



# 高雄律師會訊

## 甲辰之雲起龍騰

季刊

113-04.06月

感謝程高雄律師墨寶

行政院新聞局局版高誌字第59號 中華郵政南台字第132號執照登記為雜誌類

發行人：謝國允

發行所：社團法人高雄律師公會

地址：高雄市前金區市一路171號2樓

電話：(07) 215-4892 215-4893

傳真：(07) 281-0228

第十六屆律師會訊編輯委員會

審稿委員：謝國允、葉孝慈、宋明政、李亭萱、林柏瑞、石繼志

編輯委員：楊宜樺、朱萱諭、胡高誠、許宏吉、林怡廷、梁志偉、蔡涵如、張瑋珊、趙禹任、蘇婉婷、陳秉宏、陳欣怡

陳思潔、陳韋樵、陳冠宇、蔡詠晴、王俊凱、邱敬瀚、毛鈺榮、林若馨、梁家惠、呂學佳、蘇端雅

總編輯：李亭萱

季刊：113年6月30日出版

印刷者：奇威文化事業有限公司

地址：高雄市鼓山區裕興路160號



## 1 理事長的話

### 本季動態

- |        |         |
|--------|---------|
| 3 活動訊息 | 9 婚喪喜慶  |
| 4 機關來文 | 10 活動照片 |
| 7 表揚事項 |         |

### 法學法令

- |               |     |
|---------------|-----|
| 14 最高法院民事裁判要旨 | 林若馨 |
| 16 最高法院刑事裁判要旨 | 趙禹任 |
| 22 最高行政法院裁判要旨 | 陳秉宏 |
| 26 憲法法庭憲法判決要旨 | 李亨萱 |
| 35 法規新訊       | 邱敬瀚 |
| 35 律師倫理規範宣導   |     |

### 專題系列 - 證據法則

- |                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 36 論法律上之推定及其舉證責任                                                               | 蔡志方 |
| 50 刑事彈劾證據之證據能力與實務運用                                                            | 梁志偉 |
| 56 再論重大醫療瑕疵理論 - 臺灣高等法院110年度醫上更一字第2號民事判決評釋 - 以婦產科醫師是否未發現胎心音異常而造成胎兒腦缺氧之舉證責任議題為中心 | 陳章樵 |

### 專題系列 - 家事商談

- |                                |             |
|--------------------------------|-------------|
| 71 高雄市生命線家事商談服務                | 林世芬         |
| 77 有女則安：勵馨基金會家事商談服務            | 楊稚慧、陳宛彤、吳芷瑋 |
| 81 淺談兒福聯盟家事商談服務                | 黃英琪         |
| 87 為了孩子的身心健康,父母不能一直在對立-談家事商談服務 | 林秋芬         |

### 法學專著

- |                                          |         |
|------------------------------------------|---------|
| 89 借名投保之效力分析 - 評臺灣高雄地方法院112年度重訴字第54號民事判決 | 羅俊璋、潘浩庭 |
| 100 永續淨零公正轉型應有規範取向                       | 蔡達智     |
| 110 確定裁判內容有無明顯重大違誤之研究（系列二）               | 蘇吉雄     |

### 人物專訪

- |                                  |                                 |
|----------------------------------|---------------------------------|
| 123 會計是企業的語言—專訪高雄市會計師公會理事長李春宗會計師 | 李亨萱、梁志偉、許宏吉、呂學佳、陳章樵・採訪 / 陳章樵 整理 |
| 132 兒福聯盟—支援家庭及保護兒童之專業服務          | 李亨萱、許宏吉、毛鈺榮、梁志偉・採訪 / 毛鈺榮 整理     |

## 高律會訊徵稿

本會訊設有〈專題系列〉（113年專題系列包含：113年3月主題-民事法律、113年6月主題-證據法則、113年9月主題-程序法、113年12月主題-土地開發等議題，包括但不限於民事、刑事、行政等範圍。截稿日各為3、6、9、12月之5日）、〈法學專著〉、〈課程視野〉、〈人文關懷〉、〈旅遊美食〉（高雄主題系列包含：建築、美食、景點、飯店系列等）、〈電影賞析〉、〈生活隨筆〉等主題徵稿，歡迎各界同道踴躍來稿，依稿約支給稿酬。另廣徵攝影照片，作為本會訊編輯使用。

## 高雄律師會訊稿約

- 一、本會訊自112年起改為季刊，每期截稿日為3、6、9、12月之5日前，請作者電郵至：service@kba.org.tw。
- 二、本會訊為求校稿之便利，請作者提供可編輯之電子檔案。
- 三、文稿如有引用其他著作者，請註明其出處，並提供註釋。
- 四、本會訊各專欄均歡迎投稿及提供資料，來稿請附學、經歷及現職基本資料及聯絡地址電話。
- 五、本會訊刊登之稿件，其稿酬計算方式如下：
  - （一）每一字新台幣（下同）一元，超過一萬二千字以上之文字部分，每一字零點五元，外文稿亦同。
  - （二）註解、註釋部分之文字，每一字零點五元。
  - （三）經原著作人同意翻譯、刊登之外文翻譯稿件，每一字零點五元。
  - （四）研討會或會議紀錄之錄音譯文稿，會議時間在二小時以內者，以三千元計算，逾二小時部分，每小時以一千元計算。
  - （五）前項之錄音如外包他人逐字譯文者，外包費用不得逾前款之規定。
  - （六）第（四）項之錄音譯文，如需輪值編輯委員適度編輯者，該編輯委員之稿酬以每篇一千五百元計算。每篇稿件之稿酬以一萬五千元為限。
- 六、以研討會發言內容、學術論文及政府法案等非原創性之文獻，做為稿件之附件者，不計入稿酬之計算範圍。
- 七、本會已支付稿酬之稿件，作者應同意本會得就稿件重製或編輯成冊，不須再支付任何報酬。
- 八、本會應支付稿酬之稿件，以第一次公開發表或未曾以該稿件收取稿酬者為限。
- 九、請作者切勿一稿兩投。但如為研（座）討會內之特定人士閱覽之文章不在此限。
- 十、本會訊對來稿有權潤飾斟酌，不願接受刪改者，請加註說明；刊出文章並將置社團法人高雄律師公會網站。
- 十一、文稿一律不退件，請作者自留底稿。

## \* 勘 誤 \*

113年1—3月會訊第110頁左欄第11至12行應刪除「若有違反，緩刑會被撤銷需要服刑，」，第113頁右欄第3行應刪除「說」。



## 「高港棧庫群」再現往日風情

社群媒體上出現 113 年 9 月 Bruno Mars（火星人）要來高雄市舉辦演唱會的消息，腦中浮現不日之前，參觀座落在高雄市區最新豪華商辦中的律師事務所，聞著海風輕拂樓尖殘餘的味道，腳踏擁有 180 度視野的偌大陽台，眼光在左側市景與右側港景之間往返，但最終總會停在遠方，伴著鱗波與夕陽的大小商船，還有在港區周邊，有著歷史、有著摩登；有著工業，有著文青；有著年少，有著老成的港區建築。

說起港區的舊建築，不得不提到舊名「裏船溜」的高雄港第三船渠，也正是大家熟知的「大港旋轉橋」所橫跨的港域，每天下午三點、週五到週日下午七點，都是大港橋旋轉的時候，吸引許多遊客等待觀看。在高雄

港第三船渠的兩側，分別是輕軌「駁二大義站」所在的「駁二倉庫群」，另一側則是發表中熱騰騰的「高港棧庫群」。

「高港棧庫群」包含原本就高人氣的棧貳庫 KW2，近來更全面增加了棧肆庫 KW4、棧伍庫 KW5、棧陸庫 KW6 跟棧柒庫 KW7。除了許多有往日高雄港情懷的棧庫建築物以外，還有一個有流水造景的「高港水花園」，流水蜿蜒在棧庫群之間，每一處都有景點！不只有流水潺潺，還有一個白砂灘，望著海景，踩著白砂，非常適合小孩遊嬉。緊鄰高港水花園還佇立著可以讓人飽覽高雄港古今發展的「港史館」，高雄港發展的軌跡都在這裡可以一覽而盡。

往更深處探索，便是「棧柒庫 KW7」。



「棧柴庫 KW7」一側是重現往日高雄市鹽埕老街樣貌的「光禹浮空劇院生活廣場」，另一側鄰近港邊，就是大名鼎鼎的「高雄港 7 號碼頭」。112 年國慶籌備委員會與中華文化總會，邀請有「翡翠騎士（EMERALD KNIGHTS）」稱號的「東京農業大學第二高等學校吹奏樂部」訪問台灣參與國慶大會表演，提前於 112 年 10 月 8 日跟高雄市政府合作在「高雄港 7 號碼頭」首演，吸引爆滿的人潮。

113 年 9 月 7 日全國律師聯合會舉辦第 1 屆「全國律師聯誼會」，由高雄律師公會承辦，即將在這一個視野遼闊的「高雄港 7 號碼頭」，從無到有搭建舞台，選在落日餘暉，海風徐徐的時間，舉辦律師界自己的第一次演唱會。除了邀請在 2010 年第六屆《超級星光大道》踢館賽中，演唱惠妮休斯頓《我會永遠愛你》（I Will Always Love You）一戰成名，演唱影片在 YouTube 引起 1 千 5 百萬次點擊量，隨後成為第一位受邀上美國脫口秀的台灣歌手，更在日本節目「關

8 比賽中」被封為「奇蹟的歌聲」的歌手《林育羣》。也邀請到以慵懶爵士嗓音，在 2019 年唱著〈Cazzo〉、〈睡不著〉等自創歌曲在網路上爆紅，但總是以墨鏡遮住自己部分面容，2020 年就以創作專輯《A Bedroom of One's Own》在金曲獎抱回最佳新人獎，也曾與 Julia 吳卓源、甜約翰、曹雅雯、陳芳語、張三李四、吳汶芳、雷擎等歌手合作，最近推出全新單曲〈Finally〉和〈Let Go〉的歌手《壞特 te》。更邀請到剛啟動 2024「癡心絕對世界巡迴演唱會」，而其實早在 2002 年以《痴心絕對》火紅，2006 年更以《關於妳的歌》專輯奪得 KKBOX 年度十大專輯，其中一首「眼底星空」登上 KKBOX 週冠軍，而「靠近」、「手放開」也等都是 KTV 中從不會被錯過點歌歌曲的歌手《李聖傑》！

113 年第 1 屆全國律師聯誼會，就讓全國律師與眷屬第一次近距離跟歌手相聚，一起感受歌曲中的每一個旋律與感動，一起體驗「高雄港 7 號碼頭」的日落與微風。





## 活動訊息

### ❖【高雄律師會訊贈閱】

高雄律師會訊 104 年~108 年會訊雜誌贈閱訊息，(部分年度有完整年度會訊集結成冊，可蒐集保存)歡迎會員至本會「高雄高分院律師休息室」踴躍索取！贈閱時間：自即日起至 113 年 9 月 30 日止，發完為止。

備註：

1. 不提供郵寄服務。
2. 過期雜誌目錄資訊可至本會官網 <http://www.kba.org.tw/> 查詢參考，如有任何問題，請逕洽本會高雄高分院律師休息室蔡小姐（電話：07-5524926）。

### ❖主旨：通知 貴會員盡速向本會完成律師執業基本資料登記或更新，俾供法務部即時於律師查詢系統公告，詳本會高律國文字第 0324 號函。

說明：

- 一、依全國律師聯合會 113 年 4 月 30 日 (113) 律聯字第 113296 號函、法務部 112 年 11 月 24 日法檢字第 11204537150 號函、112 年 12 月 25 日法檢字第 11200646190 號函、113 年 4 月 19 日法檢決字第 11300091510 號函辦理。
- 二、依律師法第 136 條第 1 項規定，法務部應於網站上建置律師及律師懲戒決議書查詢系統，供民眾查詢。律師第 136 條第 3 項

更明文得對外公開之個人資料包括「一、姓名。二、性別。三、出生年。四、律師證書字號及相片。五、事務所名稱、電子郵件、地址及電話。六、所屬地方律師公會。七、除名、停止執行職務及五年內之其他懲戒處分」。

三、囿於近來多有詐騙集團冒用律師身分實施詐騙，法務部 112 年 12 月 25 日法檢字第 11200646190 號函已通知，為避免民眾因無法於「法務部律師查詢系統」查驗律師之完整資訊而遭詐騙，「法務部律師查詢系統」自 113 年 7 月 1 日起始不公開「無完整執業資訊」之律師（詳查詢示意畫面）。

四、另亦有民眾向法務部申訴法務部律師查詢系統均未更新，導致委任律師後查無律師最新資訊及無法聯繫律師之情形，故函請地方律師公會轉知會員會籍資料如有異動，應向所屬地方律師公會陳報即時更新，以保障民眾權益。

五、為此特再次提醒貴會員先至「法務部律師查詢系統」查詢現已公開之資訊，如該系統所顯示之欄位有欠缺或需更新，請盡速至本會網站下載「律師個人資料變更申請書」，向本會申請更新，如有欠缺亦請盡速補正之，以免自 113 年 7 月 1 日起因無完整律師執業資訊遭法務部於律師查詢系統不公開，盼貴會員諒為配合。



## 機關來文

### 勞動部中華民國 113 年 3 月 12 日勞動條 5 字第 1130147811 號函

主旨：有關本部「工作場所性騷擾調查專業人才資料庫」系統相關事宜，請查照。

說明：

- 一、本部「工作場所性騷擾調查專業人才資料庫」系統已於 113 年 3 月 8 日建置完成及上線（網址：<https://gepd.mol.gov.tw/>）。
- 二、請轉告所屬會員週知，經登錄前揭人才資料庫之專業人士，爾後如有個人資料異動需求，可點擊網站右上角「專業人才登入」鈕，選擇「我的 E 政府帳號登入」、「各類憑證登入」或「行動自然人憑證登入」任一方式登入後台維護。

### 全國律師聯合會中華民國 113 年 3 月 29 日 (113) 律聯字第 113231 號函

主旨：貴律師函詢律師法及律師倫理規範關於利益衝突迴避規定適用疑義，復如說明，敬請查照。

說明：

- 一、覆貴所 112 年 8 月 11 日 112 年度 0 律字第 1120811006 號函。
- 二、按律師倫理規範第 31 條第 1 項第 2 款前段規定：「律師不得受任下列事件：二、與受任之事件利害相衝突之同一或有實質關連之事件。」次按，本會就修正前律師倫理規範第 30 條第 1 項第 2 款規定，曾先後於作成下列解釋：「利益衝突之判斷，應著重在委任之間是否有利害衝突，而非單就特定『事件』之裁判

結果認定，亦不以利害衝突有必然性為要件。」(97 年 2 月 1 日 (97) 律聯字第 97025 號函)、「本款之立法目的，著重於律師對當事人負有忠誠義務，以避免『與當事人利益相衝突』之情事發生。」(107 年 1 月 31 日 (107) 律聯字第 107021 號函)。再按，「而所謂利害關係相衝突之同一或有實質關聯之事件，並非以訴訟標的為斷，而係以律師得否利用曾受委任或曾與商議而予以贊助所知悉之資訊對相對人造成不利之影響而定，只要兩案件中之事實或爭點中有任何部分重疊或相互影響，即應認為兩案件具有實質關聯。」律師懲戒覆審委員會 101 年度台覆字第 5 號決議書意旨參照。由是可知，律師倫理規範第 31 條第 1 項第 2 款之立法意旨，係以「禁止利益衝突」為律師忠誠義務最重要之具體表現，而利益衝突事件所應迴避之範圍，原則上不以同一事件為限，尚應包括有實質關連之事件。

- 三、貴所前揭來函所述事實要旨略謂：A、B 律師前受甲寺廟委任，處理甲寺廟遭土地登記名義所有人丙等人訴請拆屋還地事件，而該事件之主要爭點之一為「甲寺廟坐落土地在日治時期已由訴外人乙單獨取得所有權，並贈與甲寺廟使用」，該事件嗣經第三審法院判決甲寺廟勝訴確定而肯定上開事實之存在（下稱前前訴訟）；甲寺廟與訴外人乙之後人即丁等人商議後，丁等人同意甲寺廟以渠等之名義、共同委任 A、B 律師、對土地



登記名義所有人丙等人提出塗銷所有權登記訴訟（下稱前訴訟），復經丁等人勝訴判決確定；嗣後，因丁等人不願履行將系爭土地移轉登記予甲寺廟之承諾，故甲寺廟擬再對丁等人提出系爭土地移轉登記訴訟（下稱後訴訟）等語。

四、經查，來函所提 A、B 律師於受甲寺廟委任辦理之前前訴訟，與後續 A、B 律師以丁等名義受任提起之塗銷丙等人所有權登記之前訴訟，兩訴訟之訴訟標的或不相同，但事實與爭點應有部分重疊，核屬實質關連案件。又前訴訟主要爭點為「系爭土地為乙單獨取得」，A、B 律師受任該事件本身即潛存日後丁等可能爭執甲寺廟無權（繼續）使用之風險，是 A、B 律師在受任前訴訟前，理應事先向委任人丁等人及前委任人甲寺廟告知實質風險，並取得書面同意，始符合律師倫理規範第 31 條第 2 項規定，合先敘明。

五、次查，前訴訟與後訴訟雖訴訟標的不相同，甲寺廟得否繼續使用系爭土地亦非屬前訴訟之法律上主要爭點，然此二訴訟之事實與爭點仍有部分重疊或相互影響，前、後訴訟自仍具有實質關聯。再者，A、B 律師於前訴訟中可能已獲得涉及丁等人之相關資訊，在後訴訟中，甲寺廟與丁等人就甲寺廟使用系爭土地有無權源之主張既有不同，且利害相互衝突，A、B 律師於受任前訴訟時倘又未踐行上開風險告知與事先取得同意書面，鑒於 A、B 律師有將前訴訟事件所知悉之資訊，利用於後訴訟而對丁等人造成不利影響之可能性，則 A、B 律師即不應受甲寺廟之委任而代理後訴訟，以避

免違反律師倫理規範第 31 條第 1 項第 2 款前段規定。

六、依本會第 2 屆第 9 次理事、監事聯席會議決議，提出上述意見供參。惟涉及個案是否違反律師法及律師倫理規範乙節，仍應視個案具體事實及實際事證綜合判斷，併此說明。

### 全國律師聯合會中華民國 113 年 3 月 29 日 (113) 律聯字第 113232 號

主旨：貴律師函詢律師與網路媒合平台及法律諮詢網站等業者進行合作，律師支付業者相關費用，以取得當事人聯絡方式或安排雙方會面諮詢，是否有牴觸律師倫理規範第 12 條及律師推展業務規範規定一事，復如說明，敬請查照。

說明：

- 一、復貴律師 112 年 5 月 1 日電子郵件。
- 二、按律師倫理規範第 12 條規定：「律師不得以下列方式推展業務：一、作誇大不實或引人錯誤之宣傳。二、支付介紹人報酬，但法令或全國律師聯合會另有規定者，不在此限。三、利用司法人員或聘僱業務人員為之。四、其他不正當之方法。律師推展業務限制之相關規範，應由全國律師聯合會理事、監事聯席會議訂定，並經會員代表大會通過。」律師推展業務規範第 7 條第 1 項規定：「律師不得藉支付費用或其他對價與單純介紹案件之人以推展業務。但經本會許可之律師平台服務，不在此限。」
- 三、經查，來函所述事實要旨略謂：律師加入某媒合平台成為其專家會員，如欲取得有委任律師需求當事人之聯絡電話



時，需先支付約新臺幣 200 元給平台業者，平台業者僅提供當事人聯絡方式予律師，並不代為安排雙方會面諮詢，後續雙方如有委任者，平台業者亦不再收取其他費用；又或律師與免費法律諮詢網站合作，由網站業者安排律師與有諮詢需求之民眾開會，其後律師如與該民眾簽訂委任契約（包括因該諮詢而後續延伸之其他案件）者，律師則應支付委任酬金一定比例之費用予網站業者等語。果爾，上開兩種情形，律師既已支付金額予媒合平台業者或網站業者，無論其目的係為取得當事人聯絡方式、抑或僅安排與當事人見面諮詢，皆為業者介紹當事人予律師之對價（報酬），則不論其給付金額多寡、抑或給付在委任前或委任後，皆屬於律師倫理規範第 12 條第 1 項第 2 款及律師推展業務規範第 7 條第 1 項本文所稱「支付介紹人報酬」或「支付費用或其他對價」之情形，原則上應予禁止。惟依律師推展業務規範第 7 條第 1 項但書規定，如該業者所提供律師之相關介紹服務，已經本會許可者，則不受上開規定之限制。

四、另查，截至本函發文之日止，本會尚未許可任何網路平台業者得對律師提供業務介紹服務；惟如有需要，律師或該業者亦得向本會提出申請許可，由本會進行審查。

五、依本會第 2 屆第 9 次理事、監事聯席會議決議，提出上述意見供參。惟涉及個案是否違反律師法及律師倫理規範乙節，仍應視個案具體事實及實際事證綜合判斷，併此說明。

#### 司法院中華民國 113 年 5 月 16 日院台廳刑二字第 11302009902 號函

主旨：本院建置之「事實型量刑資訊系統」業已新增毒品案件、槍砲案件及妨害性自主案件，惠請轉知貴會律師善加利用，請查照。

說明：

- 一、為提升量刑之公平、透明及妥適性，本院前建置「事實型量刑資訊系統」並於 112 年 5 月 19 日開放律師使用，提供實務類似案件之量刑資訊，合先敘明。
- 二、考量刑事案件實務需求，旨揭系統適用案件新增毒品案件、槍砲案件及妨害性自主案件，請轉知貴會律師善加利用。





# 表揚事項

❖社團法人高雄律師公會 111 年度律師在職進修點數達 40 點以上名單 (含培訓班點數)

| 序號 | 姓名  | 點數    | 序號 | 姓名                    | 點數    | 序號 | 姓名  | 點數   |
|----|-----|-------|----|-----------------------|-------|----|-----|------|
| 1  | 吳金源 | 188   | 33 | 張羽誠                   | 116.5 | 65 | 周志龍 | 91   |
| 2  | 劉思龍 | 165   | 34 | 吳任偉                   | 114   | 66 | 張文雪 | 90   |
| 3  | 陳慧錚 | 159.5 | 35 | 施秉慧                   | 114   | 67 | 張鈐洋 | 90   |
| 4  | 潘欣愉 | 153.5 | 36 | 錢政銘                   | 113.5 | 68 | 郭泓志 | 90   |
| 5  | 張桐嘉 | 150   | 37 | 謝國允                   | 113   | 69 | 黃榮坤 | 90   |
| 6  | 邱麗妃 | 148   | 38 | 莊雯琇                   | 112.5 | 70 | 楊林澂 | 90   |
| 7  | 葉孝慈 | 147.5 | 39 | 劉彥廷                   | 110.5 | 71 | 盧世欽 | 90   |
| 8  | 李亭萱 | 147   | 40 | 洪天慶                   | 109   | 72 | 廖柏豪 | 89.5 |
| 9  | 李淑妃 | 147   | 41 | 林玠均                   | 108.5 | 73 | 楊宜樑 | 89   |
| 10 | 洪濬詠 | 146.5 | 42 | 簡汶珊                   | 108   | 74 | 黃大中 | 88   |
| 11 | 顏淑煒 | 146   | 43 | 陳建宏 <sup>(5275)</sup> | 107.5 | 75 | 田杰弘 | 87   |
| 12 | 陳韋利 | 145   | 44 | 黃培鈞                   | 107.5 | 76 | 陳筱文 | 87   |
| 13 | 蘇伯維 | 144   | 45 | 謝承霖                   | 106.5 | 77 | 焦文城 | 87   |
| 14 | 黃有衡 | 143   | 46 | 楊譜諺                   | 106   | 78 | 劉建畿 | 87   |
| 15 | 黃奉彬 | 142.5 | 47 | 葉永宏                   | 105   | 79 | 駱憶慈 | 87   |
| 16 | 李紀穎 | 142   | 48 | 何曜男                   | 103   | 80 | 吳文淑 | 86.5 |
| 17 | 王宏鑫 | 140   | 49 | 林夙慧                   | 103   | 81 | 宋克芳 | 86.5 |
| 18 | 陳富邦 | 136.5 | 50 | 宋立文                   | 102   | 82 | 林孟毅 | 85   |
| 19 | 李俊賢 | 129   | 51 | 陳婉瑜                   | 99    | 83 | 吳啓源 | 84   |
| 20 | 郭蕻萱 | 129   | 52 | 廖珮涵                   | 99    | 84 | 呂宜蓁 | 84   |
| 21 | 陳昭琦 | 127   | 53 | 林湘綸                   | 98.5  | 85 | 郭俐瑩 | 84   |
| 22 | 林柏瑞 | 125   | 54 | 蔡政穎                   | 96    | 86 | 陳柏諭 | 84   |
| 23 | 陳韋樵 | 123   | 55 | 蘇唯綸                   | 96    | 87 | 鄭瑞崙 | 84   |
| 24 | 羅仁志 | 123   | 56 | 吳冠龍                   | 95.5  | 88 | 李偉如 | 83.5 |
| 25 | 羅紀宇 | 122.5 | 57 | 林朋助                   | 95.5  | 89 | 陳雅娟 | 83.5 |
| 26 | 蔡明樹 | 120   | 58 | 宋明政                   | 95    | 90 | 林怡廷 | 81.5 |
| 27 | 矯恆毅 | 120   | 59 | 陳怡融                   | 94    | 91 | 張釗銘 | 80.5 |
| 28 | 蘇琬婷 | 118   | 60 | 朱萱諭                   | 93    | 92 | 許乃丹 | 80.5 |
| 29 | 金芸欣 | 117   | 61 | 洪文佐                   | 93    | 93 | 趙禹賢 | 80.5 |
| 30 | 曾浩銓 | 117   | 62 | 張競文                   | 93    | 94 | 趙芝瑜 | 78.5 |
| 31 | 楊靖儀 | 117   | 63 | 陳俊嘉                   | 93    | 95 | 邱明政 | 78   |
| 32 | 李慧盈 | 116.5 | 64 | 吳昀宸                   | 92    | 96 | 陳瑛瑋 | 78   |



| 序號  | 姓名                    | 點數   | 序號  | 姓名  | 點數   | 序號  | 姓名                    | 點數   |
|-----|-----------------------|------|-----|-----|------|-----|-----------------------|------|
| 97  | 陳錦昇                   | 77.5 | 133 | 蔡涵如 | 63   | 169 | 朱盈吉                   | 54   |
| 98  | 郭子茜                   | 77   | 134 | 謝孟璇 | 63   | 170 | 吳晁名                   | 54   |
| 99  | 林昱宏                   | 76   | 135 | 李嘉苓 | 62.5 | 171 | 林皇妙                   | 54   |
| 100 | 洪國欽 <sup>(5734)</sup> | 76   | 136 | 陳正軒 | 62.5 | 172 | 邱怡瑄                   | 54   |
| 101 | 邱芬凌                   | 75   | 137 | 游淑惠 | 62.5 | 173 | 馬健嘉                   | 54   |
| 102 | 洪土倫                   | 75   | 138 | 呂學佳 | 62   | 174 | 梁家惠                   | 54   |
| 103 | 張瑋珊                   | 75   | 139 | 朱芳儀 | 61   | 175 | 黃千珉                   | 54   |
| 104 | 莊美玲                   | 75   | 140 | 陳永群 | 60   | 176 | 薛西全                   | 54   |
| 105 | 吳信霈                   | 73   | 141 | 劉妍孝 | 60   | 177 | 王叡齡                   | 51   |
| 106 | 吳佩珊                   | 72.5 | 142 | 呂家鳳 | 59.5 | 178 | 朱雅蘭                   | 51   |
| 107 | 王建元                   | 72   | 143 | 邢振武 | 59.5 | 179 | 吳炳毅                   | 51   |
| 108 | 張湛                    | 72   | 144 | 張啟祥 | 59   | 180 | 吳珮瑜                   | 51   |
| 109 | 陳忠勝                   | 72   | 145 | 朱曼瑄 | 58.5 | 181 | 周振宇                   | 51   |
| 110 | 黃頌善                   | 72   | 146 | 梁志偉 | 58.5 | 182 | 岳忠樺                   | 51   |
| 111 | 謝佳蓁                   | 71.5 | 147 | 郭敏慧 | 58.5 | 183 | 侯信逸                   | 51   |
| 112 | 沈怡均                   | 71   | 148 | 李靜怡 | 57.5 | 184 | 張維文                   | 51   |
| 113 | 黃淑芬                   | 71   | 149 | 江沛錦 | 57   | 185 | 許照生                   | 51   |
| 114 | 黃家豪                   | 70   | 150 | 何昀樺 | 57   | 186 | 陳永祥                   | 51   |
| 115 | 巫郁慧                   | 69   | 151 | 利美利 | 57   | 187 | 陳映璇                   | 51   |
| 116 | 許惠月                   | 69   | 152 | 林文鑫 | 57   | 188 | 陳富勇                   | 51   |
| 117 | 鄭健宏                   | 69   | 153 | 林泓帆 | 57   | 189 | 陳琪苗                   | 51   |
| 118 | 郭子維                   | 67   | 154 | 侯捷翔 | 57   | 190 | 湯佑偉                   | 51   |
| 119 | 許琬婷                   | 66   | 155 | 徐旻  | 57   | 191 | 黃羽駿                   | 51   |
| 120 | 傅爾洵                   | 66   | 156 | 陳彥寬 | 57   | 192 | 黃崑雄                   | 51   |
| 121 | 廖威斯                   | 66   | 157 | 黃柔雯 | 57   | 193 | 蔡宛庭                   | 51   |
| 122 | 羅楊潔                   | 66   | 158 | 賴建宏 | 57   | 194 | 鄭旭廷                   | 51   |
| 123 | 羅韻宣                   | 66   | 159 | 吳秋麗 | 56.5 | 195 | 謝宛均                   | 51   |
| 124 | 張瑋漢                   | 65.5 | 160 | 柯秉志 | 56.5 | 196 | 簡千芝                   | 51   |
| 125 | 陳威廷                   | 65   | 161 | 陳麗珍 | 56.5 | 197 | 嚴宮妙                   | 51   |
| 126 | 陳微雅                   | 64   | 162 | 鄭婷瑄 | 56.5 | 198 | 蘇淑華                   | 51   |
| 127 | 陳雅貞                   | 63.5 | 163 | 蘇端雅 | 56.5 | 199 | 王振宇                   | 50.5 |
| 128 | 王姿翔                   | 63   | 164 | 林承右 | 56   | 200 | 蕭翊展                   | 50.5 |
| 129 | 王婷儀                   | 63   | 165 | 林易玫 | 55   | 201 | 張碧雲                   | 49   |
| 130 | 田崧甫                   | 63   | 166 | 蔡詠晴 | 55   | 202 | 呂承翰 <sup>(3993)</sup> | 48   |
| 131 | 李育萱                   | 63   | 167 | 孔德鈞 | 54   | 203 | 李明燕                   | 48   |
| 132 | 張清凱                   | 63   | 168 | 朱怡瑄 | 54   | 204 | 李倬銘                   | 48   |



| 序號  | 姓名                    | 點數 | 序號  | 姓名  | 點數   | 序號  | 姓名  | 點數   |
|-----|-----------------------|----|-----|-----|------|-----|-----|------|
| 205 | 周起祥                   | 48 | 221 | 鍾美馨 | 48   | 237 | 吳麗珠 | 44.5 |
| 206 | 林世勳                   | 48 | 222 | 許雪螢 | 47.5 | 238 | 侯勝昌 | 44.5 |
| 207 | 林昱州                   | 48 | 223 | 陳贈吉 | 47.5 | 239 | 洪士宏 | 44.5 |
| 208 | 林福容                   | 48 | 224 | 戴慕蘭 | 47.5 | 240 | 黃勇雄 | 44.5 |
| 209 | 邱柏誠                   | 48 | 225 | 杜貞儀 | 47   | 241 | 蔡晉祐 | 44.5 |
| 210 | 洪國欽 <sup>(2395)</sup> | 48 | 226 | 張宇蟬 | 47   | 242 | 蘇辰雨 | 44.5 |
| 211 | 紀錦隆                   | 48 | 227 | 黃致穎 | 47   | 243 | 李蒂娜 | 44   |
| 212 | 張弘康                   | 48 | 228 | 王瀚誼 | 45   | 244 | 劉人毓 | 44   |
| 213 | 張睿方                   | 48 | 229 | 吳幸怡 | 45   | 245 | 江采綸 | 42   |
| 214 | 陳冠宇                   | 48 | 230 | 李承書 | 45   | 246 | 吳耘青 | 42   |
| 215 | 鄒耀德                   | 48 | 231 | 李榮唐 | 45   | 247 | 張宗琦 | 42   |
| 216 | 劉家延                   | 48 | 232 | 周南宏 | 45   | 248 | 許淑琴 | 42   |
| 217 | 劉嵐                    | 48 | 233 | 林宗穎 | 45   | 249 | 陳正男 | 42   |
| 218 | 劉硯田                   | 48 | 234 | 蔣佳吟 | 45   | 250 | 陳甲霖 | 42   |
| 219 | 蕭永宏                   | 48 | 235 | 謝以涵 | 45   | 251 | 樓嘉君 | 42   |
| 220 | 蕭縈璐                   | 48 | 236 | 鍾靚凌 | 45   | 252 | 蔡佳燁 | 40   |

## 婚喪喜慶

**悼** ~會員康裕成律師母親 113 年 02 月 27 日壽終正寢，於 113 年 03 月 15 日假高雄市立殯儀館景行廳舉行公祭，本會致送福利金及花籃，以表哀思。

**悼** ~會員蔡秋聰律師父親 113 年 03 月 21 日壽終正寢，於 113 年 03 月 30 日假高雄市立第一殯儀館景德廳舉行公祭，本會致送福利金及花籃，以表哀思。

**悼** ~會員游淑惠律師 113 年 04 月 11 日逝世，於 113 年 04 月 19 日假九龍禮儀館九和廳舉行公祭，本會致送福利金及花籃，以表哀思。

**悼** ~會員賴建宏律師母親 113 年 04 月 16 日壽終正寢，於 113 年 04 月 27 日假九龍禮儀館三號靈堂舉行公祭，本會致送福利金及花籃，以表哀思。

**悼** ~會員任進福律師父親 113 年 04 月 20 日壽終正寢，於 113 年 05 月 03 日假自宅舉行公祭，本會致送福利金及花籃，以表哀思。



## 活動照片



▲◀ 113年5月25日本會律師在職進修委員會，邀請洪淑姿檢察官主講「修復式司法之實踐 - 談律師在修復式司法之角色」。



▲ 113年5月4日本會環境暨永續發展委員會、立法修法委員會、律師在職進修委員會，邀請吳佳珊企劃師主講「ISO 14064-1 組織溫室氣體盤查及 ISO 14067 碳足跡」。





◀ 113年5月4日本會環境暨永續發展委員會、立法修法委員會、律師在職進修委員會，邀請吳佳珊企劃師主講「ISO 14064-1 組織溫室氣體盤查及 ISO 14067 碳足跡」。



▲ 113年4月27日本會環境暨永續發展委員會、立法修法委員會、律師在職進修委員會，邀請吳佳珊企劃師主講「ISO 14064-1 組織溫室氣體盤查及 ISO 14067 碳足跡」。





▲ 113 年 4 月 20 日本會勞動法委員會、律師在職進修委員，邀請鄭津津副院長主講「性別平等工作法修法研析 -- 以性騷擾類別、認定及性騷申訴調查管道為核心」。



▲ 113 年 4 月 11 日本會社團 -- 插花社開課合影。





◀ 113 年 3 月 30 日本會舉辦  
獨立山國家步道登山活動。



▲ 113 年 3 月 28 日本會「法律推廣委員會」、「修復式正義委員會」合辦讀書會，邀請蔡沂真社工督導分享修復式司法「個案經驗」，另由陳韋樵律師第 2 次分享「最高法院有關修復式司法的判決」。



# 最高法院民事裁判要旨整理

林若馨律師整理

## 一、裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 156 號民事判決

裁判日期：民國 113 年 2 月 21 日

爭點：民法第 181 條但書之「價額」應以何時之價值定之。

所涉法條：民法第 181 條。

判決要旨：

按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。所謂受利益者，係指因某項事由而受之個別具體利益，使用收益屬之，占有本身亦具有財產價值，不失為不當得利之客體。又不當得利制度不在於填補損害，而係返還其依權益歸屬內容不應取得之利益，故依不當得利法則請求返還之範圍，應以受領人所受之利益為度，非以請求人所受損害若干為準。依民法第 181 條規定，不當得利之受領人，除返還其所受之利益外，如本於該利益更有所取得者，並應返還，但依其利益之性質或其他情形不能返還者，則應償還其價額。而此價額之計算，應以其價額償還義務成立時之客觀交易價值定之。

## 二、最高法院 111 年度台上字第 2365 號民事判決

裁判日期：民國 113 年 1 月 18 日

爭點：下級審得否持與最高法院法院已統一之見解相異？

所涉法條：民法第 1052 條第 2 項規定。

判決要旨：

按有民法第 1052 條第 1 項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚，但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚，此觀同條第 2 項規定自明。是夫妻雙方就難以維持婚姻之重大事由均為有責時，雙方均得請求離婚，方符合民法第 1052 條第 2 項規定之立法意旨。本院先前認「婚姻如有難以維持婚姻之重大事由，於夫妻雙方就該事由均須負責時，應比較衡量雙方之有責程度，責任較重之一方不得向責任較輕之他方請求離婚」，嗣經本院民事第二庭以法律見解有歧異為由，於 112 年 10 月 25 日向包括本庭在內之其他民事庭提出徵詢。徵詢程序完成，均採取與相同法律見解即對於「夫妻就難以維持婚姻之重大事由皆須負責時」之解消婚姻，未有法律規定限制有責程度較重之一方不得向責任較輕之他方請求離婚之限制，雙方自均得依同法第 1052 條第 2 項本文規定請求離婚，毋須比較衡量雙方之有責程度。原審就此持相異見解，認兩造間有難以維持婚姻之重大事由，責任較重之 A 01 不得請求離婚，自無從維持。



### 三、裁判字號：最高法院 112 年度台上字第 1680 號民事判決

裁判日期：民國 113 年 1 月 10 日

爭點：就酌定父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔事件為裁定前，應以適當方式，對未成年子女曉諭裁判結果之影響，使其有向法院表述意見之機會。如未為之，復未敘明未使其表述之理由，自於法未合。

所涉法條：憲法法庭 111 年憲判字第 8 號、家事事件法第 107 條第 1 項、家事事件審理細則第 107 條第 2 項前段。

判決要旨：

按法院就酌定父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔事件為裁定前，基於尊重未成年子女人格獨立與程序主體性，以保障其身心健全發展，應依子女之年齡及識別能力等身心狀況，於法庭內、外，以適當方式，曉諭裁判結果之影響，使其有表達意願或陳述意見之機會，此觀家事事件法第 107 條第 1 項及家事事件審理細則第 107 條第 2 項前段規定自明。法院酌定父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔時，因未成年子女為承受裁判結果之主體，無論法院所進行之程序或裁判之結果，均應以未成年子女最佳利益為最優先考量，只須未成年子女有表達意見之能力，客觀上亦有向法院表達意見之可能，法院即應使其有表達之機會（憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決意旨參照）。查甲○係 000 年 0 月 00 日生，於原審審理期間已屆滿 10 歲餘，就親權之行使及會面交往之方式，主觀上非無表達意願之能力，客觀上亦未見有何陳述意見之障礙，自應使其有表述之機會。原審未以適當方式，對甲○曉諭裁判結果之影響，使其有向法院表述意見之機會，復未敘明未使其表述之理由，即逕予酌定對於甲○權利義務之行使或負擔由被上訴人單獨任之，並定如附表所示之會面交往方式，於法自有未合，應予廢棄。

### 四、最高法院 112 年度台上字第 2840 號民事判決

裁判日期：民國 112 年 12 月 27 日

爭點：民事訴訟中傳聞證據之證據能力。

所涉法條：民事訴訟法第 277 條。

判決要旨：

關於民事訴訟舉證責任之分配，受訴法院於具體個案決定是否適用民事訴訟法第 277 條但書所定之公平原則，以轉換舉證責任或降低證明度時，應視各該訴訟事件類型之特性及待證事實之性質，審酌兩造舉證之難易、距離證據之遠近、經驗法則所具蓋然性之高低等因素，並依誠信原則，定其舉證責任誰屬或斟酌是否降低證明度。尤以年代已久且



人事皆非之遠年舊事，每難查考，舉證甚為困難。苟當事人之一造所提出之相關證據，本於經驗法則及降低後之證明度，可推知與事實相符者，應認其已盡舉證之責。又民事訴訟對傳聞證據之證據能力，未特別加以限制，傳聞證人所為證詞，尚非不得採為證據方法使用，法院對該傳聞證據之價值，仍可由法官憑其知識、能力、經驗等，依自由心證判斷其證明力。

## 五、最高法院 111 年度台上字第 2832 號民事判決

裁判日期：民國 112 年 12 月 21 日

爭點：基地出賣時，承租人依土地法第 104 條第 1 項規定得優先承買之範圍。

引用法條：土地法第 104 條第 1 項。

判決要旨：

按基地出賣時，承租人依土地法第 104 條第 1 項規定，有依同樣條件優先購買之權，立法目的在保護承租人之權益，使土地所有權之歸屬及建物之利用，於公平合理之原則下，歸併同一人，使法律關係單純化，以盡經濟上之效用。倘承租人僅承租基地之一部分，就其餘部分並無承租權，於基地出賣時，除該土地有不能分割之情形外，其優先承買權僅限於承租範圍內之基地。上開優先承買權基於法律規定而生，其範圍及合法行使與否，悉依法律規定之要件判斷，無從以當事人之意思創設或取代。

# 最高法院刑事裁判要旨整理

趙禹任律師整理

## 一、憲法法庭 113 年憲判字第 5 號

裁判日期：民國 113 年 05 月 24 日

爭點：中華民國 111 年 1 月 12 日修正公布之刑法第 140 條規定：「於公務員依法執行職務時，當場侮辱或對於其依法執行之職務公然侮辱者，處 1 年以下有期徒刑、拘役或 10 萬元以下罰金。」（歷次修正條文如附表三），其中關於侮辱公務員罪部分，應限於行為人對公務員之當場侮辱行為，係基於妨害公務之主觀目的，且足以影響公務員執行公務之情形，於此範圍內，始與憲法第 11 條保障言論自由之意旨無違。

引用法條：刑法第 140 條。



## 要 旨：

- 一、按系爭規定所定侮辱職務罪所處罰之言論，係指對公務員依法執行之職務本身為貶抑等負面評價，顯具有批評公權力及其行使方式之表意內涵，屬對事而非對人之言論。又鑑於系爭規定係以刑事制裁手段處罰此等言論，其所致寒蟬效應遠大於民事責任或行政處罰。是就系爭規定是否牴觸憲法保障之言論自由，本庭應採嚴格標準予以審查。系爭規定之立法目的應係追求特別重要之公共利益，且所採之手段（包括系爭規定之構成要件及刑罰效果）須為達成其立法目的所不可或缺、別無其他替代方法之最小限制手段，始為合憲。
- 二、先就目的之審查而言，與上開侮辱公務員罪部分相比，系爭規定關於侮辱職務罪部分所保障之法益，自不及於公務員名譽，而僅可能包括公職威嚴及公務執行法益。其中公職威嚴部分，有如前述，與自由民主憲政秩序之規範價值理念已明顯不符，應非合憲目的。至於公務執行部分，因攸關人民權益之有效保障及法律秩序之維護，如人民之侮辱職務行為足以對公務執行造成明顯、立即之妨害，於此範圍內，自屬合憲目的。
- 三、次就手段之審查而言，系爭規定所定侮辱職務罪所處罰之侮辱，係針對職務本身，而非針對公務員個人。惟人民對政府機關及其職務（包括法令政策之制定及各項公務之執行）之異議、質疑、批評等意見及評價，本即具有監督施政、促進民主的重要功能。此等監督、批評政府之言論，不僅是民主國家所不應禁絕處罰者，甚至是憲法言論自由之核心保障範圍，以維護民主制度之有效運作。就此等不涉事實真偽之意見及評價，例如人民抽象咒罵特定政府機關之職務行使，縱其使用語言刻薄粗俗或顯屬發洩情緒者，應認仍屬質疑或批評公權力之言論，而受憲法言論自由之保障。況不論是就系爭規定之表面文字或適用結果而言，實難以想像此等公然侮辱職務之言論，會對公務之執行產生明顯、立即之妨害。又系爭規定關於侮辱職務罪部分，係以刑罰（包括自由刑及罰金刑）制裁此等言論，縱令僅處以罰金刑，亦與刑法最後手段性原則有違，而已侵及憲法言論自由之核心保障。
- 四、綜上，系爭規定關於侮辱職務罪部分，與憲法第 11 條保障言論自由之意旨有違，應自本判決宣示之日起，失其效力。
- 五、惟侮辱職務罪雖經本判決宣告違憲失效，然個案中侮辱職務行為，若兼有針對特定或可得特定之公務員為其攻擊、辱罵之對象，足以影響公務員執行公務或致受指涉之公務員社會名譽或名譽人格因此受到減損，則可能另構成系爭規定所定侮辱公務員罪或刑法第 309 條公然侮辱罪，自不待言。就公然侮辱罪部分，除有關機關得依本判決理由第 50 段意旨檢討修正刑事訴訟法有關告訴乃論之規定外，公務員個人、其配偶或其他依刑事訴訟法第 233 條所定得告訴之人，自仍得就行為人涉嫌刑法第 309 條公然侮辱罪部分，依法提起告訴，不因本庭宣告侮辱職務罪違憲失效而受影響，俾使公務員個人之社會名譽或名譽人格獲得充分保障。併此指明。



## 二、最高法院 113 年度台非字第 71 號刑事判決

裁判日期：民國 113 年 05 月 22 日

爭點：重複裁定其應執行之刑，自係違反一事不再理之原則，即屬違背法令，對於後裁定得提起非常上訴。再被告所犯數罪有二裁判以上時，其所犯各罪是否合於數罪併罰規定，應以各裁判中最初判決確定者為基準。

引用法條：中華民國刑法第 50、51 條。

要旨：

定應執行刑之裁定與科刑判決有同效力，其確定裁定違背法令者，得提起非常上訴。又對於已判決確定之各罪，已經裁定其應執行之刑者，如又重複裁定其應執行之刑，自係違反一事不再理之原則，即屬違背法令，對於後裁定得提起非常上訴。再被告所犯數罪有二裁判以上時，其所犯各罪是否合於數罪併罰規定，應以各裁判中最初判決確定者為基準，凡在該裁判確定前所犯之各罪，均應依刑法第 50 條、第 51 條規定，定其應執行之刑。數罪併罰案件之實體裁判確定後，即生實質之確定力，除因增加經另案判決確定合於數罪併罰之其他犯罪，或原定應執行刑之數罪中有部分犯罪，因非常上訴、再審程序而經撤銷改判，或有赦免、減刑等情形，致原裁判定刑之基礎已經變動，或其他客觀上有責罰顯不相當之特殊情形，為維護極重要之公共利益，而有另定應執行刑之必要者外，法院應受原確定裁定實質確定力之拘束。已經定應執行刑確定之各罪，除上開例外情形外，法院再就該各罪之全部或部分重複定其應執行刑，前、後二裁定對於同一宣告刑重複定刑，行為人顯有因同一行為遭受雙重處罰之危險，自均屬違反一事不再理原則，不以定刑之各罪範圍全部相同者為限。

## 三、最高法院 112 年度台上字第 4651 號刑事判決

裁判日期：民國 113 年 05 月 22 日

爭點：公然侮辱之定性。

引用法條：中華民國刑法第 309 條。

要旨：

刑法第 309 條第 1 項之公然侮辱罪係以刑罰事後追懲侮辱性言論之規定，惟侮辱性言論涉及個人價值立場表達之言論自由保障核心，亦可能同具高價值言論之性質，或具表現自我功能，並不因其冒犯性即當然不受憲法言論自由之保障，其規範文義、可及範圍與適用結果涵蓋過廣，應依刑法最後手段性原則，確認其合憲之立法目的，並由法院於具體個案適用該規定時，權衡侮辱性言論與名譽權而適度限縮。本此，該規定所處罰之侮



辱性言論，指依個案之表意脈絡，表意人故意發表公然貶損他人名譽之言論，已逾越一般人可合理忍受之範圍；經權衡該言論對他人名譽權之影響，及該言論依其表意脈絡是否有益於公共事務之思辯，或屬文學、藝術之表現形式，或具學術、專業領域等正面價值，於個案足認他人之名譽權應優先於表意人之言論自由而受保障者，始足當之。所謂「名譽」，僅限於「真實社會名譽」及「名譽人格（自然人）」，前者指第三人對於一人之客觀評價，後者即被害人在社會生活中應受平等對待及尊重之主體地位、人性尊嚴，不包含取決於個人主觀感受之「名譽感情」，且真實社會名譽縱受侮辱性言論侵害，倘非重大而仍可能透過言論市場予以消除或對抗，亦不具刑罰之必要性；所謂「依個案之表意脈絡」，指參照侮辱性言論前後語言、文句情境及文化脈絡予以理解，考量表意人個人條件、被害人處境、2 人關係及事件情狀等因素為綜合評價，不得僅以該語言文字本身具有貶損意涵即認該當侮辱；所謂「故意公然貶損他人名譽」，則應考量表意人是否有意針對他人名譽恣意攻擊，或僅因衝突過程失言或衝動以致附帶傷及對方名譽；所謂「對他人名譽之影響已逾一般人合理忍受範圍」，指以社會共同生活之一般通念，足以造成他人精神上痛苦，足以對其心理狀態或生活關係生不利影響，甚而自我否定其人格尊嚴者屬之。必以刑事司法追懲侮辱性言論，不致過度介入個人修養或言行品味之私德領域，亦不致處罰及於兼具社會輿論正面功能之負面評價言論始可。

#### 四、最高法院 113 年度台上字第 1849 號刑事判決

裁判日期：民國 113 年 05 月 16 日

爭點：行為人用手機或電腦設備等方式連結網路為不法之行為，應如何認定管轄？

引用法條：刑事訴訟法第 5 條。

要旨：

- 一、案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第 5 條第 1 項定有明文，而所謂犯罪地，參照刑法第 4 條之規定，解釋上自應包括行為地與結果地兩者而言。且此管轄權之有無，由法院依職權調查之。又以手機或電腦設備偽造他人名義連結網路將不實訊息傳送至特定對象之手機或電腦設備而犯罪者，其偽以他人名義發送該不實訊息時，即屬著手於犯罪階段，是以行為人使用手機或電腦設備連結網路時之所在地，應認為係犯罪之行為地。
- 二、……基上，上訴人本件各次以手機連結網路時，似分別居於康寧街址、東勢街址（台北士林）。而該 2 處所均在第一審法院轄區內，倘上訴人係在上開居所地使用手機連結網路至國泰人壽公司，則第一審法院對之即有管轄權。惟此未據第一審法院探究查明，即以起訴書未記載犯罪地，且起訴時，上訴人之住、居所均不在第一審法院轄區



為由，逕認其對本件無管轄權，已嫌速斷。原審復未就此調查、審認，遽予維持第一審諭知管轄錯誤，移送於臺灣桃園地方法院之判決，而駁回上訴人之第二審上訴，亦難謂於法無違……。

## 五、最高法院 112 年度台上字第 4258 號刑事判決

裁判日期：民國 113 年 05 月 15 日

爭點：組織犯罪條例參與之主觀犯意。

引用法條：組織犯罪防制條例第 3 條。

要旨：

故意犯之成立，除應具備客觀不法構成要件外，尚須具備主觀不法構成要件，亦即行為人應具有構成要件故意，須對構成犯罪事實有所認識及意欲。而組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，係以行為人加入以實施特定犯罪為目的所組成之有結構性組織，並成為該組織成員為要件。因此，行為人主觀上須具有成為該組織成員之認識及意欲，客觀上並有參與加入之行為，始得以該罪相繩；倘行為人欠缺加入成為組織成員之認識與意欲，或對加入者為犯罪組織無所認識，僅單純與該組織成員共同實行犯罪或提供部分助力，至多祇能依其所參與實行或提供助力之罪名，論以共同正犯或幫助犯，要無評價為參與犯罪組織之餘地。是法院於行為人否認參與犯罪組織犯行時，自應詳敘其認定行為人符合前述主觀及客觀不法構成要件之理由，始稱適法。

## 六、最高法院 113 年度台上字第 819 號刑事判決

裁判日期：民國 113 年 05 月 08 日

爭點：通訊軟體中傳遞之訊息是否符合刑法文書之要件。

引用法條：中華民國刑法第 210 條、第 216 條、第 220 條。

要旨：

文書兼具傳達意思與觀念、保存記憶或認知、證明事物之內容或其存在之功能，較諸單純之言詞，文書乃更為慎重之表現形式，而更為社會生活所信賴，故刑法設有偽造文書罪章，防止文書之偽造或不實，以維護文書之社會信用性。刑法上之文書，應具備以下要件：(一)係屬意思或觀念之表示（意思性），即刑法第 220 條所稱「足以為其用意之證明」之意；(二)具有可視性（可讀性），即可以視覺感官直接認知其所表示之內容，儲存



於錄音或錄影設備、電磁紀錄中之意思或觀念表示，倘透過機器或電腦處理後可以為視覺感官直接認知者，亦具有可視性；(三)具有客觀之理解可能性，其內容必須係第三人以客觀方式亦可理解者；(四)須足以認識製作名義人，蓋文書既屬意思或觀念之表示，故文書之內容亦必須足以判斷意思或觀念之表示主體為何；(五)須具有一定程度之存續性，文書之載體，固以物體（如紙張）為主，但並不以此為限，刑法第 220 條第 2 項規定「錄音、錄影或電磁紀錄，藉機器或電腦之處理所顯示之聲音、影像或符號，足以為表示其用意之證明者，亦同。」即放寬文書載體之範圍，以因應科技之進步。我國刑法第 210 條偽造、變造私文書罪，並未採取日本刑法第 159 條對於文書之內容限於「有關權利、義務或事實證明之文書或圖面」之規範形式，而是以具體危險犯之行為結果，即「足以生損害於公眾或他人」，作為可罰性之界限。故凡符合上開文書之要件，且為公文書以外之文書，不論係證明權利義務之存否，或證明法律上之事實，或記述社會生活之交涉事項，均屬刑法意義上之私文書。於通訊軟體中傳遞之訊息，係屬電磁紀錄，因具有一定程度之存續性，且藉由機器或電腦之處理，亦具有可視性，倘屬記述社會生活之交涉事項，而為意思或觀念之表示，且第三人以客觀方式可以理解其意，並可以據以判斷製作名義人者，自屬刑法第 220 條第 2 項之準文書；倘冒用他人名義偽造上開準文書，足以生損害於公眾或他人，並據以行使者，自難認無刑法第 220 條第 2 項、第 210 條、第 216 條行使偽造準私文書之適用。

## 七、最高法院 112 年度台上字第 5321 號刑事判決

裁判日期：民國 113 年 04 月 17 日

爭 點：不具該職務之公務員如與該職務之公務員共同犯貪污治罪條例等案件，應如何論處？

引用法條：貪污治罪條例第 5 條。

要 旨：

貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之對於職務上之行為，收受不正利益罪（下稱收受不正利益罪），於所收受之利益與其職務上應為或得為之行為間具有對價關係，即足當之。且僅需行賄、受賄雙方主觀上有為職務上行為及交付不正利益之認識即可，不以客觀上受賄人可使行賄人取得優惠之待遇為必要。再者，該罪固以具有賄求對象所希望踐履特定行為職務之公務員為犯罪行為主體之身分犯，惟不具該職務之公務員若與具該職務之公務員共同犯之，則視其主觀犯意及客觀行為，依貪污治罪條例第 3 條規定論以共同正犯，或依同條例第 19 條、刑法第 30 條第 1 項成立本罪之幫助犯，非謂不具該職務之公務員即無成立該罪之餘地。



## 八、最高法院 112 年度台非字第 12 號刑事判決

裁判日期：民國 113 年 02 月 29 日

爭 點：行為人（犯人）因涉刑事犯罪而教唆他人頂替自己，該行為人不構成教唆頂替。。

引用法條：中華民國刑法第 29、164 條。

要 旨：

刑法第 29 條於 94 年 2 月 2 日修正公布：「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。」  
「教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之。」立法理由謂：「依限制從屬形式之立場，共犯之成立係以正犯行為（主行為）之存在為必要，而此正犯行為則須正犯者（被教唆者）著手於犯罪之實行行為，且具備違法性，始足當之，至於有責性之判斷，則依個別正犯或共犯判斷之。」查犯人教唆他人藏匿、隱避或頂替自己，客觀上固有教唆與使犯人藏匿、隱避結果之行為。惟以，犯人自行藏匿、隱避，本即不該當刑法第 164 條第 1 項之構成要件，亦無從頂替自己，而該當同條第 2 項之構成要件，則犯人教唆他人藏匿、隱避或頂替自己，俱屬自己庇護之延伸，故於犯人而言，使犯人不為藏匿、隱避或頂替之教唆，顯無期待可能性。況犯人自行或與他人共同藏匿、隱避自己，為藏匿、隱避行為之正犯行為；犯人教唆他人藏匿、隱避或頂替自己，則係參與他人藏匿、隱避行為之共犯行為。正犯行為侵害法益的不法內涵較共犯行為的不法內涵高，則高不法內涵之正犯行為既不處罰，舉重以明輕，參與他人藏匿、隱避或頂替之共犯行為，自亦無處罰之理。從而犯人教唆他人頂替自己，當然亦在不罰之列。

## 最高行政法院裁判要旨整理

陳秉宏律師整理

### 一、最高行政法院 111 年度上字第 845 號行政判決

（一）判決理由（節錄）

軍人受陸海空軍懲罰法之記過懲罰處分，對其考績、考績獎金、任官、任職、調訓、勳獎等關係人民服公職權利或法律上利益，已直接發生相關不利影響之法律效果，應屬行政程序法第 92 條、訴願法第 3 條所稱之行政處分，且此等對權利或法律上利益之不利影響，並非顯然輕微之干預，故受懲罰之軍人如對記過處分有所不服，認記過處分已對其權利或法律上利益構成違法侵害，自得依行政訴訟法第 4 條之規定，提起撤銷訴訟，以資救濟，落實憲法保障之訴訟權。



## （二）相關實務見解

### 1、解釋文（節錄）

本於憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，人民因其公務人員身分，與其服務機關或人事主管機關發生公法上爭議，認其權利遭受違法侵害，或有主張權利之必要，自得按相關措施與爭議之性質，依法提起相應之行政訴訟，並不因其公務人員身分而異其公法上爭議之訴訟救濟途徑之保障。中華民國 92 年 5 月 28 日修正公布之公務人員保障法第 77 條第 1 項、第 78 條及第 84 條規定，並不排除公務人員認其權利受違法侵害或有主張其權利之必要時，原即得按相關措施之性質，依法提起相應之行政訴訟，請求救濟，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨均尚無違背。

### 2、解釋理由書（節錄）

92 年保障法第 77 條第 1 項規定：「公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當，致影響其權益者，得依本法提起申訴、再申訴。」第 78 條規定：「（第 1 項）提起申訴，應向服務機關為之。不服服務機關函復者，得於復函送達之次日起 30 日內，向保訓會提起再申訴。（第 2 項）前項之服務機關，以管理措施或有關工作條件之處置之權責處理機關為準。」（本條於 106 年 6 月 14 日修正公布，僅調整文字，規範意旨相同）及第 84 條規定：「申訴、再申訴除本章另有規定外，準用第 3 章第 26 條至第 42 條、第 43 條第 3 項、第 44 條第 4 項、第 46 條至第 59 條、第 61 條至第 68 條、第 69 條第 1 項、第 70 條、第 71 條第 2 項、第 73 條至第 76 條之復審程序規定。」（下併稱系爭規定一）係公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當，致影響其權益者，得提起申訴、再申訴以為救濟之規定。依同法第 79 條規定，應提起復審之事件，公務人員誤提申訴者，申訴受理機關應移由原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員。應提起復審之事件，公務人員誤向保訓會逕提再申訴者，保訓會應函請原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員。是同法第 77 條第 1 項所稱認為不當之管理措施或有關工作條件之處置，不包括得依復審程序救濟之事項，且不具行政處分性質之措施或處置是否不當，不涉及違法性判斷，自無於申訴、再申訴決定後，續向法院提起行政訴訟之問題。況上開規定並不排除公務人員認其權利受違法侵害或有主張其權利之必要時，原即得按相關措施之性質，依法提起相應之行政訴訟，請求救濟。是系爭規定一，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。又各種行政訴訟均有其起訴合法性要件與權利保護要件，公務人員欲循行政訴訟法請求救濟，自應符合相關行政訴訟類型之法定要件。至是否違法侵害公務人員之權利，則仍須根據行政訴訟法或其他相關法律之規定，依個案具體判斷，尤應整體考量行政機關所採取措施之目的、性質以及干預之程度，如屬顯然輕微之干預，即難謂構成權利之侵害。且行政法院就行政機關本於專業及對業務之熟知所為之判斷，應予以適度之尊重，自屬當然（本院釋字第 784 號解釋參照）。



## 二、最高法院 110 年度上字第 555 號行政判決

### （一）判決理由（節錄）

可受國軍老舊眷村改建條例照顧之違建戶，自以原存在於各該老舊眷村土地上之違占建戶為限，而不及於建物主要基地坐落其他土地而越界至眷改土地之違建物。又所稱之「違占建戶」依同條例第 23 條第 2 項規定係以該條例施行前，經主管機關存證有案者為限，同條例施行細則第 22 條第 4 項則就存證資料缺件、遺失、毀損者，得予補件加以規定。是建築物占有人是否為「違占建戶」，係由主管機關審核其存證資料後為列管之決定，此項決定乃確認該占有人具有「違占」或「違建」之「違占建戶」資格之確認性行政處分，其與「原眷戶」係基於配住之私法關係有別。

### （二）相關實務見解

#### 最高法院 108 年度判字第 419 號判決（節錄）

按原眷戶違反法令將所配住之眷舍經營工商業或出租、頂讓予第三人，經主管機關或其所屬權責機關收回該眷舍，係終止該配住宿舍之私法關係。其進而註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益，前者乃為私法作用，自無廢止授益行政處分之問題；後者係因該受配住眷舍者已不符國軍老舊眷村改建條例第 3 條第 2 項所稱「原眷戶」之要件，而予以註銷原眷戶權益，雖屬侵益處分之作成，然非授益處分之廢止，自無行政程序法第 124 條規定之二年除斥期間之適用。

## 三、最高法院 112 年度上字第 463 號行政判決

### （一）判決理由（節錄）

1、綜合「相對人理論」與「保護規範理論」，再輔以「可能性理論」，予以判斷撤銷訴訟的原告是否具備訴訟權能：

撤銷訴訟的原告是否具備訴訟權能的判斷標準，基本上有「相對人理論」及「保護規範理論」，再輔以「可能性理論」，綜合予以判斷。除經整體考量行政機關所採取措施的目的、性質及干預程度，屬於顯然輕微的干預，而不構成權利的侵害之外（司法院釋字第 755 號、第 784 號及第 785 號解釋理由書參照），原則上侵益處分的名義相對人，基於憲法保障人民基本權利的防禦功能，具備提起撤銷該處分的訴訟權能，應無疑義；而侵益處分名義相對人以外的第三人，如果是受處分規制的對象，也有訴訟權能（例如遺產繼承人同負遺產稅的繳納義務，即使未受核定稅額通知書的送達，亦具有訴訟權能）；此外，侵益處分名義相對人以外的第三人，雖然不是行政處分所規制的對象，如原告主張因行政處分致其權利或法律上利益遭受損害，而依其主張足以顯現出行政處分有違法



並損害其權利或法律上利益的可能時，則依行政訴訟法第4條第1項規定，其為原告的當事人適格，即無欠缺。反之，撤銷訴訟的程序標的若為受益處分，而原告非該行政處分受益的相對人，但認為該處分侵害其權利或法律上利益者（即與處分相對人利害相反的第三人），因該處分的相對人（受益人）亦為受憲法保護的基本權主體，故該第三人無法直接援引憲法賦予的基本權防禦功能，透過撤銷訴訟排除該行政處分之受益效力所生的可能侵害，而須另有立法者為保護個人權利所設定的法律依據（法律中的保護規範），方足以支持其以利害關係人的身分（與處分相對人利害相反）提起撤銷訴訟的權能，此為「保護規範」理論的功能。

2、主管機關對於有限公司章程變更登記的申請，經過審查後予以核准，是對於有限公司所為的受益性行政處分，公司股東雖非該行政處分受益的相對人，但如果依個案具體情形，可認為其權利或法律上利益有因原處分的受益效力而受侵害的可能，即可認其為原處分的法律上利害關係人，而具備提起撤銷訴訟的權能。

## （二）相關實務見解

「憲法第二十四條規定公務員違法侵害人民之自由或權利，人民得依法律向國家請求賠償，係對國家損害賠償義務所作原則性之揭示，立法機關應本此意旨對國家責任制定適當之法律，且在法律規範之前提下，行政機關並得因職能擴大，為因應伴隨高度工業化或過度開發而產生對環境或衛生等之危害，以及科技設施所引發之危險，而採取危險防止或危險管理之措施，以增進國民生活之安全保障。倘國家責任成立之要件，從法律規定中已堪認定，則適用法律時不應限縮解釋，以免人民依法應享有之權利無從實現。國家賠償法第二條第二項規定：「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同」，凡公務員職務上之行為符合：行使公權力、有故意或過失、行為違法、特定人自由或權利所受損害與違法行為間具相當因果關係之要件，而非純屬天然災害或其他不可抗力所致者，被害人即得分就積極作為或消極不作為，依上開法條前段或後段請求國家賠償，該條規定之意旨甚為明顯，並不以被害人對於公務員怠於執行之職務行為有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行為必要。惟法律之種類繁多，其規範之目的亦各有不同，有僅屬賦予主管機關推行公共事務之權限者，亦有賦予主管機關作為或不作為之裁量權限者，對於上述各類法律之規定，該管機關之公務員縱有怠於執行職務之行為，或尚難認為人民之權利因而遭受直接之損害，或性質上仍屬適當與否之行政裁量問題，既未達違法之程度，亦無在個別事件中因各種情況之考量，例如：斟酌人民權益所受侵害之危險迫切程度、公務員對於損害之發生是否可得預見、侵害之防止是否須仰賴公權力之行使始可達成目的而非個人之努力可能避免等因素，已致無可裁量之情事者，自無成立國家賠償之餘地。倘法律規範之目的係為保障人民生命、身體



及財產等法益，且對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人負有作為義務已無不作為之裁量空間，猶因故意或過失怠於執行職務或拒不為職務上應為之行為，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人自得向國家請求損害賠償。至前開法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」

## 憲法法庭憲法判決要旨

李亭萱律師整理

### 113 年憲判字第 2 號【無期徒刑假釋撤銷後執行殘餘刑期案】

案 由：聲請人一至三十五分別認所受不利確定終局裁定，暨所適用中華民國 86 年 11 月 26 日修正公布，或 94 年 2 月 2 日修正公布並自 95 年 7 月 1 日施行之刑法第 79 條之 1 第 5 項，及刑法施行法第 7 條之 1 第 2 項、第 7 條之 2 第 2 項規定牴觸憲法，聲請解釋憲法、法規範憲法審查及裁判憲法審查；最高法院刑事第一庭為審理 109 年度台抗字第 778 號案件，認應適用 94 年 2 月 2 日修正公布並自 95 年 7 月 1 日施行之刑法第 79 條之 1 第 5 項規定牴觸憲法，聲請解釋憲法。

主 文：

- 一、中華民國 86 年 11 月 26 日修正公布，及 94 年 2 月 2 日修正公布並自 95 年 7 月 1 日施行之刑法第 79 條之 1 第 5 項，規定無期徒刑假釋經撤銷者，一律執行固定殘餘刑期滿 20 年或 25 年，而不分撤銷假釋之原因係另犯罪或違反保安處分執行法之規定，復未區別另犯罪之情節暨所犯之罪應執行之刑之輕重，以及假釋期間更生計畫執行之成效等因素，以分定不同之殘餘刑期，於此範圍內，不符比例原則，違反憲法第 8 條保障人身自由之意旨，至遲於本判決宣示之日起屆滿 2 年時，失其效力。
- 二、逾期未完成修法，相關機關就無期徒刑撤銷假釋執行殘餘刑期之個案，應依本判決之意旨，另為符合比例原則之適當處置，非必須執行固定殘餘刑期滿 20 年或 25 年。
- 三、聲請人五、二十二至二十九、三十一至三十五據以提出聲請之確定終局裁定



違憲，廢棄並發回最高法院。最高法院於本判決主文第一項修法期限屆滿前，應裁定停止審理程序，迄新法生效後依新法裁判。逾期未完成修法，最高法院應依前項意旨裁判。聲請人最高法院刑事第一庭就據以聲請之原因案件，亦應依相同意旨裁判。

四、檢察總長就前項以外聲請人之原因案件，得依職權或依聲請提起非常上訴，最高法院於修法完成前，應裁定停止審理程序，迄新法生效後依新法裁判。逾期未完成修法，最高法院應依主文第二項意旨裁判。

五、本件聲請人以外依中華民國 86 年 11 月 26 日修正公布，或 94 年 2 月 2 日修正公布並自 95 年 7 月 1 日施行之刑法第 79 條之 1 第 5 項執行無期徒刑殘餘刑期之受刑人，於本判決宣示後對檢察官之執行指揮聲明異議者，法院於主文第一項修法期限屆滿前，應裁定停止審理程序，迄新法生效後依新法裁判；逾期未完成修法，應依主文第二項意旨裁判。受刑人如已聲明異議尚在法院審理中者，亦同。

六、執行無期徒刑殘餘刑期之受刑人，其依主文第三項至第五項改定之殘餘刑期，短於實際已執行殘餘刑期者，均以實際執行殘餘刑期之末日，視為殘餘刑期執行完畢之日，如有他刑，即接續執行他刑。相關之受刑人不得據本判決，就已受執行之殘餘刑期，聲請刑事補償、國家賠償或折抵他刑。

七、刑法施行法第 7 條之 1 第 2 項及第 7 條之 2 第 2 項規定尚無涉法律不溯及既往及信賴保護原則，如附表二所示聲請人就上開規定所為之聲請駁回。

八、其餘聲請不受理。

**理由：**

**壹、形成主文第一項及第二項之法律上意見：**

一、無期徒刑經撤銷假釋者，其殘餘刑期之執行，應符合比例原則

二、以比例原則審查系爭規定一及三

（一）系爭規定一及三之目的尚屬正當

（二）系爭規定一及三規定無期徒刑假釋經撤銷後一律執行固定殘餘刑期 20 年或 25 年，不符手段必要性

三、結論：系爭規定一及三規定無期徒刑經撤銷假釋後一律在監獄內執行固定殘餘刑期，違反比例原則

綜上，系爭規定一及三規定無期徒刑經撤銷假釋者，一律執行固定殘餘刑期滿 20 年或 25 年，而不分撤銷假釋之原因係另犯罪或違反保安處分執行法之規定，復未區別另犯罪之情節暨所犯之罪應執行之刑之輕重，以及假釋期間更生計畫執行之成效等因素，以分定不同之殘餘刑期，於此範圍內，不符比例原則，違反憲法第 8 條保障人身自由之意旨，應自本判決宣示之日起至遲於屆滿 2 年時失其效力。

逾期未完成修法，相關機關就無期徒刑撤銷假釋執行殘餘刑期之個案，應依本判決之意旨，另為符合比例原則之適當處置，非必須執行固定殘餘刑期 20 年或 25 年。例如，



除有特殊情形外，得依本判決主文第一項之意旨，參考下列方式執行殘餘刑期：

- (一) 依刑法第 78 條第 1 項、第 2 項規定撤銷假釋者，其殘餘刑期依假釋期間所犯之罪應執行之刑定之：(1) 未滿 5 年者，執行殘餘刑期 10 年。(2) 5 年以上未滿 10 年者，執行殘餘刑期 15 年。(3) 10 年以上者，適用系爭規定一時，執行殘餘刑期 20 年；適用系爭規定三時，執行殘餘刑期 25 年。
- (二) 依保安處分執行法第 74 條之 2 及第 74 條之 3 規定撤銷假釋者，執行殘餘刑期 5 年。但其假釋期間所犯之罪經判處罪刑確定者，應依(一)所定方式，以其所犯之罪應執行之刑改定其應執行殘餘刑期之期間。

## 貳、形成主文第三項之法律上意見

按憲訴法第 62 條第 1 項前段規定：「憲法法庭認人民之聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院」，附表二聲請人五、二十二至二十九、三十一至三十五據以提出聲請之確定終局裁定，係因各該聲請人不服檢察官依系爭規定一或三所核發之執行指揮書，而聲明異議，經下級審法院裁定駁回後，向最高法院提起抗告或再抗告，分別經最高法院裁定駁回確定（聲請人五、二十二至二十三、二十五至二十九、三十一至三十五），或向最高法院聲明異議經該院裁定駁回確定（聲請人二十四）；因其適用之系爭規定一及三牴觸憲法，已如前述，自應予以廢棄並發回最高法院。最高法院於本判決主文第一項修法期限屆滿前，應裁定停止審理程序，迄新法生效後依新法裁判。逾期未完成修法，最高法院應依主文第二項意旨裁判。聲請人最高法院刑事第一庭就據以聲請之原因案件，亦應依相同意旨裁判。

## 參、形成主文第四項之法律上意見

按憲訴法第 91 條第 1 項規定：「本法修正施行前已繫屬而尚未終結之人民聲請法規範憲法審查案件，不適用第 62 條第 1 項前段關於宣告確定終局裁判違憲並廢棄發回管轄法院之規定」；第 2 項規定：「前項聲請案件，判決宣告法規範違憲且應失效者，就已確定之原因案件，聲請人得依法定程序或判決意旨請求救濟；原因案件為刑事確定裁判者，檢察總長亦得據以提起非常上訴。」故就主文第三項以外之聲請人所受確定終局裁定，得由檢察總長依職權或依聲請提起非常上訴，最高法院於修法完成前，應裁定停止審理程序，迄修法完成後依據新法裁判。逾期未完成修法，法院應依主文第二項意旨裁判。

## 肆、形成主文第五項之法律上意見

至於本件聲請人以外依系爭規定一或三執行無期徒刑殘餘刑期之受刑人，雖未如本件聲請人一至三十五聲請解釋憲法、法規範憲法審查及裁判憲法審查，惟系爭規定一及三於修法完成或本判決宣示之日起屆滿 2 年時即告失效，則該等受刑人如於失效後尚在系爭規定一或三所定之殘餘刑期期間受執行者，即有可能因執行逾必要程度之刑罰而對其人身自由造成過度侵害。況系爭規定一及三既經宣告違憲失效，現實上亦難以期待此類受刑人甘服於受執行原定之殘餘刑期至期滿為止，故為貫徹憲法保障人身自由、法律整體適用之一致性以及本判決之意旨，且無論由刑罰執行教化更生之特別預防目的或

監所管理之角度，均不適於令此類受刑人繼續依違憲失效之系爭規定一及三執行殘餘刑期，而應使受刑人獲有依修正後之規範更定殘餘刑期之機會。

從而，本件聲請人以外依系爭規定一或三執行無期徒刑殘餘刑期之受刑人，於本判決宣示後對檢察官之執行指揮聲明異議者，法院於主文第一項修法期限屆滿前，應裁定停止審理程序，迄新法生效後依新法裁判；逾期未完成修法，應依主文第二項意旨裁判。受刑人如已聲明異議尚在法院審理中者，亦同。

#### 伍、形成主文第六項之法律上意見

按撤銷假釋並執行殘餘刑期，係為將不適合回歸社會之受假釋人回復至監獄之機構處遇，實現國家刑罰權，業如前述，故受無期徒刑宣告之受刑人於假釋經撤銷者，本即應入監繼續執行無期徒刑，就殘餘刑期之執行本身並無違反憲法第 23 條比例原則違憲之疑慮；又本庭宣告系爭規定一及三定期失效之論據，乃因不分情節輕重一律執行 20 年或 25 年之殘餘刑期，於個案中可能產生輕重失衡或過苛等情事，故有必要區分不同情節為輕重不同程度之處理，以符憲法第 23 條比例原則之意旨，而非指受刑人經撤銷假釋後，無庸執行殘餘刑期，故只須由相關機關依據本判決意旨所修正之法律或主文第二項意旨，使尚在執行殘餘刑期之無期徒刑受刑人有獲得改定殘餘刑期之機會，即足以糾正依系爭規定一及三執行固定殘餘刑期所生之違憲狀態，並保障無期徒刑受刑人之憲法上權利，而不應變動在此之前其已執行殘餘刑期之效力（司法院釋字第 812 號解釋理由書第 55 段亦同此意旨）。

從而，依本判決主文第三項至第五項意旨改定新殘餘刑期者，相關機關依據檢察官所為新執行指揮書執行前，其已執行之殘餘刑期仍屬合法有效，不因嗣後改定殘餘刑期而違法。

據上，執行無期徒刑殘餘刑期之受刑人，其依上述改定之殘餘刑期，短於實際已執行殘餘刑期者，均以實際執行殘餘刑期之末日，視為殘餘刑期執行完畢之日，如有他刑，即接續執行他刑。相關之受刑人不得據本判決，就已受執行之殘餘刑期，聲請刑事補償、國家賠償或折抵他刑。

#### 柒、形成主文第七項之法律上意見

按新訂之法規，如涉及限制或剝奪人民權利，或增加法律上之義務，原則上不得適用於該法規生效前業已終結之事實或法律關係，是謂禁止法律溯及既往原則。倘新法規所規範之法律關係，跨越新、舊法規施行時期，而構成要件事實於新法規生效施行後始完全實現者，除法規別有規定外，應適用新法規。此種情形，係將新法規適用於舊法規施行時期內已發生，且於新法規施行後繼續存在之事實或法律關係，並非新法規之溯及適用，無涉禁止法律溯及既往原則（司法院釋字第 781 號解釋理由書第 70 段參照）。

經查，刑法前於 86 年 11 月 26 日修正公布，增訂系爭規定一，並配合於刑法施行法增訂系爭規定二；又刑法於 94 年 2 月 2 日修正公布，並自 95 年 7 月 1 日施行，修正系爭規定三，並配合於刑法施行法增訂系爭規定四。系爭規定二及四均為明確修正前後法律適用之標準，所訂定關於新舊法律適用之準則。



又系爭規定二及四分別規定，假釋撤銷之原因事實發生在 86 年刑法第 79 條之 1 修正施行前者，依修正前之刑法第 79 條之 1 規定合併計算其殘餘刑期與他刑應執行之期間；撤銷假釋之原因事實發生在 86 年刑法修正公布後，94 年刑法修正施行前者，依 86 年修正公布之刑法第 79 條之 1 規定合併計算其殘餘刑期與他刑應執行之期間；撤銷假釋之原因事實發生在 94 年刑法修正施行後者，依 94 年修正施行之刑法第 79 條之 1 規定合併計算其殘餘刑期與他刑應執行之期間。但其原因事實行為終了或犯罪結果之發生係在上述規定修正施行之後者，則依修正後之規定合併計算其殘餘刑期與他刑應執行之期間。

經核刑法於 86 年修正時增訂系爭規定一，及於 94 年修正時將系爭規定一修正為系爭規定三，其關於受無期徒刑宣告之受刑人經撤銷假釋執行殘餘刑期之規定，均屬於對受刑人較不利之修正。惟假釋受刑人係因於假釋期間故意更犯罪，或因違反保護管束應遵守事項等原因事實，始被依法撤銷假釋並重新入監執行殘餘刑期，故關於殘餘刑期期間之計算，按系爭規定二及四規定，係以撤銷之原因事實發生時為基準，原因事實發生在新法修正施行前者，原則適用原因事實發生時即修正前之法律規定，僅於原因事實行為終了或犯罪結果之發生在新法修正施行後者，始適用修正後之法律規定，故系爭規定二及四並未將對受刑人較不利之新法規定適用於系爭規定一及三生效前業已終結之事實或法律關係，依前揭說明，本即無法律溯及適用之問題，故系爭規定二及四以前揭基準決定適用之法律，尚無涉法律不溯及既往原則及信賴保護原則，如附表二所示聲請人就上開規定所為之聲請駁回。

### 捌、形成主文第八項之法律上意見

聲請人五就同一無期徒刑撤銷假釋執行殘餘刑期之執行指揮書向法院聲明異議遭駁回，提起抗告、再抗告，先後經最高法院 107 年度台抗字第 758 號及第 112 年度台抗字第 358 號刑事裁定（下依序稱前裁定、後裁定）駁回，後裁定與前裁定爭議事項與適用法規均同，聲請人五已據後裁定聲請法規範憲法審查，其據前裁定提出之釋憲聲請已無受理審查之必要，故前裁定部分之聲請應不予受理。

聲請人一另主張刑法第 78 條第 1 項違反正當法律程序原則；聲請人十九另主張刑法第 78 條、辦理假釋應行注意事項（已於 109 年 7 月 15 日廢止）第 2 條及第 21 條違反正當法律程序原則，牴觸憲法，惟查上開規定均未經確定終局裁定所適用。聲請人十九另就司法院釋字第 796 號解釋聲請補充解釋，查聲請人十九並非釋字第 796 號解釋之聲請人，其所受確定終局裁定亦未適用該解釋，自不得聲請補充解釋。是聲請人一及十九之上開聲請，均應不予受理。

其他聲請人之其餘主張，核其所陳，或所主張違憲之法令未經確定終局裁定適用，或未具體指摘確定終局裁定所適用之法令有如何牴觸憲法之處。是各聲請人之聲請，除已受理部分外，其餘聲請均不符憲訴法及大審法之受理要件，應不予受理。

### 113 年憲判字第 3 號【公然侮辱罪案（一）】

案由：聲請人一至八分別認附表二所列之各該確定終局判決所適用之刑法第 309 條第 1 項規定，牴觸憲法第 11 條保障言論自由之規定，聲請解釋憲法或法規範憲法審查；聲請人九、聲請人十、十一及十二，分別認附表二所列各該確定終局判決所適用之上開規定牴觸憲法，聲請裁判及法規範憲法審查；聲請人十三至二十四分別審理刑事妨害名譽案件，認其所應適用之上開規定，牴觸憲法，聲請解釋憲法或法規範憲法審查。

主 文：

- 一、中華民國 108 年 12 月 25 日修正公布之刑法第 309 條第 1 項規定：「公然侮辱人者，處拘役或 9 千元以下罰金。」（24 年 1 月 1 日制定公布，並自同年 7 月 1 日施行之同法條第 1 項規定構成要件相同，僅罰金刑之金額調整）所處罰之公然侮辱行為，係指依個案之表意脈絡，表意人故意發表公然貶損他人名譽之言論，已逾越一般人可合理忍受之範圍；經權衡該言論對他人名譽權之影響，及該言論依其表意脈絡是否有益於公共事務之思辯，或屬文學、藝術之表現形式，或具學術、專業領域等正面價值，於個案足認他人之名譽權應優先於表意人之言論自由而受保障者。於此範圍內，上開規定與憲法第 11 條保障言論自由之意旨尚屬無違。
- 二、上開規定所稱「侮辱」，與法律明確性原則尚無違背。
- 三、聲請人九聲請裁判憲法審查部分，臺灣桃園地方法院 110 年度簡上字第 573 號刑事判決關於駁回聲請人九就公然侮辱罪上訴部分違憲，廢棄並發回臺灣桃園地方法院。
- 四、聲請人十聲請裁判憲法審查部分，臺灣高等法院 111 年度上易字第 1671 號刑事判決違憲，廢棄並發回臺灣高等法院。
- 五、聲請人十一聲請裁判憲法審查部分，臺灣桃園地方法院 110 年度簡上字第 505 號刑事判決違憲，廢棄並發回臺灣桃園地方法院。
- 六、聲請人十二聲請裁判憲法審查部分，臺灣高等法院 112 年度上易字第 651 號刑事判決違憲，廢棄並發回臺灣高等法院。

理由：

一、形成主文一之法律上意見

- （一）憲法第 11 條規定，人民之言論自由應予保障。其目的在保障言論之自由流通，使人民得以從自主、多元之言論市場獲得充分資訊，且透過言論表達自我之思想、態度、立場、反應等，從而表現自我特色並實現自我人格，促進真理之發現、知識之散播及公民社會之溝通思辯，並使人民在言論自由之保障下，得以有效



監督政府，從而健全民主政治之發展。

- (二) 於言論損及他人權益或公共利益之情形，立法者仍得權衡他人權益及公共利益之類型及重要性，與表意人之故意過失、言論類型及內容、表意脈絡及後果等相關情形，於符合憲法第 23 條規定之要件下，對言論採取適當之管制，以事後追究表意人應負之民事、刑事或行政等法律責任。
- (三) 系爭規定係以刑罰手段追究言論內容之責任，本庭於審查以刑法制裁言論之系爭規定時，尤應權衡其刑罰目的所追求之正面效益（如名譽權之保障），是否明顯大於其限制言論自由所致之損害，以避免檢察機關或法院須就無關公益之私人爭執，扮演語言警察之角色，而過度干預人民間之自由溝通及論辯。
- (四) 參酌立法沿革及法院實務見解，系爭規定之立法目的係為保護他人之名譽權，其保障範圍可能包括社會名譽、名譽感情及名譽人格。社會名譽又稱外部名譽，係指第三人對於一人之客觀評價。於被害人為自然人之情形，則另有其名譽感情及名譽人格。名譽感情指一人內心對於自我名譽之主觀期待及感受。名譽人格則指一人在其社會生存中，應受他人平等對待及尊重，不受恣意歧視或貶抑之主體地位。
- (五) 一人對他人之公然侮辱言論是否足以損害其真實之社會名譽，仍須依其表意脈絡個案認定之。如侮辱性言論僅影響他人社會名譽中之虛名，或對真實社會名譽之可能損害尚非明顯、重大，而仍可能透過言論市場消除或對抗此等侮辱性言論，即未必須逕自動用刑法予以處罰。然如一人之侮辱性言論已足以對他人之真實社會名譽造成損害，立法者為保障人民之社會名譽，以系爭規定處罰此等公然侮辱言論，於此範圍內，其立法目的自屬正當。
- (六) 名譽感情係以個人主觀感受為準，既無從探究，又無從驗證，如認個人主觀感受之名譽感情得逕為公然侮辱罪保障之法益，則將難以預見或確認侮辱之可能文義範圍。是系爭規定立法目的所保障之名譽權內涵應不包括名譽感情。
- (七) 個人受他人平等對待及尊重之主體地位，不僅關係個人之人格發展，也有助於社會共同生活之和平、協調、順暢，而有其公益性。又對他人平等主體地位之侮辱，如果同時涉及結構性強勢對弱勢群體（例如種族、性別、性傾向、身心障礙等）身分或資格之貶抑，除顯示表意人對該群體及其成員之敵意或偏見外，更會影響各該弱勢群體及其成員在社會結構地位及相互權力關係之實質平等，而有其負面的社會漣漪效應，已不只是個人私益受損之問題。是故意貶損他人人格之公然侮辱言論，確有可能貶抑他人之平等主體地位，而對他人之人格權造成重大損害。
- (八) 為避免一人之言論對於他人之社會名譽或名譽人格造成損害，於此範圍內，系爭規定之立法目的自屬合憲。

- (九) 由於系爭規定所處罰之公然侮辱行為，其文義所及範圍或適用結果，或因欠缺穩定認定標準而有過度擴張外溢之虞，或可能過度干預個人使用語言習慣及道德修養，或可能處罰及於兼具輿論功能之負面評價言論，而有對言論自由過度限制之風險。為兼顧憲法對言論自由之保障，系爭規定所處罰之公然侮辱行為，應指：依個案之表意脈絡，表意人故意發表公然貶損他人名譽之言論，已逾越一般人可合理忍受之範圍；經權衡該言論對他人名譽權之影響，及該言論依其表意脈絡是否有益於公共事務之思辯，或屬文學、藝術之表現形式，或具學術、專業領域等正面價值，於個案足認他人之名譽權應優先於表意人之言論自由而受保障者。
- (十) 先就表意脈絡而言，語言文字等意見表達是否構成侮辱，不得僅因該語言文字本身具有貶損他人名譽之意涵即認定之，而應就其表意脈絡整體觀察評價。如脫離表意脈絡，僅因言詞文字之用語負面、粗鄙，即一律處以公然侮辱罪，恐使系爭規定成為髒話罪。具體言之，除應參照其前後語言、文句情境及其文化脈絡予以理解外，亦應考量表意人之個人條件（如年齡、性別、教育、職業、社會地位等）、被害人之處境（如被害人是否屬於結構性弱勢群體之成員等）、表意人與被害人之關係及事件情狀（如無端謾罵、涉及私人恩怨之互罵或對公共事務之評論）等因素，而為綜合評價。
- (十一) 次就故意公然貶損他人名譽而言，則應考量表意人是否有意直接針對他人名譽予以恣意攻擊，或只是在雙方衝突過程中因失言或衝動以致附帶、偶然傷及對方之名譽。
- (十二) 又就對他人社會名譽或名譽人格之影響，是否已逾一般人可合理忍受之範圍而言，按個人在日常人際關係中，難免會因自己言行而受到他人之月旦品評，此乃社會生活之常態。一人對他人之負面語言或文字評論，縱會造成他人之一時不悅，然如其冒犯及影響程度輕微，則尚難逕認已逾一般人可合理忍受之範圍。惟如一人對他人之負面評價，依社會共同生活之一般通念，確會對他人造成精神上痛苦，並足以對其心理狀態或生活關係造成不利影響，甚至自我否定其人格尊嚴者，即已逾一般人可合理忍受之限度，而得以刑法處罰之。
- (十三) 就負面評價言論之可能價值而言，一人就公共事務議題發表涉及他人之負面評價，縱可能造成該他人或該議題相關人士之精神上不悅，然既屬公共事務議題，則此等負面評價仍可能兼具促進公共思辯之輿論功能。又如以文學或藝術形式表現之言論，縱包括貶抑他人之表意成分，仍不失其文學或藝術價值。至一人針對他人在職業上之言行，發表負面評價，亦可能具有評價他人表現之學術或各該專業等正面價值，而非全然無價值之言論。是就此等言論，亦應依其表意脈絡，考量其是否有益於公共事務之思辯，或屬文學、藝術之表現形式，



或具學術、專業領域等正面價值，而不宜逕以公然侮辱罪相繩。

（十四）就社會名譽或名譽人格而言，如依個案之表意脈絡，公然侮辱言論對於他人社會名譽或名譽人格之影響，已經逾越一般人可合理忍受之範圍。尤其是直接針對被害人之種族、性別、性傾向、身心障礙等結構性弱勢者身分，故意予以羞辱之言論，因會貶抑他人之平等主體地位，從而損及他人之名譽人格。於此範圍內，已非單純損害他人之個人感情或私益，而具有反社會性。立法者以刑法處罰此等公然侮辱言論，仍有其一般預防效果，與刑法最後手段性原則尚屬無違。

（十五）惟系爭規定就公然侮辱行為處以拘役部分，雖屬立法形成空間，且法院於個案仍得視犯罪情節予以裁量，然拘役刑究屬人身自由之限制，其刑罰重於屬財產刑性質之罰金刑，縱得依法易科罰金，基於憲法罪刑相當原則之精神，單以言論入罪即剝奪人民身體自由，仍有過苛之虞。本於憲法保障人身自由及言論自由之意旨，系爭規定所定之拘役刑，宜限於侵害名譽權情節嚴重之公然侮辱行為，例如表意人透過網路發表或以電子通訊方式散佈公然侮辱言論，從而有造成持續性、累積性或擴散性嚴重損害之可能者，始得於個案衡酌後處以拘役刑。併此指明。

（十六）系爭規定雖於上開範圍內合憲，然聲請人一至八據以聲請之各該確定終局判決如與本判決意旨不符，仍得有其個案救濟。依憲訴法第 92 條第 2 項準用同法第 91 條第 2 項規定，聲請人一至八就據以聲請之各該確定終局判決，如認不符本判決意旨，各得請求檢察總長提起非常上訴；又檢察總長亦得依職權就聲請人一至八之各該確定終局判決一一認定是否符合本判決意旨，而決定是否提起非常上訴。

## 二、形成主文二之法律上意見

關於聲請人主張系爭規定所定「侮辱」一詞違反法律明確性原則部分，按系爭規定所定之侮辱，係屬價值性不確定法律概念，本即須由法院斟酌個案之表意脈絡，並權衡與其衝突之名譽權後，始得認定是否構成侮辱，此亦為不確定法律概念之解釋及適用所必經之涵攝過程。如法院仍得透過一般之法律解釋方法而確定其核心意涵，並於個案適用，即仍與法律明確性原則無違。

## 三、形成主文三至六之法律上意見

系爭規定於主文一所示範圍內雖屬合憲，然就聲請人九至十二據以聲請之各該確定終局判決，本庭仍應依本判決上開意旨，一一審查其對系爭規定之不確定法律概念之解釋及適用，是否有明顯誤解基本權意義及保護範圍；或就系爭規定所涉名譽權及言論自由間衝突之權衡，有漏未權衡或權衡有明顯錯誤之情形，致裁判違憲。本庭審查後，認確定終局判決一至四均違憲，並廢棄、發回各該管轄法院。

## 各類行政法規

- ◎中華民國 113 年 5 月 1 日總統華總一義字第 11300035071 號令制定行人交通安全設施條例。
- ◎中華民國 113 年 5 月 8 日總統華總一經字第 11300037371 號令增訂遠洋漁業條例第 14 條之 1 及第 36 條之 1 條文；並修正第 3 條及第 47 條條文。
- ◎中華民國 113 年 5 月 15 日總統華總一義字第 11300039241 號令修正電子簽章法。
- ◎中華民國 113 年 5 月 24 日總統華總一義字第 11300042371 號令修正國籍法第 4 條至第 7 條、第 9 條及第 20 條條文。
- ◎中華民國 113 年 5 月 24 日總統華總一經字第 11300042361 號令增訂工廠管理輔導法第 28 條之 14 條文；並修正第 31 條及第 39 條條文。
- ◎中華民國 113 年 5 月 29 日總統華總一義字第 11300045281 號令茲修正姓名條例第 1 條、第 2 條、第 4 條、第 8 條及第 9 條條文。
- ◎中華民國 113 年 5 月 29 日總統華總一義字第 11300045271 號令修正道路交通管理處罰條例第 7 條之 1、第 63 條及第 63 條之 2 條文。

## 律師倫理規範宣導

### 律師倫理規範第十七條

律師於法庭外訪談證人時，宜向證人表明其所代表之當事人，並告知證人此項訪談之任意性。

律師於訪談證人過程中不得故意为下列行為：

- 一、教唆偽證、誘導證人為不實陳述。
- 二、就重要之事實或法律，向證人為虛偽陳述。

律師若於訪談證人過程中為錄音、錄影，應向證人表明，並得其同意。

律師於訪談證人過程中，除證人表示不同意者外，得使其他非承辦案件之律師、實習律師、助理或其他適當之第三人在場。



# 論法律上之推定及其舉證責任

(On the legal presumption and its burden of proof)

蔡志方\*

## 論次

壹、推定事項與據以推定事項，應由誰舉證？—問題之提出

貳、推定之種類

一、事實存否之推定與法律效果之推定

二、事實上之推定與法律上之推定

三、可反證推翻之推定與不得反證推翻之推定

參、法律上推定之效力與是否屬於推定之判斷

一、法律上推定之效力

二、是否屬於法律上推定之判斷基準

肆、據以推定事項，應由誰舉證？

伍、否定推定事項，應由誰舉證？

陸、結論

## 壹、推定事項與據以推定事項，應由誰舉證？—問題之提出

我國法律中，除刑事法外，常見將特定事實之存否及真相不明狀態，採取「推定」方式，將其推定為存在或明確，並賦予一定之法律效果<sup>1</sup>，民事訴訟法第281條規定：「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證。」本條規定，並為行政訴訟法所準用。有疑問者，乃何種推定，屬於法律上之推定，“無反證者，無庸舉證”之效果？所謂反證，究僅針對推定之結果，或包括據以推定之事實？我

國與德國法之規定，有無差異，此本文撰述之基本動機也。

## 貳、推定之種類

各國之推定，種類繁多，涵義不盡一致，有加以釐清之必要：

我國民事訴訟法第281條規定：「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證。」第282條規定：「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽。」前後二條，均使用推定之字眼，但後者實為邏輯上之推論(Inference)，與前者在法律上，迥然有別。另民法第1124條規定：「家長由親屬團體中推定之；無推定時，以家中之最尊輩者為之；尊輩同者，以年長者為之；最尊或最長者不能或不願管理家務時，由其指定家屬一人代理之。」其中之推定，乃推舉決定，與證據法則上的推定，更迥不相侔。

在法學上，推定係指某一事實之存在，並非通過證據調查確定，而係根據法律規定之推定而存在<sup>2</sup>。如推定係屬無可辯駁或相反之事實尚未獲證明，則法官即須以推定之事實為基礎，作出判決<sup>3</sup>。根據Ashford與Risinger的說法<sup>4</sup>，大多數人都同意推定，屬於一種法律機制，除非引入足夠證據使推

\*國立成功大學法律學系教授

1. 至於我國刑事訴訟法第154條第1項規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」俗稱無辜或無罪之推定，雖亦使用「推定」之字眼，但係用以課予國家之追訴與審判機關等，慎重其事，以資保障被告之「訴訟權」與「人身基本權」等，與其它「推定」規定作為「證據法則」之目的與作用，並不相同。詳請參見李學燈，證據法比較研究，初版1刷，頁668-669，五南(1992.4)。  
2. 故亦有將推定稱為「假設事實」者，請參見周叔厚，證據法論，增訂版，頁271以下，楊美珍發行(1992)。  
3. Vgl. § 292 ZPO, BRD.  
4. 氏根據Otis Harrison Fisk於1928年發表之“The Law of Proof in

Judicial Proceedings”一文之見解，主張在英美證據法學上，“推定”(Presumption)與“假定”(Assumption)之概念有所不同。推定，是一種法律手段，它將就特定問題提出證據之責任，強加給對該問題負有說服責任一方之對手。反之，其定義之“假定”，則係假設在存在推定之所有情況下都有效。假設係分配說服負擔之手段。推定將針對給定問題提供證據之責任，強加給對該問題負有說服責任之當事人對手。因此，只要存在X之推定，一方當事人有責任就X提出證據，同時亦存在非X之假設。一旦推定被推翻，推定所支持之一方，必須通過證明X符合法律規定之任何標準，以推翻該推定。See, Harold A. Ashford/D. Michael Risinger, Presumptions, Assumptions, and Due Process in Criminal Cases: A Theoretical Overview, Yale Law Journal, Vol. 79, Nr. 2, December 1969, pp. 172-174 (165-208).

定無效。否則，當另據以推定之事實其真實性已確定時，即會認為被推定事實，亦屬真實<sup>5</sup>。

邏輯上之推論或假定或稱事實上之推定、假設，與法律上之推定不同，其係藉邏輯上之三段論證，由存在之基礎事實，以推論被推定事實之存在<sup>6</sup>，如上述我國民事訴訟法第 282 條前段規定中之推定。因此，自然的假設係基於經驗的假設<sup>7</sup>，是證據評價之一部分，而非舉證責任倒置，與法律上之推定不同。反對自然的假設者，無提供反證之必要，而僅須對結論之正確性提出質疑，使舉證責任完全由推定結果獲益者承擔。此外，尚有法官之推定、人為的推定<sup>8</sup>、普通推定、強力推定、混和推定、既判力所生之推定等等，不一而足<sup>9</sup>。雖法學上真正之推定，僅有法律上之推定或者得反證推翻之推定一種<sup>10</sup>。但學者論述間，仍存有事實上之推定、不真正之推定或事實的假定、事實方面之推定或源自於事實之法律的推定、允許反證推翻之推定或不允許反證推翻之推定<sup>11</sup>。甚至有學者謂：「舉證責任與推定之概念，為法律的核心，但它們亦被認為係法律推理中使用之任何法律術語家族中最狡猾者」<sup>12</sup>。至於不發生舉證責任轉換之推定，雖有

推定之名，但與證據法則上之推定無關。因此，Dr. Michal Bobek 乃認為，從最嚴格之意義上，將它們視為推定乃屬錯誤，它們從不將舉證責任轉移給證據所針對之任何人，被稱為推定乃錯誤<sup>13</sup>。

## 一、事實存否之推定與法律效果之推定

推定之內容，有係針對特定事實之存在或不存在，有則係針對是否具備一定法律效果。前者，例如死亡之推定<sup>14</sup>、死亡時間之推定<sup>15</sup>。後者，如文書真正之推定<sup>16</sup>、婚生子女之推定<sup>17</sup>與同時死亡之推定<sup>18</sup>。

## 二、事實上之推定與法律上之推定

事實上之推定<sup>19</sup>，又稱不真正之推定或事實的假定，並不屬於法律規定之推定，在德國係由判例形成<sup>20</sup>，通常歸因於初步證據或根據自由司法證據評估規則進行處理<sup>21</sup>。兩者之共同點，在於均基於一定之經驗法則。當法院根據自己或專家之經驗，可經由已證實之事實，歸納未經證實之事實，而得出結論，就存在事實假設<sup>22</sup>。例如：從某時溫度遠高於攝氏零度，根據對水之一般經驗，可以得出某人不可能在當時因路上結冰而滑倒之結論。此情況下，一個事實上之推定，乃爭論之地點並無結冰。因此，侵權行為係通過互聯網連接實施，如其他人亦得在

5. See, Harold A. Ashford/D. Michael Risinger, Op. cit. supra, Yale Law Journal, Vol. 79, Nr. 2, December 1969, p. 165 (165-208).

6. 參見李學燈，前揭（註1）書，頁 252-253。

7. Vgl. Raoul A. Meier, Die Behauptungs-, Bestreitungs-, und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, S. 29, Rn. 47, 48, Fn. 281, S. 49-50, Diss., Universität Basel 2015.

8. Vgl. Raoul A. Meier, aaO. (Fn. 7), S. 29 Fn. 281.

9. 參見陳瑋直，民事證據法研究，增訂第2版，頁 27-40，自刊（1970.10）。

10. 同說，請參見李學燈，前揭（註1）書，頁 249；周叔厚，前揭（註2）書，頁 24-25；John H. Wigmore, Evidence, § 2491, Chadbourn, rev. 1981; Chapter 89 Supplement 1990, 引自李學燈，同書，頁 309 註 5；I. Younger, Trial Evidence Series, Part Eleven - Burdens of Proof and Presumption NCJ Number 84346.

11. 參見陳瑋直，前揭（註9）書，頁 27-32。

12. See, Douglas Walton, Presumption, burden of proof and lack of evidence, pp. 1-22, ResearchGate July, 2009. Journal of Law, Policy and Globalization (www.iiste.org) ISSN 2224-3240 (Paper); ISSN 2224-3259 (Online) Vol. 49, 2016. p. 1(1-22).

13. Siehe, Michal Bobek, Schlussanträge des Generalanwalts, Sammlung der Rechtsprechung, ECLI:EU:C:2017:176., S. 8(1-19).

14. 參見我國民法第 8 條。

15. 參見我國民法第 9 條。

16. 參見我國民事訴訟法第 355 條、第 356 條、第 358 條。

17. 參見我國民法第 1063 條。

18. 參見我國民法第 11 條。

19. Dazu, vgl. Dawin, VwGO § 108 (Urteilsgrundlage; freie Beweiswürdigung; rechtliches Gehör), in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand: 42. EL, Februar 2022, Rn. 72, 73.

20. BGH 17. November 2010 - VIII ZR 112/10, NJW 2011, 598; BGH 8. Juli 2010 - III ZR 249/09, NJW 2010, 3292, 3294; BGH 22. März 2010 - II ZR 203/08; BVerwG 27. Oktober 1998 - C 38/97, BVerwGE 107, 304, 310f. = ZIP 1999, 202, 204; BAG 19. Juni 1973 - 1 AZR 521/72, BAGE 25, 226, 233 = AP Nr. 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; OLG Saarbrücken 4. Juni 1993 - U 109/92, NJW 1993, 3077, 3078.

21. § 286 ZPO: "(1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden."

22. Vgl. Otto August Dänzer, Die tatsächliche Vermutung: ein Beitrag zur Lehre vom Beweis im Zivilprozess, 1914. Ausf. zur tatsächl. Vermutung Musielak, JA 2010, 561.



侵權時使用此連接，則不能以事實推定連接之所有者，均為肇事者<sup>23</sup>。事實假設之存在經確認，將導致舉證責任倒置<sup>24</sup>，被告可以提供進一步證據，以動搖法院之心證。因此，事實上之推定（推論），僅具有心證之作用<sup>25</sup>。就證據法言，事實推定具有表面證據或間接證據效力，但並不免除受益人舉證責任<sup>26</sup>。例如，對文件的完整性和正確性的推定<sup>27</sup>。德國民事訴訟法第 292 條第 1 句，並不適用於此類推定。

事實上的推定，係從與構成要件事實無關的情況，推斷法律要件事實存在的法律命題。例如，德國《民法典》第 1253 條第 1 項規定，質權人將質物返還質押人或所有人，則留置權失效。同法第 1253 條第 2 項第 1 句規定，質物由質押人或所有人佔有，則推定質押物已由質押債權人返還。因此，佔有事實不屬於構成要件事實，而是從返還之事實推論出來。根據該國民法文獻普遍觀點，法律推定不是證據規則，而是舉證責任標準<sup>28</sup>。

德國聯邦財務法院 (BFH) 大法庭，在 1990 年 7 月 4 日一項決定中<sup>29</sup>，認為從生活經驗中獲得的事實上推定，只能用於評估無法在已確立的輔助事實基礎上，澄清具有

法律意義之事實。因此，事實上推定不能免除稅務機關或稅務法院確定個案情況的權利<sup>30</sup>。大法庭在決定中參考同院第八法庭於 1988 年 12 月 20 日的判決<sup>31</sup>。其中，第八法庭判決談到 Wolfram Birkenfeld 認為，一般生活經驗中可反駁的經驗原則，不能免除稅務法院根據當事人陳述，以確定合約目的之權利<sup>32</sup>。

事實上推定與法律上之事實推定，有所不同。兩者雖均攸關事實，但後者推定之事實，與法律規定連結後，即發生一定法律效果，而前者則否。舉例言之，德國電子簽章法 (SigG) 第 1 條第 1 項規定之安全性推定<sup>33</sup>，並非該國民事訴訟法第 292 條規定之法律上事實推定<sup>34</sup>。事實的法律推定，通常被簡稱為推定，並導致舉證責任發生反置，而無需提供該事實之證明<sup>35</sup>。德國《民法典》第 474 條規定在風險轉移後六個月內購買之消費品出現明顯缺陷<sup>36</sup>，則推定該缺陷在風險轉移時已存在<sup>37</sup>。該推定基於風險轉移屬於賣方範圍之前，該物品並無缺陷之想法，且由於它與標的物的密切關係，可以識別任何錯誤<sup>38</sup>。

法律狀態之推定 (Rechtszustandsvermutungen) 和事實推定有所區別<sup>39</sup>。其區別在於事實推

23. Ähnliche Meinung, vgl. etwas, Filesharing-Entscheidung BGH: Keine tatsächliche Vermutung für Täterschaft, wenn Zugriff durch Dritte möglich. 3. Juni 2014 zu BGH, Urteil vom 8. Januar 2014 - I ZR 169/12.

24. 論及舉證責任之倒置，在於不要求主張者，必須證明其主張之先決條件，而係必須證明其缺乏的先決條件者。舉證責任之倒置，通常係基於法律之推定。舉證責任倒置之方法，在於使事實上處於弱勢者，於發生基於諸如種族或族裔、性別、宗教或信仰、殘疾、年齡或性認同等歧視時，更容易舉證。如發生爭議時，事實上處於弱勢者提供證據表明出於上述原因之一，而受到歧視時，則事實上處於強勢者即有責任證明並無違反防止歧視之規定，其舉證才有可能被接受。

25. Vgl. Hans-Peter Vierhaus, Beweisrecht im Verwaltungsprozess, S. 196, Verlag C. H. Beck München 2011.

26. BGH, NJW 2010, 363 (364); Huber in Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 14. Aufl. 2018, § 292 Rn. 1. Allg. zur Darlegungs- bzw. Behauptungslast im Zivilprozess Bischoff, JA 2010, 532.

27. S. etwa BGH, NJW 2002, 3164.

28. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl. 1993, 672; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, 48 FN 3 mit umfassenden Nachweisen; Baumgärtel, in: FS Schwab, 1990, 43 (44).

29. GrS 2-3/88.

30. BStBl. II 1990, 817, 826, unter C II 4b aa.

31. VIII R 121/8337.

32. BStBl. II 1989, 585, 589, unter II 5a bb.

33. § 1 Zweck und Anwendungsbereich: "(1) Zweck des Gesetzes ist es, Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen zu schaffen."

34. § 292 ZPO: "Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Dieser Beweis kann auch durch den Antrag auf Parteivernehmung nach § 445 geführt werden."

35. S. z. B. Leipold, Beweislast und gesetzliche Vermutungen, 1966, S. 78f.; Medicus, in: Festschr. f. Baur, 1981, S. 63, Baumgärtel, in: Festschr. f. Schwab, 1990, S. 44; Völlmecke, DStR 1996, 1071. Dazu vgl. auch Roßnagel: Die Sicherheitsvermutung des Signaturgesetzes NJW 1998, 3312.

36. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB: "Verbrauchsgüterkäufe sind Verträge, durch die ein Verbraucher von einem Unternehmer eine Ware (§ 241a Absatz 1) kauft."

37. Das Vorliegen eines Mangels ist die Vermutungsgrundlage, kraft derer das Tatbestandsmerkmal Sachmangel bei Gefahrübergang (vgl. § 434 BGB) vermutet wird, vgl. MüKoBGB/Lorenz, 8. Aufl. 2019, § 477 Rn. 26f.

38. Brox/Walker, SchuldR BT, 44. Aufl. 2020, § 7 Rn. 11.

定的推定結果，係事實特徵的存在<sup>40</sup>，而法律推定則係假定法律狀態的存在。然而，對於案件處理而言，兩者間明確歸併既不可能<sup>41</sup>，亦無必要，因缺乏不同後果。例如，當涉及處置權時，德國《民法典》第1006條第1項第1句規定，通常與同法第929條第1句相關<sup>42</sup>。德國最著名的法律推定，即為《民法典》第1006條第1項第1句規定<sup>43</sup>。根據該規定，基於一個人當前直接或間接的所有權（推定依據）<sup>44</sup>，推論該人所有權狀況（推定後果）<sup>45</sup>。除增加動產物品的適銷性外<sup>46</sup>，該推定在於減輕所有者證明其所有權之負擔，因通常其很難提供。

法律上之推定，可以指事實方面之推定或源自於事實之法律的推定。因此，法律上之推定即等同於基於法律結論的推定。然而，法律所推定之事實，固然無庸舉證，但享受推定利益之人，仍應就據以推定之基礎事實，即據以推定之前提事實舉證<sup>47</sup>。在德國民法文獻中，法律之推定通常係根據其是否涉及事實（法律的事實推定）或法律地位（法律的權利推定）<sup>48</sup>。因此，法律推定，係針對目前存在或不存在的權利或法律關係。例如，德國《民法典》第891條第1項規定，某人在土地登記冊上登記一項權利，則其就有權享有該權利。相反地，根據同法第891條第2項，土地登記冊中登記之權利被刪除，則推定該權利不存在<sup>49</sup>。法律推定對象，直

接為權利存在或不存在。因此，推定之受益方無需就創造、取得或毀壞之事實，提出任何指控或提供證據<sup>50</sup>。

法律上推定及其作為舉證責任的地位，雖然已經臻於明確，但對於事實上的推定，卻存在各種令人困惑觀點。唯一可以確定者，乃事實上的推定可以在證據法和表面證據領域中找到。然而，目前尚不清楚表面證據與事實上的推定間，是否一致。德國法官與學者曾力圖闡明此點：

首先，Birkenfeld法官在1973年已詳述稅法中事實上推定的法律特點<sup>51</sup>，根據聯邦社會法院(BSG)<sup>52</sup>，將事實上推定視為基於生活經驗的結論或證據，由法官自由評估，使得證據變得多餘，或者如證據價值較低，則必須與其他情況一起評估。判例和文獻並未明確定義事實上推定，因此，它既指表面證據，又指指示性證據。然而，其主要表明經驗陳述與證據相結合，將提供可反駁的證據<sup>53</sup>。表面證據和指示性證據，都是間接證據，只對案件事實以外情況（輔助事實）進行評估<sup>54</sup>。在表面證據情況下，評估人員根據典型事件過程，直接從構成要件的輔助事實中得出結論，而不需要仔細研究個案情況，評估員將被個人支持性事實和經驗原則所說服<sup>55</sup>。在證據方面，鑑定人透過對案件具體情況進行詳細分析，從現有輔助事實中

39. Lücke, ZPR I, 11. Aufl. 2020, § 22 Rn11; Hk-ZPO/Saenger, 8. Aufl. 2019, § 292 Rn. 2f.; s. auch Huber in Musielak/Voit, aaO. (Fn. 26), § 292 Rn2f. m. zahlr. Bsp.

40. 例如，假設已經發生移交，這是犯罪的先決條件。

41. Exemplar. f. die Unschärfe s. Huber in Musielak/Voit, aaO. (Fn. 26) § 292 Rn. 3, der die Regelung des § 1117 III BGB als Tatsachenvermutung ein, während MuKoBGB/Lieder, 8. Aufl. 2020, § 1117 Rn. 29, v. einer Rechtsvermutung spricht.

42. § 1006 Abs. 1, S. 1 BGB: "Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er Eigentümer der Sache sei." § 929 S. 1 BGB: "Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind."

43. Lücke, aaO. (Fn. 39), § 22 Rn. 11.

44. MuKoBGB/Raff, 8. Aufl. 2020, § 1006 Rn. 37.

45. Wellenhofer, SachenR, 34. Aufl. 2019, § 7 Rn. 17.

46. Vgl. dazu auch die § 932ff. BGB, die ebenfalls an den Besitz als

Rechtsscheinträger für einen redlichen Erwerb vom Nichtberechtigten anknüpfen.

47. 參見陳璋直，前揭（註9）書，頁26。

48. Vgl. z. B. Zöller/Greger, ZPO, 19. Aufl. § 292 Anm. 1; Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 28), 655.

49. § 891 BGB: "(1) Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, dass ihm das Recht zustehe. (2) Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, dass das Recht nicht bestehe."

50. Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 28), 656.

51. Birkenfeld, Beweis und Beweismwürdigung im Steuerrecht, 1973, 104 ff.

52. Urt. v. 29. 3. 1963, 2 RU 75/61, BSGE 19, 52 (54).

53. Birkenfeld, aaO. (Fn. 51), 104.

54. Birkenfeld, aaO. (Fn. 51), 110.

55. Birkenfeld, aaO. (Fn. 51), 110.



推導出主要事實，進而得出關於構成要件事實的結論。在此證明中，幾乎完整的輔助事實鏈與簡單的經驗陳述互相結合，導致形成評估者的信念<sup>56</sup>。指示性證據與表面證據案件採用的方法，其本質區別在於指示性證據案件中，只有在個案的特殊性得到體現後，實際推定的證據價值才能產生評估<sup>57</sup>。

其次，Prütting 教授於 1983 年闡述事實上推定的含義<sup>58</sup>，並分析德國聯邦最高法院、聯邦財政法院、聯邦行政法院與聯邦社會法院判例，得出事實上推定是判例中經常使用的工具，它以多種方式用於改變舉證責任的分配和獲得司法確信之結論。由於使用的不一致，事實上推定特別容易受到誤解和任意使用。作為證據評估的一部分，將考慮來自特別強烈的生活經驗假設，可能適合建立表面證據，也可考慮根據一般適應進行分類。法官認為必須特別針對生活經歷進行爭論時，則應該明確說明是否認為成立表面證據，或者在形成信念背景下，使用具體的經歷作為證據，以及其重要性在特定情況下如何有所附加<sup>59</sup>。又 Prütting 將司法實務從輔助事實，推論出主要事實（構成要件事實）的經驗原則分為四類<sup>60</sup>，包括：生活法則（即自然法則、思想法則與經驗法則）、經驗原則、單純的經驗命題與純粹的先見。所謂的生活法則，屬於強制性，不能被視為表面證據。經驗原則，是對行動方針的觀察，非無例外地適用。只要能根據生活經驗，用一定的證據來確定其證實程度，就已足夠。其典型應用領域是過咎證明<sup>61</sup>。單純經驗命題，

在任何情況下都不足以證明完全的司法認定<sup>62</sup>。與任何證據一樣，司法認定係由多種因素同時發生而形成，在此等情況下，人們不能只談論表面證據，因證據並非僅基於經驗命題，且所使用之簡單經驗命題本身，尚不足以形成確信。

再其次，Baumgärtel 教授探討 Prütting 之觀點<sup>63</sup>與他人一致<sup>64</sup>，對民事法院判決的分析使他認識到事實上推定的概念，有時與表面證據結合使用，有時則應用經驗命題以證明某一事件發生的機率較低。此種經驗陳述，雖然不足以作為表面證據，但具有間接證據的意義<sup>65</sup>。為避免推定一詞的不同使用引起混淆，Baumgärtel 建議法官應在具體案件中，說明所顯示的含義，同時清楚表明如何反駁相應的事實上推定。使用事實上推定的合法性，源自於自由評估證據（自由心證）原則，在該原則框架內，此一法律概念，具有其獨特適用性。

最後，Osterloh 法官認為，作為稅法適用典型化範圍的部分，她處理事實上推定和表面證據，她指出事實上推定的概念缺乏清晰度<sup>66</sup>。唯一確定者，在於其為證據法問題，或者認定、查明案件事實的法律問題。然而，事實上推定的精確證據資格和合法性，值得懷疑。她對 Prütting 關於法理學應完全避免該術語的建議<sup>67</sup>，是否有助於從業者表示擔憂。對於其調查主題一稅法適用的典型化範圍——其結論是，由於內容不明確，事實上推定的概念，不應該作為一個關鍵的教條術語

56. Birkenfeld, aaO. (Fn. 51), 110.

57. Birkenfeld, aaO. (Fn. 51), 107.

58. Prütting, aaO. (Fn. 28), 48 FN 3 mit umfassenden Nachweisen: Baumgärtel, in: FS Schwab, 1990, 43(44).

59. Prütting, aaO. (Fn. 28), 57 f.

60. Prütting, aaO. (Fn. 28), 106.

61. Prütting, aaO. (Fn. 28), 106.

62. Prütting, aaO. (Fn. 28), 108.

63. Prütting, aaO. (Fn. 28), 48 FN 3 mit umfassenden Nachweisen: Baumgärtel, in: FS Schwab, 1990, 43(44).

64. Vgl. Nachweise bei Prütting, aaO. (Fn. 28), 48 FN 3 mit umfassenden Nachweisen: Baumgärtel, in: FS Schwab, 1990, 58 FN 35.

65. Baumgärtel, in: FS Schwab, 1990, 51.

66. Osterloh, Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume bei der Anwendung der Steuergesetze, 1992, 86.

67. Vgl. Prütting, aaO. (Fn. 28), 58.

使用，對法律典型適用等進行法律分析與評價，將令人眼花撩亂<sup>68</sup>。關於表面證據，她認為它經常被用作降低證明標準，以更容易提供證據。在無明確的法律規定情況下，降低證明標準，需要額外的合法性依據，但此必須根據適用的實體法規範來制定，其有效和統一執行，尤其取決於「公平、合理地處理證據法」<sup>69, 70</sup>。就如表面證據，與普遍看法相反，法官制定的事實上推定，通常不會被證明是舉證責任，而是證明的定性標準<sup>71</sup>。

### 三、可反證推翻之推定與不得反證推翻之推定

立法機關可以利用擬制定義法律概念，擬制是一種古老的法律思想形式，通常將實際或法律情況視為給定或未給定，而不管其實際情況如何<sup>72</sup>。例如：根據德國《民法典》第105條第1句，法律上無行為能力之成年人簽訂合約，在提供履行和對價後，立即被視為有效<sup>73</sup>。因此，法律擬制形成法律上「彷彿如此」的語言形式<sup>74</sup>。

德國《民法典》第891條第1項規定可反駁推定(Die widerlegbare Vermutung)，保護合法交易和房地產適銷性。該規定基於經驗規則與例外關係：由於土地登記程序的正式性，正式法律情況很少偏離實質性法律情況<sup>75</sup>。在土地登記為所有者，要求返還土地財產，將被推定為其財產。此簡化並加快權利授予。由於此一假設的統計真實性，簡化只會以犧牲少數例外個別情況之公平性為代價。

德國《民法典》第1566條第1項規

定無可辯駁的推定(Die unwiderlegbare Vermutung)，有助於簡化離婚程序。推定依據是他們已經分居一年，且就離婚達成協議<sup>76</sup>。如此等情況成立，則相當於婚姻破裂的充分證明，且不包括相反的證明。該命令的目的是保護配偶的隱私<sup>77</sup>：雙方同意結束婚姻，且此一願望也透過分居來客觀表達，則無理由讓雙方因婚姻失敗，而承擔負擔解釋和證明。

德國《民法典》第1362條第1項第1句和《民事訴訟法》(ZPO)第739條規定，顯示可反駁推定和不可反駁推定的相互作用。根據德國《民法典》第1362條第1項第1句，推定配偶一方或雙方擁有的所有動產，均屬於債務人，有利於配偶的債權人。債權人想要強制執行配偶之一的資產，就必須解釋，甚至證明配偶之間的所有權情況，對其而言，完全不透明，將使有效的法律起訴幾乎不可能<sup>78</sup>。此種所有權的實質推定，執行法得到《民事訴訟法》第739條規定監護推定的支持。雖然德國《民法典》第1362條第1項第1句的推定，至少在理論上屬於可反駁<sup>79</sup>，但《民事訴訟法》第739條規定建立了無可反駁的推定<sup>80</sup>。不可反駁性，在高度正式的執行情序中，提供法律確定性和有效性。特別是負責扣押財產的執行員，不應因有可能反駁推定，而被迫進行實質法律的審查<sup>81</sup>。

推定，可以是得以提出反證推翻或不得

68. Osterloh, aaO. (Fn. 66), 86.

69. BVerfG, v. 25. 7. 1979, 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131, 147.

70. Osterloh, aaO. (Fn. 66), 219.

71. Osterloh, aaO. (Fn. 66), 329, Fußnote 219, letzter Satz.

72. Barczak: Rechtsbegriffe JuS 2020, 907.

73. Esser, Wert u. Bedeutung d. Rechtsfiktionen, 2. Aufl. 1969; Schneider, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002, Rn. 368 ff.

74. Kelsen, Annalen d. Philosophie 1, 1919, 630 (638). Zur Abgrenzung v. Beweislastregeln u. gesetzl. Vermutungen *Kalbflisch*, JuS 2020, 722 (724).

75. MuKoBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 891 Rn. 1.

76. Vgl. MuKoBGB/Weber, 8. Aufl. 2019, § 1566 Rn. 31.

77. MuKoBGB/Weber, aaO. (Fn. 76), § 1566 Rn. 32.

78. MuKoBGB/Weber-Monecke, aaO. (Fn. 76), § 1362 Rn. 3: Vorschrift dient der „Abwendung der unzumutbaren Beweisnot des Gläubigers“ und ist zur „Gewährleistung eines effektiven Vollstreckungsbetriebs erforderlich“.

79. Zu prakt. Schwierigkeiten der Widerlegung d. Vermutung MuKoBGB/Weber-Monecke, aaO. (Fn. 76), § 1362 Rn. 3.

80. Petersen, Jura 2017, 1400 (1401). Die Vermutung des § 739 ZPO gilt sogar dann, wenn die Vermutung des § 1362 I 1 BGB widerlegt wurde (str.).

81. Vgl. MuKoZPO/Heßler, 5. Aufl. 2016, § 739 Rn. 1.



反證推翻之推定<sup>82</sup>。通常，絕大部分法律上推定，屬於可以舉反證推翻，除非法律另有特別規定<sup>83</sup>。得以反證推翻之法律上推定，倒置舉證責任，被推定事實之相對主體，就該推定事實之存在無庸舉證；而反對推定之事實存在者，即負有舉反證推翻該推定事實之義務（負擔）<sup>84</sup>。否則，相關事實之存在，即以該法律上之推定為準。換言之，因得反證推翻之推定，將導致舉證責任倒置，且不僅是舉證責任倒置，反駁其存在者，需要提出反證。因此，反證者必須提供證據，使法庭完全相信情況恰恰相反。準此，凡訴訟程序不要求主張之人，必須證明其主張的先決條件存在，而必須證明缺乏先決條件存在時，此即舉證責任倒置；舉證責任倒置，通常係基於法律推定而發生<sup>85</sup>。

反之，推定不得反證推翻者，則縱使有相反之證據，仍不得為之，其目的在於避免收集證據與相關取證困難。不能反證推翻之推定，又稱為擬制<sup>86</sup>，形同其推定結果，並非反證所得攔其鋒。不能反證推翻之推定或擬制的存在，亦屬於一個解釋問題；擬制基礎之舉證責任，在於虛構之載體。與可反證推翻之法律推定相反，舉證責任並沒有因而倒置。事實上，可能存有與擬制基礎相反之證據，例如：於法定之決定期限後，遲到之駁回申請的行政處分<sup>87</sup>。因此，我國民法第422條雖規定：「不動產之租賃契約，其期

限逾一年者，應以字據訂立之，未以字據訂立者，視為不定期限之租賃。」表面上採取擬制，其實應該是屬於不容許反證推翻的推定。但如當事人確實已口頭約定租約二年，彼此亦不否認或心照不宣，則又何需如此為擬制耶！

非得反證推翻之推定，在立法例上，德國民法典第1566條第2項規定：「配偶已分居三年者，即無可辯駁地推定婚姻已經失敗」<sup>88</sup>。故，儘管配偶彼此生活很長一段時間，但無論在具體情況是否婚姻可能並無失敗。相反地，法院不必做出如此之假設，正是法律如此規定之目的。

擬制與推定不同，並不能舉反證加以推翻。其結果，擬制乃類似於無法反證推翻之推定。但兩者不同之處，在於一個無法反證推翻之推定事實，可能確實存在，但擬制則要求將實際上不存在之事實，視為真實，並賦予一定法效果。詳言之，法律上之擬制，使不同之事實或情狀，發生相同之效果、其法律效果一經發生，除能推翻基礎事實外，無就其效果提出反證予以推翻之可能，故擬制有將原本不同者，強加以為同之作用<sup>89</sup>。

我國學者不乏將法律上擬制與推定概念，混淆用之者。例如陳瑋直氏先則謂：「法律上之推定係法律上所推想、假定或擬制之事實，而在其事實未被反證推翻前，使之發生一定之法律效果也」。然而，繼又謂：「但

82. 後者，另詳下述說明。

83. Vgl. § 292 S. 1, ZPO, BRD.

84. 學者有主張得以推翻法律上之推定者，並非僅以提出反證，使之陷於真偽不明為已足，而必須積極證明推定之事實並非真實始可。詳參見駱永家，民事舉證責任論，第2版，頁126，臺灣商務印書館（1976.10）。

85. 德國學者Dawin教授認為：「此等規定，在實體法律規範事實之特定特徵，並不適用之情況下，如有其他事實位於該基本規範事實之外（推定基礎），則推定滿足該特徵之事實。基礎規範之構成要件無法澄清，並不導致對舉證責任之判定，而係導致證明主體變化：如構成推定基礎之事實成立，為法院所確信，則基礎規範即可被適用。由於可反駁之法律推定，需要真相不明，並允許其存在，因此不會導致由證據規則“強制”法院確信（而係以不同方式克服真相不明），此與證明負擔規定有關。此與舉證責任規範，另有擬制之規定時，得以提供推定事實不存在之證據不同」.siehe, ders., VwGO § 108 (Urteilsgrundlage; freie Beweiswürdigung; rechtliches Gehör),

in: Schoch/Schneider, aaO. (Fn. 19), Rn. 108.

86. 請參見前述貳、三的探討。

87. 關於遲到之行政處分的概念與問題，詳請參見拙文，論遲到之行政處分，收入拙著，行政救濟與行政法學（二），第1版，頁259-280，三民（1993.3）；遲到之行政處分與訴願決定在行政救濟制度上之地位，植根雜誌，第9卷第5期，頁1-10，收入拙著，行政救濟與行政法學，修訂1版，頁303-317，正典（2004.6）；「遲到之行政處分面面觀」，收於政大兩岸行政法學研討會集刊，收入拙著，行政救濟與行政法學，修訂1版，頁319-373，正典（2004.6）。

88. 我國民法並無類此之規定，但於第1030-1條第3項則規定：「法院為前項裁判時，應綜合酌量夫妻婚姻存續期間之家事勞動、子女照顧養育、對家庭付出之整體協力狀況、共同生活及分居時間之久暫、婚後財產取得時間、雙方之經濟能力等因素。」將夫妻分居時間之久暫，列為「夫妻之一方對於婚姻生活無貢獻或協力，或有其他情事，致平均分配有失公平者，法院得調整或免除其分配額。」

89. 參見陳瑋直，前揭（註9）書，頁24-25。

就法理而論，推定係擬制事實使原負舉證責任之人卸除其舉證責任，係證據法則重要內容之一；而視為係擬制法律效果，僅與證據法有不直接之關聯。」<sup>90</sup>

法律上擬制<sup>91</sup>，仍應與法律上推定區分。擬制創設現實中不存在的事態，以無為有，而推導出原本不應存在之法律後果，例如：我國集會遊行法第12條第3項規定：「主管機關未在前二項規定期限內通知負責人者，視為許可。」將本無准駁之申請，當作已經核准。在我國法制上，擬制事項，常常使用諸如：「…視為…」；「…視同…」；「…以…論」等等。

擬制，不會對事實缺乏可證明性做出反應，而是無可辯駁地假設事實屬於真實，並確信它們不存在，因為它們不可能真實<sup>92</sup>。德國最著名的例子，是《民法典》第1923條第2項規定，在繼承時已經受孕，但尚未出生的胎兒被視為出生。這個“擬制”的目的，是使胎兒能夠繼承，因根據《民法典》第1923條第1項規定，只有在繼承時活著的人才能繼承。

在解釋規則方面，在有疑問情況下適用一亦即在無法證明的情況下，並導致聲明被分配一定的內容。其與法律上推定主要區別，在於如根據德國《民法典》第133條和第157條進行解釋，不會導致解釋規則不改變舉證和證明責任，而是改變解釋明確結果的標準<sup>93</sup>。此外，在法學方法上，吳經熊博

士於其名著「法理學」一書，亦舉我國左丘明於春秋一書中「鄭伯克段於鄆」之典故，以彰顯形同「擬制」之”As if”（將…當作…）的運用<sup>94</sup>，可資參考。

## 參、法律上推定之效力與是否屬於推定之判斷

### 一、法律上推定之效力

如推定的基礎得到證明，法律後果就是德國《數位簽章法》第1條第1項規定的推定。在取證時，簽名的“安全性”和“真實性”，係透過與構成要件無關之特殊先決條件的存在（合法數位簽章的存在）間接推斷出來。德國《數位簽章法》第1條第1項中的“安全推定”，彌補已證實的事實與安全性和真實性確信之間的證據差距。“安全推定”不會導致舉證責任的轉換<sup>95</sup>，而是導致臨時的證明，即可以假定程序的安全性和簽名的真實性，直到推定的基礎被動搖為止。實際上大大減輕提供證據者進一步解釋和證據的負擔。在行政訴訟中，如不存在固有的主張責任，則安全性推定會導致法院暫時免除調查義務<sup>96</sup>。在所有類型的訴訟中，證據提出人最初可以提供數位簽名並進行檢查。然而，“安全性推定”只能證明簽名過程的安全性和簽名的真實性。如對決定性意向聲明的其他方面存在爭議，則必須在無需證明情況下，證明此等內容<sup>97</sup>。“安全性推定”的效果僅針對上述推定內容進行規定。對於

90. 參見陳瑞璋直，前揭（註9）書，頁24。

91. 關於根據擬制而作成之行政處分，詳參見拙文，擬制行政處分制度之研究，東吳法律學報，第6卷第2期，頁145-192，收入拙著，行政救濟與行政法學（二），第1版，頁179-244，三民（1993.3）；論擬制行政處分與訴之利益，植根雜誌，第7卷第6期，頁1-10，收入拙著，行政救濟與行政法學（二），第1版，頁245-258，三民（1993.3）；意為決定之訴願與擬制行政處分制度之存廢，法學叢刊，第38卷第4期，頁67-77，收入拙著，行政救濟與行政法學（三），修訂1版，頁353-373，正典（2004.6）。

92. MuKoZPO/Prütting, 6. Aufl. 2020, § 292 Rn. 8.

93. Auslegungsregeln finden sich etwa in § § 331 I, 427 I, 449 I, 454 I 2 u. 2084 BGB.

94. See, John C. H. Wu, Jurisprudence - a Treatise Treatise, Richly Illustrated with Cases and Readings, American Case Book Series, Second Edition, pp. 604-609 esp. the Chinese story in p. 609, Hua Kang Bookstore, Taipei 1976.

95. So BGHZ 100, 31 (34) = NJW 1987, 2876, für den Anscheinsbeweis; s. auch Mayer - Mayer, ZfP v. 1992, 292; Völlmecke, DStR 1996, 1075.

96. Diese wird jedoch bei Widerlegung der Sicherheitsvermutung wieder virulent s. z. B. Völlmecke, DStR 1996, 1075.

97. Dies gilt z. B. für die Autorisierung der Willenserklärung - s. hierzu z. B. Bizer - Hammer - Pordes, in: Pohl - Weck (Hrsg.), Beiträge zur Informationssicherheit, 1995, S. 105.



所有其他情況，仍然需要“直接證明”。

舉證責任是相關規定的實質法律組成部分，對於解決法律糾紛具有重要意義<sup>98</sup>。因此，舉證責任問題是相關標準背後的民法利益評估的一部分。當一方當事人被認為擁有某種實質權利，但通常很難或不可能提出或舉證所需的事實時，舉證責任分配原則的利益公平性就達到極限。為能夠在此類案件中取得反映利益的結果，民法透過倒置舉證責任或推定規則運作。因此，可反駁的推定也導致舉證責任轉換。與純粹舉證責任規制不同之處，在於法律上的推定需要有推定的基礎 (Vermutungsgrundlage)，而舉證責任倒置只要求事實不能被證明<sup>99</sup>。因此，法律上推定可以理解為有條件的舉證責任倒置 (qualifizierte Beweislastumkehr)<sup>100</sup>。

舉證責任的倒置或轉換，其相關規則，有屬於成文規定，但亦有屬於不成文規定。前者，例如在妨礙履行行為的法律中，關於舉證責任的規定與培訓特別相關<sup>101</sup>，這些規定透過其否定性措辭，顛倒經常被提到「推定」過失 (vermutete Verschuld) 義務<sup>102</sup> 的舉證責任<sup>103</sup>，儘管該規定由於缺乏推定的基礎，並非技術意義上的推定。此等規定係基於任何透過合約自願承諾提供服務之人，如有疑問，不提供無障礙之服務，則有過失之考慮。侵權行為法也包含在德國《民法典》第 831 條以下舉證責任轉換的規定<sup>104</sup>。此處

亦經常談論推定過失責任<sup>105</sup>。任何使用第三方作為替代代理人者<sup>106</sup>，有義務監督該人<sup>107</sup>或飼養或監督動物<sup>108</sup>，在對第三方造成損害情況下，必須承擔責任。根據德國《民法典》第 831 條，委託人承擔責任，因為他在涉及第三方的分工中行事，並從中獲取利益。因此，有人受到此等結構傷害，則承擔責任符合該人利益。由其自證清白，比債權人自證過錯更為合理。然而，如企業主表現出必要的謹慎，就可以為自己開脫<sup>109</sup>。農場動物所有者或動物管理者責任，背後的想法也相似。雖然非農場動物的所有者，無論有無過錯都應承擔責任<sup>110</sup>，但農場動物所有者責任<sup>111</sup>和動物管理員責任<sup>112</sup>，被賦予基於過錯責任以及舉證責任轉換之責任。在此，所有者或主管能夠證明其已經採取必要的結構性謹慎措施，以防止第三方受到動物傷害，則即可免責<sup>113</sup>。此等規定同樣基於某人屬於造成危險之來源，並能夠控制危險源者，更有能力證明自己在發生實際損害時沒有過錯，而受害者幾乎無法提供積極的過錯證明之考慮。

不成文之舉證責任轉換，最重要者，適用於製造人之責任領域，自所謂的“雞瘟案件”(Hühnerpestfall) 以來，已得到普遍認可<sup>114</sup>。德國聯邦法院特別證明此種舉證責任倒置的合理性<sup>115</sup>：侵權法中對過錯的規定，原則上，債權人必須依據德國《民法典》第

98. Luke, aaO. (Fn. 39), § 23 Rn. 5.

99. Grdl. dazu Leibold, Beweislastregeln u. ges. Vermutungen, 1966, 90 ff.

100. Vgl. mit diesem Begr. iRd § 477 BGB auch MuKoBGB/Lorenz, aaO. (Fn. 37), § 477 Rn. 1.

101. § § 280 I 2, 286 IV BGB.

102. Brox/Walker, SchuldR AT, 44. Aufl. 2020, § 24 Rn. 23; Medicus/Lorenz, SchuldR AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 330.

103. Durch die negative Formulierung ist das Vertretenmüssen kein positives Tatbestandsmerkmal, sondern ein für den Schuldner günstiger Haftungsausschluss, so dass er darlegungs- u. beweispflichtig ist, s. etwa Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 102), Rn. 349.

104. § § 831 I 2, 832 I 2, 833 S. 2, 834 S. 2 BGB.

105. S. etwa Spickhoff, JuS 2016, 865 (866).

106. § 831 BGB.

107. § 832 BGB.

108. § § 833 f. BGB.

109. Ausf. dazu Staudinger/Bernau, BGB, 2018, § 831 Rn. 2 ff.

110. § 833 S. 1 BGB.

111. § 833 S. 2 BGB.

112. § 834 BGB.

113. Zu Einzelheiten s. MuKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 833 Rn. 76.

114. BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269.

115. Vor der Neufassung d. BehandlungsvertragsR nahm man auch in diesem, strukturell ähnl. Bereich eine ungeschriebene Beweislastumkehr an. Mittlerweile wurden diesen Überlegungen in § 630h BGB in Gesetzform gegossen, vgl. Makowsky, JuS 2019, 332 (336).

823 條第 1 項規定提供證據，必要時證明債務人有過失。然而，「證明主觀先決條件的可能性，很大程度上取決於受害方能夠在多大程度上解釋事件的客觀過程之所有細節。但當涉及公司在產品生產過程中發生的過程時，會帶來特殊困難。」因此，無法解釋的原因，在於生產者的領域。因此，由他承擔負擔，並提供無過失證明亦屬合理。因此種證明比債權人提供的過錯證明要好得多<sup>116</sup>。債務人可以透過證明其在產品的設計和製造中、客戶之指示已採取應有的謹慎態度，以減輕自己負擔<sup>117</sup>。

法律上之推定，最值得注意者，乃其效力與效力之種類及作用範疇，是否僅及於爭訟程序上之舉證責任反置，亦即受到推定而不利之一造，負有提出反證推翻之主觀的舉證責任，亦即主張證據的負擔？抑或擴大、延伸至諸如非爭訟之行政程序或行政實體法律關係。余觀學者之普遍論述，似乎咸認僅在於爭訟時，發生受到推定而不利之一造，負有提出反證推翻之舉證責任，亦即主張證據之負擔與證明負擔<sup>118</sup>，但就後者有不同見解<sup>119</sup>，而尚未見有提及法律上之推定，其效力擴大、延伸至非爭訟之行政程序或行政實體法律關係者。

關於法律上推定之效力，證據法權威學者主張，推定之事項，無反證者，毋庸舉證，亦即推定之效力，在於建立表面可信或初步

可信之證據 (prima facie evidence)。準此，  
 ①推定之效力為減輕或免除主張者之舉證責任，直至無相反之證據事實為止。如對造提出可受容許之反證，則推定停止生效，而由審理事實之人依雙方之證據力量判斷之。  
 ②推定之發生效力，由於基礎事實之確立。審理事實之人必須首先置信於基礎事實之確立，而後始可無待證據，即為推定事實之認定。  
 ③推定之效力，僅在以基礎事實之確立，對於主張推定事實不存在之當事人，課予不舉證之危險 (戴堯法則 (Thayerian Rule))。  
 ④在推定事實不存在之實質的證據提出以前，必須假定原推定事實存在。  
 ⑤在能使審理事實之人認為推定事實不存在之證據提出以前，必須假定原推定事實存在。  
 ⑥在審理事實之人認定事實不存在，較其存在更為可能以前，必須假定原推定之事實存在 (賓夕法尼亞法則 (Pennsylvania Rule))。  
 ⑦推定之作用，有如推定事實之證據，無論有無推定事實不存在之證據，均有效力，除非法官為推定不存在之評決<sup>120</sup>。

值得特別注意者，乃據以推定之基礎事實，根據原先舉證責任分配，負有客觀的證明負擔者<sup>121</sup>，並不因推定而改由受到推定而不利之一造承擔<sup>122</sup>。甚至被推定之事實 (結果事實)，其實質證明負擔，亦即說服法院取信該「假定之事實」，仍不因此而被翻轉<sup>123</sup>。蓋法律上之推定結果，雖然裁判者 (法院) 依法必須承認<sup>124</sup>，但根據經驗法則

116. BGH, NJW 1969, 269 (274 f.).

117. Fuchs/Baumgärtner JuS 2011, 1057 (1060 f.).

118. 參見李學燈，前揭 (註 1) 書，頁 257、259。

119. 參見李學燈，前揭 (註 1) 書，頁 259。

120. 參見李學燈，前揭 (註 1) 書，頁 255-261。

121. Vgl. Kyriakos N. Kotsoglou, Zur Theorie gesetzlicher Vermutungen Beweislast oder Defeasibility? Rechtstheorie, S. 247 (243-276). 更深入之論述，詳請參見 Cora Steininger, Beweisrechtliche Aspekte des Verbraucherschutzes bei allgemeinen oder für den Einzelfall vorformulierten Vertragsbedingungen im italienischen und deutschen Recht, SS. 35-53, Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der juristischen Fakultät der Universität Regensburg 2002, SS. 55-57. 本文作者就法律上之推定對舉證責任之影響，於結論特別提出：「最後欲釐清者，乃此等推定，不能與所謂的『無條件推定』相混淆。在此與含有『假設』一詞之法律規定有關。然而，欠缺要件事實之外的推定基礎。因此，此等於法

律規定與對舉證責任之特殊規定有關，而與推定無關。

122. 德國學者 Dawin 教授因而謂：「當事人中之何方對推定所依據之事實承擔舉證責任，又取決於任何可能適用之特殊規則或法律關於舉證責任之基本規則」(Wer von den Parteien die Beweislast für den die Vermutungsbasis ausfüllenden Sachverhalt trägt, richtet sich wiederum nach etwaigen hierauf anwendbaren Sonderregeln oder nach der beweislasterrechtlichen Grundregel). Siehe, ders., VwGO § 108 (Urteilsgrundlage; freie Beweiswürdigung; rechtliches Gehör), siehe, ders., in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand: 42. EL, Februar 2022, Rn. 109.

123. 不同見解，參見李學燈，前揭 (註 1) 書，頁 257、259；司法院院台廳行一字第 0950020772 號函 辦理行政訴訟事件應行注意事項：十九、(三)、2. 法律上推定之事實無反證者，毋庸舉證 (行政訴訟法一七六準用民事訴訟法二八一)，其為相異之主張者，應負客觀的舉證責任。至於我國各級法院之判決，對此雖無特別的論述，但似乎亦採取與司法院上述函令相同之見解。



(Faustregeln) 亦僅係促使法院程序較輕鬆與加速進行的初步可信證據<sup>125</sup>，讓法院信其大概如此之表徵性印象而已<sup>126</sup>，而非絕對可信之確信性證據<sup>127</sup>。對此，美國聯邦證據法第3條規則第301條，即明文規定：「民事案件中之一般推定，在民事案件中，除非聯辦法規或本規則另有規定，推定所針對之當事人有責任舉證反駁該推定。但本條規則並無轉移說服之責任，說服之責任仍落在最初擁有該責任者之一方身上。」(Presumptions in Civil Cases Generally In a civil case, unless a federal statute or these rules provide otherwise, the party against whom a presumption is directed has the burden of producing evidence to rebut the presumption. But this rule does not shift the burden of persuasion, which remains on the party who had it originally.)<sup>128</sup>。

由上述說明，似乎法律上之推定，其作用僅侷限於爭訟程序，而不及於非爭訟之行政程序。不過，是否如此，仍有疑問。於此必須先提出者，乃黨產條例第5條規定之“推定”，與其他聯結性規定聯結之後，即產生巨大之影響，而足資政黨與其「附隨組織」之炯戒<sup>129</sup>。

## 二、是否屬於法律上推定之判斷基準

法律使用“推定”之字眼，通常固然大部分屬於“法律上之推定”，但亦有與此毫

不相干或僅屬於“推論”或“事實上之推定”者<sup>130</sup>，甚至只是「推舉決定」之意（例如我國民法第1124條關於家長之推定）。除此之外，法條使用“得認為…”<sup>131</sup>、“得認定為…”<sup>132</sup>、“得假定…”<sup>133</sup>之字眼者，依據其實質，仍非不得認定屬於容許舉反證推翻之“法律上推定”。至於我國法律或法規雖亦不乏有“禁止推定”或“禁止推論”者，但其反面，則仍構成“另類之推定”。例如：刑事訴訟法第154條第1項規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪」，採取正面之“無罪推定”，而第2項規定：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實」，雖採取負面之“禁止推定犯罪”，其結果，應僅屬“正反面之表述”方法而已。與此類似者，例如我國民法第707條第2項規定：「應歸隱名合夥人之利益而未支取者，除另有約定外，不得認為出資之增加。」其中“不得認為”，亦含有“禁止推定”之效果。

## 肆、據以推定事項，應由誰舉證？

推定的規則，可以分為推定的基礎(Vermutungsgrundlage)<sup>134</sup>和推定的結果(Vermutungsfolge)。對推定有利的人，有責任提出並證明該推定的依據存在。如法院確信推定基礎存在，則假定該推定真實<sup>135</sup>。推定的證據後果，在德國，源自於民事訴訟法(ZPO)第292條第1句：法律推定，凡

124. Siehe, Michal Bobek, aaO. (Fn. 13), S. 9(1-19).

125. 此種表徵性證據，由法院依職權探求之。Dazu, vgl. Hüttenbrink, E. Klageverfahren in 1. Instanz, in: Kuhla/Hüttenbrink, Verwaltungsprozess, 3. Auflage 2002, Rn. 237a.

126. Siehe, Michal Bobek, aaO. (Fn. 13), S. 8 (1-19).

127. 參見李學燈，前揭（註1）書，頁255-256。

128. 1980年舊版之中文翻譯與解說，可參見段重民翻譯/Stephen A. Saltzburg著，美國聯邦證據法，頁15，司法周刊雜誌社（1985.6）。類似之見解，另參見Edmund M. Morgan著/李學燈翻譯，證據法之基本問題，再版，頁61，教育部（1970.11）。

129. 此等規定，包括：第6條、第8條、第9條、第10條。

130. 例如：我國民事訴訟法第282條規定：「法院得依已明瞭之事實，

推定應證事實之真偽。」其中之「推定」，實為邏輯上之「推論」(Inference)。

131. 例如：我國“船舶艙區劃分規則”第51條第2項、船舶防火構造規則第17條、第55條、第86條、第105條、現職公務人員調職辦法第5條第8條。

132. 例如：我國國籍法施行細則第3條第2項、有害事業廢棄物認定標準第5條第2項、第3項。

133. 例如：我國船舶散裝固體或物裝在規則第23條第3款。

134. Die Vermutungsgrundlage ist eine außerhalb d. Tatbestands d. zur prüfenden Norm liegende Tatsache, vgl. Hk-ZPO/Saenger, aaO. (Fn. 39) § 292 Rn. 2f. Tw. wird auch v. der Vermutungs-basis gesprochen.

135. BGH, NJW 2010, 363(364); Musielak/Voit, aaO. (Fn. 26), Rn. 862f.

法律規定不排除其可能性者，(僅)得透過反證推翻之。因此，可反駁的推定和不可反駁的推定間存在區別<sup>136</sup>。可反駁的推定只能證明相反的證據(Beweis des Gegenteils)，而不能提供反證(Gegenbeweis)<sup>137</sup>。因此，可反駁的推定，倒置推定主題的舉證責任<sup>138</sup>。此一事實表明，對某一情況的法律推定，相當於充分的證明<sup>139</sup>。與反證的出示不同，反證只需動搖法院對事實真實性的信念，相反的證據則要求法院確信相反的事實(推定)<sup>140</sup>。

前美國哈佛大學教授Ashford與Risinger認為，大多數人都同意當另一個前提或據以推定事實之真實性已經確定，即認為“推定”之結論或被推定之事實，亦屬真實<sup>141</sup>。準此，推定之結果欲有效成立，則據以推定之事項必須確實存在。因此，主張因推定結果而受益者，自應證明據以推定之事項確實存在。

據以推定之事項，亦即據以推定之前提事實(Vermutungstatbestand)，以德國數位簽名為例，舉證者必須證明數位簽名未被更改，且來自合法的簽名過程。他可以透過在取證過程中使用根據數位簽章命令(SigV)第17條規定檢查的確認測試程序，作為視覺證據的一部分進行檢查，檢查數位簽章的真實性，而證明數位簽章的真實性。透過數位簽章，包含來自核准的憑證授權單位憑證，提供簽章來自合法合規簽章流程的證明，且可以使用根憑證授權單位的憑證進行

驗證。

就次要的舉證責任(Sekundäre Darlegungslast)，其位格導致舉證責任的特殊倒置<sup>142</sup>。一般不需要提供證據的當事人，必須陳述事實，而一般需要提供證據的當事人，僅限於反駁<sup>143</sup>。其原因背景在於一般不需要提供證據的一方當事人“更接近事實”，因此，提供解釋合理，而申訴人則不可能提供解釋<sup>144</sup>。因此，為取得符合當事人利益結果，有必要扭轉解釋責任。常見的適用領域是負面事實的證明<sup>145</sup>：例如，在不當得利的索賠中，次要舉證責任意味著債務人必須解釋轉移資產的任何法律理由，以及原則上有義務提供證據的債權人，只能否認此類陳述。

舉證責任和推定規則，僅在程序存在不確定性情況下適用<sup>146</sup>。如案件事實提供明確信息，則此一適用先決條件即無訴諸推定或舉證責任規則的餘地。常見的錯誤，是過早依賴德國《民法典》第280條第1項第2句規定的舉證責任倒置。在依賴第280條第1項第2句規定的推定之前，必須審查案件事實，以獲取需要的證據。只有在確實真相未明(*non liquet*)情況下，才能訴諸推定。在此種情況下，最好簡要地確定非合法性的存在，以表明證明責任的適用要求已被理解。常見的解決方案是確認需要代表當前或推定的情況，只有在案件事實不能明確回答是否存在過錯的情況下才可行。

就據以推定事項之反駁而言，在數位簽章之安全推定，只會導致可反駁的推定。據

136. HK-ZPO/Saenger, aaO. (Fn. 39), § 292 Rn. 5.

137. Vgl. Stein, JuS 2016, 896 (899).

138. Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, 18. Aufl. 2018, § 116 Rn. 11f.

139. Mit einem Vollbeweis soll das Gericht v. der Wahrheit von behaupteten Tatsache überzeugt werden, s. Muthorst, JuS 2014, 686 (688 f.).

140. S. Muthorst, JuS 2014, 686 (689); Lüke, aaO. (Fn. 39), § 22 Rn. 6.

141. See, Harold A. Ashford/D. Michael Risinger, Op. cit. supra (Fn. 4),

p. 165 (165-208).

142. Pohlmann, ZPR, 4. Aufl. 2018, Rn. 342.

143. Bischoff, JA 2010, 532; Muthorst, JuS 2014, 686 (687).

144. Vergleichbar ist insofern auch die Möglichkeit d. Bestreitens mit Nichtwissen gem. § 138 IV ZPO; s. dazu etwa Nicolli, JuS 2000, 584.

145. Vgl. Bischoff, JA 2010, 532.

146. Musielak/Voit, aaO. (Fn. 26), Rn. 862.



以推定的基礎，乃如滿足合法簽名程序的所有要求，則安全簽名的可能性很高，且可以檢測偽造和篡改。安全推定的基礎是「安全建築基石」所具有的高度整體安全性，基於數位簽章法的五個「安全組成部分」：(1) 根據數位簽章法 (SigG) 第 4 條進行測試的認證機構；(2) 根據數位簽章法 (SigG) 第 2 條以下和與第 4 條第 5 項規定整合到一個簡單明瞭的認證結構中，以及 (3) 提供所有符合數位簽章法 (SigG) 第 5 條至第 10 條規定的必要安全服務；(4) 僅使用根據數位簽章法 (SigG) 第 14 條規定測試的技術組件，並且 (5) 由控制基礎設施根據數位簽章法 (SigG) 第 13 條和第 15 條規定進行監控<sup>147</sup>。在實際上可得反駁之程度或可能上，如推定的基礎能夠動搖，則該推定將被推翻。如可以證明違反《數位簽章法》或《數位簽名命令》的安全義務，或違反《數位簽章法》第 6 條和《數位簽名命令》第 4 條規定的簽署金鑰持有者義務，則屬於此種情況。安全推定可以被反駁，特別是透過證明技術組件或演算法及相關參數的不適當適用性、使用未經測試或未經確認的技術組件、認證機構未充分或不正確地履行強制性服務、金鑰或違反簽署金鑰持有者的義務。反駁該推定基礎的舉證責任，在於質疑安全推定的人。法律沒有規定必須提供何種程度的確定性，才能反駁該推定。根據德國《民事訴訟法》第 292 條規定，要求提供相反證據來反駁“法律的事實推定”，既沒有風險，也不合適<sup>148</sup>。反駁可以透過反對者否認證明假設合理的事實，並

合理地證明在具體案例中，可能出現不同的事件進程來進行<sup>149</sup>。所需要者，不是證明假設基礎的反面，而是需要事實證明假設基礎的重要組成部分缺失的嚴重可能性。然而，證據的反對者必須充分證明可能出現不同事件進程的事實<sup>150</sup>。因此，他必須證明事實，據此可以得出結論，沒有按照法律實施安全預防措施，或者簽署金鑰持有者的行為違反了根據《數位簽章法》第 6 條和《數位簽章命令》第 4 條，向他告知的行為建議。

與其他證據法則比較，德國《民事訴訟法》第 415 條至第 418 條等證據規則，並不涉及舉證責任的分配，而是規範證據的證明價值。相較之下，關於舉證責任的規則，例如德國《民事訴訟法》第 292 條規定的推定，規定了在無法提供證據時的決定<sup>151</sup>，限制法院對證據的自由評估。因此，在以該原則為特徵的程序法中，被視為異物<sup>152</sup>。他們最終證明有爭議的事實，反證據並不能反駁它<sup>153</sup>，但必須與文件的證據價值來權衡<sup>154</sup>。因此，它們不僅限制對證據的自由評估，也干擾對方受憲法保護的立場。

## 伍、否定推定事項，應由誰舉證？

我國民事訴訟法第 281 條規定：「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證。」德國《民事訴訟法》第 292 條第 1 句亦規定：「法律確立事實存在之推定，除法律另有規定，得採納反證。該證據亦得透過根據第 445 條申請當事人訊問而提供之。」<sup>155</sup>。兩國訴訟法規定，雖用字不盡相同，但

147. S. z. B. Roßnagel, NVwZ 1998, 5f.

148. S. BGH, MDR 1959, 114; Baumgärtel, aaO. (Fn. 35), S. 47; Thomas-Putzo, ZPO, 20. Aufl. (1997), § 292 Rdnr. 4.

149. S. z. B. BGH 100, 31 (34) = NJW 1987, 2876; BGH, VersR 1995, 723; Baumgärtel (o. Fußn. 35), S. 47; Thomas-Putzo, aaO. (Fn. 156), § 286 Rdnr. 12; Völlmecke, DStR 1996, 1075; Mayer-Mayer, ZJP 1992, 292f.; Britz, Urkundenbeweis und Elektroniktechnologie,

1996, S. 256.

150. S. z. B. BGH 8, 239 = NJW 1953, 584; Völlmecke, DStR 1996, 1075.

151. Leipold, aaO. (Fn. 35), S. 80 ff.

152. S. hierzu auch Britz, aaO. (Fn. 149), S. 95f.

153. S. z. B. Mayer-Mayer, ZJP 1992, 288.

154. S. z. B. Leipold, aaO. (Fn. 35), S. 86.

其旨趣並無不同。亦即當事人就“法律推定之事實”，無庸舉證證明該“法律推定之事實”存在，而只有欲推翻該法律推定之事實存在者，始需要提出反證證明該法律推定之事實並不存在。唯值得注意者，乃法律條文係使用“法律推定之事實”，亦即“推定結果”(Vermutungsfolge)，而非“法律據以推定之事實”，亦即“推定之基礎”(Vermutungsgrundlage)。因此，因法律之推定結果受益者，固然不必就“推定結果”存在負舉證責任，但就“法律據以推定之事實”，亦即“推定之基礎”(Vermutungsgrundlage)或前提存在，除法律另有規定外，仍應負舉證證明其存在之責任。

## 陸、結論

推定，雖有各種分類，但主要集中於法律上之推定與事實上之推定、得反證推翻之推定與不得反證推翻之推定。得反證推翻之法律上推定，因推定之結果受益者，就推定之結果毋庸舉證證明其存在。反之，因推定之結果受害者，就推定之結果不存在，則必須舉反證始能推翻之。換言之，在訴訟法上，雖產生舉證責任倒置或轉換之結果。但是，因推定之結果受益者，就據以推定之基礎存在，原則上應負擔舉證、證明其存在之責任。此外，事實上之推定，雖然並非法律規定之制度，但是對於司法實務，則會產生表面證據之效果，基於司法實務見解之統一，常常

會導致法官形成類似之心證或證據評價，而屬於不成文之專業經驗命題。

最後，法律上之推定，並不限於成文法使用推定之術語者，且成文法使用推定之用語者，有時與法律上之推定亦無關聯(例如我國民法第1124條關於家長之推定，乃推舉決定之意)。基於法律上推定制度之合目的性與容許性，甚至是合憲性，法律上之推定不宜流於浮濫，應謹慎、節制地使用，尤其是攸關人民權利之事項，不應純粹為便利公權力，而將人民壓制於幾乎窒息的事實上不能反證推翻之推定下！



155. § 445 ZPO: "(1) Eine Partei, die den ihr obliegenden Beweis mit anderen Beweismitteln nicht vollständig geführt oder andere Beweismittel nicht vorgebracht hat, kann den Beweis dadurch antreten, dass sie beantragt, den Gegner über die zu beweisenden Tatsachen zu vernehmen. (2) Der Antrag ist nicht zu berücksichtigen, wenn er Tatsachen betrifft, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet."



# 刑事彈劾證據之證據能力與實務運用

梁志偉\*

## 壹、彈劾證據之意義與證據能力

### 一、彈劾證據之概念基礎

刑事訴訟之運作，司法實務歷來形塑「彈劾證據」之概念<sup>1</sup>，為控（檢察官或自訴人）辯（被告及辯護人）雙方於法庭攻防論述之說理根據，且係法院裁判常援引說明之論述基礎。由於刑事訴訟法第155條第2項規定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」，在學理上，以嚴格（謹）證據法則稱之，係為保護被告正當法律程序權益而設，嚴格限制作為判斷、認定基礎之依據，必須係適格之證據資料，並經由完足之證據提示、辨認、調查與辯論，始能為不利於被告之有罪判決，至於對其有利之無罪判決，自不在此限。學理上乃有「彈劾證據」與之相對照，作用在於削弱甚或否定檢察官（或自訴人）所舉不利被告證據之證明力<sup>2</sup>。因此，所謂「彈劾證據」為英美法之概念，係指爭執證人陳述憑信性或證明力之證據，其作用僅在於減弱「實質證據」（即證明待證事實存否之證據）之證明力，以供法院審判心證之參考，不得作為認定犯罪事實之基礎<sup>3</sup>。

實務指出，「傳聞排除法則」中所謂被告以外之人於審判外之陳述無證據能力，係

針對證據目的在於證明犯罪事實爭點（issue on fact）之證據資格而言，若證據之目的僅係作為「彈劾證據憑信性或證明力」之用（issue on credibility），旨在減損待證事實之成立或質疑被告或證人陳述之憑信性者，其目的並非直接作為證明犯罪事實成立存否之證據，則無傳聞排除法則之適用，此即英美法概念所稱「彈劾證據」（impeachment evidence），日本刑事訴訟法第328條亦已就此項「彈劾證據」予以明文規定<sup>4</sup>，基於刑事訴訟發現真實及公平正義之功能，於我國刑事訴訟上亦應有其適用<sup>5</sup>。準此，參酌刑事訴訟法第166條之1第2項規定：「為辯明證人、鑑定人陳述之證明力，得就必要之事項為主詰問。」、第3項第6款規定：「行主詰問時，不得為誘導詰問。但下列情形，不在此限：……證人、鑑定人為與先前不符之陳述時，其先前之陳述。」、第166條之2第1項規定：「反詰問應就主詰問所顯現之事項及其相關事項或為辯明證人、鑑定人之陳述證明力所必要之事項行之。」及第2項規定：「行反詰問於必要時，得為誘導詰問。」等規定，與行反詰問時容許以陳述人先前不一致之陳述供為彈劾之法理，以及刑事訴訟法第288條之2規定所稱之「辯論證據證明力」，除法院認

\* 本文作者為陽銘法律事務所主持律師、社團法人高雄律師公會第16屆第1任審判實務研究委員會召集人。

1. 本文以下提及司法實務係指最高法院歷來裁判之各類觀點。至於近期學理上比較法觀點之探討，請見張永宏，論刑事彈劾證據之證據能力與調查—日本法的借鏡與反思（四之一），司法周刊第2151期，112年4月7日，第2頁至第3頁；同著者，論刑事彈劾證據之證據能力與調查—日本法的借鏡與反思（四之二），司法周刊第2152期，112年4月14日，第2頁至第3頁；同著者，論刑事彈劾證據之證據能力與調查—日本法的借鏡與反思（四之三），司法周刊第2153期，112年4月21日，第2頁至第3頁；同著者，論刑事彈劾證據之證據能力與調查—日本法的借鏡與反思（四之四），司法周刊第2154期，112年4月28日，第

2 頁至第3頁。

2. 參最高法院100年度台上字第4761號刑事判決意旨。

3. 參最高法院100年度台上字第1731號、101年度台上字第4645號等刑事判決意旨。

4. 日本刑事訴訟法第328條關於彈劾證據擬制為有證據能力之規定係：「依第321條至第324條規定不得作為證據之文書或供述，為爭執被告、證人或其他人於審判準備或審判期日所為供述之證明力，得作為證據」，參最高法院106年度台上字第3183號、110年度台上字第309號等刑事判決理由所載。

5. 參最高法院98年度台上字第949號、98年度台上字第4029號、99年度台上字第4103號等刑事判決意旨。

為足為判斷依據之有證據能力之證據，為求更臻明瞭起見，給予當事人等就其證明力辯論之機會外，當然亦包括當事人等得提出被告以外之人先前在審判外所為「自我矛盾之陳述」，以彈劾該被告以外之人在審判中所為陳述之證明力，使法院為適正之取捨，形成正確之心證<sup>6</sup>。

## 二、彈劾證據之證據能力

### （一）彈劾證據具有證據能力之觀點

實務早期有認為，證據法上之傳聞排除法則，係指待證犯罪事實（issue on fact）之審判外陳述而言，倘以審判外之陳述（與審判上陳述不一致）待證審判上陳述之憑信性（issue on credit），則無此排除法則之適用，換言之，先前審判外不一致之陳述（與審判上陳述不一致）則容許作為彈劾審判上陳述之憑信性，而具有證據能力。蓋基於「苟後之審判上陳述為真，何以先前有不一致之審判外陳述」之法理，先前不一致之審判外陳述容許作為彈劾審判上陳述憑信性之證據。惟此證據僅限於彈劾審判上陳述憑信性而已，與待證犯罪事實之情形不同，不可混淆<sup>7</sup>。依此，審判外不一致之陳述於審判上作為彈劾證據使用，即具有證據能力。

### （二）彈劾證據不以具有證據能力為必要

除前述認為彈劾證據本身具有證據能力之觀點外，實務較普遍認為：我國刑事訴訟法基於證據裁判主義及證據能力之規定，得以作為認定犯罪事實之依據，以有證據能力之證據為限，惟於審判期日證人所為陳述與

審判外之陳述相異時，可提出該證人先前所為自我矛盾之陳述，用來減低其在審判時證言之證明力，此種作為彈劾證據使用之傳聞證據，因非用於認定犯罪事實之基礎，不受傳聞法則之拘束。因此，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，雖不得以之直接作為證明犯罪事實存否之證據，但非不得以之作為彈劾證據，用來爭執或減損被告、證人或鑑定人陳述之證明力<sup>8</sup>。

是以，證據能力，係本於嚴格證明法則，對於認定犯罪事實所憑之證據，所為應具有證據適格性之要求。反之，倘非作為認定犯罪事實之證據，而是用來彈劾被告、證人陳述證明力，即不以使用具有證據能力之證據為限，若與經驗、論理法則無違，即使不具證據能力之傳聞證據，亦可資為彈劾證據使用<sup>9</sup>。不合傳聞例外之先前陳述，雖不得作為犯罪成立與否之實體證據，然尚非不得以其先前所為「自我矛盾之陳述」，用來彈劾該證人在審判中供述證據之證明力。此種僅止於用來爭執證明力之彈劾證據，即無嚴格證明法則之適用<sup>10</sup>。從而，彈劾證據消極地作為爭執同一證人所為自相矛盾陳述憑信性或證明力之證據，並非用以積極地證明犯罪事實存在之實質證據，故不以具有證據能力為必要<sup>11</sup>。

## 貳、彈劾證據之區辨與實務運用

### 一、彈劾證據與相關證據之區辨

刑事訴訟法第156條第2項規定：被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證

6. 參最高法院 96 年度台上字第 4363 號、98 年度台上字第 7195 號、99 年度台上字第 3240 號、99 年度台上字第 6590 號、99 年度台上字第 7620 號、100 年度台上字第 847 號、100 年度台上字第 2446 號、106 年度台上字第 4083 號、101 年度台上字第 1172 號、101 年度台上字第 1324 號、108 年度台上字第 2878 號等刑事判決意旨。

7. 參最高法院 99 年度台上字第 2805 號刑事判決意旨。

8. 參最高法院 97 年台上字第 1981 號、98 年台上字第 2896 號、98 年度台

上字第 7652 號、98 年度台上字第 6648 號、98 年度台上字第 7685 號、99 年度台上字第 6303 號、101 年度台上字第 3870 號、102 年度台上字第 596 號、104 年度台上字第 1627 號、104 年度台上字第 2323 號、109 年度台上字第 1535 號、111 年度台上字第 4635 號等刑事判決意旨。

9. 參最高法院 106 年度台上字第 4057 號刑事判決意旨。

10. 參最高法院 96 年台上字第 7337 號刑事判決意旨。

11. 參最高法院 112 年度台上字第 2025 號刑事判決意旨。



據，仍應調查「其他必要之證據」，以察其是否與事實相符。其立法旨意在防範被告或共犯之自白與真實不符，故對自白在證據上之價值加以限制，明定須藉補強證據以擔保其真實性。上揭所稱「其他必要之證據」即所謂「補強證據」，係指除該自白本身之外，其他足以證明該自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言，雖所補強者，非以事實之全部為必要，但亦須因補強證據與自白之相互印證，足使犯罪事實獲得相當確信者，始足當之。故簡言之，「補強證據」即係補強自白之證據，以補強證據之存在限制合法自白在證據上之價值俾發現實質之真實。原則上應符合下述三要件，即：1. 應具有證據能力。「證據」既具有作為嚴格證明資料之能力或資格，所謂「補強證據」自應具「證據能力」或稱「證據資格」，此亦經司法院釋字第 582 號解釋所闡明。相對地，與「彈劾證據」，主要用來彈劾證人的信用能力，目的在動搖證言的憑信性，減低證人在審判時證言之證明力，因非用於認定犯罪事實之基礎，可不受傳聞法則之拘束，自有不同。2. 補強證據與自白間應不具同一性或重複性。否則僅屬與自白相同之證明力薄弱的「累積證據」，不具補強證據之適格。3. 補強之範圍限定為與犯罪構成要件事實有關聯性，且對於待證事實認定具有實質價值。至是否具有上開關聯性或其實質價值如何，則須委由法院經過合法調查並評價後，始能認定該補強證據是否具有證明力以及其強弱<sup>12</sup>。依此，補強證據係證明犯罪事實之佐證，彈劾證據則非用以認定犯罪事實，兩者有所差異。

惟情況事實倘足以合理推論待證事實之存在或不存在者，乃所謂「情況證據」，其證據機能，非但得以間接推論待證事實之存在或不存在，且得作為彈劾證據，用以彈劾或補強直接證據之真實性，是斟酌直接證據之憑信性（證明力）時，對於待證事實存在或不存在當時之情況事實，不能置而不論，否則，採證認事即有偏離真實之虞，難謂適法<sup>13</sup>。就此，實務有認為，是否傳聞證據應視「待證事實」而定，如待證事實並非實體犯罪構成要件，而係用以加強被害人所述犯罪情節憑信性的彈劾證據，其性質即「非傳聞」，基於直接審理原則，此等經由被害人轉述犯罪過程的情緒反應，既係證人親自見聞之事，如與被害人所指證之被害事實具有關聯性，仍得作為補強被害人證言（直接證據）實在可信之補強證據<sup>14</sup>。另有認為，行為人不會因為被害人難以證明、甚或無端的指控而入罪，始符罪刑法定與無罪推定原則。而待證事實如非實體犯罪構成要件，係用以加強直接證人所言憑信性的彈劾證據，基於直接審理原則，亦非不得作為證明直接證人證言實在之補強證據，惟仍須指述前後並無瑕疵，且無合理懷疑，始得作為有罪判決之依據<sup>15</sup>。依此，實務上彈劾證據與補強證據之區辨界限似有漸趨模糊之趨勢，值得持續留意關注。

## 二、彈劾證據於審判實務之運用

### （一）控辯雙方之應用

刑事訴訟法第 288 條之 2 規定：「法院應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人，以辯論證據證明力之適當機會。」，控辯雙

12. 參最高法院 108 年度台上字第 4053 號刑事判決意旨。

13. 參最高法院 98 年度台上字第 3941 號、109 年度台上字第 3963 號、110 年度台上字第 3796 號等刑事判決意旨。

14. 參最高法院 110 年度台上字第 5203 號、110 年度台上字第 6090 號、

111 年度台上字第 4783 號、112 年度台上字第 1127 號、112 年度台上字第 3541 號、112 年度台上字第 4107 號等刑事判決意旨。

15. 參最高法院 111 年度台上字第 3017 號、112 年度台上字第 1348 號等刑事判決意旨。

方於法院審判程序中，得提出彈劾證據以指摘被告、證人或鑑定人陳述之證明力。對於辯方而言，傳聞證據之所以應被排除，係因證人所陳述者，非屬親身經歷之事實，而只是傳播第二手以上之資訊，無從透過反對詰問程序檢驗其真實性，法院亦無法直接從中獲取正確之心證，但此乃指不利於被告之傳聞而言，如屬有利被告之傳聞，則不妨作為彈劾證據<sup>16</sup>。所謂「彈劾」之概念用語，依實務歷來論述開展，包含「爭執<sup>17</sup>」、「打擊<sup>18</sup>」、「減低<sup>19</sup>」、「減損<sup>20</sup>」、「減弱<sup>21</sup>」、「削弱<sup>22</sup>」、「推翻<sup>23</sup>」、「否定<sup>24</sup>」或「印證<sup>25</sup>」陳述憑信性或證明力等態樣。

又對於虛偽危險性較大之被告以外之人<sup>26</sup>所為之陳述，為避免其嫁禍他人，藉以發見實體之真實，除仍應認有補強證據以增強其陳述之憑信性，始足為認定被告犯罪事實外，被告就彈劾該陳述憑信性之證據，亦得聲請調查，以兼顧其訴訟上防禦權之保障。倘被告已釋明該彈劾證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，如予採納或經調查後，可能推翻證人之指證，而據為不同之認定者，法院如未予調查，亦有證據調查職責未盡之違誤<sup>27</sup>。然當事人等所提出作為彈劾證據使用之被告以外之人在審判外不符合傳聞例外之陳述，必須已足以推翻或否定其審判中陳述之憑信性，後者之陳述始不具證據價值，否則應屬審判中陳述證據之評價問題，如無違經驗與論理法則，即不得資為合法之

第三審上訴理由<sup>28</sup>。

此外，實務近期有認為，相對於美國法只要被告放棄其緘默權利，立於證人地位，其程序皆與人證程序相同，自適用彈劾證人陳述可信度之程序。然我國被告對於自身案件並無證人適格，因此對於被告本身之陳述是依據自白法則、任意性法則來認定，並無人證程序之適用，即被告之陳述是否可採，應由法官本諸確信自由判斷，並無彈劾證據之適用。雖依刑事訴訟法第 97 條、第 163 條、第 169 條或第 184 條等規定賦予證人與被告、被告與被告間詢問或相互對質之機會，此等詢問及質問之本質亦係利用彈劾方式呈現各個證據間之可信度，但究不能以被告本身先後不一致之陳述資為彈劾證據用以削弱或減低其自白之可信性，否則只要被告陳述一有翻異或齟齬，即謂其先前或全部所述均不可信，自有違證據法則<sup>29</sup>。針對被告自身之陳述無從作為彈劾證據使用之觀點，攸關控辯方法庭辯護策略之主張，得予注意。

## （二）法院審理之應用

刑事訴訟法第 166 條第 4 項、第 166 條之 6 第 2 項規定，證人、鑑定人經當事人、代理人或辯護人詰問完畢後，審判長得為訊問及續行訊問，以補詰問之不足；又同法第 170 條規定，參與合議審判之陪席法官，得於告知審判長後，準用前開規定訊問證人、鑑定人。良以人證為證據方法之一種，係以

16. 參最高法院 99 年度台上字第 4331 號刑事判決意旨。

17. 同前註 3、8、10、11。

18. 同前註 6。

19. 同前註 6；另參最高法院 103 年度台上字第 3990 號刑事判決意旨。

20. 同前註 8。

21. 同前註 3。

22. 同前註 3。

23. 參最高法院 101 年度台上字第 31 號刑事判決意旨。

24. 同前註 3、10。

25. 參最高法院 99 年度台上字第 4383 號刑事判決意旨。

26. 所謂虛偽危險性較大之被告以外之人，可參最高法院 101 年度台上字

第 6199 號刑事判決：「被害人、告訴人係以使被告受刑事追迫為目的，是其陳述是否與事實相符，仍應調查其他證據以資審認（見本院五十二年台上字第一三〇〇號判例）；實係因該等證人或因有利害關係，本質上存有較大之虛偽危險性，為擔保其真實性，即應調查其他必要之證據。基於雙方對向行為之犯罪（對向犯），如購買毒品者指證販毒者；投票受賄者指證賄選者；貪污治罪條例之行賄者指證收賄者；犯槍砲彈藥刀械管制條例之罪，於偵查或審判中自白，並供述全部槍砲之來源及去向者；因均得獲減輕或免除其刑，甚或得由檢察官為職權不起訴或緩起訴處分，不免作出損人利己之陳述，其證言本質上亦存在較大之虛偽危險性。」之具體說明。

27. 參最高法院 109 年度台上字第 5160 號刑事判決意旨。

28. 同前註 23。

29. 參最高法院 108 年度台上字第 801 號刑事判決意旨。



人之陳述為證據，而證人之陳述，不免因人之觀察、知覺、記憶、敘述、表達等能力及誠實信用，而有偏差，為發現實體之真實，自許審判長、陪席法官為補充訊問，以形成正確之心證，另參酌同法第 166 條之 1 第 2 項、第 3 項第 6 款，第 166 條之 2 等規定，於行詰問時容許以陳述人先前不一致之陳述作為彈劾之法理，審判長、陪席法官於補充訊問時，自非不得以之作為彈劾證據，用以彈劾該證人於審判中陳述之證明力<sup>30</sup>。

彈劾證據對於法院之應用，實務有認為不具證據能力之傳聞證據雖可作為彈劾證據，然彈劾證據之作用僅在於否定或減弱實質證據之證明力，尚不得作為認定犯罪事實之基礎。否則，如無證據能力之傳聞證據得作為「增強」實質證據證明力之依據，而資為不利被告之認定時，將使法律所規定傳聞證據之限制，形同具文<sup>31</sup>。就此觀點乃限制彈劾證據僅得削弱證據證明力，而不得作為增強證據證明力之用，合乎所謂彈劾之本意。然近期實務則有認為，被告以外之人於審判外之陳述，雖屬傳聞證據，原則上並無證據能力，但法院為發現真實，尚非不得以該項傳聞證據作為「增強」或減低被告所辯或證人陳述憑信性之彈劾證據<sup>32</sup>。依此觀點，如許傳聞證據作為增強證人陳述憑信性之用，形同將傳聞證據當作認定被告有罪之依據，容與彈劾之意義有間，殊值商榷。

對法院而言，辯方所提彈劾證據，是否真能削弱、推翻或否定控方所舉證據，仍應依客觀存在的經驗法則、論理法則而為判斷，絕非僅憑辯方主觀、片面主張，就加採

納、判決被告無罪。易言之，彈劾證據可否採納，屬法院對於證據取舍的職權判斷事項，倘彈劾證據無法削弱、推翻或否定控方所舉的積極、確切、有力證據，法院自可不加採納<sup>33</sup>。由於彈劾證據僅在爭執（彈劾）證人（鑑定人）陳述之憑信性，至若犯罪事實存否之證明，則不在此之列<sup>34</sup>。因此，依法非屬適格證據之審判外陳述，事實審法院如未將之採為認定犯罪之依據，亦毋庸贅行說明其有無證據能力之判斷，不生判決理由欠備之問題<sup>35</sup>。然而，彈劾證據既足以減弱實質證據之證明力，其是否屬實，自係證據取舍事項，且攸關犯罪事實有無之判斷，自應詳予說明其論斷之理由，否則即有判決理由不備之違法<sup>36</sup>。

## 參、結語建議

本文綜合司法實務歷來關於彈劾證據之闡述觀點，研析彈劾證據之證據能力及實務運用議題，彙整出如下總結及建議供審檢辯各方從事刑事訴訟實務參考：

一、所謂彈劾證據，係用以爭執、打擊、減損、削弱、推翻、否定或印證被告、證人或鑑定人陳述憑信性或證明力之證據。其概念源自英美法且於日本法有所明文，自我國刑事訴訟法第 166 條之 1 第 2 項、第 3 項第 6 款、同法第 166 條之 2 第 1 項、同法第 288 條之 2 等規定，配合行反詰問時容許以陳述人先前不一致之陳述供為彈劾之法理，得以論證其法律基礎。

二、關於彈劾證據之證據能力，實務認有證

30. 參最高法院 106 年度台上字第 2029 號刑事判決意旨。

31. 參最高法院 102 年度台上字第 2169 號刑事判決意旨。

32. 參最高法院 107 年度台上字第 723 號、107 年度台上字第 1306 號等刑事判決意旨。

33. 參最高法院 106 年度台上字第 280 號刑事判決意旨。

34. 參最高法院 100 年度台上字第 2777 號刑事判決意旨。

35. 參最高法院 100 年度台上字第 1715 號刑事判決意旨。

36. 參最高法院 106 年度台上字第 450 號刑事判決意旨。

據能力之觀點固非無見，惟基於證據裁判主義及傳聞法則之精神，所謂審判外陳述無證據能力，係針對證明犯罪事實成立之證據資格，而彈劾證據旨在質疑待證事實之成立，本即不受傳聞法則之拘束，既非用以積極證明犯罪事實存在之實質證據，即不以具有證據能力為必要。

- 三、就控方而言，補強證據係證明犯罪事實之佐證，彈劾證據則非用以認定犯罪事實，兩者有所差異。然實務有認為待證事實如非實體犯罪構成要件，係用以加強直接證人所言憑信性的彈劾證據，基於直接審理原則，亦得作為證明直接證人證言實在之補強證據，惟仍須指述前後並無瑕疵且無合理懷疑，始可能作為有罪判決之依據。
- 四、就辯方而言，彈劾證據之提出係為被告

行使訴訟防禦權之重要辯明方法，實務有指出如為彈劾虛偽危險性較大之被告以外之人陳述憑信性，得釋明待證關聯性爭取聲請法院調查之機會，如法院未予調查即有可能形成調查證據未盡周延之瑕疵，惟須注意法院對彈劾證據之評價如無違經驗與論理法則，則尚非上訴第三審之適法理由。

- 五、就法院而言，審判中控辯雙方於反詰問程序提出陳述人先前不一致之陳述彈劾陳述之證明力，為交互詰問程序之精彩交鋒所在，審判長、陪席法官於補充訊問時，亦得以該等彈劾證據爭執審判中陳述之證明力。控辯雙方提出之彈劾證據，法院得以不加採納，此屬法院對於證據取舍的職權判斷事項，惟仍應詳予說明其論斷之理由。





# 再論重大醫療瑕疵理論

## 臺灣高等法院 110 年度醫上更一字第 2 號民事判決評釋——以婦產科醫師是否未發現胎心音異常而造成胎兒腦缺氧之舉證責任議題為中心

陳韋樵\*

### 壹、前言

就醫療過失之事實認定、法律適用與舉證責任問題，經常困擾醫療訴訟之兩造，筆者曾於高雄律師會訊第 111-3、4 月期刊撰文《臺灣高等法院臺中分院 106 年度醫上字第 3 號民事判決評釋——以最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決揭示之重大醫療瑕疵理論為中心》討論過民國（下同）106 年 3 月 29 日作成最高法院 106 年度台上字第 227 號判決，就所謂「重大醫療瑕疵理論」之認定與後續下級法院就該見解如何適用。

惟於最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決發回更審後，最高法院於該案呈現之見解，於 106 年 3 月 29 日作成後，曾遭醫界強烈批評<sup>1</sup>，爾後再經臺灣高等法院 106 年度醫上更一字第 1 號民事判決維持發回前原告敗訴判決，該案最後經最高法院於 112 年 6 月 15 日作成最高法院 110 年度台上字第 3175 號判決駁回原告上訴而判決定讞。值得注意的是，最高法院嗣後並未再就 106 年度台上字第 227 號民事判決揭示之「重大醫療瑕疵理論」繼續討論，僅就證據面論述

原告上訴如何不可採，故究竟「重大醫療瑕疵理論」係如何被後續之最高法院、下級法院繼續採用或改採其他見解，即有再討論之餘地。

又立法院於 111 年 6 月 22 日制定公布之《醫療事故預防及爭議處理法》，係立法者為解決醫療糾紛常造成病患訴訟費用之沉重負擔，也常造成醫師訟累且容易造成醫師怯於選擇執行具有風險之手術，故如《醫療事故預防及爭議處理法》第 1 條之立法目的所示，為保障醫病雙方權益、促進醫病和諧關係、改善醫療執業環境、確保病人安全、提升醫療品質，並建立妥速醫療爭議處理機制，並於 113 年 1 月 1 日開始施行，並有以下重要規定<sup>2</sup>：

- 一、《醫療事故預防及爭議處理法》第 3 條第 1 款規定：「本法用詞，定義如下：一、醫療事故：指病人接受醫事機構之醫事服務，發生重大傷害或死亡之結果。但不包括因疾病本身或醫療處置不能避免之結果。」
- 二、同法第 4 條第 4 項規定：「第一項財團法人提供之醫事專業諮詢及醫療爭議評

\* 本文作者為陳韋樵律師事務所主持律師、空軍航空技術學院兼任教師、高雄醫學大學醫療法律專業碩士學分班 109 年度第 2 期結業。

1. 參中華民國醫師公會全國聯合會 2017 年 6 月 5 日嚴重聲明：「對最高法院民事庭忽視醫事人員專業及台灣醫療困境逕認定醫療糾紛應由被告醫師負舉證責任本會深表遺憾痛心！呼籲司法正視醫師人權！」，[https://www.tma.tw/meeting/meeting\\_info.asp?7232.html](https://www.tma.tw/meeting/meeting_info.asp?7232.html)，最後瀏覽日：2024 年 1 月 9 日；「重大醫療瑕疵醫師須舉證，醫界痛心病友支持」，自由時報電子報，2017 年 6 月 6 日，<https://news.ltn.com.tw/news/life/paper/1108193>，最後瀏覽日：2024 年 1 月 9 日。關於最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決亦經學界多所討論，詳可參沈冠伶，重大醫療瑕疵與因果關係之舉證責任——最高法院 106 年度台上字第 227 號判決簡評，月旦醫事法報告第 10 期，2017 年 8 月，頁 96 以下；廖建瑜，醫療水準與醫療慣行之注意義務，月旦醫事法報告第 10 期，2017 年 8 月，頁 86 以下；吳振吉，醫療行為之過失認定——簡評最高法

院 106 年度台上字第 227 號之「醫療常規」與「醫療水準」，月旦醫事法報告第 10 期，2017 年 8 月，頁 69 以下；吳從周，醫療訴訟舉證責任之實務發展及評估——觀察民事訴訟法第 277 條但書適用情形之醫病鬥「法」，第二回合續篇，收錄於姜世明主編，民事程序法焦點論壇第六卷：醫事民事責任之實體與程序法上問題之研究，新學林出版，2019 年 7 月，頁 45 以下。

2. 關於《醫療事故預防及爭議處理法》之立法評析可參楊智守，醫療調解的法律層面特殊性探討，月旦醫事法報告第 91 期，2024 年 5 月，頁 19-34；醫預法調解運作模式之探討——從臺中地院醫療調解經驗出發，月旦醫事法報告第 91 期，2024 年 5 月，頁 35-49；吳俊穎、楊增璋，醫療事故預防及爭議處理法——立法重點解析，月旦醫事法報告第 89 期，2024 年 3 月，頁 92-118；廖建瑜，簡評醫療事故預防及爭議處理法，月旦醫事法報告第 70 期，2022 年 8 月，頁 115 至 134；吳建昌、劉靜婷，道歉是否能夠了事？結合論理與實證觀點論臺灣醫療事故道歉法制之建置，臺北大學法學論叢第 126 期，2023 年 6 月，頁 1 至 75。

析，除醫療爭議當事人均同意外，不得於本案訴訟採為證據或裁判基礎，亦不得採為相關行政處分之基礎。」創設類似醫療鑑定之醫療爭議評析制度。又依據同法第4條第3項授權訂定之《醫療評析作業辦法》第8條規定：「前條第一項第三款評析意見書，應包括下列事項：一、案例編號。二、調解會。三、醫療爭議之爭點。四、醫療爭議評析意見。（第一項）前項第四款醫療爭議評析意見，應依病歷資料就醫療爭議之爭點，作成醫學專業性意見。（第二項）受託法人應將評析意見書逕送調解會，不另提供案件當事人，亦不對外提供。（第三項）」醫療評析意見書並不提供給當事人亦不對外提供。

三、同法第6條第1項更要求：「醫療機構應組成醫療事故關懷小組，於醫療事故發生之翌日起五個工作日內，向病人、家屬或其代理人說明、溝通，並提供協助及關懷服務。但九十九床以下醫院及診所，得指定專業人員或委由專業機構、團體為之。」

四、本法更首度將國內民事法律「強制調解制度」<sup>3</sup>移植於刑事偵查或刑事審判之刑事強制調解制度，同法第16條規定：「檢察官偵查或法院審理之醫療爭議刑事案件，應移付管轄之調解會先行調解。調解期間停止偵查、審判。（第一項）前項移付調解，應通知被告、告訴

人、病人與其家屬、自訴人及檢察官。必要時，檢察官或法院得將相關卷證資料函送調解會。（第二項）當事人申請調解而調解不成立，於調解不成立證明書送達之翌日起六個月內就醫療爭議刑事案件提起告訴者，視為自申請調解時，已經提出告訴。（第三項）」

五、同法第33條第1項更要求各醫院：「醫院應建立病人安全管理制度、訂定推動計畫，加強內部人員通報病人安全事件，並就醫療事故風險進行分析、預防及管控，提升醫療品質及保障病人安全。」

六、同法第34條復針對重大醫療事故規定：「醫療機構應就重大醫療事故，分析其根本原因、提出改善方案，並通報主管機關。（第一項）前項應通報之重大醫療事故、通報程序、內容及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。（第二項）第一項重大醫療事故通報、根本原因分析及改善方案，不得於醫療爭議本案訴訟採為證據或裁判基礎，亦不得採為相關行政處分之基礎。（第三項）」

是關於醫療事故於法院上，究竟如何適用或不適用「重大醫療瑕疵理論」，以及醫療事故或醫療爭議之舉證責任如何被認定，亦可能成為後續醫療事故或醫療爭議如何透過《醫療事故預防及爭議處理法》而被妥善關懷或調解之參考依據，故本文乃再以一則類似於最高法院106年度台上字第227號

3. 例如家事事件法第23條第1項規定：「家事事件除第三條所定丁類事件外，於請求法院裁判前，應經法院調解。」勞動事件法第16條第1項規定：「勞動事件，除有下列情形之一者外，於起訴前，應經法院行勞動調解程序：一、有民事訴訟法第四百零六條第一項第二款、第四款、第五款所定情形之一。二、因性別平等工作法第十二條所生爭議。」、商業事件審理法第20條第1項規定：「商業訴訟事件於起訴前，應經商業法院行調解程序。但提起反訴或送達於他造之通知書應為公示送達者，不在此限。」又國家為推廣調解制度，司法院民事廳曾於2021年11月16日擬定《調解基本法》草案，詳可參姜世明，調解法，元照出版，

2022年11月，頁359以下。

4. 於最高法院106年度台上字第227號民事判決案例，係一審法院判決原告勝訴，二審判決逆轉原告敗訴，經最高法院106年度台上字第227號民事判決質疑二審法院部分見解而發回更審後，更一審仍維持原告敗訴，最後經最高法院最高法院110年度台上字第3175號判決駁回原告上訴而判決定讞。然於系爭判決，恰巧相反，係一審法院判決原告敗訴，二審法院逆轉判決原告勝訴，經最高法院109年度台上字第2795號民事判決質疑二審法院部分見解而發回更審後，更一審即系爭判決，仍維持原告勝訴之判決，案件經上訴最高法院，仍在最高法院案件審理中。



民事判決之相關醫療爭議案例，亦即一審法院、二審法院與最高法院之見解均有不一致判決結果之案例<sup>4</sup>，以臺灣高等法院 110 年度醫上更一字第 2 號判決（下稱系爭判決）評釋之見解而觀察並予以評釋。

## 貳、系爭判決之案例事實概要

上訴人甲、乙為上訴人丙子之生父、生母，上訴人乙婦主張其於 102 年 8 月間懷孕，懷孕期間相關產檢結果均無異常，103 年 4 月 26 日 19 時許，乙懷孕 38 週 4 天，因下腹痛至北榮醫院婦產科急診（下稱第一次就診），由被上訴人僱用之住院醫師陳姓醫師診治，經護理師予以監測胎心率，於 19 時 55 分許測得胎心率 179 次 / 分，已高於正常基準，惟陳姓醫師未判讀胎心音監測紀錄，亦無鑑別診斷胎兒心搏過速原因及作出適當處置，逕表示不需住院，乙婦於同日 20 時 20 分許測得胎心率仍有 178 次 / 分，但遵醫囑返家待產。然而乙婦於同日 23 時 45 分許因下腹持續疼痛、身體極度不適，再次前往北榮醫院婦產科急診（下稱第二次就診）。詎陳姓醫師仍未判讀胎心音監測紀錄，嗣訴外人葉姓醫師發現胎心音過速異常，以胎兒窘迫為由建議緊急剖腹產，上訴人甲夫於 103 年 4 月 27 日凌晨 0 時 20 分簽署手術同意書，惟北榮醫院婦產科團隊仍延誤剖腹時間，遲至凌晨 1 時 30 分始將上訴人乙婦推入手術室，該日凌晨 2 時 10 分始剖腹取出胎兒即上訴人丙子。造成丙子因疑似腦缺氧而於 103 年 4 月 27 日進入新生兒加護病房，於同年 5 月 5 日轉出加護病房至嬰兒室，於同年 5 月 10 日辦理出院。依小兒科病歷記載，丙子出生後當次的入院與出院診斷第一項均記載為「Birth asphyxia」（新生兒腦

缺氧）。又依據衛生福利部醫事審議委員會 106 年 11 月 23 日第 1060074 號鑑定書（下稱醫審會鑑定書）所記載之案情概要，丙子於出生當日即進入新生兒加護病房，醫師臆斷為出生窒息，有躁動及顫動之情形，依病程護理紀錄，103 年 4 月 27 日 05:07 之記載顯示嬰兒之動脈血液氣體分析結果為代謝性酸中毒；103 年 5 月 9 日進行腦部超音波檢查，結果顯示左側腦室擴大；103 年 7 月 8 日至北榮醫院復健科門診就診，依病歷紀錄，顯示有四肢僵直型腦性麻痺，有輔具需求（後仰式直立站立架、踝足部支架及擺位椅 C 型）；103 年 7 月 21 日經腦部超音波檢查結果呈現雙側腦室擴大，寬約 1.2 公分，並懷疑胼胝體發育不良；103 年 7 月 22 日接受腦部磁振造影檢查，其報告顯示瀰漫性腦實質萎縮及腦部胼胝體萎縮；104 年 2 月 26 日追蹤腦部磁振造影檢查，結果顯示多處腦軟化，包括雙側額頂葉、雙側後島葉、雙側中顳葉導致腦室擴大及腦溝明顯。上訴人甲、乙、丙主張丙子因陳姓醫師及北榮醫院婦產科團隊上開醫療疏失（下稱系爭醫療事故），罹有腦部永久性之缺氧性腦病變，屬四肢痙攣型重度腦性麻痺，上訴人甲、乙、丙乃共同對於被上訴人陳姓醫師及北榮醫院依據民法第 184 條第 1 項前段、第 2 項、第 185 條、第 188 條、第 193 條、第 195 條第 1 項、第 3 項、第 224 條、第 227 條及第 227 條之 1 規定為選擇合併之訴，請求連帶損害賠償丙子之勞動能力終身減損賠償費用、醫療費用、看護費用及精神慰撫金。

被上訴人陳姓醫師則答辯主張，其所為檢查處置均遵循相關醫療規範，無任何疏失。乙婦第一次就診時，胎心音監測狀況認

無異常，內診查知乙婦之子宮頸尚未擴張，故予衛教產兆後囑其返家。第二次就診時，胎心音監測顯示持續心搏過速，胎兒有不確定狀況，始建議剖腹，實難以第二次就診結果為剖腹生產，而推論第一次就診時胎兒已有異常。關於第一次就診胎心音監測紀錄，因無留存紙本紀錄，又因電腦故障硬碟毀損，致無法提供電子紀錄，此均不可歸責於被上訴人，不能憑產前記錄單記載之瞬間胎心音而認定第一次就診期間胎心音不正常。又第二次就診時胎心音監測結果非屬典型正弦波，無須進行最緊急剖腹產，醫療團隊並無延誤施行剖腹產手術，醫療處置並無疏失。新生兒腦性麻痺成因眾多，無從認為與被上訴人醫療處置有相當因果關係，被上訴人自無損害賠償責任。

### 參、與系爭判決相關之醫療知識簡介

胎心音（FHR，Fetal Heart Rate），顧名思義即胎兒的心跳次數，懷孕 7 週可由超音波看到心跳，懷孕 10-12 週以上可由腹部聽到胎心音，若聽不到胎心音時，應做超音波檢查。正常情況下寶寶心跳速率應該是每分鐘 120 到 160 次<sup>5</sup>。

一般而言，懷孕期間的胎心音次數依據以下三個時期各有不同頻率<sup>6</sup>：

1. 懷孕前三個月：胎兒心跳為每分鐘為 160~180 次，懷孕前期胎心較快，是因為此時胎兒心臟較無力，必須更頻繁的跳動才能將血液輸送到循環系統之外的其餘部分。
2. 懷孕中期三個月：胎兒心跳為每分鐘 140~160 次。
3. 懷孕後期三個月：由於胎兒的神經系統

逐漸發育成熟，所以每分鐘的心跳降為 120~160 次，直到出生為止。

至於胎心音的異常狀態，可歸類為以下三種<sup>7</sup>：

1. 胎心音變快：其定義為當胎心大於 160 次 / 分，而可能原因，如：胎兒缺氧、心臟發育異常；孕媽咪發燒、甲狀腺機能亢進等。
2. 胎心音變慢：當胎心小於 120 次 / 分，則稱為胎心變慢，可能是胎兒缺氧、具有先天性心臟病引起，當妊娠超過 40 周，仍有胎心變慢的現象，則可能是胎兒的神經系統發育有問題，此外，孕婦服用某些藥物也會導致胎心變慢。
3. 胎心音停止：胎心停止大多與生殖道感染、內分泌異常、胚胎染色體異常、不良環境、藥物影響等都有關係。

完全正常之胎心音，須符合 5 項要求，始能達成「category I FHR tracing」之條件，以下 5 項條件須完全具備：1. 胎心音基準值 110 ~ 160 次 / 分（至少持續觀察 10 分鐘以上）、2. 變異性幅度 6 ~ 25 次 / 分、3. 心跳減速可有可無、4. 無遲發性或變異性心跳減速、5. 早發性心跳加速可有可無。

電子胎心音監測可分為 Category I、Category II、Category III 三類（以下分別稱為第一類、第二類、第三類）。

第三類心律定義為「無變異性」加上「反覆型遲發性心跳減速」或「反覆型變異性心跳減速」或「心搏過緩」，此時須給予

5. 參親子天下，胎心音是什麼？監測正常值為多少？了解胎心音檢查，<https://www.parenting.com.tw/article/5094785>，最後瀏覽日：113 年 5 月 13 日。

6. 引用自 Mama Way，懷孕幾週有心跳？公開胎兒心跳變化與預防心臟異常 3 原則，<https://www.mamaway.com.tw/pregnancy-nursing-breastfeeding/415/pregnancy/>，最後瀏覽日：113 年 5 月 13 日。

7. 同前註。



子宮內復甦術（包含給予輸液及氧氣補充、側躺），並準備進行剖腹生產，若給予子宮內復甦術後，心律仍無改善，則需要考慮立即生產。

若胎兒心律非為正常之第一類，亦非異常之第三類，則歸於第二類。

而對於第二類心律，仍須給予子宮內復甦術，評估可矯正狀況，並給予治療，然後再重新評估。

換句話說，倘胎兒之心跳基準落在 110～160 次/分，具備一定之變異性且沒有心跳減速等情形，屬第一類即正常胎心音。倘心跳喪失變異性合併反覆出現胎心音減速或心搏過緩，屬第三類即不正常胎心音。至於不屬第一類、亦不屬第三類者，則歸類於第二類。

胎心音監測若歸屬其中第二、三類，均應給予子宮內復甦術等處置，故即使歸屬於第二類，仍係屬不正常之胎心音，仍須給予子宮內復甦術，評估可矯正狀況，並給予治療；如此可知，歸屬第二、三類之不正常胎心音，均必須留院給予適當處置，不應以醫囑使產婦返家。

為預防胎兒有異常之胎心音，孕婦可以注意以下三個原則<sup>8</sup>：

1. 孕婦應遠離香菸與飲酒，抽菸會造成許多健康風險，像是出生體重不足、早產、胎兒心跳加速等，也可能導致先天性心臟病。

2. 孕婦應攝取足夠葉酸，建議每日攝取 600 微克的葉酸，可以預防新生兒神經管缺陷外，也能有效預防先天性心臟病。而富含葉酸的食物，如：深綠色蔬菜、肝臟等。

3. 孕婦應記得定期產檢，因單從抽血的檢查，是無法發現胎兒先天性心臟疾病，只能透過高層次 (Level II) 超音波檢查，才能確切觀察胎兒心臟的結構、胎心音有無異狀。

## 肆、系爭判決內容摘要

本件上訴人主張被上訴人陳姓醫師於乙婦第一次就診時，並未發現 19 時 55 分許測得胎心率 179 次/分，已高於正常基準即每分鐘 120~160 次（或每分鐘 110 次至 160 次），惟被上訴人僱用之陳姓醫師卻對於是否注意到第一次胎心音為 179 次/分，已高於正常基準，卻推以電腦硬碟毀損為由稱不知當時狀況，並以「因當時決定讓丙○○回去」為由認為「應該是當時看過沒有問題」，另陳述並未看到護理師紀錄 20:20 胎心率 178，以「如果護理師覺得 178 次/分是有問題的，護理師應該要再通知我」卸責。

上訴人甲夫則以當事人訊問身分，於更一審程序到庭說明<sup>9</sup>：「第一次住院的等待期間，被上訴人陳姓醫師來做內診並跟護理師說還沒有產兆，護理師就來拆胎心音監測器。因陳姓醫師說我們可以離開了，我們當下沒有質疑醫師的判斷，遵照醫囑回家。上

8. 同前註。

9. 最高法院發回前之二審判決即臺灣高等法院 107 年度醫上字第 9 號民事判決係以「於 103 年 4 月 26 日 19 時 55 分（孕期 38 週又 4 天），（上訴人乙婦）其因下腹痛至臺北榮民總醫院就診，經護理師予以監測胎心音及子宮收縮，當時胎心音 179 次/分，生命徵象正常，子宮收縮間隔約 10 分鐘，護理師告知醫師（病歷紀錄未註明醫師姓名）胎心音及宮縮情形，醫師（病歷紀錄未註明醫師姓名）告知先觀察；同日 20 時 20 分醫師（病歷紀錄未註明醫師姓名）探視產婦並進行內診檢查，子宮頸開口為指尖寬，厚度差，胎頭仍漂浮中，子宮收縮間隔 2～3 分鐘，胎心音為 178 次/分，醫師（病歷紀錄未註明醫師姓名）評估並給予產婦

衛教後，予以離院。」、「查產前記錄單所示（見原審調字卷第 29 頁，上訴人乙婦第一次就診時，103 年 4 月 26 日 19:55 監測胎心音 179 次/分、20:20 監測胎心音為 178 次/分，可見上開 2 次胎心音監測數值有過速情形。被上訴人陳姓醫師雖於 20:20 探視產婦並進行內診檢查，而予以離院，然胎心音過速之原因甚多，不可排除缺氧亦為原因之一，但被上訴人陳姓住產婦除有內診外，未見採取其他相應措施，理應讓上訴人乙婦留院觀察，給予氧氣、點滴輸液等，繼續密切觀察胎心音變化，也應該通知主治醫師一同診治，然皆未執行。倘當時立刻剖腹產，胎兒最晚出生時間約在晚間 10 時許，不會延誤至隔天 2 時 10 分。」而逕行認定被上訴人有醫療過失，而依據判決內文未見到有其他當事人訊問或證人證述。

訴人乙婦返家後一直躺在床上休息，但她一直很不舒服，我們一直在等產兆（例如破水等），但上訴人乙婦實在太不舒服，她有發簡訊跟訴外人陳姓醫師說她還要再去醫院，我們就再去北榮醫院，陳姓醫師說既然是本院同仁就安排住院。我送上訴人乙婦進同一間待產室後，我想這次應該快要生了，就先去（同棟7樓）維康藥局買臉盆等必要物品，晚上12點左右在藥局時，上訴人乙婦打電話來，提及訴外人葉姓醫師醫師說這要趕快剖腹產，我就趕回去，我趕回時，訴外人陳姓醫師剛好進來（待產室），我當著被上訴人陳姓醫師、訴外人葉姓醫師、訴外人陳姓醫師等3位醫師的面前說，我們第一次胎心音就是現在這個樣子，為何叫我們回去，因為那間待產室的床旁有懸掛螢幕，可以從螢幕上看到胎心音波形，我看了這兩次是一樣的狀態。我當時這樣說，訴外人葉姓醫師臉色比較嚴肅鐵青，他們3人就去護理站，我沒有跟過去，沒多久，被上訴人陳姓醫師進來跟我說這是表示胎心音異常的正弦波，要剖腹產，因為我接到上訴人乙婦電話趕回時，訴外人葉姓醫師就有跟我說這是正弦波要剖腹產，陳姓醫師後來進來跟我說的話與訴外人葉姓醫師之前跟我說的是一樣的，所以對我而言，我當時在他們3人面前提出第一次狀態跟第二次狀態一樣，我認為他們3人去護理站看的是第一次胎心音狀態，然後陳姓醫師進來就跟我說這是正弦波所以要緊急剖腹產，我當下除了生氣無奈，就是聽他們安排。」

至於證人即訴外人葉姓醫師就有無與訴外人陳姓醫師討論及內容為何均稱沒有印象想不起來，就斯時如何向上訴人乙婦說明

病情及剖腹需要均稱記不清楚，就有無3位醫師同時在場的狀況答稱沒有印象。惟證人即訴外人陳姓醫師當日先將訴外人產婦委託證人葉姓醫師代為接生，葉姓醫師為此至產房，意外查知上訴人乙婦胎心音狀況異常，特以電話聯繫促請訴外人陳姓醫師回院，豈有可能在訴外人陳姓醫師抵達時不當面說明緣由（何況訴外人陳姓醫師自承當天因飲酒小酌原無欲到院處理醫療業務），而被上訴人陳姓醫師供述及訴外人陳姓醫師證言中，均有提及葉姓醫師與訴外人陳姓醫師當面就上訴人乙婦胎心音狀況互為討論之事，對照後述，本件判決嚴厲指摘證人葉姓醫師屢稱無印象、不記得云云係隱瞞事實。

因此法院認為被上訴人陳姓醫師並未注意到第一次胎心音178次／分顯有異常，屬於未予留院觀察給予適當處置，卻醫囑返家，顯然不符醫療常規，而有醫療過失。

另外關於為何乙婦於同日23時45分許因下腹持續疼痛、身體極度不適，再次前往北榮醫院婦產科急診（下稱第二次就診），上訴人甲夫於103年4月27日已於凌晨0時20分簽署手術同意書，卻遲至該日1時30分始將上訴人乙婦推入手術室，凌晨2時10分始剖腹取出胎兒即上訴人丙子？證人即訴外人陳姓醫師僅陳稱係因按正常流程準備需要時間，未能提出具體且合理之解釋，證人即訴外人葉姓醫師則推稱不清楚，稱「一方面向產婦及家屬表達因胎兒窘迫需要緊急剖腹產要求簽署手術同意書、一方面按標準準備流程處理手術前準備」，導致於0時20分簽署手術同意書至2時10分（時間近2小時）方取出胎兒云云，被上訴人陳姓醫師及主刀醫師即訴外人陳姓醫師均未說明合理



原因，堪認上訴人質疑第二次就診時，被上訴人陳姓醫師顯具有過失。

## 伍、系爭判決不採用醫療鑑定意見之見解值得重視

醫審會出具之鑑定書雖採取認定被上訴人並無醫療過失之鑑定意見，於案情概要欄係記載「…隨後由被上訴人陳姓醫師發現產婦胎心音異常後，即給予氧氣使用、輸液治療，並進行內診及血液檢查，亦安排剖腹產手術…」、「依病歷紀錄，陳醫師發現產婦胎心音異常後，即給予氧氣使用及輸液治療，進行內診及血液檢查，並安排剖腹產，均符合醫療常規」，進而謂「綜上，陳醫師之醫療處置，符合醫療常規，與嬰兒之病症無關」，然而法院批評，實際上病歷紀錄並未顯示係由被上訴人陳姓醫師發現胎心音異常，且上訴人陳姓醫師僅係遵守葉姓主治醫師指示而為上開處置，醫審會查閱病歷後竟作成如此不符真實之鑑定意見，乃有所偏頗而不足採信。

至於成大醫院函覆法院之鑑定報告書，就法院各提問事項之回答，並未就病歷資料加以分析，而多係密集引用醫審會鑑定書所載內容為論據，或係仿照醫審會以此乃假設性問題為由而不予回復。

故本案前審雖曾經最高法院 109 年度台上字第 2795 號民事判決發回，發回意旨特別針對鑑定意見若有相反或矛盾者，稱衛生福利部醫療糾紛鑑定作業要點第 16 條明定：「醫事鑑定小組委員及初審醫師，對於鑑定案件，應就委託鑑定機關提供之相關卷證資料，基於醫學知識與醫療常規，並衡酌『當地醫療資源與醫療水準』，提供公正、客觀之意見，不得為虛偽之陳述或鑑定」。是醫

審會鑑定書係以醫學知識、符合當地醫療常規及上揭準則為鑑定依據，且其鑑定意見亦與成大鑑定書（見原審卷二第 11 至 16 頁）為相同之結論。原審未遑詳予審認兩鑑定意見究有何不足採取之處，若有不明，亦未使該兩鑑定單位派員到場說明，徒以醫療常規，為醫療處置之一般最低標準，醫師依據醫療常規所進行之醫療行為，非可皆認為已盡醫療水準之注意義務云云，而否採該二鑑定書所稱被上訴人陳姓醫師之醫療處置，符合醫療常規之意見，尚嫌速斷。

系爭判決雖然未再就醫審會之鑑定意見再發函確認，也未能取得醫審會、成大醫院之鑑定單位派員到法院說明，但仍回應最高法院意旨稱：「最高法院發回意旨指摘：如鑑定意旨有不明，應使兩鑑定單位派員到場說明一節。本院曾函詢醫審會及成大醫院，是否願意指派曾參與鑑定之委員到庭接受以證人或鑑定人身份進行訊問程序，經衛生福利部於 111 年 12 月 13 日函復表示：因醫審會採合議制且以委員會名義出具鑑定意見，非特定委員之意見，故難同意所請等語（本院卷三第 141 至 142 頁），成大醫院亦於 112 年 1 月 10 日函復表示：鑑定過程係由各專業背景專家集體共同完成撰製，且醫療業務繁重不便離開工作崗位，出庭應訊恐令鑑定醫師倍感壓力並挫敗承擔鑑定工作之熱忱等語（本院卷三第 169 頁），顯然均拒絕派員到庭說明。本院審酌上情，參以醫審會於檢視病歷資料後作出與實情不符之判斷（即認定係被上訴人主動發現產婦胎心音異常等事項），成大醫院則逕引醫審會鑑定書內容為據而未獨立判斷等情，且有關於上訴人乙婦第一、二次就診過程，本院比對卷內

事證已可釐清多項事實，故認無再發函囑請醫審會及成大醫院為補充鑑定之必要。」

雖然系爭判決最後未依據最高法院 109 年度台上字第 2795 號民事發回意旨而命鑑定單位派員再到法院具體說明鑑定意見為何與上訴人所舉之其他醫療意見有所不同，因而拒卻醫審會及成大醫院之鑑定意見，乃以鑑定流程與所依據之事實顯然不符合真實，亦非顯無理由，仍撤銷一審臺灣士林地方法院 104 年度醫字第 14 號民事判決依據醫審會鑑定結果而綜合判斷上訴人甲夫、乙婦及丙子之請求為無理由之判決<sup>10</sup>，故系爭判決結果，因為被上訴人仍舊不服，提起上訴而未判決確定，會否受到最高法院以原審未依最高法院發回意旨而為判決，乃有違民事訴訟法第 478 條第 3 項規定：「前項發回或發交判決，就應調查之事項，應詳予指示。」、同條第 4 項規定：「受發回或發交之法院，應以第三審法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判決基礎。」而再度撤銷改判<sup>11</sup>，相當值得關注。

另就系爭判決無法依據最高法院發回意旨而命鑑定人派員到場鑑定部分，實凸顯學說與實務長期批判之醫療鑑定議題<sup>12</sup>。醫審會以委員合議制，而非特定委員之意見，故難以派員到場說明，然民事訴訟法第 336 條規定：「鑑定人有數人者，得命其共同或各別陳述意見。」是醫審會以委員合議制，而

非特定委員之意見而婉拒推派鑑定人到場說明，顯有違民事訴訟法第 336 條之規定。又成大醫院竟回覆醫療業務繁重不便離開工作崗位，出庭應訊恐令鑑定醫師倍感壓力並挫敗承擔鑑定工作之熱忱云云，然民事訴訟法第 328 條已規定：「具有鑑定所需之特別學識經驗，或經機關委任有鑑定職務者，於他人之訴訟，有為鑑定人之義務。」、同法 335 條第 3 項規定：「鑑定書須說明者，得命鑑定人到場說明。」本案前審之最高法院 109 年度台上字第 2795 號民事判決意旨即謂如鑑定意旨有不明，應使兩鑑定單位派員到場說明，倘鑑定人僅因本質業務繁重或備感壓力即可婉拒到院說明鑑定意見，則如何令法院之鑑定過程符合最高法院 109 年度台上字第 2795 號民事判決意旨？又如何依民事訴訟法第 222 條第 1 項規定：「法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此限。」同法第 222 條第 3 項規定：「法院依自由心證判斷事實之真偽，不得違背論理及經驗法則。」借重鑑定意見之專業且願意為鑑定意見負責之判斷依自由心證、論理及經驗法則判斷鑑定意見之真偽？

又 113 年 5 月 15 日施行之刑事訴訟法 206 條第 1 項、第 4 項雖然規定<sup>13</sup>：「鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。（第一項）以書面報告者，於審判中

10. 因為醫審會鑑定意見對於被上訴人相當有利，甚至成為一審判決之依據，然而卻未為二審判決及更一審判決所採納，二審判決未採納鑑定意見之論理部分，又曾經被最高法院發回，致使本件醫審會鑑定意見之證據力的法院認定，會否被最高法院採納，成為相當爭議之法律問題。

11. 關於最高法院民事判決發回拘束力之深入探討，可參魏大曉，第三審廢棄發回判決之效力，收錄於魏大曉編，民事訴訟法理實踐，新學林，初版，2019 年 6 月，頁 451 以下。

12. 部分學者指出，臺灣現制醫事鑑定有七成以上委由醫審會作鑑定，然醫審會之鑑定過程未能使當事人參與、陳述意見，更無從知道衛生福利部依據醫療法第 98 條所訂定之「醫療鑑定作業要點」第 4 點所稱之「初審醫師」名單、初審意見是否與鑑定意見有所不同、鑑定委員名單亦無從知悉，當事人更無從確認有無達到利益迴避之虞，醫審會亦如同本件更一審判決過程，經常不願派員到法院說明鑑定意見，致使當

事人之聽審請求權受到極大限制，詳細論述可參沈冠伶、莊錦秀，民事醫療訴訟之證明法則與實務運作，政大法學評論第 127 期，2013 年 6 月，頁 223；沈冠伶，醫療糾紛與專家之協力—兼論醫療鑑定之改革，收錄於沈冠伶編，民事醫療訴訟與紛爭處理，元照，初版，2017 年 9 月，頁 283 以下；陳學德，改善臺灣民事醫療訴訟制度芻議，月旦民商法雜誌第 53 期，2016 年 9 月，頁 89 以下；張麗卿，醫療糾紛鑑定與對質詰問權，收錄於張麗卿編，醫療人權與刑法正義，元照，增訂 2 版，2019 年 3 月，頁 317-326；劉明生，醫療鑑定之研究，收錄於姜世明編，民事程序焦點論壇第 6 卷：醫師民事責任之實體與程序法上問題之研究，新學林，2019 年 7 月，頁 283 至 286；陳聰富，醫療責任的形成與展開，臺大出版中心，2019 年 12 月，修訂版，頁 467-472。

13. 參「113 年 5 月 15 日刑事訴訟鑑定新制施行 司法院：研擬新制問答集，以利實務運作」<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-1089493-7dec-b-1.html> 最後瀏覽日：113 年 5 月 25 日。



應使實施鑑定之人到庭以言詞說明。但經當事人明示同意書面報告得為證據者，不在此限。（第四項）」、同法第 208 條第 1 項現已規定：「法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、機構或團體為鑑定，或審查他人之鑑定，除本條另有規定外，準用第二百零三條至第二百零六條之一之規定；其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。」似乎法院未來得就刑事訴訟所需之醫療鑑定報告，命實施鑑定之人到庭以言詞說明，然民事訴訟尚未有相關制度。又醫審會、成大醫院等醫療鑑定單位會否於刑事訴訟出具鑑定意見書後，又如系爭判決之消極不出庭以言詞說明鑑定意見，值得再為觀察。

## 陸、系爭判決及有關判決對於「重大醫療瑕疵理論」之適用

系爭判決亦係延續且引用知名判決即最高法院 106 年度台上字第 227 號民事裁判意旨所揭示之德國法上「重大醫療瑕疵理論」，按德國民法第 630 條之 8 第 5 項規定：「醫療提供者有重大醫療錯誤，且該重大醫療錯誤原則上會引起生命、身體或健康之損害者，且該損害發生時，推定該重大醫療錯誤為損害發生之原因。（第一項）醫療提供者未適時採用或記錄醫療上必要之檢查結果，而該檢查結果得以促使進一步醫療處置具

有充分確定性，但未進行該醫療處置將構成重大醫療錯誤者，前項規定適用之。（第二項）」<sup>14</sup>

於「重大醫療瑕疵」，尚未見最高法院或事實審法院有明確分類，學者姜世明指導之東吳大學法律學系碩士學位論文雖區分為六大類<sup>15</sup>，然學者劉明生指導之國立政治大學法律學系碩士學位論文僅區分為五大類<sup>16</sup>，學者劉明生則自行分類為四大類<sup>17</sup>，詹森林大法官也分類為另外之五大類<sup>18</sup>，可證德國學說與國內學說上尚未有一致之分類，另有長年研究醫療糾紛並撰有專書之學者陳聰富則可分為兩大類<sup>19</sup>：

1. 診斷瑕疵（例如病患已顯示心肌梗塞之明顯病徵，醫師卻未安排病患住院；對於咳嗽後吐血之病人，未進行診斷；未將病人轉診至大型醫院進行必要診察；病患出現大量失血，醫師卻未注意到病患可能子宮破裂；醫師漏未發現 X 光片可清楚診斷之骨折）
2. 治療瑕疵（例如醫師為確保無菌之醫療措施；在病人有流產之虞，卻開瀉藥；未瞭解手術部位即對該部位進行手術；麻醉病人呼吸困難，麻醉醫師卻不在場；醫師未作進一步之癌症檢查等等）。

按醫師法第 11 條第 1 項規定：「醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑或交

14. 相關討論可參陳聰富，前揭註 12 書，頁 395-397；姜世明，醫師民事責任之實體與程序法上爭議問題之提示，收錄於姜世明編，前揭註 12 書，頁 28-33；吳振吉，醫療民事訴訟之舉證責任分配—我國近年實務見解評析，收錄於姜世明，前揭註 12 書，頁 134-141；黃立，醫療糾紛處理的過程與發展—以德國民法為中心，高大法學論叢，第 11 卷第 2 期，2016 年 3 月，頁 63-64。

15. 此篇碩士論文將德國法上之「重大醫療瑕疵」區分為六大類，包括：1. 重大檢查瑕疵、2. 單純檢查瑕疵與假設性重大瑕疵相結合之類型、3. 重大診斷瑕疵、4. 重大治療瑕疵、5. 重大治療上說明之瑕疵、6. 重大組織上之瑕疵。詳細可參蔡孟樵著，姜世明教授指導，醫療民事訴訟之舉證責任分配與重大醫療瑕疵之認定，東吳大學法學院法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文，2023 年 8 月，頁 212-215。

16. 此篇碩士論文將德國法上之「重大醫療瑕疵」區分為五大類，包括：1. 重大診斷瑕疵、2. 重大檢查結果提出瑕疵、3. 重大具體治療瑕疵、4. 重大治療上資訊提供之瑕疵、5. 重大組織瑕疵。詳細可參陳冠論著，劉明生教授指導，醫療訴訟舉證責任分配與舉證減輕之研究—以醫療

瑕疵、醫療過失與舉證責任為中心，國立政治大學法律學系碩士學位論文，2023 年 1 月，頁 263-272。

17. 學者劉明生將德國法上之「重大醫療瑕疵」區分為四大類，包括：1. 醫生並未進行醫學上所要求之檢查、2. 就已進行之檢查結果為重大錯誤之解讀、3. 就明確之檢查結果並未以通常一般之方式透過採取必要治療之措施而加以回應、4. 並未注意降低治療風險之標準方法。參劉明生，民事訴訟法實例研習，元照，增訂 5 版，2019 年，頁 563。學者劉明生另整理諸多關於「醫療瑕疵」之文章，並整理為專書，參劉明生，醫療訴訟舉證責任分配與舉證減輕之新發展：類型與體系思維，新學林，2020 年。

18. 詹森林大法官將德國法上之「重大醫療瑕疵」區分為五大類，包括：1. 診斷之瑕疵、2. 治療之瑕疵、3. 造成傳染或感染之瑕疵、4. 孕婦生產之瑕疵、5. 組織之瑕疵。參詹森林，德國醫療過失舉證責任之研究，收錄於朱柏松等著，醫療過失舉證責任之比較，元照，2008 年，頁 62 至 64。

19. 參陳聰富，前揭註 12 書，頁 395-397。

付診斷書。但於山地、離島、偏僻地區或有特殊、急迫情形，為應醫療需要，得由直轄市、縣（市）主管機關指定之醫師，以通訊方式詢問病情，為之診察，開給方劑，並囑由衛生醫療機構護理人員、助產人員執行治療。」同法第 12 條規定：「醫師執行業務時，應製作病歷，並簽名或蓋章及加註執行年、月、日。（第一項）前項病歷，除應於首頁載明病人姓名、出生年、月、日、性別及住址等基本資料外，其內容至少應載明下列事項：一、就診日期。二、主訴。三、檢查項目及結果。四、診斷或病名。五、治療、處置或用藥等情形。六、其他應記載事項。（第二項）病歷由醫師執業之醫療機構依醫療法規定保存。（第三項）」同法第 12 條之 1 規定：「醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」、同法第 21 條規定：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」是醫療行為最主要即診斷與治療，故前揭六大類、五大類或四大類等區分方式，其實均可簡化為診斷瑕疵與治療瑕疵。例如「檢查結果提出瑕疵」或「治療上資訊提供之瑕疵」、「治療上說明之瑕疵」均可屬廣義之診斷瑕疵。至於重大組織瑕疵，涉及醫療分工部分，例如近期於 113 年 4 月 11 日高雄民生醫院發生之重大醫療瑕疵案件，即係因為護理人員疏失而導致對於無該症狀之病患進行手術<sup>20</sup>，亦可歸類為同時包括診斷瑕疵與治療瑕疵，因為手術醫師並未再做診斷上的確認及身分確認，以明瞭該名病患是否為須手術之病患，導致對於不需

手術之病患進行手術之治療瑕疵。學者劉明生所提出之「就已進行之檢查結果為重大錯誤之解讀」為廣義之診斷瑕疵；至於「就明確之檢查結果並未以通常一般之方式透過採取必要治療之措施而加以回應」、「並未注意降低治療風險之標準方法。」則為廣義之治療瑕疵。另詹森林大法官提出之「造成傳染或感染之瑕疵」、「孕婦生產之瑕疵」實均可歸類為治療之瑕疵。

故於國內學說與判決實務尚未有統一分類之見解，亦未能見到六大類、五大類分類之區分實益，本文較贊同長年研究醫療糾紛並撰有專書之學者陳聰富的簡化分類即兩大類：診斷瑕疵、治療瑕疵。另觀察國內判決部分，仍未對於德國法上之「重大醫療瑕疵」之類型建立更細緻之區分。

例如臺灣高等法院臺中分院 106 年度醫上字第 3 號民事判決雖提出：「過失之醫療行為與病人之死亡間因果關係之存否，原則上雖應由被害人負舉證責任，惟苟醫師進行之醫療處置具有『可歸責之重大瑕疵』，導致相關醫療步驟過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係，發生糾結而難以釐清之情事時，該因果關係無法解明之不利益，本於醫療專業不對等之原則，應歸由醫師負擔，依民事訴訟法第 277 條但書之規定，即生舉證責任轉換（由醫師舉證證明其醫療過失與病人死亡間無因果關係）之效果，就此即最高法院 106 年度台上字第 227 號民事裁判所認。至所謂『瑕疵』，自應包括：1. 重大醫療瑕疵之存在；2. 該醫療瑕疵對健康損害造成之合適性；3. 醫師於此重大醫療瑕疵具有可歸責性。而瑕疵「重大」如何判斷？是從一般客觀醫師觀點出發，違反醫療法則或固

20. 參中央社新聞，高雄民生醫院醫師開錯刀 術後涉偽造病歷遭免職 送辦，2024 年 4 月 11 日，<https://www.cna.com.tw/news/ahel/202404110338.aspx>，最後瀏覽日：113 年 5 月 14 日。



定醫學知識，是不可理解的，並且該瑕疵有足以發生損害可能性，無須達到表見證明之典型性之程度；是在評價時，並不考慮醫師個人主觀因素，也非對醫師之制裁，僅是因醫療瑕疵造成其與所受損害之因果關係難以釐清，而使得原本負舉證責任之病人陷入舉證困難，因此，應由造成病人在因果關係上舉證困難之醫師負舉證責任。」係國內法院就德國法上之「重大醫療瑕疵」首次說明何謂「瑕疵」以及何謂「重大瑕疵」，然則未就本件上訴人有無盡舉證責任，或被上訴人是否存在所謂「重大醫療瑕疵」而為論述，僅以被上訴人所為之緊急醫療處置行為符合醫療常規，且上訴人因個人多重疾病症狀而致身體狀況產生變異，已超乎被上訴人對此病程演化不可逆性之預期等語，而認定被上訴人自無從對於因肺炎併發敗血症及多重器官衰竭加以預見，當對於病患之死亡無過失可言。則系爭判決雖詳細論述所謂「重大醫療瑕疵」理論，最終卻對於該理論究竟如何適用於本案，究竟係上訴人舉證不足、或被上訴人已成功舉證本案無重大醫療瑕疵而勝訴，或被上訴人已成功舉證其無違背醫療常規而勝訴等重要醫療法學問題，未見詳細論述，此屬該案判決可惜之處<sup>21</sup>。

又臺灣高等法院臺中分院 109 年度醫上字第 2 號民事確定判決，雖二度引用前揭臺灣高等法院臺中分院 106 年度醫上字第 3 號民事判決、即最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決揭釋之「重大醫療瑕疵」理論，然該判決以病患就手術流程雖然發生穿刺心臟之情形，惟該風險本屬醫療中之不確

定性，陳大隆於實施系爭手術階段，所為治療行為，符合醫療常規，已盡一般專業醫師應盡之注意義務，自難以術後檢查發現有穿刺心臟情形，即謂手術醫師可以完全避免發生此風險發生，而率認手術醫師有所醫療疏失等語，駁回病患之上訴，就該判決亦尚未能見到最終卻對於該理論究竟如何適用於本案，究竟係上訴人舉證不足、或被上訴人已成功舉證本案無重大醫療瑕疵而勝訴，或被上訴人已成功舉證其無違背醫療常規而勝訴等重要醫療法學問題。

再舉臺灣高等法院臺中分院 107 年度醫上易字第 2 號民事確定判決為例，該判決雖明示：「於過失之醫療行為與病人之死亡間因果關係之存否，原則上雖應由被害人負舉證責任，惟苟醫師進行之醫療處置具有可歸責之重大瑕疵，導致相關醫療步驟過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係，發生糾結而難以釐清之情事時，該因果關係無法解明之不利益，本於醫療專業不對等之原則，應歸由醫師負擔，依民事訴訟法第 277 條但書之規定，即生舉證責任轉換（由醫師舉證證明其醫療過失與病人死亡間無因果關係）之效果（同院 106 年度台上字第 227 號、107 年度台上字第 1428 號判決意旨參照）。」然於個案適用上逕以美容外科醫師已未經主管機關核准之醫療器材植入病患乳房，「難謂未對被上訴人身體、健康造成損害，衡情，一般人在獲知其情後，縱身體尚未罹病，然因體內被埋下有害健康因子之情況下，心理上因受有罹病之負擔而必然感到驚恐，深怕自身罹病，或因遺傳禍延後代，因而產生不健康之負面情緒，自與心、靈所尋求無有恐懼、畏怖之安定狀態有背，若因

21. 本件判決之最終審即最高法院 109 年度台上字第 1916 號民事判決亦未對於「重大醫療瑕疵」有隻字片語，殊為可惜。詳細之判決評釋可參，陳章樵，臺灣高等法院臺中分院 106 年度醫上字第 3 號民事判決評釋——以最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決揭示之重大醫療瑕疵理論為中心，高雄律師會訊，2022 年 3、4 月，頁 41-48。

長期處於負面思考之情境，更難排除未有因此負面信念而創造相對實像結果之可能，在在無以否定被上訴人之身體與健康因此受有損害之事實。」而認定醫師就該案有可歸責之醫療瑕疵，仍未具體說明原告之舉證責任究竟是否有減輕或轉換。「重大醫療瑕疵」理論究竟如何適用於本案，究竟係上訴人舉證不足、或被上訴人已成功舉證本案無重大醫療瑕疵而勝訴，或被上訴人已成功舉證其無違背醫療常規而勝訴等重要醫療法學問題，亦惜未見詳細論述。

至於最高法院 110 年度台上字第 2239 號民事判決雖再度具體提到「重大醫療瑕疵原則」：「病人依侵權行為法律關係請求醫師或醫院賠償損害時，原則上仍應就醫療之瑕疵、醫師或醫院或其履行輔助之過失、瑕疵與損害之因果關係負舉證責任。雖因醫病之不對等地位，於符合可完全控制風險原則、表見證明原則、重大醫療瑕疵原則、或醫師或醫院有證明妨礙等情形時，固得依前開但書規定，適度減輕及合理轉換病人之舉證責任。惟倘無上開特別情事，病人仍應就其主張負舉證責任，非謂醫療事件之舉證責任一律轉置於醫師（醫院），而改由醫師（醫院）舉證證明其無過失。」而駁回二審上訴人之上訴，惜未說明該「重大醫療瑕疵原則」之具體內涵為何，又如何適用於該案。迄今亦未再見到最高法院如何闡釋重大醫療瑕疵原則，亦為可惜之處。

再者臺灣法院 110 年度醫上更一字第 1 號民事判決雖明確提及「重大醫療瑕疵原則」之具體內涵：「此外比較法上雖有關於『重大醫療瑕疵』理論，例如德國民法第 630 條 h 第 5 項規定：『醫療行為有重大瑕

疵，且該瑕疵通常足以造成與病人實際所受生命、身體或健康權侵害相同之結果時，推定該瑕疵醫療行為與病人之生命、身體或健康權之侵害間有因果關係。醫療提供者應為而未為必要檢查，若為檢查將有很大機率及時促使進一步之必要醫療措施，卻因醫療提供者之不作為具有重大瑕疵而未進行者，亦同。』。惟該項理論適用之前提為：醫療行為具有重大瑕疵，該瑕疵通常足以造成病人權利之侵害，始足當之」惟較為可惜的是，該判決提出並未如前揭臺灣高等法院臺中分院 106 年度醫上字第 3 號民事判決、109 年度醫上字第 2 號民事確定判決，而提出「所謂『瑕疵』，自應包括：1. 重大醫療瑕疵之存在；2. 該醫療瑕疵對健康損害造成之合適性；3. 醫師於此重大醫療瑕疵具有可歸責性。」然均未說明何謂「瑕疵」以及何謂「重大瑕疵」，即判決稱：「經查楊 OO 於術前對黃 OO 之系統性疾病及病史、血糖控制之掌握及檢查不足，與醫療常規不符，固然屬於有瑕疵之醫療不作為，惟該項瑕疵通常並不必然足以造成接受植牙手術之病人發生海綿竇感染性栓塞、進而引發感染性腦中風，則依上說明，即不能認為上開理論於本件有其適用。何況黃 OO 植牙部位並無出現植體感染情況，益證本件無從推定系爭手術與『黃 OO 發生海綿竇感染性栓塞、進而造成感染性腦中風致死』之間具有因果關係。是據此即不足以為有利於上訴人之認定，附此敘明。」仍未就何謂「瑕疵」以及何謂「重大瑕疵」，仍未具體說明上訴人之舉證責任究竟是否有減輕或轉換。「重大醫療瑕疵」理論究竟如何適用於本案，僅能得知該判決係認為所謂「有瑕疵之醫療不作為」與上訴人所主張之損害並無因果關係。



然以系爭判決為例，系爭判決有具體掌握舉證責任之分配，系爭判決稱：「醫療行為具有相當專業性，醫病雙方在專業知識及證據掌握上並不對等者，應適用前開但書規定，衡量如由病患舉證有顯失公平之情形，減輕其舉證責任，以資衡平。若病患就醫療行為有診斷或治療錯誤之瑕疵存在，證明至使法院之心證度達到降低後之證明度，獲得該待證事實為真實之確信，即應認其盡到舉證責任（最高法院 103 年度台上字第 1311 號判決意旨參照）。醫師為具專門職業技能之人，其執行醫療之際，應盡善良管理人之注意義務，就醫療個案，本於診療當時之醫學知識，審酌病人之病情、醫療行為之價值與風險及避免損害發生之成本暨醫院層級等因素，綜合判斷而為適當之醫療，始得謂符合醫療水準而無過失；至於醫療常規，為醫療處置之一般最低標準，醫師依據醫療常規所進行之醫療行為，非可皆認為已盡醫療水準之注意義務，又因醫師未能施行符合醫療水準之醫療行為（積極作為與消極不作為），而病患嗣後發生死亡者，若其能妥適施行符合醫療水準之醫療行為，使患者仍有生存之相當程度可能性者，即難認該過失之醫療行為與病人之死亡間無相當因果關係。再過失之醫療行為與病人之死亡間因果關係之存否，原則上雖應由被害人負舉證責任，惟苟醫師進行之醫療處置具有可歸責之重大瑕疵，導致相關醫療步驟過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係，發生糾結而難以釐清之情事時，該因果關係無法解明之不利利益，本於醫療專業不對等之原則，應歸由醫師負擔，依民事訴訟法第 277 條但書之規定，即生舉證責任轉換（由醫師舉證證明其醫療過失與病人死亡間無因果關係）之效果

（最高法院 106 年度台上字第 227 號判決意旨參照）。」

系爭判決嗣後以舉證責任轉換之角度，主張「上訴人已提出上開諸多事證，就被上訴人陳姓醫師、訴外人陳姓醫師 2 位醫師在醫療過程中先後具有醫療疏失之事實盡舉證責任，並已就前揭過失導致上訴人丙子發生缺氧性腦病變而有腦性麻痺之結果，致上訴人丙子之身體健康權受損害，及前述醫療疏失與上訴人丙子所受損害間具有因果關係等事項，均已提出相當之舉證，應可生舉證責任轉換之效果。被上訴人抗辯無因果關係，應由被上訴人舉證，關於第一次胎心音狀況，被上訴人應舉證證明當時胎心音監測狀況正常、並無過速異常情事，始能排除上訴人丙子發生缺氧性腦病變與第一次就診依醫囑要求返家、未留院觀察之因果關係。參酌訴外人陳姓醫師證詞亦提及『如果 7 點多就看到這樣的波形，我想我當時就會決定提早剖腹產』（本院卷二第 222 頁），益徵被上訴人陳姓醫師於第一次就診時如有觀察判讀胎心音連續監測紀錄而發現持續心搏過速之異常狀況，給予上訴人丙子留院觀察適當處置，可使被上訴人陳姓醫師因提早剖腹產出及早獲得救治。上訴人丙子第二次就診時，訴外人陳姓醫師遲延完成剖腹產，使上訴人丙子經剖腹產出實際獲得救治之時點更為劣後，應認被上訴人陳姓醫師及訴外人陳姓醫師均有醫療過失，導致上訴人丙子因缺氧性腦病變罹有腦性麻痺之結果。…關於上訴人丙子患有腦性麻痺，與第一、二次就診時在母體內胎心音持續過速異常、有缺氧情況，卻未能及時剖腹產出進行急救，致有缺氧性腦病變，導致罹患腦性麻痺，其間具高度相

關性，應可上訴人提出專家證人即任職北榮醫院兒童醫學部主治醫師曹姓醫師出具之專業意見書。上訴人主張丙子之腦損傷應與在母體內有缺氧情形具高度相關性，堪認可採。」

相較於系爭判決發回前之二審判決逕以「查產前記錄單所示（見原審調字卷第29頁，上訴人乙婦第一次就診時，103年4月26日19:55監測胎心音179次/分、20:20監測胎心音為178次/分，可見上開2次胎心音監測數值有過速情形。被上訴人陳姓醫師雖於20:20探視產婦並進行內診檢查，而予以離院，然胎心音過速之原因甚多，不可排除缺氧亦為原因之一，但被上訴人陳姓住院醫師除有內診外，未見採取其他相應措施，理應讓上訴人乙婦留院觀察，給予氧氣、點滴輸液等，繼續密切觀察胎心音變化，也應該通知主治醫師一同診治，然皆未執行。倘當時立刻剖腹產，胎兒最晚出生時間約在晚間10時許，不會延誤至隔天2時10分。」、「查醫療常規，為醫療處置之一般最低標準，醫師依據醫療常規所進行之醫療行為，非可皆認為已盡醫療水準之注意義務，是以，衛生福利部醫事審議委員會鑑定書，及國立成功大學醫學院附設醫院病情鑑定報告書，謂被上訴人陳姓醫師之醫療處置，符合醫療常規云云，依上說明，尚難憑採。」系爭判決發回前之二審判決實則對於「上訴人丙子發生缺氧性腦病變而造成腦性麻痺之因果關係，與第一次就診依醫囑要求返家、未留院觀察、延遲剖腹生產手術之因果關係」均尚未清楚說明上訴人是否已盡舉證責任，實則仍有論理未完備之嫌。

反而系爭判決將舉證責任依據「重大醫

療瑕疵理論」而依據民事訴訟法第277條但書規定轉換舉證責任，將因果關係無法解明之不利益，本於醫療專業不對等之原則，歸由醫師負擔，並命被上訴人陳姓醫師舉反證說明「上訴人丙子發生缺氧性腦病變而造成腦性麻痺之因果關係，與第一次就診依醫囑要求返家、未留院觀察、延遲剖腹生產手術之因果關係」如何不存在，並於被上訴人陳姓醫師未能舉反證推翻以後，判決被上訴人陳姓醫師應與被上訴人北榮醫院連帶負損害賠償責任與契約不完全給付責任，係論理較為充分之判決，亦確實掌握最高法院106年度台上字第227號民事裁判意旨所揭示之德國法上「重大醫療瑕疵理論」。

### 柒、代結論：在《醫療事故預防及爭議處理法》正式施行以後，重大醫療瑕疵理論的細緻化更有待加強

著名民法學者，投入最高法院民事判決研究超過半世紀的王澤鑑大法官曾謂：「法院擔負法之適用的任務，法院判決最能使人認識社會生活層出不窮、超出想像的法律問題。法院判決體現社會事實與規範性、法律與正義、行為與責任、利益衝突與其調和的相互關連、錯綜複雜的關係。理解法院判決對於法之適用，至為重要。所謂理解，包括認識法院如何作成裁判，法官如何思考論證，必須對判決加以解釋，區別案例（distinguishing），探究判例的法源性及其對法律進度發展的作用。此為有待深入研究的重要課題<sup>22</sup>。」

筆者曾於兩年前評釋臺灣高等法院臺中分院106年度醫上字第3號民事判決，並指

22. 參王澤鑑，法律思維與案例研習—請求權基礎理論體系，自版，增訂新版，2019年9月，頁178。



出該案判決雖對於「重大醫療瑕疵理論」、「可歸責的醫療瑕疵」有細緻化之相關論述，然而該案的定讞判決即最高法院 109 年度台上字第 1916 號民事判決，卻未就法律層面卻再如最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決雖揭示德國法上「重大醫療瑕疵理論」，殊為可惜。則究竟為何本件之定讞判決即最高法院 109 年度台上字第 1916 號民事判決，及最高法院 110 年度台上字第 2239 號民事判決，不願再揭示德國法上「重大醫療瑕疵理論」或「可歸責的醫療瑕疵」究竟如何適用於個案，實值得再為著墨<sup>23</sup>。

然而筆者欣見系爭判決對於「重大醫療瑕疵理論」有較為具體之運用，系爭判決更明示：「上訴人已提出上開諸多事證，就被上訴人陳姓醫師、訴外人陳姓醫師 2 位醫師在醫療過程中先後具有醫療疏失之事實盡舉證責任，並已就前揭過失導致上訴人丙子發生缺氧性腦病變而有腦性麻痺之結果，致上訴人丙子之身體健康權受損害，及前述醫療疏失與上訴人丙子所受損害間具有因果關係等事項，均已提出相當之舉證，應可生舉證責任轉換之效果。被上訴人抗辯無因果關係，應由被上訴人舉證…。」，系爭判決之法之適用甚為精彩，因系爭判決雖經第三審上訴而尚未確定，故關於法之適用，亦為前述王澤鑑大法官所述若要深化認識法院如何作成裁判，可作加以案例區別、探究判例的法源性及其對法律進度發展的作用之依據，亦可供醫療訴訟之研究者多加注意。

又系爭判決之鑑定意見雖不符最高法院發回要旨所要求應命鑑定人派員到場說明，更以鑑定意見所依據之事實顯然不符合系爭判決認定之事實而拒卻見定意見，特別係針

對國內法院就醫療訴訟依據醫療法第 98 條、醫療糾紛鑑定作業要點所相當倚賴之醫審會不願派員到場說明鑑定意見，亦呈現多數學說所批評之醫審會亦如同本件更一審判決過程，經常不願派員到法院說明鑑定意見，致使當事人之聽審請求權受到極大限制等語，故系爭判決雖經第三審上訴而尚未確定，然對於鑑定意見之不採納會否仍被最高法院發回，相當值得關注。

最後，關於「重大醫療瑕疵理論」會否繼續被最高法院發展其內涵、甚至如何國內學說而細緻化區分為六大類、五大類、四大類或僅兩大類等，如本文較贊同長年研究醫療糾紛並撰有專書之學者陳聰富的簡化分類即兩大類：診斷瑕疵、治療瑕疵，最高法院又如何對「重大醫療瑕疵理論」具體化適用、又如何影響到下級審法院，因法院如何適用或不適用「重大醫療瑕疵理論」，以及醫療事故或醫療爭議之舉證責任如何被認定，因《醫療事故預防及爭議處理法》第 4 條第 3 項授權之《醫療評析作業辦法》第 8 條亦規定針對醫療糾紛、醫療事故應由特定受託法人製作不公開之醫療爭議評析意見書，供《醫療事故預防及爭議處理法》第 12 條規定組成之醫療爭議調解會參考以作為醫療爭議調解之依據，故「重大醫療瑕疵理論」，亦可能成為醫療事故之歸責認定或醫療爭議如何透過《醫療事故預防及爭議處理法》而被妥善關懷或調解之參考依據，隨著《醫療事故預防及爭議處理法》自 113 年 1 月 1 日施行迄今已超過半年，未來應有更多案例可供醫療糾紛、醫療調解、醫療訴訟之研究者注意。

23. 參陳韋樵，前揭註 21，頁 48。

# 社團法人高雄市生命線協會 社區家事商談服務

## 1995 共造社區心家

林世芬\*

### 壹、緣起

社團法人高雄市生命線協會深耕53年，100%民間社會福利組織。致力於【搶救生命、撐住心苦】、【救一個人，就是幫助一個家】宗旨；民國68年成立「媽媽園地」輔導父母因應婚姻衝突及親子關係經營。民國100年組成家事法院調解委員團隊進入臺灣高雄少年及家事法院，協助離婚及家事案件調解。110年度投入衛生福利部補助推展社區式家事商談服務，當年度提供13家庭、20人、141人次服務；111年度服務30家庭、64人、523人次；112年度服務35家庭、82人、488人次。

用3年時間，組建商談專業團隊、建構實務服務模式，避免未成年子女在父母兩願離婚過程中遭受傷害，呼籲家庭運用社會資源處理家庭關係經營困擾。協會也規劃專業服務網絡的連結及實務專業訓練和督導計畫，提升商談團隊專業知能，達成社區家庭心理健康維護與關係正向促進之使命，讓專業服務與家庭合作，共創守護子女最佳利益。

### 貳、服務內容及方式介紹

#### 一、服務內容

父母關係衝突或疏離家庭，輔導父母探討婚姻離合決定議題，以未成年子女利益為依歸，協助成為合作友善父母，提升親職知能建立及正向

的溝通與互信關係。

案件來源以社會局社福中心、社福團體、臺灣高雄少年及家事法院的轉介及1995專線發掘為主，每年約服務25家庭，每家庭至少2位服務對象，一年透過電話追蹤輔導、個別商談和聯合商談方式總計約服務500人次。

#### 二、服務方式

進行服務轉介宣導，針對轉介案件家庭成員提供服務介紹及說明。

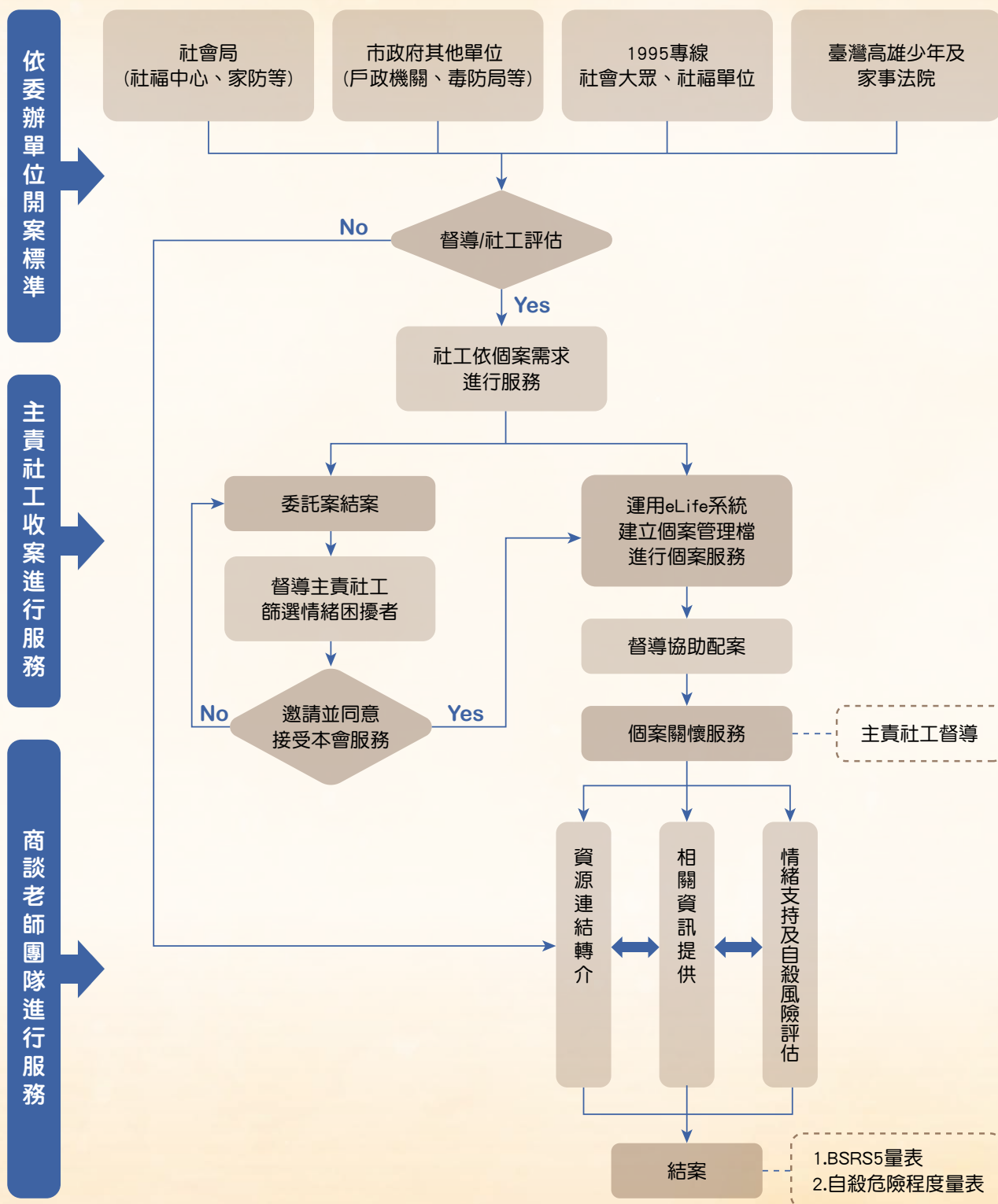
#### (一) 社區民眾及單位轉介服務方式介紹

服務對象是以設籍或實際居住高雄市，並具備三項條件：有「家庭關係衝突或疏離需要接受協助」需求、育有未成年子女，因有意離婚、離婚中、已離婚或分居等情事，與他方對子女監護、探視或扶養費用有爭議者、當事人有意願接受商談服務。可透過高雄市生命線協會官網<http://www.klla.org.tw/Main.aspx> 進行家事商談服務申請，其申請步驟如下圖。



## (二) 本會商談服務流程介紹

建立專業團隊間相互合作模式，團隊組成包含社會工作師、諮商心理師、家事調解委員及1995專線協談員等。由專業社工督導進行案件初篩，決定是否收案及後續服務之開案評估。相關服務內容規畫及專業分工架構如下。



\* 本文作者係社會工作師，社團法人高雄市生命線協會督導 & 家事商談服務主責督導，臺灣高雄少年及家事法院調解委員。

服務流程及內容指標說明如下：

1. 社工督導配案：依照開案指標

圖1：社區式家事商談轉介單

| 社區式家事商談服務個案轉介單 |                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                     |                                                                                   |                                                                                   |                                                       |
|----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------|
| 轉介日期： 年 月 日    |                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                     |                                                                                   |                                                                                   |                                                       |
| 轉介單位           | 單位名稱 (個人申請此欄不填)                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                     |                                                                                   |                                                                                   |                                                       |
| 個人申請           | 聯絡人及職稱                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                     | 電話                                                                                |                                                                                   |                                                       |
| 個案<br>基本資料     | 姓名                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                                                     | 性別                                                                                | <input type="checkbox"/> 男 <input type="checkbox"/> 女                             |                                                       |
|                |                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                     | 出生日期                                                                              |                                                                                   |                                                       |
|                | 聯絡電話                                                                                                                                                                                                                                                                       | 市話：                                                                                                                 |                                                                                   | 手機：                                                                               |                                                       |
|                | 聯絡地址                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                     |                                                                                   |                                                                                   |                                                       |
|                | 婚姻狀況                                                                                                                                                                                                                                                                       | <input type="checkbox"/> 婚姻存續中 <input type="checkbox"/> 已離婚 <input type="checkbox"/> 未婚 <input type="checkbox"/> 其他 |                                                                                   |                                                                                   |                                                       |
|                | 姓名                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                                                     | 性別                                                                                | <input type="checkbox"/> 男 <input type="checkbox"/> 女                             |                                                       |
|                |                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                     | 出生日期                                                                              |                                                                                   |                                                       |
|                | 聯絡電話                                                                                                                                                                                                                                                                       | 市話：                                                                                                                 |                                                                                   | 手機：                                                                               |                                                       |
|                | 聯絡地址                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                     |                                                                                   |                                                                                   |                                                       |
|                | 婚姻狀況                                                                                                                                                                                                                                                                       | <input type="checkbox"/> 婚姻存續中 <input type="checkbox"/> 已離婚 <input type="checkbox"/> 未婚 <input type="checkbox"/> 其他 |                                                                                   |                                                                                   |                                                       |
|                | 居住情形                                                                                                                                                                                                                                                                       | <input type="checkbox"/> 同住 <input type="checkbox"/> 分居                                                             |                                                                                   |                                                                                   |                                                       |
|                | 未成年子女姓名                                                                                                                                                                                                                                                                    | 性別                                                                                                                  | 出生日期                                                                              | 監護權歸屬                                                                             | 居住情形<br>(父母分居者填寫)                                     |
|                |                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                     |                                                                                   | <input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 <input type="checkbox"/> 共同 | <input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 |
|                |                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                     |                                                                                   | <input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 <input type="checkbox"/> 共同 | <input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 |
|                |                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                     | <input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 <input type="checkbox"/> 共同 | <input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母                             |                                                       |
| 商談需求<br>(可複選)  | <input type="checkbox"/> 婚姻離合決定 <input type="checkbox"/> 子女監護權 <input type="checkbox"/> 子女探視 <input type="checkbox"/> 子女扶養費用<br><input type="checkbox"/> 離婚告知子女議題 <input type="checkbox"/> 子女離婚適應 <input type="checkbox"/> 子女生活照顧分工問題<br><input type="checkbox"/> 其他(請說明)： |                                                                                                                     |                                                                                   |                                                                                   |                                                       |
| 說明             | <b>轉介評估指標：</b><br>1.個案有「家庭關係衝突或疏離需要接受協助」需求，其脆弱性因子為「親密關係衝突(未達家庭暴力程度)或疏離致家庭成員身心健康堪慮」。<br>2.個案育有未成年子女，因有意離婚、離婚中、已離婚或分居等情事，與他方對子女監護、探視或扶養費用有爭議，且未進入司法程序。                                                                                                                       |                                                                                                                     |                                                                                   |                                                                                   |                                                       |

|       |                                  |
|-------|----------------------------------|
|       | 3.個案(或他方)有意願接受<br>(以上 3 項指標皆需符合) |
| (續下頁) |                                  |

|                 |                                                                   |
|-----------------|-------------------------------------------------------------------|
| 轉介結果<br>(申請方勿填) | <input type="checkbox"/> 受案<br><input type="checkbox"/> 不受案(原因： ) |
| 受理單位<br>(申請方勿填) | 單位名稱：社團法人高雄市生命線協會<br>單位電話：07-2819595<br>回復日期： 年 月 日               |



圖2：社區式家事商談回復單

**高雄市政府社會局社區式家事商談服務結案回復單**

日期：    年    月    日

|                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                          |                                                                                                                                         |                                                                                                                                         |
|-----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 回復<br>單位              | 單位名稱                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                          |                                                                                                                                         |                                                                                                                                         |
|                       | 聯絡人及職稱                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                          | 電話                                                                                                                                      |                                                                                                                                         |
| 個案<br>基本資料            | 姓名                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                          | 性 別                                                                                                                                     | <input type="checkbox"/> 男 <input type="checkbox"/> 女                                                                                   |
|                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                          | 出生日期                                                                                                                                    |                                                                                                                                         |
|                       | 聯絡電話                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 市話：                      手機：                                                                                             |                                                                                                                                         |                                                                                                                                         |
|                       | 聯絡地址                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                          |                                                                                                                                         |                                                                                                                                         |
|                       | 婚姻狀況                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | <input type="checkbox"/> 婚姻存續中 <input type="checkbox"/> 已離婚 <input type="checkbox"/> 未婚 <input type="checkbox"/> 其他_____ |                                                                                                                                         |                                                                                                                                         |
|                       | 姓名                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                          | 性 別                                                                                                                                     | <input type="checkbox"/> 男 <input type="checkbox"/> 女                                                                                   |
|                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                          | 出生日期                                                                                                                                    |                                                                                                                                         |
|                       | 聯絡電話                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 市話：                      手機：                                                                                             |                                                                                                                                         |                                                                                                                                         |
|                       | 聯絡地址                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                          |                                                                                                                                         |                                                                                                                                         |
|                       | 婚姻狀況                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | <input type="checkbox"/> 婚姻存續中 <input type="checkbox"/> 已離婚 <input type="checkbox"/> 未婚 <input type="checkbox"/> 其他_____ |                                                                                                                                         |                                                                                                                                         |
|                       | 居住情形                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | <input type="checkbox"/> 同住 <input type="checkbox"/> 分居                                                                  |                                                                                                                                         |                                                                                                                                         |
|                       | 未成年子女姓名                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 性別                                                                                                                       | 出生日期                                                                                                                                    | 監護權歸屬                                                                                                                                   |
|                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                          |                                                                                                                                         | 居住情形<br>(父母分居者填寫)                                                                                                                       |
|                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                          |                                                                                                                                         | <input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 <input type="checkbox"/> 共同 <input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 |
|                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                          |                                                                                                                                         | <input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 <input type="checkbox"/> 共同 <input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 |
|                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                          | <input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 <input type="checkbox"/> 共同 <input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 |                                                                                                                                         |
| 轉介服務<br>目的<br>(可複選)   | <input type="checkbox"/> 婚姻離合決定 <input type="checkbox"/> 子女監護權 <input type="checkbox"/> 子女探視會面 <input type="checkbox"/> 子女扶養費用<br><input type="checkbox"/> 離婚告知子女議題 <input type="checkbox"/> 子女離婚適應 <input type="checkbox"/> 子女生活照顧分工問題 <input type="checkbox"/><br>其他(請說明)：                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                          |                                                                                                                                         |                                                                                                                                         |
| 服務目標<br>達成情形<br>(可複選) | <input type="checkbox"/> 完成服務目標：<br><input type="checkbox"/> 雙方已達成協議(含部分達成) <input type="checkbox"/> 雙方已履行協議(含部分達成)<br><input type="checkbox"/> 了解法律資訊與資源 <input type="checkbox"/> 提升雙方自行會面能力<br><input type="checkbox"/> 雙方關係已改善 <input type="checkbox"/> 親子關係已改善<br><input type="checkbox"/> 減少讓子女捲入因離婚產生的衝突 <input type="checkbox"/> 提升親職能力<br><input type="checkbox"/> 處理離婚產生的情緒和反應 <input type="checkbox"/> 瞭解如何因應離婚<br><input type="checkbox"/> 妥適協議規劃子女照顧計畫 <input type="checkbox"/> 成為合作父母 |                                                                                                                          |                                                                                                                                         |                                                                                                                                         |

(續下頁)

|           |                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|-----------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|           | <input type="checkbox"/> 其他(請說明)：_____<br><br><input type="checkbox"/> 未完成服務目標，結案原因：<br><input type="checkbox"/> 經與個案討論，拒絕服務或暫無須提供相關服務<br><input type="checkbox"/> 遷居外縣市，且無意願接受提供後續服務<br><input type="checkbox"/> 不同日期、時段聯繫至少3次，皆無法取得聯繫<br><input type="checkbox"/> 其他(請說明)：_____ |
| 受回復<br>單位 | 單位名稱：<br><br>單位電話：                                                                                                                                                                                                                                                                |

## 2. 執行商談服務

運用諮商心理師、社會工作師及家事調解委員人力共計 10 位，擔任家事商談人員，協助轉介家庭成員進行商談服務，以電話追蹤輔導、個別商談或聯合商談等方式進行服務，著重衝突協調、離婚心理特徵、夫婦家庭動力介入輔導，以中立角色尋求雙方衝突因應、溝通及發展解決方案，做出分居 / 離

婚後子女生活、探視、教養、居住及財務分配各種安排，降低社會資源耗損，提高履行協議意願。

## 3. 個案商談服務 - 社工督導個管監控

提出商談策略方式與時機決策，監控並安排專業商談老師服務，連結相關社會資源，共擬商談服務策略。服務方式說明如下。

| 服務項目   | 服務內容                                                                                                                                                                              | 連結資源                                                                                                     |
|--------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 個別諮商商談 | 1. 情緒壓力照顧與協助、問題與需求釐清，確認離婚動機與了解影響，降低衝突，增進支持與對話溝通能力。<br>2. 父母家屬了解家庭衝突或離婚與對於子女的影響、協助子女照顧方式、父母合作協助。<br>3. 離婚過程之爭議排解、認知行為及態度調整、社會資源連結等                                                 | 1. 本會家事商談老師<br>2. 社團法人高雄市社會工作師公會<br>3. 高雄市諮商心理師公會<br>4. 社團法人高雄律師公會<br>5. 身心科診所<br>6. 長期照顧資源<br>7. 社會福利服務 |
| 聯合諮商商談 | 1. 協助父母重視子女需求與感受，合作協商符合子女最佳利益之照顧計畫，減低離婚衝突及關係傷害。<br>2. 促進雙方理性溝通，提高協議履行之動機，減少離婚或分居對雙方與子女所造成的傷害。<br>3. 增加雙方與家屬之溝通協調及衝突解決能力，輔導父母及其家庭保持正向良性的互動關係，提高共同合作意願與理解能力，使離婚商議內容回應及符合父母及孩子的實際需要。 |                                                                                                          |

## 4. 結案評估

商談老師在參考衛生福利部社會及家庭署公益彩券回饋金補助家事商談服務計畫的

結案指標，並在服務過程中與個案逐一達成結案指標，且經商談老師評估後與服務的當事人確認同意結案後，使得結案。

圖3：社區式家事商談結案指標

| 社區式家事商談服務 |                                                                                                                           |                                                                                           |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| 結案指標      | 1. 雙方已達成協議（含部分達成）<br>2. 雙方已履行協議（含部分達成）<br>3. 了解法律資訊與資源<br>4. 提升雙方自行會面能力<br>5. 雙方關係已改善<br>6. 親子關係已改善<br>7. 減少讓子女捲入因離婚產生的衝突 | 8. 提升親職能力<br>9. 處理離婚產生的情緒和反應<br>10. 瞭解如何因應離婚<br>11. 已妥適協議規劃子女照顧計畫<br>12. 成為合作父母<br>13. 其他 |



## 參、本會家事商談服務的優勢

家庭關係衝突及社區藥癮者的家庭心理支持系統薄弱，與犯罪、家暴及脆弱家庭等社會問題有關，本會不只是著眼於自殺防治，更積極走向預防及促進心理健康服務，成為高雄市民心靈的家，提升各社區所有族群幸福感，本會推動社區家事商談服務的優勢有：

- 一、運用受專業訓練的電話協談志工與專業社工合作，透過 1995 專線，首要網住來電的心苦人，再依專業社工評估，銜接有需要家事商談的個案，提供後續可能的關懷服務，成為心苦家庭的強大後盾。
- 二、經由與政府委辦及補助等合作計畫，包含高雄市政府毒品防制局的藥癮家庭支持據點、監獄團體課程工作、高雄市家暴防治中心的老人保護業務等，強化政府與民間機構間串連合作，並非機構單打獨鬥，更能有效整合脆弱家庭中有關係衝突的難題，經篩選符合家事商談服務者，提供有效的商談服務。
- 三、配合自殺防治三級預防通報，積極與政府衛生局合作，並補強社會安全網絡中社區心理健康網絡的不足，強化在地資源連結與人力資源的開發運用，著重於在社區中脆弱家庭的一、二級預防工作，因此，更有助本會在提供家事商談服務中，將個案所需相關資源更能完善整合運用。

四、配合本會研發的 eLife 個案管理資訊系統進行個案服務管理，藉由完整監控服務歷程，提升專業服務的效能。

五、強調跨多元專業合作，整合社工、心理、司法、藥物濫用成癮等專業機構及專業人士之跨領域合作。

## 肆、結論

離婚對父母、孩子及整個家庭而言是重大的決定，根據臺灣高雄少年及家事法院「法院家事調解服務中心」調查中顯示，超過 6 成的婚姻家庭服務案件都和未成年子女議題相關，包括「監護、撫養及探視爭議」等，孩子成為父母離婚後訴訟戰場的炮火攻擊點。研究及實務都表示，長期處在父母衝突環境中的孩子，成長中較可能出現人際互動不佳、情緒表達不易、親密關係困擾及身心壓力失衡議題，甚至陷入關係衝突的世代循環。

避免未成年子女在父母兩願離婚過程中遭受傷害，希望呼籲更多家庭運用社會資源協助處理家庭關係經營困擾，除了積極推動家庭關係衝突的婚姻協商服務，民間單位與政府單位更需建立合作關係，採取多元的策略，提高人們的意識並提升尋求協助管道的便利性。透過教育和宣傳是關鍵，藉由社區講座、網路媒體等，提供有關家事商談服務的資訊和相關資源。企盼藉由社區及校園等宣導活動，可以讓人們了解家事商談服務是能幫助面對家庭關係衝突中的家人們，一種正向的支持方式。

# 有女則安：勵馨基金會的家事商談服務

楊稚慧\*

陳宛彤\*\*

吳芷瑋\*\*\*

## 一、前言

勵馨基金會從民國 77 年投入台灣的雛妓救援工作開始，一路以來都關心著台灣女性的各種生活處境與困難的議題，不僅提供社工服務陪伴她們走過眼前的低谷，更把眼光拓展到國家福利政策與立法上，期待透過立法為台灣女性打開更大的空間。而勵馨也在民國 85 年在高雄設立服務據點，開始投入高雄地區的女性服務工作。

勵馨在高雄從少女希望網絡工作站的服務開始，至今服務對象包括了性侵害受害者、遭受家庭暴力的婦幼、懷孕的青少女、目睹暴力兒少、特境無業婦女以及兒童收出養等等。高雄分事務所提供服務內容包含：親密關係家庭暴力輔導服務、目睹暴力兒童服務、受暴婦女就業服務、婦女自立生活服務及家事商談服務、收出養及青少年爸媽服務、駐點高雄少家法院提供家暴諮詢、兒少出庭陪同服務，另也設置蒲公英諮商中心、愛馨物資分享中心、貳拾少女培力基地，為弱勢的女性提供保護、安全、培力充電再出發的地方。以上各項的服務目標期待可提升服務對象脫離受暴處境，建立生活的穩定性，過程中發現服務對象的家庭關係往往影響服務目標甚巨，重建或修復與家庭關係亦是服務對象心中的想望，而家事商談服務即是與家庭關係最直接相關的一項服務，接下來來談談勵馨家事商談的服務基礎與工作概念。

## 二、勵馨的家庭工作概念：以理解家庭關係開啟尋找新眼光的陪伴歷程

當我們詢問「什麼是家庭？」這問題時會發現，人們對家的想像定義不外乎是夫妻兩人，或者是夫妻與子女，甚至包含夫和妻兩邊的家族成員等等所共同組成的一個單位，都統稱為「家」，對「家」的存在意義可能來自個人延續了原生家庭的建構經驗，更多的可能是參雜了自我內在的想像和期待。然而，當人生遭遇重大事件或變故時，家庭原有的樣貌、成員和規則大概就會面臨重組的時候，此時家庭的定義也就有需要隨之調整，但從勵馨觀察服務對象時，發現他們很難在生活的變動中有機會開啟重新思考「對家的定義，對家庭關係轉變的想像」，對勵馨來說，陪伴個案從探索、檢視內心對家的意義或想望是開啟家庭工作的第一步。所以，家事商談無法「代替」當事人解決問題，是透過陪伴其探討家庭問題或婚姻關係的癥結點、本身或雙方卡在哪些議題上、在過去行動過程的效果如何、想解決的問題可以如何達到，透過與當事人進行有目的性的對話，達到促進及釐清，找出行動策略，期能達到共識的目標。

\* 本文作者係勵馨基金會高雄分事務所主任。

\*\* 本文作者係勵馨基金會高雄分事務所家庭暴力追蹤輔導服務督導。

\*\*\* 本文作者係勵馨基金會高雄分事務所司法服務組督導。



### 三、勵馨的家庭工作服務

勵馨在高雄從少女、婦女保護服務延伸到目睹暴力兒童服務，就已是開始陪伴家庭的工作，然而家庭拼圖偶爾也需要聽一聽離開的人的說法、釐一釐對彼此的感覺，讓家庭成員間有機會對話，然而面對曾經發生過的暴力事件為婦女或兒少帶來的不安和焦慮、彼此關係和對話位置、習慣等種種影響，要開啟家庭對話機制需要一些專業評估與安排，勵馨期待陪伴婦女與兒少的生活重建過程，可減少過去生活的負向影響，迎來健康、有交流能力的個人與家庭關係，因此在民國 107 年開始提供家庭會談服務，勵馨提供方式有以下兩類：

#### （一）駐點高少家法院婚姻協談服務

勵馨在高雄除了提供社區服務外，在民國 94 年開始也派任社工進駐當時高雄地方法院的家暴事件服務處提供諮詢及陪同服務，爾後也隨著少年及家事專院的成立，一同遷至楠梓地區辦公，因著民國 101 年 6 月高雄少年及家事法院（下稱高少家法院）的成立，另與高雄市政府社會局合作，在法院內提供的服務對象延伸到家事案件中的兒少出庭陪同，和訴訟中家庭成員的社會資源轉介。

提供兒少出庭陪同的服務經驗中發現，社工的出庭陪同能發揮陪伴、緩解其出庭之身心情緒效能，卻難以緩解兒少生活處於對立父母的高衝突之身心壓力，因為兒少在家庭中的處境能否改變的關鍵在於父母身上，所以如何促進因為關係緊張、僵化、對立所引發高衝突情況的父母或家屬，能停下來意識家中兒少的處境，因此興起需要與訴訟中父母合作的必要性，為正處於父母關係衝突

或離異變動中的兒少，爭取更多可被健康地關注，獲取合宜照顧的空間，因此在民國 107 年 6 月開始正式在高少家法院內提供婚姻協談服務。

勵馨在高少家法院內提供的「婚姻協談服務」跟「社區家事商談」有所不同。我們從在司法服務中觀察到，夫妻因過往婚姻關係、互動方式上的接收不良、為了家庭和教養安排的未來生活爭執、家庭成員相處摩擦等已紛爭不斷，進到訴訟更容易劍拔弩張和對立，這情形不僅為父母彼此帶來更多逼迫或壓力的感覺，因為雙方關注的對象也常討論協商兒少為主，兒少本身自然也無可避免。因此希望透過與父、母個別或共同協談，協助雙方釐清訴訟決定、爭執問題的癥結，尋找對話困難點，期能促進理解以降低彼此對立程度、可如何處理離異過程中兒少身心反應，間接達到促進兒少最佳利益之目標。因此，婚姻協談服務目標有三：

1. 協助父母瞭解目前婚姻階段或處境、困難。
2. 促進父母鬆動彼此對立關係，建立對話平台進而討論家庭議題。
3. 陪伴父母學習瞭解、關照自身在家庭關係中的感受及情緒。

如透過協談服務達到以上目標的父母，可再回到司法程序中進行關於婚姻最後的決定、孩子的生活照顧及親子關係維持方式等等協議。

#### （二）家事商談服務

勵馨從民國 94 年起接受高雄市家庭暴力防治中心的委託提供親密關係暴力被害人服務，然家暴法推動二十年後，暴力樣態與暴力類型早已有所轉變。然唯一不變的是人

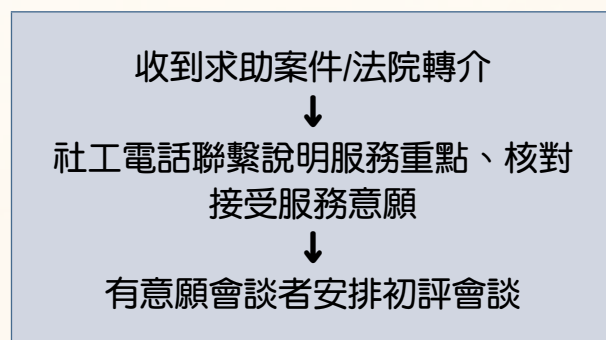
們對情感的需求與渴望始終存在，同樣地，在關係中的糾結與受傷也無法抹滅。因此高雄勵馨自民國 111 年開始提供社區家事商談方案，從親密關係暴力服務的權力控制視框位移到理解家庭關係對家庭成員的影響。透過這幾年在社區家事商談的服務經驗中，架構出從婚姻歷程中不同階段，社區家事商談可以介入的工作重點，以及哪些家庭當下的階段歷程適合進入商談方案：

- 1、伴侶商談：針對仍在婚姻中伴侶，可能面臨親子教養、親屬相處、金錢價值觀、感情外遇、生活習慣等問題，兩人長期處於衝突或冷戰的狀態，但仍有意願維持與修復關係者。商談員可透過各自了解彼此的想法與感受，協助雙方梳理自我狀態後，向對方陳述自己對於婚姻關係的期待與想法，重新確立彼此對婚姻價值與意義。
- 2、離婚商談：一般人想到離婚多想到條件磋商，然實務工作上發現，兩造能心平氣和接受彼此的條件，通常都是對彼此的關係能有共識後才能走向好聚好散。因此在談條件前，如何讓尚未準備好分開的人理解這段關係的結束則相對重要，再者又能讓準備好離婚者能好好說分手也是需要練習的。因此商談在此時的工作目標則是如何讓兩者間增加理解減少怨懟步伐一致，進而才有可能順利走向『好聚好散』的離婚。
- 3、離後商談：在近幾年的親密關係暴力案件中不免發現有愈來愈多離婚後尚因為子女監護、探視及撫養費用等爭議的案件，有些甚至可以纏訟五、六年。關係看似結束，實際上卻離不清理還亂。因

此如何協助兩造在重新討論如何照顧孩子前，各自整理對彼此過不去的那份情，才能有機會跨越眼前的坎往前走，真正放下『前』配偶的角色，正式作為孩子的父母。

社區家事商談看似輕描淡寫，然都需要雙方的意願與長期的對話下才有可能鬆動既有的互動模式，雖然高雄勵馨社區商談每年陪伴的家庭數約莫 20 個家庭，真正能達到服務目標的可能僅剩下一半的家庭。而駐點高少家法院的婚姻協談服務每年約可提供 70～80 案，在無法中斷的訴訟壓力下，促成雙方理解進而達成共識比例約佔三成左右，然兩項服務皆期待專業的介入能減少一些人在親密（家庭）關係中受苦與家庭繼續爭訟與通報的目的。

下圖一是高雄勵馨家事商談的服務流程。



圖一 勵馨高雄分事務所 家事商談流程圖

#### 四、社區家事商談服務經驗談

當事人通常處在關係變動重大的人生階段中，對配偶感到生氣憤怒、傷心絕望之際，與對方在解決婚姻問題欠缺共識之時，並往往帶著家庭問題尋求司法途徑解決，期待司法可替自己主持公道。當事人在司法過程面對條件進或退的訴求中，其實都參雜了家庭成員間長期關係互動下的動力，還有個人心



理狀態的複雜成份在其中，訴求已不單單是一種個人狀態的體現，其中更蘊含著維護自我尊嚴、家庭身分的社會文化角色，甚至是自家的家庭規則等等各種潛在的心理及家庭動力。

人們常說「解鈴仍須繫鈴人」，家庭問題中法律方面的解方是透過司法程序主張個人法律上的權益，而人與人關係的解方需要的是商談服務資源的連結。因此，當事人陷於關係糾葛中，難以具體、理性的表達訴求時；一觸及敏感話題就出現情緒、身心反應時；或者雙方有機會對話，在衡量司法環境或程序容易引起當事人自我保護的防衛機制，以致失去緩和的對話可能性時；又或者，當事人處在猶豫不決或是無法確認自己想法時；如律師發現委任人有以上的情形者，建議可鼓勵當事人思考運用該項服務，幫助自己釐清感情困擾、練習有效的對話方式、協助自己跟子女預備離異後的生活。此外，當商談服務啟動時，當事人不僅需要面對專業關係的建立，個人更需要為自己、雙方重啟

對話進行一些心理預備，且每個人預備所需時間長短不一，為能降低訴訟程序對父母參與商談過程中的干擾，若可向法院提出暫緩開庭的建議訴求，再者，暫時不將過程中當事人提供或反應之資訊進行陳報，均可對促進過程有十足幫助。

## 六、結論

勵馨在服務個案的路途中，看到太多童年逆境的孩子們，他們自己孤獨地長大沒有出口、沒有陪伴，因為他們的家人父母也都困在彼此的婚姻與家庭裡，以致無力再關照家中的孩子們，如果有機會經由家事商談服務提早接觸正在婚姻裡受苦的夫妻，可以提供彼此一個道苦、聆聽、理解和練習新對話習慣的歷程，解了自己的結就可以為受困的孩子創造一些機會，減緩孩子們在家裡生存的壓力，減少孩子們受傷的程度，協助孩子們及父母度過關係的風暴階段，對正經歷變動的「家」開啟新的眼光，尋找勇氣邁向不同的人生階段。勵馨高雄分事務所「家事商談服務」，洽詢電話（07）223-7995。

# 淺談兒福聯盟家事商談服務

黃英琪\*

## 一、前言

台灣離婚率居高不下，每年約有 5 萬對夫妻離婚。對於離婚家庭而言，因家庭解構所產生的挑戰與壓力，易引發個人過往的創傷經驗或不安全的依附關係，如又涉及兩敗俱傷的訴訟過程，往往只會讓雙方關係更加惡化，若要讓彼此產生信任，順利交付子女進行探視，讓親情得以繼續，皆有實質上的困難。

兒童權利公約第 18 條與第 9 條皆明訂：「締約國應盡其最大努力，確保父母雙方對兒童之養育及發展負共同責任的原則獲得確認…」、「締約國應尊重與父母一方或雙方分離之兒童與父母固定保持私人關係及直接聯繫的權利…」。在在強調家長分居或離異後，子女與家長維繫親情為兒少之權利與最佳利益。

兒福聯盟（以下簡稱兒盟）以維護兒少最佳利益為本，自 2003 年開始於台灣推展家事商談服務，希冀透過專業、中立的家事商談員，協助家中育有未成年子女且有意或已分居／離婚的家長解決紛爭，包括離合決定、子女照顧計畫、居住及財務分配等議題，藉此節省司法裁判所需的時間與金錢成本，提高雙方履行協議之意願。為此，在商談過程中，兒盟重視雙方權力平衡，積極引導家長換位思考，聚焦議題討論、尋求替代方案，以因應生活困境。在工作方法上則善用家庭系統理論、優勢觀點、生態系統理論、依附理論，並將家庭暴力、創傷知情等相關知識，

運用於家事商談工作中，以創造家長雙方、孩子三贏策略為目標，讓雙方好聚好散，當孩子永遠的父母得以實現。

## 二、兒盟家事商談服務內容與特色

以下筆者將就兒盟家事商談服務對象、服務內容與服務特色等三面向，逐一進行介紹。

### （一）服務對象

1. 育有 18 歲以下未成年子女的雙親，且雙方正在考慮分居或離婚。
2. 已分居或離婚，針對未成年子女照顧分工，如親權、會面交往、扶養費等議題仍有爭議或需調整原定子女照顧計畫者。
3. 雙親分居或離婚之兒少。

因家事商談服務有賴家長雙方在資訊透明與充足下，理性溝通、為自己做決定，因此，並非所有面臨或已分居／離婚的家長皆適用；不適用或需經家事商談員評估會談後，方能確定能否使用家事商談服務者包括：

1. 有兒虐或家庭暴力史，且目前仍處暴力威脅中。
2. 雙方權力極度不對等，難以有效對話。
3. 有酒癮、藥物濫用、精神疾病或智能障礙，影響個人認知、理解與做決定的能力。
4. 家事商談被不正當濫用，例如被做為拖延離婚的工具。
5. 拒絕提供商談所需資訊。

\* 本文作者係兒童福利聯盟高雄服務中心主任



## (二) 服務內容

筆者向網絡合作單位介紹家事商談服務時，最常聽到的疑問包含：是否需要收費？只有一方同意商談是否就無法啟用？商談通常要進行幾次？

兒盟重視家長能否關照與理解面對此處境下孩子的需求，為鼓勵家長遇到此議題時能善用專業資源，陪伴他們找到問題解方，家事商談服務是免費的。此外，我們也充分理解，在家長互不信任處境下，由一方所提供的資源，另一方家長難於第一時間接受；為此，只要先尋求商談協助的家長願意通知對方，已尋求兒盟商談服務，後續家事商談員即會發送服務邀請簡訊，並透過電訪，協助另一方家長認識服務，進而提高使用意願。至於在商談服務次數上，因雙方家長所面臨欲協商的議題多寡、溝通開放度、過往

衝突型態、對商談程序的配合度…等等皆不一定相同，因此難以給予所需之次數標準，但家事商談員會於家長可配合的時程下，提供最大化的服務。以下簡要列舉兒盟親子維繫服務內容，詳細內容請參閱表一與兒盟「離婚親子維繫網」<https://www.children.org.tw/goodbye>。

1. 家事商談服務：評估／個別會談、聯合會談、納入兒少商談與兒少專家服務模式、擬定協議備忘。
2. 共親職教育服務：親職諮詢、家長講座與團體、出版親職手冊／影音媒材、經營離婚親子維繫服務網站。
3. 兒少支持服務：兒童情緒團體／營隊、出版兒童手冊。
4. 配套性服務：陪同親子會面（酌收服務費）、相關資源連結與轉介（如諮商、法律服務）。

| 家事商談服務<br>(納入兒少意見商談服務)                                                                                                                                                      | 兒少支持服務                                                           | 陪同親子會面服務                                                                                      | 共親職教育                                                  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|
| 協助有意或已分居/離婚的家長，藉由專業中立的商談者協助雙方尋求衝突解決方案，以兒童最佳利益為前提，做出關於子女生活、探視、教養、居住及財務分配等各項安排，建立教養共識。<br>經雙方家長同意且商談員評估合適者，將安排兒少商談員與兒少會談，透過兒少商談員將兒少對家長離婚、未來生活改變的心情與想法，帶進家長商談中，尋求家長雙方與子女三贏的解方。 | 針對分居或離異家庭的兒少發展多元服務，包括兒童情緒團體、營隊、兒童手冊等，以協助兒少整理家長分居／離異經驗帶來的影響與情緒衝擊。 | 由社工協助安排並陪同18歲以下未成年子女與未同住家長於兒盟或法院場地進行親子會面。服務期間，社工亦提供家長親職諮詢與討論，幫助家長與兒少適應探視，漸進建立正向合作經驗，落實日後自主會面。 | 辦理離婚共親職課程／團體進行個別／共同親職會談<br>出版共親職手冊／宣導品<br>經營離婚親子維繫服務網站 |

### (三) 服務特色

以下筆者將接續介紹兒盟家事商談服務特色，有別於諮商輔導與訴訟（參閱表二），兒盟期藉由多元服務內容，協助家長雙方於擬定子女照顧計畫時，能聆聽與參考子女及兒少專家意見，維護兒少利益。

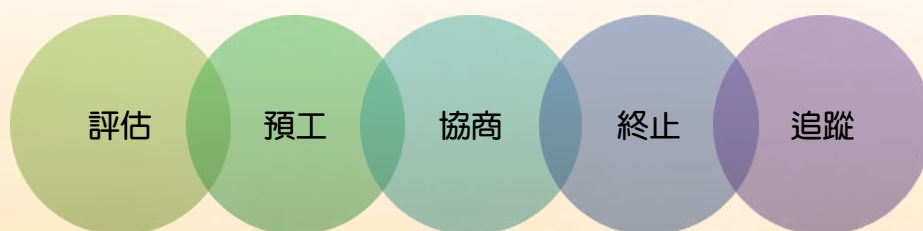
1. 採用加拿大Howard H. Irving博士所提出的治療派家事商談模式 (Therapeutic Family Mediation Model)。

此模式的特色為重視兒少最佳利益、家長情緒與關係的處理，且將家庭視為一個單位，透過會談將家長的立場或條件轉化為內在共同關注或需求，進而尋求共識。意即，當家長雙方立場為各自強調自己為最適任之親權人，進而爭執不下、相互攻擊對方弱點時，家事商談員會幫助家長看見，雙方都期待離婚後，盡己所能減少對孩子的傷害，提供最適當的照顧環境，強調這是家長雙方共同的關注與共識，並將各自提出的照顧優勢，融合落實於子女照顧計畫中，鼓勵家長從對立到合作。

此外，治療派家事商談模式重視與家長間的關係素質，這與兒福聯盟近年來積極推展創傷知情觀點一致。我們了解，一段親密

關係的結束，往往挑戰著個人的自尊與價值感，如離婚帶來的被拋棄感，進而引發無助、失落、悲傷、焦慮與憤怒等；家事商談員因能理解眼前受傷的大人，故能保持理性、接納與涵容，協助家長調節情緒進而回到身心容納之窗中，我們發現，當家長感受被理解與接納，就有機會理性思考，往前尋求問題解方。

最後，因家事商談服務並非所有家長都適用，而此模式強調評估會談的重要性與提供具體的評估面向，亦與兒盟的服務理念一致。在評估會談中，家事商談員會就當事人的壓力程度及壓力調節能力、對離婚的心理準備、溝通能力與信任程度、衝突狀態與互動模式、個人及社會資源、彈性及適應能力、情感的依附程度與未來的計畫等進行評估，以確定能否進行商談或進入商談前預工 (pre-mediation)。共同協商前的預工很重要，家事商談員除能藉由創傷知情建立與家長間的工作關係外，也能透過溝通技巧練習、角色扮演等方式，增進家長對共同協商情境之現實感、提升個人對議題討論之彈性，而這些前端的預工做得越足夠，就越有機會促進雙方對協商議題共識之達成。



圖一：家事商談服務流程



表二：家事商談與諮商、訴訟之異同（資料來源：摘錄自香港家事調解專業手冊，李惠娟整理）

|       | 家事商談                               | 諮商與心理治療                       | 訴訟                  |
|-------|------------------------------------|-------------------------------|---------------------|
| 時空焦點  | 聚焦現在與未來；除非對解決問題有幫助，否則不探討過去         | 處理有特殊意義的過往，以減低對現在及未來的負面影響     | 處理現在與未來的安排          |
| 目標    | 雙方自願，尋找雙方可接受極滿意的解決方案               | 促進個人成長與整理未竟事宜；建議與強化現在及未來的適應能力 | 為代理之一方爭取最大利益        |
| 特色    | 個案整體福利為本<br>任務與過程並重                | 案主為本<br>過程為本                  | 代理人之最佳利益<br>任務取向    |
| 工作者角色 | 公正持平的協商促進者                         | 治療者                           | 法律顧問及訴訟策略<br>建議與執行者 |
| 理念    | 和平理性的離婚<br>兒少最佳利益為前提<br>合作父母，共擔親職  | 促進案主個人的心理、情緒健康                | 捍衛案主法律上之權益，並爭取最大利益。 |
| 情緒處理  | 確認情緒；鼓勵個案<br>掌控情緒；有需要時<br>做適度的情緒紓解 | 為案主疏導情緒                       | 洞察案主情緒，必要時轉介        |
| 策略    | 爭取雙贏（三贏）                           | 治療為主                          | 勝負策略                |

## 2. 納入兒少意見商談服務模式：

兒盟認為，兒少有權利對自身議題做出貢獻，並影響問題的決策。為此自 2021 年發展兒少商談服務，我們希望經雙方家長同意且家事商談員評估合適者，將安排兒少商談員與兒少會談，透過兒少商談員將兒少對家長離婚、未來生活改變的心情與想法，帶進家長商談中，尋求家長雙方與子女三贏的解方，因此，兒少商談員並不會詢問兒少想跟家長哪一方居住？希望會面交往安排幾

天？而實務工作發現，兒少關注的是：自己的生日家長雙方能否一起陪同慶生？是否能繼續享有睡前擁抱儀式？希望維持原有親子 DIY 時光以及能否有自己的房間……等，這些關注可能與家長雙方在意大不同，但卻是兒少很重要的心聲與期待。

承上，兒少商談重視的是兒少怎麼去感受的感受，強調促進親子關係是家長的責任不是孩子的責任。簡言之，兒少商談員是兒少的代言人，以依附理論與兒童最佳利益為

服務依據。為此，當父母雙方皆同意在家事商談中啟用兒少商談服務，兒少商談員會先與家長會談，說明兒少商談的目的，減少家長對兒少忠誠議題之影響。後續則會安排與兒少進行 1-2 次的會談，將兒少意見帶入家事商談中給予家長回饋，讓子女照顧計畫安排能將孩子的心聲納入思考與規劃。

澳洲墨爾本家庭關係服務中心研究亦證實，納入兒少意見的親職計畫，在後續執行上家長與子女的意願與可行性皆較未納入兒少意見高；此外，調查亦發現，除衝突關係降低外，家長雙方與孩子，在未來有需求時，也更願意尋求相關資源的協助。換句話說，使用納入兒少商談服務的家庭，在未來尋求資源協助是有正向幫助的。而這也是兒盟期待發生的效益，讓支持性與補充性資源能在家庭有需求時第一時間介入，讓家庭得以繼續發揮功能。

### 3. 納入兒少專家服務模式

針對無兒少商談使用意願 / 共識或經家事商談員評估不適合啟用服務之家庭，兒少專家服務為兒盟常態性家事商談配套服務，除維護家事商談員中立之角色外，透過家事商談中安排兒少專家角色的加入，給予或提醒家長對兒童發展、依附關係與兒童最佳利益之概念，進而幫助家長在認知成長後，更有能力與機會回應兒少需求，擬定適切之親職照顧計畫。

### 4. 提供陪同親子會面與後送服務

在家事商談過程中，家事商談員會視家長需求與狀態，鼓勵其諮詢律師、會計師之專業意見，或透過心理諮商，幫助個人自我

關照或進入婚姻諮商。而針對家事商談所擬定的親職照顧計畫，如家長一開始自主會面交往有執行上的困難，經家長雙方同意，兒盟也會提供陪同親子會面服務，幫助家長漸進培養共親職正向經驗，進而朝自主會面目標前進。最後，家事商談員會於擬訂協議共識後 3-6 個月內追蹤家長執行狀況，如評估仍有需要，將再次啟動商談服務。

實務上，筆者發現家長雙方會因顧慮離婚對子女身心適應之影響，固有部分家長會傾向離婚後維持共住子女照顧模式，除可延後離婚告知，其中一方也能兼顧經濟安全需求。對此，家事商談員除會引導家長雙方思考共住照顧之優劣勢進行討論外，也會提醒孩子對家長間互動關係品質的變化仍會有感受與觀察，鼓勵家長正視離婚告知議題後，尊重家長雙方當下之照顧計畫共識。唯也有家長於執行後，主動聯繫家事商談員，說明原照顧計畫過於理想，期討論分居之親職照顧計畫。

## 三、案例分享

因離婚議題所帶來的巨大壓力不在話下，在缺乏共親職專業資訊促發思考或相關專業協助下，家長往往容易被眼前對立、衝突與道德等框架綁住，難以看見衝突是改變的機會、家長有讓孩子幸福的責任、以及孩子有維繫親情的權利。筆者透過下述案例，簡要分享治療派家事商談服務如何陪伴家長從自身的創傷經驗梳理到協力共擔親職。

此案主動尋求家事商談服務者是爸爸，希望與媽媽討論子女探視照顧計畫。離婚時，雙方自行協議每周六、日為爸爸探視時



間，爸爸後來因無法每周履行探視，媽媽要求爸爸須額外給付週六、日托育照顧費用；爸爸認為媽媽刻意刁難，並向家事商談員表示，如媽媽堅持其需負擔原扶養費以外費用，則此生決定不再探視 5 歲的女兒。

家事商談員透過與爸爸的個別會談了解，原來爸爸的原生家庭成長經驗，父親角色從小缺位，故期許自己要成為一個能陪伴孩子成長，負責任的父親，而這也是其離婚時約定每周末探視的原因。唯爸爸後來有一名論及婚嫁的對象，對方及對方家人對爸爸每周探視，甚至給付扶養費，難以認同，爸爸因難以平衡兩邊期待而痛苦，在強烈失信於女兒的自責感中，認為約定從此不再見面，或許是最適合的解方，因為就沒有失信的問題了。家事商談員點出爸爸不想複製自己父親從小缺位的遺憾，更不想讓孩子因其探視失約而失望與難過，這是相當負責任的態度，引導爸爸從原本極端的想法，長出彈性。另一方面，從與媽媽的個別會談中，了解到媽媽希望爸爸增加周末照顧費用的考量，原來是媽媽在一次探視時間中意外發現，爸爸請假的原因是要陪伴女友，認為女兒被排在爸爸女友順位後，喚起過去婚姻關係中爸爸外遇，被拋棄的痛苦經驗。因而，希望透過更嚴格的方式，一方面懲罰爸爸過去的不忠誠，另一方面也因知道爸爸經濟條件不允許再多支付費用，為此可以幫助女兒與爸爸維繫親情。家事商談員同理與梳理媽媽過去在婚姻關係中所受的傷、為女兒抱不平的心，也幫助媽媽思考原探視計畫長遠之可行性，鼓勵媽媽擴大思考未來與女兒的親子周末時光，讓焦點回到自己未來想要的親

子生活中思考。

此案商談到最後，爸爸有機會從過去的關係及未來的親職合作中，向媽媽道歉與道謝，媽媽亦能更加理解爸爸對女兒不想缺席父愛的心意，一起共擔親職。結束商談前，爸爸主動讓家事商談員知道，他跟女友已分手，因想要走的人生藍圖並不同，現在，他更知道自己想要的生活，一個能陪伴女兒長大的人生。

#### 四、結語

目前許多國家，包括新加坡、澳洲、英國，離婚皆須透過法院裁定或許可，且子女照顧計畫亦被視為離婚申請要件，因此針對有分居或離婚需求的家庭，皆有家事商談服務制度來協助。反觀，在台灣，兩願離婚程序相對簡易，親職照顧計畫也往往在離婚當下無法被周延考慮，對孩子日後維繫親情影響甚鉅。為此，筆者希冀在跨專業及公私部門齊力倡議與合作推展家事商談服務下，讓面臨分居或離婚議題的家庭，提升資源使用可近性與開放度，讓孩子能繼續保有家長雙方的愛，自在且自信成長。



# 為了孩子的身心健康，父母不能一直在對立 - 談家事商談服務

林秋芬\*

農曆春節與寒假剛過，在這家家戶戶團圓、出遊的日子，父母離異的孩子開始與平日未能相處的一方共度假期，如我追蹤的「四胞胎媽媽」臉書於年前發文四個女兒第一次和爸爸獨自出國，四胞胎媽媽於多年前離婚後擔任孩子平日主要照顧者，女兒問媽媽在她們不在家時，媽媽打算如何過？媽媽說終於可以不用趕著接小孩、做晚餐，可以專心做好另一個職業婦女的角色；賈靜雯的臉書曬全家拜年照，女兒梧桐妹也與爸爸拍了一張「我跟爸比」的拜年照，許多離婚的部落客與藝人都作了合作父母、善意父母的典範。

## 面臨危機時先自救才能救孩子

但我們很多當事人為何無法共享親職、共分親職、共擔親職？有些父母離異的孩子於過年期間仍無法與另一方父母共度春節與寒假假期，即使法院裁定了非常詳細的未成年子女照顧方案 (Parenting order)<sup>1</sup>，如孩子與誰同住？與父母雙方的相處時間、孩子如何與未同住一方聯繫、親職的義務與責任、任何攸關孩子照顧、福祉、發展的事項，但很多父母不願意或有困難遵守法院命令。當孩子半夜發燒、當孩子憂鬱焦慮、拒學，沒有任何父母心裡能真的平靜，甚至希望代

替孩子承受痛苦，但孩子處於父母關係的敵對與高衝突下，孩子表態拒絕與另一方父母見面、雙邊討好、說謊時，父母也應感到憂心，應設法把孩子移出父母的婚姻戰場，但自己心裡也受苦的大人，優先保護孩子的能力暫時被削弱了，此時此刻只想想方設法地將對方排除在孩子的生命中。

## 長期處於父母衝突中的孩子，後來怎麼了？

案件終結後，孩子到了青春期，主要照顧者可能面臨更大的挑戰，我工作經驗中的孩子到青春期被空虛、自卑、煩躁的情緒困擾著、不斷自傷，渴望別人在乎自己，又害怕和他人靠近，其實父母離異多年後，孩子內心對另一方父母的親情渴望從未消失或仍自責於當年的選擇，於是有些孩子的主要照顧者會透過提起請求給付扶養費、子女會面案件來找尋另一方父母，希望消失許久的另一方父母能與孩子進行親子會面，但時常事與願違，要再重拾起中斷多年來的親情有諸多困難，如孩子不想經驗再次被拋棄，也怨恨主要照顧者當年的阻撓，內心總是在期待與失落中矛盾著，成為無父無母的心理孤兒，在諮商室中泣訴父母離異前、中、後所經驗的：父母激烈爭執、保護令申請、訴請離婚、一方離去後未再回來，這些童年的畫面如同被按了循環撥放鍵於午夜夢迴時出現，使得成年後在親密關係中總是不安、害怕被拋棄而

\* 本文作者係親職協調員、諮商心理師、家事調解委員。

1. <https://www.fcfcoa.gov.au/fl/children/changing-arrangements>



委屈求全或以各種挑剔讓對方受不了來證明自己值得被愛，所以我們協助涉及未成年子女的家事案件，影響的是孩子的人生。

### 司法上相互廝殺之後，要父母再合作是困難

若以攻擊對方的方式來處理婚姻的離合、爭取擔任親權人、訂定會面交往時間，兩造於訴訟結束後，恐當事人的新仇（歷經一兩年的司法歷程）加舊恨（原關係中的傷），要父母往善意父母之路前行是很困難的。朋友於年節期間傳來一則新聞「罕見！暖法官寫下超白話裁定書，要怨偶父母親自讀：孩子不是戰爭的籌碼」<sup>2</sup>，我已拜讀過這份 112 年度家暫字第 33 號民事裁定全文，王法官於該裁定文的其它注意事項中的第三點提到「即便是罪犯，也有與孩子見面接觸的權利，況且沒有證據證明兩造會傷害或疏離孩子，縱使兩造間的衝突與指責不斷，但不代表孩子要全盤接受，更不表示對方在與孩子相處時，會用同樣的態度與方式對待孩子」，最後提醒父母能陪伴孩子成長的不是法院與律師。

2. 2024.02.10 Yahoo! 新聞 <https://reurl.cc/M4W10n>

3. Bill Eddy(2010). New Ways for Families Professional Guidebook: For Therapists, Lawyers, Judicial Officers and Mediators.

### 多元科技整合以調解、商談解決紛爭

家事法庭的高衝突家庭需要多重資源介入<sup>3</sup>，離異父母如何扮演善意父母，讓善意父母不只是口號，而是雙方都能有具體的作為、重建溝通方式，可轉介各地縣（市）政府付費的家事商談服務，各地承辦家事商談服務的單位有其服務模式與不同專業背景的工作者如社工師、心理師，花蓮兒家的家事商談服務對象是只要兒少與一造居於花蓮，另造於全台他縣市如高屏，可以提供以家庭為單位的服務，如提供父、母、子三方的服務，甚至是主要照顧者 - 祖父母，2023 年開始於花蓮辦理一日親子關係重建工作坊，也歡迎轉介當事人。花蓮兒家以透過個別商談、父母商談、親子商談、家庭商談、團體工作坊、子女會面促進等服務，協助父母能為孩子從一小步行動開始，行動可以帶來掌控感、承擔感，最後帶出自我效能感，雙方為孩子拉起一個安全防護網，孩子需要知道父母即使面臨很多的困難，但仍願意為他而努力，這個希望感是孩子將來面臨心理困頓時的重要滋養。所以除了賦能父母之外，也盼所有協助家事紛爭的團隊成員能一起為孩子的身心健康而努力。



花蓮兒家的相關服務資源



華人共親職中心



望望堡親子會面中心



# 借名投保之效力分析 —

## 評臺灣高雄地方法院 112 年度重訴字第 54 號民事判決

羅俊瑋\*

潘浩庭\*\*

### 壹、臺灣高雄地方法院 112 年度重訴字第 54 號民事判決

#### 一、本案事實

##### (一) 原告主張

原告郭○貞主張自己為被告郭○岑之姑姑，基於個人理財規劃，與被告商議，於民國（下同）104 年 10 月 1 日借用被告之名義為要保人、被保險人，與國○人壽保險股份有限公司（下稱國○人壽）訂立保險契約（下稱系爭保險契約），並約定由原告持有被告之國○世華銀行帳戶存摺正本及印鑑，由原告自行領取國○人壽每年給付生存保險金。兩造間成立「被告投保，由原告繳納保險費，年金、解約金歸屬於原告之借名契約」，若不成立借名契約則成立委任契約，或無名契約。原告郭○貞依期繳納完畢後，因終止系爭保險契約不會造成損失，遂終止兩造間上開借名登記等法律關係，於 111 年 7 月 3 日以通訊軟體 Line 通知被告郭○岑請其協同更改原告郭○貞為要保人，以解除系爭保險契約領回解約金，然被告郭○岑竟未配合辦理，反將系爭帳戶存摺、印鑑掛失換發後自行將國○人壽於 111 年 10 月 1 日所核發之 111 年度生存保險金 274,000 元占為己有，故爰依借名或委任、無名契約終止後，先位請求被告應將系爭保險契約要保人變更為原告。若認原告先位請求為無理由，依不當得

利及借名、委任、無名契約終止後，被告亦應返還所收受之利益。

##### (二) 被告主張

被告郭○岑則抗辯：原告係基於親誼贈與系爭保險契約保險費予自己，自己為系爭保險契約之契約要保人及被保險人，並未出借名義給原告，雙方間就系爭保險契約並無借名契約等關係存在。又非保險契約之要保人而為保險契約要保人繳納保險費之情形，所在多有，原因可能出於贈與、親族間之照顧、家人相互之扶持，甚或僅屬無法律上效力之好意施惠行為，不一而足，尚無從原告繳納保險費之事實，即推認其為系爭保險契約之實質要保人，復無證據證明系爭保險契約係出於借名契約之合意，自己與原告間亦未曾約明解約金應歸原告所有，自不能因自己為系爭保險契約之要保人及原告有繳納保險費，即遽以推認雙方就系爭保險契約成立借名契約。又縱認兩造間就系爭保險契約存在借名等關係，原告就系爭保險契約對於被告並無保險利益，自不得請求變更系爭保險契約之要保人。就委任關係而言，保險契約需以書面為之，原告委任亦未以書面為之，另就此借名等契約係以人身保險為標的，原告以被告生命、身體達其投資目的，應屬違反公序良俗而無效。而原告既為以此違反公序良俗之契約為給付，即屬因不法原因而為給付，依民法第 180 條第 4 項規定不得請求返還；被告所取得之 27 萬 4,000 元年金

\* 本文作者係財團法人金融消費評議中心主任委員、中正大學法律系教授。

\*\* 本文作者係中正大學法律研究所碩士生。



為基於系爭保險契約所取得，並非原告所給付，亦非所受之不當得利，不應返還。

## 二、爭點

本件借名投保契約是否成立？又借名投保契約是否因違反公序良俗而無效？

## 三、部分判決理由

### （一）契約之定性

系爭保險契約投保之緣由，業經證人即國○世華銀行理財專員洪○○證稱：原告是國○世華銀行之優良大客戶，原告想做部分保守理財，當時的存款利率比較低，原告就想要做儲蓄險，所以從10年前就開始保儲蓄險，有比較好或利率比較高的商品，我就會主動聯絡原告有無意願購買，系爭保險契約就是我聯絡推薦購買的。原告本來都是買500萬、300萬、250萬元的保險，也一直都是用原告名義購買，原告覺得年繳500萬元回饋比其他保險公司少，當時因為同業競爭，且銀行以前就有很多人頭戶，就向原告提這個規劃，看原告能不能以比較年輕人的名義購買，因為保險商品會有費率表，以年齡、保險費、保額計算，年輕會繳比較少，年金可以領越久，利率也會較高，算起來一樣的保額，原告就提到以被告的名字來做，一年少繳5,000多元，換算的收益還蠻多的，因為有200萬元的贈與稅問題，再加上200萬以上有一個2%優惠，原告就接受我們的規劃，用原告的名義作300萬、用被告的名義作200萬元等語，參酌原告於國○人壽投保之情形，與證人洪○○所述相符，此有國○人壽112年7月10日函文附卷可考；另以被告名義投保確可因年齡較輕減少保險費之繳納，此經證人即系爭保險契約業務黃○○證稱：系爭保險契約以被告名義購買會

比較便宜，和原告自己買，6年期就會差了3萬多元等語在卷，並核與年繳費率表、國○人壽112年10月13日回函相符，是證人洪○○所證，乃屬信而有徵，應堪採認。是原告就系爭保險契約乃基於其年度理財之規劃，為節省應繳納之保險費以獲取較高收益，聽從理財專員之建議，徵求由被告上訴人名義擔任要保人、被保險人所購買，並非出於贈與被告之意思。

被告亦自承105、106、109、110年年金如何處理並不知情，因為都是原告處理，可見系爭保險契約，承保後相關保險事務處理、年金是否發放及收取皆為原告所管理，原告於未能收得年金時亦立即反應，益見原告乃為理財而借用被告名義投保系爭保險契約。

由此可徵，被告承認系爭保險契約之利益及金錢（價值）乃歸屬於原告，於受原告通知更改保單要保人後，被告即需配合辦理，並由原告承擔相關繳稅等處理費用，原告有處分決定系爭保險契約之權。

勾稽上情可知，系爭保險契約為原告為自己理財規劃，徵得被告同意投保並簽約，約定由原告繳納保險費，系爭保險契約之解約金、年金利益歸屬於原告，並由原告決定如何使用、處分系爭保險契約，殆可認定。

原告雖主張上開約定為借名契約或委任契約云云，惟借名契約係一方將自己財產以他方名義為之，仍有自己、使用、處分，他方允就該財產出名者而言，且終止借名時，出名人應返還標的物於借名人。而系爭保險契約價值、年金之收取為被告以自己名義與第三人國○人壽所簽立之契約關係，原告雖得依兩造上開約定，決定如何使用、處分系爭保險契約，被告應予配合，但終止系爭契



約後，並非得任意以變更當事人之方式，將系爭保險契約作為標的，將契約價值、年金收取權利返還予原告（仍須視國○人壽契約約款、保險法之規定），故與借名契約之性質有所不同。又系爭保險契約雖借用被告上訴人名義投保，但均由原告處理相關事宜，亦與授權被告處理一定事務之情形不符。故兩造上開約定應為具有財產性質之無名契約，應堪認定。

## （二）「借名投保契約」是否違反公序良俗

被告固抗辯系爭契約違反公序良俗而無效云云。惟查，依保險法規定，保險契約本得指定非要保人或被保險人之他人為受益人，兩造約定由原告享有系爭保險契約之年金、解約金之契約利益，並未違於法律規定。又被告係基於以自己名義為要保人及被保險人投保，保險人乃依此為保險風險及保險利益評估之依據，並受領保險費給付再為風險轉移，是系爭保險契約之標的並無錯誤，國○銀行之理財專員洪○○亦陳儲蓄險以此方式在所多有，為保險人所明知並容許，可見對於保險制度之正常運作及社會金融秩序自無甚大影響。況系爭保險契約為所謂儲蓄型人身保險契約（內容涵蓋人壽、健康、年金保險），其保險期間為終身，於生存期間每年領取年金，以存活時間越長所得領取之金額越多，可領回之解約金越高，須繳納全額保險費，解約金方高於所繳納之保險費；而殘廢保險金僅等於保單價值或所繳納之保險費；全殘、身故保險金亦低於所繳保險費與可領年金總合，此有系爭保險契約在卷可佐，原告以理財為目的而徵得被告同意為投保，並依6年期繳納完全額保險費，所欲取得者為每年可獲取之年金，及逐年累計之解約金，則此需被告生存、健康，方得獲得最

高利益，故幾乎不可能產生之道德風險。則原告既僅以理財為目的與被告為系爭契約之約定，且未影響保險人之風險等評估及保險制度、社會金融秩序，復未對被告產生道德風險，此側重財產處置之行為尚難認有違於國家社會之一般的要求或利益，或社會一般道德觀念之情形，系爭契約應尚未背於公序良俗而應認屬有效，被告所辯尚無可採。

## 貳、借名契約

### 一、借名契約產生之緣由

借名契約於我國民間為常見情狀，其常發生於具信賴情誼基礎之親朋好友間，類型則以不動產借名登記為大宗。即由父母出資購買不動產，並借子女名義登記為所有權人，其動機或為規避稅捐、躲避債務、取得債信、或避免招人非議、隱匿財產等<sup>1</sup>。就前揭社會現象亦生爭議，訴訟案件並非少見。

借名契約若將其用於購買保險之層面，即生「借名投保」之情形。即借名人為規避保險法就保險利益之規定，因此由借名人繳納保險費，並由被告自己或其他具有保險利益之人擔任要保人，向保險人投保，並約定由借名人享有保險契約利益之全部或一部。

按此等保險契約當事人為要保人及保險人，通常不會因為借名契約存在（借名人與出名人關係）致影響保險契約之效力，保險人亦不易察覺有借名投保契約存在。然於社會所見，起初因子女年幼或親友情誼穩固相安無事，但隨時間推移，雙方情誼發生轉折而無法溝通解決時，就會對保險契約利益歸屬產生爭議。

### 二、借名契約之性質

1. 鄭冠宇（2022），借名登記之舉證責任，當代法律，5期，頁85。



借名登記案件，雙方當事人常以兩造關係存在贈與等為由，否定借名登記，並以此拒絕返還財產。此乃因借名登記大都為無償關係，而難與贈與加以區別。我國法律未有借名登記契約規定，因此經由實務與學說建立相關架構<sup>2</sup>。實務就借名登記之意義，以最高法院 98 年度台上字第 76 號判決為例，其論及：「稱借名登記者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，在性質上應與委任契約同視，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之相關規定」<sup>3</sup>。

按贈與於民法第 406 條規定，指當事人約定一方以自己之財產無償給與他方，他方允受之契約。即當事人互相表示意思一致，明確達成贈與合意者<sup>4</sup>。借名登記契約與贈與契約之區別在於：借名人主觀上是否有終局移轉財產權，而使出名人最終享有財產權之意思。果借名人將財產登記與出名人，惟仍有返還請求之意思存在，或有與終局移轉意思相反之事實，例如移轉登記後仍具有處分及價金用途決定權<sup>5</sup>、長年不斷以不動產買賣方式理財、反覆以之為財產融資擔保等，均屬與社會通念相符之常態事實，應足以懷疑是否有贈與之意思存在。按一般社會通念，借名登記仍不排除借名人委由出名人

協助處理借名財產事務之可能性<sup>6</sup>。

### 三、最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定

原住民保留地常有借名登記之爭議，即將原住民保留地售予非具原住民身分者，實務常以買賣契約、所有權移轉、地上權設定等認定其效力，就借名登記契約則以其係以迂迴方式達成去除法律禁止之相同效果之行為而認定為無效。新近最高法院 108 年台上大字第 1636 號民事裁定即認為借名登記所訂立之買賣契約為以迂迴方法達成去除法律禁止之相同效果，故此等借名登記契約亦為無效。

本案例為某地係原保地，有非原住民為經營民宿而出資購買，其與另一原住民成立借名登記契約，而以出名者名義（原住民）與土地所有人（原住民）簽訂買賣契約，藉以規避山坡地保育利用條例第 37 條、原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定原住民保留地之承買人應以原住民為限之規定。就原住民借名登記契約，大法庭無效認定之理由為：「當事人係為規避系爭規定適用，而以迂迴方法達成該規定所禁止之相同效果，無異實現非原住民取得原保地之效果，屬違反系爭規定之禁止規定，按民法第 71 條規定，應屬無效。」

本件裁定多數學者雖加以肯認，但或有認為論述欠周延<sup>7</sup>。其認為借名登記契約經數十年發展，實務已形成穩定見解<sup>8</sup>，因而於邏輯上應以「原則有效、例外無效」<sup>9</sup>加

2. 魏大曉（2023），不動產借名登記法律關係內部與外部效力——契約自由界線與風險分配，月旦法學雜誌，81 期，頁 61。

3. 相同定義可參最高法院 99 年度台上字第 1097 號判決。

4. 參見最高法院 107 年度台上字第 2068 號民事判決。

5. 參見最高法院 110 年度台上字第 2145 號民事判決；110 年度台上字第 1127 號民事判決。

6. 參臺灣臺中地方法院 103 年度重訴字第 549 號民事判決，該案例中，原告即主張雙方間成立的是贈與契約而非借名登記契約，蓋原告出名登記為要保人後，仍由自己負擔後來之要保人義務，被告借名人並無由自己管理、使用、處分該財產。最後法院由間接事實認定被告借名人並無使原告出名人終局享有保險利益歸屬之真義，因此雙方成立的是借名登記契約而非贈與契約，原告出名人須對於保險金負不當得利返還義務，將

之歸還給借名人。

7. 吳從周（2021），民事大法庭裁定選評之一：「原住民保留地買賣予非原住民」案——評最高法院 108 年台上大字第 1636 號裁定，月旦裁判時報，第 113 期，頁 22。

8. 最高法院 106 年第 3 次民事庭決議：「不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，出名人依其與借名人間借名登記契約之約定，通常固無管理、使用、收益、處分借名財產之權利，然此僅為出名人間之內部約定，其效力不及於第三人。出名人已登記為該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分。」

9. 最高法院 92 年度台上字第 1054 號民事判決認為：「基於契約自由之原則，倘若借名登記契約此一無名契約，若該契約目的或內容並無違反強制或禁止規定，或悖於公序良俗，且原因正當，即為有效。



以認知，始不致紊亂現存借名登記體系<sup>10</sup>。即如我國舊土地法第30條第1項之「農地買賣與非自耕農」案型<sup>11</sup>，將此種例外無效之見解，適用於「原住民保留地買賣予非原住民」案型，方不至於引發最高法院是否變更見解，而認「借名登記契約」皆屬脫法行為而無效之疑慮<sup>12</sup>。

學說亦有主張本件借名登記契約應屬有效<sup>13</sup>，其認為系爭規定為禁止將原住民保留地所有權移轉予非原住民，本件該非原住民並未取得原保地之所有權，無法律禁止之事項，該借名登記契約亦未約定該原住民應立即將原保地之所有權移轉予該非原住民，故借名登記契約應屬有效。且該契約為持續性契約，將來或許原保地解禁，可使非原住民依法取得原保地所有權，因此實無必要僅因訂立借名登記契約，即否認相關法律關係效力<sup>14</sup>。

## 參、實務與學說就借名投保之討論

### 一、實務見解

就借名投保契約之效力，實務有肯、否兩種見解，茲說明如下：

（一）有效說：主要以契約自由、不違公序良俗而認契約為有效

（1）基於「契約自由原則」

按「契約自由原則」為私法自治最重要的內涵，其表現在「締結自由」、「相對人自由」、「內容自由」、

「方式自由」等四個子原則，只要法律行為不違反強制規定或禁止規定，皆應保障個人得依其意思形成私法上的權利義務關係<sup>15</sup>。於臺灣宜蘭地方法院105年度訴字第68號民事判決論及：「上訴人與被上訴人所達成之上開借名合意，雖難以直接列入民法債編第二章「各種之債」各節所規定之有名契約類型，但既無證據證明其內容已違反強制、禁止規定或公序良俗，本於私法自治、契約自由之原則，仍應認為上開合意為合法，應賦予無名契約之法律上效力。…兩造間上開合意之成立，確實是側重於借名者與出名者間之信任關係，及出名者擔任要保人與保險公司簽訂保險契約之勞務給付，具有不屬於法律上所定其他種類之勞務給付契約之性質，在性質上即應與委任契約同視，應類推適用民法委任之相關規定。」

（2）基於「不違反公共秩序及善良風俗」

臺灣彰化地方法院105年度聲判字第26號刑事裁定認為：「按所謂『借名契約』，乃當事人之一方借用他方名義為法律行為，苟其約定內容並未違反法律之強制規定或公序良俗者，性質上屬於借名之無名契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，及出名者與該法律行為有關之

10. 參考最高法院92年度台上字第1054號民事判決、最高法院97年度台上字第2445號民事判決

11. 節錄最高法院102年台上字第65號判決：「按當事人為規避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果行為，其事實上之效果違反法律規定之意旨，屬脫法行為，應非法律之所許，自屬無效。系爭土地使用分區、使用地類別為「山坡地保育區、農牧用地」，屬農業發展條例第三條第一項第十一款所規定之耕地。上訴人無自耕能力，依修正前土地法第三十條第一項規定，不得取得系爭土地所有權，系爭六十七年間借名登記契約，係為規避上開法律之限制。又依農業發展條例第三十三條前段規定，私法人不得承受耕地。上訴人為私法人，系爭九十年契約書亦為規避上開規定之脫法行為，均為原審

合法確定之事實。依上說明，該借名登記契約自屬無效。原審本此見解，就上訴人先位聲明請求被上訴人辦理系爭土地繼承登記及移轉所有權部分，為其敗訴之判決，經核於法洵無違誤。」

12. 吳從周（2021），民事大法庭裁定選評之一：「原住民保留地買賣予非原住民」案—評最高法院108年台上大字第1636號裁定，月旦裁判時報，第113期，頁23。

13. 陳榮傳（2022），原住民保留地的借名登記—大法庭裁定的商榷，月旦法學教室，第237期，頁15。

14. 陳榮傳（2022），原住民保留地的借名登記—大法庭裁定的商榷，月旦法學教室，第237期，頁16。

15. 王澤鑑（2014），民法總則，頁268。



勞務給付，具有不屬於法律上所定其他種類之勞務給付契約之性質，自應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之相關規定。」

## （二）無效說：主要基於風險評估、有違公序良俗、脫法行為等認契約為無效

### （1）基於「保險人風險評估的降低」

臺灣高雄少年及家事法院 108 年度家繼訴字第 117 號民事判決論及：

「…保險契約為一最大善意契約，首重風險承擔與保險費估計收入相當之對價平衡原則，故保險法設有據實告知、危險通知等義務，以防止未經評估之風險發生，有違保險制度共同分攤危險、尋求安定之宗旨。且人身保險具有一身專屬性，雖被保險人非契約當事人，然基於人性尊嚴之維護，避免道德危險之發生，保險法除強制規定保險利益之存在、被保險人同意權行使外，保險契約權利之出質、要保人變更等，均應得被保險人之同意，以維持保險制度正常運作。此外，要保人依保險法第 64 條有據實告知義務，依保險法第 59 條有危險增加通知義務，保險公司始得據以評估核保風險並決定承保與否、除外風險、加費承保或是拒保，於實際享有保險利益人之體況、身份不為保險公司所承保或保險費計算較高時，反透過他人借名登記擔任要保人及被保險人者，藉此降低保險公司之風險評估及保險費金額，實有違保險制度之風險分攤宗旨。是以，保險契約與一般財產權利性質迥異，不得以借名登記方

式為之，以避免借名之迂迴方式規避保險制度所禁止之行為。」

本件為親屬間借名投保契約，在被繼承人（借名人）死亡後，其親屬主張借名人和被上訴人（出名人）間成立借名投保契約。即，保險契約為被繼承人借用被上訴人名義投保，就該保險契約所生之權利義務關係，實質上屬借名人所有。法院因此認為借名投保若成立，其將會對保險人核定保險費及風險評估產生違誤的情形。

按保險契約係屬「最大善意契約」，即保險契約之危險估計、危險維持、危險變動，以及保險事故發生後對保險標的物之救助與保全，有賴要保人與被保險人的善意配合<sup>16</sup>。因此借名投保契約，以出名人名義擔任要保人兼被保險人，是否會影響保險人之危險估計或有待商榷。

### （2）基於「違反公共秩序及善良風俗」

臺灣高雄地方法院 110 年度訴字第 1164 號民事判決指出：『按法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效，民法第 72 條定有明文。所謂背於公共秩序或善良風俗，係指法律行為有背於國家社會之一般的要求或利益，或社會一般道德觀念之情形而言。至是否違反公序良俗，則應就法律行為之內容、附隨情況，以及當事人之動機、目的及其他相關因素綜合判斷之。次按保險可分為財產保險與人壽保險，前者保險標的為投保之特定財產，保險標的具有一定價

16. 葉啓洲（2013），保險法實例研習，頁 38。



額，目的在填補保險事故發生之損害；後者保險標的則為被保險人之生命、身體或健康，並無所謂保險標的價值之問題，目的則在於保障自己或繼承人現在或將來可能賴以生活之經濟利益，兩者迥然不同。而保險契約具有「最大善意契約」之特性，尤以人身保險，不僅為社會金融秩序之重要環節，且往往涉及保險利益之有無及道德風險之高低，倘保險人對於保險契約之重要內容評估有誤，不論係收取錯誤之保險費用或不當理賠保險金額，對於保險制度正常運作與否，在在影響甚鉅，如許可成立借名契約，將影響保險人對保險風險及保險利益之評估，且對於被保險人之生命、身體或健康等人身利益具有高度道德風險，如以人身保險契約作為借名契約之標的，自屬違反公共秩序而應認為無效。」

本件判決認為借名投保會影響保險人對保險風險及保險利益之評估，進而影響公共秩序，因此以違背公序良俗認為無效。然如前揭，保險人之風險評估係以要保人與被保險人為對象，借名投保契約似難以與保險人之風險評估有所關連。

### （3）基於「脫法行為」而歸於無效

臺灣高雄地方法院 104 年度訴字第 2489 號民事判決論及：「惟按保險契約為最大善意契約，因保險契約具有射倖性，無論於保險契約訂立時或訂定後，保險標的多在要保人掌握中，保險人對於保險標的之狀況，

往往無法為詳細調查，故保險契約之訂立及責任歸屬，乃建立在要保人、被保險人等最大之善意及誠實上，亦即，端賴要保人、被保險人等之誠實說明內容，作為訂約與否或責任歸屬之判斷基礎，一旦當事人欠缺誠實及善意，保險費之估計及風險之承擔均將處於不正確之資訊下，而形成爾虞我詐之情形，實與保險制度分攤危險、尋求安定之宗旨相悖，是保險契約當事人或關係人自應具備超出其他一般契約當事人之最大善意。準此，兩造就系爭保單成立之借名契約，即與上述最大善意原則有違，蓋參諸保險法第 3 條之規定，人身保險契約之要保人限於與被保險人間具有保險利益者始得任之，而上訴人自陳系爭保單係以林○○、林○○為被保險人，在保險法制度上，因欠缺保險利益，無法要求將要保人變更為上訴人，可見系爭保單如非以被上訴人為要保人，南○人壽即無同意承保之可能，是兩造就系爭保單成立借名契約，實係以迂迴方法規避保險制度所禁止之行為，該借名契約應屬脫法行為，而歸於無效。上訴人自不得本於該無效之法律行為，訴請被上訴人給付因系爭保單所獲得之利益。」

按民法之脫法行為，係指為規避法律禁止規定，而以迂迴手段達成其目的之行為<sup>17</sup>，即以合法手段達成違法目的。本件判決即認為借名投保即係以借用他人名義擔任要保人的合法民事契約，達成實質要保人對被保險

17. 王澤鑑（2014），民法總則，頁 321。



人不具備保險利益之脫法行為。

### （三）實務最新見解

新近台灣高等法院於 112 年民事座談會針對「借名投保人壽保險之借名契約效力」進行討論。

甲說為無效說：其認為因為保險契約具有「最大善意契約」之特性，尤以人身保險，不僅為社會金融秩序之重要環節，且往往涉及保險利益之有無及道德風險之高低，倘保險人對於保險契約之重要內容評估有誤，不論係收取錯誤之保險費用或不當理賠保險金額，對於保險制度正常運作與否，在在影響甚鉅，如許可成立借名契約，將影響保險人對保險風險及保險利益之評估，且對於被保險人之生命、身體或健康等人身利益具有高度道德風險，如以人身保險契約作為借名契約之標的，自屬違反公共秩序而應認為無效。

乙說為有效說：其認為保險公司風險評估對象主要係在被保險人，而要保人與被保險人不同人時，亦可透過保險利益之要件避免道德風險（縱使法院判准變更要保人之請求，亦仍須經保險公司之批註同意），是無效說以如許可成立借名契約，將影響保險人對保險風險及保險利益之評估為由，否定借名保險之效力，實非的論，故尚難認為借他人名義投保者，其借名契約即因違反公共秩序而無效。丙說為折衷說：其認為應探究成立借名契約之背後原因，如係為規避法令之迂迴之舉，仍應認該借名契約係違反

強制規定或公共秩序而無效。

丁說為個案認定說：其認為法律行為是否違反公序良俗，則應就法律行為之內容、附隨情況，以及當事人之動機、目的及其他相關因素綜合判斷<sup>18</sup>。其認為所謂「借名投保」是否違反公序良俗，或屬脫法行為，應依具體個案事實判斷，非可一概而論。

就本次台灣高等法院之最終見解則採用個案認定說。

## 二、學說見解

學說見解則大致肯認借名投保契約之效力，主要理由如下：

### （一）道德風險並未因此上升

論者<sup>19</sup>認為道德風險的防範對象應為受益人，因其為保險金之受領權人。受益人最有可能促使保險事故發生，然要保人僅為繳納保險費之人，在保險利益與被保險人書面同意之雙重防護下，誰是要保人均不會促使保險事故發生。

### （二）不影響保險人的危險評估

亦有認為<sup>20</sup>人身保險的危險評估係以「被保險人」為對象，借名投保關係下，要保人地位有名實不符之狀態，但不影響就被保險人的判斷。其並認為要保人對被保險人是否有保險利益，於我國法下為保險契約「生效要件」，並無關涉危險估計。

### （三）與公序良俗無關

18. 最高法院 69 年台上字第 2603 號判例、83 年度台上字第 1530 號判決意旨參照。

19. 張冠群（2023），借名投保法律效力之研究，月旦民商法雜誌，第 80 期，頁 12。

20. 葉啓洲（2023），人身保險借名投保之法律關係與公序良俗，台灣法律人，第 29 期，頁 22。



復有認為<sup>21</sup> 借名投保的誘因係「保險利益規範」之問題，其與公序良俗並無關聯。保險法第 16 條雖規定要保人須對被保險人具保險利益，然其得否有效防止道德風險，以及是否有存在必要，目前尚有爭議。然於保險法尚有第 16 條規定下，借名人只好在被保險人同意的情況下，與被保險人或其他具有保險法第 16 條關係的出名要保人約定借名投保，該行為並未違反強行規定。且其雖不在保險法第 16 條範圍內，但仍未違反公序良俗。

#### （四）保險法第 115 條之「利害關係人」並未排除借名投保之借名者

有認為<sup>22</sup> 保險法第 115 條<sup>23</sup> 規定的利害關係人之解釋，須個案考量其權益與保險契約有無關聯，凡因保險契約存在而直接或間接可能受利益之人，皆包含之。惟有認為應考量被保險人之意願，在其同意之下，將利害關係人限於可主張保險契約利益之人<sup>24</sup>。而此規定係避免被保險人或受益人因要保人未繳納保險費而失去保險契約之保障，故賦予代繳保險費的資格，使得契約效力得以繼續維持<sup>25</sup>。在被保險人同意之下，借名人基於借名內部法律關係繳納保險費而享有對保險契約及保單價值準備金之返

還請求權，應認有利害關係。又保險法第 115 條之規定使保險法第 3 條及第 22 條第 1 項並非強制規定，故借名人代繳保險費並不違反民法第 71 條之規定<sup>26</sup>。

#### 肆、本文見解

借名投保大致為當事人欲規避保險法第 16 條有關保險利益之規定，目前實務與學說見解大致認為只要非保險法第 16 條所列舉之人，即無保險利益<sup>27</sup>。本文認為就此問題或可將之區分為一定關係親友間與無前揭關係之陌生人之借名投保。

於一定關係親友間應肯認借名投保契約為有效之見解，按當事人選擇借名投保原因不一而足，親友間的借名投保原因，諸多為家族間資產配置或投資理財考量。親屬間或較難出現借名人存在「詐領保險金」的動機，即使因日後感情破裂而對簿公堂，其影響似不會擴大到其他一般民眾，故親友間的借名投保似難以影響金融保險秩序或公共秩序，其與公共秩序追求的超個人國家社會利益尚有差距。復借名投保契約對保險人的危險估計<sup>28</sup>及保險費釐訂<sup>29</sup>似無影響。

而於「陌生人」間的借名投保，或與保險法追求對價衡平、損失填補的原則有所抵觸，而可將之認為係無效。蓋在「陌生人」之借名投保，因借名人與被保險人非親非故，對於被保險人的生或死，並無「危險」

21. 葉啓洲（2023），人身保險借名投保之法律關係與公序良俗，台灣法律人，第 29 期，頁 22。  
22. 張冠群（2023），借名投保法律效力之研究，月旦民商法雜誌，第 80 期，頁 14-15；陳炫宇（2016），論借名保險契約之法律關係—兼評臺灣臺中地方法院 103 年度重訴字第 549 號判決，萬國法律第 207 期，頁 109。  
23. 保險法第 115 條：「利害關係人，均得代要保人交付保險費。」  
24. 江朝國（2015），保險法逐條釋義《第四卷 人身保險》，頁 431。  
25. 參考臺灣高等法院高雄分院 108 年度上易字第 203 號民事判決。  
26. 陳炫宇（2016），論借名保險契約之法律關係—兼評臺灣臺中地方法院 103 年度重訴字第 549 號判決，萬國法律第 207 期，頁 109。  
27. 如台北地方法院 97 年度保險字第 41 號判決表示：「按保險利益，旨

在確保保險標的之安全，減少道德危險發生，要保人以他人之生命或身體為保險標的者，必須對被保險人有合法之保險利益，除保險法第 16 條明訂之人外，不得遽認要保人對被保險人有保險利益。被告固抗辯保險實務上，以公司行號為要保人、員工為被保險人之壽保險案例非屬罕見，惟系爭 47 份保險契約之被保險人既非金○公司之員工，金○公司對其生命或身體自無合法之保險利益存在，是系爭 47 份保險契約應屬無效。被告依無效之保險契約受領保險費，即屬無法律上原因而受有利益，致他人受損害，自應返還其利益。」

28. 陳炫宇（2016），論借名保險契約之法律關係—兼評臺灣臺中地方法院 103 年度重訴字第 549 號判決，萬國法律第 207 期，頁 110。  
29. 葉啓洲（2023），人身保險借名投保之法律關係與公序良俗，台灣法律人，第 29 期，頁 13。



<sup>30</sup>，或可能有以期待保險事故發生，藉以觸發保險金給付，此種情形或有違人性尊嚴，且與現今社會倫理價值背道而馳，果若此等方式可行，其無異實現不具保險利益之保險契約，屬違反保險法之禁止規定，應屬無效。

復若雙方以借名投保契約將保險契約之受益人設定為借名人、借名人所指定之人，或約定日後將受益人變更為借名人以做為借名人實質繳納保險費的對價，則保險金受領權就落入借名人可預見範圍內，此時或有道德危險之問題。有認為保險法第 121 條第 1 項<sup>31</sup>規定不因受益人是否為借名人而有不同效果，亦不存在道德風險增加之問題<sup>32</sup>。然此時借名人具有雙重身分，為不影響保險契約效力，可能以實質要保人的地位，藉由借名投保契約的掩蓋，進而促使保險事故發生。因而就保險法第 121 條第 3 項就要保人之解釋應可包含實際繳納保險費之「實質要保人」<sup>33</sup>，使借名人和出名人間縱使有促使保險事故發生的約定，也不會輕易達成。

又要保人之據實說明義務規定於保險法第 64 條，即：「訂立契約時，要保人對於保險人之書面詢問，應據實說明。要保人有為隱匿或遺漏不為說明，或為不實之說明，足以變更或減少保險人對於危險之估計者，保險人得解除契約；其危險發生後亦同。但要保人證明危險之發生未基於其說明或未說明之事實時，不在此限。前項解除契約權，自保險人知有解除之原因後，經過一個月不行使而消滅；或契約訂立後經過二年，即有

可以解除之原因，亦不得解除契約。」其係基於「誠信原則」及「對價衡平原則」而要求要保人對於保險人之書面詢問事項為據實說明。該項義務為不真正義務，要保人縱有違反，僅生自己權利減損的效果，無須依締約上過失責任負損害賠償責任<sup>34</sup>。惟在借名投保中，借名人與出名人存有借名投保之關係，是否應由形式要保人依保險法第 64 條第 1 項為據實說明，不無疑問。

按我國據實說明義務採「書面詢問主義」而非「自動申告主義」，主要是從「消費者保護」的立場出發，學者有認為此某種程度是「對價衡平原則」的退讓<sup>35</sup>。而所謂「重要事項」係指足以「變更」或「減少」保險人對於危險之估計者。前者係指會影響保險人承保意願之事項，乃保險人知悉該重要事項之存在便會予以拒保者。後者則係指會影響保險人保費核定之事項。而「重要事項」的判斷以保險人的觀點出發，有主觀說與客觀說的分別。採主觀說的學者認為，應以個別保險人訂立保險契約之標準來判斷是否為重要事項。蓋重要事項的認定，涉及各保險公司之經驗與核保技術，主觀說有助於保險商品之多樣化，以促進保險人間的競爭<sup>36</sup>。然為避免保險人對重要事項恣意認定，導致告知義務人動輒得咎，有論者認為保險人應在書面詢問時向消費者說明該事項足以影響危險之估計，使消費者對「該事項屬重要事項」有合理之認識及預見，以緩和主觀說可能對消費者造成的突襲<sup>37</sup>。採客觀說之學者則認為，保險人應對其所詢問之事項屬重要事項

30. 葉啓洲（2023），人身保險借名投保之法律關係與公序良俗，台灣法律人，第 29 期，頁 15。

31. 保險法第 112 條第 1 項：「受益人故意致被保險人於死或雖未致死者，喪失其受益權。」

32. 張冠群（2023），借名投保法律效力之研究，月旦民商法雜誌，第 80 期，頁 12。

33. 有論者認為不應引入實質要保人之概念，其基於 3 點理由：（1）第三人保障應為優先、（2）透過借名契約內部處理即可、（3）增加保險

人之負擔，惟本文認為保險法第 112 條第 3 項應包含實質要保人僅將實際繳納保險費之人列入制約對象，並非如學說上討論的如何認定實質要保人的問題。實質要保人的認定請參：陳炫宇（2016），論借名保險契約之法律關係一兼評臺灣臺中地方法院 103 年度重訴字第 549 號判決，萬國法律第 207 期，頁 110-111。

34. 葉啓洲，保險法，元照，頁 189，2021 年 3 月 7 版。

35. 葉啓洲，保險法，元照，頁 195，2021 年 3 月 7 版。

36. 葉啓洲，保險法，元照，頁 193，2021 年 3 月 7 版。



負舉證責任，並由法院立於客觀之立場予以判斷，蓋透過保險精算才可評估危險，若客觀上非屬重要事項卻經保險人主觀認定，對被保險人顯不公平；若客觀上屬重要事項卻為保險人漏未評估，即會對危險團體和保險制度產生不良影響。<sup>38</sup>

在借名投保之情形，契約當事人為形式要保人及保險人，若保險人以書面詢問形式要保人是否有隱藏實質要保人之情事，由於保險人危險評估的對象並不包含實質要保人（借名人），保險人在人身保險的危險評估，向來以「被保險人」為評估對象。而借名投保關係是以出名要保人來隱藏借名人，似不影響孰為被保險人之判斷<sup>39</sup>。因此，是否有借名投保一事，從保險人的角度出發，依主觀說及客觀說，危險評估的結果並無二致。職是，借名投保並不影響保險人危險評估且非屬「重要事項」，形式要保人即使不主動告知，也不違反保險法第64條之據實說明義務。

## 伍、本案評析

### 一、本案當事人成立「借名投保契約」

本件法院認為雙方簽訂之契約並非借名登記契約，也非贈與契約，而是具有財產性質之無名契約，理由係「系爭保險契約價值、年金之收取為被告以自己名義與第三人國○人壽所簽立之契約關係，原告雖得依兩造上開約定，決定如何使用、處分系爭保險契約，被告應予配合，但終止系爭契約後，並非得任意以變更當事人之方式，將系爭保險契約作為標的，將契約價值、年金收取權利返還予原告（仍須視國○人壽契約約款、保險法之規定），故與借名契約之性質有所不同。又系爭保險契約雖借用被告名義投保，但均由原告處理相關事宜，亦與授權被告處理一

定事務之情形不符。故兩造上開約定應為認具有財產性質之無名契約」。

本文認為終止借名契約後，出名人應返還標的物於借名人並非借名登記契約的生效要件，本件借名人礙於保險制度的設計無法輕易變更要保人為自己，此並無礙於借名登記契約之成立，其後出名人若無法變更要保人屬於債務不履行之契約履行階段，與契約成立應分開判斷。雖然相關事項皆由借名人自己處理，但由出名人擔任要保人與保險人訂立保險契約，即是授權出名人處理一定事務，同時也是該契約之主給付義務。因此系爭契約由借名人主觀上為自己投資理財，並授予出名人與保險人訂立保險契約，借名人並無終局地要使出名人獲得保險金利益的贈與意思表示，應認此為借名投保契約。

### 二、本案並未違背公序良俗

本文認為借名投保之效力取決於雙方當事人之身分關係，實務最新見解亦認為：「應依具體個案事實判斷，非可一概而論。」而本案借名人係出名人之姑姑，雙方具有一定之情感連結，而屬於「親友型」之借名投保，受影響之人僅限於可得特定之少數人，其借名投保契約不因違反公序良俗而無效。因此本案法院認定的「原告既僅以理財為目的與被上訴人為系爭契約之約定，且未影響保險人之風險等評估及保險制度、社會金融秩序，復未對被告產生道德風險，此側重財產處置之行為尚難認有違於國家社會之一般的要求或利益，或社會一般道德觀念之情形，系爭契約應尚未背於公序良俗而應認屬有效」，本文認為值得贊同。

38. 汪信君、廖世昌，保險法理論與實務，元照，頁44，2006年9月。

39. 葉啓洲，人身保險借名投保之法律關係與公序良俗，台灣法律人，第29期，頁22，2023年11月。



# 永續淨零公正轉型應有規範取向

蔡達智\*

## 壹、前言

配合聯合國永續發展目標<sup>1</sup>與巴黎協定的淨零碳排目標，<sup>2</sup>我國亦由行政院設置國家永續發展委員會，負責國家永續發展相關決策。<sup>3</sup>金融監督管理委員會並逐年要求上市櫃公司撰寫並公開揭露永續報告書，<sup>4</sup>降低組織單位碳排標準。環境部依據氣候變遷因應法設定2050年淨零碳排國家發展目標。<sup>5</sup>諸多政策法令指引，目標在導正過去扭曲、不正義的外部環境成本內部化，使每一個人、<sup>6</sup>企業、社會乃至於整個國家，能夠趨於較為正義、公平、合理的生活條件與環境。<sup>7</sup>

回顧歷史，蒸汽機與內燃機造成的能源動力轉型，產生改變人類歷史的工業革命，眾人額手稱慶同時，應知悉蒸氣機與內燃機改變大量生產製造、降低成本的紡織機，導致傳統手工棉、毛紡織業者、行會（guild）、社區，頓時失去所有客戶，沒有工作，沒有收入，沒有財產，甚至連維持基本的生存都不可得時，人窮志短，鋌而走險，在所不惜。但，縱使當時人們用最激烈的手段一焚毀紡織機，1812年卻引來英國國會立法規定，破壞紡織機者處死刑。<sup>8</sup>

激烈抗爭，抵擋不住時代的巨輪，至少為紡織機再轉上幾百年，效益擴散全世界。並外溢產生巨大的思想、意識分歧：共產主義、資本主義、社會主義、無政府主義、法西斯主義，外加世界大戰的無數死傷，至今作為人們最根本的生活思想、意識型態的差異，依然鮮明。<sup>9</sup>

可見當新知識技術產業發展初始，如未能做好產業、勞動力、社會與生活等各方向的穩定、和平、照顧、妥善安置每一個人，對於受到新知識技術產業發展嚴重影響的個人、家庭、社群、社會與國家，勢將付出相當沉重且不樂見、又難以回復的龐大代價。

不過人類不太會記取歷史教訓，否則不會因為數百年來的工業革命導致環境污染的外部化效應，致使現今環境危害與責任分擔，充斥不平等、也不公正的現象。<sup>10</sup>

當永續淨零設定宏遠目標，在逐夢踏實的過程中，要如何不重蹈過去紡織機及其後眾多環境污染事件，致使勞動者、社區等一夕致貧、分歧社會國家制度的歷史，而能照顧到每一個人，維持穩定和諧社會，創造美好的生活環境條件，便是公正轉型的意義及目的。

\* 本文作者係國立成功大學產學創新總中心研究員，國立政治大學法學博士。

1. 聯合國2015年永續高峰會通過2030永續發展議程，發布17項人類永續發展目標（Sustainable Development Goals, SDGs），並設定169個子目標，聯合國大會，第七十屆會議，議程項目15和116，2015年9月25日大會決議70/1。變革我們的世界：2030年可持續發展議程。我國環境基本法第2條規定：「永續發展係指做到滿足當代需求，同時不損及後代滿足其需要之發展。」  
2. 2015年12月12日聯合國氣候峰會中通過的氣候協議，即巴黎協定（Paris Agreement）。依據該協定在巴黎舉行《聯合國氣候變遷綱要公約》第21次締約方會議（Conferences of the Parties, COP 21），獲得196個締約國通過，並於2016年11月4日生效。目標是將全球氣溫升幅控制在工業化前低於2°C，UN Climate Change, <https://unfccc.int/zh/guojiyizhugongxian-ndc-zixun/balixieding> (last visited: Jan 8, 2024).  
3. 行政院於1994年8月成立「行政院全球變遷政策指導小組」，於1997年8月改為行政院國家永續發展委員會，2002年依據環境基本法第29條成為常設委員會，<https://ncsd.ndc.gov.tw/>（最後瀏覽日：2023年11月21日）。  
4. 臺灣證券交易所上市公司編製與申報永續報告書作業辦法；上市上櫃公

司永續報告書確信機構管理要點；金融監督管理委員會本國銀行氣候風險財務揭露指引；永續經濟活動認定參考指引。

5. 氣候變遷因應法第4條。

6. 聯合國永續發展議程序言雖稱「絕不放棄任何一個人（Leave No One Behind）」，<https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/leave-no-one-behind> (last visited: Apr 27, 2024)；聯合國秘書長（Secretary-General）António Guterres卻表示：「我們已經放棄世界超過一半的人。」聯合國可持續發展目標報告書2023：特別版制定拯救人類和地球的計畫，序言。

7. Ilias Bantekas, Katerina Akestoridi, *Sustainable Development Goals, Between Politics and Soft Law: The Emergence of "Political Normativity" in International Law*, 37 EMORY INT'L L. REV. 499, 513 (2023).

8. 蔡達智，機器人法律地位及其應有規範取向，興大法學，25期，2019年5月，頁23。  
9. 胡慶山，周宗憲，廖欽福，蔡達智，憲法與人權，元照，2009年，頁36-39。

10. Ann M. Eisenberg, *Just Transitions*, 92 S. CAL. L. REV. 273, 275 (2019).



然而，理論說明容易，轉型要何時轉，怎麼轉，誰來轉，要轉誰，轉到哪裡去才算公正？因「轉型」的概念意義本身即屬抽象，「公正」又涉及自古以來最困難的平等、差別歧視等問題，往往不是三言兩語，用方便檢索的關鍵詞如公私協力、<sup>11</sup> 公民參與、<sup>12</sup> 公開資訊，<sup>13</sup> 便可輕鬆理解。更不用說這些重要的關鍵詞，現實推廣理解認知有限，<sup>14</sup> 若遭遇實務運作背後強大名利權勢、支配控制他人等邪惡慾望，總有令人意想不到的結果。

本文以下僅提出永續淨零影響轉型程度、循序漸進轉型原則、勞動力轉型策略、轉型公正手段等四個面向，探討永續淨零公正轉型應有宏觀及具體規範取向，最後提出本文結論，希冀與世界永續淨零公正轉型同步，至少不落人後。

## 貳、永續淨零影響轉型程度

永續淨零公正轉型的初步意義與目的，如上所述，避免使個人、家庭、群體、社會、國家等主體，在知識、技術與產業發展的過程中，突然失去生活與生存的基礎，隨之而來的是貧窮、疾病與犯罪等社會負面現象。<sup>15</sup>

因此，公正轉型的首要任務，便是探知永續淨零等各項舉措，是否以及如何對各相關主體產生破壞、創造、替代或改變等重大影響，收集、分類、分析各產業、勞動力、

社區等統計數據，鑑別彼此之間差異，以決定採取適當、必要、合理的轉型策略。<sup>16</sup>

### 一、正面轉型

有些產業立業基礎就是在從事永續發展與淨零碳排事業，如再生能源與循環經濟產業，永續淨零碳排影響較可能是正面的，只要政策法令未改變之前，可得預期獲得短期政府補貼，並有長期產業發展效益。<sup>17</sup> 因而其所需要的公正轉型，可能是該等產業知識、技術提升，對應其所需勞動力短缺，成為具有創造就業機會、財富與稅收等磁吸效益的產業發展，雖然未必保證一定有美好的未來。<sup>18</sup>

### 二、負面轉型

如果是高度仰賴溫室氣體燃燒排放如石油、化學、電力、煤礦、鋼鐵等基礎工業，相關產業知識技術與勞動人力，受限於永續淨零高度管制，<sup>19</sup> 在嚴厲且急迫的轉型過程中，可能需要大量汰換既有產業知識技術方法程序與勞動人力。且其龐大的上下游產業供應鏈、價值鏈、平行競爭產業，也一併要跟著轉型。如果該等龐大產業未能適時或不願轉型，若難與其他已轉型同業或新興產業競爭，最終將面臨破產、清算、解散、資遣所有勞動人力，不可避免將造成家庭、親友、社區、社會乃至於國家沉重的財物收入減少、增加龐大支出負擔，並引來嚴重的社會問題。<sup>20</sup>

11. 氣候變遷因應法第4條。

12. John C. Dernbach, Scott E. Schang, *Sustainability Conference of American Legal Educator: Liberating Sustainable Development from Its Non-Historical Shackles*, 54 ARIZ. ST. L.J. 746 (2022); 蔡達智，漁業行政管制不確定科技證據之因應，臺灣海洋大學法律學報，23期，2015年12月，頁136-138。

13. 公開資訊目前已大幅擴展到企業公開揭露永續報告書，但要實現較理想的政府資訊公開，現實上可能會有不小阻礙，參閱，蔡達智，動物園資訊公開管制規範之探討—最高行政法院101年度判字第171號判決評釋，高太學論叢，14卷3期，2019年3月，頁44-46。

14. 施東佑記錄、TSH彙編，邁向淨零的基石—公正轉型的治理與法制基礎，臺灣永續棧，Taiwan Sustainability Hub, <https://www.taiwansustainabilityhub.org> (最後瀏覽日：2024年4月26日)。

15. 楊日然，我國基礎法學之現況與展望，中國比較法學會，戰後中日法學之變遷與展望研討會專刊，1987年11月，頁51-53。

16. Stephen Kim Park, Norman D. Bishara, *Climate Change and a Just Transition to the Future of Work*, 60 AM. BUS. L.J. 701, 720 (2023); Elizabeth J. Kennedy, *Equitable, Sustainable, and Just: A Transition Framework*, 64 ARIZ. L. REV. 1045, 1095-96 (2022).

17. 氣候變遷因應法第5條。

18. 臺南市政府勞工局勞資關係科，益通光能科技股份有限公司大量解僱案，歷經四次強制協商圓滿落幕，108-09-11, [https://www.tainan.gov.tw/News\\_Content.aspx?n=13371&s=4228059](https://www.tainan.gov.tw/News_Content.aspx?n=13371&s=4228059) (最後瀏覽日：2024年4月27日)；溫正衡，台南光電弊案偵結 前經發局長陳凱凌等15人遭起訴，公視新聞網，2024-04-26, <https://news.pts.org.tw/article/692243> (最後瀏覽日：2024年4月27日)。

19. 臺灣證券交易所上市公司編製與申報永續報告書作業辦法第2條。

20. Eisenberg, *supra* note 10, at 284.



有些部門或組織，可能會複合不同類型的轉型需求，如新設儲能部門，可能較屬正面，既有的燃燒部門，可能較屬於負面，應視其現實需求而異其類型。不同類型的轉型，會有不同永續淨零管制範圍與程序要求。

## 參、循序漸進轉型原則

### 一、產業類型差異

由於永續淨零採取的方法步驟，尚未擴張到全面性產業與個人生存根本影響力，不同類型產業採取的應對策略，不盡相同。

如衝擊最大的石油化學工業永續淨零轉型，勢必一定要有充足的時間、金錢、知識技術加上好時機、好運氣，才能順利轉型，還不一定能保證轉型公正。影響衝擊也不小的能源產業轉型，如風力、太陽能、水力、地熱、海洋波浪潮流、溫差、核融合、儲能設備等多元發展，每一樣能源來源方法，其所依據的政策法令管制原則與制度，可能存在極大差異。更不用說不同產業的不同影響，很難以一體適用的法律做較為具體的規範，往往必須採取依據衝擊影響範圍差異的產業類別，逐年遞增管制條件、範圍的方法，使受管制各該主體能較有充裕、資源與條件因應。<sup>21</sup>

雖然循序漸進的永續淨零管制手段，

常被批評缺乏實質具體拘束力、執行力與問責機制，<sup>22</sup> 難以監督、確保國家或任何人履行永續目標承諾。<sup>23</sup> 容易成為恣意、規避、濫權、迫害、拖延等違反永續目標的結果。<sup>24</sup> 如 2050 年淨零排放溫室氣體，距離現今依然久遠，可謂長期目標不明確，難以評估任何人設定實現永續淨零目標的方法，是否確定、可靠、有效。還是一種未來漂綠（greenwashing），成為包裝漂亮糖衣的謊言，<sup>25</sup> 破壞永續淨零政策、法令、指引的信任，削弱應對氣候危機的能力，引來不必要的對立衝突。<sup>26</sup>

聯合國秘書長 Antonio Guterres 認為所有淨零承諾必須符合政府間氣候變化專門委員會（Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC）或國際能源署（International Energy Agency, IEA）的溫室氣體（green House Gas, GHG）淨零排放路徑，將全球升溫控制在 1.5°C 內，則「全球必須在 2030 年至少減排 45%。」<sup>27</sup> 按照此一標準，我國國家永續發展委員會將 2030 年減碳目標設定在基期 2005 年減少 24%±1%，<sup>28</sup> 或許過於消極，有可能加重限制未來世代人民的自由與權利。<sup>29</sup>

不過，任何管制手段必須合理、適當、必要，過於嚴格的管制手段如果無法實現管制目的，未蒙其利，可能先受其害。

21. 臺灣證券交易所上市公司編製與申報永續報告書作業辦法，依不同產業別，設定不同永續淨零管制方法。  
22. Jaye Ellis, Dylan Edmonds, *Coming to Terms with the SDGs: A Perspective from Legal Scholarship*, 36 LEIDEN J. INT'L L. 252 (2023).  
23. Brazilian Mining Company to Pay \$55.9 Million to Settle Charges Related to Misleading Disclosures Prior to Deadly Dam Collapse, U.S. Securities and Exchange Commission, March 28, 2023, <https://www.sec.gov/news/press-release/2023-63> (last visited: Nov 23, 2023); Walker v. Nestle, No.: 3:19-cv-723-L-BGS at 1-2 (S.D. Cal. Jun. 16, 2020); Chelsea Commodore v. H&M, No.: 7:22-cv-06247 at 1-2, 5-6 (D.C.S.D. NY, 2022); Australasian Centre for Corporate Responsibility v. Santos, NSD858/2021, Federal Court of Australia; Risa E. Kaufman, *Localizing Human Rights in the United States through the 2030 Sustainable Development Agenda*, 49 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 99, 100, 106 (2017).

24. A. Wren Montgomery, Thomas P. Lyon, Julian Barg, *No End in Sight? A Greenwash Review and Research Agenda*, ORGANIZATION & ENVIRONMENT 3 (2023).  
25. *Id.* at 24; Dorit Kerret, Alon Tal, *Greenwash or Green Gain? Predicting the Success and Evaluating the Effectiveness of Environmental Voluntary Agreements*, 14 PENN ST. ENVTL. L. REV. 31, 35 (2005).  
26. Montgomery, *et al.* *supra* note 24, at 3.  
27. 戴雅真譯，聯合國秘書長：全世界正夢遊走向氣候災難，中央社，2022-03-21，<https://www.cna.com.tw/news/aopl/202203210358.aspx>；<https://csrone.com/topics/7624>（最後瀏覽日：2023 年 11 月 26 日）。  
28. 國家發展委員會，公布「十二項關鍵戰略行動計畫」全面推動淨零轉型目標，111-12-28，[https://www.ndc.gov.tw/nc\\_27\\_36501](https://www.ndc.gov.tw/nc_27_36501)（最後瀏覽日：2023 年 11 月 26 日）。  
29. 林春元，氣候緊急的制度量能一簡評氣候變遷因應法的廣泛授權與組織規劃，月旦法學，340 期，2023 年 9 月，頁 55。



永續報告書或淨零排放目標實現過程中，充斥大量不確定因素，因果關係不明確。<sup>30</sup> 高度尊重業者自律的永續報告書，雖遵循國際私人倡議標準，如全球永續性報告協會（Global Reporting Initiatives, GRI）抽象規範框架下撰寫。為避免漫無邊際的撰寫，在篩選重要利害關係人、鑑別重大報導議題等，容易有先射箭再畫靶，只選擇只想寫的利害關係人與報導議題，不喜歡的人事、負面案件，皆可能儘量省略，也不輕易承諾減碳標準，免受他人之譏，影響組織信譽。<sup>31</sup>

又如永續報告書須編寫氣候財務揭露（Task Force on Climate-related Financial Disclosures, TCFD）事項。<sup>32</sup> 而極端氣候如颱風、地震、水旱災、海嘯、海平面上升、森林大火或極高低氣溫變化等氣候劇烈變動，導致沒水、沒電與員工職務或生活安全風險危害時，企業如何調度財務、異動職業場所與休息時段，<sup>33</sup> 取得備用水源電力等預防、處置等因應措施，立意正確且重要。但該氣候財務揭露以虛擬氣候災情情境分析（Scenario Analysis），有極高機率不會發生；或如 2011 年日本東北地區地震引來海嘯、福島核電廠爆炸等複合式災難，超出所有人預期，氣候虛擬情境分析，難免預測不精準、不完全，企業因應對策也就相對空洞化。<sup>34</sup>

此時，縱有會計師、管理顧問公司、環境部公告合格驗機構等，從事第三方確信、

保證與查驗，依然難以否認永續報告書、碳盤查、碳足跡書面呈現內容，充斥不確定事實與資訊，最多只能取得合理相對信任程度而已。若待確信、保證與查驗的組織邊界範圍太大、太廣、太多，現實上難以完整查驗，<sup>35</sup> 只能用抽查的方法，或憑藉待查驗組織提供文件資料，得到據稱、傳聞的可信度，難有客觀可驗證、無法辯駁的完全真實。

在諸多現實程序、時間、方法選擇及其利益考量下，過高強度的管制手段，或許淪為陽奉陰違的管制失能。從而對永續淨零管制手段，不得不採取漸進式、合理產業別的差異管制方法，應屬適當。

## 二、因地制宜

永續淨零轉型，除因產業類別衝擊差異而有不同轉型要求之外，會因產業分布、人力聚集所在地區，有不同轉型需求及其轉型規劃、財務與執行能力。<sup>36</sup>

山邊的跟海邊的，工業區跟養豬場的污水處理，因地理位置差異，影響周遭人們飲用水、灌溉用水、循環再生水，所需永續淨零轉型不盡相同，轉型方法便有所不一。偏遠地區較容易種樹植林進行碳匯、碳封存；都會區域追求負碳排、碳捕捉、碳抵換、碳權交易方式，較為妥適。但不論哪一種方式，都應考慮碳排系統是否對較為脆弱、邊緣化的社區，造成持續不良影響，使永續淨零系統轉型卻造成不公正的結果。<sup>37</sup>

地區永續淨零轉型，跟一般企業或個人轉型有很大的差異，方法及程序選擇也大不

30. 莊永丞，論我國 ESG 之揭露法制—從永續報告書揭開 ESG 面紗，東吳法律學報，35 卷 2 期，2023 年 10 月，頁 49-51。

31. 楊宗翰，國際能源法與實務：第二講 能源法的低碳化與 ESG 浪潮，月旦法學教室，247 期，2023 年 5 月，頁 45。

32. 金融監督管理委員會本國銀行氣候風險財務揭露指引：臺灣證券交易所上市公司編製與申報永續報告書作業辦法第 4-1 條。

33. 如在家工作、減少通勤，減少組織碳排，增加工作與家庭、休閒時間彈性，Park & Bishara, supra note 16, at 728.

34. TCFD FINAL REPORT, RECOMMENDATIONS OF THE TASK FORCE ON

CLIMATE-RELATED FINANCIAL DISCLOSURES 25, 34 (2017).

35. 最高法院 106 年台上字第 278 號刑事判決：「鑑於證券發行上市公司的營業規模大，營業項目多，要求將其公司各項財務、業務情形，完全公開揭露，既不切實際，也沒有必要。」

36. 下山憲治，林倬如譯，日本公害暨環境法的發展、全球暖化與環境權，山下憲治、李惠宗主編，氣候變遷下環境法與能源法的新發展，元照，2023 年，頁 15。

37. ALEXANDRA R. HARRINGTON, JUST TRANSITIONS AND THE FUTURE OF LAW AND REGULATION 87 (2022).



相同。往往涉及高度的公共利益，也就必須有高度的公民參與永續淨零轉型機制及其程序：如提供適當必要的永續淨零資訊，擇定參與議題、充分討論並有效執行決議。<sup>38</sup>

如臺中、彰化等沿海布建眾多離岸風電機，鋪設海底電纜，連接陸上電網，過程直接影響到保育類野生動物白海豚生活棲地，如何進行政策選擇，煞費苦心。<sup>39</sup> 政策選擇是否適當必要且理性，有無其他替代選擇，相關危害如何因應，公民是否以及如何與該項政策決策，有無平等對話與資訊交流，充足的資源解決爭議，決策執行力與修正等，皆有必要深入檢討。但是否能夠因公民參與使得永續淨零轉型能夠實現公正目的，從我國地方自治發展歷史來看，很難說一定會朝正面的方向前進。

如從雲林到屏東西南海濱，已可用肉眼明顯辨識海平面上升，<sup>40</sup> 導致海水侵蝕人們家園，土壤鹽化，難以耕種。改行水產養殖，有時颱風一來，汪洋一片，心血付諸東流，幾番下來，難以為繼。<sup>41</sup> 縱使從事捕撈漁業，偏遠地區管制不易，容易過度捕撈，久而久之，終究不敵自然與人為雙重打擊，失去所有政治、經濟、社會、歷史、文化與最基本的人際關係。<sup>42</sup>

此等區域永續淨零的轉型方法，一來靠海洋水利工程等基礎建設，二來遷離居民，三者無所作為、任其荒蕪、滅村。前兩者都

需龐大公共經費或個人財力，並涉及個人居住、遷徙自由、家庭生活隱私等權益，難度高，執行艱困，<sup>43</sup> 不易適應新移居地區生活，以至於即便有任何平等、尊嚴積極公民參與、資訊公開、充分討論，受限於地區能力與財力，最常出現最後一種雖不公正，卻為現實呈現的結果。

## 肆、勞動力轉型策略

即便永續淨零轉型可能增加的工作機會大於削減工作的數量，但對於深受影響甚至失業的個別勞動者，仍屬不可承受之重。<sup>44</sup> 每一個人在永續淨零的轉型過程中，至少應做到，即便勞動者被迫轉業、失業，也應使其有優質、可靠、體面的職業工作選擇。<sup>45</sup>

要有體面工作轉業選擇權，除了藉由受影響個人、團體（工會）、利害關係人各方團結、協商要怎麼轉、何時轉、轉到哪裡去之外，就個人而言，最重要的方法手段，學習新知技術是不可缺少的重要關鍵方法。<sup>46</sup> 既能給予人有尊嚴、維持生活的工作機會，並在此一基礎上建立社會互動關係，參與公共事務，提高社會凝聚力與和平合作。<sup>47</sup>

學習新知技術可在教育、職訓體系中獲得，也可以靠自學獲得。

### 一、學校體系

永續淨零所需轉型的新知技術，特別是永續報告書與碳盤查、碳足跡、減量目標、

38. Hana M Ilerov, Eva Balounov, Oliver C. Ruppel, Larissa Jane H. Houston, *Building the Concept of Just Transition in Law: Reflections on its Conceptual Framing, Structure and Content*, 53 ENV'T POL'Y & L. 275, 281, 284-85 (2023).

39. 海洋委員會海洋保育署委託觀察家生態顧問有限公司執行，「110 年台灣西部沿海白海豚重要棲地水下活動監測與分析」案，成果報告書，2021 年，頁 78；海洋委員會海洋保育署，臺灣海域白海豚保育專區說明，<https://www.oca.gov.tw/ch/home.jsp?id=368&parentpath=0,296,360>（最後瀏覽日：2024 年 4 月 30 日）。

40. 海平面上升、地層下陷，可能是上游河川至海洋工程設計太好或不當，造成漂沙流失、補沙不足，也可能是工業或養殖漁業超抽地下水，也可能是全球暖化所致，蔡達智，水產養殖漁業安全規範之研究，正典，2010 年，頁 107。

41. 林昱梅，臺灣因應氣候變遷法制之發展—兼論智慧農業之科技解決路

徑，山下憲治、李惠宗主編，氣候變遷下環境法與能源法的新發展，元照，2023 年，頁 24-25。

42. 蔡達智，前揭註 12，頁 123。

43. 不論是苗栗張藥房事件，還是臺南鐵路東移等房地徵收拆遷抗爭，手段激烈，大埔事件：反台南鐵路東移自救會，維基百科，<https://zh.wikipedia.org>（最後瀏覽日：2024 年 4 月 30 日）。

44. Kennedy, *supra* note 16, at 1050.

45. Vilja Johansson, *Just Transition as an Evolving Concept in International Climate Law*, 35 J. ENV'T L. 229, 235 (2023).

46. 教育部，永續發展目標（SDGs）教育手冊：臺灣指南，2020 年，頁 20。

47. Gillian MacNaughton, Diane F. Frey, *Decent Work, Human Rights and the Sustainable Development Goals*, 47 GEO. J. INT'L L. 607, 612, 632 (2016).



碳費與碳權交易等，應於目前各級學校教育推廣。<sup>48</sup>

所有教育事業當中，大學作為人類世界最為重要的知識與道德引導，<sup>49</sup> 除可成為永續發展環境教育基地，<sup>50</sup> 推動國家環境教育政策，培育國民瞭解與環境之倫理關係，增進國民保護環境之知識、技能、態度及價值觀，輔導永續淨零創業與就業機會，以達永續發展之公民教育。<sup>51</sup> 進一步可參與大學鄰近周遭城市規劃，<sup>52</sup> 擬定國家永續發展政策目標，<sup>53</sup> 制定永續淨零國際標準，從事跨國學術與志工交流等，皆可作為永續淨零政策法令知識技術的領導者。

除上述提升文化，服務社會，促進國家發展之外，大學主要還是以研究學術，培育人才為宗旨。<sup>54</sup> 就永續淨零事務而言，則在於培育永續淨零專業人才為主要目的。<sup>55</sup> 尤其大學環境工程學系、會計系等相關院所，更應推廣永續淨零學位、<sup>56</sup> 學程、<sup>57</sup> 學分、<sup>58</sup> 非學位學分等知識技術。<sup>59</sup>

因永續報告書若須會計師辦理確信，會計師必須擁有永續報告書、碳盤查的學習學分時數與經驗，才能執行該項業務。<sup>60</sup> 部分永續報告書雖不須會計師確信，仍須其他

管理顧問公司進行永續報告書保證，也可在大學相關院系所、推廣教育中心、育成中心等各組織單位開設永續淨零課程廣班、學分班、證照班等。<sup>61</sup> 此外，學校亦可開設專門職業技術人員持續教育的永續淨零課程，以延續專門職業證照的有效性。<sup>62</sup>

## 二、職訓體系

除學校教育體系之外，亦可藉由職業訓練體系，學習永續淨零新知技術等，如企業永續管理師證照培訓班、<sup>63</sup> ISO 14064-1/14067 碳盤查 / 碳足跡專業人才培訓等。<sup>64</sup> 如有引進新原料工具、設施設備等，亦應新聘員工或由既有員工學習安全操作技巧，避免傷亡事件風險危害。<sup>65</sup>

更好的方法在於，因材施教的理想，哪些員工適合創業，應誘導員工們投資創業；哪些員工適合轉任、輪調、派外、異動職業場所、差勤、關係企業歷練，則應順應其能力與專業，學習該等職務應有知識、技能與經驗。即便面對農漁民、礦工、海事人員等傳統勞力密集風險又高的職業，已長年養成不易改變根深蒂固、歷史文化價值習性，加上年紀漸長，很難或根本不願轉型的情況，<sup>66</sup> 也必須想盡一切辦法如提供獎學金、學習

48. 聯合國永續發展目標 4.7。

49. Dan Worth, *Accelerating Towards Climate Neutrality with U.S. Government Stuck in Neutral: The Emerging Role of U.S. Businesses, Cities, States, and Universities in Aggressively Reducing Greenhouse Gas Emissions*, 5 SUSTAINABLE DEVELOPMENT L. POL'Y 4 (2005).

50. 教育部九十二年度補助永續大學推廣計畫作業要點（已廢止）。

51. 環境教育法第 3-6 條。

52. Kaufman, *supra* note 23, at 113-14.

53. <https://impact.bureau.tohoku.ac.jp/sdgs.html> (last visited: Nov 16, 2023); <https://zh.cn.nikkei.com/politics/economy/politics/society/44064-2021-03-11-16-04-29.html> (last visited: Mar 12, 2021).

54. 大學法第 1 條。

55. 食農教育法第 1, 3-4 條；氣候變遷因應法第 42 條。

56. 藍易振，大學永續與 SDGs 的具體實踐－西雪梨大學 2030 永續發展與韌性計畫，評鑑，105 期，2023 年 9 月，頁 53。

57. 國立臺灣大學理學院設置氣候變遷與永續發展國際碩士及博士學位學程，<https://www.ipcs.ntu.edu.tw/>（最後瀏覽日：2024 年 4 月 29 日）；國立中央大學永續與綠能科技研究學院 113 學年度招收永續科技碩博士班（永續碳科技碩博士學位學程、永續綠能科技碩博士學位學程、永續領導力碩博士學位學程）學生，<https://sage.ncu.edu.tw/>（最後瀏覽日：2024 年 4 月 28 日）。

58. 2024 台南市勞工領袖大學初階班，課程包含企業推動 ESG 應瞭解勞動檢查常見的缺失，可取得成大學分證明 4 學分，<https://job.tainan.gov.tw/>（最後瀏覽日：2024 年 4 月 28 日）。

gov.tw（最後瀏覽日：2024 年 4 月 28 日）。

59. 高雄市立空中大學【淨零碳規劃管理師證照培訓班】開課啦！！<https://www.ouk.edu.tw/>（最後瀏覽日：2024 年 4 月 28 日）。

60. 上市上櫃公司永續報告書確信機構管理要點 2-4。

61. 王保進，大學院校務經營落實永續發展之策略，評鑑，104 期，112 年 7 月，頁 44。

62. Oxford Sa d Business School, Oxford Leading Sustainable Corporations Programme (online), UK Continuing Professional Development Certification Service, <https://oxford-onlineprogrammes.getsmarter.com> (last visited: Apr 30, 2024); CPD 為英國專業人士如醫師、律師、公司董事等，提供每年應持續進修時數證明，以精進職業專業，<https://bieaeducation.com/programmes/cpdtraining/> (last visited: Apr 30, 2024)。

63. 財團法人台灣永續能源基金會，企業永續管理師證照培訓班，實體課程報名費 44,000，<https://elearning.taise.org.tw/taise/#/home>（最後瀏覽日：2024 年 4 月 28 日）。

64. 景文科技大學主辦，ISO 14064-1/14067 碳盤查 / 碳稽核專業人才培訓班，報名費 60,000，學員負擔 10,000，<https://elite.taiwanjobs.gov.tw/>（最後瀏覽日：2024 年 4 月 28 日）。

65. 2007 年成大環境資源中心資源回收廠，進行電漿處理系統氣態汞去除回收設備檢修作業過程，曾發生操作人員感電致死事件，國立台北教育大學總務處，學校工作場所職災案例 26，<https://general.ntue.edu.tw/p/412-1044-3295.php>（最後瀏覽日：2024 年 4 月 28 日）。

66. HARRINGTON, *supra* note 37, at 122; 蔡達智，農用無人車設計及操作安全管制原則，高大法學論叢，19 卷 1 期，2023 年 9 月，頁 90-91。



券、帶薪學習等誘因協助轉型。

### 三、學以致用

縱使不在學校或職業訓練體系，也可以透過各種管道自學，將永續淨零知識技術，<sup>67</sup>成為終身學習的目標。<sup>68</sup>學習永續淨零思維價值與方法，最重要的目的與任務，在於理解永續淨零價值觀，使永續淨零成為日常生活方式。如能透過演練、實作或實習具體實踐永續淨零原則，將對個人、家庭、社區乃至於社會、國家，皆有助益。<sup>69</sup>

然因永續淨零的影響層面太多太廣，即便學習任何新知，只要對就業、收入、財產與生活有任何幫助，大概都可涵蓋在永續淨零的勞動力轉型範圍。反之，學習眾多永續淨零新知技術，卻不能與職業、工作、財產銜接，難以學以致用，只能換得低薪職位，對永續淨零勞動力轉型效益，或將有限。<sup>70</sup>

更糟糕的是，如果雇主或主管名為增加工作學習能力與機會，完整職場歷練，對員工進行職務輪調，實際上卻是將主管看不爽、討厭人員，發配邊疆、流放，以滿足主管個人好惡恩怨。或以組織內部單位實行碳定價，名為敦促各單位淨零碳排，實際卻將不喜歡的員工調動到根本無法實現碳定價減碳目標單位。隨後以單位或個人未達碳定價減碳目標，將單位裁撤、資遣未達標員工。尤有甚者，雇主與單位主管要求員工加班不給加班費；不要加班但帶回家做；員工必須賺自己的薪水，最好是領一元薪賺六元回公司，隨意恫嚇員工未達標就減薪、資遣。如此「幸福樂活」職場，卻在資方永續淨零轉

型不利時，只會一句市場經濟不佳，便隨意資遣員工或要求員工「自願」離職。此等現象，恐怕不是永續淨零勞動力轉型，更不是公正的轉型。

### 伍、轉型公正手段

永續淨零轉型的公正要求，可以從二方面觀察，一是管制面，二是轉型所需要的資源分配。

#### 一、公正管制方法

什麼產業必須撰寫永續報告書，先從上市櫃公司開始，進行碳盤查、碳足跡，要求第三方確信保證與查驗。什麼產業又不用，劃定界線範圍就會產生管制與否的差異，直接增加撰寫永續報告書、進行碳盤查、徵收碳費所需要的人力與成本。這樣的產業類別或公司行號永續淨零管制差別待遇是否合理、必要且適當，就會涉及永續淨零法制轉型公正與否的問題。

除了管制手段是否合理之外，亦涉及到管制程序是否經過公民參與、如何參與及表達意見、討論，管制過渡時間是否能讓人足以適應。

管制過於嚴格，受管制對象可能難以適應。但管制過於寬鬆，又會引起環保團體督促政府應嚴格管制溫室氣體排放，引來各種民事、行政乃至憲法訴訟。<sup>71</sup>

雖然這樣的訴訟，可充分展現體制內的氣候變遷法令政策的公民參與，也為氣候變遷尋找適當的、公平的歸責主體，<sup>72</sup>並可為

67. <https://www.youtube.com/watch?v=eHXocRIJBem>(碳排); <https://www.youtube.com/watch?v=R4nrDbwB-BQ&t=19s>(碳排); <https://www.youtube.com/watch?v=RvPUWokjD3c&t=2574s>(永續報告書)(最後瀏覽日: 2024年4月28日)。

68. 行政院國家永續發展委員會編印，110年國家永續發展年報，2021年，頁16。

69. Mar a Amalia Blandino Garrido, Isabel Mar a Villar Fuentes, *Civil and Procedural Law Through the Sustainable Development*

*Goals (SDGs): A Transversal View*, in INTERNATIONAL WORKSHOP ON CROSS-CUTTING TOPICS IN LEGAL STUDIES MELE 2023: MODERNISING EUROPEAN LEGAL EDUCATION 60 (2023).

70. Eisenberg, *supra* note 10, at 323-24.

71. 張雄風，環團氣候憲法訴訟指減碳不力 薛富盛：目標要務實，中央社，2024/1/30，<https://www.cna.com.tw/news/ahel/202401300159.aspx>(最後瀏覽日: 2024年4月28日)。



北極熊、吐瓦魯（Tuvalu）等可能被海水淹沒動植物與國家爭取權益。但在訴訟技巧上，還是必須面臨溫室氣體排放，是否侵害個人、團體、未來世代、<sup>73</sup> 其他國家乃至於動植物生活權、健康權、生存權甚至環境權，兩者之間有無因果關係，<sup>74</sup> 政策法令目標是否對各該等權益保護不足。<sup>75</sup> 有時成功，有時失敗。

## 二、公正分配轉型資源

### （一）負擔得起的充足經費

#### 1. 經費負擔

如同沿海海面上升的困境需要龐大經費支應一般，永續淨零公正轉型的方法手段，大部分需要充足適當經費。即便是淘汰舊燈具、機具、水龍頭，換成新環保標準的新機具、設施、設備，省電，少碳排，也必須有充足的經費。為大幅降低能耗碳排，增加整場智慧能源或碳排系統，一樣要投入相關經費。為勞工轉型所需要的新知識技術與新機具操作方法，也一樣要錢。更不用說整個產業要轉型，從水泥業轉到儲能設備業，更需要資金，以廣納優質人力、投入新知識技術、新原料設備，迎接無數次的失敗測試，才能稍微有點轉型機會。繳納碳費、從事碳權交易、進行碳中和，還是需要經費。既然需要經費支應永續淨零轉型措施，不論政府、企業乃至於個人，應預先提撥、儲存適當充足經費，作為永續淨零轉型支出，應屬必然。

<sup>76</sup> 如此一來，永續淨零的金融轉型，轉到對永續淨零相關產業、勞動力、能源與社會生

活事物的募資與投融资，相當重要。<sup>77</sup>

問題在於，除金融轉型外，誰要來負擔轉型費用？在企業，想當然是企業負擔轉型責任；就個人，想當然要靠自己努力轉型，但現實往往不是那麼當然。

個人能力、財力、時間與意願有限，尤其是低薪職位的勞動力，度過每日生活所需已屬不易，很難有時間、機會與金錢能夠進行轉型學習。

假使企業沒有財力或抵押品做作為擔保授信，口說永續淨零轉型，很難取得金融業的綠色募投融资。缺乏充裕的資金，沒有其他租稅、補貼與政策誘因，縱使寫好寫滿永續淨零報告書，為追求利益最大化，多不會再想幫員工、員工所生活的社區轉型。<sup>78</sup> 提供員工福利，安置不能轉型的員工其他工作機會已屬不易，刻意栽培優質的員工最後卻轉職到競爭對手企業，甚至離職創業成為自己企業競爭對手，培養的心血成為自己營業阻力，非任何雇主所願。<sup>79</sup>

即便是政府，也不可能承擔所有產業、勞動力、社區與生活轉型的費用，那將會是無底洞，只能選擇負擔迫切短期的轉型費用。一旦選擇偏差或不適當，對真正急需卻又得不到公共資源的人來說，轉型就會成為似有若無，不關己事，毫無效益，也不會有任何公正。

雖然轉型經費負擔，可以是公私協力，眾志成城，共同分攤。但這樣的前提是，有志一同，齊心協力。如果各懷鬼胎，不願開

72. Park & Bishara, *supra* note 16, at 718.

73. 魏培軒，環境法中的時間要素——從世代正義與風險評估談起，山下憲治、李惠宗主編，氣候變遷下環境法與能源法的新發展，元照，2023年，頁144-149。

74. 土井翼，鄭明政譯，日本氣候變遷訴訟，山下憲治、李惠宗主編，氣候變遷下環境法與能源法的新發展，元照，2023年，頁107-111。

75. 德國聯邦憲法法院認為國家設定碳排放減量標準不足、影響未來世代權益，宣告德國聯邦氣候保護法（Bundes-Klimaschutzgesetz）違憲，傳玲靜，環境保護、氣候變遷及跨時際之自由權保障——簡介德國聯邦憲法法院2021年氣候保護法裁判中相關論述，月旦法學教室，

235期，2022年5月，頁51；李建良，氣候變遷、基本人權與憲法訴訟——2021年德國氣候訴訟裁判釋論，台灣法律人，2期，2021年8月，頁3。

76. 國發會綜合規劃處，淨零公正轉型的概念、推動架構及國際作法，台灣經濟論壇，20卷4期，2022年12月，頁71。

77. 財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心永續發展債券作業要點：金管會111年1月11日金管證投字第1100365536號令總代理人募集及銷售環境、社會與治理相關主題之境外基金，投資人須知應載明事項：永續經濟活動認定參考指引：金管會「綠色金融行動方案3.0」。

78. Park & Bishara, *supra* note 16, at 746.

79. Eisenberg, *supra* note 10, at 328.



誠布公，沒有平等尊嚴對待，縱有轉型，也難以公正。<sup>80</sup>

## 2. 負擔得起的價格

公正轉型所需能源、機具、零件、原料、教育訓練費用，應該是合理、必要且負擔得起。否則光編列預算、提撥大量資金、儲蓄大筆錢財，買不起最新綠建築、綠色能源，上不起昂貴的永續淨零課程、喝不起潔淨水、用不起綠色交通運輸、拿不到綠色金融募投融資，<sup>81</sup> 大概只能為少數人轉型，難以公正。

## (二) 合理必要分配

### 1. 產業類型的分配差異

整體轉型公正資源分配的問題是，為什麼特別強調永續淨零轉型資源分配公正，其他產業就沒有特別強調，如人工智慧（AI）產業興起導致簡易勞動力提供者失業，卻鮮少受到公共資源挹注轉型。<sup>82</sup> 這樣的永續淨零轉型是否公正？對於轉型永續淨零產業、勞動力、生活與社區而言，是否會造成過度補貼、優惠，進而排擠其他產業勞動力社區與生活的資源分配？

這確實是一個更上位的總體資源分配問題，但涉及公共資源分配，只要拿出一句合理的立法政策選擇，便很難苛責是否造成不公正、不合理差別歧視待遇。<sup>83</sup>

### 2. 適當分配永續淨零資源

雖然氣候變遷因應法第 5、17 條法令政策說明，政府將以最大程度減少氣候變遷

對弱勢群體產生不利和不平等的社會經濟影響。<sup>84</sup> 然而，當持續推動永續淨零過程，導致萬物齊漲時，脆弱群體是否變得更脆弱而難以維持生活，<sup>85</sup> 不易接受新知新學，難有工作，不會融入、參與公共事務、接受社會倫理道德規範。<sup>86</sup> 難以形塑和平安全的生活環境，暴力、犯罪等危害人群、社會、國家情事，稀鬆平常，<sup>87</sup> 法律制度及其保障的基本生存、工作、財產與尊嚴平等，終將成為遙不可及的幻想，<sup>88</sup> 當然也不會念及任何永續淨零目標與策略。

要用什麼方法讓脆弱群體也能享受永續淨零的幸福美果，<sup>89</sup> 是聯合國永續發展的首要目標，也是人類和平穩定發展的生活基礎。

具體作為，可以引用環境法污染者付費、延伸生產者責任、<sup>90</sup> 風險危害預防原則、危害與收益分攤原則。無論什麼用什麼規範原則，最終仍須仰賴永續淨零資源如溫室氣體管理基金等合理、必要、平等且有尊嚴的分配，較能完整實現永續淨零的公正轉型。只是一旦涉及資源分配，就會碰觸到人類有史以來最困難的問題之一：不患寡而患不均。

即便是永續淨零轉型資源如教育、就業、交通、生活等各項平等尊嚴優惠舉措，必須先考慮到分配者如政府、社會、區域、團體、企業乃至於個人的分配目的、價值、理念，以及執行時間、能力與方法，也許會有百家爭鳴的選擇差異。<sup>91</sup> 在各項差異之間，能否將永續淨零資源適當充足分配到真正有

80. Kennedy, *supra* note 16, at 1086.

81. 聯合國永續發展目標 3.8, 4.3, 6.1, 7.1, 9.1, 9.3, 11.2。

82. 蔡達智，前揭註 8，頁 23-25。

83. 司法院釋字 485、560 號等解釋。

84. Johansson, *supra* note 45, at 230.

85. 聯合國永續發展目標 11.1。

86. Sumudu Atapattu, *International Human Rights Law and Poverty Eradication*, in SUSTAINABLE JUSTICE: RECONCILING ECONOMIC,

SOCIAL AND ENVIRONMENTAL LAW 307-08 (2005).

87. 湯淺誠，蕭秋梅（譯），反貧困：逃出溜滑梯的社會，早安財經，2010 年，頁 62-66。

88. Hélène Grandvoinnet, *The Rule of Law and Poverty Reduction: Some Issues*, in POVERTY & THE LAW 151 (2001).

89. 國發會綜合規劃處，前揭註 76，頁 72。

90. 蔡達智，從廢塑膠應有管制原則評論司法院釋字第 788 號解釋，高雄律師公會會訊，第 16 屆，2023 年 10-12 月，頁 92-93。

91. 橋本俊詔，浦川邦夫，日本 貧困研究，東京大學出版會，2006 年，頁 2。



需要的人，能夠分配多久，現實上，不一定能呈現理想結果。<sup>92</sup>

如氣候變遷因應法第 33 條有關溫室氣體管理基金的用途，除第 1 項第 12 款規定：「協助中央目的事業主管機關執行公正轉型相關工作事項。」勉強可能涉及脆弱群體的勞動、生活、財產與生存轉型之外，似乎較無過多著墨。如加速無人化減少碳排等自動化農業的結果，失業的短期農民移工，將何去何從？<sup>93</sup> 也許要靠同法第 6、46 條等公私協力，如各上市櫃公司永續報告書記載的社會責任與社會共融行為，群策群力，帶來光明與希望。

不過，如果沒有找出轉型過程中勞動力及其社區脆弱性的根本原因，例如該地區是否只能倚賴單一經濟收入來源，是否因為過度依賴單一產業，以至於資本家雇主即便霸凌員工、污染環境，也令人所有員工及其仰賴該等單一產業維生的社區、政府皆難以抵抗，縱有傷亡，最多認為屬於資方必要之惡，任意減輕甚至脫免資方責任。<sup>94</sup> 準此，如何分配永續淨零資源，使各地區能創造多重經濟收入選擇，吸引投資、發展特色產業、觀光休閒旅遊、遠距網路工作等一切能夠匯集人群的作法，轉型才能群策群力，稍微公正。否則投入再多公私協力的資源，可能只會有短期效應，如大量聘僱短期派遣、責任承包人力，而非長期全職人力，形式上滿足世人關注的道德良知，現實上難以實現轉型公正的目的。<sup>95</sup>

## 陸、結論

永續淨零公正轉型，目標弘遠廣大，卻是一個勢在必行的迫切任務，要照顧到每一個人，也就是所有人都不能置身事外，不論是個人、企業、組織團體、政府、國際社會，都有必要齊心努力合作，共同完成。即便在現實上有許多困難不容易突破，也必須逐步漸進實現。

「公正」主導所有永續淨零轉型的價值取向，但由於公正過於抽象難解、理想化，在實現過程，往往必須打了折扣，甚至爭議與訴訟不斷，有些成功，有些失敗，至少實現公民參與永續淨零目的。

誰來決定轉型是否公正，相關利害關係人是否只是虛偽應付了事而不是真正要做到轉型公正？太多的倫理道德自律陳述，有時意義不大，多為隱惡揚善高明的漂綠技巧。但以法令拘束強制執行又過於沉重，且同樣有不足之處。充分資訊交流、平等尊重的對話，是應該，想要藉此討到合理妥善資源分配，讓自己更好過些，往往非永續淨零轉型公正目的所在。

何時轉型，想來已刻不容緩，只是要如何轉，轉到哪裡去，有時靠時機，有時靠命運，雖然理想上學習新知技術是一種好方法，但如果沒有因為知識技術換來可以維持生活的職業收入，知識技術只能作為陶冶心性的高尚作品。

最為基礎的充足經費與適當分配，是實現永續淨零公正轉型最重要的活水。不論收支，具體實現的過程，朝向樂觀開朗的光明正能量，或將使每個人有信心力量，促進平等，有尊嚴地共同邁向公正轉型道路前進。

92. Michael H. Shapiro, *Does Technological Enhancement of Human Traits Threaten Human Equality and Democracy?* 39 SAN DIEGO L. REV. 796 (2002).

93. 蔡達智，前揭註 66，頁 114-115。

94. Kennedy, *supra* note 16, at 1069.

95. Eisenberg, *supra* note 10, at 322.



# 確定裁判內容有無明顯重大違誤之研究（系列二）

## 評析台灣高等法院高雄分院 96 年度上訴字第 2085 號刑事判決

蘇吉雄\*

### 壹、序言

筆者因非常認同最高行政法院新任院長吳東都於 112 年 10 月 25 日就任典禮致詞時，所稱「法官以裁判作為志業，而裁判是法官全人格的表現，評價法官的良窳就看裁判品質。想了解法官的裁判品質，最好的方式是【事後研閱】法官的裁判書」，乃決定依據司法院於 103 年 3 月 5 日所訂定「司法院確定裁判書類審查實施要點」，利用退休閒暇針對歷年確定裁判內容有無明顯重大違誤，而嚴重侵害人民權益者作系列研究，提出檢討與省思的淺見，並已選擇系列一評析最高法院 103 年度台上字第 1297 號民事裁定，刊載於 113 年 1-3 月高雄律師會訊，本文繼續選擇系列二評析台灣高等法院高雄分院 96 年度上訴字第 2085 號刑事判決。本件刑事個案被告 A、B 遭受判決偽造文書罪定讞，雖然獲得准予易科罰金並宣告緩刑，幸免入獄服刑，但是從實質真實發現主義觀察，有無可能成為另類的冤獄，足堪研究。

### 貳、事實概要與訴訟經過

甲加油站股份有限公司（下稱甲公司）於 79 年 12 月 10 日設立，資本總額為新台幣（下同）5 百萬元，股份總數為 50 萬股，未發行股票，實際上係乙獨資設立，形式上將部分股權登記為其配偶、子女及孫子女名義而成為家族公司。乙、丙夫妻死亡後甲公司之股權結構可簡化為在朝派股東丁、戊等

掌控公司經營權及在野派股東 A 等無法掌控公司經營權之兩大派系，因股權糾紛，由在野派股東 A 等提起請求變更股東名簿登記事件民事訴訟，獲得勝訴確定判決。該確定判決認定 A 等在野派股東所持有之股份數計至 89 年 4 月 13 日止為：A 持有 16 萬股…D 持有 1 萬 5 千股等合計 25 萬股，佔甲公司股份總數 50 萬股之 50%。在朝派股東丁持有 15 萬股、戊持有 5 萬股，合計 20 萬股，相當於甲公司股份總數 50 萬股之 40%。另遺產股丙持有 1 萬股、乙持有 4 萬股合計 5 萬股（尚未分割遺產），相當於甲公司股份總數 50 萬股之 10%<sup>1</sup>。A 等在野派股權自 89 年 4 月 13 日以後尚無減少變動股權之情形。此外，被繼承人乙於民國 88 年 1 月 3 日所書立之遺囑為真正，及己、戊對被繼承人乙之繼承權不存在<sup>2</sup>。民國 95 年 8 月 10 日上午 9 時許，A 等在野派股東參加甲公司由董事丁代表董事會通知召集之 95 年度股東常會時，曾就甲公司董事丁（會議主席）於該次股東常會中，宣布本次股東常會之股權數以甲公司股東名簿登記為準，認為與上述變更股東名簿登記事件確定判決所記載 A 等在野派股東合計 25 萬股，佔甲公司股份總數 50 萬股之 50% 之內容不符，而當場提出異

\* 本文作者曾任高雄律師公會首屆理事長暨全國律師聯合會第 6 屆第 2 任理事長。

1. 參見臺灣高等法院高雄分院 92 年度上更（一）字第 39 號民事判決及最高法院 93 年度台上字第 1834 號民事裁定（判決確定日期為 93 年 9 月 24 日）。

2. 參見台灣高雄地方法院 89 年度家訴字第 105 號民事判決、台灣高等法院高雄分院 90 年度重家上字第 5 號民事判決、及最高法院 91 年度台上字第 1260 號民事裁定。



議，惟會議主席丁拒絕更正，造成在朝派股東丁等以甲公司股東名簿登記之股權為準，A 等在野派股東則以上述變更股東名簿登記事件確定判決之內容之股權為準，各自議決 94 年度決算書表請求承認案、94 年度盈餘擬撥補虧損請求承認案及選舉董監事案。在朝派股東丁等選出己、丁、A 為董事，辛為監察人，且於同日上午 10 時許，在該處召開董事會，推選己為董事長，惟 A 等在野派股東則選出 A、B、丁為董事，C 為監察人，且於同日下午 2 時許，在該處召開董事會，推選 A 為董事長。兩派股東各自製作相關議事錄及各自辦理申請甲公司董監事變更登記相關手續。會後己代表甲公司追訴 A、B 共同偽造文書罪嫌，經檢察官偵查起訴。第一審刑事判決認定：A、B 參加甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會，明知出席股數 50 萬股，甲公司於股東常會中選舉己、丁、A 為董事，辛為監察人，通過 94 年度決算書表請求承認案及 94 年度盈餘擬撥補虧損請求承認案，且在上午 10 時許，在該處召開董事會，推選己為董事長等情，惟 A 因認其所持有之甲公司股權遭低算，其持有股份數應為 16 萬股，以其認定之股權數計算後應當選為甲公司之董事長，竟基於偽造私文書之犯意，於同日在上址接續偽造「丁為主席、A 為紀錄、選舉結果 A、B、丁當選董事、C 當選監察人、出席股數 45 萬股、94 年度決算書表請求承認案未通過、94 年度盈餘擬撥補虧損請求承認案未通過」等不實內容之甲公司 95 年度股東常會會議紀錄、甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會出席股數表各 1 份及與 B 基於偽造私文書之犯意聯絡，共同接續偽造「A 為主席、B 為紀錄、選舉結果為 A 當選

董事長」之甲公司董事會議事錄及甲公司董事會議簽到簿各 1 份，並盜蓋先前甲公司使用之印章（非甲公司現使用於公司登記事項之公司章）於上開甲公司 95 年度股東常會會議紀錄、甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會出席股數表、甲公司董事會議事錄及甲公司董事會議簽到簿上，以作為甲公司改選 A 為董事長、B 為董事，C 為監察人之意思。A 續基於上開偽造私文書犯意，將上開不實改選結果登載在股份有限公司變更登記表上，復盜蓋上開甲公司章於其上而偽造股份有限公司變更登記表 1 份，以作為甲公司申請變更公司董監事之意思。A 復於 95 年 8 月 16 日，基於行使偽造私文書之犯意，填載申請變更甲公司董監事之「公司登記書申請書」，並檢附上開偽造之文書等資料向經濟部中部辦公室持以行使，申請變更甲公司董監事登記，足生損害於甲公司及主管機關對於公司登記管理之正確性。引用刑法第 28 條、第 216 條、第 210 條分別科處有期徒刑 6 月、3 月，減為有期徒刑 3 月、1 月 15 日，併諭知易科罰金之折算標準，同時宣告緩刑貳年<sup>3</sup>。第二審刑事判決以第一審判決認事用法，均無違誤，量刑亦稱妥適，被告 A、B 二人上訴否認犯行，而指摘原審判決不當，並無理由，應予駁回<sup>4</sup>。第三審刑事判決認被告 A、B 二人上訴意旨，皆非適法之第三審上訴理由，渠等上訴違背法律上之程式，應予駁回<sup>5</sup>。A、B 於刑事訴訟進行中另循民事訴訟程序，起訴先位主張甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會係由無召集權人所召集，請求判決確認該日股東常會決議無效，並向刑事法

3. 參見臺灣高雄地方法院 96 年度訴字第 2599 號刑事判決。

4. 參見臺灣高等法院高雄分院 96 年度上訴字第 2085 號刑事判決。

5. 參見最高法院 99 年度台上字第 6438 號刑事判決。



院聲請於民事訴訟程序終結前，停止刑事審判，均遭受歷審刑事法院拒絕。惟該民事訴訟程序於刑事判決有罪定讞後之 101 年 10 月 25 日判決確認甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會決議無效確定<sup>6</sup>。

### 參、系爭確定終局判決要旨

本件刑事訴訟程序因第三審錯誤認定第三審上訴意旨並非適法之第三審上訴理由（另行撰文評析），而認定上訴不合法，違背第三審上訴法律上程式，從程序上駁回上訴，故應以第二審判決為確定終局判決，合先敘明。

一、辯護人雖主張：甲公司於 95 年 8 月 10 日所召開之股東常會，具有當然無效之原因，業經被告對甲公司該次無效之股東會所選出之董事長及監察人提起確認委任關係不存在之訴，從而該股東會議事錄並不具備任何法律效果，縱屬虛偽登載，不該當偽造文書罪之犯罪構成要件。故本案被告是否構成偽造文書罪，應以該次股東會是否有效成立為前提要件，爰依刑事訴訟法第 297 條規定，聲請於上開民事判決確定前停止本案之審判程序，以避免裁判兩歧云云。惟按犯罪是否成立或刑罰應否免除，縱係以民事法律關係為斷，而民事已經起訴者，其審判應否停止，刑事法院原有審酌之權，此由刑事訴訟法第 297 條規定係「得」於其程序終結前停止審判，而非「應」，即可得知。而本院認美德公司該次股東常會決議結果是否有無效原因，亦與本案被告犯罪是否成立無關，

故認辯護人此部分之聲請並無理由，而不應准許。

二、甲公司 92 年 7 月 17 日之股份有限公司變更登記並未經確認為無效或經撤銷登記，即仍具法律效力而生法律效果，系爭 95 年 8 月 10 日甲公司股東常會與相關會議紀錄適法性之判斷以及 A、B 是否成立偽造私文書罪，均應以 92 年 7 月 17 日之股份有限公司變更登記事項為唯一準據。

三、系爭 95 年 8 月 10 日甲公司股東常會之出席股數及表決權數之計算，均應以該日甲公司股東名簿記載之內容為唯一準據。該日甲公司出席股東持有股數為 50 萬股。

四、甲公司股東名簿之記載關於被告 A 部分，雖與臺灣高等法院高雄分院 92 年度上更（一）字第 39 號確定判決認定不符，惟該判決係針對甲公司迄 89 年 4 月 13 日止，與該事件相關之股東及各該股東所持有之股份數而為認定，且附記股東曾美德、曾陳松蘭死亡後，應由繼承人繼承等情，則甲公司之股東及各該股東所持有股份數，自可能因嗣後所發生之原因而變動，而甲公司亦稱已遵照臺灣高等法院高雄分院 92 年度上更（一）字第 39 號確定判決意旨（即被告 A 原為 16 萬股）及戊終止與被告 A 間之 5 萬股信託關係回復登記為戊所有，其他股東股份變動之事實暨曾美德、曾陳松蘭死亡後遺產股份分配予各繼承人等情而製作股東名簿及計算被告 A 之股份數，雖被告 A 仍依據臺灣高等法院高雄分院 92 年度上更（一）字第 39 號

6. 參見臺灣高等法院高雄分院 99 年度上更（一）字第 10 號民事判決及最高法院 101 年度台上字第 1745 號民事判決。



確定終局民事判決所認之股份數（時間迄至 89 年 4 月 13 日止）而為主張，惟業經主管機關核准登記之甲公司 92 年 7 月 17 日之股份有限公司變更登記表於該次股東常會召開時，該項登記並未經確認為無效或經撤銷登記，即仍具法律效力而生法律效果，即於 95 年 8 月 10 日甲公司登記名義之董事長丁代表甲公司以董事會名義通知股東召開股東常會，其即係有權代表甲公司此行為之人，縱其所製作會議紀錄及相關文書之內容虛偽，亦係其應否另依法令負法律責任之問題，而不能影響其對外所生之法律效力，否則公司對外所為之交易經濟秩序即無從維持。於其時被告 A 則並非有代表公司製作上開紀錄及文書之人，其即不得擅自冒用甲公司名義，逕自製作與有權製作人所製作事實內容不符之股東常會及董事會議事錄等文書，復持以行使而向經濟部申請變更董監事登記。

#### 肆、研究議題

最高法院之裁判於 107 年 12 月 7 日修正刪除法院組織法第 57 條前，係採取判例制度，將最高法院裁判中之法律見解自個案抽離，而獨立於個案事實之外，成為抽象的判例要旨，使其具有通案之法規範效力，而得以拘束各級法院，冀能達成統一終審法院法律見解之目的。各級法院之裁判如有違反有效之判例，即分別構成刑事訴訟法第 378 條判決不適用法則或適用不當之違背法令及

第 441 條審判違背法令之非常上訴理由或民事訴訟法第 468 條判決不適用法規或適用不當之違背法令及第 496 條第 1 項第 1 款適用法規顯有錯誤之再審事由，此為最高法院於 107 年 12 月 7 日修正刪除法院組織法第 57 條，108 年 7 月 4 日施行前，有關民刑事裁判採取判例制度所持一致之見解<sup>7</sup>。

查本件被告選任辯護人所引用相關 6 件民刑事判例，依據民國 108 年 1 月 4 日修正，108 年 7 月 4 日施行之法院組織法第 57 條之 1 第 2 項規定：「最高法院於中華民國 107 年 12 月 7 日本法修正施行前依法選編之判例，若無裁判全文可資查考者，應停止適用。未經前項規定停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同」。不論有無裁判全文可資查考，惟於 108 年 7 月 4 日施行法院組織法第 57 條之 1 第 2 項規定前仍屬有效之判例，均足以資為研究評析系爭確定終局判決有無明顯重大違誤之依據，合先敘明。

#### 一、系爭確定終局判決是否違背最高法院 28 年上字第 1911 號民事判例及 33 年上字第 506 號民事判例？

（一）按公司法第 171 條規定，股東會除本法另有規定外，由董事會召集之。又董事會由董事長召集，且董事長為董事會主席，亦為同法第 203 條第 1 項前段、第 208 條第 3 項所明定。是股東會之召集程序，應由董事長先行召集董事會，再由董事會決議召集股東會。

（二）最高法院 28 年上字第 1911 號民事判例意旨及 33 年上字第 506 號民事判

7. 參見最高法院 99 年度台非字第 59 號刑事判決、105 年度台再字第 35 號民事判決、107 年度台上字第 2296 號民事判決、108 年度台再字第 24 號民事判決、108 年度台簡聲字第 37 號民事裁定。



例意旨分別闡釋：無召集權人召集之股東會所為之決議，當然無效。而無效之行為在法律行為當時已確定不生效力，即不得依據此項行為主張取得任何權利。換言之，無效之法律行為既屬自始、當然、確定不生效力，則任何人均可隨時主張其無效，無待法院之裁判。

- (三) 本件被告 A、B 於事實審再三主張甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會係由無召集權人所召集，並已另循民事訴訟程序，起訴請求確認甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會決議無效乙節，如果屬實，依上述最高法院 28 年上字第 1911 號及 33 年上字第 506 號民事判例意旨，該次股東常會決議是否當然無效？如果該次股東常會決議當然無效，依上述最高法院 33 年上字第 506 號民事判例意旨，其後續所衍生法律問題諸如該次股東會議決議實質上是否具備任何法律效果？該次股東會議決議記錄及相關文書縱屬虛偽登載，是否仍足生損害於公眾或他人，而該當偽造私文書罪構成要件？凡此事實爭執及法律爭議，攸關 A、B 偽造文書罪之成立與否，係屬被告之利益有重大關係事實，基於公平正義之維護，依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定，事實審法院自應依職權加以調查，始符合刑事訴訟實質真實發現主義。惟系爭確定終局判決竟假藉刑事訴訟法係採真實發現主義，審理事實之刑事法院，並不受民事判決之拘束，而不停止刑事審判程序，且疏未就該次股東會議決議有無當然無效之原因事實

及其法律效果等相關民事法律關係自行調查認定，以為刑事判決之基礎，而遽認甲公司該次股東常會決議結果是否有無效原因，與本案被告犯罪是否成立無關，被告 A、B 應成立偽造文書罪，是否違背上述最高法院 28 年上字第 1911 號及 33 年上字第 1355 號兩則民事判例，而錯誤解讀偽造文書之構成要件（詳如後述），容有爭議。

## 二、系爭確定終局判決是否違背最高法院 50 年台上字第 1268 號刑事判例及 49 年台非字第 18 號刑事判例？

- (一) 最高法院 50 年台上字第 1268 號刑事判例意旨闡釋：刑法上之偽造文書罪，須以足以損害於公眾或他人為成立要件，而所謂足生損害，係指他人有可受法律保護之利益因此遭受損害或有受損害之虞而言。準此該判例意旨之反面解釋，若他人並無可受法律保護之利益，則僅具偽造之形式，而實質上並不足以生損害之虞者，尚難構成偽造文書罪。又最高法院 49 年台非字第 18 號刑事判例意旨闡釋：按刑法上偽造文書罪之成立，除有故意之一般要件外，又以足生損害於公眾或他人為特別要件，所謂足生損害，固不以實已發生損害為必要，然亦必須有足以生損害之虞者，始足當之，若其僅具偽造之形式而實質上並不足以生損害之虞者，尚難構成本罪。

- (二) 股份有限公司之股東會，除公司法另有規定外，由「董事會」召集之，公司法第 171 條定有明文。又董事會由



董事長召集之；公司業務之執行，除公司法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之，並為該法第 203 條第 1 項、第 202 條所明定。而無召集權人召集之股東會所為之決議，為當然無效。準此，董事之一人，未經董事會之決議，或董事會實質上已經不存在，擅以董事會名義召集股東會，即屬無權召集，所為之決議，為當然無效。本件被告 A 等於刑事程序再三辯稱甲公司設有董事乙、丙、丁 3 人，於 89 年 4 月 14 日召開股東臨時會前，發生董事乙、丙當然解任之事由後，均未依公司法第 201 條規定，召集股東臨時會補選新董事遞補其缺額，僅剩董事丁 1 人，造成董事會已經實質上不存在。董事丁擅以董事會名義召集 89 年 4 月 14 日股東臨時會，即屬無權召集，依前述最高法院 28 年上字第 1911 號民事判例意旨，該次股東臨時會所為之決議，為當然無效，是該次股東臨時會決議選任丁、戊及庚為董事，辛為監察人，應屬無效。亦即由當選無效之董事丁、戊及庚互選丁擔任甲公司之董事長，應屬無效。循此演繹解釋，甲公司 92 年 6 月 28 日股東常會及 95 年 8 月 10 日股東常會均由當選無效之丁董事長召集，係屬無召集權人所為之召集，則該兩次之股東常會所為決議，應屬無效，伊等已另案起訴請求確認甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會決議無效等語，該民事訴訟程序於本件刑事判決有罪定讞後之 101 年

10 月 25 日判決確認甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會決議無效確定，而所謂股東常會決議無效，依上述最高法院 33 年上字第 506 號民事判例意旨，係指在股東常會決議當時已確定不生效力，即不得依據此項股東常會決議主張取得任何權利。易言之，甲公司 95 年 8 月 10 日股東會議記錄及相關文書並不具備任何實質法律效果，縱屬虛偽登載，亦不足生損害於公眾或他人，要無置疑。準此，甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會決議是否具有當然無效之原因事實，攸關被告 A 等偽造文書罪之成立與否，係屬被告之利益有重大關係事實，基於公平正義之維護，依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定，事實審法院自應依職權加以調查，惟系爭確定終局判決竟以被告及辯護人雖主張：A 公司於 89 年、92 年間之股東會及董事會之召集均不合法而有自始無效之原因云云，然此仍僅係被告之主張，尚未經主管機關認定而撤銷 A 公司董監事變更登記，亦未經法院確定判決確認無效，且該所謂無效，係指不能為有效之決議，因而決議之內容係不能拘束公司股東，惟在公司登記確認為無效或經訴訟撤銷前，對外仍發生一定之法律效果云云，即遽認被告 A 等在野派股東所製作 95 年 8 月 10 日股東會議記錄及相關文書之內容為虛偽登載，足生損害於甲公司及主管機關對公司登記管理之正確性，而應擔負偽造私文書罪責，是否違背上述最高法院 50 年台上字第



1268 號、49 年台非字第 18 號兩則刑事判例，而錯誤解讀偽造文書之構成要件（詳如後述），容有爭議。

（三）偽造文書罪係在保障文書之公共信用，判斷文書所載之內容是否為真正之依據，應以該記載是否與事實相符，而非以製作之人是否為有權製作為判斷依據，有權製作人所製作之文書內容與其文書內容之真實性，並無必然關聯性。蓋有無文書製作權係屬判斷是否冒用名義之問題，與判斷文書內容是否虛偽完全無涉。易言之，文書內容是否虛偽並不能以有無文書製作權為判斷標準。若有權製作文書之人於其所職掌之文書上故意為與事實不符之登載，依刑法第 214 條及第 215 條規定均構成偽造文書。該有製作權之人若非從事業務之人或非公務員登載不實，雖不構成偽造文書罪，然其所登載內容與事實不符之文書內容亦不因其為有製作權人而變為真正，此乃判斷文書內容真實性之論理法則。本件甲公司丁等在朝派股東與 A 等在野派股東分別所製作股東常會議事錄及甲公司董事會議事錄所顯示議案表決權數及董監事當選權數，相互歧異，孰真孰假，涉及一方甚至雙方有無偽造文書刑責之利害關係，法院自應以該日股東常會實際股東表決權數計算之結果，資為判斷兩份股東常會議事錄及甲公司董事會議事錄等相關文書內容，何者為真實之標準，始符合刑事訴訟實質真實發現主義。準此，該日股東常會實際出席股東表決權數如何以及實際

行使表決權結果如何，攸關被告 A 等偽造文書罪之成立與否，係屬被告之利益有重大關係事實，基於公平正義之維護，依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定，事實審法院自應依職權加以調查，惟系爭確定終局判決不論文書內容之真實性如何，徒以「95 年 8 月 10 日甲公司召開股東常會前，其登記之公司董事長為丁…亦即於該次股東常會召開時，該項登記並未經確認為無效或經撤銷登記，即仍具法律效力而生法律效果，於其時丁既係公司登記之董事長，其代表甲公司董事會所召開之股東常會並為主席主持會議指派紀錄人，其代表公司於開會時所出具之公司文書，均係有權代表公司製作之人，縱其內容虛偽，亦係其應否另依法令負法律責任之問題，而不能影響其對外所生之法律效力，不因其後是否遭確認為無效或判決撤銷，而影響該對外之法律效果。」及「被告 A 持有甲公司之股權數於上開股東常會選舉時實際多少及是否遭低算，自均無礙於被告 A 所為已該當偽造文書犯行。」等語，遽認上訴人 A 等係無權製作人，而製作與有權製作人所製作事實內容不符之文書，自屬偽造文書，非但顯有認定事實違背論理法則及刑事訴訟法第 379 條第 10 款所稱之應於審判期日調查證據而未予調查之當然違背法令，而且錯誤解讀依公司法所為董監事變更登記，有絕對效力之法律效果（詳如後述）。

三、系爭確定終局判決是否消極不適用公司



## 法第 12 條而錯誤解讀依公司法所為董 監事變更登記之法律效果？

(一) 公司法第 12 條規定「公司設立登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更之登記者，不得以其事項對抗第三人」。可知公司除設立登記外，其他登記事項係採登記對抗主義，其登記之對抗效力係賦予第三人對抗公司之權利，而非為保障公司<sup>8</sup>。上開公司法第 12 條規定，與民法第 31 條規定「法人登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更登記者，不得以其事項對抗第三人」之規定，完全相同，均僅規定「不得以其事項對抗第三人」，而與公司法第 27 條第 4 項、第 36 條、第 58 條、第 86 條、第 208 條第 5 項等條文規定「不得對抗善意第三人」不同，故應認為所謂「不得對抗第三人」，乃為絕對的不得對抗，不問該第三人為善意或惡意<sup>9</sup>。基於主管機關之公司登記具有公信力，上開所指第三人除並無善意或惡意之區別外，不但亦不以與公司有為交易行為之第三人為限<sup>10</sup>，而且不論該第三人係私人或行使公權力之機關均相同<sup>11</sup>。

(二) 公司法對於公司之設立或其他登記事項係採取準則主義，公司於齊備相關文件，公司登記主管機關應依公司所

應附文件據以書面審查，如符合法令規定及程序，即應核准其登記<sup>12</sup>。90 年 10 月 25 日修正公司法第 9 條第 4 項規定「公司之設立或其他登記事項有偽造、變造文書，經裁判確定後，由檢察機關通知中央主管機關撤銷或廢止其登記。」故公司登記是否有偽造、變造文書而應予撤銷，應以司法機關之認定為據，主管機關並無實質之認定權限。經濟部 88 年 6 月 2 日經商字第 88211493 號函釋，以主管機關僅有形式審查權限，並無實體審認權，核與公司法上開規定意旨相符，自得予以適用<sup>13</sup>。107 年 7 月 6 日修正公司法第 9 條第 4 項規定，「裁判確定」修正為「法院判決有罪確定」，並刪除「檢察機關通知」之文字。另明定中央主管機關得依職權或依利害關係人之申請撤銷或廢止其登記。蓋上開規定之裁判固指刑事有罪判決而言，但公司登記所涉及之私權事項，經民事判決確定不存在者，則原據以辦理之公司登記，即為有瑕疵之行政處分，主管機關自得本於行政監督權撤銷其不實之公司登記<sup>14</sup>。

(三) 基上所述，虛偽公司登記之法律效果，需視違反法律情形而有當然無效與相對效力之區別，當然無效之公司登記，任何人均可主張公司登記不生效力，無待主管機關撤銷其不實之公司登記；

8. 參見最高法院 108 年度台抗字第 701 號民事裁定。

9. 參見臺北高等行政法院 97 年度簡字第 81 號行政判決、最高行政法院 97 年度裁字第 4675 號行政裁定。

10. 參見最高行政法院 93 年度判字第 47 號行政判決、96 年度判字第 168 號行政判決、96 年度判字第 1825 號行政判決。

11. 參見最高行政法院 111 年度上字第 432 號行政裁定、104 年度裁字第

963 號行政裁定、96 年度判字第 168 號行政判決、96 年度判字第 1825 號行政判決、95 年度判字第 1612 號行政判決、104 年度判字第 63 號行政判決、98 年度判字第 164 號行政判決。

12. 參見最高行政法院 100 年度判字第 1547 號行政判決。

13. 參見最高行政法院 96 年度判字第 128 號行政判決。

14. 參見台灣高等法院 108 年度重上字第 208 號民事判決、經濟部 82 年 10 月 22 日經商字第 224842 號、85 年 1 月 12 日經商字第 84227108 號函。



僅有相對效力之公司登記，縱使主管機關尚未撤銷其不實之公司登記，亦不得對抗第三人。所謂第三人亦不以與公司有為交易行為之第三人為限。而且不論該第三人係私人或行使公權力之機關均相同。準此，本件被告 A、B 於事實審再三主張甲公司 89 年 4 月 14 日股東臨時會、92 年 6 月 28 日股東常會及 95 年 8 月 10 日股東常會均由無召集權人丁所為之召集，則該 3 次之股東常會所為決議，應屬無效，已如前述，依上述最高法院 33 年上字第 506 號民事判例意旨，其後續所衍生法律問題諸如歷次股東會議決議實質上是否具備任何法律效果？95 年 8 月 10 日股東常會股東會議決議記錄及相關文書縱屬虛偽登載，是否仍足生損害於公眾或他人，而該當偽造私文書罪構成要件？非無審究之餘地。惟系爭確定終局判決徒以甲公司歷次股東會議相關公司登記並未經確認為無效或經撤銷登記，即仍具法律效力而生法律效果，遽認本件被告 A、B 難辭偽造文書罪責，是否消極不適用公司法第 12 條而錯誤解讀依公司法所為董監事變更登記有絕對效力之法律效果，容有爭議。

(四) 依上述最高法院 33 年上字第 506 號民事判例意旨，無效之行為在法律行為當時已確定不生效力，即不得依據此項行為主張取得任何權利。甲公司 89 年 4 月 14 日、92 年 6 月 18 日及 95 年 8 月 10 日股東會均具有無效原因(詳如前述)，則由當選無效之董事長所聲請

之公司印鑑變更登記，自始確定不生效力，依公司法第 12 條規定不得對抗第三人(包括行使公權力之機關)，旨在保護第三人而非保障公司，既如前述，堪認甲公司 79 年 12 月 10 日設立登記之公司印鑑，仍然有效存在，被告 A 所製作股東常會議事錄、甲公司董事會議事錄以及其他相關文書所蓋用甲公司印文，與甲公司 79 年 12 月 10 日設立登記之公司印鑑相符，為系爭確定終局判決所確定之事實(第 17 頁第 16-17 行)，而該原始公司印鑑章既為被告 A 保管迄今，則被告 A 為協助主管機關釐清事實真相，基於合法當選董事長之地位(就任後不待登記即可取得董事長資格)，據實製作股東常會議事錄、甲公司董事會議事錄以及其他相關文書並蓋用所保管甲公司原始印鑑章，是否該當盜用甲公司印章之構成要件？非無審究之餘地！

#### 四、系爭確定終局判決有無消極不適用刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定之違背法令？

(一) 刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」乃法院依職權調查證據權限與義務之規定，析言之，本項前段係規範法院依職權調查證據之權限，後段則規範其義務。違反後段規定者，與當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查證據而客觀上認為有必要者同，均屬同法第 379 條第 10 款「依本法應



於審判期日調查之證據而未予調查」之情形，其判決當然違背法令，自不待言<sup>15</sup>。上述但書規定，適足以顯示，法院為發見真實，無從全然豁免其在必要時補充介入調查證據之職責與義務。此項義務，並不因檢察官、被告或其他訴訟關係人陳述不予調查之意見，而得豁免不予調查之違誤。蓋刑事訴訟規範之目的，除在實現國家刑罰權以維護社會秩序外，更有貫徹正當法律程序以保障被告訴訟基本權之機能，方符公平審判原則<sup>16</sup>。

(二) 本件被告 A、B 於事實審再三主張甲公司 89 年 4 月 14 日股東臨時會、92 年 6 月 28 日股東常會及 95 年 8 月 10 日股東常會均由無召集權人丁所為之召集，則該 3 次之股東常會所為決議，應屬無效，已如前述，依上述最高法院 33 年上字第 506 號民事判例意旨，此項事實涉及其後續所衍生法律問題諸如歷次股東會議決議實質上是否具備任何法律效果？95 年 8 月 10 日股東常會股東會議決議記錄及相關文書縱屬虛偽登載，是否仍足生損害於公眾或他人，而該當偽造私文書罪構成要件之判斷，顯屬公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院自應依職權調查。惟系爭確定終局判決徒以甲公司歷次股東會議相關公司登記並未經確認為無效或經撤銷登記，即仍具法律效力而生法律效果，遽認本件被告 A、B 難辭偽造文書罪責，是否構成錯誤解讀依公司法所為董監事變更登記有絕對效力之法律效果，

而有消極不適用公司法第 12 條及刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定之違背法令？

(三) 本件甲公司丁等在朝派股東與 A 等在野派股東分別所製作股東常會議事錄及甲公司董事會議事錄所顯示議案表決權數及董監事當選權數，相互歧異，孰真孰假，涉及一方甚至雙方有無偽造文書刑責之利害關係，法院自應以該日股東常會實際股東表決權數計算之結果，資為判斷兩份股東常會議事錄及甲公司董事會議事錄等相關文書內容，何者為真實之標準，始符合刑事訴訟實質真實發現主義。準此，該日股東常會實際出席股東表決權數如何以及實際行使表決權結果如何，攸關上訴人 A 等偽造文書罪之成立與否，係屬被告之利益有重大關係事實，基於公平正義之維護，依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定，事實審法院自應依職權加以調查，惟系爭第二審判決不論文書內容之真實性如何，徒以「95 年 8 月 10 日甲公司召開股東常會前，其登記之公司董事長為丁…亦即於該次股東常會召開時，該項登記並未經確認為無效或經撤銷登記，即仍具法律效力而生法律效果，於其時丁既係公司登記之董事長，其代表甲公司董事會所召開之股東常會並為主席主持會議指派紀錄人，其代表公司於開會時所出具之公司文書，均係有權代表公司製作之人，縱其內容虛

15. 參見最高法院 112 年度台上字第 5632 號刑事判決。

16. 參見最高法院 111 年度台上字第 1120 號刑事判決。



偽，亦係其應否另依法令負法律責任之問題，而不能影響其對外所生之法律效力，不因其後是否遭確認為無效或判決撤銷，而影響該對外之法律效果」及「被告 A 持有甲公司之股權數於上開股東常會選舉時實際多少及是否遭低算，自均無礙於被告 A 所為已該當偽造文書犯行」等語，遽認上訴人 A 等係無權製作人，而製作與有權製作人所製作事實內容不符之文書，自屬偽造文書，顯有認定事實違背論理法則及刑事訴訟法第 379 條第 10 款所稱之應於審判期日調查證據而未予調查之當然違背法令，是否消極不適用公司法第 12 條而錯誤解讀依公司法所為董監事變更登記，有絕對效力之法律效果，容有爭議。

#### 五、系爭確定終局判決是否違背最高法院 33 年上字第 1355 號刑事判例？

(一) 最高法院 33 年上字第 1355 號刑事判例闡釋：犯罪是否成立或刑罰應否免除，以民事法律關係為斷，而民事已經起訴者，刑事審判應否停止，刑事法院原有審酌之權，如併就民事法律關係自行審認，以為刑事判決之基礎，不停止刑事審判之程序，亦為法之所許。準此判例意旨之反面解釋，犯罪是否成立或刑罰應否免除，以民事法律關係為斷，而民事已經起訴者，刑事法院如未併就民事法律關係自行調查審認，以為刑事判決之基礎，竟徒以刑事訴訟法係採真實發現主義，審理事實之刑事法院，並不受民事判決之拘束，而不停止刑事審判程序，即

為法之所不許。

(二) 本件被告 A、B 於事實審再三主張甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會係由無召集權人所召集，並已另循民事訴訟程序，起訴請求確認甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會決議無效乙節，如果屬實，依上述最高法院 28 年上字第 1911 號民事判例意旨，該次股東常會決議是否當然無效？如果該次股東常會決議當然無效，依上述最高法院 33 年上字第 506 號民事判例意旨，其後續所衍生法律問題諸如該次股東會議決議實質上是否具備任何法律效果？該次股東會議決議記錄等文書縱屬虛偽登載，是否仍足生損害於公眾或他人，而該當偽造私文書罪構成要件？凡此事實爭執及法律爭議，攸關被告 A、B 偽造文書罪之成立與否，係屬被告之利益有重大關係事實，基於公平正義之維護，依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定，事實審法院自應依職權加以調查，始符合刑事訴訟實質真實發現主義。惟系爭第二審判決竟假藉刑事訴訟法係採真實發現主義，審理事實之刑事法院，並不受民事判決之拘束，而不停止刑事審判程序，且疏未就該次股東會議決議有無當然無效之原因事實及其法律效果等相關民事法律關係自行調查認定，以為刑事判決之基礎，而遽認被告 A、B 應成立偽造文書罪，顯屬違背上述最高法院 33 年上字第 1355 號判例意旨，形同針對真實發現主義，採雙重適用標準，而恣意決定適用與否。



## 六、系爭確定終局判決是否違背最高法院 50 年上字第 1220 號刑事判例？

(一) 最高法院 50 年台上字第 1220 號刑事判例闡釋：科刑之判決書，須將認定之犯罪事實詳記於事實欄，然後於理由內逐一說明其憑以認定之證據，以使事實與理由兩相一致，方為合法，倘事實欄已有敘及，而理由內未加說明，是為理由不備，理由內已加說明，而事實欄無此記載，則理由失其依據，均足構成撤銷之原因。

(二) 系爭確定終局判決認定上訴人 A、B 偽造文書之犯罪事實，其事實欄並無 A、B 明知「95 年 8 月 10 日甲公司股東常會出席股數為 50 萬股」及「94 年度決算書表請求承認案通過、94 年度盈餘擬撥補虧損請承認案通過」之記載，卻於理由內說明 A、B 製作當日之股東常會議事錄，虛偽記載「出席股數 45 萬股」、「94 年度決算書表請求承認案未通過、94 年度盈餘擬撥補虧損請承認案未通過」，從形式上觀察其判決理由顯失依據，而該日股東常會實際出席股東表決權數如何以及實際行使表決權結果如何，攸關被告 A 等偽造文書罪之成立與否，足認系爭確定終局判決此項事實欄記載之瑕疵，足以影響於判決結果，依照上述最高法院 50 年台上字第 1220 號判例意旨，足以構成撤銷發回更審之原因。依刑事訴訟法第 393 條第 1 款規定，上述系爭第二審判決違背法令認定事實之情形，雖上訴意旨未指摘及此，惟該情形仍為最高法院得依職

權調查之事項。且因第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，刑事訴訟法第 394 條第 1 項前段定有明文。系爭第二審判決上述之違背法令，影響於事實之確定，最高法院無可據以為裁判，自應發回原審法院更為審判<sup>17</sup>。類此情形，系爭第三審判決疏未注意及此，竟謂從形式上觀察，「第二審判決認定事實及適用法律所為論述，核與卷證資料相符」，豈非「憑空杜撰」，「誤無為有」？

## 伍、結論

本件刑事個案被告 A、B 遭受判決偽造文書罪定讞，雖然獲得准予易科罰金並宣告緩刑，幸免入獄服刑，但是從實質真實發現主義觀察，有無可能成為另類的冤獄？綜觀系爭確定終局判決，被告 A、B 二人否認偽造文書罪之辯解及辯護人之核心辯護意旨，係採取雙管齊下之策略。一方面主張甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會係由無召集權人所召集，該次股東會決議當然無效，該次股東會議決議記錄等文書實質上並不具備任何法律效果，縱屬虛偽登載，亦無足生損害於公眾或他人，顯不該當偽造私文書罪構成要件。被告 A、B 二人已另循民事訴訟程序，起訴請求確認甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會決議無效，依刑事訴訟法第 297 條規定，刑事法院於民事訴訟程序終結前，得停止刑事審判，或就該股東會議事錄是否不發生任何法律效果等相關民事法律關係自行調查認定，始符合刑事訴訟實質真實發現主義。另一方面主張甲公司 95 年 8 月 10 日股東常會

17. 參見最高法院 104 年度台上字第 3738 號、104 年度台上字第 3735 號、104 年度台上字第 3665 號、105 年度台上字第 423 號等刑事判決。



所揭示股東名簿之內容與事實不符，不得作為當日股東會計算股東表決權數之依據。甲公司丁等在朝派股東與 A 等在野派股東分別所製作股東常會議事錄及甲公司董事會議事錄所顯示議案表決權數及董監事當選權數，相互歧異，孰真孰假，涉及一方甚至雙方有無偽造文書刑責之利害關係，自應以該日股東常會實際出席股東表決權數資為判斷股東常會議事錄及甲公司董事會議事錄等相關文書內容是否真正之依據，始符合刑事訴訟實質真實發現主義。而綜觀第一、二審刑事判決認定被告 A、B 二人應成立偽造文書罪之法律邏輯思維，係建立於依公司法所為董監事變更登記，有絕對效力以及犯罪是否成立，不受民事判決之拘束，勿庸考慮是否以民事法律關係為斷之迷思基礎。尤其錯誤認定「甲公司於 95 年 8 月 10 日股東常會，出席股數為 50 萬股而非 45 萬股以及該日出席股數（即表決權數）應以甲公司股東名簿登載之內容為準」之前提事實，而導出認定「被告 A 擅自製作 95 年 8 月 10 日股東常會議事錄虛偽記載出席股數為 45 萬股及其他股東常會議事錄相關文書」之錯誤結論，並錯

誤解讀偽造文書罪構成要件或法律效果，將文書內容之真實性，以有無文書製作權為唯一判斷標準，而罔顧實質真實發現主義。第三審刑事判決亦因盲從附和事實審法院之判決理由，竟率謂第二審判決認定事實及適用法律所為論述，核與卷證資料相符，從形式上觀察，並無違背法令之情形，認被告 2 人上訴意旨，皆非適法之第三審上訴理由，違背第三審上訴法律上程式，從程序上予以駁回，有無濫用程序審查權限，誤合法上訴為不合法上訴之違誤，必須從第二審刑事判決認定事實有無違背證據法則、經驗法則與論理法則及刑事訴訟法第 163 條第 2 項、第 379 條第 10 款、第 14 款等違背法令暨第二審刑事判決有無消極不適用公司法第 12 條及本文所引用上述相關 6 件民刑事判例，致影響於判決結果之情形，分別切入研討，始能判斷。

如果本文上述六項研究議題的論述，獲致足堪認定系爭確定終局判決顯有重大違誤之結論，是否侵害憲法所保障人民之受公平審判請求權及聽審請求權，值得省思與檢討！

# 會計是企業的語言

## 專訪高雄市會計師公會理事長李春宗會計師

採訪 李亭萱律師、梁志偉律師、  
許宏吉律師、呂學佳律師、  
陳韋樵律師

整理 陳韋樵律師



專訪日期：113 年 3 月 7 日週四

專訪地點：社團法人高雄市會計師公會會務辦公室

受訪者：高雄市會計師公會理事長李春宗會計師

陪同受訪者：高雄市會計師公會副理事長方怡璇會計師<sup>1</sup>

### 壹、前言

社團法人高雄市會計師公會是高雄律師公會的好朋友，是六師聯誼會（醫師、中醫師、牙醫師、建築師、律師、會計師）的成員，也是企業的好夥伴，更是企業在製作年度財務報表、季度財務報表、月財務報表、財務簽證跟申報稅務當中，不可或缺的一環。

會計界很知名的一句話：「會計是企業的語言。」透過會計的表達，才能將企業內部經營的狀況表達給公司董監事、經營階層、內部員工、債權人、股東及外界人士，也是公司治理與永續發展的基礎，不只是鐵飯碗，更是金飯碗。故無數對於財經領域有興趣的高中生都會以大學會計系為志願科系，國內也有國立臺灣大學、國立政治大學、國立臺北大學、國立成功大學、國立中興大學、國立中正大學、東吳大學、輔仁大學、逢甲大學、東海大學、文化大學、中原大學

1. 高雄市會計師公會第 15 屆共計有四位副理事長，包括黃聖富、陳良銘、謝宗翰、方怡璇會計師。



等超過十間大專院校設立會計系，以培養國內會計人才。

在會計師的執業上，金融監督管理委員會曾於 112 年 7 月調查過會計師事務所服務業的執業場所數、經營規模、從業人員數量、全年各項收支與盈虧、會計師事務所赴大陸執業情形等<sup>2</sup>：

就執業場所數而言，按主事務所所在之縣市別觀察，以設在臺北市者 501 家為最多，占 42.1%，其次依序為設在臺中市者 179 家，占 15.0%；設在新北市者 177 家，占 14.9%；設在高雄市者 87 家，占 7.3%；設在桃園市者 62 家，占 5.2%；設在臺南市者 59 家，占 5.0%，近 3 年六都所占比重皆近 9 成，顯示工商業發達都會區為此行業叢集所在<sup>3</sup>。

另外就從業人員規模觀察，民國 111 年底會計師事務所中從業人數以未滿 20 人之小型事務所 1,072 家為最多，占 90.1%；20 人至 49 人之中型事務所 86 家，占 7.2%；50 人至 99 人之大型事務所 19 家，占 1.6%；而 100 人以上之超大型事務所 13 家占 1.1%，顯示會計師事務所以中小型者（從業人數未滿 50 人）居多（約 97.3%）<sup>4</sup>。又因為在國際化的社會，企業經常布局全球，因此會計帳冊也不會僅限於單一國家，故在台灣的會計師事務所也有連結國際，而有所謂的四大會計師事務所（Big Four），分別為

勤業眾信（Deloitte）、安侯建業（KPMG）、資誠（PwC）、與安永（EY），即為金融監督管理委員會前述之超大型事務所。

從登錄於會計師公會之人數觀察，至 113 年 5 月 10 日止，登錄於中華民國會計師公會全國聯合會者，共有 4,078 人<sup>5</sup>；關於地方會計師公會者<sup>6</sup>，登錄於台北市會計師公會者有 2,382 人；登錄於台中市會計師公會者有 573 人；登錄於高雄市會計師公會者有 360 人<sup>7</sup>；登錄於台灣省會計師公會者則有 1990 人<sup>8</sup>。若會計師之執業區域不在台北市、台中市或高雄市者，則大部分會選擇登錄於台灣省會計師公會，於 105 年 4 月 1 日會計師法修正前，因當時會計師法第 8 條規定：「領有會計師證書者，應設立或加入會計師事務所，並向主管機關申請執業登記及加入會計師公會為執業會員後，始得執行會計師業務；會計師公會不得拒絕其加入。」<sup>9</sup>當時會計師並無如今之「單一入會，全國執業制」，故多數會計師若要到外縣市辦理會計業務，則需加入兩個以上之地方型會計師公會。

再從會計業從業人員人數觀察，民國 111 年底會計師事務所從業人數為 22,952 人，若與民國 110 年底之 22,296 人比較，增加 656 人（+ 2.9%），其中合夥會計師（含執業會計師）增加 63 人（+ 2.8%）、

2. 參金融監督管理委員會，會計師事務所服務業調查報告，自版，112 年 12 月。

3. 引自金融監督管理委員會，同前註，頁 4。

4. 引自金融監督管理委員會，同前註，頁 7。

5. 李春宗理事長補充提到，依據金融監督管理委員會提供給會計師公會的資料，全國領有會計師證照者約 8,600 多位，但僅有約 4 成從事會計師工作，其他 6 成則散落在行政機關如金管會、國稅局、大專院校教職、企業財務主管等。早期因為政府亟須會計人才，故領有會計師證照者如同通過公務員高考，可直接申請擔任公務人員。

6. 參會計師公會聯合網之統計資料，<https://www.roc CPA.org.tw/> 最後瀏覽日：113 年 5 月 10 日。

7. 李春宗理事長補充提到，107 年當時高雄市會計師公會 500 多位會計師，又 110 年 9 月 24 日李春宗理事長帶領之第 15 屆理監事上台時，當

時僅有 310 位會計師會員，於 113 年 3 月 7 日當時已有 360 位會計師會員，增加約 2 成。

8. 關於台灣省會計師公會之名稱由來，李春宗理事長補充提到該名稱跟兩岸政治也有關聯！早期因為中國大陸的會計師團體顧忌到「中華民國會計師公會全國聯合會」之名稱會有國家意涵，故只願跟台灣省會計師公會者交流，因而早期兩岸的會計師交流，在台灣方也以台灣省會計師公會代表台灣而與對岸交流。

9. 會計師法第 8 條已於 105 年 4 月 1 日修正為：「領有會計師證書者，應設立或加入會計師事務所，並向主管機關申請執業登記及至少加入主（或分）會計師事務所所在地之省（市）會計師公會為執業會員後，始得於全國執行會計師業務；會計師公會不得拒絕其加入。（第一項）省（市）會計師公會應將所屬會員入會資料，轉送中華民國會計師公會全國聯合會（以下簡稱全國聯合會）辦理登錄備查。（第二項）」

理級主管減少 153 人（－3.8%）、專業領組增加 836 人（＋23.9%）、專業助理減少 383 人（－3.7%），其他人員增加 293 人（＋14.3%）<sup>10</sup>。

若就從業人員職務別觀察，其中合夥會計師（含執業會計師）2,281 人，占 9.9%；理級主管 3,918 人，占 17.1%；專業領組 4,336 人，占 18.9%；專業助理 10,074 人，占 43.9%<sup>11</sup>；其他人員<sup>12</sup>2,343 人，占 10.2%<sup>13</sup>。

另外，就每年會計師之錄取人數，會計師考試每年均舉辦一次，固定舉辦於每年 8 月中旬，考試科目共計有國文、四項會計考科：中級會計學、高等會計學、成本會計與管理會計、審計學；兩項法科：公司法、證券交易法與商業會計法（三項法規共計一科）；稅務法規（包括稅捐稽徵法、納稅者權利保護法、所得稅法、加值型及非加值型營業稅法、遺產及贈與稅法、土地稅法、房屋稅條例等）<sup>14</sup>。就考試方式而言，採「滾動式科別及格制」，意即針對會計師考試應考科目成績及格者，各科目分別計算保留年限，其效力自合格該次考試之日起保留 3 年。考選部曾舉例說明：「考生於 105 年（第 1 年）為首次報考，若 A 科目成績及格，即可保留至 108 年；106 年（第 2 年）以舊案資格報考復有 B 科目成績及格，可保留至 109 年；107 年（第 3 年）以舊案資格報考復有 C 科目成績及格，可保留至 110 年，依

此類推。」，自民國 110 年起至民國 112 年之錄取人數，依序分別為 300 人（到考人數 2,071，及格率 14.49%）；365 人（到考人數 2,047，及格率 17.83%）；518 人（到考人數 2,279，及格率 22.73%），112 年度之會計師錄取人數為近三年來最高者<sup>15</sup>。

但相較於律師執業人數，於 112 年底之累計加入律師公會人數共計 11,840 人（相較於 111 年底之累計加入律師公會人數 10,941 人，增加 899 人；相較於 110 年底之累計加入律師公會人數 10,239 人，增加 1,601 人）<sup>16</sup>。

關於律師考試，自民國 110 年起至民國 112 年之錄取人數，則依序分別為 940 人（一試報名人數 11,755，錄取率 8%）；913 人（一試報名人數 11,599，錄取率 7.87%）；988 人（一試報名人數 12,038，錄取率 8.21%），112 年度之律師錄取人數亦為近三年來最高者。又律師之錄取人數為會計師之 2.5 倍以上，但每年報名人數則是會計師的 5 倍以上，可見律師考試之競爭激烈程度不輸會計師考試。

身為有幸在律師考試脫穎而能在高雄律師公會服務之會訊編輯小組的律師們，能有機會在 113 年 3 月 7 日與六師當中的高雄市會計師公會理事長李春宗相見歡，尤其李春宗會計師於 113 年 9 月底即將卸任長達 3 年的第十五屆高雄市會計師公會理事長一職，能於卸任前專訪到李春宗會計師，誠感榮

10. 引自金融監督管理委員會，前揭註 4，頁 7。

11. 引自金融監督管理委員會，同前註，頁 9。

12. 其他人員含負責人事、庶務及其他與會審業務無關之職員、工友、警衛、工讀生等，轉引自金融監督管理委員會，同前註，頁 9。

13. 引自金融監督管理委員會，同前註，頁 9。

14. 參考選部編印，113 年專門職業及技術人員高等考試會計師、不動產

估價師、專利師、民間之公證人考試，應考須知，自版，113 年 4 月編印。

15. 參高點會計網，《會計師考試專業最高認證，職涯最強保障！》，<https://cpa.get.com.tw/Accountant/> 最後瀏覽日：113 年 5 月 9 日。

16. 參法務部，法務統計：本國律師人數，[https://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebList3\\_Report.aspx?menu=INF\\_COMMON\\_LAWYER&list\\_id=1527](https://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebList3_Report.aspx?menu=INF_COMMON_LAWYER&list_id=1527)，最後瀏覽日：113 年 5 月 9 日。



幸。

## 貳、我跟會計的緣分

（以下用第一人稱）我在民國 75 年就讀大學會計系、民國 79 年畢業，要上大學之前，我發覺到報紙上的徵人廣告幾乎都是找會計人才，尤其當年全國只有 10 間大學有設立會計系，會計人才稀有，讓我感覺會計業應該是一個鐵飯碗，學習會計絕不會找不到工作！

早期會計系當得可兇了！我剛入學時全班有 50 多人，畢業當時卻只有 30 多人，當時無緣應屆畢業的同學有轉系的，重考大學的，還有大四念到大六的。以我的觀察，主要是因為會計系的學科當中，主要科目為初級會計學、中級會計學、高等會計學，而初級會計學若是被當掉的話，就會被擋修而不能修中級會計學。除此之外，更會有會計系老師嚴格要求說每學期會當掉全班三分之一的同學。更有學校規定的「二一退學制」，也就是連續兩學期 1/2 以上學分不及格，就會直接退學。

我入學當年，民國 75 年的時候，當時會計師一年錄取不到 100 個，大概是在民國 80 年以後，會計師人數才有逐年增加的趨勢。因為會計師非常難考取，當時也不是採取「滾動式科別及格制」，而是如同律師考試之「平均及格制」，不能如現在的會計師考試，可以先考幾個科目，並於四年後全部科目及格後也能拿到會計師證照，我當時是先進去會計師事務所做過本職學能的打底、經歷過、磨練過以後，累積足夠的實務經驗，特別是在稅法跟公司法的實務經驗讓我對於

法科比起大學學習時有更深的認識，最後再透過半工半讀，直到民國 84 年才考上會計師，而當年錄取人數已有 289 個，但當時報考人數也有 2,500 多人<sup>17</sup>，其實也是相當競爭。

## 參、漫談會計教育

不過，讓我擔憂的是，儘管自民國 110 年起至民國 112 年之會計師錄取人數，依序分別為 300 人、365 人、518 人，但是過往常見的高職會計科的教育體系似乎都不復存在，好像越來越少學子有心投入會計行業。

因此高雄市會計師公會自 107 年度起，即與高雄市各高中職指標學校合作，舉辦「向下扎根、職涯介紹」，由方副理事長怡璇協同多位會計師於高雄女中擔任 108 年高中微課程講師，迄今已進行四屆之久；同年，全聯會會計師公會亦發起全省性的「會計專業認證考試」，每年舉辦一次，於 113 年 4 月 13 日進行的考試中，全省參加報名的高中職人數達到 1,605 人，而高雄地區考生人數甚至達到 199 人，占整體考生 12.4% 之多。有感於少子化的劇烈，更於 112 年 10 月至 11 月，將本來只針對高中職學生所進行的「向下扎根宣導活動」<sup>18</sup>，更深更廣地擴及到國中部學生，深入淺出地介紹會計師這門行業，數學不好也能當個賺大錢的會計師，工作內容不是只做上市櫃公司的財務報表的簽證，尤其是關於薪水的部分，所得也不會輸給醫師。有道是：「醫師救治的是人，

17. 錄取人數可參李文智、侍台誠、蔡彥卿，會計師錄取率提高對台灣地區審計市場成本結構與規模經濟之影響，中山管理評論第 11 卷第 2 期，2003 年夏季號，頁 370。

18. 社團法人中華民國會計師公會全國聯合會，會計師季刊第 298 期，2024 年 3 月，頁 97。

會計師救治的是企業。」

會計師可從事的工作可說相當多元，例如我就現在就任於高雄銀行獨立董事、高雄捷運公司監察人、海軍司令部財務顧問、高雄市政府衛生局長照機構審查委員、高雄律師公會財務顧問，亦曾擔任過某公司財務長。

會計師早期以審計業務為主要業務來源，例如公司設立資本額簽證<sup>19</sup>、財務報表簽證<sup>20</sup>、內控內稽制訂實審等等，早期審計業務佔會計業務的百分之七十，但是工商登記、財務顧問、家族信託、碳盤查、碳確信等部分是逐漸崛起的非審計業務，如同律師業務，也會逐漸強調非訟業務的重要性，而非只在訴訟業務專研，故會計師的非審計業務，也值得會計師們更加重視。

## 肆、漫談會計執業

至於記帳士跟會計師的差異，雖然有部分重疊，例如記帳、報稅等等，由於會計師必修學分之一「審計學」，係許多科系所沒有研習過的獨門專業學科，因此對於財務報表敏感度及有問題的財務結構，一定比記帳士專業許多。又會計師的考試資格需要大學本科系，或至少修過七項會計學科，學分合計超過 20 學分者才能報考，考上之後，又規定須在具有會計師事務所相關工作經驗二年以上，才能具備「執業資格」，因此，一位合格的專業會計師養成可謂相當艱辛與漫長；相較於不要求學系也不要求實習經歷，僅高中畢業就能報考的記帳士，儘管業務與會計師重疊，如商業登記及各項稅務申報及申請事項、受理稅務諮詢事項等事項，但記

帳士在缺乏各種專業學理上學習與訓練下，會計師的專業能力明顯較記帳士為高，若關於商業登記、記帳、報稅、稅務諮詢等業務，會計師跟記帳士的收費差不多的話，何不找更專業的會計師呢？

關於會計師的執業登記，主管機關為金融監督管理委員會，公會訂有相當嚴謹的自律規範，並嚴格禁止會計師的借牌行為，也禁止會計師事務所跟記帳士事務所登記在同一地址，以免執業行為混淆不清。

為避免新進會計師不熟悉高雄會計業的生態，我們更有輔導學長姐的制度，由理監事們輪流於在新進會計師成立會計師事務所開始執業，每三個月固定拜訪，以協助新執業新進會計師遇到不熟悉的執業環節時，有同業學長姐可以諮詢，儘快擺脫菜鳥的不適，也希望新進會計師們能更快融入這個行業並認同公會。

## 伍、漫談會計師跟律師的合作

例如在開股東會的時候，律師可以協助確認股東會的流程跟開會秩序是否符合公司法等相關法律。以我的經驗來看，財務的部分通常由會計師負責，如果股東會有會計師跟律師在場的話，那股東們大部分就能信服該公司股東會討論的各種議案而不太會大吵大鬧。

另外像是對於公司的清算程序，財務的

19. 公司法第 7 條規定：「公司申請設立登記之資本額，應經會計師查核簽證；公司應於申請設立登記時或設立登記後三十日內，檢送經會計師查核簽證之文件。（第一項）  
公司申請變更登記之資本額，應先經會計師查核簽證。（第二項）  
前二項查核簽證之辦法，由中央主管機關定之。（第三項）」  
20. 公司法第 20 條第 2 項規定：「公司資本額達一定數額以上或未達一定數額而達一定規模者，其財務報表，應先經會計師查核簽證；其一定數額、規模及簽證之規則，由中央主管機關定之。但公開發行股票之公司，證券主管機關另有規定者，不適用之。」



部分也通常由會計師負責，但是有關於跟法院具狀陳報清算程序的部分，就可以由律師來負責。

還有像是公司跟數家銀行的聯合貸款案，會計師可以協助整理聯合貸款案的諸多信用徵信、公司財務預測、契約等等，但我當時也有請公司另外聘請法律顧問，來協助確認提供給銀行端的契約內容是否符合民法、公司法、證券交易法等相關法律規定。

行政訴訟法賦予會計師為稅務訴訟代理人之權，所以稅務行政訴訟大多由會計師協助當事人跟國稅局就稅單的法律爭議或數額爭議有所爭執。就這部分，稅務訴訟的法官雖然也具備稅法的相關法律知識，但所謂的「法律語言」，大多數對於會計可能沒那麼熟悉；就如同大多數的會計師，都是具備稅法的專業知識，就是所謂的「會計語言」，但在法庭上經常覺得法官與我在不同頻率上，都是國語但我卻聽不懂法官的話等情況，因此在稅務訴訟上，我也常常諮詢合作的律師，一同補強稅務訴訟所需的「法律語言」跟「會計語言」。從業多年，針對國稅局攻防有一心得分享，若稅務進行到「復查」階段，國稅局通常會堅持立場而減少行政和解的機會，若要協助當事人處理稅務爭端，越早諮詢會計師跟律師尋求解決越好。

會計師在協助法院做股東間爭訟公司價值、股權價值、合夥財產之財務鑑定時，也是有需要律師協助的空間<sup>21</sup>。因為法院來

函經常只廣泛地詢問差異何在，為何有此差異，但是對會計師而言，那是太過廣泛的問題，例如就公司特定帳戶的餘額，有時一查閱起來可能數千筆，如何要求會計師快速協助法院作財務鑑定？會計師會比較想看到的是，是否能夠減縮鑑定範圍到特定科目，以及鑑定範圍是否能夠較少一點，否則如果法院來函的問題太過廣泛的話，反而不利於鑑定的效率，更有害於民刑事訴訟追求的集中審理。

所以就公會立場，會想呼籲律師做的是，若要聲請檢察人，或是其他的財務鑑定，務必請當事人先諮詢律師看看提供給法院轉給會計師作鑑定的資料能否特定於限縮範圍，才能有利於會計師較快地聚焦於爭點，並有效率地提供給法院鑑定意見。

另外，若當事人就財務問題涉及法律爭議者，除了跟律師諮詢是否有其他的法律問題以外，也要注意再跟會計師確認是否反而被檢舉漏開發票、會計科目不清楚的問題，以免提起訴訟之後反而被檢舉有逃漏稅的稅法問題，甚至更嚴重者被國稅局要求要補稅以外，更連補加罰等問題<sup>22</sup>，反而賠了夫人又折兵。

關於高雄市會計師公會與高雄律師公會的合作，我覺得像是公司法、證券交易法、稅務訴訟、ESG 議題、碳盤查等議題，都可以再研究雙邊是否有再開課程，互相開放會員上課，或者就多數會計跟法律有重疊的部

21. 公司法第 245 條第 1 項規定：「繼續六個月以上，持有已發行股份總數百分之二以上之股東，得檢附理由、事證及說明其必要性，聲請法院選派檢查人，於必要範圍內，檢查公司業務帳目、財產情形、特定事項、特定交易文件及紀錄。」法院也經常選任會計師擔任檢察人，以檢查公司業務帳目、財產情形、特定事項、特定交易文件及紀錄。

22. 參所得稅法第 110 條第 2 項規定：「納稅義務人未依本法規定自行辦理結算、決算或清算申報，而經稽徵機關調查，發現有依本法規定課稅之所得額者，除依法核定補徵應納稅額外，應照補徵稅額，處三倍以下之罰鍰。」、加值型及非加值型營業稅法第 51 條第 1 項第 3 款：「納稅義務人，有下列情形之一者，除追繳稅款外，按所漏稅額處五倍以下罰鍰，並得停止其營業：三、短報或漏報銷售額。」

分，可以再研擬是否能合辦研討會，以促進雙邊公會跟會員之間更多的認識。

## 陸、給予律師的個人綜合所得稅報稅建議

關於律師執業收入的推計課稅部份<sup>23</sup>，「稽徵機關核算112年度執行業務者收入標準」訂定會計師之費用標準為百分之三十五、律師則為百分之三十，會計師之費用標準曾經與律師同為百分之三十，但基於會計師執業費用隨物價指數、通貨膨脹等情形而有上漲，故會計師公會爭取在112年度所得稅申報時，更改執業費用之推計課稅標準為百分之三十五，此部份的爭取經驗可供律師們參考。

有關現今很熱門的長照議題，可以注意的是，自民國108年1月1日起，納稅義務人、配偶或受扶養親屬為符合中央衛生福利主管機關公告須長期照顧之身心失能者，每人每年有12萬元特別扣除額<sup>24</sup>，但是有排富條款：包括所得稅率百分之二十以上之高資產納稅義務人、或者股利所得須採稅率百分之二十八之分離課稅，或者有需要額外依據所得稅額基本條例第12條就海外所得再繳納所得稅之高資產納稅義務人，尚不得適用長期照顧之每人每年12萬元特別扣除額<sup>25</sup>。

## 柒、綠色經濟議題

歐盟碳邊境調整機制（Carbon Border Adjustment Mechanism, CBAM），又稱碳邊境稅（carbon border tax），是112年10月開始試行，建立資料庫，並將於115年1月1日將正式對鋼鐵、鋁、水泥、肥料、化學品及電力相關產品等六大類高碳排放商品就歐盟進口商課徵碳邊境稅，是目前新興的經濟議題與環保議題<sup>26</sup>。

根據CBAM法案規定，過渡期間可接受的碳含量申報方法，均包含產品進口數量、產品碳含量、進口產品在原產國/地區已支付之碳費費用、原產國生產設施所在地、原產國生產流程、直接排放源（包括固定燃料燃燒源，如鍋爐；製程排放源，如物理或化學製程之排放方式；移動燃燒源，指交通運輸設備所產生之碳排放量；逸散排放源，如從設備之接合處洩漏、冷媒逸散之碳排放量）、間接排放源（包括外購電力及外購蒸汽，指向售電業者或汽電共生廠所購買之能源，不包含企業使用自有之發電或蒸氣設備所產生之碳排放量。）、原產國生產流程關於碳排放量、電力消耗量、電力使用之碳排放係數，及碳排放量、電力消耗量等能源使用之監測方式、監測值之計算公司等碳

23. 財政部依據所得稅法第14條第1項第2類第3款之規定訂定之「執行業務所得查核辦法」第8條規定：「執行業務者於規定期限內辦理結算申報並能提供證明所得額之帳簿、文據調查者，其執行業務所得，應依帳載核實認定。其未依規定提供調查者，應依所得稅法第八十三條及同法施行細則第十三條規定訂定之收費及費用標準核定其所得額。但執行業務者如在規定送交調查時間以內申請延期提示，稽徵機關應予受理，但延期最長不得超過一個月，並以一次為限。」財政部再訂定「稽徵機關核算112年度執行業務者收入標準」，<https://www.ntbna.gov.tw/multiplehtml/81f1c8e434b7498695a318fcb61f4323?gsc.tab=0>，最後瀏覽日：113年5月10日。

24. 所得稅法第17條第1項第2款第3目之7規定：「按第十四條及前二條規定計得之個人綜合所得總額，減除下列免稅額及扣除額後之餘額，為個人之綜合所得淨額：二、扣除額：納稅義務人就下列標準扣除額或列舉扣除額擇一減除外，並減除特別扣除額：（三）特別扣除額：7. 長期照顧特別扣除：自中華民國一百零八年一月一日起，納稅義務人、配偶或受扶養親屬為符合中央衛生福利主管機關公告須長期照顧之身心失能者，每人每年扣除十二萬元。」

25. 所得稅法第17條第3項規定：「納稅義務人有下列情形之一者，不適

用第一項第二款第三目之7長期照顧特別扣除及之8房屋租金支出特別扣除之規定：

一、經減除長期照顧特別扣除額及房屋租金支出特別扣除額後，納稅義務人或其配偶依第十五條第二項規定計算之稅額適用稅率在百分之二十以上。

二、納稅義務人依第十五條第五項規定選擇就其申報戶股利及盈餘合計金額按百分之二十八稅率分開計算應納稅額。

三、納稅義務人依所得基本稅額條例第十二條規定計算之基本所得額超過同條例第十三條規定之扣除金額。」

26. 歐盟CBAM法案於2022年6月22日通過歐洲議會投票、2022年12月13日歐盟部長理事會和歐洲議會就CBAM達成臨時且有條件的協議、2022年12月18日歐盟執委會、歐盟部長理事會及歐洲議會針對歐盟碳排放交易體系（EU ETS）通過修正案，並分別於2023年4月18日以及2023年4月25日經歐洲議會與歐盟部長理事會採認CBAM法案文本，最後於2023年5月10日經正式簽署CBAM文本，而於2023年10月1日開始試行。參經濟部國際貿易署，綠色貿易資訊網，歐盟CBAM專區，<https://www.greentrade.org.tw/CBAM>，最後瀏覽日：113年5月10日。



盤查的方式等等<sup>27</sup>。

為因應此項制度，會計師也開始重視碳盤查的執行方式，環境部依 112 年 10 月 5 日修正發布「溫室氣體認證機構及查驗機構管理辦法」也有 15 家查驗機構能做碳盤查的查驗<sup>28</sup>。

關於碳盤查的確信機構、ESG（ESG，分別指環境保護 E，environment、社會責任 S，social 和公司治理 G，governance）的確信機構，因為金管會的監督密度較高，故目前能做碳盤查的確信機構僅有 20 多家，大多由四大會計師事務所跟中型會計師事務所或其他大型檢驗公司如 S G S 等重視<sup>29</sup>。

雖然規模較小的會計師事務所並無充分資源可以擔任碳盤查或環境永續的確信機構，但是可以擔任碳盤查或環境永續的查證人員或者協助出具相關的報告供企業爭取碳盤查的確信機構認可，以利未來對於歐盟、美國等重視碳盤查的國家的進出口貿易。

另就碳盤查資格，公會預計於 113 年 11 月 4 日至 113 年 11 月 5 日邀請 SGS 台灣檢驗科技股份有限公司辦理「ISO 14064-1:2018 組織溫室氣體內部查證人員訓練」，其中查證人員並不限於會計師資格或環境工程等理工領域人才，律師若有興趣的話，也可以找機會來報名「ISO 14064-1:2018 組織溫室氣體內部查證人員訓練」並參與碳盤查的業務。

## 捌、受控外國企業（CFC，Controlled Foreign Company）的之反避稅制度的稅務議題

因為政府認為營利事業可能藉於中華民國境外低稅負國家或地區成立未具實質營運活動之 CFC，透過股權控制或實質控制影響該 CFC 之盈餘分配政策，將原應歸屬我國營利事業之利潤保留不分配，以規避我國納稅義務，爰參考經濟合作暨發展組織（OECD）於 104 年 10 月發布防止稅基侵蝕及利潤移轉（BEPS，Base Erosion and Profit Shifting）行動計畫 3「強化受控外國公司法則（Designing Effective Controlled Foreign Company Rules）」結論報告建議及其他國家規定，於 105 年 7 月 27 日增訂公布所得稅法第 43 條之 3，以建立營利事業 CFC 之反避稅制度，俾利維護租稅公平。

財政部日前即於 112 年 12 月 21 日更新發布「可能適用受控外國企業制度所稱低稅負國家或地區參考名單」，常見於新聞媒體者例如百慕達、英屬維京群島、開曼群島、香港、新加坡等等<sup>30</sup>。CFC 反避稅制度已於 112 年度實施，故營利事業或個人應依 CFC 相關規定檢視該境外企業是否直接或間接受其控制，是否屬其受控外國企業（CFC）；倘是，應依所得稅法第 43 條之 3 或所得基本稅額條例第 12 條之 1 規定認列境外投資收益或計算境外營利所得，並依所得稅法第

27. 整理自經濟部國際貿易署，綠色貿易資訊網，歐盟 CBAM 規範 貿易商碳申報系列說明會，2023 年 10 月，<https://www.greentrade.org.tw/publication/content?nid=WFmRfHDb1JvU2QOd1JNa3R5RE51QT09&code=435>，最後瀏覽日：113 年 5 月 10 日。

28. 參環境部氣候變遷署，事業溫室氣體排放量資訊平台，合格查驗機構，[https://ghgregistry.moev.gov.tw/epa\\_ghg/VerificationMgt/InspectionAgency.aspx](https://ghgregistry.moev.gov.tw/epa_ghg/VerificationMgt/InspectionAgency.aspx)，最後瀏覽日：113 年 5 月 10 日。

29. 詳細名單可參臺灣證券交易所，公司治理中心，確信機構專區，<https://cgc.twse.com.tw/agency/chPage?offset=10&max=10&format=>，最後瀏覽日：113 年 5 月 10 日。

30. 財政部賦稅署，公告受控外國企業制度低稅負國家或地區參考名單，<https://www.dot.gov.tw/singlehtml/ch26?cntId=1e6b764364f844ca8dcf4f6b9f12498f>，最後瀏覽日：113 年 5 月 10 日。



71 條規定於 113 年 5 月所得稅結算申報期間內辦理申報。

CFC 也經常是高資產客戶以「家族信託」作為財務傳承的資產規劃工具之一，故公會也希望高資產客戶的族群之一的律師們也能多加注意自己或客戶設立的 CFC，是否有足夠的股權分散，以避免落入所得稅法第 43 條之 3 或所得基本稅額條例第 12 條之 1 規定要求應算入的境外投資收益或計算境外營利所得，而有漏報所得稅而被連補帶罰之嫌。

## 玖、關於 AI 人工智慧的衝擊與隱憂

我們公會發現到近期到多所國中、高中職宣導會計師行業的時候，常被問到會計的工作會不會被 AI 取代。

但是會計絕不只打算盤、打計算機、算數字而已，涉及到更多的是判斷。例如交通費，可能會是會計科目上的營業費用或製造費用；又例如購買冰箱的花費，這項花費可能會是會計科目上固定資產、雜項購置或

未攤銷費用，到底要歸入哪一個特定會計科目，不一定會是 AI 可以直接判斷的，以目前的資訊科技仍需要人工判斷。

AI 也許會取代部份的低階人工作業，例如關於會計傳票，現在只要透過掃描，統一編號、數字金額就能直接進到會計系統，但是還不能直接產生會計科目或直接產生財務報表。使用 AI 不一定更節省人力，因為企業、會計師事務所也還是需要其他人才，甚至需要更多的資訊人才，以判斷 AI 的工作成果是否有誤。

## 壹拾、總結

會計是企業的語言，醫師救助的是人，會計師救助的是企業，遵守的是公司治理，以促成企業的永續經營。在公司治理的長遠道路之上，希望越來越多年輕學子願意就讀大學會計系、勇敢考取會計師證照。關於記帳、報稅還有其他公司治理事務，則希望律師們能多認識會計師，一同創造合作的契機！



# 兒福聯盟—支援家庭及保護兒童之專業服務



採訪 李亭萱律師、許宏吉律師  
毛鈺榮律師、梁志偉律師  
整理 毛鈺榮律師

受訪者：兒福聯盟南區社工處黃英琪副處長、陳佳蔚副組長（兩位皆從事家事商談服務）

## 兒盟的「No Hit Zone 零暴力空間」： 營造安全與關懷的社區

在兒童福利聯盟（下簡稱兒盟）高雄服務中心（下簡稱高雄兒盟）的環境中，可以看到許多地方都張貼著「No Hit Zone 零暴力空間」這樣的貼紙，令人對其背後的理念和意義產生了興趣。

### 「No Hit Zone 零暴力空間」的由來

「No Hit Zone」的概念起源於美國，旨在促進無暴力的環境，特別是在兒童活動的地方。這個理念強調，不論是身體暴力、語言暴力，還是心理暴力，都在這個空間中被禁止。兒盟將這個理念帶入台灣，並在其場地中設立了「零暴力空間」，向所有訪客和參加者傳達了一個明確的信息：這裡不容許任何形式的暴力。

### 「No Hit Zone 零暴力空間」的意義

這個概念的意義在於，它建立了一個安

全的環境，特別是為孩子們。這個空間的宗旨是確保每個人，無論是孩子還是成年人，都感受到被尊重和保護。在這樣的空間中，暴力是不被接受的，而關懷和尊重是核心價值。

「No Hit Zone」不僅僅是一個標誌，更是一個承諾。這個承諾體現在行為上，要求每個人都遵守不暴力、不傷害的原則。這個理念的推廣，有助於減少兒童遭受暴力的風險，同時為社區帶來更多的和平與和諧。

### 如何加入「No Hit Zone 零暴力空間」

高雄兒盟鼓勵律師事務所、學校、社區組織，以及其他單位申請成為「No Hit Zone 零暴力空間」的一部分。加入這個計劃，意味著承諾在自己的環境中推廣這個理念，並接受相關培訓和教育，以確保每個人都理解這個概念的重要性。

這個申請過程既是一個承諾，也是一個契機，讓更多組織共同為打造無暴力的社區

而努力。申請成功後，申請人將獲得兒盟的支持，並可以在自己的場所中展示「No Hit Zone」的標誌，向外界展示對於零暴力的承



諾。

「No Hit Zone 零暴力空間」是一個強有力的理念，它代表了希望為孩子們創造的未來。在高雄兒盟的引領下，這個理念正在高雄乃至整個台灣得到推廣。兒盟也期盼更多的律師事務所和其他單位能夠加入，申請「No Hit Zone 零暴力空間」標章（詳情請洽兒盟官網），共同營造一個安全、關懷和無暴力的社區環境。

## 兒福聯盟的主要服務

兒福聯盟在社會福利領域中扮演著重要角色，提供各種服務以支持兒童和家庭。兒盟的主要服務項目，包括針對特殊境遇家庭、家庭增能，以及社會共好。

## 針對特殊境遇家庭的服務

兒盟致力於幫助面臨特殊困境的家庭，為他們提供各種支援。這部分的服務包括：

1. 出養服務：協助安排適合的出養，確保兒童能找到關愛的家庭。
2. 逆境與弱勢家庭服務：提供經濟和心理上的支持，幫助家庭克服逆境。
3. 兒少保護與創傷服務：專注於保護兒童免受虐待和創傷，並提供專業的心理輔導。
4. 離婚親子維繫服務：幫助離婚家庭維繫親子關係，減少對兒童的負面影響。
5. 偏鄉兒少關懷服務：深入偏遠地區，為兒童提供教育和生活上的支持。
6. 少年及家庭服務：提供多方面的支援，幫助少年和家庭渡過困難時期。

## 家庭增能

旨在增強家庭的能力和韌性，包括：

1. 收養服務：協助家庭進行收養程序，確保收養過程的順利和合法。
2. 親職與育兒支持服務：提供教育和指導，幫助家長建立健康的親子關係。例如「育兒+」提供家長專業的育兒支持，提升育兒技能。
3. 托育與親子服務：舉辦各式喘息服務與講座，讓家長試著友善對待自己，同時增加孩子與照顧者間的依附關係與安全感。
4. 專線服務及少年服務與少年+：提供兒童、少年與家長專線諮詢服務，並為青少年提供專門的輔導和支持。

## 社會共好

兒盟還致力於促進社會共好，通過以下方式推動社區發展和兒童權益保護：



1. 社區組織聯盟培力與合作：建立和加強社區組織的聯盟，推動合作和資源共享。
2. 兒少創傷知情照護推廣與連結：推廣創傷知情的護理方式，並與其他組織合作，確保兒童獲得適當的照護。
3. 兒少倡議與立法：積極參與兒童權益的倡議，並推動相關立法，以保護兒童的權益。
4. 兒少培力與知能推廣：提供教育和培訓，幫助兒童發展技能和能力。
5. 永續親子教育及兒少健康與發展：推動親子教育和兒童健康發展的永續理念。

兒盟的服務廣泛且多元，各據點的服務項目不同，旨在支持特殊境遇家庭、增強家庭能力，並促進社會共好。目標是為每個孩子提供一個安全、關愛的環境，並幫助家庭和社區共同成長。期待兒盟在這些領域繼續取得成就，並為更多家庭和兒童帶來福祉。

### 走進校園宣導反霸凌

霸凌是校園和社區中日益嚴重的問題。它不僅影響孩子的心理健康，還可能對他們的學業和人際關係產生長遠的影響。兒盟作為保護兒童的機構，為防止和應對霸凌付出了巨大的努力，其中之一是進入校園，宣導反霸凌理念，並幫助老師提高對話技巧和班級經營能力。他們致力於營造一個充滿正義感和包容性的班級氛圍，通過沉浸式和體驗式的教育模式來實現這個目標。透過面向學生和老師的講座、工作坊，以及互動式體驗，讓反霸凌理念深入人心。這些活動不僅有助於提高學生對霸凌問題的認識，也能為老師提供實用的工具和策略，以應對校園中的霸

凌行為。

#### ※ 提高老師的對話技巧

在兒盟的宣導活動中，特別關注教師的對話技巧和班級經營能力。老師在班級中扮演著重要角色，他們的行為和語言會對學生產生深遠的影響。高雄兒盟通過專業培訓，幫助老師學會如何以更包容和同理心的方式與學生溝通，並提供有效的班級經營策略。

#### ※ 營造正義感的班級氛圍

兒盟的目標之一是營造一個具有正義感和包容性的班級氛圍。在這樣的氛圍中，學生們感到被尊重和關愛，霸凌行為被及時制止。兒盟的活動和工作坊強調團結、尊重、以及對不同觀點的接受。他們還鼓勵學生成為正義的倡導者，在班級和學校中傳播正能量。

#### ※ 沉浸式體驗式教育

為了實現這些目標，兒盟採用了沉浸式和體驗式的教育模式。這種方式讓學生和老師通過實際參與和互動來學習。兒盟的活動可能包括角色扮演、團隊合作遊戲、以及互動式討論，這樣的體驗有助於深化參與者對反霸凌理念的理解，並提供解決問題的實用技巧。

兒盟走進校園宣導反霸凌，協助老師提高對話技巧和班級經營能力，為營造正義感和包容性的班級氛圍作出了重要貢獻。他們的沉浸式和體驗式教育模式有效地推動了這一目標。這些努力不僅有助於減少校園霸凌，也促

進了學生和教師之間更積極的互動與溝通。

#### ※ 兒童專線：孩子們的救命繩

兒盟的兒童專線 0800-003-123 是孩子們的一個重要渠道，可以用來尋求幫助、表達困擾，或者僅僅是找人聊聊。這個專線成立於 2002 年，被認為是全台第一個針對兒童的專線服務。這個專線成為兒盟了解孩子需求的重要管道，讓孩子們在遭受霸凌時可以找到傾訴的對象。

兒盟的專線接收到許多關於校園霸凌的報告。這些報告不僅讓兒盟了解霸凌事件的嚴重性，還促使他們積極推動教育部制定校園霸凌防制準則。通過這個專線，兒盟得以建立反霸凌的網絡，並開始推動校園霸凌的預防和干預措施。

#### ※ 反霸凌活動與教育

兒盟不僅提供兒童專線，還積極參與反霸凌活動和教育。兒盟創建了反霸凌的 Line APP，這是一個讓孩子們可以通過訊息表達困擾和疑問的平臺。通過這個 APP，兒盟的社工可以及時回應孩子們的需求，並提供適當的建議和支持。

此外，兒盟還舉辦反霸凌的講座和活動，教育孩子們如何面對和應對霸凌。他們還通過繪本和故事，向孩子們傳達反霸凌的概念，讓孩子們學會識別霸凌並知道該如何應對。這些活動和教育有助於提高孩子們的自我保護意識，並促進校園內的和諧氛圍。

兒盟在霸凌防治方面的努力體現了他們對兒童權益的承諾。通過兒童專線、反霸凌活動和教育，兒盟為遭受霸凌的孩子提供了救命繩和支持網絡。

### 兒盟：為家庭提供全面支援的服務

兒盟是一個致力於支持家庭和兒童的組織。他們提供各種服務，以協助處於困境中的家庭，並為親子關係的維持和增進提供支持。

兒盟的親子維繫服務包含多種形式，家事商談是其中一項重要服務。基於《民法》與《兒童權利公約》強調孩子不應被家長分離的權利外，依據兒童發展依附理論、童年逆境創傷知情及生態優勢觀點幫助家長在考慮與面臨離婚與家庭變化期間仍能看見與理解孩子的需求和行為反應，將焦點放在孩子的發展需求從成人之間的糾紛立場，看見彼此的受傷與自我照顧。

此外，他們還致力於推廣各項方案活動，如：友善親職講座、父母團體、離婚兒少支持團體以及其他專業人員講座場次等，協助社會大眾對家庭和親子關係發展的友善共親職的認知概念，並鼓勵家長在離婚過程中作出有利於孩子的決策。

### 親職諮詢服務

親職諮詢服務，這是一個讓家長面臨分居或離婚期間遇到親職教養與合作困難議題，可優先討論解決辦法之重要管道，可透過電話或會談方式進行，期間亦一併促進親子關係的發展為主。無論是律師代表家長諮詢，還是家長自己來尋求幫助，這項服務都



可以提供必要的支持和建議。透過這種方式，家庭可以在親子互動和關係維繫方面得到專業的協助。

## 家事商談服務

高雄兒盟在 2003 年開始推動家事商談服務，旨在協助家長在離婚過程中考慮孩子的需求。值得注意的是，兒盟只為有未成年子女的家庭提供家事商談服務，因為首要目標是確保孩子的利益。

家事商談是一種仿調解方式，旨在促進家長之間的溝通，減少訴訟帶來的衝突。兒盟在家事商談服務中提供專業支持，並幫助家長透過專業的方式解決家庭問題。這種服務也協助未成年子女的需求得到關注，確保家長在追求個人訴求時，不會忽視孩子的利益。

在家事商談中，兒盟會視狀況加入「兒少專家」幫助家長理解孩子不同發展階段面臨家長分居或離婚階段，所發生行為的背後原因，亦或者是啟動「兒少商談服務」。

兒少商談服務專注於孩子在家長離婚或分居過程中的聲音和意見能被看見與聽見。兒盟認為，孩子在這個過程中是重要的角色，他們的感受和想法應該被納入家長的討論和決策。當家長面對商談孩子的照顧議題陷入膠著時，透過兒少商談員會與孩子進行個別的商談，過程中不詢問「你要跟誰」讓孩子兩難的議題，藉由傾聽他們對家長分居或離婚的感受以及他們可能會有的疑問外，最重要的是瞭解孩子在家長分開後其期待被照顧的方式。

在兒少商談過程中，孩子的表意權非常重要；故同時也需要確保家長尊重孩子的

意願，不會逼迫他們透露在商談中討論的內容。這種保密協議讓孩子感到安全，願意分享他們的真實想法。兒少商談員將這些信息帶入家事商談中，幫助家長理解孩子的需求和意見。而這個理解於實務經驗中，能有助於家長減少經常以指責或過度比較「誰比較不好」的爭奪方向，調整成「我們怎麼一起做對孩子比較好」。

社工在這個服務中使用生態系統和優勢觀點，這意味著他們的關注點不僅僅是眼前的家長，還包括可能影響家庭決策的其他因素。兒盟的社工在提供親子維繫和兒少商談服務時，擔任著關鍵角色。他們通過陪伴和討論，幫助家長理解孩子的需求，並促進家庭的和諧。社工採用生態系統和優勢觀點，這意味著他們的工作不僅僅局限於當前的家長，還包括其他家庭成員和可能影響家庭決策的因素。

兒盟在提供親子維繫和家事商談服務方面具有豐富經驗。他們旨在幫助家庭在面臨離婚或分居時，維持親子關係。這些服務的核心理念是以孩子的需求為最優先考慮，並鼓勵家長共同回應這些需求。

## 情緒的調解與連結的重要性

兒盟認為，只有在家長的情緒得到照顧後，他們才能夠進入理性思考的狀態。這是家事商談服務的第一步。兒盟強調與當事人建立關係，並幫助他們調節情緒，從而能夠進入更深層的溝通。在商談過程中，兒盟注重關心和支持，確保當事人感到被理解和尊重。

這個過程中的一個重要階段是連結。一旦當事人的情緒得到安撫，鼓勵他們與對方進行連結。使用腦神經科學的方法，幫助家

長理解情緒對溝通的影響。只有當情緒得到調節，家長才能夠以理性大腦進行討論，這是家事商談服務的核心理念之一。

### 孩子的需求與家長的關注

當家長離婚時，孩子的需求往往被忽視而看似一些微不足道的需求，但對兒盟來說卻極為重要的事情。例如，有些孩子在意的的是離婚後是否還能和家長一起過生日，或者睡前還能否得到家長的擁抱和講故事，這些是他們心中更為關注點，而不僅限是誰住在哪裡或家長的財產如何分配。

### 家事商談員的角色

在家事商談過程中，兒盟的家事商談員扮演著中立的角色。他們的目標是幫助家長達成共識，並確保孩子的利益得到優先考慮。在這個過程中，如家中有其他主要照顧者或影響力的成員，家事商談員提供服務期間可能會邀請家庭的其他成員參與，例如祖父母、親戚等，但僅限於個別商談時，以確保家庭的系統得到充分的考慮。共同商談服務，仍會以雙方家長為主談話對象。

在家事商談中，孩子的利益優於家長的利益。當家長的討論偏離孩子的需求時，家事商談員會將討論拉回正軌，幫助家長理解孩子的感受。這種中立但有立場的角色，使家事商談服務能夠成功運作，並為家庭帶來積極的結果。

一位父親在商談過程中情緒非常激動，幾乎要奪門而出。但家事商談員通過耐心的溝通和溫暖的話語，讓他重新冷靜下來。這種情感上的支持，讓商談得以繼續進行。商談員常會提醒家長，家事商談的重點是孩子

的福祉，而不是家長之間的爭執。

一位先生始終認為自己沒有問題，甚至準備了許多資料試圖向家事商談員解釋自己沒問題而是配偶的問題等。然而，商談員巧妙地藉由問話技巧引導先生從關係的角度，重新審視自己雙方的關係與行為對彼此的影響，並鼓勵他從「我訊息」的角度表達自己的感受，回應到他與太太的關係中，而不僅是依賴第三方的意見。

### 家事商談的限制與特色

兒盟的家事商談服務致力於幫助家庭，但也有一些限制。家事商談流程包括多個步驟，首先是評估服務對象的適用性，符合轉介要件為：有未成年子女且雙方有意願者。不合適轉介案件如下：

- (一) 涉及或有法定相關通報責任等狀況（如：兒少保護、家庭暴力案件、性侵害……等）。
- (二) 嚴重暴力犯罪事實或物質濫用狀況。
- (三) 因認知困難、精神損傷、物質濫用等情形而影響做決定之能力者。
- (四) 有精神疾病史或正接受精神治療。
- (五) 商談服務被不正當濫用，例如被做為拖延離婚的工具。
- (六) 拒絕提供商談所需資訊。
- (七) 其他足以影響商談員安全之情事。

※ 家暴案件不合適說明：

1. 如果家庭暴力存在、有其他安全疑慮且為共住者，考量暴力議題可能會引發安全風險，為確保商談過程中的安全，兒盟不會啟動家事商談。因此兒盟會對服務對象進行嚴格評估，然有



暴力議題之家長處於分居並且有意願合作情況下，經商談員評估合適者，會進行個別會談和聯合會談，協助他們解決問題。

2. 即使非家暴案件之當事人，如會談期間評估家長間長時間處於關係不平衡，如：一方不敢直視對方或亦困難決策者等，因考量雙方家長對子女照顧的意見同等重要，有共同決定與安排子女最佳利益之責，故可能無法提供服務。

### 故事：從立場到關注

在兒盟的家事商談過程中，有一個溫暖的故事值得分享。一對離婚的家長在商談時，起初很難達成共識。他們一直在爭論親權和探視的細節，誰有權決定孩子的生活。但當請他們先介紹孩子的照片，並講述孩子的特質時，氣氛開始變得柔和。

家長開始分享孩子的優點，談到孩子喜歡什麼，擅長什麼。這種討論帶來了一個關注孩子的共同基礎。家長甚至開始在對方的描述中找到共通點，例如他們都談到孩子的幽默感和善良。這個時刻讓他們意識到，最重要的是孩子的福祉，而不是誰贏得了這場爭論。這個故事展示了兒盟的家事商談服務如何將家長從立場帶到關注，並如何通過溝通和理解，幫助家庭找到共同的目標。

### 陪同親子會面服務

自 2014 年起，高雄兒盟與台灣高雄少年及家庭法院合作，提供親子會面服務。在法庭訴訟過程中，非同住一方的家長可能在探視孩子方面面臨困難。高雄兒盟通過親子

會面服務，提供一個安全和中立的場所，讓家長和孩子可以進行互動和交流，這對於維護親子關係至關重要。服務的目的在於確保孩子的需求被滿足，並減少訴訟過程中對家庭的壓力。

當家長分居或離婚後，探視子女的安排可能會遇到困難或阻力。兒盟的陪同服務旨在協助家長順利進行探視，確保孩子的安全和福祉。

兒盟的陪同服務提供了一個安全的環境，讓家長可以在第三方協助下進行探視。幫助孩子與家長透過練習累積正向的探視經驗，以減少未來探視衝突，為家庭帶來新關係，幫助孩子也能在兩個家穩定成長。使用陪同服務需以要家長雙方的同意為前提，如果家長之間關係極度緊張或者存在暴力問題時，為避免家長間的高衝突或權控議題影響會面是以維繫親子關係之本意，亦或增加孩子身心壓力之情況，考量「身心安全優於親子維繫權」，經評估兒盟將無法提供服務，服務期間之案件亦會停止服務進行。後續亦會與家長討論是否有尋求法律途徑解決問題之需求。

在案例中，一位母親擔心與父親會面可能引發過往的衝突。社工提供了陪同服務，當中引導與示範協助如何與許久未見的孩子互動，亦鼓勵母親持續運用過往成功親子互動方式在這種溫暖和支持的環境中，母親慢慢地感到安心，藉由討論過往與父親的溝通經驗，降低引發衝突的溝通模式，透過社工當中幾次的「只談孩子」的交接練習，漸漸並開始與父親一起找到合作的共識。

社工的角色至關重要，他們會通過角色

扮演和示範，幫助家長學習如何與孩子建立聯繫。在另一個例子中，家長因為緊張而無法面對面交接孩子，但在社工的指導下，他們逐漸克服了這種困難，開始學習如何有效溝通，並為孩子創造一個更好的環境。

## 會面服務的限制

- (一) 兒盟致力於提供適合的服務，但也必須考慮某些情況可能不適合陪同會面服務。例如，如果家長之間能自行順利會面，則不需要兒盟的會面交往服務。然而，曾經有過法院希望藉由兒盟的會面服務提供更多的親子教育，幫助家長示範如何回應孩子的需求。在這種情況下，兒盟會評估無協助陪同會面需要，主要仍希望鼓勵雙方維持原有的自主會面模式，當中的教養與溝通困難等議題皆可另外透過親職諮詢服務協助之，而非改變家長原本自主可行的會面方式。
- (二) 另外，重大兒虐或性侵的案件、孩子目睹暴力的經歷，將以孩子的身心安全優先親子維繫權，例如，曾經有個孩子因為目睹家庭暴力而對與父親見面感到恐懼，即使過去多年，這種恐懼仍然存在。在這種情況下，建議家長先尋求創傷治療，然後再考慮會面交往。

## 會面探視困難之協助

高雄兒盟黃副處長表示，當家長在兒童親權糾紛中遇到困難或會面臨判決無法於實際生活中執行時，會向兒盟尋求幫助。

在這種情況下，兒盟會首先嘗試了解家長們目前在探視上遇到的困境與的需求。

對大部分家長而言只希望能夠順利與孩子見面，並非更多訴訟程序或執行判決來解決問題。如同家事商談服務，兒盟並非執法單位沒有強制力去強制任何一方實施探視，以雙方同意為會面服務基本申請要件，亦是希望家長們是自發性且認同孩子成長是需要雙份愛為出發點。如果其中一方家長拒絕合作或服務期間配合意願，兒盟在提供服務上就會遇到更多執行上的困難。比如：有時家長拒絕使用會面的原因，是擔心對方可能會對孩子進行洗腦、拒絕將孩子交還，或者甚至可能傷害孩子，而這些擔憂影響著雙方的信任關係，也可能會引發其他親權糾紛，像是在實務上常見因無法探視孩子的家長，會到法院提出探視或改定親權之訴訟。

為了解決這些問題，兒盟通常在服務期間會不斷與雙方家長進行溝通，試圖找到彼此的共識，降低衝突可能讓家長與孩子們感到安心，使會面能夠順利維持。若在面對雙方家長之間的溝通障礙時，兒盟會鼓勵與示範協助家長們採取友善的溝通技巧方式來嘗試解決問題，而不是每次遇到問題時，很快的想到是直接通過第三方（機構、法院等等）。這樣可以減少衝突和誤解，同時也有助於促進雙方的溝通。

最終，兒盟的目標是確保兒童的福祉和安全，如果無法達成雙方家長的協議，兒盟才會與家長們討論是否要尋求法律訴訟，以確保他們的權利與得到保護。

## 聯繫雙方的細緻

兒盟在聯繫雙方家長時，尤其是在涉及兒童親權糾紛的情況下，可能涉及情感上的矛盾和不愉快，需要更細緻地處理溝通和協



調，以避免進一步激化衝突。在服務邀請兒盟通常會採取以下幾個步驟：

### 1. 建立初步聯繫：

兒盟會先與提出申請的家長進行溝通，了解他們的需求和意圖，說明服務內容與核對服務是否符合其需求，若申請方同意服務，將與申請方討論邀請對方內容。

### 2. 邀請另一方：

在與另一方家長聯繫之前，兒盟會要求提出申請的家長可透過短信、電話或電子郵件等方式知會另一方，透過表達善意邀請方式，讓對方感受到好好討論的誠意外，亦可避免引起不必要的衝突。這一步非常重要，因為兒盟需要確保另一方家長不會因為突如其來的聯繫而感到不安。

### 3. 尊重隱私和同意：

兒盟在聯繫另一方家長時，會確保尊重他們的隱私。如果另一方家長不願意與兒盟接觸，兒盟不會強行聯繫。相反，兒盟會與申請方家長嘗試討論其他合適的邀請方式，再次與另一方家長進行溝通，並尋求他們的同意。亦或者就目前現況與申請方討論單方目前可執行的方向等，這樣做可以減少衝突和摩擦。

## 兒盟會面服務模式：

### 1. 初步評估會談與建立關係：

在獲得雙方家長的同意後，兒盟會通過電話、短信或電子郵件進行初步交流，並安排第一次的見面會談（稱評估會談），一方面透過會談方式再次確認雙方使用會面的合適性，另一方面亦協助

雙方家長與孩子認識與適應會面環境，以減少正式會面時，家長與孩子面對面的緊張感。

### 2. 社工的角色：

(1) 會面初期 - 兒盟社工角色與立場為中立的，執行會面初期會在固定的場域且全程陪同，與同住方討論事前預備與降低孩子會面前焦慮的方式，協助探視方家長漸進式與孩子靠近與互動。

#### ※ 分離焦慮與親子關係建立之提醒：

兒盟在面對家長和孩子之間的分離焦慮問題時，強調理解和協作。例如，在某些家庭中，孩子可能會因家長分居而產生焦慮，這需要同住方家長的協助，鼓勵同住方家長參與初期的會面交往如促進與允許孩子的探視行為，讓孩子感受到安全感，然後逐漸過渡到探視方家長的獨立會面。

在這個過程中，兒盟會提醒家長，孩子在不同年齡階段的需求各不相同，並提供適當的建議和支持。他們還會協助家長了解如何更好地應對孩子的情緒，並提供多樣化的活動和遊戲，讓親子互動更加輕鬆自然。

(2) 會面中期 - 協助家長交付練習，幫助家長與孩子有新的且為正向的交接經驗，透過社工陪同外出服務，增加未來探視安排期間有各種不同可能性之因應。

(3) 會面後期 - 由家長自行進行會面與交付，作為推展未來自主探視期間的交付實況模擬。

同時，兒盟也會於會面前協助家長進行會面準備，會面後與家長討論可再調整

或提供溝通技巧的指導，幫助雙方家長未來有更好地溝通方式。

## 多樣化的會面交往方式

兒盟的會面交往服務包括實體會面、視訊會面、親子遊戲等多樣化的方式。他們認為，親子關係的建立需要多種途徑，而不是僅僅依靠面對面的交流。例如，在疫情期間，兒盟提供視訊會面，讓家長和孩子可以通過視訊進行互動，並通過遊戲和活動來增進親子關係。

視訊會面提供了一個靈活的方式，讓分隔兩地的家長和孩子也能保持聯繫。兒盟的商談員會指導家長如何通過視訊進行有效的互動，並提供遊戲、DIY 活動等多樣化的工具，確保視訊會面不會變得乏味。這種方式在遠距離的家庭中尤其有用，讓家長和孩子即使不在同一個城市，也能保持聯繫。

## 社區支持服務

透過友善親職講座和團體活動辦理，讓家長學習如何在離婚後繼續共同養育孩子。提供線上講座用意，一方面除了可降低場域的限制性外，增加家長參與的便利性，亦能減少實體參與面對面的焦慮感。

兒盟的家長團體分為爸爸團體和媽媽團體，透過講師的授課與相互經驗分享，協助與促進家長有不同的學習借鏡，自我整理、角色轉換與溝通技巧等練習。兒盟分享有一次，一位父親在考慮是否進入訴訟時，另一位已經歷過訴訟的父親拍拍其肩膀，建議他三思而後行。他說：「訴訟可能會帶來巨大的代價，不僅僅是經濟上的，還包括親子關係的損失。我已經失去太多，要用很多的時間與力氣才能補

一點點回來」而這種互相分享的經驗，讓家長們更加理解共親職的價值。

## 如何申請服務

兒盟的服務申請非常簡單。親職諮詢服務只需通過電話預約即可，任何人都可以申請。律師可以代理當事人聯繫高雄兒盟，了解親子會面服務的安排，或者詢問家事商談的細節。即使是涉及不同地域的家庭，也可以透過兒盟尋求支援，確保親子關係在地理上分隔時仍能得到支持。

兒盟的服務旨在支援家庭、維護親子關係，並促進社區和諧。通過親子會面服務、家事商談和親職諮詢，兒盟為處於困境的家庭提供了多種支持方式。無論是在訴訟過程中還是日常生活中，他們的服務都致力於保護兒童的利益，並幫助家庭走向更好的未來。無論是離婚商談、會面親子維繫服務，還是其他的社區支持服務，兒盟的服務都著眼於促進家庭和諧，並確保孩子的需求在每個環節都得到考慮，有助於創造一個更具包容性和理解的環境。

## 費用

兒盟的家事商談與陪同會面服務經費來源，主要由公益彩券資金和民眾捐款支持。

- (一) 家事商談期間，除非談及費用議題須有專業人士（律師或會計）須由當事人支付外，其餘皆為免費。
- (二) 會面服務每次 400 元，每期提供 6 次服務，共計 2,400 元。惟超時之費用或因會面衍生額外的交通、門票等則另計之。收費本意為藉由使用者付費之機制，以確保資源不被濫用並維持



服務的連續性。對於經濟困難的家庭，兒盟也會提供免費服務。

### 律師協助家事商談的重要性

律師在家事商談中具有重要的影響力，可以協助當事人理解調解的益處，並引導他們參與調解過程。在一個案例中，一位父親對參與家事商談持懷疑態度。他認為商談無法解決他和前妻之間的分歧。然而，當他的律師建議他參與高雄兒盟的家事商談服務時，他開始考慮家事商談的可能性。這種律師的勸導對於成功進行家事調解至關重要。

### 家事商談的益處

家事商談相較於訴訟，有多個益處。首先，家事商談過程更加靈活，允許家長自行討論並達成共識。這有助於減少衝突，並為孩子創造一個更加穩定的環境。此外，家事商談可以幫助家長聚焦孩子的需求，而不是彼此之間的爭端。這種關注孩子的方式對於孩子的福祉至關重要。

兒盟的家事商談服務強調以孩子為中心的理念，希望確保孩子的利益在調解過程中得到優先考慮。通過律師的協助，當事人可以更容易理解這一理念，並更願意參與調解。

### 律師協助勸導的重要性

律師在家事商談中的作用不僅僅是提供法律建議，他們還可以協助緩解當事人的情緒，並鼓勵他們進行家事商談。在一個案例中，一位母親對家事商談持懷疑態度，因為她擔心前夫可能不會遵守家事商談結果。然而，她的律師向她保證，家事商談是一個值得信賴的過程，並且高雄兒盟的家事商談員

將確保家事商談的公正與中立。這種律師的勸導有助於減少當事人的焦慮，並促使他們參與調解。

家事商談的目標是幫助家長達成共識，並確保孩子的需求得到優先考慮。律師在這個過程中可以協助家長理解調解的益處，並鼓勵他們參與。兒盟的服務流程包括評估、個別會談、聯合會談，以及最終的共識形成。在每個步驟中，家事商談員都會與家長合作，並確保他們的情緒得到適當的支持。

律師可以在訴訟的不同階段與兒盟合作。例如，在訴訟前，律師可以建議當事人參與親職諮詢，以幫助他們了解孩子的需求；在訴訟過程中，如果家長無法自行協商，律師可以建議參與兒盟的會面交往服務，這樣可以在第三方的協助促進下進行探視。在訴訟後，如果家長的關係仍然緊張，律師可以建議他們參加兒盟的課程和活動，以幫助他們重新建立良好的親子關係。

律師們可以幫助推廣兒盟的服務，並建議當事人參加相關課程，這樣可以減少訴訟帶來的壓力，並為家長和孩子提供支持。

### 結語

在這次對高雄兒盟黃英琪副處長和陳佳蔚副組長的深入訪談中，深刻體會到這個組織如何以專業、耐心和關懷的態度，為家庭提供全面支援，為孩子們創造一個安全且溫暖的環境。兒盟透過推廣「No Hit Zone」零暴力空間，展現了對保護兒童的堅定承諾。他們的親子會面服務、家事商談、反霸凌教育等多元服務，體現了兒盟在維護兒童權益和促進社會共好方面的持續努力。



兒盟的行動不僅僅是單方面的倡議，更是與家庭、學校、社區組織、律師事務所等多個層面合作，為孩子們營造更包容、和諧的社會環境。無論是通過視訊會面還是家事商談，兒盟始終將孩子的需求放在首位，並鼓勵家長在面對困難時，從自身爭端中抽離，聚焦孩子的福祉。

兒盟在協助家庭面臨的各種挑戰時，不僅成為家庭和孩子們的堅實後盾，也是律師的好夥伴。兒盟的親子會面服務、家事商談、反霸凌教育等多元項目，為律師在處理家事和兒童相關案件時提供了寶貴的資源。律師可以利用兒盟的專業支援，幫助客戶更有效地解決家庭糾紛，同時確保孩子的權益得到保護。

在家事商談過程中，兒盟的商談員扮演著中立角色，他們的專業知識和技巧為律師提供了重要的支持。這種合作讓律師能更自信地建議客戶參加家事商談或親子會面服

務，減少訴訟中的緊張，為家庭帶來積極的結果。

兒盟的服務不僅多元化，還為律師提供了訴訟和家事商談過程中所需的專業支持。這種合作夥伴關係對於律師和當事人來說，無疑是一個強大的資源和保障。未來，期待看到更多律師與兒盟合作，通過共同努力，為更多家庭和孩子帶來福祉。兒盟是律師值得信賴的夥伴，能提供的服務和支持將持續為家庭和孩子們帶來溫暖和希望。

這種專業和溫暖的服務，讓兒盟成為高雄社區服務資源中不可或缺的一部分。兒盟的工作不僅僅在於解決當前問題，更在於為孩子們創造一個更加美好的未來。通過這次訪談，得以深刻認識到兒盟在支持家庭、保護兒童方面的卓越貢獻，也希望更多人能夠了解並參與其中，為家庭和孩子們帶來更多關愛與支持。



## 承億酒店高雄律師公會優惠專案

| 房型             | 經典和式房   | 經典房<br>(一人入住) | 經典房     | 豪華房     | 經典和式行政   | 經典行政     |
|----------------|---------|---------------|---------|---------|----------|----------|
| 坪數             | 15坪     | 15坪           | 15坪     | 18坪     | 15坪      | 15坪      |
| 房型             | 兩中床     | 一大床           | 一大床     | 兩中床     | 兩中床      | 一大床      |
| 週日至週五          | 6,200元  | 6,100元        | 6,500元  | 8,200元  | 7,200元   | 7,500元   |
| 假日至週六          | 8,000元  | 7,900元        | 8,300元  | 10,000元 | 9,000元   | 9,300元   |
| 連續假期<br>(國定假日) | 9,000元  | 8,900元        | 9,300元  | 11,000元 | 10,000元  | 10,300元  |
| 房型             | 尊爵套房    | 豪華行政房         | 豪華行政房   | 尊爵港景套房  | 尊爵行政套房   | 尊爵行政港景套房 |
| 坪數             | 26-28坪  | 19坪           | 19坪     | 26-28坪  | 25.5-28坪 | 25.5-28坪 |
| 房型             | 兩中床     | 一大床           | 兩中床     | 兩中床     | 一大床      | 一大床      |
| 週日-週五          | 10,700元 | 10,200元       | 10,700元 | 12,000元 | 12,700元  | 14,000元  |
| 假日-週六          | 12,500元 | 12,000元       | 12,500元 | 13,800元 | 14,500元  | 15,800元  |
| 連續假期<br>(國定假日) | 13,500元 | 13,000元       | 13,500元 | 14,800元 | 15,500元  | 16,800元  |

### 備註：

平假日及特殊假日定義：

平日：每週日至週五。

假日：每週六、2/28、9/17、10/10。

連續假日(04/04-04/06、06/08-06/09、12/31)。

上列價格不適用大型活動及展期，請依酒店公告行事曆為主。

特殊節日則依承億酒店官網公告之價格銷售。

上列房型一大床或兩中床皆附贈2客早餐。

加入加價：每位每晚\$1350(含早餐、客房備品及設施使用費)。

### 【訂房須知】

- 1.請於訂房時告知係社團法人高雄律師公會，以利確定訂房紀錄之正確性。
- 2.合約簽約公司之客人在本酒店消費，需於入住時出示規定之證明文件，並於退房前付清所有帳款，恕無法月結或事後結帳；如由訂房之社團法人高雄律師公會付款（全部或部分），請於訂房時務必告知付款方式，以免衍生爭議，另須填具信用卡授權書並由酒店核定確認後於消費日前將帳款結清。
- 3.取消訂房，敬請於住宿一週前以電話告知。
- 4.農曆春節不適用商務合約價，依承德酒店公告為主。
- 5.本酒店禁止攜帶寵物入住及全館禁菸，如經發現須酌收新台幣6,000元清潔費。
- 6.入住時間為下午15:00，退房時間為中午12:00，若延遲退房將額外酌收費用。
- 7.上述為商務合約專案價，不包含住宿期間之其他消費。
- 8.如遇現場推出短期優惠促銷價，可適用於現場優惠價。
- 9.若有不同生活習慣或是特殊需求，煩請於訂房時事先告知，以利後續準備。



## 高律會訊徵稿

本會訊設有〈專題系列〉（113 年專題系列包含：113 年 3 月主題 - 民事法律、113 年 6 月主題 - 證據法則、113 年 9 月主題 - 程序法、113 年 12 月主題 - 土地開發等議題，包括但不限於民事、刑事、行政等範圍。截稿日各為 3、6、9、12 月之 5 日）、〈法學專著〉、〈課程視野〉、〈人文關懷〉、〈旅遊美食〉（高雄主題系列包含：建築、美食、景點、飯店系列等）、〈電影賞析〉、〈生活隨筆〉等主題徵稿，歡迎各界同道踴躍來稿，依稿約支給稿酬。另廣徵攝影照片，作為本會訊編輯使用。

## 高雄律師會訊稿約

- 一、本會訊自 112 年起改為季刊，每期截稿日為 3、6、9、12 月之 5 日前，請作者電郵至：service@kba.org.tw。
- 二、本會訊為求校稿之便利，請作者提供可編輯之電子檔案。
- 三、文稿如有引用其他著作者，請註明其出處，並提供註釋。
- 四、本會訊各專欄均歡迎投稿及提供資料，來稿請附學、經歷及現職基本資料及聯絡地址電話。
- 五、本會訊刊登之稿件，其稿酬計算方式如下：
  - （一）每一字新台幣（下同）一元，超過一萬二千字以上之文字部分，每一字零點五元，外文稿亦同。
  - （二）註解、註釋部分之文字，每一字零點五元。
  - （三）經原著作人同意翻譯、刊登之外文翻譯稿件，每一字零點五元。
  - （四）研討會或會議紀錄之錄音譯文稿，會議時間在二小時以內者，以三千元計算，逾二小時部分，每小時以一千元計算。
  - （五）前項之錄音如外包他人逐字譯文者，外包費用不得逾前款之規定。
  - （六）第（四）項之錄音譯文，如需輪值編輯委員適度編輯者，該編輯委員之稿酬以每篇一千五百元計算。每篇稿件之稿酬以一萬五千元為限。
- 六、以研討會發言內容、學術論文及政府法案等非原創性之文獻，做為稿件之附件者，不計入稿酬之計算範圍。
- 七、本會已支付稿酬之稿件，作者應同意本會得就稿件重製或編輯成冊，不須再支付任何報酬。
- 八、本會應支付稿酬之稿件，以第一次公開發表或未曾以該稿件收取稿酬者為限。
- 九、請作者切勿一稿兩投。但如為研（座）討會內之特定人士閱覽之文章不在此限。
- 十、本會訊對來稿有權潤飾斟酌，不願接受刪改者，請加註說明；刊出文章並將置社團法人高雄律師公會網站。
- 十一、文稿一律不退件，請作者自留底稿。

### \* 勘 誤 \*

113 年 1 - 3 月會訊第 110 頁左欄第 11 至 12 行應刪除「若有違反，緩刑會被撤銷需要服刑，」，第 113 頁右欄第 3 行應刪除「說」。