

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

全聯會召開會員代表大會

通過多項提案圓滿結束

本刊訊 全聯會第五屆第三次會員代表大會於九十年七月十四日上午十時召開，地點在台北市忠孝西路來來大飯店金冠廳，大會由全聯會理事長朱勝群主持，法務部李科長代表主管機關與會，監事會召集人陳鄭權召集人陳鄭權集人陳鄭權 vv，前理事長許森貴、楊思勤均列席並致詞，本會由林理事長、金輔政、翁秋銘、翁瑞昌律師代表與會，共有會員代表八十餘人參加。代表大會除會務工作報告、財務報告外，並通過收支決算書等財務報表及九十年工作計劃書、收支預算書，另通過下列提案：(1) 檢察官未以傳票而以通牧沮牧知命人民赴地檢署開庭，且未列明是被告或犯罪嫌疑人或証人，並無法律依據，且因無法適時選任辯護人，有侵犯人權之虞，建請法務部飭令改正。(2) 「法官再任作業要點」將再任一、二審者限制為未滿四十五歲，再任三審者限制為未滿五十五歲，而司法官特考最高年齡限制為五十五歲，如受訓、候補期滿已六十二歲，法官再任反而較為嚴格，建請司法院修改法官再任作業要點，使各審級之年齡限制均為六十歲。(3) 建議司法院修改刑事訴訟法第三百九十五條為：「第三審法院認上訴有第三百八十四條之情形者，應以判決駁回之。其未依第三百八十二條第一項所定期間，提出上訴理由書狀者亦同。」，以免檢察官提起上訴後，任意拖延提出上訴理由書之期間而影響當事人之權益。(4) 建請司法院就符合調任一、二審庭長者發函各律師公會推荐時，應將二審部分併送所轄各地方公會，而非僅送二審所在地之地方公會。(5) 增訂本會章程第十一條第二項，增設增設副理事長二人，以協助理事長處理全聯會事務。

另有臨時動議：(1) 公証法第二十五條第五款規定民間公証人連任資格僅限高等考試律師考試及格者，將檢覈律師及格者排除在外，極不合理，建請司法院修法改善。(2) 全聯會理監事會請改為輪流在各地方公會舉辦。(3) 建議全聯會指派常務理事擔任行政、立法、司法、考試、監察院之聯絡負責人，以利業務之推展。經討論結果，第(1)案通過，第(2)(3)案交理事會研究辦理。代表大會至中午十二時卅分始結束，會後在地下二樓聚餐。

大陸民事審判方式之改革(四)

林瑞成 律師

吾人反觀職權主義之訴訟模式，可以發現此種模式很難以關照訴訟之程序正義。其農職權主義之訴訟模式結構，其本身就是以片面追求實體正義為理念，因此這種訴訟結構就會不自覺地否定程序正義。大陸民事訴訟法規定法官不受當事人主張之限制，可以依職權收集提出證據，並

據此形成判決，似乎即能達到實現實體正義之目的，但反而使當事人之辯論權、處分權虛化。當事人對於案件之主張與陳述，可能因法官之主動調查及收集證據而變得徒勞無功。法院也在不自覺間把自己處於與當事人對立之地位，造成當事人主體之客體化，而且由於證據之收集與提出，不免受法官主觀因素之影響，職權主義之訴訟模式即破壞當事人間之平等，亦使法官之中立性喪失，當事人在訴訟上即無法獲得程序正義。

從歷史來看，一定之權利或保障是人類之基本權，特別是近代的憲法或國際法的宣言，如上所述之當事人基本程序權之保障，有著憲法化或國際化之現象，此現象對民事訴訟而言，亦是因緣際會。千年來，以表現在法官、相對人及與第三人關係之當事人各項基本權已經發展成熟，例如：1. 關於訴訟之提起及決定訴訟對象之當事人排他性權利，2. 法官之公平，3. 對論（防禦）之權利，即為自古以來之基本原則。與此相呼應的，所謂司法權從行政權獨立，亦有一段不淺之歷史，而「自然的」或「法定的」法官之訴訟公開，在現代都是已獲得很大成就之訴訟基本原則。這些基本原則，對先進諸國之裁判制度來說，不僅是必要之最少限度，而且是永遠不變之要素，英國人將這些基本原則稱之為「自然的」正義（“natural justice”）原則，並以超越時空之制約而普遍的且永遠的妥當為其基調。基於當事人基本程序權之保障憲法化及國際化，所謂當事人程序權保障或程序保障之課題，漸次成為訴訟上之重要任務。不過賦予程序保障概念之意義卻是多樣的，因使用場合之不同，其所承擔之機能亦有不同。程序保障被使用在與從來之當事人權或審問請求權同義概念之場合，以最大公約數而言，具有保障訴訟上之主張、立證機會之意義。在此意義上所使用之程序保障，係應給予當事人完全之主張、立證機會，同時法院應通過聽取當事人雙方意見，實現公正之裁判，達成所謂真實發現機能，乃至權利保護機能之訴訟上中心任務。但是程序權保障之概念，在與當事人權或審問請求權之保障作用作不同含意使用之背景下，隨著擴大民事訴訟機能之要求（例如現代型訴訟）進而強調裁判之正統性保障機能，此即，如果程序權保障充分，則其程序之結果（判決）就能取得當事人充分之認同，且亦能說明判決拘束力之根據。³⁸ 程序權保障之根本考慮，在於無論裁判之結果是否與真實一致，只要完全符合程序正義之裁判才具有重要意義，因此拙見認為縱令採取職權主義模式之大陸民事訴訟法，其審判制度亦不能欠缺當事人程序保障之機制，現行大陸民事訴訟法過於強調法官在審判上之主導作用，弱化當事人在訴訟過程之主導權，為其訴訟模式結構上之重要缺陷。

參大陸民事審判方式改革與訴訟模式轉換

一 社會主義市場經濟體制與民事審判方式改革

在現行大陸民事訴訟法所採用之職權主義，表現了當事人自由處分權之限制與當事人地位之弱化，另一方面因法院在訴訟中過度之職權干預，使法院地位行政化，法院本應具有之中立地位，被在行政機關才有之行政管理地位所取代。中共在數年前，已經宣示建立社會主義市場經濟體制，擺脫傳統計劃經濟體制之束縛。然而隨著市場經濟體制之實行，作為市場經濟主體的企業或個人，亦必從本身利益出發，自主追求自己之經濟利益，企業應不在是行政機關之附屬，自主經營、自負營虧，將是市場機制無可避免之事，而且個人之私利益追求未必與國家、社會利益相衝突，國家必然減低干預私的市場經濟活動，而尊重市場經濟體制下之商品生產者之平等關係。

在市場經濟體制之下，經濟主體在市場上所具有之主體性與自主性，將反映於民事紛爭解決領域中，如此大陸民事訴訟法以職權主義結構所形成之當事人主體客體化之機制，必然遏制了市場經濟體制之下經濟主體之主體性與自主性，造成紛爭解決領域內之主體客體化與紛爭領域外經濟主體之主角色相衝突與緊張。傳統之大陸民事訴訟體制是與計劃經濟體制相呼應的，法院在民事訴訟中須要扮演民事紛爭解決上之管理者角色，並須要對當事人行使行政權力，即民事訴訟除維護當事人之合法權益外，還須考慮國家利益與社會利益，蓋在計劃經濟體制下，國家利益與當事人個人利益有直接利害關係。但在市場經濟體制下，商品生產者不再是國家之行政附庸，其在市場經濟之利益不再再與國家利益簡單掛合，商品生產者之權利，應被還原為私權，市場經濟之運行，必須依循個人權利自由交易之市場法則。在此種社會現況之下，民事訴訟目的應純化為通過正當程序維護當事人之私權，在民事訴訟領域中國家干預應被減低到最小，不過此顯與職權主義訴訟模式之權利擴張相違背的，³⁹這是在經濟因素方面，大陸民事審判方式必須作改革之原因。

大陸在改革開放之後，對蘇聯之政治、經濟、文化開始作全面之反思，不但理論上有所批評，而在實踐上亦有所突破。隨著前蘇聯之解體，與東歐各社會主義國家社會制度之轉向，大陸對前蘇聯問題進行更深層次之思考。可以說蘇聯老大哥的「經驗」已不再是大陸仿效之對象，違反蘇聯之作法與違反社會主義原則不再劃上等號，「國情論」取代「模仿論」，大陸根據自己之國情走具有中國特色之社會主義道路，成為大陸改革開放後的基本思路。這種政治觀念上之突破，為大陸政治、經濟、法律及其他方面之改革，提供了主觀前提。⁴⁰ 基此，大陸民事訴訟法學方面一些源於前蘇聯之理論，即值得質疑，例如關於不承認私法關係之理論、國家應對民事法律關係廣泛干預之理論等，均應進行修正。這是在政治因素方面，提供大陸民事審判方式改革之土壤。

應在此一提的，大陸一九九一年民事訴訟法雖然對民事訴訟法（試行）進行較大的修正，比起民事訴訟法（試行）已有很大的進步，但由於新民事訴訟法之修正，在理論上準備不充分，甚至對理論及實務上之問題未深入研究（有些問題當時尚未浮現），使得新民事訴訟法在頒布實施之日即顯現不適應性，復因如此才使民事審判方式改革得以繼續，且有較大之改革空間。

二大陸民事審判方式改革是否為結構性之變革

大陸十餘年來之民事審判方式改革，因無明確、系統的理論指引，可以說是以「摸著石頭過河」之方式，探索民事審判之最佳方式。究竟改革之目標模式為何？改革之重點與切入口應當在何處？在理論上無法明確這些問題。關於審判方式改革之目的何在問題，一九九三年十二月二十七日最高人民法院高昌禮副院長在全國高級法院院長會議上，針對包括審判方式改革在內之法院改革問題報告中指出：「改革的目的是為了保障人民法院依法獨立行使審判權，保證嚴肅執法，更好地為加快改革開放和建立社會主義市場經濟體制服務，為發展社會生產力服務。」⁴¹ 法院改革有自身的特點，必須在憲法和法律規定的範圍內積極穩妥地進行。法院改革必須遵循合法原則，有利於法制統一原則，便利群眾訴訟和便利審判原則，保護當事人合法權益原則，循序漸進。只有這樣，才能使法院的改革沿著正確的軌道健康地向前發展。」⁴² 此後同法院唐德華副院長及祝銘山副院長都發表過類似之談話，⁴² 這已表示審判方式改革不能突破現行民事訴訟法規定。尤其最高人民法院於一九九八年六月十九日經審判委員會通過之《關於民事經濟審判方式改革問題的若干規定》，指出該規定之目的在於：「為了正確適用《中華人民共和國民事訴

訟法》(以下簡稱民事訴訟法),建立與社會主義市場經濟體制相適應的民事經濟審判機制,保證依法、正確、及時審理案件,在總結各地實踐經驗的基礎上,對民事、經濟審判方式改革的有關問題作出如下規定。」因此有人認為審判方式之改革,應是按照現行民事訴訟法規定進行審判,能夠做到這一點就是很了不起之事,只是必須明確對於民事經濟審判實踐中,哪些不符合現行民事訴訟法規定之舊有作法或曰習慣法(實際上是違法之作法)加以糾正,使之符合現行民事訴訟法規定。⁴³但如果從此角度來看,大陸民事審判方式改革,只是在於嚴格要求民事訴訟法規定辦案而已。然而大陸一般認為即便一九九一年民事訴訟法之修正公布,亦是其十餘年來民事審判方式改革之階段任務,蓋該次民事訴訟法修正已有弱化法院職權之趨勢。依拙見認為不能如此狹義地將所謂民事審判方式改革,限制於嚴格要求依民事訴訟法規定辦案之涵義,民事審判方式改革主要之目的,在於通過程序和方法或途徑實現實體正義及程序正義之訴訟價值理念,所以民事審判方式改革應包括修法乃至訴訟模式之轉換於其中。大陸學者即指出民事審判方式改革,實際上已經不只是「方式」的改革,而是訴訟體制的改革,是一種結構性之變革,其基本點及核心是訴訟模式的轉換。民事審判方式改革已經直接衝擊及動搖原有訴訟體制,觸及訴訟模式之深層,彼更指出如果不實行訴訟模式之轉換,民事審判改革即不可能縱深發展取得實效。⁴⁴誠然,大陸既然要建立市場經濟體制,以職權主義為其特徵之民事訴訟法之適應性必然極低,而影響市場經濟之發展,再者,大陸各種民事實體法已因實施市場經濟體制須要制定或修正,何獨民事訴訟基本模式維持職權主義而不予變革呢?

【註解】

38 關於程序保障與判決拘束力之作用,參照林瑞成,民事判決既判力與程序保障原則的理論與實證研究,中國政法大學博士學位論文,第77頁,2000年。

39 張衛平,前引註5。

40 陳桂明,前引註10,第184頁。

41 中華人民共和國最高人民法院公報,1994年第1期。

42 中華人民共和國最高人民法院公報,1994年第4期。

43 趙鋼,前引註8。

44 張衛平,前引註5。

大霸登峰招兵買馬

* 時間：九十年十一月二日至四日(週五、六、五)

* 費用：每人四千八百元,含食宿交通。

* 名額：限三十名,超額部分依報名順序候補。歡迎喜愛登山同道參加,有心臟、高血壓、高山症者請勿報名。

* 報名電話：二九八七三七三

* 傳 真：二九八八三八三 公會黃小姐

山東法治知識交流訪問團拜訪本會

本刊訊 大陸山東學者法治知識交流訪問團於六月二十九日上午九時三十分拜訪本會，雙方於地院律師休息室舉行座談，本會有林理事長、陳惠菊常務理事、翁瑞昌及吳信賢二位監事、陳清白及陳琪苗二位理事、陳明義與洪梅芬、黃紹文三位道長等參加，該訪問團則由團長姚成林教授率山東大學、山東省政法管理幹部學院及青島大學等法律系之教授、副教授及講師共十人與會。林理事長首先表示歡迎之意，並盛讚大陸近年來經濟發達及各項建設快速，該訪問團姚團長則表示很高興能有機會拜訪本會，藉此認識及瞭解台灣法制。該團成員對於台灣律師資格之取得、律師之執業、管理及懲戒、律師公會之權責及主管機關、民眾的法律扶助等事項提出詢問，林理事長及與會之理監事、道長則針對他們的問題一一詳加說明，雙方並就兩岸上開制度之差異予以討論，氣氛熱烈。之後，林理事長致贈該團本會通訊五十期合訂本以為紀念，該團則回贈本會「古代思想家」紀念郵票及金質紀念牌。座談結束，林理事長引導該團參觀台南地院之閱卷室、法庭、觀護人室、公證處及聯合服務中心．．．等處所，該團對於台南地院之建築豪華及各項設施備完善，留下深刻之印象。

巴里島逍遙遊

郭淑慧 律師

卸下案卷向老闆告假，今年四月二十七日隨同姐姐公司員工旅遊，奔向印尼巴里島遊玩去了。邇聞巴里島氣候炎熱，紫外線超強，臨行前我已做好萬全防曬措施，歷經五個小時飛航，抵達巴里島時已是午後四時，正竊喜此黃昏時刻應係夕陽斜掛不用擔心曬黑，但步出機場，發覺當地仍是烈陽高掛，熱氣襲人，經導遊告知，當地日落約為午後六時許，而清晨六時陽光即已普照，看來這幾天有得瞧了。第一站是乘馬車逛市區，那裡的馬兒矮矮胖胖的，一點也不高大挺拔，但每匹馬車要載司機乙名，旅客三名，坐得真的有些不忍心，由於適逢下班時間，路上腳踏車、摩托車擁擠，但馬兒訓練有素，知道如何與車輛爭道橫越馬路，每匹馬兒脖子掛有鈴鐺，我們一團七十八人，計乘二十幾輛馬車，浩浩蕩蕩在路上奔馳，響鈴鐺鐺、馬蹄答答不絕於耳，煞是新鮮。假期就此展開了，晚上在導遊遊說下，自費享受泰式按摩，由於是團體按摩，故在大通舖房間內每位按摩師父動作一致，由腳底至頭頂，數十人身體關節齊同霹靂響，有些人捺不住癢，從頭笑到尾，煞是好玩，二個小時的按摩確實讓人通體舒暢，至於標榜 S P A 招牌療程的露露牛奶花瓣浴，就沒想像中浪漫美麗了，我們這一團人數眾多，須分成二梯次，傳第一梯次有團員趴在床上進行背部去角質時，呼一聲，床竟然垮了，另有團員指出沐浴的水是冷的，凍的直發抖，設施之簡陋可見一斑，導致我也不敢抱太大期待，果不其然，按 S P A 重在身體去角質、美白，故須全身近忽光溜溜地躺在床上，塗滿類似鹽巴的磨砂膏，蓋上浴巾，約過十五分再將磨砂膏搓去塗上牛奶，此時身體黏稠冰涼可想而知，冷氣颼颼叫人直打冷顫，蓋上浴巾後不保暖更不透氣相當不舒服，進入烤箱汗流浹背，一不小心就被燙傷，折騰許久後，坐在小小的浴池中，幾許花瓣在池中漂浮，這就是 S P A 療程了，效果如何無從得知。

巴里島南灣的的的水上活動是團員遊樂重點，只可惜我怕曬黑，大伙在海上暢玩拖曳傘、香蕉船、水上摩托車，我則躲在屋簷下補防曬油，在 Water Bom 水上樂園中亦同，別人在滑水道、懶人河中玩的不亦樂乎，我則躲在樹蔭下午睡小憩，酣畢再享用下午茶，悠悠哉哉好開心。

聖泉廟百家商帘承承店之行是此行高潮，抵達前導遊一再叮嚀務必殺價，我一直煩惱如何以蹩腳英語交談，沒想到是我杞人憂天，商家都以國語兜售、報價，還直接了當的說你可以殺價、價格再高一點等，溝通毫無困難，沿街殺價聲此起彼落好不熱鬧，而且可用新台幣直接交易，一、二百元即可買到豐富商品，當地衣服顏色鮮艷款式多，導遊說有三大保證，一是保證便宜、二是保證縮水、三是保證褪色，且衣服不可洗超過三次，否則布料會從中間破裂，但是別擔心，一件衣服買回去可穿三代，爺爺穿了洗後縮水給爸爸穿，爸爸穿了洗後縮水給孫子穿，物超所值，聽了直叫我敬謝不敏、無意問津。

最後一天早晨沒有Morning Call，我仍起個大清早參觀住了三晚的飯店，飯店外觀與一般都市所見大不相同，建築物高度不高，導遊說當地法律規定建物高度不得逾椰子樹，遠遠看似廟宇，但建地廣闊，飯店中庭有露天游泳池，外則瀕臨海灘，細白沙灘，柔柔浪花，充滿了渡假風情，四天巴里島之行悠閒自在，整裝回台後，面對沈重案卷，心情輕鬆許多，當務之急就是美白了。

司法怨氣何時了？

前台南高分院院長 王玉成

張姓夫妻檔涉嫌持槍劫持遊覽車，檢方以妨害自由、恐嚇、殺人未遂及違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪嫌聲請羈押，無論就法定犯罪情節、社會安全或公眾反應任何一方面考慮，都無瑕可擊。但如有一位法官，是個「三更有夢書當枕」型的改革派，他說美國槍擊雷根總統的要犯都能交保，我們為甚麼不能？信不信由你，也會贏得不少讚賞。

這就是二十一世紀、第三波、後現代主義的「應然」，沒有人也不容許任何人否定。

因此，心中有「氣」，便假「投訴」無門為詞，要求面見「陳青天」為藉口，持槍劫車，忘了旅客公安，也忘了東東法律。

因此，心中有「氣」，便以「百姓難為」為由，演而變之，殺人、尋仇、縱火、家暴、棄養、吸膠、性虐待、走上街頭，此起彼落，不絕如縷。

於是，最不幸的是司法 權利保障的最後一道防線，垃圾堆中一團亂麻，排山倒海源源而來；更不幸的是這防線之內，有所謂報復刑與屢屢教育刑兩大壁壘，刑亂世用重典的撻伐之聲未見分曉，人道主義的新思潮又如雨後春筍接續而來。

日本推理小說名家松本清張寫了一本 殺人機器的控訴，認為車禍的司機罪有可恕，製造高速汽車的廠商才是罪魁禍首，也可以說創造文明的機體都脫不了干係。國人有一位作家，把社會叫叫做「大染缸」，人在大染缸裡，不僅染得五顏六色，變成「四不像」也不足為奇。而這五顏六色，有的是對富豪所發的不平；有的是對權勢所生的抗拒；有的是因時運不濟所懷的焦慮；有的是對道德淪喪者的不齒，這一切「人格」的改變都是在社會機器這個「活體」之中割切薰染，成為一個百折不扣的「非我」，因此「原我」對於「非我」的非行，應否負全部的責任，便成為爭論的焦點。

一九二四年美國芝加哥「婁伯、里波路少年共同殺人」案件，社會輿論普遍切盼判處被告死刑。辯護律師丹諾從心理學上分析被告的精神狀態、與被害人的關係、犯罪的動機以及生命的價值等力辯兩天，終於以九十九年有期徒刑將被告從死刑的邊緣救了回來，世界司法史上的一段佳

話，於焉產生。

丹諾的論點，並不侷限在「刑罰個別化」的範疇，主要的還是從「上天有好生之德」的寬大（Leniency）著眼。當判決宣示之時，社會為之哄動，聽眾奉為神明，法庭上下一片祥和，法官的榮耀是可想而知的。

治亂之道，不在用重典；而在能不能舒民之「氣」。大禹治水，功在疏導，人性所向，如水之就下，導之則順，威服四海。反之，民不畏死，以死懼之，野火吹又生，永無寧日矣。

九十年六月二十六日

上帝增帝廟坵墘，水仙宮簾簷

「坵墘」念 Gim Kin 為石階，「簾簷」含 Ni Chin 為屋簷。

府城地勢東高向西低迤。

上帝廟建於民權路二段八九號，稱「北極殿」，又稱「大上帝廟」。而民族路二段二〇八巷三十一號之開基靈祐宮稱「小上帝廟」，均祀玄天上帝。

玄天上帝俗稱「上帝爺」，「上帝公」。又稱「真武大帝」、「開天大帝」。原稱「真武」，至北宋，為忌諱「真宗」皇帝之「真」，改稱「玄武」，又稱「北極聖帝君」。古人信仰北極星以為統治天界帝王，據星座紫微宮權力浩大。玄武位正北方，故廟稱「北極殿」。

上帝廟，北極殿創建於明永曆年間，廟內懸掛明寧靖王朱術桂於永曆二十三年（清康熙八年，西元一六六九年）敬獻之「威靈赫奕」及清康熙五十二年（西元一七一三年）台廈道陳瓊之「辰居星拱」匾額，并有珍貴石彫。

其建地則古稱之「鷺嶺」，為當時府城地勢之高點。

水仙宮，又稱「水仙廟」。建於神農街一號，依王必昌乾隆十七年（一七五二年）編「重修臺灣縣志祠宇志」廟目載「水仙廟在西定坊港口，祀大禹王，配以伍員、屈原、王勃、李白」。

大禹王即禹帝，治九州水患。伍員為伍子胥，諫吳王不聽，賜劍自刎，屍沉江中。屈原投汨羅江自盡。王勃省親至交趾，溺死於海。李白，民間傳說在采石磯江邊醉酒，入水中撈月溺死。均與水有關。此五尊祀為水神，俗稱「水仙尊王」，簡稱「水仙王」。

水仙宮創建於清康熙四十二年（一七〇三年）為海上保護神。昔時航海業者及貿易商頗尊信。其廟前即南勢港。廟前，廟邊一帶海商雲集，茶館、酒館林立，極其繁華。彰化孝廉陳肇興「赤崁竹枝詞」描述當時景象「東溟西嶼海潮通，萬斛泉源一葉風，日暮數聲欸乃起，水船都泊水仙宮」。

廟由三郊管理。廟邊且有三郊議事公所。廟內有珍貴石彫。由建於鷺嶺高點之上帝廟山門石階即坵墘望建於港口低地之水仙宮，見其簾簷即屋簷。上帝廟與水仙宮相距數百公尺，高低差倍，則上帝廟的坵墘與水仙宮簾簷高度相等。

今上帝廟至水仙宮一帶沿街舖宇高樓櫺比，自上帝廟既難望水仙宮。惟自上帝廟之民權路至水仙宮，路段傾斜高低依然。

這句俚諺，以兩廟之石階、屋簷為喻府城東高西低之地勢。

法務部發函變更解釋

保障離職司法人員工作權

本刊訊 法務部於九十年六月二十七日以法九十檢字第 0 一五八三六號函，就該部法八十八檢字第 0 二 0 七七三號函釋內容予以變更。依該部法八十八檢字第 0 二 0 七七三號函釋：「司法人員離職後，不得向其離職前支離職前三年內曾任職之法院聲請登錄，俾在同一轄區的檢察署執行律師職務，而原任職檢察署者，亦不得向同一轄區之法院聲請登錄並執行律師職務。」惟近年來高等行政法院暨各專業地方法院陸續成立，如依前揭函釋，自普通法院或檢察署離職之司法人員，將連帶無從於該法院轄區內之司法警察機關及與該法院轄區相重疊之高等行政法院及專業地方法院執行律師職務，影響離職司法人員之工作權益甚巨，為保障其憲法上之工作權，法務部特以法九十檢字第 0 一五八三六號函變更解釋，認「司法人員離職後仍得向離職前三年內曾任職務之管轄區域法院聲請登錄，俾在同一轄區之警察機關、未曾任職務之法院或未曾任職務之檢察署，及與該法院轄區相重疊之高等行政法院及各專業地方法院執行職務。」

本刊訊 司法博物館推動小組為使法界人士及社會大眾對台南地方法院舊址作為司法博物館一事有更進一步的認識與瞭解，特舉行一系列之座談會，歡迎司法先進及律師同道蒞臨指導。

座談會之地點、時間、題目及主講人、導言人如下：

地點：舊台南地方法院第二法庭

第一場 七月二十九日上午十時

演講：細說台南地院 - 主講人：翁瑞昌律師

第二場 七月二十九日下午二時

演講：台灣司法史 - 主講人：台灣大學法律研究所博士班 劉恆奴小姐

第三場 八月四日下午二時

演講：法院建築形式之演變 - 主講人：成功大學建築系 王明蘅教授

第四場 八月十二日下午二時

座談會：空間再造運動---談司法博物館之可能性 - 導言人：台南藝術學院博物館學研究所 副教授徐純女士

附註：凡捐款贊助司法博物館推動小組，金額超過新台幣一千元者，即贈，即贈送以台南舊地院為景之明信片一套，希望司法先進及律師同道能共襄盛舉。

專家參審與民間公證

黃正彥 律師

八十八年七月六日起舉行三天的全國司法改革會議，達成許多共識，司法院訂定時間表，一一落實，專家參審與民間公證是其中兩項。

筆者是當時專家參審制五位提案人之一，由尤美女律師掛帥，經分組討論後達成共識。良以國

人對司法信賴度一直低迷，對於西洋的「陪審制」，心嚮往之，惟茲事體大，且為英美法系的制度，乃折衷主張「參審制」，就一些較具專業的案件行行行之，並非全面實施參審，獲大會通過，最近司法院訂定「專家參與審判諮詢實施要點」，選定家事、交通、醫療、興建工程、少年刑案、性侵害、海事、智慧財產、科技、環境保護、公害、證券金融等案件實施，由兩造當事人合議選定專家，如不能達成合議時，由法院職權指定，專家只能提供專業知識意見，不能參與事實之認定及法律之適用，當然不能參與裁判，每件給付專家報酬新台幣（下同）伍仟元，得依案情繁簡增減為三千元至一萬元，因係協助法院審判，故費用由國庫負擔。此與司改會之決議有落差，由「專家參審」變成「專家參與審判諮詢」，此與目前法院所倚重之專業鑑定（例如地政測量、汽車肇事責任鑑定、會計師、建築師、土木技師、結構技師之鑑定）或鑑定人，相差無幾，只是多了選任手續及費用相關規定，效果不大，司改會之決議未落實，聊備一格而已。

台灣的律師不能在國內當公證人（認證人），但卻時常任涉外的文書認證，筆爭者即曾簽過在美國、澳洲、菲律賓使用的文書，國外都認定我們的律師可以公證或認證，在國內數十年來，律師卻一直不能當公證人，傳為國際笑談，此次司改會通過律師得任公證人之決議。司法院提案修改公證法，有民間公證人之制，分專任民間公證人（不得執行律師職務）及兼任民間公證人（僅限文書認證仍可執行律師職務），限律師高考及格及曾任司法官者，始可申請，應提出書狀二十件並各影印十五份，經過司法院民間公證人任免委員會（委員十三人）遴選，選任後前者應受訓四個月，後者受訓一個月，成績及格加入公證人公會始得執業，且嚴加考核，以免浮濫，用意固善，惟與外國相較，仍屬太嚴，律師申請專任民間公證人者不多，兼任文書認證者則甚眾，此次參與遴選者將近七百人，志願執業地區集中於都會區，良以近年來律師名額急速增加，執業環境每況愈下，律師希望多一種執業項目，但業務在那裏仍屬未知數，層層關卡，手續繁瑣，裹足不前者不少，何不修改公證法，僅對專任民間公證人嚴格把關，開放律師均可為文書認證，使我國律師可與外國律師並駕齊驅？

一個制度的訂立及施行，必經一番評估及檢討，司法院的做法，固趨於保守，但我國律師素質的良莠不齊，如何提升，以求兼顧，也是值得思考的問題。

張佩珍主任檢察官榮升

台南高分檢主任檢察官張佩珍，為查緝黑金行動中心台南特偵組召集人，於七月間榮升花蓮地檢署檢察長。張檢察長，政治大學法律系畢業，司法官訓練所第十七期結業，夫婿茆臺雲現為台南高分院庭長。張主任檢察官為人謙和，熱心公益，和本會互動良好，此次榮升花蓮地檢署檢察長，誠屬實至名歸，值得慶賀。

台南地院林英志法官於七月四日起兼任書記官長，原書記官長陳昭明於七月十五日屆齡退休。林英志法官，政治大學法律系畢業，中正大學法律研究所碩士班，司法官訓練所第二十一期結業。林法官，年輕有為、積極進取，台南地院改建、搬遷業務出力尤多，對於推動台南地院舊址作為司法博物館不遺餘力，平素待人誠懇，擅於溝通協調，兼任書記官長一職，必能一展長才。

黑臉集

少了搜索權之後

翁瑞昌律師

刑事訴訟法修改檢察官搜索權之規定，自九十年七月一日起，核發搜索票的職權改為由法院行使，據報載：搜索權劃歸法院，造成檢察官職權日益萎縮，台北地檢署有資格請調法官的檢察官，竟有一半以上打算「出走」，準備請調法官，為此檢察長施茂林積極展開留人的勸說，法務部陳部長更極力提振檢察官的士氣，鼓勵年輕的檢察官留在檢察體系，致力摘奸發伏的工作，並說審判工作是「老伙仔工」，以老人家為宜，等到五十歲以後再轉任法官。

自從羈押權、搜索權陸續劃歸法院後，時常有檢察官感到職權逐漸被削減，因而漸有不安其位的情緒，事實日中中上轉任法官的檢察官的確也日漸增多。筆者以為從事司法工作，不論是當法官或檢察官，都是執行法律所付予之職務，檢察官少了羈押權、搜索權，並不代表檢察官的地位低落，法官多了決定羈押被告，核發搜索票的職權，也不代表法官的地位升高，如果認為辦案要大權在握，押人、搜秤秤索一把抓才是「神氣」，這種不正常的心態與「蓋世太保」又有何異？

而近年來屢次修訂刑事訴訟法，削減檢察官羈押權、搜索權，主要是在保障當事人之人權，由第三者客觀地審核羈押被告、搜索證據之必要性，避免辦案人員主觀的心態，在追求破案壓力下，做出不必要的羈押或搜索，影響當事人的權益，這正是法治國家進步的立法，也是維護人權的法律制度，身為法律人，不應忘了制定刑事訴訟法，一面是摘奸發伏偵辦犯罪，另一面是在保障被告權益，勿令被告之人權受到侵害，羈押權、搜索權劃歸法院正是理性、公正的立法，豈可視之為削減檢察官職權？

在法治社會之中，任何人的權力絕對不宜過大，任何人的權力皆應有相對的人加以節制，否則必成出柙之猛虎，稍一不慎或將傷人。檢察官偵辦案件，由地方法院掌握羈押、搜索之權，以防檢察官之專斷，同樣的，地方法院裁定羈押被告，被告也有不服提起抗告之權利，這也是防止地方牧牧 k 院法官之專斷，層層節制保障人權，誰曰不宜？

而陳部長認為年輕人衝勁足，應該留在檢察體系從事主動偵辦犯罪之工作，相信大家都會認同這種看法，至於從事審判工作以「老伙仔工」之老人家為宜，倒不一定，老吏斷案，有其心思細密精明過人，閱人無數久經事故的優點，法官官需如此，檢察官亦需如此。想當年，威風八面的檢察官對被告拍桌大吼：「再不坦白就收押！」，該收押就收押，實在毋庸以被告自白與否相脅，日後被告翻供，辯稱是怕被收押出於非自由意志之自白，不是衍生更多問題？這種心態的確欠缺「老伙仔工」的修養，這也正是羈押權、搜索權要劃歸法院掌理的原因吧。

愛滋病醫療面面觀

黃雅萍律師

自從何大一教授發明以三合一抗愛滋病毒即俗稱之「雞尾酒療法」治療愛滋病患者，使愛滋病患者得以獲得控制病情，甚至存活，不再視愛滋病為絕症，且如早期診斷出感染愛滋病毒（H I V，人類免疫不全病毒感染，CD4 + 淋巴球指數尚未達診斷為愛滋病的標準），並能長期接受雞尾酒療法治療，其存活狀況依目前醫療技術得予控制。

成大醫學院及附設醫院於八十九年十二月三十日所所所舉辦之「成杏醫學倫理講座」中探討愛

滋病者之生存權利，報告一罹患肝功能異常及肝腫瘤患者，在治療中又發現感染人類免疫不全病毒（HIV infection），經診斷尚未達愛滋病的標準。此時醫師依其專業評估患者肝硬化及腫瘤已到末期，縱令積極治療，存治期甚短（約六個月），且若先施以雞尾酒療法，將加重肝臟負擔（因雞尾酒治療藥物本物就具有肝毒性），可能造成在未完全控制H I V感染惡化前，患者即先因肝功能惡化而死亡。故醫師提供支持性醫療，最後患者因嚴重肝昏迷及消化道出血病逝，住院至死亡僅二個月。

該案例在醫療上診斷及治療並無困難，但但但在家屬及醫護人員擔心受感染的狀況下，很可能引發醫學倫理與法律責任相衝突的問題，例如：愛滋病患者之就醫權利即醫院、診所可否拒絕病患？治療中併發其他症狀，是否予以積極治療？若施以手術或檢查，該批醫療器材（如手術刀、內視鏡含胃鏡、大腸鏡、支氣管鏡等）之消毒不全，導致再傳染予他人，醫院人員責任如何？若將該批器材丟棄，因價格甚高，其費用負擔為何？醫師有為病人保密之義務，但對於看護人員應否告知，以免看護人員受感染？茲依現行法令分述如左：

一、依醫療法第四十三條之規定，醫師不得拒絕診治病人，但限於設備，醫院或診所知悉患者感染人類免疫缺乏之病毒，應報告各級衛生主管機關，再由各級衛生主管機關通知或強制患者至指定區療機構治療（後天免疫缺乏症候群防治條例第八條、第十條），該指定醫療機構，於愛滋病患者至醫院掛號求診時，醫療契約即已成立，醫師不得拒絕治療。

二、依醫療法第四十九條之規定「醫療機構及其人員因業務而知悉或持有他人之秘密，不得無故洩漏」，醫師法第二十三條、護理人員法第二十八條、助產士法第二十四條、職能治療師法第三十一條等對業務上之秘密有保密之義務，均有相同之規定。但若因避免及保障醫護人員不受特殊病人之感染，依醫事法通說認醫療機構在必要時應告知受僱照護特殊病人之醫護人員病人之病情，但醫護人員依法不得將此病情再予傳送。

三、又依醫療法第四十五條規定「醫院應建立院內感染控制及醫事檢驗品管制度，並檢討評估」，故任何醫療品材在使用之前必先經完善之消毒處理，然該醫療器材若係使用在特殊病人身上，應在使用後，依其使用者所罹患病症，施予嚴密之消毒，才能讓下一位使用者，無安全衛生顧慮。

四、倘若依醫療器材之性質，無法消毒或縱令消毒亦無法消滅病毒，為顧及其他病患之權益，依理應予丟棄，但因器材甚為昂貴（內視鏡每具約新台幣一百萬餘元），醫療院所若予丟棄，損失不貲，該費用之負擔，目前並無法令可循，若以照護特殊病患之立法意旨（後天免疫缺乏症候群防治條例第七條規定病患之檢驗治療費均由中央健康保險局依重大傷病給付），應由政府撥款補助為當。

愛滋病被視為世紀黑死病多年，由於醫學進步，目前已露曙光，生命無價，人生而平等，愛滋病患者有求生之權利，社會國家亦應予同情照顧，基於此一理念，如法令不周延或不周全之處，應予修訂或立法，發揮人類大愛，期使愛滋病絕跡。