤銷後之殘餘徒刑時，再由受刑人或其法定代理人或配偶向當初諭知該刑事裁判之法官聲明異議，不得提起行政訴訟。」以及刑事訴訟法第 484 條規定：「受刑人或其法定代理人或配偶以檢察官執行之指揮為不當時，得向諭知該裁判之法官聲明異議。」並未剝奪受假釋處分人就撤銷假釋處分依法向法院提起訴訟尋求救濟之機會，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨尚無抵觸。

五、釋字第 691 號解釋

2011 年 10 月，大法官會議再度針對假釋的議題，進行更精闢與深入的釋憲，並對於矯正實務產生莫大的衝擊。大法官會議針對監獄受刑人不服行政機關否准假釋之決定，不准請求救濟之規定，與憲法第 16 條保障人民訴訟權利之規定相抵觸，其相關程序及制度之設計，有待立法為通盤考量決定之。在相關法律修正前，由行政法院審理。考其解釋理由，如同大法官於釋字第 681 號解釋所言，假釋與否，關係受刑人得否停止徒刑之執行，涉及其憲法第 8 條人身自由權之限制。現行假釋制度之設計，作成假釋決定之機關為法務部，而是否予以假釋，係以法務部對受刑人於監獄內所為表現，是否符合刑法及行刑累進處遇條例等相關規定而為決定。受刑人如有不服，雖得依據監獄行刑法第 6 條之規定提起申訴，惟申訴性質，如同大法官會議於釋字第 653 號解釋所言，係行政機關自我省察糾正之途徑，與得向法院請求救濟並不相當，基於憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，自不得完全取代法院請求救濟之訴訟制度。因此，受刑人不服行政機關法

務部不予假釋之決定，而請求司法救濟者，自應由法院審理。然在相關法律修正前，鑑於行政機關不予假釋之決定具有行政行為之性質，依照行政訴訟法第 2 條以下有關規定，此類爭議由行政法院審理。

六、綜合檢視與評析

從上述最近四年的五則大法官會議有關監所人犯權利所為之解釋，可以發現以下幾點特徵：

1. 從看守所到監獄，循序瓦解特別權力關係：

首先，在釋字第 653 與 654 號解釋即主張，基於「無罪推定原則」，受羈押被告在憲法上的權利與保障，與一般人民所得享有者，原則上並無不同。換言之，羈押中的刑事被告，雖然人身自由受到限制，但應與一般市民以及未受羈押的刑事被告一樣，享有憲法第 16 條有關人民訴訟的權利以及訴訟防禦權，押所以及檢察系統不得妨害其防禦權之行使。其次，在釋字第 677 號解釋後，針對監獄受刑人部分，針對人身自由權以及訴訟權的部分，進行釋憲與否的檢驗，逐步打破特別權力關係的在監所公營造物的適用，也正式宣告徹底瓦解我國特別權力關係的最後一道防線。

2. 無論是被告或受刑人，逐步建構完善的訴訟制度：

誠如大法官李震山於其釋字第 691 號解釋部分協同部分不同意見書所稱：「事實上，羈押被告與受刑人在監所內所受處遇差別不大，至少兩者之權利救濟途徑同樣不周全（按：都是適用大法官所稱的行政機關自我審查糾正的申訴制度，與憲法第 16 條有關人民的請求救濟的訴訟權迥異）」⁵。因此，這幾號解釋，除要求看守所應該完備羈押被告的訴訟權利並制訂相關的程序與制度設計外，也要求監獄當局應該提供受刑人相類似的訴訟制度以求救濟。換言之，大法官們針對這幾號解釋拘束行政機關，必須對人犯提供完善的訴訟制度，以符合程序正義原則（procedural justice）。

3. 即使是受刑人，仍有一定程度的人身自由權：

釋字第 677、681 與 691 號解釋，大法官不約而同的均提到受刑人在憲法第 8 條人身自由權的保障。例如第 677 號解釋稱服刑期滿日的次日釋放，嚴重侵害人民的人身自由權利，即使考量交通與人身安全，與憲法第 8 條正當法律程序有違，屬於違憲的立法，應予修正。其次，最重要也對實務工作衝擊最大的，就是法務部的假釋准駁，亦構成訴訟救濟之標的，其立論在於，假釋的准駁，會影響到受刑人得否停止徒刑之執行，涉及其憲法第 8 條人身自由權之限制而非「恩典」性質的考量。⁶

⁵ 參見大法官李震山（2011）在其釋字第 691 號解釋部分協同部分不同意見書，第 14 頁。

⁶ 其實我國假釋制度的性質，無論從學理或實務，大部分均採納「恩典說」。學界方面，例如謝瑞智（2000）認為我國現行有關假釋之規定，均屬恩赦主義之刑事政策的產物。參見氏著犯罪

4.先程序正義，後實體正義的發展：

從上述五則釋字，大法官一直重申建構監所人犯訴訟程序的重要性，不會因為是被告身份或是受刑人身份而有所差異，換言之訴訟程序正義化，一直是大法官不次關注的焦點與期待的發展；再者，從釋字 677、681 與 691 號等解釋，大法官也都論及受刑人具有一定程度的人身自由權。從一角度觀之，大法官的解釋似乎也從程序正義（procedural justice）進入實體正義（substantive justice）的境界。所謂實體正義的部分，係指大法官針對行政機關對於人犯的生活管理與處遇行為，進行憲法解釋。在美國，最耳熟能詳的案例包含：擁擠是否會構成美國憲法第 8 修正案中的「殘忍而不人道的懲罰」？將人犯監禁於獨居房中是否也構成上述的「殘忍而不人道的懲罰」？對人犯的身體與舍房等隱私處進行搜身與搜索，是否構成憲法第 4 修正案的「無令狀搜索」而導致違憲的主張？其實，有關實體正義的部分，美國判例法已經處理很多了，但反觀我國，似乎從釋字第 677 號解釋，可以嗅到一些些的味道。因此，遠在太平洋彼端的美國，其人犯在監所權利的發展歷程，似乎可以成為我國人犯權利發展過程中重要的借鏡與指標。

參、美國監所人犯權利發展的五階段綜覽

揆諸美國監所人犯權利的發展，伴隨其開國歷史，約有兩百年的歷史，其中 1960 年代可謂是重要的分水嶺。在此之前的近兩百年，被區分為國家的奴隸時期（slaves of the state era）與放任時期（hands-off era），意味的監所人權被遺忘與忽略的年代。但 1960 年代之後，伴隨著不同族群社會運動，包含反越戰、民權示威、婦女解放運動與少數族裔的自由運動，監所人權在此波的社會運動中，也獲得重視。故從 1960 年代中期開始，各級法院開始介入（hands-on），美國監

與刑事政策，台北：正中書局，第 432 頁。另大法官陳新民（2010）於釋字第 681 號解釋所提之協同意見書，第 21 頁稱，假釋並非人民的公法權利，監獄實務運作，並未告知受刑人有否為其報請假釋之程序，亦不告知受刑人是否不予准許，假釋無異形成「純粹的恩賜」制度。故對受刑人而言，並非其權利，僅屬於一種反射利益，受刑人並無得向國家主張假釋之請求權；實務界方面，最高行政法院 2011 年度裁字第 901 號裁定略以：假釋之核准，為監獄對於受刑人於刑之執行中表現之處分，具恩典性質，關於假釋之核准，係由法務部對於受刑人於監獄內所為表現，是否符合行刑累進處遇條例之相關規定，依據各該監獄假釋審查委員會之決議，進而判斷是否准予假釋。...換言之，受刑人並無申請假釋之權利。然而在本釋字第 691 號解釋，大法官捨棄我國假釋制度的性質應為「恩典說」或「權利說」作統一之解釋，直接從憲法第 8 條人身自由權利之角度探究受刑人因假釋准駁導致其權利的變動，因而應該提供救濟管道。揆諸其解釋文，針對人犯的人身自由權與一般市民的人身自由權之說明與比較，甚至程度上之差異，付之闕如。再探究一些大法官的協同意見書，更是對於假釋制度仍停留於「恩典說」或「權利說」之論述，嗤之以鼻，例如大法官李震山（2011）於其釋字第 691 號解釋部分協同部分不同意見書中認為，假釋若仍處於「恩典說」，仍停留於一種「謝主隆恩」君主時代，詳見第 13 頁之註腳 11。關於此一論述之批判，參閱賴擁連（2012），論受刑人假釋准駁與撤銷的性質與救濟途徑：從美國聯邦最高法院判例探討我國釋字 681 與 691 的失焦，犯罪、刑罰與矯正研究，第 4 卷第 1 期，第 57-80 頁，中華民國犯罪矯正協會出版。

所人權始獲改善與抬頭，迄今約 50 年的光景。然而在這 50 年的發展歷程中，還可區分為三個階段，分別說明如下。

一、自 1776 年至 1899 年以前的國家奴隸時代

此一時期，受到英國殖民帝國之影響，認為人犯是法律上的流放者，當其犯罪被法官判決確定入監服刑後，即與社會隔離，他在憲法上的市民權利，相對地也受到限制。雖然有些州的法院確實會針對監獄當局侵害人犯憲法的權利予以糾正，但絕大部分的州，都奉守 1871 年維吉尼亞州最高法院在 *Ruffin v. Commonwealth* 判例，法官曾謂：「(監禁中的)人犯並沒有賦予一般市民的權利」、「他們僅被賦予監獄所允許的權利」、「受刑人不僅係因己身之犯罪而被剝奪自由，除法因慈悲而與之特權外，其將喪失所有個人權利。此等人暫時將成為國家奴隸」。此一判決給予受刑人在法律上為國家奴隸之地位⁷。因此，除了維持生存之最低需求外，人犯不具任何其他權利。

二、1900 年至 1960 年以前的放任策略時代

所謂放任政策(hands-off policy)，是指法院對於矯正當局內部的行政作為，採取消極不干預(noninterference)的政策。⁸此一時期的法官主張，應該力守三權分立的原則，司法權不應該侵犯行政權之作為，因為他們知道，他們不是刑罰的執行者(penologist)，他們的介入與干預，會讓監獄當局難以管教人犯。再者，法院基於以下三點利益之考量，採取放任策略：1.人犯應該為其犯罪行為付出等同的代價；2.對於矯正機關之行政裁量權予以尊重；3.法院缺乏直接督導、監管監獄的權力。此一時期，如果人犯要爭取自己的權利，則必須自己負擔舉證的責任，證明他的權利是存在的，只是被監獄當局所侵犯了(例如飲食的不足)。另外，客觀環境也不利於人犯權利獲得重視，此一時期的監獄都蓋在遠離市中心的郊區，讓社會大眾無法瞭解監獄當局對於人犯的管理有何侵其權利之處，這樣的設計其實也是迎合民眾「眼不見為淨」的刑罰隔離思潮(isolation philosophy)。⁹

三、1960 年代中期到 1979 年的干預策略時代

從 1960 年代中期以及 1970 年代初期起，法院對於監所人權的策略，從放任策略改變為干預策略(hands-on policy)，其中 1964 年美國聯邦最高法院在 *Cooper v. Pate* 所做的判例，可謂是終結放任政策的具體表徵。因為在此一判例中，聯邦

⁷ 李茂生(1992)，受刑人之人權及其救濟制度-以美日兩國之制度發展為中心，刑事法雜誌第 36 卷 1 期，第 59 頁。

⁸ Clear, T. R., Cole, G. F., & Reisig, M. D. (2011). *American corrections* (9th ed.). Balmont, CA: Wadsworth, p.104.

⁹ del Carmen, R. V., Ritter, S. E., & Witt, B. A. (2005). *Briefs of leading cases in corrections* (4th ed.). San Francisco, CA: Anderson Publishing, p.3.

最高法院大法官認為當監獄當局對人犯進行殘酷不人道的處分時，包含被管教人員毆打、提供不足夠的飲食與醫療服務、偷竊人犯的財物以及否定人犯基本的生活需求時，監獄當局應該提供人犯請求救濟的權利。¹⁰另一個很顯著的判例，1974 年的 *Wolf v. McDonnell* 判例中，聯邦最高法院大法官指出「雖然基於監獄組織環境的需要與催迫，受刑人許多的權利都將縮減，然而受刑人當其犯罪監禁後，並未完全被剝奪憲法之保護。這個國家沒有在憲法與監獄之間，築起一道不能穿越的鐵幕 (There is no iron curtain drawn between the Constitution and the prisons of this country)」。換言之，此判決徹底改變受刑人法律之地位，不再視受刑人為奴隸¹¹。之所以會有如此 180 度的大轉變，與下列幾點因素有關：1. 此一時期，聯邦最高法院首席華倫大法官 (Justice Warren) 要求各級法院力守憲法人權法案中 (Bill of Rights) 中的平等保障原則 (equal protection) 以及程序正義 (due process) 原則¹²；2. 此一時期大眾傳媒聚焦於監獄人犯的處遇；3. 一般大眾對於監獄人犯的看法有所轉變；4. 法院也認知到，如果法院不介入監獄事務導正其管教的話，沒有人可以保護人犯的權益。在聯邦最高法院的引領之下，逐漸還原人犯在憲法的基本權利，並逐步引領監獄邁入較為人道的處遇方向進行。

四、1980 年到 1987 年的限縮干預政策時代

所謂限縮干預政策 (limited hands-on policy)，係指法院，特別是聯邦最高法院對於人犯權利的維護，不再一廂情願、漫無限制的開放與擴充，甚至開始限制人犯的權利。之所以會有如此的改變，係基於以下幾點因素：1. 監所人犯的訴訟案件逐年大幅的攀升，有數據顯示，例如 1966 年人犯興起的訴訟案件從 2,187 件攀升 1996 年的 41,952 件，成長 18 倍；¹³ 2. 面對這樣的窘境，監獄當局也無力改善，管教人員經常因案涉訟，對於工作的投入度有所影響；3. 受到重刑化刑事政策與人犯再犯率攀高的影響，民眾對於監所人犯權利的開放態度趨於保守；4. 此一時期的大法官們以保守派者居多，均認為矯正實務的改革已經差不多了。雖然限縮干預，但是人犯們在第三階段所獲得的權利，完全受到保障，例如宗教信仰權、請求法院救濟權、合乎標準的醫療權利、免於接受殘酷與不人道的懲罰等。法院所要限縮的，是指人犯並不能像一般市民一樣擁有絕對的憲法權利，因為這些人犯是因犯罪監禁於監獄之中，憲法的權利應該有條件的限制在人犯上的適用。例如，在 *Whitley v. Albers* (1986) 案例中，聯邦最高法院大法官認為，管理人

¹⁰ Clear et al. (2011). 同註 8, p.105.

¹¹ Cripe, A.C., & Pearlman, M.G. (2005). *Legal aspects of corrections management*. Sudbury, MA: Jones and Bartlett Publishers. p. 92.

¹² 平等原則是指每一個人在司法程序中接受的待遇與處遇應該一樣的，不會因為性別、種族、階級與黨派而所有不同，因此，監獄的人犯應該同一適用此一原則；而程序正義原則，又稱為適法程序原則，強調的是基礎的公平性 (fundamental fairness)，刑事程序的制裁，必須踐行正當法律程序原則，即使是在監人犯，亦擴及之。

¹³ 黃徵男 (2006)，監獄受刑人人權之探討，矯正月刊 169 期，第 7 頁。

員對於監獄受刑人開槍，雖然並沒有口頭的警告，但是基於鎮壓暴動以維監獄秩序，這樣的開槍行為並沒有違反憲法第8修正案中「殘忍而不尋常的」懲罰，一般街頭警察開槍時所適用的程序，在此監獄中無適用之餘地。

五、1987年以降尊重監獄管理階層時代

如同前述，在干預政策與限縮干預政策時代，矯正當局的權力受到很大的減損與挑戰。矯正當局一直向法院呼籲為達維持監獄內部的秩序、安全與紀律，限制人犯的權利是有必要的。在這樣不斷的主張之下，法院開始表達尊重監獄管理當局的立場，不再一味的支持人犯權利的立場。能讓法院改變其立場的，是基於以下三個矯正利益：1. 尊重矯正當局內部管理與紀律維持的權責；2. 確保矯正當局有能力保全機關安全並防範人犯發生脫逃；3. 認同矯正當局具有矯治人犯的能力。例如在 *Turner v. Safley* (1987) 的判例中，聯邦最高法院大法官曾謂「各級地方法院應該尊重矯正管理當局的決定」。自此之後，當法院審理人犯的訴訟案件時，矯正當局只要能主張這樣的行政處分或作為，是「合法地與正當刑罰利益/安全」有關的話，法院基本上就會尊重矯正當局的立場。然而最重要的里程碑，是1996年國會通過了「監獄訴訟改革法案」(Prison Litigation Reform Act, PLRA)，企圖降低監獄人犯大量的訴訟案件該法案中授權矯正當局篩選人犯訟源的功能，在源頭就過濾人犯的訴訟案件。據統計，1996年人犯的訴訟案件為41,952件，但到了2002年時僅剩24,000件，下降43%。¹⁴其審理原則如下：¹⁵

1. 人犯的申訴事件必須窮極一切行政資源予以救濟後，仍然無果。
2. 人犯請求訴訟的費用（每件至少美金150元），除能證明為低收入戶，否則應該自行負擔。
3. 幫人犯辯護的律師，其律師費用應該縮減（費用頂多為一般公設辯護人每小時的150%），即使打贏訴訟，不得額外向人犯請求額外的獎金。
4. 要求法院法官於審理該案件時，必須先檢視該案件內容，如果屬於瑣碎（frivolous）案件，應立即做成不予受理之裁定。
5. 如果發現人犯是惡意（malicious）興訟，除法官應予以不受理外，監獄當局應該撤回其在監服刑的優裕措施，例如核減縮短刑期與假釋制度的分數。
6. 除非是有肉體上的傷害，人犯不得以精神或情感上的傷害為由，向法院提出訴訟。
7. 即是案件獲得法院的勝判，法院不得做出約束矯正當局改善人犯應該擁有市民權利的判決。
8. 要求法院對於所為的判決，每兩年更正一次，以求符合矯正工作的需求性。
9. 規定法官不得作成要求監獄當局因為擁擠窘境而必須釋放人犯的判決。

¹⁴ 黃徵男（2006），同註13，第7頁。

¹⁵ del Carmen et al. (2005). 同註9, p.7.

肆、美國監所人犯重要權利之介紹與剖析

在正式探討當前美國監所人犯重要權利之前，先介紹幾條最常被監所人犯引用來爭取其權利並提起釋憲訴訟的人權法案（Bill of Rights）。首先，是該法案的第 1 修正案（1st Amendment）中載明「宗教、言論與和平集會自由」的權利，此一部分與我國憲法第 11 條至 12 條之內容相似；其次，是該法案的第 4 修正案（4th Amendment），載明「免於不合理（無令狀）的搜索與扣押」的權利；此一部分與我國憲法第 8 條人身自由權與正當法律程序的保障相類似；第 3 為第 8 修正案（8th Amendment）中載明「禁止殘忍且不尋常的懲罰（prohibition of cruel and unusual punishment）」之權利，揆諸我國憲法，並未有相類似的條文規定，但可與我國憲法第 23 條有關「限制人民自由的比例原則」相呼應，亦即在監人犯的懲罰，也應該受到憲法比例原則之適用；最後為第 14 修正案中的「公民的參政權與生命、自由與財產的保障權利」，在此一修正案中，與監所人權息息相關的是「正當法律程序（due process）」與「平等保護（equal protection）」兩大原則，對於美國境內少數族裔爭取刑事訴訟權益，甚有助益。此一部分又與我國憲法第 7 條的平等原則與第 8 條之正當法律程序原則相類似。

本節擬以上述四個與監所人權最密切關係的人權法案為框架，介紹重要的且約束各級法院的判例，探究美國聯邦最高法院大法官賦予的哪些人犯在監的權利，俾供我國日後修正監獄行刑法等相關監所法規之參考。

一、第一修正案「宗教、言論與和平集會自由」之權利

如同前述，美國進入到 1960 年代中期後，法院的司法權始介入監所的行政工作。在這一波早期介入監所行政工作的判決中，*Cruz v. Beto* (1972) 有其指標意義。*Cruz* 是為虔誠的佛教徒（Buddhist），在德州的監獄中服刑，德州矯正局卻不准他使用監獄的宗教室從事宗教的信仰工作，最後他具狀控告德州矯正局違憲，聯邦最高法院大法官在此判例中，做出一個很重要的判決，要求各級的矯正機關必須提供合理的機會與途徑讓人犯從事宗教信仰的權利，以符合憲法第 1 修正案的宗教信仰權。即使是如此，在 1987 年的另一個判例，*O'Lone v. Estate of Shabazz* 的判例中，聯邦最高法院大法官卻指出，如果監所當局因為基於合法的刑罰利益（legitimate penological interests）而對於人犯的宗教活動予以限制時，是沒有違憲的。本案例中，紐澤西州的監獄當局有一個限制人犯參與宗教活動的政策，其中有一個規定是，基於戒護安全的利益與考量，禁止具有幫派背景的人犯參與集體的宗教活動（例如做禮拜）。在此案例中，聯邦最高法院大法官認同監獄當局的管理政策與考量戒護安全的利益（例如集體暴動），認為這樣的做法並沒有違憲，但仍應該採用其他替代方式，讓這些具有幫派背景的人犯進行宗教性活動。該案例也足見反映此階段的大法官尊重監所管理當局的意見，有條件的限制人犯宗教權利。

其次在言論自由部分，與監所有關的是媒體的接觸自由（freedom of the

press)。在 1974 年的 *Pell v. Procunier* 判例中，美國聯邦最高法院大法官指摘，加州監獄局禁止特定人犯與媒體接觸、接受採訪的規定，並沒有違反憲法第 1 修正案中的「言論自由」權，大法官進一步指出，對於人犯的對外接觸權利，監獄當局可採取的替代管道很多，例如主動邀請媒體進入採訪、或是製播相關的影音介紹等，將人犯的意見宣達出去，不一定要媒體與特定人犯直接接觸。對於媒體主動針對某一特定的人犯（例如幫派份子或性侵害人犯），監獄當局以戒護安全與刑罰利益為考量，否決此一申請，並沒有違憲。換言之，人犯對外的言論自由，是獲得憲法保障，但監獄當局若是基於戒護安全、人犯的身分、社會大眾的觀感等利益而有篩選機制時，是沒有違憲的。相類似的案例，幾年後在 *Houchins v. KQED, Inc* (1978) 案例中，聯邦最高法院大法官再度支持監獄當局的立場，認為大眾媒體在採訪監獄人犯的通達程度，與採訪一般社會大眾的程度是不同的，當採訪社會大眾時，媒體確實有比較寬鬆的採訪自由，但若是採訪監獄當局與人犯，卻有不同的採訪標準，而監獄當局的戒護安全與社會大眾的觀感，是應該要被考量進去的，不應該以「新聞媒體自由」的標準，要求監獄當局一定要開放人犯接受採訪，這是違憲的。

至於在書信權利上 (freedom of receiving and sending mail)，在美國監所人權發展史上，*Turner v. Safley* (1987) 是一個很重要的判例。聯邦最高法院大法官基本上是支持人犯的書信權利，應該獲得憲法第 1 修正案的保障，但是此一原則仍會受到上述「合法的刑罰利益 (legitimate penological interests)」原則的限制。例如本案例中，人犯與其他監所人犯之間的書信往來是禁止的，原因在於合法的戒護安全之考量（例如彼此間恐以通信作為計劃脫逃的方式）。除此之外，監獄對於人犯的對外書信溝通的權利，不應該受到限制。另一個類似的案例，聯邦監獄局 (Federal Bureau of Prisons) 根據此一案例制定相關的規定，也約束外界不得寄送出版品 (publications) 入監給人犯，其理由在於考量基於安全的物品檢查、監獄的紀律與秩序之緣故。在 *Thornburgh v. Abbott* (1989) 的判例中，聯邦最高法院大法官認為，聯邦監獄局的考量並沒有違憲的疑慮，甚至符合在 *Turner v. Safley* (1987) 中所提出的「合法的刑罰利益」之原則，因為監獄當局所提出的「安全、秩序或紀律」(security, order, or disciplinary) 的考量，獲得大法官的支持。換言之，從此兩則案例中，大法官是高度尊重監所管理當局的意見與看法。

相類似地的是人犯的對外接見權利。在 1984 年的 *Block v. Rutherford* 案例中，大法官認為，即使是看守所的被告，看守所當局對其接見權利予以限制，並沒有違憲。在這案例中，大法官同意 *Bell v. Wolfish* (1979) 的看法，採取保守的態度，支持紐約市大都會矯正中心 (New York City Metropolitan Correctional Center) 看守所的主張，當基於刑罰利益時，對於人犯的接見權利與對象，予以限制時，並未違憲。另一個相近案例，*Overton v. Bazetta* (2003) 在密西根州的案例，監獄當局鑒於日益增多的接見人數，對於觸犯兩次毒品罪的人犯，限制其接見對象兩年，在此期間僅能與宗教義工與律師等接見，家屬一律不准接見。這樣的規定被人犯具狀控訴。聯邦最高法院大法官還是採取「合法的刑罰利益」之原

則，認為監獄當局如果基於此一原則而限制人犯的接見權利，是沒有違憲的。

最後，在集會自由上，美國聯邦最高法院法官是不支持各種工會團體在監獄內的集會活動的。例如，在 1977 年的 *Jones v. North Carolina Prisoners' Labor Union, Inc.* 判例中，大法官指摘，監獄當局禁止相關的工會團體的成立及其活動，是沒有違憲的。人犯基本上沒有憲法第 1 修正案中有關和平集會的自由權，因為此一權利與人犯的身分不符，最重要的是，恐有危害矯正系統的合法目標：戒護安全。

二、第四修正案中「免於無令狀搜索與扣押」之權利

有關無令狀的搜索與扣押的權利，與我國監獄行刑法第 12 條以及第四章戒護中的對於人犯的「搜檢身體」、「搜檢物品」與「搜檢場舍」工作相同。首先，在 1979 年的 *Bell v. Wolfish* 案例中，一位監禁於紐約市大都會矯正中心的羈押被告控訴該所對其於接見後進行搜身（包含私處的檢查）以及職員利用接見時間進行其舍房物品的檢查工作，嚴重違法憲法第 4 修正案。但是聯邦最高法院大法官認為，即使是被告，他在憲法上的權利，並不完全與自由社會的大眾一樣，收容在看守所中，其權利（例如隱私權）仍要受到一定程度的限制。看守所當局所為的搜身與物檢工作，是基於機構內的安全與秩序的維持，符合合法的刑罰利益（legitimate penological interests），不會因為監獄或看守所而有所不同。因此，這樣的規定與做法，並沒有違憲。舉輕以明重，被告的搜身動作都沒有違憲，對於監獄人犯之檢身工作一樣沒有違憲。

而在監獄部分，在一個發生在維吉尼亞州 *Hudson v. Palmer* (1984) 的案例中，大法官指出，監獄戒護人員搜索人犯的舍房是不需要申請搜索票（warrant）或基於合理理由的（probable cause），因為監獄內的舍房並不受到第 4 修正案的保護（a prison cell is not protected by the Fourth Amendment）。在此案例中，大法官重申 *Wolf v. McDonnell* (1974) 的判決：「人犯與憲法之間並沒有鐵幕阻隔」。但是，當人犯因為他的罪而監禁在監獄中並享有憲法的權利時，很清楚地監禁確實會帶給人犯一定程度的權利限制與失去權利。換言之，在此案例中，在監獄的人犯，其舍房是不被期待有隱私權的，進而無法期待人犯具有第 4 修正案中的權利保障。當監獄當局基於機關安全與刑罰利益時，對人犯進行個人財產與物品的檢查工作，是沒有違反憲法之規定。甚至這樣的搜索程序，也不需要踐行正當程序原則（例如要申請搜索票或是要有合理懷疑有違禁物品時始得為之）。再者，在 *Block v. Rutherford* (1984) 的判例中，大法官主張，人犯是沒有權利觀察監獄官員對其舍房進行檢查的安檢工作。

後來在陸陸續續的案例中，美國監獄建立了監獄官員進行搜索與扣押的原則：1. 在脫衣與私處的檢查（但須男性檢查男性、女性檢查女性為原則）以及在監所的私人舍房內的財產與物品、寄送出去的書信、抽血的血液檢查以及接受各種數位以及 X 光檢查，這些情境因為沒有隱私權之期待，所以沒有違憲的疑慮。2. 但是，在以下情境下，人犯仍保有部分的隱私權，例如不得對人犯在其舍房內進行全天候監視、禁止男女生交叉進行檢身工作、尿液篩檢結果和在監病歷資料

不得洩漏、以及對於不得隨意對於寄入之書信進行檢閱。¹⁶

三、第八修正案中「免於殘忍而不尋常的懲罰」之權利

「殘忍而不尋常的懲罰」，一直是人犯爭取權利且向法院提起訴訟之標的。著名的案例大致可區分為擁擠、使用戒具（固定保護）、懲罰性獨居、人犯間的暴行、致命/非致命武力之使用時機以及醫療照護等。

當前我國監獄面臨第三波的擁擠窘境¹⁷，擁擠是否會構成違憲審查之事由，是值得我國法務與矯正機關所關注的。在美國，聯邦最高法院曾經做出一連串的判決。首先，在 *Bell v. Wolfish* (1979) 的判例中，舍房擁擠（原 double bunking 是指睡上下鋪，引申為擁擠之意），並沒有侵害人犯的隱私權。但是，在德州州的 *Ruiz v. Estelle* (1980) 以及俄亥俄州的 *Rhodes v. Chapman* (1981) 等著名案例中，聯邦最高法院重申，監獄擁擠確實構成第 8 修正案中「殘忍且不尋常的懲罰」。這樣的判例，要求各級矯正當局要盡速的改善監所擁擠的窘境，因此各州均花用相當大的經費於監所設施的改善與新建監所。但是，十年後於同一個俄亥俄州，聯邦最高法院在 *Wilson v. Seiter* (1991) 判例中指摘，監獄舍房內的擁擠，並沒有構成憲法上「殘忍而不尋常的懲罰」之禁止原則，此案例中，大法官們是以監獄當局有沒有違反「漠不關心」(deliberate indifference) 原則，作為審查標準。如果監獄當局均很努力的竭力改善監獄擁擠的窘境，例如移監、改善設施、擴充房舍，但仍無法因應迅速成長的監禁人口，則不構成違憲。此外，更重要的是，提出控告的人犯們無法具體提出監獄當局的對他們的擁擠窘境表達出「漠不關心」證據，因此不構成「殘忍而不尋常的懲罰」。

在使用戒具方面，2002 年在阿拉巴馬州的 *Hope v. Pelzer* 案例上，有位人犯與另一位人犯因爭執發生毆打後，被管理人員使用手銬銬在柱子上長達兩小時，特別是，他的手銬銬的比其肩膀還高，而且無法移動，因為後來手銬還挾住他的手腕使他疼痛不已。一個月後，他又因細故再次受到相類似的懲罰超過七個小時，於是他具狀控告監獄當局，認為此一懲罰的行為，構成「殘忍而不尋常的懲罰」。聯邦最高法院大法官在此案例中，支持人犯 Hope 的主張，監獄當局的懲罰措施確實違反憲法第 8 修正案。大法官說：「一個正常的矯正人員應該知道使用這樣的戒具行為，...是違法的，以及很明顯地是殘酷的。」換言之，矯正當局即使宣稱這樣的作為其實也是保護其他人犯不受其再度攻擊與毆打，但大法官認為監獄可以採取其他措施，而這樣作法已構成違憲。

監獄的獨居措施，可分為行政性獨居 (administrative segregation) 與懲罰性獨居 (punitive segregation)，行政性獨居是指人犯的違規行為在調查期間，為保

¹⁶ Clear et al. (2011). 同註 8, p.113。

¹⁷ 回顧我國過去 20 年的監所人口的總收容人數與核定容額人數，1994 年年底為政府遷台以來第一波高峰，超額收容達 51.6%，第二波高峰為 2006 年底因為重刑化刑事政策實施後的擁擠人潮，超額收容達 18.6%。第三波為當前的擁擠人潮，以 2012 年 10 月為例，超額收容已達 21.2%。詳參法務部全球資訊網：<http://www.moj.gov.tw>，法務統計，造訪日期 2011 年 12 月 14 日。

護當事的人犯所為的獨居行為。另一種是違規事件已調查完畢後，施予懲罰的一種行政處分，類似我國監獄行刑法第 76 條的停止戶外活動。兩者最大不同在於，前者是屬於保護型的獨居隔離，因此不用踐行正當法律程序之原則；後者因為對於人犯的權利恐有損害，因此要踐行正當法律程序，並可以檢視這樣的獨居有無構成「殘忍且不尋常之處罰」。因此，在行政性監禁方面，聯邦最高法院在 *Hewitt v. Helms* (1983) 判例中認為，在調查人犯暴動事件當中，監獄當局基於保護涉案人犯，要求涉案人犯置於獨居舍房，以防與其他入犯串供，並沒有違憲；另在懲罰性獨居方面，聯邦最高法院在 1978 年的 *Hutto v. Finney* 的案例中認為，監獄當局對人犯所判處的懲罰性獨居，應該要踐行正當法律程序原則，要給人犯聽證 (formal hearing) 與辯解等陳述意見的機會，如果最後人犯對於獨居的行政裁量不符時，當然構成違憲審查的標地。此外，地方法院要求獨居監禁最長僅有 30 天，超過 30 天就構成「殘忍且不尋常之處罰」，這樣的要求並沒有錯誤。

再者，人犯間的暴行行為（例如被毆打或被性侵害），監獄管教人員疏於防範或制止，導致嚴重的傷亡時，人犯是否可以構成「殘忍且不尋常之處罰」進而控告監獄當局？在 1994 年於 *Farmer v. Brennan* 的案例中，聯邦最高法院主張，監獄官員並不需要為此類的行為負責，也不會構成「殘忍而不尋常的懲罰」，除非被控訴的人犯舉證，監獄官員「已經知曉以及忽略這種極端的危險行為」，而這種忽略的危險行為是指「很明顯地一般人即可注意到的程度」。換言之，監獄官員對於一些人犯的危險行為，以一般人的經驗法則即認為應該多加注意防範時，卻故意地不加理會或故意地不加以防範、制止時，導致人犯間的暴行產生，即構成違憲的情況。

另外，在使用致命武器 (use of deadly force) 與非致命武器 (use of non-deadly force) 方面，也各有一案例可資遵循。首先，在致命武器的使用方面，*Whitley v. Albers* (1986) 的案例中，在奧瑞岡州的一場監獄暴動中，有一名監獄官員被人犯挾持成為人質。在對峙過程中，監獄官員決定攻堅並開槍以鎮壓此一暴動事件。開槍過程中，有一名人犯遭受槍傷，造成左膝蓋骨破裂。事後此一受傷人犯，以此開槍傷及人犯，且未事先警告，控告監獄當局違憲。聯邦最高法院大法官認為，監獄官員為鎮壓暴動事故，在情況緊急且要解救人質的過程中，並未事先警告，即對滋事人犯開槍因而導致傷亡，並沒有違反憲法中「殘忍而不尋常的懲罰」之禁止原則。特別是，大法官們審查此一鎮壓過程，發現監獄官員並沒有「頑固且放縱的」(obduracy and wantonness) 對人犯進行槍殺行為。如果監獄官員是在「非必要地且放任地」(unnecessarily and wantonly) 使用致命武器，即構成違憲之實。其次，在非致命武器部分，聯邦最高法院在 *Hudson v. McMillian* (1992) 的判例中，以非致命武器的使用是否達到「惡意地與虐待地」(maliciously and sadistically) 標準作為審查依據。例如在此一案例，路易斯安納州某一監獄的兩位監獄官員，對人犯 Hudson 動用私刑，採取以毆打與踹踢的方式，讓其多處瘀傷與腫痛，期間甚至還戲謔的說「還玩得不夠」，導致他重傷休養長達數個月。大法官認為，這樣的私刑行為，嚴重的構成「殘忍而不尋常的懲罰」，判處該監

獄當局敗訴。

最後，監獄內醫療服務的品質，也一直是人犯經常認為監獄當局構成了「殘忍而不尋常的懲罰」之禁止原則。此一議題中，最早出現的案例莫過於發生在德州的 *Estelle v. Gamble* (1976) 的訴訟案件。在此案例中，聯邦最高法院大法官仍以是否達到「漠不關心」(deliberate indifference) 的程度來決定一個監獄當局的醫療照護是否違憲。以此案例為例，德州某一監獄的官員，對於因為工作導致傷及背部的人犯 Gamble，給予醫療的照護與復健，於數月後，經過醫師診斷確實可以回工場作業，但 Gamble 認為他的背傷尚未痊癒，拒絕回工場作業，最後在監獄當局強力要求下，他回工場作業。他不甘心，具狀提出此違憲訴訟。大法官在此案例中，並沒有發現德州矯正局對其病情有「漠不關心」的態度，甚至經過醫師診斷確認他的背傷已無大礙後始要求其返回工場作業，並沒有違憲的情況發生。此外，在之後的 *Ruiz v. Estelle* (1980) 案例中，聯邦最高法院宣告德州矯正局應該限期改善監獄內的醫療照護之窘境，因為醫護人力與醫療設備不足，嚴重侵害到人犯的醫療權利，構成「殘忍而不尋常的懲罰」。

四、第十四修正案中「正當法律程序原則」之權利

正當法律程序原則，是美國監所人權改革非常重要的指標，早在 *Wolf v. McDonnell* (1974) 的判例中，大法官即已要求。其意義是指監獄當局所為的行政處分，基本上應該經過一定的法定程序，例如組成委員會審議案件、讓人犯具有參與正式聽證、陳述意見的機會，並表達對此一行政處分之看法，甚至予以辯解，之後應該有書面的紀錄與通知，讓處分之人犯知曉，甚至也要提供其通達法院 (access to courts) 的資訊，以提供司法救濟。例如，在 *Hughes v. Rowe* (1980) 的案例，聯邦最高法院重申 *Wolf v. McDonnell* (1974) 判例並指摘伊諾州矯正局，將人犯置於懲罰性獨居監禁前，並未踐行正式的聽證程序，讓其表達意見或辯解，嚴重違反正當法律程序，除非有緊急事由無法踐行，否則該矯正局應該修法盡速改進。在同一時期，於 *Vitek v. Jones* (1980) 的案例中，聯邦最高法院認為，當人犯的疾病無法於監獄內接受適切的治療時，是可以未經其同意 (involuntarily) 將其從監獄轉介到醫院接受治療。然而，在轉介之前，必須踐行正當法律程序，亦即書面告知這樣的決定、要舉辦正式聽證程序並給予人犯充分準備轉介的時間、在聽證時要讓人犯充分表達其意見與想法、書面的聽證會紀錄要送達人犯、通知人犯各項的轉介程序與權利。另一個類似的案例，在 *Washington v. Harper* (1990) 的判例中，人犯 Harper 不想從監獄移到另一個專業病監以接受更好的醫療照護。但監獄當局經過專業醫療委員會的評估並踐行了正式的聽證會後，還是決意將 Harper 移監。此一案例中，大法官認為，雖然該專業醫療委員會不具司法性質，但整個過程確實符合憲法的正當法律程序，因此支持監獄當局所為的移監決定。

而與正當法律程序有關的是，人犯通達法院的權利 (即我國憲法第 16 條請求救濟的訴訟權利)。在 1969 年的 *Johnson v. Avery* 判例中，聯邦最高法院作成

一個非常重要的判決，認為除非監獄當局能夠提供相關的替代措施協助人犯向法院提起訴訟以求救濟，否則不得限制人犯間有關準備訴訟上的協助，原因在於請求救濟是憲法保障的權利，即便是人犯，也具有這樣的權利，因此，當監獄當局無法提供這樣的協助時，禁止人犯協助其他人犯撰寫訴狀，這是違憲的規定。再者，大法官利用此一判決，要求監獄當局應該建立以下幾點制度：1.公設辯護人（public defender）制度應該建立，以協助人犯打訴訟官司；2.聘僱高年級的法學院學生到監獄內提供法律諮詢服務；3.主動接觸當地的律師公會，定期的派遣律師到監獄來提供人犯有關訴訟案件的諮詢服務。此一判例可謂是建構人犯通達法院權利的重要里程碑。幾年後，在 *Bounds v. Smith* (1977) 案例中，聯邦最高法院再度要求監獄當局應該提供有意義的措施讓人犯能夠充分的行使其訴訟權（prison authorities are required to assist inmates by providing meaningful access to the court），其中最重要的作為就是在監獄中建立法律圖書館（law library），提供相關的判例與法律書籍，並在圖書館內安置嫻熟法律的志工或律師，提供有需要的人犯法律諮詢服務。

伍、結論與政策意涵

一、結論

在過去這四年，我國司法院大法官，針對人犯在監所的權利，做出的五號重要的解釋，並要求法務與矯正當局，迅速的改善。揆諸此五號解釋，均與憲法保障人民訴訟權利（例如釋字第 653 與 691 號解釋）、人身自由權利（例如釋字第 681 與 691 號解釋）、正當法律程序（例如釋字第 677 號解釋）以及比例原則（例如釋字第 654 與 677 號解釋）等有關，認為即使是人犯，其在上述的權利也應該獲得一定程度的保障，特別是訴訟權利、正當法律程序以及比例原則，不會因為是人犯的身分而受到不同等級的影響。

然而從上述的五號釋字解釋的發展，可以發現傳統我國繼受適用的特別權力關係，已遭瓦解與打破，取得代之的是法治國原則。此外，從這些脈絡中可以發現，大法官們一直重申，無論是被告或受刑人，應該逐步建構完善的訴訟制度以資救濟。然而，更重要的是，大法官們對於人犯在監所權利的建構，是採取「先完善程序正義，後建構實體正義」的發展趨勢，亦即人犯的訴訟制度已燦然大備後，任何在監所的權益遭受到侵害時，即可透過完善的訴訟制度，尋求救濟。然而相較於程序正義的所強調的正當法律程序與比例原則的建構，實體正義的內涵較為空洞，也由於我國對於監所的人犯權利正處於萌芽階段，急需探究國外的法制與判例，供作未來遇到類似案例時的參考經驗。

因此，民主制度已發展兩百餘年、監所人犯權利抬頭亦有五十餘年的美國，在過去這段時間所累積的聯邦最高法院之判例，即成為我國學習、仿效的榜樣。本文根據美國憲法人權法案（Bill of Rights）與監所人權息息相關的修正案，共計

4 條修正案（即第 1、4、8 與 14 修正案），作為論述架構，引述美國監獄判例法中與渠等高度相關且具有重要指標象徵的判例，探究其意涵說明之。其主要的發現如下。

首先，在第 1 修正案中有關人犯的宗教、言論與和平集會自由，聯邦最高法院原則上同意人犯仍具有宗教信仰與對外接觸的權利，並具有接見與對外通信的權利，但如因特殊情形，例如宗教信仰會影響戒護安全時，以及寄發書信的對象、人犯因擁擠原故以及媒體特別要專訪某一特定人犯時，其對外接觸權將會限縮，但監獄當局必須提供其他途徑以資救濟。至於和平集會自由，原則上是禁止的。

其次，在第 4 修正案中關於免於無令狀的搜索與扣押之權利，基於機關的合法刑罰利益大於私人的利益，聯邦最高法院強調「人犯在監獄舍房內並沒有合理的與預期的隱私權」，因此，憲法第 4 修正案基本上在監獄是不適用的。故矯正人員可以不用令狀即可對於人犯的舍房進行大地震。對於人身的搜索部分，也是基於機關戒護安全與杜絕違禁物品流入，矯正人員均可以於任何時間、地點與需要，對人犯進行各種搜身、檢身的動作。惟應該注意的是，對於人犯有關個人隱私資料部分，近年來傾向於不得公開也不得搜索、揭露。

再者，在第 8 修正案中禁止殘忍且不尋常的懲罰之規定方面，聯邦最高法院的審查與判別是否違憲之原則在於監獄當局是否對人犯具有「漠不關心」或「故意漠視」之態度與作為。例如在監獄擁擠的案例中，檢視監獄當局是否曾有積極改善，如果曾有積極爭取並努力改善，仍造成監獄擁擠或人犯收容情況惡劣，則不會構成「故意漠視」的標準。另在人犯的醫療照護權利中，如果監獄當局是在非必要或故意地造成人犯的痛苦，則構成「漠不關心」之程度。而在使用致命武力的案例中，最高法院會審酌監獄當局的攻堅或鎮壓行為，是否出於頑固與放縱（obduracy and wantonness）的意圖，作為審查侵權與否之標準。相似地，在審理非致命武力的案例時，最高法院會審酌監獄人員是否出於惡意地且虐待性地凌虐人犯，如果是則構成「故意漠視」而判處敗訴。

最後，在第 14 修正案中的正當法律程序，聯邦最高法院要求對於人犯進行不利益的處分時，如懲罰性獨居、違反己意的醫療性移監時，監獄當局應該組成委員會，並舉辦公聽會給予當事人陳述意見的機會，於聽證完畢後，再進行進一步的處分，以完備程序正義原則。然而在人犯通達法院請求救濟的途徑上，大法官們要求監獄當局應該設置公設辯護人制度、聘請法學院學生到監法律諮詢服務、洽請當地的律師公會派遣律師協助人犯進行訴訟案件、甚至要求各監所設置法律圖書館等作為，都是值得我國借鏡的作法，實有助於強化人犯在訴訟程序中法律常識與攻防能力之提升。

二、政策意涵

吾人常謂：「他山之石，可以攻錯」。透過上述美國聯邦最高法院有關監所判例之分析後，筆者擬提供幾點建議，以供法務與矯正部門參考。

首先，法務部於擬定或修正監獄行刑法或羈押法等監所法規時，應該針對人

犯的申訴部分，成立「人犯申訴事件審議委員會」¹⁸，比照「假釋審查委員會」成員之方式，聘請外界的社會公正人士擔任審議委員。而委員會成員必要時可根據申訴案件的需求與背景不同，聘任不同背景的外界人士參與（例如醫學、心理與法律）。此外，為踐行正當程序原則，應給予人犯公開陳述、辯解的機會。對於監獄或看守所所為的行政處分不服時，法務部矯正署應成立「人犯申訴事件再審議委員會」，受理前揭申訴事件，組織成員中亦要有一定比例的社會公正人士。凡此作為以呼應大法官所揭櫫的「正當法律程序原則」，並昭公信。最後，對於行政處分之救濟均未獲得滿意之答覆或處分時，准予當事人根據行政訴訟法之相關規定，向行政法院提起訴訟，以求救濟。

其次，法務部或其矯正署應立即成立「監所人犯權益審議小組」或類似委員會，針對德、日、韓、英與美等先進國家有關人犯權益的條文、政策與判例，廣泛收集與瞭解，例如，對於卸任元首因案受到羈押與入獄服刑時，是否有相關的優待措施之規定或政策，似可透過外交系統與韓國法務部或其矯正單位交流、拜會、參訪，俾便請求協助。此外，應進一步掌握當前國內人犯人權議題的發酵與發展，例如是否有人犯正在對某一個在監權益進行申訴或提起訴訟，應主導議題，主動關心與掌握案情，並進一步召開上述的小組或委員會，廣泛收集等先進國家之作法與判例，必要時著文投稿或提供給司法部門瞭解，以進一步形成心證，即使最後無法影響判決或大法官之解釋，也可以有足夠的準備以為因應。

最後，行政部門應該協調立法部門，仿效美國於 1996 年制訂的「監獄訴訟改革法」(PLRA)，規範監獄人犯可以請求救濟的案件與管道，一方面對行政部門而言，可以過濾掉一些無謂的訴訟案件，就行政機關而言，仍具有內部自我審查的機會與改進之處，另一方面而言，減少人犯因為誣控濫告而浪費司法資源，免除加重司法之負擔。如同前述，美國在 1996 年人犯的訴訟案件為 41,952 件，透過該法的篩選機制後，到了 2002 年時僅剩 24,000 件，下降 43%，成效顯著。

誠如英國首相邱吉爾爵士 (Sir Churchill, 1874-1965) 所說「社會民眾對於犯罪與犯罪人處遇之態度，乃為對任何國度文明最佳之試金石」¹⁹。近年來一連串的政治名人因案涉訟後紛紛進入監所，監所一時之間成為社會大眾鎂光燈的焦點。除了軟硬體設施應改善外，長期以來被漠視的監所人權，也受到社會大眾與司法院大法官們的關注。對於大法官們的釋憲解釋，法務與矯正部門，應該引為改革方針，參考國外經驗，進行史無前例的改善，讓我國監所人權早日脫胎換骨，也讓我國早日邁向更臻成熟的民主化國家之林。

¹⁸ 其實，當前的少年矯正學校設置及教育實施通則第八條之規定，即已要求少年矯正學校成立「申訴委員會」，法務部成立「再申訴委員會」之規定，監獄與看守所其實可以比照該條文修正後辦理。

¹⁹ 引自林茂榮、楊士隆 (2010)，監獄學-犯罪矯正學理與實務。台北：五南圖書出版公司。第 37 頁。

接受公正審判之權利：公民與政治權利國際公約 第十四條第一項與第二項解析

天主教輔仁大學學士後法律學系助理教授 姚孟昌

目 次

- 壹、序言
- 貳、公平審判權利與《公政公約》其它規定之關聯
- 參、人人皆有資格平等訴諸法院之權利
- 肆、由合格、獨立與公正無私之法庭進行審判
- 伍、公正與公開審判的原則
- 陸、無罪推定原則 (Presumption of Innocence)
- 柒、兼評第十四條第一項與第二項相關之「2011 中華民國國家人權報告」
- 捌：建議

摘 要

本文以「接受公正審判之權利：公民與政治權利國際公約第十四條第一項與第二項解析」為題，探討公約之所欲實踐之權利保障內涵及國家尊重、保護與促進人民公平審判權時之國家義務。本文立論主要根據《公政公約》規定與其相關一般性意見，並參考「聯合國人權事務委員會」(Human Rights Committee)依據《公政公約第一議定書》程序處理個人來文(individual communications)發展出之法理(jurisprudence)，進一步闡釋公約之規範內涵。本文也參照《各國提交之國家人權報告之撰寫準則》規定，對《2011 年中華民國為履行公政公約提交之初次國家人權報告》部份內容進行評析。

關鍵字：公正審判、公開審判、無罪推定、公政公約、國家人權報告、一般性意見

壹、序言

自 2009 年 5 月 14 日總統批准《經濟、社會及文化權利國際公約》以及《公民與政治權利國際公約》(以下簡稱經社文公約與公政公約),與《公民與政治權利國際公約及經濟社會與文化權利國際公約施行法》(以下簡稱兩公約施行法)也於同年 12 月 10 日國際人權日生效後,中華民國正式進入兩公約時代。

依據公約所規定之國家義務與兩公約施行法之要求,政府必須在 2011 年 12 月 10 日前完成「檢討所主管之法令與行政措施,有不符兩公約規定者,應於本法實施後兩年內,完成法令之制(訂)、修正或廢止及行政措施之改進。」總統府人權諮詢委員會又於 100 年 4 月 12 日決議,我國應依照聯合國相關準則提出國家人權之初次報告,包括《共同核心文件》、《公政公約》及《經社文公約》之條約個別文件。上述兩項工作須依照兩公約精神及「聯合國人權事務委員會」頒布之一般性意見(General Comments)要求進行。政府建構人權保障機制度、檢討法令與提交人權報告時,也必須邀請民間非政府機構協助並採納其批判性觀點。民間也可參考《非政府機構參與國家人權報告審查之準則》撰述《影子報告》,一併提交「人權事務委員會」參考。

本文以「接受公正審判之權利:公民與政治權利國際公約第十四條第一項與第二項解析」為題,探討公約之所欲實踐之權利保障內涵及國家尊重、保護與促進人民公平審判權時之國家義務。¹ 本文立論主要根據《公政公約》規定與其相關一般性意見,對中華民國各級政府而言,此二者始具規範效力。² 同時,本文也將參考「人權事務委員會」依據《公政公約第一議定書》程序處理個人來文(individual communications)時發展出之法理(jurisprudence),進一步闡釋公約之規範內涵。此外,鑑於公約監督各國履行公約義務之機制主要是透過國家人權報告為之,本文也將參照《各國提交之國家人權報告之撰寫準則》規定³,對《2011 年中華民國為履行公政公約提交之初次國家人權報告》部份內容進行評析。

¹ 第十四條:

一、人人在法院或法庭之前,悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時,應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。法院得因民主社會之風化、公共秩序或國家安全關係,或於保護當事人私生活有此必要時,或因情形特殊公開審判勢必影響司法而在其認為絕對必要之限度內,禁止新聞界及公眾旁聽審判程序之全部或一部;但除保護少年有此必要,或事關婚姻爭執或子女監護問題外,刑事民事之判決應一律公開宣示。

二、受刑事控告之人,未經依法確定有罪以前,應假定其無罪。

² 參照《兩公約施行法》第三條規定。

³ See “Guidelines for the treaty-specific document to be submitted by States parties under article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights” Adopted by the Committee at its ninety-ninth session (12-30 July 2010) taking into consideration the guidelines on a common core document and treaty-specific documents, as contained in the harmonized guidelines on reporting under the international human rights treaties (HRI/MC/2006/3 and Corr.1).

貳、公平審判權利與《公政公約》其它規定之關聯

「每個人均享有平等訴諸法院審判之權利且可透過司法程序獲得法律平等保護」之原則為法治之核心規定。該原則不只揭示司法正義之最低限度保障，要求司法機關需確保當事人在訴訟過程中之攻防權利平等與公平獲得正義之機會平等。從積極層面來看，本原則也與落實公約權利之司法有效救濟相關。若公正、客觀與獨立之司法機關能有效制止政府或強權者侵犯個人權利之暴行，將有助於預防下一次侵犯人權之行為。本條文正體現《世界人權宣言》第7條與第8條所昭示之原則。⁴

第十四條第一項第一句宣示之法庭之前平等係屬對「法律面前人人平等」原則與「禁止歧視」原則之具體闡述。《公政公約》除禁止立法機關制訂帶有歧視性之法律條文，法官和政府官員在執法過程中不能有歧視性行為外，更要求締約國採取積極措施以消弭各種形式之歧視，進而促進平等原則在司法訴訟程序中有效落實。故理解該規定之國家義務與權利內涵時，應與《公政公約》的第二條第1項、第三條、第十三條與第二十六條規定一併理解。⁵

《公政公約》第二條第1項：「每一締約國應承擔尊重和保證在其領土內和受其管轄的一切個人享有本《公約》所承認的權利，不分種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他見解、國籍或社會出身、財產、出生或其他身份等任何區別。」第二條與第十四條所用文字均以「人人」或「所有境內受其管轄之人」為權利主體，保障每個人免因「個人特徵」而遭受區別待遇所造成之歧視與傷害。條文所稱之個人特徵中，種族、膚色、性別、出生等屬於個人無法選擇之特徵。宗教、政治或其他見解、國籍或社會出身、財產等特徵雖非與生俱來之特徵，但因具有該特徵者容易被文化或社會多數或主流忽視、壓制與排拒而淪為弱勢，因此需要特別關切。

「人權事務委員會」並未對個人特徵採取嚴格解釋，而是根據公約目的與一般平等原則進行認定。凡造成否認或妨礙任何人在平等的基礎上認識、享有或行使一切權利和自由之情形者就屬於歧視。上述區別理由乃屬例示。例如，身心障礙者雖未規定在條文禁止特徵之列，然而參酌難以改變與易淪為弱勢兩特質，身心障礙者可被歸類於條文所稱之「其他身份」之列。「人權事務委員會」曾於處理個人來文時將針對患有「侏儒症」(dwarfism) 之來文者的歧視歸類於「其他身

⁴ 《世界人權宣言》第7條：「法律之前人人平等，並有權享受法律的平等保護，不受任何歧視。人人有權享受平等保護，以免受違反本宣言的任何歧視行為以及煽動這種歧視的任何行為之害。」第8條：「任何人當憲法或法律所賦予他的基本權利遭受侵害時，有權由合格的國家法庭對這種侵害行為作有效的補救。」

⁵ 參考《公政公約》第18號一般性意見第1-3段。Also see Joseph, S., Schultz, J. and Castan, M. The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary, 2nd edition, Oxford University Press, 2004, p. 302.

份」。⁶ 也曾在審議結論(concluding observation) 時將身心障礙者歸類為「其他身份」。⁷ 「人權事務委員會」案例中也曾將居住地、性傾向、婚姻、愛滋病患、非婚生子女等納入「其他身份」之列。「人權事務委員會」藉此對於締約國各級機關之行為進行正當性審查。⁸

按照個人特徵進行區別或差別對待並非即屬歧視。唯有那些非根據合理和客觀標準且造成不同待遇之傷害者才屬歧視行為。⁹ 若區別本身具有合理與客觀的根據，且差別待遇本身合乎比例且有助於實質平等之達成時則屬正當。¹⁰

《公政公約》第三條規定，本公約締約國承允確保本公約所載一切公民及政治權利之享受，男女權利，一律平等。「人權事務委員會」曾於第 28 號一般性意見中提醒締約國，若有人因其性別或性傾向之故，致使無法享有完全之平等地訴諸法院審判之權時，即屬違反第三條之規定。¹¹ 一般性意見更要求締約國應提供資料，使委員會能確定婦女是否能在與男子平等的基礎上享有第十四條規定的得到公正和公平審判的權利。包括說明法律規定是否有阻礙婦女直接訴諸法院救濟或限制婦女享有與男性平等之作證資格等情形；締約國須說明是否已採取積極措施保證婦女享有平等獲得法律援助之機會。¹²

《公政公約》第二條和第三條進一步要求締約國采取一切必要步驟，消除影響平等享受這些權利的障礙。也需對人民和國家官員進行人權教育並調整國內立法以履行根據《公約》承諾的義務。締約國尚需透過「國家人權報告」向人權事務委員會說明，除了立法規定外，為履行這些義務已經採取和應該採取何種措施、已取得何種進展、碰到何種困難和為克服它們采取了何種步驟。¹³

《公政公約》第十六條：「人人在任何所在有被承認為法律人格之權利。」要求締約國必須確保任何人不得被降格成為從屬於他人法律人格下之客體；更不得被剝奪其在法庭上主張公約所保障權利之地位，包括生命權、權利救濟請求權與民事法律上之權利與責任能力。第十六條亦包括某些自主性權利 (autonomous rights)。如早期法律體系中不乏「剝奪公民權利終身」(civil death) 的處罰，剝奪公民在法律程序中作為人之能力與地位，或使人淪為法律客體。無論該處置是否已侵害市民所擁有之其他公約權利，都已經違反第十六條規定。¹⁴

⁶ 參考人權事務委員會依據《公政公約之第一任擇議定書》處理各人來文所作判決，Wackenheim v. France, Communication No. 854/1999.

⁷ See Concluding Observations on Ireland, (2000) UN doc. A/55/40, para 422-451, para 29(e).

⁸ See Sarah Joseph, Jenny Schultz, and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 2nd edition, Oxford:OUP, 2005. p. 686.

⁹ See *Broeks v. the Netherlands*, Communication No. 172/1984; *Zwaan-de Vries v. Netherlands*, Communication No. 182/1984.

¹⁰ 參考《公政公約》第 18 號一般性意見第 13 段。

¹¹ 參考《公政公約》第 28 號一般性意見第 2 段。

¹² 參考《公政公約》第 28 號一般性意見第 18 段。

¹³ 參考《公政公約》第 28 號一般性意見第 3-4 段。

¹⁴ 姚孟昌，《公民與政治權利國際公約第十六條與第十七條釋義--「我是與我在」之不受侵擾權》，2012 兩公約學習地圖 III，台北：法務部，2012。第 7-26 頁。

此外，任何造成公民強迫失蹤的行為，或剝奪其享有人身保護令(Habeas Corpus)之保障非但危及其在法律面前得到承認的人格地位，也違反第十四條第一項之規定。¹⁵ 「人權事務委員會」特別提醒締約國，確保婦女享有法律上平等權利與第十六條有關。許多地區的社會習俗令婦女行使擁有與支配財產、締結合同或行使其他民事法律能力受到婚姻狀況的限制。甚至令寡居婦女可連同已故丈夫的財產一起送交夫家親屬擁有。「人權事務委員會」要求締約國除必須說明政府如何透過立法確保婦女在法律程序與現實生活中均可完整且平等地行使其法律職權能。¹⁶

除《公政公約》第二十五條參政權適用於公民、第十三條僅適於非本國籍之個人、第一條與第二十七條為保障集體權利外，《公政公約》所訂各項權利均適用於每個人。《公政公約》保障凡人可在法庭上取得之權利均一體適用於在締約國管轄範圍內之每一個人。¹⁷ 無論該權利是在法律上享有之自由、權利、優惠、給付、特權、身份或豁免等；也無論國家保障義務是根據何種公約、法令、慣例或判例而來。不論國家間是否存有對等或互惠關係，亦不論該個人之國籍或無國籍身份。外僑國人在締約國法院和法庭內中仍享有平等待遇，並且有權在依法設立的公正、超然的主管法庭中就任何刑事控訴或法律訴訟的權利和義務的確定問題進行公正的、公開的審判。¹⁸ 該權利也為《非居住國公民個人人權宣言》第5條所明定。

參、人人皆有資格平等訴諸法院之權利

一、人人皆有平等資格

《公約》第十四條第一項第一句保障每個人在獨立公正的法庭得到公正審判的平等機會，且確保每一位受到刑事指控的被告可以根據第十四條第三項之規定在完全平等的地位下享有合乎正當法律程序之待遇。第三項規定為最低標準，遵守第三項尚不足以保證訴訟當事人獲得公正審訊。第一項主要關切司法機關在執行其職權時不得有任何造成歧視或影響在法庭前平等之權利之行為。

所有個人不論其國籍如何或是無國籍，不問其地位如何，不管是否為尋求庇護者、難民、移徙工人、無親屬伴隨兒童等，只要是身在締約國境內或受其管轄均者均享有此項權利。「人權事務委員會」曾指出某些國家限制婦女享有同男性平等的訴諸法院的權利。已違悖《公政公約》第2、3、14、26條，及《消除對婦女一切形式歧視公約》第2、15條。例如《秘魯民法典》第128條只允

¹⁵ 同前書，第11頁。

¹⁶ 參考《公政公約》第28號一般性意見第19段。

¹⁷ 第二十六條：「人人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分而生之歧視。」

¹⁸ 參考《公政公約》第15號一般性意見第1、2、7段。

許丈夫在法庭上代表家庭行使婚姻財產權，「人權事務委員會」認定該規定已構成性別歧視且違犯男女平等訴諸法庭之權利。¹⁹ 誠如「消除歧視婦女問題委員會」指出：「某些國家在法律上限制婦女提起訴訟的權利，或者限制婦女獲得法律諮詢及求助法院的能力。或認定婦女提供的證據不如男人那樣受到同等尊重和具有同等的重要性時。均嚴重地限制了婦女追求並保護自身平等擁有財產的權利，降低了婦女在社會生活中作為一個獨立、負責和有價值的成員的地位。」²⁰

人若力圖訴諸司法機關卻屢遭挫折，亦違反第十四條第 1 項第一句所提供的保障。²¹ 締約國必須採取積極措施消弭阻礙訴訟提起之事實要素。「人權事務委員會」曾處理一項因國家駐外單位未能發給當事人入境簽證進而影響當事人訴諸法庭訴訟之權之個人來文，提醒締約國發給簽證之處分並非全然不受公約規範之主權行為。締約國必須考慮該處分是否侵犯公約權利保障規定。²² 例如，Zouhair Ben Said 是突尼西亞公民，他與挪威籍前妻育有二子。事涉離婚後父母對於子女的監護與探視之爭議，奧斯陸地方法院因此傳喚他出庭參與訴訟。身處突尼西亞的 Zouhair Ben Said 申請入境挪威簽證，挪威駐突尼西亞當地大使館以他可能在訴訟判決後不會自動離境為由，拒絕發給簽證。孰知，Zouhair Ben Said 竟然於開庭前兩天飛抵奧斯陸機場，後來被拒絕入境並旋即遣送回突尼西亞。因此，他向「人權事務委員會」申訴其在挪威行使訴諸法庭並獲得公正審判之權利受到了不同於其他歐洲人的待遇，此舉已構成歧視。「人權事務委員會」認為，在類似案件中之外國籍當事人，可要求締約國給予入境簽證，令當事人可以親自參與訴訟。²³

一個人能否有效且平等地參與訴訟往往與締約國是否提供法律扶助相關。第十四條第三項第四款處理刑事訴訟中之法律扶助保障問題。「人權事務委員會」鼓勵締約國在其他案件中，為沒有足夠能力支付律師費用者，提供免費的法律援助。²⁴

過高的訴訟費用可能會阻礙當事人訴諸法庭解決爭議。在處理 Leonard John

¹⁹ See *Ato del Avellanal v. Peru*, Communication No.202/1986.

<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session44/202-1986.htm>, (最後瀏覽日, 2012 年 11 月 05 日)。

²⁰ 參閱《消除對婦女一切形式歧視公約》第 21 號一般性建議第 8 項。

²¹ See *Bahamonde v. Equatorial Guinea*, Communication No. 468/1991.

<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws468.htm>, (最後瀏覽日, 2012 年 11 月 05 日)。
Weiss v. Austria, Communication No. 1086/2002.

²² 此觀點也可以得到第 15 號一般性意見第 5 段之印證：「在《公約》不承認外國人有權進入某一締約國的領土或在其境內居住。原則上，該國有權決定誰可以入境。但是，在某些情況下，例如涉及不歧視、禁止非人道待遇和尊重家庭生活等考慮因素時，外國人甚至可以享有入境或居留方面的《公約》保護。」

²³ *Zouhair Ben Said v. Norway*, Communication No. 767/1997. See

<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session68/view767.htm>, (最後瀏覽日, 2012 年 11 月 05 日)。

²⁴ 參考《公約》第 32 號一般性意見第 10 段。

Lindon 控訴澳洲之個人來文時，「人權事務委員會」認為，若訴訟費用阻礙訴訟提出的結果時，可能會構成第十四條第一項之違反。要求敗訴方必須為勝訴方支付訴訟費的法律規定，若不考慮可能引起的問題或提供法律援助，會對人們擬通過可利用的訴訟申張其《公約》權利產生遏止作用。在 *Äärelä and Näkkäljärvi* 訴芬蘭案中，芬蘭主管國家森林與公園之機關授權某私人馴鹿畜牧公司在國有地伐木與興築公路。兩名申訴人為 Saami 族之馴鹿牧人，他們認為此授權業已侵犯 Sammi 族根據《公政公約》第二十七條享有之文化權，因此提起公益訴訟。初審法院雖作出有利於申訴人之判決，卻為上訴法院推翻。上訴法院要求申訴人必須支付勝訴方相關訴訟費用 75000 芬蘭幣(約合 13000 歐元)。申訴人向「人權事務委員會」陳明，芬蘭政府既未對貧窮的訴訟當事人提供任何援助，今又要求其承擔如此高額的訴訟費用。已實際地妨礙與嚇阻其他 Saami 人為維護其文化與生活方式而訴諸司法救濟的意願。「人權事務委員會」最後認定，上訴法院因未審慎考慮對特定當事人之負擔，也未考慮對其他有類似處境者訴諸法庭救濟時影響。已經違反《公約》第十四條第一項與第二條。²⁵

「人權事務委員會」曾多次關切死刑犯尋求最高法院或憲法法院之憲法審查時，卻無能力支付相關之法律費用的問題，要求締約國必須根據《公約》第十四條第一項與第二條第三項規定，提供法律扶助。在 1994 年 *Currie* 訴牙買加一案中，申訴人聲稱：由於訴請憲法審查所需訴訟費用遠高於申訴人所能負擔，且因國家未能提供申訴人法律扶助，其結果已阻礙他有效地且平等地訴諸憲法救濟之機會。「人權事務委員會」特別強調牙買加必須履行《公約》第二條第三項之國家義務。認為無資力之被定罪者尋求對刑事審判過程中不當行為進行憲法審查時，國家應提供法律扶助。本案中申訴人因欠缺法律扶助而喪失在憲法法院進行訴訟的機會，牙買加已經違反《公約》第十四條第一項與第二條第三項規定。²⁶

第十四條特別關切受到刑事指控者享有公正審判權利之完整性。此權利非僅僅於正式接到指控時才發生，當個人處境已經受到國家行為實質影響，諸如逮捕、傳喚或通知具體指控事由時，個人立即受到第十四條之保障並且適用相關保障直到刑事訴訟程序終結。

二、由法庭審理訴訟案件中涉及之權利義務

訴訟被歸類為私法或公法性質並非由各國國內法來決定。根據第三十二號一般性意見，案件是以爭訟權利之性質進行分類，而非依任何一位當事方之地位而定。這一概念可區分為 (a) 旨在確定涉及合同、財產和私法領域中侵權行為的權利和義務的司法程序；及 (b) 在行政法領域的同性質概念，如以涉及解雇公務

²⁵ *Äärelä and Näkkäljärvi v. Finland*, Communication No. 779/1997。See

<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/779-1997.html>, (最後瀏覽日, 2012 年 11 月 05 日)。

²⁶ See Communication No. 377/1989, <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/Vws377.htm>, (最後瀏覽日, 2012 年 11 月 05 日)。Also see *Kennedy v. Trinidad and Tobago*, Communication No. 845/1998.

員、確定社會保障福利金或士兵的養恤金，關於使用國有土地之權利，或取得私有財產的問題；(c)包括必須根據所涉權利視各個案件的情況進行評估的程序。²⁷「人權事務委員會」對於訴訟採取廣義認定，其概念包含了許多傳統上被認為是公法爭議的糾紛。但凡行政機關所為之處分，皆應由獨立且公正無私之法院審查。²⁸且任何人均有權由獨立之法庭審理他涉及之權利與義務之爭議。

以涉及公務員解職爭議是否應由司法機關進行審查此問題為例，「人權事務委員會」將所有公務員之僱傭爭議皆視為可由法律訴訟解決之標的，不問公務員的地位、身份與職能。在 Rubén Toribio Muñoz Hermoza 訴秘魯案中，「人權事務委員會」認定被開除的警察要求復職之訴訟為民事案件，因此可由普通法院進行審理。²⁹又如 Casanovas 訴法國案，「人權事務委員會」不同意法國政府所稱：消防人員解職之爭議應由行政審判庭處理的觀點。認為任何處理解職爭議之程序均構成第十四條第一項所稱之涉及訴訟中權利與義務之確定程序。³⁰至於任意以總統命令將憲法法院法官解職且不給予有效之司法救濟時，「人權事務委員會」認為此舉不只破壞司法獨立，並且違反第十四條第一項。³¹

若國內法未授予有關人任何權利的情況下，第十四條之訴諸法庭或裁判所的權利即無適用餘地。例如公務人員之晉陞處分、法官的任命、行政機關對死刑犯之減刑或赦免、對個人行政管制，或對於公務員、武裝部隊成員或囚犯採取之非屬刑罰性質之紀律懲戒。這項保障也不適用於引渡、驅逐和遞解出境處分。³²

三、特別法庭的問題

根據行政機關意見，將同一案中某位被指控犯有相同犯行者交由特別法院審理時，就違反了平等原則。同一案件被告也應經由相同訴訟程序審理。例如，如果某類罪犯或罪行不由陪審團審判時，締約國必須提出客觀和合理的理由予以說明。³³

許多國家設置之可以審判平民之軍事法庭或特別法庭容易產生嚴重之侵犯人權的問題。蓋設立特別法庭的原因往往是為了實施不符合正常法律程序之例外審判程序。《公約》只允許在極例外情況才可設立特別法庭。締約國須提出客觀

²⁷ 參考《公政公約》第 32 號一般性意見第 16 段。

²⁸ See *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand*, Communication No 547/1993.

²⁹ See *Rubén Toribio Muñoz Hermoza v. Peru*, Communication No.203/1986.

<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session34/203-1986.html>，(最後瀏覽日，2012 年 11 月 05 日)。

³⁰ See *Casanovas v. France*, Communication No. 441/1990，

<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws441.htm>，(最後瀏覽日，2012 年 11 月 05 日)。

³¹ *Mr. Mikhail Ivanovich Pastukhov v. Belarus*, Communication No 814/1998。

³² 參考《公政公約》第 32 號一般性意見第 17 段。*Zundel v. Canada*, Communication, No. 1341/2005; *Esposito v. Spain*, Communication No. 1359/2005.

³³ See *Concluding Observations on UK*, (2000) UN doc. CCPR/CO/73/UK(2001), para 18。

和充分理由證明訴諸特別法庭是合理的，並說明其必要性。³⁴ 訴訟審理必須符合第十四條規定。³⁵ 欠缺合理證明即屬違反第十四條第一項。³⁶

某些締約國為處理恐怖主義或其他具有特別危險性之犯罪設立特別法庭。「人權事務委員會」認為案件若由普通法院以外之特別法庭審理並不必然違反公正審判原則。但剝奪被告程序性權利或令檢察官擁有不受司法審查或節制之裁量權時，已違反公約第二十六條。

有些國家根據反恐怖主義法規，由「蒙面法官」組成之法庭審理所謂之恐怖份子。即使匿名法官的身份和地位能由獨立機構加以查核，且蒙面匿名是為了保護法官免受恐怖份子襲擊，「人權事務委員會」認為蒙面法官組成之特別法庭所進行的審判不符第十四條的規定。事實上，「蒙面法官」制度本質上就是要排除公眾旁聽訴訟，限制了被告之法律代理與預備訴訟程序之權利。更進一步為限制或剝奪其與律師接觸的權利。且因這些匿名法官可能由現役軍人來擔任，法官的獨立性與公正性無法得到確認。該法庭也無法保障無罪推定原則的適用。³⁷

肆、由合格、獨立與公正無私之法庭進行審判

一、合格 (Competency)

第十四條第一項要求國家必須提供符合公約要求之訴訟權制度性保障。國家必須以法律設立合格(competent)、獨立(independent)與公正無私(impartial)之法庭，並賦予法官公開聽審與裁判法律爭議之職權。「人權事務委員會」指出，這是一項「絕對的、不得有任何例外」的權利。³⁸ 即使在緊急情況下，為保護人權所必需之最低司法保障均不可取消。

第十四條第一項關於「法院或法庭」(Court or Tribunal) 的概念指依法設立的機構，包括依據憲法、法律或由國家的法律制度承認或依習慣法設立的法庭或宗教法庭等。法庭須獨立於政府的行政和立法機構外並訴訟進行中享有司法獨立性。有關案件進行聽審的法庭是由法律授予司法管轄權。且對案件的審理是在法律規定的合理時限內進行。締約國若未能設立合格的司法機構來確定一件案件的權利和義務；或限制將具體爭議訴諸法庭裁判之機會，且此限制既無國內法依據、

³⁴ See *Madani v. Algeria*, Communication No. 1172/2003.

³⁵ 參考《公政公約》第 13 號一般性意見第 4 段。第 32 號一般性意見第 22 段。第 31 號一般性意見第 11 段。

³⁶ See *Kurbanov v. Tajikistan*, Communication No. 1096/2002.

³⁷ See *Victor Alfredo Polay Campos, cónyuge de la autora v. Perú*, Communication No. 577/1994. <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session61/vws577sp.htm>, (最後瀏覽日，2012 年 11 月 05 日)。

³⁸ *Gonzalez del Rio v. Peru*, Communication No. 263/1987. 參考《公政公約》第 29 號一般性意見第 19 段。

也非為減少不必要之訴訟案件、或涉及豁免之例外情況時，即屬違反第十四條。³⁹

二、獨立(Independency)

法庭獨立性(Independency)是公正審判的必要基礎。裁判者須能自由地以事實為基礎，以法律為依據地公正作出任何判決。司法判決不得被任何非司法機構所更改，以致於損害任何一方的利益，除非涉及減刑和特赦。法官不受來自任何政府部門或者其他方面的干涉、壓力或不當影響。歐洲委員會在審查了一個軍事法庭時發現，該法庭法官雖是現役軍人，有服從上級軍官命令之義務，若擔任審判工作執行司法職能時能夠無需對上級負責。該法庭仍可被認定為獨立法庭。⁴⁰

「人權事務委員會」曾對蘇丹的司法體系表示關注。委員會發現，很多法官並不是基於他們法律專業上的資格而被聘用；非穆斯林或婦女極少在司法機關中任職；法官可能會受到由政府控制的上級監管部門的壓力。該司法體系未合乎獨立性要求。⁴¹

獨立性的要求締約國應採取具體措施，保證司法機構的獨立性，制訂或通過法律，規定司法人員的任命、薪酬、任期、陞遷、停職和中止職務和對他們採取紀律制裁的明確程序和客觀標準，保護他們在裁決中不受政治干擾。⁴² 若司法機構和行政機構的職能和權限混淆不清，或令司法機關受其它政府部門控制或指揮時，均違背司法獨立原則。⁴³ 司法獨立性也要求令締約國應確保法庭不受任何強大之社會團體、政黨、行會或媒體過分影響。對法官工作方面的任何投訴必須在公正聽審的過程中，迅速地、公正地處理。⁴⁴

為確保司法機關之獨立性和有效性符合國際標準，締約國可參考《關於司法機關獨立的基本原則》(Basic Principles on the Independence of the Judiciary)。⁴⁵ 例如，法官選任應基於候選人之專業能力、養成歷程、操守與經驗。任何甄選司法人員的方法，都不應有基於不適當的動機任命司法人員的情形。甄選法官時，不得有基於種族、膚色、性別、宗教、政治或其他見解、民族本源或社會出身、財產、或身份的任何歧視。⁴⁶ 法官陞遷應以客觀事實為基礎，特別是其工作能

³⁹ 參考《公政公約》第 32 號一般性意見第 18 段。

⁴⁰ See *Sutter v. Swiss*, 8209/1978。

⁴¹ See Concluding observations of the Human Rights Committee, Sudan, CCPR/C/79/Add.85 19/11/1997.

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G97/193/39/PDF/G9719339.pdfOpenElement>，(最後瀏覽日，2012 年 11 月 05 日)。

⁴² 參考第 32 號一般性意見第 19 段。

⁴³ See *Oló Bahamonde v. Equatorial Guinea*, Communication No. 468/1991。

⁴⁴ 參閱《關於司法機關獨立的基本原則》原則 16、17、19 和 20。

⁴⁵ Endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and Res. 40/146 of 13 December 1985, http://www.ohchr.org/CH/Issues/Documents/other_instruments/51.PDF，(最後瀏覽日，2012 年 11 月 05 日)。

⁴⁶ 《關於司法機關獨立的基本原則》原則 10。

力、經驗和誠實可靠的品質。法官有不當行為時，可以紀律處罰，包括停職和免職。「人權事務委員會」對白俄羅斯憲法法院和最高法院任職的法官由共和國總統罷免而得不到任何保障之情事表示關注。兩名法官由於未能判處、收繳由行政官員決定收繳的罰金，而被罷職。委員會認為，白俄羅斯關於法官任期、法官紀律處分和被解職的程序不符合司法的獨立性和公正性的原則。⁴⁷

三、公正無私(Impartiality)

「人權事務委員會」審查締約國之司法機關能否公正地審理案件時，通常以客觀檢驗審查司法程序能否確實消除任何對其可能不公正的懷疑；另一則透過主觀檢驗，審視裁判者本人參與具體判決時是否帶有個人偏見。委員會認為該原則要求每一位參與判決者，不論其是否是職業或非職業的法官或陪審團，都不得對交付其裁判事項存有先入之見，也不得為當事一方的利益而損及另一當事方。⁴⁸

可能會對法庭的公正性產生疑義的情形包括：作出判決的法官曾以其他身份參與過本案的其他司法程序或審理案件的法官有應該迴避之事由卻未迴避。歐洲法院曾認為，若法官審判前曾參與案件調查並曾命令拘留被告，之後在刑事調查過程中，又對被告進行數次審訊。當他又被任命為審理該案件的法官時，即屬審理他已參與調查的案件而被認定欠缺公正性。⁴⁹

第三十二號一般性意見提醒各締約國，在刑事訴訟中，法庭若容忍被告面對公眾在法庭中表示的敵對情緒或對其中一方表示支持，必將損及辯護權。若法庭容忍陪審團或在場觀審者表現出各種歧視態度等，均為損害審判公正原則之著例。⁵⁰

伍、公正與公開審判的原則

一、公正審判原則 (A Fair Hearing)

在所有民事和刑事訴訟中，個人根據第十四條第一項獲得法庭的公正和公開審訊的權利，乃「正當法律程序」的核心。此原則亦是民事和刑事程序保障的精髓。公正審判原則包括第十四條第二項與第三項之確保被告享有無罪推定與訴訟過程中之防禦權以及第十五條之禁止溯及既往原則。只是上述列舉權利只是「最

⁴⁷ See Concluding observations of the Human Rights Committee, Belarus CCPR/C/79/Add.86 19/11/1997。

⁴⁸ See *Karttunen v. Finland*, Communication No. 387/1989; *Collins v. Jamaica*, Communication No. 240/1987, *Mulai v. Guyana*, Communication No. 811/1998.

⁴⁹ See *De Cubber v. Belgium* (9186/80) [1984] ECHR 14 (26 October 1984)。 <http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/478>, (最後瀏覽日，2012年11月05日)。

⁵⁰ 參考《公政公約》第32號一般性意見第25段。

低限度保障」。公正審判原則所保障之權利遠超出將單一權利相加的總和。⁵¹

公正審判的試金石為原告和被告間、檢察官和被告間之「訴訟雙方平等」。除依據法律作出，在客觀合理基礎上有區分必要者外，所有各方都應享有同樣的程序性權利，且此區分不得令被告處於不利地位或對其造成不公平對待。例如，檢查證據、詰問證人和提交證據時，必須以雙方平等方式為之。⁵²「人權事務委員會」認為，針對八名反對薩依前總統蒙搏托(Mobuto)的前議會成員審判中，薩依政府在欠缺提供程序保障的情況下，將被告判處長期監禁，已違背公正審判原則。又於1981年時，該八位前議員被流放或被軟禁，隨後又被逮捕，並在國家保安法庭以密謀顛覆政權的罪名接受審判。被告人沒有被傳出庭，其中三人亦未接受審前審訊。被告人及其家屬甚至被迫遷居。「人權事務委員會」認定，他們沒有獲得公平、公開聽審機會以表達個人觀點。⁵³

在刑事案件的審理中，檢控方因有國家機器做後盾，「機會均等原則」特別強調被告方所享有之為自己辯護的權利。包括：辯方應有充分的時間和便利準備辯護，包括控方應提供關鍵性資訊。⁵⁴該原則要求給予被告獲得律師協助的權利、召集並詢問證人的權利，及出庭審理的權利。如果被告無法獲得準備辯護所需資訊或者無法召集專家證人；或者進行上訴時，檢控方能出庭卻未予以被告出庭機會；允許檢察官就某項判決提出上訴，而被告卻無法提出上訴；或令被告因而蒙受增加刑罰之威脅；在上述情形中，訴訟當事人平等原則已被違反。

在於民事訴訟中，兩造應有平等機會對他方提出之論點與證據進行反駁。在特殊情況下，還可能要求提供免費通譯協助，否則諸如聽障或外籍人士就無法平等地參加訴訟或使其證據得到核查。審訊公正原則同時要求審判迅速進行。除第十四條第三項第三款明確要求刑事訴訟須立即進行不得無故拖延外，民事訴訟也不能以案件複雜或任意以當事方之行為為由加以拖延，否則即違反公正審判原則。若拖延是因缺少司法資源或經費不足所致，締約國應盡力改善。⁵⁵

二、公開審判原則 (A Public Hearing)

第十四條第一項第二句話揭示，除嚴格限定之情況外，當事人與公眾均有權出庭或聽取訴訟案件的審理。審訊公開確保訴訟透明度，蓋正義不可能以秘密方式進行，更不可能秘而不宣。公開審判令公眾得以監督司法審判，有助於發現真實。「人權事務委員會」曾強調，進行公開審判為締約國義務。該義務的履行

⁵¹ 參考《公政公約》第13號一般性意見第5段。

⁵² See *Agudo v. Spain*, Communication No. 864/1999.

⁵³ See *Nqalula Mpandanjila et al v. Zaire*, Communication No. 138/1983。

<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session41/138-1983.htm>，(最後瀏覽日，2012年11月05日)。

⁵⁴ See *Jansen-Glelen v. the Netherlands*, Communication No. 846/1999.

⁵⁵ 參考《公政公約》第32號一般性意見第27段。

無庸任何當事人請求，國家立法與司法實踐必須落實公眾觀審之權利。⁵⁶ 例如，司法機關必須適時將口頭辯論時間和地點的資訊公佈於眾，並在合理限制範圍內，為對此有興趣的公眾出席法庭觀審提供便利。⁵⁷ 故要求公開審判並非訴訟當事人之程序權利，故個人也不得放棄。公開審訊原則未必適用於所有上訴審。歐洲法院和歐洲委員會指出，至少應有一個審級的法庭能夠以公開聽審方式進行。若上訴方能夠提出事實和法律方面的問題時，當事人在上訴審中仍可擁有以公開口頭方式進行訴訟的權利。⁵⁸

公開審判原則只能在某些特定情況下受到限制。諸如涉及民主社會中之道德原因（例如，訴訟涉及性犯罪）、公共秩序原因（主要與法庭內的秩序有關）、民主社會中國家安全的原因，出於保護青少年兒童利益或當事人的個人隱私權等。或者在極個別情況下，例如法庭擔心認為公開聽審會招致情緒激動的公眾妨礙司法公正。上述例外情況應嚴格解釋之。審訊應開放給一般民眾包括新聞界參加，不應只限於某幾類人。

即便拒絕民眾列席旁聽，判決仍予公開，包括主要調查結果、證據和法律推論等。除非因維護兒少權益或因為訴訟涉及婚姻爭端或兒童監護權等。書面判決的公佈並為公眾知曉涉及司法對於人民負責，也令大眾能對司法進行監督。任何人都有權查閱判決內容。即便根據第十四條第一項之限制條款，對部份判決內容有保密之必要，法庭仍可透過對當事人姓名保密或公佈刪節版本將判決公開。若只允許部份人士查閱判決書，即屬於違反第十四條第一項。

陸、無罪推定原則 (Presumption of Innocence)

第十四條第二項至第七項之後續規定和第十五條則為「公正審判」原則在刑事案件中的具體表述，也是刑事審判中對被告的最低限度保障。諸項權利，不僅應被賦予嚴格意義上的被告，亦應給予在提起刑事起訴之前之任何被指控者。不受強迫自證自罪之權利與緘默權均源自無罪推定原則。也就是說，「在未依法證實有罪之前」，即直至最終審上訴之後，定罪判決生效之前，個人都有此項權利。法官或陪審團只能在對被告之犯罪已無任何合理懷疑時，才能判決個人有罪。

檢察官必須擔負證明被告有罪之責。且審判須遵守罪疑從無 (in dubio pro reo) 原則。在某些國家，法律要求被告須對構成若干罪行的各項因素作出解釋。例如，被控人可能需對其是否在場（在犯罪地點或其附近），或其所擁有的若干物品（比如盜竊財物或違禁物品）作出解釋。「法定假設」將舉證責任從檢方轉移至被告，因此有違反無罪推定原則之虞。歐洲法院曾指出，法定假設未必違反無罪推定，但須由法律進行界定，且要保障被控者進行辯解之權利。

⁵⁶ See van Meurs v. the Netherlands, Communication No. 215/1986.

⁵⁷ 參考《公政公約》第 32 號一般性意見第 28 段。

⁵⁸ Fredin v. Sweden (No. 2) (20/1993/415/494)。

原則上，拒絕審前羈押中被告保釋並不違反無罪推定原則。然而，過長的審前羈押或預防性羈押可能被認為係已違反此原則。⁵⁹ 在訴訟審理期間應特別注意不可使被告帶有任何有罪暗示或造成偏見之形象，諸如將被告禁於囚欄內、令其在法庭受審時帶上手銬、腳鐐或穿著囚服，或將被告剃頭後出庭受審。

無罪推定原則亦規範其他公職人員，特別是檢察官與警察，在審理結束之前不應對被告是否有罪妄加評論。有關當局有責任避免新聞媒體或其他社會團體通過輿論影響審判結果。「人權事務委員會」人強調締約國有義務採取積極措施以確保媒體、社會團體或大眾不會對刑事訴訟中的當事人、證人或法官施壓。在 Gridin 訴俄羅斯聯邦一案中，警察局長在電視上宣稱被告就是他所確信之電梯男孩殺手，引發民眾擠入法庭並要求法院必須判處被告極刑，之後果然被告為法庭判處死刑。委員會認定本案中，俄羅斯聯邦已經違反第十四條第二項。

若法院最終判決某人無罪，則該判決對所有國家機構均具有約束力。因此，政府官員，尤其是檢察官和警方不應仍暗示此人可能有罪，以免破壞無罪推定原則及對法庭判決應有之尊重。

無罪推定原則同時也禁止政府恣意發動刑事追究、無根據地決定採取法律正當程序外的措施侵犯人民的基本人權，保護個人不受檢調或司法濫權之干預。因此，這一原則對國家法治化和民主化具有重要意義。

柒、兼評第十四條第一項與第二項相關之 「2011 中華民國國家人權報告」

依照《各國提交之國家人權報告之撰寫準則》關於第十四條之 73 點，「人權事務委員會」要求締約國提交之初次國家人權報告時中必須根據第三十二號一般性意見說明採取哪些立法或其他措施，以確保第十四條之完全履行。⁶⁰ 締約

⁵⁹ Geniuval M. Cagas, Wilson Butin and Julio Astillero v. The Philippines, Communication No. 788/1977。

⁶⁰ Article 14

⁷³ In the light of the provisions of article 14 and general comment No.32 (2007) on the right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, provide an account of the legislative or other measures taken to ensure full implementation of article 14, including information on:

- The organization of the judiciary, the procedure for appointing judges and qualifications required by them, and statistical information on the representation of women and ethnic minorities in the judiciary.
- Rules governing their status and guarantees for their security of tenure until the mandatory retirement age or the expiry of their term of office.
- Conditions governing their remuneration, promotion, transfer, suspension, dismissal or any disciplinary measures, and cessation of their functions. Information should include any cases of sanctions imposed for corruption.
- The organization and functioning of the Bar.
- The existence of extraordinary courts alongside the regular courts, such as special or military courts and their competencies, including circumstances under which such courts can try civilians.

國需在人權報告中提供以下資料：

- 司法機關、法官資格與選任程序；關於婦女與少數族裔在司法機構中任職之比例之相關統計資料。
- 關於司法人員之地位、任期保障、法定退休年齡之規定。
- 關於司法人員之薪酬、陞遷、轉職、停職與解職之條件；紀律懲戒措施與停職程序。包括如何制裁司法人員貪腐與違法行為。
- 律師組織和運作。
- 特別法庭或軍事法院之設立。包括在何種情況下，該法院可以審判平民。
- 提供依照習慣法或宗教法設立之法庭的資料，包括其權限與執行概況。第 74 點要求人權報告中必需說明國家如何以法律規定與具體措施保障。
- 所有的人享有公正的和公開審判之權利，包括規範媒體報導之規則與做法。
- 除非依法被證明有罪，任何人應享有被推定無罪之權利。

中華民國於 2011 年四月公佈之《公民與政治權利國際公約國家人權之初次報告》第 198-199 點說明現行法院組織與法官任用資格與程序；第 200 點說明女性司法人員比例；第 201-202 點說明現行法官身份保障與紀律懲戒機制；第 203 點說明憲法法庭；第 204 點說明律師公會；第 205-207 點則說明特別法庭之設置與權限。⁶¹

與本文最相關者包括第 208 點之公開聽審權：

「訴訟之辯論及裁判之宣示，原則上應以公開法庭進行。但有妨害國家安全、公共秩序或善良風俗之虞時，或少年事件、民事保護令程序、性侵害案件、營業秘密案件、婚姻事件、刑事自訴程序前之訊問等或為保護當事人或第三人隱私、業務秘密以及有兒童及少年福利與權益保障法第 69 條之情形，法院得決定不予公開。裁判書應以刊登公報或其他適當方式公開，除依法不得公開者外，其餘裁判書皆可經由網路免費查詢。」

涉及無罪推定權之第 209 點：

「無罪推定原則，是刑事訴訟法的基本原則。被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪，犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定

• The existence of courts based on customary law or religious courts and their competencies, including information on their practices.

⁷⁴ Indicate which guarantees exist not only in law but also in practice with regard to:

• The right of all persons to a fair and public hearing, including rules and practices for the publicity of trials and judgments as well as rules governing the admission of the public and media (local and international) into courtrooms.

• The right to be presumed innocent until proven guilty according to law.

⁶¹ 參考 <http://www.humanrights.moj.gov.tw/public/Attachment/242016215372.pdf>，(最後瀏覽日，2012 年 11 月 05 日)。

犯罪事實；被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行。實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。被告得請求前項公務員，為有利於己之必要處分。被告在庭時，不得拘束其身體，但得命人看守。故不得將被告施以戒具，避免因其身體之束縛，產生預斷之有罪觀念。軍事審判程序亦同。」

民間提出之《影子報告》除就國家報告內容部分予以補充外，另指出現行制度有違反公約規範之處。如影子報告指出：

「檢察官常在實務上以法院違背〈刑事訴訟法〉第 163 條第 2 項但書之規定，未依職權調查證據，有應於審判期日調查之證據未予調查之違法，作為提起第三審上訴之理由…。日前最高法院 101 年第 2 次刑事庭會議決議認為，依〈公民與政治權利國際公約〉第 14 條第 2 項規定及〈刑事訴訟法〉第 163 條之立法理由，證明被告有罪係屬檢察官之責任，基於公平法院原則，法院自無接續檢察官應盡之責任而依職權調查證據之義務。因此，〈刑事訴訟法〉第 163 條第 2 項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限，否則即與檢察官應負實質舉證責任之規定及無罪推定原則相牴觸，無異回復糾問制度，而悖離整體法律秩序理念。」⁶²

依照筆者之見，最高法院決議業已驚覺目前司法實務未能完全符合公約規定與相關性之一般性意見的要求。唯最高法院刑事庭之決議能否被切實遵行之後，尚待觀察。法務部自應依照《公政公約》與一般性意見，制訂具體規定以規範檢察官與司法警察在調查、逮捕、審前羈押階段時，避免侵犯被告之受無罪推定權以及其名譽、公共形象與社會信用。⁶³

中華民國人權報告並未提及「媒體審判」之問題，也未能採取任何有效措施以確保被告免受媒體審判。如影子報告指出：

「國家人權報告未察台灣目前社會現狀中，除報紙、新聞週刊等平面媒體外，各家有線電視新聞台 24 時不間斷播送新聞，媒體爆炸惡性競爭之結果，聳動、誇張或片面的報導，已使台灣充斥各式浮濫的「媒體審判」。實務上更常見偵辦機關主動提供刑案訊息、錄像影帶予媒體，或媒體公開尚在審理中案件相關資訊，或媒體以「談話性節目」討論議題方式，針對審理中之刑事案件預測其審判結果或加以評論，

⁶² 參考廖福特主編，《2011 年台灣人權報告：兩公約民間社團影子報告》，第 134 頁。

⁶³ 第 32 號一般性意見第 30 段。如 2008 年雲林縣長蘇治芬在絕食 200 小時後，再度戒護就醫時，她雙手被銬上手銬，滿臉病容地步下救護車的鏡頭令國人記憶深刻。參考 <http://www.libertytimes.com.tw/2008/new/nov/13/today-p4.htm>，行政院前秘書長林益世於 2012 年七月因案被羈押期間，屢次被上手銬進出特偵組的畫面也廣為媒體報導。正是對政府宣示遵守一般性意見、依法行政與其撰寫之人權報告第 209 點最大的反諷。

藉此造成所謂輿論審判，對受理案件之檢察官及承審法官造成一定的壓力，更加強化「媒體審判」之惡質現象。」⁶⁴

筆者認為國家未能有效預防並制止「媒體審判」，違反第十四條第一項之國家尊重被告公正審判權之義務，也已經違背第十四條第二項之國家保護義務。

捌、建議

筆者建議有三：

1、鑒於兩項人權公約已是中華民國國內法規，中華民國政府應依據公約精神與規範內涵，全面地檢討國內法規並使其符合公約要求。為切實履行國家義務，法務部門必須以「聯合國人權事務委員會」為師，完全依循一般性意見之規定，徹底檢討與訴訟程序相關之法規與各項措施，並建立足可保障人人公正審判權與無罪推定原則之制度。且未來制定相關法規與措施時，應諮詢「法務部人權保障小組」與民間團體提供諍言與協助。

2、在此過程中，深化部門同仁對公約內容之理解有其必要。本文具體建議法務部門應參考聯合國頒布之《司法獨立的基本原則》(Basic Principles on the Independence of the Judiciary, 1985)、《聯合國少年司法最低限度標準規則》(United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice, 1985)、《關於律師作用的基本準則》(Basic Principles on the Role of Lawyers, 1990)、《關於檢察官作用的準則》(Guidelines on the Role of Prosecutors, 1990)與聯合國人權高級專員署出版之《專為法官、檢察官與律師編撰之人權手冊》(Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and lawyers, 2003)，著手編訂訓練手冊並落實部門人員之人權教育。也應隨時關注「人權事務委員會」處理涉及《公政公約》第十四條之個人來文而發展出之法理，參照援引，務必使中華民國之人權保障措施符合國際普遍人權標準。

3、三年後，中華民國即將進行另一次定期國家人權報告編撰。法務部門應立即參酌聯合國頒布之《各國提交之國家人權報告之撰寫準則》與民間團體撰寫之《影子報告》，徹底檢討《2011年國家人權報告》內容不足之處，並擬具「確保公正審判之行動計劃」，著手進行。除可落實公約規定，並可為下一階段人權報告之撰寫與檢討預作準備。

⁶⁴ 《2011年台灣人權報告：兩公約民間社團影子報告》，第142-144頁。

人體研究與原住民族集體權：人權規範與發展的新課題

國立東華大學民族發展與社會工作學系副教授 蔡志偉 (Awi Mona)

目 次

- 壹、原住民族與國家
- 貳、人體研究法與原住民族集體同意權
- 參、原住民族集體同意權作為人權規範與發展的新課題
- 肆、原住民族文化權作為人權規範與發展的新課題
- 伍、結語

摘 要

《人體研究法》第 15 條指出，以研究原住民族為目的之人體研究，應諮詢、取得各該原住民族之同意；其研究結果之發表，亦同。亦即，公部門或私團體對原住民族進行人體研究時，應取得原住民族的集體同意，不只是個人同意。然則，在人體研究過程中，原住民族族群自主與社會正義該如何被實踐，以及如何建構嚴謹的審議程序，實係一項困難的工作。既有同意權制度之法制架構係以西方強調個人自由主義為主的權利典範，無法充分調和原住民族傳統文化習慣，亦未能反應原住民族集體生活經驗。從文化相對論與原住民族自決的立場出發，在自由多元文化主義的架構下，強調個人權利保障為基礎的憲政原則與強調文化本體及認同為基礎的原住民族集體權利之間如何相容，即為本研究所關切之制度設計所欲論證的主軸。

關鍵字：人體研究法、集體同意、多元文化、原住民族、研究倫理

壹、原住民族與國家

從原住民族與「國家」的關係來看，在日治以前的發展，荷蘭人於十七世紀登陸臺灣，早期曾與原住民族訂定契約，以布疋購買土地。但其後便以武力攻打原住民族，並透過條約的簽訂，迫使原住民族將土地主權讓渡給荷蘭東印度公司。¹其後，明鄭時期實施之墾殖計畫，鼓勵軍隊開墾番地或「荒閒無主之地」，使得鄭氏王朝與原住民族交惡，衝突頻仍。為了避免「番害」發生，鄭氏遂在漢人與原住民族居住地的交界處，設立土牛為「番界」，戍兵防守，禁止出入。²降至清治時期，政策上將原住民族以歸順與漢化程度區分為「熟番」、「化番」與「生番」。生番因未及接受教化，不被視為得為權利主體之自然人。一八七四年牡丹社事件之後，「開山撫番」的政策宣示清政府的主權範圍擴及生番地與臺灣東部，生番地自此面對的不再僅係漢人的越界侵墾，而是國家的積極介入。³

一八九五年開始的日治時期，原住民族被迫納入現代國家體制，理蕃政策在現代化治理的思維下成為帝國殖民政策的一環。⁴殖民政策總綱係以嚴密的軍事組織控制，來達到殖民地經濟利益的開發目的，進而滿足殖民母國的各式需求。是則，在殖民政策總綱之下，日治時期的臺灣原住民族政策，自然是以軍事、政治控制，以及經濟掠奪為主要方向。具體來說，當時臺灣總督府參事官持地六三郎在《關於蕃政問題的意見書》上，採取了時任美國駐臺領事大衛生（J. W. Davidson）的建議，以社會達爾文主義為政策指導原則，亦即美國白人政府處理印地安原住民族的政策，作為理蕃政策的指引，指出「當帝國取得臺灣的主權之際，這些生蕃從未服從於國家權力之下，他們持續反抗帝國主權。據此，帝國有權征服這些大膽違抗的生蕃，且此項權力係屬於帝國主權的管轄權限之內。⁵」根據持地六三郎的見解，生蕃「非化外之民」，而是在日本帝國處分權限之內，不具國際法地位。再者，自日本帝國取得臺灣以來，生蕃未曾服從帝國，處於對帝國主權叛逆的狀態；此外，日本帝國對於生蕃並未授與臣民籍別與權利。⁶是以，生蕃不具法律上之人格，而國家對此叛逆狀態的生蕃實有生殺大權。⁷藤井

¹ 相關歷史背景，請參考中村孝志（翁佳音、吳密察合編），荷蘭時代臺灣史（上冊），稻鄉出版社，1997年；中村孝志（翁佳音編），荷蘭時代臺灣史（下冊），稻鄉出版社，2001年。

² 康培德，臺灣原住民族史—政策篇（一）（荷西明鄭時期），國史館臺灣文獻館，2005年。

³ 參見王泰升，日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心，臺大法學論叢第40卷第1期，第12至14頁，2011年3月。

⁴ 1903年之後，日本殖民政府遂將「蕃人蕃地」確立為警察系統專責事務。參見王泰升，臺灣法律史概論，元照（三版），第162頁，2009年。

⁵ 持地六三郎，持地參事官ノ蕃政問題ニ關スル意見，收於臺灣總督府警務局編，理蕃誌稿第一編，南天書局，第184至186頁，1995年。

⁶ 有關日治時期蕃人在法律上待遇的討論，請參見黃唯玲，日治時期「平地蕃人」的出現及其法律上待遇，臺灣史研究第19卷第2期，第105至107頁，2012年6月。

⁷ 林淑雅，解／重構台灣原住民族土地政策，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2007年，第68頁。

志津枝觀察此種對於生蕃的定位方式，指出日本在邁入現代國家之際，小心翼翼地將生蕃納入國內法管轄中，以避免將來對生蕃的討伐行動出現法理上的障礙。⁸日治時期以來所採理蕃政策的真正核心，實以山地開發為主的「殖產」事業，⁹即如《理蕃誌稿》所載，「這裡只談蕃地問題，因為在日本帝國主權的眼中，只見蕃地而不見蕃人。蕃地問題，必須從經濟上的觀點好好地解決，而其經營必須要有財政上的方針。大概國家的各種問題，最後沒有不歸結到經濟上的財政問題。至於殖民地的經營，更特別需求從經濟上、財政上的觀點，來解決各種問題。¹⁰」要言之，日本帝國之土地政策，起初原住民族尚有一百七十五萬公頃之傳統生活領域，一八九五年總督府以日令第 26 號發佈《官有林野及樟腦製造業取締規則》，原住民族人口時約八萬餘人，隨即縮小為四十五萬公頃，供原住民族使用；一九二七年復提出森林事業規程，將原住民族的生活區域再一次縮減為廿五萬公頃，也就是今日原住民保留地的原型。¹¹實則，日本帝國政府國有化原住民族傳統生活領域空間的山林原野，強制遷移高山原住民族社群至低海拔區域，並迫使原住民族以定居聚落型式在保留地的範圍內生活。其後，殖民政府按照日本人類學者的研究分類，將臺灣原住民族劃分為九個部族。

戰後初期的山胞政策，籠罩在漢族沙文主義的陰影下。臺灣省行政長官公署起初將高砂族改稱高山族，並於一九四七年由臺灣省政府民政廳依照《山胞身分認定標準》，通令改稱「山地山胞」或簡稱「山胞」¹²，同時將平埔族標記全部取消，宣告嚴禁將「少數民族」一詞用於山胞之上，藉此降低山胞之民族性質，僅將其視為經濟上或居住地域上弱勢偏遠之一群國民。¹³然而，延續日治時期以來的殖民遺毒（legacy of colonization），呈現在以國際勞工組織第一〇七號《獨立國家內土著及其他部落與半部落人口之保護與融合公約》為指引原則的山胞政策，具體而言包括有三：山地平地化政策、保留地與國家公園政策、同化式教育政策，對於原住民族傳統社會、經濟、文化境況造成極大的影響。¹⁴以保留地的政策演變來看，一九四八年原始之管理辦法，係以保障山胞生計與推動山地行政為目的，並以限制平地資本與非山胞個人承租保留地為其手段。迨至一九五〇至一九六〇年代，臺灣的國家發展面臨經濟轉型、人口增加、農地不足，值此提出「農業上山」的開發政策。一九六〇年三修保留地開發管理辦法，解除原初的限制，開放國有林地與保留地供平地資本與個人申請開墾。一九六六年再修，則以大幅放寬申請開墾規模，並將已遭佔用的保留地就地合法化，正式開啟平地勢力

⁸ 藤井志津枝，理蕃—日本治理台灣的計策，文英堂出版社，1997年。

⁹ 藤井志津枝，同前註，第1至6頁。

¹⁰ 臺灣總督府警務局編，理蕃誌稿第一編，南天書局，第180至181頁，1995年。

¹¹ 藤井志津枝，臺灣原住民族史—政策篇（三）（日治時期），國史館臺灣文獻館，2001年。

¹² 臺灣省政府，臺灣省政府公報，臺灣省政府印行，1947年6月。另參見張松，臺灣山地行政要論，正中書局，1953年，第1至2頁。

¹³ 藤井志津枝，同註8，第160頁。

¹⁴ 詳參見陳宗韓，戰後台灣原住民族政策之分析：國家與社會的觀點，國立台灣大學三民主義研究所碩士論文，1994年。

進入山地的大門。¹⁵

連橫在其所著《臺灣通史》之序言述及：「臺灣固無史也。荷人啟之，鄭氏作之，清代營之，開物成務，以立我丕基，至於今三百有餘年矣。」從所謂文字記載的歷史而言，臺灣原住民族的法律定位，歷經蕃人、高砂族、山胞、原住民（族），然而藏在這些名字背後的故事，實際上是承襲自殖民時期以來之法律思維與論述的野蠻人想像。

貳、人體研究法與原住民族集體同意權

日治時期以來對於原住民族所採行的保留地政策與同化教育，接續國治初期改以「山地平地化」政策以為延續，直至一九六〇年代開放山地開發為止，形成臺灣原住民族具有長期隔離及族群內婚的結果。是則，原住民族基因組成較為單純，自一九七〇年代開始，國內、外學術研究團體陸續對世界各地原住民族採取檢體，進行相關生醫研究，其間關於特殊疾病感受性機率的研究不計其數，顯示全世界原住民族對於科學發展具有重要貢獻。¹⁶作為南島語（民）族發源地之一的臺灣，由於原住民族所具有之體質、物質、生活、語言、制度等文化獨特性質，長期以來原住民族即飽受作為被集體觀察的「客體」，甚至是能做歷史時間停格，以方便主流社會的非原住民學者進行學術上的「觀察」。

從規範實踐的角度來說，日治時期的理蕃政策與國治初期的山地平地化政策，實係建立在以非原住民族社會的價值來描繪、刻畫原住民族為生（熟）蕃及山地同胞，強化舊有原住民族在臺灣社會結構中的的標籤化與污名化形象。從原住民族與「國家」的關係上來看，反映出法律是優勢族群支配與宰制的權力結構產物。亦即，原住民族在國家以「現代化進程」的擬制迷思，透過理蕃政策與山地平地化政策支配與形塑原住民族在法律思維中的想像。也因如此，當代原住民族在「科學與文明」以及「進步與發展」兩種願景交織下，面臨了許多的權利衝突與法律歧視。

過去數年來國科會所支持的各项學術研究計畫，有為數眾多的計畫是以原住民族作為研究對象，幾使原住民族遭受到跨領域學術研究有如顯微鏡般的檢視，包括人類學、考古學、生物學、社會學、歷史學、語言學、醫學，以及其他相關之族群研究，並據以獲致為數可觀的數據資料、研究成果，並針對許多議題出版專門書籍。¹⁷然則，過去許多的原住民族研究往往因為研究者與被研究者的位置不同，存在資訊不對等以及所謂慈善原則的應用，對原住民族產生污名化甚至是族群隔閡與歧視等爭議。二〇一〇年高雄醫學大學研究團隊以探究痛風病原，以

¹⁵ 顧玉珍、張毓芬，台灣原住民族的土地危機：山地鄉「平權會」政治經濟結構之初探，台灣社會研究季刊第34期，1999年6月，第227至230頁。

¹⁶ 陳錦生，基因時代的知情同意原則，道雜誌，2004年12月，第14、16、23頁。

¹⁷ 相關研究說明，請參見周惠民，台灣原住民族研究——一個資料庫分析，台灣原住民族研究季刊，第3卷第4期，2010年，第167至194頁。

臺灣原住民族為研究對象，自原住民族人的血液中抽取 DNA 檢體，並順利發現痛風基因的位置，向美國專利局申請基因的專利發明，由於在是否踐行相關倫理規範要求，和法律上告知義務之履行，以及有否完備集體同意權的取得，乃至於被研究者的參與和利益分享等議題上，存在未解的爭議，因而引發社會、民間團體和原住民族社群的高度關注，即其適例。

立法院於二〇〇五年二月五日三讀通過《原住民族基本法》作為保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展的根本大法。該法之立法意旨係建構在：1) 集體權的承認；2) 自治權的落實；3) 自主、事先與被告知後同意權的賦予；4) 完全、充分的政策參與權等四項基本原則上。而與科學研究及其應用的相關具體規範內容見諸於該法第 21 條第 1 項「政府或私人於原住民族土地內從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮詢並取得原住民族同意或參與，原住民得分享相關利益。」其立法理由亦說明，該條文係為尊重原住民傳統智慧及知識財產權，以降低外界對原住民文化和社會之傷害，及讓原住民族公平分享利益。再如二〇〇七年所發生研究人員在採集噶瑪蘭族原住民唾液時因未依《原住民族基本法》相關規範諮詢並取得原住民族同意，而遭到噶瑪蘭族族人抗議，其部分研究程序甚至遭到行政院國家科學委員會學術倫理審議委員會裁定違反「醫學研究倫理」。另以，國內近年積極推動的「台灣生物資料庫」(Taiwan Biobank)，也因將檢體提供者的族群背景列入研究變項，引起居於社會弱勢的原住民族之憂慮，擔心研究結果對其造成傷害。然而，國內在前述《原住民族基本法》實質法制內容充實與執行上卻未能進一步發展，僅停留在原則建立之層次，缺乏具體執制度之設計，使得如此看似良善的法律，反而未發揮其保障人民權益的目的，造成原住民族對於法律體系的失望與不信任，甚至衍生諸如前列的衝突事件。就人體研究而言，研究者一廂情願的出於研究之善的嘗試，希冀證實原住民所具有之基因獨特性，卻忽略原住民自身完全不瞭解研究者的作為所為何來，研究者和被研究者之間形塑舊有學術霸權下之主體與客體的觀察與被觀察者關係。

二〇一一年十二月九日立法院第七屆第八會期第十三次會議通過了《人體研究法》，並於同年十二月廿八日公佈施行。該法第 1 條確立其立法目的在於「保障人體研究之研究對象權益」，並於第 2 條揭示「應尊重研究對象之自主權，確保研究進行之風險與利益相平衡，對研究對象侵害最小，並兼顧研究負擔與成果之公平分配」，作為保障對象權益之四大原則。人體研究法作為研究倫理中落實知情同意原則的架構，實即在延續並法制化過去包括「研究用人體檢體採集與使用注意事項」及「人體研究倫理政策指引」所欲滿足尊重個別受試者自主性 (respect for autonomy)、不傷害受試者 (nonmaleficence)、為其謀福 (beneficence) 以及促進社會正義 (justice) 等高階價值原則。前開研究倫理四原則係在美國「生物醫學及行為研究之人類受試者保護國家委員會」(National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research) 於一九七九年所公布「貝爾蒙報告書：保護研究中人類受試者之倫理原則與準則」(Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of

Research)¹⁸的蘊含下來進行。亦即，「知情同意」的倫理基礎在於「尊重人格」(respect for persons)原則，強調人應該被視為「自主的個體」(autonomous agents)，而自主性較低的個人(如未成年者、精神病患等)應該受到保護。¹⁹然則，「貝爾蒙報告書」係建立在保障個人權利基礎上鋪陳研究倫理之內涵，而無關涉對於原住民族之類的特定種族文化群體(group)或社群(community)之保護問題。再者，既有知情同意制度之法制架構係以西方強調個人自由主義為主的權利典範，強調個人權利保障為基礎的基本權，亦顯現在《人體研究法》的法規內容中。諸如《人體研究法》第4條有關去連結之規定，係指使其與可供辨識研究對象之個人資料、資訊，永久不能以任何方式連結、比對之作業。再如該法第三章關於研究對象權益之保障，第12條指出研究對象原則上以有意思能力之成年人為限。另於第15條有關以原住民族為目的之研究，採附加條件的方式立法，除須踐行第12條至第14條之個人知情同意，並須取得研究對象所屬原住民族的集體同意。

實則，國家法制與學術研究單純妄想，忽略了「科學」與「傳統」、「文明」與「野蠻」、「進步」與「落後」，從文前所說明原住民族與國家關係的歷史脈絡以觀，其間所生倫理與正義的分界經常是由居於強勢主導地位的民族所決定的。過去有關原住民族的各項研究顯示，原住民族大都受限僅能作為研究知識與能量的提供者，惟前揭事例所引發的爭議某種程度反映了科學社群長期以來對於原住民族集體意願、尊嚴與自主性抱持消極態度之關切，特別是在《原住民族基本法》公佈施行以後，仍然未能緩消甚至是化解研究者與被研究者之間，對於原住民族人體研究之認知差異，遂而時有倫理爭議與法律規範義務之違反情事發生，讓自決與自主意識萌生的原住民族對科學社群產生嚴重的不信任感。

在知情同意的倫理思考上，陳錦生提出包括「知情是一種基本人權」、「不合倫理的研究常常在開發中國家發生」、「經濟不對等」、「資訊不對等」、「群體同意權機制」、「大學受到商業利益的影響，喪失學術公正立場」等必須考量的因素。²⁰就一般情況而言，過去許多原住民族研究往往因為研究者與被研究者的位置不同以及資訊不對等，可能造成慈善原則(beneficence)的應用反而適得其反，對原住民族產生污名化甚至是族群隔閡與歧視等爭議。²¹即使醫學研究未預設種族主義，「但隨著醫學研究成果之發表卻很可能造成社會大眾之普遍印象與隨之而來的社會歧視」²²。此外，討論人體研究與原住民族之相關議題，必須納入作為

¹⁸ National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, *The Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1979.

¹⁹ 蔡甫昌，醫學研究中之知情同意，台灣醫學 13 卷 3 期，第 284 頁，2009 年。

²⁰ 陳錦生，同註 16，第 23 至 25 頁。

²¹ 林瑞珠、梁宗憲，論我國原住民族群基因研究之群體同意機制，台灣科技法律與政策論叢第 5 卷第 1 期，2008 年 6 月，第 87 至 118 頁。

²² 李崇偉，論原住民基因研究之倫理課題與規範初探，台大法學論叢第 36 卷第 3 期，2007 年 9 月，第 479 至 480 頁。

原住民族核心價值及其世界觀的兩項基石：身份（Identity）與文化（Culture）。即如 Turman 的研究指出，最常被用來進行人體研究的樣本，主要是來自於血液、口腔黏膜以及毛髮。²³ 本質上而言，這些樣本在身體的構造上係具有再生的能力，因此似乎並未永久「脫離」參與者。一位美國 Hopi 原住民族的遺傳學者 Frank Dukepoo 闡釋這樣的觀點：「對我們而言，身體的任一部份都是神聖的。科學家說這不過是 DNA。對一個印地安原住民族來說，這不只是 DNA，而是整個人的一部份，是神聖的，具有深切的信仰顯著性。這是一個全人個體本質的一部。²⁴」簡言之，承認這些檢體不單純只是用以分析的資料，而是進一步理解它們是被珍視的、神聖的且具深層意義的文化本體之構成，是建立具信任基礎的研究關係的重要步驟。

是以，《人體研究法》第 15 條第 1 項作為《原住民族基本法》第 21 條的「施行法」，規定「以研究原住民族為目的者，除依第十二條至第十四條規定外，並應諮詢、取得各該原住民族之同意；其研究結果之發表，亦同。」透過原住民族集體同意權的法制化，確立原住民族有權行使族群或集體同意權，以彰顯其族群主體地位、維護族群集體利益，以及避免族群承受不必要的研究風險。

參、原住民族集體權的討論作為人權規範與發展的新課題

在科技日新月異的快速發展下，在人體研究的相關議題上，我們面臨的是許多複雜與令人困惑的難題，像是界定人體研究的範圍、採集檢體在個人與集體權利的保障需要，以及研究成果的歸屬與分享。再者，關於以原住民族為目的之人體研究，具體而言更牽涉了包括隱私權、財產權、知情同意權等集體保障面向。比較本文前已述及之國內發展狀況，下文以美國法院實務審理 Havasupai Tribe of Havasupai Reservation v. Arizona Board of Regents 乙案為例說明。

事件源於一九八九年，Havasupai 部落成員為探究部落糖尿病的高發生率，遂向亞歷桑那州立大學（Arizona State University）相關研究機構學者尋求協助，並在研究學者項部落議會提出執行計劃後，確立了三項具體研究內容之協議，包括進行糖尿病醫學教育、自部落成員採集血液檢體並進行試驗，據以確認是否屬於糖尿病患者，或者是否屬於易罹患糖尿病者，以及確認 Havasupai 部族所具有之特定基因與糖尿病間的關聯性。²⁵ 其後，由於研究機構違反協議內容，逕行將

²³ Kathryn M. Turman, Understanding DNA evidence: a guide for victim service providers, United States Department of Justice, 2001. Available from: http://www.ojp.usdoj.gov/ovc/publications/bulletins/dna_4_2001/NCJ85690.txt

²⁴ Charles Petit, Trying to Study Tribes While Respecting Their Cultures. San Francisco Gate, Feb 19, 1998. Available from: <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/c/a/1998/02/19/MN61803.DTL&hw=frank+dukepoo&sn=001&sc=1000>

²⁵ Tilousi et al. v. Arizona State University et al., CV2004-0115, AZ Superior Ct., Coconino County; Havasupai Tribe v. Arizona State University et al., CV 2004-0146, AZ Superior Ct., Coconino

所採集之檢體移作未得部族授權的研究，包括移轉給其他研究機構（亞歷桑那大學，(University of Arizona) 使用，以及進行協議範圍外之研究，如精神分裂症 (schizophrenia) 和族群起源。因此，Havasupai 部族提起訴訟，向該等研究機構主張損害賠償。值得注意的是，Havasupai 部族所提出的訴訟主張，不僅及於提供檢體的研究參與者，更進而主張研究機構的違法行為，對該部族作為權利主體及其文化與精神信仰造成集體之傷害。²⁶

此間所存在的衝突與爭議可以化約為二個面向，一為檢體作為有體物的財產權保障，另一則為研究成果作為無體物的智慧財產權評價。²⁷然而，即如前文所提及，人體研究所牽涉之權利保障，不問係屬有體物或無體物，均係建構在強調個人自由主義為主的權利典範基礎。傳統上對於隱私權的理解，指稱個人對其身體完整性的決定權利，該項權利對於視其具有價值者來說，係隨同該個人的死亡而終止。且由於隱私權具有身分專屬性，當無法作為繼承之標的，亦無法由其親屬代行權利。²⁸復以財產權的保障來說，在自由市場經濟體制下，市場經濟的基本精神即在於讓財產的生產、分配和利用，都由私人自己去規劃，其目的在於經由私人的自由競爭和交易，當可讓財產達到最有效率的分配和利用。法律的任務，簡單來說，就是經由適當的制度設計，以最小的成本讓這樣的自由與權利得到最大的實現。因此，構築在這樣的法制架構，財產權通常顯現三種重要的本質：普遍性 (universality)、獨佔性 (exclusivity)、可轉讓性 (transferability)。²⁹實則，關鍵的問題在於，前述所指對於財產權的普同性概念，是否能夠在不同文化範疇以及不同時間脈絡下一體適用。

吾人常論以原住民族的財產權體系是包含以集體權 (collective ownership) 及部落共有權 (communal ownership) 的形式來呈現。在集體權概念的運作中，權利歸屬於部落社群整體，然允其特定部落成員行使特定權利或負擔特定責任。另以部落共有權的內涵而言，通常是不允其部落成員取得排他性的特定權利。以排灣族為例，傳統排灣族的部落組織結構是由頭目、貴族及平民所構成的階層體系社會，而頭目在此階層社會當中擁有部落社會的統御權，此權利集合了政治、經濟、宗教、祭祀等特權，對外是一個獨立政治實體的代表人，對內是一個部落社會權威的領導人。世襲頭目與其屬民二者間的關係是部落社會穩定與發展的關鍵，頭目擁有的權利中特別是土地作為上的特權，是世襲頭目擁有部落土地所有權而發展出的制度，透過土地使用分配與收稅權利鞏固其部落的領導權威，並運用世襲繼承制度且部落屬民的認同，合理且合法的運作他所掌管的部落社會。³⁰

County.

²⁶ 同前註。

²⁷ 詳參 Radhika Rao, Property, Privacy, and the Human Body, Boston University Law Review, Vol. 80, No. 2, pp. 359-460 (2000).

²⁸ Radhika Rao, 同前註，第 402 至 403 頁。

²⁹ Richard A. Poser, Economic Analysis of Law, 6th ed., New York, Aspen Law and Business, 2003, pp. 31-91.

³⁰ 謝政道，排灣族傳統社會結構之研究，人文社會科學研究，第 1 卷第 1 期，2007 年 6 月，第

換言之，世襲頭目繼承權利最為直接影響的部落關係即是經濟上面的特權，部落平民透過納稅表示對頭目的效忠及承認其合法性的地位，部落成員的生計與活動都在頭目所屬領域上，所以彼此是建築在以土地為媒介而發展的從屬關係，而維持此關係的規範即是頭目世襲繼承制度。排灣族世襲繼承授予頭目在其領域內的土地經濟作為，而在頭目作為是部落社會關係的經營之道，頭目世襲統治的合法化藉由分配與管理土地從而達到部落社會關係穩定發展。然而，排灣族頭目並不是只有世襲的特權享受，頭目對其部落族人應履行保障其安身立命的社會契約，頭目有保護部落族人的生命與財產安全的責任，而頭目沒有履行與部落族人的社會契約並無節制的壓榨與苛刻其屬民，部落族人再沒有積極干涉頭目權利的方法下，只有選擇拋棄家產逃亡尋求另一頭目的庇護。

由以上的說明我們漸可理解，原住民族社會與習慣規範的運作確實存在財產、權利、義務與責任等概念，只不過其所蘊含的規範基礎有別於一般社會與國家法律制度。細言之，國家法制下的權利建構，發端於獨立的個體從社會組織體中區別開來，因此這樣的權利論述所強調的係聚焦在個人對於國家的關係。³¹亦即，權利係限制國家行為的法律構建。³²又或者在介於私人間之衝突與爭議，權利係作為當事人一方據以對抗另一方之法律基礎，以維護社會規範所肯認的適切價值。相反地，從前述排灣族的傳統文化說明，個人是無法獨立於部落組織而存在。實則，部落成員自其出生即進入由家族、氏族、社會組織與政治結構所密切連結的文化多元構體。也就是說，個人的權利與責任係存在於由這些多元組織所整合而成的架構中，而作為充實部族集體與部落共有的權利規範，即係源生自家族、氏族與部落群體間的相互尊重與謹言慎行之基本原則。

回到前開 Havasupai 部族司法訴訟的審理觀點，現行以自由市場經濟與個人主義為基礎所建構的有體物與無體物財產權制度，確實無法對於以 Havasupai 部族文化為本體所建構之權利主張，包括部族集體財產權、部族隱私權，以及對於部族文化及信仰的侵權行為，提供適切的法律保障。

肆、原住民族文化權作為人權規範與發展的新課題

確實，在許多因著人體研究所引發與原住民族衝突的事例中，我們常會認識到原住民族提出以「文化權」(cultural rights)為基礎的「文化權利主張」(cultural claims)，前文提及 Havasupai 部族所主張關於部族起源，以及研究機構對其部族文化與信仰的侵權行為等均為此之適例。有鑑於此，聯合國於二〇〇七年九月十三日經大會決議通過之《原住民族權利宣言》第 31 條揭示：「原住民族有保存、管理、保護及發展其文化遺產、傳統知識、傳統文化表現，及其科學、技術與文

132 至 134 頁。

³¹ Robert N. Clinton, The Rights of Indigenous Peoples as Collective Group Rights, Arizona Law Review, Vol. 32, No. 4, pp. 739-744 (1990).

³² Robert N. Clinton, 同前註，第 740 頁。

化表現，包括人類與基因資源、種子、醫藥、動植物群特性知識、口述傳統、文學、設計、體育及傳統遊戲與視覺及表演藝術之權利；亦有權保存、管理、保護及發展對文化遺產、傳統知識與傳統文化表現之知識財產。」也就是說，在人體研究與原住民族集體權的保障議題上，原住民族對於人類與基因資源，享有保存、管理、保護及發展之文化表現權與文化財產權。

然而，欲對於原住民族所提出的「文化權利主張」得其全貌，必須藉由檢視該項權利主張所附著之文化表現內涵，以及理解對其文化侵權所造成傷害之文化本體。後文接續將進一步闡釋在人權體系下，原住民族文化權的規範意涵，以及在此概念下之文化侵權所具有之人權發展新課題。

國際間原住民族主張文化權的方式，多呈現在強調文化存續（cultural survival）為其核心概念。吾人欲理解文化存續對於原住民族所具有之迫切性與重要性原因，實應回顧原住民族遭受壓迫與剝削的被殖民歷史。這樣的殖民歷史遺緒，包括種族淨化、隔離、同化與整合，對於原住民族傳統政治、經濟、社會、文化造成極大的影響。³³因此，聯合國《原住民族權利宣言》即在前言中「確認所有民族都對構成全人類共同遺產的各種豐富多彩的不同文明和文化做出了貢獻；並確認凡是基於、或以民族出身或種族、宗教、族裔或文化差異為由，鼓吹民族或個人優越的學說、政策和做法，都是種族主義的，是違反科學的，在法律上是無效的，在道德上應受到譴責，且從社會角度來說是不公平的。」此外，宣言「關注原住民族在歷史上因殖民統治和自己土地、領土和資源被剝奪等原因，受到不公正的對待，致使他們尤其無法按自己的需要和利益行使發展權；承認亟需尊重和增進原住民族因其政治、經濟和社會結構及其文化、精神傳統、歷史和思想體系而擁有的固有權利。」在此歷史背景與結構下，該宣言揭示修復原住民族歷史上所遭遇不正義對待之基本原則，透過原住民族各項權利的實踐，冀以獲致文化存續與發展的理想。

比較國內原住民族法制的發展，《原住民族基本法》第1條即確立促進原住民族生存發展為其主要目的。在文化存續與發展的目標上，強調原住民族土地、傳統領域以及自然資源權利等的確立，並係以建構原住民族傳統知識、文化習俗、法律體系為其目標，透過原住民族的集體同意權與有效參與作為實踐手段。再如二〇〇七年十二月七日制定並於同年十二月廿六日公布施行的《原住民族傳統智慧創作保護條例》第1條所揭示之立法目的，亦在強調促進原住民族文化發展。更具體表現以原住民族文化存續與發展的法規系於一九九八年制定，復於二〇〇四年修正的《原住民族教育法》，該法第1條強調發展原住民之民族教育文化，並在第2條肯認「原住民為原住民族教育之主體，政府應本於多元、平等、自主、尊重之精神，推展原住民族教育」。進而確立「原住民族教育應以維護民族尊嚴、延續民族命脈、增進民族福祉、促進族群共榮為目的」。綜觀現行我國

³³ Julie Cassidy, The Legacy of Colonialism, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, pp. 409-55 (2003).

原住民族法律體系，實以落實憲法增修條文第十條第十一項與第十二項之原住民族基本權為核心，回應我國係屬多元文化國家，並積極維護與發展援助民族文化的基本價值。

從國際法與國內法相關法制規範對於文化存續與發展的允諾與肯認，賦權原住民族在當代多元社會中，作為文化與政治的獨特實體，並據以主張特殊權利（*sui generis*）。對於原住民族而言，「文化」是一項動態發展與生成的活化資產系統，包括了許多豐富的資訊，像是傳統藝術、工藝、舞蹈與文化成果表達、信仰系統、習慣法律、環境知識等整體世界觀，並是維續原住民族作為文化與政治獨特實體的根本。因此，任何形式對於部族「文化」的侵害或傷害，都被視為對於部族生命存續與文化永續發展的直接侵害。

然而，顯然易見的，現行法律對於文化侵害或傷害的理解，確實無法提供原住民族足夠的保障。其中一項關鍵即在於國家法律對於原住民族文化與權利的不理解，也無法充分反應原住民族實際生活經驗。從國際人權規範的論述來說，《公民權利與政治權利國際公約》第 27 條關於「少數社群之權利」內容，³⁴約莫自一九八〇年代聯合國推動原住民族人權保障工作開始，即係作為國際原住民族運動主張文化存續與發展的重要參據。

在關於本條文與原住民族文化存續與發展的關聯性上，聯合國人權事務委員會作了如下的闡明：

有關依據第 27 條文化權保障的具體實踐內涵，委員會評論指出文化的呈現有許多形式，包括與土地及自然資源相互依存的特定生活方式，特別是在原住民族的事例尤其明顯。那項權利可以包括諸如漁獵或狩獵的傳統活動，以及生活在受到法律保障之保留領域的權利。那些權利的享有須有積極法律措施的保障，據以確保少數社群成員對於那些影響他們的政策決定具有有效參與之權利。... ..這些權利的保障，係以確保有關少數社群文化、信仰和社會身份認同之生存與永續發展為導向，是則，此項權利的保障能夠豐富整體社會的多元。

此外，《經濟社會文化權利國際公約》公約委員會對於公約第 15 條所揭示「人人有權參與文化生活」的意旨，於二〇〇九年十二月廿一日作為第 21 號一般性意見，闡釋「文化」的內涵如下：

委員會認為「文化權利是人權的一個組成部分，同其他權利一樣，是普遍的、不可分割的和相互依存的。締約國應採取措施，保證在行使參加文化生活的權利時充分顧及文化生活價值觀，這種價值觀可能有強烈的族群性，或者說，只有原住民作為一

³⁴ 在那些存在著人種的、宗教的或語言的少數人的國家中，不得否認這種少數人同他們的集團中的其他成員共同享有自己的文化、信奉和實行自己的宗教或使用自己的語言的權利。

個族群才能表現和享受。原住民與其祖先的土地及其與大自然的關係相連的文化價值觀和權利應予尊重和保護，以防止其獨特的生活方式受到侵蝕，包括喪失維生手段、自然資源，乃至最終的文化特性。

從前開兩項國際人權文書對於「文化」的釋明，上個世紀以來包括日治殖民時期的皇民化運動、強制遷村、禁絕部落信仰與禁忌等政策，以及解嚴以前國治時期所實施的各項山地政策，如使用漢姓名、山地保留地、禁絕母語、傳統服飾等同化與整合政策，均明顯違反前揭人權規範的保障規定。然而時至今日，原住民族文化仍舊無法脫離文化遭致侵害或傷害的境況。在公領域上，臺東美麗灣的開發爭議，地方政府開放財團投資開發，阻絕當地原住民族部落與其傳統領域的文化臍帶連結。另有近來鬧得沸沸揚揚的卑南卡地步族人反對遷葬祖墳衝突，呈顯的即是公部門對於當地族人與其祖先和土地緊密關係相連的文化價值觀與傳統權利之不理解，且未予尊重及保護。另外，在私領域所呈現的文化侵害或傷害爭議，即如所謂的「文化侵佔」(cultural appropriation)。³⁵在最基本的意義上來說，「文化侵佔」(cultural appropriation)指涉一方對於他方的文化具有掌控與支配權。舉例而言，隸屬於一個文化社群的符號、名稱或儀式，遭致另一文化社群所侵佔或挪用，並且賦予不同的意義與價值。

回到本文所欲探究的人體研究與原住民族的文化侵害或傷害的爭議，確實相關的人體研究給予了原住民族在醫療與健康發展上很大的期待，然而此類研究所花費的成本往往被認為是遠超過它所能帶來的任何潛在利益。在現行的研究倫理規範架構，某種程度上，研究參與者知情同意原則的實踐，以及人體研究所需踐行的相關規範要求，被認為已足以提供相當的法律保障。³⁶實則，當人體研究係以原住民族為目的時，前文所述及的文化存續與發展、文化侵害與傷害等複雜議題，著實讓原住民族參與者無法信任現行的研究倫理法制架構，足以提供適切的法律保障條件。當論及人體研究與原住民族集體同意權之探討，我們面對的不僅僅只是自然與科學的探索，更包含了文化整體的形塑。對於許多原住民族而言，身體的任一部份都是神聖的(sacred)。從科學研究的角度來看，身體可以視為是一連串DNA的組合。相較於此，對於本文所舉之Havasupai部族的原住民族來說，這不僅是DNA，身體的任一部份都必須視同是一個整體而不可分離，具有神聖的意涵，同時具有傳統信仰的顯著意義，而這層意義表徵了作為一位Havasupai印地安原住民族的核心本質。現行人體研究法第15條並未對此項規範進行解釋，參考國際上對於原住民族文化權利之論述，實則原住民族傳統文化及

³⁵ 詳參 James O. Young, *Cultural Appropriation and the Arts*, Blackwell Pub., 2008. 相關事例，請參見楊淑媛，文化自我意識與傳統的再創造：以布農人為例的研究，*臺灣人類學刊*，第9卷第2期，2011年，第60至62頁。

³⁶ J. McGregor, *Research Ethics for Genetic Research on Groups*, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 35, No. 1, pp. 175-195 (1994).

其整體世界觀之核心概念係在於其以基於身份（Identity-based）與文化（Cultural-based）的權利內涵。亦即，當原住民族傳統文化及其整體世界觀進入市場經濟系統或是個人自由主義的權利架構，前揭基於身份（Identity-based）與文化（Cultural-based）所附著之主體即不復存在，有違人體研究法第 15 條所欲保障原住民族集體權之立法意旨。原住民族基因資源與現代科學研究基因之基本差異並非「組合」上的差異，論者有謂原住民族基因資源與現代的非原住民族基因具有相同的本質，只是因其社會、經濟等因素，必須特別予以保障而已。持此論點的主要問題在於，如果二者的本質並無差異，那麼，特殊的保護將失其正當性，只是「權宜」，無法為特殊制度的建立提供完整的說理基礎。實則，合理性基礎在於透過保障措施，維繫原住民族內在的整體性，此內在整體性也包括維繫集體權利主體的傳統習慣規範。換言之，原住民族認為「基因」無法脫離其文化母體而存在，科學研究的本質不只侵犯財產權，更是侵犯了文化母體本身，也侵犯了文化母體的守護者。

綜言之，討論人體研究與原住民族之相關議題，必須納入作為原住民族核心價值及其世界觀的兩項基石：身份（Identity）與文化（Culture）。許多原住民族視其身體、毛髮與血液唯一神聖整體中之各項元素，並將那些對其意欲進行科學研究的行動當作對其人性尊嚴、文化與倫理原則的侵犯。也就是說，我們考量對於以原住民族為目的之人體研究的倫理評價，必須包括理性與靈性的衝突與調和、原住民族自由、在前與知情同意的意義與程序，以及理解原住民族集體同意的內涵。畢竟，人體研究牽涉議題甚廣，然其前提要件實係在於人性尊嚴的尊重以及對於人類倫理的實踐。在原住民族傳統習慣法律規範下，知識的保有者可以是單一個人、單一家族或整體社群，而對於此項知識的分享與傳遞，係受到原住民族多元複雜的集體文化系統所規範，在傳遞原住民族傳統文化知識的同時，同時伴隨著保護渠等文化完整性之義務。

伍、結語

原住民族對於人體研究所提出來的關切主要呈現在下列四的面向上：其一，原住民族意欲保障身體本質與構成的整體性，避免如血液、人體組織等檢體的可能的濫用。其二，原住民族擔憂人體研究檢體被移作授權範圍外之使用，進而所獲致的成果造成與其文化信仰及世界觀的衝突或詆毀。其三，由於原住民族部落組織群聚、研究標的明確，因此研究成果容易連結到特定的社群或部落。其四，則是有關研究成果利益分享的智慧財產權爭議。

聯合國《原住民族權利宣言》確立了原住民族「自由、在前與知情同意」(free, prior and informed consent) 的權利，據此肯認原住民族對於人類與基因資源，享有保存、管理、保護及發展之文化表現權與文化財產權，並且尊重原住民族所具有之集體主權，要求非原住民族社群在此項集體同意權原則的基礎上，建立一項實質平等與相互尊重的原住民族研究夥伴關係。前項意涵，特別適用在固有西方

知識研究與原住民族間關係之發展脈絡，因為原住民族知識系統的建構，係圍繞在知識權威、文化責任與部落耆老及知識保存者為中心的系統中。從原住民族文化權作為當代人權規範與發展的新興人權，人體研究法第 15 條的本旨，系在於強調並落實以原住民族為目的的人體研究，必須在以原住民族傳統文化規範與整體世界觀的法律價值體系，進行研究倫理集體同意權實踐的檢視。

醫療事故刑事責任的判斷架構初探

國立臺灣大學法律學院 李茂生

目 次

- 壹、前言
- 貳、英美與日本的狀況
- 參、我國的現況
- 肆、問題的癥結與初步的解決方案
- 伍、結論

摘 要

近年來我國醫患關係日益險惡，醫護人員被論以業務過失致死傷罪的報導日增。這種情事雖然一方面彰顯了患者權利意識高漲的民主法治現象，但另一方面對以往擁有高社會地位的醫護人員而言，卻是個難以忍受的衝擊，於是紛紛出走使得醫療荒廢的現象更行嚴重。醫療的荒廢原因頗多，刑事司法的變化確實也是原因之一，不過或許其是壓死駱駝的最後一根稻草，但是若認為其是主要原因並主張刑事司法必須退出醫療事故的領域，或限縮干預範疇，則不僅是忽略了刑事司法的社會功能，且也會使得其他的問題潛入地底而無法獲得解決。

本文首先觀察英美以及日本的刑事司法趨勢，確認其並無任何退出或限縮干預的傾向，然後比較日本與我國刑事司法對於醫療事故過失刑事責任的判斷架構，以了解我國的判斷架構是否合理，是否容易造成判斷上的恣意。

經研究發現，我國的判斷架構確實有缺失存在，其不僅是違反邏輯，並且也容易受到醫療專業鑑定的影響，而陷入醫療同儕審判的陷阱內。不過，這並不是不能修正。本文透過解析，建議刑事司法回歸傳統的判斷架構，先參照醫療常規確認客觀的行為、結果與其間的因果關係，然後利用業務正當行為阻卻違法的刑法規定，篩選值得追究過失責任的案例，最後才參酌相對的醫療水準確認行為人對於醫療事故的預見可能性、注意義務與期待可能性。據此，不僅是可以抑制誤判或恣意，並且也能透過刑事過失責任的追究活動，彰顯醫療荒廢的深層原因。

壹、前言

醫療這個行業自古以來就已經存在，最初是族群內的耆老或具盛名之士因年長又身體健康，受到人們敬仰，於是大眾競相向其請教養生之道，進而形成一個特殊的地位，但並未成為一個行業。其後，隨經驗的累積，一些人開始擁有特殊專屬的知識與技術，於是形成一個獨特的職業群體。當然，因為這些知識與技術是以養生固本、調和個體與環境間的關係為本，並無侵襲性，再加上行醫者崇高的社會地位，所以醫患間的關係是一種道德關係，根本就沒有糾紛可言。

醫患關係的轉變大約起源於近代的初期。當時的醫者透過政治關係掌握了處理新鮮屍體以及與劊子手一起執行死刑（通常是凌遲）的權力，藉此深化了人體解剖的技術與知識。但是更重要的是科學家發現了細菌的存在，並且發明了注射器，加上作為化學一環的藥學開始發達，醫學一口氣從固本與調節的基礎轉換成由外界侵入身體內進行人體修復的基本方針。雖然這種變化的功過無法一概而論，但是人類在敗壞的環境中持續地延長了壽命一事，卻也是個不爭的事實。當然在輝煌的事蹟不斷被表揚的同時，人們也開始付出代價。亦即，醫患關係再也不是一種道德關係，反倒是開始呈現出法化的現象；終究人們還是無法對於不斷侵襲自己身體的行為輕易地全然釋懷，追究造成身體傷害的原因到底是疾病還是侵襲性醫療行為一事，成為醫患關係中必然的結果。

二十世紀中葉開始受矚目的患者同意，正是為了解決日益險惡化的醫患關係而開發出來的法學概念與實務操作。然而，多年來的經驗顯示，在充滿不確定性、而且日益複雜的醫療行為中，患者的同意也僅是一個虛幻而已。之後的半世紀，法學雖然一直在留意特殊醫療行為的合法性問題，舉凡人工生殖、代理孕母、安樂死、器官移植、再生醫療、末期醫療等方面都累積了許多的業績；但是在一般醫療的領域，醫療事故的刑事責任問題，一直都在刑法謙抑的口號下，被掩藏起來，幾乎所有的問題都委諸民事解決。這個問題要一直要到二十世紀的末期，因為醫療體制的普及、醫術急速的發達以及醫療行為的組織化等因素，人們受到一般醫療行為侵襲的事故層出不窮，學界與實務界才開始面對一般醫療行為犯罪化、醫護界人士的恐慌與不滿不斷升高的問題，於是被迫開始留意一般醫療行為中醫療事故頻仍發生、一些醫護人員被定罪的事實，並乞求解決方案。其所求的不外乎是患者權益保障與醫療荒廢可能性之間的平衡點。

我國近年來亦面臨窘境，醫界在四大皆空、五大皆空，進而六大皆空的驚悚口號下，將醫療荒廢的事實歸咎於刑事司法的嚴苛態度，並挾持媒體與立法委員的支持，要求修法將一般醫療事故的刑事責任限縮到只有重大過失的情形下，始得判醫護人員有罪。2012年7月，法務部終於被迫召開公聽會，但是在公聽會中醫界、法界與病患間，仍各執己見，無法達成共識。

醫界所提出的質疑中最為激烈的不外是：八年半中有八十位醫師被判有罪，

每 23.5 天有位醫師被判有罪，¹有罪率高達 25.6%，台灣的醫師儼然成為犯罪率最高的行業，台灣可能是全世界醫師犯罪率最高的國家。²然而法務部反駁，近六、七年來，檢察機關終結醫療事故的件數均維持在每年 100 件左右，沒有明顯的增加趨勢，且起訴率都維持在 10% 左右，最近六、七年來起訴率平均為 6.12%。³如果，雙方的數據都沒問題，則兩者間的歧異即僅在於對正確數據的解讀。對於醫界而言，醫療的荒廢是眼前的事實，而罪魁禍首就是司法單位，其對醫界的打擊毫不容情。然而對於法界而言，姑不論醫生為何會輕忽人命，犯錯就是犯錯，法界不可能對醫界採取不一樣的對待。針對於醫界與法界的爭執，患者的代表則是反覆地論述，他們只是要個合理的回答，為何醫界就是不顧患者的權益，好似患者僅是醫界砧板上的魚肉。

在這種爭執不下的情勢下，本文理解自身無能解決醫患間關係日益險惡化的問題，更無法調解法與醫之間觀點上的歧異，而僅能就法的觀點，細數外國情勢，參照我國的司法傾向，希望藉此表明醫患關係的惡化，其原因雖然一部分在於法界，但是這個問題絕非如醫界主張，只要去犯罪化或縮減犯罪成立範疇即可解決。將所有醫療的荒廢歸咎於法界一事，對現在的情勢根本就是於事無補，而且刑事司法一旦退出或限縮干涉範圍，整體情勢將可能會更加惡化。

醫療事故日增一事，原因在於醫療情勢的轉變，刑事司法則是被迫多方介入，但是由於沒有一個合理的判斷架構，也沒有一個明確的判斷標準，結果造成偵審程序冗長、結論反覆不定的現象。這對醫、法、患者與社會大眾三方而言，都不是有利的情況。然而，在建構一個可以快速處理醫療事故的刑事司法判斷架構時，仍需要留意以下數點。

在追究醫療事故刑事責任的領域，與對抗「惡人」的情況不同，司法所面對的是一群具有善意的集團；再者對於醫護人員追究刑事責任一事，也與處理交通事故刑事責任的情形不一樣，因為專業的程度根本不可同日而語。在這種情形下，如果刑事司法不能提供一個合理的判斷架構，以容納醫學的專業判斷標準，則醫與法的衝突，幾乎是無法解決。而在這個合理的判斷架構中所進行的具體判斷，亦絕非全然依照醫學專業的判準而為，因為這樣一來，不僅是會造成醫界同儕裁判的險惡情事，對患者以及其他社會大眾而言也是非常不妥當，其會認為這種司法不外是醫醫相護的打手而已。

一個得容納醫學專業判斷的刑事責任合理判斷架構的建構是目前最基本、最迫切的社會要求，也是身為法學研究者的我應該要去努力奉獻的領域。所以雖然明知在前後其他稿約與繁忙的雜務夾縫中，事實上僅有月餘的時間用來書寫這篇文章，但仍然勉強接受了法務部的邀稿請求。事後證明，這個決定真的是個錯誤的決斷，所獲研究成果與付出的代價，根本不成比例。

¹ (365 天 x 8.5 年)/80 位有罪醫師=38.78 天，為何是 23.5 天？不解。

² 法務部「醫療行為刑事責任之探討」101 年 7 月 6 日公聽會會議記錄，頁 99 (2012 年)。

³ 前揭註，頁 84-85。

以下本文首先探討外國的情勢，重點不在於英美的趨勢，而在於日本的刑事司法傾向；英美趨勢的介紹僅是為了駁斥一些似是而非的論調而已。其次本文將選擇幾則有判決評釋文章的我國案例予以解析，藉此與日本的現況相比對。最後，基於以上的考察，嘗試建構起合理的醫療事故刑事責任判斷的架構。

貳、英美與日本的狀況

雖然醫界反覆論述先進國家都相繼限定醫療專業人士的刑事過失責任，而我國則是反其道而行，恣意地認定醫療專業人士的業務過失致死傷罪責，這將導致醫界的防禦性醫療傾向，最終將不利於人民的健康福利。但是先進國家的趨勢果真如醫界所云，正趨向於限定醫療專業人士的成罪範疇？以下先介紹英美的趨勢，然後論及與我國關係最為密切的日本現狀。

雖然與任何一個國家一樣，英美有關醫療事故的訴訟大體上都是民事案件，不過縱或如此，英美針對醫療事故的刑事責任問題，其實很早就有判決存在。十九世紀初期，因認為普通法的刑罰只適用在惡德之人身上，所以對於具有善意又對社會有貢獻的醫生並不認為應就其一時的錯誤科處刑罰。⁴一直到十九世紀末，普通法才放棄善意原則，而開始留意到醫療行為的妥適性，並認定僅憑善意是無法合理化將人的生命嚴重地危殆化的行徑。英國方面，在二十世紀初期法院確認如果醫師的醫療行為違背了最低限度的醫療要求，則可以對其科處刑罰。而美國方面，也透過判決表明醫師有知悉藥物以及治療方法的義務，如因重大的無知而導致病患重大傷亡時，即難免刑事的訴追。

當然於英美要認定過失刑責，除了要有嚴重違背注意義務的事實外，另需有符合一定標準的心理要素，這種心理要素又可分成有認識的過失（認識到危險，但仍膽敢冒險）與無認識的過失（因不注意或錯誤而沒有認識到自己的行為所創設出來的明顯、重大危險）兩種。相關議論的重點不在於有處罰共識的前者，而在於對後者是否要認定過失的刑責，如果認為不能成立刑事的過失責任，則行為人僅負民事賠償責任而已。

在英國，早期雖然僅就交通事故承認無認識的過失，但是到二十世紀的最後十年，法院逐漸承認醫療事故中無認識的過失的刑事責任。至於美國，雖然在二十世紀的初葉仍認為只有逼近故意的過失，亦即只有幾乎等同於惹起結果的惡意、忽視或甚至「對他人權利的漠不關心」的故意程度，才有可能成立刑事過失責任。但是不久後，在二十世紀後半開始有判決討論是否應該認可無認識過失的刑事責任，並於模範刑法典中明訂非難程度略低於「認識危險的輕忽態度」的無

⁴ 換言之，英美的早期判決承認所謂的業務權，只要某業務對社會有所貢獻，則不會對其誤失採取科以刑罰的對策。以大陸法系刑法理論的觀點而言，這就是承認「正當業務行為」得阻卻違法的想法，而不是如今的「業務正當行為」阻卻違法。去掉一些些微的差異，於此或許可以說最近我國醫界關於醫療事故除罪化的主張正是與這個持續到十九世紀末的英美法習慣相似，其均是認為善意（其實是透過社會地位所推定的善意）可以阻卻任何的違法。

認識過失責任。現在雖然各州的規範模式有點不同，但是大多都規定行為人縱或沒有認識到危險，仍有可能成立過失犯。於今不論是英國還是美國，對於醫療事故，都已經認為對危險沒有認識的情形，亦即只要綜合諸種情事得認定可合理期待行為人應認識到重大危險，而行為人怠乎注意進而沒有認識的情形，是具有可罰性的。

在這擴大過失認定範疇的發展下，不僅是一些惡質的醫療行為（通常都是一些有認識過失下的莽撞行為），連以往不會去處理的錯誤診斷或治療行為，都因為承認無認識的過失而有被判刑的案例出現。唯一的例外是單純的誤失行為，在英美因為認定這些都是一般人都會犯的錯誤，所以不將之納入過失處罰的範疇。原因在於這類的錯誤通常都是起因於醫院安全管理體制的不健全或組織營運的不妥當，縱或歸責於個人，對於組織體問題的解決一點助益都沒有。據此，美國甚至開始傾向於追究最終責任者，亦即醫療組織的刑事責任（法人犯罪）。⁵

英美對於刑事責任的判斷結構與大陸法系的我國迥異，所以無法直接將其問題解決對策對應到我國的問題上。縱或如此，只要立於我國的判斷結構上片斷地參考英美的趨勢，則似乎並不是毫無參照的可能性。

根據以上的介紹可知，英美所謂的重大過失可以分成兩個部分，其一是嚴重違背醫療常規的客觀行為，另一則是值得被處罰的心理狀態⁶。因為現在英美已經開始處罰無認識的過失，所以後者（責任的部分）已經與大陸法系的判斷標準沒有多大差異。至於其不處罰單純過失的慣例部分，其實是可以對應於大陸法系中認定責任時的最後一關——基於期待不可能而阻卻責任的期待可能性理論。因此，所剩兩法系間的差異只有是否僅處罰嚴重違背醫療常規行為的部分。這個部分其實應該可以對應於大陸法系中構成要件事實的限縮要求。

一般認為英美僅處罰重大過失，而我國等大陸法系國家則是連輕微過失都加以處罰，過失的認定過於寬鬆，據此要求實務界嚴格認定過失，而這種錯誤的理解，大體上都是牽涉到對於這個部分的誤解。亦即，這根本不是責任層次的問題，而是構成要件要素中有關行為類型的問題。兩法系間的差異，應該是存在於「應該將那種醫療行為視為因果關係中的原因」這個問題的歧異上。表面上，英美較嚴格地認定違背醫療常規的醫療行為範疇，反之我國醫界則是認為（司法）實務界過於寬鬆地認定違規行為的範疇，所以才會「恣意地」將醫學上認為沒有問題的醫療行為當成犯罪行為予以處理；然而所謂的醫療常規本來就是個不太明確的概念，經常會和著重個別情事的醫療水準相混淆，如果能夠釐清兩者間的差異，

⁵ 有關英美方面的發展，更進一步的資料，詳請參照以下兩篇文章。佐伯仁志，医療過誤に対する法的対応のあり方について—アメリカ合衆国の例，「神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1卷：過失犯論・不作為犯論・共犯論」，頁227以下（2006年）；佐伯仁志・于佳佳，英米における医療過誤への刑法上の対応，刑事法ジャーナル28号，頁29-35（2011年）。

⁶ 或許可以簡單地將英美法中的心理狀態比對我國的心理事實（亦即故意與過失），但是因為英美法系中的心理狀態還包括意圖、動機等部分，所以更正確的對應應該是其心理狀態可對比於我國的責任主觀要素，包含心理事實與違法意識等。

或許即能立刻將構成要件要素審查階段中所認定的行為範疇予以限縮。此外縱或於構成要件的審查階段無法確實地限縮行為的範疇，我國亦有業務上正當行為阻卻違法認定的規定以資運用，所以問題的重心應該不在構成要件審查的階段，而在於違法論中是否確實地按照目的、手段以及法益均衡（患者同意）等三項審查項目逐一檢視行為的違法性一事。簡而言之，縱或寬鬆認定違背醫療常規行為的範疇，只要在違法判斷的階層，得確認該行為具有醫療的傾向（解除痛苦，延長壽命），且得到患者的真摯同意，則在不違背醫學原理的條件下，對於違背醫療常規的行為並非不得認定阻卻違法（認定該違背醫療常規的行為是一種合理的醫學嘗試）。

於此無需更進一步比對英美與我國於判斷某行為是否成立過失刑責時有無更細緻的差異，重點應該置於一種令人難以置信的態度的除魅。亦即，在理解到英美日益重視醫療事故的過失責任問題，也知悉其一步一步沉穩地擴張處罰範疇後，若是能進一步認知到大陸法系的國家在其萬丈波瀾的變動中，正悄悄地與英美的態度趨於一致的話；那麼醫學界直接引用英美的判決傾向，質疑大陸法系的司法，認為其有不尊重醫療專業的不當態度，進而要求身為大陸法系一員的我國放棄原有的判斷架構與邏輯，直接透過立法將醫療行為視為特例，限縮成立過失刑事責任的可能性，甚或要求將醫療行為除罪化一事，即是件欺瞞大眾的舉動。於此除了暗嘆其真有「勇氣」表明不當的階級自尊（亦即前述已經被揚棄的業務權說）外，只能說醫學界並沒有正視過最近二三十年來司法所帶來的衝擊，其企圖減輕或免除刑事責任的態度，對於醫患間緊張關係的解除根本一點助益都沒有。

以下讓我們觀察一下，不論是法律條文抑或司法解釋都與我國極為相似的日本，看他們是如何處理醫療事故的過失責任問題。

比諸英美，法律規定與判斷架構與我國幾乎無異的日本，其有關醫療事故過失責任的實務與理論的歷史性發展與現階段的結論，似乎比英美的變化更具有參考價值，也更具有說服力。以下將詳細地介紹日本的發展與現階段的到達點。

首先來看看日本的刑法規定。根據日本刑法第211條第1項規定，業務過失致人死傷者處五年以下有期徒刑或一百萬日圓以下的罰金，而一般人重大過失致死傷時，亦同。換言之，一般人如果是重大過失致人死傷時，其處罰同於業務過失致死傷罪，此條文對於業務者的過失程度，並沒有規定必須是重大過失時，才予以處罰。此點是有異於上述英美的規定，不過事實上對於醫療事故，法院通常都會採取比較嚴謹的態度，縱或判斷有罪，一般而言也僅止於罰金（包含易科）或緩刑，科處實刑（入監服刑）的例子僅為少數。縱或如此，在最近的十年間，日本也曾經歷過類似於我國最近的試煉，頗具參考價值。⁷

日本在1999年之前，雖然亦有醫療糾紛的相關訴訟，但是大多是民事訴訟，

⁷ 早稻田大學的甲斐克則教授將日本醫療刑法的發展分成四期，其中二十一世紀的第一個十年為第四期，氏並將之命名為成熟期。氏認為這個時期醫療刑法的重點之一，即是醫療事故過失責任的議題。詳請參照，甲斐克則，医療と刑法—医事刑法の回顧と展望，ジュリスト1348号，頁141-142（2008年）。

成立業務過失致死傷罪的刑事案件倒是並不多見。二次世界大戰戰後到 1999 年 1 月為止，54 年間，這類的刑事案件僅有 137 件而已，其中因被告本人認罪進而沒有公開審判，僅以罰金刑的方式就將之結案的簡易訴訟為 64 件。但是其後僅僅是 1999 年到 2004 年 4 月的五年間，刑事案件就有 79 件，其中多達 59 件是簡易訴訟。⁸而簡易訴訟所代表的不僅是輕易認定刑事過失責任的傾向，更重要的是比起媒體的聳動報導，司法方面卻是以「輕率的態度」片面解決問題，不僅是民眾的疑惑沒辦法得到解答，甚且會阻礙日後根據事故的檢討而必須進行的醫療行政改善。

姑不論簡易裁判的問題，於此重點在於改變刑事司法判斷的關鍵。引發司法見解變化的關鍵是 1999 年 1 月（平成 11 年）的橫濱市立大學附屬醫院事件⁹與同年 2 月發生的（東京）都立廣尾醫院事件¹⁰等兩個重大事件。

橫濱市立大學附屬醫院所發生的事件是當時負責病房與手術室的兩位護士將預計要進行肺部手術與心臟手術的病患搞錯，負責麻醉的醫師與負責手術的醫師也沒有發現這個錯誤而停止手術。心臟病患者方面其沒問題的僧帽瓣被縫合了兩次，而肺部手術的患者則是在醫師沒有發現腫瘤的情形下，被割除了肺部後方的囊腫。在這個事件中，四名醫師與兩名護士都被判有罪（成立業務過失傷害罪，均為罰金）。此外，因為有位醫師不服高等法院的判決而上訴最高法院，而最高法院在維持原判決的同時，表明關於患者同一性的確認，是最基本與初步的注意義務，在日益複雜化、細緻化的現代團隊醫療中，雖然醫院方面應該構築起整體性、組織性的確認體制，但是在個人的角色分擔並不明確的情形下，仍無法容忍個人信賴別人的判斷而輕忽自己的確認病患義務。

至於同年 2 月發生的（東京）都立廣尾醫院事件，則是某位罹患關節風濕的患者接受左手中指滑膜切除手術，術後翌日護士誤將消毒液當成生理鹽水而用點滴的方式注入病患體內，並導致死亡。次日，院長於院內對策會議中雖然覺得有錯用藥物的可能而打算依據醫師法第 21 條規定（醫師於發覺屍體的外表有異狀時，必須於 24 小時內通知轄區警察署）通報，但是主管機關東京都衛生局則表示至今尚無都立醫院通報警察發生醫療事故的前例，而勸告院長消極對應，院長據此而沒有依法通報警察。同日院方進行病理解剖，確認錯用藥物的事實，但是做手術的醫師與病理解剖的醫師商量過後，決定開立死因不明的死亡診斷書，提示予院長後，交付給病患家屬。日後因病患家屬不斷質疑為何不依照醫師法的規定通報警察，院方終於在事件發生後 11 日正式通報警察。此事經檢察官起訴，

⁸ 神谷惠子編著，秋本秀俊・尾崎雄・長谷川幸子・山田奈美惠著，医療事故の責任—事故を罰しない、過誤を見逃さない新時代へ，頁 5（2007 年，株式会社毎日コミュニケーションズ）。

⁹ 國內相關評釋，請參照陳子平，團隊醫療與刑事過失責任（下），月旦法學雜誌 191 期，頁 160-164（2011 年）。

¹⁰ 國內相關評釋，請參照陳子平，前揭註，頁 164-167。

院長、衛生局官員、醫師與（準備藥物與注射藥物的）護士都被判有罪。¹¹

這兩個案件經過媒體報導引起社會騷動，一般民眾開始對醫療人員產生不信任的感覺，所以 1999 年被日本人謂為醫療安全元年，而 2003 年影射大阪大學附屬醫院內幕，由唐澤壽明主演的白色巨塔連續劇¹²，正是表達了民眾對於醫療體系的不安與不信任感。特別是日本厚生省根據 2000 年 8 月所發表的「風險管理標準手冊委員會報告書」¹³，對日本全國的國公立醫院指示應廣泛地向警察通報一事¹⁴，更是直接引發許多的醫療事故刑事案件。¹⁵

在這種社會氛圍下，2004 年（平成 16 年）在福島縣立大野醫院發生孕婦因前置胎盤、剝離等因素而於生產時死亡的事件。事件發生後院方設置外部調查委員會調查事故原因，福島縣政府也依據調查報告做出行政處分，而當事人也朝向民事和解的方向，開始交涉。不料正當交涉民事和解之際，2006 年 2 月警方依據醫院的事故調查報告，逕行逮捕該院婦產科醫師，檢方亦快速地予以起訴。一時之間，不論是民事賠償還是為防止事故再度發生所為醫療環境的整建工程等都迫不得已停擺，進而造成醫界的騷動，其均認為這不外是刑事司法機關對於醫療事故的過度干預。2007 年 3 月，日本屈指可數的核心醫院之一的國立循環器官疾病中心（位於大阪府吹田市），其 I C U（Intensive Care Unit，重症監護病房）的醫師團隊更因此而集體辭職。¹⁶

當然，除了這種極端的事例外，在這數年中司法機關不斷透過判決擴張過失犯的認定範疇一事，也是造成醫界反彈的原因。在各地地方政府開設的醫院相繼關閉，醫界開始採取預防性醫療的對抗手段，醫療現場日益荒廢的時刻，法學界承受了這些衝擊，開始檢討一般醫療誤失產生死傷結果案件的法律判斷問題。其所注目的不外是透過前述幾個案例所呈現出來一種頗為特殊的擴張處罰範疇的實務見解，此即所謂的過失競合理論。

所謂的過失競合其實名稱取得並不妥當，因為這會和罪數論中的競合一語混淆，令人誤解這是一種擇一的關係，但事實上真相應該是所謂的過失的同時犯。

¹¹ 日経メディカル編，医療訴訟のそこが知りたい—注目判例に学ぶ医療トラブル回避術，頁 32-41（2010 年，日経 BP 出版センター）。

¹² 這個連續劇是根據山崎豐子於 1963 年起在 Sunday 週刊上開始連載的小說「白い巨塔」翻拍而成。為富士電視台開台 45 週年紀念的電視連續劇，共 21 集（第一部 10 集、第二部 11 集），平均收視率為 23.71%，最後一集收視率達到 32.1%，而在本劇背景的關西地區，其收視率更高達 39.9%，為當年僅見。

¹³ 原文為「リスクマネージメントスタンダードマニュアル委員会報告書」。

¹⁴ 雖然對於屍體外表上異狀的通報義務，其實是與醫療誤失沒有直接關係，但是外表上的異狀亦有可能是醫療疏失所產生的，所以警方接獲通報後，都會積極展開調查，以致掀開以往被隱藏起來的業務過失致死傷罪行。

¹⁵ 畔柳達男，医療事故に關連して發生する刑事処分と行政処分，ジュリスト 1323 号，頁 60（2006）。

¹⁶ 神谷恵子編著，秋本秀俊・尾崎雄・長谷川幸子・山田奈美恵著，医療事故の責任—事故を罰しない、過誤を見逃さない新時代へ，頁 3（2007 年，株式会社毎日コミュニケーションズ）。

亦即對於一個結果，不透過共同犯罪概念的操作，即對數個行為人的行為認定罪責的實務操作，通常是適用在累積的、階段的因果進程案例。最初是在發生嚴重後果的車禍、鐵道事故、火災、公害事故、航空事故中，實務開始使用這個概念，將所有對結果的發生貢獻因果力的過失行為，一籬筐地包起來處罰。不僅是直接導致結果的行為或間接導致結果的行為，甚至於負責監督或確保安全者的不作為（所謂的監督過失或行政管理過失），亦會被視為導致結果的原因之一，而一起被處罰。本來在追究醫療事故的刑事責任時，通常都只針對初步的技術性失誤探討追究刑事責任的可能性，但是隨著醫療行為的系統化、複雜化，參與某醫療措施的人員日益增加，為求安全，通常都會規定很多隨著階段進展流程的查核義務，而且在設定義務的同時，都會假設只要有任何一個環節能夠盡到義務，則可確保病患的安全，於是在集體未盡義務、無法釐清違反義務程度的情形，統包起來一律科以刑責一事，並非不能想像。此外，這種傾向一旦形成，則難免會影響到醫學的發展。雖然日本重要的醫療事故刑事案件的判決大多是平成元年（1989年）以後才下達的，但是於九〇年代的初期即有論者提出質疑，認為這種傾向會造成無法挽回的後果。¹⁷果真在醫療安全元年後，以前述橫濱市立大學附屬醫院事件為典型範例的刑事判決層出不窮，造成了社會上極大的困擾。¹⁸

然而，針對這類的過失競合案例，學界立即敏感地予以反應。事實上，如果嚴守正犯後並無正犯的原則，針對某結果，應該只會成立一個直接正犯，其餘則必須視共同犯罪條文的運用，或許得成立共同正犯，不過因為對於過失犯不會成立過失犯的過失教唆或過失幫助，所以如果不能成立共同正犯，則應該是無刑事責任。論者謂，在故意犯的事例，除了成立共同正犯的情形外，對於直接導致結果的行為以外的行為不會認定正犯的刑責，頂多可以論以狹義共犯的責任，但是在較輕微的過失犯情形，連狹義共犯都不會成立的行為，反倒會成為正犯（同時犯），這顯然不合理。再者，所謂過失犯的共同正犯，除了必須是針對同一結果（法益侵害）外，其行為也必須是同一，亦即雙方必須是處於得確認對方行為，並於必要時得介入或干涉對方行為的情境，此際始得考量成立過失共同正犯的可

¹⁷ 池田良彦，醫療過誤と刑事責任，順天堂医療短期大学紀要1卷，頁61-62（1990年）。

¹⁸ 其中最為有名的應該是爭訟到最高法院層級的埼玉醫科大學抗癌藥物過剩使用事件（最決平成17.11.15，刑集59卷9号1558頁）。這個案例的事實如下：埼玉醫科大學的附屬醫院雖然沒有某罕見咽喉癌疾病醫療的臨床經驗，但仍悍然進行醫療，結果在醫師誤讀醫學文獻的情形下，連續七天對病患施打了過量的抗癌化學藥劑，最終導致病患死亡。於此案中，主治醫師、指導醫師以及耳鼻喉科的主任都被判刑。雖然有論者認為該耳鼻喉科主任是醫療團隊的一員，醫療計畫等都需要經過其核可後始能實施，所以三名醫師應該是過失犯的共同正犯，但是日本最高法院則是認為該名耳鼻喉科主任應該在事前指示主治醫師與指導醫師有關副作用的對應方式，且令其於發生副作用時立即通知自己，但是卻怠於履行此項義務，因而負有違背監督義務的不作為刑責。姑不論學界的反對意見，日本最高法院顯然是利用過失競合的理論，除了直接與間接介入該當醫療處置的醫師外，另就同一結果追究監督者、行政管理者監督過失的刑責。以上案例的詳細評論，請參照北川佳世子，刑事医療過誤と過失の競合，年報・医事法学23号，頁106-107（2008年）。

能性。¹⁹如果涉入事件的諸行為人各有其專業的執掌，例如執刀的醫師與麻醉醫師²⁰，或醫師與護士間的關係，因為有信賴原則的適用，所以不會成立過失的共同正犯，只有在比較非專業的領域，才會因為不適用信賴原則，而成立共同正犯。²¹這不外是透過北海道大學附屬醫院鐳射刀事件²²所創下的見解。

雖然以上學界的批判並不是立即顯示在其後的實務判決中，但是濫用過失競合理論或管理監督過失責任理論的判決，確實有減少的趨勢。而且這也是實務界針對醫療事故放棄新過失犯理論或不安感說（新新過失犯理論），而回歸傳統客觀說過失犯理論的契機。

不僅是學界開始留意到問題的嚴重性，連實務界也逐步地反省以往過度輕易認定業務過失以及擴大處罰過失犯的作風。不過其重點不是過失競合理論的運用，而在於不作為犯的認定問題。在日本醫療事故的刑事案件量，2004 年是最高峰，然後刑事案件的數量開始以高低起伏的曲線緩緩下降，現在已日趨平穩。

¹⁹ 在我國因為仍然受到作為德國通說的犯罪共同體說的影響，所以會要求雙方有犯意聯絡，於是難以想像過失共同正犯的情形，但是如果立於行為共同說的立場，則犯意的聯絡是沒有必要的，當然可以在一定的條件下成立過失的共同正犯。不過，最近亦有論者立於行為共同說的立場，透過較為罕見的德國文獻的介紹而主張可以成立過失的共同正犯與幫助犯。關於此點，詳請參照許恆達，論瑕疵商品與共同過失責任——以最高法院九十八年台上字第 3125 號刑事判決及其歷審見解為討論中心，興大法學第 10 期，頁 1-47（2011 年）。

²⁰ 我國在這種無法成立過失共同正犯的情形，似乎有輕率地成立過失的同時犯（過失競合）的傾向。此點可以參照被認為整型美容醫療致死案的臺北地方法院 91 年訴字第 730 號判決。對於患者死亡的結果，法院認定麻醉醫師與執刀的醫師同時成立過失犯。相關評釋，請參照陳子平，團隊醫療與刑事過失責任（下），月旦法學雜誌 191 期，頁 170（2011 年）。

²¹ 大塚裕史，チーム医療と過失犯論，刑事法ジャーナル第 3 号，頁 15-25（2006 年）。

²² 札幌高判昭和 51 年（1976 年）3 月 18 日高刑集 29 卷 1 号 78 頁。這個事件是手術房的護士弄錯鐳射刀的電極，結果手術雖然成功，但是患者最終仍為保命而被截肢。法院認為進行手術的醫師與護士間有信賴原則的適用餘地，據此認為醫師無罪。相關的介紹可參閱，陳子平，團隊醫療與刑事過失責任（上），月旦法學雜誌 190 期，頁 157（2011 年）。不過，亦有日本的論者認為醫師在開始使用手術刀進行手術的階段，應該能夠感覺到與通常情況相較之下，手術刀的凝固作用較弱、花費的時間較長、鋒利度較差，醫師至少在這個階段有必要懷疑手術刀有問題，亦即根據「有可能看出有異常徵兆時，信賴原則的適用將被排除」，據此醫師對手術刀接錯線一事有注意義務，應負起業務過失致傷的刑事責任；如此一來，本案將是過失共同正犯的案例（船山泰範，刑法の役割と過失犯論，頁 144，北樹出版，2007 年）。反之，過失競合理論的嚆矢則是更早的 3%硝酸鹽事件（最判昭 28.12.22，刑集 7 卷 13 号，頁 2608）。於 1953 年的 3%硝酸鹽事件中，雖然一審只認定將硝酸鹽注射到病患體內的護士有罪，但是經過高等法院以及最高法院的審判，不僅是最後為注射行為的護士有罪，連調劑後僅貼上藥名標籤，並將之與葡萄糖液放置於相同容器的藥師，以及不區分劇毒藥品與葡萄糖液，一起將之從調劑室搬運到病房的事務員，都被判有罪。一個是 1953 年的最高法院判決，而另一個則是 1976 年高等法院的判決，所以 21 世紀第一個十年間層出不窮的過失競合判決，可以說是古老時代判決的復辟。有關 3%硝酸鹽事件的評析，可參照井田良，3%ヌペルカイン事件，宇都木伸ほか編「医事法判例百選」別冊ジュリスト 183 号，頁 160-161（2006 年）。於此必須留意，根據信賴原則而否定過失共同正犯的成立時，不會再度將無罪的被告論以過失競合，欲成立過失競合的話，必須是非過失共同正犯，亦非根據信賴原則而無罪的被告。亦即，過失共同正犯與過失競合的論述是不可能同時存在的。

造成這種現象的契機，很奇妙的正是上述引起國立循環器官疾病中心重症監護病房醫師集體離職的 2006 年福島縣立大野醫院事件。福島地方法院在 2008 年時做出了無罪的判決，其認定的事實與法律效果如下。

29 歲的患者因前一胎是剖腹生產，在第二胎的產檢時，醫師判定有前置胎盤的現象，並有胎盤黏連的可能性，於是決定在剖腹生產時使用超音波，按情況甚至不惜採取單純摘除子宮的手段。果真在生產時，縱或牽引臍帶也無法使得胎盤順利剝離，於是醫師將右手指插入子宮與胎盤間，企圖用手剝離，但是仍無法使得胎盤順利剝離，最後只好用切開黏連部分的方法，好不容易使得胎盤剝離並進行子宮摘除手術，其間膀胱有點受損，於是醫師在摘除子宮後企圖繼續修復膀胱受損部位，不料患者在胎盤剝離面大量出血，進而死亡。

雖然檢方提出鑑定報告認為當無法剝離時，應該停止剝離的動作並直接進行子宮摘除手術，但是辯方所提出的鑑定報告則是認為醫師並沒有認識到黏連，縱或有認識，按一般醫療常規，只要一旦開始用手剝離，則縱或出血也要先完成剝離的動作，因為剝離一事可以期待因子宮收縮而止血，且也方便後續的止血作業；再者縱或直接進行子宮摘除手術，在前置胎盤的情況下，胎盤會附著於子宮的下方，進而妨害到子宮摘除手術的進行。最後，法院首先認定胎盤剝離行為與死亡間的因果關係，其後認定醫師對於胎盤黏連以及繼續為胎盤剝離行為會導致剝離面大量出血進而死亡的危險性一事，有預見的可能性，但是最終仍基於一般醫療常規的考量，認為醫師沒有基於這個預見可能性，停止剝離行為而直接為子宮摘除手術的「注意」義務，進而否定醫師的過失責任。法院認為當專家的鑑定報告有所歧異時，亦即「應為 A 行為抑或 B 行為一事並無法確定時，或者在專業領域中意見分歧，而有所爭論時，不管是 A 行為抑或 B 行為，都應該是正當的醫療行為，無論是那個見解都無法成為刑法上唯一的準則或義務。法院並據此而認定所謂的異常死亡是指，從法醫學的觀點得認定死亡是與普通的狀態有異的情形，如果死因是該當正在接受診療的疾病時，並不是異常的死亡，因此本件的醫師並沒有違反通報義務。²³

雖然論者大多著眼於法院對於醫療常規的定義，並贊同「所謂醫療常規是指該當診療科臨床醫師的大部分都會遵從的、具有一般性或通用性的診斷、處置」的限縮性見解，同時對於通報義務的法院見解雖仍有不滿但也大方表達善意。但是本文認為這個判決的重點並不限於這些疑點的釐清而已，更重要的是法院重返傳統的過失犯判斷架構，首先客觀地確認有因果關係，而後推定違法，最後在認定有預見可能性後，依據「醫療常規」認為對行為人並無法賦科注意義務，據此否定過失責任。正是這個法院透過判決所展示的回歸傳統過失犯認定架構的態度，才是讓醫學界吃下定心丸的關鍵。

縱或如此，本件的判決仍有問題存在。本文認為如果醫師的處置符合最低限

²³ 日経メディカル編，医療訴訟のそこが知りたい—注目判例に学ぶ医療トラブル回避術，頁 47-54（2010 年，日経 BP 出版センター）。

度要求的醫療常規，則縱或發生了預期外的結果，這也是因為醫療行為的不確定性以及偶然性所致，從一開始就不應認為該醫療行為是造成結果的原因。刑法的因果關係並不是自然科學上的條件關係，縱或事實上醫師強行手動剝離胎盤引發大量流血進而使得病患死亡，這也僅是一種自然觀察下的事實關係，對於這個事實關係，刑法仍舊需要以規範的觀點審視不採取該作為的可能性，如果規範上無法要求行為人一定要採取其他的措施，亦即如果這個作為是醫療常規所允許的，則只能怪罪於醫學對類此特殊案例並沒有研究透徹，殊難直接歸咎於按醫療常規進行該當手術的醫師個人。正如本案中檢方所提出的論述一樣，其實檢方所爭執的不是責任層次的注意義務，而是構成要件判斷層次中該醫師的行為是否可以稱為合乎醫療常規醫療行為的問題；將作為義務與注意義務混同的法院，才是問題的癥結。

其實，醫療常規是一個根據統計數據以及客觀的平均經驗研擬而成，無法涵括所有的具體事例；而責任則是純屬個人或個別事態的事務，所以醫療常規僅能拿來供參考之用。與其將醫療常規拿來當作是否有注意義務的判斷標準，毋寧將之視為判斷某行為是否得被視為因果關係中之原因的判斷標準會比較合適。於本案，法院所犯的錯誤正是將兩者混同看待，然而注意義務與作為義務不是相同的事務，二者有明顯的差異，前者事關責任問題，而後者則是涉及構成要件中的行為要素是否該當的問題。

此外，本件院檢雙方意見的不同也引發了另一個疑慮。院方認定先行剝離而後切除子宮的作為不是犯罪行為，而檢方則認為醫生應該立即切除子宮，於是就檢方的觀點而言，「不」立即切除子宮的行為即是犯罪行為。換言之，就檢方而言，這是一個不作為的犯罪。雖說既然作為不成立犯罪，則與該作為一體成型的反面不作為當然不會成立犯罪，不然「作為」不成立犯罪的認定即毫無意義，但在一些複雜的案例中，卻也無法一概而論。

事實上經驗告訴我們，比諸民事案件，在諸多繁雜的刑事案件中，因果關係成為判斷是否歸責的關鍵事項的事例並不多見。²⁴這是因為大多數案例的行為都是違背醫療常規的作為，而作為擁有一定的作用力，所以法院輕易地即可判定該作為與結果間的因果關係，只要有嚴重的後果發生，而且行為與結果間的因果關係非常明確，就會進行到下一個判斷步驟，此際是否存在不作為的情事一事根本不是問題。反之，當某醫療的作為符合醫療常規，然而卻仍發生不幸的結果，此際如果醫療常規有規定該醫療作為後的其他作為義務時，是可針對後續的不作為繼續討論是否構成要件該當。例如，縱或某醫療行為（作為）符合醫療常規，因為其作為會有一定的危險性，所以醫療常規會要求行為人為後續的作為以防止該危險發展成實害。此際，因為行為人依其合於醫療常規的前行行為而擁有保證人地位，並有排他性支配領域的設定（只有行為人能夠採取一定的作為），是可以認定行為人有作為義務，違背該作為義務的不作為得擬制成作為。

²⁴ 中山研一，醫療事故刑事判例の動向，中山研一・甲斐克則編「新版・医療事故の刑事判例」頁11-12（2010年，成文堂）。

實務上多見的情形如鼻胃管插入行為的誤失事例。因為這是一種任何人都會犯的錯誤，容易引發為何專業人士會犯錯的質疑，進而令人懷疑是否有醫療組織體管理上疏失的問題；為避免這類的質疑，通常都會認為並不是插入鼻胃管等作為（前行行為）引發結果，而是插入後沒有透過空氣的注入而傾聽氣泡音以確認是否有錯插入氣管情事的不作為才是導致結果的原因。此際，如果按照醫療常規插入鼻胃管後應該做某些動作，則不為該作為的不作為即可被擬制成作為，進而認定是產生結果的原因。²⁵

於這類的的不作為案例，因為仍有前行行為的作用力，所以縱或基此而認定犯罪，尚不至於引起醫護人員的不滿與慌亂。²⁶不過，另一種的不作為犯的類型，則不是這麼簡單。病患之所以會求救不外是正處危險狀態，所以醫療常規會要求醫師為一定的作為以解除該危險的狀態，此際如果醫師據醫師法以及醫療常規有為診療的作為義務，但卻未為正確的診療作為，其不作為會被擬制成作為，而成立該不作為與結果間的因果關係。對醫生而言，引發結果的原因是病患所罹患的病痛，而不是自己的疏失，所以會對司法追究其刑事責任的行徑產生極度的不滿。

於民事訴訟的情形，因為所求不外乎損害的填補，所以因果的認定比較寬鬆，其大可決定「病痛」與醫師的不作為應該如何分擔填補損失的責任；然而在刑事訴訟的情形，總不能認為「病痛」也要分擔刑事責任，所以一旦認定醫師的不作為與結果間具有因果關係，則醫師即有可能要一人承擔起所有的刑事責任。這當然會引起醫師的不滿，進而成為醫界要求除罪化或將過失限定在重大過失的重要理由之一。

在以上單純不作為的案例裡，醫療常規常發揮無以倫比的功效。亦即只要醫療常規對於作為有所規定，則具保證人地位之人縱或沒有前行行為，其不作為仍會被擬制為作為，進而肯定其身體的靜是產生結果的原因。不過，終究這種不作為是沒有作用力的，所以在將不作為擬制成作為的同時，會加上一個假設的情事，亦即假若有所作為的話，那麼結果就不會發生的假設，並且將該假設與實際上發生的實害相比較，在有所差異的情形，認定不作為與結果間有因果關係。更精確而言，於此所謂的因果關係不是指不作為與死亡等實害間的因果關係，而是指不作為與假設性的延命可能性或活存可能性²⁷間的因果關係。身體的靜沒有作用力，而結果又是個假設，如果醫界不因為這種的刑法判斷而抓狂，那才叫做奇怪。然而，既然社會對於醫界有救助的期待，當醫護人員輕率地不為任何有效的作為，進而使得病患遭受本來可以免除的痛苦時，若不對該當醫護人員採取任何刑事責任追訴的行動，則包含病患在內的社會大眾將會對醫界產生極度的不安，

²⁵ 日山惠美，医療の安全確保における刑事過失論の限界—刑事医療過誤判決の分析から，年報医事法学 23 号，頁 10-11（2008 年）。

²⁶ 當然於該前行行為的作用力不明確時，仍有可能直接處理後續不作為的刑事責任問題，不過這僅限於例外的情形。

²⁷ 延命可能性與活存可能性是不一樣的概念，活存可能性牽涉到生與死的問題，而延命可能性則僅是指雖然終究會死亡但是至少可以延長一點壽命的情形。

此事對於已經非常脆弱的醫患關係而言，絕非妥當。

關於此點，日本的實務將著眼點從違背醫療常規的不作為移到結果的部分，藉此消除了醫界的疑慮。²⁸早期日本的刑事判決對於這類案子採取了較為寬鬆的認定態度。其雖然不處理延命可能性的問題，但是仍處理活存可能性的問題（民事案件則是兩者都處理），不過到底所謂值得保護的活存可能性是指怎樣程度的活存可能性一事，則是莫衷一是。有謂若死亡的當時醫生有為妥適的作為，則獲救的可能性非常高，有謂很高，亦有判決認為應高達 80-90%，甚至有判決認為須高達 100%獲救可能性時，才是值得保護的利益（這是全脊麻醉的案例，比較特殊）。整體而言，似乎沒有要求一個嚴格的判定基準。但是到 2000 年最高法院在某一著名的判決中基於罪疑惟輕的原則（有所懷疑時為被告之利益）表明：雖然要求將近百分之百的確定一事於本質上有困難之處，但是其獲救的可能性至少要有超過合理懷疑程度的確定才可。²⁹往後，比諸以損害賠償責任的認定為目標的民事裁判，刑事裁判開始要求更為高度的、嚴格的證明。

在這種情勢下，於 2006 年東京地方法院以及高等法院做出了一個著名的判決，此即杏林大學附屬醫院免洗筷事件。案件的事實如下：某兒童在家不慎跌倒時，其含在口中的免洗筷插入頭內，送醫急救，醫師沒有作頭蓋內損傷事件時應為的必要措施，該兒童於醫師診療後隔日死亡。東京地方法院雖然認定醫師違背注意義務而有過失，但同時亦認為因為免洗筷穿過頸靜脈孔而直達小腦，所以縱或採取了必要措施，仍可以合理懷疑不僅其活存可能性，甚至連延命可能性都極為低微，據此認定沒有因果關係。本案經檢察官上訴，東京高等法院認定不僅是沒有因果關係，甚至於醫師也沒有過失。姑不論東京地方法院將違背醫療常規的行為直接認定為過失行為的錯誤見解，這個案例的重要性在於這是日本首次在刑案中處理延命可能性的例子，而且其也採用了最高法院在非醫療事故案例中所表明的不容合理懷疑程度的嚴格標準。或許正是對於延命可能性採取了嚴格的認定標準，所以法院才會大膽地在非常專業的醫療事故刑案中論及頗為曖昧的延命可能性。³⁰但是在醫療事故的刑事案件中，輕率地逾越存活可能性的界限而介入延命可能性的領域一事，若無可罰違法性理論的適用，則是否是個過當的干涉，此誠有疑問。

於介紹日本刑事判決近況的最後，必須一提的是醫療水準的問題。如前所述，醫療常規與醫療水準是不一樣的事務，醫療常規是指一般性的、基礎性的醫療要求，反之醫療水準則是相對性的醫療要求，意指根據醫療機關的角色（性

²⁸ 以下有關日本實務見解的變遷，詳請參照荻原由美惠，*医療過誤訴訟における因果關係について—不作為型医療事故を中心に*，中央学院大学法学論叢 23 卷 1 号，頁 27-67（2010）。

²⁹ 最決平成元年 12 月 15 日，刑集 43 卷 13 号，頁 879。這個判決中的事實並不是關於醫療事故的案例，而是被告將施打了興奮劑的少女棄置不顧，進而導致死亡的情形。

³⁰ 德國方面針對同樣的問題也逐漸採取嚴格認定不作為與存活可能性、延命可能性喪失間因果關係的態度，並認為存活可能性與延命可能性等必須要到達逼近確實性的高概然性的情形，才得肯認因果關係。

質)、所在區域醫療環境的特色、醫師的專門領域等事項，而就某特定事件所要求的醫療品質或醫學上的卓見（最佳注意義務的要求）。例如東京地方法院的民事判決曾謂：依據專門科目的不同，是有得提供超過大學附屬醫院水準醫療行為的設施，縱或大學附屬醫院所提供的醫療行為未達該水準，亦不得驟然認定過失。³¹亦即，不得僅憑對方是大學附屬醫院，就要求其為日本國內最高水準的醫療，這是一種過度的要求。

本來醫療水準的論述是適用在民事判決中的見解，亦即如果醫師的醫療行為未達就其地位、狀態等特性所定之相對的醫療水準，則可視為過失行為，並就其行為認定因果關係與賠償責任，並不適用於先利用醫療常規等確定因果關係後，始行判斷違法性與責任的刑事案件。³²但是詳加比對後即可發現，其實刑事案件中作為認定過失責任前提的預見可能性的判斷，其判斷標準不外就是醫療水準。如果可以再加上醫療體系現況（例如超時加班、不符合專科要求的職務分配等）的限制等考量，而討論對於個別的醫師可否期待其符合量身訂做的醫療水準要求時（規範責任論下的期待可能性理論），則應可解決單純誤失案例中的刑事責任問題，並使得日本有關醫療事故刑事責任判斷的水平與英美並駕齊驅。可惜至今尚未見到相關的判決出現。

日本醫界曾在醫療開始荒廢的本世紀初葉，發出警語謂：英美對於醫療事故的基本思考模式是原因究明傾向，反之日本則是責任追究傾向，而這是事關日本風土人情的普遍課題。³³然而，僅就主治醫師等第一線的醫護人員追究刑責，或將之與法人或行政管理監督責任者混在一起，用過失競合理論各打五十大板的日本現況，於近期內應該會有所變化。終究日本司法的反省能量與學界的批判能力等，是不容小覷。

參、我國的現況

如上所述，英美正逐漸擴張重大過失刑事責任的成立範疇，而日本方面則是在不正常的擴張後，展現出限縮的傾向，不過比起以往，其認定的範疇也是有擴張的現象。與諸外國的情事不同，於我國的辯論中，醫界以及某些包含法界人士在內的高階人士，似乎認為司法實務在認定過失責任時有過度擴張的傾向，並一味地趨於認為司法實務應該限縮成立業務過失致死致傷罪的範疇，或應該透過立法減輕醫護人員刑事責任。這點在參加公聽會時，從許多並沒有從事研究即站在醫界那邊的立法委員發言中亦可明確得知。然而，我國有關醫療事故的刑事判決是否有過度擴張成罪範疇的情事？是否真的就是這麼不堪？以下將透過案例的

³¹ 東京地裁 2007 年 4 月 13 日判決。

³² 有關醫療水準理論的演變，詳請參照野々村和喜，医療過誤における生命身体保護と因果關係要件に関する一考察，同志社法学 60 卷 6 号，頁 127-133（2009 年）。

³³ 古瀨彰（JR 東京総合病院），外科領域のセーフティマネジメント，日本外科科学会雑誌 103 卷臨時増刊号，頁 53（2002 年）。

解析，將實態展現出來。

於進入討論前，必須先說明一件事情。部分醫界人士所強調的事情，例如台灣到底有多少比例的醫護人員被判刑、台灣的醫護界是否被視為犯罪集團等，這些並不是重點所在。因為縱或被判有罪的比例高於其他國家，其原因有可能是刑事司法的判斷沒有準則，胡亂擴張處罰範疇；亦有可能是國內醫護人員訓練不足或不敬業；當然更有可能的是醫療管理體制（包含健保制度）出了問題。筆者能力不足，僅能針對刑事司法的部分，參酌日本的現況，比較分析我國刑事司法的傾向。如果這個部分沒有太大的問題，或可以修正的話，則不顧此點而逕行主張修法限縮成罪範圍一事，僅是將醫療事故所產生的惡害悉數轉嫁給病患而已。

根據以上對日本在本世紀第一個十年的重要判決的解析所得，於此可以將問題聚焦在不作為犯因果關係的認定以及過失競合兩點之上。首先針對不作為犯的案例進行討論，所選擇的案例都是有論者予以評釋的案子。第一件是個不太引人注目的案例。

本件³⁴事實如下。被告乙為高雄市某私人診所的負責人，同時亦為高雄市立聯合醫院大同院區的特約醫師。婦人甲於該私人診所就診時，乙判定甲罹患子宮肌瘤，並要求甲到高雄市立聯合醫院大同院區住院，並接受手術。乙於進行全子宮及兩側卵巢切除手術後，將手術所採取的組織檢體、切取的器官切片，送往高雄市防癌協會附設高雄區婦幼衛生中心診所檢驗，且該手術切片檢驗的病理報告於其後已貼附於甲的病歷上。然而，乙雖然明知有告知病患病情的義務，也知道病理報告無法在其私人診所查閱，本應於術後立即查閱該病理報告，並依病理檢驗結果及臨床作成分析，將結果告知甲，但是卻怠乎職責，僅同意甲出院，並告知甲出院後到上開私人診所接受術後治療。其後甲又因腹部疼痛不適而多次至該診所就診，期間乙均未積極安排甲至高雄市立聯合醫院大同院區預約門診，以查閱病理檢查結果，亦未商洽高雄市立聯合醫院以取得並告知病患病理檢查結果。其後，甲再因腹痛前往聯合醫院急診，經診療醫師調閱其病歷資料，發現其於前開手術後的病理檢查結果為子宮頸腺癌，於是將之轉診至高雄榮民總醫院治療，惟因延誤治療達三個月之久，最終因為癌細胞已擴散到整個腹腔，病情惡化不治死亡。

法院對於不作為的情事、結果是否存在、因果關係的擬制、過失的情狀等進行審查，並判定乙業務過失致死罪，處有期徒刑四月（得易科罰金）。

本案非常明確是件不作為的業務過失致死事件。法院首先確認子宮肌瘤切除手術符合醫療常規，這個手術並不是本案的審理對象。其後，法院針對被告的後續診療行為研判其行為的性質。

其謂：「然衡諸常情，一般病患於進行手術並住院治療後，於休養多日出院時，護理人員或醫師多會叮嚀要按時回院門診，持續追蹤治療，以便認定病患病情是否有復發跡象、手術是否有切除全部癌細胞，甚或者會直接幫忙安排相隔不久之手術醫師門診時間，以避免病患忘記回診或不願回診之困擾」。但是，行為

³⁴ 臺灣高雄地方法院刑事判決 96 年度醫訴字第 9 號。

人根本就沒有做這些事情，因此法院據此而認定行為人具保證人地位。至於行為人是否創設了一個排他性的支配領域一事，法院也認定行為人的諸多作為阻礙了患者尋求其他救護資源的可能性。亦即法院不僅是確認了行為人在沒有查閱病理報告的情形下，令患者出院並告知患者出院後到自己所開設的私人診所接受術後治療等情事，而且也確認行為人在自己的診所中，「多次門診○○○○腹部不適之病情，對其可能有之前手術無法解決之病因全然無懷疑，在沒有看到病理報告之情況下，仍繼續施以無治療效果之治療方式」；在這種的情形下，患者自然是無法察知自己的真實病情。

問題是結果的部分。被告的辯護人於審理時主張甲在當時已經屬於晚期癌症，不能根除治療，只能採取化療或是放射線治療，又因為放射線治療沒有效果，只好採取化療，但是依照癌症分期，即使提早一個月進行化療，對於被害人的死亡結果也沒有影響，因此被告之醫療行與被害人的死亡結果間，沒有因果關係。換言之，辯護人主張甲並無延命可能性，所以本件中並無值得研析的「結果」，自然不會有不作為與結果的因果關係存在。

惟針對辯護人的主張，法院根據鑑定報告認為當時客觀上應屬初期症狀，「且早期癌症細胞分化程度與疾病預後有明顯相關，擴散較慢，若被告提早看到病理報告，並施以根除性子宮頸旁組織切除、陰道上段切除與骨盆腔淋巴結廓清術，或是骨盆腔放射線治療加上陰道部分的近接治療方式，予以甲輔助性治療，即可以良好的預後治療，提高甲之存活率，並延長存活時間。是被告之醫療過失與甲之死亡間，難謂無因果關係」。雖然法院並沒有提到這個作為結果的延命可能性到底是否有到達不容合理懷疑的程度，或逼近於確實性的高概然性，但是往後如果有類似的例子，而法庭上又有人質疑此事時，或許會有機會進一步探討這個證明的議題。³⁵

³⁵ 最近的最高法院 101 年度台上字第 2637 號判決謂：「原審據此說明『由上述醫事鑑定意見所示，死者周○○係因罹患重度瀰漫性心肌炎而引發急性心肺衰竭致死，而患者一旦罹此症狀，本身即有極高度之死亡可能性，以現代醫學技術設施，醫師縱然得及時予以醫治，亦未必能阻止其死亡結果之發生，故被告甲○○縱使未對死者施以身體檢查，亦難認與死者死亡結果之發生有所謂之相當因果關係』（原判決第五頁第十二行至第十六行），已明示被告縱有未予周○○施以身體檢查，致未發現周○○之有「急性心肺衰竭」併發症之過失情事，但即使予以檢查發現，並予適當之處置，仍難免死亡結果之發生，二者間並無相當之因果關係。形式上，其雖未針對上訴意旨（一）所指予以論述，但實質上亦與已加說明、指駁無異，所為論斷，與卷內資料亦無不符」。此最高法院判決明確表示，當被害人具有「極高度的死亡可能性（毫無存活可能性）」時，其生命並不是值得保護的法益。反面解釋之下，可以解釋法院是認為當被害人有些微的存活可能性或延命可能性，則醫師的不作為即與該死亡間有因果關係。縱或如此，最高法院至今仍未表明這些可能性是否要到達不容合理懷疑的程度，或逼近於確實性的高概然性，而是全然委諸對這個標準毫無興趣的鑑定報告。關於此點，詳可參照王皇玉，醫療過失中的因果關係：從邱小妹人球案談起，台大法學論叢 41 卷 2 期，頁 781（2012 年）。不過，亦有論者認為只要病患發生死亡的機率超過一半（亦即，存活可能性低於一半），則醫護人員之不作為即與死亡結果無因果關係。詳請參照盧映潔、施宏明、劉士煒，癌症與因果關係之探討，台灣本土法學雜誌，78 期，頁 107-108（2006 年）。當然，如果肯認這種見解，

本來在此之後，法院應該繼續審理過失的情狀（亦即針對個案所要求的醫療水準，研析行為人是否有過失的情事），但是法院卻早在審理不作為與結果的因果關係階段，就中途插入是否有過失的審理，而且也將醫療常規與醫療水準相混同。

針對行為人是否有過失一事，辯護人主張：「被告基於醫生的立場，只能告知被害人要回診看病理報告，但是是否有確實回來看報告，則是取決於被害人的自主決定權，被害人可以自己決定是否要知悉病情，是否願意承擔醫療的風險，被告已經有告知要回來看報告，就已經盡到告知義務了；且被害人對外均表示已經有看過報告，顯見被告確實有告知被害人要回去看病理報告，並沒有違反相關醫療規定，沒有疏失」。

對於辯護人的主張，法院予以駁斥。法院謂：「被告明知○○○○之手術切片有作病理檢驗，且『乙○○婦產科診所』與『高雄市立聯合醫院大同院區』之間病歷不會互相流通，被告及○○○○要看病理報告均須回到『高雄市立聯合醫院大同院區』就診，卻於○○○○出院時，未直接為其在被告就診時間掛號，僅囑咐要回院門診，更於○○○○一直於出院後感到身體不適前往『乙○○婦產科診所』就診時，也未詢問為何未至被告於『高雄市立聯合醫院大同院區』之門診時間就診，則被告是否確實曾有此告知，尚難僅以病歷上有此記載即可認定。被告雖稱：對於○○○○沒有在被告門診時間回高雄市立聯合醫院大同院區就診，也不會感到質疑，是因為聯合醫院還有其他醫師，○○○○也可以掛他們的門診去看病理報告，不一定要指定我；後來○○○○來我門診的時候有跟我說回去看過報告了，結果沒有問題，我就相信她云云。惟被告亦自承○○○○之所以會找被告為其進行手術，是因他人介紹，既此，○○○○於高雄市立聯合醫院大同院區之婦產科應只熟識被告，被告雖稱可以找其他醫師門診時間掛號，請其他醫師代為看病理報告云云，但於○○○○當時只信任被告之狀況下，要去找其他醫師看病理報告，顯不可能，被告未思考於此，又未實際回聯合醫院確認，單以○○○○之供述即為病情之認定，亦有違被告身為醫師之醫療專業，則其所為顯有違醫療常規，而有過失」。

由以上可知，法院其實是以醫療常規之名，研析了醫療水準的問題，所以才會在最後判定：「不料被告卻自始未看到○○○○之病理報告，亦未採取應有之治療措施，而依當時情況又無不能注意之情形，竟疏未注意，未確實為妥適及必要醫療行為，致被害人○○○○提早發生死亡結果，其有刑法上之過失至明，且其過失行為，與被害人死亡間有相當因果關係」。法院明顯地於認定違背醫療常規的不作為時，研判被告對於這個不作為是否有過失，然後再認定該不作為與結果間有因果關係。然而，因果關係的認定與是否有過失的確認是兩個不同層次的問題，如本文於介紹日本判決的部分所述，在根據醫療水準而判定行為人是否有預見可能性與注意義務的階段，會考慮到許多一般性的醫療常規所沒有預設的情事，將醫療常規與醫療水準混同，或將因果關係的判斷與過失的認定混同一事，

則於存活率很低的情形，更不待論，醫護人員自不需負起責任（前揭文，頁109）。

只會矮化過失認定階段的重要性。

此外，本案被告確實有過失，但是這個過失的認定使得透過本案的存在而續行討論醫療行政體系問題的可能性完全喪失，殊為可惜。於此不是非難本案判決是個誤判，而是強調判斷的流程應該可以更精緻化一些，如此才能夠在影響力頗為限縮的刑事判決中，盡可能發揮刑事司法對於整體醫療情勢的改善功能。³⁶

相較於以上的案例，稍早的高等法院判決³⁷則顯然擴張了處罰的範疇。本案法院所認定的事實如下：死者於民國 87 年間某日凌晨因酒後騎乘重機車跌倒，頭部有擦傷與淤血現象，被送至醫院急診室後，主訴頭暈並曾嘔吐；對於這種情況的病患，醫師應立即做昏迷指數、兩側瞳孔大小及對光反應等神經學檢查，並注意予以留院或建議轉院觀察意識狀況，特別是在受傷後 24 小時內，需注意病情是否有變化；然而醫師未對患者做神經學檢查，致未及時發現上開出血部分的問題，而未能及時為適當的治療，又未建議留院觀察，僅以患者手腳活動、言談正常逕認患者意識清楚，而由該院外科助理就患者外表皮肉傷敷藥後，由護士交付該院印製的「照顧頭部外傷病患家屬應注意事項」書面指示給陪同到急診室的患者朋友並予說明後，讓患者自行出院返回住處；當日晚間，患者因頭部鈍力撞擊性外傷卻未有適當的醫療，造成右側額、顳部硬腦膜上出血，併有右側頂、枕部局部蜘蛛膜下腔出血導致昏迷，進而被發現死亡於住所。

本案共有三個醫學鑑定報告。首先是由辯護人所提出的最新、但是沒有被法院採用的台大醫院所為的鑑定報告³⁸，依該鑑定意見所示，被告當時為死者所進行的各項診療與處置，均符合現今醫療常規，並無過失之處。

第二個是民國 88 年檢察官請衛生署醫事審議委員會所為的鑑定報告。內容如下：「一、急診室醫師之病歷記載不完整，連最基本的神經學檢查，如昏迷指數、兩側瞳孔大小及對光反應，均無檢查或記載。二、病患頭部有明顯之擦傷，同時口帶有酒味，像這類病患，醫師應予以留院或建議轉院觀察其意識狀況，特別是在受傷後 24 小時內，需注意是否有變化。三、如果病患堅持要回家休養，醫師要囑咐家屬在傷後 24 小時內，病患如果睡著時，需 1 至 2 小時叫醒病患 1 次，觀察病患的意識是否有變化；如果病患單身在外，沒有家屬在旁照顧，醫師應該堅持醫囑留置觀察。四、根據屍體解剖發現，腦實質沒有肉眼能看到的腦挫傷，死因是硬腦膜上血腫，重量約為 170 公克。如果能適時發現病況的變化，儘早診斷和手術治療，此類血腫的療效是不錯的。五、綜上所述，新竹市南門醫院急診室醫師於王耀崑之醫療過程，難脫有疏失之責任」。

第三個鑑定報告是民國 89 年法院請醫事審議委員會再度所為的鑑定報告。該鑑定報告稱：「一、目前在臨床上描述意識狀況，全世界都早已採用格拉斯寇昏迷指數計分法（GCS），早已不再用籠統的文字作描述，如清楚等。昏迷指數

³⁶ 針對本判決有論者寫了評論。請參照吳志正，談醫療事故之因果關係，台灣法學雜誌，161 期，頁 62-63（2010 年）。不過，該論者僅根據其醫學背景討論本案中所適用醫療常規的小瑕疵。

³⁷ 臺灣高等法院 94 年度醫上更（一）字第 1 號刑事判決。

³⁸ 國立臺灣大學醫學院附設醫院（90）校附醫秘字第 22268 號函。

15分，表示意識完全清楚，3分表示深度昏迷；當神智清楚時，兩側瞳孔大小及對光反應不一定是正常的。二、被告既已作過昏迷指數、兩側瞳孔大小及對光反應等神經學檢查，又為何沒有把每1項的檢查結果記載於病歷上？故不能以神智清楚來涵蓋上述之每1項檢查的結果。三、頭部外傷後1星期內，是急性期，病況可能不穩定，隨時可能有變化，特別在前3天內。病患在急診室的病況，只是病程中的一部分，不能由此部分來判斷病況是否為穩定，因此不能說在急診室的病況是穩定的，只能說目前檢查的結果暫時是正常，以後是否會有變化，需要觀察才能知道。倘若在急診室的檢查結果，如果確實是正常的話，病患不一定要留院觀察，不過當病患要離院時，須要交付家屬或其他陪伴者1份傷後注意事項的書面指示，並予說明之，囑咐病況如有變化時，應立即再送回醫院診治。四、如果同學與病患住於同一處，且能夠確實執行醫囑的話，才具有家屬的功能。五、如果有交付傷後注意事項的書面指示給病患的陪伴者，其南門醫院的處置是妥適的。六、頭部外傷之初診病患，如意識清楚、言語正常，醫師當時雖未能診斷出腦挫傷或顱內出血，雖醫療上並無疏失，但是得預見其後續出現的可能性而採取適當的處置」。

首先，雖然論者有謂本案的法院是以現今的醫療準則（常規）審視在當初並無該醫療準則存在的案例，頗為不當³⁹；但是，最後的台大醫院鑑定意見認為縱或按照「現今」的醫療準則，醫師仍無過失（雖然醫師是否有過失一事，並非一個不理解詳情的一般醫院所可置喙），所以於此略而不論。其次，高等法院僅憑病歷表中沒有詳盡書明各項指標即認定醫師未為相當的神經學檢查，此種認定是有違證據法則的要求，而醫療審議委員會第一次的鑑定意見也犯了同樣的錯誤。不過，這不是本文的重點，所以也不詳加論述。第三，基本上當鑑定意見有所歧義時，原則上應該依罪疑惟輕原則，認定被告並無違反醫療常規。但是於本案，官方的兩則鑑定報告都認為醫師違背醫療常規，而認為沒有違背醫療常規的臺大醫院不能算是官方機構，依我國風土人情而言，官優於民，而且醫事審議委員會也有少數非醫學背景者的參加，所以縱或認為這種的抉擇有不妥之處，於此也不再詳論。去除以上三點疑問，所剩最主要的問題即是醫事審議委員會所認定的醫療常規內容中有關留院觀察以及交付家屬照顧的部分。

第一次的鑑定報告認為如果沒有家屬的話，醫師應該堅持醫囑而將病患留院觀察，而第二次的鑑定報告中雖然措辭沒有這麼嚴厲，其亦認為醫生應該去確認伴同病患之人是否為同居的親朋好友，只有在交代這類同居者傷後照護注意事項後，醫生允許病患離院一事才能算是符合醫療準則。本案的被告之所以會被判刑，主要的原因應該就在於其並沒有遵循這個道德意味異常濃厚的醫療常規。然而，違反病患的意思而強行將之留置於醫院一事，可能會觸犯私行拘禁罪或強制

³⁹ 林萍章，醫療常規與刑事責任—評最高法院九十六年度台上自第三〇八四號刑事判決，月旦法學雜誌，175期，頁233-252（2009年）。這篇評釋文章雖然一開始就混同了醫療常規與醫療水準的差異（頁237），但也依憑其醫學背景，明確指出法院並沒有依行為時的醫療常規來審查本案（頁244）。

罪，絕非業務正當行為；再者要求醫師去確認伴同者是否為同居者一事，亦是匪夷所思。其實，醫師僅需告知病患後續的注意事項，得其理解後即可，此際應該完全尊重患者本身的意見，所有的君父思想下的醫療常規要求，都是過度的要求。⁴⁰

本案其實是在因果進程中有被害人本身的介入情事，該介入情事異常而且在貢獻結果的力道上具有凌駕性，足以切斷醫師的不作為與結果間的因果關係。換言之，姑不論醫師的不作為是否符合醫療常規，縱或沒有符合醫療常規，於因果的進程中，被害人本身做了一個行為，例如獨居、不通知家屬或其他得照護自身病情的人等，這個在特定病情下的病患異常行為，才是真正導致死亡的相當原因。在無法將結果的發生歸咎於死者情事下，並不是不能理解法院孜孜矻矻尋求得負責者的壓力，但是這種壓力絕非足以合理化法院做出錯誤判定的理由。不過，兩次的醫界同儕所為的鑑定報告，難道不是引導法院做出錯誤判決的主因？有醫學背景的論者謂，於今頭部外傷的案例幾乎所有的醫生都進行頭部電腦斷層攝影，這是一種對抗顛預司法的唯一法門，但是這種預防性醫療行為卻也造成了醫療資源的浪費。⁴¹然而，雖然或許法律人素養不足，不知所謂的被害人介入情事的重要性，但是輕易做出強烈道德訴求的醫事審議會鑑定報告，難道不需負起任何荒廢醫療體系的責任？

當然，於此並不是企圖將不妥適判決的責任全然歸咎於以醫界為主體的醫事審議委員會，本文亦同時非難司法，質疑其為何會全然受到醫界道德見解的制約，而毫無跡象顯示其有可能依法律原則做出正確法律判斷。法律的判斷與醫療的判斷截然不同，其不是臨床的、當機立斷的、一次定生死的醫療上判斷，而是經過多數法界人士反覆考量後的決斷，其判斷本身即具有共識的成分，特別在本案是個上訴到最高法院的刑案，這種質疑更是不言而喻。縱或本案是個特例，這種誤失所造成的法與醫間的不信任感覺，絕非其他合理的法律判斷所能遮蓋或去除。

由以上的分析可知，我國的司法不僅是有將構成要件的判斷與責任判斷相混淆的傾向，而且也不太重視得切斷因果進程的介入情事的判斷，再加上沒有能力判斷醫界所為醫學鑑定的良窳，於是在牽涉到過失競合的案例中，如果法院輕率承認過失競合的可能性，則自然會擴張過失犯成立的範疇。

⁴⁰ 針對本案進行評析的前揭註文章作者，雖然擁有卓越的醫學知識與技術，但是其法學素養誠令人質疑。其認為伴同患者至急診室就醫的學長與同學，未表示無法照顧病患，也未通知病患家屬，以致病患病情惡化終至死亡，可能該當於義務者遺棄致死罪（前揭註，頁245-246）。惟，或許道德上可以非難這些伴同者，但是這些人有何依法令或契約而成立的保證人地位？縱或認為其未明確表明拒絕的態度即是成立契約，則此契約到底是存在於患者與伴同者間，抑或存在於伴同者與醫院（或者護士）間？退萬步言（這才是一般人所不能理解的判決用語），縱或認為透過護士的積極介入，沉默的患者與伴同者間成立了契約，則有何情事可以證明只有伴同者可以照顧病患（排他支配領域的設定）？在這些疑點都還沒有澄清之際，驟然認定伴同者的不作為得擬制為作為的論述，僅是證明了作者的法學素養有待加強。

⁴¹ 林萍章，醫療常規與刑事責任—評最高法院九十六年度台上自第三〇八四號刑事判決，月旦法學雜誌，175期，頁251-252（2009年）。

因為篇幅上的限制，於此僅稍微論述一下我國司法對於過失競合理論的態度。有關過失競合的案例最有名的應該是早期於 2002 年發生的北城打錯針事件，這個案子經地方法院與高等法院的審理而定讞⁴²，打錯針的護士被判兩年有期徒刑，而將肌肉鬆弛劑（麻醉藥劑亞庫凱林）置於嬰兒房的冰箱內長達七個月不予理會的麻醉護士則是被判有期徒刑一年半，緩刑四年。因為按照案情，這兩名護士不會成立過失的共同正犯，所以本案應該可以算是過失競合的案例。高等法院於判決中謂：「被告甲○○、戊○○二人之業務過失行為相互結合，與被害人羅○○之死亡及嚴○○等人之傷害結果間，均具有相當因果關係，至為灼然」。「相互結合」與「均具有相當因果關係」等字眼，不外就是過失競合或過失同時犯的意義。

在我國，雖然過失競合的判決並非罕見，而絕大部分都是交通事故的案件，但是或許是早已習慣利用過失競合理論處罰所有牽涉到事故中的被告，所以在醫療事故的領域中，不久亦於最高法院的判決⁴³中明確察知其採取過失競合理論的態度。此案是一個牽涉到多數醫護人員疏失的顯影劑注射致死事件，最高法院同時認定了數名醫師監督、管理以及直接與間接的過失責任。⁴⁴

於超過篇幅限制的此處，讓我以一個指標性案例的解析，結束對我國實務的觀察，並找出建構合理判斷架構可能性的根據。這個幾乎綜合了所有問題的指標性判決，即著名的邱小妹案。

邱小妹案發生在 2005 年某日的深夜，邱姓幼童因受邱父暴行昏迷而被送到台北市仁愛醫院（現台北市立聯合醫院仁愛院區），仁愛醫院的急診室醫師與神經外科醫師（尚未取得外科專科醫師及神經外科專科醫師資格）於電話會診後，因設備不足決定不為開顱手術而將邱小妹轉診到其他醫院；急診室醫師經插管、降顱內壓藥物治療等急救後，透過轉院系統將邱小妹轉至台中的童綜合醫院，不過邱小妹仍於數日後死亡。

本案因修法前少年事件處理法的規定而被切割成兩部分（不一樣的庭），一部分處理兩位醫師的刑責（一審定讞）⁴⁵，而另一部分則是處理邱父的刑責（上訴到最高法院定讞）⁴⁶。姑不論這種切割是否合於已被刪除的該條意旨，以下僅能接受這個事實而繼續探討這兩部分的法院見解，首先觀察兩位醫師刑責部分的判決內容。

台北地方法院於判決中使用了「幾近確定」一語，雖然是在用於關於不作為與結果間因果關係的論述上，而不是用於結果論定的部分，但是其後又謂：「就該鑑定報告所言，儘早手術有增加邱小妹存活的機會，雖然影響不大，終究還是有影響，依照前述『幾乎可以完全確定』的最大可能性『擬制因果關係』，本件被

⁴² 板橋地院 92 年曠字第 1 號判決，以及台灣高等法院 92 年度曠上訴字第 1 號判決。

⁴³ 最高法院 96 年度台上字第 4631 號判決。

⁴⁴ 贊成最高法院態度的相關評釋，請參照陳子平，團隊醫療與刑事過失責任（下），月旦法學雜誌 191 期，頁 173-175（2011 年）。

⁴⁵ 臺北地方法院刑事判決 94 年度醫訴字第 5 號。

⁴⁶ 最高法院 95 台上 219 號判決。

告丙○○、己○○不立即進行手術之不作為與邱小妹的死亡有因果關係」；所以可以確認法院是以「幾近確定」的標準來認定延命可能性這個假設性結果的存在，並據此而認定行為人的不作為與結果間有因果關係。⁴⁷可惜這僅是個地方法院的意見，事實上證明高等法院或最高法院並沒有留意到這個論述。

在認定不作為與延命可能性的降低間的因果關係後，本可討論違法階段的可罰違法性問題（亦即患者的延命可能性是否過低，而沒有利用刑法予以保護的必要），不過法院跳過了這個階段的審查（或許是因為國內根本不採可罰違法性理論之故），直接進入過失責任的審查。在責任審查的階段首先應該討論行為人對法院於前階段客觀上所認定的因果關係有無預見的可能，如有，則繼續討論基於預見可能性而設定的注意義務是否有被違背的情事。亦即，法條上所謂的應注意、能注意而未注意（或有認識過失）的問題。不過，法院卻又再度跳過這個審查階段，直接進入期待可能性⁴⁸的討論（其間討論了許多與不作為的過失無關的其他作為）。最後，法院基於對殘破不全的醫療體系的非難，認為不應該將責任歸咎於個別的醫師身上，亦即無法期待醫師在醫療能量不足的情況下，進行危險的手術，並據以論定兩位被告沒有過失責任。

這個地方法院判決最大的問題是，因為分案的關係，而無法處理邱父的行為與邱小妹死亡間的因果關係。其實，整個的事實是「邱父的作為—醫師的不作為—延命可能性降低—死亡」。上述地方法院的判決僅處理了「醫師的不作為—延命可能性的降低」這個部分，而這僅是整個因果流程中的一部分而已。亦即，醫師的不作為不過是個討論狹義相當性時應該留意的第三人介入情事而已。

不過，這個遺憾由另一個系列的判決得到了彌補。在處理邱父刑責的歷審判決中，最高法院認為：「依其所受前開傷害之嚴重性，本有致死之可能性。……邱○○送至台北市立仁愛醫院時之昏迷指數已係『E1M5V1』（即七分），離院時為『E1M4V1』（即六分），……證人李○○於偵訊時證稱：邱○○轉院時昏迷指數為六分，至童綜合醫院亦大概是這個指數，其他生命徵象亦差不多，……證人黃○○於偵訊時證述：邱○○是呈現昏迷狀況，昏迷指數是六分，因為插管所以一般稱為 5T，其轉院與其所見到之狀況，昏迷指數差不多各等語，顯然邱○○因前開轉院過程所耽擱之時間，對於邱○○所受傷害之惡化程度不大，尚不致於因前開轉院之耽擱而使得邱○○致死之可能性由『無』轉『有』」。換言之，最高法院認為醫師的不作為，雖然有影響到延命可能性，但是最終仍是與活存可能性無關，因此就邱小妹的死亡這個結果而言，其干預因果進程的力道無法凌駕於邱父的作為，據此無法產生中斷原先的因果進程的效果，醫師的不作為與死亡間並無因果關係。

⁴⁷ 不過，大部分的論者都批評這個判決過於恣意地認定因果關係。例如盧映潔、葛建成、朱振國，從醫療人球事件論醫師之刑事過失責任，台灣本土法學雜誌，78期，頁101（2006年）；王皇玉，醫療過失中的因果關係：從邱小妹人球案談起，台大法學論叢41卷2期，頁732、785-786（2012年）等。

⁴⁸ 法院並沒有使用這個字眼，不過從其判決書中可以察覺法官所考量的正是期待可能性的問題。

不過，最高法院又稱：「醫院之醫療行為介入時，是否中斷因果關係，應視情形而定，倘被害人所受傷害，原不足引起死亡之結果，嗣因醫療錯誤為死亡之獨立原因時，其因果關係中斷；如被害人係因行為人之傷害行為引發疾病，嗣因該疾病致死，縱醫師有消極之醫療延誤，而未及治癒，乃醫師是否應另負過失責任問題，與其行為無影響，其傷害行為與死亡結果仍有因果關係」。這句話開展了一個可怕的後果，詳言如下。

最高法院雖然認定在邱父的作為與醫師的不作為兩股力道交錯時，醫師的不作為力道不足，所以無法截斷邱父的作為與死亡結果間的因果關係，但是醫師的不作為仍可與延命可能性的降低這個結果連結在一起，形成因果關係，並進而追究其刑事責任。如果，最終不是依期待可能性理論阻卻了醫師不作為的刑事責任，則姑不論到底要成立何罪（或許是業務過失傷害罪，而不是致死罪），針對邱小妹的死亡，將會分別成立兩個罪行，這不外是過失競合理論的展現。繼續擴張下去的話，上述地方法院判決中據以阻卻醫師刑事責任的「對院方輕忽醫療行政體系整備的非難」，亦會成立另一條因果關係，進而對院方的不作為追究其刑事過失責任。正犯之後無正犯的原則，在追究醫療事故的刑事責任領域，已經成為毫無意義的口號。

肆、問題的癥結與初步的解決方案

初步瀏覽日本與我國的現況後，可以發覺我國有關醫療事故的刑事責任追究架構真的是有點凌亂。表面上最大的特徵是太多的案子都打到最高法院，而最高法院的見解，也並不一定完全一致。這種冗長的審理與不確定性，當然會導致醫界的反彈，並據此要求刑事司法不要再過度干涉醫療事故，不然其將集體出走而後果自負。⁴⁹

例如最高法院刑事判決 101 年度台上字第 2637 號（最初的判決是臺灣臺中地方法院刑事判決 94 年度醫訴字第 5 號，而最初的起訴書是 91 年度偵字第 22474 號），整個的歷程從起訴算起共耗費了十年的歲月。這是被稱為 Tegretol 藥物事件的案例，醫師對非核准適應症使用 Tegretol 藥物，引發史蒂文強森症候群，進而導致病患死亡，法院認定此乃與特殊體質有關的事件，無法預防，據此判定被告無罪。簡單的事情，卻因為檢察官誤解告知義務的違反即是有過失，此不為妥適告知的不作為是產生結果的原因，於是反覆在高等法院與最高法院間發回更審，被告時而有罪時而無罪，造成許多困擾。⁵⁰此外，也有因為鑑定報告過於含糊或意見分歧，而反覆更審的案例。例如被認為解毒致死案的案例，最後是到最高法院刑事判決 98 年度台上字第 6580 號（最初的判決是臺灣板橋地方法院刑事

⁴⁹ 不知是否有檢察官會因此而對為類此主張的醫師控訴其恐嚇公眾。

⁵⁰ 相關評釋，請參照王皇玉，醫療過失中的因果關係：從邱小妹人球案談起，台大法學論叢 41 卷 2 期，頁 765-766（2012 年）。

判決 92 年度訴字第 750 號，而起訴書是 91 年度偵字第 14659 號) 時，始因駁回上訴被告確定有罪而定讞，一個案子從起訴到定讞共花費了七年的時光。⁵¹

其實，冗長的訴訟程序與見解的不統一以及判斷架構上的錯誤息息相關。仔細分析後即可發覺形成這種現象的癥結點有二。其一，構成要件判斷階段的因果關係認定與責任認定階段的注意義務有無，這兩件事情的混同；而這個混同會導致醫療常規與醫療水準的混淆。其二，因果關係本來僅有一條，其餘的介入情事，不會與結果間成立因果關係，這是正犯後無正犯原則的當然結論，但是在醫事領域已經發展出團隊醫療的情勢下，將無法阻擋過失競合理論的淫威。這兩個癥結點互相交錯，甚難完全地予以區隔討論，不過本文仍勉為其難分開論述。

首先解決第一個癥結點。讓我們來看一段許多判決都會複製貼上的文字：「即刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係始得成立，所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係，最高法院二十三年上字第五二二三號、五十八年台上字第四〇四號、七十六年台上字第一九二號判例意旨參照」。

這段話有兩個問題。第一，所謂的相當性的客觀審查一事，其標準並不明確。亦即其是先客觀認定行為與結果間的關係，然後再假設另一個不存在的相當因果流程，兩相比較後，如果不一致，則事實上存在的因果關係即非相當因果關係；而這種論述其實只是表明與相當不符的就是異常，根本就沒有說明什麼叫做相當。第二，這段話一開始就顛倒了構成要件與責任的判斷流程，其是先行判斷行為人對行為有無過失，在有過失的情形下始需討論與結果間有無相當因果關係。然而，過失與故意相同，都有一個認識或認識可能的對象，而這個對象包含行為、結果以及因果關係。⁵²

論者有謂：「事實上，就『因果關係』只有『有』或『無』的問題，根本沒有所謂『蓋然性因果關係』，充其量只有『因果關係（的存在）的蓋然性認定』。……換言之，就屬『客觀事實』的『因果關係』問題，該法院其實並未加以判斷……無論民刑法，就過失責任的判斷，均以『因果關係』的認定為最優先；如果就『因果關係』的認定，欠缺強有力的科學基礎，隨後的推論，實在難以想像具有客觀的可驗證性。」、「正確來說，『因果關係』有無的問題，於民、刑事案件上的判斷標準，並無不同；…事實上，就同一事實，即使在民、刑事案件上，對『因果關係』的處理有所不同，也不可能是就其有無『判斷標準』不同，充其量是依之確定具有『因

⁵¹ 相關評釋，請參照張麗卿，醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例，月旦法學雜誌 157 期，頁 87-90（2008 年）。

⁵² 不然那來因果關係錯誤的問題。

果關係』的進一步的處理有所差異。即使果如該判決所認為『因果關係的認定』，於民事上具『蓋然性』已足，那有所變動的也不是『實體（法）』的『因果關係判斷標準』，充其量只是『程序（法）』的認定『確信度』程度『調整』！」。⁵³

姑不論過度使用引號進而導致理解上困難的習癖問題，本文贊同該論者的前半段意見。因果關係是個客觀的事實，而這個客觀事實是否相當一事，雖然是個規範性的判斷，但是仍應針對這個客觀事實貼附上價值評價，而不是弄個假設性的相當因果，然後與之相比較。

因果關係分成條件關係與相當關係等兩部分，前者是一個事實的確認，而後者則是對這個事實的評價。而條件關係又可分成事實關係與迴避可能性的規範關係，於認定某條件與結果間的事實關係後（不需考慮任何不存在的事實），必須考慮結果是否為無法迴避的結果，如果是的話，否定最基礎的條件關係。於確認條件關係後，必須考慮圍繞在該條件週邊的諸種情事，視該條件是否具有能量往結果發展過去，如果有的話，可稱此條件具有廣義的相當性。例如用手敲擊對方頭部，對方死亡一事，具有條件關係，而因為對方原本即罹患了腦梅毒，其頭部根本無法承受任何的衝擊，據此敲擊頭部的行為具有（產生結果的）廣義相當性。當然不是某條件具有廣義相當性後，即可判定條件關係即為相當因果關係，於判定特定的條件具有廣義相當性後，仍要觀察這個條件所擁有的力道（產生結果的危險性）是否經過了相當的流程而展現在結果上，這個相當的流程的判定是謂狹義相當性的判斷。於狹義相當性的判斷階段，必須考慮是否有介入情事，該介入情事是否有力道截斷因果的流程。而於原本設定的因果流程中發生介入情事（此介入情事亦須符合條件關係的審查）時，必須站在介入的時刻比較兩股力道間的關係，檢視該介入情事是否為經驗上難以想像的介入，其力道是否凌駕於原先審定具有廣義相當性的條件，如果這個介入情事是異常的（亦即不是原本的力道所帶出來的），而且力道凌駕於原先的條件，則原先設定的因果關係會被截斷，新的因果關係將會在介入情事與結果間成立（例如最初的行為人敲擊了罹患腦梅毒的被害人頭部，不過在其死亡前，有第三人介入用槍斃了被害人）。只有符合條件關係與相當關係的檢驗後，才是相當因果關係。相當因果關係是個事實，而不是想像。既然是事實，則不論行為人是否有認識到自己的行為，都不會改變這個事實；因為行為人沒有認識到行為、結果或其間的因果關係，所以因果關係不存在的論調，根本是無稽之談。作為事實上存在的因果關係不會因為行為人沒有認識到就從這個世間消失。⁵⁴

雖然本文肯認上開論者的前半部分論述，但是於此必須強烈反對其後半部分的論述。其認為民、刑事的因果關係並無本質上的差別，而僅有確信程度的差別而已；殊不知，如今先於因果判斷而進行過失判斷的司法慣例，其形成的原因之一即

⁵³ 鄭逸哲，重新省思醫療上行為的因果關係判斷—從臺中地方法院 96 年度醫字第 7 號民事判決談起，法令月刊 61 卷 8 期，頁 32-33（2010 年）。

⁵⁴ 以上詳請參照山口厚，刑法總論（第二版），頁 49 以下（2007 年，有斐閣）；前田雅英，刑法總論講義（第五版），頁 189 以下（2011 年，東京大学出版會）。

是民刑事因果關係的混同。於此並不是主張因為這種混同，所以才會造成先判定行為人對結果是否有過失，而後才判斷行為與結果間是否有因果關係的誤謬。真正的原因在於刑法解釋學自身的演變，而民刑混同的現象僅是強化了該演變的力道而已，混同的錯誤觀念使得刑法理論本身的誤謬走入無法回頭的死胡同中。

本來刑法的判斷架構是順著「客觀構成要件—違法性—責任」的判斷流程而為，不過到了上個世紀的前葉，為了解決以過失致死傷罪大量處罰開車族，進而導致社會動能喪失的現象，於是開發出將責任層次的結果迴避義務挪到違法論中討論，並認為只要行為人盡了（交通行政）法規所要求的迴避義務，則縱或產生死傷的結果，其亦無過失責任的新過失犯理論（這個新過失犯論同時亦開發出信賴原則的理論）。到前世紀後半段，因為公害與藥害等公安事故不斷發生，企圖縮減過失犯成立範疇的新過失犯理論已經是捉襟見肘，於是立法單位開始強化行政法等作為義務（於這個發展階段，刑法理論開始混淆注意義務與作為義務），而司法也開始認為只要沒有善盡這些義務，即可認定過失，進而追究行為人的過失刑事責任，此即所謂的新新過失犯理論，或謂不安感論。

姑不論過失認定上寬嚴不一的差異，這些過失犯論的司法上實踐，造成責任判斷階段的空洞化，再加上構成要件的判斷本來就和違法的判斷擁有非常密切的關係，於是演變至今，造成在構成要件判斷的階段，先觀察行為是否違反行政法等所設定義務，若有違反則推定有過失，然後再討論這個過失行為與結果間有無因果關係的判斷流程上錯亂。殊不知，刑法上的過失是指對於構成要件的事實應認識、能認識而未認識，這是條文的規定，怎可能是先認定行為人的過失，然後再去決定所應認識而未認識的事實關係？不過現在這種邏輯上的誤謬已經在實務界與學界根深柢固而不可動搖。

更糟糕的是，因為當時是為了處理發生嚴重結果的事件而創設出這類的不安感論，而同時行政法等又針對可能發生的嚴重結果全面性地就相關人士鋪下了綿密的作為義務（注意義務），並令這些相關人士不斷地在事務流程上監督一切的環節，所以一旦事故發生，違背義務的人便頗為眾多；於是刑法就面臨到底要處罰一人還是全部人的問題。在處罰一人的論述中有最關鍵一人說以及壓死駱駝的最後一根稻草說兩說；其實，兩說的論點幾乎無異。壓死駱駝的最後一根稻草說是認為最後的一個人所有的危險都已經顯露的最後關頭，最容易也最有資格發現端倪而制止事故的發生，所以應該由其負起刑事責任。據此，是可以認為此說也是一種最關鍵一人說的亞流。此說的優點在於容易判斷，但是卻忽略了最後一人可能是整個環節中最弱的一人，於是就整體而言，等同於是將責任歸諸於弱者，而強者則可免責。不過，最關鍵一人說，不僅是很難認定，而且縱或可以認定，因為其他人因此而可免責，於是追究責任的司法工作無法得到足夠的力道用來救平社會動盪。據此，通說見解日益趨向於將那些被司法所凝視到的人一網打盡的全部人說，正式在過失犯的領域放棄正犯之後無正犯的原則。殊不知，這種的全部人說，雖然是可以順利救平社會動盪，但是同時因為幾乎沒有任何準則可以判定到底追究責任的射程範圍要到達怎樣的程度才算合宜，於是論者大都採取

掩耳盜鈴的對策，對問題視而不見。

在這種情勢下，並非無法想像，刑法受到民法的影響，拿民法的觀點合理化在判斷階層的最初即廣泛地認定過失行為的作風，並輕率地直接推定過失責任。然而，民法的因果關係本來就是和刑事的因果關係不同。姑不論使用的名稱如何，民事上的因果關係大體上可分成兩階段，第一階段是被確定的故意或過失行為與權利、利益侵害間的因果關係，這個因果關係主要是用來決定行為人是否應該負起民事責任（自然的因果關係）；而第二階段的因果關係則是涉及第一階段的「結果」與損害額度分擔間的關係，雖然亦有論者將這個關係稱為因果關係（相當因果關係），但是事實上這是一種為確定賠償額度與損失分擔的關係。⁵⁵換言之，民法的判斷架構所乞求的不外是：就一個既存的結果，涉及這個事件的諸人應該如何分擔賠償責任一事。所以當可以被納入考量範圍的人數愈多，透過連帶責任的認定，損失得到填補的可能性就會更高。

或許是因為這類合乎常理的判斷邏輯過於日常化，所以一般不太理解刑事判斷邏輯的論者會認為刑事上的因果關係也要用同樣的判斷結構來加以處理。然而，關於刑事責任部分的設計原理根本就不是損害的填補，而是當損害發生而造成社會動盪後，如何去救平這個社會動盪的問題；所以才會有「一部行為全部責任」或「間接惹起」等的論述存在，藉此適度地堆疊出合適的救平動盪能量。亦即，並不是將所有相關人員都拿來處罰即可，而且這種追究「連帶責任」的態度或許會造成更進一步的社會動盪；只有在合理的範圍內，找到一個應該負責的人，而後再視需求適度地將週邊有關聯的人，就其部分的行為追究全部的責任（正犯責任），或就其間接的行為追究適度的（狹義）共犯責任，這樣才是追究刑責的正確態度。試想一下，當我們決定某參與犯罪的人應該負起共同正犯或狹義共犯的刑事責任時，正犯的責任並不會因為這種司法的決定而有所減輕，整體的責任能量是堆疊上去，而不是被分散出去的。由此可知，民刑的責任根本不是同一回事，民法追求的是透過損害填補的作為而達成個人間關係的撫平，而刑法所追求的則是透過處罰所能夠達成的社會動盪的救平。前者愈多人負責，則愈能夠達成目的；反之，後者必須有一定的合理限制（根據共同犯罪理論），不然可能會因為過度處罰無辜而造成社會系統的崩盤（正如現在醫療事故的刑事處理所造成的惡果）。

據以上所論，我們得以確認，刑事的因果關係只會存在有跟無的關係，而不會涉及責任量的確立或分擔的問題，因此民事因果關係中的第二階段，是不會出現在刑事因果關係判斷的版圖中。再者，雖然刑事因果關係中的「原因」也限定必須是人的故意或過失行為，但是在因果關係的判斷上，其只需具有「得為行為人故意或過失行為」的資格即可，不會在判定是否有因果關係時，即考量該作為原因的行為其故意或過失的內涵，而只有在經過因果的驗證後成為原因的行為，才需要針對行為人的故意或過失予以討論。⁵⁶換言之，在刑事責任的判斷上，行

⁵⁵ 荻原孝基，因果關係の認定と考え方，ジュリスト1330号，頁104-107（2007年）。

⁵⁶ 其實於十餘年前的日本，在因果關係的認定時考量行為人的行為是故意行為抑或過失行為的

為人的行為必須是結果的原因，此際才需要討論行為人對其行為、結果與因果關係有無故意或過失的心理事實。如果刑事的因果關係判斷合乎適度的嚴謹要求，則許多事例根本不需討論行為人的故意或過失，即已不是犯罪行為。醫學界中許多人急於限縮過失的認定範疇，或甚至要求過失行為的除罪化，或許正是因為其誤解過失的認定是刑事責任的源頭，所以才會想在最初的階段即限縮、甚至排除討論特定行為的犯罪化可能性。

在追究醫療事故中刑事責任的事例，醫學鑑定是個非常重要的關鍵。然而，許多的醫學鑑定都在鑑定報告中書明疏失、失當，甚至有些報告直接使用了過失這個字眼。或許鑑定報告僅是企圖表明某客觀的醫療行為違反了醫學常規而已，但是在司法乞欲推卸判斷責任的情形下，這類的表達會開始蘊含違背醫學常規（因果關係的確認）以及醫療水準（過失責任的確認）的意義。而完全沒有任何有意義的司法判斷介入，直接根據醫療鑑定報告中所指陳的醫療常規違反事態，即判定行為人有過失的司法常態，其實質不外就是醫界的同儕審判，非常不妥。強烈建議醫學界在為刑事鑑定報告時，嚴格區分醫療常規與醫療水準，並分別敘述，盡量避免過失等字眼的使用。

至於司法方面，最好多方委託鑑定，於關於某醫療行為是否違背醫療常規的醫界意見趨於一致，均認定其未違背醫療常規時，應認為該醫療行為與結果間不具有條件關係，而後結案。特別在特異體質的情形，因為沒有客觀上的迴避可能性（條件關係中的規範關係），所以雖有事實關係，但無規範關係，條件關係根本不成立，此際當然無需進一步討論行為人對於特異體質的反應是否有認識可能。醫學上的因果與刑事司法上的因果，本質上就有很大的差異。前者為預測型觀點（prospective）下的因果，反之，後者則是回顧型觀點（retrospective）下的因果。⁵⁷醫學因為其本身的不確定性與偶然性，於是在醫學的允許範圍內，會合理化數個被允許的預測結果，只要具體的結果發生在這個被容許的範圍內，則不會被認為違反了醫事的規範。然而，法學則是根據一個具體發生的結果，回溯性地尋找造成這個結果的原因，並追究這個原因應該擔負起的刑事責任。於是一個醫學上被允許的結果，竟然會成為可能被追究刑事責任的結果，醫學界自然無法忍受這類的推論。為避免專門學問領域間的傾軋，法學必須尊重對方的邏輯而放棄追究後續刑責的可能性，這不外就是條件關係中規範關係判斷的真諦。換言

觀點，曾是主流見解，通常贊成這類見解的學著都會引用德國客觀歸責理論中有關溯及禁止原則的論述，而認為結果的效力不及於故意行為之後，亦即於因果進程中若有故意行為的介入，則最終結果只會與此故意行為成立因果關係，而不會及於之前的故意或過失行為。採取這類觀點而分析醫療事故因果關係的論述，可參考辰井聰子，不適切な医療の介入と因果關係，上智法學論集 43 卷 1 号，頁 159-172（1999 年）。特別值得注意的是，號稱日本客觀刑法理論旗手的東大山口厚教授，竟然至今仍然在其刑總教科書中主張溯及禁止理論，令人匪夷所思。

⁵⁷ 神谷恵子編著，秋本秀俊・尾崎雄・長谷川幸子・山田奈美恵著，医療事故の責任—事故を罰しない、過誤を見逃さない新時代へ，頁 30（2007 年，株式会社毎日コミュニケーションズ）。

之，雖然事實上就是「特定醫療行為＋特異體質＝死亡」的關係（事實關係），但是卻必須認為特定醫療行為不是死亡的條件（規範關係的否定）。

當然，在醫界意見不一致的情形，法界自然無得以尊重的對象，此際即應依照刑訴的原理，有所懷疑時為被告的利益，進而認定該行為符合醫療常規。

於醫學鑑定一致認為該醫療行為違背醫療常規時，如果患者有受到輕重傷或有確實的延命可能性、活存可能性，即應探討有無介入情事，於無重要的介入情事或介入情事無法截斷因果進程時，判定該醫療行為與結果間具有相當因果關係。其後，於違法判斷的階段，應該留意的是可罰違法性的判斷（例如確實但是些微的延命可能性是否具有可罰性），此外另應留意該醫療行為是否為符合醫學原理的醫學嘗試（這不得是人體實驗，對於人體實驗有其他的法律規制），如果是的話，在侵襲性醫療行為的情形，行為人必須得到患者的真摯同意才能阻卻違法。⁵⁸最後，在無法阻卻違法的情形，司法才得以進行具體個別情事下行為人有無預見可能性的問題；有預見可能性，才有注意義務的存在，有注意義務的存在後，才有行為人是否違背注意義務的問題。此際，醫學鑑定報告中有關醫療水準的判定會發揮決定性的效果。最後，如果行為人具體上有預見可能性，且有違背注意義務的情事，司法仍需考量期待可能性的問題。如果該應注意而未注意的情事是醫療行政體系的不備而造成的時候，司法應該認為無法期待行為人能夠發揮能力預見結果，並戮力預見結果、迴避結果，據此認定阻卻責任。

特別在這種情形，必須留意監督責任與行政管理責任的問題。不過，基於否定過失競合理論合理性的情形下，若欲追究這些人的刑事責任，即必須脫離具體案例中的個人法益侵害考量，而透過立法設定一個新的社會法益，亦即醫療體系安全運作的社會利益，以此為結果，進一步追究管理者或監督者的刑事責任。在沒有這類的立法之前，僅能利用行政法規加強對醫療組織的監控管理。

以上即為本文觀察現今國內、外文獻資料後，對於我國追究醫護人員過失刑事責任判斷架構所提出的針砭，同時並提供筆者認為應該要採取的初步重構方向；雖然並不充分，但是盡力了。於稿約的夾縫中，能夠獲得這種程度的成果，應該已經可以自我滿足。

伍、結論

當社會地位以及自尊頗高的醫師等人被傳喚到檢察官面前接受偵查，或甚至於被置於公開的法庭，接受法官以及社會大眾的檢視時，因為傳統上對於刑事裁判都有懲奸除惡的印象，而死刑、有期徒刑等結果更具有應報、威嚇惡人等標籤

⁵⁸ 如果在確認構成要件是否該當的階段即觸及過失的認定問題，則業務正當行為阻卻違法的規定將永無適用的餘地。此外，因為德國沒有業務正當行為阻卻違法的規定，所以使用德文資料的論者經常會把患者的同意視為阻卻構成要件事由，這也是無視我國刑法規定的解釋，非常不妥。

作用，所以從事醫療的人員自然難以忍受，進而採取防禦措施濫用醫療資源或甚至離開容易被告的專業領域。⁵⁹或許司法人員的傲慢以及司法在刑事過失責任認定架構上的混亂與標準的不一致正是引起醫療荒廢的原因之一，或者甚至可以說是壓死駱駝的最後一根稻草，但是僅改變包含這些在內的司法陋習，並無法解決問題。

亦即，縱或嚴禁以刑逼民、抑制自訴案件，加強檢察官的移駕偵查、要求法官嚴格認定因果關係、強調業務正當行為阻卻違法的作用，或重視因超過日常界限而導致的預見不可能現象，這些都無法制止醫護人員的出走。在嚴守刑法謙抑性，抑制業務過失責任成立範疇的同時，只要醫療行政體系沒有改變其散漫的體制，提供醫護人員一個妥適的醫療環境，則醫療事故仍會層出不窮，險惡的醫患關係終究是無法改善。而欲強化醫療行政之際，首當其衝必然會遭逢醫療經濟的問題，輕視患者與醫護人員權益的不當醫事相關費用的刪減，似乎是件稀鬆平常的事情，於是過酷的醫療環境仍舊是無法解決，事故繼續不斷發生。⁶⁰當不滿的被害人或其遺屬，無法透過以刑逼民的方式得到滿足或一個合理的交代時，民事訴訟的氾濫是可預見。然而，雖然比起造成更大傷亡紀錄的交通事故，醫療事故所造成的實害並不是那麼嚴重，但是於醫療領域有個根深柢固的神話，亦即只要留意到細膩的部分，則不會發生事故，而只要不發生錯誤，則疾病必然可以治癒的醫療萬能論。在這種神話下，輕易地成立損害賠償的民事責任，判下天價的賠償金額，進而導致醫院破產的劇情，會不斷上演。⁶¹

然而，醫療事故的無過失補償制度是否可以解決問題。答案似乎不是這麼地樂觀。補償基金的來源、求償的問題等，都足以讓這個制度走向破滅。更重要的是，醫療事故的發生一事，對於醫護人員而言，就是一個難以抹滅的標籤，特別是當這個事故是否基於行為人誤失而產生的判斷，大部分都是委諸其同儕的集團性決斷（亦即醫事審議會的多數決決斷）時，這種標籤正代表了從集團中排除出去的可能性。再加上當大部分的醫療美容不受健保制度的拘束，可以輕鬆大量賺取財富時，在諸多的壓力下，醫護人員不出走才奇怪。

如今我們所能採取抗拒潮流的對策或許只有建立醫療事故補償制度、抑制民刑訴訟方面的濫訴、強化醫療行政方面的服務與監督管制，藉此將醫美（限於非必要的部分，術後傷口的修復等自然不包括在內）以外的醫療領域予以健全化，其餘利欲的部分，除了強調醫事倫理外，似乎別無他法。本文所討論的，雖然僅是這個連環對策中的一環，但也是最應該開始啟動的第一步，希望能夠藉此而展開對於我國醫療荒廢問題的反省。

⁵⁹ 加藤久雄，*醫事刑法の學問的枠組み*，現代刑事法 14 号，頁 8（2000 年）。

⁶⁰ 米田泰邦，*医療過誤と刑事責任*，現代刑事法 14 号，頁 52（2000 年）。

⁶¹ 米田泰邦，同前註，頁 54。

德國與我國監獄醫療相關問題探討

--兼論前總統陳水扁先生保外就醫爭議之分析--

國立中正大學法律系教授 盧映潔

目 次

- 壹、前言
- 貳、監獄醫療之德國法制介紹
 - 一、監獄醫療之相關規範基礎與引導原則
 - 二、德國監獄醫療之具體規定與適用
 - 三、德國監獄醫療之實務現況
- 參、監獄醫療之我國狀況與問題
 - 一、我國監獄醫療之相關法規狀況
 - 二、我國監獄醫療問題簡析
 - 三、附論：前總統陳水扁先生保外就醫爭議之原因分析
 - (一)政治問題法律化、法律問題政治化之我國思維
 - (二)監獄醫療欠缺下不公平對待之危機
- 肆、結語

摘 要

受刑人係依法律以限制其人身自由作為處罰，但並非謂身為人的其他基本權利皆受到剝奪。倘若受刑人在精神心理上、生理上患有疾病，監獄均應給予適當治療。基於我國監獄醫療的法制面及實務面與國際人權相關規約之要求有相當的距離，本文以下從遵循歐洲監獄規則的德國監獄法制出發，介紹德國監獄行刑法中有關受刑人醫療的法規狀況以及德國監獄醫療的實務運作狀況，繼而說明我國受刑人醫療的相關問題，最後再就近期引起政治、社會紛爭的前總統陳水扁先生保外就醫的事項，提出個人些許意見。

關鍵詞：受刑人、監獄醫療、監獄行刑法、歐洲監獄規則、保外就醫

壹、前言

受刑人係依法律以限制其人身自由作為處罰，但並非謂身為人的其他基本權利皆受到剝奪。倘若受刑人在精神心理上、生理上患有疾病，監獄均應給予適當治療。但是由於監獄機關並非醫療機構，其硬體設計即非以醫療機構為範本，而且在我國因為獄政法令老舊、經費不足與人員編制缺陷等等問題，導致監獄缺乏醫療資源，對於受刑人的醫療需求長期以來無法提供實質上的照護。故而若受刑人在監獄發生因病死亡，每每遭到社會、媒體與家屬爭相責難¹。監獄機關面對醫療資源不足的情形，雖可依戒護外醫或保外監治方式處理，然而受刑人戒護外醫，每每耗費戒護人力甚鉅，尚有收容人串通脫逃、劫囚意外之顧慮²；至於保外監治的決定，由於各監獄的醫療資源有所差異，導致各監獄對於是否准予保外監治沒有一致審查基準，容易造成黑箱作業的批評，又往往會可能造成延誤就醫，亦可能發生醫療糾紛等情事。

基於我國監獄醫療的法制面及實務面與國際人權相關規約之要求有相當的距離，本文以下從遵循歐洲監獄規則的德國監獄法制出發，介紹德國監獄行刑法中有關受刑人醫療的法規狀況以及德國監獄醫療的實務運作狀況，繼而說明我國受刑人醫療的相關問題，最後再就近期引起政治、社會紛爭的前總統陳水扁先生保外醫的事項，提出個人些許意見。

貳、監獄醫療之德國法制介紹

一、監獄醫療之相關規範基礎與引導原則

德國有關監獄醫療的法律基礎是規定在監獄行刑法（StVollzG）第 55 條至第 66 條以及第 158 條。而國際層級則是在 2006 年的歐洲監獄規則（European Prison Rule 或稱 Die Europäischen Gefängnisregeln）中第 39 號至 48 號中可以見到關於監獄中醫療事務的依據，此係立基於 1955 年聯合國通過的最低標準準則（Die Standard Minimum Rules der Vereinten Nationen）中的要求。雖然聯合國與歐洲委員會（Europarat）所決議的規則並非正式的法律規範，但是上述的決議規則在實務上的重要性卻日益增加，蓋因歐洲人權法院（Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte）以及歐洲防止酷刑委員會（Europäische Ausschuss zur Verhütung von Folter）皆會將其納入考量，並且歐洲人權公約第 3 號有關禁止酷刑以及禁止

¹ 參見 2007 年 8 月 3 日媒體報導「台東監所 一個半月 3 受刑人暴斃」，網址連結：<http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/aug/23/today-south24.htm>，瀏覽日期：2012.10.28

² 吳正博，犯罪矯正機構附設醫療專區成效之探討，國立中正大學犯罪防治研究所碩士論文，民國 95 年，頁 1-2。

非人道或羞辱的待遇或處罰的規定乃直接有效的法律依據³。

根據國際層級的規約文件對於監獄中醫療事務主要有兩個引導原則：其一為「等效性原則」(Äquivalenzprinzip)，其二為「醫療優先」(Primat der Medizin)⁴。首先「等效性原則」是要求監獄中的醫療需求原則上應朝著自由社會中病人所適用的情形作為規劃方向。此等效性原則在德國監獄行刑法第3條第1項所揭示的「近似原則」(Angleichungsgrundsatz)，以及歐洲監獄規則第5號的規定要求⁵都可找到相同的依據，亦即如德國監獄行刑法第3條第1項規定，在監獄中的生活應該儘可能地近似於一般的生活條件(Das Leben im Vollzug soll den allgemeinen Lebensverhältnissen soweit als möglich angeglichen werden)，其中當然包括醫療事務。此外，歐洲監獄規則第40號第1項的規定要求，監獄中醫療人員的組織應與社會中或國家中的醫療人員為緊密連結⁶。

因此，以德國而言，監獄中的醫療需求就應該以符合社會法(Sozialgesetzbuch)第五篇有關法定醫療保險(gesetzliche Krankengesicherung)所規劃者。唯一的限制是社會法第五篇第76條有關自由選擇醫師的可能性。當初德國監獄行刑法政府版修正草案的第53條第2項是將選擇醫師的權限交由監獄機關為裁量。會限制監獄受刑人的醫師自由選擇權利主要是來自兩個現實因素，其一為監獄受刑人並依法定醫療保險之被保險人，其二為監獄行刑法第158條第1項明文，監獄醫師是對於監獄受刑人的醫療照護唯一之承擔負責者⁷。

其次，「醫療優先」依學者 Karlheinz Keppler 的主張⁸係指，監獄醫師的首要任務是承擔受刑人的醫療照護。歐洲監獄規則第40號第4項規定，監獄中的醫療人員應該致力於查知並治療處理受刑人生理與心理的疾病，以及因為這些疾病所承受的缺陷⁹。1998年歐洲委員會的指令明白宣稱，受拘禁者的健康需求對於監獄醫師而言永遠是居於第一位的。不過，監獄醫師「醫療優先」的宣示在實務上難免有所衝突，蓋因監獄醫師被賦予的工作是雙重機能(Bifunktionalität)，甚至是三重機能(Trifunktionalität)。亦即，監獄醫師雖然一方面是對受刑人進行治療，但另一方面對於監獄首長遇到一些與受刑人健康相關的問題上監獄醫師又是重要諮詢者，諸如受刑人是否有工作能力、受刑人是否有拘禁適應力、受刑人是

³ Keppler, Karlheinz/ Stöver, Heino(Hersg.): Gefängnismedizin, Medizinische Versorgung unter Haftbedingungen, Thieme 2009, S.29-30.

⁴ Keppler, Karlheinz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.30.

⁵ 原文為 Life in prison shall approximate as closely as possible the positive aspects of life in the community.

⁶ 原文為 Medical services in prison shall be organised in close relation with the general health administration of the community or nation

⁷ Feest, Johannes(Hersg.): Kommentar zum Strafvollzugsgesetz, 5.Aufl. Neuwied: Luchterland 2006, §56 Rnd.4, 12.

⁸ Keppler, K.: Grundlagen der Anstaltmedizin, in: Deutsche Aidshilfe(Hrsg.): Betreuung im Strafvollzug, Ein Handbuch, Berlin, 1.Aufl. Eingenvverlag 1996, S.111-129.

⁹ 原文為 Medical services in prison shall seek to detect and treat physical or mental illnesses or defects from which prisoners may suffer.

否有單獨監禁適應力等等，而監獄醫師具有向監獄首長報告的義務。另外，監獄醫師還要作為監獄中公共健康衛生事務的事實管理者，因而需將心力關注在所有受刑人的一般健康情形。也就是，監獄醫師在監獄行刑法要求的各種不同的任務責任，使其運作自身的角色不能單單只是照顧病人的醫師而已，作為執行監獄首長的相關決定之下屬機關，監獄醫師也只能在立基於醫師倫理良知下對於監獄首長的決定提出反對建議，而儘可能堅持「醫療優先」的要求¹⁰。

二、德國監獄醫療之具體規定與適用

(一)監獄醫師(Anstaltarzt)、契約醫師(Vertragarzt)及私請醫師(Privatartz)

依德國監獄行刑法第 158 條第 1 項規定，有關監獄中的醫療照護是由監獄中專職醫師確立為之。監獄中的專職醫師是公務員而隸屬於監獄中的組織，是立於監獄首長以及職務監督機關之下的人員。每一個情形或個案下監獄醫師的措施在法律層面上來看都是監獄的高權行為，對外而言都是代表監獄首長所為¹¹。

根據監獄行刑法第 158 條第 1 項前段之規定意旨，罹患疾病的受刑人之治療，是絕對歸屬於監獄中專職醫師的權限並由其加以負責，監獄中專職醫師對於受刑人疾病的處理具有裁量判斷的自主空間，監獄首長只能在事後進行有限度的查核。不過，在實務上並不罕見，監獄醫師的判斷與監獄首長基於監獄安全與紀律或是受拘禁者本身的安全等考量觀點會產生衝突，特別是在監獄行刑法第 65 條有關將受刑人病人移置至監獄外醫療院所之決定的問題上面，亦即監獄醫師的判斷認為受刑人病患應該在外面的醫療院所接受治療，但此決定的執行卻必需繫於監獄首長的同意¹²。其次，根據監獄行刑法第 158 條第 1 項後段，出於特別的原因時可將受刑人之治療委託給兼職醫師或契約醫師。所謂特別的原因，依監獄行刑法第 58 條之施行細則第 2 號的規定，是指依照個案情形的疾病種類與嚴重程度之必要。而由監獄外部聘請的醫師對於受刑人之治療措施與決定仍然是立於受監獄首長的審視之下，此即意味著外部醫師的決定仍會被監獄首長加以否決。不過，由於外部醫師不是隸屬於監獄的組織，除了受刑人病患的治療之外沒有其他額外的任務，所以醫師自身的角色衝突或者與監獄首長的潛在衝突會降低很多。

此外，只有在例外情形，個別的受刑人始有可能以他所信賴的私請醫師進行諮詢問診。監獄行刑法對此沒有明文規定，而且向來實務見解主張，延請私人醫師並非受刑人的請求權¹³。不過，根據監獄行刑法第 58 條之施行細則第 3 號所規定的複雜程序可以見到這個可能性。依此規定，在經過監獄醫師的聽證(Anhörung)程序之後，監獄首長可以許可受刑人以自己的費用延請欲諮詢問診的醫師，而且必需是該受刑人對於所欲延請的醫師以及監獄醫師進行保密義務的

¹⁰ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.30-31.

¹¹ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.31.

¹² Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.31.

¹³ OLG Hamm, ZfStrVo 1979, 127.

解除程序後，監獄首長才可以給予許可。在實務上，由於受刑人沒有法定醫療保險，所以通常只有少數相當有財力的受刑人才有可能進行此等程序而得到監獄首長的許可。

(二)受刑人醫療照護之種類與範疇

1.疾病照護範疇

上揭提到國際層級的規則中的等效原則在德國監獄行刑法中是有獲得落實的。依德國監獄行刑法第 56 條第 1 項規定，受刑人的生理與心理健康應予以照護。第 58 條第 1 項規定，對於疾病的查知與治療、疾病惡化的防止或者疾病帶來的痛苦之減緩，受刑人有請求權存在；同條第 2 項規定，疾病照護包含：(1) 醫師的治療；(2) 牙醫的治療，包括假牙的照護提供；(3) 藥品、外用敷料、矯正及輔助物品或工具的照護提供；(4) 在不會抵觸監獄行刑的運行下，針對疾病復原(Rehabilitation)、壓力測試(Belastungserprobung)與工作治療(Arbeitstherapie)提供的醫學以及額外增加的措施。第 61 條規定，監獄中健康檢查與醫療照護的提供及其範圍，以及疾病治療措施包括提供輔助物品或工具的範圍，應符合社會法與基於社會法所涉及的相關規定。由此可知，在德國受刑人病患得到的醫療照護原則是與法定醫療保險下的病患相同標準，也就是受刑人病患得到的醫療照護之種類與範疇必需以社會法(SGB) 第 5 篇為依歸，而基於社會法第 5 篇第 92 條的授權，由醫師與醫療保險公司組成的共同聯邦委員會(Gemeinsame Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen) 所決議的有關合目的性與經濟性的病患照護準則，除了監獄行刑法另有規定者外，監獄醫師仍是受其拘束¹⁴。

在監獄行刑法中有些規定乃對於社會法第 5 篇的適用加以限縮，諸如監獄行刑法第 59 條雖然規定，為了在個案中確保疾病的治療成效或是使殘障獲得衡平，受刑人有權請求獲得視力、聽力、身體義肢、骨科方面或其他協助物品，但前提是，需顧及短期剝奪自由而沒有不正當性存在，並且這些協助物品不是日常生活的一般消耗品。在不會抵觸監獄行刑的運作下，受刑人的請求權包括協助物品的換新、修復與更替以及使用訓練。對於視力上的協助物品（眼鏡）只有在視力的屈光度至少有 0.5 的改變時才能請求換新，而只有在醫學強制必要的例外情形下才可以有隱形眼鏡的配置請求權。

至於牙齒的醫療照護依監獄行刑法第 58 條第 2 項第 2 號的規定是明顯包括牙病治療以及裝置假牙。此乃符合歐洲監獄規則第 41 條第 4 號規定：「受有牙醫及眼科專業訓練的人員應該是每一個受刑人皆得以接近使用的」。不過，德國獄政實務上都是透過契約醫師來進行牙齒的醫療照護，此係依據社會法第 5 篇第 92 條第 1 項第 2 號及同條第 5 項的授權，在此範圍內的監獄中牙齒醫療照護是毋庸付費的，但是逾此範圍的假牙與牙套裝置照護則是自費，不過，依監獄行刑法第 62 條，各邦的司法行政當局可以自行決定是否對於受刑人予以津貼補助。

¹⁴ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.33.

然而在 2003 年的法定醫療保險修正法案(GKV-Modernisierungsgesetz 2003)引進的費用確立程序，並沒有將津貼補助加以連結。這引發背離等效原則的批評，蓋因倘若受刑人無法支付自費部份或者無法預見這些費用可經由外部加以承擔時，受刑人即無法獲得必要的牙齒醫療復原¹⁵。

2. 健康檢查範疇

有關受刑人為預防疾病的健康檢查，依監獄行刑法第 57 條第 1 項規定，受刑人年滿三十五歲時，每年有權請求兩次的醫療健康檢查，俾以提早查知疾病，尤其是心臟、血管、腎臟方面的疾病以及糖尿病；第 2 項規定，女性受刑人最早從二十歲開始，男性受刑人最早從四十五歲開始，受刑人每年有權請求一次有關癌症的醫療健康檢查。這兩項的健康檢查依監獄行刑法第 57 條第 3 項規定是立基於下列三個前提：(1)涉及可以有效治療的疾病 (2)透過診斷措施可以查知此疾病的前期或早期階段 (3)此疾病的病症是可由醫學儀器加以充分明顯掌握的 (4)有提供足夠的醫師及設備，對於被發現的可疑病例是可以進行診斷與治療。

至於牙齒的檢查，依監獄行刑法第 57 條第 5 項規定，十四歲至二十歲未滿的受刑人，為了預防牙齒疾病，每半年可進行一次牙醫檢查。此項牙醫檢查應該從牙肉問題、牙病原因的釐清及其預防、診治療程的比較，延伸至口腔衛生、牙肉狀態、相較於蛀牙的感受、口腔照顧動機與指示以及牙齒琺瑯質加強措施。另外，依監獄行刑法第 57 條第 4 項規定，女性受刑人若有攜帶子女入監同住，至小孩六歲前，女性受刑人有權請求對小孩進行疾病早期查知的健康檢查，也就是避免因疾病使小孩的身體及心智發展受到些許的危害。

3. 為達再社會化之醫療措施

其實在社會法第 5 篇中並沒有關於整形等外科的醫療措施的規定，但在一般社會中，基於社會心理的評估(sozialpsychologische Gutachten)之要求，並且該外科手術是屬於心理治療下的伴隨措施，醫療保險公司是可以針對特定的外科手術支付費用的。所以依監獄行刑法第 63 條前段規定，在受刑人同意之下，監獄行刑機關應該准允諸如手術或裝義肢等醫療措施，以促進受刑人的再社會化；同條後段規定，倘若依受刑人的經濟狀況是合理的，而且該醫療措施對於目的之達成沒有疑問的話，受刑人應該要承擔此費用。監獄行刑法第 63 條是賦予監獄行刑機關在一般情形下的「應為義務」(Soll-Pflicht)，而受刑人則是擁有未受限制的權利。在實務上這裏可適用的醫療措施，諸如祛除刺青(Tätowierung)、依照變性法要進行的手術之準備措施(Vorbereitung auf eine operation nach dem Transsexuellengesetz)、監獄行刑中性慾困擾的治療(Behandlung sexueller Störung im Vollzug) 等等。通常除了醫師的評估之外，還會要有心理治療師或者社會教育人員的額外評估說明，俾以對於這個社會復歸措施之必要性提供立論¹⁶。

¹⁵ Feest, Johannes(Hersg.), a.a.O., §62 Rnd.1.

¹⁶ Feest, Johannes(Hersg.), a.a.O., §63 Rnd.6f..

此外，雖然如前述，監獄行刑法第 56 條有關受刑人醫療照護的規定是包含「精神健康」(geistige Gesundheit) 的照顧，但是監獄行刑法第 58 條有關疾病照護範疇卻沒有明白提到精神疾病，在監獄行刑實務上確實也欠缺這方面的專業人員提供，也欠缺這樣的觀念，然而許多受刑人因監禁出現了心理或精神上的困擾其實是需要有合乎專業的處理。惟可惜，在 1997 年的一則 Karlsruhe 邦高等法院的判決¹⁷表示，對於一個精神分裂(schizoid)且自戀情緒困擾的受刑人，弗萊堡監獄不需支付其心理治療費用，蓋因這並非監獄行刑法第 58 條的條文規定下的疾病，因此受刑人對監獄沒有支付醫療費用的請求權。不過，文獻上對於這個判決的批評卻不是集中在如何對監獄行刑法第 58 條加以闡釋，反而都是主張對於一個有心理或人格困擾而有治療需求的受刑人，監獄行刑機關應該有義務將其送入社會治療監禁所(sozialtherapeutische Anstalt)或者監獄中的社會治療部門¹⁸。

(三)費用問題

在監獄行刑中受刑人對於醫療措施的提供不需要有自己的部份負擔，蓋因受刑人的監禁費用已將任何的支出都計算在內，只有依監獄行刑法第 50 條，在受刑人為自由外出(Freigänger)期間、依僱用關係而有社會保險義務(sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältniss)或者其他自行在外部購買的保險，始屬自行負擔。即使在 2003 年的法定醫療保險修正法案之後亦無法改變，也就是，不論是依社會法第 5 篇第 28 條第 4 項第 1 句有關看診費用的提高，或是社會法第 5 篇第 31 條第 3 項有關藥品及輔助物品的費用負擔之引進，都與監獄行刑法的規定不相符合。對此巴伐利亞邦(Bayern) 以及巴登符騰堡邦(Baden-Württemberg) 嘗試提出相應的監獄行刑法修法，而在 2006 年的聯邦體制改革(Föderalismusreform)¹⁹之下達成，自此聯邦立法機構不能修改監獄行刑法，而是必需經由各邦的權限為之。修法後在各邦共同適用的規定，即一般而言受刑人不需負擔醫療措施費用，但在例外法條有明文規定時，如監獄行刑法第 62 條有關假牙以及第 63 條有關為達再社會化之醫療措施的費用，則由受刑人負擔²⁰。

(四) 移置於監獄外的醫療院所

依德國監獄行刑法第 65 條第 1 項規定，罹患疾病的受刑人可以被安置於監獄中的醫療病院或者對於其疾病治療更適當的監獄設施；同條第 2 項規定，當處於監獄設施或者監獄內醫療病院的受刑人其疾病無法被查知或治療時，或者不可能適時地(rechtzeitig)將罹患疾病的受刑人安置於監獄中病院時，則應該將其送往監獄外的醫療病院。

是否將罹患疾病的受刑人安置於醫療病院是屬於監獄行刑專業以外的醫療

¹⁷ OLG Karlsruhe, NStZ 1998, S.302ff.

¹⁸ Feest, Johannes(Hersg.), a.a.O., §58 Rnd.12-15.

¹⁹ 德國在 2006 年 9 月 1 日進行了基本法上最大規模的聯邦體制改革，透過此次改革應該改善聯邦與各邦的行為與決定自由、政治責任的明確分配，以及任務履行效率與目的符合性的提升。

²⁰ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.34.

實踐上的自我理解性(Selbstverständlichkeit der ärztlichen Praxis) 的事務。倘若醫療病院是在自己的監獄中，監獄醫師主管可以毫無問題地依自己的決定將罹患疾病的受刑人從牢房移至醫療病院的自由病床；比較有困難的是醫療病院在其他監獄中，就必需在符合監獄行刑法第 65 條的前提要件時，由監獄首長基於合乎義務的裁量(pflichtgemässen Ermessen) 進行決定²¹。

雖然在法律規定上是近似的前提要件，但是相較於將罹患疾病的受刑人移置於其他監獄中的醫療病院而言，依監獄行刑法第 65 條第 2 項規定的將罹患疾病的受刑人移置監獄外的一般醫療病院，在實務上操作更形複雜。對此應是監獄醫師對於決定內容的正確性加以負責，而由監獄首長加以執行，然而在實務操作上至少會遇到兩個阻礙：費用問題及安全問題。安全問題是由監獄行刑法第 65 條的施行細則對於監獄人員為監視有階層式的規定，亦即，依該施行細則第 1 項規定，只有在基於受刑人的人格或其他特別情形而有逃亡的憂慮時，由監獄人員在受刑人移置監獄外醫療病院的行刑時期內進行監視始有必要；倘若著眼於病情狀況而完全放棄監視，醫療病院可被要求，若病患有所改善，而呈現可能的逃亡時，醫療病院應通知監獄。依該施行細則第 2 項規定，倘若因受刑人在監獄外醫療病院的事實治療或觀察的進行期間是無法為監視者，則移置監獄外醫療病院的決定必需綜合衡量病情急迫性與逃亡的危險以及對公共安全的危害。在衡量這些因素後一個非立即必要的臨床治療應加以推延²²。

雖然在符合監獄行刑法第 65 條第 2 項的前提要件時，亦即在監獄中受刑人疾病的無法探知性或疾病的無法治療性，受刑人對於移置監獄外醫療病院是具有請求權的，並且可經由法院訴訟途徑加以實現。一般認為，安全問題是首要考量，但是在德國許多實務案例卻是費用問題多於安全問題，而形成受刑人移置監獄外醫療病院的阻礙，因為監獄行政方面必需以自己的預算支付醫院費用，從而監獄當局多半會嘗試阻礙受刑人移置監獄外一般醫療病院。在緊急的情形，監獄實務上寧可依刑事訴訟法第 455 條經由檢察官的決定而為刑罰中斷措施，蓋因此等刑罰中斷下的受刑人醫療費用與安全確保是受刑人自己承擔。也就是依刑事訴訟法第 455 條第 4 項規定，凡是(1)受判決人有精神疾病、(2) 因疾病若刑之執行會對於受判決人有近期生命危險之憂慮、(3) 受判決人病重或者其疾病在監獄設施或者監獄內醫療病院無法被查知或治療者，並且可預期該疾病顯然會持續相當時間，刑事執行機關可以中斷刑之執行。但是若有更重要的原因，亦即背離公共安全時，刑之執行則不允許中斷²³。

三、德國監獄醫療之實務現況

(一)監獄中醫療病院的型態與醫療人力近況

德國的監獄醫療病院(Justizvollzugskrankenhaus)的型態，首先是自 19 世紀最

²¹ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.36.

²² Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.36.

²³ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.36.

開始出現，至 20 世紀仍有許多監獄加以使用的「附屬式醫院」(Appendix-Krankenhäuser) 型態。當時的監獄建築是十字型或者星狀型，各建築物的翼端是可以全視景地觀看得到，醫院會設在每一個建築翼端可以最近地到達的地方。這種附屬式醫院是德國典型的監獄醫院，目前例如在 Niedersachsen 邦的 Lingen 監獄，以及 Hessen 邦的 Kassel 第一監獄都有這樣的監獄醫院（見下列表格）。當然這種附屬式醫院沒有辦法執行特別的手術，也沒有辦法因應現在日益增加的受刑人醫療需求之請求權落實狀況²⁴。

其次，在 Nordrhein-Westfalen 邦的 Fröndenberg 監獄病院則是走一個反向思考之路，也就是並不是只將監獄建築物改個名稱變作醫院，而是將醫院建置為符合基礎及經常性的醫療照護，並且確保符合監獄要求的措施。而 Berlin 新近蓋的一個醫院，是在監獄中而朝向符合監療照護必要的設置為方向。再者，在 Mecklenburg-Vorpommern 邦的 Warnow 醫院自 2005 年起，以及 Brandenburg 邦之中的 Brandenburg 市的公立醫院自 2008 年起創建新的模式而邁向新的進展。亦即由 Warnow 醫院及的 Brandenburg 市的公立醫院在院內設置具有安全設備的醫療區域，在其中受拘禁的病人可以獲得臨床的治療（見下述）。這兩個邦可以進行這樣的方式，是因為其擁有數量較少的監禁位置，而且在過去東德時受刑人醫療照護採集中方式，也就是在 Leipzig 負責外科手術與內科，在 Bautzen 是負責心理治療，但是在德國統一後，這兩個邦自己的監獄在重建後卻沒有引進運用²⁵。

表格 1：Übersicht über JVKH in Deutschland 德國監獄醫院概觀

Bundesland/ Name des JVKH 聯邦/ 監獄醫院 名稱	Status (Bausubstanz) 狀態 (建築型態)	Abteilungen/Stationen 部門/ 治療站	Externe Möglichkeiten 外部的可能性	Bettenzahl 床位數量
Baden-Württemberg/ JVKH Hohenasperg	Eigenes Krankenhaus(alt) /KH der Regelversorgung mit Einschränkungen 自己的醫院(舊)/ 帶有限制之一般 照護的醫院	Psychiatrie/Psychotherapie 精神/心理治療 Neurologie神經內科 Innere內科 Kleine Chirurgie小的 外科手術	Keine Angabe 沒有訊息	172 Psychiatrie/ Psychotherapie/ Neurologie (96) 精神/心理 治療/神經 內科 Innere (51)

²⁴ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.246.

²⁵ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.246.

				內科 Chirurgie (25)外科手術
Berlin /JVKH Berlin	Krankenhaus der Grundversorgung (neu) 帶有基礎照護的 醫院 (新)	Innere 內科 Psychiatrie/Psychother apie 精神/心理治療 Röntgen X光射線	Inanspruchnahm e von Konsiliarärzten 經由連繫醫師的 參加要求	125 Innere (80) 內科 Psychiatrie/ Psychothera pie (45) 精神/心理 治療
Hamburg/ Zentralkrankenh aus der Untersuchungsh aftanstalt Hamburg	Appendix-Kranken haus (alt)	Allgemeinmedizin家 醫科 Chirurgie(inkl. Urologie) 外科手術(含泌尿科) Innere(inkl. Pulmologie) 內科(含肺科)	Anästhesie麻醉 Augen眼科 Haut皮膚科 Gynäkologie婦 科 Neurologie神經 內科 HNO耳鼻喉科 Orthopädie骨科 Radiologie放射 線科	63 (Manner + Frauen) 63床 (男性 + 女性)
Hessen/Zentralkr ankenhaus bei der JVA Kassel 1	Appendix-Kranken haus (alt) 附屬式醫院	Innere/ Allgemeinmedizin(ink l. Infektionskrankheit) 內科/家醫科(含傳染 病) Kleine Chirurgie(Keine Ops in Vollnarkose) 小外科手術(不含全 身麻醉的手術) Psychiatrie/Psychother apie 精神/心理治療	HNO耳鼻喉科 Radiologie放射 線科 Augen眼科 Urologie泌尿科 Haut皮膚科 Orthopädie骨科 Gynäkologie婦 科 Kieferchirurgie 下顎手術	69
Niedersachsen/ JVKH Lingen	Appendix-Kranken haus (alt)	Chirurgie外科手術 Innere (inkl. Infektionsstation) 內	HNO耳鼻喉科 Urologie泌尿科 Haut皮膚科	91 Davon 5 Frauen-Bett

	附屬式醫院	科(含傳染病站) Psychiatrie精神治療	Neurologie神經 內科 Röntgen X光射像	en 91床其中 有5個女性 床位
Nordrhein-Westf alen/ JVKH Fröndenberg	Eigenes Krankenhaus der Grund-und Regelversorgung 帶有基礎及一般 照護的自己的醫 院	Chirurgie外科手術 Innere內科 Psychiatrie精神科 Anästhesie麻醉科 Interdisziplinäre Intensivstation跨學科 的密集治療站	HNO耳鼻喉科 Augen眼科 Urologie泌尿科 Haut皮膚科 Orthopädie骨科 Gynäkologie婦 科 Kieferchirurgie 下顎手術	226 Davon 26 Frauen-Bett en 226床其中 有26個女 性床位
Reinland-Pfalz/ JVKH Wittlich	Appendix-Kranken haus der Grundversorgung (alt) 帶有基礎照護的附 屬醫院(舊)	Innere(inkl. Isolierstation) 內科 (含隔離站) Chirurgie外科手術	Keine Angabe 沒有資料	38 (Manner +Frauen) 38床 (男性 +女性) Innere 內科 (27) Chirurgie外 科手術 (11)
Sachsen/ VKH Leipzig	Appendix-Kranken haus (modern) 附屬醫院(新穎的)	Somatische Erkrankungen 軀體疾病 Psychiatrie/Neurologie 精神疾病/神經內科 Innere內科 Kleine Chirurgie小外 科手術	HNO耳鼻喉科 Augen眼科 Haut皮膚科 Orthopädie骨科 Gynäkologie婦科 Kieferchirurgie下 顎手術	70 (Manner +Frauen) 70床 (男性 +女性)

表格來源：Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.247.

上揭德國監獄行刑法中關於受刑人醫療照護的規定，係為確保監獄中受刑人的醫療照護可以與外界在法定醫療保險的醫療照護達到相等程度。但必需進一步探究的是，現實上受刑人得到的醫療照護狀況與法規要求的情形是否相符，或者說有多少程度上的相符，也就是國家可以為監獄內的每一個受刑人提供多少的醫療照護，與法定醫療保險下的每一個被保險人可以獲得的醫療照護加以比較。只不過，德國聯邦醫師委員會(Bundesärztkammer) 所統計的執業醫師人數並沒有

辦法區分是在哪裡執業，所以通常只能提出監獄內執業醫師人數與受刑人人數及其比例之統計數字。根據 2004 年德國聯邦核定的監獄醫師位置有 305 位，而在 2003 年年底監禁中的受刑人人數是 79,752 人，依此計算之醫師對受刑人的比例是 1:261，也就是每一位監獄醫師平均要照護 261 個受刑人。下列表格是德國各聯邦在 2004 年的監獄專職醫師位置數量，與前一年底的受刑人平均監禁人數，及兩者的比例。由此圖表可看到，1:261 是平均的照護比例，但各個邦的差異其實頗大。例如在柏林地區的醫師對受刑人的比例是 1:159，但在 Saarland 卻是 1:931，甚至在 Thüringen 邦沒有監獄專職醫師位置²⁶。

表格 2：德國各聯邦在 2004 年的監獄專職醫師位置數量，2003 年年底的受刑人平均監禁人數，及兩者的比例

Bundesland (聯邦)	Stellenzahl 2004 (2004 年位 置數量)	Jahresdurchschnittsbelegung 2003 (2003 年的年平均監禁數量)	Versorgungsrelation (照護比例)
Baden-Württemberg	26	8,604	1:331
Bayern	45	11,964	1:266
Berlin	33	5,318	1:159
Brandenburg	11	2,308	1:210
Bremen	1	733	1:733
Hamburg	15.24	3,123	1:205
Hessen	21	5,883	1:280
Mecklenburg-Vorp.	7	1,634	1:233
Niedersachsen	32	6,951	1:217
Nordrhein-Westfalen	63	17,727	1:281
Rheinland-Pfalz	9	3,873	1:430
Saarland	1	931	1:931
Sachsen	25	4,253	1:170
Sachsen-Anhalt	13	2,882	1:217
Schleswig-Holstein	3	1,577	1:526
Thüringen	0	2,051	-
Insgesamt (總數)	305.74	79,752	1:261

圖表來源: Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.82.

當然上述醫師對受刑人的照顧比例是不能完全反映出監獄中醫療照護的狀況

²⁶ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.81.

況，蓋因監獄醫師位置是指專職者，監獄會大量地運用兼職醫師，並且與外面醫院的醫師為連結，而這些統計並沒有把送樣的因素考量進去，上揭統計只有以專職的監獄醫師為計算。此外，上揭統計也沒有考量到的是，有些較大型的監獄醫院會接納各個德國聯邦轉介過來的受刑人病患。例如來自於 Bremen 監獄需要臨床醫療照護的受刑人都是安置在 Niedersachsen 邦的 Lingen 監獄醫院；來自於 Saarland 監獄需要臨床醫療照護的受刑人都是安置在 Rheinland-Pfalz 邦的 Wittlich 監獄醫院。又例如經過 Thüringen 邦司法部與其他邦司法部的協商約定，Sachsen 邦的 Leipzig 監獄醫院、Hessen 邦的 Kassel 第一監獄的中心醫院、Bayern 邦的 St. Georgen-Bayreuth 監獄的肺病治療部門(Tbc-Abteilung) 以及 Nordrhein-Westfalen 邦的 Fröndenberg 監獄醫院都可以接受安置 Thüringen 邦需要臨床醫療照護的受刑人²⁷。

不過，從另一個角度來看，倘若是用年平均受刑人數來評估監獄醫師的醫療服務負擔，反而是有利的景像。因為現實上監獄全年收容的受刑人人數會比年平均受刑人數多得多，也就是有許多是短期刑罰者以及被羈押的人來來去去²⁸。依 2004 年的監獄統計，新收入監的有 375,671 人，這數量遠遠高於該年平均受刑人人數的 79,752 人，所以實際上監獄醫師的負擔應該是高得多。此外，若要比較監獄內醫師與外部醫師的負擔量，除了人數之外，還要考慮到病患諮詢的次數。而呈現出來的現象是，監獄中受刑人比起外面一般社會中的人更常造訪醫師，雖然受刑人造訪醫師的平均次數在德國沒有統計數字，但是可以參考鄰近的國家的統計，例如英國的報告，其監獄中受刑人造訪醫師的平均次數是一般社會中的人的三倍之多；比利時則是 3.8 倍²⁹。監獄中受刑人更常造訪醫師的原因是來自於，在監禁中受刑人對於自己的身體及健康之自我意識較深刻，並且在監獄中醫師是比較容易接近的。當然不可忽略的是，許多受刑人的身體及健康在入監前就處於較差的狀況，根據荷蘭司法部的統計，有 20%至 50%的受刑人在入監時就是處於需要醫療照護的情形³⁰。綜合這些因素，都形成監獄醫師的負擔高於外面一般社會中的醫師。

(二)傳統的醫療服務範疇與目前的發展

從上揭德國監獄醫院的概觀描述可知，傳統的監獄醫院提供的主要醫療服務範疇是內科與外科手術，其他的科別由於沒有自己的醫師，只能透過外部的諮詢醫師(konsiliarärzte)來診斷病因，但問題是無法將受刑人病患帶到諮詢醫師面前來接受診查。而向來監獄醫院會進行外科手術或侵入性的醫療措施，主要的思考是毋庸耗費額外的安全與監視的人力物力。然而近來對於外科手術或侵入性的醫療

²⁷ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.82.

²⁸ Schwind, Hans-Dieter /Böhm, Alexander / Jehle, Jörg-Martin/Laubenthal, Klaus (Hrsg.): Strafvollzugsgesetz- - Bund und Länder, Kommentar, 5.geänderte und neu bearb. Aufl.,Berlin : De Gruyter Recht 2009, §56 Rdn.25ff..

²⁹ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.83.

³⁰ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.83.

措施之衛生與品質確保的要求日益增高，而且對於術後的復健臨床照護也幾乎無法提供。因此，在近年來德國的監獄醫療是朝著下列的發展併行³¹：

1. 縮減外科手術、削減外科手術床位

在這幾年之間，監獄醫院已不再進行大型的外科手術，而傳統的外科醫院，如舊東德地區的 Leipzig 監獄現在僅提供小型的外科手術。被視為監獄醫院的典範之 Nordrhein-Westfalen 邦的 Fröndenbergl 監獄醫院則是將外科手術床位全數削減，而改為精神治療病床。這樣的潮流包括 Berlin 監獄近期開始營運的監獄醫院也沒有建置符合要求的外科手術部門。

2. 在公立醫院建置臨床的監獄醫療

當監獄醫院不再進行外科手術時，或者說外科手術醫療資源日益減少時，就會發生所謂「病患旅行」(Patient-Tourismus) 以及「手術與術後照護分裂」(Splittung von operativer und postoperativer Leistung) 的情形。在「病患旅行」的情形，在受刑人病患停留在外部醫院的期間就會增加外逃的危險，故必需耗費大量的安全人力物力。至於「手術與術後照護分裂」是指，有手術需求的受刑人病患在公立醫院接受外科手術，在甦醒至術後照顧的階段則送回監獄中。但是這樣的情形產的問題是，倘若在接送過程受刑人病患發生狀況，則很難釐清原因何在，就醫師的責任而言，亦難以釐清是進行手術的醫師或者照護的醫師是可歸咎的，造成監獄與公立醫院合作的不利影響。所以在 Mecklenburg-Vorpommern 邦的 Warnow 醫院，以及 Brandenburg 邦之中的 Brandenburg 市的公立醫院，在院內設置具有安全設備的醫療區域，在其中受拘禁的病人可以獲得臨床的治療，兩者之具體內容見下列表格 3 所示。

表格 3：öffentliche Krankenhäuser mit gesicherten Haftstationen 具有安全設備監禁站之公立醫院

	Warnow-Klinik Bützow (Mecklenburg-Vorpommern) In Betrieb seit Januar 2005 自2005年1月開始營運	Städtisches Klinikum Brandenburg (Brandenburg) In Betrieb seit April 2008 自2008年4月開始營運
Status 狀態	In Mecklenburg-Vorpommern sind die klassischen Versorgungsstufen abgeschafft, daher am ehesten KH der Grundversorgung 在Mecklenburg-Vorpommern邦傳統的照護階段被廢止，之後則是基礎照護的醫院	KH der qualifizierten Regelversorgung 合格的一般照護醫院 Akademische Lehrkrankenhaus der Charite Charite的學術教學醫院
Abteilung 部門	Innere Medizin內科醫學 Chirurgie外科手術	Allgemein-und Viszeralchirurgie一般及內臟手術

³¹ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.248.

	Anästhesie麻醉	Anästhesiologie und Intensivtherapie 麻醉學及密集治療 Augenheilkunde眼科治療 HNO, Gesicht-und Halschirurgie耳鼻喉科, 臉部及喉嚨外科手術 Gefäßchirurgie血管外科手術 Frauenheilkunde und Geburtshilfe婦女疾病治療與接生協助 Innere Medizin I und II 內科醫學I及II Kinder-und Jugendmedizin孩童及少年醫學 Neurochirurgie神經外科手術 Orthopädie und Unfallchirurgie骨科及意外事件外科手術 Urologie und Kinder Urologie泌尿科及兒童泌尿科
Sicherung 安全狀況	Abgetrennter Bereich am Ende einer Station, nach den Vorgaben des Justizministeriums gesichert entsprechend JVA-Standart 根據司法部要求的符合監獄的安全標準, 在醫療站的尾端為隔開的區域	Fenstergitter, Schleuse, Haftraumtüren, detektierte Aussenkameraüberwachung 窗戶柵欄, 渠道、監禁房間的門, 偵測用的外部攝影監視器
Bewachung 監視	AVD, ganztägig 自動錄影監視器, 全天	AVD, ganztägig 自動錄影監視器, 全天
Bettzahl 牀位數量	5 Betten 5個床位	6 Zimmer 6個房間
Pflegeleistung 照護提供	Pflegepersonal des Krankenhauses 醫院的照護人力	Pflegepersonal des Justizvollzuges 監獄的照護人力
Aufnahme von Patient aus anderen Bundesländer 自其他聯邦接納病人	Möglich (allerdings erst Verlegung in JVA Bützow erforderlich) 有可能 (但是必需以先移監至Bützow的監獄為必要)	Möglich (über Ltd Anstaltsärztin JVA Brandenburg) 有可能 (透過Brandenburg監獄的監獄醫師主管)
Sonstiges 其他	Behandlungsfrequenz: ca. 3-4 Patient pro Woche 治療頻率: 每星期大的3至4個病人 Ca. 90 % der auftretenden Krankheiten behandelbar 大約90% 出現的疾病皆可治療	In den 6 Zimmer z.T. Doppelbelegung möglich 六個房間目前雙倍容納安置是有可能

表格來源：Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.249.

(三) 當前的問題

目前德國監獄中的臨床疾病照護，有幾個問題的存在是極待解決，若沒有解決之道，未來即無法再給予受刑人符合品質、具有功能的臨床疾病照護。分述如下³²：

1. 監視的問題

凡是在監獄外進行疾病照護，都會面臨監獄人力的大量耗費的問題。例如安置在外面的公立醫院進行一項急性而必要的手術，所需的人力難以計劃，亦即通常是由兩個監獄人員監視一位受刑人，若是 24 小時的監視，人力的需求計算大約是 5.6 個人員位置，倘若超過一個月的時間，就會超過 11 個人員位置。另外，在監視工作上還有一些無從計算的壓力因素存在，例如監視工作的極端無聊，以及必需不斷與醫院的人員討論並決定一些事項，諸如鎖鍊是否因醫療考量而解除？在哪些醫療措施進行時，監獄人員應該離開等等問題。

2. 醫師欠缺及減縮醫療服務的問題

在德國目前面臨的問題是，許多小醫院都找不到合格的專業醫師人力，這種情形在監獄更形惡化，而且更是不可能完成的任務。監獄醫師欠缺的問題，在舊東德地區尤其嚴重。並且，愈來愈明顯的事實是，在監獄中對於衛生及醫療品質的要求期望愈來愈高，再加上各種醫療行為所應遵守的規則與指令之密度愈來愈強，當然對於人力資源的需求就愈來愈多，但衛生及醫療人力其實是高度專業能力者，原本就沒有那麼龐大的數量，這一方面導致監獄中醫療服務的費用不成比例地增加，另一方面則是導致監獄就縮減醫療服務的內涵，例如外科手術或侵入性治療行為，或者需要專業設備的治療都逐漸消失。

3. 建築物狀況的問題

在一些老舊的監獄醫院，其建築物的狀況完全無法符合醫院水準的要求，倘若要做到必要的改變，需耗費相當可觀的財力物力，並且實際上會遭遇很大的困難。

(四) 問題解決之道的建議

倘若以加強監獄醫師人力的角度做為目前問題的處理方式，恐怕是無法解決問題。如上述，在 Mecklenburg-Vorpommern 邦及 Brandenburg 邦在公立醫院設置給受刑人的臨床醫療照護區域，是比較好的方向。不過，以現行可見到的床位數量 (Warnow 醫院有 5 床；Brandenburg 市的公立醫院有 6 個房間)，對於一些受刑人數龐大的聯邦而言，恐怕較難以這種模式作為解決之道。

至於受刑人病患床位需求龐大的聯邦則應相對地採取另外的模式作為解決之道，該模式的基本想法是一種內部醫療與外部醫療的傳動運輸 (Verzahnung von

³² Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino (Hersg.), a.a.O., S.249-250.

intra-und extramuraler Medizin)。亦即在這樣傳動運輸模式中，基本的元素是³³：

1. 監獄醫院是作為當地的大型公立醫院 (Ökumenischen Krankenhaus) 之「分支醫院」(Filialkrankenhaus)。
2. 在大型公立醫院中有自己的隔離安全區域，在其中有醫院人員與監獄人員共同進行工作。而這個區域，特別是其中的安全設施，是以這樣的觀念來設置的，也就是當這個地區的監獄沒有受刑人有醫療的需求時，它可以用於其他的醫院及受刑人病患。
3. 在大型公立醫院任職的醫師也要在監獄醫院提供醫療服務。
4. 監獄醫院的醫師也要對於在大型公立醫院中的受刑人病患提供醫療服務。倘若監獄醫院的醫師想要選擇參與一般醫院的運作，則應該經過審查。
5. 監獄醫院的醫療急救也應由大型公立醫院任職的醫師共同進行照護。
6. 基於日漸增加的醫療行為所應遵守的規則與指令，而要求的必要人力資源(例如衛生人員或品質確保人員)應該由監獄醫師與大型公立醫院的醫師共同運用。
7. 監獄醫院與一個醫療照護的中心之連結在執行面上，應該在傳動運輸使其更加簡化，並且更有選擇性。

透過如此醫療照護的傳動運輸，應該可以達到以下的好處³⁴：

1. 對於那種鮮少使用的醫療措施的費用支出就可以降低，蓋因這種醫療措施只要在大型公立醫院進行即可。也就是，將監獄醫師與大型公立醫院連結，在大型公立醫院進行外科手術或其他需要較大設備的醫療措施，不但可以使監獄醫師在這些少見的醫療行為上獲得實務操作能力之培訓機會，也同時使得「量少」的問題獲得解決。
2. 可以減少將受刑人病患外送至其他醫院的可能性，並且可以節省掉外送醫院時的監視人力。
3. 對受刑人病患而言較有可能獲得合格的專業醫療人員的照護，以及有符合資格之專業醫療人員可加以運用。
4. 對於日漸增加的醫療行為所應遵守的規則與指令，也可以得到較平均的注意。
5. 可以使得不符合需求而要耗費大量人力物力去改變的監獄建築保留原樣，蓋因所需的醫療資源可由大型公立醫院提供。

近期在德國的大型公立醫院一直被質疑的財務狀況，也可因為與監獄醫院連結而開啓額外收入的來源。而監獄醫院透過與大型公立醫院的合作關係可以獲額外的利益，也就是透過合作可再連結至教學級醫院而獲得更多資源。至於大型公立醫院是否因此在社會大眾的印象中變成是一種監獄醫院，應該還沒有產生這樣的狀況，Warnow 醫院院內具有安全設備的醫療區域自 2005 年即存在，但該醫院

³³ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.250-251.

³⁴ Keppler, Karlheitz/ Stöver, Heino(Hersg.), a.a.O., S.250-251.

並沒有這種「負面印象」的問題。況且若將受刑人病患以全程監視的方式，將其送至一般的醫院，相較之下對醫院更可能會引起明顯的壓力與騷動不安。

參、監獄醫療之我國狀況與問題

一、我國監獄醫療之相關法令規範狀況

在我國有關監獄中受刑人的醫療照護，依照監獄行刑法及監獄行刑法施行細則等規定，大致分其情形簡單說明如下：

(一)監獄內就醫

監獄行刑法第 54 條第 1 項規定，罹患急病者，應於附設之病監收容之；監獄行刑法施行細則第 71 條第 2 項規定，受刑人或其攜帶之子女罹疾病者，應由監獄醫師悉心診治，不得延誤，並作紀錄，以備查考。人力不足時，得特約監外醫師協助。依此等規定，若受刑人罹患疾病，是由監獄之醫師或者延聘之特約醫師、兼任醫師在監獄內為受刑人診療，藥品材料亦由監獄提供，受刑人是不需負擔任何費用。

(二)監獄內自費延醫

監獄行刑法第 57 條規定，罹患疾病之病人請求自費延醫診治時，監獄長官應予許可。依此規定，受刑人自願負擔所有醫療費用請求外界醫師診治，得由監獄代聘醫師為受刑人辦理自費延醫。自費延醫的狀況，依監獄性質以及受刑人需求，分為受刑人或家屬自行延請醫師至監獄內為受刑人診療，以及監獄延請醫師至監獄內為受刑人診療等兩種情形。通常自費延醫診治時，由監獄提供現有醫療設備使用之，所需藥品材料，原則上由監獄就現有者供應，特殊或不足之藥品材料則由延請之醫師開立處方，由受刑人或其家屬自行提供或請監獄代購之，其費用由受刑人或其家屬自行負擔³⁵。

(三)移送病監

監獄行刑法第 54 條第 1 項規定，罹患急病者，應於附設之病監收容之；監獄行刑法第 58 條第 1 項規定，受刑人現罹疾病，在監內不能為適當之治療者得斟酌情形，報請監督機關許可保外醫治，或移送病監或醫院；監獄行刑法第 55 條規定，罹患肺病者，應移送於特設之肺病監；監獄行刑法第 56 條規定，受刑人精神喪失時，移送於精神病院，或其他監護處分處所；監獄行刑法施行細則第 72 條規定，受刑人經醫師診斷有左列情形之一者，得收容於監獄附設之病監，並報告典獄長：一、患急性疾病或所患疾病須療養者。二、有嚴重外傷或須急救者。

³⁵ 姜東山，矯正機關收容人就醫權益之保障，國立中正大學法律研究所碩士論文，2010 年，頁 74-75。

三、有隔離治療或住病監治療之必要者。

有關移送病監，其實我國各監獄並沒有設置真正的病監，於2004年台中監獄附設培德醫院正式設立後，才算是監獄中附設之病監。而過去曾有針對特定疾病設置專門的病監，例如法務部曾於基隆設置肺病治療專門監獄，但因該地區氣候不利於呼吸疾病療養，後改設置於彰化監獄，又因當地居民反對，現在因有設置臺中監獄培德醫院之醫療專區，故肺病之受刑人已移入臺中監獄醫療專區。對於精神病患者則設有台北監獄桃園分監、台中監獄草屯分監，現亦已移入台中醫療專區治療，以及台北監獄桃園分監改專門收容女性精神病患³⁶。

(四)戒護外醫

監獄行刑法第58條規定，受刑人現罹疾病，在監內不能為適當之治療者得斟酌情形，報請監督機關許可保外監治，或移送病監或醫院。該條規定中所稱移送醫院即獄政實務上的戒護外醫，有文獻指出³⁷，通常是因受刑人罹患重病而監獄內醫療設備無法作適當治療，或病情急需治療而夜晚、假日無醫師駐診，則由監獄派員戒護病患外出至醫院接受門診檢查或住院等醫療。

戒護外醫時，有文獻指出³⁸，實務上通常每名受刑人住院治療時需3名戒護人員24小時戒護，隔時換班，故一名受刑人戒護住院即需配置四名警力³⁹。受刑人在戒護人員戒護下使用手銬、腳鐐等戒具⁴⁰。戒護外醫之性質，因仍受公權力約束，視同在監服刑。戒護外醫一般情況以自費為原則，家境清寒無力繳納者，由主管機關管理之作業基金適度補助⁴¹。

³⁶ 姜東山，前揭論文，頁75-76。

³⁷ 姜東山，前揭論文，頁76。

³⁸ 姜東山，前揭論文，頁76-77。

³⁹ 惟依筆者查得之民國101年2月23日公佈之法務部矯正署臺南監獄戒護外醫（住院）應注意事項，其中並無提及每位戒護外醫之受刑人應由幾位戒護人員戒護之。該項命令查詢來源請參照網址：<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDAT01.aspx?lsid=FL064419>，瀏覽日期：2012.10.24。

⁴⁰ 參照上揭提及之法務部矯正署臺南監獄戒護外醫（住院）應注意事項第四點：外醫（住院）戒具之施用：一、戒護外醫情況緊急時，施用活動式腳鐐，到達醫院，病情穩定後，再更換為固定式腳鐐及製作受刑人及同房收容人談話筆錄存查。二、病情非常危急時，為免耽誤救治時效，得暫免施用戒具，惟戒護人員應隨時攜帶活動式腳鐐，於戒送醫院途中施用。三、外醫收容人住院中，一律穿著收容人制服並使用腳鐐、手銬、聯鎖，並應固定於病床上，如因醫療上必須開啟時應注意戒護及安全，立即以電話報告戒護科核備後實施。四、外醫受刑人住院後病況嚴重，經醫師發出病危通知，值勤人員應解除固定式腳鐐，改以施用活動式腳鐐，俟病情穩定後，再更換為固定式腳鐐，以免招受刑人家屬議論。

⁴¹ 依民國101年2月16日修正的法務部矯正機關作業基金收支保管及運用辦法第5條第7款，基金之用途有補助收容人及其家屬醫療、教育及生活照顧之支出。該項命令查詢來源請參照網址：<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDAT0202.aspx?lsid=FL010360>，瀏覽日期：2012.10.24。

(五)保外醫治

根據監獄行刑法第 58 條規定，受刑人現罹疾病，在監內不能為適當之治療者，得斟酌情形，報請監督機關許可保外醫治，或移送病監或醫院。監獄行刑法施行細則第 73 條第 1 項規定，依監獄行刑法第 58 條報准許可受刑人保外醫治時，應詳述其病狀，必需保外醫治之理由、所犯罪名、刑期及殘餘刑期。保外醫治之治療期間屬自費醫療，而保外醫治期間內不算入刑期，待痊癒後再返回監獄繼續服刑，亦即監獄不承擔對受刑人的醫療責任⁴²。

然而依此等規定，究竟在何種審查基準下可准予保外醫治，法令上其實是付之闕如的。對此有文獻提及，保外醫治乃罹患疾病之受刑人，因衰老或殘廢不能自理生活或懷胎五月以上或分娩未滿二月，在監獄內不能為適當之醫治，暫時釋放至監獄外醫療院所就醫⁴³。但依主管機關在民國 92 年 3 月 28 日頒佈之保外醫治受刑人管理規則⁴⁴中，並無保外醫治之審查基準，該項規則之內容皆為已核准保外醫治後，受刑人在保外醫治期間應遵守的事項。

過去監獄審查是否可保外醫治之基準，或許可供參考的是，於民國 75 年頒佈、100 年 1 月 1 日已廢止之法務部審核各監獄保外醫治受刑人限制住院治療及不予限制住院治療要點⁴⁵，其中第 1 條規定，本部審核各監獄保外醫治受刑人，除依監獄行刑法有及其施行細則有關規定辦理外，左列受刑人應予限制住院治療：(一) 犯殺人、搶奪、搶劫、煙毒、強盜、盜罪、竊盜、違反麻醉藥品管理條例及違反槍砲彈藥刀械管制條例之罪者。(二) 累(再)犯、附有保安處分尚未執行或有另案未決者。(三) 犯貪污罪，宣告刑在五年以上者。(四) 殘餘刑期在五年以上者。(五) 有脫逃記錄者。(六) 保外醫治受刑人對於被害人或社會有不良影響之虞者。(七) 監獄依法先行保外醫治者。(八) 曾違反保外醫治規定者。(九) 其他情形認有限制住院治療之必要者。又，第 2 條規定，左列保外醫治受刑人，得不予限制住院治療：(一) 保外醫治受刑人經住院治療，效果不彰，經住院醫師診斷，短期內顯難治癒，需繼續治療者。(二) 所患為慢性疾病或因傷(病)至肢體有殘廢之虞，經醫師診所，需長期住院者。(三) 年齡逾七十歲者。

另外，依筆者參訪台中監獄所獲得的資料⁴⁶，依台中監獄自訂之保外醫治審酌標準為：(一) 癌症末期、(二) 重症經醫師評估後建議需施行器官移植或骨髓移植者、(三) 慢性病經積極治療後仍無好轉趨勢且病情加劇者、(四) 器官衰竭無法自理生活者、(五) 經醫師詳細評估後，其病情在數個月或近期內可能惡化而危及生命之虞者。

⁴² 楊士隆、林建陽著，犯罪矯治—問題與對策，五南出版社，1997 年，頁 101。

⁴³ 姜東山，前揭論文，頁 77。

⁴⁴ 該項命令查詢來源請參照網址：

<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDAT01.aspx?lsid=FL023881>，瀏覽日期:2012.10.24。

⁴⁵ 該項命令查詢來源請參照網址：

<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDAT0202.aspx?lsid=FL043036>，瀏覽日期:2012.10.24。

⁴⁶ 筆者於民國 101 年 10 月 22 日與監察委員黃煌雄參訪台中監獄所得資料。

二、我國監獄醫療問題簡析

(一)監獄醫療人力及資源不足且分配不均

有關監獄醫療人力及資源，有文獻提及⁴⁷，依法務部矯正司 2009 年統計資料顯示，法務部所屬 49 個監院所校編制醫師員額為 119 名，僅有專任醫師 2 名，即臺灣基隆看守所及臺灣高雄第二監獄各有壹名回任公費醫師在職，其它 47 個矯正機關則無專任醫師，而約聘之聘任或兼任醫師有 192 名人員，其他相關醫護人員編制為 407 名，實際上為 142 名（如表格 4），以此等人力負責我國矯正體系約 64,000 名受刑人所有醫療相關業務。又依 2010 年監察院的調查報告⁴⁸中指出，法務部所屬 49 個矯正機關核定容額為 54,924 人，至 98 年收容 63,582 名（98 年 10 月 8 日統計），醫師預算員額上限為 44 名，現僅有專任醫師 1 名，其他醫護人員（含心理師、藥師、藥劑生、護理師、護士、醫事檢驗師（生）等）編制 218 名，現有 164 名（截至 98 年 9 月底止），以一百多名醫護人員要應付 6 萬 3 千餘收容人之日常醫療業務，尚需兼辦一般行政業務，故醫事人員的編制需全盤的調整與檢討（見表格 5-7）。再依媒體報導，依矯正署統計資料，截至 2011 年底，全國監所醫事人員（醫師、護理人員、藥師、醫檢師等）僅 211 人，須處理近 6 萬 5000 名收容人的醫療衛生業務，平均每位醫事人員服務 308 名收容人，明顯吃力，而桃園監獄的醫護人力與收容人數比例約為 1 比 1000，嚴重不足，且部分監所連醫師法定編制都闕如⁴⁹。我國以這樣醫事人員的數量，對照監獄的看診人次，例如表格 8 係單單高雄監獄自民國 94 年至 99 年上半年間的年度看診人次的統計資料，每年皆是四萬多人次的數量，由此亦可反映出我國監獄醫療資源欠缺及品質不佳的問題確實嚴重。而根據筆者曾進行過的一項有關受拘禁人人權的研究⁵⁰中顯示，受拘禁人相當多批評的醫療資源欠缺及品質不佳之狀況，該研究中有關「監獄或看守所提供的醫療品質與設備」的問卷問題，回答非常不足的有 1358 人，約佔 50 %；回答尚可的有 941 人，約佔 35 %；回答滿意的有 106 人，約佔 4 %；回答無意見的有 299 人，約佔 11 %⁵¹。由此亦可反映監獄醫療照護不足是我國監獄長期以來的問題。

⁴⁷ 姜東山，前揭論文，頁 72。

⁴⁸ 監察院，監獄、看守所收容人處遇、超收及教化問題之檢討專案調查研究報告，民國 99 年 5 月，頁 160。

⁴⁹ 請見網址連結 <http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/oct/8/today-so8.htm>，瀏覽日期：2012.10.28。

⁵⁰ 本次研究為行政院國家科學委員會專題研究「我國監所受拘禁人之人權狀況暨權利救濟途徑需求之實証探討」（計劃編號 NSC 98-2410-H-194-083）。以問卷調查方式為之。問卷調查是在臺北監獄、嘉義監獄、高雄監獄、臺南看守所、臺中女子監獄、桃園女子監獄的協助下進行⁵⁰。進行問卷的時期為 98 年 9 月 1 日至 12 月 31 日，合計完成共 2704 份有效樣本，男性受拘禁人有 2404 位、女性受拘禁人有 300 位。分別是臺北監獄 200 人、嘉義監獄 100 人、高雄監獄 2000 人、臺南看守所 104 人、臺中女子監獄 100 人、桃園女子監獄 200 人。

⁵¹ 盧映潔、魏寬成，2011/ 04，我國監所受拘禁人之人權狀況暨權利救濟需求之探討--兼論我國假釋相關決定之救濟制度研析，中正法學集刊第 33 期，頁 1-79。

表格 4：我國矯正機關醫事人員編制統計表 (2005 年)

職稱	編制員額	現有員額	備註
醫師	119	2	特約醫師另 89 員 兼任醫師另 103 員
藥師	76	38	含藥劑生
護理師	130	59	含護士
醫檢師	86	10	
臨床心理師	115	33	編配戒治所服務

表格來源：姜東山，矯正機關收容人就醫權益之保障，國立中正大學法律研究所碩士論文，2010 年，頁 72。

表格 5：矯正機關醫師人員統計 (民國 98 年 9 月)

機關別	監獄	獨立戒治所	技訓所	少輔院	矯正學校	看守所	少觀所	合計
法定員額	28-56	4-5	3-9	4-10	2-4	4-14	2-3	
預算員額	27	6	1	0	2	6	2	44
現有員額	0	1	0	0	0	0	0	1

表格來源：監察院，監獄、看守所收容人處遇、超收及教化問題之檢討專案調查研究報告，民國 99 年 5 月，頁 158。

表格 6：矯正機關護理人員統計(民國 98 年 9 月)

機關別	監獄	獨立戒治所	技訓所	少輔院	矯正學校	看守所	少觀所	合計
法定員額	40-54	5-8	3-9	4-10	2	13-14	5	
預算員額	39	6	5	3	2	14	3	72
現有員額	39	6	5	2	2	13	3	70

表格來源：監察院，監獄、看守所收容人處遇、超收及教化問題之檢討專案調查研究報告，民國 99 年 5 月，頁 158。

表格 7：矯正機關醫事檢驗人員統計(民國 98 年 9 月)

機關別	監獄	獨立戒治所	技訓所	少輔院	矯正學校	看守所	少觀所	合計
法定員額	13-41	8	3-6	0	2	4-14	2	
預算員額	6	8	1	0	0	2	0	17
現有員額	4	8	1	0	0	1	0	14

表格來源：監察院，監獄、看守所收容人處遇、超收及教化問題之檢討專案調查研究報告，民國 99 年 5 月，頁 158。

表格 8：臺灣高雄監獄受刑人看診情形 (民國 94 至 99 年)

年度別	總 人 數	內 科	外 科	耳 鼻 喉 科	皮 膚 科	牙 科	眼 科	婦 科	骨 科	泌 尿 科	神 經 科	精 神 科	家 庭 醫 學	中 醫	自 費 延 診	義 診	其 他
94 年	47,338	40,20	1643									1666			2271	155	
95 年	54,854	40,39	2499									1737			1022		
96 年	43,853	38,80	1537									1256			2260		
97 年	48,351	45,20	854									1411			880		
98 年	47,100	42,89	569									1871			1761		
99 年 1~6 月	19,877	17,784	156		----- - 891							891			995		

表格資料來源：高雄監獄衛生科統計資料。

<http://www.ksp.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=12746&CtUnit=774&BaseDSD=7&mp=0>
56 (最後瀏覽日 2011/03/09)。

備註：自費延醫含牙科、中醫、皮膚科、眼科、耳鼻喉科。

有關我國監獄醫療資源欠缺及品質不佳的原因，有文獻提及⁵²，應該是因為大部分監獄位於偏遠地區，加之醫師聘用經費過低，每診次上限為3小時，約2,300元至2,600元，在交通不便及經費不足考量下，一般醫院醫師至監獄看診之意願不高，加上受刑人醫療偏向某些病症，聘請專科醫師診治更為不易。又，多半監獄甚至無藥師編制，若受刑人因病需調劑藥品，勢必違反藥事法之規定，醫師人力嚴重不足為監獄醫療服務提供之最大阻礙。其次，因監獄原設計規畫非以醫療為目的，長年經費缺乏使設備無法更新擴充，受刑人具傳染病、肺結核病時，應與一般受刑人隔離或移送適當處所進行治療，但是部分監獄原有建築物已無法提供足夠空間供作為治療處所，非但影響罹病受刑人醫療權益，亦增加一般受刑人感染傳染病之機率。另外，專收女性受刑人病患的監獄僅有桃園分監內之精神病與肺結核療養區（具備二間負壓病房），而女性受刑人人數不斷增加，都已無法應付女性受刑人的醫療需求。而上揭提及的監察院 2010年調查報告⁵³中同樣指出，監獄（矯正機關）醫療問題之癥結，在於醫師待遇偏低（師二級俸點 505，月支待遇為新台幣91,470 元），與外界醫師每月動輒二、三十萬元薪資相較之

⁵² 姜東山，前揭論文，頁 83-84。

⁵³ 監察院，監獄、看守所收容人處遇、超收及教化問題之檢討專案調查研究報告，民國 99 年 5 月，頁 159。

下，幾無醫師願意至監獄（矯正機關）服務。另因監所散布各地，部分偏遠及離島之矯正機關遴聘特約及兼任醫師更屬不易。而行政院核定之兼任醫師酬勞費係比照中央健康保險局聯合門診中心按次支付，訂有上限之規定（每診次3小時，2,660元），致部分兼任醫師不願前往監獄（矯正機關）看診。另矯正機關醫師升遷管道狹窄，除專任醫師外，僅有衛生科長之職缺得以升任，致使外界醫師對於擔任矯正機關專任醫師之興趣缺缺。

此外，由於監獄內之醫療配備實無法符合專業性醫療上之需，僅能施行一般簡單、基礎性醫療作業，如遇受刑人罹患重病或急病仍需以「戒護外醫」之方式辦理。而根據主管機關法務部的說明⁵⁴，受刑人（收容人）至醫療院所就診多採自費方式辦理，惟現行獄政法規中，並未明文規範受刑人（收容人）戒送外醫、住院所需費用究應由公務預算抑或受刑人（收容人）自行負擔。實務作法係由受刑人（收容人）自付，如屬清寒者方得檢附相關資料，報由法務部專案補助。又，受刑人（收容人）積欠之醫療費用非屬公法上之金錢給付義務，故無法移送行政執行處強制執行，以致賴帳情形普遍。矯正機關為兼顧與醫療院所間之長遠合作關係，多由機關先行墊付相關費用，加以陳報法務部專案補助所需文件繁複、取得不易，致監獄（矯正機關）常需由其他經費支應，影響其他業務之推展。此亦形成不公平現象。

為提升監獄的醫療品質，台中監獄於2002年4月間委由中國醫藥大學附設醫院開辦門診服務、2003年9月試辦住院服務、2004年2月「台中監獄附設培德醫院」正式營運。其醫療服務的內含有門診、住院、手術及血液透析中心，醫療項目有內科、外科、檢驗科、放射線科與給予藥劑。在門診服務提供方式上每週有43個診次、20個次專科診別，共有9個門診診間，並且包含基本檢驗、放射、超音波及內視鏡檢查服務，若需給藥就當日看診當日給藥。至於住院服務，是對於全國各監獄（包括技能訓練所、戒治所）之受刑人（收容人），若符合收治標準⁵⁵而在原監獄（矯正機關）無法得到適當治療者，均可於呈報獲准後移送醫療專區治療。住院服務採取「隨時入住」以及「團隊照護」，由專責醫師每日查房、二十四小時專科護士照護之集中護理與全責照護模式。台中監獄附設培德醫院的醫療服務量在2011年，門診業務量為56,842人次、急診業務量為3,655人次、手術業務量為131台、血液透析業務量為9,850人次⁵⁶。近期台中監獄附設培德醫院的病床等硬體設備及人力配置狀況如下列表格9；醫療服務量（月平均業務量）如下列表格10。

除了附設培德醫院之外，台中監獄已於2003年12月11日經核定，為法務

⁵⁴ 監察院，監獄、看守所收容人處遇、超收及教化問題之檢討專案調查研究報告，民國99年5月，頁160-161。

⁵⁵ 收治標準為：(1) 單純性無嚴重併發症之病例、(2) 急症病例經相關檢查後之病例、(3) 需短期加強護理之病例、(4) 局部麻醉手術之病例、(5) 其他經醫師認定需住院醫療者。筆者於民國101年10月22日與監察委員黃煌雄參訪台中監獄所得資料。

⁵⁶ 筆者於民國101年10月22日與監察委員黃煌雄參訪台中監獄所得資料。

部所設置之中區醫療專區，以收治全國各監獄（矯正機關）男性精神疾病、肺結核症之受刑人（收容人）。2004年臺中監獄的中區醫療專區設置有精神病房350床、肺結核病房80床。因此，所謂醫療專區，其中門診（含急診、手術房）、血液透析中心、住院（含住院病床、急診觀察床與手術恢復病床）等部門設置暨作業，乃委由中國醫藥大學附設醫院經營管理；而精神病療養區以及具負壓隔離病房之肺結核隔離專區，則是將台北監獄桃園分監、台中監獄草屯分監及彰化監獄精神病監中的精神病患以及罹患肺結核的男性受刑人（收容人）移入⁵⁷。又依2005年4月28日奉法務部函示，台中監獄為中部地區感染後天免疫不全症候群（即愛滋帶源者）之受刑人（收容人）的集中收容機關，而培德醫院為後天免疫不全症候群已發病受刑人收容人之後送醫院⁵⁸。

表格 9：台中監獄附設培德醫院病床等硬體設備及人力配置狀況

病床類別	開放床數
一般急性病床	68
手術恢復床	2
急診觀察床	1
血液透析床	20

其他設備	數量
手術台	1
門診診間	9

人員別	人數
醫師	8
護理師	32
醫檢師	2
放射師	2
藥師	3

表格資料來源：台中監獄提供

⁵⁷ 女性精神病、肺結核收容人則是移送臺北監獄桃園第一分監執行與治療（目前可收容精神病床為38床、肺結核病床為18床）。姜東山，前揭論文，頁91。

⁵⁸ 姜東山，前揭論文，頁92。

表格 10：台中監獄附設培德醫院醫療服務量（月平均業務量）

年度 業務項目	民國 98 年	民國 99 年	民國 100 年	民國 101 年 1-9 月
門診人次	4,455	4,415	4,737	5,054
急診人次	274	296	305	345
住院人次	82	79	75	77
住院人日	1,268	1,012	1,090	1,026
血液透析人次	736	874	821	857

表格資料來源：台中監獄提供

綜合上述有關我監獄醫療人力及資源狀況可知，我國絕大多數的監獄並無專任醫師，皆是運用約聘醫師，實在難應付實際需要，而演變成延誤送醫甚或發生醫療糾紛等情事。至於醫療設備與資源較充足的醫療專區，其門診服務僅提供給台中監獄的受刑人，而血液透析或住院診療服務，其對象多為中區區域內其他監所無法提供適當醫療之受刑人（收容人），以臺中監獄、臺中看守所、臺中女子監獄、臺中戒治所等收容人為主要。雖然也可以接受北、南、東各區域其他監獄（矯正機關）長途轉送診療之受刑人（收容人），但仍需視限額收容量來決定是否可移送醫療專區培德進行治療。此即產生不同區域的受刑人獲得的醫療資源是不公平的現象。

(二)法令規範思維老舊且密度不足

如前所提及，我國有關受刑人醫療照護的法令規定有以下條文，羅列如下：

1.監獄行刑法部份：

法律名稱及條號	條文內容
監獄行刑法第 54 條第 1 項	罹急病者，應於附設之病監收容之。
監獄行刑法第 55 條	罹肺病者，應移送於特設之肺病監。
監獄行刑法第 56 條	受刑人精神喪失時，移送於精神病院，或其他監護處分處所。
監獄行刑法第 57 條	罹患疾病之病人請求自費延醫診治時，監獄長官應予許可。
監獄行刑法第 58 條第 1 項	受刑人現罹疾病，在監內不能為適當之治療者得斟酌情形，報請監督機關許可保外醫治，或移送病監或醫院。

2. 監獄行刑法施行細則部份

法令名稱及條號	條文內容
監獄行刑法施行細則第 71 條第 2 項	受刑人或其攜帶之子女罹疾病者，應由監獄醫師悉心診治，不得延誤，並作紀錄，以備查考。人力不足時，得特約監外醫師協助。
監獄行刑法施行細則第 72 條	受刑人經醫師診斷有左列情形之一者，得收容於監獄附設之病監，並報告典獄長：一、患急性疾病或所患疾病須療養者。二、有嚴重外傷或須急救者。三、有隔離治療或住病監治療之必要者。

比較觀察目前歐洲人權法院對於監獄受刑人之基本待遇所援引的歐洲監獄規則(European Prison Rule)⁵⁹，其中有關醫療照護之要求，先簡單介紹如下：

第 39 條 監獄當局應保障所有受刑人在他們的照顧下之健康 (Prison authorities shall safeguard the health of all prisoners in their care)
第 40 條 監獄中的醫療服務應該與社會或國家的衛生行政部門密切關連地加以組織建置 (Medical services in prison shall be organised in close relation with the general health administration of the community or nation.)
第 40 條之 3 受刑人即使基於他們所處的法律狀態，仍應獲得國內的衛生服務而不應加以歧視 (Prisoners shall have access to the health services available in the country without discrimination on the grounds of their legal situation)
第 40 條之 4 監獄中的醫療服務應尋求檢查出以及治療受刑人可能遭受身體或精神疾病或缺陷 (Medical services in prison shall seek to detect and treat physical or mental illnesses or defects from which prisoners may suffer)
第 40 條之 5 在社會上可使用的所有必要之醫療，包括外科及精神科服務，皆應提供予受刑人用於相同目的(All necessary medical, surgical and psychiatric services including those available in the community shall be provided to the prisoner for that purpose)
第 41 條之 1 每個監獄應當至少有一名合格的普通科醫生的服務 (Every prison shall have the services of at least one qualified general medical practitioner)

⁵⁹ 參照下列網址：<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=955747>，瀏覽日期:2012/10/28。

第 41 條之 2 應確保在任何時候皆可作出安排，一個合格的醫生在緊急情況下沒有延遲地可供使用(Arrangements shall be made to ensure at all times that a qualified medical practitioner is available without delay in cases of urgency)
第 41 條之 3 在沒有全職醫生的監獄，應有兼職醫生定期訪問 (Where prisons do not have a full-time medical practitioner, a part-time medical practitioner shall visit regularly)
第 41 條之 4 每個監獄應有適當培訓的醫療照護人員 (Every prison shall have personnel suitably trained in health care)
第 41 條之 5 合格的牙醫師和配鏡師應該提供予每一個受刑人 (The services of qualified dentists and opticians shall be available to every prisoner)
第 41 條之 6 需要專科治療的患病受刑人，若是監獄無法提供治療，應被轉移到專門的機構或民間醫院 (Sick prisoners who require specialist treatment shall be transferred to specialised institutions or to civil hospitals, when such treatment is not available in prison)
第 46 條之 2 凡是監獄服務中有自己的醫院設施，則應配備足夠的工作人員，以提供受刑人所稱他們需要的適當之護理和治療 (Where a prison service has its own hospital facilities, they shall be adequately staffed and equipped to provide the prisoners referred to them with appropriate care and treatment)

由我國監獄相關法令中就受刑人醫療照護的規定，對照歐洲監獄規則的要求，筆者認為我國的規定呈現出的思維頗為老舊，也就是沒有顯現出受刑人應具有醫療照護之主體性，以及國家（或說獄政機關）應提供醫療照護之義務性，並且在法律條文中對於監獄醫療人力與資源，以及醫療照護的內容也沒有明白的要求。因此，在我國獄政實務上向來不認為受刑人對於醫療照護有請求權存在，加以法條對於醫療照護的具體提供內容付之闕如，究竟要提供哪些科別的醫療照護幾乎只能仰賴獄方能夠尋得或者提供多少資源就是多少；在醫療照護的費用支付問題，尤其在戒護外醫的情形，也因受刑人醫療照護的法律性質定位不夠明確以及法令規定不周，容易產生紛爭與質疑；在保外醫治的問題上，更因法令上完全缺乏審查基準的列舉，加上獄政實務上究竟是醫療優先或者社會安全優先的態度並不明確，還有決定的流程太過隱諱且欠缺涉事者的參與，導致保外醫治准允與否的個案決定往往難以獲得受刑人及其家屬與外信任。希望在民國 102 年開始施行的新修之全民健康保險法，將受刑人（收容人）納入健保後，未來監獄醫療將

由健保醫療之保險醫事服務機構對受刑人提供醫療服務，上述這些問題能夠獲得相當的解決。但獄政主管機關在受刑人(收容人)納入健保後，同時也應修改獄政相關法令，使受刑人醫療照護的規定能夠以符合國際人權準則的內容為呈現。

三、附論：前總統陳水扁先生保外就醫爭議之原因分析

(一)政治問題法律化、法律問題政治化之我國思維

前總統陳水扁先生自 2008 年 11 月 12 日卸任總統職務後，即因涉嫌貪污、洗錢等弊案遭起訴，並曾受到羈押禁見，目前為止因所謂因龍潭購地、陳敏薰人事等兩案收賄，以及龍潭購地洗錢案，經法院將三罪合併訂定應執行十八年六月徒刑、併科一億五千六百萬元罰金⁶⁰，而在台北監獄執行刑罰，成為中華民國歷史上首位在監的卸任總統。近期因陳水扁先生健康狀況不佳，自今年(2012)起開始有與陳水扁先生同黨籍的立法委員以及支持陳水扁先生的民間人士或社團要求當局給予陳水扁先生保外就醫⁶¹，並發起連署活動⁶²，立法院與一些縣市議會亦曾通過提案，建請獄政主管機關即法務部可只同意讓陳水扁先生保外就醫⁶³。由於陳水扁先生的身份特殊，是否應准予保外就醫的問題，引起許多政治人物表達意見，例如台北市長郝龍斌曾明白表示支持陳水扁先生保外就醫，其認為，讓陳前總統保外就醫不只是司法問題，而是牽動許多綠營支持者情感的社會心理問題，陳前總統保外就醫，對於撫平社會傷痕上，有指標意義⁶⁴。不過，馬英九總統則是在接受官方通訊社中央社專訪時重申不接受陳水扁保外就醫，並示保外就醫其實是醫療假釋，也就是出來後其實就自由了⁶⁵。另外，在 2010 年 8 月時立法院曾通過修正「卸任總統副總統禮遇條例」，原規定係卸任總統副總統如果再任公職、犯內亂、外患、貪污罪經判刑確定，或是喪失中華民國國籍、移居國外定居者，將停止禮遇。後修正的條文則規定為卸任正副元首犯內亂、外患、貪污罪一審被判有罪，就停止禮遇、縮減隨扈，前總統陳水扁的禮遇金與事務費將遭停止⁶⁶。然而，因陳水扁先生近期是否保外就醫的爭論，今年（2012 年）10 月

⁶⁰ 相關新聞請參見網址：<http://n.yam.com/tilt/politics/20121102/20121102939692.html>，瀏覽日期：2012/11/2。

⁶¹ 相關新聞請參見網址：<http://www.cna.com.tw/News/aIPL/201207250308.aspx>，瀏覽日期：2012/10/28。

⁶² 相關新聞請參見網址：<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20120620/34311905/>，瀏覽日期：2012/10/28。

⁶³ 相關新聞請參見網址：<http://www.nownews.com/2012/10/04/301-2860449.htm>，以及<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/oct/2/today-p3.htm>，瀏覽日期：2012/10/28。

⁶⁴ 相關新聞請參見網址：http://newtalk.tw/news_read.php?oid=28509，瀏覽日期：2012/10/28。

⁶⁵ 相關新聞請參見網址：http://www.bbc.co.uk/zhongwen/trad/chinese_news/2012/08/120827_tw_chenshuibian_on_bail.shtml，瀏覽日期：2012/10/28。

⁶⁶ 相關新聞請參見網址：<http://blog.udn.com/sheujialan1/4336717#ixzz2B1zHabFh>，瀏覽日期：2012/11/2。

份又有與陳水扁先生同黨籍的立法委員提案欲修正卸任總統、副總統禮遇條例第4條規定，其主張修正為卸任的正副元首若受有期徒刑宣告，在受刑期間身體健康有安全顧慮，政府應恢復保健醫療的禮遇，保障卸任正副元首的醫療權益⁶⁷。

針對上述這些有關陳水扁先生是否保外就醫的相關言論意見或舉動，筆者認為這些都是台灣社會習慣將法律問題政治化、又將政治問題法律化之典型呈現，因而有諸多誤謬應該加以指出。申言之，即使陳水扁先生因過去擔任國家元首，有其身份特殊性之政治意涵存在，但是目前陳水扁先生是因刑事判決確定而在監服刑的受刑人，對於受刑人因疾病或健康狀況差而是否應給予保外醫治的決定，應該是一個監獄法令上的法律問題。面對這樣的法律問題，以連署方式、民意機關通過提案呼籲方式或者政治人物表達意見方式，都只能解讀為是個人出於政治情感或政治利益所展現的表象行為，並不能真正解決此一問題。至於卸任總統副總統禮遇條例在2010年8月的修正，原本就是不喜陳水扁先生的不同黨籍立法委員形成的修法，日前又提出要修正卸任總統副總統禮遇條例的立法委員，則是基於與陳水扁先生的同黨籍情誼所為的政治舉動。其實，卸任總統副總統禮遇條例本質上與監獄行刑法中受刑人醫療照護問題，兩部法律應該不屬於同一事務的處理，當然就不是同一層次的法律適用關係。換言之，卸任總統副總統禮遇條例第1條第1項第4款規定對於卸任總統副總統供應保健醫療，就如同配置隨扈一事，性質上是屬於卸任總統副總統身處在自由社會中才有執行可能性的禮遇事項，然而當卸任總統經剝奪人身自由而監禁於監獄中，凡是禮遇事項與監禁本質有實踐上的衝突時，禮遇條例即使沒有修法，原本就無適用餘地，也就是試問在監獄中如何為卸任總統配置隨扈？！在監獄中如何為卸任總統進行年度的健康檢查？！由此可見我國立法機關對於法律適用未斟酌明瞭，而以試圖以卸任總統副總統禮遇條例的修法作為陳水扁先生能保外醫治的法律依據，其實是不正確且不恰當的做法。

另外，在我國的獄政法令上並沒有所謂「醫療假釋」的制度或說法，而我國的「假釋制度」與受刑人的醫療照護事項無關。惟馬英九總統卻將保外醫治與假釋兩個在法律規定上以及目的功能上屬於完全不同的事項混淆在一起，而提出保外醫治等同於醫療假釋的不正確說法，依此來反對陳水扁先生的保外醫治，亦屬不可取。申言之，受刑人是否能假釋，係依照刑法第77條規定的要件為審查⁶⁸，除了需服刑達一段期間外，尚需考量受刑人有懺悔實據，在我國是依照累進處遇

⁶⁷ 相關新聞請參見網址：<http://www.nownews.com/2012/10/01/91-2859149.htm>，瀏覽日期：2012/11/2。

⁶⁸ 刑法第77條的規定為：受徒刑之執行而有懺悔實據者，無期徒刑逾二十五年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄(第1項)。前項關於有期徒刑假釋之規定，於下列情形，不適用之：一、有期徒刑執行未滿六個月者。二、犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之累犯，於假釋期間，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。三、犯第九十一條之一所列之罪，於徒刑執行期間接受輔導或治療後，經鑑定、評估其再犯危險未顯著降低者(第二項)。無期徒刑裁判確定前逾一年部分之羈押日數算入第一項已執行之期間內(第三項)。

條例的相關規定，對於受刑人在獄中的教化、作業、操行等各項表現的分數計算達一定標準始認為符合此要件。而假釋在本質上乃一種附條件釋放的行刑措施，其的目的功能是因為認定該受刑人業已改過遷善，一方面提前釋放受刑人出獄，使其在自由社會中進行非機構性處遇，而更能實現受刑人再社會化之目的構想，另一方面假釋亦可視為受刑人經歷長期的監禁，在完全釋放前一種過渡時期的附條件釋放，當做完全釋放前的一種重返社會的準備階段⁶⁹。至於保外醫治，如前述，係根據監獄行刑法第 58 條規定，受刑人現罹疾病在監內不能為適當之治療者，得斟酌情形，報請監督機關許可保外醫治。也就是說，受刑人雖經剝奪人身自由，但其仍然擁有維持生命及身體健康的基本人權，從而若有受刑人因疾病而危及生命及身體健康者，監獄機關在無法於獄中進行充足的醫療照護時，受刑人應該擁有到外部醫療機構接受醫療照護的機會。總之，保外醫治與假釋分屬於兩件不同的事物，不應將兩者等同視之。

基此，筆者認為，目前我國社會上對於陳水扁先生之保外醫治的爭執都是出於某些政治思維下所形成的言詞或舉動，並沒有真正碰觸到問題核心以及提出有用的解決之道。因而以下筆者嘗試提出個人對此一問題的分析與解決之道的建議。

(二)監獄醫療欠缺下不公平對待之危機

承上，筆者認為前總統陳水扁先生之保外醫治為何會引發相當的爭執，除了那些與陳水扁先生同黨籍人士出於長期的政治情感而不忍心他身繫囹圄，才會出現許多類似救援的行動。但是一個受刑人是否保外醫治乃獄政法令上應規範事項，並且是獄政主管機關應審查決定的事項。然而，為何陳水扁先生之保外醫治事件中會引起各界的疑慮與不滿，筆者認為追根究底的原因在於獄政法令有缺失，以及獄政主管機關的決策過程有太大的裁量權限，這些因素再加上監獄醫療資源的不足又分配不均，將會透過陳水扁先生保外醫治的事件凸顯出對於其他受刑人的不公平對待，從而可能產生獄政管理危機。

申言之，執政者與獄政主管機關多次表達陳水扁先生尚未達到保外醫治的標準⁷⁰，但是，其實監獄行刑法及相關法令上卻看不到准駁保外醫治的標準何在，監獄行刑法第 58 條僅空洞地規定，受刑人現罹疾病在監內不能為適當之治療者，得斟酌情形報請監督機關許可保外醫治，所以形成了獄政主管機關的絕對裁量權限。目前吾人見到獄政主管機關是以戒護外醫的方式來處理陳水扁先生的醫療照護，也就是監獄內部確實無法提供適當之治療，在監獄內無法提供適當治療的情形下，監獄行刑法第 58 條給予戒護外醫以及保外醫治兩種選擇，但是這兩種選擇的區別及其適用基準究竟何在，法令上是付之闕如的，從而形成獄政主管

⁶⁹ 盧映潔，2006，刑事制裁體系：第三講刑罰論--「科處的障礙」、「暫緩或中斷」以及「執行與執行方式的變更」，月旦法學教室第 41 期，頁 1-11。

⁷⁰ 相關新聞請參見網址：<http://www.cna.com.tw/News/aIPL/201208290358.aspx>，瀏覽日期：2012/11/2。

機關在這些事項的審查判斷及決定程序上擁有相當大的自我權限。而依媒體報導⁷¹，法務部陳守煌次長指出，保外就醫病情通常是嚴重的腦溢血或中風，造成全身或半身癱瘓，或器官嚴重衰竭，或癌症末期等。然而筆者遍尋法令，並沒有找到這樣說法的法令依據⁷²，也就是說，在沒有明確法令規定保外醫治准駁的審查基準，保外醫治准駁全然是由獄政主管機關為個案決定。但是，筆者認為，倘若獄政主管機關對於受刑人保外醫治的申請，沒有給予充足的法令依據以及理由來說明准駁的決定，或者對於某受刑人為何選擇戒護外醫而非保外醫治，或者反過來，對於某受刑人為何對選擇准允保外醫治而非戒護外醫，倘若沒有明確基準以及清楚的理由，反而更容易招致黑箱作業以及不公平對待的強烈批評。

陳水扁先生由於身份特殊，獄政主管機關也不諱言已經給予他在監獄中生活相當的特別待遇，甚至為了解除外界疑慮，於法務部網站設置「陳水扁先生收容處遇資訊專區」⁷³提供訊息，而且在陳水扁先生戒護外醫中，還有台北榮民總醫院的病情醫療報告的公布。但是，筆者認為，由這些做法反而是反映出一般受刑人所獲得的對待與醫療照護是非常欠缺且不足的⁷⁴。詳言之，依今年 10 月陳水扁先生戒護外醫住院於台北榮民總院，醫院提出的報告⁷⁵診斷陳水扁先生的疾病為：(1)嚴重型憂鬱症合併焦慮及多重身體症狀、(2)嚴重型睡眠呼吸中止症候群、(3)結巴性語言障礙合併輕度命名障礙、(4)慢性攝護腺炎。對此筆者認為，陳水

⁷¹ 相關新聞請參見網址：

<http://tw.news.yahoo.com/%E6%B3%95%E7%95%8C%E9%A7%81%E9%A6%AC%E8%AA%A%A%E6%B3%95-%E4%BF%9D%E5%A4%96%E5%B0%B1%E9%86%AB%E5%92%8C%E9%87%8B%E6%94%BE-%E5%85%A9%E5%9B%9E%E4%BA%8B-202310917.html>，瀏覽日期：2012/11/2。

⁷² 筆者唯一找到的「保外醫治受刑人管理規則」，其中並沒有任何准駁保外醫治的審查基準的規定。

⁷³ 參照網址：<http://www.moj.gov.tw/mp199.html>，瀏覽日期：2012/11/2。

⁷⁴ 例如筆者前述註 50 提過曾執行的國科會研究計劃，其中受刑人對於醫療品質的抱怨整理如下：

(1)高雄監獄受刑人意見表

監所醫療品質	犯人本來就該死一個少一個、治療很慢、等待看病天數太久、醫生不專業馬虎、設備陳舊、蒙古醫生、醫生態度不良、藥品缺乏、看病要等很久、環境髒亂、無正當醫療設備及器材人員、需中醫才能治療的從缺、醫生不肯給藥膏、無法應付突發狀況、治療緩慢、看牙醫不方便、看病不及時、藥膏、每種病狀的藥物都差不多無輕重之別、有病時卻無醫師診病或要等很久、外醫條件相當嚴格、牙科、庸醫、蒙古大夫騙錢、無針對症狀開立藥物、沒法立即轉醫、醫生態度差
--------	---

(2)女子監獄受刑人意見表

監所醫療品質	牙醫太貴(須自費)、沒有婦科、醫療費太貴外醫麻煩且限制太多、星期六日生病沒醫生看診、藥吃不會好、看診態度差、掛診看醫生都會被刪除
--------	--

⁷⁵ 請參照網址：

<http://www.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=25714&CtUnit=12022&BaseDSD=7&mp=199>，瀏覽日期：2012/11/2。

扁先生從位居高位到身繫囹圄，其心理承受的落差極大可想而知，加上相當時日的監禁生活以及年齡漸長之身體自然老化，產生這些疾病並非意料之外。然而，這何嘗不是許多受刑人獄中健康狀況的寫照，或許有更多的受刑人其疾病狀況相較於陳水扁先生是更加嚴重⁷⁶，況且長期的監禁生活原本就容易發生監禁化效應，而導致精神與心智狀態的損傷或退化。因而，筆者認為，獄政主管機關不准予陳水扁先生保外就醫而一再選擇戒護外醫的方式，可能是考慮到監獄中有許多比起陳水扁先生病況更嚴重的受刑人亦無准予保外就醫，為公平起見，故不能准允陳水扁先生的保外就醫，否則恐怕引起其他受刑人的不滿情緒。但是對陳水扁先生一再採取戒護外醫，所花費的戒護人力等相關費用由公帑支出⁷⁷，影響獄政資源的分配，對於目前在監獄中空間極度擁擠、醫療照護不足的情形下的其他受刑人而言，同樣不公平，同樣會引起其他受刑人的不滿。

基此，筆者認為，從陳水扁先生保外就醫事件的爭議，引出的是我國受刑人醫療照護之法令不健全以及資源不足的普遍性現象，獄政主管機關應當有效解決這個問題，否則可能會借由陳水扁先生一再戒護外醫的情況，引起其他受刑人及其家屬乃致於社會的批評與反彈。對於陳水扁先生而言，縱使考量其身份特殊，但同樣應考量受刑人所獲資源的分配公平性，再考慮到陳水扁先生長期醫療的需求，筆者建議對陳水扁先生的醫療照護採行任何受刑人都可以使用到的醫療資源管道，也就是台北監獄向台中監獄申請移送陳水扁先生至醫療專區培德醫院為住院，由於陳水扁先生的親屬多居於中南部，相信其在理解醫療專區培德醫院的醫療水準與設備後，應不致於反對。而且醫療專區培德醫院是任何有住院需求的受刑人皆可由獄方申請移送，在目前獄政法令與醫療照護公平性的考量下，這或許是可能的解決之道。

肆、結語

我國受刑人在監獄中未獲充足醫療照護，乃長久以來的問題。然而，此一問題目前正透出改變的曙光，亦即民國 100 年 1 月 26 日修正公布之全民健康保險法，將於 102 年 1 月 1 日施行，其中將受刑人（收容人）納入健保。法務部矯正署業即與行政院衛生署中央健康保險局研商「全民健康保險提供保險對象收容於矯正機關者醫療服務計畫」，已於 101 年 9 月至 10 月間公告並遴選保險醫事服務機構。若有獲選之醫療院所，將於全民健康保險法施行後，即可支援監獄（矯正機關）中受刑人（收容人）健保醫療。換言之，以往由各監獄（矯正機關）自行

⁷⁶ 「扁要保外就醫，立委：其他人更有資格」，相關新聞請參見網址：

<http://tw.news.yahoo.com/%E6%89%81%E8%A6%81%E4%BF%9D%E5%A4%96%E5%B0%B1%E9%86%AB-%E7%AB%8B%E5%A7%94-%E5%85%B6%E4%BB%96%E4%BA%BA%E6%9B%B4%E6%9C%89%E8%B3%87%E6%A0%BC-035824993.html>，瀏覽日期:2012/11/2。

⁷⁷ 相關新聞請參見網址：<http://news.cnyes.com/Content/20121018/KFNCH3GOGVAOY.shtml>，瀏覽日期:2012/11/2。

以公家經費以尋求各地醫療機構入監提供醫療服務的情形，將由健保醫療之保險醫事服務機構所取代。本文行筆之時，新制尚未進行，期盼這一次獄政與健保的合作能夠成為我國受刑人醫療照護真正進展的新頁。

犯罪青少年持續犯罪歷程及影響因素之研究¹

許春金² 洪千涵³

目 次

- 壹、研究源起與目的
- 貳、相關文獻分析
- 參、研究設計與實施
- 肆、研究結果與分析
- 伍、結論與討論

摘 要

本研究目的旨在以訪談方式，藉由生命歷程觀點探求持續犯罪的歷程、犯罪特徵、持續犯罪後果及影響因素。研究資料來自研究者於 1997 至 1999 年在北部某城鎮建檔 817 位青少年（401 位犯罪組，與 416 位國中組）抽取 18 名男性持續犯，他們在實施訪談工作前五年（2007 年 6 月 30 日以前）仍有官方犯罪紀錄，且在實施訪談期間（2007 年 9 月至 2010 年 9 月）在監服刑中。

研究結果顯示：（1）持續犯家庭經驗不佳、經歷重大負面事件、低學業成就；（2）持續犯從少年時期至成年時期均穩定犯罪，類型及程度有趨多元及嚴重的變化；（3）持續犯罪者的生命歷程缺乏正向轉折機會；（4）持續犯罪者普遍使用一級毒品，物質依賴情況嚴重；（5）持續犯罪者個人意志力薄弱、缺乏結構性的生活型態；（6）重視偏差同儕，與原生家庭關係疏離。因此，有關持續犯罪之預防策略應包括建立穩定家庭之機制、控制毒品及提供青少年早年正向轉變之機會等。

關鍵詞：持續犯、中止犯、生命歷程理論、社會控制理論

¹ 本研究資料收集係由國科會贊助（計畫編號：97-2410-H-305-035-MY2），參與研究人員尚有陳玉書、李國隆、蔡宏瑀等。

² 國立台北大學犯罪學研究所教授

³ 國立台北大學犯罪學研究所碩士、警察大學犯罪防治研究所博士生

壹、研究源起與目的

傳統上，大部分的犯罪學研究多著重於橫斷面犯罪原因的探討，而鮮少探討生命歷程中犯罪行為的中止或持續現象。多數的犯罪學學派提出造成個人犯罪的原因，但卻很少關注到犯罪人隨年齡增長是否出現犯罪中止或持續犯罪的情形，以及其影響因素為何。一般犯罪統計（調查）均會顯示，犯罪（偏差）行為在少年中期達到最高峰，而後急劇下降漸趨平緩或中止；且無論高、低犯罪率團體均有相似的高峰年齡。誠如 Sampson 與 Laub（1992）所言，文獻上有相當數量的幼年偏差證據，亦有成年後犯罪「穩定」（stability）與「變化」（change）之證據，因此犯罪學研究應該是縱貫性的，如：生命不同階段的犯罪型態是否相似？早期的風險因子可否預測少年或成年犯罪？當前的風險因子可否預測未來的犯罪行為？因此，以縱貫性研究（longitudinal study）之生命歷程（life course）為觀點，探求個人一生犯罪行為的變化（包括是否成為慢性犯罪者、中止與持續犯罪），應成為一個新的研究典範，並與傳統的橫斷面研究相互補。

其次，犯罪學裡一項非常重要的原則是：犯罪是高度集中在少數特定的人群、地點或標的。這建議我們應將焦點或資源放在犯罪集中的地點、標的或人，以便可以獲得最好的研究或預防成效。許多犯罪學研究發現不同的犯罪集中現象，並且有不同的名稱，如：慢性犯罪者、重複受害者、犯罪熱點、熱門產品、高風險場所。這些現象被通稱為 80-20 法則，意指在理論上，20%的某件事物會帶來 80%的結果。在實際上，並不是那麼準確的 80-20，但總是小比率的事物或團體造成大比率的結果。本文的目的就是在探討少數人卻犯了相當多數犯罪的持續犯罪現象，探討其犯罪歷程、影響因素及後果等。

「持續犯罪」尚有許多不同的名稱，包括：職業犯罪、習慣犯罪、核心犯罪及慢性犯罪等。無論使用哪一個名詞，均指長時間不斷違反法律成為一種生活型態或方式，行為者的犯罪行為有如慢性疾病一樣會不斷的復發，且有可能愈來愈嚴重，其犯行頻率雖會隨年齡成長而有可能減少，但卻難以完全終止。文獻上較常使用是以 5 次以上的警察逮捕為臨界標準（Wolfgang 等，1972,1987）。無論採用何種標準，結果都是相當地一致：少部分的犯罪者持續較長的時間不斷犯罪，且犯了相當多的犯罪數量。

本研究主要以研究者於 1997 至 1999 年建檔之犯罪組少年為資料收集對象，調查其目前犯罪狀態，並探討其持續犯罪的歷程與影響因素，期能建立少年犯罪研究之更完整成果，成為發展正向犯罪學的新契機，並且有助於犯罪學的前瞻性發展。

因此，本研究的關注焦點在於以縱貫性研究法，探求持續犯罪的歷程與主要因素為何，以達成下列之研究目的：

- 一、探討少年犯罪與成年犯罪之連結。
- 二、分析持續犯罪者之生活型態。

- 三、分析持續犯罪之歷程與影響因素。
- 四、瞭解持續犯罪之影響。

貳、相關文獻分析

一、持續犯罪的發現與穩定性

有關於犯罪者是否會持續犯罪的發現，主要源自對犯罪者的長期追蹤調查研究。今日有關持續或慢性犯罪的研究均是採用量化的方法，但早期的研究卻是採用傳記式 (biographical) 或類型化 (typological) 方法，如 Sutherland (1937) 的「職業竊盜犯」(The Professional Thief) 和 Clifford Shaw (1931) 的 The Natural History of a Delinquent Career。1996 年 Neal Shover 的「大騙子」(Great Pretenders) 一書也是對習慣性竊盜犯深度訪談的結果，他發現持續犯罪者的生活是充滿了無組織與萎靡不振、酗酒、藥物濫用和各種不同的犯罪及逃避責任等。早年的傳記式研究大底發現犯罪的次文化與犯罪的學習。

但傳記式的研究由於往往僅有一位個案，因此其外在效度較低。往後的研究常採用大量的量化研究，並逐漸搜尋出慢性犯罪或持續犯罪之概念。早年第一位以縱貫性研究法探討年齡與犯罪行為關係 (包括中止犯罪之年齡) 是由格魯克夫婦 (Sheldon 與 Eleanor Glueck) 所完成。他們在 1930 年代對 510 名男性輔育院少年進行為期 15 年的追蹤調查，15 年後樣本的平均年齡為 40 歲。他們發現，五年後樣本中 71% 有逮捕記錄，但 15 年後則降低為 57%。然而，在相同期間內，被逮捕者的平均逮捕次數由 3.3 次增為 3.6 次。

格魯克夫婦並未仔細探究樣本群犯罪行為數量降低的原因。但他們有比較仍為犯罪者 (及未矯治成功者) 與轉變成輕微犯罪者 (及已矯治成功者) 間之差異。他們結論認為，轉變為輕微犯罪者其環境已變得較佳，而兩者間之差異主要由於未開始犯罪前之個人不同經驗、個人特性及環境等因素。根據這些資料，格魯克夫婦發展了所謂「延遲成熟」(delayed maturation) 的理論來解釋犯罪降低與中止的現象。

到了 1960 年代，Lee Robins (1966) 則是追蹤調查因反社會行為被轉介至兒童諮商診所的兒童。結果發現，72% 於 18 至 30 歲間曾被逮捕；而在被逮捕的樣本中，有 59% 於 30 歲後又再被逮捕。相反地，於 18 至 30 歲未被逮捕的樣本中，僅有 18% 於 30 歲後被逮捕。因此，雖然犯罪行為可連續至中年階段，但早年經驗的影響逐漸減低，而晚近經驗的影響則逐漸明顯。

接續有關犯罪行為之連續性與改變性之研究，則是 Joan McCord (1980) 的 Cambridge-Somerville Youth Study，追蹤樣本群至 40 歲左右 (平均年齡在 47 歲)。該研究發現，雖然大部分的少年犯在成年時期亦犯罪，但大部分的成年犯罪者卻無少年犯罪紀錄。不過，該研究也發現，愈早開始犯罪，成年時期再犯的機率愈高。

在此時期，有關於縱貫性研究之行為穩定性的探討中，Huesman 等人(1984)之研究是不可忽略的。在長達 22 年的研究中，他們收集超過 600 名樣本的“攻擊”(aggressiveness)資料，包括樣本之父母及子女之資料。結果發現，樣本在 8 歲時攻擊傾向高者，在 30 歲攻擊傾向亦高。攻擊行為的穩定性與智商的穩定性相似，尤其男性樣本更是如此。而早期的攻擊性也是未來嚴重反社會行為的預測指標，包括：犯罪行為、家庭暴力、交通違規和自陳暴力攻擊等。研究同時亦發現，同一家庭內，不同世代間攻擊行為之穩定性，甚至高於個人不同年齡間攻擊行為之穩定性。因此，無論其來源為何，“攻擊”可以被看成是一持久性的個人特徵，可能會受到情境變項所影響，但卻也有跨越不同情境的相當穩定性。

縱貫性研究中最著名者當推 Wolfgang 和他的研究人員(1987)追蹤調查 1945 年出生於費城的少年之 10% (974 位)，直至其 30 歲為止。與前人的研究發現相似，他們發現，犯罪行為自少年至成年有相當高的連貫性。47.1% 樣本 (459 位) 至 30 歲為止至少有一次以上的警方犯罪逮捕記錄。他們將這 459 位樣本劃分成 3 團體：曾經只是偏差行為青少年者 (170 位，佔 37%)，只是成年犯者 (111 位，佔 24%) 及「持續性的犯罪者」(persistent offenders，不僅曾經是偏差行為青少年，亦是成年犯，共有 178 位，佔 39%)。結果他們發現，前二團體之平均犯罪次數為 2 次，但持續性犯罪者約為 9 次；而且從少年至成年，「持續性犯罪者」的犯罪嚴重性或犯罪傷害性都有增加。他們也發現，持續性犯罪者的犯罪行為是非常多樣化，而非專業化。且三個團體均以 16 歲為犯罪高峰年齡，之後，犯罪數即下降，而愈早開始犯罪者，犯罪數愈多。

相反地，青少年時期無犯罪記錄者，成年時僅有 18% 的人有被逮捕紀錄 (其中，3% 成為慢性犯罪者)。該研究亦發現，慢性犯罪者雖然只佔追蹤樣本之 15%，但卻構成全部成人逮捕次數的 74% 和嚴重罪行 (如殺人、強制性交、搶劫等) 的 82%。有 45% 的少年慢性犯罪者成為成人慢性犯罪者。到 30 歲時，慢性犯罪者之平均犯罪逮捕數是 11 次。綜合而言，少年時期之「慢性犯罪者」成為持續性犯罪者之可能性是很高的，犯行多、嚴重性高且期間長。

該研究也成功訪談其中的 567 名樣本。結果發現，犯罪行為較多衝動性而非計畫性 (Erez, 1987: 122-133)；犯罪者發生被害事件亦較多 (Singer, 1987: 167-179)；有些人生事件對中止犯罪有助益 (如：婚姻、完成高中教育及服役等)，有些人生事件則對中止犯罪無影響 (如：成為父親、密集的職業訓練及上大學等) (Rand, 1987: 134-162)。

在英國，Farrington (2002) 的 Cambridge Study in Delinquent Development 也有類似於美國的研究發現—從少年時期至成年時期 (至 46 歲)，犯罪行為有相當高的連續性，而且愈早犯罪者，持續犯罪愈久。該研究於 1961 年開始收集 1952 至 1953 年出生於倫敦市之 411 名少年。研究追蹤調查參與者自 8 歲至 46 歲之犯罪紀錄及其他各種資料。結果發現犯罪的高峰年齡是 17 歲，然後下降；但某些犯罪 (如：傷害、毒品等) 並未能隨年齡而下降。

綜合而言，對於犯罪者之追蹤調查均發現，有相當比例的犯罪者持續犯罪，

因此，犯罪有其穩定性；但亦有犯罪者中止犯罪，因此，犯罪亦有其改變性。少年犯罪往往是成年犯罪的良好預測指標。但亦不全然如此，有相當比例的少年犯罪者中止了犯罪。以下探討持續犯罪者的特徵。

二、持續犯罪者之特徵

1.性別

DeLisi (2002) 研究發現，大部分的持續犯罪者是男性，而且男性也較有可能成為心理病態性格者 (psychopath)。相較於女性，男性也較易因重罪 (如殺人、擄人勒贖或性侵害等) 而被定罪。無論其研究資料來源為何，男性較女性犯罪較多樣、較嚴重、期間亦較長。儘管如此，還是有女性持續犯罪者。她們所犯罪行多、期間長，而且亦常有精神疾病或藥物濫用的問題。DeLisi 也指出，女性持續犯罪者常有廣泛的受害經驗，尤其是在性侵害方面。儘管男女持續犯罪者有所差異，但他/她們共通的特徵就是有長久且多樣的犯罪行為。只是，女性的程度低於男性。

2.年齡

隨著年齡的成長，所有的犯罪者都有降低其犯罪活動的頻率。一般而言，犯罪在 15-17 歲達到高峰，然後急遽下降，20 歲以後逐漸降低。但是，就持續犯罪者而言，其參與犯罪活動的時期將較長久，且其頻率較高，而且有可能在成年時期仍有許多的犯罪活動。但我們仍應注意到，隨著年齡的增長，即使是嚴重的持續犯罪者也會逐漸中止犯罪。

3.開始犯罪、犯罪多樣化、嚴重性／危險性

何時開始犯罪對於持續犯罪者之犯罪期間、犯罪嚴重性等均有重大影響。一個人愈早顯現出嚴重的反社會行為，其愈有可能成為嚴重性的持續犯罪者。因此，當我們研究一位 50 歲左右的持續犯罪者之早期生命史，他很有可能是少年犯，也很有可能是反社會行為的小孩。而在兒童時期，他的行為問題是多元的，包括：欺騙、衝動、脾氣不好、教養困難、學校表現很差。既使在小學時期，他也會有許多的偏差行為，預示了他成為持續犯罪者的高可能性。到了青少年時期，他的犯罪行為逐漸嚴重化、多樣化與危險化。

但既使是持續犯罪者，其犯罪行為仍是多樣化，而非專業化。雖然，偶有特殊的案例，如竊盜癖、縱火狂或系列殺人犯 (serial killer) 等，但既使是這些特殊的案例也會有不同的犯罪行為。例如，系列殺人犯經常會綁架、強盜或性侵害其被害人。因此，系列殺人犯也是系列綁架犯、系列性侵害犯或系列強盜犯。因此，研究也就不斷發現，犯罪者的犯行傾向多樣化，而非專業化，既使性罪犯、縱火狂或毒品犯均如此 (Britt,1994)。

4.早發犯罪、缺乏非正式控制、低自我控制、遊樂型生活型態及樂於從事犯罪活動

在台灣的相關研究中，研究策略上常比較中止犯罪與持續犯罪。例如，陳玉書、洪宏榮（2003）同時研究終止犯罪與持續犯罪之因素。該研究藉由質性研究設計來描述和解釋犯罪行為發展之歷程，研究對象為成年受保護管束人（再犯組 10 名、未再犯組 5 名）。該研究發現：再犯組平均第一次犯罪年齡較為年輕，有較高的比率為早發犯，而造成早發犯與晚發犯最大的差別在於家庭附著的功能，且第一次犯罪發生的年齡愈早其停留在犯罪歷程的時間也將愈長，犯罪傾向較趨嚴重。

該研究同時也針對犯罪持續與否進行解釋，指出：低自我控制（犯罪傾向）愈強烈、從事「遊樂型」休閒活動或生活不規律經常接觸犯罪環境的個體、家庭功能不彰（父母婚姻不良、教養方式不當、與家庭成員關係疏遠、翹家經驗豐富）、工作鍵缺乏（工作不穩定、收入不穩）、婚姻鍵不健全（未婚、婚姻關係不佳、配偶未能支持）、反社會鍵（偏差友伴）等，都是影響犯罪持續的因素。尤其「工作」與「婚姻」在解釋成年時期的持續犯罪中影響更為顯著，而「偏差友伴」則在不同時期均有重要影響。在影響犯罪行為發展的因素中，反社會鍵與機會因素均扮演重要角色。而在阻卻犯罪部分，該研究指出強烈的工作鍵（穩定的工作）、婚姻鍵（配偶的支持）與家庭鍵（附著於家庭、家人的支持）扮演重要的關鍵，得以使個體中止犯罪。

黃曉芬（2006）訪談 2 位終止犯罪者⁴與 3 位持續犯罪者，發現兩組人有許多相似之處：他們都明顯地呈現出早期父子依附關係的缺乏，其中四位是早發犯，五位都有幫派或角頭背景，且皆從犯罪活動中獲得相當多的「利益與肯定」。他們的犯罪思維均極為雷同：「合理化自己的犯罪行為、認知犯罪的代價，並對司法抱持負面觀感」。然而，該研究亦發現終止犯罪者與持續犯罪者在於與社會連結方面具有顯著差異，終止犯罪者有新的正向社會連結，並某種程度地切斷犯罪關係的連結；相反地，持續犯罪者則是某種程度地切斷正向社會連結，持續地和犯罪同儕保持聯繫。他們容許犯罪連結的存在，以至於阻隔了停止犯罪的可能性。另外，在生活型態方面，終止犯罪者有較正向的轉變，持續犯罪者則仍維持原遊樂型式的生活樣貌。

尤其對三位持續犯罪者的訪談發現：其進入犯罪圈的因素雖不同，但動機上皆可歸結為「以犯罪活動滿足個人目標」，因而得出「持續犯樂於從事犯罪活動」的結論。持續犯的犯罪活動佔據他們生命相當長的時間，而且生命高潮往往就是犯罪活動的高峰。

該研究亦發現：犯罪終止的機制與個人積極決定的能力、情境轉變有關，人是具有改善自我環境的渴望，而正當、合法的環境，在時空上能適當的阻絕犯罪活動，有利協助終止犯積極改變生命、遠離犯罪；而環境裡接觸的人所帶來的資

⁴ 英文 Desistance 有翻譯為終止犯罪或中止犯罪，在黃曉芬的研究中使用「終止犯罪」。本文認為中止犯罪指稱暫時不再有犯罪行為，但未來情形現在無法確定；而終止犯罪則是指完全不再為犯罪行為，無論現在或未來。由於一個人是否不再為犯罪行為須待生命終了，始能蓋棺論定，因此稱中止犯罪似較終止犯罪更為妥當

源，以及在環境努力、投入所帶來的成就感與價值感，均有益於終止犯罪。該研究結論將終止犯罪描繪成「個人積極決定與外在有利環境不斷交互作用的一段歷程」。

三、持續犯罪的二個理論典範：Moffitt 與 Laub & Sampson

在文獻上，我們可以找到二個互相對立的有關持續犯罪的理論：Terrie Moffitt (1993) 的終生犯罪者與 Laub 與 Sampson (2003) 的持續犯罪者在持續犯罪原因上可謂形成強烈的對比。

Terrie Moffitt 於 1995 年的追蹤調查研究，她發現少年犯罪者可分類成「僅限於少年時期 (adolescence-limited)」與「終生持續 (life-course persistent)」犯罪者二大類型。大部分的少年犯均是僅限於少年時期的犯罪者，約佔所有少年犯的 90%。僅限於少年時期的犯罪者大抵而言是守法的，且有能力抑制反社會行為的衝動。

Moffitt 認為，在少年時期的犯罪行為主要是青春期發展的一種結果。少年在逐漸進入成年時期時，難以適應一些期望和責任，如：約會、工作等，而發生偏差行為。她認為希望獲得成人地位之認同是少年偏差行為之主要動機。因此，他們的偏差行為往往是具有追求成人地位的喝酒、藥物濫用、偷竊、遊蕩等較低層次之行為，對社會之威脅亦輕。

相對於僅限於少年時期之犯罪者，Moffitt 認為終生持續犯罪者對社會構成嚴重威脅，而且其發展途徑明顯不同。這一類少年的犯罪行為主要因兩項神經心理缺陷所致：語言智力 (verbal intelligence) 和執行功能 (executive function)。語言智力包括閱讀能力、問題解決能力、記憶、專心聽講的功能、寫作和說話的能力等。執行功能包括：專心度不足、衝動性及高度活動性。缺乏這些神經心理特徵的孩子易於不守法、破壞、好動及使用暴力。

除此之外，終生持續犯也處在兩種極為不利的環境下。第一是，這些小孩與其父母親的脾氣、個性和認知能力等極為相似。因此，這些小孩的父母親也是易於衝動的、易於使用暴力，更惡化了其孩童的神經心理缺陷。其次，終生犯罪者所成長的家庭環境往往貧窮、有精神疾病或社會孤立。這些孩子在懷孕前後均處於相當不利的環境，包括懷孕時父母親的酗酒、吸毒；懷孕中的營養不足，出生時重量過低及生產過程中的障礙等。因此，Moffitt 認為，健康因素和社會變項共同作用而形塑了終生持續犯者。一旦開始了犯罪生涯，這些犯罪者就會不斷的犯罪，終生持續犯者的生涯可說是從不良的兒童時期延續到各種不同的問題和反社會行為，進而不斷的持續犯罪與涉入刑事司法體系。而且幾乎是終生不變。

相對於 Moffitt 的終生犯罪者，Laub 與 Sampson (2003:161) 認為即使是嚴重的持續犯罪者也可因正向生命轉折事件而中止犯罪，且「中止犯罪」的理論也是「持續犯罪」的理論。他們主張以「逐級年齡非正式社會控制理論」來解釋犯罪的持續／中止，他們對犯罪者生涯之演化 (evolution of criminal career) 的研究指出，持續犯缺少中止犯罪所需的社會資本 (social capital)，他們不僅缺少社

會鍵，亦缺乏非正式社會控制，而正式的懲罰或約制系統皆難以影響其行為。他們的訪談資料指出，影響持續犯罪的主要因素有下列五點：

- 1.個人意志力：持續犯會以「中立化技術」來促使犯罪的發生，缺乏不再繼續犯罪的意志力量。
- 2.犯罪的誘惑與吸引：持續犯受早期犯罪所帶來的興奮、刺激所吸引，犯罪對其而言是吸引他們的選擇。
- 3.對權威的長期厭惡：對抗權威就是吸引持續犯犯罪的一項因子，對抗父母、欺侮鄰居、違抗老師等是吸引持續犯的行為。
- 4.酗酒與物質濫用：持續犯往往有嚴重的酗酒或物質濫用問題，導致其生命過程中容易喪失控制因而犯罪。
- 5.監禁經驗：持續犯有相當多的監禁經驗，以致形成機構依賴（institution dependency）。他們長期生活在監獄機構，無須費心基本的生活需求，且長久缺乏正常的家庭或社會活動，以致無法全然獨立地應付大社會的生活。

以上的文獻指出，對犯罪者的追蹤調查研究已發現，犯罪有中止亦有持續的現象，而持續犯罪者常在人生早期即已有問題行為或偏差／犯罪行為，其行為傾向有相當的穩定性。有關於持續犯罪者的特徵包括了男性較多、早發犯罪、犯罪多元化、家庭功能低、缺乏婚姻及工作鍵及遊樂型生活型態等。而其解釋架構則包括了Moffitt的終生犯罪者及Laub與Sampson的「逐級年齡非正式社會控制理論」。

儘管如此，我們對持續犯罪者的早年成長背景、少年至成年的犯罪演化、生活型態及人生轉折、本土的持續犯罪影響因素及持續犯罪之後果等仍有待更精確的充實。因此，追蹤蒐集行為者在生命不同年齡階段之犯罪變化情形，不僅提供檢驗犯罪理論的機會，也擴大犯罪學的視野，對於重要的犯罪中止／持續、慢性犯罪等議題提供解答。

參、研究設計與實施

一、研究對象

本研究之樣本係取自許春金、馬傳鎮等於1995年至1997年對台灣北部某城鎮追蹤、建檔之409位犯罪青少年（源自觀護人的受保護管束對象），其出生年多介於1970年代末至1980年代初，目前正值青壯年時期。在研究前階段，首先透過刑案資料庫，查詢所有樣本的偵查、起訴、裁判、執行記錄（截至2007年6月30日止），篩選出調查前五年（2002年7月至2007年7月）尚有因犯罪而被判決確定有罪紀錄者作為本研究對象。

考量犯罪者的生活型態多不穩定，直接進行追蹤調查不易，因此採用便利樣本，透過官方紀錄追蹤，查詢在機構內服刑名單，再透過機構人員取得受訪者同意後始進入監所進行訪談。自2007年10月至2010年10月止，總計完成19位

男性持續犯罪者的追蹤調查，所有受訪者的第一次訪談皆於監所中進行，而本研究訪談的個案遍及全台監所。完成第一次訪談，在初步整理資料後視情況進行後續追蹤訪談，部分受訪者甚至進行四次以上的訪談；若受訪者服刑期滿或假釋出監，則透過家戶拜訪或電話連繫約訪，進行追蹤訪談。

表一 個案基本資料

	胖達	毛毛	小鐵	蚊子	小鬼
出生年	1978	1978	1978	1981	1978
偵查次數	10	112	4	1	8
執行次數	4	>8	6	>2	7
	阿莫	阿鑫	大仔	小黑	小高
出生年	1979	1978	1979	1978	1979
偵查次數	46	5	28	22	22
執行次數	5	7	6	>8	7
	阿健	小誠	小強	阿豪	阿拓
出生年	1982	1978	1978	1978	1978
偵查次數	16	18	24	15	18
執行次數	>8	6	4	5	3
	正經	新仁	斯文	命仔	
出生年	1984	1979	1981	1982	
偵查次數	3	52	74	38	
執行次數	>3	>7	>3	>4	

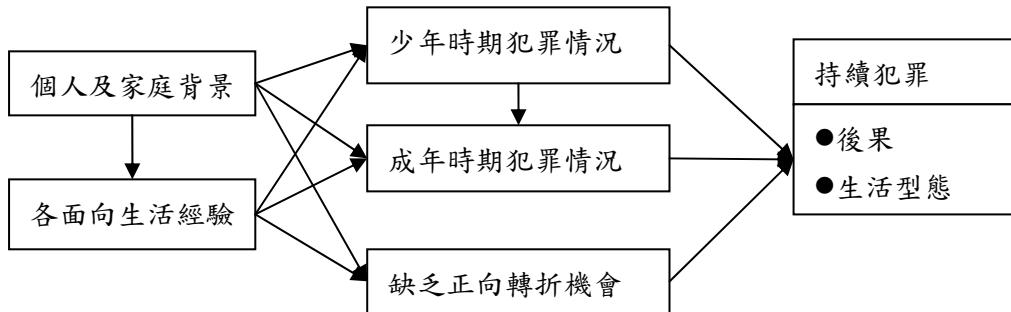
註：偵查次數採刑事局刑案系統之統計數據，因此僅有個案成年後之偵查記錄；執行次數則採受訪者自陳，數據包含未成年階段之服刑經驗（含感化教育、保護管束）。

本研究 19 位受訪者年齡介於 1978 至 1984 年次間，目前約為 27 歲至 34 歲間，有關個案的基本資料如表一所示（基於保護個案，本研究給予受訪者假名，並視情況隱匿或轉換部份資訊）。

二、研究架構

本研究採取質性深度訪談方式進行資料蒐集，為探索持續犯罪者的個人成長

背景以及截至調查時各項生命經驗對犯罪狀況的影響，以了解持續犯罪的相關因素，與持續犯罪如何影響目前生活型態，本研究依文獻分析階段之發現擬訂初步的參考架構圖，如下圖二所示：



圖一 研究架構圖

三、資料蒐集與資料分析

依據擬訂之參考架構圖，再參酌 McAdams (1995) 的生命史訪談 (The Life Story Interview) 作為訪談大綱參考的基準，設計訪談主題與問題。本研究的訪談大綱主要可分為三大部分，分別為：受訪者的個人資料、生命歷程及犯罪歷史。

表二 訪談大綱

個人資料		出生年月日、教育程度、居住地、住居自有／租賃、原生家庭組成結構 (原生家系圖)、工作類型／職稱、生理概況
各面向重要生命經驗	原生家庭	父母的婚姻是否和睦？家人給你的影響？ 和家人的互動如何？有無印象深刻的事件？ 十歲前的家庭生活狀況大致為何？父母職業？
	學校經驗	從小到大的學校生活？學業成就如何？ 對老師的印象？對學校的印象？ 與師長、同學的關係如何？
	服役情形	當兵經驗如何？有無逃兵？當兵的影響？
	工作情形	曾經做過哪些工作？工作持續多久？選擇工作／離職原因？ 與老闆、同事的關係？對工作的感覺如何？
	異性交往	與異性交往經驗？擇偶來源／標準？相處模式？分手原因？ 異性交往的影響？異性友人對自己的意義？
	婚姻情形	婚姻狀況？與配偶相處模式？認識／決定結婚的原因？ 配偶原生家庭概況？與配偶原生家庭互動情形？ 與配偶、子女的關係？

	人際關係	朋友類型／來源？與朋友的互動頻率？主動／被動聯繫？和朋友相處時的活動為何？有特別重要的朋友嗎？
	鄰里關係	原／現居住環境概述？與鄰里的關係？搬家的情形？
	生活型態	生活作息如何？平常的休閒活動？抽煙、喝酒或賭博的習慣？交通違規經驗？
	其它個人重要生命經驗。	
犯罪 ／ 偏差 行為 史	偏差紀錄	發生時間／類型／具體情形／是否為刑事司法系統覺察
	犯罪紀錄	
	判決紀錄	矯治方式／時間
	幫派經驗	團體名稱／加入時間／角色
	毒藥物施用史	類型／時間／原因

本研究希望藉由受訪者自身陳述的方式獲取最豐富的資訊，以瞭解受訪者獨一無二的生命歷程，因此採用半結構式訪談大綱以一對一深度訪談法進行資料蒐集。由於所有個案皆於機構內受訪，為使受訪者無心理壓力能暢所欲言，進行訪談工作前商請監所提供安靜且獨立的空間，並請戒護人員有適當的間隔距離。另外，因為受限於機構的作息時間，訪談內容若經整理有不足，或值得再細究，則再安排後續的追蹤訪問，總計 19 位的受訪者共進行了 44 次的訪談；惟單一個案的訪談次數遵循「蒐集資料盡可能飽和」原則，避免一再重複蒐集已知資訊。

本研究資料的蒐集與分析是同時進行的，訪談內容的整理，乃利用逐字稿謄寫的方式，在訪談結束後及時將所蒐集之錄音資料與現場筆錄資料進行整理與分析，在此資料整理的同時，即對已蒐集的資料進行分類或結合，以為後續的資料蒐集提供方向或聚焦的重點。待全數資料蒐集完成後，開始將原先較為具體、零散的訪談資料依照研究目的進行編碼；除了訪談逐字稿外，受訪者的家系圖、生命歷程圖、研究者訪談後的田野筆記等，也都是分析的資料來源。

分析過程研究者秉持開放態度，從受訪者所陳述的句子中提取概念作為編碼，將蒐集之資料依研究目的加以歸類、連結；同時，依生命歷程事件間的邏輯關聯進行描述，並予以結合。而為避免主觀意念造成之偏頗，本研究採用分析者三角校正（包括：主持人、碩博士生助理）方式進行資料分析及結果稽核。

肆、研究結果與分析

一、個人成長背景與家庭背景

1. 雖多源自完整家庭，但與家人間情感疏離

19位持續犯有12位來自核心家庭，5位來自單親家庭，2位由祖父母扶養。在家中的氣氛以及家庭成員的互動上，除了阿豪、小鐵表示幼時父母關係不錯，兄弟姐妹間會相互照顧外，其餘個案皆表示家中的氣氛沒有很和諧，不是父母間時有爭執，就是自己與家人有許多的衝突。

多數個案表示自己在家中，比較沒有存在感，也不會與家人分享情感，小鬼說：「(跟家人互動)比較少，我大部分都自己像在搞自閉一樣」。而出生序排行在中間，上有兄姊下有弟妹的個案常有自己不受重視的感覺。阿莫就覺得「爸爸最疼姊姊，媽媽疼弟弟！我媽不在乎我...回家我也很少講話...她根本不會體諒我的感覺、感受，那時候我對我媽是非常的厭惡，我認為弟弟要什麼有什麼！但我都沒有」，自己完全就是爹不疼、娘不愛的孩子，這些個案常感到有壓迫感，也有較自憐自悲的個性。

2. 物質條件不佳，父母無力全心照顧

個案中除小誠與小強家中經濟狀況較佳外，其餘個案回憶起自己的幼年生活，父母多是忙碌於工作上，甚至會將他們交由親戚照料，像小高父母在工作時他與姐妹、堂兄弟都一同交由祖父照顧，「爸媽在賣早餐啊！那時候就都是讓阿公帶...回到家裡面爸媽都比較不會管我...可以說(他們)沒有那麼多時間」。而單親家庭的個案情況更是明顯，無論係由父親或母親照料，幼時家中的經濟狀況都不好，父親或母親多是忙於工作無法全心全力照料他們，命仔回憶自己小學時的生活說：「他們(母親及其同居男友)上班我們下課回家就自己在家裡，吃飯什麼都是自己來，有時候他們只留個飯錢，記得都是這樣的生活。」，正經與阿健兄弟倆回憶起自己的國小生活也是如此，父親為了要有較高的收入選擇夜班工作，因此他們自小學起就是自己自理生活，而且因為基於彌補的心理，父親對於他們的要求總是慨然應允也甚少責備他們。或像蚊子，因為父親從事跑船工作時常不在國內，他與哥哥、姐姐只能在不同的親戚家間寄養。

更糟的則是像命仔的母親在無法照料下，將命仔與其同母異父的弟弟送到育幼院去，「住過孤兒院...國小四年級我媽送我去的...住了一年多快兩年...她覺得我是拖油瓶」；也因為生活狀況不穩定需時常搬遷、更換學區，「反正一年換一個學校，搬一個家啦！...就搬來搬去這樣」。

3. 多數經歷重大負面事件

多數個案在未成年前有經歷重大事件的經驗，例如：父母失和甚至離異、父母死亡、目睹或經歷家暴等。雖然有12個個案來自核心家庭，但父母的感情並

不是很和諧，不是有個性不合，就是有因生活磨擦或子女教養問題起爭執的情況。像是新仁父母雖未離婚，但常有衝突，母親常因此離家出走，父親甚至將外遇對象帶回家中同住；或像阿拓父母雖未離婚，但感情不好，父親後來有外遇就乾脆在外與人同居。而5個單親家庭的個案則都經歷父母失和的階段，正經的記憶中父母是在小學時離婚，但在那之前就是不時吵鬧的狀態，「當時的印象就是都吵吵鬧鬧，我爸動手打我媽...常常這樣子，後來就離婚了！」，於是父親帶著他們四兄弟搬離原先的居住地。

單親家庭還有重組家庭的情況，命仔母親雖然單身，但一直都與男友同居，生下同母異父的弟弟後多將心力放在弟弟上，「她對弟弟好，對我不好...她出去會帶弟弟去，把我丟給外婆...弟弟有的東西我都沒有...吵架只是打我，弟弟不對也只是打我...親戚在看會說『妳對他們怎麼差這麼多？』」。或是像阿鑫的父母也是離異，母親搬離幾年後，又帶著男友搬回家中同居，家中的氣氛詭譎，母親常歇斯底里，加上看到母親的男友在家中出入，讓阿鑫很不適應，「後來媽媽帶男朋友一起回來住...不想回家裡就是（那場面）怪怪的...小時候那一個（指母親當時男友）很討厭，感覺是不好的...那時間是斷斷續續的，帶回來又搬出去」，回憶起當時的生活，阿鑫說：「（如果當時媽媽沒帶男生回來）應該多少還像一個家吧」。這種重組家庭的情形，也讓個案有較不同的人生經驗。

還有一種重大事件是經歷父親或母親的離去，個案中有4位在未成年前有此經驗，像大仔是在四歲時父親死亡，雖然因為當時年紀尚小沒有太大的負面情緒，卻也影響他後來的人生，「父親過世...我聽阿公講好像是內疚...媽媽就帶妹妹走...我是長孫就把我留給爺爺奶奶」，不僅再也沒見過自己的母親，祖父母的嚴厲教養、與叔叔一家同住等，都讓他的人生因此有不同的走向。其他3位則是在稍長後經歷父母的離世，失去至親的感受則讓他們印象深刻，小高：「爸爸過世..15歲的時候...就覺得...空了！...很難過...即使到現在，還是覺得跟爸爸的關係比較好，雖然我媽比較寵我，對我比較好...」。

有些個案則是在幼時有目睹或經歷家暴的經驗，斯文：「我爸會打我媽...喝醉就有比較不理性的行為出來...印象中，從小到大都在吵架，每天吵，好像也沒有為什麼，就一些家庭瑣事有的沒的都可以吵」，或像新仁的父親是傳統的權威與大男人主義，不僅會責罵妻子，也用肢體或言語暴力的方式教導子女，「我就像我媽的附屬品...我爸罵我，她也會被罵...遷怒會遷怒...我媽是很傳統，都忍氣吞聲...小時候我光學寫一個字就被打得好慘...有時候吊起來打喔！比較嚴重的是生活在精神壓力中，情緒不好就幹譙」。

另外還有一些是比較個別、特殊的經驗，像前文提到的命仔被母親送到育幼院，或是像胖達曾經歷父親無法拿出家用錢，母親帶著他與姐姐要喝農藥自殺，「（小時候）經濟不大好...印象最深刻就是我媽要帶我跟我姊姊自殺啊...就我爸錢拿不回來，那時家裡又沒有錢，我媽叫我喝那個農藥，我就說我不要先喝...然後就模糊不了了之」這類的重要事件。

4.多數無法完成國民義務教育

19位個案中有12位未完成國民義務教育即輟學，3位勉強完成國中學業，僅有4位有念到高中（職）肄業，且其中2位是因為接受感化教育才念到高中，1位是在監所服刑期間參加同等學歷的認證考試。學歷最低的是71年次的命仔，他從小學五年級開始逃家、輟學，連小學都沒有畢業，「四年級的時候...跟同學不好，跟老師也是不好...每年都換一個學校...孤兒院收留沒有父親的孩子...老師看你就會比較不同...」。大部分個案都是因為對於讀書沒有興趣，於是中斷了學業，小黑念到國二就輟學，「國一有讀完，國二就不去了！不是不讀書，是不想去了！」；或是校外有更吸引他們的事物，大仔「國中一年級後就跟人家去混啊！有時候朋友哥哥要幹什麼或是怎樣...牽來牽去就認識...就沒有再進學校了」。

多數的個案在輟學前，成績都不是很理想，而且是自幼在校表現就不佳，僅有小強、大仔、阿豪與阿莫表示在校學業成績中等以上。在體育成績方面，有4位個案是體育健將，參加賽事都有獲得佳績，不是成為紀錄保持人就是有代表出國比賽的經驗，在訪談時談起這段過去都是非常的得意，像小強：「小學的時候我成績都不錯，都前三名...五年級參加田徑隊書就比較沒在讀...運動比賽老師每項都叫我參加，60公尺我拿冠軍，學校把我選進田徑隊，第一次出去比賽我就破全縣紀錄」。到了國中階段，所有的個案皆表示成績不好，而且都有翹課經驗，小鬼：「跟同學相處不錯，跟老師就是一種叛逆的心態，老師講什麼也不會去聽，然後常常想著翹課，在做學生時，很少去上學，大部分都到那點個名，然後摸一下就出來了」。

二、少年至成年時期的犯罪情況

1.少年時期

(1) 從偏差到輕微犯罪，再到嚴重犯罪

如同在文獻分析中的發現，所有個案最晚在少年時期（國中階段）就有犯罪紀錄。少數受訪者在更早階段就出現偏差行為，如大仔回憶自己在幼稚園就會拿長輩給的零錢至雜貨店打電動，更常讓家人找不到，「幼稚園就隨便亂走，常常去打電動...（爺爺）就找不到人啊！...國小就欺負別人」，小鬼則是在7、8歲時就因好奇開始抽菸，「7、8歲的時候...看人家抽菸好像很好玩，然後我奶奶在抽菸，我就去把菸偷來抽」。多數受訪者則是從國小五、六年級開始至國中這個階段，開始出現偏差或犯罪行為，而行為的態樣會隨著時間發展漸趨嚴重，初期多只是輕微的翹家、翹課或欺負同學，像命仔在國小五年級就因為家庭問題離家不歸「我小學到五年級就不常在家啦，我很少回去了！...三餐錢我也不會跟她（母親）拿...那是接到通知說被抓去關...少年觀護所，她才會來這樣」，離家後多是在不同同學家間遊蕩，或像胖達用父母給的零用錢或是收便當費的溢收款到旅館去住，「我國中...離家出走，不回去就是不回去啊！...（睡）朋友家或是賓館」，

也有翹家就台灣南北跑的，蚊子：「我最早差不多 8 歲就翹家...12 歲翹家去高雄...在那邊關一個月，才送回來基隆這邊」。

開始翹家、翹課後，學校生活自然不再是這些持續犯少年階段的生活重心，但具體而言除了玩樂也沒有其他的生活目標，新仁回憶自己的少年生活說：「玩車子啦、玩摩托車啦！然後就是一群也不知道在幹麻，漫無目的你知道嗎？就整群聚在一個地方，在那邊尬...不然就是陣頭」。再之後就是與朋友飆車、聚眾鬥毆在地方上鬧事，直到真的觸法，犯下如：偷竊、恐嚇、搶奪等案件，小鬼：「第一次（被警察抓到）好像差不多 14 吧...就是偷摩托車」，或是開始吸食迷幻藥、強力膠或是安非他命等，阿鑫：「國二...那時候暑假剛結束...朋友有帶（安非他命），然後就吃了」。19 位的受訪者全數在國中一、二年級階段就已經有第一次的犯罪行為，並且受到刑事司法機關的追訴，或受保護管束、或進入感化院。

不過也有第一次就犯下嚴重的案件，像阿莫小學一畢業就犯下殺人未遂案件，「我第一個案子，就犯殺人未遂，砍我姊夫的朋友...13 歲快 14 歲時」。

（2）團體行動，無個人意識

在少年階段從事偏差／犯罪行為時，多是採團體行動方式，像阿鑫在回憶國中時期犯下的搶劫案就說「那時候都是朋友開車，我負責搶...」，就算沒有從事犯罪行為時，也多是與朋友聚集，胖達：「就一群的啊...人多就很快樂啊」，這些朋友可能是同年齡的同學、友人，也有可能是校外、年紀較長的大哥、大姐。通常與校外人士、中輟生或是社會人士在一起，對少年時期的持續犯而言，是一種風光的行為，像胖達就說自己會跟著大哥純粹因為「以前就愛現、風光...」，有些則是貪圖與這些人士交往，自己會有人罩，像小鐵就說「校外不是有那種中輟生嗎？...跟他們尬在一群啊！這樣的話在學校比較風光...如果被人家欺負跟他們講，他們就會跑來學校（幫忙）」。

若是跟隨地方勢力或角頭，他們就會依附在老大下做事，需要時去鬥毆現場充人數，或是幫忙顧店、跑腿，像胖達就在大哥底下幫忙「跟老大就賣檳榔、顧聲色場所...那時候很好賺，一天至少有賺五千小費」，這也使得他們犯罪行為更趨多樣化，像是恐嚇、或是協助販賣毒品。

（3）家庭影響力遠低於同儕

在所有個案的少年時期，同儕的影響力遠大於家庭，他們的日常生活幾乎都是在家庭外度過，很少返家，或參與家庭活動，因此家人要拉回他們的力量有限，阿莫回憶他國中時期父母對他的教育方式說：「我爸不管說什麼，我根本不會在乎、也不會聽」。而即使回家了，外頭朋友一找，不管為了什麼事就往外跑，像阿鑫「家裡講的都不聽，外面講了就走...朋友一找就會出去」。

甚至，有些持續犯的原生家庭本身也是有問題的，可能經營賭場或是父執輩本身即有前科，像小高的家庭，從爺爺到父親、叔叔、堂哥都是地方上的流氓與不良份子，「小時候會想學他們...沒有讀書、在外面混...二叔跟三叔都是流氓管訓...（最崇拜）我堂哥...出事找他都有辦法幫我解決」，家人反而是他們想學習

的目標。當原生家庭本身有問題時，他們有些微偏差甚至嚴重到犯罪時，家人也沒有想過或是也沒有能力將他們導向正途。

2. 成年時期

(1) 犯罪態樣持續、多元及手法更趨嚴重化

進入成年階段，持續犯的犯罪的類型多數與少年時期相同，但有些是轉變為更嚴重的態樣。但與少年階段相同，他們仍多與偏差的同儕一同犯下案件，像是一起吸毒的夥伴、或是一同玩樂的夥伴，像小鬼就都是與電動間的朋友一起行動，「我做案都是跟朋友...就都是一群混混這樣...」。有時涉案類型的轉變則與身邊接觸人士有關，毛毛回憶自己犯下不同的案件時就說，「每個年齡層有沒有，年紀越大你接觸的朋友也越不一樣，有時候喔...這個朋友現在做擄車，啊這個朋友在做偽卡，這個朋友在做竊盜，啊朋友很廣嘛、很多嘛...朋友打電話來說...互相找...我們認為可以的話，去看看也好」。

就算與少年時期相同是犯下搶奪或強盜案件，他們期望的犯罪報酬會逐漸提高、犯罪的手法也會更趨嚴重。例如：同樣是結夥犯下，他們可能會在事前即安排各自角色，準備好需要的工具，像胖達就說後期在犯強盜案件時，都是友人會事先蒐集情報、策畫「有時候是這個人報你去賺這個錢，他會派人來跟你配合！譬如說你要叫我幹嘛！東西（刀槍或車子等工具）你出...人也你出啊！...你扮演什麼角色...他都給你抓（安排）好了！...（一次得手就）一百多萬啊！」。或是像小誠少年時期只是隨機搶路人，後來會鎖定目標、準備工具在進行，「強盜...拿槍啊！開槍阿！就是爲了錢...搶汽車旅館好幾件...還有搶通訊行的貨櫃車...槍 90、92 的都有」。也有像小鬼，與朋友利用先前在瓦斯公司的制服，偽裝成要檢查瓦斯進入住宅後，再一一制伏被害人以洗劫住家財物。

(2) 加入正式幫派組織

與少年階段相較，成年後持續犯多由跟隨地方角頭勢力轉而加入正式的幫派組織，像阿莫就透過少年時跟的老大進入竹聯幫，「25 歲戒治出來之後...我老大那個朋友，算他的上線，就是之後我跟的老大...就是竹聯幫的老大，O 堂的...」。也因為加入幫派組織，就會開始跟隨從事暴力討債、製造偽鈔、或是媒介性交易等犯罪活動，其中又以暴力討債為多，像小鬼就說加入幫派主要活動是「去給人家處理帳...跟艋舺那邊的芳明館」，小誠也說自己會再進到監獄就是因為參與幫派活動，「加天道盟...（犯罪紀錄）就是因爲公司幫討債才出事情的嘛」。

也有的持續犯雖然未加入正式組織，但自己卻成為帶著小弟的大哥級人物，像大仔就是如此，「有帶一些年輕的啊...幫我去收個錢之類的...若是要接貨（毒品）就一起去啊...身上帶槍去戒護」。總計 19 位持續犯中有 8 位加入正式的幫派組織，3 位跟著地方角頭。

(3) 持續施用毒品，毒品施用類型進階

有 18 位個案在少年時期即吸毒，他們在成年後仍是都繼續施用毒品，而且

多數都由較無成癮性的安非他命改成成癮性高、費用亦較高的海洛因。國中就開始吸食安非他命的小誠，在 26 歲時改施用海洛因，雖然自陳控制力很高不需時刻食用，但其海洛因的用量與花費仍是非常驚人，「安非他命從以前國中的時候開始用...海洛因是 93 年到 95 年...剛好（收入）最好的時候...每天我要吸食大概一萬塊，一個月就 30 萬了！」。

也因為改吸食或施打海洛因，這些持續犯的日常開銷變大，生活變成被毒癮牽著走，有錢就買毒施用，沒錢時就要想辦法生錢，像胖達就說「一天最少要兩千，（沒錢怎麼辦？）搶啊！比較實在...偷啊搶啊，麻將贏了也可以」，致使這些有海洛因癮者持續犯下搶奪、強盜或竊盜等可以獲取金錢的案件。更甚者，因為自己吸毒乾脆就兼從事販毒，不僅工作時間配合自己作息，收入也高、也隨時有毒品可以食用，像是大仔、斯文、新仁或小誠就是如此。

3. 持續犯罪者的生活型態

誠如前文所述，所有的持續犯皆是自少年時期至成年時期均不斷的犯罪，他們的生活模式與一般人相較有些許不同。

（1）日夜顛倒、無生活重心的玩樂型態

多數個案都是日夜顛倒的生活模式，白天睡覺，晚上則外出活動，像大仔「凌晨差不多四、五點回去嘛...啊差不多睡到中午一、兩點，啊再玩到四、五點，就這樣每天這樣...」，生活作息與一般人全然不同，用餐時間亦然，阿豪「睡到下午兩、三點...見光死啊！就像夜行動物...到凌晨才快回家，早上六點吃早餐，別人早餐是你的晚餐」。只有少數個案如小誠會因為有親人、女友的監督，維持較正常的作息，「九點出門，五點半入門啊！朝九晚五...因為我女朋友會觀察我、會盯我，你跟一個正常的女孩子在一起，她每天十點、十一點要睡覺，那你不睡覺，你要幹嘛？」。

因為沒有正式穩定的工作，持續犯們的生活都是沒有重心的。像小強就說自己每天就是在外忙，怕女友煩所以要女友顧檳榔攤，「擺檳榔攤主要是給我女友一個固定的...不要說我出去，她整天閒閒這樣」，但追問他每日在忙什麼？小強說「也沒做什麼...沒做工作...整天機車騎了四處逛...」。持續犯的生活鎮日多是與朋友在一起，玩樂、閒逛或一起施用毒品，一旦缺毒品或缺錢就一起想辦法。

（2）重視朋友勝於家人

在監外的生活，持續犯們多與友人在一起，縱使回家也多只是休息而已，像胖達就說回家像回旅社，「（父母）都說把家裡當成旅社這樣，就是回家睡覺，也沒跟家裡吃飯，都沒有...」，原生家庭對他們來說只是一個隨時可以回去、遮風避雨的地方，跟家人甚少互動。如果回家，朋友一找就是出去，胖達：「朋友怎樣，就相挺...重義氣就對了！」。

對於持續犯總是在外的生活方式，他們的家人也漸習慣，以「出門當作不見，回家就是撿到」的心態面對，阿豪：「那個時候...我們真的是朋友第一...我哥說

我出去就像不見了...回來就像賓館一樣...看一下、換個衣服就走了」。也因為多數的時間都不是與原生家庭度過，家人對於他們在從事什麼活動、人在哪裡等都不是不知情的，毛毛：「不知道(我在做什麼)，很少回去啦，有時候久久回去一次」。

(3) 不追求穩定關係

雖然持續犯非常重視朋友，但是朋友間的交往卻不持久，常是階段性的聚合而已，阿健就說自己每換一個工作就換一群朋友，自己很常變換工作所以就常常變換朋友群，一旦沒有一同工作就不再維持雙方關係，只是不同的朋友群其實生活的模式都是接近的。

在異性關係的交往上更是明顯，持續犯在監外多數沒有穩定的交往對象，如有結交女友，與另一半的關係就是採「合則來、不合則去」的態度，沒有進入婚姻的打算，小鬼就說自己三段感情都不長，沒有用心經營也不是全心交往，「(感情維持)都半年左右...泡沫紅茶店不然就跳舞或 KTV 認識...感覺好像就是你玩我、我玩你那種心態」。這樣的態度，多源自於朋友較重要、生活模式不穩定，以及施用毒品的開銷已不夠自己花用，或是不願擔當責任，小高就說「交過 5 個女友，最長就一年...沒有想結婚念頭，因為毒品，做壞事，偷啊、搶啊...就是都很不安定生活...我們不能害人家啊」。

4. 人生歷程缺乏正向轉折點

這 19 位持續犯會從少年時期持續到成年時期都不斷犯罪，原因之一可說是人生中缺乏正向的轉變機會，沒有如 Sampson 與 Laub 或是 Alicia Rand (1987) 所指出的人生轉折事件，如：學業、婚姻、工作、服役等可能改變生命的軌跡的事件。

(1) 學業與職業的缺乏

如同前文所述，個案多數未完成國民義務教育，就學期間的表現亦都差強人意。因為學業成績不好、學歷不高，在離開學校要進入職場時就形成障礙，小鬼就說「之前去找工作，寫履歷表，寫國小畢業我就很不好意思了！」，加上沒有一技之長，找工作的類型受限，多為勞力的工作，這些類型的工作多半不持久也不穩定。更多的時候，是這些持續犯自己不願意被工作綁住，大仔說「從國中畢業到進來(監獄)...都沒有做過(正常的)工作」，像小鬼曾維持同一份工作達 10 個月就算是最久的，「做最久就是隨車小弟...做十個月...惰性啦！感覺很累，耐性也不大夠，常常做到一半就想要放棄」，其餘都是一、兩個月即放棄。

在長期不正常生活下，對持續犯而言要做些轉變確實也非常困難，像阿莫就曾在第二任老婆鼓勵下，戒掉毒癮想去工作，可是卻很難跨出那第一步，「因為我不敢去面對那個應徵，如果沒有去做過什麼工作，我也不敢去跟它面對...」，後來在老婆協助應徵後，找到外送便當的工作，但卻需要老婆陪同他一起工作。有些個案，則在親朋好友的幫忙下，有跟著親戚工作的機會，但多半因為自己沒有決心工作無法持久，像小高在姨丈開的工廠做事，藉故師傅找麻煩就離開了！

「做了一個多禮拜就跑掉，人家也是一直給我機會，自己不會把握」。

有些個案則是貪圖低勞力、高收益而從事非正當的工作，像胖達多數時候都是無業狀態的，頂多跟老大有些不穩定的收入，真的要找份工作時，就因為報紙求職廣告中的「輕鬆領四萬」一詞而去應徵，「報紙上面看的...隔週領！兩個禮拜領兩萬！一個月領四萬！...我就顧這間厝（指從事性交易的小套房）...驗人客證件...」，而且對於這樣的工作內容與收入胖達深感滿意。或是像小誠就乾脆自己與朋友從事放款工作，賺取高利率，「我們自己有公司...開無線計程車的 call 台...然後放款給那些計程車司機...”日仔會”...說白一點就是地下錢莊，只是手法不一樣啦」，也有像大仔、小強因為自己吸食毒品，就以從事販賣毒品的工作為生，小強說這樣工作不僅方便，工作時間也隨自己定，「賣藥就是這樣方便...一方面自己吃方便，一方面賺一點錢」。

（2）婚姻與穩定異性交往的缺乏

傳統智慧認為，一個人成為丈夫或父親之後，就可能放棄犯罪生涯，文獻分析階段亦發現有實證研究證實此論點。但本研究多數個案都沒有想結婚或穩定下來的念頭，一來是朋友對他們而言重要性較高，二來自己也沒有穩定生活的條件，小高就說「朋友比較重要，幾乎每天跟朋友在一起...會忽略掉女友...沒有那個想要結婚的念頭...做壞事，偷啊搶啊，就是都過很不安定的生活」。若結交女友通常沒有結婚的打算，小黑就說交往只是玩玩的心態，「(交往時間)都沒有多久...就玩玩而已啊！在關了就沒有了」。而且持續犯結交的女友多數生活模式與他們相當接近，像阿鑫跟蚊子過去的女友是逃家未成年少女，小高的女友是他的藥頭，所以也無法提供正面的幫助。

19 位個案中僅有阿莫、毛毛與新仁 3 位有婚姻紀錄，但進入婚姻並沒有成為幫助他們遠離犯罪生活的轉折點，阿莫兩次進入婚姻都是因為奉子成婚，所以與妻子的感情並不穩定，加上自己常在監所進出也增添許多變數，像阿莫第一段婚姻就在他入獄服刑時結束，「18 歲時結婚，那時候（我）入獄服刑...她申請離婚...我關一年出頭小孩子生出來，她就走啦！帶著小孩子」，第二段婚姻則在他不斷劈腿下結束。毛毛的前妻則是生活方式與他相同，甚至當時食用比他高階的毒品—海洛因讓他很介意，「我老婆算是也有在用毒品嘛！海洛因...這點對我來說很重要...她過她的啊我過我的」，加上結婚完全只是因為有孩子，雙方並無穩定的感情基礎，所以縱使結婚仍是各過各的生活。新仁雖然兩次婚姻紀錄都不是奉子成婚，但第一段婚姻是在算命師傅介紹與家人期待他結婚可以改變生活的情況下，在認識一個月內結婚，婚後因新仁外遇不斷而離婚，第二段婚姻則是娶了在酒店認識的女子，在太太影響開始吸食海洛因，目前夫妻兩人都在監執行，「老婆在女監關...酒店認識的，那時候不知道她吃藥...打海洛因...搞一搞她關我也關」。

如同 Alicia Rand (1987) 的研究研果，升格為人父、有了子女也沒有讓持續犯產生責任感，19 位持續犯中阿莫、阿豪與毛毛都已經成為父親，他們仍是繼

續犯罪的生活。子女多交由另一半、父母親或是就交由保母或親戚照顧，阿莫就說「小孩子根本就都讓保母在帶，她（指老婆）就出去玩我也不會限制她...那我也玩我的」。甚至認為照養子女並非自己的責任，毛毛就說：「（兒子）跟我家裡面的人住，姐姐（會負責照顧）...我們沒有住在一起，我都住在租房子的地方...她都叫我姐媽咪，給我姐當小孩了！這樣也好...」，似乎姐姐將他的兒子視為己出在照顧，而自己獨自租屋在隔壁鄉鎮市區居住是再自然不過的。而當持續犯進入監所後，他們的子女就更理所當然的交由父母、親戚撫養。

（3）軍隊經驗的缺乏

依據 Sampson 與 Laub 的研究發現（1993），入軍隊服役應為一個正向的轉折機會，因為軍旅生活可以提供較規律的生活模式，使其服從紀律。但我國制度若役男有遭判刑五年以上或累積三年以上的服刑經驗，可以抵免役期，所以多數的持續犯並沒有服役的機會，像小誠：「服刑過長...不用當兵...連營區都沒進去過」，或是反覆入監，像命仔收到兵單時不是人在監就是即將入監，久了刑期累積過長，就不用當兵了！「就一直關啊...出去的時候叫我去當兵我又進來關了，就一直延一直延...（出獄還要當兵嗎？）不用啦！累積超過...」。

加上軍隊中怕事的風氣，讓這些持續犯即使入伍也是輕鬆的度過軍期，像阿莫雖然刑期過長有辦理停役，但在停役前還是有參加新兵訓練，在訓練階段軍隊就對他給予不同的標準，「在我新訓中心剛去的時候...因為有前科...後面還有刑期...班長就對我有另類的目光...叫我做內務...我沒有上課...中心只有我可以香菸帶著，因為班長他們根本管不動我」，只期待他們不鬧事、不要影響長官帶領其他新兵即可，失去可以使他們服從紀律的機會。

5. 成年時期持續犯罪影響因素

本研究 19 位受訪者都有多次的犯罪經驗，少則四、五次，多則以二位數計算，除官方案件紀錄外，並有許多未為官方紀錄知悉的偏差／犯罪行為，且犯罪行為非常多樣。綜觀訪談的內容以及文獻分析中對持續犯罪所提出的原因，本研究認為 19 位受訪者無法擺脫犯罪生涯、持續犯罪的原因，除了缺乏正向的轉折事件外，可有以下六點可能：

（1）缺乏改變的自我意識與意志

持續犯自陳的犯罪原因很多，且多會為自己尋找合理化、正當化的說詞，像小鐵歸咎自己會去強盜的原因是向家裡拿錢不好意思，「沒有錢了，然後才會想說，才會想說去搶，因為不好意思跟家裡拿錢啊」。持續犯即使知道犯罪不好，仍會受情境影響而犯下錯誤，小鐵：「我是覺得之前都沒有那種強大的約束力讓我嚇到，那時候也沒有想那麼多啦，反正，一下就出來了嘛...其實自己，其實那些都是可以避免的啦，自己的意志力不夠啊」、阿鑫：「（一直持續犯罪原因）就是愛玩而已啊！受不了誘惑」，追究原因都是因為定力不夠、意志不堅，除了在監獄內服刑，否則不曾想過要停止這樣持續犯罪的人生。

(2) 無法抗拒犯罪的誘惑

持續犯普遍貪圖可以快速、低勞力付出以獲得金錢的方式，阿莫直言會參與偽鈔洗錢，純粹為可以快速得到金錢，「我覺得這個偽鈔不錯啊！...我就這樣可以...替我女兒付保母費...也可以償還之前的費用，然後也有足夠的錢可以去花」。犯罪以外的一般工作方式—先付出勞力再取得金錢，對他們而言太慢，新仁：「(犯法)同樣的付出我可以賺很多錢，但是今天你叫我做這個賣麵的，一碗10塊20塊在賺...」；而且正常工作的收入對他們而言也太少，小誠就嫌自己做電話行銷一個月約五萬的收入不好，「我做電話行銷一個月大概有四至五萬...好的時候大概有五、六萬...我自己生活開銷跟我要繳的負債錢已經超過這些錢了！我只好回去混，幫人家處理債務問題」，反而是跟幫派從事暴力討債的生活較愜意，斯文就說「做這個(討債)很好賺，薪水沒有固定...(業績制)可是不錯喔！就是變成吃好、用好、穿好，一個月最少有7、8萬」。

或是像大仔以販毒為業，「販毒的工作是不怎麼喜歡，但是爲了賺錢嘛！...收入很高...一天3、5萬最起碼的啦！啊有時候一天20萬、30萬在賺...價差大啊!...去做正常工作，一個月2、3萬是要怎麼做？」，雖然大仔也說買到假貨會虧錢、風險又高，養小弟也是大開銷，可是收入終究較高，而且高出許多，讓他無法抗拒。

社會學家 Katz (1988) 在研究義憤殺人、少年財產犯罪、幫派暴力、習慣性強盜犯及冷血謀殺等犯罪案件後發現，在每一種情況下，行為者在犯罪時有「感官上的享樂」、「誘惑人的」、「神奇的」、「開創性的」、「興奮快感」(thrilling)等。Katz 指出，除了這些感官上的享樂和迷惑以外，他不認為犯罪有其他的解釋。本研究的發現與 Katz 的論點有異曲同工之妙。

(3) 憎惡權威的反抗心態

有些個案，則是從小就不服權威，像小高從國中時期與老師打架而輟學、工作時與師傅起衝突索性不再工作、服兵役時又與中士打架，在各個階段都與在上位者起衝突，小高自己說對於上位者的管理常感到不服氣，「我就是不服！我覺得他們在打壓我...我就會反抗...不容許別人欺負我，不管你是誰我就是不怕你，這樣子的膽識...從小我就這樣，我爸就是這樣教我，我看到的也都是這樣」。

甚至到了監所服刑，也會因為不滿管教或打壓，無視影響累進處遇分數的後果，犯下毆打監所主管的違紀問題，像阿鑫就是毆打主管造成已經辦理的假釋申請遭取消，「換主管之後，他規定這個規定那個...然後那時候他又要硬拗...又要說我不對，我就受不了，然後就打」。這樣的個性也讓他們無法服從社會的紀律，甚至更傾向去挑戰紀律與規定。

(4) 嚴重的物質依賴—酗酒或毒品使用

許春金，陳玉書等 (2012) 追蹤調查持續犯與中止犯的犯罪類型發現，持續犯與間歇中止犯多集中於毒品、竊盜等再犯率較高的犯罪類型上，而一次中止犯則集中於財產犯罪、殺人傷害與強盜搶奪等罪行。本研究亦有類似的發現。

所有持續犯個案中喜歡喝酒的不多，但多數都有毒品依賴，在 19 名持續犯

的受訪者中僅有小鬼與蚊子不曾使用毒品，小鬼：「(毒品使用經驗)從來沒有...我爸跟我念說你再怎麼壞都不可以給我去吃藥...我自己心裡也有一個底說，要跟人家吃藥我沒那個本錢...身邊很多朋友都有在吃...我就不會想要去吃」。少數一、二名像：小鐵與正經，僅有與朋友交往時會接觸安非他命但自陳無成癮問題，小鐵：「(安非他命)一兩次而已...只是想要試試看那種感覺而已啊，用下去也是睡不著，折磨自己...是朋友說試看看這樣子」。

其他 15 位個案都是從少年時期即有施用毒品習慣，從安非他命、K 他命到搖頭丸都有，之後更會施用到海洛因。而一旦接觸到海洛因要戒除就變成非常困難，小高：「毒品這種東西怎麼講，就是那種感覺還算不錯啦！...菸不抽不會怎樣，但那東西不用你就會一直想...時間一到你沒有用的話，就會開始不舒服」、胖達：「海洛因喔！這種東西真的...太迷人了！...你打下去那種感覺，是沒有辦法...是全身放鬆的東西，有那個菊花的味道！」，多數個案都認為施用海洛因後是非常舒服的，因此難以克制施用的慾望。成癮後高價的毒品讓他們需要用不正當的手段賺取金錢，於是更陷入犯罪循環，小黑就很老實的說「藥一打下去，生活都變了、亂了！金錢需求太大，沒有錢就沒有藥...身體不舒服也沒有辦法工作，就想辦法去偷！去搶！去騙...有的沒的」。

但他們也多知道毒品傷身害己，常聽聞身邊用毒友人染病或死亡，甚至親眼見到好友因用毒而死，像胖達跟阿豪都有這樣的經驗，胖達：「(這輩子最好最重要的朋友)已經死了...他打藥打死了...也沒幾歲，才 25、26...」，他們會因此擔心自己走上相同的道路，阿豪就說在眼見朋友離去後，每一次施打都會對於用量考量再三，「那個量越打越大，自己就會想這樣下去好像不行，陸陸續續你會發現身邊的人因為毒品快死了！...每天要死要活的...每天都有人死掉，心情複雜死了，自己會去煩惱這次打到 10cc，下次改 5cc，想痛苦一陣子再讓它回復，不敢再上去了」，不過即使很擔心，他們仍是無法克制的繼續施用。

有些持續犯有受毒品殘害的切身經驗，但縱使已確實地傷害身體仍無法使他們戒除毒癮。像胖達曾在施用海洛因後突然無法站立，「那天晚上我打一打，隔天就爬不起來了...就等於下半身好像癱瘓一樣...我媽嚇死一直哭」，送醫診斷一度以為終生都無法走動，後來住院半年才復原，但嚇阻的效果卻有限，胖達就在恢復後再度施用，「(那次半身癱瘓)嚇到，真的嚇到了！然後一個月可以走了以後，又打...」，阿鑫因為燒燙傷的關係，皮膚有萎縮的問題，明知道吸毒影響皮膚的復原，也是執意食用，「(手指著燒燙傷的攣縮痕跡)剛出院都好好的...後來又開始吃藥，傷口就又爛了...然後就又縮」。甚至因為施打毒品染上 HIV 了小高在想起施打毒品後的愉悅感受，也說：「(出獄後若朋友找打毒品)第一次也許可以拒絕...第二次、第三次就很難說了！」，顯示物質依賴的嚴重性。

個案中只有阿拓表示會常喝酒，不過卻是在中斷吸毒的那個時期，「藥斷掉之後，比較正常了！啊就是愛喝...帶酒回家喝」，有多次酒駕記錄，初期只是繳罰金，至少繳了近 10 萬元的罰金，後來就因為累犯多次被判刑，顯示物質濫用會有轉移的情況。個案中唯一沒有酗酒或毒品依賴的小鬼，卻因喜歡玩賭博性電

玩而無法正常工作，並將絕大多數的錢都投注在電玩上，缺錢時也是使用偷、搶方式。小鬼：「其實我沒有在吃藥，也沒有跟人家賭博，會進來（監獄）都是因為打電動...就喜歡看電動上那些圖案在跑...」，在某種層面上，小鬼喜歡盯著電動機台的畫面，看到花色的轉換讓他感到放鬆、舒服，所以一段時間就需要玩一下電玩，這似乎也是一種物質的依賴與成癮現象。

（5）監禁經驗的影響

首先，監禁的經驗對持續犯來說並沒有太大的嚇阻效果，尤其是短期的監禁，小鐵就覺得進進出出的，沒有被約束的感覺，「覺得之前在關就是一兩年...沒有關到啊！就讓我保出來...不會說很重大那種約束你」，阿健甚至形容過去的監禁只是去度假，「才幾十天而已，去渡假的」。或是在長期的進進出出後反而習慣監所的生活，阿鑫：「其實從小關到大...都習慣了！...不同地方而已」，大仔：「（對監所的生活？）習慣...就是習慣才會關了五次」，反而沒有嚇阻的效果。

除監禁無嚇阻功用之外，多數持續犯甚至表示在監禁後或是接受勒戒、戒治後，反而會認識更多同樣性質的朋友，小高就說「你進去，全部接觸的也都是毒品（犯）啊！...那出來大家有留電話...越來越大群」。因此部分持續犯認為，進入機構內，反而讓自己的犯罪生活更加嚴重，阿豪就說如果不是去戒治，自己根本不會嘗試海洛因，也不會就此成癮，「戒治喔，我個人的看法，這個政策真的不好...原本我只有吸安非他命...搞到回來還打海洛因，就是你把吸毒都關一起...認識這麼多人，那出去之後大家又連絡...（朋友說）『你拿不到安非他命，那我們有海洛因』...」。

少數個案像正經或小鐵回憶自己的人生，會覺得自己在少年時期於感化院的日子，不僅有受到約束也有穩定念書，比在外頭的生活更加充實，所以雖然不自由但反而是目前度過的人生中較愉快的一段時光，顯示有些許監禁依賴的現象。像正經就說：「感化院...很規律的生活，就軍事教育，然後有讀書，我覺得蠻...還蠻...回憶起來真的是一種滿好的回憶」，所以這段時間與 19 歲去當兵回到軍事管理的階段，反而是他人生中對自己最滿意的兩個時期。

（6）缺乏正向的支持力量

當一個人缺乏改變的自我意識時，來自外在的壓力也許可以幫助他遠離持續犯罪的生活（Haigh, 2009），譬如說來自家庭或朋友的勸阻。但持續犯普遍缺少從事正常活動的同儕，朋友群都是與自己相似的類型，小高吸毒，身邊就都是吸毒的朋友，「環境的關係...身邊都是一些這樣（吸毒）的朋友」；大仔販毒，身邊也都是販毒的朋友，「（朋友都是從事什麼工作？）他們...沒有工作，都是在混的啊...也是有販毒...工作性質就差不多」。而這樣的情況，讓持續犯更難跳脫犯罪生活模式，胖達自己就說，「你永遠都沒辦法跳脫這個圈...這個圈的人都吃藥...你跟這個吃藥的永遠就是吃藥的」。

而且從少年時期開始，持續犯與同儕接觸的頻率就高過於與家庭接觸，小強：「沒在監獄裡面，一定每天跟朋友連絡的啊！我也沒在工作不然要幹麻？」，

所以同儕的影響力遠超過家人，與朋友交往可以說是生活的重心，像阿豪回憶在監外生活說：「朋友跟朋友的互動看得太重，沒有出事前都是覺得有福同享...家人擋也不能擋，真的已經把朋友當成是兄弟了...真的心都在朋友那裡」，因此既使家人要勸阻與偏差同儕往來也沒有效果。

有些持續犯的家庭則是無法提供正向控制，沒有辦法給予正向的支持或是監督的力量，像持續犯因為犯下多起案件遭到通緝，家人也不會要求他們一定要盡快去向警方報到、盡快去服刑，然後再回到社會重新開始，小高就說媽媽不捨他被收押，沒有要求他趕快去報到，「被通緝的時候我就沒有回家了！...會回去看媽身體好不好這樣...（媽媽會不會勸你去出庭？）我說去的話就會被收押...她就沒有勸...」。有些父母甚至會保護自己遭到通緝的孩子不被警方帶走，阿莫：「...我媽怕我被抓，她會掩護我...像我在家睡覺，如果剛好警察來敲門，她會叫我爸或叫誰趕快叫我從後面走，然後她會在那邊跟警察拖延」。

甚至，有些持續犯在犯罪後父母還會出來為他們求情，阿鑫就回憶自己每一次犯錯或犯罪，父母都會出面代為向警方或法官求情，「我出事情...他們還是會幫我處理...可能就是太寵，每次出事都那個（幫忙處理或求情）...所以才會變現在這樣（一直犯錯）」，讓他沒有接受到更嚴厲的懲罰。最嚴重的還有些家人會幫助持續犯犯罪，小高就說自己因為通緝躲到南部時，毒癮發作就是叔叔去幫他買毒品提供他使用，「我叔叔幫我...去拿海洛因」。

6. 持續犯罪的後果

持續不斷地犯罪與進進出出監所的人生，對持續犯的家庭與他們自己的身體健康都造成了許多影響，

（1）家庭生活空白與家人情感連繫薄弱

雖然持續犯們不斷犯錯，父母會感到生氣但仍寄望他們能再回家、回到社會，小鐵跟小鬼就說父母從不能接受到釋懷，畢竟有著血緣的牽絆，「（爸媽）一開始，一開始是無法接受阿，最後他們慢慢釋懷」、「一再原諒...好壞攏是伊的仔」，即使他們在監服刑也都持續到監探望、寄錢供他們使用。但也有一些持續犯，因為不斷的犯錯與反覆的進出監所，讓家人間的感情漸漸沖淡，連他們自己都對此局面感到難過，像小誠的弟弟就與他漸漸疏離，「（弟弟）很不諒解...就是常進進出出的啊！感情都沖淡掉了！...很難過...我有一次吸毒被他看到...親眼看到，那一次之後他就不喜歡跟我講話了，他看到...他也一句話都沒講，門帶上就出去了，從那次以後（就不理我了）...」，或像阿健常在監所進進出出，與家人多沒有聯繫，甚至出監後回家才知道家人已搬離，「這次出來的時候我還找不到家...我還打電話去問」。

長期服刑對他們家庭也有影響，像持續犯入監服刑很多家屬礙於顏面多不願讓親戚知道，通常會以在外地或國外念書、工作的方式隱瞞，家中或家族中發生的大小婚喪喜慶持續犯也無法親自出席，胖達就回憶起在監看到無法參與的姐姐出嫁畫面，讓他感到非常心酸，「有看到就是我爸牽我姐姐進去禮堂的照片，他

們有寄照片給我看，看到後來心會酸...阮做舅子的要打電話叫伊回來...」，傳統上需要的習俗，就因為他的缺席而沒有辦理；甚至最在意的至親過世也無法見到最後一面，小鐵：「我阿嬤後來快要過世的時候，也是一直念（要見我）啊，我媽、我爸有來講，我也是沒有回去...」、小黑：「（阿嬤過世）那時被關，沒有辦法去送（出殯）啊！...很遺憾，心裡面一定會...畢竟把我養大」，辦理喪事時，雖然獄方允許回家奔喪，但有些持續犯卻礙於家屬不願他們戴著手銬、腳鐐的場景出現，讓服刑的事情曝光，連至親的後事都無法參與。

有子女的阿莫與阿豪，則是無法參與自己孩子的成長過程，像阿豪從兒子出生就沒有參與，之後也都在監服刑，「我 8 號進去（接受感化教育），小孩子是 26 號生...（兒子）我媽媽在帶...這次進來女友就改嫁」，阿莫的大女兒在他服刑時出生，服刑中妻子向法院訴請離婚後，就將大女兒帶走，後來更將大女兒送給他人收養，導致阿莫至今未曾見過自己的大女兒。

不過，也是在長期監禁隔離後，持續犯才發現家庭與家人的重要，胖達就說在服刑後才發現自己對家庭的責任，「從我懂事以來...我對我的人生沒有一個點（註：指重心），到現在來（服刑）我的重心都是在家裡、我的父母親...要他們能夠養老...我到現在才會這樣想」。或是有在入監服刑後才發現家人對自己的關心，像阿莫一直以為母親都只疼愛弟弟，直到入監後開始有機會與母親通信，才發現母親對自己的關心以及自己多年來的誤解，「第一次回信給我，我看了就哭了！因為我沒有收過她的信...她也沒有來看過我...她認為這地方（監獄）很猥褻（按：應指骯髒）...她寫信給我...告訴我家裡的情形...她對我的做法以及她的關心...我就覺得對她有誤會啊！」。

（2）時時刻刻受毒癮牽制

17 位有海洛因毒癮的持續犯其日常生活都是受毒癮牽制，小高形容生活就是為了追藥與追錢，「剛打的時候很好！可是你打一陣子後！就是要用的量越來越大！才會有第一次那種感覺！那個花費要很大！你每天早上起來就是要開始追錢、追藥啊！你沒有錢、沒有藥就是要去犯罪！...我每天至少要打一萬塊的藥！一個月好幾十萬！」。

施用海洛因後是很放鬆、很舒服，可以說是在恍神下度過，他們因此無法工作，更別說穩定的賺錢，胖達說「藥打下去要怎麼玩？每天都在那邊茫而已...你要是吃海洛因，你是要怎麼工作啦？你連出門都沒辦法出門我跟你講...」，生活全然沒有目標，事後回想也都不知道那段時間自己究竟做了什麼，阿鑫說吸毒的那段日子沒有意義，「空空、茫茫的，不知所謂啦！整天也不知道要幹麻，東跑跑西跑跑，也沒什麼意義」。

（3）在機構內時間占人生多數

回顧持續犯的生命，多數時間都是在監所中度過，因此，當問及持續犯在監外的生活情況或是居住地點時，往往會沒有肯定的答案，像小黑就直言：「我在社會的時間也沒有多久，也都被關比較多...在社會都不會超過一年！所以我都沒

什麼印象比較深的」。少年時期進入少觀所或感化學校，成人後不是在戒治所、看守所就是在監獄，像小鐵 33 年的人生歲月中，在感化學校與監獄就已有 12 年之久；或像小誠從 14 歲收押在少觀所，16 歲又犯案進感化院 2 年，20 歲犯強盜判 8 年刑期，雖服刑 4 年即假釋出獄，但假釋期間又因犯案而撤銷假釋，需要再入監服殘刑 4 年、本刑 9 年，等到 108 年出獄時小誠已 41 歲，累積在機構內至少就 19 年了！就像小誠自己說的「這幾年來...我從小到大都在被關比較多」。

(4) 健康惡化問題

長期的犯罪生活，也在持續犯身上留下許多紀錄，打架的傷疤、食用毒品的針疤、車禍的舊傷等。打架後留下的刀傷是最普遍的，像新仁從頭頂到背部都有明顯的刀疤痕，正經則是因為打架互砍，隻手去抓對方的武士刀，雖未斷裂，但因為傷及神經造成日常活動不順，「打打殺殺的刀傷...傷到筋...左手跟右手比會比較奇怪，因為傷到四根手指頭...用手去抓刀子...又沒去縫」。

嚴重點像阿鑫因為吸毒染上肝炎，也因為外出與朋友玩樂發生車禍，造成手腳斷裂，又與女友吵架引爆瓦斯造成全身燒傷，目前肢體與臉部都還留有傷痕，「中度殘障...手燒傷跟車禍，這邊跟這邊(指右肩跟右腕骨)打鋼釘...就是斷掉...還有 C 型肝炎，那時候打藥傳染...」，領有殘障手冊。或是像毛毛，因為與警方對峙受到槍傷，目前身上仍留有彈殼碎片，「90 年跟警察啊...被槍打到左骨盆，子彈還留在裡面...碎片還留在裡面，半顆吧？」，命仔則是在 24 歲時遭人尋仇，遭子彈貫穿頸部至胸口，差點穿過心臟，「(脖子的疤?)是槍傷...有時候天氣變化真的會痛...因為那是從心臟附近拿出來...(以手比劃：脖子至左胸)...卡到靜脈往下...胸口會悶、會痛」，雖然撿回一命，但身體狀況受天氣影響。

吸食毒品，除了在身上留下針疤外，多數個案也都表示讓自己的脾氣轉變，變得更暴躁與更衝動，或是讓記憶能力變差，個案中幾乎只有小鐵與新仁對於自己國小畢業前的活動有較深刻的印象，其餘的很難回憶起自己的過往，頂多在訪員具體的提問下可以回答，有些個案像小誠對於自己的年幼狀況都非常陌生，而且這情況自己都有發現，「我對自己 10 歲以前的記憶吼...比較沒有那麼深刻，很多事情我都已經忘了！前幾年就覺得有些事情想都想不起來...這幾年我才發覺很多事記不太起來」，新仁自己也說身邊的朋友跟獄友，因為吸毒記憶能力都變差，「我的記憶力算很不錯，你去問其他人(在監收容人)絕對沒有辦法問到 10 歲以下的事情...我有在看書...吃藥的人記憶不好，海馬迴(按：掌管長期記憶的腦部結構名稱)受損...會變小，現在我就一直在背東西...趕快把它《一ㄥ大》，他也很擔心自己會有相同的情況，所以努力在維持自己記憶。

更嚴重者會因為共用針具染上疾病，肝病是最多的，但最嚴重者則是染上愛滋，像小高就是一例，他在入監後的血液檢查中才知道，過去貪圖用藥的愉悅感讓自己染上重病，「得了這種病(HIV)...覺得人生都毀了！」，後半生都需要仰賴藥物維持自己身體的免疫能力，而且出監後的藥物就需要自費，初估每月藥物花費至少要四萬元。

伍、結論與討論

犯罪學的研究有很大一部分著墨於犯罪的原因，討論「人為什麼會／不會犯罪？」，但一個人有第一次的犯罪紀錄，進入犯罪生涯後究竟是否會改變還是會持續犯罪，以及相關的影響因素是什麼，卻是很少見到的討論議題。本研究脫離了傳統的研究模式，以縱貫性研究法以及生命歷程的觀點，對於在 1997~1999 年建檔之犯罪少年進行追蹤，發現部分樣本仍陷於犯罪的循環中。本研究也嘗試以深入訪談的方式瞭解持續犯罪者的生命歷程，進一步分析持續犯罪的過程及影響因素。

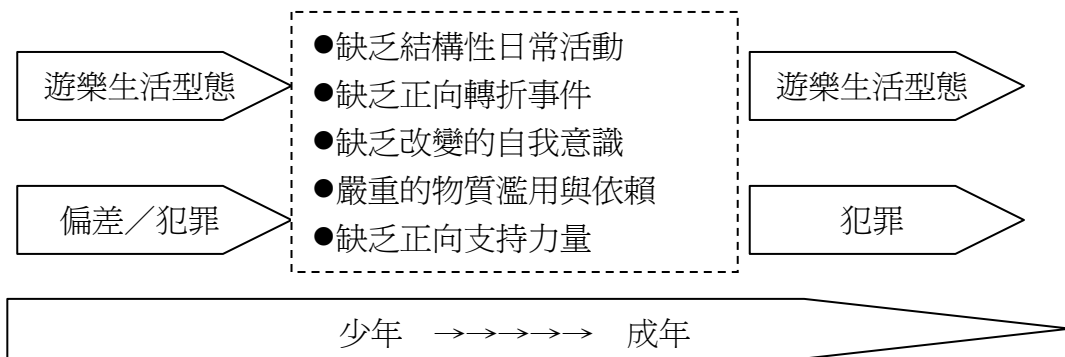
首先，本研究發現持續犯的幼少年生活雖多源自完整家庭，但與家人間情感疏離，物質條件不佳，父母無力全心照顧，多數經歷重大負面事件，多數無法完成國民義務教育。持續犯的這些不良生活經驗，對其未來生命歷程顯然有重大影響。

其次，持續犯其成年時期的生活型態仍延續少年時期的生活型態，以偏差同儕為主、不重視家人，同時一樣缺乏結構性的日常活動，以遊樂型態為主無生活重心。但在犯罪型態上，成年時期較少年時期有更趨嚴重化與多樣化的趨勢。

第三，持續犯的人生歷程中缺乏正向轉折事件，而且有負向的事件將他們繼續推進犯罪的循環中。本案的持續犯普遍缺乏 Alicia Rand、Sampson 與 Laub 提出的正向事件，如婚姻、軍隊、工作或學業等。但吸毒、反覆的監禁經驗與加入幫派卻使他們更無法脫離犯罪。

最後，如同 Sampson 與 Laub 的發現，持續犯缺乏改變的自我意識與意志，他們難以抵抗犯罪的誘惑，也普遍有著憎惡權威的心態，加上嚴重的物質濫用、監禁的依賴與缺乏正向的支持力量，影響他們持續的犯罪。其中又以物質依賴影響最大，幾乎牽制著他們的生活模式。

因此如同下圖所示，持續犯過著持續犯罪的人生。他們在「矯治機構外、犯罪、矯治機構內」這三者間不斷循環，不僅造成自己身體健康惡化，更讓自己泰半的人生都在不自由的情況下度過，錯過了家庭生活也失去與家人的情感聯繫。



圖二 持續犯罪影響因素

根據本研究發現，要改善持續犯罪的發生可採取以下措施：

一、強化家庭功能

追根究底，家庭社會化功能的發揮對於未來之持續犯罪預防仍有重要影響。本研究發現，持續犯早年家庭生活多數缺乏父母親之完整照顧，且經驗負面事件，如父母離異或衝突、死亡、家暴甚至自殺等，家庭物質條件亦不佳，多數無法完成國民義務教育，而與偏差同儕為伍，終至由小罪至重罪，而不斷犯罪。因此，家暴的防治、家庭社會化功能的確保（如：育嬰假、嬰幼兒養育津貼、家庭急難救助等）等機制的建立均是防治持續犯的重要元素。

二、控制毒品的流通

控制毒品應是預防持續犯的第二要務。本研究發現，18位個案在少年時期即吸毒，他們在成年後仍是繼續施用毒品，而且多數都由較無成癮性的安非他命改成成癮性高、費用亦較高的海洛因。長期服用此等毒品，生理及心理都會上癮。在生理依賴過程中，由於人體對藥物的適應而致抗藥性下降，對毒品的感受力增強，因此要不斷提升血液中藥品的濃度，始能維持身體機能的穩定及達到施用毒品時的快感。另外，重複用藥時所產生的愉悅感受、外在情境的變化等相關記憶，皆會存在大腦記憶裡。當增強藥量需求無法適時獲得滿足時，毒癮者將會出現戒斷症狀，如呵欠、流汗、痙攣、血壓升高及煩躁不安等，甚至會有攻擊行為。為了避免此種情形，往往會促使一個人持續使用毒品，甚或犯它罪以維繫其毒癮。因此，控制毒品尤其一級毒品之流通，或是強化維持療法以減少毒品之需求，均是防治持續犯之要務。

三、提供青少年正向轉變之機會

本研究發現，持續犯受到長期監禁，就業條件不佳，甚或染上毒癮酗酒，或健康不佳等終致逐漸失去正向轉變的意識。因此，建構青少年犯罪者正向轉變之機會或機制對於持續犯之預防亦應會有影響。如青少年時期之戒癮治療及職業訓練雙管齊下，同時提供社會支持或心理輔導，對於少數持續犯罪者（但卻犯了多數犯罪）應會有最大效益。

參考文獻

中文部分

- 陳玉書、洪宏榮(2003)，〈犯罪行為發展歷程之質性分析〉，《中央警察大學犯罪防治學報》4：175-208。
- 許春金、馬傳鎮等，1997，《少年偏差行早年預測之研究(第一年研究報告)》。台北：行政院青年輔導委員會。
- 許春金、馬傳鎮等，1998，《少年偏差行早年預測之研究(第二年研究報告)》。台北：行政院青年輔導委員會。
- 許春金、馬傳鎮等，1999，《少年偏差行早年預測之研究(總結研究報告)》。台北：行政院青年輔導委員會。
- 許春金、陳玉書、洪千涵，2009，〈犯罪青少年中止犯罪歷程及影響因素之研究〉，《中央警察大學犯罪防治學報》10：43-91。
- 許春金、陳玉書、賴擁連，2012，〈形塑青少年中止犯與持續犯原因之縱貫性研究：整合型控制理論觀點〉。《中央警察大學犯罪防治學報》15：1-30。
- 黃曉芬，2006，《終止犯罪之研究》。國立台北大學犯罪學研究所碩士論文。

英文部分

- Erez,Edna,1987. Situational or Planned Crime and the Criminal Career, in Wolfgang, M. E., T. P. Thornberry, and R. Figlio, *From Boy to Man: From Delinquency to Crime*. IL: University of Chicago Press.
- Haigh, Y. 2009. Desistance from crime: reflections on the transitional experiences of young people with a history of offending. *Journal of Youth Studies, Volume 12* : 307-322(16)
- Huesmann,L.Rowell,Leonard D. Eron, Monroe M. Lefkowitz and Leopold O. Walder,1984. Stability of Aggression Over Time and Generations. *Developmental Psychology*, Vol.20,No.6,pp.1120-1134.
- Katz, Jack, (1988). *Seductions of Crime*, Basic Books.
- Laub, J. H., D. S. Nagin, and R. J. Sampson. 2001. Trajectories of Change in Criminal Offending: Good Marriages and the Desistance Process. *Life-Course Criminology* : 333-352.
- Laub, J. H. and R. J. Sampson. 2003. *Shared Beginnings, Divergent Lives: Delinquent Boys to Age 70*. MA: Harvard University Press.
- Moffit, T. E. 1993. Adolescence-Limited and Life-Course-Persistent Antisocial Behavior: A Developmental Taxonomy. *Psychological Review*, 100: 674-701.

- Patton, M. Q. 1990. *Qualitative evaluation and research methods* (2nd ed.), CA: Sage.
- Rand, A. 1987. Transitional Life Events and Desistance from Delinquency and Crime, in Wolfgang, M. E., T. P. Thornberry, and R. Figlio, *From Boy to Man: From Delinquency to Crime*. IL: University of Chicago Press.
- Sampson, R. and J. H. Laub. 1993. *Crime in the Making: Pathways and Turning Point through Life*. MA: Harvard University Press.
- Sampson, R. and J. H. Laub. 2001. Crime and Deviance in the Life Course. *Life-Course Criminology* : 21-43.
- Sampson, R. and J. H. Laub. 2001. A Life-Course Theory of Cumulative Disadvantage and the Stability of Delinquency. *Life-Course Criminology* : 146-169.
- Sampson, R. and J. H. Laub. 2001 Understanding Variability in Lives Through Time: Contributions. *Life-Course Criminology*: 242-258.
- Sampson, R., J. Laub and C. Wimer. 2006. Does Marriage Reduce Crime ? A Counterfactual Approach to Within-Individual Casual Effects, *Criminology* Vol.44, No.3:465-508.
- Singer, Simon I, 1987. Victim in a Birth Cohort, in Wolfgang, M. E., T. P. Thornberry, and R. Figlio, *From Boy to Man: From Delinquency to Crime*. IL: University of Chicago Press.
- Taylor, S. J., & Bogdan, R. 1984. *Introduction to qualitative research methods*. NY: John Wiley & Sons.

女性毒品施用及其處遇之研究*

陳玉書、林健陽**

目 次

- 壹、前言
- 貳、女性施用毒品成因與相關研究
- 參、研究方法與研究對象
- 肆、女性毒品施用者特性
- 伍、女性施用毒品衍生問題
- 陸、女性施用毒品者處遇
- 柒、結論與建議

摘 要

儘管施用毒品行為在女性犯罪人口中相當普遍，但多數的毒品犯罪與處遇研究以男性為主；近年台灣針對女性施用毒品的研究逐漸展開，並且注意到女性施用毒品所衍生的問題可能與男性不同，對於處遇之需求亦存在性別差異。本文屬初探性研究，除檢視女性毒品施用成因與相關研究外，並以法務部保護司委託陳玉書、林健陽等於 2009-2010 年「我國女性犯罪原因與矯治處遇相關課題之研究」調查資料為基礎，針對 561 名女性毒品受刑人進行調查分析，並與 322 名女性非毒品受刑人進行比較；主要目的在藉由客觀實證資料分析女性毒品施用者特性、衍生問題及其對於戒治、替代療法和社會復歸等與毒品有關處遇的看法；並根據女性毒品相關研究文獻與資料分析結果，對於國內女性毒品施用者之處遇提出相關建議。

關鍵字:女性、毒品施用、衍生問題、戒治、替代療法、社會復歸

* 本研究係根據本文以法務部保護司委託陳玉書、林健陽等於 2009-2010 年「我國女性犯罪原因與矯治處遇相關課題之研究」資料為基礎資料整理而成，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，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。
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。

壹、前言

性別一直是犯罪學研究的重要課題，一般而言，在總人口的分配中男女兩性的比率約各佔二分之一，但在世界各國的官方犯罪統計資料中，男性的犯罪率較女性犯罪率高出許多。警政統計顯示，在 1980 年至 2010 年間，台灣地區的男性犯罪嫌疑人所占比例遠高於女性犯罪嫌疑人，約有 85%~90% 的犯罪者為男性，而 10%~15% 為女性，進一步觀察 20 年間性別比例的變化，女性犯罪所占比率逐漸上升，男性犯罪人數增加 5.48 倍，而女性犯罪則增加 10.85 倍。

根據 2011 年法務部性別統計顯示，2005-2011 年地檢署執行有罪女性主要罪名以毒品罪為最高，2006 年以前竊盜犯罪暫居第二，2006 年以後女性詐欺犯罪明顯提高，而超越竊盜成為主要犯罪類型（參見圖 1-1）。就女性新入監受刑人主要罪名人數及結構比觀之，2008-2011 年間女性受刑人所犯罪名，均以毒品罪居首位，所占百分比在 42.73% 至 44.17% 之間，其次為詐欺或竊盜罪。由此可見，女性犯罪人新入監時所犯罪名，亦以毒品罪為最多，顯見受毒品所困是女性犯罪人最嚴重的問題（參見表 1-1）。

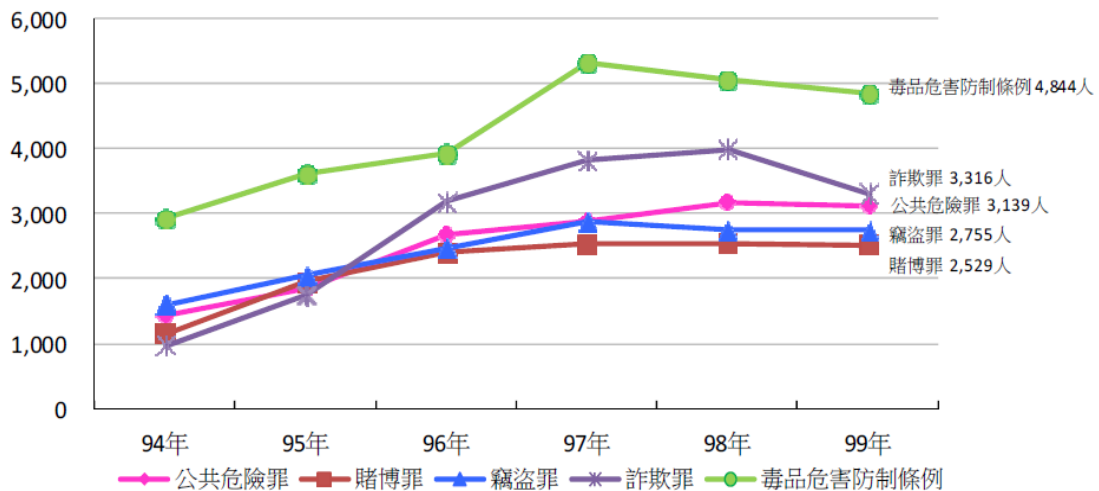


圖 1-1 2005-2011 年地檢署執行有罪女性主要罪名

資料來源：法務部，兩性犯罪種類統計分析。

2012<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/1111717304091.pdf>

表 1-1 2008-2011 女性新入監受刑人主要罪名結構比

年別	合計	排行第 1 名			排行第 2 名			排行第 3 名		
		罪名	人數	%	罪名	人數	%	罪名	人數	%
2008	4,833	毒品	2,065	42.73	詐欺	795	16.45	竊盜	573	11.86
2009	4,137	毒品	1,774	42.88	詐欺	683	16.51	竊盜	458	11.07
2010	3,536	毒品	1,523	43.07	詐欺	505	14.28	竊盜	431	12.19
2011	3,543	毒品	1,565	44.17	竊盜	446	12.59	詐欺	422	11.91

資料來源：法務部性別統計，2011 年監獄新入監受刑人入監時罪名。
<http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/gender/g3.pdf>

儘管女性犯罪人口中有相當高比率的毒品施用者，但有關女性使用藥物的研究近年才逐漸展開，許多研究者將施用毒品視為男性的犯罪問題，因為他們相信社會與文化的因素導致男性施用毒品，而保護女性使其有較低的機會接觸毒品，這種觀念盛行了 50 餘年；直至 1970 年代期間，亦即婦女運動及「美國毒品危機」的前數十年，女性施用藥物的問題經開始受到重視；由於女性毒品施用者研究不易，早期研究重點大都藉由官方資料以了解女性施用毒品的類型，抑或以質性研究詮釋女性毒品施用者的生命歷程；透過客觀的樣本調查以分析施用者特性、衍生問題和處遇，仍有待探索。

女性施用毒品的問題相當複雜，影響所及不僅僅是女性自身的生理、心理上的健康狀況；由於女性在家庭中扮演著生育與養育的責任，一旦家中的女性成員發生毒品問題，將直接或間接導致家庭功能喪失，影響到子女成長的經驗、人格發展及日後成就。懷孕中的婦女施用毒品，除了自己的健康受損之外，對腹中胎兒的影響至鉅。

在女性施用毒品問題日益嚴重的情況下，另一個值得被探討的現象即是毒品施用者的處遇，如：觀察勒戒、強制戒治、監禁或替代療法等，究竟對女性毒品施用者是否有效？從施用者的觀點與經驗，何種處遇措施較為有效？她們是否有意願接受替代療法？為什麼？

本文以女性毒品施用問題和處遇為核心議題，文中首先檢視女性施用毒品的成因與相關研究，從女權運動、女性主義和犯罪學的觀點，了解導致女性施用毒品可能的原因，以及國內外文獻有關女性毒品施用研究的發現；其次透過客觀實證調查資料，分析女性施用者特性與毒品所衍生的主要問題，如：其他犯罪、疾病、生育與教養、色情和社會復歸等問題；在探討女性毒品施用處遇時，除透過女性毒品施用者調查資料了解其處遇需求和所面臨的困境外，並分析其接受矯正機構內和醫療院所替代療法的意願和原因，最後則對於女性毒品施用在處遇和未來研究提出建議。

貳、女性施用毒品成因與相關研究

過去文獻對於毒品犯罪的原因已有許多研究和論述，主要研究發現包括：(1) 低自尊、衝動性等心理特質(黃淑玲、李思賢，2006);(2) 薄弱社會控制與連結(韓鍾旭，1994；林健陽、陳玉書等，2001);(3) 低自我控制與機會(任全鈞，1997；林宗穎，2002);(4) 壓力與適應(劉郁芳，1993；胡萃玲，1996；林澤聰，2006);(5) 差別接觸與學習(李佳琪、朱日僑、陳黛娜、賴璟賢和李志恒等，2005)。然而這些研究大都以男性為主體，較少考量社會變遷對於女性的影響，以及女性有別於男性的特殊性。本文以女性毒品施用為討論焦點，以下分別從女權運動、女性主義、社會控制與自我控制、親密伴侶、壓力與生命歷程研究等，對於女性施用毒品較具特殊性的原因進行討論，這些因素為導致女性施用毒品主要原因，而無法擺脫社會變遷所帶來的問題，或重建女性施用毒品者的保護因素，亦為解釋施用毒品後衍生問題的重要關鍵。

一、女權運動與女性主義

(一) 女權運動

1970 年代女性犯罪研究深受女權運動的影響，一般認為女權運動促使女性在家角色、生活型態、職業型態、經濟地位的提高或改變，女性與男性越相似的結果，代表著接觸犯罪的機會也接近男性，進而提高女性犯罪的可能，產生所謂的新女性犯罪者 (Cullen & Agnew, 2003；Morash, 2006；謝文彥、黃富源，2008)。其中 Simon 和 Adle 為兩個主要代表人物，Simon (1975) 在其「女性與犯罪」(Women and Crime) 一書中以統計資料分析近數十年女性之勞動參與、婚姻、生育、收入、教育、犯罪型態、數量、審判和矯治措施之變遷與發展，他並預測女性因就業機會的大量增加，某些類型的犯罪也會隨之增加，他認為女權運動與女性犯罪關係密切，並且影響女性在刑事司法體系所受的待遇。另一方面，Adler (1975) 的研究對女性之娼妓、藥癮和青少年犯罪有深入的剖析，他強調女性犯罪人數的上升與女權運動有關，婦女解放運動與科技發展使女性有較均等的機會從事男性化犯罪。

上述的論點招致一些批評：(1) 實證資料並不支持 (李美枝，1997；Morash, 2006)。Steffensmeier (1980) 指出女性犯罪增加的類型是傳統女性犯罪的類型，至於暴力犯罪或者嚴重犯罪類型尚未趕上男性。而且犯罪增加的原因可能是刑事司法體系人員較願意逮捕並起訴女性犯罪者所致(謝文彥、黃富源，2008；Britton, 2000)。(2) 女性犯罪者仍保有傳統性別角色 (Steffensmeier & Allan, 1998)。李美枝 (1997) 指出犯罪女性對傳統女性角色有很高評價、且對男性依賴、很多是傳統兩性關係的弱者、並且無女性意識的自覺。(3) 社會變遷與女權運動跟女性意識覺醒是不同層次的事情 (李美枝，1997)。有關女權運動與犯罪關係的爭論，女性主義犯罪學家與傳統犯罪學家辯論達數十年，最後歸結此觀點的解釋力相當

有限 (Chesney-Lind, 2006)。

(二)女性主義

女性主義犯罪學有以下幾個重要命題：(1) 性別不單只是控制變數，而應該被置於理解人類行為的中心，特別在性別不平等與犯罪的面向上做連結；(2) 傾向從社會結構著手，揭露並且改變社會裡的結構關係，特別在對女性造成歧視與壓迫的結構關係方面；(3) 強調父權體制與犯罪的關係，此說很大部分聚焦在經濟邊緣假說 (Koons-Witt, 2004：8)。

Chesney-Lind 從父權體制的權力關係出發，強調性別的不平等，包括女性經濟的不利條件或者家庭的被虐經驗，使得女性處於被害狀況，為了逃離家庭，街頭是她們唯一的庇護所。為了求生存，女性往往只能透過賣淫或販毒等手段。特別是一旦沾染上吸毒，其他犯罪也會增加。

女權運動與女性主義從社會變遷、結構、文化和性別角色的觀點描述女性犯罪和施用毒品的現象，但在解釋個別女性犯罪或毒品使用上，有時過於空泛而流於意識型態的論述，較難取得明確的實證研究支持；此外此二觀點常將女性視為被害者，而無法從客觀角度剖析女性毒品施用者特徵和影響因素。根據犯罪學的理论，薄弱的社會控制和生活中所面臨的壓力因素，為解釋女性犯罪和施用毒品的關鍵因素。

二、社會控制與自我控制

社會控制的觀點來解釋犯罪現象一直是犯罪學理論的主流，其中又以 Hirschi (1969)所建構的社會鍵理論 (Social Bond Theory) 對於少年早期偏差行為最具影響力，而蓋佛森(Gottfredson)與赫胥(Hirsch)(1990)基於「人有追求快樂、避免痛苦的自利行為傾向」的人性基本假設，所提出「一般化犯罪理論」(A General Theory of Crime)，則對於低自我控制傾向和機會如何導致犯罪與問題行為有完整的解釋。

自 1980 年代迄今，社會鍵理論已被廣泛運用於解釋少年偏差行為，如：陳玉書(1988)年研究支持社會控制與連結對女性少年犯罪與偏差行為具顯著影響力。Chen(1997) 比較男性與女性少年之社會控制差異，發現女性少年之家庭附著、朋友附著和學校附著均顯著高於男性少年，換言之，男女兩性的差異不僅是性別結構與角色上的不同，社會化和社會控制過程的差異。而從 Gottfredson 與 Hirsch「一般化犯罪理論」觀之，女性具有低自我控制傾向且從事遊樂生活形態者 (或其他與犯罪有關之休閒)，有較高機會從事偏差與犯罪行為；Gottfredson 與 Hirsch 的主張在國內與國外有關性別、偏差行為、犯罪和飲酒行為的研究中獲得大部分支持(Keane et al., 1993; LaGrange & Silverman, 1999; 許淑華, 2001)。

就女性毒品施用相關研究而言，黃淑美(2004) 從社會建構觀點觀察性別角色與毒品施用生命歷程，結果顯示女性毒品施用生命歷程與其家人支持有關，初次施用毒品者往往集中於青春期中與成年前期，和家人的互動關係決定其是否繼續

施用，而服刑期間家人的支持也成為戒毒之動力。王儷婷(2005)其針對我國女性毒品再犯之實證研究發現，女性婚姻狀況愈不穩定者愈有可能再犯、家庭附著度低、家庭疏離感高者亦愈可能再犯。林瑞欽、黃秀瑄(2005)有關海洛因濫用者用藥渴求與復發危機研究顯示，女性海洛因成癮者則較易受配偶、伴侶用藥或外遇、家庭衝突而再度用藥。張明華(2011)有關女性施用毒品再犯行為的相關因素之實證研究中發現，家人互動與家人關注、同儕生活型態等對女性毒品施用者再犯具影響性。何明哲(2010)對成年男性與女性新毒品施用調查顯示，低自我控制傾向、學校依附和就業狀況對其繼續施用毒品具顯著影響力。

綜合前述國內女性毒品施用與再犯研究發現，女性毒品施用與其早期社會連結、自我控制和社會支持強弱有關，即使是女性毒品施用者，強而有力的家庭連結與支持，仍為擺脫毒品的重要關鍵；而促使女性施用毒品的機會因素，則以偏差同儕、不良生活型態和施用藥物的配偶或伴侶最具影響力。

三、親密伴侶

對女性犯罪者而言，犯罪行為發展過程中的親密伴侶主要影響力是接觸關係的維繫？亦或是行為與偏差價值的學習？有關親密伴侶與女性犯罪或毒品施用仍存在許多爭議。

在女性是單獨亦或與其他人共同犯罪方面，研究發現較多的女性單獨從事殺人與攻擊性傷害，惟從事街頭搶劫，較常與其他女性或男性結夥搶劫。Sommers and Baskin (1993)在強盜搶奪犯之中，63%跟男性同伴、60%跟女性同伴，剩餘是獨自犯罪；從強盜搶奪的樣本裡訪談，女性通常是出自自己決定、而非基於男朋友的關係（參見 Koons-Witt & Schram, 2003）。李美枝（1997）的研究裡則發現除毒品犯之外，其餘類型的女性犯罪者存在有「邪惡的男人」或「大哥的女人」等現象。

女性毒品施用與親密伴侶關係亦有不同發現，Cauffman (2008)認為女性嫁給反社會的伴侶強化了成人時期的反社會行為；對於女性犯罪人而言，親密伴侶如又有施用毒品經驗，同居或結婚會強化其毒品使用與犯罪有關連，而其婚姻關係以衝突與不穩定為典型；這個現象在少女的自陳偏差行為上也有相似的發現。國內研究發現女性毒品施用往往與其親密伴侶有密切關係（如：配偶、男朋友、同居人等），李易蓁（2008）應用解釋現象學分析法，分析女性藥物依賴者之伴侶親密關係，以及親密關係與其成癮行為之相互影響，發現女性藥物依賴者多成長於家人關係疏離或缺乏管教之家庭，且女性藥物依賴者之兩性交往多不順遂，親密伴侶對女性可能是導致用藥之危機，但也會扮演停用推手；且女性藥物依賴者在想維繫關係和因應情感危機時，均會以用藥為因應策略。

四、壓力與被害

1997年 Brody 和 Agnew 將一般化緊張理論應用於解釋性別與犯罪的關係，他們認為當女性處於緊張的狀態時較易有犯罪和偏差行為產生，如經濟的失敗、

不良的人際關係、家人、朋友和老闆的不公平待遇、失去親人、性的虐待等，這些緊張所帶來的壓力將會導致女性各種不良適應，其中以低社會經濟地位的女性尤為顯著。對女性而言，面臨緊張時，其情緒反應大多為憂鬱、焦慮或罪惡感，這些情緒反應降低女性直接從事犯罪行為的機率，但卻使女性轉向其他的不良適應，如藥物濫用、飲食偏差等。

Ogle、Maier-Katkin、Daniel、nard 和 Thomas (1995) 認為女性緊張壓力的來源與其性別社會化過程裡的過度控制有關，檢視造成女性精神壓力與生理變化的社會文化因素，如：性別社會化、男尊女卑與社會化控制，則可發現認識女性犯罪的本質；而女性會經歷的緊張或壓迫類型：(1) **離婚與受虐**：不只難以滿足親密感的慾望，失敗的關係還是許多女性犯罪者生活的緊張來源。另外青春少女容易遭受特定類型的家庭虐待，特別是性虐待；(2) **經濟的邊緣**：女性的貧窮化、離婚與勞動市場的變化等導致了一個現象，大量的女性由於負責家務支出，生活於貧窮之中。而財務問題始終是女性犯罪者主要的緊張來源，並且在犯罪裡扮演主要的角色；(3) **壓力事件**：如朋友、家庭成員的過世（參見陳祖輝，2009）。

有關被害與無法逃避緊張情境相關研究則顯示，曾經處於受虐的壓力情境與女性犯罪關係相當密切，Thornberry、Ireland 和 Smith 等 (2001) 觀察不同階段的虐待對於偏差、犯罪等行為的影響，他們將受虐階段分為童年期、青春期以及從童年延續至青春期的等；結果發現，青春期與持續性的虐待對於青春期的行為有較為強烈、持續性的負面影響，相較於只有童年期的虐待。Pollock、Mullings 和 Crouch (2006) 的研究則發現，女性暴力犯罪者較非暴力者在童年時期有較高的被害經驗。無論是男性或女性犯罪，兒童與青春期的被害經驗為解釋暴力犯罪重要因素，但對女性裡則有更強的預測效果。女性暴力犯罪者通常在她們第一次犯罪前有遭受虐待經驗，這可能與 (1) 受虐創傷；(2) 暴露於未受控制的壓力源；和 (3) 因應壓力的機制失能等有關（參見 Cauffman, 2008）。

五、毒品施用生命歷程

從非正式控制理論觀點解釋女性犯罪或毒品施用的生命史研究近年逐漸受到重視 (Daly, 1994; Steffensmeier, 1993; 陳祖輝, 2009), Sampson 和 Laub (1993; 2003) 重新整理和分析 Glueck 夫婦於 1939-1965 年間於波士頓地區所蒐集的白人男性少年資料，從生命歷程的觀點觀察社會結構、非正式社會控制和偏差與犯罪行為的關係。他們認為結構變數（性別、年齡、種族等）可藉由非正式社會控制的中介 (mediated) 作用而解釋兒童和少年時期的偏差行為；但日後的人生經驗對犯罪行為的影響仍是很大的，其中最重要的轉捩點是「婚姻」和「就業」。而不管在那一個生命階段裡的偏差行為，其共同的因素都是微弱的非正式社會控制、個人意志和無法切斷不良的犯罪關係。

由於女性犯罪特殊性與毒品的成癮性，國內外有關女性犯罪或毒品施用者生命歷程的研究已累積一些成果；主要發現為：(1) 強調各個生命階段的特殊性，

特別是童年與青春期的各種生活事件，影響著犯罪持續、中止和施用毒品的風險(Odgers et al., 2008; 黃婉琳, 2009; 吳佳樺, 2011; Estrada & Nilsson, 2012); (2) 發展的階段與年齡有特定關係，例如青春期特有的憂慮、轉學、同儕壓力等(吳佳樺, 2011); (3) 早期偏差與被害經驗具深遠影響，例如偏差行為影響在校表現，接著變成犯罪的預測指標(黃淑美, 2004; Forrest & Hay, 2011); (4) 持續犯或中止犯的探討(胡萃玲, 1997; 黃婉琳, 2009); (5) 強調不同生命階段的轉折點以及個人生活的變化(Belknap, 2001); (6) 關注在不同生命階段裡，各種正式或非正式社會控制的變化，特別是後者，例如家庭、學校、職業等，這些變化大都與年齡有特定關係(Belknap, 2001; 黃婉琳, 2009; Forrest & Hay, 2011)。

參、研究方法與研究對象

一、研究方法

女性毒品施用特性、衍生問題與處遇經驗等，須藉由量化的問卷調查方能獲得客觀且具有代表性的資料，本文根據女性犯罪相關研究文獻，編製具有信度和效度的調查工具，控制台灣地區女子矯正機關收容人數比例，以分層隨機抽樣法，依處遇機構和區域特性，由女子監獄、附設女子監獄和看守所附設女子分監等女性受刑人處遇機構進行調查，並以集體施測問卷的方式蒐集研究樣本。

調查以自陳方式填答問卷，調查人員引導受訪者仔細閱讀問卷指導語；為求研究調查的標準化，除編製「女性受刑人問卷調查注意事項」，要求所有調查人員均須根據該事項進行調查外，所有調查均由研究成員或受過訓練之調查人員親自到場進行問卷施測，告知受訪者施測目的，說明問卷採無記名方式填答，回答內容皆不影響其執行時的考核和假釋審查，以提高受訪者接受調查意願，使之安心、誠實的作答問卷，藉以確保測量的信度和效度；而調查結果僅作為整體分析之用，並嚴守個人資料保護法的相關規定與保密原則。問卷回收時，每一份問卷均由調查人員仔細檢查，如有空白答項，則由調查人員詢問受訪者填答意願，以確認為漏答或拒絕回答，受訪者如拒絕回答，則尊重受訪者個人意願保留空白，如屬漏答則請受訪者補填答，以降低遺漏值。同時針對跳答題進行邏輯檢誤，如有不符邏輯之回答狀況，立即詢問受訪者實際狀況，以減少因不合填答邏輯而造成分析結果產生錯誤的現象發生。

二、研究對象

本文研究對象係以法務部所屬各矯正機關收容之女性受刑人為母群體，根據2010年1月19日至2月22日各矯正機關女性收容人收容人數，在控制機構特性、犯罪類型和區域特性，並考量研究成本與期間限制，調查時除女子監獄、附設女監和離島附設分監（澎湖、金門監獄）外，其他附設分監收容人數低於50人者則不在抽樣調查範圍內。依調查時各機關收容人數抽取20%進行問卷調查，

而離島因樣本數較少，則對所有成年女性受刑人進行調查；考量受訪者回答能力和接受各項處遇經驗，受訪樣本之教育程度須達國中以上程度（含肄業），並且進入矯正機關超過二個半月方使接受調查，實際回收樣本數為 883 人，回收率為 99.23%（參見表 3-1）。

表 3-1 各矯正機關女性受刑人預估與回收樣本數

調查機關	收容人數	預估樣本數	回收樣本數	回收率
桃園女子監獄	1,201	240	240	100.00
臺中女子監獄	1,096	220	220	100.00
高雄女子監獄	1,232	246	246	100.00
高雄第二監獄	75	15	15	100.00
澎湖監獄	10	10	10	100.00
金門監獄	8	8	8	100.00
花蓮監獄附設女監	163	32	32	100.00
宜蘭監獄附設女監	204	42	42	100.00
臺北看守所附設台北分監	53	11	11	100.00
苗栗看守所附設分監	82	16	16	100.00
嘉義看守所附設（鹿草）分監	58	12	12	100.00
臺南看守所附設分監	107	22	22	100.00
屏東看守所附設（竹田）分監	51	10	9	90.00
合計	4,440	884	883	99.23

表 3-2 為調查樣本特性之分佈，表中顯示，受訪樣本之教育程度以高中畢肄業最多約佔二分之一（50.8%），其次為在國中畢肄業（39.9%）；年齡層以 30-39 歲為最多（約佔 47.8%），其次為 18-29 歲（22.1%），再其次為 40-49 歲（19.7%）；在婚姻狀況方面，未婚單身者佔 29.1%，其次為離婚單身佔 23.4%，第三是已婚佔 22.3%；受訪樣本中攜子入監者有 45 人，約佔樣本的 5%；沒有穩定工作、有穩定工作和工作不穩定者約各佔三分之一；在犯罪類型方面，以毒品結合犯為最多（佔 59.4%），如包含 49 位單純毒品犯，則毒品犯約佔整體樣本的 65%，非毒品犯中暴力犯和其他財產犯各約佔 11%，而詐欺犯和單純製造/運輸/販賣毒品犯各約佔 6.4%。

表 3-2 樣本特性分析

項 目	人數	%	項 目	人數	%
教育程度 (N=882)			年齡 (N=878)		
國中畢 (肄) 業	352	39.9	18-29 歲	194	22.1
高中畢 (肄) 業	448	50.8	30-39 歲	420	47.8
專科畢 (肄) 業	49	5.6	40-49 歲	173	19.7
大學以上	33	3.7	50-59 歲	75	8.5
婚姻狀況 (N=883)			60-69 歲		
未婚單身	257	29.1	犯罪類型 (N=862) 1		
未婚同居	79	8.9	單純毒品犯	49	5.7
已婚	197	22.3	毒品結合犯	512	59.4
分居/與他人同居	43	4.9	詐欺犯	55	6.4
離婚單身	207	23.4	其他財產犯	90	10.4
離婚同居	64	7.2	暴力犯	100	11.6
喪偶/再婚	36	4.1	製/運/販毒犯	56	6.5

註：犯罪類型無法適當歸類（如：違反選舉罷免法、妨害風化、公共危險等）未列入類型分析中。

三、研究概念測量

本文相關概念之測量包括：家庭婚姻與教養、家庭依附、低自我控制、生活壓力與社會支持、出監後需求與面臨問題、配偶/同居人非行、受暴經驗、犯罪經驗、毒品犯罪、衍生問題與處遇經驗等；如屬類別尺度或順序尺度，則依受訪者之實際狀況測量之，如為概念量表則進行信度與效度考驗。各研究概念之測量與信度、效度如表 3-3 所示。

表 3-3 研究概念與測量

研究概念	測量項目	信度與效度
家庭婚姻與教養	入監前婚姻狀況、父母會婚姻狀況、幼年主要教養者	類別尺度，就實際狀況測量之
家庭依附	與家人、配偶互動頻率、情感依附、	因素負荷量為 .768-.985 特徵值為 5.987 與 3.895 α 係數為.992 與.905
低自我控制	衝動性、自我中心、現在取向等 24 項低自我控制量表	因素負荷量為.412-.803 特徵值為 6.615-1.168 α 係數為.798-.550
生活壓力與社會支持	入監前後生活壓力、接見壓力、接見通訊等家庭支持	生活壓力為壓力事件是否發生 家庭支持之因素負荷量 為.508-.926，特徵值為 5.348， α 係數為.837
出監後需求與面臨問題	出監後所需之聯絡家人、就業輔導等 出監後可能面臨之生活、居住、疾病 治療等問題	因素負荷量為.407-.827 特徵值為 1.557-6.037 α 係數分別為.908-.864
配偶/同居人非行	配偶/同居人之賭博、施用毒品和入 監執行狀況	是否有賭博、施用毒品或入監 執行經驗
受暴經驗	家人、配偶/同居人、他人之毆打或 傷害	是否曾有受暴經驗
犯罪經驗	初犯年齡、判決次數	順序尺度，就實際狀況測量之
毒品犯罪與處遇經驗	最想/有效戒毒方式、觀察勒戒次 數、毒品衍生犯罪、重複入監原因、 接受矯正機關/醫療院所替代療法意 願等。	類別或順序尺度，就實際狀況 測量之

肆、女性毒品施用者特性

一、女性毒品施用者特性

由於毒品高再犯特性，女子矯正機構收容人中超過 60%與毒品有關，女性毒品施用者與其他女性犯罪人有何不同？以下針對 862 名女性受刑人進行調查，其中 49 名為單純毒品犯，512 名為毒品結合犯，其他則為財產犯或暴力犯；比較分析女性毒品受刑人與其他犯罪人之差異，綜合分析結果發現女性毒品施用者較其他類型犯罪人下列特性更為顯著：

(一) 較多早發犯與偏差

女性毒品犯與毒品結合犯有較多在國中期間即有偏差行為（如：逃學、中輟），女性受刑人中以毒品結合犯之平均年齡最小，其次為單純毒品犯，平均年齡最大者為財產犯。毒品結合犯的偏差行為與服刑次數顯著高於詐欺犯和財產犯。圖 4-1 顯示，毒品初次判決年齡為 12-18 歲未滿者占 16.9%，而非毒品犯則僅占 4%；而以 18-24 歲者居多占 41.9%，但非毒品犯初次判決年齡為 30 歲以上則有 67%；就初次施用毒品年齡觀之，41.4%為 18 歲未滿，27.5%為 18-24 歲；超過 30 歲者約占 13%，因此，各犯罪類型中，女性毒品受刑人中有較多早發犯，且其偏差與犯罪問題亦最為棘手。

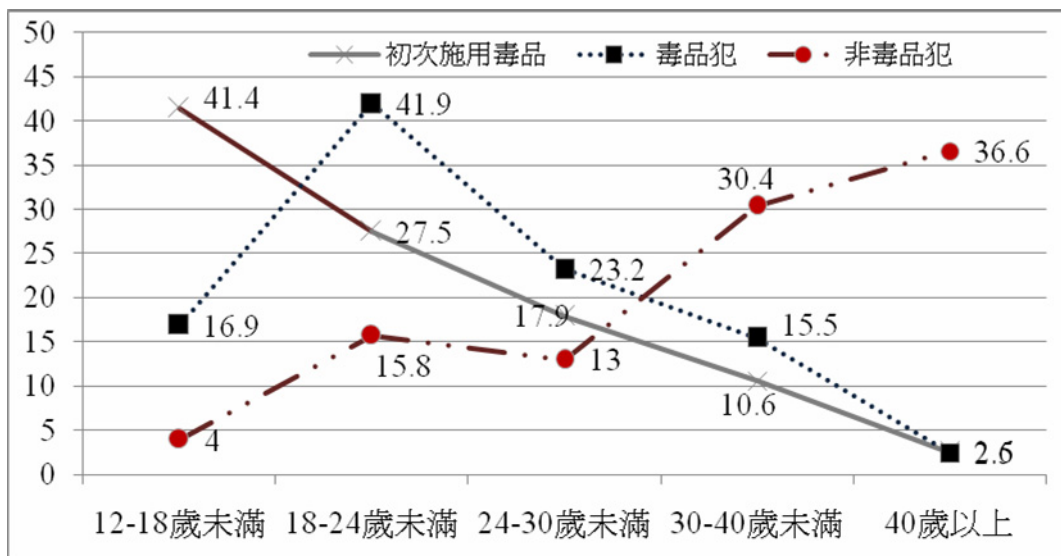


圖 4-1 毒品犯與非毒品犯初次判決有罪年齡分佈

註：非毒品犯包括暴力犯、財產犯和詐欺犯等。

(二) 兒童時期較多隔代教養、成年後婚姻不穩定

與毒品犯罪有關之女性受刑人（如：單純毒品犯、毒品結合犯和製造/運輸/販賣毒品犯）父母關係較不健全、國小以前的主要教養多為隔代教養。在婚姻方面，女性受刑人以詐欺犯、財產犯和製造/運輸/販賣毒品犯之婚姻相對較穩定，而約 80%的毒品犯或毒品結合犯之婚姻狀況是處於單身或不健全的狀態婚姻結構(參見表 4-1)。

表 4-1 女性受刑人家庭狀況與犯罪類型之關聯性

變數	犯罪類型						χ^2 ; df, p	
	單純毒品	毒品結合	詐欺	財產	暴力	製/運/販毒		
未婚單身	18 36.7%	165 32.2%	11 20.0%	17 18.9%	31 31.0%	10 17.9%	$\chi^2=24.740$ df=10 p=.006	
婚姻狀況 已婚/喪偶	10 20.4%	97 18.9%	18 32.7%	35 38.9%	30 30.0%	21 37.5%		
離婚單身/同居	17 34.7%	149 29.1%	25 45.5%	30 33.3%	27 27.0%	16 28.6%		
再婚/已婚同居/未婚同居	4 8.2%	101 19.7%	1 1.8%	8 8.9%	12 12.0%	9 16.1%		
父母狀況	健全	17 34.7%	171 33.4%	23 41.8%	26 28.9%	40 40.0%	24 42.9%	$\chi^2=38.384$ df=10 p=.000
	不健全	13 26.5%	139 27.1%	4 7.3%	7 7.8%	24 24.0%	7 12.5%	
	均歿一方過世	19 38.8%	202 39.5%	28 50.9%	57 63.3%	36 36.0%	25 44.6%	
國小前主要教養者	父母	31 63.3%	335 65.4%	45 81.8%	79 87.8%	71 71.0%	40 71.4%	$\chi^2=32.461$ df=15 p=.006
	父或母	8 16.3%	58 11.3%	3 5.5%	7 7.8%	8 8.0%	3 5.4%	
	祖父母/外祖父母/其他	10 20.4%	119 23.2%	7 12.7%	4 4.4%	21 21.0%	13 23.2%	

註：父母狀況、國小前主要教養者與犯罪類型部份細格中期望次數小於 5， χ^2 值僅供參考。

(三) 低自我控制與社會連結薄弱

在社會與自我控制方面，毒品結合犯之家庭依附最低，且顯著低於製造/運輸/販賣毒品犯與財產犯。在學校依附方面，女性受刑人之學校依附程度最高為財產犯，其次是詐欺犯，最低者則為毒品結合犯和單純毒品犯。在自我控制方面，毒品犯與毒品結合犯之低自我控制傾向最高，且顯著高於詐欺犯和財產犯；整體而言，施用毒品及其結合犯之社會控制較其他類型女性犯罪人薄弱，且低自我控制傾向較高，此亦不利於女性毒品施用者的社會復歸(參見表 4-2)。

表 4-2 各犯罪類型女性受刑人社會控制與自我控制之差異分析

變數	犯罪類型						F; Sig 組間差異
	單純毒品 (A)	毒品結合 (B)	詐欺 (C)	財產 (D)	暴力 (E)	製/運/販毒 (F)	
家庭 依附	Mean 18.67	18.58	19.15	20.08	19.22	20.59	F=5.395** D,F>B
N	49	512	55	90	100	56	
配偶 依附	Mean 13.08	13.41	12.16	15.98	12.67	15.20	F=2.331*
N	49	512	55	90	100	56	
低自 我控 制	Mean 55.08	54.42	48.58	48.49	53.04	49.79	F=12.604*** A, B > C, D; B > F; E > D
N	49	512	55	90	100	56	

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

(四) 經歷較多生活壓力，且社會支持不足，社會復歸不易

在壓力、社會支持與更生需求方面，各類型犯罪女性受刑人之生活壓力並無統計上顯著差異，但毒品犯和毒品結合犯之接見壓力則顯著高於詐欺犯和財產犯；同時毒品結合犯在處遇期間的社會支持最為薄弱，且顯著低於財產犯。亦即毒品結合犯之家庭支持與接見/通信頻率顯然低於其他犯罪類型女性受刑人。女性毒品犯與毒品結合犯出監時會擔心較多的問題；此外，對出監後各項服務的需求，單純毒品犯和暴力犯顯著多於財產犯；毒品結合犯顯著大於詐欺犯、財產犯、暴力犯和製造/運輸/販賣毒品犯(參見表 4-3)。

表 4-3 各犯罪類型女性受刑人壓力、社會支持與出監面臨需求之差異分析

變數	犯罪類型						F; Sig 組間差異
	單純毒品 (A)	毒品結合 (B)	詐欺 (C)	財產 (D)	暴力 (E)	製/運/販毒 (F)	
生活壓 力事件	Mean 3.10	3.57	3.27	3.28	3.75	3.50	F=.734
N	49	512	55	90	100	56	
接見 壓力	Mean .47	.53	.15	.19	.28	.25	F=3.901** ¹
N	49	512	55	90	100	56	
社會 支持	Mean 27.06	26.92	28.89	30.60	29.03	30.63	F=5.557*** D > B
N	49	512	55	90	100	56	
出監面 臨問題	Mean 20.17	21.54	17.46	17.59	19.49	17.35	F=12.888*** B > C, D, F
N	48	498	50	90	99	54	
出監協 助需求	Mean 21.98	23.83	17.13	16.61	20.78	18.41	F=19.989*** A, E > D B > C, D, E, F
N	49	505	54	89	99	54	

*p<.05; **p<.01; ***p<.001

註 1：Scheffe 事後多重比較各組間均未達統計上顯著水準，但 LSD 事後多重比較則 p<.05。

(五)親密伴侶有較多賭博、施用毒品和服刑經驗

表 4-4 為女性受刑配偶非行與施用毒品之關聯性分析，結果顯示配偶非行與是否施用毒品存在顯著關聯性，女性毒品犯之配偶或同居人有賭博、施用毒品和入監服刑的百分比顯著高於非毒品犯，尤其是施用毒品問題相當嚴重，超過二分之一的女性毒品犯之配偶或同居人有用毒情形(占 51.9%)，因共同處於毒品成癮的困境，其配偶或同居人曾入監服刑的比率亦高達 43.7%，顯示女性毒品施用者的親密伴侶普遍存在成癮性行為問題(參見表 4-4)

表 4-4 女性受刑人配偶/同居人非行與施用毒品之關聯性分析

配偶/同居人非行		是否毒品		χ^2 ; df; p
		毒品犯	非毒品犯	
賭博	否(%)	453(80.7%)	283(87.9%)	$\chi^2=7.615$ df=1; p=.006
	是(%)	108(19.3%)	39(12.1%)	
施用毒品	否(%)	270(48.1%)	287(89.1%)	$\chi^2=147.579$ df=1; p=.000
	是(%)	291(51.9%)	35(10.9%)	
入監服刑	否(%)	316(56.3%)	278(86.3%)	$\chi^2=83.667$ df=1; p=.000
	是(%)	245(43.7%)	44(13.7%)	

註:非毒品犯包括暴力犯、財產犯和詐欺犯等。

(六)有較多受暴經驗

文獻顯示犯罪女性人有較高的受暴經驗，相較於暴力犯和財產犯毒品施用者的受暴情形又如何?表 4-5 為女性受刑人受暴經驗與施用毒品之關聯性，結果顯示是否施用毒品與三項受暴經驗均存在顯著關聯性；女性毒品犯較非毒品犯曾經遭受家人、配偶或他人毆打或傷害的比率均高於非毒品犯；值得注意的是逾四分之一非毒品犯亦曾經遭受配偶或同居人的毆打或傷害。因此，女性犯罪人的受暴問題很值得進一步深入探討。

表 4-5 女性受刑人受暴經驗與施用毒品之關聯性分析

受暴經驗		是否毒品		χ^2 ; df; p
		毒品犯	非毒品犯	
被家人 毆打或傷害	否(%)	468(83.4%)	287(89.1%)	$\chi^2=5.378$ df=1; p=.020
	是(%)	93(16.6%)	35(10.9%)	
被配偶/同居人 毆打或傷害	否(%)	343(61.1%)	239(74.2%)	$\chi^2=15.584$ df=1; p=.000
	是(%)	218(38.9%)	83(25.8%)	
被他人 毆打或傷害	否(%)	429(76.5%)	271(84.2%)	$\chi^2=7.365$ df=1; p=.007
	是(%)	132(23.5%)	51(15.8%)	

註：非毒品犯包括暴力犯、財產犯和詐欺犯等。

(七)重複入監與再犯

圖 4-2 為因施用毒品而接受觀察勒戒和入監執行狀況，結果顯示超過一半（63%）的女性毒品犯都曾接受過 4 次以上的觀察勒戒；就過去曾經因毒品罪而入監執行而言，有 83% 的女性毒品犯曾因毒品罪入監服刑的經驗；此顯示大多數的女性毒品犯長年受毒品問題所困，難以擺脫毒癮，無論適用舊法或新法，均一再因毒品入所或入監。

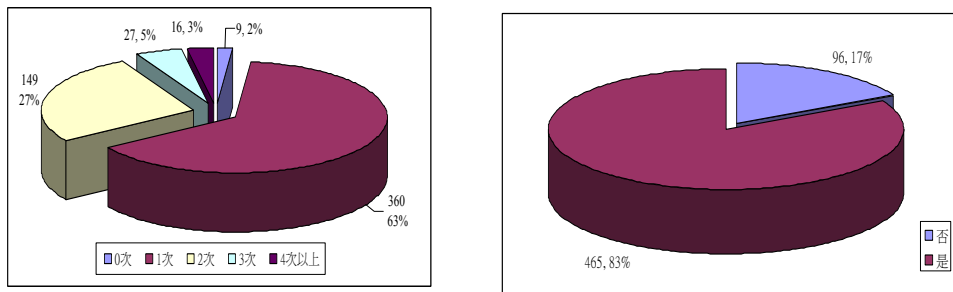


圖 4-2 因施用毒品而接受觀察勒戒入監執行狀況

伍、女性施用毒品衍生問題

一、毒品衍生犯罪問題

圖 5-1 和 5-2 為女性因施用毒品而衍生的犯罪種類數與犯罪類型之分布，女性毒品犯曾經因施用毒品需要錢或在受到毒品影響下，而有從事其他犯罪行為的情形比例相當高；只有 49 人（佔 9%）的女性毒品犯係單純施用毒品而沒有衍生其他犯罪者，亦即，有九成女性毒品犯會因為毒品，而衍生其他暴力或財產犯罪（參見圖 5-1）。至於因毒品所衍生出來的犯罪類型，係以「製造/販賣/轉讓/運輸毒品」為最大宗，其次依序為「其他」、「竊盜」、「詐欺」、「偽造文書」、「賭博」、「強盜/搶奪/擄人勒贖」、「傷害」、及「殺人」；由此可見毒品犯罪本身除了危害個人身體健康，亦會因毒品所衍生出的其他犯罪而對社會大眾的財產及生命安全造成威脅，成為治安的破壞者（參見圖 5-2）。

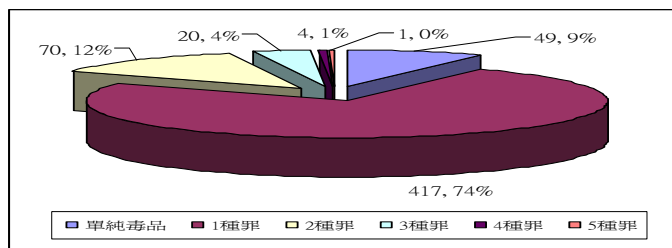


圖 5-1 因毒品衍生犯罪種類數分佈圖

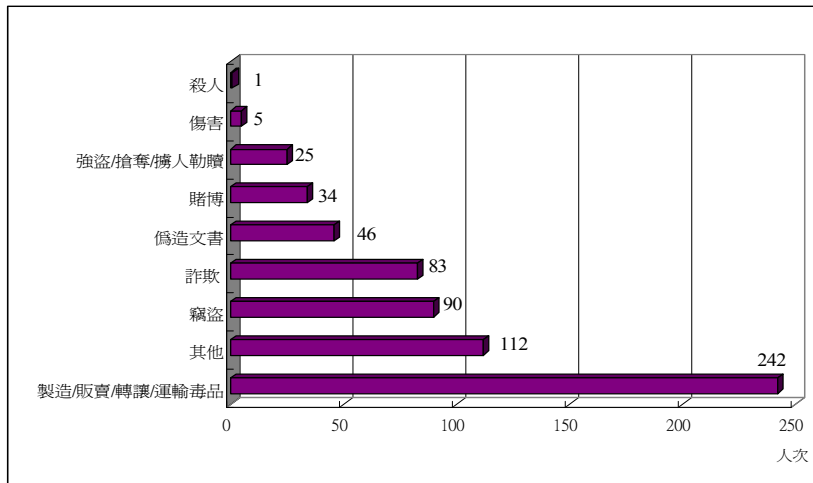


圖 5-2 因施用毒品衍生其他類型犯罪分佈圖

二、毒品衍生疾病問題

有關女性施用毒品可能引發的各種疾病，包括：感染 HIV 病毒、感染 B 型肝炎、感染 C 型肝炎、心臟病/心血管疾病、罹患精神疾病、泌尿系統問題、糖尿病、癌症、意外事故受傷、婦科疾病和牙科疾病等健康。

圖 5-3 顯示，女性毒品受刑人在服刑期間有不同的健康問題，其中較為嚴重者為牙科疾病，佔了全部樣本的 37.80%，其次為感染 C 型或 B 型肝炎共佔 25.10%，值得注意的是，感染 HIV 的比例佔 11.20%；這些疾病均與女性毒品施用影響健康或注射而傳染疾病有關。

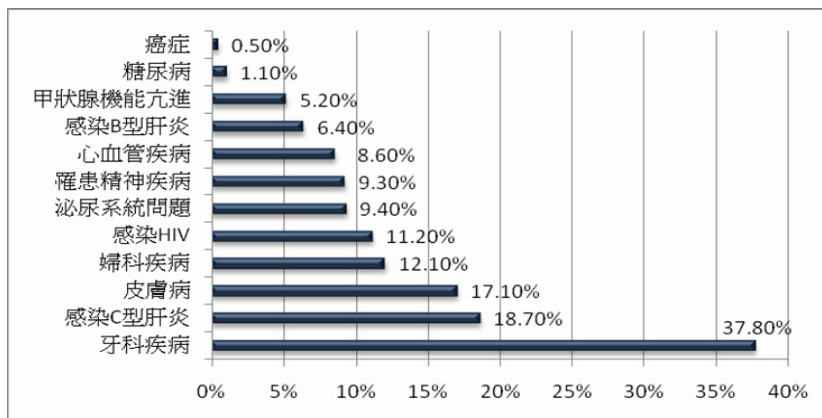


圖 5-3 女性毒品施用者疾病分佈

三、毒品衍生生育與教養問題

女性施用毒品除對自己身心健康造成傷害外，尚危急她們的孩子和家庭；尤

其女性在家庭所扮演的角色相當重要。因此，女性一旦施用毒品，整個家庭的功能將受到威脅。若懷孕中的女性使用毒品，有極高的比例可能會導致胎兒流產、異常或感染疾病，提高胎兒死亡率，甚至會影響孩子的成長經驗、造成行為偏差。不僅如此，難以暫停母職角色、無法妥善照顧孩子，是女性毒品濫用者在戒毒中所遭遇困難與阻礙比男性還多的重大因素。

表5-1為毒品施用與墮胎/攜子入監之關聯性分析，在受訪樣本中，140位表示曾經有墮胎經驗(占25%)，而非毒品犯則有44人(占13.7%)，女性毒品施用者的墮胎經驗顯著高於其他類型犯罪人。在攜子入監方面，有45位女性受刑人攜子入監，其中毒品犯39人(約佔86.7%)、非毒品犯6人(13.3%)，是否施用毒品與攜子入監存在顯著關聯性($\chi^2=10.95$; $p=.000$)。因此，攜子入監的女性受刑人大都為毒品施用者，且超過女子矯正機關毒品犯與非毒品犯受刑人整體比例。女性因施用毒品而重複近入出矯正機關，將對未成年子女之發展造成嚴重影響。

表 5-1 墮胎/攜子入監與是否為毒品犯之關聯性

變項		是否為毒品犯		χ^2 ; df; p
		毒品犯	非毒品犯	
曾經墮胎	否	421 (75.0%)	278 (86.3%)	$\chi^2=15.810$ df=1; p=.000
	是	140 (25.0%)	44 (13.7%)	
攜子入監	否	522 (93.0%)	316 (98.1%)	$\chi^2=10.952$ df=1; p=.001
	是	39 (7.0%)	6 (1.9%)	

四、毒品衍生色情與性交易問題

施用毒品與犯罪的關係密切，而女性毒品施用與從事色情行業(或性交易)兩者間的連結性如何?表5-2顯示，出入特種行業場所、從事特種行業或性交易與是否為毒品犯有顯著關聯性;女性毒品犯較非毒品犯有較高的比率出入特種行業場所(83.2%vs.62.7%)、從事特種行業(11.9%vs.5.3%)或從事性交易(11.4%vs.4.0%)。即使在有婚姻關係情況下，女性毒品犯亦較非毒品犯有較高比率與配偶以外異性發生性關係(46.4%vs16.0%)。

因此，毒品施用與從事特種行業、性交易或外遇存在顯著關聯性，雖然期間之因果關係仍有待釐清，由於毒品的成癮性，在未戒除毒癮之前，從事特種行業或性交易為購買毒品的可能金錢來源，而這些場所通常也比較容易獲得毒品，形成一種共生的關係;對女性毒品施用者而言，如無法戒除毒癮、重建社會關係與就業能力，欲從中抽身相當不易。

表 5-2 色情/性交易與是否為毒品犯之關聯性

項目		是否為毒品犯		χ^2 ; df; p
		毒品犯	非毒品犯	
曾出入特 種場所 ¹	否	94 (16.8%)	120 (37.3%)	$\chi^2=46.873$ df=1; p=.000
	是	467 (83.2%)	202 (62.7%)	
從事 特種行業	否	494 (88.1%)	305 (94.7%)	$\chi^2=10.552$ df=1; p=.001
	是	67 (11.9%)	17 (5.3%)	
曾經 性交易	否	497 (88.6%)	309 (96.0%)	$\chi^2=13.964$ df=1; p=.000
	是	64 (11.4%)	13 (4.0%)	
配偶以外 異性發生	否	52 (53.6%)	84 (84.0%)	$\chi^2=21.276$ df=1; p=.000
	是	45 (46.4%)	16 (16.0%)	

註 1：特種場所包括：舞廳、歌廳、夜店和 PUB 等場所。

註 2：僅包含 197 名已婚女性受刑人。

五、女性毒品施用者社會復歸不易

在女性受刑人出監後面臨問題方面，以「找不到工作，生活有問題」、「無法擺脫毒友或犯罪朋友」、「遭受別人不公平對待或歧視」及「家人不能接納自己」等為主要面臨問題(參見表 5-3)。

表 5-3 女性受刑人出監後面臨問題分析表

面臨問題	毒品受刑人 (N=322)		
	平均數	標準差	排序
1 找不到工作生活有問題	2.75	1.00	1 ^a
2 家人不能接納自己	1.94	1.00	4
3 無居住地方	1.79	0.98	5
4 疾病無能力治療	1.73	0.97	6
5 無法擺脫毒友或犯罪朋友	2.21	1.05	2
6 遭受別人不公平對待/歧視	2.16	1.01	3
7 毒癮復發	1.77	0.96	8
8 債務或賠償問題	1.80	0.97	6
9 犯罪集團來抓人	1.26	0.57	10
10 被家人性侵	1.12	0.46	12
11 被同黨報復	1.16	0.47	11
12 被配偶/同居人遺棄	1.34	0.75	9

a.就毒品犯而言，成對樣本 t 檢定結果顯示項目 1 之平均數顯著高於項目 5 ($p<.001$)。

陸、女性施用毒品者處遇

表 6-1 顯示，女性毒品犯最想接受的戒毒方式為「門診戒毒」(43.4%)，其次為「宗教戒毒」(33.3%)。而女性毒品犯認為對她們而言，最有效的戒毒方式依序為「自願性替代療法」(27.1%)、「緩起訴替代療法」(18.6%)、及「醫院自願戒毒」(15.8%)。綜合女性毒品犯的接受意願及效果考量，建議針對女性毒品犯的戒毒處遇，能夠以門診或宗教方式配合替代療法進行。

表 6-1 「最想」接受戒毒方式與認為「有效戒毒方式」之關聯性

願意接受 戒毒方式	有效戒毒方式							合計
	強制 戒治	住院 戒毒	緩起訴替 代療法	自願性替 代療法	醫院自 願戒毒	宗教隔 離戒毒	其他	
戒治所 強制 戒治	20 40.0%	3 6.0%	6 12.0%	10 20.0%	7 14.0%	4 8.0%	0 .0%	50 9.0%
住院 戒毒	11 13.8%	16 20.0%	20 25.0%	17 21.3%	12 15.0%	0 .0%	4 5.0%	80 14.3%
門診 戒毒	26 10.7%	22 9.1%	56 23.1%	80 33.1%	49 20.2%	5 2.1%	4 1.7%	242 43.4%
宗教 戒毒	19 10.2%	8 4.3%	22 11.8%	44 23.7%	20 10.8%	65 34.9%	8 4.3%	186 33.3%
合計	76 13.6%	49 8.8%	104 18.6%	151 27.1%	88 15.8%	74 13.3%	16 2.9%	558 100%

初次與多次入監之女性毒品犯願意接受戒治所強制戒治最久時間分別為 9 個月和 11.4 個月，雖然曾經多次入監者願意接受戒治最久時間多 2 個月，二組間之差異並未達統計上顯著水準 ($t=-.931$; $p=.356$)。在接受醫院強制住院戒毒方面，初次與多次入監之女性毒品犯願意接受醫院強制戒毒最久時間分別為 5.85 個月和 6.61 個月，曾經多次入監者願意接受戒治最久時間多約 1 個月，二組間之差異亦未達統計上顯著水準 ($t=-.467$; $p=.467$)。整體而言，願意接受強制戒治平均最長時間約為 10 個月，而在醫院接受住院戒毒則為 6 個月 (參見表 6-2)。

表 6-2 初次入監與多次入監女性毒品犯接受戒毒時間之差異分析 單位/月

項 目	初次入監 (n)	多次入監 (n)	t ; Sig
戒治所強制戒治	9.00 (8)	11.04 (45)	-.931; p=.356
醫院強制住院戒毒	5.85 (13)	6.61 (69)	-.467; p=.467

註：分析樣本僅包括 53 名願意接受戒治所強制戒治，以及 82 名願意接受醫院強制戒毒之受訪樣本

我國參酌國外經驗，自 2010 年起由衛生署與矯正機關合作，於雲林監獄及基隆監獄內，試辦美沙冬替代療法。女性毒品犯，對於在監所內接受替代療法的意願，正反各一半。而不願意在監所內接受替代療法的主要因為「希望徹底戒毒，不再依賴藥物」，其次為「害怕產生副作用」、「認為替代療法根本無效」(參見表 6-3)。若將感染 HIV 之女性受刑人與未感染 HIV 之女性受刑人接受監內替代療法的意願相比較，會發現感染 HIV 者接受監內替代療法的意願並無較高；亦即，感染 HIV 與否，和是否願意接受監內替代療法，兩者之間並無顯著關聯性(參見 6-4)。

表 6-3 女性受刑人接受監內替代療法意願分析

項 目	是			否	
	人次	%	排序	人次	%
監所內接受替代療法	239	52.0	--	221	48.0
不願	189	85.5	1	32	14.5
願	25	11.3	4	196	88.7
意	9	4.1	7	212	95.9
接	52	23.5	2	169	76.5
受	10	4.5	6	211	95.5
原	11	5.0	5	210	95.0
因	26	11.8	3	195	88.2

表 6-4 感染 HIV 與監內接受替代療法意願之關聯性分析

感染 HIV	監內接受替代療法意願		χ^2 ; df; p
	願意	不願	
是 人數(%)	28(44.4%)	35(55.6%)	$\chi^2=1.650$; df=1; p=.199
否 人數(%)	211(53.1%)	186(46.9%)	
合計 人數(%)	239(52.0%)	221(48.0%)	

再從女性受刑人離開監所後接受醫療院所替代療法的意願分析之，可以發現，與在監內接受替代療法的意願差異不大，正反意見大致上各一半。而不願意接受替代療法的最主要原因為「希望徹底戒毒，不再依賴藥物」，其次為「害怕產生副作用」、「擔心影響工作」(參見表 6-5)。同樣地，若將感染 HIV 之女性受刑人與未感染 HIV 之女性受刑人出監後接受醫療院所替代療法的意願相比較，會發現感染 HIV 者接受醫療院所替代療法的意願並無較高；亦即，感染 HIV 與否，和出監後是否願意接受醫療院所替代療法，兩者之間並無顯著關聯性(參見表 6-6)。

表 6-5 女性受刑人接受醫療院所替代療法意願分析

項 目	是			否		
	人次	%	排序	人次	%	
醫療院所接受替代療法	203	44.4	--	254	55.6	
不 願 意 接 受 原 因	希望徹底戒毒不再依賴藥物	226	89.0	1	28	11.0
	較喜歡鴉片類藥物帶來的快感	0	0	10	254	100.0
	不願意被追蹤/控制/被篩檢	27	10.6	4	227	89.4
	距離遠怕麻煩	4	1.6	9	250	98.4
	害怕產生副作用	50	19.7	2	204	80.3
	擔心影響工作	29	11.4	3	225	88.6
	害怕被標籤	15	5.9	6	239	94.1
	無法負擔治療費用	11	4.3	7	243	95.7
	不瞭解替代療法的功效	8	3.1	8	246	96.9
	認為替代療法根本無效	26	10.2	5	228	89.8

表 6-6 感染 HIV 與醫療院所接受替代療法意願之關聯性分析

感染HIV	醫療院所接受替代療法意願		χ^2 ; df; p
	願意	不願	
是 人數(%)	21(33.3%)	42(66.7%)	$\chi^2=3.638$ df=1; p=.056
否 人數(%)	182(46.2%)	212(53.8%)	
合計 人數(%)	203(44.4%)	254(55.6%)	

柒、結論與建議

矯正機構內的女性受刑人大都為毒品犯或衍生的收容人，相較於其他犯罪人，女性毒品施用者的家庭結構較不完整，且功能和依附關係薄弱，低自我控制傾向更為顯著；雖然多數女性犯罪人經歷許多負向生活事件，但女性毒品施用者的社會支持和網路關係更為欠缺，除了毒癮外，這些因素也使女性毒品施用者社會復歸所面臨的考驗更加嚴峻。此外，女性因施用毒品而衍生的問題，如：其他類型的非行與犯罪、疾病問題、生育與教養、色情與性交易等，亦值得關注，並須於女性毒品施用者處遇中一併考量。

矯正機構女性毒品施用者大都曾接受二次以上觀察勒戒，83%表示曾因毒品而入監執行，顯示重複施用毒品問題相當嚴重，其主要原因為意志不堅、面臨挫折時不良因應方式與無法擺脫毒品誘惑；而逾九成女性毒品犯曾因毒品而犯其他暴力與財產犯罪，因此，有效控制女性毒品犯罪問題，才能降低其他衍生的犯罪問題。

對女性毒品施用者而言，門診戒毒與宗教戒毒為最想接受之戒毒方式，但最有效的方式則為替代療法，因此結合宗教力量與門診替代療法應屬較有效的戒毒模式。此外，女性海洛因施用者中仍有近 50%出監後不願接受替代療法，其主要原因為不想再依賴藥物、害怕產生副作用或擔心影響工作。若替代療法為控制再犯與協助毒品施用者恢復正常生活的可行途徑，則提高海洛因施用者復歸社會後的治療意願為重要努力方向。

2002 年開始實施緩起訴處分，2008 年毒品施用者緩起訴法制化，翌年因施用毒品而受緩起訴處分人呈現增加趨勢，顯見各地檢署檢察官對於該處分的適用逐漸增多，應有利於轉向策略的發展與減少女性受刑人的入監數。相關研究結果亦顯示，女性毒品施用者無論初入監時或處遇期間，家庭社會支持均有助於其處遇和適應（陳玉書、林健陽，2010）。因此，對於須入監執行之女性毒品犯，可藉由多元的教化處遇方案，具彈性的接見與通信作為，提供更多女性接受外役監處遇等，以社會關係維繫或重建其社會關係；而落實「從裡到外」復歸計畫則有助於降低再犯。對於女性毒品施用者的處遇，應可朝下列方向繼續努力：

重視被拘禁女性與子女人權與照顧：¹各國女性矯正機關收容之受刑人以成年居多（我國約 99.2%為女性成年犯），因此在人權考量上，除女性本身之基本權益外，仍須考量一同入監子女之基本人權與保護。例如：懷孕、待產、產後復原和產後處遇等。各國對於攜子入監之年齡規定大都採保守措施，未滿一歲或僅數月（德國例外，因處遇條件較佳，部份機構可至六歲）；目前我國正積極修訂

¹ 被拘禁女性的人權司法專家會議，第五次會議準備聲明中的有關拘禁的條件包括：（1）確實保持記錄所有有關收容人的相關資訊。（2）為了能讓親友能時常探監，應儘可能安排在離女收容人家裡附近的機構。（3）應依審判進度不同、性別、年齡分別拘禁受刑人。（4）應提供足以滿足女性受刑人性別上所需的醫療及設施。（5）待產與育嬰的女受刑人應提供適當的設施並訂定相關的規定。

攜子入監年齡規定，將子女年齡調整為未滿一年，與國際趨勢相吻合。一旦准許女性受刑人攜子入監，無論母親或子女生活條件、醫療和母親處遇則採寬鬆處遇與保護措施，此亦為各國有關攜子入監共同之處遇趨勢。

逐步健全女性毒品施用者矯治處遇制度：我國於1995年12月成立全國首座女子專業監獄，15年後（2010年）成立獨立女子看守所，朝向有利於女性處遇方向發展；對於女性毒品施用者之觀察勒戒、強制戒治和處遇，仍附設於一般女子矯正機構，較無法彰顯其處遇效果，未來有關女性毒品施用者之處遇，在處遇機構型態、人員配置、收容空間和預算等，應逐步健全女性毒品施用者之矯治處遇制度。

重視社會關係維繫：監禁處遇具有威嚇、社會正義維護和處遇教化等效果，但也隔離受刑人的社會關係和就業機會，造成犯罪人復歸社會困難的問題。歐洲國家對於女性犯罪人之所以採取較寬鬆政策，逐漸降低女子監獄收容人數，乃因其刑事政策重視犯罪人社會關係與職業能力的維護，以及女性母親角色功能的扮演。本研究調查結果亦顯示，女性受刑人無論初入監時或處遇期間，家庭社會支持均有助於其處遇和適應。尤其是女性毒品施用者的社會關係大都因用毒而被破壞殆盡，因此，對於須入監執行之女性毒品施用者，可藉由多元的教化處遇方案，具彈性的接見與通信作為，提供更多與社會接觸的機會，以維繫或重建其社會關係。

提供多元化社區戒毒機會：無論是官方再犯統計資料，抑或是女性毒品施用者的調查結果，均顯示監禁和隔離的毒品處遇措施效果有限，針對毒品類型和使用者需求所建立的處遇模式，較能達到戒毒或維持正常生活功能的效果。而這些處遇措施，除控制毒癮的問題，仍須輔以心理治療和社會關係重建方案，才能協助長期受困於毒品和犯罪的女性，慢慢回歸到正常的生活軌道。

落實「從裡到外」復歸計畫以降低再犯：各國為協助女性毒品施用者順利復歸社會，均積極推展有利於社會復歸的計畫，以維持處遇效果，降低社會隔離所帶來的副作用；如：美國出監前釋放計畫，瑞典將處遇效果較好的受刑人逐步轉向較開放（如外役監處遇）或社區化處遇，提高與社會接觸機會，協助其復歸；德國則給予再犯率較高或須接受治療之毒品施用者，在出監後轉介至其他社區藥癮或治療機構。國外復歸社會計畫大都強調機構內、外之持續與連結，使毒品施用者逐步復歸社會；我國對於毒品施用者的社會復歸，雖有更生保護會或民間社會福利團體協助，或由矯正機關協助轉介安置或治療，或由毒品危害防制中心進行個案管理或轉介接受替代療法。但從機構內延續至機構外的制度化、普遍性和深化的復歸計畫仍有待推動，以縮短監禁與社會生活的落差，協助受刑人做好重返社會準備。

提供被害與弱勢處遇方案：有別於男性受刑人處遇，無論是美國、瑞士或德國，對於女性受刑人處遇策略中均提供女性被害與弱勢處遇方案，甚至對於曾經受暴、受虐或性侵害者提供專業治療。本研究調查資料顯示女性毒品施用者較一般犯罪人有更多的受暴經驗和衍生更多元的犯罪問題；此顯示我國女性毒品施用

者對於被害與弱勢輔導處遇方案需求殷切。未來可結合社會資源，擴大類似輔導方案參與對象，甚至提供心理諮商；同時對於有嚴重被害經驗之女性毒品施用者，在其即將出監時協助就業或安置處所，避免再度回到有威脅或危害的環境中。

協助轉介監內、外子女安置照顧：資料分析結果顯示，攜子入監之受刑人大都為毒品施用者，而多數表示面臨「子女無人照顧」問題，在 20 項生活壓力事件中，以「子女無人照顧」壓力感平均數最高。而女性毒品施用者重複入監問題嚴重，在新收入監時應主動瞭解是否有因入監執行而使子女無人照顧，或攜子入監年齡逾法定年齡而需安置者，亦應主動協助轉介社會局(處)或社會福利團體，協助安置子女於適當處所，和安排接見，使其安心服刑和接受各項處遇。

矯正機構應增加專業社工員與心理師編制：目前各國女子監獄大都設置專業輔導人才，而女性受刑人中毒品或毒品衍生受刑人佔 60% 以上，各女子監獄雖有社工員與心理師，但編制為戒治所之人力，僅能支援，且大都以承辦業務為主，較難發揮其專業功能，因而降低工作意願，建議逐步回歸社工員與心理師的專業功能，比照戒治所設置專業社工員與心理師，建立社工與心理的專業制度。

運用團體輔導協助受刑人增能：近年各女子監獄對於有家暴或性侵害被害經驗之女性受刑人實施特殊團體輔導，逐漸建立被害或弱勢受刑人輔導方案的機制；對於毒品施用者而言，未來可提供更多元化的輔導方案，如：家庭關係重建、監禁適應、人際關係改善、自我成長等；而接受輔導受刑人數量的增加，使更多毒品施用者能夠由輔導中提高自我效能，出監後有較好的社會適應能力。

提供有利於維持家庭關係與支持之教化活動：本研究調查結果顯示，女性毒品施用者普遍家庭關係不佳，藉由家庭日與懇親活動恢復期與家人之接觸和建立關係，對於女性毒品施用者而言應屬難得的機會；但礙於有限人力與資源，僅能於重要節日舉辦，或者參與特殊團體才有機會接觸。可考量增加：(1) 家屬中有意願者參與受刑人團體輔導活動；(2) 除三大節日和母親節外，提供更多次參與懇親機會。(3) 家庭日可考量假日舉行，使平日有工作之家屬有機會參與。

重視女性毒品施用者牙科需求：本研究有關女性毒品施用者生理適應情形分佈情形得知，在其在服刑期間較為嚴重者為牙科疾病，約佔全部樣本的 37.80%，施用毒品者的牙科問題顯得更為明顯。而女子監獄牙醫安排時間有限，需求者眾，往往需等候多時，才能得到醫療照護，應重視矯正機關收容人結構與牙科需求。

參考文獻

- 任全鈞(1997)。一般性犯罪理論與社會學習理論之驗證：以少年吸毒行為為例。中央警察大學犯罪防治研究所碩士論文。
- 何明哲(2010)。成年新犯毒品施用者特性及繼續施用傾向相關因素之研究。桃園：中央警察大學犯罪防治研究所。
- 吳佳樺(2011)。以理性選擇觀點分析女性藥癮者之生命歷程。台中：逢甲大學經濟學研究所碩士論文。
- 李佳玟(1997)。淺論女性主義犯罪學。犯罪學期刊，3，191-208。
- 李佳琪、朱日僑、陳黛娜、賴璟賢、李志恒(2005)。高中職學生對藥物濫用認知調查—以參與反毒大使活動之學校為對象。台灣衛誌。
- 李易蓁(2008)。女性藥物依賴者伴侶親密關係之研究。嘉義：中正大學犯罪防治研究所。
- 李美枝(1997)。臺灣女性犯罪型態與成因的解析。行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告。
- 李美枝(1999)。女性犯罪的型態與社會心理歷程：以台灣第一所女子監獄受刑人為例。中央研究院民族學研究所期刊，86，73-120。
- 林宗穎(2002)。一般化犯罪理論對受保護管束之毒品犯罪者再犯之解釋。靜宜大學青少年兒童福利碩士論文。
- 林健陽、陳玉書等(2001)。「毒品危害防制條例」施行後毒品犯罪者矯治成效之研究。中央警察大學犯罪防治學報，第2期，101-124。桃園：中央警察大學。
- 林健陽、陳玉書等(2008)。矯正機關愛滋毒品犯現況與處遇效果之研究。行政院國家科學委員會專題研究。
- 林健陽、陳玉書等(2009)。新犯毒品施用者施用行為及毒品取得管道之研究。法務部委託研究。
- 林瑞欽、黃秀瑄(2005)。海洛因濫用者用藥渴求、復發危機之分析研究。行政院衛生署九十四年度科技研究成果報告。
- 林澤聰(2006)。毒品犯罪者社會控制與再犯之研究。桃園：中央警察大學犯罪防治研究所。
- 俞智敏、陳光達、陳素梅、張君玫譯(Pamela Abbott & Claire Wallace 著)(1996)。女性主義觀點的社會學。台北：巨流。
- 胡萃玲(1996)。藥癮復原者的藥癮歷程及相關要素的分析研究—以晨曦會受訪者為例。國立臺灣師範大學教育心理學研究所碩士論文。
- 張明華(2011)。影響女性施用毒品再犯行為的相關因素之實證研究。台北：台北大學公共行政暨政策學系碩士論文。
- 許春金(2007)。犯罪學。台北：三民。

- 許淑華(2002)。性別、自我控制與機會對少年犯罪與偏差行為之影響犯罪共通性理論之驗證。桃園:中央警察大學犯罪防治研究所。
- 陳玉書(1988)。社會連結與女性少年偏差行為—Hirschi 社會控制理論之實證研究。中央警察大學犯罪防治研究所,桃園。
- 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, 255-276。
- 陳玉書、林健陽等(2010)。我國女性犯罪原因與矯治處遇相關課題之研究。法務部委託研究。
- 陳祖輝(2009)。關鍵事件與殺人犯罪之關連:女性殺人犯之觀點。警學叢刊, 39卷第5期, 71-104。
- 陳祖輝(2009a)。女性殺人犯之生命歷程研究(未出版之博士論文)。桃園:中央警察大學犯罪防治研究所。
- 黃婉琳(2009)。社會控制與女性持續及中止犯罪歷程之研究。台北:台北大學犯罪學研究所碩士論文。
- 黃淑玲、李思賢(2006)。藥癮再犯罪成因與心理治療介入的可行性:出監毒癮者之回溯性與前瞻性追蹤研究(二),行政院衛生署管制藥品管理局九十五年科技研究發展計畫。
- 黃淑美(2004)。臺灣毒癮男女:性別角色與生命歷程之社會建構觀點。私立東吳大學社會學研究所,台北。
- 劉郁芳(1993)。藥物濫用青少年之壓力、因應策略與生活適應關聯性研究。東海大學社會工作研究所碩士論文。
- 謝文彥、黃富源(2008),性別差異與犯罪類型。載於林麗珊等(合著),性別議題與執法(187-214)。桃園:中央警察大學。
- 韓鍾旭(1993)。青少年藥物濫用行為之實證研究—社會控制理論與差別接觸理論之驗證。中央警官學校警政研究所。
- Adler, F. (1975). *Sisters in crime: The rise of the new female criminal*. New York: McGraw-Hill.
- Adler, F., & Simon, R. J. (1979). *The criminology of deviant women*. Boston, MA: Mifflin.
- Agnew, R. (1992). Foundation for a general strain theory of crime and delinquency. *Criminology*, 30, 47-87.
- Belknap, J. & Holsinger, K. (2006) The gendered nature of risk factors for delinquency. *Feminist Criminology*, 1,1, 48-71.
- Belknap, J. (2001). *The invisible woman: Gender, crime, and justice*. Belmont, CA: Wadsworth.
- Bottcher, J.(1995)Gender as social control: A qualitative study of incarcerated youths and their siblings in Greater Sacramento. *Justice Quarterly*,12,33-57.
- Britton, D. M. (2000) Feminism in criminology : Engendering the outlaw. In M. Broidy, L. & Agnew, R.(1997)Gender and crime: A general strain theory perspective.

- Journal of Research in Crime and Delinquency,34,275-306.
- Chesney-Lind, M. (1989) Girls' crime and woman's place: Toward a feminist model of female delinquency. *Crime & Delinquency*, 35, 5-29.
- Cauffman E. (2008) Understanding the female offender. *The Future of Children*,18,2,119-142.
- Chen, Y. (1997). *Delinquency and psychological distress: Effects of gender and risk/protective factors*. Dissertation, Durham, NC: Duke University.
- Chesney-Lind, M. & Paramore, V.V. (2001) Are girls getting more violent : Exploring robbery trends. *Journal of Contemporary Criminal Justice*,17,2, 142-166.
- Chesney-Lind, M. & Pasko, L. (Eds.) (2004) . *Girls, women, and crime : Selected readings*. London : Sage.
- Chesney-Lind, M. (2006) Patriarchy, crime, and justice: Feminist criminology in an era of backlash. *Feminist Criminology*, 1,1,6-26.
- Cullen, F. T., & Agnew, R. (Eds.)(2006). *Criminological theory : Past to present*. California : Roxbury.
- Daly, K. & Chesney-Lind, M. (1988) Feminism and criminology. In F.T. Cullen & R. Agnew (Eds.) , (2003) *Criminological Theory : Past to Present* (p.413-p.422) ,California : Roxbury.
- Estrada, F. & Nilsson, A. (2012) Does it cost more to be a female offender? A life-course study of childhood circumstances, crime, drug abuse, and living conditions. *Feminist Criminology*. 7: 196-219.
- Gottfredson, M., & Hirschi, T. (1990) .*A general theory of crime*. CA: Stanford University Press.
- Hirschi, Travis. (1969) . *Causes of delinquency*. California: University of California Press.
- Ireland, T., Smith, C., & Thornberry, T. (2002) Development issues in the impact of child maltreatment on later delinquency and drug use. *Criminology*, 40, 59-401.
- Katz, R. S. (2000). Explaining girls' and women's crime and desistance in the context of their victimization experience : A developmental test of revised strain theory and the life course perspective. *Violence Against Women*, 6, 633-660.
- Keane, C., Maxim, P. S., & Teevan, J. (1993). Drinking and driving, self-control, and gender: Testing a general theory of crime. *Journal of Research in Crime and Delinquency*. 30(1), 3046.
- Koons-Witt, B. A. & Schram, P. J. (2003) The prevalence and nature of violent offending by females. *Journal of Criminal Justice*,31,361-371.
- LaGrange, T. C., & Silverman, R. A. (1999). Low self-control and opportunity: Testing the general theory of crime as an explanation for gender differences in delinquency. *Criminology*, 37, 41-73.

- Laub, J. H., Sampson, R. P. and Allen, L. C. (2001) Explaining Crime Over the Life Course : Toward a Theory of Age-Grader Informal Social Control. In F.T. Cullen & R. Agnew (Eds.), (2003) *Criminological Theory : Past to Present* (p.413-p.422), California : Roxbury.
- Morash, M. (2006). *Understanding gender, crime, and justice*. London : Sage.
- Odgers, Candice L. et al., (2008) Is It Important to Prevent Early Exposure to Drugs and Alcohol Among Adolescents? *Psychological Science*.19: 1037-1044.
- Pollock, J. M., Mullings, J. L. & Crouch, B. M. (2006) Violent women: Findings from the Texas women inmates Study. *J Interpers Violence*,21,485-502.
- Pollock, J. M. & Davis, S. M. (2005) The continuing myth of the violent female offender. *Criminal Justice Review*,30,1,5-29.
- Schram, Pamela J. and Koons-Witt, Barbara (eds.).(2004) *Gendered (in) justice: Theory and practice in feminist criminology*. Prospect Heights, IL: Waveland Press Inc.
- Simon, R. J. (1975). *Women and crime*. Mass: Lexington.
- Steffensmeier, D & Allan, E. (1996) Gender and crime : Toward a gendered theory of female offending. *Annual Review of Sociology*,22,459-487.
- Steffensmeier, D., & Allan, E. (1998). The nature of female offending : Patterns and explanation. In R. T. Zaplin (Eds.), *Female offenders : Critical perspectives and effective interventions* (pp. 5-27). Maryland : Aspen.
- Thornberry, T. P., Ireland, T. O. & Smith, C. A. (2001) The importance of timing : The varying impact of childhood and adolescent maltreatment on multiple problem outcomes. *Development and Psychopathology*,13,957-979.

美國法中兒童虐待案件之處置： 以消極不作為之父母為例

國立清華大學科技法律所副教授 林昀嫻*

目 次

- 壹、前言
- 貳、兒童虐待：美國判例與立法解析
- 參、贊成處罰未盡保護義務之受暴婦女的論點
- 肆、反對處罰未盡保護義務之受暴婦女的論點
- 伍、如何同時保護兒童及受暴母親
- 陸、結論與建議

摘 要

除了家庭暴力施暴者對兒童的直接虐待外，消極未能保護孩子免於家庭暴力的父母也可能成為可歸責的對象。為了保護兒童福祉，美國有些州法主張基於「未善盡保護之責」理論，嚴加制裁默許家暴發生之父母。然而，未能保護兒童遠離家暴、消極不作為的母親若同時作為家暴受害者，是否應該負擔未盡保護義務之刑事責任？本文在美國判例法和成文法的脈絡下，回顧重要案例，藉以了解美國法中，消極不作為父母的法律責任呈現何種樣貌。時至今日，美國大多數的州法已經對於消極不作為的父母課以法律責任，但是如何兼顧兒童及受暴婦女之保護則為重要課題。

本文認為，在評估受暴婦女的精神狀態與責任能力時，並沒有一個絕對客觀的標準。受暴婦女是否未盡保護之責，必須考量其長期受虐之客觀情況、以及該婦女主觀上對於現實環境的判斷。為兼顧兒童及受暴婦女之保護，本文建議應整合家暴防治體系，一方面向婦女團體宣導兒童保護的知識，鼓勵其結合兒保和婦女運動；另一方面，兒童保護機構的工作者也必須接受有關婚姻暴力防治的培訓，不能以為兒童保護工作只服務兒童，而不顧兒童與父母的聯結。只有通過社會團體的分工合作，才得以適當且有效地運用有限的資源。

* 本文係國科會補助專題研究計畫(101-2410-H-007-025-)之部分研究成果，作者感謝助理何怡萱在資料蒐集及校對排版的協助。

壹、前言

對於虐待兒童的直接施暴者，美國所有的州法均課以刑責；就算對於消極未能保護孩子免於傷害的家長，絕大多數的州法亦課與法律責任¹。當然，這些消極不作為的家長與實際施暴者負有不同判別標準，刑責亦有程度的區別。為了保護兒童，美國有些州主張應重新審視其法律，嚴加制裁施暴者以及默許暴力行為發生的父母，以保護兒童不受家庭暴力的侵害，「未善盡保護之責」(failure to protect)理論應運而生。本理論源自於國家對兒童福祉的關注，為了保護兒童免受傷害，嚴令所有直接、間接涉及家庭暴力之父母皆應承擔法律責任²。經由立法的方式，使未實際施行虐待的父母，仍須因「未能成功保護」兒童免於傷害而負擔刑事責任³。同時，國家的兒童福利機構認定這些父或母為「不適任」，無法妥善照顧兒童，因此傾向將兒童帶離父母身邊，送入寄養家庭，而未考慮兒童與父母的意願⁴。

該理論產生許多爭議：當未盡保護義務者本身即為家暴受害者時，國家對於受暴婦女，是否有期待其不顧一切風險、積極保護子女的可能性？施暴和受暴的父母是否應就子女遭受家暴，而負擔相同的刑責？受暴婦女對於子女權利義務之行使與負擔，和保護兒童不使目睹家庭暴力之間，是否必然產生衝突？⁵這些問題有著共同的上位議題：父母是否有保護兒童免於家暴的義務，又該義務的違反是否適合課以刑責。

本文的前言從家庭暴力問題引出「未善盡保護之責」理論的內涵及爭議；第貳部分進而在判例法和國家法規的脈絡下，回顧過去一連串重要案例，藉以了解美國法中，對於消極不作為父母的法律責任呈現何種樣貌。然而，未能保護兒童遠離家庭暴力、消極不作為的母親若同時為家暴受害者，是否應該負擔刑事責任？第三部分列舉並詳述贊成說的理由。相反地，第肆部分則討論不贊成以「未善盡保護之責」將受暴婦女定罪的理由。本文更進一步指出，家庭暴力並非侷限於私領域，因此在立法以及政策的監督施行方面，國家不得規避防治家庭暴力的責任。最後在第五部分，本文提出了其他方案來替代將受暴婦女定罪的作法，例如調和受暴婦女組織和兒童福利機構之間的衝突；並在法庭審判中，以「理性受暴婦女標準」來取代一般的「理性者標準」。第陸部分為本文的結論，筆者主張透過整合婦女團體與兒童保護的服務，並將家庭暴力的動態關係加入司法人員的教育訓練之中，強調國家對於防治家庭暴力的責任，始可能同時保護兒童及受暴

¹ Dorothy E. Roberts, *Motherhood and Crime*, 79 Iowa L. Rev. 95, at 109.

² Michelle S. Jacobs, *Requiring Battered Women Die: Murder Liability For Mothers Under Failure to Protect Statutes*, 88 J. Crim. L. & Criminology 579-609, at 606 (1998).

³ Jane C. Murphy, *Article, Legal Images of Motherhood: Conflicting Definitions for Welfare "Reform", Family and Criminal Law*, 83 Cornell L. Rev. 686-720 (1998).

⁴ *Children Go To Foster Care Needlessly, Suit Charges*, N.Y. Times, Jan. 30, 1999, at B3.

⁵ 王曉丹、林三元，法律移植與法律適應－婚姻受暴婦女聲請民事通常保護令裁定之分析，思與言：人文與社會科學雜誌 47 卷 4 期，2009 年，頁 89-90。

婦女。

貳、兒童虐待：美國判例與立法解析

一、兒童直接受虐之情形

(一)父母豁免原則(parental immunity doctrine)及其廢止

「父母豁免原則」係指父母與子女之間不得因侵權行為而提出訴訟。從本原則的歷史發展出發，可以讓我們了解美國判例法對於兒童受虐案件的處理原則。1972年的 *Plumley v. Klein*⁶案中，密西根州法院認為除了下述兩種情形之外，應廢棄父母豁免原則的適用：其一，當父母對於兒童的管教行為屬於行使「合理親權」的範圍時，孩子不得控告父母有所疏忽(negligence)⁷；其二，當涉及父母對於子女的食、衣、住、行、醫療等項目的決定權時，亦符合父母豁免之原則⁸。這些例外的創設是為維持家庭的完整性與功能，讓家長得以自由行使對於子女的扶養教育權，以及免除不必要的訴訟⁹。因此，在符合這兩類例外情況的前提下，法律不應干涉父母對子女的扶養教育權¹⁰。

事實上，上開所列舉的兩種例外幾乎涵蓋了所有案件，*Plumley* 案之後，僅有一個密西根州的案例係將父母定罪¹¹。關鍵問題在於「父母的責任」如何認定、標準何在。*Plumley* 案判斷的重點並非父母行為的合理性，而是對這些被指控為過失的行為加以分類，若疑似有過失，但可認定為自由裁量行為，則賦予訴訟豁免權。

上述趨勢在 *Phillips v. Deihm*¹²一案之後即告中止。本案法官於裁判理由中主張，兒童可以「父母的保護照顧有所疏忽」為由，對於造成自己傷害的父母提起訴訟。本論點推翻了之前 *Plumley* 案所設定的原則。讓父母的疏忽、消極不保護、不照顧兒童，無法歸屬在父母的裁量權之內，因此無法主張訴訟豁免。法官認為，既然父母有保護兒童的責任，對兒童的疏忽絕非父母裁量權的合理行使。從此以後，密西根州的父母們在疏於保護兒童免於傷害及虐待時，不得再主張有訴訟豁免權的適用。

(二)消極不作為的父母(passive parent)對虐待兒童仍負有責任

1960年的 *Palmer v. State* 案，是早期將未能保護兒童免於虐待的消極家長施

⁶ 199 N.W.2d 169 (Mich. 1972).

⁷ 同前註，第 172 頁。

⁸ 同前註。

⁹ Keldon K. Scott, *Negligence Actions by Abused Children Against Parents and Caretakers*, 75 Mich.B.J. 654, at 656(1996).

¹⁰ 199 N.W.2d 169 (Mich. 1972), at 172.

¹¹ *Carey v. Meijer, Inc.*, 408 N.W.2d 478 (Mich. Ct. App. 1987).

¹² *Phillips v. Deihm*, 541 N.W.2d 566 (Mich. Ct. App. 1995).

以刑罰的案例之一¹³。馬里蘭州上訴法院認為，成年人具備足夠的知識，在暴力行為發生前應判斷情勢之危險性¹⁴，並且保護孩子遠離危害。本案的母親「應該」也「有能力」保護子女免於傷害，但由於母親的疏失，間接導致兒童遭受虐待，其過失已足以定罪。根據該法院的認定，該母親的行為雖然並非危害實現的唯一原因，甚至也並非最主要的原因¹⁵，該消極不作為的母親仍然被判刑為過失殺人(involuntary manslaughter)罪，刑責僅略輕於直接施暴者¹⁶。

根據過失理論(theory of omission)，疏於防止傷害或保全生命者應承擔過失之責¹⁷。換言之，父母負有義務保護自己的孩子，若違反該義務就可能致生刑事責任。法院因此特別重視消極不作為的家長在虐待行為發生時，是否即刻通報相關機關，以及是否默許虐待繼續再發生。康乃狄克州法院在 State v. Miranda 結案時宣告，除了積極虐待兒童之行為外，父母若對於保護兒童之義務有所疏懈，也應承擔刑事法律責任¹⁸。在 Miranda 案中，基於孩子的肢體創傷情形嚴重，受虐事實如“孩子的哭喊，身體表面的瘀血，最終因食物攝取量減少而明顯衰弱¹⁹”，法院認為未直接施虐的母親顯然有所知悉，而難辭其咎。

為了處罰消極不保護受虐兒童的家長，許多國家應用了共犯理論(accomplice theory)，意指提供犯罪協助或教唆犯罪者，將與主犯共同承擔犯罪行為的責任²⁰。威斯康辛州最高法院在 State v. Williquette 一案中將一名母親定罪，原因為該名母親未能阻止她的丈夫對 8 歲的女兒進行性侵害²¹。判決理由提及，“明知孩子身處危險的情況下，卻未能採取有效行動以保護兒童，必須對其無所作為進而成為施虐者的後果負責”²²，儘管該名母親並沒有允許性侵害的發生，基於對犯罪行為的疏於防範及縱容，法院仍主張此為促成傷害發生的直接原因²³。消極不作為家長的犯罪係源自於“對於犯罪行為提供協助，使其順利發生”²⁴，如在 Williquette 的案例中，若該母親及時採取行動，保護兒童或使其遠離危險環境，則傷害實可避免²⁵。然而，此類刑責也不得無限上綱，惟有在事實足以證明被告在虐待行為發生時，已知悉或應該要知悉的情形下²⁶，仍未善盡保護義務，方可以前述理由加

¹³ Palmer v. State, 164 A. 2d 467-467 (Md.1960).

¹⁴ 同前註，第 353 頁。

¹⁵ 同前註，引用 Wharton, Criminal Law and Procedure 68 (Anderson).

¹⁶ 同前註。

¹⁷ Michelle S. Jacobs, Requiring Battered Women Die: Murder Liability for Mothers Under Failure to Protect Statutes, 88 J. Crim. L. & Criminology 579, at 588 (1998)

¹⁸ State v. Miranda, 715 A.2d 680, at 684-685 (Conn. 1998).

¹⁹ 同前註，第 683 頁。

²⁰ Bryan A. Liang & Wendy L. Macfarlane, Murder by Omission: Child Abuse and the Passive Parent, 36 Harv. J. on Legis. 397, at 404(1999).

²¹ 385 N.W.2d 145 (Wis.1986)

²² 同前註，第 147 頁。

²³ 同前註。

²⁴ Liang & Macfarlane, 詳見前揭註 20，第 411 頁。

²⁵ 同前註。

²⁶ C. G., 2001 WL 996299, at 8; see also State v. Zobel, 81 S.D. 260 (S.D. 1965)(upholding the

以定罪。

同時，愛荷華州、明尼蘇達州、俄克拉何馬州和德克薩斯州等四個州則允許受暴婦女對過失理論主張抗辯²⁷。這些國家的婦女在面對控告時，若能提出充分理由，證明干預與阻止施暴者的行為會導致她和孩子受到更嚴重的傷害，抗辯將可能成立²⁸。例如明尼蘇達州，其允許消極不作為的家長以“若採取行動加以阻止或防止虐待行為，將導致更嚴重的人身傷害，或甚至轉而報復在孩子身上”²⁹等考量作為辯護理由。

刑責成立與否經常取決於舉證責任之所在。有些州的受暴婦女必須自行承擔舉證責任，提出證據證明傷害的發生不可歸責於己³⁰；其他州面臨相同案件時，舉證責任往往落在檢察官身上。例如德克薩斯州頒布了一項有利婦女抗辯的法律，指出州政府檢察官應考量一般受暴婦女提出證明的困難度，而應由檢察官負擔舉證責任，其中包含兩個要件的證明：第一，受暴婦女被控未善盡保護責任之前，尚未知悉虐待行為的發生；第二，受暴婦女有充分理由相信，即使試圖保護孩子也沒有任何效果³¹。

(三)父母以外第三人的照護責任

在典型「未善盡保護之責」的案例中，多為控訴孩子的母親未能成功保護兒童免於配偶或男友的虐待，但也有一些案例係將兒童的照護責任擴大至父母以外的第三人³²。在 *Leet v. State* 的案例中，法院懲處一名縱容女友謀殺親生孩子的男子³³，判決理由側重於該男子是否承擔了類似於父親的照護義務³⁴。法院認為，被告 *Leet* 既已同意女友偕其孩子搬進自己的家，與女友共同負擔生活費，以及於女友不在家時負責照料女友的子女，法院認為，被告在同居過程中與孩子及其母親建立一個長期的家庭關係，因此負有兒童照護義務。

在另一起案例中，康乃狄克州最高法院於 *State v. Miranda* 一案裁定即便非為父母，身處家庭關係中的成年人仍應負起合理的照顧義務³⁵。在 *Miranda* 案中，男子亦與女友及女友的孩子同住，法院針對該男子的責任提出了一個假設：若將來該男子與女友生了一個孩子，而女友虐待之，則該男子做為生父，理應負有保護孩子免於母親虐待的責任；假使他因為疏忽而未阻止虐待發生，則他對該子的

conviction of a father where the evidence proved that he knowingly exposed his children to cruel and inhumane beating by his wife resulting in their death).

²⁷ Iowa Code Ann. 726.6.1(e) (West 1985); Minn. Stat. Ann. 609.378(2) (West Supp.1998); Okla. Stat. Ann. Tit. 21, 852.1.A.(West 1990); and Tex. Penal Code Ann. 22.04(k)(2)(B)(i)(West 1994).

²⁸ 同前註。

²⁹ Minn. Stat. Ann. 609.378 (West Supp. 1998).

³⁰ 同前註。

³¹ Tex. Penal Code Ann. 22.04(k)(2)(West 1994).

³² *Hawkins v. State*, 910 S.W.2d 176, 178 (Tex. App. 1995).

³³ 595 So. 2d 959, 960 (Fla. Dist. Ct. App. 1991).

³⁴ 同前註。

³⁵ 715 A.2d 680, at 689.

親權應當立即終止。既然如此，男子對於現在就在自己照顧下的女方的子女，也負有「如同生父」的照顧義務³⁶。

本判決顯示了一項趨勢：有關兒童的保護，法院不再限於要求有血親或姻親關係的成年人而已。對於同一屋簷下所發生的暴力只是消極不作為，也可能因為未善盡保護義務而遭到起訴。在多元家庭盛行的今日，可以預期未來法院將面臨更多涉及非傳統家庭關係的案件。

(四)父母因為疏忽而被終止親權之情形

在美國德克薩斯州，明知道孩子遭受虐待仍未致力預防悲劇發生的母親，法院可裁定終止其親權。但唯有滿足下列二項要件的情況下，才可能終止親權³⁷：

1. 必須有明確且令人信服的證據，證明由於被告父母³⁸「未善盡保護責任」造成孩子的傷害。然而，本要件的判斷標準卻相當寬鬆，例如被告並不須要有造成傷害的意圖和認識³⁹，甚至也不須要證明該父母「明知對子女有危險」仍疏未保護⁴⁰。例如受暴婦女在倉皇間逃離施虐者的魔掌時，卻把同樣遭受虐待的孩子留在家中，依照德州法律，該婦女顯然對於孩子所受傷害負有責任⁴¹。

2. 親權的終止必須基於子女最佳利益原則⁴²。根據德克薩斯州最高法院的重要案例，法院認為“施暴或疏於照顧孩子的父母，意味著對於父母角色的不適任”⁴³。另外，法院會根據其他條件進行審查與評估，包括孩子本身的意願、情感需求、家庭關係的穩定，以及造成暴力行為或疏忽行為的理由等，做成最符合子女最佳利益的決策⁴⁴。

當受暴婦女未善盡保護之責，尤其未及時向主管機關通報虐待事件時，德克薩斯州法院認為應終止受暴婦女的親權。在一則案例中，一名受暴婦女接受律師的建議，認為必須蒐集足夠的證據才有終止家庭暴力的效果⁴⁵，因此延遲了五個月才向警察機關通報。對於該婦女延遲通報的行為，法院判定其對於保護子女有疏失，應終止其親權⁴⁶。但也有法官提出不同意見，認為應該把施暴者對於受暴婦女的威脅也加以考慮，方合乎公平⁴⁷。

值得注意的是，德克薩斯州的法律，可能就是造成受暴婦女不願帶孩子前往有關機構尋求保護的原因之一。德克薩斯州訂有責任通報制（Mandatory Child

³⁶ 同前註。

³⁷ Tex. Fam. Code Ann. 161.001(1)(A)-(R).

³⁸ 同前註，詳見 161.001(1)-(2).

³⁹ 同前註，詳見 161.001(1)(E).

⁴⁰ 同前註，詳見 161.001(1)(D).

⁴¹ Rob Ramsey, *The Duty to Protect*, 1991 TEX. B.J. 1070 (1991).

⁴² TEX. FAM. CODE ANN. 161.001(2)(West Supp. 1998).

⁴³ *Holley v. Adams*, 544 S.E.2d 367, 372 (Tex. 1976).

⁴⁴ 同前註，第 371-372 頁。

⁴⁵ 648 S.W. 2d 353 (1983).

⁴⁶ 同前註，第 351 頁。

⁴⁷ 同前註，第 354 頁。

Abuse Reporting Law)⁴⁸，律師被要求通報疑似有虐待兒童的案件，即使僅是根據律師與客戶談話中所獲得的訊息，也不可免除通報責任⁴⁹。雖然法律的制定意旨在於保護兒童，也確實發揮重要功效，但強制性的通報責任使得受暴婦女在尋求律師的協助時必須冒著失去親權的風險。法院認為受暴婦女有能力快速將孩子置於安全處所，因此針對未能達成者做出終止親權的裁定，卻未考慮現實的情形，導致責任通報置與終止親權互相扣連，對於兒童保護已然造成反作用⁵⁰。事實上，許多受暴婦女深怕孩子被兒童保護機構帶走，在虐待事件發生時既不敢通報，事發後亦不敢尋求司法介入。

二、當兒童目睹家庭暴力：Lonell 案的影響

有鑑於目睹家庭暴力可能導致兒童受到負面衝擊⁵¹，近年來目睹家庭暴力對兒童的傷害逐漸被重視。美國兒童保護體系所做的研究顯示，在婚姻暴力的案件中，高達 65.6% 的兒童目睹婚姻暴力⁵²，包括看到和聽到父母之間的暴力行為，以及注意到一些暴力行為遺留下來的痕跡，如家具的毀壞、瘀青等外傷，或者當施暴者在場時其他家人的恐懼，這些都是常見對“目睹家暴”的定義⁵³。在上述的目睹兒童中，更有 16.2% 的兒童因為父母之間的暴力而遭受肢體上傷害⁵⁴。雖然法律已開始重視家庭暴力對受害者的深遠影響，透過修法等方式保護婦女，美中不足的是，除非做為婚暴併發兒虐之受害者⁵⁵，否則「目睹家暴的兒童」往往被忽視⁵⁶。

事實上，目睹家庭暴力發生的兒童，可能造成心理創傷⁵⁷，而成為家庭暴力事件的間接受害者⁵⁸。醫學證據顯示，暴露在家庭環境內的暴力行為所造成的傷害，遠大於目睹家庭以外的暴力行為⁵⁹。目睹兒多數呈現出創傷後壓力症候群

⁴⁸ TEX. FAM. CODE ANN. 261.101 (West 1996).

⁴⁹ 同前註，見 261.101(c).

⁵⁰ Ramsey, 詳見前揭註 41，第 1072 頁。

⁵¹ V. Pualani Enos, Prosecuting Battered Mothers: State Law's Failure to Protect Battered Women and Abused Children, 19 Harv. Women's L. J. 229-235 (1996).

⁵² Serena N. Hulbert, Children Exposed to Violence in the Child Protection System: Practice-Based Assessment of the System Process Can Lead to Practical Strategies for Improvement, Journal of Emotional Abuse, 8:1, 217.

⁵³ 蘇益志，家庭暴力對目睹兒童身心發展影響之探討，諮商與輔導 236 期，2005 年，頁 60。

⁵⁴ Janis Wolak & David Finkelhor, Children Exposed to Partner Violence, in Partner Violence: A Comprehensive Review of 20 Years of Research 73-73 (Jana L. Jasinski & Linda M. Williams eds., 1998)

⁵⁵ 沈瓊桃，婚暴併兒虐發生率之初探—以南投縣為例，中華心理衛生學刊 19 卷 4 期，2006 年，頁 353-354。

⁵⁶ 蘇益志，同前揭註 53。

⁵⁷ 童伊迪、沈瓊桃，婚姻暴力目睹兒童之因應探討，臺大社會工作學刊 11 期，2005 年，頁 133-134。

⁵⁸ 林英欽、古稚偉、王慈峰、林正清、謝瀛華，目睹家庭暴力兒童的健康問題，臺灣醫學 10 卷 6 期，2006 年，頁 764-766。

⁵⁹ B.M. Groves et al., Silent Victims: Children Who Witness Violence, 269 JANA 262 (1993).

(PTSD)⁶⁰，可能使兒童長期處於驚嚇恐懼和內疚不安，對於兒童在社交上、行為上和健康上產生負面效應，甚至對成年後的親密關係有著不利影響⁶¹。

有鑑於此，美國法院在審理受暴婦女是否對於照護子女有所疏失時，開始將孩子是否目睹家庭暴力也列入判斷基礎。20世紀90年代初期，紐約州家事法庭尚未將孩子目睹家庭暴力的情形視為父母疏於照顧⁶²，法院經常駁回這類型案例，也不認為有請專家評估具體危害的必要⁶³。只有在精神醫師、社工人員和心理衛生專業人員經過多重評估後⁶⁴，證明目睹家庭暴力的孩子會實際遭受生理、心理以及情緒上的傷害⁶⁵，或者有其他迫切危險的情形下，法院才會列入考慮⁶⁶。

然而在20世紀90年代以後，紐約州法院開始有了嶄新的思維。1998年5月，上訴法庭重新審理Lonell J.的家庭暴力案件⁶⁷時，加入兒童福利的觀點。此案中，受暴婦女遭丈夫毒打及性侵，該受暴婦女數次通知警方⁶⁸，也回娘家躲避一段時間，最後終於獲得了保護令⁶⁹。然而兒童保護機構(Administration for Children's Services, ACS)指出，孩子目睹了一切暴力行為的發生⁷⁰，因此，ACS針對父母二人對孩子的疏忽皆提出告訴，並且將孩子安置於寄養家庭⁷¹。最後，上訴法庭裁定施暴者父親和受暴者母親皆有疏失⁷²。

家事法庭法對於「疏失」的定義寬廣⁷³，當然包括讓兒童暴露在家庭暴力環境下⁷⁴。法院並引用1994年家庭暴力干預法(Family and Domestic Violence Intervention Act)，指出兒童暴露在家庭暴力情境下有極大可能會受到傷害⁷⁵，因此，法院認為在訴訟過程中，甚至不需要專家證人來證明目睹家庭暴力兒童「實際」所遭受的傷害⁷⁶。另外，在解釋受暴婦女的照顧義務時，法院認為受暴婦女長期處於家暴中，即表示無法勝任最低限度的兒童照護⁷⁷。雖然法院在Lonell一

⁶⁰ 江琪彬，童年期目睹婚暴暴力之女性三代間母女依附關係之研究，淡江大學教育心理與諮商研究所碩士論文，2007年，頁19-20。

⁶¹ 姜琴音，目睹父母婚姻暴力之成年子女心理經驗初探，應用心理研究32期，2006年，頁166-168。

⁶² *In re Bryant L.*, 565 N.Y. S.2d 969, at 971-973 (Fam. Ct. 1991).

⁶³ *Deandre T.*, 676 N.Y. S. 2d at 666.

⁶⁴ *Theresa "CC"*, 576 N.Y. S. 2d 938.

⁶⁵ 蘇益志，同前揭註53，頁60-62。

⁶⁶ *Bryant L.*，同前揭註62，第972頁。

⁶⁷ *Lonell J.*，673 N.Y.S. 2d 116, at 117.

⁶⁸ 同前註，第116頁。

⁶⁹ 同前註。

⁷⁰ 同前註。

⁷¹ 同前註。

⁷² 同前註，第118頁。

⁷³ 蔡宗晃、朱秀琴，兒童心理虐待與疏忽，當代醫學361期，2003年，頁938-939。

⁷⁴ 同前註。

⁷⁵ the "Failure to Protect" Working Group, *Charging Battered Mothers with Failure to Protect: Still Blaming the Victim*, *Fordham Urban Law Journal*, Vol.27, Issue 3, 849-873 (1999).

⁷⁶ *Lonell*，同前揭註67，第117頁。

⁷⁷ 同前註，第116-117頁。

案沒有明確的要求受暴婦女對於兒童目睹暴力負起「嚴格責任(strictly liable)」⁷⁸，法院卻裁定，受暴婦女沒有盡力脫離暴力環境，才導致兒童暴露在家庭暴力的潛在危險中⁷⁹。然而，這種思維卻嚴重忽視受暴婦女為了避免自己與子女的危險，所做的種種努力⁸⁰。

Lonell 案的判決結果受到紐約州法庭大量引用，尤其是在兒童目睹家庭暴力的案件類型上，以父母“未善盡保護之責”做為判斷基準⁸¹，也使得兒童保護機構如 ACS 等更容易向受暴婦女提起告訴以及停止其親權⁸²。紐約以外其他州法院也逐漸跟進，加利福尼亞州法院在 1986 年肯認，暴露於家庭暴力對孩子的安全而言有潛在威脅⁸³；1996 年，加州法院也認為，目睹家庭暴力的兒童等同受到「間接傷害」⁸⁴；伊利諾州法院詮釋父母照護義務時，認為父母的不作為即為違反照顧義務，無論故意與否皆包含之⁸⁵。而兒童目睹家暴的過程中所遭受的情緒傷害，應視為父母非故意違反照護義務之態樣之一⁸⁶。由各州法院的判例和立法可知，美國多數州法院肯認目睹家暴兒童所遭受的傷害，儘管如此，仍需要更多研究結果始能判定危害程度。

三、國家的兒童照護責任：以 DeShaney 案為例

1984 年 3 月，一位父親 Randy DeShaney 毆打 4 歲的兒子 Joshua DeShaney 致嚴重的腦部損傷，導致他必須永久仰賴重度智障照顧機構⁸⁷。早在 1982 年，溫尼貝戈縣社會服務機構(DSS)已接獲 Randy 毆打孩子的通報，1983 年 1 月，Joshua 因多處瘀傷和擦傷被送往醫院接受治療，醫師懷疑是虐兒事件而通報 DSS。雖然 DSS 保護了 Joshua 三天，但最後仍因證據不足而讓他被父親帶回。

DSS 讓 Joshua 被帶回是有條件的。主要是讓 Randy 簽下兒童保護同意書，責成其配合 DSS 保護 Joshua 的各種措施。例如：提供家暴防治資訊、要求 Randy 接受諮商服務、鼓勵 Randy 的女朋友搬出去、還安排 Joshua 就讀幼兒園。但一個月後，DSS 再次接獲急救人員的通報，隨後的數個月中，Randy 經常不遵守兒童保護同意書內容。1983 年 11 月，急診室人員再次通知 DSS，這次社工人員沒有採取任何行動，沒有任何訪查也沒有向其他相關機構通報。

1984 年 11 月，Joshua 和他的生母對溫尼貝戈縣社會服務機構及其員工提起訴訟，主張國家對於明知或應該知道的家暴風險視而不見，相當於對保護人民安

⁷⁸ The “Failure to Protect” Working Group, 同前揭註 75，第 852 頁。

⁷⁹ Lonell, 同前揭註 67，第 118 頁。

⁸⁰ The “Failure to Protect” Working Group, 同前揭註 75，第 852 頁。

⁸¹ In re Jasmine R., 683 N.Y. S. 2d 848 (App. Div. 1999).

⁸² The “Failure to Protect” Working Group, 同前揭註 75，第 853 頁。

⁸³ In re Jon N., 224 Cal. Rptr. 319 (Ct. App. 1986).

⁸⁴ In re Heather A., 60 Cal. Rptr. 2d. 315, at 316 (Ct. App. 1996).

⁸⁵ In re S.S., 728 N.E. 2d 1165, at 1169 (Ill. App. Ct. 2000).

⁸⁶ 同前註，第 1172 頁。

⁸⁷ DeShaney v. Winnebago County Department of Social Service, 489 U.S. 189 (1989)，第 193 頁。

全之消極不作為；且做出不適當的干預，沒有依照正當法律程序即剝奪 Joshua 的人身自由，違反美國憲法第十四修正案⁸⁸。1989年2月，美國聯邦最高法院宣判本案不成立⁸⁹，大法官 Rehnquist 認為正當程序應做狹義解釋，受害者和國家之間屬一種「特別關係」⁹⁰，必須當受害者受政府監管時才觸發⁹¹。將此觀念應用於本案中，國家的不作為和延續危害是完全不相干的。

Brennan 大法官於本案作出不同意見，當中指出威斯康辛州對於保護兒童確實負有積極作為的義務，因為國家透過兒童福利制度的建立，已經壟斷特定的救濟途徑⁹²。救護人員善盡通報責任，並信任 DSS 會確實提供協助⁹³，國家壟斷私人救濟途徑卻沒有提供有效的援助，對於 Joshua 所受到的傷害難辭其咎⁹⁴。從 DeShaney 一案解讀，法院認為發生在家裡的兒童虐待事件屬於私領域，國家並無責任或義務主動進行保護。從法院的觀點而言，國家既免於作為義務，則繁重的兒童保護義務便落在親權行使人(通常是母親)身上。

參、贊成處罰未盡保護義務之受暴婦女的論點

美國最高法院認為，父母有權根據自己的判斷，給予孩子最佳的教育及照顧⁹⁵。這項權利同時也是義務，當父母無法勝任時由國家介入干預⁹⁶，特別是兒童有可能遭遇危險的狀況下，國家應以其強制力防止危害，確保兒童的健康與福祉⁹⁷。然而，傾向對消極不作為家長施加處罰的支持者認為，父母在兒童照護上有不可規避的主要責任⁹⁸。即使以疏失或危害兒童(endanger the child)來處罰失職家長仍有不足之處，因為這些罪充其量只是輕罪(misdemeanor)。父母有義務採取各種措施，以提供兒童足夠的保護。

一、處罰消極不作為家長的理由

一般而言，父母對孩子的照顧及保護義務係由普通法來規範，且此義務不得基於個人意願任意放棄或撤銷⁹⁹。本理論背後的基本概念為：兒童沒有自保能

⁸⁸ 同前註。

⁸⁹ 同前註，第 201 頁。

⁹⁰ 同前註，第 195 頁。

⁹¹ 同前註，第 199-201 頁。

⁹² 同前註，第 207 頁。

⁹³ 同前註，第 209 頁。

⁹⁴ 同前註，第 210 頁。

⁹⁵ *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

⁹⁶ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

⁹⁷ *In re Hofbauer*, 393 N.E.2d 1009, at 1014 (N.Y. 1979).

⁹⁸ US Department of Health and Human Services, *A Nation's Shame: Fatal Child Abuse and Neglect in The United States* 17, at 39-40 (1995).

⁹⁹ 59 Am. Jur. 2d Parent & Child 14 (1996).

力，因此身為家長，即便是受暴婦女，相較之下也有較多的資源和能力可以保護兒童¹⁰⁰。這種因為照顧責任所產生的「特殊關係」不僅拘束父母，也拘束父母以外的照顧者¹⁰¹，此即為處罰消極不作為家長的主要理由¹⁰²。

二、處罰消極不作為家長的標準

要制定處罰標準之前，首要問題為釐清消極家長知悉(或理應知悉)家暴發生的時間點，但現行法規並未提供明確規範，於是法院的判決適時發揮了彌補成文法不足的重要作用。例如 *Pope v. State* 案中，雖然被告否認知情，但法院從施虐時被告也在場的事實，推斷被告知悉虐待行為的發生¹⁰³。至於被告究竟是否知悉虐兒的事實並不重要，因為對法院而言，被告在犯罪現場的本身即等同於知悉該犯罪。最後，不作為的被告就因「疏於保護兒童」而遭到刑事制裁¹⁰⁴。

紐約州更引用一套「理性者(reasonable person)」判別標準，來判斷該消極不作為父母是否默許子女被虐待。該判別標準乃是假設一個「合理而審慎的人，在相同情況下會如何反應」，從而審視這些遊走灰色地帶的家長們是否有疏失，是否放任孩子承受家庭暴力而不管¹⁰⁵。在 *Katherine C.* 的案例中，紐約家事法庭明確指出這些消極家長的罪責來自於「理應知道」家裡有暴力或虐待行為發生，卻未曾積極防止或避免之¹⁰⁶。

除了作為或不作為犯，要將不作為家長歸類於虐待兒童的共犯須符合幾個要件。例如對犯罪行為的認知，根據普通法及其他成文法規，共犯係指對犯罪有所知悉、或有犯意的連絡，對主犯提供幫助、或是教唆犯罪的行為¹⁰⁷。在將消極家長裁定為共犯時，往往難以證明有協助虐待的意圖，法院僅能透過事實推斷，例如意識到危險卻未行作為，此等助紂為虐的行為即等同於協助暴力犯罪。法院認為，根據經驗法則可以在犯罪發生之前即先行預防，因此若知悉危險即將發生卻不採取行動，即可推論為有意讓犯罪行為發生，對於行為所產生的後果亦負有責任¹⁰⁸。例如在 *People v. Peters* 一案中，法院認為只要母親意識到暴力事件即將發生，就有保護孩子的責任與義務¹⁰⁹。也因此實務上，欲將消極不作為家長定罪須滿足兩個條件，一是知悉有虐待行為發生，其二是未及時提供孩子安全的庇護。

¹⁰⁰ *Turner v. District of Columbia*, 532 A.2d 662, at 673 (D.C. 1987).

¹⁰¹ *Lane v. Commonwealth*, 956 S.W.2d 874 (Ky. 1997).

¹⁰² 同前註，第 878-879 頁。

¹⁰³ 396 A.2d 1054, at 1072 (Md. 1978).

¹⁰⁴ 同前註，第 1073 頁。

¹⁰⁵ *In re Carrie R.*, 549 N.Y.S. 2d 230, at 231 (1989).

¹⁰⁶ *Katherine C.*, 471 N.Y.S.2d 216, at 279 (N. Y. Fam. Ct. 1984).

¹⁰⁷ 同前註。

¹⁰⁸ *People v. Peters*, 586 N.E.2d 469, at 476 (Ill. App. Ct. 1991).

¹⁰⁹ 同前註。

三、未善盡保護之責(failure to protect)

主張應處罰消極父母的一方認為，消極的「允許」孩子遭受虐待跟主動施暴並無不同¹¹⁰，因此消極家長也應該受到與積極施虐者同等的處罰。其理由包括¹¹¹：

- (一) 兩種皆是孩子在家長違反保護義務下，致使受傷害的情形。
- (二) 若家長提供孩子足夠的庇護，許多案例是可以避免的。
- (三) 放任消極家長的行為與態度，類似事件將會一再地發生。

贊成處罰者進一步認為，若有明確的法律依據來規範消極不作為的罪責，可以讓家長們更瞭解自己所負的義務¹¹²，兒童虐待事件將大幅地減少。除了增加嚇阻作用之外，也有正面鼓勵家長積極採取行動保護孩子的意涵¹¹³。

四、受暴婦女症候群及該理論的侷限性

1979年，美國著名的心理學家 Lenore Walker 博士在其著作中提出暴力循環理論 (cycle theory of violence)，並首創「受暴婦女症候群 (Battered Women Syndrome, BWS)」¹¹⁴一詞，Walker 將典型的親密暴力關係分為三個階段¹¹⁵：第一階段，雙方壓力的增加期；第二階段，劇烈暴力事件的發生；第三階段，則是請求原諒的和好期；此三階段將在二人之間不斷循環。Walker 以「習得無助感理論 (learned helplessness theory)」¹¹⁶解釋受暴婦女在親密暴力關係中的心態¹¹⁷，根據 Martin Seligman 博士所做的實驗，被關在籠子裡的狗，經過多次電擊的疼痛後，最終對於電擊再也沒有反應及抗拒，成為被動地承受痛苦¹¹⁸。Walker 從該研究衍生說明受暴婦女在無法脫逃的暴力環境下，會產生極大無助感，最後變得消極或自暴自棄¹¹⁹。

Walker 的暴力循環理論和習得無助感理論有著深遠影響，也被廣泛應用於法庭抗辯。¹²⁰受暴婦女主張 BWS 理論來解釋她們對於現狀的無力改變，BWS 已然

¹¹⁰ Rachel Vanier, Parental Rights and The Best Interests of the Child: Implications of the Adoption and Safe Families Act of 1997 on Domestic Violence Victim's Rights, 8 Am. U.J. Gender Soc. Pol'y & L. 517, at 538 (2000).

¹¹¹ Christine A. Martin, Note, Murder by Child Abuse: Who's Responsibility After State v. Jackson? 24 Seattle Univ. L. Rev. 663, at 672 (2000).

¹¹² Nancy A. Tanck, Note, Commendable or Condemnable? Criminal Liability for Parents Who Fail to Protect Child from Abuse, 1987 Wis. L. Rev. 659, at 684 (1987).

¹¹³ Liang & MacFarlane, 詳見前揭註 20, 第 449 頁。

¹¹⁴ Lenore Walker, *The Battered Woman Syndrome* (1984).

¹¹⁵ 同前註, 第 95-104 頁。

¹¹⁶ Lenore Walker, *The Battered Woman*, at 49 (1979).

¹¹⁷ 莊凱琦, 伴侶關係中的安全與自主：以留在施暴者身邊的受暴婦女為主體的服務反思, 臺灣大學社會工作學研究所碩士論文, 2008 年, 頁 8-9。

¹¹⁸ Martin Seligman et al., Alleviation of Learned Helplessness in the Dog, 73 J. Abnormal Psychol. 256, at 260-61 (1968).

¹¹⁹ 莊凱琦, 同前揭註 117, 第 11 頁。

¹²⁰ 吳震環, 「未完成的故事」：婚姻暴力受暴婦女脫離虐待關係的歷程, 臺灣大學社會工作學研究所碩士論文, 2007 年, 13-15 頁。

成為受暴婦女抗辯未善盡保護之責的靠山¹²¹。然而，主張入罪的一方反駁 Walker 的理論，認為 BWS 的研究方法根本不符合基本的科學準則，用訪談方法驗證的假設經常會受到研究人員的引導而使研究結果缺乏效度¹²²。研究中也未能提出數據證明暴力循環理論的信度¹²³。另外，習得無助感理論也被批評為貶低女性的言論¹²⁴，根據該理論，受暴婦女最終必然走向習得無助感，且失去對自己以及周遭環境的控制權¹²⁵。這樣的理論缺乏證據基礎，更重要的是，該理論無法解釋在一些個案中，長期受暴的婦女為何最終殺害了施暴者¹²⁶。

五、脅迫抗辯 (Duress Defense)

「被脅迫 (under duress)」是指行為人在他人或環境脅迫下所實施的形似犯罪行為，在法律上滿足一定條件時可以使行為者免除罪責。被告必須證明對於眼下迫切傷害或死亡的恐懼，且無法及時依其他途徑解決。倘若只是「未來可能發生的傷害」或「無可言喻的恐懼」則不在合理抗辯的範圍之內。除了普通法之外，美國各州法院對於「被脅迫」的要件認定並無共識¹²⁷，因此在案例中經常出現認定的歧異¹²⁸。在 *United States v. Homick* 一案中，第九巡迴上訴法院基於受暴婦女症候群，認為受暴婦女的行為態樣與「被脅迫」行為具備相同的三項要素¹²⁹，因此認定可以歸類為被脅迫的態樣之一¹³⁰：

- (一) 基於死亡或嚴重傷害的急迫威脅
- (二) 持續有效的脅迫行為或環境
- (三) 缺乏逃離脅迫的機會

然而，以「被脅迫」作為抗辯時，法院往往採取一個客觀的「理性者 (reasonable person)」¹³¹標準來認定該脅迫是否成立。在 *United States v. Willis* 案例中，第五巡迴上訴法院認為，涉及 BWS 的情形有「不完全脅迫 (imperfect duress defense)」¹³²之可能，仍需另行斟酌當事人的心理及精神狀態¹³³，否則尚難適用脅迫抗辯。

¹²¹ David L. Faigman, *The Battered Woman Syndrome in the Age of Science*, 39 ARIZ. L. Rev. 67, at 77 (1997).

¹²² 同前註，第 73-74 頁。

¹²³ 同前註，第 78 頁。

¹²⁴ Regina A. Schuller & Neil Vidmar, *Battered Women Syndrome Evidence in the Courtroom: A Review of the Literature*, 16 Law & Hum. BEHAV. 273, at 280 (1992).

¹²⁵ Faigman, 同前揭註 121。

¹²⁶ 莊雲卿，*走過親密風暴：受暴婦女殺害施暴者之生命歷程研究*，暨南大學社會政策與社會工作學系碩士論文，2008 年，頁 6-15。

¹²⁷ Bailey, 444 U.S. at 410-11.

¹²⁸ Faigman, 同前揭註 121。

¹²⁹ 964 F.2d 899, at 905 (9th Cir. 1992).

¹³⁰ 同前註 5.7(c).

¹³¹ 同前註，第 433 頁。

¹³² Kelly Grace Monacella, *Supporting A Defense of Duress: The Admissibility of Battered Women Syndrome*, 70 *TEMPL. REV.* 699, at 738-39 (1997).

¹³³ 同前註，第 699 頁。

實務上，BWS 對於認定「是否有脅迫」至為關鍵，因為受暴婦女必須證明其真心相信危害發生的急迫性，以及缺乏逃離危害的機會。可惜的是，當有第三方(通常是子女)受到傷害，法院往往不採信 BWS 作為抗辯¹³⁴。例如 *State v. Mott*¹³⁵ 案中，專家證人指出被告可能為 BWS 受害者，以致無法期待其有理性作為，法院駁回該論點，認為 BWS 僅能證明受暴婦女欠缺主動傷害子女的意圖，唯仍不得作為抗辯其疏失的理由。

肆、反對處罰未盡保護義務之受暴婦女的論點

原則上，違反法律所定的義務者應受處罰，家長既然負有照顧兒童的責任，即不得規避該義務¹³⁶。但是當家長本身即為家暴的受害者，對於法庭上的法官及陪審團而言就形成了兩難的處境：一方面認為兒童受虐固然是施暴者的錯，但受暴母親也應該善盡保護子女的責任；另一方面，因為施暴者的行為卻要處罰一個受暴母親，指責其讓子女暴露在家暴中，要求她為施暴者的行為負責，實在有違國民的法感情。究竟制度要怎麼設計，才能既保護兒童，又不讓受暴母親遭到二次傷害？

一、受暴婦女面臨的困境

在有關消極家長被控以兒虐的案件中，受暴婦女症候群（BWS）是美國法庭上最常被提出的抗辯，理由包含兩點¹³⁷：第一，長期或嚴重的暴力將使得受暴母親喪失正常的行為能力及反應力；第二，根據習得無助感理論（learned helplessness theory），受害者傾向委曲求全、盡量避免衝突，而非試圖阻止或逃離。學者卻指出，BWS 理論有誇大一般家暴情形的傾向¹³⁸，而且即便個案符合 BWS 情形，也會推導出受暴婦女根本沒有能力照顧子女，甚至會造成子女受害的結論¹³⁹，對於法庭上的受暴婦女害處反而大於益處。

許多的社會案例都能證明，受暴婦女試圖逃離或阻止施虐者往往會引發更嚴重的暴力回應，使受暴婦女遭受毆打、連續騷擾，甚至因此失去生命¹⁴⁰。就算能順利逃離施暴者，經濟方面的壓力又接踵而至。以住宿為例，紐約市庇護機構平均每日接收 38.2 件個案，卻只能提供住宿給其中 10.6 件¹⁴¹。基本的生活費成為

¹³⁴ 例如：OHIO Rev. CODE ANN.2901.06(B) (West 1997).

¹³⁵ *State v. Mott*, 931 P.2d 1046, at 1051 (1997).

¹³⁶ Evan Stark, A Failure to Protect: Unravelling “The Battered Mother’s Dilemma”, 27 W. St. U. L. Rev. 29, at 38 (2000).

¹³⁷ Lenore Walker, Psychological Impact of the Criminalization of Domestic Violence on Victims, 10 *Victimology* 281, at 287 (1985).

¹³⁸ Stark, 同前揭註 136, 第 48 頁。

¹³⁹ *In re Farley*, 469 N.W.2d 295, at 298 (1995).

¹⁴⁰ N.Y. Comm’n on Dom. Violence Fatalities, Report to the Governor 14 (1997).

¹⁴¹ Victim Service Data, 1998.

受暴婦女帶子女另闢家園的障礙¹⁴²，若有實質幫助，受暴婦女及兒童將更有脫離暴力環境的動力¹⁴³。除了經濟因素之外，司法人員及兒童保護機構也經常低估BWS的影響，若非親身經歷，實難想像長期的脅迫和恐懼是如何在各個層面禁錮著受虐者。

也由於上述的種種困境，即使受暴婦女有心逃離施暴者，意圖保護自己及子女，也不一定就能成功。更何況最重要的因素：施暴者的行為，並不在受暴婦女的控制之內。然而受暴婦女並非全然消極被動，暫時仍留在施暴者身邊並非默許暴力，而是以自己的方式與邏輯試圖突破困境，好讓自己和子女能生存下來¹⁴⁴。

平心而論，法院應著眼於受暴婦女為了保護子女的種種努力，而非看到兒童受害的結果，而僅著眼於處罰其照顧者。

二、社會對母親角色的期待

受到傳統家庭性別分工的刻板印象影響，社會對於母親角色寄予厚望，即使在家庭暴力案件，兒童照顧責任經常落至婦女身上，形成以性別為基礎的裁判結果¹⁴⁵。在家暴案件中，女性多半比男性更渴望獲得孩子監護權¹⁴⁶，卻往往受到未善盡保護之責的嚴格審查¹⁴⁷。母職往往被無限上綱，社會及法律期待母親完全掌握孩子的大小事，克服一切經濟、情感及實際上阻礙¹⁴⁸，在家暴案件中挺身而出不計任何代價保護孩子¹⁴⁹。

法律文字是客觀的，法律解讀的過程卻不得不揉入主觀判斷，在文化的形塑下，法律的執行難謂完全公正。家庭暴力案件中，法官認為母親應該對孩子的一切無所不知¹⁵⁰，若有閃失則要對孩子所遭受的傷害負責¹⁵¹，即便不是施暴者或者自己也是受害者¹⁵²，相較之下父親卻可以置身事外，以 *People v. Berg* 案¹⁵³ 為例，受虐孩童的腳指甲和頭髮均有不正常脫落，法院選擇相信父親辯稱是孩子自己造成的，不再深入追究，矛盾的是類似案例若被告由父親換成母親，法院卻經常以

¹⁴² B.E. Aguirre, National Association of Social Workers, *Why Do They Return? Abused Wives in Shelter*, 350- 353 (1985).

¹⁴³ Cheribeth Tan et al., *The Role of Social Support in The Lives of Women Exiting Domestic Violence Shelters*, *J. Interpersonal Violence* 437, at 447-449 (1995).

¹⁴⁴ Susan Schechter, *Women and Male Violence*, at 223 (1982).

¹⁴⁵ Annette R. Appell, *Protecting Children or Punishing Mothers: Gender, Race, and Class in the Child Protection System*, 48 *S. C. L. Rev.* 577, at 585 (1997).

¹⁴⁶ 高鳳仙，試評子女最高利益原則在美國監護法上的適用得失，*臺大法學論叢* 13 卷 2 期，1984 年，頁 234-236。

¹⁴⁷ 同前註。

¹⁴⁸ Linda Panko, *Legal Backlash: The Expanding Liability of Women Who Fail to Protect Their Children from Their Male Partner's Abuse*, 6 *Hastings Women's L. J.* 67, at 92 (1995).

¹⁴⁹ *Elder v. State*, 993 *S.W.2d* 229, at 231 (Tex. App. 1999).

¹⁵⁰ *In re M.C.A.B.*, 427 *S.E.2d* 824, at 824-825 (Ga. Ct. App. 1993).

¹⁵¹ Marie Ashe, *The "Bad Mother" in Law and Literature: A Problem of Representation*, 43 *Hastings L. J.* 1017, at 1019 (1992).

¹⁵² *Melissa U. v. Broome County Dep't of Soc. Services*, 148 *A.D.2d* 862 (N.Y. Fam. Ct. 1989).

¹⁵³ *People v. Berg*, 525 *N.E.2d* 573, at 576 (Ill. Ct. App. 1988).

未善盡保護之責理論嚴格審視，認為母親有失責的情形。

在法律苛求母親「完美」的同時，也認定母親必須完全以子女為優先，自身的安全及自主權(autonomy)只能劣後，因為讓孩子受害是沒有藉口能開脫的罪過。在這樣帶有性別刻板印象的標準下，消極不作為母親比起消極不作為父親的罪責更重，消極不作為母親的責任甚至還可能比積極施虐的父親承受更嚴厲的社會責難。

三、法院干預造成受暴母親及兒童的二度傷害

根據兒童保護機構和大眾公共意識，處於家庭暴力環境對兒童的發展至為不利，因此美國法院多半傾向剝奪父母的親權，而將兒童交給社會福利機構或其他可以提供安全環境的第三人。從心理學角度來看，受虐兒童心理狀態已經不穩定，離開熟悉的環境對於心理安定未必有益，被遺棄的錯覺會使憤怒、悲傷、焦慮情緒增強¹⁵⁴，造成心理上的二度傷害。國家介入讓孩子與母親分離，對於孩子和受暴婦女而言通常弊大於利¹⁵⁵。

國家介入將兒童帶離母親身邊也造成了其他後果，例如降低家暴案件的通報率、影響調查工作、並且降低家暴案件的能見度¹⁵⁶。原因很簡單，在類似案件中，法院經常把責任歸咎於母親，認為受暴婦女不足以讓孩子遠離傷害，不配繼續照顧子女。因此，受暴婦女擔心尋求協助卻反而失去親權，在面對社工、醫療人員、警務人員或其他機構的關心時，不得不三緘其口，以免替自己和孩子帶來更多麻煩。

四、國家對於家庭暴力的防治責任

當國家法律對於家庭暴力視而不見，將對於施暴者及受暴者的行為產生深遠的影響。在 *DeShaney v. Winnebago County* 案例中，美國最高法院宣布，家庭內發生的暴力行為是施虐者和受虐者間的私人紛爭¹⁵⁷，並不涉及國家義務，然而1994年美國國會制訂「暴力侵犯婦女法 (Violence Against Women Act, VAWA)」，將家庭暴力的防治列入國家的責任範疇¹⁵⁸。根據該法案，婦女權益應該受到保障，免於性別刻板印象所附加的不合理責任負擔。VAWA 也規制出一套較為客觀的責任認定標準，並賦予做為侵權行為態樣的民事救濟途徑，VAWA 法案的通過代表家庭暴力從私人領域走進公共領域，受到國家的重視與關注。

¹⁵⁴ 沈瓊桃，兒童知覺的雙重家庭暴力經驗與其適應行為之相關研究，中華心理衛生學刊 18 卷 1 期，2005 年，頁 45。

¹⁵⁵ 沈瓊桃，婚暴併兒虐服務整合的挑戰與模式初探，社會政策與社會工作學刊 12 卷 1 期，2008 年，頁 59-60。

¹⁵⁶ 同前註，頁 55-59。

¹⁵⁷ *DeShaney v. Winnebago County*, 489 U.S. 189, at 190-95 (1989).

¹⁵⁸ Staff of Senate Comm. On the Judiciary, 103 D. Cong. Report on the Violence Against Women Act of 1993, at 32 (Comm. Print 1993). Hereinafter VAWA Senate Report.

雖然美國法上已將家庭暴力視為國家責任，這樣的概念仍有淪為政治標語之可能性，因為司法實務上仍將家庭暴力視為私人紛爭¹⁵⁹。法院採用各種照顧理論的高標準，放大檢視消極不作為家長未善盡保護之責¹⁶⁰，卻對於國家消極不防治家庭暴力束手無策¹⁶¹。國家法律若繼續忽視或默許暴力的存在，將造成社會普遍消極看待家庭暴力的風氣，並將導致施虐者變本加厲。

為了保護兒童遠離家庭暴力，不應一味指責受暴婦女的不作為¹⁶²，真正該承擔責任的是施虐者本身。除了施虐者外，國家也應負起防治家庭暴力的責任。從現行法律及法院判決來看，國家尚未給予受暴婦女足夠的支持、資源及保護¹⁶³，使得受暴婦女往往選擇暫時留在施暴者身邊，因為貿然行動反而危險¹⁶⁴。法律並非僅以懲罰為目的，更重要的是解決問題本身。處罰受暴婦女、將孩子帶離母親身邊，對於家庭暴力案件可謂不治標也不治本，反而讓母親與孩子雙雙遭受二次傷害¹⁶⁵，甚至可能增強施虐者加諸受暴婦女的壓力。

伍、如何同時保護兒童及受暴母親

從上述討論可知，只是處罰消極不作為父母並不能解決問題。本章節將提出其他方案，目的在於保護兒童遠離暴力，又能不對受暴母親造成無謂傷害。

一、調和兒童福利機構與受暴婦女庇護服務

目前防治家庭暴力的政策多聚焦在如何讓兒童遠離暴力源，而非培養受暴婦女足夠的能力來保護自己及兒童¹⁶⁶。綜觀美國家庭暴力防治政策的發展沿革，可以發現兒童福利與家庭暴力防治兩者之間一直存在著對抗性¹⁶⁷。兒童福利機關強調「子女最佳利益」，在處理家庭暴力案件時，以防止兒童持續暴露於潛在暴力環境，並提供安全保護服務為目的¹⁶⁸。處理的重點在於與直接加害者的隔離，以

¹⁵⁹ Elizabeth Schneider, *The Violence of Privacy, In the Public Nature of Private Violence: The Discovery of Domestic Abuse* 36, 44-45 (Martha A. Fineman & Roxanne Mykitiuk eds., 1994).

¹⁶⁰ Cal. Welf. & Inst. Code 300 (b) (West 1998), see also Colo. Rev. Stat. 18-6-401(1) (Supp. 1996).

¹⁶¹ Risa Gerson, *Failure to Protect: A Reference Manual for New York Attorneys Representing Battered Women*, 3 at 1-2 (1993).

¹⁶² *Nicholson v. Williams*, 203 F. Supp. 2d 153, at 200 (E.D.N.Y. 2002).

¹⁶³ 沈瓊桃(2008)，同前揭註 155，頁 53-54。

¹⁶⁴ 吳震環，同前揭註 120，頁 2-4。

¹⁶⁵ 沈瓊桃(2008)，同前揭註 155，頁 62-63。

¹⁶⁶ Lesley E. Daigle, *Empowering Women to Protect: Improving Intervention with Victims of Domestic Violence In Cases of Child Abuse and Neglect; A Study of Travis County, Texas*, 7 *Tex. J. Women & L.* 287, at 304 (1998).

¹⁶⁷ Loring Paul Jones et al., *The Characteristics of Domestic Violence in a Child Protection Service Caseload*, 83 *J. Contemp. Hum. Services* 405 (2002).

¹⁶⁸ Susan Schechter & Jeffrey L. Edleson, *In the Best Interests of Women and Children: A Call for Collaboration Between Child Welfare and Domestic Violence Constituencies* (1994), available at <http://www.mincava.umn.edu/papers/wingsp.htm>.

及其他間接加害人或可歸責人的懲處。從兒童福利觀點檢視之，經常導向母親失職的結論，透過未善盡保護之責理論來認定受暴母親的罪責。兒童福利機構認為一個家庭的保護不應僅著眼於成年人，未成年者的權益更需要他人主動關懷。另一方面，從家庭暴力防治衍生而出的受暴婦女保護組織，目的在於協助受暴婦女脫離暴力環境，例如提供庇護等，卻往往忽略受暴婦女同時肩負著母親的角色，機構所提供的服務以及資源經常未將孩子的需求考量在內¹⁶⁹。

同樣都是為了杜絕家庭暴力的損害而努力，卻由於著眼點的不同，造成兒童福利組織與受暴婦女組織之間不同調¹⁷⁰，兒童福利機構認為受暴婦女組織罔顧兒童權益，因此使用懲罰性手段處罰受暴婦女；受暴婦女組織認為兒童福利機構低估了家庭暴力的危險性¹⁷¹，貿然逃離將導致更嚴重的暴力。雙方互相指責與不信任，使得防治家庭暴力的有限資源無法被正確且有效的使用¹⁷²。

實則在處理家庭暴力的議題上，兒童福利機構和受暴婦女組織應該交換吸收對方的觀點，共同凝聚出全面性的解決方案，婦女團體應該加入母親的角度重視孩子的權益，同樣的，兒童福利機構更應該理解，母親的安全與孩子的安全息息相關¹⁷³，實質提供協助遠比一味苛責來的有實益。透過兩個組織消弭彼此間長期以來的不信任，合力提供受暴婦女經濟上或生活上的援助¹⁷⁴，才能讓所有受害者順利脫離魔掌。

對此，美國麻薩諸塞州樹立了一個良好的典範。1993年麻薩諸塞州的社服機構成立了一個家庭暴力事件的專責部門（Domestic Violence Unit），該部門成立的宗旨為兼顧受暴婦女權益與子女最佳利益。因此，提供的家庭暴力防治服務包含兒童照顧服務¹⁷⁵，並替受暴婦女及受虐兒童制定安全計畫。其中包含提供受暴婦女所需資源，以及協助社工處理虐待兒童或疏於照顧兒童的個案¹⁷⁶。為求更全面性的解決問題，DVU團隊包含跨領域的專家，如受暴婦女組織、兒福人員、警務人員、法院人員、醫療人員，與其他監督施虐者的單位或組織等，所有成員定期開會討論，替個案受害者規劃設計出最有效的安全計畫¹⁷⁷。

¹⁶⁹ 沈瓊桃(2008)，同前揭註 155，頁 62。

¹⁷⁰ 同前註，頁 63-64。

¹⁷¹ Nat'l Ass'n of Pub. Child Welfare Admin.'s., Guidelines for Public Welfare Agencies Serving Children & Families Experiencing Domestic Violence, at Part III (2000).

¹⁷² 沈瓊桃(2008)，同前揭註 155。

¹⁷³ Lauden Y. Aron & Krista K. Olsen, Efforts by Child Welfare Agencies to Address Domestic Violence: The Experiences of Five Communities at Executive Summary, at <http://www.urban.org/welfare/aron3.htm> at VII.

¹⁷⁴ 沈瓊桃(2008)，同前揭註 155，頁 60-61。

¹⁷⁵ Family Violence Department, National Council of Juvenile & Fam. Ct. Judges, Family Violence: Emerging Programs for Battered Mothers and Their Children 15 (1998).

¹⁷⁶ 潘國仁，婚姻暴力問題對目睹兒童受創之影響研究，犯罪學期刊 15 卷 1 期，2012 年，頁 112-114。

¹⁷⁷ 同前註。

二、採用理性受暴婦女標準 (reasonable battered women test)

另外一個代替方案為肯認積極抗辯權，受暴婦女的疏於防範或無作為雖然不可謂完全免責，若有免責情形的存在，仍不可輕易將受暴婦女定罪，惟積極抗辯的提出可能會增加司法人員的業務負擔，有些檢察官認為並不會單單因為母親未善盡保護之責就起訴，因此不需要特別強調積極抗辯權¹⁷⁸。

事實上，檢察官經常低估家庭暴力案件在事實面以及刑責認定過程的複雜性。因此愛荷華州、明尼蘇達州、奧克拉何馬州和德克薩斯州等，均肯認受暴婦女面對「未善盡保護之責」的起訴時，得以行使積極抗辯權¹⁷⁹。另外，紐約州眾議員 Roger Green 也發表一項提案，若專家進行研究分析後，可以證明消極家長的不作為係源自於合理預期 (reasonable expectation) 採取行動阻止施虐者，將替自己和孩子帶來嚴重的人身傷害，那麼應該賦予其抗辯權¹⁸⁰。

上述建議雖看似完善，問題卻在於如何定義及判斷已達「合理擔憂 (reasonable apprehension)」的程度。有些州主張客觀的判斷標準，即做為理性且謹慎的家長 (reasonable prudent parent)，在相同的情形下可能有的反應¹⁸¹。然而這類判別標準有著一項盲點，人的行為存有不可預測性，因此再精密複雜的環境模擬，也沒辦法提出一個適用於所有個案的客觀標準¹⁸²，更無法精準揣測施虐者與受暴者的心態或行為。更根本的原因是，美國法官多為中產階級白人男性，對於橫跨各階級與種族的受暴婦女難以感同身受，體察其內心的掙扎與痛苦。

比較適當的做法應該是以「理性受暴婦女標準 (reasonable battered women test)」¹⁸³取代「理性者標準」，分析當一般婦女受制於暴力和恐懼所建構的環境時，可能產生的心理狀態及行為表現，此種以受暴婦女為主體的判別標準有兩種功能：

(一) 較能反應真實情況。由於家庭暴力屬於性別暴力之一種，絕大部分是男性仗著體型、力量及經濟來控制女性。若以一般男性做為主體，則有樣本上的不精確，因為男性及女性生理上的差異會導致對相同程度的暴力作出不同的反應¹⁸⁴。

(二) 破除不正確的假設或偏見。許多案例中法院推論婦女應當要知悉自己孩子的一舉一動，同時不計代價保護他的安全¹⁸⁵，否則即有所疏失，應負刑責。例如在 State v. Williquette 案中，法院裁決認為母親未能阻止父親施虐於兒童，構

¹⁷⁸ See Karen D. McDonald, Michigan's Efforts to Hold Women Criminally Liable for Failure to Protect: Implications for Battered Women, 44 Wayne L. Rev. 289, at 302 (1998).

¹⁷⁹ 同前註。

¹⁸⁰ A. 11870, 208th Sess. (N.Y.1994).

¹⁸¹ G. Kristian Miccio, A Reasonable Battered Mother? Redefining, Reconstructing, and Recreating the Battered Mother in Child Protective Proceedings, 22 Harv. Women's L.J. 89, at 94 (1999).

¹⁸² 同前註，第 110 頁。

¹⁸³ 同前註，第 118-120 頁。

¹⁸⁴ Staff of Senate Comm. On The Judiciary, 101 ST CONG., Report on The Violence Against Women Act of 1993 (Comm. Print 1990).

¹⁸⁵ Miccio, 同前揭註 181。

成犯罪的幫助犯及教唆犯¹⁸⁶，母親並沒有實際虐待的行為，但國家卻以違反母職(mothering)做為處罰的理由¹⁸⁷。「理性受暴婦女標準」研究一般的母親在家庭暴力環境下所展現的行為，相較法院認為母職必須無私無我，是理所當然的社會規範，此項標準更能公平客觀的呈現出受暴婦女所面臨的困境。

「理性受暴婦女標準」的主體係排除了未曾經歷家暴的男性，而專以經歷過暴力的婦女為主，較為符合一般家庭暴力事件的態樣。除了奠基於更有說服力的統計數據，本項標準將使法院能關注家暴發生的脈絡，破除性別刻板印象¹⁸⁸。社會文化上的平等經常建立在個體差異上，例如不同的性別角色背負著不同的社會期待。但是在法律上，不應讓傳統文化造成判決上的不公正。若國家忽視受暴婦女日日面臨的真實處境，「母職」將受到去脈絡化；而用以判定母親對於照顧責任有所疏失，形同將母職轉換為對受暴婦女的不利因素。此種基於性別刻板印象的作法應予以破除，始符合平等原則。而「理性受暴婦女標準」比起一般的理性者標準，更可能對受暴婦女產生充權(empowering)的效果，進而對兒童提供更完整的保護。

家庭暴力案件的處置從來都不只是個單純法律議題，更是社會、性別、文化的議題。為了妥善處理家暴問題，司法人員必須接受家庭暴力動態關係的教育訓練¹⁸⁹，幫助法官設身處地了解受暴婦女的難處，也才能夠排除各種性別刻板印象對於其判決的負面影響。

陸、結論與建議

在台灣，目睹家庭暴力對兒童的影響剛開始被重視，眾人致力於保護兒童不暴露於家庭暴力的環境中，台灣社會可能面臨與美國同樣的難題，即是否將消極不作為的受暴婦女以「未善盡保護之責」為由施加刑事責任。然而，在評估受暴婦女的精神狀態與責任能力時，並沒有一個絕對客觀的標準可供參考。受暴婦女是否未盡保護之責，必須考量長期受虐之客觀情況、以及該婦女主觀上對於現實環境的判斷。因此，直接施暴者仍應負擔主要責任。而對於消極不作為或曠日廢時的司法、警務、社政、醫療、社福體系，國家應以政策及法律要求其負起積極防治家暴的責任¹⁹⁰。

一個兒童遭受家暴的傷害，若僅強調處罰消極不作為的父母，既無法提供一個公平的解決方案，亦無法改善受暴婦女或兒童的現況。依據本文的討論，最佳的做法仍為結合兒童保護服務和受暴婦女組織，合力進行政策宣導，創造良性互

¹⁸⁶ State v. Williquette, 385 N.W.2d 145, at 147 (Wis. 1986).

¹⁸⁷ 同前註。

¹⁸⁸ Miccio, 同前揭註 181。

¹⁸⁹ Report of the Oregon Supreme Court Task Force on Racial/Ethnic Issues in the Judicial System, reprinted in 73 Or. L. Rev. 823, at 898 (1994)

¹⁹⁰ 沈瓊桃(2008)，同前揭註 155，頁 80-85。

動¹⁹¹。一方面向婦女團體宣導兒童保護的知識，鼓勵其結合兒保和婦女運動；另一方面，兒童保護機構的工作者也必須接受有關婚姻暴力防治的培訓¹⁹²，不能以為兒童保護工作只服務兒童，而不顧兒童與父母的聯結。只有通過社會團體的分工合作，才得以適當且有效地運用有限的資源¹⁹³。

最後，國家更應擔負起積極支援受暴婦女與兒童的責任，除了以政策及立法的方式，公平對待家庭暴力事件受害者之外，也應該透過對司法人員的教育訓練，協助司法人員更加了解家庭暴力的動態關係¹⁹⁴，破除性別刻板印象，進而正面迎擊家庭暴力¹⁹⁵。

¹⁹¹ 沈瓊桃(2008)，同前揭註 155，頁 60-61。

¹⁹² 沈瓊桃(2008)，同前揭註 155，頁 56-58。

¹⁹³ 同前註。

¹⁹⁴ 賴月蜜，香港、台灣家事調解制度比較研究—以家庭暴力事件為中心，人文及社會科學集刊 21 卷 2 期，2009 年，第 280 頁。

¹⁹⁵ 同前註，頁 280-281。

參考文獻

一、中文

(一)期刊

- 王曉丹、林三元，法律移植與法律適應—婚姻受暴婦女聲請民事通常保護令裁定之分析，思與言：人文與社會科學雜誌 47 卷 4 期，2009 年，頁 85-133。
- 沈瓊桃，兒童知覺的雙重家庭暴力經驗與其適應行為之相關研究，中華心理衛生學刊 18 卷 1 期，2005 年，頁 25-64。
- 沈瓊桃，婚暴併兒虐服務整合的挑戰與模式初探，社會政策與社會工作學刊 12 卷 1 期，2008 年，頁 51-90。
- 沈瓊桃，婚暴併兒虐發生率之初探—以南投縣為例，中華心理衛生學刊 19 卷 4 期，2006 年，頁 331-363。
- 林英欽、古稚偉、王慈峰、林正清、謝瀛華，目睹家庭暴力兒童的健康問題，臺灣醫學 10 卷 6 期，2006 年，頁 764-767。
- 姜琴音，目睹父母婚姻暴力之成年子女心理經驗初探，應用心理研究 32 期，2006 年，頁 165-181。
- 高鳳仙，試評子女最高利益原則在美國監護法上的適用得失，臺大法學論叢 13 卷 2 期，1984 年，頁 231-250。
- 童伊迪、沈瓊桃，婚姻暴力目睹兒童之因應探討，臺大社會工作學刊 11 期，2005 年，頁 129-165。
- 潘國仁，婚姻暴力問題對目睹兒童受創之影響研究，犯罪學期刊 15 卷 1 期，2012 年，頁 89-121。
- 蔡宗晃、朱秀琴，兒童心理虐待與疏忽，當代醫學 361 期，2003 年，頁 938-945。
- 賴月蜜，香港、台灣家事調解制度比較研究—以家庭暴力事件為中心，人文及社會科學集刊 21 卷 2 期，2009 年，頁 247-289。
- 蘇益志，家庭暴力對目睹兒童身心發展影響之探討，諮商與輔導 236 期，2005 年，頁 60-62。

(二)碩士論文

- 江琪彬，童年期目睹婚姻暴力之女性三代間母女依附關係之研究，淡江大學教育心理與諮商研究所碩士論文，2007 年，頁 19-20。
- 吳震環，「未完成的故事」：婚姻暴力受暴婦女脫離虐待關係的歷程，臺灣大學社會工作學研究所碩士論文，2007 年。
- 莊凱琦，伴侶關係中的安全與自主：以留在施暴者身邊的受暴婦女為主體的服務反思，臺灣大學社會工作學研究所碩士論文，2008 年。
- 莊雲卿，走過親密風暴：受暴婦女殺害施暴者之生命歷程研究，暨南大學社會政策與社會工作學系碩士論文，2008 年。

二、英文

(一)著作

- Annette R. Appell, *Protecting Children or Punishing Mothers: Gender, Race, and Class in the Child Protection System*, 48 S. C. L. Rev. 577 (1997).
- B.E. Aguirre, *National Association of Social Workers, Why Do They Return? Abused Wives in Shelter*, 350- 353 (1985).
- B.M. Groves et al., *Silent Victims: Children Who Witness Violence* (1993).
- Bryan A. Liang & Wendy L. Macfarlane, *Murder by Omission: Child Abuse and the Passive Parent*, 36 Harv. J. on Legis. 397-450 (1999).
- Christine A. Martin, Note, *Murder by Child Abuse: Who's Responsibility After State v. Jackson* 24 Seattle Univ. 1. Rev. 663-672 (2000).
- David L. Faigman, *The Battered Woman Syndrome in the Age of Science*, 39 ARIZ. L. Rev. 67 (1997).
- Dorothy E. Roberts, *Motherhood and Crime*, 79 Iowa L. Rev. 95(1993)
- Elizabeth Schneider, *The Violence of Privacy, In the Public Nature of Private Violence: The Discovery of Domestic Abuse* 36 (1994).
- Evan Stark, *A Failure to Protect: Unravelling "The Battered Mother's Dilemma"*, 27 W. St. U. L. Rev. 29 (2000).
- Family Violence Department, *National Council of Juvenile & Fam. Ct. Judges, Family Violence: Emerging Programs for Battered Mothers and Their Children* 15 (1998).
- G. Kristian Miccio, *A Reasonable Battered Mother? Redefining, Reconstructing, and Recreating the Battered Mother in Child Protective Proceedings*, 22 Harv. Women's L.J. 89 (1999).
- Jane C. Murphy, Article, *Legal Images of Motherhood: Conflicting Definitions for Welfare "Reform"*, *Family and Criminal Law*, 83 Cornell L. Rev. 686-720 (1998).
- Janis Wolak & David Finkelhor, *Children Exposed to Partner Violence*, in *Partner Violence: A Comprehensive Review of 20 Years of Research* (Jana L. Jasinski & Linda M. Williams eds., 1998)
- Keldon K. Scott, *Negligence Actions by Abused Children Against Parents and Caretakers*, 75 Mich.B.J. 654 (1996).
- Kelly Grace Monacella, *Supporting A Defense of Duress: The Admissibility of Battered Women Syndrome*, 70 TEMPL.REV. 699 (1997).
- Lenore Walker, *Psychological Impact of the Criminalization of Domestic Violence on Victims*, 10 Victimology 281 (1985).
- Lenore Walker, *The Battered Woman* (1979).

- Lenore Walker, *The Battered Woman Syndrome* (1984).
- Lesley E. Daigle, *Empowering Women to Protect: Improving Intervention with Victims of Domestic Violence In Cases of Child Abuse and Neglect; A Study of Travis County, Texas*, 7 *Tex. J. Women & L.* 287 (1998).
- Linda Panko, *Legal Backlash: The Expanding Liability of Women Who Fail to Protect Their Children from Their Male Partner's Abuse*, 6 *Hasting Women's L. J.* 67 (1995).
- Loring Paul Jones et al., *The Characteristics of Domestic Violence in a Child Protection Service Caseload*, 83 *J. Contemp. Hum. Services* 405 (2002).
- Marie Ashe, *The "Bad Mother" in Law and Literature: A Problem of Representation*, 43 *Hastings L. J.* 1017 (1992).
- Martin Seligman et al., *Alleviation of Learned Helplessness in the Dog*, 73 *J. Abnormal Psychol.* 256 (1968).
- Michelle S. Jacobs, *Requiring Battered Women Die: Murder Liability For Mothers Under Failure to Protect Statutes*, 88 *J. Crim. L. & Criminology* 579-609 (1998).
- Michelle S. Jacobs, *Requiring Battered Women Die: Murder Liability for Mothers Under State v. Miranda*, 715 *A.2d* 680 (Conn. 1998).
- Nancy A. Tanck, Note, *Commendable or Condemnable? Criminal Liability for Parents Who Fail to Protect Child from Abuse*, 1987 *Wis. L. Rev.* 659-684 (1987).
- Nat'l Ass'n of Pub. Child Welfare Admin.'s., *Guidelines for Public Welfare Agencies Serving Children & Families Experiencing Domestic Violence*, at Part III (2000).
- Rachel Vanier, *Parental Rights and The Best Interests of the Child: Implications of the Adoption and Safe Families Act of 1997 on Domestic Violence Victim's Rights*, 8 *Am. U.J. Gender Soc. Pol'y & L.* 517-538 (2000).
- Regina A. Schuller & Neil Vidmar, *Battered Women Syndrome Evidence in the Courtroom: A Review of the Literature*, 16 *Law & Hum. BEHAV.* 273 (1992).
- Report of the Oregon Supreme Court Task Force on Racial/Ethnic Issues in the Judicial System, reprinted in 73 *Or. L. Rev.* 823 (1994)
- Risa Gerson, *Failure to Protect: A Reference Manual for New York Attorneys Representing Battered Women*, 1-3 (1993).
- Rob Ramsey, *The Duty to Protect* (1991).
- See Karen D. McDonald, *Michigan's Efforts to Hold Women Criminally Liable for Failure to Protect: Implications for Battered Women*, 44 *Wayne L. Rev.* 289 (1998).
- Staff of Senate Comm. On The Judiciary, 101 ST CONG., *Report on The Violence Against Women Act of 1993* (Comm. Print 1990).

Staff of Senate Comm. On the Judiciary, 103 D. Cong. Report on the Violence Against Women Act of 1993(Comm. Print 1993). Hereinafter VAWA Senate Report.

Susan Schechter, Women and Male Violence (1982).

the "Failure to Protect" Working Group, Charging Battered Mothers with Failure to Protect: Still Blaming the Victim, Fordham Urban Law Journal, Vol.27, Issue 3, 849-873 (1999).

US Department of Health and Human Services, A Nation's Shame: Fatal Child Abuse and Neglect in The United States(1995).

V. Pualani Enos, Prosecuting Battered Mothers: State Law's Failure to Protect Battered Women and Abused Children, 19 Harv. Women's L. J. 229-235 (1996).

(二)案例

Carey v. Meijer, Inc., 408 N.W.2d 478 (Mich. Ct. App. 1987).

DeShaney v. Winnebago County, 489 U.S. 189, at 190-95 (1989).

Elder v. State, 993 S.W.2d 229, at 231 (Tex. App. 1999).

Hawkins v. State, 910 S.W.2d 176, 178 (Tex. App. 1995).

Holley v. Adams, 544 S.E.2d 367, 372 (Tex. 1976).

Lane v. Commonwealth, 956 S.W.2d 874 (Ky. 1997).

Melissa U. v. Broome County Dep't of Soc. Services, 148 A.D.2d 862 (N.Y. Fam. Ct. 1989).

Nicholson v. Williams, 203 F. Supp. 2d 153, at 200 (E.D.N.Y. 2002).

Palmer v. State, 164 A. 2d 467-467 (Md.1960).

People v. Berg, 525 N.E.2d 573, at 576 (Ill. Ct. App. 1988).

People v. Peters, 586 N.E.2d 469, at 476 (Ill. App. Ct. 1991).

Phillips v. Deihm, 541 N.W.2d 566 (Mich. Ct. App. 1995).

Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

State v. Mott, 931 P.2d 1046, at 1051 (1997).

State v. Williquette, 385 N.W.2d 145, at 147 (Wis. 1986).

State v. Zobel, 81 S.D. 260 (S.D. 1965)

Turner v. District of Columbia, 532 A.2d 662, at 673 (D.C. 1987).

Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).

(三)法律

Iowa Code Ann. 726.6.1(e) (West 1985)

Minn. Stat. Ann. 609.378 (West Supp. 1998).

Tex. Penal Code Ann. 22.04(k)(2)(West 1994).

Okla. Stat. Ann. Tit. 21, 852.1.A.(West 1990)

Tex. Fam. Code Ann. 261.101 (West 1996)

Cal. Welf. & Inst. Code 300 (b) (West 1998)

(四)網路資訊

Susan Schechter & Jeffrey L. Edleson, In the Best Interests of Women and Children: A Call for Collaboration Between Child Welfare and Domestic Violence Constituencies (1994), available at <http://www.mincava.umn.edu/papers/wingsp.htm>.

Lauden Y. Aron & Krista K. Olsen, Efforts by Child Welfare Agencies to Address Domestic Violence: The Experiences of Five Communities at Executive Summary, at <http://www.urban.org/welfare/aron3.htm> at VII.

(五)報章雜誌

Children Go To Foster Care Needlessly, Suit Charges, N.Y. Times, Jan. 30, 1999, at B3.

少年事件報導中有關個人資料之保護

—以日本少年法第 61 條引發之爭議為借鏡

東海大學法律學系專任副教授 范姜真嫩

目 次

引言

壹、日本少年法第 61 條立法之背景與爭議

一、立法背景

二、實務上之事例發展及傳播媒體之對應

貳、日本法院之判決案例

一、堺市街道隨機殺人事件

二、長良川凌虐殺人事件

三、小結

參、學者之見解與批評

一、少年法第 61 條之性質

二、與表現自由衝突之調整—違法性判斷之方法

三、推知報導之判斷基準

肆、我國現況之檢討

一、現狀與分析

二、檢討

伍、結語

摘 要

隨著個人資料保護法之施行，社會大眾對個人資料保護之意識高漲；新聞媒體對新聞事件之「報導自由」與個人對「自己資料之自主權」如何取得衡平？為個人資料保護法施行後必須面臨之挑戰；尤其是有關少年事件之報導，因被報導主體少年為思慮未成熟、又富有可塑性之未成年人，須保護其將來回歸社會重新生活之機會與空間，則有關其犯罪事件之報導時，應如何規範？實有深入探討之必要。我國少年事件處理法第 83 條及兒童及少年福利與權益保障法第 69 條均定有限制傳播媒體公開揭示規定，而日本少年法第 61 條亦有限制之規定，但該規定之性質與適用範圍長久以來在學界、實務界引起許多爭論；包含限制少年事件報導之合憲性問題、該條之性質、成長發達權憲法上之依據、違法性判斷之方法

以及推知報導之判斷基準等為深入之討論，值得我國於解決或運用前述少年事件處理法等相關條文時參考。

關鍵字：個人資料保護、少年事件、推知報導、成長發達權、少年事件處理法、兒童及少年福利與權益保障法

引 言

傳播媒體、報章雜誌在新聞事件之報導上，必須迅速且正確傳達資訊，以獲得閱聽者之信賴。因此被要求符合 5W1H 之條件，亦即其傳達內容基本上應由 When（何時）Where（何地）Who（何人）What（何事）Why（發生原因）How（如何發生）所組成¹，其中 Who（何人）屬得識別特定個人之個人資料，同時亦為新聞事件報導建立其可信度之要素。隨著個人資料保護法之施行，社會大眾對個人資料保護之意識高漲；故新聞事件報導與個人資料之保護產生極大衝突，新聞媒體對新聞事件之「報導自由」與個人對「自己資料之自主權²」如何取得平衡？為個人資料保護法施行後必須面臨之挑戰；尤其是有關少年事件之報導，因被報導主體少年為思慮未成熟、又富有可塑性之未成年人，須保護其將來回歸社會重新生活之機會與空間，則有關其犯罪事件之報導時，應如何規範？實有深入探討之必要。

我國少年事件處理法第 83 條及兒童及少年福利與權益保障法第 69 條均定有限制傳播媒體公開揭示有關少年刑事案件、保護事件之兒童及少年姓名及其他足以識別身分之資料；如此規定是否夠明確？適用範圍有無涵攝過大或過小之問題？甚至有無違反憲法第 23 條之比例原則？均有深入探討之必要。

查，日本少年法第 61 條亦對傳播媒體報導少年事件時，有關個人資料公開，置有限制之規定，因該規定之性質與適用範圍不明確之故，長久以來在學界、實務界引起許多爭論；包含限制少年事件報導之合憲性問題、該條之性質、成長發達權憲法上之依據、違法性判斷之方法以及推知報導之判斷基準等，從而累積有相當論文為深入之討論，頗有值得我國於解釋或運用前述少年事件處理法等相關條文時參考之處。

¹ 內藤正明，實名報道と匿名報道の社会的役割—「国民の知る権利」と「少年法 61 条・推知報道の禁止」，2009 年，頁 102-103。

² 參見大法官會議解釋 603 號

壹、日本少年法第 61 條立法之背景與爭議

一、立法背景

原日本二次大戰前之 1922 年，已於舊少年法³第 74 條明定禁止新聞報紙等出版物為少年事件之報導，且對違反者處以刑罰。二次大戰後，因制定新憲法而隨同修正少年法，在考量日本國憲法第 21 條第 1 項保障表現（言論、出版）自由下⁴，於新修正之第 61 條將原第 74 條所定罰則刪除，修訂為現行之規定：「家庭法院審判之少年，或因少年時所犯之罪而被提起公訴者，新聞報紙或其他出版物不得掲載藉由其姓名、年齡、職業、住居、容貌等，而得推知該當事件本人之記事或照片。」；期望新聞媒體基於職業倫理，自律性遵守此報導規範⁵。然上開規定卻因性質、定位不明，適用範圍極不確定，有規制過與不及之問題，且違反後之法律效果為空白，因此留下日後爭議之種子⁶。

二、實務上之事例發展及傳播媒體之對應

（一）1950 年代至 1980 年前半⁷

日本少年法第 61 條修正後，新聞媒體報導少年事件時，對第 61 條規範卻未必遵守；於 1950 年「19 歲少年現金 190 萬元搶奪事件」，各大報紙報導均掲載少年之姓名及照片，對此最高法院事務總長對日本新聞協會發出警告，其後各大報社均採謹慎之態度較少有違法報導。

後至 1958 年「小松川女子高中生殺人事件」，全國又有一半報紙為犯罪少年實名報導；以此事件為契機，法務省人權保護局出面召集新聞協會、最高法院家庭局、法務省刑事局等協商第 61 條之對策；而新聞協會則於同年 12 月 16 日訂立「新聞協會少年法第 61 條之處理方針」，其內容如下：「立於尊重第 61 條之立法

³ 大正 11 年法律 42 号。

⁴ 最高裁判所事務局編，改訂少年執務資料集(2) の下，1984 年，頁 284。団藤重光，森田宗一，新版少年法(第 2 版)，有斐閣，1984 年，頁 435。

⁵ 丸山雅夫，「少年法 61 条の意義」，社会と倫理，20 号，頁 64，2006 年。酒井安行，少年事件報道，刑事政策学の体系—前野育三先生古稀祝賀論文集，法律文化社，2008 年，頁 188。坂田仰，少年の実名報道と少年法 61 条：堺通り魔殺人事件訴訟，別冊ジュリ，No.179，頁 102。丸山敦裕，少年の実名報道，鈴木秀美、山田健太 編，よくわかるメディア法，ミネルヴァ書房，2011 年，頁 98。松井茂記，少年事件と報道の自由，民商法雑誌，120 卷 2 号，1999 年，頁 194。

⁶ 松井茂記，前掲，頁 194。淵野貴生，少年事件における本人特定報道禁止の意義，法政研究 5 卷 3.4 号，2001 年，頁 318。

⁷ 各種傳播媒體有關少年事件報導之發展歷史參閱，松井茂記，少年事件の実名報道は許されないのか—少年法と表現の自由，日本評論社，2000 年，頁 32-39。細谷彩，少年事件と犯罪報道について，変わらぬなら変えてしまおう刑事司法，2000 年度 立教大学法学部 荒木・中島 2 年ゼミナール 研究論文集，頁 20。丸山雅夫，前掲註 5，頁 66-69。

宗旨，原則上未滿 20 歲犯罪少年之姓名、照片等，不應揭載；例外於①逃走中明白被預見將再犯放火、殺人等兇惡犯罪者；②為協助通緝中犯人之搜查等，相較於少年之保護，社會利益被要求優先保護之特殊情形，始得揭載；此方針受到新媒體之尊重，確立為報導慣例，而至今尚在適用⁸。事實上日本各大報社及電視台，又以此方針為本，各自訂出少年事件報導基準⁹；但各媒體處理態度仍未一致，時有違反方針揭載少年之姓名或就讀學校名、住家照片，或公開少年之家族或其名人父母之事例¹⁰。此段時間發生之事例多為新聞報紙報導，對其違反第 61 條，論者及社會大眾多以其為報導自由、國民知的權利、抑制犯罪、協助搜查為重點，而未多作追究¹¹。

（二）1985 年至 2000 年—論爭之開始

進入 1985 年後，因日本八卦雜誌蓬勃發展¹²，基於商業市場考量，對少年事件報導¹³，竭盡所能作煽情聳動之描述，自少年出生背景、交友關係到犯罪歷程鉅細靡遺報導，引起有識者之批判與檢討¹⁴。且一向沉默之被報導少年開始以媒體對事件報導為違反少年法第 61 條，致其名譽毀損、隱私權受侵害為理由起訴請求損害賠償。此時學界開始對 1、第 61 條立法理由、性質為何？2、如果違反時，該當少年所被侵害之權利為何？3、應如何給予法律上之救濟？三個面向加以研究，並提出各自不同之主張，形成喧騰一時眾所矚目之議題。

後於 2000 年修正少年法時¹⁵，原有修法之機會，然因爭議太大學界未有共識、最高法院未作出判決表明見解，故第 61 條並未修法。然國會於通過修正案之同時作成下述附帶決議：「對於為社會關心所集中之惡質重大少年事件等，於考慮少年隱私保護之重要性下，應努力於究明犯罪原因，研究有助於防止相同犯罪方法政策及少年法第 61 條之對應方式。」；國會雖已意識到第 61 條存在之問題，但卻未予修法以解決。

⁸ 請參閱日本新聞協會網址 <http://www.pressnet.or.jp/>

⁹ 日本之三大報社為：朝日、讀賣、每日，另有共同通信社，而電視台有國營之 NHK，民營有富士、朝日、TBS 等，有關其報導少年事件均自訂之報導基準，其詳細之內容請參見，田島泰彥、新倉修 編，少年事件報道と法：表現の自由と少年の人権，日本評論社，1999 年，頁 17-24。

¹⁰ 參見丸山，前揭註 5，頁 67。有各事件之說明。

¹¹ 森田宗一，少年問題と少年法，有斐閣，1961 年，頁 136。司法研修所編，少年法概説，（三訂），法曹會，1969 年，頁 169。

¹² 例如フォーカス週刊、週刊文春、週刊新潮、文藝春秋等。

¹³ 例如 1989 年綾瀨高中女生殺害事件、1992 年市川一家殺害事件、1994 年長良川凌虐殺人事件、1997 年神戶兒童連續殺人事件、1998 年堺市街道隨機殺人事件、1999 年山口県光市母子殺害事件。

¹⁴ 山田健太，「少年の保護」と表現の自由，ジュリスト，1136 号，1998 年，頁 51 以下。奥平康弘、鈴木みどり、浜田純一、平川宗信，犯罪報道とプライバシー・名譽・その他の人格的利益をめぐる（座談会），ジュリスト，1136 号，1998 年，頁 13 以下，浜田之發言。

¹⁵ 平成十二年法律第一四二号。

(三) 2000 年後

於 2000 年前後下級審法院關於媒體報導違反第 61 條之損害賠償事件陸續作出判決，但見解歧異，最高法院之最終見解即為眾所期盼；但 2003 年最高法院卻未對核心問題表示看法，將原判決撤銷發回更審。在最高法院未表明態度之狀況下，之後未再有重大少年事件發生，而新聞媒體大都尚能遵守新聞協會指針，少年法第 61 條之論爭隨之沉寂。

至 2006 年「山口高專女生殺害事件」，某八卦周刊以嫌疑犯之少年有再犯虞慮為理由，揭載其真實姓名。結果出刊當天下午，該少年嫌疑犯自殺；隨後日本二家電視台及大報讀賣新聞亦於報導中揭載少年實名，其理由為：1、少年法之目的為少年之更生、保護，已死之少年已無此可能及必要。2、本事件為非常大且殘暴之兇案。

另外，「長良川凌虐殺人事件」於 2011 年、「光市母子殺害事件」於 2012 年，分別由最高法院宣告少年犯死刑確定，各大報社及電視台，亦以「為社會所關心之重大兇惡事件」，且「已死刑確定之原少年（判刑確定時已成年），回歸社會更生之可能性事實上不存在」，「被國家剝奪人命之對象為何人？為社會關心之重大事。」為理由，將受死刑宣告之少年以實名揭載¹⁶。

另外 2004 年、2005 年及 2009 年均發生少年時曾犯罪經少年法院輔導完成，而成年後再犯罪者，新聞媒體報導將其少年犯罪之前科連同實名一併揭載；其理由為：「依少年法匿名報導所保護少年更生之意義已然喪失」；或是「極為惡質之案例，顯示少年矯正計畫顯有不備之問題，有必要檢證嫌疑犯成長經歷及環境。」¹⁷。

綜上，2000 年後日本各大媒體報導少年犯罪之基準，可整理如下：

- (1) 姓名：原則上加害人之少年匿名，在犯罪發覺時已成年者亦同。但，具有歷史意義上重大事件（例如：恐怖攻擊事件）、重大凶殘殺人放火事件且逃逸中明顯有再犯之虞者，則多數以實名報導。
- (2) 少年之屬性資料：除加害少年之姓名外，其年齡、職業、住居、容貌等，得推知本人之記載及照片，原則上亦不揭載。但如為校園暴力等校園為其發生地，學校對事件發生有高度責任時，得例外載明。而少年住所則以區名、市名或村名大區域方式表示。
- (3) 父母親為政治人物、影視明星等公眾人物時，少年本人予以匿名，而其父母親如其教養方式有特別影響力，對社會衝擊程度高時，得公開其姓名。

¹⁶ 本庄武，成長發達權の内実と少年法 61 条における推知報道規制の射程，一橋法学，10 卷 3 号，2011 年，頁 131。小黑純，少年事件報道に関する研究—「実名」にすべきか，「匿名」にすべきか，龍谷大学，国際社会文化研究所紀要，第 11 号，2009 年，頁 285 以下。

¹⁷ 參看朝日新聞，2005 年 12 月 25 日，朝刊；読売新聞，2005 年 12 月 27 日，朝刊。小黑純，前掲，頁 286-288。山田隆司，死刑確定と元少年の実名，法学セミナー，680 号，2011 年 8 月，頁 76。

(4)少年犯罪被宣判死刑確定時，原匿名報導轉換為實名。

以上為日本各媒體一直維持至今最遵循之少年事件報導規範。

貳、日本法院之判決案例

如前所述，日本有關少年犯罪事件報導，針對少年法第 61 條具代表性爭訟，主要有兩件事件，6 個判決，分別是堺市街道隨機殺人事件之大阪地院判決、大阪高院判決，以及長良川凌虐殺人事件之名古屋地院判決、名古屋高院判決和最高法院判決，及之後發回更審之名古屋高等法院判決。本文整理、分述其判決理由等如下：

一、堺市街道隨機殺人事件

本件事實為 1998 年 1 月吸膠少年在幻覺狀態下，持刀連續殺害路上通過高中女子等三人。同年 3 月，被告雜誌將少年犯之姓名、年齡、職業、住居、容貌等予以刊載，而該少年以被告雜誌社侵害其隱私權、姓名肖像權、名譽權等人格權及依少年法第 61 條保護不被實名報導之權利，起訴請求損害賠償。

(一) 大阪地院判決¹⁸

大阪地院判決表示：1、實名報導為違反少年法第 61 條規定，以得知特定本人之方法，在報紙或其他出版物上公開掲載一般人不欲被公開且為其他人所未知之事項或照片等，雖無法解為毫無例外立即對被掲載人構成侵權行為，然本件少年仍與成人不同，如此之報導方式如無法舉證證明有更優越於保護少年或少年更生利益之特別公益存在，並得認定其公開報導之手段、方法自基於保護公益目的係出於不得已時，其公開掲載姓名之報導構成侵權行為；2、本件原告於犯罪後即以現行犯被逮捕，並無防止再犯為防衛社會而公開其姓名及照片之必要性；即使本事件其態樣、惡質性、程度重大性及為社會所關心者，然因仍未能認定有超越犯罪事實報導不被公開實名及照片所保護少年權利之特別必要性。故本件被告所為少年實名及照片之掲載，違反少年法第 61 條，構成侵權行為，應負損害賠償責任。

(二) 大阪高院判決¹⁹

高院將上開原判決撤銷，認為：1、在表現自由與隱私權等侵害之調整上，表現行為為社會正當之關心事，且其表現內容、方法非為不當者，該當表現行為即欠缺違法性。2、隱私權之侵害，特別是對於不欲為人所知之私生活上事實或資訊之公開，因以實名報導乃新聞報導之前提，原有別於其它人格權或隱私權之

¹⁸ 大阪地方裁判所，平成 11 年 6 月 9 日判決，判例時報（下稱 判時），1679 号，頁 55。

¹⁹ 大阪高等裁判所，平成 12 年 2 月 29 日判決，判時，1710 号，頁 121。

侵害，不被任意公開實名之人格利益要被承認為值得法律所保護之利益者，應限於作為報導對象之該當個人，在社會生活上有應被特別保護之事情者，若非如此，實名報導即為被容許未具有違法性之行為。3、少年法第 61 條係以謀求少年健全育成之公益目的為立法宗旨，及確定少年容易回歸社會之特別預防之實效性，基於刑事政策上考量所定者。同條不得解為對少年時犯罪之特定少年個人，賦予不被實名報導之權利。即使有將其解為賦予少年個人不被實名報導權利之餘地，然自少年法對違反者未置有任何罰則規定，與表現自由保護之重要性，同條不得解為當然優越於表現自由。4、表現自由與隱私權等侵害間之調整，於尊重少年法第 61 條立法本旨下，如表現行為係社會正當關心之事，且其表現內容、方法非為不當者，則該當表現行為欠缺違法性，應不構成侵權行為。基於上述理由，本件事實為惡質重大事件，社會上正當關注之事；且於社會一般意識上，系爭報導中特定犯罪嫌疑人，係犯罪新聞基本要素，得解為與犯罪事實並列為重要關心事。鑑於本件犯罪事實之態樣、程度及嫌疑犯乃至於被告之社會地位、人格特質、或被害人心態等，應得容許為實名報導。大阪高院撤銷地院判決、駁回原告損害賠償請求。

原告少年後再提起上訴至最高法院，但又自己撤回上訴致本件判決確定。

二、長良川凌虐殺人事件

本件事實為 1994 年間，以 18 歲及 19 歲少年為首之集團，於 11 天間，跨越大阪、愛知、岐阜三府縣，連續凌虐殺害 4 人。犯罪少年被起訴之後於 1997 年 7 月第一審法院審理中，被告雜誌於發行之週刊上，將少年姓名以同音異字方式，將包括其犯行態樣、在法庭之態度、過去違法紀錄、交友關係、履歷等，作詳細之刊載。原告少年以該當使用假名之記事侵害其名譽權、隱私權為由，起訴請求損害賠償²⁰。

（一）名古屋地院判決²¹

名古屋地院判決理由以：1、少年法立法宗旨、目的，及少年法第 61 條禁止推知報導之意旨，乃在保護少年之健全育成與更生之可能性；對因少年時期犯罪而被提起公訴者，出版物刊載之記事縱然使用假名，因依其所記載之假名、年齡、職業、住居、容貌等容易推知該當少年本人時，依保護少年更生之立場，被認為與實名報導相同會產生重大妨礙者，原則上應解為違反少年法第 61 條。2、該當推知報導雖係為有關公共利害之事實，且專為公益目的而為，但因被報導人為少年只證明所摘示之事實為真實者，仍不能阻卻違法。3、自保護少年更生之觀點，

²⁰ 本件訴訟爭執之記事有兩件：一件為「以犯人集團主犯 K」為標題，記述一連串原告殺人之犯罪行為經過；一件為本文所討論者，關於前者記事，地院、高院判決均以記事內容專為公益之目的，且為真實或有相當根據相信其為真實，故不構成名譽毀損罪，因其爭議少，本文不予詳述。

²¹ 名古屋地方裁判所，平成 11 年 6 月 30 日判決，判時，1688 号，頁 155。

必須存在有相較於不揭載得推知本人記事所保護之少年利益，明顯地存在被強烈要求優先受保護之社會利益等特別事情，例如 a. 逃亡中，明白被預見有放火、殺人等凶惡犯罪之虞之累犯；b. 為協助通緝中犯人之搜查，始得阻卻違法。因本件被告未證明有上開事情之存在，故判決認定應負侵權行為損害賠償之責任。

（二）名古屋高院判決²²

對地院判決被告上訴，名古屋高院以：1、先就該當使用假名之報導記事是否該當於少年法第 61 條禁止之「推知報導」作出認定。其判決以自本件記事以使用類似少年本名發音之假名，所揭載內容為少年之經歷、交友關係等，與少年本人認識之特定多數讀者，及為少年生活基盤地域之不特定多數讀者，實得據以容易推知該當事人即為少年本人。2、其次，高院將少年法第 61 條解讀為權利保護規定，其根據為與憲法第 13 條保障之「個人尊嚴」密切結合之生命、自由權及幸福追求權，及為發現個人人格價值之名譽權、隱私權。再，未成年人於成長發達之過程中，形成人格所必要之學習權利；及國際上有關保護兒童或少年條約「兒童權利條約²³」明文保障之兒童最善利益之成長發達權；此外，再參酌「有關少年司法聯合國最低基準規則²⁴」中，依迴避不當公開或標籤化觀點，禁止對少年犯罪者特定報導等規定。將少年法第 61 條認定為保護前述少年之人權或權利，對媒體報導不得不之限制；如違反以實名或推知報導者，即構成對少年人權之侵害，該當民法第 709 條侵權行為。3、在與表現（報導）自由衝突之衡量上，即使報導內容為真實、係與公共利益有關事項，且專為公益之目的，仍與成人犯罪事實報導不同，應不得阻卻違法；僅限相較於應被保護之少年權利利益，明顯的存在被強烈要求優先受保護之社會利益等特別事情時，始得阻卻違法；最高法院最終以本件事實報導未有足夠證據得認定有上述特別事情之存在，故駁回上訴人之上訴維持一審判決。

前開名古屋高院判決結果，與前述一、堺市街道隨機殺人事件之大阪高等法院判決結果正反對，其主要之差異在：1、對少年法第 61 條之性質認定不同；前者認定少年法第 61 條立法目的為保障青少年健全成長發達之權利，及少年之名譽權、隱私權；如違反而為實名或推知報導，即屬侵權行為。而後者則以第 61 條為圖謀少年健全育成之公益目的、容易回歸社會之刑事政策考量為根據之規定，並未賦予少年不被實名報導之權利。2、實名或推知報導之違法性判斷方法不同：前者法院立於少年權利利益保護為優先之觀點，認定推知報導原則上即違法，即使證明其真實性、公共性、公益性仍不得阻卻違法，僅限有明顯更優越於少年權利、利益而被強烈要求應受保護之社會利益存在等特別事情時，始得阻卻違法。換言之，被告須負舉證責任，證明有重要社會利益存在時，始得阻卻違

²² 名古屋高等裁判所，平成 12 年 6 月 29 日判決，判時，1736 号，頁 35。

²³ The Convention on the Rights of the Child, available at <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>

²⁴ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice（一般簡稱北京規則），available at <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r033.htm>

法。而後者法院則立於表現自由於憲法上優越地位之前提，認為違反少年法第 61 條之表現行為如為社會正當關心事，表現內容、方法只要未有不當者，原則上不構成違法行為；而少年值得法律保護不被實名報導之人格利益，僅限於其社會生活上有應被特別保護之事情者，如無此特別事情存在，實名報導為應被容許之不具違法性之行為²⁵。亦即名古屋高院以推知或實名報導原則上違法，須由被告報導一方證明其實名報導為有強烈應被保護社會利益存在之特殊事情，始得阻卻違法；而大阪高院認定推知或實名報導原則上並未違法，應由原告舉證證明其有不被實名報導之特別應被保護利益存在時，始得認定其違法。

在下級法院見解對立下，前述堺市街道隨機殺人事件，當事人少年又於上訴最高法院後撤回上訴而告確定，因此長良川凌虐殺人事件之最高法院判決即格外受到重視，最高法院見解將得解決第 61 條性質上之爭論，及確立實名或推知報導違法之判斷方法，與該當於推知報導之判斷基準²⁶。

（三）最高法院判決²⁷

最高法院在本事件闡明之見解，分述如下：

1. 成長發達權之認定：因本件原告少年（即被上訴人）自始至終未依少年法第 61 條主張其成長發達權受侵害，僅強調其名譽權及隱私權受到侵害。原二審高院將成長發達權衍生為少年不被實名（類似）報導之權利，即成為對原告所未主張之權利作出判決；又，少年法第 61 條之立法目的，如果真解為少年健全成長而特別加強保護少年之名譽、隱私權，原告即無需個別以其名譽、隱私權受損而提起本件訴訟；故原二審法院究竟因認定系爭記事所被侵害之利益為少年之名譽、隱私權即判定上訴人侵權行為責任？抑或加上「少年成長發達過程上健全成長之權利」亦為受侵害之利益，再導出其判決結果？自判決來看其脈絡並不明確。從而最高法院僅以原二審認定被告侵害名譽、隱私權為理由所作出之判決部分進行審理。

²⁵ 有關此兩判決之比較與批評論文有：細谷彩，前掲註 6，頁 21-24。坂田仰，前掲註 5。田島泰彦，少年事件報道をめぐって，新聞研究，No.597，2001 年 4 月，頁 47-49。福岡英明，少年事件報道をめぐると憲法問題，松山大学論集，第 17 卷第 1 号，2005 年 4 月，頁 196-202。松井修視，少年法 61 条の禁止する推知報道と名譽・プライバシー訴訟における比較衡量—長良川リンチ殺人事件報道損害賠償請求事件最高裁判決，長崎県立大学国際情報学部研究紀要，第 5 号，頁 90。

²⁶ 広瀬健二，少年法 61 条で禁じられる推知報道の判断基準，法学教室 No.277，2003 年 10 月，頁 102。飯室勝彦，少年事件報道●事件報道に大きな影響を与える長良川事件・最高裁判決，法学セミナー，582 号，2003 年 6 月，頁 107。三村晶子，最高裁判所判例解説，法曹時報，58 卷(1)号，2006 年 01 月，頁 283。

²⁷ 最高裁判所，平成 15 年 3 月 14 日第二小廷判決，民集 57 卷 3 号，頁 229。判例時報，1825 号，頁 63。

換言之，最高法院迴避對有重大爭論之「成長發達權」是否為少年法第 61 條所保護之權利，表示任何見解作出本案判決；因此少年法第 61 條長年來存在之爭論依然無解，最高法院判決讓大家期待落空²⁸，論者批評為卸責之舉。

2.違法性之判斷方法：最高法院對原二審判決認定系爭記事內容揭載原告少年犯罪行為、經歷、交友關係等詳細資料，構成侵害原告名譽、隱私權表示肯定；惟系爭記事是否構成侵權行為之判斷方法，則指稱應依每個被侵害利益審理其有無阻卻違法事由，作個別具體判斷。關於名譽毀損部分：如得認定其行為為有關公共之利害，目的專為謀求公益，揭示事實之重要部分證明為真實，或行為人相信其為真實有相當理由者即得阻卻違法。關於侵害隱私權部分：則將其事實不被公開保護之法的利益與公開所達成之公共利益進行比較衡量，而前者優越後者時，始構成侵權行為。亦即，系爭記事揭載當時少年之年齡、社會地位、行為內容，因公開而屬於少年隱私之資訊被傳達之範圍、少年具體受害程度，與系爭記事目的或意義、公開時之社會狀況、記事公開之必要性等各事情作個別具體審理比較衡量後作出判斷。因本案原二審法院未對上開阻卻違法事由進行個別具體審理，故應予撤銷原判決發回更審。

綜上可觀察到本案最高法院將系爭記事對少年之名譽、隱私權之侵害與違反少年法第 61 條推知報導是否侵害少年之成長發達權作切割，以非為原告所主張之事由，而只適用民法第 709 條侵權行為規定為審理判決，巧妙迴避表明對少年法第 61 條之見解。

3.推知可能性之判斷基準：另一方面最高法院則將少年法第 61 條禁止推知報導之判斷基準作一明確宣示。關於此點本案第一審判決以：依系爭記事所記載之假名及經歷等，如與原告有一面之緣之不特定多數讀者，得據以容易推知原告少年為本事件之犯人；亦即依據「與原告有一面之緣之不特定多數讀者」，是否得依系爭記事推知原告為何人，作判斷是否違反第 61 條推知報導之基準。對此第二審判決則以：「與原告有一面之緣之特定多數讀者，及原告生活基盤之地區社會中不特定多數讀者」，作為判斷是否得依系爭記事內容推知原告為特定少年之基準。據上，一審與二審對推知報導之判斷基準以原對少年有所認識，或為原告生活基盤地域之不特定多數讀者，因地緣之故多少知悉有關少年之資訊或容易獲取流傳於地域之少年相關資料，稍與記事內容作比對組合，即得推知原告為特定少年，如此勢將壓縮媒體報導之空間較不利於報導一方。最高法院對此點則揭示如下基準：應依不特定多數一般人根據該當記事內容是否得推知該當事件本人為少年，為基準以判斷之。一般均認為此係最高法院在考量避免對表現自由不造成過度限制，而採較下級法院更寬之判斷基準²⁹。

²⁸ 飯室勝彥，前揭註 26，頁 107。広瀬健二，前揭註 26，頁 102。松井修視，前揭註 25，頁 91。本庄武，前揭註 16，頁 848。

²⁹ 三村晶子，前揭註 26，頁 286。広瀬健二，前揭註 26，頁 277。松井修視，前揭註 25，頁 91。福岡英明，前揭註 25，頁 208。

最高法院將名古屋高等法院判決廢棄發回更審，之後名古屋高等法院依循最高法院判決所指示之判斷方法更為本案之審理判決。

(四) 名古屋高等法院之更審判決³⁰

名古屋高等法院於更審判決中，分別對名譽毀損及隱私權侵害，就系爭記事有無阻卻違法事由，依被侵害利益與系爭記事之公共性等，進行個別具體比較衡量後作出判決。

關於名譽毀損部分：(1)記事之公共性：所謂與公共利害有關事實，乃指將系爭事實讓公眾周知，作為公眾批判或評價資料，對公共利益之增進有所助益者；即使屬個人私生活之行狀，因其對社會影響力之程度，立於公共觀點仍將成為批評或評價之必要資料。其該當性當應依記事所指摘事實內容、性質作客觀之判斷。以本件之凶惡、殘忍重大犯罪事實，對社會影響大，客觀上為一般市民關心、評論之事，應得認定為有關公共利害之事實。(2)記事之公益性：有關犯罪之事實或裁判之經過事實，如該當於上述關係公共利害之事實，限於有特別情事外，原則上應推定其有公益目的存在。又本案系爭記事之執筆者並未能窺見其有明顯欠缺真摯性或為報復私怨、或追求私利私慾之意圖等「特別情事」存在，故得認定本件記事為出於謀求公益目的。(3)記事之真實性：系爭記事之主要內容為根據事實之描述並不得評價為虛偽記載。綜上，系爭記事對名譽之侵害得阻卻違法。

關於侵害隱私權部分：依系爭記事有關少年隱私資訊被傳達之範圍，與所受具體被害之程度，參考其社會地位、年齡或犯罪行為內容等作具體之個別判斷。(1)有關隱私資訊被傳達之範圍：被認為因記事內容得推知少年本人者，主要為其生長地周遭朋友、少年院等對其認識之人、暴力集團關係人等，其範圍有一定限度。再因系爭記事公開將妨害少年更生之可能性雖無法否定，但考量本件犯罪為凶惡且殘忍重大事件，少年犯罪時為 18 歲而系爭記事被公開時 21 歲，已為刑事被告而受羈押，短時間內很難預見有回歸社會之可能，故其因系爭記事所受具體損害，範圍有限且程度輕微。(2)有關係爭記事之目的、意義：於現正檢討修正少年法當下，公開凶惡、殘忍重大事件，得將少年犯罪被害人家屬之心情廣泛傳達給世間，同時給予犯罪少年自省之機會，系爭記事公開實有正當之目的並具有意義。(3)公開之必要性：由於少年所為係凶惡且殘忍之重大犯罪，其犯罪內容為社會所關心或評論之對象；本件犯罪行為及其原來經過固不待言，包括犯人經歷之公開，亦具有社會意義。再考慮本件犯罪行為帶給社會之影響力，少年對作為評論或批判其犯罪事實資料之公開，必須忍受。綜上：系爭記事有關少年被推知之隱私資訊所傳達範圍有其限度，同時因其傳達而致少年所受具體被害程度得認為比較小；系爭記事又主要為記載被害人父母對少年犯罪之心情、公開當時社會狀況正為國民對少年犯罪關心高漲，確為國民關心之事且其目的、意義具有

³⁰ 名古屋高等裁判所，平成 16 年 12 月 1 日判決，判時，1870 号，頁 29。

合理性，確有公表之必要性；綜上考量系爭記事公開理由，少年關於系爭記事不被公表雖有法律利益存在，但系爭記事公開之公共利益仍應認為優越於後者，故該當報導侵害隱私權之違法性應被阻卻。

對此更審判決，原告之少年（被上訴人）雖再上訴至最高法院，最高法院裁定駁回上訴而確定。

三、小結

綜合上述日本有關違反少年法第 61 條禁止推知報導之判決，得分析出主要爭點為：（一）少年法第 61 條保護之法益為何？（二）推知報導判斷基準如何界定？因各法院對上述三爭點採不同之見解，而導出不同之判決結果。本文再依上述三爭點，就採正反不同見解之大阪高院（堺市街道隨機殺人事件）、名古屋高院（長良川凌虐殺人事件），及應做最終判斷之最高法院，所作之判決作歸納後說明如下：

（一）少年法第 61 條保護之法益

大阪高院認定禁止實名報導，保護有將來性少年之名譽、隱私，在考量不阻礙其將來改善更生之同時，於防止少年再犯上實亦有效果，故公共福祉之守護或社會正義之實現實為少年法第 61 條立法之重要宗旨。據此為謀求少年健全育成之公益目的，以讓犯罪少年容易回歸社會之刑事政策考量應為少年法第 61 條主要立法目的，賦予少年不被實名報導之權利並非其立法之主旨。

相對名古屋高院則認定：少年法第 61 條限制推知報導，係為保護憲法所保障之少年健全成長發達權，同時少年之名譽、隱私權之保護非涵攝在內。換言之，少年法第 61 條被解為權利保護規定。最高法院以原告從未主張「成長發達權」為由，而未對少年法第 61 條是否為保障「成長發達權」等之權利保護規定作出任何判斷；但於判決中肯定原二審依民法第 709 條³¹認定系爭記事為毀損名譽、侵害隱私權之侵權行為之結論。最高法院雖因迴避對少年法第 61 條之性質作出定論，而未以系爭報導記事違反第 61 條為理由認定被告之法律責任，然仍認為系爭報導構成侵害少年之名譽及隱私權，並指出此應就各個被侵害利益，再進一步審查推知報導有無違法阻卻事由，作具體個別判斷；顯然最高法院並未否認少年法第 61 條為權利保護之規定，僅因對「成長發達權」之內容仍有疑慮，故未直接以「成長發達權」受侵害為由，認定報告推知報導之責任。

（二）少年法第 61 條推知報導之判斷基準

因大阪高院判決之堺市事件為以少年實名及照片進行報導，為少年法第 61 條當然禁止之實名報導，故無須再判斷系爭報導記事是否該當推知報導。但名古屋高院判決之長良川事件，系爭報導記事係以近似少年實名發音之假名，再配合

³¹ 日本民法第 709 條有關侵權行為規定：故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

犯罪行狀、履歷、交友關係之敘述，則如此記事內容是否該當於少年法第 61 條規定之「得推知（少年為）該當事件本人」？為應以如何範圍內之人有推知可能作為判斷基準？因其與事件得報導範圍具有對應關係，故最高法院之見解格外受到重視。對此最高法院則採最寬鬆標準，即「依記事所載，不特定多數之一般人，是否得推知少年本人為何人」，作為判斷是否該當推知報導之基準；亦即是否該當推知報導，係以與該當事件犯罪少年未有任何因緣關連之一般人，依報導內容得否推知少年本人為何人為基準。較原二審高等院所採之「與原告有一面之緣之特定多數讀者，及為原告生活基盤之地域社會中不特定多數讀者」判斷基準，顯然係較有利於事件報導媒體。

參、學者之見解與批評

日本學界有關少年事件報導之問題及少年法第 61 條性質之討論，於前開兩事件判決前後學者間有熱烈之爭論。

一、少年法第 61 條之性質

主要分為兩派，以憲法學者為主之「刑事政策說」，及少年法學者主張之「成長發達權說」。

（一）刑事政策說

採此見解之學者³²主要之立論點與前述大阪高等法院相同，基於第 61 條立法之沿革及對違反者未置有罰則之理由，忠於原條文字作解釋，主張本條為達成少年健全育成之公益目的，及確保犯罪少年容易回歸社會特別預防之刑事政策考量，所定對媒體報導規範，非得解為賦予少年權利之規定；並批評少年「成長發達權」之憲法上根據不明，即使為基於憲法第 13 條「人性尊嚴」而尊重少年人格自律成長權，或由憲法第 25 條生存權衍生出之權利，其權利內容均不明確，應僅為理念上存在而向未達到得具體主張為法的權利之背景權利³³。

尤其主張此說代表學者松井教授與田島教授，更針對少年法第 61 條對少年事件報導限制，依憲法所保障表現自由、知的權利觀點，提出違憲之質疑。其理由為：表現自由為民主憲政國家最基本重要之人權，應優越於其他人權受保護，如欲對報導表現內容加以限制，限於為達成無可替代重要之國家利益所必要不可欠缺者始得為之。少年法保護少年隱私、促進少年更生之目的，固值得尊重，但仍不得因此任意正當化其對報導自由之限制。尤以第 61 條對少年事件有關少年姓名等報導，規定不問任何情況，即使少年姓名已為公知或自己公開資訊，甚至

³² 松井茂記，少年事件の实名報道は許されないのか，日本評論社，2000 年 10 月，頁 120-127。

田島泰彦，少年の实名掲載と少年法 61 条—「新潮 45」少年实名報道事件，法律時報，72 卷 9 号，2000.8，頁 95-96。另外採相同見解之教授有：福岡英明，前掲註 25，頁 195。三村晶子，前掲註 26，頁 284。

³³ 參見佐藤幸治，憲法(第三版)，青林書院，平成 9 年，頁 393。

已死亡者均一律絕對禁止報導，有限制「過大包攝」之問題，違反「必要不可欠缺」之要件。再者，少年事件中少年姓名等亦有為公眾所合理關心而具有公共性之事情，第 61 條卻專只顧慮少年利益之保護，而未就國民對具有公共性之公共事務原應有知的權利，及表現自由作任何考量，並於進行兩者比較衡量後，再決定報導之範圍，此顯有違憲之虞。

（二）成長發達權說

日本主張此說之學者³⁴，其論述雖在細微處有所不同，但主要部分內容差別不大。對成長發達權之憲法上根據，多主張為憲法第 13 條之「人性尊嚴」，對於未完全成長尚在發展過程中之少年，應待以具有尊嚴之獨立個人，尊重其人格自由及自律發展人格、保障其健全成長；亦即少年得不受外來不當壓迫干涉，自由成長為獨立健全個人之過程或狀態，應為人權而受保護。另外憲法第 26 條規定兒童受教育之權利，一般稱為兒童之學習權，如此之學習權即為兒童透過學習而成長自己之權利，故受教育之權利即為保障兒童之成長發達，其權利基礎即為成長發達權。因少年事件發生於少年於未成熟、富有可塑性之成長發達階段，其為犯罪行為可能因判斷能力欠缺、成長環境不佳所引起，故一旦發生時，應協助或保護其能克服困難，改善環境重新回歸正常成長過程；如以實名報導事件，將使少年本身因受外來壓力產生畏懼致無法傳達自己意見給他人、又或因此被社會貼上標籤，無法安心與周圍人建立人際關係回復正常社會生活，因而阻礙其更生。基於成長發達權少年應得要求國家排除妨礙少年更生之外來阻力，整備少年更生之最適當環境，故而應限制媒體為少年事件實名或推知報導以有利少年健全成長。

除此之外，學者更援引日本於 1989 年締結、後於 1994 年批准之「兒童權利條約³⁵」第 6 條第 2 項：在最大可能之範圍內確保兒童之生存及發達，以及第 40 條第 2 項(b)(vii)：「犯罪（觸法）少年在所有程序階段，應充分尊重該當兒童之私生活」之要求。及聯合國於 1985 年通過之「有關少年司法聯合國最低基準規則³⁶」第 81 條：「少年隱私權為避免因不當公開或被標籤化造成傷害，在所有階段應被尊重。」、第 82 條：「原則上任何得與特定少年犯罪者結合之資訊，均不得公開」，等國際上有關兒童、少年等人權法規，主張少年法第 61 條應得解為承認國際人權法所認定之「成長發達權」為前提，保護青少年不被推知報導之權利。

³⁴ 參閱福田雅章，少年法の拡散現象と少年の人権，刑法雜誌，27 卷 1 号，1986 年，頁 237-239。 淵野貴生，前掲註 6，頁 315-317。酒井安行，前掲註 5，頁 199-200。本庄武，前掲註 16，頁 849-855。戸波江二，人權論としての子どもの成長發達權，少年事件報道と法，田島泰彦、新倉修 編，日本評論社，1999 年，頁 204-207。平川宗信，少年推知報道と少年の權利，田宮裕先生追悼論集(上卷)，信山社，2001 年 5 月，頁 515。葛野尋之，犯罪報道の公共性と少年事件報道，2000 年 3・4 号上卷(271・272 号)，頁 317，網址 <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/00-34/kuzuno.htm>

³⁵ The Convention on the Rights of the Child，日本於 1994 年以條約第二号批准。

³⁶ 參見註 24。

少年之隱私權、名譽權則係以成長發達權為基礎，為實現成長發達權理念與之結合必須被保護之權利³⁷。而更有學者主張少年成長發達過程中，保護少年對自己資訊之自我控制權，得自由表達自己的意見，完成人格成長；換言之，成長發達權與隱私權為表裏關係，且因保護之對象為未完全成熟易受外界影響之少年，故對少年隱私權之保護應更強於成年人³⁸。

二、與表現自由衝突之調整—違法性判斷之方法

違反少年法第 61 條之法律責任，應如何認定？雖少年法本身並無罰則，但此僅得解為刑事或行政罰責任之免除，又即使不承認成長發達權為第 61 條所保護之權利，依民法第 709 條之規定，推知報導仍有侵害少年依其它法律應被保護權利如隱私權、名譽權之可能，而構成侵權行為。則此時少年上開權利之保護與表現自由、新聞報導自由間之衝突應如何考量調整？如前所述法院實務上，名古屋高等法院與大阪高等法院即採不同之判斷方法，最終最高法院則立於推知報導原則上侵害少年之隱私權、名譽權之前提下，再進一步檢討侵害個別利益行為事由有無阻卻違法事由之存在；亦即對系爭記事揭載之目的、意義、必要性等，與因此造成該當少年被侵害之權利內容、侵害程度等有關諸事情，作個別具體審理，並進行比較衡量後以為判斷。

關於此點，學者因對第 61 條性質有不同解讀，對少年事件報導公共性之存否存在歧見，重視表現自由之優越性，抑或強調少年成長發達權，保護更生、回歸社會重要性之差異，對推知報導違法與否之判斷方法有以下不同之見解。

（一）報導自由優位論³⁹

採此說者主要為前述主張刑事政策說之憲法學者，渠等仍以「表現自由」對現在民主國家在民主政治運作及社會公意形成上負擔重要功能，為當然應被優先保障具有優越地位之人權為基礎，進而推論出「報導自由優位論」；申言之，考量表現自由在憲法上之重要性及避免寒蟬效應；再以少年犯罪如為凶惡重大事件，係一般社會正當關心之事，其報導內容、方法又未有不當之處，以實名或推知報導應不直接構成侵權行為；僅限於該當少年於社會生活上，有應被特別保護之事情存在者，始得認定其有不被實名報導之受法律保護之利益。主張此說之學者對前述大阪高等法院之判決，多表示贊同⁴⁰。

（二）成長發達權保護說

此說以少年之成長發達權為憲法上所保護之人權，而少年犯罪事件之實名或

³⁷ 本庄武，前揭註 16，頁 860。淵野貴生，前揭註 6，頁 327。

³⁸ 新倉修，少年事件報道と人権，少年事件報道と法，田島泰彦、新倉修 編，日本評論社，1999 年，頁 34。葛野尋之，前揭註 34。丸山雅夫，前揭註 5，頁 76。

³⁹ 青柳幸一，推知報道と名誉・プライバシー侵害，平成 15 年度重要判例解説，ジュリスト臨時増刊，2004 年 6 月 10 日号（1269 号），

⁴⁰ 田島泰彦，前揭註 32，頁 96。松井茂記，前揭註 32，頁 40。

推知報導，則未必具有公共性，與保障表現自由所欲達成之追求真理或民主政治運作並無關連，不當然優越於其它人權；於綜合考量少年成長、更生之利益及新聞媒體社會責任下，少年法第 61 條對表現自由之限制為不得不，且具正當性之限制，少年成長發達權利原則上較其犯罪實名或推知更優先受到保障，報導自由只限於逃走中有再犯重大犯罪之虞或自殺之虞者，得例外容許實名或推知報導。此例外範圍極為狹小，亦即僅限於明顯有強烈被要求優先受保護之社會利益存在等特別事情時，始得阻卻違法；基本上採此說之學者，多贊同前述名古屋高院之見解⁴¹。

上開學者間見解之不同，主要爭點在少年事件報導「公共性」之存在與否。吾人自以下兩點觀之，前述（一）憲法學者之主張並非無再檢討之餘地。首先，按少年法第 61 條所禁止者係推知報導，並非全面禁止有關事件事實之報導；亦即將可得推知特定犯罪少年之個人資料隱匿，仍無礙於閱聽者了解犯罪行為發生之經緯，而能達到報導之目的。再者少年犯為未成年人，一般而言並非對社會有影響力應受公評之公眾人物（public figure），隱去少年本人姓名等資料不致影響報導內容之價值，即使少年犯罪一事為與公共利益有關之資訊，但特定少年本人之資料，應不具有「公共性」，故推知報導自由優越性之根據已然動搖。且少年隱私權為以成長發達權為基礎延伸涵攝應予保護之少年權利，非單純僅涉及少年之人格利益，將之與成年人隱私權保護同列以相同基準進行違法性判斷，未必妥當。最後再自少年對自己資訊有資訊自主權之觀點而言，實亦得將少年法第 61 條解為有保護少年資訊自主權之意旨，基於尊重少年人格自律成長，少年之資訊自主權應優先於新聞媒體推知報導自由受到保護，僅於該當推知報導具有之公益目的較不公開所保護之少年權益更重要時，始得例外容許。

三、推知報導之判斷基準

推知報導究竟應以如何範圍內之人，判斷其有無依系爭報導推知出少年本人之可能性？如前述日本實務在長良川事件上，原下級法院見解與最高法院見解並不一致；前者以「認識少年之特定多數人」或「少年生活基盤地域內生活之不特定多數人」為其射程範圍，而後者則以「不特定多數一般人」為其射程範圍。學者間對此點亦有不同之觀點；本文分述如下：

（一）肯定最高法院之「不特定多數一般人」見解⁴²

主要之論點在：立於保護報導自由，避免寒蟬效應之前提下，認為為少年生活基盤之地域或民眾，原即對少年有一定程度之認識，在當地流傳有關少年犯罪等種種之訊息係可預見之事，事實上亦為難以阻擋之事，縱然禁止推知報導亦無

⁴¹ 本庄武，前揭註 16，頁 863。葛野尋之，前揭註 34，頁 9。丸山雅夫，前揭註 5，頁 76。

⁴² 広瀬健二，前揭註 26，頁 103。三村晶子，前揭註 26，頁 204。福岡英明，前揭註 25，頁 210。酒井安行，前揭註 5，頁 204。右崎正博，少年の仮名報道と少年法 61 条，メディア判例百選（別冊ジュリスト）No. 179，2005 年 12 月，頁 101。飯室勝彦，前揭註 26，頁 108。

法有效保護少年；更何況在該地域民眾對有關少年訊息掌握或認識亦有程度上差異，以此範圍之人為基準判斷有無推知可能性，勢將使該當事件報導困難度增加、違反法律之風險提高，致使新聞報導自由空間被壓縮；故認同最高法院揭示以「不特定多數一般人」為範圍判斷該當報導是否該當推知報導。

(二) 支持名古屋高院之「與少年認識之特定多數人及其生活基盤地域社會中不特定多數讀者」見解⁴³

主張此說之主要理由為：少年生活基盤地域社會中之不特定多數讀者，即使在閱聽系爭報導當下無法推知本人，但於報導後仍可能因自報導以外資訊加以拼對後推知特定少年本人，潛藏有高度侵害少年權利之虞，仍將導致少年之更生受阻。再立於成長發達權觀點，推知報導對少年本身影響亦不可忽視，少年得知該當報導後，有可能感覺被原生社會唾棄，而自暴自棄無法踏上重生之路，故為徹底周全保障少年，應以該當少年原生地域社會空間為範圍進行推知可能之判斷，為合理。

肆、我國現況之檢討

我國有關少年事件處理法之立法意旨於民國 86 年修法時確立為：採保護優先主義，對非行少年施以治療、矯正、預防等教育措施，純為保護少年之健全成長而除去刑事法之色彩⁴⁴，故對「成長發達權」未見有所爭議，且對少年事件之資訊公開，採嚴格限制之立法⁴⁵。

一、現狀與分析

我國現在有關規範少年犯罪事件報導之規定有二個法律，一為少年事件處理法（下稱少事法），一為兒童及少年福利與權益保障法（下稱兒少福利保障法）。前者第 83 條第 1 項規定：「任何人不得於媒體、資訊或以其他公示方式揭示有關少年保護事件或少年刑事案件之記事或照片，使閱者由該項資料足以知悉其人為該保護事件受調查、審理之少年或該刑事案件之被告」。而其第 83 條之 1 第 3 項規定，少年之前科紀錄及有關資料，非為少年本人之利益或經少年本人同意，少年法院及其他任何機關不得提供。後者⁴⁶兒少福利保障法則於第 69 條第 1 項規定：宣傳品、出版品、廣播、電視、網際網路或其他媒體對下列兒童及少年不得

⁴³ 淵野貴生，前揭註 6，頁 120。窪田充見，法學教室判例セレクト 2003，頁 20。本庄武，前揭註 16，頁 869。

⁴⁴ 參見立法院公報第 86 卷第 23 期，頁 101，院會紀錄，修正重點二之說明。

⁴⁵ 李茂生教授曾撰文就少年成長發達權作深入之闡述，參見新少年事件處法目的規定釋疑，月旦法學雜誌，第 40 期，1998 年 9 月，頁 34 以下。

⁴⁶ 兒童及少年福利與權益保障法所保護之對象尚包括未滿 12 歲之兒童，其保護之權益包括促進兒童及少年身心健全發展，對需要保護、救助、輔導、早期療育等兒童及少年提供所需服務及措施，與少年事件處理法以矯治觸法或有觸犯法律之虞少年為目的，有所不同。

報導或記載其姓名或其他足以識別身分之資訊；其第4款：為刑事案件、少年保護事件之當事人或被害人。再其第2項規定：行政機關及司法機關所製作必須公開之文書，除為否認子女之訴、收養事件等親子事件或其他法律特別規定之情形外，亦不得揭露足以識別前項兒童及少年身分之資訊。第3項規定：除前2項以外之任何人亦不得於媒體、資訊或以其他公示方式揭示有關第1項兒童及少年之姓名及其他足以識別身分之資訊。其第4項規定：第1、2項如係為增進兒童及少年福利或維護公共利益，且經行政機關邀集相關機關、兒童及少年福利團體與報業商業同業公會代表共同審議後，認為有公開之必要，不在此限。

此外，兒少年福利保障法於第89條規定，違反第69條第3項規定者而無正當理由者，處新臺幣2萬元以上10萬元以下罰鍰。亦在第103條第1項規定：宣傳品、出版品、廣播、電視、網際網路或其他媒體之負責人違反第69條第1項規定者，由目的事業主管機關處新臺幣3萬元以上15萬元以下罰鍰，並得沒入第69條第1項規定之物品、限期命其移除內容、下架或其他必要之處置；屆期不履行者，得按次處罰至履行為止。但經第69條第4項審議後，認為有公開之必要者，不罰。少事法第83條第2項規定，違反第83條第1項規定者，由主管機關依法予以處分。違反少事法第83條之1規定者，依照第83條之2規定，處6月以下有期徒刑、拘役或新台幣3萬元以下罰金。

綜觀上開條文可知，我國對少年犯罪事件報導之限制得為如下分析：

(一) 受規範之主體為「任何人」，包含新聞媒體在內任何人均不得公開或揭露有關少年違法或行為不良之訊息；且少年法院及其他如少年觀護所等其他機關亦不得提供有關少年前科紀錄及有關資料；包括行政機關及司法機關於製作必須公開之文書(如判決書、裁定書等)時，亦不得揭露足以識別少年身分之資訊；舉凡於少年事件或輔助、保護少年過程中得知少年相關資訊者，不問任何人均為規範之對象，對少年之保護可謂周全。

(二) 受保護之人為年滿12歲未滿18歲之少年，該當少年不限於為犯罪行為者，尚擴及有違法之虞者，如經常逃學或逃家、吸食或施打毒品、管制藥品等少年，及保護事件當事人；而少年犯罪事件或保護事件之被害人，亦為保護之對象。

(三) 不得揭露或公開之媒介物，包括宣傳品、廣播、電視、網際網路等媒體；而行政機關及司法機關製作必須公開之文書，例如判決書等。

(四) 不得揭載或公開之資訊：少事法第83條規定為：「有關少年保護事件或少年刑事案件之記事或照片」，使閱者由該資料足以知悉其人為該當事件之本人或被告，或「姓名或其它足以識別身分之資訊」。換言之，兩法所規範者為具有特定個人識別性之資料；但所謂「足以識別」如何認定？其認定範圍為何？並不明確。另外有關少年「前科紀錄」、「保護處分資料」依少事法第83條之1第3項，非為少年本人之利益或經少年本人同意，少年法院及其他任何機關不得提供，故前科紀錄亦為受保護不得任意揭露之少年個人資料。

(五) 例外得公開者：第83條之1第3項規定，若為少年本人之利益或經少

年本人同意得為前科紀錄之提供。而兒少福利保障法第 69 條第 4 項規定，如係為增進兒童及少年福利、或維護公共利益，且經行政機關邀集相關機關、兒童及少年福利團體與報業商業同業公會代表共同審議後，認為有公開之必要，不在此限。

(六) 對違反該當規定公開或提供相關資料者均置有處罰規定。

二、檢討

(一) 與個人資料保護法之關係

我國於民國 99 年 5 月 26 日公布、101 年 10 月 1 日開始施行之個人資料保護法（下稱「個資法」），其第 2 條第 1 款對個人資料定義為：指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料；故少年犯罪事件之少年對有關自己犯罪或為非行活動之資料，基於個資法所保護之個人對自己資料之自主權⁴⁷，少年當然亦為個資法保護對象，新聞媒體須於依據個資法第 6 條、第 19 條或第 20 條規定下進行蒐集、處理或利用（予以揭露）其犯罪或受保護之相關資料。且個資法第 6 條更將犯罪前科列為敏性特種資料，除有該條所列四項例外事由外，原則上禁止蒐集、處理或利用，而當事人同意並非其例外事由。按個資法立法雖較晚，但其性質應定位為個人資料保護之普通法，相對少事法及兒少福利保障法有關少年個資之保護，應優先適用，其有未規定者，再適用個資法之規定。

(二) 少年事件報導之例外

有關媒體報導少年事件，須受少事法第 83 條之規範，而依該條規定之內容觀之，有關少年事件之實名報導、推知報導均在禁止之列，且無任何例外，相較於日本少年法現行實務上運用之現狀，嚴苛許多。無論如何，如此規定均是限制表現自由，不問少年事件報導內容（表現內容）可能與重要之公共利益有關（例如政治暗殺事件或國際恐怖活動事件），將保護少年不被實名或推知報導之利益，一律優先於表現自由受保護，自憲法上限制人權要件上之比例原則來看，本條未必無檢討之空間。

再，依兒少福利保障法第 69 條第 4 項則定有例外得報導少年事項之規定，而其要件為①為增進少年福利或維護公共利益；②由行政機關邀集相關機關、兒童及少年福利團體與報業商業同業公會代表共同審議；③認為有公開之必要者。本項兒少福利保障法保障規定與前述少事法第 83 條規定，其適用關係為何？自兩法之立法目的看，均包含有促進或保障少年之健全成長在內，且前者更重在少年福利之促進。再前者之立法及修法均在後，依後法優先於前法之原則，自應適用兒少福利保障法，在滿足上開三要件下，例外得以實名或推知報導少年事件。

⁴⁷ 參見大法官會議釋字第 603 號、第 689 號解釋。

（三）少年事件有關資料之提供

少事法第 83 條之 1 第 3 項規定有關少年事件之前科紀錄及受保護處分等資料，於非為少年本人之利益或經少年本人同意，少年法院及其他任何機關不得提供。此處規定之提供，因條文中未作任何限制，故依同條第 2 項塗銷之前科紀錄等，如符合第 3 項之要件，得被解為可提供給媒體，此時媒體能否報導？又兒少福利保障法第 69 條第 4 項規定中並無少年本人同意即得公開之例外事由，則少年本人依少事法規定同意少年法院對外提供給媒體時，媒體能否為實名或推知報導？並非無疑義。然立於保護判斷能力不足、心智未必成熟，甚至係出於其反社會英雄主義想法之考量，本文仍以須為增進少年福利或維護公共利益之目的下，在行政機關邀集相關機關等審議後，認為有必要者，再予以公開，較能保護少年。

而上開要件中所謂「維護公共利益認為有必要」之判斷基準，本於保障少年成長發達權之一貫理念，則可參酌本文前述日本名古屋高院判決對推知報導是否違法侵害少年權利之判斷方法，亦即須明顯有被要求優先受保護之公共利益存在之特別事情時，始得公開相關少年本人資訊；例如政治暗殺事件、國際恐怖活動事件或犯凶惡之殺人、放火罪有再犯之虞，在通緝中之少年。

（四）推知報導之判斷基準

按少事法及兒少福利保障法所禁止揭載公開有關少年事件之記事，定為「使閱者由該項資料足以知悉其人」、「足以識別身分之資訊」，而此「閱者」之範圍？亦即如何範圍之人，應被認定其為依公開揭載之記事得以識別特定少年本人者？我國至今論文或判決實務上似乎未見有討論，尤以個資法第 2 條第 1 款對個人資料之定義，亦包含間接得以識別特定個人之資料，故此問題必為將來實務運用上須面對者。參酌前述日本法院所持之見解，考量我國媒體自律功能一向不彰，且近年媒體報導常有煽情、誇張及不實報導之情事，加諸網路上人肉搜尋之風方興未艾；一貫我國少事法徹底之保護主義，在此處恐仍以參酌日本名古屋高院判決之見解採：「以原與該少年認識之特定多數人」，及「該少年原生活活動地區社會之一般多數人」，是否得依該當記事推知少年本人為何人，作為「足以識別」之判斷基準，較為妥當。

五、結 語

我國對少年事件報導之限制規定，因少事法等採徹底之保護優先主義，故對限制報導自由，亦即對與「表現自由」衝突下之調整衡平考量，自修法之過程，及一般有關少事法之著作或論文中少見有討論，雖少事法有「少年本人之同意」下可以少年法院等得對外提供資料；或依兒少福利保障法為少年之福利、或為維護公共利益，經審議後認為有必要，得公開少年事件本人之資料等例外規定，但在實務上操作究竟如何判斷？似乎仍不明確，此點應可參考本文前述日本最高法院判決所提案之比較衡量判斷方法；應較能作出合理妥當之判斷，另外在「推知

報導認定基準」之議題上，不僅在少事法上，以後在個資法之適用上，似亦得參酌日本學者或法院判例見解，考量我國民情與媒體報導之素質，再進一步探討以解決問題。

德國電子監控法制發展及其對我國之啟示

國立政治大學法學院副教授 許恒達

目 次

- 壹、導論
- 貳、電子監控制度簡介
- 參、德國法制析述
- 肆、德國法制對我國的啟示
- 伍、結語

摘 要

作為電子監控法制的繼受國，德國與我國同樣都從美國刑事司法實務吸取經驗，但有別於我國透過專法規範，只將電子監控制度局限適用於性侵害犯罪，德國的繼受過程起初未訂專法，後來又因執行程序改歸為邦的地方自治事項，而由各邦自行立法處理，並無聯邦的共通法源。即便如此，德國法實踐上卻將電子監控當作一種設施內處遇的替代手段，從而發展出許多靈活的政策及措施。本文即借鏡德國法制的發展，省思我國未來電子監控法制的發展方向，以供立法政策參考。

關鍵字：電子監控、觀護、性侵害防制法、刑事執行

壹、導論

現代刑事制裁理論的重心，已經從對過去犯罪行為的應報轉向為預防未來犯罪，為了有效貫徹預防效果，刑事政策上發展出各種不同的處遇、保護制度，期望能以刑罰或類刑罰的處遇手段，改善犯罪人或偏差行為者，藉以穩定社會秩序。

在各式新型刑事處遇制度中，近期最值得關注的發展莫過於電子監控制度（electronic monitoring; electronic surveillance; elektronische Überwachung）。有別於傳統的監禁或拘留制度，將受監控者收容在固定監所設施內，嚴格監控其人身活動範圍，新型的電子監控制度利用電子設備進行遠距離控制，受監控者的人身不必拘禁在特定監所，他可以在家中或指定處所留置或工作，監控機關透過電子

設備，即可確認受監控者是否在預先指定的時間、地點出現，從而使得刑事處遇制度變得更有彈性¹。

電子監控制度問世以後，大幅影響了刑事司法處遇的實務動向。由於電子監控制度可以有效管束受監控者的行動自由，學理與實務界出現倡議將短期自由刑轉為「居家監禁」(Home detention; Hausarrest)的呼聲；此外，對於緩刑、假釋或緩起訴被告等同時受到保護管束之人，若能同時併用電子監控制度，一方面能夠更加強化觀護人對於其日常生活的了解，另一方面，也能夠強化監控其日常作息，防止再犯罪的機率²。

採用電子監控制度掌控受監控者，雖然是一套更有效的方式，也提高刑事司法的效能，但從法制面來看，應該如何設計、規劃，毋寧是極為嚴肅的課題，任意使用電子監控制度，將受監控者的人身無所不包地加以管制，不啻是對受監控者基本權利的戕害，也會面臨違反憲法基本權利保障的質疑，因此在法制設計上，必須格外謹慎。

我國現行法制已經採用電子監控技術，不過現階段只有性侵害犯罪防治法中有相關規定，依該法第 20 條，經觀護人報請檢察官同意後，可以對性侵害犯罪的加害人實施電子監控措施，我國現階段法制僅限於該法所規範的加害人，尚未擴張至性侵害犯罪以外的案例。未來立法上，是否應該擴張電子監控措施的適用範圍？是否應該採用由法官或專業評量團體介入決定的機制？是否應該改善電子監控的具體作法？這些具體的問題仍然值得深入探討。

本文寫作目的，即是對電子監控制度法制面，提供反省機會。值得注意的是，我國現有討論此一制度的學術文獻，大多參考電子監控最為發達的美國法制，並詳盡介紹其法制沿革與實務現況³，但事實上，在大西洋另一岸，同時也是我國刑事法制參考對象的德國，也接受了電子監控的新制度，從而發展出相當程度的法制，雖然近現代以來在刑事政策與處遇機制上，德國法往往承襲美國法制度，但考量到刑事法制體例上的近似性，以及繼受美國法而須轉換為內國法制的特點，德國法制自有其值得參考之處，本文將試圖從德國法檢討我國法制，文章的討論順序，將先對電子監控制度與我國法現況作一個簡要概述，接著轉而詳論德國法制的沿革與現況，筆者將比較我國法與德國法的差異，分析德國法的優、缺點，最後則對我國立法提出若干修正建議。

¹ 許福生，科技設備監控在性侵害犯之運用，月旦法學雜誌，166 期，2009 年 3 月，頁 93-94。

² 有關傳統的監控方式，可參見柯鴻章、許華孚，電子監控的刑事政策比較，刑事法雜誌，54 卷 4 期，2010 年 8 月，頁 102-105。

³ 例如林順昌，破除「電子監控」之迷思—論回歸實益性之犯罪者處遇政策，亞洲家庭暴力與性侵害期刊，5 卷 2 期，2009 年 12 月，頁 240-249。

貳、電子監控制度簡介

一、沿革

首先簡單說明電子監控制度的沿革歷史，在西元 1960 年前後，美國哈佛大學心理學家 Ralph Schwitzgebel 認為，若可採用與電話連線的電子追蹤系統來監視受刑人，可以結省許多監控成本，也能夠更有效管理受刑人的日常生活。Schwitzgebel 乃發展出一套控制機器裝置，也申請了專利，同時也試用於一些自願參與實驗的假釋犯。不過 Schwitzgebel 發展的第一代機器過大，實務上有其限制，後來並未繼續運作下去⁴。

後來至 1977 年，美國新墨西哥州 Albuquerque 地區的法官 Jack Love 讀到蜘蛛人漫畫中的故事，認為如果能夠將蜘蛛人故事中反派角色 Jackal 博士發展出來的追蹤器，運用至犯罪監控場域，則可能產生有效的居家監控效果。Jack Love 法官旋即將漫畫與其想法寄給新墨西哥州的矯正部門，並向一位友人 Michael Goss 尋求協助，其友人 Goss 就依照 Jack Love 法官的構想，設計出最初代的電子監控設備 GOSSlink⁵。GOSSlink 的功能並不如現今使用的電子監控設備，其僅能控制在特定區域人的受監視者，亦即，受監視者被要求配戴特別的機械監控裝置，而該裝置會發射訊號至主管機關處的主機，只要受監視者離開特定範圍，或是企圖移此配戴在身上的裝置，訊號就會馬上發送給主管機關⁶。

Jack Love 法官成功的嘗試，不久之後即廣受注意，80 年代美國的監獄也正好出現收容員額不足、環境極度擁擠的困擾，電子監控機制的出現，無疑為美國監獄問題提供了一個有效的解決對案。自 1984 年佛羅里達州 Palm Beach 開始使用，到了 1988 年時，美國 50 州中已經有 39 州使用電子監控系統，1993 年時，50 州均已採用此一系統來管理、控制有監管需求的非機構處遇犯罪人⁷，而美國各州的矯正機構開始廣泛使用電子監控設備，不論作為自由刑替代方法的「居家監禁」、作為羈押被告的居家管控措施、作為假釋或緩刑者保護觀察作用的替代方案等等⁸，此後受電子監控者日益增加，例如 1985 年時，全美有 17 個人受到電子監控，但到了 2002 年，全美採用類似制度者，已經達到 9706 人⁹。

發源自美國的電子監控新興技術也渡過大西洋，開始在歐洲諸國發展起來。1988 年，英國內政部長 John Patten 參訪美國此項技術後，在泰晤士報撰文認為：懲罰被告不必讓他在監所內服刑，縱然在監所外，只要能夠控制被告的生活紀

⁴ 汪南均，法務通訊，第 2398 期，2008 年 7 月，第 5 版。

⁵ 汪南均，前揭註 4，第 4 版。

⁶ 汪南均，前揭註 4，第 5 版。

⁷ 汪南均，法務通訊，第 2400 期，2008 年 7 月，第 3 版。

⁸ 柯鴻章、許華孚，前揭註 2，頁 112-113。

⁹ 汪南均，前揭註 7，第 4 版。

律，同樣可以達到相同的效果，Patten 氏同時認為，初期適用應限制在交保被告、社區處遇的受判決人、假釋犯。1989 年英國正式在實務上執行電子監控制度，1999 年時，甚至將此一制度適用到自由刑刑期末端的受刑人¹⁰。

二、我國現行規範與實務運作

相對於歐美諸國很早就引入電子監控機制，我國顯然時程上較為落後，一直到 2005 年修正性侵害犯罪防治法後，在條文中增加「科技監控」的規定後，才算正式引入電子監控制度，不過，因為法條規範的對象僅限於「性侵害犯罪」的加害人，相對於歐美各國，我國現行法適用的範圍顯然較為限縮¹¹。

依據性侵害犯罪防制條例第 20 條第 3 項的規定，對於「假釋」或「緩刑」的性侵害犯罪加害人，倘若符合下列兩個條件之一：(1)加害人無一定之居住處所，或其居住處所不利保護管束之執行，觀護人因而報請檢察官或軍事檢察官，指定該加害人居住於特定處所；或是(2)加害人有於夜間犯罪之習性，或有事實足認有再犯之虞，經觀護人報告檢察官或軍事檢察官實施宵禁。又經觀護人評估，認為有施以科技監控的必要，可以報請檢察官或軍事檢察官，對該加害人施以科技監控。我們可以用以下數點整理我國法制現況：

1. **實施對象**：性侵害犯罪而受緩刑或假釋的加害人，亦即不受監所拘禁的性侵害犯罪加害人。
2. **實施條件（下列四種情況中任何一種）**：(a)該加害人無一定住居所；(b)加害人住居所不利於執行保護管束；(c)加害人有夜間犯罪習性；(d)有事實足認加害人有再犯之虞。
3. **實施程序**：由觀護人進行評估，針對(a)、(b)兩類型，觀護人認為有強制加害人居住於特定處所的必要性；針對(c)、(d)兩類型，觀護人認為應實施宵禁時，得由觀護人報請檢察官，實施科技監控，原則上完全由檢察官作最後的決定，而受監控者沒有同意與否的權利。

此外，我國目前另有法務部依據上述條文規定，以法規命令方式頒布「性侵害犯罪付保護管束加害人科技設備監控實施辦法」，以之作為電子監控的執行依據，依據該辦法第 3 條的規定：「本辦法所稱科技設備監控，係指運用工具或設備系統輔助查證受監控人於監控時間內進出監控處所之情形，並藉由訊號之傳送，通報地方法院檢察署、地方軍事法院檢察署」，換言之，從技術面來看，目前許可在受監察人（只限於性侵害犯罪的加害人）身上安裝特定設備（即俗稱之電子腳鐐），該設備會傳輸訊號至監控單位，讓監控單位能夠隨時掌握受監控者的人身位置。

¹⁰ 以上參考汪南均，前揭註 7，第 5 版。

¹¹ 至於所謂性侵害犯罪的加害人，可參考性侵害犯罪防治法第 2 條規定：「性侵害犯罪，係指觸犯刑法第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法之罪。本法所稱加害人，係指觸犯前項各罪經判決有罪確定之人。」

不過，雖然在 2005 年就已經通過相關規定，當時並無適足的經費與設備執行電子監控，因此從 2005 年 9 月開始，法務部先行採用「性侵害假釋犯影像電話監控」系統，在受監控者家中安裝影像電話，同時將線路連結至地檢署法警室的中央電腦系統，法警即可監看受監控現時情況。可傳送的內容包括聲音與即時影像，並要求假釋犯必須在特定時間於指定處所，主動以聲音與影像方式，向地檢署回報其人身現況¹²，我國最早採用的「電子監控」，只是一種利用科技設備的回報機制而已。

不過，自 2006 年 11 月開始，法務部更新系統，放棄原來使用的影像電話傳輸方式，改用無線射頻辨識技術系統（Radio Frequency Identification System; RFID），受監控者身上必須配戴訊號發收器（可配戴於手腕或腳踝），而其住處另安裝訊號接收器，法務部與各地方檢察署則配置監控平台電腦，只要受監控者離開其住處的訊號接收器約 30 公尺，該接收器就會發出異常訊號，檢察署的平台電腦中也會立即顯示該訊息¹³。

2006 年開始啟用的 RFID 機制是一種定點監控系統，只能確認「受監控者是否離開定點」，但無法完全掌握受監控者的人身位置，目前法務部已經研議於 2012 年年底，採用更先進的 GPS 二十四小時追蹤定位系統¹⁴，此一技術可以達到全天候掌控受監控者的行蹤，自能產生更高的監控效果。

相對於傳統的監所內拘禁，電子監控技術特點在於，受監控者不必在特定的監所內受到人身拘束，而可以較自由地在自己住家或指定場所中活動，但必須在身上攜帶特定的監控設備，刑事司法機關對其人身仍有相當程度的控制、掌握能力，而改採 RFID 系統以後，受監控者的行蹤幾乎無所通行，即便有若干監控失效的個案¹⁵，但整體而言，電子監控系統使得刑罰執行上，有了更多的選擇性，我國立法與實務的態度，仍傾向擴大電子監控機制的適用範圍，只不過在擴張的過程中，仍須有更嚴謹的配套措施。

三、小結

以上簡單介紹了我國電子監控制度的發展歷程，以下說明德國現行作法的檢討，希望能透過德國法的介紹，讓我國在制度選擇上能夠更加完善。

¹² 汪南均，同註 7，第 5 版。

¹³ 汪南均，同註 7，第 5 版。

¹⁴ 參考蘋果日報 2012 年 3 月 18 日新聞：

<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20120318/114838/> (2012 年 5 月 11 日造訪)。

¹⁵ 例如若干有再犯之虞的性侵害犯罪假釋者，只有晚上受到宵禁與電子監控，白天仍不受監控系統控制，2009 年間，就有丁姓假釋性侵害犯利用白天不受監控時間再犯性侵害犯罪。這種白天監控的空窗期，就在當時引起對電子監控系統的質疑，後來甚至被監察院糾正，糾正文參見 http://www.cy.gov.tw/AP_HOME/Op_Upload/eDoc/%E7%B3%BE%E6%AD%A3%E6%A1%88/9/099000273%E4%B8%81%E5%A4%A7%E5%80%AB%E6%A1%88%E7%B3%BE%E6%AD%A3%E6%A1%88%E6%96%87.pdf (2011 年 5 月 6 日造訪)。

參、德國法制析述

一、德國電子監控制度的開展—黑森邦（Hessen）的實驗計劃

1. 概說

如前文所述，美國在 1980 年代已經大規模地引入電子監控制度，相對而言，德國發展類似制度的時間，遠比美國與其他歐陸國家更晚，一直到 1990 年代，學說與實務上仍然有反對的聲音¹⁶，這些質疑包括從刑事政策層面、法律人權保障層面，而正如一般的印象，德國刑事司法一向對採用過度先進的技術，抱持極其謹慎的態度¹⁷，學說甚至認為，類似制度可能使得德國刑事司法成為監控社會（Kontrollgesellschaft）¹⁸，不過，正如美國刑事司法所面對的問題，德國也面臨監獄容額不足，以及短期自由刑本身產生許多流弊，因此也開始考慮採用電子監控手段解決問題¹⁹。

到了 1997 年間，德國終於開始有許多支持採用電子監控制度的呼聲出現，考量日益增加的實務需求，1999 年 7 月 9 日，德國聯邦參議院（Bundesrat）終於通過修正刑事執行法草案，並送交聯邦眾議院（Bundestag），該草案正式在刑事執行法中增訂，在特定條件下可以在刑事執行時可以採用電子監控的方式，特別是針對不超過六個月刑期的短期受刑人，可以考慮改採電子監控而讓其居家服刑，不過這種措施的採用，必須以得到受刑人同意為前提，其生活成本與健康照護的工作，就必須自己負責，國家不再擔負這部分的成本²⁰。可惜的是，草案最終未能在聯邦眾議院獲得多數支持，德國法制化腳步被迫暫時停止²¹。

即使立法授權出現困局，但在 2000 年 5 月，德國中部黑森邦（Hessen）仍開始試辦二年期的電子監控制度²²，即便沒有明確立法依據，但透過「擴張解釋」刑事處遇相關法規，某程度尚可解決問題。同年 5 月 20 日，也初步決定試辦的

¹⁶ Weigend, Sanktionen ohne Freiheitsentzug, GA 1992, S. 345.

¹⁷ Albrecht/Arnold/Schädler, Der hessische Modellversuch zur Anwendung der „elektronischen Fußfessel“. Darstellung und Evaluation eines Experiments, ZRP 2000, S. 466.

¹⁸ Katsja Wittstamm, Elektronischer Hausarrest?, Zur Anwendbarkeit eines amerikanischen Sanktionsmodells in Deutschland, 1999, S. 101; Dahs, Im Banne der elektronischen Fußfessel, NJW 1999, S. 3470.

¹⁹ 有關德國學理上電子監控合憲性的討論，vgl. Wittstamm (Fn. 18), S. 102 ff.

²⁰ Dahs, NJW 1999, S. 3470.

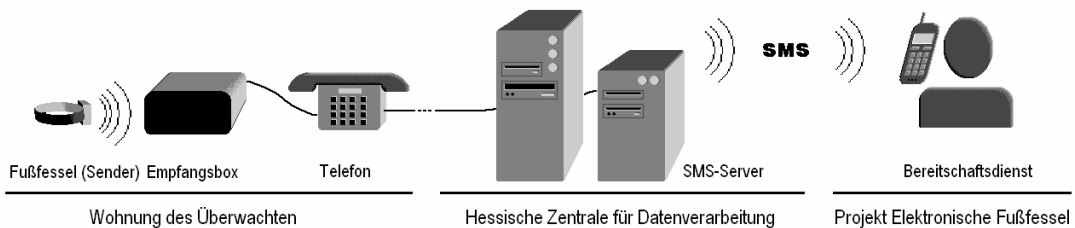
²¹ Laubenthal, Strafvollzug, 6. Aufl., 2011, § 6; Fünfsinn, Die elektronische Fußfessel in Hessen, in: Ulrich Eisenberg-FS, 2009, S. 692.

²² Markus Mayer, Modellprojekt Elektronische Fußfessel. Wissenschaftliche Befunde zur Modellphase des hessischen Projekts, <http://www.markus-mayer-info.de/Forschungaktuell23.pdf> (2011 年 5 月 6 日造訪)。此一書面文件為網路資料，但該文作者 Markus Mayer 博士曾於德國佛萊堡馬克斯普朗克國際刑法研究所任職，任職期間主要負責德國電子監控法制的評估與分析，該文即其針對黑森邦電子監控計劃提出的研究報告，筆者引用的頁數為網路資料的頁碼。

受監控者範圍，原則上包括下列五種刑事處遇對象²³：

1. 依德國刑法第 56 條規定緩刑 (Strafaussetzung zur Bewahrung)，而同法第 56c 條又規定，法院得命令受判決人在緩刑期間 (Bewahrungszeit)，遵守一定指令 (Weisungen)，這些指令包括人身所有處所、工作與特定作息時間的方法，而電子監控措施可以作為貫徹上述指令的實施方式；
2. 若受判決人曾依刑法第 56 條規定獲得緩刑處分，但嗣後違反緩刑期間的負擔 (Auflage) 與指令²⁴，法院得依德國刑法第 56f 條規定，暫時不撤銷緩刑，而要求受判決人接受進一步的法院指令，這些指令即可包括電子監控；
3. 依德國刑法第 57 條規定，若受判決人已經在監所，已達執行刑的三分之二以上，法院得予假釋 (Aussetzung des Strafrests)，但可依德國刑法第 57 條第 3 項準用第 56c 條的規定，課予假釋人一定指令，該指令可以是電子監控措施；
4. 依德國刑法第 68 條規定，被施以行為監督 (Führungsaufsicht) 的保安處分 (Maßregel der Besserung und Sicherung) 命令者²⁵，在其行為監督期間亦得令以電子監控；
5. 依刑事訴訟法第 116 條規定，若可施以電子監控即能控制其人身動向，從而可不施以偵查中羈押 (Untersuchungshaft) 時，亦得採用電子監控制度²⁶。

Hessen 邦於 2000 年確定試辦電子監控機制，一開始總共有 104 個個案參與電子監控的試辦，當時採用的技術與我國第二期極為類似，都在受監控者身上安裝特定訊號發送器，透過網路將該受監控者的訊號發送至中央電腦，一旦受監控者離開其住處時，電腦就會發送警示訊號，該訊號會連結到執行機關的中央主機，主機再立即發送手機簡訊給執行負責人，接著就可以立即採取必要措施。其流程圖大致如下²⁷：



²³ Vgl. Fünfsinn, in: Eisenberg-FS, S. 693.

²⁴ 德國刑法關於受判決人在緩刑期間的義務，包括第 56b 條規定的法定負擔（要求受判決人必須填補損害 Wiedergutmachung、向公益機關或國庫支付金錢、其他有利於公益措施），第 56c 條以及防止受判決人再犯的各项指令。相關問題，vgl. Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., 2009, S. 108 ff.

²⁵ 在德國刑法的定位中，行為監督是一種不涉及自由侵害的保安處分，其主要目的同時有防止被告再犯同時，以及給予必要生活扶助以適應社會的雙重目的，實際執行則是由觀護人 (Bewahrungshelfer) 負責，觀護人在行為監督處分執行中，必須與受執行者建立良好的溝通管道，並實地了解其生活狀況；而為了有效防止受處分者再犯，可由法院依德國刑法第 68b 條，要求受處分者遵守特定指令 (Weisungen)。有關行為監督制度，vgl. Maier (Fn. 24), S. 255 ff.

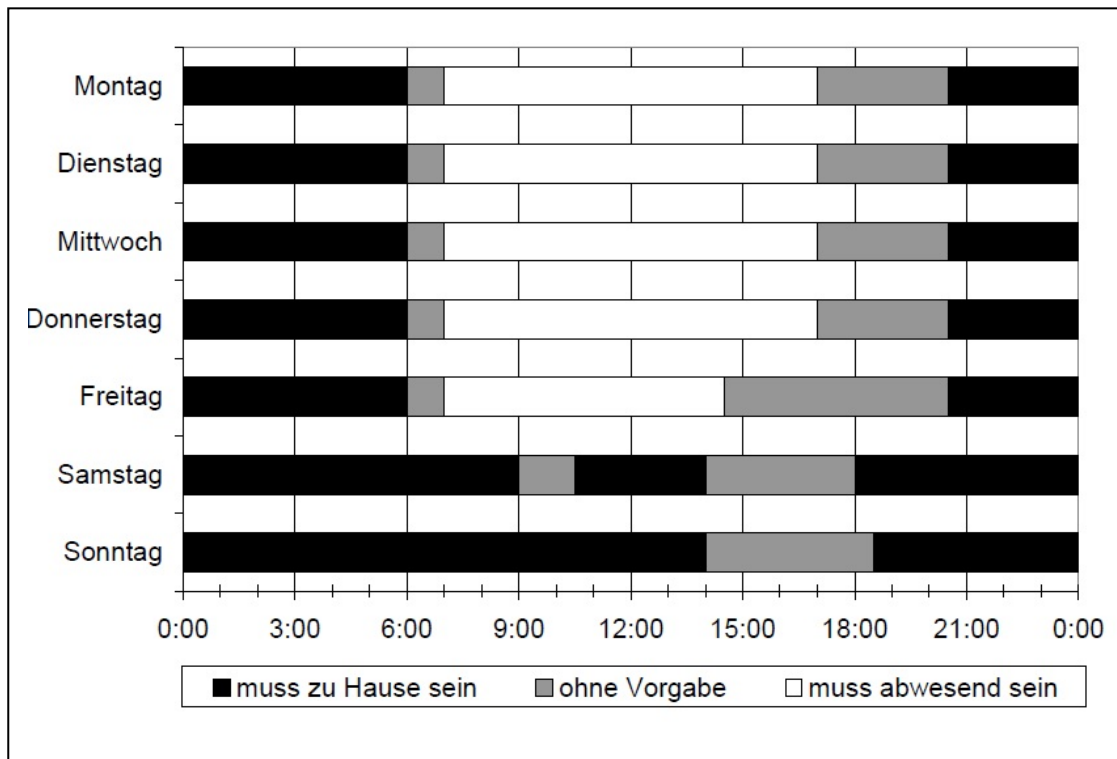
²⁶ Mayer (Fn. 22), S. 1 f.

²⁷ Mayer (Fn. 22), S. 2. 本圖取材自該篇論文頁 2。

2. 兩類監控對象

在黑森邦的實驗計劃中，至少可以把受監控者分為兩個大類：第一類是與再社會化無關的偵查中羈押之人，這一類受監控者尚未得到有罪的確定判決，原則上沒有再社會化的需求，因此計劃中未對這類受監控者有任何日常生活計劃菜單，受監控者是否要外出工作，如何與社會生活接軌，只能尊重個人意願²⁸。

相對於此，另一類的受監控者則已有確定的有罪判決，受監控者只因法律的特別規定，不用入獄服刑，或提早離開監禁設施，此時電子監控制度可發揮兩種不同的作用，一方面可以運用電子監控的效能，強化行為控制以預防再犯，另一方面則希望讓犯罪人有重新回歸社會的機會，因此監控的執行過程中，除了設法強化受監控者的行動管制效果，計劃中也建立一套搭配電子監控的回歸社會機制，並非一整天都要求受監控者待在家中，理想上，每個受監控者都有自己的日常生活作習菜單，依據平日（週一至週五）與假日（週六與週日）的區別，每天的工作／休息時間都不一樣。下面就以兩個不同的圖表來顯示黑森計劃中，受監控者的日常生活作習情況²⁹：



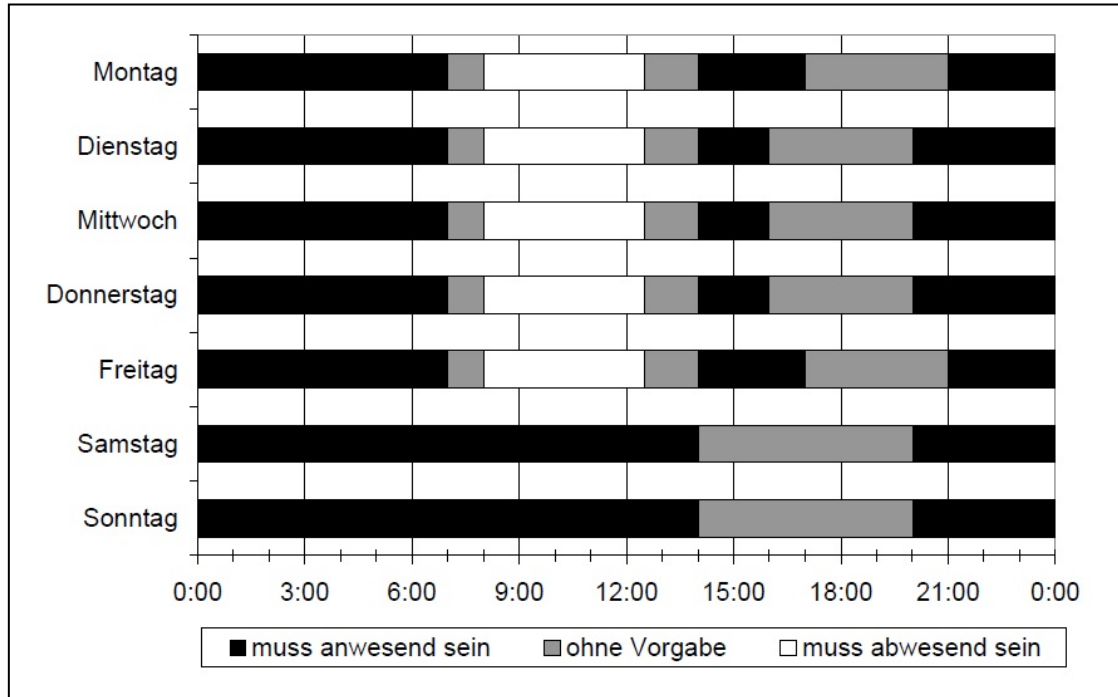
上圖中的白色部分，指的是該受監控者必須外出工作的時間，而黑色部分指

²⁸ Vgl. Fünfsinn, in: Eisenberg-FS, S. 695 f.

²⁹ 以下兩個日常生活作息表，摘自 Mayer (Fn. 22), S. 10, 11

的是必須在家受監控，而灰色是給予受監控者彈性運用而無特別計劃的時間。

相對於此，若受監控者無法參與一般工作，此時通常會由矯正機關安排白天的公益活動給矯正者，其生活計劃與一般性工作之人，自然有一些差異存在：



3. 對黑森邦實驗計劃的反省

黑森邦的計劃實施兩年之後，學者對之也提出評估的結果，與一開始預期近似，受監控者離開監所之後，能夠有較多與外界連絡的機會，因為受監控者的生活都有妥善安排，這些重新與社會接軌的受監控者，基本適應無太大問題³⁰。對司法機關而言，一方面減輕監所收容負擔，另一方面也讓司法機關在處遇選擇上，有更多彈性空間³¹。適用電子監控的情況當然與日俱增，從下列的統計表中，尤其可以注意到這種現象³²：

年度	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
監控 日程	997	4865	4182	6002	8431	9424	14603	17296

³⁰ Mayer (Fn. 22), S. 18 f.

³¹ Mayer (Fn. 22), S. 20.

³² 本表參考 Fünfsinn, Eisenberg-FS, S. 694.

上表的監控時間，表示黑森邦實驗中，所有參與的被監控者身上配戴發信器的總計時間愈來愈長，從第一個完整年度2001年全年只有4865日實施電子監控，到了2007年已經是一開始的四倍日程，這顯示了電子監控確實有一定的效果。

然而，由於個別矯正機構人員必須負責督導受監控者日常生活舉止，實際情況大致分為兩類：其中一部分受監控者遵守指令要求內容，另一部分則時常違規，這些人之所以違規，往往肇因日常生活計劃只是一體性的作業，不符合個別需求³³。

此外，在以自由刑轉向處分作為對象的電子監控案例中，實驗最希望達到的效果正是「電子監控有助於個別受監控者的再社會化」，在監控過程中，受監控者確實參與了社會生活，也有正常工作，不過，一旦監控過程結束，這些受監控者往往又回復到原來與犯罪有關係的生活習慣，這不禁使得學者質疑電子監控的再社會化成效³⁴。

由於監控系統是由電腦運作，有時不免監控系統會出現故障情事，造成虛驚，長遠來看，似乎應該發展更適合的系統才能配合計劃成果³⁵。再者，受監控者在家中拘禁，他們會與家庭成員發生互動，監控的存在也對家庭成員間的關係發生影響，不過尚未發生過大的衝突，甚至可以認為，雖然有一些負面的心理效應，但日常生活並未因為電子監控系統的存在，而發生問題³⁶。

值得特別注意的，反而是作為羈押替代手段且尚未起訴的被告類，在實驗完成之後，有四位被告涉嫌的刑事案件還沒有起訴，這使得被告不僅受到監控的負擔外，還另外面臨等待刑事起訴的困擾，而因面臨尚未確定的刑事案件，他們也無法落實社會復歸³⁷，但這一點其實不只關係到電子監控制度，而是整體刑事司法的問題³⁸；另外，羈押替代手段類型還面臨一個困擾，就是原應羈押而改採電子居家監控之人，倘若嗣後被判有期徒刑，則居家監控日數能不能折算有期徒刑，在實施時因為欠缺，德國法上當然無任何明文規定，因此實務上採取不得折算的見解，但學者則指出，此點未來應有明確立法規範³⁹。

考量上述諸項優缺點後，這項實驗性計劃得到了基本上正面的迴響，論者也認為，可以擴大實施，但仍有若干可修正之處⁴⁰：

- 1、更個別化取向的日常生活計劃，考慮個別受監控者需求，由矯正機關依其需要而制定受到監管與不受監管的作息時間。
- 2、法院應更積極地介入受監控者的照料，並審查處遇內容。
- 3、更新電子監控設備，提升監控效能。

³³ Mayer (Fn. 22), S. 21.

³⁴ Fünfsinn, in: Eisenberg-FS, S. 699.

³⁵ Mayer (Fn. 22), S. 23.

³⁶ Mayer (Fn. 22), S. 25.

³⁷ Fünfsinn, in: Eisenberg-FS, S. 696.

³⁸ Mayer (Fn. 22), S. 24.

³⁹ Fünfsinn, in: Eisenberg-FS, S. 697.

⁴⁰ Mayer (Fn. 22), S. 25.

二、巴登·符騰堡邦 (Baden-Württemberg) 的立法與擴大適用

1. 概說

黑森邦實驗性的計劃相當成功，德國各邦隨之跟進，而從法制面來看，礙於欠缺明文，這些技術都只是法官在個案中，對於特定受刑事執行者的指令而已，而德國學圈對於這種新科技往往抱持懷疑，擔憂「人性尊嚴」，也因此所有參與電子監控者都必須事前同意。

然而，電子監控縮減了監獄成本，也有若干程度的再社會化效果，因此德國法制上開始擴張電子監控制度的適用範圍，即便前述幾種監控類型仍然沒有明確、具體立法。自 2006 年以後，德國法制關心重點，已經轉向到如何利用電子監控制度替代自由刑，這種機制已經涉及自由刑執行過程中，執行機關能否以及如何以電子監控措施搭配設施外處遇，從而讓收容人脫離監禁設施，這是種「自由刑執行的替代」(Ersatz des Vollzug der Freiheitsstrafe)，這與 2006 年以前，由法官以指令或負擔方式，要求緩刑、假釋、保安處分及原應羈押者同時適用電子監控方法，在本質上完全不同。

幸運的是，隨著 2006 年德國聯邦與邦權限的改革，法制化也出現轉機。在此必須簡單先說明 2006 年的聯邦／邦權限改革問題，早自 2003 年開始，德國就已經展開新的聯邦 (Bund) 與各邦 (Länder) 間的權限改革⁴¹，2006 年 8 月通過的聯邦改革法 (Föderalismusreformgesetz) 規定，執行刑罰與羈押的權限從聯邦移轉到各邦，各邦因此而取得獨立立法規範刑事執行的權限⁴²。緊接著權限移轉，接下來幾年，各邦均致力邦層次的刑事執行立法活動，2008 年前後，各邦都公布適用於該邦境內的刑事執行法⁴³。

最重要的發展是 2009 年，西南德的巴登·符騰堡邦 (Baden-Württemberg) 在邦法中增訂明文，開啟電子監控制度法制化先聲。依巴登·符騰堡邦的司法部 (Justizministerium) 意見，電子監控制度能夠有效地促進再社會化，該邦司法部也同時指出此一制度的優點：可易科罰金的自由刑，若受判決人無法支付時，往往必須將該受判決人拘禁在監所中，而監所拘禁的每日成本約為 87 歐元，邦的司法系統非但沒拿到錢，還必須額外負擔一筆成本，造成資源的浪費。若能採用電子監控，則邦政府每天只需要支出 27 歐元的監控成本，比例上約為三分之一的成本⁴⁴。

2009 年 7 月 30 日，巴登·符騰堡邦通過「自由刑執行之電子監控法」(Gesetz über elektronische Aufsicht im Vollzug der Freiheitsstrafe；以下簡稱電子監控法)，該邦電子監控法自 2010 年 1 月 1 日生效，其效期為 4 年，法條效力附有落日條款，實因考量法官以指令方式實施電子監控制度已經試辦多年，但以電子監控替

⁴¹ Laubenthal (Fn. 21), Rn. 131.

⁴² Laubenthal (Fn. 21), Rn. 132.

⁴³ Laubenthal (Fn. 21), Rn. 133 ff.

⁴⁴ 以下參考巴登·符騰堡邦司法部於 2010 年 10 月 1 日發布的訊息，網址：
<http://www.justiz.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1259833/index.html>
(2011 年 5 月 6 日造訪)

代自由刑的作法，仍然是非常前瞻且具有嘗試性的邦層級立法，是否未來應將電子監控完全納入成文法體系，對德國而言茲事體大，所以還是必須謹慎處理。

2. 適用條件

電子監控法第 1 條第 1 項就明揭整部立法的旨趣，亦即法條是用來處理巴登·符騰堡邦的電子監控（elektronische Aufsicht）制度⁴⁵，而第 1 條第 2 項也附加了一個準用可能性的規定，只要不違反巴登·符騰堡邦的刑事執行法規定，就可以準用本法。電子監控法接著將該法採用電子監控的對象，分為兩個主要區塊，包括「居家監禁併用電子監控」（Hausarrest mit elektronischer Aufsicht）以及「開放式處遇併用電子監控」（elektronische Aufsicht ohne Hausarrest）兩種，以下分別說明之。

(1) 居家監禁併用電子監控

電子監控法第 2 條第 1 項明確使用「居家監禁」（Hausarrest）的文字，以作為電子監控措施的主要實施對象。居家監禁指的是對於受監控者所為指令，要求其在刑事執行期間必須停留在特定的居所中，並且在特定時間不得離開居所⁴⁶，其實施對象，包括原應服自由刑，但轉為其他居家監禁替代處分之人，居家監禁時必須於特定時間、地點待在指定處所，為了管控其居家時的人身位置，當然要一併施用電子監控，因此電子監控法第 2 條第 1 項將居家監禁定義為：命令收容人，於其刑事執行期間留滯於特定處所，且於特定時間不得離開。

至於可以施行此種處分的對象，依據電子監控法第 2 條第 2 條的規定，包括「自由刑易服居家監禁之執行（im Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe）」，以及「釋放前的準備階段（zur Vorbereitung der Entlassung）」。前者母法規定是德國刑法第 43 條，當被告已經得到科處罰金的終局判決，若被告未繳納罰金，依德國刑法第 43 條，以罰金一日額度換算一日的自由刑⁴⁷，該被告必須易服自由刑，巴登·符騰堡的刑事執行機關則可再依電子監控法，再把這一類的被告轉服附電子監控措施的居家監禁，讓被告不必進入監所服刑。

後者的基本授權是德國聯邦刑事執行法（Strafvollzugsgesetz）第 15 條，當監所認為收容人已無逃亡理由，而依處遇成效，可預期收容人將於特定日期進入假釋程序，此時執行機關應先告知收容人，並得進入釋放前準備程序，該程序中，可以採用非監禁式處遇，收容人享有離監的特別假期⁴⁸。在聯邦刑事執行法的基礎上，巴登·符騰堡邦的刑事司法執行法（JVollzGB; Justizvollzugsgesetzbuch）第三編（Drittes Buch）第 87 條至第 91 條則另外規定該邦的準備階段執行方式，

⁴⁵ “Dieses Gesetz regelt die elektronische Aufsicht im Vollzug der Freiheitsstrafe in Baden-Württemberg.“

⁴⁶ “Hausarrest im Sinne dieses Gesetzes ist die Anweisung an den Gefangenen, sich während des laufenden Strafvollzuges in einer bestimmten Wohnung aufzuhalten und sie zu bestimmten Zeiten nicht zu verlassen.“

⁴⁷ Dazu vgl. Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, § 43 Rn. 1.

⁴⁸ Arloth, StVollzG, 3 Aufl., 2011, § 15 Rn. 1; Laubenthal (Fn. 21), Rn. 667.

該法第 89 條即明文規定，此時可對收容人採用開放式處遇（vollzugsöffnende Maßnahme）、移置到為準備階段而設置的開放式機構、提前釋放一週或移置到社會治療機構等措施⁴⁹，此時為了知悉不在監所內的原收容人人身位置，巴登·符騰堡邦的電子監控法規定，可以另行採用附電子監控措施的居家監禁，以貫徹釋放前準備階段的立法目的。

此針對釋放前的準備階段類型，在第 2 條第 3 項另有特別規定，倘若釋放前的準備階段中，已經容許原收容人可以暫時離開監所達六個月以下時間，而且其中有連續不中斷的四週不在監所內時，必須另外得到檢察官的許可。

(2) 開放式處遇併用電子監控

相對於兩類「居家監禁附帶電子監控」，巴登·符騰堡邦在另一種居住於監所內，但白天可以到監所外作業的開放式處遇（vollzugsöffnende Maßnahmen）中，亦規定收容人離開監所時，可對之實施電子監控。

所謂開放式處遇規定在該邦刑事執行法第 3 編第 9 條，經評估而認定收容人人格適宜，且無逃亡之虞時，可以對收容人實施開放式處遇，其實質內容有三種：(1) 在監所外實施規律作業，作業時可附加監控措施或不予附加；(2) 在特定時間離開監所，離開時可附加監控措施、或不附加，或有特定人陪同；(3) 一個執行年內可以有 21 天離開監所⁵⁰。

而依該邦刑事執行法第 3 編第 11 條第 1 項規定，執行機關可以對實施開放處遇者要求特定行為指令，電子監控自得作為指令之一，電子監控法只是強化這部分的規定而已；不過值得注意的是，在電子監控法中特別強調：「尤其是離開監所達六個月」（insbesondere Freigang bis zu sechs Monaten）應適用之，似乎立法者暗示此時應儘量施用電子監控措施。

3. 電子監控的實施詳情

接著說明該邦電子監控法的運作。該邦立法者雖然不要求受監控者必須待在家中，但至少必須在指定時間人身位於指定處所內，具體作法則規範於電子監視法第 3 條以下，依第 3 條第 1 項規定，應考量受監控者個人的逃亡與再犯可能性決定是否實施電子監控，同時也要注意比例原則。同條第 2 項則規定，電子監控以科技監控方法確保受監控者在特定期間位於或外於自宅，例商居家監禁達到三分之一時間，而受監控者非常配合執行，同時也無逃亡之虞，此時可以再改以定時回報或其他確保人身處所的指令取代電子監控⁵¹。

而要進行居家監禁與電子監控之前，必須先取得受監控者同意（Einverständnis），該受監控者必須配戴發送器在身上，相關人員從而能夠掌握其行蹤，他也必須有自宅或相類居所，並可以在該住處安裝連線設備，上述處置也必須得到所有受監控者同居之人的同意；此外，監控者必須已有工作或實習的

⁴⁹ § 8 Drittes Buch JVollzG B-W.

⁵⁰ § 9 Drittes Buch JVollzG B-W.

⁵¹ § 3 III EAStVollzG B-W.

類似作業活動，其身體狀況與技能也必須足以勝任工作⁵²。

至於決定的程序（Bewilligungsverfahren），則必須轉用居家監禁 14 天以前，將書面審查意見（Gesuch）提交給刑事執行機關，刑事審查機關必須針對條文規定的前提是否符合進行審查，同時與受監控者共同擬定執行計劃（Vollzugsprogramm），執行計劃必須對工作、實習、休息時間、運動、參與個人或團體治療活動、教育或學習計劃等事項有明確的方向，另外，受監控者必須同意不出入不良場所、定期醫療、放棄酗酒、吸毒或有害物質，最後則是由刑事執行機關負責人（亦即我國的典獄長）作最後准駁的裁決⁵³。

執行計劃在實際進行時，必須有執行機關的工作人員協助，負責處理相關問題，倘若受監控者認為有必要改變監控方式或處所時，必須即時告知該工作人員，工作人員也必須再向執行機構負責人回報，最後由負責人准駁⁵⁴。

在執行計劃中，受監控者必須實施作業（Beschäftigung），作業可以是一般工作、實習或照顧小孩，原則上可以離開監控處所，每週作業時間至少是 20 小時，除了作業時間之外，計劃中另有所謂自由時間（Freizeit），原則上週間的自由時間，受監控者必須待在家中，不得外出，但週末則可以在一定時間範圍內有外出自由時間（Freizeit außerhalb der Wohnung），至於外出自由時間則視下列情況認定：(1) 監控的第 1 週至第 4 週，星期六、日各有 5 小時外出自由時間；(2) 監控的第 5 週至第 8 週，星期六、日均延長至 8 小時；(3) 第 9 週以後，星期五下午 5 點以後至星期一早上 8 點以前，都是許可自由外出的時間。此外，倘若受監控者必須在週末工作，則外出自由時間可以調整到週間⁵⁵。

倘若受監控者違反規定，可以予以警告（Verwahrung）、縮短或取消外出自由時間、改變外出自由時間的計算方式，不過若有必要，刑事執行機關負責人可以中止居家監禁，此時必須立即將受監控者移回監所。還有一種情況是受監控者自願放棄續行居家監禁，此時也必須立即移回監所⁵⁶。

上述規定主要適用在第一類改服居家監禁的受電子監控者（易服自由刑／釋放前的準備階段），但若受監控者是第二類的純粹電子監控，因為此時的重點是該人於監所外作業時的人身保全，因此不會有所謂的自由時間問題。

最後，電子監控法中一併規範了刑事執行機關在監控過程中取得被監控者資料的問題。受監控者佩戴發信器，當發信器可以進步到 GPS 定位，受監控者的行蹤幾乎會全部紀錄在刑事執行機關的電腦主機內，那麼這些有關受監控者行蹤的資料，是否可以使用（例如：當受監控者另犯其他罪名）？是否可以儲存供未來使用？是否可以移轉給他人？以上問題在電子監控法中也有明確規範，該法第 11 條與第 12 條規定不同情況下，刑事司法機關可以再利用這些行蹤資料的具體

⁵² § 4 EStVollzG B-W.

⁵³ § 5 EStVollzG B-W.

⁵⁴ § 6 EStVollzG B-W.

⁵⁵ 以上參見 § 7 EStVollzG B-W.

⁵⁶ 以上參見 § 8 EStVollzG B-W.

事由。

4. 法律性質與制度定位

持平而論，2000 年黑森邦只是經由法官指令試辦電子監控制度，整個流程實以法官指令為中心，並無立法；巴登·符騰堡邦的電子監控立法運動是一個全新嘗試，整個立法活動以「執行處分」來理解電子監控的法律意義，而刑事判決確定、並檢察官發監執行後，應該如何進行處遇，主要由執行機關決定，當立法許可執行機關可以選用電子監控，而電子監控機制又有無所不在的人身控制機能時，未來電子監控的使用範圍只會增加，不會減少。這樣的發展，誠值進一步觀察。

三、小結

隨著黑森邦計劃的成功，德國近年逐漸擴大電子監控適用範圍，不僅在適用對象上大幅地擴張（德國也無我國僅限於性侵害犯罪的規定），甚至巴登·符騰堡邦已經訂定出專門性的法典，我們可以用一個簡單的圖表，說明這兩期的發展過程⁵⁷：

（一）黑森邦 2000 年實驗

受監控者	法律性質	決定單位
(1) 緩刑之受判決人	緩刑之指令	法官
(2) 得撤銷緩刑之受判決人	附加於緩刑之指令	法官
(3) 假釋之受刑人	附加於假釋之指令	法官
(4) 行為監督之受保安處分人	附加於保安處分之指令	法官
(5) 原應受羈押處分之嫌疑人	附加於替代羈押處分之指令	法官

（二）巴登·符騰堡邦 2009 年立法

受監控者	法律性質	決定單位
(1) 居家監禁併用電子監控之一：自由刑易服居家監禁	刑事執行機關的執行處分	處遇機關
(2) 居家監禁併用電子監控之二：釋放前之準備階段	刑事執行機關的執行處分	處遇機關
(3) 純粹電子監控：開放式處遇之人離開監所時	刑事執行機關的執行處分	處遇機關

雖然許多評估的結果，或多或少都質疑電子監控能否達到原先預期的政策目標，但從德國 2009 年各邦強化立法，許可執行機關依其權責擴大電子監控之後，在可預期的未來，德國適必朝強化、擴張適用電子監控制度的方向發展。反思我

⁵⁷ 以下兩表為筆者製作。

國，雖然已經在性侵害犯罪防治法中規定，但立法密度並不充足，未來會如何發展，仍待觀察。

肆、德國法制對我國的啟示

前文扼要介紹德國法制，接下來的問題是：同樣作為電子監控制度的後期繼受國，我們能從德國經驗中學到什麼？德國法制發展能否作為我國未來立法或司法實務的參考？以下討論將濃縮為四個主要議題進行。

一、制度定位

從學理而論，我國學者曾考察美國電子監控制度後，依其在刑事處遇上扮演的功能，區別電子監控區為三大類：復歸照護型、監禁轉向型與治安防衛型⁵⁸。復歸照護型著重電子監控的行動監視功能，促成受監控者平日依規定就業、就學，電子監控扮演輔助社會復歸的功能；監禁轉向型則考量監獄收容員額不足的問題，將較短徒刑的收容人附加電子監控後，使其離開監所以空出收容員額，直接將電子監控視為減輕監獄負載的方法；至於治安防衛型則關注具有高度再犯或暴力犯罪的犯罪人，要求其離開監所後必須配戴電子監控設備，藉以防止其再度犯罪。

依據我國現行性侵害防治條例規定，僅可對有高度再犯疑慮的性侵害假釋或緩刑者實施電子監控，該條例規定中的電子監控制度，完全只從「監控」曾犯性侵害犯罪的加害人觀點著眼，這一點明確表現在條文用語「無一定之住居處所」、「其住居處所不利於保護管束之執行」、「加害人有於夜間犯罪之習性」以及「有事實足認其有再犯罪之虞」，質言之，我國實施電子監控制度，僅只為了達成監控加害人人身處所，以及防止夜間犯罪或再犯危險而已，條文中完全沒考量電子監控制度能否讓原性侵害犯罪受刑人重新復歸社會，實務運作上，也朝向避免人犯脫離處遇機關掌控作為運作主軸，我國這種作法基本上屬於「治安防衛型」。

相對於此，德國法顯然較為靈活，從黑森邦試辦開始，透過法官指令，期待利用電子監控使人犯能有接觸社會以及實際參與社會生活，而巴登·符騰堡邦的立法方向，也完全朝強化人犯再社會化的機能設想，整個制度非常重視受監控者日常生活情狀的「生活菜單」，連平日外出工作時間／居家休息時間／外出休息時間等等，都有明確規劃與安排。雖然實際執行成效未如預期良好，但整個立法取向以及重視個別受監控者的制度定位，遠較我國略嫌單調的立法旨趣，更具有政策前瞻性。

本文認為，我國現行法過度強化電子監控制度的行動管制面向，輕忽電子監控制度減低監所容額與協助再社會化的雙重效能，這反而使得電子監控成為一種「監獄外的人身監控」，使得電子監控無從發揮刑事司法帶來的正面、積極作用。

⁵⁸ 林昌順，前揭註3，頁249。

既然我國已經引入電子監控制度，而比較世界各國刑事司法現況，在可預見的未來，電子監控制度只會擴大而不會減少施行，立法者自然不應該只局限使用治安防衛型，也應該考量電子監控制度能夠提供的減輕監獄收容員額與再社會化功能，並儘量讓電子監控制度作為一種刑罰轉向處分（diversion）的附加手段，藉以讓犯罪人能有重新適應社會的機會。

基此筆者建議，未來若有機會修法時，立法者可以考慮同時引入三種不同的監控機制，並對三種制度彈性運用，考量每位個別受監控者的特點，而施用不同方式電子監控。

例如復歸照護類型可以適用於短期自由刑的替代手段，一方面不必剝奪輕案犯罪人與社會接觸的機會，另一方面又可以併用電子監控，同時安排適當的生活菜單，讓該犯罪人能夠重新適應社會，讓他們自始不必入監服刑，具體的實踐方式或可參考德國，增訂自願接受「易服電子監控之居家監禁」，而不必服短期自由刑的刑罰轉向制度。

監禁轉向型可以適用於短期或中度刑期的犯罪人，但是不需要一開始就讓受刑人轉出監所，而是先讓這些犯罪人在監所服相當刑期後，評估其確有無悔悟實據、亦無再犯危險時，可以儘量併用電子監控制度，提早讓受刑人離開監所，具體作法或可參考德國假釋之前的準備階段。

至於治安防衛型則涉及罪名重大，又難以矯治或具有高度再犯疑慮的犯罪人，為了杜絕其再犯機會，我國現行法規可採用電子監控制度管制其人身。雖然筆者並不完全同意這種立法，但某程度上因為假釋有固定期限，電子監控的行為控制功能仍受一定節制。不過真正問題則是：倘若這類犯罪人服刑期滿後，經評估仍無法免於再犯危險，是否還要增訂以電子監控為內容的保安處分？對於這個問題，筆者採反對見解，因為刑事責任基礎，建立在以犯罪行為作為基點從而產生的法律回應，當法官判定被告刑期，而被告也服完刑期後，法律必須將被告當作是一個自由且不受拘束之人，不得任意以保安處分的形式，實質地擴張同一被告監禁期限，縱或電子監控制度尚不致完全侵奪被告的人身自由，但仍干擾刑期結束後，原受刑人應該得到的尊重。

此外，我們還可以將電子監控擴大實施到羈押替代程序，讓願意配戴電子監控設備的犯嫌，在判決確定前不必拘禁於看守所；甚而，當被告判決確定尚未發監執行之前，也可以適用電子監控，使受判決人不會利用這段時間逃離接續的公力監禁。

綜合上述，電子監控制度是一個值得也勢必推展的刑事司法處遇手段，不過我們應該強化該制度的「復歸照護」與「監禁轉向」功能，至於「治安防衛」的效能，則因仍有疑慮，在適用時則應格外謹慎，宜儘量限縮。

二、適用對象

接著討論適用對象。我國現行法只限於性侵害犯罪的加害人，這是對性侵害犯罪固有恐懼之下的立法產物，從頭到尾只強調電子監控能夠有效管理性侵害犯

罪加害人的人身行動，讓大眾產生安全感。問題在於：電子監控制度能抑犯罪，但抑止作用其實並不限於現行法規範的性犯罪，即便竊盜罪或是強盜罪慣犯，都可以透過電子監控抑止其犯罪意思，我國過度將電子監控限縮適用至性侵害犯罪人，其實並不合宜。

德國刑事司法上，自始就將電子監控定位為一般刑事執行的具體指令，只要假釋、緩刑時，甚或是未確定有無成罪的羈押案例中，經法官認定，就可以施以電子監控，受監控者並無任何罪名限制，嗣後的巴登·符騰堡立法也沒改變這樣的初衷。質言之，電子監控制度對德國法制而言，始終是同時具有監管與再社會化雙重機能的轉向處分附帶制度，從而避免將人犯留置在監所內，自然也不需要事先限制其適用罪名。

就上述問題，筆者認為：我國現行制度將電子監控完全限縮於性侵害犯罪，毋寧是一種對制度本質的不合理定位，也過度限縮其效能，甚至造成外界不當誤解，認為受電子監控之人都是性侵害犯罪。未來立法應考慮取消這種限制，擴大電子監控制度的適用對象至所有一般犯罪人，立法者同時應該考慮廢除性侵害防治條例中的特別規定，另外增訂電子監控的一般性規定（例如在將電子監控明確規定在刑法、刑事訴訟法或監獄行刑法之中），抑或獨立訂定電子監控制度的專門性法律。

另一個較為複雜的問題，則是關於受監控者的身分問題。我國法目前只容許對「緩刑」或「假釋」之性侵害加害人，尚未有「有期徒刑易服電子監控」、「轉向為居家監禁的電子監控」或「替代羈押的電子監控」等制度。已如前述，這樣的立法狀況顯然與我國向來只把電子監控當作人身控制輔助道具有關。

與我國現行法完全不同，向來保守的德國刑事司法，對於電子監控制度的使用範圍，從一開始就非常積極地擴張其適用範圍，由於較傾向作為人犯與社會接軌的替代拘禁橋接機制，德國刑事司法顯然抱持著擴大實施電子監控制度的立場，不僅是緩刑、假釋之人，法規上也逐漸發展出各式各樣搭配電子監控的轉向機制，這些制度的特點都在於，透過電子監控可以讓原來應在該監所中受人身拘束者，不必真正拘束在隔離於社會的監所中，而是仍維持其一定程度的社會生活，同時安排該監控者一定的社會生活日程。

比較台灣與德國不同制度後，筆者認為：德國法制較為寬鬆與靈活的設計，應該是我國法制未來改革的參考方向，不過，是否要大幅地擴張電子監控制度，仍然應該作法規面整體、通盤的考量，宥於篇幅，這部分將留待未來為文討論。

三、決定程序

1. 受監控者的同意

適用電子監控制度時，德國法制要求必須先得受監控者同意，我國現行法則完全忽視受監控者的個人意願，只須觀護人及檢察官許可。依筆者個人看法，主要是因為我國電子監控機制屬於純粹人身管控作用的治安防衛型，要施用什麼指令管制假釋犯與緩刑性侵害犯罪人的自由，屬於刑事執行機關的權責範圍，與受

監控者的意願無關。但德國法制上，則考量到電子監控有可能全面性地掌控個人的全面生活資訊，一方面出於過度侵害人格尊嚴的恐懼，另一方面又期待電子監控制度能夠作為拘禁的替代機制，同時制度上又附加諸多再社會化措施，這些處遇方式有成效的前提，當然是受監控者有配合意願。

論者或許批評：當刑事執行機關願意採用電子監控替代監所內拘禁時，幾乎所有監所內人犯都願意接受這樣的作法，法制上要求得到受監控者的同意，不免多此一舉。但是我們仍然應該從制度的基礎面思考，我國現行法視電子監控制度為附屬性的人身管制措施，不承認其矯正與再社會化的機能，若監控者不配合，其法律效果即影響假釋或緩刑，這些法律效力帶有負面懲罰性質，但我國未能斟酌考量電子監控制度的正面效益。若能得到受監控者同意，正面的矯正效益才有可能增強，基此筆者建議，未來若要擴大適用電子監控，似乎可以考慮參照德國法規定，加入受監控者同意的明文規範。

2. 決定的權責機關

德國發展電子監控的過程中，先將電子監控制度定位為法官裁處替代或刑罰轉向處分時，同時附加、要求受處分者配合的指令，電子監控手段未被當作是獨立的刑罰類型，即便是巴登·符騰堡邦新近法制發展，也只是立法擴張刑事執行機關施用電子監控的權能而已。換言之，德國法制的電子監控決定權限，大致上可以分為「法官附帶指令型」（黑森模式）與「刑事執行處分型」（巴登·符騰堡模式），前者雖然是由法官指定，但電子監控只是緩刑或假釋的附屬命令，本身尚未構成獨立刑種，而後者則完全屬於執行機關權責範圍，與法官無關。

有別於德國，我國制度原則上先由觀護人評估性侵害犯罪加害人，如果經過觀護人評估後，認為性侵害加害人行蹤不定、有夜間犯罪習慣或有再犯之虞，則由觀護人聲請，再由檢察官准駁。我們可以稱之為「檢察官處分型」。

比對德國法立法方式，德國不論是緩刑或是假釋，法律定性上都是屬於刑罰的排除（Aussetzung），按照其刑法典規定，兩者都得由法官作出決定⁵⁹，法官亦應個案要求受判決人實施特定行為（指令），由於德國法未明文限制指令內容，德國才能直接透過「法官附帶指令型」引納電子監控制度。

雖然表面上看起來，我國與德國法制完全不同，然若考量性侵害以外的犯罪人，依據刑法第 74 條第 2 項第 6、7、8 款，我國刑法的緩刑得附帶「必要命令」，該必要命令並應記載於判決書中，採用電子監控作為法官的必要命令，其實不違反我國現行法；此外，不論緩刑、假釋都必須交由觀護人保護管束，而依保安處分執行法第 66 條：「執行保護管束者，對於受保護管束人，得指定其遵守一定之

⁵⁹ 德國刑法第 56 條第 1 項第 1 句關於緩刑決定機關：「Bei der Verurteilung zu Freiheitsstrafe von nicht mehr als einem Jahr setzt das **Gericht** die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung aus, wenn zu erwarten ist, daß der Verurteilte sich schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und künftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird.」；第 57 條第 1 項第 1 句前段關於假釋規定：「Das **Gericht** setzt die Vollstreckung des Restes einer zeitigen Freiheitsstrafe zur Bewährung aus, wenn...」。（強調為筆者所加）

事項；受保護管束人不遵守時，得予以告誡，或報請指揮執行之檢察官為適當之處理」，廣義而言，觀護人得依上開規定要求緩刑或假釋者遵守電子監控機制。質言之，我國法其實極類似德國法，法官判處緩刑、觀護人執行緩刑及假釋的保護管束時，都可以直接採用電子監控，只不過我國保守的實務環境，難以在欠缺「作業規程」或「實施辦法」的前提下，直接由個別法官或觀護人採納電子監控制度。

至於未來修法或立法方向，筆者認為德國法上區別「緩刑指令」、「假釋負擔」、「羈押替代措施」由法官決定⁶⁰，而「釋放前準備程序」與「開放式處遇」由監所決定的作法，值得我國學習，倘若我國能夠擴大電子監控制度，自應依照監控實施於不同對象，而由不同權責單位決定⁶¹。

最後，學說上有認為應該全面採用法官保留的意見⁶²，不過筆者則有兩點不同看法：第一，除非「電子監控搭配居家監禁」已經是獨立刑種，這時採用全面的法官保留才有意義，否則只是剝奪處遇機關對於人犯的矯治權能而已；第二，對於受判決人應該受到刑事處遇的決定程序中，法官基本上在於決定其刑事執行的上限，只要涉及任何確認或加重刑責的處分，都應該讓中立第三者的法官介入審查；不過，只要某項刑事執行處分與上限設定或加重刑責無直接關係，通常委由執行機關個別決定。基此筆者認為，法官保留雖然看似保障人權，但這種形式化、固定化的決定機制，仍可能影響處遇的靈活性與個別效果，是否應該全面地採取法官保留制度，似乎不無商榷餘地。

四、執行過程

1. 個別化執行菜單

最後則是電子監控的執行過程。德國法制非常重視電子監控實施過程中受監控者的「生活菜單」，執行機關分別針對週一至週五以及週末時間，會擬定受監控者可以外出與必須在家拘禁的時程計劃。我國條文上並無類似規定，只是由觀護人「指定」寥寥數語帶過而已⁶³，這當然是因為我國向來只把電子監控當作人身控制的輔佐措施所致，完全不重視電子監控的再社會化機能。

⁶⁰ 當然，這部分還涉及假釋是否應維持由執行機關決定的問題，就此大法官釋字第 691 號解釋已經開始關心，但未言明應否完全採用法官保留制度。就此待未來為文討論之。

⁶¹ 在這個意義下，擔任判決執行（Strafvollstreckung）而非監獄行刑（Strafvollzug）工作的檢察官，其實不太適合作為實施判決中（法官）併用或處遇中（執行機關）轉用電子監控的決定者。有關兩者不同，vgl. Laubenthal/Nestler, Strafvollstreckung, 2010, Rn. 6.

⁶² 柯鴻章、許華孚，前揭註 2，頁 123-124。

⁶³ 例如性侵害犯罪付保護管束加害人科技設備監控實施辦法第 10 條即規定：受監控人應遵守下列事項：一、依指定之時間、地點接受科技監控設備之裝置、拆除。二、依指定之時間及科技設備監控處所住居或活動。三、依觀護人指示，配合科技監控設備之訊號，作必要之行為或反應。四、不得拒絕觀護人或警察之電話訪談、進入監控處所進行設備檢查、維修或查訪。五、不得擅自或故意拆除、損壞、隱匿或阻斷科技監控設備。六、不得從事其他影響科技設備監控之行為。

筆者認為，具體的「生活菜單」其實是我國法制應該努力的方向，實質的作法上可以參考德國法，在條文中設定受監控者在電子監控時間中，必須要在家拘禁的基本時數，然後考量每一個受監控者的社會活動，擬定個別、獨立的監控計劃，尤其是德國工作時間／居家自由時間／外出自由時間的分類，只要不違反基本時數的要求，個別計劃應該儘可能依照每一個監控者具體狀況擬定，並配合其社會生活的實質需求。

當然，要求對不同受監控者提供個別監控計劃，勢必造成刑事執行機關監控成本提高，對此筆者認為，以我國現行的第二代 RFID 方式進行監控，很難作得到個別監控計劃，未來法務部將引入 GPS 定位的監控系統，相對於傳統的 RFID 系統，應該能提供更強的監控效能，但在提高監控能量的同時，法制上也應該更強化考量個別、具體的矯治需求。

2. 觀護人工作負擔

另一個執行過程的難題是觀護人工作負擔，以我國現制而言，是由個別觀護人負責受監控者的人身控制，當其違規時，即發簡訊至觀護人的手機，觀護人必須 24 小時以手機或電腦待命，否則無法即時對違規的受監控者進行適當反應，這種過度的工作負擔，最後當然使得電子監控成為純粹行動控制，不再可能對個別受監控者發揮矯治作用。更根本地說，若不改變現有作法，不可能擴大適用電子監控制度。

就上述問題而言，筆者建議或可設置一個中央監控機構，而不必由個別觀護人負責受監控，只要受監控者違規，中央監控機構可以指揮警察立即前往現場處理或拘捕受監控者，觀護人工作重點即可從單純的監控，轉至輔導受監控者的社會復歸，同時，我們還必須增加觀護人員額，讓更多觀護人投入電子監控技術帶來的再社會功能⁶⁴。

不過筆者也明瞭，上述理想會面臨經費短缺與員額不足的困境，筆者也只能強調，在刑事處遇或社會復歸上投入多少經費，代表一個社會對其偏差者的重視程度，一個投入甚少資源，卻同時要求治安改善的社會，最簡單的作法，當然是不帶有矯治理念的無限期拘禁及排除（死刑），只要將偏差者排除於視線之外，自然不會有任何問題；相反地，一個成熟的文明社會，必然重視其成員有否融入社會價值的機會，一旦出現偏差行為，不會直接認為偏差行為是無藥可救之人，甚而隔離、排除，而是設法了解偏差行為的原因，並尋求融合、復歸、再整合的可能性，其中心思維毋寧是給予偏差者自我選擇及自我發展的可能性。簡言之，這不是法律、而是一個政策選擇的問題，我國若能重視電子監控具有的再社會化功能，自應投入更多資源，而不是只關心其監控效果，將電子監控當作是看守特定人行動的方法。

⁶⁴ 此項建議源自王皇玉教授的意見，筆者亦贊同之。

伍、結 語

本文以精簡篇幅，討論法制系統上較相近的我國與德國兩個立法例，雖然德國不是電子監控的原生國，但對於電子監控系統的採用與發展，顯然比我國立法技術上更加高明，也重視到電子監控制度本身具有的正面矯治與再社會化效益，而不單單只是定位成人身監控方法而已。

有別於此，我國不論在制度定位、適用方法、條文內容上，都採取一種非常保守的觀點，只是因為社會對性侵害犯罪加害人的集體恐懼，就必須對他們的人身嚴密監管，這種純粹重視社會一般大眾觀感，而忽視矯治成效的思路，似乎有值得反省的空間。未來值得發展的方向，似乎是參考德國法在這部分的既有立法成果，檢討、修正我國相關規定。

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、 周悛嫻 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、呂淑好 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、 周愷嫻 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、 周愷嫻 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對違法藥物戒治的啟示
- 七、 黃蘭嫻 被害調查的國際比較—兼論對我國受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、 黃蘭嫻 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、 周愷嫻 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 被害人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 修復式正義對被害人損害影響-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、 周愨嫻 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

※刑事政策與犯罪研究論文集(15)101.12

- 一、 許華孚、劉育偉 以北歐的刑罰經驗反思刑事政策之走向
- 二、 李傑清 海峽兩岸刑事司法互助之罪贓移交---
以跨域詐欺、洗錢犯罪為例
- 三、 鄭文中 淺論法醫鑑定制度--德語系國家之借鏡
- 四、 賴擁連 我國監所人犯權利演進的檢視與前瞻—
從我國大法官會議解釋與美國法院判例分析—
- 五、 姚孟昌 接受公正審判之權利：公民與政治權利國際公約第十四條
第一項與第二項解析
- 六、 蔡志偉 人體研究與原住民族集體權：人權規範與發展的新課題
- 七、 李茂生 醫療事故刑事責任的判斷架構初探
- 八、 盧映潔 德國與我國監獄醫療相關問題探討—
兼論前總統陳水扁先生保外就醫爭議之分析-
- 九、 許春金、洪千涵 犯罪青少年持續犯罪歷程及影響因素之研究
- 十、 陳玉書、林健陽 女性毒品施用及其處遇之研究
- 十一、林昀嫻 美國法中兒童虐待案件之處置：以消極不作為之父母為例
- 十二、范姜真嫻 少年事件報導中有關個人資料之保護—以日本少年法第 61 條
引發之爭議為借鏡
- 十三、許恒達 德國電子監控法制發展及其對我國之啟示

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(15)／法務部保護司編

——初版。——臺北市：法務部，民101.12

面；公分

ISBN 978-986-03-5549-9(平裝)

1.刑事政策 2.犯罪學 3.論文集

548.507

101026679

刑事政策與犯罪研究論文集(15)

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) 2191-0189

版次：初版(中華民國101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100元整

GPN : 1010103652

ISBN : 978-986-03-5549-9(平裝)