

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](mailto:tnnbar@tnnbar.org.tw)

網址：[www.tnnbar.org.tw](http://www.tnnbar.org.tw)

### 台南高分院與本會舉行研討會

#### 協商辦理義務辯護制度實施要點

本刊訊 台南高分院於九十一年五月二十七日上午十時假該院六樓會議室，就辦理義務辯護制度與本會舉行研討會，主要針對律師義務辯護制度之實施要點草案進行討論。會議由沈守敬院長主持，沈院長表示義務辯護制度之施行有賴律師界之配合，感謝本會律師先進之參與及協助。因林理事長出國，乃由翁瑞昌監事代理出席，翁監事亦表示義務辯護乃律師應盡之社會責任，台南律師公會必會盡力配合，以協助需要扶助之被告。嗣後即就該院提出之「辦理義務辯護制度實施要點草案」進行討論，對於義務辯護之對象，與會人員認為關於非強制辯護而屬社會矚目之案件宜限於無資力之被告，該院內部規定一個月暫以五件為限；而就分案之比例一事，該院內部亦規定每月先分五件予公設辯護人，其餘再分案給義務辯護律師。另就請領車馬費之期限，原則上於上訴期間屆滿、代被告撰寫第三審上訴理由狀或接獲撤銷指定時起二十日內請領，但當年度結案之案件，不得逾次年元月五日前申請，逾期視為放棄；其他條文多僅就用語上加以修正，並決定上開實施要點自九十一年六月一日開始施行。此次研討會在與會人員充分表達意見，並對義務辯護制度實施要點達成共識後，於上午十一時五十分左右結束。

### 黑臉集

#### 警 察 加 油

翁瑞昌律師

目前我國警察素質太低，尤其辦案能力、法律專業知識，面對千變萬化的社會現象，均有待提昇。筆者曾應聘赴警局為警界同仁講課，介紹新修正有關保障婦女的法律，也許筆者學殖不精，講課不夠生動，總是覺得警界同仁並不是很用心，平日也常與警界先進往來，多年來經辦警界同仁貪瀆案件，也未曾間斷過，總覺得警界人士追求新知、自我提昇的動力似嫌不足。相信這不是筆者的苛責，以往也有人質疑刑警為何大多挺著啤酒肚，能不能追得到歹徒？曾有警界主管要求刑警衣著舉止要端莊，除非辦案需要，不宜穿「兄弟人」的衣服，也曾禁止警員嚼檳榔，唯成效不大。

相信很多同道與警員在業務往來，常會感到警員法律知識不足，而又畏首畏尾，膽小怕事，可是對待當事人或律師，有些卻又架勢十足、頤指氣使。曾經有個案子：警員在公園埋伏，見到一嫌犯偷開他人機車座墊下的置物箱，立即以現行犯逮捕，可是警員卻未依刑事訴訟法第一百三十條搜索嫌犯的身體，警員說他不能確定嫌犯有無偷到東西，所以不敢

搜索，其實，法律賦與警員搜索現行犯的權利，就是要實施搜索來查明他有無偷東西，既然人都已經逮捕了，為什麼還怕搜索？況且嫌犯也許身藏利器或毒藥，為保護嫌犯及辦案人員的安全，尤需搜索其身體。結果事後嫌犯乘警車到派出所，才連絡上被害人，被害人說置物箱的手機不見了，警員才在警車的座椅下找到手機，嫌犯極力否認行竊手機，當然犯罪證據就薄弱許多。

最令筆者不解的是：警員作了嫌犯的筆錄，突然想到要搜查嫌犯平日開的汽車，而嫌犯的汽車已由家人開回家，還打手機把家人找來，一起去路邊開車門搜索，雖然說是得到嫌犯及家人同意，總是不太適法，如果事後主張搜索不合法，扣案的物品（當時扣得一些來路不明之證件）依新修正之刑事訴訟法第一百三十一條第四項不是不得作為犯罪之證據？該搜索時不搜索，不該搜索時卻又急著搜索，皆是法律知識不足之過。

到了分局第三組已深夜三時許，刑警大人火氣不小，不准筆者進入偵訊室，因為偵查不公開，要筆者在外面看無聲電視，他說：律師只是來陪被告看看有無被刑求，不需知曉案情，也不准作筆記，沒想到幹了十多年律師，到分局還要吃癩。好在筆者早有準備，筆者說：律師在警訊時要在訊問現場聽聞警訊內容，也可以作筆記，不得看無聲電視，法務部早有明示，有法務部公報可據，刑警當然伸手要看法務部公報，平日筆者提的皮包內早就影印一份還護貝備用，這次是深夜應召陪訊，拿家中的皮包，沒有法務部公報影本，好在分局在市區，筆者開車到事務所拿來法務部公報，刑警只有忙不迭道歉，前倨後恭，何必如此？

在此告訴各位道長，要賺錢護身符不可不備！這是基隆地檢署八十六年七月份的律座談會研究意見，載法務部公務第二一一期第一二〇頁，台南高分院律師休息室可以找來影印。

台南迎媽祖，百百旗（無旗不有）

謝碧連律師

「迎」念 Cia。

媽祖稱天上聖母，又稱天后。

乾隆十七年（一七五二年）王必昌重修臺灣縣志載：「天后姓林，世居福建莆田之湄嶼。父林愿，官至巡檢。母王氏已有五女一男，夜夢大士授一丸服之，遂有娠。於宋太祖建隆元年（九六〇年）三月二十三日生一女，名曰九娘。至彌月不聞啼聲，因又名默。八歲就學輒解奧義，且喜焚香禮佛。十三歲得道士元通授以秘法，十六歲觀井，得神授以銅符一雙，能佈蓆海上以濟人。雍熙四年（九八七年）昇化，時年二十有八。後常雲遊各島嶼，救世安民，里人祠之，必禱必應。

宋宣和間（一一一九—一一二五年）給事中路允迪使高麗，中流震風，八舟七溺，獨路所乘，神降於檣，安流以濟，還奏賜「順濟」廟號。

紹興間（一一三一—一一六一年）海寇猖獗，神駕風掃之。

乾道間（一一六五—一一七一年）降白湖，掘泉飲疫者，累加靈慧昭應崇福夫人。

紹熙間（一一九〇—一一九四年）封靈惠妃。

慶元間（一一九五—一二〇〇年）神以霧助而平大溪寇。

開禧間（一二〇五—一二〇七年）助解淮甸圍，轉逆風以助莆民糧船。

景定間（一二六〇 | 一二六四年）火焚海寇，風砂敗賊。

元代以海漕得神佑。

明永樂間甘泉及鄭和南洋之行，亦各顯靈蹟為助。

永樂七年（一四〇九年）封為普濟天妃，立廟於南京，遣使國外必祭告。

康熙二十二年（一六八三年）施琅率軍征澎湖，恍有神兵導引，及登陸媽宮澳，謁廟，見神衣袍半濕，臉汗未乾，始悟實邀神助。又澳中有井泉，止可供百口飲用，是日駐師數萬，忽湧甘泉，汲之不竭。及施琅率軍抵鹿耳門，復見神兵導引，海潮驟漲。表上其異，特遣禮部郎中雅虎致祭，并建神祠於原籍加封天后。

康熙五十九年（一七二〇年）編入祀典，春秋致祭。

雍正四年（一七二六年）賜額「神昭海表」。

十一年（一七三七年）又賜額「錫福安瀾」，并令有江海各省一體葺詞致祭。

昔日台南瀕海，早有台江，鹿耳門，後有佛頭港，新港墘（又名古石港），南勢港、南河港、安海港等之所謂「五條港」及安平港口。貿易繁盛，經濟重鎮，由於祈海上平安，篤信媽祖為守護神。祀媽祖為主神廟特多，據統計：

南區：鹽埕天后宮。

西區：海安宮、媽祖樓天后宮、溫陵廟、開基天后宮、文靈宮、朝南宮、泰明宮。

中區：銀同祖廟、大天后宮、樣仔林朝興宮。

安平區：開台天后宮。

安南區：鹿耳門天后宮、土城聖母廟、新寮鎮安宮、公塏仔萬安宮。

尚有北區三山國王廟祀為附神。

媽祖生日之三月二十三日，迎媽祖盛會，初於安平，因之亦有「安平迎媽祖，百百旗」之俚語。

安平開台天后宮建於康熙七年（一六六八年）名「天妃宮」。據傳永曆十五年（一六六一年）鄭成功攻台灣，自金門料羅灣出發前，其部眾有自福建莆田湄州請了三尊媽祖神像作為護軍之神。迨荷人全降，其部眾在安平建廟奉祀。

安平縣雜記風俗現況目載：「安平迎媽祖，是日媽祖到鹿耳門廟進香。回時莊民多備八管鼓樂詩意故事迎入繞境，喧鬧一天，是夜，襪醮踏火（又曰「過火」）演戲鬧熱，以祈海道平安之意。一年一次，郡民往觀者幾萬，男婦老少，或乘舟、或坐車、或騎馬、或坐轎、或步行，樂遊不絕也。」

連雅堂的「雅言」亦說「安平迎神之夜，有「擲炮城」之戲，架竹為檣，高近二丈，上置炮城，擲者以鞭炮燃火投之，如中炮城之引心，則萬雷齊發，火光四迸，內有火鼠，蒼黃奔竄，觀者逃避，歡呼拍掌，亦一快事」。

見昔日安平迎媽祖之盛景，為郡城之台南人亦或乘舟、坐車或騎馬、坐轎、步行而往觀為數成萬。

於是產生了一句「安平迎媽祖，台南伏（覆念 Pnak）地虎」之俚語。

有人解為「伏地虎」乃形容男人脫得光光伏地做貓狀，有人意為「無能力」。

筆者按似做「無可那何」解。

芸窗私志載：「客問曰「溺器而曰虎子，何也？」答曰：「神烏之山，其獸焉，名曰麟主

，服眾獸而卻百邪。此獸欲溺，則虎伏地仰首，麟主於是垂其背而溺其口，故溺器名虎子也。由此記載推知，虎為猛獸，其屈於麟主，伏地而任其溺。無何那何也。台南為郡城，郡民猶赴安平觀迎媽祖盛會，無可那何也。至後來迎媽祖盛會，從安平移台南。於是這句俚語也變為「台南迎媽祖，安平伏地虎」。由於台江之淤塞，安平漸失貿易之要港地位，且一八九五年（光緒二十一年）日軍入台，一班逃不了的清兵躲匿安平天后宮，被日軍殺五十六人，日軍將其屍首於廟後掘坑掩埋。每於夜深人靜時，有冤魂出現，使當地居民害怕，不敢前去燒金，因神聖廟堂為腥血所濺，有失清淨，董事們敬而遠之。安平天后宮於是香火冷落，廟宇自然荒廢。

一九二五年（昭和十四年）日人拆安平天后宮，於其址建安平公學校（今石門國民小學）。

現安平天后宮係於一九六六年（民國五十五年）安平小學（原安平公學校）移轉後之址重建。

台南大天后宮原為寧靖王府之「一元子園亭」。康熙二十二年（一六八三年）施琅領軍征臺，鄭克塽表降，寧靖王不願身為帝室貴胄而遭清軍凌辱乃縊死於大堂上。之前袁氏、王氏、香姑、梅姑、荷姐即後人所稱之五妃，自縊於內室。忠魂不散、正氣凝聚。

康熙二十三年（一六八四年）施琅乃上表建廟遂將寧靖王府改為天后宮。

廟後猶供祀寧靖王木主，名曰「本菴宅檀樾明寧靖王全節貞忠朱諱術桂神位」。廟中有施琅「平臺紀略碑」，是臺灣官建廟之首。

諸羅縣知縣季麒光置香燈園二十一甲，在安定里歲收一百二十五石，并編入祀典春秋兩祭。

台南之媽祖祭典極盛於一九一八至一九三〇年間（日大正七年至昭和五年）。

連橫的「雅言」說「台南奉迎天后，綢緞商之以綢緞製旗者無論矣，而金銀商亦以金銀製旗或以金銀環綴合而成，光彩奪目。於是而五穀店、材木店、餅店、香店，各以其物作旗，五花十色，炫煌於道，真是『無旗不有』」。

并裝藝閣，連雅堂并曾就藝閣創「詩意故事」，以代多取小說牛鬼蛇神之陋俗。

「雅堂文集卷二雜記詩意目」載：「先是余居台南，見迎天后，裝閣極多，毫無意匠，乃向當事者言之。綢緞商錦榮發主人石秀峰請余代庖，為裝天孫織錦，以示綢緞商之意，博座船頭，又置支機石一方以表主人之姓，而山水樓台花木悉以綢緞造之，復以探照燈為月，月旁七星，則以七色電燈為之，光輝閃爍，狀極美麗，計費三百餘金，觀者十數萬人，莫不嘖嘖稱贊，而錦榮發之廣告遍遐邇矣。時藥材行合源棧亦請余計畫，為裝韓康賣藥，而閣中之物悉以藥材為之，如以肉桂為亭柱，紅參為闌干，通草為花，茯苓為石，極其天然，狀至幽雅」。

又載「自是以來，台南每迎天后，各商家則請余裝閣，余亦興高采烈，細為指點。又各就其生意而搜故事，如香舖之紅袖焚香，茶舖之樵青煮茶，銀店之唐宮鑄鳳，餅店之紅綾賜宴，莫不發揮本色，當事者復設審查員以品評之，懸其等第，錫以金牌，而台南詩意之嶄新遂冠全土，各地從而效之」。

見台南昔日迎媽祖景況熱鬧且富詩意文化特色。

這句諺語之「百百旗」，「無旗不有」為「旗」與「奇」音同而成相關語，既表示「陣頭

綵旗，五花十色，什麼旗都有」。又意指「百百奇」「無奇不有」，「什麼不可思議的事情都有」，以表驚異的態度。

這句諺語誇耀府城昔日之繁華，一擲可買當時一公頃多良田之三百金造一藝閣遊街，且也蘊藏著一部衰戚盛衰興替史。

#### 台南律師公會九十一年度五月份理監事聯席會議紀錄

時間：中華民國九十一年五月十六日（星期四）下午六時卅分

地點：唐莊餐廳

出席：林瑞成、郭常錚、陳惠菊、黃雅萍、陳清白、陳琪苗、楊慧娟、許富元、蔡敬文、吳健安、翁瑞昌、吳信賢（應到廿人，實到十二人）

列席：陳明義、黃厚誠

主席：林瑞成

紀錄：申榮美

壹、報告事項：

一、主席報告：

1. 第二屆全國律師聯誼會訂於六月八、九日在台中律師舉辦，由台中公會主辦，為鼓勵會員參與，將由公會補助參加人員餐費每人二千元，希望大家踴躍參加。
2. 本年度會員代表大會通過的章程修正案，經向市政府報備，有三項條文須作修正，將待下年度會員代表大會提出討論。

二、監事會報告：

本會帳目收支正常，財務尚未發現不當之處。

三、服務組主任陳清白理事報告：

本會今年度國外旅遊已於五月十二日平安歸來，這次因為旅遊地點 | 雲南的飲食、生活習慣不同，造成一些團員水土不服，但是異地風情文化，仍使這次旅遊充滿可看性，讓大家眼界大開。

四、秘書處秘書長黃厚誠律師報告：

一、九十一年四月份退會之會員：巫坤陽律師（月費繳至九十年七月）、張泉男律師（月費繳清）、林邦賢律師（月費繳清）、蘇崇哲律師（月費繳至八十九年四月）、蔡錫坤律師（月費繳至八十九年六月）、田平安律師（月費繳清）、劉君毅律師（月費繳至八十七年十二月）、趙梅君律師（月費繳至八十九年七月），截至四月底會員總數五七一人。

二、本會今年度團體意外險由富邦產物保險公司承保，保費每人四八〇元。

貳、討論事項：

一、案由：九十一年五月份加入本會為會員之律師：張柏山律師、蔡坤旺律師、江淑卿律師、黃訓章律師、吳榮昌律師、陳麗雯律師、簡維弘律師、楊玉珍律師、蔣為志律師、郭隆偉律師等十名，請追認。

決議：通過。

二、案由：增聘陳明義律師為本會顧問乙案，請討論。

決議：通過。

三、案由：本會九十一年四月份財務收支報告表（略），請審核案。

說明：請財務長楊慧娟理事說明。

決議：通過。

四、案由：全聯會函請本會推薦律師懲戒委員會及律師懲戒覆審委員會委員候選人各一位，俾供該會推薦參考乙案，請討論。

決議：律師懲戒委員會：翁瑞昌律師。

律師懲戒覆審委員會：林國明律師。

五、案由：李昆南律師申請轉任法官，經本會審查小組審查後意見如附件，是否推薦乙案？請討論。

決議：予以推薦。

六、案由：司法院訂於八月十二日至十六日舉辦第五十三期司法業務研究會，會中提供五十個名額供律師參加，本會是否派員參與乙案，請討論。

說明：此次研究會研究議題為民事訴訟審理集中化制度，凡報名參加者需於會前提出相關問題，並全程參與。

決議：由秘書處徵求參加人選。公會補助參加人員住宿、交通費每人新台幣壹萬元；參加人員每人應繳五千字報告。

七、案由：「成大法學雜誌」擬請本會贊助經費乙案，請討論。

決議：移下次理監事會討論。

八、案由：為推動國際交流業務，本會擬增設國際交流委員會，並與日本長崎縣律師公會結盟乙案，請討論。

決議：成立國際交流委員會，並由該委員會研議與日本長崎縣律師公會結盟的可能性。

參、臨時動議

一、案由：為加強監督司法改革，本會宜再次與司改會及台北、桃園、台中、高雄等律師公會合辦本年度法官評鑑乙案，請討論。

決議：不合辦。贊成：四票，反對：五票。

肆、貴賓致詞：

陳明義律師：

由理事長及秘書長處得知要聘請本人當顧問，實在是不敢當，因為本會慣例，顧問皆是擔任過理事長的人，本人沒當過理事長，所以不夠資格。本會是一個可愛的公會，我自加入以來就一直擔任理事或監事，到去年才卸下職務，所以當理事長賦予我這項新職務時，我也欣然接受。本會會員一向很團結，也很和諧，希望好的傳統能一直保持下去，也希望年輕一輩的律師繼續支持公會，使會務蒸蒸日上。謝謝大家。

#### 第一次交互詰問模擬法庭活動

院、檢、辯三方演出 過程尚稱順暢

本刊訊 為因應將來正式實施刑事法庭交互詰問制度，院、檢、辯三方能熟悉上開法庭活動之進行，台南地院交互詰問推動小組乃籌議舉辦「交互詰問模擬法庭活動」，經聯繫檢方及本會之交互詰問推動小組後，第一次模擬法庭活動即於九十一年五月十六日下午二

時三十分假地院第七法庭舉行。

此次模擬法庭之案例係被告(由凌昇裕書記官扮演)改造玩具手槍、信號槍並製造子彈而遭檢察官起訴，檢方有扣案之槍彈、鑑驗報告及被告警、偵訊中之自白為證，被告主要答辯為僅去除玩具手槍內之阻鐵，鑑識報告所示之改造方法均是購買時即有的，且底火及火藥乃買槍時所送，僅以錫條灌子彈頭。受命法官為石家禎法官，審判長由鄧希賢法官擔任，檢方為曾昭愷、羅瑞昌二位檢察官，辯方則由蔡敬文、陳琪苗二位律師為之，證人分別由陳振謙庭長及林英志、陳欽賢二位法官扮演。

首先受命法官先進行準備程序(即審前會議)，確定檢、辯二方之爭點及傳訊證人之詰問順序，之後審判長進行審判程序，因為此次模擬法庭未事前演練，均為臨場表現，難免有突發狀況，如被告在準備程序未做刑求抗辯，卻於審理程序提出上開抗辯，審判長為使交互詰問程序得以進行，只得裁定就被告自白任意性之調查另擇期為之；又因參與人員對交互詰問制度尚非嫻熟，不免有用語不當、應異議時未提出異議、詰問之問題不當或應詰問事項未予以詰問．．．等情況，當然也造成不少「笑果」，不過整個模擬法庭活動之進行尚稱順暢。

在法庭活動結束後，所有參與之人員就上開案例進行討論，其中有關檢方為多數或一被告有多位辯護人之情況，在詰問證人時是否均有詰問權，經熱烈討論後，達成可推派一人為主要詰問人，若無法推派時則每位檢察官或辯護人均有詰問之機會，但問題有重複提出時，審判長宜禁止，以免延滯程序。而院、檢、辯三方均肯定舉行模擬法庭活動可增進三方對交互詰問制度之熟悉，有助於將來正式實施行刑事法庭交互詰問程序時，訴訟程序進行之順暢。

由於將來尚有五場模擬法庭活動，亟需律師同道之參與，希望各會員能踴躍參加，有興趣者可與本會交互詰問推動小組召集人蔡敬文律師聯繫。

## 平民法律服務添績效

蔡敬文律師竭盡心力義務辯護 本刊訊 九十一年元月間，本會平民法律服務中心接獲一位在台南監獄執行之受刑人書信，該位受刑人因另涉偽造有價證券案遭台南地院判處有期徒刑五年，不服上訴，深感冤枉、亟需律師為其辯護，乃致函本會平民法律服務中心要求法律扶助，由於其情況符合法律扶助之要件，平民法律服務中心乃詢問服務律師，結果蔡敬文道長慨然應允，接辦之翌日即趕往台南監獄接見該位當事人，辦妥委任事宜、聲請閱卷，再度前往接見當事人討論案情，之後蔡敬文道長乃多次閱卷及前去接見當事人，不因本案為義務辯護案件而有所懈怠。而承審該案之法官在第四次開庭時，突然當庭表示本案要行交互詰問，蔡敬文道長亦不因本案屬義務辯護案件、進行交互詰問費時費力而拒絕，仍竭盡心力為當事人無罪進行辯護。雖本案當事人未能獲得無罪之判決，但在蔡敬文道長盡心盡力為其辯護下，原有期徒刑五年改判為四年。

蔡敬文道長接辦本件義務辯護案件，總計接見當事人六次、開庭六次、閱卷四次，並進行交互詰問程序，所耗費之時間、心力實非平民法律服務中心所補助之區區一萬元能彌補，但蔡敬文道長仍不計酬勞、竭盡心力為當事人辯護，其精神令人敬佩，亦為本會平民法律服務中心增添服務績效。

## 登 山 簡 訊

- \* 日 期：九十一年六月二十二日（星期六）。
- \* 登山地點：東藤枝。
- \* 集合時間：當日上午六時。
- \* 集合地點：台南市忠義路忠義國小門前。
- \* 報名時間：活動二天前截止。
- \* 交通工具：視報名情形而定。
- \* 費 用：旅遊保險由公會代辦，午餐由參加人員自理，所有費用由參加人員平均分擔。
- \* 裝 備：以輕便長褲及長袖外衣，並戴手套為宜。
- \* 報名請洽公會鄭小姐。
- \* 非會員亦得報名參加。

## 編 輯 啟 事

本刊非常感謝法界友人及律師同道惠賜大作，充實本刊之內容；然因稿件文章之篇幅長短不一，而本刊之版面有限，基於版面編排之考量，來稿若未能立即予以刊出，尚請見諒。對於來稿文章，本刊對其部分用字遣詞有時會加以修改潤飾，亦請作者海涵，若來稿不欲刪改，請於稿件上註明。

## 新會員介紹（九十年三月份入會）

蔡文彬律師 男，卅四歲，私立文化大學法律系畢業，文化大學法研所碩士，主事務所設於台北，兼區桃

園、高雄，九十年七月十三日台南地院登錄，九十一年三月廿一日加入本會。

羅豐胤律師 男，四十七歲，國立政治大學法研所碩士，主事務所設於台中，兼區新竹、南投、高雄，九

十一年二月廿日台南地院登錄，同年三月廿一日加入本會。

陳怡芳律師 女，廿八歲，國立台灣大學法律系畢業，主事務所設於台北，九十一年二月廿一日台南地院

登錄，同年三月廿一日加入本會。

鄭惠蓉律師 女，卅八歲，私立東海大學法律系畢業，美國堪薩斯州立大學統計碩士，主事務所設於台北，

兼區士林、板橋，九十一年一月九日台南地院登錄，同年三月廿一日加入本會。

林鈺珊律師 女，廿九歲，國立政治大學法律系畢業，主事務所設於新竹，兼區板橋、台中，九十一年二

月廿五日台南地院登錄，同年三月廿一日加入本會。



李永裕律師 男，廿八歲，國立政治大學法律系畢業，主事務所設於台中，九十一年二月廿一日台南地院

登錄，同年三月廿一日加入本會。

林昆 律師 男，五十四歲，國立台灣大學法律系畢業，曾任高雄、屏東、台南地方法院法官，主事務所設於台南，九十一年二月廿七日台南地院登錄，同年三月廿一日加入本會

林崑城律師 男，五十二歲，國立台灣大學法研所碩士，曾任台灣高等法院法官，九十一年三月十二日台南地院登錄，同年三月廿一日加入本會。

張志新律師 男，卅一歲，國立中興大學法律系畢業，主事務所設於台中，兼區台北、彰化，九十一年三

月六日台南地院登錄，同年三月廿一日加入本會。

蔡宏修律師 男，五十八歲，國立台灣大學法律系畢業，曾任台北地院檢察署主任檢察官，桃園、士林地

方法院庭長，主事務所設於台北，九十一年三月七日台南地院登錄，同年三月廿一日加入本會。

陳玉潔律師 女，廿四歲，國立政治大學法律系畢業，現執業於台南，九十一年三月十三日台南地院登錄，同年三月廿五日加入本會。

張智學律師 男，卅歲，國立台灣大學法律系畢業，主事務所設於雲林，九十一年三月十三日台南地院登錄，同年三月廿五日加入本會。

簡承佑律師 男，四十七歲，私立中國文化大學法律系畢業，曾任高雄、雲林地方法院法官，主事務所設於雲林，九十一年三月廿日台南地院登錄，同年三月廿五日加入本會。

#### 台南地院舉行交互詰問程序協調會

##### 院檢辯三方就模擬法庭活動達成共識

本刊訊 為使院、檢、辯三方於刑事法庭正式實施交互詰問程序前，對於該項程序能更加嫻熟，以便將來法庭活動進行交互詰問時得以順暢無礙，台南地院交互詰問推動小組乃於九十一年五月二十一日中午二十分在該院八樓院長室會報室舉行院檢辯三方法庭交互詰問程序協調會，參與人員：院方為沈揚仁、簡慧娟二位庭長及林英志、鄧希賢、陳欽賢、石家禎四位法官；檢方為郭珍妮、鄭銘謙二位主任檢察官及林志峰、曾昭愷、王森榮、高峰祁四位檢察官；本會則由交互詰問推動小組召集人蔡敬文律師及小組成員翁瑞昌、蘇正信、陳文欽、陳琪苗、黃厚誠律師代表與會。

協調會由沈揚仁庭長主持，首先三方就以後之模擬法庭活動之時間、地點及相關事項進行協調，決定模擬法庭之地點為地院第十三法庭，時間均為下午二時三十分，日期分別為：六月十一日、六月二十八日、七月十日、七月二十二日及八月八日，而人員之配置則分別由地院刑一庭、刑二庭、刑三庭、刑四庭及刑五庭各庭庭長負責，各庭長應於五月三十日前將案例挑選出來，再由文書科將卷證資料影印分送各交互詰問小組成員。其次討論由院方提出之審前會議流程及審理程序建議草案，經過與會人員充分表達意見後，三方就上開草案內容達成共識。之後，有關三方交互詰問推動小組之聯繫，負責人員：院方為沈揚仁

庭長、檢方為趙中岳主任檢察官、辯方為本會蔡敬文律師。而對於正式推動交互詰問制度之時間表，三方同意於九十一年八月中旬起，就重大刑案及社會矚目之案件實施之。

### 取得證據聲請之思與辯

-兼論刑事訴訟法第一六三條之修正-

中正大學法律系副教授 柯耀程

#### 前言

為因應司法改革會議的要求，刑事訴訟制度逐漸朝向當事人進行的模式發展，加上 2002 年 2 月 8 日公布之刑事訴訟法修正案，更確認當事人進行的制度方向。然而所謂當事人進行者，並非表示所有的訴訟程序，均由訴訟當事人為之，法官僅立於完全聽審者的角色而已，蓋刑事程序之所以異於其他訴訟程序者，乃在於其除審判外，尚有以檢察官為主導的偵查程序。是以在偵查程序中，則無由發生當事人進行與否的問題，因之，所謂當事人進行者，當應指審判程序而言，而在審判程序中，是否所有程序的運作皆由當事人為之？恐怕也不是，諸如審判時法庭秩序之維護、程序如何進行、證據調查之程序如何安排等，均非由當事人之意思為之，而係法官本於職權所為，唯有關於犯罪事實認定的事項，即證據調查與辯論，方須由當事人主導，此時法官應儘量不要介入。故而所謂當事人進行者，應僅指審判程序進行中的證據調查與言詞辯論的程序而言。詳言之，刑事訴訟程序所謂當事人進行者，乃在於證明犯罪事實的程序，係由當事人為主導，法官在此一程序所扮演的角色，則僅是聽審者而已，亦即由當事人負責為犯罪事實的證明，以建立法官之心證，而非由法官主動搜尋心證形成之資料。由於犯罪事實之證明必須依據證據，此係證據裁判原則之基本要求，故而，蒐集證據、提出證據、調查證據乃至於證明事實者，則成為當事人進行與職權作用區隔的重要指標。

既然刑事訴訟的改革方向，已確認為當事人進行之訴訟模式，則對於犯罪事實的證明必然會落到當事人的身上，是以從此一基本理念出發，法官自不須主動為證據之搜取，此一工作必然落入當事人之手，然而，當取證受到阻礙時，檢察官尚有強制處分的權限在，雖然其已漸漸喪失強制處分之決定權，但至少尚得以法律之授權為取證阻礙之排除，但對於被告及自訴人而言，其並未具有取證之主動權，是以取證之阻礙時，唯有請求法院協助，別無他途。然而現行制度中，關於法院的司法協助觀念尚未建立，因而自訴人或被告的取證往往面臨相當之限制，遂使人不禁產生當事人主動調查證據之構想，究竟當事人是否有權利而為取證之行為，甚至法律授權其於取證阻礙時，得以主動為排除之舉？亦即強制處分權得否交由當事人為之？當然此種想法距離實現，仍有相當遙遠的距離，或許根本就無法實現，蓋強制處分者，係干預人民權利的措施，此種措施的正當性，僅在於嚴格授權下方得以得到支撐，故欲將取證行為委於當事人行之，除代表國家之檢察官外，恐有窒礙難行之處。既然取證的強制處分權限無法下放予被告或自訴人，則對於維持當事人對等關係的基本理念，自然須思考取證的司法協助，蓋對於犯罪事實之證明，本非法院之義務，而係源自於當事人之舉證，倘若當事人（被告及自訴人）既無權為取證阻礙之排除，而法院又不為司法協助其為取證，則對於犯罪事實必然面臨無法證明之窘境，如此則造成刑事訴

訟制度的失衡現象，恐非訴訟制度之本旨。

仔細以觀，現行法中對於「證據調查」的規定與觀念，多有出入，例如在第一五五條第二項規定「未經合法調查」、第二八八條規定「調查證據」、在第一六三條規定「得依職權調查證據」，乃至於第三七九條第十款規定「應調查之證據，而未予調查」等，法律所用之文字均為「調查」，但卻未見將證據「調查」的觀念依不同規定而加以區分，致使得證據漏未調查的判決違背法令者，均與第一六三條牽扯不清，殊不知證據漏為調查之判決違背法令，所涉及者並非第一六三條，而是第二八八條。事實上，刑事訴訟法中稱「證據調查」者，如依條文之規定者，實具有雙重之意義，一者係指法庭活動中對於已經提出法院的證據，所為之判斷與評價作為（第二八八條）；另一為證據之搜取，即對於尚未出現的證據予以取得之義，也就是蒐證的意義（第一六三條），如依循當事人進行之原則觀察，本來法官就應該對於提出法庭之上的證據加以實質調查，當事人進行的實質意義，則在於證據調查的方法是否交與當事人之手，而為證據之辯證；除此之外，法官本就不能親自為證據之搜取，否則將違背其聽審者的公正客觀立場。但是在刑事訴訟法上，既然事實的認定基於證據裁判原則之要求，必須以證據證明之，則取得證據乃成為證據裁判原則實現的第一步，亦為證據調查的基本前提，惟何者得以為證據之取得？在刑事訴訟法並未加以規範，僅在第一六一條規定檢察官的舉證負擔而已，於是乎造成似乎僅有檢察官必須取證的誤導觀念，故而對於取證的法律規定，例如命提出或搜索扣押等強制處分的措施，亦僅有偵查機關得以為之，非偵查機關的當事人，並無執行蒐證的強制處分授權，乃形成被告或是自訴人的證據取得面臨困擾。倘若強制取證的措施僅能交與國家機關執行，則對於非國家機關的個人在取證面臨阻礙時，國家機關本應協助其為證據之取得，否則證據辯證與言詞辯論將出現一面倒的局面。然而，取證固然為證據裁判與證據調查的前提，但孰者應為法定要求之證據取得？則須先瞭解取證的前提要件要求，否則將使得取證關係產生錯亂。

#### 一、證據取得構想之基本前提

在證據裁判原則的要求下，犯罪事實的證明必須依靠證據為之，惟在當事人的結構下，何人須對於犯罪事實加以證明？是否一概的犯罪事實相關事項，均由追訴的一方加以證明？抑或是在證明事實之前，必需先行瞭解證明的分配關係？在刑事訴訟審判程序的理解上，必須對於這類問題先行回答，否則將形成舉證與證明間的混淆。基本上，犯罪事實的認定可以區隔為成立與不成立二種情況，而對於被告而言，刑事訴訟上之待證事實，因受到「不自證己罪（*nemo tenetur*）」與「如有懷疑，則以被告利益思考（*in dubio pro reo*）」原則之拘束，似乎對於待證事實根本不需為任何證據之提出，用以證明其為無罪，此時，似乎所有的舉證問題，均落於追訴者的一方，則對於待證事實之證明，似乎均須由追訴者為證據之提出與證明。是以為證明待證事項，必須為證據之提出與證明，則發現證據、取得證據似乎成為追訴者所必須為之前提條件。然而，對於刑事訴訟審判程序中所欲認定之事實，本就具有「確認追訴事實成立」與「阻礙追訴事實成立」的相對關係，而在確認犯罪事實成立的證明上，本就是追訴者應為的舉證與證明，對於此種理解本無疑義；但對於「阻礙追訴事實成立」的認定程序中，是否在「不自證己罪」及「如有懷疑，則為被告利益」之思維，即得以完全加以解決？恐仍有不足之疑慮。是以是否被告在刑事訴訟法中

，因受二原則之保護，均不須為任何證據提出與證明？恐非如此。蓋待證事實之證明，係建構在於待證事項證明的分配關係上，而待證事項之證明如何分配呢？則又建立在待證事項本身的性質之上，其可區分為「確認追訴事實之主張」與「阻礙追訴事實確認之主張」，對於前者，本須由追訴者為證明，故其為確認追訴事實所需，必須為證據之取得，並為證據之提出，乃至於對於證據調查程序中，確認證據資格，以作為事實成立心證之依據；惟在阻礙追訴事實的主張者，因其本不需為無罪之辯證，故是否須為證據之提出，並加以證明？乃有質疑。究竟其是否需為取證之作為，乃至於對於待證事項加以證明？在刑事訴訟法中，則成為模糊地帶。就實務的運作而言，被告及辯護人提出證據以阻礙追訴事實成立，本無可厚非，但被告及辯護人所為此種舉證者，乃屬任意性之訴訟行為，在 *in dubio pro reo* 原則的要求下，即使其未為證明，仍不能逕為其不利之認定，是以表象上似乎毋須由被告及辯護人為舉證，進而其亦毋須為證據之取得。然而，「阻礙追訴事實確認的主張」情狀萬端，不論其主張係變更追訴事實，或是阻礙刑罰之成立，在訴訟運作中，顯然無法完全以任意性之舉證觀念來加以涵蓋。從法律事由的關係而言，對於待證事項之確認或阻礙，仍有嚴格的分配關係存在，而此種舉證分配的關係，乃形成取得證據、提出證據與證明的基本分配關係，因此，刑事訴訟法中，既非全部之待證事實均須由追訴者舉證，被追訴者的一方，在法律形成的關係中，仍舊潛藏著舉證之義務存在，故對於取證關係仍須進一步觀察其分配問題。

## 二、取得證據歸屬之劃分

基本上，證據取得的分配關係，乃建立在對於待證事項之舉證分配的前提之上，惟刑事訴訟法中一方面並未提供充分之訊息，以作為舉證分配關係的確認；另一方面其又受到「不自證己罪」及「毋須無罪抗辯」之誤導，乃至於迄今仍未見舉證分配的概念出現。須知舉證分配的概念，並非程序法的概念，蓋程序法僅係案件處理的技術性規則而已，並非原則性概念的規範，真正舉證分配的概念係存在於實體法之中。蓋何種事實須由何人主張，程序法根本無能為力，其係已然事實認定的程序，並非事實法律結構關係形成的決定機制，故其根本無法對於舉證分配的觀念加以釐清。反觀事實的法律結構形成，係實體法的認知問題，例如檢察官對於一定之事實情狀，於偵查終結後以未遂加以起訴，此為檢察官所追訴之事實。而被告卻認為其行為不只是未遂而已，乃主張其行為符合中止之規範，則此時其主張不但無法受到「不自證己罪」及「懷疑條款」之保障，倘其未為舉證，則其所主張之中止，根本無由成立，如追訴事實確認，自然須受到未遂之處罰，根本不生中止認定之問題。是故，舉證分配的概念，乃在事實的法律關係形成時，即已存在，亦即在實體法之中，即已確立待證事實的舉證分配關係，透過此種法律關係的形成，方能使得程序處理的流程中，得以清楚界分證據之搜取、提出與證明。故而，舉證分配實乃證據取得分配關係的前提條件，亦為程序運作對於事實認定的基本前提。

是以，舉證分配概念，既屬於實體法的本然概念，則必須對於其分配關係加以說明。首先，刑法所規範的犯罪類型成立，本係追訴者應為舉證之基本事項，此種舉證類型應稱之為「成罪基本類型」之舉證分配，而此種類型事實之主張，其舉證分配的關係，乃追訴者專屬的舉證事項，此種舉證事項，對於被告而言，在刑事程序法中，乃受到「不自證己罪」及「懷疑條款」之保障，故而，如無法確切證明「成罪基本事實」存在時，自然必須朝

向被告有利之方向思考。反之，對於刑法規範所定之正當事由、刑罰限制（通常是減輕之法定事由）事由等，則並非追訴者主張的範圍，是以倘被告未對此等事由加以主張與舉證時，自然無由為此等事由之認定，故而法律關係的分配，對於阻礙成罪的「法定事由（特別是刑法的正當性事由）」，以及具有法定之刑罰減輕事由之主張的舉證分配，係落於被告身上。此時被告自然須搜取證據以證明其具有此等阻礙成罪的事由、或是「法定」刑罰減輕事由存在。是故，在刑事訴訟程序中，並非被告均毋須舉證，而一面倒地認為追訴者需負完全之舉證。其既然有舉證之要求，則為舉證之故，自然亦須為證據之搜取，以便得以提出作為證明之用。然而，在現行制度中，似乎並未顧及此種因舉證分配而須為取證之結構關係，乃至於對於取證的強制性措施，均分配予國家機關，造成當事人（特別是自訴人及被告）取證的困難。此時如國家機關未嚴格規範，以確立取證之司法協助，則必將造成未來審判程序舉證與證明的失衡關係。

### 三、當事人取證之思維

基於當事人進行原則之限制，法官應係立於公平公正客觀之聽審者角色，其本不應也不宜親自為證據之取得，是以在舉證分配關係確認之後，自然得以確認證明之歸屬，則何人須為證據之提出，何人必須為證據之取得，當能有更為明確的輪廓。舉證分配之誰屬，其自須提出證據以為事實之證明，為提出證據之故，自然必須先為取證之行為，基於此種舉證分配的邏輯思維關係，誰須為舉證者，當然須先為證據之取得，並為往後審判程序之提出與證明。如於證據之取得過程中未受到任何阻力，而得以合法手段順利取得時，在事實的證明關係上，自然不致發生抗辯的問題。惟如當事人在取證的過程中面臨阻礙，而無法順利取得證據時，偵查機關至少尚有強制取證之可能性存在，但對於被告或是自訴人而言，其取證時面臨阻礙，既無任何強制性取證之可能性，又必須符合取證合法性之要求，在兩難的情況下，當然容易衍生出當事人（特別是被告之辯護人或自訴人之代理人）得以有權為取證阻礙排除權限的想法。然而，強制排除取證阻礙的作為，必然會發生權利干預的情況，此種權利干預者，必須在法律嚴格授權之下，方得以具有正當性之基礎，而此等授權基本上僅能對於國家機關為之，似乎無由將強制取證的權限交付私人行使之餘地，於是乎檢察官以外的當事人在取證時，既無強制排除取證阻礙之可能，而又需對於所追訴之事實或是被訴事實為舉證，自然會面臨證據無法取得，以為證明之用的困境。此種困境的排解，大概僅能期待國家機關的強制排除取證阻礙之協助，是以檢察官以外之當事人面臨取證阻礙時，自然必須有司法協助的管道，為其取得證明事實所必須的證據。至於證據取得的協助方法，乃因證據方法的不同，而有所差異，例如為人的證據方法之取得者，則法院得經當事人（被告及自訴人）之聲請，而為證人之傳喚；如係物證或書類證據者，則得以命提出或簽發搜索票交與司法警察機關為證據之取得。

然而，從刑事訴訟法第一六三條之修正觀察，正確之修法方向原本應將法院調查證據的規定，修正為取證協助之規定，然而修正規定卻發生方向之偏差，該條文的規定修正後變成法官取證裁量的規定，而非取證協助的法律規範。此種規範非但無法提供當事人取證時阻礙之排除，反而更造成聲請排除取證阻礙的困難，而使得原本欲使法官得以立於更客觀的聽審地位，變得較為偏頗，蓋是否為取證之行為，反而成為其任意性之裁量權，對於因無法擁有取證阻礙排除之強制處分權力者，變得較為無力，遑論法院能有效為其提供取證

之司法協助。是以如法院要完全退居聽審者之角色，則第一六三條必須將法院職權取證之規範，再次修正變更為取證協助規範，蓋一方面檢察官以外之當事人既不能強制取證，則在訴訟程序上不能不有取證協助之規範；另一方面為落實當事人進行的審判制度，法院既然需維持其公正客觀超然的地位，則對於職權取證的規定，應儘量予以避免。

故而，從當事人進行的訴訟模式出發，根本的訴訟邏輯應為當事人對於事實之證明，法官並不須負責事實確認的工作，而那一方的當事人必須對於待證事實為法官心證形成的證明，則係建立在舉證分配關係的確認，舉證分配的關係明確時，則何人須為證據之取得、提出，乃有一定之定位，是以當事人取證的基本要求與焉確認。但因取證時有所阻礙時，為求事實證明之必要，倘證據與待證事實具有關連性存在，則攸關事實之認定，必須予以取得，此時乃須藉助強制取證之行為，以為證據之取得。惟檢察官以外之當事人並無法擁有強制取證之權限，其碰到取證阻礙時，僅能依靠司法協助為證據之取得，但在現行法中，並未確認取證協助之規範，遂使得一方面檢察官以外之當事人無法強制取證；另一方面其又須為事實之證明，既無法取證、必將無法證明，此種取證與證明不能的循環關係，對於檢察官以外的當事人更屬不利。未來修法時，殊應將此種失衡的關係予以導正。

#### 四、失衡的證據調查制度

在刑事訴訟法的規定中，對於證據調查的概念，始終都未能清楚地加以界定，致使得所稱之「調查」者，在現行法的規定中，卻發生具有多重意義的情形，其大抵上具有三層意義存在：1、法庭上之證據調查（指第二八八條及第一七三條），此稱調查者，係指對於已經提出法庭之上的證據，透過交互辯證的方式，以確認證據與待證事實的關連性（證據能力）確認證據取得之合法性，以及證據之取捨等的法庭活動，此係本然調查證據的意義，稱法院為證據調查者，亦應僅限於此種意義下之調查而已。至於調查的方式，乃因證據類型而有不同，如係物證，則為辨認（刑訴第一六四條前段）；如係文書或其他書類，則告以要旨或對其宣讀或交閱（第一六四條後段及第一六五條）；如係人的證據，特別是證人或鑑定人之供述，則採取交互詰問之證據調查方式（第一六六、一六七條）；2、證據取得之義，如第一六三條、第一七二條所稱之調查證據，乃是取得證據的意思，亦即此處所稱調查者，應為取證及蒐證之義。此種調查的意義，法官應儘量避免；3、調取證據之義，如第二五八條之三第三項，此處所稱調查者，其實係指對於檢察官為緩起訴所依據證據認定之調證行為，其既非確認證據價值之調查意義，亦非取證的意義，係屬於證據調取，進而為證據審查之行為。由於刑事訴訟法的規定中，對於一個證據調查的概念，卻出現不同調查意義的情況，使得實務在用法時迭生困擾更容易因此而造成誤用，例如因漏未調查證據而生的判決違背法令，其所稱調查證據者，應指法院未依規定對於已經提出法庭之上的證據加以調查而言，其所涉及者，應為刑事訴訟法第二八八條，而非取證規定的第一六三條。

此外，既然刑事訴訟制度（審判制度）朝向當事人進行的構想，則法官在審判中的地位應僅立於聽審者的角色，對於足以形成事實認定偏頗的取證行為，應予以避免，但在現行法的規定中，不但未對法官取證行為加以限縮，反而將取證方法的搜索扣押權完全由其掌控。倘若其對於取證方法的搜索扣押規範運用，係立於消極被動的司法保留關係，則制度間的矛盾尚可容忍，但法規範並未排除法官親自搜索與扣押，故而審判制度一方面要求法官

退居聽審者的角色，以落實當事人進行模式的構想，另一方面卻不斷賦予其對於證據取得的要求，而使得法官涉入取證之中，而造成結構上相互矛盾之現象。此種情況無異是一方面要求法官不涉入事實的證明，另一方面卻又要求法官須本於職權之發動，而為證據之取得（特別是第一六三條第二項及第二七四條），此種矛盾的證據調查與調取，乃至於取證上的混淆，使得具體運作上處處充斥疑惑。

就當事人進行模式的證據調查制度而言，法院應當完全中立於證據之外，而以證據漸次建構事實認定的心證，是以前對於證據之接觸，應限定在已經提出於法庭之上的證據，為確認證據之證明力而為辯證之程序，即審判上之證據調查，除此之外，實不應有涉入取證之作為，其在取證的地位上，應係立於消極的協助者地位，亦即當事人所為取證阻礙排除之聲請時（原法律規定之聲請調查證據之一般意義），如其聲請取得之證據，確實有理由認定其與待證事實有關，則法官方得以發動其司法協助（其方法或為傳喚、或為搜索扣押之裁定），以使得當事人得以排除取證之障礙，順利完成其取證，並能順利為舉證之踐行。此種基本構想主要有二層意義：1、將證據取得之責任歸於當事人，而法院則立於取證障礙時協助排除的角色，其既不涉入取證之行為，亦未提前接觸證據，自然不致發生事實認定上的偏見，而失其客觀中立的地位；2、將證據調查程序運作賦予法官，而具體調查方法則交由當事人踐行，此即證據辯證與確認之當事人進行要求，法官僅對於辯證所得，作為心證形成之基礎。唯有如此方得以落實當事人進行之審判制度，同時也能使得取證、辯證、舉證及證據調查之歸屬，各有定位，不致產生如現行法證據調查失衡情況。

## 五、結語

在刑事訴訟法第一六三條修正之時，司法院認為將其修正為現行法的形象，即得以落實當事人進行的訴訟模式，即得以實現憲法第八十條獨立、中立法官的構想，然而，修正法所揭示出來的形象卻適得其反，法官不但未從證據搜取的運作中退讓，反而擴張其取證之裁量權，同時，法官中立的要求中，最根本的條件乃在於不介入取證之行為，但修正法卻仍舊賦予法官取證之職權，如此一來欲落實當事人進行的審判制度，恐是漸行漸遠。

倘若欲貫徹當事人進行的審判機制，則法官對於法庭活動以外之任何與事實相關的作為，均應予以避免，特別是證據取得之行為，蓋證據取得本是追訴者與被追訴者間，基於舉證分配關係的劃分，所需承擔的任務，其係屬於當事人應為之事項，而非法官應先涉入之事項。然而，在取證過程中，如發生阻礙，偵察機關本於其為國家機關的優勢，法律賦予其具有排除取證阻礙的強制權限，惟此種權限偵察機關以外之當事人或其辯護人與代理人並未享有，故面臨取證阻礙時，既不能以強制力取得，又不能為不合法的方式得之，唯一之計僅能仰賴法院之協助，但現行法的規定中，仍未有明確之取證法律協助規定存在，僅第一六三條第一項勉強可以視為司法協助之規定，但此一規定欲落實當事人取證阻礙排除之司法協助，恐仍有未足。因此，如當事人進行的審判模式，已是刑事訴訟制度不可變更的趨勢，則特別是關於取證問題的規範，是否仍應使法官涉入，恐須審慎加以深思。

## 高雄高等行政法院慶祝設立台南庭

### 舉辦行政訴訟實務研討會

本刊訊 高雄高等行政法院為慶祝該院於台南市設立台南庭，特於九十一年六月二十六

日上午九時，假台南行政執行處（設台南市府前路一段三〇五號之一）三樓大禮堂，舉辦「行政訴訟實務研討會」，其程序如下：八時三十分至九時 報到；九時至九時十分 主席致詞（高秀真院長）；九時十分至九時三十分 行政程序法之應用(一)，主講人為高秀真院長；九時三十分至九時五十分 行政程序法之應用(二)，主講人為楊惠欽法官；休息十分鐘；十時至十時三十分 行政訴訟實務，主講人為林石猛法官；十時三十分至十時五十分 綜合座談。十一時在該院台南庭（在台南行政執行處旁）舉行成立茶會。有意參加該次研討會之道長，請於六月七日前向公會申秘書報名。

#### 本會舉辦在職進修課程

##### 學術研討會於六月二十九日舉行

本刊訊 本會學術活動之在職進修課程，由陳惠菊常務理事規劃之第四次學術研討會，將邀請中正大學法律系助理教授林明昕博士，林明昕博士乃本會資深道長林華生律師之公子，畢業於台灣大學法律系及法律研究所碩士班，留學德國，為慕尼黑大學法學博士，曾任台北市政府法規會約聘編纂，現任職於中正大學法律系，專長為行政法，本次之講題為：「行政與行政救濟以行政處分為中心」，時間為六月二十九日上午九時至下午四時，地點在台南市社教館中型會議室（地址：台南市中華西路二段三十四號），費用每人新台幣，會場提供講義、午餐及茶水，希望各位道長踴躍參加，並歡迎院、檢同仁一起來參與。

#### 律師法違憲並違背國際平等互惠

##### 謝諒獲律師

一、 民事訴訟法（含第六十八條，第一三三條第一項） 律師法（含第七條第一項及第四十八條第一項） 律師法施行細則（含第十一條及第十四條） 律師登錄規則（含第三條、第五條） 刑事訴訟法第廿九條但書及第三十八條、及行政訴訟法第四十九條第二項後段、各地律師公會章程之規定違憲。

（一） 非受僱於律師事務所及非當事人之近親或受僱人之非律師(及司法黃牛)可在全國各地執業而不被禁止，亦不被承審法官及檢察官移送懲戒及處罰，但具有我國律師資格反需登錄各法院、各行政法院及軍法機關，並加入登錄地之律師公會才能執業，否則反被移送懲戒及處罰，當然違憲。

1、 按，律師需聲請登錄，並加入該地律師公會，否則不得執行職務；律師非經地方法院登錄後，不得加入律師公會；律師已在地方法院、台灣高等法院或其分院登錄者非加入各地方律師公會為會員，不得在各地執行職務，律師在未登錄之法院 及未加入律師公會之地，則被視為非律師，而需經法院個別准許，雖經准許，仍會被懲戒，此律師法第七條第一項、第十一條第一項前段及第二十一條、律師法施行細則第八條及第十一條、律師登錄規則第三條及第五條、民事訴訟法第六十八條第一項前段、刑事訴訟法第廿九條但書及第三十八條、及行政訴訟法第四十九條第二項後段、律師懲戒規則、律師倫理規範、全國各律師公會章程（含台北律師公會章程第五條、及高雄律師公會第五條）(以下總稱「



右揭法令」) 分別定有明文。本件廖先生及林女士 均非律師，當然未在士林、桃園、台中及高雄地方法院登錄，亦未加入台北、桃園、台中及高雄律師公會為會員，有台北、桃園、台中及高雄律師公會函可參，自不得在全國各地執行法律業務。次查，林女士及廖先生既非任何律師事務所之受僱人，亦非甲公司之受僱人、董、監事或股東，有甲公司之最新變更登記可証，高雄地院及高分院、台中地院民事庭、士林地院准許此二人在幕前及幕後執業，與上引法條意旨不合，其裁定及判決自屬違憲違法，當然無效。反之，絕大多數律師均通過全國性律師高考及格，並加入台北律師公會，已具律師資格。台北地院增設板橋分院及士林分院，其後二分院獨立，卻無獨立律師公會，依台北律師公會章程第五條，台北律師公會律師並不必另需在板橋地院及士林地院登錄，但台北律師公會會員竟曾被士林地院及板橋地院（民國九十年）依民事訴訟法第六十八條第一項當做「非律師」，而命其於二個月內補登錄士林地院，否則禁止代理，及被板橋地院法官 裁定禁止代理（正抗告中）。而廖先生及林女士不具律師資格者反被准許，足証民訴第六十八條及上揭法令給予承審法官及檢察官毫無標準之濫權違反憲法之平等權（有執照者要登錄，無照者不必登錄），律師之生存、工作、財產、訴訟、公平適任法官檢察官權及平等互惠權（憲法第五、七、十五、十六、八十及一四一條），當事人依憲法所得享有之所有自由權利。

2、 律師執行律師業務，就律師而言，乃依憲法第十五條所賦予之「全國性」之生存、工作及財產權、依憲法第十六條所賦予之為當事人請願、訴願及訴訟之權，依憲法第八十條之公平適任法官及檢察官權。就當事人而言，乃係透過憲法第十六條（含憲法第八十條之公平適任法官權）而達到保障憲法所賦予全國人民之請願、訴願及訴訟之權，並通過上揭權利，達到保護憲法所賦予人民之全部自由權利，但「右揭法令」強迫律師必須登錄，且必須加入律師公會，並繳入會費及月費才能執業，倘違反「右揭法令」，則依律師懲戒規則予以處罰，依律師法及其他刑事法令受刑事訴追，許多律師已因在未登錄之法院執業已受懲戒者。但甲公司之非律師訴訟代理人廖先生及林女士夫婦竟可在全國各地執業，不受禁止亦不必受「右揭法令」限制、懲戒及刑事訴追，更不受「品質」控制，致亂罵人，亂寫狀紙。

要維護憲法及律師權，律師界應以身作則，不得「打著紅旗（司改）反紅旗（反司改）」。例如，無照者及對造當事人亂罵人竟無法律使其受懲戒，但律師對之答辯或採取攻擊防禦，卻被對造當事人向台北律師公會「文聯團主謀者」申訴，台北律師公會「文聯團主謀者」竟也接受此種案件。律師對法官濫權依法答辯，對造當事人執此而向台北律師公會「文聯團主謀者」申訴，也被接受處理，令人感到「文聯團主謀者」以司改之名，卻無司改之智慧、能力與前瞻性，以假藉違憲之律師法排除及迫害異己。前例涉及律師之言論自由權，後例除言論自由權外，尚有律師執業免責權 litigation privilege（係訴訟權之一種）。看來「文聯團主謀者」應再回到學校多學習憲法理念了。這也證明律師法之違憲性。

簡言之，合法取得律師資格者，在無憲法第二十二條及第二十三條之情形下，其自由權利竟受限制，也直接限制律師之當事人之憲法所賦予之全部自由權利。足證與律師法相關之律師懲戒規則，及台北律師公會「文聯團主謀者」主掌全聯會「時」所控制之「律師倫理規範」，以及「文聯團主謀者」所控制之「台北律師公會會員違反倫理風紀案件處理程序

」，其違憲性明而可見。

3、再者，法官及檢察官常對律師視為仇敵，百般挑剔，連書狀、言詞不合其意，亦當庭侮辱，並常故意判決有律師代理之案件敗訴。反之，對於非律師代理人則百般寬厚，過度行使闡明權，充當非律師代理人之律師，而代為主張及答辯，然後再毀棄開庭錄音帶，使當事人無法證明法官及檢察官與非律師串通、枉法、瀆職。足証台灣高等法院高雄分院、台灣高雄地方法院、板橋地院、台北地院、台中地院、台灣士林地方法院所明示適用及默示適用之「右揭法令」，違反憲法第一條之民有、民治、民享，第二條之主權在民，第五條及第七條之平等權，第一四一條之國際平等互惠權、第十一條之言論自由、第十二條之秘密通訊自由（只有法定及指定之同居人及受僱人始得收受及開啟法院文件）第十四條之集會結社自由（包括不加入地方公會之自由）第十五條、第十六條之律師之生存、工作、財產及訴訟權及第八十條之公平適任法官及檢察官權。准許非律師執業，等於剝奪合法律師之生存、工作及財產權，並違律師之平等權及台灣律師界與其他各界之平等互惠權，亦係剝奪憲法所賦予人民之所有自由權益，更造成司法黃牛猖獗，法官及檢察官與司法黃牛串通，代理人及辯護人之素質參差不齊，降低訴訟及裁判品質，及司法公信。為避免法官及檢察毫無標準之濫權，民事訴訟法第六十八條、刑事訴訟法第廿九條及第三十八條、行政訴訟法第四十九條第二項關於律師之定義及非律師得擔任代理人及辯護人之規定違憲。美國聯邦及各州之法律及判例明定，唯律師得擔任民事及刑事之代理人及辯護人，所有公司、法人、團體均必須聘請律師，不得由其法定代理人或內部人員擔任民刑代理人或辯護人，甚至父子、兄弟姐妹及夫妻亦不得相互代理。然橫諸我國國情及法院、檢察署有意無意鼓勵司法黃牛，仇視有執照律師之怪象，應宣告「右揭法令」、裁判及決定違憲，並明示：唯律師得擔任民、刑及行政案件之代理人及辯護人，所有公司、團體及法人均必須聘請律師，其唯二例外為：代理人及辯護人與當事人間為近親，及當事人本人得兼任自己之代理人及辯護人，如此才能避免法官及檢察官濫權，應禁止不禁止，不應禁止而禁止，致「高級無照」者在全國各地執業，直接及間接控制法院裁判，「下級無照」之司法黃牛充斥法庭內外，法官及檢察官球員兼裁判（兼任非律師之代理人），唯有當事人均由律師代理才能達相當之攻防水準。

4、准許非律師在北、中、高執業，卻禁止未登錄之律師執業(尤其是士林地院及板橋地院本屬台北地院分院，現仍屬台北律師公會轄區，且現無士林律師公會或板橋律師公會)，剝奪當事人之公平適任法官權（法官不應准非律師執業，不應指示非律師代理人聲請一造辯論判決，致當事人失去審級利益，更不應禁止加入台北律師公會之律師在士林地院及板橋地院執業）。憲法第一條、第二條、第五條、第七條、第一四一條、第十條、第十一條、第十二條、第十四條至第十六條、以及憲法第二十二條之其他自由及權利（下稱「右揭自由權利」），除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，依憲法第二十三條之規定，不得以法律限制之，但高分院、高地、中地、北地、板地、及土地均無以上四情形之一，亦無必要性，顯違委任立法，應屬違憲。次查，「右揭法令」以登錄各法院，並以在當地律師公會設事務所為執業之要件，不僅違背「全國性」律師考試之意義，亦違憲法保護律師及其當事人之「右揭自由權利」。

（二）登錄制度是對全國百分之九十以上之少錢無勢訴訟律師（均為小型律師事務所及

「訴訟」律師)之歧視,對有錢有勢之大型律師事務所(絕大多數為外國人及「掌握外省人」之事務所,且絕大多數無台灣律師執照,或從未通過台灣律師考試)及非訴訟律師之寬惠,亦是對「執業」定義作違憲之過份狹義解釋,等於剝奪小型律師事務所及訴訟律師之執業權,卻公然放縱無照者在法院內外之全國各角落執業並控制有執照者,其結果:

1、非訴訟案件律師賺錢如流水,例如商標、專利法律事務所,可在全國(及全世界各地執業-透過他國專利代理人)執業,又可大量聘請無照律師廉價為其服務,並無登錄之問題,律師費與雜費分別計費,其收入平均每律師每月約在數百萬元以上。但絕大多數訴訟律師每審平均約五萬元且包括所有雜費,一月收入二十萬就忙得不可開交,扣除律師事務所之開支,所剩最多只能糊口,「右揭法令」對有錢有勢者不予限制,反而對生活邊緣者予以限制,當然違憲。

2、非訟案件律師事務所又如一些大事務所,按時計酬,據說,常在則不論何人一律以每小時約八千五百元計酬,其他事務所亦按時計酬,致每位律師每月亦收入約數百萬至數千萬元,此等律師事務所絕大多數人員亦均無台灣執照,依然不受限制,卻限制生活邊緣之訴訟律師,因認本(二)之1及2均違反憲法及公平交易法。

3、無台灣律師執照者,只要不在法院出庭,仍可在法院外更廣泛之時間及空間執業,甚至在法院外控制法院內之事,例如L法律事務所之C資深合夥人在未經檢覈取得律師執照前數年,H資深合夥人在未經檢覈取得律師執照前數十年,D法律事務所之CK及DM迄今未取得台灣律師執照之數十年,尚有數不盡之無照執業之中外人士,其執業之時間,空間及收入均遠比有律師執照者為長、為大及為高。美國法律及判例將「執業」二字從寬解釋,凡給任何人任何口頭及書面意見均屬之,並嚴格禁止無照執業,故美國不像台灣「愈沒執照,愈有辦法」。

4、司法黃牛之執業範圍亦同右,並由前門執業到法院後門。

5、外國律師也像本(二)1至5之情形。

6、右揭本(二)1至5乃是台灣司法亂源之主要根據,故限制及歧視台灣百分之九十以上之生活邊緣之有執照者,而公然鼓動無照者執業,均係種族(「掌權外省人」及外國人多無執照)及原國籍(「掌權外省人」,例如L律師事務所,據說,半世紀以來均常自認為「中國人」而非台灣人)歧視,更涉嫌歧視合格及有執照之人。例如新舊政府半世紀以來,均竭力巴結L律師事務所(當時H尚未取得台灣執照,此時D之DM、CK仍未取得台灣執照)。

(三)大門深瑣,後門大開,多為「掌權外省人」及外國人而開,當然違憲

1、修法前四地院之限制之表面意義在禁止北部地區大型律師事務所獨佔中南部地區之執業市場,有違反托拉斯及公平交易法,但實際上正得其反,全國百分之九十左右之律師乃一人執業之訴訟律師,整日奔波法院,所賺無幾,無力一人同時奔波數縣市執業,其在登錄地院以外之法院執業,係「偶然性」,而非專業性,而大型事務所如L、T、B(不合法之外國律師事務所)D等有律師數十名,每人登錄四地院等於全所登錄全國各地院,大型事務所又在台北、新竹、台中及高雄設事務所,可在全國各司法、軍法及行政部門

執業，具有常業性，等於全面壟斷台灣法律市場，故四地院之限制公然鼓勵大型事務所違反公平交易法，當然違憲，故已在民國九十一年一月八日在「全聯會」之奮戰下而刪除。

2、 另一方面，擔任法官、及檢察官者，卻可分發至全國各地執行法律業務，而不必登錄各法院及公務員懲戒委員會，亦不必繳各律師公會之入會費，更不必繳年費約壹萬元。禁止筆者及許多台北律師公會會員在板地及土地執業之法官，均未在板地及土地登錄，依平等互惠原則，他們均不應在該法院擔任法官。

3、 再者，擔任司法院院長、副院長、司法院大法官者，以及法務部部長者，未必具有律師或法官考試及格之資格，卻執司法之牛耳，有時是外行人管內行人，其權力之大及執行法律公務之範圍，竟遠比具有律師、法官考試及格之資格者為廣。

4、 右揭現象均違平等之原則，亦違「右揭自由權利」之憲法之規定。美國則無此限制，美國律師考試平均「年」錄取率為百分之九十，考上紐約州律師，可在紐約各級法院執業而不必一一登錄，唯一要登錄者乃該州之聯邦法院。紐約律師又不必在紐約州設事務所（可設於別州或美國之外），且經由 local counsel 之制度，只要找到一位當地律師代為收受法院文件，即可在美國各州及各聯邦法院執業。實務上，只要考上一州，即可在全美各地執業。擔任美國大法官者，均必須有律師資格（任何州均可，不限於其服務之州）。中國大陸律師亦可在全國執業。反之，身為全世界最難考之台灣律師竟受全世界最多之限制，而無照者，竟受全世界最少之限制。足見「右揭法令」剝奪聲請人「右揭自由權利」，當然違憲。

（四） 民事訴訟法第六十八條第一項、行政訴訟法第四十九條第二項，及刑事訴訟法第廿九條前段之「律師」應指「中華民國律師」而非「已加入台北律師公會之律師」並在「士林地方法院登錄」之律師，亦即一旦取得中華民國律師資格，並加入全國律師公會或任何地方公會即可在全國任何法院、檢察署、行政機構及軍法機構辦理律師業務，不以個別登錄各地方法院及加入各地方律師公會為要件，更何況士林地院及板橋地院並非獨立於台北律師公會之另一公會，而士林地院及板橋地院本為台北地院之分院。

（五） 現行律師法、律師法施行細則、律師登錄規則、律師懲戒規則、律師公會章程應由全國性律師公會依自治法則自行制定，不受司法院、法務部及中央或地方民政局、科之拘束。

#### 1. 律師法及相關法令違憲

（1） 律師法係於民國三十年一月十一日由國民政府公布全文四十八條，並於三十四年四月五日由國民政府修正公布全文五十一條。

（2） 律師法施行細則首由司法院於民國三十年三月廿四日起相繼公布，次由行政院自民國四十五年六月七日起相繼公布，於民國八十二年五月十九日則由法務部、內政部會同發布全文十七條，全程均違反憲法第廿二條及第廿三條而違憲。

（3） 律師登錄規則於民國三十年九月十一日由司法行政部相繼發布，於民國七十四年八月二十日起則由司法院、行政院修正而相繼發布。

（4） 律師懲戒規則於民國三十年九月十三日司法院發布。

（5） 台北律師公會章程於民國三十九年十二月廿二日司法行政部台指參字第一二二二

號令核准，其他「地方」(含桃園、台中及高雄)律師公會章程亦然，該章程係在律師法及人民團體法，內政部、省、市政府社會局及縣市政府陰影下訂立及修正。

(6) 民事訴訟法於民國十九年九月十三日立法院制定全文五百三十四條。

(7) 刑事訴訟法於民國十七年七月二十八日國民政府公布。

(8) 行政訴訟法，係於民國二十一年十一月十七日國民政府公布。

2. 憲法於民國三十五年十二月廿五日國民大會制定，足見制定憲法之前之律師法、律師法施行細則、律師登錄規則、律師懲戒規則、民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法制定當時，並未就其合憲性予以考量，亦沒想到只在台灣適用，其後右揭法令雖經數次修正，然均基於原本違憲之條文為小幅度之修正，基本憲法精神及理念多不在其內。律師倫理規範雖在民國八十四年七月二十九日經全聯會通過施行，但違憲之處多如牛毛。

二、 所謂違憲，應包括適用違憲及漏未規定之違憲

(一) 所謂違憲，應包括適用違憲，亦即法官所適用之法令本身縱然非違憲，但法官適用時違憲，依然違憲。此即英美法所謂之 unconstitutional application。右揭禁止已加入台北律師公會之律師在士林地院及板橋地院代理其當事人，卻准許非律師在高分院、高地、中地、北地、板地、及土地代理當事人，士林、北地、板地、高地、高分院及中地法官之禁止及不禁止均違憲。如前所述，士林及板橋地院轄區並無獨立之律師公會，而現今之台北律公會涵蓋台北地院、士林地院及板橋地院，而土地及板地又曾為北地之分院，為何需另為登錄？

1, 律師法、台北律師公會章程及其他相關法令並未規定加入台北律師公會而未在士林地院及板橋地院登錄之律師不得在士林地院及板橋地院執業，故士林地院及板橋地院禁止台北律師公會會員以律師資格出庭之決定違憲。

2, 反之，「未取得律師資格，意圖營利而辦理訴訟事事件者，除依法令執行業務者外，處一年以下有期徒刑，得併科新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰金」，「意圖漁利，挑唆或包攬他人訴訟者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下之罰金」律師法第四十八條第一項及刑法第一五七條訂有明文，故各級法院不依律師法、刑法及其他相關法令之立法意旨，而禁止林女士及廖先生代理公司，當然違憲。且律師法及其相關法令係民事訴訟法、刑事訴訟法及行政訴訟法之特別法，應優先適用而依其立法意旨禁止林女士及廖先生執行律師業務，否則違憲（即有律師執照每每被限制，而無律師執照者，反不受限制）。

(二) 法無明文或未規定者，實務上均被解釋為「不准」或「相反」之結果，例如刑事訴訟法、行政訴訟法及強制執行法未規定當事人得主動調查證據及得自行強制執行，刑事訴訟法未規定自訴人及被告得閱卷及聽錄音帶（廣義之調查證據），實務上均被禁止，然該禁止並無憲法第廿三條四種情形之一，亦無必要性，當然違憲。次查憲法第二十二條亦明定：「凡人民之其他自由權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」足證漏未規定及應規定而不規定，至少應在憲法第二十二條之範疇，並非一律禁止或有相反結果，仍須符合憲法第二十二條及第二十三條之規定，始得限制或禁止之。

(三) 未查，「右揭法令」，均嚴格限制律師執業之地區及行為，並嚴格處罰律師不遵守上揭規定者，已屬違背律師及律師之當事人之所有憲法規定之自由權利。但對非律師，

反而網開一面。

## 昆、大、麗之旅圓滿完成

### 驚奇悠閒 歡笑不斷

<本刊訊>本會今年國外旅遊於五月五日起至十二日，為期八天，目的地為大陸雲南之昆明、大理、麗江，探訪西南地區少數民族及千年古城 大理、麗江。雲南省每年五月到十月為雨季，此次旅遊正逢雨季開始，起初幾天天候頗佳，不冷不熱，最後三天開始下雨，仍應驗律師公會每逢出遊必被淋雨的傳統。

此次全團卅二人，除台南地區道長外，尚有嘉義、高雄地區多位道長參加，年紀最大為八十歲的申憲章律師，巧合的是全團中竟有九位楊姓或是楊姓家人的團員。

旅遊由高雄小港機場赴香港，再轉昆明，首先到九鄉參觀地下溶洞，先搭船遊覽峽谷風光，再進入可容萬人的巨洞，洞內奇岩怪石，令人嘆為觀止，翌日再遊石林，同樣是石灰岩地形，地上布滿突兀崢嶸的岩石，眾人在如迷宮的石林間穿梭，然後乘機往大理，在洱海上乘船遊覽，品嚐白族的「三道茶」，大理為古南詔國、大理國故都，團員們欣賞古老的石板街道，繁複工巧的白族民居。接著團員搭車行駛三百多公里到了更古老的麗江古城，為納西族人群居之地，麗江城是高原上的江南（海拔為二四一〇公尺），由雪山流下的清冽雪水，分成數道及流貫穿全城，民居皆沿水築屋，屋前楊柳小橋，風光旖旎，麗江城背倚冰雪終年不化之玉龍雪山，團員搭纜車到海拔三千二百公尺的雲杉坪，在高山症的影響下欣賞優美的雲杉林。麗江為東巴文化發源地，麗江古城充滿異族氣氛，晚上大家觀賞七十八歲老東巴領導的東巴樂舞及洞經音樂，為目眩神迷、詭異又優雅的樂舞讚嘆不已。

回到昆明市，是彝族最多的地方，人口二百五十萬人，但乾淨優雅，繁花處處，大家攀登西山，到峭壁上的龍門，觀賞和尚以一人之力花了十多年在崖壁上，由一塊大石鑿出來的寺廟。在昆明市的景點有大觀樓、吳三桂的金殿、圓通寺、市民的休閒公園 翠湖及辛亥革命雲南起義所在地 陸軍講武學堂，真是人文知性與自然景觀兼具的旅行。

由於雲南是偏遠地區，環境衛生略差，加上大家口饞貪吃，沒聽導遊警告，各種水果紛紛入口，一半以上團員均罹腸胃疾病，所幸大家吃了藥之後，大多逐漸痊癒。

此次旅遊最感謝的是南亞旅行社的夏素雲小姐，夏小姐負責細心，一路噓寒問暖，照料團員的健康，並攜帶大量零食、水果，甚至在玉龍雪山山腳下餐廳，因菜色簡陋，竟然還有由台灣帶來的火腿及沙丁魚罐頭，供團員加菜，真令團員感激涕零！

## 政客與政治家 |

陳文欽 律師

### 從台北市里長延選案說起

政客與政治家如何區別？如果從法治國的理念切入，我認為把法律玩弄於股掌之間者，是政客，而若能依法行政，才是政治家。在民主法治國家裡，法治為根本，但徒法不足以自行，尤其在上位者，若不能恪遵法律的精神，恣意曲解法律，或以法律當做鬥爭的工具，則反而會讓法律成為民主法治社會下的亂源。

近來有關台北市里長是否延選，地方—台北市—與中央—內政部—之間，存有甚大的歧見

，一時之間，成為熱門的焦點話題，佔據媒體相當大的版面，雙方可以說，以流彈四射、炮火猛烈，來加以形容。不過本文不想加入戰局，只希望純就法律面來探討，以呈現問題真正的面貌。首先就台北市里長延選，其法源依據為地方制度法（下稱地制法）第八十三條第一項：直轄市議員、直轄市長、縣（市）議員、縣（市）長、鄉（鎮、市）民代表、鄉（鎮、市）及村（里）長任期屆滿或出缺應改選或補選時，如因特殊事故，得延期辦理改選或補選。從上開條文規定，有幾點法律問題，須加以釐清，才能有助於了解整個問題之所在。第一，里長延選是否屬於地方自治事項，再者對於地方自治事項，上級機關有無監督權限，其監督權限的範圍？下級機關對於上級機關之監督不服，如何救濟？茲析述如下。

地制法第十八條第一款第一目規定：直轄市公職人員選舉、罷免之實施，為自治事項。同法第八十三條第二項規定：鄉（鎮、市）民代表、鄉（鎮、市）長、村（里）長依第一項延期辦理改選或補選，由各該縣（市）政府核准後辦理。可見里長定期改選或延選，應屬地方自治事項，然是否凡屬地方自治事項，地方機關於行政時，是否即可不受上級機關之監督，甚至可不依法行政，為所欲為，應屬否定。上級機關仍可基於依法行政之法治國原則，行使其上對下之監督，只是既屬自治事項，上級機關監督權限應受限制，而給予地方較大的自主權，故對於地方自治事項，行使監督權時，應僅及於是否合法的合法性監督而已。何況地制法第七十五條、第七十六條明白賦予上級機關，針對下級機關辦理自治事項若違法時，得予以撤銷、變更、廢止或停止其執行，甚至代行處理等權限。

台北市政府以鄰里調整為由，認符合地制法第八十三條第一項的「特殊事故」，決定將本屆里長延期改選，但是否屬於「特殊事故」，應屬法律構成要件中的「不確定法律概念」，有待解釋或實務運作，予以補足具體化，對於何者是屬於「特殊事故」，容有不同的見解，不過所謂「特殊事故」，應指非一般性及非可預料性而意外發生之情事，對於鄰里調整，恐非屬「特殊事故」之一種。再者，依照大法官會議第一一七一次會議決議，地方機關之法律見解與中央主管機關有異時，應受中央主管機關見解之拘束，早經大法官會議做成決議在案，對於釋憲機關所做成的決議，按法理自有拘束全國各機關的效力。當然若中央主管機關所為的法律見解明顯違法，就本問題而言，地制法第七十五條第八項設有救濟的規定，只是其規定救濟機關竟是直接得聲請司法院解釋之「應否先經行政訴訟救濟程序，有討論的空間」，甚至規定在司法院解釋前，上級機關對於下級機關所為自治事項，不得予以撤銷、變更、廢止或停止其執行。

透過以上分析可知里長延選事項，是屬地方自治權責，但仍不能脫離上級機關合法性監督，惟下級機關可透過聲請司法院解釋，以對抗上級機關的監督，並且在司法院做出解釋之前，上級機關的監督，形同失效。最後本文認為對於一件純屬法律事件，本有法律可供依循，而能毫無爭議的處理，卻因為在位者，對於運用法律，存著不同的心態，使得純粹的法律事件，變為複雜的政治問題，並且從中獲得其欲得的利益，所以說台北市政府絕對有辦法，不理會中央主管機關的各種情理法的勸說，結果就變成你撤銷你的，我就聲請司法院解釋，里長照樣延選，政客與政治家的區別，已然若揭。

一、 在聆聽完講座關於交互詰問之課程及模擬實習法庭之後，交互詰問制度予人一種

很浪費時間，開庭時間非常冗長之惡劣印象與感覺，尤其這種制度如果實行下去，勢將扼殺我們律師同道承接其他案件之機會，前總統李登輝之夫人李曾文惠女士與前立委馮滄祥、謝啟大之誹謗官司從早上開到晚上，如果當天律師還有其他庭期，勢必影響其開庭權利，因此，激起筆者撰寫這篇文章之漣漪與動力。

二、目前刑事偵審程序最為人詬病的地方，亦為人民不相信司法之主因，厥為

1. 不讓被告說話或發問。
2. 不讓辯護人發問。
3. 辯護人聲請調查之證據，置之不理或主觀上即認為無調查之必要，不予調查。
4. 漠視當事人及辯護人在場權
5. 不讓告訴人、被害人或其家屬或告訴代理人講話，以上均在在違反我們刑事訴訟法之相關規定（詳見後述）

三、司法受人詬病，人民不相信司法之癥結既然知道在這裡，則吾人只要對症下藥，將上開弊病改正過來並落實現行刑事訴訟法之規定，即可達到刑事訴訟發現真實之目的，換言之，亦即為了發現真實，應

1. 讓被告有充分講話或發問之機會（現行刑訴法§163 .即舊刑訴法§163 .當事人得於調查證據時，詢問證人、鑑定人；刑訴法§166 .證人、鑑定人由審判長訊問後，當事人得直接詰問之）
2. 讓辯護人有充分發問之機會，只要能達到發現真實之目的，不妨放手讓辯護人去發問（現行刑訴法§163 .即舊刑訴法§163 .辯護人得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告；刑訴法§166 .證人、鑑定人由審判長訊問後，辯護人得直接詰問之）
3. 辯護人聲請調查之證據充分予以尊重、法官主觀心態不要太重，在未調查之前，主觀上即遽認無調查必要，好似法院心證早已形成，我要結案了，你辯護人不要找我法官麻煩，好不好的樣子，以致形成法官與律師惡面相向局面，連帶司法威信及公信力乃因而受到影響、大打折扣！（現行刑訴法§163 .即舊刑訴法§163 .辯護人得聲請調查證據）。

4. 刑訴法§150 、 §177 、 §245 、 §248 、 §273 、 §276 均分別規定有當事人及辯護人之在場權，但此項訴訟法上之權利，輒有被漠視的感覺，院、檢似只看到前段「當事人及辯護人得在場」之「得」字，而未看到後段或另項「院、檢應將訊問之日、時及處所預行通知之」之「應」字，以致於院、檢誤認為當事人及辯護人在不在場係由院、檢來決定，殊不知上開規定，乃院、檢有通知當事人及辯護人到場之義務（應），至當事人及辯護人到不到場行使其在場權，則由當事人及辯護人自己決定。

5. 讓告訴人、被害人或其家屬、告訴代理人有充分講話，陳述意見之機會（刑訴法§271 ）

四、沿用現在大家已經習慣熟悉之準備程序及審判程序，並充分落實上開現行刑事訴訟法之規定，即可達刑事訴訟真實發現之目的

交互詰問制度之實行，其目的在於發現真實；因此，吾人認為只要同樣能到發現真實之目的，其方法可不必限定於一種，亦即不必大費周章做那麼大之改變，造成法官一天只能審理一件，律師一天只能開庭一件，扼殺其生機！



## 五、 現行運作方式 先行準備程序（蒐集及調查證據）再行審判程序

### 1. 準備程序

- (1) 受命法官或審判長依職權調查證據（舊刑訴法§163，現行刑法§163）
- (2) 當事人或辯護人聲請調查證據（舊刑訴法§163，現行刑法§163）
- (3) 不論院方、檢方或辯方所傳喚之證人、鑑定人，一律由院方先問，再由檢方或辯方去問（§163，166）
- (4) 檢方或辯方均問完，受命法官或審判長可以續行發問（§167）。
- (5) 受命法官或審判長續行發問，如檢方或辯方又從中發現問題，亦可再為發問。
- (6) 如此循環反覆交叉發問，以達院、檢、辯三方均認無繼續發問下去之必要為止；如此，自可疏減以刑訴法§379s 應調查未調查之違法為上訴理由之三審案源。
- (7) 被告無論有無選任辯護人，其均可參與發問，以期發現真實，畢竟事實惟被告最清楚（§163，166）
- (8) 告訴人、被害人或其親屬、告訴代理人亦可參與發問，以期發現真實，畢竟告訴人、被害人對於事實最了解、最清楚（§163，271）。

### 2. 審判程序（辯論程序）

- (1) 上開準備程序充分進行完畢，始由院方定期進行辯論（辯論庭）。
- (2) 檢、辯雙方應確實依據上開準備程序中調查證據之所得，撰寫辯論意旨書狀，於辯論庭時，充分就事實、法律及證據之證明力為完全之辯論。
- (3) 院方於辯論庭須調查證據程序時，僅須將在準備程序中調查所得可作為證據者一一向被告提示或告以要旨或交其閱覽即可（刑訴法§164、165）。畢竟要將證人或鑑定人一次動員到齊，仍是一件困難度很高的事情，為了避免證人有不到庭之虞（證人不是我們要他們什麼時間來他就有時間來，不要想得那麼美），而影響案件之審理終結，是吾人認仍宜先進行準備審判程序之前置作業後，再開辯論庭為妥，蓋
  - a. 準備程序可以多開幾次，沒關係；審判程序多開，則為笑話，蓋還沒準備好，就要辯論結案，未免太急了一點！
  - b. 院、檢、辯三方均有較充裕之時間準備辯論。
  - c. 辯論終結時仍可再開辯論（§291），發現事實仍屬不清，證據仍不足，仍可進行調查後再行辯論或再為辯論（§289），以達發現真實之目的。

## 六、 準備程序中之審前會議，如果只是單純在那邊爭執調查證據之排棒順序，那置警、調、偵訊筆錄及準備程序之訊問筆錄之規定於何地？

1. 刑訴法§228、231規定、檢、警、調可以調查犯罪情形及蒐集證據，其於調查犯罪時依§41、42規定所製作之訊問等筆錄，如果統統必須要在審判程序中一一再傳訊證人重複加以訊問或詰問一次，則刑訴法§171、196、279之規定有何用？亦即法院或受命法官於審判期日前亦得準用§166之規定對證人、鑑定人行交互詰問之規定，及證人在偵查中，已經合法訊問，其陳述明確別無訊問之必要者，不得再行傳喚之規定，暨行合議審判案件，為準備審判起見，得由受命法官於審判期日前調查證據之規定，豈不成具文？

## 七、 總之，解決問題之方法有好多種，吾人實應慎選其中一種「變動最少，且又能符

合現行刑事訴訟法規定之方法」即可，不必一定要將調查證據完全集中在審判程序不可，本文所述之運作方式，不失為一種較為我們律師同道所能接納之方法，惟以上純係個人之拙見，不成熟、週延之處，敬請有以教之為禱。

建請設立更審法庭

金輔政律師

法律之設立與法庭程序因環境變更而有變易之必要，墨守成規只能導致不安與變亂。英國普通法之觀念與法庭程序在產業革命之後因新興資產階級之萌生，更運用此種新生力量加速園地，併吞貧窮階級之財富，而另設衡平法庭對無誠信不公平行為，由衡平法庭找出平衡點，以公平為基本，對於貧富力量之折仲為衡平之判決，使英美法系中法庭之威嚴迄今未墜，足為學法者之典範。

自美返國迄今，始聞司法改革，滿抱希望，時近八年，未見績效，老百姓不信不滿依舊，在朝者以減縮案源限制辦案為目標，在野者以參與改革被尊重並平等對待為主要目的，對於回復或建立老百姓信心之改革目標，並無顯著績效，良可嘆！

台灣之司法目標在減縮案源時，應體認司法之提升促成老百姓對司法之信心為首要工作，固然不能以判決促當事人不要上訴，但使當事人明瞭訴訟結果法官之判決有堅實的法律根據，或許是改革所應研究者。

台灣司法之弊病不在最高法院亦不在地方法院，而是高等法院，在上下交攻之下，法官有「皮態」及「疲態」，個人認為高等法院應增設更審法庭，凡最高法院發回案件一概分由更審法庭審理，避免同事護航或與最高法院打對台之情形產生，訴訟法於此階段似無修正之必要，而有更審至更三之階段似可引進專業陪審人員參與審判並就陪審案件限制上訴權，此階段就訴訟法有關上訴權之限制及陪審人員之資格、選任及程序適用自應修正，管見如何，請諸同道指正。

觀 東 巴 樂 舞

翁瑞昌律師

九一年五月九日台南律師公會雲南之旅已經來到雲南的千年古城麗江，晚上到東巴宮觀賞東巴宮民間藝術團的表演，本來以為像是旅行團觀光客，一邊吃飯一邊觀賞的娛樂性節目，等我踏入表演場，就被舞台上的詭異氣氛震懾，昏暗醜紅的燈光下，東巴人的圖騰，已告訴我這是不一樣的一場體驗。

由於我較遲進場，團員們皆坐在我的前面，我的後面是台灣另一個旅行團，節目開始，七十八歲長鬍子國寶級的老東巴，中氣十足地朗讀東巴經，他手持貝葉經文，氣韻生動、腔調悠遠地吟唱，不過我的後面傳來小小聲的騷動，還弄不清怎麼回事，接著主持人介紹元代流傳在納西族民間的大型套曲「崩時細哩」-東部落的公主嫁給西部落王子為妻，有一天公主返回娘家省親，父王居然揮軍攻打西部落，焦急的公主撕下裙擺，咬破手指，用鮮血寫了一封信警告夫君，台上上來一位白鬍子的老人，在「一封書」的樂聲中，當場揮毫一筆一筆地寫出象形文字的東巴文，並逐一解釋，接著雄壯、矯健的壯士在台上載歌載舞-西部落戰勝，但他們沒有一點喜悅，他們在台上舞出招魂的儀式，後面的騷動更大，細碎的閩南語傳來：「拿錢來這做孝男！」，接著，一位矮胖的納西族婦人上台表演口弦琴，曲目是「狗追馬鹿」、「蜜蜂過江」、「母女夜話」，口弦琴聲一響，我發現幾乎跟

台灣泰雅族的口弦琴相似而驚訝不已，可是她演奏的音樂旋律較多變化，音域較寬廣，但是後面有個女人對這種像彈棉被的音樂忍不住低聲的笑出來，有個男人開口了：「幹你娘，拿錢來給他們糟塌！」。

當舞台上又展現出納西人的歌舞，後面的女人對硬木椅感到很無奈，不停地傳來搓柔手中塑膠袋的聲音。老東巴又上場了，他唱什麼我當然聽不懂，但是他腰腿矯健，一手持銅鈸（只有一面，上繫一繩，末端有珠子，用力甩動以敲打銅鈸），一手揮舞滿是飾物的木杖，載歌載舞，後面又傳來了輕蔑的批評：「唱什麼也聽不懂！」，結束之後主持人才說：原來老東巴是即興表演，每次唱辭都不一樣，所以要聽過後才能翻譯，但這不影響他優美的歌舞，猶如我們聽帕華洛帝的歌劇，雖然不懂義大利文的歌辭，但仍可以感受到他優美的歌聲，接著，主持人逐一解釋老東巴的唱辭，皆是深具智慧，含義雋永的文句，可是後面的台灣同胞並不領情，打了個哈欠，「我看不下去了！」。

當主持人又要開始介紹另一種風格的「洞經音樂」，走道中央有個孩子大叫大笑跑過，爸爸在後緊追，於是主持人停下來、滿場愕然，等爸爸追上孩子，才介紹李煜的浪淘沙，原來東巴人也深受漢族文化的影響，他們為優雅的中國詩詞譜上東巴風格的曲子，首先主持人用極為感性的聲音朗讀李煜的浪淘沙：「簾外雨潺潺，春意闌珊，羅衾不耐五更寒，夢裡不知身是客，一嚮貪歡，獨自莫憑欄，無限江山，別時容易見時難，流水落花春去也，天上人間。」，在朗讀完了開始演奏，這些充滿草根氣息的台灣同胞，終於忍不住了，大刺刺的站起來，全團二十人當眾離開：「聽這個，做什麼？」我回頭確認一下，目送這群誤闖東巴世界的國人，他們的後面是碧髮金眼的洋人，旁邊有幾個矮小的日本老婦，我終於獲得安靜，看完最後一段：納西族民歌-摩梭人的「走婚情歌」。

表演結束了，我眼中滿含淚水，不知是被東巴人感動，還是為台灣人嘆息？

（註）照片為東巴樂舞之舞台，為尊重表演者，表演途中未拍照。

## 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改制度大換血才成功。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。