



破壞古蹟的刑法制裁問題

——評臺灣高等法院108年度上訴字第196號刑事判決

■蔡聖偉 臺北大學法律學系教授

本案事實

圓山水神社位於臺北市士林區，為日人於1938年所興建，屬臺北市市定古蹟「草山水道系統」的古蹟保存範圍，現由臺北自來水事業處管理、維護。被告得知臺北市尚存有日本人建造之「圓山水神社」，因不滿部分地方政府復建神社，便計畫透過毀損神社的方式來表達對於日本殖民歷史的憤慨。2017年8月13日深夜，被告攜帶畫筆與無法以清水或去漬油洗淨之白色水泥漆前往「圓山水神社」，以白漆在該神社主殿之四根朱紅色柱子上塗鴉書寫「奪台殺民一百萬」、「侵華虐殺數千萬」、「日寇倭奴狗畜牲」、「皇民賤種三腳仔」等文字，並以油漆自上方淋灑而下，致上開古蹟原有之外觀受到嚴重影響。全案經臺北自來水事業處提告，士林地方檢察署檢察官提起公訴。被告對上開事實坦承不諱，但辯稱當時不知道「圓山水神社」為古蹟，且油漆僅具保護作用，並無毀損建物本身。

爭點

被告對檢方起訴之事實並不爭執，但辯稱自己當時並不知道「圓山水神社」為古蹟，另亦主張，油漆具保護作用，其行為並未毀損建物本身。這兩部分也正是本案的主要爭點：①以油漆覆蓋於物件之上，但未直接破壞本體，是否亦構成一般毀損罪或毀損古蹟罪？此處也會涉及到普通毀損罪構成要件的解釋。②毀損古蹟罪的故意認知內容為何？

判決要旨

本案經檢察官偵察起訴後，第一審法院依文化資產保存法第103條第1項第2款毀損古蹟罪，判處被告有期徒刑6個月，被告不服提起上訴，遭高等法院以本判決駁回，但宣告緩刑2年，並命被告於判決確定後6個月內向國庫繳納新臺幣3萬元。於此先行彙整其中的主要法律論述如下：

(1)按現行文化資產保存法第103

條第1項第2款規定：毀損古蹟、暫定古蹟之全部、一部或其附屬設施，成立毀損古蹟罪，法定刑為「6個月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以上2千萬元以下罰金」。此與刑法第354條規定：毀棄、損壞前二條以外之他人之物或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人者，成立毀損器物罪，二者客觀構成要件要素尚有不同。比較言之，文化資產保存法第103條第1項第2款之「毀損」二字，自文義解釋，固可包括毀棄、損壞二種行為態樣，但不含致令不堪用之情形，且不足以生損害於公眾或他人為必要。可知，毀損古蹟罪，構成要件較刑法毀損罪為嚴苛，不致令不堪用為必要，且法定刑較刑法為重，也非如刑法列為告訴乃論之罪，寓有對古蹟特加保護之意。

(2) 又本罪之行為客體為「古蹟」，依文化資產保存法第3條第1目：一、有形文化資產(一)古蹟：指人類為生活需要所營建之具有歷史、文化、藝術價值之建造物及附屬設施。又文化資產保存法第1條明定：為保存及活用文化資產，保障文化資產保存普遍平等之參與權，充實國民精神生活，發揚多元文化，特制定本法。第24條第1項前段規定：「古蹟應保存原有形貌及工法，如因故毀損，而主要構造與建材仍存在者，應基於文化資產價值優先保存之原則，依照原有形貌修復」。是以同法第103條第1項第2款之毀損古蹟之一部罪所定之「毀損」行為，除參酌刑法「毀損」罪所定「毀損」行為之要件外，並應參酌文化資產保存法所定為維護文化資產

所彰顯之文化歷史價值有無因此而遭受貶抑，綜合加以判斷之。

(3) 又按刑法第354條之毀損罪，所謂「毀棄」，係根本毀滅物之存在或導致其可用性完全喪失。所謂「損壞」，乃指損害破壞，使物之本體發生重大變化，並減低物之可用性。如未損壞物之本體，僅物之外表形貌變更，是否該當損壞之要件，則有爭議。惟古蹟，本以其原有存在的形式，表彰其歷史、文化或藝術價值，且不致令不堪用為必要，則依目的性解釋，本罪之「損壞」，不以改變古蹟本體之完整性或發生重大變化，或喪失原有效用為限，應包括改變古蹟外貌致貶抑古蹟歷史、文化、藝術價值之情形在內。

評 析

本文贊同本案歷審判決的結論，同樣認為本案中應論以文化資產保存法（下稱「文資法」）第103條第1項第2款之罪（下稱「本罪」），故於下文僅針對其中的部分法律意見（特別是構成要件的解釋）提出一些補充和比較法上的參考素材。

壹、毀損古蹟罪的保護法益

文資法旨在保護古蹟的文化歷史價值，依該法第17條之規定，古蹟可由中央或地方主管機關審查指定，或由建造物所有人向主管機關申請指定，經公告後陳報中央主管機關備查。目前較為人知的古蹟，像是臺北市的北門、東門、南門、小南門、龍山寺、淡水紅毛城、臺南孔廟、安平古堡殘蹟、赤崁樓、二鯤鯓砲臺（億載金城）、高雄市打狗英

國領事館、東門、南門、北門等¹。古蹟建物與一般建物不同，並非僅是建材的堆砌，而是能進一步呈現過去某個時代的文化或歷史，承載了先人的共同記憶，透過建物的存在及外觀建立起現代與過去歷史的連結。因此，文資法第103條第1項第2款便規定，「毀損古蹟、暫定古蹟之全部、一部或其附屬設施」者，處6個月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以上2千萬元以下罰金，藉以維持古蹟在物理上的結構完整性及樣貌，進而維護其文化歷史價值²。本罪與德國刑法第304條損害公眾之毀損罪(Gemeinschaftliche Sachbeschädigung)相仿³，該條規定內容如下：

「違法損壞(beschädigen)或毀棄(zerstören)境內宗教團體之敬奉物品或用於禮拜之物，或墓碑、公共紀念碑、自然遺跡，或公開收藏保存或公開陳列展示之藝術、學術或工藝物品，或供公眾使用、用於美化公共道路、廣場或設施之物品，處3年以下自由刑或罰金。無權而非僅輕微、暫時地改變第1項物品之外觀(Erscheinungsbild)者，亦同。未遂犯罰之。」

依照德國文獻的一致見解，該罪並非毀損罪的特別規定，保護法益並非所

有權，而是公眾對於文化或公益客體的維護與使用利益(Erhaltungs- und Nutzungsinteresse)⁴。因此，本罪的行為人甚至可以是行為客體的所有權人⁵。德國刑法中的損害公眾之毀損罪在保護對象上雖然比我國文資法中的毀損古蹟罪更廣，但兩者背後的基本立法理念則屬相同。文資法第1條揭示，該法的規範意旨在於「保存及活用文化資產，保障文化資產保存普遍平等之參與權，充實國民精神生活，發揚多元文化」。在如此的立法目標下，古蹟具有強烈的公益性，所有權歸屬自然就不再是重點，同法中甚至有部分行政罰制裁規範係專門針對古蹟所有人而設，以之作為行為主體。然而，本罪僅規定「毀損」，刑法第354條毀損罪則臚列出「毀棄」、「損壞」以及「致令不堪用」三者，且另要求「足以生損害於公眾或他人」。這些差異是否會影響本罪的解釋，尚有討論的空間。為便於討論，以下先簡要說明毀損罪的構成要件內容。

貳、毀損構成要件的分析

刑法上的毀損構成要件看似簡單，其實暗藏了許多解釋爭議。首先，條文中所列出的「毀棄」與「損壞」，究竟

¹ 依照文化部文化資產局國家文化資產網所示，截至2023年6月，全國已有超過1千處古蹟，網頁連結：<https://nchdb.boch.gov.tw/assets/advanceSearch?query=%7B%22searchType%22:false,%22classifyCode%22:%5B%221.1%22%5D%7D>（最後瀏覽日：2023年6月22日）。

² 此見薛智仁，毀損古蹟罪／台北地院99訴930及台高院99上訴4105判決，台灣法學雜誌，192期，2012年1月，180頁。

³ 另奧地利刑法第126條第1項第3款與第4款亦設有類似規定。

⁴ 僅參閱Sch/Sch/Hecker, StGB, 2019, § 304 Rn. 1; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 2023, § 304 Rn. 1; Fischer, StGB, 2023, § 304 Rn. 2.

⁵ Lackner/Kühl/Heger, StGB, 2023, § 304 Rn. 1. 倘若行為人因為自己是所有權人便以為可以自行毀損紀念碑，則屬禁止錯誤，此見Goeckenjan, LK-StGB, 2023, § 304 Rn. 24.

是在描述構成要件行為（行為模式選項）還是構成要件結果（結果選項）？其次，「致令不堪用」究竟應該是與毀棄與損壞並列的選項，還是對於毀棄與損壞在程度上的要求甚或是構成要件結果？接下來，我們就先從毀棄與損壞要素的定性談起。

一、毀棄或損壞：構成要件行為or構成要件結果？

國內文獻中，對於毀棄與損壞要素的定性有著分歧的主張。多數將毀棄與損壞理解成行為模式的選項（行為態樣）⁶，少數將之理解為構成要件結果⁷，另則有學者主張此二者不僅是構成要件行為的態樣，同時也是關於不法結果的描述⁸。本文以下將要嘗試證立：毀損罪應屬「非定式犯罪」，立法者對於構成要件行為並無任何違犯方式上的限定，而毀棄、損壞與致令不堪用三者，則應屬構成要件結果的描述。

首先，將毀棄與損壞定性成構成要件行為（行為模式選項）的看法，與犯罪原理無法相容。依照前面摘錄的判決文(3)所下的定義，「毀棄」係指根本毀滅物之存在或導致其可用性完全喪失，「損壞」則是使物之本體發生重大變化，並減低物之可用性⁹。倘若不爭執這些概念定義，那麼毀棄與損壞就不可能是行為本身，而只可能是行為所引發的「後果」。舉例來說，打破別人的窗戶構成毀損罪，但「玻璃被打破」這個狀態不會是毀損的「行為」，而是某個足以造成此種狀態之行為（如對窗戶丟擲磚塊）所引發的外在世界變動（後果）。因此，毀損罪的構成要件行為只可能是「足以毀棄或損壞行為客體之行為」，也就是對於行為客體製造出毀損風險的行為，而不可能是毀棄與損壞本身。至於其具體的態樣，則有無限多的可能性；像是丟擲石塊、揮動球棒敲擊、晃動櫥窗、腳採油門，甚至是按下

⁶ 如周治平，刑法各論，1972年2月，949頁；陳樸生，實用刑法，1993年7月，885頁；褚劍鴻，刑法分則釋論（下），2004年2月，1368頁；林山田，刑法各罪論（上），2005年9月，536、540頁；甘添貴，刑法各論（上），2019年9月，409頁；陳子平，刑法各論（上），2022年9月，812頁；盧映潔，刑法分則新論，2022年8月，818頁；彭國能，刑法分則釋義精解，2013年9月，508頁；李聖傑，普通毀損罪的行為樣態分析——四十七年台非字第三十四號判例，裁判時報，19期，2013年2月，111、113頁。本判決亦將之稱為「行為態樣」。德國文獻中多數亦採此看法，如Sch/Sch/Hecker, StGB, 2019, § 304 Rn. 11; Zaczyc, NK-StGB, § 303 Rn. 5.

⁷ 如許澤天，刑法分則（上），2023年2月，355頁。

⁸ 此見古承宗，刑法分則：財產犯罪篇，2020年9月，197、202-203頁。類似說法則見甘添貴，同註6，409頁，其將毀棄、損壞和致令不堪用定性成「實行行為」，而將「滅失、物質破壞或其效用喪失」理解成毀損罪的結果。但後者其實就只是毀棄、損壞與致令不堪用在語詞上的替換而已。

⁹ 這也是司法實務上的穩定看法，如最高法院109年度台上字第1861號刑事判決：「毀棄」係指毀滅或拋棄，使物之本體或其效用全部喪失；「損壞」乃指損害或破壞，使物之性質、外形及其特定目的之可用性一部喪失之意。

電腦鍵盤按鍵，都可以是製造毀損風險的行為。但如此一來，所謂的毀損行為，內涵上就完全等同於客觀歸責理論對於非定式犯罪所提出的「製造不受容許之法益影響風險」，而沒有限定任何的違犯模式，故應屬非定式犯罪。

其次，將這些要素同時定性成構成要件行為與構成要件結果的作法，也同樣不可行。除了前面所提到的觀點外，另一個技術性理由則是，如此一來將會使得因果關係的審查在毀損罪這裡完全喪失意義。詳言之，如果構成要件行為與構成要件結果的內涵相同，那麼因果關係的審查就會變成在確認「A對於A而言是否不可想像不存在」，如此的審查內容永遠不可能得出否定的結論，隨而也失去作為構成要件要素的意義。

綜上，本文主張毀棄與損壞二者並非關於構成要件行為的描述，而是選言連結的結果要素選項，毀損罪對於違犯方式並無任何限定，係屬非定式之結果犯。

二、致令不堪用：行為選項、程度要求 or 行為結果？

前面摘錄的判決文(3)指出，本罪「不致令不堪用為必要」，這句話可能會被解讀成：但毀損構成要件列有「致令不堪用」，因此毀棄與損壞這兩個選項就要達到不堪用的程度，進而使得「致令不堪用」成為毀棄與損壞二者

在程度上的要求。而在文獻上，確實可以看到有將「致令不堪用」理解成毀棄與損壞行為的結果¹⁰。但這些解讀恐怕都無法合於法條文字¹¹。就刑法第352條與第354條的毀損罪規定來說，其中的構成要件結果均屬相同，包含了三個選言連結的選項：①毀棄、②損壞，以及③致令不堪用。由此觀之，③應該是與①、②相同，都是並列的選擇要素（結果選項），只不過①和②是針對實體上的影響，③則是針對功能上的妨礙（詳見下文貳、三、）。若將③看成是對於①與②在影響程度上的要求，或是理解成①與②的結果，進而主張，毀棄與損壞若未達致令不堪用的程度，即不構成毀損，實與法條文字有違。此時雖然沒有擴張法條的適用範圍，而是相反地限縮（因此並無不利於行為人），但將法條中的「或」透過解釋替換成「且」，讓獨立的選項成為其他選項的限縮，竄改了立法者做出的明文決定，實屬僭越立法者權限，在權力分立的法秩序中，已屬違法的法律解釋¹²。

我國毀損罪將毀棄、損壞與致令不堪用三者並列，異於德國與日本的立法例。德國刑法第303條第1項毀損罪(Sachbeschädigung)僅列有損壞(beschädigten)與毀棄(zerstören)二者；2005年修法增訂第2項，制裁改變物件外觀的行為¹³。日本刑法第261條同樣僅規定「損壞或

¹⁰ 此見古承宗，同註8，197、202-203頁。其指出：由於「致」字蘊含了因果性的歸責意義，也就是毀損行為（毀棄與損壞）與特定物所發生的不堪用狀態必須具備因果關係，致令不堪用則是不法構成要件結果（前揭出處197頁）。

¹¹ 批評已見甘添貴，同註6，399頁：忽略法條上致令不堪用係與毀棄及損壞為平行用語所致。

¹² 相同結論見薛智仁，同註2，182-183頁。

¹³ 該項規定：無權而非僅輕微且暫時地變更他人之物的外觀者，亦同。

傷害他人之物」，而未列出致令不堪用的選項¹⁴。與此相對，奧地利刑法第125條與瑞士刑法第144條則與我國法相同，均於毀棄與損壞之外，另列出致令不堪用(unbrauchbar machen)這個選項，用以掌握影響某物實現（權限者所賦予之）特定功能的情形¹⁵。正因為德國與日本刑法毀損罪構成要件中未列出致令不堪用這個選項，才會在「未破壞實體，但已影響功能」的情形引發爭議，這也是我們接下來要討論的問題。

三、損壞與不堪用的解釋

由於德國與日本刑法中的毀損罪並未列出致令不堪用的類型，因此，未破壞實體但已妨礙功能的情形（像是對他人的食物吐口水，或是將汽車輪胎內的氣放光）是否會構成毀損罪，學說上便有不同主張。從理論發展史來看，主要有實體侵害理論(Substanzverletzungstheorie)、功能妨礙理論(Funktionsvereitelungstheorie)與狀態變更理論(Zustandsveränderungstheorie)的對立¹⁶。國內諸多文獻或許受此影響，主張無論是毀棄、損壞還是致令不

堪用，均須使標的物喪失效用；若僅損害其物而效用仍存者，則僅屬本罪未罰及的未遂犯¹⁷。依此看法，即便是毀棄與損壞要素，在實體（物質）上的破壞之外，還必須造成功能效用方面的影響。毀棄係根本消滅行為客體的物理性存在，效用固然也會隨同喪失，但損壞亦須如是，除了減損物質之一部外，還必須破壞該部分的效用。至於致令不堪用，則是針對「雖未變更或減失其物質之型態，但卻使其效用全失」的情形¹⁸。最高法院亦有判決採取如此的解釋¹⁹。

然而，我國刑法中，毀損構成要件既然同時並列了毀棄、損壞與致令不堪用三者，自然就不需要像受制於實定法文字的德、日刑法學界那般，必須在實體侵害、功能妨礙和狀態改變之間選邊站，而可透過不同選項掌握相異的侵害態樣：毀棄與損壞為實體（物質）上的物理性破壞，致令不堪用則是對於物件可用性（功能）上造成影響²⁰。依此理解，在認定毀棄或損壞時，便無需考量效用是否減損，致令不堪用則是著重於

¹⁴ 譯文參見陳子平·謝煜偉·黃士軒譯，日本刑法典，2018年5月，178頁。

¹⁵ 參見Bertel, WK-StGB, 2008, § 125 Rn. 5.

¹⁶ 對此可參閱Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I/1, 2009, 36/7 ff. 的介紹。

¹⁷ 褚劍鴻，同註6，1359頁。甚至有文獻主張，應純從功能妨礙的角度來詮釋毀損，亦即不以實體破壞為必要，只要妨礙減損物的正常使用功能即可成罪，如林東茂，刑法分則，2022年8月，253頁。

¹⁸ 此見陳樸生，同註6，887頁。

¹⁹ 如109年度台上字第1861號刑事判決：所謂「毀棄」係指毀滅或拋棄，使物之本體或其效用全部喪失；「損壞」乃指損害或破壞，使物之性質、外形及其特定目的之可用性一部喪失之意；「致令不堪用」則指以毀棄、損壞以外之方法，雖未毀損原物之外形或物理存在，但使物喪失其特定目的之全部效用者而言。

²⁰ 同此見解者，如甘添貴，同註6，398-399頁；黃榮堅，刑罰的極限，1999年4月，182頁；許澤天，同註7，356頁；薛智仁，同註2，183頁。

功能，專指使行為客體喪失原有效用²¹。又若行為人透過對實體的破壞來影響行為客體的功能，便會同時實現損壞與致令不堪用這兩個選項。於此需留意者是，由於這兩個選擇要素屬同一構成要件，因此仍僅實現毀損構成要件一次（單一之構成要件實現、單純一罪），而無法條競合的問題²²。

單純的外觀改變(Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes)，像是在車門上或建築物外牆噴漆塗鴉，是否會該當損壞要素，學說上有不同看法²³。但若物件的存在功能即在於展現外觀，則改變其外觀即屬觀賞功能的妨礙，已可該當致令不堪用，此部分則無爭論²⁴。例如，藝術家使用吸光率極高的奈米探管黑體作為顏料，塗在其名為黑洞的雕塑作品上，行為人未經允許便直接噴漆於該雕塑物件上，該物件即失去展出的價值。又像是在他人畫作上提字或塗鴉，使得藝術價值重大減損，亦屬致令不堪用²⁵。

參、毀損古蹟罪於本案之適用

一、毀損要素的解釋

如前文評析之貳、三、所述，本案被告潑灑油漆的行為應構成刑法第354條之毀損器物罪²⁶。是否亦構成文資法第103條第1項第2款之毀損古蹟罪，尚待進一步討論。立法者於毀損古蹟構成要件中僅寫出「毀損」二字，其射程範圍有待釐清。對此，本判決指出：

文化資產保存法第103條第1項第2款之「毀損」二字，自文義解釋，固可包括毀棄、損壞二種行為態樣，但不含致令不堪用之情形，且不以足生損害於公眾或他人為必要。可知，毀損古蹟罪，構成要件較刑法毀損罪為嚴苛，不以致令不堪用為必要，且法定刑較刑法為重，也非如刑法列為告訴乃論之罪，寓有對古蹟特加保護之意。

本判決將毀損二字拆解成毀棄與損壞，再對應到毀損器物罪的構成要件，隨而會得出本罪不含致令不堪用的功能性妨礙，這固然是一種可能的解釋。但若用「毀損罪」這個上位概念來理解本罪的「毀損」一詞，那麼本罪就包含了毀損罪所有的結果選項，亦即仍涵蓋毀棄、損壞，以及致令不堪用三者²⁷。以上兩種解釋應該都在文義許可的範圍

²¹ 參見甘添貴，同註6，399頁。

²² 對此可另參閱蔡聖偉，刑法案例解析方法論，2020年8月，294頁。

²³ 採肯定立場者，如薛智仁，同註2，182-183頁；有條件肯定者，如黃士軒，對建築物潑漆等行為與毀損罪的「致令不堪用」概念——評台灣高等法院109年度上易字第2400號刑事判決、台灣高等法院台南分院110年度上易字第81號刑事判決與台灣高等法院106年度上易字第1999號刑事判決，台灣法律人，18期，2022年12月，108頁以下，114頁（主要預定效用減損）。持否定看法者，則有陳子平，同註6，810頁；林東茂，同註17，253頁之註1；許澤天，同註7，359頁。

²⁴ 同此結論者，如陳子平，同註6，810頁；許澤天，同註7，359頁。

²⁵ 已見林東茂，同註17，253頁。

²⁶ 不過該罪為告訴乃論之罪，本案告訴人已於雙方和解後撤回告訴。

²⁷ 採此見解者，如薛智仁，同註2，184-185頁；實務見解則如臺南高等法院99年度上訴字第

內。這種用語不一致的情形，其實早就存在於刑法分則中。刑法第353條第1項毀損建築物罪使用了「毀壞」一詞，而和第352條毀損文書罪與第354條毀損器物罪的毀棄、損壞稍有差異，但文獻上仍舊做了相同的解讀²⁸。此外，刑法第185條之2第2項同樣使用了毀損一詞，解釋上亦應包含使航空器或飛航安全設施失去效用之情形。另外再從規範目的來看，似乎也找不到支持相異解釋的理由，因為直接破壞廟宇古蹟的實體並非貶抑其文化歷史價值的唯一方式²⁹。

倘若採取較廣義的理解，則本案被告所為，應已實現致令不堪用的功能妨礙要素，蓋古蹟的效用在於其文化歷史價值，保存古蹟效用的主要方法就是「保持其原有形貌及工法」（文資法第24條第1項），一旦改變古蹟的原有形貌，原則上即應肯定其效用受到妨害³⁰。經過潑漆後，主殿的文化歷史價值即已受損。誠如本判決所言，「已使該神社主殿之原有莊嚴之形貌嚴重受損，仿如荒廢涼亭般，失去祭拜神明場所應有之形貌及莊嚴之氛圍」。

但即便不採如此的理解，而主張本罪的毀損僅包含毀棄與損壞二者，潑灑油漆使之直接附著於行為客體上，亦屬

破壞實體的損壞結果，這也是本判決所採取的立場：

按古蹟，本以其原有存在的形式，表彰其歷史、文化或藝術價值，則文化資產保存法第103條第1項第2款規定之毀損古蹟罪之「毀損」，不以改變古蹟本體之完整性或發生重大變化，或喪失原有效用為限，應包括改變古蹟外貌致貶抑古蹟歷史、文化價值之手段在內，已如上述。系爭水神社係參拜水神之場所，主殿樑柱自以莊嚴肅穆為基調，始能彰顯其祭拜神明所需之文化氛圍。而「圓山水神社」之主殿（含四根柱子、平台、神龕、香爐等），係供參拜民眾擺設供品、捻香祭拜之處所，樑柱則為主殿最顯目之設施，其樑柱水泥柱上，漆以朱紅色油漆，即在突顯其莊嚴的一面。被告以畫筆沾取白色水泥漆在該神社主殿之四根柱子正面以塗鴉書寫「奪台殺民一百萬」、「侵華虐殺數千萬」、「日寇倭奴狗畜牲」、「皇民賤種三腳仔」等文字，字體粗大、字跡潦草，且糾結難辨，未乾油漆並和水自上淋灑而下，雖未毀壞樑柱之支撐功能，但已使該神社主殿之原有莊嚴之形貌嚴重受損，仿如荒廢涼亭般，失去祭拜神明場所應有之形貌及莊嚴之氛圍，且所

4105號刑事判決：惟就上開條文所定之「毀損」行為，該法並無明確定義，故就該「毀損古蹟或其附屬設施罪」所定處罰之行為態樣，自宜回歸於刑法「毀損」罪章以資為相同審認，再參酌文化資產保存法所定為維護文化資產所彰顯之文化歷史價值有無因此而遭受貶抑，綜合加以判斷之。

²⁸ 如甘添貴，同註6，404頁（其主張應修法統一用語以免爭議）；陳子平，同註6，808頁；盧映潔，同註6，816頁；古承宗，同註8，216頁。

²⁹ 已見薛智仁，同註2，184-185頁，其舉之例為在古蹟建物中散播具高度傳染性之病菌使其無法被使用。

³⁰ 參見薛智仁，同註2，185頁。

書寫之文字無法以清水、去漬油洗淨，僅能以重新油漆覆蓋之方式修復處理，亦如上述。顯已使主殿所彰顯之文化歷史價值因此而遭受嚴重貶抑，被告所為塗鴉行為該當毀損古蹟之一部，甚為明確。

如前文評析之貳、三、所言，毀損罪的損壞要素，主要係指行為客體的實體完整性被改變，像是於石碑上刻畫「到此一遊」的文字。除此之外，倘若回復原狀必然會導致客體表面遭受損傷，則在回復原狀前，亦已屬該當損壞³¹。本案被告雖主張其所使用之水性水泥漆用清水即可洗淨，但法院經調查後確認「被告遺留於現場之白色油漆成分為樹脂、鈦白粉、顏填類、添加劑、水等之白色水泥漆，將水泥漆塗抹於牆上，乾燥後清水刷洗無法洗淨，再前去漬油刷洗亦無法完全清洗乾淨，……可知，被告在神社主殿樑柱上塗寫之行為，已致原有漆面外觀嚴重損壞之程度，無法洗淨，原有形貌盪然無存。」本文亦贊同法院此處的認定，蓋依前面對於損壞要素的理解，本案被告的行為在影響古蹟功能之餘，也同時造成物質實體上的影響，故可肯定損壞要素的該當。

二、古蹟修建後的同一性問題

本案中還有另一個有趣的問題，亦即：古蹟經過改建或維修後，其作為古蹟的法律地位是否會受到影響？本案被告便曾主張，圓山水神社原為日式木造神社的形式，主殿早已滅失，現行主殿

乃1990年間所建，改為中國式的紅柱青瓦亭，難認係古蹟。對此，本判決則是透過以下的論述駁斥：

圓山水神社係以石碑、手洗石製水槽、石燈籠、石獅及祭神主殿等古蹟合為一祭拜設施群，供民眾參拜水神而設，於木造主殿頹敗後，依文化資產保存法第24條第1項規定，原則上固應依照原有形貌修復，但同條第2項亦明定：必要時得採用現代科技與工法，以增加其抗震、防災、防潮、防蛀等機能及存續年限。則系爭主殿頹敗後，在原有主殿位置，改以中式水泥柱覆以青瓦之形式，乃採用現代科技與工法之結果，固顯突兀，但此係為台日文化相互浸染之結果，且與其他水槽、石燈籠、石獅等設施搭配，仍不失為祭拜神明之場所，有其歷史、文化價值，既經核定為古蹟，自無「假」古蹟之問題，應受文化資產保存法之保護。

本文亦贊同此結論。古蹟需要持續整修、維護，而不能任其崩壞。對此，文資法第24條已設有明文。只要符合該條之指示進行維護工程，縱使維護單位的維修手法拙劣，也不至於因為維修而喪失同一性，進而失去古蹟的法律地位。這裡的問題，和哲學史上著名的「忒修斯悖論」(Theseus-Paradoxon)有幾分相似。忒修斯是古希臘傳說中的雅典國王，其所搭乘的船隻被後人留存作為紀念，隨著時間經過，船上的木材逐漸腐朽，雅典人便持續用新木材來替換腐壞的木材，直到船上每根木頭都被新

³¹ 德國通說看法，僅參閱Goeckenjan, LK-StGB, 2023, § 303 Rn. 30. 國內文獻明白採此看法者，如薛智仁，同註2，184頁；古承宗，同註8，214頁。

木材替換後，便有人提出同一性的疑惑：船上所有木材都不再是原本的木材，這艘船還能算是原本的那艘船嗎³²？抽象的表述就是：當某個客體的個別部分接續被替換，是否會因此逐漸失去同一性³³？

被告所破壞的主殿與日人建造的原主殿位置固然相同，但也無法單由此推導出前後的同一性。易言之，對於古蹟同一性的判斷來說，空間上的連續性或可作為參考因素之一，但不能將之絕對化。舉個極端的例子，倘若古蹟本體已被摧毀，後來在原地起建形式與結構完全不同的建物，像是改建成飯店或遊樂園，自然也不會因為該地曾經存在過古蹟，進而使得這些新建物也當然承繼取得古蹟地位。更何況，博物館中收藏的古蹟建物有時也會拆解運送到外地展覽，或是將古蹟建物從原址移至博物館中保存（像是紐約大都會博物館中收藏的埃及丹鐸神廟），自然不會因為空間改變而喪失古蹟的法律地位。依照文資法第3條第1款第1目之規定，該法所稱的「古蹟」是指「人類為生活需要所營建之具有歷史、文化、藝術價值之建造物及附屬設施。」因此，同一性的判斷應著眼於相關建物或設施在歷史、文化及藝術價值的面向。本案所涉及的主殿建物乃圓山水神社之一部，1990年維修前後，建物除了具有空間上的連續性外，在神社整體外觀以及使用功能上，

也仍舊維持了同一性，歷史與文化的價值並未中斷。無論當時的修整工法是否妥適得宜，都不影響古蹟的法律地位。

三、故意的認知對象

除了前述客觀構成要件該當性審查的諸爭點外，在故意的認定部分，也有尚待釐清的問題。被告辯稱其不知圓山水神社為古蹟因而欠缺本罪之故意，本判決對此則提出以下的論述來反駁：

文化資產保存法第103條第1項第2款之毀損古蹟之一部罪之成立，並不以行為人主觀上須「明知」為要件，亦即並不以行為人有確定故意（或稱直接故意）為限，不確定故意（或稱間接故意）亦包括在內。換言之，判斷行為人有無毀損古蹟之故意，應就客觀事實判斷，如行為人預見行為客體有屬於古蹟保存範圍內之可能，竟仍為毀損之行為，即可認定有毀損之間接故意。而查：1.據被告於偵查中自承：該處是日本神社，日本神社是以前毒害我們殖民的統治者，我認為水公司為何還要用人民的錢去維護這個以前日本殖民的文物等語，則被告既已知悉該神社為日本神社，係日本殖民時期（1895年至1945年）之文物，且由地方政府單位即臺北自來水事業處（水公司）維護管理中。另於本院審理中供稱：潑漆前有於白天前往現場勘察，有約略看到石獅等物等

³² 對此參見百科知識中文網，網頁連結：<https://easyatm.com.tw/wiki/忒修斯之船>（最後瀏覽日：2023年6月19日）。

³³ 哲學史上有不少類似的同一性悖論，像是古希臘哲學家賀拉克利特(Heraklit)指出，我們永遠不可能再次度過相同的河流，因為河中流經的水不會相同。這則悖論也被稱作「赫拉克利特之河」。

語，已知「圓山水神社」係坐落於臺北自來水事業處陽明分處辦公區後方，供奉的又是水神，且現場可看到神社主殿有供奉水神之神龕，主殿下方有書寫「圓山水神社」之石碑，另有涼亭、石燈籠，手洗石製水槽，並有石獅二隻守護，有表參道供拾階而上，而上開石碑、石燈籠，手洗石製水槽，以及石獅，由卷附照片觀之，久經歲月風霜，外觀已顯老舊斑駁，而神殿雖係79年改建，但係神社群不可或缺之主要設施，不可能排除在外，堪認被告主觀上實已有預見「圓山水神社」設施群包括神殿樑柱，可能係為「草山水道系統」古蹟保存範圍內甚明。被告竟仍以白色漆在主殿柱子上為塗鴉文字，則被告有毀損古蹟之一部的不確定故意甚明。

本案被告關於主觀面的抗辯，其實就是主張：①古蹟屬性為故意的認知對象，以及②其於行為當下並不認為主殿為古蹟。本判決在①的部分似採肯定立場，在②的部分，則是透過被告至少認為該建物有可能為古蹟，進而肯定其具本罪之間接故意（不確定故意）。誠如前所摘錄的判決文，本罪並不以明知為必要，僅需認為構成要件該當事實（構成犯罪事實）有發生的可能性即可（可能性認知）。本文亦贊同判決中這兩部分的認定，以下僅針對本罪故意的認知對象稍做補充。

（一）平行評價or事實認知？

本罪的構成要件為「毀損古蹟」，而古蹟的屬性顯然與本罪的不法內涵相關，甚至可說是不法的核心，自屬故意的認知對象。通說向來將構成要件要素區分為描述性(deskriptiv)要素和規範性(normativ)要素兩大類³⁴，前者是指那些經由純粹的感官知覺就能夠確認的要素（事實描述），後者則是那些需要透過智力理解(geistiges Verstehen)³⁵或是價值判斷才能確定內涵的要素³⁶。通說在這個二分的基礎上，再分別對於這兩種要素提出不同的故意要求：涉及描述性要素時，行為人的故意僅須及於與該要素涵攝相關之自然事實；涉及規範性要素時，行為人除了必須對於涵攝相關的自然事實有所認知外，還必須瞭解這些要素在法律、社會上的意義內涵(rechtlich-sozialer Bedeutungsgehalt)³⁷。在規範性要素的意義內涵認知這部分，行為人無須如法律專家般精準，亦即不需要對於法條文字有所認知（否則就只有法律人才可能具有犯罪故意），而是僅需具有社會上一般人所能理解的程度，大概、約略地理解相關概念的基本核心評價即可，這就是現今通說所稱的「外行人之平行評價」³⁸。「古蹟」應屬通說所指稱的規範性要素，因此，故意的認知內容除了與涵攝相關的基礎自然事實

³⁴ 僅參閱Wessels/Beulke/Satzger, AT, 2020, Rn. 195 ff.; 林山田，刑法通論（上），2008年1月，246頁；陳子平，刑法總論，2017年9月，149頁；王皇玉，刑法總則，2021年7月，154頁。

³⁵ Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, 2019, § 15 Rn. 19.

³⁶ 見Wessels/Beulke/Satzger, AT, 2020, Rn. 196; 林山田，同註34，246頁。

³⁷ 僅參閱Kühl, AT, 2017, 5/93; Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Schuster, StGB, 2019, § 15 Rn. 20.

³⁸ 通說看法，僅參閱Kühl, AT, 2017, 5/93; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 2020, Rn. 361;

外，還包括所謂「外行人的平行評價」，亦即，行為人還必須同時知悉（明知或認為可能）毀損的客體為古蹟³⁹。若行為人主張其對於行為客體的古蹟屬性無所知悉，除非法院不採信其抗辯，否則就應當推導出阻卻故意的結論。

描述性要素與規範性要素的二分，固然有其理論發展史的背景，但時至今日，是否還有繼續維持此分類的必要，甚至技術上是否能夠清楚區分，都很值得懷疑⁴⁰。若放棄此一分類，那麼以此作為基礎，對故意提出不同認知要求的作法，便也會在技術層面就出局。更重要的是，平行評價這種說法語焉不詳，難以操作⁴¹，同時也誤用了評價概念，所拋出的新問題恐怕要比原本想解決的問題還要多。通說所指稱的規範性要素，像是文書、有價證券、所有權歸

屬、直系血親尊親屬或是公務員等概念，都與固有意義下的評價無關，而是涉及到可驗證真偽的制度性事實 (institutionelle Tatsache)⁴²。所謂的制度性事實，是相對於自然事實的概念，其存在繫諸於法律或法律以外的規範⁴³，特別像是基於法律或某種社會制度所形成的權利或法律關係 (Rechte und Rechtsverhältnisse)，如所有權或是婚姻、親屬關係等⁴⁴。當立法者使用了制度性事實作為構成要件要素時，這些事實便共同建構了該罪名的不法，故意自然也就必須及於這些事實。事實上，刑法本來就是要介入社會現實來進行規整，連結自然事實和制度性事實乃屬常態，全然以自然事實作為規範內涵反而是罕見的例外⁴⁵。於此要注意的是，行為人雖然必須認識到相關權利或法律關係的存在，

Joecks/Jäger, StGB, 2018, § 16 Rn. 16. 此概念的原文為「Parallelwertung in der Laiensphäre」，直譯應為「非專業領域的平行評價」，另亦有將之譯為「一般法律門外漢的評價標準」（如蘇俊雄，刑法總論II，1998年12月，95頁）、「一般人的對照評價」（如王效文，規範性構成要件錯誤與禁止錯誤——最高法院相關判決評釋，台灣本土法學雜誌，103期，2008年2月，168頁），或改稱為準法律評價（如黃常仁，刑法總論，2009年1月，39頁）。

³⁹ 德國法上亦做相同解釋，僅參閱Goeckenjan, LK-StGB, 2023, § 304 Rn. 24.

⁴⁰ 詳見蔡聖偉，偽造文書罪的故意與錯誤——評最高法院110年度台上字第3566號刑事判決，台灣法律人，10期，2022年4月，197頁以下。德國刑法文獻中也早已有對此區分的質疑。有不少文獻主張，所有的要素均屬規範性要素，如Samson, Strafrecht I, 1988, S. 96; Herzberg/Hardtung, JuS 1999, 1073; Heinrich, AT, 2019, Rn. 1087; Roxin/Greco, AT I, 2020, 10/59. 另外也有不少文獻一方面採取如此的二分，但另一方面又認為其間無法畫出一條明確、固定的界線，如Wessels/Beulke/Satzger, AT, 2020, Rn. 197.

⁴¹ 已見黃榮堅，刑罰的極限，1999年4月，364頁：標準不清楚，說理亦不充分。

⁴² 此用語係沿用美國社會學家的用語，法律文獻中首見Darnstaedt, JuS 1978, 443，後再由Puppe, GA 1990, 156推廣，現今在德國刑法學界業已普遍被接受，見Frister, AT, 2020, 11/34; Kühl, AT, 2017, 5/92; Kindhäuser/Zimmermann, AT, 2020, 9/13; Puppe, NK-StGB, 2017, § 16 Rn. 31; Walter, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 253 ff.

⁴³ Kühl, AT, 2017, 5/92.

⁴⁴ 此見Puppe, GA 1990, 156 Fn. 19.

⁴⁵ Kindhäuser/Zimmermann, AT, 2020, 9/13.

但這些法律關係的形成過程和原因，則不會是故意的認知對象⁴⁶。舉例來說，竊盜罪的行為人只需要認識到行為客體屬於他人的結論，但無須知道對方是透過何種方式（買賣、互易還是繼承）取得該物的所有權⁴⁷。

（二）本案的判斷

如前文所述，文資法第103條第1項第2款行為客體的古蹟屬性，為毀損古蹟罪的不法核心，應屬故意的認知對象。古蹟的屬性，應該就和所有權歸屬、受委託或文書製作權限等要素一樣，都是在描述社會中的某種制度性事實。對於特定法律地位的理解，並非評價，而是一種認知行為⁴⁸。而且行為人對於這些制度性事實，必須有正確精準的認知，沒有平行與否的問題⁴⁹，也不是透過外行人的方式⁵⁰。換言之，這裡的重點並非在於行為人是否正確使用「古蹟」一詞來理解或稱呼毀損的標的物，而是要認識到建構該客體古蹟屬性的基礎事實及其特別受到保護的法律地位。要取得古蹟的法律地位，雖然需要經主管機關審查指定與備查（文資法第17條）。但指定與備查都只是內部的行政程序，僅屬取得法律地位（古蹟）的過程或原因，並非故意的認知對象。行

為人若已認識到標的建物的歷史緣由，以及受到中央或地方政府的特別保護，即具本罪之故意。本案被告於行為時即已知悉該建物為日人建造，並且認識到該建物受到地方政府的特別維護，也正是因為這些認知，才引發被告實施此犯行的動機，故其對於涵攝到古蹟要素下的相關事實已有充分的認知。

於此附帶一提，判決中另提到「被告已可預見該水神社被列為古蹟之高度可能性」這句話，恐易生誤解。依照通說所採的心理學故意概念⁵¹，故意是一種心理事實，因此，「可」預見與「有」預見二者並不相同，可預見乃預見可能性，是成立過失的門檻但若論以故意，則仍須對於構成犯罪事實之發生「有預見」，僅只是可預見仍屬未足。

肆、毀損古蹟罪與普通毀損罪的競合關係

如前所述，本案被告所為之行為同時會成立普通毀損器物罪與毀損古蹟罪。本案中，由於告訴人已因雙方和解而撤回告訴，故未生競合問題，但仍有必要花些篇幅來說明本罪與毀損器物罪之間的競合關係。

毀損古蹟，往往同時也會構成普通

⁴⁶ Kindhäuser/Zimmermann, AT, 2020, 27/29.

⁴⁷ 見Puppe, GA 1990, 156 Fn. 19; Stein, SK-StGB, 2017, § 16 Rn. 19, 24.

⁴⁸ 詳細的批評見Stein, SK-StGB, 2017, § 16 Rn. 19.

⁴⁹ Stratenwerth/Kuhlen, AT, 2011, 8/71.

⁵⁰ 見Roxin, Tiedemann-FS, 2008, S. 380, 383. 要注意的是，這絕非要求行為人必須認識到法律上的用語，僅見Rudolphi/Stein, SK-StGB, § 16 Rn. 15a.

⁵¹ 對此可參閱徐育安，費爾巴哈之故意理論及其影響——以德國刑法為核心，政大法學評論，109期，2009年6月，15頁以下。

毀損罪或毀損建物罪，但非必然。因為後二者係屬財產犯罪，行為客體限於他人所有之物，但本罪則不考慮行為客體的所有權歸屬。所有權人自行毀損其所有之古蹟時，僅會構成本罪，而不成立財產犯罪。儘管如此，毀損古蹟的行為通常不是古蹟所有人，毀損古蹟罪和毀損罪經驗上往往會伴隨實現，相關罪名是否因此會形成法條競合中的吸收關係（典型的伴隨行為），不無疑問，涉及到真正競合與不真正競合的區分標準。

關於真正競合與不真正競合的區分，學說上有提出不同的判準。首先，不少學者使用了不真正競合的現象形式（類型）來當作判斷標準：如果相關構成要件是處於特別關係、補充關係、吸收關係（典型的伴隨行為）或是與罰之前、後行為的類型，即可認定為不真正競合，否則即屬真正競合⁵²。與此相對，另則有學者主張，法條競合中的各種類型，應該只是各種表現形式的描

述，不具規範意義；至於認定不真正競合的判準，則是保護法益的同一性⁵³或是不法與罪責內涵上的包含⁵⁴。這些不同主張雖然在大部分的情形都會得出相同結論，但像是在行使偽造貨幣罪（第196條第1項）與詐欺罪（第339條第1項）競合的情形，若將不真正類型當作判準就會得出相當怪異的結論：因為行使偽造貨幣「通常」都會實現詐欺，形式上完全符合吸收關係（典型之伴隨行為）這種類型，故應成立不真正競合，僅論行使偽造貨幣罪⁵⁵。若依此種判準，本罪與毀損罪即應屬典型之伴隨行為（吸收關係），僅論以本罪⁵⁶。然而，透過偽造犯罪無法宣示相對人財產法益受損的不法，成立不真正競合會有評價不足之嫌。類似的問題也會出現在形式（明示）補充關係⁵⁷。鑑於此二罪名所保護的法益迥異，通說正確地認定了真正競合（想像競合）⁵⁸。

依照本文看法，真正競合與不真正

- ⁵² 如林山田，刑法通論（下），2008年1月，315、381頁。同樣不以侵害法益當作區分標準者，還有黃常仁，同註38，292頁。
- ⁵³ 如甘添貴，罪數理論之研究，2006年4月，91頁；黃榮堅，刑法問題與利益思考，1995年，391頁；黃榮堅，基礎刑法學（下），2012年3月，895頁以下。
- ⁵⁴ 如蔡聖偉，同註22，293-294頁。
- ⁵⁵ 如最高法院29年上字第1648號判例：「行使偽造紙幣，本含有詐欺性質，苟其行使之偽幣，在形式上與真幣相同，足以使一般人誤認為真幣而矇混使用者，即屬行使偽造紙幣而不應以詐欺罪論擬」。德國文獻中亦有採此立場者，如Rudolphi, SK-StGB, § 146 Rn. 19, § 147 Rn. 8, § 148 Rn. 12.
- ⁵⁶ 結論同此者，如褚劍鴻，同註6，1357頁（苟一行為同時觸犯毀損罪章之罪與侵害國家法益或社會法益規定之毀損罪時，應優先適用侵害國家或社會法益之毀損罪處罰）；甘添貴，同註6，396頁（本罪為補充規定）；陳煥生／劉秉鈞，刑法分則實用，2020年9月，669頁（必其他條文無特別規定時，使得適用本罪）。德國亦有少數文獻認定法條競合，如Fischer, StGB, 2023, § 304 Rn. 17.
- ⁵⁷ 詳參閱蔡聖偉，刑法問題研究(一)，2008年7月，449頁以下。
- ⁵⁸ 僅參閱林山田，同註52，328頁；甘添貴，同註53，94頁。德國通說亦同，僅參閱Sch/Sch/Stree/Sternberg-Lieben, StGB, § 146 Rn. 29; Roxin, AT/2, 33/70.

競合的區分標準應該是：單一罪名是否足以完整、充分地宣示整體犯行的不法及罪責內涵？不真正競合的各種類型充其量也只能理解成不真正競合的「表徵」，或是實質標準的「參考應用類型」⁵⁹，而非真正的判準。依此，因為毀損古蹟罪與毀損器物罪（含毀損建物罪）的保護方向不同，應處於真正競合（想像競合）的關係⁶⁰。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫 www.lawdata.com.tw；更多裁判分析►月旦法律分析庫 lawwise.com.tw）

⁵⁹ 語見黃榮堅，強盜罪概念的重構——兼評大法官釋字第六三〇號解釋，收錄於：林山田教授紀念論文集編輯委員會，刑與思：林山田教授紀念論文集，2008年11月，292頁。

⁶⁰ 已見薛智仁，同註2，181頁。德國學界多數說對於該國刑法第303條毀損罪與第304條損害公眾之毀損罪的競合關係，亦採相同看法，認定為想像競合，僅參閱Sch/Sch/Hecker, StGB, 2019, § 304 Rn. 17; Goeckenjan, LK-StGB, 2023, § 304 Rn. 27.