

法律扶助與社會

第十六期 March 2026

Legal Aid and Society Review

研究論文

韓國法上公開權成文化之初探

李曉宣

銀行法特別背信罪之職務與損害

——評最高法院113年度台上字第216號刑事判決

黃種甲

論少年刑事案件之刑罰裁量

——以德國法之評介為中心

許恒達

論少年刑事案件中的責任與量刑

——少年量刑原理芻議

謝煜偉

法律扶助的實踐與省思

新興融資方式「商品貸款」之法律爭議（下）

——以法院裁判分析為中心

曾彥傑

法律扶助與社會

LEGAL AID AND SOCIETY REVIEW

第十六期 | 2026 年 3 月

財團法人法律扶助基金會

LEGAL AID FOUNDATION

主 編／李茂生（臺灣大學法律學院名譽教授）

編 輯 委 員／（依姓氏筆劃排序）

李茂生（臺灣大學法律學院名譽教授）

吳宗昇（輔仁大學社會學系副教授）

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）

高焯輝（民揚法律事務所律師）

許恒達（臺灣大學法律學院教授）

顏佑紘（臺灣大學法律學院副教授）

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

本雜誌第16期已經出刊。本期按往例共刊登四篇學術論文與一篇「法律扶助的實踐與省思」的專欄論文。

專欄論文是前期文章「新興融資方式『商品貸款』之法律爭議」的下篇，乃法扶專職律師曾彥傑先生多年來從事相關實務工作的結晶。期待往後能夠獲得更多這類的專欄論文，以供各界參考。而其餘的四篇學術論文，分別介紹如下。

第一篇是臺大法律學院博士班在籍的韓國同學李曉宣小姐所著「韓國法上公開權成文化之初探」。本篇論文介紹了最近韓國受到美國法影響正在發展中的人格特徵財產利益的保護，此保護名為公開權的保障。因為我國並無相關法制，所以非常值得參考。

本期除了這篇討論公開權的論文外，其餘三篇都是臺大法律學院刑法組的教授們所著論文。首先是新進的黃種甲助理教授所著「銀行法特別背信罪之職務與損害」。本文透過對於最高法院113年度台上字第216號刑事判決的解析，確認特別背信罪的保護法益應該不限於個人法益，但亦不應恣意擴大損害的認定，據此主張應限縮特別背信罪的射程範圍。作者立論清晰明確，其論述頗值得參考。

本期的最後兩篇分別是由許恒達教授與謝煜偉教授，針對少年刑事案件量刑的標準，參考德國與日本的法制，提出基本的量刑框架。德國僅處理少年刑事案件，而日本則是採用逆送至一般刑事法庭處理少年刑事案件的模式，這些都與我國的制度相異。然而，縱然制度相異，於處理少年刑事案件時，都有共通的原理，這兩篇屬國內初探的少年刑事案件量刑芻議，頗值得國內實務界參考。

以上即是本期五篇文章的簡介，內容上非常多元，牽涉到科技、醫療、商業等諸多領域，希望能對讀者有所幫助。

主 編

李 茂 生

法律扶助與社會

LEGAL AID AND SOCIETY REVIEW 第十六期 | March 2026

目 錄

主編的話

李茂生

研究論文

韓國法上公開權成文化之初探..... 李曉宣 1

A Preliminary Study on the Codification of
Right of Publicity in Korean Law *Hyo-Sun Lee*

銀行法特別背信罪之職務與損害
——評最高法院113年度台上字第216號刑事判決 黃種甲 47

The Scope of Official Duty and Damage
in the Offense of Breach of Trust Under
the Banking Act: A Commentary on
Supreme Court Criminal Judgment
No. 216 of 2024 (Tai-Shang)..... *Patrick Chung-Chia Huang*

論少年刑事案件之刑罰裁量
——以德國法之評介為中心 許恒達 95

On the Discretion of Punishment in Juvenile
Criminal Cases: A Lesson from German
Juvenile Law *Heng-Da Hsu*

論少年刑事案件中的責任與量刑 ——少年量刑原理芻議.....	謝煜偉	139
An Essay on Responsibility and Sentencing in Juvenile Criminal Cases: Reconsidering the Principles of Juvenile Sentencing	<i>Yu-Wei Hsieh</i>	

法律扶助的實踐與省思

新興融資方式「商品貸款」之法律爭議（下） ——以法院裁判分析為中心	曾彥傑	187
--	-----	-----

【研究論文】

韓國法上公開權成文化之初探^{*}

李曉宣^{*}

要 目

壹、前 言	肆、關於可讓與性及可繼承性的 對立見解
貳、BTS 案與不正競爭防止法 修正	一、可讓與性相關見解
一、BTS案概要及其依據	二、可繼承性相關見解
二、不正競爭防止法2021年 修正	三、小 結
參、韓國法上公開權所涉學說及 實務見解之變遷	伍、韓國「人格標識營利權」民 法修正草案之內容與評析
一、學說見解的對立	一、2022年民法修正草案的主要 內容
二、判決立場的變遷	二、2022年民法修正草案的簡評
	陸、結 論

DOI: 10.7003/LASR.202603_(16).0001

^{*} 作者感謝匿名審稿人的批評與指教，使本文更加周延；同時亦感謝巫昆霖協助潤稿，惟文責當由作者自負。本文中所引網際網路連結，最後瀏覽日均為2025年6月30日。

^{**} 國立臺灣大學法律學院博士生。

摘 要

受惠於娛樂產業的蓬勃發展與社群媒體的興盛，知名人士的肖像、姓名等具有識別性的人格特徵，因其多樣化的商業行為而孕育出財產價值，一般將此財產價值的保護，稱為公開權（**right of publicity**）。公開權此一概念係源自於美國法，但因臺灣與韓國民法主要皆繼受自德國民法，並以人格權作為保護人格特徵的主要規範，則因人格權係以保護人類精神利益為內容的權利，對於聚焦在人格特徵所具備財產價值的公開權，究應如何定性此一權利並予以妥適保護，不論在韓國或是臺灣，皆面臨諸多挑戰。

就此，本文擬以韓國近來倍受矚目的**BTS**案作為楔子，說明韓國目前實務上如何以不正競爭防止法保護知名人士的人格特徵，嗣後並介紹公開權所涉學說與實務見解的遞嬗，以及近年政府嘗試導入「人格標識營利權」的民法修正草案內容，以呈現韓國產官學界對於公開權的思辨歷程。透過呈現不同見解間的衝突與折衝並分析其主要爭議，本文嘗試提供讀者於臺灣法脈絡下思索相關議題時的思考方向。

關鍵詞： 公開權、**BTS**案、韓國不正競爭防止法、人格特徵、人格利益、財產利益、人格標識營利權、韓國民法修正草案

壹、前言

受惠於娛樂產業的蓬勃發展與社群媒體的興盛，知名人士的肖像、姓名等具有識別性的人格特徵，因其多樣化的商業行為而孕育出財產價值，一般將此財產價值的保護，稱為公開權（*right of publicity*）¹。公開權此一概念係源自於美國法²，但因臺灣與韓國民法主要皆繼受自德國民法，並以人格權作為保護人格特徵的主要規範，則因人格權係以保護人類精神利益為內容的權利，對於聚焦在人格特徵所具備財產價值的公開權，法律上究應如何定性此一權利並予以妥適保護，不論在韓國或是臺灣，皆面臨諸多挑戰。

以臺灣為例，實務上，2015年最高法院於白花油案³中指出：「按傳統人格權係以人格為內容之權利，以體現人之尊嚴及價值的『精神利益』為其保護客體，該精神利益不能以金錢計算，不具財產權之性質，固有一身專屬性，而不得讓與及繼承。然……，常見利用姓名、肖像等人格特徵於商業活動，產生一定之經濟效益，該人格特徵已非單純享有精神利益，實際上亦有其『經濟利益』，而具財產權之性質，應受保障。又人之權利能力終於死亡，其權利義務因死亡而開始繼承，由繼承人承受。故人格特徵主體死亡後，其人格特徵倘有產生一定之經濟利益，該人格特徵使用之權利尚非不得由其繼承人繼承，而無任由第三人無端使用以獲取私利之理。」

¹ 關於「*right of publicity*」的中文譯語，臺灣學說及實務上似乎未見一致的譯名，文獻上有以「商業利用權」、「個人公開權」或「公開權」稱呼者。本文以下以「公開權」稱之。

² 在美國法上，公開權係指：使用個人的姓名或肖像等展現特定人的標識（人格同一性）的經濟及商業上價值，且為排他性支配之權利。美國著作權法權威Nimmer教授亦曾為文主張，公開權應被認定為財產權而非人格權，且得為讓與，以維護人格標識的經濟價值。參見，Merville B. Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 LAW & CONTEMP. PROBS. 203, 216 (1954)。又臺灣學者曾就公開權下一定義：個人對其姓名、肖像、聲音等個人形象特徵，得為控制，而做商業上使用的權利。參見，王澤鑑，民法總則，2016年增訂新版，頁310。

³ 最高法院104年度台上字第1407號民事判決。

此係最高法院首次肯認人格特徵的商業利用得受保護，具財產權性質，亦得為繼承標的⁴；惟關於所謂「經濟利益」的法律性質為何、人格特徵主體死亡後繼承人應如何主張使用該人格特徵的權利、以及該使用人格特徵的權利可否轉讓他人等，仍有待討論。

並且，最高法院在上述案件中雖然展現其有意保護使用人權特徵所生經濟利益的立場，惟嗣後法院似未能進一步鞏固該保護。例如，在「袁惟仁案」中，雖然法院肯認肖像權得為授權行為的客體，卻仍維持傳統見解，認為：「肖像權得『授權』他人使用，使肖像權得為交易客體，具有財產權的性質，然此項使用授權契約之性質，應認僅具有債權之效力，而無物權之效力，亦即，被授權之使用權人僅被授權行使肖像權人的權利，並不因此成為肖像權之主體，而取得任何可以排除或對抗他人或其他被授權人之權利，如無權利者使用權利人之肖像權，僅該權利主體或其繼承人本於繼承地位而為主張侵害之排除，被授權人基於債之相對性，尚不得以僅具債權效力之授權契約，對抗該無權利使用者」⁵。此一見解固非無據，但全盤否定基於人格權的授權契約具有對抗效力之可能性，將使利用人格特徵從事商業活動之人（如本案中的經紀公司）處於極為不利地位，不符合授權關係中各方的利害平衡⁶，難謂符合娛樂產業的實際交易需求⁷。

相較於上述「袁惟仁案」中臺灣法院所呈現的保守見解，韓國最高法院在後述2020年的「BTS案」中，則是透過適用不正競爭防止法及營業秘密保護之法律（以下稱為「不正競爭防止法」）的概括

⁴ 有學者指出，該案中最高法院基於避免第三人任意利用獲取私利之考量而肯認人格權得由繼承人繼承，衝擊臺灣法制上向來認為「人格權具有一身專屬性，不得讓與或繼承」的見解，參見，王怡蘋，人格權經濟利益之法制建構，臺大法學論叢，52卷1期，2023年3月，頁134。

⁵ 臺灣臺北地方法院108年度訴字第527號民事判決。

⁶ 王怡蘋，同註4，頁135。

⁷ 娛樂產業實務上，經紀契約中約定專屬授權演藝人員人格特徵的使用權，甚或直接讓與該標的予經紀公司，實為業界常態，如後述BTS案即為一例。

條款，保護經紀公司基於經紀合約所為投資及努力成果。此一取徑固然有其實務上的正面意義，但由於法院於裁定中並未使用「公開權」一詞，亦未針對公開權的法律性質及所涉爭議有所著墨，因此仍舊受到強烈批判。而於BTS案後，韓國於2021年修正不正競爭防止法，於同法新增第2條第1號（ta）目規定⁸，將使用人格特徵所生經濟利益的保護明文化。

然而，韓國法下對於公開權應如何保護的思考取徑，向來並非定於一尊。實則，在2020年「BTS案」之前，韓國下級審法院屢次以成文法主義與物權法定主義為由，拒絕承認公開權⁹。另一方面，韓國法務部亦曾基於以人格權保護公開權的思考，於2022年12月提出有關公開權之「人格標識營利權」民法修正草案（以下稱為「2022年民法修正草案」）的預告，雖然該草案最終並未提交國會審議，但該草案內容係如實反應韓國法下對於公開權究應如何保護的另一種側面思考，其內容仍有相當重要性。

因此，為呈現韓國產官學界對於公開權的思辨歷程，本文以下先行簡述適用不正競爭防止法之「BTS案」韓國最高法院裁定以及嗣後不正競爭防止法的修法，說明目前韓國實務上如何以不正競爭防止法保護知名人士人格特徵的利用；其次，介紹公開權所涉學說與實務見解的遞嬗，凸顯出適用不正競爭防止法保護知名人士人格特

⁸ 韓國法律條文之格式，係以「條、項、號、目」之方式列其內容。但「不正競爭防止法」第2條第1號規定較為特殊，因其例示內容較為簡明，故直接使用「號」而非「項」稱之。又關於該號下各目規定所使用標號，為求韓文識讀者得以迅速理解，以下擬以拼音方式標示之，合先敘明。

⁹ 如首爾高等法院2002年4月16日宣告2000na42061判決（「公開權雖有於社會中被承認的必要性，但目前未有明文規定承認公開權係為與物權類似之具有獨占性、排他性的財產權，有鑑於此一情形，僅憑藉解釋論，實無從承認公開權。為承認此一權利的存在，需要有成立要件、可讓與性及可繼承性的與否、保護對象及存續期間、被侵害時的救濟手段等具體成文法規範之根據。」）、首爾高等法院2015年1月30日宣告2014na2006129判決（「在商業上支配地使用自己的姓名之權利，已包含在憲法所定幸福追求權及屬於人格權一部之姓名權當中，因此，無須另行承認作為新概念之公開權。」）等判決。

徵所生經濟利益的背景，並就公開權可否讓與、繼承之正反見解予以分析；隨後亦簡介嘗試導入「人格標識營利權」之2022年民法修正草案內容。透過呈現不同見解間的衝突與折衝並分析其主要爭議，嘗試提供讀者於臺灣法脈絡下思索公開權相關議題時的思考方向。

貳、BTS案與不正競爭防止法修正

一、BTS案概要及其法律依據

(一)BTS案事實及裁定摘要

原告為偶像團體「防彈少年團」（以下稱為「BTS」）的經紀公司，其從事藝人經紀、製作唱片、演唱會企劃等娛樂事業。被告MGM股份有限公司（以下稱為「MGM」）係以製作並銷售藝人的照片、報導等為主要業務內容的雜誌出版社。MGM未得到原告同意，製作BTS團員的寫真集，並作為雜誌特輯附錄而為販賣。原告主張MGM之行為構成不正競爭防止法第2條第1號（ka）目概括條款所定之不正當競爭行為¹⁰，向法院聲請為假處分，請求法院禁止被告製作並販賣上述附錄，並經裁定獲准。MGM不服，向最高法院提起抗告。

就此，韓國最高法院裁定如下¹¹：「原告選拔偶像團體成員並與其締結專屬契約，透過培訓提升團體成員的能力，並按照專屬契約內容，規劃成員的音樂、表演、廣播、演出等，製作與流通唱片、

¹⁰ 舊不正競爭防止法第2條第1號（ka）目規定：「不正競爭行為，指下列情形之一者。（ka）其他將他人之相當投資或努力所得成果，以違反公正商業交易慣行或競爭秩序之方法，為自己營業而無權使用，侵害他人經濟利益之行為。」又須注意，本款規定係於2013年修正不正競爭防止法時所增訂〔當時條次為同號（cha）目〕，於2018年同法修正後，條次變更為（ka）目，嗣後於2021年時再次變更為現行條次之（pa）目。

¹¹ 首爾最高法院2020年3月26日2019ma6525決定。本決定的全文中譯請參見，韓國法院圖書館，https://library.scourt.go.kr/chi/SCD/all/judgChiDetail?seqNo=2045&kindCode=2&langCode=2&scd=6&pageNo=1&search_text1=。

影像等的內容。原告就上開偶像團體的演藝活動，已投入相當的投資與努力，因此，上開偶像團體所累積的名聲、信用及顧客吸引力，皆已達到相當水準，而得評價為『相當投資或努力所得成果』，實不應被視為任何人皆得任意使用的公共財。因此，當第三人無權使用上述標識時，得判斷原告的經濟利益是否已受侵害。將藝人的姓名、照片等使用於自己的商品或廣告時，須取得藝人或經紀公司的同意，或支付一定報酬。考慮到娛樂業界的商業交易慣行，倘未經藝人或經紀公司同意或未向其支付報酬，即逕行大量製作並收錄特定藝人的特輯報導、照片小冊、DVD等，超出一般資訊提供範圍之行為，已明顯違反商業交易慣行與競爭秩序。

MGM所發售的特別附錄，具有充分替代原告所發行上開偶像團體寫真集的可能，足堪認定BTS經紀公司與MGM處於競爭關係。被告未經原告同意製作並銷售特別附錄的行為，足堪認定為以違反公平交易慣行或競爭秩序的之方法，為自己營業而無權使用原告所得成果，構成不正競爭防止法第2條第1號（ka）目所定不正競爭行為。」

雖然本案判決中並未出現公開權一詞，但學者多半認為本案係韓國最高法院於涉及公開權的案件中首次肯認對於人格特徵所生經濟利益（藝人肖像所具有的顧客吸引力）應予保護的案例¹²。惟不正競爭防止法所賦予保護並非「權利」，而僅是透過強制禁制規範賦予保護，則由於不正競爭防止法中針對公開權的法律性質、行使主體與保護範圍、可否讓與、繼承及其範圍、存續期間等問題未置明文，於法無明文的情況下，雖能透過解釋論嘗試解決法律爭議，但僅是治標不治本¹³，而此亦埋下日後韓國嘗試提出民法修正草案的

¹² Shin Ji-hye，以不正競爭防止法為依據之公開權規律：最高法院2020年3月26日ja2019ma6525決定，民事法學，第94號，2021年3月，頁325；Park Joon-woo，從公開權到不正競爭防止法的概括條款（上）：以最高法院2020年3月26日ja2019ma6525決定的成果要件為中心，產業財產權，第65號，2020年10月，頁273。

¹³ Kim Soo-jeong、Kim Seong-su、Ko Cheol-woong，關於引進公開權方案之研

種子。

(二)以不正競爭防止法保護公開權之理由

本案中韓國最高法院援為判斷依據者，係為不正競爭防止法的概括條款¹⁴。韓國不正競爭防止法的立法方式是具體列舉各類型的禁止行為，固然具有明確性的優點，但亦有難以因應因技術發展與市場變化而浮現的顯失公平交易行為以及競爭者不當攀附他人投資成果或商譽等行為的缺點。即係此故，韓國於2013年在不正競爭防止法中增訂概括條款，避免新型態的不正競爭行為出現時修法緩不濟急的缺漏¹⁵。

然而，公開權究應如何保護，見解向來分歧。相較於後述主張以人格權保護的見解，贊成以不正競爭防止法保護的見解，多基於下述的主張。首先，被害人就所有權、商標權、著作權、肖像權等成文法上權利雖未明確受侵害，但若其投資或聲譽遭他人搭便車時，即有必要檢討是否構成廣泛意義下的不正競爭行為，或基於不當得利返還請求權¹⁶，而獲得救濟。具體而言，違反業界的管理規範或倫理規範，且導致競爭事業受損害，而被法院認定為違法的特定

究，韓國民事法學會（法務部研究計畫），2022年5月，頁1，韓國政府政策研究管理系統，

¹⁴ 條文內容參見同註10。

¹⁵ Jeong Sang-jo，智慧財產權法，弘文社，2004年，頁599。2013年7月30日增訂不正競爭防止法概括條款的立法說明，明確指出增訂補充性概括條款係為因應多種新型態的不正競爭行為。參見，國家法令中心，<https://law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do?lsId=000308&chrClsCd=010202&lsRvsGubun=all>。

¹⁶ 雖然不正競爭防止法中未設有不當得利的相關規定，但學說上有認為若未經同意而使用普遍認知的他人表徵而獲有利益，符合民法上不當得利的構成要件時，被害人得請求返還不當得利，Jeong Sang-jo，不正競爭防止法註解，博英社，2024年2版，頁552。而若是基於財產權說（後述）而認為公開權屬於一種財產權，亦符合韓國民法第741條所定不當得利的要件，從而公開權的權利人得向加害人請求不當得利的返還。參見，An Byeong-ha，人格權侵害與不當得利：引進公開權之不必要性（從侵害救濟的角度），民事法學，第68號，2014年9月，頁502。

行為¹⁷，即可能被認為屬於廣泛意義下的不正競爭行為¹⁸。其次，按照後述公開權說（財產權說）的立場，公開權係不同於人格權的權利，其保護應具備獨立的法律根據，就此，不正競爭防止法即屬於獨立規範，而與公開權說（或財產權說）所持立場相契合¹⁹。

此外，亦有論者主張有鑑於公開權的本質使然，在智慧財產相關法律中，比起著作權法，公開權更適合以不正競爭防止法保護之。其理由略為：著作權法的立法目的係為保護創作，但公開權的保護客體並非人類精神的創作；而且不論是著作權法上「勞動理論」或主流見解的「誘因理論」等學理，皆無法適切說明為何需要保護公開權。尤以，在後者理論中，誘因愈強，愈能激勵著作人進行創作，從而提供更多著作予一般大眾；然而，公開權的保護客體並非知名人士所為表演的成果，僅是知名人士的姓名、肖像等副產物，此類副產物的供給量，未必會受到誘因強度的影響²⁰；另一方面，從不正競爭防止法的角度觀察，在市場經濟下，防止攀附或不正當使用他人姓名、肖像等人格特徵，保護其商業價值，實係源自於建立公平競爭環境的政策考量，本質上較為貼近不正競爭防止法

¹⁷ 曾有韓國學者整理實務上用於判斷違法與否的考慮要素，包括：所採不正當手段是否與其他不正競爭行為的行為態樣相同程度、干擾市場秩序的程度是否與其他不正競爭行為的嚴重程度相同、是否基於妨害市場秩序的目的而損害交易相對人或謀取自己利益的意思、是否符合其產業領域的交易慣例、管制該行為是否對於相關產業領域、技術發展或消費者造成不利影響、行為管制是否明確符合整個社會利益之與否等，且判斷上須考慮到不正競爭防止法的目的以及基於智慧財產權的正當化事由。參見，Moon Seon-young，關於不正競爭行為概括條款之主要法律爭點的研究，科學技術研究，第22集第1號，2016年2月，頁99；又行為違法性的程度，須相當於不正競爭防止法上所列舉個別的不正競爭行為，且從公平交易秩序與自由競爭秩序的觀點無法正當化該行為，Moon Seon-young，關於不正競爭防止法上其他成果等的無權使用行為之省思，The Journal of Law & IP，第12卷第1號，2022年7月，頁143。

¹⁸ Jeong Sang-jo，同註15，頁602。

¹⁹ Park Joon-seok，應否承認有別於人格權之公開權的研究——對於近期批判的反論，首爾大學法學，第56卷第4期，2015年12月，頁91。

²⁰ Jeong Sang-jo、Park Joon-seok，以不正競爭防止法保護公開權之研究，韓國特許廳研究計畫報告書，2009年1月，頁67。

第1條²¹的規範目的，尤其是不正競爭防止法中的淡化（dilution）規定²²，其內容雖然要求著名標識的使用必須結合商品或服務為之，而與公開權的規範內容有所區別，但由於其所規範的行為態樣及於在商業上使用在國內著名的他人姓名等行為，可謂涵括了公開權的相當部分²³。

（三）未能解決之爭議——受保護的主體為何？

雖然BTS案最高法院所採見解一定程度解決了知名人士對其人格特徵的保護需求，但該見解並未全盤定調向來公開權所涉爭議，其中最為關鍵者，即為透過適用不正競爭防止法而實現公開權的保護時，受保護的主體為何一事。而在BTS案的脈絡下，此一爭議可簡化為：適用概括條款「相當投資或努力所得成果」所欲保護者，究竟是BTS的經紀公司，抑或是BTS的成員？

在公開權的脈絡下，公開權所欲保護的主體為何，向來是爭議的焦點，而此爭議亦與後述公開權可否讓與、繼承的爭點有所牽連。舉例而言，將戲劇角色演員著裝後的肖像用於廣告時，該肖像的顧客吸引力的歸屬主體，究竟為創作該角色的創作人，還是飾演

²¹ 依據韓國不正競爭防止法第1條規定，該法的立法目的在於防止不當使用在國內被普遍認知之他人商標、商號等不正競爭行為以及侵害他人營業秘密之行為，以維護健全交易秩序。

²² 不正競爭防止法第2條第1號（da）目規定：不正競爭行為，指下列各款情形之一者：除（ga）目及（na）目規定之混淆行為外，無下列正當理由，與著名之他人姓名、商號、商品容器、包裝或其他顯示他人商品或營業之標識（關於顯示他人營業之標識，包含商品販賣、服務提供方法或看板、外觀、室內裝潢等營業提供場所之整體外觀），於同一或類似之商品，為相同或近似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該標識之商品，而減損他人標識之識別性或信譽之行為。一、他人之姓名、商號、商標、商品容器、包裝，其他顯示他人的商品或營業的標識，尚未在國內普遍認知前，無不正目的而繼續使用與該當他人標識相同或近似的標識者。二、該當於前款事由之人之繼承人，無不正目的而繼續使用者。三、該當於大統領令所定非商業上使用等正當事由者。

然應注意者，本案中最高法院並非適用淡化相關規定，而係適用不正競爭防止法的概括條款。

²³ Jeong Sang-jo、Park Joon-seok，同註20，頁68-69。

該角色的演員？實務上屢見爭執。實則，在BTS案的一審裁定中，法院曾明確表示：「雖然債權人（本文作者註：BTS經紀公司）已付出相當的投資與努力，但對於BTS的團體名稱及其成員的姓名、照片等所附加之信用或名聲、顧客吸引力，係歸屬於BTS成員。」相對於此，最高法院並未在裁定中對於本案受保護的主體為何表示意見²⁴。然而，亦是因為最高法院就公開權的歸屬主體有意不為判斷，僅憑不正競爭防止法的概括條款，似難完全滿足修法新增公開權以杜爭議的需求²⁵。

二、不正競爭防止法2021年修正

2021年12月7日韓國再度修訂不正競爭防止法，增訂不正競爭防止法第2條第1號（ta）目規定²⁶，將在國內普遍認知、具有經濟價值之他人姓名、肖像、聲音、簽名等可識別他人的標識，以違反公平商業交易慣行或競爭秩序之方法，為自己營業而未經同意使用，致侵害他人經濟利益之行為（以下稱為「無權使用知名人士人格特徵

²⁴ 就此，有論者認為，該案中韓國最高法院係將「相當投資或努力所得成果」認定為偶像團體所具備的顧客吸引力，並基於此點，主張「相當投資或努力所得成果」的歸屬主體，應基於作為需求者之顧客的認識進行判斷，較為妥當。參見，Park Joon-woo，同註12，頁302。類似見解，Park Joon-seok，公開權之法律性質——有關著作權與商標之權利中，何者較為接近呢？，產業財產權，第30號，2009年12月，頁317。

²⁵ 有學說因此主張，應區別公開權與不正競爭防止法規定，亦即，於本案的脈絡下，縱然根據不正競爭防止法得禁止侵害BTS經紀公司的利益，亦不應解釋為公開權歸屬於BTS經紀公司。如此主張的原因在於，若將得主張不正競爭防止法之人逕行認定為公開權的保護主體，則依本案最高法院判決意旨，或有將公開權的保護主體認定為經紀公司之虞；在如此認定下，僅有經紀公司得行使該權利，反而偶像團體成員就自己的姓名、肖像等人格特徵無從行使；進一步言，倘若偶像團體成員更換經紀公司時，有鑑於偶像團體成員的顧客吸引力主要來自前經紀公司的投資與經營，則當新經紀公司嗣後有意基於不正競爭防止法以保護團體成員人格特徵的經濟利益時，受限於新經紀公司缺乏對於形成顧客吸引力的實質貢獻，恐無從主張，而產生保護上的漏洞。參見，Shin Ji-hye，同註12，頁349-350。

²⁶ 該次修法施行日為2022年6月8日。

之行為」)，新增為不正競爭行為的一類型²⁷，而將BTS案中最高法院所採見解明文化。其立法理由指出：隨著韓流影響力逐漸擴大，使用知名人士的姓名、肖像等之商品與服務亦多樣化，而違法商品的製造、販賣行為亦隨之增加。但為適當防免知名人士的財產上損失或消費者損害，現行法有其侷限性。向來有主張從保護知名人士的姓名、肖像等的觀點應賦予其獨立權利之見解，然受限於肖像權的一身專屬性，不得讓與或繼承，而與商標法發生權利衝突等，性質上或將導致爭論的複雜化，甚至產生制度上的副作用。此外，近來最高法院將以營業為目的而公開的資料以及知名人士的肖像、姓名等人格特徵具有的經濟價值認定為「相當投資或努力所得成果」，並認為無權使用者構成不正競爭行為，而施以制裁。但其判斷係根據不正競爭防止法的概括條款，從而對於多種行為態樣的無權使用，適用上有其界限。因此，有必要於不正競爭防止法上將不正使用資料及無權使用知名人士肖像、姓名等人格特徵之行為分別明確規定為不正競爭行為的類型並施予制裁，以確立健全交易秩序，並落實消費者保護²⁸。

然而，僅憑不正競爭防止法的強制禁制規範，不僅有前述保護主體不夠明確的問題，亦難以滿足業界對於公開權的交易需求，僅能透過複雜的授權契約嘗試將利害關係人間（人格特徵所有人、前者的經紀人、人格特徵利用人）的權利義務予以釐清。亦因此故，韓國法務部隔年亦提出2022年民法修正草案，嘗試將公開權定位為一種人格權並完善其保護。本文後半亦會介紹該法案，然而在介紹法案前，本文欲先說明韓國法上公開權所涉見解的分歧，以及歷年判決所採立場的變化，以利讀者理解為何2022年民法修正草案會基

²⁷ 於民事上，不正競爭行為的受害人得請求損害賠償以及禁止該不正競爭行為；另於行政上，受害人亦得請求韓國特許廳進行調查（參照同法第7條），若特許廳認定構成侵害行為時，其應對行為人進行勸告（參照同法第8條），若行為人未履行勸告內容者，即應對外公布違反行為的內容。

²⁸ 不正競爭防止法部分修正法律案（代案）議案號第2113233號，頁2-3。

於人格權的角度而設計。

參、韓國法上公開權所涉學說及實務見解之變遷

伴隨著各類娛樂及運動產業的細分化以及全球化，知名藝人、運動選手等知名人士的姓名或肖像常被使用於商品服務的廣告代言，具有高度的財產價值，因此涉入公開權的爭議亦日漸增多。然而，於BTS案的韓國最高法院裁定前，韓國法上對於公開權的概念究竟應該如何詮釋，學說上並無共識，且下級法院判決亦存在兩極化的見解。而為徹底平息相關爭議，實務界與學界屢屢倡議應針對公開權進行立法，自2005年迄今的20年間，共有8件相關法案提交韓國國會進行審議²⁹，其中僅有2021年不正競爭防止法修正草案通過成為正式法律，但由法律提案的頻繁程度，亦可窺知產業界對於相關法案需求的急迫程度。以下即透過整理韓國學說及實務見解的變遷，以呈現公開權在韓國法上曖昧不明的法律定位。

一、學說見解的對立

關於人格特徵³⁰的商業使用所生利益，學說上普遍肯認法律應該賦予一定程度的保護，其意見的主要分歧在於應以何等法律保護。主要可分為以下三類見解：一、有關肖像、姓名等人格特徵相關的財產利益，應承認其為獨立的財產權之見解（財產權說或公開權

²⁹ 分別為2005年度著作權法部分修正草案（議案號第173276號）、2009年度著作權法部分修正草案（議案號第1804588號）、2012年度著作權法部分修正草案（議案號第1900539號）、2013年度民法部分修正法案（議案號第1906496號）、2015年度關於人格標識權保護及利用之法律草案（議案號第1913653號）及大眾文化藝術產業發展法部分修正法案（議案號第1914817號）、2021年度著作權法全部修正法案（議案號第2107440號）及不正競爭防止法部分修正法案（議案號第2113233號）。又後述的2022年民法修正草案，並未提交國會審議。

³⁰ 姓名、肖像等人格特徵，在韓文中被稱為「人格標識」，惟為避免臺灣讀者混淆，本文擬統一使用「人格特徵」稱之，但後述2022年民法修正草案擬增訂之「人格標識營利權」，因屬專有名詞，故維持原樣不予調整。

說)；二、關於人格特徵的財產利益，應受人格權保護之見解(人格權說)；三、公開權所欲保護法益，本得透過人格權保護之，無須增訂公開權之見解(保護否定說)³¹。其中，前二說與第三說的最大差異在於，前兩說認為對於人格特徵的財產利益之侵害，並非單純是精神上損害，亦有財產上損害的部分，因此，相較於第三說認為慰撫金已足夠賠償當事人的損害，前兩說認為對於當事人所受財產上損害，亦有必要另為賠償。財產權說與人格權說皆肯定人格特徵兼具人格利益與財產利益，只是權利主體所享有權利的性質究竟是財產權抑或人格權的差別，財產權說主張，人格特徵具有的財產利益，應以類似物權之具有排他效力的財產權保護之；而人格權說則認為人格特徵的財產利益源自於人格權，因此仍應基於人格權而保護³²。以下分別說明其內容。

(一)財產權說

財產權說亦稱為公開權說，其認為應以獨立、個別的財產權保護與人格特徵有關的財產利益。此說的主要根據為：將與人格有關的財產利益作為財產權保護時，其保護方屬充分，因為公開權被侵害時，權利主體所受損害並非人格方面的損害，而是財產方面的³³；但實務上，當人格特徵的使用權受侵害時，法院向來不會承認有財產上的損害³⁴，受害人僅能獲得部分救濟³⁵，因此若能明文規定公開權，方能期待受害人能夠積極請求財產上的損害賠償。

本說尚可進一步區分為二，一說為於現行法下已得逕為承認公

³¹ Kwon Young-joon、Lee So-eun，關於公開權立法化之研究，韓國法務部研究計畫報告書，2016年，頁76。

³² Kwon Young-joon、Lee So-eun，同前註，頁102-103。

³³ 此說強調侵害人格權可能產生財產上損害，反之，侵害財產權亦可能導致精神上損害。Jeong Sang-jo、Kwon Young-joon，個人資訊的保護與民法的救濟手段，法曹，第58卷第3號(總期數：第630號)，2009年3月，頁15-16。

³⁴ 如首爾中央地方法院2015年2月6日宣告2013gadan333299判決，即為適例。

³⁵ Park Joon-seok，同註19，頁108。

開權之見解³⁶；另一說則為必須另行立法以承認公開權，其係鑑於法院屢屢基於成文法主義及物權法定主義原則為由而拒絕承認公開權，為徹底解決此一問題，應立法增訂公開權之規定³⁷。

有學者主張：在智慧財產權法的脈絡下，基於本人努力所形成之姓名或肖像的顧客吸引力等經濟上利益，於性質上與著作權有其相似處，此外，若是承認公開權，姓名或肖像將被賦予如同商標權般的保護，且從權利行使的角度，向第三人為轉讓或是授權他人使用等情形中，公開權與商標權或著作權亦有雷同處，從而宜將公開權認定為一種智慧財產權，而屬於財產權³⁸。

而就公開權可否讓與他人的爭點，支持此說的學者主張，僅有承認公開權並視之為一種獨立的財產權時，方能認定可讓與性³⁹，由於以知名人士人格特徵的使用權作為交易標的一事已是業界常態，為充分保障受讓人，必須承認公開權的可讓與性，否則公開權所保護財產利益的評估價值將會大幅下降；且從保護目的觀之，亦難謂妥適⁴⁰。

(二)人格權說及保護否定說

人格權說⁴¹認為，人格特徵財產利益的法律性質應為人格權而非

³⁶ 此見解主張直接適用或類推適用現行法律即可承認公開權，其理由在於：主張有立法必要者，多半係因為公開權為新的財產權，為符合物權法定主義，應明文立法以杜爭議，但是否真有必要另行立法，實依如何定性公開權的性質而異。Kwon Young-joon、Lee So-eun，同註31，頁102-103。

³⁷ Han Ji-young，關於民法上「人格標識營利權」立法之研究，亞洲法學，第16卷第4號，2023年2月，頁172。

³⁸ Han Wi-soo，公開權的侵害與民事責任（上），人權與正義，第242號，1996年10月，頁30。

³⁹ Kwon Young-joon、Lee So-eun，同註31，頁78。

⁴⁰ 是否承認可讓與性，係為財產權說與人格權說最為針鋒相對的爭點。

⁴¹ 韓國民法上，迄今並未制定人格權的一般性規定，從而人格權侵害的要件為何、受侵害時的請求權基礎為何等等疑義，係仰賴最高法院判決見解，如最高法院1996年4月12日宣告93da40614、40621判決。一般而言，現行法下承認人格權應予保護的依據，係基於韓國憲法保障基本權的人性尊嚴（韓國憲法第10條及第17條規定）；至於人格權是否包含本文焦點的公開權乃至於後述

財產權，其根據如下：1. 物權法定主義下，未有明文規定或已確立習慣法，無從承認新的物權或與物權類似之排他性獨占⁴²。2. 人格權不但包含自由人格發展的人格利益，亦包含將自己的人格特徵在商業上利用之財產利益⁴³，人格權侵害所致損害不僅有精神上損害，尚包含財產上損害。因此，即便未另行承認財產權性質的公開權，受害人仍可能獲得充分救濟。3. 若承認公開權及其可讓與性，公開權與公開權的權利主體將有分離的可能性，恐會導致權利主體無法控制第三人利用自己人格特徵的問題發生⁴⁴。本文後半所介紹的2022年民法修正草案，即是因此考量而否定可讓與性。

相對於此，保護否定說則認為，基於人格權的概念，已得充分保護公開權所欲保護的利益，因此無須另外承認公開權，以免畫蛇添足⁴⁵。此說完全否定人格特徵的財產利益，而與人格權說承認公開權的財產利益，但將其性質視為人格權的一環，有所區別。

(三) 小 結

如前所述，雖然學說上多承認應保護人格特徵所具備的財產利益，但在公開權的保護方法上則有相當歧見，包括修改現行法規、制定特別法、基於解釋論而直接適用既有法律等眾多不同意見⁴⁶。為

的人格標識營利權，學說上多半採取肯定立場，但實務見解則是相當分歧。

42 此說論者有謂，由於公開權非為直接控制物之權利，難以被視為物權，而是具有排他性、獨占性的準物權，而可類推適用物權法定主義。參見，Kwon Tae-sang，公開權的理論構成：以依據人格權的保護為中心，景仁文化社，2013年7月，頁298-299。

43 An Byeong-ha，人格權之財產權性質：對公開權之批評，民事法學，第45-1號，2009年6月，頁107。

44 Kwon Tae-sang，同註42，頁318；另有學者指出，歐美法系因不承認人格權，為彌補其保護的缺漏，而承認公開權此一權利，相對於此，承認人格權的法律體系下並無此類需求，若刻意將人格領域的利益另行認定為一種新的無體財產權，反將導致私法上權利體系的崩解，An Byeong-ha，同前註，頁114。

45 Kwon Young-joon、Lee So-eun，同註31，頁76。

46 例如，亦有原則採取人格權說，但為充分保護法益，而折衷承認公開權應有可繼承性之見解。參見，Kim Soo-jeong、Kim Seong-su、Ko Cheol-woong，同註13，頁176-177。

解決此一問題，韓國最終選擇以立法方式解決，如前述的2021年修正不正競爭防止法，以及2022年民法修正草案，皆屬之。追本溯源，產生歧見的理由之一即在於下級審實務見解立場的搖擺不定，導致眾說紛紜。為使讀者理解韓國實務見解的變遷，以下即依時序介紹其見解的發展與更迭。

二、判決立場的變遷⁴⁷

(一)1995年以前：依據肖像權肯認財產上的損害賠償

於尚未出現公開權概念與用語的早期案件中，主要紛爭的類型為與演藝人員締結廣告契約的公司逾越契約範圍而使用演藝人員的肖像。此一階段的主要爭點圍繞於：被害人得否基於肖像權受侵害，而主張其受有財產上損害，並請求損害賠償？

如首爾高等法院1989年1月23日宣告88na38770判決中，法院雖未提及肖像權的「財產上」損害，但其考量原告知名度的宣傳價值、本案中所涉違法廣告的方式、次數及其緣由、原告與被告間所約定的模特兒費用等情事，而算定損害賠償金額。另外，於契約期間屆滿後仍繼續使用廣告模特兒肖像的案例中，法院曾表示⁴⁸：「模特兒等擁有基於自己得到的名聲而將自己的姓名或肖像專屬授權予第三人並獲取對價的經濟利益。因此，對於無權使用所致相當於授權費用之損害，得向加害人請求財產上損害賠償。」

此外，亦有法院肯認構成肖像權侵害，而於計算精神慰撫金時，參酌財產上損害賠償的計算基準，考慮原告歌手的經歷與知名度、被告的動機及行為經過、寫真集中所使用照片的數量、形象與編輯狀態、寫真集製作費用、被告因此所獲利益、以及若原告為製作寫真集而與被告簽訂契約時所須費用等事由後，綜合認定慰撫金

⁴⁷ Kim Soo-jeong、Kim Seong-su、Ko Cheol-woong，同註13，頁2-3。

⁴⁸ 首爾地方法院1991年7月25日宣告90gahab76280判決。該案中，法院同時認定了財產上與非財產上的損害賠償。

之金額者⁴⁹。

而於下述法院開始使用公開權用語的次一階段，仍可見到多數法院基於姓名權或肖像權而為判斷的案例。

(二)1995年至2000年：判決開始使用「公開權」此一用語

首件提及公開權的司法判決，係為1995年「李輝昭教授案」⁵⁰，於該案判決中，法院將公開權定義為：將具有財產價值之知名人士的姓名、肖像等有關隱私權的事項，於商業上利用之權利。而自「李輝昭教授案」後，論及公開權的判決持續不斷，其中具代表性的案例厥為「James Dean案」。本案的事實略為：韓國內衣公司未經其家屬同意，擅自使用已過世的知名演員James Dean之姓名作為其品牌名稱，並生產、販賣相關產品。對此，首爾地方法院表示⁵¹：「在特殊場域中商業利用姓名及肖像等情形，與作為一種人格權的肖像權不同，尚有另行承認具有財產權性質之公開權的可能性。但關於公開權得否繼承的問題，由於公開權尚未為成文法所承認，且關於其權利主體（是否僅適用於知名人士？亦或對於一般人、法人或團體，亦得承認享有公開權？）、可否讓與等問題，迄今僅見學說上的對立，且未有一致見解。公開權是於特殊場域中將象徵個人人格之姓名、肖像等為商業利用的權利，由此點觀之，實難認為公開權係為得與當事人人格完全分離、或與無體財產權類似之獨立權利。況且，考慮到並非所有財產權皆得為繼承客體的事實（例如，年金請求權）等情事，有鑑於上開理由，如同人格權不得繼承，將公開權視為不得繼承，較為妥適。縱或承認公開權之可繼承性，本案訴訟係於James Dean死亡約39年後方為提起，則於當事人死亡後，並無任何根據可茲說明上述期間內公開權仍然存續。」該案所涉的另件判決中，首爾地方法院指出⁵²：「一般而言，人格權在權利主體死亡

⁴⁹ 首爾地方法院1997年11月7日宣告gahab20064判決。

⁵⁰ 首爾地方法院1995年6月23日宣告94gahab9230判決。

⁵¹ 首爾西部地方法院1997年8月29日宣告94gahab13831判決。

⁵² 首爾地方法院1997年11月21日宣告97gahab5560判決。

時消滅，不得成為繼承對象。縱若承認公開權的可繼承性，隨著時間經過，公開權的存在價值將逐漸淡化，並於經過一定期間後消滅殆盡。縱然James Dean的公開權已由原告繼承，但難以認為該權利自James Dean死亡迄今依舊存續。」

(三)2001年至2005年：事實審判決傾向肯認公開權存在

在James Dean案判決後，韓國法院在事實審判決中論及公開權者愈發常見。尤其在「李英愛案」中，首爾高等法院明確表示⁵³：「關於公開權的可讓與性及可繼承性、保護對象及存續期間、救濟方法等，雖於實定法上未有具體規定或業已定著的習慣法存在，但考慮到原告的姓名、肖像等所形成的經濟價值在廣告等相關業界已廣為承認之事實，得謂對此的侵害行為，已明確構成對於原告本人的民法侵權行為。……原告對於自己的姓名、肖像等的商業利用，具有排他支配之權利，有充分理由可被理解為公開權。雖然公開權源自於人格權，但應理解為獨立於人格權而存在的個別財產權。」

在高等法院於李英愛案中正面肯認公開權應予保護後，以相同或類似論證而承認公開權保護的一審判決數量遽增，而公開權保護的範圍以及認定構成公開權侵害的行為類型亦逐漸擴大。

(四)2006年至2014年：傾向強調公開權與人格權之關係

當判決較常論及公開權後，實務上出現嘗試將公開權與人格權接軌的傾向。例如，「一般而言，公開權係指將有經濟價值且具有人格同一性的姓名或肖像等於商業上為利用並為支配之排他性權利。雖然未有實定法規定明示其存在，但憲法所規範的幸福追求權及作為人格權一部的姓名權，係包含社會通念上足以識別特定人的方式而不被任意用於商業上之權利⁵⁴。」由此段說明可知，法院實有意將公開權與憲法上的幸福追求權以及人格權相連結。

⁵³ 首爾高等法院2005年6月22日宣告2005na9168判決。該判決因敗訴方並未上訴而告確定。

⁵⁴ 如首爾中央地方法院2006年4月19日宣告2005gahab80450判決。

另一方面，於2012年最高法院亦曾於個案中肯認公開權（但於該判決中，法院並未使用「公開權」一詞，而是聚焦於肖像權）與人格權的關聯⁵⁵：「所有國民對於自己肖像及其他社會通念上足茲識別特定人的身體特徵，有不被任意攝影、繪圖、描述或公開且為營利使用之權利。……肖像權依韓國憲法第10條規定應受保障。因此，對於肖像權的不當侵害構成侵權行為，而受害人除特別情形外，足堪認定受有精神上的痛苦。又關於侵權行為所致精神上的痛苦，事實審法院得參酌諸多因素，依職權裁量而確定精神慰撫金之金額。」

(五)2015年⁵⁶至2020年：法院轉向否認公開權

在前述最高法院2012年關於肖像權的判決後，雖仍可見少數採取李英愛案見解而肯認公開權為獨立財產權之判決⁵⁷，但有愈來愈多下級審判決改採否定應承認公開權的見解⁵⁸，其中，在2015年「Naver演藝人員關鍵字案」中，首爾高等法院明確表示⁵⁹：「於商業上支配性使用自己姓名的權利，係包含在憲法所保障幸福追求權以及作為人格權一部的姓名權當中，因此，無須另行承認作為新概念的公開權。」此案判決具有象徵意義，法院以成文法主義與物權法定主義⁶⁰為由，明確否認公開權，迥異於早期承認肖像權尚包含財產權性質的法院見解，亦即，「由於未設有類似於物權之獨占、排他財產權的明文規定，僅憑藉解釋論，實難承認公開權。為承認公

⁵⁵ 最高法院2012年1月27日宣告2010da39277判決。但於該案中最高法院並未認定當事人受有財產上損害，而是基於當事人所受精神上損害而判決加害人應給付非財產的損害賠償（精神慰撫金）。

⁵⁶ 2015年以後，有一系列以物權法定主義為由而否認公開權的判決。Choi Seung-jae，對於公開權的下級審的判決動向分析及權利化，資訊法學，第19卷第3號，2015年12月，頁12。

⁵⁷ 首爾中央地方法院2013年11月1日宣告2013gadan30460判決。

⁵⁸ 如首爾中央地方法院2015年2月12日宣告2013na64259判決，首爾中央地方法院2015年4月28日宣告2014na12095判決等。

⁵⁹ 首爾高等法院2015年1月30日宣告2014na2006129判決。

⁶⁰ 韓國民法第185條規定。

開權，就該權利的成立要件、有無可讓與性及可繼承性、保護對象及權利存續期間、救濟手段等，需要有成文法上的具體規定，作為其法律根據。」⁶¹此類見解基於物權法定主義的思維⁶²，若認為公開權的法律性質係同於物權而具有獨占性與排他性，則須具備法律或習慣法上的明文根據。

(六) 小 結

由前述實務見解的變遷可知，韓國實務上對於公開權的見解，大致上係由早期的財產權說，逐漸轉變為人格權說，然囿於物權法定主義之故，法院對於承認基於人格權理念的公開權一事，表現出相當消極的態度。然而，僅具有債權效力的經紀契約，原則上難以對抗第三人，無從滿足娛樂產業對於公開權的殷切需求。此或是最高法院於BTS一案中另闢蹊徑，刻意避開是否應承認公開權的爭議，而以不正競爭防止法的概括條款處理該案的理由。然而，基於不正競爭防止法的處理模式，不論是於BTS案中最高法院所適用的概括條款、或是嗣後增訂的無權使用知名人士人格特徵之行為，對於公開權最為關鍵的兩大爭議：可否讓與以及可否繼承，並未置喙，從而透過立法釐清此二爭議的呼聲，依舊存在，而此亦是2022年民法修正草案的提案背景。實則，公開權可否讓與及可否繼承的爭議，向來是財產權說與人格權說最難以調和之處，本文以下即透過相關學說與判決的介紹，嘗試呈現韓國學界與實務界如何思考此二爭議。

⁶¹ 此見解首次出現於首爾高等法院2002年4月16日宣告2000na42061判決，並且多次為採取此見解的判決所援引。

⁶² 針對法院固守物權法定主義的立場，學說上有認為，對於公開權的需求，其目的在於當人格特徵未經同意而遭他人於商業上使用時，對於其經濟利益所受侵害，提供有效救濟（防止他人侵害），而非在於創設一具有排他效力的新權利；由此觀之，實務上為拒絕承認公開權而援引物權法定主義的作法，是否妥當，非無疑義。參見，Jeong Sang-jo、Park Joon-seok，同註20，頁62。

肆、關於可讓與性及可繼承性的對立見解

一、可讓與性相關見解

(一)學說

1. 承認可讓與性之見解

公開權可否讓與，一直以來都是人格權說與公開權說最為針鋒相對的爭點。主張應承認公開權的論者認為，由於涉及知名人士人格特徵使用權的相關交易已相當普遍，透過此類交易獲得報酬已成為演藝人員的主要收入來源之一，為充分保障交易安全、提昇演藝活動相關投資成果的預測可能性、透過公開權的交易而回收投資成本等現實上的理由⁶³，應承認公開權具有可讓與性，否則若是禁止融通的情況下，公開權保護客體的評估價值將因此有所減損。然而，韓國學界對於是否承認可讓與性，多半採取較為消極保守的立場。

部分學者以美國的智慧財產法模式為其依據，主張應積極承認公開權的可讓與性⁶⁴。其主要理由著眼於公開權的完整保護⁶⁵，認為僅有承認可讓與性，方能獲得對於自己的姓名、肖像所具經濟價值的充分對價，並且確保受讓人的交易安全。按照智慧財產權說的立場，保護公開權的法益為：當事人透過其知識、藝術層面的努力與活動所創造的人格特徵經濟利益，而與著作權、商標權有相仿處⁶⁶，因此個人的姓名、肖像等人格特徵在商業上的利用權利為智慧財產權的一種，得自由轉讓，而與姓名權、肖像權等有所不同。此外，亦有從隱私權的角度進行探討者，認為公開權與否認可讓與性的隱私權存有本質上差異，前者具有供交易之用的迫切需求，從而觀念

⁶³ Im Sang-hyeok，關於公開權限制之研究；以與言論自由的關係為中心，首爾大學博士論文，2017年，頁86。

⁶⁴ Seo Tae-hwan，公開權的意義與其讓與性及繼承性，清洲法律論壇，第1卷，1999年9月，頁484。

⁶⁵ Oh Seung-jong，著作權法，博英社，2013年3版，頁961。

⁶⁶ Lee Han-ju，關於公開權，私法論集，第39號，2004年12月，頁355-356。

上將公開權從隱私權切離，並承認其為財產權而具備可讓與性，有其實益⁶⁷。

另外，若是將公開權認為屬於一種雜揉人格權與財產權的混合型權利時，亦難否認公開權具有財產權本質之一的讓與性。就此，亦有認為，為緩和承認可讓與性時所可能發生的弊害，須課予一定程度的限制（如透過定型化契約規範應記載及不得記載事項）、或創設例外規定以緩和弊害的主張⁶⁸。而且，為避免將人格特徵的利用權利讓與第三人後當事人的人格或人性尊嚴受到侵害的狀況，需要事前對於經紀公司課予一定的契約上義務，例如，對於受讓公開權後受讓人另行處分該權利之行為，讓與人保留同意與否的權利等契約條款，納入公開權交易相關的定型化契約中。

另一方面，亦有論者主張公開權與著作權不同，著作權法原則上以具有創作性的著作為其保護對象，但公開權的概念下，縱使不存在人的精神創作，亦有可能承認公開權，並基於此立場而不採取智慧財產權說的見解，但此立場並不妨礙其認定公開權具有財產價值，從而得為授權利用或作為讓與的客體⁶⁹。

整體而言，主張應承認公開權為獨立財產權的見解中，泰半皆考量現實上的理由，而肯定可讓與性⁷⁰。相對於此，支持人格權說的論者對於財產權說則有下列批評，亦即當承認公開權的可讓與性時，恐會發生當事人無法控制其人格特徵如何被運用，導致人格商品化的疑慮⁷¹。就此批評，支持可讓與性的論者亦提出反駁，其以韓

67 Seo Tae-hwan，同註64，頁484；Lee Hyun-kyeong，財產權的公開權，Law & technology，第6卷第1號，2010年1月，頁128。

68 Nam Hyeong-du，公開權相關外國案例研究，韓國著作權協會，2012年，頁109。

69 Kim Jae-hyeong，關於人格權的立法建議，民事法學，第57號，2011年12月，頁98。

70 Nam Hyeong-du，公開權之哲學的基礎（上），Justice，第97號，2007年4月，頁138；Lee Han-ju，同註66，頁386。

71 Lee Sang-jeong，公開權之研究，亞細亞女性法學，第4號，2001年6月，頁318。

國商標法為例，指出商標法上已有允許人格權與獨立財產權可為分離、讓與的先例⁷²；至於不當利用而毀損當事人名譽的情形，則應適用其他規範（如名譽毀損、侵害隱私權等）處理即足，因此，即便承認公開權的可讓與性，並不當然等同於當事人喪失對於人格特徵利用控制權的喪失⁷³。

2. 否定可讓與性之見解

否定見解的主要論據係認為人格權的財產利益源自於人格權，制度上不應使人格特徵的利用權因讓與行為而脫離人格主體存在，兩者間為不可分離的關係；此外，承認可讓與性或將導致當事人無從控制自己的人格特徵被受讓人不當使用，恐將阻礙人格主體的自由發展⁷⁴。公開權是將象徵人格同一性的姓名、肖像等在商業上利用的權利。若允許公開權得為自由讓與，而不限定用途與期間，則恣意使用他人姓名、肖像的行為，例如用於為風俗產業或是醜化當事人形象的廣告，當事人亦無法阻止，實有違反公序良俗的可能⁷⁵。此外，屢有演員、歌手等演藝人員因經濟緣故而於甫出道時即讓與公開權，但嗣後出名時遭受讓人濫用公開權而引發爭議的情形，因此不應承認公開權的可讓與性，若有供他人使用人格特徵的需要，透過授權契約允許他人利用即足⁷⁶。

⁷² 依韓國商標法第34條第1項第6號規定（類似臺灣商標法第30條第1項第13款規定），他人著名姓名、名稱的商標，經他人同意後得為註冊；而於註冊公告後，與其他商標相同，得為讓與或授權的對象。由此可知，在韓國法上，立法者進行利益衡量後，人格利益與財產利益的分離所生弊害並非絕對不可接受，換言之，立法者已作出判斷，在現代社會中，人的肖像、姓名等人格特徵供他人使用的必要性，已高於人格與財產價值分離所可能衍生的弊害。Park Joon-seok，同註19，頁121。

⁷³ Jeong Sang-jo、Park Joon-seok，同註20，頁92。

⁷⁴ An Byeong-ha，同註43，頁114；Kwon Tae-sang，人格權觀點之公開權，民事法學，第59號，2012年6月，頁67。

⁷⁵ Park Young-kyu，人格權、公開權及智慧財產權法，Justice，第112號，2009年8月，頁284；Choi Seung-jae，對於公開權之立法保護，智慧財產政策，第8號，2011年9月，頁48。

⁷⁶ Han Wi-soo，公開權的侵害與民事責任（下），人權與正義，第243號，1996

尚有見解基於公開權的人格權性質而認為公開權不得讓與，但得授權他人為利用，且被授權人得再授權他人利用。而當與被授權人處於競爭關係的第三人故意侵害被授權人權利時，因人格權的一身專屬性，被授權人不得基於公開權而代本人向第三人行使防止侵害請求權，但被授權人得主張第三人侵害債權，而向第三人請求損害賠償⁷⁷。

(二)關於可讓與性的判決立場

如前所述，即便承認公開權的見解，亦不當然承認公開權具有可讓與性。而實務上，早於2000年時即有承認可讓與性的判決。在著名的維達·沙宣案中，首爾高等法院指出⁷⁸：「公開權為財產權的一種，而非為如人格權般的一身專屬權，因此，為積極使用姓名、肖像具有的經濟價值，公開權的主體得將之讓與第三人。故應認為受讓人基於其權利，為有效排除與防止侵害，對於侵害行為人，得請求銷燬侵害物品。」然而，實務上並非全然一致肯認公開權具有可讓與性，固然多數事實審判決係採肯定見解，而承認可讓與性⁷⁹，或以可讓與性為前提而作出判決⁸⁰。然而，亦有否定肖像權讓與性之案例⁸¹。

二、可繼承性相關見解

(一)學說

通說肯定公開權的可繼承性，如採智慧財產權說（肯認公開權為一種財產權）的論者多主張，智慧財產權制度上既然承認著作財產權得為繼承標的，則與著作財產權具有類似性質的公開權，實無

年11月，頁114。

⁷⁷ Eom Dong-seob，公開權，西江法學研究，第6卷，2004年5月，頁167。

⁷⁸ 首爾高等法院2000年2月2日宣告99na26339判決。

⁷⁹ 首爾東部地方法院2011年2月16日宣告2010gahab8226判決。

⁸⁰ 首爾東部地方法院2004年2月12日宣告2002gahab3370判決；首爾中央地方法院2007年1月19日宣告2006gadan250396判決。

⁸¹ 首爾中央地方法院2010年5月20日宣告2009gahab135822判決。

不可繼承之理；此外，公開權既為財產權的一種，則財產權得為繼承標的係繼承法的原則，需有特殊情事，方能否定財產權的可繼承性，然而，公開權為個人姓名、肖像等有關人格的權利此一事實，難謂構成上述的特殊情事；此外，若否定公開權的可繼承性，則當權利主體死亡後，權利主體的繼承人無從享受該經濟利益，生活上會受到嚴重的打擊⁸²。

另一方面，基於人格權說的見解雖然強調人格利益與財產利益的關聯性而否定可讓與性，但其中多數仍承認公開權的可繼承性。其主張略為：讓與和繼承有其本質上的差異，否認當事人生前可讓與公開權，主要係考慮本人喪失對人格特徵的自我決定權的可能性；但若權利主體死亡時，承認公開權的可繼承性，對於被繼承人的人格特徵被盜用的侵害行為，繼承人將得請求法院救濟，反之，若不承認可繼承性，人格特徵的經濟價值將隨著本人是否死亡而大幅變動，從而處於不安定的狀態，受讓人或投資者等第三人難以精確評估公開權的財產價值。尤有甚者，若不承認可繼承性，亦可能危及交易安全（制度面上若否認公開權的可繼承性，則公開權的權利人不幸過世時，其生前就公開權所為的交易安排可能因此前功盡棄，甚不合理⁸³），對於公開權的權利人難謂妥當⁸⁴。

相對於此，否定公開權可繼承性的見解則為少數說。其中，將公開權理解為一種當事人得決定是否拋棄隱私權的自由的見解，即否認公開權的可繼承性。肯定可繼承性的見解雖有認為，若採否定說，人格特徵的使用權恐將被讓與與本人毫無關係的第三人，但否定可繼承性的論者則提出反駁，認為當權利主體死亡後，知名人士的肖像、姓名成為公共財，任何人皆可自由使用而無須負擔交易費

⁸² Lee Hyun-kyeong，同註67，頁131；Seo Tae-hwan，同註64，頁495；Choi Seung-jae，同註75，頁48。

⁸³ Im Sang-hyeok，同註63，頁92。

⁸⁴ Kim Soo-jeong、Kim Seong-su、Ko Cheol-woong，同註13，頁17。

用，整體而言，有促進市場競爭的正面效果⁸⁵。另一方面，即便採取財產權說的論者，亦有否定可繼承性者⁸⁶，其以年金請求權為例，指出年金請求權固為財產權的一種，但並非繼承標的，由此可見，即便公開權為財產權，亦非理所當然屬於繼承標的，此外，有鑑於使用公開權實難與人格完全割離，若承認可繼承性，由於法未明文權利的存續期間，倘若公開權得持續存在，縱於本人死亡數百年後，仍得由繼承人基於所繼承的公開權而請求禁止使用該人格特徵或請求損害賠償，似有未妥。

(二)關於可繼承性的判決立場

與可讓與性的情況相同，韓國法院對於公開權可否為繼承標的之立場亦非一致，有承認公開權但否定公開權可繼承性的判決，亦有明確肯認公開權可繼承性者。前者的代表案例，如前述James Dean一案中首爾地方法院的判決⁸⁷；至於後者，包括李輝昭教授案、金斗漢案⁸⁸、James Dean相關的他案判決⁸⁹（以公開權可為繼承標的為前提，針對繼承後的公開權是否遭他人侵害之爭點作出判斷）、以及李孝石案⁹⁰。以李孝石案為例，法院於該案中基於下列論理，而肯認公開權得為繼承標的：1. 公開權更貼近財產權；2. 關於公開權的法律性質，相較於類推適用民法上名譽毀損或隱私權的權利，更適合類推適用商標法或著作權法的相關規定，而認為公開權得為繼承標的；3. 若否認公開權的可繼承性，恐將導致因當事人死亡等偶然因素而影響公開權所具財產價值的不當結果。

(三)衍生問題：死者公開權的存續期間

以承認公開權為前提，是否應對於權利存續的期間設下限制，

⁸⁵ Eom Dong-seob, 同註77, 頁168。

⁸⁶ Han Wi-soo, 同註76, 頁116。

⁸⁷ 同註51參照。

⁸⁸ 首爾北部地方法院2007年7月20日宣告2006gahab7284判決。

⁸⁹ 首爾高等法院2002年4月16日宣告2000na42061判決。

⁹⁰ 首爾東部地方法院2006年12月21日宣告2006gahab6780判決。

亦成為爭論焦點。承認公開權可繼承性的見解，多半亦認為應設定一定的權利存續期間，但對於存續期間的長度則是眾說紛紜。贊成設定存續期間的理由，主要係為平衡公開權與言論自由以及自由競爭的利益，死者身故後，隨著時間的經過，保護言論自由及允許自由競爭的公共利益會逐漸擴大，而至某一時間點將會超越公開權繼承人的私益，從而為了確保預見可能性，應有必要明文訂定公開權的存續期間⁹¹。

具體而言，學者有從解釋論的角度，認為得：1. 類推適用著作權法，將保護期間定為死後70年⁹²；2. 類推適用民法第162條第1項債權消滅的時效規定，認定保護期間為權利人死後10年⁹³；3. 類推適用民法第162條第2項債權及所有權以外的財產權的消滅時效規定，認定保護期間為權利人死後20年⁹⁴。亦有從立法論的角度出發者，認

⁹¹ J. THOMAS MCCARTHY & ROGER E. SCHECHTER, RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY § 9:16 (2d ed. 2022).

⁹² 學者主張，若將公開權的存續期間定為永久或存續至未被營利使用為止，期間不明確而有害於法安定性。因此，應與肖像照片的著作權一樣，將存續期間規定為權利人死後50年（自從2013年7月1日起，韓國的著作權的保護期間為70年），較為妥適。Lee Sang-jeong，同註71，頁320；主張類推適用著作權法的理由在於，著作權法上之所以設定保護期間，係因著作權人死亡後，得以自由利用著作的公共利益，將隨著時間與日俱增，而此一情形與公開權有其類似之處，Kwon Tae-sang，同註42，頁347。另外，尚有論者認為，若承認公開權可繼承性，則設定過短的存續時間將無法達到認定可繼承性之目的，故相較於其他見解，類推適用與公開權較為類似的著作權法相關規定，較為妥當，Im Sang-hyeok，同註63，頁96。

就此，反對意見則認為，著作權法的目的在於促進文化產業發展，然公開權的目的僅在於保護基於個人名聲等所生的商業利益，其保護目的與文化發展實不相關，從而類推適用著作權法難謂妥適。參見，Jeong Jin-keun，依據公平交易法之公開權之限制：以日本遊戲公司Konami案例為中心，季刊著作權，第21卷第1號（總期數：第81號），2008年3月，頁95。

⁹³ Choi Hyeong-gu，公開權之死後存續，產業財產權，第34號，2011年4月，頁361。

⁹⁴ 此主張的論據在於，雖然公開權是從本人人格所衍生出的權利，而與本人人格難以分離，但公開權的規範重點在於姓名、肖像具有的經濟價值，其財產權的性質強烈，故其存續期間得類推適用韓國民法第162條第2項規定，定為死後20年。參見，Gu Jae-gun，關於公開權之研究：有關國會立法討論的內

為：4.以平均一個世代為基準，立法將保護期間設為權利人死後30年⁹⁵；5.不明定固定的保護期間，而由法院依個案情形具體判斷並為認定，可能的考慮因素包括：權利主體死亡後經過時間、關於故人的姓名、肖像等人格特徵的經濟價值的淡化程度、該人格特徵所具備顧客吸引力的強度、利用態樣、以及利用人的主觀條件等⁹⁶。

實務上，關於公開權的存續期間，早期雖有判決認為不應類推適用著作權法規定⁹⁷，但近年亦有判決類推適用著作權法，如李孝石案中法院即指出⁹⁸：公開權的存續期間雖無明文規定，然若解釋為永遠存續亦會產生問題，例如將主角設定為歷史人物的商業行為，若需得到其後代子孫的同意，難謂合理，且覓得繼承人的可能性亦低；另一方面，當本人死亡後，隨著時間經過，自由利用死者肖像或姓名的公共利益亦相當重要，有鑑於此，解釋上應限制其存續時間。為此，類推適用與公開權類似之著作權保護期間，應屬妥當⁹⁹。

由上述各種莫衷一是的見解可窺知，在法無明文的情況下，死後公開權存續期間的長短實難透過解釋論形成共識，而應透過立法

容，外大論集，第30號，2008年5月，頁224。

⁹⁵ 關於死者人格權遭侵害時的救濟，有主張參酌韓國於2005年制訂的言論仲裁及損害救濟等之法律（言論仲裁法）第5條之2第5項規定：「其他法律未有特別規定者，自權利人死亡之日滿三十年後，不得依第二項規定進行救濟程序。」認為該法所以限定30年的除斥期間，係考量到30年約為一個世代的期間，從而死者家屬為防止死者的名聲或名氣因不當使用而淡化、或保護其人格特徵不被他人用於營利的權利，亦應比照上述法律規定，設定為死後30年。參見，Kwon Young-joon、Lee So-eun，同註31，頁168。Kim Jae-hyeong，同註69，頁101；Nam Hyeong-du，公開權之立法保護方案研究，文化觀光部，2011年，頁91。

⁹⁶ Lee Han-ju，同註66，頁393-394。

⁹⁷ 首爾地方法院1997年11月21日宣告97gahab5560判決。

⁹⁸ 參照同註90。

⁹⁹ 然對於李孝石案中的法院見解如何理解，亦有學者提出不同看法，其認為在該判決中，法院僅是表達縱或以當事人所主張類推適用著作權法，該案中公開權保護期間仍已屆至，已無必要保護所涉人格特徵，而非法院自行認定該案中公開權應類推適用著作權的保護期間。參見，Park Joon-woo，公開權保護的爭點，為制定公開權保護相關法律的公聽會資料，2014年10月29日，頁39，<https://dl.nanet.go.kr/SearchDetailView.do?cn=PAMP1000043957>。

的方式解決。

三、小 結

關於公開權的可讓與性、可繼承性以及死後存續期間，韓國學說及實務並未形成穩定的一致見解，既如前述。然而，見解交雜錯綜亦代表法安定性的低落；即便BTS案判決中最高法院嘗試透過適用不正競爭防止法提供當事人一定程度的保護，但僅憑藉不正競爭防止法，亦難完全滿足業界對於公開權的實際交易需求，故修法新增公開權以杜爭議的呼聲愈發強烈，而此亦為下述2022年民法修正草案的提出背景。

伍、韓國「人格標識營利權」 民法修正草案之內容與評析

隨著社群媒體的興起與普及，任何人都可能一夕成名，並且利用自己的姓名等人格特徵迅速獲取各種經濟利益，然而，所伴隨的交易糾紛也隨之增加。在2020年BTS案韓國最高法院裁定以及2022年韓國不正競爭防止法修正後，知名人士人格特徵所附帶的經濟利益已受到一定程度的保護，但不可諱言，對於未達「國內普遍認知」的一般人的人格特徵，並無從主張不正競爭防止法，且當人格特徵的所有人死亡後可否繼承以及其死後的權利存續期間等法律爭點仍舊不明，實務上屢生糾紛。有鑑於此，韓國法務部於2022年年末提出年民法修正草案¹⁰⁰，嘗試建立一套以人格權為基礎的公開權規範體系，明確規範公開權得否繼承、繼承後的存續期間、以及受侵害時的救濟程序。雖然該草案最終並未提交國會審議¹⁰¹，但其內容可謂為在人格權說的框架下規範公開權並與其他法規相互調和的示

¹⁰⁰ 民法部分修正法律案之草案預告，法務部報導資料，2022年12月26日，<https://www.moj.go.kr/moj/221/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJG bW9qJTJGMTgyJTJGNTY2MDI2JTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNG>。

¹⁰¹ 韓國法務部原本預估於2023年年初向國會提交該草案，但最終並未提出。

範，適合作為於臺灣法脈絡下思索公開權相關議題時的切入點。以下即就草案內容進行說明，並簡要分析其意義。

一、2022年民法修正草案的主要內容

2022年民法修正草案第3條之3規定：

「一、人擁有將自己姓名、肖像、聲音及其他人格標識供作營利使用之權利。

二、前項規定之人格標識營利權，不得讓與。

三、人格標識營利權人得授權他人使用自己人格標識。但有違背權利人信念等重大事由者，得終止授權。

四、對於使用他人人格標識具有正當利益者，縱未經人格標識營利權人授權，在合理範圍內，得營利使用該人格標識。

五、第一項所定權利，於本人死亡後，繼承人得繼承之。於繼承後，存續三十年。

六、第三條之二第二項及第三項之規定，於人格標識營利權準用之¹⁰²。」

(一)人格標識營利權之概念

「人格標識」係指姓名、肖像、聲音等足以識別特定人的特徵要素，而與本文中的人格特徵同義¹⁰³。草案第3條之3規定，將人對於自己的姓名、肖像、聲音以及其他人格特徵供作營利使用之權利明文化，而不問此些人格標識是否於國內普遍認知。

(二)人格標識營利權之授權

草案第3條之3第2項規定明確否定人格標識營利權的可讓與性，由此亦可窺見草案係採取人格權說的立場；但為滿足業界需求，同條第3項規定允許人格標識營利權人對外授權。但若有被授權人違背

¹⁰² 草案第3條之2第2項係規定，人格權受侵害之人得請求除去侵害以及為回復被侵害人格利益所需之適當處分；同條第3項則規定，有侵害其人格權之虞者，得請求預防侵害或提供擔保。

¹⁰³ 參見同註30。

人格標識營利權人所持信念等重大事由發生時，權利人可終止其授權¹⁰⁴。

(三)人格標識營利權之限制

有使用他人人格標識的正當利益的情況，即便沒有事先取得權利人的同意，在合理範圍內，仍得營利使用他人的人格標識。例如，在運動賽事的直播影像中出現的觀眾肖像、媒體為進行採訪而使用受訪人的人格標識等情形¹⁰⁵。

(四)權利人死後人格標識營利權的存續期間

草案第3條之3第5項規定明文承認人格標識營利權的可繼承性，但存續期間僅止於權利人死後30年，以兼顧公共利益。

(五)對於人格標識營利權侵害之救濟

對於人格標識營利權的侵害行為，人格標識權利人得請求排除侵害或採取適當措施；且對於有侵害之虞者，可請求預防侵害或提供擔保。

二、2022年民法修正草案的簡評

(一)確認人格標識財產利益保護的必要性

韓國學說與實務見解多數承認保護人格特徵財產利益的必要性，既如前述。縱使反對增訂公開權的見解，亦同意需要規範人格特徵在商業上的無權使用¹⁰⁶。為解決公開權的爭議，並促使裁判實務見解統一以確保法律安定性，於立法層面增訂新的權利作為解決

¹⁰⁴ 為維護人格權，制度上應允許權利主體終止授權，但承認權利人得單方終止授權，亦將導致人格標識的市場價值一定程度的減損。因此，為避免損及相對人的信賴以及危害交易安全，僅限於有違背權利人信念等重大事由的情況，方得終止授權。

¹⁰⁵ Im Hye-ryeong，為了讓一般人亦可被認定公開權……韓國型公開權新增之民法部分修正草案預告，法曹新聞，2022年12月17日。

¹⁰⁶ An Byeong-ha，同註43，頁72。

方案，已普遍被認為具有其立法必要性¹⁰⁷。因此，2022年民法修正草案可視為產官學界為強化保護人格特徵的商業使用而形成的具體共識。

(二)透過民法規範公開權的理由與整體評價

2022年民法修正草案中，一改過去學說與實務見解所慣用、自英文「right of publicity」直譯的韓文用語，而改以「人格標識營利權」指稱公開權，可謂宣示了草案對於公開權所涉法律定位以及相關爭議的基本立場¹⁰⁸。亦即，有鑑於美國與韓國的法律體系差異，不宜將美國法上對於公開權的理解（財產權）原樣引進韓國法中，若然，則次一階段的疑問在於：於人格權說的脈絡下，應如何修法因應？

就此，支持修正民法的見解主張：人格特徵的商業使用與人格權的保障之間，存在難以切割的關係，固然個人的姓名、肖像等人格特徵的使用包含人格要素與財產要素，但縱使概念上可區別此二要素，但僅因人格特徵的使用包含此二要素，即刻意於不同法律分別置其規範，顯為疊床架屋、事倍功半¹⁰⁹。另有見解指出，公開權的規定並不宜置於著作權法中，因為著作的概念與公開權的保護對象（並非精神創作）有所衝突，至於不正競爭防止法僅能保護國內普遍認知的人格特徵，其適用範圍有其侷限，綜合考量下，於民法修正增訂人格標識營利權，應為相對合理的選擇。就此，韓國法務部於2022年先行預告新增人格權相關規定的民法修正草案後¹¹⁰，隨

¹⁰⁷ Han Ji-young，同註37，頁181。

¹⁰⁸ 就此，採取財產權說的學者則有不同意見，參見，Han Ji-young，同註37，頁184。

¹⁰⁹ Kim Jae-hyeong，同註69，頁97-98。依此見解，在民法中同時增訂人格權與人格標識營利權的立法方式，應屬妥適。

¹¹⁰ 同註41參照。韓國現行法下，當人格權受侵害時，即便未有獨立的請求權基礎，仍得依侵權行為法請求救濟。Park Dong-jin，毀損冷凍精子之民事法上評價，醫療法學，第3卷第1號，2002年6月，頁164；Ko Cheol-woong，關於人格概念的立法之研究——以2022年法務部「民法修正草案」為中心，民事法學，第99號，2022年6月，頁69-71。

後緊接預告增訂人格標識營利權的民法修正草案，由其立法預告的順序觀之，若是兩者皆順利通過，將形成人格權為上位概念、人格標識營利權為下位概念的規範體系，並以人格權作為規範人格標識營利權的中心概念¹¹¹。

而對於有意將人格標識營利權納入規範的立法動向，學者普遍給予積極評價，認為此動向顯示政府積極保障人格特徵財產利益的意圖，並且，相對於不正競爭防止法的保護對象僅限於知名人士，2022年民法修正草案下任何人皆得主張人格標識營利權，其保護範圍更為全面廣泛¹¹²。

(三)2022年民法修正草案的問題點：構成要件模糊

雖然論者普遍肯定政府嘗試將公開權明文化的意義，但2022年民法修正草案並非毫無爭議。其中，論者指出草案條文中所使用的構成要件過於模糊曖昧，如「違背信念等重大事由時」、「在合理範圍內」等主觀、模糊的用語，導致適用範圍不夠具體明確，恐未能發揮定紛止爭的效果，甚或可能導致市場交易的紊亂¹¹³。

(四)人格標識營利權的性質：基於人格權的權利？

人格權說與財產權說的最大差異在於是否承認可讓與性，既如前述。由此角度觀察2022年民法修正草案，人格標識營利權雖得成為授權的標的，但草案已明確地否認可讓與性，因此人格標識營利權仍應被視為基於人格權而展開的權利。

就此，本文認為2022年民法修正草案否定人格標識營利權的可

¹¹¹ Kim Min-sung，對於為新增「人格標識營利權」之民法部分修正案之法理研究——以韓國與美國之人格標識營利權之權利客體之比較研究為中心，財產法研究，第40卷第1號，2023年5月，頁88。

¹¹² Han Ji-young，同註37，頁181-182。但同論者亦指出，因民法的適用範圍廣於不正競爭防止法，且民法上的救濟手段與不正競爭防止法幾無差異，則若2022年民法修正草案通過，恐有架空不正競爭防止法中公開權相關規定之虞。

¹¹³ Han Ji-young，同註37，頁188。

讓與性，是其最大敗筆。此或許亦為韓國法務部最終並未將草案提交國會審議的原因之一。將旨在保護人格特徵「財產利益」的權利，由人格權的角度予以規範，理論面上勢必會產生矛盾與衝突，而須透過解釋論或創設例外等方式進行調和。然而，草案直接明文否定了人格標識營利公開權的可讓與性，消滅了運用解釋論居中協調的空間。保護人格特徵的財產利益已成為社會共識，有鑑於保護利益本身的性質屬於財產利益，且市場上亦有轉讓公開權以便維護權利完整的實際需求，增訂公開權時即應以財產權的角度進行規範，方符合法律邏輯。僅因姓名、肖像與人格有關為由，即將之作為一種人格權並否定其可讓與性，實有掛一漏萬之嫌，亦不符合本已明確區分人格權與財產權的韓國法律體系¹¹⁴。

如前所述，支持人格權說的見解多主張若承認公開權的可讓與性，恐會發生本人無法控制其肖像、姓名被他人如何使用，甚至完全喪失控制的情況，最終導致人格商品化的問題¹¹⁵。對此主張，本文認為，允許涉及人格的實體法上權利得為讓與標的，在現行法制下並非沒有先例，例如商標法上允許包含著名姓名、肖像的商標得申請註冊¹¹⁶，且該類商標亦得轉讓，無異於已承認人格特徵具有的經濟利益得自人格主體分離並讓與他人；於著作權法中亦有類似情形，著作是表達著作人思想與感情的創作，映射了著作人的人格，亦即，著作所具有的不僅是精神價值，亦包括財產價值，然而，韓國著作權法與臺灣相同，採取著作財產權與著作人格權併行規範的二元論，著作人就其著作原則上同時享有著作人格權與著作財產權兩種不同的權利，而後者亦得自由轉讓，而不限於授權。由此可知，對於同時具有人格要素與財產要素的人格特徵，同時承認人格

¹¹⁴ 類似見解，參見，Han Ji-young，同註37，頁182-183。其指出僅因韓國民法繼承德國法律體系，在未充分考慮社會實情的情況下逕採人格權說，存在不妥之處。

¹¹⁵ Lee Sang-jeong，同註71，頁318。

¹¹⁶ 參照同註72。

權面向上以及財產權面向上的不同權利，並各自依其需求置其規範（如允許財產權面向上的相關權利得自由讓與），制度上實無窒礙難行之理；至於是否於同一或不同法律置其規範，僅是形式面的選擇。然而，2022年民法修正草案明確否定了人格標識營利權的可讓與性，如此制度設計既未能滿足實務上的交易需求，甚或可能導致肖像、姓名等人格特徵於市場上的商業價值受到負面影響。雖然韓國法務部最終並未向國會提出該法案，但由於業界需求仍舊存在，未來政府增訂公開權相關規範時，實應多方評估並思考是否應維持相同立場。

陸、結 論

本文嘗試梳理韓國法制下公開權相關規範的來龍去脈，從BTS案的韓國最高法院裁定，到現行不正競爭防止法的規範說明，並指出以不正競爭防止法規範人格特徵使用的缺陷，在於未能滿足業界就人格特徵使用權的多樣化交易需求。基於同一立場，本文認為受制於人格權說思維而否認人格標識營利權可讓與性之2022年民法修正草案，過度偏重人格利益的維護，反而不當侷限了引進公開權時更應重視的財產利益，失之偏頗。固然從本文對於公開權歷來實務見解變遷的整理可知，2022民法修正草案實為反映近年實務見解趨向人格權說的立場，但從立法論的角度而言，訂定新法主要係為打破物權法定主義的桎梏，至於新法內容如何規範，實無須受到既有實務見解的拘束，否則過於堅持過往見解的結果，反而可能導致見樹不見林的窘境。實則，為解決產業界對於公開權的需求，2022年民法修正草案雖功敗垂成，但可預見韓國政府仍會持續推動公開權的相關修法¹¹⁷，則將來新法如何設計以保護人格特徵的經濟利益不受

¹¹⁷ 據媒體報導，韓國著作權法主管機關文化體育觀光部已著手研議「關於公開權保護與利用之法律（暫定）」草案，預計在2026年公開其草案。Kwon Hye-mi，AI導致之公開權侵害問題——文化體育觀光部推動法制化，電子時報（ETnews），<https://www.etnews.com/20241014000221>。

他人侵害（救濟層面），並兼顧相關產業對於公開權的交易需求（促進交易層面），有待持續追蹤。

另一方面，本文雖未於臺灣法的脈絡下就公開權相關問題進行探討，然如本文前言所述，臺灣最高法院於白花油案判決中肯認人格特徵的商業利用所產生的經濟利益應以財產權保護之，並得為繼承標的，但此一權利的法律性質為何、是否永久存續、可否讓與第三人將來等相關問題，仍有待實務發展深化其內涵，或透過修法一錘定音。然而，可以預見的是，臺灣與韓國同為承認人格權的大陸法系國家，在今後發展公開權的過程中，勢必亦會面臨如同韓國學說與實務見解中人格權說與財產權說的相互激盪¹¹⁸，此時本文所介紹的韓國經驗即值借鑑。此外，在公開「權」的討論外，亦不應忽略不公平競爭行為規範中著名表徵的相關規範，對於人格特徵的經濟利益得以發揮的保護與救濟功能，亦即，在臺灣公平交易法中，如何透過運用第22條禁止仿冒著名表徵以及第25條顯失公平概念下禁止榨取他人努力成果的相關規定，實現對於知名人士人格特徵經濟利益的保護，以及如此取徑下對於人格特徵的保護有否力有未逮之處，亦是今後重要的研究課題。

¹¹⁸ 於臺灣法下相關問題意識的整理，請參見，陳皓芸，藝名與商標法、公平交易法表徵保護之關係——從智慧財產及商業法院民事判決110年度民商上字第7號民事判決談起，月旦法學雜誌，332期，2023年1月，頁60。

參考文獻

一、中文部分

王怡蘋，人格權經濟利益之法制建構，臺大法學論叢，52卷1期，頁131-176，2023年3月。

王澤鑑，民法總則，2016年增訂新版，臺北：元照。

陳皓芸，藝名與商標法、公平交易法表徵保護之關係——從智慧財產及商業法院民事判決110年度民商上字第7號民事判決談起，月旦法學雜誌，332期，頁43-61，2023年1月。

二、韓文部分

An Byeong-ha，人格權之財產權性質：對公開權的批評，民事法學，第45-1號，2009年6月，頁71-122。

안병하，인격권의 재산권적 성격: 퍼블리시티권 비판 서론，민사법학 제45-1호，2009년6월，71-122면。

An Byeong-ha，人格權侵害與不當得利：引進公開權之不必要性（從侵害救濟的角度），民事法學，第68號，2014年9月，頁495-523。

안병하，인격권 침해와 부당이득반환: 침해구제의 측면에서 본 퍼블리시티권 도입 불필요성，민사법학 제68호，2014년9월，495-523면。

Choi Hyeong-gu，公開權之死後存續，產業財產權，第34號，2011年4月，頁335-366。

최형구，퍼블리시티권의 사후존속，산업재산권 제34호，2011년4월，335-366면。

Choi Seung-jae，對於公開權之立法保護，智慧財產政策，第8號，2011年9月，頁42-49。

최승재，입법에 의한 퍼블리시티권에 대하여，지식재산정책 8호，2011년9월，42-49면。

Choi Seung-jae，對於公開權之下級審判決動向的分析及權利化，資訊法學，第19卷第3號，2015年12月，頁1-36。

최승재，퍼블리시티권에 대한 하급심 판결 동향 분석 및 권리화

- 방안, 정보법학 제19권 제3호, 2015년12월, 1-36면。
- Eom Dong-seob, 公開權, 西江法學研究, 第6卷, 2004年5月, 頁147-178。
- 엄동섭, 퍼블리시티권, 서강법학연구 제6권, 2004년5월, 147-178면。
- Gu Jae-gun, 關於公開權之研究: 有關國會立法討論的內容, 外大論集, 第30號, 2008年5月, 頁209-234。
- 구재균, 퍼블리시티권에 관한 연구: 국회에서의 입법논의와 관련하여, 외대논집 제30호, 2008년5월, 209-234면。
- Han Ji-young, 關於民法上「人格標識營利權」立法之研究, 亞洲法學, 第16卷第4號, 2023年2月, 頁163-194。
- 한지영, 민법상 ‘인격표지영리권’ 입법에 관한 비판적 고찰, 아주법학 제16권4호, 2023년2월, 163-194면。
- Han Wi-soo, 公開權의 侵害與民事責任(上), 人權與正義, 第242號, 1996年10月, 頁28-37。
- 한위수, 퍼블리시티권의 침해 및 민사책임(상), 인권과 정의 제242호, 1996년10월, 28-37면。
- Han Wi-soo, 公開權의 侵害與民事責任(下), 人權與正義, 第243號, 1996年11月, 頁109-127。
- 한위수, 퍼블리시티권의 침해 및 민사책임(하), 인권과 정의 제243호, 1996년11월, 109-127면。
- Im Sang-hyeok, 關於公開權限制之研究; 以與言論自由的關係為中心, 首爾大學博士學位論文, 2017年。
- 임상혁, 퍼블리시티권 한계에 관한 연구: 언론의 자유와의 관계를 중심으로, 서울대학교 박사학위논문, 2017년。
- Jeong Jin-keun, 依據公平交易法之公開權之限制: 以日本遊戲公司 Konami 案例為中心, 季刊著作權, 第21卷第1號(總期數: 第81號), 2008年3月, 頁92-106。
- 정진근, 퍼블리시티권의 공정거래법에 의한 제한: 일본 게임회사 Konami 사례를 중심으로 계간저작제 21권제1호, (통권 제81호), 2008년 3월, 92-106면。
- Jeong Sang-jo, 不正競爭防止法註解(博英社, 2024年2版)。

- 정상조, 부정경쟁방지법 주해 (박영사, 2024년2판)。
- Jeong Sang-jo, 智慧財產權法 (弘文社, 2004年)。
- 정상조, 지식재산법 (홍문사, 2004년)。
- Jeong Sang-jo、Kwon Young-joon, 個人資訊的保護與民法的救濟手段, 法曹, 第58卷第3號 (總期數: 第630號), 2009年3月, 頁15-16。
- 정상조 권영준, 개인정보의 보호와 민사적 구제수단, 법조 제58권제3호 (통권 제630호), 2009년3월, 15-16면。
- Jeong Sang-jo、Park Joon-seok, 以不正競爭防止法保護公開權之研究 (韓國特許廳, 2009年1月)。
- 정상조 박준석, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 의한 퍼블리시티권 보호방안 연구 (한국특허청, 2009년1월), <https://www.kipo.go.kr/ko/kpoBultnDetail.do?menuCd=SCD0201112&parntMenuCd2=SCD0200281&aprchId=BUT0000065&pgmSeq=9048&ntatcSeq=9048#1>。
- Kim Jae-hyeong, 關於人格權的立法建議, 民事法學, 第57號, 2011年12月, 頁41-107。
- 김재형, 인격권에 관한 입법제안, 민사법학 제57호, 2011년12월, 41-107면。
- Kim Min-sung, 對於為新增「人格標識營利權」之民法部分修正案之法理研究——以韓國與美國之人格標識營利權之權利客體之比較研究為中心, 財產法研究, 第40卷第1號, 2023年5月, 頁73-97。
- 김민성, 인격표지영리권 (퍼블리시티권) 신설을 위한 민법 일부개정법률안에 대한 법리적 고찰- 한미 인격표지영리권의 권리객체 비교연구를 중심으로, 재산법연구 제40권제1호, 2023년5월, 73-97면。
- Kim Soo-jeong、Kim Seong-su、Ko Cheol-woong, 關於引進公開權方案之研究 (法務部, 2022年5月)。
- 김수정、김성수、고철웅, 퍼블리시티권 도입 방안에 관한 연구 (법무부, 2022년5월), <https://www.prism.go.kr/homepage/asmt/popup/1270000-202200016>。
- Ko Cheol-woong, 關於人格概念立法之研究——以2022年法務部「民法修正草案」為中心, 民事法學, 第99號, 2022年6月, 頁49-87。

- 고철웅, 인격권 개념의 입법에 관한 소고- 2022년 법무부 민법개정안을 중심으로, 민사법학 제99호, 2022년6월, 49-87면。
- Kwon Tae-sang, 人格權觀點之公開權, 民事法學, 第59號, 2012年6月, 頁43-85。
- 권태상, 인격권관점에서의 퍼블리시티권, 민사법학 제59호, 2012년6월, 43-85면。
- Kwon Tae-sang, 公開權의理論構成: 以依據人格權的保護為中心(景仁文化社, 2013年)。
- 권태상, 퍼블리시티권의 이론구성: 인격권적 보호를 중심으로(경인문화사, 2013년)。
- Kwon Young-joon, Lee So-eun, 關於公開權立法化之研究(韓國法務部, 2016年)。
- 권영준, 이소은, 퍼블리시티권 입법화에 관한 연구(법무부, 2016년), <https://www.prism.go.kr/homepage/asmt/popup/1270000-201600068>。
- Lee Han-ju, 關於公開權, 私法論集, 第39號, 2004年12月, 頁333-420。
- 이한주, 퍼블리시티권에 관하여, 사법논집 제39호, 2004년12월, 333-420면。
- Lee Hyun-kyeong, 財產權的公開權, Law & technology, 第6卷第1號, 2010年1月, 頁117-136。
- 이현경, 재산권적 퍼블리시티권, Law & technology 제6권제1호, 2010년1월, 117-136면。
- Lee Sang-jeong, 公開權之研究, 亞細亞女性法學, 第4號, 2001年6月, 頁313-329。
- 이상정, 퍼블리시티권에 관한 소고, 아시아여성법학 제4호, 2001년6월, 313-329면。
- Moon Seon-young, 關於不正競爭行為概括條款之主要法律爭點の研究, 科學技術研究, 第22集第1號, 2016年2月, 頁77-120。
- 문선영, 부정경쟁행위 일반조항에 관한 주요 법적 쟁점 연구, 과학기술법연구 제22집제1호, 2016년2월, 77-120면。
- Moon Seon-young, 關於不正競爭防止法上其他成果等的無權使用行為之省思, The Journal of Law & IP, 第12卷第1號, 2022年7月, 頁

125-174。

문선영, 부정경쟁방지법상 기타 성과 등 무단사용행위에 대한 비판적 고찰, *The Journal of Law & IP* 제12집제1호, 2022년7월, 125-174면。

Nam Hyeong-du, 公開權之立法保護方案研究 (文化觀光部, 2011年12月)。

남형두, 퍼블리시티권의 입법보호방안연구 (문화체육관광부, 2011년12월), <https://www.korea.kr/docViewer/skin/doc.html?fn=206021&rs=/docViewer/result/2011.12/23/206021>。

Nam Hyeong-du, 公開權之哲學的基礎 (上), *Justice*, 第97號, 2007年4月, 頁135-166。

남형두, 퍼블리시티권의 철학적기반 (상), *Justice* 제97호, 2007년4월, 135-166면。

Nam Hyeong-du, 公開權相關外國案例研究, (韓國著作權協會, 2012年)。

남형두, 퍼블리시티권에 관한 해외 사례 연구 (한국저작권협회, 2012년), <https://www.copyright.or.kr/information-materials/publication/research-report/view.do?brdctsno=10763&pageIndex=1¬iceYn=&brdclasscodeList=&etc2=&etc1=&searchText=%ED%8D%BC%EB%B8%94%EB%A6%AC%EC%8B%9C%ED%8B%B0%EA%B6%8C&searchkeyword=&brdclasscode=02&nationcodeList=&searchTarget=SUBJECT&nationcode=#>。

Oh Seung-jong, 著作權法 (博英社, 2013年3版)。

오승중, 저작권법 (박영사, 2013년3판)。

Park Dong-jin, 毀損冷凍精子之民事法上評價, *醫療法學*, 第3卷第1號, 2002年6月, 頁158-181。

박동진, 냉동보관중인 정자의 훼손에 대한 민사법적 평가, *의료법학* 제3권제1호, 2002년6월, 158-181면。

Park Joon-seok, 應否承認有別於人格權之公開權的研究——對於近期批判的反論, *首爾大學法學*, 第56卷第4號, 2015年12月, 頁71-136。

박준석, 인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰—최근의

- 비판론에 대한 논리적 재반박을 중심으로—, 서울대학법학 제56권 제4호, 2015년12월, 71-136면。
- Park Joon-woo, 公開權之法律性質——有關著作權與商標之權利中, 何者較為接近呢?, 產業財產權, 第30號, 2009年12月, 頁295-330。
- 박준우, 퍼블리시티권의 법적성격: 저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가? 산업재산권 제30호, 2009년12월, 295-330면。
- Park Joon-woo, 從公開權到不正競爭防止法的概括條款(上): 以最高法院2020年3月26日ja2019ma6525決定的成果要件為中心, 產業財產權, 第65號, 2020年10月, 頁273-314。
- 박준우, 이른바 ‘퍼블리시티권’ 에서 부정경쟁방지법 일반조항으로(上) - 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525결정의 ‘성과’ 요건을 중심으로- 산업재산권 제65호, 2020년10월, 273-314면。
- Park Young-kyu, 人格權、公開權以及智慧財產權法, Justice, 第112號, 2009年8月, 頁265-293。
- 박영규, 인격권, 퍼블리시티권 그리고 지식재산권, Justice 제112호, 2009년8월, 265-293면。
- Seo Tae-hwan, 公開權的意義與其讓與性及繼承性, 清洲法律論壇, 第1卷, 1999年9月, 頁465-510。
- 서태환, 퍼블리시티권의 의미와 그 양도성 및 상속성, 청구법률논단 제1권, 1999년9월, 465-510면。
- Shin Ji-Hye, 以不正競爭防止法為依據之公開權規律: 最高法院2020年3月26日ja2019ma6525決定, 民事法學, 第94號, 2021年3月, 頁325-357。
- 신지혜, 부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권의 규율: 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정, 민사법학 제94호, 2021년3월, 325-357면。

三、英文部分

McCarthy, J. Thomas & Schechter, Roger E. (2d ed. 2022)., RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY. United States: Clark Boardman Callaghan.

Nimmer, Merville B. (1954). *The Right of Publicity*, 19 LAW & CONTEMP. PROBS. 203-223.

A Preliminary Study on the Codification of Right of Publicity in Korean Law

Hyo-Sun Lee*

Abstract

Benefiting from the robust growth of the entertainment industry and the widespread influence of social media, the identifiable personal identities of celebrities—such as their names and likenesses—have gestated substantial property value through a variety of commercial activities. The legal protection of this property value is commonly known as right of publicity. Right of publicity originated in U.S. law, where it is recognized as a distinct property right. In contrast, both Taiwanese and Korean civil laws are primarily derived from German civil law traditions, which rely on personality rights as the principal legal framework for protecting personal identities. Personality rights are fundamentally intended to protect personal interests rather than commercial interests. As a result, both Korea and Taiwan are facing significant challenges in defining and effectively protecting right of publicity—focused on the property value of personal identities—within their respective legal systems.

This paper takes the recent, well-known BTS case in Korea as a point of departure to demonstrate the practical application of the Unfair Competition Prevention Act in protecting the personal identities of

* Ph.D. Student, Graduate Institute of Law, National Taiwan University.

celebrities. It then introduces the evolution of law theories and practices related to right of publicity, as well as recent government attempts to introduce this new right—referred to as the ‘commercial right of personality mark,’ which is essentially the same as right of publicity—through proposed amendments to the Civil Act, thereby presenting the process of deliberation on right of publicity among Korea’s legal, governmental, and academic sectors. By outlining the conflicts and compromises between differing viewpoints and analyzing the principal controversies, this paper aims to offer readers guidance for considering related issues within the context of Taiwanese law.

Keywords: Right of Publicity, BTS Case, Unfair Competition Prevention Act in Korea, Personal Identities, Personal Interest, Property Interest, Commercial Right of Personality Mark, the Revision Bill of Civil Act in Korea

【研究論文】

銀行法特別背信罪之職務與損害 ——評最高法院113年度台上字第216 號刑事判決

黃種甲*

要 目

壹、前 言	一、起點：保護法益之確立
貳、裁判簡析	二、職務之解釋
一、本案事實	三、損害之判定
二、歷審裁判暨理由	肆、本案判決檢討
三、本判決要旨及重要性	伍、結 論
四、爭點整理	
參、銀行法上特別背信罪之再 檢討	

DOI: 10.7003/LASR.202603_(16).0002

* 國立臺灣大學法律學院助理教授。本文感謝碩士生研究助理林伯軒、陳彧慈兩位同學之研究協助，並由衷感謝兩位審稿人提出之寶貴意見。惟文責由本人自負。

摘 要

財經法規中，對於違背職務造成本人損害之行為設有較普通背信罪加重處罰之規定，概稱為特殊背信罪。一般對於特殊背信罪之解釋，多從刑法普通背信罪出發。然而，特殊背信罪之刑度遠較普通背信罪為重，是否當然能作相同解釋，不無疑問。本文藉由最高法院113年度台上字第216號刑事判決為楔子，透過本則判決之論理，反思既有之解釋模式。本文提出，特殊背信罪之保護法益有別於普通背信罪所保護之本人財產利益，因此兩罪縱使具有相同之文字架構，仍應本於保護法益而區別解釋。準此，職務不同於任務，應限於各單行法規及其授權制定之命令或主管機關發布之函釋與銀行內部規範對於特定職位所課予之義務；財產損害則應限於對於金融市場可能造成擾動之財產狀態不利變動，進而不應寬泛將所有應增加而未增加之利益認為損害。

關鍵詞：特殊背信罪、金融秩序、違背職務、損害、金融監理

壹、前 言

千禧年後，和金融機構相關之各單行法規陸續修法，增訂處罰金融機構從業人員違背職務之行為。此等犯罪一般稱為特殊背信罪。特殊背信罪之條文結構與刑法普通背信罪高度雷同，不過法定刑卻從5年以下有期徒刑，躍升為3年以上至10年以下有期徒刑。考慮到刑度提升，學說開始從法益出發，區別此類特殊背信罪與普通背信罪之不同，進而對於構成要件進行限縮解釋，甚至從立法論上提出批評。以本文主要檢討之銀行法第125條之2的特殊背信罪（下稱本罪）為例，學說集中討論本罪之保護法益為何，職務應如何劃定，乃至於身分主體是否應排除法條明文列舉之職員等。與此相對，實務在適用特殊背信罪時，似乎從字面文義切入，而未細究其內涵，以致本罪在解釋上和背信罪難以看出顯著區別，成為後者之特別規定。

2024年3月，最高法院將同年月宣判之113年度台上字第216號刑事判決選為具參考價值之裁判。該則判決在銀行法第125條之2特殊背信罪之兩大要件——職務與損害——上做出相較過往見解更為擴張之解釋。首先，在職務範圍，最高法院認為職務應予整體判斷，不應割裂觀察。因此，縱非屬專責業務，然與專責業務密切相關而有助於專責業務之推動或完善者，倘有所違背，亦屬違背職務。另外，致生損害於銀行之財產或其他利益，包含應取得而未取得之具體損害。

針對本則判決，本文固然理解最高法院有意將被告不當行為繩之以法之苦心，然而本則判決錯失釐清本罪要件之契機，反倒不當擴張本罪要件之範圍，導致本罪適用界限之不安定，同時混淆應正確適用之罪名。是以，本文擬從特殊背信罪與普通背信罪間之體系比較出發，歸納出特殊背信罪之合理保護法益，復以此為基礎，論證職務之內涵與外延，以及違背職務後如何判定本罪之財產或其他

利益損害。

貳、裁判簡析

一、本案事實

本件被告任職於X銀行Y分行，並先後擔任該分行之業務、理財專員、營運事業處財務顧問、通路營運事業處資深財務顧問以及客戶關係經理等職務，負責對客戶提供投資理財諮詢、規劃之服務、以及受理客戶指示辦理特定投資理財型商品之購買、贖回等理財投資事宜。惟被告為獲取資金進行個人投資及花用，遂於為其長期經辦業務之客戶進行投資理財事宜時，偽造交易憑單而詐領客戶款項，詐得新台幣（下同）近3億元，致X銀行因其上開違背職務未確實為客戶辦理定期存款之行為，而未能賺取定期存款與放款間利息差額之收益。

二、歷審裁判暨理由

本件判決第一審係臺灣臺北地方法院110年度金重訴字第15號刑事判決（第一審判決）。被告不服，上訴至臺灣高等法院，經臺灣高等法院110年度金上重訴字第56號刑事判決（第二審判決）再次判決有罪後，第一次上訴至最高法院。最高法院111年度台上字第4093號刑事判決（第三審判決）首次發回本案由臺灣高等法院審理。更一審時，臺灣高等法院111年度金上重更一字第13號刑事判決（更一審判決）仍然判決被告有罪。被告再次上訴，最高法院於其113年度台上字第216號刑事判決（本判決）駁回上訴，全案因而確定。

第一審判決判被告違反銀行法第125條之2第1項後段之背信罪，處有期徒刑10年及其他犯罪。第二審判決雖撤銷原判決關於違反銀行法及定執行刑部分，但改判後仍認被告犯同罪，並改處有期徒刑12年。第二審判決經上訴後由最高法院第三審判決撤銷發回。最高法院刑事第一庭於其理由中指出，法院應當審酌銀行職員之職務內容與範圍。更具體地說，違背職務應依職務內容與範圍判斷，若行

為和職務無關，且不具處分權，縱違反銀行工作規則，仍不能繩以本罪。此外，行為結果是否致生銀行財產或其他利益之具體損害，亦須明白認定。簡言之，最高法院於第三審判決中之發回理由，顯然質疑第二審判決關於本案中職務範圍之判定，以及損害之具體認定。

發回高等法院後，高等法院於更一審判決指出：「『違背其職務』之行為，本即包含『職務上所不應為』之行為，解釋上自不應以其實際所為非屬職務範圍內之行為，而反認並非『違背其職務』之行為，而應以其行為當時是否係處理其職務範圍之事項為據，若於處理過程中故意不遵守其應遵守之誠信義務及受託義務，有從中圖自己或第三人不法利益，或損害銀行利益之行為，即已該當所謂『違背其職務』之行為。」（楷體為筆者所加）該判決更進一步指出被告所任職之X銀行工作規則要求員工應履行誠實義務，不得利用職權或職務上身分關係圖利私人；X金融控股股份有限公司員工作業規約中不得偽造客戶交易提供資料等相關規定；以及X銀行分行通路提供金融商品或服務作業準則中不得盜用客戶帳戶款項或未依客戶指示處理相關業務之規定，作為職務之實質內涵。

三、本判決要旨及重要性

被告不服更一審判決再次上訴，上訴意旨指出匯兌、存款並非其職務範圍，因此於協助此等事宜時偽造交易憑單，並非銀行法上違背職務之背信行為，而係普通背信行為，並爭執原審損害之認定。然而，本判決認為職務應整體觀察，而不得切割判斷。倘若「流程中有處理非其專責之業務但有密切關連而使其專責業務易於完成或更為完備有所違背者，亦得成立此罪。」同時，最高法院認為損害包含應取得而未取得之利益。

本於此等理由，最高法院第八庭駁回上訴，實質上肯認了更一審判決之論理。具體而言，違背職務之行為，不必然是嚴格職務範圍內之行為；和專責業務密切相關且對其有所便利者，而有違反相

關義務時，亦得論以違背職務。所以，最高法院本判決似乎承認了違背職務之認定，可以是非職務但與職務密切相關之行為，違反了非職務的其他義務規範。另外，損害包含應取得未取得之利益，似乎是依循了普通背信罪對於財產損害之理解，兼含財產利益之積極減少，以及消極未增加。

釐清本判決要旨之內涵後，可以觀察出本判決對於既有實務見解之突破有二。第一，歷來實務見解對於違背職務以及利用職務上之機會或利用職務之便有所區別，同時否認後者構成違背職務¹。然而，本判決包含流程中非專責之業務，將會模糊職務行為與利用職務上機會之行為。其次，不同於歷來實務見解多半處理財產利益減損之財產損害，本判決則明確表示應取得未取得之財產利益，該當損害²。如果觀察本案歷審判決，可以推測最高法院被說服接受高等法院之論理，因此具有指標意義。

四、爭點整理

針對本判決，可以歸納出下列二爭點，而下文論述亦將圍繞此二爭點，進一步提出論述：

- (一)本罪要件之違背「職務」，其內容為何？
- (二)本罪要件之財產或其他利益之損害，判斷對象與基準為何？

參、銀行法上特別背信罪之再檢討

一、起點：保護法益之確立

實務與部分解釋銀行法上特別背信罪，多參考刑法分則中之普通背信罪。此一取徑預設了特殊背信其實是普通背信的加重處罰規

¹ 請參考最高法院101年度台上字第5879號刑事判決、103年度台上字第2996號刑事判決、109台上字第3514號刑事判決。

² 經筆者於法源法律網中以銀行法第125條之2相關判決為範圍，以「應取得而未取得」及「消極損害」二關鍵字進行檢索，僅有本判決直接針對本罪肯認消極損害。最高法院110年度台上字第4769號刑事判決文中固然也肯認此點，然其事實及論罪並非本罪，而係證交法上特殊背信罪。

定³。至於為何加重處罰，其背後觀點或可大別為量的加重或者質的加重。前者認為特別背信由於涉及更多被害人以及更高額之財產（損害），因此有加重必要⁴；後者則認為特別背信罪所保護者，不單純只是普通背信罪之財產而已，因此加重係基於財產以外之考慮⁵。

上開切入點的不同，將會具體影響到後續構成要件之解釋。倘若特別背信罪只是基於法益侵害量差而加重，那麼在刻劃背信行為與損害之構成要件上，毋庸和普通背信罪做出不同解釋，而可直接援引。與之相對，倘若特殊背信罪所侵害者不只是財產，那麼就必

³ 此一想法，可於立法理由覓得根據。立法理由指出「二、為防範銀行、外國銀行及經營貨幣市場業務機構之負責人或職員藉職務牟取不法利益，爰參考組織犯罪防制條例第三條第一項之制度，而較刑法第三百四十二條之背信罪加重其刑事責任。」即係以普通背信罪為基礎，加重處罰。而最高法院97年度台上字第6805號刑事判決進一步指出：「上開條文增訂之立法理由為『為防範銀行、外國銀行及經營貨幣市場業務機構之負責人或職員藉職務牟取不法利益，爰參考組織犯罪防制條例第三條第一項之制度，而較刑法第三百四十二條之背信罪加重其刑事責任。』修正之理由為『鑒於銀行負責人或職員為背信行為，對銀行之財產或其他利益所侵害法益甚大，爰提高罰金刑度為新台幣一千萬元以上二億元以下罰金。其次，就銀行負責人或職員背信之金融犯罪而言，行為人犯罪所得愈高，對金融秩序之危害通常愈大。爰於第一項後段增訂，如犯罪所得達新台幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新台幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。』是此條項（按：銀行法第125條之2）為刑法背信罪之特別規定，其犯罪之主體，須為銀行負責人或職員，倘銀行負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於銀行之財產或其他利益者，即與該罪之構成要件該當。」則是確認了此一想法。

⁴ 非直接討論本罪，但認為證交法上特殊背信罪仍在保護本人財產，故本文歸類為此說者，請見靳宗立，證券交易法之刑事規制與解釋方法——以特別背信罪為例，台灣法學雜誌，166期，2010年12月，頁27。

⁵ 曾淑瑜，銀行法之特別背信罪哪裡「特別」，台灣法學雜誌，228期，2013年7月，頁153；曾淑瑜，銀行法特別背信罪適用爭議，台灣法學雜誌，261期，2014年12月，頁57；王正嘉，從經濟刑法觀點看特別背信罪，台灣法學雜誌，286期，2015年12月，頁56-57；謝煜偉，論金融機構特別背信罪，臺大法學論叢，45卷4期，2016年12月，頁2045-2046；沈君玲，金融法規「特別背信罪」之保護法益——普通背信罪躍升特別背信罪之質變——上，植根雜誌，36卷12期，2020年12月，頁495。

須在構成要件的解釋上，對應超出於財產所侵害之法益。兩者觀點不同，最終牽涉到的乃是刑法解釋的起點問題：特別背信罪之保護法益，是否有別於普通背信罪所保護之財產法益⁶？

對此，本文的基本立場為特殊背信罪所欲保護者，並非單純本人之財產法益，而係金融制度的集體法益。針對此一立場，可分別由立法技術、法釋義學以及政策目標三個面向，加以論述。簡言之，就立法背景而言，目前散見於各單行法規之特殊背信罪立法，以法益侵害量差之加重觀點而言，並不效率。另就釋義學而言，因法益侵害量差而加重，恐使未造成財產損害之未遂犯遭過度評價。最後，固守財產法益觀點將忽視特殊背信之保護金融秩序之政策目的。

首先，從體系上來看，目前結構上類似，但在行為主體及財產所有人上設有特別規定之特殊背信罪，計有9部法律（詳下表1）。撇除運動彩券條例此一較晚之立法，其餘8部法律，均係針對金融機構而設，且有7部法律集中於2000年至2004年制定。單純從立法技術觀之，如果各該特殊背信罪目的在於因應特定主體或直接受損對象而規範損害額度較高之背信行為，其大可畢其功於一役地於刑法背信罪後增訂相關規定⁷。具體而言，其方向上可以參酌如同我國刑法第336條之公益、業務侵占罪一般，針對財產照料義務之對象與財產來源增設加重處罰規定；或者參考德國刑法第266條第2項準用同法第263條第3項，針對諸如基於業務犯之或致生大規模財產損害等情節重大者，加重其刑⁸。然而，我國立法者並未採取此等較為簡便之

⁶ 此為我國及德國學說，參考甘添貴，刑法各論（上），2019年5版，頁343；古承宗，刑法分則：財產犯罪篇，2023年，頁331；許澤天，刑法分則（上）財產法益篇，2023年5版，頁212。德國亦然，參考Rengier, BT-I, 26. Aufl., § 18 Rn. 1, 更有直言否認信賴作為保護對象者，Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT-2, 46. Aufl., § 21 Rn. 810.

⁷ 提出此一觀點者，見陳志輝，從刑法背信罪分析銀行法第125條之2——特別背信罪的適用爭議，台灣法學雜誌，286期，2015年12月，頁72。

⁸ 德國刑法第263條第3項設有情節重大之加重規定，其中5款事由之第1款包含「基於業務」，第2款則涉及「致生大規模之財產損害」。相關條文之全文中

方式，反而陸續針對不同之主體，於不同單行法規中增設相關規定，應可推知立法者似乎無意僅以受損財產額度或受害人數，訂出一體適用之規範。相反地，立法者在一定期間內個別立法，或許有其揀選之意味。

表1 現行特殊背信罪法源暨要件整理

(來源：筆者整理)

法源	行為主體	行為	結果	制定日期
票券金融管理法第58條	票券金融公司負責人或職員	違背其職務	致生損害於公司之財產或其他利益	2001/07/09
證券投資信託及顧問法第105條之1	證券投資信託事業、證券投資顧問事業之董事、監察人、經理人或受僱人	違背其職務	致生損害於證券投資信託基金資產、委託投資資產或其他利益者	2018/01/31
證券交易法第171條	依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人	違背其職務	致公司遭受損害達新臺幣五百萬元	2004/04/28
銀行法第125條之2	銀行負責人或職員	違背其職務	致生損害於銀行之財產或其他利益	2000/11/01
金融控股公司法第57條	金融控股公司之負責人或職員	違背其職務	致生損害於公司財產或其他利益	2001/07/09
信用合作社法第38條之2	信用合作社負責人或職員	違背其職務	致生損害於信用合作社之財產或其他利益	2004/02/04
信託業法第48條之1	信託業負責人或職員	違背其職務	致生損害於信託業之自有財產或其他利益	2004/02/04
運動彩券發行條例第21條之1	發行機構及受委託機構員工	違背其職務	致生損害於發行機構或受委託機構財產或其他利益	2014/06/18

譯請參考李聖傑、潘怡宏(編譯)，德國刑法典，2019年2版，頁425、439。

法 源	行為主體	行 為	結 果	制定日期
農業金融法 第39條	信用部或全國 農業金庫負責 人或職員	違背其職務	致生損害於信用部 或全國農業金庫之 財產或其他利益	2003/07/23

另一方面，從刑法解釋學角度觀察，捨棄以損害結果之加重規定，而採個別制定罪名的方式，將可能在未遂犯之情況產生扞格。也就是說，倘若特殊背信罪之加重，純粹奠基於損害的額度，那麼未發生財產損害時，即無加重之必要。然而，有鑑於目前除證交法外之特別背信罪均設有未遂犯之情況，操作我國刑法第25條第2項僅屬「得減輕」之法律效果的結果規定，實際上極有可能導致同樣未造成損害之特殊背信較諸普通背信未遂為重之情況。如此一來，兩者之處罰落差，就不可能由財產法益侵害量差得出，以損害額為初衷之立法設計搭配刑法釋義學之操作結果，即有過度評價之虞。

以上兩點，係從反面立論為何特殊背信不似以財產損害為基礎之加重規定，以下將正面立論特殊背信應保護財產以外之其他利益。本文主張，現行規範方式，正凸顯出特殊背信單獨立法並加重處罰之必要性。一般而言，刑法之普通背信罪所保護者，乃是「本人」之財產。由此出發，背信罪中所謂的違背任務，一般而言係指違背本人所設定之準則，不論係事先通案所劃定之內部權限範圍，或者是個案之同意。也因此，倘若本人同意行為人以特定方式管理本人財產，即無違背任務可言，而阻卻構成要件；嗣後縱有損失，亦非背信罪之處罰對象。

不過，普通背信罪這種以本人為依歸的保護模式，並不足以因應特殊背信罪所欲規範之情形。茲舉本文評釋判決之銀行法特殊背信為例，倘若暫且認為銀行法之特殊背信罪所欲保護之法益，及於同法第1條之「保障存款人權益」，那麼便不可能透過背信罪達成這個目標。因為，存款人之於銀行，其實立基於債權人之角色。一般

而言，消費寄託之債務人對於債權人，並無財產照料義務⁹；又銀行對於純粹存款戶而言，並無忠實法上義務¹⁰，應非背信罪之主體。再者，銀行之負責人或職員，實際上是受銀行之委任，對於銀行負有財產照料義務。是以，在傳統背信罪的規範下，銀行法上特殊背信之主體，不可能對於存款人負有財產照料義務。從背信罪之視角而言，至多只能說存款人因為特殊背信罪主體對於銀行之財產照料義務，在銀行資產受到保護的限度內，反射地受有保障。

然而，既曰反射，表示此等保障本旨非為存款人而設，因而可能有所退讓。實際上，當銀行負責人或職員負有財產照料義務之對象，其利害和存款人產生衝突時，傳統背信罪便只能做出取捨，而犧牲存款人之權益。具體而言，特殊背信罪之主體，雖然對於銀行負有財產照料義務，然而其在背信罪框架下財產照料義務之內涵，其實係銀行股東所劃定。簡言之，本人雖然係法人或者公司，然而義務之指向對象實為股東。因此，股東可以透過章程劃定負有財產照料義務之人之權限範圍，也可以透過決議方式，個案決定是否同意特定交易，而阻卻違背任務之要件。只是，股東的利益未必等同於債權人之利益。最典型的例子便是債多股少時，股東傾向拿債權人利益當賭注冒險一搏，卻不願意增資的情形¹¹，而這正是銀行監理所亟欲避免的——銀行為了確保存款人隨時得以提領存款，避免擠兌發生之金融危機，正要求股東提出足額資金確保資本適足率¹²。由此

⁹ 此在我國背信罪中，於「他人」事務之要件中討論，相同結論及相關分析請見黃士軒，背信罪的「他人之事務」——評臺灣高等法院臺中分院111年上易字第384號刑事判決，台灣法律人，29期，2023年11月，頁119。

¹⁰ 一般而言，銀行對存款戶並不負有忠實法義務，然若銀行提供相關諮詢或財務建議，則另當別論。Andrew F. Tuch, *Fiduciary Principles in Banking*, in THE OXFORD HANDBOOK OF FIDUCIARY LAW 125, 130 (Evan J. Criddle & Robert H. Sitkoff eds., 2019).

¹¹ 相關理論回顧，Abhishek Srivastav & Jens Hagedorff, *Corporate Governance and Bank Risk-taking*, 24(3) CORP. GOV. INT'L REV. 334, 338 (2016).

¹² 銀行法第64條第2項、金融控股公司法第56條第1項參照。相關解說請見王志誠，銀行法，2023年2版，頁353。

可見，銀行作為背信罪之本人，而銀行股東作為背信罪財產照料義務之實質保護對象，並不足以保障存款人，甚至可能有利益相衝突之情形。如此一來，捨棄傳統背信罪，改以特別背信罪加以規範甚至保障，即屬合理。

以上論述確認了：不論從體例上、解釋學上乃至於政策上，特殊背信罪之規定，都不是為了保護本人財產利益而設。以下，本文將正面論證特別背信罪之保護法益為學說上業已提出之觀點：特殊背信罪乃是保護金融秩序此一集體法益¹³。針對此一主張，學說業已提出不少論據，足資參考，本文僅加簡單整理，不欲贅述。要之，綜觀特殊背信罪之法源，可以發現所規範之對象，均係吸納大眾資金並且加以管理者。此等吸納大眾資金並且管理者，之所以需要提高刑度以茲因應，可以從兩個角度加以觀察。

首先，從法益侵害的避免而言，此等吸納大眾資金之金融機構因背信行為而受有損失時，雖然其背後之存款戶終將蒙受財產損害，然而單一存戶其實欠缺監督之誘因，因此導致此等法益侵害相較於單一或少數本人之情況，更難以避免，而須提高刑度加以嚇阻¹⁴。另一方面，從法益侵害的風險輸出而言，單一金融機構之營運不當，可能對於整體金融市場產生系統性風險，此乃因為金融市場本身係各機構緊密聯繫之網絡，往往有牽一髮而動全身之情形。正因為金融資產與負債間之「關聯性」，使得金融風險有所謂的「傳

¹³ 感謝審稿人指出此一法益內涵可能面臨的挑戰，仍待進一步充實其內涵究竟是信賴，抑或是存款戶全體之財產法益。礙於篇幅，本文只能初步排除存戶信賴以及存戶集體之財產利益。原因在於，前者未必需要透過財產損害作為中介，因此可能使得本罪構成要件結果與保護法益之脫鉤；後者則是因為本文不認為量的變化當然導致加重必要。以存戶集體財產利益為例，關鍵在於人數，而非金額。考諸我國諸多未上市之產業隱形冠軍與家族企業，金額往往更大，卻未獲特別背信罪保障，可知立法者應無意單純針對金額提高刑度。至於人數，則可能與正文中之連結性與傳染性相關，而得為金融秩序所欲保障之內涵。

¹⁴ 本文認為刑法分則中公益、公物與業務侵占罪即為此一思維之著例。

染性」¹⁵，因此單一金融機構之財產損害，遠遠不及於整體財產價值之減損而已，還可能導致其他金融機構乃至於整體金融市場之波動。此一風險之成本，最終既未被投資人所內部化，自難期待其付出成本加以監控。由此觀之，特殊背信罪所欲保護之法益，並非只是單純的財產法益的總和，而是超乎個人之金融秩序之穩定。此一金融秩序之破壞風險，主要係透過銀行端之資產縮減，使得存戶或位處支付系統之相對人未能受償，進而轉往其他金融機構，導致風險傳染。是以，本罪亦要求以銀行端財產損害作為法益侵害風險之表徵。此一植基於關聯性與傳染性之系統性風險，方為本罪所欲保護之金融秩序之內涵，也才足以證立本罪高於普通背信罪之刑度。立法理由雖言即從普通背信罪予以加重，然文字中亦提及金融秩序，亦不排除係以普通背信罪之結構與刑度為基礎，考慮財產法益以外之金融秩序而予以立法。從這個角度出發，特殊背信罪和普通背信罪，就不再是法條競合關係，而是想像競合關係，背後原因就在於保護對象與保護法益有所不同。

二、職務之解釋

前文確認了特殊背信罪之保護法益為金融秩序，本於法益之指引功能，自應循此作為構成要件之解釋方針。本文認為，職務之解釋不應等同於任務。職務內涵之填充，應當考慮各單行法規之目的及其保護對象。最後，職務之外延不應透過司法機關解釋劃定，而是應當由各單行法規及其授權制定之命令加以釐清。

(一)職務不等於任務

首先，必須先予釐清的是：特殊背信罪中，以違背「職務」作為行為要素，和普通背信罪中違背「任務」，使用文字不同但日常語意相近，因此面臨兩者是否一致的解釋問題。學說對此意見有所分歧，有認為職務一詞之使用，並非立法者有意為之，而傾向作相

¹⁵ 此論點可見哈佛法學院榮譽教授Hal Scott之專著，HAL S. SCOTT, CONNECTEDNESS AND CONTAGION 3-18 (2016).

同解釋者¹⁶，亦有在論述中並未直接觸及此一議題，但是行文將兩者併舉而未予區分者¹⁷。與之相對，學說亦有主張文字上既然使用不同文字，應當作區別解釋¹⁸。本文贊同後說，認為職務內涵與任務不同，立法者選擇使用不同用詞，有其考量。

從文義出發，任務和職務本身強調的面向似有不同。根據教育部重編國語辭典修訂本，前者指涉者乃「擔任的職務或使命」，後者則是「任何職位依規定必須擔任的工作及責任」。兩相比較下，雖然任務看起來包含職務，然職務之內涵，更強調附著於「職位」且「依規定」之面向。進一步細究，「任」務似乎可以解釋成是受（委）任後所形成之義務範圍，因此在內容上更能呼應受任人與本人之間的靈活安排。與之相對，「職」務一詞似乎更強調職位，因此其義務之內容似非建立在本人與受任人之間的個案安排，而是通案依據職位所設計之職務內涵。

當然，本文必須承認，日常對話中，或許並未凸顯上開差別，致或有招致強詞奪理之譏。此外，辭典文義能否當然地對應於法律文字之使用，亦須釐清。不過，本文進一步考察兩者作為法律文字之使用情境，似乎也能看出一些端倪。經於法學資料庫針對條文文字進行檢索，可以發現任務一詞，其使用場景多半係屬非常態編制、自主性、臨時性的特殊目的事務劃定；職務一詞，除了特殊背信罪外，最常出現者乃公務員相關規定，更凸顯其依規定並且依附於職位之特性。準此，不論從日常文義或者法條用語觀察，兩者至少都有區別解釋的空間。

從實質觀點而言，本文也已在前文論述中提及：普通背信罪之保護法益乃是「本人」的財產法益，而特殊背信罪所關心者，並非只是本人財產法益的侵害量的增加，毋寧是因本人財產受損而受波

¹⁶ 曾淑瑜，銀行法之特別背信罪哪裡「特別」，同註5，頁157。

¹⁷ 例如張明偉，金融特別背信罪之檢討（上），當代法律，16期，2023年4月，頁44。

¹⁸ 主張兩者內涵不同者，請見謝煜偉，同註5，頁2050-2054。

及的投資大眾或者金融市場，因此兩者在內涵上更應有所區分，否則不僅有過度評價之虞，甚至在兩方利益衝突之情境，可能發生犧牲投資大眾使得法益保護之目的落空。

首先，就過度評價而論，前已述及在未遂犯的情況下，並沒有辦法從結果不法導出更高的刑度，此時如果仍將職務解釋成和任務等價，將難以從行為不法面向支撐更高刑度¹⁹。倘若刑度的增加只剩下行為人身份以及財產可能受損之形式上被害人，是否足以支持刑度之躍升，不無疑問²⁰。其次，在本人和特殊背信罪應予保護之投資大眾利益相左時，倘若將職務解釋恆為任務之子集，那麼在本人可以控制任務外延，進而透過其同意阻卻違背任務之要件成立時，自然也就排除了違背職務的該當。此時，不啻是在職務所欲保障之投資大眾以及任務所保護之本人中，做出取捨而偏袒後者，使得特殊背信罪存在之效果大打折扣。因為在本人與投資大眾利益相符時，普通背信罪之存在或者本人之防免措施本就提供了投資大眾相當保障，只有在雙方利益相左時，普通背信罪因此失靈，特殊背信才更有存在而介入保護之必要。

根據以上分析，暫且可以得出一項初步結論：職務不等同於任務，亦非任務之子集，兩者應有其獨立之內涵與外延。

(二)職務之內涵

前文釐清了職務不等同於任務，那麼下一個目標便是釐清職務內涵為何。針對此一問題，必須扣回各該特殊背信罪之保護法益，而這一點也和主流學說對於普通背信罪「任務」要件的解釋邏輯相通。通說認為，基於背信罪係保護財產法益之犯罪，其構成要件中之「任務」，應當是指行為人對於本人的「財產照料義務」。因此，延續相同的邏輯，若將特殊背信罪的保護法益鎖定在金融秩序

¹⁹ 未遂犯處罰建立在行為無價值（不法），請見王皇玉，刑法總則，2023年9版，頁183。

²⁰ 類似質疑，請見王正嘉，同註5，頁58。

之穩定，那麼職務的內容，也應該要能確保金融秩序之穩定，方能刻劃其攻擊法益之行為不法。

金融秩序穩定之內涵，具體體現在銀行法第1條之立法目的²¹。因此，職務之解釋，即應環繞健全銀行業務經營、保障存戶權益、適應產業發展、配合金融政策四項目標。此等目標基本上呼應了銀行作為金融機構所肩負之功能。簡言之，銀行法乃至於金融監理法規，旨在避免銀行因位處金融市場樞紐地位，而可能將風險輸出至金融市場，造成金融秩序擾動。因此，職務的解釋，也應該指向銀行體質欠佳導致包含存戶等利害關係人未受償之風險輸出。

首先，銀行存在之目的，就個別存戶而言，提供一低成本儲蓄，使跨時消費更為容易之方式²²，並且得以分散風險²³。然而，就整體金融市場發展而言，銀行作為資金之中介機構，一方面從存款戶端吸納資金，集結資本，二方面透過融資專案的選擇，將資金貸放給有利可圖之專案²⁴。集結資本融資，既提供銀行揀選乃至於監控投資之資源與誘因，亦降低交易成本²⁵。試想：在欠缺銀行的世界中，有志發展事業者，可能必須挨家挨戶借款以籌措營運資金，相比於直接和銀行進行磋商，增加不少交易成本。另外，家戶出借小額資金的同時，大家一方面並不會承擔超出其預期損失以外的成本進行揀選與監督，二方面在預期損失範圍內可能重複徵信，導致不效率²⁶。舉例而言，倘若借款金額2萬元，那麼債權人並不會願意花費5萬元聘請會計師或律師進行專案的盡職調查，結果不是毫無監督，就是放棄借貸。前者使得融資專案濫竽充數，後者則不免導致

21 銀行法第1條：「為健全銀行業務經營，保障存款人權益，適應產業發展，並使銀行信用配合國家金融政策，特制定本法。」

22 MICHAEL BARR ET AL., FINANCIAL REGULATION: LAW AND POLICY 8 (2016).

23 ANTHONY SAUNDERS & MARCIA MILLON CORNETT, FINANCIAL INSTITUTIONS MANAGEMENT: A RISK MANAGEMENT APPROACH 7 (2011).

24 SAUNDERS & CORNETT, 同前註，頁6；BARR ET AL., 同註22，頁8。

25 BARR ET AL., 同註22，頁8。

26 Douglas W. Diamond, *Financial Intermediation and Delegated Monitoring*, 51(3) REV. ECON. STUD. 393, 393 (1984).

滄海遺珠，兩者都是資金運用的錯置與不效率。然而，這一切隨著銀行介入而有所不同。集資之後的銀行，具有豐厚資金進行有效率的資訊查證與監控，同時提供潛在借款人借得大筆款項之單一去處²⁷。最後，透過銀行吸收存款與放貸的過程，可以有效發揮貨幣的乘數效應，使得貨幣政策能夠更迅速有效的執行²⁸。

上開一切目的的實現，都奠基於銀行吸收大量資金的前提，唯有銀行吸收大量資金，方可能貸放資金，進一步使得貨幣政策發揮功效。銀行取得資金的方式，在於提供存款戶無風險且具流動性之選項。一般而言，現金乃是無風險且流動性最強之資產，為了與之競爭，吸引存戶將資金存入銀行，銀行必須提供利息，以補貼存款戶延後使用資金之時間價值²⁹。取得資金後，再透過貸放的方式，藉由銀行本身之專業開發有利可圖之融資專案，自借款人處取得利息，扣除支付存戶之利息後，賺取相當於利差之獲利。

只是，上述的經營模式，本身隱含著風險。銀行係一次性地貸放大筆金額與多位債務人，而後依各自融資專案之期程，向債務人收取本息。與此相對，存入金額之存戶，基於其流動性保障，則可能隨時取回存款。此時，銀行面臨資產端（貸款）與負債端（存款）到期日的不一致，可能難以即時滿足多數存戶短時間同時大量提領之需求³⁰。一旦存戶同時提領大額存款，銀行只能宣告倒閉。固然，存戶各自獨立而有不同需求，未必會在相近時間內同時提領大量資金。然而，一旦存戶「相信」銀行無法提供足額現金供提領，本於自利心理，為免存款喪失，將會奔相提款，以免向隅，導致所有存戶並非基於其實質之資金需求，而是基於損失之不確定性而「同時」提領存款，是為擠兌。

²⁷ SAUNDERS & CORNETT，同註23，頁8。

²⁸ SAUNDERS & CORNETT，同註23，頁9；黃志典，貨幣銀行學：理論與應用，2019年3版，頁280-281。

²⁹ 利息作為時間價值之補貼，參見IRVING FISHER, THE RATE OF INTEREST 3 (1907).

³⁰ Charles W. Calomiris & Charles M. Kahn, *The Role of Demandable Debt in Structuring Optimal Banking Arrangements*, 81 AM. ECON. REV. 497, 497 (1991).

面對擠兌之銀行，因為無法因應鉅額提領需求，只能宣布倒閉，進入清算程序。於清算程序中，銀行必須拋售資產，以清償對於存戶或其他債權人之債務，而後終止營運。拋售過程中，非流動性資產為了能在短期變現，必須相應地提供流動性的補貼，以求變賣。是以，對於銀行而言，其承受了本來繼續經營所可以不用承受的損失³¹。這樣的損失，先是由股東於剩餘價值之限度內吸收，而後轉嫁於存款戶。

不過，前文所描述的，只是財產利益的減損。銀行倒閉，還可能進一步影響整個金融市場，導致整體社會福祉之降低。舉例而言，銀行倒閉後，無法提領存款之存戶，可能轉往其他銀行提領，這時候便可能造成其他銀行擠兌之風險³²。再者，銀行本身作為支付服務之提供者，付款行的倒閉，連帶將導致收款行無法收受預期可收付之款項，影響其償債能力³³。考慮到銀行位居金融體系之樞紐，其影響的層次，可能遍及金融市場的各個面向。此等金融市場之影響，不僅並未由銀行股東所承擔³⁴，也不是一般存戶所考慮或能介入者，也因此成為監管的重心。

上文使用不少篇幅描述銀行於金融體系之重要性，以及其風險之獨特性。本文指出，銀行法上特殊背信所欲描述之行為，應當指向此一風險，始能匹配其高刑度所欲確保之金融穩定。也就是說，職務必須確保銀行健全經營，避免原先資產和負債間流動性不匹配之脆弱平衡遭到破壞，進而導致倒閉後風險輸出至其交易對象或其他金融機構。簡言之，本罪實行行為對於法益之侵害路徑為：違背職務，致銀行財產受有損害，使得隨時得向銀行提領金錢之存戶或相對人有未受償可能，進而轉往其他金融機構者³⁵。針對此一風險態

³¹ Calomiris & Kahn，同前註，頁497。

³² JOHN ARMOUR ET AL., PRINCIPLES OF FINANCIAL REGULATION 57 (2016).

³³ JOHN ARMOUR ET AL., 同前註，頁57。

³⁴ JOHN ARMOUR ET AL., 同前註，頁57-58。

³⁵ 感謝審查委員建議，特此將法益侵害與銀行財產受損之機制加以澄清。

樣，至少可以歸納出幾個篩選「職務」之負面指標，排除無關於此一風險之義務內容。

第一，和普通背信罪一般，義務內容應和財產直接相關，原因在於上開風險具體實現的可能，主要係源自於資產未能償付負債所引起，因此只有足以影響資產狀態之義務違反，方有可能使得此等風險實現。因此，如同普通背信罪對於任務的解釋，限縮在「財產照料義務」，本罪之職務，也必須是足以直接影響財產狀態之行為³⁶。在此情況下，部分義務內容之違反，由於不可能「直接」影響財產狀態（因此導致罰鍰者，並非直接影響財產狀態），自應予以排除³⁷，諸如：銀行無故洩漏客戶個資（個資法第41條）、銀行未依規定招攬業務或為營業促銷（金融消費者服務法第30條之1）、違反洗錢防制法中客戶盡職調查（洗錢防制法第8條）、資料留存、大額通貨交易申報或可以交易申報之規定者（洗錢防制法第8、9、12、13條），或者是銀行負責人違反競業禁止規範（銀行法第35條之1）等。

第二，縱使和財產有關，也不必然使得特定義務落入職務範圍中。另可進一步排除者，乃是「純粹」保護銀行股東財產利益之義務規範。此一判準，直指本罪與普通背信罪之不同：普通背信保護本人之財產，而在本人為公司之情形，其財產之實質受益者即為背後股東。然而，前文所描述之風險，具體承擔者並非股東，因此股東並非應予保護之對象。再者，即便股東可能因為財產受損而部分承擔風險，從會計面向而論，銀行之資產負債表顯示出其為負債遠

³⁶ 惲純良，商譽損失作為背信罪之財產損害？——評臺灣高等法院102年度金上重更(一)字第8號判決，月旦刑事法評論，11期，2018年12月，頁131；李進榮，背信罪之財產損害，檢察新論，25期，2019年2月，頁253。

³⁷ 必須先予說明的是，違反義務可能招致民事損害賠償或行政罰鍰等責任，導致銀行財產減損。然此一後果在背信罪之討論中，是否符合違背任務所直接導致之財產損害，須視該罰鍰背後之規範是否為保護本人財產而設。相關討論，請見許恒達，析論背信罪之違背任務行為及財產損害——評最高法院109年度台上字第5765號刑事判決及其歷審見解，台灣法律人，3期，2021年9月，頁155。

高於股東權益之機構³⁸。是以，從其經濟實質而言，股東所面臨者乃是高度槓桿的財務報酬，放大了其損失與獲利和既有出資額度之比例。不過，股東享有有限責任之保障，截斷了損失的下限，同時又保有任免負責人或者控制內部決策之權力，導致股東在此並無更高的保護必要性³⁹。白話言之，銀行股東比起一般股東，在相同情況下，控制力相同但預期損失更低。就保護必要性而言，普通背信罪並無不足，無庸透過銀行法上特殊背信罪之更高刑度加以支持。不過，仍需要額外說明的是，多數規範可以明顯看出保護銀行「資產」，但卻難以區分資產價值之維持，究竟是否純粹保護股東利益，或者兼及其他保護對象。對此，本文認為保護銀行資產者，確保了債權人取償之範圍不變，也有保護債權人之意味，並非「純粹」保護股東；但是，違反銀行股東會應配發股利或買回庫藏股之決議，就股東而言是手上資產項目之轉換（即股權變現金）；在銀行端則是減資，係淨資產減少。此舉純粹有利於股東，對於其他利害關係人反而有害，因此宜予排除在本罪之職務範圍外。

從上述判準二，不難看出銀行法上特殊背信之職務，不但比起實務或學說所劃定者為窄，更和普通背信罪之任務割離。這樣的觀點，可能被質疑悖離普通背信罪之初衷，並且對本人（銀行股東）保護不足。對於此一質疑，本文慨然承認，只是本文認為銀行法特殊背信罪並非因應此一質疑之最佳解方。原因之一業於前文提及，即股東在此並無特殊保護必要性。再者，銀行內部人若違背職務，而導致多數投資人蒙受財產損失，而投資人卻基於人數原因而有集

³⁸ 由公開資訊觀測站進行查詢，可查得過去10年，金融保險業平均負債佔資產比率均於9成。與此相對，半導體業則在3到4成間徘徊。參考網站：公開資訊觀測站，財務比較e點通，<https://mopsfin.twse.com.tw/>（最後瀏覽日：2025年1月25日）。

³⁹ 實際上，有實證研究指出金融危機時，與股東利益更一致之銀行負責人於金融危機前，往往採取風險更高的冒進措施，進而導致鉅額損失。See e.g., Andrea Beltratti & René M. Stulz, *The Credit Crisis Around the Globe: Why Did Some Banks Perform Better?*, 105(1) J. FIN. ECON. 1, 16 (2012).

體行動問題，或者此等職務違背影響證券市場定價機能導致資源錯置，也都有證交法上之特殊背信罪可資運用。事實上，考慮到我國銀行在法規上原則上為公開發行公司⁴⁰，以特殊背信罪加以保護股東或投資人，應無不足問題。

職是，如果依循本文上開標準充實職務內涵，進而導致股東除了普通背信罪外並未受有額外保護者，問題也不在於銀行法上特殊背信罪之職務設定過窄，而是應當反過頭檢討保護投資者之證交法上特殊背信要件是否過於嚴格。其實，如果延續前文一貫立場，也會得出證交法上特殊背信之職務，所指向者乃是不特定投資大眾之強化保護。倘若未能適用證交法上之特殊背信，其實就意味著此等股東並無強化保護之必要。質言之，銀行可能因為其非依證交法發行有價證券者，而不受證交法規範（例如前文之中國輸出入銀行⁴¹）。此時，欠缺多數投資大眾需要保障，而無庸提高其刑度。又或者，銀行亦可能上市交易而該當證交法特殊背信之主體，但所違反者並非證交法上為保護投資大眾之職務；或者縱使違反職務，但損害額未達500萬元，導致回歸普通背信罪論處。凡此種種，均意味著銀行在現行證交法下，並無加重刑度處罰之必要。

最後，本節至此的結論，乃是特殊背信罪之職務要件，並非任務，而是要呼應特殊背信罪所保護之金融秩序此一集體法益。在此基礎之上，職務要件還必須緊扣各罪之規範對象以及立法目的，以其刻劃各法規所欲因應之風險態樣。因此，由本文論述出發，將會得出「職務」內涵分殊化的初步結論，也就是不同特殊背信罪之「職務」要件，內涵不同。這樣的推論，可以被目前特殊背信罪散見而非統一訂定於同一法規中所佐證。尤其是，當規範主體高度可

⁴⁰ 銀行法第52條第1項、第2項參照。經筆者查詢，在我國組織非屬股份有限公司者，僅有中國輸出入銀行；其餘我國銀行均為公開發行公司。

⁴¹ 中國輸出入銀行之資本為國庫撥給，其理監事為官派，因此並不存在多數投資人需要保護的問題，請見中國輸出入銀行，認識輸銀，<https://www.eximbank.com.tw/zh-tw/AboutUs/Pages/AboutUs.aspx>（最後瀏覽日：2025年1月25日）。

能重疊而同時該當不同特殊背信罪時，這樣的解釋更凸顯其意義。如前所述，銀行原則上係公開發行公司，因此其董事之違背職務行為可能同時該當本罪以及證交法上之特殊背信。此時，將職務概念區別解釋，也就是銀行法之職務限縮於銀行基於營運導致風險透過其存款戶或交易相對方輸出至金融市場，而將證交法上職務限縮至影響投資人信心波及資本市場，即可說明分別兩者立法之必要，也可以避免損害額之要件過度限縮銀行法上之特殊背信，或者為之架空，導致喪失其獨立性。

(三)職務之外延

以上釐清職務之內容，應當指向影響金融市場穩定之風險，並且排除非透過影響銀行財產狀態，進而輸出風險者。不過，前文只是粗略地負面排除何者不屬於職務之內容，仍有必要進一步確立積極標準，始可確保職務之界線何在。考量到背信罪之「違背任務」要件界線模糊，而有「法治國的廢墟」之譏⁴²，甚至引來合憲性之疑慮⁴³，更高刑度之特殊背信罪下之職務要件，乍看之下似難免於此一挑戰。不過，此係比較，可以發現背信罪既係處理兩人之間財產管理關係，其任務有本質上基於其意定特性，往往難以於事前通案性地精準刻劃不法行為之態樣，而高度仰賴個案判斷。然而，職務若採前文理解，解為附著於職位本身之義務，似乎在界線上比單純意定之任務，更加清晰。

本文主張，職務之外延，應當限縮至法律或命令層次，或其明文授權要求制定之義務規範，並透過前文(二)之兩大判準加以限縮⁴⁴。

⁴² Albrecht, In Treue gegen die Untreue, in: FS Hamm 65 Geburtstag, 2008, S. 7.

⁴³ 有關背信罪要件於德國引起之明確性疑慮，相關整理與批判請見薛智仁，刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定，臺大法學論叢，44卷2期，頁604以下，2015年6月。

⁴⁴ 有見解方向類似，但建議限縮至立法者以明文特定之規範，因此較本文所主張者為窄。請見張明偉，同註17，頁57。針對此一見解，本文認為將最能堅守罪刑法定原則，只是執行面上要求立法機關明文特定此一高度專業之金融領域，恐怕有所困難，因此本文放寬至法規或命令及其授權制定者，以期義

限縮在法令層次，一方面有其規範目的之論據，二方面也可符合明確性之憲法誡命。

義務規範可以大別為二：法定和意定。前者係由立法機關制定之法律，以及行政機關依據法律所制定之行政命令，而行政命令在金融監理之領域，也往往以函釋形式出現。後者則是銀行本身之內部規範，上至章程，下至約束職員之員工守則，均可能屬於相關義務來源。只是，兩者的界線也未必如此涇渭分明，在部分情況下，法令仍可能授權或要求銀行自己制定相關規則，例如銀行法第45條之1第1項即要求銀行制定內部控制及稽核制度，相關細節並由金融控股公司及銀行業內部控制及稽核制度實施辦法補充，然而最後的制度內容，仍係由銀行本身所制定，違反者依銀行法第129條第7款處以罰鍰。

之所以將義務規範限縮至法定，而排除意定，主要理由仍然在於本罪所欲保護之法益為金融秩序，也就是前述因為銀行內部人士之行為，導致銀行經營不善而將風險輸出於金融市場。針對此種風險，由於其範圍已經超出股東本身之損失，因此股東本身並無誘因制定此種規範，亦難以期待其付出成本加以監控相關人士遵守規範以確保上開結果之不發生。另一方面，直接受影響的存款戶，乃至於因位處金融體系之中而連帶受波及之其他金融機構，則可能因為欠缺資源、能力或誘因，而將風險納入交易考量之中⁴⁵。具體而言，存款戶存入小額存款，難以期待其付出較其存款額度更高的締約與監控成本，制定相關規範並確保銀行遵守。實際上，多數存款戶面對銀行，毋寧是受制於定型化契約的規範，無從也無意個別磋商。至於其他受影響之金融機構，例如位處資金鏈下游之支付對象，或者是位處平行地位之同業，既欠缺直接監控內部經營之能力，也未必和系爭金融機構存在任何交易關係而有機會將風險納入對價。更

務內容之具體與明確。

⁴⁵ ARMOUR ET AL., 同註32, 頁58。

不用說，真正的系統性風險，往往超出個別金融機構所承擔，導致即便全體金融機構都加入交易而締結契約，也未必能夠將所有風險內部化。因此，此等金融市場之風險，最終不會由銀行所承擔，銀行股東也不可能自發地制定相關規範，吸收相關成本而加以避免。

當然，本文無意否認銀行不會制定任何行為規範避免銀行內部人員之舞弊行為。實際上，銀行往往制定繁複內規約束其人員，以遏止其不法行為。本文所欲強調的是：銀行並無誘因在己身所欲承擔的風險範圍之「外」，額外地為此等外部化之社會成本，承擔成本加以避免。毋寧，本於自利立場，銀行所制定之規範，如果不是基於法令要求，便是為了追求自身利益（例如建立誠實交易之美名以吸引顧客）而為之。反面言之，此等意定性質之義務，亦有可能隨著銀行經營狀況而透過本人同意予以排除。如此一來，顯得此等義務，得由股東（本人）處分，而與保護金融秩序意旨相違。此時倘若將股東基於自利動機而「自發」制定之規範納入職務範圍，並以特殊背信罪之刑責相繩，形同是在既有普通背信罪之基礎之上，以更高強度之國家公權力之介入維護股東之財產。此等安排，一來欠缺可資追求之公共利益，二方面更將導致執法資源之錯置。因為執法資源有限，偵查、起訴甚至審判維護股東利益之犯罪，勢必以輕放或縱放其他犯罪為代價，反倒稀釋特殊背信罪本欲達成之目的。

相對地，與股東所意定之內部規則不同。法律或命令所劃定之義務界線與內容，本身就是基於公共利益而發，且為補足利害關係人無力自保之缺口而設。正如前面對於風險之刻劃以及利害關係人處境之描述，我們更可以想見避免此等風險之任務，更應由法律，乃至於主管機關所制定之命令所肩負。而此等法規或命令，在欠缺細節資訊之情況下，亦不排除以行政處罰之方式，促使位居第一線而更有資訊及能力之金融機構負擔補充細節之任務。承接這樣的邏輯，職務的外延就應當源自於針對銀行所制定之各監管法令，乃至於基於各該法令所頒布之函釋或者內部規範。

進一步言之，本文主張，此等義務來源之區別，即彰顯出本罪與普通背信罪之不法差異⁴⁶。申言之，普通背信罪之任務指向本人財產保護，因此必然以意定為原則；特殊背信罪則處理指向投身金融市場但無監督能力之大眾，故以法定為前提，不容財產持有者（或其股東）任意變更。準此，義務來源之形式，背後所連結的，正是不同利益歸屬及保護對象，同時也因為其義務之性質與強行屬性，凸顯出更高保護之必要性，進而支撐起更高的不法以及相應法定刑。簡言之，法定職務內容與意定任務內容，在不法評價上，並非是單純量差，而是質的不同。

如果接受這樣的外延界線，那麼至少可以緩解系爭要件違反刑罰明確性之疑慮。首先，此處將職務限縮在法律或命令本身或授權所劃定之義務界線與內容，一方面在解釋上和既有公務員犯罪之用語，具有更高度的類似性，而提升了受規範者之可預見性⁴⁷；另一方面，「職務」一詞之範圍限縮在既有法定義務後，其文義範圍內之不確定性，所可能額外侵害的自由程度也大幅限縮，使得明確性所欲達成之自由維持機能得到確保。並且，因為所有規範都至少是「明文」規定，也降低了執法或審判司法恣意填充之疑慮⁴⁸。準此，這樣的限縮解釋，不僅更合於法益保護之目的，也有助於在面臨違憲審查時，維持其合憲性。當然，法定義務範圍只是職務的最大外

⁴⁶ 本段感謝審稿人提出之寶貴意見，茲以補充回應，試圖使本文論述更為明確。

⁴⁷ 從職務一詞出發，認為文義和公務員犯罪之職務要件可資比較者，請見謝煜偉，同註5，頁2051。

⁴⁸ 誠如審稿人指出，法規命令本身僅在於對於法規進行補充，未必等同於法律。甚而，行政機關對於法律之解釋，並不拘束司法機關。同時，法律或命令本身有時而窮，有賴於司法機關補充，是否能夠排除司法補充，不無疑問。然而，值得說明者是，本文所處理之議題在金融監理範疇下，係屬高度專業且為獨立機關所監管之領域。因此，在本文討論範圍內，似乎可以期待（或容許）司法對於行政機關之尊重。至於司法權對於法律之解釋，屬於個案法律適用之層次，不論見解如何穩定，本身均不足以直接形成義務之內容，否則毋寧容任法官「創造」而非「解釋」法律。至於受規範者本於其預見而調整行動，則屬實然面之行為應對，難以直接導出應然面之行為義務。

延，其內部仍然必須通過前文(二)內涵之兩大判準進行限縮，方能共同形塑出職務的內容。

此處尚值得進一步補充的是，將職務如前文主張進行限縮後，理應在「違背職務」的判斷上，會更加容易。質言之，法定義務通常會針對特定事項設有明確規範，要求特定結果或踐行一定程序。此時，在違背職務的認定上，應不至於較背信罪之違背任務更加模糊。不過，可能引起的疑慮有二⁴⁹。首先，當法定義務並無裁量權時，解釋上是否和背信罪之違背任務有所扞格？其次，本文解釋方是否可能導致將所有行政法義務刑法化？

針對以上提問，本文認為確有其見地。對此，本文的初步回應是，普通背信罪對於裁量空間之要求，毋寧係因最後手段性下，避免刑罰成為擔保債務履行，所設下之限制。析言之，正因負有財產照料義務之行為人具有裁量空間，使得本人於事後面對開放結果無從予以驗證，才有刑罰介入之必要。這也和衡平法下的忠實義務內涵若合符節。然而，本罪旨在確保存款戶或支付相對人受償而避免單一銀行財務風險外溢至金融體系，除了保護對象與行為人非處於忠實關係外，相關損害亦無法單純透過民事法律關係保障，故而無庸如同普通背信罪一般，要求行為人處理事務具有裁量空間。甚而，在本文設定之法定義務下，本就不排除不具裁量空間亦不具結果開放性之侵害財產行為。例如，法定義務可能要求經營者符合特定結果（資本適足率），即無裁量空間可言。當然，法定義務亦可能要求踐行特定程序（放貸之徵信流程與判斷），然而此等程序仍須經主管機關同意，縱有裁量，不如說是主管機關容許下之作業彈性⁵⁰，受監管者無法突破主管機關設下的下限，亦難謂僅在此下限上

⁴⁹ 本段感謝審稿人提出之寶貴意見。

⁵⁰ 舉例而言，銀行法第45條之1第1項規定銀行應建立內部控制制度，同時於「金融控股公司及銀行業內部控制及稽核制度實施辦法」第6條規範相關程序由同業公會制定並交主管機關備查，可見即便具有彈性，仍需符合一定基本要求。

之裁量濫用，始該當違背職務。當然，在符合形式要件下，違反法定義務規範意旨者，仍屬法定義務之違反，而有違背職務之認定餘地。

其次，針對行政義務刑罰化的質疑，本文認為尚不至此。原因在於，不問普通或特別背信罪，其任務或職務內容，勢必源自於其他法規（民法委任關係、行政法）。因此，背信罪本就是將其他法義務刑罰化的規定，關鍵毋寧在於如何篩選出應以刑罰應對之其他法規義務。對此，前文業已提出負面或正面之判斷標準，應足以排除無涉於存款戶權益保障或系統性風險之行政法義務。

衡諸我國實務見解，在職務的判斷上，仍然高度仰賴職稱、內部規則，僅有少部分考慮主管機關函令作為職務來源⁵¹。倘若日後實務見解接受本文見解，那麼首先必須考量是否有既有之法律、命令乃至於主管機關函釋，作為建構職務之義務來源。其次，必須進一步細究並區別內部規則就係受法令或主管機關要求所制定，或者銀行自發性制定之內部規則。

（四）附論：行為主體之限縮

確認職務外延後，值得討論的是是否所有負有職務之職員，均受本罪規範？法條文字中明文納入職員，然而由於學說對於普通背信罪之主體一般限於負有財產照料義務之人，且財產照料義務本身必須具有一定之裁量空間而排除純粹機械性事務，因此學說對於納入「職員」多有爭執，並且主張限縮⁵²。尤其考慮到職員本身所承辦的事項，以及本罪之高刑度，實務亦曾出現見解為職員減刑⁵³。

本文肯認職員為本罪主體，但取徑上係以職務內容加以限縮，

51 以臺北地院之刑事判決為對象之實證研究，請見黃鵬達，銀行法特別背信罪中違背職務之實證研究——以臺灣臺北地方法院之裁判為中心，華岡法粹，66期，2019年6月，頁201-217。

52 例如曾淑瑜，銀行法之特別背信罪哪裡「特別」，同註5，頁155；曾淑瑜，銀行法特別背信罪適用爭議，同註5，頁59。反對見解，請見陳志輝，同註7，頁69；謝煜偉，同註5，頁2050。

53 最高法院102年度台上字第3046號刑事判決。

進而排除了不負有銀行法及其子法法定義務之職員（例如保全）。職員一詞固然打擊範圍甚廣，但考慮到各銀行內部組織不同，職稱難以齊一，因此，選用職員一詞似乎不可避免。當然，反對學說之觀點亦值傾聽。對此，若採本文觀點限縮職務觀點，應可緩解情輕法重之疑慮。因為職員所違反者，必然是法令或其所授權之規範下，直接課予其之義務。倘若此等明文規範明確課予此等職員義務，即表示此等職員行使職權時有可能因為違反相關義務而製造法益侵害之風險。在此等情形下，應無輕重失衡之顧慮，因為風險即是由職員所輸出。

最後，透過主體之比較，更和前文論述相互印證。證交法上之特殊背信罪，主要的保護對象是股東權益所代表之投資人，此等保護對象在其利益範圍內，本身就會制定相關規範約束職員之不法行為，因此無須法律介入。與此相對，銀行、金控公司、乃至於農業金融法所規範之風險，並未被有權且有能力制定規範約束職員之股東所內部化，加上此等金融機構股東所真正承擔之成本遠低於一般公司，以致於股東制定相關規範並監控職員不法行為之誘因降低，無法期待純粹之內部規範足以遏止職員之不法行為，因此需要法律介入。

三、損害之判定

前文討論本罪行為之不法，本節討論本罪之結果。本罪之條文，定有「致生損害於銀行之財產或其他利益」，結構上大致上和其他特殊背信罪乃至於普通背信罪相同，以至於實務和部分學說對於本罪之結果採取相似之理解。然而，考慮到保護法益之異同，本文認為本罪之財產損害實有和普通背信罪之財產損害做出不同解讀之空間。因此，下文將分別從本罪財產損害與普通背信罪財產損害之差異出發，釐清兩者為何應該採取不同解釋，進而立論本罪合理的財產損害概念為何。

(一)普通背信罪與本罪財產損害概念之異同

首先，普通背信罪中所謂的財產損害，一般認為是「整體財產損害」，也就是必須就背信行為對於本人之財產狀態所直接造成之增加與減損一併計算，得出淨減少者，即為財產損害⁵⁴，而為普通背信罪之既遂。由此可知，此處財產損害關注者乃是本人（被害人）財產利益之客觀價額，也就是本人財產換算為客觀市值之數額增減⁵⁵。也因為如此，不難想像為什麼所謂的財產危險，也會被當成財產損害⁵⁶。因為所謂的財產危險，雖然因為系爭資產尚未「變現」導致損害未告「實現」，然而如果進一步細究，就會發現所謂的財產危險其實在當下已經是財產價額的減損，而已經是實害，並非危險。背後的原因在於：用以判斷財產損益之指標，也就是客觀價值，總是繫諸於客觀市場環境。以一把青菜為例，菜農對於該把青菜的支配，並不會隨著外在環境而有變動，但是該把青菜的市價，卻會因為供過於求（穀賤傷農）或者供不應求（風災來臨）而有不同。就此而言，該把青菜之價格漲跌，本就和處分與否無關，而是隨著外在環境變化。所以，一旦證明財產利益狀態因背信罪而有所增減，即便沒有處分或兌現，也已經是實害的財產損害，不會是財產危險。準此，財產危險就是實害，並無前置化之疑慮⁵⁷，真正的戰場應當回到「直接性」的判準，也就是什麼樣的財產價額增減係直接肇因於背信行為。

如此整體財產損害，計算時必然是以歸屬於本人之財產利益增減為依歸。只是在本人為法人（尤其是公司）之情形，因為存在具有獨立法人格之法人以及背後財產利益實際歸屬之受益人，因此需要釐清財產損害之計算對象。就以公司為例，計算財產損害之歸

⁵⁴ 參考許恒達，同註37，頁148。

⁵⁵ 參見李進榮，同註36，頁239。

⁵⁶ 我國法上討論請見許澤天，同註6，頁228。德國法上討論，請見Rengier，同註6，§ 18 Rn. 82；Wessels/Hillenkamp/Schuhr，同註6，§ 21 Rn. 840。

⁵⁷ 認為肯認財產危險為損害有前置化疑慮，請見謝煜偉，同註5，頁2064。

屬，可能定錨於公司，也可能定錨於股東。在一般情況下，由於股東作為公司剩餘價值之受益者，當公司淨資產減少時，股東利益也會同額減少，導致兩者合一。不過，在公司淨資產移轉利益於股東時（例如減資、發放現金股利、實施庫藏股），上開標準則會得出不同結論。此時，公司淨資產減少，而股東利益則不變。此處涉及背信罪之本人為何人，而須採取何種理論⁵⁸。本文於此礙於篇幅無法詳述，然考慮到公司制度之運作（股東得以決定公司決策與存亡⁵⁹）以及經濟利益之實質歸屬，應認背信罪之本人為股東，財產損益應以股東為準。

然而，前開普通背信罪之財產損害概念，係基於保護本人財產法益之理解，與前文理解本罪之保護目的有間。申言之，本罪之保護法益如果設定在金融秩序，那麼財產損害此一要件，至少也要扮演一定的中介角色，藉以篩選出「足以」影響金融秩序之違背職務行為。尤其是，考慮到金融秩序作為法益，本身之侵害事態難以直接透過經驗予以感知、衡量，而有必要透過銀行財產加以指標化，作為法益侵害之指標。如此一來，本罪的財產損害概念，就不能純從本人的利益出發，而是更應考量到存款戶，乃至於其他金融機構，甚至整體金融市場。於此，一個具體的侵害路徑可以是：銀行經營者違背職務，導致銀行財產或其他利益損害，進而波及存款戶、交易相對人等金融市場參與者。此等路徑與受損對象之確立，

⁵⁸ 近期德國學說討論，請見Zieschang, § 266 Untreue, in: Kapitalmarktstrafrecht (Park Hrsg.), 6. Aufl., Rn. 98-102. 彼邦學說爭論聚焦於公司股東得否同意排除德國公司法第30條所規範之資本維持義務。更進一步的學說整理，請見Schünemann, LK, 12. Aufl., § 266 Rn. 249.

⁵⁹ 具體言之，倘若背信罪是保護形式上的公司，那麼股東解散公司應當該當背信罪。與之相反，如果解散公司因為非屬違背任務而排除背信罪成立，其實就意味著背信罪實質保護對象為股東。不過，必須強調的是，本文此處將股東視為一相對於公司之整體，而不討論控制股東對少數股東違反忠實義務之情形。美國法上於部分情形承認股東間之忠實義務，相關討論請見RICHARD D. FREER & DOUGLAS K. MOLL, PRINCIPLES OF BUSINESS ORGANIZATION 341-45 (2013).

進而與普通背信罪之財產概念區別，尤為重要。尤其是當股東和整體金融市場利害相左時，沿用普通背信罪的財產概念，實質上將架空了本罪既遂的評價功能。因此，有必要重新從法益出發，釐清本罪財產損害之歸屬對象以及判斷基點。此一梳理，亦有助於吾人思考本罪額外的「其他利益」所指為何。

(二)財產之歸屬

首先，最需區別者，乃是本罪之財產損害應以何人利益狀態為依歸？這裡同樣連結到前開公司與其股東之論爭。然而，不同於保護經濟上利益最終歸屬者之「財產利益」，本罪所要考慮的是金融秩序之穩定，也就是特定銀行體質之健全，以及以此為基礎之存款戶、交易相對方乃至於與之產生連結之金融市場之穩定性。在此目的下，銀行本身的淨資產，對於各該利害關係人之影響，更為重要；股東之經濟利益，則居於次位。舉例而言，銀行將其現金全數作為現金股利發放，此舉並未使得銀行股東受有損害，然而卻大幅降低銀行淨資產，使得存款戶未能及時受償而可能引發擠兌之連鎖反應。與此相對，當銀行面臨流動性危機，導致必須以略低於市價之價格發行新股，此一行為將導致既有股東受損，卻可提升現金水位，維護存款戶即時受償之期待，而免去擠兌之風險，有助於金融秩序維持。從上開二例可以看出，前者有利於本人，卻有害於金融秩序，本應評價為本罪既遂，後者保全了金融秩序，如果不能從違背職務之要件阻卻，至少也要否認其造成了（足以侵害金融秩序之）財產損害⁶⁰。然而，倘若將本罪財產損害歸屬和普通背信罪一樣設定在本人（股東）將會導致在評價上錯失了金融秩序保護之

⁶⁰ 審稿人指出此處對於行為人是否可能存在義務衝突之情形，誠屬精闢觀察。本文認為，此處衝突並非無法化解。簡言之，背信罪之財產照料義務，本身似乎必須以整體法秩序容許為界線，否則不啻要求照料財產者未積極違法牟利，則該構成要件實行行為。縱或不然，本文所設定之職務內容既然和行政法義務掛勾，此時符合職務但有害於股東財產利益者，至少得主張依法令之行為而阻卻違法。

目的。

綜上，在銀行法之特殊背信罪，財產損害之歸屬不應該回歸到股東，而是應該就具有獨立法人格之銀行本身進行判斷。凡是導致銀行淨資產減少者，即是降低銀行面臨損害時對於存款戶（債權人）之保障，也是提升此一損害影響利害關係人之可能性，進而提升了輸出至金融市場之風險。固然，股東作為剩餘價值之受益者，即經濟利益等同於銀行淨資產，然而在本罪中，兩者數額的相等不表示股東係本罪之保護對象，相反地，在必要情況下，金融監理法規可能會限制股東減資，甚而要求股東增資。因此，與其說股東受到本罪保護，不如說股東本身負有確保剩餘價值，並為利害關係人承受風險之義務⁶¹。

最後，需要補充說明的是，考慮到此一指標與金融市場穩定之關聯，此處之銀行淨資產，計算上應當以帳面上之有形資產為基礎進行計算。反面言之，無形資產（如併購後商譽）乃至於單純股價攀升後的市值膨脹，由於無法即時轉換成流動資產緩解前開風險，因此不宜作為本罪財產損害之計算對象。銀行法規對此亦採同樣邏輯⁶²。準此，想像上並不排除有銀行（股東）之財產價值減損，但銀行實質資產並無減少之情形。此等行為是否論以本罪之未遂犯，最終仍以該等行為是否違反前文設下之職務內涵門檻為斷。當然，因為股東利益有所減損，而有普通背信既遂之成立空間，自不待言。

⁶¹ 直接指出金融秩序與股東（公司）利益之矛盾者，請見新宗立，同註4，頁27。

⁶² 2008年金融危機後，國際結算銀行（Bank for International Settlements, BIS）下之銀行監理巴賽爾銀行監理委員會（Basel Committee on Banking Supervision, BCBS）制定巴賽爾協定III，規範銀行資本適足率以及流動性覆蓋率，相關內容請見<https://www.bis.org/bcbs/basel3.htm?m=76>（最後瀏覽日：2025年1月26日）。我國相應之具體規範，請見銀行資本適足性及資本等級管理辦法。其中第9條計算第一類資本時，即以普通股權益扣除無形資產，或其他準備、不動產增值等非實際立即償付之資產計算之。並且，普通股權益並未以股價市值計算。

(三)損害之基點

如果確認了財產損害之判定必須就銀行之淨資產進行認定，那麼下一個必須釐清的問題是：銀行淨資產之變動如何算是財產損害。普通背信罪中，財產損害兼含財產利益之積極減損，以及消極不增加。這樣的結論並不令人意外，因為本人委託行為人管理財產，本就期待其增益財產。而本人作為財產利益之歸屬者，不論是積極減損，或者消極不增加，都是其財產利益之變動。因此財產利益應增加，即屬本人財產狀態之應然狀態，此時實際上未增加，可以認為是損害。

然而，這樣的邏輯在銀行法特殊背信罪中，難以全盤適用。原因在於，與金融秩序相關之利害關係人，例如存款戶、交易對象甚至是可能被波及但無契約關係之其他金融機構，本身對於應增加之財產利益不具任何地位。簡言之，存款戶居於債權人地位，僅就其債務範圍內受償，但並不因此取得要求債務人積極創造收益之權利，交易相對人亦同。也因此，金融監理規範上，涉及此等利害關係人之保護，也都圍繞著如何確保銀行淨資產不減少，而非促使銀行增加其淨資產。準此，除非職務內容明確規範某種指向銀行淨資產增加之作為義務，否則一般而言，違背職務後導致應增加但未增加之財產，應予排除在財產損害之外。

具體舉例，銀行法第44條之2，規範銀行資本顯著不足時，主管機關得命令其取得或處分特定資產時，應先經主管機關核准。此時，倘若銀行負責人未經主管機關核准而處分資產，可能被認為違背職務。不過，違背職務仍需進一步判定是否有財產損害。此時，假設資產在帳面上業經公平市價測試，且以略高於帳面資產價值之市價出售，則銀行淨資產並未減少。對於存款戶等利害關係人，銀行體質並未劣化。然而，倘若此時銀行負責人因未能以更高價格出售，導致銀行喪失本來可以期待之價值增加，那麼首先必須先釐清銀行負責人「應以」更高價格出售之義務來源，是否為銀行法上之職務所要求？其次，在此情況下，縱使不論前一層次之問題，實質

檢驗後也會發現更高價格之利益，並非存款戶或其他利害關係人所能期待，因為銀行負責人本來依其職務不應處分此等資產，所以和負責人未違背職務處分相比，存款戶或利害關係人之利益狀態並未劣化，對於金融市場也未輸出風險；與之相對，銀行股東本可期待負責人本於注意義務經營銀行，此時若錯失獲利機會，自屬財產照料義務下所得以課責者，只是在此例中負責人得以援引依法令行為阻卻違法而已。

總結以上，本文主張特殊背信罪之保護法益與義務內容，均與普通背信罪有別，因此不能直接認為從財產照料義務所導出之財產利益應增加而未增加，當然屬於特殊背信罪之財產損害。毋寧，財產利益未增加之情形，僅限於特定職務內容直接指向銀行淨資產之增加⁶³，始足當之。

(四)其他利益之解釋

除了財產損害之外，本罪另有其他利益此一結果要件。值得注意的是，財產與其他利益，雖然首見於普通背信罪中，然而學說一般認為其他利益即為財產利益⁶⁴，甚有認為其他利益並無獨立檢驗必要而得予以刪除⁶⁵。同時，證交法上特殊背信罪，更是直接省略其他利益字眼。因此，其他利益此一要件定位如何，值得深究。尤其，立法者在制定一系列特殊背信罪時選擇維持或移除此一要件，解釋上即不排除立法者有意為之。本文認為，此一猜想或可由證交法上

⁶³ 平心而論，本文難以想像是否可能存在以維護金融秩序為目的之職務內容，可以導出「增加銀行財產」之積極義務，因為如此義務勢必要求財產由他處流向銀行。本文初步能夠覓得最近似者，應屬銀行法第64條第2項或金融控股公司法第56條規定銀行面臨虧損時，銀行負責人應協助辦理增資。此時如未辦理，直接導致銀行資產應增加而未增加。然而，銀行負責人究竟在面對金融秩序的大義下，是否一概肩負增資之「職務」內容，恐有解釋空間。一個較為合理的情況是：當股東（例如金融控股公司）有意增資，而負責人消極不配合辦理增資所需之行政事務時，或可認係違背職務，至銀行未增加財產而有損害。

⁶⁴ 林山田，刑法各罪論：上，2005年5版，頁485。

⁶⁵ 許澤天，同註6，頁226。

特殊背信罪要件規範之不一致得到一定支持。因為，證交法上特殊背信所欲保護之對象為投資人（多半為股東）而和背信罪一致，尚無其他可資保護之具體利益；又證交法上特殊背信罪既已設下500萬元之門檻，作為投資市場被擾動的門檻，也就不用以更抽象的其他利益來截堵其他金融秩序被擾動的可能性。

在此，本文試圖謹守解釋論之立場，並且從善意解讀立法者意旨之角度切入。本文認為，其他利益雖然在普通背信罪被架空，但從證交法上特殊背信罪觀察，其並非所有特殊背信罪之共通要件。這樣的安排，或可窺見本罪所要保護者絕非僅止於本人之財產利益，保護之對象也不會只是股東或者投資人。準此，其他利益之解釋，更應緊扣金融秩序之保護法益，同時必須和既有的財產加以區隔，方能避免架空此一要件之存在。據此，本文初步主張，其他利益應當是和金融市場風險有關，而可能影響利害關係人財產利益狀態之利益。其他利益實質內涵為何，礙於篇幅，本文無法細緻處理，只能略為例示兩個可能性，分別為銀行資產之流動性及波動性，作為獨立於財產損害之外，「其他利益」之損害可能。

第一個可能性為資產的流動性。流動性係指資產變現的速度⁶⁶。有鑑於銀行風險一定程度源自於資產以及負債（存款）流動性之落差，導致存戶未能及時受償時而擠兌所引發之風險，流動性應係銀行資產管理之重要考慮。然而，此一重要考慮未必當然充分反映於既有的財產狀態上。首先，暫且擱置會計上認列資產價值之方式，即便資產價值嗣後經以公平市價加以重估⁶⁷，此一帳面上市場價值，也是建立在一定合理期間出售的前提。因此，假設以5,000萬現金購入5,000萬土地，在帳面上並無財產損害可言，可是對於存款戶來說，原先有5,000萬可資及時提領之現金，如今不可能馬上提領，因

⁶⁶ DONALD E. KIESO ET AL., INTERMEDIATE ACCOUNTING: IFRS EDITION 5-4 (2018).

⁶⁷ 原則上資產價值係以歷史成本法認列，但嗣後得進行公允價值重估（fair value revaluation），並認列未實現損益。KIESO ET AL.，同前註，頁2-16-17、11-26。

此提高了擠兌風險。

將流動性納入其他利益中作為違背職務的結果要件，可以妥適評價無損於淨資產，但是提高金融市場風險之違背職務行為⁶⁸。簡言之，倘若堅守整體財產損害作為唯一結果，那麼在帳面淨資產無損的情況下，最終都只能被評價為未遂。因此，任何交易行為，諸如資產項之變動（資產處分、放貸）或者資產與負債項之同向增減（優先償還次順位債權）等，只要不影響淨資產額度，均應評價為未遂。可是，此等行為雖然並未影響淨資產額度，卻可能提高金融市場之風險。例如，以銀行之流動資產（現金、證券），購買非流動資產（土地、辦公室），或者將以償還尚未屆期之債務，都會導致銀行償付交易相對人或存款戶之現金漸少，提升風險。此時，就結果而言遠較無此影響之單純違背行為不法性更高，而應予以評價。因此，將其他利益納入流動性之考量，有助於本罪發揮保護法益之功能。

另一項可能被納入之指標，則為資產本身所內涵之波動性⁶⁹。一般而言，在整體財產利益之計算上，此一波動性可以被加以評價，也就是以期望值方式呈現具體的財產價值。不過，值得注意的是，此一風險資產評價的前提，其實預設著資產擁有者在不同結局下，享有資產升值與貶值之全額，始能成立。舉例而言，購入一檔股票，其明日有50%機率上漲至110元，有50%機率下跌至90元。此時，以100元購入此一股票，可謂公平。同理，設若銀行以2,000萬元

⁶⁸ 在普通背信的範疇中，流動性的考慮相當侷限，僅於「給付無法再度轉讓」之情形，始例外認定有財產損害。請見：Frank Saliger、Theresa Rüsse著，陳俊偉譯，反對刑法上的主觀損害概念——論民法與刑法的財產損害區隔，月旦法學雜誌，362期，頁183，2025年7月。然而，涉及金融市場之系統性風險，流動性將會是個重要指標。

⁶⁹ 根據資本資產定價模型（Capital Asset Pricing Model），市場風險係數（Beta）越高，資產預期報酬率也越高。並且，投資者為資產估值時會提高折現率以反應風險溢酬，降低資產估值。請見Zvi Bodie、Alex Kane、Alan J. Marcu著，林哲鵬、謝東昇譯，投資學：理論與實務，2018年11版，頁173-179。

購入一明日有50%機率可能上漲至5,000萬元，但有50%機率下跌至0元之風險資產，則因結算後期望值為2,500萬元，高於成本2,000萬元，而否認其財產損害。不過，這樣的估價方式，建立在本人充分享受上漲空間並承擔下跌損失之情況。如果將視角轉移至對存款戶、交易相對方以及金融市場之保護，此等估價便失去意義。假設明日存戶必須提領500萬元，交易相對方需要受償300萬元，否則可能引起金融秩序之擾動。那麼很明顯地，此等增加銀行淨資產之交易將會導致銀行有一半機率輸出對於金融市場之風險。另一方面，即便資產如願上漲，此一上漲情形之資產價值並沒有同步地使上開因下跌受影響之利害關係人蒙受（更高）利益以填補風險。白話的說，存戶或交易相對方並不在乎資產上升多少，只在乎資產足以及時清償對其之債務。因此，就存戶等利害關係人而言，面對風險時，必須承擔損害，卻未享有獲利空間，使得傳統以財產利益為導向之估值方式，無法反映出對於金融市場之風險。

總結而言，其他利益此一要件之重新實質詮釋，使得金融秩序之保護能夠把關對於銀行而言淨資產額度並未變化，但實質提升風險之違背職務行為。在此意義下，違背職務行為雖然就資產總額而言並未減損，仍然可能因為其流動性下降，或者是資產波動性提高，而導致銀行對於金融秩序之擾動，故而得以透過該當損害其他利益，而論以本罪既遂。是以，對價不相當之處分資產、債務承擔、授信行為，應該當財產損害；然對價相當之資產處分、債務清償等行為，即可能因降低資產流動性或提高資產波動性，該當其他利益之損害。由此角度觀之，也可以反證證交法上特殊背信未納入此一要件之理由。蓋證交法上特殊背信之保護對象為投資大眾，且為證券交易次級市場之投資人，其等關注者乃資產「價值」。流動性或者波動性，在次級市場中，均已透過交易定價達成。簡言之，公司資產流動性減弱，無礙於投資人持有證券之流動性，因為投資人可以於次級市場中轉手；波動性本身對於資產之波動，於投資人風險承擔範圍內，享受全額利潤，承擔全額損失，自然已透過定

價，涵括於財產損害之概念中，無庸另行規定。準此，500萬元之門檻，即已充分保障投資人，以及其信心所支撐之金融市場。

肆、本案判決檢討

本判決在第一次上訴至最高法院遭發回時，明確要求下級審釐清職員之職務內容，同時說明財產或其他利益之損害為何。不過，第二次上訴至最高法院後，最高法院接受了高等法院的見解，肯認職員之職務內容源自於內部工作規則，同時寬泛認為從整體觀察角度，非屬職務但有助於專責業務更易完成之行為，亦屬於職務行為。並且，本則判決直接肯定應取得而未取得之利益為財產損害。此一見解，經選為最高法院具參考價值裁判，相信對於未來實務將有一定指標作用。不過，從前文立論出發，本則判決之兩大論點，有其值得檢討之處。

首先，本則判決從結論上，擴張了職務要件，也就是將密切相關且有助於專責業務等職務之其他非職務行為，納入職務範圍，使得行為人更易被認定為違背職務。然而，從以上的見解可以得出，並不是職員所有之專責業務，都屬於本罪所稱之職務。職務應當限縮至對於銀行法或其他相關法令明定或授權制定之規則，並且指向金融秩序保護之義務內容，始足當之。本案判決理由此一擴張，加上本案事實以銀行所制定之內部員工守則作為職務基礎之背景，將導致本罪職務範圍過於寬泛，導致本罪實質上成為銀行據以約束職員之利器。然而，是否有必要提升刑度來保障此一原先透過普通背信罪即足以充分評價，又在證券交易法下無意保護之情形，殊值疑問。

正本清源之道，應當是回到最高法院歷來之穩定實務見解，於銀行法特殊背信罪中，「首應判斷者為其職務之內容及範圍，而所稱職務係指職權事務，即職員於任職期內職掌之事務，本此職掌事務負有其處理之職權與職能。」在此文句之上，確認職權係由銀行

本身所賦予，但是職位與職務內容，基於保護之利益屬公益，則可能透過法律或者命令乃至於授權制定之內部規則加以建構。據此，本案首應釐清者乃是被告何等行為違背何種義務內容，而此一義務內容之來源，是否為保障金融秩序之法律、命令或授權制定之規則？顯然，本案例中行為人所違反者乃員工守則，其內容乃是受雇者為確保雇主利益應盡義務，縱然反射地保障金融秩序，亦非本罪所稱之職務。

至於與專責事務相關，或者有助於專責業務推行時之義務違反，表示其違反之義務，並非職員本身伴隨職位而來之專責事務；所違反之義務內容，亦非法令等規範所具體課予此一職能者。此時若有違反義務，義務來源必然不是源自於前開處理專責業務之職能，而是來自於其他規範來源。此時，不同於背信行為要件所欲規範之內部攻擊行為（因被賦予權力而從內部導致法益侵害），此時利用機會之行為，更類似於外部攻擊⁷⁰。換言之，此時不論如何調整職務內容與要求，或者加以監管，都無法真正避免此類的攻擊；相反地，銀行必須做的是像防範無權者一樣，防範無此職能之員工濫用其身分或者機會。因為，從本案事實觀察，即便行為人離職後持續穿著貌似制服的服裝，也同樣可以遂行其不法行為，顯見此一不法行為並非植基於「職位」所附隨之職能，當然也就不受職務拘束，而無從違反職務。

最後，本則判決直覺地肯認銀行因為喪失存款，就失去了藉由存款所能獲得之利益。此一見解在原判決中僅有一句帶過，卻值得

⁷⁰ 誠如審稿人指出，此處仍有可能影響金融秩序，尤其是當吾人將金融秩序之內涵設定為（潛在）存款戶之信賴時，此等無權冒用行為即有動搖（潛在）存款戶信心之可能，進而影響存款意願。不過，倘若依循前文論述，並認為銀行財產損害本身作為法益侵害之表徵時，即會得出排除冒用行為之結論。原因在於，一個欠缺銀行授權之外人，無論如何無從處分銀行財產，進而造成銀行本身之財產減損。在銀行內穿著制服要求提領存款改投資之行為人，和銀行外偽裝僧侶而托鉢者，效果並無二致。是以，本文認為仍應將與職務關聯之行為，排除於外。

深入討論。首先，縱使不接受本文上開論述，而採實務將本罪當成普通背信罪之加重規定之觀點，也不盡然會得出這樣的結果。蓋背信行為之財產損害，必須透過比較背信行為所直接導致之利益和損害進行結算後，始能確定。假設認為本罪之背信行為係要求存戶提領存款將之轉由被告保管之行為，那麼此一行為具體引致之財產狀態變動，實為資產（現金）與負債（存款）之同額減少，對於銀行或者其股東而言，根本沒有任何影響，難以認定損害發生。而本則判決所云之失去存款所能賺取之利益，在背信罪之框架中，也難以通過直接性之審查。單純的存款收受，仍須經過核貸、徵信、放貸，甚至到了回收本息才可能開始賺取利差。如果寬泛肯認此一不具有直接性之後果，那麼將會動搖背信罪財產損害計算之穩定見解。更白話地說，綜合本判決兩項見解，可能會在下列案例事實中涵攝出荒唐的結論：銀行職員違反內部工作規則，午休後未即時回到工作崗位，導致存款戶不耐久候而離去，使銀行失去存款，職員因此違反銀行法特殊背信罪！

回歸本文論述，這樣的見解除了上述的疑慮之外，更值得討論的議題在於：應取得而未取得之利益，是否該當於本罪之財產損害？對此，本文採取極為限縮之觀點，也就是原則上排除淨資產消極未增加作為財產損害，例外僅於特定職務內容明確指向淨資產增益之情況下，始足當之。原因在於，本罪係透過財產損害，作為風險是否可能溢出銀行本身之判斷，從而影響存款戶、交易相對方等利害關係人，導致金融秩序之擾動。在淨資產應增加而未增加的情況下，一來利害關係人並非如同剩餘價值之股東一般對於此一增加利益有其地位，二來風險在此並未提升，因此本於法益保護立場，原則上應將財產損害限縮至實質上銀行淨資產之減損，而非擴張及於應取得而未取得之利益。當然，必須澄清的是，本文此處所否認者，乃是判決所稱應取得而未取得之利益，也就是尚未進入銀行資產項，但有機會因為被告未違背職務行為而進入者。已經進入銀行資產項，但因行為人違背職務行為而未能實現利益者，例如放貸後未

足額取償或者勝訴後疏未執行導致敗訴被告脫產者，由於係確定之資產未變現，因此已經構成淨資產之減少，屬積極的財產損害，而非消極之應取得而未取得。

承前所述，本文認為本則判決在職務與財產損害兩大要件上，不當擴張文義，導致本罪處罰範圍擴大，納入許多和本罪保護法益無關之不當行為。本文理解，面對銀行職員之不當行為造成銀行顧客損失者，實有處理必要。然而，是否透過銀行法上特殊背信罪處理，則屬另一問題。反面言之，即便在本文的檢討之下，此類行為不應由銀行法上特殊背信罪加以規制，也不排除其他相關刑事責任成立之可能性。刑事法院應當堅守法益保護立場，合理解釋各該犯罪要件之內涵，以避免過度處罰，並減低本罪因違反明確性原則而遭宣告為違憲之可能性。

伍、結 論

總結前文，本文認為銀行法上特殊背信罪之要件解釋，不應以其於文字或條文結構與普通背信罪之類似性，就採取當然解釋。毋寧，應當考慮特殊背信罪之保護法益，並以此作為構成要件解釋之指針。

本文認為，特殊背信罪所要保護之法益，並非本人財產。此由立法體例、立法背景以及構成要件文字異同，均可窺見一斑。因此，在不同之保護法益下，構成要件也應相應調整，以期符合法益保護之目的。特殊背信罪，應當保護者乃金融市場之穩定秩序，避免金融機構因違背職務行為，弱化銀行體質，進而將風險輸出至金融市場中。

在此基礎之上，職務之內容應當指向金融秩序之維護。考慮到金融秩序擾動此一社會成本，並未被銀行股東所內部化，且考慮到銀行股東所具備之資訊與誘因，難以期待其等制定相關義務內容，並加以監控銀行內部人確保規範之遵守。取而代之的是，此一外部

性必須由國家加以介入處理，並且透過具備專業之主管機關擬定具體規範。準此，職務應當限於法律或者命令層次，且具體指向金融秩序之義務內容。如此一來，也可確保職務內容可預期，而緩解刑罰明確性之違憲疑慮。

同理，由於本罪保護法益在於金融秩序之確保，因此財產損害僅係金融秩序受到擾動之表徵，而非純粹本人財產價額之變動。準此，財產損害必須和金融秩序擾動具有一定之指標意義。是以，本罪之財產損害，應回歸銀行本身之淨資產作為判斷依據。銀行淨資產乃是存戶或者交易相對方面對風險時之緩衝，不當減少淨資產，將衝擊銀行本身吸收風險之能力，進而將風險轉由存戶或交易相對方承受，使得風險輸出至銀行以外之金融市場。確認判斷標的乃銀行淨資產後，尚須進一步釐清：淨資產應增加而未增加，除非應增加之結果乃是職務所要求，否則由於本罪職務不同於普通背信罪之財產照料義務，淨資產應增加而未增加並未直接提升對金融秩序之風險，即應排除於損害之範圍外。除此之外，由於財產損害僅著眼於淨資產之額度，未能考慮淨資產本身之組成，因此本罪特設其他利益之要件，以期更周全地保護金融秩序。對此，本文例示性地提出資產之流動性以及波動性對於銀行輸出風險具有高度關聯，然難以由淨資產額度加以評價，因此將之納入其他利益，更能保護法益。

根據以上立論，本文認為最高法院113年度台上字第216號刑事判決在職務以及財產損害之要件上，有商榷之餘地。有助於專責業務之行為，並非職權之行使，不受職務之約束，應從外部攻擊角度釐清成立何種犯罪；應取得而未取得之利益，並未直接輸出風險至金融市場，不應寬泛認定其為本罪之財產損害。

參考文獻

一、中文部分

- Frank Saliger、Theresa Rüsse著，陳俊偉譯，反對刑法上的主觀損害概念——論民法與刑法的財產損害區隔，月旦法學雜誌，362期，頁180-189，2025年7月。
- Zvi Bodie、Alex Kane、Alan J. Marcu著，林哲鵬、謝東昇譯，投資學：理論與實務，2018年11版，臺北：華泰。
- 王正嘉，從經濟刑法觀點看特別背信罪，台灣法學雜誌，286期，頁56-58，2015年12月。
- 王志誠，銀行法，2023年2版，臺北：新學林。
- 王皇玉，刑法總則，2023年9版，臺北：新學林。
- 古承宗，刑法分則：財產犯罪篇，2023年，臺北：元照。
- 甘添貴，刑法各論（上），2019年5版，臺北：三民。
- 李進榮，背信罪之財產損害，檢察新論，25期，頁239-253，2019年2月。
- 李聖傑、潘怡宏（編譯），德國刑法典，2019年2版，臺北：元照。
- 沈君玲，金融法規「特別背信罪」之保護法益——普通背信罪躍升特別背信罪之質變——上，植根雜誌，36卷12期，頁466-500，2020年12月。
- 林山田，刑法各罪論：上，2005年5版，臺北：元照。
- 張明偉，金融特別背信罪之檢討（上），當代法律，16期，頁44-57，2023年4月。
- 許恒達，析論背信罪之違背任務行為及財產損害——評最高法院109年度台上字第5765號刑事判決及其歷審見解，台灣法律人，3期，頁148-155，2021年9月。
- 許澤天，刑法分則（上）財產法益篇，2023年5版，臺北：新學林。
- 陳志輝，從刑法背信罪分析銀行法第125條之2——特別背信罪的適用爭議，台灣法學雜誌，286期，頁69-72，2015年12月。
- 惲純良，商譽損失作為背信罪之財產損害？——評臺灣高等法院102年度金上重更(一)字第8號判決，月旦刑事法評論，11期，頁126-140，

2018年12月。

曾淑瑜，銀行法之特別背信罪哪裡「特別」，台灣法學雜誌，228期，頁153-157，2013年7月。

曾淑瑜，銀行法特別背信罪適用爭議，台灣法學雜誌，261期，頁57-59，2014年12月。

黃士軒，背信罪的「他人之事務」——評臺灣高等法院臺中分院111年上易字第384號刑事判決，台灣法律人，29期，頁98-120，2023年11月。

黃志典，貨幣銀行學：理論與應用，2019年3版，臺北：華泰。

黃鵬達，銀行法特別背信罪中違背職務之實證研究——以臺灣臺北地方法院之裁判為中心，華岡法粹，66期，頁201-217，2019年6月。

靳宗立，證券交易法之刑事規制與解釋方法——以特別背信罪為例，台灣法學雜誌，166期，頁7-27，2010年12月。

薛智仁，刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定，臺大法學論叢，44卷2期，頁599-664，2015年6月。

謝煜偉，論金融機構特別背信罪，臺大法學論叢，45卷4期，頁2045-2064，2016年12月。

二、英文部分

Armour, John et al. (2016), PRINCIPLES OF FINANCIAL REGULATION. UK: Oxford University Press.

Barr, Michael et al. (2016), FINANCIAL REGULATION: LAW AND POLICY. Foundation Press

Beltratti, Andrea & Stulz, René M. (2012). *The Credit Crisis Around the Globe: Why Did Some Banks Perform Better?*, 105(1) J. FIN. ECON. 1-17.

Calomiris, Charles W. & Kahn, Charles M. (1991). *The Role of Demandable Debt in Structuring Optimal Banking Arrangements*, 81 AM. ECON. REV. 497-513.

Diamond, Douglas W. (1984). *Financial Intermediation and Delegated Monitoring*, 51(3) REV. ECON. STUD. 393-414.

Fisher, Irving (1907), THE RATE OF INTEREST. The Macmillan Company.

- Freer, Richard D. & Moll, Douglas K. (2013), *PRINCIPLES OF BUSINESS ORGANIZATION*. West Academic.
- Kieso, Donald E. et al. (2018), *INTERMEDIATE ACCOUNTING: IFRS EDITION*. Wiley.
- Saunders, Anthony & Cornett, Marcia Millon (2011), *FINANCIAL INSTITUTIONS MANAGEMENT: A RISK MANAGEMENT APPROACH*. McGraw Hill.
- Scott, Hal S. (2016), *CONNECTEDNESS AND CONTAGION*. Cambridge, M.: The MIT Press.
- Srivastav, Abhishek, & Hagedorff, Jens (2016). *Corporate Governance and Bank Risk-taking*, 24(3) *CORP. GOV. INT'L REV.* 334-345.
- Tuch, Andrew F. (2019), *Fiduciary Principles in Banking*. In: *THE OXFORD HANDBOOK OF FIDUCIARY LAW*, pp. 125-144, NY: Oxford University Press.

三、德文部分

- Albrecht, Peter-Alexis* (2008), In Treue gegen die Untreue, in: FS Hamm 65 Geburtstag, S. 1 ff. Berlin: de Gruyter Recht.
- Rengier, Rudolf* (2024), BT-I, 26 Aufl., §18 Rn. 1-82. München: Beck.
- Schünemann, Bernd* (2008), in: *Laufhütte/Sann/Tiedermann* (Hrsg.), StrafgesetzbuchÖ Leipziger Kommentar: Grosskommentar, 12. Aufl. Berlin: de Gruyter Recht.
- Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (2023), BT-2, 46. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller.
- Zieschang, Frank* (2024), § 266 Untreue, in: *Kapitalmarktstrafrecht* (Park Hrsg.), 6. Aufl. Baden-Baden: Nomos.

The Scope of Official Duty and Damage in the Offense of Breach of Trust Under the Banking Act: A Commentary on Supreme Court Criminal Judgment No. 216 of 2024 (Tai-Shang)

Patrick Chung-Chia Huang*

Abstract

In financial and economic regulatory law, acts that cause damage to the principal by breaching one's official duties are subject to aggravated punishment compared to the ordinary offense of breach of trust; such offenses are collectively referred to as special breach of trust offenses. Conventional interpretations of special breach of trust offenses are generally derived from the framework of the ordinary breach of trust offense under the Criminal Code of the Republic of China. However, given that the statutory penalties for special breach of trust offenses are significantly more severe, it is open to question whether they should automatically be interpreted in the same manner.

Using Supreme Court Criminal Judgment No. 216 of 2024 (Tai-Shang) as a starting point, this article reexamines the prevailing interpretive approach through an analysis of the Court's reasoning. It

* Assistant Professor, College of Law, National Taiwan University.

argues that the legally protected good of special breach of trust offenses differ from the principal's property interests protected by the ordinary breach of trust offense. Accordingly, even where the two offenses share identical statutory language, they should be interpreted distinctly in light of their respective legally protected good.

On this basis, "official duties" should be distinguished from their counterpart in the ordinary breach of trust and confined to obligations imposed on specific positions by individual statutes and regulations, as well as by authorized administrative orders, interpretive letters issued by competent bank-supervision authorities, or internal banking rules. Likewise, "property damage" should be limited to adverse changes in financial conditions that are capable of disrupting the financial market, and should not be broadly construed to include all benefits that ought to have accrued but did not.

Keywords: Special Breach of Trust Offense, Financial Order, Breach of Official Duties, Damage, Financial Supervision

【研究論文】

論少年刑事案件之刑罰裁量 ——以德國法之評介為中心

許恒達*

要 目

- | | |
|---------------|----------------|
| 壹、導 論 | 一、移送／逆送制度的程序負擔 |
| 貳、德國少年刑罰之科刑 | 二、絕對移送的實體條件 |
| 一、指導理念與法律效果 | 三、相對移送的實體條件 |
| 二、少年刑罰之宣告條件 | 四、量刑架構 |
| 三、德國少年刑罰之科刑方法 | 肆、結 論 |
| 參、對我國少年法制之啟示 | |

DOI: 10.7003/LASR.202603_(16).0003

* 國立臺灣大學法律學院教授。

摘 要

本文借鏡德國少年法院法（Jugendgerichtsgesetz, JGG），就其德國法制中有關少年刑罰的發動要件、裁量標準與量刑因子進行分析，獲得初步的心得與反省之後，再對於我國少年事件處理法中，有關少年刑事案件程序中，少年法院可以在何種情況下透過移送而啟動刑事程序，並在刑事程序中，本於何種規範目的、規範架構與量刑理由而裁處少年刑罰，進行反省式的分析。

關鍵詞：少年事件處理法、少年刑罰、移送程序、罪責衡平、教育目的、需保護性、少年自我健全成長

壹、導 論

少年事件處理法（以下簡稱「少事法」）主要處理少年非行事件的保護與刑罰事宜，其程序包括少年保護事件及少年刑事案件，至於個別情狀會依何種程序，依我國現行少事法的規範，少年非行包括以下情事：

一、少年觸犯刑罰法律、

二、無正當理由經常攜帶危險器械，且有保障其健全自我成長必要、

三、有施用毒品或迷幻物品之行為而尚未觸犯刑罰法律，且有保障其健全自我成長必要、

四、有預備犯罪或犯罪未遂而為法所不罰之行為，且有保障其健全自我成長必要。

其中二、三、四、等三種情況，因為不涉及犯罪，原則上會進入少年保護事件，但若少年觸犯刑罰法律，亦即一、的事例時，究竟會採用保護事件或刑事案件的程序，則應再檢視少事法第27條，依該條第1項與第2項的綜合規定，下列三種情況的觸犯刑罰法律少年，可以轉入少年刑事案件：

(一)犯最輕本刑為5年以上有期徒刑之罪者；

(二)事件繫屬後已滿20歲者。

(三)犯罪情節重大，參酌其品行、性格、經歷等情狀，以受刑事處分為適當者，

符合以上三種狀況，則將轉用少年刑事案件處理該少年非行，就具體操作，除了在程序上諸多比照刑事程序之處，在實體法律效果上，法院也必須針對非行少年宣告刑罰，或者具有刑事制裁性質的處分，此時就會產生與成人刑事程序相同的問題，究竟法院應該如何裁量刑罰？法院宣告少年刑罰之時，是否應該比照成人刑事程序，依刑法第57條、第58條的規定處理？或者法院應該有完全不同

的思維方法，尤其是成人刑罰中除了自由刑之外，另有生命刑與財產刑，但能否或者是否合宜而可適用於少年刑事案件？也就必須進一步探索。這個問題尤其對應少事法第1條先行揭露的核心原則：少年自我健全成長，這種非行少年獨立於成人刑事被告的需保護性，不僅適用於少年保護事件，同樣也應用於少年刑事案件，倘若如此，現實上就會出現制度機能上難以協調的地方，此即少年刑罰一方面屬於「刑罰」，理應恪遵刑罰適用的基本原則，諸如罪責原則、罪刑相當原則，同時並以非行帶來的不法侵害為論罪科刑基礎，這些基本要求都應用於成人刑事案件的科刑，然而另一方面，少年刑事案件又必須回應少年自我健全成長的需保護性，兩者之間應該如何協調並作成合宜科刑結果，即有高度討論價值。

雖然少年司法實務上少年刑事案件相對有限，絕大多數的非行少年都是透過少年保護事件處理，但這不代表對於少年刑事案件的量刑方法並不重要，相反地，正因為少年刑事案件集中於明顯較為嚴重的行為模式，會進入少年刑事程序的非行明顯較為嚴重，面對這種嚴重非行，學理上自須發展出合宜的科刑機制。

由於少事法修正迄今，相關判決始終未能公開，研究者不易瞭解少年司法實務上，究竟如何處理少年刑事案件中的科刑問題。因此只能轉向學說觀點，我國學說上雖然對於少事法已經有相當研究成果，但對於少年刑事案件中的科刑方法，迄今研究有限，本文以德國少院法中有關少年刑罰量刑的議題為主軸，借鏡德國少年法制發展迄今的經驗，以作為我國未來司法解釋與立法修正的具體參考方向。

貳、德國少年刑罰之科刑

一、指導理念與法律效果

實質討論德國少年刑罰之前，必須先行簡要介紹德國少年非行所連結的法律效果。不同於我國法制，德國法若要啟動少年非行的

處理，僅限於少年違反刑法規範的行為，違反刑法而實行不法侵害行為的少年行為人，才能作為其少年非行的處遇核心。而為了與成人刑法之間相互區別，並且避免以「犯罪」（Straftat）之名而貼予少年特定標記，故在法制上改稱為少年的「非行」（Verfehlung），現行德國少年刑法主要的法典依據，見於德國少年法院法（Jugendgerichtsgesetz，縮寫為JGG；以下簡稱「少院法」），該法典綜合規範德國少年刑事法制的實體層面與程序層面，並建構出現行德國法就少年違反刑事法之偏差行為的應對措施。

我國少事法自始即強調保護少年的自我健全成長利益，甚至將少事法所能應對的偏差行為，擴大到尚未達刑事不法或犯罪的保護事件類型，可以說我國少年法本身並非屬於典型意義的刑事法，甚至絕大多數案件的處理都是透過不具刑事非難意義的保護程序。不同於臺灣法制，德國少年法制仍在定位上屬於「少年刑法」（Jugendstrafrecht），其所能處理的事件，在實體上限定於關涉實體犯罪行為的案例，而在程序上也必須由檢察官起訴，再由少年法院依法調查並作成終局法律效果，不過我們也必須強調，縱或德國少年刑案處理的流程極富刑法意味，但實際法律效果與處理流程的內涵，則並非純粹的刑事法制，反倒是具有非常強烈的獨立規範理念。

根本言之，德國少年法制認為，少年人格尚未完全定型，仍處於幼兒／成人的角色轉換階段，要求其擔負成人刑法的個人責任不免過苛¹，因此德國少年犯罪的處理原則本於「教育思想」（Erziehungsgedanke），少年刑法在此意義下是內涵上追求實踐教育理念的刑事法制²，德國立法者希望透過少年刑法的平台，將犯罪學、教育學、兒少心理學及其他專業觀點納入刑事法制的共通平台，雖然具體涵納的學科及知識甚為廣博，但本質上仍屬於刑事法

¹ Laubenthal/Baier/Nestler, Jugendstrafrecht, 3. Aufl., 2015, Rn. 3-4; Buckolt, Die Zumessung der Jugendstrafe, 2009, S. 93.

² Laubenthal/Baier/Nestler, 同前註, Rn. 4.

範疇，僅適用於有不法侵害行為而處以相應的刑罰惡害（Strafübel）；在此脈絡下，少年刑法不是具有教育意義的行政法，仍屬於刑事法，其規範所要追求的目的，正是達成合宜於犯罪少年的特別預防³，至於罪責的公正應報與社會成員的一般預防，則非少年刑法主要目的⁴。在此意義下，可以認為德國少年刑法施用教育刑（Erziehungsstrafe），並以追求同時滿足制裁及教育犯罪少年的雙重功能⁵。

本於上述教育刑理念，德國法制沒有獨立適用於少年刑法的實體規範，而是進一步設計獨立的少年程序，這種程序原則上亦屬於廣義刑事程序的一環，納入少年程序之人別範圍，包括：(一)非行之實行時點，實行者為介於14-18歲之「少年」（Jugendliche），以及(二)實行時介於18-21歲之「較長少年」（Heranwachsende）。至於少院法的法律效果，則可分為第9條至第12條的教育處分（Erziehungsmaßnahmen）、第13條至第16條的懲戒處分（Zuchtmittel），以及第17條至第30條之少年刑罰（Jugendstrafe）。

教育處分是少院法各類制裁措施中相對較輕微的類型，用以修整少年在其成長過程中發生的教育缺陷，藉以預防未來的少年非行，其施用不必考量非行的罪責應報關係⁶，依少院法第9條規定，教育處分包括指令（Weisungen）與聲請實行教育補救措施（Hilfe zur Erziehung）。

懲戒處分相對於教育處分來說，制裁程度較高，其規定在少院法第13條，其實行以少年刑罰尚無必要，但又有令少年認知應為其

³ Laubenthal/Baier/Nestler，同註1，Rn. 5. 相關中文文獻，參見吳俊毅，德國少年刑法的理想與立法特色，高雄少年期刊，6期，2005年6月，頁62-65。

⁴ Hombrecher, Die Rechtsfolgen der Jugendstraftat, JA 2008, S. 453.

⁵ 不過德國近年來日益重視少年行為罪責的嚴重程度，vgl. Bachmann, Der Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht: Wohin steuert der BGH?, JZ 2019, S. 759 ff. 學說上也有主張要考慮一般預防效果，Hinz, Erziehung, Generalprävention und Opferschutz, JR 2002, S. 51 ff.

⁶ Laubenthal/Baier/Nestler，同註1，Rn. 573.

非行負責為條件，該條共規範三種懲戒處分，包括告誡（*Verwarnung*）、課予負擔（*Erteilung von Auflagen*）及少年拘禁（*Jugendarrest*），其中第13條第2項還特別強調：「懲戒處分不具有刑罰之法律效果」（*Zuchtmittel haben nicht die Rechtswirkungen einer Strafe*）。告誡是一種最輕度且由少年法官實行的口頭責難，用以處理較輕度的少年非行⁷；課予負擔則要求非行少年必須達成特定的工作或活動，藉以達成此種與非行有關的贖罪效果⁸；少年拘禁則是比較強烈的懲戒處分，藉以達成與刑罰具有類似性的贖罪效果⁹，少年拘禁包括假日拘禁（*Freizeitarrrest*），指每周一次或二次於少年未就學或工作之休息日予以拘禁；短期拘禁（*Kurzarrrest*）在德國實務上鮮少適用，是一種假日拘禁的替代措施；而定期拘禁（*Dauerarrrest*）則更為強烈，指持續1星期至4星期的拘禁藉以達成特別預防機能¹⁰。

真正具有刑罰性格的是少年刑罰（*Jugendstrafe*），依少院法第17條規定，少年刑罰在刑罰處遇機關執行之，大致而言，少年刑罰只能在其他制裁處分無法達成規範目的時，方有宣告的必要性，而少院法中，更對於宣告少年刑罰的要件與後續法律效果有相應規範，主要情況包括：1. 少年具有明顯的損害犯罪實行傾向，且無法以教育處分或懲戒處分處理，或者2. 其犯罪行為之罪責較重，只能透過少年刑罰予以制裁為條件。少年刑罰之施用為期6個月至5年，而若其所涉及的犯罪較為嚴重，則可提高至10年，由於其內容相對較為複雜，詳情將於下文討論。

綜合上述可以認為，德國少年刑法的建制理念是教育思想¹¹，而少年刑法僅適用於已經實行犯罪的少年，藉以預防再次違反刑法，整體少年刑法的目標，僅止於法律層面的再犯預防，但不會框限少

⁷ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 678.

⁸ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 683.

⁹ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 704.

¹⁰ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 721.

¹¹ 有關教育思想在德國少年刑法中的概念，vgl. *Zapf, Opferschutz und Erziehungsgedanke im Jugendstrafverfahren*, 2012, S. 13 ff.

年未來應有的人格形貌。一言以蔽之，德國立法者透過少年刑法中教育措施，達成「教育刑」的理想，亦即具有刑法外觀，但實際處遇卻以教育或非刑法制裁先行的各項措施，使得少年經由少年刑法的教育機制之後，能夠不再犯罪，但少年刑法的教育並不企圖全面性地改變少年人格，而是追求實現「適宜少年的犯罪特別預防效果」（jugendgemäße Spezialprävention）¹²。

二、少年刑罰之宣告條件

前文已經說明，雖然不同於德國法，納入少年司法程序的事件僅限於相同於不法侵害行為的少年非行，但是德國法上針對少年非行的相應法律效果，則與我國優先考量保護處分有異曲同工之處，都是優先考慮其他非具刑罰的措施，依德國法現行作法，必須在教育處分與懲戒處分等非具刑罰意義的措施均欠缺作用時，才能動用少年刑罰，學說上將之稱為少年刑罰的補充性原則（Subsidiaritätsprinzip）¹³。某程度而言，這是憲法上比例原則的體現¹⁴。

至於少年刑罰的進一步要件，相關規範可見於德國少院法第17條與第18條。第17條先限定少年刑罰的主要態樣，該條第1項規定：「少年刑罰係拘束少年自由於特定執行場所」，依其規定，少年刑罰沒有生命刑或財產刑等其他刑種選項，僅能對於少年科以自由拘束之制裁而已，但有關於拘限人身自由的法定期限，則另行規範於同法第18條第1項：「少年刑罰為六個月以上，五年以下之有期徒刑。若行為人非行涉及重罪，而依一般刑法之法定刑上限超過十年，少年刑罰之上限提高為十年。一般刑法之法定刑不適用之」。依此規定，少年刑罰採取統一式刑罰框架的設計，不論非行少年所違犯的罪名如何，亦不論其原來法定刑在德國刑法或附屬刑法中的法定刑如何設計，只要涉及少年刑法，即一律採用少院法規範的統

¹² Zapf, 同前註, S. 23 ff.

¹³ Streng, Jugendstrafrecht, 5. Aufl., 2020, Rn. 424.

¹⁴ Laubenthal/Baier/Nestler, 同註1, Rn. 742.

一法定刑基準；不過近年來德國立法者因應少年違反重罪的案件增加，也作了相當程度的妥協，即在第18條第1項加入了第2句的例外加重規定，但僅限於最重法定刑高於10年時，則少年刑罰的法定刑上限可以提高到10年上限。

至於宣告少年刑罰的具體要件，則續予規範於同條第2項：「法官得於下列兩種情況宣告少年刑罰，(1)少年透過其行為而展露出持續實行損害行為之傾向，且宣告教育或懲戒措施均難達成教育效果者，或(2)因行為人之犯行嚴重而有必要宣告刑罰者」。純粹依法條來看，又可以區別兩種不同發動事由的少年刑罰，第一種是依據第17條第1項第1款，著重於透過教育手段而改善少年損害行為實行傾向的教育刑罰，第二種則是同條同項第2款的規定，著重於嚴重罪責的責任刑罰¹⁵。法條所規範的這兩種情況，共同構成了少院法可得宣告少年刑罰的實質條件，法官自須先行確認，是否個案中符合這兩種情況，這兩種不同的宣告前提，並非相互排斥，而是取決於個案情況，非行少年可以同時符合兩種不同條件，而直接依法宣告少年刑罰¹⁶。

(一)損害行為之傾向

就兩種不同發動條件的解釋，第一種少年刑罰是本於非行少年有損害行為實行傾向的事例，德國現行法的用語「持續實行損害行為之傾向」，其實源自納粹時期，但在二戰之後法條未曾修正，目前一般理解均從「高度再犯可能性」的角度理解所謂的損害行為傾向，然而必須注意，本類少年刑罰要件由主、客雙重要件組合而來，原則上須能確認個別意義的主觀要件，此即非行少年存有人格缺陷，足以判定有高度再犯可能性，至於客觀要件則是，上述人格缺陷還須透過非行具體地展現出來，如果只是非行少年有相應的教

¹⁵ *Streng*，同註13，Rn. 424.

¹⁶ *Streng*，同註13，Rn. 424.

養缺陷，尚不足以滿足本類少年刑罰的發動條件¹⁷。

以聯邦最高法院的見解為例，其具體之判定指標要求「嚴重的性格或教育缺陷，若無長期對非行少年施以整體教養，將有實行其他犯罪行為的危險性」（*erhebliche Anlage- oder Erziehungsmängel, die ohne längere Gesamterziehung des Täters die Gefahr weitere Straftaten begründen*）¹⁸，法院必須在個案中判斷非行少年存在特定慣常性人格，該人格若無收容式的矯正處遇，將衍生持續的犯罪行為，至於非行少年一次性、偶發性的行為則不予考慮施用刑罰於此類少年¹⁹，倘若非行少年有長期犯輕微犯罪的傾向或習性，因為輕微犯罪尚難認定為具有相當程度重要意義的損害行為，仍不得宣告此類少年刑罰²⁰。而當非行少年第一次犯罪時，德國實務亦認為得以本於此種損害行為傾向，直接宣告少年刑罰²¹。

另須強調的是，法條要求此種損害行為傾向必須透過「行為」展現，換言之，如果少年非行未能展露上述情事，亦即受到起訴的犯罪行為，必須足可認定少年有相應的持續性傾向，且展露其人格缺陷，若起訴的犯罪行為欠缺這種指標，則尚難宣告少年刑罰²²，適例如非行少年曾犯多起竊盜罪，但本次起訴所犯罪名是聚眾鬥毆，過去行為由於不涉及身體性的攻擊傾向，雖然仍然有竊盜行為，但尚不足以判定有傷害人身的損害行為傾向，即不得宣告少年刑罰²³。至於判斷時間點，則非從受起訴行為的實行當時決定，而是依審判時的具體情狀，例如行為人在二年前犯罪，但遲至二年後才被起訴，縱然犯罪實行時具有損害行為傾向，但嗣後若已經不再有此種

¹⁷ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 724.

¹⁸ *Streng*，同註13，Rn. 428.

¹⁹ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 725.

²⁰ *Streng*，同註13，Rn. 428; *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 727. 具體案例即非行少年多次犯低價值的竊盜或毀損罪，此類犯罪行為不足以證成動用此類少年刑罰的正當性。

²¹ *Streng*，同註13，Rn. 428.

²² *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 728.

²³ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 728.

問題，法院仍不得宣告少年刑罰²⁴。另外，對於少年本身的「教育可能性」（*erziehungsfähig*）要素，德國實務未予過分重視，亦即，並不要求少年刑罰只能在非行少年能夠接納少年刑罰的教育刑作用才能宣告，主要理由是：倘若宣告少年刑罰的前提是少年有教育可能性，無異有反向排除效果，無教育可能性的非行少年將無法進入教育刑的體系中受到矯正，為了避免產生這種「放棄」少年的疑慮，德國實務上不會以教育可能性作為判定施用少年刑罰的要件²⁵。

值得注意的是，學說上一直有排除此類少年刑罰的呼聲，主要理由不外乎要件本身帶來對非行少年的嚴重標記性效果（*Stigmatisierungseffekt*）²⁶，認定其有損害行為傾向，無異認可其個人人格內蘊實行犯罪的宿命，而且此項要件也有把少年刑罰導向行為人刑罰並著重處罰其性格、素行的危險性²⁷。但是也有不同見解認為，若毫無預留空間而刪除此類少年刑罰類型，將帶來法制缺漏，尤其是在非行少年的矯正與教育效果無法透過非收容式矯正手段予以達成的事例中。而為了解決相關問題，也有認為應該轉送到非刑罰性的教育機關，使其有收容非行少年的法律依據，從而讓此類非行少年免於收容至刑罰執行機關的危險性²⁸。大致而言，此項爭議仍然存在，但德國法目前並無放棄此類少年刑罰的必然需求。

（二）嚴重犯行責任

接著討論第二類少年刑罰，此即非行少年因為實行嚴重犯罪行為，使得其個人就犯行所顯露的可非難性，明顯高於其他非行少年，即可符合本類少年刑罰的宣告要件²⁹。

純就一般性理論來說，由於責任建構於「有罪責之不法行為」

²⁴ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 729.

²⁵ *Streng*，同註13，Rn. 429.

²⁶ *Ostendorf/Drenkhahn*，*Jugendstrafrecht*，10. Aufl.，2020，Rn. 229.

²⁷ *Dazu Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 731.

²⁸ *Streng*，同註13，Rn. 431.

²⁹ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 733.

(*das verschuldete Unrecht*) 之上，具體內容包括行為不法、結果不法及罪責非難³⁰，要認定犯行嚴重，從而責任意義的可非難性極強，理應從「不法行為」著眼，尤其在乎行為不法與結果不法。然而，德國少年司法實務對於非行少年的責任，採取不同的理解方式，德國實務認為，決定非行少年責任輕重的關鍵指標，並非不法侵害行為，而是行為人的內在行為想法 (*die innere Tatseite*) 層面，這種表現於犯罪行為當下的內在想法，必須足可反映出少年的性格及人格屬性³¹，從而可以視少年本人之人格、性格傾向，甚或是其行為的動機，充分地決定少年應該擔負的行為責任內容³²。而在實務上，絕大多數會被理解為「嚴重犯行」的情境，幾乎也是已經發生嚴重的客觀法益損害，同時行為人也實行值得高度非難的客觀犯行，為了避免過快因上述事由認定少年的嚴重犯行，德國實務才試圖轉從主觀意思理解少年犯行的責任程度，並從主觀面決定其應報效果³³，某程度來說，這是一種有利於少年的扭曲性解釋方法。

不過，德國學說上也有批評，這種將非行少年的犯行責任直接連結內在主觀想法，再進一步延伸至少年個人生活態度，顯然有違反行為責任，並將犯行責任理解成素行責任 (*Lebensführungsschuld*) 或心性刑法 (*Gesinnungsstrafrecht*) 的疑慮³⁴，尤其在少年實行中間層級而較為偏重的客觀不法情事時，可能因為少年有主觀強烈犯罪意思，反而加重其刑；針對此項批評，德國實務回應則是：若行為／結果不法本身較低，則不可能基於強烈的主觀意念而提高其可非難性，亦即僅在行為／結果不法有較強的情況下，才能夠考慮少年

³⁰ Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 144 ff.

³¹ Laubenthal/Baier/Nestler, 同註1, Rn. 734; Streng, *Jugendstrafrechtliche Strafzumessung zwischen Tat- und Täterprinzip*, GA 2017, S. 86 f.

³² Kaspar, *Anfragebeschluss: Feststellung von Erziehungsbedürftigkeit oder -fähigkeit als Voraussetzung einer Verhängung von Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld?*, JR 2024, S. 203.

³³ Kaspar, 同前註, S. 203. 反對見解, vgl. Streng, 同註31, S. 91.

³⁴ Laubenthal/Baier/Nestler, 同註1, Rn. 734; Streng, 同註13, Rn. 432.

的內在主觀行為意思，從而判定為具有較高可非難性³⁵。

整體而言，德國實務見解確實發展出有別於成人刑法的責任概念，以作為少年刑罰施用的宣告基礎；此外，由於非行少年不同於成人，其本質上不得預設其滿足充分的個人可非難性，判定少年非行的責任關係時，亦須特別考慮少年個人針對不法行為的辨識能力與控制能力，這一點也會連結至少年的個別情況、精神狀態、具體年齡及成熟度，尤其因為少年欠缺成熟的思慮能力，判定其個人責任非難上，務須一併納入衡量³⁶。

雖然主觀行為意思在判定責任程度的面向上扮演核心角色，但其他要素仍可能在個別情況中予以進一步衡量，這些要素大致上扮演次要功能，包括個案中少年所帶來的可歸責之損害後果³⁷、法益侵害的強度³⁸、非行少年的犯罪動機³⁹、非行少年的身心成熟度、限制責任能力之非行少年與完全責任能力的趨近關係⁴⁰。舉例來說，若某少年非法購入數量極高的毒品，法院不得僅因「毒品數量極高」而直接宣告少年刑罰，在此必須考量該少年的主觀行為意思，就其主觀犯意有所具體評價，並於判決中表達法院之認定後，才能論以少年刑罰⁴¹，更有見解與實務意見認為，如果非行僅屬不法非難較為輕微或居於中間情狀的犯罪行為，亦不足以動用此類少年刑罰⁴²。另外要補充的是，上述問題大多表現在故意犯罪行為上，主因是強烈的主觀行為意思幾乎只有在故意犯才有可能，而過失犯乃出於不小心的違反注意義務行為，因此德國通說認為少年的過失犯行不足以宣

³⁵ *Streng*，同註13，Rn. 432.

³⁶ *Streng*，同註13，Rn. 433.

³⁷ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 737.

³⁸ 成人刑法中，針對法益侵害強度會連結不同的法定刑，雖然該法定刑無關德國少年刑罰的科刑框架，但仍可作為判斷受損法益強度的參考依據。Vgl. *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 735.

³⁹ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 738.

⁴⁰ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 739.

⁴¹ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 740.

⁴² *Ostendorf/Drenkhahn*，同註26，Rn. 229; *Kaspar*，同註32，S. 203.

告本類型的少年刑罰⁴³。

另一個較具理論面向的問題則是，如果第二類少年刑罰的立法依據，純粹根植於少年的嚴重犯行責任，從文義而言，似乎在科刑評價上只要求達到罪責相當衡平（*Schuldausgleich*）即足，此種著重於少年犯行的刑罰評價，不免與教育刑的理念相互牴觸，此時教育理念是否仍在少年刑罰的科刑過程中扮演優先考量因子，即生疑義。就此德國實務見解甚早就已經指出，本於較重犯行責任所宣告的少年刑罰仍屬教育刑，雖然德國少院法明訂的宣告要件是嚴重犯行責任，但科刑時作為核心判斷的因子仍是教育刑，甚至應該以非行少年的侵害行為傾向為重心，具體操作無異於前文提及的「損害行為之傾向」類型⁴⁴；實際上在判斷時，得否適用少年刑罰的具體考量因素，仍應該考慮非行少年的福祉（*Wohl des Jugendlichen*），責任刑在此意義上，僅能在本於教育目的有效之前提下宣告⁴⁵。

不過上述德國少年法院實務見解，無異將出於少年犯行責任的少年刑罰種類全面架空，這種解釋方法勢將讓立法者同時規範兩種不同類型少年刑罰的規範意旨無從實現，學說上因此有從另外的觀點切入問題，此派學說的主要見解認為，之所以要求限定在嚴重犯行責任，主要目的在於帶來合理的積極一般預防效果，此種說法也有從「法秩序之捍衛」（*Verteidigung der Rechtsordnung*）角度切入，無論其觀點如何，此種學說主要論點認為，本類少年刑罰只能適用於少年違犯重罪，因此產生對未犯罪者一般預防，使其不至為同種的不法行為，進而有效地保護法秩序需求時，始能宣告⁴⁶，論者

⁴³ *Streng*，同註13，Rn. 434.

⁴⁴ Dazu vor allem *Tenckhoff*, Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld?, JR 1977, S. 487.

⁴⁵ *Streng*，同註13，Rn. 435; *Swoboda*, Die Bemessung der Jugendstrafe bei Mordtaten von Heranwachsenden – Die Reform des § 105 Abs. 3 JGG und ihre Bedeutung für den jugendstrafrechtlichen Konflikt zwischen Erziehungsgedanke und positiver Generalprävention, ZStW 125 (2013), S. 96 ff.

⁴⁶ *Streng*, Der Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht. Überlegungen zum Ideologiecharakter und zu den Perspektiven eines multifunktionalen Systembegriffs,

更指出本類少年刑罰的發動條件既是犯行重大，又如何能夠藉由教育思想的中介而把少年刑罰理解為福利措施⁴⁷，唯一解決方法只能將嚴重犯行理解為法秩序保護需求的串連因子。

面對學說批評，德國實務與學說也有所調整，並逐漸發展出所謂的實踐調和（*praktische Harmonisierung*）的因應方法，此即主張不論是罪責衡平或是教育目的，均應於此類型少年刑罰中予以考量，兩者之間並沒有絕對優位或劣位關係。少年犯行責任在此可以作為其人格發展的核心指標，此即當少年違犯重罪時，表示其本於贖罪（*Sühne*）而有極高度的教育需求，也因此必須提高刑度⁴⁸。近期聯邦最高法院看法亦認為，在嚴重犯行責任的案例中，仍應兼及兩種不同層面的需求而予以考察，尤其是嚴重犯罪而可以提高刑度上限的情況，聯邦最高法院明確地認為，單以教育需求的福祉理由，無法證成提高刑度上限的正當性，必須從應報需求才能滿足提高刑度的實質理由⁴⁹。不過學說仍有批評認為，上述調和論的見解無法說明違犯重罪、卻顯無教育需求的行為人，何以仍須處以少年刑罰⁵⁰。另有德國學說批評，如果第二類少年刑罰著重核心是少年的嚴重犯行，此時宣告少年刑罰的重點，應該放在對於犯罪行為的實質應報⁵¹，不應該再過多著墨於保障少年福祉的教育理念，亦即，優先考量的量刑需求是犯行應報與罪刑相當理念，教育刑理念則劣後於應報需求予以考量⁵²。

（三）小 結

以上簡要說明了兩類德國少院法中，許可宣告少年刑罰的兩個態樣。無論如何，雖然德國少年法制建構於少年「刑法」的理論派

ZStW 106 (1994), S. 77 ff.; *Kaspar*, 同註32, S. 204 f.

47 *Vor allem Streng*, 同前註, S. 108 f.

48 *Streng*, 同註31, S. 84.

49 *Streng*, 同註13, Rn. 438; *Buckolt*, 同註1, S. 104 ff.

50 *Swoboda*, 同註45, S. 107.

51 *Streng*, 同註13, Rn. 436.

52 *Streng*, 同註13, Rn. 437.

別下，但德國法對於施用真正具有刑法非難意義的少年刑罰，始終堅守補充性原則，僅得在其他少院法規範的法律效果選項無從達成少年教育機能時，始得適用⁵³。而其宣告的兩項類型中，實務仍然強調均具有教育刑的特性，這一點也充分說明少年刑法絕非等同於成人刑法。

三、德國少年刑罰之科刑方法

(一)少年刑罰之科刑框架

接下來討論德國少年刑罰的科刑方法，在進入宣告刑的具體判斷之前，必須先行決定個案適用的量刑框架（*Strafrahmen*），已如前述，依少院法第19條第1項第3句，刑法個別罪名的法定刑不適用於少年刑罰，在少年刑罰中，不分罪名，完全採取統一量刑框架（*einheitlicher Strafrahmen*），不過針對重罪與較長少年的情況，則可以提高該統一量刑框架，後來2012年又修法加重較長少年涉及謀殺案例的量刑框架，以下先以表格整理現行少院法所規範的刑度框架：

類 型	法律依據	統一量刑框架
一般非行（違反刑罰法律）	少院法第18條第1項第1句	6月以上，5年以下
違犯重罪（抽象要件符合即可）	少院法第18條第1項第2句	6月以上，10年以下
較長少年	少院法第105條第3項第1句	6月以上，10年以下
較長少年犯謀殺罪，且犯行嚴重，10年之最高刑度不足評價其犯行	少院法第105條第3項第1句	6月以上，15年以下

值得注意的是，原則上少年刑罰的量刑下限是6個月，但依德國少年法通說見解，若要真正發揮教育刑的效果，必須至少有1年以上刑罰執行期間，過短的執行期間將無法發揮應有的教育作用，入監

⁵³ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 742.

反而帶來負面不利效果⁵⁴，因此學說見解認為若刑度超過6月以上，則應優先考量非收容式的其他替代機制，而非採取收容的方法進行處遇⁵⁵。至於長期收容關係的效果，德國一般主流見解亦認為，若少年收容於矯正設施超過4年，其具體教育效果已難發生，也因此若科刑超過5年的少年刑罰，其執行目的必然包括犯罪的應報作用⁵⁶。

此外，雖然刑法典原有的法定刑不再拘束少年刑罰的量刑框架，但實際上主流見解認為，成人刑法的法定刑上限，仍然在少年刑罰的判斷中有所功能，因為少年刑罰最高刑度是5年，而成人刑法法定刑可能低於5年，此時少年刑罰仍不得逾越成人刑法所設定的上限，否則明顯有處罰過重之嫌⁵⁷。也因此學說近來有認為，德國少年刑罰的立法者本於教育刑主張而採取統一量刑框架，此種作法透過後來修正，以及間接考量成人刑法法定刑的最重本刑，已經使得少年刑罰不再只能依照教育刑的理念而建構其統一刑度，毋寧必須依據個別犯罪的可非難性，設計個別罪名的量刑框架，因此德國論者建議，未來應該考量依憑個別罪名，而給予特定的減刑量度（1/2至1/3之減刑框架），但下限則無須予以調整⁵⁸。

確認了量刑框架之後，依德國少年法的主要見解，科刑過程必須先考量科刑目的，這一點大致上與成人刑罰的目的近似，考量科刑目的之後，接著再處理少年刑罰的特別量刑事由⁵⁹，以下分述之。

(二)科刑目的

一般對成人刑罰而言，對於犯罪行為本身的應報需求，通常是科刑時著重的核心問題，然而這樣的作法在少年刑罰中則非如此，已如前述，德國實務向來認為教育需求在少年刑罰中扮演較具決定

⁵⁴ *Streng*，同註13，Rn. 440.

⁵⁵ *Streng*，同註13，Rn. 440.

⁵⁶ *Streng*，同註13，Rn. 442.

⁵⁷ *Streng*，同註13，Rn. 443.

⁵⁸ *Streng*，同註13，Rn. 444.

⁵⁹ *Dazu Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 758-759.

性的角色，而應報本身則退居第二線的考量⁶⁰；不過，若少年刑罰是用以制裁嚴重犯行的行為人，則應報需求又會重新具有關鍵性的地位，不過學說仍有認為，此時應報需求仍然是第二線的地位，首要者仍然是少年的教育需求⁶¹。

至於在科刑過程中採取的判斷架構，德國主流見解仍然主張與成人刑法的架構相同，只不過成人刑法沒有教育思想的考量問題而已⁶²，具體應用於少年刑罰的裁量時，大致的應報需求構成科刑上、下限，而在上、下限的擺振幅度中，由具有預防視角的教育理念決定關鍵的科刑數值。至於應報、教育與上限的關係，原則上不能本於教育需求而超越應報上限，這一點尤其表現在前文提過，一般刑法的法定刑亦會進一步限縮應報上限，教育需求無論如何均不得超越該上限⁶³。德國聯邦最高法院也因此強調，科刑時不得混淆刑罰與保安處分的關係，高度教育與預防需求絕對不能提高應報上限，否則就抵觸法治國原則的科刑基礎法則⁶⁴。

至於應報刑所構成的科刑下限，在處理上則較具彈性，原則上於非行少年的教育需求低於科刑下限時，於綜合評估少年非行的應報下限與對少年最妥適教育需求後，最終的科刑可以不遵守應報下限⁶⁵；但德國實務上也有最高法院判決不採此說，毋寧主張只有在應報構成的上、下限範圍之內，可以評估少年的教育需求因素，這一點尤其在依「嚴重犯行」宣告的少年刑罰有其適用，但若屬於持續有損害行為傾向類型的少年刑罰則非如此，尤其這類少年刑罰通常宣告於實行可非難性較低度的非行，但少年本身有反覆再犯可能傾

⁶⁰ *Streng*，同註13，Rn. 445.

⁶¹ *Streng*，同註13，Rn. 446.

⁶² *Böhm*，Aus der neueren Rechtsprechung zum Jugendstrafrecht, NSTZ 1995, S. 536; *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 756.

⁶³ *Streng*，同註13，Rn. 447. 至於這種少年刑罰的科刑是否與成人刑罰有所差別，學說有爭議，但實務意義相對有限。Dazu vgl. *Buckolt*，同註1，S. 94 f.

⁶⁴ *Streng*，同註13，Rn. 447.

⁶⁵ *Streng*，同註13，Rn. 448.

向的案例，此類型案例關鍵重點應該是教育需求高於應報上限，而不是教育需求低於應報下限⁶⁶。

另一個重要問題則是少院法第18條第2項的解釋，由於該項規定：「少年刑罰應以實現必要的教育效果而予以裁量」，這就產生究竟這種教育效果所具有的重要性何在之爭議，已如前述，目前較為主流見解認為，如果是有「損害行為傾向」而宣告之少年刑罰，教育目的應作為優先考量因素，但如因「嚴重犯行」而宣告少年刑罰，則嚴重犯行所產生的應報意義則較具重要性，不過仍應在個案科刑決定過程中考量少年刑罰的教育需求。這種考量不同少年刑罰宣告事由而作成的決定，主流見解認為並不違反第18條第2項的規定。具體情況如成人仍可能因為少年時之非行而被宣告少年刑罰，此時如果完全以教育需求為中心而決定刑罰，顯然不盡合理。因此少院法第18條第2項只優先適用於「損害行為傾向」；但在「嚴重犯行」的類型則不具優先性，這種說法也就有相當的說服力⁶⁷。

不過值得注意的是，除了上述傳統框架之外，學說上亦有提出所謂「逆轉幅的理論」（*umgekehrte Spielraumtheorie*）⁶⁸，主流見解「幅的理論」強調必須在應報的上、下界限定決定預防需求，以判定科刑結果，此說應用於少年刑罰，亦即必須於應報上、下界限內，決定教育需求而判定科刑結果。至於此說的逆轉變型，則是認為上、下界限不再是應報的因素，而是教育需求，教育需求的合宜性決定量刑的上、下界限之後，再本於應報的必要性而決定少年刑罰的具體內容⁶⁹。不過此說屬於少數見解，主要批評有二點：第一，若教育需求決定上、下限，此時若有極高的應報必要性，則科刑最高也只能在落於教育需求的上限，如此一來恐有忽視應報意義的疑

⁶⁶ *Streng*，同註13，Rn. 448.

⁶⁷ *Streng*，同註13，Rn. 449.

⁶⁸ *Buckolt*，同註1，S. 107 f.; *Diemer/Schatz/Sonnen*，JGG，6. Aufl.，2011，§ 18 Rn. 26.

⁶⁹ *Streng*，同註13，Rn. 450.

義；第二，在法治國原則之下，刑罰的上限必然要應報上限為其標準，倘若非行少年教育需求極高，此時縱然是教育需求下限也可能早已逾越應報構成的責任刑範圍。無論如何，主流觀點認為教育需求不宜作為界限性的因子，只能作為具體判斷科刑結果的考量因素而已⁷⁰。

最後要補充的是，究竟一般預防的刑罰目的在少年刑罰中扮演角色為何？此項議題具有高度爭議性。德國聯邦最高法院及少年法通說的見解咸認，不得基於對一般大眾的威嚇需求（負面一般預防）而加重少年刑罰⁷¹；不過，能否考量積極一般預防（強化市民之規範遵從），雖然有爭議，但較受到肯定⁷²，主要疑義不外積極一般預防是實現應報的反射性與標籤性作用⁷³，德國實務較主流的意見認為，一般預防著重於防止他人犯罪，這項要素在少年刑罰中應該不具有關鍵重要性⁷⁴，但學說上亦主張積極一般預防仍具有相當功能的見解⁷⁵。至於著重於非行少年的特別預防，德國學說則認為其與教育目的相互有關，仍屬判定少年刑罰的優位考量因素⁷⁶。

（三）科刑因子

接下來討論德國少年刑罰科刑的個別議題。首先，德國少年刑罰是行為人導向而非行為導向的刑罰，因此在科刑的過程中，必須要考量在成人刑罰科刑時，未予處理的科刑因子，例如德國實務上

⁷⁰ *Streng*，同註13，Rn. 450. 本說由帶有納粹色彩的德國少年刑法學者 *Schaffstein* 提出，但後來其也放棄此種見解，不過學說上另有一種修正版本，或可稱為「修正之逆轉幅的理論」：先依非行少年之教育需求酌定其科刑上、下限，接下來考量其罪責應報需求調整上、下限，最後再依「最佳教育效果」而決定宣告之刑度，在此意義下，罪責需求仍然維持其界限機能，而非改為判定機能。參見 *Buckolt*，同註1，S. 107 f.

⁷¹ *Ostendorf/Drenkhahn*，同註26，Rn. 227.

⁷² *Ostendorf/Drenkhahn*，同註26，Rn. 227.

⁷³ *Streng*，同註13，Rn. 451.

⁷⁴ *Buckolt*，同註1，S. 117.

⁷⁵ *Buckolt*，同註1，S. 118.

⁷⁶ *Buckolt*，同註1，S. 93 f.

一再強調，必須考量非行少年的人格發展、社會處境、穩定而能不發生再犯的機會等因子，也因此若有將少年刑罰依少院法第21條以下而轉論緩刑的機會，應予優先考量⁷⁷。此外，倘若非行少年之辨識能力或控制能力符合德國刑法第21條而有限制責任能力的情況，此時必須在具體科刑的過程中予以考量並減輕處罰⁷⁸。

德國少年法院具體科刑時，常見的量刑因子則大致包括以下的「教育目的事由」：1. 犯罪之後的少年發展情況、2. 少年是否因此發生生活情境或態度的重要轉變、3. 少年是否有定時上學或就業、4. 若少年曾被羈押，是否因此而有所改變、5. 若少年曾參與犯罪組織，於組織被破獲之後少年有無改變、6. 少年與家庭的關係、7. 少年與其同儕或共犯之間的關係、8. 少年有無自白等⁷⁹。

至於非行少年的前科、前犯罪或類似累犯的問題，在德國法上主要涉及能否因為有前科而可加重本次處罰的科刑？此項議題大多認為前科的考量牴觸少年教育思想，更是不符合少年刑罰的核心宗旨，因此主流見解拒絕基於前科事由而加重本次少年刑罰⁸⁰。另外，依據德國少年法主流學說見解，若是在刑事程序上有所拖遲或對於非行少年帶來不利影響，則對於非行少年的量刑同樣有所影響，例如若個案中有可歸責於刑事訴追機關的訴追遲延，則必須給予非行少年在量刑上的特別優惠，意即使其享有從輕科刑的待遇⁸¹。

而德國學說就少年刑罰的科刑議題上，還進一步討論雙重評價禁止（*Doppelverwertungsverbot*）的議題，在成人刑法的領域，為了擔保權力分立的關係（立法權已經考慮，司法權不應再為考量）以及罪責原則，對於組成量刑框架的事由（我國法之脈絡即處斷刑之形成）若已經考慮過，決定宣告刑具體科刑內容時，不能再予考

⁷⁷ *Streng*，同註13，Rn. 453 f.

⁷⁸ *Böhm*，同註62，S. 536.

⁷⁹ *Buckolt*，同註1，S. 97 ff.

⁸⁰ *Streng*，同註13，Rn. 455.

⁸¹ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 763.

量，此種「是否」加重量刑框架的效果，即是雙重評價禁止的適用所在；相對於此，若屬於「程度」或「如何」關係的具體因子，則仍可於量刑時再次評價，因為這些具體因子不在形成處斷刑的考察之列⁸²。由於德國少年刑罰原則上採取統一式刑罰框架，因此雙重評價禁止的問題不在少年刑罰考量之列⁸³；更進一步來說，即使是少院法第18條第1項第2句所要求的增加量刑上限情事，因此該規定屬於抽象性適用，故亦無雙重評價禁止的問題⁸⁴。值得注意的是，較近期的德國實務發展則認為，如果是涉及「嚴重罪責」而得宣告少年刑罰的案例，因為嚴重非行的考量已經排除了教育需求的優先性，因此必須宣告「著重於應報需求的少年刑罰」，此時這種嚴重非行已經被考量過，不能再於宣告刑時再一次加重少年的科刑結果⁸⁵。

(四)數罪之科刑議題

最後討論德國少年法處理數罪的作法，在刑法上若數罪構成想像競合關係，自應依刑法想像競合的規則處理，這部分較無疑問⁸⁶。然而，若構成數罪併罰的關係時，依刑法原有作法是宣告執行刑，具體操作是各罪個別宣告其刑，然後再依併罰規則，就各罪之宣告刑而決定執行刑，德國少年刑罰原則上不採此種作法，意即不再針對各罪宣告其法律效果，而是綜合各罪的情況之後，作成一個統一的制裁選擇⁸⁷。相對於刑法的作法，少年刑罰顯然較為接近所謂的單一刑機制。

已如前述，德國少年法制並非只有少年刑罰此一制裁選項，而是在宣告少年刑罰之前，必須考慮其他欠缺刑罰意義的手段，因此若單一非行少年違反多數罪名，依少院法第31條第1項：「少年犯數

⁸² *Streng*，同註13，Rn. 462.

⁸³ *Streng*，同註13，Rn. 462; *Ostendorf/Drenkhahn*，同註26，Rn. 239; *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 771.

⁸⁴ *Streng*，同註13，Rn. 463.

⁸⁵ *Streng*，同註13，Rn. 463; *Streng*，同註31，S. 87 f.

⁸⁶ *Streng*，同註13，Rn. 267.

⁸⁷ *Streng*，同註13，Rn. 267.

罪時，法院僅得統一宣告教育措施、懲戒措施或少年刑罰。若法律許可（少院法第8條），不同種類之教育措施與懲戒措施可分別宣告，亦得搭配刑罰而一併宣告之。宣告之少年拘禁或少年刑罰，不得逾越法定上限」。亦即，德國法採取統一制裁原則（*Grundsatz der einheitlichen Sanktionierung*），法院於同時審理數罪時，不得宣告性質上相互牴觸的制裁手段⁸⁸，但個別情況許可時，亦得宣告相互間不相矛盾的多重制裁選項，且縱犯數罪而有必要整體性地科處刑罰，該刑罰程度仍不得逾越少年統一量刑框架的上限⁸⁹。

此外，同條第2項進一步規定，若少年犯數罪，而先發生的罪名已經判決確定，但其所連結的制裁效果尚未執行完畢，具體情況可能是已經執行但未完成，或者尚未開始執行，此時後階段的其他罪名程序中，法院必須將前階段的犯罪及法律效果納入考量，從而作成統一的法律效果，不過，依同條第3項之規定若法院認為前階段已經判決確定之犯罪雖未執行完畢，但考量後階段新增罪名，前階段的法律效果已經無足輕重，而且法院亦將針對後階段罪名宣告少年刑罰時，法院即可認定前階段的法律效果已經執行完畢而無庸再續行執行。

參、對我國少年法制之啟示

論述及此，本文已經簡要說明了德國少年刑法理論與實務中，有關少年刑罰的適用要件與判斷標準；接下來的問題則是，究竟德國法理論與實務經驗，究竟能對於我國現行少事法的解釋與操作，帶來如何的規範啟示？由於議題甚多，以下筆者僅討論三個重點。

一、移送／逆送制度的程序負擔

首先是啟動少年刑罰的把關門檻，德國少院法設計的整體程序並未切割，純粹是由少年刑事法院依據刑事案件的處理程序，先由

⁸⁸ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 493.

⁸⁹ *Laubenthal/Baier/Nestler*，同註1，Rn. 493.

檢察官偵查、起訴後，再由法院介入審理，最後則由法院依據少年本身情狀決定處遇的法律效果⁹⁰，原則上刑事法院宣告「非刑罰意義」的其他處分，僅當符合德國少院法第17條第2項的兩個條件時，才能宣告少年刑罰。

相對於德國法「單一程序／多元法效」，我國少事法一開始就設計兩套完全不同的程序：少年保護事件／少年刑事案件，如果要科處少年刑罰，必須從少年保護事件轉軌至少年刑事案件的程序，倘若整個程序只停留在保護事件，縱然屬於犯罪行為，也不可以科處刑罰，法院只能宣告少事法第42條規範的保護處分（當然其中還包括具有刑事制裁意味的感化教育）；而程序只要轉換到了刑事案件，就必須由檢察官介入調查，並由刑事法院依法科處刑罰。大致來看，我國應對非行少年的法律效果選擇，是緊扣著保護事件／刑事案件的程序關係，選定程序方案，就必須依該程序方案下設的制裁效果決定非行少年應對效果，這一點也就表現在幾個至關重要的條文：少事法第27條的移送規定，其僅適用於少年觸犯刑事法律、且少年於犯罪行為實行之時已經超過14歲的案例，而且還必須滿足以下三種事例的任何一種，始能轉換至刑事程序，也才有宣告刑罰的可能性：

「(1)犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者；

(2)事件繫屬後已滿二十歲者；

(3)除前項情形外，少年法院依調查之結果，認犯罪情節重大，參酌其品行、性格、經歷等情狀，以受刑事處分為適當者。」

此外，雖然少事法第67條第1項另外訂有「檢察官依偵查之結果，對於少年犯最重本刑五年以下有期徒刑之罪，參酌刑法第五十七條有關規定，認以不起訴處分而受保護處分為適當者，得為不起訴處分，移送少年法院依少年保護事件審理」，檢察官保有將少年逆送回保護程序的可能性，但這種作法不僅相對複雜，甚至曠日費

⁹⁰ Meier/Bannenberg/Höffler, Jugendstrafrecht, 4. Aufl., 2019, § 13 Rn. 34.

時，少年司法實務重要性亦相對有限；而同條第2項又規定經檢察官為不起訴處分而移送少年法院依少年保護事件審理之案件，少年法院可以再行裁定移送至刑事案件處理。

雖然我國法基本原則是程序搭配相應的實體法效，不過仍有例外的特別規範，此即少事法第74條第1項之規定：「法院審理第二十七條之少年刑事案件，對於少年犯最重本刑十年以下有期徒刑之罪，如顯可憫恕，認為依刑法第五十九條規定減輕其刑仍嫌過重，且以受保護處分為適當者，得免除其刑，諭知第四十二條第一項第二款至第四款之保護處分，並得同時諭知同條第二項各款之處分」，本項賦予刑事庭法官直接豁免少年刑罰，並改為宣告保護處分的權限，不過本條在實務上似乎較少適用。

從以上規定可以明確看到，少事法極度重視相應的法律流程分流，這些分流明顯是朝向「轉回」至保護程序，希望透過保護處分終結程序，從而「規避刑罰或刑事程序負擔」作為目標⁹¹。此種以少年需保護性為核心方向的理念固然值得認可，不過撇除第74條第1項授予少年刑庭可得宣告保護處分的規定之外，大部分的情況均須依個案情狀，將非行少年安置且使其繫屬到適合的「程序」後，才能開展相對應的保護／刑事法律效果，這種作法或許是顧慮不同流程中採取完全不同的程序法理，也透過「程序」的形式關係拘束了法官可得考量的事由，例如在保護程序中沒有檢察官，不會有「控訴」少年犯罪的公益代言人，藉以避免少年與國家之間的尖銳對立關係，刑事程序中會有檢察官作為控方，但會顧慮較多被告權益與正當程序利益。

以「程序分流決定法律效果」的作法雖然有相當合理性，但若考慮到非行少年因為司法系統釐清程序的需求，少年可能面臨在程序進展過程多次「被分流」到不同類型程序，這種情況一旦發生，

⁹¹ 學說更稱之為「回流機制」（從刑事程序轉回至保護程序）。參見李茂生，台灣新少年司法與矯治制度實施十年的經驗與展望，收錄於：少年事件處理法論文集，2018年，頁298。

少年也就不可避免地歷經轉軌於保護程序與刑事程序所生的程序負擔，是否允宜不無疑問。以現行法律規定最極端的情況來看，少年先歷經少年保護事件程序，經由法院介入調查程序後，被認為符合移送事由之一，該少年接著被移送至刑事程序，此時又經檢察官偵查，倘若檢察官認為不需要進入刑事審判程序，檢察官可作成不起訴處分，再把少年轉回保護事件，如果少年法院又認為不宜以保護事件程序審理，依少事法第67條第2項可再裁定移送至少年刑事案件程序，此時檢察官不得再逆送至保護事件，必須維持於刑事庭審理，倘若此時刑庭法官不同於原保護程序的法官，該法官可能又依第74條第1項作成保護處分（！）。固然這是最極端的情況，但考量少年歷經這些繁複程序，程序過程中帶來的負擔、傷害、指摘與調查等後果，明顯不利於少年的需保護性，是否要接受這麼繁複的程序關係，在立法政策上不無檢討必要。

相對於我國法，德國法因為沒有少年保護事件，直接在德國少法院法中容許刑事法院本於教育刑法理，在刑事程序中作成非刑事程序的保護處分，例如德國少年法院可以宣告教育處分、告誡、課予負擔、少年拘禁等法條明訂欠缺刑罰性格的處分態樣。從這個角度來談，我國或可考慮：當少年首次被移送至刑事程序後，不宜再反向逆送至保護程序，而應考慮直接由少年刑事庭接手整體程序的後續處理，並擴大適用少事法第74條第1項規定，盡可能讓刑事庭存在作成保護處分，從而減低少年因為多次「被移送」所產生終局性的不利益。

對於本文上述見解或許有質疑認為，若由刑事庭作成保護處分，考量法官仍屬刑事系統法官，而且現場還有主責控訴犯罪的檢察官，此種情境可能陷少年於不利益，在此種環境中作成保護處分，恐怕加劇少年責任。該質疑雖然有一定道理，但在本文看來實乃無端擔心。申言之，之所以由刑事庭直接作成保護處分，是因為該事件已經從保護事件的法律程度再次轉向至刑事程序，少年刑庭本來就有權限作成刑事制裁，只不過這時法官認為刑事制裁並不合

宜，反應作成保護處分，當刑事庭已經有意朝向以保護處分方式終結程序時，本質上已然顧及少年需保護性的基本想法，要再指摘刑事庭以保護處分加鉅少年犯行應報責任，不免有失公允。事實上，作為需保護性核心的少年自我健全成長概念，同時貫穿了少年的保護處分與刑事制裁，在少年刑事庭的審判與裁量過程仍受到需保護性的要求與拘束，不能自外於此項少事法第1條的基本要求⁹²，在此脈絡下，即使是少年刑事庭也應該妥適運用少年自我健全成長的核心理念於相關法律效果的宣告作成，基此，筆者認為上述可能疑慮並不存在。

二、絕對移送的實體條件

接下來討論少事法轉入刑事程序，而可得科處刑罰的實體條件，前文提及我國法共有三種事由，而三種事由的前兩項，包括：(一)少年涉案罪名屬於較重之罪（最輕本刑5年以上有期徒刑），或是(二)少年於審理期間已經滿20歲，其要件並沒有給予少年法院過多的裁量空間，幾乎只要要件完備就必須立即轉入少年刑事案件的審理程序，並由檢察官先行偵查、起訴後，最後由刑事庭科處刑事制裁，一般將這類案例稱之為「絕對移送」案件；不同於此，如果個案事例不符合絕對移送的情況，此時必須由少年法院依個案審查，並經確認符合「犯罪情節重大，參酌其品行、性格、經歷等情狀，以受刑事處分為適當者」的實質條件，始能轉入少年刑事程序而科處刑事制裁，此類案例一般則稱為「相對移送」案件。

上述程序可能帶來過多轉軌負擔的疑義已如前述，至於在實體面上，也就是「事由內涵是否值得科處刑事制裁」的疑問上，筆者有若干看法，以下先針對絕對移送說明。

第一，少事法第1條已然揭明整部法律規範宗旨在於「少年自我健全成長」，而依第1項事由，僅因少年涉犯罪名屬於較重罪名就可

⁹² 就此可參考謝煜偉，少年事件處理法中「需保護性」概念的探尋與重構，法官協會雜誌，26卷，2024年12月，頁80-82。

直接轉入刑事程序處理，然而少年縱然涉犯重罪，也不代表少年所實行的具體個案犯行已經具備高度可非難性，蓋縱然所涉罪名關涉重罪，但可能實際上少年所涉及的不法非難相對輕微，甚至可能存在強烈的需保護性，單純因為「涉犯重罪」就要完全棄守保護程序並轉入刑事程序，恐怕無法妥適地顧及個案情狀；舉例來說，少年因為家境之故不得已加入強盜犯罪計畫而涉犯強盜罪（最低本刑5年以上有期徒刑之罪），但在其中卻只擔任邊緣角色，然因我國實務大幅擴張共同正犯論罪之故，該少年也會符合少事法涉犯重罪的絕對移送事由，進而必須由刑事庭予以審理，最終原則上亦可能科處刑事制裁。這種忽視個案情狀，純依「涉犯罪名」較重就要以刑事制裁應對的作法極不適切。相對於此，德國法並無任何純因「涉犯罪名」較重就要科處刑罰的機制，未來或可考慮參考德國法制，取消純因涉犯重罪就要絕對移送的規定。

第二，我國法對於繫屬時已經超過20歲的行為人，同樣採取一律移送刑庭的作法。固然該行為人因過去犯行本來就有成立犯罪的可能性，但繫屬於少事法的法定程序時點是否已經超過20歲，純粹是程序發展過程的偶然因素決定，少年可能甚早犯罪，但嗣後過了時日才被發現，僅因其已超過20歲就一律採取刑事程序的應對方式，恐怕無視該行為人因為年齡、社會結構所產生的需保護性，本質上難稱允洽。而或許有論者會認為，一律採取刑案處理的理由在於其處遇方式有別於年齡較小的少年，因此不宜讓已經超過20歲的少年與剛滿14歲的少年一併處遇。此種說法雖有部分見地，但在筆者看來仍不無商榷餘地：首先，即使超過20歲而必須依刑事案件處理，不代表該行為人必然送至少年矯正學校進行後續處遇，也有可能於刑案的處理過程中透過緩刑附額外負擔，就轉出於拘束自由的刑事制裁之列，當行為人未予收容至矯正學校時，因為處遇困難所生的障礙也就不必然存在；其次，德國法對於較長少年可得科處的刑罰內容，確實較為嚴峻，但該較長少年的判定並非程序繫屬時點，而是犯行實行時點，從犯罪實行時點已經有較為成熟的社會應

對能力來看，給予較長少年較重的刑責非難才稱得上比較有合理性，更何況德國法對於較長少年仍然可以不科處刑罰，僅單純宣告教育措施或其他非刑事處分；可惜的是，我國法將移送至刑事案件的情況一律取決於繫屬時點的年紀，無異剝奪少年優先以保護程序審理，且純粹受宣告保護處分的機會，此種作法未來應有修正甚至刪除此類事由的必要性。

綜合以上分析，筆者認為未來我國法應裁撤絕對移送事由，能否轉軌至刑事程序，應全面改採相對移送的作法。

三、相對移送的實體條件

雖然實務重要性有限，但真正具有規範面討論價值的移送事由，其實是現行法已有規定的相對移送。不過，相對移送的規範結構非常複雜，一方面要求必須「犯罪情節重大」（責任刑重大事由），另一方面又要求「品行、性格、經歷等情狀，以受刑事處分為適當」（透過刑罰達成需保護性之必要性）。單從規範本身設計的合理性來說，相對移送的作法考量更多層面，法院必須個案審視是否犯行重大，而非如絕對移送純粹涉及抽象罪名，此外，法院還必須審酌少年的其他行為人或社會關係條件，才能作成是否有刑罰必要性而予移送的結論。大致而言，這是一個較為理想的移送刑事程序方案。不過，針對相對移送要件的解釋與設計，筆者認為仍須補充若干重點。

第一，既然相對移送已經明確地鎖定「犯罪情節重大」，那麼如何判定「犯罪情節」？其審視標準為何？決定情節的標準也就必須先行釐清。已如前述，成人刑法主要的判斷會先從客觀不法切入，當客觀的損害後果與犯罪行為有重大可非難性時，也就隨之調高犯罪情節的嚴重程度，德國少年法主流意見為了避免僅因手段或損害額甚重就大幅加重少年犯行非難，因此轉向觀察少年「行為之主觀內在意義」，將少年侵害法益的內在意義當作重點判斷，並盡可能地壓縮客觀不法非難所具有的權重比例，此項見解固然某程度

有利於少年，然如學者批評，倘若少年主觀惡性重大時，雖然製造的客觀不法相對輕微，採此觀點不免因強烈主觀惡性而被判定為犯罪情節重大，反而造成對少年不利結果⁹³。

這個問題在筆者看來，特別是在我國現行法規脈絡下（各罪名之法定刑維持原定框架，不因行為人是少年而有所調整），理論上應優先考量客觀的法益侵害，以及客觀的犯行強度，才能合理評價少年實現侵害的法律意義，尤其當成人與少年同時實現相同的客觀不法侵害時，接續的非難評價則有所差別，該差別至少可以包括兩個層面有所歧異⁹⁴：首先，少年性格尚不成熟，面對外界環境所能產生的犯罪意志決定（故意／過失），往往根植於不成熟的性格與理解，換言之，縱然形式上少年有強烈的犯罪惡性，但顧慮到少年本身不易精確理解其客觀不法侵害行為可能帶來的外部性損害，會使得相同主觀犯意所依歸的意思形成過程，較具有可宥恕的關係，其故意非難（引發故意的動機與內在想法因素之非難），當然也就明顯低於成人⁹⁵。以殺人罪為例，對於成人而言，其不僅可以瞭解侵害他人生命之後，不僅帶來被害人生命損害，還包括被害人家庭、親友與社會關係的嚴重干擾，一般成人均能「認知」不法行為的社會損害性關係，但對於少年而言，因為其生存在社會中的時間有

⁹³ Kaspar, 同註32, S. 203.

⁹⁴ Dazu vgl. v. Hirsch, Proportionale Starfen für Jugendliche – Wege Unterschiede gibt es im Vergleich zu Strafen für Erwachsene?, in: Claus Roxin-FS, 2001, S. 1080 ff.

⁹⁵ 此項觀點可從「誤想防衛」（Putativnotwehr）來思考，誤想防衛者雖然未真正面臨他人現在不法侵害，但其主觀上卻誤以為有「防衛情狀」，因而形成攻擊相對人法益以保護自己的錯誤想像；依我國主流見解採取的限制法律效果之罪責理論，行為人主觀上雖然有故意，但因形成故意的內在動機緣於「誤會有防衛情狀而認為自己在實行合法之正當防衛」，當行為人出於該動機時，其形成主觀犯意的背景動機之可非難性（自認合法保護法益→形成故意而侵害他人），也就明顯地低於積極加害法益的惡意行為人（自認非法企圖犯罪→形成故意而侵害他人）。就此參見許恆達，論誤想防衛，中研院法學期刊，18期，2016年3月，頁144-147。Ähnliche Meinung, vgl. Tenckhoff, 同註44, S. 489.

限，導致少年生活經驗相對受限，看待且理解社會關係的認知能力也不及成人，此種意義的社會理解能力偏低情況，原則上與少年的年齡成反比關係，隨著少年年紀增長，其看待行為與社會關係的看法也就逐漸變化，並愈形驅向與成人相同⁹⁶。整體以觀，年齡愈小的少年就故意／過失等犯罪意思，其認知其惡害與社會損害性的能力，明顯比成人更低，此種認知能力會隨著愈接近成年而逐漸成熟，但仍較成人更形縮減，無論如何，少年思慮不足，瞭解不法侵害意義的能力有限，縱然有主觀犯意，但其所理解的主觀犯意不免有所偏失，此部分的欠缺將使得少年犯行的「罪責非難」有相當縮減⁹⁷。

其次，少年人思慮完整度較低，面對社會環境中可能產生的各類型刺激，在決定其應該如何面對，從而作成遵從法律的規範選擇過程中，往往驅向情感、攻擊或盛怒引致的不法行為，這種個人控制能力所引發的遵法能力，本身低於成年人，不過可以隨著年齡愈長而從社會往來經驗中習得應對方法⁹⁸。在此意義下，少年也就被理解為因為年齡因素而遵法能力薄弱的行為人，在罪責層次上應減低非難強度⁹⁹。

考慮到上述兩點，筆者認為評價少年犯罪情節時，固然其客觀不法與一般人成年犯罪者並無不同，但少年有關「主觀犯意的可非難性」，以及「個人遵法能力」，均低於一般成年人，從這個角度來看，少年犯罪情節（一般的客觀不法＋較低之犯意理解非難＋明顯較低之遵法能力）自然應評價為遠比成年人更低，更精確地說，

⁹⁶ v. Hirsch, 同註94, S. 1082 ff.

⁹⁷ 此部分的縮減非難，應非直接連動至主觀不法要素（故意），而是應該認為，少年縱有故意，但形成故意的內在理解低於一般成人，故屬罪責非難之減輕。

⁹⁸ v. Hirsch, 同註94, S. 1084 f.

⁹⁹ 我國刑法第18條第2項已經就此項要素，認定少年得因限制責任能力而減刑，但具體少年應該減輕多少，仍可在個案的罪責評價中處理，筆者認為此種具體判定有別於刑法第18條第2項的抽象規範，並不抵觸雙重評價（減低罪責非難）禁止原則。

少年針對犯行的不法與罪責非難應認低於成年人，故依本文所見，針對少年非行本身的犯罪非難，應該綜整客觀、主觀與行為時的個人遵法能力等面向綜合判定，不能如德國學說只專注於客觀或主觀的單一側面。

第二，確認了犯罪情節的判斷方法之後，我們要追問的是：在何種情境下可以認為明顯下調犯行非難的個案仍然「犯罪情節重大」？本於上述觀點，筆者認為能夠證成此項要件的核心理由，必須優先從客觀不法角度說明，亦即，少年不僅(一)帶來重大損害，而且(二)少年實行的侵害行為甚為嚴重；滿足結果與行為的雙重嚴重客觀不法後，該少年雖然也有相應的主觀犯罪意思；(三)此項重大情節應該僅限於故意，較弱性質的過失應不屬之；(四)少年就形成故意形成過程與認知內涵的非難（本於何種理解內涵、何種動機、何種生活情境、何種目的而決定故意實現重大法益損害），必須詳細說明，絕大多數情境應屬較低；(五)少年之年齡大小會影響其遵法能力，愈接近成年的少年才有可能出現較高遵法能力，也才有辦法認定為犯罪情節重大。少年法院必須就上述情境進行個案衡量，才能夠判定是否情節重大；依本文主張的標準，「犯罪情節重大」也只能出現在下列情境均滿足時：法益品質與數量之侵害均嚴重，侵害手段兇殘，少年本於故意，且形成故意非難的動機、目的與相關情境均可認為有高度可非難性，且少年更應已經接近成年。

第三，少事法第1條自始揭明，在少年法程序中，其自我健全成長的需保護性才是程序期待實現重點¹⁰⁰，那麼我們就必須說明，究竟「犯罪情節重大」在需保護性審理框架下的意義為何？這一點在德國法有關「嚴重犯行責任」可得宣告少年刑罰的討論中，已經可以注意到其與少年教育目的之間的緊張關係，參考德國經驗可以發現，德國法現今有三種見解：(一)教育目的優先說、(二)犯行責任優先

¹⁰⁰ 就此參見李茂生，新少年事件處理法的立法基本策略——後現代法秩序序說，收錄於：少年事件處理法論文集，2018年，頁175-180。

說與(三)調和說，雖然大多數學者見解似乎較傾向(二)犯行責任優先說，認為在犯罪情節重大的轉入選項上，教育目的所具有考量權較小，真正關鍵是犯行責任所連結的一般預防機能，不過筆者認為較為合理的仍是德國實務傾向支持的(三)調和說。

採調和說的主要理由有兩點：首先，縱然移送而進入刑事程序，原則上法院必須對少年宣告刑事制裁，這不代表我國法完全放棄對少年需保護性的關切，相反地，我國學說已經有明確見解認為，即使科處刑罰，也不代表刑罰處遇過程中不能按照需保護性的法理執行，學者更直接指出：「拘泥於『保護與刑事』的區別，忽略『成人與少年』間的差異一事，僅是證明少年事件處理法的精神並未落實而已」¹⁰¹。

其次，犯罪情節重大不僅揭露了少年的高度犯行責任，在我國少事法一再揭明的法理下，其更表彰少年因實行嚴重犯行，足可推定少年有極高的需保護性，亦即，正是因為少年受到整體社會環境所迫，獲得的保護關係與社會支持不足，難以認定其可自主健全成長¹⁰²，所以才會實行高非難性的犯罪行為，因此足可反向推定少年有較強烈的需保護性，至若再予考量形塑「透過刑罰達成需保護性」的各項因子，此即相對移送要件中所指稱的「品行、性格、經歷等情狀，以受刑事處分為適當」等要素，足可判定實行嚴重犯行的少年有透過刑罰制度而施予較長期改變其生活環境，從而重新調整其生活步調，藉以完全少年自我健全成長需求的刑罰施用必要性。

換言之，筆者認為犯罪情節重大同時兼具責任刑與保護處分的雙重意義，雖然有責任刑意涵，但進入執行程序後將主要以需保護性的觀點重新詮釋，這就使得相對移送要件中，直接連結需保護各項因子能受考量的機會，法院應本於此項視角而予以綜合性判斷。

¹⁰¹ 李茂生，同前註，頁180。

¹⁰² 此部分的考量與少年保護處分應有相近之處，參見謝煜偉，同註92，頁83-85。

在現行法架構下，如果已足確認「犯罪情節重大→責任刑≒高度需保護性→透過其他非犯行因子調整需保護性→無法透過較短期之純粹保護處分處遇」，方可移送至刑事程序而科處刑事制裁。

四、量刑架構

(一)處斷刑

接下來討論實際量刑的議題，其前提即該少年已經依現行少事法規轉至刑事案件審理程序，而由法院依法決定犯罪之科刑。在具體宣告科刑之前，必須先決定少年的科刑範圍，我國現行法並未如同德國少院法，對於少年犯罪後的處斷刑有獨立規範，因此在面對極其嚴重的犯罪時，不排除過度放大少年承擔刑罰的可能性，此項議題的解決，在筆者看來有三點可供檢討。

第一，德國法制大幅調降少年處斷刑範圍，且發展出不依刑典原始規範決定科刑範圍的作法，筆者認為這是明顯有利於少年需保護性的機制。申言之，即使少年違犯重罪，但考慮其個人形成主觀犯意的動機非難與個人遵法能力，其非難必然遠低於成人，不宜直接援用成人刑法的刑度框架決定少年刑責；此外，當少年收容至矯正機關，其收容上限依監獄行刑法第4條第3項只能到23歲，這將使得判處重罪的少年幾乎必然在其刑罰執行程序的後半段，必須移置到成人監所，這將造成一個極度不適宜的運作結果：被宣告重刑的少年雖然前半段執行期著重於自我健全成長，但因刑期過長，到了後半段反而必須在無法實現其需保護性的成人監所執行。基此，我國現制未於少年處斷刑上予以特別考量，實有缺陷，未來改進重點可分為司法解釋與立法修正兩個方向。

第二，就現行法的司法解釋而言，理論上有可能受到刑罰科處的少年，均屬限制責任能力人，但我國刑法第18條第2項只規定「得減刑」，而依我國向來實務見解，得減刑指的是「法定刑上限不

變，但下限調低至1/2」¹⁰³，此種理解方式不僅造成少年科刑上限維持不變，更讓少年面臨長期監禁風險。基此，筆者認為在解釋上應該可以有兩項策略：1. 雖然刑法第18條第2項只規定「得減」，但法院應優先選擇予以減刑；2. 減刑之效果應回歸刑法第67條規定，少年科刑之上限亦應隨同下調。

第三，至於未來法律之修正，筆者認為可以仿造德國法，直接在立法中規定少年刑罰的科刑範圍，該科刑範圍不必對標刑法典各類不同的刑罰區間，毋寧可以設計專門適用於少年的刑罰區間規範。

(二)宣告刑

其次則是宣告刑層次，這也是多數量刑議題的重點區塊。德國法雖然曾有見解主張逆轉之幅的理論，先處理少年教育目的之需求，然後再拉入應報作用的考量。這種觀點缺陷明顯，倘若少年教育目的明顯低於或高於應報串連的罪責衡平，勢必帶來極不合理的結論，於此不再詳述。

既然宣告刑量刑框架必須回歸傳統的科刑模式，亦即先決定少年的責任刑，然後再考量其他關涉個人因素的科刑事由¹⁰⁴，在結構不調整的前提下，少年刑罰宣告刑仍有若干值得調整的思考方向，以下分點說明。

第一，已如前文有關相對移送部分的討論，「少年主觀故意的認識可非難性較低」，以及「少年自我控制能力較低」，因此少年犯罪行為的責任刑應屬較低，這一點在宣告刑的判斷上也應該延續適用；至於可能有質疑認為，因為在處斷刑已經減輕一次科刑範

¹⁰³ 近期見解參考最高法院113年度台上字第4161號刑事判決：「刑法之『必減』，以原刑減輕後最高度至減輕後最低度為刑量，『得減』則以原刑最高度至減輕最低度為刑量，而比較之，此為本院統一之見解」。

¹⁰⁴ 相關量刑架構問題，參見謝煜偉，從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架構，法官協會雜誌，22卷，2020年12月，頁86-104。至於成人／少年量處刑罰的架構，筆者認為其基礎結構相近，但實質的不法非難、罪責非難與科刑因子則有所不同。

圍，倘若再一次於宣告刑又基於類似理由減低科刑範圍，其操作不免被質疑違反雙重評價禁止原則。就此筆者認為，德國少院法設計的處斷刑脫離具體構成要件的法定刑，德國學說主流見解因而主張科刑因子原則上不會與處斷刑下調之間存在雙重評價禁止問題，這一點固然值得肯定，不過我國現行法處斷刑尚未如此規定，德國見解可能不適用於我國法。解釋我國法的真正關鍵，應該回歸到雙重評價禁止的本質予以分析，考量在解釋上，處斷刑下調其實是通案性的縮減少年刑罰之量刑區間，本質上涉及「抽象評價」，但個案中少年究竟出於那些個案性事由而可從輕量處宣告刑，則非抽象評價本身，而是因應個案科刑的「具體評價」，包括主觀犯意形成之內在原因欠缺高度可非難性的具體理由（例如少年長期吃不飽，因此加入詐欺集團實行詐術行為），以及遵法能力低落的具體情狀（例如少年常年生長於黑社會家庭，誤以為老大命令就是法律），既然已經連結到具體事由的審酌，也就不致牴觸雙重評價禁止的誡命¹⁰⁵。

第二，確認了少年責任刑之後，必須再就一般情狀調整最終的科刑結果，常見觀點會把刑罰理論的各項預防要素，包括消極一般預防（威嚇一般社會成員）、積極一般預防（給一般社會成員建立合法行為模範）、特別預防（使犯罪者能避免再犯並實現社會復歸），德國實務見解大致否認一般預防在少年科刑的作用，但特別預防則與教育目的相互結合。而在筆者看來，本文同樣反對一般預防在量處少年刑罰上的參考意義，其他社會成員是否犯罪與能否遏止犯罪，根本不應該作為少年科刑的考量因素，至於嚴重犯行所連結的積極一般預防機能，筆者認為少年被理解為不成熟的社會成員，其所為縱然嚴重，也不代表透過少年刑罰就能直接讓社會大眾理解合法／不法的行為界限。

至於少年再犯之特別預防，筆者認為若能轉從少年的「自我健

¹⁰⁵ Hörnle, 同註30, S. 196.

全成長」之促進角度來看。析言之，國家與成人建構的少年法體制，可以設定包括不同層次的目標：1. 使少年免於再犯、2. 解決少年困境而使其能經營一般人生活、3. 啟發少年潛力使其能成為富有個性之人¹⁰⁶。這些不同目標所強化的基本重心不完全相同，學說上也有認為，自我健全成長的規範目的，其實並不期待少年成長為「理想中的成人」，相反地，整體少事法應該在不追求特定人格成長目標的前提下，給予少年人格矯治與健全成長的環境，修正少年有問題的過去，但對其未來不予以設定任何獨立目標¹⁰⁷。雖然此項定義不完全明確，但至少「免於再犯」是設定健全成長人格中難以抹消的重要成分，我們不應窄化少年健全成長為純粹再犯預防¹⁰⁸，然而再犯預防對於健全成長而言仍為其中要素之一。換言之，真正重點在於透過科刑時綜覽全局，設法尋求最有利於少年未來健全成長的個人最適方案，其中包括再犯預防考量，但並非純以再犯預防為限。

更進一步來談，筆者認為少年自我健全成長可作為修正少年責任刑的考量依據，但其修正不應延長少年在矯正學校的收容期間，但可以作為縮減少年科刑長度的參考依據，亦即，縱然少年責任刑較其透過矯正學校而實現需保護性的時間更長，但考量少年犯行責任只是作為觸發需保護性判斷的條件而已（此即前文所稱之調和說），真正關鍵始終是需保護性對於少年成長的作用，責任刑在此只能防止需保護性突破其收容期間之上限，但若需保護性串連的收容期間明顯較低時，宣告刑即應考量少年在受保護下的成長需求而下調。

第三，而在判斷少年刑罰所內蘊的自我健全成長需求時，還必

¹⁰⁶ 謝如媛，少年健全成長之概念內涵與法制架構——從日本少年法制近年之動向談起，收錄於：李茂生教授六秩晉五祝壽論文集編輯委員會編，主體、理性與人權的彼岸：李茂生教授六秩晉五祝壽論文集，2020年，頁290。

¹⁰⁷ 此項見解，參見李茂生，同註100，頁146-147。

¹⁰⁸ 對於再犯預防與少年需保護性的批判，參見謝煜偉，同註92，頁77-81。

須特別留意，由於刑罰帶來嚴重的拘禁效果，並將少年隔離於其原有社會環境，此時必須特別留意刑罰拘禁環境衍生的少年個人刑罰反應力問題。舉例來說，對於成人而言，要達到特定程度的犯行非難，可能要干預其自由1個月，但考量到少年成長過程的特殊性，一旦少年被剝離其原生家庭與社會環境時，1個月的拘禁自由效果，可能因為收容處所的環境、資源與伴生關係改變，對該少年會產生加乘拘禁作用而如同3個月的自由刑，換言之，本於收容處所的資源與環境因素，對於成長中的脆弱少年人格來說，必須認為相同收容時間對於成人與少年而言的刑罰反應作用並不相同，縱然因少年犯行重大而必須科處刑罰，相比成人同一犯行，其犯行非難所換算的少年拘禁時間必須比例縮減，才能正確應對少年面對刑罰執行反應力明顯不同於成人的特性¹⁰⁹。

第四，而在科刑過程中還必須留意，縱然少年刑罰具有制裁性格，但本質上仍然具有教養意義措施，後者的特點也就表現在科罰時給予少年更多的寬容，亦即，不同於成人至少有18年以上的時間將其個人人格社會化，少年仍在成長過程中，社會化的時間相對受限，還必須因應青春期成長過程的社會調適需求¹¹⁰，刑罰就此必須給予「社會化時間受限」的少年更多「容錯空間」，接納少年過去犯行所需要的制裁因為寬恕容錯因素，必須向下調整的可能性，並本於特別給予非行少年額外容錯空間的理由，下調其宣告刑。當然，既然考量因素是社會化時間，這表示愈接近成年時間的少年容

¹⁰⁹ Dazu v. Hirsch, 同註94, S. 1086 ff. 值得注意的是，依v. Hirsch的看法，少年相比成人應從刑罰反應力角度予以縮刑的理由，並非少年在收容中的主觀感受，而是收容機構無法提供一般人最低度社會生活需求的客觀條件，這種資源與環境面的「惡害」極重，對於脆弱的少年來說，必須給予特別顧慮。不過筆者也必須提出，這種論點應用於「原生環境惡劣於我國矯正學校環境」的少年時，極有可能推論出「少年應該更長期收容於矯正學校」的可能性，實際考慮我國執行少年刑罰之明陽中學（矯正學校）可能提供較好的環境，包括生活面與教育面，確實可以就個案需求考量「矯正學校較適環境」，作成較具彈性的延長或縮減收容時間決定。

¹¹⁰ v. Hirsch, 同註94, S. 1092 f.

錯寬容可能性會相對減少；不過無論如何，判斷宣告刑時必須將寬恕意義的容錯空間特性，涵納於宣告刑減低量處效果¹¹¹。

(三)執行刑

最後一個問題則是少年犯數罪之時，如何統合個別罪名的宣告刑而定其應執行刑？我國現制中對於少年違犯數罪時，並沒有獨立於成人的執行刑制度，實務上仍依刑法第50條與第51條判定執行刑。然而，法院在決定應執行刑時，必須以併罰數罪中「最重之宣告刑」作為下限，並以「所有宣告刑之總和」作為上限，再從中選擇合宜之應執行刑，這種作法明顯地特別強化了各罪名宣告刑中的責任刑權重，尤其是最重宣告刑作為執行刑下限的作法，更易於讓少年刑罰過度地考量責任刑¹¹²。基此，筆者認為我國應該仿造德國法制規定，在少事法中新增關於併罰數罪科刑的特別規定，並依德國法作法改採單一刑（*Einheitsstrafe*）制，亦即在少年違犯獨立之數罪，而有併罰必要性，應考量採取類似想像競合的作法，容許法院從該少年人格與成長的需保護性作為基礎，而宣告單一刑罰，無須再就個別犯罪獨立宣告其刑，不過此項作法已屬立法論，有賴立法修正後始能上路。

肆、結 論

以上簡要說明了德國現行少年法制中，針對少年刑罰有關的量刑機制與具體的作法，相對於我國而言，德國法整體的規範布建較為完備，其貼近成人刑法、又不完全相同於成人刑罰的處理方法，亦值得我國在捍衛少年自我健全成長可能性的前提下借鏡。

除了對於德國少院法的分析之後，本文也在此項基礎上對於我

¹¹¹ v. *Hirsch*, 同註94, S. 1093.

¹¹² 此因各罪宣告刑都會優先考慮該罪「責任刑」的科刑權重，以最重宣告刑作為執行刑下限，也就意謂著犯數罪之少年一定必須承擔最重宣告刑之刑責，而沒有就全部併罰罪名科處低於該最重宣告刑的空間。

國少年刑罰的相關問題作成具體建議，以下簡要分點整理：

一、我國大幅將程序效果綁定實體法律效果，未來一方面應減少程序更迭對少年帶來的不利益，另一方面也應擴大少事法第74條第1項由刑事法院宣告保護處分的可能性，避免程序負擔帶來更多少年的不利益。

二、絕對移送案件的兩項抽象判斷之實體前提，在論理上均非合宜，未來應修法限制僅得於個案具體情狀符合時，方能移送至刑事程序審理，亦即，修法方向應朝向只保留相對移送案件。

三、相對移送案件同時考量少年之「犯罪情節重大」與「需保護性事由」，前者在判斷時雖應優先處理客觀不法非難事由，但少年存在主觀犯意認知內涵可非難性，以及個人遵法能力的偏弱屬性，這兩項要件都會使得少年犯罪情節明顯低於成人，至於要達到「重大」，亦應從嚴認定。至於犯罪情節重大所具有少年刑罰意義，在於其犯行責任佐證了少年需保護性的強烈性，兩者具有相輔相成的調和關係；而後者的需保護性則對於責任刑可得調整。

四、未來處斷刑應修法仿造德國制度，有獨立於刑法典各罪的科刑區間；宣告刑亦應先確認少年非行的責任刑範圍後，再考量需保護性的少年自我健全成長理由下調，尤其是考量收容機構環境與資源連動少年刑罰反應力的縮刑效果，以及考量少年社會化時間有限的容錯空間賦予因素；若少年犯數罪而需予併罰時，未來修法亦應改採單一刑制。

參考文獻

一、中文部分

李茂生，台灣新少年司法與矯治制度實施十年的經驗與展望，收錄於：少年事件處理法論文集，頁291-320，2018年，臺北：新學林。

李茂生，新少年事件處理法的立法基本策略——後現代法秩序序說，收錄於：少年事件處理法論文集，頁95-188，2018年，臺北：新學林。

吳俊毅，德國少年刑法的理想與立法特色，高雄少年期刊，6期，頁62-76，2005年6月。

許恒達，論誤想防衛，中研院法學期刊，18期，頁111-193，2016年3月。

謝如媛，少年健全成長之概念內涵與法制架構——從日本少年法制近年之動向談起，收錄於：李茂生教授六秩晉五祝壽論文集編輯委員會編，主體、理性與人權的彼岸：李茂生教授六秩晉五祝壽論文集，頁287-321，2020年，臺北：新學林。

謝煜偉，從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架構，法官協會雜誌，22卷，頁86-104，2020年12月。

謝煜偉，少年事件處理法中「需保護性」概念的探尋與重構，法官協會雜誌，26卷，頁70-86，2024年12月。

二、德文部分

Bachmann, Mario (2019), *Der Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht: Wohin steuert der BGH?*, JZ 2019, S. 759 ff.

Böhm, Alexander (1995), *Aus der neueren Rechtsprechung zum Jugendstrafrecht*, NStZ 1995, S. 535 ff.

Buckolt, Oliver (2009), *Die Zumessung der Jugendstrafe*, Baden-Baden: Nomos.

Diemer, Herbert/Schatz, Holger/Sonnen, Bernd-Rüdiger (2011), *Jugendgerichtsgesetz (JGG)*, 6. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller.

Hinz, Werner (2002), *Erziehung, Generalprävention und Opferschutz*, JR

- 2002, S. 50 ff.
- v. *Hirsch, Andrew* (2011), Proportionale Strafen für Jugendliche – Wege Unterschiede gibt es im Vergleich zu Strafen für Erwachsenen?, in: Claus Roxin-FS, S. 1077 ff., Berlin: De Gruyter.
- Hombrecher, Lars* (2008), Die Rechtsfolgen der Jugendstraftat, JA 2008, S. 452 ff.
- Hörnle, Tatjana* (1999), Tatproportionale Strafzumessung, Berlin: Duncker & Humblot.
- Kaspar, Johannes* (2004), Anfragebeschluss: Feststellung von Erziehungsbedürftigkeit oder -fähigkeit als Voraussetzung einer Verhängung von Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld?, JR 2004, S. 196 ff.
- Laubenthal, Klaus/Baier, Helmut/Nestler, Nina* (2015), Jugendstrafrecht, 3. Aufl. Heidelberg: Springer.
- Meier, Bernd-Dieter/Bannenber, Britta/Höffler, Katrin* (2019), Jugendstrafrecht, 4. Aufl. München: C. H. Beck.
- Ostendorf, Heribert/Drenkhahn, Kirstin* (2020), Jugendstrafrecht, 10. Aufl. Baden-Baden: Nomos.
- Streng, Franz* (1994), Der Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht. Überlegungen zum Ideologiecharakter und zu den Perspektiven eines multifunktionalen Systembegriffs, ZStW 106 (1994), S. 60 ff.
- Streng, Franz* (2017), Jugendstrafrechtliche Strafzumessung zwischen Tat- und Täterprinzip, GA 2017, S. 80 ff.
- Streng, Franz* (2020), Jugendstrafrecht, 5. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller.
- Swoboda, Sabine* (2013), Die Bemessung der Jugendstrafe bei Mordtaten von Heranwachsenden – Die Reform des § 105 Abs. 3 JGG und ihre Bedeutung für den jugendstrafrechtlichen Konflikt zwischen Erziehungsgedanke und positiver Generalprävention, ZStW 125 (2013), S. 86 ff.
- Tenckhoff, Jörg* (1977), Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld?, JR 1977, S. 485 ff.
- Zapf, Jana Christina* (2012), Opferschutz und Erziehungsgedanke im Jugendstrafverfahren, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen.

On the Discretion of Punishment in Juvenile Criminal Cases: A Lesson from German Juvenile Law

Heng-Da Hsu*

Abstract

This paper draws upon the German Juvenile Court Act (*Jugendgerichtsgesetz*, JGG) to analyze the prerequisites for imposing juvenile sanctions, the standards of judicial discretion, and the factors influencing sentencing under the German legal framework. Based on the insights and reflections gained from this comparative examination, the study then turns to Taiwan's *Juvenile Justice Act*, focusing on the conditions under which a juvenile court may initiate criminal proceedings through referral, as well as the normative purposes, structural principles, and sentencing rationales underlying the imposition of juvenile penalties within such proceedings. Through this reflective analysis, the paper seeks to illuminate the balance between culpability and protection, the educational objectives of juvenile sanctions, and their role in fostering the juvenile's self-rehabilitation and holistic development.

Keywords: Juvenile Justice Act, Juvenile Punishment, Referral Procedure, Proportional Culpability, Educational Purpose, Protection Necessity, Self-development of Juveniles

* Professor, College of Law, National Taiwan University.

【研究論文】

論少年刑事案件中的責任與量刑 ——少年量刑原理芻議*

謝煜偉**

要 目

- | | |
|--------------------|--------------------------|
| 壹、問題提出 | 肆、重新理解少年量刑的框架 |
| 貳、少年刑事責任的內涵：減輕的可責性 | 一、以縮減的責任為基礎及上限 |
| 參、少年刑罰的正當性基礎 | 二、參考英格蘭威爾斯量刑委員會制訂的兒少量刑準則 |
| 一、與傳統刑罰目的論的比較 | 三、少年刑事案件量刑原理的確立 |
| 二、保護處分與刑事處分（刑罰）的關係 | 伍、結 論 |
| 三、小 結 | |

DOI: 10.7003/LASR.202603_(16).0004

* 本文部分內容為司法院113年度「少年刑事案件量刑機制之法制研究」委託研究計畫之部分成果，感謝司法院同意將本計畫部分研究成果改寫成論文刊登。另感謝二位匿名審查委員的寶貴意見以及臺大法律系碩士班陳佑哲碩士生協助進行日文文獻資料整理及判決蒐集，讓本文更具可讀性。

** 國立臺灣大學法律學院教授。

摘 要

本文旨在探討少年刑事案件中責任與量刑之定位，具體討論有關少年刑事責任的內涵、少年刑罰之正當性基礎以及其與保護處分的區別，最後提出少年刑事案件的量刑基本原理。首先，基於發展心理學與神經科學的證據，少年的未成熟，使其可責性通常低於一般成年人。其次，無論是少年保護事件或刑事案件，皆有協助少年「自我健全成長」的共通目標。然而，少年刑事處分實質上仍為刑罰，故仍應以縮減後的行為責任為處罰上限，並在該範圍內極大化教育性與社會復歸導向的處遇內容。法院於量刑時應留意少年之刑罰感受程度較敏感；徒刑應為最後手段，應積極使用自由刑替代措施。法院應參酌少年調查報告，並應優先審酌有利於少年福祉之各種情狀。

關鍵詞：少年刑事責任、需保護性、少年量刑、責任原則、明顯區隔原則

壹、問題提出

近年來，我國司法實務界對於量刑問題愈發重視，2021年年底司法院院會通過刑事案件妥適量刑法（下稱妥量法）草案後，在量刑準則的建置上，議論日益活躍¹。雖然該草案目前仍未能完成立法院審議，不過在可預見的將來將會成為我國量刑改革階段重要的里程碑。值得注意的是，妥量法草案第2條第2項規定：「刑事案件量刑準則（以下簡稱量刑準則），由量準會依量刑相關法律定之。」其中所謂量刑相關法律，依照該條立法理由所載：「包括少年事件處理法第74條、第78條、第79條之規定」。此外，本法草案第24條所附立法理由，亦明確指出擬訂量刑準則時「宜併予考量少年矯正機關少年矯治、處遇（包括社區處遇）」、「刑事司法（含少年刑事司法）」。草案第28條第2項更明言：「關於少年之量刑，少年事件處理法另有規定者，依其規定。」亦即，原則上將妥量法的適用對象及於少年刑事案件上，當少年事件處理法（下稱少事法）有特別規定時則優先適用少事法。

然而，現行少事法關於少年刑事案件的刑罰量定，除了該法第74條免刑後之保護處分、第78條不得宣告褫奪公權及強制工作、第79條緩刑之特別規定之外，並沒有特別針對少年刑事責任與量刑規定有別於刑法典的規範。因此，究竟少年刑案與一般成人刑案之間有何差異？以及，少年刑案的量刑應優先考慮哪些事項？從現行法內容來看，並沒有辦法得到很清楚的解答。就此，在妥量法草案第28條的立法理由中，提出以下幾點，說明少年刑案量刑內涵與一般刑事案件不同之處：一、行為責任程度較低、二、重視刑罰措施的最後手段性、三、重視個別處遇、四、應優先考量有利情狀、五、

¹ 參見司法院，司改2.0——打造透明、可預測的「量刑改革」司法院通過《刑事案件妥適量刑法》草案新聞稿，網址：<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-552762-f0c5a-1.html>（發布日期2021年12月14日）（最後瀏覽日期：2025年12月29日）。

定應執行刑時首重社會復歸面向。從這五點說明可以看出，基本上少年刑案的量刑仍應合乎少事法第1條維護少年健全自我成長的精神，朝向對少年被告有利、和緩處遇的方向。不過，由於上開草案的立法理由僅是針對少刑案件量刑的原則性宣示，並沒有進一步說明這些核心準則背後的學理基礎，也沒有具體成為可以提供法院實務參酌的基準，因此有必要撰文作深入的分析與討論。此即為本文的撰寫初衷。

此外，2023年年底新北市發生社會重大矚目的國中生遭割頸死亡的案件（俗稱「新北割喉案」）之後，社會輿論對於嚴懲少年犯罪的訴求益發強烈。這起震驚社會的重大案件不僅引發民眾對校園安全的憂心，更促使各界重新檢視現行少年司法制度的適切性，並對於此類少年刑事案件的審理程序與量刑標準展現前所未有的關注度²。社會輿論開始質疑現行的少年司法制度是否在維護少年自我成長之外，能夠兼顧填補受害者以及維護社會安全的功效³。

在面對強大的社會壓力之下，這起案件經過將近10個月的調查、審理、移送檢方起訴及審判，沒有意外地，新北地院做出有科刑判決⁴。新聞稿指出，本案被告A男及B女各處有期徒刑9年及8年，

² 近日（2025年9月）又發生17歲少年疑似因感情與金錢糾紛而持長刀砍死20歲大學生的殺人事件，又再度引發社會輿論對於重大少年刑案的關注。參見自由時報，17歲前男友30刀刺死女大生 台中地院少年法庭裁定收容，網址：<https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/5181648>（最後瀏覽日期：2025年12月29日）。

³ 例如因新北割喉案而發起的民間組織「孩想陪你長大」就強力訴求政府修改少事法前科塗銷規定，並且主張反廢死、反少年無期徒刑和緩化（不要無期徒刑變成有期徒刑）。參見：公民新聞，孩想陪你長大 舉行追思會促修法，網址：<https://www.peopo.org/news/683396>（最後瀏覽日期：2025年12月29日）；聯合新聞網，少事法成效遭疑「孩想陪你長大」批司法院只管表面讓第一線擦屁股，網址：<https://udn.com/news/story/7321/8845197>（最後瀏覽日期：2025年12月29日）。

⁴ 由於少年案件判決不公開，筆者僅能從法院發布的新聞稿內容得知判決要點，參見司法院，臺灣新北地方法院113年度少重訴字第1號被告少年A男及B女被訴案件新聞稿，網址：<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1888-1173109-7e72a-1.html>（發布日期2024年9月30日）（最後瀏覽日期：2025年12月29日）。

並且審酌：「一、被告二人因誤認暴力得以解決紛爭之偏差觀念，在本不應有任何暴力發生的校園內為本案犯行，所為嚴重危害校園安全，且造成被害人寶貴的生命消逝，被害人雙親痛失摯愛，產生永遠無法抹滅之巨大傷痛，檢察官及被害人家屬均請求從重量刑。二、惟考量被告二人之家庭狀況、智識程度、犯罪之動機、目的、參與之身分（動手、主事者）及程度、下手方式等一切情狀，而被告二人於少年觀護所期間分別經多次諮商、晤談後，已漸能覺察而反省自身之過錯及不當言行，然仍須時間予以學習及調整。另衡以司法院量刑資訊系統內相關實務類似案例之量刑參考，認有必要藉由較長期以機構矯正處遇的方式，以加強、調整被告二人的身心狀態健全，並教育及導正被告二人的偏差觀念與行為。」

由於少年事件相關判決不公開，筆者無法得知實際判決的說理內容，不過單就新聞稿內提及的事項，仍可觀察到以下幾項重點。首先，法院舉出犯罪行為所生之損害，除了死亡結果外，包括被害者家屬失去親人的傷痛以及校園安全。亦即，從犯情因素的角度鋪陳行為的嚴重性。其次，法院接著審酌兩名少年的一般情狀，亦即包括家庭狀況以及在裁定收容後在觀護所期間的狀況，並參考過往量刑資訊系統的實務類似案例所形成之量刑行情，以形成最終的宣告刑。單從新聞稿來觀察，少年刑事案件的量刑框架大致上來看仍沿用成人一般刑事案件的版本，亦即以行為人之犯罪情節形成的行為責任為基礎，並輔以相當於刑法第57條第4款、第5款、第6款、第10款等一般情狀的審酌，來形成最終的宣告刑。然而，從新聞稿當中我們也可以看出有別於成人量刑判斷上獨特之處，亦即，法院更注重少年在少觀所收容階段的狀態，此外，法院也更偏向從執行

日)。另外，本案經上訴至高等法院，於本文校稿階段高院改判少年A男及B女各12年及11年有期徒刑，參見聯合新聞網，新北少年割頸案二審宣判！涉殺人乾哥郭姓少年判12年、教唆林女11年，網址：<https://udn.com/news/story/7321/9220446>（最後瀏覽日期：2025年12月29日）。由於並無相關判決全文及新聞稿可供參考，故無法得知其改判重刑之理由。

端、處遇端的角度思考對少年施加刑罰的積極意義，也就是說，衡量少年刑期長短一事，不僅僅只是考慮消極的應報責任的均衡，更在於如何兼顧讓少年自我健全成長、得以順利復歸社會的積極意義。

就此而言，少年刑罰的量定審酌，確實有其要特別考慮的面向存在。然而，現行臺灣少事法在少年刑事案件程序當中，即使依照同法第70條之規定，偵查及審判程序準用少年保護事件的調查與審理相關規定，但在實體要件乃至於法律效果（少年量刑）的判斷上，僅有零星條文如第74條、第78條、第79條等規定，整體來看仍欠缺對於「少年刑事責任及量刑」固有性質的思考。少事法對於少年刑事案件的規範密度，尚不足以撐起一個完整、固有而獨特的少年刑事案件量刑框架以及判準。而本文的寫作動機，即在於為了這個長遠的目標，提供初步討論的素材，並且揭示基本的判斷框架，以便未來在法制化的過程當中減少立法的陣痛期。

以下分別從：(一)少年刑事責任的內涵、(二)少年刑罰的目的、(三)少年刑事案件的量刑準則這三個層面，提出初步的分析與討論。亦即，少年刑事責任的內涵是否有別於成人的刑事責任？如果有，其差異何在？其次，對於少年施加刑罰一事，其目的是否亦等同於一般成人？其與少年保護處分之異同為何？在確立少年刑事責任內涵以及對少年施加刑罰的目的之後，才能夠將少年刑事案件中的量刑框架以及量刑基準確立下來。

貳、少年刑事責任的內涵：減輕的可責性

依現行少事法，少年刑事案件經少年法院依少事法踐行審判程序後，若認定有罪，應依相關刑事法律及少事法為宣告刑事處分、免除其刑或緩刑。從刑法第18條亦可得知，14歲以上未滿18歲之人仍具有部分的刑事責任能力，可以見得，即使觸犯刑事法律的是少年，在一定條件下也仍舊有適用刑事法規成立犯罪，科以刑罰的

餘地。

然而少年刑事責任的認定是否要完全比照成人，學理上又可以分成大致上兩種不同的看法，第一種是獨自性否定說，亦即完全否定少年刑罰與刑事責任考量要有別於成人。原則上，一般成人的刑事責任認定與量刑裁量，應視個體具備之責任能力與可歸責之程度為上限，以免牴觸憲法上之責任原則，就此而言，少年量刑亦無例外。而如此一來，年齡這項因素只不過是量刑審酌事由中作為「一般情狀」而存在的一個項目而已⁵。相對地，另一種看法是獨自性肯定說，不過這個看法又會因為獨自性論述的來源不同，而會有相異的分類差異⁶。無論少年刑事責任內涵的獨自性來源有何差異，肯定說共通的理解是，少年有獨自的責任內涵、刑罰目的以及量刑基準。由於我國刑法針對14歲至18歲之行為人具有基於責任較輕而減輕其刑的規定，且依照少事法第1條及第1條之1，即使是少年刑事案件，也需要依照本法的規範目的：以保障少年自我健全成長為指導方針。就此，獨自性否定說應不可採。只是，即使採取獨自性肯定說的立場，其獨自性的程度、面向以及理由亦可能有不同的可能性。

最通俗的看法是沿用刑法學理上關於罪責概念、刑事責任能力的判準，然後論證在特定年齡層的少年相較於成年人具備較低的罪責程度。也就說，從一般論的角度說明少年的生理與心理發展、精神與意志狀態尚未成熟，對於侵害結果乃至於行為違法性的認識能力，以及依此認識進而控制自身不為違法行為的控制能力均較低於通常之成年人，故對於少年為合法替代行為的期待可能性均較低於一般成人。基此，少年刑事案件中行為責任之評價應低於一般成人的刑事案件，以符合責任原則。這種看法，清楚展示了從行為主體通常具備之生理心理條件的觀點來證成限制責任能力的立法正當性

⁵ 相關論述，參見本庄武，少年に対する量刑判断と家庭裁判所への移送判断，收錄於：少年に対する刑事処分，2014年，頁193。

⁶ 同前註，頁193-195。

基礎。刑法第18條設定以生理年齡作為責任能力認定「不容推翻的假設」，可以說是這種立法體例的典型。然而，這種直接以特定固有條件作為劃分責任程度輕重的作法，很容易用「非常態」案例來攻擊；例如，若少年異常成熟時，或者雖已成年但身心仍未成熟時，無法合理說明單純以生理年齡區分責任程度的適切性，因為此種劃分方法將會過於僵化而無法適切反映行為責任。

相較之下，德國少年法院法（*Jugendgerichtsgesetzes*）第3條採取個案考量少年的道德與精神上的發展，亦即其心智成熟程度來判斷是否具有認識能力與控制能力；同法第4條規定「甫成年人」亦即剛成年（18歲至20歲）的行為人若其成熟程度或行為特性接近少年時，法院亦可選擇適用少年法院法處理的作法，會是比較具有彈性的立法模式⁷。此外，像是英格蘭威爾斯量刑委員會（*Sentencing Council for England and Wales*）所制訂的兒少量刑準則⁸當中，亦有針對少年可責性（*culpability*）的特殊考慮。如該準則4.10具體指出，雖然在某些情況下，按生理年齡（*chronological age*）的大小可決定科處的刑罰種類，但法院在評價時，應始終將少年的「發展年齡」（*developmental age*）及「情緒年齡」（*emotional age*）納入考量，其重要性至少應與生理年齡等同。亦即，法院審酌時，應特別注意少年是否具備足夠的成熟度，能夠充分理解其行為之後果；其行為是否主要出於衝動；以及其行為是否受到缺乏經驗、情緒波動或負面影響等因素的左右。準則4.5則說明在評估可責性（*culpability*）時，通常對待少年會比對待成年人寬容的部分原因是因為少年很少具有與成年人相同的經驗和能力，去理解他們的行為對他人的影響，或者理解所造成的痛苦和困擾，而且兒少可能較難

⁷ 參見吳俊毅，少年刑事程序的基本原則，2020年，頁8；許澤天，刑法總則，2023年4版，頁214。

⁸ *Sentencing Council, Sentencing Children and Young People (guideline effective from: 1 June 2017)*, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/magistrates-court/item/sentencing-children-and-young-people/>（最後瀏覽日期：2025年12月29日）。

抵抗誘惑，特別是在同儕壓力之下；由於年齡的原因，少年本質上比成年人更加脆弱，法院需要考慮他們可能存在的任何心理健康問題和／或學習障礙，以及他們的發展年齡與情緒年齡。是以，英格蘭威爾斯的量刑準則也不是以單一的生理年齡作為形式上認定較低可責性的模式，而是以生理年齡與情緒、心智發展並重的，並將衝動性、情緒不穩與社會環境影響納入責任評價的重要考量因素。

綜合以上簡要的討論可之，無論是採取均一化或者個別化的責任評價模式，至少上述各國制度都共通地認為少年的身心發展與成人相異，因此可從發展成熟程度的觀點得出少年具有比成人更低的刑事責任的結論。這種看法，比較接近於採取所謂「社會—心理路徑」（social-psychological approach），注重少年的心理上（認知上的乃至於情感上的）以及社會化過程中的未成熟，藉此證立少年行為責任較低的結論。

相較於此，近年來，有從「醫學—身體路徑」（medical-somatic approach），特別是從認知神經科學（cognitive neuroscience）的角度，運用腦造影技術（neuroimaging），提供支持少年未成熟的神經生物學上的證據，藉由這些研究，將許多與社會認知有關的大腦區域標幟出來，例如前額葉皮質與杏仁核，這些區域在社會化、情緒整合決策以及恐懼制約等面向皆扮演著關鍵的角色⁹。從這種觀點來看，由於少年的前額葉皮質尚未完全發展成熟，這部分與衝動抑制、長期計畫及規範理解有關；相對而言，與獎賞感受相關的邊緣系統發展較早，使少年更易受即時刺激驅動，難以全面衡量行為後果。甚而，這樣的研究特別強調精神疾病、神經發展障礙（如注意力不足過動症、自閉症光譜障礙）、腦部損傷、荷爾蒙失衡或其他身體功能異常，或具有反社會行為或精神病態相似特質之少年，提供其腦部缺陷之證據，由此可認定對少年之認知能力、行為控制力

⁹ 友田明美，腦科学・神経科学と少年非行，收錄於：山口直也編，腦科学と少年司法，2019年，頁38-46。

與衝動抑制造成影響，進而削弱其可責性之程度¹⁰。腦科學將少年司法的基礎從以「君父思想」、「家父長」為代表的慈悲精神，轉變為以科學、實證展示固有生理結構上的差異性，藉此鞏固了將「少年」與「成人」區別對待的正當性¹¹。基於上開腦科學的研究成果，甚至可以連結到主張少年法適用年齡以及處遇年齡應該要提高到25歲¹²。

這種認知神經科學的研究取徑採取一種有別於傳統從社會心理角度分析的視角，認為部分少年之犯罪行為，與其生理發展或疾病狀態密切相關，應以醫學與生理病理的角度來理解責任能力，將少年是否能理解行為不法、能否依規範行動，從抽象推定轉為個別化、醫學化的鑑定判斷。其確實提供了更堅實的醫學上基礎，能協助司法機關更精確地識別少年行為背後可能存在的醫學與生理限制，例如智力不足、情緒調節障礙、創傷後反應等。這種研究取徑也促使少年處遇的活動上導入更多以實證為基礎（evidence-based）的治療與福祉措施，例如心理治療、藥物治療、特殊教育等措施，而非僅以刑罰作為唯一反應手段¹³。

¹⁰ 不過需留意的是，上述的腦科學研究成果，有兩種用途，一是用來證成較低的非難可能性（culpability），這部分與此處主旨有關。第二種用途則是用來佐證少年腦的高度可塑性（plasticity）；亦即由於腦部正處於發展階段，若能用處罰以外的其他手段及時介入，便有望促進其恢復，如後所述，這個部分牽涉到刑罰形成階段以及刑罰執行階段的個別調整。參見友田明美，少年法適用年齡引下げ問題について：脳科学の視点から（第3回）少年と脳科学，判例時報，2399号，2019年5月，頁105。亦有論者反對腦科學或生物醫學上的基礎證成對少年的責任減輕。

¹¹ 本庄武，脳科学・神経科学と少年の刑事責任，犯罪社会学研究，42号，2017年10月，頁44-47。腦科學的研究也同樣影響著成人責任能力認定及刑罰目的論等領域，參見岡上雅美，脳科学の進展と応報主義の行方，收錄於：日本法哲学会編，応報の行方（法哲学年報〈2015〉），2015年，頁78-90；フリッシュ・ヴォルフガング著、岡上雅美訳，責任刑法の将来について：刑法と神経科学，刑法雑誌，52卷2号，2013年4月，頁260-278。

¹² 葛野尋之，少年法適用年齢引下げ提案批判，法律時報，91卷12号，2019年11月，頁79、82。

¹³ NATIONAL RESEARCH COUNCIL, REFORMING JUVENILE JUSTICE: A DEVELOPMENTAL APPROACH 162-80 (2013).

然而，以這種認知神經科學或腦科學為基礎的分析觀點，卻會面臨「過度醫療化」（over-medicalization）與忽視社會脈絡的批評。首先，這種分析觀點，可能會間接造成少年主體性的邊緣化，其原因在於，容易將少年視為「病人」或「治療對象」，忽略其作為一個邁向健全自我成長的主體，具有展望性的自我參與與自我改變的契機。其次，若將少年的偏差或非行全然視為疾病或生理異常的結果，可能導致司法系統對社會結構、家庭功能、教育制度或同儕文化等脈絡因素的忽視。少年行為的形成往往是多重因素交織的結果，若單一化為病理現象，容易掩蓋貧困、排斥、歧視等社會原因，造成政策上「醫療介入取代社會改革」的偏差¹⁴。

如在耶魯大學擔任心理學、法律和哲學教授的Gideon Yaffe即主張不應該單純依賴神經發展證據來支持對少年非行的寬大處理，因為這種作法可能導致不公平：例如基於生理女性的大腦發展速度優於男性，因而對女性少年非行採取更嚴厲的處置。Yaffe教授認為，生物學或神經學上的不成熟度並非決定責任減輕的關鍵原因，他強調對非行負有可責性意味著未能適當認識、權衡和回應規範，而因兒少被剝奪了選舉權等相應的公民權利，使得他們沒有辦法在規範的制定與修正上有充分參與及表達意見的機會，連帶使得其在遵守規範（避免犯罪）的理由較弱，較難要求他們與成人一樣去遵守這些規範。他的理論解釋了為什麼所有的小孩，甚至早熟的小孩，都應該得到減輕責任的寬待：因為他們都被剝奪了選舉權¹⁵。Yaffe教授的說法提醒我們不能用生理基礎反向證成對成熟少年的嚴罰，但

¹⁴ 關於「醫療化」的社會學考察及批判，參見唐琪縉，病壞交織的人——刑事司法與精神醫學的交界處，國立臺灣大學法律學系碩士論文，2024年，頁139-158。另外，少年非行的醫療化，也可能間接促使將非行的歸責對象收斂在少年本身上，而有與嚴罰化運動合流的傾向。相關討論，參見赤羽由起夫，少年非行における医療化と嚴罰化——「子供と医療化」の再検討，犯罪社会学研究，32号，2007年10月，頁104-118。

¹⁵ GIDEON YAFFE, THE AGE OF CULPABILITY: CHILDREN AND THE NATURE OF CRIMINAL RESPONSIBILITY 183 (2018).

能否僅用規範上「公民權利的剝奪（選舉權的剝奪）」來證成刑事責任的減輕，可能需要更進一步的說明；類比來看，其他同樣被剝奪公民權利，且無法充分參與表達意見的人（例如像是居留在國外的外國人、受刑人），為何不能一併享有減輕責任的寬待？更重要的是，這樣的減輕論述，若套用在我們熟悉的刑法理論上，比較接近的是涉及行為人有無遵法意識（不法意識可能性）與遵法能力的問題。到頭來，仍然會面臨判斷標準難以均一適用的個體差異問題。因此，比較中肯的作法，並不是完全揚棄從腦科學或認知神經學觀點證成少年的未成熟與減輕責任之間的關連性，而是更包容地、更廣泛地從「道德—規範」、「社會—心理」乃至於「醫學—身體」多元的視角，去理解少年的行為。少年內在的能力與成熟度縱然有可能出現若干的差異，責任評價亦需考量個案之具體情況，而不能僅以年齡作為唯一判斷基準。

此外，犯罪終止理論（*desistance from crime*）對於成熟／不成熟的理理解，也為我們提供了一些重要的洞見。這一理論指出，犯罪形成的原因和終止的原因並不對稱〔稱為不對稱因果關係（*asymmetrical causation*）〕，亦即，會形成犯罪的因素與會終止犯罪循環的因素並不相同，讓我們在制定預防和干預策略時必須要採取不同的方法¹⁶。特別值得注意的是，歲罪曲線（*age-crime curve*）的相關研究發現，在26-28歲之間，犯罪率會出現快速下降。這一現象提示我們，在這個年齡階段，個體可能正經歷著重要的轉變¹⁷；其中，成熟（*maturation*）被視為最關鍵的犯罪終止因素，但其判斷不能僅憑生理條件。我們需要綜合考慮家庭、社會關係、生涯發展等多方面因素¹⁸。值得注意的是，26歲前的個體都可能被認定為處於

¹⁶ John H. Laub & Robert J. Sampson, *Understanding Desistance from Crime*, 28 CRIME & JUSTICE 1-69 (2001).

¹⁷ David P. Farrington, *Age and Crime*, 7 CRIME & JUSTICE 189-250(1986).

¹⁸ David P. Farrington, *Advancing Knowledge About Desistance*, 23(1) J. CONTEMP. CRIM. JUSTICE 125-34 (2007). 另請參見平井秀幸，犯罪・非行からの「立ち直り」を再考する，罪と罰，53卷3号，2016年6月，頁70-88。

「未成熟」階段，這一觀點擴大了我們對「少年」的理解，也為刑事政策的制定提供了更寬廣的思考空間。此外，基於腦科學的研究結果，也發現，將18、19歲的青少年排除在少年法的保護之外、適用普通的刑事訴訟程序來處理的話，將可能進一步阻礙他們腦部發展的可能性¹⁹。

綜合以上的分析，即使在實務上偶有出現心智異常成熟、理解能力遠超同齡者的少年個案，或反之出現形式上已屆成年但實質上仍未具備成熟社會功能者之情形，這些「偏離常態」的例外，並不足以動搖一般性推論的基礎。從社會心理學與認知發展理論的觀點而言，多數少年在行為控制、自我調節與長期後果的預見能力上，均顯著低於成年人；從醫學與神經生理學的角度觀之，青春期腦部結構與功能的未成熟亦為實證研究所反覆確認。兩者雖分屬不同的研究傳統，卻在結論上相互印證，也就是少年的可責性在一般情況下應視為有限，進而享有相對減輕的可責性。這樣的看法可以支持刑法第18條得減輕其刑的正當性。刑法第18條得減輕其刑的規範內容，一方面提供司法機關明確的規範基礎，避免任意的裁量，另一方面也保有了處斷上因應個案特殊成熟度（包括心理、社會及生理層面）進行補充性評價的空間（亦即不減輕的空間），使刑度的處斷能與行為人之實際發展狀況相符²⁰。

接下來的問題是，即使證成少年擁有較之於成人減輕的責任，其與少年刑罰之間的關係為何？少年刑罰的目的是否與成人刑罰相同？若相異，則是否責任與刑罰間的對應關係需要重新理解？少年刑罰也有罪刑均衡原則、責任原則乃至於明顯區隔原則的適用嗎？

¹⁹ 友田明美，同註10，頁101-105。

²⁰ 審查意見擔心若少年刑事責任能力採取綜合考量或個案評估來個案判斷是否會形成判斷結論難以預測的黑盒子？然而，現行法規定原本就是得減輕而非必減輕，立法上賦予法院個案裁量審酌的空間，而本文則是更強調少年的可責性在一般情況下應視為有限，進而享有相對減輕的可責性，若果真有罕見的特殊成熟個案存在，條文中也存有不減輕的空間。

參、少年刑罰的正當性基礎

一、與傳統刑罰目的論的比較

傳統的「刑罰目的論」大致可分為應報、一般預防、特別預防三大面向，這種觀點主要是以「罪與罰」的對應關係出發，著重於刑罰投入所能達成的目的。然而，這樣的思考方式往往忽視了刑罰以外的其他替代選項在刑事處遇上的積極意義。近年來，修復式司法（restorative justice）和治療型司法（therapeutic justice）的理念逐漸受到重視²¹，這些新興的理念告訴我們，單純強調「罪與罰」的應報型司法並非解決犯罪問題的唯一方案，其他像是關係修補、損害賠償、犯罪原因的消除與人際關係的重建等，都可能是理解與解決犯罪問題的重要目標。此外，晚近學界也強調，量刑目的論不同於刑罰目的論，因為前者的範圍更廣，量刑除了應考慮應報、一般預防、特別預防（矯治、再社會化等）之外，還應兼顧關係修補、實質賠償或補償等面向²²。在少年司法領域，修復式司法²³與治療型司法²⁴的理念更容易對於少年司法產生制度上實質的影響作用。不過學理及實務上的討論多僅侷限於少年保護事件，一旦經逆送給檢察官起訴，而成為刑事案件後，鮮少討論少年刑罰之目的、意義，以及其與保護處分正當性基礎的差異。

從目前我國的法院實務運作以及理論發展來看，少年刑罰的量定，實務上大致仍沿用成人刑事案件中的基礎判斷框架，亦即遵循

²¹ 參見指宿信，「治療的司法」の今とこれから，法と心理，18号，2018年10月，頁14-20；松宮孝明，治療的司法と刑罰との対話，治療的司法ジャーナル，5号，2022年3月，頁2-9；謝如媛，修復的司法の法制化及び刑事司法との連動：台湾におけるRJの實踐，一橋法学，21卷3号，2022年11月，頁117-134。

²² 謝煜偉，從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架構，法官協會雜誌，22期，2021年3月，頁86-104。

²³ 謝如媛，少年修復式司法的批判性考察——從少年的最佳利益到利益衡平？，政大法學評論，152期，2018年3月，頁125-186。

²⁴ 後藤弘子，少年司法と治療的司法，刑事弁護，87号，2016年7月，頁78-82。

「法定刑→處斷刑→宣告刑→執行刑」的次序決定量刑，並且依照刑法第57條以行為人之責任為基礎，並考慮各款事由所能發揮的作用。換言之，我國少事法的架構之下，少年刑罰仍然被當作是「刑罰」，只不過在少事法保護優先以及健全少年自我成長的要求下，量刑上更注重保護優先主義的精神，科刑上儘量為減輕其刑之處遇²⁵。因此，可以觀察到法院實務上，對於少年的行為人屬性事由及其他一般情狀，有相較於成人判決更為充實完整的描述。更重視運用少年調查官在起訴前（觀少調）以及起訴後（觀刑調）所作成之調查報告，藉以判斷是否對少年宣告緩刑。此外，在刑法第59條與「情堪憫恕」之認定上，在少年刑案判決中適用第59條的機會也會明顯較高²⁶。

那麼我們要如何展開少年刑罰正當性基礎的檢討？首先，少年刑事案件所帶來的刑事處罰效果，無論在執行階段賦予很高的福利提供與保護色彩，其作為拘束人身自由的性質並沒有改變，尤其是當對少年施以拘束人身自由的時間可以遠高於感化教育的期限時，我們能否僅以「維護少年自我健全成長」、「需保護性」為名來正當化對少年長期拘束人身自由的效果？相反地，若無可避免要走向刑事處罰之際，吾等究竟應憑藉著「責任（需刑罰性）」概念藉以界定刑罰的上下限？抑或應以「福祉（需保護性）」藉以界定之？抑或，在需保護性與需刑罰性之間，處於一種微妙的調節與平衡關係，各自在不同階段、不同領域當中，發揮其功用？要回答這些問題，勢必先討論保護處分與刑罰的本質上差異，才能夠進一步回答

²⁵ 參見臺灣高等法院107年度上訴字第702號刑事判決：「參酌少年事件處理法對於犯罪之少年主張『教罰並重』、『寬嚴互濟』、『恩威並重』，並採保護優先主義，是科刑原則除應參酌少年事件處理法及刑法有關之規定外，當應儘量為減輕其刑之處遇。」附帶說明，本判決非關少年刑事案件，可公開查閱。

²⁶ 此部分關於少年刑罰的實務觀察，係來自於受司法院委託執行研究計畫時對少年刑案判決的分析整理，然囿於少年刑案判決並未公開，此處僅保留一般性的敘述，省略詳細的判決字號及內容引用，尚祈見諒。

少年刑罰的正當性基礎。

二、保護處分與刑事處分（刑罰）的關係

無論日本少年法或臺灣的少事法的首要規範目的在於少年自我健全成長的維護與鞏固，因此少年事件的審理標的除了少年的觸法行為等（非行事實）之外，還包括其他需保護性之事實，藉此確認少年的自我健全成長的能力與環境是否不足；透過判斷少年「需保護性」有無及其程度，藉以作為決定保護措施的判斷基礎。這樣的理解已經成為目前非常主流且穩固的見解²⁷。日本法院實務亦認為：「基於保障其人格成長之理念，應促進並援助其未來之更生，令其免於社會偏見與歧視，調整其脆弱不完整的成長環境，保障其克服自身問題邁向新的成長發達之道²⁸。」然而，「需保護性」概念能否包容於少年的刑事處分（少年刑罰²⁹）？以日本為例，由於戰後日本少年法深受當時美國少年法院法的影響，採取二元論的架構，亦即嚴格區分保護與刑罰的範疇，一方面盡可能壓低刑事上的責任追訴而儘量採取保護主義之程序構造，另一方面仍保有讓刑事司法程序處理少年刑事案件的餘地。這樣的二元主義架構也埋下後來逐步修法朝向刑事司法化的因子³⁰。

詳言之，成為我國法制參考原型的日本少年法將少年司法的發動區分為保護事件和刑事案件兩類，並且透過日本少年法第20條和第23條第1項的逆送規定（若家庭裁判所在調查或審判中認為刑事處分是適當的，則可以將事件送交檢察官，使該事件成為刑事審判的對象），將案件回流至檢察官判斷是否起訴，若起訴則案件將進入普通法院審理，判斷是否成立犯罪並且決定是否科予刑罰等刑事處

²⁷ 參見謝煜偉，少年事件處理法中「需保護性」概念的探尋與重構，法官協會雜誌，26卷，2024年12月，頁72。

²⁸ 名古屋高判平成12年6月29日判時1736号35頁。

²⁹ 以下為行文方便，少年刑事處分與少年刑罰兩者皆作為同義語使用，但若強調其與保護處分的比較、區分，則偏好使用刑事處分一詞。

³⁰ 相關討論參見角田正紀，少年刑事事件を巡る諸問題，家庭裁判月報，58卷6号，2006年6月，頁1-44。

分³¹。亦即，原則上將具有「刑事處分相當性」的少年刑事案件審判視為與一般成人刑事審判相同，被排除在保護主義之外³²。

這樣的「保護事件程序vs刑事案件程序」二元論以及「保護處分vs刑事處分」二分論的架構，在戰後新法施行之後隨即引發法律定性的論爭。傳統看法認為，儘管希望保護理念在整個少年法體系中得以貫徹，但是，將保護理念強行滲透到少年刑事審判中可能不僅是錯誤的，而且可能導致更大的問題；少年法體系和刑事司法體系有不同的理念，無法共存，因此強行將保護理念滲透到刑事司法中可能引發對少年刑事審判的不信任（質相異說）。依此觀點，少年刑事案件的審理仍然屬於刑事司法的一環，而少年刑罰的目的是根據責任主義、應報主義實現對少年犯罪行為的回應，而施行保護處分則是基於保護主義的立場而來³³。

相對於此，採取量相異說的觀點則認為，若將刑罰與保護處分嚴峻二分，可能會導致問題的混亂；例如平野龍一認為無論是刑罰還是保護處分，都旨在改善少年，並具有非難的意義，因此這兩者並非具有性質上的差異，而是量的、程度上的差別。亦即，應基於經驗做出如何最適處理不同類型的少年，以實現處遇的最佳效果³⁴。這種量相異說的想法將少年的刑事處分看做是一種變形的保護處分，它們都旨在應對不同少年的需求。然而，在上述將刑事處分看做是變形保護處分的脈絡下，卻也凸顯了「保護處分相當性」與「刑事處分相當性」被認為是相互排斥關係的荒謬之處。亦即，當法院認為少年無法感受到來自社會的負面評價、無法真正意識到他

³¹ 參見川出敏裕，少年法，2015年，頁3-10；田宮裕、廣瀨健二編，注釈少年法，2024年5版，頁234-248。

³² 附帶說明，日本刑法關於責任年齡的規定，僅有無責任能力的區分（第41條「未滿14歲之人之行為不罰。」）而沒有如我國一樣有14歲至18歲之人得減輕其刑的限制責任能力規定。因此，在處理少年刑事責任問題時，自然會連結到如何證成「減輕的少年刑事責任」一事上。

³³ 參見津田雅也，少年刑事事件の基礎理論，2015年，頁21-22。

³⁴ 平野龍一，刑法の基礎，1966年，頁86。

們所犯的罪行，甚至無法自我反省而有必要讓少年面對自己罪行時，即可採取逆送方式，將案件送致檢察官，走向刑事審判（刑事處分相當性）。

從下述日本東京高等法院的判決中可以清楚看到這一點。該判決指出：「對少年採取過度寬鬆之刑罰，不僅會動搖社會大眾對刑事司法的信賴，亦可能使少年輕忽自身罪責，對刑事處分產生怠惰與鬆懈的態度，從而對少年的更生亦屬不當。再者，即使是刑罰，也不僅具有一般預防與報應的面向，促進受刑人之教化、改善與更生，亦為其重要目的之一。故於量刑與執行過程中，應兼顧少年之特性，賦予與案件性質及社會情感相應的刑度，並在執行中促使少年反省自身罪責，培養作為社會一員之自覺，努力達成改善與更生。此種作法，正是契合《少年法》理念之所在³⁵。」在此文脈下，相較於保護處分，刑事處分的使用作為對少年自身健全成長而言更有益處、更合適的處分。

甚至，對照上開判決前後文的敘述，可以發現到所謂「透過刑事處分以便讓少年反省」的說法，只不過是套著保護主義的幌子，真正的判斷重點，在判決的另一段話³⁶：「當犯罪內容嚴重、惡質，從維護法的安定性、社會秩序以及一般社會健全之正義感情的角度觀之，若有必要課以嚴厲之制裁，並且受害者之懲罰情感強烈，且並非出於恣意，而其要求亦可被充分理解之情形下，依該情形課以相應之刑罰，方能實現社會正義。……從此觀之，將犯罪少年的處遇交由作為國家司法機關的法院來決定，其意義極為重大。」這樣

³⁵ 東京高裁平成3年7月12日判時1396号15頁。此外，在少年法制上，也可以找到一些支持上述說法的線索，例如日本少年法第50條要求少年刑事事件審理時應根據同法第9條之精神，亦即應將少年保護事件的科學調查方法和教育性處理引入刑事法院的公開審判。此外，日本刑事訴訟法規則第277條規定：「對於少年事件的審理，應該認真尋求揭示事實真相，因此家庭法院的調查證據應該被充分考慮。」這意味著審理少年刑事案件的刑事法院需要借助家裁的科學調查結果。

³⁶ 東京高裁平成3年7月12日判時1396号15頁。

的見解顯然忽略了表面上的反省態度無助於實質上社會復歸的目標，同時也罔顧刑罰的懲罰效果對於保護目的帶來前所未見的反效果。

透過上述的討論，可以發現，少年保護處分與少年刑事處分之間恐怕既存在著性質上的不同處（質相異特徵），又具備著某種連續性的關係（量相異特徵）。依筆者之見，此種錯綜複雜的關係，來自於兩者在同樣的規範目的（第1條）之下，基於不同的發動條件與適用前提所產生。要瞭解其中的內涵，必須從「刑事處分有無需保護性的考量」以及「保護處分應否以責任為前提」這兩個問題切入。以下分述之。

（一）需保護性作為貫穿保護事件與刑事案件的核心內涵

「需保護性」概念的內涵在日本實務及學說上爭執不休，也歷經演變，在現今日本實務通說採取的「三要素說」，係將1.少年本身的「再非行危險性」、2.保護處分預期成效的「矯正可能性」，以及3.判斷福祉處分、刑事處分是否更優於保護處分的「保護相當性」這三者融為一體，成為含括需保護性的內涵³⁷。不過，這種看法隱然將需保護性判斷與「保護處分」緊密掛勾在一起，一旦認定沒有下保護處分的預期成效或者應優先下刑事處分時，就會認定具「刑事處分相當性」，如此一來，取而代之的是關於「需刑罰性」的考慮³⁸。這麼一來，需保護性概念便很難涵蓋少年刑事處分的領域當中。

相對地，日本學者澤登俊雄認為，無論是少年的保護處分抑或

³⁷ 參見服部朗，要保護性をめぐる理論狀況，刑事弁護，120号，2024年10月，頁83-90。最初提出三要素說的看法，見平井哲雄，非行と要保護性，家庭裁判月報，6卷2号，1954年2月，頁19-20。

³⁸ 就此，日本學說及實務上還可以再區分為以下二種觀點：一、保護不可能說：對少年的處遇以保護處分為優先，只有當無法透過保護處分矯治改善時才出現刑事處分相當性。二、保護不適說：雖然不是不可能做保護處分，但根據案件的性質、社會輿論、被害情感等因素認為不適合下保護處分時，則應下刑事處分。參見田宮裕、廣瀨健二編，同註31，頁239。

刑事處分，都應該是呼應少年「需保護性」的處分，也就是說，需保護性是貫穿保護處分與刑事處分的共通核心要素³⁹。而這兩者也同時應是需具備「社會責任」為前提的處分，其背後的正當性基礎都是防免法益侵害行為的再發生（再犯防止）。這裡需留意，澤登氏所謂的「社會責任」有別於（以非難譴責為本質的）道義責任，係指帶有社會危害性的行為人具有接受或承擔社會防衛措施之責任，這是來自於少年反覆實施非行行為的性格⁴⁰。因此對他而言，保護處分與刑事處分相同，都是基於責任而來的制裁，但是前者是基於社會責任論，而後者則是基於道義責任論下的責任概念。另一方面，從國家的角度而言，對少年施以強制性處分（無論保護處分或刑事處分）背後也有來自於法律家父長主義的考量⁴¹。

筆者贊同澤登氏將需保護性理解為貫穿保護處分與刑事處分的共通核心要素的看法，但對於其主張少年負有接受國家介入的強制措施、改善更生之再社會化責任的見解則不敢苟同。因為，這種想法不但具有濃厚的集體主義與權威主義色彩，也恐怕與自主健全成長的宗旨不能吻合；少年作為一個尚未成熟但邁向成熟的主體，應當在社會與制度的支持下，逐步學習自我理解、自我節制與對他人的關懷，藉由反思與經驗的積累，發展出能與他人共存的生活方式。少年司法制度在對少年施以處遇時，其真正的目的並非強制少年「成為更好的人」，而是提供其探索與成長的契機與環境。然而，若我們過度強調少年對自我改善與更生的「責任」，甚至將之視為一種展望未來的強制性義務時，那麼當少年因其年齡、心理或社會條件的限制而無法達成這種期望，亦即，當少年未盡改善更生責務的同時將會被賦予更重的道德譴責與非難。如此一來，「教育的機會」就會悄然轉變為「道德的負債」，少年將從被理解、被協助的對象，變成被責問、被懲罰的主體，這不僅背離少年司法的本

³⁹ 澤登俊雄，少年法入門，2015年6版，頁239。

⁴⁰ 同前註，頁239-240。

⁴¹ 同前註，頁38。

旨，也削弱了法律作為發展性保護制度的意義。

至少，我們可以確立的是，少年需保護性應作為貫穿保護事件與刑事案件的核心內涵。即使是少年刑事案件，法院將少年逆送給檢察官之前也會對少年進行審前調查；而在逆送後經檢察官起訴至少年法院後，依個案的需求，也會有少年刑事案件的調查（俗稱「觀刑調」字案）⁴²。況且，如果從少年自身的需求而言，無論是進入少年保護事件程序，或者進入少年刑事案件程序，也無論最終是接受保護處分抑或刑事處分，都不當然會使得少年本身的保護需求會因此降低。因此，需保護性不應該錯誤地與需刑罰性成反比關係，也不應將保護處分相當性納入需保護性的內涵當中⁴³。

筆者先前曾撰文從良善生活模式（good life model, GLM）的精神以及少事法第1條的核心目的出發，提出需保護性概念的新觀點；筆者主張，少年司法的介入不應建立在「犯罪行為是否應受刑事處分」的價值判斷之上，而應聚焦於少年的保護環境是否失衡、支援體系是否存在斷裂。換言之，「需保護性」的評價應純粹針對現有保護圈的缺陷進行確認，包括少年自身之行為調節能力、家庭功能的健全程度、學校及社區支持資源的可得性等（即所謂「保護欠缺

⁴² 「觀刑調」即「少年調查官調查之少年刑事事件」之謂，相關案號字別的說明，參見民刑事事件編號計數分案報結實施要點之附表「臺灣高等法院以下各級法院民刑事案件案號字別及案件種類對照表」，頁50。

⁴³ 審查意見指出，需保護性若貫穿保護事件與刑事案件，是否可能產生重複評價或重複影響程序上決定？以及，在量刑上若考量需保護性欠缺所產生的行為責任下修效果後，復又考慮需保護性來決定處分內容時，是否有重複評價的問題？對此，筆者回應是：如同本文反覆陳述的，少事法第1條之自我健全成長目的貫穿所有的少年事件程序，即使是刑事案件，在下刑事處分時也仍然需要充分考慮少年的需保護性事實，此點不但是學理上的應然，也是法院實務的共識。由於一案最終只有下一個處分，並沒有重複評價的問題。其次，需保護性有兩個面向，一是回顧過去的面向（連結到行為責任的下修），另一是展望未來的面向（連結到處分內容的選擇），兩者審酌的內容並不相同，因此也沒有重複評價的問題。退萬步言，處分內容的選擇，甚至有可能會因為少年需保護性甚高，而可能朝向選擇機構內處遇。我們在此並不能將成人的量刑原理直接類比到少年之上，少年程序所面臨到的問題更為複雜。詳細討論，參見謝煜偉，同註27，頁70-86。

性」的確認），並進一步評估在司法不介入的情況下，少年能否依靠現有資源修補該保護缺口（即「修原可能性」的評估）⁴⁴。這種觀點的重點，在於避免將少年司法轉化為單純以「再犯風險」為核心的控制性制度。

傳統上，實務常以風險評估模型為工具，將少年分為「高風險」與「低風險」類型，以決定介入強度。然而，此種方法過度量化，容易忽略個別少年行為背後的情感、社會與文化脈絡。新觀點強調，需保護性的判斷應以質性評估為主，兼顧少年之主體性與社會網絡的動態特質，藉由跨專業的合作（心理、教育、社工、醫療等），形成綜合性診斷，而非僅以行為結果或統計風險作為標準⁴⁵。進一步而言，少年司法制度的核心應轉化為一個「司法—社會資源整合平台」，而非取代社會福利功能。司法介入的目的，在於當少年之保護系統無法自我修復時，啟動必要的支援機制，協調地方政府、學校、家庭與其他民間組織的力量，建立一個支撐少年重返社會的多層網絡。若少年司法僅以非行事實為介入起點，忽略少年背後的結構性脆弱與支持網絡的崩解，即便形式上實施了「保護」，實質上卻可能重現排除與孤立。真正的「需保護性」應被理解為一種關於連結的倫理命題——如何透過制度，使少年重新被社會接納、被家庭理解、被教育體系包容，這才是少年司法制度存在的根本意義。

(二)保護處分的發動不應以責任為前提

下一個問題是，即便需保護性是貫穿保護事件與刑事案件的核心內涵，保護處分的發動是否也同時需要以責任為前提？日本學者佐伯仁志認為，以「保護原理」為基礎的少年保護處分以及以「侵害原理」為基礎的少年刑事處分之間具有處遇上的連續性，保護處分本身亦帶有剝奪利益之制裁性質，故下保護處分的背後亦需以責

⁴⁴ 謝煜偉，同註27，頁83-85。

⁴⁵ 同前註，頁82-83。

任為前提⁴⁶。詳言之，佐伯氏認為保護處分的正當性基礎，若僅求諸於保護原理，顯然忽視了少年為犯罪行為時實質上仍然具有事理辨識與控制自己行為的責任能力，具有為特定行為的主體性，因此除保護原理外亦應以侵害原理作為正當化的基礎。此外，保護處分仍舊對少年產生剝奪自由或限制權利等不利益，具有制裁的性質，就此而論，其兼具制裁性質與改善更生性質一事，與刑事處分之間僅有程度上的差異。佐伯氏進一步從法律實踐的層次認為若保護處分與責任無任何關連性的話，反而會成為少年嚴罰傾向的破口⁴⁷。然而，如果保護處分與刑罰的正當性基礎都相同，制裁與保護性質兼具的特徵也相同的話，又要如何決定保護處分或刑罰的適用界線？佐伯氏認為，應以「少年責任程度」以及「處遇適合性」兩個面向來決定，亦即，應根據少年行為責任的輕重決定是否對少年科以較輕的制裁（保護處分），並應從「處遇的合適性」的觀點出發，以保護優先主義為目標⁴⁸。總結來看，佐伯的見解透過強調保護處分和刑事處分的連續性、同質性，呈現出兩者在正當性基礎與制度目的皆相同的觀點。

不過如果將保護處分理解為基於行為責任為前提的制裁性處分，那麼就很難說明即使少年的非行事實很輕微（例如輕微的傷害或竊盜）但需保護性事實高漲時，得以對少年進行具福祉提供性質的保護處分。如果僅單方面的關注保護處分對少年的不利益面向，而忽略了保護處分的本質是基於少年需保護性而來，提供福祉、醫療或其他扶助資源的強制性處分，則反而會受限於非行事實的輕重程度，而難以提供有效且有必要的保護處分⁴⁹。

而採取責任要素不要說的見解則認為，固然我們要從少年角度

⁴⁶ 佐伯仁志，少年法の理念，收錄於：猪瀬慎一郎ほか編，少年法のあらたな展開——理論・手続・処遇，2001年，頁40-41。

⁴⁷ 同前註，頁37。

⁴⁸ 同前註，頁38。

⁴⁹ 川出敏裕，少年非行・少年犯罪，ジュリスト，1348号，2008年1月，頁159-160。

出發，找尋最合適的處遇內容，但保護處分的本質並非基於少年非行的責任非難或制裁⁵⁰；即使拘束人身自由或權利限制具有不利益的面向，並不當然意味著基於責任非難而來；重要的是如何因應非行少年的問題性，決定最適切的保護處分種類及處遇內容，況且保護處分的對象除了犯罪少年之外亦包括觸法少年（未滿14歲而為違法行為之少年）及虞犯少年，若保護處分亦需要有責任（乃至於責任能力）的存在，則顯然無法擴及到這兩種少年類型上；此外，若因精神障礙而陷於無責任能力之少年，也會因此無法做出保護處分的決定⁵¹。

依筆者的看法，基於少事法第1條的核心指導原則，非行事實的出現固然是發動少年司法程序的契機，但其仍以少年的需保護性而非需刑罰性為前提，透過司法系統一定強制力的介入，得以確認、修補並回復少年自我健全成長的可能性⁵²。因此基本上筆者支持責任要素不要說的立場，保護處分的發動不應以少年的行為責任為前提。即使非行手段、法益侵害或危害的程度等等關於非行事實的內容相對輕微，但若需保護性事實呈現出亟待介入的情況，例如家庭支持力量欠缺、交友狀況惡劣，若不即時採取機構式處遇方式將不

50 廣瀨健二，少年責任の研究についての覚書，收錄於：小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行會編，小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（上），2006年，頁616-617。

51 澤登俊雄，保護処分と責任の要件，收錄於：少年非行と法の統制，1987年，頁77。

52 就此，有審查意見認為，若保護處分不以行為責任為前提，則是否有可能使其他「未涉及刑事案件」的情況也會淪為使用保護處分來回應少年的需保護性？就此，筆者的回應是：現行少事法將程序發動的條件明定在第3條，亦即，必須是觸犯刑罰法律之行為或者是符合特定條件之曝險行為才能進入到少年程序當中；前者觸法行為自然是屬於「涉及刑事案件」的情況，而後者曝險行為已有行政（少輔會）先行介入處理，至於是否要將曝險行為完全排除在少年事件處理程序之外，則是另一個重大爭議問題。其次，即使進入了少年程序，經法院調查後也有第28條、第29條下不付審理裁定以及下其他替代保護處分的措施的空間。真正能避免感化教育等機構內保護處分濫用的方法，不是透過行為責任的約束，而是充實其他多元處遇方案的量能，並且深化對少年保護措施的合理判斷。

足以保護少年的話，採取拘束人身自由的保護處分如安置輔導、感化教育，以杜絕不良交友圈與協助少年在機構內完成學業等福利提供措施仍舊是妥當的。相反的，若非行事實的程度相對嚴重，但少年健全成長所需的保護圈尚屬健全時，並不需要採取高強度的保護處分措施。

唯，上述佐伯氏的見解確實有其值得傾聽之處。我們必須正視，大法官於司法院釋字第799號解釋中所提醒的：「現行強制治療制度長年運作結果，有趨近於刑罰之可能，而悖離與刑罰之執行應明顯區隔之憲法要求。」此一警語不僅適用於精神衛生或強制治療制度，亦應擴及至少少年司法中機構內保護處分（感化教育）之運作。當保護處分拘束人身自由的程度超過一定幅度，且其運作實質上已相當於以懲罰而非保護為目的之措施時，即應警覺是否有牴觸明顯區隔原則的餘地⁵³。少年保護處分之正當性，建立在教育、輔導與社會復歸的理念上，目的在於引導少年成長與改變，而非透過懲戒實現報應。然若保護處分的實施流於紀律管理與封閉管制，並以行為矯正為名行懲罰之實，則其性質將與刑罰無異，形同將「保護」之名義轉化為「懲戒」的實質，背離少年法保障少年健全成長的宗旨。此時，國家對少年人身自由的限制應受目的正當性之檢驗，以防止制度運作滑向懲罰化與排除化。同時，保護處分的執行機構亦應確保其教育性、治療性與復歸導向的內容，透過具體的學習計畫與專業輔導，使少年能在被拘束的環境中仍獲得成長與反省的契機。總而言之，明顯區隔原則的核心在於確保少年司法制度不致被刑罰化，當保護處分的內容、手段或效果已實質等同於刑罰時，國家即有義務自我節制與檢討，以維持司法與福利之間的界線，使少年司法非以「保護」之名重製懲罰的權力。

⁵³ 參見許恆達，刑事制裁與明顯區隔的憲法誠命，台灣法律人，27期，2023年9月，頁101-103。

(三)少年刑事處分仍有責任原則之適用

當我們確認保護處分不需以責任作為發動前提之後，下一個嚴峻的問題是少年刑事處分的定性為何？是否亦應與保護處分相同，不以責任為發動刑事處分前提，而僅以需保護性作為刑事處分合目的性拘束條件？事實上，有論者亦採取完全揚棄成人量刑框架的立場，主張以少年刑罰執行時的假釋審酌機會（執行機關轉換前）作為少年量刑上限，再根據少年自我健全成長的需求決定應於矯正學校服刑的期間⁵⁴。此種理解之下，「需保護性」成為正面形塑自由刑長度的要素，例如，為了讓少年隔絕於殘破且惡劣的同心圓環境，可以允許使用徒刑而令少年收容於矯正學校中，亦即當少年的需保護性越強，就需要更長的刑期長度。然而，少了回顧性的責任概念作為支撐刑罰存在基礎，則藉以正當化「少年刑罰」的基礎為何？在臺灣，固然因為少年徒刑的執行與感化教育的執行皆為「矯正學校」，依照少年矯正學校設置及教育實施通則第3條第1項之規定：「所稱矯正教育之實施，係指少年徒刑、拘役及感化教育處分之執行，應以學校教育方式實施之。」無論是受刑罰之少年或受感化教育處分之少年，在執行端皆是經由矯正學校教育方式執行，並沒有制度上的差異。但我們可否因為少年刑罰的執行內容趨同於「保護處分」了，便因此認為少年刑罰本身的正當性基礎也可以比照辦理，透過前述需保護性證立使用刑罰手段的正當性？

關於這點，學理上可分為兩種看法，第一種是將少年刑罰當作教育刑（教育刑說）；刑罰目的是在於改善教化具有再犯危險的少年，固然因為社會的應報需求開啟了刑事處遇的途徑（逆送程序的啟動），但這仍然是一種對少年的廣義的保護處分，在改善少年這一點上與保護處分共通。這種說法必須面臨兩大質疑，一是以痛苦賦予、嚴厲處遇（hard treatment）為前提的刑罰，是否能夠等同於

⁵⁴ 參見賴仁祥，少年量刑指引之建構——以日本法之比較為中心，國立臺灣大學法律學系碩士論文，2023年，頁165-181。

保護處分，發揮相類的效果？況且，如果僅從改善及防止再犯的目標來看，要如何避免以改善為名行長期拘禁之實？其次，如果所施加的處罰仍然具備或符合刑罰的本質，則難以迴避責任原則的檢驗。面對第1點的質疑，或許只要強化少年行刑的福利面向還可以適切回應，然困難的問題在於第2點。當缺乏對應非行事實的責任程度作為拘束刑罰上限之際，僅憑「需保護性」能否正當化「刑罰」？要如何能夠通得過基本刑法原則乃至於憲法上的檢驗，誠屬可疑。

第二種觀點認為，對少年的刑罰雖然在責任追究程度上比成年人更為和緩，且考慮教育因素的程度更強⁵⁵，但仍然應參照成人量刑的框架，運用行為責任要素形成責任刑，再考慮少年特殊的需保護性面向調整（下修）刑期長度（責任刑說）。亦即，少年量刑應以責任為上限，但宣告刑應從改善更生可能性來決定⁵⁶。換言之，基本上以「縮減後的應報責任」作為證立剝奪少年人身自由的正當性基礎（刑罰上限），但更強調社會復歸可能性以及福祉提供作為達成自我健全成長的目標。

這種觀點基本上沿用了成人量刑的框架，強調責任的刑罰上限限定功能，在此範圍內進行符合健全少年自我成長的理念的量刑，以避免過於重視社會處罰情緒的弊害。這個基本立場為日本法院實務所接納，例如著名的女子高生監禁殺人事件控訴審判決⁵⁷也指出，即使少年法對少年刑事案件設計了若干特別措施（如逆送規定）及刑罰的特殊限制（死刑無期徒刑的和緩、不定期刑等），但這並不意味著對少年總是一律地比成年人判處更輕的刑罰即為已足⁵⁸。在這

⁵⁵ 小林充，少年に対する不定期刑の言渡基準について，家庭裁判月報，25卷12号，1973年12月，頁2。

⁵⁶ 此說以一般成人的量刑框架為前提，但更重視特別預防的功能。見前田忠弘，少年刑事事件の量刑，收錄於：前野育三ほか編，量刑法の総合的検討：松岡正章先生古稀祝賀，2005年，頁306；城下裕二，少年に対する不定期刑の量刑基準，收錄於：量刑理論の現代的課題〔増補版〕，2009年，頁202。

⁵⁷ 東京高判平成3年7月12日判時1396号15頁。

⁵⁸ 相關評釋，參見宮澤浩一，少年の刑事事件における量刑——女子高生監禁殺

一段法院經典的敘述當中可以得知，實務上認為少年刑罰的正當性基礎並非立於需保護性，而是應報、一般預防以及特別預防（更生），顯然是和成人刑罰的量刑基準相類。較不一樣的是，在對少年犯罪進行刑事處分的量刑時，應同時適當考慮少年的未成熟性、可塑性等特性，特別注意做出與案件程度、內容等相均衡的量刑。

以日本少年法為例，對於少年被告的量刑，大致上只有少年法第51條（死刑與無期徒刑的和緩適用）、第52條（不定期刑）、第54條（不宣告勞役場留置）有明文對於科刑種類及範圍進行限制⁵⁹，至於應該基於何種原理來量刑，仍然是交由學說理論以及法院實務發展解釋及運用。與臺灣法相同，日本少年法第1條的核心理念亦適用於少年刑事處分，且依少年法第50條要求審理需遵照科學主義，盡可能運用專業知識和鑑別結果。因此保護處分與刑事處分並不是截然二分的關係，在判斷刑事處分之際，也應該要考慮刑事處罰的種類及程度，對於少年自我健全成長是否有妨害或有助益。如此來看，少年刑罰的量定與執行也仍應從少年的需保護性觀點出發，並以維護少年自我健全成長為依歸。

目前在日本法的學說當中，第二說責任刑說屬於通說見解⁶⁰。亦即，少年刑事處分本身是刑罰，無論如何強調其少年身分，基本上都很難脫溢於刑法的基本原則，亦即責任原則的框架。不過，一橋大學的本庄武教授基於責任刑的框架下，提出獨特且具有創見的展望性履行責任說。以下簡述之。

本庄氏認為少年刑雖然是責任刑，但在判斷少年責任時，不僅應考慮對犯行可非難性這一回顧性因素，還應同時考慮成長發展的可能性這一展望性的因素。首先，這種看法與實務及通說相同，認

人事件，收錄於：田宮裕編，別冊ジュリストNo. 147：少年法判例百選，1998年，頁222-223。

⁵⁹ 參見田宮裕、廣瀬健二編，同註31，頁517-520、527。

⁶⁰ 參見渡邊一弘，我が国における少年の刑事責任評価に関する歴史的研究，收錄於：少年の刑事責任：年齢と刑事責任能力の視点から，2006年，頁149-150。

為量刑是在與行為責任程度相符的刑罰範圍內考慮預防目的，責任有限制刑罰的功能。而少年作為不成熟的主體，有比成人更大的成長發展潛力（可能性），那麼，少年除了通過忍受刑罰痛苦以被動地履行其責任之外，還可以通過主動實現自我成長發展、自主克服犯罪循環的責任履行，讓責任刑的程度進一步減輕⁶¹。分別來看，少年的刑事責任不僅在回顧性的犯行可非難性程度上較低，從展望性的成長發展可能性而言，其責任程度將會比成年人的情況更低；此外，在將責任程度轉換為刑罰量度的過程中，考慮到刑罰的痛苦對少年可能比對成年人更為嚴酷，因此還有進一步減輕刑罰的餘地⁶²。

申言之，本庄氏認為，對於少年而言，刑事責任的承擔方式並不限於透過執行刑罰而「他律性地」履行責任，相對的，可以從讓少年「自發地」履行責任、以主動的方式實現刑事責任的可能性。亦即，由於少年具有高度可塑性，少年的責任概念本身有變化的空間，隨著成長的過程中，能夠以更成熟的態度，從客觀的視角冷靜地理解自己曾經犯罪的事實，正視並面對該事實，並以不再重蹈覆轍、重新生活的方式，來實踐其對所犯罪行的責任⁶³。是以，其責任履行不僅限於他律性的刑罰執行，也包括自發性的責任履行。具體而言，少年可以透過成長，冷靜地理解自己所犯的罪行，並承諾不再犯錯的方式來承擔責任，這在一定程度上可以替代他律性的責任履行⁶⁴。本庄的說法，可以理解為是一種有關「少年刑事責任主體化」的強化，強調少年透過內在成長與自我反省，可在一定程度上以自律方式完成刑事責任的實現，而非僅以外在的制裁作為唯一形式。

本庄武教授的「展望性履行責任說」無疑為少年刑事責任理論

61 本庄武，同註5，頁195-201。

62 本庄武，少年刑事事件における、憲法上の権利としての手続的・実体的デュー・プロセス，收錄於：少年に対する刑事処分，2014年，頁44。

63 本庄武，少年に対する量刑，刑法雜誌，56卷3号，2017年7月，頁414-415。

64 同前註，頁414。

開拓出新的方向，但若從批判的觀點觀之，該理論在理論架構與規範運用上仍存在若干問題與限制。首先，本庄試圖將「責任刑」的概念從單純的回顧性（retrospective）非難結構，轉化為兼具展望性的雙重構造，雖然此一嘗試有助於將刑罰從報應導向轉向教育與自我成長導向，但也使這兩種「責任」概念之間的區別與界線變得模糊，而本庄氏也沒有進一步說明展望未來的責務與回顧式的非難性責任之間存在何種關係，如何才能產生替代作用，讓自律性的責任履行取代他律性的（責任履行）。其次，與其說少年的「成長潛能」與「自發反省」是建構展望性責任的條件，不如說是削減、抵銷回顧性責任的條件，這麼一來，展望性的自律履行可能性無異是一種阻卻或減免（應報）責任事由。那麼，在法院量刑之際，要如何認定這種阻卻或減免事由的存在？抑或，是否需要隨著執行時少年情狀的變化，才有辦法依不同時序確認兩種責任的消長關係？亦不清楚。筆者認為，在上述問題尚未釐清之前，恐怕沒有辦法支持將少年未來改變的潛在可能性以及展望性的自律責任履行，直接充作抵銷或減免回顧性應報責任的事由。但展望性履行責任說的價值或許在於提醒我們，對少年的處遇目標，終究應以少年自我健全成長為依歸，即使動用強制性、制裁性的刑事處分，也仍然需要時時刻刻留意在行為責任的限度內，充分考慮最適合於達成上開目標的可能選項。

焦點回到臺灣。從憲法法庭利得沒收案⁶⁵以降所樹立的刑罰檢驗指標可知，是否具備刑罰之性質，不以形式上或外觀上的名稱加以判斷，需是其實質是否與「國家為對從事刑事違法且有責行為之人民予以非難，所施加符合罪責相當之嚴厲處遇，例如剝奪人身自由或財產」之描述相符而定。因此，一項措施是否具有刑罰性質，並非取決於形式上之名稱或制度設計的外觀，而應依其實質內容與功能加以判斷，無論其名稱為「保安處分」、「行政制裁」或「保護

⁶⁵ 憲法法庭111年憲判字第18號判決。

措施」，實質上皆應被視為刑罰。從該指標可知，刑罰的本質在於三個面向的結合：第一，非難性——國家對行為人違法行為予以非難性的評價；第二，可責性——行為人必須具備一定之責任能力與可責性，方得成為刑罰之對象；第三，強制性——透過剝奪人身自由或財產等方式，嚴厲處遇。只要一項制度同時具備上述三項性質，即構成刑罰。據此以觀，少年刑事案件無論在犯罪事實的認定上，或刑罰效果的決定上，均係沿用一般刑罰體系的基本框架運作。其犯罪事實認定亦採違法且責任的判斷外，量刑上亦根據違法且有責的程度決定剝奪自由或限制權利之上限。即使少年司法在理念上標榜教育與保護，其刑事處分在實質效果上仍為對違法行為所施加的強制性制裁，其非難性與權利剝奪性均明確存在，屬於「道道地地的刑罰」。因此，少年刑事處分制度雖在名義上與保護處分並列，然其本質仍具刑罰性質，應同樣受到憲法上責任原則的拘束。

三、小 結

綜合以上的討論，可見無論是少年保護事件或刑事案件，皆有協助少年「自我健全成長」的共通目標。因此，少年「需保護性」應作為橫互保護事件及刑事案件的核心判斷，而判斷需保護性的目的在於辨識少年保護圈的缺口與修補可能性，而非化約為單一的再犯風險數值。臺灣與日本一樣在制度上仍保留「保護／刑事」的二元結構，一方面確保保護主義的介入管道，另一方面亦保留逆送至刑事程序的空間；惟此二元結構亦衍生「質相異／量相異」之爭，唯本文認為，保護處分與刑事處分之間既存在著性質上的不同（質相異），又具備連續性的關係（量相異）。亦即，就兩者發動條件而言，刑事處分實質性質為刑罰，應以行為責任為處罰上限，就此角度與保護處分具有質的相異；就維護少年自我健全成長而來的考量的話，則兩者在處遇階段無論是刑事處分或保護處分，皆應以需保護性及自我健全成長為其處遇運作的極大化目標，因此就這點而言存在著量的相異。

申言之，在保護處分的發動基礎上，應以「需保護性」而非「責任」為前提，保護處分本旨在於提供福祉、醫療與教育等支持，以修補結構性脆弱；若改以應報責任作為發動條件，將難以覆蓋其他如無責任能力少年、曝險少年之需要⁶⁶。惟我們也應留意佐伯等人的提醒：當保護處分（例如感化教育）之懲罰性意味、惡害賦予的色彩過強，且機構內人身拘束與運作實質趨同於一般刑罰時，即應警覺有違背明顯區隔原則的疑慮。

至於在少年刑事處分的部分，筆者贊成依照多數看法應以「縮減後之行為責任」作為少年刑罰的上限，並在該範圍內強化教育性與復歸導向；本庄氏的「展望性履行責任說」提醒我們重視少年之自發成長與主體化，但其作為直接替代或抵銷回顧性責任的條件，尚待更周延的理論與可驗證標準。即使沿用成人的量刑框架，少年刑事處分仍應以少年自我健全成長為旨，在量刑上應更積極的考慮使用自由刑替代措施（例如緩刑及假釋）的可能性，但無論如何，少年刑事案件在事實認定與法律效果上仍沿用成人刑罰框架，屬「道道地地的刑罰」，應受責任原則與罪刑相當原則等拘束。

以下根據前述的討論，開展筆者個人關於少年量刑框架之

⁶⁶ 審查委員有認為，在少年保護事件程序當中有諸多措施例如調查官調查、法院圓桌式審理、被害人出席表示意見等設計來看，應可認為實質上這些措施也是在協助少年認清其行為所造成的侵害，藉此養成其負責任的人格態度，則這些制度顯然難以直接無視與責任有關的要素。在此意義下，作者主張責任要素不是保護處分發動要件，應如何說明上述程序的設計？

對此質疑，筆者認為首先應釐清的是，以目前的主流看法而言，上開制度其實並非以促使少年認清行為侵害並負起責任為其主要目的。退一步言，即使這些程序中附帶有讓少年養成負責任的人格態度的間接功能，這些所謂負責任的「責任」，是屬於展望未來的責務（accountability），而非基於對少年行為時之期待可能性而產生的、回顧性的責任非難。兩者是屬於不同的論述層次，應予辨明。進入「少年保護事件程序」不必然會得出下保護處分的決定，思考保護處分的要件應如何設計，與思考少年保護事件程序的功能為何，屬兩個不同層次的問題。即使保護處分不以行為責任為前提，在保護事件程序進行中仍然可以運用調查或審理程序中多元的處遇資源（特別留意少事法第42條第6項之準用規定）協助少年理解自身的處境，並調整其成長環境。

觀點。

肆、重新理解少年量刑的框架

一、以縮減的責任為基礎及上限

從前述的討論可知，少年刑罰的目的難以完全純化為「改善更生」，由於受限於刑罰作為痛苦賦予的本質，「責任非難」難以消融在「需保護性」的討論上。是以，少年刑案中的量刑架構應該要分階段思考：責任形成階段、刑罰形成階段、執行階段。首先在責任形成階段，由於我國法已經有明訂14歲至未滿18歲之人屬限制責任能力人，本身已可依照法律規定減免。由於此屬法定的減輕事由，本身已經就處斷範圍的上下限進行調整，不過，在形成責任刑之際，仍應考慮行為責任的縮減，以形成較小範圍的責任刑，此舉並不會有違反重複禁止評價原則的疑慮。

晚近許多認知神經科學的研究告訴我們，未成年人的大腦前額葉發展尚未完全，也因此對於其認知以及情緒穩定的能力有所不足也是很正常的事情。腦部發展、衝動控制以及思慮完整性需23歲以後才達成熟。本文認為，可以從對於兒少腦部發展、衝動控制以及思慮完整性的腦科學研究來證成縮減的責任概念。

其次，相關實證資料顯示，少年對於刑事處罰效果具有較一般成人更高度之「感受性」；亦即，即使是同等程度之處罰，亦可能對其心理狀態與社會連結產生較成人更劇烈之影響。若未妥慎考量此一心理脆弱性與適應困難性，將易產生處遇過重、社會排除或標籤化效應，反不利於少年之社會復歸。法院於量刑時，除應留意少年行為責任較成人為低之外，尚須留意刑罰感受程度較成人更為敏銳，應充分考慮自由刑等刑罰的苦痛賦予將會對少年造成何種身心上的不利益⁶⁷。

⁶⁷ 參考本庄武，同註5，頁209-213。

即使是少年刑事事件，也需要貫徹少事法第1條之精神，力求依據科學性與教育性的考量為原則，在對少年刑事案件進行量刑時，應以少年的可塑性及改善可能性為主要考量，在犯罪所引起之有限應報責任範圍內，重視少年的福祉，選擇最適當的處分。量刑的決定不應取決於行為或結果的重大性，亦不得依其社會影響的大小為斷，而應以促進少年之成長與再社會化為核心指導原則。如此解釋之下，刑事處分不再僅具報應性，而成為支持少年人格發展與社會復歸的制度手段。

在此，少年的未成熟反映了少年的需保護性，不過，刑罰的執行並不是當然等同於保護少年。犯罪終止理論告訴我們的是，必須要有耐心，並且培養少年邁向成熟的諸種條件。由於自由刑可能對少年的未來前途和機會產生重大影響，而且少年比成年人更容易受到監禁環境中預期的有害影響的影響。因此，採取單純監禁手段可能反而會因此遏止了少年犯罪終止因素的出現。就此，有必要將執行階段所可能適用的環境與資源（矯正學校的運作）納入量刑階段考量。

第三階段是關於我國少年刑罰的執行。我國少事法及少年矯治制度當中，最大的特徵在於我們少年刑罰的執行與保護處分（如感化教育）的執行皆在矯正學校。固然依照前面的討論，我們有無可能完全從保護處分的角度理解少年刑事案件，但少年刑罰的執行（23歲以前），確實在實質內涵上與感化教育並無二致。在少年行刑領域中具有更作為福祉提供的場域特色。當然，在執行期間上有若干差異，感化教育的執行期間計算是最多3年，並且需在滿21歲前，而少年刑罰則最多由矯正學校收容至23歲，超過者即移往普通監獄。嚴格來說，兩者差異並不大，但關鍵的問題是少年刑罰的中長期自由刑的執行，不但可能完全將先前在矯正學校裡的努力耗費殆盡，也無助於社會復歸。因此，如果要解決執行階段所面臨的年齡區隔問題，勢必不能單從量刑準則下手，而需要回到矯正體系的改革才是。例如，考慮設置青年監獄，讓自矯正學校移監過來的青

年受刑人得以有銜接教育資源或其他社福資源的機會。

二、參考英格蘭威爾斯量刑委員會制訂的兒少量刑準則

為了要讓少年刑罰的量刑準則有更具體化的呈現，我們可以參考前述英格蘭威爾斯量刑委員會所制訂的兒少量刑準則通則⁶⁸，因為準則當中所揭示的精神與政策方針與本文支持的論述方向十分相似，也有非常多值得我國參考借鏡之處⁶⁹。

首先，該準則開宗明義強調，對少年量刑的基本原則為預防兒少犯罪，以及對兒少的福祉考量。在量刑框架上，其雖然仍維持與成人量刑一樣以犯情嚴重性作為量刑判斷的起點，但準則強調量刑應是個別化的，並且專注於兒少本身而不是以犯行為中心。同時兒少刑罰應該專注於社會復歸的可能性（rehabilitation where possible）（兒少量刑準則1.2）⁷⁰。準則1.3並揭示了自由刑作為對兒少的最後手段，只有在犯行嚴重到其他處罰無法適用時才能判處自由刑⁷¹。準則1.7中特別強調「兒少的犯罪往往是一個很快就會過去的階段，因此，如果可以避免的話，判決不應導致兒少與社會疏離⁷²。」此想法

⁶⁸ Sentencing Council，同註8。

⁶⁹ 關於英格蘭威爾斯量刑模式的檢討與分析，可參考盧于聖，重構刑法第57條的量刑架構——從量刑目的與行為人圖像出發，國立臺灣大學法律學系碩士論文，2021年，頁47-61；謝煜偉，英格蘭及威爾斯量刑模式之研究，司法院110年度委託研究計畫成果報告，<https://jirs.judicial.gov.tw/JudLib/EBookQry04.asp?S=V&scode=V&seq=51>（最後瀏覽日期：2025年12月29日）。

⁷⁰ 1.2 While the seriousness of the offence will be the starting point, the approach to sentencing should be individualistic and focused on the child or young person, as opposed to offence focused. For a child or young person the sentence should focus on rehabilitation where possible. A court should also consider the effect the sentence is likely to have on the child or young person (both positive and negative) as well as any underlying factors contributing to the offending behaviour.

⁷¹ 1.3 Domestic and international laws dictate that a custodial sentence should always be a measure of last resort for children and young people and statute provides that a custodial sentence may only be imposed when the offence is so serious that no other sanction is appropriate (see section six for more information on custodial sentences).

⁷² 1.7 Offending by a child or young person is often a phase which passes fairly

也與前述犯罪終止理論（*desistance from crime*）所主張的相同，準則1.8中則表明，刑罰對於兒少的影響可能比成年人更重，因為由於他們年幼，任何判決都會顯得更長，而中長期的自由刑對於少年的痛苦及傷害都會比成人來的更大⁷³。而準則4.1、4.5則更具體列出在確定刑罰時，需要考慮的年齡、犯行嚴重性以及評估罪責時的面向，大致上與我國實務在認定犯情因素以形成責任刑的想法大致相符⁷⁴。準則6.46則更具體的劃定出少年刑期與成人刑期的比例，亦即：在考慮相關成人指引時，法院可能認為對於年齡在15歲至17歲之間的人，將刑期廣泛地設定在成人刑期的一半至三分之二之間是合適的，而對於年齡在15歲以下的人，則可以更大幅度地減輕刑期⁷⁵。

從英格蘭威爾斯兒少量刑準則的內涵來看，其基本上也是延續成人量刑的框架，以犯行嚴重程度以及行為人得以負責的程度，以一定的減輕折扣後作為責任的內框，特別是在該準則中，並不是只

rapidly and so the sentence should not result in the alienation of the child or young person from society if that can be avoided.

⁷³ 1.8 The impact of punishment is likely to be felt more heavily by a child or young person in comparison to an adult as any sentence will seem longer due to their young age. In addition penal interventions may interfere with a child or young person's education and this should be considered by a court at sentencing.

⁷⁴ 4.1 In determining the sentence, the key elements to consider are: the principal aim of the youth justice system (to prevent re-offending by children and young people); the welfare of the child or young person; the age of the child or young person (chronological, developmental and emotional); the seriousness of the offence; the likelihood of further offences being committed; and the extent of harm likely to result from those further offences.

⁷⁵ 6.46 When considering the relevant adult guideline, the court may feel it appropriate to apply a sentence broadly within the region of half to two thirds of the adult sentence for those aged 15-17 and allow a greater reduction for those aged under 15. This is only a rough guide and must not be applied mechanistically. In most cases when considering the appropriate reduction from the adult sentence the emotional and developmental age and maturity of the child or young person is of at least equal importance as their chronological age. This reduction should be applied before any reduction for a plea of guilty.

重視生理年齡，更提醒法院要留意行為人發展的狀態及情緒管理能力的程度。可以發現英國相當重視基於科學實證下，對於行為人行為背後原因詮釋以及相應措施的考察，另外，準則中反覆強調社會復歸與個別化處遇，並未訴諸於社會民意、處罰情緒以及一般預防作用。

三、少年刑事案件量刑原理的確立

行文至此，關於少年刑事案件量刑原理的要點雛形逐漸浮現。本文認為，我們可以從核心理念、判斷架構，以及量刑時應審酌之特殊事由等面向，一筆一筆勾勒出大致的圖像。

首先，就核心目的而言，基於少事法第1條揭櫫之精神，少年刑事案件之量刑與定執行刑時亦應以教育與保護為優先，而非單純懲罰。少年之人格尚處於發展階段，量刑與定執行刑時，應以保障少年「健全自我成長」為出發點，避免刑罰裁量過程中忽視少年之特殊性，妨害少年之復歸社會。且少年量刑若缺乏獨立規範與指導原則，易產生成人化、標準化處遇之傾向，無法兼顧個別處遇需求與少年司法保護主義之精神。上開以教育與保護為優先的原則，非僅止於程序保障，更應延伸至量刑決定之內涵，以建立可供實務操作之具體依循架構。因此，若要形諸文字，可為「為期少年刑事案件之量刑及定執行刑，得以保障少年健全之自我成長，並協助少年復歸社會，特訂定本要點。」

其次，就量刑框架的設定而言，如前所述，刑事責任之認定與量刑之裁量，應視個體具備之責任能力與可歸責之程度為上限，以免牴觸憲法上之責任原則，就此而言，少年量刑亦無例外。就行為責任程度而言，少年與一般成人相較，其心理與生理發展未臻成熟，對侵害結果之預見能力、自我控制力、社會規範之理解與內化能力，均弱於成年人。基此，少年刑事案件中行為責任之評價應低於一般刑事案件，其量刑上限亦應依此相對調整，以符合責任原則。其次，文獻上普遍認為，少年對於刑事處罰效果具有較一般成

人更高度之「感受性」；亦即，即使是同等程度之處罰，亦可能對其心理狀態與社會連結產生較成人更劇烈之影響。若未妥慎考量此一心理脆弱性與適應困難性，將易產生處遇過重、社會排除或標籤化效應，反不利於少年之社會復歸。法院於量刑時，除應留意少年行為責任較成人為低之外，尚須留意刑罰感受程度較成人更為敏銳，應充分考慮自由刑等刑罰的苦痛賦予將會對少年造成何種身心上的不利益。再者，為使最小侵害原則於少年量刑具體適用，促使法院優先考慮替代處遇方案（如緩刑、觀護、轉介社區處遇等），將剝奪自由措施限定於最必要且無其他手段可資替代之情形，因此參考英格蘭與威爾斯兒少量刑準則1.2、1.3段關於「以犯行的嚴重性為始，結束在個別處遇」以及「監禁應作為兒少最後手段」的內容，可形諸規範文字如下：「法院於量刑時應以少年之行為責任為上限，並應留意少年刑事案件之行為責任較一般刑事案件低，少年之刑罰感受程度較成人更高。」「徒刑應為最後手段。」

第三，由於需保護性事實是貫穿少年保護事件與刑事案件的共通關鍵，即使在下刑事處分之際，也需要優先參酌少年調查報告，以利審酌最適合於少年的處遇方案。由於少年調查報告乃結合少年之人格特質、身心狀態、行為模式、家庭背景、教育經歷、社會支持等綜合性資料，透過少年調查官之介入，形成對少年全人評估之依據，參考此報告有助於法院以少年需保護性事實為中心進行處遇手段及效果的審酌。再者，少事法第19條已明定少年保護事件中少年調查官應調查及建議之事項，少年刑事案件之審判程序亦應援引同法第70條以準用上開規定，由少年調查官續行調查，尤應針對少年之需保護性事實、少年若受刑罰執行將會對於復歸社會形成何種有利或不利之影響等事項，提出報告，並附具量刑、刑種選擇及執行之建議。假使，法院於量刑過程中未妥善參酌此類資訊，易過於偏重非行事實的認定，無法完整評價少年之保護需求與復歸社會的機會。故筆者認為可試擬規範文字如下：「法院於量刑時，應參酌少年調查報告，並應優先審酌有利於少年福祉之各種情狀，而為決

定。」目前少年量刑實務上對於是否適用刑法第59條酌減其刑、是否給予緩刑等判斷上，亦多有參考起訴前（觀少調）或起訴後（觀刑調）之調查報告，因此並不會造成實務適用上的困難。此外，福祉導向之評價架構將有助於避免量刑時僅反映過往責任而未顧及未來生活重建之需要。「有利於少年福祉之情狀」除涵蓋犯罪當時生活處境與弱勢因素等既已存在的情狀外，亦包括其後續能否接軌教育、就業、家庭功能與社區支持系統等展望未來的支持因素。

接下來，針對應特別審酌考慮之面向，本文認為，少年刑罰雖以少年之自我健全成長為重，但定性上仍舊屬於刑罰，故裁量刑罰時仍應優先考慮少年行為責任並以其為科刑上限。然而，量刑應考慮者不能僅止於非行行為層次，而需進一步探究行為背後之社會結構性成因與個體的脆弱性，以作為以保護與教育導向之刑罰裁量的依據。故認定次序上，應於判定行為責任之後，才能就需保護性之事實進行考量，並具體確認需保護性效果於行為責任內之處罰需求為何，最後再針對刑罰執行對於未來社會復歸之可能影響，以及少年與被害人之關係修復情狀爰為個案判斷。具體來說，特別應審酌之事由，應可分為以下三個面向，一是「少年行為責任」的考慮：判定少年行為責任時，原則上以刑法第57條與行為責任有關之各款規定為據，惟少年往往因成熟度不足，而有思慮不成熟而產生侵害法益之意思，若有此項事由時，行為責任自應下調。第二，是「少年需保護性事實」的考慮。如前所述，所稱「需保護性事實」，包括「保護欠缺性」與「復原可能性」兩個層次。保護欠缺性係指確認少年現有保護圈的缺陷，包括少年本身、家庭、學校等支持系統的狀況；而復原可能性則是評估少年在司法不介入的情況下，能否憑藉既有力量修補原先缺陷的保護連結。需保護性的判斷不應簡單量化為再犯風險的高低，而是需要質性評估，包括家庭暴力、照護失能、貧窮、教育中斷、心理創傷等因素，法院應視少年是否處於高需保護性處境，作為判斷其量刑必要性與干預方式之關鍵指標。第三，除行為責任與需保護性之外，尚須考量少年未來復歸社會之

機會與刑罰執行可能之影響；特別是應考量不同之刑罰執行處所（如少年矯正學校或其他矯正機關）對於少年接受教育或復歸社會機會的影響程度，其中包含透過收容於矯正學校與其原有不良環境隔離並完成重要階段性學習之效益。此外亦應注意量刑結果得否令少年均於矯正學校內處遇，而不移往矯正目的顯然迥異之成人監所。

附帶一提，筆者認為，現行少事法中刑罰轉換為保護處分的法規設計應有通盤檢討修正之必要。例如少事法第74條實際上根本難有適用空間，因目前幾乎都是第27條第1項第1款應逆送的情形進入到少年刑事案件程序，在立法上，應考慮重新調整第74條的適用門檻。其次，少事法第81條有關假釋條件的規定，應考慮到矯正學校轉換至一般監獄後，缺乏可銜接之資源對應，而導致處遇中斷的情形。從本文前述對於少年需保護性以及未來復歸社會機會和刑罰執行影響的想法來看，我們不應機械地以執行年數作為假釋申請門檻，而可以考慮以矯正學校執行期限（23歲）作為門檻，這樣一來能夠有一完整而且連貫的少年處遇階段。另外，再根據前述犯罪終止理論（*desistance from crime*）的分析，筆者建議應在兼顧矯正學校之收容員額及處遇量能的前提下，將收容年齡從23歲適度提高到25歲，並且在25歲轉換至成人監獄階段前，即給予假釋審查之機會⁷⁶。限於篇幅與主題，關於這部分的詳細論述，留待後續撰文檢討之。

伍、結 論

少年刑事案件可以說是能否成功抵擋刑罰民粹主義的試金石。少事法欲透過社會的包容來釀成利於少年更生的週邊環境，這或許才是避免「欲速則不達」的應對之道。

⁷⁶ 參考賴仁祥，同註54，頁165-166。不過，不同之處在於筆者並不認為得以將假釋審查機會當作是刑罰上限。

以下總結本文有關少年量刑原則的想法。首先，少年刑罰仍以責任為前提，但此責任概念並非完全的責任，而是考慮生理、發展、情緒年齡以及成熟度的縮減的責任。責任與刑罰的對應關係，可參考英國量刑準則，設定一定的折算比例以形成責任刑。其次在考慮行為人情狀及一般情狀時，應考量需保護性、健全成長、福利提供等可作為是否選擇自由刑替代方案的核心評估事項，且應佔相當比重。亦即，以縮減後的應報責任作為證立剝奪自由的正當性基礎（刑罰上限），但更強調社會復歸可能性以及福祉提供作為達成自我健全成長的目標，並且應留意少年刑罰的最後手段性以及刑罰個別化原則。

為達上述目標，需重新檢視需保護性概念的意涵。我們應從「同心圓理論」角度觀察，將需保護性理解為「保護欠缺性」與「復原可能性」兩個層次。保護欠缺性係指確認少年現有保護圈的缺陷，而復原可能性則是評估少年在司法不介入的情況下，能否憑藉既有力量修補原先缺陷的保護連結。需保護性的判斷不應簡單量化為再犯風險的高低，而是需要質性評估，以決定是否需要少年司法介入，以及需要何種介入方式與社會福利資源的配合。但最終，少年司法的角色應該是以司法為平台，整合社會資源協助少年更生的系統，而非取代社會福利功能。

為了釐清保護處分與刑事處分之間的關係，本文認為，需保護性是作為貫穿保護事件與刑事案件的核心內涵。在保護處分發動的基礎上，應以「需保護性」而非「責任」為前提，保護處分本旨在於提供福祉、醫療與教育等支持，以修補結構性脆弱。至於在少年刑事處分的一部分，依照多數看法應以「縮減後之行為責任」作為少年刑罰的上限，並在該範圍內強化教育性與復歸導向。即使沿用成人的量刑框架，少年刑事處分仍應以少年自我健全成長為宗旨。法院於量刑時應以少年之行為責任為上限，並應留意少年刑事案件之行為責任較一般刑事案件低，少年之刑罰感受程度較成人更高；拘束人身自由的徒刑應為最後手段，應積極的考慮使用自由刑替代措施。此外，法院於量刑時，應參酌少年調查報告，並應優先審酌有利於少年福祉之各種情狀，而為決定。

參考文獻

一、中文部分

- 吳俊毅，少年刑事程序的基本原則，2020年，臺北：新學林。
- 唐琪縉，病壞交織的人——刑事司法與精神醫學的交界處，國立臺灣大學法律學系碩士論文，2024年。
- 許恆達，刑事制裁與明顯區隔的憲法誠命，台灣法律人，27期，頁77-103，2023年9月。
- 許澤天，刑法總則，2023年4版，臺北：新學林。
- 盧于聖，重構刑法第57條的量刑架構——從量刑目的與行為人圖像出發，國立臺灣大學法律學系碩士論文，2021年。
- 賴仁祥，少年量刑指引之建構——以日本法之比較為中心，國立臺灣大學法律學系碩士論文，2023年。
- 謝如媛，少年修復式司法的批判性考察——從少年的最佳利益到利益衡平？，政大法學評論，152期，頁125-186，2018年3月。
- 謝煜偉，從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架構，法官協會雜誌，22期，頁86-104，2021年3月。
- 謝煜偉，少年事件處理法中「需保護性」概念的探尋與重構，法官協會雜誌，26卷，頁70-86，2024年12月。

二、日文部分

- フリッシュ・ヴォルフガング著、岡上雅美訳，責任刑法の将来について：刑法と神経科学，刑法雑誌，52卷2号，頁260-278，2013年4月。
- 小林充，少年に対する不定期刑の言渡基準について，家庭裁判月報，25卷12号，頁1-15，1973年12月。
- 川出敏裕，少年非行・少年犯罪，ジュリスト，1348号，頁152-161，2008年1月。
- 川出敏裕，少年法，2015年，東京：有斐閣。
- 友田明美，少年法適用年齢引下げ問題について：脳科学の視点から（第3回）少年と脳科学，判例時報，2399号，頁101-105，2019年

5月。

友田明美，脳科学・神経科学と少年非行，収録於：山口直也編，脳科学と少年司法，頁36-47，2019年，東京：現代人文社。

平井秀幸，犯罪・非行からの「立ち直り」を再考する，罪と罰，53巻3号，頁70-88，2016年6月。

平井哲雄，非行と要保護性，家庭裁判月報，6巻2号，頁1-35，1954年2月。

平野龍一，刑法の基礎，1966年，東京：東京大学出版会。

本庄武，少年に対する量刑判断と家庭裁判所への移送判断，収録於：少年に対する刑事処分，頁187-216，2014年，東京：現代人文社。

本庄武，少年刑事事件における、憲法上の権利としての手続的・実体的デュー・プロセス，収録於：少年に対する刑事処分，頁15-48，2014年，東京：現代人文社。

本庄武，少年に対する量刑，刑法雑誌，56巻3号，頁413-425，2017年7月。

本庄武，脳科学・神経科学と少年の刑事責任，犯罪社会学研究，42号，頁33-49，2017年10月。

田宮裕、廣瀬健二編，注釈少年法，2024年5版，東京：有斐閣。

佐伯仁志，少年法の理念，収録於：猪瀬慎一郎ほか編，少年法のあらたな展開——理論・手続・処遇，頁35-54，2001年，東京：有斐閣。

角田正紀，少年刑事事件を巡る諸問題，家庭裁判月報，58巻6号，頁1-44，2006年6月。

赤羽由起夫，少年非行における医療化と厳罰化——「子供と医療化」の再検討，犯罪社会学研究，32号，頁104-118，2007年10月。

岡上雅美，脳科学の進展と応報主義の行方，収録於：日本法哲学会編，応報の行方（法哲学年報〈2015〉），頁78-90，2015年，東京：有斐閣。

服部朗，要保護性をめぐる理論状況，刑事弁護，120号，頁83-90，2024年10月。

松宮孝明，治療的司法と刑罰との対話，治療的司法ジャーナル，5

号，頁2-9，2022年3月。

前田忠弘，少年刑事事件の量刑，収録於：前野育三ほか編，量刑法の総合的検討：松岡正章先生古稀祝賀，頁297-313，2005年，東京：成文堂。

城下裕二，少年に対する不定期刑の量刑基準，収録於：量刑理論の現代的課題〔増補版〕，2009年，東京：成文堂。

後藤弘子，少年司法と治療的司法，刑事弁護，87号，頁78-82，2016年7月。

指宿信，「治療的司法」の今とこれから，法と心理，18号，頁14-20，2018年10月。

津田雅也，少年刑事事件の基礎理論，2015年，東京：信山社。

宮澤浩一，少年の刑事事件における量刑——女子高生監禁殺人事件，収録於：田宮裕編，別冊ジュリストNo. 147：少年法判例百選，頁222-223，1998年，東京：有斐閣。

渡邊一弘，我が国における少年の刑事責任評価に関する歴史的研究，収録於：少年の刑事責任：年齢と刑事責任能力の視点から，頁149-226，2006年，東京：専修大学出版局。

葛野尋之，少年法適用年齢引下げ提案批判，法律時報，91巻12号，頁79-83，2019年11月。

廣瀬健二，少年責任の研究についての覚書，収録於：小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編，小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（上），頁610-631，2006年，東京：判例タイムズ社。

澤登俊雄，保護処分と責任の要件，収録於：少年非行と法的統制，頁67-87，1987年，東京：成文堂。

澤登俊雄，少年法入門，2015年6版，東京：有斐閣。

謝如媛，修復的司法の法制化及び刑事司法との連動：台湾におけるRJの実践，一橋法学，21巻3号，頁117-134，2022年11月。

三、英文部分

Farrington, David P. (1986). *Age and Crime*, 7 CRIME & JUSTICE 189-250.

Farrington, David P. (2007). *Advancing Knowledge About Desistance*, 23(1) J. CONTEMP. CRIM. JUSTICE 125-134.

Laub, John H. & Sampson, Robert J. (2001). *Understanding Desistance from Crime*, 28 CRIME & JUSTICE 1-69.

National Research Council (2013), *REFORMING JUVENILE JUSTICE: A DEVELOPMENTAL APPROACH*. Washington, D.C.: National Academies Press.

Yaffe, Gideon (2018), *THE AGE OF CULPABILITY: CHILDREN AND THE NATURE OF CRIMINAL RESPONSIBILITY*. Oxford: Oxford University Press.

An Essay on Responsibility and Sentencing in Juvenile Criminal Cases: Reconsidering the Principles of Juvenile Sentencing

Yu-Wei Hsieh*

Abstract

This article examines the contours of juvenile criminal responsibility and sentencing, focusing on the justificatory basis of juvenile punishment and its distinction from protective measures. Developmental psychology and neuroscience consistently demonstrate juveniles' immaturity in impulse control, emotional regulation, and normative comprehension, thereby reducing their culpability relative to adults. Although both protective and criminal proceedings share the overarching aim of fostering juveniles' well development, criminal dispositions remain punitive in substance and must therefore be constrained by a juvenile's diminished responsibility. Within this limit, courts should prioritize educational and rehabilitative measures, treating imprisonment as a last resort and actively considering non-custodial alternatives. Sentencing should rely on juvenile investigation reports and give primacy to welfare-enhancing factors to ensure a proportionate and developmentally appropriate disposition.

* Professor, College of Law, National Taiwan University.

Keywords: Juvenile Criminal Responsibility, Need for Protection, Juvenile Sentencing, Principle of Responsibility, Principle of Clear Distinction

【法律扶助的實踐與省思】

新興融資方式「商品貸款」 之法律爭議（下） ——以法院裁判分析為中心

曾彥傑*

要 目

- | | |
|----------------------------|----------------------------|
| 參、融資業者未給予合理審閱期
所生之相關爭議 | 肆、商品貸款中「利息」與「違
約金」之相關爭議 |
| 一、本票授權條款不構成契約
內容或無效 | 一、利息計算爭議 |
| 二、有關利率、違約金記載，
將不構成契約之內容 | 二、違約金之酌減或無效 |
| | 伍、結 論 |

DOI: 10.7003/LASR.202603_(16).0005

* 財團法人法律扶助基金會專職律師。

參、融資業者未給予合理審閱期所生之相關爭議

一、本票授權條款不構成契約內容或無效

融資業者於實務上通常會要求消費者簽發本票擔保債務，並預先擬定：「甲方及其連帶保證人特別授權如下：(一)甲方及其連帶保證人同意○○公司於給付款項予乙方（即價金債權讓與人）時，授權○○公司及其指定人填載本票發票日及本票金額、付款地，絕無異議。(二)甲方及其連帶保證人倘有違反『本約定書』及『指示付款同意暨約定書』任一條款或遲延繳款時，甲方及其連帶保證人授權○○公司及其指定人得不經通知逕行填載本票到期日，並主張票據權利」此定型化契約條款，讓消費者授權融資業者或其指定之人，於消費者無法清償時，填載本票應記載事項，並得逕行持該本票對消費者強制執行（即本票授權條款）。

而對於本票授權條款之效果，依目前實務上融資業者辦理商品貸款方式，法院有見解認為，因未給予消費者合理審閱期或該本票授權條款為異常條款，故不構成契約內容，從而該由融資業者自行填載應記載事項之本票，即因欠缺應記載事項而無效¹；另有見解認為，融資業者預先以定性化契約條款所擬定之本票授權條款，因使消費者處於一個隨時會受本票裁定並強制執行的高度風險中，明顯對消費者不公，故依消費者保護法第12條第1項規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。」，該授權條款亦屬無效²。

二、有關利率、違約金記載，將不構成契約之內容

實務有見解認為，雖然商品貸款之法律關係形式上呈現之分期付款買賣關係因通謀虛偽意思表示而無效，而應成立消費借貸法律

¹ 臺灣臺北地方法院113年度店簡字第40號、112年度店簡字第1240號、112年度店簡字第578號、112年度消字第34號、111年度北簡字第15328號、110年度店簡字第512號判決、臺灣宜蘭地方法院110年度羅簡字第332號判決。

² 臺灣臺北地方法院109年度北簡字第12855號判決。

關係，但融資業者於契約中預先擬定之本金、年利率、付款期間、付款總價、每期付款金額、提前清償違約金計算之條款，仍可作為當事人間消費借貸契約之約定³。

但倘於具體案件中，融資業者預先以定型化契約條款約定利率、違約金等條件，未給予消費者審閱期間，則依消費者保護法第11條之1第1項之規定，將不構成契約內容，故於商品貸款法律關係應成立消費借貸之前提下，回歸民法規定計算遲延利息⁴。

肆、商品貸款中「利息」與「違約金」之相關爭議

於具體案件中，若融資業者與消費者間有關違約金與利息約定，並不會因未給予審閱期而被認定不構成契約內容，則融資業者常見預先擬定：「……(一)『延滯金及催款手續費』甲方及其連帶保證人同意依『本約定書』及繳款單所約定之日期及金額按期繳款，日後如未能依約定按時清償任一期款項，應自應繳期日之次日起按年息百分之○逐日計付遲延利息，及每日按日息○約定利率計算之懲罰性違約金。(二)催款手續費每次新台幣○元。……」之條款，其中包含約定遲延利息、按日計罰違約金、催收手續費等內容，就此將衍生利息計算與違約金數額判斷之爭議，應如何處理？茲就實務判決分別說明如下：

一、利息計算爭議

(一)利息計算之基礎

首先，於商品貸款法律關係中，若法院認定當事人間實質隱藏消費借貸之真意，基於消費借貸要物契約之性質，應以實際交付之款項作為借貸本金⁵。

³ 臺灣士林地方法院112年度湖簡字第1161號判決。

⁴ 臺灣臺北地方法院111年度北簡字第15328號、112年度店簡字第1240號、112年度店簡字第578號、112年度消字第34號判決。

⁵ 臺灣高等法院臺南分院110年度上字第1號判決、臺灣士林地方法院113年度湖

又商品貸款法律架構下形式上具有分期付款買賣之外觀，故融資業者通常會與消費者約定各期應繳納之款項；且由於該法律關係具有消費借貸之性質，故融資業者會自消費者應繳納之款項中收取利息。而就約定利息之債務分期給付，其各期給付金額計算方式，包括本息平均攤還法（以年金法將給付期間內全部本金與利息平均分攤於每一期中償付）、本金平均攤還法（將全部本金平均於各期分攤，利息則按本金餘額逐期計算）、本金到期一次攤還法（全部貸款本金於到期時一次償付，利息則按貸款餘額逐期計算）等⁶。

而自實務上融資業者常與消費者訂立：「……分期價金還款方式與內容：本分期依經銷商填寫欄內容自撥款日次月起每月一期，依年金計法計算，按月平均攤還本息予○○公司……」或「……分期付款之利率如附表所載，採本金與利息同時攤還方式，每一期攤還款內所含之利息及本金攤還額依本金攤還表所載。……」之約定觀之，融資業者通常係以「本息平均攤還法」作為計算分期應繳款項之方式，足見每期應給付之款項，已包括本金及約定利息。

從具體案件中分析，虛假交易型之商品貸款，本金原則上係消費者形式上簽訂分期付款買賣契約之商品價格（但仍應視實際上融資業者或其所指定之第三人所交付之款項數額），而利息則係消費者應償還之分期總價金扣除商品價格之餘額⁷；而融資性分期付款買賣型之商品貸款，本金係消費者先將商品出售予融資業者或其指定之第三人之價金（但仍應視實際上融資業者或其所指定之第三人所交付之款項數額），利息則係消費者嗣後向融資業者或其指定之第三人分期付款買回商品之總價金扣除其先出售該商品而自融資業者或其

簡字第421號、113年度湖簡字第184號判決、臺灣臺北地方法院112年度簡上字第108號判決、臺灣高雄地方法院112年度雄小字第953號、112年度鳳簡字第33號、111年度雄小字第3158號判決。

⁶ 詳見臺灣士林地方法院112年度湖簡字第995號、111年度簡上字第169號判決說明。

⁷ 臺灣臺北地方法院112年度店簡字第1668號判決。

所指定之第三人處所獲得價金之差額⁸，故不論係何種類型之商品貸款，分期總價款均包括利息，因此不得以尚未清償之分期總價款作為計算利息之基礎，否則即有違反民法第207條有關複利禁止規定之疑慮⁹。

（二）清償期內分期利息與違約後遲延利息之計算

融資業者於具體案件中，通常會與消費者約定收取違約前之分期利息與違約後之遲延利息。其中針對違約前之分期利息部分，融資業者形式上有可能於契約中約定之利率符合法律規定，但以消費者實際收取之款項進行基礎重新核算後，會有超出民法第205條法定最高利率之情形¹⁰。

此外，由於利息不得滾入原本再生利息（民法第207條第1項前段參照），故消費借貸契約之當事人間如就分期利息、遲延利息分別約定，則在清償期屆滿前，固應依所約定之分期利息計算利息，惟如有喪失期限利益，視為債務全部到期（即本金分期債務視為全部到期），而債務人有履行遲延未清償視為全部到期之本金債務情形，則應改依所約定之遲延利率計算遲延利息，尚不得再請求給付原定之分期利息，否則即形同併計利息及遲延利息¹¹；且此時計算遲延利息之基準，應為已屆期未清償之分期價款中之本金總額¹²。

（三）期限利益喪失條款與利息之計算

實務上常出現融資業者以定型化契約之方式約定，消費者只需一期未清償，即須就全部分期債務負清償責任，例如：「……契約終止及喪失期限利益：申請人及其連帶保證人如有……下列各款事

⁸ 臺灣臺南地方法院109年度南簡字第949號判決、臺灣高雄地方法院113年度鳳小字第54號判決。

⁹ 臺灣士林地方法院112年度湖簡字第1617號、111年度簡上字第169號、111年度湖簡字第1724號、112年度簡上字第251號判決。

¹⁰ 臺灣臺北地方法院112年度店簡字第1668號判決。

¹¹ 臺灣臺北地方法院112年度店簡字第1218號判決。

¹² 臺灣臺南地方法院111年度南簡字第629號判決。

由之一或本契約終止者，○○公司無須事先通知或催告者，得隨時縮短申請人或其連帶保證人延後付款期限或視為全部到期，申請人及其連帶保證人應即繳清所有款項。(→)申請人未依約清償任一期之款項……」或「……債務人如有下列各款情事之一者，即喪失其分期償還之利益，受讓人得不經通知要求立即清償全部債務。債務人並同意受讓人得對到期未付之各期分期價款按年息○逐日計收遲延利息：債務人未依本同意書約定清償債務，或償付費用、稅捐。……」或「……乙方對其所負債務未全部清償以前，對本契約第一條約定之應付分期款如有一期不履行即視為全部到期；如有下列情形之一時，毋須經甲方通知或履行法定手續，乙方即喪失其分期償還之期限利益，甲方得要求立即全部清償：(→)乙方未按期償付應付分期款項，或所交付之票據，因存款不足，拒絕往來或其他原因被退票時。……」等。然此是否因違民法第389條：「分期付款之買賣，如約定買受人有遲延時，出賣人得即請求支付全部價金者，除買受人遲付之價額已達全部價金五分之一外，出賣人仍不得請求支付全部價金」之規定而無效？

實務有見解認為，民法第389條透過買受人遲付金額達全部價金5分之1為要件，以此保護買受人之分期利益，而此立法意旨，不應受商品貸款之交易模式影響，是上述期限利益喪失條款，與民法第389條之規定不符而無效，自仍應於消費者遲付之價額已達全部價金5分之1，始得請求消費者支付全部價金¹³。故倘於言詞辯論終結前消費者所積欠之分期款項尚未達到全部價金之5分之1，融資業者僅可請求消費者給付到期且尚未清償之分期價款，另請求給付以上開分期價款中本金為基礎計算之遲延利息¹⁴。

但實務另有見解採不同看法，認為融資性分期付款買賣本質上係消費借貸，資金貸放與分期付款買賣的風險本質不同，在法律上

¹³ 臺灣臺南地方法院112年度新簡字第647號判決。

¹⁴ 臺灣臺北地方法院112年度北簡字第213號判決。

自應為不同的安排，而「一期逾期未償，喪失分期清償利益」的約定，正是連結對於資金收回風險的評估及其相對應之利率約定，此部分應可尊重市場運作機制¹⁵，進而肯認期限利益喪失條款之有效性，且主張不受民法第389條之限制。若具體案件中，消費者售後買回之標的物係車輛，尚有法院認依動產擔保交易法第27條第6款之規定，不受民法第389條之限制¹⁶。

而自採期限利益喪失條款有效之相關法院判決分析，倘消費者有一期未履行，此時消費者喪失期限分期利益，應就剩餘之分期總價款中之本金債務負清償之責；且為避免違反複利禁止規定，融資業者亦無法請求遲延後之分期期數之原約定分期利息，僅能請求自遲延時起依所約定之遲延利率以剩餘本金債務作為基礎計算之遲延利息¹⁷。

二、違約金之酌減或無效

首先，針對當事人間約定收取催款手續費100元部分。實務見解認為，因催款手續費之計付方式，仍與是否按期清償有關，不問其名目為何，故催收手續費實質上亦屬違約金；且催款手續費計收次數，均至原告清償之日止，並無上限；而個案中融資業者另外收取違約金與利息，故違約金之約定額數，與融資業者就消費者金錢債權遲延獲償之損害，顯相懸殊，有約定違約金過高之情形，而認催款手續費每次100元應酌減至零元¹⁸。

另有見解認為，催款為債權人行使債權之必要手段，債權人得選擇催款或繼續計息，催款之程序成本及還款風險均應計入利息中考量，是加計催款手續費每次100元之約定，實係以催款手續費為名目使被告負擔超越法定利息之遲延費用，應係以其他方法巧取利

¹⁵ 臺灣士林地方法院112年度湖簡字第1375號判決。

¹⁶ 臺灣士林地方法院111年度湖簡字第2024號判決。

¹⁷ 臺灣臺中地方法院113年度中小字第3461號判決、臺灣高雄地方法院113年度鳳小字第54號判決。

¹⁸ 臺灣臺北地方法院112年度店簡字第1218號、113年度店簡字第739號判決。

益，依民法第206條、第71條規定應屬無效¹⁹。

再者，針對按日計罰違約金之條款，縱令融資業者預先約明係懲罰性違約金，倘有過高時，亦得予以酌減²⁰。至具體應如何酌減，依融資業者常以定型化契約所約定之「按日息萬分之4.3（即年息15.695%）或年息百分之16計算」之違約金，與「遲延利息利率年息百分之16」為例。

多數見解認為，審酌融資業者因消費者遲延清償所受積極損害、所失利益，通常為該借款再轉借他人後之利息收入或轉作他項投資之收益，而近年來國內貨幣市場利率均已大幅調降，且融資業者以其單方擬定之定型化約款，向消費者收取16%遲延利息，已因此獲取大量之經濟利益，而將融資業者請求違約金酌減至年息百分之3.2計算²¹；甚至係1元²²。

另有見解認為，融資業者就消費者積欠分期款項部分已向消費者收取高達週年利率16%計算之利息，若消費者須再行給付按日息萬分之4.3計算之違約金，則合併上述利息計算，消費者因違約所負擔之賠償責任過高，容有藉此規避民法第205條規定而屬脫法行為之虞。況融資業者並未舉證證明除利息損失外，更有何特別損害，爰

¹⁹ 臺灣基隆地方法院113年度基小字第580號判決、臺灣臺北地方法院113年度店簡字第78號判決、臺灣士林地方法院106年度士小字第883號判決、臺灣新竹地方法院109年度竹東小字第81號判決、臺灣苗栗地方法院113年度苗小字第149號判決、臺灣南投地方法院113年度埔小字第104號判決、臺灣臺南地方法院111年度南簡字第629號判決、臺灣嘉義地方法院112年度嘉簡字第959號、112年度嘉簡字第841號判決、臺灣橋頭地方法院113年度橋小字第1062號判決。

²⁰ 臺灣臺南地方法院111年度南簡字第629號判決。

²¹ 臺灣嘉義地方法院112年度嘉簡字第959號判決。

²² 臺灣基隆地方法院113年度基小字第580號判決、臺灣臺北地方法院111年度北簡字第17726號、112年度北簡字第4760號、112年度北簡字第5612號判決、臺灣南投地方法院113年度埔小字第104號判決、臺灣臺南地方法院111年度南簡字第629號判決、臺灣橋頭地方法院113年度橋小字第1062號、112年度橋小字第1129號、112年度橋簡字第379號、112年度橋小字第590號、112年度橋小字第1100號、112年度橋小字第1372號、112年度橋小字第902號、112年度橋小字第1512號判決。

認融資業者所請求違約金合併利息計算已逾法定最高利率，故融資業者就此違約金部分應無請求權²³；或認為應酌減至零元²⁴。

依上述實務見解觀察，可發現於具體案件中，倘融資業者已可收取以年息百分之16計算之約定遲延利息時，基於落實民法第205條法定最高利率之限制，就違約金條款（包括催款手續費）部分，多係認定無效或大幅酌減至1元或零元，以保障經濟弱勢消費者，值得贊同。

伍、結 論

現今之商品貸款已成為融資業者透過分期付款買賣之方式，隱藏融資貸款目的之手段，而自法院相關裁判見解觀察，已有為數不少之法院為保障消費者權益，避免融資業者規避法定借貸最高利率與借貸契約要物性之限制，認定融資業者與消費者間應成立消費借貸法律關係，而非形式上所簽立之分期付款買賣契約關係；甚至於消費者具有智能障礙時，亦有可能認定契約不成立之空間。

又針對實務上常見之商品貸款法律關係中以定性化契約所預先擬定之相關條款，例如：按日計罰違約金、催收手續費、約定遲延利息、約定分期利息、本票授權條款等。若被法院認定未給予合理審閱期，即不構成契約內容，消費者應清償之債務即為所實際收到之借款本金與據此按年息百分之5計算之法定遲延利息；且所簽發用以擔保商品貸款法律關係之本票，因授權條款無效致融資業者自行填載之本票應記載事項無效，造成該本票因欠缺形式應記載事項而失其效力。

但法院認定上開條款仍構成契約內容時，則實務常見之催收手續費100元會被認定無效或酌減至零元，按日計罰萬分之4.3之違約金

²³ 臺灣橋頭地方法院112年度橋小字第494號判決。

²⁴ 臺灣高雄地方法院111年度鳳小字第972號判決、臺灣臺北地方法院113年度店簡字第78號判決、臺灣嘉義地方法院112年度嘉簡字第841號判決。

條款會被酌減至1元或零元；且融資業者僅能請求自遲延時起以本金債務為基礎計算之約定遲延利息，不能請求原約定之分期利息。

因此於商品貸款法律關係下，消費者或保證人已有諸多經我國法院所認可之有利攻防方法可主張，使具有分期付款買賣外觀之商品貸款回歸到民法一般消費借貸之框架中處理，但或許係此類消費者或保證人多屬弱勢，不具法律專業，又無足夠財力委任律師，或不知可向法律扶助基金會尋求免費法律扶助，或選擇不到庭答辯，造成現今仍有融資業者依然以商品貸款作為融資手段，故要能真正遏止此種融資亂象，恐猶待立法者訂立融資公司專法，從根源進行改正，始能真正釜底抽薪，保障消費者權益，健全金融體制。

《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。
 - 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。
 - 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」、「投稿作者資料表」及「聯名投稿同意書」(單一作者免填)以「附加檔」方式寄至journal@laf.org.tw信箱。上述文件請至法律扶助基金會官網下載，網址：<https://www.laf.org.tw/edu-detail/99>。

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抽印本五冊及稿件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1141362872號

勸募期間：民國114年9月1日至115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.16 March 2026

Articles

A Preliminary Study on the Codification of Right of Publicity
in Korean Law

Hyo-Sun Lee

The Scope of Official Duty and Damage in the Offense of Breach
of Trust Under the Banking Act: A Commentary on Supreme Court
Criminal Judgment No. 216 of 2024 (Tai-Shang)

Patrick Chung-Chia Huang

On the Discretion of Punishment in Juvenile Criminal Cases:
A Lesson from German Juvenile Law

Heng-Da Hsu

An Essay on Responsibility and Sentencing in Juvenile Criminal
Cases: Reconsidering the Principles of Juvenile Sentencing

Yu-Wei Hsieh

Legal Aid: Practices and Reflections

Legal Controversies over the Emerging Financing Mechanism of “Personal
Shopping Loan” (Part II): Focusing on the Analysis of Court Judgments

Yen-Jie Tzeng



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

編印：元照出版

