

法律扶助與社會

第六期 March 2021

Legal Aid and Society Review

研究論文

正義不該從偏見探尋

——論國民法官法「終局評議及判決」之制度設計

吳志強

判死，以兒童之名？

——從兒童權利公約觀點評李宏基死刑案

林慈偉

論勞保條例中職業病之認定

——兼論相關之法律問題

徐婉寧

臺灣破產法制之前世今生

吳淑如

法律扶助與社會

LEGAL AID AND SOCIETY REVIEW

第六期 | 2021 年 3 月

財團法人法律扶助基金會

LEGAL AID FOUNDATION

主 編／李茂生（臺灣大學法律學院教授）

編 輯 委 員／（依姓氏筆劃排序）

李茂生（臺灣大學法律學院教授）

吳宗昇（輔仁大學社會學系副教授）

官曉薇（臺北大學法律學系副教授）

周儂嫻（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）

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

一年兩期的期刊，現在已經出刊了六期，加上創刊號，足足活存了三年半。在這說長不長說短不短的期間，本刊已經儼然發展出自己的特色，亦即學術與實務的對話。在改版面的此刻，期待本刊的特色能夠繼續持續下去。

本期共刊出四篇論文，第一篇談論即將上路的國民法官制度中「終局評議及判決」的制度設計，作者吳志強為現役法官，文中對於國民法官制度的期待與不安滿溢而出。第二篇的作者林慈偉是臺灣廢除死刑推動聯盟的成員，該文透過李宏基案判決的分析，檢討該案判決對於兒童權利公約理解上的誤謬，直陳兒童權益的保障與死刑判決的理由無關，字字血淚。第三篇則是臺大教授徐婉寧所著有關職業病認定上的法律問題，這也是實務上的難問，特別是職業病的認定與雇主補償、賠償責任的認定間更處於錯綜複雜的關係，而本文作者針對此點提出其個人的見解供各界參考。第四篇是文化大學教授吳淑如的力作，針對破產法制，作者從臺灣日治時期以及中國清末民初的破產法制出發，延伸到臺灣現今的消費者債務清理條例，描繪出臺灣破產法制的前世與今生，並展望未來。

這四篇文章都是一時之選，希望能夠透過本刊的出版對司法實務有些許的貢獻。

主 編

李 茂 生

法律扶助與社會

LEGAL AID AND SOCIETY REVIEW

第六期 | March 2021

目 錄

主編的話

李茂生

研究論文

正義不該從偏見探尋

——論國民法官法「終局評議及判決」之制度設計..... 吳志強 1

Justice Should Not Be Explored from Prejudice:

Design of Conference and Judgment of

Lay Judge Act..... *Chih-Chiang Wu*

判死，以兒童之名？

——從兒童權利公約觀點評李宏基死刑案 林慈偉 35

Killing in the Name of Children?:

A CRC Viewpoint of the Case of Li Hung-chi..... *Tzu-Wei Lin*

論勞保條例中職業病之認定

——兼論相關之法律問題 徐婉寧 69

A Study on the Identification of Occupational Diseases

and Related Legal Issues *Wan-Ning Hsu*

臺灣破產法制之前世今生..... 吳淑如 99

Review of the History of Taiwanese Bankruptcy Law *Shu-Ru Wu*

【研究論文】

正義不該從偏見探尋

——論國民法官法「終局評議及判決」之制度設計

吳志強*

要 目

- | | |
|--------------------------------|-----------------------------------|
| 壹、問題緣起 | 參、國民法官法「終局評議及判決」之核心問題——構築雙向實質溝通模式 |
| 貳、現行法、草案版本與國民法官法關於「終局評議及判決」之設計 | 一、基於「相互主體性」達到「創發認知」之溝通目的 |
| 一、現行法、立法草案版本及國民法官法 | 二、事實認定 |
| 二、國民法官法之「終局評議及判決」制度背後之思維 | 三、量刑評價 |
| 三、小 結 | 肆、代結論 |

* 臺灣臺北地方法院法官、國立臺灣大學法律學研究所博士候選人。

摘 要

本文係針對國民法官法之終局評議及判決制度的設計予以說明。並認為立法者在設計制度時，兼採陪審、參審之優點後，調整評議多數決之人數，提升法官於評議時說服國民之難度，以貫徹審議式民主之理念，並且將法官、國民同時納入評議團體，則係期待不同價值觀之異質性團體可以促成多元思辨，而在判決書仍要求說明對重要爭點判斷理由，則係延續我國向來判決說理之文化。然而，制度上安排異質性團體評議並非當然能促成作成判決前有多元視角、不同價值觀點之討論，為避免異質性團體因欠缺共同資訊前提而阻礙實質溝通，本文淺見認為法院宜事先擬定評議進行之藍圖，促進國民參與之主體性以達到創發認知之目的，並對事實認定、量刑評價之評議方式提出建議。

關鍵詞：國民法官法、評議、溝通、相互主體性、事實認定、
量刑評價

壹、問題緣起

立法院於2020年7月20日第10屆第1會期第1次臨時會第3次會議討論我國已研議多年之人民參與刑事審判等草案，歷經逐條表決，並於同年月22日完成「國民法官法」之三讀程序¹。立法過程中雖曾就採行陪審、參審或陪、參審二制併行（下稱：併行制）有所論爭，並基於陪審或參審之思考脈絡，人民參與刑事審判之「終局評議及判決」制度設計有所不同，然本文以為「終局評議及判決」制度設計，並非僅是表象地就陪審、參審何者較佳之論爭，而是當司法系統選擇「以人審判人」之制度時，如何設計最能夠防止裁判者之公敵「傲慢」與「偏見」影響心證而釀成誤判之制度，「國民法官法」立法目的說明亦正係植基於此，著眼於法官與國民能雙向交流溝通、豐富法院作成判斷時之視角及內涵。惟在國民法官法通過之後，評議階段如何才能貫徹「雙向交流溝通」概念？具法律專業知識背景的法官與不具有法律專業背景的國民之間，如何實質性地評議達到判決形成之正當性要求？本文欲對此加以分析說明。

貳、現行法、草案版本與國民法官法關於「終局評議及判決」之設計

一、現行法、立法草案版本及國民法官法

刑事案件之合議案件評議應如何進行，在法院組織法（下稱：法組法）有明文規定，依法組法第101條至第106條規定，刑事合議裁判案件應依法組法所定法官人數評議決定²，以職業法官三人合議

¹ 立法院公報，109卷53期，請參照<https://ivod.ly.gov.tw/Demand/Meetvod?Meet=107703>（最後瀏覽日期：2020年10月16日）。

² 法組法第101條規定：「合議裁判案件，應依本法所定法官人數評議決定之。」；而依法組法第3條規定：「（第1項）地方法院審判案件，以法官一人獨任或三人合議行之。（第2項）高等法院審判案件，以法官三人合議行之。（第3項）最高法院審判案件，除法律另有規定外，以法官五人合議行之。」

之情形為例，評議時以審判長為主席³，評議內容於裁判確定前均不公開⁴，各法官之意見記載於評議簿，並應於裁判確定前保密，待裁判確定後，該案之當事人、辯護人或曾為輔佐人得聲請閱覽評議意見，但此與閱卷權不同，不得抄錄、攝影或影印⁵，而評議時陳述意見之順序以資歷深淺為準⁶，評議時如有不同意見時，以過半數之意見決定，如不同意見達三說以上者，以規定順次算入至達過半數為止⁷。至於判決書是否記載理由之規定，刑事訴訟法（下稱：刑訴法）第308條至第310條之3則就有罪判決書之記載內容與方式予以規範，其中有罪或無罪之判決均需記載裁判之主文與理由，有罪判決書應記載犯罪事實，理由得合併記載⁸，而除了科處一定程度之輕刑、免刑或簡式審判程序之判決書得以簡化⁹外，通常審判程序之有罪判決書需對「認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由」、「對於被告有利之證據不採納者之理由」及「如何決定量刑理由」¹⁰加以

3 法組法第102條規定：「裁判之評議，以審判長為主席。」

4 法組法第103條規定：「裁判之評議，於裁判確定前均不公開。」

5 法組法第106條規定：「（第1項）評議時各法官之意見應記載於評議簿，並應於該案裁判確定前嚴守秘密。（第2項）案件之當事人、訴訟代理人、辯護人或曾為輔佐人，得於裁判確定後聲請閱覽評議意見。但不得抄錄、攝影或影印。」

6 法組法第104條規定：「評議時法官應各陳述意見，其次序以資淺者為先，資同以年少者為先，遞至審判長為終。」

7 法組法第105條規定：「（第1項）評議以過半數之意見決定之。（第2項）關於數額，如法官之意見分三說以上，各不達過半數時，以最多額之意見順次算入次多額之意見，至達過半數為止。（第3項）關於刑事，如法官之意見分三說以上，各不達過半數時，以最不利於被告之意見順次算入次不利於被告之意見，至達過半數為止。」

8 刑訴法第308條規定：「判決書應分別記載其裁判之主文與理由；有罪之判決書並應記載犯罪事實，且得與理由合併記載。」

9 刑訴法第310條之1規定：「（第1項）有罪判決，諭知六月以下有期徒刑或拘役得易科罰金、罰金或免刑者，其判決書得僅記載判決主文、犯罪事實、證據名稱、對於被告有利證據不採納之理由及應適用之法條。（第2項）前項判決，法院認定之犯罪事實與起訴書之記載相同者，得引用之」；刑訴法第310條之2規定：「適用簡式審判程序之有罪判決書之製作，準用第四百五十四條之規定。」

10 刑訴法第310條規定：「有罪之判決書，應於理由內分別情形記載下列事項：

說明。

而立法審議過程中之草案版本¹¹針對「終局評議及判決」制度部分大致上可區分為三種方案，即：(一)國民法官草案（司法院版）、國民法官草案（委員版A）、國民法官草案（委員版B）、參審人草案¹²，均對國民與法官評議後的判決必須記載「對重要爭點判斷之理由」；(二)陪審草案¹³對陪審員評議後之判決，認為無必要記載判決理由，可以陪審團評決結果取代判決理由；(三)併行制草案¹⁴在採取陪審

一、認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。二、對於被告有利之證據不採納者，其理由。三、科刑時就刑法第五十七條或第五十八條規定事項所審酌之情形。四、刑罰有加重、減輕或免除者，其理由。五、易以訓誡或緩刑者，其理由。六、諭知沒收、保安處分者，其理由。七、適用之法律。」

¹¹ 按從立法院網站查詢相關法律提案及進度，可以知道109年度關於人民參與刑事審判的草案包含：(1)司法院、行政院函請審議的「國民參與刑事審判法草案」（下稱：國民法官草案〔司法院版〕）；(2)中國國民黨黨團委員提案的「公民參與刑事審判法草案」（下稱：參審人草案）；(3)台灣民眾黨黨團委員提案的「國民參與刑事審判法草案」（下稱：併行制草案）；(4)周春米、張宏陸、何志偉、莊瑞雄等委員提案的「國民參與刑事審判法草案」（下稱：國民法官草案〔委員版A〕）；(5)鄭天財委員提案的「國民參與刑事審判法草案」（下稱：國民法官草案〔委員版B〕）；(6)時代力量黨團委員提案的「刑事陪審法草案」（下稱：陪審草案），共計六個版本。請參照：<https://www.ly.gov.tw/Pages/Search.aspx?nodeid=106&sid=2>（立法院網站；最後瀏覽日期：2020年10月16日）。

¹² 國民法官草案〔司法院版〕第88條；國民法官草案〔委員版A〕第88條；國民法官草案〔委員版B〕第88條；參審人草案第88條均係規定「有罪之判決書，有關認定犯罪事實之理由，得僅記載證據名稱及對重要爭點判斷之理由，不適用刑事訴訟法第三百十條第一款、第二款之規定。」；而於立法說明則係均提及「……在審判與評議程序之相關程序均已臻完善前提下，自宜適度簡化判決書記載之內容，使法官得有更多時間及精力，專注於法庭活動及與國民法官之討論、評議上。是判決書只要記載『證據名稱』及『對重要爭點判斷之理由』即已合乎本法要求，爰參考日本刑事訴訟法第三百三十五條第一項、韓國刑事訴訟法第三百二十三條第一項之規定，訂定本條。……。」

¹³ 陪審草案第78條第2項：「前項判決書，除別有規定外，判決理由之記載得以評決結果及科刑建議代之。」；立法說明則係提及「……二、行陪審團審判之案件，既由陪審團之評議決定被告有罪與否以及在有罪時作出科刑建議，自無必要再由審判長另行記載判決理由，茲明文規定除別有規定外，得以評決結果及科刑建議代替判決理由之記載。……。」

¹⁴ 併行制草案第82條〔關於行參審制之判決〕：「（第1項）判決書之理由得僅記載證據名稱及對重要爭點判斷之理由，不適用刑事訴訟法第三百十條第一

裁判之情形，除了論處死刑的案件外，原則同陪審草案認無必要記載判決理由。嗣立法院正式通過之「國民法官法」，在「終局評議及判決」部分之規定，則係延續上開方案(一)之設計，於國民法官法第82條第1項、第2項規定：「(第1項)終局評議，由國民法官法庭法官與國民法官共同行之，依序討論事實之認定、法律之適用與科刑。(第2項)前項之評議，應由法官及國民法官全程參與，並以審判長為主席。」同法第83條規定：「(第1項)有罪之認定，以包含國民法官及法官雙方意見在內達三分之二以上之同意決定之。未獲該比例人數同意時，應諭知無罪之判決或為有利於被告之認定。(第2項)免訴、不受理或管轄錯誤之認定，以包含國民法官及法官雙方意見在內過半數之同意決定之。(第3項)有關科刑事項之評議，以包含國民法官及法官雙方意見在內過半數之意見決定之。但死刑之科處，非以包含國民法官及法官雙方意見在內達三分之二以上之同意，不得為之。(第4項)前項本文之評議，因國民法官及法官之意見歧異，而未達包含國民法官及法官雙方意見在內之過半數意見者，以最不利於被告之意見，順次算入次不利於被告之意見，至達包含國民法官及法官雙方意見在內之過半數意見為止，為評決結果。」同法第88條規定：「有罪之判決書，有關認定犯罪事實之理由，得僅記載證據名稱及對重要爭點判斷之理由」。可悉不論是

款、第二款之規定。(第2項)依第七十九條第五項決定之死刑科處，應於判決書中記載理由。……」；立法說明則提及：「……。在審判與評議程序之相關程序均已臻完善前提下，自宜適度簡化判決書記載之內容，使法官得有更多時間及精力，專注於法庭活動及與國民法官之說明上。是判決書只要記載『證據名稱』及『對重要爭點判斷之理由』即已合乎本法要求，爰參考日本刑事訴訟法第三百三十五條第一項、韓國刑事訴訟法第三百二十三條第一項之規定，訂定本條。……二、死刑之科處，涉及國家對人民生命權之剝奪，必須以最為慎重而嚴肅的態度面對，其所踐行之正當法律程序，亦應最為嚴謹，方屬實質正當。因此，當法官與國民法官全體作成科處死刑之決定時，應由受命法官於判決書中記載理由，爰明定第二項……」，同草案第86條〔關於行陪審制之判決〕：「(第1項)行陪審制之判決書，由審判長製作並簽名。除別有規定外，判決理由之記載得以評決結果及科刑建議代之。(第2項)第八十條及第八十二條第二項之規定，於陪審制準用之。」

事實認定或量刑評價，均需包含國民與法官在內之意見，而對照國民法官法之案件，由3位法官與6位國民作為裁判者¹⁵，擔綱裁判任務者共有9人，事實認定部分採取「2/3以上之多數決」（即6人），未達該比例則需對被告作成無罪或有利之認定；程序判決則「過半數」（即5人）之多數決即可；量刑評價部分非量處死刑之案件，以「過半數」之多數決（即5人），如量處死刑之案件則需「2/3以上之多數決」（即6人）；而有罪判決書就事實認定部分仍需記載「對重要爭點判斷之理由」。

二、國民法官法之「終局評議及判決」制度背後之思維

(一)融合陪、參審之優點後調整評議多數決比例

立法審議過程中，上開方案(二)、(三)曾提出行陪審制案件時之評決人數與判決無須附理由之設計對案，宜認是承繼英美法典型陪審制之制度設計¹⁶。然回顧陪審制發展之歷史，除了行英美法之國家或原屬大英帝國所屬殖民地外，歐陸之人民參與審判制度呈現了不同之樣貌¹⁷，而與英美法典型陪審制有所不同，且當人民參與審判之浪

¹⁵ 國民法官法第3條第1項規定：「行國民參與審判之案件，由法官三人及國民法官六人共同組成國民法官法庭，共同進行審判，並以庭長充審判長；無庭長或庭長有事故時，以法官中資深者充之，資同以年長者充之。」

¹⁶ 小坂井敏晶，人が人を裁くということ，2011年，頁10。按英格蘭、威爾斯、北愛爾蘭係陪審員12人、蘇格蘭則是以15人；美國、加拿大、澳洲、紐西蘭也是陪審制，而評決時除蘇格蘭採過半數外，基本上需要陪審員12人全員一致支持有罪判決。請參照小坂井敏晶，同前註，頁10；四宮啓，各国の陪・參審制—陪・參審員の選出方法」，參考網頁：http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai13/13siryous_list.html（最後瀏覽日期：2020年10月16日）。

¹⁷ 例如：(1)俄羅斯邦聯回溯自帝俄之亞歷山大二世大帝於1864年進行司法改革時即曾採取陪審制，1917年10月革命後廢除亞歷山大二世所有之法院，取而代之者為參審制（法官1名、參審員2名），1936年之蘇維埃社會主義共和國邦聯（下稱：蘇聯）憲法中規定參審法，但蘇聯瓦解後，1993年之俄羅斯於司法改革採取陪審（法官1名、陪審員12名），評決原則採全一致決、不能得到一致決時採多數決（7票以上），可知俄羅斯之人民參與司法制度曾從陪審改參審、又從參審改為陪審制；(2)德國則可追溯到以德意志1848年3月革命為契機，引進法國陪審制，當時限於重大案件且陪審員權限也有限制，而德意

潮席捲至東亞時，日、韓二國即便以制訂了與典型陪、參審不同制度方式，但均標榜著揉合陪、參審制之優點¹⁸。此無非係引進不同法

志邦聯內的各王國就輕罪案件（6月以下）則導入法官與國民共同合作之參審制，嗣於1871年德意志帝國成立時，曾討論過陪審制之存廢，而於1879年曾就輕微案件採取參審、中度案件由法官處理、重大案件採取陪審的分類方法，但實際上成效不彰，實質上僅由法官審理居多，因而於1924年廢止陪審制，刑事案件之人民參與則僅採行參審，德國參審制下，區法院負責自由刑2年以上、4年以下之案件，由職業法官1名、參審員2名組成，地方法院負責自由刑超過4年之案件，由職業法官3名、參審員2名組成；(3)法國從文藝復興時期至1789年法蘭西大革命之前，國家負責徵稅官員與法官等官職可作為販售之財產，如此一來法官淪為利益集團，加上大革命爆發前法官擁護王權而對抗革命政權，也促使了大革命後所研議的司法改革，以廢除法官作為樹立民主主義之表徵，並於1791年憲法及法律就刑事案件導入英格蘭的大、小陪審制，起初是陪審員12人（多數決：10人）、法官4人，有罪與否陪審員決定，法官只負責量刑，但大革命後伴隨而至之恐怖政治、革命熱情逐漸消退，陪審制逐漸地被認為是無用之物，陪審制之陪審員人數幾經更迭，自拿破崙時代採取嚴罰化，於1808年拿破崙法典中，修改制度改行有別於英格蘭的法國式陪審制，評決多數決改為12人中7人同意即可；拿破崙稱帝結束恢復王政，1830年7月革命後為強化人民權力，評決多數決改回12人中需8人同意、法官則從4人減為3人；其後多數決人數產生拉鋸戰，於1835年又改回7人同意即可、1848年第二共和再改回需8人同意、1853年拿破崙三世又改回7人同意即可，而事實認定交由人民、量刑交給法官之分工體制，進入20世紀後則土崩瓦解，1932年修法改由法官、人民一起量刑，嗣於1941年納粹占領法國北部、在其支配下的維琪政權主政下，轉變為法官與陪審員一起評決事實、量刑的德式參審制，1945年納粹德國戰敗後，戴高樂政權則將參審員人數從6人增加至7人、於1959年再從7人提高至9人，作成有罪判決必須得到法官及參審員之2/3以上贊成，此次法律修正，即便法官3人均認為是有罪，只要不能取得人民過半數（即9人中有5人）同意，則應為無罪判決；如法官3人均認為無罪，但參審員8人支持有罪的話，還是會認定為有罪；至於上訴審則由法官3人、參審員12人組成、共15人，需10人支持才能作成有罪判決。請參照：大河原真美，ヨーロッパの參審制度、陪審制度についての一考察—裁判員制度を視座に，地域政策研究，17卷4号，2015年3月，頁4-7；小坂井敏晶，同註16，頁17-21、27。

¹⁸ 村岡啓一，裁判員制度とその誕生，收錄於：後藤昭編，東アジアにおける市民の刑事司法参加，2011年，頁25；柳瀬昇，裁判員法の立法過程(一)，信州大学法学論集，8号，2007年3月，頁135、139；李哉協、禹志淑、李準雄、崔貞珉、申鎰基著，太田勝造、松村良之、木下麻奈子、岡克彦監譯，陪審員室で何が起きているか？—韓国における国民参与裁判のシャドウジャーリ—評議を分析する—，收錄於：太田勝造、松村良之、木下麻奈子編，日本人から見た裁判員制度，2015年，頁207。

制度國家必須思考是否制度上能否相容，若有扞格之處應思考如何調整，以避免產生橘逾淮而為枳之困境。立法過程中雖有以「終局評議及判決」制度是否讓國民與法官一起評議、判決書有無記載理由來區分草案版本係採取陪審或參審，但法律規範是社會的產物，世界各國因應國情，或有制定相同或不同、相異卻近似或同中仍有異等立法模式。從而，我國立法者或係考量我國屬成文法系國家，如貿然轉軌為判例法國家，相關制度變革過鉅，借鑑同為成文法國家之歐陸各國曾納入陪審制後產生之困境、東亞鄰國採取揉合陪、參審制等實績，在我國國民法官法制度整體設計上，關於逐案隨機抽選符合資格的民眾參與個案審理、採取卷證不併送、聲請人自主調查證據等部分，納入陪審之要素；而關於審理、評議階段參取合審合判、近似參審之要素，建構同屬符合我國國情及實態，融合陪、參審之優點之制度。

不過，融合陪、參審制之優點，相對地也要擔憂是否有可能導入了陪、參審之缺點。以「終局評議及判決」部分為例，日本所採行之裁判員制度於「評議」部分最常為人批判者為事實認定僅有過半數同意即可，從評議人數及組成來看，3名法官與6名裁判員的裁判組織，法官只需要在6名裁判員中拉攏2名即可¹⁹。而我國國民法官法雖然相當程度參考了日本裁判員制度，但立法者似亦有意識到評議階段形式上法官與國民之人數比例，在人數上與一般採行參審制國家迥異，而是以國民人數2倍於法官人數之方式制訂，蓋若與一般採行參審制國家相同的話，國民人數少於法官人數時，不僅發揮不了導入國民良識之目的，法官也會輕易地取得主導權；此外立法者亦係察覺到法官本身具有法律專業背景，對於初次踏入審判領域之國民而言，專業性背景因素就具有相當之說服力道，故在評議階段事實認定部分及量刑評價論處死刑之情形，係採取了「2/3以上」多數決的設計，從評議結果剛好符合2/3以上（即6名）人數來看，由於

¹⁹ 小坂井敏晶，同註16，頁9。

必須同時包括國民與法官之意見，可能的組成包含：1. 法官3名與國民3名、2. 法官2名與國民4名、3. 法官1名與國民5名等情，事實認定部分如果無法達到同時包含國民與法官之意見的話，依無罪推定原則、有疑唯利被告原則則應論處被告無罪或對被告作有利之認定；量刑評價部分，非死刑案件以最不利於被告之意見，順次算入次不利於被告之意見，至達包含國民法官及法官雙方意見在內之過半數意見為止，雖參考了法組法評議規則，但亦屬有利被告之立法模式，而如係死刑案件，未達「2/3以上」多數決不得量處死刑。是以，立法者在人數比例安排及調高評議門檻部分，其實均係以增加法官說服難度方向出發，嘗試從制度形式上初步解消前開裁判員制度之疑慮，貫徹國民參與審判係為了符合審議式民主之意義。

(二) 納入異質性團體之設計與延續判決說理之文化

評議階段納入國民與法官一同組成裁判者，應係為了讓非法律專業與法律專業之兩個群體有互相檢視意見、想法而讓討論能夠納入多元視角的理由。一般設想裁判產出過程是： $R [\text{Legal Rule}] \times F [\text{Facts of Case}] = D [\text{Court's Decision}]$ ，事實涵攝至法律當中得出結論，或者將法律代入事實中而得出結論，所謂「事實認定」既係作成正確裁判之前提，如果事實認定錯誤，不管是再好的法律，也沒有辦法得到正確判斷的期待。然而，裁判者要理解到所謂「F」（亦即事實認定）中，是透過證據及論理推論，面對證人在法庭上之證詞、擔任判斷該證詞內容是否可採，裁判者均有可能帶有主觀色彩的濃厚「S」（Subjective）。因此，作為裁判者之人應察覺到供述證據存在之不確定性，及判斷過程中無法避免帶有裁判者自身主觀價值，而盡可能減少、避免審判中「S」對作成裁判時之影響，此是制度設計上對裁判者最為重要²⁰，而若僅安排同質性團體（即上開方案(一)、(二)所主張）在評議階段，從社會心理學層面觀之，恐無法

²⁰ JEROME FRANK, COURTS ON TRIAL: MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE 24 (2nd ed. 1950).

防止在採取僅有國民獨立評議時之「群體極化效應（group polarization）」²¹和「從眾效應（bandwagon effect）」²²。是此，國民法官法之所以要採取合審合判，在評議制度納入國民與法官，無非係只要是選擇「以人審判他人」之裁判制度，擔綱裁判者便可能存在過度偏倚主觀而導致裁判偏誤之危險，立法者考量真正問題之根源，其實係來自「人審判他人的理性極限」，而欲透過制度設計導入異質性團體，防止因裁判者之最大敵人「傲慢（pride）」與「偏見（prejudice）」造成裁判偏誤。

此外，國民法官法第4條規定²³，國民參與刑事審判仍為刑事審判之一種，是行國民參與審判之案件，除國民法官法有特別規定外，仍應適用刑訴法之規定。而就刑事案件事實認定之心證形成，

21 所謂「群體極化效應」，簡單地來說，原本評議之進行是希望落實審議式民主主義之理念，然而，在無法避免新聞媒體所激起國民對被告之處罰情感時，尚未進行審判前，多數國民認為被告有罪、少數國民認為可能無罪，當經過檢察官、辯護人挑選結果，採取多數意見的國民較容易成為陪審員團體，此時呈現性質相近之均質團體，彼此間確認與均質團體內的其他人意見與自己之意見是相同之過程較為容易，且會強化自己所持意見之想法，因而產生了群體極化效應，如果沒有存在不同意見的少數，所謂不同意見之討論、思辨，則可能不會出現，被告方面之主張可能會被忽略的危險。請參照：柳瀨昇，裁判員制度の立法学—討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成，2009年，頁256-259。

22 而所謂「從眾效應」則係指進入陪審團之陪審員傾向有罪是多數意見時，此時即便有少數採取無罪之不同意見成為陪審團中之成員，其等在日常生活中沒有經常思辨磨練的話，原本希望提出不同意見的多元討論未必會出現；即便是作為少數意見提出了，也很可能無法令他人有所反省，反而是反過來說服自己想法是錯誤、不理智的，甚至認為應該和多數意見一致同調。也因此文獻上認為「……在『十二怒漢』中，是由八號陪審員開始提出不同的聲音，並且說服了其他另外11位陪審員，讓被告無罪釋放。但是在現實生活中，讓步的通常會是亨利·方達……」，甚至提出有研究認為如果要預測陪審團的判斷結果，最好的方法是看看在評議前看看大部分的陪審員贊成哪一邊，大概結果會有90%是一樣的。請參照：Adam Benforado著，堯嘉寧譯，不平等的審判，2016年，頁129。

23 國民法官法第4條規定：「行國民參與審判之案件，除本法有特別規定外，適用法院組織法、刑事訴訟法及其他法律之規定。」

刑訴法第154條第2項規定²⁴需依照「證據裁判法則」、同法第155條第1項則係關於「自由心證」之規定²⁵。因此，即便是擔任裁判者之人納入國民，由國民與法官一同審理，對個案事實認定之心證形成所要求遵守之規定相同，為擔保作為裁判者的國民、法官其等心證形成之合理性，制度面上要求有罪判決書必須說明理由則為其一²⁶；再者，相關研究亦有指出說明裁判內容可能得以增強說服、提高司法公正感受程度²⁷，亦得理解立法者就行國民法官法案件之判決仍要求記載理由，實係對人民提升對司法信賴有所助益。又國民法官法在事前採取「起訴狀一本主義」擔保心證形成避免預斷，事前擔保制度已有強化，但事後限制，就上訴審進行事後審查部分已有所限縮²⁸，故而即便判決書所記載內容已有簡化，鑑於行國民法官法案件係以「爭點」為主軸而進行²⁹，立法者要求判決書需記載「對重要爭點判斷之理由」，從立法說明可知，由國民和法官一同擔任裁判者所作成之判決，仍不能逸脫證據裁判法則，要以眼見、耳聞之證據，依經驗法則、邏輯推演後作成判斷，仍須就重要爭點作成之判斷結果將理由記載在判決書。職此，有罪判決之所以仍需記載重要爭點理由的緣故，第一個面向係讓裁判者正視、梳理自己心證形成

²⁴ 刑訴法第154條第2項：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」

²⁵ 刑訴法第155條第1項：「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」

²⁶ 庭山英雄，自由心証主義—その歴史と理論，1983年，頁20-22。

²⁷ 板山昂，裁判員裁判における量刑判断に関する心理学的研究，2014年，頁167。

²⁸ 國民法官法第91條：「行國民參與審判之案件經上訴者，上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限」；國民法官法第92條規定：「（第1項）第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原審判決不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷。但關於事實之認定，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷。」

²⁹ 以被告涉犯殺人未遂或傷害既遂案件為例，當客觀事實是被告在持水果刀刺進被害人腹部時造成大量出血、被害人因送醫救治而保存一命時，「被告主觀上有無殺人犯意」則為「重要爭點判斷」。

的過程，到底心證形成後之決斷能不能夠符合自己所見所聞的證據，如果無法基於自己所見所聞的證據推導出來的話，其等所作成之決斷，可能會無法符合證據裁判原則，形成判決結果之心證形成恐有所偏誤；第二個面向則係對收到有罪判決之被告而言，其能查看、檢視判決理由有無不能說服自己之處，有罪判決有記載重要爭點之理由，才能顯示作為裁判者之國民、法官的心證，也才能有機會讓收到有罪判決之被告指出判決理由何處認定不對、不能從證據推導、不符合經驗法則及邏輯推演之處，並據此提起上訴；第三面向則係自心理層面著眼於提高人民對司法公正感受而反映在制度設計的環節。職是，國民法官法仍要求有罪判決對重要爭點說明理由，無非係延續了我國向來採取判決說理之文化脈絡，強調裁判者有義務去解釋自己作成的判決理由為何，確保判決審議過程中之透明化，同時有助於提升司法系統之責任。

三、小 結

綜上所述，立法者所通過之國民法官法中關於「終局評議及判決」制度之設計，無非是希望在「終局評議及判決」制度設計上納入「異質性團體」，讓來自社會不同階層背景、非法律專業的國民與職業法官共同討論，透過國民法官與職業法官專業與非專業之雙方互相交流、回饋想法，可豐富作出判斷時之視角與內涵，也符合審議式民主之理念，而由國民與法官所帶來之多元觀點，抑或可在避免「群體極化效應」與「從眾效應」之問題上發揮良好效能，甚至讓獲得不同視角、內涵之法官，也能適用在其他非適用國民法官法之案件，作成決斷時也能有更加多元思辨、觀點；且國民法官法之判決對「重要爭點判斷」仍需說明理由之設計，除因審判、評議均已確保國民法官與法官就案件之重要爭點進行充分意見陳述、討論，為使法官得有更多時間及精力，專注於法庭活動及與國民法官之討論、評議上，自宜適度簡化判決書記載內容，僅記載證據名稱、將有罪判決之理由縮減至重要爭點判斷外，某種程度則係延續

了我國向來有罪判決附理由係為了「讓裁判者重新梳理、檢視心證是否正確」的裁判文化脈絡，另一層面之思考則係讓受判決之被告能確認理由後決定是否接受。因此，本文淺見認為立法者之立意甚佳。惟在制度正式施行前，仍需進一步思考實踐面應如何運用，蓋制度上雖納入異質性團體，並不代表著就必然會產生多元意見，試想倘若評議時沒有形成自由的氛圍，來自不同社會階層的各式各樣視角、內涵很有可能不會在評議時提出；假使異質性團體的組成無法解消雙方認知上的落差，也很可能沒有辦法達到國民充分參與之目的。爰此，立法者在形式上制訂立意甚佳之制度後，裁判者如何實際上賦予該制度生命，並使制度能發揮預期效用，落實國民法官法制度設計之目的，在終局評議及判決階段法官與國民應如何踐行溝通，將是能否達到國民充分參與、自主性地表達意見之關鍵。

參、國民法官法「終局評議及判決」之核心問題 ——構築雙向實質溝通模式

一、基於「相互主體性」達到「創發認知」之溝通目的

(一)防止拒絕溝通之危險與單向式之教室型評議

國民法官法第82條第3項規定³⁰賦予審判長在終局評議時之諸多任務，其中如何賦予國民自主陳述意見、充分討論之機會及確保國民善盡獨立判斷部分，誠屬「終局評議及判決」階段之核心，惟實踐此一核心領域的困難點，可能不在法律規範如何制定，而在於人與人之間的心理因素、語言使用以及溝通理論的運用。從制度面上可知參與適用國民法官法案件之國民，其事前並無任何刑事裁判之知識與經驗，過程中亦無任期制，往往經初步選任後即進入刑事審

³⁰ 國民法官法第82條第3項規定：「評議時，審判長應懇切說明刑事審判基本原則、本案事實與法律之爭點及整理各項證據之調查結果，並予國民法官、法官自主陳述意見及充分討論之機會，且致力確保國民法官善盡其獨立判斷之職責。」

判要與法官進行討論，此異質性團體之組成在溝通上可能面臨之難度，或可比擬為「不同文化者間之溝通」，當不同文化者間進行溝通時，可能因特定問題、對象之前提知識未能理解及視點認知有所不同時，導致雙方討論時難以順利開展³¹。並且，關於刑事裁判經驗、對於事實認定複雜性之處理、法律知識與案件相關連的資訊等對案件整體之對應性，法官與國民間確實是存在相當程度之差距，從此一視點觀察，法官與國民之組成屬於「非對稱之評議組合」³²，故而在雙方之發言交流溝通之結構上，亦須避免產生之「單向式之教室型評議」，亦即需防止法官發問、國民回答、法官再評價答案正確與否之情形，及開始評議時即凸顯三名法官站在同一陣線上，令國民評議時感到疏離，而無法融入討論或根本放棄討論、順從法官群體意見的情形發生³³。因此，為能令法官與國民間圓滑地進行具有效果的溝通模式，適用國民法官法之案件，審判長於事前周延評估、設計「評議時之溝通進行藍圖」，應係不可或缺之環節。

31 高木光太郎，裁判員の「十全な参加」とはどのような状態か—心理・コミュニケーション上の特性の検討，收錄於：三島聡編，裁判員裁判の評議デザイン—市民の知が活きる裁判をめざして，2015年，頁41、43。

32 三島聡，裁判員制度の意義，收錄於：三島聡編，同前註，頁10。

33 按觀察「發言交流、討論之結構」，如呈現「發問（initiation）」、「回答（response）」、「評價（evaluation）」之I.R.E.連鎖結構，法官與國民間的關係會變成「單向式之教室型評議」，由法官掌握評議之主導權，形成非對稱之教室型問答，例如：(1)審判長提問，某一國民回答，待國民回答後，審判長對國民回答內容給予正確與否的評價；(2)雖然由國民先提問進行討論，但過程中法官與國民間尚未形成夥伴關係之對話型態時，法官便打斷其發言並給予正確與否的評價。除此之外，如在評議時一開始，法官三名便表示意見讓國民感受到評議團體中，明顯地形成法官團體的整體意見時，此時國民可能會對溝通、討論望而卻步，法官亦會很容易地取得主導權，例如：(3)審判長發問後，法官們率先表示意見，再由人民回答；(4)審判長先表明對案件爭點之結論，法官則接著表示支持審判長對結論之看法，審判長則進行下一個爭點的問答。請參照：森本郁代，デザインな評議の問題点——教室型コミュニケーションと素朴交涉及び評議の進行過程に表れる問題，收錄於：三島聡編，同註31，頁56-57。

事前設計評議時之溝通進行藍圖，其目的應係讓國民與法官所組成之全體成員在參與評議過程中具有主體性，除法律專業之法官外，參與評議之國民們能夠說明形成判決結果之理由為何，亦即國民們「對事實認定及量刑評價之結論為何如此」乙節，當參與程序的國民們遇到此等問題達到能回答之程度，且適用國民法官法之案件係以納入不同階層、背景的國民之聲音，讓國民能理解並自主地表示意見，均係確保討論過程能納入不同觀點³⁴。同時，國民法官法之裁判理由係兼及國民與法官之見解、價值觀點，該判決之重要爭點附理由方能讓社會大公眾具有了解之可能性，此些因素均係為形塑適用國民法官法之判決正當性。

(二)擬訂促使充分參與之評議溝通藍圖

事前設計評議時之溝通進行藍圖，首先應將國民置於與法官一樣「對等」、「主角」的角色³⁵。蓋「評議時之充分參與」必須讓國民與參與評議間產生實質性關聯，而人與人間運用語言進行溝通時，並非僅是簡單地「參與溝通」或「不參與溝通」，而是包含下列幾個層次之概念，亦即(1)「協調行為 (coordinated action)」，雙方進行語言溝通展開時，其實不只是以語言作為媒介的取得資訊，而是一方於適當時點、以適切方式向對方之發話，並予以回應、附和，適時地向發話者互動中，包含微妙地身體相互調整之協調行為；(2)「相互主體性 (intersubjectivity)」，此一層次係指對話者們具有一定程度、共同具備之知識和經驗，現實上進行溝通時能在此前提下產生理解之狀態；(3)「創發認知 (Innovate/emerge)」，溝通不僅是單純地知識、資訊交換，而是存在產生雙方原本都不具有之新認知的可能性，亦即對話成員之個別認知統整、總合後，可能令

³⁴ 西條美紀，外在化と共有のための評議デザイン，收錄於：三島聡編，同註31，頁79。

³⁵ 三島聡，同註32，頁9；守屋克彦，法施行前に実施された法曹三者主催の模擬裁判，收錄於：三島聡編，同註31，頁19。

對話群體產生新的創造發想³⁶，而評議時充分參與之程度需達到基於「相互主體性」達到「創發認知」之目的。其次，由於國民法官法之制度設計係安排法官、國民兩個異質性團體一同討論，因而在確立「相互主體性」時則需花費相當程度之心思，蓋國民與法官一同評議之狀況，與僅由職業法官群體所進行之評議不同，國民並不具有法律專業、審判經驗，評議範圍時雙方必須理解證詞、物證、檢辯雙方之主張、與案件有關之法律、評議順序、裁判規則等多樣、大量之資訊，一方面國民要能夠理解此些前提事項，倘若此些資訊如果法官和國民間不一致的話，後續評議時之討論，可能產生混亂，變成無法達到合理之結論，甚至因產生「拒絕溝通」的危險³⁷。是以，在事前設計評議溝通藍圖時，從評議的環境、使用之工具（如：便條紙、白板、圖表等）及實質對話進行等環節，需均營造國民與法官一樣具有主體性之地位。

而在實質對話進行部分，負責主持評議程序之審判長及參與評議之法官，除係具有基於證據作出判斷之裁判者角色外，尚具有實踐溝通交流之討論者，以及賦權（empowerment）予國民之程序促進者。扮演評議程序之「促進者」角色時，審判者及法官們需清楚地向國民傳達在評議階段，國民和法官均是在對等地位上之發言，在討論後之評決也都是平等的一人一票，必須營造國民與法官一同自由討論之氛圍、容易進行討論的環境³⁸，且在能夠獲取共同具有正確

³⁶ 高木光太郎，同註31，頁42-43、45。

³⁷ 高木光太郎，同註31，頁45。

³⁸ 松本芳希著，陳思帆譯，裁判員審判評議中法官的角色——實體法解釋等法律概念之說明、量刑評議（量刑檢索系統之運用等）、至達成評決為止的意見整理，司法周刊別冊，1900期，2018年5月，頁22-25。又按相關心理學研究亦指出：讓程序參與者感受程序之公正，縱使最後判決之結果與其主張不同，亦能提高其對於判決結果的公正感受，此即為「公正過程效果」，請參照：板山昂，同註27，頁143。職是，當審判長及法官們與國民們進行評議時，熟稔評議討論過程之法官們需營造自由、對等的氛圍，讓國民們勇於表示自己之看法、意見，審判長及法官們不將自身意見強加諸於國民們，亦不宜一開始直接表明自身意見，而係以簡單易懂的方式反覆討論等情，誠屬重要。

資訊之前提下開展。再者，當促進者之角色上轉換成實踐溝通之討論者角色時，宜讓國民先發言，期待全體成員都能傾聽、回應各個國民及法官之意見後，形成具實質參與感之評議夥伴關係，且因法官與國民評議被期待者能進行多角度、面向之事實認定和量刑檢討，除有意見未依附於當事人雙方所出示之證據、明顯違反經驗、論理法則³⁹，或逸脫法律規範之情形外，法官表示意見時需留意不宜

³⁹ 按所謂「明顯違反經驗、論理法則」有時候並非在討論過程中容易地判斷，例如：以「被告是否係犯罪行為人」為爭點之案件為例，當檢方提出DNA鑑定報告、被告曾有犯竊盜之前科紀錄等證據，主張在失竊車輛上的菸蒂、檳榔渣檢驗出有被告之DNA時，是否能立即證明被告即為竊取車輛之行為人？由於DNA鑑定報告性質一般認為是客觀、科學證據，當沒有其他採證、檢驗流程瑕疵時，對國民之事實認定的心證形成上來講有著強大的影響力。然而，在經驗、論理法則之推論過程中，「DNA鑑定報告」依經驗、論理法則雖能證明被告曾停留待在该失竊車輛上，但實際上可能情形有：(1)該菸蒂、檳榔渣是被告竊取車輛時所留下之物、(2)被告搭乘他人所駕駛之贓車時所遺留之物。此際，如欲以科學鑑定或鑑識（如DNA鑑定、指紋鑑識）犯罪現場所殘留之物質痕跡等間接證據證明被告即為犯罪行為人，仍須有其他證據綜合推論，蓋以間接證據推論被告在犯罪現場，而再進一步地推論被告實行犯罪行為時，因推論時仍需其他具可信性之證據綜合觀察認定「被告實行犯罪行為之過程」，若無而逕以該科學鑑定或鑑識認定實行犯行過程，該推論認定結果恐有偏誤。對此，如能針對不同類型之案例有系統地彙集整理、建構「證據結構」分析模式，將有助於法官不僅在非行國民法官法之案件使用，在行國民法官法之案件評議中亦能有效善盡參與溝通、交流意見討論者之角色。而我國實務見解曾有提出「證據結構」分析之論證模式。請參照：最高法院107年度台上字第3910號判決意旨：「……按稽之卷內資料，警方尋獲失竊小貨車後，在其儀錶板下菸灰盒內查獲之菸蒂、檳榔渣，經檢驗其DNA—STR型別與上訴人相符，固可證明上訴人曾停留車上之事實，惟該菸蒂、檳榔渣究係上訴人竊取車輛時遺留？抑或搭乘他人駕駛之贓車而遺留？均有可能，在無證據證明前，自未可任執一端。上訴人雖未能就其所舉有利於己之事實證明其存在，然已盡其形式舉證責任，除非有積極證據證明其犯罪行為，不能以其辯解不能成立，即遽為其有罪之認定。本件依卷內證據資料，似無直接證明上訴人竊取失竊小貨車之證據，而警方於案發後復未能在失竊小貨車之駕駛座、方向盤、門把等處採得上訴人指紋或其他生物跡證，而得推論上訴人曾駕駛失竊小貨車，間接證明上訴人竊取失竊小貨車，至於車上查獲之菸蒂、檳榔渣，雖足證明上訴人曾停留車上之事實，然未能逕予排除上訴人係搭乘他人駕駛之贓車而遺留之可能性。原判決未予說明何以該菸蒂、檳榔渣可以證明上訴人竊取失竊小貨車之理由，遽以上訴人曾停留失竊小貨車及其辯解不能成立，即認定上訴人竊盜，稍嫌速斷，與證據法則難認無違……」；臺北地方法院107年易字第762

以給予評價之方式進行。國民與法官之評議程序立基於「相互主體性」開展對話，不僅較能契合刑訴法要求裁判者形成有罪心證時所需達到「毫無合理懷疑之確信」之要求⁴⁰，更是為了提升評議進行品質，使得評議成員們能受到多樣性觀點刺激之優點，讓國民與法官同樣具備檢討案件、充分討論的必要資訊之上，形成透過異質性團體討論而產生不同觀點之理解，以達到「創發認知」之目的重要基石。而就評議階段包含了「事實認定」及「量刑評價」兩個重心，宜採取何種模式進行及具體操作方式為何，衡酌國民法官法之「終局評議設計」與日本裁判員制度間有異曲同工之妙，是以參酌我國模擬法庭實際模擬後之研討經驗⁴¹，及考量日本裁判員制度學理上之見解後提出淺見。

號判決意旨：「……是偵查機關如欲以科學鑑定或鑑識（如DNA鑑定、指紋鑑識）犯罪現場所殘留之物質痕跡等間接證據證明被告即為犯罪行為人，尚需其他直接或間接證據綜合推論，蓋以間接證據推論被告在犯罪現場，欲進而推論被告實行犯罪行為時，因推論時需認定『被告實行犯罪行為之過程』，不得僅以被告所辯不可採信而逕予認定被告即為犯罪行為人，倘若未有其他具可信性之直接或間接證據綜合觀察，而係以科學鑑定或鑑識（如DNA鑑定、指紋鑑識）予以認定，推論認定結果恐有偏誤；又科學鑑定、鑑識之證據，除因鑑驗過程滅失（如毒品、子彈）外，應具再現性，即此類型之證據信用性需事後能再次確認，若此類型證據之採證、保管過程產生誤失，則將動搖認定事實之證據結構……本院考量上開情形及員警方於案發後復未能在該自用小貨車之駕駛座、方向盤、門把、排檔桿等處採得被告○○○之指紋或其他生物跡證，參酌前開實務見解之意旨，尚難僅以該自用小貨車駕駛坐墊踏板之該飲料瓶口，檢驗出與被告○○○相符之DNA—STR型別，逕予推論、證明被告○○○與竊取失竊該自用小貨車……。」

40 按評議時重視所謂「相互主體性」之概念，在事實認定上亦應與以「相互主觀之合理性」認定「事實」之標準契合，而「相互主觀之合理性」強調審判過程要做成有罪判決之裁判者，以刑事訴訟程序之語言框架內其他理性之他人置於法官的位置時，在同樣之具體、現實狀況之前提下，能同樣形成之確信程度為目標，同時「相互主觀之合理性」標準也較符合刑事訴訟所稱有罪確信之程度係達到毫無合理懷疑的程度。關於事實認定的相互主觀之合理性標準，請參照：增田豐，刑事手續における事實認定の推論構造と真實発見，2004年，頁176-178。

41 司法院國民參與審判網站，<http://social.judicial.gov.tw/LayJudge>（最後瀏覽日期：2020年12月29日）。

二、事實認定

(一)以論告、辯論為對象進行「評價性評議模式」

評議階段包括「事實認定」及「量刑評價」二部分，事實認定評議如未能順暢進行，後續之量刑評議則必然係更加困難重重。由於從準備程序、審理進行均強調需以「爭點」進行，可預見在評議階段法官與國民們所進行的模式之一，即係由法官就案件所需使用之法律概念及構成要件向國民說明，其後沿著該案件之分段理解，與國民討論是否讓構成要件，甚至由法官製作爭點整理圖表，帶著國民依照爭點整理進行討論，將當事人雙方論告及辯論暫且擱置在旁，此由法官製作供述比對圖、責任能力等法律概念之說明圖表，將國民納入刑事裁判領域中，對刑事訴訟程序進行熟稔、練達之法官可能會採行之評議模式，可稱為「釐清解說型」之評議模式⁴²。然此一模式進行往往需耗費諸多時間讓國民了解法律概念，法官此時作為說明者面對國民的質疑不斷地加以回答，將造成法官與國民間很難順暢進行活潑地討論⁴³，同時對照前開對發言交流、討論結構，也很容易有淪為「單向式之教室型評議」之疑慮。

同時，評議討論時可能因為國民對當事人雙方之主張與其主張所依據證據之關係、及當事人雙方所依據之證據與證據間的關係未能夠充分理解，或討論內容尚未讓全體成員共同理解之前提，如何進行討論只有法官方面能夠理解，甚至是國民對審判長之發言究係基於促進者角色針對討論進行內容整理，或係作為討論者而發表對案件的看法等情形未能夠充分理解，進而產生評議時的各種障礙⁴⁴，

⁴² 守屋克彥，同註35，頁20。

⁴³ 最高裁判所事務總局刑事局，模擬裁判の成果課題，判例タイムズ，1287号，2009年3月，頁36。

⁴⁴ 按可能產生之問題包含：(1)國民對案件進行經過沒有掌握、(2)國民所表示之意見與爭點沒有關聯性、(3)國民與法官討論時呈現七零八落提出意見沒有深入討論、(4)討論未有整理與案件發生經過之爭點、(5)評議討論過程中總是一再重複先前討論過之事項、(6)獲得結論前沒有經過充分的討論。請參照：森本郁代，同註33，頁64、75。

甚或是：當事人在審理時說明犯行之時序有誤，部分國民因誤解而繼續評議時，事實認定之作業上會產生混亂，或審判長對於評議之進行方式未有明確表示，國民對評議如何進行之概念未有取得共同認知而事先預見，只能依審判長每次之提示來針對審判長拋出之話題進行討論，如此輕率地評議未能伴隨俯瞰整體之總合檢討，亦有陷入「單純交涉 (naive negotiation)」之危險性⁴⁵。是故，為避免立法者採取異質性團體制度設計將反而產生不適切的評議方式，或可採取「評價型評議」之模式，亦即以辯護人之辯論為基礎，對檢察官之論告進行檢討、評價，遂行審議檢察官之舉證是否已達毫無合理懷疑的確信程度，由於評議討論之對象係「檢察官之論告內容」，作為先前已面臨直接、言詞審理之公判程序，即使是欠缺法律專業之國民也能較容易、清楚地了解評議時所要議論之對象為何，換句話說，國民進行事實認定之評議係在緊接著論告、辯論後，國民們對論告、辯論內容印象深刻，藉由對照辯護人之辯論，來確認檢察官論告所提出來的證據能否證明起訴之主張，如此一來國民在評議階段時能容易理解審理過程中所應決定之爭點，也能符合國民法官法各該程序中所強調聚焦、集中在本案「爭點」、以「眼見、耳聞」之方式進行容易理解的審理⁴⁶。職此，在「事實認定之評議」階段，如能落實「評價型評議」模式，一方面應可減少程序進行所需之勞力、時間，另一方面亦能較容易促使國民與法官取得共同資訊理解之前提，讓國民對基於評議結果所作成之判決也能說明理由為何，合於對適用國民法官法之案件所作成的判決正當性

⁴⁵ 按「單純交涉 (naive negotiation)」在日常生活之中所進行之對話並非是太大的問題，因為人與人之間所進行日常生活中與他人之片面性對話，不一定會要求發話者舉證證明依據何在；但由於審判必須依證據進行裁判，評議過程中，裁判之作成必須依逐一地檢視證據，依證據判斷主張是否合理而推導出結論，如果參與評議者提出之意見沒有依證據進行時，評議過程卻放任這樣的討論持續下去，是無法得到合理之結論。請參照：森本郁代，同註33，頁55；高木光太郎，同註31，頁45-46。

⁴⁶ 守屋克彥，同註35，頁20-21。

需求。

(二)「評價性評議模式」之操作建議

參與評議階段的國民們需與法官一同進行事實認定、量刑評價，本文認為於「事實認定」層次，宜延續論告、辯論後之「評價性評議模式」的構想，具體如何進行，或宜從「場所」、「使用工具」及「評議進行方式」三個部分構築、設計評議進行時之溝通藍圖。首先，關於評議「場所」之部分，從桌椅選擇、席次配置、記錄方式及評議室之利用空間（如：1.讓法官們與國民們間距離相等、不會過遠之圓桌，2.不要法官們坐一邊、國民們坐一邊，3.不宜放置會讓參與者分心、與評議討論無關之物品，4.室內溫度、明亮度適宜），均可能影響後續溝通之進行，在設計上宜考量「避免參與評議者間出現潛在性之派系（如：職業法官、非法律專業之國民法官彼此壁壘分明）」，防止同質性團體的聚集而排斥立法者原先預期之異質性團體間互動，席次配置不當則可能造成國民們不願意發言，反之配置得當（如：1.法官們與國民們交錯入坐，2.法官們評議時不穿法袍等），則能促進、活絡討論之進行；並將事實認定層次所需運用之上位原則（如：舉證責任、證據裁判、無罪推定、罪疑唯輕等），以簡易白話、易於了解之方式作成海報，張貼、懸掛在評議室的牆壁上（如：1.檢察官要證明被告有罪，2.只能依照「證據」判斷，3.真偽不明時，要作成對被告有利之判斷，4.法官與國民的意見同樣重要，5.法律解釋由法官說明）⁴⁷，讓參與者均能一目瞭然，使國民們在評議作成決斷時，均能隨時注目到需遵守此些上位原則。

其次，關於「使用工具」部分，第一、可運用「便利貼、白板及PPT簡報程式等」，核心概念則係讓參與者們的想法、意見可能自

⁴⁷ 大塚裕子，評議デザインの具体的方法—環境設計の必要性，收錄於：三島聡編，同註31，頁93、99、101-102、105；大塚裕子、本庄武、三島聡，評議デザインの具体的方法—付箋紙法，收錄於：三島聡編，同註31，頁114。

主地提出，須留意的步驟為：1. 法官與國民們對個別證人的證詞內容，依證詞所對應爭點之情事，一次使用一張便利貼；2. 法官與國民們各自在便利貼上書寫其能回想起之證詞內容，約10至15分鐘，開始書寫前要告知書寫時間，但由於不同的爭點，證人在審理時所提供之證詞內容資訊程度可能會有所不同，故時間上應依具體情況而有所調整；3. 再將法官、國民們所書寫之便利貼，依照案情時序貼在白板上；4. 證詞內容不同者，可使用不同顏色的便利貼或不同顏色的白板筆，讓不同證詞內容能夠容易區別；5. 當關於所有證詞內容之便利貼均以貼完後，讓作為評議程序參與者之法官、國民們全體進行確認，待確認後作成「證詞對照表」，甚至若審理階段行證人詰問時有全程錄影的話，則於評議時遇到彼此對證詞內容認知不同時，則能夠立即回顧當時該證人所述內容予以確認；6. 此時，可運用手機或相機予以拍攝後加以列印，將「證詞對照表」發給所有參與評議的成員，作為最後評議時之資料⁴⁸。第二、評議前之論告、辯論過程搭配「證據構造焦點化」方法，亦即：論告、辯論使用圖表製作證據構造圖表（如附表），以圖表方式顯示檢、辯雙方主張與證據間之關係，讓評議階段之參與者全體均能對評議對象明確地了解，蓋論告、辯論結束時，對檢、辯雙方之主張和其提出證據依據給予評價，對具有法律專業之法官而言，屬於已經結構化的知識，但對於國民們而言，往往是陌生的領域，運用「證據構造焦點化」方法，有助於讓國民們理解⁴⁹。第三、除了硬體外，在語言運用上，審判長與法官們需注意因具有多重身分（如促進者、討論者等）特質，是以發話時語言使用大致上可區分為四種類型：1. 宣言（即宣布、宣告決定事項、過程中已決定事項）；2. 整理（即提示、展開、確認、收斂討論之話題）；3. 解說（即法律概念之解釋和說明）；4. 陳述（即個人之意見和判斷）等⁵⁰，宜讓國民們能清楚

⁴⁸ 大塚裕子、本庄武、三島聡，同前註，頁113。

⁴⁹ 西條美紀，同註34，頁84-86。

⁵⁰ 西條美紀，同註34，頁88-90。

地知悉屬於哪種類型的語言，方不至於造成混淆。至於「評議進行方式」部分，「評價性評議模式」需掌握：1.任何參與者均能自由、平等地討論，為進行創造性的討論，宜避免評而不議的情形，及每個參與者之發言需具體、著眼於討論話題，與適度地以提出不同觀點質疑來刺激思考，而不應作人身攻擊，避免批判他人意見而只主張自己意見的情形；2.參與者能跨越自身所屬之團體而表示意見，以容易說明理解、互相理解之心情進行議論；3.區分「客觀事實整理」與「個人情緒」，並能同時兼顧兩者，在多樣化的意見上，以跨越不同意見作成提案為目標；4.活用白板、簡報程式之紀錄，記載參與者依時序之發言內容，發言內容包含評議對象內容構造及證據之關係，檢、辯雙方的爭點與對爭點思考之方式，及作為判斷之材料；5.以國民們視角來掌握事實，整理證言的時間序列，創造出判斷有罪、無罪之必要背景資訊，讓國民們能和法官們具有共同認知之狀態等概念⁵¹。若能適切地運用這些工具、語言及進行方式則或能防止評議的討論過程因失去思考判斷順序而無法順暢地進行，同時讓評議程序參與者均能提出自己之認識內容與意見，減少被他人意見左右之情形，符合公平性、主體性之要求，並能讓全部評議成員對全體意見能夠一覽無遺，而讓國民們能夠輕易地掌握、聚焦，容易地進行、開展評議討論。

三、量刑評價

(一)量刑目的解說、因子檢討及刑度決定之三階段模式

事實認定評議後之量刑評議，係將被告之犯行所對應的刑事責任予以數量化之過程。然不可諱言地，量刑評議時關於刑罰目的、視角與量刑因子間如何綜合評價屬國民所不熟悉之事項，相較事實認定時採行「評價型評議」模式，直接延續論告、辯論之內容進行評議，量刑評議階段恐無法避免先採取「釐清解說型」模式，再以

⁵¹ 請參照：大塚裕子，同註47，頁97、101；西條美紀，同註34，頁86-87。

「評價型評議」基於科刑辯論時之脈絡進行討論交流⁵²，但國民法官於量刑評議納入國民觀點，亦存在著反映國民情感與不同背景經驗之目的，「釐清解說型」之運用宜適度予以調整，進行評議時法官仍需確保國民具有自主決定之主體性。簡言之，「釐清解說型」運用儘量限於刑罰目的與量刑評價之視角，蓋刑罰目的即應報、一般預防、特別預防等一般性目的，國民未必能知悉，且量刑評價之視角並不僅止於「犯罪重大性」、「犯罪預防」，「更生復歸」亦屬量刑評價之重要視角，倘若讓來自不同背景之國民提供多元思考觀點，量刑評價之視角說明不宜偏廢，如此國民與法官間才能具備共同資訊之前提，讓國民能夠了解因量刑評價具有多面向性，才能觸動來自不同背景之國民其人生歷程中之經驗，而在量刑評價之評議時予以反饋。其次，量刑因子檢討時，關於不同之量刑事實，法官間可能也存在對立之看法，國民在參與量刑評價之進行時則可能會更加困難⁵³，因而在我國之量刑基準（Sentencing Guideline）還未制定前，當事人雙方宜活用量刑趨勢建議系統，準備程序時就需檢索之量刑事實為何、該量刑事實屬加重或減輕事由等情整理為量刑爭點，並在科刑調查階段進行情狀證人、情狀鑑定或其他與量刑相關證據之調查後，由雙方提出檢索後之量刑結果，依個案情節進行科刑辯論，量刑因子之檢討才能依循當事人雙方所提出之個別量刑事實進行「評價型評議」模式，並以各該量刑事實對應「犯罪重大性」、「犯罪預防」，「更生復歸」及「其他類型」⁵⁴等數個視角列出有利、不利之評價，某量刑情事可能同時具備有利或不利之量刑評價，則需列為討論時之爭點予以討論、交流。

⁵² 本庄武，量刑評議，收錄於：三島聰編，同註31，頁242-245。

⁵³ 按因國民未必具備刑罰目的、量刑評價之前提知識，對於量刑後之刑罰處遇的實際狀況可能也不了解，這此情況下，國民在量刑評價評議時會存在許多不安之情形，應該是可以預見的。

⁵⁴ 按「其他類型」係指無法立即劃歸「犯罪重大性」、「犯罪預防」，「更生復歸」三個視角之類型，例如：偵查機關之違法偵查手段等量刑事實，則可能被劃歸為其他類型。

此外，就刑度決定階段，需留意審判核心之重要價值——「量刑之公平性」，蓋具體個案之量刑評價基準，係以對犯罪行為之應報性非難（即對犯罪行為之責任——行為責任），對該行為相應之責任予以科賦刑度，以反射地達成一般預防之效果，以此避免因犯罪重大性而過於偏重犯罪預防觀點而給予過重之刑度。而量刑刑度決定之流程係大致上以「犯情事實」決定責任刑之大致框架後，再就「一般情狀」考量對於被告有利、不利事項後進行微調⁵⁵，以往只有法官行評議之案件，往往較容易依循量刑行情，在過往司法實務累積之案件中找出量刑刑度之框架內，再依個案情狀而調整量刑⁵⁶，某種程度在形式上維持了量刑公平性之要求；惟國民加入量刑評價評議即是要納入國民觀點，如量刑評價視角有所偏廢，則無法妥適反映國民良識，反而有過度注入國民應報情感而導致嚴罰違反量刑公平之危險。果若量刑評議階段能落實刑罰目的、量刑視角不偏廢之說明，將國民們一同參與量刑評議階段之考量，方有可能讓國民們進一步去思考「犯罪是社會共同體之問題」的契機，待受審判之被告離開監所後，其他國民如何重新接受被告復歸社會而與被告「共生」之觀點⁵⁷。因而，如何在適切地導入國民良識且維持量刑公平，宜在保留量刑之相對性之前提下要求符合實質之量刑公平性，即量刑評價可能因時、地而不同，如量刑評價時完全欠缺和其他同類型案件之平衡的話，恐有違反量刑公平性之疑慮，但縱使是類似

⁵⁵ 按「犯情事實」係指與犯罪行為本身直接有關之事實，例如：犯罪動機、目的、犯罪之計畫性、組織性、常習性、犯行態樣、犯罪行為所造成之結果，於有共犯存在之案件，被告與共犯彼此間之對於犯行即結果之貢獻程度；至「一般情狀」則係指犯後態度、是否和解、被害情感、被告之生活環境、健康狀態及前科紀錄。請參照：中川博之，量刑に関する評議・評決，收錄於：大阪刑事事實務研究会編，量刑實務大系4—刑の選択・量刑手続，2011年，頁264-267。

⁵⁶ 小池振一郎，裁判員裁判と量刑の在り方，收錄於：濱田邦夫、小池振一郎、牧野茂編，裁判員裁判のいま—市民参加の裁判員制度7年経過の検証—，2017年，頁138。

⁵⁷ 小池振一郎，同前註，頁141。

事件，由於每個被告之生長背景、環境均未必相同，量刑評價之結果也可能有所差異，如國民與法官在依循當事人雙方於科刑辯論所提出之資料，與其他同類型案件之量刑因子進行比較，宜認形式上已有立於量刑公平之基礎上開展，倘經討論、交流結果認為個案有特殊情節，而需作成與其他同類型案件不一樣的量刑評價時，則需在判決中具體敘明理由⁵⁸，體現量刑之實質公平性。

(二)「量刑評議三階段」之操作說明

「量刑評價」之評議層次，前揭所提及之工具（如：便利貼、白板、簡報程式、手機或相機拍攝列印等）均能予以適切地運用，讓量刑因子所涉及之事實能夠清楚地顯示出來，成為所有評議成員之共同資訊，在兼顧讓國民們理解量刑目的解說、量刑因子檢討規則及確保國民們自主性地表示意見的前提下，妥適地分配國民、法官們在量刑評議三階段共同協力之任務。首先，第一階段先區分「應由法官專門之事項」及「尊重國民主體性而應與法官共同協力判斷事項」，其中 1. 關於「量刑目的解說」、「法定刑」、「刑之加重減輕規定」、「基於『行為責任』之量刑思考方式」等概念，均屬於應由法官專門解說事項，並基於量刑公平性之要求，進行量刑評議；其次，第二階段則係在討論過程中，將與重要之量刑因子具關連性之事實揀選出來，活用便利貼方式列舉之，其中 2. 關於分類為「犯罪重大性」、「犯罪預防」，「更生復歸」及「其他類型」部分，屬應由法官專門之事項，而 3. 各該與量刑因子有關之事實，其重要性程度則屬於尊重國民主體性而應與法官共同協力判斷事項；4. 並在量刑趨勢系統上確定檢索項目而得到量刑傾向，屬應由法官專門之事項；再者，5. 確認向來量刑傾向關於犯情之評價是否妥適，屬於尊重國民主體性而應與法官共同協力判斷事項，如有

⁵⁸ 按國民法官法第88條雖無規定量刑部分需記載理由，但對照國民法官法第4條之規定，國民法官法無規定者，則應回歸適用刑訴法，則量刑理由之說明，依刑訴法第310條規定，仍須加以說明。

與向來量刑評價不同之看法、意見，由於個案涉及之量刑事實確實會有所不同，宜確認該不同量刑事實之具體與否及可否說服；6. 當存在不同量刑事實且具體、可說服時，法官就法定刑、刑之加重減輕後所容許之限度內再予以確認；7. 最後則對於「一般情狀」進行刑量之調整，此則屬於尊重國民主體性而應與法官共同協力判斷事項⁵⁹。法官與國民們進行量刑評價之評議時，需切實體認到建立共同享有量刑資訊前提之重要性，參與量刑評議之全部成員均應了解量刑目的、涉及本案之量刑因子的關聯性事實，對於此些量刑因子之事實能適切地給予「極輕微」、「輕微」、「中等」、「嚴重」、「非常嚴重」等程度表達後，最後始進入刑度決定之第三階段，以此方式避免量刑評議窄化為法官主導之程序，在確保尊重國民們之主體性的情況下開展，讓國民與法官們一同協力完成量刑評議。

肆、代結論

真相雖然只有一個，但所謂「正義」為何，本文淺見以為在刑事審判案件中，可能有多少種類的淚水，就有多少種類的正義。國民法官法施行後，就行國民法官法之案件所進行的訴訟程序將改由國民與法官合審合判，對向來刑事訴訟之風貌將帶來歷史性之改變，相關起訴狀一本、當事人自行出證及論告辯論等新制施行後，當事人雙方運用熟稔之情況下，或許基於漣漪效應，在可預見的未來進一步地影響刑事訴訟法。而就「終局評議及判決」制度既由國民與法官共同討論、評議，並須對重要爭點判決附理由說明，則應達到評議階段的全體成員對判決之形成過程具有主體性之參與，且能夠說明作成該判決結果之理由的程度，方能貫徹雙向實質交流溝通之目的，確立判決之正當性依據，落實審議式民主之理念，堅守公正程序之進行，均將有助於提升人民對司法之信賴。因此，法官

⁵⁹ 三島聡、本庄武、森本郁代、國井恒志，裁判員裁判の量刑評議のあり方を考える，法と心理，16卷1号，2016年10月，頁62-68。

在終局評議程序兼顧多重角色，亦即賦權予國民之程序促進者、實踐溝通交流之討論者及基於證據作出判斷之裁判者等角色，基於確保雙向交流時國民與法官同樣具有主體性地位，在終局評議制度納入異質性團體之前提下，達到創造、發想認知之程度，並就事實認定、量刑評價等不同評議階段，採取最容易令國民理解之評議模式，具體操作上宜掌握參與評議者均能同時、平等、客觀地表示意見，讓評議所需之資訊能夠共同享有，能評且能議。國民法官法「終局評議及判決」階段之制度設計，無非是期待裁判者應有著像昆蟲般的複眼，在刑事審判程序作出判斷前，要經過多面向、多角度之思考，此不僅僅是法官需要對此有所認知，將來國民法官法施行後，一起參與刑事審判的國民們也應該要有充分的理解，如何將裁判者之最大敵人「傲慢」與「偏見」置於括號中存而不論，只要是擔任裁判者之人，都必須不斷、反覆地提醒自己的課題。

參考文獻

一、中文部分

松本芳希著，陳思帆譯，裁判員審判評議中法官的角色——實體法解釋等法律概念之說明、量刑評議（量刑檢索系統之運用等）、至達成評決為止的意見整理，司法周刊別冊，1900期，頁22-32，2018年5月。
Adam Benforado著，堯嘉寧譯，不平等的審判，2016年，臺北：臉譜。

二、日文部分

三島聡，裁判員制度の意義，收錄於：三島聡編，裁判員裁判の評議デザインー市民の知が活きる裁判をめざして，2015年，東京：日本評論社。
三島聡、本庄武、森本郁代、國井恒志，裁判員裁判の量刑評議のあり方を考える，法と心理，16卷1号，頁62-68，2016年10月。
小池振一郎，裁判員裁判と量刑の在り方，收錄於：濱田邦夫、小池振一郎、牧野茂編，裁判員裁判のいまー市民参加の裁判員制度7年経過の検証ー，頁137-146，2017年，東京：成文堂。
小坂井敏晶，人が人を裁くということ，2011年，東京：岩波書店。
中川博之，量刑に関する評議・評決，收錄於：大阪刑事実務研究会編，量刑実務大系4ー刑の選択・量刑手続，頁257-288，2011年，東京：判例タイムズ社。
大河原真美，ヨーロッパの参審制度、陪審制度についての一考察ー裁判員制度を視座に，地域政策研究，17卷4号，頁1-17，2015年3月。
大塚裕子，評議デザインの具体的方法ー環境設計の必要性，收錄於：三島聡編，裁判員裁判の評議デザインー市民の知が活きる裁判をめざして，2015年，東京：日本評論社。
大塚裕子、本庄武、三島聡，評議デザインの具体的方法ー付箋紙法，收錄於：三島聡編，裁判員裁判の評議デザインー市民の知が活きる裁判をめざして，2015年，東京：日本評論社。

- 本庄武，量刑評議，収録於：三島聡編，裁判員裁判の評議デザインー市民の知が活きる裁判をめざして，2015年，東京：日本評論社。
- 西條美紀，外在化と共有のための評議デザイン，収録於：三島聡編，裁判員裁判の評議デザインー市民の知が活きる裁判をめざして，2015年，東京：日本評論社。
- 守屋克彦，法施行前に実施された法曹三者主催の模擬裁判，収録於：三島聡編，裁判員裁判の評議デザインー市民の知が活きる裁判をめざして，2015年，東京：日本評論社。
- 村岡啓一，裁判員制度とその誕生，収録於：後藤昭編，東アジアにおける市民の刑事司法参加，頁13-55，2011年，東京：国際書院。
- 李哉協、禹志淑、李準雄、崔貞珉、申鉉基著，太田勝造、松村良之、木下麻奈子、岡克彦監譯，陪審員室で何が起こっているか？ー韓国における国民参与裁判のシャドウジュリー評議を分析するー，収録於：太田勝造、松村良之、木下麻奈子編，日本人から見た裁判員制度，頁207-218，2015年，東京：勁草書房。
- 板山昂，裁判員裁判における量刑判断に関する心理学的研究，2014年，東京：風間書房。
- 高木光太郎，裁判員の「十全な参加」とはどのような状態かー心理・コミュニケーション上の特性の検討，収録於：三島聡編，裁判員裁判の評議デザインー市民の知が活きる裁判をめざして，2015年，東京：日本評論社。
- 庭山英雄，自由心証主義ーその歴史と理論，1983年，東京：学陽書房。
- 柳瀬昇，裁判員法の立法過程(一)，信州大学法学論集，8号，頁99-140，2007年3月。
- 柳瀬昇，裁判員制度の立法学ー討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成，2009年，東京：日本評論社。
- 森本郁代，デザインな評議の問題点ー教室型コミュニケーションと素朴交涉及び評議の進行過程に表れる問題，収録於：三島聡編，裁判員裁判の評議デザインー市民の知が活きる裁判をめざして，2015年，東京：日本評論社。

増田豊，刑事手続における事実認定の推論構造と真実発見，2004年，
東京：勁草書房。
最高裁判所事務総局刑事局，模擬裁判の成果課題，判例タイムズ，
1287号，頁8-52，2009年3月。

三、英文部分

FRANK, JEROME (2nd ed. 1950), COURTS ON TRIAL: MYTH AND REALITY IN
AMERICAN JUSTICE. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

Justice Should Not Be Explored from Prejudice: Design of Conference and Judgment of Lay Judge Act

Chih-Chiang Wu*

Abstract

The main issue of this article is the design of the conference and judgment of Lay Judge Act. Legislators combined the merits of Jury Trial and Lay Judge. At the same time, Legislators adjusted proportion of judge and lay judge in the conference that increase the difficulty for judge to persuade lay judge. The fundamental purpose is to practice deliberative democracy. It is expected that heterogeneous groups with different values can promote multiple speculations. Moreover, the need of explaining the reasons of important issues in judgment is to continue culture of criminal procedure in Taiwan. However, heterogeneous groups of the conference promote multiple speculations that is not necessarily. In order to avoid the lack of prerequisite information for heterogeneous groups cause hinder substantive communication. This article considers that court should plan and design the conference in advance. The design promotes the subjectivity of lay judge's

* Judge, Taiwan Taipei District Court; Ph.D. Candidate, College of Law National Taiwan University.

participation in order to achieve the purpose of innovating or emerging. In addition, this article provides suggestions on how to practice fact-finding and sentencing in the conference.

Keywords: Lay Judge Act, conferende, communication, intersubjectivity, fact-finding, sentencing

【研究論文】

判死，以兒童之名？

——從兒童權利公約觀點 評李宏基死刑案

林慈偉*

要 目

| | |
|--------------------------|-------------------------------------|
| 壹、前 言 | 一、不得對於兒童科處死刑 |
| 貳、李宏基死刑案之案例事實與 判決情形 | 二、兒童權利公約與生命權 三、判處死刑以保障兒童生命 權？ |
| 參、從兒童權利公約、兒童生命 權到死刑判決 | 肆、結 論 |

* 臺灣廢除死刑推動聯盟法務主任、國立政治大學法學博士候選人。本文之最初構想曾提出於政治大學「社會法專題」研究所課堂中討論，感謝孫迺翊老師、林沛君老師特別從兒童權利公約等觀點提供相關思考建議。又本文部分內容亦曾發表於2018年10月7日在臺灣大學法律學院所舉辦之「此人沒有教化可能性？——2018台灣死刑判決研討會」，感謝研討會中主持人李念祖律師、與談人張文貞老師與謝煜偉老師，以及投稿後兩位匿名審查委員均給予許多寶貴意見及鼓勵，筆者獲益匪淺，惟如修改後仍有不盡之處，文責當由筆者自負。

摘 要

近年來，多起弑童案件的發生以及充滿嚴罰之社會氛圍下，除有持兒童權利公約主張弑童嚴罰、唯一死刑的修法聲浪外，在若干司法裁判中，兒童權利公約就生命權之保障規定甚至成為法院判處弑童個案被告死刑之判決理由論述，而李宏基死刑案即為一例。惟於兒童權利公約脈絡，兒童生命權議題所指向的保障均是偏向國家義務課予且通常是前端式、預防性質的保護，此與犯罪發生後對於加害者科處如何的刑罰（對弑童被告判處死刑）乃屬二回事，且科處加害者死刑以保障兒童生命權之論述，亦與公民與政治權利國際公約第6條明確指向往廢除死刑一途邁進之情況兩者間應採取一致性解釋之基本立場有所違背，此外，單純以被害人身分為兒童即加重刑罰乃至判處死刑，於刑事法學理上亦無法找到實質的法益保護及其正當性。因此，李宏基案死刑定讞判決就兒童權利公約之論述，除有明顯誤用兒童權利公約之外，「判死，以兒童之名」，此等希冀透過嚴懲以保護兒童之說，恐怕也只是一種對加重處罰效果的過度期待而已。

關鍵詞： 兒童權利公約、兒童權利公約施行法、兒童生命權、死刑、量刑

壹、前言

李宏基（男，1977～2018），臺灣排名最新定讞的死刑犯之一¹，也是蔡英文政府上任後的第一個死刑執行對象²。不過，他究竟是誰？試著以他的名字「李宏基」作為關鍵字，搜尋相關媒體新聞報導，不難發現，相關報導並未對他的背景加以深刻描寫，大多僅概略地以「殺妻擄女」四字定義他。因此，想要多了解李宏基的故事，這些顯然是不夠的³。而透過李宏基的死刑判決書，或許是個可行的切入點。

李宏基死刑判決中，就兒童權利公約的判決論述，令人印象深刻。筆者原初是想試著透過李宏基的死刑判決了解更多有關李宏基的故事，不過，從論罪科刑、認事用法等角度初步檢視李宏基的歷審判決後發現，李宏基案的最高法院死刑定讞判決以及歷審判決中就兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child, CRC）⁴的著

¹ 近年臺灣死刑定讞案件，由舊至新依序為：鄭捷（2016年4月）、李宏基（2016年12月）、黃麟凱（2017年7月）、翁仁賢（2019年7月）、沈文賓（2020年3月）。

² 「法務部蔡部長於昨（30）日批准李宏基死刑犯之執行，並於今（31）日下午由臺灣高等檢察署高雄檢察分署檢察官率同法警及法醫，在法務部矯正署高雄第二監獄刑場執行完畢，並已由檢察官會同法醫師覆驗確認死亡，完成執行程序。」參見：法務部，2018年8月31日法務部令准李宏基執行死刑新聞稿，網址：<https://www.moj.gov.tw/cp-21-105904-b0049-001.html>（最後瀏覽日期：2020年7月1日）。

³ 事實上，在李宏基案死刑定讞前後，就已經有幾篇文章針對判決書或法庭現場提出一些觀察，相關評論，例見：孫健智，開鋤、包青天，大快人心：最高法院的刑法考卷，網址：<http://pnn.pts.org.tw/project/inpage/431/27/58>（最後瀏覽日期：2020年7月1日）；黃盈嘉，司法院宣示最高法院開庭常態化後之觀察：以李宏基案為例，網址：<https://www.jrf.org.tw/articles/1173>（最後瀏覽日期：2020年7月1日）；林宛寬，最高法院言詞辯論法庭觀察：李宏基案，網址：<https://www.taedp.org.tw/story/3108>（最後瀏覽日期：2020年7月1日）。

⁴ 立法院於2014年制定兒童權利公約施行法，兒童權利公約並於同年11月施行，賦予兒童權利公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。

墨，令人注目。

一方面，本案的發生，存有許多「兒童」因子。從爭搶小孩、攜子自殺，到後來有小孩存活、有小孩生命喪失，兒童這個因子及其相關權益在後續的司法審判歷程中，是否被看見或有如何的影響，本即應予關切。

另一方面，李宏基死刑判決多次提及「兒童權利公約」字眼。李宏基案是一個死刑定讞案件。自從兩公約具國內法律效力以來，歷來死刑案件⁵判決中，雖不乏有兩公約的論述⁶，但在李宏基案，相對於以往死刑判決兩公約論述，特別的是，或因本案直接被害人是兒童的關係，最高法院在定讞判決有關量處死刑之判決理由部分，共提及了二次「兒童權利公約」字眼⁷。這些就兒童權利公約於具體個案之解釋適用是否正確，都很值得進一步探究。

兒童權利公約與死刑，這二個看似不相干的領域，在仍存死刑制度的我國，「似乎」有了交錯。事實上，在近年來多起弑童案件的發生以及嚴罰化社會氛圍下，除有持兒童權利公約主張弑童嚴

⁵ 本文所稱「死刑案件（判決）」，係指游移擺盪在判處死刑、無期徒刑可能空間之案件，而非限於最終死刑判決定讞之案件。因為，即便是最終非判處死刑，而是判無期徒刑或長時間有期徒刑之案件，也多有死刑、無期徒刑等量刑論述，這些都是本文所指死刑案件之範圍，譬如近年來的謝依涵案、吳敏誠案、曾文欽案等最終無期徒刑定讞之案件均是。

⁶ 關於兩公約部分之相關分析，參見：謝煜偉，簡評近來有關死刑案件之最高法院判決，全國律師，17卷7期，2013年7月，頁9-12；廖福特，「公民與政治權利國際公約」國內法化之影響：最高法院死刑相關判決之檢視，臺大法學論叢，43卷特刊，2014年11月，頁911-956；林鈺雄，2013年刑事程序法發展回顧：從國際人權公約內國法化的觀點出發，臺大法學論叢，43卷特刊，2014年11月，頁1268-1279；陳怡凱，國際人權法在我國法院之適用：以精障者是否可科處死刑為例，憲政時代，40卷3期，2015年1月，頁311-359；林慈偉，從公民與政治權利國際公約論死刑裁判之人權基準：最高法院近年相關裁判之綜合評析，軍法專刊，61卷4期，2015年8月，頁125-168；王正嘉，論死刑之裁量與界限：以兩公約與比較法為出發，臺大法學論叢，45卷2期，2016年6月，頁712-721。

⁷ 李宏基死刑案，最高法院最終判被告死刑定讞之關鍵，並不當然僅是因兒童權利公約此單一因素作為考量，而尚有死刑量刑基準、教化可能性、兩公約等爭點。

罰、唯一死刑的修法聲浪外，甚至在若干司法裁判中，兒童權利公約就生命權之保障反而成為判處弑童個案被告死刑之理由論述。然而，法院就死刑案件之審理應否以兒童權利公約作為加重刑罰即判處被告死刑之論述基礎？基此，本文從李宏基死刑判決中有關兒童權利公約論述出發，先介紹李宏基案的案例事實以及判決情形；接著，並就兒童權利公約中關於生命權在死刑個案中可能的相關權利論述以及在國際人權規範上之理解為析論；在此基礎上，再指出李宏基案死刑判決中關於兒童權利之論述謬誤。

貳、李宏基死刑案之案例事實與判決情形

李宏基因家暴被判刑入監，其妻陳女訴請離婚及監護二個女兒均獲准。李宏基出獄後，因懷恨在心，在2014年4月14日至其女兒就讀之幼兒園，意圖挾持其幼女，遭陳女發現並試圖阻止，李宏基當場持刀刺向陳女數刀致死。而後李宏基挾大女兒駕車離去並於車內燒炭，然因昏迷自撞護欄。送醫後，李宏基獲救，其女則因傷重搶救二個月後仍告不治。一審時法院就殺妻部分判處15年徒刑、殺女部分判處無期徒刑，二審及更一審則認定李宏基無悔意，改判無期徒刑與死刑，全案經最高法院於2016年駁回被告上訴定讞⁸。李宏基已於2018年8月31日執行槍決。

本件為死刑案件，所以在歷審判決中也有就死刑案件中常見的諸如兩公約、教化可能性、死刑量刑基準等「基本款」爭點為析論⁹，但更特別的是其對於兒童權利保障之論述。在李宏基死刑案最

⁸ 李宏基案歷審判決（殺前妻之部分、殺小孩之部分）：臺灣高雄地方法院103年度重訴字第34號刑事判決（一個無期徒刑、一個有期徒刑15年）、臺灣高等法院高雄分院104年度上重訴字第6號刑事判決（一個死刑、一個無期徒刑）、最高法院105年度台上字第480號刑事判決（原判決撤銷，發回高雄分院）、臺灣高等法院高雄分院105年度上重訴（一）第2號刑事判決（一個死刑、一個無期徒刑）、最高法院105年度台上字第3424號（上訴駁回，死刑定讞）。

⁹ 謝煜偉，論「教化可能性」在死刑量刑判斷上的意義與定位：從最高法院102

後的死刑定讞判決也就是最高法院105年度台上字第3424號刑事判決中，就案例事實以及幾個基本款爭點，可以說是完全援引最後事實審的判決理由（整份判決，逾三分之二之篇幅，係引用最後事實審判決理由）¹⁰，而定讞判決有別於歷審判決不一樣之處，也正是於判決末段處理量刑區塊時提及的兒童生命權保障、兒童權利公約之該段論述。茲就其對於兒童權利公約判決論述內容節錄如下：

「上訴人在幼兒園前，一手抱住李○宇，一手持尖刀猛刺陳○驊之胸口多刀，於目睹血跡四濺，陳○驊倒臥在血泊中死亡，仍不終止其殺害李○宇之犯意，足徵其殺意甚堅，惡性至為重大，且李○宇當時年僅六歲，在目睹生母前來搭救，竟遭上訴人接續持刀刺殺，直至倒地不起，心中當甚為驚恐、哀傷，然猶知趁上訴人尋找乙車鑰匙不著之際，立即下車逃離，可知李○宇此時已知上訴人欲將其帶走殺害，惟最後仍遭上訴人抓回，控制於車內，復見上訴人駕車駛往偏遠山區，以躲避警方追查，竟無人可以求救，心情應是如何的絕望、無助與恐懼，上訴人仍狠心對其下手行兇，使李○宇飽受上訴人家暴之苦於先，又遭上訴人恣意殺害在後，致其小小年紀未及長大，就枉死於上訴人手中，已侵害兒童權利公約所重申之兒童固有生命權，足見上訴人之犯罪情節殘酷至極，甚至自認深愛女兒，而在李○宇手上綁上紅線，以示再續來生父女情緣，實令人髮指，而無可寬宥……」

「關於刑之量定，係實體法賦予法院得依職權裁量之事項。死刑，為刑罰之最重，一旦執行，無可回復；而人之權利，均源於生命，有生命，才有權利，無生命，一切烏有。歐洲西方世界，自16世紀起，因文藝復興運動及稍後之工業革命，開啟近代文明，洵至現代，社會人文制度、經濟物質條件發達，相為配套，尊重生命，

年度臺上字第170號判決到105年度臺上字第984號判決之演變，臺北大學法學論叢，105期，2018年3月，頁138-139；王皇玉，死刑量刑準則之意義，台灣法學雜誌，347期，2018年7月，頁82-84；王正嘉，同註6，頁745-748。

¹⁰ 即判決理由中「壹、一」至「壹、八」。

廢除死刑，無非水到渠成，歐洲人權公約由此揭示。但於東方世界，自古奉殺人償命為鐵律，咸認天經地義，尤其華人社會，視聽包青天故事，『開劍』一聲令下，莫不大快人心，於今猶然。以此角度觀察，東、西文明相比，價值判斷迥異，係不爭的實情。在我國，醉心西方文明、服膺廢除死刑制度人士，雖然大聲極力呼籲，卻少見理念基礎論述的宣揚，縱於引進文明新思維，非無貢獻，但整體社會條件未臻成熟，反對人士依然站在維持傳統立場，民意調查顯示，比例遠遠超過百分之八十，司法院大法官解釋意旨，也認為死刑尚不違憲。從而，在立法機關猶未完成全面廢除死刑的修法情況下，現階段的司法，祇能以審慎判死的態度處理。不幸的是：少數國人竟有『殺人不會判死』、『只殺一個，不致被處死』的錯誤觀念。兒童，是族群繁衍的希望，既天真，又無邪，但防禦能力弱，即便是古代殘忍的戰爭，也多半不會對兒童進行殺戮，現今聯合國兒童權利公約，更宣示應對於兒童權益，多所保護，我國兒童及少年福利與權益保障法，同此意旨。其實，兒童亦屬獨立個體，並非父母資產之一部分，父母有撫養義務，但無侵害權利（力），俗云：『虎毒不食子』，縱令兒童父母如何有其主觀上理由，仍然無許痛下毒手，殺害兒童子女，早已成為文明國家的人民共識。因此，殺害兒童，無論出於如何動機，行為人的主觀上性格，顯然兇殘暴戾、鐵石心腸，客觀上非但欺負弱小，尤其剝奪兒童平順長大成人的機會，絲毫不尊重幼小生命權，危害社會治安甚大，堪認足以該當於最嚴重的犯罪情形之一種。至於行為人有無教化可能，雖屬法院量刑時當予審酌之事項，但並非唯一，若所犯情節嚴重，自難因此解免死刑應報。何況行為人自知客觀之死罪難逃、『求生不可得』，主動一心求死，則法院宣處死刑，仍然符合『死者與我皆無憾焉』的古訓，不生所謂『利用司法而自殺』的問題」。

綜觀李宏基死刑案最後定讞判決，其特別提及兒童權利公約數次以及對於兒童生命權之重視，或許是更深化法官下死刑決定的一個重要考量點，但進一步論，本件於二審即已改判死刑，因此有關

本件死刑之判處，我們無法說全然歸因於兒童權利公約此一因素及考量，惟相較於其他死刑判決，其特別於量刑區塊就兒童權利等提出論述，的確是本件判決的特殊之處。因此，本文以下將從兒童權利公約於我國施行之背景談起，說明兒童權利公約是如何地談兒童生命權保障這件事，以及其於死刑判決之可能運用等。

參、從兒童權利公約、兒童生命權到死刑判決

臺灣近年來，基於提升內國人權標準以及與國際接軌的決心，立法院自2009年起，就陸續以公約施行法的方式，將若干國際人權公約予以內國法化¹¹，兒童權利公約之內國法化即為其一。就兒童權利公約之部分，立法院於2014年5月20日制定兒童權利公約施行法（下稱「施行法」），同年6月4日經總統公布；依施行法第10條規定，同年11月20日開始施行。按施行法第2條規定：「公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。」即兒童權利公約具有國內法律之效力，因此，在施行法的要求之下，公約的效力規範與國家落實公約之義務，就顯得相當重要¹²。

在此背景下，2014年即成為我國落實兒童權利公約的重要分水嶺，而司法部門，特別是法院，乃適用公約之重要主體，並應於司法裁判具體個案中予以適用，以確保公約之落實。按照施行法第4條規定：「各級政府機關行使職權，應符合公約有關兒童及少年權利

¹¹ 目前臺灣已經通過施行法之核心人權公約，計有：公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）、經濟社會文化權利國際公約（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights）、消除對婦女一切形式歧視公約（Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women）、兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child）、身心障礙者權利公約（Convention on the Rights of Persons with Disabilities）等。

¹² 促使兒童權利公約施行法之「國家義務」，具體而言，即如推動考核及協調義務、預算及組織義務、國家報告義務以及修法義務等。參見：施慧玲、陳竹上、廖宗聖，回顧過去、展望未來：兒童權利公約國內法化之社會分析與後續課題，月旦法學雜誌，240期，2015年5月，頁118。

保障之規定，避免兒童及少年權利受到不法侵害，並積極促進兒童及少年權利之實現。」即兒童權利公約的適用主體及解釋適用範圍之部分，各級政府機關，包含司法機關在內，對於兒童權利公約有關兒童及少年權利保障之規定，均有適用公約之義務；而施行法第3條也明確規定：「適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國兒童權利委員會對公約之解釋。」即適用公約時，應參照公約意旨以及兒童權利公約之權威解釋機關即兒童權利委員會（Committee on the Rights of the Child）之相關解釋包含一般性意見、總結意見及決議等，以確保公約之落實¹³。

回到李宏基死刑案最後定讞判決脈絡，我們緊接著要問的是，法院作為兒童權利公約之適用主體，其於這樣的個案中所應該考量的兒童權益究竟是什麼？以及如何在死刑案件中正確闡釋適用具國內法效力之兒童權利公約？¹⁴尤其是，李案定讞判決屢次以兒童權利公約生命權作為判處被告死刑之理由論述，而這樣的論述是否符合兒童權利公約就生命權的理解？又於兒童權利公約規範脈絡中，以兒童為主體，在死刑的這個面向上，又有哪些應該或可能被關注的議題？這些都是有待釐清的疑問。茲繼續析論如下。

一、不得對於兒童科處死刑

首先是不得對於兒童科處死刑。基於兒童之生命權保障，兒童權利公約第37條就殘忍、不人道或有辱人格之待遇的部分，於該條項第1款規定：「所有兒童均不受酷刑或其他形式之殘忍、不人道或

¹³ 同前註，頁119。

¹⁴ 事實上，在臺灣，人權公約適用於死刑案件的討論及案例，已非新聞。諸如，在死刑案件中檢視個案中的犯罪行為是否屬於公民與政治權利國際公約第6條第2項所謂的「情節最重大之罪行」（the most serious crimes）、審理過程有無違反公民與政治權利國際公約第14條的公平審判條款、對於精障被告判處死刑是否違反公民與政治權利國際公約以及身心障礙者權利公約對於精障者的生命權保障等人權基準之適用均是。參見：廖福特，同註6，頁911-956；林鈺雄，同註6，頁1268-1279；林慈偉，同註6，頁146-167；王正嘉，同註6，頁690-721；陳怡凱，同註6，頁311-359；謝煜偉，同註9，頁160-161、166-171。

有辱人格之待遇或處罰。對未滿十八歲之人所犯罪行，不得處以死刑或無釋放可能之無期徒刑」即不得對於未滿18歲兒童判處死刑。對此，公民與政治權利國際公約（下稱「公政公約」）第6條第5項亦有明文規定：「未滿十八歲之人犯罪，不得判處死刑；懷胎婦女被判死刑，不得執行其刑。」即死刑適用對象之限制，基於未成年人心智還不成熟，不應使其承擔最為嚴重之刑事後果等考量，對18歲以下之人不得處以死刑，這也是國際共識¹⁵。而聯合國2012年通過的關於司法工作中的人權問題的大會決議（67/166）和關於暫停使用死刑問題的大會決議（67/176）、2013年9月人權理事會通過的24/12號決議，也都重申不對未滿18歲者所犯罪行判處死刑或無期徒刑此等人權基準¹⁶。

不過，在實踐面上，兒童權利委員會就曾指出，部分國家尚存允許對兒童處以死刑或無釋放可能性之無期徒刑的情形。例如，兒童權利委員會於2017年就聖文森特和格林納丁斯群島（Saint Vincent and the Grenadines）的第二至第三次合併定期報告的結論性意見即於生命權議題上表示，該國法律允許將16歲和17歲的兒童判處死刑有違保障兒童生命權等規定，並促請其修訂刑法，明文禁止將18歲以下之人判處死刑¹⁷。

¹⁵ NIGEL R. & MATT P., *THE TREATMENT OF PRISONERS UNDER INTERNATIONAL LAW* 322 (3rd ed. 2009).

¹⁶ “In September 2013, reaffirming the absolute prohibition in international human rights law of the execution of persons for crimes committed before they were 18 years of age, the Human Rights Council adopted resolution 24/12 in which it urged States to ensure that, under their legislation and practice, neither capital punishment nor life imprisonment were imposed for offences committed by persons under 18.” See Human Rights Council, Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, para. 58, U.N. Doc. A/HRC/27/23 (30 June 2014).

¹⁷ “26. The Committee is deeply concerned that the law allows children who are 16 and 17 years old to be sentenced to death. 27. The Committee urges the State party to amend the Criminal Code to explicitly prohibit the sentencing of persons under 18 years of age to the death penalty.” See Committee on the Rights of the Child,

兒童權利公約就生命權保障的實際討論又是什麼？

鳥瞰世界人權宣言、公政公約及經濟社會文化權利國際公約等均揭示人人有權享有生命、自由和人身安全，並受法律之保護。其中，亦特別強調，所有兒童有權享受家庭、社會及國家為其未成年身分給予必需之保護措施，不得因出生或其他關係而受任何歧視，亦即兒童應受有保障、免受經濟及社會剝削²⁰。

兒童生命權之保障是其他兒童權利的根本，也是落實公約所有條款時必須考量的原則之一。兒童權利公約更進一步將第6條生命權與同公約第2條禁止歧視、第3條第1項兒童最佳利益以及第12條兒童表意權並列為兒童權利公約的四項一般性原則，以作為落實與解釋公約所有條款時必須納入考量的原則之一。兒童權利公約第6條明文規定：「締約國承認兒童有與生俱來之生命權。締約國應盡最大可能確保兒童之生存及發展。」即該條所保障之生命權是其他兒童權利的根本，如果這項權利未獲尊重與足夠之保障，那麼其他權利也將喪失其意義²¹。

(一)兒童有與生俱來之生命權

生命權是一「與生俱來」的權利（*inherent right*）。按兒童權利公約第6條第1項規定，締約國承認兒童有與生俱來之生命權。依據聯合國人權事務委員會（*Human Rights Committee*）就公政公約第6條²²生命權所做之解釋，生命權是不得限縮之人權項目，也就是說，

²⁰ 同前註，頁272。

²¹ Manfred Nowak, *Article 6: The Right to Life, Survival and Development*, in *A COMMENTARY ON THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD* 1, 1 (André Alen et al. eds., 2005).

²² 公民與政治權利國際公約第6條：「人人皆有天賦之生存權。此種權利應受法律保障。任何人之生命不得無理剝奪。凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不抵觸之法律，不得科處死刑。死刑非依管轄法院終局判決，不得執行。生命之剝奪構成殘害人群罪時，本公約締約國公認本條不得認為授權任何締約國以任何方式減免其依防止及懲治殘害人群罪公約規定所負之任何義務。受死刑宣告者，有請求特赦或減刑之權。一切判處死刑之案件均得邀大赦、特赦

此權利除具有國家不得侵害人民生命的消極防禦面向外，國家亦應採取積極措施予以保護。因此，國家應特別就降低新生兒死亡率、幼兒傳染病以及提供母親產前照護等各方面採取積極作為以保障兒童的生存權²³。以新生兒死亡議題為例，兒童權利委員會即曾於2017年對於厄瓜多（Ecuador）的國際審查結論性意見中建議，應制定國家行動計畫，解決新生兒死亡問題，包括採取行動改善母親產期和產後護理，特別關注鄉村地區和邊緣化群體的生計，以消除5歲以下兒童可預防的死亡²⁴。

就兒童生命權的議題，兒童權利委員會曾於個別國家之結論性意見中就若干議題提出關切。譬如，愛滋病兒童、墮胎、殺嬰（特別是女嬰）、兒童自殺率偏高、兒童因交通事故喪生比例偏高等問題。其中，就兒童自殺率的問題，兒童權利委員會也曾建議國家就少年自殺的可能原因、危險族群之特徵、原住民兒童自殺率偏高等問題進行研究，並應儘速在健康、教育等領域增加支持性的介入方案，同時亦應參考其他國處理這類問題的經驗，以預防或降低該等事件之發生²⁵。

（二）締約國應盡最大可能確保兒童之生存及發展

按兒童權利公約第6條第2項規定，締約國應盡最大可能確保兒童之生存及發展。此即除生命權外，兒童權利公約第6條第2項規定國家有「盡最大可能確保兒童的生存與發展」的義務。由制訂公約的協商過程觀之，兒童發展權的概念係受到當時國際間對於「發展

或減刑。未滿十八歲之人犯罪，不得判處死刑；懷胎婦女被判死刑，不得執行其刑。本公約締約國不得援引本條，而延緩或阻止死刑之廢除。」

²³ Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 6, para. 5, U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (1 September 2005).

²⁴ Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Ecuador, paras. 18, 33, U.N. Doc. CRC/C/ECU/CO/5-6 (26 October 2017); Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 15, U.N. Doc. CRC/C/GC/15 (17 April 2013).

²⁵ 高玉泉、蔡沛倫，兒童權利公約逐條要義，2016年，頁48。

權」(the right to development) 概念的影響，即強調「參與」對於發展的重要性，並透過參與的過程達到個人權利及基本自由的實現²⁶。

此外，兒童權利委員會亦相當強調兒童發展權之全面性。例如，該委員會於其定期國家報告撰寫準則所提及之發展概念包括「身體、心理、心靈、道德、精神及社會的發展」，並為兒童於「自由社會展開個人生活預作準備」²⁷。而唯有完全保障公約之各項公民、政治、經濟與社會等權利，始得稱為已「盡最大可能」確保兒童的發展²⁸。換句話說，全面落實兒童發展權必須仰賴公約其他權利項目之實踐，包括健康權、足夠的營養與教育等（兒童權利公約第24條、第28條、第29條等）²⁹。兒童權利委員會也期待公約其他所有規範之落實均以達成兒童最大可能之生存及發展為目標，而這也是兒童最佳利益之核心所在³⁰。

從以上就兒童權利公約第6條生命權的討論乃至於兒童權利委員會的相關解釋，我們不難得知，兒童權利公約就生命權的保障，不論是不得對於兒童科處死刑，抑或係國家應盡最大可能確保兒童之生存及發展等，其著重的是，兒童作為保護對象，應保護其如何之權利且應如何加以保護，所呈現的面向均是偏向國家義務的課予，且通常是前端式的保護、預防性質，也就是國家應盡可能地讓兒童不發生被剝奪生命等情況。那麼國家對於弑童案件中的科處加害人

²⁶ 同前註，頁49。

²⁷ Committee on the Rights of the Child, Treaty-Specific Guidelines Regarding the Form and Content of Periodic Reports to Be Submitted by States Parties under Article 44, Paragraph 1 (b), of the Convention on the Rights of the Child, para. 40, U.N. Doc. CRC/C/58 (20 November 1996).

²⁸ Nowak, 同註21, 頁47。

²⁹ Committee on the Rights of the Child, Report on the Thirty-Fifth Session, paras. 132-133, U.N. Doc. CRC/C/137 (11 May 2004).

³⁰ United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF), Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child 93 (3rd ed. 2007).

死刑，是否也屬於兒童權利公約對於兒童生命權保障之手段及意向，茲繼續討論如下。

三、判處死刑以保障兒童生命權？

在初步了解兒童權利公約第6條就生命權各該積極、消極面向的討論後，再對應至李宏基死刑案就兒童權利公約生命權之判決論述：「……上訴人恣意殺害在後，致其小小年紀未及長大，就枉死於上訴人手中，已侵害兒童權利公約所重申之兒童固有生命權，足見上訴人之犯罪情節殘酷至極，甚至自認深愛女兒，而在李○宇手上綁上紅線，以示再續來生父女情緣，實令人髮指，而無可寬宥」、「……兒童，是族群繁衍的希望，既天真，又無邪，但防禦能力弱，即便是古代殘忍的戰爭，也多半不會對兒童進行殺戮，現今聯合國兒童權利公約，更宣示應對於兒童權益，多所保護，我國兒童及少年福利與權益保障法，同此意旨。其實，兒童亦屬獨立個體，並非父母資產之一部分，父母有撫養義務，但無侵害權利（力），俗云：『虎毒不食子』，縱令兒童父母如何有其主觀上理由，仍然無許痛下毒手，殺害兒童子女，早已成為文明國家的人民共識。」即合理產生一個具體的提問是，對於一位殺害兒童的人（應否）判處死刑是否也屬於兒童權利公約第6條生命權保障範圍內？

就此提問，首先我們可以先從人權公約架構就死刑議題之意向理解起。事實上，世界所有地區近幾十年均呈現出廢除死刑的發展趨勢，許多國家認為，死刑有損人的尊嚴，廢除死刑有助於所有人增進、逐步發展和充分享受人權。這從一些國際和區域人權文書禁止使用死刑，或鼓勵廢除和嚴格限制使用死刑即可見一斑。特別是迄今已獲得眾多國家批准和簽署之旨在廢除死刑的公政公約第二任擇議定書（*Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*），在第二任擇議定書締約國的管轄範圍內不得對任何人實行死刑。而在尚未廢除死刑的國家，國際人權法要

求最起碼應該完全遵守公政公約和兒童權利公約所規定的限制。根據公政公約第6條第2項規定，死刑的使用更僅限於「情節最重大之罪行」（the most serious crimes），並應恪遵公民與政治權利國際公約第14條公平審判條款等正當法律程序規制。且如前所述，公政公約第6條和兒童權利公約第37條均規定，不得對未滿18歲兒童所犯罪行判處死刑。此外，公政公約第6條也明文禁止對孕婦執行死刑。從以上死刑使用的諸多限制（如判死的範圍限制、程序要件、對象限制等）以及消極性地排除死刑決定，均一再顯示，人權公約對於判處死刑的謹慎態度以及人權公約在死刑使用上的「踩煞車」效用。因此，在國際人權規範的理解下，並無法推導出「因為基於XX人權公約規定，所以判處○○死刑」這般死刑積極運用（「催油門」）之論述³¹。

其次，從兒童權利公約的角度以觀，亦無法得出基於兒童權利公約就生命權的保障應判處個案被告死刑之結論。如前所述，保障兒童的生命權及不受殘忍不人道的待遇是國際人權公約、兒童權利公約非常重要的價值，也是國家必須要極力採取各種各樣的措施及保障，此等措施及保障所呈現的面向均是偏向國家義務的課予，且通常是前端式的保護、預防性質，而國家應盡可能地讓兒童不發生被剝奪生命等情況。殺害兒童，對於兒童生命權或使其受殘忍不人道處遇的破壞行為，當係國家應盡力避免的情況，而對於這樣的破壞行為，國家應該著眼的是如何去避免它發生或避免它反覆的發生，譬如加強社會福利措施對於酗酒者的介入、精神病患的處遇等，而不是在最初即使用刑罰這種最後的手段，乃至於科處加害人

³¹ 誤以人權公約作為加重刑罰、積極判處死刑論述基礎的例子，於我國裁判實務中最常見的即為對公民與政治權利國際公約第6條第2項中「情節最重大之罪行」之解釋適用。例如林鈺雄老師就曾為文嚴正批評裁判實務就「情節最重大之罪行」之誤用即「……這點，正是我國實務的問題癥結所在，死刑判決理由往往只從『被告所犯乃情節最重大之罪』的實體要件，就直接跳躍到『故科處死刑合乎兩公約』的結論，完全忽略公約關於判處死刑程序所預設的最低前提要件。」參見：林鈺雄，同註6，頁1272。

死刑等方式，這顯然是兩個完全不同的問題³²。

另一方面，於聯合國的人權體系當中，就九大核心國際人權公約間以及國內法院就條約之解釋上，應注意其間之一致性解釋（consistent interpretation）³³，而若從一致性解釋的觀點檢視弑童判死此一說法，亦有其疑義。所謂一致性解釋係指，對相關國內法所為之解釋，應以符合該國所承擔之國際義務之方向為之，盡量使相關國內法之解釋結果不違反國際義務，而一致性解釋之實施則是基於對國家課予之國際義務所生，這是要確保國際法在國內法適用性之重要機制，且為確保國際法義務實現的重要方法³⁴。至於解釋的時機，應係當適用條約的主體對條約之目的及宗旨不清楚，或對特定條文適用在特定事實中的法律關係內涵有疑義時，即應以條約解釋方法對有爭議之約文進行解釋³⁵，不過解釋時機可能也並非一開始就可以判斷而是要透過解釋過程所獲致的結果，亦即條約在關於特定情狀下的清楚性以及當未被想像到的情狀且產生疑義的條約條款時方可確立³⁶。

基此，在公政公約已經確實清楚地在第6條提到，國家加入公政

³² 或有認為可從國際人權法的水平效力（相對於國際人權法垂直效力）乃至於公法上所謂基本權第三人效力問題等得出「依據兒童權利公約對兒童生命權、發展權之保障，來對弑童者判處死刑」之立論可能。惟筆者認為，即便能夠證立人權或基本權在私人間之私法關係中的紛爭等運用，然此仍與本文脈絡中所談及的「判死」（刑罰），也就是國家於刑事程序中行使刑罰權，對於涉犯刑罰法規的人民進行制裁的公權力關係，有所落差。關於國際人權法的水平效力進一步的討論，可參見：蔡孟翰，論國際人權法的水平效力問題，東吳大學法律學系碩士論文，2016年。該論文就國際人權法的水平效力問題之理論基礎與實踐運用等研究，相當完整，誠值參閱。

³³ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (OHCHR), Strengthening the United Nations human rights treaty body system: A report by the United Nations High Commissioner for Human Rights, at 25 (2012).

³⁴ 徐揮彥，「公民與政治權利國際公約」與「經濟、社會與文化權利國際公約」在我國最高法院與最高行政法院適用之研究，臺大法學論叢，43期特刊，2014年11月，頁865。

³⁵ 同前註，頁864。

³⁶ 同前註，頁864。

公約之後要朝廢除死刑的方向走，也就是國家加入公政公約後，聯合國體系對其會有一個期待是停止執行死刑、往廢除死刑的方向走，乃至於簽訂旨在廢除死刑的第二任擇議定書等，而在一致性解釋下，「對於弑童事件加害者判處死刑以保障兒童權利公約兒童生命權」此一情境命題，乘以保障兒童生命權及不受殘忍不人道的待遇作為兒童權利公約的重要價值者，則我們又應如何思考這一可能判處死刑之弑童個案之於兒童權利公約、公政公約、國內法間等解釋。

就此，本文認為，兒童權利公約就兒童生命權之保障所呈現面向乃偏向國家義務的課予且通常是前端式的保護預防，故國家當應極力地避免對於兒童的生命權及受殘忍不人道處遇此等犯罪行為之防治，可是對這個犯罪行為預防的方式，顯然也不能夠採取違背公約所容許的方式，亦即公政公約課予國家有保障人民生命權之義務，且該公約亦非以透過科處刑罰以達成人權保障，其效果主要仍在於具體個案的除罪或減輕刑責等³⁷，於經檢察官求處弑童被告死刑之案件，攸關生命權之剝奪，蓋一旦被告遭判死定讞執行，生命將無可回復，即便我國尚有科處死刑此一可能選項，然亦非弑童唯一死刑而是存有諸多量刑因子等考量，而在一致性解釋下，司法機關亦應盡量使相關國內法之解釋適用結果不違反國際義務，依此而論，逕以個案行為人故意殺害兒童即予科處死刑這般說法，除了不符兒童權利公約就生命權的保障意旨之外，也與公政公約對於生命權保障義務之實踐及其基本立場有所違背，不符合公政公約對生命權保障規範一致之方向³⁸。

³⁷ 就此，許恒達老師即精確地指出「從公政公約的文字中，我們可以認為，公政公約並非透過科處刑事制裁以達成人權保障，而是直接給予可能受到國家不利益侵害者相符的實體及程序權利，因此兩公約的效力主要在於具體個案的除罪、減輕刑責或程序利益保護效果。」參見：許恒達，國際法規範與刑事立法：兼評近期刑事法修訂動向，臺大法學論叢，46期特刊，2017年11月，頁1287。

³⁸ 實則，我國法院於死刑案件中運用一致性解釋觀點就個案及法律做出解釋的裁判，亦有其前例，如最高法院101年度台上字第4028號、第4531號刑事判決

事實上，這類持兒童權利公約兒童生命權保障作為加重弒童事件中行為人之刑罰（判處死刑）的謬誤說法，也曾出現在我國近年修法討論過程。譬如，於2016年發生內湖女童小燈泡被殺事件後，很快地，當時就有立法委員提案增訂「弒童處死刑或無期徒刑」的修法草案，而於該草案中，即有以兒童權利公約生命權保障為由之修法理由論述³⁹。不過，這般以兒童權利公約為由加重刑罰的提案論述，在當時的修法公聽會現場，隨即被出席的專家學者提出質疑。亦即專家認為，兒童權利公約生命權保障的重點乃在於兒童生命權不要被剝奪，此與對於一個殺害兒童的人，事後要對他如何處以刑罰乃屬不同⁴⁰。

（公政公約第6條生命權保障規定與刑事訴訟法第288條第4項及第289條第3項等科刑範圍調查辯論等規定間之解釋），相關分析，參見：徐揮彥，同註34，頁886-887。另，最高法院105年度台上字第141號刑事判決自公政公約第6條第2項規定「非犯情節最重大之罪，不得科處死刑」連結至我國毒品危害防制條例就運輸第一級毒品所設之法定刑度尚存死刑此一刑種而認運輸第一級毒品罪顯然並不符合公約所稱情節最重大之情形，進而將此部分「凍結」適用之解釋，亦值注意。

³⁹ 例如，立法委員王育敏等18人當時所提刑法修正草案即「第二百七十一條之一 對於未滿十二歲之人，犯前條之罪者，處死刑或無期徒刑。前項之未遂犯罰之。預備犯第一項之罪者，處三年以下有期徒刑。」在提案理由說明的部分「……二、聯合國兒童權利公約第6條明定，國家應承認每個兒童固有的生命權，並應盡最大可能確保兒童的生存與發展。根據警政署犯罪被害人統計，近三年（101年至103年）涉及故意殺人罪的案件中，共有48名被害人是未滿十二歲的兒童，且近來隨機殺害兒童案件層出不窮，不利兒童生命權之維護。……六、爰增訂本條，故意殺害未滿十二歲之人，處以死刑或無期徒刑，以保障兒童生命權，維護司法正義。」即以兒童權利公約作為加重刑罰的依據論述。參見：立法院，1050425刑法修正弒童處死刑或無期徒刑爭議公聽會報告，頁84-87，網址：<https://www.ly.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=12715&pid=166708>（最後瀏覽日期：2020年7月1日）。

⁴⁰ 廖福特老師於公聽會（立法院第9屆第1會期司法及法制委員會「刑法修正弒童處死刑或無期徒刑爭議」公聽會）上之發言：「提案的理由舉出聯合國兒童權利公約中對兒童生命權的特別保障概念，但我個人的理解是，兒童權利公約對兒童的定義是18歲以下之人，如果我們的提案是針對12歲以下，或許我們也應該要思考為什麼兒童權利公約所規範的是18歲以下，而我們所提的刑法修正案卻只針對12歲以下的被害人主體？這個概念恐怕並不能完整地保障兒童。另外一個核心的問題是，兒童權利公約是國際上最普世化的人權條

再者，因基於被害身分為兒童即對加害人加重刑罰（至死刑）此一說法，於刑事法學理上亦有其疑義。個案之量刑，基本上是法官就個案考量加害者對於被害者以及社會法律規範之威脅，乃至於考量加害者之處遇、刑罰的目的機能、刑罰投入延伸的效果等，再決定最終量刑的結果。若逕將殺害兒童此般殺害特定被害人的行為當作加重刑罰（量處死刑）的理由，可以從以下這個例子看出其疑義所在。蓋比較於同樣是殺害兒童（特定被害人）的刑法第274條第1項生母殺嬰罪⁴¹，該罪處罰生母於生產時或甫生產將孩子殺害，而該孩子當然符合兒童權利公約所定義之兒童，不過，何以該條之刑事責任並非加重，反而是減輕。或許有人認為，相對於無差別、隨機殺童的情況，母親殺自己的孩子可能有很多值得被寬恕或需要被同情的原因，但這樣的比較思考，不也顯示出，無差別弑童之行為人之所以做出這樣的行為，可能正是其欲表達其對於社會的觀感、或與這個社會間無法相互妥協之處、乃至於存有常人所想像不到的其他原因，而此類情狀、人格違常或疾病，通常也應仰賴專業領域譬如司法精神醫學或心理來進一步確認了解，而若我們在未予以理解的情況下，逕以此作為加重刑罰之理由進而認為這樣的人從此不能再回到社會，應一律處以嚴罰乃至於死刑，那麼這樣的思考恐即有違刑事法或刑事政策上對於這樣需要特殊處遇之人相當程度的寬

約，它總共有174個會員國，幾乎全世界所有的國家都是會員國，因此我們可以思考其他國家如何實踐兒童權利公約，特別是對於兒童生命權的保障。許多專家都提出了一個概念，可是我們到目前為止好像很少聽到一個真正的實例是針對殺死12歲以下兒童而採用必須判死刑或無期徒刑，甚至是終身監禁不得假釋的刑罰。如果這真正是一個可以實踐兒童權利公約的規範，其他國家應該會有這樣實踐的方法。所以，我覺得應從核心去思考所謂對兒童生命權的保障，這當然代表某種國家的義務，國家的義務最主要是在前端必須讓兒童不發生被剝奪生命的情況，跟對於一個殺害兒童的人，你後來對他如何處以刑罰，我認為是兩件事情，我們必須要衡量，最重要的是在保障兒童的生命不要被剝奪。」參見：立法院，委員會紀錄，立法院公報，105卷21期，2016年4月，頁214-215。

⁴¹ 刑法第274條第1項規定：「母因不得已之事由，於生產時或甫生產後，殺其子女者，處六月以上五年以下有期徒刑。」

容性處遇之精神，另一方面，也過於簡化量處刑罰所應考量的情狀及因子。依此可知，既然殺害兒童可能有各種不同的原因和態樣，不可一概而論，而被害者之兒童身分亦無法直接導引出特別值得同情或特別值得非難的情形者，那麼，純粹以被害者身分為兒童此一要素，於刑事法學理上恐怕還無法直接將之作為一個對加害人加重刑罰（乃至死刑）的類型要素。

進一步言，單純以被害人身分為兒童即加重刑罰（至死刑），亦無法找到實質的法益保護。刑法以保護法益為目的，因此，在處理一個人的刑事責任時，必須先找到所要保護的法益是什麼？殺一個兒童，殺一個成人，平平都是生命，在法律的體系中，我們可以估算生命的輕重嗎？可以因為被害對象是兒童或成人即斷定哪一個法益破壞比較嚴重（量處死刑）、哪一個比較輕微嗎？於殺害兒童案件中，當我們講出兒童的生命跟成年人的生命比較起來，兒童生命比較嚴重甚至稱殺害兒童乃情節最嚴重之罪行時，那麼我們就必須要去思考一個問題，從刑罰理論的角度來看，這樣子一個兒童的「需保護性」，算不算是保護法益？它是不是有別於生命之外、額外的一個保護法益？實則，此一問題的思考所產生的溢散作用不光是涉及到死刑的量處，而是牽涉到所有加重刑罰、把兒少作為加重刑罰考慮時所面臨到的共通問題⁴²。或許有人會認為，因為兒童很脆弱，所以需要加強保護，不過，我們應進一步問的是，需保護性此一理由，足以支撐一個加重刑罰的高度嗎？若是，那麼這個加重刑罰究竟是因為一個高度不法的內涵，保護法益比較嚴重，抑或是因為對於行為人而言，而有一個高度的期待可能性，因此不應該去對兒童下手？而從刑法學的角度來看，需保護性高低果真能夠作為一

⁴² 據此可再進一步思考的是，我國兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項規定「成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定。」即就故意對兒少犯罪者加重其刑規定之正當性。

個保護法益？乃至於單獨作為一個超出生命之外的保護法益嗎？這些其實都不是沒有疑問的，更不用說單以被害者為兒童此一身分要素即加重刑罰至死刑之程度。

甚者，此般僅以單一對象要素（被害者身分為兒童），未詳加考量個案情狀（犯行情狀及行為人情狀）即提升至死刑的論述，亦與近來聯合國人權事務委員會就死刑判處之解釋意旨有所扞格。於公政公約的架構上，科處死刑，除應恪遵公政公約第6條第2項所謂情節最重大之罪行等要件檢驗之外，尚須考量具體案件中個別案件情狀。蓋按人權事務委員會於2018年出爐的公政公約第36號一般性意見（下稱「36號一般性意見」）⁴³第37點：「在所有涉及適用死刑的案件中，法院量刑必須考慮犯罪行為人個人情狀和犯行的個別情狀，包括犯行的特定減輕因素。因此，若強制性／義務性的量處死刑而不給內國法院裁量空間判斷是否要將該犯行認定為將招致死刑的犯罪，以及判斷是否在犯罪行為人的個別情狀下判處死刑，本質上即屬恣意。即使可根據案件或被告的特殊情狀給予赦免或減刑，但此並不能充分代替司法機關對死刑適用與否的裁量權限。⁴⁴」即所有涉及死刑的案件中，法院於量刑時必須審酌被告的個人情狀、犯行的特殊情形包括有無特定減刑因素，此意味著，倘若法院在量處死刑時未斟酌上述各種因素（亦即犯行本身的情節嚴重

⁴³ Human Rights Committee, General Comment No. 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, 30 October 2018.

⁴⁴ 原文為“*In all cases involving the application of the death penalty, the personal circumstances of the offender and the particular circumstances of the offence, including its specific attenuating elements must be considered by the sentencing court. Hence, mandatory death sentences that leave domestic courts with no discretion on whether or not to designate the offence as a crime entailing the death penalty, and on whether or not to issue the death sentence in the particular circumstances of the offender, are arbitrary in nature. The availability of a right to seek pardon or commutation on the basis of the special circumstances of the case or the accused is not an adequate substitute for the need for judicial discretion in the application of the death penalty.*”

程度、行為人個人事項等），僅因犯罪行為情節極度嚴重而判處犯罪行為人死刑者，此將構成公政公約第6條第1項「恣意」剝奪生命權之違反。換言之，即便認為殺害兒童乃情節最重大之罪行者即所謂招致死刑的犯罪，於公政公約的脈絡上，仍不當然可以連結至必須量處死刑，蓋犯行或行為人個人情狀等考量仍然是公政公約所重視的且認為必須保留給法院一定的裁量空間才是。此般種種均一再顯示出，於公政公約脈絡上，就死刑的量處，實難僅以單一兒童被害身分要素即加重至死刑等論斷。

或許有人會持修正前刑法第272條第1項殺害直系血親尊親屬罪處死刑或無期徒刑之法定刑度⁴⁵作為對特定身分之加重刑罰（至死刑或無期徒刑）之正當論據或比擬，不過，這樣的說法，並非無疑。刑法殺害直系血親尊親屬罪之立法，或因基於孝道倫常等理由而有這般以「特定身分」之立法甚至將法定刑度限縮於死刑或無期徒刑間，惟這類被認為是「逆倫」的行為人，往往也可能是社會或家庭結構的被害人，諸如不堪長期遭受直系血親尊親屬之虐待而犯行等，實無法一概而論⁴⁶。而於我國刑事法及公法學界，針對殺害直系血親尊親屬罪，早也已有不少檢討聲浪⁴⁷，包含該罪不符合現代刑法的立法原理、嚴重限制法官個案量刑之裁量權、加重處罰過重（死刑、無期徒刑）、刑罰缺乏個別性判斷、違反憲法平等原則等⁴⁸。另

⁴⁵ 修正前刑法第272條規定：「殺直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑。前項之未遂犯罰之。預備犯第一項之罪者，處三年以下有期徒刑。」

⁴⁶ 黃源盛，固有倫常與舶來法律：「殺尊親屬罪」的歷史、觀念及其歸趨，政大法學評論，117期，2010年10月，頁54。

⁴⁷ 例見：許玉秀，除罪：解消類型：從殺害直系血親尊親屬罪談起，收錄於：甘添貴教授祝壽論文集編輯委員會編，甘添貴教授六秩祝壽論文集：刑事法學之理想與探索【第二卷 刑法各論】，2002年，頁1-16；林山田，刑法各罪論（上），2006年修訂5版，頁76；謝如媛，刑法規範下的家庭秩序，臺大法學論叢，35卷6期，2006年11月，頁322；謝開平，刑法之比較與繼承，2012年，頁75；許志雄，殺直系血親尊親屬罪與平等原則，月旦法學雜誌，37期，1998年5月，頁14-15。

⁴⁸ 就殺害直系血親尊親屬規定廢除與否之討論，日本最高裁判所1973年的大法庭判決宣告殺害直系血親尊親屬罪之加重規定違憲以及後來日本國會於1996

一方面，按2019年5月新修訂刑法第272條⁴⁹，亦於修法理由第272條之理由說明中表示，基於符合罪責相當原則以及量刑彈性等考量而修正調降殺直系血親尊親屬罪之法定刑即從原本死刑或無期徒刑之選擇調降至僅加重其刑至二分之一⁵⁰。雖然這樣的改變幅度並非到達「除罪」般強烈，但從這些修正條文理由說明以及檢討聲浪，都可以看出，單以對特定身分犯行即落入死刑、無期徒刑此等重刑選擇趨勢的式微。依此可知，逕以特定被害身分，不論是直系血親尊親屬或兒童⁵¹，作為一律加重刑罰至死刑或無期徒刑類型要素論據之不足⁵²。

此外，事實上，於我國裁判實務也已經有判決明確表示，從兒

年修正刑法刪除殺直系血親尊親屬規定等歷程，誠值參照。大法庭宣告違憲之判決全文，參見：日本最高裁判所網站，網址：http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/807/051807_hanrei.pdf（最後瀏覽日期：2020年7月1日）；相關討論及修法壇遞，則可參見：山田隆司，「家制度」と尊屬殺事件，法學セミナー，通卷716号，2014年9月，頁62-67；山本起世子，戰後日本における親子規範の変容—直系尊属に対する罪の加重規定を通して—，園田学園女子大学論文集，48号，2014年1月，頁134-136；野坂泰司，尊屬殺重罰規定と「法の下での平等」—尊屬殺重罰規定違憲判決，法學教室，302号，2005年11月，頁71-80；謝如媛，刑法與倫常：「殺尊親屬罪」判例選讀，月旦法學教室，108期，2011年10月，頁96-104。

49 現行刑法第272條規定：「對於直系血親尊親屬，犯前條之罪者，加重其刑至二分之一。」

50 「殺害直系血親尊親屬，除侵害生命法益外，更違反我國倫常孝道而屬嚴重之逆倫行為，故其法定刑較第二百七十一條殺人罪為重。惟現行第一項法定刑為死刑或無期徒刑，嚴重限制法官個案量刑之裁量權。司法實務常見之個案，行為人因長期遭受直系血親尊親屬之虐待，因不堪被虐而犯本條之殺人犯行，其行為固屬法所不許，惟若只能量處無期徒刑或死刑，恐又過於嚴苛……」就此刑法修正條文第272條之理由說明，參見：法務部，主管法規查詢系統 刑法第272條修法理由，網址：<https://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentReason.aspx?LSID=FL001424&LawNo=272>（最後瀏覽日期：2020年7月1日）。

51 更何況，嚴格而言，於此所舉殺害直系血親尊親屬罪，較之於單純兒童身分，直系血親尊親屬此一特定被害身分尚多出「加害人與被害人間具有高度的親屬關係」此等因子及考量。

52 從這裡可以再衍生的問題是，除了殺害直系血親尊親屬罪之外，因「直系血親尊親屬」此一特定被害身分因子作為加重刑罰之規定，諸如傷害罪及重傷罪之加重規定、遺棄直系血親尊親屬罪等整體刑法規制之檢討。

童權利公約就生命權之保障規定，並不當然可以推論出殺害兒少即應判處死刑之結論。例如臺灣高等法院105年度上重訴字第34號刑事判決（下稱「34號判決」）：「……兒童權利公約……第6條：『締約國承認兒童有與生俱來之生命權。締約國應盡最大可能確保兒童之生存及發展』……可知我國除應承認兒童有與生俱來之生命權外，亦應盡最大可能確保兒童之生存及發展，以免其遭受任何形式之不當對待，故於被告故意殺害之對象為兒童或少年時，為達嚇阻其日後再度或他人殺害兒童或少年之目的，固應列為被告量刑時之負面因子（即不利於被告之量刑因子），然因同為殺害兒童或少年之被告，其犯罪情節之嚴重程度未盡相同，為兼顧罪刑相當原則，並符合公政公約第6條第2項所定科處死刑之必要條件，仍應綜合考量其他犯罪情節，而非只要犯罪對象為兒童或少年，即一律科處死刑⁵³」此判決除了明確指出公政公約第6條第2項「情節最重大之罪行」概念於死刑個案之「踩煞車」效能之外，在可能涉及兒童權利的部分，亦撥亂反正、明白指出，個案中犯罪被害對象若為兒童者，則此僅屬量刑因子且應衡定罪刑相當原則，並非是指只要犯罪對象是兒童，基於兒童權利公約等即應一律科處被告死刑。

從以上的討論，我們可以得知，李宏基死刑案定讞判決聲稱基於兒童權利公約生命權之保障判處被告死刑之論述，實過於簡約，也違反國際人權公約之基本態度，且和刑法學理亦有所不符。兒童權利公約就生命權之保障乃代表某種國家義務，而國家的義務最主要是落在前端也就是必須讓兒童不發生被剝奪生命的情況，此與對於一個殺害兒童的人應處以如何的刑罰，乃兩回事，兒童權利公約衡量的重點是在於保障兒童的生命不要被剝奪。而且，單以被害身為兒童即科處死刑此一指向，亦和刑法學理有所不符。

而李案定讞判決中，就李宏基殺害其女兒的行為係如何地「危

⁵³ 參見：臺灣高等法院105年度上重訴字第34號刑事判決。臺灣高等法院106年度上重訴字第14號刑事判決之意旨同。

害社會治安甚大……堪認足以該當於最嚴重的犯罪情形之一種……至於行為人有無教化可能，雖屬法院量刑時當予審酌之事項，但並非唯一，若所犯情節嚴重，自難因此解免死刑應報」等論述，亦與本文前述公政公約誠命不符，亦即，即便所犯情節嚴重仍不當然可以連結至必須量處死刑，因為犯行或行為人個人特別情狀等考量仍然是公政公約所重視且認為應保留一定的裁量空間才是。換言之，縱然本件不援引兒童權利公約科處死刑，乘以即便法院認定本件殺害兒童之行為是「情節最重大之罪行」，當仍有可能判處死刑，甚或透過論述認為就以兒童或少年為犯罪對象之案件行為人，科予其死刑能傳達出就此等案件應予重罰、不應以兒童或少年作為犯罪對象之心理強制效果，藉此發揮一般預防之效果等。然而，本文認為，此般種種考量，也應僅停留至犯行本身的情節嚴重程度，若於公政公約的架構上則係指情節最重大之罪行此一層次，而按向來的公約意見如前揭36號一般性意見第37點意旨以及我國裁判實務就此要件架構之解釋趨向⁵⁴，亦可得出，情節最重大之罪行也僅是判處死刑的「必要條件」而非「充分條件」。譬如，就以李案之一審判決為例，此判決於量刑理由論及受害者為兒童子女此一身分時即有更為細緻的論述，亦即其認定，加害人雖犯罪情節嚴重，然仍應考量行為人當時亦打算自殺而坐在車內繼續往前駕駛直至昏迷，嗣因及

⁵⁴ 例見，最高法院105年度台上字第1567號刑事判決：「公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）內國法化後，關於死刑量刑在實體法上之判準，自應連結至公政公約第六條第二項中所謂『非犯情節最重大之罪，不得科處死刑』之概念與刑法第五十七條量刑事由之關係及適用。所謂『情節最重大之罪』，依人權事務委員會相關解釋，限於『蓄意殺害並造成生命喪失』方屬之，惟此僅屬公政公約為適合於不同國家之刑事法制度所設定的一種最低度要求，其於立法裁量之實踐，自不容立法者濫行制定法定唯一死刑（絕對死刑）之條文，而在審判實務上，即使被告所犯係該當上開人權事務委員會解釋之罪名、且法定刑有死刑（相對死刑）之案件，仍須回歸以被告具體個別犯罪情節、所犯之不法及責任之嚴重程度等犯罪情狀，資為得否選擇死刑之充足理由以為斷。亦即，所犯即使是『情節最重大之罪』，亦僅係得以選擇死刑之『必要條件』，而非『充分條件』。」即認為「情節最重大之罪行」僅係得以選擇死刑之「必要條件」，而非「充分條件」。

時被發現始未死亡，此與僅殺害子女之情形，不論情節嚴重程度抑或惡性上，均應有所區隔，依此甚而認定就此情狀乃對被告「有利」之量刑評價因素⁵⁵。

再如前揭34號判決所指出的，同為殺害兒童或少年之被告，其犯罪情節之嚴重程度未盡相同，在兼顧罪刑相當原則及其他人權公約後，仍應綜合考量其他犯罪情節，而非只要犯罪對象為兒童或少年，即一律科處死刑。依此可知，李宏基死刑定讞判決就兒童權利公約之適用有重大誤解，也就是人權公約本係作為證立國家干預手段之違法或不當，然於李宏基死刑定讞判決中卻反被拿來作為處罰人民、加重處死之條文基礎，究其原因，恐怕是法官對於人權公約之權利內容及精神不熟悉所致。

肆、結 論

近年來，因多起弑童案件以及充滿嚴罰之社會氛圍下，在立法場域，有持兒童權利公約主張弑童嚴罰唯一死刑的修法聲浪，而在司法裁判中，兒童權利公約就生命權之保障規定甚至還成了法院判處弑童個案被告重刑（死刑或無期徒刑）之判決理由論述。於細究相關人權規範後，我們不難發現，於兒童權利公約的脈絡中，兒童生命權議題所指向的保障均是偏向國家義務的課予且通常是前端式、預防性質的保護，也就是，國家應盡可能地讓兒童不發生被剝

⁵⁵ 臺灣高雄地方法院103年度重訴字第34號刑事判決：「而其殺害李○宇之部分，雖犯罪情節至為嚴重，然仍應考量其當時亦打算自殺而坐在車內繼續往前駕駛直至昏迷，嗣因及時被發現始未死亡，是與僅殺害子女之情形，不論情節嚴重程度抑或惡性上，均應有所區隔，以上均屬對被告有利之量刑評價因素，本院自須考量在內。本件被告最終雖選擇沉淪，封閉自己，自陷於有遭感情背叛之猜忌囹圄中，浸溺於必須報復之漩渦情緒裏，無法自拔，斷絕摯友之聯繫及建議，使自身視子女為所有物、自私自利之扭曲性格雪上加霜，報復之心益加熾熱難耐，因而犯下本件難以原諒之重大惡行，自當付出代價，無可推卸，故而本院綜合考量對被告量刑之有利、不利因素後，就其所犯2罪，分別宣告上述之刑，並定應執行刑為無期徒刑使其長期與社會隔離，因而未克採納檢察官所求處之死刑，附此敘明。」

奪生命等情況，此與犯罪發生後我們對於加害者科處如何的刑罰（對弑童被告判處死刑）乃屬二回事；且科處加害者死刑以保障兒童生命權此等論述，在公政公約第6條明確指向往廢除死刑一途邁進之情況下，弑童判死一說亦和國際人權公約中採取一致性解釋的基本立場有所違背；此外，單純以被害人身分為兒童即加重刑罰（至死刑），於刑法學理上亦無法找到實質的法益保護及其正當性。

依此檢視李宏基死刑案，該案於最後定讞判決特別提及兒童權利公約數次並強調對於兒童生命權的重視，這或許是更深化法官下死刑決定的一個重要考量點，不過，本件自二審即已改判死刑，因此有關本件死刑之判處，我們無法說全然係歸因於兒童權利公約此一因素，惟相較於其他死刑判決，尤其是在量刑區塊就兒童權利等提出論述，的確是本件判決的特殊之處。本文認為，兒童權利公約之於李宏基案死刑定讞判決，除了誤用兒童權利公約之外，其中，「判死，以兒童之名」，希冀透過嚴懲保護兒童之說，恐怕也只是一種對加重處罰效果的過度期待而已⁵⁶。

⁵⁶ 此外，李宏基死刑案牽涉到被告積極求死的特殊性乃至於其中反映出的家庭失衡以及家暴案件中的性別問題，亦不可忽視，參見：張娟芬，張娟芬專欄：殺了一個偷飛機的人，網址：https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=47323（最後瀏覽日期：2020年7月1日）；陳亭亘，試著看見家暴加害者所受的性別之苦：以李宏基案為例，網址：<https://www.taedp.org.tw/story/3136>（最後瀏覽日期：2020年7月1日）。

參考文獻

一、中文部分

- 王正嘉，論死刑之裁量與界限：以兩公約與比較法為出發，臺大法學論叢，45卷2期，頁687-754，2016年6月。
- 王皇玉，死刑量刑準則之意義，台灣法學雜誌，347期，頁75-118，2018年7月。
- 林山田，刑法各罪論（上），2006年修訂5版，臺北：自刊。
- 林慈偉，從公民與政治權利國際公約論死刑裁判之人權基準：最高法院近年相關裁判之綜合評析，軍法專刊，61卷4期，頁125-168，2015年8月。
- 林鈺雄，2013年刑事程序法發展回顧：從國際人權公約內國法化的觀點出發，臺大法學論叢，43卷特刊，頁1265-1298，2014年11月。
- 施慧玲、陳竹上、廖宗聖，回顧過去、展望未來：兒童權利公約國內法化之社會分析與後續課題，月旦法學雜誌，240期，頁113-129，2015年5月。
- 徐揮彥，「公民與政治權利國際公約」與「經濟、社會與文化權利國際公約」在我國最高法院與最高行政法院適用之研究，臺大法學論叢，43期特刊，頁839-909，2014年11月。
- 高玉泉、蔡沛倫，兒童權利公約逐條要義，2016年，臺北：衛生福利部社會及家庭署。
- 許玉秀，除罪：解消類型：從殺害直系血親尊親屬罪談起，收錄於：甘添貴教授祝壽論文集編輯委員會編，甘添貴教授六秩祝壽論文集：刑事法學之理想與探索【第二卷 刑法各論】，頁1-16，2002年，臺北：學林。
- 許志雄，殺直系血親尊親屬罪與平等原則，月旦法學雜誌，37期，頁14-15，1998年5月。
- 許恒達，國際法規範與刑事立法：兼評近期刑事法修訂動向，臺大法學論叢，46期特刊，頁1257-1330，2017年11月。
- 陳怡凱，國際人權法在我國法院之適用：以精障者是否可科處死刑為例，憲政時代，40卷3期，頁311-359，2015年1月。

- 黃源盛，固有倫常與舶來法律：「殺尊親屬罪」的歷史、觀念及其歸趨，政大法學評論，117期，頁1-61，2010年10月。
- 廖福特，「公民與政治權利國際公約」國內法化之影響：最高法院死刑相關判決之檢視，臺大法學論叢，43卷特刊，頁911-956，2014年11月。
- 蔡孟翰，論國際人權法的水平效力問題，東吳大學法律學系碩士論文，2016年。
- 謝如媛，刑法規範下的家庭秩序，臺大法學論叢，35卷6期，頁291-329，2006年11月。
- 謝如媛，刑法與倫常：「殺尊親屬罪」判例選讀，月旦法學教室，108期，頁96-104，2011年10月。
- 謝開平，刑法之比較與繼受，2012年，臺北：元照。
- 謝煜偉，論「教化可能性」在死刑量刑判斷上的意義與定位：從最高法院102年度臺上字第170號判決到105年度臺上字第984號判決之演變，臺北大學法學論叢，105期，頁133-186，2018年3月。
- 謝煜偉，簡評近來有關死刑案件之最高法院判決，全國律師，17卷7期，頁5-21，2013年7月。

二、日文部分

- 山本起世子，戦後日本における親子規範の変容—直系尊属に対する罪の加重規定を通して—，園田学園女子大学論文集，48号，頁123-139，2014年1月。
- 山田隆司，「家制度」と尊属殺事件，法学セミナー，通巻716号，頁62-67，2014年9月。
- 野坂泰司，尊属殺重罰規定と「法の下の平等」—尊属殺重罰規定違憲判決，法学教室，302号，頁71-80，2005年11月。

三、英文部分

- Nowak, Manfred. (2005), *Article 6: The Right to Life, Survival and Development*. In: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghamans & M Verheyde eds., *A COMMENTARY ON THE UNITED*

NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD, pp. 1-49, Dordrecht, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.

R. Nigel & P. Matt (3rd ed. 2009), THE TREATMENT OF PRISONERS UNDER INTERNATIONAL LAW. Oxford, England: Oxford University Press.

Sutherland, Elaine E. (2015), *The Child's Right to Life, Survival and Development: Evolution and Progress*, 26 *STELL. L. REV.* 272-294.

Killing in the Name of Children?: A CRC Viewpoint of the Case of Li Hung-chi

Tzu-Wei Lin*

Abstract

Under the shadow of multiple child homicides and the public's growing appetite for severe penalties, the Convention on the Rights of the Child (CRC) has become a central argument not only for proponents of mandatory death penalty for child homicide but also for Courts' decisions to impose death penalties in such cases. The case of Li Hung-chi is one of them. However, under the CRC regime, State Parties' obligation to protect the child's right to life calls for preventive measures from the front end. The criminal sentencing of the perpetrator in a child homicide is an unrelated issue in this respect. Moreover, the imposition of death penalty can never be justified through the Child's Right to Life rationale, as it would contradict the purpose of the Covenant of Civil and Political Rights (ICCPR), a document that envisions an irrevocable path towards complete eradication of the death penalty. The contradiction cannot survive the standpoint of consistent and coherent interpretation. Furthermore, the imposition of harsher penalties or even death penalty on account of the victim being a child finds no justification in theories of criminal law. This Commentary

* Legal Director, Taiwan Alliance to End the Death Penalty (TAEDP); Ph.D. Candidate, College of Law, National Chengchi University.

argues that the opinion of the Court in the Case of Li Hung-chi is problematic in two ways: it misconstrues the obligation imposed by the CRC and harbors false hope that resorting to harsher penalties would bring about adequate protection of the Child's Right to Life.

Keywords: Convention on the Rights of the Child (CRC), Act to Implement the Convention on the Rights of the Child, child's right to life, death penalty, sentencing

【研究論文】

論勞保條例中職業病之認定 ——兼論相關之法律問題*

徐婉寧**

要 目

| | |
|---------------|-------------------------|
| 壹、前 言 | 參、職業病之認定與雇主之補償 與賠償責任 |
| 貳、職業病之認定基準 | 肆、職業病之補償或賠償之請求 權時效 |
| 一、職業病種類表所列疾病 | 伍、結 語 |
| 二、非職業病種類表所列疾病 | |
| 三、小 結 | |

* 本論文為教育部高等教育深耕計畫——學術研究生涯發展計畫——【日本勞災保險法之修正與評析——兼論對我國的啟示】（計畫編號：110L7825）研究成果之一。作者衷心感謝兩位匿名審稿人之意見，使本文更臻完整，惟文責仍由作者自負。

** 國立臺灣大學法律系教授。

摘 要

我國職業病的認定，主要係依勞保條例之職業病種類表為之，但由於該表未設有概括條款，所以以往對於非屬該表上所列舉之疾病或未經中央主管機關核准增列的疾病，在勞工保險職業災害保險給付的認定上，往往難以獲得救濟。此情形雖隨著勞工保險被保險人執行職務致傷病審查準則第20條、第21條，以及第21條之1之制定而獲得改善，但職業病的認定與雇主勞基法上的補償責任或是民法上的損害賠償責任間的關係，仍存在著許多錯綜複雜、沉痾難起的问题。

本文希望基於目前勞保條例對於職業病認定之根據，特別是透過職業疾病鑑定委員會之鑑定結果，去探討目前職業病之認定結果對於雇主之補償責任與賠償責任認定之關係，並論及其請求權時效之問題，希望對日後實務運作上能提供若干參考。

關鍵詞： 職業病、職業病種類表、勞工保險被保險人執行職務致傷病審查準則、職業災害保險、職業疾病鑑定委員會

壹、前 言

職業災害發生時，受災勞工往往因此受有生命、身體、健康以及財產上的損害，其損害應如何加以填補，由誰填補，對受災勞工而言，為十分重要的問題¹。我國對於職業災害之救濟，簡言之，可分為職災補償與民事賠償，前者係由勞動基準法（以下稱「勞基法」）上雇主之職災補償責任、基於勞工保險條例（以下稱「勞保條例」）所為之職災勞保給付，以及依職業災害勞工保護法所為之各項補助與津貼所構成；而後者係指受災勞工依民法可得向雇主請求之民事損害賠償²。而依勞基法第59條但書、第60條之規定，我國對於勞基法上之補償責任、勞保條例之職災保險給付，以及雇主之民事損害賠償責任，係採兩階段抵充，亦即雇主為勞基法上之職災補償時，得抵充職災保險給付；而雇主所為之職災補償，得抵充就同一事故所生民事損害之賠償金額。換言之，勞工受領職災保險給付，亦不妨礙其向雇主請求勞基法上之補償責任與民法上損害賠償責任之權利。然而，無論是勞基法、勞保條例，或是職業災害勞工保護法，對於職業災害，皆未為定義性之規定，而於職業安全衛生法第2條第5款，則將職業災害定義為「指因勞動場所之建築物、機械、設備、原料、材料、化學品、氣體、蒸氣、粉塵等或作業活動及其他職業上原因引起之工作者疾病、傷害、失能或死亡」。此外，勞保條例雖於總則章中將勞工保險分類為普通事故保險與職業災害保險，然就職業災害的種類並未於總則章中明確地進一步分類或加以定義，惟於第4章保險給付的規定觀之，可知其將職業災害區

¹ 徐婉寧，職災補償與損害賠償——以台日職業災害之雇主責任為中心，中原財經法學，34期，2015年6月，頁171。

² 焦興鑑、劉志鵬、王松柏、劉士豪、邱駿彥、黃馨慧、黃程貫、林更盛、魏千峯、陳金泉、林佳和、王惠玲、王能君、陳建文、鄭津津、郭玲惠、郝鳳鳴、楊通軒、鄭傑夫著，台灣勞動法學會編，勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望，2009年2版，頁519。

分為職業傷害與職業病³；同樣地，從勞基法第59條第1款之「勞工受傷或罹患職業病時」或同條第4款「勞工遭遇職業傷害或罹患職業病時」之用語亦可得知其可區分為職業傷害與職業病。學說也認為，職業災害可區分為職業傷害與職業病⁴。

關於職業災害的認定，我國學說通說及實務見解多認為應符合「業務遂行性」與「業務起因性」⁵；前者係指「勞工基於勞動契約在雇主支配下的就勞過程」，後者指「以傷病所發生之一切不可欠缺之條件為基礎，依經驗法則判斷業務和傷病之間具有相當之因果關係而言」⁶。

雖然因為我國勞基法及勞保條例關於職業災害之補償定有相關規定，然兩者對於職業災害皆未加以定義，因此勞基法上的職業災害與勞保條例之職業災害保險給付事由是否同一向有爭議，實務見解亦未見統一⁷。例如通勤災害，由於關於勞保條例上之職業災害應如何認定，我國向來依勞保條例第34條所授權制定之法規命令，即「勞工保險被保險人執行職務而致傷病審查準則」（以下簡稱「傷病審查準則」）為之，而同法第4條等規定將通勤災害「視為職業傷害」，則通勤災害向來為勞保職災保險所涵蓋，然而其是否為勞基法上之職業災害，則為我國學說及實務上爭議已久的問題⁸。

³ 例如勞保條例第34條第1項規定，被保險人因執行職務而致傷害或職業病不能工作，以致未能取得原有薪資，正在治療中者，自不能工作之第4日起，發給「職業傷害」補償費或「職業病」補償費。而同法第54條則規定，被保險人遭遇「職業傷害」或罹患「職業病」，於符合一定要件時，發給失能補償費。請詳參，徐婉寧，通勤災害之認定基準——兼評臺北高等行政法院103年度訴字1055號判決，政大法學評論，148期，2017年3月，頁124-125。

⁴ 郭玲惠，勞工及就業保險法釋義，2017年12月，頁270。

⁵ 楊通軒，勞工保險條例逐條釋義，2011年12月，頁346；陳建文，勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則第十八條之探討，政大勞動學報，10期，2001年1月，頁94；同前註，頁271。

⁶ 郭玲惠，同註4，頁271。

⁷ 徐婉寧，精神疾病與雇主之職業災害補償及民事賠償責任——兼評臺灣板橋地方法院100年度勞訴字第1號民事判決，政大法學評論，124期，2013年9月，頁124。

⁸ 關於通勤災害是否屬於勞基法第59條之職業災害之學說及實務爭議，請詳

相較於職業傷害，因為有著通勤災害是否為職業災害的相關爭議，職業病相對而言，較無此類爭議。再者，關於職業病之認定，由於勞基法第59條第1款後段規定，「職業病之種類及其醫療範圍依勞保條例有關之規定」，因此，勞基法上之職業病可謂應與勞保條例之職業病為同一之解釋；而是否屬於職業病，我國主要係透過勞保條例第34條附表一之職業病種類表而為認定⁹。

我國關於職業災害之先行研究如前所述並不在少數，但較少針對職業病的認定基準與相關的適用爭議，進行深入的檢討，因而本文希冀聚焦於此，以檢視我國目前關於職業病救濟之現狀，並提出相關的問題加以探討。

貳、職業病之認定基準¹⁰

如何判斷是否為職業病，目前我國主要透過職業病種類表來加以認定，而不在職業病種類表上的疾病，以往難以被認定是職業病，但隨著傷病審查準則的數次修法，目前已獲得改善；亦即透過增訂同準則第19條至第21條之1，於被保險人因執行職務而罹患中央主管機關依據勞工保險職業病種類表第8類第2項規定核定增列之職業病種類或有害物質所致之疾病、或罹患之疾病，經勞動部職業疾

參，高得潤，通勤災害之問題研究——以最近之行政解釋為中心，東海法學研究，11期，1996年12月，頁199-211；邱駿彥，我國職業災害補償制度，輔仁法學，17期，1998年6月，頁211-214；楊通軒，論職業災害中之通勤災害——最高法院92年度台上字第1960號民事判決評釋，台灣勞動法學會學報，4期，2006年3月，頁247-268；許必奇，論職業災害補償制度中之「通勤災害」（上），司法周刊，1445期，2009年6月，頁2；許必奇，論職業災害補償制度中之「通勤災害」（下），司法周刊，1446期，2009年6月，頁2-3；鄭津津，通勤災害，月旦法學教室，80期，2009年6月，頁24-25；吳姿慧，勞工上下班途中之通勤災害與勞基法雇主職業災害補償責任之關係，台灣法學雜誌，160期，2010年9月，頁177-180；張其恆，上下班交通事故應否視為職災情理法的探討，台灣勞工季刊，27期，2011年12月，頁79-83；同前註，頁127-128；徐婉寧，同註3，頁135-137。

⁹ 徐婉寧，同註7，頁131。

¹⁰ 此部分主要參考，徐婉寧，同註7，頁131-133。

病鑑定委員會鑑定為執行職務所致，或被保險人疾病之促發或惡化與作業有相當因果關係者，以及罹患精神疾病，而該項疾病與執行職務有相當因果關係者，皆可以被認定為職業病。茲分述如下：

一、職業病種類表所列疾病

關於職業病之認定，傷病審查準則第3條第2項規定，「被保險人於勞工保險職業病種類表規定適用職業範圍從事工作，而罹患表列疾病，為職業病。」而此所稱勞工保險職業病種類表，即為前述勞保條例第34條附表一之職業病種類表。

我國的職業病種類表的規定方式，採取混合方式，亦即係由職業病種類表第1類至第8類第1項的「列舉規定」，以及職業病種類表第8類第2項之「追加規定」所構成。其中列舉規定中，具體地列舉了「職業病名稱」和「適用職業範圍」，換言之，從事特定職業的勞工，若得到該表所列舉之疾病，則認定其為職業災害。例如勞工「使用、處理、製造鉛或鉛化合物或暴露於其煙霧、粉塵之工作場所」（適用職業範圍），而罹患「鉛及其化合物中毒及其續發症」時（職業病名稱）（第5類1項），則疾病與業務間之因果關係即被推定；又例如第2類第10項規定，勞工「使用、處理尼古丁或含有尼古丁物質或暴露於其蒸氣、粉塵之工作場所」，而得到「尼古丁中毒及其續發症」，則可認定其為職業災害。

而職業病種類表第8類第2項則規定「其他本表未列之有毒物質或其他疾病，應列為職業病者得由中央主管機關核准增列之。」透過此「追加規定」，隨著產業醫學的進步，一旦證明某種疾病和特定職業間具有因果關係，即可以由中央主管機關核准增列為職業病，而無等待修法增加勞保條例第34條附表一所列疾病之必要，可免去修法的繁瑣且可減少等待修法所造成的時間差，藉由這種方式來迅速地對應新型態的職業病¹¹。

¹¹ 徐婉寧，業務上のストレス性疾患と労災補償・損害賠償(3)一日米台の比較法的考察，法学協會雜誌，129卷5号，2012年5月，頁123。

而行政院勞工委員會（現改制為勞動部）於97年5月1日依職業病種類表第8類第2項的授權規定而核准增列「勞工保險職業病種類項目」52項；98年5月1日公告修正增列42項；99年9月3日公告修正增列2項；100年7月7日修正5.23項之適用職業範圍；101年9月21日公告修正增列2項；104年9月18日公告修正增列3項；106年10月20日公告修正3.3項、3.4項、5.20項及5.22項；108年12月11日公告增列1.49項，修正2.2項、2.9項、7.6項、7.7項、7.8項及7.9項，目前職業病種類表所列舉的疾病及勞動部核准增列之職業病項目，合計已達174項¹²。

雖然目前經核准增列之職業病項目已有大幅的成長，但有些無法類型化的疾病仍難以列入職業病種類表中，因此，以下將探討非職業病種類表所列疾病之認定基準。

二、非職業病種類表所列疾病

然而，依我國的職業病種類表，則僅有職業病種類表之表列疾病以及經中央主管機關核准增列之疾病，方屬職業病，並未如美日等國，為了避免職業病種類表掛一漏萬，而於職業病種類表中設有如係因執行職務所致之疾病，縱未經列舉，仍予補償之概括條款¹³。因此，對於非屬職業病種類表所列舉的疾病或勞動部核准增列之職業病之疾病，應如何認定其是否為職業病，即有檢討的必要。

(一)傷病審查準則第20條

我國職業災害勞工保護法於91年制定時，於同法第三章設有「職業疾病之認定與鑑定」專章¹⁴，當勞工或雇主對於醫師之職業疾

¹² 請詳參，勞動部官網，職業病種類表及增列項目，網址：<https://www.mol.gov.tw/service/19851/19856/19884/14623/>（最後瀏覽日期：2020年8月18日）。

¹³ 又稱包括規定，例如日本的勞動基準法施行規則第35條別表第1之2第11號所定之「其他明顯起因於業務之疾病」亦予以職業病之職災補償。關於職業病之範圍的立法例，請詳參良永彌太郎，業務上の疾病とは何か，收錄於：保原喜志夫、山口浩一郎、西村健一郎編，勞災保險・安全衛生のすべて，1998年10月，頁190-192。

¹⁴ 關於我國職業病之鑑定制度及流程，請詳參林彩蓮，論我國職業病鑑定制度——兼比較美國、日本、新加坡之職業病鑑定制度，東海大學法律學系碩士

病診斷有異議時，得檢附有關資料，向地方主管機關申請認定；而地方主管機關為確保罹患職業疾病勞工之權益，得設置職業疾病認定委員會¹⁵。當地方主管機關對於職業疾病認定有困難及勞工或雇主對於地方主管機關認定職業疾病之結果有異議，或勞工保險機構於審定職業疾病認有必要時，得檢附有關資料，向中央主管機關申請鑑定。中央主管機關為鑑定職業疾病，確保罹患職業疾病勞工之權益，應設職業疾病鑑定委員會受理職業疾病鑑定之申請案件，並將有關資料送請鑑定委員會委員作書面審查，作成鑑定決定。且我國於86年增訂傷病審查準則第20條即明定，「被保險人罹患之疾病，經行政院勞工委員會職業疾病鑑定委員會鑑定為執行職務所致者，為職業病。」¹⁶，而於行政院組織再造後，勞委會改制為勞動部而於105年將同條修正為，「被保險人罹患之疾病，經勞動部職業疾病鑑定委員會鑑定為執行職務所致者，為職業病。」則依此規定，縱尚未經中央主管機關核准增列之疾病，如經職業疾病鑑定委員會鑑定為職業病，一樣可以申請職災勞保給付，其精神實與外國立法例之

論文，2008年，頁46-70；郭旭東，論我國職業病鑑定制度，中國文化大學勞動學研究所碩士論文，2005年，頁68-79。而關於職業病之認定與鑑定之相關問題，請詳參，徐婉寧，論我國職業病之認定與鑑定制度（上），萬國法律，218期，2018年4月，頁78-84；徐婉寧，論我國職業病之認定與鑑定制度（下），萬國法律，219期，2018年6月，頁78-85。

¹⁵ 無論是否設置職業疾病認定委員會，地方主管機關依法皆可為職業疾病之認定，問題是，經其認定為職業疾病之效果為何？如前所述，經職業疾病鑑定委員會鑑定為職業病時，依據傷病審查準則第20條之規定，勞保局即應核付勞保職災保險給付。然而，經地方主管機關認定為職業疾病之結果，並無法拘束勞保局是否核付職災保險之判斷。

¹⁶ 惟當時職業災害勞工保護法尚未制定，行政院勞工委員會職業疾病鑑定委員會係基於行政院勞工委員會組織條例（現已廢止）第24條所設置。而依行政院勞工委員會職業疾病鑑定委員會組織規程第3條之規定，「本委員會之任務如左：

- 一、直轄市、縣（市）府認定困難之職業疾病鑑定事項。
- 二、勞雇之一方對直轄市、縣（市）政府之認定結果有異議之職業疾病鑑定事項。
- 三、勞工保險機構審定時發生疑義之職業疾病鑑定事項。
- 四、其他有關職業疾病鑑定事項。」

概括條款無異。

雖然自職業災害勞工保護法於92年施行以來，勞工疑有職業疾病即可依職業災害勞工保護法申請地方主管機關為職業病之認定，而對其認定之結果有異議，可向中央主管機關申請職業疾病鑑定委員會之鑑定，且若勞工保險局審定職業疾病認有必要時，例如勞保局的特約專科醫師與評估報告撰寫醫師，就職業疾病認定之醫理見解有所歧異者，依職業災害勞工保護法第13條之規定，亦可以申請鑑定¹⁷。但事實上，針對非職業病種類表所列疾病，亦未經中央主管機關核准增列之疾病，於勞動部未制定任何相關之職業病認定參考基準的情況下，縱使勞工依法申請職業病之認定或鑑定，實際上應如何加以認定，其實仍是十分困難的課題。

蓋目前實務上認定是否屬於職業病，多參考勞動部職業安全衛生署（以下稱職安署）所公布之職業病認定參考指引，其區分人因性危害、化學性危害、生物性危害、物理性危害，以及社會、心理性危害，分別訂定職業病認定參考指引，現行共公布了169種職業病認定參考指引¹⁸。其中絕大多數為職業病種類表所列疾病或經中央主

¹⁷ 郭玲惠，同註4，頁272。

¹⁸ 例如屬於人因性危害者，目前共公布職業因素罹患肘隧道症候群與橈隧道症候群之認定參考指引、職業性腰椎椎間盤突出認定參考指引、長期以蹲跪姿勢工作引起之膝關節骨關節炎認定參考指引、職業性頸椎椎間盤突出認定參考指引、職業性腕道症候群認定參考指引、職業性旋轉肌袖症候群認定參考指引、職業性肌腱鞘炎認定參考指引、職業性肌腱炎認定參考指引、長期壓迫引起之關節滑囊病變認定參考指引、長期以蹲跪姿勢工作引起之膝關節半月狀軟骨病變認定參考指引共10種；而化學性危害則有職業暴露磷及其化合物引起之中毒認定參考指引、職業暴露鎘及其化合物引起之中毒認定參考指引、職業暴露鹽酸、硝酸、硫酸引起之疾病認定參考指引、職業暴露銻及其化合物引起之中毒認定參考指引、職業暴露錳及其化合物引起之中毒認定參考指引、職業暴露煤焦油引起中毒之認定參考指引、職業暴露溴化甲烷引起之中毒認定參考指引、職業性結膜炎認定參考指引等共128種；生物性危害則有職業因素感染禽流感認定參考指引、職業性人類免疫缺陷病毒感染之認定參考指引、職業因素罹患豬丹毒、炭疽病、類鼻疽等疾病之認定參考指引、職業因素罹患漢他病毒症候群之認定參考指引、職業因素罹患退伍軍人症之認定參考指引、職業因素罹患恙蟲病之認定參考指引、職業因素罹患結核病之認定參考指引共17種；物理性危害，職業暴露全身振動引起之腰椎椎

管機關核准增列之疾病，非職業病種類表所涵蓋者，例如職業促發腦心血管疾病認定參考指引以及工作相關心理壓力事件引起精神疾病認定參考指引，則或可謂係因應傷病審查準則第21條與第21條之1所訂定，此部分容後再述。

惟職業疾病鑑定委員會鑑定勞工所患疾病是否為職業病時，即使無上開169種職業病認定參考指引可參照，仍可做出職業病的認定，蓋依職業災害勞工保護法以及勞動部辦理職業疾病鑑定作業程序處理要點，皆未規定必須依循職業病認定參考指引為認定。也正因如此，方能發揮傷病審查準則第20條概括條款之功能，以解決勞工罹患尚未或難以被類型化之疾病時，僅因該疾病並非職業病種類表所列舉的疾病或勞動部核准增列之職業病之疾病，即無法獲得職業認定之困境。

然而，依日前勞動部所預告之勞工職業災害保險法草案第74條第1項之規定，「保險人於審核職業病給付案件認有必要時，得向中央主管機關申請職業病鑑定。」；其立法說明並載明，「為保障被保險人罹患職業病請領相關給付權益，並利保險人審核給付案件，爰有關保險人核發職業病相關給付、津貼及補助之規定，本法已授權另定，對於相關審查程序將妥為規劃，中央主管機關僅就保險人因審核相關職業病給付案件認有必要者，方受理鑑定，其餘不受理。所稱審核給付包含給付核定案件經爭議審議、訴願、行政訴訟

間盤突出認定參考指引、職業暴露熱危害引起之職業疾病認定參考指引、職業暴露非游離輻射引起之視網膜傷害認定參考指引（視網膜光傷害等症）、雷諾氏症候群之認定參考指引、職業性聽力損失診斷認定參考指引、低溫引起之職業病認定參考指引、職業性白內障認定參考指引、異常氣壓（含潛水疾病）作業引起之職業疾病認定參考指引、異常氣壓作業意外事件認定參考指引、游離輻射的職業病認定參考指引，共11種；以及社會、心理性危害之職業促發腦心血管疾病認定參考指引、工作相關心理壓力事件引起精神疾病認定參考指引，以及職業相關之創傷後壓力症候群認定參考指引，共3種。請詳參，勞動部職業安全衛生署官網，職業病認定參考指引，網址：<https://www.osha.gov.tw/1106/1176/1185/1190/1195/>（最後瀏覽日期：2020年8月18日）。

等行政救濟程序撤銷後，由保險人另為審核之情形。¹⁹」目前該草案已改名為職業災害保險及保障法並送行政院審議，據報載目前已經過3次審查會議初步審查完畢²⁰，雖尚未送立法院完成立法程序，但日後若仍依草案的內容立法通過，則僅有保險人即勞工保險局可申請職業病之鑑定，若保險人認為勞工所患疾病，並非職業病種類表所列舉的疾病或勞動部核准增列之職業病而無須送鑑定時，受災勞工將無從依現行的傷病審查準則第20條獲得救濟。如此一來，同條概括條款之功能將大打折扣，對受災勞工之權益保障預期會帶來很大的影響，並失去現有的鑑定結果並非僅供勞保給付核付保險之用，於勞資雙方申請鑑定時，亦可供法院受理勞雇雙方對於職業疾病補償或賠償爭訟時之參考功能。再者，其立法說明並將保險人申請鑑定之情形限縮於「經爭議審議、訴願、行政訴訟等行政救濟程序撤銷後」之情形，為若現行制度，保險人只要於審定職業疾病認有必要，即可主動申請鑑定，而無須待被保險人或受領權人不服提起爭議審議、訴願、行政訴訟等行政救濟程序；且草案還規定必須是行政救濟程序撤銷後，由保險人另為審核時，保險人才可申請鑑定，換言之，若行政救濟程序未撤銷，則根本無由進入鑑定程序。草案如此作法，可預期將大幅地限縮得進入職業疾病鑑定委員會鑑定的事件數量，且除了層層把關得申請鑑定的要件，最終仍把是否申請鑑定之決定權，繫於保險人的一念之間。主管機關既意欲限制申請鑑定之事件至即使經行政救濟程序仍任由保險人逕自決定是否申請鑑定之地步，將救濟途徑驟然限縮至此，實與大筆一揮將鑑定制度整個刪除，令職災救濟制度倒退到未增訂傷病審查準則第20條之時代，使得除非職業病種類表表列疾病該當於同準則第21條、第

¹⁹ 草案內容請參照，勞動部官網，<https://laws.mol.gov.tw/news.aspx?msgid=4971>（最後瀏覽日期：2020年8月18日）。

²⁰ 中央通訊社，職災保險法罰緩抵觸財政紀律改行政處分繳回，2020/05/22，<https://www.cna.com.tw/news/ahel/202005220226.aspx>（最後瀏覽日期：2020年8月18日）。

21條之1之情形外，即無從依勞保條例認定為職業病之時代相差無幾。目前尚未完成立法，希望政府與立院能三思而後行。

(二)傷病審查準則第21條

傷病審查準則第21條：「被保險人疾病之促發或惡化與作業有相當因果關係者，視為職業病。」透過此規定，縱使被保險人所罹患的疾病並非職業病種類表所列疾病，只要該疾病之「促發或惡化」與作業有相當因果關係即可。

本規定係於80年所增訂²¹，並於90年就內容予以修訂；然於此之前，當被保險人因俗稱過勞死之腦、心臟血管發病時，由於腦、心臟血管並非職業病總類表所列疾病，且勞保條例中又沒有概括條款的規定，因此往往無法得到職災勞保給付。而80年主管機關雖於傷病審查準則中增訂了「被保險人於作業中，因工作當場促發疾病，而該項疾病之促發與作業有相當因果關係者，視為職業病。」的規定，打開了過勞死獲得職災保險給付的大門，然因當時限於「工作當場促發疾病」方可視為職業病，因此其實能獲得救濟的範圍仍十分有限。爾後傷病審查準則於86年修法時，雖透過增訂第22條²²，一度將職災勞保給付的範圍從「工作當場促發疾病」放寬至「下班應經途中促發疾病」，然該規定仍執著於發病場所之限制，實欠缺合理性，且不符合職業病非無事故因可得確定事故發生之時地，而可透過業務遂行性之有無做第一階段篩選的特性。學說亦批評，如此一來，將使得不具事故性之過勞死的勞工，無法得到職災保險給付²³。其後，同條於98年進行修正，將職災勞保給付的範圍再次放寬到「被保險人於第四條、第九條、第十條、第十六條及第十七條規定之途中促發疾病，其疾病之促發與作業有相當因果關係者，視為職

²¹ 增訂當時的條號為傷病審查準則第19條，1997年條次變更為第21條而內容未修正；現行法的內容係2011年修正之內容。

²² 現已刪除。當時22條規定，「被保險人於下班應經途中促發疾病，而該項疾病之促發與作業有相當因果關係者，視為職業病。」

²³ 黃越欽，勞動法新論，2006年修訂3版，頁527。

業病」。此時，縱使相較於修法前限於「下班應經途中」發病的規定，可說已有改進，然其本質仍係拘泥於發病場所的規定，實難謂適切。

直至傷病審查準則第21條於100年修法後，現行法已刪除有關「工作當場促發疾病」之限制，換言之，不再拘泥於業務遂行性的有無，只要具備業務起因性，即可認定其為職業病；因此，傷病審查準則第22條之規定，也隨之刪除。至於業務起因性之有無，則向來是透過經過多次修訂之「職業促發腦血管及心臟疾病（外傷導致者除外）之認定參考指引」為之。

「職業促發腦血管及心臟疾病（外傷導致者除外）之認定參考指引」於80年編訂，經過93年、99年、105年，以及107年10月15日之修訂，其主要係參考日本的腦血管疾患及虛血性疾患等（起因於負傷者除外）之認定基準（腦血管疾患及び虚血性心疾患等（負傷に起因するものを除く）の認定基準）而訂定，其中關於長期工作過重之判斷，以發病前加班的時數為主要的認定基準，其具體的工作時數，例如發病前1個月之加班時數超過「100」小時，或是發病前2至6個月內之前2個月、前3個月、前4個月、前5個月、前6個月之任一期間的月平均加班時數超過「80」小時，則是完全與日本的基準一致。

依據職安署之說明，「過勞的認定，係從醫學觀點，考量腦血管及心臟疾病高風險勞工若長期睡眠不足，其疾病促發風險將增加，至於是否屬職業促發，須整體評估個案是否歷經異常事件、短期或長期工作負荷過重等三項危害因子。除工時是重要因素外，尚須考量工作型態（如不規律、夜／輪班、作業環境……）及精神負荷等其他因子，並由職業醫學專科醫師就工作與疾病發生之因果關係綜合評估判斷。」且「指引中強調，工時雖是重要因素，但不是唯一因素，尚須同時考量工作負荷有關之工作型態及精神負荷之

『質性』因素」²⁴。

其中異常事件係評估發病當時至發病前一天的期間，是否持續工作或遭遇到天災或火災等嚴重之異常事件，且能明確的指出狀況發生時的時間及場所。可分為精神負荷事件、身體負荷事件，以及工作環境變化事件。

短期工作過重則評估發病前（包含發病日）約1週內，勞工是否從事特別過重的工作，該過重的工作係指與日常工作相比，客觀的認為造成身體上、精神上負荷過重的工作，其評估內容除可考量工作量、工作內容、工作環境等因素外，亦可由同事或同業是否認為負荷過重的觀點給予客觀且綜合的判斷。

長期工作過重係評估發病前（不包含發病日）6個月內，是否因長時間勞動造成明顯疲勞的累積。其間，是否從事特別過重之工作及有無負荷過重因子係以「短期工作過重」為標準。而評估長時間勞動之工作時間，係以每週40小時，以30日為1個月，每月176小時以外之工作時數計算「加班時數」（此與勞動基準法之「延長工時」定義不同）。其主要評估發病前1至6個月內的加班時數。亦即，發病前1個月之加班時數超過100小時，或是發病前2至6個月內之前2個月、前3個月、前4個月、前5個月、前6個月之任一期間的月平均加班時數超過80小時，則可認定加班產生之工作負荷與發病有極強之相關性；發病前1個月之加班時數，及發病前2個月、前3個月、前4個月、前5個月、前6個月之月平均加班時數皆小於45小時，則加班與發病相關性薄弱；若超過45小時，則其加班產生之工作負荷與發病之相關性，會隨著加班時數之增加而增強，應視個案情況進行評估。此外，並應評估有關工作型態及伴隨精神緊張之工作負

²⁴ 請參照職安署官網，「職業促發腦血管及心臟疾病（外傷導致者除外）之認定參考指引」Q & A，<https://www.osha.gov.tw/media/8058/%e8%81%b7%e6%a5%ad%e4%bf%83%e7%99%bc%e8%85%a6%e5%bf%83%e8%a1%80%e7%ae%a1%e7%96%be%e7%97%85%e8%aa%8d%e5%ae%9a%e5%8f%83%e8%80%83%e6%8c%87%e5%bc%95q-a-1071015%e7%89%88.pdf>（最後瀏覽日期：2019年06月13日）。

荷要因，包括：不規律的工作、工時長的工作、經常出差、輪班或夜班工作、作業環境是否有異常溫度、噪音、時差，以及伴隨精神緊張的工作。

(三)傷病審查準則第21條之1

傷病審查準則第21條之1規定，「被保險人罹患精神疾病，而該項疾病與執行職務有相當因果關係者，視為職業病。」

精神疾病和腦心臟血管疾病相同，並不限於從事特定的職業的勞工方會發病，因此難以被列入職業病種類表中。我國對於精神疾病的職業災害認定，可分為三個階段²⁵：

1. 第一階段：創傷後壓力症候群

首先，勞委會（現已改制為勞動部，以下同）於97年5月1日以勞保3字第0970140166號令公布增列勞工保險職業病種類項目，將創傷後壓力症候群（post-traumatic stress disorder）納入職業病種類表中，「第四類其他危害引起之疾病及其續發症」之一，將工作中遭受嚴重身體傷害（physical injury）之後所發生的精神症候群，列為職業病之一種。亦即，於因執行職務所致之身體傷害所引起之精神疾病，勞委會承認其亦為職業災害。換言之，精神疾病被認定職業病之情形，限定於起因於身體傷害之精神疾病為限，若未遭受嚴重身體傷害，僅因工作壓力等非外傷之情形導致之精神疾病，則仍非職災勞保給付之範圍。

2. 第二階段：經勞委會職業疾病鑑定委員會鑑定為 被保險人因執行職務引起之重度憂鬱症

隨著勞委會將職災勞保給付之範圍放寬至創傷後壓力症候群後，其於97年7月17日勞保3字第0970140298號令則進一步表示，經勞委會職業疾病鑑定委員會鑑定為被保險人因執行職務引起之疾病，亦屬勞工保險條例（以下稱「勞保條例」）第34條第1項所定勞

²⁵ 以下主要整理自，徐婉寧，同註7，頁134-136。

工保險職業病種類表第8類第2項規定「由中央主管機關核准增列之職業病」，其中憂鬱症限於重度以上。

於勞委會97年7月17日勞保3字第0970140298號令中，勞委會首先說明經職業疾病鑑定委員會鑑定為被保險人因執行職務引起之疾病，等同於「由中央主管機關核准增列之職業病」，亦即一旦經職業疾病鑑定委員會之鑑定，則認為其等同於職業病種類表中之職業病，應予職災勞保給付中的職業病補償。然而，就精神疾病之認定，勞委會則對疾病種類加以限制，必須是重度以上之憂鬱症，方可認為屬於「由中央主管機關核准增列之職業病」。若非重度以上之憂鬱症，縱經職業疾病鑑定委員會鑑定為被保險人因執行職務引起之疾病，亦非職業病種類表所規定之職業病，不予職災勞保給付。

因重度憂鬱症並不限於有身體上的外傷介入之情形，縱使無因執行職務所致之事故等身體上的外傷，若經職業疾病鑑定委員會鑑定係因執行職務所致者，仍屬職災勞保給付之範圍。則與僅限於身體上的外傷導致的創傷後壓力症候群方為給付之前述第一階段相較，職災勞保給付的範圍，實際上已經進一步地放寬。然而，精神疾病種類繁多，為何限於重度以上之憂鬱症方屬職災勞保給付之範圍，實有疑問。其他之精神疾病，若確係因執行職務所致者，於此階段，勞委會仍不認為其屬於職業病，則其將職災勞保給付之範圍限縮於重度憂鬱症之合理性實難免受到質疑，工傷協會亦至勞委會訴求將職場精神疾病全面納入職業病，不應限制疾病種類²⁶。

3. 第三階段：與執行職務有相當因果關係之精神疾病，視為職業病

當時的勞委會「鑑於因工作壓力造成的精神疾病日益增多，雇主有責任照顧員工的心理健康，漸成為世界趨勢。……基於保障勞

²⁶ 參閱勞工保險處「是否將職場精神疾病全面納入勞保職災給付，勞委會審慎評估中」，網址：<https://www.mol.gov.tw/announcement/27179/13914/>（最後瀏覽日期：2020年9月16日）。

工職業災害權益的立場，參考日本作法，將因工作相關心理壓力事件引起之依國際疾病分類第十版所列之所有精神疾病納入適用範圍，且行政院勞工委員會勞工安全衛生研究所已完成『工作相關心理壓力事件引起精神疾病認定基準建議版』供專科醫師參考，以維護勞雇雙方權益。²⁷」而於98年11月6日，以勞保3字第0980140541號令公布增訂傷病審查準則第21條之1：「被保險人罹患精神疾病，而該項疾病與執行職務有相當因果關係者，視為職業病。」

於此階段，疾病種類未若第二階段限於重度以上之憂鬱症，而係依國際疾病分類第十版所列之精神疾病納入適用範圍，大幅放寬了精神疾病勞保職災給付之適用對象。而隨後勞委會便以98年11月19日勞安3字第0980146342號函公布「工作相關心理壓力事件引起精神疾病認定參考指引」，以供行政機關認定時參考之用。

現行的工作相關心理壓力事件引起精神疾病認定參考指引，係107年6月時，參考日本最新版之2011年版「心理的負荷所致之精神障礙之認定基準」（「心理的負荷による精神障害の認定基準について」）及臺灣與各國相關研究，所修訂之內容。

其目標疾病為ICD-10的F2至F9中任一診斷，而以F2至F4為主認定的大宗，確定其發病前6個月內仍有工作者（若有特殊情況，可追溯至1年以上），並排除發病前一年內有應能造成此次發病之精神病史、明顯家族病史、或成癮物質濫用者，由經過訓練之職業醫學科或精神科專科醫師參考附表一「業務造成的心理負荷評估表」及附表二「業務之外的心理負荷評估表」之平均壓力強度參考資料，以附表三「業務造成的心理負荷評估及紀錄表」及附表四「業務之外的心理負荷評估及紀錄表」分別評估並記錄其與工作相關之心理壓力與非因工作造成的心理負荷，綜合給予認定。

若同時具備以下3個要件，則可認定該精神疾病是由工作相關心

²⁷ 勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則第二十一條之一修正草案條文總說明。

理壓力事件所引起：1. 目標疾病發病。（即ICD-10的F2至F9中任一診斷發病），2. 在目標疾病發病前約6個月內，可認定有業務造成的強烈心理負荷，以及3. 無法認定因「業務之外的心理負荷」或「個人因素」造成目標疾病發病。

其中業務造成的心理負荷中，如果有特別事件發生，則心理負荷的綜合評估屬「強」者，有心理負荷極為強度者，以及極度的長時間勞動。前者如(1)「攸關生死」、「伴隨極度痛苦」或「遺存永久無法勞動之失能」的業務上的疾病或受傷、(2)與業務相關而「使他人死亡」或「使他人受到攸關生死的重大傷害」、(3)曾受到強暴或壓抑本人意志之猥褻行為等的性騷擾，以及(4)其他可認定有「與上述情況程度相當的極度心理負荷」者。後者則為，發病前1個月內超時工作達160小時，或雖未達1個月但有與之同程度的超時工作。

此外，雖非特別事件，但會被評價為強烈心理負荷的具體事件則有：經歷業務上嚴重的疾病或受傷或引發與業務相關之重大傷亡事故、重大事故，或造成會對公司經營產生影響等的重大工作疏失，以及被解僱、或被持續騷擾、霸凌、遭受暴力。

三、小 結

職業病的認定，傳統的職業病除透過職業病種類表加以認定外，因該種類表設有追加規定，故對於新出現的職業病也能迅速地因應，再加上傷病審查準則第20條設有概括條款，可以針對個案去認定，因此大體上也沒有甚麼太大的問題。

職業災害其實可以透過有無事故介入其中之觀點，將之區分為事故性傷病與非事故性疾病，對應於我國法制，約略等同於職業傷害和職業病的區分。然而例如腦、心臟血管疾病或是精神疾病等，並非傳統、典型的職業病，並非限於特定的職業方會特有之疾病，且其可能會有事故介入其中的問題。此時若依傳統分類的觀點，硬要將腦、心臟血管疾病或是精神疾病分類為職業傷害或職業病，可能就會遭遇一些困難。傷病審查準則第21條、第21條之1雖然分別對

於作業有相當因果關係而促發或惡化之疾病、與執行職務有相當因果關係之精神疾病，設有「視為職業病」的規定，然其實縱使是因執行職務而引發之腦、心臟血管疾病或精神疾病，若有事故介入其中時，其職災認定，仍應依職業傷害之認定基準為之。再者，於無事故介入之情形，只要其發病與執行職務具有相當因果關係，即應認定為職業病，法條中「視為職業病」之用語，似乎隱含將非屬職業病之腦、心臟血管疾病或精神疾病等「擬制」為職業病之意，實難謂妥當。

再者，無論是腦、心臟血管疾病或精神疾病，於難以認定是否為職業所引起時，仍可以透過傷病審查準則第20條，「經勞動部職業疾病鑑定委員會鑑定為執行職務所致者，為職業病」。則本來若直接依傷病審查準則第21條、第21條之1僅能「視為職業病」之腦、心臟血管疾病或精神疾病，卻又可以被認定「為職業病」。故因法規用語未臻精準，導致腦、心臟血管疾病或精神疾病本質上是否為職業病，更顯混亂。

此外，雖然透過傷病審查準則第20條概括條款之規定，便足以因應該等疾病之職業災害認定問題。然而，依同條之規定，必須經過職業疾病鑑定委員會之鑑定，方可被認為是職業病；而若依傷病審查準則第21條、第21條之1，則勞保局可以依職權直接認定其屬職業病，而無須經由職業疾病鑑定委員會之鑑定，對職災勞工或其家屬而言，可免去依職業災害勞工保護法申請鑑定的程序，理論上可以較為迅速地獲得補償。故而縱使有傷病審查準則第20條概括條款之規定，傷病審查準則第21條、第21條之1仍有其規範之實益。

參、職業病之認定與雇主之補償與賠償責任

如前所述，於符合勞保條例之相關規定時，勞工所患疾病被認定為職業病者，可請領職業災害保險給付，並可依職業災害勞工保護法之規定請領各項津貼與補助。然而，我國的職業災害救濟制度

係由職災補償與民事賠償所構成，除了勞保條例和職業災害勞工保護法外，尚有勞基法的職災補償責任和民法的賠償責任可以請求。

勞保局針對職災保險給付之核定，或是職業疾病鑑定委員會的鑑定結果，並無法拘束民事法院的判斷，因此，即使受災勞工被勞保局或職業疾病鑑定委員會認定為職業病，對於雇主勞基法上的補償責任或民法上的賠償責任，仍必須另為執行職務與罹患疾病間事實上因果關係之認定。雖然勞動部辦理職業疾病鑑定作業程序處理要點第5點規定，「鑑定委員會之職業疾病鑑定結果係屬專業鑑定意見之提供，作為勞工保險機構職業疾病給付或直轄市、縣（市）主管機關行政處分及法院受理勞雇雙方對於職業疾病補（賠）償爭訟時之參考。」但除該要點法律位階甚低，法院無須依循外，其要點本身亦明示鑑定結果僅可作為參考，因此無從拘束民事法院之認定，自不待言。

然實務上關於職業疾病鑑定委員會之鑑定結果，與勞基法上職業災害的關係，最高法院102年度台上字第528號民事判決曾經表示，「勞基法第五十九條所稱之職業災害，包括勞工因事故所遭遇之職業傷害或執行職務所罹患之職業病，職業病之種類及其醫療範圍，依勞保條例有關之規定。勞保條例第三十四條第一項列舉職業病種類，同條第二項則授權由主管機關勞委會制定『勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則』，該準則於八十六年二月二十七日修正時即於第十九條、第二十條分別規定：『被保險人因執行職務而罹患中央主管機關依據勞工保險職業病種類表第八類第二項規定核定增列之職業病種類或有害物質所致之疾病，為職業病』、『被保險人罹患之疾病，經行政院勞委會職病鑑委會鑑定為執行職務所致者，為職業病』。則被保險人若經職病鑑委會鑑定為職業病者，似不以勞工保險職業病種類表第八類第二項核定增列者為限。查上訴人於九十三年十月十五日起至仁愛醫院精神科就診，診斷為憂鬱症，其後於九十九年五月十八日經職病鑑委會鑑定上訴人罹患之憂鬱症為執行職務所致疾病，為原審確定之事實。果爾，上訴人

主張：伊經職病鑑委會鑑定為職業病，符合上開準則第二十條，得請求勞基法第五十九條第一、二款之職業災害補償等語……，是否可採？非無研求之餘地。」似認為經職業疾病鑑定委員會鑑定為職業病者，即得請求勞基法第59條第1、2款之職業災害補償。

本文以為，此最高法院見解殊值贊同，蓋勞基法對於職業傷害如何認定雖未置一詞，但同法第59條第1款既明白規定「職業病之種類及其醫療範圍，依勞保條例有關之規定」，則應解釋為勞基法上之職業病，與勞保條例上之職業病應作同一解釋；換言之，依勞保條例認定為職業病者，即應解釋為等同於勞基法上之職業病，雖然傷病審查準則的位階僅為勞保條例所授權制定之授權命令，惟其內容於未逾越母法之授權範圍的前提下，法院若不欲受其拘束，即應說明理由。

至於雇主之民事賠償責任，雖應符合民法上債務不履行或侵權行為相關規定之要件，但針對執行職務與罹患疾病間事實上因果關係之認定，職業疾病鑑定委員會之鑑定結果可供參考，已如前述。雖現行的職業災害勞工保護法第13條，就勞資雙方申請職業病鑑定時，設有應先向直轄市、縣（市）主管機關申請認定之門檻，勞工或雇主對於認定結果有異議時，得向中央主管機關申請鑑定，行政程序冗長之問題，但如前所述，勞工職業災害保險法草案第74條直接剝奪勞資雙方申請鑑定之權利，是否妥適，值得商榷。

肆、職業病之補償或賠償之請求權時效

依勞保條例第20條之1第1項之規定，「被保險人退保後，經診斷確定於保險有效期間罹患職業病者，得請領職業災害保險失能給付。」此規定乃係放寬同條例第19條「被保險人於保險效力開始後停止前，發生保險事故者，被保險人或其受益人得依本條例規定，請領保險給付。」將保險事故的發生，限縮於保險效力開始後停止前方得請領給付之限制。惟此時請領保險給付之請求權時效，仍應

依同條例第30條之規定，自得請領之日起，因5年間不行使而消滅。而所謂得請領之日，依勞保條例施行細則第69條之規定，以全民健康保險特約醫院或診所診斷為實際永久失能之當日為本條例第30條所定得請領之日。

而勞基法上請求職災補償之權利，依同法第61條之規定，自得受領之日起，因2年間不行使而消滅。而何謂得受領之日，於勞基法及其施行細則中並未規定。觀之實務見解，法院有以「領得身心障礙手冊」²⁸或「經醫院診斷殘廢」²⁹起算者，有以「自受領補償權人知有損害及補償義務人時起，計算2年消滅時效」³⁰，有以經勞保局認定為職業病之結果即「已知其所受傷害係屬職業病」起算者³¹，見

²⁸ 最高法院107年台上字第1279號民事判決。

²⁹ 最高法院98年台上字第1617號民事判決，「而得受領之日非必即事故發生之日。查王○龍於九十三年十月二十三日始經新光醫院診斷其左眼因角膜白斑，左眼最佳視力為○·一，判定為殘廢，有該院病歷資料及勞工保險殘廢給付申請書暨給付收據等件可稽（見一審卷第一宗第二○五頁、第一二四頁），倘王○龍左眼角膜白斑係因其於七十九年十月二十八日執行鐵鏟刨除不慎鐵屑噴入左眼，導致角膜潰瘍所造成，則其於九十三年十月二十三日經醫院診斷殘廢，始得受領該殘廢補償費。」

³⁰ 臺灣臺中地方法院107年勞訴字第105號民事判決認為，「而所謂得受領之日，並不一定就是事故發生之日。本條項屬於2年短期時效的規定，與民法第197條第1項規定類似，則參照民法第197條第1項規定『因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，2年間不行使而消滅』，故此處所謂『得受領之日』，應解為自受領補償權人知有損害及補償義務人時起，計算2年消滅時效。」同旨，臺灣臺南地方法院107年勞訴字第90號民事判決；臺灣桃園地方法院106年勞訴字第71號民事判決；臺灣新北地方法院105年度勞訴字第162號民事判決。

³¹ 臺灣高等法院107年勞上易字第90號民事判決認為「勞保局於104年1月29日重新核定為職業病，並核發因職業傷病不能工作領取原有薪資之職業傷病補償費，業如前述，衡情上訴人至遲於收受此函時，即可知悉其所主張之上開病症業經勞保局認定為職業病之結果，就上開醫療費用即得向被上訴人請求補償。又勞保局前揭函文（見原審卷第137頁）係上訴人所提出，其上蓋有勞保局臺北市辦事處104年2月10日之快速收件章，顯見上訴人至遲於該日已收受此函文，方得持之向勞保局臺北市辦事處洽辦業務……。是上訴人至遲於104年2月10日已知其所受傷害係屬職業病，而起算請求得受領醫療補償之時效。」同旨，臺灣新北地方法院106年勞簡上字第22號民事判決，「關於職災補償部分，王○睿於103年1月10日經勞工保險局審核失能，並核發失能給

解未見統一。

至於民法上損害賠償請求權之消滅時效，依債務不履行之規定請求時，應為同法第125條一般時效之15年；依侵權行為請求時，則依同法第197條第1項之規定，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，2年間不行使而消滅，自有侵權行為時起，逾10年者亦同。關於時效起算點，則如前述依勞基法請求時一樣，實務見解莫衷一是。惟最高法院107年台上字第267號民事判決指出，「按民法所定侵權行為之賠償，旨在填補被害人所受損害，自以被害人之私益因不法侵害致受有損害為要件。而損害之發生乃侵權行為之要件，倘健康未受有損害，即無因此所生之侵權行為損害賠償請求權存在，不生請求權可得行使之問題，其請求權消滅時效自無從開始進行，此於民法第197條第1項後段所定10年時效亦然。蓋於毒物侵害等事件，往往須經長久時日，甚至逾10年後始對健康造成損害，如以加害行為發生時即起算10年時效，不啻使被害人之侵權行為損害賠償請求權形同具文，並造成損害未發生即開始起算時效，自非允當。而被害人在損害發生前，其請求權時效既未開始起算，須待健康受有損害，始得為侵權行為之損害賠償請求，對被害人而言，亦無不公平可言。破壞身體機能，發生身體生理、心理之病變，即構成對健康之侵害。健康有無受侵害，應依醫學予以客觀判斷。」並指出，「消滅時效之抗辯，固屬債務人之權利，惟稽之消滅時效制度設立之目的，倘債務人對債權人之未能行使權利有可責難之事由，參照債務人行為的內容與結果、債權人與債務人間社經地位、能力及該案各種事實關係等，足認債務人時效抗辯權之行使有悖誠信原則或公平正義，不容許行使時效抗辯並未顯著違反時效制度之目的時，

付，王○睿於斯時起始能請求職災補償，自應以103年1月10日作為勞基法第61條所定「得受領之日」。同旨，臺灣高雄地方法院105年勞訴字第127號民事判決，「均需以原告知悉其所患為職業病始能起算時效，即應以原告收受勞保局核定為職業病之函文確知係職業傷病後起算，始符合職業傷病工資補償之本質。」

應解為債務人為時效抗辯係屬權利濫用。」或可為日後罹患職業病勞工求償時之參考。

伍、結 語

我國的職業災害救濟制度，除勞基法上之補償責任、勞保條例之職業災害保險給付、職業災害勞工保護法上之津貼與補助外，尚有民法上之損害賠償。

由於職災勞工保護法上之津貼與補助係向勞保局提出申請，故其對於是否為職業災害之認定，理論上將與勞保條例上職業災害保險之認定一致，然除此之外，各個救濟管道間對於是否為職業災害之認定因其依循的法律各異，且各個法律之立法目的未必一致，因此向來互不拘束。此結果就現行法之制度來看，亦難謂有何違誤，然就遭受職業災害的勞工及其家屬而言，卻不免於各救濟途徑間疲於奔命且難以理解為何結果可能各異。

於職業病之認定，由於勞基法第59條第2款之規定，本文以為，應該將勞基法上的職業病與勞保條例為同一解釋，於勞保局已經依勞保條例認定勞工所罹患之疾病為職業病時，無論勞保局係依勞保條例第34條之職業病種類表逕為認定，或是依傷病審查準則第20條、第21條或第21條之1認定為職業病，即應解釋為該疾病為勞基法上之職業災害。勞保局之職業災害之認定結果，即保險給付是否核定，為行政處分，並不拘束民事法院之判斷自不待言，然法院於認定是否屬於勞基法上之職業災害時，基於勞基法第59條第2款之規定，仍應依勞保條例之規定為之，則法院如欲做出與勞保局不同之認定時，自應詳加說明理由。

至於民法上之損害賠償是否成立，無論是侵權行為或是債務不履行，皆要判斷義務違反和損害間有無因果關係，則此事實上因果關係之判斷，與勞保局之職業病之認定，實質上並無根本性之差異。惟相較於勞保給付是「全有或全無」的判斷，民法上之損害額

可以透過與有過失及損益相抵之規定來加以調整。然是否可因損害額得以調整，對於執行職務與職業病間的因果關係予以寬認，則應審慎為之。

如上所述，職業病相關的法律問題，有許多是基於我國職業災害救濟制度設計本身的問題，至於職業病之認定，基於其無事故介入而無法如職業傷害透過特定事故發生的時間地點來判斷業務起因性，因此於認定上本就較為困難。而現行的職業病種類表固然發揮了因果關係推定之功能，而能降低職業病認定之難度，惟在我國職業病種類表未設有概括條款的情形下，而職業災害保險及保障法草案又欲全面剝奪現行法中勞資雙方申請職業病鑑定委員會鑑定是否為職業病之機會，於本就複雜的職業災害救濟制度而言，可謂雪上加霜，並有使得認定為職業病之救濟範圍縮小之虞，實不得不慎。

參考文獻

一、中文部分

- 邱駿彥，我國職業災害補償制度，輔仁法學，17期，頁205-220，1998年6月。
- 吳姿慧，勞工上下班途中之通勤災害與勞基法雇主職業災害補償責任之關係，台灣法學雜誌，160期，頁177-180，2010年9月。
- 林彩蓮，論我國職業病鑑定制度——兼比較美國、日本、新加坡之職業病鑑定制度，東海大學法律學系碩士論文，2008年。
- 高得潤，通勤災害之問題研究——以最近之行政解釋為中心，東海法學研究，11期，頁199-211，1996年12月。
- 陳建文，勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則第十八條之探討，政大勞動學報，10期，頁85-127，2001年1月。
- 郭旭東，論我國職業病鑑定制度，中國文化大學勞動學研究所碩士論文，2005年。
- 郭玲惠，勞工及就業保險法釋義，2017年，臺北：新學林。
- 徐婉寧，精神疾病與雇主之職業災害補償及民事賠償責任——兼評臺灣板橋地方法院100年度勞訴字第1號民事判決，政大法學評論，124期，頁115-172，2013年9月。
- 徐婉寧，職災補償與損害賠償——以台日職業災害之雇主責任為中心，中原財經法學，34期，頁169-223，2015年6月。
- 徐婉寧，通勤災害之認定基準——兼評臺北高等行政法院103年度訴字第1055號判決，政大法學評論，148期，頁133-162，2017年3月。
- 徐婉寧，論我國職業病之認定與鑑定制度（上），萬國法律，218期，頁78-84，2018年4月。
- 徐婉寧，論我國職業病之認定與鑑定制度（下），萬國法律，219期，頁78-85，2018年6月。
- 許必奇，論職業災害補償制度中之「通勤災害」（上），司法周刊，1445期，頁2，2009年6月。
- 許必奇，論職業災害補償制度中之「通勤災害」（下），司法周刊，1446期，頁2-3，2009年6月。

張其恆，上下班交通事故應否視為職災情理法的探討，台灣勞工季刊，27期，頁79-83，2011年12月。

黃越欽，勞動法新論，2006年修訂3版，臺北：翰蘆。

焦興鎧、劉志鵬、王松柏、劉士豪、邱駿彥、黃馨慧、黃程貫、林更盛、魏千峯、陳金泉、林佳和、王惠玲、王能君、陳建文、鄭津津、郭玲惠、郝鳳鳴、楊通軒、鄭傑夫著，台灣勞動法學會編，勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望，2009年2版，臺北：新學林。

楊通軒，論職業災害中之通勤災害——最高法院92年度台上字第1960號民事判決評釋，台灣勞動法學會學報，4期，頁247-268，2006年3月。

楊通軒，勞工保險條例逐條釋義，2011年，臺北：勞委會。

鄭津津，通災勤害，月旦法學教室，80期，頁24-25，2009年6月。

二、外文部分

良永彌太郎，業務上の疾病とは何か，收錄於：保原喜志夫、山口浩一郎、西村健一郎編，労災保険・安全衛生のすべて，1998年10月，頁188-193，東京：有斐閣。

徐婉寧，業務上のストレス性疾患と労災補償・損害賠償(3)－日米台の比較法的考察，法学協会雑誌，129卷5号，頁96-223，2012年5月。

A Study on the Identification of Occupational Diseases and Related Legal Issues

Wan-Ning Hsu*

Abstract

The identification of occupational diseases in Taiwan is mainly based on the occupational diseases list for Labor Insurance Act. However, because the list does not have general clauses, in the past, diseases that were not listed were often difficult to get occupational accident insurance benefits. Although this situation has been improved with the formulation of Articles 20, 21, and 21-1 of the Regulations of the Examination of Injuries and Diseases Resulting from the Performance of Duties by the Insured Persons of the Labor Insurance Program, there are still many complicated and difficult problems in the relationship among the identification of occupational diseases, the employer's responsibility for compensation in the Labor Standards Act, and the liability for damages in the civil law.

This study hopes that based on the current labor insurance regulations for the identification of occupational diseases, especially through the identification results of the Committee of Identification of Occupational Diseases, to explore the relationship between the occupational disease identification results and the employer's

* Professor, College of Law, National Taiwan University.

compensation responsibility and liability, and to discuss the issue of extinctive prescription in order to provide some reference for future practical operations.

Keywords: occupational diseases, occupational diseases list, the Regulations of the Examination of Injuries and Diseases Resulting from the Performance of Duties by the Insured Persons of the Labor Insurance Program, occupational accident insurance, the Committee of Identification of Occupational Diseases

【研究論文】

臺灣破產法制之前世今生

吳淑如*

要 目

- | | |
|--------------------------|------------------------------|
| 壹、前 言 | 三、曇花一現的商人債務清理 條例 |
| 貳、日治時期臺灣破產法制之發 展概況 | 四、中華民國破產法之施行 |
| 一、舊慣適用時期（1895- 1922） | 五、小 結 |
| 二、日本法施行時期（1923- 1945） | 肆、戰後迄今臺灣破產法制之發 展概況 |
| 三、小 結 | 一、中華民國破產法在臺之延續 與改革 |
| 參、清末與民初中國破產法制之 發展概況 | 二、債務清理之新里程——消費 者債務清理條例之問世 |
| 一、清朝破產律之頒行 | 三、小 結 |
| 二、地方習慣與條理適用時期 | 伍、結 語 |

* 文化大學法律學系助理教授，rechtswissenschaft@hotmail.com。

摘 要

臺灣現行破產法於1935年在中國大陸頒布，嗣於第二次世界大戰結束後，經政權轉替而以法令銜接之方式自1945年10月25日於臺灣施行迄今。查國內介紹破產法歷史沿革之相關文獻，大抵溯源自清朝於1906年頒行之破產律，並謂其為我國首部現代破產法典，惟當時臺灣尚處日本統治時期，清朝破產律顯未施行於臺灣。長久以來，國內文獻對於臺灣日治時期之法律及其施行情況多略而不談，蓋於中國法制史之脈絡，確實並無日治時期可言。本文則跳脫傳統中國法制史之角度，聚焦於臺灣這塊土地，首先介紹日治時期臺灣以及清末民初中國之破產法制發展概況。其次，說明前述兩條發展軸線對於戰後臺灣破產法有何實質影響，藉此補足現有歷史沿革之缺角。此外，本文點出現行破產法實效性之問題，並簡介相應之修法歷程，以及破產法草案與消費者債務清理條例之內容，文後則提出對於修法成效之看法。本文藉由地理環境與時間進程兩者經緯交織之探究，除能更全面認識臺灣破產法制之前世今生外，並期許能以此為鑑，反思目前臺灣破產法制之問題與需求，以及展望未來可循之方向。

關鍵詞：臺灣研究、法律繼受、清朝破產律、舊慣、債務免責、消費者債務清理條例、債務清理法草案

壹、前言

臺灣學界過去囿於政治因素，舉凡歷史相關文獻與研究，皆以大中國思想為本位進行論述，惟近年來已有許多學者投入臺灣研究，嘗試以臺灣為主體出發，探討各領域之歷史發展進程。臺灣法律史研究即係透過蒐集過去立法相關資料，同時關注各時期的臺灣社會概況，以此為基礎建構法律規範之全貌及其精神所在，並持續追尋其後續發展。而臺灣法律史研究之目標，即在於探究曾經存在的法律體制及其影響，並藉此反思現行法制之問題與需求，期能擺脫法律繼受殖民地之陰影，創造出更適合臺灣本土之法律制度。本文即以臺灣破產法制為研究客體，藉由整理過去相關立法資料，以釐清現行破產法之體制與內容係如何演變而來，並檢討該法自戰後於臺灣施行迄今之情況與進行之相關改革，是以臺灣破產法制之前世今生為題。

首應說明者，由於臺灣現行破產法起草時參考諸多西方法律，故無論是體例與內容皆屬現代法典，惟於破產法公布施行前，我國文獻凡有論及歷史沿革者，多以清朝於1906年頒布之「破產律」作為我國現代破產法典之濫觴¹。針對此種普遍見解，倘以中華民國法體制為其立論基礎，固屬無疑，惟若著眼曾經存在於臺灣這塊土地上之法律制度，並按時間順序觀察其發展，則有重新檢視之必要。蓋臺灣當時係受日本統治，已非清帝國之統治領域，是破產律於臺灣實非有效之國家法，惟就戰後經法令銜接而施行於臺灣的中華民國破產法而言，其部分內容實屬破產律之遺緒而不應忽略。總之，欲窺得臺灣破產法制發展歷程之全貌，首應一併觀察臺灣日治時期以及中國清末民初時期兩條脈絡。再以第二次世界大戰結束作為分

¹ 司法院民事廳，破產法資料彙編，1994年，頁1；耿雲卿，破產法釋義，1992年4版，頁19；林繼恆、徐漢堂，論我國債務清理法制之體系及檢討，律師雜誌，344期，2008年5月，頁12。

水嶺，另行交代臺灣破產法制於戰後迄今之發展概況。

又因臺灣之現代法制實奠基於日治時期，故本文先就日治時期臺灣破產法制之發展概況進行論述。進一步再探討清末與民初中國破產法制之發展歷程，包括清朝破產律之立法背景與內容，以及該律於廢除後未有破產法施行期間，法院處理破產事件之法源依據，末後則交代中華民國破產法於1935年制定之背景與內容。至於戰後迄今臺灣破產法制之發展概況，一方面點出中華民國破產法於戰後施行於臺灣之依據，以說明現行破產法之有效性。另一方面並檢討現行破產法之實效性問題，尤其是破產實務之高駁回率，以及該法施行迄今八十餘載，破產法卻未能與時俱進之現實。對此，司法院雖自1993年即展開破產法改革工作，並曾陸續提出不同草案，惟遲遲未能完成立法工作。改革期間更歷經2005年爆發之雙卡危機，消費者破產問題頓時成為臺灣破產法制亟需面對之新挑戰，卻也間接促成消費者債務清理條例（以下簡稱為消債條例）之頒行，可謂邁入債務清理之新里程。本文除就前揭破產法之修法歷程，以及最新草案內容擇其要點而為說明外，並簡介消債條例之內容與修法成果。最後，於文末則反思臺灣破產法制不足之處，並提出若干想法作結。

貳、日治時期臺灣破產法制之發展概況

日本治臺五十年間，除統治初期以鎮壓平亂為目的而實施軍政外，其餘時間皆以施行民政為主，而基於不同的施政考量，民政時期又可分為前期與後期觀察。本文則依日治時期法院處理臺灣人民商事件所適用之法源依據，分為「舊慣適用時期」以及「日本法施行時期」兩部分說明。

一、舊慣適用時期（1895-1922）

（一）軍政時期

清國於對日甲午戰爭一役失利後，兩國於1895年4月17日簽訂馬關條約，依該條約第2條之內容，清國對於臺灣全島及其附屬島嶼

之主權，並及於該地所在之堡壘、兵器製造所及公有物永久讓與日本²。該條約於同年5月8日兩國互換條約批准書後生效，自此臺灣正式進入日治時期³。然而，當時臺灣巡撫唐景崧等人集結兵勇成立臺灣民主國抗日，臺灣總督樺山資紀遂於同年6月2日發布「臺灣島授受人民綏撫之諭示」⁴，除再度重申大日本國依據馬關條約已領有臺灣全島及其附屬島嶼之主權外，同時以其臺灣總督之身分表示，若有願歸降者將受完全之保護。此外，對於抗爭民眾仍持續進行掃蕩鎮壓，直到同年6月17日舉行臺灣始政儀式，並先後頒布「臺灣總督府暫行條例」以及「地方官暫行官制」以組織與實施民政。依據「地方官暫行官制」⁵之內容，日本政府原欲設置臺北、臺中、臺南三縣以及澎湖島廳掌管地方行政與司法事務（§§ 1, 2）。各縣內並應設置內務部與警察部以分掌民事與刑事裁判等相關事務（§§ 19-21），惟該實施民政之原意於開設臺北縣後旋即被迫停止，蓋當時臺灣島內武力抗爭仍未方歇，日本政府遂於同年8月6日發布「臺灣總督府條例」，並同時中止「地方官暫行官制」之施行。依「臺灣總督府條例」⁶規定，迄至臺灣全島抗爭平定前，於總督府下組織軍事官衙，由參謀長輔佐總督並監視總督府內各局之業務，各局長如有應向總督呈報之案件，應事先經參謀長之承認始可（§§ 1, 2）。換言之，司法事務全由陸軍局法官部掌管，裁判亦以軍事權行之，再加上欠缺民刑事實體法以及程序法之情況下，無論是審判機關之組織或裁判皆以一時權宜而為處置⁷。

嗣後，總督府內設置法律調查委員會編纂「臺灣總督府法院職

2 臺灣總督府法務部，臺灣司法制度沿革誌，1917年，附錄，頁1。

3 王泰升，台灣法律史概論，2019年5版，頁109。

4 臺灣總督府法務部，同註2，頁2。

5 同前註，頁2-9。

6 同前註，頁10-11。

7 臺灣總督府法務部，同註2，頁3；臺灣省文獻委員會，臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第一冊，1955年，頁155；臺灣省文獻委員會，臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第二冊，1960年，頁2-3。

制」、「臺灣住民刑罰令」、「臺灣住民治罪令」以及「臺灣住民民事訴訟令」等諸法令。其中，「臺灣總督府法院職制」⁸於1895年10月7日發布，依規定於總督府內設置軍事法院（本院），並分別於宜蘭、新竹、苗栗、彰化、雲林、埔里社、嘉義、臺南、鳳山、恆春與澎湖島設置分院，以處理臺灣住民之民刑事訴訟審判（§§ 1, 2），此即日治時期裁判制度之濫觴⁹。而與民事訴訟較為相關者，即同年11月17日公布，並自同年月20日施行之「臺灣住民民事訴訟令」¹⁰，按該法第2條明文規定，審判官應依地方慣例及條理審判訴訟。準此以言，臺灣於軍政時期下，不僅未有日本民商法之施行，亦無專就臺灣制定之民商實體法可資適用。因此，法院於審理民商事件時，主要仍依臺灣沿襲自過去清治時期之舊有法律規範，以及民間習慣作為裁判依據¹¹。綜上，日本當局於統治之初對於在臺法制之建立雖有規劃，惟其實施民政之理想卻因鎮壓抗爭之故而被迫打亂，基於如此背景，臺灣住民民事訴訟令第2條之規定於某種程度上而言，實乃出於統治當局一時便宜的考量。

（二）民政時期

前述軍政時期嗣於法律第63號「應施行於臺灣之相關法令之件」（以下簡稱六三法）¹²發布後告終，並自1896年4月1日起施行民政。軍政廢止後，日本對臺之統治策略存有兩派見解，有主張臺灣屬日本之領域而應適用日本法律者，亦有認為領域不同於法域，而應採行特別法制主義者¹³。特別是六三法是否違憲之問題亦曾引發朝

⁸ 臺灣總督府法務部，同註2，頁11-13；中文翻譯可參考前註，臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第一冊，頁155。

⁹ 臺灣總督府法務部，同註2，頁4；臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第二冊，同註7，頁3-4；王泰升，台灣日治時期的法律改革，2014年修訂2版，頁89。

¹⁰ 臺灣總督府法務部，同註2，頁24-27；中文翻譯可參考註7，臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第一冊，頁162-163。

¹¹ 王泰升，同註3，頁280-282；王泰升，同註9，頁311-315。

¹² 臺灣總督府，臺灣事情大正十三年版，1924年，頁65。

¹³ 臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第一冊，同註7，頁142-143。

野兩派人馬之激烈爭論¹⁴，但日本帝國議會最終仍通過六三法，蓋對於統治者而言，有效統治方為重點。六三法最重要之內涵即委任立法，其授權臺灣總督得發布具有法律效力之命令（§1），即所謂之律令，與敕令同屬日治時期臺灣主要之法源依據。事實上，日本對臺採取特別法制主義之統治策略，除有臺灣人民武裝抗日之因素外，實乃出於文化風俗差異而為之決定。臺灣總督府發行之官方刊物《臺灣事情》亦曾指出：「臺灣受清朝統治兩百餘年，其住民又係承襲數千年舊有歷史文化之漢民族，因而有不得於臺灣施行與日本內地相同法律之情況，故六三法有施行之必要¹⁵」。總而言之，賦予臺灣總督立法權，係對於異族最方便而有效之統治方式。

又有關民商事件之訟爭，審判官基本上仍延續軍政時期依據地方慣例及條理而為審判，即便臺灣總督於1898年發布「有關民事商事及刑事之律令」¹⁶後，此項原則仍未改變。依據該令第1條規定，有關民事、商事事項應適用日本法律，惟本島人與清國人間之民商事紛爭，除別有規定外，應依現行之例。所謂現行之例，主要即指依臺灣舊慣審理而言¹⁷。又前開律令雖於1908年「臺灣民事令」施行後遭廢止，惟依臺灣民事令第3條之規定，僅涉及本島人與清國人間之民事糾紛仍依舊慣處理¹⁸。申言之，就臺灣人間（或臺灣人與清國人間）發生之破產事件因屬民商事件，即應依舊慣處理，惟若當事人之一方為內地人時，則應適用日本破產法。按覆審法院明治37年抗字第9號之判例要旨，若涉及本島人與內地人（即臺灣人與日本人）間因商業往來而有支付停止之事實者，視為有實質破產原因而

¹⁴ 王泰升，同註9，頁72-77。

¹⁵ 臺灣總督府，同註12，頁65。

¹⁶ 臺灣總督府法務部，同註2，頁41；中文翻譯可參考註7，臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第一冊，頁169-170。

¹⁷ 臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第一冊，同註7，頁168；王泰升，同註9，頁311-313。

¹⁸ 臺灣總督府史料編纂會，臺灣史料稿本，1908年，頁187-189。

應宣告破產¹⁹，即係適用臺灣民事令第3條規定之當然結果。在此應特別注意者，當時日本並無單獨之破產法典，但凡有關破產處理之規定係指日本商法第三編（明治23年法律第32號，以下簡稱舊破產法）²⁰，故前開判例所謂涉及本島人與內地人之破產事件，係指適用此處之日本舊破產法規定而言。

（三）臺灣破產舊慣概述

明治維新後的日本已接受近代西方法律思維，審判官應依法（律令）審判，而針對臺灣人間（或臺灣人與清國人間）之民商事爭議，審判官應依舊慣為裁判，已如前述。至於舊慣之內容為何，則有進一步調查之必要。臺灣總督府遂於1901年設立「臨時臺灣舊慣調查會」，專門調查與本島法制及農工商經濟有關之舊慣²¹，並聘請岡松參太郎博士擔任法制部長²²，主導舊慣調查工作，迄至1910年完成共計三卷六冊之《臺灣私法》。法院於有認定舊慣內容之需時，雖得以該調查成果報告書為參考資料，惟其內容並不能拘束法院，蓋法院亦可能以無舊慣可資適用，而透過依法理的方式將日本民商法作為審判準據²³。此外，法官於裁判時亦常引用涉及舊慣法律問題之最終審法院判決，惟若其自認知悉舊慣內容，且其見解未與最終審法院之判決相違者，亦得以為判決理由²⁴。同理，亦有法官直接援引舊慣調查報告之內容而為判決者²⁵。總之，臺灣私法所載之臺灣舊慣內容雖非當然同於法院認定之舊慣，惟就其整理舊慣並留下文獻之貢獻而言，實具有一定之參考價值，故本文仍以臺灣私法第

19 臺灣總督府覆審法院編纂，覆審法院判例全集，1920年，頁11。

20 臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第二冊，同註7，頁118。

21 臺灣總督府，臺灣事情創刊號，1916年，頁78-79。

22 王泰升，同註9，頁316；吳豪人，岡松參太郎與臺灣民法典之夢，臺灣學通訊，22期，2008年10月，頁5。

23 王泰升，同註9，頁318。

24 王泰升，同註9，頁321。

25 王泰升，同註9，頁322。

三卷下冊第九章「倒號」²⁶記載之內容為基礎，介紹臺灣破產舊慣。倒號章共分九節，茲羅列如下：

- 第一節 總 說
- 第二節 寬期及寬限
- 第三節 倒號之開始及其效力
- 第四節 倒號之主體及機關
- 第五節 倒號財團
- 第六節 倒號債權者之申報及確定
- 第七節 倒號財團之管理及換價
- 第八節 分 配
- 第九節 倒號之終結

在此應先指明，若單就前開各節之架構觀察，極易產生臺灣破產舊慣與現代破產程序並無二致之錯覺，惟所謂舊慣係沿襲自清代部分法律條文以及民間慣例之內容，不僅難脫傳統中國法範疇，亦與現代法上之權利義務觀念相差甚遠²⁷。相較之下，日本法制於明治維新後因接受西方法制已轉為現代化，故透過日本人調查所得之臺灣舊慣內容，經西方法之觀點轉譯後，雖已呈現具有現代法制的外衣，惟不得因此即認為當時臺灣人民對於其所習用之舊慣，已具有現代法之思維。因此，倒號章所載之舊慣內容亦非同於臺灣破產舊慣之本身，不可不辨。惟考量行文方便，以下仍使用現代破產法用語簡介倒號章之內容。

首先，依臺灣舊慣僅商人有倒號資格，非商人若有支付不能之

²⁶ 臨時臺灣舊慣調查會，臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書，收錄於：臺灣私法第三卷下，1910年，頁431-450；中文翻譯請參照：陳金田譯，臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣私法第三卷，1993年，頁579-587。應特別注意者，譯者雖精通日文但應非法律專業人士，蓋中文翻譯中有諸多法律用語無法精準譯出，且尚有多處漏譯問題，故本文之論述仍以原文資料為主。此外，就原文內容之解讀，因受日本友人立木宏征先生之不少協助，在此亦一併致謝。

²⁷ 王泰升，同註9，頁315-316。

情形，應直接將其全部財產交與債權人，並如一般破產情況將該財產分配與各債權人，此情形稱之為「閉門出」或「傾家蕩產」，惟此種非商人破產之情形甚少發生²⁸。事實上，非商人破產在清朝時被視為一種犯罪，應責付刑法處斷。又古語嘗言：「父債子還」，係指非商人一旦破產即須終生償債，倘至其死後仍無法償債完全者，其後代子孫便應繼續清償，直至債務消滅²⁹。基本上，當時臺灣商人若瀕臨破產，得自行請求或依債權人之發起而開啟債權人會議。債務人則應於會議中詳為說明其財務狀況以及破產原因，以請求「寬期」或「寬限」，若該請求未通過會議之議決，則應開始「倒號」程序³⁰。其內容簡述如下：

1. 寬期或寬限之請求與進行

所謂寬期係指債務人請求延長清償期限，以時間換取償債機會，進而達到清償全數債務之目的而言。至於寬限則指債務人請求清償一部債務，而剩餘債務免除之情況。無論為何請求，債務人皆須製作請求書（懇章）。寬期請求書之記載事項固依不同情況而有異，惟通常係債務人說明不能清償債務之事由而請求延緩支付期限，特別是請求分期償還，或在某些情況下會請人作保。至於寬限請求書之記載事項，除亦須說明其破產原因外，尚應載明對全部債務之清償比例、應清償時期以及請求免除剩餘債務之要旨。此外，債務人對債權人之清償成數多為四成以上，惟亦有債權人同意清償三成者，另於臺北地區更有清償未達七八成則不同意之傾向³¹。債務人於提出寬期或寬限之請求後，即交由有議決權之債權人決定是否同意。又此項決議不以全體債權人同意為必要，凡有過半數債權人之同意，且其所占之債權額亦過半數者，寬期或寬限即成立，債權

²⁸ 臨時臺灣舊慣調查會，同註26，頁438；陳金田譯，同註26，頁581-582。

²⁹ 王泰升，同註9，頁314；*Jianying Cheng*, *Das Konkursrecht der Volksrepublik China*, *ZvglRWiss* 90 (1991), S. 48; *Hang Xu*, *Das chinesische Konkursrecht – Rechtshistorische und rechtsvergleichende Untersuchungen*, 2013, S. 36.

³⁰ 臨時臺灣舊慣調查會，同註26，頁431；陳金田譯，同註26，頁579。

³¹ 臨時臺灣舊慣調查會，同註26，頁433；陳金田譯，同註26，頁579-580。

人並應於寬期或寬限請求書上蓋章以示同意。原則上，多數債權人對寬期或寬限同意之約款，並不能拘束少數異議債權人，惟就實際結果而言，多數債權人強制少數債權人以使寬期或寬限成立之情況仍所在多有，但偶爾也有異議債權人將債權轉讓給贊成債權人之情形發生。

總之，寬期或寬限一旦成立，債務人即須依約履行。若債務人不履行，則由債權人選任公親人，並於公親人聽取債務人之意見後決定是否等待債務人自動履行，或逕依倒號進行財產分配。債務人若未能說明其不履行之理由，則請債權人或債務人住所地之鄰里長（地保）見證，將債務人全部財產變價後分配與債權人等，惟亦有可能訴諸官府解決³²。

2. 倒號之請求與進行

所謂倒號，臺灣話為「傾家蕩產」，即散盡家產之意，又「打店底」或「打生理」皆表示有破產之事實。「打店底」指債權人為從債務人之財產獲得債權滿足，而要求債務人關閉店鋪並整理清算其帳簿，倒號亦稱為「倒生理」，係從債務人之角度觀察同一事實而言³³。如前所述，若寬期或寬限未經債權人會議同意，則應決議開始倒號。寬期或寬限雖成立而債務人不履行者，亦同。倒號開始後，債務人之財產應交由「爐主」占有、管理及處分，故債務人對屬於倒號財團之財產即喪失占有、管理及處分之權利³⁴。爐主通常由最大倒號債權人擔任，其代表全體倒號債權人占有與管理倒號財團，並全權處理倒號財團之換價與分配。簡言之，爐主擁有極大之權限，倘有倒號債權人對倒號財團之組成提出異議，而遭爐主駁回者，也只能徒呼奈何³⁵。

又所謂倒號財團，係指倒號開始後至終結前屬於債務人之財

³² 臨時臺灣舊慣調查會，同註26，頁434-436；陳金田譯，同註26，頁580-581。

³³ 臨時臺灣舊慣調查會，同註26，頁432；陳金田譯，同註26，頁579。

³⁴ 臨時臺灣舊慣調查會，同註26，頁436-437；陳金田譯，同註26，頁581。

³⁵ 臨時臺灣舊慣調查會，同註26，頁440；陳金田譯，同註26，頁582。

產，惟主要由生意往來之財產所組成，例如：店舖內之現貨、債務人做生意賺取之金錢、倒號債務人之應收帳款（但未載於帳簿之債權並不計入）、店舖內營業使用之動產及不動產，以及妻妾子女之特有財產；相反的，日常生活必需用品、神像等祭祀器具、以買賣為目的之人口以及非供營業用之飾品（但按不同地方亦有納入倒號財團者），則非屬倒號財團之財產³⁶。值得注意者，舊慣亦有財團債權之觀念，即因管理財團所生之費用、各項稅捐以及夥計之薪金皆應先於倒號債權由倒號財團清償³⁷。

關於倒號財團之管理、換價以及分配工作，皆應由爐主以善良管理人之注意為之。詳言之，倒號一旦開始，爐主應以債務人之商業帳簿為準，並與在場人共同清點檢查屬於破產財團之債務人財產後，製作點貨簿。必要時亦得對該財產施以封印，將爐主已捺印之白紙貼附於財產上。倒號財團之財產原則上繼續置於債務人之店舖內，惟若為管理方便，爐主亦得將倒號財產之一部移置店舖外，惟應獲得債權人之同意。若爐主未得債權人同意而為移置，就該財產之毀損滅失即應負責³⁸。至於財團之換價，並非依通常拍賣之方式，而係由爐主與債務人及在場人共同評定價格後，再將該財產售與爐主以外之債權人或第三人³⁹。最後，爐主應編製「攤折單」，記載分配財團全數金額以及各倒號債權人應受分配之金額，並交由倒號債權人確認，若倒號債權人無異議，即應依攤折單上所載而為分配。就此點而言，北部慣例亦有些許不同，亦即爐主無庸製作攤折單，分配金額僅以欠帳簿或貨底簿之記載為準，此種情況頗多，又分配成數亦皆由爐主獨斷，而無須得其他債權人之同意⁴⁰。倒號程序於分配完畢後即行終結，債務人對其財產回復管理並可重新其事業，而

36 臨時臺灣舊慣調查會，同註26，頁441-444；陳金田譯，同註26，頁583-584。

37 臨時臺灣舊慣調查會，同註26，頁445；陳金田譯，同註26，頁585。

38 臨時臺灣舊慣調查會，同註26，頁447；陳金田譯，同註26，頁585-586。

39 臨時臺灣舊慣調查會，同註26，頁448；陳金田譯，同註26，頁586。

40 臨時臺灣舊慣調查會，同註26，頁449-450；陳金田譯，同註26，頁586。

未受全部清償之債權人，依舊慣視為剩餘債權已免除。除上述之情形外，如倒號財團不足敷必要之程序費用者，或於倒號開始後，爐主認為寬期或寬限對債權人有益者，亦得召集債權人會議試行之，倒號程序於寬期或寬限成立後則當然廢止⁴¹。

綜觀臺灣私法中記載之破產舊慣內容，細部上雖依各地習慣而有不同，惟皆係以債務人與債權人磋商解決為主，尤以寬期或寬限並不以全體債權人同意為必要，若以現代民事法概念理解，其性質應屬和解契約，蓋寬期或寬限之內容僅對同意之債權人有拘束力。按現代破產和解程序，債權人對於債務人提出之和解方案雖亦依多數可決，惟經法院認可之和解方案，即對於全體債權人有拘束力⁴²。就此點而言，寬期或寬限並不同於現代破產和解程序。又倒號之進行看似與現代破產程序相類，惟爐主係由債權人當中持有最大債權者擔任，且就財團之管理、換價與分配等有極大權限，其他債權人甚至無法干預。此與現代破產法中，破產管理人原則上由法院選任專業人士擔任⁴³，並應受債權人或監查人之監督，其權力顯然較為受限。尤其值得注意者為，臺灣破產舊慣中已有剩餘債務免責之觀念，推測應為債權人與債務人間利益折衷後所達成之共識，與現代債務清理法係以免責作為重建債務人經濟生活之手段相較，兩者背後考量或有不同，但就結果而言則頗為一致。

事實上，即便處於現代臺灣社會，仍可經常聽到「傾家蕩產」、「寬限」、「倒店」、「倒攤」等用語，市場或夜市中亦可常見販賣「倒店貨」之現象，顯見破產舊慣於臺灣人民的法律生活

⁴¹ 臨時臺灣舊慣調查會，同註26，頁450；陳金田譯，同註26，頁587。

⁴² 參照臺灣現行破產法第27條第1項：「債權人會議為和解之決議時，應有出席債權人過半數之同意，而其所代表之債權額並應占無擔保總債權額三分之二以上。」與第36條：「經認可之和解，除本法另有規定外，對於一切債權人其債權在和解聲請許可前成立者，均有效力。」

⁴³ 參照臺灣現行破產法第83條第1項：「破產管理人，應就會計師或其他適於管理該破產財團之人中選任之。」實務上，多選任會計師或律師擔任破產管理人，參照陳計男，破產法論，2011年修訂3版，頁128。

中仍占有一席之地，值得重視與探討，惟此部分資料極為欠缺，尚須仰賴實際訪查紀錄作為參考資料加以整理分析，故本文於此暫時無法深入探究。順帶一提，當年主導舊慣調查之岡松參太郎博士，於1909年至1914年曾積極推動舊慣立法，其以臺灣舊慣揉合現代法概念之方式，使舊慣不再單純只是民間慣例或居於習慣法之補充地位，更搖身一變成為具有現代法特質之臺灣在地法規範。可惜嗣因日本政府採行內地延長主義政策，最終導致舊慣立法以失敗收場⁴⁴，同時扼殺法律在地化之希望。

二、日本法施行時期（1923-1945）

日本帝國議會於1921年制定法律第3號「應施行於臺灣之相關法令之件」（下稱法三號），依該法第1條之規定，日本內地法律之全部或一部欲施行於臺灣者，應以勅令定之⁴⁵。法三號自1922年1月1日施行，又按勅令第406號「有關民事法律施行於臺灣之件」⁴⁶之內容，日本民商事等法律，包括破產法（大正11年法律第71號，下稱新破產法）與和議法（大正11年法律第72號）自1923年1月1日起於臺灣施行⁴⁷，前述民商事件依舊慣之審判模式即自此畫下句點。

（一）破產法概述

由於舊破產法係參考法國法模式制定，故同樣採取商人破產主義⁴⁸，於商法典內制定破產專編，而就非商人破產之處理則另行頒布家資分散法（明治23年法律第69號）。相較之下，新破產法則受德國法影響而採取一般破產主義，即無論商人或非商人，凡有不能支付之情形者，法院皆得依聲請對之宣告破產（§ 126）。此外，就破

⁴⁴ 王泰升，同註9，頁323-324；吳豪人，同註22，頁5。

⁴⁵ 臺灣總督府，同註12，頁67-68；中文翻譯可參考註7，臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第一冊，頁146-147。

⁴⁶ 谷野格，臺灣新民事法，1923年，頁174。

⁴⁷ 同前註，頁171；臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第二冊，同註7，頁10。

⁴⁸ 松岡義正，破產法論上卷，1929年，頁11；山本和彥，倒產處理法入門，2018年，頁11。

產財團之範圍，僅承認債務人在國內之財產，並以債務人於宣告破產時之一切財產為主，即屬地破產主義及固定主義（§§ 3, 6）。又按新破產法除就債務人之總財產外，對其特別財產亦得宣告破產（如繼承財產），兼採普通與特別破產主義（§§ 5, 12），惟依大正11年勅令第407號「有關施行於臺灣法律特例之件」⁴⁹第18條之2規定，破產法關於對繼承財產宣告破產之規定，於臺灣則無適用餘地。本法對於破產尚採非懲戒主義，亦即破產本身並非罪惡，破產程序僅係債權人對於債務人財產強制執行之手段爾⁵⁰。

查新破產法之架構，主要分為實體規定、手續規定（即程序規定）、復權與罰則共四編⁵¹。「實體規定」部分又分為第一章總則、第二章破產財團、第三章破產債權、第四章財團債權、第五章破產宣告後法律行為之效力、第六章否認權（即撤銷權）、第七章取戻權（即取回權）、第八章別除權，與第九章相殺權（即抵銷權）。「手續規定」部分則包括第一章總則、第二章破產宣告、第三章破產管財人、第四章監察委員、第五章債權者集會、第六章破產財團之管理及換價、第七章破產債權之屆出（即申報）及調查、第八章配當（即分配）、第九章強制和議（即強制和解）、第十章破產廢止，與第十一章小破產。以下僅就新破產法之內容為簡要介紹：

1. 破產之宣告與廢止

首先，債權人或債務人皆得向法院聲請破產（§ 132 I），破產法院於破產宣告前則應確認以下幾點，即(1)破產人是否具備破產能力。易言之，債務人是否具備得為訴訟被告或強制執行債務人之能力。(2)破產原因是否存在，如債務人不能清償其債務，或有停止支付推定其不能清償之情形。(3)是否有破產障礙事由⁵²存在，以及(4)是

⁴⁹ 長谷理教，臺灣六法，1934年，頁118。

⁵⁰ 臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第二冊，同註7，頁119-120。

⁵¹ 長谷理教，同註49，頁168-220。

⁵² 破產障礙事由為：「(1)聲請宣告破產之債權人，不預繳法院所定相當金額之費用者；(2)法院為開始和議（為避免破產之和解）之裁定者；(3)債務人為和議之聲請者；(4)破產之原因事實因第二次世界大戰之影響而發生時，如債務

否有多數債權人存在，亦即兩人以上之債權人⁵³。又，法院宣告破產之同時應選任破產管理人，定債權申報期間、第一次債權人會議期日以及調查債權之期日（§ 142 I）。若法院認破產財團不足清償程序費用時，則應同時為破產宣告以及廢止破產之裁定，並應將主文與理由公告之（§ 145 I）。倘破產財團於破產宣告後，有不足清償程序費用之情形，則法院應依破產管理人之聲請或依職權以裁定廢止破產，並應將主文與理由公告之（§§ 353 I, 354）。

2. 破產財團之管理、變價與分配

破產管理人就破產財團之管理與處分有專屬權，並應以善良管理人之注意執行職務（§§ 7, 164 I）。原則上，各破產債權人非依破產程序不得行使其權利，若對破產財團之財產為強制執行、假扣押或假處分，皆屬無效（§§ 16, 70 I）。此外，除對破產財團有優先權者，同順位之破產債權人應各按其債權額比例受償（§§ 39, 40）。為確定破產債權之內容與數額，破產債權人應於申報債權期間內向法院申報債權，由書記官製作債權表後，並將其繕本交付破產管理人。又債權申報之相關文書亦應置於法院以供利害關係人閱覽（§§ 228-230）。若破產債權人與破產管理人於債權調查期日未提出異議，債權及其數額即因之確定，法院並應將調查結果記載於債權表上，依債權表記載之確定債權，對於全體破產債權人有與確定判決同一之效力（§§ 240-242）。債權調查完畢後，破產管理人得監察委員或法院之許可後即應製作分配表，從速進行分配（§§ 256-258）。破產程序無論係於分配完畢後終結或經法院以裁定廢止，破產債權人皆得依確定之債權表聲請強制執行（§§ 287 II, 357）。

3. 強制和議

債務人於破產程序進行中得隨時請求強制和議，其向法院提出之

人顯有誠實履行債務之意思，且有不甚害債權人一般利益之事由者。」參照：臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第二冊，同註7，頁121-122。

53 臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第二冊，同註7，頁120-122。

強制和議計畫應載明清償方式，以及可提供之擔保等條件（ §§ 290, 294）。強制和議條件應對各債權人平等，若對於某些債權人給予特別利益，則該行為無效（ §§ 304, 305）。法院若認其計畫合法則應定債權人會議期日（ § 299），若強制和議經債權人會議否決，則續行破產程序；反之，強制和議若經出席會議債權人過半數同意，且其所占債權額逾四分之三者，則為可決（ § 306 I）。可決之強制和議條件尚須由法院以裁定認可，強制和議認可裁定確定後即時生效，書記官並應將和議條件載明於債權表（ §§ 321, 322）。債務人於強制和議計畫範圍內，對其財產有管理及處分之權，並應確實履行（ § 325）。原則上，經認可確定後之強制和議，對於所有破產債權人均有效力，但債務人之保證人、其他連帶債務人或對其提供擔保之人則不受影響（ § 326）。換言之，若債權人於強制和議中所為之讓步，雖不得再向債務人請求，但仍得向債務人之保證人、其他連帶債務人或對其提供擔保之人請求，並得依債權表之內容對其強制執行（ § 328 I）。若債務怠於履行強制和議條件，未受清償之破產債權人得表示撤銷強制和議之讓步，或由過半數之破產債權人，且其所占債權額逾四分之三者，向法院聲請撤銷強制和議，破產程序則應於強制和議撤銷之裁定確定後續行之（ §§ 330, 332 I, 335）。

4. 小破產

新破產法對於未滿1萬元之破產財團，特別制定小破產程序，其與通常破產程序大致上相同⁵⁴，係屬簡化後破產程序（ §§ 358-366）。

綜上，新破產法雖以破產程序為主，惟並不排除債務人與破產債權人有強制和議之機會，以達到破產債權人平等受償之目標。此外，由於新破產法係以德國破產法為範本制定而成，故亦採取一般破產主義、固定主義以及不免責主義。又破產程序以及強制和議雖與臺灣倒號舊慣具某種程度之相似性，惟兩者亦有不少相異點，例如：倒號舊慣只適用於商人破產，又債務人自倒號開始至結束這段

⁵⁴ 臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第二冊，同註7，頁138-139。

期間所獲取之財產，原則上歸屬倒號財團，且債務人於清償一定成數後即可東山再起，無庸償還剩餘債務。換句話說，倒號舊慣係採商人破產主義、膨脹主義以及免責主義，與新破產法之立法體例恰好相反。因此，日本新破產法雖自1923年1月1日起於臺灣施行，但相較於利用破產程序，臺灣人民應較傾向於私下依舊慣處理破產問題。蓋無論是債權人或債務人向法院聲請破產，皆須預納費用，而程序一旦開始進行，又會增加程序費用。而債務人於破產程序終結後仍無法免責，反而要面對破產債權人對其財產之強制執行。總之，對於臺灣人民而言，利用破產程序之吸引力顯然不大⁵⁵。

(二)和議法概述

日本於1922年頒行之和議法（大正11年法律第72號）係以1914年奧地利和議法（*Ausgleichsordnung*）為藍本制定而成⁵⁶。該法共八章，即第一章總則、第二章和議之開始、第三章和議債權及其屆出（即申報）、第四章債權者集會、第五章和議之認否（即和議之認可與否）、第六章和議之廢止、第七章讓步及和議之取消，以及第八章罰則⁵⁷。

和議程序之主要目的係為預防破產（§ 1），此與舊破產法中之支付緩延制度相同，惟債務人有破產之原因事實即可聲請和議（§ 12 I），而舊破產法僅限商人，且須非因其過失而導致對債務之中止清償，始得聲請支付緩延⁵⁸。此外，支付緩延之期間至多為一年，且因債務人於該緩延期間常有害及債權人之行為，故於舊破產法廢除後，另行制頒和議法以強制和議制度取代支付緩延⁵⁹。值得注意者，和議法之和議是為預防破產之強制和議，名稱雖與新破產法第九章之強制和議相同，惟第九章之強制和議係指債務人於破產開始後得

55 王泰升，同註9，頁354-355。

56 山本和彥，同註48，頁11。

57 長谷理教，同註49，頁220-229。

58 臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第二冊，同註7，頁139。

59 同前註，頁140-141。

隨時請求，使債權人與債務人有協商之機會，故兩者本質上仍有不同，應予辨明。最後，和議法有許多準用新破產法之規定，由於相關細節較為繁瑣且非本文重點，姑且從略。

三、小 結

綜觀日治時期破產法制之發展過程，從統治初始主要依用舊慣審判，到後期日本破產法與和議法於臺灣施行，形式上雖看似不同，惟就實質運作而論，法院皆須依法審判，並將其發現與適用法律之理由載明於判決書中。基於同一理由，無論是舊慣調查會調查所得之舊慣，或法院於個案中所認定之舊慣，皆已經過轉譯或改造，而不同於臺灣舊慣之本身，以貫徹現代法制精神。因此，過去臺灣法制依行政司法不分之傳統中國法運作模式，於日本統治後已逐漸轉為現代化並影響迄今。另一方面，清朝末年亦推動司法改革，紛紛制定符合現代法制之法律，本文於後介紹之清朝破產律即為適例，雖然清末司法改革最終無力回天，但法律現代化之步伐則為中華民國所延續。而中華民國之現代法制再藉由第二次世界大戰後之政權移轉，移植於臺灣社會，惟歷經日治時期所建立之臺灣現代法制，早已不同於清治時期。至於破產法制於清末與民初在中國大陸之發展歷程則為另一條觀察軸線，蓋其與日治時期建立之臺灣破產法制，皆對於戰後臺灣破產法制帶來影響。

參、清末與民初中國破產法制之發展概況

一、清朝破產律之頒行

(一)立法背景

傳統中國法本無處理破產之專法，或有將之歸咎於受中國傳統儒家文化貶抑商業之故⁶⁰；亦有認為中國自古以農立國，較不重視工

⁶⁰ Xu, 同註29, 頁36-40。

商業，縱有倒閉發生，亦多以刑事制裁之⁶¹。按清律中雖有關於「戶婚田土錢債」之成文規定，但究其內容多屬處罰規定，性質上僅係官員遵照辦理之準則，而當事人間為處理涉及「戶婚田土錢債」之私人紛爭，大抵依照民間習慣解決⁶²。然而，清末對外之商業貿易已漸繁榮，商人有因經營不善而破產者，亦有奸商惡意倒債者。對於詐騙奸商雖能比照京城錢鋪之例處刑治罪，惟對於虧本倒閉之商人則顯然保護不周⁶³。有鑑於此，商部大臣派員調查東西方各國之破產律⁶⁴及參酌各埠商會規則與商人習慣，並會同法律大臣沈家本與伍廷芳起草「破產律」，該律於1906年4月26日經皇帝奏准三個月後施行⁶⁵，此即中國第一部之現代破產法典。此外，破產律雖係以保商出發，為處理商人破產事件而制定，惟非商人破產亦得比照辦理，蓋中國尚無民法，非商人破產除依民事訴訟法處理外，其餘未有規定者，應准地方官比照破產律之規定辦理。而民間財產應赴商會註冊備查，地方官原則上雖有執法之權，然而商會應輔之結案⁶⁶。破產律施行後不久，於隔年10月27日即廢止⁶⁷，或許當時社會尚未準備好接受現代法的觀念，是縱有成文法律，亦難期落實。

61 司法院民事廳，同註1，頁1、447。

62 王泰升，同註9，頁313-314。

63 按「農工商部通咨認真審訊錢債詞訟文」中，山東煙台商務總會總經理指出，各州縣衙門對於債務紛爭多認係錢債細故，而多不受理，例如光緒33年錢債訟案約有80起，光緒34年有75起，惟實際上有半數以上未結案。此外，衙門差役多須以金錢打通，卻不管債務能否追償，債主血本無歸而歇業者比比皆是。最後，並請求地方官應認真秉公辦理錢債案件，以重商本而維商政。參照：耿雲卿，同註1，頁445。

64 草案未詳細提及參考哪些東西方國家之破產法，按當時擔任商會法務之德國學者Heinrich Dove曾撰文介紹清朝破產律，其中指出當時中國商法以及破產律深受英國法影響，可資參考。參照：Heinrich Dove, Das chinesische Konkursgesetz vom 26. April 1906, BIVerglR. 3 (1908), S. 162.

65 耿雲卿，同註1，頁431。

66 司法院民事廳，同註1，頁1-2。

67 大理院3年上字第16號：「前清光緒三十二年商部奏准施行之破產律，已於光緒三十三年十月二十七日以明文廢止，現在該律並未復活自難再行援用（要旨內之標點符號為筆者所添加）」。參照：耿雲卿，同註1，頁475。

(二) 內 容

破產律共分九節，茲羅列如下⁶⁸：

- 第一節 呈報破產（ §§ 1-8）
- 第二節 選舉董事（ §§ 9-16）
- 第三節 債主會議（ §§ 17-24）
- 第四節 清算帳目（ §§ 25-41）
- 第五節 處分財產（ §§ 42-48）
- 第六節 有心倒騙（ §§ 49-62）
- 第七節 清償展限（ §§ 63-65）
- 第八節 呈請銷案（ §§ 66-68）
- 第九節 附則（ § 69）

從架構上觀察，破產律第一節至第五節為破產開始及程序進行之一般規定，第六節則係專為商人惡意倒債所設之特別規範，至於非惡意倒債之商人則有第七節之適用。最後，第八節與第九節則分別為破產終結與施行日期之規定。而就整體內容而言，破產律揭櫫兩項重點，一為惡意倒債與純粹周轉不靈倒閉之商人應適用不同規定處理之原則，二為破產免責制度之明文化。首先，破產律第1條規定：「商人因貿易虧折或遇意外之事，不得已自願破產者，應赴地方官及商會呈報俟查明屬實，然後將該商破產宣告於眾（條文之標點符號為筆者所添加，以下所引條文亦同）。」又同法第49條規定：「凡商人吞沒資財，詭稱虧折有心倒騙者，經債主控告或商會查知報由地方官，應先將現存財產貨物查封交商會代管，一面緝提該商管押審辦將倒騙情形出示布告。」由前開兩條文可清楚得知，善惡意商人之破產處理方式顯有不同，前者與現代破產宣告之理念相近，後者則較具有刑事處罰之色彩。在此之前，奸商倒騙之情況係比照京城錢鋪之例以專條治罪，於破產律頒行後，雖無須再援引

⁶⁸ 司法院民事廳，同註1，頁2-11。

京城錢鋪之例⁶⁹，惟惡意倒債商人依破產律第49條之規定，仍舊難逃刑事處罰。此外，依破產律第63條規定：「商家因市面緊迫一時周轉不靈，或因放出之帳暫難收回致不能應期償還債項者，准其據實呈報商會邀集各債主會議，酌予展限或另籌辦法，免致倒閉，已盡維持之宜。」又按第65條規定：「展限以議決之日為始不得逾一年以外，若到期仍不能清償，應即呈報破產。」是基於前開兩條規定，一般周轉不靈之商人若能爭取到展期時間，並於一年內完成清償其債務，則無開啟破產程序之必要。此部分內容與本文前述日治時期臺灣舊慣中之「寬期」頗為類似，又因商部大臣起草時亦參考各埠商會習慣，推測第七節應為習慣立法之產物。最後，依第66條規定：「倒閉之商如查明情節實有可原，且變產之數足敷各債至少十分之五，可准其免還餘債，由商會移請地方官銷案。」換言之，一般倒閉之商人，於破產程序中對其債權人全體之清償成數達到半數者，即可獲得免責。另外，依破產律第67條規定：「倒騙之商如果知悔自首，將所欠之債按十成補繳清完，各債主許其自新，具呈商會聲明俟商會議決後，移知地方官銷案免其治罪。」由此可知，惡意倒債之商人仍應對其債權人為全數之清償，無法獲得債務上之免責，惟若其改過自新則有獲得刑事免責之機會。

事實上，英國於1705年頒布之「避免經常惡意倒債之法」⁷⁰，其中對於不誠實之商人以及誠實卻不幸（honest but unfortunate）之商人，已有區別之規範⁷¹。對於不誠實之債務人設有懲罰規定，而誠實卻不幸的債務人於滿足一定之要件後，則應獲得破產免責（The Discharge of Honest Insolvents）⁷²。在此之前，破產僅被視為犯罪，

⁶⁹ 司法院民事廳，同註1，頁1。Cheng，同註29，頁48。

⁷⁰ An Act to prevent Frauds frequently committed by Bankrupts, 4&5 Anne Ch. 17, Statutes of the Realm, Volume 8, 1903, p. 461.

⁷¹ Charles Jordan Tabb, *The History of the Bankruptcy Laws in the UNITED STATES*, 5 ABI L. REV. 5, 7-10 (1995), Louis Edward Levinthal, *The Early History of English Bankruptcy*, 67(1) U. PA. L. REV. 1, 18-20 (1919).

⁷² Dagmar Richard, *Das englische Konkursrecht im Vergleich zum deutschen Recht*,

破產人應受刑事處罰⁷³。或許是有相同的背景與思維，清朝破產律於制定當時所參考之外國法律中，本文認為應有受到1705年英國破產法之影響。這部揉合外國法律以及國內地方習慣制定而成之清朝破產律，以當時而言不啻為進步之法，雖於施行未久旋即廢止，惟該法所採行之立法主義於1935年破產法中卻得到延續。

二、地方習慣與條理適用時期

前述清朝破產律遭廢止後，直到1934年商人債務清理條例頒行前，此間並未制頒破產法，雖民國初年有前北京法律修訂館曾一度參酌德國與日本之破產法，並於1915年提出破產法草案，惟該草案亦未通過施行⁷⁴。草案內容分為實體法、程序法與罰則法共三編，體例上與德日破產法同，故曾引發僅係模仿德日破產法之批評⁷⁵。查當時雖無破產法可資適用，惟法院亦多依據地方習慣與條理處理破產事件⁷⁶，於必要時亦引用清朝破產律⁷⁷。總之，直到破產法於1935年施行前，大理院、司法院以及最高法院皆分別著有相關判例與解

1983, S. 202.

⁷³ 34&35 Henry VIII, c.4 (1542), 13 Elizabeth I, c. 7 (1570). 參照：Tabb，同註71，頁7-8。

⁷⁴ 司法院民事廳，同註1，頁117。耿雲卿，同註1，頁19、432。陳計男，同註43，頁23。

⁷⁵ Cheng，同註29，頁48。司法院亦著有解釋明示此旨，參照：23年院字第1175號：「宣告破產事件。因中國尚無破產法之制定。依照民法總則第一條。自應適用破產法理。惟關於詐欺破產擬有刑名者。屬於刑罰性質。要不在民事適用法理範圍之列。又對於破產者或其繼承人如慮其有逃匿情事。依照管收民事被告人規則原得管收。不生適用法理問題。」

⁷⁶ 大理院3年上字第671號：「倒號辦法若可認為合於一般破產條理者，當事人仍可據以為主張，不能以吾國現無破產法規而即否認之。」同院3年上字第718號：「關於商人破產如地方有特別倒號習慣者，自應先一切破產條理適用。」同院3年上字第1028號：「審判衙門遇債權人人數過多，債務人財產不足以盡償各債務時，自可依據法律，無明文適用習慣，無習慣適用條理之原則以為裁判。」同院6年抗字第37號：「債務人若因債務之牽累不得已而陷於破產狀況時，原得按照破產條理呈請審判衙門查核辦理。」參照：耿雲卿，同註1，頁475-477。

⁷⁷ Cheng，同註29，頁48。惟實務係採相反見解，參照註67：大理院3年上字第16號。

釋，以填補無法律適用之空窗期。參考大理院作成之諸多判例可知，無論係商人或非商人，只要有資力不足清償總債權額之事實者，皆得向法院聲請宣告破產⁷⁸。此外，破產財團採擴張主義，亦即破產宣告時以及債務人於程序進行中獲得之財產，皆歸屬破產財團⁷⁹。又關於破產宣告後之效力方面，最高法院判例亦明白指出，債務人對其財產已喪失處分之權⁸⁰。若其於宣告破產後仍與他人為法律行為，則債權人得否認該行為之成立，若係設定抵押權，則該行為無效⁸¹。而就破產財團之分配，原則上各債權人皆應平等受償，但別除權人以及財團債權人則不在此限⁸²。值得注意者，判例尚承認所謂之協諧契約，即由債權人與債務人藉由磋商所達成之一種和解契約，惟協諧契約對於不同意之債權人仍有拘束力⁸³，是其與私法上和

⁷⁸ 大理院3年上字第5號：「若債務人家貧無力清償，實有倒產情形者，雖眾債權人並未加入訴訟，亦得於執行時向執行衙門聲明由該衙門依法辦理。」同院3年上字第74號：「破產須以債務人之資力不敷清償總債權額者為限，苟債務人之資力足敷清償總債權額時，自不能請求破產。」參照：耿雲卿，同註1，頁475。

⁷⁹ 大理院4年上字第2416號：「凡於呈報破產時屬於破產人之財產，及於破產程序中歸於破產人之財產，皆屬於破產財團以供清償債權之用。」參照：耿雲卿，同註1，頁476。

⁸⁰ 最高法院19年上字第281號民事判例：「破產人於受破產宣告後，所有財產屬於破產財團，破產人對其財產即已失其獨自處分之權，如第三人對於破產人之財產上主張權利，亦須對於破產管財人為之。」

⁸¹ 大理院5年上字第245號：「債務人破產後，與人設定抵押權者為無效。」同院3年上字第671號：「凡商家或普通人已顯陷於破產之狀態，而仍與他人為法律行為者，破產債權人自可為破產總債權人之利益，而否認其行為之成立。」參照：耿雲卿，同註1，頁476。

⁸² 大理院3年上字第474號：「凡債務人負有多數債務而其現有財產不足清償時，審判衙門自應依職權或利害關係人之請求，調查扣押其現有財產，按其所負債務總額平均分配各債權人，除就某項財產上有特別擔保者外，亦應使之受平等之清償而不容軒輊。」同院4年上字第2416號：「破產法條理，凡破產人之債權人，除有別除權者以其權利之標的物為限，得受優先之清償及財團債權人得不依分配程序受全部之清償外，不問債權之原因或種類如何，應依債權額之比例受平均之分配。」參照：耿雲卿，同註1，頁475-476。

⁸³ 大理院5年上字第1252號：「若債務人之財產已陷於破產之狀態者，苟經大多數債權人為保全其公共利益計，議定管理或監督債務人財產之方法（協諧契約），而到場承認之債權人又占總債權額之大多數者，如係習慣上確認為有

解契約不同之處。至於分配程序終結後，債務人原則上仍應對剩餘債務負責，惟若債權人明示免除或依地方習慣認為免除餘欠時，債務人即無清償剩餘債務之義務⁸⁴，換言之，民間習慣仍不時以私法自治之姿發揮其作用。

三、曇花一現的商人債務清理條例

有鑑於工商業倒閉情形日益增多，對於商人宣告破產雖可一次性了結債務，惟債務人於傾盡財產分配與債權人後已所剩無幾，又因信用已毀，難以再向他人借貸謀求東山再起。此外，破產程序曠日廢時，除用以分配之破產財團應先扣除程序費用外，尚恐債務人利用機會隱匿或減少財產，導致債權人實際獲得之分配已所剩無幾。總之，宣告破產對於債權人與債務人雙方均無益處，經參考他國之強制和解制度，債務人得暫時保留其財產繼續維持營業，並以經營所得按約定逐步完成清償，員工方面也不致失業牽連他人，甚至影響社會整體經濟。職是之故，商人債務清理條例遂於1934年公布施行⁸⁵。

依該條例之內容，商人有不能清償之事實得向法院聲請宣告清

拘束其他少數未經同意之債權人之效力，則亦准其發生效力。」同院8年上字第778號：「經大多數債權人為保全公共利益計，議定分期償還之方法（協諧契約），而到場承認之債權人又占總債權額之大多數者，苟使習慣上確認為有拘束其他少數未經同意之債權人之效力，則應准其發生效力。」參照：耿雲卿，同註1，頁477、479。

⁸⁴ 大理院7年上字第1215號：「債務人無資力時，經債權人承認或依倒號程序公議分配以若干成數受償者，於議償成數之時，若未明示免除餘欠，則對於餘欠之債權固屬並不消滅。反是若於議償成數外之餘欠業以明示免除，或依地方習慣一經債權人承認減成受償別無保留之意思表示，即當然解為免除餘欠時，則債務人即得於履行所議成數後免其義務。」同院7年上字第1301號：「債務人財產不足償債，經減成償還之後，其餘額債權除當事人間有特別免除之意思表示外，並非當然消滅，故俟債務人資力回復之時，得以更求清償。」同院10年上字第15號：「破產並非債權消滅之原因，在債務人破產時未經加入分配之債權，除該債權人有免除之意思表示外，不得以其未經加入分配，而謂其債權即應消滅。」參照：耿雲卿，同註1，頁478-479。

⁸⁵ 商人債務清理條例提案理由及要旨，國史館典藏號：001-012033-00002-000，1934年，頁751-753。

理，並須提出和解方案，其內應載明清償辦法與和解條件等（ §§ 1, 3）。法院對其宣告清理後，應選任清理人協助管理債務人之財產或監督債務人之營業行為，凡有違背通常營業範圍之法律行為，清理人得否認之（ §§ 17, 18）。又債權人等皆應於一定期限內，提出證明文件申報債權，並於債權人會議中決議是否同意和解方案（ §§ 33, 42）。倘該方案經債權人會議可決並通過法院之認可，清理程序即告終結，債務人應確實履行認可方案之內容（ §§ 47, 50）。若債務人不履行和解條件，則債權人得撤銷和解讓步，或經一定人數債權人之聲請，由法院撤銷和解並對債務人宣告破產，亦即有程序轉換之適用（ §§ 55, 56, 58）。

綜觀商人債務清理條例實為和解程序之專法，且其頒行至少具有兩項意義，一者，破產商人除得藉由宣告破產清理債務外，尚得依法利用和解程序達此目的。二者，宣告清理因有法院之介入而較具強制力，此不同於債權人與債務人基於私下和解，僅有債之關係的拘束力。最後，該法於翌年因破產法之頒行而遭廢止，惟其內容亦於1935年之破產法中，以和解程序之姿態得到延續。

四、中華民國破產法之施行

依據破產法草案說明書之內容可知，當時中國外受世界經濟潮流影響，內有農村經濟衰弱與工商業倒閉問題，且個人周轉不靈而負債之情況也所在多有，深感建立債務清理程序之刻不容緩，經參考各國和解及破產之法規，並多方收集專家意見，歷時五個月始完成破產法草案⁸⁶。嗣後，破產法於1935年公布⁸⁷，並於戰後經法令銜接之方式，以中華民國法律之面貌繼續於臺灣有效施行迄今。本文僅擇三項重點介紹如下：

首應說明者，破產法起草當時因曾參考清朝破產律、1915年之破產法草案以及商人債務清理條例，故該法所採之立法主義與內容

⁸⁶ 司法院民事廳，同註1，頁117-118。

⁸⁷ 國民政府公報第1796號，頁1-21。

多少存有前揭法律元素，但又未必全盤接收。舉例而言，基於民商合一制度，破產法並無獨立於民法外之必要，是商人與非商人於有清償不能之事由，皆得利用破產法之程序以清理債務。查清朝破產律與1915年之破產法草案原則上雖採一般破產主義，惟前者係因當時尚無頒布民法可資適用而以便宜計，後者則因直接受德日立法例之影響，兩者於根本上之考量仍有不同。此外，草案總說明中亦指出，和解程序有簡便及費用低廉之好處，而債務人與債權人間自由磋商和解條件，此亦符合中國和平讓步、息事寧人之習，故與破產程序並列規定於本法⁸⁸。易言之，形式上雖不若德日係分別制定破產法與和議法，惟和解分離主義⁸⁹之內涵則同，即債務人除聲請破產外，亦得選擇利用和解程序清理債務，且縱於和解程序中亦得聲請破產（§ 58 II）。總之，無論是1915年破產法草案或是商人債務清理條例，其內容皆可見到德日法制之深遠影響，其精神並於破產法中得到延續。

再者有趣的是，本法於法院和解程序外，另設商會和解制度。簡言之，商會於接到和解請求後，應從速召集債權人會議，又和解經債權人會議可決時，應訂立書面契約，並由商會主席署名，加蓋商會鈐記（§§ 44, 47），基此成立之和解並有拘束全體和解債權人之效力（§ 49準用§ 36）。此與法院和解程序顯然不同，蓋和解方案於經債權人會議可決後，尚應得法院認可，對於全體和解債權人始發生效力（§ 36）。此外，商會成立之和解性質上應屬債之關係，原則上無法拘束不同意之債權人，惟依本法規定，經商會主席之署名與蓋章即發生等同於法院和解之效力，故有學者提出質疑，認為商會和解成立草率，且有難以確定商人身分之問題，而建議商會和解亦應經法院裁定認可⁹⁰。按草案說明書之內容「我國社會習慣

⁸⁸ 司法院民事廳，同註1，頁118。

⁸⁹ 陳計男，同註43，頁15-16。

⁹⁰ 陳計男，同註43，頁88-89。此外，有關商會和解制度之存廢，亦曾於破產改革中引發討論。

崇尚和平，對於債務人不能清償其債務，而並非出於惡意者，類能寬恕矜憐不為已甚，與歐洲各國視破產為犯罪者不同。而在債務人方面，無論其為商人或非商人，每至經濟窘迫之時，輒能多方設法以蘄了結，即至無法了結之時，亦必倩人排解請求債權人為相當之讓步，而以對簿公庭為可羞，與歐西各國之債務人視破產為常事者，亦頗異其趣。且各地商人自動請求當地商會進行和解者，原為事所恆有，此種優良習慣允宜保存，本案於此特加注意，故於有破產之聲請前，既許債務人向法院為和解之聲請，或向商會為和解之請求，即在破產程序開始後，亦許其提出調協之計畫⁹¹。」其中有關債務人於經濟窘迫時，多方設法了結並避免對簿公堂之說明，姑不論是否與崇尚和平有關，單就紛爭解決之彈性程度以及避免破產程序曠日廢時這兩點，和解制度之建立更見其優勢。又商會係由商人組織而成，商會成員間彼此縱無生意往來，惟亦非全然不識，是一旦有成員陷入清償不能而向商會請求和解，商會較之法院應更熟悉或較能藉由調查取得其負債與營運情況，或許更有機會成立和解，故從此角度觀察，商會和解制度多少有其存在之價值。

第三，本法係採剩餘債務免責主義，惟所謂免責非謂債務消滅，而係債權人就其債權未能受清償之部分，請求權視為消滅而言（§ 149）。對此，草案說明書之理由為「關於破產終結後破產債權未受清償之部分視為消滅與否，各國立法例規定不同，惟債務人而知破產已處於至不幸之地位，一旦程序終結宜許其解除束縛，另覓生機，若許債權人對於未能受償部分，仍得為清償之請求，衡以人情誠覺太酷並與我國固有習慣亦不相符。且本案於破產財團之財產係採膨脹主義，是對債權人利益之保護已相當周至，故於債務人方面，亦應同時顧及免其限於絕境……惟對於惡意之破產人則不許其受此規定之利益，故復設但書以限制之⁹²。」前揭理由書中指出剩餘

91 司法院民事廳，同註1，頁119-120。

92 司法院民事廳，同註1，頁126-127。

債務免責係我國固有習慣，此與臺灣舊慣中債務人免責之想法上頗為一致，但其實若欲使債務人真正解除束縛，相較於請求權消滅，還不若規定債務視為消滅來得更有保障，惟若思及債權人之權益，採請求權消滅誠屬一種折衷辦法，蓋債務人於免責後所為之任意清償係有法律上原因之給付，亦即債權人縱有受償，亦非不當得利⁹³。

五、小 結

相較於日治時期之臺灣破產法制，清末至民初中國破產法制之發展歷程，或繼受英美法或繼受歐陸法，或有成文法可據或以判例處理，看似毫無章法可言，惟就整體改革方向看來，仍有持續朝向法律現代化前進之特點。然而，中國社會或許長期深受傳統中國法宰制，故一時無法接受現代法治思想，遂導致任何法律改革皆難收立竿見影之效，此由清朝破產律於施行不久後旋遭廢止，以及民初雖有破產法草案卻未能順利施行即可見一斑。嗣後雖有商人債務清理條例與破產法之先後施行，惟查其整體內容主要仍充斥外國現代法律之概念，是縱有商會和解一節，仍不能謂已有全盤考量現實中國社會之所需。換句話說，於中國制定頒行之破產法，其實效性頗令人質疑⁹⁴，惟該法於第二次世界大戰結束後，再經由法令銜接而直接施行於臺灣，後續是否產生法律適應上之問題，則應檢視其於臺灣社會實際之施行情況，詳見後述。

肆、戰後迄今臺灣破產法制之發展概況

一、中華民國破產法在臺之延續與改革

(一)背景與依據

第二次世界大戰結束後，臺灣人民被迫再次面臨政權更替，這不只意味著統治者由日本政府轉變為國民政府（1948年後之中華民國

⁹³ 陳計男，同註43，頁227。

⁹⁴ 王泰升，台灣法的斷裂與連續，2002年，頁154。

國政府⁹⁵)，同時也代表著法律制度上須由日本法體制變更為中華民國法體制。不同於日治時期，日本法律是否施行於臺灣，原則上須以律令或敕令定之，中華民國法律則係當然且直接地移植於臺灣。此項法律承接之基礎係源於臺灣接管計畫綱要之第5款規定：「民國一切法令，均通用於臺灣。必要時得制頒暫行法規。日本占領時代之法令，除壓榨箝制臺民、牴觸三民主義及民國法令者應悉予廢止外，其餘暫行有效，視事實之需要，逐漸修訂之。」此外，依據行政長官公署於1945年11月3日發布之署令第36號：「臺灣省自中華民國三十四年十月二十五日起，業經歸入我國版圖，前奉軍事委員會委員長……抄發臺灣接管計畫綱要其通則第五款規定……自應遵照辦理。我臺灣父老，苦苛政已久，亟待解放，自接收日起，凡舊日施行於臺灣之法令，在上述應予廢止原則內者，均予即日廢止……。」⁹⁶準此，凡民國一切法令皆自1945年10月25日起正式施行於臺灣，此亦當然包含制定於1935年之中華民國破產法。值得一提者，臺灣接管計畫綱並非經立法院三讀通過之法律，而係由當時軍事委員會委員長所核定頒行之命令，是其法律地位顯有待商榷⁹⁷。其實對於統治者而言，有關其法律位階以及效力等問題根本不具討論意義，就結果上論，行政長官公署確係以該綱要作為接管臺灣之主要根據，故中華民國法律即據此直接移植於臺灣並施行迄今。

有疑問者為，在中華民國破產法移入臺灣後，是否產生新舊法適應上之問題。首先，如破產法草案說明書所示「我國和解及破產之事實固非創見，惟關於和解及破產之法規則尚在施行之始，故程序方面固應力求簡要以適國情，即條文之內容亦宜以明白顯豁為主，俾一般人民易於瞭解，且我國幅員遼闊民事習慣隨地而殊，欲以固定劃一之法條範疇繁複錯綜之事實，於理於勢亦非可通。各國破產法有多至數百條者，此種龐大繁密之法規似非我國所應仿效，

95 同前註，頁18-19。

96 何鳳嬌，政府接收臺灣史料彙編上冊，1990年，頁1-2。

97 王泰升，同註94，頁22-23。

故本案對於和解及破產應有之法則，固務使其賅括無遺，惟繁冗苛細之條文則力求避免。」由此可見，破產法制定當時係以中國大陸為適用環境，故所謂國情當然不包括臺灣具體社會之情況，蓋實際上亦無從考量。然而，正因破產法起草時多方參考現代各國法規，是其體制與內容皆已屬現代法律，故本法縱未將臺灣社會情況納入考量，對於歷經五十年日本統治而早已習於現代法制運作的臺灣人民而言，本法之施行在理論上或許並無太大的適應問題。反而，這部中華民國破產法在臺灣是否具有實效性才是更應探討之重點，例如：債務人是否確實能藉由和解或破產程序，達到清理債務而獲得免責的目的？每年法院有關和解許可與破產宣告之實際數量為何？遭駁回聲請的債務人是否已無再利用破產法所設程序清理其債務的可能？凡此種種問題皆屬破產法改革所必須面對的問題。

(二)改革歷程

中華民國破產法自1935年頒行起算，施行迄今已逾八十餘年，前後曾歷經四次修正，惟皆屬局部調整，至於通盤檢視之法律改革則自1993年始正式啟動。茲先簡述歷次修正之內容如下：

1. 第一次修正（1937年4月23日）⁹⁸

破產法條文第27條原規定和解可決要件為，須出席債權人過半數同意，且其所代表之債權額並應占無擔保總債權額四分之三以上。惟當時的司法行政部依據上海市商會的說法，國人參與會議向非踴躍，在召集開會時經常有未屆法定人數之情形，且現行破產法就不能成會之情形尚未定有救濟方法，故司法行政部以促進和解進行為由咨請民法委員會審議。最後，該會討論後結果為縮減總債權額數規定，即原規定四分之三調降為三分之二。

⁹⁸ 立法院長孫科呈國民政府主席林森為本院會議修正破產法第二十七條條文請鑒核公布施行，國史館典藏號：001-012033-00010-009，1937年，頁1957-1960。

2. 第二次修正（1980年11月21日）⁹⁹

破產法條文第3條係有關和解之債務人或破產人應負義務及應受處罰之規定，於準和解債務人及準破產人亦有適用之依據。嗣因配合1980年5月9日修正公布之公司法已無股份兩合公司之規定，故將同條第3款規定之「股份兩合公司執行業務之股東」予以刪除。

3. 第三次修正（1993年7月9日）¹⁰⁰

破產法條文第71條原係對於破產人有逃亡或隱匿、毀棄其財產之虞時得羈押之規定，惟羈押展期次數未有限制，經大法官釋字第300號解釋，此與憲法保障人民身體自由之本旨不合，而應予修正。此外，未免民刑不分所生混淆，用語上一律將「羈押」改為「管收」，並就破產人之管收程序增訂準用強制執行法之規定。最後，配合前述修正，破產法施行法第2條修正後則明訂，管收期間總計不得逾一年。

4. 第四次修正（2018年5月22日）¹⁰¹

破產法條文第13條原規定法院許可和解聲請後之公告應黏貼於法院牌示處，並登載於公報及新聞紙；如該法院管轄區域內無公報、新聞紙者，應併黏貼於商會或其他相當之處所。惟考量目前各法院均設有網站，所謂將公告登載於公報及新聞紙，或黏貼於商會或其他相當之處所，實際上已無必要，故修正後條文則以法院網站之電子公告取代之。

綜觀破產法前後四次修法工作，不僅未能認清臺灣社會與經濟

⁹⁹ 立法院議案關係文書，院總第1066號，政府提案第1938號之1，頁414-416，<https://lis.ly.gov.tw/lcgci/lgmeetimage?cfcec9c9cfcccfcc5cbcecbd2cbcec9>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

¹⁰⁰ 立法院議案關係文書，院總第1066號，政府提案4589號之1，頁244-251，<https://lis.ly.gov.tw/lcgci/lgmeetimage?cfcdcfcecdc6cfcec5cdcbcbd2cdcace>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

¹⁰¹ 立法院議案關係文書，院總第1066號，委員提案19523號之1，頁129-132，https://lis.ly.gov.tw/lygazettec/mtdoc?PD090512:LCEWA01_090512_00694（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

狀況已因變更（例如：消費者破產問題、公司重整程序是否納入以及國際債務清理之處理等），而有建立更與時俱進的債務清理系統之迫切需求。甚至連破產法之基本立法目的，即協助陷入清償不能之債務人重獲經濟更生，並使債權人獲得最大化之債權滿足，以及促進社會經濟之健全發展，凡此種種目標是否實現皆頗值疑問。有鑑於此，司法院遂於1993年7月成立「破產法研究修正委員會」（以下簡稱研修委員會），經參考國際破產規則以及各國破產法例後，於2002年完成草案初稿¹⁰²，該版本經調整後雖於2004年5月送立法院審議¹⁰³，惜因立法院會期屆期不連續而未完成立法程序¹⁰⁴。嗣後，研修委員會又於2005年研擬新草案，並曾討論納入消費者破產專章，惟該年因爆發雙卡危機，社會上出現許多卡奴以及衍生之社會問題皆亟待解決，俟破產法完成修法恐緩不濟急。因此，司法院於2006年另行組成「消費者債務清理條例研修小組」以制定專法之方式處理（見後述）。目前最新債務清理法草案係2016年版本¹⁰⁵，其已於該年4月29日送請立法院審議，並於同年5月13日通過一讀¹⁰⁶。

與現行破產法相較，草案規定於形式上則有大幅度之增加，共由八章構成：除第一章「總則」、第二章「和解」以及第三章「破產」外，並增訂第四章「重整」。應特別指出者，為因應債務人不

¹⁰² 司法院民事廳，破產法修正草案總說明及條文對照表，<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=872&flag=1®i=1&key=&MuchInfo=1&courtid=>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

¹⁰³ 立法院議案關係文書，院總第1066號，政府提案第9687號，頁435-639，<https://lis.ly.gov.tw/lcgci/lgmeetimage?cfcacfcacecdcfcec5cbcdc8d2c9ccc6>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

¹⁰⁴ 陳駿壁，破產法（更名債務清理法）修正草案簡介（上），司法周刊，1750期，2015年6月，頁2。

¹⁰⁵ 立法院議案關係文書，院總第1066號，政府提案第16570號，頁1-264，<https://lis.ly.gov.tw/lcgci/lgmeetimage?cfc6cfcececcc8ccc5ced2cdc9cb>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

¹⁰⁶ 立法院議事及發言系統，破產法修正草案審議進度，<https://lis.ly.gov.tw/lglmeetc/disprog?7:00073A2F000D020100000000000000C800100003D000000000:0:0027704:lgmeetkm>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

同需求而分別設計「重建型」與「清算型」之兩大債務清理系統，前者係指「和解程序」與「重整程序」，後者則係「破產程序」與「以清算為目的之重整程序」而言。此外，針對公法人破產與國際破產事件，增設第五章「公法人之債務清理」以及第六章「外國債務清理程序之承認」。最後則為第七章「罰則」與第八章「附則」。草案實質內容方面亦有諸多調整，本文因受限篇幅，故僅擇要點言之。首先，放寬程序開始原因事由，亦即由清償不能擴張至有清償不能之虞者，且明定債權人不以一人為限，就債務人財產不敷清償破產程序費用者，由法院裁定開始並同時終止破產程序。再者，考量債務清理事件多涉及公益與多數人之利害關係，明定法院應選任律師、會計師等專業人士擔任監督人或管理人，惟於自然人破產之情形，為免增加債務人之負擔，非以選任監督人或管理人為必要。另外，現行法之商會和解更名為「商業會和解」，其雖為裁判外之債務清理方式，惟為確保和解方案之正當適法，草案明定經可決之方案應送交法院認可，以保障債權人與債務人雙方權益。最後，草案仍採債務免責主義，並明定剩餘債務消滅，以取代現行法之請求權消滅原則。

基本上，筆者對於草案改革之內容抱持肯定態度，尤以放寬程序開始原因之事由此點，蓋目前影響破產法實效性之主因即在於債務清理程序大抵未能開啟，更遑論後續債務人得否獲得免責，揆其主因則係實務上創設兩項破產法所未規定之駁回破產聲請事由，即債權人應超過兩人¹⁰⁷，以及破產財團至少應足夠清償破產程序費用¹⁰⁸。惟按現行破產法第1條第1項明文：「債務人不能清償債務

¹⁰⁷ 最高法院65年台抗字第325號判例：「破產之聲請，固應以多數債權人之存在為前提，而聲請破產非不得由其中一債權人為之，但如債權人僅有一人，既與第三人無涉，自無聲請破產之必要。」

¹⁰⁸ 院字第1505號(二)：「破產固係對於債務人不能清償債務者宣告之。但法院就破產之聲請。以職權為必要之調查。確係毫無財產。則破產財團即不能構成。無從依破產程序清理其債務。參照破產法第一百四十八條之旨趣。自應依同法第六十三條。以裁定駁回其聲請。」

者，依本法所規定和解或破產程序，清理其債務。」準此，債務人只要實質上具備不能清償之原因，原則上即能提出和解或破產之聲請，惟實際上債務人多係遭受法院駁回聲請之命運！換句話說，債務人欲藉由和解或破產程序清理債務之機會極為渺茫！反之，債權人亦因和解或破產程序未能開啟而無法獲得債權滿足。接下來，本文利用司法院網站提供之「地方法院辦理民事破產事件終結情形」統計資料¹⁰⁹，並以爆發雙卡危機之2005年作為分水嶺，將其改編為表一與表二，以具體呈現法院對於和解與破產聲請案件之許可與駁回情況。

表一：雙卡危機爆發前之地方法院辦理民事破產事件終結情形¹¹⁰

| 年份 | 許可和解 (比例) | 宣告破產 (比例) | 駁回件數 (比例) | 總件數 |
|------|--------------|--------------|--------------|-----|
| 1993 | 1 (0.5%) | 19 (10.1%) | 133 (70.7%) | 188 |
| 1994 | 1 (0.7%) | 13 (9.7%) | 88 (65.6%) | 134 |
| 1995 | 1 (0.5%) | 15 (8.5%) | 123 (69.8%) | 176 |
| 1996 | 1 (0.5%) | 19 (9.6%) | 132 (67.3%) | 196 |
| 1997 | - | 13 (7.6%) | 118 (69.8%) | 169 |
| 1998 | - | 12 (6.3%) | 132 (69.4%) | 190 |
| 1999 | - | 13 (7.1%) | 139 (75.9%) | 183 |
| 2000 | - | 59 (22.6%) | 167 (63.9%) | 261 |
| 2001 | 2 (0.8%) | 46 (19.2%) | 156 (65.2%) | 239 |
| 2002 | 1 (0.3%) | 30 (9.5%) | 236 (75.1%) | 314 |
| 2003 | - | 59 (14.5%) | 289 (71.3%) | 405 |
| 2004 | 1 (0.2%) | 57 (13%) | 342 (78%) | 438 |
| 2005 | 2 (0.3%) | 50 (9.7%) | 406 (78.9%) | 514 |

首先，從表一可知，法院對於和解與破產之聲請，駁回率最低者為63.9%，最高者甚至達到78.9%，幾乎占七成。然而，這並不表

¹⁰⁹ 司法院網站目前僅提供1993年到2019年之司法統計數據，故本文亦以1993年作為觀察起點。

¹¹⁰ 本表改編自「37.地方法院辦理民事破產事件終結情形—按年別分」，參考：91年與94年司法統計年報，<https://www.judicial.gov.tw/tw/np-1260-1.html>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

示法院裁定許可和解以及宣告破產之比例當然占有三成，蓋仍須排除聲請撤回等其他情形，故本表尚整理許可和解以及宣告破產之件數，並分別計算其比例。觀察1993年到2005年間，在數百件的和解與破產聲請中，真正獲得法院裁定許可和解者不過1或2件，且法院裁定許可和解之比例根本不到1%；至於經法院宣告破產者，尤以1993年到1999年間，其總數甚至不超過20件，通過率則為10%以下。另外值得注意者，自2000年起聲請總件數已突破200件，蓋當年臺灣正興起消費信用貸款之風潮¹¹¹，直到2005年雙卡危機爆發，聲請總件數甚至達到514件。

表二：雙卡危機爆發後之地方法院辦理民事破產事件終結情形¹¹²

| 年份 | 許可和解 (比例) | 宣告破產 (比例) | 駁回件數 (比例) | 總件數 |
|------|--------------|--------------|--------------|------|
| 2006 | 1 (0.5%) | 47 (7.5%) | 502 (80.7%) | 622 |
| 2007 | - | 64 (6.1%) | 866 (82.9%) | 1044 |
| 2008 | - | 64 (7.9%) | 572 (71%) | 805 |
| 2009 | - | 30 (8.7%) | 278 (81.5%) | 341 |
| 2010 | - | 36 (13.4%) | 209 (77.9%) | 268 |
| 2011 | 1 (0.3%) | 23 (8.9%) | 215 (83.9%) | 256 |
| 2012 | - | 34 (13.3%) | 197 (77.5%) | 254 |
| 2013 | 1 (0.4%) | 33 (15.7%) | 150 (71.7%) | 209 |
| 2014 | - | 14 (10.6%) | 99 (75%) | 132 |
| 2015 | - | 17 (10.4%) | 130 (80.2%) | 162 |
| 2016 | - | 24 (11.8%) | 154 (75.8%) | 203 |
| 2017 | - | 30 (13.2%) | 156 (68.7%) | 227 |
| 2018 | - | 38 (17.5%) | 145 (66.8%) | 217 |
| 2019 | - | 25 (12.1%) | 154 (75.1%) | 205 |

¹¹¹ 吳宗昇，許一個太平盛世？卡債的社會傷害與未來動態，https://www.laf.org.tw/index.php?action=media_detail&p=1&id=195（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

¹¹² 本表改編自「42.地方法院辦理民事破產事件終結情形—按年別分」，參考：104年與108年司法統計年報，<https://www.judicial.gov.tw/tw/np-1260-1.html>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

再綜合觀察表一與表二可知，破產事件之總件數自2000年到2007年皆持續增加，並於2007年達到1,044件的高峰，惟於2008年「消費者債務清理條例」施行後，則又呈現逐年下降之趨勢，直到2019年總件數大抵維持在200件上下，惟駁回率仍居高不下。其實，司法統計之破產總件數當然不能表示實際總件數，蓋債務人亦可能採取逃避債務，或選擇與債權人私下協商等法定程序外處理方式，惟若債務人試圖利用破產法所定程序清理債務，結果卻多是遭到法院駁回聲請，而在其債務問題未能藉由法定程序獲得妥適處理與解決之情況下，結果只是更加彰顯破產法欠缺實效性之事實，此亦為目前臺灣現行破產法制亟待改善之處。惟如前所述，草案雖於2016年5月13日通過一讀，惟轉眼又經五年有餘，卻仍未有後續，究竟何時才能盼到這部專屬臺灣的破產法問世，不禁令人疑惑。

二、債務清理之新里程——消費者債務清理條例之問世

(一)立法背景

隨著社會交易方式的改變，以刷卡取代現金支付，此種先享受後付款的消費模式儼然成為日常生活的一部分。又於1999年萬泰銀行推出喬治瑪莉現金卡後，配合廣告強力主打亦掀起一股辦卡風潮¹¹³。當時各銀行間彼此競爭激烈，多未嚴加審查申請人之償債能力即浮濫發卡，造成許多無還款能力之持卡人輕易以卡辦卡，妄以後債解決前債，如此惡性循環終至淪為「卡奴」¹¹⁴。其實，無論係

¹¹³ 今周刊，當年「喬治瑪莉現金卡」害了多少人？一個卡奴如何把500萬債務變成只還23萬？，<https://www.businesstoday.com.tw/article/category/80401/post/201907120011/%E7%95%B6%E5%B9%B4%E3%80%8C%E5%96%AC%E6%B2%BB%E7%91%AA%E8%8E%89%E7%8F%BE%E9%87%91%E5%8D%A1%E3%80%8D%E5%AE%B3%E4%BA%86%E5%A4%9A%E5%B0%91%E4%BA%BA%EF%BC%9F%E4%B8%80%E5%80%8B%E5%8D%A1%E5%A5%B4%E5%A6%82%E4%BD%95%E6%8A%8A500%E8%90%AC%E5%82%B5%E5%8B%99%E8%AE%8A%E6%88%90%E5%8F%AA%E9%82%8423%E8%90%AC>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

¹¹⁴ 徐中雄委員於說明提案旨趣時指出，據銀行局統計當時約有50萬卡奴，而卡債問題導致國內自殺率與犯罪率提高，已然形成嚴重社會問題。參考：立法

持有信用卡或現金卡預借現金，消費者與銀行間即成立消費借貸關係，且經常伴隨高額利息，消費者固然應先審慎了解再辦卡，惟銀行未建立審核機制亦難辭其咎。此外，由於經濟發展情況欠佳，許多受薪階級被迫辭退，因此失去固定薪資而無法正常繳納房貸、車貸或其他債務，皆屬消費者破產問題而亟待解決。事實上，在2005年雙卡危機爆發前，研修委員會亦曾於債務清理法草案中規劃小額債務特別清理程序，此即為消費者債務清理程序之原型。而當時有兩種立法規劃，一為於破產法草案制定消費者債務清理專章，二為另訂消費者債務清理專法，最終司法院為解燃眉而採取後者¹¹⁵，另行制定消費者債務清理條例（以下簡稱消債條例），該法於2007年7月11日經總統公布¹¹⁶，並於隔年4月11日正式施行。

（二）內容簡介¹¹⁷

就形式上而言，消債條例共由四章組成，即第一章「總則」、第二章「更生」、第三章「清算」以及第四章「附則」。有鑑於消債條例係為處理消費者破產問題所制定，為求適用主體範圍明確，明定消費者係「五年內未從事營業活動或從事小規模營業活動之自然人」（§ 2 I），以與消費者保護法所謂之消費者有所區別。此外，考量破產法規定之和解與破產程序過於繁複，於是設計出簡化版之更生與清算程序，以鼓勵負有多重債務之自然人多利用消債條例規定之程序清理債務。消債條例並建立重建型與清算型雙軌制，提供債務人依自身需求選擇適合之程序，惟無論適用何種程序，原則上皆能藉由債務免責，以實現重建自然人經濟生活之最終目標。

院公報，96卷6期，頁172。但學者推估於2006到2007年間全臺卡奴約有85萬人左右，參照：吳宗昇，同註111。

¹¹⁵ 司法周刊訊，研修消費者債務清理條例草案，司法院快馬加鞭，司法周刊，1279期，2006年3月，頁1。林繼恆、徐漢堂，同註1，頁18-22。

¹¹⁶ 總統令第09600089591號，總統府公報第6752號，頁138-176。

¹¹⁷ 立法院議案關係文書，院總第980號，政府提案第10686號，頁354-434，<https://lis.ly.gov.tw/lcggi/lgmeetimage?cfc9cfbcfbcfbcfec5ccacdd2cbcccb>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

而針對所謂的卡奴族群，消債條例另設有債務協商前置程序，即消費者與金融機構有消費借貸等關係者，應與最大債務金融機構先行債務協商，而非直接聲請更生或清算（§ 151 I）。

有關消債條例於雙軌制之實質規定，於更生程序方面，因更生方案為其核心，故除明訂更生方案之記載事項外，針對有自用住宅借款債務之債務人，並規定其得與自用住宅借款債權人協議，並於方案中訂定「自用住宅借款特別條款」（§§ 53, 54），以確保其住宅。又為促進更生方案之成立，降低債權人會議可決標準，即「應有出席已申報無擔保及無優先權債權人過半數之同意，而其所代表之債權額，並應逾已申報無擔保及無優先權總債權額之二分之一」（§ 59 I），惟若債務人為領有薪資等固定收入者，於法院認為更生方案之條件公允者，亦得逕行認可更生方案（§ 64 I）。至於清算程序部分，消債條例否定破產實務認為債權人應為兩人以上，以及債務人財產應足以構成破產財團之見解，明定債權人縱為一人，亦得開始債務清理程序。若債務人之財產不足構成破產財團時，則法院應為同時終止裁定（§ § 80, 85 I）。而關於剩餘債務免責制度方面，消債條例則以「裁定免責」取代現行破產法之「當然免責」，並明定免責以及不免責事由（§ § 132-135）。又相較於破產法之債務免責係指請求權消滅，消債條例則改採債務關係消滅，以此杜絕債權人再向債務人請求清償剩餘債務之機會，蓋縱然債務人給付，債權人亦因無法律上原因，其受領係屬不當得利而應予返還。

（三）消債條例之改革

消債條例施行迄今已過12個年頭，並歷經數次修法，尤以2011年12月之修法最具指標性。如前所述，消債條例制定之初衷係為解決卡債問題，並希望能藉由免責制度協助卡奴族群擺脫多重債務，以重建其經濟生活。然而，消債條例上路三年多，卡奴人數卻不減反增。究其主因有兩點，即債務人於前置協商程序中無法真正自主

地與銀行進行協商，再者為更生認可與清算免責之比例皆偏低¹¹⁸。就前者言，債務人向銀行提出協商請求後，往往由銀行單方面提出協商方案，且只願表明債權總額，而未詳列本金、利息與違約金之數額及其計算方式¹¹⁹。換言之，債務人與銀行間明顯處於資訊不對等的狀態，債務人僅能決定同意或不同意方案，而無異議之餘地。又債務人即便自知無法履行該方案，為達成協議仍多勉強同意，最終導致協議達成率以及毀約率皆高之現象。此時，若債務人並無不可歸責事由，即無法聲請更生或清算程序，亦即債務人形同喪失免責之機會。修法後，除保留前置協商外，另增設前置調解，提供債務人其他程序之選擇。並明定金融機構、資產管理公司或受讓其債權者，應提出債權說明書，其內容則準用第33條第2項第1款至第4款規定載明債務本金、利息、違約金，及已清償金額抵充費用、利息、本金之數額與計算方式（§ 155 I, V）。關於債務人「因不可歸責於己之事由，致履行有困難者」，規定準用第75條第2項之情形（§ 155 VIII），即「債務人可處分所得扣除自己及依法應受其扶養者所必要生活費用之餘額，連續三個月低於更生方案應清償之金額者」，即推定有不可歸責於己致履行有困難之事由¹²⁰。據此，毀約債務人是否有不可歸責事由，於修法後至少有較為具體之判斷標準。至於後者，則須分就更生程序以及清算程序之阻礙說明。

以更生程序之阻礙而言，法院判斷更生方案是否公允，或以債務人之收入、支出，或以更生方案之清償成數為斷，其標準不一而足¹²¹。尤以法院對於債務人之收入或支出數額，經常係以形式認定，而未考量債務人實際生活情況，甚至有法院要求接近百分之百

¹¹⁸ 參考：陳節如委員提案說明，立法院公報，100卷87期，頁159-160，<https://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lypdftxt?xddd!cec9cecf7c6c9c8cdeb81cecf7c8cfcec4cfcecac7c4cfcec6c8>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

¹¹⁹ 李艾倫，台灣消費者債務清理制度之現況與困境，全國律師，16期，2012年1月，頁25。

¹²⁰ 第151條條文與修理由對照表，參考：立法院公報，同註118，頁188-193。

¹²¹ 李艾倫，同註119，頁27-29。

的清償成數。由此造成兩種情況，即更生方案因不公允而未獲認可，或更生方案縱經法院認可，惟因條件嚴苛終使履行陷入困難，而導致更生失敗。修法後，針對領有薪資等固定收入之債務人，依其狀況可認有盡力清償者，或債務人雖無固定收入，而其更生方案有保證人或提供擔保者，法院亦得逕行認可更生方案（§ 64 I）。簡言之，更生方案之認可要件由公允改為盡力清償或提供擔保等具體標準，以解決不確定法律概念之問題。此外，考量自用住宅借款債務人倘無法與其債權人達成協議，修法後增訂自用住宅借款特別條款之最低標準以及延長期限等規定（§ 54-1），以避免債務人喪失其賴以居住之自用住宅。

至於清算程序之主要障礙則為免責比例過低，法院多依消債條例第133條以及第134條第4款之規定，對於債務人有固定收入者或認定債務人有奢侈浪費行為而裁定不免責。按消債條例係以法院裁定免責為原則，不免責為例外，然而實際情況卻剛好相反。由此可見，法院對於債務人仍帶有懶惰、過度消費等偏見¹²²，其立場顯然偏向債權人能否獲得最大清償，至於債務人之經濟生活得否重建更生則非考量。修法後，第133條僅酌有文字修正，惟針對第134條第4款之浪費行為則具體化為「消費奢侈商品或服務」並限定時間為「債務人於聲請清算前二年內」，以及刪除「致財產顯然減少或負擔過重之債務」之文字（§ 134）。

前述問題於2011年底修法後確實獲得某程度之改善，此由法院網站公布之消債統計數據觀之即明。首先，更生認可比例於修法後有小幅之提升，自消債條例施行後至修法前，更生認可之平均比例約為68.32%，修法後自2012年即增至87.10%，惟此後之比例每年平均略為85%上下，未再有明顯之變動幅度¹²³。至於免責比例於修法後，已逐漸提升至50%上下，直至2020年11月，該比例已超過

¹²² 李艾倫，同註119，頁30。

¹²³ 司法院網站，「表2.地方法院消債執行事件終結情形統計表」，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-1758-1.html>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

65%，惟距離以免責為目標之立法原則，顯仍容有進步空間¹²⁴。此外，針對有固定收入之債務人，其似乎較難獲得免責機會，尤其自2017年至2019年，因該理由而遭裁定不免責之件數更由227件增至341件。若法院不思改變，則對於有固定收入之債務人而言，聲請清算恐不具實益。又於修法前，因奢侈浪費而遭法院裁定不免責之件數共1875件，修法後隔年則明顯降至52件，迄至2020年11月則僅有9件係依此理由而未獲免責¹²⁵。換言之，奢侈浪費此項不確定法律概念由修法具體化後，確實達到減少法院任意以此為由，阻擋債務人獲得免責之機會。

最近則以2018年11月底之修法較為重要，尤以針對更生方案「盡力清償」部分增訂兩條條文（ §§ 64-1, 64-2）¹²⁶，修正理由亦指明所謂盡力清償，「非必令債務人傾其所有，僅須其將財產及所得之大部分用於清償，即足當之；俾免債務人於更生方案履行期間，因不時之需而陷於困境，致無力履行，反而對債權人不利。」至於增訂條文之內容：首先，依債務人之財產有無清算價值，分別定其清償成數，視為已盡力清償之標準。再者，考量債務人之必要生活費用係判斷盡力清償與否之重要基礎，明定債務人之必要生活費用應「以最近一年衛生福利部或直轄市政府所公告當地區每人每月最低生活費一點二倍」定之。至於其他修正內容，因非本文重點，故於茲不贅。

三、小 結

第二次世界大戰結束後，臺灣人民雖再次面臨政權更替並被迫接受新法令，惟中華民國法律不再是傳統中國法制，而係以現代法

¹²⁴ 司法院網站，「表1.地方法院消債事件聲請免責及不免責原因分布統計表」，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-1758-1.html>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

¹²⁵ 同前註。

¹²⁶ 審查會通過條文，參考：立法院公報，107卷103期，頁361-367，<https://lis.ly.gov.tw/lcgi/lypdf.txt?xddd!cec9cefc7c6cac9c6c981cefc8cefccefc4cfcdc6ccc4cfbcece>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

律之姿，經由法令銜接直接施行於臺灣。中華民國破產法亦循此路徑於臺灣施行迄今，惟臺灣社會於八十年來已歷經諸多變動，司法院雖欲改革並數度提出不同版本之破產法草案，可惜皆未能通過立法。因此，這部制定於1935年的破產法仍為現行有效法律，惟按司法統計數據可知，實際上經法院裁定許可和解或宣告破產之件數與比例皆低，聲請駁回率亦居高不下，換言之，未能發揮債務清理功能之破產法顯然欠缺實效性。不只如此，在面對自1999年興起之消費信用貸款風潮，並直到2005年雙卡危機爆發後所生之卡債問題，更非現行破產法所能解決。但即便如此，破產法的缺陷亦未能藉此時機全盤檢討修正並完成立法，反而倉促頒布消費者債務清理條例，試圖解決一時燃眉，惟因消債條例施行後未能解決卡債問題，又引發後續之修法歷程。整體而論，臺灣現行破產法制欠缺整合，導致老舊的破產法未能發揮功能，而新設的消債條例則尚待補強，而有關國際債務清理程序則根本無法可循，目前可採解決之道，看來唯有盡速通過債務清理法草案一途。

伍、結 語

綜觀臺灣現代破產法制之發展歷程，大致可得出以下幾項重點：首先，臺灣現代破產法制之建立應溯源自日治時期，並分為法院依臺灣舊慣裁判為主之前期，以及適用日本法律之後期。又中華民國破產法係於中國制頒，並於戰後經法令銜接而直接施行於臺灣，故於清末與民初中國破產法制之發展概況亦應關注。尤以清朝破產律亦屬臺灣現行破產法之前身，基於其歷史地位與價值實有回顧之必要，惟非因贊同其為臺灣首部現代破產法之故。同理，無論係清朝破產律或1915年之破產法草案，乃至從無破產法可據之判例解釋時期，到商人債務清理條例之施行，此段過程對於臺灣現行破產法之內容皆帶來一定程度影響，是故亦應探究。換句話說，本文認為臺灣破產法制之建立及其發展，絕非僅有中華民國破產法制沿

革此一脈絡，尚應與日治時期臺灣破產法制之發展概況並列齊觀，始稱完整，此部分亦為本文所謂臺灣破產法制之前世。

再者，查各國破產法制建立之背景，多為解決商人破產問題，至於非商人破產則鮮少論及，惟立法例上有採商人破產或一般破產之不同主義。按臺灣日治前期依舊慣審判之制，參考《臺灣私法》倒號章亦係以處理商人破產為主要內容，惟至日治後期因適用日本破產法，故而改採一般破產主義。至於經法令銜接而施行於臺灣之中華民國破產法，因採民商合一制度，亦無商人與非商人破產之別，故整體而言，臺灣破產法制應已確立一般破產原則。然而，自1999年臺灣社會興起消費信用貸款後，各銀行競爭激烈浮濫發卡，直到2005年雙卡危機爆發，消費者破產問題始正式成為臺灣破產法制亟需重視的一環。現行破產法雖採一般破產主義，理論上自然人亦得利用破產法所定程序清理債務，惟考量破產法制定當時並無消費者破產問題，司法院於是另行制頒消債條例，設計較為簡易的更生與清算程序以供負多重債務之自然人利用。該條例自2008年正式施行，臺灣債務清理之新里程亦於焉開啟。

三者，有關臺灣破產法制中剩餘債務免責之概念，顯與舊德日法例不同調，而較偏向英美法例，惟於臺灣破產舊慣可知，剩餘債務免責實為臺灣本有，而非繼受自他國法律，誠屬可貴。查現行破產法雖亦以免責為原則，惟破產人因犯詐欺破產罪而受刑之宣告，則無法免責（§ 149）。同理，債務清理法草案以及消債條例皆設有不免責規定，且多著重於債務人是否誠實以及遵守禁奢等義務。此與同樣採取免責制度之清朝破產律，對於一般周轉不靈而倒閉之商人，與惡意倒債之商人，分別制定不同規範處理，有異曲同工之妙。然而，債務免責雖屬立法原則，於實務運作上卻未能完全落實，依司法院之統計資料，不唯破產聲請多遭法院駁回導致程序未能開啟，更遑論獲得免責。此外，若債務人係依消債條例聲請清算，縱經清算終結，能獲得免責之比率僅約為65%，何況聲請更生與

清算之件數，實際上根本遠低於協商件數¹²⁷，故整體免責機率顯然更低。尤應注意者，因和解或破產聲請遭法院駁回之債務人，於消債條例施行後，若不符合該法消費者之要件，亦無法聲請更生或清算程序。縱其為消費者，倘其與金融機構間有債務關係，原則上亦應先行法院外之協商或調解程序，而難以直接利用更生或清算程序。縱能利用，最終是否能獲免責以重建經濟生活也無法保證。由以上種種可知，理想與現實仍有一大段差距，而縮小其差距，則為現今臺灣破產法制應持續努力之目標。

最後，司法統計之破產總件數當然不能表示臺灣社會實際破產事件總件數，換言之，除自始即打算逃債者外，有心想還債卻遭法院駁回聲請者，在未能利用法定程序清理債務之情況下，最終似乎只剩下債權人與債務人雙方私下和解一途。古拉丁法諺有云：「有社會必有法律，有法律斯有社會。」臺灣雖有破產法典，惟其施行並未導致民間處理破產之舊慣銷聲匿跡。在我們的日常生活中，「倒攤」或「倒店」仍為經常使用的詞彙。此外，債權人為實現債權而搬運債務人的貨物，並以便宜價格出售「倒店貨」之現象，在臺灣的傳統市場或夜市更是屢見不鮮¹²⁸，亦即倒號舊慣仍以其形式存在於臺灣社會¹²⁹。退一步言之，若臺灣目前破產法制之運作已確實發揮其作用，或符合社會實際需求，又怎會有舊慣容身之處。就此部分本文因受限資料而未能進一步觸及，惟有待於將來另行為文探討。同時希望本文能拋磚引玉，為有意投入臺灣破產法制研究之同道略盡綿薄。

¹²⁷ 司法院網站，「表7.地方法院消債聲請事件新收件數統計表」，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-1758-1.html>（最後瀏覽日期：2021年1月17日）。

¹²⁸ 此兩張圖為筆者分別於板橋南雅夜市與土城延吉街市場所攝。

¹²⁹ 日治時期調查所得之倒號舊慣，雖不排除有部分內容延用至今，惟考量現代臺灣社會實況，亦應會發展出更符合社會現實的內容，另基於私法自治，債權人與債務人雙方亦得藉由自由磋商得出互相妥協之條件，故所謂舊慣內容當然並非一成不變。



參考文獻

一、中文部分

- 王泰升，台灣法的斷裂與連續，2002年，臺北：元照。
- 王泰升，台灣日治時期的法律改革，2014年修訂2版，臺北：聯經。
- 王泰升，台灣法律史概論，2019年5版，臺北：元照。
- 司法院民事廳，破產法資料彙編，1994年，臺北：司法院秘書處。
- 司法周刊訊，研修消費者債務清理條例草案，司法院快馬加鞭，司法周刊，1279期，頁1，2006年3月。
- 何鳳嬌，政府接收臺灣史料彙編上冊，1990年，臺北：國史館。
- 吳豪人，岡松參太郎與臺灣民法典之夢，臺灣學通訊，22期，頁5，2008年10月。
- 林繼恆、徐漢堂，論我國債務清理法制之體系及檢討，律師雜誌，344期，頁10-29，2008年5月。
- 李艾倫，台灣消費者債務清理制度之現況與困境，全國律師，16期，頁24-31，2012年1月。
- 耿雲卿，破產法釋義，1992年4版，臺北：五南。
- 陳金田譯，臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣私法第三卷，1993年，南投：臺灣省文獻委員會。
- 陳計男，破產法論，2011年修訂3版，臺北：三民書局。
- 陳駿壁，破產法（更名債務清理法）修正草案簡介（上），司法周刊，1750期，頁2-3，2015年6月。
- 臺灣省文獻委員會，臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第一冊，1955年，臺北：國史館臺灣文獻館。
- 臺灣省文獻委員會，臺灣省通志稿卷三：政事志司法篇第二冊，1960年，臺北：國史館臺灣文獻館。

二、日文部分

- 山本和彥，倒産処理法入門，2018年，東京：有斐閣。
- 谷野格，臺灣新民事法，1923年，臺北：臺灣時報發行所。
- 長谷理教，臺灣六法，1934年，臺北：臺灣日日新報社。

松岡義正，破產法論上卷，1929年，東京：巖松堂書店。
臺灣總督府史料編纂會，臺灣史料稿本，1908年，出版地不詳。
臺灣總督府法務部，臺灣司法制度沿革誌，1917年，出版地不詳。
臺灣總督府覆審法院編纂，覆審法院判例全集，1920年，臺北：臺灣判例研究會。
臺灣總督府，臺灣事情創刊號，1916年，東京：凸版印刷株式會社。
臺灣總督府，臺灣事情大正十三年版，1924年，臺北：小塚印刷工場。
臨時臺灣舊慣調查會，臺灣私法第三卷下，1910年，東京：鮮美堂印刷所。

三、英文部分

Levinthal, Louis Edward (1919), *The Early History of English Bankruptcy*, 67(1) U. PA. L. REV. 1-20.
Tabb, Charles Jordan (1995), *The History of the Bankruptcy Laws in the UNITED STATES*, 5 ABI L. REV. 5-51.

四、德文部分

Cheng, Jianying (1991), *Das Konkursrecht der Volksrepublik China*, ZvglRWiss 90 (1991), S. 47 ff.
Dove, Heinrich (1908), *Das chinesische Konkursgesetz vom 26. April 1906*, BIVerglR. 3 (1908), S. 161 ff.
Richard, Dagmar (1983), *Das englische Konkursrecht im Vergleich zum deutschen Recht*.
Xu, Hang (2013), *Das chinesische Konkursrecht – Rechtshistorische und rechtsvergleichende Untersuchungen*.

Review of the History of Taiwanese Bankruptcy Law

Shu-Ru Wu *

Abstract

Taiwan's current Bankruptcy Law has been promulgated and implemented since 1935. The law is mainly formulated with reference to Western laws and is considered as a modern law. However, the Bankruptcy Law of 1935 is not the first bankruptcy act in Taiwan. Numerous literatures show that the first bankruptcy law was from the Qing Dynasty. Nevertheless, it is apparently questionable, since Taiwan was under Japanese rule at the time and the bankruptcy law of the Qing dynasty should not come into force in Taiwan. In other words, the history of bankruptcy law under Japanese rule has apparently been ignored. To fill this historical gap, this article first presents the legal source of bankruptcy law not only under Japanese rule but also that of the Qing Dynasty and in the Republic of China. Besides, this article concurrently describe the development of bankruptcy law after the Second World War til today in Taiwan.

The purpose of this article to outline the comprehensive history of bankruptcy law in Taiwan. The main goal of legal historical research is to find out why today's laws look like this and what influences have

* Assistant Professor, Department of Law, Chinese Culture University; e-mail: rechtswissenschaft@hotmail.com.

been consumed on today's laws. Looking back at past bankruptcy rights, it helps to figure out the possible shortcoming of the current bankruptcy system.

Keywords: Taiwan studies, legal reception, Bankruptcy Law from the Qing Dynasty, Customary Law, Discharge, The Taiwanese Law of Consumer Bankruptcy Proceedings, Bankruptcy Law Reform

《法律扶助與社會》徵稿啟事

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

四正文（含頁碼）。

五參考文獻（列出正文引用過之學術文獻）。

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

◆ 弱勢的權益 需要您的支持 ◆

企盼您熱心捐款，幫助更多需要法律扶助的朋友

❖ 線上信用卡捐款

<http://www.laf.org.tw/details/index.php>



❖ 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1091362892號

勸募期間：民國109年9月1日起至110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.6 March 2021

Articles

Justice Should Not Be Explored from Prejudice:
Design of Conference and Judgment of Lay Judge Act

Chih-Chiang Wu

Killing in the Name of Children?:
A CRC Viewpoint of the Case of Li Hung-chi

Tzu-Wei Lin

A Study on the Identification of Occupational Diseases and Related
Legal Issues

Wan-Ning Hsu

Review of the History of Taiwanese Bankruptcy Law

Shu-Ru Wu



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

編印：元照出版

