

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

全國理事長開會取得共識 各律師公會審查律師轉任法官應分項敘明理由

第 7 屆第 3 次全國理事長會議，於 96 年 1 月 27 日（週六）下午 2 時 30 分在台中市全國大飯店舉行，來自全國各地方律師公會理事長聚集一堂，討論議題包括於 96 年 6 月 9 日、10 日在溪頭及九族文化村舉行第 7 屆全國律師聯誼會、律師在職進修辦法之研擬、全國律師資料系統之建立及各地方公會審查律師轉任法官時應分項敘明理由及依據等。會議由全聯會謝理事長文田主持，在開會之前，全國各地方公會理事長於中午 12 時先與全聯會全體常務理、監事及秘書長等人餐敘，進行會前溝通，會議於下午 5 時許結束。

本會由林理事長國明代表本會出席，林理事長於會中提案建請各地方律師公會於審查律師轉任法官時，為求審查結果客觀公平，依據「中華民國律師公會全國聯合會律師轉任法官推薦辦法」第 3 條規定，宜就申請人之品德操守、專業學養、風評獎懲及服務表現等逐項審核，詳細記載審查過程中之判斷標準與依據，作成書面報告，函送全聯會，不宜僅記載審查結果推薦或勉予推薦。如地方律師公會對於兼區申請人之品德操守或學養等事項，無法瞭解，致不能作出是否推薦之決定時，亦宜於函復全聯會時予以說明，經熱烈討論後，已取得共識。

法服中心律師諮詢 兩小時八人次為限

提升服務諮詢品質 避免輪值律師過勞 中心管委會決議設限

『本刊訊』 本公會平民法律服務中心於 96 年 1 月 9 日中午召開 96 年度第 1 次管理委員會會議。會中，除由主任委員報告中心經費運用情形、中心成立 32 週年慶活動檢討等事項外，委員們也參觀重新裝修的台南高分院 2 樓律師休息室對面的諮詢室，大家對於台南高分院林大洋院長的用心及效率，齊表感佩，咸認此舉可保障諮詢者的隱私，必可使前來法院詢問法律問題的民眾，對於司法服務人民的良好印象，深刻心中。

本次委員會會議的討論重點在：本公會法服中心台南地院的諮詢超載問題，由於前往台南地院詢問的民眾甚多，一個上午超過 10 個人次者，已近常態，有些民眾又不只一個問題；委員們檢討於此一情況下，若要求每位輪值服務律師於短短 2 小時內，親切詳盡地答覆民眾的諸多問題，難度確實頗高，問答雙方常有意猶未盡的感覺。有鑑於此，吳主任委員提出臨時動議，在多方討論後，與會委員商議由「提前截止諮詢申請時間」及「限制諮詢人數」兩方面著手，以提升服務品質；委員會最後作成決議：「自本（96）年二月份起，本中心法律諮詢申請時間為服務結束前 30 分鐘（地院上午為 11 時正，高分院下午為 4 時正），每次諮詢人數以 8 人次為限。但經輪值服務律師同意者，不在此限。」

管委會指出，在台南地院的每日上午諮詢服務，如申請者逾時或發生超額無法諮詢時，建議其改於下午時間轉往台南高分院諮詢。另為求根本解決之道，委員們也取得共識，如果能在台南地院尋得第二個合適的諮詢室，本中心將廣徵律師加入服務行列，每日增排一名律師輪值，所需經費也將全力爭取理監事會之支持撥用。所以，委員會同時議請中心委員楊慧娟、曾志青二位律師，設法向台南地院洽詢提供場地之可能性，以貫徹中心服務民眾的宗旨。

此外，為了檢視律師界對從事平民法律服務工作之方法、內容，及服務對象資力條件限制等問題，委員會已規劃於今年三月份擇期舉行一次討論會，將邀請同道、學者及社會服務工作單位派員，以對談暨討論之方式，對律師公會及會員提供改進的方向。

大家都在嘆息一律師這行業越來越不好混了，律師越考越多，案子越來越少，開庭的時間卻越來越長，尤其南部景氣不好，中小企業都跑光了，案件來源越來越少，已經有人以低價搶案子，將來說不定要流血大車拼，拼個你死我活。

其實律師業的風評、口碑很重要，很多案子都是依靠當事人間互相介紹，包括監所裡的人犯間會彼此比較律師的辦案能力、服務品質，在鄉下某人找了某律師打贏一件官司，日後他的親友有事也都會去找某律師，在範圍較狹窄的行業，如營造業、環保業或醫界，如果辦好一件該行業的專業訴訟，律師的風評往往在業界內流傳。律師要用心辦案，更要慎選案件，不要亂接案子，勝算不高的案件要勇於拒絕，辦幾個精彩的案子，口碑就出來了，這就是律師業的行銷手法。

我還看過北部某律師，他將歷年所辦理引以為傲的案件的判決書，搜集在資料夾內，並附上新聞剪報，放在事務所的會客室內，供當事人翻閱，這些案件大多是比較受矚目、出名的案子，這種做法對當事人頗有說服力。有人說此舉是否有洩漏當事人個人隱私之嫌，我也有這種顧慮，所以從沒有這麼做過，不過現在判決書都公布在司法院網站上了，除了性侵害或事涉個人及未成年人隱私之判決不公布之外，判決書放在事務所供人閱覽，與放在網站上，供不特定人瀏覽並無不同，似無不當之處。

我在《禿鷹律師》這本書（參見本通訊第135期，95年11月第4版）看到一位有趣的律師，禿鷹律師是指專辦集體訴訟的律師，他們像禿鷹般的搶案件，累積大量的案件與被告（一般都是大企業）協商和解，藉此賺取律師費，這類案件大多不會上法庭，因此禿鷹律師大多不擅於法庭訴訟的技巧，不過有人反其道而行，這位戴爾·穆尼翰律師也是專門辦理消費者糾紛的案子，但他不搶案件，也從不接受被告的和解，他真槍實彈上法庭，一年只接三個案子，每個案子都精挑細選，二十年來沒有輸過一場陪審團的案子，他還諷刺書中的主角沒上過法庭，「你連法庭的門在哪裡都還摸不到」。

我們且看看他的事務所：「莫特穆尼翰律師事務所開在土桑市中心的舊火車站，舊火車站被他們改裝成簡陋但還宜人的事務所。入口門廳就是舊火車站的候車室…這地方有一點像博物館。戴爾·穆尼翰帶上法庭給陪審團看的東西，一一收藏在這裡。像有一個高高的櫃子裡面，就陳列一具瓦斯熱水器，櫃子門口的青銅牌子，刻著這個案件的名稱和判決一四百五十萬，一九八八年十月三日，史東郡·阿肯色州。再有一輛壞掉的三輪車，害本田在加州賠三百萬。有一支廉價散彈槍，氣得德州陪審團判給原告一千一百萬的賠償。幾十件東西—割草機、豐田 Celica 小跑車燒到只剩下架子，鑽床，有瑕疵的救生衣，歪七扭八的梯子。牆

上也排著剪報和大幀的照片；照片，是這位大律師正親手把支票交給受傷的客戶。」。

這是小說裡虛構的律師事務所，實際上必然有這種事務所，在美國律師可以打廣告，不著重行銷手法，連大牌律師都生存不下去。在台南可能沒辦法讓律師在事務所陳列他的「戰利品」，但還可以在他的當事人口中，建立風評和口碑。

九弁連大塚律師來南訪問

與本會素有往來之日本九州弁護士聯合會國際交流委員長大塚芳典律師與數位福岡市律師，於 95 年 12 月 25 日前往高雄，由高雄律師公會陳俊卿理事長接待，參觀高雄地方法院，並與高雄之律師們進行座談。翌日中午，大塚律師與其事務所之多明尼加籍之 Carmen Rosa Garcia Reyes 律師及金蓮玉小姐三人，由台北林茂松教授陪同，前來台南拜訪本會律師，由於是私人拜訪行程，本會由陳俊郎教授、林祈福律師、曾子珍律師及負責國際交流之陳慈鳳律師 4 人接待，並安排前往關仔嶺用餐，於山中一邊聊天一邊享用金線蓮雞湯及三杯雞等具有台灣特色之菜餚，並飲用餐廳提供之七葉膽茶，餐後還招待水果及黑豆花，令人十分滿意。

由於陳俊郎教授於關仔嶺之別墅社區內有一塊建地，目前尚未興建，但捨不得賣掉，即提議大家於餐後前往看看順便散步。進入該社區後，即見到各式各樣造型及顏色的別墅，四周草坪種了許多樹木及花草，空氣也很清新，令人嚮往；惟當時林茂松教授竟表示，要自己維護別墅四周庭院十分辛苦，因當初以為住在鄉間別墅，假日就可以有個好好休息的地方，但是每次都是去當工人除草、打掃，比平常還累，不禁令人莞爾。接著大家前往景大溫泉山莊享受泥漿溫泉，男律師們選擇前往大眾池泡湯，女生們則喜歡較有隱私之家庭式湯屋，泡完後大家似乎年輕了幾歲，臉色也紅潤起來，回台南的路程中小睡一會兒，到大億麗緻酒店辦理住房手續，再前往阿霞飯店 2 樓用餐。

晚餐是道地的台南美食，本會同道 10 餘位，陪同大塚律師、Carmen Rosa Garcia Reyes 及金蓮玉小姐用餐，並逐一介紹台南美食的特色，

大塚律師尤其欣賞台灣生啤酒。由於金蓮玉小姐祖籍是中國東北，精通普通話，可以為大家翻譯，席間笑語不斷，氣氛融洽。

晚餐結束還有「第二次會」，大家來到民權路「驛卡拉OK」，一時日本歌紛紛出籠，大出大塚律師的意料之外，陳清白律師即席為金蓮玉小姐賦詩一首：

金聲譯衷言 蓮步兩國間

玉人翩翩至 佳誼年復年

大家歡唱至深夜，才殷殷道別，大塚律師並邀請台南的道長赴福岡訪問，相信日後兩會的情誼必會更加增長。

本刊訊

曾子珍律師甄試轉任法官 莊美玉律師接掌本通訊編務

本通訊總編輯曾子珍律師，參加司法院甄試轉任法官，已於日前通過筆試及口試，於1月15日赴司訓所報到受訓，本通訊總編輯之工作由莊美玉律師接任，由於本屆理監事任期將於4月30日屆滿，理監事計劃推荐莊律師在下屆任期繼續擔任編務重任，使通訊之內容更顯一貫。

莊律師自本屆起即參加本通訊之編輯小組，迄今已有一年八月，一向認真負責，細心嚴謹，編輯小組成員皆樂見莊律師能擔任總編輯的重任，相信在莊律師的接掌之下，本通訊必會延續十一年的光榮歷史，繼續服務本會同道及司法界同仁。

本通訊稿件極多，以致印刷字體稍小，年長的同道常反應閱讀吃力，近來發現《司法周刊》之版面稍大，字體放大後頗利閱讀，唯牽涉合訂本裝訂問題，本通訊將於第150期出版後，將101期至150期裝訂為合訂本，自151期起將考量放大版面，以容納較多稿件，並放大字體，請讀者拭目以待。

台南區四師聯合會專題演講 個人資產整體規劃—信託與遺產稅

本會與台灣省會計師公會南區辦公室、台南市醫師公會、台灣省建築師公會台南市辦事室於96年1月14日(週日)下午4時30分在台南市長榮桂冠酒店舉行95年度第4次會議，本會林理事長與吳信賢常理、宋金比常理、吳健安理事及會員共20人出席。此次會議係由會計師公會主辦，邀請李常先會計師演講個人資產整體規劃—信託與遺產稅，台南市長許添財蒞會致詞，向與會人員報告隨總統出訪尼加拉瓜之經過。會後全體出席人員舉行餐敘，於餐敘中並進行摸彩及卡拉OK歌唱助興，充分達到聯誼之目的。

李會計師於演講中，首先以溫世仁及蔡萬霖為例說明個人財產事先規劃之重要性，接著說明最低稅負制對高資產者的影響。李會計師認為在目前稅制之下，宜從境外信託與利用古董兩方面著手規劃個人財產，始能達到節稅之目的。本會於前一日(13日)剛舉辦稅務訴訟之講座，今日再配合李會計師有關遺產稅與信託節稅之說明，兩者互相印證，與會道長咸認受益匪淺，對擴展律師業務及個人節稅規劃，均有很大之助益。

無權處分共同共有物之效力 林大洋 —最高法院95年度台上字第1071號民事判決評析—

共同共有乃依法律規定或契約，成一共同關係之數人，基於共同關係，而享有一物之所有權(民法第827條第1項)，例如未分割之遺產(民法第1151條)、合夥人之合夥財產(民法第668條)、夫妻共同共有財產(民法第1031條)。共同共有人之權利義務，依其共同關係所由規定之法律或契約定之，除法律或契約另有規定外，共同共有物之處分及其他之權利行使，應得共同共有人全體之同意(民法第828條)。倘共同共有人中之一人或數人，未經全體共有人之同意，處分共同共有物，其效力如何？乃長年來一直困擾實務之問題，國內知名民法學者王澤鑑教授針對此一問題，亦曾先後撰文數篇加以分析及評釋(註1)，殊值重視。

欲解決本問題，首須探討民法上「處分」之概念及民法第828條第2

項所稱「處分」之意義。按民法上之處分，其意義可分為：1.最廣義之處分，包括事實上之處分（如拆除房屋）及法律上之處分（包含負擔行為及處分行為，前者又稱債權行為，後者有物權行為及準物權行為）。2.廣義之處分，係指法律上之處分（負擔行為及處分行為），事實上之處分不包括在內。3.狹義之處分，僅指法律上處分中之「處分行為」（物權行為及準物權行為）而言。是以，民法所稱「處分」之意義為何，應斟酌條文文義、法律體系及規範目的定之（註2）。至於民法第828條第2項所稱「處分」之意義，依學者通說認為應採最廣義說，包括法律上之處分（負擔行為及處分行為）及事實上之處分（註3）。

公同共有人之一人或數人，未得全體公同共有人之同意，而為事實上之處分行為，處分人應負侵權行為責任。如為法律上處分之負擔行為，對於全體公同共有人不生效力（註4）。茲有疑義者，乃此種未得全體公同共有人同意，處分公同共有物之行為，對該處分公同共有物之公同共有人而言，效力如何？實務上之見解常混淆不清。本文擬就最高法院最近作成之95年台上字第1071號民事判決，試加以評析之。

最高法院95年台上字第1071號民事判決理由略以：「本件上訴人主張：伊與被上訴人兄弟二人，於民國80年間與訴外人即伊等母親張○腰共同出資購買系爭房地，伊出資26%、被上訴人出資5%，其餘由張○腰出資，並登記於被上訴人名下。嗣被上訴人將其所有權利賣給張○腰，兩造與張○腰乃於88年4月20日簽署協議書（下稱第一份協議書），約定自同年5月1日起1年內若未能售出系爭房地，被上訴人即應將該房地所有權1/4移轉登記予伊。再由張○腰於88年4月24日委由訴外人李○財依其口述撰寫協議書（下稱第二份協議書），經被上訴人簽署同意，載明伊就系爭房地出資之26%，得自行登記取回。爰依系爭二份協議書之上述約定，求為命被上訴人將系爭房地所有權26%移轉登記予伊之判決。被上訴人則以：第一份協議書係就兩造之父張○明之遺產及兩造與張○腰三人間之私有財產為整體綜合分配，履行上不可分，其中就公同共有遺產之分配部分因未獲得其他繼承人即訴外人張○玲、張○芬、張○瑛之同意，依法既屬無效，該協議書其餘部分亦應歸於無效。至於第二份協議書除經伊簽名之末頁內容外，其餘均非真正，上訴人持以對伊為請求，仍非有理等語，資為抗辯。原審以：上訴人主張之事實，業據其提出被上訴人不爭執真正之協議書為證，並經證人陳○利證述無訛，固堪信為實在。惟兩造之父張○明於86年10月1日死亡，繼承人有其配偶張○腰、及子、女即兩造及張○瑛、張○玲、張○芬。而兩造均不爭執第一份協議書第1條、第2條、第8條之約定，均係有關管理或處分被

繼承人張○明之遺產（下稱遺產），則依民法第1151條『繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為共同共有。』、第828條第1、2項『共同共有人之權利義務，依其共同關係所由規定之法律或契約約定之。除前項之法律或契約另有規定外，共同共有物之處分，及其他之權利行使，應得共同共有人全體之同意。』之規定，兩造與張○腰間之第一份協議書就遺產管理、處分之分配部分，因未經其他繼承人張○瑛、張○玲、張○芬同意，應屬無效。按『法律行為之一部分無效者，全部皆為無效。但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效。』為民法111條所明定。該但書規定，雖非謂凡遇給付可分之場合，均有其適用。尚須綜合法律行為全部之旨趣，當事人訂約時之真意、交易之習慣、其他具體情事，並本於誠信原則予以斟酌後，認為使其他部分發生效力，並不違反雙方當事人之目的者，始足當之（本院75年台上字第1261號判例參照）。然依證人陳○利證稱兩造與張○腰協商多次，始達成合意，作成第一份協議書之語，足見兩造與張○腰係就系爭協議書所示全部財產綜合進行整體評估及討論後，方達成分配及管理之約定，並無具體情事可認為渠等有除去遺產部分約定內容，仍願就其餘部分成立契約之意思。再觀諸該協議書各條約定，兩造與張○腰同意負擔提供私有財產移轉或收益供分配之義務，係與遺產之收益分配糾葛相關，如認遺產處分管理之分配協議無效，兩造或張○腰仍應履行其他關於其等私產之協議義務，對於原協議就遺產收益分配利益較多之一造顯失公平，已違反其等係就遺產及私產作整體分配之真意。是以綜合上情，應認第一份協議書之一部無效，無民法第111條但書規定之適用，即該協議書之全部皆為無效。上訴人依該協議書第2條約定請求被上訴人移轉登記系爭房地所有權，自屬無理。其次，被上訴人抗辯第二份協議書第6條之內容非真正等語為可採。上訴人本於該條記載，請求被上訴人移轉登記系爭房地所有權，亦無理由。」

本件判決值得探討之處有二：1.兩造與其母張○腰簽署之第一份協議書就遺產管理、處分之分配部分，是否屬於處分行為（契約）？2.倘認為上述協議屬於處分行為，則該部分未經其他繼承人（共同共有人）之同意，效力如何？

按所謂處分行為，乃指直接使某種權利發生、變更或消滅的法律行為，如所有權的拋棄（民法第764條）、不動產物權之移轉或設定（民法第758、760條）、動產物權之讓與或設定（民法第761、885條）、債務免除（民法第343條）、債權讓與（民法第294條）（註5）。上開協議書所載有關遺產管理、處分之分配行為，究竟何指？依文義觀之，尚

屬不明。倘其能直接使遺產權利產生得喪變動之效果，固可認為係處分行為。否則如僅發生債權債務之關係，而未因此引起遺產共同共有權之變動，協議之一方僅負有依協議內容履行之義務，則屬於負擔行為（債權行為），該項協議雖未經其他繼承人之同意，仍屬有效（註6），蓋此際並不以協議人（契約之一方）對該共同共有物（遺產）有處分權為必要。

至於上述協議部分，倘可認為係處分行為，因未得其他繼承人（共同共有人）之同意，應採效力未定說（註7），得因其他繼承人之追認，或為協議之人嗣後取得共同共有物之權利，而發生效力（民法第118條第1項、第2項）。前揭判決理由謂「第一份協議書就遺產管理、處分之分配部分，因未經其他繼承人之同意，應屬無效」，倘採效力未定說，可資贊同，如採無效說，則有待商榷。

（作者為臺灣高等法院臺南分院院長）

（註釋）

王澤鑑 「出賣他人之物與無權處分」，載民法學說與判例研究第4冊，頁129以下。「再論『出賣他人之物與無權處分』」，載上揭書，頁141以下。「三論『出賣他人之物與無權處分』」，載上揭書第5冊，頁77以下。「私賣共有物、無權處分與最高法院」，載上揭書第8冊，頁147以下。

王澤鑑 前揭「出賣他人之物與無權處分」，載前揭書，頁129、130。

王澤鑑 民法物權第1冊—通則、所有權，頁307。史尚寬 物權法論，頁161。李肇偉 民法物權，頁237。鄭玉波 民法物權，頁129。謝在全 民法物權論上冊，頁380。吳光明 物權法新論，頁232。

謝在全 前揭書，頁380。王澤鑑 前揭「再論『出賣他人之物與無權處分』」，載前揭書，頁144。最高法院18年上字676號判例。王澤鑑 民法總則，頁283。施啟揚 民法總則，頁123。邱聰智 民法總則上冊，頁484。黃立 民法總則，頁187。林誠二 民法總則下冊，頁54。

最高法院33年上字第2489號判例：「共同共有人中之一人，以共同共有權移轉為買賣契約之標的，並非所謂以不能之給付為契約標的，其移轉所有權之處分行為，雖因未經其他共同共有人之承認不能發生效力，而其關於買賣債權契約，則非無效。」

王澤鑑 民法物權第1冊，頁310。吳光明 前揭書，頁232。

無災無難到公卿

陳清白律師

人皆養子望聰明 我被聰明誤一生
但願孩兒愚且魯 無災無難到公卿

據報載，馬來西亞有位華裔神童叫張世明，自幼聰穎過人，智商高達一百四十八，十歲便能用英文寫詩，十三歲獲得美國頂尖大學加州理工學院入學許可，成為該校史上最年輕的新生。一九九七年，張世明二十一歲，取得康乃爾大學物理博士學位，隨後留在美國從事研究工作。讀到這裏，你也許會想，這個小孩將來前程絕對不可限量，一般人二十一歲還在唸大學，而他已經可以從事大學教職了。可是，世間事往往出乎意料之外，二〇〇一年，張世明悄悄返回馬來西亞，隔年便進住了吉隆坡一家精神醫院療養，他的父親對此發布聲明，指稱他因年紀太輕，無法適應美國社會現實環境和工作壓力，加上眾人都對「神童」投以異樣的眼光，以致於心理壓力過大，性格變得異常孤僻和沉默。住院期間，張世明身心狀況很糟，他拒絕進食，也不願說話和走動，甚至連眼睛都不願睜開。醫護人員透露，張世明並非病重得無法進食說話，而是他心情極度沮喪之故。張世明出院後深居簡出，不願與外界打交道，今年初病情急劇惡化，不幸於一月六日病逝在家鄉的醫院，得年三十一歲，死因為憂鬱症。

一個天賦異秉的人，天不假年，已經夠叫人扼腕了，沒想到早天的原因，竟然是因為天賦異秉所帶來的壓力，這樣的遭遇不得不讓人感歎造化弄人。

「望子成龍，望女成鳳」，天底下的父母無不如此期待，然而文前的詩，卻有點反其道而行，我想這不是詩人的真心話，只是一種因才情惹禍後的負氣之言。話說北宋大詩人蘇東坡，文思敏捷，才氣縱橫，年輕時為宰相王安石所器重，但東坡恃才傲物，經常語多譏諷，因此命運多舛，仕途坎坷。下面這則故事就是東坡惹禍的經過。

據說王安石寫過「字說」這本書，其中論及東坡的「坡」字，說「坡」字有「土」有「皮」即為土之皮也。東坡聽了笑說，如照你的話，那「滑」字，不就是水之骨了嗎？王安石聽了知道東坡有意嘲諷，便心生不悅。又有一回，東坡問安石：「鳩」字為「九」

和「鳥」所組成，您可知道緣故？安石不意有此一問，便欣然請教，東坡笑說：「毛詩中有『鳩鳴其桑，其子七兮』這句話，七個小孩加上爹娘，不正好九個？」安石聽了，不發一語，但心裡厭惡東坡的輕薄，沒幾天，東坡便降調為湖州刺史。過了數年，東坡因事造訪相府，時值安石午休，東坡在外書房等候，無意間，看到案上一首題為「詠菊」卻只才完成兩句的詩：「西風昨夜過園林，吹落黃花滿地金」，東坡看了，啞然失笑，據所知，菊性經霜耐寒，花殘後，抱枝枯萎卻不落瓣，這詩說「吹落黃花滿地金」，真是物理欠通。東坡雖認得出那是安石的筆跡，但一時興起，不顧利害，仗著才氣便依韻續筆：「秋花不比春花落，說與詩人仔細吟」。寫完了，詩興當然抒發了，但事後安石豈能容下東坡如此放肆、無禮，不數日，朝旨頒下，東坡降調為黃州團練副使。

這事過了一年，好友陳季常來黃州相訪，東坡喜出望外，邀季常到後院賞菊，沒想到，季節已過，盆盆只剩空枝，然花瓣卻如黃金般鋪了滿地，東坡一見此景，目瞪口呆，久久不能言語。季常查覺有異，經詢問，東坡才道出往事，並深表懊悔，原來古楚之地的菊花是會落瓣的，當年錯的，是東坡，不是安石。

東坡在黃州的日子過得相當清苦，雖然生性豁達，但屢遭貶謫，卻也難免鬱悶。元豐六年，東坡已四十八歲，侍妾朝雲為他生了第四個兒子—蘇遯，東坡見家人洗兒逗樂，忽有所感，便寫下文前這首「洗兒詩」自我解嘲。

「但願孩兒愚且魯，無災無難到公卿」，為人父母的都知道，養兒育女是件辛苦備嘗的浩大工程，然而並不是你怎麼栽，就會怎麼收穫，「虎父犬子」、「歹竹出好筍」的例子多得不勝枚舉，如果能無災無難到公卿，那有多好，可省了大家多少用心栽培的力氣和銀子，就算愚一點、魯一點，又有何妨？

海峽兩岸調解制度的比較與探討（下）

2005 博士研究生訴訟法學組利美利

2006 年 10 月

參、臺灣的調解制度：

一、調解的意義及強制調解的範圍：

按調解是兩造有爭執，在末起訴前由法院從中調停當事人間之法律關係之程序。目的在防止提起訴訟又能解決當事人之紛爭，另又於民事訴訟法第 420 條之 1 訂有訴訟繫屬中之移付調解之規定。

調解程序之特色在於重視當事人合意解決紛爭，和諧性之維持，不必堅守實體法的規定。所以 1999 年 2 月 3 日公佈之修正民事訴訟法第 403 條的規定擴大強制調解事件之範圍，而所謂強制調解事件係指一律須經調解程序，才能進入訴訟程序。

當事人間因事件性質、居住環境或一定情誼，特別需要維持彼此和諧關係，如第 1、2、4、8、9、10 款。

「 不動產所有人或地上權人或其他利用不動產之人相互間因相鄰關係發生爭執者。」

「 固定不動產之界線或設置界標發生爭執者。」

「 建築物區分所有人或利用人相互間因建築物或其共有部分之管理發生爭執者。」

「 僱用人與受僱人間僱傭契約發生爭執者。」

「 合夥人間或隱名合夥人與出名營業人間因合夥發生爭執者。」

「 配偶、直系親屬、四親等內之旁系血親、三親等內之旁系姻親、家長或家屬相互間因財產權發生爭執者。」

當事人間權利存否未必可截然二分，而當事人所遵守權利義務之證明上有困難，如第 7 款，此類事件隱含有「法」存在何處不甚明確之特性，故適合調解程序。

「 因道路交通事故或醫療糾紛發生爭執者。」

小額紛爭事件，金額價額不高者，若經訴訟程序，則須認定實體法請求權是否存在，對要件事實之認定，可能耗費過多勞力、時間、費用，為貫徹費用相當性原理，列入應先調解，如第 11 款。

「 其他因財產發生爭執，其標的之金額或價額在新臺幣 10 萬以下者。」

事件具有濃厚之非訟色彩如第 3、5、6 款。

「 不動產共有人間因共有物之管理、處分或分割發生爭執者。」

「因增加或減免不動產之租金或地租發生爭執者。」

「因定地上權期間、範圍、地租發生爭執者。」

另倘事件不合於民事訴訟法第 403 條所規定強制調解事件，當事人亦得於起訴前，聲請調解，此為任意調解事件。

二、調解之聲請及實施：

依民事訴訟法第 405 條之規定：調解依當事人之聲請行之，另依同法第 406 條規定：「法院認調解之聲請有下列各款情形之一者，得逕以裁定駁回之：

依法律關係之性質，當事人之狀況或其他情事可認為不能調解或顯無調解必要或調解顯無成立之望者。

經其他法定調解機關調解未成立者。

因票據發生爭執者。

係提起反訴者。

送達於他造之通知書，應為公示送達或於外國為送達者。

金融機構因消費借貸契約或信用卡契約有所請求者。前項裁定，不得聲明不服」。可知法院得裁定駁回當事人調解的聲請，且此裁定不得抗告。調解程序因當事人的聲請開始後，依民事訴訟法第 470 條第 1 項、第 408 條、第 409 條、第 410 條及第 409 條之 1 等之規定可知：調解期日，由法官依職權定之，其續行之調解期日，得委由主任調解委員定之，法官於必要時，得命當事人或法定代理人本人於調解期日到場，當事人無正當理由不於調解期日到場者，法院得以裁定罰鍰；另調解程序於法院行之，於必要時亦得於其他適當所行之，而調解得不公開。再者為達成調解目的之必要，法院得依當事人聲請，禁止他造變更現狀、處分標的物，或命為其他一定行為或不行為，法院為前開處置前，應使當事人有陳述之機會。

按臺灣調解程序採雙軌制：先由調解委員進行，再由法官進行介入；自始由法官進行。調解委員由具有專門知識或生活經驗豐富之公正人士參與調解，以提升調解成立率，確實發揮調解消弭紛爭，減輕訟累功能。詳民事訴訟法第 406 條之 1 有關調解委員之選任的規定。

行調解時應注意事項有民事訴訟法第 413 條之規定：「行調解時為審究事件關係及兩造爭議之所在，得聽取當事人、具有專門知識或知悉事件始末之人或其他關係人，察看現場或調解標的物之狀況；於必要時得由法官調查證據。」，惟有學者認為在調

解程序，法律既未規定當事人應聲明證據，自無聲明證據之機會或必要（因尚未進入訴訟），法院何以得依職權調查證據，此有關調查證據之規定乃有待商榷（注三），另依同法第 414 條之規定調解時應本和平懇切之態度，此亦為實施調解時應注意之事項。

三、調解成立：

經當事人合意而成立，其與訴訟上和解有同一之效力亦即與確定判決有同一效力。

視為成立：關於財產權爭議之調解，當事人不能合意但已甚接近者，法官應斟酌一切情形，其有調解委員者，並應徵詢調解委員之意思，求兩造利益之平衡，於不違反兩造當事人之主要意思範圍，以職權提出解決事件之方案，當事人或參加調解之利害關係人得於前項調解方案送達 10 日之不變期間提出異議，於前項期間內提出異議者，視為調解不成立，未於前項期間內提出異議者，視為已依該方案成立調解（詳民事訴訟法第 417 及 418 條之規定）。

另新增酌定調解條款之制度，係於當事人於調解程序中合意由調解委員酌定調解條款，無異許紛爭當事人雙方合意由調解委員兼仲裁人，調解程序轉為仲裁程序，調解委員酌定調解條款，當事人兩造必須遵守，不得變更，具有仲裁判斷之性質，此即為民事訴訟法第 415 條之 1 規定：「關於財產權爭議之調解，經兩造同意，得由調解委員酌定解決事件之調解條款。前項調解條款之酌定，除兩造另有約定外，以調解委員過半數定之。調解委員不能依前項規定酌定調解條款時，法官得於徵詢兩造同意後，酌定調解條款，或另定調解期日，或視為調解不成立。調解委員酌定之調解條款，應作成書面，記明年月日，或由書記官記明於調解程式筆錄，由調解委員簽名後，送請法官審核；其經法官核定者，視為調解成立。前項經核定之記載調解條款之書面，視為調解程式筆錄。法官酌定之調解條款，於書記官記明於調解程序筆錄時，視為調解成立。」

依前述調解成立者與訴訟上之和解有同一效力，調解成立之內容，就當事人言，將來於其他事件不得有效的為與調解成立內容相反之主張，就法院言，不得為與調解成立內容相抵觸之裁判，惟調解有無效或得撤銷之原因，當事人得向原法院提起宣告調解無效或撤銷之訴，另原調解事件之聲請人，得就原調解事件

合併起訴或提起反訴，請求法院於宣告調解無效或撤銷調解時合併裁判之。並視為自聲請調解時，已經起訴（詳第 416 條第 2 至第 4 項之規定）。

四、調解不成立：

調解不成立之效果為，法院得依一造當事人之聲請，按該事件應適用之訴訟程式，命即為訴訟之辯論。但他造聲請延展期日者，應許可之，並視為調解之聲請人自聲請時已經起訴（民訴第 419 條），另調解程序中，調解委員或法官所為之勸導及當事人所為陳述或讓步，於調解不成立後之本案訴訟，不得採為裁判之基礎（民事訴訟法第 422 條）。

肆、海峽兩岸調解制度的比較與探討：

一、在充分瞭解了兩岸調解制度後，可歸納出其有下列之差異：

調解性質之不同：

大陸民事訴訟法規定之法院調解，固係訴訟上之和解，惟與我民事訴訟法規定訴訟上和解或起訴前之調解，仍有重大差異。我訴訟上和解或起訴前之調解，均係本於私法自治之原則，由雙方當事人自治的解決民事紛爭，除有無效或得撤銷之原因，法院不得為當事人成立和解或調解，其誤為成立和解或調解者，均設有救濟程序外（民事訴訟法第 380 條之第 2 項、第 416 條第 2 項），均依當事人之自由意思行之。基於當事人處分權主義之原則，縱令其和解或調解結果，未必與法律（任意法）之規定相同，仍承認其法律上之效力，大陸學者認此種情形為「和稀泥」（注四），此乃因對處分權主義觀念不同之故。惟大陸此種仍應「分清是非」進行調解的結果，主持調解之審判人員勢必對該事件已有了主觀上的是非判斷，大陸學者並認為此乃對當事人進行法制教育的最好機會（注五），於進行法制教育說服時，審判人員勢必將其主觀上是非判斷告知當事人，問題是審判人員於調解時所為主觀上之是非判斷，是否絕對正確，在一般判決中之判斷如有錯誤，當事人有上訴程序可以救濟，調解程序中當事人因信賴審判人員之判斷，經其說服教育而同意調解，如有錯誤，則無上訴程序之救濟機會，此對於應獲勝訴判決之當事人，似將產生實質之不公平。雖調解之協定，依大陸民事訴訟法第 88 條規定，必須雙方自願，不得強迫，但審判人員既已將其主觀上認定之是非，告知當事人，受不利益告知之當事人，難免有調解不成，即將敗訴之恐懼心理，所謂不得強迫，事實上當事人在心理上已受有某種強

制，可能為「不得已」之「自願調解」。

按有大陸學者認為在分析外國法制後，可知大陸的法院調解是世界民事訴訟法立法上的首創，迄今為止，其依然是獨一無二的。法院調解與外國的訴訟和解制度相比，其分界嶺就是調解的職權性和審理性質，審判人員在當事人的和解中充當主導的、主動的，必不可少的調解人兼審判者的，並使調解成為審判活動的一部分。

調解開始的不同：

大陸法院調解的開始得因當事人申請及人民法院依職權主動提出而開始，臺灣則僅有當事人得聲請調解或由訴訟中兩造合意移付調解。

調解成立效力之不同：

訴訟上之調解，既終結訴訟案件，又因兩造協議解決當事人間之爭執，應兼有訴訟行為與法律行為性質，一經兩造協定，本應于協定時發生法律上之效力，惟大陸民事訴訟法第 90 條第 2 項規定，未作調解書僅記入筆錄的協議，由雙方當事人、審判人員、書記官簽名或者蓋章後，即具有法律上之效力。而作成調解書，依同法第 89 條第 3 項規定，調解書經雙方當事人簽收後，始具有法律效力。同法第 91 條更規定送達前一方反悔的，人民法院應當及時判決。就此規定，調解書未送達時，尚不生法律效力，更可於協議調解後反悔，使之不生法律之效力。按調解協議既係出於雙方自願，應無聽其任意反悔之理，我民事訴訟法限於有法律上「無效或得撤銷」之原因，始得依法定程序請求繼續審判或宣告調解無效與撤銷調解，如此之方式似較能貫徹以調解疏減訟源之意旨。

調解書送達後，既生法律上之效力，原不得再行反悔，惟大陸之民事訴訟法第 180 條規定：「當事人對已經發生法律效力的調解書，提出證據證明調解違反自願原則或者調解協定的內容違反法律的，可以申請再審。經人民法院審查屬實的，應當再審。」此種規定，更係將判決與調解視為相同性質之觀念所致，與一般認調解乃當事人以自治方式解決紛爭者之概念乃有顯著之差異，而因我係認調解乃當事人出於自願達成協定，故僅限於有法律上無效或得撤銷之情形，方得以提起救濟，由此可知調解性質上之差異，亦明顯影響其救濟方式之不同。

二、大陸法院調解發展之趨勢：

近年來有大陸學者對於法院調解的現行法律地位提出疑義，其認為訴訟調解只是雙方當事人在法院主持下自願協商解決爭議的一種具體的訴訟活動，其適用具有侷限性，因而並不具有基本原則的概括性和涵蓋力，也不可能對整個民事訴訟起指導作用，更不能統帥其他規則。故此，調解不必單獨列為基本原則，其應有的位置只是一項訴訟制度（注六），此乃實際上是改良法院調解的法律地位的一種方法，然另有學者認如果法院調解能夠完全依立法本意即以自願與合法原則去適用，其當然具有不傷當事人之間的和氣，省時省力和減少強制執行的意義，但這些正面價值的重視卻難以避免地同時存在著負面效應，且往往是以滲入強制，決定意志和背離法律的正義要求以及損害訴訟公正和法院形象為代價的。「解決糾紛的過程無論在積極的、正面的功能方面如何有效，如果維持它需要的代價實在太高，也只能或者廢止它，或者轉而使用代價較低的解決過程，再不就是嚴格地限制對這種有效過程的使用（注七）」，按法院調解無論改良為取消其基本原則的法律地位，還是設立專門的調解程序以實行調審分立，都難以避免其適用上的負面效應，而且所付出的代價太過高昂，基於此該學者認為大陸民事訴訟應當完全取消法院調解，然此並不是說民事訴訟中不允許當事人合意解決糾紛。依民法的自願原則和民事訴訟法的處分原則，當事人在訴訟中具有和解的權利，因而能夠依雙方當事人的合意達成和解協定並解決糾紛。和解與調解最大的區別之一，在於審判人員的干預和滲入決定意志的程度不同，就訴訟上的和解，在當事人達成和解協定之前，審判人員是無法主持，無法實際介入和干預的，因而也難以將其意志影響力滲入和解之中。此足見訴訟上的和解相較於法院調解，更符合真實的自願，更易於與處分原則協調，故其建議民事訴訟法在取消法院調解後，加強對訴訟上和解制度的立法，使之趨向完善（注八）。

相較於大陸民事訴訟法院的調解，臺灣民事訴訟法的調解乃立法者為疏減訟源，避免進入訴訟程序，所設立之程序，其本質上乃屬非訟事件程序，由近年來立法趨勢，除了擴大強制調解事件範圍外，另亦一再加強推廣家事案件之調解，可知我乃有意推廣調解制度疏減訟源，基此則調解委員之選任即具有其重要性，筆者以為唯有調解委員善用調解技巧方得使紛爭真正獲得解決，且倘依情形當事人無法達成協定者應即進入訴訟程序，否則勢必也會產生如大陸學者對調解制度所生的質疑。希望本文的提出除能對大陸民事訴訟

法調解制度有所瞭解外，同時亦能對我民事訴訟法中調解制度之完善有所助益。

—全文完—

注一：張晉紅著，法院調解的立法價值探究—兼評法院調解的兩種改良觀點。

注二：常英著，海峽兩岸民事訴訟法基本原則之比較。

注三：姚瑞光著，民事訴訟法論。

注四：柴發邦著，民事訴訟法談論頁 329。

注五：周道鸞主編，民事訴訟法教程頁 211、王懷安主編民事訴訟法教程頁 279。

注六：何文燕著，調解和支持起訴兩項民訴法基本原則應否定。

注七：日，棚瀨孝雄著，糾紛的解決與審判制度，王業新譯。

注八：同注一。

本刊訊

二二八遭難者湯德章無罪?之判決(上)

謝碧連律師

導言

去年(民國 95 年, 2006 年) 7 月 20 日受本會林理事長國明之邀, 參加當月份理監事聯席會。歸途承林理事長車送寒舍, 車內談及二二八事件。林理事長提及中華民國律師公會全國聯合會刊「紀念二二八受難法界前輩褒揚文」內載「高等法院對湯德章判無罪」。

筆者於民國 85 年(1996 年) 12 月為「二二八事件五十周年作」「二二八事件在台南市與湯德章律師之遭難」文以專輯載於台南市政府出版之「台南文化」新 42 期, 將民國 36 年(1947 年) 2 月 28 日發生之事件延及台南市騷動之 13 日情景及湯德章律師之遭難, 其生平詳為記述。并「從法律上探考湯德章判案」予以論述。本刊於 85 年 9 月 1 日第 13 期亦刊載拙文「從法律上探考二二八事件遭難者湯德章律師之判案」引經據典析論。

當時搜盡資料, 查訪包括湯律師遺族之有關人士, 地方耆老, 未得有高等法院判湯德章無罪之事證。

聞林理事長言, 疑惑殷殷。及索其刊, 不久林理事長差人送來中華民國

律師公會全國聯合會 1997 年 9 月 9 日刊印「紀念二二八受難法界前輩褒揚文」一冊，載「二二八受難之林連宗，林桂瑞，李瑞漢，李瑞峰，湯德章等 5 位律師及吳鴻麟法官，王育霖檢察官」之 7 位法界前輩各畧歷。其中有林山田教授以「刑法的保障功能-悼二二八被害的法律人」一文，刊於第 3 頁一、「(四)湯德章律師，一九〇七年，台南市人，曾任警察，後辭職，赴日本深造，通過高等文官司法科考試後返台南市執業律師，一九四七年三月十日被捕，三月十二日被槍決於台南市民生綠園，槍決後，士兵不准他的家人立即收屍，任其屍體暴露，經家人一再哀求，才准許以毛氈覆屍，但屍體仍不准移走。3 月中旬國府派國防部長白崇禧來台「宣撫」。白氏來台後下令關在看守所的「二二八嫌犯」全部移送台灣高等法院審理。高等法院對湯德章律師的判決書是「湯德章無罪！」。那是天大的發現：「高等法院判湯德章無罪！」。

林文云「…三月下旬國府派國防部長白崇禧來台『宣撫』。白氏來台後下令關在看守所的『二二八嫌犯』全部移送台灣高等法院審理」。惟林氏於前文既云「(湯德章律師)一九四七年三月十日被捕，三月十二日被槍決於台南市民生綠園…」，則白崇禧來台時湯律師已被槍決，何有下令關在看守所的「二二八嫌犯」全部移送高等法院審理，卒經高等法院為無罪之判決？

按湯德章律師係民國 36 年(1947 年)3 月 11 日上午在台南市參議會(今台南市中正路 3 號，台南市歷屆議員協進會址)於開小組會中與市參議員蔡丁贊，記者楊熾昌等之在場人全部由包圍之國軍捕押，於同月 13 日上午 11 時，被押至民生綠園槍決。

國防部長白崇禧係於民國 36 年 3 月 17 日抵台，即日發布「宣字第 1 號」之國防部佈告。(圖 1)

由於林山田教授文，筆者再涉獵二二八有關資料。

有關「二二八事件」之權威資料，有民國 80 年(1991 年)至 83 年(1994 年)臺灣省文獻委員會出版之「二二八事件文獻輯錄」共三冊，係經民國 76 年(1987 年)臺灣省議會之要求而編，內容包括史料檔案和口述歷史調查。

民國 81 年(1992 年)至 86 年(1997 年)中央研究院近代史研究所出版之「二二八事件資料選輯」共六冊，係行政院成立「行政院研究二二八事件小組」，下令移轉部分二二八事件檔案至該研究所輯成。

民國 86 年(1997 年)國史館出版，「國史館藏二二八事件檔案史料」共三冊。

民國 89 年(2000 年)5 月陳水扁氏就任總統後指示追查二二八相關資

料，由是經國家檔案局在專家學者協同調查後，幾乎全面性的徵收相關機關，諸如國家安全局，台灣省警備總司令部，台灣省政府，各地方政府法院，高等法院，最高法院等檔案。國史館再依機關類別，審慎篩選編輯「二二八事件檔案彙編」共十七冊。

以上資料編輯各冊頁數均近千頁，資料龐大，未發現高等法院判「湯德章無罪」之資料。因回顧二二八事件在台南市及湯德章律師之遭難并以其判無罪法律程序之可能性予以論述藉釋疑惑。

二二八在台南市

事件之發生固有其遠因，導火線則於民國 36 年（1947 年）2 月 27 日（星期四）晚，台灣省公賣局派專員葉德根率同緝私員警於台北市延平路，迪化街等地查緝私煙，遇貧苦寡婦林江邁於延平路擺攤賣私煙，遂連其售款一併扣留，林婦跪地求還售款，未獲准，緝私員竟毆傷林婦，經過路人紛表不平，眾聚而責，觀狀而圍毆緝私員，員警放槍，適戲院散場，人眾齊出，員警放槍擊斃 1 人，群眾益憤，湧至台北市警察局要求交出肇事員警予以懲辦。

2 月 28 日（星期五）上午群眾抬昨日被擊斃屍體，鳴鑼擊鼓湧至太平町警察派出所，將所長圍毆，復搗毀門窗，嗣搗毀專賣分局及總局。下午群眾湧至長官公署企圖衝入被衛兵開槍鎮壓，當場擊斃 1 人，傷十數人而驅散。是日台北全市騷動，商店因之輟市，工廠停工，學校停課，騷動迅速波及各地。台灣省警備總司令部乃宣布臨時戒嚴。

台南市於 3 月 1 日（星期六）即呈不穩之氣氛，市長卓高煊避進軍方所屬國民道場（現市立體育場南方，已拆）辦公。

2 日（星期日）鬧事群眾劫繳永樂，康樂，海安三個派出所武器。「台南市學生青年軍總隊」及「青年隊總隊」當日完成編組。

下午 4 時台灣省行政長官陳儀廣播提出四項決定，盼民眾與政府合作，恢復安定秩序。

- （一）凡參加此項事件之民眾，政府從寬不予追究。
- （二）被拘押人民可由各家長向憲兵查詢保釋，免經鄰里長具保，以省手續。
- （三）公務人員與人民，無分本省，外省，如有傷亡者，均予分別療治或撫卹。
- （四）設立本案處理委員會，除國大代表，參議會，政府代表外并增加各界人民代表以容納大多數人民意見。

晚 8 時市長卓高煊在其官舍召集要寮第三總台長項克恭上校，憲兵營長

廖駿業及市內各中學校長開會，要求協力維持治安。

晚10時許台南市參議會邀請政府方面要人即市長卓高煊，憲兵營長廖駿業，市警察局長陳懷讓，及市參議員，地方主要人士開會討論如何互相維持治安，由議長黃百祿當主席。有人提議組織「台南市臨時治安維持委員會」憲兵營廖營長以「維持」二字不妥而提改為「台南市臨時治安協助委員會」，當場編組選出負責人，市長卓高煊，議長黃百祿負責主任委員，總務組長為參議會副議長楊請及若干參議員。治安組長高雄要塞第三總台長項克恭上校（駐軍於大林機場）及憲兵營長廖駿業，警察局長陳懷讓，參議員許丙丁，參議員湯德章。救護組長參議員陳謙遜（醫師）及若干參議員。糧食組長參議員葉禾田及若干參議員。會至翌晨2時始散。

3日（星期一）下午台南市參議會被群眾迫得開臨時會通過對政府七項要求：

1. 軍憲警不得任意開槍，或有挑撥報復之行動。
2. 撤銷專賣局，貿易局。
3. 即將無能不負責任之公務人員解職。
4. 負責辦理本市糧食之供應。
5. 縣市長民選即時實施。
6. 省各處局長，重要機關主管人員，須提拔本省人士擔任。
7. 政府接收之公司，工廠交本省人士辦理。

案交市長卓高煊與有關方面協商後提出答覆：

1. 原則認可。但軍、憲、警駐在地附近，在正常秩序未恢復前，不得侵入。
3. 對市屬公務人員，如有不稱職者，希指名舉發，立即查明處理。
4. 糧食問題市府解決。
- 2、5、6、7等項，應候轉報核示。

同時卓市長與韓石泉（時為省參議員并國民黨台南市黨部指導員（即主任委員）市參議會議長黃百祿，憲兵營廖營長協商處理本市「二二八事件」四大原則。1. 不擴大 2. 不流血 3. 不否認現有行政組織。4. 政治問題用政治方法解決。并依政府宣示寬大政策，對此次事件，本既往不究之原則處理。

是日，台南市臨時治安協助委員會以「南臨協字第1號代電」致工學院附屬工業學校主任，文云：「查省會不祥事件潮見波及。竊我台南市乃鄭延平開府之都，民風淳樸，海濱鄒魯之譽溢乎中外，迄今仍存。本會鑑事勢之重大，恐本市有不測之災。并協助治安使17萬市民安寧起見。特由本

市士紳組織以冀無他，特派李國澤委員外二人持函請貴校即刻召集貴校學生，以便李委員等疏通意見，事勢急迫，希查照辦理為荷。丙寅（江）主任委員黃百祿。

下午3時台南市民臨時大會議決，提出七項要求，與上述市參議會臨時會要求同。

台南市參議會於下午9時發布公告云：「台北二二八事件漸漸延長到台南方面來，為了使這次事件以政治的方法解決，市參議會已召開臨時大會，決議要求政府實行。本市治安由台南工學院中等學校學生奮勇出來維持，希望我們全體同胞，極力避免不必要的磨擦」。又市參議會與警、憲、軍兵交涉的結果，此後即時停止武裝的巡邏，同時制止武裝同志外出，以求事件圓滿的解決。希望我們全體同胞保持冷靜，與我們無武裝的學生治安警備員來相與協力。市參議會議長黃百祿。

當時任台灣省警備總司令部參謀長的柯遠芬作「台灣二二八事變之真相」文，第五章「事變十日經過」內云：「台南市方面於三日陷入瘋狂恐怖狀態，被暴徒毆傷被救護至憲兵隊者，有地方法院院長涂懷楷，首席檢察官陳樟生，海關主任王保祚等百餘人。此時復有長榮中學教員李國澤率領省立工學院學生及流氓數百人包圍憲兵隊，不准憲兵出巡，竟謂：治安由學生維持，下午暴徒湯德章，侯全成等復到處煽動，驅除外省人，於是大街小巷所有機關，公務員住宅悉被搜劫毀損，海軍倉庫被劫一空，外省人被毆辱，警察局長被扣，警局槍枝被劫，此後連日暴動，直至全省戒嚴平息暴動止，外省人死傷甚重。」此情報完全失實如後述。而當地從事件發生，一直每日不停地發刊新聞之「中華日報」於3月6日之社論即指出「三日台南市亦被『二二八事件』波及，一時曾發生零星的騷動，但情勢不甚嚴重，而且到5日下午便告和平解決恢復正常。」

4日（星期二）…

下午3時韓石泉與黃議長等至憲兵隊接受對市參議會及市民臨時大會提出之7項要求之回答及政府提示9項條件。當時軍部代表為廖營長駿業，政府代表為陳警察局長懷讓。政府對7項要求之回答：

1. 原則上認可，但軍警駐地附近在正常秩序未恢復以前不得侵入。
2. 容考慮答覆。
3. 可接受。
4. 當然。
5. 請示中央。
6. 酌予任用。
7. 有優秀合格人員，長官盡量向工礦處推薦。

「附帶條件」：過去行動，除武器財物須追還以外，其他行動既往不究。

政府提示 9 項條件：

1. 行政不受侵犯。
2. 保全固有行政權。
3. 警察武器及財物應即悉數交還。
4. 調查私人損失。
5. 所有軍警行走不受干涉。
6. 撫卹傷亡。
7. 各機關損失，應即調查。
8. 警察即日復員。
9. 各學校應即復課。

下午 4 時半，學生及青年聚圍市參議會，要求說明政府回答及條件。勢頗兇猛，荷槍帶劍，把守門戶，空氣異常緊張，出言稍有不慎，結果殊難逆料，市參議會議長黃百祿，市參議員侯全成，及韓石泉相繼說明并強調「不擴大，不流血，不否認現有行政機構，政治問題用政治方法解決」之四大原則。

下午 5 時半，市參議會集合各區區長、副區長、區民代表，里長，市參議員，會議通過承認政府對參議會七項要求之回答及提示九項條件。和平之局勢已定。

下午 7 時黃議長與韓石泉等再到憲兵營成立七項辦法，

1. 國軍應歸還原駐營房。
2. 為本事件解決不再增加駐軍。
3. 治安問題，由參議會，憲警負責，立即恢復原狀，學生民眾立即各安原業。
4. 外省人之生命，財產，今後由市民共同保障，外省人與本省人均應互相尊重。
5. 民間所取武器財產，應交參議會，送還原有機關。
6. 今後如無軌外行動，准其既往不究。
7. 失業與糧食問題，政府應謀有效解決。

台灣省立工學院宣傳部上午 10 時發表公告：「本院學生隊自本日 11 時起，要起來維持台南市治安，請台南市的全體同胞盡心竭力來和學生隊協作。」

市面秩序已漸恢復，商店已開門。

壹、我國憲法第2章「人民之權利義務」有關人民基本權利之規定如下：

一、第7條：平等權

憲法增修條文第10條第5項：消除性別歧視

第10條第6項：促進兩性地位之實質平等

二、第8條：人身自由（刑事基本人權）

三、第9條：人民不受軍事審判原則

四、第10條：居住遷徙自由

五、第11條：言論自由

六、第12條：秘密通訊自由（最高法院87年台上字第4025號判決認為倘證據之取得非依法定程序，應排除證據）

七、第13條：信仰宗教自由

八、第14條：集會結社自由

九、第15條：生存權、工作權、財產權

十、第16條：請願、訴願及訴訟權（刑事基本人權）

十一、第17條：參政權

十二、第18條：應考試服公職權

十三、第21條：受教育權

十四、第22條：概括性的人權條款：人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障

歷年司法院大法官會議解釋概括性的人權及刑事

基本權如下：

1. 實質正當之法律程序、罪刑法定主義、同一行為不得重覆處罰、有對質及詰問證人之權利（釋384）

2. 正當法律程序、直接審理、言詞辯論、辯護制度、最後陳述之機會（釋396）

3. 人格權（姓名權）釋399

4. 隱私權（實施臨檢之要件、程序及對違法臨檢行為之救濟，均應有法律之明確規範）釋535（92.6.25制定警察職權行使法）

5. 婚姻自由權（釋552）

6. 性行為自主權（釋554）

7. 無罪推定原則（釋556）

8. 契約自由權（釋576）

9. 刑事被告對證人之詰問權（釋582）

10. 隱私權（資訊隱私權）釋603

十五、第23條：基本人權之限制

(一) 以上列舉之自由權利，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，不得以法律限制之（法律保留原則）。

(二) 必須符合憲法上比例原則、法律明確性原則及正當法律程序之要求（釋 585）

(三) 法律限制人民之自由權利時，是否符合比例原則，其審查基準有四：目的正當性、手段適合原則、手段必要性及狹義比例原則。

貳、我國現行憲法制定至今已有 60 年之久，歷次修憲對於基本人權，少有新增之規定，**故有關基本人權之類型已不符合現代社會之需求，僅賴司法院大法官會議釋憲來彌補基本人權之不足。**例如一、司法院大法官會議釋字第 399 號解釋認為姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第 22 條所保障。二、釋字第 603 號解釋認為資訊隱私權為隱私權之一部分，自屬憲法第 22 條保障之範圍。按人民之基本自由及權利，何者應提昇至憲法所保障之層次，應以該項權利保障之普遍性與不可侵害性、法益保護之重要性等作為衡量之基準。現行憲法關於人權的保障既有不足，如何充實基本人權之類型與建立人權保障之機制，例如刑事人權、環境權、勞動權、文化權等之入憲。在現行多元文化社會之下，社會各界之需求與主張必各有所偏重與不同。在憲改的過程中，各種社會團體均希望其本身之權益能夠入憲，於立法院審議時，各黨派各種政治勢力之運作下，憲法各項基本權利必將擴張，進而稀釋，成為華而不實之點綴。故如何作出妥適之取捨與分配，應屬更為重要之課題。最高法院曾於民國 88 年間，由林院長明德主持學術研究會對外發表 7 項「刑事基本權入憲條款」，以彌補憲法有關刑事基本人權規定之缺漏，其內容摘錄如下：

第 1 項：為落實憲法對人民權利之維護，奠定促進及保障人權之基礎條件，確保社會公平正義之實現，建立普世人權價值及規範，應設立國家人權委員會，掌理人權侵害調查及年度人權報告、人權政策立法之制定，推動人權教育及國際交流等事項，獨立行使職權，不受任何干涉，其組織及職權之行使另以法律定之。

第 2 項：任何人非依正當法律程序，不得剝奪其生命、自由或科以其他處罰，人民對非依正當法律程序之逮捕、拘禁、搜索、扣押、監聽、審問、處罰得拒絕之。

第 3 項：任何人非經法院依法裁判有罪確定前，推定其為無罪。

第 4 項：人民之身體、物件、住居及通訊，除現行犯之逮捕或緊急情形由法律另定者外，非經法院依正當法律程序所核發，且載明理由及特定範圍之令狀，不得搜索、扣押及監聽。

第 5 項：刑事被告有受法院公平、迅速、公開審判之權利。

第 6 項：刑事被告之自白出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、非法拘禁或其他不正方法者，不得作為證據。

第 7 項：刑事證據之取得，有違正當法律程序者，應排除之。

第 8 項：同一行為，經追訴處罰者，不得再追究其刑事責任。

參、律師依據律師法第 1 條規定以保障人權，實現社會正義及促進民主法治為使命，尤有義務表達對憲改之主張與看法。與律師執行業務最有關係者為刑事案件之辯護，故筆者僅就刑事基本權亟需入憲部分，提出個人淺見。

一、按司法院版之刑事訴訟法修正草案，擬將刑事訴訟上訴第 3 審將來修正為嚴格之法律審，上訴理由僅臚下牴觸憲法、違背司法院解釋及判例 3 種，將來不得再以違背法令為理由上訴第 3 審，可說將上訴第 3 審之門關閉殆盡，另一方面也突顯憲法在訴訟實務運用上之重要性。再者，現行刑事訴訟法中最具爭議性可能構成牴觸憲法之條文：（一）第 130 條附帶搜索之規定（參照第 392 號解釋）。（二）第 93 條第 3 項但書檢察官在無急迫情形下，不須法院事先許可得逕命具保與限制住居及出境之規定（參照第 392 號解釋）。（三）通訊保障及監察法第五條檢察官在無急迫情形下，不須法院事先審查，即得核發長達 30 日之通訊監察票，並得無限次數延長監察期間（參照第 392 號解釋）。（四）法院未將自訴人改列為證人，即以未經具結之自訴人陳述逕採為被告不利之證據（參照第 582 號解釋及最高法院 94 年度台上字 1053 號判決）。（五）第 159 條之 1、第 159 條之 4 規定，剝奪刑事被告對證人之詰問權。釋字第 582 號解釋認為刑事被告詰問證人之權利，係屬憲法第 8 條第 1 項規定之正當法律程序所保障之權利，除非證人經合法傳喚而不到庭或客觀上不能受詰問時，以該審判外之陳述作為證據，始未侵害被告之詰問權（參照第 582 號解釋）。

二、律師在辦理聲請釋憲案件時，應著重於審查法律限制人民之自由權利時是否符合比例原則，其審查基準有四：目的正當性、手段適合原則、手段必要性及狹義比例原則等，故有必要提出可供大法官會議調查之證據資料。而調查證據之對象有三：（一）制憲、修憲及立法資料、經驗法則、習慣法乃至外國法。（二）個案事實：限於違憲政黨之解散、彈劾總統、立法程序審查等。（三）立法事實。依據司法院大法官審理案件法第 13 條規定，大法官解釋案件，應參考制憲、修憲及立法資料，

並得依請求或逕行通知聲請人、關係人及有關機關說明，或為調查。必要時，得行言詞辯論。基上說明，足見憲法在律師執行業務上之重要性，將與日俱增。

三、關於刑事基本權部分：

- (一) 現行憲法對於刑事被告基本人權之規定，僅有第八條及第十六條之規定，尚欠週詳。且第八條規定僅針對逮捕、拘禁、審問、處罰等項目而已。對於無罪推定原則、搜索、扣押、監聽令狀主義等原則均僅規定於刑事訴訟法及通訊保障及監察法，實已不符合現代社會之需求。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，將上開原則之規定入憲，以資充實。
- (二) 美國聯邦憲法增修條文對於人民有不受不合理搜索、扣押的權利、刑事被告有不自證己罪的權利、有受正當法律程序的權利、受快速審判的權利、受公開審判的權利、受公平陪審團審判的權利、受律師協助的權利、對質詰問的權利等刑事基本人權均有周詳的規定，可供我國入憲之參考。筆者認為其中較為重要者如下：
 - 1 無罪推定原則：人民非經法院依法審判確定之前，推定其為無罪。法律對於尚未經有罪判決確定之被告，不得有歧視之待遇。故法務部主張之有罪羈押制度，即不宜實施。
 - 2 搜索、扣押、監聽令狀主義：人民之身體、物件、住居及通訊，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經法院依法定程序，不得搜索、扣押、監聽。
 - 3 人民有受法院公平、公開、迅速審判之權利。
 - 4 犯罪事實應依證據認定之，刑事證據之取得，應遵守正當法律程序。

- 四、關於最高法院學術研究會所提出之刑事基本權入憲條款，除設立國家人權委員會外，大多已納入在現行刑事訴訟法中，故有人主張不必提昇至憲法層次；惟另有不同意見者認為兩者位階、層次及保障效力不同，如僅規定在刑事訴訟法之中，倘有違反，並不構成違憲，依據司法院版之刑事訴訟法修正草案，擬將刑事訴訟上訴第3審之理由，僅限於牴觸憲法、違反司法院解釋及判例3種，不包括違背法令部分，故有必要將刑事基本權入憲，對於人民訴訟權始有保障。

肆、應擴大公民參與，形成全民共識後，始能進行修憲程序：

針對現行憲法不完備或不合時宜之處，僅憑司法院大法官會議的釋憲，仍無法適應時，或有修改憲法之必要。依據憲法增修條文第12條規定：「憲法之修改，須經立法院立法委員4分之1提議，4分之3之出席，及出席委員4分之3之決議，提出憲法修正案，

並於公告半年後，經中華民國自由地區選舉人投票複決，有效同意票過選舉人總額之半數，即通過之，不適用憲法第 174 條之規定。」其修正之程序至為嚴謹。因須經中華民國自由地區選舉人投票複決，且其有效之同意票須超過選舉人總額之半數，故必須要透過全民之參與，始得以修憲。憲法既為政府與人民間之契約書，自有必要讓全民有表達其修憲之主張與討論之機會，藉以整合求同，取得全民之共識與支持。經過「由下而上」、「民間主導」之民主討論與審議之過程，始能通過首揭嚴謹之修憲程序。由於我國修憲的超高門檻，以目前政治環境而言，幾乎不可能通過修憲的程序。故修憲之議題必須成為全民共識後，始有可能實現。

本刊訊

評臺灣臺南地方法院 95 年度訴緝字第 52 號判決(上)

證人於檢察官偵訊中是否須給被告行使詰問權，始屬我國法上傳聞法則之例外，具有證據能力？

學習司法官許華偉、陳僑舫

壹、問題之提出

一、案情概述

被告某甲自民國 79 年間起擔任臺南縣關廟鄉鄉民代表，竟於 83 年 3 月間關廟鄉長某乙就任起，為特定工程廠商某丙向鄉長某乙接觸圍標事宜並轉交賄款，使鄉長某乙違反職務；又與鄉長某乙及鄉公所經辦公用工程招標及發包人員某丁及某戊共同以圍標、洩漏底價方式對工程舞弊。^{註 1}

^{註 1} 參照臺南地方法院 95 訴緝字第 52 號判決。

^{註 2} 刑訴法第 158 條之 3 及第 158 條之 4。

^{註 3} 刑訴法第 159 條之 1 第 2 項。

^{註 4} 參照司法院大法官會議釋字第 582 號、592 號解釋文。

^{註 5} 參照最高法院 94 年度臺上字第 3728 號、第 5299 號，95 年度臺上字第 3200 號、第 5986 號判決。

^{註 6} 參閱王兆鵬，刑事訴訟講義（二），2003 年 4 月二版 1 刷，頁 250。

^{註 7} 陳運財，直接審理與傳聞法則，2001 年 11 月一版，頁 72。

^{註 8} 刑訴法第 159 條之 1 至第 159 條之 5。

^{註 9} 刑訴法第 166 條、第 166 條之 1 至之 7、第 167 條及第 167 條之 1。

^{註 10} 須附帶敘明者係，依據刑訴法第 248 條第 1 項之規定，偵查中檢察官訊問證人、鑑定人時，如被告在場者，固得親自詰

二、判決要旨

本判決認為鄉代被告某甲無罪，其理由雖非僅一端，惟其中至關重要者為：先前判決無罪之本案證人廠商某丙雖於檢察官偵訊中證稱『若自己得標工程係由鄉代某甲所爭取，便將回扣交給鄉代某甲再轉交鄉長某乙』，法官仍以「被告對證人之詰問權乃憲法所賦予被告之防禦權，故證人於審判中，依法定程序，應到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據，迭據最高法院判決闡述明確，有如前述。故上開證人廠商某丙之偵查筆錄既未經被告行使詰問權，自難遽採為認定被告犯行之依據。」（理由雖指法官審判中證人應給被告行使詰問權，然結論卻導出檢察官偵查中亦應給被告行使詰問權，若未予被告行使詰問權，並不具證據能力之見解。作者寧信此為法官無心之筆誤）。

三、問題之提出

按被告以外之人（含共同被告、共犯、被害人、告訴人、告發人，

問，從其文義解釋而言，該項既非要求被告於檢察官訊問證人或鑑定人時必須在場，即不應將此處之詰問解為對於證人或鑑定人之法定調查證據程序有何限制，更非偵查中所得證言或鑑定意見是否具備證據能力之要件。至於該項中「詰問」一詞是否須以其他名詞代替，而與作為法定調查程序之「詰問」有所區分，則屬立法論上的另一問題，茲此不贅。

¹² 刑訴法第3條。

¹³ 刑訴法第166條第1項。

¹⁴ 刑訴法第165條。

¹⁵ 即以最高法院92年度第6978號判決為例：「卷宗內之筆錄可為證據者，應向當事人、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨，刑事訴訟法第一百六十五條第一項定有明文。關於上訴人販賣安非他命予施明益部分，原判決係以證人曾○○、林○○、施○○等人在另案（即併辦卷宗）之警訊或偵查筆錄採為證據。但原審並未依法將上開筆錄向上訴人及辯護人宣讀或告以要旨，即逕採為論罪科刑之基礎，亦有應於審判期日調查之證據而未有予調查之違法。」同院93年度第3161號判決、94年度第4434號判決亦屬同旨。

¹⁶ 代表性的見解，參閱林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），2003年9月三版，頁408。

¹⁷ 刑訴法第159條之1至第159條之5。

¹⁸ 刑訴法第155條第2項。

¹⁹ 美國憲法第6增修條文。

²⁰ 參閱王兆鵬，同註6書，頁290-291。

²¹ 憲法第7條至第22條。

²² 同註4解釋文。

²³ 司法院大法官會議釋字第396號解釋文。

²⁴ 參閱陳愛娥，立法者對於訴訟制度的形成自由與訴訟權的制度保障核心，台灣本土法學雜誌，第18期，2001年1月，頁149-150。

²⁵ 參閱林鈺雄，同註16書，頁7-14。

²⁶ 同註4解釋文。

²⁷ 司法院大法官會議釋字第392號解釋文。

²⁸ 法院組織法第60條、刑訴法第228條。

²⁹ 法院組織法第61條。

³⁰ 法院組織法第63條。

³¹ 法院組織法第58條。

³² 刑訴法第228條第1項。

³³ 關於國家追訴原則之意義，參閱林鈺雄，同註16書，頁44-45。

³⁴ 同註4解釋文。

本質上均屬證人，故下稱證人）於檢察官偵訊中所為陳述，依我國 92 年 9 月 1 日新修正刑事訴訟法（下稱刑訴法）規定，固應依法具結始符合證據排除法則之規定^{註2}，且尚應符合傳聞法則之例外規定，即「證人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」^{註3}，始具有證據能力，方得採為判決之基礎。

換言之，對於證人於偵查中向檢察官所為陳述之證據能力，就我國刑訴法而言，立法者仍肯認其屬傳聞法則之例外。次就該法條本文而言，仍屬原則之規定，且以其陳述顯有不可信之情況，作為否定證據能力之例外。而法條本文所稱證人於偵查中向檢察官所為陳述，解釋上究指何而言？是否指須給被告行使詰問權？或立法者考量我國偵審實務之操作面，故將之定為我國特殊之傳聞法則之例外，自不以予被告行使詰問權為必要？又法條例外所稱『除顯有不可信之情況』，詮釋上又為何？是否得解為須給被告行使詰問權，始具顯有可信之情況？抑或僅指其證人於陳述時之外部環境及條件是否影響其陳述？上開判決雖否定證人某丙於偵查中向檢察官所為未經具結陳述之證據能力，惟似無敘明是否符合上揭傳聞法則之例外規定，而僅以「上開證人廠商某丙之偵查筆錄既未經被告行使詰問權，自難遽採為認定被告犯行之依據」為理由（蓋以本案證人某丙既未經具結，依刑訴法所採證據排除法則之規定，否認其證據能力而為無罪判決，反較具有說服力），然此是否合乎當初立法者修改刑訴法採傳聞法則之相關規定，頗富探討價值。

本文即擬以證人於偵查中向檢察官所為之陳述，是否仍須被告行使詰問權，始具證據能力為題，先從刑訴法上詰問之目的、主體、對象、性質討論上開爭點究應採否定或肯定見解。再從近來司法院大法官會議針對被告詰問權相關解釋文^{註4}及最高法院相關判決^{註5}加以分析，探討證人於檢察官偵訊中是否須經被告行使詰問權，其證詞始得採為判決之基礎。復就刑訴法所規定傳聞法則之例外，即證人於偵查中向檢察官所為陳述，除顯有不可信之情況外，得為證據之文義解釋、立法理由、合憲性解釋、比較法釋解及偵審實務運作之可能性加以說明，試圖對本判決加以評析，並對上開爭點提出見解。

貳、從詰問之目的、主體、對象、性質探討被告詰問權—即

證人於檢察官偵訊中有無給被告行使詰問權之必要？

一、詰問之目的

按詰問制度存在之目的，即以證人為例，係在「透過對證人的詰問，特別是不利當事人一方的詰問，可發現證人可能有的知覺、記憶、陳述的瑕疵，及證人的直誠性。」^{註6}由於證人敘述過去事實，常因知覺、記

憶或表達層面的瑕疵或不足而有缺陷，更可能出於各種不同動機作出不實或扭曲的陳述，因此法院在調查時，自可透過當事人之詰問確保所得證言之品質，以期正確認定事實。其中，又以未經反對詰問作為排除傳聞法則的主要依據^{註7}。

易言之，詰問之主要目的在發現真實，尤其對證人的證詞透過審判過程中之詰問更可判別其真偽，然若證人於審判外之證述其真偽已具有保證，不見得於審判中必一律強制其到庭證述，此即為詰問雖作為排除傳聞證人之主要依據，惟其於審判外之證述其真偽已具有保證，則可採為傳聞法則之例外。此亦可由我國刑訴法採傳聞法則之立法例，從其例外五個條文之立法理由^{註8}內容得知。故證人於檢察官偵訊中之陳述，既屬我國法上傳聞法則之例外，自不以給被告行使詰問權為必要，否則豈能稱為傳聞法則之例外？

二、詰問之主體

若觀察「詰問」一詞在刑訴法中的體系位置，會發現主要係在第一編第十二章第一節，即總則編證據章通則之規定，尤其在諸條文中^{註9}，以詰問作為對於證人及鑑定人之法定調查程序。易言之，依我國刑訴法相關規定以觀，法條稱「詰問」與「交互詰問」應屬同義^{註10}。亦將詰問分為主詰問、反詰問、覆主詰問、覆反詰問、更行詰問等。復詰問之主體為當事人、代理人或辯護人。檢察官、被告既為當事人^{註12}，自可作為詰問之主體。

若證人於檢察官偵訊中須給被告行使詰問權，則對造當事人究為誰？若詰問不當誰來異議？異議誰來裁定有無理由？是告訴人乎？法警乎？書記官乎？或檢察官亦可自己擔任對造當事人並自為裁定異議是否有理？從上開法條體系解釋而言，詰問或交互詰問似僅存於具有對造結構之審判階段，似難於偵查實務上操作。

三、詰問之對象

按檢察官、被告或其辯護人所欲詰問之對象為證人或鑑定人^{註13}，應屬無疑。在此之所以須對此點特為強調，欲辨明者係偵查筆錄並非詰問之對象。以本判決為例，理由中「上開偵查筆錄既未經被告行使詰問權，自難遽採為認定被告犯行之依據。」一語，似屬筆誤。卷宗內之筆錄，性質上屬於文書證據而非人證，其法定調查程序以宣讀或告以要旨為原則，交付閱覽為例外^{註14}，該規定於92年的刑訴法修正中，僅將得聽取文書內容者由修法前之「被告」擴大為「當事人、代理人、辯護人或輔佐人」，並未更改調查之方式，且仍屬現行有效之法律。偵查筆錄既屬文書證據，其法定調查程序自須依該規定為之，最高法院迭有判決可供

參照^{註15}。

由此觀之，對偵查筆錄的調查，既須遵循針對書證所設之刑訴法規定，則與作為人證法定調查程序之詰問，尚無關涉。固然以詰問作為人證調查方式的理由之一，背後仍蘊含「代替性證據禁止原則」，尤其禁止以書證代替人證^{註16}，惟須注意者係，刑訴法既設有傳聞法則之例外^{註17}，容許被告以外之人在審判外之言詞或書面陳述在合乎特定要件時得作為證據，則該等陳述即已取得證據能力，但在審理時仍須以上揭所言之文書證據之方式進行調查。

易言之，詰問本屬審判中人證之法定調查證據程序，依刑訴法之規定^{註18}，係人證取得證據能力之要件，若傳聞證據因符合例外規定而取得證據能力，自無再以詰問方式進行調查之必要，其理甚明。固然對於具備證據能力之證言或鑑定意見而言，藉由詰問程序之踐行，可提昇其正確性，惟其仍屬證據價值或證據力之層面，與證據能力之有無尚屬二事。職是之故，證人於偵查中向檢察官所為之陳述，是否仍須經被告行使詰問權，始符傳聞法則之例外，認其具有證據能力？其重點仍在於現行刑訴法所規定『證人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。』之解釋分析，詰問對象並不因而發生變化。

四、從「對質詰問權」的性質看詰問

(一)、對質詰問權之性質—訴訟權範圍是否含偵查？

或有嘗以英美法為借鏡，認由「所有刑事被告有與證人對質詰問的權利(Right to be confronted with the Witnesses against him)」^{註19}出發，說明對質詰問權之意義，認為對質權應指二人同時在場，面對面互為質問；而詰問權則指在主問者訊問證人完畢後，由他人對證人的再行訊問，以求發現疑點或澄清事實^{註20}。參以我國憲法第二章所列舉之權利類型^{註21}，對質詰問權應歸類為憲法訴訟權之一環。即以詰問權為例，司法院大法官會議曾於解釋文^{註22}中開宗明義指出「憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第八條第一項規定『非由法院依法定程序不得審問處罰』之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。」該號解釋復於解釋理由中說明「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障（本院釋字第三九六號、第四八二號解釋參照）。刑事

被告對證人有詰問之權，即屬該等權利之一。」由是可知，對質詰問權在性質上，屬於憲法所保障之訴訟權，應無疑問。

詰問權、訴訟權作為一種憲法上的基本權，向被認為具有「制度性保障」之特質。司法院大法官會議亦曾解釋^{註23}「憲法第十六條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨不符。本院釋字第二四三號解釋所謂有權利即有救濟之法律，即在指明人民訴請法院救濟之權利為訴訟權保障之核心內容，不容剝奪。保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之。」稽其意旨，訴訟權之制度性保障特質，係展現在以下二點：其一為立法者對於訴訟制度有廣大裁量權，其二則是立法裁量仍不得侵害訴訟權之核心。

對質詰問權是否屬於訴訟權核心，須視訴訟權核心之內涵而定，學者曾歸納司法院大法官歷來之解釋，認為訴訟權之制度保障核心，係指立法者對於訴訟制度之形成，必須「正當合理」，具體言之，應考量「有效權利保障」及「比例原則」二項要求：前者指法律不僅應保障人民尋求法院救濟的可能性，亦應賦予人民請求「有實效之法院審查」的權利；後者則指立法者在形成訴訟制度時，應該始終一方面考量透過訴訟救濟管道的設計來落實人民權利保障的需求，另一方面卻也可以衡量基於其他公益而來的，精簡訴訟程序的必要性^{註24}。

倘以上開學說見解分析對質詰問權之性質，本文認為，對質詰問權與直接審理、言詞辯論、對審及辯護等制度相互結合，固然充實了法院對於事實認定的品質，惟此立論尚無法導出立法者在任何情形下均不得對其加以限制。理由在於對質詰問權之功能，無非在於發現疑點或澄清事實，惟刑訴法所欲達成之目的非僅「發現真實」一端，尚須考量諸如「法治程序」及「法和平性」等目的，甚至在個案當中，多數目的之實現仍有發生衝突可能^{註25}。因此即使對質詰問確屬較為正確之認定事實方式，仍非無可取代之方式，倘立法者以合於比例原則之方式加以限制，尚難遽認其限制非屬正當合理。因此對質詰問權固然得在訴訟程序中扮演重要角色，尚難認其確屬訴訟權之核心。

換言之，立法者業已透過新修正刑訴法採傳聞法則，但設有五條例外規定，即在一定條件下，限制被告對證人之詰問權。既然立法者業已透過立法形諸於條文，並於立法理由中明白闡解證人於檢察官偵

查中之陳述，原則具有證據能力，乃考量兼顧偵審之理論與實務，司法實務者似無權擅自逾越立法者之意思，而自創或援引未經配套措施之學說為據，而竟認證人於檢察官偵訊中亦應由被告行使詰問權始具證據能力之獨特見解。

(二)、詰問權之行使時期—是否含偵查階段？

司法院大法官會議解釋文^{註26}除了將詰問權定位為憲法所保障之訴訟權的下位概念，由解釋理由中「憲法所規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障（本院釋字第三九六號、第四八二號解釋參照）。」的闡釋，亦可間接推知詰問權的行使時期，應僅限於具備對審制度的審判階段。至於偵查階段既無對審制度的設計，應無詰問權之概念，就此應由權力分立的角度加以分析。

訴訟權所保障者，係「受憲法上法官審判的機會」，作為訴訟權內涵之一的對質詰問權理應作如是觀。此處所稱「法院」，依司法院大法官會議解釋文^{註27}之闡釋，係指「職司審判（裁判）之機關，亦有廣狹兩義，狹義之法院乃指對具體案件由獨任或數人合議以實行審判事務，即行使審判權之機關，此即訴訟法上意義之法院；廣義之法院則指國家為裁判而設置之人及物之機關，此即組織法上意義之法院。故狹義之法院原則上係限於具有司法裁判之權限（審判權）者，亦即從事前述狹義司法之權限（審判權）而具備司法獨立（審判獨立）之內涵者，始屬當之」，同號解釋並以「我國現制之檢察官係偵查之主體，其於『刑事』為公訴之提起，請求法院為法律正當之適用，並負責指揮監督判決之適當執行；另於『民事』復有為公益代表之諸多職責與權限，固甚重要^{註28}；惟其主要任務既在犯罪之偵查及公訴權之行使，雖其在『訴訟上』仍可單獨遂行職務^{註29}；但關於其職務之執行則有服從上級長官（檢察首長）命令之義務^{註30}，此與行使職權時對外不受任何其他國家機關之干涉，對內其審判案件僅依據法律以為裁判之審判權獨立，迥不相侔。至於檢察機關則係檢察官執行其職務之官署，雖配置於法院^{註31}，但既獨立於法院之外以行使職權，復與實行審判權之法院無所隸屬，故其非前述狹義之法院，其成員中之檢察官亦非法官之一員」。

易言之，自憲法權力分立角度而言，檢察官所行使者尚非具有對審構造之審判權，即使認定被告之特定行為涉嫌犯罪而作成起訴之決定，亦無非向法院請求對被告為有罪判決之意思表示，尚待法院踐行法定程序判決被告有罪確定，國家刑罰權始得實現。依現行刑訴法^{註32}

之規定，我國採行國家追訴原則^{註 33}，偵查階段中檢察官作為偵查主體，係立於國家追訴犯罪之公益立場，對被告罪嫌有無的調查，不僅為其權力，更為其義務，與被告間並非立於當事人地位。稽以刑訴法之相關規定，告訴或告發僅為偵查發動之原因，告訴人雖擁有聲請再議或交付審判之權利，在由偵查檢察官主導的程序中卻幾無權利可言，充其量僅有聲請保全證據之權利而已。偵查程序並無對審制度之設計甚明，依司法院大法官會議解釋^{註 34}意旨，自不在詰問權行使時期之範圍內。

(三)、詰問權—訴訟權是否得以法律為必要限制？

對質詰問權作為訴訟權之一環，立法者仍得以合於比例原則之方式加以限制，已如前述。則限制詰問權之法律是否合憲而得以存在，須視該限制是否能通過比例原則之檢驗。立法者既已將證人於檢察官偵訊中所為陳述，除顯有不可信之情況外，得為證據作為我國法上傳聞法則之例外，且於立法理由闡明其目的為「檢察官職司追訴犯罪，必須對於被告之犯罪事實負舉證之責。就審判程序之訴訟構造型，檢察官係屬與被告相對立之當事人一方，是故偵查中對被告以外之人所為之偵查筆錄，或被告以外之人向檢察官所提之書面陳述，性質上均屬傳聞證據，且常為認定被告有罪之證據，自理論上言，如未予被告反對詰問、適當辯解之機會，一律准其為證據，似與當事人進行主義之精神不無扞格之處，對被告之防禦權亦有所妨礙；然而現階段刑事訴訟法規定檢察官代表國家偵查犯罪、實施公訴，依法其有訊問被告、證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須具結，而實務運作時，偵查中檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高，為兼顧理論與實務，爰明定被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」，似無違反比例原則之問題。

本文以為，雖然詰問權之行使時期應僅限於具備對審構造之審判階段，由權力分立之角度而言，偵查中被告固無詰問權可言，惟後續仍有問題待解決，亦即審判階段中被告之詰問權，是否亦將受傳聞法則之例外規定限制。詳言之，現行刑訴法以證人在審判中須經交互詰問程序，始能取得證據能力為原則，但本項規定則使證人在偵查中向檢察官所為之陳述，原則上得跨越法定調查證據方法之要求，在審判中亦無須經過交互詰問，即取得證據能力，其正當化之基礎或不具說服力，然於立法理由中卻詳為敘明，即為兼顧偵審之理論與實務。

另在此欲附帶說明者係，證人於偵查中向檢察官所為之陳述，除

顯有不可信之情況者外，得為證據，我國立法者採為傳聞法則之例外，縱有合憲與否之爭議，然既未經大法官會議透過解釋文主文明確加以表態，其既屬現行有效之法律，則在證據能力之層次，倘合於上開證人於偵查中向檢察官所為之陳述，且無顯有不可信之情況者，自無須給被告行使詰問權，始具有證據能力。然在目前審判實務操作上，多數法官雖仍會依職權或依聲請傳喚該證人到庭交互詰問，但其目的似非因該證人於檢察官偵訊中未經被告行使詰問權而無證據能力，故應令證人到庭作證始具證據能力，而係以辨明其偵查中證詞之證據價值或證據力。

《拜託，不要每個人都一樣》讀後

書名：拜託，不要每個人都一樣

作者：曲家瑞

出版者：方智出版社股份有限公司

自從教改以後，許多專科學校、技術學院紛紛改制成為大學，蕞爾小島的台灣，二千三百萬人口，竟擁有一百五十多所大學，於是有人群起撻伐教育部廣設大學的政策，連窮鄉僻壤都有名不見經傳的大學，將來加上少子化的影響，許多較差的大學必然招不到學生云云。不過我不贊同這種說法，成績好的孩子去唸台大、政大、成大，難道成績差的孩子就不能唸大學？焉知三流大學培養不出優秀的孩子？

我就是唸三流大學，當年公立大學、私立大學各有三所設有法律系（日間部），我唸的大學法律系，在大專聯招排名最末，人稱三流大學不為過，現在已近耳順之年，班上同學有人當院檢首長，也有人在最高法院、最高行政法院當法官，當律師的表現也不差，當年如果沒有熱愛教育的創辦人熱心辦學，楊建華、鄭玉波老師有教無類的教誨，我實在想不出我現在要幹什麼！

其實具有傳統的大學反而免不了有包袱，像台大就沒有企管系，而工業設計系以往大多是工專才有的科系，大學首次成立工業設計系是成功大學，在民國六十三年，二、三十年前皆是冷門系所，沒想到這幾年來，許多新的大學、科技大學甚至藝術學院，紛紛設立與工業設計有關的系

所，原本純藝術的科系，也紛紛轉型為產品或商業設計系，可見創意設計人才極為吃香，職場上有大量的需求，這個知名大學不屑一顧的科系，已有鹹魚翻身，由冷門轉為熱門的趨勢。

而實踐大學的設計學院在《遠見》雜誌所做的調查一由 34 位專業人士就教學內容、師資陣容、學習環境、學生學習評估、專業能力及未來就業出路等項進行評選，竟然在總排名獲得第一，當然各分項中竟也都高居第一。別忘了，實踐大學設計學院在教育部大學評鑑中竟是最後一名，有博士學位的師資少得可憐，連院長安郁茜都只是碩士、副教授，科學引文索引更是零分，這在教育部評鑑為三流大學的系所，在設計實務界卻被評選為第一名，教育部該好好檢討了。

並不是有博士學位的老師才是好老師，尤其是以實務操作為主的科系，那麼實踐大學設計學院的老師，究竟是何方神聖，能化腐朽為神奇，把成績只是後段班的學生，訓練成設計界的人才？答案是：這些老師是一群「匪類」，而經典的「匪類」、「瘋女人」就是《拜託，不要每個人都一樣》的作者曲家瑞老師—實踐大學時尚與媒體設計研究所所長。

這個只有 12 年歷史的設計學院，可以打敗成大、東海、大同、中原、台北科大、台北藝大等設計科系，師資應是決勝的首要因素。這本書的作者曲家瑞老師在書中敘述她的成長、求學、戀愛的過程，在美國接受西方教育，重視個人特質，重啟發、特立獨行、滿腦子稀奇古怪的風氣，她感嘆連台灣的設計學院學生都少有人奇裝異服，人人都在制約的規範中長大，當然敢挑戰權威、習慣的麻辣教授，必然有驚世駭俗之舉，如：第一次上素描課就以多個男、女模特兒裸體上場翻滾跑跳（什麼時代了，還在畫石膏像？），給同學體驗有感動、有溫度的創作課。她還提到男生比女生壓抑，人體素描課畫男性的性器官，男生都隨便畫一下，「看不太出來是什麼的小嘟嘟」，女生倒是坦然、精確地描畫！

她帶領學生訪問檳榔西施，環島十多天，她以數位相機拍攝計程車司機的影像，觀察他們的言行舉止、車內布置，稱之為「我生命中的 100 個男人」！書中不時出現作者的影像，也有不少作者的作品，如自畫像等，展現出精確、細緻的繪畫功力，可見言行固然麻辣，藝術的基本功也絕不遜色。

作者的瘋狂舉止一時也說不完，最有趣的是她帶領讀者逛她的私密樂園，作者喜好蒐集二手娃娃，為娃娃取名字，為娃娃換裝，每天跟娃娃說話、講故事，書中時常出現滿坑滿谷的娃娃照片，每一篇文章的標題邊，也都有一個娃娃的照片。

我們要注意的是標新立異、特立獨行不是只在吸引人的目光而已，培

養一個設計人才，必定要讓學生能行銷自己，絕不可孤芳自賞，也就是藝術、設計要有賣點，要有吸引力。書中提到以往每年的畢業展，做法過於保守，連畢業展的成果作品集都賣不了多少本，想必是捧場居多，作者第一次帶學生做畢業展，發現這種情形，決定把成果作品集當作暢銷書來賣，精心設計封面，在入口牆上排列出許多作品集，打上燈光，再請學生現場手繪，四天之中把現場氣氛炒得奇熱無比，竟賣了一千多本，賺了一百多萬元，師生可以一起出國旅遊，可見作者絕非光說不練，確是有實務規劃能力的老師。

法律人大多死板嚴謹，應該看看這本書，看看人家怎麼搞創意，搞設計，這個世界因為有這些匪類、怪胎、瘋子，才會更有趣。

大陸將制定高收入者個稅申報辦法 程高雄 律師

對於年收入 12 萬以上的「富人」們來說，他們即將面臨空前嚴格的個稅監控。

近日，國稅總局司級官員在為上海財稅系統所作的一次報告中透露，近期將出台（頒佈）高收入者個稅自行申報操作辦法。

與會人士透露，此次自行申報操作辦法的出台，主要是確保「中華人民共和國個人所得稅法實施條例」（以下簡稱「條例」）高收入者個稅自行申報的規定能夠得到有效執行。「條例」第 36 條規定：「年所得 12 萬元以上的納稅義務人，在年度終了後 3 個月內到主管稅務機關辦理納稅申報」。

國稅總局官員在報告中稱，由於操作辦法還在修訂中，具體細則不便透露，但最遲將在年底前出台其後還將陸續出台相關配套政策和措施。

台南律師公會第廿六屆九十六年度一份理監事聯席會議紀錄

時間：中華民國 96 年 1 月 18 日（星期四）下午 6 時 30 分

地點：榮勝川菜餐廳

出席：林國明、吳信賢、宋金比、黃厚誠、李孟哲、陳琪苗、李合法、林祈福、陳慈鳳、張文嘉、楊淑惠、蔡進欽、吳健安、蔡敬文、楊慧娟、黃溫信

列席：許雅芬、曾怡靜、林瑞成、翁瑞昌、許安德利、莊美玉

缺席：陳惠菊、曾子珍、蘇新竹、黃雅萍

主席：林國明

紀錄：曾怡靜

壹、報告出席人數：應到 20 人，實到 16 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 137 期台南律師通訊）。

伍、上次會議決議案執行情形報告。

案由：本會聘僱人員 95 年度年終考核評定案。

執行情形：經本會理監事評定，考績均通過考核，照規定晉本俸一級，核發一個月薪資之年終獎金。

陸、報告事項：

一、主席報告：

- 1、本會曾子珍理事參加司法院舉辦之律師轉任法官甄試通過，已於 10 日放榜。所遺理事之缺額，依章程規定，應由第一順位之候補理事施承典律師遞補。會訊總編輯及瑜珈班班長已洽莊美玉律師接任，是否可行，提請各位理監事決議。至於會員代表之缺額，則於 96 年 4 月下旬會員代表大會重行改選。
- 2、本會 96 年度各項活動預定日程表已送請各位理監事及各社團負責人參酌，請於預定活動時，儘量避開日程表既定之日期。
- 3、本屆理監事及會員代表任期即將於 96 年 4 月 30 日屆滿，依規定會員代表名單應於 2 月份理監事聯席會議決定，理監事候選人參考名單應於 3 月份理監事聯席會議決定，本會擬發函徵詢各會員登記參選。

二、許安德利律師致詞：

1. 律師業務萎縮，許多考上律師但未執業之道長，並未加入公會，仍出庭者是否受律師法規範，委有爭議。
2. 行政訴訟上訴第三審應推動律師強制代理。

林理事長國明回應：

1. 行政訴訟第三審律師強制代理草案目前在立法院審議中，本

會與全聯會均主張第3審應由律師強制代理。

2. 目前法院有非律師為訴訟代理人之許可規則，其內容應可再討論。

全聯會林副理事長瑞成回應：

1. 行政訴訟修正方向，司法院偏向最高行政法院律師強制代理，但會計師公會反對，二月後將再決議。二月後，行政訴訟將改為三級三審制。

2. 目前之統計為律師代理勝訴率為10%、會計師為8%、律師及會計師共同代理為9%。

三、監事會報告（蔡敬文監事）：

本月帳目已核對，並無問題。

四、各委員會、組報告：

（一）民商法委員會（黃厚誠常務理事報告）：

去年12月30日，已請張世展法官演講；1月27日邀請中興大學科技法研所許舜曉博士及南台科技大學財經法研所張瑞星所長講授「生物科技的南北戰爭-淺談生物科技的智慧財產保護」及從「『魔戒之妳真美麗』改編版談著作權之合理使用」。

（二）刑事法委員會（宋金比常務理事報告）：

本周六柯耀程老師演講；5月5日NCC副主委劉宗德將講授國家賠償議題。5月6日將安排國有財產局專人講授遺產管理人之專題。

（三）國際交流委員會（陳慈鳳理事報告）：

95年12月27日日本九州福岡市大塚芳典律師，偕其事務員金蓮玉，及該所一多明尼加籍卡門（Carmen）律師於林茂松教授陪同至台南市拜訪。因係私人行程，本會由陳俊郎教授、林祈福律師、曾子珍律師及本人陪同至關仔嶺用中餐及洗溫泉。當晚由林瑞成律師、翁瑞昌律師於阿霞飯店作東款待貴客。餐後並偕同至民權路之驛卡拉ok歡唱。次日大塚律師一行人即搭乘上午11時之飛機離開台南市，賓主盡歡。

（四）司博館推動委員會（翁瑞昌顧問報告）：

目前無進展。

（五）平民法律服務中心（主任委員吳信賢常務理事報告）：

【財務報告表如附件一，略】

1. 上月支出如附件共計364,070元。

2. 台南高分院改裝諮詢室。

3. 為紓解地院諮詢上午人潮，擬增設第二個據點，目前地點尚未決定。

4. 三月開研討會，委由張文嘉律師主辦。

（六）會刊委員會（莊美玉律師報告）：

139期焦點話題由蔡敬文監事撰寫。

（七）康福委員會（楊淑惠理事報告）：

12月16-17日本會辦理之知本旅遊已完美結束。另3月17日將

舉辦屏東1日遊，【細節見附件，略】。

(八) 登山社 (林華生律師報告)：

4月將舉辦八通關登山，歡迎參加。

(九) 攝影社 (蔡進欽理事報告)：

4月或5月將舉辦雲南香格里拉攝影團，歡迎參加。

(十) 秘書處 (秘書長許雅芬律師報告)：

95年度12月份退會之會員：

王盛鐸、楊美玲、楊盤江、沈銀和 (以上4名月費均繳清)，張巧妍 (月費繳至94年12月)，陳俊寰 (月費繳至94年12月)，林翰緯 (月費繳至95年6月)，截至12月底會員總數786人。

柒、討論事項：

一、案由：95年12月份加入本會為會員之律師：王正志、陳亭蘭、曾國龍、林孟衛、孫德至、景熙焱、周燦雄、范顯齡、陳恂如、何愛文、范清銘、蔡明哲等12名，請追認。

說明：經向台南地方法院查詢，除王正志有傷害及妨害名譽之前科外，其餘均符合規定，亦均無積欠會費情況【附件二，略】。

決議：照案通過。

二、案由：本會95年12月份財務收支報告表【附件三，略】，請審核。

說明：請財務長林祈福理事說明。本會本月結餘11,718,090元。

決議：照案通過。

三、案由：本會曾子珍理事轉任法官，其理監事會中職缺遞補案，請討論。

說明：曾理事因轉任法官，無法擔任本會理事，其職缺遞補人選，會刊委員會及瑜珈班擬均由會員莊美玉律師接任，而理事乙職，擬由候補理事施承典律師遞補。

決議：照案通過。

四、案由：本會96年度國內春季旅遊案，請討論。

說明：詳細行程及費用如附件四，請康福委員會楊淑惠理事說明。

決議：照案通過。

捌、臨時動議

玖、自由發言

拾、散會

悼

本會道長林弘明律師夫人楊秀季女士，慟於 96 年 01 月 11 日凌晨 2 時 10 分仙逝，享壽六十有五歲，喪禮於 96 年 01 月 21 日（星期日）上午 10 時 30 分假高雄市三民區寶中里建興 3 巷 1 號義永寺舉行告別儀式，場面莊嚴隆重。

96 年第 1 場學術研討會
稅務訴訟之焦點

本會 96 年度第 1 次學術研討會，於 96 年 1 月 13 日上午 9 時至 12 時在台南市社教館舉行，邀請興國管理學院校長黃俊杰教授主講稅務訴訟之焦點。黃校長曾擔任中正大學法學院院長，專研於公法學領域，尤其對於財稅法規相當嫻熟，本會林理事長特邀請黃校長到本會講述稅務訴訟之焦點，藉以擴展會員執業之領域。當天計有本會道長約 50 人參加，黃校長此次主講之主題與之前在行政法院演講之內容相同，但特別偏重律師之角度，舉出許多實務處理過之案例，深入淺出，非常生動活潑，深得與會道長讚賞。

黃校長針對稅捐主管機關所為之解釋函令之違法審查，認為應參酌大法官釋字第 607 號解釋，其釋示如無違反一般法律解釋方法，且符合各該法律之立法目的，即與租稅法律主義尚無違背，倘亦符合租稅公平原則時，始不生違憲之問題。律師於辦理實務案件，應注意上開四項衡量之準則，始有獲勝之空間。為擴展律師執業之領域，黃校長建議律師可與會計師或熟悉稅捐稽徵業務之退職人員合作，於辦理行政訴訟案件，始能勝任愉快，並提高勝訴率。

96 年度第 2 場學術研討會 刑法變更「適用競合」問題評釋

本會於 96 年 1 月 20 日上午 9 時，假台南市社教館，舉辦本年度第 2 場學術研討會，邀請中正大學柯耀程教授講授「刑法變更『適用競合』問題評釋」。到場參加人員近 60 名，除台南高分院林大洋院長親臨會場致詞外，尚有多位檢察官、法官蒞場參與，會場可謂審、檢、辯齊聚一堂。

研討會中，講座對於去年刑法修正後之適用問題，首先就刑法修正法變動的觀察，提出說明。研討會的第二階段，講座依臺灣高等法院暨所屬法院 95 年法律座談會刑事類提案之具體實務問題為觀察，可分為六大主題：其一為罰金刑問題，相關之提案為第 1、2、3、16、17、18、19、20 號。其二為累犯與易科罰金適用之競合問題，相關之提案為第 3 號。由於累犯與易科罰金二者之法律性質不同，在比較新舊法適用時，應為個別之比較適用。其三為易服勞役之適用問題，相關之提案為第 5 號。其四為易科罰金與易服勞役之適用競合問題，相關之提案為第 4、6、7 號。其五為故意犯的累犯問題，相關之提案為第 8 號。其六為緩刑與易科罰金之問題，相關之提案為第 7 號。本研討會在講座精彩之講授下，令與會人士，獲益良多，研討會在中午 12 時圓滿結束。

96 年度第 3 場學術研討會 智財權之保護與合理使用

本會於 96 年 1 月 27 日上午 9 時假台南市社教館舉辦學術研討會，邀請中興大學科法所許舜曉教授及南台科技大學財法所所長張瑞星教授，分別講授「生物科技的南北戰爭-淺談生物科技的智慧財產保護」及「從『魔戒之妳真美麗』改編版談著作權之合理使用」。

研討會之第一階段，許舜曉教授首先提出，就目前全球

之生物資源及技術分配而言，南半球生物資源豐富，但生物科技發展遲緩，北半球則反之。因此，如何調合此二者，是日後全球有待努力的方向，目前國際間與生物科技議題相關之協議，均朝向保存生物多樣性、能源永續利用以及平等互惠之利益分享等方向進行。講座並舉出數則案件，說明當今各國對於植物品種權申請專利競爭激烈之情況。

第二階段由張瑞星教授主講，其謂著作權原理猶如研討會之天平的兩端，一端是著作權人的保護，另一端是使用者的權利，二者微妙平衡的最終目的即在促進文化發展。因此，如何合理使用著作權？往往是達成此天平平衡的重要指標。會中，講座並現場播放影片「魔戒」，歌曲「Oh, Pretty Woman」並舉出 Demi Moore 懷孕照片等為說明，會場生動活潑。

美國 Holmes 大法官曾言：「只受法律訓練的個人對外面世界的觀點未免有些狹隘，應有較高的接受度。」足認，法律人不應僅侷限於所受之法律訓練，更應該多方接觸外面世界。以智財權案件言，成立專屬法庭，我國各界早有共識。日前，立法院於 96 年 1 月 9 日三讀通過「智慧財產案件審理法」，全文 39 條，其重點有：設置技術審查官；法院對智財權案件之爭點，應自行認定，無須等待行政訴訟判決結果等。此法案之通過，提供法律人在追求智財權案件的天平平衡點時，有一揮灑的空間。

本研討會為與會人士開啟另一扇世界之窗，會議在中午 12 時許圓滿結束。

本會 95 年最後一場學術研討會 跨國婚姻子女與我國家庭法

本會 95 年度最後一場學術研討會，於 12 月 30 日上午 9 時在台南市社教館舉行，邀請台南高分院張法官世展主講有關跨國婚姻子女與我國家庭法及民事交互詰問制度。研討會由本會林理事長主持，本會道長約有 40 餘人參加。張法官首先就我國實施民事集中審理制度程序之特色作重點之說明，張法官認為法官闡明權之行使，應屬義務之性質。另基於紛爭一次解決之原則，有關訴之變更與追加，實務上均從寬准許。張法官接著說明跨國婚姻子女所衍生之法律問題，例如在越南有中華民國國籍而無法就學之小孩，應如何保障其權益，從而發展出家庭權為憲法上基本人權之理論，認為締結婚姻與組成家庭之自由為憲法所保障，包括和諧家庭生活之權利、維持家庭存續之權利、及維持家庭親屬關係之權利。最後林理事長、林瑞成顧問、吳信賢常理、洪條根、王以禮、陳清白、黃榮坤等道長分別提出個人看法，討論非常熱烈，研討會於 12 時 15 分結束。