

2022 年刑事法實務發展回顧

周漾沂*

<摘要>

本文選擇性地檢視 2022 年國內與刑事實體法相關的重要法律更動與實務見解，討論對象包括：廢除侮辱公署罪與加重侮辱公務員罪之刑責、增訂網路賭博罪、跟蹤騷擾防制法的立法，以及關於犯罪所得沒收規定可否溯及既往的憲法法庭判決，與詐欺集團車手是否構成一般洗錢罪的刑事大法庭裁定。在立法方面，網路賭博與跟蹤騷擾的犯罪化，反映出我國向來以回應社會需求為主的刑罰管制傾向；至於有關犯罪所得沒收與洗錢罪的實務問題，則是先前刑法系統性變動衍生問題的延續，於學理上本就甚有爭議。整體而言，無論是立法理由或實務見解，結論上或有讓人贊同或反對之處，但皆有說理強度不足與論述邏輯跳躍的缺陷。

關鍵詞：網路賭博、妨害公務、跟蹤騷擾、沒收、洗錢。

* 國立臺灣大學法律學院教授。感謝臺大法律研究所碩士班蔡尚珉、黃柏鈞兩位同學協助蒐集相關資料。

E-mail: yangyichou@ntu.edu.tw

• 責任校對：高映容、李樂怡、黃品樺。

• DOI:10.6199/NTULJ.202311/SP_52.0009

◆目次◆

壹、發展概觀

貳、刑事立法變動

一、妨害公務罪修訂

二、增訂網路賭博罪

三、跟蹤騷擾防制法的立法

參、司法實務見解

一、沒收犯罪所得規定溯及既往問題

二、詐欺集團車手構成一般洗錢罪問題

肆、結論

壹、發展概觀

本文的目標在於回顧 2022 年刑事法實務動態。一如以往，去年度有若干刑事實體法的修法以及新產出的刑事司法實務見解，但整體而言，並沒有特別具重大理論與社會意義的系統性變動。在相關變動中，層級較高者如刑法修法、憲法法庭判決、刑事大法庭裁定等，雖然也可能只涉及技術性或表淺的規範邏輯問題，未必具有深層的學理意義，但由於其適用較為普遍，原則上應有比較高的討論價值。去年度單純涉及刑事實體法者，在刑法修訂方面，主要有修改假釋規定（刑法第 78 條、第 79 條）、廢除侮辱公署罪及加重侮辱公務員罪與損壞文告罪之刑責（刑法第 140 條、第 141 條）、增訂網路賭博罪（刑法第 266 條）¹、提高醉態駕駛罪之刑度（刑法第 185 條之 3）²、修正監護處分（刑法第 87 條、第 98 條）³。另外，跟蹤騷擾防制法雖於 2021 年 12 月公布，但在 2022 年 6 月施行⁴，亦可算入去年度立法變動。憲

¹ 中華民國 111 年 1 月 12 日總統令公布。

² 中華民國 111 年 1 月 28 日總統令公布。

³ 中華民國 111 年 2 月 18 日總統令公布。

⁴ 中華民國 110 年 12 月 1 日總統令公布。

法法庭判決部分，僅有一則關於沒收犯罪所得規定溯及既往之爭議⁵。而刑事大法庭裁定部分，以裁定時間為準，則有關於軍法累犯適用問題⁶、貪污治罪條例共同正犯所得計算問題⁷、詐欺集團車手是否成立一般洗錢罪問題⁸等。上開數量有限的刑法實務情況變動，儘管於整體理念層次缺乏引領學界與社會的關鍵性作用，難謂於刑事法方面有何等進展可言，但就立法者與法院對個別問題所表達的立場而言，亦有提供學界反思與檢討的空間。以下，本文將重點式挑選幾個具有較高度理論意義的議題進行介紹與評析，並在關鍵問題上表達作者個人見解。

貳、刑事立法變動

一、妨害公務罪修訂

關於刑法第 140 條，舊法第 2 項設有侮辱公署罪，此次修法將第 2 項整個刪除，使得侮辱公署除罪化，並將第 1 項侮辱公務員罪的法定刑從六月以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金，提升至一年以下有期徒刑、拘役或十萬元以下罰金，同時亦將刑法第 141 條損壞文告罪的法定刑，從拘役或三千元以下罰金提升至拘役或六萬元以下罰金。此次修法，立法者在刪除侮辱公署罪的角度表現出有利人民言論自由的基本態度，但在加重侮辱公務員罪處罰的角度又堅定地重申公務執行必須予以維護。至於加重處罰的理由不外乎，原先侮辱公務員罪的法定刑太過輕微，而公務員在執行公務時，時常遇到不服的民眾予以羞辱，嚴重影響國家行政權的執行。以上看似矛盾的修法，似乎由於兩項規定的行為客體分屬不同對象而可獲得理解，亦即除罪化之侮辱行為是針對抽象存在的政府機關，加重處罰的侮辱行為則是針對具體執行

⁵ 憲法法庭111年憲判字第18號判決。

⁶ 最高法院111年度台非大字第34號刑事大法庭裁定。

⁷ 最高法院110年度台上大字第3997號刑事大法庭裁定。

⁸ 最高法院110年度台上大字第1797號刑事大法庭裁定。

公務的公務員。然而有疑問之處在於，廢除的規定與加重的規定二者除了形式上指涉對象不同外，實質保護目的上是否有所差異？

就侮辱公署罪之廢除而言，修法提案緣由提及侮辱公署罪乃是「訓政時期」的產物，是「高高在上的傳統官僚衙門體制」的表徵，早已不符合當今以民為主、為民服務的民主體制，政府不應以此規定打壓人民的言論自由，迴避人民對政府的批評與指教⁹。不過，此一修法理由或有未盡明白之處。其中之所以主張廢除侮辱公署罪的核心意旨，顯然與人民行使言論自由監督政府有關。然而有疑問的是，侮辱公署罪禁止的行為態樣為「侮辱」，侮辱意指使用無關事實性陳述的情緒性負面語言或舉動貶低被害人，其意義在刑法中早有定論¹⁰。人民僅僅以粗鄙的用語或動作謾罵或嘲弄政府機關，全然欠缺以具體施政事實為基礎的評價，如何能實現監督政府的作用？除了確實能讓挨罵之公署內的公務員感受到行為人的不滿情緒外，在當今政治運作模式之下，欲使其因辱罵產生羞愧之心從而產生修正政策或施政方式的動機，恐怕是一個極度樂觀的想法。此外，侮辱公署的行為態樣由於其攻擊對象以及動機，必然蘊含高度的政治性，亦即侮辱公署所表達者固然屬於政治性言論，而政治性言論一向被定性為高價值言論¹¹，在刑事立法的憲法正當性判斷模式下，國家對政治性言論的刑法管制不易通過比例原則的檢驗。不過，所謂言論自由一向被價值化、功能化的看待，係以具體言論內容及方式所能實現的功能決定其價值，再與相衝突的利益或價值進行衡量，決定國家管制的正當性。而按照一般看法，言論自由具有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理之政治及社會活動之功能¹²。從此以觀，單純以情緒性謾罵與嘲諷為其內容的侮辱公署行為，除了理所當然蘊含實現自我的功能外，實在難以想像具有什麼其他功能，其不僅不利於

⁹ 立法院（2020），〈院總字第246號 委員提案第24929號〉，《立法院第10屆第2會期第1次會議議案關係文書》，頁委65，立法院。

¹⁰ 僅參見陳子平（2022），《刑法各論（上）》，5版，頁337，元照。

¹¹ 司法院釋字第414號解釋參照。

¹² 司法院釋字第509號解釋、第644號解釋、第678號解釋參照。

意見溝通與真理追求，更無益於公署的合理正常運作。綜合上述可知，廢除侮辱公署罪的重點並不在於有助人民對政府的監督。

本文認為，具有說服力的廢除理由，係在於單純辱罵公署根本無法「妨害公務」。可以確定的是，侮辱公署並不以受侮辱的公署刻正執行其所負責的公務為要件，因此禁止侮辱行為的意義並不在其妨害具體的公務執行。若是如此，侮辱公署罪所定妨害公務的方式，僅能是透過辱罵行為減損公務機關之威信¹³而間接妨害公務執行；亦即舊法之立法者可能設想，國家公權力之所以能順利成功的運作，是來自於人民以尊敬公務機關為前提而予以配合，而針對公務機關謾罵或嘲弄的言論，將使得人民產生輕蔑的態度，若放任此一態度逐漸擴散，將導致人民針對公務之執行採取不配合甚至反抗的立場，長遠來看將造成公務執行的效率減損¹⁴。不過，此一設想顯然有過度延伸之嫌。一方面，公務的執行自然有國家強制力作為後盾，公務若涉及國家對人民單向的公權力行為，原本就預先設想執行對象非自願乃至於不配合或反抗的態度，所以此種態度導致公務執行的不順暢，原本就是國家施政的必然成本，為了克服此一成本，國家執行公務時已配有強制力用來排除可能的阻礙，只要是合法的執行公務，無論人民態度如何，皆可使用強制力貫徹到底。另一方面，人民對於公署是否尊敬，基本上取決於公署已身長久以來的作為，尤其是其執行公務是否合法、中立等，倘若公署執行公務時常有違法或偏頗之處，自然會受到人民的輕視，此時以刑事處罰強行介入，也改變不了這個事實；反之，若公署並無可詬病之處，則個別人民藉由辱罵而展現出的輕蔑態度，自然不會獲得廣泛認同，不至於產生擴散效應影響未來公務執行。

上述相同的道理，亦可套用在侮辱公務員罪。主要問題將導向，侮辱公務員究竟如何能妨害公務？首先，公務員早有其可供貫徹公務執行之用的強

¹³ 參見王皇玉（2009），〈侮辱公務員〉，《月旦法學教室》，78期，頁22。法益論述與詳盡歷史考察，參見林政佑（2022），〈刑法第一百四十四條侮辱公務員及公署罪之保護法益之探討〉，《中正大學法學集刊》，74期，頁71-73、101-103。

¹⁴ 林政佑，前揭註13，頁102。

制力，用以對付執行對象可預期的反抗性態度，此種強制力的行使不會因為被執行對象的辱罵而受到什麼影響，也不會進而影響公務執行的成效。我們不能想像，執行逮捕任務的警察的內心竟然如此脆弱，受到通緝犯以國罵羞辱，其信心就土崩瓦解，因而失去制伏犯人的力量？其次，除了所屬公署當然承載著國家的威信以外，個別公務員於執行公務時可說是國家的代表人，同樣承載著國家的威信，而人民基於此種威信而形成的尊重態度，確實某程度上可體現為人民與政府的配合度，從而便利公務的順暢執行。可是，國家是一個龐大又複雜的體制，其運作狀況及人民對其觀感皆是日積月累而來，國家的威信又豈是個別人民幾句缺乏事實基礎的情緒性言語得以削弱？關於此，若以司法實務慣常使用的刑法的憲法正當化模式¹⁵來說明，以刑法禁止人民針對公務員的侮辱行為，並無助於使公務順暢執行的保護目的，不符合比例原則下的適當性原則。當然我們可以理解，公務員執行職務時受到人民侮辱，確實會產生不快的情緒，這種情緒可能來自於個人原始的尊嚴感受，也可能來自於身負公務員角色所形成的自我認同與責任意識。不過必須有所認知的是，由於侮辱公務員罪是一個位於妨害公務罪章的犯罪規定，所以從體系定位來看，其所保護者並非受侮辱之公務員的個人感受；侮辱行為對於情感的傷害，自然有刑法第 309 條公然侮辱罪可以處理，並無過分委屈執法之公務員的疑慮。

綜上所述，本文認為侮辱公署罪與侮辱公務員罪在立法論上涉及的價值考量應該是一致的。如果侮辱公署罪應該廢除，那麼侮辱公務員罪同樣應該廢除，此次修法結果未免有為德不卒之感。事實上，將侮辱公務員罪保留於刑法之中，表示仍難以擺脫國家立於高權地位對其所統治之人民展現出的權威性。亦即，國家高權地位除了不容實際上的挑戰之外，也不容心態上的反抗。但在現代自由法治國思想中，政府與人民之間的不平等權力關係，早已不是用在標示統治者與被統治者的位階差異，而是實現國家憲法任務所必需。簡言之，重點是國家的功能性，不是國家的權威性；國家的權威性只有

¹⁵ 司法院釋字第 791 號解釋參照。

被整合在功能性中，才能獲得一席之地。從此一角度而言，侮辱公務員罪的存在並無正當性。

二、增訂網路賭博罪

去年度就刑法第 266 條賭博罪增訂網路賭博之行為態樣，處罰以電信設備、電子通訊、網際網路或其他相類之方法賭博財物的行為，並調高賭博罪的罰金刑。修法理由¹⁶主要在於，由於電信及網路資訊科技的進展，使得參與賭博的方式，從傳統的面對面賭博演變成透過電信設備、電子通訊及網際網路而為之，不受時間與空間的限制，此不僅導致民眾更容易接觸賭博，從而帶來許多家庭及社會問題，對社會治安及風氣形成負面影響，亦可能潛藏洗錢、詐欺、暴力討債或組織犯罪等犯罪活動，同時也造成選舉賭博影響投票意向、破壞選舉公正的問題。促成修法的重要實務見解¹⁷認為，以網際網路參與線上賭博，不論是與網站經營者或其他賭客對賭，僅是與對向參與賭博者私下聯繫，具私密性及封閉性，尚難認為係於公共場所或公眾得出入之場所賭博，不構成舊法第 266 條第 1 項賭博罪。因此若要追究網路賭博行為，未增訂新的犯罪規定實在難以為功。從形式上來看，此次賭博罪章的修訂，未同時變動刑法第 268 條供給賭博場所罪的條文，可能引起經營賭博網站提供網路虛擬空間給賭客下注，是否該當本條供給「賭博場所」之要素的疑問，不過此一疑問可透過實質的合目的性解釋來解套，並無傷大雅。比較根本的質疑，還是落在有關立法正當性的老問題上面：賭博行為到底侵害了什麼？由修法理由可以得知，立法者不僅從未反思長久以來飽受質疑的賭博罪存立基礎，反而透過增加網路賭博的處罰，再次確認諸多可疑的入罪化論據。

網路賭博的處罰，等於打破以往可罰之賭博行為須具「公開性」的基本原則。這樣的作法是否合理？按賭博必須在公共場所或公眾得出入之場所為之始能構成犯罪，其意義並不在於提供不特定多數人隨時可加入賭局的機

¹⁶ 參見刑法第266條修法理由。

¹⁷ 最高法院107年度台非字第174號刑事判決。

會，而是要求賭博必須呈現公眾得以共見共聞的狀態，此一要求的意義涉及「善良風俗」這個向來被認為是賭博罪所保護的法益¹⁸。風俗意指社會中集體流行的行動模式或基本態度，由於欠缺制度化、成文化的規範來確定風俗的內容，所以風俗的形成端賴人與人之間行動模式的傳遞與複製，此一傳遞與複製又以行動發生在具有高度見聞可能性的公共場域為前提。而且違反善良風俗的行動，也必須發生在公共場域，才表示該行動顯現出要求社會大眾接受其成為風俗的效力，從而才有依善良風俗界定其為錯誤並加以拒斥的必要。不過，即使以公開性要件限制成罪可能，還是永遠會有一個疑問，亦即法律是法律，風俗是風俗，是不同的規範評價系統，為什麼可以用刑法保護風俗？然而，對此一質疑似乎已不需過多著墨，由此次將未必發生於公共場域的網路賭博入罪化推知，重點並不是善良風俗的違反；從修法理由更可以發現，立法者傾向用賭博所生之後續效應等較實質的觀點作為入罪化的理由。

關於修法理由所提出的實質觀點，首先是網路賭博會「帶來許多家庭和社會問題」。從許多實際案例來看，人們確實可以想像，賭博之人容易招惹其他家庭成員的厭惡，造成家庭失和。然而真正的關鍵還是在於，賭博招人厭惡的原因到底是什麼？無非是賭博乃純粹取決於機率來決定財貨歸屬，屬於高風險的經濟行為，容易造成財產上的損失，不僅影響個人的生活，同時可能拖累家庭。但如果加以深思，即可知此一結局並非必然。造成財產損失的主要原因在於不確定性，但稍有常識即可得知，任何投資工具都有遭受源自不確定性之財產損失的風險，就算是對實業的投資也是如此，所以操作股票、期貨，開設公司等導致財務困難者時有所聞。從（極）短線的角度來看，諸如操作股票、期貨與選擇權等金融商品，其實也是一種賭博，一買一賣撮合成交的當下，買方是看漲才會買進，賣方是看跌才會賣出，在預定的時間

¹⁸ 僅參見林山田（2006），《刑法各罪論（下冊）》，5版，頁567，元照；陳子平（2020），《刑法各論（下）》，3版，頁537，元照；蔡聖偉（2008），〈賭博罪保護法益之探討〉，氏著，《刑法問題研究（一）》，頁344，元照；Heine/Hecker, in: Eser (Hrsg.), Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 30. Aufl., 2019, § 284 Rn. 3.

架構下輸贏立見，而且由於影響短線價格漲跌的偶然因素太多，輸贏結果可說是幾近隨機的。因此看似正常的投資工具，同樣蘊含高度射倖性，也完全可以用賭博的心態與方式來操作，進而帶來極高的個人財產風險，但卻從未見到國家對此以法律加以禁止。

實際上，是否會遭受嚴重財產損失，關鍵不在於投資工具本身的特性，而在於個人對投資工具特性的認知，以及其實際操作投資工具的方式。簡單地說，賭博是否會導致傾家蕩產，要看賭徒怎麼去賭。在自由法治國中，如何規劃並進行自己的經濟生活，在不侵害他人的情況下，純屬個人自由的範疇，國家無權予以干涉。從此一角度，賭博罪如果意在防止個人造成自己無法承受之財產損失，並避免由此財產損失而生的家庭或社會問題，這就是一種國家父權主義（staatlicher Paternalismus）思想的體現，意即國家基於類如家長的地位，以實現人民利益與福祉為由，透過法律強制干預其自由¹⁹。這種作法在涉及生命法益或重要身體法益的情況，例如刑法第 275 條加工自殺罪與刑法第 282 條加工自傷罪，雖然仍難以免除正當性疑慮，但由於法益價值的重大性，勉強還能說得過去。但就法益位階較低的財產法益而言，刑法從來沒有就自我損害財產行為設置處罰規定，那麼從舉重明輕的角度，為何要以賭博罪處罰自陷財產風險行為？如果要處罰自陷財產風險行為，又為何限定於禁止賭博這個方式？

另一個支持入罪化的論據，是修法理由中提及網路賭博可能「潛藏如洗錢、詐欺、暴力討債及組織犯罪等犯罪活動」。相較於以往學說提及賭博行為可能引發賭博者後續犯罪²⁰，這個說法算是較有新意。若此論據可以成立，則賭博罪即可視為保護上述相關犯罪所涉及法益的抽象危險犯。對此，有一個最簡單的質疑，即是賭博行為與上開相關犯罪之間的關係純屬臆測，欠缺具有實證基礎的經驗上典型連結關係²¹。立法者的說法，就好像幾乎所有的

¹⁹ 基本觀念介紹與批判，參見周滢沂（2013），〈論被害人生命法益處分權之限制：以刑法父權主義批判為中心〉，《臺北大學法學論叢》，88期，頁215-233。

²⁰ 僅參見陳子平，前揭註18，頁538；Heine/Hecker, (Fn. 18), § 284 Rn. 4. 對此論據之深刻檢討參見蔡聖偉，前揭註18，頁354。

²¹ 一般理解下設置抽象危險犯的前提，參見周滢沂（2017），〈2016年刑事法實務

網路賭博業者都必定會從事洗錢、詐賭或暴力討債一般，但顯然需要確實的證據才能做此指控。更為奇妙之處是，諸如詐欺、暴力討債等犯罪預想的行為人是網路賭博業者，賭博者反而被預想為被害人，結果變成以賭博罪處罰作為潛在被害人的賭博者，目的竟然是不讓網路賭博業者有機會成為加害人？將此一想法抽象化之後，無非表示人們應該被禁止參與任何社會交往活動，以免在交往過程中給予他人加害的機會。這種想法明顯曲解了刑法的保護意義，因為貫徹刑法規範效力的結果，正是在支持人們可以安心地與他人交往而不致成為被害人，並在此角度免除人們的自我保護負擔。就此而言，如果目標是抵制洗錢、詐欺、暴力討債等犯罪，那麼刑法應該做的是處罰有此犯罪事實的網路賭博業者，而不是禁止潛在被害人投入網路賭博。

同樣具有創意並值得深思的是修法理由中「選舉賭博影響投票意向、破壞選舉公正」的說法。開設選舉賭盤並在網路上供人投注，果真能影響投票結果？這端視選舉賭盤的性質。若只是一種投注者依其關於選舉結果之預測投注，開盤者亦依其預測設計賠率供人投注，最後被動地根據選舉結果決定輸贏的預測式賭盤，並不至於反向地藉由影響投票意向改變選舉結果。然而，有一種可能的操作方式是，候選人拿大筆資金開設選舉賭盤供選民投注，並在押自己當選一方設定不合理的賠率，如此一來，原本不樂意投給該候選人的選民，一旦參與賭局，將會為了贏取賭金轉而投給該候選人，並盡其所能地為該候選人助選。這種選舉賭博的模式，實際上無異於賄選，只不過並非直接以金錢賄選，而是以「贏得金錢的機會」來賄選。純從理念而言，在民主選舉制度下，只要確保選民的自願性，亦即具健全意思能力且非受他人強制，國家完全不應管控選民投票的動機，更無權確認其動機是否「純正」。不過，現行刑法第 143 條、第 144 條設有賄選罪，顯示出立法者禁止以金錢利益交換投票權行使的態度，而且對於利益交換的具體形式並未設限。因此，如果網路賭博涉及以金錢對選舉結果的不當操控，則適當的處理方式是論以賄選罪，將賭局中莊家與賭客的互動理解為賄選的利益交換關係，並將「贏

見解發展回顧：食品安全、交通安全，與抽象危險犯》，《臺大法學論叢》，46 卷特刊，頁1470-1471。

得金錢的機會」理解為賄賂或至少是不正利益。網路賭博於此只是用來實施賄選的一種巧妙手法，僅具有實現賄選罪不法的手段層面意義，並非不法非難的實質重點所在。況且，事實上只有部分的網路賭博與選舉賭盤有關，以防止選舉不公為由全面加以禁止，似有反應過度之嫌。

總結而言，立法者在關於此次修法提出的理由，不僅難以支撐網路賭博的入罪化，反而再次確認賭博罪是沒有刑法正當性的犯罪。當然無法否認的是，開放賭博確實可能帶來相當程度的社會問題，但與其讓賭博成為法定刑只有五萬元罰金以下的微罪，試圖以聊勝於無的威嚇效果解決賭博引致的負面效應，不如採取比較開放的態度，透過宣傳強化對於人民的風險提示，並且確實地追訴賭博所衍生的犯罪。至於可能造成的個人財產損失，只能說是經濟自由的必然代價，國家並無權力加以干涉。

三、跟蹤騷擾防制法的立法

去年生效的跟蹤騷擾防制法處罰「實行跟蹤騷擾行為」（第 18 條）以及「違反法院因跟蹤騷擾事實所核發之保護令」（第 19 條）兩種行為模式²²。從刑法學理的角度，跟蹤騷擾防制法的制定，等於提出全新的可罰行為態樣，其中有若干值得深究的規範特色與犯行特徵。

跟蹤騷擾罪所保護的是複合法益，蓋依據本法第 1 條規定，立法目的係「為保護個人身心安全、行動自由、生活私密領域及資訊隱私，免於受到跟蹤騷擾行為侵擾，維護個人人格尊嚴」，結合諸多法益作為保護對象。將此複合法益解構來看，身心安全、行動自由、生活私密領域、資訊隱私，個別而言皆是既有刑法承認具適格性的法益，加以合併成為複合法益，涉及個人的整體生活形塑²³，似乎沒有太大疑問。比較值得思考的是跟蹤騷擾行為對

²² 立法前之法制闕漏與立法必要性，參見王皇玉（2018），〈跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心〉，《臺大法學論叢》，47卷4期，頁2348-2351、2363-2364；王皇玉（2019），〈跟蹤糾纏行為犯罪化之趨勢〉，《刑事政策與犯罪研究論文集》，22期，頁295-297。

²³ Sonnen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 2023, § 238 Rn. 14.

此等複合法益的侵害作用。析言之，刑法為了保護上述個別法益，已經設有諸多基本犯罪規定，比如傷害罪、恐嚇罪、強制罪、侵入住居罪、利用工具設備窺視竊聽罪等。而觀察本法第 3 條跟蹤騷擾的 8 種態樣，大致上屬於未達基本犯罪行為之嚴重程度的「低強度干擾行為」，或屬於基本犯罪行為的「前階段行為」。例如以監視、觀察、跟蹤方式擷取他人行蹤，由於個人對日常行動軌跡本就有合理隱私期待，所以固然是侵害隱私權的行為並無疑問，但尚未達到刑法第 315 條之 1 所定犯行的嚴重程度。又例如以盯梢、守候、尾隨等方式接近他人的住處，雖然未如刑法第 306 條所定以侵入住宅干擾居住安寧，但亦可理解為對居住安寧的低強度干擾行為，或是侵入住宅的前階段行為。

本法第 3 條規定的所有行為態樣，皆可能影響個人的生活安全感受。因此本法第 3 條以「使之心生畏怖」作為跟蹤騷擾行為成罪的要素，有其合理性。關於此，可從上述「低強度干擾行為」與「前階段行為」兩個面向說明。首先，如果跟蹤騷擾在具體情境下屬於低強度法益干擾行為，那麼由於諸如居住安寧、隱私權等法益的特性本來即與「安寧」、「隱私期待」等涉及主觀感受的概念有關，故以跟蹤騷擾行為干擾此等法益，原本就會反射出破壞生活安全感受的結果。其次，跟蹤騷擾或可視為嗣後犯行如殺人、傷害、強制、性侵等的前階段行為，從立法理由「我國近年來發生多起社會矚目案件，均屬行為人基於性或性別之犯行，於跟蹤騷擾過程中，造成該被害人生命、身體等重大法益遭受侵害或致生風險」的說詞，即可得知立法者或有此意。不過，跟蹤騷擾罪的法定刑僅有一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金，從形式的角度即無法支撐本罪為殺人罪、傷害罪等的實質預備犯或抽象危險犯。事實上，跟蹤騷擾被害人後，對其實施暴力犯罪的情況雖然時有所聞，但若要說跟蹤騷擾行為與暴力犯罪結果之間，具有犯罪前置化所必要的經驗上高度連結性，恐怕需要更多的實證。然而，儘管無法肯定跟蹤騷擾行為蘊含嗣後犯罪的抽象危險性，但二者仍有若干程度的經驗上連結，仍不妨在具體個案之特定情境下將跟蹤騷擾行為視為嗣後犯罪（不限於暴力犯罪）的前階段行為。由於追究犯罪前階段行為的意義，係在於其創

造關連到嗣後犯罪的危險性意象，適於動搖被害人關於社會生活安全性的穩定認知²⁴，亦即適於破壞被害人的主觀安全感受，因此不排除在特定情境下，跟蹤騷擾行為的作用是讓被害人聯想可能遭受行為人之犯罪侵害，從而破壞被害人的生活安全感受。

以往刑法為保護本法第 1 條所定法益而規制的事實型態，基本上是一個高強度的基本犯罪行為造成嚴重的個人法益損害，如果是一個低強度的行為造成輕微的個人法益干擾，或只是一個高強度基本犯罪行為的前階段行為，原則上並非刑法所禁止。但跟蹤騷擾行為的入罪化揭示一種新的犯行思維，也就是縱使個別行為僅造成輕微法益干擾作用，但反覆實行而累積微量干擾作用後，「干擾作用總量」將會達到個人無法承受的程度，個人無法輕易透過自我調適加以因應，因此即可跨越刑事可罰性的門檻，成為一種獨立的犯罪型態，將多數個別行為合併為刑法上單一犯行。本法第 3 條規定跟蹤騷擾行為須具「反覆性」或「持續性」，即表示將時空上分離的多數個別干擾行動，合併成單一的跟蹤騷擾犯行。

上述跟蹤騷擾罪的犯行特徵，將直接影響該罪的解釋適用。所有犯罪規定的解釋適用都有兩個層次，亦即「犯罪事實的典型性」以及「對法益的非容許侵害作用」。就犯罪的成立而言，行為僅該當構成要件描述的典型犯罪事實仍不充分，還須針對該罪保護法益造成刑法不容許的侵害作用。理由在於，刑法的目標並非僅在禁止典型犯罪事實，毋寧在透過禁止典型犯罪事實來保護法益，而唯有典型犯罪事實蘊含對法益的非容許侵害作用時才能侵害法益，故必須透過合目的性解釋，排除欠缺非容許法益侵害作用的情況。此項解釋適用方針，亦須應用在跟蹤騷擾罪之中。行為人之行為符合本法第 3 條第 1 項各款描述的 8 種態樣，只具備跟蹤騷擾罪之犯罪事實的典型性，並不當然構成跟蹤騷擾行為，尚須進一步判斷其行為是否創造針對本法保護法益的非容許風險。此項非容許風險判斷，則體現在第 3 條第 1 項所定行為

²⁴ 基本理論參見周滢沂（2019），〈重新理解抽象危險犯的處罰基礎：以安全性理論為中心〉，《臺北大學法學論叢》，109期，頁190-200。

「反覆性」或「持續性」，以及「足以影響其日常生活或社會活動」的要素之中。

從法條的形式來看，似乎必須先確定是反覆或持續的行動，才有必要接著判斷是否足以影響被害人日常生活或社會活動，二者看似是分別判斷。不過，如此理解將立即遭遇一個問題，就是到底多少次叫做反覆？多長時間叫做持續？立法理由就此一問題表示，「反覆或持續，係謂非偶然一次為之，參考外國法制實務，德國聯邦最高法院認為判斷『持續反覆』要件，重點在於行為人是否顯露出不尊重被害人反對的意願，或對被害人的想法採取漠視而無所謂的心態；奧地利刑法認為應從『時間限度』，即長時間的騷擾，結合『量的限度』，即次數與頻繁度作整體評價；日本則認為所謂『反覆』，係指複數次重複為之，以時間上的近接性為必要，並就個別具體事案作判斷。²⁵」從以上說明僅可看出，並非以特定數目字為準，應按照具體情況作出整體評價。然而即便是所謂「整體評價」，也須有評價標準，此一評價標準究竟為何，立法理由中未有任何說明。

本文認為，由於本罪的犯行特徵即是將微量法益干擾作用累積至非容許的程度，所以判斷是否屬於構成要件所定的反覆、持續，與判斷是否足以造成對被害人的影響是分不開的。其中「足以影響被害人日常生活或社會活動」，實質上表示複數個別行動已經將法益干擾作用總量累積到刑法不容許的程度。至於法益干擾作用總量，則是透過個別行動的法益干擾作用大小，乘以個別行動的反覆次數或持續時間來確定。較高度的法益干擾作用，要累積到非容許的程度，只需要較少次數或較短時間，而較輕度的干擾作用，則需要較多次數或較長時間，才會累積到非容許的程度。例如行為人基於對被害人的愛慕，夜間於被害人住宅外以臉貼著房間窗戶觀察、監視被害人的作息，此屬於較高強度的多重法益干擾作用，同時破壞居住安寧、生活隱私及個人安全感，或許只要重複兩次、三次就該當反覆或持續要素，而足以影響被害人的日常生活。又例如行為人為追求被害人，以通訊軟體不斷發送求愛訊息，由於有網路虛擬空間作為緩衝，騷擾又是以文字呈現，二人並未實體

²⁵ 參見跟蹤騷擾防制法立法理由。

接觸，對個人安全的威脅意象較不鮮明，被害人也比較容易迴避干擾，故就構成本罪而言，對於訊息發送的反覆次數、持續時間要求相對較高。

另一個值得注意之處是，本法第 3 條定義的跟蹤騷擾行為須「與性或性別有關」，使本法具有性刑法的屬性。立法理由參酌外國法制經驗指出，跟蹤騷擾行為主要源自「迷戀、追求（占有）未遂、權力與控制、性別歧視、性報復或性勒索等因素」，導致跟蹤騷擾的行為人，無視被害人意願而施加大量關注甚至意圖控制，將被害人當成自己的附屬品²⁶。依此說明，跟蹤騷擾即是一種將被害人「性客體化」的行為型態，本質上與其他性侵害犯行似無不同，僅有程度上的區別。而所謂「與性或性別有關」，不外乎表示須具性意涵或者性的關聯性，此與刑法妨害性自主罪章及性騷擾防治法對於犯行特性的要求並無二致。雖然與性或性別無關的跟蹤騷擾行為，例如糾纏式討債、狗仔式採訪等，仍可能對被害人造成負面生活影響²⁷，但由於「性」的特殊性，使得具有性關聯性的干擾行為，影響被害人的程度普遍高於一般干擾行為，此從刑法區分一般強制罪與強制性交猥褻罪，且後者法定刑遠較前者為高的形式觀點即可證明。舉例言之，為了討債而糾纏騷擾雖然十分擾人，但被害人感受到對方的目的畢竟只是要錢；但基於追求而糾纏騷擾，被害人感受到對方的目的卻是索要被害人的感情和身體，兩種情形下破壞生活安全感受的程度顯然有所差別，從而難謂欠缺法律上區別處理的正當性²⁸。

但比較麻煩的問題是，如何認定與性或性別有關？關於此，參考本法第 3 條之立法理由²⁹說明，「性（sex）」係指男性與女性的生理差異，「性別（gender）」指的是社會意義上的身分、歸屬和婦女與男性的作用，以及社會對生理差異所賦予的社會和文化含義等。此解釋上與性騷擾防治法第 2 條關於性騷擾行為定義中的「與性或性別有關」相同。依此說明，跟蹤騷擾行

²⁶ 參見跟蹤騷擾防制法立法理由。

²⁷ 質疑「與性或性別有關」要素之存在必要者，參見廖宜寧（2022），〈由行為不法角度建構跟蹤騷擾罪之刑罰正當性〉，《興大法學》，32期，頁144。

²⁸ 不同見解參見楊迺軒（2023），〈論「跟蹤騷擾行為」入罪化爭議〉，《刑事政策與犯罪防治研究》，35期，頁139、153。

²⁹ 參見跟蹤騷擾防制法立法理由。

為即是基於性慾望或基於性別歧視或刻板印象，而將他人客體化的一種行為態樣。至於是否與性或性別有關，則須綜合所有主客觀因素予以判斷³⁰。可以確定的是，行為人的主觀意圖、被害人的主觀感受都不是唯一的標準。行為人基於性／性別意圖，卻作出客觀視角下中性合理的舉動，整體而言不能認為其行為與性或性別有關。而行為人欠缺性／性別意圖，其客觀舉動亦屬中性合理，同樣不能因為被害人（例如源自特殊個人經驗）恣意產生與性／性別相關的聯想或解讀，即逕自認定行為人的行為與性或性別有關。雖然觀念上相當清楚，但由於事實意義的解讀涉及行為人、被害人、社會的三方視角，可想像在實際判斷上必將遭遇疑難。

參、司法實務見解

一、沒收犯罪所得規定溯及既往問題

憲法法庭去年做出 111 年憲判字第 18 號判決，認定刑法上沒收犯罪所得的規定並未違反禁止溯及既往原則。依據罪刑法定主義，刑罰或拘束人身自由之保安處分適用行為時之法律，非刑罰性質之沒收與非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。本號判決遭遇的抽象實體刑法問題是，沒收犯罪所得的規定是否具有刑罰性質，而應適用行為時之法律，不應溯及既往？尤其關於犯罪所得的計算，實務向來採取總額原則，行為人投入犯罪的成本不予扣除，如此是否使犯罪所得沒收具備刑罰的性質？關於第一個問題，憲法法庭提出諸多論據，但最基本的論據，還是現行犯罪所得沒收制度是建立在犯罪所得沒收僅是一種回復合法財產秩序的措施之上，只要求犯罪所得是由違法行為所生，無須具備罪責此一科處刑罰的前提，與對犯行的非難無關，故不具刑罰性質。至於其他論據，都是經由據此基本觀念而設置的具體規範推導而出，亦即按照現行沒收制度規定，以下特徵顯現出犯罪所得沒收非屬

³⁰ 參見臺北地方法院行政訴訟庭 110 年度簡字第 305 號判決、臺中高等行政法院高等庭 112 年度訴字第 98 號判決。

刑罰：第一，受沒收犯罪所得宣告之主體除了行為人之外，還包括非善意取得犯罪所得的第三人，此第三人並非從事違法行為之人。第二，沒收犯罪所得宣告的客體是犯罪所得，對犯罪所得數額的計算與行為人違犯的罪名無關，亦不以罪行與刑罰的輕重決定應沒收的額度。第三，現行單獨宣告沒收的規定，不以致生犯罪所得的違法行為被追訴或定罪為必要。第四，沒收犯罪所得的執行與罰金刑的執行並不相同，沒收及追徵皆不能執行時，國家不得以易服勞役或易服社會勞動代替執行。第五，犯罪所得若已實際合法發還被害人，國家即不得再對曾取得犯罪所得的行為人或第三人沒收或追徵。

雖然犯罪所得沒收在法制面定位明確，但實際執行層面仍不免疑慮，主要問題在於，如果計算沒收數額採取總額原則，不許扣除犯罪成本，但犯罪成本又是行為人合法所得，則就犯罪成本部分是否已與回復合法財產秩序無關，而具有剝奪行為人財產權的刑罰性質？就此關鍵問題，憲法法庭採取否定見解，其先肯定我國實務採取的相對總額原則，亦即區分非與犯罪直接相關的中性成本，以及為了法所禁止之不法交易而投入的非中性成本，並認為宣告沒收犯罪所得時應扣除中性成本。非中性成本即使原是行為人合法獲取也不得扣除，憲法法庭就此援引民法上不當得利制度中「風險分配」的法理，亦即不當得利之惡意受領人不得主張所受利益不存在，應將受領時所得之利益或知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息一併償還；至於善意受領人，於其所受利益不存在時免負返還或償還價額之責任。憲法法庭認為同理可證，犯罪行為人或惡意的第三人，必須「承擔沾染不法之犯罪成本應被沒收之風險。更何況，任何交易均存有風險。對於合法交易，法律尚且不保障當事人得取回其成本，對於違法交易，當國家沒收該交易所生之犯罪所得時，更不容行為人主張應扣除所謂之犯罪成本。」依此，適用總額原則計算犯罪所得的結果，憲法法庭主張僅為「回復原狀之性質」，並未使行為人或第三人處於較不法行為之前更不利的地位，故此部分之沒收不具刑罰的性質。

就本案處理的第一個核心問題，即犯罪所得沒收的性質為何，若是以實證刑法之緣起與存在為依據，則幾乎已經沒有討論的空間。很明顯的事實是犯罪所得沒收制度的運作所依循的完全不是刑罰制度的邏輯，並不受罪責原

則、罪刑相當原則等拘束³¹。至於總額原則下犯罪所得沒收中犯罪成本部分的性質問題，憲法法庭的論證則有探討的餘地。有疑問之處首先在於，援引民法不當得利中所謂風險分配的法理是否適當？按民法不當得利之受領人是善意或惡意，其效果是決定利益返還額度得否扣除當下不存在的利益，而此項利益部分本是由受損害人移轉而來，原先係歸屬於受損害人；但在犯罪所得沒收的情況，成為問題的是沒收額度應否扣除犯罪成本，此項犯罪成本原先係歸屬於犯罪行為人，兩種事實關係的結構與特徵並不相同。在民法不當得利的情況，由於善意受領人僅須返還現存的利益，毀損、滅失的利益不須返還，等於是因其善意而「享有優待」；相對言之，受領人為惡意的效果則是「不得享有優待」。然而在犯罪所得沒收的情況，倘若著眼點為犯罪成本原來即是犯罪行為人的合法財產，則計算犯罪所得沒收數額時不得扣除犯罪成本，表示其「受到虧待」。從形式上來看，「惡意不得享有優待」與「惡意應受虧待」的規範意義有異，前者僅是未獲得原本不應屬於自己的利益，後者則是讓原本應屬於自己的利益喪失，也就是一種失權效果。縱使憲法法庭提及此乃「風險分配」的考量，但兩者風險分配的邏輯似不相同，何以能援引前者來證成後者？若從此一角度來看，方法上或有疑問。

然而，於此有必要深入思考，計算犯罪所得時不扣除犯罪成本，對犯罪行為人而言是否真屬於一種虧待？純粹從「犯罪成本為行為人合法取得」的角度推論，犯罪所得不扣除犯罪成本確實是侵害其財產權，虧待了行為人，效果和刑罰制裁沒有兩樣³²。可是本文認為，此處不僅須考慮關於犯罪成本

³¹ 僅參見林鈺雄（2015），〈利得沒收之法律性質：兼論立法之展望〉，《月旦法學雜誌》，238期，頁56-57；林鈺雄（2016），〈利得沒收新法之審查體系與解釋適用〉，《月旦法學雜誌》，251期，頁10-11；王皇玉（2016），〈2015年刑事法發展回顧：刑法沒收制度之新變革〉，《臺大法學論叢》，45卷特刊，頁1620-1621。

³² 此立場參見薛智仁（2015），〈犯罪所得沒收制度之新典範？評析食安法第四十九條之一之修正〉，《臺大法學論叢》，44卷特刊，頁1351；薛智仁（2018），〈刑事沒收制度之現代化：2015年沒收實體法之立法疑義〉，《臺大法學論叢》，47卷3期，頁1066-1067；謝煜偉（2018），〈刑法沒收新制基礎問題省思〉，陳子平教授榮退論文集編輯委員會（編），《陳子平教授榮退論文集：法學與風範》，

之權利取得的面向，也須考慮關於犯罪成本之權利行使與轉換的面向。申言之，行為人合法取得犯罪成本後，選擇將其投入犯罪之用，等於將犯罪成本轉換成「獲取犯罪所得的機會」；或更白話的說，行為人買了一個不法獲利的機會。但行為人買到的畢竟只是機會，是成功獲取犯罪所得的可能性，但與機會一體兩面的是風險，亦即無法獲取犯罪所得的可能性，而建構風險的因素之一就是犯罪所得被沒收。因此，不管是機會實現或是風險實現（即機會未實現），都不能說行為人「損失」了犯罪成本，因為犯罪成本本來就是行為人為了換取獲利機會所應該付出的代價。比喻來說，用 50 元買了一張大樂透彩券，雖然沒有中獎，但不能說損失了 50 元，因為這 50 元本來買的就是一個機會；而沒有中獎的時候，也不可能要求彩券行老闆退回 50 元。基於此，國家沒收犯罪所得時不扣除行為人犯罪成本，其意義在於讓行為人付出應該付出的代價。

當然在邏輯上，國家也可以選擇不讓行為人付出代價，將犯罪成本從犯罪所得中扣除。不過，假如國家這麼做，就意味著行為人「免費」得到一個獲取犯罪所得的機會，這個機會雖然以機率呈現，但實質上亦有其財產價值。雖然從事後的觀點來看，犯罪所得被國家沒收，這個機會沒有真正實現，但機會的財產價值正好是從事前觀點來看，而不是從事後觀點來看。犯罪所得沒收的制度是立基於「任何人均不得保有犯罪所得」的普世法律原則，如果單從此一原則的文字意義來看，似乎不能導出不應讓行為人免費得到獲取犯罪所得之機會的結論，因為該原則的前提是已經「取得」的犯罪所得是否應該「保有」的問題，但總額原則之採用則涉及已經「付出」的犯罪成本是否應該「退還」的問題，所以此處不免會產生思想上的困擾。然而，如果我們明白「任何人均不得保有犯罪所得」的背後是一個更上位的「任何人均不得因犯罪行為獲利（*nemo potest ex suo delicto consequi emolumentum*）」的古老法律基本原則，那麼所有思想困擾將迎刃而解。國家計算犯罪所得時，若將本不應扣除的犯罪成本扣除，等於給予行為人一個零成本獲取犯罪所得的機會，這是一個具犯罪關聯性的實質利益，表示行為人還是有從犯罪行為

中獲利，此明顯違反「任何人均不得因犯罪行為獲利」的原則。很明白的是，沒收犯罪所得不扣除犯罪成本之作法的邏輯，不是侵害既有的權利，而是取走不應得的利益。採用總額原則的理由純粹是不得因不法行為建立利益歸屬關係，這與不當得利的制度精神相符，而與預防犯罪的想法無關。然而，刑法第 38 條之 1 立法理由中「依實務多數見解，基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應沒收」的說詞，完全將總額原則的理由導向犯罪預防³³，誤將犯罪所得沒收的反射效果當作主導制度運作的目的，也難怪會遭致反彈，被認為不扣除犯罪成本的作法，等於以侵害犯罪者的財產權為代價達成預防犯罪的效果，根本已具刑罰性質。經過以上推論，本文支持憲法法庭判決採取總額原則的結論，但說理上似有補充必要。特別是以上支持總額原則的根本論據，才能呼應援引民法而來的不當得利風險分配法理。

確定犯罪成本不應扣除之後，緊接著的問題是此種犯罪成本的範圍如何？本判決採納相對總額原則，區分非與犯罪直接相關之中性成本，與沾染不法之非中性成本。不過，所謂「中性」、「沾染不法」都只是一些形容詞，重點仍在於將犯罪成本界定為中性／非中性的具體標準究竟為何³⁴？這個標準的建構顯然與不法概念有關。語意上，沾染不法的成本似乎是任何與不法行為有關的成本，依此，即使是本判決所舉之例，廠商在違法得標後，為了履約而支出的材料費、人事費及其他營造費用，也與不法行為有關。不過憲法法庭認為，判斷重點在於產生犯罪所得的交易是否為法所禁止，若為法所禁止，則整個交易中的給付與對待給付都沾染不法；若非法所禁止，則只有因不法行為而取得的獲利部分才沾染不法，其他部分係屬中性。按照此一

³³ 主張犯罪利得沒收制度之目的係預防取向者，參見王玉全（2016），〈犯罪成本之沒收：以德國法的總額原則為借鏡〉，林鈺雄（編），《沒收新制（一）刑法的百年變革》，頁 156-167，元照。

³⁴ 關於一般理解下相對總額原則中犯罪成本之扣除，參見林鈺雄（2019），〈相對總額原則／兩階段計算法（上）〉，《月旦法學教室》，197期，頁63-66；林鈺雄（2019），〈相對總額原則／兩階段計算法（下）〉，《月旦法學教室》，198期，頁41。

標準，由於上例中的工程契約本身並不違法，為履約而投入的費用屬於中性，可以從犯罪所得中扣除；但若為毒品交易，則由於整個交易行為皆為違法，故投入購買毒品的成本亦沾染不法，不得予以扣除。

依本文之見，犯罪所得是否沾染「不法」，應回歸犯罪論的觀點，由刑事不法概念定義推導。刑事不法概念的定義，抽象而言，即是輸出針對法益之非容許風險³⁵。為了輸出針對法益之非容許風險，行為人必須設置諸多條件建構一個非容許風險，並放棄對該風險的支配，使侵害進程逾越最後可逆轉時點。以此定義為依據，所謂沾染不法的犯罪成本，應指建構針對法益之非容許風險的成本。由於非容許風險是由複數條件的集合構成，因此沾染不法的犯罪成本，也就是設置構成針對法益之非容許風險之條件的成本。以此觀點來理解判決所提販毒之例，由於實務見解向來認為販賣毒品罪保護的法益為整體國民身心健康³⁶，所以販賣毒品行為之不法，在於針對整體國民身心健康法益輸出非容許風險，為了建構此風險，必須設置構成此風險的條件，而花錢購入毒品以供販賣，當然是設置此種條件，因為手上若沒有毒品，根本無從販賣而危害國民身心健康。又例如黑心廠商違反食品安全衛生法（下稱食安法）規定製造、販賣含有有害人體健康物質的食品，而生產此類食品亦須投入人工費、材料費，此項成本無疑屬於針對食安法所保護法益之非容許風險的建構性成本，於計算沒收數額時，不得從販賣黑心食品的犯罪所得中扣除。

與上述標準應嚴予區別的，是以不法行為之存在為前提而投入的成本，此種成本並非針對法益之非容許風險的建構性成本，屬於中性成本，於計算犯罪所得時應予扣除。例如本判決所舉違法得標之例，行為人向該管公務員行使賄賂，公務員因而操控評選過程，使行為人得標承作公共工程，行為人為完成工程所支出之材料費、人事費及其他營造費用等，應為中性成本，因為此項成本的投入，是以一個已經完成的賄賂罪為前提，而不是賄賂罪的完

³⁵ 周漾沂（2018），〈未遂犯可罰性基礎及著手實行概念：風險輸出理論的建構與應用〉，《臺大法學論叢》，47卷1期，頁453-456。

³⁶ 近期實務見解參見最高法院109年度台上大字第4861號刑事大法庭裁定。

成以該成本的投入為前提。尤其賄賂罪保護的法益應為職務執行的合法性³⁷，是行為人的行賄行為建構針對此一法益的非容許風險，故所投入的賄款才屬於非容許風險的建構性成本，對於破壞職務執行的合法性有所貢獻；至於嗣後投入的工程費用，已與賄賂罪保護的法益無關。

二、詐欺集團車手構成一般洗錢罪問題

最高法院刑事大法庭於去年 2 月作出 110 年度台上大字第 1797 號裁定，其中核心的刑事實體法爭議，為詐欺集團負責提領款項的車手提領該集團詐騙被害人匯入所掌控之人頭帳戶款項得手，是否構成洗錢防制法第 14 條第 1 項的一般洗錢罪。刑事大法庭裁定採取肯定立場，關於理由之構成，刑事大法庭首先闡述洗錢防制法第 2 條洗錢行為的定義，認為第 2 條三款行為態樣，分別對應參考國際洗錢規範及國際公約所定之「處置」、「分層化」、「整合」的洗錢標準流程。第 1 款所定之「移轉變更型」洗錢方式，即意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源，或使他人逃避刑事追訴，而移轉或變更特定犯罪所得，屬於「處置犯罪所得」；第 2 款之「掩飾隱匿型」，即掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益，則為「將犯罪所得分層化」；第 3 款收受、持有或使用他人犯罪所得之「收受持有型」，即為「整合犯罪所得」³⁸。據此，刑事大法庭直接進行推論，詐欺集團成員向被害人施用詐術後，為隱匿其詐欺所得財物之去向，而令被害人將款項匯入詐欺集團持有、使用之人頭帳戶，則該集團所屬之車手前往提領詐欺所得之款項，檢察官若能證明該帳戶內的資金為詐欺之特定犯罪所得，則車手自然構成洗錢防制法第 14 條第 1 項洗錢罪。

上開裁定內容僅陳列並解釋洗錢防制法第 2 條各款規定後，即跳躍式地推導出車手可構成一般洗錢罪的結論，並未詳細分析車手之行為的性質，以及其如何該當第 2 條中各種洗錢行為態樣。車手提領詐欺犯罪所得是否

³⁷ 法益討論參見周漾沂（2017），〈對賄賂罪保護法益的反思〉，《月旦刑事法評論》，5期，頁112-116。

³⁸ 相同意旨參見最高法院108年度台上大字第3101號刑事大法庭裁定。

構成一般洗錢罪，之所以成為一個爭議問題，是因為車手的行為解釋上有不構成一般洗錢罪的可能；而如果肯定其構成一般洗錢罪，究竟該當第 2 條的哪一款，也仍有待釐清。那麼車手取款為何可能不構成一般洗錢罪？早先實務見解有認為，行為人若於特定犯罪所得的財物或利益有使用或消費等行為，只是一種「事後處分贓物之行為」，並非洗錢防制法所稱洗錢行為³⁹。洗錢防制法修法後之實務見解，則有認為行為人基於掩飾或隱匿之意圖，使用或消費犯罪所得之財物或利益，或者交給其他共同正犯，由其他共同正犯實行洗錢防制法第 2 條第 1 款或第 2 款之移轉、變更、掩飾、隱匿等行為，此時即難認為屬於犯罪後處分贓物之行為，應論以一般洗錢罪⁴⁰。就此，關鍵在於車手提領款項行為的定性。

在邏輯上，行為人對特定犯罪所得的事實上或法律上處分，未必僅是犯罪後處分贓物之行為，也未必構成洗錢行為；二者也並非互斥關係，犯罪後處分贓物行為亦可能同時構成洗錢行為。究竟是否構成洗錢行為抑或特定犯罪之不罰後行為，端視行為人對於犯罪所得的舉動是否該當洗錢防制法第 2 條各款之要件。為此，必須先建立對於洗錢罪的一般性理解。如前所述，所有犯罪規定在解釋適用上都有兩個層次，即「犯罪事實的典型性」以及「對法益的非容許侵害作用」，洗錢罪亦不構成例外。從犯罪事實的典型性而言，觀察第 2 條各款對洗錢行為態樣的描述，馬上讓人感受到高度困擾，因為單純依據文義，三款的適用範圍將產生相當程度的重疊交錯。行為人的「移轉」、「變更」行為可能同時帶有「掩飾」、「隱匿」的效果，從而既該當第 1 款又該當第 2 款。比如車手將原處於人頭帳戶的詐欺所得提出，使得對銀行的債權「變更」為金錢，同時達到製造利得流動斷點，發揮掩飾、隱匿的效果。又行為人為了掩飾、隱匿犯罪所得，大多時候必須先建立對犯罪所得的「持有」。車手從銀行領出款項，雖然目的或許在轉交他人或另作他用，但其間很難說沒有建立對款項的持有。探究此種現象的成因，洗錢原本就是利用正常交易的外觀漂白犯罪所得，因此交易方式有多複雜多樣，洗錢方式就有多

³⁹ 最高法院97年度台上字第5644號刑事判決。

⁴⁰ 最高法院108年度台上字第1744號刑事判決。

複雜多樣，若硬要將洗錢方式區分成三種類型，描述各類型所使用的構成要件要素勢必要保持高度的抽象性，以期能涵括各式各樣的洗錢方式，如此一來，將導致描述各類型的構成要件文義範圍相互交疊涵蓋，無法清楚呈現三種洗錢方式的犯罪事實典型性⁴¹。

在這種情形下，若仍要區分三種不同的典型洗錢犯罪事實，就必須參考分開設置三款的原意。就此而言，第 2 條之立法理由曾提及本條三款的行為類型分別對應「處置」、「分層化」、「整合」三個洗錢階段，如今只能強制地將三個洗錢階段的特徵分別套用到第 2 條各款中，重新理解各款要素的實質意涵，掌握各款之間的關係⁴²。如此，至少尚有經立法者認證的解釋適用方針可資參照。具體言之，所謂處置，意指使犯罪所得快速地進入金融交易體系，以開啟整個洗錢程序。此階段的重點並不在混淆視聽的效果，而在於將犯罪所得以可供交易的財貨形式置入金融交易體系，作為嗣後以其他手法混亂金流線索的準備。以此觀念來理解第 2 條第 1 款規定，首先，「意圖掩飾、隱匿特定犯罪所得來源，或使他人逃避刑事追訴」之主觀要素，證明移轉、變更的意義僅在於使犯罪所得進入金融交易體系，用以實現嗣後掩飾、隱匿的目標。其次，實際性質為處置犯罪所得的移轉、變更行為，不須具有第 2 款掩飾、隱匿的作用⁴³，只要行為人具有上開意圖，可知行為人意在創造掩飾、隱匿的前提即為已足。但有時候，在獲得犯罪所得後即刻將其置入金融交易體系的動作，同時帶有掩飾、隱匿的作用，此時並不妨礙行為同時該當第 1 款與第 2 款。

⁴¹ 類此質疑參見許澤天（2023），《刑法分則（上）：財產法益篇》，5版，頁422，新學林。

⁴² 質疑看法參見林鈺雄（2021），〈經濟刑法：第一講：普通洗錢罪之行為類型：評析洗防法第2條〉，《月旦法學教室》，224期，頁41-42，反對「一個蘿蔔一個坑」的對應方式；許恒達（2019），〈評新修正洗錢犯罪及實務近期動向〉，《臺大法學論叢》，48卷特刊，頁1465，認為三個洗錢階段的區分僅是現象面的描述，無法有效應用在釋義學層面上。

⁴³ 由兩款之法條文義比較得出相同結論，參見薛智仁（2020），〈2019年刑事法實務回顧：詐欺集團的洗錢罪責〉，《臺大法學論叢》，49卷特刊，頁1640-1641。

所謂分層化，意指在將犯罪所得置入金融交易體系之後，利用各式轉換、包裝、模糊化等手法降低犯罪所得之可辨識性。第 2 款規定所示犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益等特性，均與其可辨識性有關，對這些特性予以掩飾或隱匿，即符合分層化的觀念。雖然整個洗錢程序都是為了掩飾、隱匿黑錢，所以移轉、變更性質上亦屬於廣義的掩飾、隱匿⁴⁴，但此處為了清楚地劃分第 1 款與第 2 款的適用範圍，對第 2 款掩飾、隱匿的解釋必須採取狹義的觀點，限於符合分層化觀念的行為方式，解釋上使得不具狹義掩飾、隱匿作用的移轉、變更行為僅該當第 1 款而非第 2 款。至於整合則指將經過分層化而披上合法外衣的犯罪所得融入經濟體系，但並不意味著到此階段洗錢程序就完全結束，也可能只是達到中間階段，不法色彩仍不夠稀薄，尚待後續更多的分層化步驟。以此觀念來把握第 3 款收受、持有或使用他人犯罪所得之行為，即是使洗錢到達符合目標的中間或最終階段，因為清洗犯罪所得的目的還是要花用，亦即以之與他人交易、受他人保管，或依其性質而利用，禁止這些交易、保管、利用行為可阻擋洗錢的目標達成。因此第 3 款的行為態樣與分層化行動不同，不須具有掩飾、隱匿犯罪所得的作用。如果行為人為了從事掩飾、隱匿行為必須收受、持有、保管犯罪所得，而在形式上該當第 3 款的描述，仍應優先論以第 2 款之罪。

以上論述，僅建立三種洗錢行為態樣的典型性，縱然行為人之行為符合典型洗錢犯罪事實，仍須實質確認針對洗錢罪所保護的法益是否創造非容許風險。關於洗錢罪所保護的法益，由本法第 1 條規定「防制洗錢，打擊犯罪，健全防制洗錢體系，穩定金融秩序，促進金流之透明，強化國際合作」的文字可知，洗錢罪保護的法益並非單一。不過，無論法益定位為何，本罪不法的重點皆在於降低犯罪所得的可辨識性，減少犯罪所得被發覺、追索的機會；亦即，將犯罪所得的不可辨識性提高到法不容許的程度。依此觀點，即可對第 2 條各款進行合目的性的實質解釋。以第 2 款為例，並非對犯罪所得任何一種形式的轉換、更動、處理皆可該當本罪掩飾、隱匿要素，毋寧必須將犯罪所得的可辨識性惡化到法不容許的程度。如果行為的作用未達如此程度，

⁴⁴ 許恒達，前揭註 42，頁 1465-1466。

便欠缺洗錢罪的實質不法，性質上僅是一種任何利得犯罪發生後必然附隨的慣常處分贓物行為，其不法內涵早已為前置犯罪所包括，不應再論以洗錢重罪。

按照上述對洗錢罪的理解，即可回頭來看車手提款行為是否構成一般洗錢罪。首先，車手將詐欺集團所支配人頭帳戶中的犯罪所得以現金形式提領出來，應不該當第 2 條第 1 款移轉變更型洗錢行為。該款之變更，意指將犯罪所得原有之法律上或事實上存在狀態予以變更⁴⁵。儘管在文義上，車手之提領、匯款確實是將犯罪所得從對銀行的存款債權「變更」為現金，但該行為的實質意涵並非將甫取得之詐欺所得置入金融交易體系，因為處置犯罪所得的步驟，早已藉由詐欺集團誘使被害人匯入其所支配之人頭帳戶而完成。因此，就車手之行為，僅能考慮是否成立本質為分層化的第 2 款洗錢行為。就此而言，關鍵是車手之提領行為是否該當掩飾、隱匿？這兩個要素的實質意涵，皆在於透過特殊手法混亂金流，降低犯罪所得之可辨識性。然而，車手所為之提領行為有一個特徵，就是如果去脈絡化單獨觀察，屬於社會生活中正常的經濟交易行為。而且，即使沾染了犯罪色彩，但行為人從事利得犯罪的目標必定是獲取犯罪所得，而獲取犯罪所得必定是為了予以支配使用，從而與犯罪所得的各種接觸形式，諸如持有、花費、轉交、儲存、提領、匯款等都是再正常不過的事情，皆屬利得犯罪的犯後「合理」事態發展。

不過儘管如此，也不能因此即逕行認定車手之提領行為係屬犯罪後一般贓物處分行為，理由在於，車手的行為與詐欺集團的整體系統性運作具有功能性關聯，為該集團運作的一個必要環節，其意義與作用不能單獨來看，而必須與整個運作流程整合為一體來觀察。依此，車手之提領行為與其他集團成員所為之前、後行為功能上具有通貫之一體性。具體言之，詐欺集團其他成員收集人頭帳戶後，使詐欺被害人將款項匯入，其目的絕對不是讓該款項（當作詐欺集團自己的存款一樣）始終保留於人頭帳戶內，而仍有待後續提領出來取得對該款項的更高支配性。而使被害人將款項匯入人頭帳戶，除了具有將犯罪所得置入金融交易體系的處置作用外，亦有混淆視聽降低犯罪所

⁴⁵ 許澤天，前揭註41，頁424。

得之可辨識性的分層化作用，其中處置作用已因款項進入帳戶而完成，而分層化作用則透過車手將犯罪所得提領出來而延續。詐欺所得之款項由人頭帳戶被車手以現金形式提領而出後，雖然有帳戶交易紀錄存在，但提款卡或存簿係歸屬於人頭帳戶，故無法以帳戶交易紀錄確定詐欺所得之真正去向。而且，純粹的現金根本欠缺關於本質、來源、去向、權利歸屬等特徵的標示，因此車手透過提領將存款債權轉換為現金的行為，確實產生遮斷金流軌跡，降低詐欺所得之可辨識性的作用，可構成第 2 款掩飾隱匿型之洗錢罪。至於車手持現金的行為，僅係其掩飾隱匿行為之附帶性作為，不因此而適用第 3 款論處⁴⁶。

肆、結 論

本文選擇性地回顧 2022 年 5 項重要刑事法實務議題，包括妨害公務罪的修訂、網路賭博罪的增訂、跟蹤騷擾防制法的立法、犯罪所得沒收規定可否溯及既往的爭議、詐欺集團車手是否構成一般洗錢罪的問題。經過以上回顧，可以發現相關實務法律議題一如以往地難以帶來思想上的啟迪。就刑事立法而言，無論是犯罪化還是除罪化，向來多是社會需求觸發下政治運作的結果，在立法理由中除了政策目標與外國法制的陳列外，通常未見符合刑法規範性預設的深層理論敘述，以致學界與立法者的溝通，不是提供資訊協助立法者建立表淺的理論支撐，就是停留在無所交集的理念指摘之上。至於司法實務問題，可能來自原初立法的疏漏與不明，也可能來自法律適用者自身思慮不清，但都將學說與實務的對話局限在規範邏輯的梳理與糾錯，消耗學界原應投入知識創新的有限精力。由於這涉及我國刑法學的總體發展水平，因此短期內前景不容樂觀。

⁴⁶ 不同見解參見許恒達，前揭註42，頁1493，主張車手構成持有型洗錢罪。

Developments in the Practices of Criminal Law in 2022

Yang-Yi Chou *

Abstract

This article provides a selective examination of significant legal developments and practical insights related to criminal law in 2022. It covers a range of issues, including the introduction of legislation to establish Internet gambling as a criminal offense, the repeal of the provision of insulting the public office, and the increase in criminal liability for insulting civil servants. The article also tracks the progress of the Harassment Prevention Act, and discusses constitutional court decisions on the retroactive application of confiscation of criminal proceeds. Furthermore, it analyzes a significant criminal court ruling on whether fraudulent syndicated riders should be considered as money laundering offenses. From a legislative perspective, the criminalization of Internet gambling and the measures to combat stalking reflect the evolving needs of society in terms of penal control. The practical problems relating to confiscation of proceeds of crime and money laundering arise from previous systemic changes in criminal law, which were already controversial. Overall, the legislative rationales or practical insights are plagued by issues of inadequate reasoning and gaps in the logic.

Keywords: internet gambling, obstructing an officer in discharge of duties, stalking, confiscation, money laundering

* Professor of Law, College of Law, National Taiwan University.
E-mail: yangyichou@ntu.edu.tw