

發行人：翁瑞昌

出版者：台南律師通訊雜誌社

地址：708 台南市健康路三段三〇八號(台南地方法院內)

電話：(06) 298-7373

傳真：(06) 298-8383

E-Mail：tnnbar@tnnbar.org.tw

網址：www.tnnbar.org.tw

文化、藝術之旅

家具產業、奇美博物館一日遊

本刊訊 本會於九十一年二月三日舉辦「家具產業博物館及奇美博物館 知性一日遊」，報名者十分踴躍，但因名額有限，向隅者頗多，當天上午九時大家在台南市政府前集合，分乘兩輛遊覽車浩浩蕩蕩往目的地出發。

首先來到位於台南縣仁德鄉二仁路一段三一五巷五〇號之「家具產業博物館」，該館之館址原為永興祥木業股份有限公司之工廠，該館完整紀錄台灣家具歷史演變之過程，在解說人員之講解及引導下，讓大家瞭解精緻手工家具從設計開發、原木挑選、製材、乾燥、雕刻、生漆等流程，並參觀各式精緻典雅及獲獎之家具，對於該些設計獨特、製作精巧之家具，大家都讚嘆不已，之後大家在該館前合照留念，隨後驅車前往奇美博物館。

由於到達奇美博物館時正值午餐時分，大家在用完餐後不久，即在導覽人員之引導下，逐樓參觀該館之各項典藏品。五樓為西洋藝術館，主要擺設西洋美術史上每一時期各畫派的代表作 各家各派之繪畫及雕塑，六樓則分為樂器館 擺設各國古樂器、自動演奏樂器及古董留聲機，古兵器館 陳列按古代世界地理文化區分之各國兵器，自然史館 收集各種動物之標本及隕石，七樓為文物館，主要擺設東方之家具及各古文明國之文物，另陳列大型之西洋繪畫及雕塑，八樓為大型動物標本區，展示各不同地理區之大型哺乳動物標本。大家在參觀後，對於該館典藏品之豐富，稱羨不已，惟因當日恰逢該館有部分展示區進行裝修工程，嗆鼻的膠水味讓不少道長無法久留，致未能仔細地觀賞，實為美中不足之處。

此次「文化及藝術之旅」讓參與之道長深覺收穫匪淺，建議公會以後應多多舉辦相關之旅遊活動。

日本東京都港區律師

春節期間拜會本會

本刊訊 日本東京都港區律師一行六人，於春節期間抵台南拜會本會，由陳明義律師負責統籌接待事宜，林理事長代表本會設宴招待遠來貴客、賓主盡歡。

來南參訪之東京都港區律師，是由團長黑澤雅寬辯護士領隊，團員有佐久間保夫、福島健二、玉本雅浩、秋山?及台灣女婿松田辯護士，全聯會副祕書長林茂松則南北全程作陪，來台時間適為二月十六日春節休假期間，由陳明義律師陪同先抵達台南的三位律師參觀

台南市名勝古蹟，土城聖母廟、鹿耳門天后宮，並赴舊地院及新地院參觀。晚間，在台北參加中日法學協會座談會之三位律師南下會合，由本會在榮勝餐廳設宴招待，林理事長率同陳明義、王慶雲、劉德福、林祈福、陳清白、翁瑞昌及黃厚誠律師作陪，林理事長及黑澤辯護士均表示：希望日後多多交流互訪，共同研究中日法制，增進雙方的情誼，林理事長致贈本會小會旗及 台南律師通訊 合訂本供來訪貴客留念，黑澤團長也致贈本會與會律師每人一份禮物以為留念。

由於年輕道長大多不諳日語，所幸還有陳明義、王慶雲、劉德福律師及陪同之林茂松律師以流利日語與訪客溝通，小小的語言障礙並不影響雙方的熱情，尤以陳清白律師以蹩腳的日語和台灣女婿松田律師的蹩腳國語竟可順利溝通，令人覺得不可思議！餐會在頻頻「乾杯」聲中結束，參訪律師轉往高雄、墾丁旅遊，大家互相約定日後加強連繫，林理事長也準備成立「國際關係委員會」，加強本會與國外律師交流，增進本會的國際視野。

本會第三次學術研討會

邀請蔡志方所長講授行政救濟法

本刊訊 本會於九十一年二月二日舉辦第三次學術研討會，時間是上午九時至下午四時，地點在成功大學醫學中心第三講堂，有本會同道、地院及市府人員約八十餘人參加。蔡志方所長為台灣大學法學博士，為成功大學法律研究所教授兼所長，並擔任司法院訴願委員會暨覆審委員會委員 等職，專長為行政法、行政救濟法 等，此次講題為「行政救濟法」，課程大綱如下：第一單元 訴願法與訴願制度：一、訴願之概念，二、訴願之主體與訴權，三、訴願之種類，四、訴願程序之原則與運用，五、訴願決定之救濟；第二單元 行政訴訟法與行政訴訟制度：一、行政訴訟制度之規範基礎，二、行政訴訟之審判權與管轄權，三、行政訴訟之主體與訴權，四、行政訴訟之原因與標的，五、行政訴訟之種類，六、行政訴訟程序之原則及其運用，七、行政訴訟之起訴與審理，八、暫行權利保護與保全程序，九、簡易訴訟程序，十、行政訴訟裁判之救濟，十一、特殊人員之行政救濟程序；第三單元 訴願及行政訴訟個案之研討。首先，蔡所長簡單介紹訴願之主體、種類及訴願程序之原則，訴願決定之救濟方法並舉例說明，之後，蔡所長針對現行行政訴訟制度之標的、起訴及程序規定詳細說明，並佐以實例解說，經過蔡所長之講解，讓與會人員對於現行之行政救濟制度有進一步之瞭解。最後在熱烈的討論中，此次研討會在下午四十三分結束。

配合刑訴修法分區研討會於 3/4~5、4/3~4 舉行

法庭詰問訴訟程序進行要領專業講習會於 3/11 13 舉辦

本刊訊 為落實司法院「重大刑事案件，宜於準備程序中就調查證據之範圍，順序及方法提示意見或整理爭點，並於審判期日以交互詰問方式進行訴訟程序，俾利真實之發現」，使法庭活動中能確實熟習交互詰問制度之相關事務及程序，台南高分院與台南、嘉義、雲林地方法院訂於九十一年三月十一日至十三日假台南地院十樓會議廳共同舉辦法庭詰問訴訟程序進行要領專業講習會，由於名額有限，向隅者頗多，不少道長期望能增加名額，但因場地座位有限，未能如願，然而主辦單位將上開情形向司法院陳明，司法院旋即決定

分區舉辦研討會。

司法院舉辦之分區研討會，台南地區訂於九十一年三月四、五日及四月三、四日假台南地院舉辦兩場，課程均為：第一天 刑訴修正及詰問規則（王兆鵬教授），詰問、異議、裁定與訴訟指揮（崔汴生教授），模擬法庭（崔汴生教授、張熙懷主任檢察官、林俊益法官）；第二天 詰問、異議、裁定與訴訟指揮（崔汴生教授），法庭實務經驗（林俊益法官、張熙懷主任檢察官），模擬法庭（崔汴生教授、張熙懷主任檢察官、林俊益法官）。而台南高分院與轄區法院辦理交互結專業講習會之課程為：第一天 交互詰問之精神與要義（王兆鵬教授），如何強化交互詰問之法庭活動（林俊益法官）；第二天 檢察官公訴活動之過去、現在及未來（張熙懷主任檢察官），從檢察官的角度觀察詰問制度的實施（林邦傑主任檢察官）；第三天 法庭詰問活動與刑事訴訟法第一百六十三條之修正（陳運財教授），交互詰問之證據法則（陳祐治庭長）。目前四月三、四日之研討會尚未額滿，歡迎有興趣之道長踴躍參與。

催生司法博物館 監獄博物館

本會派代表參加結盟記者會

本刊訊 台南地院舊址要整修作為司法博物館，經由台南地區熱心人士積極推動已有一年多了，唯迄今仍無進展，最近台灣嘉義監獄原址再利用，改為監獄博物館，在嘉義地區熱心人士推動之下，已積極在運作之中，為此，財團法人司法改革基金會，特於九十一年二月七日在台北律師公會會館舉辦司法博物館與監獄博物館推動聯盟記者會。

會中邀請熱心推動司法博物館人士：成大羅正芳教授、古都保存再生基金會執行長張玉璜、台南藝術學院徐純教授、台南律師公會翁瑞昌律師與會，監獄博物館部分，則有雲林科大劉銓芝講師及綠色陣線吳東傑參加，與會人士紛紛發表個人意見，呼籲新內閣重視具有歷史價值建築物之再利用，切勿貪圖土地財富，而將之拆除，務必將台灣現存唯一最老的法院及監獄，好好保存，留給後代子孫。

嘉義監獄建於日據時代之一九二二年，日據時代在台灣各地建有四座本監，四座分監，嘉義監獄為台南監獄之分監，也是碩果僅存的一座日人興建監獄，其餘四座本監及三座分監皆已拆除一空，嘉義監獄是採用以中央台為主軸，舍房呈放射狀的建築，為標準的「賓夕凡尼亞式」監獄，是目前全台最古老且最完整的一座監獄建築。

由於現今政府經費短缺，嘉義監獄新監遷往鹿草鄉後，嘉義監獄舊址為炙手可熱的黃金地段，地方政府企圖修改都市計畫收歸市府，有人計畫籌建大學，有人計畫改為商業區，興建五星級大飯店，使這座見證台灣獄政史的紀念建築岌岌可危，實在需要有心人致力推動保存與再生的工作。

談蓬萊仙島 樂透

林永發律師

自一月十六日政府允准台北銀行發行開賣以來，樂透彩每期銷售金額不斷創新記錄。第六期創下十九億九千多萬元驚人數字，營業額排名全球第五，以每投注金額計算，將近有四千萬筆交易。樂透彩一發行即創下交易筆數全世界第一名。單期營業額全球第五的奇蹟。原本準備半年份之投注感應紙，不到一個月即用罄，全球生產樂透彩感應紙的廠商有二廠

，台灣的樂透彩即包下其中一廠，還不足以應付瘋狂的投注熱潮，屢生感應紙短缺之窘態。樂透彩造成全台瘋狂投注，民眾廢寢忘食大排長龍等簽注，忘了正常的工作與生活作息。全民運動的投注，繼經濟奇蹟、政治奇蹟之後，又再創「樂透奇蹟」。然此樂透與前之經濟、政治樂透，不可同日而語，蓋經濟、政治奇蹟，提昇台灣國際地位，具有「台灣價值意義」。然國人瘋狂搶購樂透彩券，則使我們的社會瀰漫心存僥倖，一夕致富，好逸惡勞，不思創造財富，其性質則係收集貧人稅，造就少數財戶，根本未創造資源，只進行所得重分配，影響國民正常生產，賭資則排擠消費支出，製造社會亂源。難怪副總統戲稱樂透彩為社會土石流，再不加抑制防患，勢將泛濫成災，沖蝕國本！

樂透彩券每星期發行二期，每期投注金額近二十億，發行的台北銀行約分得一億多元，可謂大贏家，彩券盈餘的百分之二十六點七，即每個月約二十億由政府收用在社會福利。其中一半作國民年金準備金與全民健保補助金，一半則供分配地方政府使用，以此當作公益，而使原是賭博的樂透，能取得公然發行瘋狂投注之合法依據。惟政府授權台北銀行發行公益彩券，事實上係運用公權力廣招投注，集腋成裘之「抽頭納貢」之賭莊，發行之後廣為各界接受，創造就業機會，並帶動相關商機，提供平等希望之機會，使少數簽注者有贏得鉅額彩金之機會，一夕致富。其性質顯而易見係由政府作莊，誘招全民公然賭博，與刑法第二百六十六條「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物」及「意圖營利供給賭博場所或聚眾賭博」之原罪並無差別。雖刑法第二百六十九條第一項規定「辦理有獎儲蓄或發行彩票罪」其構成要件需未經政府允准才能成立，然此係立法上將賭博罪強行劃分為「一國兩制」，樂透彩券與愛國獎券同樣以公益掛帥，冠冕堂皇，取得政府允准公然發行，可謂係「公營賭莊」，屬合法賭博，民間主持之愛券或樂透，卻構成地下樂透賭莊。「民營賭莊」依刑法第二百六十六條規定，要負常業賭博罪責。設若民間賭莊仿照公益彩券制度，以銷售金額百分之若干提供作為公益或慈善支出，其同屬公益性之賭彩，其公益性之績效可能比政府公營之彩券更有績效，此由歷年來政府公營事業之業績總是落在民營事業之後即可看出。足見不能以公益為賭博罪免責之理由。是此，刑法既有賭博罪規範社會生活多年，所以不能遇上賭風，與立法時制定刑法第二百六十九條有關，政府允准公然發行彩券無異放任鼓勵民間以公益之名行賭博之實。其惡性循環結果，公益實得事小，敗壞公序良俗事大，得不償失。愛國獎券行之有年後，政府終以妨害農工商由，喊卡停辦；十多年後，死灰復燃，變本加厲，開獎次數由一個月一次增為一星期二次，中獎金額由二十萬元提昇到數億元不等，賭注鉅大，僥倖沈迷更深，危害社會，腐蝕國本，令人擔憂，為求釜底抽薪，防止政府公然作莊，不再做公益之名，行危害之實，實有必要將刑法第二百六十九條第一項修正為「意圖營利辦理有獎儲蓄或發行彩票者，處一年以下有期徒刑」，以「壞透」之「樂透彩」不再盛行，則台灣原有淳樸勤勞之民風得以倖存。

提昇行政機關的法制觀念

黃正彥律師

司法機關的和解或裁判：有些須要行政機關遂行其效果，例如分割共有物訴訟上和解除、分割共有物確定判決、離婚確定判決等。

離婚之訴確定判決 戶政機關均依確定判決內容辦理離婚登記及子女監護登記，未聞發生問題，而分割共有物，卻發生地政機關拒絕登記及稅捐機關課徵巨額稅金的問題。

數年前，有一件分割共有物案件，兩造於訴訟上成立和解，當事人持法院和解筆錄申請辦理分割登記被地政機關拒絕的案例，地政人員說和解筆錄不是法院確定判決，即使當事人引用民事訴訟法第三百八十條第一項：「和解成立者與確定判決有同一之效力」之規定，據理力爭，仍拒絕如故，最後只能以行政訴訟救濟，歷時二年半，始得勝訴判決，地政機關才願依行政判決辦理分割登記。故有些律師同道，關於分割共有物事件之和解，有點怕怕 寧願法院判決。

去年有一件分割共有物案件，原告應有部份二分之一，但使用面積比持分面積少五坪，該五坪早已是既成巷道，並為位居後面共有人的出入通道，經法官勸諭，原告同意少分該五坪土地，法院判決後，原告先透過代書向地政機關及稅捐機關查詢有關辦理分割登記的規費稅負，據告知少分五坪土地等於出賣或贈與五坪，要課二十餘萬元的增值稅或贈與稅云云，原告認為少分五坪給共有人做通道，已係功德，反要繳二十餘萬元增值稅，寧有斯理，幸好尚在上訴期間內，乃提起上訴，經二審廢棄改判分足一半的面積，至於既成巷道部份，仍依原狀供後面共有人通行使用。

另有件分割共有物案件，原告應有部份二分之一，由於土地狹長，只有一造可面臨馬路，法院乃將面臨馬路部份，以少於持分面積十坪分給原告，在旁邊留一條巷道供分在後面的被告通行，並依鑑定公司之鑑定結果，判令原告再補償分在後的被告八萬餘元，官司打到三審定讞，原告持確定判決向地政機關辦理分割登記，稅捐機關竟以原告少分到十坪，就是把十坪賣給被告，要課原告土地增值稅三十餘萬元，查判決理由內，已詳載原告少分十坪 另再補償被告八萬餘元，係因分割後之土地有無面臨馬路價值有差異所致 判決結果仍是原物分割，兼金錢補償，並無買賣情事，如果原告是賣十坪 有錢可拿，又何必再補償被告八萬餘元？情理至明，且判決理由敘述詳盡明確，詎地政及稅捐機關，竟以既非按持分面積分割，面積有變動，即係買賣，應課征土地增值稅，視確定判決內容為無物，其明知不應徵收而徵收稅款之罪嫌（刑法第一百二十九條）甚為明顯，並不是不得告發

僵硬的法律，不合時宜的圖利罪，造就了僵硬的官僚，裁判分割既經法院斟酌土地價值差異為原物分割（分得面積與持分面積未必相同），如尚無法公平時，再命部份金錢補償，兩造各得其平，地政稅捐機關為何不用腦子想一想，是不是買賣或贈與？竟堅持不是按持分分割，就是買賣或贈與，一定要課稅，幸好現在的行政訴訟程序健全，可資救濟，否則行政機關豈非變成司法機關的第四審？但仍曠日持久，勞民傷財 行政機關的法制觀念，亟待提昇，才能貫徹「司法為民」、「行政革新」的目標

頭過身怎麼過 | 淺談刑事訴訟法第一百六十一條、第一百六十三條修正後之配套措施
林國明律師

壹、 頭過身真的就會過嗎？

此次立法院三讀通過修正刑事訴訟法第一百六十一條、第一百六十三條，條文明確規範檢察官舉證的責任內涵，除證據的提出外，應就被告犯罪事實，指出其證明之方法，藉此促使檢察官善盡實行公訴的職責。法院在第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知補正，逾期未補正者，得以裁定駁

回起訴。又修正後第一百六十三條，則將現行法官為發現真實之必要一應一依職權調查證據，改為一得一依職權調查證據；但對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。據報載，司法院曾說：一頭過身就過一，亦即只要前述二個條文通過，其餘的問題在日出條款生效前立法解決即可。筆者對於修法之方向，深表贊同，惟對於所謂一頭過身就過一一語，則不敢苟同，倘若一頭過身就過一，則就不會有一肩難產一之不幸發生，為避免一肩難產一之不幸發生，吾人即要思考一頭過身怎麼過一，筆者歷任一、二審法官、檢察官及律師，對審、檢、辯三方面之業務，略有涉獵，為期司法改革更具成效，爰不揣淺陋，謹就刑事訴訟法朝當事人主義方向修正，應採行之相關配套措施，略抒己見，供主事者參考。

貳、 刑事訴訟法採行當事人主義之相關配套措施

一、 公平法院之建立：在確保審判獨立之架構下，使被告與檢察官之機會對等、地位對等，加強被告之事實上及法律上之能力。

二、 採行起訴狀一本主義，排除預斷之原則，避免法院於審判前就案件預存偏見，並阻絕法官與不合法證據接觸之機會。

三、 訴因制度：檢察官於起訴書除記載公訴事實之外，尚應明示其訴因事實，以確定審判之對象，並保障被告防禦權之行使，避免被告蒙受突襲性裁判之不利益。

四、 證據法則：一、檢察官應負提出證據之責任，並應負說服之責任。二、證據開示程序，使被告對檢察官所蒐集之證據事先瞭解。三、法定證據主義。四、傳聞法則。五、交互詰問。

五、 公判集中主義：於審理前增設準備程序，以整理爭點及確定調查證據之範圍。

六、 當事人處分權主義：被告就其案件得依起訴認否程序經有罪之答辯，而為有罪之判決。

七、 強化辯護人之職權與功能。

參、 如何強化辯護功能

此次刑事訴訟法既已朝向當事人主義方向修正，而配合當事人主義訴訟制度之配套措施甚多，已如上述，其中如何強化辯護之功能，足以影響能否達到當事人主義所追求保障被告人權及維護程序正義之目標，為此僅就如何強化辯護功能部分再詳述如下：

一、基於當事人對等之原則，強制辯護案件應擴大適用於偵查階段，蓋在檢察官蒐集證據階段，被告面對檢察官之強制處分權，諸如實施搜索、扣押物品或勘驗等，如無辯護人在場，恐無法充分保障被告應有之權利，至於檢察官訊問證人時，如無辯護人在場表示意見，恐無法兼顧對於被告有利之部分，故強制辯護制度應擴大適用於偵查階段，始符合當事人實質上對等之原則。

二、辯護人於審判中得行使之權利，亦應適用於偵查階段，蓋依現行刑事訴訟法規定，辯護人僅得於檢察官、司法警察官或司法警察訊問一被告一或一犯罪嫌疑人一時一在場一，至於檢察官訊問一證人一、一告訴人一或一利害關係人一，則無法在場；於檢警實施搜索、扣押或勘驗時，亦均不能在場。再者，縱於訊問被告時一在場一，仍不能表示意見或聲請調查證據之權利，對於辯護權之行使，折傷至鉅，故有關辯護人在審判中得行使之權利，亦應視其性質適用於偵查階段，始有助於被告人權之保障。

「三」強制辯護以外之案件，無資力之被告在一定之條件下亦得聲請國選「公設」辯護人為其辯護，蓋案件不論輕重，對於被告而言，均至為重要，雖然非屬強制辯護之案件，亦有可能遭受有期徒刑數年之刑罰，嚴重影響其本人及家屬之權益，為貫徹當事人對等原則，使被告在面對檢察官強勢攻擊之下，有充分之防禦能力，政府應提供無資力之被告得請求國選辯護人為其辯護之機會。至於國選辯護人，似可由律師依其意願向各法院登記，由法院依登記名冊再予以個案指定。

肆、此次修法，僅是當事人主義訴訟制度之一隅：

刑事訴訟法第一百六十一條修正為：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法」第一項。法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正，逾期未補正者，得以裁定駁回起訴」第二項。駁回起訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行起訴」第三項。違反前項規定，再行起訴者，應諭知不受理之判決」第四項。「其主要目的乃在使檢察官負實質上的舉證責任，並藉起訴監督機制，貫徹檢察官全程蒞庭實行公訴，促使檢察官慎重起訴，以保障人權。另第一百六十三條修正為：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之」第一項。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」第二項。法院為前項調查證據前，應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人陳述意見之機會」第三項。「，對照本文第貳項一至七所述，此次修法僅是冰山一角，倘謂此次修法之後，即可達到公平法院之理想，無非緣木求魚。本文前述各項配套措施，仍須逐步採行或配合我國特殊國情作適度之改良。惟上開均屬制度方面之改革，有關法官人事制度之改革，如法官法之制定，尤須加速進行，所謂「徒法不足以自行」，如法官中仍存有不適任者，則任何制度之改革，均屬徒勞無功。

黑臉集

樂透了，怎麼「辦」？

翁瑞昌律師

公益彩券樂透彩發行十一期，買氣旺盛，人人爭購，下注金額之高，突破世界紀錄，未嘗不是另一項台灣奇蹟！

樂透彩剛剛發行，就有熟識的六合彩組頭打電話來問筆者：「政府也在賣彩券了，今後我們六合彩應該可以合法化了吧！」，「至少抓到六合彩不應該再判罪吧！政府可以公然賭博，老百姓就不可以，說不過去吧！」，只許州官放火，不許百姓點燈，法理上而言，一樣是賭博的射倖行為，只不過樂透彩披上了公益彩券為名的外衣，再加上有法令的依據罷了。

再看看八十四年七月五日公布施行的「公益彩券發行條例」第十五條第一項規定：「未經主管機關核准，而經營彩券業務者，處新台幣五十萬元以上，二百五十萬元以下罰鍰，其所得利益沒入。」罰鍰金額雖高，至少仍是行政罰，民間賭六合彩，行為惡性的可責性不高，似乎只要處以行政罰即可，刑罰除罪化，實在可以考慮廢除。大家樂及六合彩在台灣風行了十多年，政府禁者自禁，老百姓簽者自簽，仍是市井小民不可或缺的休閒娛樂，

不信的話，到永福路公十一停車場的小廟邊看看就知道，沒有人認為簽六合彩在道德上是可非議的，也沒有人認為簽六合彩在法律感情上是違法的，如此欲以刑罰禁絕六合彩，難怪績效不彰，百姓怨聲載道！

想當年政府為扼阻六合彩，一時雷厲風行，在民國七十年代、八十年初，法院對於觸犯刑法第二百六十八條之圖利供給賭博場所及聚眾賭博罪者，一律判處七個月以上有期徒刑，如此被告即不得易科罰金，結果大組頭沒抓到幾個，反而一些「柱仔腳」(樁腳)紛紛落網，有的是在菜市場作生意的老太婆，有的是開雜貨店懷孕待產的少婦，不管情節輕重，不分男女老弱婦孺，一律判處有期徒刑七個月以上，而犯罪證據有的只是幾張簽單，甚或是白紙上寫幾個號碼，像這麼薄弱的證據，硬要判處足以入獄的徒刑，不禁令人感到苛酷，而不分被告犯罪情節之輕重，一律判處七個月以上有期徒刑，尤令人感到法院的量刑是否有上級之指示？據側面瞭解，當年司法院確有不公開地指示各級法院，六合彩案件判處有期徒刑七月以上，可是效果有多大呢？當時每逢星期二、四開獎前夕，連電話都癱瘓了，民不畏死，奈何以死懼之？近年六合彩較消退，應是中獎率不高所致，並非出於刑罰的嚇阻。

往者已矣，希望這種干涉法官量刑的情形，永遠不會再出現在我們的司法。

論法官違憲審查 陳文欽律師

一、前言

日前司法院於九十年十二月二十四日上午假司法大廈一樓簡報室舉行九十年年終記者會，由司法院翁岳生院長親自主持，翁院長於會中指出，有關司法院定位問題已達成部分決議，即將來司法院將為審判機關化及訴訟制度改採金字塔型訴訟結構，而「違憲審查」部分，改採折衷制，即集中審查與分散審查併行，抽象法規審查部分，保留現制，由司法院大法官行使；司法院所屬各級法院法官於具體個案，如確信法律或命令與憲法抵觸，應拒絕適用¹，隨著違憲審查制度的改變，將賦予法官對於違憲的法令，有拒絕適用之權，必須以修改憲法因應，茲事體大，且對整個憲政的發展，必有相當程度的影響；另我國學界，對於法官違憲審查的定義及方式，向來莫衷一是，頗有爭論，如中國憲法學會即曾於八十一年十月舉辦「各級普通法院法官及行政法院評事（現改為法官）是否應有違憲審查權」的學術研討會，並將研討會內容刊載於憲政時代，第十八卷第三期²，嗣大法官會議又於八十四年一月針對法官違憲審查的問題做成釋字第三百七十一號解釋，依解釋文可知，大法官當時針對法官違憲審權的看法是，法官有依據法律審判的義務，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用，但如有客觀上形成確信法律為違憲的具體理由，可以之為先決問題裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。上開解釋雖未建立法官有直接拒絕適用違憲法律的制度，但起碼已建立法官對於確信違憲的法律，可直接聲請大法官解釋，而非司法院大法官審理案件法第五條第二項的規定，僅限於最高法院或行政法院有向大法官聲請解釋的權利，對於大法官釋字第三百七十一號的解釋，吾人認為亦值得肯定。但一個制度有建立的必要，必定會受到相當的重視與討論，且不太可能一蹴可幾，值此司法改革日熾的時候，主管機關對於法官違憲審查未來的走向，亦已有一具體的方向，但將來還得透過修憲的程序，其結果如何，充滿不定的變數，本文即秉時著野人獻曝與拋磚引玉的想法，願將個人

淺見，就法官違憲審查理論的建立、並舉美、德兩國違憲審查制度做比較，再結合我國現況，比較分析法官違憲審查在我國的現況及將來應有的走向，希能引起大家的重視，而加入更多寶貴的意見，提供將來修憲者的參考。

二、違憲審查理論的建立

所謂違憲審查，從功能的概念上說明，乃指對於次級規範進行審查是否符合憲法規範的機制，審查後如認為互相違反時，得以拒絕適用或宣告無效³。因此，可以說違憲審查的理論基礎，係建立在「法」的位階性，各個規範之間，有上、下位的概念，始有下位規範是否牴觸上位規範，而加以審查的必要。人類自有立憲以降，皆視憲法為一國之根本大法，任何根據憲法所發佈的法律或命令，以及政府機關的任何作為，皆應合乎在憲法的精神與義理以內，才能稱為法律規範，或產生一定法的效力⁴，因而產生憲法最高性之理論基礎，而首先將憲法最高性在憲法條文表明者，首推一七八七年美國聯邦憲法，該法在第三條第二項：「司法權所及範圍應包括本憲法，美國法律，與美國所已締結之條約而發生之一切普通法的衡平法案件」及第六條「……本憲法，與依據本憲法所制定之合眾國法律，及以合眾國之權力所締結或將締結之條約，均為全國之最高法律，縱令任何州之憲法或法律有所牴觸，各州法院之法官均應遵守之。」，之後世界各國制訂憲法，亦都在憲法內表明憲法的最高性，形為世界潮流，與立憲原則。基於憲法的最高性，延伸違憲審查制度，而世界最早的違憲審查制度，亦係由美國發展而來。值得一提的是美國違憲審查制度，並非由當時立憲諸賢明定在憲法之中，而係由美國最高法院一個判例加以確立與形成，即是發生於一八〇三年 Marbury V. Madison 案件，該案發生的背景，係當亞當斯總統在其任期結束前一週，任命了四十二位哥倫比亞特區的新法官，其後傑佛遜於一八〇一年繼任為總統時，正式的指派委任狀尚未由先前身兼兩職的國務卿約翰馬歇爾作成及交付，傑佛遜命令他的國務卿詹姆士麥迪遜（James Madison）不要交付委任狀。以威廉馬伯里（William Marbury）為首的四名受挫的被任命者，訴請最高法院發出執行職務命令狀，以促使麥迪遜交付委任狀。最後由時任美國最高法院院長馬歇爾做出判決，並在判決中表示：「闡明法的意義，乃是法院的職權，法官適用法規以審判訴訟案件，更有解釋法規之必要。兩種法規若互相牴觸，而法律與憲法又都可以適用以審判某一案件者，法院捨法律而適用憲法乎，抑捨憲法而適用法律乎，二者必有一於是。如果法院尊重憲法，以為憲法的效力在法律之上，則應捨法律而適用憲法。」因而認為國會通過擴大聯邦法院職權的法律係屬違憲，而對該法律進行違憲審查，因本案使違憲審查制度得以確立，馬歇爾在該判決中，確立了以下的理論基礎：一、憲法是高於一般法律的最高法律規範。二、依權力分立的理論，必然導引出違憲審查的理念。三、法官是法律的解釋者，此一機能與責任包含在憲法與一般法律在內。從而，對於憲法與一般法律有無衝突矛盾存在，應加以判定。此即是法院的權利與義務，亦是憲法國家應有制度⁵。其後，便奠定了美國日後違憲審查制度運作的理論基礎，更為世界各國所仿效，而紛紛在憲法內建立違憲審查制度。

三、美國違憲審查制度的介紹 - 個案附隨型。

美國為最早發展出違憲審查制度的國家，但其所建立的審查方式，與其後歐陸所發展出憲法法院制度，有本質上的差別。美國的違憲審查制度係附隨於每個普通訴訟中，

其法院只有一種，並無普通法院以外的特別法院，亦無專職於違憲審查的憲法法院存在。在個案附隨審查下，各級法院法官均有違憲審查權。不過，為恐破壞三權分立體制，司法權的行使受到程序上的許多限制，例如：無訟案則無審查，非待訴訟案件發生，且該案件關於訴訟人具體實在個人權利，始可就其所適用的法律，審查是否違反憲法規定，絕無抽象法規審查制度。個案附隨審查的違憲審查制度使各個審理訴訟的法官均得以對於個案中所適用的法律進行違憲審查，優點在於一般法院於受理人民廣泛而龐大的訴訟案件適用法律時，很容易發現違憲情事，較為足以排除違憲的法律，以貫徹憲法中的價值並達成保障人民基本權利的憲法目的；但其缺點則在於憲法為國家根本大法，以普通法院釋憲，易造見解分歧，於憲政的安定性，不無影響。

美國的違憲審查制度，就審查機關而言，包括所有的聯邦系統法院，即地方法院（district court）上訴法院（appeal court）及最高法院，都擁有違憲審查權，而法官進行違憲審查時，限於個案及爭訟，使得法院的審查權僅能隨著個案的訴訟附隨審查，而不得就未涉及案件的抽象法規進行審查，其個別的違憲審查判決效力，和其他判決並無不同，即僅在當事人間發生拘束力，換言之，法官無權力對於個別的法律命令宣告違憲使其無效，僅得以在適用的個案上拒絕適用。

雖然法院在做違憲審查，僅能發生個案的效力，不能使違憲的法律歸於無效，但如果個別的憲法爭議，如經上訴至聯邦最高法院，聯邦最高法院對於特定法律或命令判決違憲或合憲的結論後，因為依據判決先例遵循原則（stare decisis），使得聯邦最高法院的判決得以拘束所有的下級法院，因此，在聯邦最高法院做出違憲或合憲判決後，實際上，就該違憲爭議的問題，不可能有下級法院向其挑戰，因為一定會得到相同的結論而遭廢棄的結論，此時在效力上，其實已經與廢棄該法律或命令有相同的效果。

四、德國違憲審查制度的介紹 - 集中審理型

相對於美國違憲審查係採個案附隨型，歐陸法系國家則因：（一）大陸法系的國家，傳統上反映出較為嚴格的國會權力優越原則，原則上法院並無理由擁有得以對於國會通過的法律進行違憲審查的權限。（二）大陸法系國家缺乏遵循判決先例的傳統，若容許多數法院行使違憲審查權，將導致不同法院間互相衝突的違憲認定結果。（三）大陸法系傳統上採取司法二元主義，法院系統不止一個，掌理民刑事訴訟的普通法院與行政法院並不相隸屬，一旦採取美國式的非集中審理式的違憲審查制，將使最高法院不堪承受審理憲法案件的負荷⁶。基於以上的特徵，歐陸法國家的違憲審查制度，則大都採取集中審理型的違憲審查制度。

以德為例，依據德國聯邦憲法第九十三條以下的設計，設有憲法法院掌理違憲審查，除此以外，其他各級法院並無違憲審查的權限，至於有無向憲法法院聲請解釋憲法，所謂的具體法規審查權限，不在本文探討的範圍。因此在德國違憲審查的機關，係集中於唯一的憲法法院，故稱集中審理型，而憲法法院行使違憲審查權限，不必俟具體的訴訟案件發生，只需一定機關的聲請，即得審查該法規是否與上級法規抵觸，因而此種審查，並無對立兩造，僅是就法規為抽象的解釋。憲法法院對於系爭的法律做出違憲與否的裁判，其裁判具有「類似法律的效力」，也就是具有抽象一般性類似於規範的效力，所有聯邦或各邦的機關或法院，均受其拘束。

五、我國法官違憲審查制度現況

依據我國憲法第七十八條規定：司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。同法第七十九條第二項：司法院設大法官若干人，掌理本憲法第七十八條規定事項。由此可知，司法院大法官會議是唯一有權解釋憲法機關，一般法院無違憲審查權，我國所採取的違憲審查制度，與德國相近，可稱之為集中審理型。

然而，從憲法第八十條規定：法官依據法律獨立審判。該法律須為（形式上及實質上均）有效合憲的法律，乃屬當然。因此，當法官在審判案件，適用法律時，該法律是否合憲或違憲，是合乎憲法具體的精神，即不能避免的要加以審查，誠如馬歇爾在 *Marbury V Madison* 案件所闡述的：闡明法的意義，乃是法院的職權，法官適用法規以審判訴訟案件，更有解釋法規的必要。賦予法官有一定程度違憲審查權，乃事理的當然。有問題的是，法官違憲審查權行使的方式為何？即是本文所欲究明的重點所在，到底是僅允許法官在適用法律，有確信法律為違憲的具體理由，聲請大法官解釋，抑或法官得直接拒絕適用違憲的法律，甚至可以宣告法律為無效，其中牽涉的問題面，既廣且深，限於篇幅，本文無法一一詳究。

法官違憲審查權的爭論，大法官曾於八十四年一月做成釋字第三百七十一號解釋，解釋文指出：法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公布施行的法律，法官應以其為審判的依據，不得認定法為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法的效力既高於法律，法官有優先遵守的義務，法官於審理案件時，對於應適用的法律，依其合理的確信，認為有牴觸憲法的疑義者，自應其先行聲請解釋憲法，以求解決。

截至目前為止，法官違憲審查權在我國，還是受到相當限縮，法官於審理案件，發現所適用的法令有違憲，卻不能直接拒絕適用，僅能向大法官聲請解釋，在權利保護的時效上，似稍嫌不足，確有改進的必要。

六、結論

欣見法官違憲審查制度的實踐，日受到重視，司法院將來修來的建議，亦已傾向法官擁有具體法規的違憲審查權，這對於落實憲法具體精神於每一個個案上，實踐憲法正義，保障基本人權，在質與量上，都不是現行制度僅有大法官擁有違憲審查權，可相比擬，甚至因此可以大大的拉近憲法與國人的距離，而不會視憲法為高不可攀的象徵物，產生了憲法的冷漠感。

不過在此，也有一點值得憂心的是，我國法學教育，向來對憲法並未加以重視，就以律師、司法官考試而言，亦僅是聊備一格，又因政治紛亂，歷經長期的戒嚴及動員戡亂時期，憲法的研究與發展，受到非常大的壓抑，亦是一個不可規避的事實，因此造成了普遍人甚至是法律專業人士，對於憲法的認識，或僅停留在三民主義、國父遺教式的憲法，或無法體會憲法真正保障人民基本權益之所在。

憲法為一國的根本大法，為人民永久的意識，必須受到相當的維護與尊重，法官行使違憲審查時，對於憲法內涵，必須要有深透的了解，才能正確合宜做違憲審查，否則法官隨意的審查，將陷真正的憲法精神於錯亂，紊亂了憲法價值，造成人民價值信仰的無所適從，原有的良法美意，反而成為憲法的破壞者，這正是新制度實施前，不可不戒慎的問題所在。

本文對法官擁有具體法規的違憲審查權，是持肯定的看法，也樂見這一天的到來，不過本文認為，將來法官審理案件，應該適量的減輕，憲法意識的加強也是克不容緩，始能有充足的時間與高度的憲法的意識，發揮法官違憲審查權正面的效果，引領國人進入真正的法治國社會，其功垂矣！

- 1 請參閱司法周刊，第一〇六三期，第一版。
- 2 與會學者中，許宗力教授主張法官對於違憲的法令可以審查，但只有狹義的違憲審查權，但並無逕行宣告違憲或拒絕適用之權限；林子儀教授認為法官在審判時，如認裁判上所據以適用之法律為違憲，即可逕行拒絕適用；董保城教授亦認法官可拒絕適用違憲法律，但並無宣告法規無效之權；李念祖教授則採與董保城教授相近的看法，認普通法院可從事具體審查。以上請參見憲政時代第十八卷第三期，八十二年一月，頁三以下，「各級普通法院法官及行政法院評事是否應有違憲審查權」。
- 3 陳銘祥，比較違憲審制度，收於現代國家與憲法，李鴻禧教授六秩紀念文集，第一零六三頁，月旦出版社，一九九七年。
- 4 賀德芬，司法審查制度之研究，台灣大學法學論叢第六卷第一期，頁一〇八。
- 5 李鴻禧，違憲審查思想史之比較研究，收於氏著違憲審查論，頁五十七。
- 6 陳銘祥，比較違憲審查制度，收於現代國家與憲法，李鴻禧教授六秩紀念文集，頁一零八。

由實際案例探討軍事審判法管轄及上訴之適用問題

國防部高等軍事法院高雄分院

庭長 姚其壯

案例

現役軍人士兵甲犯殺人罪，又與士兵乙共犯竊盜罪，二人經地方軍事法院同案判決，甲殺人罪，處死刑，褫奪公權終身，共犯竊盜罪，處有期徒刑一年，應執行死刑，褫奪公權終身；乙共犯竊盜罪，處有期徒刑一年，甲、乙均上訴高等軍事法院，經高等軍事法院均駁回其上訴，試問下列情形應如何處理？

- 一、甲、乙均上訴三審法院，應向何法院提起？
- 二、甲上訴、乙不上訴三審法院，甲應向何法院提起？
- 三、甲不上訴、乙上訴三審法院，乙應向何法院提起？對甲部分應如何處理？
- 四、甲、乙均不上訴三審法院，應如何處理？

一、前言

依憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」但自論理解釋之反面解釋，現役軍人接受軍事「法」審判，乃當然之道理「註一」。又經大法官會議釋字第四三六號解釋，認為軍事審判為特別訴訟程序，軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，是軍事審判具有合法之正當性「註二」。

軍事審判法原採三級二審制度，三級即為初級、高級、最高軍事審判機關；二審即為初審及覆判，因軍事審判法於民國四十五年公布實施至今，為因應部隊建軍備戰之需要及社會環境之變遷，刑事訴訟法歷經多次修正，且為因應大法官會議釋字第四三六號解釋，

為落實軍中人權之保障，軍事審判法亦修改為三級三審制度。第一、二審為軍事法院，第三審為普通法院之最高法院或高等法院及其分院，此乃為使軍法案件至少應有一次受普通法院審判之機會，及為合理分配司法資源之考量等情，為尊重司法院有關於司法權之行使（註三），以符合軍司法一元化之理念，而產生目前的三級三審制度，始符合大法官會議釋字第四三六號解釋意旨。

二、軍事審判採「三級三審」制度

何謂「三級三審」制度，何謂「三級」：係指行政上之劃分，依軍事審判法第八條規定，第一級為地方軍事法院，第二級為高等軍事法院，第三級為最高軍事法院（註四）；何謂「三審」：乃指審判程序之審級，第一審為地方軍事法院及其分院或高等軍事法院及其分院，第二審為高等軍事法院及其分院或最高軍事法院，第三審為普通法院之高等法院及其分院或最高法院，此乃為尊重大法官會議釋字第四三六號解釋，基於司法院為國家最高司法機關之體制，及維護現役軍人之司法受益權並增加其審級救濟利益之意旨，應係允許軍法案件進入司法終審之前導法理（註五），另為何要有此制度，其目的在藉層層的審級制度，保障被告權益，防止審判上之錯誤，換言之，藉「三級三審」之審判制度機制，確保審判之公正性，維護被告之權益。

三、軍事審判法管轄規定

軍事法院之管轄，乃定各級軍事法院處理訴訟案件之範圍，亦即藉以確定審級之規範，其規定如下：

地方軍事法院及其分院之管轄

依軍事審判法第二十七條規定：

地方軍事法院管轄尉官、士官、士兵及其同等軍人犯罪之初審案件。

高等軍事法院及其分院之管轄

依軍事審判法第二十八條規定：

將官、校官及其同等軍人犯罪之初審案件。

不服地方軍事法院及其分院初審判決而上訴之案件。

不服地方軍事法院及其分院裁定而抗告之案件。

地方軍事法院及其分院判處死刑或無期徒刑之判決之職權上訴案件（軍事審判法第一百八十一條第一項但書）。

最高軍事法院之管轄

依軍事審判法第二十九條規定：

不服高等軍事法院及其分院初審判決而上訴之案件。

不服高等軍事法院及其分院裁定而抗告之案件。

本法第二百零四條之案件（敵前緊急電請上訴案件）。

高等軍事法院及其分院對將官案件之判決及宣告死刑、無期徒刑之判決之職權上訴案件（軍事審判法第一百八十一條第一項但書）。

普通法院高等法院及其分院之管轄（戰時不適用）

依軍事審判法第一百八十一條第五項規定：

被告不服高等軍事法院及其分院宣告有期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向高等法院及其分院提起上訴。

普通法院最高法院之管轄（戰時不適用）

依軍事審判法第一百八十一條第二項、第四項規定：

宣告死刑、無期徒刑之上訴判決，原上訴軍事法院及其分院應依職權逕送最高法院審判。

。

被告不服最高軍事法院宣告有期徒刑以上之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向最高法院提起上訴。

被告不服高等軍事法院及其分院宣告死刑、無期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向最高法院提起上訴。

前述、為事實審，為法律審、為終審，蓋司法院衡酌司法資源能量，而將司法院所屬高等法院及其分

院，列為法律審及終審法院，故依軍事審判法第一百八十一條第六項規定，對於經司法院所屬高等法院及其分院之判

決，不得再上訴（註六）。另有關普通法院受理軍法判決上訴案件示意圖，如附圖（註七）。

四、各級軍事法院土地管轄區分及所在地和普通法院管轄軍法上訴案件土地管轄區分

國防部設最高軍事法院於台北新店，另設各級軍事法院及其分院，其土地管轄區分及所在地（註八），國防部

高等軍事法院及其分院，如附表一，國防部地方軍事法院及其分院，如附表二：

高等軍事法院高雄分院 高等軍事法院 法院名稱 國防部高等軍事法院受理案件管轄區域及所在地 一覽表

台中市縣、彰化縣、雲林縣、南投縣、嘉義市縣、台南市縣、高雄市縣、屏東縣、金門及澎湖地區	台北市縣、桃園縣、新竹市縣、苗栗縣、基隆市、宜蘭縣、花蓮縣、台東縣、馬祖地區	管轄區域	所在地
高雄左營	台北新店		

附表一

附表二

東部地方軍事法院	南部地方軍事法院澎湖分院	南部地方軍事法院金門分院
南部地方軍事法院	中部地方軍事法院	北部地方軍事法院馬祖分院
北部地方軍事法院桃園分院	北部地方軍事法院	法院名稱
國防部地方軍事法院受理案件管轄區域及		

所在地一覽表

花蓮縣、台東縣	澎湖地區	金門地區	嘉義市縣、台南市縣、高雄市縣、馬祖地區	桃園縣、新竹市
屏東縣	台中市縣、彰化縣、雲林縣、南投縣	基隆市、宜蘭縣	管轄	區
縣、苗栗縣	台北市縣、			域
花蓮美崙	澎湖馬公	金門金湖	高雄左營	台中水湳
馬祖南竿	桃園龍潭	台北新店	所 在	地

高等軍事法院及其分院上訴普通法院高等法院及其分院管轄者，依台灣高等法院及其分院、福建高等法院金門分院之普通上訴案件土地管轄區域定之（註九）。如附表三：

福建高等法院金門分院 臺灣高等法院花蓮分院 臺灣高等法院高雄分院 臺灣高等法院臺南分院 臺灣高等法院臺中分院 臺灣高等法院 法院名稱 高等法院受理軍事上訴案件管轄區域一覽表

金門縣、馬祖地區各部隊軍法案件	花蓮縣、台東縣各部隊軍法案件	高雄市縣、屏東縣、澎湖縣各部隊軍法案件
雲林縣、嘉義市縣、台南市縣各部隊軍法案件	苗栗縣、台中市縣、南投縣、彰化縣各部隊軍法案件	台北市縣、基隆市、宜蘭縣、桃園縣、新竹市縣各部隊軍法案件
管	轄	區

域
附表三

五、軍事審判法上訴之規定

上訴制度設置之目的，乃藉審級制度，防止審判上之錯誤或不當之判決，以確保當事人之合法權益，就現行軍事審判上訴制度，三級三審之設計，確能發揮審級之功能，而且對於現役軍人訴訟權益之保障，較一般人民尤有過之（註十），蓋：

士兵、士官、尉官不服地方軍事法院及其分院初審判決（宣告死刑、無期徒刑之判決，係職權上訴案件）或裁定之案件者，向高等軍事法院及其分院提起上訴或抗告，如再不服高等軍事法院及其分院之判決有期徒刑以上之案件者，復得向普通法院高等法院及其分院提起上訴，若不服高等軍事法院及其分院宣告死刑、無期徒刑之案件，則得向普通法院最高法院上訴。

校官、將官不服高等軍事法院及其分院初審判決（將官案件之判決，係職權上訴案件）或裁定之案件者，向最高軍事法院提起上訴或抗告，如再不服最高軍事法院判處有期徒刑以上刑者（包括死刑、無期徒刑），則向普通法院最高法院上訴。

六、軍事審判法管轄規定準用刑事訴訟法第七條第一款、第二款及第六條第三項前段規定

依軍事審判法第三十五條規定：「刑事訴訟法或其他法律關於法院管轄之規定，與本節不相牴觸者，準用之。」所謂「準用」，乃法律明文規定，將關於某事項所設之規定，適用於相類似之另一事項上（註十一）。本條係規定刑事訴訟法或其他法律之準用，關於法院管轄之規定與本節不相牴觸者，如指定管轄、競合管轄及相牽連案件之管轄與聲請程式等，刑事訴訟法均有明確之規定，故列準用條文，以求立法經濟（註十二）。按刑事訴訟法第七條第一款之規定：「一人犯數罪。」第二款之規定：「數人共犯一罪或數罪。」第六條第三項前段之規定：「不同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其上級法院管轄」，是刑事訴訟法有關相牽連案件及其管轄之規定，與軍事審判法不相牴觸者，自可準用之。其目的在免調卷之繁瑣及裁判之牴觸，甚合訴訟經濟及公益（註十三）。

七、結論

一、甲、乙均上訴三審法院，應向何法院提起？

甲犯殺人罪，判處死刑，應向普通法院最高法院上訴，而共犯竊盜罪，判處有期徒刑，應向普通法院高等法院及其分院上訴，因上訴法院之不同，乃依一人犯數罪，屬相牽連之案件，合併由上級法院即普通法院最高法院審理；乙部分因判處有期徒刑，應向普通法院高等法院及其分院上訴，甲、乙因上訴法院之不同，乃依數人共犯一罪，屬相牽連之案件，合併由上級法院即普通法院之最高法院審理，以免調卷繁瑣及裁判牴觸，甚合訴訟經濟及公益。

二、甲上訴，乙不上訴三審法院，甲應向何法院提起？

甲部分同右述一；乙部分因未上訴而確定。

三、甲不上訴、乙上訴三審法院，乙應向何法院提起？對甲部分應如何處理？

甲犯殺人罪，判處死刑，係職權上訴案件，上訴軍事法院應送請普通法院最高法院審理，另所犯共犯竊盜罪，因非屬職權上訴案件，且與殺人罪間，因非屬裁判上之一罪，無審判不可分之關係，乃因不上訴而確定；乙共犯竊盜罪，判處有期徒刑，應向普通法院高等法院及其分院上訴。

四、甲、乙均不上訴三審法院，應如何處理？

甲殺人罪部分同右述三，另甲共犯竊盜罪，非屬職權上訴案件，且與所犯殺人罪之間，因非屬裁判上之一罪，且無審判不可分之關係，其與乙共犯竊盜罪，均因不上訴而確定。

註釋：

註一：韓毓傑著「論我國軍事審判權之性質」兼評大法官會議釋字第四三六號解釋—乙文，國防管理學院八十六年十二月十二日，兩岸軍事社會學學術研討會，第三—九頁。林俊益著「新論現役軍人刑事審判權之歸屬」，月旦法學雜誌第七十九期，二〇〇一年十二月，第十八頁。

註二：八十六年十月三日司法院大法官會議釋字第四三六號解釋。

註三：謝添富、趙晞華著「軍事審判法修正經過及修正內容析述（二）」，軍法專刊第四十五卷十一期，第二十頁。

註四：同註三，前文（三），軍法專刊第四十五卷十二期，第十七頁。

註五：同註三，前文（八），軍法專刊第四十六卷第五期，第十四頁。

註六：林永謀大法官對釋字第四三六號解釋之部分不同意見書。同註三，前文（八），軍法專刊第四十六卷第五期，第十三頁及「論軍事審判法修正重點及未來改革方向」，刑事法雜誌第四十四卷第二期，第二十四頁。

註七：同註五。

註八：國防部 錦銘字第一四三九二號令。國防部軍法局 則創字第二〇〇七號函。國防部軍法局 銳則字第〇六 號函。

註九：司法院八十八年十二月十一日 院台廳司一字第三二七七六號函。

註十：同註三，前文（八），軍法專刊第四十六卷第五期，第十三頁及「論軍事審判法修

正重點及未來改革方向一，刑事法雜誌第四十四卷第二期，第十三頁。

註十一：羅傳賢著「立法程序與技術」，五南圖書出版公司，九十年五月二版一刷，第一九八頁。

註十二：同註四，第二十六頁。

註十三：最高法院九十年五月三日九十年度台上字第二七五〇號判決。

「台灣司法史」演講稿

劉恆奴小姐

一、序言:司法史的概念

各位來賓大家好，其實今天來這邊演講的，本來應該是我的指導老師台大法律系王泰升教授，但是不巧他人現在正在哈佛進修，時間上沒有辦法配合，不好意思，只好由弟子替老師來講了。當然，學生的學養絕對比不上老師，在此，希望就自己粗淺的了解與基本的認識，跟大家一起輕鬆的來聊一下台灣司法史變動的過程，也希望不會談的太枯燥，讓大家睡著。我們的時間大概是一個半小時，我會盡量控制；如果大家覺得麥克風音量太大或太小的話，也請跟我反應一下。

提到「司法史」，首先來談談司法史的內容究竟要討論什麼？很多人講到司法的時候，第一個想到的就是「制度」。制度這種東西當然是由人建立的，可是，當我們討論台灣的司法制度時，如果從現在的眼光、以現代的標準往以前看的話，就是，如果我們拿目前從西方、歐洲引進的這一套司法制度的標準來看的話，我們會質疑，過去台灣是不是不存在司法制度呢？

事實上，如果標準不要定的那麼嚴格，凡是有人的地方必然會有紛爭，有紛爭就必須要解決，大家就要想出一些解決的辦法，然後漸漸地便會產生出比較複雜的解決機制。若從這樣一個角度來觀察，連小朋友在玩遊戲的時候，總是會漸漸訂出一些遊戲規則，如果大家談不攏，認為有人沒有遵守規則，可能就會找個人來作裁判。類此，觀察社會紛爭解決方式的演變，事實上慢慢就會確立裁斷這樣的一個機制，漸漸衍生出解決紛爭的「司法制度」，因為這是社會演變的一個需要。這樣的發展歷程如果配合我們台灣法律變遷的歷史來看，一般來講，我們可以依照統治政權的不同，分成幾個時期，來看曾在台灣存在的「司法」多元、多樣的演變情況。

二、原住民時期

以目前的研究成果來看，我們大概可以確定台灣約三、四萬年前就有人住，換言之，在這個島上很早就有屬於南島民族的原住民出現。台灣的原住民我們通常講「九族」，事實上不止九族。由於原住民同胞過去沒有文字，我們所說的這些族或那些族，目前看來可能都是依據外人來台灣，比如說荷蘭人、西班牙人、日本人或明清時期漢人這些外人來到台灣以後，對原住民進行的調查而來。我們現在對原住民的一些瞭解，基本上是透過這些「外族」的眼睛，以外族的文字記載，或是藉助外族的拼音字母，留下一些新的拼音文字紀錄。根據這些他族的記載，去拼湊原住民族的過去。

例如，就原住民族的族名來說，我們現在會說這一個族叫「阿美族」，那一個族叫「泰雅族」，這些稱號某程度是依照日本時代日本人對當時台灣「高砂族」的調查報告的分類紀

錄而來。當時可能是藉助一種訪談的方式，由調查人員將接受訪談的不同聚落原住民對自己的稱呼方式，以日文拼音拼出來。慢慢地，依照不同人種、聚落去區分這一族叫什麼、那一族叫什麼。

原住民的社會運作的方式比較傾向於一般所說的世代口傳相沿的「部落法」，但是各個地方不同族群間發展出的社會機制也不太一樣。比如說有些族是母系社會、有的卻是父系社會，有的族有稱王、稱頭目的、有的又是以長老議會的方式在運作。不同的部落社會發展出不同的社會機制，各部族解決紛爭的司法運作也不盡相同。

一般來說，我們可以看到原住民他們比較特殊的一些司法的情形，大部分的部落由長老議會或頭目居間協調。如果有人犯錯或違反部族的決議，通常比較不傾向用死刑，可能會用類似贖金賠償的方式或是逐出族居地方等方式做為懲罰。而且原住民有的崇尚祖靈、相信神判，表現出來的一些審判方式和我們的一些想法可能就不太一樣，他們的運作模式和現在的情形差異蠻大的。

三、荷西時期（1624-1662）

到了荷蘭、西班牙時代，大約是一六二四年到一六六二年左右。一般說來，荷蘭人與西班牙人已開始根據當時的「國際法」模式進入台灣。他們剛開始渡海來台，先是跟原住民做交易，把一些布匹賣給原住民，然後跟他們換地，以買賣、互易之交易方式取得土地的所有權與主權。到後來，他們開始主張「無主地先占」或是赤裸裸用武力攻占，再逼迫簽約讓地。

當他們擁有部分土地主權的時候，某程度就把他們在歐洲的生活方式，包括歐洲式法律制度、司法模式帶進來。我們可以發現，荷蘭人當初來台灣採取了公司式（荷屬東印度公司）的統治模式，以一種類似商業經營的模式來統治。這樣一個模式運用董事會的方式在做決議，派任總督駐爪哇、台灣這些地方。歐洲人的勢力常常是結合著商業跟宗教一起過來的，他們也有很多傳教士和神父一起來台灣，有些擔負起刑事審查、刑事處理的工作。當時，他們處理各種問題所依據的法律，以現在的了解，大概是以一種「分而治之」的屬人方式規範。就是看你是荷蘭人、原住民還是漢族，依不同人自己歸屬族群的規範來處理。在處理紛爭的模式上，當時已經有類似檢察官、法院的制度來做司法的處理。這個部分相當的有趣，不過目前的研究成果還不是那麼多。這個時期可能是台灣第一次接觸到西方式法院的這樣的一個司法運作模式。換言之，西方式司法運作，在荷蘭、西班牙殖民台灣之時，可能就已輸入台灣。不過，因為後來鄭成功來台，以武力將西人勢力趕出台灣，所以這個時期非常的短暫，而且接觸的模式也是沒有那麼固定，因而這種西方殖民法制的影響到後來可以說相當有限。

四、鄭氏王朝（1661-1683）

一六六一年，鄭氏王朝（明鄭）來到台灣。事實上他們是以武力打敗荷蘭人，依當時國際法與荷蘭人簽約進行主權移轉。荷蘭人依約交出主權，同時也交出了審判權，那時鄭氏王朝採取軍事統治的方式，在紛爭解決上相當程度類似軍事審判的情形，他們是以屯田、軍統方式治理台灣，屬於漢族法系，嚴刑峻罰。政制上分為吏戶禮兵刑工，刑部即是掌理「司法」事務之單位。但平埔族、原住民族多半自治，且高山族並未被劃入領土中。鄭氏後代鄭經被稱為台灣王，他還是希望能打回去，而鄭氏王朝的統治中樞的確有相當長的一

段時間是在廈門。事實上，鄭氏統治的方式沿用大陸內地漢人的制度，加上一些特殊色彩，他們還保留明朝吏戶禮兵刑工這類組織，由「刑部」負責司法部分的處理。

在原住民統治方面，一直延續到清朝甚至到日本統治的初期，官方可能只統治了平埔族。因為當時中央山脈的另外一邊都還不算在管轄範圍內。官方的處理方式往往就是立很多的土牛界、建很多的石碑番界，嚴罰越界的漢人，並告訴漢人高山族有獵人頭的「番害」，不要上去，也同時防止番人下山來與漢人結合。事實上，這些界線以當時漢人族群來想，就是覺得不要讓高山族來出草或傷害到漢人，但這種規定某種程度反而附帶的保住原住民居住文化的完整性。但就實際運作情形觀察，還是常有漢人侵入高山族生活圈，以各種方式將他們的土地拿過來，造成原住民的生存的空間和財產慢慢轉移到漢人手上。大家應該聽說過「有唐山公沒有唐山媽」的俗諺，就是因為漢人移民渡海來台後，常有跟原住民女子通婚的情形。由於部分原住民部落屬於母系社會，由母系繼承財產。當原住民女子嫁給漢人之後，又順著漢人社會的習慣改成父系繼承，她從原住民長輩那邊繼承過來的財產於是轉給漢人男性子嗣。或者說，有一些漢人會用一些變巧的手法，譬如官方規定不可以侵害原住民的土地，那他就會說我們是用買賣、用租、用頂的方式移轉的，甚至用不等價、近乎欺騙的方式取得。這個時期漢番間土地紛爭蠻多，相當值得研究。

五、清代（1683-1895）

清朝在台灣統治了二百一十二年，清朝的統治模式，他的法律制度事實上是從春秋戰國時代李悝的法經、秦律、唐律、宋律這樣一脈相承到大清律例的這樣一個傳統中國法制走下來。

在審判程序上，就是典型傳統中國法的模式。這個模式，大家最容易感受的，莫過於我們以前看的包公案，施公案等連續劇的樣子。一上公堂來就喊大膽刁民，然後驚堂木啪一聲拍下去的那種審理方式。這種審理程序的特色在於司法審判本身不屬於我們現在觀念上三權或五權分立的脈絡下建立的西方式司法。那時的司法，其實是行政事務的一環。為了統治權治安的需要，要治理地方不亂而必須的處理紛爭程序，所以是行政事務的一環。通常的說法，傳統中國司法的模式屬於一種縣太爺「父母官式」的模式。這樣的司法模式就是為了要治安要統治，那它必須要處理地方發生的紛爭。它處理紛爭的方式就是要解決問題，恢復秩序。過去也不會有現在西方所講的人權這些觀念，所以不管是原告、被告、證人，依照現在的話來講，都同樣屬於解決問題的一個證據方法。只要是對真相水落石出的發現有必要的情況，就算你是無辜的被害人或偶然的目擊者，只要我認為有必要，通通都是可以用刑、可以取供的對象。

現代西方式司法跟我們過去傳統中國司法模式有一個根本思想上深層的不同之處，就是對於「真實」的看法歧異。兩者對於什麼是真實？有沒有可能發現真實？這樣的事情看法是不一樣的。西方人在觀念上可能會覺得說只有神才會知道事情的真相。因為我是人，法官也只是人，那麼對於一件事情到底真相如何，身為人類的我們只能盡可能地去逼近，盡量去發現。所以他們力求在這個發現程序上去規定出一個盡量逼近公平的程序，講究程序正義、程序保障。就好像說我今天經過這樣一個審判程序，一個大家認為公正的程序，最後發現的事實，得出的審判結果，無論是否是「真正的真實」，大家都承認經過這樣的程序後就「確定」下來了。在人世間的法律上就認定是一個終局確定的結果。可是在傳統中國

，我們會認為法官就是應該聽訟神明，甚至日審陽、夜斷陰。我們賦予審判者神明般的角色。認為真相絕對是可以發現的，只要是清明好官，晚上睡覺也會有神鬼托夢，廉明公正的人最後一定有能力可以發現水落石出的真實。若日後當事人不服，央求不同的審判者審理，推斷出不同的真實，那顯然就是先前的審判者能力不足，不能明辨真相，先前的審理結果照樣可以被推翻。換言之，在觀念上並沒有一個真正終局確定的程序概念。

雖然說像戶婚田土錢債這類案件（就是我們一般講的民事、微罪這一類的部分），在大清律例規定上屬於小案，原則上只要州縣這一級就可以自理，縣衙門這一級就有權決定。但如果是比較重大的案件，就要往上送，最嚴重的，譬如說涉及死刑、流刑的人命案件，通常要到皇帝那邊才能定奪。但這其實是一種行政管考制度，依事件輕重分層級定奪、分層級審核，以層層行政管控的方式來維持、掌控各級單位斷案品質。要特別注意，這種制度絕對不能用我們現在的審級制程序保障來思考。

再者，傳統中國式司法的一個重要目的，還在於讓子民甘服、遵依。父母官式的司法解決方式，不但要發現絕對的真實是什麼，還要人民知錯認罪。心甘情願、心悅誠服的接受裁斷結果也是一種教化方式。所以，取得自白這件事與還原絕對真實幾乎處於同等重要的地位。而在程序上，追求水落石出的過程並沒有一個喊停的終點機制。只要不服，仍然可以上控、京控一直告上去。因為糾紛審理在規劃上屬於行政事務的一部分，並不是一個獨立的制度。如果今天一個案件，在縣太爺那邊得到的堂諭審理結果，你覺得不公、不服，還是可以上控、繼續告下去，或是等到新官上任再舊案重提、要求翻案。假如獲得重新處理而發現不同事實時，仍然可以翻轉之前認定的審理結果。之前的審理結果如被上面認定為「錯判」，發現事實或處理有誤的官員，就會遭受行政處分，甚至反坐錯判部分的那個罪。總言之，機制上就是用行政管控的方式對官員的審理品質作一種控制。制度的設計前提是認為真相永遠可能真的被挖掘重現；審判者必須查明真實，並且要處理到聽斷之人心服口服、遵依具結而不再上告，才算真正做到定紛止爭，才是整個司法最終要達到的目的。

所以傳統中國整個有關審理案件的預設想法、整個機制設計都跟現在繼受自西方的制度設計不太一樣。但我們不難觀察到，這樣的想法，即使現在整個訴訟制度已經改弦更張，還是無形中在文化的層面留下相當多的影響。

在現在的法律文化中，常常可以看到民眾認為自己有理受冤屈時，無論程序上如何三審定讞、最後終局了，還是堅持要力爭到底，一再去各單位陳情、彈劾。因為人民心中其實一直存在一種追求絕對真實的翻案文化，認為自己認定的真相遲早都可以被聖明的審判者發現、翻轉。很難去說服大眾思考、接受現行西式制度設計下追求程序保障跟程序正義的規定，說服大眾接受法官非神，未必萬能聖明，最後的審判結果即使不是你心中認定的理想結果，如果是經過符合正義的程序，我們就必須要接受這個案件確定下來的這個結果，就是這個程序運作下最逼近真實的結果，所以這個案件在司法上已經終結。

又如我們觀察現代刑事審判上「自白」的地位，在刑事訴訟法未修正減低自白的效力之前，取得被告的認罪自白，或說「取供」這件事，在刑事調查、審理實務上都是非常重要的工作。為什麼看的那麼重？事實上，如果從傳統的法文化意義裡觀察，自白表彰的往往不只是單純一個口供證詞的證據力而已，還隱含了受審判者心悅臣服的象徵。即使有其他證

據可資佐證，實務上還是要嫌犯自白，這也是傳統中國法律文化基本思維不同的一種表現。

在傳統中國法的審判機制中，我們可以觀察歸納出相當多的特色。譬如說，它是一個家族主義的制度，或者說，它是用一套我們所熟知的三綱五常所規範的親疏遠近、貴賤尊卑倫常關係為骨架建構出來的，規範上直接將君臣父子兄弟這些人倫關係藉由套用喪服的服制規定直接吸納、灌注到整個法律體制內，是一種君父權統治模式。整套傳統中國法制本身人倫身份色彩濃厚，跟現在所說的人人平等、個人自己責任這些觀念完全不一樣。甚至以前認為女子、兒童在法律上地位從屬，女子若要告官，必須要家長、丈夫等人協助擔任「抱告」來代理她。大家在一些電影、電視劇上也常可看到，比如說她如果要自己來告，制度上可能也要先被官廳處罰，先被打一頓後才能告。而如果晚輩要告自己的尊長，制度上因為有違倫常，根本就不准許；但若尊長違犯的行為是謀反、叛亂等危及皇權的罪，因為君臣之倫在鞏固皇權的思想下地位當然遠高於父子之倫，自然又另當別論，例外准許，甚至是要求人民要「移孝作忠」、「君權至上」。

就是因為傳統法制的這些身份階級等設計，在古代，不是每個人都能享有相當於現代法律上的「人」這樣一個地位、資格的。跟現在法律上認為人之權利能力始於出生、終於死亡等概念都是完全不一樣的。諸此之類，在實際運作上傳統中國法制有很多背後的深層精神與現代法制其實是不同的，很多人面對著現代司法的運作，腦子裡其實還不太能夠從傳統法制文化思維中轉過來，有時候是法制教育、思想文化上沒有辦法那麼快的因應法制變革一夕扭轉。

另外，提到縣太爺式的審判方式，一般人第一個會想到的常是「衙門八字開，有理無錢莫進來」。為什麼錢這麼重要？因為過去的整個訴訟結構，一般的學者會說那時是一種「制度性貪污」的結構。為什麼講「制度性貪污」，因為在規範上就要求官員本身要養廉，制度上不給你太多錢。而可能中央本身，並不願意在司法這種事務上投下太多的資本。在經費運用上可能並不認為在這上面投資是必要的、是划算的，所以在這方面並沒有很多的經費。仔細觀察衙門裡的工作人員，你會發覺很多人根本不是官方體制內聘請的人，有些甚至是縣太爺自費聘來協助的，例如有名的紹興師爺、家丁之類的。而就算是體制內的人，有些還屬於沒有薪水的賤民，來衙門當差服勞役的。這些衙門差役沒有薪水怎麼過活？當然就是靠「使用者付費」生存。凡是要進衙門來辦事或要我出馬協助的人只要必須透過我就是要付錢，當然，有些費用看起來可能還算合理的規費，有些可能就屬於吏治不彰，需索紅包、貪污等情形。如果不允許收取這些錢的話，衙門本身可能很難順利運作下去。所以我們說那種制度延續下來的法文化，以現代人的眼光來看就是紅包文化，或是總覺得進衙門、法院一定要送錢才能辦事。也因此以前人會認為「訟終凶」，上衙門就是傾家蕩產、被打啊！就是什麼事都由不得自己就對了。事實上觀察過往的訴訟制度的確也相去不遠。除了我們剛剛談到的制度性貪污問題，無論你是原告、被告、證人，也不管告的是什麼，一個人若不是有功名官員、皇親國戚之類的，可以享有「刑不上大夫」的特權的，一旦進入衙門後，真的很難掌控自己的命運。因為個人所認定的真實，在過去人治的社會中，就是廉明公正的縣太爺自行判斷的部分。縣太爺如何去求取真實？要使用什麼樣的手段調查？依當時律法是被賦予相當大的權限的。所以說不要太誇張的刑求啦！先打五十

大板再逼供取供這些行為全都是許可的。在過去的體制裡，只要能夠追得出真實來，不管你是聲稱被害的原告，是證人，甚至是到衙門看公審熱鬧的人，照樣都可能殃及。只要縣官覺得有疑點就可以用刑，看你吐不吐實。所以說很可能發生一個人被人欺負氣不過去告官，結果先被官府抓起來打一頓的情形。像這類現代人覺得匪夷所思的情況，一般人很難去預期或控制。我們舉一個例子好了，像過去大家認為最好的司法人員的典範就是包青天，即使是包公這樣一個受到大家歌頌的好官，在有些民間傳說的案件故事裡，都不難看到使用種種現在我們認為相當恐怖的手段進行訴訟審理的。不只是說會打人、會刑求。有一個案子是有個人揪住另一個人進官府，向包公控訴說對方強佔他的一把雨傘，接著兩個人當庭爭執起這把雨傘是誰的。結果包公就想出一個非常偉大的方式，就是二話不說，當下把傘拆成兩半分還兩人，然後託口兩人竟然為了這種小事來麻煩官府，又把兩人都打一頓趕出去。之後，再派個人尾隨觀察兩人中誰罵的比較大聲，怨氣較重，藉以暗地觀察誰比較心疼，據以論斷那個人應當是正主。比如兩人中甲罵的比較大聲，就認定甲應該是比較委屈的一方，再把雙方重新叫回來，叫乙賠償甲錢。故事最後還安插個恰巧看到全局發展的路人，稱頌包公聖明一番。你想想看，原先其實只是要確認雨傘所有權這樣的一件事，結果不但主張的標的物雨傘被官方毀壞，物主還必須先陪著被打了一頓，才能換得損害賠償的認定。依故事設定，路邊顯然就有目擊證人可查，物主還必須經歷這樣不可思議的審理歷程，以現代的角度來看，實在是英明的令人害怕。最後呢！由於審理結果符合了「真相水落石出」的要求（藉由綜觀全局目擊路人的驗證），仍被認為斷案神明，不斷流傳。

這件案件在現代的訴訟制度上看來基本上屬於民事事項，不告不理，或是說超過訴訟標的的範圍，是不會主動超越訴訟請求去裁判的，基本上當事人請求什麼、才裁判什麼，沒有請求的部分，法官也不會去判，審理結果必定在請求的範圍內，較能預期，更不可能任由法官以毀損訴訟標的或刑求的方式為調查手段。但傳統思想脈絡的考慮點就是不一樣，過去的人可能認為只要最後能夠清查真實，就是斷案的最高目標。為達這個目標，幾乎可以不計一切過程、任何代價。

當我們談到過往司法史的運作時，應當要認知到過去司法在制度設計上是行政事務的一環，司法工作其實就是一種為安邦止亂所必要的「定紛止爭」業務，由縣太爺來兼理的，與一般政務並無不同，也是以內部行政管控方式規範，法規處理的多半是「官吏」遇到某種情形該如何處理。很難用現在眼光去苛責舊制違反司法獨立、或是行政干涉司法。因為行政與司法制度設計上根本就是一體。官員辦案的成效如何，也是透過官僚體系上下監督賞罰的考核、覆核方式來查核妥當性。

如果有興趣想要對十九世紀清治時期官府斷案的真正運作情況有所了解的話，其實不是不可能，蠻幸運的，台灣還留存了「淡新檔案」- 清代淡水、新竹衙門的一些訴訟審判資料。這些百年文獻是非常珍貴的國際級資料，由戴炎輝教授花了畢生的心力整理出來。許多國內外學者透過這些珍貴史料分析過去地方州縣層級衙門的訴訟運作實務或做社會史重建等研究。

「淡新檔案」中保留的民人訴狀、縣官堂諭、傳票等等都相當有趣。透過淡新檔案，可以看到衙門的運作模式往往是為了行政便利設計，官府肯花時間為人民排解糾紛本身就是一

種恩惠了，並不會認真考慮當事人的需要。隨便舉個例子，例如當時的訴狀是畫格子的（大家可以用稿紙、存證信函之類的格式來想像），一張好像是 360 格，呈狀依規定不准字數超過。這種規定想必是希望呈狀人陳述精簡些。但所有想申的冤告的狀都一定要在格數中完成，不准雙行書寫，不准超過格子外書寫，還有違反的處罰規定，規定得非常嚴格。但真的坐下來一件件去翻閱，不禁發現，其實是訂法嚴、執法鬆。狀紙後面明明白白的寫說禁止雙行書寫，不可以超過格子，可是很多訴訟卷宗中的呈狀，不但字數超過，連雙行書寫都屢見不鮮，沒有依規定書寫的「違式」狀子比比皆是。但官府依然照收、照判不誤，顯然這種嚴格的規定空為具文，並沒有被嚴格的落實。這種把規矩立得很嚴，但要不要切實執行還看官方態度的執法文化、這種「傳統」就算到今天大家應當也不陌生。所以我們說傳統法規定雖然已經被西方式法律取代，但法律文化的傳承脈絡久遠，不是立即就會改變的。從歷史上去看觀察是非常有意思的。

六、日治時期（1895-1945）

再來，日本人來了。大家熟知的一八九五年甲午戰爭，中日馬關條約清廷割讓台灣，改變了台人命運。日人殖民當然要先平定所謂的「土匪」，土匪到底有哪些類別，究竟都是義民、抗日英雄，還是有的真是打家劫舍的匪徒？一直是歷史界相當有意思的討論。但比起清朝天高皇帝遠的統治方式，日本對台統治真正做到嚴密的警察國家統治方式。用警察配合地方保甲等制度，徹底清查戶籍、地政、舊慣等等，以前所未有的精密數字掌控到近乎滴水不漏的情形。如果有人有興趣可以去看黃仁宇先生的以「大歷史」理論寫的書，可以發現他對傳統中國的一個重大批評，在於官僚體系，從組織結構上「不能在數目字上管理」。整個中國統治主要依賴道德或概念式的架構管理，沒有辦法細緻的來管理。可是這個時候的日本已經是明治維新後的新興資本主義帝國，他們不惜鉅資花下人力、物力清理調查，就是為了替推行已在日本建立的一套資本主義近代西方體制鋪路。在法制方面，原則上就是將那套已經在日本運作的西方法陸續選擇性的搬來台灣用。

觀察日本在台灣推行日本式西方法制，步伐還算穩健，除了最早期軍事鎮壓、鞏固政權時期一、二年曾實施非常短暫的軍法統治，此後就進入民政、正常司法運作的時期，這個時期日人引入了西方式的法院與審級訴訟體制。回顧過去日人在台灣推行的很多規劃，其實是把台灣當成殖民地來看，不是真心為台灣人民設想，但為了統治便利，真的作了許多長遠的規劃，譬如說開路，開的很大條，譬如說規劃都市、蓋法院這些建設。日人並不是籌畫那種臨時、馬上要走人的規劃，看起來真的都是為了百年長治久安的長期計畫。因為投入非常多人力物力在硬體建設與前期的調查清理等，日人最初在台灣財政支出有好一陣子是負債，負債到他們國會都在抗議，還產生法國願意用幾億元將台灣買去，看日本願不願意的討論。因為當時的台灣對日本而言是個賠錢的地方，日本人繳稅，被政府拿到台灣來蓋一大堆東西，蓋法院、總督府。日本政府砸錢在奠定統治台灣的百年基業上，短時間看不到回收，其實在日本國內受到相當大的批評，但今天看來仍不得不佩服當初殖民統治者的眼光久遠。

日本總督、民政長官統治台灣帶點社會達爾文主義的想法，對台灣的治理採取所謂「生物學的統治法」，這可能跟初期的民政長官後藤是醫生有關。他認為不能讓一個人或一個地方一下子做一個劇烈的轉換，要尊重他既有的發展，改變必須慢慢來。認為當時的台灣與

日本處於不同的發展階段，所以制度變革不能瞬間替代，對台灣事務要「特別」處理，不能與日本一概而論，急於套用日本現制，所以採取「特別法」統治。當然，這樣的選擇使得殖民統治者的自主權限大增，絕對是採行這種政策的關鍵性考量。為方便統治，當時日人以所謂的「六三法」，或是後來的「三一法」特別彈性授權予台灣總督府，可以用一個命令，將想要用到台灣的法律的日本法律直接全部或部分用於台灣，而不願意挪用日本法律的，也可以依台灣情勢另外立法，給他很大的轉圜空間。

當時，具現代意義的司法制度剛開始在台灣生根萌芽。日人一到台灣就相當重視法院體制的規劃，從地方法院、覆審法院蓋起，然後就馬上招募人馬運作。剛開始由於台灣公共衛生狀況不好，日人來台死於瘟疫或其他熱帶疾病的，比戰死的人還多。當時來台工作，被視為一種危險事業，還有外地加給，也就是說日本人來台工作，可以領比內地多的薪水。初期招聘司法人員或行政人員並不容易，因此，初期對司法人員的素質要求並不高，並不要求具備與日本內地同等的資歷，例如檢察官，有些准許警部代理、兼任，但這種情形在人力較充裕後就調整過來。後來很多人認為台人與日人在台灣同工不同酬，可能是早期用人不易的加給制度一直延續，到後來可能就演變為以種族來劃分。

由於適用不同法制，當時司法人員來台所受的身份保障其實不如在日本。統治初期發生了著名的「高野孟矩事件」，就是總督府法院方面認為部分總督府行政官員操守有問題要起訴，要告自己人，但總督府想把事情壓下來，演變到要院長下台。院長高野堅持不肯離開，最後還被警察拖出法院。直到一九一九年，法院體制改革，台灣的司法人員的身分保障才稍微增加一些，但始終不如日本內地。

觀察當時的訴訟實務，雖然當時的身份保障不算好，司法人員卻敢於不顧行政機關指示，依法做出不少明顯違反官方利益的審判結果。比如當時設有「臨時法院」，是專門用來處理政治犯的。但遇到大的政治案件時，司法人員仍敢於認定明顯違反官方利益的判決。雖然當時司法外部獨立的環境不好，卻可以看到司法人員審判上依法依良心做到「內部獨立」的傾向。

我們從一些法院檔案中發現，一八九五年以後就有法院判決產生，距今一百多年前的判決中要求審判的也有很多是台灣人。這顯示了這樣的制度一進來沒多久大家就在用了，可見它被接納的程度蠻高的。從這些法院檔案可以發現許多過去相當有意思的社會事實，譬如說在強制執行卷中可以看到有人欠錢不還，最後查封財產，強制執行文書中看到一百多年前一張八仙桌拍賣價多少。可能在制度轉換的過程中，台人某種程度發現這種制度對他有利，一個制度好用就會被利用，使用過後覺得不錯，慢慢建立一些信賴。們現在還可以看到有些人到國民政府來了以後，還對日本時代的司法有相當程度的懷念，對日籍法官有相當程度的尊重。可見當時司法體制雖然身份保障沒有現在好，可是實際運作狀況卻得到人民信任。所以說制度其實還是要靠人去運作，形塑出優良的文化。

日治時期的法院制度事實上經歷數次更動，但終審權自始至終都在台灣，與日本內地大審院無涉。制度更動大約就是從幾級幾審變動到幾級幾審。當時也有普通法院之外的特殊體制，就是上述為人詬病的臨時法院，專門針對政治犯一審終結的一種處理方式。另外，日治時期很多程序故意訂得和日本不一樣，明顯是為便利殖民統治需求。後來令人印象深刻、被宣告違憲的「違警罰法」以及流氓管訓等規定，其實都是沿用過去日本在台的特殊制

度。「違警罰法」賦予台灣警官司法權限，甚至可以監禁、拘捕人民，以行政權侵害人民應得的司法審判保障。另外，當時的民事調停制度，為疏減訟源，統治者參考清代台灣民間糾紛解決的習慣，將調停效力規定得相當強，與日本內地規定不同，也是一種行政擴權侵及司法權的規定。類似這種特別措施蠻多的。在整體運作上可以看到行政權重在統治便利的想法，對西方法治理念的一些核心價值並不是真正尊重。

日治時期台灣的司法人員絕大多數都是從日本來的，清朝的傳統中國法缺乏專業司法人員的訓練養成。在日式教育引入台灣後，台人才有機會接觸近代化的法政教育，經世代更迭，第一個受日本近代法學教育而考取辯護士，晉身專業法律人之階的台灣人，一直到一九一八年（大正七年）才出現。葉清耀先生是明治大學法學博士，也是第一個台籍辯護士。而第一個台灣人在台灣當法官的應該是京都帝大法學部畢業的黃炎生（烏津光行）先生，他到一九三一年後才由日本轉到台灣總督府法院。現在很多人認為日本時代台灣人無法接受法政教育、從事司法工作，事實上不是正確的觀念。或許日本人在台灣屬於少數統治，統治者會非常刻意地去維護統治階級的族群利益，刻意排除台灣人的競爭機會，過去日本官方在台灣實施普及性的基礎國民教育，但對進入高等教育的管道就限制很多，人口位居多數的台灣人考入台灣的高校的名額只有全部名額的四分之一，而少數台灣精英多半選擇醫生一途，所以在台灣根本沒多少人念法政。高等教育部分其實是相當階級的，有錢有勢的台灣人才有能力接受高等教育。而有錢有勢的人很多是跟統治階級站在一起，既然有能力讀，當然就會選當時社會公認最好的學校去讀，而當時認為最好的學校往往還是在母國日本，日人並未限制台灣人不能到日本內地求學，且台灣籌設台北帝大，已經是後期的建設，所以，雖然數字還不確定，但據日本官方被認為不太確實的估計，一九四三年最少有七、八千台灣人在日本內地接受高等教育，而學者推估的數字則從四萬至六萬人都有的。或許因為實用取向（現在醫法仍是最熱門的），據總督府資料顯示，選擇學醫的人數依然最多，超過總數的五分之二。醫生賺錢、社會地位又高，也受到官方的鼓勵。日本政府很早就在台灣建立醫事教育體系，但卻無意願積極在台灣培養法政人才，這也許跟日本高等教育政策上認為法科已供過於求有關，但確實有很多台灣人在日本內地念法政，約佔總數的五分之一。很多人認為日本人不讓台灣人念法政，台灣人只能當醫生，或許不盡合乎史實。當時有辦法的台灣人在日本內地念法政，可以順利進入公認一流學府與日人一較長短，甚至考上日本高等文官考試，進入日本官僚體系。根據目前查到的資料，日治時期至少有一百多位台灣人考上錄取率不高的日本高等文官考試。依個人目前彙整統計結果，一九一八到一九四三年，台籍人士通過日本高等文官考試「行政科」者（取得高等行政官資格），計有劉明朝等三十六人、「司法科」（取得擔任司法官、辯護士資格）或相等「辯護士考試」（1923 之前）者，計有葉清耀等七十七人，其中有二十二人雙榜俱登。換言之，目前蒐集確知通過高等考試的名單合計九十一人。追蹤這些人後來的發展，有的在日本長住，任開業辯護士；有到中國大陸任官的（一位）；也有進入後來中華民國政府體制擔任司法官或官吏的。其中，成為中華民國大法官的四人，曾任五院院長的二人；也有投身政界任民選公職，在台開業律師或轉入教育界成為教授者（台大法律系教授四位）；或轉入銀行界、實業界另創一片天的。值得一提的是，這名單中有八位不幸成為令人哀悼的二二八死難者。

日本內地看起來並不會特別歧視台灣人，他們非常重視學歷與資格，所以今天台灣人有能力考上好學校、甚至考取國家文官考試，去行政機關應徵時，行政機關不會因為你是台灣人而不用你，他們在意的考量點其實是你的學歷是東京帝大還是私立學校，你是大二、大三就考上還是畢業才考上。我們可以在名人回憶錄中看到追憶自己因為就讀東京帝大而受到高度尊重，路人看到穿東大制服的他走在路上還會向他敬禮，讓一個殖民地人民深受感動。或許是這樣的環境讓很多表現優異的人因此不願回到帶有種族歧視的台灣，反而選擇留在日本發展。許多學習法政的人才選擇留在日本，進入日本官僚體系、法院工作，或留在日本當辯護士。

七、國治時期（1945-）

接著，時序到了國府接收的時候。戰爭結束後，日本政府將台灣移交給國民黨政府，一般稱為台灣光復。當時規劃接收的人才相當少，所以呢，一九四五年（民國三十四年）十月、十一月進行接收時，只有台北地方法院有辦法全員接收，其他地方法院都叫各地的台籍法官協助，暫時擔任院長，而各地的日籍法官、檢察官仍然繼續執行業務。所以，現在看到接收初時的法院檔案，明明是寫中華民國幾年幾月的判決書，可是檢察官、法官還是日本人。顯示當時曾有短暫時間重用台籍司法人員、且續用日籍司法人員。但等到中國內地來了很多法官以後，這些日本人的缺就全部被中國法官擠掉了，連台籍法官也卸下暫代高位，回歸基層。原本司法體制裡，台籍司法人員就是少數族群，但等到政權移轉後，人數也沒有變多。制度上就是以大陸內地來的法官填補日人高位遺缺。整個司法接收的情況，就是硬體部分全盤接收，而人的部分以中國內地的司法人才來填補日本人的遺缺。

而法制的承接過程部分，則是由政府頒布了一個命令，下令不再適用一切違反三民主義的日本法制，僅沿用極少數技術性的法規，全面改用中華民國法律。許多法制需要變更，其實都要上呈中央下令，等於是簽呈向上報要怎樣處理，事實上是一個相當混亂的一個局面。那時後的法令，在當時有成立一個法制委員會，專門來審議決定過去時代那些法令可以留下來，最後留個大概二、三百個法律，其它的就廢止，其中有少數不違反三民主義部分可以繼續適用的，一用就再用非常多年，甚至到民國五、六十年都還留著的，像都計方面法規。可以說，日治時期花了二、三十年去轉換的日本法體制，一直到最後還沒有全面推行於台灣；但中國政府一到台灣就開始全面適用中華民國的法律。此外，觀察當時台灣的法制變革，由於一些因應大陸當時特殊時空脈絡需求訂定的戰時法體制未經檢討也跟著政權通通移用於台灣。我們可以看到懲治盜匪、懲治叛亂等法規產生時空不同於台灣的法規在台繼續有效，這也是整個法制轉換中蠻值得探究的部分。這樣的鉅變不會有問題嗎？或許是一個歷史的巧合吧！由於中華民國在大陸的時候，它放棄固有法、改用西式法制制訂的中華民國法典就是透過日本去繼受的，所以說兩國法制規定宛如兄弟，去除語言的隔閡後，內容差異不大，銜接也就較為順利。

中華民國政府剛來台灣時還是「國民政府」時期，剛開始一九四五到四七年（民國三十四年到三十六年）行憲之前，仍在「訓政」。我們可以看到初來台灣的人許多事都要轉呈請示中央政府定奪，事實上，這個時候台灣司法一個非常值得注意的重大改變是，終審單位改變了。日本統治時期台灣本身就有終審權，案件不用再到日本內地。這樣的制度設計其實有關日本政權本身政治角力，台灣總督府因經費不足，想精簡在台法院層級，提案希望

依英治香港模式，將終審權歸給母國終審法院，也就是日本大審院。但當總督府發現日本司法省胃口更大，想藉機將在台全部司法權都抓過去管，讓司法事務獨立於總督府行政之外。總督府當然擔心這樣子造成行政不便，乾脆撤回提案，完全不讓日本內地勢力有機會插手台灣司法，使得終審權自始至終就在台灣。但一九四五年至四九年間，因政權移轉，終審案件改歸中國內地最高法院。所以可以看到那幾年的案件有很多轉送中國內地定讞的。但一九四九之後最高法院移至台灣，所有案件又都在台灣了結。

行憲以後的制度，光從形式上來看，確實規定的比日本時代的司法制度合理得多，例如日本內地早有行政訴訟制度，但是殖民政府就是不願讓台灣也施行這套制度。但中華民國政府在制度規劃上就有行政訴訟、有更多憲法明訂的人民權利保障，對司法人員形式規範上的一些保障該有的大概也都有。不過，還是必須要提出來，行憲沒多久，憲法效力就被長達三十幾年的戒嚴、臨時條款、動員戡亂綁住。形式上漂亮的規定在運作上被一點一點的劃除。先不要去談那種根本完全不依法律、違法亂來的那種行為，譬如說二二八、白色恐怖、秘密處決、完全沒有經過任何程序就把人處理掉的。就連司法審判的程序規定上也直接非常大的部分劃歸軍事司法管轄。而這種軍司法凌駕普通司法的時期還相當的長。從那個時代少數敢於異議的期刊論文中，我們可以看到一些對軍事司法侵害普通司法管轄權的情況發出質疑的。當時相當多的案件，依軍事與普通司法案件劃分法，根本輪不到普通法院來處理，那時普通法院的司法審判權限其實根本是被切割的。甚至，等到司法案件劃分法慢慢的變革，稍微有轉圓了，普通司法管轄權限稍微擴增時，還可以看到司法人員棄守，接受軍方如保安總司令部的案件移轉要求，甚至自動讓渡有管轄權的案件。而服膺行政權指導的情形，例如喧騰一時的「奉命不上訴」案例也不難看到。所以，事實上有關司法獨立的相關法律或許規定的很好，但實質落實的部分或者說是司法人員內在獨立的部分觀念並未真正建立。

到了一九八〇年代，在軍司法與普通司法管轄權限的改革之後，還有一個重大的改革，就是「審檢分隸」。或許大家到現在還有印象，過去高等法院以下各級法院劃歸行政院所屬「司法行政部」之下，而代表司法權的「司法院」本身只管最高法院，對其他法院只有監督權並沒有管轄權，招致許多司法難以獨立之批評。這個部分一九六〇年大法官會議釋字第八十六號解釋說這樣違憲，必須要調整。但當時大法官基本上不像今日這般受到尊重，雖已做出這樣解釋，理論上應當被遵守。但我們發覺這解釋講了二十年後，才因為中美斷交，執政的國民黨銳意革新，才舊案再翻，列為行政革新中的一項重要工作執行。這樣的一個因應外界變動才動的司法改革模式，其實作風其來有自，內部要變動有賴外來壓力促成。可能沒有幾個人記得，我也是最近才注意到司法節是一月十一日。司法節是為了紀念不平等條約撤廢、收回領事裁判權的。打從民國初年，政府就一直努力繼受西方法律制度，讓西方觀察團來打分數看法制改革得好不好，夠好西方人才同意廢除。他們不願接受中國還用縣太爺聽訟、堂訊的方式來處理他們的案子。可以說，為了廢除領事裁判權，中國政府一直不停的在改革司法，一直到民國三十二年才撤廢成功。這種司法改革、司法專業化的基礎工程，某程度是靠這樣的外在壓力逼迫才逐步推行。但或許因為常年戰亂的關係，一直到遷來台灣，整個大陸還是有一千多個地方繼續沿用縣太爺的方式處理司法事務。畢竟當時的大環境與教育體系沒有辦法迅速與法制變革配合，光是由少數的法學精英運作

，抄一套法典過來容易，在文盲還占人口百分之八十的時代，整體司法運作還是完全沒有辦法像現在一樣實施。很有意思的，現在看可能會感到不可思議，金門縣一直到民國四、五十年才廢除以縣太爺審理的一種方式。從這些地方其實還可以感受司法變動的軌跡。一般說審檢分隸以後，也就是一九八〇、九〇年以後，司法較大的變動可以說是有些內部的聲音發出來了，民間改革團體要求司法改革的聲浪也出來了。從官方的文書去看，早在黃少谷或林洋港擔任司法院長之時，官方就有非常多次有關司法改革的會議或有關司法業務檢討的會議。官方推動改革也不無建樹，比如說增源，跟其他行政單位去協調增加司法預算等。但或許是改變的幅度沒有辦法真正讓人民及司法人員感受，所以每每開改革會議，都要再三強調我是「玩真的」，不是擺擺官樣文章。為何許多官方有關改革的宣示都被認定是說說而已？官方失卻威信，其實是蠻悲哀的。但或許是缺乏重大的外力，改革的動作真的就是慢慢來。

八、小結

如果拉長觀察時間，持平而論，的確，過去長期以來法治不彰，法律規定不被重視、落實的情形，走過一九七〇、八〇年代，台灣的司法是真的慢慢在進步、在改變。不但外在大環境漸漸更動，法學教育逐步培養出的一批批專業人才逐漸加入、投入司法運作，也慢慢的讓司法人員素質走向專業、也逐漸改變司法風氣文化。依據學者分析，當司法走上專業化要求之後，繼之便走向特殊化及獨立化，特殊化就是審檢分立，希望能從行政中真正的分開、分權；而獨立化就是無論內部或外部，真正的做到司法獨立的要求。不只是憲法上漂亮的身分保障規定，而是真正落實到司法人事、分案或其他行政配套措施。也有學者認為，現在的司法改革逐漸走向社會化的過程，走出單純「茶壺裡的風暴」這樣的小格局。開始從專業化、獨立、特殊化的要求走向回歸審判核心、濾去雜質，真正成為人民信賴的司法，期望讓社會真正接受、信任司法的運作。不過，也有學者認為現在的司改主張充斥著太多制度大幅更動的要求，但制度這種東西並沒有絕對的好或不好，應當去檢討既有的制度我們到目前為止是不是真的讓它好好的去運作，去發揮優點了。改革不一定非得付出劇烈成本的去換制度大換血才成功。現在好不容易司法運作得比較穩定，我們是不是一定要將現制完全打破重塑？這樣的作法對於建立一個讓人民信賴的司法的目標是否就比較近？這些看法對錯見仁見智，且目前都還沒成定局。

回顧台灣司法史，我們可以看到現在的司法人面對的課題主要已經不再是對抗統治權、行政權操控的問題了，司法也不再是個治安、行政、統治權掌控的工具。現代的課題應當是希望司法可以走到讓人民接受、信賴，成為社會良心的最後一道防線的公正第三者地位。讓社會真正可以信賴司法裁判的獨立性，讓社會上發生的問題或是紛爭的解決機制走上正軌，去除多餘的社會成本。

目前司法的一些變革，人民參予的比例比以往多得多。但改革的東西，總是意見分歧。改革通常會從對大家最有利的部分開始。所以一九八〇年代以後，目前最無異議的司法改革就算預算改革，也就是司法預算獨立的部分，對於增加預算的提案大家都贊成。但是其他部分該如何變動，一方面是目前官方也是多頭馬車，彼此沒有辦法做一個協調，另一方面也因為民間參予的聲音較多。

其實，要塑造一套受人民信賴的司法，在這個轉變過程中，經各方人民參予，也是一個很

有意義的過程。雖然最後出來的東西不見得那麼完美，但一般人等於在各方角力的過程中，經由報導去認知、了解司法，去體會司法究竟該做什麼？又做了些什麼，也算一個很好的法治教育過程。藉由這些司法改革意見迴旋衝擊的報導，多少讓司法議題的討論從專業圈中擴展到整個社會，成為社會重視的一部分。各方批評與意見無形中也有助於司法本身的一個內部獨立，反饋司法人去體會外在輿論對司法的看法或注意到社會的需求。總的說，台灣的司法經過長期這樣走過來，就改革來看是蠻樂觀的。跟過去比起來，我們要已經一個時期一個時期、一代一代的走過許多變革，這些歷程事實上一路走來都相當不容易。今日台灣司法能發展到現在已經是一個相對穩健的情況，值得珍惜，但怎樣在穩健中能夠求更好，則是我們這一代在這個歷史性階段應該有的努力目標。

那賢哀著去縣口給人情撲

謝碧連律師

「賢哀」念 gau ai 意為「善於哮叫」。「給人情撲」念 Ho lang Chhiang Phah。

「縣口」即臺灣縣署的大門口。臺灣縣署在赤崁樓北邊，現成功國民小學校庭址，清代時的行政機關。

清代的刑罰，有枷刑、笞刑、徒刑、流刑、死刑五種。執行枷刑、笞刑的衙役叫刑皂。笞刑在縣署門口行之。俾眾公視藉示儆效。因紀綱不振，吏道弛廢，刑杖往往受人之賄，對笞刑罪犯，輕施鞭打，俗稱「攬刑杖」，又稱「打哈板」。刑杖用竹板，大約長五尺五寸，寬二寸，重二斤。小約長五尺五寸，寬一寸五分，重一斤八兩。刑皂舉起竹板，作勢猛打，罪犯也要裝做受不了挨打的樣，大聲悲鳴哮叫，以瞞監刑之縣官。但需要有技巧，一打一鳴，要合符節，否則會被監刑官看出破綻，於是罪犯往往雇用有經驗的人，代受其刑。這句俚語是對善於悲鳴哀哮的人的譏諷。也窺見古時有此三百六十行外以「苦肉來賺錢」的行業。也衍生一句「賣肉賺錢」的俚語。訓人要從事正當的工作勞動。

快哉我讀台南律師通訊

前台南高分院院長 王玉成

昨天星期六，有兩件事使筆者心情大好。一件是從聯合報上讀到一則新聞：有個地方法院辦了一件醫療糾紛求償案件，法官不適用消費者保護法「醫療行為」是「消費行為」醫生應負無過失責任的規定，把原告之訴駁回了。看了這則消息，雖對原告有點直覺的遺憾，但仍不禁心中一亮，這一亮倒不是因為那位法官判的對不對，而是高興我常常講的一句話「做甚麼像甚麼」，這位法官做到了。他不管案子將來會不會被上級廢棄，也不管圈裡圈外別人對他怎麼想，他一心只本於法官獨立的本份篤定地判下去，這在司法上是一件大事，值得大書特書。

另一件是收到台南律師公會寄來的 台南律師通訊。台南的許多人和事，常讓我懷念不已，但是這些懷念的引發，經常是靠 台南律師通訊。剛才講看報時心中一亮，每次翻開 台南律師通訊，我都心中一亮，好像老友如坐眼前，喝一杯小酒，談笑風生；台南的街頭巷尾，山川文物，那份溫溫的、厚厚的像赤崁樓上的風，輕拂心頭，那感覺真的很好。

我個人對刊物有三忌，即「官氣」、「黨氣」和「邪氣」太重的，不看。官氣和黨氣，人人討厭，不必贅言；所謂「邪氣」，是指那些專門挖人家的隱私或偏激罵人圖利的東

西，沒有格，看它浪費時間。 台南律師通訊 不同。 台南律師通訊 另有兩股「氣」，一股是「文氣」，一股是「正氣」，這兩股「氣」恰恰代表台南傳統的人文之質和法律人應備的本然之格，彷彿芬多精和香草飄浮字裡行間，讓人讀來有柔中帶剛、剛中帶柔的溫文儒雅之「爽」。

台南律師通訊 最讓人「爽」的是 黑臉集 ，也許因為執筆諸君實在太忙，所以由大家「行為分擔」「共襄盛舉」。但是每一篇都有一個共同之點，那就是「真、正、直」，把個「包黑子」的角色表演得維妙維肖。官場文化，喜歡講好聽的，律師事業不是官場，能夠保有一塊清淨地，講真心話，做快心事，真是何其有幸！

台南律師通訊 「文氣」的另一個原因是：台南律師同道中廣被儒家風之外，多性情中人。所有為文諸兄，精於人文史蹟的研究者有之，喜歡周遊列國探幽取勝者有之，長於古風民俗保存者有之，而最重要的是這些朋友廣受台南文化薰陶，每個人都有一支鋒利無比的健筆，都能把人所不能表達的情景意念輕輕易易地表露無遺，而又樂於去看去聽去做去寫。

其次說到 台南律師通訊 的「正氣」。昨天我讀九十年十二月第七十六期中所載的兩篇文章，一篇題為「修正通過之律師法第四十七條之十威脅本國律師生存」，一篇是「活體器官捐贈限制之我見」。前者，以該條之修訂為配合W T O，認許外國律師來台執業，條件過鬆，且無互惠保障，大聲疾呼，請主管部門補救；後者，以 人體器官移植條例 第八條規定醫師自活體摘取器官移植手術，條件過嚴，尤以移植於三親等以內之血親或配偶為限，殊不合理為由，呼籲主管機關儘速修法，並提供參考意見。 台南律師通訊 諸如此類大作，書不勝書。

現在的人，多是自掃門前雪，休管他人瓦上霜。台南的特色之一，是文廟、武廟、延平郡王廟，三廟鼎立。很多朋友之所以「文氣」之中，又有「正氣」-正義之氣，我想肯定與三廟有關。不知你以為然否？

訊 息 通 知

為合理分配有限之司法資源，維持第三審為法律審之特性，司法院於九十一年一月二十九日以（九一）院臺廳民一字第 0 三 0 七四號令將上訴第三審利益額數，由現行之新台幣一百萬元提高為一百五十萬元，並自九十一年二月八日起實施。

為對檢察官所為之不起訴處分確定後，仍有經法院審查之救濟途徑，新修正通過之刑事訴訟法第二五八條之一 之四增訂有關聲請交付審判之規定，告訴人對於駁回其再議之處分不服時，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判，而聲請交付審判之裁定，法院應以合議為之，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴，被告對上開裁定得提起抗告，但聲請人對駁回之裁定則不得抗告。

司法院以九十一年二月五日（九一）院臺廳行一字第 0 三八三六函檢送其發布之「各級行政法院法官甄試審查辦法」、「各級行政法院法官在職訓練及職前訓練辦法」及「司法院九十一年高等行政法院法官甄試審查簡章」各乙份予全聯會，全聯會則以（九一）律聯字第九一 0 三九號函知各會員公會並請各公會轉知所屬會員踴躍報名參加。依上開簡章規定，甄審資格限年齡五十歲以下，男性須服完兵役或免役，而經律師考試及格者，須有

執行行政訴訟律師業務八年以上，並具有薦任或簡任職任資格，申請時應檢附律師高等考試及格證書、執行律師職務之登錄證件、實際從事律師職務之成績優良年資正名文件（其起算點自其向行政法院提出第一件書狀時起算）、承辦行政訴訟之書類二十件，每一案號為一件，裝訂成冊，共三冊。報名日期自九十一年三月四日起至三月八日止，親自至司法院行政訴訟及懲戒廳（台北市重慶南路一段一二四號三樓）辦理報名，通訊報名概不受理。有關上開辦法及簡章之詳細內容，有意願之道長可向公會申秘書索取。

台南律師公會九十一年度二月份理監事聯席會議紀錄

時間：中華民國九十一年二月廿一日（星期四）下午六時卅分

地點：大使海鮮餐廳

出席：林瑞成、郭常錚、蘇新竹、黃雅萍、陳清白、陳琪苗、李孟哲、楊慧娟、許富元、吳健安、林國明、翁瑞昌、吳信賢、

蘇陳俊哲、郭淑慧（應到廿人，實到十五人）

列席：何永福、黃厚誠

主席：林瑞成

紀錄：申榮美

壹、報告事項：

一、主席報告

（1）首先向各位拜個晚年，過年前後會務繁忙，總計舉辦家具產業博物館、奇美博物館一日遊，登山活動，會員進修課程；三、四月份亦將和台南地院舉辦交互詰問講習會。

（2）日本東京弁護士二月十六日來訪，感謝幾位理監事出面接待，場面熱烈，賓主盡歡，希望日後能締結成姐妹會。

（3）四月份將舉辦會員代表大會，就章程修正部份，也將召集相關的理監事研究，並提三月份理監事會討論。再次感謝各位理監事過去一年的辛勞，謝謝大家。

二、監事會郭淑慧監事報告：

本會帳目清楚，科目詳細，核對後帳冊和傳票相符無誤。

三、紀律委員會召集人蘇新竹常務理事報告：

（1）因律師法修改，牽涉羅紀雄律師之資格問題，已函請台南地院釋示。

（2）近來有一代書事務所，疑似非律師執行律師職務，若各位有相關證據請提供給本委員會，將移請地檢署處理。

四、服務組主任陳清白理事報告：

今年度國外旅遊已在籌劃，希望今天大家對旅遊地區有一共識，待旅行社規劃後，詳細行程及日期下次會議再討論。

五、康福組主任李孟哲理事報告：

二月三日家具產業博物館及奇美博物館一日遊，參加人員對於集合地點停車方便及行程規劃反映良好，希望各位理監事提供適合的國內旅遊景點，便於趁早規劃。

六、秘書處秘書長黃厚誠律師報告：

（1）九十一年一月份退會之會員：黃昭熙律師、簡承佑律師、張智學律師（月費均已繳清），截至一月底會員總數五六七人。

(2) 二月十六日日本律師團來訪活動照片已刊登於本會網站上，歡迎會員上網查看。

貳、 討論事項：

一、案由：九十一年二月份加入本會為會員之律師：戴世瑛一名，請追認。

說明：經向台南地方法院查詢，合乎規定。

決議：通過。

二、案由：本會九十一年一月份財務收支報告表（略），請追認。

說明：請財務長楊慧娟理事說明。

決議：通過。

三、案由：本會九十年度收支決算表（略），請審核案。

決議：通過，送交會員代表大會審核。

四、案由：本會九十一年度收支預算表（略），請審核案。

決議：通過，送交會員代表大會審議。

五、案由：本會第廿四屆第二次會員代表大會舉辦之時間、地點案，請討論。

決議：時間：四月廿日下午四時卅分 地點：榮勝餐廳。

六、案由：本會九十一年度工作計畫（略），請審核案。

決議：通過，送交會員代表大會審議。

七、案由：本會增補選第二屆會員代表名單乙案（略），請討論。

決議：通過。

參、 臨時動議：

一、案由：本年度國外旅遊乙案，請討論。

決議：請服務組就中國大陸擇一行程規劃，提下次理監事會議討論。

登 山 簡 訊

* 日 期：九十一年三月二十三日（星期六）

* 登山地點：台南縣白河鄉大凍山。

* 集合時間：當日上午八時。

* 集合地點：台南市忠義路忠義國小門前。

* 報名時間：活動五天前截止。

* 交通工具：視報名情形而定。

* 費 用：旅遊保險由公會代辦，午餐統籌辦理，所有費用由參加人員平均分擔。

* 裝 備：1.輕便長褲、長袖外衣及手套。2.水壺、雨具及小背包。
3.排汗、透氣、保暖登山內衣兩件。

* 報名請洽公會申秘書。

* 非會員亦得報名參加。

雲林、嘉義、台南律師公會聯合座談會紀錄

時間：中華民國九十一年二月廿一日下午六時卅分

地點：大使海鮮餐廳

出席：何永福、林瑞成、郭常錚、蘇新竹、黃雅萍、陳清白、陳琪苗、李孟哲、楊慧娟、許富元、吳健安、林國明、翁瑞昌、吳信賢、蘇陳俊哲、郭淑慧

列席：黃厚誠

主席：林瑞成

紀錄：申榮美

壹、主席致詞：

歡迎嘉義律師公會理事長何永福律師與會。

貳、貴賓致詞：

林理事長、各位理監事、大家晚安，很榮幸也很高興參加今晚的聚會。本人二月一日接任嘉義律師公會理事長以來，今天可說是第一次參與理監事會議，雖然是第一次參加，但是自從貴會發行台南律師通訊以來，理監事會議紀錄，我都很仔細地從頭看到尾，其中就會議討論事項及各個決議都有很多值得嘉義公會學習的地方，另外，希望各位道長亦給嘉義公會指導，讓嘉義公會會務推展更為順利，謝謝大家。

參、討論事項：

一、案由：台南高分院律師休息室九十年度財務收支決算表（略），請審核案。

決議：通過。

二、案由：台南高分院律師休息室九十一年度分擔費預算表（略），請審核案。

決議：通過。

三、案由：台南高分院律師休息室九十一年度財務收支預算表（略），請審核案。

決議：通過。

肆、散會

台南律師公會章程修正意見表：

條號	原條文	修正條文草案	修正理由
----	-----	--------	------

第一章 總則

第一條： 本會定名為台南律師公會。

第二條： 本會章程之訂立，除法令別有規定外，依法務部及內政部七十二年三月三日會同公佈之律師公會章程訂立辦法之規定。

第三條： 本會會員除遵守律師法外，並應遵守本會章程。 本會會員應遵守律師法、律師倫理規範及本會章程。 律師法第三十九條第三款規定違背律師倫理規範為應付懲戒事項，故將之明列為會員應遵守之事項。

第四條： 本會會址設台灣台南地方法院所在地。

第二章 任務

第五條： 律師公會之任務如左： 一、關於平民法律扶助之實施事項。 二、關於法令修改或司法事務之建議事項。 三、關於法律教育之提倡事項。 四、關於法學研究及刊物出版事項。 五、關於會員品德之砥礪與風紀之整飭事項。 六、關於會員共同利益之維護增進事項。 七、關於行政及司法機關委辦或諮詢事項。 八、關於律師公會章程所規定之其他事項。

第三章 會員入會及退會

第六條： 律師已在台灣台南地方法院登錄者非加入本會為會員，不得執行職務。

第七條： 會員入會應履行左列手續：一、填具入會申請書並附二寸半身相片二張。二、交驗律師證書及呈准台灣台南地方法院 登錄證件。三、繳納入會費新台幣貳萬伍仟元。 會員入會應履行左列手續：一、 填具入會申請書並附半身相片二寸五張。二、交驗律師證書及台灣台南地方法院准予登錄証件暨戶籍謄本壹份。三、曾任公務員者，應繳驗離職之證明文件。四、繳納入會費新台幣貳萬伍仟元。 1.第一款將應繳照片增為五張，以符 本會入會作業所需。2.第二款增應繳戶籍謄本，以供查明正確身分、姓名及住所。3.律師法第四條第一項第四款規定曾 任公務人員而受撤職處分，其停止任用其間尚未屆滿，或現任公務人員 而受休職、停職處分，其休職、停 職期間尚未屆滿者，不得充任律師 。故增列第三款規定，以供查驗。4.原第三款移列第四款。

第八條： 會員入會後由本會發給入會證書並登記於會員名簿。

第九條： 會員如經法院註銷登錄者應予退會，死亡者應通知台灣台南地方法院註銷其登錄。

第十條： 會員送請懲戒其情節重大者，得經會員代表大會或理監事聯席會議之決議令其暫時退會，但應經台灣台南地方法院檢察署之核准，並陳報台南市政府備案。依前項規定暫時退會之會員，如未受懲戒處分或除名以外之懲戒處分者，回復為本會會員，但受停止執行職務之處分者，於期滿後始得回復。

第四章 會員權利及義務

第十一條： 會員有發言權、表決權、選舉權、被選舉權及罷免權。會員應選出會員代表行使前項會員之權利，並修改章程及理事、監事、全聯會代表之選舉罷免。會員代表選舉罷免辦法另訂之。

第十二條： 會員應按月繳納經常會費新台幣柒佰元。但於本會執業合計滿卅年者免繳會費；於本會執業合計滿十年且滿七十歲者，會費減半繳納。

第十三條： 會員積欠經常會費達三個月者應定期催繳，逾期不繳清者視為退會。

第十四條： 退會之會員如曾欠經常會費者，再申請入會時，應於繳納入會費前將前欠之經常會費繳清。

第十五條： 會員應輪流辦理平民法律扶助事宜。

第十六條： 會員事務所遷移應即以書面報告本會及台灣台南地方法院。

第五章 職員及選舉

第十七條： 本會置職員如左：一、 理事十五人執行本會一切會務，並互選常務

理事五人，並由理事就常務理事中選舉一人為理事長，理事長對外代表本會。二、候補理事五人於理事缺額時，依次遞補之。三、監事五人監察本會一切會務，並互選常務監事一人處理日常監察事務。四、候補監事一人於監事缺額時依次遞補之。

第十八條：理事、監事均由會員代表大會就會員中選舉之，概屬無給職，其任期二年，連選得連任一次。理事、監事均由會員代表大會就會員中選舉之，概屬無給職，其任期三年，連選得連任一次。律師法第十八條第二項明文規定律師公會之理事、監事任期「三」年。惟人民團體法第二十條則規定理事、監事任期不得超過四年。本會理事、監事任期，應予研討確定。

第十九條：理事、監事、常務理監事之選舉採無記名連記法，以得票較多數者為當選，票數相同時以抽籤定之，候補理監事以得票次多數者當選，票數相同者以抽籤定之。理事長之選舉採無記名單記法，以得票多數者為當選，票數相同時以抽籤定之。

第二十條：理事長應將本會每月款項收支情形，連同有關單據簿冊提出理事會報告後交監事會審核。

第二十一條：理事、監事、常務理事、常務監事、理事長有廢弛職務或違反律師法或本會章程規定之情事者，得依有關法令規定罷免之。

第二十二條：本會出席上級公會之會員代表，由會員代表大會以無記名連記法選派之，當選人不限於理事、監事、會員代表。

第二十三條：本會置祕書長一人、副祕書長一至二人、事務員若干人，由理事會通過聘用之，受理事長之指揮監督辦理日常事務，在辦理監事會事務時應兼受常務監事之指揮監督。祕書長、副祕書長均無給職，由會員中聘任之，其任期與該屆理事同，但不得由現任監事中聘任之。

第六章 會議

第二十四條：本會會議分左列四種：一、會員代表大會每年舉行一次，由理事會決議召開之，應於十五日前通知各會員代表。但理事會認為必要或經會員代表五分之一以上之請求，或監事會函請召開時，應舉行臨時會員代表大會，其開會通知經送達而能適時到會者得不受上開日期限制。二、理事會每三個月至少舉行一次，由理事長於會議七日前通知。如經理事三分之一之提議應召開臨時會議。三、監事會議每三個月至少舉行一次，由常務監事於會議七日前通知。如經監事三分之一之提議應召開臨時會議。四、理事監事聯席會議：公會之會務與業務涉及理事會及監事會之職權，須共同協議時，得召開理事監事聯席會議，其決議各有理事，監事過半數之出席，出席理事、監事各過半數之同意行之。

第二十五條：會員代表大會須有二分之一以上會員代表出席方得開會，如出席會員代表不足法定人數再行召集時，其連續缺席者應于會員代表總數內扣除計算之。但出席人數不得少於會員代表總數三分之一，如仍不足出席人數，由主管機關依法處理。

第二十六條：理事會議、監事會議及理事、監事聯席會議須有理事、監事過半數之出席方得開會，候補理事、候補監事均得列席。前項會議理事、監事均應親自出席，不得委託他人代理，除公假外，連續請假二次以缺席一次論，如連續缺席滿二個會次者視同辭職，由候補理事、候補監事依次遞補。

第二十七條： 會員代表大會、理事會議或理事、監事聯席會議，均由理事長擔任主席，監事會議由常務監事擔任主席。

第二十八條： 會議事件以出席過半數之同意決定之。可否同數時取決於主席。

第二十九條： 會議事件與理事、監事或會員有關係者，應停止其表決權，但得陳述事實或意見。

第三十條： 本會各種會議，均須在會前依照規定函報台南市政府及台灣台南地方法院檢察署。本會召開會員代表大會，應於會前函報台南市政府及台灣台南地方法院檢察署。爰將本條各種會議修正為會員代表大會，以求明確。

第三十一條： 本會會費之預算決算，於每年終了一個月以內造具總報告表提出會員代表大會通過，呈報主管官署備案。本會會費之預算決算，應於每年度造具總報告表提出會員代表大會通過，陳報主管機關備案。本條原規定預算、決算於每年終了一個月以內提出予會員代表大會，間接限定會員代表大會之開會日期，且與現實不符，故修正為每年度；另將「呈」報修正為「陳」報。

第三十二條： 會計年度以每年一月一日起至同年十二月末日止。

第七章 酬金

第三十三條： 會員受當事人之委託辦理訴訟案件，其收受酬金辦法，左列兩種，由當事人自擇以契約定之。甲：分收酬金一、 討論案情每小時不得逾新台幣（以下同）伍仟元。但不足一小時者以一小時計算。二、 到法院抄閱、影印文件每次不得逾伍仟元。三、 接見犯罪嫌疑人，羈押中之被告、收容中之少年、在監受刑人或保安處分執行中之受處分人，每次不得逾壹萬元。四、 撰擬函件每件不得逾壹萬元，但案情繁雜或特殊者，得增加之。五、 出具專供委託人參考之意見書及其他文件，每件不得逾貳萬元，但案情繁雜或特殊者，得增加之。六、 偵查中或審理中出庭費，每次不得逾壹萬元，但案情繁雜或特殊者，得增加之。七、 撰擬民、刑事偵查及各審書狀每件不得逾伍萬元。八、 調查證據每件不得逾壹萬元。九、 赴台灣台南地方法院管轄外辦理當事人委託事項者，除依各該款收取酬金之標準外，得增加之。乙：總收酬金一、 辦理民事案件第一、第二、第三審收受酬金總額每審不得逾參拾萬元，如訴訟標的金額或價額在壹仟萬元以上或案情繁雜之非財產權之訴訟者，其酬金得增加之。二、 辦理刑事案件，在司法警察機關調查中收受酬金總額不得逾壹拾萬元，在檢察官偵查中收受酬金不得逾壹拾伍萬元，如案情重大或因委託人有特別身分地位者，其酬金得增加之。三、 辦理刑事案件第一、第二、第三審收受酬金總額，每審不得逾參拾萬元，如案情重大或因委託人有特別身分地位者，其酬金得增加之。四、 辦理民刑事抗告、再審、刑事非常上訴案件而查閱卷宗，詳研案情、法令、並撰狀敘述研究所得之理由者，收受酬金準用前第一款及第三款該審級總收酬金之規定。

會員受當事人之委託辦理訴訟案件，其收受酬金辦法得參考左列三種，由當事人自擇以契約定之。甲：分收酬金一、 討論案情每小時不得逾新台幣（以下同）陸仟元。但不足一小時者以一小時計算。二、 到法院抄閱、影印文件每次不得逾伍仟元。三、 接見犯罪嫌疑人，羈押中之被告、收容中之少年、在監受刑人或保安處分執行中之受處分人，每次不得逾壹萬元。四、 撰擬函件每件不得逾壹萬元，但案情繁雜或特殊者，得增加之。五、 出具專供委託人參考之意見書及其他文件，每件不得逾貳萬元，但案情繁雜或特殊者，

得增加之。六、偵查中或審理中出庭費，每次不得逾壹萬元，但案情繁雜或特殊者，得增加之。七、撰擬民、刑事偵查及各審書狀每件不得逾伍萬元。八、調查證據每件不得逾伍萬元。九、赴台灣台南地方法院管轄外辦理當事人委託事項者，除依各該款收取酬金之標準外，得增加之。乙：總收酬金一、辦理民事案件第一、第二、第三審收受酬金總額每審不得逾參拾萬元，如訴訟標的金額或價額在壹仟萬元以上或案情繁雜之非財產權之訴訟者，其酬金得增加之。二、辦理刑事案件，在司法警察機關調查中收受酬金總額不得逾壹拾萬元，在檢察官偵查中收受酬金不得逾壹拾伍萬元，如案情重大或因委託人有特別身分地位者，其酬金得增加之。三、辦理刑事案件第一、第二、第三審收受酬金總額，每審不得逾參拾萬元，如案情重大或因委託人有特別身分地位者，其酬金得增加之。四、辦理民事抗告、再審、刑事非常上訴案件而查閱卷宗，詳研案情、法令、並撰狀敘述研究所得之理由者，收受酬金準用前第一款及第三款該審級總收酬金之規定。丙：按時計算酬金按工作時數計算酬金者，每小時收費宜於捌仟元以下，但案情複雜或特殊者，得酌增至壹萬貳仟元。

1.甲、分收酬金部分第一款，將討論案情之酬金由每小時伍仟元修正為每小時陸仟元；第八款調查證據由每件不得逾壹萬元修正為不得逾伍萬元。2.增訂丙按時計算酬金，以符時趨。

第三十四條：辦理非訟事件、民事執行、和解、調解、訴願、再訴願、行政訴訟、國家賠償協議事件、仲裁事件、財務罰鍰及執行案件之酬金，準用辦理民事案件分收酬金或總收酬金之規定。辦理少年管訓事件、治安法庭事件、妨害社會秩序維護法事件，準用辦理刑事案件分收酬金總收酬金之規定。辦理非訟事件、民事執行、和解、調解、訴願、行政訴訟、國家賠償協議事件、仲裁事件、財務罰鍰及執行案件之酬金，準用辦理民事案件收受酬金之規定。辦理少年事件、感訓案件、妨害社會秩序維護法案件，準用辦理刑事案件收受酬金之規定。1.訴願法修正後已無再訴願乙項，爰刪除之。2.少年管訓事件修正為少年事件；治安法庭事件修正為感訓案件，妨害社會秩序維護法事件修正為妨害社會秩序維護法案件。

第三十五條：會員辦理平民法律扶助事宜及各級法院指定辯護之案件均不得收受酬金。

第八章 平民法律扶助

第三十六條：本會辦理平民法律扶助事項之範圍如左：一、民刑事訴訟案件及行政訴訟與非訟事件。二、解答法律疑問。三、其他有關平民法律扶助事項。

第三十七條：平民請求法律扶助，以無資力負擔律師酬金者為限，必要時應提出鄰居二人以上或村里長之證明書。

第三十八條：本會會員應依輪次表輪值於本會設置之平民法律服務中心，承辦平民法律扶助事項，但平民口頭提出之法律疑問及其他有時間性之平民法律扶助事項，應由理監事隨時承辦之。

第三十九條：會員辦理平民法律扶助事項，應遵守律師法及本章程，並由本會理事會監督之。

第四十條：本會辦理平民法律扶助實施要點，另行擬訂陳報台灣台南地方法院檢察署轉法務部核准。

第九章 風紀

第四十一條 會員與當事人訂立委任契約，不得以受理案件之機關將來辦理結果為給付酬金多寡之條件。

第四十二條： 會員辦理當事人委託之案件應嚴守秘密。

第四十三條： 會員辦理當事人委託之事件，應迅速進行不得拖延。

第四十四條： 會員對於當事人委託代領代收之款項物件應隨時送交。

第四十五條： 會員不得阻止當事人之和息。

第四十六條： 會員不得為誇大性質之宣傳。

第四十七條： 會員不得刊登含有恐嚇或妨害他人名譽信用等性質之廣告。

第四十八條： 會員到庭應穿制服。

第四十九條： 會員在庭發言應起立。

第五十條： 會員出庭辯論不得言語詼諧舉動輕慢。

第五十一條： 會員出庭辯論不得涉及無關本案之事項。

第五十二條： 會員撰擬書狀應自留稿存查並備同式繕本送交委託之當事人。

第五十三條： 會員證明契約遺囑及其他文件應自留稿存查。

第五十四條： 會員對於前二條各種文件須簽名蓋章，添註塗改及騎縫處並應蓋章。

第五十五條： 會員違反律師法、律師倫理規範、本章程之規定者，得經會員代表大會或理事監事聯席會議之決議命其注意，情節重大者，送請相關機關處理。

第十章 附則 原編列於第五十五條前，惟觀第五十五條乃關於風紀之規定，故應列入第九章風紀章內，爰將第十章附則修正列於第五十六條前。

第五十六條： 本會應依上級公會章程規定繳納會費。 本會依律師法之規定參加中華民國律師公會全國聯合會。 上級公會乙語與現況不符，修正之；並明定本會參加全國律師公會聯合會之法源依據。

第五十七條： 本章程如有未盡事宜得由會員代表大會修改之。

第五十八條： 本章程應報經台灣台南地方法院檢察署層轉法務部核准，並報請台南市政府備案；變更時亦同

「台灣司法史」演講稿

劉恆奴小姐

一、序言:司法史的概念

各位來賓大家好，其實今天來這邊演講的，本來應該是我的指導老師台大法律系王泰升教授，但是不巧他人現在正在哈佛進修，時間上沒有辦法配合，不好意思，只好由弟子替老師來講了。當然，學生的學養絕對比不上老師，在此，希望就自己粗淺的了解與基本的認識，跟大家一起輕鬆的來聊一下台灣司法史變動的過程，也希望不會談的太枯燥，讓大家睡著。我們的時間大概是一個半小時，我會盡量控制；如果大家覺得麥克風音量太大或太小的話，也請跟我反應一下。

提到「司法史」，首先來談談司法史的內容究竟要討論什麼？很多人講到司法的時候，第一個想到的就是「制度」。制度這種東西當然是由人建立的，可是，當我們討論台灣的司

法制度時，如果從現在的眼光、以現代的標準往以前看的話，就是，如果我們拿目前從西方、歐洲引進的這一套司法制度的標準來看的話，我們會質疑，過去台灣是不是不存在司法制度呢？

事實上，如果標準不要定的那麼嚴格，凡是有人的地方必然會有紛爭，有紛爭就必須要解決，大家就要想出一些解決的辦法，然後漸漸地便會產生出比較複雜的解決機制。若從這樣一個角度來觀察，連小朋友在玩遊戲的時候，總是會漸漸訂出一些遊戲規則，如果大家談不攏，認為有人沒有遵守規則，可能就會找個人來作裁判。類此，觀察社會紛爭解決方式的演變，事實上慢慢就會確立裁斷這樣的一個機制，漸漸衍生出解決紛爭的「司法制度」，因為這是社會演變的一個需要。這樣的發展歷程如果配合我們台灣法律變遷的歷史來看，一般來講，我們可以依照統治政權的不同，分成幾個時期，來看曾在台灣存在的「司法」多元、多樣的演變情況。

二、原住民時期

以目前的研究成果來看，我們大概可以確定台灣約三、四萬年前就有人住，換言之，在這個島上很早就有屬於南島民族的原住民出現。台灣的原住民我們通常講「九族」，事實上不止九族。由於原住民同胞過去沒有文字，我們所說的這些族或那些族，目前看來可能都是依據外人來台灣，比如說荷蘭人、西班牙人、日本人或明清時期漢人這些外人來到台灣以後，對原住民進行的調查而來。我們現在對原住民的一些瞭解，基本上是透過這些「外族」的眼睛，以外族的文字記載，或是藉助外族的拼音字母，留下一些新的拼音文字紀錄。根據這些他族的記載，去拼湊原住民族的過去。

例如，就原住民族的族名來說，我們現在會說這一個族叫「阿美族」，那一個族叫「泰雅族」，這些稱號某程度是依照日本時代日本人對當時台灣「高砂族」的調查報告的分類紀錄而來。當時可能是藉助一種訪談的方式，由調查人員將接受訪談的不同聚落原住民對自己的稱呼方式，以日文拼音拼出來。慢慢地，依照不同人種、聚落去區分這一族叫什麼、那一族叫什麼。

原住民的社會運作的方式比較傾向於一般所說的世代口傳相沿的「部落法」，但是各個地方不同族群間發展出的社會機制也不太一樣。比如說有些族是母系社會、有的卻是父系社會，有的族有稱王、稱頭目的、有的又是以長老議會的方式在運作。不同的部落社會發展出不同的社會機制，各部族解決紛爭的司法運作也不盡相同。

一般來說，我們可以看到原住民他們比較特殊的一些司法的情形，大部分的部落由長老議會或頭目居間協調。如果有人犯錯或違反部族的決議，通常比較不傾向用死刑，可能會用類似贖金賠償的方式或是逐出族居地方等方式做為懲罰。而且原住民有的崇尚祖靈、相信神判，表現出來的一些審判方式和我們的一些想法可能就不太一樣，他們的運作模式和現在的情形差異蠻大的。

三、荷西時期（1624-1662）

到了荷蘭、西班牙時代，大約是一六二四年到一六六二年左右。一般說來，荷蘭人與西班牙人已開始根據當時的「國際法」模式進入台灣。他們剛開始渡海來台，先是跟原住民做交易，把一些布匹賣給原住民，然後跟他們換地，以買賣、互易之交易方式取得土地的所有權與主權。到後來，他們開始主張「無主地先占」或是赤裸裸用武力攻占，再逼迫簽

約讓地。

當他們擁有部分土地主權的時候，某程度就把他們在歐洲的生活方式，包括歐洲式法律制度、司法模式帶進來。我們可以發現，荷蘭人當初來台灣採取了公司式（荷屬東印度公司）的統治模式，以一種類似商業經營的模式來統治。這樣一個模式運用董事會的方式在做決議，派任總督駐爪哇、台灣這些地方。歐洲人的勢力常常是結合著商業跟宗教一起過來的，他們也有很多傳教士和神父一起來台灣，有些擔負起刑事審查、刑事處理的工作。當時，他們處理各種問題所依據的法律，以現在的了解，大概是以一種「分而治之」的屬人方式規範。就是看你是荷蘭人、原住民還是漢族，依不同人自己歸屬族群的規範來處理。在處理紛爭的模式上，當時已經有類似檢察官、法院的制度來做司法的處理。這個部分相當的有趣，不過目前的研究成果還不是那麼多。這個時期可能是台灣第一次接觸到西方式法院的這樣的一個司法運作模式。換言之，西方式司法運作，在荷蘭、西班牙殖民台灣之時，可能就已輸入台灣。不過，因為後來鄭成功來台，以武力將西人勢力趕出台灣，所以這個時期非常的短暫，而且接觸的模式也是沒有那麼固定，因而這種西方殖民法制的影響到後來可以說相當有限。

四、鄭氏王朝（1661-1683）

一六六一年，鄭氏王朝（明鄭）來到台灣。事實上他們是以武力打敗荷蘭人，依當時國際法與荷蘭人簽約進行主權移轉。荷蘭人依約交出主權，同時也交出了審判權，那時鄭氏王朝採取軍事統治的方式，在紛爭解決上相當程度類似軍事審判的情形，他們是以屯田、軍統方式治理台灣，屬於漢族法系，嚴刑峻罰。政制上分為吏戶禮兵刑工，刑部即是掌理「司法」事務之單位。但平埔族、原住民族多半自治，且高山族並未被劃入領土中。鄭氏後代鄭經被稱為台灣王，他還是希望能打回去，而鄭氏王朝的統治中樞的確有相當長的一段時間是在廈門。事實上，鄭氏統治的方式沿用大陸內地漢人的制度，加上一些特殊色彩，他們還保留明朝吏戶禮兵刑工這類組織，由「刑部」負責司法部分的處理。

在原住民統治方面，一直延續到清朝甚至到日本統治的初期，官方可能只統治了平埔族。因為當時中央山脈的另外一邊都還不算在管轄範圍內。官方的處理方式往往就是立很多的土牛界、建很多的石碑番界，嚴罰越界的漢人，並告訴漢人高山族有獵人頭的「番害」，不要上去，也同時防止番人下山來與漢人結合。事實上，這些界線以當時漢人族群來想，就是覺得不要讓高山族來出草或傷害到漢人，但這種規定某種程度反而附帶的保住原住民居住文化的完整性。但就實際運作情形觀察，還是常有漢人侵入高山族生活圈，以各種方式將他們的土地拿過來，造成原住民的生存的空間和財產慢慢轉移到漢人手上。大家應該聽說過「有唐山公沒有唐山媽」的俗諺，就是因為漢人移民渡海來台後，常有跟原住民女子通婚的情形。由於部分原住民部落屬於母系社會，由母系繼承財產。當原住民女子嫁給漢人之後，又順著漢人社會的習慣改成父系繼承，她從原住民長輩那邊繼承過來的財產於是轉給漢人男性子嗣。或者說，有一些漢人會用一些變巧的手法，譬如官方規定不可以侵害原住民的土地，那他就會說我們是用買賣、用租、用頂的方式移轉的，甚至用不等價、近乎欺騙的方式取得。這個時期漢番間土地紛爭蠻多，相當值得研究。

五、清代（1683-1895）

清朝在台灣統治了二百一十二年，清朝的統治模式，他的法律制度事實上是從春秋戰國時

代李悝的法經、秦律、唐律、宋律這樣一脈相承到大清律例的這樣一個傳統中國法制走下來。

在審判程序上，就是典型傳統中國法的模式。這個模式，大家最容易感受的，莫過於我們以前看的包公案，施公案等連續劇的樣子。一上公堂來就喊大膽刁民，然後驚堂木啪一聲拍下去的那種審理方式。這種審理程序的特色在於司法審判本身不屬於我們現在觀念上三權或五權分立的脈絡下建立的西方式司法。那時的司法，其實是行政事務的一環。為了統治權治安的需要，要治理地方不亂而必須的處理紛爭程序，所以是行政事務的一環。通常的說法，傳統中國司法的模式屬於一種縣太爺「父母官式」的模式。這樣的司法模式就是為了要治安要統治，那它必須要處理地方發生的紛爭。它處理紛爭的方式就是要解決問題，恢復秩序。過去也不會有現在西方所講的人權這些觀念，所以不管是原告、被告、證人，依照現在的話來講，都同樣屬於解決問題的一個證據方法。只要是對真相水落石出的發現有必要的情況，就算你是無辜的被害人或偶然的目擊者，只要我認為有必要，通通都是可以用刑、可以取供的對象。

現代西方式司法跟我們過去傳統中國司法模式有一個根本思想上深層的不同之處，就是對於「真實」的看法歧異。兩者對於什麼是真實？有沒有可能發現真實？這樣的事情看法是不一樣的。西方人在觀念上可能會覺得說只有神才會知道事情的真相。因為我是人，法官也只是人，那麼對於一件事情到底真相如何，身為人類的我們只能盡可能地去逼近，盡量去發現。所以他們力求在這個發現程序上去規定出一個盡量逼近公平的程序，講究程序正義、程序保障。就好像說我今天經過這樣一個審判程序，一個大家認為公正的程序，最後發現的事實，得出的審判結果，無論是否是「真正的真實」，大家都承認經過這樣的程序後就「確定」下來了。在人世間的法律上就認定是一個終局確定的結果。可是在傳統中國，我們會認為法官就是應該聽訟神明，甚至日審陽、夜斷陰。我們賦予審判者神明般的角色。認為真相絕對是可以發現的，只要是清明好官，晚上睡覺也會有神鬼托夢，廉明公正的人最後一定有能力可以發現水落石出的真實。若日後當事人不服，央求不同的審判者審理，推斷出不同的真實，那顯然就是先前的審判者能力不足，不能明辨真相，先前的審理結果照樣可以被推翻。換言之，在觀念上並沒有一個真正終局確定的程序概念。

雖然說像戶婚田土錢債這類案件（就是我們一般講的民事、微罪這一類的部分），在大清律例規定上屬於小案，原則上只要州縣這一級就可以自理，縣衙門這一級就有權決定。但如果是比較重大的案件，就要往上送，最嚴重的，譬如說涉及死刑、流刑的人命案件，通常要到皇帝那邊才能定奪。但這其實是一種行政管考制度，依事件輕重分層級定奪、分層級審核，以層層行政管控的方式來維持、掌控各級單位斷案品質。要特別注意，這種制度絕對不能用我們現在的審級制程序保障來思考。

再者，傳統中國式司法的一個重要目的，還在於讓子民甘服、遵依。父母官式的司法解決方式，不但要發現絕對的真實是什麼，還要人民知錯認罪。心甘情願、心悅誠服的接受裁斷結果也是一種教化方式。所以，取得自白這件事與還原絕對真實幾乎處於同等重要的地位。而在程序上，追求水落石出的過程並沒有一個喊停的終點機制。只要不服，仍然可以上控、京控一直告上去。因為糾紛審理在規劃上屬於行政事務的一部分，並不是一個獨立的制度。如果今天一個案件，在縣太爺那邊得到的堂諭審理結果，你覺得不公、不服，還

是可以上控、繼續告下去，或是等到新官上任再舊案重提、要求翻案。假如獲得重新處理而發現不同事實時，仍然可以翻轉之前認定的審理結果。之前的審理結果如被上面認定為「錯判」，發現事實或處理有誤的官員，就會遭受行政處分，甚至反坐錯判部分的那個罪。總言之，機制上就是用行政管控的方式對官員的審理品質作一種控制。制度的設計前提是認為真相永遠可能真的被挖掘重現；審判者必須查明真實，並且要處理到聽斷之人心服口服、遵依具結而不再上告，才算真正做到定紛止爭，才是整個司法最終要達到的目的。

所以傳統中國整個有關審理案件的預設想法、整個機制設計都跟現在繼受自西方的制度設計不太一樣。但我們不難觀察到，這樣的想法，即使現在整個訴訟制度已經改弦更張，還是無形中在文化的層面留下相當多的影響。

在現在的法律文化中，常常可以看到民眾認為自己有理受冤屈時，無論程序上如何三審定讞、最後終局了，還是堅持要力爭到底，一再去各單位陳情、彈劾。因為人民心中其實一直存在一種追求絕對真實的翻案文化，認為自己認定的真相遲早都可以被聖明的審判者發現、翻轉。很難去說服大眾思考、接受現行西式制度設計下追求程序保障跟程序正義的規定，說服大眾接受法官非神，未必萬能聖明，最後的審判結果即使不是你心中認定的理想結果，如果是經過符合正義的程序，我們就必須要接受這個案件確定下來的這個結果，就是這個程序運作下最逼近真實的結果，所以這個案件在司法上已經終結。

又如我們觀察現代刑事審判上「自白」的地位，在刑事訴訟法未修正減低自白的效力之前，取得被告的認罪自白，或說「取供」這件事，在刑事調查、審理實務上都是非常重要的工作。為什麼看的那麼重？事實上，如果從傳統的法文化意義裡觀察，自白表彰的往往不只是單純一個口供證詞的證據力而已，還隱含了受審判者心悅臣服的象徵。即使有其他證據可資佐證，實務上還是要嫌犯自白，這也是傳統中國法律文化基本思維不同的一種表現。

在傳統中國法的審判機制中，我們可以觀察歸納出相當多的特色。譬如說，它是一個家族主義的制度，或者說，它是用一套我們所熟知的三綱五常所規範的親疏遠近、貴賤尊卑倫常關係為骨架建構出來的，規範上直接將君臣父子兄弟這些人倫關係藉由套用喪服的服制規定直接吸納、灌注到整個法律體制內，是一種君父權統治模式。整套傳統中國法制本身人倫身份色彩濃厚，跟現在所說的人人平等、個人自己責任這些觀念完全不一樣。甚至以前認為女子、兒童在法律上地位從屬，女子若要告官，必須要家長、丈夫等人協助擔任「抱告」來代理她。大家在一些電影、電視劇上也常可看到，比如說她如果要自己來告，制度上可能也要先被官廳處罰，先被打一頓後才能告。而如果晚輩要告自己的尊長，制度上因為有違倫常，根本就不准許；但若尊長違犯的行為是謀反、叛亂等危及皇權的罪，因為君臣之倫在鞏固皇權的思想下地位當然遠高於父子之倫，自然又另當別論，例外准許、甚至是要人民要「移孝作忠」、「君權至上」。

就是因為傳統法制的這些身份階級等設計，在古代，不是每個人都能享有相當於現代法律上的「人」這樣一個地位、資格的。跟現在法律上認為人之權利能力始於出生、終於死亡等概念都是完全不一樣的。諸此之類，在實際運作上傳統中國法制有很多背後的深層精神與現代法制其實是不同的，很多人面對著現代司法的運作，腦子裡其實還不太能夠從傳統

法制文化思維中轉過來，有時候是法制教育、思想文化上沒有辦法那麼快的因應法制變革一夕扭轉。

另外，提到縣太爺式的審判方式，一般人第一個會想到的常是「衙門八字開，有理無錢莫進來」。為什麼錢這麼重要？因為過去的整個訴訟結構，一般的學者會說那時是一種「制度性貪污」的結構。為什麼講「制度性貪污」，因為在規範上就要求官員本身要養廉，制度上不給你太多錢。而可能中央本身，並不願意在司法這種事務上投下太多的資本。在經費運用上可能並不認為在這上面投資是必要的、是划算的，所以在這方面並沒有很多的經費。仔細觀察衙門裡的工作人員，你會發覺很多人根本不是官方體制內聘請的人，有些甚至是縣太爺自費聘來協助的，例如有名的紹興師爺、家丁之類的。而就算是體制內的人，有些還屬於沒有薪水的賤民，來衙門當差服勞役的。這些衙門差役沒有薪水怎麼過活？當然就是靠「使用者付費」生存。凡是要進衙門來辦事或要我出馬協助的人只要必須透過我就是要付錢，當然，有些費用看起來可能還算合理的規費，有些可能就屬於吏治不彰，需索紅包、貪污等情形。如果不允許收取這些錢的話，衙門本身可能很難順利運作下去。所以我們說那種制度延續下來的法文化，以現代人的眼光來看就是紅包文化，或是總覺得進衙門、法院一定要送錢才能辦事。也因此以前人會認為「訟終凶」，上衙門就是傾家蕩產、被打啊！就是什麼事都由不得自己就對了。事實上觀察過往的訴訟制度的確也相去不遠。除了我們剛剛談到的制度性貪污問題，無論你是原告、被告、證人，也不管告的是什麼，一個人若不是有功名官員、皇親國戚之類的，可以享有「刑不上大夫」的特權的，一旦進入衙門後，真的很難掌控自己的命運。因為個人所認定的真實，在過去人治的社會中，就是廉明公正的縣太爺自行判斷的部分。縣太爺如何去求取真實？要使用什麼樣的手段調查？依當時律法是被賦予相當大的權限的。所以說不要太誇張的刑求啦！先打五十大板再逼供取供這些行為全都是許可的。在過去的體制裡，只要能夠追得出真實來，不管你是聲稱被害的原告，是證人，甚至是到衙門看公審熱鬧的人，照樣都可能殃及。只要縣官覺得有疑點就可以用刑，看你吐不吐實。所以說很可能發生一個人被人欺負氣不過去告官，結果先被官府抓起來打一頓的情形。像這類現代人覺得匪夷所思的情況，一般人很難去預期或控制。我們舉一個例子好了，像過去大家認為最好的司法人員的典範就是包青天，即使是包公這樣一個受到大家歌頌的好官，在有些民間傳說的案件故事裡，都不難看到使用種種現在我們認為相當恐怖的手段進行訴訟審理的。不只是說會打人、會刑求。有一個案子是有個人揪住另一個人進官府，向包公控訴說對方強佔他的一把雨傘，接著兩個人當庭爭執起這把雨傘是誰的。結果包公就想出一個非常偉大的方式，就是二話不說，當下把傘拆成兩半分還兩人，然後託口兩人竟然為了這種小事來麻煩官府，又把兩人都打一頓趕出去。之後，再派個人尾隨觀察兩人中誰罵的比較大聲，怨氣較重，藉以暗地觀察誰比較心疼，據以論斷那個人應當是正主。比如兩人中甲罵的比較大聲，就認定甲應該是比較委屈的一方，再把雙方重新叫回來，叫乙賠償甲錢。故事最後還安插個恰巧看到全局發展的路人，稱頌包公聖明一番。你想想看，原先其實只是要確認雨傘所有權這樣的一件事，結果不但主張的標的物雨傘被官方毀壞，物主還必須先陪著被打了一頓，才能換得損害賠償的認定。依故事設定，路邊顯然就有目擊證人可查，物主還必須經歷這樣不可思議的審理歷程，以現代的角度來看，實在是英明的令人害怕。最後呢！由於審理結果符合了「真

相水落石出」的要求（藉由綜觀全局目擊路人的驗證），仍被認為斷案神明，不斷流傳。

這件案件在現代的訴訟制度上看來基本上屬於民事事項，不告不理，或是說超過訴訟標的的範圍，是不會主動超越訴訟請求去裁判的，基本上當事人請求什麼、才裁判什麼，沒有請求的部分，法官也不會去判，審理結果必定在請求的範圍內，較能預期，更不可能任由法官以毀損訴訟標的或刑求的方式為調查手段。但傳統思想脈絡的考慮點就是不一樣，過去的人可能認為只要最後能夠清查出現實，就是斷案的最高目標。為達這個目標，幾乎可以不計一切過程、任何代價。

當我們談到過往司法史的運作時，應當要認知到過去司法在制度設計上是行政事務的一環，司法工作其實就是一種為安邦止亂所必要的「定紛止爭」業務，由縣太爺來兼理的，與一般政務並無不同，也是以內部行政管控方式規範，法規處理的多半是「官吏」遇到某種情形該如何處理。很難用現在眼光去苛責舊制違反司法獨立、或是行政干涉司法。因為行政與司法制度設計上根本就是一體。官員辦案的成效如何，也是透過官僚體系上下監督賞罰的考核、覆核方式來查核妥當性。

如果有興趣想要對十九世紀清治時期官府斷案的真正運作情況有所了解的話，其實不是不可能，蠻幸運的，台灣還留存了「淡新檔案」- 清代淡水、新竹衙門的一些訴訟審判資料。這些百年文獻是非常珍貴的國際級資料，由戴炎輝教授花了畢生的心力整理出來。許多國內外學者透過這些珍貴史料分析過去地方州縣層級衙門的訴訟運作實務或做社會史重建等研究。

「淡新檔案」中保留的民人訴狀、縣官堂諭、傳票等等都相當有趣。透過淡新檔案，可以看到衙門的運作模式往往是為了行政便利設計，官府肯花時間為人民排解糾紛本身就是一種恩惠了，並不會認真考慮當事人的需要。隨便舉個例子，例如當時的訴狀是畫格子的（大家可以用稿紙、存證信函之類的格式來想像），一張好像是 360 格，呈狀依規定不准字數超過。這種規定想必是希望呈狀人陳述精簡些。但所有想申的冤告的狀都一定要在格數中完成，不准雙行書寫，不准超過格子外書寫，還有違反的處罰規定，規定得非常嚴格。但真的坐下來一件件去翻閱，不禁發現，其實是訂法嚴、執法鬆。狀紙後面明明白白的寫說禁止雙行書寫，不可以超過格子，可是很多訴訟卷宗中的呈狀，不但字數超過，連雙行書寫都屢見不鮮，沒有依規定書寫的「違式」狀子比比皆是。但官府依然照收、照判不誤，顯然這種嚴格的規定空為具文，並沒有被嚴格的落實。這種把規矩立得很嚴，但不要切實執行還看官方態度的執法文化、這種「傳統」就算到今天大家應當也不陌生。所以我們說傳統法規雖然已經被西方式法律取代，但法律文化的傳承脈絡久遠，不是立即就會改變的。從歷史上去看是非常有意思的。

六、日治時期（1895-1945）

再來，日本人來了。大家熟知的一八九五年甲午戰爭，中日馬關條約清廷割讓台灣，改變了台人命運。日人殖民當然要先平定所謂的「土匪」，土匪到底有哪些類別，究竟都是義民、抗日英雄，還是有的真是打家劫舍的匪徒？一直是歷史界相當有意思的討論。但比起清朝天高皇帝遠的統治方式，日本對台統治真正做到嚴密的警察國家統治方式。用警察配合地方保甲等制度，徹底清查戶籍、地政、舊慣等等，以前所未有的精密數字掌控到近乎

滴水不漏的情形。如果有人有興趣可以去看黃仁宇先生的以「大歷史」理論寫的書，可以發現他對傳統中國的一個重大批評，在於官僚體系，從組織結構上「不能在數目字上管理」。整個中國統治主要依賴道德或概念式的架構管理，沒有辦法細緻的來管理。可是這個時候的日本已經是明治維新後的新興資本主義帝國，他們不惜鉅資花下人力、物力清理調查，就是為了替推行已在日本建立的一套資本主義近代西方體制鋪路。在法制方面，原則上就是將那套已經在日本運作的西方法陸續選擇性的搬來台灣用。

觀察日本在台灣推行日本式西方法制，步伐還算穩健，除了最早期軍事鎮壓、鞏固政權時期一、二年曾實施非常短暫的軍法統治，此後就進入民政、正常司法運作的時期，這個時期日人引入了西方式的法院與審級訴訟體制。回顧過去日人在台灣推行的很多規劃，其實是把台灣當成殖民地來看，不是真心為台灣人民設想，但為了統治便利，真的作了許多長遠的規劃，譬如說開路，開的很大條，譬如說規劃都市、蓋法院這些建設。日人並不是籌畫那種臨時、馬上要走人的規劃，看起來真的都是為了百年長治久安的長期計畫。因為投入非常多人力物力在硬體建設與前期的調查清理等，日人最初在台灣財政支出有好一陣子是負債，負債到他們國會都在抗議，還產生法國願意用幾億元將台灣買去，看日本願不願意的討論。因為當時的台灣對日本而言是個賠錢的地方，日本人繳稅，被政府拿到台灣來蓋一大堆東西，蓋法院、總督府。日本政府砸錢在奠定統治台灣的百年基業上，短時間看不到回收，其實在日本國內受到相當大的批評，但今天看來仍不得不佩服當初殖民統治者的眼光久遠。

日本總督、民政長官統治台灣帶點社會達爾文主義的想法，對台灣的治理採取所謂「生物學的統治法」，這可能跟初期的民政長官後藤是醫生有關。他認為不能讓一個人或一個地方一下子做一個劇烈的轉換，要尊重他既有的發展，改變必須慢慢來。認為當時的台灣與日本處於不同的發展階段，所以制度變革不能瞬間替代，對台灣事務要「特別」處理，不能與日本一概而論，急於套用日本現制，所以採取「特別法」統治。當然，這樣的選擇使得殖民統治者的自主權限大增，絕對是採行這種政策的關鍵性考量。為方便統治，當時日人以所謂的「六三法」，或是後來的「三一法」特別彈性授權予台灣總督府，可以用一個命令，將想要用到台灣的法律的日本法律直接全部或部分用於台灣，而不願意挪用日本法律的，也可以依台灣情勢另外立法，給他很大的轉圜空間。

當時，具現代意義的司法制度剛開始在台灣生根萌芽。日人一到台灣就相當重視法院體制的規劃，從地方法院、覆審法院蓋起，然後就馬上招募人馬運作。剛開始由於台灣公共衛生狀況不好，日人來台死於瘟疫或其他熱帶疾病的，比戰死的人還多。當時來台工作，被視為一種危險事業，還有外地加給，也就是說日本人來台工作，可以領比內地多的薪水。初期招聘司法人員或行政人員並不容易，因此，初期對司法人員的素質要求並不高，並不要求具備與日本內地同等的資歷，例如檢察官，有些准許警部代理、兼任，但這種情形在人力較充裕後就調整過來。後來很多人認為台人與日人在台灣同工不同酬，可能是早期用人不易的加給制度一直延續，到後來可能就演變為以種族來劃分。

由於適用不同法制，當時司法人員來台灣所受的身份保障其實不如在日本。統治初期發生了著名的「高野孟矩事件」，就是總督府法院方面認為部分總督府行政官員操守有問題要起訴，要告自己人，但總督府想把事情壓下來，演變到要院長下台。院長高野堅持不肯離

開，最後還被警察拖出法院。直到一九一九年，法院體制改革，台灣的司法人員的身分保障才稍微增加一些，但始終不如日本內地。

觀察當時的訴訟實務，雖然當時的身份保障不算好，司法人員卻敢於不顧行政機關指示，依法做出不少明顯違反官方利益的審判結果。比如當時設有「臨時法院」，是專門用來處理政治犯的。但遇到大的政治案件時，司法人員仍敢於認定明顯違反官方利益的判決。雖然當時司法外部獨立的環境不好，卻可以看到司法人員審判上依法依良心做到「內部獨立」的傾向。

我們從一些法院檔案中發現，一八九五年以後就有法院判決產生，距今一百多年前的判決中要求審判的也有很多是台灣人。這顯示了這樣的制度一進來沒多久大家就在用了，可見它被接納的程度蠻高的。從這些法院檔案可以發現許多過去相當有意思的社會事實，譬如說在強制執行卷中可以看到有人欠錢不還，最後查封財產，強制執行文書中看到一百多年前一張八仙桌拍賣價多少。可能在制度轉換的過程中，台人某種程度發現這種制度對他有利，一個制度好用就會被利用，使用過後覺得不錯，慢慢建立一些信賴。們現在還可以看到有些人到國民政府來了以後，還對日本時代的司法有相當程度的懷念，對日籍法官有相當程度的尊重。可見當時司法體制雖然身份保障沒有現在好，可是實際運作狀況卻得到人民信任。所以說制度其實還是要靠人去運作，形塑出優良的文化。

日治時期的法院制度事實上經歷數次更動，但終審權自始至終都在台灣，與日本內地大審院無涉。制度更動大約就是從幾級幾審變動到幾級幾審。當時也有普通法院之外的特殊體制，就是上述為人詬病的臨時法院，專門針對政治犯一審終結的一種處理方式。另外，日治時期很多程序故意訂得和日本不一樣，明顯是為便利殖民統治需求。後來令人印象深刻、被宣告違憲的「違警罰法」以及流氓管訓等規定，其實都是沿用過去日本在台的特殊制度。「違警罰法」賦予台灣警官司法權限，甚至可以監禁、拘捕人民，以行政權侵害人民應得的司法審判保障。另外，當時的民事調停制度，為疏減訟源，統治者參考清代台灣民間糾紛解決的習慣，將調停效力規定得相當強，與日本內地規定不同，也是一種行政擴權侵及司法權的規定。類似這種特別措施蠻多的。在整體運作上可以看到行政權重在統治便利的想法，對西方法治理念的一些核心價值並不是真正尊重。

日治時期台灣的司法人員絕大多數都是從日本來的，清朝的傳統中國法缺乏專業司法人員的訓練養成。在日式教育引入台灣後，台人才有機會接觸近代化的法政教育，經世代更迭，第一個受日本近代法學教育而考取辯護士，晉身專業法律人之階的台灣人，一直到一九一八年（大正七年）才出現。葉清耀先生是明治大學法學博士，也是第一個台籍辯護士。而第一個台灣人在台灣當法官的應該是京都帝大法學部畢業的黃炎生（烏津光行）先生，他到一九三一年後才由日本轉到台灣總督府法院。現在很多人認為日本時代台灣人無法接受法政教育、從事司法工作，事實上不是正確的觀念。或許日本人在台灣屬於少數統治，統治者會非常刻意地去維護統治階級的族群利益，刻意排除台灣人的競爭機會，過去日本官方在台灣實施普及性的基礎國民教育，但對進入高等教育的管道就限制很多，人口位居多數的台灣人考入台灣的高校的名額只有全部名額的四分之一，而少數台灣精英多半選擇醫生一途，所以在台灣根本沒多少人念法政。高等教育部分其實是相當階級的，有錢有勢的台灣人才有能力接受高等教育。而有錢有勢的人很多是跟統治階級站在一起，既然有能

力讀，當然就會選當時社會公認最好的學校去讀，而當時認為最好的學校往往還是在母國日本，日人並未限制台灣人不能到日本內地求學，且台灣籌設台北帝大，已經是後期的建設，所以，雖然數字還不確定，但據日本官方被認為不太確實的估計，一九四三年最少有七、八千台灣人在日本內地接受高等教育，而學者推估的數字則從四萬至六萬人都有。或許因為實用取向（現在醫法仍是最熱門的），據總督府資料顯示，選擇學醫的人數依然最多，超過總數的五分之二。醫生賺錢、社會地位又高，也受到官方的鼓勵。日本政府很早就在台灣建立醫事教育體系，但卻無意願積極在台灣培養法政人才，這也許跟日本高等教育政策上認為法科已供過於求有關，但確實有很多台灣人在日本內地念法政，約佔總數的五分之一。很多人認為日本人不讓台灣人念法政，台灣人只能當醫生，或許不盡合乎史實。當時有辦法的台灣人在日本內地念法政，可以順利進入公認一流學府與日人一較長短，甚至考上日本高等文官考試，進入日本官僚體系。根據目前查到的資料，日治時期至少有一百多位台灣人考上錄取率不高的日本高等文官考試。依個人目前彙整統計結果，一九一八到一九四三年，台籍人士通過日本高等文官考試「行政科」者（取得高等行政官資格），計有劉明朝等三十六人、「司法科」（取得擔任司法官、辯護士資格）或相等「辯護士考試」（1923 之前）者，計有葉清耀等七十七人，其中有二十二人雙榜俱登。換言之，目前蒐集確知通過高等考試的名單合計九十一人。追蹤這些人後來的發展，有的在日本長住，任開業辯護士；有到中國大陸任官的（一位）；也有進入後來中華民國政府體制擔任司法官或官吏的。其中，成為中華民國大法官的四人，曾任五院院長的二人；也有投身政界任民選公職，在台開業律師或轉入教育界成為教授者（台大法律系教授四位）；或轉入銀行界、實業界另創一片天的。值得一提的是，這名單中有八位不幸成為令人哀悼的二二八死難者。

日本內地看起來並不會特別歧視台灣人，他們非常重視學歷與資格，所以今天台灣人有能力考上好學校、甚至考取國家文官考試，去行政機關應徵時，行政機關不會因為你是台灣人而不用你，他們在意的考量點其實是你的學歷是東京帝大還是私立學校，你是大二、大三就考上還是畢業才考上。我們可以在名人回憶錄中看到追憶自己因為就讀東京帝大而受到高度尊重，路人看到穿東大制服的他走在路上還會向他敬禮，讓一個殖民地人民深受感動。或許是這樣的環境讓很多表現優異的人因此不願回到帶有種族歧視的台灣，反而選擇留在日本發展。許多學習法政的人才選擇留在日本，進入日本官僚體系、法院工作，或留在日本當辯護士。

七、國治時期（1945-）

接著，時序到了國府接收的時候。戰爭結束後，日本政府將台灣移交給國民黨政府，一般稱為台灣光復。當時規劃接收的人才相當少，所以呢，一九四五年（民國三十四年）十月、十一月進行接收時，只有台北地方法院有辦法全員接收，其他地方法院都叫各地的台籍法官協助，暫時擔任院長，而各地的日籍法官、檢察官仍然繼續執行業務。所以，現在看到接收初時的法院檔案，明明是寫中華民國幾年幾月的判決書，可是檢察官、法官還是日本人。顯示當時曾有短暫時間重用台籍司法人員、且續用日籍司法人員。但等到中國內地來了很多法官以後，這些日本人的缺就全部被中國法官擠掉了，連台籍法官也卸下暫代高位，回歸基層。原本司法體制裡，台籍司法人員就是少數族群，但等到政權移轉後，人數

也沒有變多。制度上就是以大陸內地來的法官填補日人高位遺缺。整個司法接收的情況，就是硬體部分全盤接收，而人的部分以中國內地的司法人才來填補日本人的遺缺。而法制的承接過程部分，則是由政府頒布了一個命令，下令不再適用一切違反三民主義的日本法制，僅沿用極少數技術性的法規，全面改用中華民國法律。許多法制需要變更，其實都要上呈中央下令，等於是簽呈向上報要怎樣處理，事實上是一個相當混亂的一個局面。那時後的法令，在當時有成立一個法制委員會，專門來審議決定過去時代那些法令可以留下來，最後留個大概二、三百個法律，其它的就廢止，其中有少數不違反三民主義部分可以繼續適用的，一用就再用非常多年，甚至到民國五、六十年都還留著的，像都計方面法規。可以說，日治時期花了二、三十年去轉換的日本法體制，一直到最後還沒有全面推行於台灣；但中國政府一到台灣就開始全面適用中華民國的法律。此外，觀察當時台灣的法制變革，由於一些因應大陸當時特殊時空脈絡需求訂定的戰時法體制未經檢討也跟著政權通通移用於台灣。我們可以看到懲治盜匪、懲治叛亂等法規產生時空不同於台灣的法規在台繼續有效，這也是整個法制轉換中蠻值得探究的部分。這樣的鉅變不會有問題嗎？或許是一個歷史的巧合吧！由於中華民國在大陸的時候，它放棄固有法、改用西式法制制訂的中華民國法典就是透過日本去繼承的，所以說兩國法制規定宛如兄弟，去除語言的隔閡後，內容差異不大，銜接也就較為順利。

中華民國政府剛來台灣時還是「國民政府」時期，剛開始一九四五到四七年（民國三十四年到三十六年）行憲之前，仍在「訓政」。我們可以看到初來台灣的人許多事都要轉呈請示中央政府定奪，事實上，這個時候台灣司法一個非常值得注意的重大改變是，終審單位改變了。日本統治時期台灣本身就有終審權，案件不用再到日本內地。這樣的制度設計其實有關日本政權本身政治角力，台灣總督府因經費不足，想精簡在台法院層級，提案希望依英治香港模式，將終審權歸給母國終審法院，也就是日本大審院。但當總督府發現日本司法胃口更大，想藉機將在台全部司法權都抓過去管，讓司法事務獨立於總督府行政之外。總督府當然擔心這樣子造成行政不便，乾脆撤回提案，完全不讓日本內地勢力有機會插手台灣司法，使得終審權自始至終就在台灣。但一九四五年至四九年間，因政權移轉，終審案件改歸中國內地最高法院。所以可以看到那幾年的案件有很多轉送中國內地定讞的。但一九四九之後最高法院移至台灣，所有案件又都在台灣了結。

行憲以後的制度，光從形式上來看，確實規定的比日本時代的司法制度合理得多，例如日本內地早有行政訴訟制度，但是殖民政府就是不願讓台灣也施行這套制度。但中華民國政府在制度規劃上就有行政訴訟、有更多憲法明訂的人民權利保障，對司法人員形式規範上的一些保障該有的大概也都有。不過，還是必須要提出來，行憲沒多久，憲法效力就被長達三十幾年的戒嚴、臨時條款、動員戡亂綁住。形式上漂亮的規定在運作上被一點一點的劃除。先不要去談那種根本不依法律、違法亂來的那種行為，譬如說二二八、白色恐怖、秘密處決、完全沒有經過任何程序就把人處理掉的。就連司法審判的程序規定上也直接非常大的部分劃歸軍事司法管轄。而這種軍司法凌駕普通司法的時期還相當的長。從那個時代少數敢於異議的期刊論文中，我們可以看到一些對軍事司法侵害普通司法管轄權的情況發出質疑的。當時相當多的案件，依軍事與普通司法案件劃分法，根本輪不到普通法院來處理，那時普通法院的司法審判權限其實根本是被切割的。甚至，等到司法案件劃分

法慢慢的變革，稍微有轉圜了，普通司法管轄權限稍微擴增時，還可以看到司法人員棄守，接受軍方如保安總司令部的案件移轉要求，甚至自動讓渡有管轄權的案件。而服膺行政權指導的情形，例如喧騰一時的「奉命不上訴」案例也不難看到。所以，事實上有關司法獨立的相關法律或許規定的很好，但實質落實的部分或者說是司法人員內在獨立的部分觀念並未真正建立。

到了一九八〇年代，在軍司法與普通司法管轄權限的改革之後，還有一個重大的改革，就是「審檢分隸」。或許大家到現在還有印象，過去高等法院以下各級法院劃歸行政院所屬「司法行政部」之下，而代表司法權的「司法院」本身只管最高法院，對其他法院只有監督權並沒有管轄權，招致許多司法難以獨立之批評。這個部分一九六〇年大法官會議釋字第八十六號解釋說這樣違憲，必須要調整。但當時大法官基本上不像今日這般受到尊重，雖已做出這樣解釋，理論上應當被遵守。但我們發覺這解釋講了二十年後，才因為中美斷交，執政的國民黨銳意革新，才舊案再翻，列為行政革新中的一項重要工作執行。這樣的一個因應外界變動才動的司法改革模式，其實作風其來有自，內部要變動有賴外來壓力促成。可能沒有幾個人記得，我也是最近才注意到司法節是一月十一日。司法節是為了紀念不平等條約撤廢、收回領事裁判權的。打從民國初年，政府就一直努力繼受西方法律制度，讓西方觀察團來打分數看法制改革得好不好，夠好西方人才同意廢除。他們不願接受中國還用縣太爺聽訟、堂訊的方式來處理他們的案子。可以說，為了廢除領事裁判權，中國政府一直不停的在改革司法，一直到民國三十二年才撤廢成功。這種司法改革、司法專業化的基礎工程，某程度是靠這樣的外在壓力逼迫才逐步推行。但或許因為常年戰亂的關係，一直到遷來台灣，整個大陸還是有一千多個地方繼續沿用縣太爺的方式處理司法事務。畢竟當時的大環境與教育體系沒有辦法迅速與法制變革配合，光是由少數的法學精英運作，抄一套法典過來容易，在文盲還占人口百分之八十的時代，整體司法運作還是完全沒有辦法像現在一樣實施。很有意思的，現在看可能會感到不可思議，金門縣一直到民國四、五十年才廢除以縣太爺審理的一種方式。從這些地方其實還可以感受司法變動的軌跡。一般說審檢分隸以後，也就是一九八〇、九〇年以後，司法較大的變動可以說是有些內部的聲音發出來了，民間改革團體要求司法改革的聲浪也出來了。從官方的文書去看，早在黃少谷或林洋港擔任司法院長之時，官方就有非常多次有關司法改革的會議或有關司法業務檢討的會議。官方推動改革也不無建樹，比如說增源，跟其他行政單位去協調增加司法預算等。但或許是改變的幅度沒有辦法真正讓人民及司法人員感受，所以每每開改革會議，都要再三強調我是「玩真的」，不是擺擺官樣文章。為何許多官方有關改革的宣示都被認定是說說而已？官方失卻威信，其實是蠻悲哀的。但或許是缺乏重大的外力，改革的動作真的就是慢慢來。

八、小結

如果拉長觀察時間，持平而論，的確，過去長期以來法治不彰，法律規定不被重視、落實的情形，走過一九七〇、八〇年代，台灣的司法是真的慢慢在進步、在改變。不但外在環境漸漸更動，法學教育逐步培養出的一批批專業人才逐漸加入、投入司法運作，也慢慢的讓司法人員素質走向專業、也逐漸改變司法風氣文化。依據學者分析，當司法走上專業化要求之後，繼之便走向特殊化及獨立化，特殊化就是審檢分立，希望能從行政中真正的

分開、分權；而獨立化就是無論內部或外部，真正的做到司法獨立的要求。不只是憲法上漂亮的身分保障規定，而是真正落實到司法人事、分案或其他行政配套措施。也有學者認為，現在的司法改革逐漸走向社會化的過程，走出單純「茶壺裡的風暴」這樣的小格局。開始從專業化、獨立、特殊化的要求走向回歸審判核心、濾去雜質，真正成為人民信賴的司法，期望讓社會真正接受、信任司法的運作。不過，也有學者認為現在的司改主張充斥著太多制度大幅更動的要求，但制度這種東西並沒有絕對的好或不好，應當去檢討既有的制度我們到目前為止是不是真的讓它好好的去運作，去發揮優點了。改革不一定非得付出劇烈成本的去做法制大換血才成功。現在好不容易司法運作得比較穩定，我們是不是一定要將現制完全打破重塑？這樣的作法對於建立一個讓人民信賴的司法的目標是否就比較近？這些看法對錯見仁見智，且目前都還沒成定局。

回顧台灣司法史，我們可以看到現在的司法人面對的課題主要已經不再是對抗統治權、行政權操控的問題了，司法也不再是個治安、行政、統治權掌控的工具。現代的課題應當是希望司法可以走到讓人民接受、信賴，成為社會良心的最後一道防線的公正第三者地位。讓社會真正可以信賴司法裁判的獨立性，讓社會上發生的問題或是紛爭的解決機制走上正軌，去除多餘的社會成本。

目前司法的一些變革，人民參予的比例比以往多得多。但改革的東西，總是意見分歧。改革通常會從對大家最有利的部分開始。所以一九八〇年代以後，目前最無異議的司法改革就算預算改革，也就是司法預算獨立的部分，對於增加預算的提案大家都贊成。但是其他部分該如何變動，一方面是目前官方也是多頭馬車，彼此沒有辦法做一個協調，另一方面也因為民間參予的聲音較多。

其實，要塑造一套受人民信賴的司法，在這個轉變過程中，經各方人民參予，也是一個很有意義的過程。雖然最後出來的東西不見得那麼完美，但一般人等於在各方角力的過程中，經由報導去認知、了解司法，去體會司法究竟該做什麼？又做了些什麼，也算一個很好的法治教育過程。藉由這些司法改革意見迴旋衝擊的報導，多少讓司法議題的討論從專業圈中擴展到整個社會，成為社會重視的一部分。各方批評與意見無形中也有助於司法本身的一個內部獨立，反饋司法人去體會外在輿論對司法的看法或注意到社會的需求。總的說，台灣的司法經過長期這樣走過來，就改革來看是蠻樂觀的。跟過去比起來，我們要已經一個時期一個時期、一代一代的走過許多變革，這些歷程事實上一路走來都相當不容易。今日台灣司法能發展到現在已經是一個相對穩健的情況，值得珍惜，但怎樣在穩健中能夠求更好，則是我們這一代在這個歷史性階段應該有的努力目標。

有樓仔內的富，也無樓仔內的厝

有樓仔內的厝，也無樓仔內的富

「富」念 P'u。「樓仔內」為民權路原台南社教館（昔公會堂），遠東百貨公司（昔「四春園」旅館一部份及台南圖書館址）至上帝廟前一帶，屬枋橋頭。諺語的意思是：「誰有樓仔內吳家的富有，也無吳家那樣的大廈和花園，也無像吳家那樣的富有」。

就是說當時的吳家是富甲全臺，擁有美侖美奐的宅第庭園，古稱「吳園」為臺灣名園之一。

。

當時的吳家稱「枋橋頭吳」或稱「樓仔內吳」。只稱「樓仔內」就是「吳家」的代名詞。

連雅堂「台南古跡志」說：

「枋橋吳氏，為府巨室。園亭之勝甲全臺，而飛庀尤最。疊石為山，高數丈，大二十餘丈，迴環洞達。邱壑天然，絕構也。下有塘，水清而綠。上為「作礪軒」，其旁有園曰「東園」。樓臺花木，隨地布置，高低曲折，各占其宜，雖居城市之中，饒有山林之趣，園為吳尚新所建。」

光緒丁丑年（光緒三年西元一八七七年）中式的台南進士施士洁春遊吳園作賦：

門前竹向人揖，架上嬌鸚呼客來，最好迎春花信早，遠風吹動活亭臺。

另一次邀朋權宴內吟：

六角水清涼欲雨，主客圍坐笑相語，方塘半畝荷未開，行令猜枚我不樂，有酒無詩胸作惡，醉後感闌嘯一聲，驚走南枝幾個鵲。

此充滿詩意畫情的庭園為吳尚新所建。

吳尚新又名麟，字勉之，號勵堂。乾隆六十年（一七九五年）四月初四生於臺灣府治枋橋頭街。曾祖父國美自福建安平遷居臺灣，艱辛創5業。生三子，次子即為吳尚新祖父吳元光。已奠定了基業，家境轉好。元光生八子，家業更見拓展，被尊稱為枋橋頭吳家八房。二房就是吳尚新父吳春貴。春貴先是嘉義縣生員，乾隆五十三年拔貢。承辦臺灣、嘉義兩縣屬食鹽館，號為「吳恆記」。家境更加興昌。吳尚新是吳春貴長子，承受父親交來經營鹽業，因改革製鹽法而節省製鹽成本致大富。

日人的「臺灣鹽專買志」說：

「道光四年，經營鹽務館，自臺南起至嘉義的食鹽配銷，握其一手的臺南豪紳吳麟舍，受臺南府的命，為當時在佳里庄佳里西南方洲南場代替地於此處。經出資開設鹽灘，勤原籍泉州府晉江縣東石鄉的蔡狄、蔡孔、蕭賢、蔡義、蔡遠、王政、溫耀、柯清、黃成等為主，應他前來，築造鹽灘百副十甲，其所建鹽灘和泉州式不同，原祇用磚瓦埕（結晶池）及土埕（小蒸發池），改為水埕（大蒸發池）及滷缸（母液池）。當時的一副是十格（約二十臺尺平方），加大小蒸池合計面積約四、五分。十甲鹽灘的位置：三甲在布袋五蛟口，三甲在新厝仔館西坪，二甲在崁頭挖，二甲在挖底埕。這十甲鹽灘建設，一部份採用大陸鹽灘的長處，而水埕的開設，滷缸的穿掘，是這個鹽灘改良的特點。以後又收買魚塢，企劃增設鹽灘，把布袋鹽場擴展為臺灣最大鹽場。於是枋橋頭吳家，自吳春貴承販臺鹽，改革臺鹽製鹽法致富，吳尚新繼承父業，承辦洲南場的徙場，選擇位置適當，築造鹽灘的構造新穎，不祇對產鹽充裕國課民食，且吳家販鹽也因富甲全臺。」

道光七年（一八二七年）五月吳春貴去世，吳尚新親與堪輿師跋涉尋覓營葬吉地，跑遍明山秀水，領略山水林泉之勝。於是收買吳家北鄰何斌宅庭園舊址，依地劫高低，構築庭園，聘名匠仿漳州外飛來，造假山、池台、水閣，種植各種花木，成為臺灣名園之一——吳園。

吳家改革的廣大洲南鹽場及販鹽特權，日本占臺灣後予以接管，成立製鹽場設專賣局將鹽列為專賣品之一。

惜吳家子孫衰微，日本領台後將宅園出售日政府。

日政府於一九一〇年（明治四十三年）於吳園址南側，由市民募款四萬圓建台南公館，昭和初改稱公會堂。一九五五年（民國四十五年）改設台灣省立社教館。一九六六年（民國八十五年）社教館遷設五期重劃區府前路，社教改為「吳園藝文館」。

吳園址北側建台南圖書館，西側四春園旅館。民國六十三年間台南圖書館遷建台南公園。台南圖書館及四春園旅館被拆改建遠東百貨公司。

吳尚新數買為建吳園之其北鄰為何斌宅園舊址。

何斌，原為鄭芝龍部屬。自鄭芝龍明朝招撫，何斌成為鄭芝龍留在台灣的漳泉移民領導人物，何斌長年隨鄭芝龍在日本長崎。通日語、荷語，荷蘭據台便為荷人通事，被荷人在台灣的基督教會尊為長老。他 社、 稅、 王田，甚富。在「樓仔內」建規模宏偉的宅第。依江日昇著「臺灣外記」記述何斌永曆十五年（一六六一年）元夕於宅第宴揆一等荷人大官。大張花燈、煙火、竹馬戲、綵歌妓、卜夜歡飲，灌醉揆一等人後，假不勝，酒又作腹絞狀，出如廁。由後門下船，往廈門叩見鄭成功。其宅第設碼頭，水道船可駛進而溯通外海，可見其宅第之規模。

當鄭成功攻台灣人何斌佳斗頭領航鄭軍進入鹿耳門。則鄭成功攻台，何斌功不可沒，這句諺語，不但誇耀府城富豪宅第，更使人得知先民墾殖建設之艱辛，并蘊藏豪族盛衰及台灣數奇命運歷史之一端。

台南首位民間公證人開業

公證業務 法院不再是唯一選擇

本刊訊 台南地區第一家民間公證人事務所 梁陽昇民間公證人事務所於三月十六日開幕，事務所位於台南市崇善路一九二號。

梁陽昇目前是台南地區唯一的民間公證人，其於公證人高考及格後，赴司法院司法人員研習所受訓，及在地方法院四個月的實習訓練，通過司法院考核，獲得遴選為民間公證人，二月下旬開始在台南地區執業。

公證業務以往均是由地方法院的公證人辦理，鑒於法院公證人員額進用不易及案件日益增加，已無法因應公、認證業務之需求，且歐、美、日等先進國家均已實施民間公證人制度多年，我國自九十年四月開始實施，目前共有十五位民間公證人。依公證法規定，民間公證人係經司法院遴任辦理公證事務之人，其依法作成之公證文書視為公文書，作成文書之效力、收費標準、執行職務應遵守之事項及所受之監督，均與法院之公證人同，爾後欲辦理公證業務，法院不再是唯一的選擇。

交互詰問模擬法庭之體驗報告

撰寫人：蔡敬文律師

九十一年三月一日週五近中午時分，本人騎機車正奔馳在回事務所的路上，突然接到我們台南律師公會林瑞成理事長的大哥大，徵詢本人中午十二點半是否方便到台南地方法院十樓會議室開會？本人說要開什麼會？理事長說是開關於下禮拜一、二即九十一年三月四、五日交互詰問模擬法庭角色扮演分工事宜的會，本人心想，這等重大的事情，怎麼事到臨頭才通知呢？心裡雖然這樣嘀咕著，但是看在理事長好歹是本人的大學學長，加上自己趁此機會歷練一下也好的份上，還是滿口答應了下來，沒想到按時上去開會，竟然還有受通

知之道長未克前來，甚至到了第一場模擬法庭的中午吃飯開會時刻，才好不容易找到楊淑惠道長補齊擔任辯護人角色，其驚險狀況，著實令人擔憂！在此要特別感謝楊淑惠道長勇於拔刀相助，才能保住我們台南律師公會的顏面於不墜！

開會時，由於參與的道長客氣與謙讓，大家挑完了證人與被告的角色後，剩下吃重的辯護人角色之一，在不得已之情況下，就自然而然地落在本人頭上；本人於接下這個重擔之後，由於是生平頭一遭，要在審檢辯等專業高手前耍大刀；加上交互詰問這個新制度還不熟習，一知半解，故準備期間輒有緊張、深怕鬧笑話、出糗的惶恐感覺！最後，終於勉強以「這只是演戲，就是不熟、不懂，所以才要模擬練習」為由，才暫時穩住了一顆「意欲靜而心不止」的洶湧澎湃情緒！於是乃開始將案例二檢察官所起訴之犯罪事實及相關證據再三看了又看，再按刑事審判實施詢問及詰問參考要點及前一場模擬法庭之所得，事先進行準備工作如下：

一. 對於案例二檢察官所起訴之犯罪事實有爭執的部分，將之分項式列在筆記紙上，俾便向受命法官報告說明。

二. 對於證據調查的順序（即排棒順序），本人主張先調查檢方證人，再調查辯方證人，最後再訊問被告，其理由為

檢方依法有先為舉證之責任及說服之責任。

如檢方證人不能充分證明被告有罪，則辯方根本無庸負舉證責任。

被告無先證明自己無罪之義務。

被告依法享有緘默權，縱使先問被告，被告可以拒絕回答之情況下，檢方也問不出所以然來，尤其辯方於閱卷後檢視檢方起訴書所附之相關證據之後，認為檢方之證據尚不足以認定所起訴之犯罪事實時為尤然！

三. 對於檢方證人行反詰問時，事先擬定好欲詰問之問題。

四. 對於辯方（已方）證人行主詰問時，事先擬定好欲詰問之問題。

經過自己上述之準備工作後，原自認為應該可以上場了，但由於執行律師業務十多年來，已經習慣於全權委由檢察官或法官訊問證人或被告之模式，自己則好整以暇，好似將來實行交互詰問時之法官一樣，只有聽訟的份，故在檢方行主詰問時，根本不曉得要提出異議，還是坐在旁邊指導的崔汴生教授提醒，才知道要提出異議！而知道可以提出異議之後，卻又好似吃了嗎啡成癮一樣，頻頻提出異議，但異議是否恰當，則不得而知矣！又等到輪到自己行反詰問時，亦頻遭檢方提出異議，始知自己當初設計的問題之不當，甚至幾乎使自己千辛萬苦所準備的問題均告徒勞無功，無法繼續照劇本詰問下去之窘境！足見交互詰問之技巧，仍待加強磨練！

經過這次模擬法庭之洗禮，再經過講座林俊益庭長、張熙懷主任檢察官、崔汴生教授之當場指正、指導，使本人對於在調查證據程序中如何周詳準備交互詰問之過程，有了更深一層的認識與了解，雖然本人在這次的模擬法庭中，表現不盡理想，但是相信有了這次的經驗，對於爾後交互詰問制度在我們台南地院開始施行時，本人應不致於摸黑上路，手足無措！我想這是參與此次演出最大的收穫吧！惟有須一言者，乃實行交互詰問制度，先天上我們律師同道即立於較吃虧的地位！因為我們律師同道素來即很少有機會取得自主發問權，所以希望我們台南律師公會能組織設立一個「交互詰問研習委員會」，經常舉辦模擬法

庭及租購影片、書籍，分別讓各位道長有機會上台演出及借閱，俾實際體驗一下「交互詰問」那種震撼交加的感覺！俗謂「如人飲水，冷暖自知」，「事非經過不知難」，意指凡事要身歷其境，才能充分體會其個中三昧，畢竟看人演出像看戲，心情輕鬆自在；自己擔綱演出，則像作戰，心情戰戰兢兢，汗如雨下又長期以來，我們律師要調查證據，均須假手於檢察官或法官，此種「當事人武器不平等」之現象，值此實行交互詰問制度之際，是否應一併檢討賦予「辯護人有蒐集及調查證據之權力」，而不必一切均須仰賴聲請檢察官或法官為之，尤其在朝法曹不見得用你時為尤然！毋乃值得深思之重大課題！實行交互詰問制度，是創造一位傑出刑事律師的絕佳機會，希望我們律師同道，日後都能成為日本有名的刑事辯護律師「豬狩文助」或「百谷泉一郎」！謹此與各位道長共勉！

交互詰問南區研討會、專業講習會陸續舉行

增進院、檢、辯三方對交互詰問程序之瞭解

本刊訊 司法院為配合刑事訴訟法修正而舉辦之分區研討會，台南地區第一場研討會已於九十一年三月四、五日在台南地院十樓會議室舉行，研討會由台南地院李璋鵬院長主持，與會人員除有司法院刑事廳蔡清遊廳長、台南地檢林玲玉檢察長及講座王兆鵬教授、崔汴生教授、張熙懷主任檢察官、林俊益法官外，尚有雲林、嘉義、台南、高雄、澎湖等地區法院或軍事法院之法官、檢察官、律師，共計一百餘人參加。

研討會在李璋鵬院長及蔡清遊廳長之致詞後開始，首先由王兆鵬教授就刑訴修正及詰問規則為簡要之解說，其次由崔汴生教授針對詰問應做之準備、主詰問與反詰問之詰問技巧、異議應注意之事項、法官之裁定及訴訟指揮等為詳細之介紹，而林俊益法官及張熙懷主任檢察官就其個人之法庭實務經驗暢談實施交互詰問程序後，法庭活動之大改變及院、檢、辯三方應有之專業能力。此次研討會在下午的課程均安排模擬法庭，第一案例由林英志、張銘晃、石家禎三位法官擔任審理工作，高峰祈檢察官為控方，李孟哲律師擔任辯護人，郭家祺律師擔任被告，蔡雪苓、陳琪苗律師擔任證人，第二案例則由彭振湘、吳坤芳、林佩儒三位法官擔任審理工作，李啟明檢察官為控方，蔡敬文、楊淑惠律師為辯方，陳惠菊、陳琪苗、蔡雪苓律師扮演被告，黃昭雄律師為證人，由於大家對交互詰問程序之進行及詰問規則並不嫻熟，所以狀況百出，但在講座當場解說下，大家對於詰問程序有更深刻之瞭解。

另台南高分院舉辦之交互詰問專業講習會亦於同月十一至十三日再台南地院十樓會議室舉行，翁岳生院長親臨致詞，與會人員除有台南高分院沈守敬院長、台南地院李璋鵬院長、嘉義地院袁再興院長、雲林地院劉令祺院長、台南地檢林玲玉檢察長、本會林瑞成理事長及講座王兆鵬教授、陳運財教授、林邦樑主任檢察官、張熙懷主任檢察官、林俊益法官、陳祐治庭長外，尚有雲林、嘉義、台南、高雄、澎湖等地區法院之法官、檢察官、律師，共計一百餘人參加。

此次專業講習會課程之著重在交互詰問制度之精神、法庭活動及證據法則，檢察官公訴活動之演變，及詰問活動與刑訴法第一百六十三條修正之關係等之解說，所以未安排模擬法庭，但與會之講座均認為實施交互詰問程序後，院、檢、辯三方之能力應相當，方能使此一程序達其發現真實之目的，然就實際情形而言，辯方仍屬弱勢，是以加強律師對交

互詰問程序之專業能力，乃為律師同道當務之急。

有司之執法與人民之法律感情脫 乎？ 蔡清河律師

一、 前言

法國學者 Raymond Saleilles 有云：法官解釋法律，並不在於發見立法者之意思，而在於依社會目的適用法律，法官不應拘泥於法條之形式，而應在變動的社會之中，尋求法律之適當解釋，以適應變動之社會，庶免法律與實際生活脫節¹，此即揭示法律之相對性，亦惟注重此相對性之存在，始能讓僵硬之法條文字因而活化，具存續力、生命力。

法律之相對性奠基於維持社會生活，事物不可不然之法理，惟僅如此始能與營運社會生活之芸芸眾生百姓之法律感情相吻合，而使法律具妥當性及實效性。易言之，法律之解釋、適用，惟賴法理之適當調整及節制，始能不致令人民有突兀之感，而排斥法律之遵守，俾能實現法治、理性之社會。日前友人談及一電子遊藝場業因違反電子遊戲場業管理條例，經地方法院簡易庭判決拘役三十日，得易科罰金，該業者不服上訴，二審（地方法院合議庭）改判罰金新台幣五十二萬元定讞，因繳不出罰金五十二萬元，而易服勞役，入監執行六個月，其言一審判決拘役三十日易科罰金僅罰二萬七千元，被告上訴二審改判罰金，竟達五十二萬元，因罰金過鉅，無力繳納而入監，被告為自己利益上訴，反得入監之惡果，似與刑事訴訟法第三百七十條揭示之「不利益變更禁止原則」有悖。筆者當時尚不以為意，殊不知言猶在耳，於九十一年一月三十一日又見報端披露同類違反電子遊戲場業管理條例案件，有關刑事訴訟法規定之「不利益變更禁止原則」之爭議，乃深入探究，而為此文。

二、 事實

中華日報九十一年一月三十一日刊載「住台南市的陳文欽在工地貨櫃屋內無照擺設五台電子遊戲機，被警方查獲送辦，一審判罰金，上訴二審卻改判較重的拘役刑。檢方認為屬違背法令判決，提起非常上訴，最高法院撤銷二審判決拘役五十日，改判罰金新台幣五十二萬元確定。」該項最高法院九十年度台非字第三八四號刑事判決指出，本件被告陳文欽未依規定辦理營利事業登記，自民國九十年三月十五日起至九十年三月二十一日止，在台南市安中路五段一八八號東側工地之貨櫃屋內，擺設電子遊戲機營業，違反電子遊戲場業管理條例第二十二條之規定，經台灣台南地方法院台南簡易庭以簡易判決判處罰金新台幣六十五萬元，如易服勞役，以罰金總額與六個月之日數比例折算。嗣僅被告對於簡易判決聲明不服，上訴於管轄之第二審地方法院合議庭，檢察官並未為被告之不利益上訴，依前揭說明除因第一審判決適用法條不當而撤銷之者外，第二審法院不得諭知較重於第一審判決之刑。又主刑之輕重，依刑法第三十五條第一項規定，依同法第三十三條所定之次序定之；從而刑法第三十三條第四款之拘役刑，自較同條第五款之罰金刑為重。本件原判決認定，被告雖擺設五台電子遊戲機，但僅有二台通電營業，並以第一審判決誤為五台均通電，據為撤銷改判之原因。依其情節，非但輕於第一審判決所認定之事實，且非因第一審判決適用法條不當而撤銷，自不得諭知較重於第一審判決之刑。乃原判決竟撤銷第一審之罰金刑，改判較重於第一審判決之拘役刑，揆諸前揭說明，顯屬違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷改判，

酌情量處如主文第二項所示之刑，並諭知易服勞役之折算標準，以資救濟。

三、形式觀察（就現行法律規定）

迨有關刑之輕重比較：

主刑之輕重，依刑法第三十五條第一項規定，依同法第三十三條所定之次序定之；從而刑法第三十三條第四款之拘役刑，自較同條第五款之罰金刑為重。

挖有關「不利益變更禁止原則」之刑事訴訟法規定：

由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限，刑事訴訟法第三百七十條定有明文。又對於簡易判決有不服者，得上訴於管轄之第二審地方法院合議庭，其上訴依同法第四百五十五條之一第三項規定，並準用前揭「不利益變更禁止」之規定。

柄由上揭有關之實體法及程序法之規定，上開二審判決竟撤銷第一審之罰金刑，改判較重於第一審判決之拘役刑，揆諸前揭說明，顯屬違背法令。最高法院檢察署檢察總長依刑事訴訟法第四百四十一條之規定提起非常上訴，最高法院據以判決諭知「原判決關於罪刑部分撤銷。陳文欽違反未依電子遊戲場業管理條例規定辦理營利事業登記者，不得經營電子遊戲場業之規定，處罰金新台幣伍拾貳萬元，如易服勞役，以罰金總額與陸個月之日數比例折算。」形式觀察之，於法自無不合。

四、實質觀察（就被告利益與否）

迨易科罰金之規定：刑法第四十一條規定：「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業、家庭之關或其他正當事由，執行顯有困難者，得以下一元以上三元以下折算一日，易科罰金。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限。併合處罰之數罪，均有前項情形，其應執行之刑逾六月者，亦同。」

挖易服勞役之規定：刑法第四十二條規定：「罰金應於裁判確定後兩個月內完納。期滿而不完納者，強制執行。其無力完納者，易服勞役。易服勞役以一元以上三元以下，折算一日。但勞役期限不得逾六個月。罰金總額折算逾六個月之日數者，以罰金總額與六個月之日數比例折算。科罰金之裁判，應依前二項之規定，載明折算一日之額數。易服勞役，不滿一日之零數，不算。易服勞役期內納罰金者，以所納之數，依裁判所定之標準折算，扣除勞役之日期。」

柄易科罰金，易服勞役之標準：八十二年二月五日罰金罰鍰提高標準條例第二條規定：「依刑法第四十一條易科罰金或第四十二條第二項易服勞役者，均就其原定數提高為一百倍折算一日，法律所定罰金數未依本條例提高倍數，或其處罰法條無罰金刑之規定者，亦同。」第五條規定：「第一條所定得提高倍數之規定，於本條例修正後，制定之法律，不適用之；本條例修正前公布之法律，於本條例修正後，修正其罰金罰鍰數額或法律經全部修正而其罰金罰鍰數額未予變更者，亦同。」現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第二條規定：「現行法規所定金額之貨幣單位為圓、銀元或元者，以新台幣之三倍折算之。」

枷由上揭規定，本件一審判決被告陳文欽罰金新台幣六十五萬元，二審判決改判拘役五十日，最高法院又改判罰金新台幣五十二萬元。由拘役易科罰金為新台幣四萬五千元觀之，則實質以拘役刑為較六十五萬元及五十二萬元為輕；由罰金六十五萬元及五十二萬元易服

勞役，均為六個月勞役觀之，則實質亦以拘役刑五十日為較輕，易言之，二審改判被告拘役刑，由實質面觀察，對被告有利。

五、形式與實質背離之緣由

何以同一案件判決，由形式觀察與實質觀察竟有背離之情況，緣由何在，此乃悠關被告利益至鉅，實值吾人深思：

迫刑罰法條有關刑之規定

現行刑罰法規規定之刑罰手段，有關主刑部分，分別為死刑、徒刑、拘役及罰金，而罰金之規定，有單科、選科、併科及易科之別。昔日（民國八十二年二月五日以前）刑罰法規有關罰金之法定刑度規定，金額最高者為一萬元如刑法第一百二十二條第二項、第二五七條第三項 2（刑法第五十八條規定，犯罪所得之利益超過罰金最多額時，尚得於所得利益之範圍內，酌量加重，乃屬另當別論），因此，有關主刑之各種刑罰手段，其重輕，依刑法第三十三條規定之次序定之，於社會認同尚不至有所背離。甚至，因罰金刑只剝奪被告之金錢及物價、幣值之波動，較之剝奪人身自由之徒刑或拘役，顯有較低之刑罰痛苦，致其刑罰效果尚受到社會質疑³。為此，有關罰金、罰鍰提高標準之法律，迭經民國五十一年、七十二年、八十二年制定，修正以提高倍數至現行罰金罰鍰提高標準條例第一條規定之十倍計之，不失為社會之法感促成法律作調適及修正，惟因該條例第五條之規定，使八十二年二月五日成為刑罰法規有關罰金金額、幣別規定之重要分水嶺。日後，刑罰法規有關罰金之法定刑規定，動輒以上萬，甚至數十萬銀元計，如刑法第一百八十五條之一、第二百三十一條、第二百三十一條之一及第二百九十六條之一第五項等規定（以上係於八十八年四月二十一日修正、增訂），或以新台幣百萬、千萬，甚至億元計，如貪污治罪條例第四條第一項、第五條第一項、第六條第一項等規定（以上八十五年十月二十三日修正）、洗錢防制法第九條（八十五年十月二十三日制定）、槍砲彈藥刀械管制條例第七條、第八條等規定（以上八十六年十一月二十四日修正）、公平交易法第三十五條、第三十六條、第三十七條等規定（以上八十八年二月三日修正）、廢棄物清理法第二十二條規定（八十六年三月二十八日修正）、毒性化學物質管理法第二十八條、第二十九條、第三十條等規定（以上八十六年十一月十九日修正）。上述刑罰法規有關罰金之高額規定，對於犯罪者可以其他不當方法，將罰金轉嫁由他人負擔、或以另犯他罪，以犯罪所得繳納罰金，也許並無刑罰效果⁴，但對於財力不夠者，必然無力繳納高額之罰金，亦必然以易服勞役入監執行六月了事，則究竟罰金、拘役（刑法第三十三條第四款規定，一日以上，二月未滿，最重得加至四個月），孰輕孰重，已呈模糊，未能定論。

挖罪刑相當原則：

昔日之刑罰規定，何種罪責，處以何種之主刑及刑度，堪稱符合罪刑相當原則。然八十二年二月五日罰金罰鍰提高標準條例第五條修正規定之結果，使某些刑罰規定如前揭所示，罰金額度之過度提高，於選科罰金之規定中，與拘役相較，顯然重於拘役，與罰刑相當原則已有未合。

六、法與時轉

迫法理之調適：

刑事訴訟法第三百七十條規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得

諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」，在於揭示不利益變更禁止原則，乃著眼於一、二審法院判決就個別案件所諭知之「宣告刑」之比較，在由被告上訴或為被告利益而上訴之案件，二審法院不得諭知「較重」於原審判決之刑，此所謂「較重」依立法目的觀之，應解釋為相對於原審判決之刑，較不利益於被告。

刑法第三十五條之規定，揭示主刑重輕之標準，以供法院審理刑事案件，適用實體法時，如遇被告為犯罪行為時之刑罰法規於事後有所變更，憑以比較新舊刑罰法規所規定之抽象「法定刑」輕重，依刑法第二條規定之「從新從輕原則」，選擇應適用之刑罰法規。

刑事訴訟法第三百七十條規定，所比輕之對象係一、二審判決所諭知之「宣告刑」，目的在不利益變更之禁止；而刑法第三十五條規定，所比較之對象係新舊刑罰法規所規定之「法定刑」，目的在選擇應適用之刑罰法規，二者在八十二年二月五日以前，尚無本文所稱「形式與實質背離」之情況，其間之上述差異，鮮為人所注意，然現今既已呈現「形式與實質背離」之情況，更與人民法律感情脫節，則該二條文不應再相輔為用，已甚明顯。尤其在檢視二審判決有無違背，「不利益變更禁止」原則，應針對一、二審判決所諭知之宣告刑為實質上之比較，已不宜錯引刑法第三十五條之規定，以為對被告利益與否之比較。

挖易服勞役 執行方法之變革：

依現行刑事訴訟法 監獄行刑法有關罰金易服勞役之執行方法係入監服勞役，實與入監服刑(徒刑)無異，甚至可長達六個月，是否名符其實之「勞役」，抑或係變相之「服刑」，頗滋疑義，因此，易服勞役之執行方法，自有檢討之必要，而當今國內服兵役尚可以社會役代之，則依相類似之思考 權宜衡量，易服勞役之執行方法，由入監服勞役修法改為以「社區服務」方式代之，使「易服勞役」不致被以「服刑」等同視之，更不致使人民有所謂「有錢判生，無錢判死」(有錢繳納罰金者免入監，無錢繳納罰金者入監服勞役)之觀感，應為吾人認真考慮之變革方向。

七、 結論

司法實務向來被視為保守 固步自封，由法之安定性立場觀之，無可厚非。然由法之妥當性 實效性立場言之，倘司法實務漠視社會現象之變化萬千且神速，而不為適度之調整，其執法結果必然與人民法律感情脫節，亦必然形成「徒法不能自行」，導致社會失序。近年來，最高法院判決，多次揭示夜間侵入住宅竊盜之著手認定提前至「眼光搜尋」，檢察官舉證責任之確實履行，及「無罪推定原則」之重申等見解變革，在保障人民之基本權包括財產 身家安全 訴訟權等殊屬積極 進步之作，令人欽佩，本文或為小題大作，然感於前述之背離帶來人民之無奈，所作之突發奇想，願以此獻曝，或能起拋磚引玉之效應，則感幸甚。

註 1.楊日然教授著「民法第一條之研究」五南圖書出版公司民法總則論文選輯(上)73年7月出版，第219頁。

2.韓忠謨教授著「刑法原理」86年12月出版，第439頁。

3.林山田教授著刑法通論(下)87年10月出版，第706頁。

4.同註 3.，第 707 頁。

司法院翁院長率多位首長

於三月十一日與本會律師舉行座談會

本刊訊 司法院翁岳生院長為明瞭刑事訴訟實施交互詰問程序，律師界之意見，於九十一年三月十一日南下參加台南高分院舉行之「法庭詰問訴訟程序進行要領專業講習會」時，特別撥出時間與本會舉行座談會。座談會於當日上午十時三十分在台南地院八樓會報室舉行，由翁院長舉行，與會人員有司法院刑事廳長蔡清遊、公共關係室主任王西芬、刑事廳科長林吉輝、台南高分院院長沈守敬、台南地院院長李璋鵬、嘉義地院院長袁再興、雲林地院院長劉令祺，本會則由林瑞成理事長暨理事蘇正信、黃雅萍、楊慧娟、陳琪苗、監事翁瑞昌、秘書長黃厚誠、副秘書長黃榮坤及楊偉聖、李合法等多位律師參加。

翁院長表示司法改革之推動，需要律師的配合，舉行座談會之目的係想瞭解律師界對司法改革的意見，及在實施新法庭活動後需要司法院協助之處，而民事集中審理制度及刑事法庭實施交互詰問程序，若無律師熱心參與，將事倍功半，期勉律師能提昇自身的專業能力，以符合人民對法律人之期望。林理事長以翁院長非常重視在野法曹之意見，多次南下與律師舉行座談，而在司法改革過程中，律師應善盡一份力量，將來刑事法庭實施交互詰問，司法院為此在台南舉辦三場研討會，相信對律師熟悉新制度有所助益。

而後，黃厚誠律師主張因近年來非訟案件激增，非訟中心之書記官及錄事經常須加班至深夜以處理鉅量的案件，十分辛苦，但加班費微薄，是否可以調升加班費，以慰渠等之辛勞，翁院長表示有關加班費問題因涉及人事制度與經費，將會同相關單位研商。翁瑞昌律師以有些書記官調至民事執行處，對強制執程序並不熟悉，建議應舉辦專業講習以增進其對執程序之認識，而刑事法庭實施交互詰問程序，對於書記官紀錄不及之問題，宜採速記員制度，翁院長認為對書記官舉辦專業講習課程以增進其專業能力，實有其必要，而蔡廳長則針對法庭筆錄問題表示目前係採重點紀錄，為補其不足，已修法採錄音帶為輔助，如當事人對筆錄記載有疑義，可將錄音帶內容翻譯以釐清爭議。黃雅萍律師認為按法庭錄音規則之規定，對於法庭錄音帶之保存時間過短，在當事人對筆錄記載有爭議而欲調出錄音帶以核對時，錄音帶常已銷毀，蔡廳長以有關法庭錄音規則係由台灣高等法院頒布，去年修改時已將錄音帶保存之期間改為判決確定後三十日，若此項期間仍有所不足，會請該院於修改上開規則時予以審酌。陳琪苗律師主張在刑事法庭活動採交互詰問制度後，為使當事人武器相當，是否應賦予律師有調查或蒐證之權利，翁院長表示此涉及律師法之修正，而主管機關為法務部，且律師素質良莠不齊，冒然賦予律師上開權利，恐發生弊端，蔡廳長則以我國係採卷證併送制度，律師可閱卷後，就所需調查之證據聲請法院調查即可。蘇正信律師以台南高分院部分案件在第一次開庭即為審理，讓被告覺得法官不想調查，欲為上訴駁回之判決，也讓初受委任之辯護人有時來不及閱卷，沈院長表示有關此事將責令所屬法官改進。黃榮坤律師提出多項問題，主要是有關送達文書之闕漏，因信封未註明內容物，致於由大廈之管理員簽收時，有可能發生內容物與送達證書之記載不符之情形而損及當事人權利，是否可在送達之信封上註明文書之內容及份數，及筆錄記載與法庭上之陳述不符，聲請聽法庭錄音帶以更正筆錄時，承辦法官常感到不快，可否讓律師自行錄

音，蔡廳長表示有關上開送達問題，律師應自行注意清點信封內文書內容及份數，而就法庭錄音問題，在錄音規則尚未修正前，律師仍不宜自行錄音，另筆錄記載方面，會加強書記官之文書輸入能力，盡量記載詳實。

由於與會人員發言踴躍，座談會的時間原本預計為一小時，最後於十二時十分結束，對於翁院長在百忙之中撥冗與本會舉行座談會，本會深感其對在野法曹之重視及對司法改革之用心。

焦點話題

人滿街無法管？

翁瑞昌律師

最近社會新聞真是刺激，打開電視，有提著丈夫骷髏頭到處陳情，硬闖國際機場，又嚇著法務部長陳定南，弄了半天，才查出丈夫是肝硬化病死並非被親人謀害。高雄市又有阿婆與女兒長年對鄰人及路人潑糞尿，路邊座椅污穢不堪，竟無人敢管，日前警員、精神科醫師及護士到了現場，仍是空手而回，鄰人大罵公權力不彰，良有以也。

筆者執業中也碰到許多人民權利受到侵害，而公務員畏首畏尾，不敢堅持立場的例子。嘉義縣某地興建小型焚化爐，附近居民群起抗爭，阻路圍廠，承包商進口數億元設備無法動工，損失慘重；也有台南縣縱貫公路附近某村庄，因行動電話業者在村庄內興建基地台，村民以電磁波傷害人體為由，設路障派人日夜把守不准動工，承包商眼見基地台距縱貫公路只有幾十公尺，就是無法進入，徒呼負負。像這類抗爭事件，警員也會到場維持秩序，但大都表示：「不准有暴力行為，不論那一方施加暴力，一律以現行犯移送法辦！」，至於村民圍廠阻路，就要廠商自己去協調，如此村民只要不打人，公然圍廠阻路似乎並不違法，實際上廠商已取得興建焚化爐及基地台之執照，可以合法興建焚化爐、基地台，何人以強暴脅迫手段阻撓就是觸犯刑法第三百零四條之強制罪，豈可只揚言逮捕施暴之人，而無視阻撓承包商合法施工之村民？

最近有一位遭歹徒用提款機轉帳，致被詐騙數十萬元之當事人，當他發現不對時立即報警，發現七筆轉帳款項之中，尚有三筆因登帳較慢，尚未被歹徒提款，警方查出帳戶及銀行名稱，立即電告銀行，銀行同意凍結存款，唯當事人向銀行查詢帳號及帳戶名稱，銀行以保護客戶隱私拒絕告知，當事人向警方查詢，警員以偵查不公開，拒絕答覆，當事人要求警方命銀行把款項提出來保管，警方以「從來沒這麼做過」而拒絕，當事人擔心款項被歹徒提領，求助於筆者，本來想辦理假扣押或假處分，唯帳戶名稱、歹徒姓名皆不詳，債務人是誰都弄不清楚，怎麼具狀聲請？其實，警察抓到偷車賊，就會通知車主領回贓車，為何發現詐欺轉帳，就不會將歹徒騙來的贓款扣案？贓車、贓款都是贓物，本應予扣案，縱令歹徒不詳，還是可以扣案，甚至可以發還被害人，為什麼碰到轉帳詐騙案件，就不會做了？

警員怕事，對提骷髏頭、潑糞的瘋婦束手無策，對圍廠阻路村民，採駝鳥心態，視而不見，其主要原因是警員不熟悉法令，再加上怕惹事的消極心態。筆者建議：每一分局應調派一位檢察事務官，從事警察業務之法律諮詢，使警員熟悉法令，不要畏首畏尾，警政署、法務部也要明令警員依法執行職務，縱容人滿街跑，縱容村民圍廠阻路，難道台灣的司法就是這樣？

拙者於九十一年一月十日起至十九日止，由在淡江大學任教、通曉越南語兒子嚮導之下，父子做十天越南自助旅遊。在此短暫旅遊，就越南所見聞略敘參考：

越南自然地理：

越南（Vietnam）位於中南半島東側，南海，東京灣西邊，舊名「印度支那」、「安南」。地形：越南人形容像一支扁擔，但實際上看來像一支「釣魚」。土地總面積三十三萬一千六百五十三平方公里（約台灣土地面積九．五倍）。最大平原為湄公河三角洲平原，面積五萬九千三百平方公里。最高山峰是番西邦山，海拔三一四三公尺。海岸線長三千四百五十六公里。人口為七千六百三十萬人。種族共包含五十四個民族，主族為「京族」。主要河流有湄公河、紅河、九龍江。氣候屬熱帶型，北越平均氣溫約在攝氏一六—三〇度；南越攝氏二〇—三五度左右。首都在河內（Hanoi），舊名「昇龍」，為越南政治、文化、經濟中心。而胡志明市（Ho Chi Minh City），舊名「西貢」（Saigon）為越南第一大城市，是越南最大商港，商業經濟中心。

越南開國歷史：

依越南開國傳說神話，越南人之始祖，為海龍王雒龍君（貉龍君）與山公子歐姬（山上神仙）結成連理夫妻，共生了一百名子女，而其中子女五十人隨父雒龍君住海中，海邊生活；五十人跟著母親歐姬在山上居住生活，因此，無論在海邊地域或者在高山區的越南人都是同一祖宗，同一越南民族。

據說越南已有四千年歷史，但與台灣同一命運，一直被外族入侵成為列強殖民地。自公元前二百年就被來自北方強鄰中國派大軍南下入侵紅河平原，征服越南人建立「歐雒國」為中國藩屬（安南或交趾）一直至公元十世紀中葉，統治達一千年之久。嗣後越南的「徵側」、「徵貳」二徵夫人於公元三十九年農曆二月八日起義與中國交戰（現為越南國定紀念日），而河內還劍湖內一隻千年巨龜背著一口寶劍呈獻越南黎王驅逐入侵的中國。但驅逐中國後，公元一八五〇年西方列強中，法國又入侵占領越南，建立「印度支那」，採取高壓殖民統治越南長達二百年，迨至公元一九四一年第二次世界大戰爆發，日本進攻南洋趕走法國，奪占越南，但公元一九四五年八月十五日日本戰敗，無條件投降結束了第二次世界大戰。此時越南國父胡志明主席於公元一九四五年九月二日即向全世界發表「獨立宣言」脫離法國，創立「越南民主共和國」（越南國慶日），而法國不承認越南獨立，欲收復越南殖民版圖，再派大軍入侵越南，結果公元一九五四年五月七日「奠邊府」一役被越將武元甲大將包圍殲滅，終止了法國欲再侵略印度支那半島勢力之野心。但法國撤離後，越南竟不幸以北緯十七度為「南北越」分界線，「北越」屬社會主義統治控制；「南越」自立為「越南共和國」，終發生所謂「南北越」戰爭，美國公元一九六五年正式派遣武裝部隊介入支援南越。蘇俄及中共等共產主義集團亦出兵支援北越，雙方整整打了十年「越戰」，迨至公元一九七五年四月三十日北越人民軍兩部戰車（編號三九〇，八四三號）直驅衝入南越「獨立宮」（現改為「統一宮」），阮文紹大統領倉惶搭機逃亡終結了「越戰」，公元一九七六年南北越正式宣布統一，而成立「越南社會主義共和國」。雖說越戰期間中共曾有派兵支援北越，可是越戰結束後（公元一九七八年）中共卻發動對越南「邊

界侵犯」戰爭，越軍奮力抵抗趕走中共部隊，越南才真正邁入「獨立自主」國家。越南現對中國不友好，存有戒懼心，保持一定距離原因在此。越南河內現存文廟（孔子廟），還劍湖，玉山祠，西湖鎮國寺，順化宮殿，皇陵，歷史博物館，軍事博物館，胡志明紀念館，奠邊府戰勝法軍擄獲戰品，胡志明市（西貢）統一宮，「獨立宣言」紀念碑，古芝地道，河內，胡志明市法國式建物商店街，國際議事堂等均為越南二千一百多年來被外族入侵實施殖民統治遺留文物及越南人民前仆後繼英勇奮戰抵抗外族入侵史跡。

越南人的國民平均所得，越幣匯率，社會生活：

越南因長期被異族殖民統治及長年戰亂關係，目前越南仍是一個極貧窮落後國家，比先進日本落後有五十多年；比開發中台灣大約落後達二、三十年。目前越幣匯率為一美元兌換一萬五千盾越幣；一元台幣兌換四百盾越幣。反映在薪資方面，目前越南大學教授暨中央高層官員月薪不超過四十萬盾（台幣一千元），店員、工廠工人每月所得工資二十四萬盾左右（台幣六百元）。

如此貧窮低所得自然反映在越南人其日常生活之「食衣住行」，故越南人「食」都以單食（米飯或河粉一碗），「瓢飲」（開水）度日而不改其樂；「衣」亦以單衣樸素衣服，婦女通常穿其越南民族文化之長衫服裝；「住」隨時看到「椰子葉」蓋簡陋小屋，數代同堂居住或如泰國湄南河水上市場兩旁「水上小木屋」林立；「行」因大眾捷運系統或市區電車未建立，目前大部分越南人都以腳踏車、機車代步。北越山區（沙壩）少數民族來說，目前更過著極貧窮落伍生活。

貧窮落伍國家社會謀生不易，求生困難，故為謀生，其社會往往出現不同職業工作景觀。如在越南隨時可看到戴斗笠，扁擔挑著淺竹籃的越南婦女沿街叫賣「蔬菜」、「水果」的攤販。馬路兩旁擺著小桌子販賣茶水、飯料、糖果、竹筒燻（竹筒煙斗給人吸煙）等，又不離三尺遠就有路邊理髮攤（理髮每人一萬盾越幣，即台幣二十五元），路上修理機車、腳踏車或打氣筒攤維生者大有人在。小孩童（年齡有的五、六歲）推銷書報，招呼擦皮鞋聲（越南人外出都穿拖鞋，根本無皮鞋可擦，擦的只少數觀光客），行乞小鬼、婦女非常多，此與四十年代台灣社會生活完全相同，值得同情。

交通、環保、治安：

越南的交通太紊亂，尤其首都河內交通秩序比胡志明市更亂。越南目前交通工具除胡志明市有少數自用汽車外，百分之八十以上都是機車、腳踏車。交通標誌，胡志明市稍有設立來控制車輛通行，河內幾乎沒有。馬路又沒有劃出「快」、「慢」、「人行道」，駕駛人不戴安全帽，且沒有遵守交通秩序觀念，任意競駛，完全靠駕駛技術本領「能閃就閃，能衝就衝」，互相爭道，互不相讓，更沒有所謂「行人優先」或遵守紅綠燈管制，車輛在交岔口絕不停車讓行人優先通過（此與日本交通最大差別）因此行人欲橫過馬路甚難，並須看你本領或耐心等候。又最令人討厭的，莫不自凌晨起至深夜，亂按「喇叭聲」不絕於耳，即「你按，我按，大家一齊按」，五、六部車輛有時一齊按，如一場「吹笛」大比賽，鹿誰奪冠，依其吹多吹長去定奪，但觀光客如心臟較弱者幾乎心臟欲跳出，其餘正常人聽慣變成如欣賞「吹笛」優雅音樂歌曲。交通警察站崗（路旁），毫無指揮交通權威，駕駛完全不聽從其交通指揮，如駕駛違規叫停，更加速逃逸無蹤，交警無可奈何？越南肇事傷亡，死者每人僅獲賠越幣一千六百萬盾（台幣四萬元），人命不值錢且沒有汽機車保

險制度，因此有時求償無門，故越南小學生，由家長以機車護送上下學，放學時老師負責將學生帶至廣場或廟庭等安全場所全部交給家長護載回家為止，此情形與台灣中小學生，家長以汽機車護送上下學雖類似，但護送上下學主要目的竟然不同，越南是因交通太紊亂，防止車禍發生，但台灣則是防止不法份子藉機擄人勒索綁票（如白曉燕）。越南道路沒有劃立「停車位」、政府收費制度，車輛到處任意停放，有時看見機車停在路上巷道一片雜亂無章，甚至胡志明市商店街門口祇允自己顧客停放汽車免費外，其他人停車一律依自定停車費標準收費入己。

其次越南的環保方面，越南因長期抗爭外侵，國家支出浩大國防經費，戰亂中又不能從事經濟發展，致國家貧窮落伍，目前縱積極從事重建復原工作，但滿目瘡痍，百廢待舉，確難兼顧各方面建設，故越南在環保方面落伍日本及台灣一段相當距離，如焚化爐未建立、垃圾未分類、回收資源、廢棄物任意倒放、河川、湖澤及海上污染嚴重、飲食水未普遍自來水化、市區排水溝未整治改善、公立市場、公廁一片髒亂不衛生等，此等問題均令外國觀光客印象不好。

至於越南的治安，據說北越「下龍灣」風景雖優美，豔美中國桂林灘江而甲天下，但因地理環境較複雜關係，偶有販毒等黑道不法份子在此出現，否則，北越治安比南越好，蓋北越人民長期在社會主義統治下生活，可能較守法不敢越軌，故搶奪、強盜、綁票、殺人等重大刑案較少；但有人奉勸我們至越南最好勿單獨搭三輪車或金錢露白，以策安全，言中自有其用意。越南機關、學校、商店、住宅均未安裝「鐵門窗」，引為聯想台灣政府機關、警局、商店、住宅皆安裝「鐵門窗」，是不是台灣治安比越南惡化？值得深思。

宗教、文化：

越南人宗教信仰是佛教，即大乘佛教。大乘佛教是崇拜釋迦牟尼佛暨觀世音菩薩，其中心教義是「諸法皆空」，教人「禁欲」、「忍讓」、「積德」、「寡物欲」以求來世安樂。河內西湖的鎮國寺香火鼎盛，佛寺內尼姑們穿著袈裟靜坐膜拜誦經「大般若波羅蜜多經」，「般若心經」，「金剛經」。越南人另種信仰是「高臺教」(ao、dai sm)，係佛教、基督教、道教混合之宗教，成為越南獨特文化宗教，其餘也有人信仰基督教，天主教等，為宗教信仰自由國家。

越南文化可分為「外來文化」和「越南本土文化」：

外來文化：越南因各朝代被外族入侵殖民統治而接受不同的外來文化。首先越南自公元前二百年直至公元十世紀中葉被來自北方中國入侵成為中國屬國，被統治殖民達千年之久，自然接受中國儒教及佛教文化，而公元一〇七〇年八月間在河內興建一座「文廟」-國子監，奉祀至聖先師孔子暨子弟四子（孟子、顏子、曾子、子思）。文廟建築造型及結構與台南孔子廟完全相似，分為前後殿，奎文閣，大門入口處刻著「文武百官軍民人等至此下馬」石碑。不同者，越南文廟內左右側豎有自越南黎王太宗大寶三年（公元一四四二年）起至黎顯宗景興四十年止（公元一七七九年）共八十二屆中試之八十二名進士皆列名刻在石龜碑上，褒揚中試者勤學上進同時鼓勵後進，並在文廟內開堂教學，傳教中國儒教中心思想之「四書五經」等漢書教育，實施使用漢文（包括境內大小廟寺所題門聯）漢語、漢書等於全國。同時佛教亦從中國傳入越南，二者成為支配越南文化之主流，為中國殖民統治越南時間影響越南最深的外來文化。接踵而來的，是法國在公元一八五〇年開始

入侵越南，統治前後達二百年，法國人在西貢（胡志明市）設立「印度支那」政府統治越南，而全面禁止使用華文，華語，實施法語教育，出版法文書刊，並大興土木興建法國式（三、五層樓）商店街，百年郵局、紅色巍峨教堂、歷史博物館、政府辦公大樓及寬闊蔭林大道等均象徵著外來法國文化之遺跡。

越南本土文化：

（A）越南語文：越南人縱深受中國、法國外來語文文化影響，但越南人仍有其民族自尊心，不忘本土化，曾於公元十七世紀年間即開始以羅馬字母併音法，分為單音節、多音調加如我國國語註音符號為五個音節發音，創造「越南語」(Tieng viet) 通行全國，使越南國家走向本土化語文。

（B）越南錐形（尖頂）斗笠：從著陸越南，即可看到越南男男女女皆戴著錐形斗笠，此不但具防雨防晒作用外，亦象徵越南國家獨特的民族文化。

（C）越南女子長衫服飾：越南女子所穿服飾為左側腰部剪開至足踝（開襠）之長衫（aodal），尤其高中女學生以純潔白長衫為制服，展現其越南本土民族文化的女子優美服飾。

（D）越南美食菜餚：越南傳統本土美食菜餚有兩種：一種是河粉（pho），用白米製成細麵條，另配一道小菜即豆芽、紅辣椒、萊姆片、九層塔菜和辣醬油，依個人口味加添在麵裡，為越南人招待賓客必有之菜餚，吃起來的味道不錯。另種是皮條（Banh Chung），以糯米、豬肉及綠豆等餡，用香蕉葉子包成四角型如台灣粽子，但味道不一樣，為越南過農曆新年的年糕。

（E）越南戲劇、藝術：越南本土民族戲劇是國際知名「水上木偶戲」(Roi Nuoc)，它是配合其民族弦管音樂及五彩繽紛的木偶在演員們用靈巧雙手操縱下在水上跳舞，為罕見的戲劇。此水上木偶戲常出國至日本等世界各國表演，在河內歌劇院每天出演兩場，因外國觀光客最喜歡觀賞此戲劇，所以場場客滿，故赴越南旅遊者如未前往欣賞此越南本土民族戲劇-水上木偶戲，似有未到過越南之感。越南的藝術方面則是表現出越南本土文化的民族油畫及磨漆畫。油畫是越南人喜歡在緞布上作畫，畫出以人文、歷史等為素材「真善美」的浪漫主義藝術品。所謂磨漆畫則採天然磨漆樹的漆料，作畫後再嵌上貝殼、蛋、銀、金類裝飾品，成為永不褪色美畫之藝術品。

越南姑娘：

越南姑娘（小姐）長得高高瘦瘦，烏溜溜長髮，潤白皮膚，天生麗質，再穿起其越南本土民族白色長衫，宛若仙女下凡，飄飄迷人，引人逗愛。再說越南姑娘在其國家長期戰亂，浴火重生，貧窮落伍，使她們生活較「勤儉」、「樸實」、「純真」而「認命」，具有自立自強的性格。談到越南姑娘自然談及「越南新娘」話題，「越南新娘」話題翁瑞昌道長早已在本刊第七十六期發表過相當豐富資料文章作品，筆者不再重複贅述。但翁道長在該文有段說：「該團有位團員問該店二女兒，我有個兒子，現年三十七歲尚未娶妻，在台灣當樂師，收入不差，願否嫁給我兒子當媳婦嗎？」隨即成局叫聲「爸爸」，有些道長質疑，但經筆者此次越南之旅後，證實不虛，絕非誇大之詞。據目前調查統計資料，現有台灣「越南新娘」有五萬人以上，而台灣郎亦有喜娶越南新娘的趨向，且越南新娘在其越南境內掀起台灣郎風潮。越南姑娘凡聽著您來自「內戀」（以台語音輕聲發音）-台灣，

便印象好，並另眼相待，倍加親切，故若在台灣未婚娶不到理想對象的台灣郎，「越南新娘」亦無妨考慮。

富饒的越南農村：

越南位於中南半島，擁有湄公河三角洲平原，面積達五九、三〇〇平方公里（台灣總面積僅三六、一七九平方公里，超過台灣一．六倍），土壤肥沃，溫熱帶型氣候，雨量豐沛，因之稻谷每年收穫三季，擁有世界「米倉」之稱。目前越南雖未參加WTO世界經貿組織，但自公元一九九六年以來越南已成為世界第三大稻米出口國。此富饒的越南農村，惟惜其農耕尚未進入「機械科學化」，目前無論犁田、播秧、除草、收割、栽培水果等仍保留原始耕作方式，一路可看到成群結隊戴著斗笠越南婦女整排下田播秧、除草、收刈，甚至使用古老「稻桶」打穀辛苦農耕工作，此不但不能提高單位耕作收穫量及品種改良，有浪費人力資源，難與機械科學化國家競爭。但此富饒的越南農村將來農耕方式若一旦邁入「機械科學化」後，其農業前途將無可限量。

台越交流趨向：

目前越南與台灣雖未有正式邦交，但，兩國均在「台北」、「河內」設有「越南經濟文化辦事處」、「駐越南台北經濟文化辦事處」，進行兩國間實質外交工作，且近年來越南政府為圖國家經濟發展，積極獎勵外商到越南投資，加之我國政府亦積極推行「南進投資」政策，使近年來台商在越南投資、設廠迅速增加，台越間經貿亦顯著增加，而台越留學生交流、越南新娘增加、台越旅遊頻繁，故從河內、胡志明市（西貢）飛往台北、高雄間越南航空班機班班客滿（這次歸國班機，機上一百五十多名乘客中，越南新娘佔有三分之一趕回台灣與夫君相聚過春節）等情形以觀，台越交流及實質外交益趨向密切，必創造新紀元。

黑臉集

信封懸案

翁瑞昌律師

九十年三月十一日司法院翁院長蒞臨台南，邀集本會道長舉行座談會，會中黃榮坤律師曾提出一項建議：請法院郵務送達時，在信封上記載送達文書之名稱及件數，以利受送達人核對。筆者大略知道黃律師曾在郵務送達時遭遇到一些困擾，這種情形恐怕每一位道長都有可能碰到，特地提出來供大家參考。黃律師受理某一民事訴訟案件為原告訴訟代理人，訴訟程序中曾為追加，終結後收到一駁回訴之追加之裁定，黃律師認為此部分不必抗告，唯本訴之判決卻一直沒有收到，拖了許久打電話問承辦書記官，得到的答覆是：判決連同裁定一起送達，而且已超過二十日之上訴期間，全案已告確定，為此黃律師深感不滿，為原告提起上訴，法院以上訴逾期裁定駁回，又提起抗告，抗告中二審法院發現送達證書上電腦打字只有「裁定正本一件」，旁邊以手寫方式寫上「判決正本一件」，當然法院承辦人也可以解釋成：信封內確是有裁定正本及判決正本各一件，只是送達證書上漏載，才以手寫方式補上去，可是不僅原告訴訟代理人黃律師沒收到判決，連被告的律師也承認沒收到判決，只收到裁定，如此法院承辦人的說詞恐怕難以令人信服，為此二審法院也認為信封內沒有判決正本，判決尚未送達，上訴即屬合法，廢棄原裁定，因訴訟標的價額不得再抗告而定案，現本案在二審民事庭審理中。

這件案件結局如何，我們無法預料，但是可以想見：如果沒有一套方法來改善，將來仍然會再發生爭議，法院說已經寄出來，律師（或當事人）說我沒收到，當事人權益嚴重受損，法院的威信也大打折扣。黃律師建議在信封上說明送達文書之名稱及件數，因為目前信封上已記載案號及股別，再加幾個字實在是輕而易舉。不幸的是參與座談之蔡廳長並不認同，認為律師或助理收受文件時要點清楚，並核對送達証書記載是否符合，如是在大樓內辦公的律師，也要要求管理員仔細清點。蔡廳長也許沒親自收過掛號信，尤其是一大疊掛號信，送達証書一下子就全撕下來，郵差拿起收文章猛蓋，那容你清點？郵差又不是我們的員工，怎能要求太多？

更重要的是，筆者以小人之心度君子之腹，有沒有可能：信封內只裝裁定正本一件，送達之後，承辦人在退回的送達証書上大筆一揮又加上「判決正本一件」，如此，收件時再怎麼清點也沒用，律師與當事人都吃了暗虧，有冤無處訴，蔡廳長似乎沒想到這一點。以往也有律師同時以一個信封郵寄不同案件之聲請狀及聲明上訴狀，結果聲明上訴狀不見了，法院說我們只收到聲請狀，像這種情形防不勝防，筆者對於送外地法院之聲明上訴狀，大多請當事人自己親自遞狀，反而保險一些。

總之，與其為了信封內裝幾件裁定或判決而爭執不休，甚至懷疑承辦人員在送達証書上作手腳，不如在信封上加註送達文書的名稱及件數，以昭公信。

新會員介紹（九十年二月份入會）

戴世瑛律師 男，卅四歲，國立政治大學法研所碩士，主事務所設於台中，兼區桃園，九十一年一月十四

日台南地院登錄，同年二月廿一日加入本會。

第二十四屆第二次會員代表大會

訂於 4/20 下午假榮勝餐廳舉行

本刊訊 台南律師公會第二十四屆第二次會員代表大會，業經經理監事會決議，訂於九十一年四月二十日下午四時假台南市中華西路一段三〇六號榮勝餐廳舉行。

本次會員代表大會除依例將由理監事會報告一年來各項會務推行情形，及討論九十年收支結算與九十一年收支預算，且為配合律師法之修法，此次亦將修正章程之部份條文。由於有部份會員退會，而亦有不少新入會會員，是以會員代表之名額有所變動，目前會員代表為一百十四人，其名單如下：施煜培 王森煥 黃揚名 鄭慶海 林聯輝 林華生

周武旺 李青龍 鄭和傑 劉德福 黃正彥 黃品彰 陳銘鴻 陳肅毅 林永發 陳明義 葉清華 翁秋銘 王成彬 陳俊卿 黃雅萍 黃慕容 蔡雪苓 林祈福 彭大勇 李昆南 趙哲宏 周進田 張仁懷 許富元 蔡信泰 向文英 蘇暉 黃奉彬 洪梅芬 陳清白 楊雪貞 楊偉聖 黃東璧 翁瑞昌 楊漢東 薛西全 徐美玉 蘇正信 鄭曉東

程高雄 施國家 查名邦 黃紹文 謝英士 王錦川 徐建光 施承典 吳健安 林敏澤 許雅芬 施吉安 鄭嘉慧 陳昭峰 李合法 蘇文奕 黃榮坤 石本婁 許紅道 李興宣 方溪良 郭常錚 蔡青芬 林弘明 吳明澤 許安德利 王以禮 林瑞成 詹俊平 蕭麗琍 蘇新竹 嚴俊雄 王銀村 林復華 蘇陳俊哲 曾清山 王添智 張文嘉 蔡敬

文 林國明 紀錦隆 王燕玲 李孟哲 侯清治 楊淑惠 方文賢 郁旭華 金輔政 陳宏義 涂禎和 楊丕銘 楊慧娟 郭淑慧 王世宗 陳琪苗 陳惠菊 吳信賢 蔡進欽 杜婉寧 黃厚誠 陳文欽 李慧千 陶靜芳 宋金比 鄭淑子 曾子珍 蔡文斌 蘇吉雄 陳慈鳳

本屆理監事會在林理事長積極之領導下，加上理監事們戮力配合，除例行業務廣續進行外，更舉辦多場學術研討會、登山活動及旅遊活動，均獲得好評。凡是擔任會員代表之道長，務請準時與會，雖非會員代表但關心會務之道長，亦歡迎蒞會提供建言。

論 法 官 違 憲 審 查 陳文欽律師

- 一、 前言。
- 二、 違憲審查理論的建立。
- 三、 美國違憲審查制度的介紹 - 個案附隨型。
- 四、 德國違憲審查制度的介紹 - 集中審理型。
- 五、 我國法官違憲審查制度現況。
- 六、 結論。

一、 前言

日前司法院於九十年十二月二十四日上午假司法大廈一樓簡報室舉行九十年年終記者會，由司法院翁岳生院長親自主持，翁院長於會中指出，有關司法院定位問題已達成部分決議，即將來司法院將為審判機關化及訴訟制度改採金字塔型訴訟結構，而「違憲審查」部分，改採折衷制，即集中審查與分散審查併行，抽象法規審查部分，保留現制，由司法院大法官行使；司法院所屬各級法院法官於具體個案，如確信法律或命令與憲法抵觸，應拒絕適用¹，隨著違憲審查制度的改變，將賦予法官對於違憲的法令，有拒絕適用之權，必須以修改憲法因應，茲事體大，且對整個憲政的發展，必有相當程度的影響；另我國學界，對於法官違憲審查的定義及方式，向來莫衷一是，頗有爭論，如中國憲法學會即曾於八十一年十月舉辦「各級普通法院法官及行政法院評事（現改為法官）是否應有違憲審查權」的學術研討會，並將研討會內容刊載於憲政時代，第十八卷第三期²，嗣大法官會議又於八十四年一月針對法官違憲審查的問題做成釋字第三百七十一號解釋，依解釋文可知，大法官當時針對法官違憲審權的看法是，法官有依據法律審判的義務，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用，但如有客觀上形成確信法律為違憲的具體理由，可以之為先決問題裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。上開解釋雖未建立法官有直接拒絕適用違憲法律的制度，但起碼已建立法官對於確信違憲的法律，可直接聲請大法官解釋，而非司法院大法官審理案件法第五條第二項的規定，僅限於最高法院或行政法院有向大法官聲請解釋的權利，對於大法官釋字第三百七十一號的解釋，吾人認為亦值得肯定。但一個制度有建立的必要，必定會受到相當的重視與討論，且不太可能一蹴可幾，值此司法改革日熾的時候，主管機關對於法官違憲審查未來的走向，亦已有一具體的方向，但將來還得透過修憲的程

序，其結果如何，充滿不定的變數，本文即秉時著野人獻曝與拋磚引玉的想法，願將個人淺見，就法官違憲審查理論的建立、並舉美、德兩國違憲審查制度做比較，再結合我國現況，比較分析法官違憲審查在我國的現況及將來應有的走向，希能引起大家的重視，而加入更多寶貴的意見，提供將來修憲者的參考。

二、違憲審查理論的建立

所謂違憲審查，從功能的概念上說明，乃指對於次級規範進行審查是否符合憲法規範的機制，審查後如認為互相違反時，得以拒絕適用或宣告無效³。因此，可以說違憲審查的理論基礎，係建立在「法」的位階性，各個規範之間，有上、下位的概念，始有下位規範是否抵觸上位規範，而加以審查的必要。人類自有立憲以降，皆視憲法為一國之根本大法，任何根據憲法所發佈的法律或命令，以及政府機關的任何作為，皆應合乎在憲法的精神與義理以內，才能稱為法律規範，或產生一定法的效力⁴，因而產生憲法最高性之理論基礎，而首先將憲法最高性在憲法條文表明者，首推一七八七年美國聯邦憲法，該法在第三條第二項：「司法權所及範圍應包括本憲法，美國法律，與美國所已締結之條約而發生之一切普通法的衡平法案件」及第六條「.....本憲法，與依據本憲法所制定之合眾國法律，及以合眾國之權力所締結或將締結之條約，均為全國之最高法律，縱令任何州之憲法或法律有所抵觸，各州法院之法官均應遵守之。」，之後世界各國制訂憲法，亦都在憲法內表明憲法的最高性，形為世界潮流，與立憲原則。基於憲法的最高性，延伸違憲審查制度，而世界最早的違憲審查制度，亦係由美國發展而來。值得一提的是美國違憲審查制度，並非由當時立憲諸賢明定在憲法之中，而係由美國最高法院一個判例加以確立與形成，即是發生於一八〇三年 Marbury V. Madison 案件，該案發生的背景，係當亞當斯總統在其任期結束前一週，任命了四十二位哥倫比亞特區的新法官，其後傑佛遜於一八〇一年繼任為總統時，正式的指派委任狀尚未由先前身兼兩職的國務卿約翰馬歇爾作成及交付，傑佛遜命令他的國務卿詹姆士麥迪遜（James Madison）不要交付委任狀。以威廉馬伯里（William Marbury）為首的四名受挫的被任命者，訴請最高法院發出執行職務命令狀，以促使麥迪遜交付委任狀。最後由時任美國最高法院院長馬歇爾做出判決，並在判決中表示：「闡明法的意義，乃是法院的職權，法官適用法規以審判訴訟案件，更有解釋法規之必要。兩種法規若互相抵觸，而法律與憲法又都可以適用以審判某一案件者，法院捨法律而適用憲法乎，抑捨憲法而適用法律乎，二者必有一於是。如果法院尊重憲法，以為憲法的效力在法律之上，則應捨法律而適用憲法。」因而認為國會通過擴大聯邦法院職權的法律係屬違憲，而對該法律進行違憲審查，因本案使違憲審查制度得以確立，馬歇爾在該判決中，確立了以下的理論基礎：一、憲法是高於一般法律的最高法律規範。二、依權力分立的理論，必然導引出違憲審查的理念。三、法官是法律的解釋者，此一機能與責任包含在憲法與一般法律在內。從而，對於憲法與一般法律有無衝突矛盾存在，應加以判定。此即是法院的權利與義務，亦是憲法國家應有制度⁵。其後，便奠定了美國日後違憲審查制度運作的理論基礎，更為世界各國所仿效，而紛紛在憲法內建立違憲審查制度。

三、美國違憲審查制度的介紹 - 個案附隨型。

美國為最早發展出違憲審查制度的國家，但其所建立的審查方式，與其後歐陸所

發展出憲法法院制度，有本質上的差別。美國的違憲審查制度係附隨於每個普通訴訟中，其法院只有一種，並無普通法院以外的特別法院，亦無專職於違憲審查的憲法法院存在。在個案附隨審查下，各級法院法官均有違憲審查權。不過，為恐破壞三權分立體制，司法權的行使受到程序上的許多限制，例如：無訟案則無審查，非待訴訟案件發生，且該案件關於訴訟人具體實在個人權利，始可就其所適用的法律，審查是否違反憲法規定，絕無抽象法規審查制度。個案附隨審查的違憲審查制度使各個審理訴訟的法官均得以對於個案中所適用的法律進行違憲審查，優點在於一般法院於受理人民廣泛而龐大的訴訟案件適用法律時，很容易發現違憲情事，較為足以排除違憲的法律，以貫徹憲法中的價值並達成保障人民基本權利的憲法目的；但其缺點則在於憲法為國家根本大法，以普通法院釋憲，易造見解分歧，於憲政的安定性，不無影響。

美國的違憲審查制度，就審查機關而言，包括所有的聯邦系統法院，即地方法院（district court）上訴法院（appeal court）及最高法院，都擁有違憲審查權，而法官進行違憲審查時，限於個案及爭訟，使得法院的審查權僅能隨著個案的訴訟附隨審查，而不得就未涉及案件的抽象法規進行審查，其個別的違憲審查判決效力，和其他判決並無不同，即僅在當事人間發生拘束力，換言之，法官無權力對於個別的法律命令宣告違憲使其無效，僅得以在適用的個案上拒絕適用。

雖然法院在做違憲審查，僅能發生個案的效力，不能使違憲的法律歸於無效，但如果個別的憲法爭議，如經上訴至聯邦最高法院，聯邦最高法院對於特定法律或命令判決違憲或合憲的結論後，因為依據判決先例遵循原則（stare decisis），使得聯邦最高法院的判決得以拘束所有的下級法院，因此，在聯邦最高法院做出違憲或合憲判決後，實際上，就該違憲爭議的問題，不可能有下級法院向其挑戰，因為一定會得到相同的結論而遭廢棄的結論，此時在效力上，其實已經與廢棄該法律或命令有相同的效果。

四、德國違憲審查制度的介紹 - 集中審理型

相對於美國違憲審查係採個案附隨型，歐陸法系國家則因：（一）大陸法系的國家，傳統上反映出較為嚴格的國會權力優越原則，原則上法院並無理由擁有得以對於國會通過的法律進行違憲審查的權限。（二）大陸法系國家缺乏遵循判決先例的傳統，若容許多數法院行使違憲審查權，將導致不同法院間互相衝突的違憲認定結果。（三）大陸法系傳統上採取司法二元主義，法院系統不止一個，掌理民刑事訴訟的普通法院與行政法院並不相隸屬，一旦採取美國式的非集中審理式的違憲審查制，將使最高法院不堪承受審理憲法案件的負荷⁶。基於以上的特徵，歐陸法國家的違憲審查制度，則大都採取集中審理型的違憲審查制度。

以德為例，依據德國聯邦憲法第九十三條以下的設計，設有憲法法院掌理違憲審查，除此以外，其他各級法院並無違憲審查的權限，至於有無向憲法法院聲請解釋憲法，所謂的具體法規審查權限，不在本文探討的範圍。因此在德國違憲審查的機關，係集中於唯一的憲法法院，故稱集中審理型，而憲法法院行使違憲審查權限，不必俟具體的訴訟案件發生，只需一定機關的聲請，即得審查該法規是否與上級法規抵觸，因而此種審查，並無對立兩造，僅是就法規為抽象的解釋。憲法法院對於系爭的法律做出違憲與否的裁判，其裁判具有「類似法律的效力」，也就是具有抽象一般性類似於規範的效力，所有聯邦或

各邦的機關或法院，均受其拘束。

五、我國法官違憲審查制度現況

依據我國憲法第七十八條規定：司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。同法第七十九條第二項：司法院設大法官若干人，掌理本憲法第七十八條規定事項。由此可知，司法院大法官會議是唯一有權解釋憲法機關，一般法院無違憲審查權，我國所採取的違憲審查制度，與德國相近，可稱之為集中審理型。

然而，從憲法第八十條規定：法官依據法律獨立審判。該法律須為（形式上及實質上均）有效合憲的法律，乃屬當然。因此，當法官在審判案件，適用法律時，該法律是否合憲或違憲，是合乎憲法具體的精神，即不能避免的要加以審查，誠如馬歇爾在 *Marbury V Madison* 案件所闡述的：闡明法的意義，乃是法院的職權，法官適用法規以審判訴訟案件，更有解釋法規的必要。賦予法官有一定程度違憲審查權，乃事理的當然。有問題的是，法官違憲審查權行使的方式為何？即是本文所欲究明的重點所在，到底是僅允許法官在適用法律，有確信法律為違憲的具體理由，聲請大法官解釋，抑或法官得直接拒絕適用違憲的法律，甚至可以宣告法律為無效，其中牽涉的問題面，既廣且深，限於篇幅，本文無法一一詳究。

法官違憲審查權的爭論，大法官曾於八十四年一月做成釋字第三百七十一號解釋，解釋文指出：法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公布施行的法律，法官應以其為審判的依據，不得認定法為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法的效力既高於法律，法官有優先遵守的義務，法官於審理案件時，對於應適用的法律，依其合理的確信，認為有牴觸憲法的疑義者，自應其先行聲請解釋憲法，以求解決。

截至目前為止，法官違憲審查權在我國，還是受到相當限縮，法官於審理案件，發現所適用的法令有違憲，卻不能直接拒絕適用，僅能向大法官聲請解釋，在權利保護的時效上，似稍嫌不足，確有改進的必要。

六、結論

欣見法官違憲審查制度的實踐，日受到重視，司法院將來修來的建議，亦已傾向法官擁有具體法規的違憲審查權，這對於落實憲法具體精神於每一個個案上，實踐憲法正義，保障基本人權，在質與量上，都不是現行制度僅有大法官擁有違憲審查權，可相比擬，甚至因此可以大大的拉近憲法與國人的距離，而不會視憲法為高不可攀的象徵物，產生了憲法的冷漠感。

不過在此，也有一點值得憂心的是，我國法學教育，向來對憲法並未加以重視，就以律師、司法官考試而言，亦僅是聊備一格，又因政治紛亂，歷經長期的戒嚴及動員戡亂時期，憲法的研究與發展，受到非常大的壓抑，亦是一個不可規避的事實，因此造成了普遍人甚至是法律專業人士，對於憲法的認識，或僅停留在三民主義、國父遺教式的憲法，或無法體會憲法真正保障人民基本權益之所在。

憲法為一國的根本大法，為人民永久的意識，必須受到相當的維護與尊重，法官行使違憲審查時，對於憲法內涵，必須要有深透的了解，才能正確合宜做違憲審查，否則法官隨意的審查，將陷真正的憲法精神於錯亂，紊亂了憲法價值，造成人民價值信仰的無所適從，原有的良法美意，反而成為憲法的破壞者，這正是新制度實施前，不可不戒慎的

問題所在。

本文對法官擁有具體法規的違憲審查權，是持肯定的看法，也樂見這一天的到來，不過本文認為，將來法官審理案件，應該適量的減輕，憲法意識的加強也是克不容緩，始能有充足的時間與高度的憲法的意識，發揮法官違憲審查權正面的效果，引領國人進入真正的法治國社會，其功垂矣！

1 請參閱司法周刊，第一〇六三期，第一版。

2 與會學者中，許宗力教授主張法官對於違憲的法令可以審查，但只有狹義的違憲審查權，但並無逕行宣告違憲或拒絕適用之權限；林子儀教授認為法官在審判時，如認裁判上所據以適用之法律為違憲，即可逕行拒絕適用；董保城教授亦認法官可拒絕適用違憲法律，但並無宣告法規無效之權；李念祖教授則採與董保城教授相近的看法，認普通法院可從事具體審查。以上請參見憲政時代第十八卷第三期，八十二年一月，頁三以下，「各級普通法院法官及行政法院評事是否應有違憲審查權」。

3 陳銘祥，比較違憲審制度，收於現代國家與憲法，李鴻禧教授六秩紀念文集，第一零六三頁，月旦出版社，一九九七年。

4 賀德芬，司法審查制度之研究，台灣大學法學論叢第六卷第一期，頁一〇八。

5 李鴻禧，違憲審查思想史之比較研究，收於氏著違憲審查論，頁五十七。

6 陳銘祥，比較違憲審查制度，收於現代國家與憲法，李鴻禧教授六秩紀念文集，頁一零八。