

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

一個訴訟當事人的哀怨

王慶雲律師

司法為人詬病歷時已久，以往改革之聲，均流於口號，未見落實。所幸，最近司法院為了加強保障人權，提高判決品質，以挽回民眾對司法之信賴，在刑事訴訟法採用當事人進行主義，羈押、搜索權等強制處分權劃歸法官，並採行緩起訴制度等，在民事訴訟法，則擬增設訴訟當事人得以合意選擇審判法官之制度，在行政訴訟法，則採二審級之制度以求判決之正確。如此銳意改革司法，令人感佩。

惟任何制度，任何法律，其本身皆非機器，並非按鈕即可得到正確判決或裁定，非由法官審慎善用不可。倘若法官未克善盡平亭曲直，維護公平正義職責，草草判決一推了事，致判決有所偏差，則徒有良好制度，有周詳之法律，亦是枉然。是以司法革新，除了研討制度之外，也應就如何減少誤判，謀求對策，始克有功。法官之審判，固屬獨立不受干涉。但所謂「獨立審判」並非「自由審判」，其審判應依法而為之，即認事用法仍受法律之規範，證據之取捨，亦不能背離證據法則或經驗法則。是以判決如有違誤，即令非因貪瀆所引起，其判決於確定後，司法當局非不得依據當事人之申訴查明糾正，否則無法提高判決之品質，當事人之權益，無法保障。

幾年來，筆者為了地價區段之劃分，與台南市政府涉訟。市府以筆者所有不得建築之土地位屬商業區，併入得以興建大樓營商之鄰地，劃為同一繁榮街道路線價區段，並依該區段之昂貴地價計算其地價，致徒具土地之形，而無土地之實之死地，仍須與得以興建大樓營商之狀元地，同負相等高額之稅捐，但卻無建屋之權利。這種稅賦，形同剝削。年年如此，迭經交涉無效。然市府這種黑白不分之劃分行為顯然違法。筆者乃依據地價調查估價規則及有關作業規定，申請市府將該不能建築之土地單獨劃分區段，另定合理地價，以符合劃分地價區段之規定，並求稅負之公平。未知市府因作業不便，或為稅收，對此合法之申請竟予拒絕。經訴願、再訴願均遭駁回。

市府之處分，既係違法，又違背社會正義與公平，筆者深信訴請法院裁判，必獲平反，乃向行政法院（現改為最高行政法院）提起行政訴訟。在書狀除載明起訴之原因事實外，就請求單獨劃分地價區段之法令依據，以及有關證據（多屬市府公文書）詳加列載，並將市府據以為拒絕單獨劃分之謬論，逐一駁斥，且為免法院受市府所歪曲之事實，及曲解之法令欺騙，乃另狀申請言詞辯論，盼能就本件之事實及有關法令，說清楚講明白。（請見附件判決書節本）

案經一年七個月之後，接到「原告之訴駁回」之判決書，真不敢相信市府黑白不分之

區段劃分，致剝削筆者之違法行為，竟獲法院之護航。社會正義公平蕩然無存，誠可嘆也。

細閱判決理由，法院全以市府所辯，顯然不實之謊言，作為判決之基礎，而對筆者所呈證據，所引用之法令，並駁斥市府不實之謬論等種種攻擊防禦方法，視若無睹，置之不理。其何以未能採為筆者有利之證據又隻字不提，尚且對言詞辯論之聲請，亦予以駁回，不讓筆者講清楚說明白（請見附件判決節本），仍然依照市府不實之飾詞，硬指本案不得建築之死地，與同一區段得以興建大樓營商之狀元地，其自然條件、工商活動、繁榮程度等因素均相同。如此說法，無異指植物人，其人體條件、活動能力仍與正常人相同，其為荒謬無待多言。本案土地，果真與同一地價區段內其他土地之使用分區、交通運輸、自然條件、工商活動、繁榮程度等因素均相同，則市府為何不准筆者建築，而准許同一區段其他土地之地主建築大樓？不知市府如何自圓其說？難道市府擁有雙重標準，看人大小目？再說，土地寬度狹小，情況特殊固屬宗地個別因素。但此即係構成單獨劃分區段之法定原因。依法應將其單獨劃分區段，另定地價。是現行法令並無修正細項減成補正之規定，理由則在於此。法院竟然不知，反而據以為筆者敗訴之依據，其錯誤莫此為甚。尤以判決理由提及之現場照片，係為證明本案土地特殊所呈者，一看即知土地確屬特殊，依法應予單獨劃分區段（請見附呈現場照片），是該照片顯屬筆者有利之證據。不知法院如何審視，竟採為不利之證據。令人百思莫解。由此可見，法院對於劃分地價區段之法令，不甚瞭解，即對筆者所遞書狀亦未加細閱，毫無疑問。

判決已下了，卻留下不公不義之後遺症。筆者之土地，除了臨街地之狹小通路（地目「道」）外，其後面土地（約四十五坪）原均屬可以建築之建地。但自建築法令就臨街地之寬度設有最小限制後即成為死地。現有房屋既老舊（近五十年）又被周圍高樓包圍，通風、光線均受阻（請見附件現場照片）即無法重建或增建，空地部分亦無法建築，所受損害已夠慘重。如今尚須負擔與得以興建大樓營商之狀元地同等之地價稅，一年復一年，一代又一代，子子孫孫，禍及後代，何其殘忍！死者豈能瞑目？筆者年近八旬，日後去世，政府對這些死地仍以繁榮街道路線價計課遺產稅，此種行為，無異強收「頭等艙」飛機票價，卻不發給登機証，不准筆者登機。真是豈有此理。未知政府視筆者為幾等國民？

依法、按理，在同一地價區段內之地主，就同一區段內之土地所負擔之義務與享有之權利，應屬相等，不得有所差別。然筆者只有負擔繳納與得以興建大樓營商之地主相等之土地稅義務，而無建屋之權利，此乃極不平等之事，不但違背社會正義與公平，亦違反憲法第七條人人平等之規定。法院當無不知之理。法律以正義公平為其精神，司法以維護公平正義為其任務，難道法律之精神已失，司法已死？

本案判決（最高行政法院九十年度判字第一三五〇號判決）如蒙調卷細閱書狀、証據及法令，不難發現該判決，於法不合，於理有背，於理難容。因此筆者乃於本年二月二十七日修函向司法院正、副院長申訴。惟司法院不自為查明處理，竟函交原判決法院處理，其欲敷衍了事甚為明顯，而原判決法院對此申訴案，亦不理不睬，至今歷時半載，迄無消息，憾甚。

筆者將多年來的因涉訟所受種種折磨與無奈，信筆寫來乃一吐胸中塊壘而已，如有冒犯尚祈包涵。

天使不敢涉足的地方

Stanley Kubrick 的發條橘子

t 成功大學

法律學研究所碩士班 翁國彥

壹、前言

雖是一部在出品地英國與我國都被禁止放映的電影，然而「發條橘子」確有它不同凡響的魅力。導演 Stanley Kubrick 展現他一貫的社會批判性，令人驚歎的影像除了引起強烈的視覺震撼外，更令觀眾在觀賞後反覆思索片中題材，其透過影像所傳達的思想力量，遠非一般好萊塢電影可及。以這部電影作為刑事法學上討論的素材，或許有些大膽，但我想透過片中部分角色，提出其中一些值得思索的法律或非法律的問題點，但願足以引起法律人對好電影探索的興趣。

以下首先簡單介紹發條橘子的劇情，而本片的重心則是在兩種刑罰處遇制度的比較，分別涉及「自由刑制度」及「行為科學理論」的運用，但更深一層地探索，本片還涉及刑事思想史上的百年爭議——三種刑罰理論的應用，在片中遇到了什麼樣的瓶頸？另外，對於如同主角般幾無悔改可能的受刑人，國家應採取什麼樣的刑罰處遇態度？死刑是否是一個妥當的措施？本片有意無意地帶了點政治批判的意味。在政治面上，國家為了提供人民平靜的生活與良好的治安，不擇手段地對付犯罪人，人民也在不自覺中出賣自己的自由，是否有走向集權主義的危險？對於以上問題，我提出自己粗淺的看法，雖然不一定正確，但希望能在影片欣賞之餘，將思索的脈絡與眾人分享。

貳、一顆上了發條的橘子

本片主角 Alex 是個叛逆的中學生。每天晚上，他和同伴穿上白色緊身衣制服，喝了摻有興奮劑的酸乳，便四處「找樂子」去。例如：痛扁路邊年邁的流浪漢、和別的幫派團體幹架、飆車，甚至闖入民宅強暴婦女。回家後，Alex 便是聽自己最愛的貝多芬，白天也不去學校上課，跑去外頭就找幾個女孩回家大搞一番。在 Alex 的生活中只有兩件事——性與暴力。

Alex 作為小幫派的領袖，利用暴力控制其他三名同伴，然而因失手殺人並遭到同伴背叛出賣，被判刑入獄。獄中兩年，Alex 外表雖裝作誠心悔改貌，內心卻仍一往如昔。不久，適逢新政府實施對受刑人進行心理改造的刑罰政策，Alex 為能早日出獄遂自願接受實驗，一面被注射讓他感到極度不舒服的藥物，一面用機器撐開雙眼逼他觀看充斥性與暴力的影片，最後甚至拿他最愛的貝多芬第九號交響曲作配樂。Alex 在這種「治療」下，每當他有性或暴力衝動時，即有噁心想吐甚至想自我了結的感覺，只能跪在地上動彈不得。

Alex 治療成功後，卻被父母遺棄、被流浪漢和昔日的同伴痛毆，落魄潦倒之際，竟誤入曾被 Alex 侵害的在野黨人士家裡。他們得知 Alex 聽貝多芬音樂時會產生自殺的想法，乃故意逼迫 Alex 聽貝多芬的音樂，痛苦不堪的 Alex 只能跳樓了結生命。但 Alex 不僅自殺未遂，還意外地找回性與暴力的本能，父母重新接納他，政客也認為他「恢復正常」有助於改變輿論及贏得下次選舉。片尾，Alex 又可以肆無忌憚地罵著髒話，並在記者鎂光燈的閃耀中，滿足地幻想著在許多高貴人士面前，與一位少女大搞活春宮。

參、 刑事執行手段的選擇

一 自由刑制度

自由刑制度幾乎已成為現代刑罰制度的重心，一般人也已習於用刑期長短決定刑度輕重，但多數人卻未曾仔細思考：犯罪行為如此複雜，內容動輒天差地別，為何東、西方文化都以相同的自由刑手段作為懲罰？是因為它有效嗎？是出於它能將受刑人與社會隔絕的考量？還是只因比較符合比例原則？

此一問題有幾個答案，除了將犯人與社會隔離的保安功能，以及剝奪人民人身自由的威嚇功能外，較重要的原因或許可由歷史的觀點出發，西方世界在自由刑制度成形之前，採用的是公開行刑的刑罰手段，但公開行刑一方面暴露了國家權力專橫、暴虐的本質，公開實施酷刑更有喪失民心的風險；另一方面，犯人若不能由刑罰中獲得好處，反而是社會的一大負擔與麻煩，因此犯人若非怙惡不悛，實應給予再社會化的機會。此一看法宣示了刑罰思想的轉變，對日後特別預防理論的成形應有推波助瀾的功效。另外一個執行上的理由認為，自由刑是一種可以用時間來量化的刑罰，其公平、明確、容易計算並具有預見可能的特性。而站在應報理論強調罪責應相當的大前提之下，只有罰金刑與自由刑最可能達到此一目標，對於罪刑較重大的犯人，自然只有自由刑一途可採。

但眾所週知，作為刑罰制度主要手段的自由刑顯有不少缺失，甚至在世界各國的刑事執行領域中，都已到了問題重重的地步。片中儘管 Alex 在普通監獄裡待了兩年，內心表現卻「恰如其分」地表達了自由刑制度的無力，可以在閱讀聖經時幻想著各式性與暴力的劇情。對此，Kubrick 刻意利用鏡頭下兩位立場對立的角色——反對行為科學療法之神父及提倡新政策之州長，不約而同地表達了對自由刑的無力與不滿。

二 行為科學理論

慷慨激昂的州長矢言改善自由刑制度的缺失，於是拿 Alex 作新政策實驗的對象，實驗成果徹底剝奪 Alex 性與暴力的能力，不太正常的 Alex 不再侵害社會大眾，似乎已是個正常的凡人。然而，什麼是正常？什麼又是不正常？這是片中另一個值得思索的主軸。剝奪犯罪人性與暴力的衝動既成為新政策的主要目標，於是治療後失去性與暴力能力的 Alex，儘管如上了發條的橘子般古怪不已，卻被認為這才叫「正常」；而片尾自殺不成的 Alex 找回性與暴力的本質，可以在州長與無數鎂光燈之前幻想與少女大搞活春宮，他卻說出了全片最後一句口白：「我痊癒了！」至此，正常與不正常的分界泯滅殆盡，觀眾原有界分正常與不正常的社會觀念，也已被大師徹底摧毀。

對於新政府的行為科學改造手段，單從法律釋義學的觀點，一般法律人應該都會聯想到「人性尊嚴」的概念，認為剝奪人性與暴力的本質，應已侵犯做為人最基本的尊嚴。但我要提出另一個較具體而容易被忽略的看法——基於人民應有「內心自由」的基本權，國家絕不要妄圖改造人民的心智。目前一般的看法認為，內心自由應受絕對的保障，是個「完全」不受任何法律限制的權利。雖然理論上內心的精神活動是外界所無法探知，應無限制與否的問題，然而在現代科技快速發展之下，測謊、洗腦甚至催眠術都可能成為國家侵犯人民權利的手段，對內心自由提供絕對保障仍有其意義，實不容許國家以任何手段窺伺人民的內心活動。換言之，不論是催眠或測謊的偵查手段，都應被完全禁止，更遑論片中新政府打算進行心理改造的刑罰手段。

但在法律釋義學的觀點外，心理改造的結果卻也剝奪了 Alex 的本質——性與暴力。或許 Alex 本來只把性與暴力當作一場遊戲，一種生活上的消遣，而把他人當作「本性」發洩的對象，但當國家也以暴力奪去 Alex 這兩樣本性後，他不僅一無可取，更已無為人的可能。或許 Kubrick 希望觀眾思考的是：我們是否可以只因自由刑制度的失敗，便全然改採行為科學理論的治療方式？相信這是片中政府提出新政策的主要目的之一，但這樣的思考是站在一個大前提之下：刑罰是具有目的性的，目的在於矯治犯罪人而達到預防犯罪的目的。換言之，也就是特別預防理論的思想。最初的自由刑制度尚寓有特別預防的目的，但當監獄成了一座「犯罪培育研究所」時，自由刑的無力也已表現無遺，誓言帶給人民平靜生活與良好治安的政府，自然會思索不擇手段地改造受刑人以貫徹再社會化，卻未仔細思考是否在刑罰目的上就有所偏差。而 Alex，便是這場錯誤中被胡亂改造的發條橘子。

因此，自由刑制度有其採用的原因，但原因也成了其致命的缺點，使行為科學理論有滲透的機會，取捨之間，便是刑事政策的一大問題。仔細探究，真正的問題已不在刑罰手段選擇的問題，毋寧有更深層的思想根源爭論——刑罰理論。換言之，是自由刑制度結合了特別預防理論，才產生了本片中的問題，國家究竟應如何看待受刑人？是該積極地改造他們，塑造為「對社會有用的人」？還是只須讓他們付出犯罪的代價即可？

肆、刑罰理論上的爭議

刑罰理論的爭議應已是一般法律人所熟知，應報、一般預防及特別預防等三者之外，亦有學者綜合提出所謂「綜合理論」。三種理論各有其特色及缺憾，何者為當是思想史上的大問題，以下只能就片中與刑罰理論相關的部分作討論。

一 特別預防理論的失敗？

看完本片，感覺 Kubrick 彷彿重重賞了特別預防理論一個大耳光。不僅在監獄待了兩年的 Alex 完全沒被教化，即使接受了心理改造實驗，跳樓後的 Alex 卻又找回了性與暴力的本質。兩種結合特別預防思想的刑罰處遇制度，在 Alex 身上都是徒勞無功，落了個徹底失敗的下場。

在自由刑制度上，特別預防理論有其本質上的困難。首先，基於法治國原則下刑罰可預見性的要求，嚴格禁止不定期刑的存在，因而造成可能犯罪人並未完全被教化，即因刑期已滿而得以出獄。更重要的是，刑罰的發動是基於行為人的「行為」而非「社會危險性」，不容許只因有社會危險性而成為刑罰規範的對象，否則受刑人只要仍有一點點的再犯可能，可能就要被長期監禁以保護社會。因此特別預防思想自始有其侷限性，缺憾在於我們如何知道受刑人已經完全改過向善？唯一的途徑是外在行為的觀察。但聰明如 Alex 般的受刑人，想要躲過監獄的觀察可說是輕而易舉，如何知道他們是真誠悔改？外表偽裝得乖順無比以換取盡早出獄的受刑人，相信應是有人在。換句話說，國家只能盡可能正確地預測受刑人出獄後「應該」不會再犯，但無法擔保他「絕對」不會再犯。於是，特別預防思想

真的如同 von Liszt 最初提出時的想法，只是刑罰「應有」的目的，卻不是實際執行上容易「確實達成」的目的。

對於無改善可能的犯罪人，特別預防論者也會選擇放棄再社會化，而將他由社會中完全隔離，其手段可能是死刑，或長期乃至於終身監禁。但這樣的看法顯然不被行為科學理論者接受，因為片中針對 Alex 的改造手段，這世上應已無不能改造的犯罪人，再社會化於是得以成為刑罰處遇最高指導原則，成為沒有例外的真理。但如前所述，這樣的手段剝奪了 Alex 的本質，明顯不是任何一個法治國家所能接受。於是手段與刑罰目的間的難以取捨，成為刑事政策的一大難題：特別預防思想若不像本片走向極端的行為改造，恐怕不易期待受刑人可以被教化；而一般預防思想卻又容易導向亂世重典的嚴峻刑罰。因此我們的選擇似乎又回到古老的應報理論——行為人的自由意志選擇與社會為敵，因此國家以刑罰理性的均衡換取行為人的贖罪；至於受刑人的自我悔改，只是附帶的期待效果。

二 自由是個人的選擇

在自由的多樣意涵中，有很重要的一部分指涉著選擇權——「自我引導與自我主宰，做自己的主人是(積極)自由的根本意義」，而選擇的自由，似乎就是本片的精髓。儘管獄中的神父被 Alex 罵成「高大的左派雜種」，但他深信受刑人可以依靠宗教力量進行自我改造，因此特別強調個人的選擇自由，也成了全片中唯一的正派角色。他在獄中與 Alex 的這一段對話，很可能就是 Kubrick 本人的看法：

Alex：我不知道那是什麼療法，我只知道它能令你很快出獄，並且不會重返監獄——我只是想變好，我只希望餘生能做個好人

神父：問題是這療法是否真正能讓人變好。善良發自內心，善良是人自己選擇；假如沒有選擇，人只得軀殼！

因此，本片最終的問題應可以歸因於思想史上的爭端：人，可以決定自己的行為嗎？我相信如同神父所言：選擇才是善良的基礎，也是因為選擇，人有了創造性，可以決定了自己的前途，以及必須面對的後果。人如果不能依靠自由意志作出抉擇，不管國家強令其為善或為惡，都不過是一具被上帝或撒旦操弄的軀殼，像上了發條的橘子般古怪的東西。刑罰本就以人的自主性出發，當人選擇與社會為敵，自須為此一選擇承擔倫理上的非難。同樣的選擇也存於刑事處遇上，儘管在自由刑制度中，人選擇悔改的目的可能是為了自我利益

為了盡早出獄，不過那是不合理的制度逼使人們這麼做，刻意的卑躬屈膝雖是一場遊戲，無法表示真誠地悔悟，但仍是受刑人為了逃避眼前的困境，自由選擇的自我貶抑。因此，若只因制度的不完善，而改採剝奪人類選擇自由的懲罰制度，意圖改造受刑人的心智，代替他做出抉擇，將會剝奪人最後的創造可能。制度不備的缺失，不能以人類的選擇可能做為祭品，只因那是人的本質、人最基本的尊嚴。

不管採用何種刑罰理論，問題重心仍在國家應如何看待受刑人。我認為，自我的選擇仍是

刑罰處遇的重心。特別預防思想固有其長處，但不應是刑罰理論的全部，國家更不可只因自由刑制度的無力，而改採剝奪犯罪人選擇可能的刑事處遇制度。或許繼續維持目前的自由刑制度，在犯罪預防的成果上將會十分無力，但那本是人類社會永恆的課題。刑罰理論的爭端，本就是人類在與犯罪的古老對抗過程中，所展現對刑罰的「社會期待」，而期待是不能作為毫無例外的真理的。相反地，如果片中的行為改造制度真的施行，可以預見的是，我們將可以生活在一個沒有犯罪的桃花源，但那卻也是一個沒有選擇、沒有創造可能的天堂，是天使不敢涉足之地。

伍、 對付無悔改可能的犯罪人：死刑的採用？

根據統計，如 Alex 般難以治療的犯罪人，每七萬人中就有一人，對其必須長期監禁或與世隔絕 當然也包括死刑。Alex 似乎就是個難以透過一般監禁而再社會化的犯罪人，頗有犯罪學中「天生犯罪人」的影子。提出「天生犯罪人」看法的龍布盧梭或許知曉的人不多，但此一概念卻是許多市井小民所深信不疑，不停流動在他們的潛意識之中，相信犯罪的形成應完全歸咎於「本性」，社會並無責任。連獄中極為嚴厲的隊長也不相信 Alex 可以被改造，他應該始終認為 Alex 是個標準的「天生犯罪人」，無藥可救。

對於這樣的犯罪人，我們應該抱持怎樣的刑罰處遇態度？是死刑的採用嗎？國內最知名的例子，應屬五年前引起大台北地區婦女恐慌的陳進興。他的所作所為固然不是「罄竹難書」可以形容，讀了遭陳進興侵害的少女斑斑血淚的書信，血性之人在不忍卒讀之餘恐怕也會支持死刑。無奈的是，理性與感性的交纏是法律人必須面對的宿命，反對死刑似乎仍是多數法律人的看法。其中最常見的質疑是：採用死刑，等於容忍國家對犯罪人以暴易暴，則正義內含的暴力欲求，是否會隨著暴力的運用一同傾巢而出？「國家以死刑威嚇，無法根除惡靈；世人一味唾罵罪人，無法使自己永遠不作惡。」。不過，拋開帶著「玄想」的臆測，我想單純從比例原則的觀點出發，思索有無替代死刑的刑罰手段。

刑罰理論既影響著刑事執行手段的選擇，則從刑罰理論的觀點出發，三種理論是否都無法作為廢除死刑的依據？我相信特別預防理論還有待斟酌。換句話說，特別預防論者對於無悔改可能的犯罪人，選擇放棄再社會化而將其與社會完全隔離，但隔離的手段只有死刑嗎？無期徒刑不也是完全的隔離？在此涉及兩種手段如何選擇的難題：

1. 確立國家權力發動的目的後，仍須謹慎運用手段，這是比例原則的精髓。刑罰是國家對人民所施加最嚴厲的措施，比例原則的運用更應細緻而謹慎。現既已決定要將犯罪人與社會永久隔離，是否應選擇較輕的手段？或許死刑與無期徒刑二者難以比較孰輕孰重，但無期徒刑較諸生命的瞬間消逝，最少還保留了人最後的創造性，我們還可以期待他對人類文明會有一絲絲的創造可能，何需急著把它燃熄？

2. 或許可以說，犯罪人若得知其已毫無出獄希望，這比直接送他一顆子彈還要難捱的事。毫無生命品質的監禁，對待受刑人如同動物，人的價值已被徹底摧毀。然而，刑罰的根基是出於人的自我選擇，若承認死刑是行為人在道德上的終極承擔，是為自己的所作所為付出代價，則毫無生命品質的終身監禁不也是如此？我相信，終身監禁即使會造成

犯罪人尊嚴與價值的徹底崩落，也是其泯滅天良的行為所換來；而被害人或其家屬從中獲得的撫慰，相信決不輸給死刑。死刑與無期徒刑都是國家以暴易暴的極端手段，要認定何者「比較不殘忍」，當是法律解釋者最為不堪的一刻。只是如同醫師不能害怕傷口髒，習法者亦不能畏懼法律晦暗的一面，要比較何者對人性尊嚴的戕害較小，我仍選擇無期徒刑。

陸、邁向集權主義！？

Kubrick 似乎有意無意地在影像中添加了不少政治元素，尤其是州長這個政客角色。Alex 被誓言打擊犯罪的新政府改造，但 Alex 自殺後輿論嚴厲譴責，州長為了挽回民心，又急著找 Alex 作改變輿論的活廣告，他不過是一顆被操縱在政客手心的發條橘子。同樣地，人民常常只為了一時生活上的平靜，支持政府施行某些嚴重干預基本權利的行為，不自覺地出賣了自己的自由(靈魂?)，不也是被魔鬼玩弄於股掌之間的天使？然而，天使們覺得和平天堂即將來臨的理由卻都是很情感的：反正我不會犯這種罪，我絕對不會是這種人！

這種現象似乎容易發生在較為封閉的社會中，人民長期生活在政府高度壓制社會發展的體制中，因為不知「自由」為何物，因而願意出賣自由，並抗拒獲得自由。林肯解放黑奴時遭遇的反抗、十五年前我國政府決定解嚴時面對的壓力、大陸政府壓制法輪功所得到的支持，歷史經驗已說明了人民有時就是集權主義的推手；甚至不久前大法官宣示警察臨檢行為有違憲可能時，人民的反應仍是憂慮社會治安的敗壞。好萊塢電影中常有的情節：好人們奮力除去惡魔後，本以為惡魔從此消失在人間，不料其中一個好人，卻在片尾露出了惡魔般的猙獰笑。一個國家不自覺地走向集權主義，有時不是惡魔所造成，天使與魔鬼角色易位時，人類的悲劇才正要開始。

柒、結語

Kubrick 在這部電影中提出的問號比句點還多，我們的刑罰制度是個死胡同嗎？採用自由刑制度固然顧及了比例原則、保障了人性尊嚴，但結果卻十分無力。畢竟基於選擇自由的精神，我們必須期待受刑人基於自由意志的選擇，完全發自內心地悔改，而非如片中的 Alex 是被強迫地改過向善。不幸的是，此一方法在許多情況並無「期待可能性」，否則犯罪現象也不會伴隨著人類歷史數千年。於是，為了創造沒有犯罪的人間樂土，社會上多數人或許會支持政府進行心理改造，剝奪少數犯罪人的選擇自由，換取多數暴力的合法藉口，同時也創造了天使不敢涉足之地。最後，問題又回到了起點。

這麼多棘手問題，它們已困擾人類數百年，未來想是仍然如此。不過我相信，人文學科的領域中本來就沒有絕對真理，希望能透過這篇文章引出更多不同的觀點，從而獲取「比較接近正確」的共識。至於在共識尋得前，法律人都還要繼續沉思。

司法院舉辦司法業務研究會

邱聯恭教授講授民事集中審理專題

本刊訊 司法院為解決實務上有關民事集中審理之問題，乃於九十一年八月十二日至十六日假台北市公訓中心內之司法人員研習所舉辦「第五十三期司法院司法業務研究會」，聘請國立台灣大學法律系教授邱聯恭博士擔任講座，進行「民事訴訟集中審理專題」。司法院舉行之司法業務研究會以往僅限法官參與，此次司法院為推動民事集中審理之改革，特在本期研究會提供五十個名額給全聯會，邀請律師界參加，惟因司法院規定報名者須於會前提出相關問題或寫作報告始具參加資格，可能條件規定太高，或律師平日忙於業務無暇參與，致此僅有台南律師公會理事長林瑞成、理事蔡敬文，及台北律師公會楊冀華律師三人參加，相較於有四十餘名一、二審法官參加的情形，不禁令人有律師界似乎對於研習活動不重視之感覺。

本次研究會課程如下：八月十二日下午十四時至十七時十分由邱聯恭教授講授：「處分權主義之適用與審判實務之運作 從民事訴訟新修正條文談起」。八月十三日上午九時至十二時十分邱教授繼續講授主講：「辯論主義之適用與審判實務之運作 從民事訴訟修正條文談起」；下午十四時至十七時十分進行分組討論，五十人分成五組，一組十人，每組各討論一個案例，案例均已事先發交到各學員手上，俾便閱讀討論，而討論完畢，每組推派一人撰寫案例解析並上台報告，同組學員得補充報告，其他學員得提問，由邱教授指導解答，本會林律師瑞成理事長為第一組成員，蔡敬文律師為第二組成員。八月十四日至十六日上午由各組分別進行案例報告，再由邱教授解析，此次提出之案例為：「確認債權不存在」、「拆屋還地」、「請求調整租金」、「履行契約」、「給付違約金」。八月十六日下午則由司法院長翁岳生先生主持「綜合座談」後，研究會圓滿落幕。

以上五個案例之審理期間，少則四、五年，多則五、六年，始為審結確定，何以如此曠日費時，乃源自於法官與律師之間未做爭點整理，然後針對爭點、集中審理所致，故邱教授譏評為消耗多少法官之青春歲月、浪費多少寶貴之司法資源，如此叫人民如何信賴司法呢？由此足見「審理集中化」重要性之一斑。

台南地院邀請郭玲惠教授演講

探討關於自由處分金之問題

本刊訊 為因應民法親屬編之修正，台南地院特邀請郭玲惠教授蒞院進行專題演講，講題為「民法新修正條文關於自由處分金之初探」，時間為九十一年八月十五日下午十四時三十分至十六時三十分，地點在地院八樓會報室，共有法官、書記官、院方人員及本會道長約五十餘人參加。

郭玲惠教授為德國哥根廷大學法學博士，專長為勞工法及民法，現任職於國立台北大學，曾參與此次民法親屬編之修正工作。郭教授首先說明此次親屬編修法方向乃針對家庭主婦經濟地位的提升及保障，雖民國七十四年親屬編修法已肯定家務勞動的價值，而訂定剩餘財產分配請求權之條文，惟因該項請求權僅在婚姻關係結束後方得為之，若婚姻關係存續，則不得請求，對於從事家務勞動者之保障似有不足，且本於夫妻類似合夥關係之精神及家務有價之觀念，故此次修法乃參酌瑞士民法增訂「自由處分金」。其次，郭教授認

為自由處分金非家庭生活之費用，但亦不能因有自由處分金致影響夫妻生活之本質，接著闡述民法第一〇一八條之一（即自由處分金之規定）的要件，說明協議自由處分金時，須將所有收入（即婚後財產）納入計算，並應先扣除家庭生活費用，且雖法條本文未明定，然於立法理由內有載明若協議不成，可由法院酌定。

之後與會人員針對自由處分金之規定提出問題，例如：自由處分金之請求為定期或漸次請求？其消滅時效為何？可否溯及請求？他方拒不協議時，是否應先請求協議或可逕行請求法院酌定？法院酌定之標準為何？郭教授除就其研究予以解答，不過其亦坦承由於此次修法乃多方意見協調下所得，是以法條之規定不盡完善，仍有待改進。

模擬法庭活動暨檢討會

案例演出順暢 講座評論中肯

本刊訊 台南地院於九十一年八月八日下午二時三十分在第十三法庭舉行第五場「交互詰問模擬法庭活動」暨檢討會，邀請台北地院陳恆寬法官、台北地檢署張熙懷主任檢察官及東海大學法律系陳運財教授擔任講座，針對此次演出之案例加以講評，及就前四場模擬法庭之問題予以解說。

此次模擬法庭之案例係被告（由許雅芬律師扮演）持杯子打傷告訴人而遭檢察官起訴，檢方之證據有告訴人之指訴、驗傷單及告訴人之子於警、偵訊中之陳述，辯方則以正當防衛為抗辯，並以台南地院九十年度易字第一九三二號案卷及驗傷單為證。受命法官、陪席法官分別為陳映佐法官、孫淑玉法官，審判長由吳坤芳法官擔任，檢方為林志峰檢察官，辯方則由蔡弘琳、鄭嘉慧二位律師為之。

首先受命法官為確定檢、辯雙方之爭點、證據及詰問證人、詢問被告之順序進行準備程序（即審前會議）。之後，由審判長進行審理程序，先由檢方對證人行主詰問，再由辯方進行反詰問，在辯方詢問被告後，即由檢方詢問被告，而審判長為發現真實之必要，亦詢問證人及被告。由於院、檢、辯三方於事前已就本次案例之時間達成共識，因此整個法庭程序之進行十分順暢，在下午四時前即結束模擬法庭之活動。

而後，三位講座分別指出此次模擬法庭活動一些程序上之缺失，並就自己之實務經驗或研究所得發表意見，張主任檢察官認為欲提示書證或物證時，應先就提示之書證、物證等鞏固其證據能力及恢復當事人當時之記憶後，再提出該項書證或物證，而異議非僅限於對不當之詰問或回答，對於程序上的瑕疵亦得為之；陳教授主張關於檢察官偵查中製作之證人筆錄屬傳聞證據，無證據能力，六月六日司法院已將「證據法則」的相關法案送立法院審議，將來修法後即有所依循，而對於法院證據之調查，應可提出異議；陳法官則認為重覆詰問係指同一造當事人對同一證人就同一事項重覆的詰問，為不當詰問，應予禁止，但對非同一个人的詰問，應予以允許，而對於被告的犯罪實質訊問在修法後是擺在調查證據完畢之後，且詢問被告並不完全準用交互詰問之規則。嗣後，三位講座除針對前四場模擬法庭歸納之七個問題詳加解說外，並就林志峰檢察官所提有關被告緘默權之問題，提出個人見解，雖然與會人員尚有許多問題待請教三位講座，但因講座時間有限，只得待以後有機會再向講座們請益，整個活動在下午六時許結束。

--論總額支付制

全民健康保險（下稱全民健保），自實施以來，對於需要長期治療或重症，且又無力負擔龐大醫療費用的民眾而言，實一大福音，受惠者眾，但曾幾何時，因為民眾就醫的習慣，不肖醫院羅列各項名目，以獲得超額的醫療費用給付，主管機關對於醫療費用控管不當等因素的影響下，造成全民健保年年虧損，而不得不時常興起調高保費之議，但又諱於社會經濟不景氣，一再調高保費終非正途，開源不成的情況下，當然只好從節流下手，正本清源，當然就是抑制醫療費用的不斷成長，於是乎主管機關，就從原本是「以量計酬」的健保支付制度，一改為「總額支付制度」，並且在各界（包含立法委員、醫、藥界，唯獨一般民眾鴉雀無聲）反對聲浪中，主管機關仍毅然決然自九十一年七月一日起，開始實施總額支付制度。

何謂「總額支付制度」，相信仍有許多人，至今仍一知半解，其實顧名思義，總額支付制度，即是由主管機關將一段期間（通常以一年為期）所應支出的醫療費用，透過一定的機制（可能是經由與醫療團體或醫療費用監理單位，相互協商而定），加以確定後，再以醫療單位規模的大小，核定一整年一定額的醫療費用，使得支付醫療費用的主管機關，可以有有效的控制醫療費用支出，達到財務平衡的目的，對於日漸困窘的全民健保，不失是一帖救命丹，這也是主管機關堅持如期實施總額支付制度的目的所在。因為在總額支付制度下的醫療單位，所能獲得的醫療費用已經確定，就算醫療單位對病患提供再多的醫療服務，也無法再獲得相對的報酬，因此在總額支付制度上路之前，最為各界憂心的是，擔心醫療單位為節省成本，排擠重病、罕病等不賺錢科別，舉例來說，若醫療單位接受一名高雪氏症的罕病患者，一年即要佔去醫療單位健保總額的四百萬元，勢必排擠其他科別預算，在這種情況下，醫療單位有可能採取，不接受不賺錢科別病人、減少醫療人力、不開藥費過高的處方，極盡一切地設法省錢，最後卻使得醫療品質低落。再者醫療單位也可能捨棄高單位藥品，以低價藥取代，而不是以療效為主要考量依據。此外醫療單位為節省開支，也有可能減緩引進醫療先進科技速度，不但在醫界有以上的憂慮，連同藥界也對總額支付制度的實施，憂心忡忡，深怕各醫療單位，為節約成本，轉而向藥廠要求更低價的藥品價格，致使藥廠無法生存。

種種的憂心與顧慮，就在今（九十一）年五、六月間，總額支付制度實施之前不久，反對者透過各大媒體、座談會中，大聲疾呼，言猶在耳，令人憂心的事，真的成為事實，就在總額支付制度實施的第八天，在台北地區發生一名憂鬱病患者，因無法掛到號看病取藥，跳樓輕生。根據報導，這名二十多歲的女性憂鬱患者，過去都定期前往醫院掛號門診按時服藥，病情相當穩定，六月間因為即將實施總額支付制，醫療單位限制門診掛號人數，讓這位患者無法順利掛號門診，導致病情加重發作，後來她跳樓輕生，雖然挽回生命，但有多處骨折、內出血和下半身癱瘓，至今仍住院治療中。這個案例的發生，到底是冰山的一角，或者是偶發事件，可能有待時間的驗證，不過主管機關是否更應該防微杜漸，雖然新制度有其美善之處，但如何設法防止以上所述的各種負面影響，建立嚴密的查察機制，保障病患切身的利益，並兼顧醫療單位應得的報酬，共創三贏的局面，莫叫全民健保，「不保」，才是功德圓滿。

多階段行政處分的行政爭訟

以某國小校護的甄選為例

蔡文斌

壹、案例（註一）

某國民小學奉准辦理某學年度甄選護理師一名。依甄選簡章規定，報名資格之一，報名者必須為各級醫事或護理學院（校）畢業依法領有由中央衛生機關核發之護理師證書，而且現職為公立衛生醫療機構編制內護理師；報名應繳證件之一，係繳驗銓敘部審定最近一年考績通知書及護理師證書。甄選簡章並規定，應考人基本條件、報名資格，如於錄取商調前或任用後發現違反規定，經查屬實者，得由該校報請縣政府註銷資格或免職，當事人不得異議。

嗣經甄選錄取正取甲女乙名、備取乙女乙名。甲女經該校報經縣政府核布為該校護理師，且經送請銓敘部審定在案。嗣甲女遭檢舉非現職之護理師，經查屬實（註二），該校遂以 A 函函陳縣政府，取消甲女錄取資格，改由備取之乙女依序遞補。惟縣政府以 B 函函覆該校，依公務人員保障法第七條，依法任用經銓敘審定合格之現職人員，取得公務人員身分；公務人員之身分應予保障，非依法律不得剝奪。甲女既無公務人員任用法第二十八條之消極條件，自不得剝奪其公務人員身分。

貳、解析

、本案屬隱名及多階段行政處分。某國小（註三）為隱名行政處分機關（註四）。縣政府核布甲女為該校護理師，係前階段人事主管機關的行政處分；進一步依公務人員任用法送審由銓敘部審定任用為公務人員，係後階段行政處分。此二階段的行政處分不是個別獨立之兩個行政處分（註五），而屬多階段行政處分；而且後階段行為係依前階段之決定而作成處分，有目的與手段間之關聯（註六）。行政法學上的這種區別標準，有點類似刑法上的牽連犯，但並無同一案件的問題。

、多階段行政處分比較典型之例，即稅捐機關以欠稅函請內政部入出境管理局為限制出境處分，前後二行政處分有目的與手段間之關聯。其爭訟後勝訴的可能情形有二，一為繳稅通知因復查或行政爭訟（註七）而翻案，限制出境處分自然失所附麗；另一為繳稅通知無誤，境管單位作業錯誤，祇限制出境處分違法或不當，應予撤銷（註八）。本案例應歸類前一種情形。

、本案甄選簡章係醫事人員人事條例第六條第二項所指甄選作業規定，屬行政程序法第一五九條第二項第一款的行政規則，此行政規則依同法第一六一條，拘束縣政府及該國小。本案報名及決定錄取過程，縣政府及該國小違反簡章第五條報名資格第一款後段，應為現職公立衛生醫療機構編制內護理師（師級），卻受理雖具護理師資格，但僅為現職某公立醫院編制內護士（士級）之甲女報名（註九）；又違反簡章第八條報名手續及應繳證件第二款，需繳驗銓敘部審定師級（護理師）之最近一年考績（成）通知書，所繳驗者卻係銓敘部審定（士級）護士之考績（成）通知書。

、本案雖屬人事行政行為，惟釋字第 491 號解釋（註十）已間接宣布行政程序法第三條第三項第七款無效，本案仍有行政程序法之適用。

l] 上述二種違法情事已屬行政程序法第一一一條第七款重大明顯瑕疵，亦即已係學理上所稱「如同嵌在額頂般明顯（註十一）的瑕疵」，參以釋字第四九九號解釋，上述前階段行政處分應屬違法無效之行政處分。而且，該前階段行政處分並無行政程序法第一一二條前段，一部分無效，其他部分為有效之情事，至為顯然。

『本案應依行政訴訟法第六條第二項及行政程序法第一一三條第二項，由乙女向縣政府請求確認該府上述 B 函為無效，若未被允許或縣政府在三十日內不為確答，遞向管轄高等行政法院起訴請求確認系爭行政處分無效。若乙女未得縣政府允許或尚未獲確答逕行起訴，則在裁判時，縣政府拒絕或已逾三十日未為確答，應認起訴要件已具備，行政法院不得以裁定駁回（註十二）。

『若高等行政法院認系爭行政處分為違法但非無效，則依行政訴訟法第六條第五項及該條八七年立法理由第六點，應將訴訟移送訴願管轄機關。此際，確認訴訟將因移送而變成撤銷訴訟（即民事訴訟概念上的形成訴訟）。又行政爭訟上的撤銷訴訟，原則上以訴願為強制先行政程序（註十三）。惟本案屬公務人員身分之保障，係特種訴願程序，依訴願法第一條第一項但書，應適用公務人員保障法，將訴訟移送復審管轄機關即某縣政府，若不服復審決定，得向考試院公務人員保障暨培訓委員會提起再復審，若不服再復審決定，再提行政訴訟（註十四）。

『上述 A 函即某國小呈送縣政府取消甲女錄取資格之函，雖未以副本送達乙女，惟對乙女而言，係授益行政處分，縣政府認該行政處分有無效或得撤銷之瑕疵，而以系爭行政處分即 B 函推翻該國小之行政處分。雖然二機關有上下隸屬關係，惟乙女可以依行政程序法第一二〇條請求信賴利益之補償，此補償訴訟屬給付訴訟，實益不大。

『本案行政爭訟係確認行政處分無效訴訟，包括請求縣政府確認及行政訴訟為二審二級（可能發回更審），也可能因上述七，依行政訴訟法第六條第五項遭高等行政法院移送後，改依復審程序進行，而必須經復審、再復審然後行政訴訟之二級二審（可能發回更審）。

『本案得聲請依行政訴訟法第一一七條準用同法第一一六條停止執行，獲准機會不大。畢竟，我國就暫時性權利的保護，係採取美國、法國與日本的制度，以行政爭訟之提起，不停止原行政處分之執行為原則；不同於奧地利及德國制度，以停止執行為原則（註十五）。

。

參、收筆

本案例係典型的多階段行政處分的行政爭訟，前階段行政處分因為在行政過程有重大明顯瑕疵（註十六），致行政處分無效。前階段行政處分有效是後階段行政處分作成的前提，前階段若經確認無效確定，或因違法而遭撤銷確定，後階段行政處分將失所附麗。本文限於篇幅，未及析述此一部份。本案縣政府援引公務人員保障法及公務人員任用法，主張甲女已取得公務人員的身分的保障，顯然本末倒置，倒果為因。

註解：

註一：本案非假設案例，而是九十一年年初在台南縣發生的一個實際個案，案件仍在發展中，因有學術上研究價值，爰予提出探討。

註二：雖然有護理師證書，並在某公立醫院任職，惟其現職是「士」級的編制內護士，不

是「師」級的編制內護理師。

註三：定性為行政組織法上的文教性營造物，參見吳庚，行政法之理論與實用，九十年八月增訂七版，頁一七二。

註四：有學者不贊同隱名的說法，因為尚未對外發生法律效力，根本不屬行政處分。

註五：參見吳庚，前揭註三書，頁三二九至三三一。

註六：進一步的討論，詳參蔡震榮，多階段行政處分與行政救濟；收於台灣行政法學會主編，行政法爭議問題研究（上），二〇〇〇年十二月初版，頁四九五至五一七，尤其是頁五〇七。

註七：詳參拙著，行政訴訟先行程序研究，神州圖書公司，九十年六月初版，頁二一、二二六及三二四。

註八：九十一年六月媒體報導，某大陸新娘已取我國國籍並考取初等考試，接受基礎訓練合格，獲頒考試院考試及格證書，（應已完成任用銓敘）卻遭發覺違反台灣地區與大陸地區人民關係條例第二十一條，遭通知離職；嗣研商決定，錄取資格有效，惟因違反上述條例不得擔任公教人員，須俟在台灣地區設籍滿十年才可出任。此一案例即可歸納為此類。

註九：醫事人員人事條例第四條，醫事人員依各該醫事法規分為師級及士（生）級。

註十：尤其是該號解釋吳庚大法官的協同意見書揭明，釋字第四九一號乃憲法位階的釋示，任何法律不得與之對抗。意即行政程序法第三條第三項第七款已被間接宣布無效。參見拙稿，行政程序法與新訴願法對行政機關的衝擊，考銓季刊二十一期，八十九年一月；收於拙著，考銓行政與正當法律程序，學林圖書公司，二〇〇〇年二月一版，頁三至二六。

註十一：「嵌在額頂般明顯」與台南律師公會某道長喜歡在書狀上用的「明若觀火」同義。

註十二：九十年度各級行政法院行政訴訟法律座談會提案第十案研討結果，見司法院公報四四卷四期，九十一年四月，頁一七四至一七五。

註十三：拙著，前揭註七書，頁四五。

註十四：本案是特別權力關係的基礎關係，不是管理關係，乙女已遞補資格卻又喪失，對其公務人員身分自有重大影響，得依法行政爭訟。參見拙著，前揭註七書，頁二二七至二三〇。

註十五：參見拙著，前揭註七書，頁二八四至二八九。

註十六：公法上重大明顯瑕疵之法律行為無效，九十一年四月二十三日內政部就指摘台北市政府的里長延任案，違反地方制度法第八十三條第一項，有重大明顯瑕疵。

府城進士墓

謝碧連律師

本刊第七十期（九十年六月一日出版）登拙文「府城俚諺耽奇」 「有狀元學生，無狀元老師」一則。

所云澎湖第一進士蔡廷蘭在府城台南「引心書院」及「崇文書院」主講，授教學生多人中式，但本身未中，受人譏誚「有狀元學生，無狀元老師」。迨其發奮砥勵，竟與自己學生

同年中式，時人始改稱「有狀元學生，也有狀元老師」，以褒揚師生之勵學。

其中式最出色學生則為施瓊芳，為府城台南首位之文科進士。（註：蔡廷蘭為清代澎湖唯一進士，稱為「澎湖第一進士」。本刊第七十三期（九十年九月一日出版）拙文「抗日志士歐清石律師」為日據時期澎湖唯一「高等文官考試及格者」，堪稱為「澎湖第一高文」）

清代科舉，府城台南共有五位文科進士。

道光二十五年（乙巳年，西曆一八四五年）施瓊芳。

同治十三年（甲戌年，西曆一八七四年）陳望曾。

光緒三年（丁丑年，西曆一八七七年）施士洁。

光緒十六年（庚寅年，西曆一八九〇年）許南英。

光緒二十五年（己亥年，西曆一八九九年）汪春源。

同治十三年進士陳望曾原江蘇元和，以台灣縣籍府城中式，復任廣東勸業道。

光緒三年進士施士洁為施瓊芳次子，其中進士成為台灣唯一之「父子雙進士」。

光緒十六年進士許南英為許地山父。許地山獲英國牛津大學及美國哥倫比亞大學碩士，歷任燕京、清華、北京、中山及香港大學教授，以筆名「落花生」留多著作。

光緒二十五年進士汪春源，因時台灣已淪於日本，係補行殿試被錄。

台南市中華南路，南區新都段二七三號地為「南山公墓」，有一座古墓，此處俗稱「蛇仔穴」，墓座東向西，花崗石，雙葉型墓碑，鐫刻：

光緒丁丑年

皇清岑江賜進士第考星階施公墓

封安人妣

男士沅

洁

該處字跡已風化，查考神主牌，此三字應為「黃品娘」。光緒丁丑年為光緒三年，西曆一八七七年，故此墓已有一百二十五年歷史。府城台南五進士中唯一所留進士墓，此古墓彌足珍貴。（附圖進士墓）

九十一年六月二十八日中華日報第三十六版載：台南市政府公告將此古墓列為「歷史建築」予以保護。

墓主「星階施公」為施瓊芳，生於嘉慶二十年（西曆一八一五年）原名龍文，字見田，一字昭德，又字星階，號珠垣。

原籍福建泉州府晉江縣西岑鄉，故墓碑刻為「岑江」。父施泰岩又名菁華，住府城台南米街（今台南市中區新美街），是國學生，家學淵源，因之從小便受良好家庭教育。

幼聰，就讀縣學，極為勤勵，涉獵廣博，自墳典經史以及諸子百家，無不通貫，又精於詩歌古文詞，為時賢所推許。

道光丁酉年（十七年，西曆一八三七年）舉拔貢。

按拔貢係清順治初年詔全國郡縣學生拔其優者，由學政臨縣先試，後會同督撫再試，寧缺不濫，非寫作俱佳，且品行端正、負有聲望者，不能膺選，十二年舉行一次。乾隆八年著為例，遇酉年舉行。

學政為提督學政之簡稱。清制於各省置提督學政，掌全省學校士習文風之政令，以侍郎京堂翰詹科道部屬等官由進士出身者充之，三年而代。清末改為提學使，類今之督學。

又督撫為總督及巡撫之簡稱。清制總督為外省最高長官，位在巡撫之上或管一省或管數省，統轄所管區內文武庶政，如三代之州牧，唐、宋之節度使。

巡撫總攬全省民政、軍政。

施瓊芳舉拔貢，同年往福建省會福州應鄉試，中式為舉人，年二十二歲，而其師蔡廷蘭亦於是年中舉人，年三十七歲。

瓊芳中舉人，父母欣喜，鄉閭錦其前程，然而，雖有滿腹經綸才華、通貫古今，卻運乖，其後科場不如意，於是留邸都中，閉戶縱覽，上下古今，無所不通，為文并摒棄浮華奔競習氣，在京師結交優異士子，如林晴皋，馮虛谷等人，互相砥礪，并將龍文改瓊芳。經數年礪鍊，於道光乙巳年（二十五年，西曆一八四五年）恩科中式為三甲第八十四名，年三十歲。至其師蔡廷蘭係於道光二十四年中進士，為二甲第六十二名，年四十四歲之老進士。

按清代科舉制沿明代，舉人會試中式殿試一甲三名賜進士及第，二甲賜進士出身，三甲賜同進士出身，通稱皆曰「進士」。瓊芳中式為三甲第八十四名，故墓碑刻「賜進士第」，神主記為「賜同進士出身」。

瓊芳中進士後即被點為候選六部主政（即主事），旋補授江蘇知縣。因不喜仕進，未就職，乞養回鄉府城台南，尋任海東書院山長（院長），狼狽地以獎掖後進為己任，府城學風因而丕振。

瓊芳深研宋明理學，行止坐立之肅然，一秉於禮，為人嚴重介節，恭敬孝友，樂施善，重然諾，未嘗干分外事，曾有甘諸港施姓宗親因抬貨與蔡姓抬貨人爭吵、求援，瓊芳不予置理，被憤稱「女進士」，見其守分際之一斑。事母溫謹，晨興必問視，當母逝，哀毀骨立，三年不內寢，不食肉，是以州邑稱其孝，親戚欽其慈，僚屬敬其悌，友朋尊其仁。而伉儷情篤，生平不二色，為世所稱。卒於同治七年（西曆一八六八年），年五十四。

瓊芳故宅，時人稱「進士府」，又稱「進士宅」，四進大宅第有花園，進其府宅之街稱「進士街」。今赤崁街四七巷以南至廣安宮後、西，隔米街（今新美街）至西門路一帶為昔日之「進士府」，惟其建物早被拆除，現平屋、樓房雜立。

赤崁街十五巷六號之一住戶施宏銘先生倫輩為施瓊芳第六世孫，其現宅之三層樓屋據稱為昔日「進士府」之大廳址。

施宏銘先生宅祀施瓊芳木質神主，身高三十公分，座高八．五公分，寬九．五公分，厚三．五公分，神主牌上下左右均施彫紋。

神主浮彫記：

皇清顯考賜同進士出身候選六部主政誥贈奉道大夫晉贈朝議大夫星階施府君神主。

併列：

顯妣誥封宜人晉封恭人施母黃太恭人。

神主牌背面記：

奉直大夫星階公鎮圭生於嘉慶乙亥年二十年七月四日子時
卒於同治戊辰年七年九月十三日戌時

併列：

星階媽品娘黃太恭人生於嘉慶丁丑年廿二年二月十五日

卒於光緒甲午年廿年五月十三日

葬公地。（附圖施進士神主牌）

則現存於南山公墓之施墓應係光緒丁丑年（光緒三年）由子士沅士洁予以改葬并為瓊芳妻黃品娘預做壙窗。

而墓碑刻「星階」，神主牌記「星」，「」同「階」。

按清制封典，覃恩予封者，本身為「授」。曾祖父母、祖父母、父母及妻，存者為「封」，歿者為「贈」。

五品以上官授「誥命」，謂之「誥授」、「誥封」、「誥贈」。

六品以下官授「命」，謂之「授」、「封」、「贈」。

一品官逮其曾祖父母。三品官以上逮祖父母。

七品以上逮其父母及妻。九品以上僅予其身。各有定例，謂之「例授」、「例封」、「例贈」。

婦人受封，宋徽宗時詔改，郡、縣君（註：「君」為「細君」即妻。日人今猶稱妻曰「細君」saikun）封號為七等，郡君為淑人、碩人、令人、恭人。縣君為室人（後改宜人）安人、孺人，歷代沿之。

清代文官品級分九品，每品分正從二級，共十八級。九品以下未入流。

施瓊芳神主牌記「誥贈奉直大夫」為其歿後贈封「奉直大夫」為正從五品官，故為「誥贈」。「奉直大夫」為「散文官」，則閒散而無職事之文官。

光緒三年墓碑鐫瓊芳妻黃品娘「封」「安人」則係對存者之封號。

迨瓊芳次子士洁於光緒三年中式進士并職內閣中書，「父以子貴」而為已歿之瓊芳晉為四品官之「朝議大夫」，「朝議大夫」亦係散文官，故「神主牌」記「晉贈朝議大夫」，而其妻黃品娘猶存「晉封」為「恭人」。

瓊芳博學，文采斐然，著作盈篋，惜光緒廿一年日本據台後散帙，僅遺「石蘭山館」稿。其文章經端言正，盡剷繁蕪，得氣象渾然之旨。詩賦尤薈萃眾長，有清妙之音，而無奧衍之病，今從「石蘭山館遺稿」抄錄其歲時景詩「臺陽臘除雜詠」以享諸彥。

賣聯

舌耕初放假，已是賣聯時，履 新正計，工謀潤筆資。

索帳

債主催今夕，逋家約過年，扣門忙丙夜，已是過年天。

年糕

糖黍親朋饋，無題謝惠償，詩心紛歲務，非為學劉郎。

春花

綵勝絲籠貯，花孃喚玉人，喜他連理樣，今歲是雙春。

馬

當空焚片楮，天馬比驤騰，不假韓韋畫，神通有法乘。

門神

昔日凌煙閣，今朝土庶門，李唐無寸土，秦尉像長存。

倚門蔗

寓象藏佳境，當門倚數株，來春生意滿，此蔗竟先枯。

照燈

母與公，今宵同守歲，帷燈徹曉明，茶酒香風細。

壓歲錢

兒小未諳用，分錢寄母奩，欲知年漸長，撲滿舊痕添。

過年飯

人心計算長，一食留餘地，社飯想明年，誰知高后意。

律師真的不宜兼任民間公証人？

翁瑞昌律師

公証法於民國八十八年四月廿一日修正公布迄今已三年餘，修正公証法增設民間公証人，公証業務成為雙軌制，擴大公証人之服務領域，使民眾多一種選擇，未嘗不是一種便民措施。可是施行三年，民間公証人仍是稀少，形同鳳毛麟趾，以台南縣市將近二百萬人口為例，目前竟然只有民間公証人梁陽昇先生一人，可是，律師同道執行業務時，常有當事人要求律師為當事人訂立的契約辦理公証，當筆者向當事人說明我國法律，律師不得兼任公証業務，當事人往往大惑不解，認為不可思議，有時筆者向當事人說：律師不得辦理公証，但仍可當見証人，為當事人的契約行為見証，十之八九的當事人聽了馬上請筆者以律師身分見証。

由以上情形，可以看出：民間對律師辦理公証，一向認為理所當然，即令格於法令，律師不能辦理公証，只要經過律師見証，民眾也十分信任，這是民眾對法秩序的理解與情感。可是，修正公証法的專家們，卻認為：「民間公証人．．．性質上屬於最廣義之公務員身分，在職務地位上應維持其中立性與公証性，與律師職業恆代表對立兩造之一方不同，為避免角色衝突，並求公証事務之專業化，使公証人專心致力於公、認証職務，以提高公証績效，確保當事人權益，宜設兼業禁止之規定。」(參見修正理由)，因而在公証法第三十七條明定：「民間之公証人具有律師資格者，不得執行律師業務。但因地理環境或特殊需要，經司法院許可者，不在此限。」，不過律師執行律師業務，如屬訴訟案件當然是代表對立兩造之一方，但是執行訴訟案件以外之業務，如非訟事件，為當事人起草契約、洽商和解條件等，律師也會盡其專業角色，保持超然與公正的立場，至少目前民眾的心理，大多相信律師可以做到超然與公正，修正公証法的專家們，似乎戴著有色眼鏡看律師，好像律師個個唯利是圖，有錢便是娘的訟棍！

尤以最近常有民眾買賣房地，有些不法之徒，專挑無設定抵押的高價房地，以優厚之價格佯稱購買，先付出一筆定金，等騙到所有文件，利用當事人交付印鑑蓋用過戶文件時，乘當事人不注意，盜蓋抵押權設定契約書，再持向民間金主借貸，民間金主不像金融機關放款時還要對保，因此冒貸往往得逞，不法之徒雖支付一筆定金，但獲得貸款之金額必定高出於定金數倍，這種騙術大多出自不肖代書或冒牌代書與詐騙集團勾結，大意的民眾、急於售屋的民眾往往吃大虧，這種情況唯有規定不動產產權移轉，設定皆需經公証人公証，就不會發生弊端。因此八十八年四月廿一日修正民法債篇增訂第一百六十六條之一規

定：不動產物權之移轉、設定或變更之契約，應由公証人公証，作成公証書，不幸未及施行，即因考量公証法甫施行，公証人人數不多，而於八十九年五月五日（適為修正民法債篇施行之日）臨時喊停，再度修正民法債篇施行法第三十六條，將民法第一百六十六條之一暫緩施行，結果一停就是兩年多，民間公証人人數仍寥寥無幾，良法美意未能落實，無辜民眾照樣受騙。

筆者不願去探究為何民間公証人如此稀少的原因，縱令公証人高等考試錄取名額不多，律師也可參與遴選，可是卡在公証人不得兼任律師，許多道長們意願就不高了，筆者認為律師兼任民間公証人，弊端並不會如草擬修正公証法的專家們所擔心的那麼嚴重，律師公會一向對律師執業嚴加監督，再輔以強制責任保險，相信民眾不動產買賣或設定，如有律師公証，必然增加許多保障。

與其放任不肖代書、冒牌代書四處橫行詐財，不如由律師參與不動產產權變動之公証手續，難道律師的品德操守比代書還不值得信任？

苗栗地區舉行交互詰問實務研討會

院、檢、辯及學者均認相關規範應速制定

本刊訊 苗栗地區實施交互詰問之法庭活動屆滿二週年，苗栗地方法院、苗栗地檢署及苗栗律師公會聯合舉行「院、檢、辯交互詰問實務研討會」，除邀請各法院、檢察署、律師公會等人員參與，並邀請學者專家與會，本會則由蔡敬文及陳琪苗二位理事參加。

首先由司法院刑事廳蔡清遊廳長、法務部蔡碧玉司長及全聯會曾肇昌理事長致詞，之後由林鈺雄教授主持第一場研討會，並邀請陳運財教授、施慶堂主任檢察官及王梅英法官與談，而由蔡宗熙檢察官、張智宏律師及吳炳桂法官就苗栗地區實施交互詰問法庭活動提出心得報告，報告中均肯定此一制度有助於檢察官審慎起訴、發現實體真實、縮短二審審理期間等，但院、檢、辯亦提出法官不當介入、被告無辯護人案件比率過高、法官處理異議能力之強化、庭訊筆錄製作速度、檢察官在審理中行使偵查權．．．等問題。陳教授認為在被告未爭執的情形下，傳聞證據法則可以放寬，而檢方在審理中之蒐證，涉及強制處分時，原則上不可以為之。施主任檢察官主張交互詰問目的在發現真實，關於不當詰問之認定可放寬，只要不浪費時間、不騷擾被告和證人即不屬之。王法官認為應善用各種制度來控管案件，並有效區分審理案件，避免無益程序。林教授則主張引進速簡程序、建立訴訟費用制度、推行量刑協商及有效分配院檢人力。

第二場研討會由陳運財教授主持，邀請施慶堂主任檢察官、林鈺雄教授與談，由王梅英法官、陳傳宗主任檢察官、張珈禎法官就異議之提出及處理為報告，王法官認為異議只涉及訴訟指揮權，不生失權之效果，對不當之論告仍得提出異議，而異議處分不當應有救濟之途徑。陳主任檢察官主張應建立可供依循的準則及法官應建立其中立性的權威。張法官則表示囿於法官對於此一制度尚非嫻熟，對異議當庭做妥適的處理並不容易，有待學識的充實及經驗的累積。之後，與會人員針對共同被告在詰問程序之定位及檢察官在審判中補充偵查之界限提出討論，與會之專家學者就上開問題之見解並不盡相同，但均認為有關交互詰問制度之詰問規則、證據法則與異議之處理應儘速建立規範準則，以供院、檢、辯在交互詰問程序中有所依循。

訊 息 通 知

公務員懲戒委員會以九十一年八月九日（九一）臺會調字第 0 二三九五號函全聯會，該會為保障公務員權益，對於被移付懲戒案件，通知被付懲戒人到會說明案情時，得委任律師一人協同到場陳述意見。

台灣高等法院就修正公布自九十一年八月一日起實施之「台灣高等法院民事訴訟、非訟事件費用提高徵收額數標準」之適用疑義，特以（九一）院田文公字第一二四一四號函予以釋示：一、本次發布修正提高裁判費，定於九十一年八月一日起施行，其適用之基準日，應以起訴狀、上訴狀及追加訴狀等書狀提出於法院之日為準；亦即在九十一年七月三十一日前已提出起訴狀、上訴狀及追加訴狀等書狀於法院者，雖繳費日期在九十一年八月一日以後，仍依修正前之規定徵收裁判費。二、本次修正之提高民事訴訟費用法第十八條所定裁判費十分之一，並不包括第十六條第一項非因財產權而起訴部分。三、本次就因財產權而起訴及向第二審或第三審上訴之部分，提高徵收裁判費十分之一，係均指依照修正前徵收之數額加徵十分之一；亦即於第一審起訴時，就修正前徵收訴訟標的之金額或價額之百分之二之數額，加徵十分之一，修正後徵收數額為百分之二點一；向第二審或第三審上訴者，就修正前徵收訴訟標的之金額或價額之百分之二點五之數額，加徵十分之一，修正後徵收數額為百分之二點六五。

台南律師公會九十一年度八月份理監事聯席會議紀錄

時間：中華民國九十一年八月廿二日下午六時卅分

地點：唐莊餐廳

出席：林瑞成、郭常錚、蘇新竹、陳惠菊、黃雅萍、陳清白、陳琪苗、李孟哲、陳文欽、楊慧娟、

許富元、蔡敬文、蘇正信、吳健安、林國明、翁瑞昌、蘇陳俊哲（應到廿人，實到十七人）

列席：黃厚誠

主席：林瑞成

紀錄：申榮美

壹、報告事項：

一、主席報告：

- 1、全聯會訂於九月份改選理監事，本會將於近日邀集代表研商相關事宜。
- 2、本年度司法官評選活動，請各位會員踴躍參與投票，以提高選票回收率。
- 3、今年九九律師節慶祝餐會訂於九月九日晚上在桃山餐廳舉行，近日將再專程邀請院、檢首長出席。另於八月卅一日在新化球場舉辦高爾夫球賽，希望理監事踴躍參加。

二、監事會林國明常務監事報告：

- 1、本會七月份的收入、支出憑証經核閱後，帳目無不當之處，科目也詳細清楚。
- 2、為提高本年度司法官評選活動之投票率，請秘書處催請會員踴躍投票。
- 3、建議由本會向各會員調查一、二審法院及地檢署辦理案件有逾三個月未進行、及宣判後逾一個月遲延送達或未送達判決而均無正當理由之情形，彙整後轉請所屬法院（檢

察署)監督改善。

三、各委員會、組報告：

1、紀律委員會召集人蘇新竹常務理事報告：

本會會員林錫恩律師因違反律師法，經律師懲戒覆審委員會決議予以申誡確定。

2、秘書處秘書長黃厚誠律師報告：

九十一年七月份退會之會員：熊靜芬律師(月費繳清)、蔡永璋律師(月費繳至九十年十一月)，截至七月底會員總數五九三人。

貳、討論事項：

一、案由：九十一年七、八月份加入本會為會員之律師：楊永成、楊鈞國、徐漢堂、謝政達、

蘇美玲、賴玉山、沈銀和、林復宏、林志豪、許樹欣、何岳儒、陳適庸、黃建雄、

謝家健等十四名，請追認。

決議：通過。

二、案由：本會九十一年度七月份財務收支報告表(略)，請追認。

說明：請財務長楊慧娟律師說明。

決議：通過。

三、案由：本年度國內旅遊案，請討論。

說明：請康福組主任李孟哲理事說明。

決議：舉辦日月潭、廬山二日遊，相關細節授權康福組辦理。

四、案由：臺灣臺南地方法院聯合服務中心收發室現僅由一人負責致送狀大排長龍、怨聲四起，

擬建議該院增派人員乙案，請討論。

決議：通過。

參、散會

最高行政法院判決 九十年判字第一三五〇號

原告 王慶雲

被告 臺南市政府

代表人張燦鑒

主文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

原告起訴意旨及補充理由略謂：一、地價調查估計規則(下稱估計規則)第二十一條第一項第一款，台灣省實施地價調查估計作業規定(下稱作業規定)參、五、區段劃分方法，均有明文規定。繁榮街道路線價區段亦為地價區段之一種，其劃分仍應依照上述規定辦理。如果地價不相近，或土地情況不相同或不相近者，即令地段相連，或同屬商業地區，仍不得劃入同一繁榮街道路線價區段。二、依據估計規則訂定之業規定參、五、

區段劃分之方法 b 前段，雖有「繁榮街道路線區段，原則上以每交叉道路口中心線為起迄者」之規定，惟此僅係原則上之規定，該規定後段尚有但書之例外規定，是以界線內如有特殊之土地，地價有顯著之差異者，應另劃分區段，以符合估計規則（母法）第二十一條第一項第一款所規定「地價相近」、「情況相同或相近」之土地，始得劃為同一地價區段之規定。三、查，本案土地與八〇區段土地，地段雖屬相連，但面臨友愛街道之四六-二號土地，寬度僅一．三公尺，面積只一六平方公尺，因過於狹小，無論依法令，或就實際上而言，均不得建築，只能供後面三二、三三號土地通行。至於三二（五七平方公尺）、三三（一一〇平方公尺）均位於四六-二號土地之後面，因未面臨道路，且其周圍土地，皆屬他人所有。該他人土地之地上又蓋有樓房，無法通行，必須通行四六-二號路地，始得通至公路（友愛街道），但面臨道路之四六-二號土地因寬度未達二公尺，即使四六-二、三二、三三號土地合併使用，仍不得建築，是以本案三筆土地，無論單獨或合併，均無法建築。本案三筆土地既均不能建築使用，則雖位於商業區，其為商業用地之效用已失。四、按現行查估法令，公告土地現值作業，固係估計區段地價，非依宗地個別因素逐筆查價。但原告係以本案土地情況特殊，地價有顯著差異，而請求單獨劃分地價區段，另定該區段之地價。此與不申請另劃區段仍保留原來八〇地價區段，而依本案宗地個別因素請求查價者，截然有別。又原告所申請者，既係請求單獨劃分區段，另定區段地價，而非依個別因素要求減成地價，則與現行法令有無「宗地個別因素修正細項」，渺不相涉。五、原告為證明本案土地情況特殊，不得作建築使用，地價有顯著差異，劃入八〇區段絕對違法，乃於提起訴願及再訴願時，除申請勘查現場外，並提出籍圖謄本、現況圖、工務局函及現場相片等證件。然訴願及再訴願機關對這些極端重要之證據全未斟酌，且為何不能採為原告有利之證據，於其決定書亦隻字未提，顯然未盡調查之職責。

理由

按「劃分地價區段時，依左列規定辦理：一、由承辦員攜帶地籍藍圖、地價分布圖及地價區段勘查表實地勘查，斟酌地價之差異、當地土地使用管制、交通運輸、自然條件、土地改良、公共建設、特殊設施、工商活動、房屋建築現況、土地利用現況、發展趨勢及其他影響地價因素，於地籍藍圖上，將地價相近、地段相連、情況相同或相近之土地劃為同一區段。非建築用地中經依法允許局部集中作建築使用且其地價有顯著差異時，應就該建築使用之土地單獨劃分地價區段。二、前款區段界線，應以使用分區或編定使用地類別、使用管制、使用情形或道路、溝渠等易於辨識之自然界線為準。但情形特殊者，得以適當之地籍線為之。三、繁榮街道路線價區段，應以裡地線為區段界線。四、一般路線價區段，應以適當範圍為區段界線。五、。」為地價調查估計規則第二十一條第一項所明定。本件原告以其所有坐落台南市西門段五小段四六之二、三二、三三地號土地，雖位在商業區，但均有瑕疵，不能建築，情況特殊，經濟效益有限，與鄰地得以興建大樓之土地地價相差懸殊，土地情況既不相同，應單獨劃分地價區段，個別評估公告地價、公告現值，乃於八十七年五月十八日及同年六月十六日向被告申請個別評定地價。經被告以八十七年十二月二十一日南市地價字第一四九二七七號函知原告，依台南市台南地政事務所八十七年十二月十五日台南地所三字第〇八二九一號函：「依照作業規定仍劃分為八十區段」辦理。原告不服起訴為前開主張惟查，地價區段之劃分，依首揭規定係按其所處位置、繁榮程度

及地價高低分為：一般區段、一般路線價區段及繁榮街道路線價區段三種，本件系爭西門段五小段四六之二、三二、三三地號所屬臺南市西第八〇區段，係以該市友愛街臨街線往南北各十公尺之垂直深度為界線，東起友愛市場，西訖友愛街及西門路二段交叉路口中心線，該區段自第一次規定地價以來，均劃設為繁榮街道路線區段之一，茲台南市台南地政事務所重新勘察，係將該三筆地號分別評定單獨劃分區段，進行區段劃分、區域因素修正，惟經推估系爭土地之區段與八〇區段之土地使用分區，交通運輸、自然條件、工商活動繁榮程度等因素均相同，是其單獨劃分結果與原先劃在八〇區段未有太大差別，至四六之二地號土地係臨街地，供後面三二、三三地號土地之出入巷道，亦經該地政事務所實地勘查無訛，並有現場照片在卷可稽，核無遺漏土地使用管制、土地利用現況，不予斟酌情事。被告以現行法令並無宗地個別因素修正細項，該土地寬度狹小，屬宗地個別因素，因無適當修正細項予以單獨減成補正，原告所訴各節尚非可採。被告乃依其所屬台南地政事務所勘查結果，未准原告所請，仍劃分其為八十區段，核無違誤，一再訴願決定遞予維持，俱屬妥適，原告之訴為無理由，應予駁回。又依兩造所提證物，本件事證已明，原告請求為言詞辯論，核非必要，併此敘明。

中華民國九十年八月二日

登山簡訊

- * 日期：九十一年九月二十八日（星期六）
- * 登山地點：里龍山（屏東楓港）
- * 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。
- * 報名請洽地院公會鄭季峰小姐。
- * 非會員亦得報名參加。

愛情與白麵包

舊地院熱情度七夕

<本刊訊>農曆七夕中國情人節到了，過情人節到舊地院，似乎是有些瘋狂的點子，不過司法博物館推動小組果然在情人節前後，在舊地院舉辦「愛情與白麵包」活動，讓台南市民度過一個另類的情人節。

活動由八月十日到十七日，只要向愛情密碼婚紗、情懷走私花坊、華納威秀影城或丹比麵包索取愛情與白麵包手冊，再到府城四大月下老人廟、大觀音亭、大天后宮、祀典武廟、重慶寺找月下老人蓋上七夕戳章，就可以在十七日舊地院前兌換紀念品一份。

重頭戲在十七日，當天有義賣麵包救麵包樹、月老福証婚禮、巴洛克婚紗秀，「聲情香

許」演唱會及愛情魔法占卜街，下午四時卅分由台南市長許添財先生親臨福証婚禮，凡已婚、未婚還有失戀的、熱戀的情侶皆可參加，接受許市長及月下老人的福証，天黑之後，投射燈照亮舊地院華麗的巴洛克建築，就在次入口前展開浪漫的婚紗秀，接著開始「聲情香許」演唱會，觀眾們沈醉在優美感人的情歌之中，直到夜深。

當然司法博物館推動小組也利用這個機會，在活動現場全天播放推動司法博物館短片，向市民們介紹舊地院設立司法博物館的重要，希望有一天這個願景可以實現。

損害賠償總額預定性違約金與懲罰性違約金之區別 林國明律師

一、違約金之分類：按民法第二百五十條第一項規定：「當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。」，依最高法院歷年來判決見解，違約金可分為兩類：即損害賠償總額預定性質之違約金與懲罰性質之違約金。前者屬於損害賠償之性質，仍應受無損害即無賠償之原則之拘束；後者則屬懲罰之性質，債權人除得請求違約金外，尚得請求履行債務或不履行之損害賠償。

二、損害賠償總額預定性違約金請求之範圍：

（一）依據民法第二百五十條第二項規定：「違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額。」，按上開條項之修正理由為：「二、第二項但書規定之違約金究指懲罰性違約金，抑指損害賠償額之預定？眾說紛紜，莫衷一是。惟如謂但書規定之違約金係違約罰之性質，則何以僅對給付遲延及不完全給付之情形加以規定，而未規定給付不能之情形？法理上有欠周延。故此處規定之違約金應不具違約罰之性質，而係債務不履行中之給付遲延及不完全給付所生損害賠償額之預定。為避免疑義並期明確，爰將『但』字修正為『其』字。又將違約金明白規定為『不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額』。至於給付遲延後，因可歸責於債務人之事由致給付不能或遲延後之給付於債權人無利益者，債權人除違約金外，並得請求不履行之損害賠償，此乃當然之效果，毋庸訂定，爰予刪除。」。故依據上開立法意旨，民法第二百五十條第二項除當事人另有訂定外，係指損害賠償額預定性質之違約金，至於當事人另有訂定者，則可涵蓋懲罰性質之違約金。

（二）損害賠償總額預定性違約金又可分為給付遲延、給付不能、不完全給付（即不依適當方法履行）等各種債務不履行之違約金。上開各種債務不履行之情形，應分別觀察，不能同時併存，最高法院八十年度台上字第一七一八號判決意旨認：「違約金既係債務人於不履行債務時支付，其屬損害賠償預定性之違約金者，如係為給付遲延而約定，即與民法第二百三十一條第一項規定之損害賠償額相當。其為給付不能而約定者，則與民法第二百二十六條規定之損害賠償額同。兩者性質既異，其為遲延給付約定之違約金不能同時亦為給付不能約定之違約金。」可供參考。申言之，如約定給付不能之違約金，而債務人僅屬給付遲延之情形時，則債權人不得請求給付不能之違約金。至於債權人得另依民法第二百二十九條至第二百三十三條之規定請求給付遲延之損害賠償，則係屬另一問題。

三、懲罰性違約金請求之範圍：

(一) 懲罰性違約金，係屬於民法第二百五十條第二項前段「違約金，除當事人另有訂定」之範疇，故須雙方特別明示其所約定之違約金係屬懲罰性違約金，甚至明定除得請求違約金外，尚得請求損害賠償，否則違約金應視為損害賠償總額預定之性質。

(二) 懲罰性之違約金亦可分為給付遲延、給付不能、不完全給付等各種債務不履行之情形（最高法院八十年度台上字第二二九號判決參照），上開各種債務不履行之情形，亦不能同時併存，其理由與損害賠償總額預定性之違約金相同。

四、兩者舉證上之差別：

(一) 損害賠償總額預定性違約金：如債務人有雙方所約定債務不履行之情事發生時，債權人得請求給付違約金。惟因此種違約金具有損害賠償之性質，故債權人尚須舉證證明其受有損害，至於實際所受損害之金額，債權人則不負舉證之責任（最高法院八十二年度台上字第七八號判決參照）。債權人亦可選擇不請求違約金，而請求履行債務或債務不履行之損害賠償，惟僅能擇一行使。如債權人所受損害之金額超過約定之違約金時，就超過之部分，則不得請求，始符合損害賠償總額預定之性質。

(二) 懲罰性違約金：如債務人有雙方所約定債務不履行之情事發生時，債權人即得請求給付違約金。因此種違約金不具有損害賠償之性質，故債權人不須就其實際上受有損害負舉證責任。債權人除得請求違約金外，尚得請求債務人履行債務或請求賠償債務不履行之損害。

論行政處分存續力之相對性與絕對性

國立成功大學法律學研究所教授蔡志方

壹 問題之提出

行政處分為公權力機關之行為，具有一定之法律效力，不得隨意被否定。對其效力有爭議者，必須依法定程序處理。於茲有問題者，乃行政處分存續力(Bestandskraft)是否具有絕對性？形式存續力與實質存續力間是否僅具有相對性？或具有絕對性？行政處分形式存續力與實質存續力之發生基準時與拘束之對象，是否亦具有絕對性？或者僅具有相對性？如對於行政處分是否無效發生爭議時，其存續力是否亦具有絕對性？抑或僅具有相對性？我國實定法有何相關之規定？學者間之見解為何？由於此一問題影響行政處分拘束力之有無、發生之時點與拘束之對象等，實有進一步加以探討之必要，故特藉本文加以闡釋焉！

貳 行政處分存續力之相對性-形式存續力與實質存續力之相對性

行政處分具有存續力(Bestandskraft)雖已為學者所共諳，然存續力既非一單一之概念，亦非屬一絕對性之觀念。依學者間之通說，行政處分之存續力尚可分為形式之存續力(formelle Bestandskraft)與實質存續力(materielle Bestandskraft)，且兩者互不相干。前者，其效力之拘束對象為處分相對人(Verwaltungsakts-adressaten)、利害關係第三人等具有訴願權之人民；而後者之拘束力對象，主要則為原處分機關及其上級機關，例外及於業務監督機關或法院。由此可知，行政處分存續力不僅在概念與內涵上具有相對性，可細分為形式存續力與實質存續力，且其效力所及之對象亦屬不同。抑且行政處分之形式存續力與實質存續力之發生基準時與拘束之對象，復不盡一致，而存有相對性，

甚有詳加探討之必要（詳下述參、肆）。

參 行政處分形式存續力發生基準時與拘束對象之相對性

行政處分之形式存續力(formelle Bestandskraft)，又可稱為行政處分之不可爭力(Unstreitbarkeit des Verwaltungsaktes)，乃指行政處分成立並生效後，凡得對之表示不服者，除因自始拋棄救濟權，而生程序失權，或因已踐行法定救濟已被駁回確定者外（不當之處分，於訴願決定後，即告確定），凡未於法律所定期限內及依據法定程序向有權之機關表示不服，嗣後即不得再以任何理由抗爭者之謂。行政處分此種形式存續力究竟於何時發生，且何等對象受此效力之拘束？由於具有訴權者之預先拋棄與踐行法定救濟被駁回而確定之時點，具有相當之不確定性。因此，以下僅就我國訴願法之有關規定，加以分析闡明：

一 訴願法第十四條第一項規定

訴願法第十四條第一項規定：「訴願之提起，應自行政處分達到或公告期滿之次日起三十日內為之。」本條乃我國法律有關行政處分「形式存續力」之基本規定，亦屬於何時確定之基準性規定，除非其他法律有特別之規定，否則一切行政處分之「形式存續力」發生之「基準時」(masstablicher Zeitpunkt)，厥在於「自行政處分達到或公告期滿之次日起三十日內」。換言之，自行政處分達到或公告期滿之次日起三十日內，如該受送達或公告之適格的訴願人未依法提起訴願，則該行政處分即發生「形式存續力」，爾後該等適格之訴願人亦不得再對之提起訴願。依行政程序法第一百十條第一項及第二項規定：「書面之行政處分自送達相對人及已知之利害關係人起；書面以外之行政處分自以其他適當方法通知或使其知悉時起，依送達、通知或使知悉之內容對其發生效力。一般處分自公告日或刊登政府公報、新聞紙最後登載日起發生效力。但處分另訂不同日期者，從其規定。」結合二法條之規定亦可知，行政處分形式存續力發生之基準時之基礎，乃在於行政處分之生效，而非其成立。綜上所述，可知在訴願法第十四條第一項之標準下，如行政處分達到之人有數人，且時間不一致，其發生「形式存續力」之時點，反不像公告之情況之具有統一性。

二 訴願法第十四條第二項規定

訴願法第十四條第二項規定：「利害關係人提起訴願者，前項期間自知悉時起算。但自行政處分達到或公告期滿後，已逾三年者，不得提起。」本項規定，乃在於確立行政處分對於利害關係人發生「形式存續力」之「基準時」。由於利害關係人除非已依行政程序法第二十三條規定參加行政程序或者處分機關已知其身分，並為送達，而屬於同法第一百十條第一項及第二項規定所稱之已知利害關係人，並適用訴願法第十四條第一項之規定。否則，行政處分未必會或能對之送達，而其可能復非屬一般處分之相對人或大量處分之相對人，而得以公告代替送達者。因此，自無法適用訴願法第十四條第一項之規定，故特設第二項規定，以利害關係人知悉處分時起算第一項之三十日。惟如完全依此標準，則行政處分所形成之法律秩序將永遠處於不確定狀態。因此，基於「法安定性原則」(Prinzip der Rechtssicherheit)，乃折衷而規定「但自行政處分達到或公告期滿後，已逾三年者，不得提起」。換言之，利害關係人如已知悉行政處分，則應於知悉後三十日內提起訴願，但其知悉或其提起訴願，自行政處分達到或

公告期滿後，已逾三年者，則不得再提起。由此可知，行政處分對於利害關係人發生「形式存續力」

之「基準時」，係以其「知悉處分時」為準，但復以「行政處分達到或公告期滿後，是否已逾三年」為其能否提起訴願之最高限度。綜上所述，可知不僅未被送達之利害關係人與已受送達之行政處分相對人或已知之利害關係人，行政處分對其發生「形式存續力」之時點不一致，即未受送達之利害關係人因其知悉行政處分存在並生效之時點不一致，該行政處分對之發生「形式存續力」之時點自亦不可能一致，除非渠等均已罹於「自行政處分達到或公告期滿後，已逾三年」之最高限制。

三 訴願法第十五條第一項規定

訴願法對於行政處分發生「形式存續力」之「基準時」，除於第十四條第一項確立確定之基準時點以外，復於同條第二項確立相對之基準時。此外，對於該條之基準時，又於第十五條第一項規定其第一個例外。該項規定為「訴願人因天災或其他不應歸責於己之事由，致遲誤前條之訴願期間者，於其原因消滅後十日內，得以書面敘明理由向受理訴願機關申請回復原狀。但遲誤訴願期間已逾一年者，不得為之」。換言之，此種例外係以「天災或其他不應歸責之事由消滅後十日內」為基準時，而另以「遲誤訴願期間已逾一年」為其最高容許條件。綜上所述，如對於一行政處分得以提起訴願之人不僅一人，則因其中一罹有「天災或其他不應歸責於己之事由，致遲誤前條之訴願期間」或者各該訴願人均罹有不同種類之「天災或其他不應歸責於己之事由」，且該天災或其他不應歸責於己之事由消滅之時間點亦不一致，則因其申請回復原狀之時限不同，亦可能導致行政處分對不同人發生「形式存續力」之時點，亦將不同。

四 訴願法第十六條第一項規定

訴願法對於行政處分發生「形式存續力」之基準時之例外，除見於第十五條以外，復於第十六條規定以「在途期間」容許其第二個例外。該條第一項規定：「訴願人不在受理訴願機關所在地住居者，計算法定期間，應扣除其在途期間。但有訴願代理人住居受理訴願機關所在地，得為期間內應為之訴願行為者，不在此限」。因此，如訴願人不在受理訴願機關所在地住居，復無訴願代理人住居受理訴願機關所在地，得為期間內應為之訴願行為，則其計算訴願法第十四條規定之法定期間，尚必須另外加計其法定在途期間。抑且因訴願人住居所與受理訴願機關間遠近之不同，其應扣除之在途期間亦不同，間亦造成行政處分對之發生

「形式存續力」時點之不同，此於不同之訴願人享有不同之扣除在途期間之情形，尤屬如此。

五 行政程序法第一百零九條規定

行政處分究自何時起發生「形式存續力」，除前述各節外，尚有一規定不甚容易判斷者，乃行政程序法第一百零九條之規定。依該條規定，「不服依前條作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先行政程序」。換言之，經聽證作成之行政處分，其「形式存續力」究於何時發生？為訴願人逾訴願法第十四條規定之期限未提起訴願，抑或得為行政訴訟之原告未於法定期限內向行政法院起訴時？其關鍵一方面在於行政程序法此條規定，究係限制訴願人對於經聽證後作成之行政處分提起訴願，抑或容許人民選擇先

行提起訴願或逕行提起行政訴訟

；另一方面，如係採限制訴願之看法，則尚須視原告提起之訴訟種類，始能判斷其「形式存續力」發生之基準時。如該條之規定係容許人民選擇先行訴願，而該人民亦已提起訴願，則應依訴願法第十四條、第十五條及第十六條判斷其是否已逾期，而發生「形式存續力」。反之，如該人民選擇逕行提起行政訴訟，則尚須視其提起之訴訟種類，而依行政訴訟法之規定及法理，判斷其訴訟之提起是否已經逾期，而發生「形式存續力」。上述情形，如具有訴權之人有選擇逕行提起行政訴訟，而有選擇提起訴願之情形，行政處分對渠等發生「形式存續力」之時點，亦將有所不同。抑且，即使渠等皆逕行提起行政訴訟，然因其所提之行政訴訟種類並不盡相同，則為該行政訴訟標的之行政處分對渠等發生「形式存續力」之時點，自亦可能不同。當然，上述之情形，如再加上訴訟原告有行政訴訟法第八十九條規定之在途期間之扣除或第九十一條規定之回復原狀之適用，則其情形將更為複雜，可比照前述三、四對訴願法第十五條及第十六條規定之說明，於茲不贅。

六 行政程序法第一百二十八條規定（例外？）

雖然訴願法第十四條、第十五條、第十六條及行政程序法第一百零九條等，已為行政處分「形式存續力」之發生基準時，設定其確定性原則與例外。但除此之外，行政程序法第一百二十八條規定：「行政處分於法定救濟期間經過後，具有下列各款情形之一者，相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之。但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限：一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。前項申請，應自法定救濟期間經過後三個月內為之

；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾五年者，不得申請」。此項規定是否屬於行政處分「形式存續力」之例外規定，學者間之見解不甚一致。有認為有該條規定之情形，仍應受理其救濟，並從實體上加以審理。惟另有學者認為，此種「行政程序重新進行」之規定，並非否定行政處分之（形式）存續力，而係存續力不能絕對妨阻對行政處分之再審查，故似不認為該項規定係行政處分已發生形式存續力之一種例外性規定。

肆 行政處分實質存續力發生基準時與拘束對象之絕對性與相對性

行政處分之實質存續力(materielle Bestandskraft)，又可稱為行政處分之不可廢棄力(Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes)，乃指行政處分成立並生效後，隨行政處分之存續，就其內容對於相對人、關係人及原處分機關發生拘束力，不僅原處分機關及上級機關，甚至是行政法院，均不得予以撤銷或廢止。行政處分此種實質存續力雖然隨著行政處分之生效而發生，且於其存續期間即仍然存在，然究竟於何時得以喪失？則洵有進一步探討之必要。蓋我國行政法規不僅無實質存續力之用語，亦非以正面之方式規定其發生之基準時，而係以負面方法肯認其存在。以下特就我國訴願法、行政程序法與行政訴訟法等之有關規定，加以分析闡明：

一 訴願法第八十條規定

訴願法第八十條規定：「提起訴願因逾法定期間而為不受理決定時，原行政處分顯屬違法或不當者，原行政處分機關或其上級機關得依職權撤銷或變更之。但有左列情形之一者，不得為之：一、其撤銷或變更對公益有重大危害者。二、行政處分受益人之信賴利益顯然較行政處分撤銷或變更所欲維護之公益更值得保護者。行政處分受益人有左列情形之一者，其信賴不值得保護：一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使原行政處分機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使原行政處分機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知原行政處分違法或因重大過失而不知者。行政處分之受益人值得保護之信賴利益，因原行政處分機關或其上級機關依第一項規定撤銷或變更原行政處分而受有損失者，應予補償。但其補償額不得超過受益人因該處分存續可得之利益。」本條規定之依職權撤銷或變更行政處分，形式上雖屬於「爭訟性之程序重開」類型之一，然此一規定並無阻止訴願程序標的之行政處分之已發生「形式存續力」之意，而僅係承認行政處分雖已發生「形式存續力」，但如其顯屬違法或不當，且其撤銷或變更對公益無重大危害或行政處分受益人之信賴利益非顯然較行政處分撤銷或變更所欲維護之公益更值得保護時，該行政處分並不存在「實質存續力」，換言之，如撤銷或變更該行政處分對公益有重大危害或者行政處分受益人之信賴利益顯然較行政處分撤銷或變更所欲維護之公益更值得保護者，則該行政處分即存有「實質存續力」，原行政處分機關或其上級機關應受其拘束，縱行政處分顯然違法或不當，亦不得加以撤銷或變更。值得注意者，乃訴願法第八十條規定之「爭訟性程序重開」，相較於行政程序法第一百十七條規定之「非爭訟性程序重開」，並無行使期限之限制，在法體系之統一上，難謂無缺失，有待於將來修法時予以統合。

二 訴願法第八十三條規定？

訴願法第八十三條規定：「受理訴願機關發現原行政處分雖屬違法或不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌訴願人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回其訴願。前項情形，應於決定主文中載明原行政處分違法或不當。」此條規定乃參酌行政訴訟法第一百九十八條規定之先例，將日本之情況裁決制度亦引入訴願制度。本條雖與行政處分之「形式存續力」無關，然與行政處分之「實質存續力」卻有間接之關聯。蓋依本條規定，則縱然訴願人之訴願尚在法定期限之內，換言之，為訴願程序標的之行政處分尚未發生「形式存續力」，且訴願人之訴願原屬有理由，但受理訴願機關發現原行政處分雖屬違法或不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌訴願人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回其訴願。其結果，無異於承認如行政處分雖屬違法或不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌訴願人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，即「不宜」撤銷或變更原行政處分，而使得該行政處分相對地亦具有相較於其他情況之「具裁量餘地」之「實質存續力」。惟於此等情形，有關之機關是否仍有裁量之餘地，則不無疑問。

三 行政程序法第一百十七條規定

行政程序法第一百十七條規定：「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原

處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：一、撤銷對公益有重大危害者。二、受益人無第一百十九條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。本條之規定，屬於「非爭訟性程序重開」之原因基礎之一，學者亦認為係我國承認行政處分具有實質存續力之依據。根據本條之規定，則違法行政處分於法定救濟期間經過後，雖已發生「形式存續力」，但其未必亦發生「實質存續力」，而不得撤銷該行政處分，除非撤銷對公益有重大危害或受益人無第一百十九條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者，始發生「實質存續力」，否則，原處分機關仍得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。由上可知，我國之行政程序法原則上不承認行政處分均存有「實質存續力」，而僅於例外情形，亦即基於法益衡量與信賴保護雙重考量之機制下，承認有「實質存續力」。

四 行政程序法第一百二十八條規定

行政程序法第一百二十八條規定：「行政處分於法定救濟期間經過後，具有下列各款情形之一者，相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之。但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限：

四 行政程序法第一百二十八條規定

一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。前項申請，應自法定救濟期間經過後三個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾五年者，不得申請。本條規定，乃我國大部分學者所稱之行政處分之「程序重開、重新進行、再度進行或重新開始」。根據本條之規定，行政處分有該條第一項各款規定之原因，除非相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，否則，該行政處分縱已發生原有之「形式存續力」，其仍不當然亦發生「實質存續力」。就此而言，於「具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者及其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者」，除相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者外，對於行政機關（應依其為請求撤銷、變更或廢止，而分別包含原處分機關與其上級機關），則不具有「實質存續力」。

於此種情形，其例外，亦即具有「實質存續力」不僅以「相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者」為其原因，同條第二項復以「自法定救濟期間經過後三個月」及「其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾五年者」，為已發生「實質存續力」之基準時點。由此一規定觀之，行政處分是否發生「實質存續力」在原因方面具有絕對性，而在時間點上，則亦具有相對性。

五 行政訴訟法第一百九十八條規定？

行政訴訟法第一百九十八條規定：「行政法院受理撤銷訴訟，發現原處分或決定雖屬違法，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原處分或決定之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回原告之訴。前項情形，應於判決主文中諭知原處分或決定違法」。

。此條規定乃將日本之情況裁決制度引入我國行政訴訟之制度。本條雖與行政處分之「形式存續力」無關，然與行政處分之「實質存續力」卻亦有間接之關聯。蓋依本條規定，則縱然原告之起訴尚在法定期限之內，換言之，為訴訟程序標的之行政處分或決定尚未發生「形式存續力」，且原告之訴原屬有理由，但受訴行政法院受理撤銷訴訟，如發現原處分或決定雖屬違法，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原處分或決定之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回原告之訴。其結果，無異於承認如行政處分雖屬違法，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，即「不宜」撤銷或變更原行政處分，而使得該行政處分相對地亦具有相較於其他情況之「具裁量餘地」之「實質存續力」。惟於此等情形，有關之行政法院是否仍有裁量之餘地，則不無疑問。

伍 行政處分有效性有爭議時，其存續力之相對性與絕對性
前面對於行政處分之「形式存續力」與「實質存續力」之探討與論述，均侷限於行政處分違法或不當，而能否據以提起訴願或行政訴訟之情形。至於行政處分是否因罹有無效之原因，而應歸於無效發生爭議時，其是否亦有「形式存續力」或「實質存續力」，且於何時發生之問題，我國學者間似乏探討，而有進一步探討之必要。以下試就行政程序法與行政訴訟法之有關規定闡釋之：

一 無效處分無存續力-行政程序法第一百十條第四項規定

無效之行政處分究竟有無存續力，我國之學說似不甚清楚。如依行政程序法第一百十條第四項規定：「無效之行政處分自始不生效力」。無效之行政處分既然自始不生效力，則自亦無「存續力」（包括「形式與實質存續力」）之可言。惟如依我國多數學者之見解，能否對於行政處分請求救濟，繫於行政處分是否已對外宣布其存在，亦即成立，則一旦行政處分成立，似乎不管其是否生效，即可對之請求救濟，當然自亦有是否已發生「形式存續力」之問題。如再依我國行政法院二十三年判字第六一號判例之二，基於「行政處分有效性推定」之見解，似亦認為無效之行政處分仍具有（實質）存續力。我國學者亦認為，行政處分之「實質存續力」隨行政處分之宣示而發生，且隨行政處分之存續而存在。然如行政處分因罹有行政程序法第一百十一條規定之無效原因，亦即：「一、不能由書面處分中得知處分機關者。二、應以證書方式作成而未給予證書者。三、內容對任何人均屬不能實現者。四、所要求或許可之行為構成犯罪者。五、內容違背公共秩序、善良風俗者。六、未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者。七、其他具有重大明顯之瑕疵者」，則其依同法第一百十條第四項規定，既然自始不生效力，則其應等同於自始不存在，當然亦就無任何之存續力之可言。惟有問題者，乃當行政處分是否無效發生爭議時，其是否亦存有「形式存續力」與「實質存續力」，則頗耐人尋味（詳次項之探討）。

二 處分無效之爭議及解決前之效力

無效之行政處分自始不生效力，則其應等同於自始不存在，當然亦就無任何存續力之可言，已如上述。此在原處分機關與相對人或利害關係人間對於行政處分無效均無異議之情況下，或雖有爭議，但嗣已經由行政訴訟或其他途徑，而不再有爭議時，亦同。惟行政處分是否無效發生爭議時，在處分無效確認前，其是否亦存有「形式存續力」與「實質存續力」之問題，則應依下列三方面觀察，始為正鵠：（一）行政處分一旦成立，則受「有效之推測」（*Vermutung für Gultigkeit*），因此，否認其有效者，須依法請求確認；又行政處分「形式存續力」主要之作用對象，既為具有訴權之人，則主張行政處分無效之人，通常為行政處分之相對人或利害關係人，其應依法尋求救濟。行政程序法第一百十三條雖然規定：「行政處分之無效，行政機關得依職權確認之。行政處分之相對人或利害關係人有正當理由請求確認行政處分無效時，處分機關應確認其為有效或無效」，但是對於行政處分是否無效發生爭議時，依我國之行政救濟法制，僅能提起確認行政處分無效之訴，而不能提起確認行政處分有效之訴。其主張行政處分有效者，除非係主張因該行政處分之有效而成立或不成立公法上之法律關係，否則，其並無提起確認行政處分有效之訴之餘地。於行政處分是否無效有爭議時，主張其無效者，由於其應先踐行請求確答之程序。因此，行政機關認為行政處分有效之確答，乃相當於訴願決定，基於法安定性原則，並斟酌人民請求確答之本意，人民應「類推適用」訴願法第九十條之規定，於該確答送達後二個月之不變期間提起訴訟，否則，仍會發生行政處分之「形式存續力」；如行政機關未於一個月內答覆者，則人民可隨時提起確認行政處分無效確認之訴，此時該行政處分無「形式存續力」之問題。（二）如原處分機關認為行政處分無效，而行政處分之相對人或利害關係人認為有效，由於行政程序法第一百十三條第一項規定，行政處分之無效，行政機關得依職權確認之。因此，其無向行政法院提起確認行政處分無效之訴之餘地，而僅有主張該行政處分有效，並因而存在一公法上法律關係之人，應於適當期間內提起確認公法上法律關係存在之訴。（三）如原處分機關認為行政處分有效，則該行政處分是否具有「實質存續力」，應視情況而定。於其認該行政處分雖屬違法，但非屬無效時，即須依行政程序法第一百十七條之規定，部分並依同法第一百二十八條之規定判斷之。於其認為該行政處分合法有效，則其無同法第一百二十三條所規定之情形，或雖有該條規定之情形，但已逾同法第一百二十四條規定之二年期限者，即發生「實質存續力」。

由上可知，在行政處分無效之爭議解決前，該行政處分對於主張其無效者，如其未於類推適用訴願法第九十條規定之期限內提起確認行政處分無效之訴者，將發生「形式存續力」。反之，原處分機關主張該行政處分無效時，該行政處分之相對人或利害關係人應於適當期限內提起確認公法上法律關係存在之訴。但其如未提起，亦不能謂該無效之行政處分對其發生「形式存續力」。再者，認為行政處分有效之原處分機關等，則依該行政處分是否違法或合法，而受到不同原因之「實質存續力」與基準時之約束。

陸 結論

基於本文前述之探討，可知行政處分存續力不僅在概念與內涵上具有相對性，可細分為形式存續力與實質存續力，且其效力所及之對象亦屬不同。抑且行政處分之形式存續力與實質存續力之發生基準時與拘束之對象，復不盡一致，而存有相對性。在訴願

法之規定下，如行政處分達到之人有數人，且時間不一致，其發生「形式存續力」之時點，反不像公告之情況之具有統一性。未被送達之利害關係人與已受送達之行政處分相對人或已知之利害關係人，行政處分對其發生「

形式存續力」之時點不一致，即未受送達之利害關係人因其知悉行政處分存在並生效之時點不一致，該行政處分對之發生「形式存續力」之時點自亦不可能一致，除非渠等均已罹於「自行政處分達到或公告期滿後，已逾三年」之最高限制。如對於一行政處分得以提起訴願之人不僅一人，則因其中一罹有「天災或其他不應歸責於己之事由，致遲誤前條之訴願期間」或者各該訴願人均罹有不同種類之「天災或其他不應歸責於己之事由」，且該天災或其他不應歸責於己之事由消滅之時間點亦不一致，則因其申請回復原狀之時限不同，亦可能導致行政處分對不同人發生「形式存續力」之時點，亦將不同。如訴願人不在受理訴願機關所在地住居，復無訴願代理人住居受理訴願機關所在地，得為期間內應為之訴願行為，則其計算訴願法第十四條規定之法定期間，尚必須另外加計其法定在途期間。抑且因訴願人住居所與受理訴願機關間遠近之不同，其應扣除之在途期間亦不同，間亦造成行政處分對之發生「形式存續力」時點之不同，此於不同之訴願人享有不同之扣除在途期間之情形，尤屬如此。

在行政處分之「實質存續力」方面，訴願法第八十條規定之「爭訟性程序重開」，相較於行政程序法第一百十七條規定之「非爭訟性程序重開」，並無行使期限之限制，在法體系之統一上，難謂無缺失，有待於將來修法時予以統合；同法第八十三條適用之結果，其結果，無異於承認如行政處分雖屬違法或不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌訴願人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，即「不宜」撤銷或變更原行政處分，而使得該行政處分相對地亦具有相較於其他情況之「具裁量餘地」之「實質存續力」。惟於此等情形，有關之機關是否仍有裁量之餘地，則不無疑問。行政程序法第一百十七條規定，原則上不承認行政處分均存有「實質存續力」，而僅於例外情形，亦即基於法益衡量與信賴保護雙重考量之機制下，承認有「實質存續力」；就同法第一百二十八條之規定言，行政處分是否發生「實質存續力」在原因方面具有絕對性，而在時間點上，則亦具有相對性。至於依行政訴訟法第一百九十八條規定，則縱然原告之起訴尚在法定期限之內，換言之，為訴訟程序標的之行政處分或決定尚未發生「形式存續力」，且原告之訴原屬有理由，但受訴行政法院受理撤銷訴訟，如發現原處分或決定雖屬違法，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原處分或決定之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回原告之訴。其結果，無異於承認如行政處分雖屬違法，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，即「不宜」撤銷或變更原行政處分，而使得該行政處分相對地亦具有相較於其他情況之「具裁量餘地」之「實質存續力」。惟於此等情形，有關之行政法院是否仍有裁量之餘地，則不無疑問。

就行政處分無效有爭議時，於其解決前，該行政處分對於主張其無效者，如其未於類推適用訴願法第九十條規定之期限內提起確認行政處分無效之訴者，將發生「形式存續力」。反之，原處分機關主張該行政處分無效時，該行政處分之相對人或利害關係人應於適

當期限內提起確認公法上法律關係存在之訴。但其如未提起，亦不能謂該無效之行政處分對其發生「形式存續力」。再者，認為行政處分有效之原處分機關等，則依該行政處分是否違法或合法，而受到不同原因之「實質存續力」與基準時之約束。