

發行人：林國明

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

本刊訊

本會參與憲政改造與人權保障研討會

成功大學法律系暨科技法律研究所於 95 年 12 月 2 日上午在該校社科院研討室，舉辦「憲政改造與人權保障」學術研討會，由系主任兼所長郭麗珍教授主持，與談人為本會林理事長與陳文欽律師及王毓正教授，另該所蔡志方教授、林易典教授與台北大學陳慈陽教授及台南高分院林大洋院長等人參與座談。研討會首先由郭所長致詞及引言，接著分別由本會林理事長、陳文欽律師與王毓正教授提出報告，最後為綜合討論，由與會人員交換意見，會議於 12 時 15 分結束。

本次研討會係第二次舉辦，去年主題為「多元價值與科技高度發展下我國憲法應有之調適」，去年亦由本會林理事長參與並提出報告。今年本會增派對憲法頗有鑽研之陳文欽律師參加，俾以加強本會與成大法研所之學術交流。林理事長於此次會議中表示現行憲法對刑事基本權僅有第八條及第十六條之規定，尚欠週詳，端賴司法院大法官會議之解釋，仍不足以適應現代社會之需求，宜參酌歷年來司法院大法官會議有關刑事基本權之解釋意旨，將其原則性之規定入憲。陳文欽律師則就修憲與制憲之議題與建立以人性尊嚴為基礎之人權保障，提出寶貴之意見。王毓正教授則探討關於基本權利類型擴增與保障強化，並以環境權為例提出個人見解。最後林大洋院長表示法官於審理實際案件時，不宜跳脫法律規定，直接引用憲法之法理，而排除法律之適用，其餘與談人就此亦分別提出回應，討論相當熱烈。

平民法服中心新裝修

諮詢民眾隱私多保障

台南高分院林院長大力協助

本會加強提升法律服務品質

『本刊訊』 本公會位在台灣高等法院台南分院 2 樓的平民法律服務中心會談室，已於 95 年 12 月下旬改裝完成。裝修完成後的會談室將原本的開放空間，設牆隔開人員通道，以免與會談諮詢場所相互干擾；在會談室內仍區分為等候區與諮詢區，讓請求諮詢的民眾在聽取律師解答法律問題時，不會有眾目睽睽被窺視的感覺。

平民法律服務中心辦理成立 32 週年的慶祝活動中，援例於 10 月間舉辦服務品質問卷調查，針對聲請法律諮詢民眾調查蒐集改進意見，經統計後並於週年慶祝晚會時公布，做為本公會改善服務態度，提升服務品質之參考。

據了解，今年有一位民眾反應說，前來法律諮詢時，有人從旁走動，有人在近處等候，覺得沒有隱私；這實在是因為服務中心會談處屬開放空間，所致。

台南高分院林大洋院長在獲悉民眾的反應後，極表重視，隨即在 95 年 11 月 12 日蒞臨中心週年慶祝晚會演講時，表示將會設法改善此問題；沒想到短短月餘時間裡，就完成規劃改裝，體察民意，效率卓著，本公會律師同道咸表敬佩。

中心吳主任委員表示，會談室加裝隔間後，讓民眾前來諮詢、等候有不同使用空間，增加民眾來法院時受尊重的感受；而輪值服務律師在環境色調溫和，乍看頗似「心靈診所」的諮詢區提供法律意見，當可更加耐心，更有同理心地解答問題。中心的服務品質必然向前邁進，績效可期。

俗云：「仁者樂山，智者樂水」，隨著歲月之洗禮，在一次偶然機緣中，經友人之建言催化，竟然將往日與三、五好友於星期例假日，一同於居家附近之山巒間踏青登嶺之樂趣，轉換為與友人偕同至海邊或魚塢垂釣魚蟹之活動，初嚐遠山面海，拋釣桿嚐海鮮之樂趣，此乃始料未及之事，惟卻十足體驗到垂釣活動中，分別寓有「定」、「靜」、「安」、「慮」、「得」等各種不同之涵義及哲理，就如同我等從事法律業務之人，於接辦各類案件時，所能面對及體悟到案情各異，法律關係不同之事務一樣，可謂「如人飲水，冷暖自知」。

話說假日來臨前，先將公事進度掌控到一定程度後，即與友人聯絡，以決定屆時究係進行「海釣」？抑或「塘釣」？蓋以凡事「豫則立，不豫則敗」，即行事之前，本應先做好萬全準備才是。就以出門釣魚而言，舉凡交通工具之機件、油料、用水、釣具、防曬防風衣帽、手套、保鮮裝備、釣餌、飲料及充饑食物，要皆先予列單，逐項檢視、清點，更應先了解當日之天候及潮汐狀況，再決定是否成行？因「工欲善其事，必先利其器」。此外例如抵達海邊時，究係在海岸邊、或在竹筏上、或在與海相連通之大圳旁、或擬在魚塢堤上進行垂釣？自有加以選定之必要。蓋以各該不同地點，攸關垂釣時之心境情趣，及當日之魚獲成果。又不同之垂釣地點，其水域內之魚種亦不盡相同，例如在海岸堤防旁之蚵架區附近水域，則以俗稱之「黑格」、「赤翅仔」、「豆仔」、及「花身仔」等魚種較易上鉤，尤其是「黑格」與「赤翅仔」魚，最喜歡在蚵架區之海域一帶迴游覓食；又如在魚塢堤上垂釣，則以「吳郭」或「虱目」魚最不挑食，只要有麵包屑揉成之餌料、或以蛆或蚯蚓為餌，對其即有要命之吸引力，至於在海岸沙灘淺水區域，則以「沙梭」、「花身仔」及「瓜仔」魚等，較常現身。而律師接辦當事人委任案件，何其不然？因案件五花八門，有如各類魚種，除先要與當事人洽談案情外，並應要求當事人坦然陳述，切勿刻意隱匿掩飾，另須詳閱及探研各相關文件、資料、法令，蒐集有利證據，掌控案件之進度，以防免有失出失入之情況發生，如此自可「無慮」，而可「遠憂」，更能對症下藥，而收頭痛醫頭，腳痛醫腳，不辱使命之效。此乃「豫則立，不豫則廢」之道理。又釣魚下桿時，切忌心浮氣躁，而應「定」下身來，安下心緒，專心盯住浮標，而偏偏浮標常會隨水面波浪晃動，忽上忽下，或左或右，一時無法辨明魚兒有無上鉤之動向。而律師辦案，亦忌心情浮躁，而須頭腦冷靜，心思縝密，運用邏輯思維，提綱挈領，化繁為簡，俾竟其事功，而能為當事人伸張公理、正義。

再者，若一時釣不到魚，也毋庸灰心，捱到夕陽西下時分，看到滿

天霞暉，遠眺雁群悠悠列飛天際，心中諒會感到安詳、無憾，因雖無魚可得，卻覺已另有所獲。而律師接當事人委任案件，所應秉持之態度何嘗不然？例如對當事人闡述其案情始末經過時，無妨冷靜傾聽，切勿心存急躁，或表不耐之態，但應伺機儘速代為理出案情頭緒，抓住重點，以免耗費雙方寶貴時間。然無可諱言，對當事人而論，其前來洽案，要皆為急迫性、且攸關其切身利益及權益得喪之問題，故於洽案時，難免會出現情緒化之言行舉止，或有對律師心存顧忌，而不敢貿然掏心信賴者，亦有欲言又止，藉機打探妙招，意圖剽取律師之智慧財產者，另有言不由衷，顧左右而言他、或有語出宛如行雲流水，可類如最近梅嶺大車禍遊覽車之煞車失靈狀者，其類型可謂不一而足。遇到上列各類型之當事人，身為法律服務人之律師，只得運用睿智，洞燭先機，動之以情，待之以禮，見好就收，適時掌控時間，縱有百般無奈、焦躁，亦應發揮類同練瑜珈以腹吸氣吐納之功夫，沉著冷靜態度，以來者是客之原則善待之，如此，自可獲得當事人應有之尊重及信賴，願充分配合釐清案情，期能辨明是非曲直，維護權益，從而吾人接辦受任之案件，才能揮灑自如，壓力抒解，進退有據，庶幾不會逾矩，公理正義自得以伸張。

此外，釣魚時若有大魚上鉤，固然令人振奮欣喜，但如釣得稚弱小魚，雖亦見獵心喜，自認有成，只因幼魚有如三春之鳥，嗷嗷待哺，有待成長，是以釣者應心存善念，給予放生之機，俾期水中之魚得以生生不息，而有利來日釣客永續前來拋竿，各展其垂釣之技及享撫魚之趣。而律師接辦案件中，亦難免有大案小案之別，辦得大案順利後，雖覺有成，對當事人有所交待，但切勿哀矜自喜，接到小案，則不宜心存不屑或淡然處之，蓋無論大案小案，要皆為案，攸關當事人個人或他人之權益至切，均應坦然面對、平等正視之。換言之，勿以案小而不為，勿以案簡而不與，但為免流於浮濫及浪費司法資源，自可就個案做合理適切之篩選，而非必要照單全收，以維社會正義、公信。

俗云：「心靈純淨，處處可得道」，釣魚和接辦案件，亦應秉持同一心態，蓋以「人縱有衝天之志，無運不能自通；馬能日行千里，無人不能自往。」，釣魚要看天時，律師接辦案件，亦須時運相濟，但仍有賴自持自強，力求其善，以期圓滿，願此自勉。

本會冬季國內旅遊 知本老爺泡湯風呂二日遊

本會林理事長為增進會員間之聯誼交遊，請楊淑惠理事籌辦冬季國內旅遊，經理監事會決議舉辦台東知本老爺泡湯風呂二日遊，日期為95年12月16、17日，由於知本老爺大酒店係國內少數可以露天裸湯之溫泉飯店，而住宿價格也很高，因此報名參加之人員僅64位。

12月16日一早，參加人員分別搭乘二輛遊覽車，遊覽車經南二高、台9線至台東，在枋山觀海休息站略做休息，有小販販賣造型優美、活潑生動的磁鐵，吸引不少道長掏腰包購買，有些道長則至海邊觀看浪潮，隨後車子即直驅台東，在富岡美娥餐廳享用鮮美的海產料理，隨後即至國立台灣史前文化博物館，在解說員生動的解說下，讓參加人員了解台灣島的由來、冰河時期的生物、台灣的植物、台灣史前人類的生活及文化，在雕琢工具不發達的時代，史前原住民如何將堅硬的台灣玉雕琢成精緻的耳飾，誠令大家讚嘆不已，而對於該館設有號稱「五星級廁所」，不僅無廁所慣有的異味，還有優美的音樂，讓大家紛紛前往參觀使用。結束台灣史前文化之行後，即直奔知本老爺大酒店。

為了讓參加人員能充分享受泡湯樂趣，抵達飯店時才下午4時許，而晚餐時間為7時30分，在這段時間，不少道長紛紛至露天風呂處享受裸湯之樂，雖然天空下起雨來，溫度也逐漸變冷，但是泡在熱呼呼的溫泉裡，真是人生一大享受。晚餐係在該飯店享用自助餐，溫三郎道長此次攜同其新婚妻子參加，特別請飯店準備紅酒請大家補喝喜酒，溫夫人與溫道長在林理事長陪同下，逐桌敬酒，大家誠摯祝福他們幸福美滿。飯後至大廳欣賞原住民的歌舞表演及摸彩活動，原住民舞者時而溫柔、時而強壯的舞蹈，贏得不少喝采的掌聲。

17日早上用過早餐後，有部分人員繼續留在飯店內享受泡湯樂趣，另有20餘位人員分成二輛小巴士，在布農族導遊「飛鼠」導引下，展開「布農泰平山之旅」。首先前往「水晶河、蝴蝶谷」，因為該處溪流每逢大雨過後，不少水晶原石隨大雨沖刷下來，在陽光照耀下閃閃發亮，所以稱為「水晶河」，該處溪谷也常有蝴蝶成群飛舞，故名「蝴蝶谷」，只可惜我們來的時間不對，沒有看到溪流裡有水晶，也沒有看到飛舞的蝴蝶，但是該處寧靜、優美的溪谷景色，還是讓大家謀殺了不少底片。而後來到高台的飛行傘訓練場，站在樓台上，遠眺青翠的草地及群山，讓大家身心頓感舒暢，而飛鼠還特別介紹西藏喇嘛認為台灣磁場最強之處，要大家感應一番。之後驅車前往泰平山，陡峻、狹窄的山路，讓大

家心驚膽跳，唯恐車子滑落山下，但是一到山頂，眺望四周優美的景色，讓大家深覺不虛此行，美中不足之處是天氣不佳，否則在太陽照耀下，景色將更加迷人。隨後來到飛鼠稱為布農族新任頭目必須修練之處—涓絲瀑布，瀑布本身並不特別(因為是人工引流所致)，但是瀑布流經之岩壁確有其獨特之處，讓人心生崇敬。而在布農族舉辦祭祀慶典之傳統建物旁，飛鼠準備了該族之頭飾及服裝，供大家拍照留念。

結束布農泰平山之旅，我們趕到應用原生植物園，由於適逢假日，遊客眾多，大家遲至下午2時才有餐桌可以用餐，不少人員早已飢腸轆轆，等到美味的藥膳料理上桌，不一會兒就已盤底朝天，在享受健康的藥膳料理後，大家踏上歸途，但是因歸程之路途遙遠，本會特別在嶺口味香餐廳準備活魚大餐，讓參加人員不必餓著肚子回家，由於該餐廳係在南二高的斜張橋下，在燈光投射下，斜張橋顯現迷人的風采，讓大夥紛紛拿起相機拍照，在用完活魚大餐後，此次的泡湯之旅正式畫下句點。

侵害債權之侵權責任 林大洋

—最高法院95年度台上字第294號民事判決評述—

民法第184條第1項前段之規定，係以權利之侵害為侵權行為要件之一。所謂權利，依通說乃指既存法律體系所明認之權利(註1)。而權利依標的(內容)為標準，可分為財產權(含債權、物權、準物權及無體財產權)及非財產權(含人格權及身分權)。準此，民法第184條第1項前段所稱之權利，應包括債權，本無疑義。然因債者，係特定人間得請求特定給付之法律關係(註2)，故債權具有特定性，債權人僅得向特定之債務人請求給付，非如其他之權利屬於絕對權，可以直接支配權利客體並對抗一般不特定之人。因此，乃衍生以下三個問題：債權是否屬於民法第184條第1項前段所稱之權利？債務人違反其應為給付之義務，是否侵害債權人之債權，而構成侵權行為？第三人侵害債權人之債權，在何種情形下，成立侵權行為，應如何適用法律？

關於第1個問題，學說上有肯定說、否定說及折衷說。肯定說(多數說)認為民法第184條第1項前段既泛稱侵害他人之權利，而債權亦屬權利之一種，即應受法律保護而具有不可侵犯性，不因其係相對權而有

異（註3）。否定說以王澤鑑教授為代表，其論點為：(1)債權不具有社會典型公開性，外界難以知之，如因過失不知他人債權之存在，亦須負侵權行為之責任，範圍將漫無邊際。(2)債之關係常為社會經濟活動，若因過失侵害給付之標的物或債務人本身，致生給付不能或給付遲延，加害人亦應負侵權行為責任，社會交易活動及競爭秩序，將難以維持。(3)以民法第184條第1項後段，作為侵害債權規範基礎，運用靈活，足以發揮保護債權之效能（註4）。折衷說則眾說紛紜，各有所見（註5）。實務上對此見解尚不明確，但最高法院之判決曾採肯定之見解（註6）。

其次，債務人違反給付之義務（債務人侵害債權人之債權），使債權人之債權無法獲得滿足，並非侵權行為中侵害債權之行為，而係債務不履行之範疇，乃學說上所共識（註7）。實務上就此亦採法條競合說，認為債務不履行之規定，乃侵權行為之特別規定。如最高法院43年台上字第752號判例：「侵權行為，即不法侵害他人權利之行為，屬於所謂違法行為之一種，債務不履行為債務人侵害債權之行為，性質上雖亦屬侵權行為，但法律另有關於債務不履行之規定，故關於侵權行為之規定，於債務不履行不適用之。」同院69年度第7次民事庭會議決議：「按債務人與第三人通謀移轉其財產，其目的雖在使債權無法實現，而應負債務不履行之責任，但將自己之財產予以處分，原可自由為之，究難謂係故意不法侵害債權人之債權，故與侵害債權之該第三人不能構成共同侵權行為……。」惟在債務人因債務不履行而侵害債權人之固有利益，如債權人之生命、身體、健康、物權時，則可能發生債務不履行損害賠償請求權與侵權行為損害賠償請求權並存（競合）之問題（註8）。

至於侵害他人債權（債務人以外之第三人侵害債權人之債權），是否構成侵權行為，應如何適用法律，乃民法上著名的熱門話題，因其涉及民法第184條第1項前段是否包括債權之爭議，學說及實務上迄無定論，長期聚訟不休。最近最高法院作成之95年度台上字第294號民事判決，對此一問題有所闡釋，頗具探討價值。

最高法院95年度台上字第294號民事判決略以：「上訴人起訴主張：伊於民國91年12月間遭訴外人陳○基侵占新台幣（下同）450餘萬元，遂於同月12日向台北地院聲請就陳○基在被上訴人（華南銀行）帳戶內之存款，於296萬元之範圍內為假處分。經准許後提存擔保金聲請假處分之執行，由台北地院民事執行處發出假處分執行命令。嗣上訴人對陳○基起訴請求返還侵占之款項，經台北地院判決陳○基應給付伊4,482,068元本息，伊即依該判決向台北地院就陳○基在被上訴人帳戶內已受假處分之存款聲請假執行，經執行法院於92年11月4日發出扣押

命令。詎被上訴人竟於同月6日向執行法院表示前開受假處分之帳戶存款餘額為零而聲明異議。緣被上訴人雖另收受台北地院另案訴外人巫○丁對陳○基之扣押命令及移轉命令，然未依前開執行命令之說明，向法院陳報其之前業已收受上訴人為債權人之扣押命令，顯然違反前開執行命令，及強制執行法第33條、第56條、第115條之2第2、3項規定，故意或過失侵害伊之債權，致伊之債權未獲滿足之執行，受有290萬元之損害等情。爰本於民法第184條第1項前段、第2項規定之法律關係，求為命被上訴人給付290萬元本息之判決。被上訴人則以：按假處分不能排除法院終局之強制執行，伊既係依台北地院收取命令，將款項交付巫○丁，自無侵害上訴人之權利，亦無違反強制執行法第115條之2第2項規定。又上訴人就系爭款項僅處於禁止處分之保全程序階段，尚無權收取系爭款項，損害賠償請求權尚未發生等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之決，駁回其上訴，無非以：按民法第184條第1項前段所稱之權利，係指私權而言，包括人格權、身分權、物權及智慧財產權等。而債權雖屬私權，然為相對權，存在於當事人間，債權人對於給付標的物或債務人的給付行為並無支配力，且債權不具有所謂典型的社會公開性，第三人難以知悉，同一個債務人的債權人有時甚多，如謂加害人因過失侵害，即應負損害賠償責任，加害人責任將無限的擴大，似屬過苛，不合社會生活上損害合理分配原則，且有礙於經濟自由之發展，此並涉及債務人的意思自由及社會經濟生活的競爭，應作限制的解釋，是以債權應非屬民法第184條第1項前段所稱之權利。查上訴人主張被上訴人侵權行為之客體為債權，然依上開說明，債權應非屬民法第184條第1項前段所稱之權利，自難認被上訴人有何故意或過失不法侵害上訴人債權之事實存在。上訴人依民法第184條第1項前段規定請求被上訴人負損害賠償責任，即屬無據。……為其判斷之基礎。按『債權之行使通常雖應對特定之債務人為之，但第三人如教唆債務人合謀，使債務全部或一部陷於不能履行時，則債權人因此所受之損害，得依侵權行為之法則，向該第三人請求賠償』（本院18年上字2633號判例參照），準此，債權既屬權利，即應受尊重，第三人如予以侵害，是否不成立侵權行為，自非無疑……。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。」

在本件判決中，二審法院受前述學說上否定說見解之影響，認民法第184條第1項前段所規定之「權利」，應作限制解釋，不包括「債權」在內。但最高法院則採肯定說之見解，認「『債權既屬權利』，即應受尊重，第三人如予以侵害，是否不成立侵權行為，自非無疑」，並引用

18年上字第2633號判例「債權之行使通常雖應對特定之債務人為之，但第三人如教唆債務人合謀，使債務全部或一部陷於不能履行時，則債權人因此所受之損害，得依侵權行為之法則，向該第三人請求賠償」，作為依據。查上開判例固肯認第三人侵害債權人之債權，得成立侵權行為，然須以第三人教唆債務人合謀，亦即加害人（第三人）須有故意為必要（但其請求權基礎究竟係民法第184條第1項前段或184條1項後段，則未敘明）。而在本件案例中，上訴人（被害人）之債權被侵害之狀態，係因被上訴人（第三人）未依執行命令之記載說明，向執行法院陳報答復其之前業已收受以上訴人為債權人之另紙扣押命令，致上訴人之債權未能列入分配，而受有不能滿足執行之損害。此種情形，債權之侵害並未涉及經濟活動或競爭秩序，似應依民法第184條第1項前段採過失責任，認上訴人可據以請求損害賠償，以顧及當事人間之權益，並維護法律解釋之完整性（註9）。惟依本件最高法院發回意旨之理由推論，倘被上訴人係過失侵害上訴人之債權時，因與18年上字第2633號判例限於加害人有故意始能構成侵權行為之情形有別，則上訴人是否能向被上訴人請求賠償損害，即有疑問。是本件判決未能就第三人過失侵害他人債權是否構成侵權行為，以及第三人故意侵害他人債權究竟應依民法第184條第1項前段或後段請求，表明法律見解，以釐清實務上長期爭議之問題，不無缺憾。

（作者為臺灣高等法院臺南分院院長）

（註釋）

邱聰智，新訂民法債編通則上冊，頁158。孫森焱，民法債編總論上冊，頁210。最高法院55年台上字第2053號判例

王澤鑑，民法債編總論，頁3。

鄭玉波，民法債編總論，頁173。王伯琦，民法債編總論，頁73。戴修瓚，民法債編總論，頁153。

王澤鑑，民法學說與判例研究第5冊，頁218。王澤鑑，侵權行為法第1冊，頁198。

孫森焱，民法債編總論，頁214。史尚寬，債法總論，頁136。邱聰智，前揭書，頁161。林誠二，民法債編總論上冊，頁258以下。

最高法院57年台上字第3057號判決、58年台上字第1626號判決。

姚志明，侵權行為法研究，頁14。

馬維麟，民法債編註釋書，頁257。

姚志明，前揭書，頁29。

聖主如天萬物春 小臣愚暗自忘身
 百年未滿先償債 十口無歸更累人
 是處青山可埋骨 他年夜兩獨傷神
 與君世世為兄弟 更結人間未了因

著名藝人余天的弟弟余福星，因為販賣毒品，在中國大陸被判處死刑，於不久之前遭到槍決。余福星在廈門販毒被捕是早在二〇〇四年間的事，二〇〇五年曾一度傳出已遭處決的消息，不過後來證實，只是虛驚一場。今年，余福星終究福星晦暗、在劫難逃。據說在死刑暫緩執行期間，余天曾試圖透過關係花錢營救，結果，還是事與願違。

余福星的骨灰送回台灣時，余天面對記者的採訪，低調不願回應，只有愁容滿面、語帶哽咽的說：「來生還要和他做兄弟，但絕不再送給別人，要留在身邊好好的照顧」。原來，余福星因家貧，自小給人收養，或許是未受到養親家妥善的管教，以致於誤入歧途，落得如此下場，余天這番話多少聽得出帶點自責與不捨。

「兄弟如手足，妻妾如衣服，衣服破了尚可補，手足斷了難再續」，已記不得是誰說了這句話，且不論這樣的比喻是否貼切，至少余天對弟弟的情份，確實叫人感動，他那句：「來生還要和他做兄弟」，讓我想到了歷史上一則兄弟情深的故事。

北宋神宗元豐二年，大詩人蘇東坡在湖州太守任內，被政敵舒亶、李定、王珪這幫新貴小人，向皇上進讒言，誣以「誣謗君相」的大罪，下在京城御史台的大牢裏。弟弟蘇轍這時候在商邱任通判，哥哥被捕下獄，他焦急萬分，一再設法營救，後來計無可施，只好自上奏章，請朝廷赦免哥哥的罪，他願罷掉一切官職，不料，營救不成，自己倒先受了降職的處分。

東坡在獄中，由兒子蘇邁負責送牢飯，東坡為明瞭案情的進展，和蘇邁作了一個約定，就是牢飯不要送魚，除非案情已絕望、求生無門，才送魚作暗示。

某日，蘇小妹風塵僕僕從橫州到京城探監，親自做了幾樣哥哥平常愛吃的菜送到牢裏，誰知道，當東坡打開飯盒時，心底一沉，原來菜肴中有一道豆瓣魚，東坡以為是蘇邁故意送的，一時間，萬念俱灰，食難下咽，在心情極度沮喪的狀況下寫了兩首訣別詩給弟弟蘇轍，其中一首就是文前的七律，字裏行間，哀婉動人。

東坡請獄卒代為遞送這兩首詩給子由，獄卒因事先已受命嚴禁東坡對外通訊，只好將詩呈給御史台並輾轉送到皇帝手中。神宗皇帝本來就有憐才之意，看了詩，反覆吟誦，感動不已，嘆道：「子瞻真是個忠於君國的人！」，從此以後，凡有奏章詆毀彈劾東坡的，都遭擱置，不久便下令釋放了東坡。造成這次誤會的原因，出在蘇邁忘了把跟父親的約定告訴姑姑，沒想到吉人天相，東坡卻因此逢凶化吉。

這兩首文情並茂的詩（註），對君國之恩、兄弟之情、妻兒之愛，抒發深刻，數百年後讀來，仍令人泫然欲涕，動容不已。

「與君世世為兄弟，更結人間未了因」，不同的時空背景，卻說出同樣話，雖然是個巧合，但也是人同此心。余天與東坡先生異代不同時，棣萼情長，並無二致，只是他生緣會難期，縱使來世照面，亦恐「相逢應不識」！

註：另一首詩為：

柏台霜氣夜淒淒	風動琅璫月向低
夢繞雲山心似鹿	魂飛湯火命如鷄
眼中犀角真吾子	身後牛衣愧老妻
百歲神遊定何處	桐鄉知葬浙江西

大陸地區人民「假結婚」辦理入境 是否構成「非法」入境

黃厚誠 律師

陳欣怡 實習律師

一、前言

台灣地區與大陸地區因有歷史因素與政治立場之特別關係，兩岸人民之交流互動於法律面便以台灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱本條例）作為依循準據。其中本條例對於「使大陸地區人民非法進入台灣地區」之行為設有處罰規定（見本條例第 15 條第 1 款、第 79 條第 1 項），目的係在維持台灣地區人民之妥善管理，亦在避免非法進入台灣地區之大陸人民來台從事非法行業，滋生台灣地區之社會亂源。筆者最近因處

理實務案件而接觸該等法律，以下經由案例事實，為本條例之法律適用與評價之分析與檢討，併就教高明。

二、案例事實

某甲為使其友人即大陸地區人民某乙，藉由假結婚之管道，至台灣地區工作生活，乃透過報紙刊登之廣告，與某丙聯絡，以新台幣○○萬元之代價，委託某丙刊登○○廣告招攬，某丁見該廣告應允辦理假結婚，由某甲偕至大陸地區與某乙辦理假結婚。嗣某甲再將某乙和某丁於大陸地區公證處申請之結婚公證書，委託不知情的旅行社人員向財團法人海峽交流基金會辦理認證證明，以及將由某丁填妥的「大陸地區人民進入台灣地區旅行申請書」、「大陸地區人民進入台灣地區保證書」，再委託不知情的旅行社人員向內政部警政署入出境管理局申請大陸地區人民某乙以探親名義入境台灣地區。嗣經警方查詢是否有結婚事實，某丁便向警方坦承其為假結婚，致入出境管理局未能核准許可某乙入境。

本案檢察官認某甲與某丙、某丁因有犯意聯絡及行為分擔，成立共同正犯，以觸犯本條例第 15 條第 1 款、第 79 條第 1 項、第 4 項規定起訴。

三、法律適用與評價

(一)本案事實有無「非法」使大陸地區人民進入台灣地區：

1. 按本條例第 15 條第 1 款規定「下列行為不得為之：一、使大陸地區人民非法進入臺灣地區。」依最高法院近年之見解，認此關於不得使大陸地區人民非法進入台灣地區之規定，此係指未經主管機關許可，擅自使大陸地區人民進入台灣地區而言（最高法院刑事判決 92 年度台上字第 2763 號參照）。換言之，只要符合相關法令規定並經主管機關之核准許可，其持有形式上的許可證書進入台灣地區，應為形式「合法」入境。若本案大陸地區人民某乙地區係執主管機關之核准許可進入台灣，則某甲自無「使大陸地區人民『非法』進入台灣地區」的情形。
2. 本案某乙和某丁均無結婚真意卻辦理結婚登記，以「假結婚」的方式達到「真入境」之目的，此是否構成使大陸人民非法進入台灣地區罪，應端視本罪「非法」之定義為何？是否包含此種「假結婚真入境」的案例。多數實務見解認本條例第 79 條第 1 項對於違反同條例第 15 條第 1 款所定不得使大陸地區人民非法進入台灣地區之處罰，旨在防止大陸地區人民非法進入台灣地區，以維護台灣地區之安全與安定；所稱「非法」，自應從實質上之合法性予以判斷，凡評價上違反法秩序之方法，均屬「非法」。參照行政程序法第 119

條第1款、第2款規定，受益人以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者；或對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者，其信賴不值得保護。故在大陸地區通謀虛偽結婚，以不實之結婚證明辦理相關戶籍登記、入境等手續，憑以進入台灣地區，其所持之入境許可文件雖係入出境主管機關所核發，形式上為合法，但因以詐欺方法而取得，即不具實質上之合法性，仍屬非法進入台灣地區(註1)。另實務有少數見解認為被告所持有之結婚登記因係大陸民政機關依據當事人等之形式登記所發給，並非經偽造或變造之物，其內容不實，亦僅涉及彼等婚姻是否有效成立，及日後是否得予註銷之問題，尚非刑事法院所得宣告沒收(註2)。換言之，實務上認為本罪「非法」應以實質層面作判斷，「假結婚申請入境」雖然形式合法，然實質不法便應該當本罪；少數見解則認結婚登記證書若非行為人所偽造或變造，「假結婚申請入境」案例便僅涉及婚姻是否有效成立，而非刑事問題。

3. 本文以為非法行為係評價上違反法秩序之方法，惟不法行為因其不法內涵程度上之不同，應分為行政不法、民事不法與刑事不法，而刑法因為其處罰之嚴厲性與拘束性，故應秉持刑罰的最後手段性，方符合比例原則。行為人若以詐欺手段使行政機關作成行政處分者，其構成行政不法，故其信賴應不受保護，可茲認同。然若直接評價其即為刑事不法應科處刑責，則嫌過於速斷。
4. 按法學解釋之方法共有數種，用以探求或闡明法律條文之正確意義，本條例之使大陸人民非法進入台灣地區罪，既有罰則規範即應為刑事特別法，故本條例第15條第1款之「非法」若按文義解釋，即應達刑事不法的程度始足當之。當事人無結婚真意卻辦理結婚登記，該登記有無效的原因應予撤銷，此為民事不法行為，然刑法基於謙抑性法理，其刑事不法程度應比民事不法程度更高。
5. 入境許可書係由當事人所提出的申請文件中經入出境主管機關為實質審查後所核發(註3)，若被告持有偽造或變造之文件向主管機關聲請入境許可，主管機關亦為核准許可，則被告行為係使主管機關陷於錯誤之詐欺行為，此時可認被告行為不具有實質上之合法性。惟被告所持既屬真正文件，縱使結婚登記不能展現當事人是否有結婚之真意，然基於行政效率上之考量，只要當事人之申請文件符合相關法令規定，應即予以核准，即使此結婚登記有無效之原因，此結婚登記因尚未被撤銷，故仍有形式上效力，而入出境主管

機關基於信賴此結婚登記之效力為入境許可之核准，申請者便無刑事不法。申言之，本案例某甲所據以申請認證證明和入出境許可的結婚登記證書並非被告所偽造或變造，而係大陸民政機關所核發之真正文件，被告對入出境主管機關即無所謂詐欺情事，若該結婚登記因欠缺實質條件而無效(民事不法)，則亦須經民事法院所確認之，此非刑事法院所能直接認定的。因此，持有假結婚登記證書申請入境許可之行為，既僅達民事不法程度，自不可評價為刑事不法之犯罪行為，較為妥當。

6. 再以歷史解釋來看，查本條例第 15 條第 1 款「使大陸地區人民非法進入台灣地區」的規定，所謂「非法」之定義為何？此觀本條例立法紀錄，在該行為罰則之制定過程中，可見出立法者係在討論「偷渡」之情形(註 4)。因此，「使大陸地區人民非法進入台灣地區」之行為，在一開始立法時，乃係指類「偷渡」此種未經入出境主管機關許可進入台灣地區之情形。亦即，未經許可而進入台灣地區之行為才算是「非法」。本案既是以真正的結婚登記證書向入出境主管機關申請入境許可，並非以偷渡之方式讓大陸人民來台，應不構成「非法」。
7. 又按民國 86 年 4 月修正本條例第 79 條時，增訂本罪未遂犯以及加重處罰常業犯。其立法理由指出：邇來「蛇頭」(指安排大陸地區人民偷渡至大陸地區以外地區之人)引介大陸偷渡客進入台灣地區，日趨猖狂，嚴重危害社會秩序及國家安全，自應依本條第 1 項予以懲處；如以之為常業，其惡性更為重大，爰增訂第 2 項，加重處罰常業犯(註 5)。因此，依法學目的解釋，立法者之所以對本罪加重處罰和增設未遂犯，係大陸「偷渡」來台的情形日漸嚴重因而有施予重刑之必要。亦可知「非法」入境乃指未經海關而入台之情形。
8. 綜上所述，本條例第 15 條第 1 款「非法」之定義，依法學文義、歷史和目的解釋來看，均應屬未經入出境主管機關許可而以偷渡方式來台之情形。本案僅係結婚登記有無效之原因，並非偽造或變造之文件，當事人依真正文件申請入境，再經主管機關實質審查後核准許可，由我國海關入境處來台。假結婚雖係民事不法之行為，惟結婚登記因仍有形式上之效力，尚未達刑事不法的程度，應認此等案例並不構成「非法」來台。
9. 另外，保護法益係刑法處罰之目的，本法保護法益即台灣人民管理與社會安全問題，若行為人未經主管機關申請許可而偷渡入境，則

因偷渡者身分不明，將使得台灣政府無法作人民控管，另偷渡者之所以要承擔海巡署或其他機關巡邏查緝之危險而進入台灣，背後可能存有犯罪集團欲引進大陸人士來台從事非法行業，此將嚴重影響台灣社會治安，是故偷渡行為因破壞本法之保護法益，係為本法所稱「非法」入境之犯罪行為。然透過假結婚申請許可，經由海關同意進入台灣之行為，因主管機關核發許可前，已先派員前往調查是否存有申請入境許可之事由，且證實大陸人民之真實身分，故其進入台灣後，政府亦能對其予以監控管理，又以正當程序申請來台之人，多數係嚮往來台工作生活，而非受人蛇集團控制之人，不當然即會造成台灣社會治安問題。因此，偷渡入境與假結婚入境之行為對於本法法益之影響，實非能等同看待，若認其同屬「非法」入境行為而均以同一法定刑處斷，將過於擴大刑罰範圍而違反刑法處罰之目的。

(二)本案被告之行為是否已達著手程度，而須依未遂犯論處。

1. 倘認本案以假結婚情事申請經審查核可入境來台屬「非法」來台，惟本案是否已達本條例第 15 條第 1 款使大陸人民非法進入台灣地區罪之著手，仍有疑義。按通說對於著手的認定係採「主觀與客觀混合理論」，指行為人直接依其對於行為之認識，而開始實行足以實現構成要件之行為，即可認定行為已達著手實行階段；反之，行為人開始實行之行為如僅使構成要件有實現之可能，或僅使構成要件易於實現，則行為仍屬預備階段（註 6）。本案某甲係在委託旅行社申請入境許可後，經相關人員調查即被發現有假結婚之事實，因此大陸人民某乙之入境申請未被許可。換言之，本案大陸人民某乙根本尚未啟程即被查獲。某甲安排假結婚、以及委託旅行社人員申請認證證明與入出境許可之行為，依其主觀認識，僅係使大陸地區人民某乙能夠進入台灣地區的前置作業，須待主管機關許可後，大陸地區人民某乙始能持有該入境許可書離開大陸進入台灣地區。因此，本文認某甲之行為僅達使大陸地區人民有進入台灣地區之可能的「預備」階段，尚未臻著手階段。而台灣地區與大陸地區人民關係條例第 79 條既無處罰預備犯之規定，被告即應屬無罪。
2. 若考究本條例第 15 條之立法精神，無非係對於大陸人民非法進入台灣的管制，以保障台灣地區人民管理與社會安全之法益，既然本案大陸人民根本未被許可進入台灣，也未有其他非法進入台灣的情事發生，被告某甲對於本條例所保護之法益，即台灣人民管理與社會安全實未造成直接侵害之危險，故應認被告尚未著手實行本罪，

無有未遂之評價，始為妥當。

四、結論

本案例係某甲安排某乙與某丁假結婚，嗣某甲再持有該結婚公證書，向主管機關申請認證證明與入境許可。某甲與某丁之行為在現行實務上雖多以使大陸人民「非法」進入台灣地區罪來認定，惟本文基於假結婚行為之本質，而認其並不符合本罪「非法」之法學解釋方法，故而主張與大陸人士通謀虛偽為假結婚之人，應由民事法院審理撤銷其婚姻登記，而其行為因未達刑事不法程度，且對本法法益未造成侵害，不應評價為「非法」入境之犯罪行為，始為妥當。再者，即使因有假結婚情事即認其構成非法來台，本案大陸人士某乙既未經許可入境，被告某甲之行為即未臻著手階段，僅係預備行為。因此，被告應屬無罪。

註 1：參照最高法院刑事判決 94 年台上字第 1064 號判決；另最高法院刑事判決 92 年台上字第 40 號、台北地方法院刑事判決 94 年易字第 956 號、基隆地方法院刑事判決 94 年易字第 495 號、花蓮地方法院刑事判決 94 年訴字第 127 號亦同此見解。

註 2：參照高等法院臺南分院刑事判決 91 年度上訴字第 93 號；另高等法院台中分院刑事判決 89 年上訴字第 32 號亦同此見解。

註 3：參照台灣高等法院臺中分院刑事判決 89 年度上訴字第 32 號。

註 4：見立法院公報第 81 卷 26 期，委員會紀錄，第 643-644 頁。

註 5：見立法院法律系統網站網頁。

[http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@98:1804289383:f:NO%3DE01825*%20OR%20NO%3DB01825\\$\\$\\$11\\$\\$\\$PD%2BNO](http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@98:1804289383:f:NO%3DE01825*%20OR%20NO%3DB01825$$$11$$$PD%2BNO)

註 6：參照林山田，刑法通論，9 版，2006 年，第 447-448 頁。

新刑法廢除連續犯後，施用毒品罪數之認定

董武全

簡 目

- 壹、前言
- 貳、行為形成之結構
- 參、施用毒品之犯罪個數
- 肆、數個施用毒品犯罪，刑罰權之評價
- 伍、既判力之範圍
- 陸、科刑上之罪數及整體刑之形成
- 柒、結論

前言

我國刑法於民國九十四年一月七日修正，將刑法第五十六條：「連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論。但得加重其刑至二分之一」之連續犯規定廢除，並於刪除刑法第五十六條規定之立法理由謂：「連續犯之規定廢除後，對於部分習慣犯，例如竊盜、吸毒等犯罪，是否會因適用數罪併罰而使刑罰過重，產生不合理之現象一節，在實務運用上，應可參考德日等國之經驗，委由學界及實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，對於合乎「接續犯」或「包括的一罪」之情形，認為構成單一之犯罪，以限縮數罪併罰之範圍，用以解決上述問題」¹。

上開修正刑法於九十五年七月一日施行，對於刑法廢除連續犯規定後，有關成癮性犯罪，例如施用毒品，究竟應如何論處？在司法實務上，各地檢察署檢察官，在九十五年七月一日修正刑法施行後，即依上述連續犯廢除之立法理由，紛紛提出所謂包括一罪及接續犯的概念。或認為施用毒品具有成癮性，係屬集合犯，為包括一罪²；或認為施用毒品，係基於成癮性概括犯意反覆為之，係屬接續犯，為實質一罪³。因此，將施用毒品者之數

¹ 參閱司法院編印「中華民國刑法及刑法施行法全文暨修正條文對照表」，民國 94 年 2 月，第 125 至 126 頁。本次刑法修正係於民國九十四年一月七日經立法院三讀通過，總統於九十四年二月二日公布，且依修正後刑法施行法第十條之一規定：「中華民國九十四年一月七日修正公布之刑法，自九十五年七月一日施行」。

² 例如：台灣台南地方法院檢察署，95 年度毒偵字第 2122 號、第 2289 號移送併辦意旨書。

³ 例如：台灣台南地方法院檢察署，95 年度毒偵字第 2261 號移送併辦意旨書。

- ⁴ 依大法官釋字第 152 號解釋：刑法第五十六條所謂「同一之罪名」，係指基於概括之犯意，連續數行為，觸犯構成犯罪要件相同之罪名而言。
- ⁵ 對於刑法罪數判斷問題，學者甘添貴，提出罪數論之三階段判斷體系，即第一階段認識上之罪數，第二階段評價上之罪數，第三階段科刑上之罪數，其對罪數如何判斷，有深入論述，值得參考，參閱氏著，罪數理論之研究，元照，2006 年 4 月，第 12 至 17 頁。
- ⁶ 參閱柯耀程，刑法總論釋義，修正法篇（下），元照，2005 年 10 月，第 64 至 70 頁。
- ⁷ 參閱柯耀程，同註 6，第 83 至 94 頁。
- ⁸ 參閱柯耀程，同註 6，第 89 至 94 頁。
- ⁹ 九十五年七月一日新刑法施行後，即有地方法院刑事判決認為：「我國過去司法實務從未認定吸毒為集合犯，所謂毒品之成癮性，只是被告犯罪之主觀動機，成癮性不等於犯罪故意，成癮性也並非毒品罪之專有現象，其他如特殊性癖好之性犯罪（偷窺狂、戀童癖）、或特殊偷竊犯罪（專偷女性內衣褲）也有成癮性現象；除非是時空密接的接續犯罪，否則難以僅因成癮性即可論以包括一罪。」參閱台灣彰化地方法院 95 年 11 月 30 日 95 年訴字第 1847 號刑事判決。
- ¹⁰ 但在新刑法於九十五年七月一日施行後，目前實務上，檢察官對施用同一種類毒品，具有成癮性，有認為係屬集合犯，為包括一罪，因此將判決確定前，又施用同一種類毒品者，認為係起訴效力所及，而將案件併案審理（例如：台灣台南地方法院檢察署，95 年毒偵字第 2122 號、95 年毒偵字第 2289 號移送併辦意旨書）；亦有認為查獲後又再犯施用毒品，係屬接續行為，為實質上一罪，而將案件併案審理（例如：台灣台南地方法院檢察署 95 年毒偵字第 2261 號移送併辦意旨書）；亦有認為係具有包括一罪關係，為法律上同一案件，而併案審理（例如：台灣台南地方法院檢察署 95 年毒偵字第 2262 號移送併辦意旨書）；更有認為係基於成癮性概括犯意反覆為之，為修正前刑法第五十六條連續犯，而將案件併案審理（例如：台灣嘉義地方法院檢察署，95 年毒偵字 1106 號併辦意旨書），各種見解，不一而足。惟相同者，則檢察官均認為成癮性施用毒品者，其多次施用同一種類毒品行為，刑罰權具有單一性，祇評價為一個刑罰權，不應數罪併罰。然有學者認為，施用毒品不論其使用份量多寡及是否成癮，均與犯罪之成立無關，倘出於連續吸用，不問是否成癮，均應論以連續犯，參閱褚劍鴻，刑法分則釋論下冊（二次增訂本），86 年自版，第 821 至 822 頁；亦有學者認為，施用毒品之每一行為，均為一獨立犯罪，倘每日施用繼續不斷，則為施用毒品之連續犯，如係同時施用不同種類毒品，更應依數罪併罰處斷，參閱陳煥生，刑法分則實用，84 年 3 月版，第 302 頁。上揭二位學者，對於施用毒品者，於認定犯罪成立與否，顯然均認為不必考量施用者是否成癮，而認每次施用行為，均應分別獨立構成犯罪，祇不過在刑法第五十六條廢除前，僅依修正前刑法第五十六條連續犯規定，以一罪論，而不認為施用毒品成癮者，只成立一次犯罪。
- ¹¹ 新刑法施行後，目前多數檢察官，對於施用同種類毒品，即常認為施用毒品具有成癮性，而認為係屬集合犯，為包括一罪，乃於部分施用毒品行為起訴後，對於又施用同一種類毒品行為者，均將案件移送法院併案審理，前揭註 10 所引數個檢察官併辦案例，即為佐證。
- ¹² 在德國早期帝國法院時代，集合犯固然被視為係行為單數，但到了 1938 年 4 月 21 日，德國帝國法院乃正式將集合犯，從行為單數的範圍中，加以剔除，之後德國聯邦法院亦認為，集合犯並非行為單數的型態，而使其回歸到行為複數的範圍中，參閱柯耀程，刑法競合論，元照，2000 年 12 月初版，第 85 至 86 頁。
- ¹³ 33 院 2646 號解釋：每日吸食鴉片賡續不斷者係連續犯，依刑法第五十六條但書，得加重其刑。至施打嗎啡同時吸食鴉片及施打嗎啡數年改吸食鴉片者，均應依同法第五十條併合處罰。
- ¹⁴ 事實上，真正集合犯應指下列三種次位概念，即指 1、常業犯；2、職業犯；3、習慣犯，參閱柯耀程，刑法競合論，元照，2000 年 12 月初版，第 85 頁。又實務上最高法院認為：「常業犯」，其本質上乃多數行為之集合或一定行為之反覆實施，在立法上予以擬制，定為一罪，故就常業犯本身而言，應不發生想像競合犯之問題（按一行為為始有想像競合犯，如數行為即不可能是想像競合犯），參閱八十七年台上字第三一七號刑事判決。又學者亦認為「集合犯」，為構成要件的行為單數，係指立法者在系爭構成要件所描述、所預設的該當行為，本身就具有不斷反覆實施的特性，所以，反覆實施行為為被總括地當成或擬制為一個構成要件行為，至於如何具體判斷哪一種構成要件行為為預設的就是集合行為？例如，已被新刑法廢除的常業犯，以常業收受贓物罪為例，本來就預設了是多次而非一次收受贓物為業，參閱林鈺雄，新刑法總則，元照，2006 年 9 月版，第 557 至 558 頁。因此，從實務上及學理上來看，顯然上開集合犯概念所指之常業犯、職業犯、習慣犯，其本質上應係集合數個犯罪行為之犯罪類型，只不過有時集合犯，被立法者擬制為一罪而已，但基本上，其應屬複數行為，應構成複數犯罪為是，而非單一行為單數犯罪。尤其當立法者已廢除原先擬制為構成要件的行為單數之犯罪，即應回復集合犯之本質，係數個犯罪行為，意即應使集合犯回復為複數行為，並作複數刑罰權之評價。又上開集合犯的概念，須與反覆性的構成要件實現之一行為概念，嚴加區分，前者本質上係複數行為（有時由立法者擬制為構成要件的行為單數，如未經立法者擬制，則應將其犯罪認為係複數行為，而構成複數犯罪），後者本質上則係一個自然的行為單數，係指行為人以數個相類似且迅速緊接的個別舉動，一再實現同一構成要件者，此等情形，行為人的多數動作（或舉止）皆是加劇對同一法益的侵害，雖然因此而提高了在不法與罪責的「量」，但仍屬同「質」，故法律上評價為單一行為，參閱林鈺雄，上揭新刑法總則，第 559 至 560 頁。例如，對同一個人拳打腳踢之傷害行為，或對同一處所進行所謂「大搬家」式之竊盜行為，此種犯罪行為，皆係將各別動作集合成一行為，各個動作或舉止，雖皆可成罪，然係整體行為之一部，且此種犯罪，外觀上雖集合了數個動作或舉止，但仍係屬犯罪行為之一部，故屬自然意義的行為單數，其與集合犯本質上係複數行為概念，截然不同，二者不能混為一談。茲前揭註 10 所舉檢察官對施用同一種毒品之併辦案例，本質上均屬複數行為，在立法者廢除連續犯、常業犯之法制結構後，則已不存在有連續犯、常業犯之構成要件的行為單數之擬制，即不能仍認為本質上複數行

次施用行為一併起訴，而主張應論以一罪，或先起訴一部分，再將其餘施用行為，以裁判上一罪概念，認為係起訴效力所及，而函送法院請求併案審理。然修正刑法廢除連續犯規定後，是否果真如立法理由所稱，應將原屬連續犯之「數行為」，改依包括一罪及接續犯的概念，以「一行為」論處，恐有值得斟酌之處。對此，涉及刑法評價對象前提之判斷，即涉及犯

為之吸毒行為，係實質一罪或包括一罪，而將其錯誤的評價為祇構成一個刑罰權而已，甚至將各次獨立成罪之施用毒品行為，誤為係數個動作或舉止之集合，而認為係自然意義的行為單數，進而認為多次施用毒品行為，其刑罰權只有一個，均屬對集合犯概念之誤解。

¹⁵ 參閱林山田，刑法各罪論（下冊），2000年12月版，第519頁。

¹⁶ 相對於新刑法施行前，就成癮性施用毒品者，其多次施用毒品行為，實務上向來均認為，該當於數個刑罰構成要件，此從其認定方式，對每一施用毒品行為，認為均須獲得證據上證明，始該當施用毒品構成要件，即可證明。在新刑法施行前，對於多次施用毒品行為，如時間緊接，均認為係連續數行為，該當於數個刑罰構成要件，僅因修正前刑法第五十六條規定，連續數行為而犯同一罪名者以一罪論，乃對數個該當構成要件之犯罪，在法律擬制為一罪情形下，而作一個刑罰權之評價。此一見解，在實務上及學說上，均無爭論。因此，本文認為，就成癮性施用毒品犯罪，應無於新刑法施行後，即將其犯罪改為僅認定該當一個刑罰構成要件，而成立一個刑罰權之理！既然修正前刑法，在實務上及學說上，均認為多次施用毒品行為，係數個犯罪行為，僅基於行為人客觀上侵害法益之一致性，在刑事政策考量下，而以一個刑罰權評價。茲於刑法第五十六條廢除後，即應將原本屬數個犯罪行為，恢復作數個刑罰權之評價為是。對此，學者柯耀程有下列精闢論述：連續犯從其結構關係形成，本質上是複數行為，其複數行為均各自得獨立成立犯罪，亦即係數罪性質，更精準地說，是數個原本都應獨立評價的行為，所形成的行為事實，各行為事實本應各自獨立評價，而適用數罪併罰。茲不依連續犯關係認定時，自僅能依數罪之關係來處理，根本無法恣意地將原本數罪的結構，以任何一種一罪之關係來涵蓋，故而，刑法第五十六條刪除立法理由謂，連續犯刪除後則以接續犯或包括一罪之單一犯罪方式處理，顯然係概念上的錯誤。否則，原本因為連續犯係不當圖利犯罪人而廢除，卻將原本得加重其刑的，變成單一罪之關係，如此豈不是更圖利犯罪人嗎？參閱氏著，刑法總論釋義，下冊，元照，2006年3月，第272至273頁。

¹⁷ 參照95年12月13至15日台灣高等法院暨所屬法院95年法律座談會第十三號提案研討結果。

¹⁸ 參照最高法院86年台上字第3295號判例：「連續犯之成立，除主觀上須基於一個概括之犯意外，客觀上須先後數行為，逐次實施而具連續性，侵害數個同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，構成同一之罪名，始足當之；如數行為為於同時同地，或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，則屬接續犯，而為包括之一罪」。

¹⁹ 在實務上，對於實質上一罪或裁判上一罪，其中一部犯罪事實已經判決確定者，對於構成一罪之其他部分犯罪事實，是否為確定判決之既判力效力所及，向來對在最後審理事實法院宣示判決後，始行發生之犯罪事實，均認為該部分犯罪事實因已非法院所得審判，故非確定判決之既判力所及，因此認為確定判決既判力，於時間效力之範圍，應以最後審理事實法院之宣示判決日為判斷準據，參閱最高法院民國82年5月11日，82年度第四次刑事庭會議決議。本文認為，行為人各次施用毒品行為，均係獨立成罪，故各次施用行為，應依數罪併罰處斷，因此並無實質上一罪或裁判上一罪，因一部分犯罪事實經法院判決確定後，其確定判決既判力，及於其他部分事實之問題。

²⁰ 參閱台灣彰化地方法院95年11月30日95年訴字第1847號刑事判決及台灣高等法院台南分院95年12月5日95年度上訴字第1112號刑事判決。

²¹ 參閱奧地利聯邦共和國刑法（2002年修訂）第28條第1項：「…數個獨立的行為，觸犯同一刑法法規，且數個應受刑罰處罰的行為，被同時判決，如果相關之法規，只規定了自由刑或只規定了罰金刑，只判處一個自由刑或一個罰金刑」。

²² 參閱鄭玉波，票據法，三民書局，民國69年1月修正3版第269頁，及92年10月重印四版第212頁。

²³ 論者有謂，我國之所以在有連續犯規定存在時，未能發展集合犯概念，係因我國法制面，既有連續犯規定存在，則自無集合犯發展空間。然本文認為，我國昔日票據法第142條，對簽發空白支票已明白規定，不適用刑法第五十六條連續犯之規定。何以當時對於連續多次簽發空白支票者，未發展所謂集合犯概念。如今卻以集合犯概念取代連續犯，故本文認為連續犯廢除後，對於連續數行為犯罪，即不應容意以集合犯概念，取代連續犯。

²⁴ 然吸毒者的毒癮，顯然不可能因為法院宣判而斷癮，其原來毒癮仍會自法院宣判前，繼續延續至法院宣判後。茲對施用毒品認為係成癮性犯罪，而以集合犯概念，將數次施用行為論以一罪。則吸毒者毒癮行為既經法院判決，其後因毒癮再起而發生吸毒行為，因毒癮已經予以處罰，基於一事不二罰原理，自不得再予處罰。以此而言，法院之宣判，似乎對吸毒者毒癮，有產生斷癮之神奇效果。

罪行為單數或複數之認定。因此，本文擬先從犯罪行為之形成結構，分析「一行為」或「數行為」之意義，亦即自行為客觀存在面，分析行為之結構關係，以確認「一行為與數行為」之分界。其次，再就連續犯之「數行為」，在刑法第五十六條規定廢除後，連續數行為，而觸犯構成要件相同之罪名⁴，究應如何論處？最後，再以施用毒品為例，於刑法第五十六條連續犯規定廢除後，就多次施用毒品行為，應如何為刑罰權之評價，始能正確適用法律，進而提出本文意見。

行為形成之結構

按犯罪行為發生後，於進行刑罰權評價之前，學理上，首先應確認者，乃行為人之犯罪行為，其究竟係屬一個犯罪行為，抑屬數個犯罪行為，唯有先就行為人之犯罪行為，先確認其行為個數，始能對犯罪行為，作完足的評價，而不致於評價不足，或過度評價⁵。關於行為人之犯罪行為，究為一個犯罪行為，抑為數個犯罪行為，在認識上，其關鍵應在於「一行為」的決定，亦即犯罪行為，在何種情況下應該認定為係「一行為」，先予判斷。如能決定「一行為」之認定標準，則自然能夠區分「一行為」與「數行為」的分界。

所謂「一行為」，學理上的分析，概念上雖然有所謂：「自然意義之一行為、自然的行為單數、構成要件的行為單數、法的行為單數」等數種⁶。但不論如何，在判斷「一行為」方式，仍應從其行為之存在面觀察，而不能以行為之規範面來決定。

犯罪行為係行為人主觀犯意及客觀行為的展現，因此在判斷行為數，當然也要從行為人主觀面及客觀面來觀察，所以在判斷行為人之犯罪行為係一行為或數行為，自然應從行為人主客觀面來認定。亦即行為人須有：1、主觀一致性，2、客觀一致性⁷，犯罪行為方屬一行為。所謂主觀一致性，係指行為人主觀上僅有單純一個侵害事實的意思，例如行為人主觀上，原以不法取得財物意思，而進行竊盜，然進行中遭被害人阻擾，乃由偷變搶，此時行為人主觀認知上，已經發生轉變，且其形諸於客觀上的行為方式，亦已不同。則行為人主觀犯意既已轉變，犯意轉變後的行為，當屬另行起意的犯罪行為，此際行為人之犯罪行為，自然由「一行為」而變成「數行為」；又如行

為人原以竊盜犯意侵入住宅，於竊盜得手後，又對被害人進行性侵害，因被害人抗拒，行為人乃對被害人施強暴，則行為人之犯罪行為，亦已由竊盜轉為性侵害，亦係由一行為變成數行為（竊盜行為及性侵害行為）。凡此其主觀犯意一致性均已欠缺，故屬數個犯罪行為。而所謂客觀一致性，則指行為人主觀犯意，以行為形式反應於外，而外在行為客觀上維持其一致性而言。至於行為人之犯罪行為，客觀面是否有維持一致性，則以三個標準認定之，即以行為手段一致性、行為客觀情狀一致性、行為客體侵害一致性，來加以判斷。所謂手段一致性指行為人基於意思之決意後，著手於所設定犯罪行為之實行，實現犯罪行為過程中，始終依既定行為形式為之。例如行為人基於竊盜犯意，進入住宅竊盜，竊盜得手離去，即係犯罪行為手段一致性，如竊盜過程中，除竊取財物外，又對被害人財物加以毀損，則行為人之手段一致性已有偏離，自屬數犯罪行為，而非一犯罪行為。又行為客觀情狀一致性，係指行為人決意為一定之行為時，其行為伴隨客觀情狀，即行為實現的客觀條件、行為客體得手的難易程度等，均必須維持不變關係而言。例如，行為人施用毒品，施用後行為人毒癮已經解除，下次如再施用，則係行為人另外產生毒癮所致，行為人前後二次施用毒品行為，雖同為吸毒，甚至施用同種類毒品，但行為人第二次施用行為的情境，係在前次毒癮解除之後，再行誘發所為，二者自犯罪情境觀之顯有不同，即難認行為人客觀情狀仍維持一致性。另所謂行為客體侵害一致性，乃指客觀上行為人反覆以同類的行為方式，作用在同一之行為客體，而行為的實現形式具有不可分割的關係而言。例如，行為人進入被害人屋內竊盜，而在同一屋內，分別竊取被害人及其子女房間各自所屬財物，此時行為人竊盜行為侵害關係，始終維持對同一屋內而為，故其侵害關係係一致，即其行為侵害客體並無改變，僅能認定一行為，而非數行為⁸。

修正前刑法第五十六條，對於連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論。依大法官釋字第一五二號解釋認為，刑法第五十六條所謂「同一之罪名」，係指基於概括之犯意，連續「數行為」，觸犯構成犯罪要件相同之罪名而言。因此，刑法修正前，關於行為人如有連續「數行為」，而觸犯相同構

成要件同類犯罪行為，倘行為人係基於概括犯意為之，則以連續犯處斷，論以一罪。如非屬同類行為，則依數罪併罰處斷。至於行為人之犯罪行為，如係在時間及場所密接情形下而接續為同類行為者，例如行為人以大搬家方式，竊取被害人住處財物，則行為人不斷重複將屋內財物，一次又一次搬至車上，其先後多次搬取被害人住處財物行為，因行為人犯罪行為係在時間及場所密接情況下所為，則以接續犯概念，認定為係一個竊盜行為。因此，在刑法第五十六條連續犯規定廢除前，所有接續犯之犯罪行為，因其為一行為而非數行為，故均無連續犯之適用。依此，當修正刑法廢除連續犯規定後，原屬一行為之接續犯概念，自不可能取代原屬數行為之連續犯，此為在犯罪行為數認知上，不可不加以區分。

故而，修正刑法廢除連續犯之規定後，原屬於連續「數行為」的犯罪行為，在刑法第五十六條連續犯規定廢除之前，固依連續犯規定，論以一罪。然在刑法第五十六條連續犯規定廢除之後，既然將連續「數行為」以一罪論之法律擬制關係，已不存在。則基於連續犯之行為結構，本質上係屬數犯罪行為，則自九十五年七月一日修正刑法施行後，有關修正刑法施行前，數行為依連續犯規定處斷之犯罪，即應回歸依數罪併罰方式處斷，始不致對行為人之犯罪行為造成評價不足。

施用毒品之犯罪個數

施用毒品之犯罪，其形成結構應與其他犯罪都一樣，其基於成癮性之誘導，在一次行為後，常會有第二次、第三次…乃至無數次，其施用行為的判斷，應當是一次施用即成立一次行為，此與竊盜、詐欺…等犯罪，應皆相同⁹。蓋竊盜也會有所謂食髓知味的問題，一次成功而為下一次，乃至無數次，總不會全部都將其視為一行為吧！施用毒品之犯罪，固然極易成癮，但吸用毒品者，於完成毒品施用後，必待下次毒癮來臨時，始會再次施用，其於第一次施用毒品後，下次毒癮何時到來，因人而異，有相隔數小時者，有相隔數天者，亦有間隔數星期者，端視施用毒品者之毒癮程度如何，不一而足。惟不論如何，吸毒者，其必待有毒癮出現後，始會再次施用毒品。此時因行為人主觀犯意及客觀情狀，均有所改變。故施用毒品者，其每次施用毒品行

為，自屬分別獨立存在¹⁰。雖有論者謂¹¹，以成癮性施用毒品，因施用者其本身即預有反覆實行意思，故應認為屬於集合犯概念，而論以包括一罪。姑且不論，集合犯在概念上，德國實務上早已認為係屬複數行為¹²。即以施用毒品成癮來言，施用毒品者，不僅施用同一種類毒品會成癮，施用不同種類毒品一樣會成癮，對施用者而言，並無不同。然向來實務上，則均認為施用不同種類毒品，係數個犯罪行為，應以數罪併罰方式處斷¹³。故而，吾人對於成癮性施用毒品者，如何論罪，應不在於施用者是否成癮，而在於施用毒品行為，其行為客觀存在面，究係單一行為抑為複數行為，再據此決定施用者犯罪個數，否則，如以成癮與否，來決定施用者應否論以包括一罪，則對於施用數種不同種類毒品之人，在實務上，向來均以數罪併罰處斷，即無法合理說明。據此而言，從行為客觀存在面觀察及從行為形式上認識，對於施用毒品者其每次施用毒品行為，應認為均單獨成立一個犯罪行為，即每次施用毒品行為，均應該當毒品危害防制條例第十條規定之構成要件，因此施用毒品成癮者，其多次施用毒品行為，在犯罪認識上，其應存在有數個犯罪為是。從此推論，問題之癥結，應在於如何判斷施用毒品的行為個數，而非其處理與認定關係。本來自屬獨立之個別行為，除非法律定有整合處理之機制外(如連續關係或專定為常業犯類型)，否則不能恣意將複數行為以任何法理解釋或實務操作的方式，將其由多變一，或是由一變多。現今法律規範已經將整合處理機制的規定，予以刪除，其自應回歸到事實存在面的判斷，而非倒果為因地將其視為任何一種單一之形式，不論是接續犯也好、包括一罪也罷，乃至錯用所謂集合犯概念¹⁴，這都不是法律適用應有的道理。在連續犯與常業犯規定刪除之後，對於施用毒品行為的判斷與評價，其實不獨是施用毒品問題而已，此種類型的形成關係與其他犯罪並無差異，倘若施用毒品之行為可以從多變一，則竊盜、侵占、詐欺…等所有的犯罪行為，似乎也必須等同處理，惟何獨僅對施用毒品如此處理？此恐非吾人所能接受。從施用毒品行為數判斷及評價處理的問題分析，所剩下來的問題有二：1、如何判斷事實存在面之行為，究竟為單數或是複數？這個問題在學理上已經漸漸有釐出判斷的基準與輪廓，可以作為實務操作之判斷，已如前述；2、如何對於既生

之具體事實加以認定？此是程序處理的問題，亦即審理事實究竟為一個行為事實？抑或是數個行為事實？這是訴訟程序關於事實認定的基礎任務。施用毒品類型所存在的難題，恐怕是具體事實認定的問題而已，而非行為事實為一或多的判斷關係。

數個施用毒品犯罪，刑罰權之評價

成癮性施用毒品者，其多次施用毒品行為，既分別該當於毒品危害防制條例第十條構成要件，而成立數個犯罪。則此數個犯罪，究應如何評價其刑罰權，所應檢討者，乃施用毒品，其所侵害法益為何？按施用毒品足以損害人體之健康，並造成中毒成癮而不能自拔，甚至併生其他犯罪問題，因而危及整個社會之和平秩序，所破壞法益係公共健康¹⁵。又如前所述，施用毒品行為，從行為人主觀犯意觀之，施用毒品者，因係有癮來臨時，才會施用毒品，則行為人主觀犯意上，顯然係另行起意為之。因此，施用毒品行為，從行為客觀上法益之侵害及施用者主觀上之施用犯意而言，每一次施用毒品行為，均屬另一獨立犯罪行為。故而，當修正後刑法廢除第五十六條連續犯規定，嗣後，凡是有多次施用毒品行為，自應就其每次該當構成要件施用行為，而分別獨立評價為一個刑罰權為當¹⁶。

又對於多次施用毒品行為，其刑罰權究竟應如何評價，九十五年十二月間所舉行台灣高等法院暨所屬法院九十五年法律座談會第十三號提案，研討結果認為，九十五年七月一日施行刑法廢除連續犯後，發生多次施用毒品行為，應依新刑法處理，即原則上應論以數罪，但如施用毒品行為人已成癮，而反覆於短時間內密集所為，可參考廢除連續犯之立法理由，改依接續犯或包括一罪之理論，認為構成單一犯罪¹⁷。上開台灣高等法院之研討結果，顯然認為除非施用毒品行為，係於短時間內密集所為，可依接續犯之理論，論以一罪，否則原則上應認多次施用毒品行為，係屬數個犯罪行為。此一研討結論，已呼應本文所主張，連續犯廢除後，對於多次施用毒品行為，僅於行為人在密切接近之時地施用毒品，因其係侵害同一之法益，且各行為之獨立性極為薄弱，在時間差距上難以強行分開，刑法評價上以視為「數個舉動」之接續施行，合為包括一行為予以評價，較為合理，始能論以接續犯，否則

即應認為成立數個犯罪，並作數個刑罰權之評價¹⁸。

既判力的範圍

本文認為成癮性施用毒品，每次施用行為均係獨立犯罪行為，亦均該當犯罪構成要件，自應評價為數個刑罰權，依數罪併罰方式處理，則關於施用毒品行為，其裁判之追及效力，即無以事實審最後宣判日作為判斷準據之問題¹⁹。蓋此時每次施用毒品行為，既均獨立成罪，則舉凡未在檢察官起訴範圍者，即無裁判確定力可言，自不可能有裁判追及效力問題。簡言之，成癮性施用毒品行為，以起訴施用次數，及審理後均獲得證明次數，依數罪併罰方式裁判。未在起訴範圍內者，即非裁判既判力所及。

至於依數罪併罰方式，對數次施用毒品行為論以數罪，其施用毒品之犯罪次數，於實務上究應如何認定，始屬恰當。本文以為，應以施用者經警查獲，作為認定施用毒品次數之基準。凡經查獲後，始再行施用者，行為人於主客觀上既已欠缺一致性，即應認為係另行起意而為犯罪行為，自應另外成立一次犯罪。在目前審判實務上，對此即有法院認為：「被告既然在九十五年七月廿五日犯行敗露，又再接受驗尿及警訊偵查，釋放後本應潔身自愛，對毒品有所警惕才是，縱有犯意也是另外萌生所致。若吸毒者藉口延續單一犯意，而放肆吸毒，事後向法院要求僅能論以包括一罪，並非此次刑法刪除連續犯之初衷」、「又被告前於九十四年十一月廿七日為警查獲，移送地檢署經檢察官詢問並予交保後，其施用毒品犯行既已為檢警查獲，並據而起訴，其應已知不得再施用毒品。是被告之後再犯施用毒品行為，其施用之犯意，於時空上已為前揭檢警查獲行為所切斷，依社會一般通念自不宜再評價為一罪，否則犯罪時間無了時，顯與社會評價有違。」²⁰應可作為本文上開論述之佐證。

科刑上之罪數及整體刑之形成

本文認為，成癮性多次施用毒品行為，在認識上係該當於多次犯罪構成要件，且評價上應予數個刑罰權之評價，因而在科刑上之罪數，自應作數個宣告刑，對犯罪行為之刑罰權，始能作充足之評價。惟因施用毒品具有成癮性，行為人之多次施用毒品行為，客觀上侵害法益具有一致性，為免過度評價，故對施用者作成數個宣告刑後，在法院依刑法第五十一條規定，對施用

毒品者所宣告數個刑，定其應執行刑時，應參考刑法第五十一條第五款規定，對於宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。

對此，實務上長期以來，對數罪併罰之案件，在刑罰裁量上，均從各刑合併之刑期以下量起，再刪減數月，以定其刑期，但此一作法，對客觀上侵害法益具有一致性的犯罪之量刑，即應有所改變，亦即對此類成癮性多次施用毒品行為，雖亦認為係數個犯罪行為，同時作數刑罰權評價，但為免對同質性之犯罪行為過度評價，在量刑上，宜自各宣告刑中，擇其中一個最長期之宣告刑量起，再酌增其刑期，以定其應執行刑。此一做法，在立法例上，奧地利刑法，就多數犯罪行為侵害同一法益，且數個犯罪行為同時接受裁判時，雖評價為數個刑罰權，但卻以單一刑論處，亦即對行為人客觀上侵害法益具有一致性的犯罪，其雖仍論以數個行為及數個犯罪，但因其所侵害法益具有同一性，乃宣告以單一刑，可作參考²¹。

如此一來，對吾人所擔心的，成癮性施用毒品者，倘僅認定為數個犯罪行為，且該當於數個刑罰構成要件，而評價為數個刑罰權，對於犯罪行為人，將出現過苛情形，即可避免，如此對刑罰規範所保護之法益，既不會評價不足，對行為人之犯罪行為，亦不會過度評價，而符合刑罰謙抑精神。

結論

刑法修正後，將連續犯規定廢除，其既有評價對象的法律性質，本應回歸到其既有形象，亦即是行為事實的複數關係，在法律適用上，自然須以「數罪併罰」關係來處理，即使以刑法第五十一條規定，為刑之科處時，會有過苛疑慮，但這也是法律適用必然結果。但如欲避免科刑過苛，未來，應將重心轉移到刑罰裁量的斟酌，這才是刑法廢除連續犯之後，應有的走向。然若欲將任何原以連續犯處理的對象，因連續犯規定廢除後，而擅將其既有結構，變更為任何的單一行為形式，不論是接續犯、包括一罪或錯用之集合犯概念，均是一種恣意，在行為事實結構的認定上，乃至於法律關係的適用上，均難有合理的支撐。

況且集合犯的概念，並非在連續犯規定廢除後，才出現的替代性概念，

而是在連續犯規定存在前，即已然存在的概念。吾人不解的是，乃是為何在有連續犯存在時，具體情狀均不用集合犯的概念來處理。現在，反而在連續犯規定廢除之後，欲以集合犯概念，視作是施用毒品行為評價的萬靈丹呢？再者，於民國七十六年一月一日我國票據法廢除空頭支票刑罰之前，票據法第一百四十二條規定，依空頭支票處罰之案件，不適用刑法第五十六條之規定，明示空頭支票之犯罪不適用連續犯之規定²²。在當時司法審判實務上，對於連續多次簽發空頭支票行為，亦均以一票一罪之數罪併罰方式處理，根本未發展所謂集合犯概念來處理²³。因此，對於施用毒品的行為數判斷，在連續犯規定廢除後，本應就具體存在的事實情狀，作個別之判斷，特別是有成癮性的關係存在時，以施用毒品作為解癮的方式者，在施用行為的判斷上，更應是複數行為。蓋因癮而施用毒品，於其解癮後，施用行為應即屬完成，必俟新癮再生，始有再行施用的情況。因此，對於施用毒品行為之解讀，應解為係屬複數行為，其既非接續也非集合。

茲所剩下的問題，乃是在現行法律規定下，特別是刑事訴訟法，對於事實認定之要求，在於能否證明施用者所有施用行為之個別行為事實，這絕不是任意將所有之施用行為視為單一，而以單一評價關係，所能夠合理說明的。當然，施用毒品的問題，在連續犯規定廢除後，對司法審判實務，確實造成很大的衝擊，也相當難以解決，但核心的問題，應不在於將施用毒品的行為，作任何一種形式的單一認定，而在於如何確認施用毒品的次數與個別事實。畢竟，確認事實的要求，不論用集合犯概念也好，或回歸數罪關係也好，在沒有連續犯可茲處理的情況下，問題均是一樣存在的，不會因採用集合犯概念，作單一認定，問題就會消失，反而會因以集合犯作單一處理時，對於成癮性認定之要求，倘未能依本文所見處理，恐怕會更加困擾司法審判實務，並且無法自圓其說。特別是，行為人交互施用數種不同的毒品，以致成癮，最後到底要以一罪處斷，抑以數罪處斷呢？此種情況，恐怕非主張依集合犯以單一犯罪處理者，所能合理說明。再者，如以成癮與否來決定一罪或數罪，則其成癮標準如何來決定，是否每案均須鑑定有無成癮？此外，經法院認定施用者確已成癮，於法院宣判後，施用者的毒癮倘仍存在，則未來施用者在宣判後，仍有毒品施用行為，似不可再予處罰。蓋施用毒品成癮行為，既經法院判決確定，其後因成癮而繼續施用毒品行為，自不可再予處罰²⁴。凡此，均不可不察！

海峽兩岸調解制度的比較與探討（上）

2005 博士研究生
訴訟法學組利美利

壹、案例；

甲女及其夫均任職於 A 醫院，甲女為護理人員，其夫則為檢驗員，甲女為經產婦，於 2003 年某日因懷孕陣痛，遂由家人陪同前往 A 醫院待產，在待產時因破水且子宮全開，遂由護理人員推入產房，先由二名住院醫生接生，該二名住院醫生在過程中只有叫甲女用力，並推肚子助產，亦未採取任何其他生產方式或醫療措施，直至為甲女產檢之主治醫生趕至醫院為甲女接生，該名主治醫師嘗試推甲女肚子，但甲女仍無法生產，該名主治醫生雖發現胎兒位置不正，但伊仍採用「真空吸引生產」方式，第一、二次吸引，均無法生出，第三次吸引，始生出嬰兒，該嬰兒生出後乃先送至嬰兒室，嗣嬰兒室小姐發現嬰兒嘴唇微紫、鼻翼顫動等情，嬰兒室醫師囑轉送新生兒加護病房，但當晚嬰兒又發生呼吸暫停、心跳過慢、發紺、抽痙等現象，翌日上午經電腦斷層掃描，診斷為硬腦膜下出血，嗣出院後經過多次檢驗，發現腦內有積水，且持續有呼吸暫停、發紺等狀況，之後經過多次腦部超音波檢查，發現嬰兒腦部積水越來越嚴重，嬰孩頭圍突然增大，迄嬰孩 8 個月大時，仍未獲改善，照腦部核磁共振結果，發現積水已壓迫到大腦組織，遂在腦神經內科醫師建議下緊急開刀，開刀後在嬰孩腦部裝置一條引流管，引流腦部液體排出，據醫生表示引流管一生不能拆除，而嬰孩則已有發育遲緩的現象，且據神經內科醫師告知小孩日後發生抽痙機率比一般人高，另不知日後尚有無其他後遺症。

甲女經此事件，不僅曾遭婆家不諒解，甲女為照料該名子女乃辭去原護理人員工作，甲女以其多年在小兒科擔任護理人員之專業知識，日夜不停照顧孩子，甚至連夜晚都抱著孩子睡覺，衣不解帶，深怕臨時發生緊急狀況，甲女雖因此身心俱疲，然其心中仍十分自責，心想自己是護理人員，日後該如何面對孩子的質問，伊該如何回答孩子呢？甲女之夫見甲女鎮日因此悶悶不樂、精神緊繃，遂在甲女一再的央求下，同意由甲女出面為孩子對 A 醫院及該名主治醫師提起損害賠償之民事訴訟。

查上開損害賠償事件乃屬醫療糾紛之訴訟事件，依我民事訴訟法第 403 條第 1 項第 7 款之規定，乃屬強制調解事件範圍，依一般經驗，通

常此類醫療糾紛事件乃不可能調解成立，調解期日當天兩造多各抒己見，或是有一造未到而視為調解不成立，之後便進入訴訟程式。在進入訴訟程式後，因法官普遍未具有醫學專業知識，故在判斷是否有醫療疏失時，均有待行政院醫事審議委員會之鑑定結果，目前因人民權利意識高漲，醫病關係日趨複雜，故待由醫審會鑑定的案件日益增多，鑑定時間長達半年以上者亦所在多有（據悉醫審會傾向僅接受刑事案件的鑑定，對於民事案件則不予以鑑定，已有法官希望透過司法院與醫審會溝通。），除了冗長的等待醫審會鑑定的時間外，另外依訴訟標的金額本件訴訟乃得上訴至第三審，則等待判決確定之日又須耗費一段時日，這對已身心備受煎熬的甲女無疑又是一場長時間的苦戰，身為訴訟代理人的筆者也只能無奈地先向甲女說明訴訟過程，並要甲女作好心理準備。

本訴訟事件第一次是調解期日，筆者本來也沒有抱太大的期待，但當承審法官第一次開庭時乃明白表示本訴訟事件一則因甲女原為A醫院的員工，為兼顧甲女及其夫與A醫院間之情誼，此事件應妥善處理，再則因甲女之子乃本事件最大的受害者，當今最重要的是如何作對孩子最好，應儘早協助孩子作好復健工作，使其健康的成長，承審法官在向兩造訴訟代理人說明其想法後，隨即表示伊已先請一位兼具醫生身分並經法院聘任之調解委員先行瞭解本案件，相信在藉助該名調解委員之專業知識及分析下，定能促成本案之調解。起初甲女心中充滿疑慮，其心裏總認為醫醫相護，該名調解委員恐難公正地調解，由於甲女心中之疑慮，導致甲女數度對調解委員口氣不佳，甲女甚至歇斯底里地哭泣，幸好該名調解委員對於甲女之情緒未太過在意，仍秉持其耐心及竭力達成調解之熱忱，在經過多次調解及承審法官適時地介入下兩造終於達成調解，甲女不但馬上得到一筆款項，得以無後顧之憂的帶孩子去作復健治療，同時也得以以優惠身份去A醫院讓孩子接受更完善的復健計畫，至於甲女心中之疑慮，也在調解成立後，經調解委員予以適當的解釋後得以解答，筆者十分慶幸甲女母子及其家人毋須等待及忍受漫長訴訟的煎熬，不致因此錯失最佳復健治療時機，而A醫院亦得以兼顧雇主情誼，筆者十分感佩承審法院及調解委員的用心良苦，也由衷感認此案乃充分發揮調解制度功能及效用。

除上開案例外，筆者也曾碰過車禍案件兩造固曾在鄉鎮市的調解委員會成立調解，並經法院核定，惟加害人卻根本未履行調解條件，然囿於鄉鎮市調解條例第24條第1項：「調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴、告訴或自訴。」之規定，乃不得再提起告訴，此時被害人不僅未因調解制度受益（因加害人並無財產），反而因此限制其提

起刑事告訴之權利，此不禁令人質疑調解制度之功能究竟有無解決紛爭，或者只是徒生紛爭。另外筆者近日接受乙名長期受家暴之婦女之委託，伊欲提起離婚及爭取子女監護權之訴訟，而此類家事案件依家事事件處理辦法第5條之規定應先行調解，在第一次調解期日當日該名受暴婦女乃明白且強烈表達希望離婚的意願，該名婦女之夫則亦在當場明白表示目前不願離婚，一切等孩子長大再說，依照一般經驗此種雙方差距十分大的情形根本就不可能成立調解，詎法院卻仍指定多次調解期日，該名婦女心想根本無法成立調解，索性不出席調解，然卻接獲書記官來電通知下次將改派調解技巧較佳的調解委員，希望該名婦女能出席調解，惟該名婦女深知先生絕不可能答應離婚，調解再多次也不會成立，就這樣調解多次，歷經數個月後，該案仍未進入訴訟程式，雖然目前司法院積極推動家事事件之調解制度，各法院也希望提高調解成功率，然承上述調解制度該如何運用，方能使其發揮功能，實乃一門技巧性十分高的學問。按中國人一向以和為貴，臺灣在民事訴訟法中訂有調解制度，大陸更是在其民事訴訟法第9條明定：「人民法院審理民事案件，應當根據自願和合法的原則進行調解；調解不成的，應當及時判決。」此即為法院調解原則。

本文中筆者將對海峽兩岸的調解制度作一分析、比較，以期使各位能對海峽兩岸的調解制度有更進一步的瞭解。

貳、大陸調解制度之介紹：

一、法院調解原則的含義及其歷史發展：

承前述大陸在其民事訴訟法第9條乃明定法院調解原則，其係指人民法院審理民事糾紛案件時，對於能夠調解解決的案件，在雙方當事人自願下，在查明事實、分清是非的基礎上，依法說服和疏導雙方當事人達成協定，以調解方式結案的準則。此一原則的基本含義為一是儘量用調解方式結案。二是堅持自願合法原則，三是不能久調不決。調解不成的，應及時判決，不能久調不決，把案件一拖再拖，從而使民事糾紛轉為刑事惡性案件。

查大陸民事訴訟中之法院調解原則其歷史發展乃經歷了從以“調解為主”到“著重調解”再到“根據自願合法原則調解”的立法性淡化過程（注一）。

二、調解的種類：

大陸民事訴訟法規定的調解制度有兩種，一種是民事訴訟法第16條規定的人民調解，另一種是民事訴訟法第8章規定的法院調解。

人民調解：

人民調解，是起訴前，由群眾性自治組織人民調解委員會主持進行的調解。從性質上說，人民調解屬於訴訟外的調解，以當事人自願為原則，非訴訟的必經程式。人民調解的結果沒有法律上的約束力，不能作為強制執行的根據，也不影響當事人向人民法院起訴。但是人民調解所起的作用是巨大的，首先人民調解及時有效地解決了大量民事糾紛，穩定社會秩序、防止矛盾激化，並達到預防刑事犯罪的作用。其次人民調解極大地減輕了人民法院的工作負擔，起了「第一道防線」的作用，在世界上被譽為「東方經驗」的正是這種調解制度（注二）。

法院調解：

法院調解是由人民法院審判人員主持進行的調解，從性質上說，法院調解屬於訴訟上的調解，是人民法院行使審判權，審理民事案件的一種方式，另外法院調解可依以下兩個階段進行：

庭前調解：是指人民法院受理案件後，在開庭審理前對法律關係明確、事實清楚的民事、經濟案件，經當事人雙方同意，在審判人員主持下進行的調解活動，經庭前調解，雙方當事人達成調解協定的，人民法院製作調解書，送達雙方當事人，結束訴訟。如經調解雙方當事人未達成協定的，審判人員應及時將案件轉入審判程式，對案件進行審理和判決。

審理中的調解：是指人民法院開庭審理民事、經濟案件過程中，根據當事人的申請或法院職權主持雙方當事人進行的調解活動。

審理中的調解與庭前調解的主要區別是，庭前調解是在法院立案後審理前準備階段所進行的調解，審理中的調解，是在法院開庭前調解和審理中調解，都屬於訴訟調解，是人民法院行使審判權的一種方式。

三、法院調解的原則：

法院調解有下列三項原則，該三項原則對保證調解活動正常進行具有重要意義，此乃人民法院和雙方當事人在調解過程中都應遵守的原則。

自願原則：

是指在民事訴訟過程中，人民法院對民事案件進行調解的前

提，必須是雙方當事人自願，不能有絲毫的勉強，自願原則可以從以下兩方面理解：

第一：調解的提出和進行必須是雙方當事人的意願。民事訴訟法第 85 條規定：人民法院審理民事案件，根據當事人自願的原則進行調解。調解必須出於當事人的真實意思表示，而此真實意思表示的形式應當是明示行為而不能是默示行為，人民法院只有在雙方當事人自願接受調解的前提下，才能主持雙方當事人進行調解，如果當事人一方堅持不願調解的，人民法院不能強迫或變相強迫進行調解，應當進入訴訟程式及時作出判決，沒有當事人的自願，就是對當事人權利的一種侵犯，即脫離了調解的本意。一般認為在民事訴訟中當事人可以自願申請調解，而人民法院根據案件的情況也可以主動提出進行調解。但人民法院依職權主動提出進行調解，仍必須徵得雙方當事人的同意，否則調解也不能進行。亦即調解程式的發生和進行，應出於當事人自願。

第二：調解達成的協定內容必須反映雙方當事人的真實意思。民事訴訟法第 88 條規定，調解達成協議必須雙方自願，不得強迫。調解協定的內容直接涉及雙方當事人的民事權利義務，應當由當事人按自己的意願進行處分，人民法院只能根據政策、法律進行一定的說服教育工作，引導人民以調解方式解決糾紛。調解協定的內容，必須是雙方當事人自願協商的結果，否則即使達成協定，事後也有可能被當事人推翻。

在法院調解的原則中，自願原則居於核心地位，具有特殊的重要性，而調解制度在實踐中出現的問題，大都是根源於對自願原則的違反。

查明事實，分清是非原則：

此原則是指法院對民事案件進行調解必須在查明案件事實，分清責任的基礎上進行。調解不等於和稀泥，查明事實和分清是非，是法院調解的基礎，因為法院調解不僅是當事人處分權運用，且亦為法院審判權的行使。審判權要求審判人員在主持調解過程中必須查明案件基本事實，分清雙方爭議的是非曲直，明確當事人各自的責任，然後確定雙方當事人的權利義務，當然，在權利義務的劃分上也須尊重當事人的意願。簡言

之，調解協議中權利義務的劃分雖與判決中權利義務的劃分有差別，但此種差別的存在，並不意味著調解協議中權利義務的劃分乃是非不分或基本事實不明，相反地，只有基本事實清楚，是非分明後，雙方達成的協定，才讓當事人心悅誠服地自覺履行。司法實踐中出現的達成協議後當事人反悔或不自覺履行，其中一個重要原因：就是在調解過程中，沒有查明爭議事實和分清是非責任。

合法原則：

該原則是指人民法院和雙方當事人的調解活動及其協定內容，必須符合法律的規定。合法原則的具體要求：一是人民法院主持雙方當事人進行調解活動，必須按照民事訴訟法規定的程式進行，二是當事人雙方達成的協定內容，基本符合有關政策、法律的規定。以事實為據，以法律為準繩，是人民法院對民事案件進行調解必須遵循的原則，也是當事人在調解活動中的行為準則。在調解中允許當事人雙方互諒互讓，對自己的民事權利作出處分，但當事人的處分不得違背政策、法律的規定，或損害國家、集體和其他的公民利益，這是合法原則的基本要求。

按民事訴訟法對調解協議合法性的要求與對判決的合法性的要求有程度上的不同之處。其並未規定調解書應當寫明適用的法律依據，法院調解不僅僅是法院運用審判權解決糾紛，亦是法院行使審判權和當事人行使處分權的結合，亦即當事人可以運用處分權在不違反禁止性規定前提下達成雙方所滿意的或者所能接受的調解協定，儘管協定的內容與法律上嚴格議定的權利義務關係並不完全一致。一般認為合法原則中合法性應定位於一種寬鬆的合法性，其並非指調解協定的內容必須嚴格遵照法律所規定，而是指協定內容不得與民事法律中的禁止性規定相衝突，不得違反公序良俗和損害第三人合法權益。

四、法院調解的程式：

法院調解的程式，是指調整民事訴訟當事人在人民法院主持下所進行的調解活動及其在調解活動中發生的法院與當事人間關係的行為規範，調解活動一般有以下三階段：

調解的開始：

傳統調解開始的方式有二：一是因當事人的申請而開始；二是由人民法院依職權主動提出而開始。一般認為應以當事人申請

為原則，以法院主動提出為例外，因為是否以調解方式解決糾紛是當事人的訴訟權利，根據民事訴訟法所規定，人民法院進行調解，可以由審判員一人主持，也可以由合議庭主持（民事訴訟法第 86 條）。

調解的進行：

進行調解的地點應在法院內，根據法律規定，法院調解必須由審判員主持。調解開始後，審判人員應當認真聽取當事人關於案件事實和理由的陳述，一般的次序是先原告方後被告方再第三人方。需要證人作證的應傳證人到庭。審判人員在查明事實的基礎上，應有針對性的對雙方當事人宣傳有關政策和法律，做好疏導工作，並引導他們就具體的爭議事項進行協商，在協商過程中，根據調解的需要，審判人員可以提出和解方案供雙方當事人參考，但不能強迫當事人接受法院的調解方案，也可以由當事人雙方或單方提出和解方案，人民法院調解民事案件時，雙方當事人都應出庭，因故不能出庭調解的當事人，可由其有特別授權的委託代理人參加調解，達成的調解協定，可由該委託代理人簽名。但離婚案件的當事人因特殊情況無法出庭參加調解的，除本人不能表達意志的除外，應當向人民法院提出書面的調解意見。調解的結束，是指在審判人員的主持下，通過雙方當事人充分協商，達成協定，結束調解程式或因調解未達成協定而終止調解。

調解達成協定的情況有兩種，一是庭審中或庭審前後，在審判人員主持下經雙方當事人協商達成的協定，二是雙方當事人在訴訟外自行協商達成的協定。審判人員對當事人訴訟外達成的協定，應進行審查。對於當事人雙方自願達成，協定內容又符合法律規定的，人民法院應當批准協議成立。

調解協議依法成立後，人民法院應制作調解書，送達雙方當事人。當事人一方拒絕簽收調解書的，調解書不發生法律效力，人民法院要及時通知對方當事人。調解書不能當庭送達雙方當事人的，應以後收到調解書的當事人簽收的日期為調解書生效日期。人民法院製作的調解書，是一種訴訟法律文書，是結束訴訟、審結案件的一種法律形式，根據民事訴訟法第 89 條的規定，調解書應當寫明訴訟請求，案件事實和調解結果。

一般民事案件經調解達成協定後，人民法院都應制作調解文書，送達給雙方當事人，根據民事訴訟法第 90 條的規定，下列案件經法院調解，當事人達成協議的可以不制作調解書，而將協

定內容記入筆錄，由雙方當事人、審判人員、書記員簽名或蓋章後，即具有法律效力： 調解和好的離婚案件； 調解維持收養關係的案件； 能夠即時履行的案件； 其他不需要製作的調解書的案件。可見，這種調解筆錄和調解書一樣，同是人民法院審理案件的一種法律形式。

五、法院調解書的效力和對反悔的處理：

法院調解書的效力：是指依據當事人達成的協定由法院所製作的調解文書在法律上的拘束力。民事訴訟法規定，通過調解達成協議的，人民法院應當製作調解書或對不需要製作調解書的協定，應當記筆錄。調解書和調解筆錄，在法律上具有同等的效力。當事人的調解協議是人民法院製作調解書前提和基礎。當事人的調解協議，是當事人雙方對解決彼此之間爭議的合意，具有契約的性質，但只有經人民法院確認後才具有法律上的拘束力。人民法院的調解書，是對當事人協議的確認，是調解協議產生法律上拘束力的法定條件，生效的調解書與調解筆錄具有以下法律效力：

確定當事人間民事法律關係的效力：

人民法院的調解書送達當事人或調解筆錄生效後，表明雙方當事人對曾經發生爭議的民事法律關係已經取得法律的確認，雙方當事人從此不得對此法律關係再發生爭議，這是法院調解書在實體法上之效力。

結束訴訟的效力：

當事人的調解協定是在人民法院主持下自願達成，人民法院根據調解協定製作的調解書和調解筆錄，則是法律上對當事人調解協議的確認。因此，人民法院的調解書送達當事人和調解筆錄依法生效後，當事人間民事權益爭議，在法律上已最終解決，當事人不得以同一事實和理由向人民法院再行起訴，這是法院調解在程式法上的效力。調解書和特定調解筆錄依法生效後，其法律效力同法院生效判決書一樣，當事人即喪失上訴權，當事人如對法院的調解書和調解筆錄有爭議，也不能提起上訴。蓋調解協定是雙方當事人根據自願、合法的原則，經過充分協商達成的，並在調解書送達前和調解筆錄依法生效前，還允許雙方當事人反悔。所以對生效的調解書和調解筆錄，在法律上不存在當事人上訴問題。

強制執行的效力：

調解協定是雙方當事人在人民法院主持下自願達成的，一般情況下當事人都能自覺履行，惟倘有當事人拒不履行調解協議確定的義務時便發生強制執行的問題，依法律規定，若調解書有給付內容的，一方當事人又不履行確定的義務，另一方當事人有權向人民法院申請強制執行。

當事人反悔及其處理：

調解協定雖然是雙方當事人自願達成的，但有的當事人對已經達成的協定事後又反悔，其具體表現形式有兩種：一種是調解書送達前反悔；一種是調解書送達後反悔。

對當事人的反悔，應當根據反悔的不同情況作出恰當的處置。根據民事訴訟法的有關規定和司法實踐經驗，如調解書送達時一方或雙方當事人拒絕接受者，表明當事人不同意按調解協議解決他們之間的糾紛。此時，人民法院應對案件及時進行判決。調解書送達後當事人反悔的，由於調解書已生效，告知當事人可以向人民法院申請再審。

上述即為大陸調解制度之概況。

《基甸的號角》讀後

書名：基甸的號角

著者：安東尼·路易士

譯者：李伯恬

出版者：臉譜出版

一個前科累累，窮得連小孩都養不起的被告，在審判程序中，竟然大膽要求法官應該要為他指派一個律師，法官不同意，他不服判決向美國聯邦最高法院提起上訴，沒想到這個卑微的囚犯，竟然改變了美國司法史，作者引用《舊約》〈士師記〉第6章第34節：「耶和華的靈降在基甸身上，他就吹角」，認為這是神蹟。

這本書寫的是1962年間，一個在美國佛羅里達州州立監獄服刑的卑微的囚犯克拉倫斯·厄爾·基甸，為爭取自己的權利，赤手空拳地挑戰行諸二十多年的判例，原因是基甸認為他貧困無告，沒有錢聘請律師，他在受審時應該享有律師辯護的權利，在法庭上基甸要求法院指派一位律師為他辯護，但被法官拒絕，因為佛州的法律，只有被控犯了死

罪的被告，才有權利要求法院指派律師，基甸因夜間侵入一家彈子房行竊被捕，被判處有期徒刑 5 年，於是基甸在監獄裡，用鉛筆在信紙上費力地寫了一張訴狀，寄到美國聯邦最高法院，一場改變美國司法史的審判，就此展開。

當時 52 歲的基甸，白人，生長於密蘇里州的工人家庭，14 歲輟學逃家，流浪期間開始犯罪，大多是竊盜、逃獄之類的罪名，偶爾做做工，來到佛州以撲克賭局為生，一生大半在監獄中渡過，潦倒困頓，不是安份守己的公民，但也從來不是凶暴蠻橫之輩，對法律一知半解的基甸堅信：在審判程序中，沒有律師就不會得到公平正義的審判，由於他貧困無資力聘請律師，法院就應該在審理程序中為他聘請律師，否則他就不能得到公平的審判。因為美國憲法第 14 條修正案規訂：「任何一州，沒有經過適當的法律程序，不得剝奪任何人的生命、自由或財產。」，所謂「適當的法律程序」，基甸認為就是在訴訟程序中需律師為被告辯護。

不過，這只是基甸個人的看法，因為在 20 年前，聯邦最高法院的貝慈對柏拉蒂案認為：憲法第 14 條修正案並不絕對保證所有刑事犯人在受各州法院審訊時一定可以得到法庭指定律師協助，根據憲法，只有在法院確認如果不給犯人一位律師來協助他，就等於「不給這個犯人一種最公平的判決」之情形下，才准犯人取得律師的協助。在實務上，法院認為犯人是文盲、愚昧無知、年紀太輕或是有精神病，以及被控之罪複雜之「特殊環境」所迫害，才准許法庭為犯人指派律師，基甸沒有這種「特殊環境」，他只是窮，窮得請不起律師幫他爭取公平正義，於是基甸提筆寫了訴狀，而且是「請求以赤貧身份上訴書」，他沒想到這份簡陋不堪的文件，竟然改變了美國的司法史。

本書作者安東尼·路易士是位記者，二度得過普立茲獎，他以銳利無比的眼光，巨細靡遺的描繪這個法律事件，從最高法院的收文工作、文書處理，連書狀格式也不遺漏，一直描寫到每一位大法官，尤以最高法院指派義務為基甸辯護的律師(這次必然會有律師協助了)艾比·福達斯，更耗費鉅大的篇幅描繪這位認真負責、睿智堅定的律師，以及他的事務所如何利用龐大的資源辦理基甸這個案子，而且還是免費服務，真是精彩萬分。有趣的是福達斯律師只調取佛州審理基甸案件之審判紀錄副本(應該就是審判筆錄)，又請基甸寫了一份詳細的自傳，但從未到監獄與基甸見面，因為他不願「冒連累上訴人和在案件紀錄以外不當地採取行動的風險」，這一點對台灣的律師就有點百思不解了。

而這個案子的對造——也就是檢方，竟然是一位年紀很輕，經歷很淺，從未進過最高法院的佛州助理檢察官布茹思·羅勃特·傑可布，他

只有 27 歲，當檢察官還可以掛牌執業律師，又被委派為國民警備隊少尉，辦理本案時還在追女友，後來還結婚，令讀者懷疑檢察系統到底怎麼了。

美國最高法院審理的案件是要開言詞辯論的，於是全書精彩的重心，就在讀者隨著傑可布踏進富麗堂皇的殿堂中展開，雖然法庭是如此的莊嚴肅穆，沒想到大法官審案卻極為親切隨和，大家幾乎是不拘形式的對話，律師、檢察官在陳述過程中，大法官隨時插嘴表示意見，雖然如此地不拘形式，但也兼顧程序的公平，兩造發言有時間限制，如果增加一方的發言時間，等一下對造也會獲得相同的額外時間，整個程序由上午 11 時許到下午 2 時半就結束了(中間午餐休庭半小時)，大法官在每星期五開會評議表決後，由其中一位大法官起草審判意見，交由其他大法官研究，討論並修改，反對意見也逐漸出現，每星期一宣示判決，聯邦法院在 1962 年 1 月 8 日收到基甸的書狀，1963 年 1 月 14 日進行言詞辯論，3 月 18 日宣判，大法官以 9 比 0 推翻貝慈對柏拉蒂案的判例，認為被告享有免費律師的權利，是人民的基本權利之一，基甸的竊盜案發回佛州最高法院重審。

最後，本書描述了美國政府因應這個判例，規畫設置公設辯護人制度，以及基甸重回法庭(請注意：聯邦最高法院審理時，基甸沒有出庭)，脾氣古怪的基甸拒絕福達斯律師推荐的律師，自己找了一位律師，經過交互詰問程序，果然獲判無罪，諷刺的是判決無罪的法官，與當年拒絕為基甸委任律師的法官，判他有期徒刑 5 年，竟然是同一個人。

本書中譯本譯者似非法律人，有些名詞怪怪的，例如前面提到的「特殊環境」，似乎是「特殊情狀」，「立場」(第 86 頁)似為「當事人適格」，「口頭爭辯」(第 292 頁)似為「言詞辯論」，「雙方對質」(第 332 頁)似為「交互詰問」，「聽差」(第 328 頁)是個古老名詞，少有人用，似以「工友」、「服務員」為妥。由於我沒有英文原著，英文程度更差，對此唯有存疑，尚請指教。

為什麼會用「聽差」這個古老名詞？因為這本書的中譯本是完成於民國 57 年 12 月，由香港的今日世界社出版，當年《今日世界》是一本彩色的雜誌，民國 61 年我在大學法律系四年級時，在書展看到《基甸的號角》，用 12 元買下來，生吞活剝地勉強看完，以後就忘光了，也忘了把這本書丟掉，一直到現在，又在誠品書店見到城邦文化公司發行的同一本書，譯文大致相同，只是前面多了一篇唐諾先生寫的導讀〈走過神蹟之門〉。回想起大半輩子在司法界混日子，走過威權時代，走過白色恐怖，見到偵查中可以選任辯護人，訊問被告要全程錄音，這幾年來

交互詰問制度的施行，法律扶助基金會的成立，被告的人權確實較有保障，律師在法庭的地位提高不少，律師的責任更形加重，在退休的前夕，回首當年一神蹟還真不少！

『零售商供應商公平交易管理辦法』 將限制零售商濫用優勢地位

程高雄律師

大陸繼 2006 年 10 月 15 日『零售商促銷行為管理辦法』正式施行後，10 月 19 日商務部又公布了由商務部、發展改革委員會、公安部、稅務總局以及工商總局五部門聯合制訂的『零售商供應商公平交易管理辦法』。辦法自 11 月 15 日起施行，詳細明確了零售商及供應商不得從事的不公平交易行為。

辦法所稱的零售商只包括了直接向消費者銷售產品、且年銷額（從事連鎖經營的企業，其銷售額包括連鎖店舖的銷售額）1,000 萬元以上的企業及其分支機構。這意味著辦法主要針對大型零售商的交易活動作出規範，而不涉及中小零售企業。

中商商業經濟研究所所長于淑華介紹說，近 10 年來大陸連鎖經營發展迅速，已經進入組織化大規模經營的新階段。雖然零售商和供應商相互依賴，但大型零售終端的出現，尤其大型零售商占據了絕對的優勢地位，並且這種優勢地位還會隨著零售商規模的擴大與組織管理的提升日益鞏固。

記者注意到，雖然明為『零售商供應商公平交易管理辦法』，但其中規範供應商不得從事妨礙公平交易行為的法條僅有 1 條，而規範零售商的則多達 11 條。其中列舉了零售商不得濫用市場優勢地位從事的不公平交易行為，包括‘要求供應商承擔事先未約定的商品損耗責任’“。強迫供應商無條件銷售返利等”規定零售商不得從事”限制供應商向其他零售商供貨或提供銷售服務“等妨礙公平競爭的行為；規定了供應商有權拒絕退貨的情形，並且對促銷服務費等業內”規定作出了明確規定。

按照辦法規定，零售商或者供應商違反本辦法且所得的，最高可處 3 萬元的罰款，沒有違法所得的可處 1 萬元以下罰款，有關部門並可向社會公告。于淑華認為，辦法中的強制性條款體現出制訂者著重保護中小供應商、維護公平市場秩序的初衷、對於中小供應商而言，他們更加

依賴零售商提供有利的貨架位置以及宣傳促銷手段等，因而現實中往往不免屈於零售商的強勢地位而支付一部分合理管銷外的不合理費用。

台南律師公會第廿六屆九十五年度十二份理監事聯席會議紀錄

時間：中華民國 95 年 12 月 21 日（星期四）下午 6 時 30 分

地點：富霖川粵海鮮港式飲茶餐廳

出席：林國明、吳信賢、宋金比、李孟哲、陳琪苗、李合法、陳慈鳳、曾子珍、楊淑惠、蔡進欽、吳健安、蘇新竹、蔡敬文、楊慧娟、黃溫信

列席：許雅芬、王燕玲、林瑞成、張清富、黃榮坤

缺席：陳惠菊、黃雅萍、林祈福、張文嘉、黃厚誠

主席：林國明

紀錄：王燕玲

壹、報告出席人數：應到 20 人，實到 15 人。

貳、主席宣佈開會

參、通過本次會議議程

肆、確認上次會議紀錄（參見第 136 期台南律師通訊）。

伍、報告事項：

一、主席報告：

（一）第 7 屆第 3 次全國理事長會議定於 96 年 1 月 27 日在台中市舉行，本人將代表本會出席，各位理監事如有提案，請事先交予本人提出。

（二）為提昇會員辦理行政訴訟之執業品質，本人特邀請興國管理學院校長黃俊杰教授講授「稅務訴訟之焦點」，定於 96 年 1 月 13 日上午 9 時至 12 時在台南社教館舉行，請各位理監事踴躍報名參加。

二、監事會報告：本月份帳目經詳細查閱均相符。

三、各委員會、組報告：

（一）刑事法委員會（宋金比常務理事報告）

本會訂於 96 年 1 月 20 日（六）及 2 月 3 日（六）上午 9 時至 12 時，邀請中正大學法律系柯耀程教授演講，1 月 20 日之場次

講授『刑法變更「適用競合」問題評釋』，2月3日之場次講授「刑事訴訟程序之觀察」。

- (二) 兩岸交流委員會 (林瑞成顧問報告)
希望明年能安排與大陸學術交流，有好的行程請大家踴躍提供。
- (三) 國際交流委員會 (陳慈鳳理事報告)
九州福岡辯護士會國際交流委員長大塚律師，在95年12月27日將來訪，我和林瑞成律師、林祈福律師等多位理事會負責接待，大家如有興趣，歡迎參加。
- (四) 平民法律服務中心 (主任委員吳信賢常務理事報告)
 - 1. 本月收之財務報告表【如附件一，略】。
 - 2. 這個禮拜六、日及下禮拜一，高院法律服務處將進行隔間整修工程，因有民眾反映目前空間隱私不足，林大洋院長即加以檢討後表示有經費可以施工，全部整修費用均由高院支出。
- (五) 法律宣導委員會 (陳琪苗理事報告)
在大灣國小舉辦之法治教育種子教師研習，已於95年12月15日、18日下午完成，由許雅芬秘書長、李慧千律師、莊美玉律師及我擔任講師，非常感謝她們的協助，也非常感謝國際扶輪社3470區總監蔡文斌律師慷慨捐贈40套法治教育之教材予大灣國小，以利法治教育之推廣。
- (六) 會刊委員會 (曾子珍理事報告)
第138期(96年2月1日出刊)之焦點話題，輪由蘇新竹律師撰稿，請蘇律師準時交稿。
- (七) 康福委員會 (楊淑惠理事報告)
感謝本會95年12月16、17日所舉辦之國內台東知本旅遊已圓滿結束。另暫定96年3月17日舉辦一日遊，如果時間允許，可與登山社國外登山活動合辦，如果時間無法配合，將另外於4月份再辦國外旅遊，希望大家有好的行程可以踴躍提供。
- (八) 高爾夫球隊 (蘇新竹常務監事報告)
95年12月9日參加台南一中校友會高爾夫球賽團體賽，有李合法律師、郁旭華律師、林華生律師與我組隊參加，獲得亞軍。另預計於96年度舉辦全國律師盃高爾夫球賽，請各位同道多多捧場。
- (九) 壘球隊 (張清富律師報告)
95年12月16日與高雄律師公會友誼賽，取得二連勝之戰績，希望球隊繼續加油，能在下次律師盃正式比賽時，亦能保持勝績。
- (十) 羽球隊 (宋金比常務理事報告)
本會於95年12月22日與台南地方法院舉辦羽球聯誼賽，目前報名參加人員共計13人，其中律師9人，眷屬及職員4人。
- (十一) 太極班 (黃榮坤律師報告)
第9期已於95年12月11日結束，第10期將於12月18日開始。又每年公會補助24,000元，學員每期繳1,000元，但

每年教師費用為 6 萬元，實際每位學員受到的補助額僅約每期每人 100 元，希望費用補助每年提高至 3 萬元左右。

(十二) 瑜珈班 (曾子珍理事報告)

瑜珈班將於 95 年 12 月 22 日開第 9 期，希望會員、眷屬踴躍參加。

(十三) 攝影社 (蔡進欽理事報告)

攝影班第 2 期已結束，同學都希望能繼續開班。

(十四) 秘書處 (秘書長許雅芬律師報告)

95 年度 11 月份退會之會員：

劉致慶 (月費繳清)，截至 11 月底會員總數 782 人。

陸、討論事項：

- 一、案由：95 年 11 月份加入本會為會員之律師：陳宏杰、許博森、張世柱、蔚中傑、趙建和、張清雄、張立業、李怡欣、顏本源、馮達發、蕭隆泉、蔡宜宏等 12 名，請追認。

說明：經向台南地方法院查詢，均符合規定，亦均無積欠會費情況。

決議：通過。

- 二、案由：本會 95 年 11 月份財務收支報告表【附件二，略】，請審核。

說明：因財務長林祈福理事請假，由秘書長說明。

決議：通過。

- 三、案由：本會聘僱人員 95 年度年終考核評定案，請討論。

說明：請秘書長許雅芬律師說明【附件三，略】。

決議：請各位理監事填妥年終考核表，交由秘書長統計。

- 四、案由：本會 96 年預定安排活動日程表案，請討論。

說明：為方便各委員會及社團安排活動，擬將本會 96 年暫訂各項會議及活動排定列表供參閱。【附件四，略】。

決議：預定 96 年 3 月 15 日 (四) 舉辦之第 26 屆 96 年度 3 月份理監事聯席會議延至 3 月 22 日 (四)，96 年 4 月 19 日 (四) 第 26 屆 96 年度 4 月份理監事聯席會議取消。其餘照案通過。

- 五、案由：本會 96 年各委員會及社團安排之工作計畫及經費預算案，請討論。

說明：各活動內容及預算【附件五，略】。

決議：太極班預算預估提高至 3 萬元。瑜珈班經費預估為 3 萬元。律師權益促進委員會預估經費與去年相同，如經理監事會議決議追加辦理座談會，再專案申請。日文班經費預估為

1 萬元。英文班經費預估為 2 萬元。攝影社因明年 4 月打算至大陸外拍，再於律師節舉辦展覽及比賽，預算估計為 5 萬元，如有不足再行追加。其餘提出預算之各委員會及社團，照案通過。未提出者，照今年度預算編列。

六、案由：本會對於積欠會費甚久之會員是否依照規定以退會處分處理，請討論。

說明：名單【附件六，略】。

決議：繼續追繳會費，是否予以退會處分延至明年 3 月理監事會議討論。

七、案由：本會太極拳班教授鄭式 37 式太極拳，已於 95 年 12 月 11 日期滿，因尚未教完爰再開課 3 個月，並請援往例補助，請討論。

決議：通過。

柒、臨時動議

案由：1. 本會律師反應曾因南機組訊問當事人在地檢署陪訊，至用餐時間，訊問人員僅準備當事人及訊問人員之餐點，律師又因職責所需，不便自行離去用餐，以致律師直到晚上 11 時許檢察官複訊完畢後，才得以離去用餐。對於律師於地檢署、調查站陪訊時之用餐問題，應如何解決，請討論。

2. 律師進入台南看守所律師接見室時，必需經過 4 道門，如逢緊急情事，對於律師之人身安全恐生疑慮，如何改善，請討論。

3. 台南看守所日前規定律師接見禁見之當事人，時間限制為 30 分鐘，對於因卷證資料繁多、案件複雜，需與當事人討論案情較久之接見律師，造成相當大之不便，如何處理，請討論。

決議：交由吳信賢常務理事負責籌辦小型討論會研討後，將結論提出於理監事會議決議。

捌、自由發言

玖、散會

喜 訊

※本會前理事長黃正彥道長之二千金雅苓小姐與台南市洪健中先生於民國 95 年 12 月 10 日中午 12 時在台南大飯店 7 樓國際廳舉行結婚歸寧會親喜筵，本會林理事長與同道多人前往祝賀，台南市長許添財亦到場致詞，祝新娘與新郎早生貴子，添丁發財。新娘黃雅苓小姐為本會監事黃雅萍之妹妹，現任職於審計部，為會計審計專業人才。新郎洪健中先生於獲得美國電機博士後，現在清大任教。當天會場，佳賓雲集，場面溫馨。

※本會資深道長郭常錚律師之千金郭雅君小姐與台北縣顏俊男先生，於民國 96 年 1 月 6 日中午 12 時 30 分在台南市唐莊粵式海鮮廣場 2 樓舉行結婚歸寧會親喜筵，本會林理事長與同道多人將前往祝賀。郭常錚道長曾任本會常務理、監事，對本會貢獻卓著。新娘郭雅君小姐任職於台北汎昶股份有限公司、新郎顏俊男在台北國寶科技股份有限公司擔任工程師。新娘賢慧美麗，新郎為科技新貴，實乃佳偶天成，令人稱羨。

瑜珈班招生

第 9 期於 95 年 12 月 22 日開班

本會瑜珈班第 8 期課程於 95 年 12 月 15 日結束，12 月 2 日第 9 期開班，上課時間為每星期五晚上 6 時 30 分至 8 時 30 分，地點在台南市尊王路 53 號保安活動中心 3 樓。本期瑜珈班課程仍邀請到已有 18 年教學經驗之薛瓊華老師加以指導，瑜珈運動對身體健康有說不盡的好處，特別是除能藉由該運動舒展筋骨之外，也能同時調理內臟之機能，增加人體免疫力，特別適合從事勞心勞力律師工作的道長們，本次再度開課，仍呼籲各位律師道長、眷屬或事務所職員踴躍參加，若有來不及或忘記報名者，亦歡迎隨時加入我們的行列。