

法律扶助與社會

第九期 September 2022

Legal Aid and Society Review

研究論文

論我國替代役制度對精神疾患者的不友善
——從法制層面談起

呂嘉穎

森林法第15條第4項傳統領域概念之適用與檢討
——評最高法院109年度台上字第3148號刑事判決
及其歷審判決

范耕維

危險駕駛行為與公眾往來安全
——以最高法院110年度台上字第3556號
刑事判決及相關見解為中心

高泉鼎

虛擬通貨的洗錢防制監管疆域與國際標準
——評我國「虛擬通貨平台及交易業務事業
防制洗錢及打擊資恐辦法」

楊岳平

法律扶助與社會

LEGAL AID AND SOCIETY REVIEW

第九期 | 2022 年 9 月

財團法人法律扶助基金會

LEGAL AID FOUNDATION

主 編／李茂生（臺灣大學法律學院教授）

編 輯 委 員／（依姓氏筆劃排序）

李茂生（臺灣大學法律學院教授）

吳宗昇（輔仁大學社會學系副教授）

官曉薇（臺北大學法律學系副教授）

周憐嫻（臺北大學犯罪學研究所教授）

周漢威（財團法人法律扶助基金會執行長）

高烱輝（民揚法律事務所律師）

許恒達（臺灣大學法律學院教授）

出 版 者／財團法人法律扶助基金會

地址：臺北市10644大安區金山南路二段189號5樓

網址：<http://www.laf.org.tw>

E-mail：journal@laf.org.tw

電話：02-2322-5255

傳真：02-2322-4088

編 印 單 位／元照出版有限公司

網址：www.angle.com.tw

電話：02-2375-6688

傳真：02-2331-8496

定 價／每冊新臺幣280元

捐款贈書專案／凡於法律扶助基金會官網捐款，單筆捐款達新台幣500元以上即贈送紙本期刊1冊。

線上捐款



期刊電子書



主編的話

第九期的「法律扶助與社會」共刊登四篇文章。

第一篇為「論我國替代役制度對精神疾患者的不友善——從法制層面談起」，作者為逢甲大學通識教育中心兼任助理教授。替代役制度本來就是我國徵兵制之下取法於國外的社會役制度所導入的一種替代兵役的制度，具有一定身分或理由的役男即可申請替代役。本文探討替代役制度對於精神疾患者於法規限制上有極大的不友善情事，並建言修正。作者雖然是討論法制問題，但卻擁有與一般法律人迥異的觸角或視野，非常有趣也饒富刺激。

第二篇是東華大學法律學系助理教授所著「森林法第15條第4項傳統領域概念之適用與檢討——評最高法院109年度台上字第3148號刑事判決及其歷審判決」。作者觀察到本來在自然生態保育與原住民文化維護的兩端光譜間較為偏向文化維護端的法院判決，突然在這個最高法院的判決中明顯偏向於自然生態保育端。而轉向的關鍵在於「傳統領域」的理解。作者明確地表明從四個觀點這種偏向是錯誤的。事關生態保育與文化維護間的糾結，這個判決所透露出來的訊息，值得我們關注。

第三篇是北海道大學法學博士現階段在臺大擔任博士後研究員所寫的「危險駕駛行為與公眾往來安全——以最高法院110年度台上字第3556號刑事判決及相關見解為中心」。這篇文章是純粹的法學文章，探討想像競合的問題。與日本不同，我國刑法第185條之3的不能安全駕駛罪規定得非常限縮，於是許多類型的危險駕

駛行為會被法院適用刑法第185條來加以規範。作者參考日本學說與實務的見解，探討這個我國刑法上的特殊現象，頗值得參考。

最後一篇是臺大法律學系副教授所寫的「虛擬通貨的洗錢防制監管疆域與國際標準——評我國『虛擬通貨平台及交易業務事業防制洗錢及打擊資恐辦法』」。本文是主編向作者千催萬催後才交稿的論文。主要是因為FATF的國際標準在寫作期間尚未確定，所以作者才一拖再拖。如今讀者可以看到熱呼呼的最前端爭議，而且也可明確掌握我國在立法論與解釋論上的不足。主管機關應該參考本文，於近期內透過洗錢相關法律的修法將我國法制與國際標準接軌。

主 編

李 茂 生

法律扶助與社會

LEGAL AID AND SOCIETY REVIEW 第九期 | September 2022

目 錄

主編的話

李茂生

研究論文

論我國替代役制度對精神疾患者的不友善

——從法制層面談起..... 呂嘉穎 1

Taiwan's Substitute Military Service System

Inadequately Accommodates Patients with Mental

Illness: A Legal Perspective *Jia-Ying Lyu*

森林法第15條第4項傳統領域概念之適用與檢討

——評最高法院109年度台上字第3148號刑事判決
及其歷審判決 范耕維 25

Analysis and Critique of the Application of the

Concept of the Traditional Territory of Aboriginal

People in Article 15 of The Forestry Act *Keng-Wei Fan*

危險駕駛行為與公眾往來安全

——以最高法院110年度台上字第3556號
刑事判決及相關見解為中心 高泉鼎 57

Dangerous Driving and the Safety of Public Traffic:

Reviewing Supreme Court Decision about

Article 185 of the Criminal Code *Chuan-Ting Kao*

虛擬通貨的洗錢防制監管疆域與國際標準 ——評我國「虛擬通貨平台及交易業務事業 防制洗錢及打擊資恐辦法」	楊岳平	93
The Regulatory Perimeter for Crypto-Asset Anti-Money Laundering Regulations and International Standards: Comments on Taiwan’s “Regulations Governing Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism for Enterprises Handling Virtual Currency Platform or Transaction”	<i>Yueh-Ping (Alex) Yang</i>	

【研究論文】

論我國替代役制度對 精神疾患者的不友善 ——從法制層面談起

呂嘉穎*

要 目

- | | |
|-------------------------|---------------------------|
| 壹、前 言 | 肆、結語與建議 |
| 貳、替代役制度對我國的必
要性？ | 一、建立基礎訓練的精神疾患通
報機制 |
| 參、現行法規對精神疾患之於
替代役的限制 | 二、加速傷病停役的程序 |
| 一、服役前的體檢 | 三、讓精神疾患的役男能真正療
養而非繼續服役 |
| 二、至服勤單位後的傷病停役 | 四、從問題的根本予以解決類似
爭議 |

DOI:10.7003/LASR.202209_(9).0001

* 逢甲大學通識教育中心兼任助理教授。感謝審查委員及編審委員會提供的建議，本文亦已酌做調整與修正。

摘 要

雖說服兵役為我國男子應盡的義務與責任，然對於精神疾患而言，相關的法規限制，卻也為其帶來極大的不便與困擾。本文以一年期替代役為主軸，探討現行法律規範對精神疾患在面臨兵役問題時（服役前、在服勤單位），所生之限制及不便。事實上，政府機關是能做更多元化的檢討及改進，且應重新思考替代役制度的必要性及修正可能。

關鍵詞： 精神疾病、替代役、兵役制度、不友善

壹、前言

我國憲法第20條規定人民有服兵役的義務，對於成年男子而言，服兵役確實是法律上明人民對於國家應盡的義務。但因時空背景變遷，兵役法亦經多次修正，從原有的徵兵制到後來的徵募並行，而當兵的役期也縮短成4個月的常備兵役軍事訓練。然而，對於1994年以前出生的役男而言，卻仍須以一年期的替代役訓練為主，雖服役方式從原本的軍事訓練轉為替代役而有所改變，但從訓練的內容與過程來看，現今社會亦存在著相關的批評與爭議。

也因為如此，本文主要以兵役制度對於精神疾患的「不友善」為出發點，探討在替代役訓練的制度下，因受限於相關制度上的僵化而可能造成的影響，以及服勤（或管理單位）未能即時反映役男身心變化的情形，可能對於役男本人留下難以彌補的缺憾。或有論者認為此一論點過於危言聳聽，但從軍事訓練的制度觀之，以及歷來替代役訓練所生之爭議來看，所謂的「不友善」話語，或許只是更為和緩的言詞使用。也因為如此，本文將以法律規範所生的限制為本，探討在現有制度下，精神疾患面臨發病或就醫、傷病停役的情形時，確實會因法律條文的欠缺彈性，僅能承受無法立即性解決問題的後果。

退萬步言，倘若現有軍事訓練役別人數，在募兵制已能滿足現有國防人力需求的前提，又為何要徵召無法拿槍上戰場的替代役役男？從另一個角度做思考，替代役役男對於社會應有更多元化的價值存在，並不是僅讓其以協助專業人員的方式，迫使役男必須面對將近一年（或四個月）的役期，甚至讓部分身心無法負荷、家庭需要協助的役男，因此造成更大的心理陰影。

由於相關研究可能涉及個案的心理評估，或是因不同單位制度差異化的影響，進而可能讓管理部門對罹患精神疾病之役男，產生了不同的處理方式。如義務役、志願役與替代役等不同役別，在制

度層面上亦有不同的專責單位，並無法一以視之般的探討，故本文僅就替代役有關的法律規範做為出發點，並從相關條文中，思考可能產生的爭議，或已然存在於社會現況的問題，做出反思與檢討。而對相關更為專業的醫學、心理等層面文獻，僅就作者個人之能力戮力閱讀並分析。且在本文主旨非探討醫學專業的前提，將焦點著重於提供修正法律規範的意見，較對精神疾病患者病灶的陳述，會來的更為恰當且適切。另一方面，因本文並非探討精神疾患在替代役訓練過程中所占之比例，故並不以量化之方式論替代役精神疾患役男的數量，而是希望聚焦在現行法律規範對替代役役男傷病停役的「不友善」，並期能藉由此文之研究，讓具有精神疾患的役男（或未役者），得到社會或主管機關的重視，並思考相關制度改善的可能。

貳、替代役制度對我國的必要性？

我國自2000年起，開始實施替代役制度，除因病、宗教等原因外，亦能尊重個人意願申請，經主管機關審核後改服替代役，而在役別的思考上，除一般替代役（如消防、警察）之外，亦有針對科技發展所衍生的研發替代役制度¹。對部分役男而言，替代役制度的實施，確實提供了另一種服務國家的選擇，但從不同的角度做思考，卻也能發現在我國針對1993年以前役男全面改服替代役，而1994年後的役男以四個月的軍事訓練役為本的情況下，兩者之間所存在的爭議與矛盾著實難以消除。

由於替代役在訓練過程中，並未能夠接觸到相關軍械的使用，假使我國發生戰事，對替代役而言，仍以後勤動員為主要的徵集方式。另外，參照《替代役勤務一覽表》中的共同性行政工作可知，替代役主要工作的範圍在於以「協助」專業人士，而非以己身之

¹ 陳新民，臺灣兵役替代役的制度簡介，軍法專刊，64卷3期，2018年6月，頁1-10。

「專業」發揮長才，造成了部分博士、碩士畢業後，在特定單位進行環境清潔、綠化等與長期培養技能完全無關的結果。

雖然學歷並不是社會評價最主要的基礎，但從其所學、所長觀之，如將其適才適所的放在正確的位置上，或許能夠提供我國更為有效益的服役思考。且部分專業是需要與時俱進的深化知識，當所學與產業及現況無法接軌時，則相關役男在退役後被淘汰的機率便為大增。如能讓相關專業的役男，除研發替代役外，提供一個更能發展的空間，服役將成為銜接學校與社會的最主要橋樑，而非為學習灑掃庭院技能的人生階段。

當然，因傷或病轉服替代役本就是不得已的思考，但環顧替代役相關法令規範，對於此類罹患傷病者，並沒有太多有效的輔助機制能夠使用，除了傷病停役標準表上，符合標準退役的役男能夠適用外，有些疾病在發作時，甚至可能形成難以工作的情況，但因不符合傷病停役的標準，僅能要求役男繼續服役，而未能妥善進行診療。

特別是本文所討論的精神疾患，如若有機會瀏覽網路上的訊息或新聞報導，都能看到相關替代役役男因傷病無法停役，而導致病情更加嚴重，甚至因服勤單位對於相關病況的認知缺乏，使得役男在退役後產生長期性的影響。難道，這樣的替代役制度對我國來說，確實是必要的？雖然服兵役是憲法所規定人民應盡的義務，但對國家整體來說，如果以不同方式提供社會更多的益處，又能降低相關疾病所造成的影響，在雙贏局面下又何樂而不為？

也因為如此，本文試圖透過法律規範層面的探討，來思考現今替代役制度對於精神疾患役男的不合理待遇。當我國重視人權的聲浪逐漸高漲，患病者的權益與役男服替代役之間的抉擇，難道僅能擇一而無法做更適切的法律修正嗎？

參、現行法規對精神疾患之於替代役的限制

現行替代役制度下，對於相關傷病停役的標準，主要是規範在《替代役役男傷病停役檢定標準》（後稱檢定標準）及檢定標準表，在論述後文之前，須將相關名詞、病徵等做一定義，亦即從文本中的文字做分析與討論。

首先，檢定標準內，對各部位可能發生的疾病，以及因此疾病而導致停役、維持服役等標準；其次，則做較為詳盡的說明。而從本文所欲探討的精神疾患來說，主要條文為該法第165條以降，整理表格後如下所述。

表一 有關替代役精神疾患之停役標準及說明

條 號	病 名	說 明	備 考
165	精神官能症	精神官能症持續呈現明顯症狀，造成日常生活功能、社會功能或職業功能減損。	應由精神科專科醫生診斷。
166	精神病	一、患精神病經診斷確定。 二、曾患精神病，經診斷現已穩定或無症狀。	應由精神科專科醫生診斷。
167	嚴重型憂鬱症	嚴重型憂鬱症有社會功能障礙。	應由精神科專科醫生診斷。
168	器質性腦症候群	一、慢性器質性腦症候群經診斷確定。 二、服役期間，急性器質性腦症候群，經治療二個月，仍未痊癒。	應完成心理衡鑑檢查由精神科專科醫生診斷確定，並附報告。
169	性格異常	性格異常經診斷確定。	應完成心理衡鑑檢查由精神科專科醫生診斷確定，並附報告。

條 號	病 名	說 明	備 考
170	性心理異常	一、性心理異常經診斷確定。 二、接受變性手術。	一、應由精神科專科醫生診斷。 二、性心理異常應完成心理衡鑑檢查，並附報告。
171	自閉症	自閉症經診斷確定。	應由精神科專科醫生診斷。
172	妥瑞氏症	妥瑞氏症 (Tourette's syndrome) 經診斷確定。	應由精神科或神經內科專科醫生診斷。
173	神經性厭食症或暴食症	神經性厭食症或暴食症經診斷確定。	應由精神科專科醫生診斷，並提供完整病歷佐證。
174	智能偏低	總智商未達八十五。	應由精神科專科醫生診斷。

資料來源：內政部役政署，<https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawGetFile.ashx?FileId=0000250957&lan=C>，最後瀏覽日：2021/01/21。

表一為內政部役政署針對替代役男傷病停役制定之規範，從中可以看到相關病名及停役的內容，對於相關精神疾病患者在服替代役期間（或服役前的體檢），所做出的傷病停役認定。其中最為重要的地方在於，相關精神疾患並非如同其他患病者之疾病，有著較為明確的停役標準。甚至是雖然在表中有著明確的判斷標準，但部分疾病在發作時，卻可能產生無法行走、上下樓梯困難等情形，而使服役過程更加艱辛，舉例來說，如同法第114條，對類風溼性關節炎患者而言，雖仍須經相關科別醫生確診，但在備考處所列出的評分標準，卻能讓罹病者在服役期間內（或之前），有著更完整且明確的判準機制，進而能使其加速退役的流程，但與其類似的疾病，卻並非符合相關的停役標準，但實際情況卻難以有效的從事相關的替代役業務²。

² 雖然傷停標準表中，確實針對部分疾病的病徵、角度做出論述，但卻忽略了部分疾病所造成的生活影響，並未出現於該傷病停役表格之中，特別是可能在發病時所造成相關生活上的不便。舉例來說，如與類風溼性關節炎症狀近

對行政機關來說，經由精神科（或相關科別）專業醫生的判斷，進行停役與否的決策，看似極其合法且合理，但從另一個角度觀之，卻也能夠發現此種經診斷才開會判斷的程序，對相關罹病者，則是長期性的折磨，特別是已然無法忍受相關壓力的精神疾患。從表一中能夠看出，部分疾患或先天性的缺陷，確實是較為明顯，且並不會有著立即性造成個人己身或團體生活的他者危險的情況，如第174條所陳述的智能偏低等。但其餘條文中所陳列的病癥，確實存在著對自我及他人生命財產造成危害可能性。加上替代役服勤單位亦非專業醫療單位，許多症狀的顯露，並非服役單位中非醫學專業人士能夠第一時間發現，甚至對其進行較好的診療或處置的爭議。此一情形並非危言聳聽，而是從以往的軍事訓練役到後續替代役，都曾發生過類似不幸的憾事，亦如表二所載。

表二 義務役自殺、自殘或其他非理性行為

新聞日期	新聞標題	結果
2020/08/21	陸軍中士自焚亡 悲父控長官辱兒要官兵「別把他當學長」 ³	中士自焚亡、相關人員不起訴
2016/10/05	替代役男自殺羅生門 役政署：並無管教失當 ⁴	因傷被霸凌，後輕生獲救

似的反覆型風濕症（亦有醫生稱為復發型風濕症，Palindromic Rheumatism；PR），在發作期間的關節腫脹發炎，常使患者行動（活動）不便，甚至因侵犯關節的不同，而致使上下樓梯發生困難，然而此種疾病卻未出現在傷病停役的標準之中，但從概念上來看，替代役居住場所如未能有相關輔助機制，或是從居住場所到服勤單位仍需步行，工作期間需活動到腫脹的關節等，對病患而言，確實屬於較為不便，甚至可能讓服勤品質、心理壓力受到影響。再者，由於此類病灶發作時間不定，於病假申請上亦可能受服勤單位長官質疑或因非傷停標準內容而不予准假，但在無法自由活動且疼痛難耐的情況下，強迫其值勤卻也是極其不人道的行為。

³ 曾健祐，陸軍中士自焚亡 悲父控長官辱兒要官兵「別把他當學長」，聯合報，2020年8月21日，<https://udn.com/news/story/7321/4799721>（最後瀏覽日：2020年1月21日）。

⁴ 即時新聞，替代役男自殺羅生門 役政署：並無管教失當，自由時報，2016年10月5日，<https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/1847198>（最後瀏覽日：2020年1月21日）。

新聞日期	新聞標題	結果
2020/04/21	陸軍中尉營區輕生 軍方籲勿妄加論斷 ⁵	中尉亡，司法調查中
2018/03/06	疑不勘工作壓力 替代役男跳樓身亡 ⁶	研發替代役役男跳樓身亡
2012/05/18	成功嶺替代役男自殺亡 家屬控長官刁難羞辱 ⁷	因椎間盤突出、體能不佳，疑似遭長官刁難
2014/04/20	沒菸抽受不了 成功嶺替代役男跳樓 ⁸	腳踝骨頭裂傷
2016/05/12	離島小學爆霸凌役男！校方喊冤：役男話劇社的，很會編故事 ⁹	撤換管理人、認管理上有疏失、役男與管理人員說法有出入
2019/04/05	替代役男遭霸凌！惹到「地下署長」 慘被推下樓腦震盪 ¹⁰	役男提告，且管理單位認其管理確有疏失
2019/06/11	當完兵後中邪？24歲男自關房間：情報局在監視 ¹¹	經精神科醫生確認後，在當兵期間罹患思覺失調症

作者自行資料彙整。

- ⁵ 高宇震，陸軍中尉營區輕生 軍方籲勿妄加論斷，聯合新聞網，2020年4月21日，<https://udn.com/news/story/7320/4508806>（最後瀏覽日：2020年1月21日）。
- ⁶ 陳思惠，疑不勘工作壓力 替代役男跳樓身亡，自由時報，2018年3月6日，<https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/2357524>（最後瀏覽日：2020年1月21日）。
- ⁷ 賴淑惠、陳相宇，成功嶺替代役男自殺亡 家屬控長官刁難羞辱，ETtoday新聞雲，2012年5月18日，<https://www.ettoday.net/news/20120518/47396.htm>（最後瀏覽日：2020年1月21日）。
- ⁸ 即時新聞，沒菸抽受不了 成功嶺替代役男跳樓，自由時報，2014年4月20日，<https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/991916>（最後瀏覽日：2020年1月21日）。
- ⁹ 雷明正，離島小學爆霸凌役男！校方喊冤：役男話劇社的，很會編故事，三立新聞網，2016年5月12日，<https://www.setn.com/News.aspx?NewsID=146169>（最後瀏覽日：2020年1月21日）。
- ¹⁰ 於慶璇，替代役男遭霸凌！惹到「地下署長」 慘被推下樓腦震盪，三立新聞網，2019年4月5日，<https://www.setn.com/News.aspx?NewsID=522734>（最後瀏覽日：2020年1月21日）。
- ¹¹ 吳昕蓓，當完兵後中邪？24歲男自關房間：情報局在監視，東森新聞，2019年6月11日，<https://news.ebc.net.tw/news/living/166718>（最後瀏覽日：2020年1月21日）。

從表二中能夠瞭解到，部分替代役役男除在服役前便有相關病史外，亦有其他役男是於服役期間（或服役後），才罹患相關精神疾病，雖然這樣的結果並非大家所樂見，但也確實發生於社會之中，而需更多相關專業人士的重視。另外，其中更有一個須探討之處在於，除了管理人員對相關病徵的不熟悉，因而延誤就醫時間，或是強化關懷的必要性外，少數管理役男的非軍職公務員，缺乏對役男的尊重與平等視之的概念，故形成了職場霸凌、言語或肢體衝突等行為，也讓役男在身心受到極大壓力的情況下，長期處於此環境之中，造成罹病的機率更為提高的後果¹²。

或有論者認為，如若將精神疾患視為疾病的一種，那麼只需要讓生病的替代役役男就醫，搭配相關輔導機制，便能繼續服役，而不會對身心造成影響。然而，從法律規範的程序面與實際層面來看，所謂的「影響」，事實上會因公文往來、業務需求，甚至是相關規範的不完善，而造成精神疾患者的病情更加嚴重。在此情況下，由於相關罹病者並非社會的多數，且在患病期間多須以藥物作為控制病情的主要辦法，因此甚少看到相關役男在傷停退役（或正常退役）後，能夠挺身而出向行政機關控訴此類問題的主要原因，以及提供行政部門在政策及法律面的改進辦法，故本段以此為主軸，從服役前的體檢到服役期間的傷病停役申請，這段過程之中，相關精神疾患者因法令規範的限制，而可能形成加重病情或延誤治療的主要原因探究，並且論證這樣的程序與服兵役的義務，將形成對罹患精神疾病（或身心相關疾病）者的不友善環境。

¹² 亦如審查委員所提供的意見，在役男罹患精神疾患的判斷上，確實並非作者所專擅的領域。再加上部分具有精神疾患，通常是服役過程中被沉默的那一群，許多的資料並無法完整的得到，也只能從現有的新聞報導中，去探討替代役（或志願役）役男在服役中，所面臨到精神壓迫，確實是來源複雜並甚難評估的。表二中所希望展現的另一個重點在於，管理人員事實上並非對於相關精神疾患有著較為精確的理解與認識，因此在具有詐病（*malingering*）的前例與可能性時，管理人員仍多以過往經驗判斷役男的精神狀態，而失去了關鍵的送醫治療時間。

一、服役前的體檢

替代役為我國兵役制度之其中一項，其母法為兵役法。對屆齡役男而言，依第25條之敘述，確實存在爭議之處。理由在於，概念上替代役屬於兵役法規範下的役男，且第25條第2項前段亦稱「服替代役期間連同基礎訓練，不得少於常備兵役現役役期」，但同條後段卻又強調替代役役男非屬現役軍人，既然替代役役男非屬現役軍人，又被列為兵役法所規範的範圍之內，相關權利義務應比照現役軍人辦理或以他法做規範，此一論點確實令人疑惑。

然而回到本段所討論的服役前的體檢與精神疾患者之關係做思考，以往義務役與替代役的區別，在於體位判定上的不同，當被判定為常備役體位時，則依常備役進行軍事訓練，如若為替代役體位，或為常備役體位，但依《替代役實施條例》第5條之申請，得服一般替代役或第5條之1的研發替代役或產業訓儲替代役。在2018年義務役走入歷史後，原1993年次（含）以前之役男，全數轉服替代役，而1994年次後（含）之役男則改服四個月的軍事訓練，但相關宗教、家庭因素申請服替代役的情況並未改變。

也因為如此，體位檢定的結果便非常重要，依兵役法第32條所述，徵兵及齡男子應受徵兵規範之限制，且同條條文也說明徵兵處理得提前至18歲之年齡辦理；而第33條第2項則就判定體位未定者，能夠補行體格檢查判定體位，經判定後依其規定服法律規範之兵役類別。而對於罹患疾病相關役男，經陳請延期檢查後，補行徵兵處理合格後再行徵集之，此為同法第36條之2所規定。

雖然從法律層面看起來極為合理，在體位判定上能依醫學專業之檢定做出判准，且能就相關罹病無法進行徵兵之男子，給予再行補檢查之機會。但從實際角度來看，1993年次（含）以前之役男，假使無特殊原因，通常收到體檢通知書後，便會進行兵役體檢，倘若繼續升學則辦理緩徵。然而在緩徵原因消滅後，從體檢到入伍時，相關資料已然不足以反映當時的役男身心狀況，雖依徵兵規則

第14條規定，役男經徵兵檢查後，於徵集入營前，對判定之體位認有疑義，或有新發生之傷病者，經出具診斷證明書，由所轄縣市政府審核，能夠申請複檢。但此一舉措的前提是，役男必須已然明白自己身所具有之疾患，可能符合免役或改判體位的標準，且須經縣市政府審核後，才能再行安排體檢。

此項規定對1993年次（含）以前之役男而言，確實有著極大的適用困難，特別是在全面實施替代役後，相關役男於2018年仍未入伍者，多半是因就學等原因而延後入伍。以通念論之，除非所患之疾病為曾經急迫且必須緊急就醫，又或者為長久之痼疾，否則役男如何在接獲入伍通知單後，在持有診斷證明書的情況下，向縣市政府提出申請？

如以本文所欲探討的精神疾患做思考，能夠發現此項規定對於具有精神疾患，或病識感不強，以及刻意隱藏的役男而言，確實造成了極大的困擾。舉例來說，精神疾患之類別在定義上極為廣泛，且亦有程度上的區分，症狀輕重所展現的表徵，也都不盡相同¹³，雖然傷停標準表中將這方面的判準交由專業精神科醫生判斷，但要求役男在入伍前，能夠妥善且完整的認知或發現己身罹患精神相關疾病的「前提」，確實令人感到無所適從且甚難配合。簡而言之，對於役男而言，如欲透過精神疾患的病史，申請體位改判，則必須在接到入伍通知單後，準備以往的就診紀錄，並提出申請等待縣市政府審核後，再行體檢判定之。然而，精神疾病的發生並非可控的，環境、其他疾病¹⁴、家庭、感情等原因所致使的精神疾患，所發生的

¹³ 此一情形，其實從刑事裁判的狀況中，也能發現類似的爭議，舉例來說像是對於死刑犯的精神鑑定，不同醫生所做出的判斷並不盡相同，就法律層面的解釋觀之，其中一項因素或可論為不同醫生在病患發病時間點，所進行的診療狀況，因而導致相關的病理報告產生若干差異。湯文章，精神醫療鑑定與刑事審判——以現行鑑定制度的缺失為中心，真理財經法學，17期，2016年9月，頁42-44。

¹⁴ 商志雍、李明濱，癌症病患之精神疾患，台灣醫學，5卷4期，2001年7月，頁429-431。

時點亦非如此「剛好」，且要罹病初期患者願意至精神（身心）科就診，以現在社會通念論之，確實相對其他疾病的就診而言，事實上，罹病者較難以真正踏出就醫服藥的那一步¹⁵。

也因為接獲徵集令到入伍時的期間極為短暫，在此一情況下，除非病人有極強烈的自覺病識感，否則仍會將視為短暫的情緒變化而被忽略¹⁶，在此情況下，接受軍事化訓練期間，因環境改變或高壓管理，確實可能讓病情更加嚴重，然從實際層面來看，相關管理幹部多為同年齡者，或不具心理輔導、醫療等專業人士，如何分辨病況的嚴重程度，便成為難以處理的問題之一¹⁷。

退一步來說，除非精神疾患者嚴重到長期就醫，又或者是病識感較強的患者，定期至相關醫院求助就診，否則較為輕度的患者多半會被自我忽視，而無法在入營服役的「當下」，依其病情之差異而改判體位。此類情形並不只發生在替代役之中，從志願役對精神疾患的研究中，也能看到輕躁症在臨床上並不容易被發現，而產生

15 類似的情況，也能以社會對其汙名化的情形做說明，然而，這樣的敘述方式確實會造成相關患病者在求診上更為卻步的情形。唐宜楨、陳心怡、吳慧菁、鄭詩蓉、高藝洳，身心障礙汙名認知與汙名主觀經驗——以精神疾病患者及脊髓損傷者為例，身心障礙研究季刊，7卷4期，2009年12月，頁239-241。

16 輕型精神疾患反應在身體化的傾向較高，且病識感較低；然重鬱症患者則相反。但從這角度做思考，除非在入伍時便有著顯而易見的重鬱病癥，且相關管理階層亦能完整了解此一類型疾病的妥善處置，否則多半會將其視為因入伍環境改變而有的情緒變化，然而這也是造成相關病情加重的其中一個原因。李昱、林博彥、謝穎慧、李俊毅、邱念睦、文榮光，門診重鬱症患者與非憂鬱症輕型精神疾患之生病行為，臺灣精神醫學，18卷2期，2004年6月，頁102-104。

17 亦如審查委員提供的建議，本文中部分字詞或許可能會讓閱讀者有著「精神疾患仍被汙名化」的論述，作者亦認同此觀點，然而，在修正部分字詞之後，作者認為仍需保留部分的「汙名化詞語」，藉以論證現今社會（特別是軍事訓練過程）確實存在著，對於精神疾患的不了解，以及面對精神疾患者的措手不及，或是相關制度的不完善，因而導致役男精神疾病的加深。故相關字詞的使用或也能提供讀者反思，己身是否同樣以類似的觀點，去看待所謂精神疾病（或其患者），於此特優先述明之。

延誤就醫甚至因入伍而病情加重的情形¹⁸。

在入伍前，仍有改判體位的可能性存在，倘若受徵集而入伍的輕度精神疾患者，又該如何透過法律規範保障自己？後段便以此作分析主軸。

二、至服勤單位後的傷病停役

如若替代役役男在服役期間，因傷病經鑑定而不堪服役者，得依替代役實施條例第10條之規定，停服替代役，且同法第11條第2項說明，因經診斷確定罹患足以危害團體健康及安全之疾病者、傷病經鑑定不堪服役者，於停役後，需再次核定則免予回役，且相關停役標準則另依替代役役男傷病停役檢定標準及標準表訂定之。當然，該法仍有其他停役的標準，但皆與本文所欲探討的主旨並不相同，故僅就上述法令規範，進行分析與討論。

對以往義務役、志願役而言，軍事訓練的嚴謹程度眾所皆知，「服從為軍人的天職」此類的標語，亦常見於軍隊凝聚向心力的主要概念。但從精神疾患的角度來看，近似禁錮式的訓練過程，所產生的影響應是負面效果大於正面效果。姑且不論其成效究竟對於精神疾患者產生了怎樣的影響，從現實層面做思考，也能從中看出軍方系統在替代役基礎訓練時期時，並無法具備有效的專業醫療檢驗機制，進而使得相關輕度精神疾患者，維持病情為「不致惡化」的最低標準。

舉例來說，替代役在入伍當日所進行的基本醫學檢查，相關時間的花費並不超過十分鐘（實際檢測），且如若出具相關病灶證明，就作者詢問相關已退役之替代役，相關醫護人員僅回應讓其轉述給管理幹部知悉，而非進一步的思考該名役男是否能夠在相對高壓的環境中生活。假設此類役男屬以往義務役的標準，須具備相關戰術技巧，並能在戰事發生之時，上陣殺敵使用軍械，相對高壓的

¹⁸ 陳侯榮、夏一新、陳志剛、楊斯年、譚立中，因精神疾病除役軍士官之研究，臺灣精神醫學，18卷4期，2004年12月，頁256-257。

管理或許可能得到部分成效，但對於改服替代役之役男而言，除家庭因素外，身上多半皆有痼疾，只是未達停役標準，或是錯過了改判體位的時間點，而入伍服替代役。但在基礎訓練時期，所受到的要求與訓練，卻與一般軍事訓練役相同，甚至有過之而無不及¹⁹。

對替代役役男而言，生病時與一般士官兵相同，需先就醫務所進行診斷，在經醫生診斷後，如有轉診之必要，則另行安排時間統一至軍醫院就診。對一般疾病而言，或許如此的處置確實是有效且不得不的思考，但就精神疾患者來說，高壓環境所造成的影響，確實可能讓其精神狀況處於更不確定的狀況；然而對管理階層來說，此類役男屬管理時的未爆彈，且相對管理幹部多為同年齡（或更年輕）的「學長」，在不具任何心理、醫學專業的前提，如何去判斷一名役男是否具有精神疾患，或是發作時的因應措施準備？

且更明確之處在於，當傷停檢定表中，對於精神疾患的判斷皆交由精神科專業醫生時，管理幹部又如何能夠有效防範相關精神疾患的自殘、自虐，甚或是傷害他人的行為？環境對於精神疾患的影響，確實極為重要，但在軍中的高壓管教之下，如何降低輕度疾患患者轉變成重度精神疾患，便成為吾輩應該思考與預防的主要概念之一。在基礎訓練時期，會有一項針對所有替代役役男的線上檢測，看似役政署極為重視替代役役男的心理發展，甚至是對相關精神疾患者發作的超前佈署，但實際上來說，無論是以何種角度都無法證明，這「一次」的檢測（或加上後續因判斷為高危險群的心理輔導機制）²⁰會讓輕度精神疾患患者產生有效且降低心理壓力的效益存在。

¹⁹ 據作者所知之資訊，軍事訓練役及志願役，在課程及訓練期間，皆有不成文的「福利」，但服替代役者，在12到16天不等的訓練中，所受之待遇卻更受限，而要求卻更加嚴格。

²⁰ 如替代役第220梯次基礎訓練概定行程表所述，該檢測僅於第一天的第一個時段作安排，其餘課程皆未包含相關醫學相關的治療或照護。替代役第220梯次基礎訓練概定行程表，<https://www.nca.gov.tw/training/NewsAttach/202012280831411.pdf>（最後瀏覽日：2021年1月21日）。

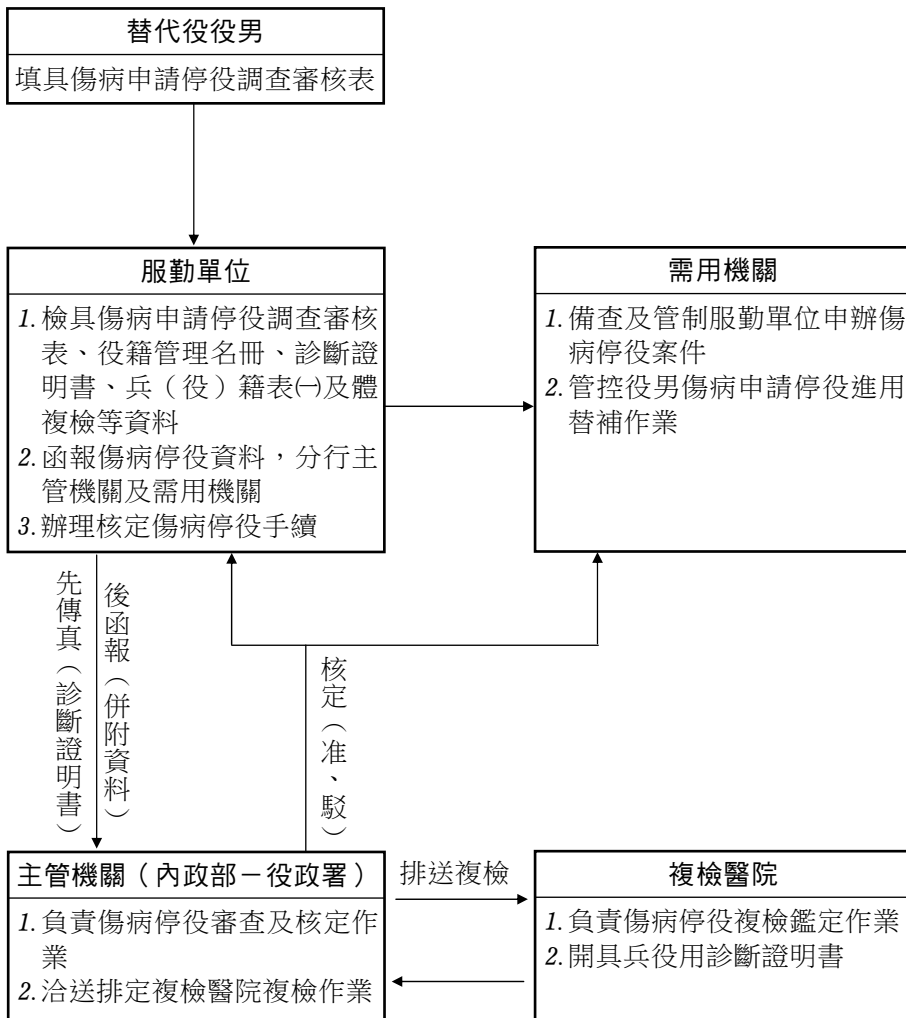
也因為如此，據筆者所知及表二所示，部分輕度精神疾患者，在基礎訓練（亦即在成功嶺訓練）期間，自殘或造成他人身體損害者並不在少數，而替代役訓練班也僅能以被動的使其待在醫護所或是安排管理幹部於其身旁觀察，但如此作為並不具任何醫療上的有效性，只能將其視為為了「不要出事」所做的措施而已。

除基礎訓練外，專業訓練期間對於替代役役男而言，亦為另一個重要的階段，當離開成功嶺後，意味著專業訓練告一段落，且在成功嶺期間如若提出因身體健康狀況緣故不符服役標準，經醫生鑑定後，於30日內予以驗退²¹。此處所謂的驗退，並非前述所提之傷病停役，亦即驗退後，除經診斷判定為免役體位外，其餘體位未定者，經複檢後仍須回服替代役。如果是一般可治癒或經治癒不再復發的疾病，確實經治療後，能讓身體健康者回基礎訓練營中，繼續服完未盡的訓練義務。但精神疾患者經確診後，常需要長時間的服藥、回診，甚至是盡量避免接受刺激，此條文的使用，將造成精神疾患者的困擾，對於非替代役役男傷病停役檢定標準所述之停役標準者，精神疾患的發作並不被重視，且在入營（下單位）後可能又更加嚴重的狀況下，如此行為只是不斷的輪迴而已，並未從根本上解決問題。

若分發到專業訓練單位，則相關罹病患者，確實能依替代役實施條例第10條及替代役役男傷病停役檢定標準與標準表，就其傷病在就醫後，以醫生所開具之診斷證明書，向服勤單位提出申請後，函送需用機關轉請主管機關核定，並安排至複檢醫院進行複檢，就其診斷結果准駁提出傷病停役之申請。

雖然相關規範看似提供傷病役男一個更為完善的退役審核機制，但從實際層面做思考，卻能發現這樣的程序，卻是造成了另一個退役（或養病）的障礙，特別是針對於本文所討論的精神疾患。

²¹ 內政部役政署，https://www.nca.gov.tw/chasp/Faq_Detail.aspx?web=85&id=6685（最後瀏覽日：2021年1月21日）。



圖一 替代役役男傷病停役檢定作業流程圖

資料來源：內政部役政署，https://www.nca.gov.tw/chaspx/Faq_Detail.aspx?web=88&id=271（最後瀏覽日：2021年1月21日）。

圖一為替代役役男傷病停役檢定作業流程圖，看似流程極為簡單，甚至相關主管部門僅有役政署、複檢醫院、需用機關、服勤單位，但對於役男而言，光是提出申請到複檢，以實際情況及相關規

範論之，發現相關流程跑完，三個月算是較為明確的時間限制²²，雖申辦傷病停役作業流程說明中，就複檢醫院開具兵役用診斷證明的日程明訂為10日，但相關公文往返，以及主關機關准駁會議的召開，對於罹病役男而言，都是極為漫長的過程，且仍須面對身體或心理上的傷痛與不確定感。

雖然替代役役男因傷病可依替代役役男請假規則第3條：「經檢具醫療機構診斷證明書者，酌予核給病假，一次不得超過三十日。服勤單位於必要時，得將其送至指定之醫院複診，再核予指定處所內適當之休養方式及天數。」但對於役男請假而言，病假是否准駁，管理單位掌握了極大的權力，特別是其中文字所使用的「酌予」，代表縱然醫生依其專業提供之休養天數建議，但管理單位有權予以減少（因最多上限為30日），另一方面，管理單位同樣也能夠將役男送至「指定醫院」複診，而非將其診斷證明書之建議採納，讓人納悶的是，既然不相信役男於非指定醫院進行診療所得之診斷證明書，又為何不於一開始就指定役男到特定醫院就診？再者，縱使役男依管理單位至特定醫院複診，且醫院亦認為應休養時，管理單位同樣具有「指定休養處所」的權力。

然而，所謂的管理單位對於病情並不具任何醫療方面的診斷能力，在思考上又如何指定役男在相關處所中休養，如若因特殊原因而致使役男延誤送醫時機，後續究責又該如何論處？

回到本文所探討的精神疾患做思考，能夠發現上述兩項規定，對此類役男來說，影響層面更大、更廣。部分精神疾患發作時間並不固定，且可能因為外在環境或他人的刺激而產生更為激烈的反應，在這種情況下，管理人員除非將之送至醫院進行留院觀察，不然相關狀況發生時，管理人員是無力也無法有效減緩精神疾患的症狀，且在現今人力短缺的情況下，假使將役男留置醫院靜待觀察，

²² 台北市政府兵役局，https://docms.gov.taipei/News_Content.aspx?n=03317D8229965B64&s=DEBAF8A834BC0081（最後瀏覽日：2021年1月21日）。

等同管理部門須增派人手與其共同留在醫院，以常識做思考，會將役男留院接受治療的可能性必然降低。

如管理部門同意役男回家休養，在現行法規對於天數的限制來說，等同役男在期限內就必須重新回到服勤單位，或是再提出證明請假、或是繼續服役，對能在短期內康復的役男而言，此項措施似乎合理與合法，但對精神疾患而言，復發的機率極高，且在相關規定的限制下，亦無法有效正視此種情況所產生的後果。當役男因時間限制回到服勤單位，但仍舊不適應服役單位時，相關疾病的再復發可能，無論對管理人員或是役男及其家人，永遠不知道服役過程對精神疾患所帶來的影響，是否已然超越了可承擔的範圍²³。加上社會對於精神疾患的汙名化，此一情形亦存在於吾輩所生活的社會之中，縱使僅是單純且輕微的精神疾患，在團體生活中被放大檢視的可能，卻也是可預期的。

於此同時，役男除了必須面對疾病所帶來的心理、生理壓力，又必須考量提出申請後，相關冗長程序所導致的不確定性，平心而論，這對精神疾患是好是壞，應該是眾所皆知的事實。然而，直至今日，役政署並未就此深入探討，仍將精神疾患視為一般程度的疾病患者，而非以優先考量的方式，加速申請的流程，或是提供更為關懷的方式，雖然在替代役服役期間，內政部亦對此類精神疾患患者，提供專業的心理輔導，但這樣的心理輔導機制，所能發揮的成效又有多少？最終的停役與否的標準，仍是以醫生的判斷作為考量，那麼是否能將其視為亡羊補牢的措施，而非積極面對的態度？

再假設另一個狀況，當精神疾患役男因故自殘而身亡，對服勤單位而言，或許僅是少了個勞動力，但對於役男的父母來說，卻是

²³ 這種情況並不只發生在替代役役男身上，如消防人員在面臨到院前心肺功能停止（Out-of-hospital cardiac arrest, OHCA）時，所可能產生的創傷後壓力症候群（Post-traumatic stress disorder, PTSD），或於COVID-19時期，航空警察因執行勤務所面臨染疫的風險，都可能造成受過特殊訓練專業人員的心理壓力，更何況僅為「輔助」前述單位專業人士的替代役役男？

明明白白的白髮人送黑髮人情境，倘若國家能夠正視精神疾患並不適合服役的情形，而從法律層面做出修正，或許前述的狀況並不會發生。試想，上新聞版面的替代役役男爭議與實際產生的情形相比，孰多孰少，應為眾所皆知的事實，而不用於此多加闡述。

肆、結語與建議

雖然精神疾患在現代化社會中為常見的患者，且逐漸受到大眾重視，人們也開始思考，如何讓病患在接受醫療時，所受到的汙名化能被洗刷，甚至受到社會大眾的接納。但從國家規範的角度來說，卻又能看到制度對精神疾患的不友善。也因為如此，本文試圖提供以下建議，讓替代役制度能更符合精神疾患役男之需求，而朝向更為適切的方向發展，以減少因服役而讓身心受損，甚至造成死傷的遺憾事件再次發生。雖然精神疾患仍舊有發作程度、間隔的區分，但退萬步言，無論是成功嶺基礎訓練時期，或是下單位後的壓力，都可能成為加重役男精神疾患病情的最後一根稻草，也因為如此，本文後續的建議，著實立基在對於具有醫生診斷證明為精神疾患的替代役役男，或是因訓練過程中，所致生發病結果的狀況。對於多數役男而言，家人的陪伴或許會較服勤單位長官來的更加被患者信任，且考量到病患人權與服兵役的義務和工作性質，作者仍認為應該減輕病情甚至使其痊癒作為優先的思考。據此，相關建議如後：

一、建立基礎訓練的精神疾患通報機制

此一情況類似落日條款，在替代役制度仍未能有所修正的情況，或是因基礎訓練而致使輕度精神疾患病情加重，在心理輔導師及醫生的雙重檢證之下，於基礎訓練期間內（12~16天），便能迅速地判定或安排限定時間內的複檢，讓精神疾患役男能夠以最迅速的方式，提供相關性的治療或直接安排停役，除能降低社會成本外，也能使役男在最短時間內獲得最佳的治療方式。

二、加速傷病停役的程序

現行傷病停役的時程如前所述，約略三個月左右才會有醫生判斷的結果。但精神疾患在環境影響下，所面臨的壓力或許並非常人所能承受，加上因法律規範所受的就醫限制，事實上讓傷病停役的時間，限縮在一個月內，甚至是更短時間，確實會讓患病者能降低疾病爆發的機率。

以現行醫療專業的角度及科學儀器的精確論之，判斷相關精神疾患，應不致耗費過多時間，反倒是公文往來的曠日廢時，事實上產生了極大的限制，而讓役男在等待通知的情況下，增添心理上的壓力而未能減緩精神疾病。但現今電子化公文的使用，能加速相關公文往返的時間，但迄今相關傷停驗退程序卻仍須數月，實在令人不解也無奈。

三、讓精神疾患的役男能真正療養而非繼續服役

對精神疾患而言，適當的治療與輔導，確實是最為有效減緩症狀的方式，家人與親友的陪伴，同樣也能發揮效果，讓精神疾患逐步逐漸的改善。然而，軍事化管理的高壓，或是管理階層的僵化，以及對其病灶的不熟悉，往往會讓病情更加惡化，縱使相關管理人員皆按法令規範進行管理，但對精神疾患役男來說，較為彈性的制度運用，才是最能讓役男安心服役的關鍵。

因此本文認為，如若役男能提供精神疾患的證明（無論是在服役前或服役中）²⁴，便儘速安排其傷停退役的程序，縱使部分役男可能藉此逃避兵役，但只要能夠提出「多於一份」精神科專業醫師的檢定報告（或指定其餘特定醫療院所進行檢查），且具有持續服藥、就醫的情形，或許類似的傷停程序便能有著簡化的可能，而讓精神疾患役男能夠安心療養，而非被動式的等待服役過程中的檢驗

²⁴ 如在修改兵役法中之規定，讓相關精神疾患者所提供之證明，皆到役政署所承認的醫療院所進行診斷及開立證明書，如此一來便省去相關複檢的程序與公文往來的繁雜。

程序。

四、從問題的根本予以解決類似爭議

確實，此一議題的複雜性，並非是能從單一層面的改善就能獲得解決的。但在人權逐漸被重視的今日社會而言，法律規範理應做到尊重人權且尊重專業的最低標準，揆諸檢定傷病停役內容，也能看到罹患疾病是否會影響到服役，取決於醫生的診斷報告，但除了部分疾病為顯而易見且難以服替代役的情況，精神疾病患者在多數時候，只要能夠持續的服藥，或是持續的就醫，甚至是降低外界壓力的刺激，多數時間皆與常人無異。但吾輩需要思考之處在於，現行的替代役訓練制度，並沒有辦法達到以上的最低要求，無論是在成功嶺的高壓訓練，或是服勤單位對疾病的不熟悉，都可能讓病情隨之惡化，並且讓患者的人權受到侵犯。

因此，本文認為，降低精神疾病患者發病的最好方法，便是讓其維持服藥、就醫的穩定性，並且讓相關誘發疾病的因子，不因軍中訓練的制度僵化，或是被邊緣化的情形，而造成無法挽回的後果。

雖然，自洪仲丘事件以來，軍中人權逐步受到重視，但對於替代役而言，社會上卻仍有認為其該役別遠較軍事訓練輕鬆的誤解。在一年期替代役逐步走向歷史的前提下，如何讓後續罹患精神疾病的替代役役男，藉由法律規範的修正，儘量減少加重病情的可能性，便是本文撰寫的主要目的之一。或許，讓罹患較輕微精神疾患的役男，協助其在體制內康復，是其中一項方法，但如此行為，卻也要建立在服勤單位人員皆具有一定判斷能力的單位，或是能儘速發現罹病者病況變化，並將其作最適當處置的專業人士，但通念上來看，卻也能發現這樣的「前提」，事實上很難達成，也因為如此，本文仍舊希望能以一個較為合情、合理的方式，當募兵制逐漸成為防衛國家主體時，能給予因精神疾患而無法續服替代役的役男，更為迅速、妥善且完整的退役機制。

參考文獻

- 李昱、林博彥、謝穎慧、李俊毅、邱念睦、文榮光，門診重鬱症患者與非憂鬱症輕型精神疾患之生病行為，臺灣精神醫學，18卷2期，頁96-106，2004年6月。
- 陳俟榮、夏一新、陳志剛、楊斯年、譚立中，因精神疾病除役軍士官之研究，臺灣精神醫學，18卷4期，頁251-260，2004年12月。
- 陳新民，臺灣兵役替代役的制度簡介，軍法專刊，64卷3期，頁1-10，2018年6月。
- 唐宜楨、陳心怡、吳慧菁、鄭詩蓉、高藝洳，身心障礙汙名認知與汙名主觀經驗——以精神疾病患者及脊髓損傷者為例，身心障礙研究季刊，7卷4期，頁230-244，2009年12月。
- 商志雍、李明濱，癌症病患之精神疾患，台灣醫學，5卷4期，頁429-432，2001年7月。
- 湯文章，精神醫療鑑定與刑事審判——以現行鑑定制度的缺失為中心，真理財經法學，17期，頁37-94，2016年9月。

Taiwan's Substitute Military Service System Inadequately Accommodates Patients with Mental Illness: A Legal Perspective

Jia-Ying Lyu*

Abstract

Although military service is the duty of men in Taiwan, those with mental illness face various legal restrictions that impede their ability to conveniently fulfill their civic responsibility. This study focused on the 1-year substitute military service program and identified the limitations and inconveniences inherent to the current laws and regulations that apply to individuals with mental illness who face difficulties in fulfilling their military service (either prior to or during such service). We conclude that a more robust mental health review system and various amendments to the alternative military service program would greatly improve the circumstances for individuals with mental health issues.

Keywords : mental illness, alternative service, military service, inconvenience

* Adjunct Assistant Professor, General Education Center, Feng Chia University.

【研究論文】

森林法第15條第4項 傳統領域概念之適用與檢討 ——評最高法院109年度台上字第3148 號刑事判決及其歷審判決

范耕維*

要 目

- | | |
|--|--------------------------------|
| 壹、前 言 | 肆、本文評析：概念的錯誤運用
與文化壓迫的重現 |
| 貳、鑑往知來：原住民族採集森
林產物之合法性依據與判斷
標準 | 一、自財產權觀點詮釋傳統領域
概念之錯誤 |
| 參、進步的受挫：以最高法院109
年度台上字第3148號判決為
中心 | 二、以傳統領域概念作為原住民
族文化表現判斷基準之錯誤 |
| 一、案例事實 | 三、罪刑法定原則之違反 |
| 二、第一審、第二審判決 | 四、歷史記憶性質之忽略與官僚
思維的概念適用 |
| 三、最高法院判決 | 伍、結 論 |
| 四、實務觀點總結 | |

DOI:10.7003/LASR.202209_(9).0002

* 國立東華大學法律學系助理教授。

本文初稿以〈台灣刑事判決における伝統領域という概念の適用の検討：台湾森林法第15条第4項の適用を中心に〉為題，發表於第二回東アジア環境問題研究会。感謝Mona Awi教授、張鑫隆教授、羅永清教授提出的寶貴建議，也感謝原住民族委員會王子軍先生（Tahai Palalavi）提出更多元的看法，使本文更為完整。當然，一切文責由筆者自負。

摘 要

本文以我國法院對原住民族傳統領域概念之適用現況，作為觀察與討論的對象。首先，從原住民基本法第19條與森林法第15條第4項之制定，以及2019年原住民族依生活慣俗採取森林產物規則的制定中，可以觀察到我國法規範兼顧自然生態保育與原住民族文化維護的發展方向。同時，從我國法院判決的發展中，也可以觀察到法院對原住民族森林產物採集行為，採取肯定其行為合法性的發展趨勢。不過，在最高法院109年度台上字第3148號刑事判決中，可以觀察到另一條相反的發展路徑，也就是對原住民合法採集行為採取限縮解釋的發展方向。根據該判決，原住民族只能在自身所隸屬族群的傳統領域內，才享有合法採集森林產物的權利，反之在其他原住民族的傳統領域內採集時，將會構成犯罪行為。結論上，本文認為最高法院此一判決具有以下四點錯誤：一、錯誤地由財產權概念來理解傳統領域；二、錯誤地以傳統領域作為合法採集行為的判斷基準；三、違反罪刑法定原則之嫌；四、忽略傳統領域概念與歷史記憶間的關係。

關鍵詞： 森林法、原住民族、傳統領域、原住民基本法

壹、前 言

呼應蔡英文總統於2016年8月1日向原住民族道歉，並表示於同年11月開始劃設、公告原住民族傳統領域土地之主張¹，原住民族委員會（下稱：原民會）於2017年2月18日公布「原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法」（下稱：《劃設辦法》）。同時，於該辦法第3條第2款中，將原住民族傳統領域土地（下稱：傳統領域）明文定義為「指經依本辦法所定程序劃定之原住民族傳統祭儀、祖靈聖地、部落及其獵區與墾耕或其他依原住民族文化、傳統習慣等特徵可得確定其範圍之公有土地」。不過，在此《劃設辦法》明文定義傳統領域前，事實上在我國原住民族基本法（下稱：《原基法》）第2條第5款及森林法第15條第4項中，也都早已存在「原住民族傳統領域土地」的用語。只是在這些規定中，並未賦予傳統領域一詞明確的定義。正因如此，當《劃設辦法》於2017年公布後，是否對這些條文的解釋適用產生影響，就成為值得觀察的課題。

對此，若以「傳統領域」為關鍵字，於司法院法學資料檢索系統進行檢索時，會發現刑事判決中使用傳統領域一詞的案由甚多，包括森林法、水土保持法、野生動物保育法乃至於傳統刑法中的竊佔罪等，皆可發現在論罪時適用傳統領域概念的狀況。不過，若考量不同案由涉及法規各異，而各法規所規範之行為類型與保護法益有別時，則如森林法規範之採集行為、水土保持法規範之開發行為及野生動物保育法相關之狩獵行為等，各自設計規範時考量的立法目的即有不同。如此一來，當針對不同規範中的不同行為類型，考量其侵害法益與保全利益，進而制定阻卻違法之合法行為要件時，當然也存在不同考量。在此脈絡下，當個案適用條文涉及「傳統領域」的內涵解釋時，在不同案由與不同規範的前提下，也就存在不

¹ 總統代表政府向原住民族道歉，參考網址：<https://www.president.gov.tw/NEWS/20603>（最後瀏覽日：2021年3月3日）。

同的詮釋可能。

如此一來，本文即有先鎖定特定案件類型或特定條文，以其對傳統領域概念之適用狀況作為觀察重點之必要。對此，單從法院判決數量之分析來看，以2019年1月至2020年12月各級法院所為判決為例，提及傳統領域的刑事判決共計36件中，案由為森林法者即有21件（占全部判決數的58.3%）。若考慮上下級判決可能屬同一案件而以案件為單位時，在20件案件中森林法案由者就占了13件（占全部案件數的65%）。換言之，森林法相關案件顯然是論及傳統領域之案由中，所占比例最高者²。關於此現象，現行法規範所設要件可能是成因之一。亦即，由於賦予原住民族合法採集森林產物權利的森林法第15條第4項，是目前唯一明文將傳統領域一詞規範於條文者，也導致當事人有較高可能在森林法案件中爭執犯罪成立與否時，主張該條項之適用並就適用與否進行爭執。如此一來，當要分析我國刑事判決對傳統領域概念之適用現況時，森林法第15條第4項之解釋適用與發展趨勢，就成為極佳的切入點。因此，本文將先聚焦於森林法相關刑事判決對傳統領域概念之適用狀況，以之作為討論重心。其中，本文將以2017年《劃設辦法》發布後，最高法院對森林法第15條第4項中傳統領域（下稱：森林法傳統領域）概念之論述最為詳盡的最高法院109年度台上字第3148號判決（下稱：最高法院109年判決），作為主要分析對象。

因此，在論述的順序上，作為分析該判決之背景，本文將先簡單回顧森林法第15條第4項之增訂與我國法院對該條解釋適用之發展，初步勾勒出我國法院對原住民採集森林產物合法性的判斷標準及其意涵（本文貳）。接著，本文將簡介最高法院109年判決之案例

² 本數據係以筆者對原住民族傳統領域相關判決之整理與編碼為基礎所製成。該編碼底稿來自司法院開放資料。至於本文相關數據的資料選擇，則係以地方法院案件第一審為分析對象，並在判決日期為2019年1月1日至2020年12月31日的範圍內，以「事件基本資料」中的「案由」為含關鍵字「森林法」者與判決中含關鍵字「傳統領域」者進行篩選而成。

事實與內容，歸納實務上對傳統領域概念適用之趨勢與立場轉變（本文參）。最終，針對此判決關於森林法傳統領域概念之操作，所呈現出我國法院對森林產物採集合法性認定漸趨嚴格之現象，本文將指出其問題所在，並提出批評（本文肆）。

貳、鑑往知來：原住民族採集森林產物之合法性 依據與判斷標準

在1945年森林法全文修正中，由於當時的森林法第1條揭示「森林以國有為原則」之意旨，並於同法第49條設有竊取森林主副產物罪之規定（現行森林法第50條）³，故原住民族採集、利用與管領森林資源的文化與生活行為，當時被視為竊取森林產物之行為而應負起刑事責任⁴。縱使在1985年森林法修正第1條並揭示立法宗旨時，該條文所側重的仍是森林資源保護與經濟效益，並未將原住民族向來與森林共存及基於文化傳統利用森林資源的面向納入立法考量中。直到2004年森林法修訂與2005年《原基法》制定時，才終於透過森林法第15條第4項與《原基法》第19條等規定，將尊重原住民族文化、維繫傳統習俗與價值、維持原住民族生存並賦予其依生活慣俗治理傳統領域內自然資源之權利等面向，納入法規範制定的考量中，使原住民族依法採集森林產物之行為有除罪化的可能⁵。

至於在森林法第15條中要求主管機關應就依該條進行採取之區域、種類、時期、無償、有償及其他應遵行事項等訂定管理規則的部分，則是在2019年由農委會制定「原住民族依生活慣俗採取森林產物規則（下稱：《生活慣俗採取規則》）」，為原住民族在現行

³ 李桃生，原住民族利用森林資源權利論：回顧與展望，台灣林業，46卷2期，2020年4月，頁42。

⁴ 蔡志偉，民族法主體之建立：臺灣原住民族自治之視角，臺灣原住民族法學，1卷1期，2016年7月，頁80。

⁵ 李桃生，同註3，頁47。

法律體系下進行合法採集行為與實踐傳統文化，訂出更為明確的判斷標準與權利行使範圍。而由該規則是在考量《原基法》第23條與第30條意旨，於尊重原住民族選擇生活方式、資源利用方式與管理模式之權利，並於制定法律及處理原住民族事務時，尊重其傳統習俗、文化及價值觀而訂定的立法精神來看，更可說明原住民族文化及傳統已被納入規範制定的考量中。

從上述規範層面的發展中，可看到在「森林生態系統維護」的價值體系下，除了確保生態價值、森林資源國有等原則外，原住民族生活慣俗之維護也被納入森林法規範制定的考量中⁶。對應於規範層面嘗試整合生態價值與原住民文化維護之轉變，在個案認事用法的層面，也可見刑事判決中對原住民族採集森林資源行為之評價方式有所轉變。以屏東地方法院93年度簡字第1233號刑事判決為例，對於原住民族被告採集森林副產物之行為，該判決並未考慮當時已修訂的森林法第15條第4項之適用與否，而是在將該行為視為不法行為的前提下，僅於責任層次考量被告教育程度與受原住民族傳統風俗之影響來減輕其罪責⁷。不過，嗣後於最高法院98年度台上字第7210號刑事判決（下稱：最高法院98年判決）中，已可見到基於「原住民族之傳統習俗，有其歷史淵源與文化特色，為促進各族群間公平、永續發展，允以多元主義之觀點、文化相對之角度，以建立共存共榮之族群關係，尤其在原住民族傳統領域土地內，依其傳統習俗之行為，在合理之範圍，予以適當之尊重，以保障原住民族

⁶ 李桃生，在環境法體系下探討森林法律原則，台灣林業，43卷2期，2017年4月，頁86。從這個角度來看，森林生態保育與原住民族文化實踐並非相互對立的二種價值，反而可評價為生態保育架構下相輔相成的關係。因此，如釋字第803號解釋及其憲法法庭論辯中，將生態保育與原住民族文化實踐置於對立位置並加以衡量之作法，應有商榷之餘地。唯此並非本文討論重心，故不再贅述。

⁷ 原文摘錄：黃藤莖部嫩心部位可供食用……是原住民的傳統食物之一……被告二人均為原住民，其未尊重國家森林保育政策及他人財產權之觀念固屬可議，惟被告教育程度均不高，受其族人傳統風俗影響甚深，其犯行之可責性較低。

之基本權利」之觀點，認為應在現行法律體系下盡可能尊重原住民族在傳統領域內依傳統習俗所為之行為，嘗試緩解現行國家體制與原住民族傳統文化間的衝突。亦即，此判決提出了一種不再將原住民族採集行為視為必然違法，而是具有合法可能性的解釋方向。

而此發展方向，至今已可在我國刑事判決中見到具體案例。以南投地院107年度原訴字第9號刑事判決（愛玉子採集案）為例，該判決即認為森林法第15條第4項是在生態保育的同時，基於對原住民族傳統習俗、文化與價值觀之尊重，為保障原住民族基本權利與生存發展而設之規定，故當原住民族係依法採取森林產物之行為時，該行為即可阻卻違法。而依該判決所採之標準，若是在《生活慣俗採取規則》發布後之行為，則應依該規則判斷採集行為之合法性，若為該規則發布前之行為，則回歸《原基法》第19條，依該行為是否出於傳統文化、祭儀或自用等目的之非營利行為，來判斷其可否阻卻違法。目前，包括同案二審的高等法院台中分院108年度原上訴字第48號刑事判決，以及台東法院107年度原訴緝字第1號刑事判決中，皆可觀察到相同的見解。

而上述發展在刑法理論上的意義，就在於對原住民族採集行為之評價，已由著重於行為人之原住民族身分，依然將採集行為視為不法行為，僅在責任層次考量文化影響來降低非難可能性的立場，轉向著重於採集行為本身代表的原住民族文化傳統，在違法性層次處理對採集行為之評價，認定採集行為在符合特定要件下有作為合法行為而阻卻違法的可能。在我國學說上，如學者許恒達即曾主張法院適用森林法第15條時，應解讀為立法者接受原住民族慣俗與傳統生活的需保護性，並積極地將部落慣俗作為是否合法的判斷基準，故當被告行為符合文化慣俗時，即應產生阻卻違法的效果⁸。而上述實務發展之意涵，即可謂契合此種學說之主張。

⁸ 許恒達，國家規範、部落傳統與文化衝突：從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題，台灣原住民族研究季刊，6卷2期，2013年6月，頁63。

此外，若由違法性係以判斷行為是否符合社會整體法秩序的內涵來看⁹，上述發展也代表原住民族採集行為由完全被否定符合法秩序的可能，轉向具有被現行法秩序所涵括之可能。亦即，或可將此轉變評價為原住民族文化與生活傳統已成為社會整體法秩序中的一部分，其一方面呼應最高法院98年判決所揭示的發展方向，另一方面則更具體地將該發展方向落實於對現有規範的解釋適用中。誠然，由原住民族文化傳統被承認作為整體法秩序中的一部分，並無法直接推論出其在優越利益衡量時受到同等位階的重視，也不代表原住民族已確切成為當前法律體系中的主體。但是，面對原住民族與國家法制的關係中，原住民族文化未被現行法體系所認可，導致長期以來法律體系之建構未包含原住民族文化脈絡的問題¹⁰，在個案解釋適用的層次中，或可評價為朝著解決問題的方向前進。

參、進步的受挫：以最高法院109年度台上字第3148號判決為中心

透過上段的介紹，可觀察到對於原住民族之森林產物採集行為，從法規制定到個案中對規範之解釋適用，呈現出兼顧生態保育與維護原住民族傳統文化的走向。不過，在《劃設辦法》首次明文定義傳統領域概念後，此發展方向可謂遭遇挫折。對此，本文即自最高法院109年判決及其歷審判決（本案下稱：牛樟菇竊取案）切入，說明當《劃設辦法》確立傳統領域的定義後，我國法院透過對該概念之解釋來嚴格認定採集行為之合法性，造成限縮原住民族合法採集空間的現象，也導致一個追求原住民族權利與歷史正義的概念，反遭誤用而轉化為壓迫原住民族文化的媒介。

⁹ 王皇玉，刑法總則，2020年6版，頁247。

¹⁰ 蔡志偉，從客體到主體：台灣原住民族法制與權利的發展，國立臺灣大學法學論叢，40卷特刊，2011年10月，頁1534。

一、案例事實

本案被告X為卑南族原住民，基於意圖為自己不法之所有而竊取森林副產物之犯意，於2018年5月22日16時許至同年月23日13時許間之某時段，前往台東縣延平鄉山區之行政院農業委員會林務局台東林區管理處所管領之延平事業區第14林班地某處，以頭燈探照牛樟樹洞搜尋牛樟菇，再進入樹洞以刀子削成之木頭及徒手刮取之方式，竊取牛樟菇220.5公克。

二、第一審、第二審判決

針對被告X主張依據《原基法》第2條第3項、第19條及森林法第15條第4項規定，其為原住民於卑南族傳統領域內採取森林副產物，自用治療膝關節及腰部疼痛，故並無違反森林法相關規定而不構成犯罪之主張，第一審的台東地院108年度原訴字第20號刑事判決持否定看法，認為原住民族合法的森林產物採集行為，僅限於在森林法第15條第4項所規定的原住民族傳統領域土地內所為者，惟本案中X所為者並非在傳統領域土地內之採集行為，故仍構成犯罪。

而一審合議庭認為X採集處所不該當於森林法傳統領域之要件的理由，則是認為無論是《原基法》第19條中的「原住民地區」或此案涉及的「原住民傳統領域土地」，各概念所指涉的區域都必然與歷史、文化、生活慣俗，以及世代相傳所形成之傳統習慣相關聯¹¹。在此前提下，由於文化、傳統等具有高度屬人性，必然因族群不同而形成相異的內容，故所謂的傳統領域當然是透過相同血統的同族群人士世代群居於某地域而形成。根據這樣的理解，一審合議庭認

¹¹ 原文摘錄：人類之文化係在歷史發展過程中所形成之總成果，包括語言、道德、宗教、藝術、科學、技術、節期等各方面。而人類於生活中反覆實施，並約定成俗予以遵守、進行者，可謂生活慣俗。又人類發展出之文化、生活慣俗，如經所屬社會群體世代相傳，成為該社群延續已久之內涵、制度，則可稱之為傳統。原住民族基本法對於原住民族地區、原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法對於原住民族傳統領域土地之規範，亦將歷史淵源、文化或傳統習慣納入各該名詞之定義。

為無該族群血統之人，即令同樣居住或生活於該地域，也不得將該地域理解為自身族群的傳統領域¹²。

根據上述脈絡，一審合議庭創設了《原基法》第19條與森林法第15條第4項中未明文規定的「隱藏構成要件」，認為各條文中所提及的原住民地區與原住民傳統領域都應限縮解釋為「行為人所隸屬之族群的傳統領域」¹³，僅行為人是在該傳統領域中進行採集行為時，該採集行為才屬於森林法第15條第4項認定的合法採集而不構成犯罪。以本案來說，台東地院認為該採集地點為布農族所屬傳統領域，故當被告X隸屬於卑南族而非在其所隸屬族群的傳統領域中採集，該採集行為即構成竊取森林產物之犯罪¹⁴。

爾後，於臺灣高等法院花蓮分院108年度原上訴字第57號刑事判決中，第二審合議庭依然維持相同見解，認為由於被告並非在其所隸屬族群之傳統領域中為採集行為，故不得主張依其傳統領域採集之權利¹⁵。另外，在第二審的過程中，辯護人為爭執被告採集區域亦

¹² 原文摘錄：無論是文化、傳統抑或生活慣俗，均具有高度屬人性，各原住民族間存有若干差異。以生存、活動地域而言，一般係具有同血統之同族人士世代代群聚一處，而在該處形成部落或傳統活動領域。無該族血統之人士縱亦居住、生活於該處，仍不得將該族之傳統領域土地視為自身民族之傳統領域土地。

¹³ 原文摘錄：縱使原住民族基本法第19條規定並未明定原住民僅得在其所屬民族之原住民族地區為該條所列非營利行為，然依上開規定及說明，仍應透過文義解釋、歷史解釋、體系解釋及目的解釋等，做此法律解釋。易言之，原住民族地區限於所屬民族者，乃本條規定之隱藏構成要件，如欲適用該規定，亦須該當此隱藏構成要件。基於同一理由，森林法第15條第4項之「原住民族傳統領域土地」，亦應為相同解釋，限於各自原住民族所屬之傳統領域土地。

¹⁴ 原文摘錄：又被告係卑南族原住民，其僅曾與布農族的朋友一起上山打獵……被告既非布農族或阿美族原住民，其縱與布農族原住民有所往來，仍不得主張對本案行為地有採集菌類、森林副產物之權利。

¹⁵ 原文摘錄：被告並非係布農族或阿美族原住民，而係卑南族原住民，且僅曾與布農族的朋友一起上山打獵……顯然被告明知該處並非其族群之傳統領域範圍……被告既非布農族或阿美族原住民，其縱與布農族原住民有所往來，仍不得主張對本案行為地有依其傳統領域採集菌類、森林副產物之權利。

屬卑南族傳統領域，亦曾聲請傳喚第三屆總統府原住民族歷史正義與轉型正義委員會委員、卑南族代表馬來盛（Laising Sawawan）為證人，證明該區域實為卑南族與布農族共享資源之領域，雙方並無對它族享有排他性之權利。但是，二審法院在未詳述其判斷依據與理由的狀況下，仍於同判決中斷言依該證言無法認定採集區域為卑南族傳統領域。

三、最高法院判決

本案上訴至最高法院後，最高法院作成109年度台上字第3148號刑事判決，肯定下級審法院之看法並駁回上訴。根據該判決，森林法傳統領域應依《劃設辦法》第3條第2款定義為「經依本辦法所定程序劃定之原住民族傳統祭儀、祖靈聖地、部落及其獵區與墾耕或其他依原住民族文化、傳統習慣等特徵可得確定其範圍之公有土地」。因此，不同於推行原住民行政而供原住民族使用之原住民保留地，傳統領域是根據部落耆老的口述、相關文獻記載、當地遺址等等來記錄部落曾經生活之領域¹⁶。

在將傳統領域之認定與「部落」相連結的前提下，由於部落是位於原住民族地區內之一定區域範圍，成員間依循相延承襲並共同遵守之生活規範，具有共同生活及互動之事實之原住民族團體，故傳統領域必然是與其所屬部落或族別的文化、祭儀、祖靈或習慣相關聯。在此脈絡下，最高法院認為原住民進入非自身所隸屬族別或部落之傳統領域土地內採取森林產物時，並非森林法第15條第4項之適用範圍。換言之，根據本判決之主張，合法採集森林產物之行為

¹⁶ 原文摘錄：森林法第15條第4項所謂「傳統領域土地」，依原住民族基本法第21條第4項規定訂定之「原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法」係指：經依本辦法所定程序劃定之原住民族傳統祭儀、祖靈聖地、部落及其獵區與墾耕或其他依原住民族文化、傳統習慣等特徵可得確定其範圍之公有土地。其劃設係根據部落耆老的口述、相關文獻記載、當地遺址等等來記錄部落曾經生活的領域，以別於為推行原住民行政而供原住民族使用之原住民「保留地」。

須符合下述要件：(一)具原住民族身分；(二)為符合其傳統文化、祭儀、自用等目的之非營利行為；(三)須在自身所隸屬族群的傳統領域土地內為之¹⁷。

四、實務觀點總結

上述立場轉變下，我國實務可謂對適用森林法第15條第4項之合法採集行為設定較嚴格之要件，限縮合法採集行為的範圍。事實上，不僅是牛樟菇竊取案，如台東地院108年度原訴字第15號刑事判決與台東地院108年度原訴字第49號刑事判決中，也可看到同樣的立場轉變出現在台東地院其他庭的判決中。以下，筆者即以這些判決為基礎，簡單摘要此立場轉變的兩項重點。

(一)將森林法的原住民傳統領域與原基法的原住民地區脫鉤解釋

牛樟菇竊取案歷審判決中，對傳統領域採嚴格認定之解釋，可謂與過往實務見解有所差異。詳言之，過往實務於適用森林法第15條第4項時，多引用2017年原委會、農委會以原民經字第1060032994號、農林務字第1061740632號令所發布之解釋令（下稱：2017年解釋令），將森林法傳統領域理解為位於《原基法》第2條第3款所定原住民族地區之國有林及公有林。同時，此一理解也為《生活慣俗

¹⁷ 原文摘錄：原住民「傳統領域土地」既與「部落」有關，所謂「部落」依原住民族基本法第2條第4款規定係指：原住民於原住民族地區一定區域內，依其傳統規範共同生活結合而成之團體。而行政院原住民族委員會為辦理原住民族基本法第2條第4款規定之部落核定作業，特訂定「原住民族委員會辦理部落核定作業要點」，其中第2點認「部落」必須符合：(一)位於原住民族地區內。(二)具有一定區域範圍。(三)存在相延承襲並共同遵守之生活規範。(四)成員間有依前款生活規範共同生活及互動之事實之原住民族團體。顯見森林法第15條第4項所稱：「傳統領域土地」，具有地域性，且以「部落」為中心規範團體生活，成員彼此間相互依存。準此，原住民族採取森林產物、野生植物及菌類，除須具有原住民族身分，並符合其傳統文化、祭儀、自用等目的及非營利行為外，尚須於其傳統領域土地內為之，否則若不顧該傳統領域之文化、祭儀、祖靈或習慣，任由其他族別或部落之原住民擅入別族或他部落之土地內採取森林產物，自有違原住民族基本法及森林法之基本精神。

採取規則》第4條明文採納，可說是將森林法傳統領域視同《原基法》之原住民地區的解釋。不過，牛樟菇竊取案歷審判決將森林法傳統領域限定於自身所隸屬族別所屬之傳統領域的立場，顯然係將傳統領域之內涵與《原基法》的原住民地區分開理解。

關於此轉變，相較於2019年最高法院判決，台東地院108年度原訴字第49號刑事判決可謂提出較詳盡的說明。首先，此判決認為單從文義解釋來看，《原基法》與《劃設辦法》中既然就原住民地區與原住民傳統領域土地為不同定義，適用上自然不宜再將二者等同視之。接著，由於《原基法》第19條為基礎性、總括性之規定，故若針對原住民族採集野生植物及菌類等，已有森林法第15條之特別規定存在時，自應優先適用之，不得再將森林法傳統領域理解為《原基法》中的原住民地區。最後，從《劃設辦法》第3條第2款來看，該辦法中之傳統領域已綜合考量原住民族傳統文化與生活習俗，而與森林法第15條之立法目的相合，故應認為森林法傳統領域與《劃設辦法》之定義意義相符。

(二) 合法採集行為限縮解釋為自身所隸屬族別或部落所屬之傳統領域

在對森林法傳統領域採取與《原基法》的原住民地區不同理解的前提下，出現以牛樟菇竊取案歷審判決為代表的立場轉變。而此立場轉變的理論基礎，在於傳統領域的高度屬人性。詳言之，這些判決認為傳統領域是透過族群或部落在歷史發展過程中所形成的文化及傳統習慣所劃定的區域，而在不同族群具有不同文化與傳統習慣的前提下，傳統區域與某族群或部落的特殊文化與習慣有所連結。如此一來，族別相異的原住民族間，自然不得進入他族的傳統領域採集森林產物，以避免對他族傳統領域之傳統資源產生剝奪、排擠，妨礙對不同原住民族群傳統習俗與文化之維護¹⁸。基於以上論

¹⁸ 台東地院108年度原訴字第49號刑事判決部分原文摘錄：原住民族之文化、傳統習慣，係屬各族群原住民於歷史發展過程中，所形成關涉風俗、道德、習

述，出現了將森林法傳統領域之範圍限定於自身所隸屬族別或部落所屬之傳統領域的主張。

肆、本文評析：概念的錯誤運用與文化壓迫的重現

本段中，筆者將針對最高法院與牛樟菇竊取案歷審法院判決中，有關於森林法傳統領域認定的見解轉變及其論理，進行評析與檢討。不過，必須澄清的一點，是本案中被告所採集之牛樟芝，應為《生活慣俗採取規則》第6條第2項中，明文禁止採集之森林物產，故無論是否在傳統領域範圍內採集，適用現行法之結論皆屬違法。也就是說，即使本案各審法院不限縮對傳統領域概念之理解，判決結果仍有成立犯罪的高度可能。因此，本文此處討論的重點並非檢討個案判決結果的對錯，而是希望從本案相關判決切入，分析在傳統領域概念的解釋適用上，本案所顯示的立場轉變是否合理。

在此前提下，必須附帶說明的是，本文關於傳統領域概念解釋適用之見解，並不因原住民族採集之森林產物種類而有別。詳言之，森林法與生活慣俗採取規則對森林產物採集範圍之設定，可說是在森林生態系統維護的目的下，衡量生態價值與原住民族生活慣俗維護後的結果。因此，依照此立法者衡量的結果，如牛樟芝此種為《生活慣俗採取規則》第6條第2項所明文禁止採集之物種，無須採取本案各審判決對傳統領域概念所為之限縮解釋，自始就可得到原則上禁止採集，且未報請之採集行為違法的結論¹⁹。至於非屬同規

慣、信仰、思想等社會因素之總成果，不單具有延續性，更具有高度屬人性，故前述之「原住民族傳統領域土地」，自係指原住民個人所屬族別之傳統領域土地，此本毋待贅言，否則不啻分屬不同族別之原住民，均得進入他族別之傳統領域土地採集森林產物，此將致傳統資源遭受剝奪、排擠，亦忽略「原住民族」僅係各民族之統稱，各有特色，要非相同，反更有礙各民族傳統習俗、文化及價值觀之維護。

¹⁹ 審查者之一曾提及法院是否可能依照物種而決定限縮解釋傳統領域概念範圍。對此，筆者認為，在《生活慣俗採取規則》原本就在原則上禁止採集牛樟菇的前提下，法院應無必要再多此一舉地透過限縮解釋傳統領域概念，來

則同條項明文禁止採集之森林產物類型，則自然會因為是否在傳統領域範圍內採集而影響其合法性。此時，法院究應如何解釋適用森林法傳統領域概念，當然就會對原住民族採集文化的維護，產生影響。對此，本文認為當立法者衡量生態價值與原住民族文化維護，而選擇肯定某些物種不屬於《生活慣俗採取規則》第6條第2項所明文禁止採集之類型時，應可認立法者已承認這些物種在傳統領域內被採集之合法性，法官即不應再依照對物種保護必要之個人見解，而在個案中任意依物種類別，任意擴張或限縮對傳統領域範圍之認定。

一、自財產權觀點詮釋傳統領域概念之錯誤

首先，本文認為本案相關判決最大的問題，在於對傳統領域概念的錯誤理解。從傳統領域權在學理上被定義為「在市民政權出現之前，原住民族基於對土地與其自然資源之繼續占有、使用而取得的權利」來看²⁰，其可說是在承認原住民族作為先於國家而存在之政治實體的前提下，從權利回復的觀點出發，承認作為政治實體之原住民族可對特定空間及其內資源進行各種行為的權利概念。不過，雖然在傳統領域權的脈絡下，原住民族被承認對領域內之資源享有占有、利用之權利，且對外界在領域內的開發及資源利用享有諮商同意之權利，但是否可據此推論出原住民族僅被允許在所隸屬族群的傳統領域內進行採集行為，或推論出禁止原住民族進入其他族群之傳統領域內採集之結論，恐有商榷的餘地。

亦即，依實務立場轉變後的論述邏輯，僅允許在自身所隸屬族

否定該採集行為的合法性。此外，假若法院依物種不同而決定是否限縮解釋傳統領域概念，也存在論理上的問題。亦即，允許在傳統領域採集森林產物，應是出於維護原住民族傳統文化之目的。因此，傳統領域範圍的認定，自應取決於對原住民族採集文化實踐的理解。如此一來，實難想像會以物種為基準，來區分何種行為屬於採集文化的實踐。

²⁰ 黃居正，原住民法與市民法的衝突——論非線型憲法結構下特殊權利的地位，台灣原住民族研究學報，2卷1期，2012年3月，頁31。

群之傳統領域為合法森林產物採集行為的理由，係在於傳統領域與其所屬族群之文化有所關聯，故當其他原住民族成員進入該領域內採集資源時，將侵奪該領域所屬族群在領域內的傳統資源，有礙於該領域所屬族群傳統習俗與文化之維護。簡言之，當認定某區域為某特定族群所屬傳統領域時，為保護該族群傳統與文化，該領域對其他族群來說即具有排他性。但是，伴隨此論述而生的疑問是：確認某區域為某族別所屬傳統領域時，傳統領域本身具有其他原住民族全然不可進入採集的排他性嗎？其他族別之原住民進入該傳統領域採集即會造成該領域所屬族別文化、傳統的侵害嗎？

若在傳統領域係以文化的視角與「原住民—國家」之關係為基礎，承認原住民族歷史與傳統文化和土地間之連結的前提下，我們應是根據某區域對某原住民族群來說，在歷史與生活傳統上是否有所連結、該區域對該族群的文化與歷史來說是否具有重要性等，來決定是否將該區域劃為該族群之傳統領域，進而賦予知情同意權等，防止以現代國家體制與資本主義為基礎的經濟行為會於利用該區域土地或資源時，對該族群的文化、生活傳統乃至於歷史記憶造成侵害。在此理解下，傳統領域當然可能被掠奪或破壞，但判斷標準不應僅是該領域是否單純被入侵或領域內資源是否被其他原住民族所利用，而應是該入侵或資源利用行為是否破壞對傳統領域所屬族群來說具有意義之資源或文化傳統。依此標準，若考量狩獵、採集等自古即是原住民族文化的一部分，無論是共享某區域資源或相互爭奪獵場，皆屬原住民族文化的一環時，當A族別原住民進入B族別所屬傳統領域進行森林產物採集行為，自難斷論A族別破壞B族別之文化傳統。反之，若回顧臺灣歷史，真正侵奪原住民族傳統領域與導致其文化傳統被破壞者，往往是歷代政權透過治理之名的掠奪或新移民基於資本主義及現代財產權概念而為之開發行為。因此，當目光轉回本案時，在不考量採集物種類別的前提下，被告進入他族傳統領域進行少量採集的行為，本質上可否直接評價為侵奪他族

資源與妨礙領域內傳統習俗與文化發展，應有再商榷的餘地。

對此，本文認為實務判決的根本問題，可能源自於對傳統領域與財產權此二組概念之誤解，亦即誤將傳統領域置入現代財產權概念的論述脈絡中來詮釋。如學者官大偉就認為二者的差別在於市民法下之財產權採取線性時間的邏輯，故有確認權利產生於特定時點並據此確立權利範圍之必要。反之，傳統領域採生態時間的思考，並非從找出作為核心基準的時間點來界定其權利範圍，而是要從「什麼樣的權利與權利主體間的合作，可以維持最好的人地關係」來思考權利內涵²¹。換言之，傳統領域作為依據原住民族文化傳承與生活慣俗所建構之特定空間，應被理解為經由集體的歷史與人文環境間之相互影響所形成，而具有流動性、可變動性的生活文化區域，並非如所有權般具有不可變動性與排他性之概念²²。因此，當實務判決皆將傳統領域理解為對其他原住民族具有排他性的權利範圍，並認為單純進入該範圍內採集資源就會造成對文化侵略與破壞時，其可能忽略以族群與土地間關於文化、傳統之連結為基礎的傳統領域概念中，原本即可能在不同族別或部落間，由於各自族群乃至於彼此間互動所形成的文化、傳統，而使傳統領域認定上出現重疊的可能，而與基於對財產支配、利用與收益所形成之財產權概念有所差異。也正因如此，實務判決才錯誤地將傳統領域想像成類似於所有權之概念，進而將A族群所屬傳統領域理解為A族群對該領域存在類似「所有」之關係，並將其他族群原住民進入該領域採集資源理解為侵害所有權之行為。簡言之，實務判決雖然形式上宣稱將傳統領域與原住民族文化、傳統相連結，但實質上可謂是以現代財產權概念來詮釋該概念內涵，也因忽略傳統領域概念蘊含之歷史、文化面向，導致對傳統領域概念產生錯誤理解與過度限縮其適用之

²¹ 官大偉，原住民族傳統領域：不易面對的真相，台灣國際法季刊，14卷3期，2017年9月，頁132-133。

²² 相似立場：高宗良、林怡先、陳永森，由自治觀點分析臺灣原住民族傳統領域權利關係，環境與世界，33期，2019年12月，頁3。

不當推論²³。

二、以傳統領域概念作為原住民族文化表現判斷基準之錯誤

接著，除了誤以財產權概念理解傳統領域外，本案相關判決另一個錯誤則是將傳統領域理解為原住民族採集文化合法實踐之前提。詳言之，根據上段關於傳統領域權之敘述，由於此權利與原住民族對土地及自然資源之取得、利用等文化實踐相關，故本案相關判決將傳統領域與原住民族文化相連結之思維並無錯誤。但是，二者的連結上則產生問題，亦即「從文化、傳統習慣決定某區域為原住民族傳統領域」的論述中，是否可推論出「僅在自身所隸屬族群的傳統領域內進行採集行為，才算是原住民族文化之表現而屬於合法行為」的結論？

若回到森林法第15條第4項與《原基法》第19條來思考，所謂「依法」採集行為應包含依「法理」而採集之行為，而該法理自然包括保障原住民族多元文化的憲法價值²⁴。如釋字第803號解釋理由書提及的，為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展，原住民族應享有認同並選擇依其傳統文化而生活的權利。如此一來，再考量森林法兼顧自然生態保護與原住民族生活傳統維持之目的時，該法第15條之合法採集行為自可指涉兼顧自然生態保育與原住民族文化實踐之採集行為。同時，從刑法理論的角度來說，當採集行為可表彰原住民族為憲法所承認之選擇傳統文化來生活的權利，而作為符合現行法秩序之文化實踐行為時，該行為在優越利益衡量下自有阻卻違法而成為合法行為之可能。

²³ 錯誤觀點之整理：鍾麗娜，原住民族傳統領域爭議之「真相」與「和解」，全國律師，24卷9期，2020年9月，頁89。

²⁴ 蔡志偉、黃居正、王皇玉，國內原住民族重要判決之編輯及解析第一輯，2014年，頁283。

而具有上述內涵的合法採集行為，由於具有表彰原住民族文化權、呈現原住民族傳統文化實踐的性質，故在認定上自有可能會與行為行使的背景環境及區域性質相關聯。亦即，未必在任何地方進行採集行為都可被認定為是原住民族文化傳統的實踐，而須在能夠表彰該行為具有原住民族文化意涵的區域行使時，才可能被理解為應受保障之合法採集行為。但是，即使行為背後文化意涵的認定與行使區域性質有所關聯，依然無法逕自推導出森林法中合法採集行為之區域必須限縮在「行為人自身所隸屬族群的傳統領域中」的結論。詳言之，若要推論出本案相關判決所持之「僅在自身隸屬族群的傳統領域內採集，才算是合法採集行為」的結論時，就必須論證「只有在自身隸屬族群的傳統領域採集，才算是表現原住民族文化」一事。也就是說，本案相關判決的主張若要成立，就必須回應以下質疑：難道不在自身隸屬族群的傳統領域內採集，該採集行為就無法被肯認為原住民族文化的表現嗎？自身所隸屬族別或部落的傳統領域的範圍、界限，為何能成為將相同採集行為區分為是否屬於原住民族文化表現的基準？為何同樣的採集行為跨出領域就不算文化實踐，但在區域內就可評價為文化實踐？

對此，我們應先認知到傳統領域本身是一個後設的概念，是原住民族實踐各自土地文化、回應當代情境時，在現代國家制度中建立一個實踐其土地文化之機會的平台，並以各種權利為工具，在國家體制下於該平台上持續文化實踐²⁵。在此理解下，我們可以說是透過某族群在過去曾於某區域進行狩獵、墾耕、祭儀等文化實踐，來將該區域認定為該族群之傳統領域，並承認其作為政治實體而具有在該領域內享有保障其文化與資源之權利。如此一來，當我們是透過原住民族與自然共存與對資源合理運用的精神，先行肯認採集森林產物屬於原住民族先於現代國家而存在之傳統文化的實踐，並將

²⁵ 官大偉，傳統領域：一個原住民族發展的關鍵議題，台灣原住民研究論叢，22期，2017年12月，頁72。

其可作為政治實體而在現行國家體制下進行此文化實踐的地域判定為傳統領域範圍時（文化實踐→傳統領域），本案相關判決卻是在誤用財產權概念理解傳統領域的前提下，反向地依該領域範圍來決定採集行為是否屬於原住民族文化與傳統之實踐（傳統領域→文化實踐），顯然在論述邏輯上有所錯誤。

此外，本案相關判決將原住民族文化、傳統習慣與傳統領域相連結時，雖然對於文化具有高度屬人性而會因族群各異的理解係屬正確，但「A族不得在B族的傳統領域內為合法採集」之論述，卻隱含了其忽略文化並非必然只由特定族群內部活動所形成的可能。亦即，某族別的文化或生活慣俗除透過族群內部成員反覆長久的活動所累積而成，也可能是透過與其他族別間的外部互動所形成，例如某流域過去可能由A族與B族共享該區域之物產，則B族文化與生活慣俗之形成，實則包括與A族間的互動。甚至，我們可以想像臺灣各原住民族群文化與傳統習慣的形成，其實是在整個島嶼歷史中，在不同族群彼此間的互動（合作、遷徙或衝突）中所形成。在此理解下，作為原住民族文化實踐，其可合法採集森林產物之範圍，可能自始就不限於自身隸屬族別的傳統領域中，而當實務立場轉變後的觀點可能忽略此面向時，就可能對傳統領域產生過於限縮的理解，同時也限縮了原住民族合法採集行為的範圍。換言之，依照目前對傳統領域之定義與理解，正確的論述應該是當採集森林產物作為原住民族文化與傳統的實踐時，我們可透過此行為結合其他資訊來認定某區域為原住民族之傳統領域。至於本案相關判決中，「只有在自身隸屬族群的傳統領域內採集，才可視為原住民族文化實踐」之論述，論述邏輯錯誤且不當限縮原住民族受憲法保障之文化權利的行使，應屬不當。

至於應如何在現行法下修正上述錯誤，本文認為考量森林法對生態系統之維護，既然是同時融合原住民族傳統文化的維持與生態價值的保護，自然不可一律容許原住民族不受限制地在任何山林中

進行採集行為，而仍應限定其採集行為在特定範圍內。對此，筆者認為既然森林法第15條第4項原本就設有傳統領域之要件，則應可由對該要件之解釋下手。首先，雖然「傳統領域土地」與《原基法》的「原住民族地區」在字面上不同，但二者實質上並非二律背反的關係。詳言之，除了《劃設辦法》或森林法中的傳統領域概念包含對原住民族傳統文化與生活習俗之考量外，《原基法》中的原住民族地區既然是以「原住民傳統居住，具有原住民族歷史淵源及文化特色」為其內涵，則這些概念皆可說是自原住民族文化、歷史的角度所創設並進行實際認定。在此狀況下，我們可以想見被認定為原住民族傳統領域之區域，理論上應該也都位在原住民族地區之範圍內，二者間存在交集而非互斥的關係。如此一來，作為合法採集行為基礎的原住民族傳統領域，其概念範圍原本即有可能不區分族別而廣泛指涉所有原住民族地區內被認定為傳統領域之區域，而在實質上與2017年解釋令、《生活慣俗採取規則》第4條採取相類似解釋，以「原住民族地區國有林及公有林」作為合法採集行為之範圍。接著，雖然目前已有森林法、《生活慣俗採取規則》等具體法規來規範森林產物採集行為，但非謂與《原基法》間具有特別法優先普通法之關係，亦即《原基法》仍應具有指導法律解釋、適用之位階²⁶。因此，當解釋作為合法採集行為基礎的森林法傳統領域概念時，《原基法》第19條基於維持原住民傳統文化而允許在原住民族地區進行非營利性採集行為之意旨，就仍有作為指導森林法解釋的空間。在此意義下，自有採取上開解釋，將森林法傳統領域理解為「原住民族地區國有林及公有林」的可能。

總結以上，本文認為在有上述解釋空間的前提下，考量目前原民會僅對少數傳統領域進行認定之現況，從森林法第15條第4項保障採集森林產物之文化傳統的角度來說，既然文化實踐本來就不必然

²⁶ 王皇玉，原住民犯罪的文化抗辯及其實踐，臺灣原住民族法學，1卷1期，2016年7月，頁41。

排除在其他族群之傳統領域內所為者，則從保障原住民族文化傳統與落實釋字第803號解釋所主張的原住民族文化權利來看，當前仍應以2017年解釋令及《生活慣俗採取規則》所劃定的「原住民族地區國有林及公有林」作為合法採集行為的範圍。而當未來原民會逐步認定更多傳統領域之範圍時，或可將合法採集之範圍微調為「原住民族地區國有林及公有林中被認定為原住民族傳統領域之區域」。

筆者認為，無論是從森林法第15條第4項的性質或傳統領域的性質來看，此論點都有其合理性。首先，從依據森林法第15條第4項所為採集行為之合法性，係以依法令行為阻卻違法為其理由時，本文論點較能契合於該條項的性質。主要理由在於，依法令行為的判斷會傾向形式性的認定標準，而非實質性的認定方向。在這樣的前提下，當法院判斷採集行為是否得阻卻違法，卻採取「僅可在行為人自身所隸屬族群的傳統領域中採集」的限縮見解時，其為了要劃出法官個人認知之下各族群的傳統領域範圍，勢必得聽取不同政府機關或民間組織之意見，進而作出實質認定。如此一來，勢必與依法令行為的判斷傾向形式認定之間，有所衝突。相反地，若法院係依照偏向2017年解釋令的本文上述論點來判斷時，由於該範圍目前已有明確的判斷基準，故法院自可依該基準進行形式認定，判斷行為人的採集是否屬於依法令行為之範疇。

接著，從傳統領域的性質來看，本文論點也較契合於其性質。亦即，考量到傳統領域涉及族群間資源分配、相互關係及其在歷史上的變動，其認定本身具有高度的複雜性。因此，當法院審判此類案件時，縱使不論及依法令行為的層次，應避免對傳統領域內部之資源分配、利用關係及其調整等多加介入，也就是法官應避免對此問題進行實質判斷。在這樣的脈絡下，捨棄必須進行實質判斷的限縮見解，自屬當然之理。換言之，本文認為當涉及該案之傳統領域所屬族別成員並未出庭陳述或未對行為人採集行為表達反對意見時，法院只需以行為人是否是在原住民族地區內被認定為傳統領域

的範圍內採集為基準，進行形式判斷即可。當符合此基準時，法院原則上即可認定該採集行為為符合森林法之依法令行為，進而判定其合法²⁷。

三、罪刑法定原則之違反

總結以上二點，立場轉變後的實務判決可謂將未侵害傳統領域之設立目的，甚至可謂是實踐原住民族文化與生活傳統之採集行為，於實質上未侵害整體法秩序的狀況下，透過限縮解釋森林法傳統領域概念的方式，不當地劃入不法行為之範圍中。本文認為這些判決的解釋方式中，特別是創設「隱藏構成要件」的解釋方式，應有違反罪刑法定原則之虞。

詳言之，依釋字第777號解釋中「基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。依本院歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義、立法目的及法體系整體關聯性，須為受規範者可得理解，且為其所得預見，並可經由司法審查加以確認，始與法律明確性原則無違」之意旨，犯罪構成要件明確性之要求，向來被認為是罪刑法定原則之內涵²⁸。但是，上述創設隱藏構成要件，亦即將森林法傳統領域理解為行為人所隸屬族別之所屬領域的作法，可以說難以從法條文義有所預見。此外，由於該解釋係以對傳統領域概念之錯誤理解與背於立法目的之適用為基礎，故其論理與對條文要件的詮釋，事實上也難以為受規範者所理解及預見。

²⁷ 換言之，僅在案件涉及之傳統領域所屬族別或部落成員，對進入該領域採集而隸屬其他族別或部落的行為人表達反對意見，並且欠缺其他歷史證據或鑑定意見可支持該採集行為屬於原住民族傳統文化實踐時，法院才可能例外根據領域內資源利用與分配之實質關係，認定該採集行為為非屬合法的文化實踐。詳細討論涉及傳統領域相關案件在刑事程序中之具體設計，故容筆者另以他文討論。

²⁸ 王皇玉，同註9，頁46-49。

更甚者，在隱藏構成要件的操作下，法院等於放棄了2017年解釋令所採用的，較形式但也較為明確之標準，並進而由法院本於個人史觀與價值觀，對具有歷史深度與複雜文化交流背景的傳統領域範圍進行實質判斷，使森林法傳統領域概念之解釋流於恣意，而有失其明確性之虞。如此一來，本案相關判決中所謂隱藏構成要件之主張，可以說存在違背罪刑法定原則之違誤。

四、歷史記憶性質之忽略與官僚思維的概念適用

最終，本文認為本案相關判決之錯誤，深層的原因可能是在解釋傳統領域概念時，對歷史記憶、集體記憶的性質有所忽視。詳言之，歷史記憶除了眾多親身經歷者將其記憶聚合而成的共同記憶（common memory）外，也包括融合記憶者對事件的不同觀點，透過溝通來形成，使沒有親身經驗事件的人也可以透過敘述的途徑來分享的共享記憶（shared memory）²⁹。因此，當傳統領域是與各原住民族文化、傳統具密切連結而具歷史縱深的概念時，該概念之解釋適用上，即不應忽視傳統領域的認定本身會與族群及部落透過口述、文字記載而共享的歷史敘事與集體記憶間，存在密切的關係。如此一來，當傳統領域之認定涉及族群、部落的集體記憶及不同歷史敘事間的相互對話時，就必須要意識到歷史記憶與敘事建構背後，往往可能存在多元的觀點。在這樣的狀況下，當法院解釋適用傳統領域概念時，即應保持一定的開放性，避免使國家審判權之行使，反而在個案中造成實質上由國家權力介入來決定官方版本歷史敘事的現象³⁰。

因此，以本案相關判決為例，其論述上錯誤的成因可能源自對

²⁹ AVISHAI MARGALIT, THE ETHICS OF MEMORY 50-52 (2004).

³⁰ 如依原民會98年度原住民族傳統領域土地調查後續計畫成果報告之內容，牛樟菇竊取案所在地之延平鄉應屬卑南族勢力曾到達且具文化意義之歷史性傳統領域。同時，由於日治時期布農族若干部落遷徙至該區而形成兩族共治區域，故也可認為構成共享性傳統領域。換言之，此區域確實存在其作為卑南族傳統領域此一版本的歷史記憶。

傳統領域概念性質之誤認，以及缺乏對不同族群間可能存在相異歷史記憶之認識，才以類似於現代財產權的想像來解釋適用該概念，認為傳統領域必然是由某特定族群自特定時點開始所支配而具有排他性之區域範圍。甚至，法院也可能是從國家機關習於採取的官僚體系運作或行政管制觀點來看待傳統領域，將該概念形式化為用來便於管制森林產物採集行為之範圍與界限，忽略森林法之目的中，實則同時蘊含對自然生態的保護與對原住民族文化傳統之維持二者³¹。

目前，雖然森林法相關判決中尚未見到觸及此層次思考者，但在野生動物保育法相關案件中，已可見到值得注意的判決。以臺灣高等法院花蓮分院109年度原上訴字第17號刑事判決為例，針對太魯閣族被告於非屬「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第6條附表所定太魯閣族祭典期間，在可能非屬其隸屬族群之傳統領域的台東縣東河鄉山區狩獵山羌之行為，該法院在詢問花蓮縣萬榮鄉傳統狩獵文化協會之意見後³²，明確認知到確認傳統文化內涵之困難，故主張應採取寬認原住民族對自身文化傳統解釋的立場。基於此立場，此判決提到在認定各原住民族或同一原住民族內不同部落之傳統領域尚屬不易的現況下，縱使本案中難以確認狩獵是否於傳統領域範圍內為之，仍應認定被告是在實踐狩

³¹ 類似現象在傳統領域劃定的發展史中即可見到，如國家行政端是以強調在科層制的官僚體系中能夠理解、傳遞的邏輯來劃定與理解傳統領域，而當部落自組團隊進行傳統領域調查時，對於部落、族群土地文化的詮釋則較深刻且多元（官大偉，同註25，頁62）。

³² 原文摘錄：該會表示：依太魯閣族人之傳統，狩獵即生活，生活即狩獵，狩獵不限定於祭儀期間，且是生命禮俗（成年）象徵。傳統上狩獵期除農忙、天氣炙熱期間，因故減少狩獵外，其餘時間皆為狩獵期。太魯閣族獵人，傳統本皆依屬於自己或群體式的獵場／獵區，然因外來政權將族人由祖居地移居至目前所在地，俟而原有的獵場／獵區已不復存在，造成現在凡是內路山上皆視為獵場／獵區，當家人有需要、生計所需或家族有活動時，獵人就會上山（無固定範圍）去狩獵等語，所提供之該會狩獵公約第9條亦規定：「為了除喪，獵到水鹿、山羊、山羌、山豬等4種動物，回到部落應執行傳統報信文化」。

獵之傳統文化而不構成犯罪行為³³。此判決可謂是認知到歷史記憶多元且難以認定之本質，故對傳統領域範圍之認定採取尊重各族群自身歷史記憶的立場。

本文認為此立場應是未來我國法院面對傳統領域存在爭議之案件時，宜採取之解釋方向。亦即，法院應認知作為傳統領域認定基礎的歷史記憶，其性質上具有多元性且不宜由法院介入來決定何者為正確版本，故對原住民族被告、證人或鑑定人之陳述，應採取尊重之立場，在欠缺有力證據可證明其陳述虛偽或該陳述欠缺證據能力等正當理由的狀況下，不應擅自將其自認識用法之基礎中排除。以本文討論案例來說，二審法院在原民會並未對案件所涉領域進行傳統領域認定的情況下，面對證人馬來盛關於布農族與卑南族就本案涉及領域之資源共享歷史，卻又在未說明理由之情況下，即逕為無法依該證言認定該區域為卑南族傳統領域之結論，即可說是在未尊重原住民族歷史記憶的情況下，欠缺論據卻擅自介入與認定歷史敘事正確版本並劃定傳統領域的錯誤作法。

³³ 原文摘錄：審酌原住民族文化在歷史上曾面臨多次外來勢力的強勢介入、破壞，權益長期未獲執政者及主流意見之重視，迄憲法增修條文及原基法制訂，雖逐漸受到重視，然要逐一重尋、確認各種傳統文化之內涵及面貌，實屬不易，於此情形，實應寬認各原住民族對自己傳統文化之解釋；而原住民族遭受強制力或因其他因素，例如居處之自然環境因天災或外來人為破壞而改變，政府挹注山區與平地發展之資源長期極度不均，致山區生活條件惡劣等，因而自原居住地迫遷他處，乃不爭之歷史事實，故各原住民族，甚至同一原住民族內不同部落之傳統領域究係為何，界定確屬不易。又「原住民族土地或部落範圍土地劃設辦法」於106年2月18日公布，然被告所屬部落之傳統領域因無明確調查資料致迄未公告，有花蓮縣政府109年5月26日府農林字第1090089060號函可參；基上，本件應認被告於非祭儀期間獵捕山羌，為太魯閣族傳統生活方式，屬其傳統文化之一部，不因事實上礙難確認其傳統領域範圍而受影響。從而，被告行為符合野生動物保育法第21條之1第1項除罪化要件。

伍、結 論

以森林法中森林產物採集行為為中心，本文認為我國自2004年森林法修正、2005年制定《原基法》至2019年制定《生活慣俗採取規則》後，在法規制定與個案解釋適用等層面中，皆呈現出自然生態保育與憲法上原住民族文化權利並重的發展方向（本文貳）。不過，以最高法院109年判決為代表，我國實務於《劃設辦法》發布後，將合法森林產物採集行為限縮在行為人自身所隸屬族別的傳統領域內，明確轉向限縮合法採集行為範圍的立場（本文參）。對此轉變，本文認為是建立在我國法院對傳統領域概念性質之理解錯誤，以及對該概念背後歷史縱深的忽視上，進而造成有違罪刑法定原則之虞的判決結果（本文肆）。

為避免上述立場轉變之錯誤發生，本文認為法院在涉及傳統領域爭點之案件中，應正確認識傳統領域概念之性質而加以適用。對此，有三點建議可作為本文結論。第一，法院應認知傳統領域之認定，涉及到原住民族的歷史記憶，考慮此種共享記憶的多元性，法院應盡可能尊重原住民族證人或鑑定人之陳述，無正當理由不得拒絕採納該陳述，也不應擅自決定何種記憶為正確版本。第二，承接第一點，在傳統領域之認定上，法院應採形式認定。換言之，法院應避免以個人價值或史觀，在個案中過度介入傳統領域範圍的認定，故也應避免採取實質判斷的立場。相反地，法院應依現在已存在的明確基準，形式判斷行為人是否在傳統領域內實踐採集文化。第三，以前面二點為基礎，筆者認為考量森林生態保護，雖不應對原住民族採集行為不設限制，但範圍上應放棄最高法院109年判決所採之最限縮解釋。亦即，在原民會未對傳統領域進行認定的現況下，縱使行為人是在承審法官實質認定非行為人所隸屬族別的傳統領域內為採集，除非該領域所屬族群成員明確陳述反對意見，否則法院不應實質介入該領域內原住民族間之資源分配與利用。此時，

本文採偏向2017年解釋令的折衷立場，只要行為人是在「原住民族地區之國有林或公有林」內所為採集行為，法院即可依該明確基準，形式認定該採集行為合法。而當未來原民會逐步確認傳統領域範圍時，則或可將合法採集之範圍微調限縮為「原住民族地區國有林及公有林中被認定為原住民族傳統領域之區域」。

不過，追根究底，本文認為避免錯誤的真正方式，還是面對現有法律體系的設計自始未將原住民族視為主體的事實。一方面，從法律體系外關於歷史記憶形塑的政治動員來看，雖然存在如學者汪宏倫所區分的「以中國為中心的藍色典範」與「以台灣為中心的綠色典範」³⁴，但無論何者，原住民族在二種歷史記憶典範中都處於邊緣乃至於近乎缺席的角色。另一方面，從法律體系的建構來看，原住民族的傳統文化及其與現行國家法律體系的衝突雖然已經被看見，但法律體系與法院運作本身，依然在將原住民族作為法主體，尋找其文化、慣俗與現行法律體系相互吸納整合的路上努力。如此一來，法律體系乃至於法院運作中未能認識到原住民族文化與歷史的特殊性，或者錯誤地以源自西方法律體系的概念來詮釋原住民族相關法律概念，自然成為難以避免的現象。而要徹底避免上述錯誤，根本之道還是那條「重新建構原住民族的法主體性，進而建構原住民族同為主體的法律體系」³⁵的漫漫長路。

³⁴ 汪宏倫，我們能和解共生嗎？：反思台灣的轉型正義與集體記憶，思想，42期，2021年4月，頁31。

³⁵ 蔡志偉，同註10，頁1516、1518。

參考文獻

一、中文部分

- 王皇玉，原住民犯罪的文化抗辯及其實踐，臺灣原住民族法學，1卷1期，頁31-44，2016年7月。
- 王皇玉，刑法總則，2020年6版，臺北：新學林。
- 汪宏倫，我們能和解共生嗎？：反思台灣的轉型正義與集體記憶，思想，42期，頁1-61，2021年4月。
- 李桃生，在環境法體系下探討森林法律原則，台灣林業，43卷2期，頁80-87，2017年4月。
- 李桃生，原住民族利用森林資源權利論：回顧與展望，台灣林業，46卷2期，頁41-58，2020年4月。
- 官大偉，原住民族傳統領域：不易面對的真相，台灣國際法季刊，14卷3期，頁119-140，2017年9月。
- 官大偉，傳統領域：一個原住民族發展的關鍵議題，台灣原住民研究論叢，22期，頁45-76，2017年12月。
- 高宗良、林怡先、陳永森，由民族自治觀點分析臺灣原住民族傳統領域權利關係，環境與世界，33期，頁1-22，2019年12月。
- 許恒達，國家規範、部落傳統與文化衝突：從刑法理論反思原住民犯罪的刑責問題，台灣原住民族研究季刊，6卷2期，頁33-82，2013年6月。
- 黃居正，原住民法與市民法的衝突——論非線型憲法結構下特殊權利的地位，台灣原住民族研究學報，2卷1期，頁27-61，2012年3月。
- 蔡志偉，從客體到主體：台灣原住民族法制與權利的發展，國立臺灣大學法學論叢，40卷特刊，頁1499-1550，2011年10月。
- 蔡志偉、黃居正、王皇玉，國內原住民族重要判決之編輯及解析第一輯，2014年，臺北：行政院原住民族委員會。
- 蔡志偉，民族法主體之建立：臺灣原住民族自治之視角，臺灣原住民族法學，1卷1期，頁77-86，2016年7月。
- 鍾麗娜，原住民族傳統領域爭議之「真相」與「和解」，全國律師，24卷9期，頁79-93，2020年9月。

二、英文部分

Margalit, Avishai (2004), *THE ETHICS OF MEMORY*. Cambridge, MA and London, England: Harvard University Press.

Analysis and Critique of the Application of the Concept of the Traditional Territory of Aboriginal People in Article 15 of The Forestry Act

Keng-Wei Fan*

Abstract

This article focuses on the circumstance of the application of the concept of the traditional territory of aboriginal people in Taiwanese criminal trials. First, the amendments to Article 19 of the Indigenous Peoples Basic Law and Article 15 of the Forestry Law, and the legislation of Forest Products Collection Rule in 2019 show the development that Taiwan law emphasizes environmental protection and protection of indigenous peoples' culture. At the same time, in view of the development of criminal trials in Taiwan, there is a tendency for judges to confirm the legality of the act of taking forest products. However, in the Supreme Court's 2019 case, there are developments that oppose the aforementioned developments. In other words, the development trend is to interpret the act of legal collection of forest products by Taiwan indigenous peoples in a limited way. According to

* Assistant Professor of Law, Department of Law, National Dong Hwa University.

this case, Taiwan indigenous peoples will have the right to legally collect forest products within the traditional territories of their own tribes or villages. On the contrary, Taiwan indigenous peoples are criminal when they collect in the traditional territories of other tribes. In the conclusion, there are four mistakes in this case. First, understand the concept of traditional territory from the perspective of property rights. Second, the legality of the act of taking forest products is judged based on the range of traditional territory. Third, there is a risk of violating “*Nulla poena sine lege*”. Finally, ignore the connection between the concept of traditional territory and historical memory.

Keywords: The Forestry Act, Taiwan Indigenous Peoples, the traditional territory of aboriginal people, Indigenous Peoples Basic Law

【研究論文】

危險駕駛行為與公眾往來安全 ——以最高法院110年度台上字第3556 號刑事判決及相關見解為中心

高泉鼎*

要 目

- | | |
|-----------------|--------------------|
| 壹、前 言 | 一、本案的問題點 |
| 貳、本案概要 | 二、足生公眾往來危險的危險駕駛行為 |
| 一、事實概要 | 三、不能安全駕駛與公眾往來危險的交錯 |
| 二、歷審見解與最高法院判決要旨 | 肆、結語——本判決的意義 |
| 參、判決評析 | |

DOI:10.7003/LASR.202209_(9).0003

* 國立臺灣大學法律學系博士後研究人員。

摘 要

我國對於危險駕駛行為的處罰，大多規定在行政法規的道路交通管理處罰條例之中，刑法則以第185條之3不能安全駕駛罪為代表性規定，而關於現實生活中時常發生的飆車、逼車等其他危險駕駛行為，多則最高法院判決將該等行為捕捉為第185條妨害公眾往來安全罪的「他法」類型，其中亦有認為兩罪得依想像競合犯論處。因此，本文希望透過最高法院110年度台上字第3556號刑事判決的分析與相關實務及學說見解的考察，並參考日本學說與實務的討論，探討危險駕駛行為的處罰與法適用問題。

關鍵詞： 危險駕駛、交通安全、妨害公眾往來安全罪、他法、競合

壹、前言

近年來，社會大眾基於自我交通安全意識的提升及為求保全有利自身的證據等理由，駕車時多有使用行車記錄器等電子儀器進行攝影，並拜網路科技的進步，在各大新聞報導或網路社群媒體中能看到駕駛人所攝危險駕駛行為的實際影像或行車紛爭畫面。這些危險駕駛行為，大多為道路交通管理處罰條例所規範，如第35條規定的服用酒精、毒品、麻醉藥品等後駕車或第43條規定的高速駕車、蛇行、逼車等。然而立法者基於服用酒精、毒品或麻醉藥品等後駕車的案件層出不窮，單以行政罰無法嚇阻等理由，1999年時於刑法中增訂第185條之3不能安全駕駛罪，將此種對於公共交通安全有重大危害的危險駕駛行為予以獨立入罪，惟因數次的重大酒駕致死傷事件所引起的輿論譁然，自2011年至今（2022）年為止已進行5次修法，對於酒駕行為及再犯逐漸進行寬鬆、簡化認定且嚴罰化的政治性修法，以回應民意¹。

¹ 關於2011年及2013年修法背景，請參照王皇玉，2013年刑事法發展回顧：酒駕與筆逃之立法與實務判決，國立臺灣大學法學論叢，43卷特刊，2014年11月，頁1229-1232；簡至鴻，日本危險駕駛致死傷罪之解釋現況與分析——以行為的危險性與因果關係的判斷為中心，政大法學評論，154期，2018年9月，頁4-5。而2019年修法針對5年內再犯的加重處罰則是因酒駕嚴罰化後，於2009年至2018年的十年間，酒駕案件偵查終結人數呈現先增後減的趨勢，其中於2014年的97,968人最多，且該十年執行酒駕案件裁判確定有罪者中，有犯罪前科者占59%，其中64%曾犯同罪，呈現初犯者數雖逐年減少，但曾犯酒駕者數卻增加的趨勢，故立法者基於五年內再犯酒駕的行為人顯具有特別之實質惡意、維護用路人之安全、保障人民生命及身體法益的理由，加重處罰此類再犯行為，以達抑制酒駕等不能安全駕駛行為之社會危害性之目的，相關統計資料請參照法務部統計處，酒駕案件統計分析，刑事政策與犯罪防治研究專刊，20期，2019年3月，頁59。此種特殊類型的累犯，被批評為只是呼應「酒駕零容忍」口號的產物，已破壞累犯制度的設計，而有違憲之虞，請參閱盧映潔，刑法分則新論，2020年15版，頁246-248。故有認為不能安全駕駛罪的數次修法是在以專業迎合民粹，請參閱陳子平，刑法各論（下），2020年3版，頁91。又今（2022）年的修正仍是回應重大酒駕致死傷事件嚴罰化的民意，將第1項的法定刑提高為處3年以下有期徒刑得併科30萬元以下罰金，

姑不論酒駕行為的立法政策及法適用等相關爭議，服用酒精、毒品或麻醉藥品等致不能安全駕駛之行為，刑法已設置一般性的刑罰規定，相較之下高速駕車、蛇行或逼車等危險駕駛行為的刑事處罰，可能因危害公眾使用道路往來的交通安全，成立第185條妨害公眾往來安全罪。換言之，依該條規定：「（第一項）損壞或壅塞陸路、水路、橋樑或其他公眾往來之設備或以他法致生往來之危險者，處五年以下有期徒刑、拘役或一萬五千元以下罰金。（第二項）因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。（第三項）第一項之未遂犯罰之。」，其中本罪實行行為類型的概括規定之「他法」，實務及學說多認為是指損害、壅塞之外其他足以致生公眾往來危險之方法，不以全部損害、壅塞或發生實害為必要²，惟如何認定屬於「足生公眾往來危險」之「他法」的危險駕駛行為，司法實務上存在著不同見解。再者，不論是服用酒精、毒品、麻醉藥品等後駕車抑或是高速駕車、蛇行、逼車等所導致的交通活動危險，其源頭皆可追溯自駕駛人本身的危險駕駛行為，那麼例如在行為人喝酒或服用毒品後駕車於道路上高速蛇行的情形，作為保護公共交通安全手段的兩罪不無存在著一定的交錯空間，要如何論斷行為人的罪數亦有探討必要。因此，本文的目的在於，透過最高法院110年度台上字第3556號刑事判決的分析與相關實務及學說見解的考察，並參考日本學說與實務的討論，探討危險駕駛行為的處罰與法適用問題。

第2項的致死傷罪法定刑增加得併科200萬元或100萬元以下罰金的刑責，第3項的再犯期間延長至10年，並增加得併科300萬元或200萬元以下罰金的刑責。

² 實務見解如最高法院79年台上字第2250號刑事判例、最高法院77年度台上字第2607號刑事判決等，學說見解如林山田，刑法各罪論，2005年修訂5版，頁302等。

貳、本案概要

一、事實概要

被告A明知美得眠錠藥物含有FM2成分，為第三級毒品及第三類管制藥品，屬須依合格醫師指定方式使用之處方用藥，且服用後會產生嗜睡、警覺性降低、運動失調等副作用，致其注意力、反應力及駕駛操控及定向能力降低，卻於2019年12月23日下午約4時許在彰化縣自家服用該藥物後，於同日下午5時許駕駛汽車上路行駛，而於同日下午5時13分許，行至彰化縣埔鹽鄉中山路與員鹿路交岔路口前，因服用該藥物致其不能安全駕駛，而以時速約160公里超速行經上開限速50公里之路段後，先以時速約136公里失控撞及上開交岔路口前之水泥護欄，再追撞前方騎乘機車停等號誌之被害人X，該機車因受撞擊而被推撞前方被害人Y所駕駛之汽車，致X摔落地面受有腦部及身體多處傷害，經送醫急救後死亡，Y則因衝擊致其頭部撞擊方向盤而受有頭部鈍挫傷。事後A以涉犯刑法第185條第2項前段之以他法致生公眾往來危險致死罪、第185條之3第2項前段之不能安全駕駛致死罪遭起訴。

二、歷審見解與最高法院判決要旨

本案第一審臺灣彰化地方法院認為A是「基於服用具有毒品性質之FM2後駕車之犯意上路，而一般人服用FM2後，會產生嗜睡、疲累、意識不清、反應會較慢等副作用，其注意、知覺、反應、協調、平衡、操控及定向能力因受FM2作用之影響均已削弱減退，若執意駕駛動力交通工具，極有可能稍有不慎即釀成車禍，危及自身及用路人之生命安全」而不能安全駕駛，又是「在車輛往來頻繁，路段限速為時速僅50公里之主要道路上，以時速高達160公里之速度疾駛，客觀上將可能導致車輛失控發生碰撞，造成其他用路之車輛或行人發生重大死傷車禍，致生人車往來之危險」而致生公眾往來危險，且A「服用具有毒品性質之FM2後，在車輛往來頻繁且速限每

小時50公里之道路上，以時速160公里之速度疾駛，極易失控撞及道路上之其他人、車或路旁建物，足生交通往來之危險」而屬刑法第185條第1項之「他法」，故A對於其危險駕駛行為導致他人死亡之結果在客觀上可得預見，且二者間具有相當因果關係，故成立刑法第185條第2項前段以他法致生公眾往來危險致死罪及第185條之3第2項前段不能安全駕駛致死罪的想像競合犯，從較重之以他法致生公眾往來危險致死罪處斷³。

第二審臺灣高等法院臺中分院基本上維持第一審法院見解，並針對辯護人就不能安全駕駛致死罪之因果關係抗辯及故意抗辯予以駁斥，認為「其刑責在於服藥後駕車上路之行為，至於嗣後藥效發作神智不清狀況，乃其前行為造成之後續效果，並非僅以車禍當下之被告行為認定刑責」，惟因第一審法院存有漏未說明A構成累犯的事實之瑕疵，故撤銷改判⁴。

上訴第三審後，最高法院對於本案的犯罪事實，主要在判斷A之所為可否同時成立以他法致生公眾往來危險致死罪及不能安全駕駛致死罪，以及是否該當於妨害公眾往來危險致死罪的「他法」之實行行為類型，以下就此二點摘要之。

首先，最高法院認為以妨害公眾往來危險致死罪及不能安全駕駛罪的規定，雖同以「公共交通安全」為保護法益，但二者之構成要件、法律效果及性質均不相同，前者屬具體危險犯，以發生往來風險之結果為必要，其法定刑為5年以下有期徒刑、拘役或新臺幣15,000元以下罰金，而後者屬抽象危險犯，只須出現該條規定之危險駕駛行為即為已足，其法定刑2年以下有期徒刑，得併科新臺幣20萬元以下罰金，並參酌不能安全駕駛罪的立法背景，進而認為「第185條之3規定之增訂，乃立法者對於法益做『前置性之保護』，在法益尚未遭受現實侵害之前，即予介入，以求更周延之保護法益。因而

³ 請參照臺灣彰化地方法院109年度交訴字第51號刑事判決。

⁴ 請參照臺灣高等法院臺中分院109年度交上訴字第2133號刑事判決。

就前開所列之危險駕駛行為予以刑罰制裁，以彌補修法增訂前無處罰依據之缺漏。從而，行為人如無以交通工具作為妨害交通手段之意圖，而僅單純為第185條之3第1項各款所列之不能安全駕駛行為，自不該當同法第185條第1項之構成要件，尚難以該罪相繩。」。

其次，最高法院復認為妨害公眾往來危險之實行行為類型中，例示規定的「損壞」及「壅塞」是指對本罪客體進行破壞，使其喪失效用之行為，而概括規定的「他法」屬不確定法律概念，其解釋「須依隨具體案件，斟酌法律精神、立法目的及社會需要等一切情事予以確定，而為價值補充，將不確定之法律概念具體化，並非為所有案件設定一個具體之標準」，以求實質之公平與妥適。是以在本案中，「斟酌本罪之立法目的在於保護公共交通安全，而非交通路面，以防止公眾因損壞或壅塞路面，遭受生命、身體或財產上之損失。並參照德國文獻及實務，認為駕駛人有意識地將交通工具作另類使用，以之作為阻礙交通之手段，而影響公眾往來之安全，始足評價為壅塞等情以觀，足見本罪在具體適用上，必須行為人主觀上出於妨害交通安全之意圖，客觀上嚴重影響交通安全，始足當之。是此所謂『他法』，當係指無關交通活動之侵害行為，或駕駛人非常態之交通活動，而造成與損壞、壅塞相類似，足以妨害公眾往來安全之行為，以避免過於空泛，而違反罪刑明確性原則。例如故意在路旁燒垃圾，引發濃煙，製造視覺障礙，汽、機車駕駛人故意在道路中長時作『之』字蛇形行進，或糾合多眾併排競駛或高速飆車等，以該汽、機車作為妨害交通之工具，達到相當於壅塞、截斷、癱瘓道路，致他人無法安全往來之程度者，始克當之，而非泛指所有致生公眾往來危險之行為。」。

因此，最高法院基於第二審判決未釐清A有以所駕車輛作為妨害交通之工具的意圖，又未說明該服藥駕車超速行為何以已達於相當壅塞或損壞道路之程度，且A之所為造成一加重結果卻同時成立以他法致生公眾往來危險致死罪及不能安全駕駛致死罪，有悖於一行為不二罰之重複評價禁止原則之理由，認為第二審判決有判決理由不

備及適用法則不當之違法，撤銷原判決發回臺灣高等法院臺中分院更審。

最後，更一審的臺中高分院依循最高法院上開見解，認為A未有以所駕車輛作為妨害交通之工具的意圖，且A雖以時速160公里之速度，在限速50公里之道路上行駛，惟該超速行駛於上揭道路之行為尚無從遽認已達於相當壅塞或損壞道路之程度，自不該當妨害公眾往來罪所稱之「他法」，故僅成立不能安全駕駛致死罪及累犯，處4年6月有期徒刑。此外，更一審判決復認為加重結果犯之成立，除危險駕駛行為與死亡結果間具有相當因果關係之外，對於客觀上可預見之加重結果須「因行為人之疏虞（即過失）而主觀上未預見」，而與本案第一、二審見解相異⁵。

參、判決評析

一、本案的問題點

最高法院主要處理兩個問題，一是妨害公眾往來安全罪及不能安全駕駛罪的規定的罪數問題，二是妨害公眾往來安全罪之「他法」的解釋適用問題，惟未就加重結果犯的部分多加置喙。

首先，最高法院透過兩罪之構成要件、法律效果、性質及立法背景的考察，指出不能安全駕駛罪屬於公共交通安全之前置性保護的抽象危險犯，雖未明確說明該罪與性質為具體危險犯的妨害公眾往來安全罪的關係，但從「行為人如無以交通工具作為妨害交通手段之意圖，而僅單純為第185條之3第1項各款所列之不能安全駕駛行為，自不該當同法第185條第1項之構成要件，尚難以該罪相繩」一語中，可推知當行為人有以交通工具作為妨害交通手段之意圖而不能安全駕駛時，兩罪亦可能同時成立，亦即最高法院雖以原審法院未認定行為人有無以交通工具作為妨害交通手段之意圖而廢棄原

⁵ 請參照臺灣高等法院臺中分院110年度交上更一字第108號刑事判決。

判，卻無意否定在其他個案中不能安全駕駛罪與妨害公眾往來危險罪同時成立的可能，那麼若兩罪同時成立時要如何認定罪數，仍有討論空間。

其次，最高法院認為妨害公眾往來安全罪之「他法」，在解釋上須造成與損壞、壅塞相類似而足以妨害公眾往來安全，並區分為「無關交通活動之侵害行為」與「駕駛人非常態之交通活動」，前者如在路旁燒垃圾引發濃煙製造視覺障礙，後者如駕駛人在道路中長時蛇行、糾合多眾併排競駛或高速飆車等。那麼，在此脈絡之下，本文所要討論危險駕駛行為，即屬「駕駛人非常態之交通活動」，惟如前述，服用酒精、毒品或麻醉藥品等致不能安全駕駛之行為已有第185條之3不能安全駕駛罪的規範，則最高法院如何認定非屬不能安全駕駛罪之危險駕駛行為，亦有進一步探尋的必要。

以下的討論，將依循本案最高法院及下級審對於妨害公眾往來安全罪的思考脈絡，考察妨害公眾往來安全罪的相關見解，嘗試具體化非屬不能安全駕駛罪之危險駕駛行為的態樣及罪數問題，最後提出本文的看法。

二、足生公眾往來危險的危險駕駛行為

(一)最高法院相關見解的考察

最高法院在本案中認為第185條妨害公眾往來安全罪之「他法」，在解釋上須造成與損壞、壅塞相類似而足以妨害公眾往來安全，並依該罪之保護公共交通安全的規範目的，以及參考德國法上所謂「駕駛人有意識地將交通工具作另類使用，以之作為阻礙交通之手段，而影響公眾往來之安全，始足評價為壅塞等情」的見解，進一步將「他法」的型態區分為「無關交通活動之侵害行為」與「駕駛人非常態之交通活動」，前者如在路旁燒垃圾引發濃煙製造視覺障礙，後者如駕駛人在道路中長時蛇行、糾合多眾併排競駛或

高速飆車等⁶。換言之，最高法院參酌德國法見解的「駕駛工具的另類使用」⁷，進一步將該罪所要規範的交通活動危險源頭，追溯至影響往來安全之非駕駛人「無關交通活動」的外部型侵害，或駕駛人本身之「非常態交通活動」的內部型侵害⁸，而當內部型侵害「足以妨害公眾往來安全」時，是已達到如同外部型侵害之程度，而得納入「他法」的範圍內⁹。那麼，在此脈絡之下，本文所要討論危險駕駛行為，即屬內部型侵害的駕駛人本身之「非常態交通活動」，惟考量到服用酒精、毒品或麻醉藥品等致不能安全駕駛之行為已有第185條之3不能安全駕駛罪的規範，以下主要以最高法院對於非酒駕等之危險駕駛行為的見解為對象，進行考察分析。

1. 常見類型

如從飆車觀察，過去最高法院曾認為「飆車雖為一新名詞，關於其速度尚未有一定之認定標準，惟其往返疾駛於同一路段超越限速，足生往來交通危險之含義，殆為眾所共知，殊無爭議，自非不得歸納入刑法第一百八十五條第一項『以他法致生往來之危險』之中，資以適用。」¹⁰，亦即飆車的成立並不以速度為認定標準，但超速往返疾駛於同一路段即可認為致生公眾往來危險。在此可以預想得到的疑問是，可否單以高速飆車即認為致生公眾往來危險？對此，綜觀涉及飆車或超速而成立妨害公眾往來安全罪的最高法院判決，不難發現除超速之外，尚需其他危險駕駛行為或情狀，始得認為屬足生公眾往來危險的飆車。

⁶ 有認為揪合多眾駕駛汽機車以高速蛇行之方式競駛於快慢車道，或共同沿公眾往來路段競駛、成群結隊或併排行駛、遊走於機車道及快車道的情形，應屬「壅塞」道路，請參照最高法院103年度台上字第1107號刑事判決，而最高法院89年度台上字第1848號刑事判決指出十餘部機車於快慢車道高速蛇行及競駛飆車，與單車或數車以同方式飆車未達壅塞道路的程度有間。

⁷ 許澤天，刑法分則（下）：人格與公共法益篇，2021年3版，頁385。

⁸ 許恆達，國道急煞堵車的刑事責任，月旦法學教室，220期，2021年2月，頁16。

⁹ 同前註，頁17。

¹⁰ 最高法院77年度台上字第2459號刑事判決。

詳言之，一類是集團飆車的情形，例如駕駛小貨車與2、30部機車共同佔據路面，以時速40至60公里及沿路闖越紅燈等方式飆車競駛的情形¹¹；加入已集結50部機車的飆車族後，沿市區道路以時速6、70公里之高速佔用快車道飆車競駛，並強行闖越紅燈、併行或蛇行的情形¹²；以時速60至80公里之速度領先於有5、60輛機車的車陣前方，而有併排佔據路面高速疾駛的情形¹³。另一類是追逐競速飆車的情形，例如二人違反限速50公里的速度，以一前一後或相互併排之方式，在市區道路上奔馳競速的情形¹⁴；在限速4、50公里狹窄山區道路上，以時速100公里以上之速度相隨競駛，多有跨越路中雙黃實線與槽化線而侵入對向車道的情形¹⁵；二人駕駛小客車，在下班時間以一前一後或相互併排方式，高速競駛於市區交通要道上的情形¹⁶；二人駕駛跑車，在高速公路上以時速162.2公里之嚴重超速及30秒內連續9次於車流夾縫中穿梭變換車道多次之方式，互相追逐競

¹¹ 最高法院90年度台上字第1160號刑事判決。類似案例如最高法院95年度台上字第2291號刑事判決、最高法院103年度台上字第1107號刑事判決、最高法院110年度台上字第3851號刑事判決，其中多有超速、混雜併排行駛、疾飆競駛、佔據車道、蛇行等情形，而最高法院110年度台上字第631號刑事判決即認為「駕駛自用小客車、機車共約數十部車輛，以併排行駛、佔據快慢車道、蛇行、競速、違規迴轉、闖越紅燈等飆車行為」，此外上開案例中參與飆車的車輛數不一，高至50多輛、低至10多輛。

¹² 最高法院91年度台上字第7424號刑事判決。同樣為事後加入已集結飆車團體的案例，如最高法院93年度台上字第5723號刑事判決、最高法院101年度台上字第5016號刑事判決，惟後者僅有10餘車輛參與。

¹³ 最高法院93年度台上字第5723號刑事判決。

¹⁴ 最高法院94年度台上字第2863號刑事判決。類似見解，如最高法院100年度台上字第4869號刑事判決、最高法院108年度台上字第846號刑事判決、最高法院110年度台上字第614號刑事判決，其中多有一前一後或相互併排奔馳競速的情形，惟各案例行車速度不一，依序為約75至80公里時速、平均時速108至144公里、平均時速約132公里。

¹⁵ 最高法院101年度台上字第2527號刑事判決。

¹⁶ 最高法院103年度台上字第61號刑事判決。類似見解，如最高法院109年度台上字第115號刑事判決及同事實關係的最高法院110年度台上字第629號刑事判決。

速的情形¹⁷。如將兩類型的飆車相比較，可發現集團飆車的情形是具有多人數聚合的特質，相較於行車速度的高低，更著重於蛇行、闖紅燈、併行等佔據路面使他人無法利用的駕車行為，也因此曾有認為揪合多眾駕駛汽機車以高速蛇行之方式競駛於快慢車道，或共同沿公眾往來路段競駛、成群結隊或併排行駛、遊走於機車道及快車道的情形，應屬壅塞道路¹⁸，而追逐競速飆車的情形則是較難單以人數佔據路面使他人無法利用，故著重於其駕車行為有一前一後或相互併排、追逐競速、嚴重超速、特定時間地點等而可能使他人因此受到事故傷亡之危險的情形。又，兩類型的飆車皆是建立在有複數人、車參與的情形，故有認為因刑法未就飆車一語下定義，參考道路交通管理處罰條例第43條第2項針對兩輛以上汽車共同違反同條第1項規定如蛇行或其他危險方式駕車或超過規定之最高時速60公里等或在道路上競駛或競技者的處罰規定，而將飆車的行為內涵理解為聚集2輛以上汽車為前述之危險駕駛行為¹⁹。正如最高法院所言，刑法未就飆車下定義，所謂飆車實為日常生活中針對某些危險駕駛行為的泛稱，而經過上述分析後可推知最高法院所理解的飆車，應為複數人、車參與之超越限速的複合危險駕駛行為。

如進一步從有無複數人、車參與的角度觀察，例如行為人違規行駛高速公路路肩超車，並於車道間加速蛇行逃逸，而連續追撞他人車輛的情形²⁰；駕駛大型拖車沿途任意變換車道並驟然減速，經警攔檢仍拒停車受檢，仍依然為之的情形²¹；下午3點許在車輛往來頻繁的高速公路上，驟然任意變換車道、穿梭蛇行、疾駛，並強行違規貫穿超越二側之前車後，違規跨越槽化線迴轉，而逆向駛入

¹⁷ 最高法院105年度台上字第1266號刑事判決。

¹⁸ 請參照最高法院89年度台上字第1848號刑事判決、最高法院103年度台上字第1107號刑事判決。

¹⁹ 最高法院110年度台上字第1858號刑事判決。

²⁰ 最高法院88年度台上字第1522號刑事判決。本件另有酒駕的情形，惟未被採為致生公共往來危險的判斷要素。

²¹ 最高法院89年度台上字第7832號刑事判決。

入口匝道離開高速公路的情形²²。最高法院雖認為上開危險駕駛行為成立妨害公眾往來安全罪，但未解為飆車行為。然而，亦有認為行為人多人在晚上9時許騎乘機車聚集在高職校門前路上而來回穿梭、蛇行、叫囂，強佔道路的情形，是致生陸路往來之危險²³，因此單以有無複數人、車參與的角度難謂得以明確區分是否為飆車，惟該案中行為人等是聚集在校門前道路上，似無超速疾駛或廣範圍移動的情形，與超速疾駛、廣範圍移動的飆車自屬有間²⁴。

另一方面，如觀察飆車行為的妨害對象，雖為道路等公眾往來設備，但最終仍使不特定之一般大眾難以使用道路等，相對的亦有一種情形是危險駕駛行為的妨害對象為特定人、車，進而使道路等公眾往來設備難以為不特定之一般大眾使用，亦即逼車、圍（堵）車的情形。例如在高速公路上，以時速100公里高速蛇行及復超越前車後緊急煞車之方法，攔截他車通行的情形²⁵；在高速公路上，行為人駕駛小客車欲攔阻他人駕駛之貨櫃車，驟然從中外車道變換至外側車道，並跨越至路肩，使該貨櫃車擦撞後翻車的情形²⁶；在高速公路上，多次以急速斜向變換車道、驟然減速等方式，阻擋特定車輛行進的情形²⁷。此種以自身之超車、驟然減速煞停的方式迫使被害人

²² 最高法院104年度台上字第144號刑事判決。

²³ 最高法院97年度台非字第76號刑事判決。

²⁴ 然而，如參照最高法院89年度台上字第1848號刑事判決及最高法院103年度台上字第1107號刑事判決的見解，此種聚集在特定處所而未有廣範圍移動的事例，似有可能成立「壅塞」的實行行為類型。

²⁵ 最高法院78年度台上字第4855號刑事判決。類似案例，如最高法院86年度台上字第7636號刑事判決、最高法院86年度台上字第924號刑事判決。類似案例，如最高法院87年度台上字第3934號刑事判決、最高法院88年度台上字第604號刑事判決，其中多為在高速公路上行為人強行超車至被害人車輛之前，再以減速慢行或緊急煞停方式逼使該車不得不隨之驟然減速煞停的情形，而行為人的減速慢行的速度或緊急煞停時間並未多做說明，惟最高法院88年度台上字第5936號刑事判決曾認為行為人在高速公路超越被害人小客車後減速慢行並煞停不動達1分鐘即屬之。另行為人為高架快速道路的判決，如最高法院105年度台上字第1918號刑事判決。

²⁶ 最高法院103年度台上字第4556號刑事判決。

²⁷ 最高法院107年度台上字第4928號刑事判決。類似案例，如最高法院106年度

及其所駕車輛改變行進方向、速度或使其停止的危險駕駛行為，看似僅妨害特定人、車的行進，惟因在特定時間（如上下班時刻）或特定場域（如高速公路、快速道路、市區道路、內車道或禁行車道等）所為，故最高法院多認為已妨害公眾往來，而未如同飆車般注重參與人、車數、速度高低、蛇行、併排等駕駛方式。

2. 公眾往來之具體危險的判斷

如前述，縱使行為人的危險駕駛行為符合前述最高法院判決所認定的態樣，正如本案的最高法院判決所述，妨害公眾往來安全罪的「他法」是須造成與損壞、壅塞相類似而足以妨害公眾往來安全的行為，那麼如何判斷公眾往來之具體危險，尚有探討的必要。

首先，就前述所舉最高法院判決而言，認為飆車的情形是「使往來之行人及汽、機車均難以通行，致生其他車輛及行人往來之危險」²⁸或「若稍有不慎，極易導致車禍發生，危及其他用路人之生命安全，造成死亡之結果」²⁹，認為非飆車而蛇行、變換車道、驟然減速等情形是「極易造成往來車輛行車之危險」³⁰或「罔顧用路人、行車車輛之安全，致生公共交通往來之危險」³¹，而認為逼車、圍（堵）車的情形則是「有使後方車輛煞避不及追撞釀災之虞，已造成公眾往來危險之狀態」³²或「使高速行進中之往來車輛有避煞不及發生碰撞之虞，致生公共往來危險之犯行」³³。因此有認為逼車行為之具體危險的認定，涉及行為人之車與被害人車是否為未達安全距離的超車行為，進而認原審判決未明白認定行為人以「極近之距

台上字第2358號刑事判決、最高法院108年度台上字第2165號刑事判決、最高法院109年度台上字第2935號刑事判決，其中多為在高速公路或一般道路上，以變換車道、驟然減速、沿路追逐等方式驅趕被害人車輛行進方向。

²⁸ 最高法院91年度台上字第7424號刑事判決。

²⁹ 最高法院108年度台上字第846號刑事判決。

³⁰ 最高法院89年度台上字第7832號刑事判決。

³¹ 最高法院104年度台上字第144號刑事判決。

³² 最高法院88年度台上字第604號刑事判決。

³³ 最高法院107年度台上字第4928號刑事判決。

離」逼近後方、「極危險之近距離」自右側轉進外側車道及「極危險之近距離」超車的事實，而無從判斷逼車、超車行為是否果真存在具體之公共危險狀態³⁴。

其次，進行危險駕駛行為的時間及地點亦為重要判斷要素，因此行為人以時速90公里超速行駛在市區道路幹線道上，進入交叉口時未減速接近而撞傷被害人，其違規情節雖屬重大，惟案發時間為早上5點26分，多數人尚未外出上課、上班，路上行車、行人較稀少，且該道路為市區中較寬敞的主要幹道，又行為人當時並不符合壅塞道路、蛇行或與別人追逐、競駛等情，故刑法第185條第2項後段不構成妨害公眾往來安全致他人重傷罪³⁵。

最後，最高法院亦曾就以超速、闖紅燈及逆向等方式駕車，可否據此認定為以他法致生往來之危險一事，認為「上訴人駕駛車輛有『基於超速、闖紅燈及逆向等方式』行駛，在時間上僅屬短暫，不具延續性，對於其他往來車輛僅屬特定，不具一般性，縱偶因逆向行車造成交通阻塞之情形，是否相當於刑法第一百八十五條第一項所謂壅塞或損壞道路致生往來危險之規範意義，不無研求餘地」³⁶，亦即最高法院基於妨害公眾往來安全罪是以保護公共交通安全為規範目的，並參考壅塞及損壞的規範意義，將他法的內涵理解為須具有「時間延續性」及「對象一般性」，以排除一時交通違規的情形。此種觀點亦為其他最高法院判決採用，如「若僅於行駛過程中，因一時之超速、違規超車等行為致肇車禍者，尚難以該罪相繩」³⁷。而基於妨害公眾往來安全罪之實行行為所具有的「時間延續性」及「對象一般性」之不法內涵，「持續性之危險駕駛行為極易導致往來人車通行失控，使車禍之發生及造成傷亡之危險均大幅增

³⁴ 最高法院91年度台上字第6915號刑事判決。

³⁵ 最高法院110年度台上字第1396號刑事判決。

³⁶ 最高法院97年度台上字第731號刑事判決。

³⁷ 最高法院98年度台上字第3329號刑事判決、最高法院102年度台上字第1415號刑事判決。

加，對於其他用路之車輛、行人造成嚴重之妨害，而有具體之危險性，自屬該罪所稱之『他法』」，因此「上訴人於市區道路上沿途超速、接續多次闖越紅燈、逆向行駛、跨越雙黃線違規迴轉、違規騎乘於快車道及人行道之危險駕駛行為，時間約達4分鐘，時值深夜，且其危險駕駛之路段為高雄市主要道路，依錄影畫面翻拍照片所示，路上仍有人車往來，上訴人無視於此，仍為脫免追捕而為上開危險駕駛行為，嚴重危害其他人車往來之安全，客觀上顯足生道路上人車往來之危險」³⁸。不過，前述逼車、圍（堵）車的情形，雖妨害對象為特定人、車而似無「對象一般性」，惟所舉最高法院判決的案例事實是在特定時間（如上下班）或特定場域（如高速公路、快速道路或內車道等）所為，最終仍導致不特定之人、車的通行受到妨害。

3. 危險駕駛行為與妨害公眾往來安全罪的定型不法內涵

經過上述考察分析，初步將涉及刑法第185條妨害公眾往來安全罪與危險駕駛行為的最高法院判決見解歸納出數種類型，可知最高法院雖要求危險駕駛行為的處罰須是「造成與損壞、壅塞相類似而足以妨害公眾往來安全」的方法，卻也有不少見解將判斷重點置於是否致生公眾往來安全的具體危險之上，誠如論者所批評，「他法」須以類似壅塞或損害角度進行判斷，不應從有無發生具體危險或實害進行推論，以飆車行為而言，集團飆車或可解為非法截佔道路作用而類似壅塞，卻也難以與惡意糾眾慢速駕車製造塞車的行政違規行為相區別，更遑論單人自我高速飆車³⁹，同樣地在寬敞或人車稀少的道路上單人高速疾駛或兩三人追逐競速，可否達到壅塞或損

³⁸ 最高法院104年度台上字第1101號刑事判決。

³⁹ 許澤天，同註7，頁386-388。另有認為基於從嚴解釋原則及法治國刑法之原理原則，飆車行為除有達到壅塞陸路的程度方得以論刑法第185條之罪，而不應解釋為屬於「他法」的類型，且飆車是快速通過，與壅塞正好相反，請參閱鄭昆山，「飆車」是否成立刑法第一八五條之公共危險罪，月旦法學教室，62期，2007年12月，頁79、85。

害程度的「他法」亦不無疑問⁴⁰。那麼考慮到本罪例示的損壞是祇針對客體的功能或形體破壞使其喪失效用的行為，壅塞是指以有形障礙物遮斷或阻塞交通的行為⁴¹，而使道路等公眾往來設備陷入不特定人或特定多數人無法或難以通行的狀態，則概括的「他法」至少應解為以物理力之方式，使不特定人或特定多數人在一定時間內，針對道路等公眾往來設備的交通利用，產生難以使用或阻絕的狀態，亦即須具備「物理障礙性」、「時間延續性」及「對象一般性」的內涵。因此，依實際情形，集團飆車或因長時間佔據道路、高速競駛、蛇行等使公眾難以利用道路，有如會移動的巨大障礙物般阻絕交通，而追逐競速飆車如在尚有其他車道可通行的情形下，僅為自始一前一後競駛似難以阻絕交通，故一前一後而有數次相互併排或前後互換的情形，且在特定時間（如上下班等車流量大）或特定場域（如狹小山道等）致道路使用範圍縮小的情形，非無阻絕交通的可能，又逼車、圍（堵）車的情形，雖僅對於特定人、車逼迫其行進方向、速度或使其停止，但同樣地若是在特定時間或場域行進，仍有妨礙後續車輛行進而阻絕道路交通的可能。

另一方面，本罪作為公共危險犯罪的一種，強調本罪實行行為是足以妨害公眾往來安全、造成公共交通安全具體危險的觀點，其實亦有避免本為違犯道路交通管理處罰條例之危險駕駛行為而相應的行政秩序罰，得以輕易遁入至刑事罰之中，亦即透過刑法公共危險罪所要求之足以造成特定或不特定多數人死傷或財物損害等嚴重後果的公共危險性⁴²，排除以秩序維持為本質的行政秩序罰的滲透，確保刑法的謙抑性、最後手段性。

（二）日本法的比較考察

如觀察日本刑法的妨害往來罪章的規範模式及各罪構成要件，

⁴⁰ 如有認為兩三人約好在高速公路上競速，也不算癱瘓道路、壅塞，請參閱林東茂，交通犯罪，月旦法學雜誌，177期，2010年2月，頁233。

⁴¹ 陳子平，同註1，頁78；許澤天，同註7，頁382。

⁴² 林山田，同註2，頁269。

不難發現其與我國刑法第183條至第185條規定的各罪類似，其中日本刑法第124條妨害往來罪及妨害往來致死傷罪的規範內容與我國刑法的妨害公眾往來安全罪相似，惟日本刑法第124條所規定之實行行為類型僅規定列舉的「損害」及「阻塞」，並不包括概括的「他法」。該罪規定為：「（第一項）損害或阻塞陸路、水陸或橋樑，致生往來之妨害者，處二年以下懲役或二十萬日圓以下罰金。（第二項）犯前項之罪，因而致人死傷者，與傷害罪相比較，從重刑處斷。」而所謂「損壞」限於對道路或橋樑進行爆破等物理性損壞，如僅設置虛偽禁止通行標牌或在道路上撥灑穢物而使他人產生心理上無法通行的行為並不屬之⁴³，「阻塞」則是指以障礙物堵塞道路等物理性遮斷的行為⁴⁴，學說上有認為阻塞的成否應考量到物理上阻塞道路部份的大小、障礙物的內容及性質、除去障礙物的難易、障礙物的放置時間長短⁴⁵，而判例曾認為行為人將汽車橫放在道路上後灑上汽油使其燃燒，火焰高度約3公尺、燃燒時間約10分鐘，雖對向車道仍有2公尺的通行空間，仍有致生爆發的危險而肯定妨害往來罪的成立⁴⁶。換言之，在解釋上該罪實行行為的「損害」及「阻塞」著重於對於道路等之靜態的物理性遮斷，但不包括透過汽機車等動力交通工具的駕駛之動態的物理性遮斷，故未發生如同我國法般的解釋爭議，亦非危險駕駛行為的刑事規制。

那麼，日本針對此類致生公共交通危險之駕駛行為的刑事規

⁴³ 山口厚，刑法各論，2010年2版，頁404；西田典之著、橋爪隆補訂，刑法各論，2018年7版，頁339。

⁴⁴ 山口厚，同前註，頁404；西田典之著、橋爪隆補訂，同前註，頁339；曾根威彥，刑法各論，2012年5版，頁227。

⁴⁵ 前田雅英，陸路の壅塞と往來の危険（最決昭和59.4.12），警察研究，58卷1号，1987年1月，頁66-68。

⁴⁶ 最決昭和59年4月12日刑集38卷6号2107頁。惟有見解指出從該罪的「阻塞」的文言及與「損壞」的解釋上均衡而言，既然著重於物理性遮斷，則汽車燃燒時間僅約10分鐘，判例卻以有往來危險反推有阻塞行為的構成，實不無疑問，請參照森川恭剛，陸路の閉塞の意義，收錄於：芝原邦爾、西田典之、山口厚編，刑法判例百選Ⅱ各論，2003年5版，頁167。

制，目前主要設置在兩部法律中，一部為「道路交通法」，另一部為「駕駛動力車輛致人死傷行為處罰法」⁴⁷。例如針對服用酒精或毒品後駕駛而致人死傷的情形，可能成立道路交通法第117條之2第1、3款之罪：「該當於以下各款之一者，處五年以下有期懲役或一百萬日圓以下罰金。一、違反第六十五條（禁止帶有酒氣駕駛等）第一項⁴⁸規定駕駛車輛等者，於駕駛情形下陷於酒醉之狀態（謂因酒精之影響致有無法正常駕駛之虞狀態。以下亦同）。三、違反第六十六條（禁止過勞駕駛等）⁴⁹規定者（限於因麻醉藥、大麻、鴉片、興奮劑或基於有毒物質及有害物質取締法（昭和二十五年法律第三百三號）第三條之三規定所定政令規定之物之影響致有無法正常駕駛之虞狀態而駕駛車輛等者。）」、「同法第117條之2之2第3款：「該當於以下各款之一者，處三年以下有期懲役或五十萬日圓以下罰金。三、違反第六十五條（禁止帶有酒氣駕駛等）第一項規定駕駛車輛等（除輕型動力車輛。次款亦同。）者，於駕駛情形下陷於身體保有政令規定程度以上酒精之狀態。」以及駕駛動力車輛致人死傷行為處罰法第2條危險駕駛致死傷罪的第1款之酩酊駕駛類型：「為下列行為，因而致人受傷者，處十五年以下有期懲役，致人於死者，處一年以上有期懲役。一、因酒精或藥物之影響致生正常駕駛困難

⁴⁷ 2001年時日本曾在刑法傷害罪章增設第208條之2的危險駕駛致死傷罪及第211條第2項的駕駛動力車輛過失致死傷罪（平成13年法律第138號），後於2013年制定「駕駛動力車輛致人死傷行為等處罰相關法律」（自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律，一般稱為「自動車運転死傷行為處罰法」）（平成25年法律第86號），將刑法的危險駕駛致死傷罪移入該法第2條，並增加數種類型危險駕駛致死傷行為的處罰，而駕駛動力車輛過失致死傷罪則移入該法第5條，並改稱為過失駕駛致死傷罪。相關說明請參照今井猛嘉，自動車運転死傷事故等処罰法の新設——危険運転致死傷罪等の改正，刑事法ジャーナル，41号，2014年8月，頁6。

⁴⁸ 道路交通法第65條第1項：「任何人不得帶有酒氣而駕駛車輛等。」

⁴⁹ 道路交通法第66條：「任何人除前條第一項規定以外，不得因過勞、疾病、藥物等理由致有無法正常駕駛之虞狀態而駕駛車輛等。罰則（第一百十七條之二第三款、第一百十七條之二之二第七款）」。

狀態而使動力車輛行進之行為。」⁵⁰。

而就本文主要探討的飆車、逼車或圍（堵）車等危險駕駛行為，則可能涉及以下規定：

首先，道路交通法第117條之2第6款：「該當於以下各款之一者，五年以下有期懲役或一百萬日圓以下罰金。六、犯次條第11款之罪，致其他動力車輛停止於高速公路等，或於其他道路致生顯著交通危險者。」，可知第117條之2是針對高度交通危險駕駛行為的加重規定，則基本規定為同法第117條之2之2第11款：「該當於以下各款之一者，三年以下有期懲役或五十萬日圓以下罰金。十一、以妨害其他車輛等通行之目的，就下列所揭行為之一，以致生對於該當車輛等道路安全危險之虞之方法為之者(一)違反第十七條（通行區分）第四項規定之行為、(二)違反第二十四條（禁止急煞車）規定之行為、(三)違反第二十六條（保持車間距離）規定之行為、(四)違反第二十六條之二（禁止變更行進路線）第二項規定之行為、(五)違反第二十八條（超車方法）第一項或第四項規定之行為、(六)違反第五十二條（車輛等燈光）第二項規定之行為、(七)違反第五十四條（使用警音器等）第二項規定之行為、(八)違反第七十條（安全駕車義務）規定之行為、(九)違反第七十五條之四（最低速度）規定之行為、(十)

50 一般認為危險駕駛致死傷罪雖未就基本行為的危險駕駛行為本身獨立處罰，但在發生死傷結果時加重處罰，故其性質仍屬加重結果犯，如井上宏、山田利行、島戶純，刑法の一部を改正する法律の解説，法曹時報，54卷4号，2002年4月，頁1065；曾根威彦，交通犯罪に関する刑法改正の問題点，ジュリスト，1216号，2002年2月，頁48-49；岡野光雄，交通事犯と刑事責任，2007年，頁239等。惟有認為本罪並非對於基本犯（故意犯）之結果加重，而是以該當於原本過失犯之行為態樣所定的危險駕駛行為為條件的特別加重，亦即特別加重的過失犯，請參閱古川伸彦，あおり運転と危険運転致死傷罪，刑事法ジャーナル，60号，2019年6月，頁13。然而，學說如西田典之著、橋爪隆補訂，同註43，頁53-54，將本罪解為道路交通法違反的加重結果犯，則在酒駕的情形中似乎會發生該罪與道路交通法第117條之2之2第3款的適用問題，亦即行為人身體保有酒精是政令規定程度以上卻未陷於正常駕駛困難狀態而駕駛車輛致人死傷的情形，可否適用本罪不無疑問，或許此亦肇因於本罪作為無基本犯規定之加重結果犯的性質。

違反第七十五條之八（禁止暫時停車及長時停車）第一項規定之行為」，考量到飆車、蛇行、逼車或圍（堵）車等危險駕駛行為多屬於行為人以其駕駛行為展現物理有形力之方式妨害公眾往來的情形，似無涉本條第6目之車輛燈光使用及第7目之喇叭等警音器使用的罰則，例如惟在逼車或圍（堵）車的案例中，亦多有透過車燈的角度、明度、照射範圍或連續開關等，以及喇叭的音量大小、連續或長時按鳴等非有形力方式迫使他人改變行車方向或速度，則本條規定實已規範到大部分類型的危險駕駛行為⁵¹。

其次，如駕駛動力車輛造成人員傷亡時，則為駕駛動力車輛致人死傷行為處罰法第2條危險駕駛致死傷罪的第2至8款：「犯下列行為因而致傷者，處十五年以下有期徒刑，致人於死者，處一年以上有期徒刑。……二、以困難控制動力車輛之高速度使其行進之行為。三、欠缺控制動力車輛技能而使其行進之行為。四、以妨害人或車輛通行之目的，進入行進中之動力車輛前，或顯著接近其他通行中的人或車輛，且以致生重大交通危險之速度駕駛動力車輛之行為。五、以妨害車輛通行之目的，停止於行進中之動力車輛（限於發生重大交通危險之速度行進中者）前方，或以顯著接近之方法駕駛動力車輛之行為。六、於高速動力車輛國道〔調高速動力車輛國道法（昭和三十二年法律第七十九號）第四條第一項規定之道路〕或動力車輛專用道路〔調道路法（昭和二十七年法律第一百八十號）第四十八條之四規定之道路〕，以妨害動力車輛通行之目的，停止於行進中之動力車輛行前方，或以顯著接近之方法駕駛動力車輛，使行進中之動力車輛停止或慢行（調動力車輛得以立即停止之速度行進）之行為。七、特意無視紅燈號誌或與其相當之號誌，且以致生重大交通危險之速度駕駛動力車輛之行為。八、於禁止通行

⁵¹ 上述情形如非以妨害其他車輛等通行目的或以致生道路安全危險之虞等方法為之情形，得依同法第119條處3月以下有期徒刑或5萬日圓以下罰金。另超速的刑事罰為同法第118條第1款，得處6月以下有期徒刑或10萬日圓以下罰金，而未有其他加重處罰規定。

道路（謂依照道路標誌標線，或依其他法令規定之動力車輛被禁止通行之道路或其部分，此等依政令所規定在其上通行足生人車交通危險的道路或其部分）行進並且以致生重大交通危險之速度駕駛動力車輛之行為。」⁵²另同時參照本罪第1款的酩酊駕駛類型，可知第1至3款為以駕駛人之意思難以控制汽車行進的危險駕駛行為，第4至8款為在特定對象或場所、狀況下高危險性的危險駕駛行為⁵³，如兩車無視燈號標線而前後或併排高速競駛飆車，則可能該當於第2至4款及第7款，至於迫使他人之車輛變更行進路線、方向、速度或停止的逼車或圍（堵）車行為，則為第4至6款所規範的情形。

綜觀上開規定，可知日本對於各種危險駕駛行為的刑事罰則劃分地相當細緻，且盡可能描繪各罪的實行行為，在罪刑法定主義的要求下自屬當然。然而，上開規定在條文用語上卻多使用以解釋者價值判斷為必要的規範要素，危險駕駛致死傷罪更是使用「正常駕駛困難狀態」、「欠缺控制動力車輛技能」、「困難控制動力車輛之高速度」、「進入行進中之動力車輛前」、「顯著接近其他通行中的人或車輛」、「發生重大交通危險之速度行進」或「動力車輛

⁵² 本罪第1至4款及第7、8款的解說，請參閱井上宏、山田利行、島戶純，同註50，頁1064-1085；曾根威彥，同註50，頁49-53；內田博文，危險運転致死傷罪事の解釈，收錄於：交通法科学研究会編，危險運転致死傷罪の総合的研究——重罪化立法の検証，2005年，頁93-103；津田博之，危險運転致死傷罪における主観的要件，收錄於：交通法科学研究会編，危險運転致死傷罪の総合的研究——重罪化立法の検証，2005年，頁129-139。中文部分請參閱簡至鴻，同註1，頁14-18。而第5款、第6款是以東名高速公路挑釁駕車事件（東名高速あおり運転事件）為契機，於2020年修法時增訂，是作為第4款妨害駕駛類型的補充類型，亦即第4款的實行行為是以危險速度駕駛行為人之車輛的行為，但被害人或第三人之車輛以危險速度駕駛亦可能發生重大交通危險，故以第4款情形的存在為前提，將被害人之車輛以危險速度行進的情形，及第三人之車輛以危險速度行進的情形，分別設置第5款、第6款予以規範，相關說明請參閱松原芳博，東名高速あおり運転事件と自動車運転処罰法の改正，法律時報，92卷10号，2020年9月，頁97。

⁵³ 西田典之著、橋爪隆補訂，同註43，頁54。應予補充的是，該書原文並不包括新增訂的第5款、第6款，惟考量該兩款作為第4款的補充規定，故本文將該二款規定一併歸類為在特定對象或場所、狀況下高危險性的危險駕駛行為類型。

得以立即停止之速度行進」等文字為客觀構成要件，同時亦以「妨害通行目的」或「特意無視」為主觀構成要件，反而對於本罪的明確性產生不少疑問⁵⁴。如此的構成要件設計，主要在於因交通事故死傷的被害人及其遺族的情感考量與國民意識顯著變化，須有確實得以對應危險駕駛致重大死傷事件犯罪事件之惡質性及重大性的處罰方式⁵⁵，故採取側重行為惡性而忽視明確不法內涵為規範內容的立法模式⁵⁶，形成強調受害者立場且嚴罰化的立法⁵⁷，從而此種重視受害者、遺族的應報感情，採取重罰化的立法，不免有違反罪刑均衡、犯罪抑止實效性的質疑⁵⁸。

從比較法角度而言，作為我國法中危險駕駛行為的代表性刑事罰則的刑法第185條之3不能安全駕駛罪，依其立法及逐次修正而言，確實體現出強調受害者立場與回應被害人及國民法感情的嚴罰化，惟在酒駕方面卻採取客觀、明確的數值標準而排除價值判斷的法條文字。回到本文主要探討的飆車、逼車等危險駕駛行為，是否要參考日本立法例分別予以入刑化以及是否要以行政犯或刑事犯規範，尚有深思的必要。如前述，考量到我國實務與學說多認為妨害公眾往來安全罪所規定的「他法」得以適用於危險駕駛行為的處罰⁵⁹，貿然將多屬違犯行政法上義務的行為廣泛納入刑事犯中，恐與刑法謙抑性、最後手段性等原理原則背道而馳。是以，在現行法下較妥當的刑事規制手段，仍應著重於刑法第185條規定的實行為「他法」之解釋，以及如何的「他法」得以「致生往來危險」，與

⁵⁴ 岡野光雄，同註50，頁241；曾根威彥，同註50，頁46。

⁵⁵ 井上宏、山田利行、島戶純，同註50，頁1064-1085。

⁵⁶ 簡至鴻，同註1，頁20-21。

⁵⁷ 內田博文，道路交通政策の展開と危険運転致死傷罪，同註52，頁5。

⁵⁸ 岡野光雄，同註50，頁249。

⁵⁹ 除前述最高法院判決之外，學說多認為飆車行為成立刑法第185條之罪，如陳子平，同註1，頁79；甘添貴，飆車蛇行與殺人劫財，台灣本土法學雜誌，39期，2002年10月，頁164；黃惠婷，妨害公眾往來安全罪，台灣法學雜誌，277期，2015年8月，頁136。另學說亦有認為逼車、圍（堵）車行為成立刑法第185條之罪，如許恒達，同註8，頁17。

「損壞」或「壅塞」相當，並造成「對於公共交通安全的具體危險」，至於日本立法例各種已明文化的危險駕駛行為類型，則可搭配相關判例與學說見解作為解釋「他法」的參考⁶⁰。

三、不能安全駕駛與公眾往來危險的交錯

(一)罪數的爭議

由於最高法院在本件判決中以原審法院未釐清行為人是否有以交通工具作為妨害交通手段之意圖為發回理由之一，故無庸討論第185條之3不能安全駕駛罪與公眾往來危險罪的罪數問題。惟如前述，最高法院並未否定兩罪在實際情形中有同時成立的可能，實際上最高法院亦曾在他案中針對行為人飲酒後陷入不能安全駕駛的狀態，卻與他人在道路上以一前一後或相互併排方式高速疾駛致人死亡的事件，認為其成立妨害公眾往來危險致死罪與不能安全駕駛致死罪的想像競合犯⁶¹，而本案的第一、二審法院同採取兩罪成立想像競合犯的見解，那麼在目前最高法院所採想像競合與法條競合之區別標準的見解下，不無討論空間。

換言之，目前最高法院的主流見解認為想像競合犯是指「基於一個意思決定，以一個實行行為，發生侵害數個法益結果」，而法條競合是指「同一行為侵害同一法益，同時符合數法條所規定之犯罪構成要件，而觸犯數罪名，因該數罪名所保護者為同一法益，禁止為雙重評價，故僅能選擇其中一法條論罪，而排除其他法條之適

⁶⁰ 例如逼車事件，可參考駕駛動力車輛致人死傷行為處罰法第2條第4至6款的規定，以及相關判決見解，如東名高速公路挑釁駕車事件的判決（東京高判令和1年12月6日LEX/DB25570641、橫濱地判平成30年12月14日LEX/DB25570337），以輔助審查在實際案例中行為人的危險駕駛行為如何迫使被害人的車輛行進、是否達到使其他車輛的行進亦受到影響而類似壅塞或損壞的致生往來危險之「他法」、有無惹起「對於公共交通安全的具體危險」的結果。

⁶¹ 請參照最高法院103年度台上字第61號刑事判決。其歷審判決為臺灣高等法院102年度交上訴字第155號刑事判決、臺灣桃園地方法院101年度交訴字第41號刑事判決。

用，其本質屬單純一罪」⁶²，故想像競合犯是「為充分保護被害法益，避免評價不足，乃就行為所該當之數個構成要件分別加以評價，而論以數罪。但因行為人只有單一行為，較諸數個犯罪行為之侵害性為輕，揆諸『一行為不二罰』之原則，法律乃規定『從一重處斷』即為已足，為科刑上或裁判上一罪」⁶³，亦即基於充分評價的要求及雙重評價的禁止，以法益侵害是否同一作為想像競合與法條競合的區別標準⁶⁴。那麼如肯認行為人服用毒品而不能安全駕駛，卻在道路上高速疾駛撞死一人的情形，屬一行為觸犯不能安全駕駛致死罪與妨害公眾往來危險致死罪的話，因最高法院認為第185條之3不能安全駕駛罪與妨害公眾往來危險罪，同以公共交通安全為保護法益，則此時是同時發生侵害一個公共交通安全法益及一個生命法益之結果，行為人的一行為所犯二罪保護法益既屬同一，自應以法條競合關係論罪為是。惟本案第一、二審法院判決，卻僅表示兩罪成立想像競合犯，而未多作說明。

然而，如逐一檢討兩罪可能成立的法條競合類型的話，便會發現以保護法益同一性作為判準的困境。換言之，不能安全駕駛致死罪的規範內容，大致可拆解為基本構成要件的行為主體資格之不能安全駕駛狀態⁶⁵、實行行為之駕駛⁶⁶、行為客體之動力交通工具⁶⁷及侵害公共交通安全之抽象危險結果（第185條之3第1項）與加重構成要件的因果關係及加重結果（第185條之3第2項），而妨害公眾往來

⁶² 請參照最高法院108年度台上大字第2261號刑事裁定。

⁶³ 請參照最高法院108年度台上大字第3563號刑事裁定。

⁶⁴ 學說採同見解者，如甘添貴，罪數理論之研究，2006年，頁92；黃榮堅，刑法利益與問題思考，1999年，頁366。

⁶⁵ 蔡聖偉，服用毒品與不能安全駕駛——評臺灣高等法院臺中分院106年度交上易字第353號判決，裁判時報，66期，2017年12月，頁72。將不能安全駕駛理解為行為情狀者，如陳子平，同註1，頁96；許澤天，同註7，頁361-362。理解為行為前提者，如盧映潔，同註1，頁237-239。

⁶⁶ 盧映潔，同註1，頁239。

⁶⁷ 陳子平，同註1，頁95；盧映潔，同註1，頁240。

危險致死罪的規範內容則可拆解為基本構成要件的實行行為之相當於損壞或壅塞或相當於損壞或壅塞的足以妨害公眾往來安全行為⁶⁸、行為客體之陸路、水路、橋樑或其他公眾往來之設備⁶⁹及侵害公共交通安全之具體危險結果（第185條第1項）與加重構成要件的因果關係及加重結果（第185條第2項），就兩罪構成要件為形式觀察，至少在基本構成要件的設計上顯然相互間並不存在著一個構成要件必然包含另一構成要件要素的形式，故不具邏輯概念上必然包含現象的特別關係；又立法者在設計此種侵害公共交通安全犯罪時，未明確表示不能安全駕駛致死罪與妨害公眾往來危險致死罪的優先適用順序，而在解釋上第185條之3不能安全駕駛罪雖屬公共交通安全的前置性保護，但僅限於服用酒精等不能安全駕駛的情形，其他危險駕駛行為如無法適用於妨害公眾往來危險罪，亦難以補充適用於第185條之3不能安全駕駛罪，更何況有加重結果犯的適用，故不具規範設計上先位適用的補充關係；再者，服用酒精等不能安全駕駛而駕駛動力交通工具的行為不一定伴隨相當於損壞或壅塞之足以妨害公眾往來安全行為，同樣地相當於損壞或壅塞之足以妨害公眾往來安全行為亦不一定引發不能安全駕駛行為，兩罪之間並無互相呈現典型伴隨行為的情形，故不具犯罪實現上附隨而生的吸收關係；最後，學說上另有認為法條競合關係中尚有擇一關係的存在⁷⁰，認為當某一犯罪事實，不屬於特別、補充或吸收關係，卻因同時有數刑罰法規得切合適用，應依立法趣旨就其中擇一處理而排除其他法規的

⁶⁸ 陳子平，同註1，頁78-83；盧映潔，同註1，頁227-229；許澤天，同註7，頁382-383。

⁶⁹ 陳子平，同註1，頁76-78；盧映潔，同註1，頁229；許澤天，同註7，頁381-382。

⁷⁰ 目前多數見解認為法條競合僅存在特別關係、補充關係及吸收關係，至於擇一關係因不具法規範重合的形式，而不屬法條競合的問題，如林山田，刑法通論（下），2008年增訂10版，頁328-345；王皇玉，刑法總則，2021年7版，頁581-590；許澤天，刑法總則，2021年2版，頁560-564。承認擇一關係的學說，如甘添貴，同註64，頁165；黃榮堅，同註64，頁372-373。

適用⁷¹，那麼第185條之3不能安全駕駛罪的規範目的在於避免因服用酒精等致意識模糊駕駛動力交通工具而發生事故的抽象危險，而經過多次修法後則是傾向於純粹禁止飲酒或服用藥物等後駕駛動力交通工具的行為控制需求⁷²，相對於此，妨害公眾往來危險罪的規範目的在於保護公共交通安全⁷³，避免公眾往來設備受到侵擾而發生往來具體危險，以防止對於他人生命、身體、財產的具體危險，是以縱行為人的不能安全駕駛行為亦該當於妨害公眾往來之要件，惟在現行第185條之3不能安全駕駛罪的規範目的下，姑不論此種規範模式當否，但不予適用恐有評價不足的疑慮，而該行為既足以妨害公眾往來，則不予適用亦為評價不足，故難認同時有數個法規切合適用而得以擇一關係為論斷。從而，兩罪雖保護法益相同，卻難以透過法條競合為論斷，則此時以保護法益同一性為想像競合與法條競合的區別標準，即發生無法處理罪數問題的情形。

因此，正如最高法院在本案中對於第185條之3不能安全駕駛罪與妨害公眾往來危險罪的解釋，兩罪的保護法益雖同為公共交通安全，但構成要件、法律效果及性質卻相異，亦即兩罪所要規範的行為不法內涵與相應的刑責並不相同，僅是實際案例中發生部分重合的情形而已，基於充分評價的誠命及雙重評價的禁止，僅選擇其中一個罪名論斷，恐無法合理評價另一個罪名所呈現的行為之不法內涵並進行相應的責任非難，故較為妥當處理方式應為兩罪成立想像競合犯，合理評價行為人不法行為內涵，在科刑上僅論以重罪的妨害公眾往來危險致死罪。是以，某一犯罪的不法內涵雖起源於保護法益的侵害，仍須透過其他構成要件要素將此種法益侵害行為予以定型，共同劃定其不法內涵，如固守保護法益同一性，卻忽略具有相同保護法益的各罪構成要件所要呈現的不法內涵，而僅就其中一

⁷¹ 甘添貴，同註64，頁165。

⁷² 古承宗，論不能安全駕駛罪之解釋與適用——以刑法第185條之3第1項第1款為中心，刑事政策與犯罪防治研究專刊，22期，2019年9月，頁10。

⁷³ 陳子平，同註1，頁58；許澤天，同註7，頁374。

罪單獨論斷，似有違充分評價的誡命⁷⁴。如前述，第185條之3不能安全駕駛罪與妨害公眾往來危險罪的保護法益同為公共交通安全，但前者的不法內涵在於「服用酒精等致不能安全駕駛而駕駛動力交通工具」而致「公共交通抽象危險」，後者的不法內涵則在於「以損害、壅塞或他法使公眾往來之設備而妨害公眾往來」而致「公共交通工具具體危險」，立法者乃分別設定不同輕重的相應刑責，縱行為人的一行為在實際上最終所侵害的法益相同，因兩罪的行為定型相異而使不法內涵相互獨立，自應分別論罪給予充足評價。

從而，最高法院所採取的保護法益同一性觀點雖明確，但不應作為唯一判準，仍要回歸到某一犯罪事實該當的各罪構成要件，是否足認已充分評價或形成雙重評價行為人所為，具此判斷行為人的罪數。本案第一、二審法院或許是考量到不能安全駕駛致死罪與妨害公眾往來危險致死罪的不法內涵及行為定型相異，而以想像競合犯論斷，就本文論點而言結論上合理，但仍有說理不足的遺憾。

(二)日本法的比較考察

會發生前述競合論的爭議，實與第185條妨害公眾往來安全罪之「他法」的解釋相關。如前述，最高法院認為所謂的「他法」是須造成與損壞、壅塞相類似而足以妨害公眾往來安全的行為，具體而言如在路旁燒垃圾引發濃煙製造視覺障礙，或汽機車駕駛人在道路中長時蛇行、糾合多眾併排競駛或高速飆車等，故危險駕駛行為亦可能在實際案例中成為妨害公眾往來安全罪的規範對象，而與第185條之3不能安全駕駛罪的適用發生交錯。

相較在日本法的情形，危險駕駛行為並非日本刑法第124條妨害往來罪的規範對象，而針對危害公共交通安全行為的刑事規制，則為道路交通法及駕駛動力車輛致人死傷行為處罰法。那麼，如前述所舉，行為人服用毒品而不能安全駕駛卻在道路上高速疾駛撞死一

⁷⁴ 許恒達，2020年刑事法實務發展回顧：綜評刑事大法院元年競合論爭議，國立臺灣大學法學論叢，50卷特刊，2021年11月，頁1508-1509。

人的情形，依日本法規定行為人應分別成立道路交通法第117條之2第3款之罪及駕駛動力車輛致人死傷行為處罰法第2條危險駕駛致死傷罪的第1款類型，兩罪如何競合，以下本文將依循日本多數見解進行思考。

日本多數見解採犯罪個數依構成要件評價的次數決定的構成要件標準說⁷⁵，而所謂的構成要件評價具有外部包括性的特質，須釐清如何範圍的事實得受到某一構成要件之包括的評價⁷⁶，亦即如何事實為構成要件所預定之量的最大限的問題⁷⁷，惟如何決定構成要件評價的基準並不明確⁷⁸，有認為在法益保護觀點下，結果（法益侵害）的個數方為決定性的重要基準，惟依此基準論以數罪的情形中，仍可能在法的評價之觀點下論以一罪，進而認為釐清罪數的各型態之根據、要件及區別更為重要，罪數的決定基準之意義則不須過度重視⁷⁹，然而構成要件既是為謀求法益保護而設，犯罪的不法內涵起源於法益侵害，並透過各種構成要件要素予以建構、定型，則構成要件評價的次數即罪數的判斷應以該罪預定的保護法益為中心，就實行行為或犯罪意思的單一性或連續性以及保護法益同一性等為綜合考量⁸⁰，因此「一行為觸犯數罪名而成立數個構成要件評價」的想像競合，自不同於「外觀上觸犯數罪名但實質上僅適用其中一個構成

⁷⁵ 學說如岡藤重光，刑法綱要總論，1990年3版，頁437；福田平，刑法總論，2011年全訂5版，頁305；大塚仁，刑法概說（總論），2008年4版，頁487；大谷實，刑法講義總論，2019年新版5版，頁479；高橋則夫，刑法總論，2018年4版，頁523等。實務見解如最判昭28年3月20日刑集7卷3号606頁等。

⁷⁶ 岡藤重光，同前註，頁437。

⁷⁷ 高橋則夫，同註75，頁524。

⁷⁸ 山口厚，刑法總論，2016年3版，頁392，即認為以構成要件評價的次數決定犯罪的個數，但究竟是以如何基準決定構成要件評價的次數並不明確，導致此見解看似全都說卻什麼也沒說。

⁷⁹ 山口厚，同前註，頁392-393。

⁸⁰ 大谷實，同註75，頁479。又，曾根威彥，同註44，頁278，將此見解稱為綜合說，是一種實質犯罪觀上的罪數決定標準。同樣採此種綜合判斷標準者，如福田平，同註75，頁305；大塚仁，同註75，頁488；高橋則夫，同註75，頁524-525。

要件而僅成立一個構成要件評價」的法條競合⁸¹。在此觀點下，因不以法益是否同一作為想像競合與法條競合的唯一區別標準，自不生我國法的爭議，而是著重於前述所謂是否屬構成要件所預設範圍內。

那麼，針對前述行為人服用毒品而不能安全駕駛卻在道路上高速疾駛撞死一人的情形，其所該當道路交通法違反之罪及危險駕駛致死傷罪，前者之罪的保護法益為交通安全⁸²，後者之罪的主要保護法益為生命、身體法益及次要的交通安全⁸³，兩罪保護法益具有同一性，且後者之罪的構成要件是完全包含前者之罪的構成要件，法定刑亦較重，故由後者之罪吸收前者之罪，僅須為一個構成要件評價，而依法條競合的吸收關係僅成立後者之罪⁸⁴。

⁸¹ 団藤重光，同註75，頁456。

⁸² 從道路交通法第1條可推知該法所規定的危險駕駛的刑事罰，其保護法益應為道路交通危險的防止、道路交通的安全與順暢、道路交通障礙的防止，惟有認為在道路交通法下交通安全法益的侵害態樣，僅為道路交通行政管制之違反的行政刑罰，而不具與刑法公共危險犯罪同樣的社會法益侵害之實質內涵，請參閱簡至鴻，同註1，頁25-26。

⁸³ 井上宏、山田利行、島戸純，同註50，頁1065-1066。另有認為該罪具有侵害個人之罪與公共危險罪的複合性格，如曾根威彥，同註50，頁47。另有認為該罪所謂的交通安全法益僅是將道路交通法的形式犯進一步危險化的極度抽象、空洞化概念，而不具刑法公共危險犯罪的性質，請參閱簡至鴻，同註1，頁27。

⁸⁴ 井上宏，自動車運転による死傷事犯に対する罰則の整備等（刑法の一部改正）について，ジュリスト，1216号，2002年2月，頁42；岡野光雄，同註50，頁248；西田典之著、橋爪隆補訂，同註43，頁63-64。又，應予注意的是，此處的吸收關係與本文前述之犯罪實現上附隨而生的吸收關係不盡相同，是指一個刑罰法規吸收其他刑罰法規，而全部規定優先於一部規定為適用，亦即「完全法拒絕不完全法」，請參照団藤重光，同註75，頁445、457；福田平，同註75，頁310；大塚仁，同註75，頁495；曾根威彥，刑法總論，2008年4版，頁280等。另有認為吸收關係應屬包括一罪而非法條競合，如大谷實，同註75，頁479；高橋則夫，同註75，頁526；山口厚，同註78，頁394等。

肆、結語——本判決的意義

本判決將同為公共交通安全犯罪第185條妨害公眾往來安全罪及第185條之3不能安全駕駛罪，透過構成要件、法律效果及性質的解釋，將二者的不法內涵與規範對象予以明確化，並要求妨害公眾往來安全罪之「他法」的實行行為定型與不法內涵，是一種須與損壞、壅塞相類似而足以妨害公眾往來安全之行為，故作為「駕駛人非常態之交通活動」的危險駕駛行為雖是以該汽、機車作為妨害交通的工具，仍須達到相當於壅塞、截斷或癱瘓道路而致他人無法安全往來的程度，始足當之。換言之，本判決仍是沿襲過往最高法院判決的見解，認為道路上長時蛇行、糾合多眾併排競駛或高速飆車等危險駕駛行為得以成立「他法」的類型，只是再次強調概括的「他法」之解釋應依循例示的損壞及壅塞概念，以及妨害公眾往來安全罪作為具體危險犯的性質，就此而言可說是明確點出過往些許最高法院判決對於「他法」的解釋與適用欠缺具體說明，避免將妨害公眾往來安全罪的成立著重於是否造成公眾往來的具體危險，忽略該其實行行為的定型限制⁸⁵，另一方面透過具體危險的要求，意味著危險駕駛行為縱違反多個違反行政法上義務，即便在量的區別說之下，多個行政不法堆疊亦不當然轉換成刑事不法，尚須造成妨害公眾往來安全之具體危險時始為刑事犯，以避免違犯道路交通管理處罰條例的行政罰能夠輕易逸脫秩序維持的本質而遁入刑事罰中，進而使刑法謙抑性、最後手段性鬆動。

又，基於多數最高法院判決採納危險駕駛行為適用於妨害公眾往來安全罪的「他法」，則同為針對危險駕駛行為之罰則的不能安全駕駛罪應存在著一定重疊部分，本判決雖以行為人A欠缺違犯妨害公眾往來安全罪之故意而撤銷發回，惟未明確否認兩罪成立的重疊

⁸⁵ 例如最高法院77年度台上字第2459號刑事判決僅指出飆車得以歸納至「他法」中，但未具體說明其概念，又如最高法院86年度台上字第924號刑事判決僅判斷行為人的逼車行為造成交通安全具體危險，但未說明為何該當於「他法」。

可能，就此而言可說是延續過去最高法院曾採納的見解（如最高法院103年度台上字第61號刑事判決），並意味著兩罪在實際案例中，可能同時成立而非互斥的犯罪類型。然而，本判決無法處理到的是兩罪的罪數關係，亦即兩罪既同為保護公共交通安全的犯罪，則在目前最高法院主流見解所採保護法益同一性判準下，應為法條競合關係，但如此處理卻又與前述最高法院判決所採想像競合關係的見解相悖，究竟為法條競合或想像競合，尚待未來實務見解的進一步論證。

結論上，本文認為本判決釐清妨害公眾往來安全罪與不能安全駕駛罪的定型不法內涵及各自作為具體危險犯及抽象危險犯的性質，進而劃定危險駕駛行為在兩罪中的適用範圍，故對於「他法」的解釋應屬妥當。亦即在本判決的思考脈絡下，飆車或圍（堵）車等危險駕車行為被限制要達到類似於損壞或壅塞而足以妨害公眾往來安全的程度，始得依妨害公眾往來安全罪處罰，而妨害公眾往來安全罪與不能安全駕駛罪雖得以同時成立，但兩罪的不法內涵與規範對象既為相異，同樣地仍應檢驗不能安全駕駛行為是否合於妨害公眾往來安全罪的不法內涵。本判決相較於過去的最高法院判決，雖未能處理兩罪的罪數問題，卻也明確指出各自的不法內涵，就此而言本判決對於相類似事件應具有一定指針效果。最後，就本件行為人A服用毒品而不能安全駕駛卻在道路上高速疾駛撞死一人的法適用而言，假設A有違犯妨害公眾往來安全罪的故意，A在下午5時許以時速160公里行駛於一般道路上，雖得認A因毒品及超速的影響，使不特定人或特定多數人在該道路的往來極可能發生受追撞的危險，而事實上亦已造成一人死亡及追撞二車，惟A是在尚未進入交通尖峰時間的下午5時許，單獨一人高速疾駛在雙向車道含路肩的縣道上，且似無蛇行、急停於路中央或逼車等妨礙後續車輛行進而阻絕道路交通的情形，是以A縱超速行駛於該道路，亦無法認為具有類似於損壞或壅塞足以妨害公眾往來安全的程度，而該當於妨害公眾往來安全罪之「他法」的實行行為定型，故A僅成立不能安全駕駛致死罪。

參考文獻

一、中文部分

- 王皇玉，2013年刑事法發展回顧：酒駕與肇逃之立法與實務判決，國立臺灣大學法學論叢，43卷特刊，頁1227-1264，2014年11月。
- 王皇玉，刑法總則，2021年7版，臺北：新學林。
- 古承宗，論不能安全駕駛罪之解釋與適用——以刑法第185條之3第1項第1款為中心，刑事政策與犯罪防治研究專刊，22期，頁3-11，2019年9月。
- 甘添貴，飆車蛇行與殺人劫財，台灣本土法學雜誌，39期，頁162-170，2002年10月。
- 甘添貴，罪數理論之研究，2006年，臺北：元照。
- 林山田，刑法各罪論，2005年修訂5版，臺北：自版。
- 林山田，刑法通論（下），2008年增訂10版，臺北：自版。
- 林東茂，交通犯罪，月旦法學雜誌，177期，頁232-240，2010年2月。
- 法務部統計處，酒駕案件統計分析，刑事政策與犯罪防治研究專刊，20期，頁52-59，2019年3月。
- 陳子平，刑法各論（下），2020年3版，臺北：元照。
- 許恒達，國道急煞堵車的刑事責任，月旦法學教室，220期，頁14-17，2021年2月。
- 許恒達，2020年刑事法實務發展回顧：綜評刑事大法庭元年競合論爭議，國立臺灣大學法學論叢，50卷特刊，頁1485-1540，2021年11月。
- 許澤天，刑法總則，2021年2版，臺北：元照。
- 許澤天，刑法分則（下）：人格與公共法益篇，2021年3版，臺北：新學林。
- 黃榮堅，刑法利益與問題思考，1999年，臺北：元照。
- 盧映潔，刑法分則新論，2020年15版，臺北：新學林。
- 黃惠婷，妨害公眾往來安全罪，台灣法學雜誌，277期，頁133-139，2015年8月。

鄭昆山，「飆車」是否成立刑法第一八五條之公共危險罪，月旦法學教室，62期，頁78-85，2007年12月。

蔡聖偉，服用毒品與不能安全駕駛——評臺灣高等法院臺中分院106年度交上易字第353號判決，裁判時報，66期，頁69-77，2017年12月。

簡至鴻，日本危險駕駛致死傷罪之解釋現況與分析——以行為的危險性與因果關係的判斷為中心，政大法學評論，154期，頁1-82，2018年9月。

二、日文部分

大谷實，刑法講義總論，2019年新版5版，東京：成文堂。

大塚仁，刑法概說（總論），2008年4版，東京：有斐閣。

山口厚，刑法各論，2010年2版，東京：有斐閣。

山口厚，刑法總論，2016年3版，東京：有斐閣。

井上宏、山田利行、島戸純，刑法の一部を改正する法律の解説，法曹時報，54卷4号，頁1043-1099，2002年4月。

井上宏，自動車運転による死傷事犯に対する罰則の整備等（刑法の一部改正）について，ジュリスト，1216号，頁36-45，2002年2月。

今井猛嘉，自動車運転死傷事故等処罰法の新設——危険運転致死傷罪等の改正，刑事法ジャーナル，41号，頁6-17，2014年8月。

内田博文，道路交通政策の展開と危険運転致死傷罪，收錄於：交通法科学研究会編，危険運転致死傷罪の総合的研究——重罪化立法の検証，頁3-16，2005年，東京：日本評論社。

内田博文，危険運転致死傷罪事の解釈，收錄於：交通法科学研究会編，危険運転致死傷罪の総合的研究——重罪化立法の検証，頁93-103，2005年，東京：日本評論社。

古川伸彦，あおり運転と危険運転致死傷罪，刑事法ジャーナル，60号，頁10-17，2019年6月。

団藤重光，刑法綱要總論，1990年3版，東京：創文堂。

西田典之著、橋爪隆補訂，刑法各論，2018年7版，東京：弘文堂。

松原芳博，東名高速あおり運転事件と自動車運転処罰法の改正，法律時報，92卷10号，頁97-100，2020年9月。

- 岡野光雄，交通事犯と刑事責任，2007年，東京：成文堂。
- 津田博之，危険運転致死傷罪における主観的要件，収録於：交通法科学研究会編，危険運転致死傷罪の総合的研究——重罪化立法の検証，頁125-141，2005年，東京：日本評論社。
- 前田雅英，陸路の壅塞と往來の危険（最決昭和59.4.12），警察研究，58巻1号，頁60-69，1987年1月。
- 高橋則夫，刑法総論，2018年4版，東京：成文堂。
- 曾根威彦，交通犯罪に関する刑法改正の問題点，ジュリスト，1216号，頁46-54，2002年2月。
- 曾根威彦，刑法総論，2008年4版，東京：弘文堂。
- 曾根威彦，刑法各論，2012年5版，東京：弘文堂。
- 森川恭剛，陸路の閉塞の意義，収録於：芝原邦爾、西田典芝、山口厚編，刑法判例百選Ⅱ各論，頁166-167，2003年5版，東京：有斐閣。
- 福田平，刑法総論，2011年全訂5版，東京：有斐閣。

Dangerous Driving and the Safety of Public Traffic: Reviewing Supreme Court Decision about Article 185 of the Criminal Code

Chuan-Ting Kao*

Abstract

The penalties for dangerous driving behaviors in Taiwan are mostly legislated in the Act Governing the Punishment of Violation of Road Traffic Regulations. In the Criminal law, driving under the influence of drink or drug is mainly regulated in Article 185-3, and the other dangerous driving behaviors like racing, going too fast, or driving aggressively etc., is understood as the behavior type of “using other similar means” in Article 185 with the judgements of the Taiwan Supreme Court. In some cases, a single offense that constitutes Article 185 and 185-3 is concurrently resulted in the penalties prescribed in Article 185. Therefore, this article aims to analyze the penalties for dangerous driving behaviors and application of the Criminal Law with reviewing the judgements of the Taiwan Supreme Court and theory.

Keywords: dangerous driving, the safety of public traffic, Article 185 of the Criminal Code, other similar means, concurrency theory

* Post-Doctoral Fellow, Department of Law, National Taiwan University.

【研究論文】

虛擬通貨的洗錢防制監管疆域 與國際標準

——評我國「虛擬通貨平台及 交易業務事業防制洗錢及 打擊資恐辦法」

楊岳平*

要 目

- 壹、前 言
- 貳、我國虛擬通貨洗錢防制的監管架構
 - 一、我國虛擬通貨洗錢防制的監管法制發展
 - 二、虛擬通貨洗錢防制的監管疆域議題
 - 三、小 結
- 參、VA的洗錢防制國際標準
 - 一、FATF與VA的洗錢防制國際標準
 - 二、FATF 2021年更新指引的主要內容
- 肆、我國虛擬通貨洗錢防制監管的調整方向芻議
 - 一、「虛擬通貨」用詞與內涵的疑義
 - 二、「虛擬通貨事業」用詞與內涵的疑義
 - 三、確認所有洗錢防制義務主體的虛擬通貨洗錢防制義務
- 伍、結 論

DOI:10.7003/LASR.202209_(9).0004

* 國立臺灣大學法律學系副教授。

本研究承蒙科技部新秀學者研究計畫深耕型計畫編號MOST 110-2628-H-002-007支持，特此表達感謝。作者也在此感謝蔡玉玲律師、李裕勳律師、林紘宇律師、簡書永理事長、何冠霖法務、彭少甫創辦人等人對本文研究提供的建議或啟發，此外特別感謝國立臺灣大學法律學研究所李姉璇、彭勤耘及廖文煜研究生對本文作者提供的研究協助。作者的聯絡電子郵件為alexypyang@ntu.edu.tw。

摘 要

虛擬通貨引發的洗錢風險，於近期已引起國際與我國的關注，FATF建議對此議題已設有完整的國際標準，我國虛擬通貨平台及交易業務專業防制洗錢及打擊資恐辦法亦於2021年7月1日起正式施行，開啟我國的虛擬通貨洗錢防制法制。本文比較FATF的國際標準與我國現行規定後，指出我國不論在虛擬通貨或虛擬通貨業者的監管疆域部分，均與FATF的國際標準存在若干出入，可能影響我國未來的APG相互評鑑結果。因此本文以FATF於2021年10月公告的更新指引內容為基礎，提出我國在立法論與解釋論上可加以調整之處，期待主管機關利用近期法務部提出洗錢防制法修正草案的機會，一併調整現行規定，以期與虛擬資產洗錢防制的國際標準相調和。

關鍵詞： 虛擬通貨、虛擬通貨平台、虛擬通貨業者、密碼資產、
虛擬資產、虛擬資產服務提供者、洗錢防制、FATF

壹、前言

虛擬通貨應用區塊鏈（blockchain）或分散式帳本技術（distributed ledger technology, DLT）的去中心化特性以及密碼學技術（cryptography）的假名化特性，創造了一個無須仰賴中央機構管理帳本且非實名制交易的新興金融資產，並可支援相當規模的跨境交易；但虛擬通貨上述去機構化與非實名制的特性，導致虛擬通貨的交易軌跡相對不易追蹤，進而成為近年備受重視的犯罪工具與洗錢工具，特別是其對既有洗錢防制制度帶來的衝擊，已經引起實務與學界高度的重視¹。我國行政院洗錢防制辦公室於2021年12月發表的「2021年國家洗錢資恐及資助武擴風險評估報告」中，即首度將虛擬資產業納入風險評估範疇，並將其列為「非常高風險弱點」的洗錢資恐行業部門²。

所幸虛擬通貨目前的交易實務下，純然去中心化的點對點交易（peer-to-peer transaction）相對尚非主流³，主要仍係仰賴若干新興

¹ 國內關於虛擬通貨洗錢防制議題的法學文獻，參照：蔡佩玲，虛擬貨幣與洗錢防制——未知之金流世界交易規則，月旦法學雜誌，324期，2022年5月，頁132-142；許永欽，從FATF規範論虛擬資產防制洗錢之監理，月旦律評，1期，2022年4月，頁22-39；林繼恆等，新興金融科技遭濫用於犯罪之研究，刑事政策與犯罪防治研究專刊，30期，2021年12月，頁141-202；徐珮菱，洗錢防制法制之研究——以區塊鏈及加密數位貨幣為中心，月旦法學雜誌，288期，2019年5月，頁73-99；吳盈德，創新金融科技與洗錢防制趨勢，月旦法學雜誌，267期，2017年8月，頁19-29；林盟翔，數位通貨與普惠金融之監理變革——兼論洗錢防制之因應策略，月旦法學雜誌，267期，2017年8月，頁30-75。國際上近期相關研究，參照：Rodrigo Coelho et al., *Supervising Cryptoassets for Anti-Money Laundering* (Fin. Stability Inst. Insights on Pol’y Implementation, No. 31, 2021).

² 行政院洗錢防制辦公室，2021年國家洗錢資恐及資助武擴風險評估報告，2021年12月，頁47-51（以下簡稱「洗防辦2021年報告」）。

³ FATF於2021年針對此有進一步的調查，得出的暫定結論為點對點交易目前尚非虛擬通貨交易的主流。FATF, *SECOND 12-MONTH REVIEW OF THE REVISED FATF STANDARDS ON VIRTUAL ASSETS AND VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS* 23-30 (2021).

虛擬通貨事業⁴，例如中心化交易平台、場外交易平台（over-the-counter, OTC）、託管錢包業者、ATM等，扮演實質上的交易中介功能中介交易雙方，因此法制上尚可針對此類虛擬通貨事業課予洗錢防制義務，而不致全無施力點。

為此，主要國家多已針對此類虛擬通貨事業開展相關洗錢防制監管法制⁵。全球洗錢防制的國際標準制定組織——防制洗錢金融行動工作組織（Financial Action Task Force, FATF）亦先於2018年修正其四十項建議，嗣於2019年6月公布第十五項建議注釋（interpretative note），並於同月頒布指引（下稱「FATF 2019年指引」）對各國如何實施虛擬通貨洗錢防制提出具體建議⁶，其中即有針對虛擬通貨與虛擬通貨事業如何納入洗錢防制體系提出深入的分析。

值此全球浪潮，我國立法院先於2018年11月完成洗錢防制法修正，將虛擬通貨平台及交易業務之事業（下統稱「虛擬通貨事業」）納為應負洗錢防制義務的金融機構⁷。行政院嗣後於2021年4月依洗錢防制法的授權，提出虛擬通貨與虛擬通貨事業的定義，以指定虛擬通貨事業之範圍⁸。負責金融機構洗錢防制的主管機關金融

⁴ 有稱此類業者為虛擬通貨託管業者（crypto-custodian）。關於虛擬通貨託管業者的研究，參照：Matthias Haentjens et al., *The Failed Hopes of Disintermediation: Crypto-Custodian Insolvency, Legal Risks and How to Avoid Them*, 2020(2) SING. J.L. STUD. 526 (2020).

⁵ 關於美國虛擬通貨洗錢防制的研究與檢討，參照：Stan Sater, *Do We Need KYC/AML: The Bank Secrecy Act and Virtual Currency Exchanges*, 73 ARK. L. REV. 397 (2020); Jeremy Ciarabellini, *Cryptocurrencies' Revolt Against the BSA: Why the Supreme Court Should Hold that the Bank Secrecy Act Violates the Fourth Amendment*, 10(1) SEATTLE J. TECH. ENVTL. & INNOVATION L. 135 (2020). 關於歐盟虛擬通貨洗錢防制的研究與檢討，參照：Valentina Covolo, *The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive*, 28(3) EUR. J. CRIME CRIM. L. & CRIM. JUSTICE 217 (2020).

⁶ FATF, *GUIDANCE FOR A RISK-BASED APPROACH: VIRTUAL ASSET AND VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS* (2019).

⁷ 洗錢防制法第5條第2項。

⁸ 行政院110年4月7日院臺法字第1100167722號令。

監督管理委員會（下稱「金管會」）最終於2021年6月訂定「虛擬通貨平台及交易業務事業防制洗錢及打擊資恐辦法」（下稱「虛擬通貨事業洗防辦法」），明定虛擬通貨事業具體應負的洗錢防制義務，構建成我國目前的虛擬通貨洗錢防制規範架構。

惟於我國相關法規訂定後，FATF於2021年10月頒布更新指引（下稱「FATF 2021年更新指引」），對虛擬通貨洗錢防制提出更完整的補充說明⁹，因此產生再次檢視我國現行法制是否符合最新國際標準的必要。本文將以FATF 2021年更新指引為基礎，檢視我國現行虛擬通貨洗錢防制規範是否符合最新國際標準。本文的架構如下：第貳部分將回顧我國目前的虛擬通貨洗錢防制監管架構與監管疆域議題；第參部分將分析FATF相關指引中與虛擬通貨洗錢防制監管疆域相關的內容；第肆部分則具體比較我國現行法制與FATF指引的建議後，指出我國法制尚存的不足之處，並提出具體修正建議；第伍部分為本文的結論。

須強調者為，有鑑於虛擬通貨涉及的洗錢防制議題相當龐大，故本文的研究重心將僅限於監管疆域（regulatory perimeter）議題有關者，亦即虛擬通貨洗錢防制的監管對象與範圍。至於虛擬通貨事業應如何遵循其洗錢防制義務¹⁰，並非本文研究重點。

此外亦須強調者為，我國現行法係使用「虛擬通貨」與「虛擬通貨平台及交易業務之事業」（本文統稱為「虛擬通貨事業」）的用語，但法務部於2021年12月公告之洗錢防制法修正草案亦有修正用語為「虛擬資產」與「虛擬資產服務提供者」的芻議¹¹；此外

⁹ FATF, UPDATED GUIDANCE FOR A RISK-BASED APPROACH: VIRTUAL ASSET AND VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS (2021).

¹⁰ 例如虛擬通貨事業洗錢防制義務當中最具爭議性的轉帳規則（Travel Rule），即非本文的研究重點。關於Travel Rule的介紹，參照：FATF, *id.* at 55-61，虛擬通貨事業洗防辦法第7條。

¹¹ 法務部於2021年12月公告之洗錢防制法修正草案中，已將現行洗錢防制法第5條使用的「虛擬通貨」修正為「虛擬資產」，以與國際目前通稱virtual asset的用詞一致，並避免外界誤將虛擬通貨理解為貨幣。參照：2021年洗錢防制法第5條修正說明二、。

FATF於2018年前係使用虛擬通貨（virtual currency, VC）與虛擬通貨支付商品及服務（virtual currency payment product and service, VCPPS）的用語，但於2018年後則是改使用虛擬資產（virtual asset, VA）與虛擬資產服務提供者（virtual asset service providers, VASP）的用語。上述國內外用語的定義與涵蓋範圍均不盡相同，極易產生混淆。為盡力減少混淆，本文以下將分別使用中文名稱以指涉我國現行法與修正草案下的概念，以及使用英文簡稱以指涉FATF修正前與修正後的概念，併此敘明。

貳、我國虛擬通貨洗錢防制的監管架構

根據CoinMarketCap的統計，截至2022年8月15日止，全球虛擬通貨的市值規模已達美金1.18兆元¹²，此規模與傳統金融機構經手的金融資產相比雖然尚屬有限¹³，但也已達到不容忽視的程度。與傳統金融工具相比，虛擬通貨具有非面對面交易、高度匿名性、具有交易經濟價值、去中心化、跨境移轉及快速交易等特性，因此容易成為犯罪行為者濫用的新興洗錢及資恐工具¹⁴。

虛擬通貨的發展已深刻影響我國的犯罪偵查實務。根據內政部警政署刑事警察局的分析，我國近年涉及虛擬通貨的犯罪主要態樣，包括詐欺、擄人勒贖、恐嚇取財例如電腦勒贖軟體、強盜以及竊電挖礦，其中又以詐欺為最大宗，單以2020年1月至9月止，虛擬通貨涉及的投資詐欺案件數達5,281件，詐騙金額高達新臺幣28.69億元，顯示虛擬通貨已成為我國犯罪偵查不得不提防的新興犯罪工具¹⁵。

¹² CoinMarketCap, *Today's Cryptocurrency Prices by Market Cap*, <https://coinmarketcap.com/> (last visited: 2022/08/15).

¹³ 例如截至2020年止，全球上市公司的市值為美金93.69兆元，The World Bank, *Market Capitalization of Listed Domestic Companies (Current US\$)*, <https://data.worldbank.org/indicator/CM.MKT.LCAP.CD> (last visited: 2022/08/15).

¹⁴ 行政院洗錢防制辦公室，同註2，頁49。

¹⁵ 行政院洗錢防制辦公室，同前註。

為因應虛擬通貨對我國犯罪偵查帶來的挑戰，我國陸續通過以虛擬通貨事業為中心的相關洗錢防制法制，本部分即簡介我國的法制發展過程以及主要內容。

一、我國虛擬通貨洗錢防制的監管法制發展

我國虛擬通貨洗錢防制的規定，係以洗錢防制法為母法，再授權行政院與虛擬通貨事業洗防辦法界定具體的納管虛擬通貨事業範圍與洗錢防制義務。以下簡介其發展歷程。

(一)洗錢防制法修正

我國對虛擬通貨洗錢防制的重視主要始於2018年。蓋我國自1998年起加入亞太防制洗錢組織（Asia-Pacific Group on Money Laundering，下稱「APG」）成為會員國之一¹⁶，須接受APG會員間的相互評鑑（mutual evaluation）¹⁷。我國自2007年起接受APG第二輪相互評鑑，取得第二等級一般追蹤成績，但自此階段起我國的洗錢防制表現開始受到APG關注，雖然於2012年至2014年均維持一般追蹤的等級，但仍被指出存在諸多重大缺失而須於2016年提出年度整合進展報告，直至2017年始獲肯認脫離追蹤名單¹⁸。

上述發展促使我國更加重視於2018年開始的APG第三輪評鑑，故我國於2018年前後著力加強相關洗錢防制法制的修正，其中虛擬通貨的洗錢防制議題因此得到重視。2018年11月，於APG對我國展開評鑑的過程中，立法院通過洗錢防制法修正案，以俾配合APG第三輪評鑑，其中修正第5條第2項與第4項規定，增訂虛擬通貨平台及交易業務之事業應適用洗錢防制法下關於金融機構之規定，並授權法務部會同中央目的事業主管機關報請行政院指定虛擬通貨事業之範圍。

¹⁶ APG, *Members & Observers*, <http://www.apgml.org/members-and-observers/members/default.aspx> (last visited: 2022/08/15).

¹⁷ 關於APG評鑑制度的介紹，參照：行政院洗錢防制辦公室，從不及格到亞洲第一——我國2019年APG第三輪相互評鑑紀實，2020年12月，頁22-30。

¹⁸ 同前註，頁111-113。

本條修法的立法理由明白指出，此次修正係配合FATF於2015年6月間發布的虛擬通貨風險基礎方法指引¹⁹。此外立法者參考相關國家立法例多已在法制架構上將虛擬通貨事業納入洗錢防制之低度規範，因此認為我國之洗錢防制規範亦有正視此風險而予以最低度規範之必要，故立法院透過立法明定虛擬通貨事業的洗錢防制義務，至於具體的規範則待行政院指定目的事業主管機關後規範之²⁰。

(二) 行政院函釋與虛擬通貨事業洗防辦法

於上開洗錢防制法修正通過後，金管會經行政院指定為虛擬通貨事業洗錢防制的中央目的事業主管機關。但將近二年過去，金管會均未頒布相關法規命令規範虛擬通貨事業的具體洗錢防制義務，導致虛擬通貨事業處在法律上已受納管、但實際上並無具體規定可循的處境。

2021年4月7日，行政院發布院臺法字第1100167722號令（下稱「行政院令」），對適用洗錢防制法的虛擬通貨事業給予明確定義，此外亦明確表示金融機構及指定之非金融事業或人員如有從事虛擬通貨業務活動者，應分別依其所屬之中央目的事業主管機關所定洗錢防制相關規定辦理。

基於上述函令，金管會於同年6月30日發布虛擬通貨事業洗防辦法，訂明虛擬通貨事業應遵循的洗錢防制義務，包括確認客戶身分措施、客戶身分持續審查、保存客戶往來憑證、大額現金交易申報、可疑交易申報等。上述行政院令與虛擬通貨事業洗防辦法均訂於2021年7月1日正式施行²¹。

上述行政院令與虛擬通貨事業洗防辦法施行後，金管會即開始呼籲虛擬通貨事業依該辦法第17條辦理洗錢防制法令遵循之聲明，並於2021年9月30日頒布函令要求虛擬通貨事業於同年11月30日前完成聲

¹⁹ FATF, GUIDANCE FOR A RISK-BASED APPROACH: VIRTUAL CURRENCIES (2015).

²⁰ 2018年洗錢防制法第5條立法理由說明五、。

²¹ 虛擬通貨事業洗防辦法第18條。但虛擬通貨事業洗防辦法第7條關於轉帳規則的規定並未施行，由金管會另定施行日期。

明²²。2021年底即有16家虛擬通貨事業向金管會提出遵循聲明²³，截至2022年8月8日止，已有22家虛擬通貨事業完成遵循聲明²⁴。

二、虛擬通貨洗錢防制的監管疆域議題

上述法制的核心意義，在於將原本不負洗錢防制義務的虛擬通貨事業納為洗錢防制義務主體，並要求其負類似金融機構的洗錢防制義務，以加強執法機關掌握虛擬通貨金流軌跡的能力，減少虛擬通貨犯罪的偵查困難。因此上述法制如何界定具體應負洗錢防制義務的虛擬通貨事業，即成為其實際上能達成多少洗錢防制成效的前提關鍵²⁵，本文以下即簡介相關規定。

(一) 虛擬通貨的定義

欲定義虛擬通貨事業，首先須定義虛擬通貨。於本次虛擬通貨洗錢防制法立法以前，我國法下針對虛擬通貨設有相關定義者，主要為金管會於核定證券性質虛擬通貨為我國法下的有價證券時，將證券性質虛擬通貨定義為具流通性及投資性的「運用密碼學及分散式帳本技術或其他類似技術，表彰得以數位方式儲存、交換或移轉之價值」²⁶，因此旁敲提及虛擬通貨的定義。

²² 金管會110年9月30日金管銀法字第11002729181號令一、(一)、1.(1)。金管會新聞稿，金管會提醒虛擬通貨平台及交易業務事業應辦理洗錢防制法令遵循的聲明，2021年9月30日，https://www.fsc.gov.tw/ch/home.jsp?id=96&parentpath=0,2&mcustomize=news_view.jsp&dataserno=202109300007&toolsflag=Y&dtable=News（最後瀏覽日：2022年8月15日）。

²³ 王湘衡，近期我國洗錢防制及打擊資恐之進展及趨勢，期貨人季刊，80期，2021年12月，頁36。

²⁴ 金管會，已完成洗錢防制法令遵循聲明之虛擬通貨平台及交易業務事業名單，2022年8月8日，[https://www.fsc.gov.tw/userfiles/file/\(111_8_8更新\)已完成洗錢防制法令遵循聲明的虛擬通貨平台業者名單.pdf](https://www.fsc.gov.tw/userfiles/file/(111_8_8更新)已完成洗錢防制法令遵循聲明的虛擬通貨平台業者名單.pdf)（最後瀏覽日：2022年8月15日）。

²⁵ 例如近期有立法委員指出我國市面上存在所謂的比特幣ATM，即引發此類比特幣ATM是否應適用上述虛擬通貨事業規範的爭議。中央社（2021/12/23），〈台灣街頭出現比特幣ATM金管會將調查〉。

²⁶ 金管會108年7月3日金管證發字第1080321164號令。關於證券性質虛擬通貨定義之相關討論，參照：黃朝琮，首次代幣發行的美麗新世界？我國證券型代

本次行政院令與虛擬通貨事業洗防辦法大體承襲上述定義，而將虛擬通貨定義為「運用密碼學及分散式帳本技術或其他類似技術，表彰得以數位方式儲存、交換或移轉之價值，且用於支付或投資目的者。但不包括數位型式之新臺幣、外國貨幣及大陸地區、香港或澳門發行之貨幣、有價證券及其他依法令發行之金融資產」²⁷。此一定義有以下三點值得注意。

首先，此一定義與證券性質虛擬通貨的定義類似，均強調虛擬通貨與分散式帳本技術間密不可分的關係。依該定義，虛擬通貨的技術基礎須為「運用密碼學及分散式帳本技術或其他類似技術」，故反面解釋之，傳統應用中心化帳本技術發行與管理的數位價值，例如市面上常見的電子支付機構或第三方支付機構發行的儲值點數或回饋點數，由於係採用中心化帳本技術發行，似不致構成我國洗錢防制法令下的虛擬通貨。

其次，此一定義僅及於具有「支付目的或投資目的」的虛擬通貨，而非及於所有應用密碼學及分散式帳本技術或其他類似技術發行與管理的數位價值，故或可稱其涵蓋的範圍僅限於狹義的虛擬通貨。但何謂「支付目的或投資目的」，現行法尚不清楚。

最後，此一定義排除具有法定貨幣、有價證券²⁸以及其他現行法下金融資產性質的虛擬通貨，而僅限於尚未構成現行法下金融資產者。故例如近期討論熱烈的中央銀行數位貨幣²⁹、上述金管會核定的

幣之規範架構評釋，交大法學評論，6期，2020年3月，頁164-167；楊岳平，區塊鏈時代下的證券監管思維挑戰：評金管會最新證券型虛擬通貨監管方案，臺大法學論叢，48卷特刊，2019年11月，頁1321-1324；黃朝琮，首次代幣發行之架構及相關問題探討，臺北大學法學論叢，111期，2019年9月，頁54-61；楊岳平，首次代幣發行與證券監理法制——以臺灣證券交易法下「證券」的定義為中心，月旦財經法雜誌，43期，2018年11月，頁149-158。

²⁷ 行政院令一、(二)；虛擬通貨事業洗防辦法第2條第2款。

²⁸ 此處之有價證券係指依證券交易法相關法令認定構成有價證券者。虛擬通貨事業洗防辦法第2條立法理由五、。

²⁹ 關於中央銀行數位貨幣的介紹，參照：徐珮菱、陳錦稷，央行數位貨幣發展之法律與經濟分析，月旦民商法雜誌，67期，2020年3月，頁51-65。相關國際文獻，參照：BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE SYSTEM, MONEY

證券性質虛擬通貨，以及其他應用密碼學及分散式帳本技術或其他類似技術發行與管理的股票、基金、不動產投資信託受益證券等，均非我國洗錢防制法令下的虛擬通貨。

(二) 虛擬通貨事業的業務範圍

本次行政院令與虛擬通貨事業洗防辦法定義的虛擬通貨事業，係指為他人從事下列五項業務為業之人，此五項業務包括：

1. 虛擬通貨與新臺幣、外國貨幣及大陸地區、香港或澳門發行之貨幣間之交換。

2. 虛擬通貨間之交換。

3. 進行虛擬通貨之移轉。

4. 保管、管理虛擬通貨或提供相關管理工具。

5. 參與及提供虛擬通貨發行或銷售之相關金融服務。

大體而言，第一至第三項與虛擬通貨的交易業務有關，其中第一項與第二項業務係指為客戶辦理虛擬通貨之買賣³⁰，包括虛擬通貨與法定貨幣間的買賣（所謂「法幣交易」）以及虛擬通貨與虛擬通貨間的買賣（所謂「幣幣交易」），故相對偏重於虛擬通貨交易的負擔行為面向。第三項業務則係指為客戶辦理虛擬通貨之移轉，故相對偏重於虛擬通貨交易的處分行為面向。

第四項與第五項業務相對非屬虛擬通貨交易本身，而是輔助虛擬通貨交易的相關業務。第四項主要著重虛擬通貨的託管業務，包括保管或管理虛擬通貨本身，以及保管啟動虛擬通貨交易所必須的私鑰³¹。第五項則著重為客戶發行或銷售虛擬通貨的相關業務，主要

AND PAYMENTS: THE U.S. DOLLAR IN THE AGE OF DIGITAL TRANSFORMATION (2022); John Crawford et al., *FedAccounts: Digital Dollars*, 89 GEO. WASH. L. REV. 113 (2021).

³⁰ 所謂交換業務係指為客戶進行虛擬通貨之買賣。虛擬通貨事業洗防辦法第2條立法理由二、。

³¹ 所謂「提供相關管理工具」係指為客戶保管私鑰。虛擬通貨事業洗防辦法第2條立法理由三、。

係指虛擬通貨的承銷業務³²。

須強調者為，倘若經營上述虛擬通貨業務之業者本身已屬洗錢防制法下應負洗錢防制義務的其他金融機構或指定之非金融事業或人員，由於其本身已因其原本從事的業務應負相關洗錢防制義務，並受相關目的事業主管機關監理，故就其經營之虛擬通貨業務亦歸該目的事業主管機關監理，而不適用此處之規定，以避免疊床架屋³³。

(三) 虛擬通貨事業的地理範圍

虛擬通貨事業多係透過網際網路對客戶提供虛擬通貨相關服務，故其提供的服務多具有跨境性質，此際如何界定我國上述虛擬通貨洗錢防制監管的管轄權範圍，即成為問題。

虛擬通貨事業洗防辦法就此明定其管轄之虛擬通貨事業「以在國內設立登記者為限」³⁴。至於何謂「設立登記」，相關辦法與函釋雖無明確定義，但參考現行公司法規定在用語上有意區別「設立登記」與「分公司登記」，或可推知上開辦法管轄之虛擬通貨事業，僅限於本公司設立於我國之事業，而不及於本公司設立於外國但於我國設有分公司之事業。故外國虛擬通貨事業對我國提供的虛擬通貨業務倘係透過於我國設立的分公司所為、而非透過於我國設立的子公司，似不致受上開辦法管轄。

三、小 結

綜上，我國自2018年起開啟的虛擬通貨洗錢防制立法工程，於2021年中大體完成。由其立法過程以觀，目前的整體監管架構大致係參照FATF建議、第十五項建議注釋以及FATF 2019年指引，監管對象以虛擬通貨事業特別是交易平台為主。

³² 所謂「相關金融服務」係指虛擬通貨之承銷等行為。虛擬通貨事業洗防辦法第2條立法理由四、。

³³ 虛擬通貨事業洗防辦法第2條第3項；虛擬通貨事業洗防辦法第2條立法理由八、。

³⁴ 虛擬通貨事業洗防辦法第2條第2項。

但虛擬通貨產業的變化與發展相當快速，自2019年開始又有若干新興虛擬通貨事業蓬勃發展，包括穩定幣（Stablecoin）³⁵、去中心化金融（decentralized finance, 下簡稱「DeFi」）³⁶，乃至近年興起的非同質化代幣（non-fungible token, 下簡稱「NFT」）³⁷，在在挑戰著FATF 2019年指引建構的洗錢防制監管架構。FATF為此亦多次預告其將更新上開指引，最終於2021年10月時公告FATF 2021年更新指引，以回應虛擬通貨產業近年發展對洗錢防制法制帶來的挑戰。

我國目前的虛擬通貨洗錢防制規範，主要係於2021年4月至6月間經行政院與金管會陸續頒布，故其規範內容顯然尚未考量FATF 2021年更新指引。法務部嗣後於2021年12月雖預告洗錢防制法修正草案³⁸，但其中與虛擬通貨洗錢防制相關者，僅係將虛擬通貨改稱為「虛擬資產」以及將虛擬通貨平台及交易業務之事業改稱為「虛擬資產服務提供者」，以配合FATF於2018年後用詞上改使用VA與VASPs³⁹，除此外似無實質規範內容的更動。

有鑑於我國高度重視APG評鑑的結果，而FATF建議與相關指引又是APG評鑑的核心內容，故我國相關規範是否符合FATF 2021年更新指引，即關乎我國未來洗錢防制評鑑的結果，而有進一步探求的必要。

³⁵ 關於穩定幣的相關國際研究，參照：FINANCIAL STABILITY BOARD, REGULATION, SUPERVISION AND OVERSIGHT OF “GLOBAL STABLECOIN” ARRANGEMENTS: PROGRESS REPORT ON THE IMPLEMENTATION OF THE FSB HIGH-LEVEL RECOMMENDATIONS (2021); Gary B. Gorton & Jeffrey Zhang, *Taming Wildcat Stablecoins*, 90 U. CHI. L. REV. (forthcoming).

³⁶ 關於去中心化金融的研究，參照：楊岳平，論去中心化金融與智慧合約的金融監理——以去中心化借貸為中心，月旦法學雜誌，316期，2021年9月，頁53-72；徐珮菱、高培勳，去中心化金融之法律規範研究——以Defi借貸為核心，高大法學論叢，16卷1期，2020年9月，頁185-231。

³⁷ 關於NFT的研究，參照：楊岳平，論非同質化代幣的基本法律關係與消費者保護，台灣法律人，3期，2021年9月，頁48-62。

³⁸ 法務部110年12月27日法檢字第11004540370號函。

³⁹ 2021年洗錢防制法修正草案第5條第2項與第4項；修正理由一、與二、。

參、VA的洗錢防制國際標準

FATF相關指引為國際上洗錢防制的重要國際標準。VA——包括虛擬通貨在內——因具有成為犯罪與洗錢工具的特質，故FATF於2018年修正其FATF建議時，引入了VA與VASP的概念，並於其第十五項建議表態相關洗錢防制建議亦適用於VA，其後並於2019年6月公布第十五項建議的注釋以及上述的FATF 2019年指引，構成VA洗錢防制的國際標準。嗣後FATF並於2020年與2021年二度公告其重新審查結果，最後於2021年10月公告更新的指引。以下簡介FATF對VA洗錢防制的關注發展，並著重探討FATF 2021年更新指引的主要內容。

一、FATF與VA的洗錢防制國際標準

FATF為七大工業國於1989年成立之國際組織⁴⁰，目前共有37個會員國與2個會員區域組織⁴¹。其於1990年制訂並於嗣後不定期更新的FATF建議（The FATF Recommendations，又稱FATF 40項建議）⁴²，係全球洗錢防制的國際標準，我國高度關注的APG評鑑，即係以FATF建議為基準辦理。

以下介紹FATF將VA納入其洗錢防制的架構與過程。

(一)FATF建議與虛擬資產洗錢防制

FATF建議的首版係於1990年公告，其後歷經1996年、2004年以及2012年的修正，成為目前FATF建議的主要輪廓。但於2012年後，FATF建議及其注釋仍有多次修正⁴³，目前的版本為2021年10月更新

⁴⁰ FATF, *History of the FATF*, <https://www.fatf-gafi.org/about/historyofthefatf/> (last visited: 2022/02/26).

⁴¹ FATF, *FATF Members and Observers*, <https://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/> (last visited: 2022/08/15).

⁴² FATF, *INTERNATIONAL STANDARDS ON COMBATING MONEY LAUNDERING AND THE FINANCING OF TERRORISM & PROLIFERATION: THE FATF RECOMMENDATIONS (2021)*.

⁴³ 關於FATF建議歷次修正的重點介紹，參照：行政院洗錢防制辦公室，同註

後的版本。整體而言，FATF共四十項建議大致可分為七個主題，包括防制洗錢及打擊資恐政策與協調、洗錢及沒收、資助恐怖主義與資助武器擴散、金融和非金融機構防範措施、法人及法律協議的透明度與實質受益權、權責機關之權力、職責及其他制度性措施，以及國際合作⁴⁴。

FATF的四十項建議當中，與虛擬資產最為有關者為第十五項關於新科技（new technology）的建議。FATF於2018年10月修正第十五項建議時，將VA與VASP納入洗錢防制範疇，明文規定各國應確保其VASP基於洗錢與資恐防制的目的受到監管，並且取得許可或登記且受FATF建議要求的有效制度所監管⁴⁵。FATF並於2019年6月修訂第十五項建議的注釋⁴⁶，以更加具體化其內涵。

FATF目前對於VA的洗錢防制所提出的建議與指引，基本上即以上述第十五項建議與其注釋為基礎開展，而成為獲得國際高度認可的國際標準。

(二) FATF對VA洗錢防制的立場發展

2008年中本聰發表的比特幣白皮書⁴⁷，開啟了基於區塊鏈等分散式帳本技術的VA作為交易媒介的可能性。但由於現實上VA經常被用做犯罪或洗錢的交易工具，因此引發FATF的關注。FATF對VA洗錢防制的立場演進，大致可分為三個階段，分別為2014～2015年的研究期、2018～2019年的納管期以及2020～2021年的完善期。以下分述之。

1. 研究期（2014～2015年）

FATF最早於2014年時即曾發表研究報告，指出VA的主要定義

17，頁17-18、36-37；FATF，同註42，頁136。

⁴⁴ 行政院洗錢防制辦公室，同註17，頁18-21。

⁴⁵ 同前註，頁17。

⁴⁶ 同前註，頁136。

⁴⁷ Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* (2008), <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (last visited: 2022/08/15).

與洗防資恐風險⁴⁸。於此時期，但此時期FATF關注的VA範圍相對限縮，僅及於有價值交換、記帳單位或價值儲存功能且可以數位方式交易的數位價值表彰⁴⁹。FATF將此類數位價值表彰稱為VC（virtual currencies），並進一步指出VC有可轉換與不可轉換之分，以及中心化管理與非中心化管理之分⁵⁰。但FATF於此研究報告中並未具體提出針對VC建議的洗防資恐措施。

嗣後於2015年，FATF首次針對VC發布風險基礎方法指引⁵¹。但本次指引主要著重於與傳統受監管金融體系連結的VCPPS（virtual currency payment products and services），例如提供VC與法定貨幣交換的可轉換VC交易所（convertible virtual currency exchangers）⁵²，至於非用做支付用途的VC（例如衍生性商品、商品、證券產品等）以及未涉及交換業務的業者（例如託管錢包業者），並非本次指引著重的重點。

針對VCPPS，FATF於本次指引中主要著眼於指出若干VCPPS可能構成既有FATF建議下的金融機構，因此須負金融機構的洗防資恐義務。例如可轉換VC交易所提供VC交換為法定貨幣的服務，即可能構成第十四項建議所指的金錢或價值移轉服務（money or value transfer service, MVTS），進而依該建議須取得許可或登記⁵³。除MVTS外，VCPPS視其情形亦可能構成向大眾收受存款與其他應返還的資金、發行與管理支付工具、交易外匯或流通有價證券，進而應負相關洗防資恐義務，FATF甚至指出去中心化VC交易所、錢包業者以及其他VC商業模式視其情形亦可能構成上述金融機構⁵⁴。

48 FATF, VIRTUAL CURRENCIES: KEY DEFINITIONS AND POTENTIAL AML/CFT RISKS (2014).

49 同前註，頁4。

50 同前註，頁4-5。

51 FATF，同註19。

52 同前註，頁3-4。

53 同前註，頁10。

54 同前註，頁6。

整體而言，於此時期FATF尚處於研究VC的洗防資恐風險的階段，其關注的焦點主要為具有支付工具性質的VC以及提供VC與法定貨幣交換服務的可轉換VC交易所，採取的監管建議也主要是嘗試將既有的金融機構洗錢防制架構套用至特定的VCPPS，而尚未將關注焦點發展至更廣泛的VA與VASP。

2. 納管期（2018～2019年）

自FATF於2015年頒布上述指引後，VA產業產生了大幅的變化，包括匿名性加強的VA、VA混幣器（mixers and tumblers）、去中心化交易平台或交易所、匿名錢包（privacy wallets）等業務均逐漸興起，增加了VA交易的匿名性，此外例如首次代幣交易乃至幣幣交易等VA業務也在這段時期蓬勃發展，均增加了VA體系的洗錢風險⁵⁵。

為因應上述新興VA業務帶來的洗錢風險，FATF自2018年開始將VA納入其整體洗錢防制建議架構中。其首先如上述，於FATF建議中將VA以及VASP二詞納入其詞彙表中，取代了2015年指引使用的VC以及VCPPS；此外其修訂四十項建議當中的第十五項建議，明確規定各國應針對VASP設有許可或登記制度，並要求VASP採行相關洗錢防制措施⁵⁶。其採用的VA定義納入包括支付目的與投資目的的數位價值表彰，採用的VASP定義較諸2015年指引更擴大包括所謂的「法幣交易」與「幣幣交易」以及交易以外的其他VA服務例如移轉、託管、承銷等⁵⁷。此次FATF建議修正建立的VA與VASP定義自此沿用至今。

2019年6月，FATF進一步修訂第十五項建議的注釋，形成FATF針對VA提出的完整建議架構。該注釋的重點包括要求各國將VA認定為洗錢防制法規當中的財產、所得、資金、資金或其他資產或其他類似價值，並要求各國對VA與VASP施以FATF建議下的相關措

⁵⁵ FATF，同註9，頁7。

⁵⁶ FATF，同註42，頁17與130。

⁵⁷ 關於具體的定義介紹，詳以下參、一、(一)與(二)的介紹。

施⁵⁸。此外該注釋亦要求各國應要求VASP取得許可或辦理註冊，VASP亦至少應於其創設地取得許可或登記，倘若VASP為自然人時，其至少應於其營業地取得許可或登記⁵⁹。FATF更進一步於同年公布FATF 2019年指引取代上述的2015年指引，成為FATF對VA洗錢防制的最完整立場。

3. 完善期（2020～2021年）

FATF並未於2019年頒布第十五項建議的注釋與FATF 2019年指引後即停下其腳步。有鑑於VA洗錢議題的變化劇烈，FATF每十二個月即針對VA洗錢防制議題展開重新檢視，以確保其定期更新VA對洗錢防制帶來的挑戰。故FATF先後已於2020年與2021年二度公告其十二個月審查報告。

FATF於2020年公告的第一次十二個月審查報告，主要重點置於指明FATF 2019年指引當中哪些部分有必要強化說明⁶⁰。整體而言，FATF發現各國已陸續開始實施FATF建議，且自目前實施結果以觀，應暫時並無修正FATF建議的必要⁶¹。但FATF也認識到FATF建議在實務運作上有若干問題有待釐清，例如關於點對點交易或非託管錢包帶來的洗錢風險、穩定幣、如何辨識應受許可或登記的VASP、如何實施轉帳規則等⁶²。FATF也承認如欲觀察FATF建議修正後的影響，僅憑一年的研究期間略嫌不足，而有待進一步研究⁶³。同樣於2020年，FATF在回覆G20的報告中，初步闡明了穩定幣可能涉及的洗錢風險以及FATF建議如何適用於穩定幣⁶⁴。此外FATF亦於

58 FATF，同註42，頁76。

59 同前註。

60 FATF, 12-MONTH REVIEW OF THE REVISED FATF STANDARDS ON VIRTUAL ASSETS AND VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS (2020).

61 同前註，頁2。

62 同前註，頁14-18。

63 同前註，頁2。

64 See generally FATF, FATF REPORT TO THE G20 FINANCE MINISTERS AND CENTRAL BANK GOVERNORS ON SO-CALLED STABLECOINS (2020).

同年公告VA的洗錢資恐紅旗指標，以供公務門與私部門用以辨識可能存在洗錢或資恐風險的VA交易態樣⁶⁵。

FATF於2021年公告的第二次十二個月審查報告，進一步指出各國對於VA洗錢風險監管已有長足的進步，但仍存在若干缺陷，例如目前全球仍缺乏一套統一的VA洗錢防制機制；此外若干國家尚未實施VA的轉帳規則，導致私部門業者欠缺足夠的誘因投資於解決轉帳規則的問題；最後則是不經由VASP的點對點交易尚不受監管，而存在一定的洗錢風險，其規模與發展需要持續關注⁶⁶。

於定期重新審查之際，FATF也已意識到VA近二年的發展已對洗錢防制帶來新一代的挑戰，因此開始研究更新FATF 2019年指引的內容。其首先於2021年3月公告其更新指引的預訂內容供公眾評論⁶⁷，最終於2021年10月公告完整版的FATF 2021年更新指引，構築起目前FATF針對VA洗錢防制的最完整建議架構。

二、FATF 2021年更新指引的主要內容

FATF 2021年更新指引大體上仍係以FATF 2019年更新指引的架構為基礎，但針對當中若干項目的解釋與應用提供了更深入的說明與闡釋，特別是針對以下六項項目，包括：(一)VA與VASP的定義；(二)FATF相關標準如何適用於穩定幣；(三)控管點對點交易洗錢風險的工具；(四)更新VASP的許可或登記指引；(五)提供公部門與私部門實施轉帳規則的指引；以及(六)加入VASP監管者間的資訊分享與合作原則⁶⁸。以下即針對本次更新指引當中涉及VA業務監管疆域的議題分述之。

⁶⁵ See generally FATF, VIRTUAL ASSETS RED FLAG INDICATORS OF MONEY LAUNDERING AND TERRORIST FINANCING (2020).

⁶⁶ See generally FATF, 同註3。

⁶⁷ FATF, DRAFT UPDATED GUIDANCE FOR A RISK-BASED APPROACH TO VIRTUAL ASSETS AND VASPs (2021).

⁶⁸ FATF, 同註9, 頁9。

(一)VA的定義

FATF早於2018年將VA納入其詞彙表時，即將VA定義為「得以數位方式交易或移轉且可用做支付或投資目的的價值的數位表彰」，並強調此定義排除法定貨幣、有價證券、以及其他FATF建議中已涵蓋的金融資產的數位表彰⁶⁹。FATF 2021年更新指引維持此一定義，但對此定義提供了進一步的闡釋。

FATF 2021年更新指引首先強調FATF一貫採取的技術中立性原則。其指出於認定個案對象是否符合VA的定義時，重點在於該資產的特性，而非其應用的技術⁷⁰。認定的重點在於個案對象是否具有可供交易或轉讓的固有價值，因而具有支付或投資功能；抑或其只是一種紀錄工具或僅表彰其他財產的所有權。例如以數位方式儲存的銀行紀錄本身並不至於構成VA，蓋其只是一個已落入FATF建議的金融資產（此處為法幣所有權）的紀錄，即使此種紀錄係以區塊鏈管理，根據技術中立性原則亦不構成VA；但例如可依穩定費率交換法幣或其他VA的穩定幣，即可能構成VA⁷¹。

針對近年興起的NFT，FATF 2021年更新指引也表示了其基本立場。其指出NFT通常係用做收藏品而非支付或投資工具，故不至於構成FATF定義的VA；但FATF亦強調重點仍在於個案NFT的性質與功能，而非其命名或行銷用語，若干NFT可能因用做支付或投資的目的而構成VA，若干NFT亦可能構成FATF標準原已涵蓋的金融資產，從而須適用FATF相關標準⁷²。故NFT是否構成VA，仍須視個案NFT表彰的內容以定，不可一概而論。

至於穩定幣，FATF重申其於2020年回覆G20報告中的結論，強調穩定幣或者構成FATF標準下已涵蓋的金融資產（例如有價證券）、或者構成VA，至於個案如何認定，將取決於個別國家的監理

69 FATF，同註42，頁130。

70 FATF，同註9，頁22。

71 同前註，頁23。

72 同前註，頁24。

體制如何定性相關金融資產⁷³。

FATF另外強調其並無意規範不可轉讓或不可交易從而不具有支付功能或投資功能的封閉式VA。例如航空哩程、信用卡回饋或其他類似的紅利點數計畫，倘若其並未允許個別消費者於該封閉系統以外的次級市場銷售，則不致構成FATF定義的VA，蓋VA的概念僅係用以涵蓋得依市場條件轉換或互換的資產⁷⁴。

最後值得強調者為，為充分落實FATF的四十項建議，FATF強調其建議中所有涉及資金或價值元素的用詞——例如「財產」、「所得」、「資金」、「資金或其他資產」、其他「相當價值」等，均應包含VA⁷⁵。故不僅VASP於提供VA相關服務時須遵循FATF相關標準，其他洗錢防制義務主體例如傳統金融機構如有涉及VA時，亦應將其與一般通貨（例如法定貨幣）等同視之而踐行相關洗錢防制措施。

(二)VASP的主體範圍

FATF於2018年將VASP納入其詞彙表時，係將VASP定義為「任何為或代表其他自然人或法人經營以下一或多種業務或營運、以此為業、且未受其他建議涵蓋的自然人或法人」，並列舉五種業務類型，包括：「一、VA與法定貨幣間之交換；二、一或多種VA間之交換；三、VA之移轉；四、保管或管理VA或用以控制VA之工具；五、參與及提供與發行人發行或銷售VA相關之金融服務」⁷⁶。FATF 2021年更新指引同樣維持此一定義，但對此定義提供了進一步的闡釋。

FATF首先強調VASP的定義包含自然人與法人⁷⁷，且該定義使用「經營」一詞係指積極投入相關業務的意思，而不及於提供相關業

⁷³ 同前註，頁33-35。

⁷⁴ 同前註，頁32。

⁷⁵ 同前註，頁41。

⁷⁶ FATF，同註42，頁130。

⁷⁷ FATF，同註9，頁25。

務附隨服務的情形，例如提供網路或雲端服務的業者⁷⁸。至於「以此為業」的要件，則係用以排除非基於商業目的而並未頻繁提供相關業務之人，換言之該人提供VA服務必須具有相當的常業性⁷⁹。此外單純收受VA以作為商品或服務對價的商家亦不致構成VASP⁸⁰。

至於針對列舉的五種業務類型，FATF 2021年更新指引進一步將其分類為交換與移轉（即第一至三類）、保管或管理（即第四類）以及參與或提供發行或銷售相關之金融服務（即第五類），以下分別闡述FATF進一步的說明。

1. 交換與移轉

FATF 2021年更新指引指出，交換業務的定義（包括第一類與第二類的業務類型）包含所謂法幣交易與幣幣交易的服務，且不問服務提供者於相關交易中扮演的角色係本人、清算或結算的集中交易對手、交割設施或其他辦理該交易的中介者。此外FATF亦強調該定義並不要求個案業者必須經手交換業務中的每一項元素⁸¹。

至於移轉業務，係指任何使使用者得以將對VA的所有權或控制力移轉予其他使用者、或使同一使用者得以於其不同地址或帳號間移轉VA的服務。倘若交易後有新的主體對個案VA享有所有權或保管地位、得以將對該VA的控制力轉移予他人⁸²、或得以自使用VA中獲得利益，FATF認為此際「移轉」即可能發生；相對地，倘若交易後同一主體維持對該VA的單獨控制，則業者可能並未提供移轉服務⁸³。FATF並強調業者利用鏈外的帳簿系統處理其客戶間的VA移轉、但個別VA於鏈上仍維持於同一錢包或帳戶內的情形，仍屬此處

78 同前註。

79 同前註。

80 同前註，頁32。

81 同前註，頁26。

82 FATF強調此處的控制力不必然須為單獨控制，故例如業者引入多重簽章機制不當然可豁免構成此處的移轉業務。同前註，頁26。

83 同前註，頁26。

的「移轉」業務⁸⁴。

針對近年興起的去中心化交易平台或交易所，以及用以提供金融服務的去中心化應用程式——即所謂的DeFi，FATF亦表明其基本立場。FATF強調其相關標準固然僅適用於自然人或法人而無從直接適用於去中心化應用程式本身，但仍可適用於相關應用程式的創造者、所有者、經營者以及其他對DeFi協議有控制力或充足影響力之人，例如對資產或相關服務程式碼有相當控制力或充足影響力並藉此與使用者間存在繼續性商業關係之人，即使其係藉由智慧合約或表決權程式碼提供服務，亦可能落入FATF定義的VASP⁸⁵。而於認定個案對象是否構成VASP時，與個案業者是否自稱為DeFi無關，且與個案應用的特定技術類型亦無關。蓋實務上許多自稱為DeFi的案例，現實上仍存在對該協議享有控制力或充足影響力之人⁸⁶。

針對VASP進一步發行治理代幣的案例，FATF指出該VASP仍須履行相關洗錢防制義務，至於個別治理代幣持有人倘若對該VA業務並無控制力或充足影響力時，可無須負擔洗錢防制義務⁸⁷。但當個案的DeFi協議不存在特定自然人或法人對其享有控制力或充足影響力時，FATF亦承認此時該協議可能不存在中心化所有人或經營者，故不存在VASP⁸⁸。

FATF最後總結指出，可能構成交換或移轉業務的VA服務提供者包括實務上的VA保管服務（包括應用智慧合約提供的保管服務）、經紀服務、委託單交易所服務、進階交易服務（例如保證金交易或演算法交易）、VA交易所以及VA移轉服務⁸⁹，此外FATF亦特別指出，VA ATM因涉及利用實體電子終端機（即ATM）使其所

84 同前註。

85 同前註，頁27與36。

86 同前註，頁27。

87 同前註，頁27-28。

88 同前註，頁28。此際FATF建議各國主管機關或可考慮要求受監管的虛擬資產服務提供者參與該去中心化協議提供的服務。

89 同前註。

有者或經營者可對使用者提供VA交換為法定貨幣、交換為其他VA、以及法定貨幣交換為VA的服務，故亦可能構成此處的VASP⁹⁰。但單純架設網站以提供VA買賣雙方交流平台而未提供其他VA服務的業者，可不構成之⁹¹。

2. 保管或管理

FATF 2021年更新指引指出，保管或管理業務基本上包含任何得以對VA行使控制力的業者，其中「保管」係指代表他人持有VA或持有VA的私鑰，「管理」則指為他人或代表他人處理VA。至於此處的「控制力」，係指有能力持有、交易、移轉或花費VA的情形，且此控制力不需要是單獨控制力，而可包括VA的交易必須經過其他人持有的金鑰或認證（例如多重簽章）的情形⁹²。

上開關於保管或管理的定義，大體上及於絕大多數的託管錢包業者。此外例如業者控制他人VA的私鑰、或控制涉及他人VA的智慧合約時，亦屬於此處的保管或管理業者。但業者倘若僅提供附屬設施以供他人提供保管或管理服務時，並不致構成此處的VASP，例如雲端資料儲存提供者、簽章驗證服務提供者、非託管錢包的程式開發者或提供者、硬體錢包的製造者通常即非屬之⁹³。

3. 參與或提供發行或銷售相關之金融服務

FATF 2021年更新指引指出，此類業務旨在包含涉及首次代幣發行的業務，例如接受買單而向發行人買入VA再轉售或分銷、詢價、承銷、造市、募資代理等業者，但單純發行VA的發行人並不屬之，此外創作VA軟體而發行VA的VA創造人亦不屬之⁹⁴。

(三)VASP的地理範圍與許可登記

FATF 2021年更新指引再次強調，各國應指定主管機關負責辦理

90 同前註。

91 同前註，頁35。

92 同前註，頁29。

93 同前註，頁29與32。

94 同前註，頁30。

VASP的許可或登記業務。具體而言，依FATF第十五項建議的注釋，VASP至少應於其創設之管轄地取得許可或登記。於業者屬於法人時，此處的創設地係指創設法人之地，例如公司設立地⁹⁵；於業者屬於自然人時，此處的創設地係指其營業所在地，例如其主要營業地、業務帳簿保存地、該自然人的居住地、營業伺服器的所在地等，倘若無法認定該自然人的營業地時，可考慮例如以該自然人的主要居住地為其營業地⁹⁶。

但除上述最低要求外，FATF亦指出各國可額外要求於其管轄範圍內提供商品或服務或從事營業行為的VASP須取得其許可或登記。故於境外提供商品或服務的情形，地主國亦可要求業者取得許可或辦理登記，此際各國可考慮例如辦公室或伺服器的位置（包括客服中心位置）、宣傳文件是否有特定目標國家或市場、VASP於該國內有銷售網絡（例如是否於該國內委任有招商代理人或曾於該國實體訪問顧客）以及要求顧客提供的資訊是否顯示特定目標國家等。FATF雖然並未要求各國引入此種許可或登記要求，但各國可能認為此種要求有助減輕該國的VA洗錢風險⁹⁷。

經許可或登記的VASP有義務符合主管機關規定的許可或登記要件，且此類要件須足以確保業者有能力符合相關洗錢防制義務，包括足以顯示業者於開業前已實施或開業後得以立即實施其洗錢防制計畫、遵循部門的能力與可信度⁹⁸。於辦理許可或登記時，主管機關應採取必要措施確保罪犯或其同夥並未成為VASP的實質受益人、持有控制利益或擔任管理職位⁹⁹。此外當VASP或其他洗錢防制主體規劃創造或使用穩定幣時，主管機關應於相關許可或登記程序中評估穩定幣的洗錢風險與風險減輕措施¹⁰⁰。各國主管機關並應確保其許

95 同前註，頁43。

96 同前註，頁43-44。

97 同前註，頁44。

98 同前註，頁45。

99 同前註，頁45。

100 同前註，頁46。

可或登記的VASP有能力控管與減輕涉及使用加強匿名技術或機制的業務，包括但不限於加強匿名虛擬通貨、混合器、匿名錢包以及其他模糊VA發送者、接收者、持有者或實質受益人身分的技術，倘若業者無法控管或減輕上述業務的洗錢風險，主管機關即不應允許該業者從事該類業務¹⁰¹。

三、小 結

整體而言，FATF 2021年更新指引大體上承襲FATF一貫的VA洗錢防制策略，著重於課予VASP洗錢防制義務，以抑制犯罪者利用VASP達到洗錢目的。本次更新指引更針對VA以及VASP定義可能存在的解釋疑義提出進一步闡釋，特別是針對近年新興的VA業務例如穩定幣、NFT、Defi等補充說明。

至於不涉及VASP的點對點VA交易，FATF固然認知到其可能潛藏高度的洗錢風險，但目前仍選擇暫時抱持觀望態度，其理由包括點對點交易的紀錄可自區塊鏈公開帳本上觀察得知，以及目前尚未觀察到點對點交易的交易量有明顯升高的趨勢¹⁰²，但FATF仍提醒各國主管機關應加強關注點對點交易可能的洗錢風險。

肆、我國虛擬通貨洗錢防制監管的調整方向芻議

與FATF 2021年更新指引相對照，本文認為我國現行虛擬通貨洗錢防制監管不論在「虛擬通貨」或「虛擬通貨業者」此二層面，均存在用詞、內涵以及適用上的不足，有待透過解釋論乃至立法論層面的努力加以調整，以與FATF 2021年更新指引揭櫫的國際原則相符。以下分述之。

一、「虛擬通貨」用詞與內涵的疑義

FATF自2018年後已揚棄使用VC的用語，而統一改用VA一詞。

¹⁰¹ 同前註，頁55。

¹⁰² 同前註，頁18-19。

但我國於2018年11月立法院修正洗錢防制法、行政院於2021年4月頒布行政院令以及金管會於2021年6月公告虛擬通貨事業洗防辦法時，仍沿用FATF早期使用的「虛擬通貨」用語，相對未能接軌FATF的最新發展。為此法務部於2021年預告的洗錢防制法修正草案如上述已進行相關用詞調整，而規劃將該法中的「虛擬通貨」用詞均改為「虛擬資產」，此一修法方向值得肯定。

但即使修法後改採「虛擬資產」的用詞，我國現行洗錢防制相關規定針對此一概念仍存在以下待補充之處。

(一)採取符合技術中立性原則的虛擬通貨定義

不論採取「虛擬通貨」或「虛擬資產」的用詞，我國法目前對此概念存在最主要的問題，在於行政院令與虛擬通貨事業洗防辦法於定義上除使用「表彰得以數位方式儲存、交換或移轉之價值，且用於支付或投資目的者」外，均強調該價值表彰須「運用密碼學及分散式帳本技術或其他類似技術」¹⁰³，而與FATF再三強調的技術中立性原則有違，蓋FATF對VA的定義僅提及「得以數位方式交易或移轉且可用做支付或投資目的的價值的數位表彰」，但並未強調該數位表彰是否須限使用特定技術基礎。

我國法目前的定義誠然使用了「其他類似技術」的概括用詞，故似可做為擴大技術基礎範圍的解釋論依據。但該用詞畢竟在文義上使用了「類似」乙詞，故解釋上似難以包含所有技術基礎，而須限於與密碼學及分散式帳本技術類似的技術；例如區塊鏈或分散式帳本技術亟欲取代的中心化帳本技術，解釋上即不易解為亦屬此處的「其他類似技術」。故依我國現行定義，將造成基於中心化帳本技術發行的數位價值表彰不構成虛擬通貨從而無須適用相關洗錢防制規範、但基於分散式帳本技術發行的數位價值表彰構成虛擬通貨

¹⁰³ 此外金管會2019年核定函於定義證券性質虛擬通貨時，亦使用類似用語。關於我國法下證券性質虛擬通貨的定義有違技術中立性原則的討論，參照：楊岳平，同註26，頁1323-1324。

而須適用相關洗錢防制規範的差別監管結果¹⁰⁴，容易助長監管套利行為，並不妥適。

事實上，相關國際標準制訂組織所稱的「密碼資產」即crypto-asset反而較接近我國法現行定義，而此一用詞的涵蓋範圍係小於FATF所稱的VA。國際標準制訂組織例如金融穩定委員會（Financial Stability Board, FSB）於2018年彙整國際標準制訂組織使用的相關用詞後提出的詞彙表中，關於密碼資產的定義即為「主要基於密碼學與分散式帳本或類似技術作為其價值之一部的私人資產」¹⁰⁵，而與我國現行法所稱的「虛擬通貨」定義相近。此外例如國際貨幣基金相關研究報告亦曾區別虛擬通貨（virtual currency）與密碼通貨（cryptocurrency）二詞，並指出前者係指民間部門開發且依其自己之計價單位計價之數位通貨；後者則係指使用分散式帳本技術與密碼學的虛擬通貨¹⁰⁶。由此以觀，我國現行洗錢防制規範使用的「虛擬通貨」乙詞，不僅在定義上與FATF的標準不一致，在用詞上亦混淆了國際標準制訂組織慣用的「虛擬」與「密碼」二詞間的界線。

基於上述理由，本文建議行政院與虛擬通貨事業洗防辦法應參考FATF的定義，盡速修改其關於「虛擬通貨」的定義，秉持技術中立性原則而刪除「運用密碼學及分散式帳本技術或其他類似技術」的用詞。此修正邏輯上無須以洗錢防制法將「虛擬通貨」的用詞修正為「虛擬資產」為前提，而可由相關行政機關先行修正之，待洗錢防制法修正草案的用詞調整經立法院後，再配合修正相關命令或辦法即可。

¹⁰⁴ 以穩定幣為例，同樣均屬錨定一籃子貨幣並以該一籃子貨幣做為儲備資產的穩定幣，倘若該穩定幣係基於分散式帳本技術發行與辦理交割，則依我國現行法之定義可能構成虛擬通貨而須適用相關洗錢防制規範；但如該穩定幣係由發行人基於中心化帳本技術發行與辦理交割，則不構成虛擬通貨而無須適用之。此差別適用結果難免構成發行人的監管套利行為。

¹⁰⁵ FINANCIAL STABILITY BOARD, CRYPTO-ASSET MARKETS: POTENTIAL CHANNELS FOR FUTURE FINANCIAL STABILITY IMPLICATIONS 17 (2018).

¹⁰⁶ Dong He et al., *Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations*, at 7-8 (IMF Staff Discussion Note, No. SDN/16/03, 2016).

(二) 確認虛擬通貨的涵蓋範圍

除上述與技術中立性原則不符的部分外，我國現行法對於虛擬通貨的定義與FATF大致相同，均指涉用於支付或投資目的之數位價值表彰。由於此定義並未涵蓋所有數位價值表彰，而僅限於「用於支付或投資目的」者，因此若干爭議個案於我國法下是否構成虛擬通貨，即有討論的必要，而FATF 2021年更新指引當中的若干說明對我國法應有相當參考價值。

1. 穩定幣與洗錢防制

第一個潛在爭議個案為穩定幣¹⁰⁷。我國過往亦曾有綠界科技發行台恆幣TWDT的穩定幣發行案例¹⁰⁸。金管會與中央銀行於涉及穩定幣的問答集或研究報告中，均曾提及洗錢防制法與虛擬通貨事業洗防辦法中關於虛擬通貨洗錢防制的規定，但並未具體指明穩定幣是否構成相關規定中的虛擬通貨、以及應如何適用相關洗錢防制規範¹⁰⁹。

如參照FATF 2021年更新指引的說明，答案即相對明朗。依FATF的說明，穩定幣倘若構成我國法下的其他受監管金融工具，自依該金融工具的相關洗錢防制規範辦理¹¹⁰，倘無，則穩定幣至少構

¹⁰⁷ 關於穩定幣監管的相關討論，參照：謝明華主持，穩定幣的發行原理與潛在影響，財團法人台北外匯市場發展基金會結案報告書，2021年12月20日，<https://www.tpefx.com.tw/uploads/link/tw/Stablecoins%20Issuance%20Principle%20and%20Potential%20Impact.pdf>（最後瀏覽日：2022年2月8日）。

¹⁰⁸ Inside（2018/07/12），綠界CryptoDT加密代幣平台正式營運，TWDT-ETH成為台灣第一個穩定幣，<https://www.inside.com.tw/article/13524-twtdt-eth-2>（最後瀏覽日：2022年2月8日）。

¹⁰⁹ 中央銀行，央行理監事會後記者會參考資料，2021年12月16日，頁140，<https://www.cbc.gov.tw/tw/cp-971-145027-cbac2-1.html>（最後瀏覽日：2022年2月8日）；金管會，金融科技創新業務常見法規問答集，第二類——支付／匯兌／借貸服務A9，<https://www.fsc.gov.tw/ch/home.jsp?id=799&parentpath=0,7,478>（最後瀏覽日：2022年2月8日）。

¹¹⁰ 例如國際上有指出穩定幣依其個案的設計架構，可能構成存款、電子儲值、集體投資計畫等金融工具。FINANCIAL STABILITY BOARD, REGULATION, SUPERVISION AND OVERSIGHT OF “GLOBAL STABLECOIN” ARRANGEMENTS: FINAL REPORT AND HIGH-LEVEL RECOMMENDATIONS 47-48 (2020).

成FATF定義的VA，而須適用我國法下虛擬通貨相關的洗錢防制義務。有鑑於我國目前尚無穩定幣構成受監管金融工具的案例，本文認為穩定幣至少應屬我國現行法下的虛擬通貨，而須適用相關洗錢防制規範。

2. NFT與洗錢防制

第二個潛在爭議個案為NFT。所謂NFT，係指儲存於分散式帳本且與其他數位資產本質上無法相互替代的數位資訊單位¹¹¹，其本質上為虛擬通貨，但與一般代幣的差異主要在於其採用的技術規格。具體而言，部署在以太坊上的NFT主要是採取ERC-721的規格，此規格下的代幣每個都具有獨特性，因此可與其他被創設的代幣相區隔，從而具有非同質化的特性；相對而言，一般代幣通常係採所謂ERC-20的規格，依此創設的代幣彼此間具有同質性，各代幣的類型與價值可互相替代¹¹²。NFT於2021年蓬勃發展，根據DappRadar的統計，全球NFT於2021年的全年總交易額約為美金249億元，較2020年的總交易額美金0.95億元年增近261倍¹¹³。

針對NFT是否屬我國洗錢防制相關規範下的虛擬通貨，金管會主委於2021年11月接受立委質詢時，曾表示NFT是藝術創作，非屬代幣銷售也並非洗錢防制的範圍，故目前未納管，至於未來是否納管，主要將取決於NFT是否影響金融穩定以及是否有助產業發展¹¹⁴。但於2022年1月時，有報導指出金管會官員表示由於FATF有留下伏筆要再觀察NFT未來交易的性質及如何使用等，故金管會未來也會逐一約談平台業者，透過這些平台業者進一步了解NFT的相關交易情況、交易平台、是否有洗錢疑慮等問題，換言之會採取階段性作法，進一步了解後再評估是否需要納入洗錢防制管理

¹¹¹ Usman W. Chohan, *Non-Fungible Tokens: Blockchains, Scarcity, and Value*, at 1 (Critical Blockchain Research Initiative Working Paper, 2021).

¹¹² Qin Wang et al., *Non-Fungible Token (NFT): Overview, Evaluation, Opportunities and Challenges*, at 6-7 (May 16, 2021), <https://arxiv.org/abs/2105.07447>.

¹¹³ 工商時報 (2022/01/22)，〈NFT去年交易額狂飆260倍至250億美元〉。

¹¹⁴ 工商時報 (2021/11/19)，〈納管NFT？金管會先看兩點〉。

對象¹¹⁵。

細觀FATF 2021年更新指引的具體內容，其固然指出NFT通常不至於構成FATF定義的VA，但此係以NFT係用做收藏品而非支付或投資工具為前提，FATF亦補充指出若干NFT可能因用做支付或投資的目的而構成VA，甚至可能構成其他受監管的金融資產。由此以觀，FATF並未認為NFT非屬納管對象，而係回歸個案審查¹¹⁶。

事實上，NFT相較於過往代幣的特殊之處，如上述在於其技術基礎係應用不具有同質性的區塊鏈規格，進而使其可應用於表彰特定不具有同質性的數位資產例如數位藝術品。但依FATF一再強調的技術中立性原則，於認定個案是否構成需負洗錢防制義務的虛擬通貨時，重點仍應在於其表彰的數位價值是否具有支付或投資目的，至於NFT應用不同於傳統代幣的技術基礎，本不應影響此處的認定。故於我國法下，NFT亦非當然或原則不構成我國洗錢防制規範下的虛擬通貨，而須視個案NFT表彰的數位價值是否具有支付或投資目的以定之¹¹⁷。

3. 遊戲點數與洗錢防制

第三個潛在爭議個案為遊戲點數。我國2021年的國家洗錢資恐及資武擴風險評估報告已指出線上遊戲事業於我國屬高風險弱點，主要原因在於線上遊戲事業多提供遊戲點數供客戶購買以兌換付費遊戲內容，而該遊戲點數具有交易媒介、作為記帳單位以及可儲存

¹¹⁵ 經濟日報（2022/01/17），〈虛擬幣反洗錢／街頭比特幣ATM金管會擬納管反洗錢，NFT列下一波評估對象〉。

¹¹⁶ 而於2022年的更新報告中，FATF再次重申此立場，指出其僅係認為具有獨特性且係用於收藏品而非支付或投資工具的NFT不致構成VA。FATF, TARGETED UPDATE ON IMPLEMENTATION OF THE FATF STANDARDS ON VIRTUAL ASSETS AND VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS 20 (2022).

¹¹⁷ 類似見解，公認反洗錢師協會、臺灣虛擬通貨反洗錢協會，虛擬資產反洗錢白皮書2022，2022年3月，頁20（以下簡稱「虛擬資產反洗錢白皮書2022」）。事實上，已有立法委員於質詢金管會時指出，我國近期間世的許多NFT並非用以表彰特定不具有同質性的資產，而是表彰具有同質性的數位權利內容例如著作瀏覽權或歌曲。工商時報，同註114。

價值之功能，又屬於不記名商品而可進行移轉，故成為犯罪行為者使用的洗錢工具，例如以色情應召、假網拍等手法騙取遊戲點數後，再透過代儲遊戲點數或私下交易遊戲點數的方式換取現金¹¹⁸。

或許因為多數遊戲點數係應用中心化帳本技術而非區塊鏈等分散式帳本技術記帳，故我國較少關於遊戲點數是否構成虛擬通貨而須適用相關洗錢防制規範的討論，但FATF對VA定義的說明對我國應有一定參考價值。首先，FATF對VA的定義係基於技術中立性原則，故遊戲點數並未應用分散式帳本技術等類似技術並不妨礙其構成VA。更重要者為，FATF 2021年更新指引進一步指出VA的定義不及於不可轉讓或不可交易從而不具有支付功能或投資功能的封閉式數位價值，例如航空哩程或信用卡回饋如未允許個別消費者於該封閉系統以外的次級市場銷售，則不致構成VA。由其強調「不可轉讓」、「不可交易」、「封閉」、「次級市場」或可反面推知，個案的數位價值縱使形式上僅限制於封閉系統內使用，但倘若其現實上可於次級市場轉讓、交易、銷售，即有較高的可能構成FATF定義的VA而適用相關洗錢防制規範¹¹⁹。

遊戲點數本身非屬已受監管的金融工具，其倘若存在私下交易的次級市場而非屬不可轉讓或不可交易，似有一定空間被認定為具有支付或投資目的的數位價值，而構成FATF定義的VA。倘若我國法對虛擬通貨的定義可依本文上述建議，刪除關於技術特性的要件，即有可能將可轉讓或交易的遊戲點數認定為虛擬通貨，進而適

¹¹⁸ 洗防辦2021年報告，同註2，頁54-57。

¹¹⁹ 事實上，FATF於2014年研究報告曾提出VC可分為開放式（又稱可轉換）與封閉式（又稱不可轉換）VC，且其區別標準在於其是否僅限用於特定虛擬領域或世界而不可與法定貨幣交換。但FATF亦指出即使是封閉式及不可轉換VC，現實上亦可能存在非正式的次級交易市場，使該VC現實上可轉換為法定貨幣或其他VC，導致不可轉換的特性事實上並不固定。FATF，同註48，頁4-5。由此以觀，個別數位資產於設定時是否限用於封閉式的特定環境，並非判定其是否具有投資或支付目的的唯一判準，故例如遊戲點數縱使僅限用於特定遊戲市場，仍可能因具有可轉讓或可交易性而因此具有投資或支付目的，從而構成須適用FATF建議的VA。

用虛擬通貨的相關洗錢防制規範¹²⁰。

由上述討論亦可發現我國現行虛擬通貨的定義過度強調技術基礎而產生的潛在問題。事實上，實務上亦不乏遊戲業者正在研究應用區塊鏈等分散式帳本技術發行或管理其發行的遊戲點數，我國現行虛擬通貨的定義可能造成基於分散式帳本技術發行的遊戲點數須適用洗錢防制規範、基於中心化帳本技術發行者則不適用的區別對待，如此反將變相誘使遊戲業者應用中心化帳本技術發行遊戲點數，並不妥適。

二、「虛擬通貨事業」用詞與內涵的疑義

FATF自2018年後即確認使用VASP一詞。但我國於2018年11月立法院修正洗錢防制法、行政院於2021年4月頒布行政院令以及金管會於2021年6月公告虛擬通貨事業洗防辦法時，仍使用「虛擬通貨平台及交易業務事業」用語，相對未能接軌FATF的最新發展。為此法務部於2021年預告的洗錢防制法修正草案如上述已進行相關用詞調整，而將該法中的「虛擬通貨平台及交易業務事業」用詞均改為「虛擬資產服務提供者」，此一修法方向值得肯定。

但即使修法後改採「虛擬資產服務提供者」的用詞，針對此一概念我國現行洗錢防制相關規定仍存在以下待補充之處。

(一)立法層面的調整

與FATF相關建議與指引相對照，我國現行虛擬通貨事業洗防辦法的規定至少有以下四點值得研議未來進一步調整。

1. 「提供相關管理工具」的調整

姑不論採取「虛擬通貨平台及交易業務事業」或「虛擬資產服

¹²⁰ 須強調者為，構成我國法下的虛擬通貨並不意味發行遊戲點數的線上遊戲事業因此需負洗錢防制義務，蓋如上述，FATF目前僅課予特定VASP負洗錢防制的義務，其亦強調單純發行VA的發行人並不屬之。但倘若線上遊戲事業除發行遊戲點數外，亦提供遊戲點數交換、移轉、保管或管理服務，則可能構成VASP而須負洗錢防制義務。

務提供者」的用詞，我國目前對虛擬通貨事業的定義大致比照FATF建議的五類主要業者。惟針對其中第四類業者，不論行政院令與虛擬通貨事業洗防辦法均使用「保管、管理虛擬通貨或提供相關管理工具」的用詞，此用詞與FATF的用詞略有出入，而有商榷的餘地。

FATF對此類業務的用詞係「保管或管理虛擬資產或用以控制VA之工具」，故其涵蓋範圍僅及於(1)「保管或管理」VA，以及(2)「保管或管理」用以控制VA之工具（例如私鑰）的業者，整體而言仍限縮於保管或管理業者；但我國法目前的用語進一步延伸至「提供相關管理工具」的業者，範圍即相對擴大。

受上述差別影響者，主要為例如非託管錢包業者之類的業者。此類業者並未參與保管或管理虛擬通貨的業務，但確實提供錢包軟體或硬體供使用者用以持有並管理虛擬通貨，因此可能落入「提供相關管理工具」的文義中。針對此類業者，FATF已明確於其2021年更新指引中指出VASP並未包含非託管錢包的程式開發或提供者以及硬體製造商，我國法於解釋「提供相關管理工具」時，是否應參照FATF的立場為限縮的解釋？抑或係因我國洗錢實務另有特別顧慮故將非託管錢包納入洗錢防制義務主體？即有疑義。

虛擬通貨事業洗防辦法第2條的立法理由補充了「提供相關管理工具」的定義，其指出此係指「為客戶保管私鑰」而言，似乎表明其並未意圖納管非託管錢包業者的立場。惟如參照FATF的用詞，本文認為將此處的「提供相關管理工具」限縮解釋為「保管或管理用以控制虛擬通貨之工具」，或許更能貼近FATF的完整描述。蓋目前立法理由的用語，首先在動詞上僅限於「保管」而忽略了「管理」，因此例如為客戶管理而非保管私鑰的業者，又可能不屬於此處「提供相關管理工具」的業者，而導致與FATF的定義不符；其次，目前立法理由的用語在受詞上僅專指「私鑰」，但私鑰僅為諸多可用以控制虛擬通貨之工具之一，故立法理由強調「提供相關管理工具」係狹義理解為「為客戶保管私鑰」，反而又有掛一漏萬之嫌。

就法學方法而言，立法理由畢竟並非法規本身，至多僅係法規解釋的參考工具，有權解釋者例如法院於解釋法規時，最終仍係回歸法規文義本身，而不受立法理由文字拘束。故虛擬通貨事業洗防辦法試圖透過立法理由導正條文中過度擴張的文義，終究只是權宜之計而非正途。準此，本文建議應修正行政院令與虛擬通貨事業洗防辦法第2條第1項第1款第4目的文字，參照FATF的定義將「保管、管理虛擬通貨或提供相關管理工具」修正為「保管或管理虛擬通貨或用以控制虛擬通貨之工具」¹²¹。

2. 虛擬通貨業者範圍的重省

我國現行規定下的虛擬通貨業者是否包含自然人以及法人，並不清楚。就文義而言，行政院令與虛擬通貨事業洗防辦法第2條第1項第1款均將「虛擬通貨平台及交易業務事業」定義為「為他人從事下列活動為業者」，由其使用「者」乙詞以觀，似不僅侷限於法人，而有解釋為包含自然人的空間。

但由虛擬通貨事業洗防辦法第2條第2項進一步規定「前項第一款所稱本事業，係以在國內設立登記者為限」以觀，似係規定僅有辦理設立登記的事業方可構成虛擬通貨事業。有鑑於自然人於我國法下無從辦理設立登記，該項規定即可能造成僅法人可構成虛擬通貨事業的結論。依此規定，國內業者只需不辦理設立登記組成法人、而以自然人或非法人團體的形式提供相關虛擬通貨服務，即可規避適用相關洗錢防制義務¹²²，極易造成監管套利的脫法行為，並不妥適¹²³。

參照FATF建議對VASP的定義，其使用「任何……經營以下一或多種業務或營運……的自然人或法人」的用詞，明確表示VASP包含自然人與法人，FATF 2021年更新指引亦再次強調VASP包含自然

¹²¹ 類似建議，許永欽，同註1，頁30。

¹²² 例如所謂場外交易平臺商又稱OTC商，即不乏有以個人身分提供虛擬通貨交易服務，此種業者又稱為個人幣商。

¹²³ 類似見解，許永欽，同註1，頁32。

人與法人。準此，本文認為行政院令與虛擬通貨事業洗防辦法第2條第1項第1款主文首先宜參照FATF的定義，修正為「指為他人從事下列活動為業之自然人或法人」，以避免上述監管套利現象。

3. 地理範圍的重省

於依本文上述建議確認我國法下的虛擬通貨業者應包含自然人與法人後，如何設定納管虛擬通貨業者的地理範圍，即成為必須關注的議題。

現行虛擬通貨事業洗防辦法由於並未將自然人業者納管，因此並未規定納管自然人業者的地理範圍。但參照FATF第十五項建議的注釋與FATF 2021年更新指引的說明，倘若個案自然人業者的營業所在地位於我國，該自然人即落入我國法的納管範圍內。我國未來修正虛擬通貨事業洗防辦法將自然人業者納管時，本文建議應一併明定上述自然人業者地理範圍的認定標準。

於業者屬於法人時，現行虛擬通貨事業洗防辦法係以該法人是否於我國辦理設立登記為斷。此規定固然符合FATF第十五項建議注釋與FATF 2021年更新指引中所訂的最低標準，但運作上容易產生脫法風險，蓋於我國提供服務的業者僅需透過組織調整，而在境外辦理設立登記再以分公司的形式於我國提供服務、甚至未於我國辦理分公司登記即透過網路直接對我國提供服務，依我國現行規定即無須負相關洗錢防制義務，進而造成我國的洗錢風險。故雖然我國現行規定符合FATF提及的最低標準，但是否參考FATF的提醒，額外納管未於我國辦理設立登記但有於我國提供服務的業者，仍值得進一步評估。

結合上述分析，本文認為既然自然人業者已參照FATF指引而應依其是否於我國營業而認定是否受納管，則法人業者似可比照相同標準辦理。如此的管轄範圍設定並不牴觸FATF的指引，亦可避免自然人業者的地理範圍大於法人業者的地理範圍時，業者選擇以法人形式提供服務以尋求監管套利的空間。

綜上，本文建議虛擬通貨事業洗防辦法第2條第2項可修正為

「前項第一款所稱本事業，係以在我國境內經營業務者為限。」至於個案業者是否於我國境內經營業務，似可參照公司法第371條「在中華民國境內經營業務」的解釋實務辦理，並參照FATF 2021年更新指引中提及的考量因素。

4. 登記制度的建立

如上述，FATF第十五項建議注釋與FATF 2021年更新指引均強調各國應指定主管機關負責辦理VASP的許可或登記業務，但我國現行虛擬通貨事業洗防辦法並未規定相關許可或登記事項，僅要求虛擬通貨事業須完成洗錢防制法令遵循之聲明¹²⁴，並將完成聲明的業者公告於主管機關網頁¹²⁵，此種做法是否符合FATF建議的許可或登記要求，不無疑義。

參照FATF第十五項建議注釋與FATF 2021年更新指引的說明，此處的許可或登記要求，旨在確保經許可或登記的VASP有義務符合主管機關規定的許可或登記要件，例如FATF特別強調主管機關應採取必要的法律或監理措施，以避免罪犯或其同夥對VASP直接或間接享有重大或控制利益，或擔任VASP的管理職責¹²⁶。換言之，此處FATF建議的許可或登記要求，並非單純要求各國應設有相關資訊公示制度，也要求各國須對業者施以起碼的資格要求。

觀諸我國目前的法令遵循聲明制度，就其實質內容而言，其僅要求虛擬通貨業者負資訊提供的義務，而較乏對業者施以進一步的具體資格要求或行為義務。例如金管會於辦理業者的法律遵循聲明時，僅要求業者出具聲明書、聲明人資料表、登記機關證明文件（如公司登記表）、章程、董監事名冊及股東名冊、業務章則及業務流程說明，以及經會計師複核之防制洗錢及打擊資恐內部控制與

¹²⁴ 虛擬通貨事業洗防辦法第17條。

¹²⁵ 金管會銀行局，非金融業AML/CFT，<https://www.banking.gov.tw/ch/home.jsp?id=818&parentpath=0,609>（最後瀏覽日：2022年8月15日）。

¹²⁶ *See, e.g.*, FATF，同註42，頁76。

稽核制度檢查表與審查意見書¹²⁷，此類要求固然有助確保業者符合現行虛擬通貨事業洗防辦法的相關規定，但並未涉及對業者的一般性資格要求等規定，例如上述FATF高度強調的業者控制者或經營者的資格限制，我國目前的法令遵循聲明制度即未提及之。

此外，就法律形式而言，目前法令遵循聲明制度的法律性質為何亦可能有爭議。於許可或登記制度的情形，主管機關的許可或登記屬於行政處分並無疑義，於主管機關拒予許可或登記時，業者可循相關行政救濟途徑救濟。但就我國法下的法令遵循聲明制度而言，虛擬通貨事業洗防辦法第17條第1項僅要求業者提出法令遵循聲明，但並未規定主管機關審查與通過該聲明的事項，可能造成主管機關事實上有權但形式上無責的現象。

例如於業者向主管機關提出法令遵循聲明、但主管機關認定其未完成聲明而不予以公告時，主管機關的決定是否有法規制效而屬行政處分？業者應如何提起行政救濟？又例如業者於通過法令遵循聲明後，因並未持續滿足法律遵循聲明要求而遭主管機關自公告名單中移除時，主管機關的移除是否有其法規制效而屬行政處分？業者應如何提起行政救濟？均相對混淆。此均與主管機關於法令遵循聲明制度中的定位為何相對不明有關。

有鑑於現行法令遵循聲明制度上述在實質規範內容與形式法令性質的不足，復考量FATF已明確建議各國對VASP採取許可或至少登記制度，本文建議我國宜修正洗錢防制法，至少引入較低監管密度的登記要求，並授權虛擬通貨事業洗防辦法制訂VASP應滿足的登記要件，而虛擬通貨事業洗防辦法於制訂此登記要件時，除應涵蓋現行法令遵循聲明制度已涵蓋的法令遵循要求外，亦宜至少納入關於業者的控制者與經營者的資格要求¹²⁸。

¹²⁷ 金管會110年9月30日金管銀法字第11002729181號令。

¹²⁸ 類似建議，蔡佩玲，同註1，頁141；許永欽，同註1，頁32、34。

(二)解釋層面的釐清

除了立法層面有待修法調整外，FATF 2021年更新指引亦有助我國主管機關釐清若干業者是否構成虛擬通貨業者。特別是例如虛擬通貨ATM或DeFi等，此類業者的特性在於其主要透過電子終端機或智慧合約程式而非藉由傳統人力提供虛擬通貨服務，因此引發是否以及如何納管的爭議。

就此類業者，FATF均有明確說明。例如針對虛擬通貨ATM，FATF明確表示該ATM的所有者或經營者應構成提供VA交換業務，而須負洗錢防制義務。至於DeFi，FATF亦表示對DeFi協議有控制力或充足影響力之人——例如相關應用程式的創造者、所有者、經營者等，可能構成提供交換或移轉業務而須負洗錢防制義務，不會因為相關服務形式上係由智慧合約或程式碼所提供即認為不存在業者；即使DeFi協議發行有治理代幣，仍不影響上述對DeFi協議有控制力或充足影響力之人應負洗錢防制義務，除非個案的DeFi協議已去中心化至不存在特定人對其享有控制力或充足影響力時，FATF方肯認此際不存在VASP¹²⁹。

FATF的上述立場對我國法的進一步適用應有參考價值。不論虛擬通貨ATM抑或DeFi，於我國均有相當程度的發展，因此亦對我國帶來一定洗錢風險。主管機關宜參考FATF上述說明，不受此類業務係以自動化或去中心化方式提供所影響，要求對虛擬通貨ATM或DeFi有控制力或充足影響力之人負起洗錢防制義務¹³⁰。

三、確認所有洗錢防制義務主體的虛擬通貨洗錢防制義務

最後值得強調者為，我國現行虛擬通貨洗錢防制規範固然形式上係將虛擬通貨業者設計為主要的洗錢防制義務主體，但參照FATF的補充說明，其他洗錢防制義務主體——包括金融機構與指定之非金融事業或人員——亦非完全自外於虛擬通貨的洗錢防制事項。

¹²⁹ 於2022年的更新報告中，FATF再次重申此立場。FATF，同註116，頁19-20。

¹³⁰ 類似見解，公認反洗錢協會、臺灣虛擬通貨反洗錢協會，同註117，頁20。

我國現行洗錢防制法中涉及資金或價值元素的用詞——例如「所得」、「權益」、「財物」、「財產上利益」、「資產」、「資金」、「通貨」等，是否包含虛擬通貨，目前主管機關尚無明確表態。甚至例如洗錢防制法第9條中大額通貨交易申報的「通貨」乙詞，其定義依金融機構防制洗錢辦法第2條第4款係限於現金收付或換鈔交易，似將虛擬通貨排除在外；此外例如虛擬通貨事業洗防辦法第11條的大額通貨交易申報亦僅限於法定貨幣之現金交易，而未及於虛擬通貨交易。但參照FATF的補充說明，我國洗錢防制規範中所有涉及資金或價值元素的用詞，均應包含虛擬通貨在內，故至少例如上述金融機構防制洗錢辦法與虛擬通貨事業洗防辦法關於「通貨」的定義，即有修正之必要。

確認上述用詞涵蓋虛擬通貨的最直接效果，是當金融機構與指定之非金融事業或人員經手之業務涉及虛擬通貨時，可能啟動相關洗錢防制義務。目前因金管會禁止我國金融機構參與或提供虛擬通貨相關服務或交易¹³¹，故金融機構較不至於涉及虛擬通貨業務；但指定之非金融事業或人員，例如律師、會計師並未受到類似限制，故例如律師或會計師為客戶管理虛擬通貨時，即應啟動相關洗錢防制義務而受到規範。

伍、結 論

我國2021年7月1日起正式施行的虛擬通貨洗錢防制規範，對於我國納管虛擬通貨以及完善洗錢防制規範具有重大意義，值得肯

¹³¹ 金管會新聞稿，金融機構ATM不得提供比特幣相關服務，2014年1月6日，https://www.fsc.gov.tw/ch/home.jsp?id=96&parentpath=0,2&mcustomize=news_view.jsp&dataserno=201401060003&toolsflag=Y&dttable=News（最後瀏覽日：2022年2月10日）；金管會新聞稿，金管會再次提醒社會大眾投資比特幣等虛擬商品的風險，2017年12月19日，https://www.fsc.gov.tw/ch/home.jsp?id=96&parentpath=0,2&mcustomize=news_view.jsp&dataserno=201712190002&aplistdn=ou=news,ou=multisite,ou=chinese,ou=ap_root,o=fsc,c=tw&dttable=News（最後瀏覽日：2022年2月10日）。

定。但本文經與FATF建議以及FATF 2021年更新指引的內容比較後，發現我國現行規範仍存在若干不足之處，恐不利我國因應未來APG評鑑，因此提出包括立法論與解釋論的建議，以供我國主管機關參考。

就立法論而言，本文的具體建議包括如下：

一、針對「虛擬通貨」的定義，除將洗錢防制法與虛擬通貨事業洗防辦法的用語修正為「虛擬資產」外，建議刪除現行虛擬通貨事業洗防辦法第2條第1項第2款用語中的「運用密碼學及分散式帳本技術或其他類似技術」，而修正為「指表彰得以數位方式儲存、交換或移轉之價值，且用於支付或投資目的者」。

二、針對「虛擬通貨平台及交易業務事業」的定義，除將洗錢防制法與虛擬通貨事業洗防辦法的用語修正為「虛擬資產服務提供者」外，建議現行虛擬通貨事業洗防辦法第2條第1項第1款主文可修正為「指為他人從事下列活動為業之自然人或法人」。

三、針對虛擬資產服務提供者當中的保管或管理業者，建議現行虛擬通貨事業洗防辦法第2條第1項第1款第4目的「保管、管理虛擬通貨或提供相關管理工具」可修正為「保管或管理虛擬資產或用以控制虛擬資產之工具」。

四、針對虛擬資產服務提供者的地理範圍設定，建議現行虛擬通貨事業洗防辦法第2條第2項可修正為「前項第一款所稱本事業，係以在我國境內經營業務者為限」。

五、建議於洗錢防制法中，明定虛擬資產服務提供者應向主管機關辦理登記，並授權主管機關制訂辦理登記時業者應符合的要件，虛擬通貨事業洗防辦法於制訂業者應符合的要件時，至少應包含業者的控制者與經營者應符合的資格要求。

六、建議金融機構防制洗錢辦法第2條第4款關於「通貨交易」的定義可修正為「指單筆現金收或付（在會計處理上，凡以現金收支傳票記帳者皆屬之）或換鈔交易或虛擬資產之收或付」，此外虛擬通貨事業洗防辦法第11條規定可修正為「對新臺幣五十萬元（含

等值外國貨幣及大陸地區、香港或澳門發行之貨幣)以上之現金交易或等值虛擬資產交易」。

此外就解釋論而言，本文認為包括穩定幣、NFT以及遊戲點數是否構成虛擬資產，以及對虛擬資產ATM與DeFi有控制力或充足影響力之人是否構成虛擬資產服務提供者等問題，主管機關亦可參考FATF 2021年更新指引的說明，為我國業者提供更為明確的解釋原則。具體而言，穩定幣原則上應構成虛擬資產，NFT以及遊戲點數亦非完全排除構成虛擬資產，而須依個案情形視其是否有支付或投資目的而定；此外虛擬資產ATM業者應構成虛擬資產服務提供者，至於DeFi業者亦可能因涉及虛擬資產的交換、移轉或保管而構成虛擬資產服務提供者。

我國作為APG會員之一員，近年亦加大力道建置符合FATF建議的洗錢防制法制，故於推動虛擬資產洗錢防制時，宜盡量使我國法制符合FATF建議的國際標準。法務部於2021年12月推出的洗錢防制法草案，既已意識到我國現行虛擬通貨的用語與國際標準用語有所出入，而將用語調整納入修法內容之一部，本文認為似可利用此契機，畢其功於一役修正虛擬資產與虛擬資產服務提供者的定義與納管範圍，以使我國虛擬資產的洗錢防制監管疆域與國際標準一致。

參考文獻

一、中文部分

- 王湘衡，近期我國洗錢防制及打擊資恐之進展及趨勢，期貨人季刊，80期，頁35-37，2021年12月。
- 公認反洗錢師協會、臺灣虛擬通貨反洗錢協會，虛擬資產反洗錢白皮書2022，2022年3月，臺北：公認反洗錢師協會。
- 行政院洗錢防制辦公室，從不及格到亞洲第一——我國2019年APG第三輪相互評鑑紀實，2020年12月，臺北：元照。
- 行政院洗錢防制辦公室，2021年國家洗錢資恐及資武擴風險評估報告，2021年12月，臺北：行政院洗錢防制辦公室。
- 吳盈德，創新金融科技與洗錢防制趨勢，月旦法學雜誌，267期，頁19-29，2017年8月。
- 林盟翔，數位通貨與普惠金融之監理變革——兼論洗錢防制之因應策略，月旦法學雜誌，267期，頁30-75，2017年8月。
- 林繼恆等，新興金融科技遭濫用於犯罪之研究，刑事政策與犯罪防治研究專刊，30期，頁141-202，2021年12月。
- 徐珮菱，洗錢防制法制之研究——以區塊鏈及加密數位貨幣為中心，月旦法學雜誌，288期，頁73-99，2019年5月。
- 徐珮菱、高培勛，去中心化金融之法律規範研究——以Defi借貸為核心，高大法學論叢，16卷1期，頁185-231，2020年9月。
- 徐珮菱、陳錦稷，央行數位貨幣發展之法律與經濟分析，月旦民商法雜誌，67期，頁51-65，2020年3月。
- 許永欽，從FATF規範論虛擬資產防制洗錢之監理，月旦律評，1期，頁22-39，2022年4月。
- 黃朝琮，首次代幣發行之架構及相關問題探討，臺北大學法學論叢，111期，頁1-94，2019年9月。
- 黃朝琮，首次代幣發行的美麗新世界？我國證券型代幣之規範架構評釋，交大法學評論，6期，頁151-195，2020年3月。

- 楊岳平，首次代幣發行與證券監理法制——以臺灣證券交易法下「證券」的定義為中心，月旦財經法雜誌，43期，頁135-164，2018年11月。
- 楊岳平，區塊鏈時代下的證券監管思維挑戰：評金管會最新證券型虛擬通貨監管方案，臺大法學論叢，48卷特刊，頁1279-1374，2019年11月。
- 楊岳平，論非同質化代幣的基本法律關係與消費者保護，台灣法律人，3期，頁48-62，2021年9月。
- 楊岳平，論去中心化金融與智慧合約的金融監理——以去中心化借貸為中心，月旦法學雜誌，316期，頁53-72，2021年9月。
- 蔡佩玲，虛擬貨幣與洗錢防制——未知之金流世界交易規則，月旦法學雜誌，324期，頁132-142，2022年5月。

二、外文部分

- BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE SYSTEM (2022), MONEY AND PAYMENTS: THE U.S. DOLLAR IN THE AGE OF DIGITAL TRANSFORMATION.
- Chohan, Usman W. (2021), *Non-Fungible Tokens: Blockchains, Scarcity, and Value* (Critical Blockchain Research Initiative Working Paper).
- Ciarabellini, Jeremy (2020), *Cryptocurrencies' Revolt Against the BSA: Why the Supreme Court Should Hold that the Bank Secrecy Act Violates the Fourth Amendment*, 10(1) SEATTLE J. TECH. ENVTL. & INNOVATION L. 135-180.
- Coelho, Rodrigo et al. (2021), *Supervising Cryptoassets for Anti-Money Laundering* (Fin. Stability Inst. Insights on Pol'y Implementation, No. 31).
- Covolo, Valentina (2020), *The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive*, 28(3) EUR. J. CRIME CRIM. L. & CRIM. JUSTICE 217-251.
- Crawford, John et al. (2021), *FedAccounts: Digital Dollars*, 89 GEO. WASH. L. REV. 113-172.

Gorton, Gary B. & Zhang, Jeffrey (forthcoming), *Taming Wildcat Stablecoins*, 90 U. CHI. L. REV.

FATF (2014), VIRTUAL CURRENCIES: KEY DEFINITIONS AND POTENTIAL AML/CFT RISKS.

FATF (2015), GUIDANCE FOR A RISK-BASED APPROACH: VIRTUAL CURRENCIES.

FATF (2019), GUIDANCE FOR A RISK-BASED APPROACH: VIRTUAL ASSET AND VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS.

FATF (2020), 12-MONTH REVIEW OF THE REVISED FATF STANDARDS ON VIRTUAL ASSETS AND VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS.

FATF (2020), FATF REPORT TO THE G20 FINANCE MINISTERS AND CENTRAL BANK GOVERNORS ON SO-CALLED STABLECOINS.

FATF (2020), VIRTUAL ASSETS RED FLAG INDICATORS OF MONEY LAUNDERING AND TERRORIST FINANCING.

FATF (2021), DRAFT UPDATED GUIDANCE FOR A RISK-BASED APPROACH TO VIRTUAL ASSETS AND VASPs.

FATF (2021), INTERNATIONAL STANDARDS ON COMBATING MONEY LAUNDERING AND THE FINANCING OF TERRORISM & PROLIFERATION: THE FATF RECOMMENDATIONS.

FATF (2021), SECOND 12-MONTH REVIEW OF THE REVISED FATF STANDARDS ON VIRTUAL ASSETS AND VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS.

FATF (2021), UPDATED GUIDANCE FOR A RISK-BASED APPROACH: VIRTUAL ASSET AND VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS.

FATF (2022), TARGETED UPDATE ON IMPLEMENTATION OF THE FATF STANDARDS ON VIRTUAL ASSETS AND VIRTUAL ASSET SERVICE PROVIDERS.

FINANCIAL STABILITY BOARD (2018), CRYPTO-ASSET MARKETS: POTENTIAL CHANNELS FOR FUTURE FINANCIAL STABILITY IMPLICATIONS.

FINANCIAL STABILITY BOARD (2020), REGULATION, SUPERVISION AND OVERSIGHT OF “GLOBAL STABLECOIN” ARRANGEMENTS: FINAL REPORT AND HIGH-LEVEL RECOMMENDATIONS.

FINANCIAL STABILITY BOARD (2021), REGULATION, SUPERVISION AND OVERSIGHT OF “GLOBAL STABLECOIN” ARRANGEMENTS: PROGRESS REPORT ON THE IMPLEMENTATION OF THE FSB HIGH-LEVEL RECOMMENDATIONS.

Haentjens, Matthias et al. (2020), *The Failed Hopes of Disintermediation: Crypto-Custodian Insolvency, Legal Risks and How to Avoid Them*, 2020(2) SING. J.L. STUD. 526-563.

He, Dong et al. (2016), *Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations* (IMF Staff Discussion Note, No. SDN/16/03).

Sater, Stan (2020), *Do We Need KYC/AML: The Bank Secrecy Act and Virtual Currency Exchanges*, 73 ARK. L. REV. 397-423.

The Regulatory Perimeter for Crypto-Asset Anti-Money Laundering Regulations and International Standards: Comments on Taiwan’s “Regulations Governing Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism for Enterprises Handling Virtual Currency Platform or Transaction”

Yueh-Ping (Alex) Yang *

Abstract

The money laundering risk associated with virtual asset has recently received international and domestic attention. The FATF Recommendations has established comprehensive international standards for this issue. In Taiwan, the Regulations Governing Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism for Enterprises Handling Virtual Currency Platform or Transaction has also been enforced since July 1, 2021, marking the launch of anti-money laundering laws for crypto-asset in Taiwan. In this paper, after comparing Taiwan’s current regulations with FATF’s international

* Associate Professor, Department of Law, National Taiwan University.

standards, I point out that the regulatory perimeters for virtual currencies and virtual currency businesses in Taiwan actually depart from that under FATF's international standards, which might affect the APG mutual evaluation result for Taiwan in the future. In light of this, I propose the adjustments to be made for Taiwan's current laws based on the updated guidance promulgated by FATF in October 2021. It is anticipated that regulators may take advantage of the recent initiative to amend Money Laundering Control Act proposed by the Ministry of Justice and revise current regulations to align with the international standards for controlling money laundering associated with virtual asset.

Keywords : virtual currency, virtual currency platform, virtual currency business, crypto-asset, virtual asset, virtual asset service provider, anti-money laundering, FATF

《法律扶助與社會》徵稿啟事

- 一、本刊為財團法人法律扶助基金會所發行之學術期刊，每年刊行二期（三月、九月）。
- 二、本刊歡迎與法律扶助及弱勢權益相關領域之法學、社會學、犯罪學、人類學、經濟學、心理學、公衛學等相關學門論著投稿，稿件性質包括研究論文及文獻評論，來稿字數（含本文、附錄、註腳、參考文獻），上限為三萬五千字，酌予稿費。稿酬優於中央政府各機關學校稿費支給基準，字數至多以二萬字計算（含本文、附錄、註腳、參考文獻），免付審稿費。
 - (一)研究論文：具有原創性或發展性之理論與實證研究之學術性論文。
 - (二)文獻評論：對於國內外文獻之評論。
- 三、本刊恕不接受一稿多投，亦不接受已刊登於其他出版品之論文。投稿後，來稿或其部分內容被其他出版品接受刊登者，作者應即告知本刊。來稿部分內容已刊登於其他出版品者，投稿時請說明來稿與已出版者之實質差異。
- 四、除特約邀稿外，本刊僅接受中文原著之來稿。
- 五、稿件撰寫格式，請參照本刊之：
 - 法律類研究論文凡例
 - 非法律類研究論文凡例（APA）
- 六、來稿應依序包含下列各項：
 - (一)論文中文標題、中文摘要（以三百字為度）、中文關鍵字（至多十則）。
 - (二)論文英文標題、英文摘要（以三百字為度）、英文關鍵字（至多十則）。
 - (三)詳細目錄。

(四)正文（含頁碼）。

(五)參考文獻（列出正文引用過之學術文獻）。

- 七、本刊採用線上投稿系統，請先至《法律扶助與社會》期刊線上投稿系統，（<http://jrs.edubook.com.tw/LASR>）進行投稿。首次使用須先行註冊，於帳號啟用、登入後始得進行投稿。為利審查流程，請另寄「著作財產權非專屬授權同意書」<https://www.laf.org.tw/upload/files/202102011423284211.docx>及「投稿作者資料表」<https://www.laf.org.tw/upload/files/202102011408311538.doc>、「聯名投稿同意書」<https://www.laf.org.tw/upload/files/202102011408426029.docx>（單一作者免填）」以「附加檔」方式寄至journal@laf.org.tw信箱。
- 八、本刊採雙向匿名審查制度，審查結果將適時通知作者。
- 九、本刊對於接受刊登稿件之屬性類別有最終決定權。經本刊決定採用之稿件，基於編輯需求，本刊得對文字及格式為必要之修正。
- 十、稿件經採用者，文責自負，將贈送作者當期本刊五冊及稿件PDF檔。

◆ 弱勢的權益 需要您的支持 ◆

企盼您熱心捐款，幫助更多需要法律扶助的朋友

❖ 捐款給法扶

https://www.laf.org.tw/index.php?action=donate_new



❖ 郵政劃撥

帳號：19858275

戶名：財團法人法律扶助基金會

❖ 現金袋或支票捐款

支票抬頭請開立「財團法人法律扶助基金會」加劃雙橫線並註明「禁止背書轉讓」字樣，掛號寄送「106台北市大安區金山南路二段189號5樓 財團法人法律扶助基金會」。

❖ 電子發票愛心碼

結帳時向店員口述，愛心條碼代號「8282」

勸募字號：衛部救字第1111362554號

勸募期間：民國111年9月1日起至112年8月31日



財團法人法律扶助基金會
Legal Aid Foundation

Legal Aid and Society Review

法律扶助與社會

No.9 September 2022

Articles

Taiwan's Substitute Military Service System
Inadequately Accommodates Patients with Mental
Illness: A Legal Perspective

Jia-Ying Lyu

Analysis and Critique of the Application of the Concept of the
Traditional Territory of Aboriginal People in Article 15 of The Forestry Act

Keng-Wei Fan

Dangerous Driving and the Safety of Public Traffic: Reviewing Supreme
Court Decision about Article 185 of the Criminal Code

Chuan-Ting Kao

The Regulatory Perimeter for Crypto-Asset Anti-Money
Laundering Regulations and International Standards:
Comments on Taiwan's "Regulations Governing Anti-Money
Laundering and Countering the Financing of Terrorism for
Enterprises Handling Virtual Currency Platform or Transaction"

Yueh-Ping (Alex) Yang



財團法人法律扶助基金會
Legal Aid Foundation
www.laf.org.tw

編印：元照出版

