

台南律師通訊

第 197 期

發行人：張文嘉

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

12/3~12/7 日本九州五日行

長崎晚宴賓主盡歡 福岡夜唱酒厚情濃

本會於12月3日至12月7日，由張文嘉理事長率本會理事、會員及公會同仁共17人，前往日本九州拜會長崎弁護士會並進行國外旅遊。

團員於凌晨2時許，搭遊覽車北上桃園國際機場，搭乘8點10分的班機，約於11點10分抵達日本福岡國際機場。永田雅英弁護士並親自開車來福岡機場迎接本會團員，在機場一番寒暄之後，立即開車回到長崎準備下午交流會之事宜，讓在場團員見識到永田弁護士の友善及熱情。下午3時許，本會與長崎之弁護士在長崎縣弁護士會之會所進行交流會，分享有關律師合格人數逐年增加之後，如何保障新進律師在事務所受僱吸收實務經驗之機會等相關議題。透過長崎縣弁護士會之詳細報告及說明，使在場團員瞭解到目前日本律師界之執業生態及甘苦，本會團員亦踴躍發言分享自身之執業經驗予在場之長崎弁護士們知悉，在場人士皆獲益良多。會後，雙方互贈紀念品，張理事長代表本會致贈「智慧福來」貓頭鷹銅雕一座予長崎弁護士會，並贈送紀念小書包予與會之長崎弁護士等人；長崎弁護士會則回贈一幅畫，並贈送本會團員每人一份當地著名甜點。

晚間長崎弁護士會設宴於當地著名「フォレスト」(forest)西餐廳，招待本會享用精緻法式料理並欣賞日本三大夜景之一的長崎港夜景。長崎弁護士會並細心安排座次，增進本會團員與其他弁護士交流機會，就在中英日三國語言及肢體語言並用下，度過愉快的夜晚。

第二天，日本時間早上七點半，出發至熊本島原港並搭船前往霧島，參觀水前寺成趣園及霧島神宮，當晚入住霧島溫泉旅館。鹿兒島弁護士永山一秀及世川竜伴弁護士亦親至旅館與我團員問候敘舊，永山弁護士更與本會一同享用懷石料理，品嚐美味鹿兒島黑豬肉。第三天，本會於日本時間早上5點半出發，搭

乘飛彈快艇前往世界文化遺產--屋久島(yakushima)。除漫步森林步道、欣賞千年古杉、讚嘆飛瀑勝景外，途中更巧遇猴群嬉於道旁，更有團員爭與路旁野鹿合照，晚間則悠閒享受當地露天溫泉，一日之內，行程充實、愉快。

第四天早上，團員們又早早起床搭船回到鹿兒島並乘新幹線回到福岡，晚間則享用美味河豚料理。晚餐過後，福岡大塚芳典弁護士等人更熱情招待本會團員歡唱卡拉ok，大夥飲酒作樂，場面熱絡。第五天搭乘下午1點10分班機，並於2點45分返抵國門，結束為期五日的拜會行程以及行軍般的旅遊行程。

本刊訊

安徽省公證員協會來訪

本會設宴招待賓主盡歡

11月18日，安徽省公證員協會一行14人，應本會之邀請，於晚間抵達台南市參訪。直接前往「俞苑餐廳」與本會進行交流及餐敘，張文嘉理事長並率同本會理事及會員共8人前往作陪。

餐敘前，張文嘉理事長首先歡迎安徽省公證協會來訪，並介紹本會之平民法律服務中心，強調台南律師公會很早就開始平民法律服務之工作，更介紹本會內之音樂、學術等各社團。張理事長代表本會致贈紀念品「安平劍獅」予安徽省公證員協會，並致贈由台南關廟土鳳梨所製作之鳳梨酥予每位會員；安徽省公證員協會則回贈鐵畫予本會。安徽公證協會名譽會長張會長致詞表示：所有會員都是第一次來台灣，來之前就聽說台南人特別熱情、豪爽，果然如此。安徽省有黃山、九華山，也歡迎台南律師公會去安徽參訪。之後由郁旭華律師與安徽省公證員協會張副會長分別介紹我國與大陸地區之現行公證法制。席間雙方談笑風生，禮尚往來。晚宴約在晚間8時許結束，賓主盡歡。

焦點
話題

「娼嫖皆罰、專區除外」的修法新制

◎楊聖芬律師

修法前《社會秩序維護法》第80條第1款規定「意圖得利而與人姦、宿者，處三日以下拘留或新台幣三萬元以下罰鍰。」(下稱系爭規定)經兩位宜蘭地方法院簡易庭法官以系爭規定侵害人民性自主權、工作權及平等權，違反比例原則及平等原則為由，聲請釋憲。只要學習過憲法違憲審查體系的人應該都知道，

凡侵害人民基本權的處罰規定，首先必須通過比例原則此一審查標準，才能免除違憲疑慮。因此，本件聲請的核心問題在於：系爭規定是否合乎憲法第 23 條目的正當性、手段必要性、限制妥當性？蓋唯有通過比例原則的檢視，才有進一步審究立法有無差別待遇及差別待遇是否正當的問題。詎料，系爭規定雖遭釋字第 666 號解釋宣告違憲並限期失效，然大法官於該號解釋文及理由書卻逕自跳過比例原則的操作，以系爭規定「只罰娼不罰嫖」，有悖於平等原則作為宣告違憲的理由。針對這樣的釋憲內容，可以想見的解讀就是，既然大法官表示對於娼、嫖雙方沒有予以差別待遇的正當理由，那麼，只要一視同仁，無論「皆罰」或「皆不罰」，都符合平等原則而無違憲疑慮。這樣的解讀空間，究竟是大法官刻意巧妙地布局，或者無意間形塑而成的，我們不敢妄自斷言；但是這種迂迴曲折、語意不明的解釋方法，著實讓人看了不痛快。

在比例原則的審查標準下，本件首先面對的質疑就是：處罰性交易的合憲目的在哪裡？探求當初的立法目的，系爭規定旨在維護國民健康與善良風俗。所謂國民健康，可以想像的應該就是性病的防免；然而，性行為無論有無對價關係，均有其危險性，沒有單單處罰性交易的道理。相較之下，不具對價關係但對象十分「隨機」甚或「多元」的「砲友」、「一夜情」或「雜交派對」等情況，豈非更具傳染性病的風險而應予處罰？再者，立法目的理當具體明確，否則比例原則的操作也不過是個幌子；善良風俗究竟是怎樣的觀念，恐怕很難（或根本不可能）說得清楚，況且真正追究起來，還真得問問是為了「誰的」善良風俗要去處罰別人你情我願的性交易？以這樣一個概括、模糊的概念作為立法目的，恐怕更加凸顯處罰規定的背後，欠缺一個令人心悅誠服的理由，所以苦惱之餘只好祭起翻天印，高舉善良風俗的大旗，讓人不敢發聲質疑，以免招來並非善類的臭名。

性交易究竟該不該罰，系爭規定妥適與否，早已爭議多時。大法官好不容易有機會與此爭議正面交鋒，卻自願棄守「憲法守護者」的職責，犧牲了違憲審查體系中比例原則的應有操作，錯失就系爭規定及其中牽涉的憲法價值表示意見的良機。面對大法官於釋字第 666 號解釋文所釋放的解讀空間，立法者當然不會和選票過意不去，修法時自然選擇原則上「皆罰」的立法，俾符合多數選民的期待，再配合內政部的建議而輔以「專區內不罰」的例外「恩惠」，算是對性服務提供及需求者聊表心意。於是，在 100 年 11 月 4 日三讀通過了修法，原則上性交易雙方都予以處罰，但在地方政府設置的專區內不罰。可以想見的是，恐怕少有地方政府敢碰觸設置性專區的燙手山芋，最後實際的結果就是娼嫖通通開罰。許宗力、陳新民、許玉秀等幾位大法官雖然憂心忡忡，分別於協同意見書中語重心長地表示不贊成「娼嫖皆罰」的立法選項，但仍無法扭轉多數意見「語意曖昧不明」的心意，更無力阻擋行政院及立法院在大法官給予的揮灑空間裡，攜手合作演的這一場戲。這齣戲，終究讓幾位大法官的惡夢成真。這樣的修法結果更讓處罰規定的目的顯得撲朔迷離；為何同樣是性交易，在專

區外就有傷風敗俗和危害健康的疑慮而應予禁止處罰，但換個地點、移到專區內，就沒有這樣的問題？難道認為專區內、外的國民健康和善良風俗有不同的定義？或應予不同程度的保護？這樣的規定，將來恐怕無法避免面臨違憲聲請的挑戰，但願屆時大法官能夠說清楚講明白，終結這場惡夢。

12/17 台江 & 史博館 半日遊

盡享生態文化美食饗宴

本會於100年12月17日下午舉辦「台江之旅&台灣歷史博物館」半日遊，原預估開放約七十幾名會員報名參加，嗣因會員報名踴躍，遂決定加開一部遊覽車，讓更多會員能參與本次半日遊行程。

本次行程包含船遊台江內海及參觀台灣歷史博物館。台江是我國第八座國家公園，坐船遊台江可說是國內外遊客來台南的必玩行程。船上有專業導覽人員解說台江內海地理環境及生態。我們可以在四草湖「湖中湖」、運鹽古運河、鹽水溪等內海看到岸邊生長著茂密的紅樹林，諸如紅海欖、欖李、海茄苳及水筆仔等等。還能看到漁民在台江內海的漁業活動，包括定置網、養蚵、釣魚等。沿著航道眺望兩岸，遠遠地就能看到矗立在安平古堡的瞭望台，以及安平樹屋後方搭建起的賞鳥平台。台江內海，二百多年來，由於淤積陸化逐漸被開發成鹽田、魚塢及村落，其因位在亞洲水鳥遷徙的路線上，每年秋、冬季節都會有數以萬計的候鳥經此南下過境，或留在鹽田、魚塢及河口浮覆地度冬。在坐船遊台江的航程中，我們雖然看不到稀有的黑面琵鷺，但大白鷺、小白鷺、夜鷺、高蹺鴉，甚至是遠從西伯利亞來的嬌客「蒼鷺」，都不吝在我們這些觀眾前大展曼妙舞姿；連躲藏在泥地裡的招潮蟹也不甘示弱的探出頭來向我們揮舞蟹螯，要觀眾們「照過來」。眾人在結束台江之旅後，續往「台灣歷史博物館」參觀。台灣歷史博物館（簡稱台史博）甫於2011年10月正式開館，目前仍然是免費參觀，每逢例假日，遊客們將台史博擠得水洩不通，可說是今年大台南最熱門的景點之一。台史博是專責保存台灣歷史文化遺產的機構，除肩負保存台灣歷史文物的使命外，更重要的是將藏品與全民分享。對此，台史博在經歷多年籌備，已有6萬餘件藏品。館藏主要以「台灣涉外關係史」、「台灣族群互動史」、「台灣現代化發展史」為三大蒐藏研究主軸，藏品的內容、材質、器型與大小，複雜多元，年代涵蓋了史前時代至近代。令人印象最深刻的，應該是在展示教育大樓2樓展出的常設展。展覽主題採用多元詮釋的歷史觀，以歷史時間軸序列，穿越割裂的統治政權，並以生動寫實的人物蠟像，表現出台灣的文化與生活，展現土地與人民的歷史。參觀到傍晚五時許，眾人才迎著夕陽的餘暉，繼

續往下一站「七股溪南春餐廳」去填飽肚子。溪南春餐廳除了美食佳餚外，最值得一提的莫過於餐廳主人自 29 歲起收藏迄今達上千件的古董珍藏，要說溪南春是間小型博物館也不為過。

雖說只是半日遊，但這半日的行程讓參與的會員及眷屬們，一次享盡生態、文化、美食三重饗宴。會員、眷屬們抱著滿滿收穫踏上歸途，想必各位會員、眷屬在本次半日遊後一定會「呷好逗相報」，讓更多人知道台南之美。

本刊訊

臺南地檢署邀本會討論法律宣導及司法改革相關議題

12 月 13 日下午 3 時，本會應臺南地檢署之邀請，由張文嘉理事長率同現任民間司改會監察人吳信賢律師、法律教育宣導委員會主委楊淑惠律師、司法改革委員會主委李慧千律師及康文彬律師，前往拜會臺南地檢署檢察長周章欽，討論有關協助臺南地檢署進行法律宣導之相關事宜，並就司法改革之相關議題進行討論。曾昭愷主任檢察官及林志峯襄閱主任檢察官並陪同在場。

針對與本會共同合作有關法律宣導事宜方面，曾昭愷主任檢察官表示，目前地檢署已經製作了幾片法律宣導的光碟，將會送一片至貴會，希望貴會能針對光碟片之內容，提出補充相關教材之書面建議。李慧千律師表示本會目前正積極推展法治教育種子教師之培訓，或許有相關教材亦可與光碟之內容相結合。對於司法改革之議題，周檢察長表示，其檢察官會議裡一直強調，請檢察官務必注意開庭時及執行搜索時之態度，並表示地檢署一直有在積極瞭解民眾對於開庭時對檢察官之觀感，相信對於提昇民眾對檢察官之信任有所幫助。周檢察長又提到，地檢署的業務並不是只有將被告起訴或執行刑罰而已，對於被害人保護以及更生保護，地檢署亦不遺餘力。目前台南市有 16 個司法保護據點，都可以讓民眾充分利用。周檢察長更分享其曾經動員大量資源來幫助一位服社會勞動之被告回歸正常生活的小故事，也讓在場所有人感受到，檢察官不只是鐵面無私更是擁有溫暖的慈悲心腸。

本刊訊

職災補償與損害賠償學術研討會 -以過勞死為中心-

本會於100年12月10日(星期六)上午9時，假國立台南生活美學館3樓中型會議室聯合舉辦學術研討會，邀請現任職政治大學法律學系的徐婉寧助理教授，主講「職災補償與損害賠償-以過勞死為中心-」，研討會由理事長張文嘉律師主持。

近來，社會上出現幾起高科技產業員工過勞死相關新聞，促使勞工行政單位亦逐漸重視此問題。由於事件當事人是屬白領階級，與過去類此事件是發生在較不重視自身權利意識的藍領階級者迥異。為此，更加突顯出此問題的重要性。特別是，因二者的工作性質大不相同，因腦血管、心臟疾病及憂鬱症等精神疾病所引發的死亡，與執行職務間因果關係的判斷，也決定是否屬於職業病之認定。

我國職業災害救濟制度分別有「補償」及「賠償」二類。勞基法上雇主的職業災害補償責任，勞保條例的職業災害保險給付以及職災勞工保護法，均屬於前者。就賠償類型而言，主要為民法的損害賠償責任。此外，我國民法483條之1：「受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，僱用人應按其情形為必要之預防。」依該條文，雇主對勞工保護義務的性質為何？是屬於附隨義務？從給付義務？亦或是一個主義務，則頗值得深入研究。

在探討職災補償前，首先需釐清者則為職業傷害與職業病的區別。依傷病審查準則第3條規定，被保險人因執行職務而致傷者，為職業傷害。被保險人於勞工保險職業病種類表規定適用職業範圍從事工作，而罹患表列疾病，為職業病。由於腦血管及心臟疾病亦可由非職業性原因形成或促發，因此在本質上與起因於工作場所中之特定媒介，如有害健康的物質所引發的特定職業疾病有所不同。而且，又缺乏如在塵肺症診斷時的放射線攝影或在鉛中毒診斷時的血中鉛濃度等在認定上的明確指標，導係此類疾病在職業病的認定上有其複雜及困難之處。

為此，我國在99年12月17日修訂「職業促發腦血管及心臟疾病(外傷導致者除外)之認定參考指引」其中規定，對於判斷腦血管及心臟疾病是否與工作有關，需彙整有關特定疾病的最新醫學知識，並將其於何種多元條件下會造成發病的情形制定為定基化認定評估工具，俾便就是否有「異常事件」、「短期間工作過重」及「長期蓄積疲勞」等因素，做一綜合評估。所謂異常事件，是評估發病當時至發病前一天的期間，是否持續工作或遭遇到天災或重大人為事故等嚴重的異常事件，其又可分為精神責荷事件，例如會引起極度緊張、興奮、恐懼、驚訝等強精神上負荷的突發或意精之外的異常事件；身體責荷事件及工作環境變化事件，例如急遽且明顯的工作環境變動，如於室外作業時，在極為炎熱的工作環境下無法補充足夠水分，或在溫差極大的場所頻繁進出。所謂短期工作過重，是評估發病前(包含發病日)約1週內，勞工是否從事與日常工作相比，有特別過重工作之情況。而長期工作過重，則是評估發病前1個月及6

個月內，是否因長時間勞動及工作負荷造成明顯疲勞的累積。不過，上開參考指引是屬於行政解釋，對法院無拘束力，是其美中不足之處。此次研討會在講座精闢的解說下，於中午12時許圓滿地結束。

夜讀
隨筆

在流浪之中成長

《背包台客勇闖天涯》讀後

◎逸思

書名：背包台客勇闖天涯
作者：劉哲瑜
出版者：平裝本出版有限公司

這位還不滿30歲的年輕背包客真的很勇敢。

他在大學畢業後，只工作了1年3月就辭職不幹了，他帶著新台幣30萬元要去環遊世界，為期1年。不要以為他是經驗豐富的旅遊者，他幾乎不會講英文，這輩子出國旅遊的經驗只是到過大陸1次，而30萬元要花1年，又不是在台灣，一路上要搭飛機、要住酒店，怎麼夠？這傢伙未免太大膽了吧。

他的父母及家人跟本不知道有這趟瘋狂又冒險之旅，2010年2月剛過完農曆新年，他背起背包離開他的家，在桌上留下1封信告別家人，他要用1年去追尋他的夢想，追尋他的人生。這想法好像很浪漫，出國旅遊本來就很浪漫，不過，如果要沿途奉行「三不政策」，是否浪漫得起來，就因人而異了。什麼是「三不政策」？一天花費不超過5美元，不看旅遊書，不怕和當地人打交道。

背包客和跟團旅遊就是這麼不同，背包客是貧窮旅遊，不必花太多錢就可以遊覽諸國、遍覽勝景，但要靠上網來比較價格，買最廉價的航空公司機票，住最爛、最髒的床位，和陌生人住同一房間(有時還是和異性)，吃最簡單的食物，只求果腹充飢，完全不管口腹之欲，而跟團旅遊有人帶路並解說景點，有人安排吃住，有專用遊覽車，背包客什麼都自己來，有時還會被騙、被賣掉(被併團)！不過方便的旅行團旅遊，其缺點不只是走馬看花，主要是不能深入民間，不能體會當地民情風俗、人文風貌，要深入民間，言語不通、英文不好還不是主要問題，重要的是敢不敢和陌生人溝通，何況很多國家英文根本派不上用場。至於不看旅遊書，更是要跳脫跟團旅遊的觀點，背包客通常都靠途中遇到的同好交換情報，網站、青年旅社、酒吧都是交換訊息的地方，有什麼好吃、好玩、便宜的住宿，都會在背包客間流傳，大部分的旅遊書沒有(或不屑有)這些資料。背包客就是要流浪！

剛開始，作者擔心他的破英文，在網站上認識1位剛自美國大學畢業的女孩(似為台灣人)，心想靠著旅伴的英文，應該可以順利踏上旅途，首站是泰國，

沒想到如意算盤在上路第5天就破滅了，兩人價值觀有嚴重的差距，女孩要吃餐廳，作者要吃路邊攤，女孩一下飛機就找1個250美元到清邁5天4夜的套裝行程，沒想到她還是受不了辛苦的舟車勞頓，半路上脫隊不告而別，作者首次嘗到被拋棄的滋味！

少了會英文的旅伴，惶恐之於他竟然浮起打包回家的念頭，好在年青就是本錢，最後他堅定地告訴自己：「如果你現在夾著尾巴逃回台灣，等哪天老了，一定會瞧不起自己！」，於是繼續踏上旅途，此後雖然仍是滿口破英文，隨時要查電子字典，但他已不會再畏懼和陌生人溝通，還會講故事給外國人聽，用英文和地勤吵架。不僅如此，作者在羅馬受到台籍開餐廳的女士之照顧，逗留兩個多月，他學會做義大利菜，甚至還當導遊為說華語的遊客走私房景點。

當然，1個人的旅行多少危險性比較高，不過小心一點大多可以逢凶化吉。作者曾在羅馬地鐵碰上吉普賽人，差一點被扒走錢包；在柏林地鐵碰上酒醉的流浪漢，糾纏一番還能揮手道別；在雲南香格里拉碰上大雨雪，車陷泥塘，還要下來推車脫困；還有，這趟旅程其實曾中斷將近1個月，到了遙遠的新疆的喀什，作者的白齒開始痛起來，接著咬到硬物，居然整顆牙齒裂開了，疼痛流血，作者又不敢在大陸看醫生，只好回台灣就醫。

出門在外旅途勞頓，自己的健康其實很難掌握，雖然帶了一大堆藥品，還是有拙於應付的場面出現。我的胃一向很好，幾乎沒出現過毛病，雖然有點怕辣，稍加節制還可以平安無事。沒想到去年南北疆之旅，到了伊寧，我的胃卻劇烈痛起來，伊寧已在中蘇邊境，就是清朝簽訂伊犁和約的城市，不得已「打的」（搭計程車）上醫院，醫院名為「農四師醫院」（建設兵團設立的醫院），規模頗大設備齊全，急診室卻空空蕩蕩，醫藥費對台灣人來說非常便宜，不過掛號繳1次錢，驗血繳1次錢，處方出來又繳1次錢，先繳錢才辦事，醫生只開1顆藥3天份，還要打「屁股針」（我要求打手臂護士說不行），當晚胃痛就好了，這次就醫使我體會到共產主義之下的社會福利政策，也留下難忘的回憶。至於牙痛大多可以事先防範，出國前要徹底治好牙齒的疾病，平日3餐後都要刷牙，再艱困的地方也不例外，每6個月至1年洗1次牙，如此旅途中應不會被牙病困住。

再次出發，就躊躇滿志、信心滿滿了，上半年都還在亞洲旅遊，現在要從印度走向非洲、中東及歐洲。整個行程作者遇到不少令人印象深刻的人物，這是跟團旅遊絕不可能遇到的。在柬埔寨，作者遇到1位大叔，已經出來旅行8年了，一定走過很多國家吧？沒有，他伸出1隻手就算得完！在馬來西亞，碰到1位澳洲人拿著柺杖，原來5年前在肯亞旅遊時受傷，他仍堅持走下去，還說：如果另1隻腳也壞了，就坐輪椅去旅行！真是標準的背包客。

一路上碰到很多中國人及臺灣人，中國人似乎個個荷包滿滿，1個香港籍的男生，面不改色地在越南住每晚300美金的酒店；在寮國碰到長相服裝和三毛相似的女孩，忙著和外國人談戀愛。在法國的布爾日，作者碰到來自台灣的女生，她在藝術學院唸書，雖在花都卻過著節衣縮食的日子，高昂的物價、課業的壓力，令她在異域中艱苦地求生。在德國柏林留學的女生，辛苦地在國外

求學，課餘在珍珠奶茶店打工，又擔心所學找不到工作。

整個行程由泰國開始，接著寮國、柬埔寨和越南，由雲南的河口進入大陸，在大陸走過麗江、大理、香格里拉及成都九寨溝，再坐火車到西安，又到敦煌，最後到烏魯木齊和喀什。作者因牙病要回台灣，為了省錢由喀什搭硬座火車到廈門，花了4天3夜，全程7千3百多公里，再以小三通方式回台灣。再次出發先到印度，再去埃及看古蹟，進入中東約旦，再重回埃及到西奈半島度假勝地達哈巴。歐洲由義大利羅馬開始，然後到西班牙巴塞隆納看高第的建築，接著到法國、德國，最後到馬來西亞吉隆坡，終於結束將近1年的行程。不過，我認為沒去美洲有些可惜，當然北美加南美的行程，花費是非常巨大，尤其是南美洲，但是，南美洲的一些壯麗的景點、絢麗的人文風情，是別的地方絕對看不到的。

勇闖天涯不僅只是完成夢想，更是讓作者成長的良藥，1年來歷經艱險、困苦、孤寂、疲憊、失落、背棄，但也有歡快、豔遇、歡飲。尤其是印度，作者到加爾各答德雷莎修女所創的垂死之家，在那裡做義工，為病患餵食、按摩，剛開始還戴口罩和手套，後來見其他義工從沒用防護措施，作者也跟著脫下口罩和手套，甚至和病患聊天—用中文！2星期之間看遍生老病死，「我花錢來到這裡，是要接近死亡，和它好好交朋友」，這是唯有背包客才能領略到的。

出發前有朋友問作者：「你想要在旅行中得到什麼？」，他得到太多了。

司法之公平正義

◎蔡信泰律師

公平正義乃是人類社會之核心價值，自古至今國內外均在追求公平正義，要達到什麼程度才算？筆者認為大眾均能接受，就是公平正義。筆者參與台灣高等法院台南分院舉辦之“刑事第二審構造現況與展望”之講座。黃教授朝義先生以學者立場評析現行刑事第二審與第三審之審級構造以求司法之公平正義及不浪費司法資源。惟官大學問大之惡習易修改條文殊難作到公平正義之目的。筆者認為世界各國都大倡司法改革，連獨裁專制之中華人民共和國亦在司法改革，可是公平正義祇是說說而已，有了公平正義，既無個人私利及黨的私利，所以要達到公平正義必須拋棄個人私利或黨的私利，否則比登天更難。

歷任總統及司法首長均有不同措施作司法改革。但司法之公平正義仍遭受質疑及批判，其原因何在？筆者近年來已半退休狀態，有空會胡思亂想，大至天文，小至身心，其實皆無答案，不妨請問先知：1. 宇宙之空間有多大，2. 宇宙之物質從那兒來？3. 上帝在那裡？其實都是無解，真是浪費時間，筆者亦關注中國歷代興亡史及台灣之典故，每日從網路搜尋不同資料，供自己胡思亂想。

人類社會與其他動物社會之不同點，在於追求公平正義，因為有公平正義，人類社會才有和諧。尤其司法之公平正義與國家興亡有莫大關係，目前中國政府領導者胡錦濤總書記在省部級主要領導幹部會議中指出“我們所要建設的社會主義和諧社會應該是民主法治，公平正義，誠信友愛，充滿活力，安定有序，人與自然和諧相處的社會。胡先生之宣示是真或是假，由歷史作為見證，其實胡先生有心要公平正義，一切事務推廣，必定易如反掌。可是從中國歷史文化中說大話比比皆是，所以不要寄予厚望。

筆者認為要作到司法之公平正義，說容易亦容易，說困難亦困難，司法是匡扶社會公平正義的最後一道防線，只有司法公正才能維護社會的公平義，亦是社會和諧的基礎。所以一個領導者必需要公平正義心，作好公平正義之制度，處理一切事務要公平正義，所以司法之公平正義必非難事，惟中國人之私心，貪欲未能根除，要作到司法上之公平正義僅是神話吧！

我國公司治理之基本法律架構談律師之功能

◎林國明律師

壹、公司治理之內涵：

一、所有權人與管理者利益衝突

(一) Jensen and Meckling (1976) 提出，當管理者未全部持有公司股票時，在管理者和股東各自追求最大效用的前提下，管理者所追求者與股東所追求之最大利潤，不一定相同。因而會有代理問題之發生。也就是當主理人 (principle, 股東) 與代理人 (agents, 經理人) 雙方在追求利益與利益最大化時，會產生目標歧異、發生衝突的問題。因此，主理人為了解決代理問題，會提供適當的誘因給代理人或支付監督成本以降低代理人做出違反主理人利益最大化的行為。

(二) Shleifer & Vishny (1997) 從代理理論的角度來看企業的經營管理，存在於股東與經理人之間的是一種委任代理關係 (principle-agent relationship)，股東透過董事會以專業知識、經驗和創造力為審查標準，為所有股東選擇和任命適合之經理人；而經理人既受委任為股東之代理人，自應於董事會之授權範圍內從事經營活動並且接受董事會的監督。

(三) Brealey *et al.* (1991) 指出在所有權與經營權分治的情況下，若能有效控制代理問題，將產生三項優點：

1. 由於股東人數眾多，累積大規模之公司資本，有助於公司營運能

力。

2.公司經營者可掌握營運資源以及地位獲得提升。

3.投資人進行投資時，其投資標的增加，可較為分散投資風險。

(四)公司治理是一種指導及管理公司之業務及事務的過程與結構，其藉由加強公司的績效與責任並平衡其他利害關係人的利益，以達成增加股東長期利益的目標。健全的「公司治理」機制係企業應遵循 Fairness (公平對待所有利害關係人)、Transparency (決策及資訊透明化)、Accountability (對所做所為負責)及 Responsibility (盡善良管理人之責)之原則。股東應採行股東行動主義，且董事會應善盡職責，共同致力於提昇股東長期利益，以企業永續經營為目標(中華公司治理協會)。

二、解決衝突之機制

(一)維繫公司治理中董事會、高階經理人與其他利害關係人三種角色，有三個主要的機制：

1.董事會的監督權

2.設計高階經理人的獎酬激勵制度，一個可以高度激勵經理人，却又可以避免讓經理人承擔過多風險的薪酬合約是必要的。例如經理人通常會採取違反公司長期利益目標，但會增加短期盈餘的策略規避風險性的專案。

3.效率市場對於經理人行為的反應

(二)公司治理的三個角色定位

1.董事會—董事會應由內部董事與外部董事共同組成。

2.高階經理人—其職責在於多面向地運用其管理職能，提升組織整體績效與福利。從公司的使命(mission)、目標(objectives)、策略(strategies)，以至於重要活動之落實，都屬於高階經理人的責任範疇(Wheelen & Hunger,2002)。

3.利害關係人—企業的利害關係人是公司賴以生存的資源投資者，大致分為三類：(1)市場環境資源投資者，主要是國家或各級政府；(2)有形及無形資源投資者，指以股權投資與債權投資兩種形式向企業提供實物、貨幣、工業產權等經濟資源的投資人；(3)智力及體力資源投資者，即是指企業的員工。

(三)董事會結構

學者 Zahra and Pearce (1985) 整理出有關董事會成員影響公司績效的幾項觀點：(1)法律觀點 (legalistic perspective)，該派學者認為董事會行使法律所賦予之責任，包括選擇並更換總經理、代表股東權益、提供高階管理者建議及諮詢、監督管理者與公司績效；(2)資源依存觀點 (resource dependence perspective)，該派學者認為董事會是環境觀察者，能及時提供資訊給管理者。此外，董事會也可以提高組織間的有利關係，增進組織間的聯繫協調，降低交易成本；

(3)階級領導觀點 (class hegemony perspective)，該學派源於馬克思社會學，董事會為維持企業權力之工具，董事是控制社會與經濟資源者，只有具有影響力及名望的人才會進入董事會；(4)代理理論觀點 (agency theory perspective)，該學派認為由於股權分散，代理人擁有相當大的自由和權力，且代理人追求的目標往往和董事會的目標抵觸，股東財富極大化容易被忽略。所以董事會的監督、經理人的獎酬制度是保障股東財富的方法之一。

高階經理人的薪酬設計係屬董事會職責，一個有效率的董事會，應能夠透過薪酬契約的設計、薪酬誘因的安排，來抑制經理人從事盈餘管理及短視近利之行為。

貳、公司治理之原則及法律架構：

一、OECD (國際經濟合作暨發展組織) 於西元 2004 年提出新公司治理原則共六項：

- (一) 公司治理架構應與法令規章一致，並明確規範不同監督單位、立法單位及執行單位之權責，以促使市場更透明更有效率。
- (二) 公司治理架構應保障股東權益並有利於股東權益之行使。
- (三) 公司治理架構應確保能公平對待所有股東，包括小股東及外國股東。所有股東於其權益受侵害時應能獲得有效的救濟。
- (四) 公司治理架構應藉由法律或透過共同協議以確立利害關係人的權利，並鼓勵公司和利害關係人間在創造財富、工作及健全財務等方面積極合作。
- (五) 公司治理架構應確保即時且正確地揭露任何攸關公司的重大資訊，包括財務狀況、經營績效、股權概況及公司治理等。
- (六) 公司治理架構應確保公司董事會的策略性指導、董事會對管理階層有效的監督以及董事會對公司及股東應負的責任。

二、為協助上市上櫃公司建立良好之公司治理制度，並促進證券市場健全發展，臺灣證券交易所股份有限公司 (以下簡稱證券交易所) 及財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心 (以下簡稱櫃檯買賣中心) 爰共同制定上市上櫃公司治理實務守則，以資遵循。其中第二條規定：上市上櫃公司建立公司治理制度，除應遵守法令及章程之規定，暨與證券交易所或櫃檯買賣中心所簽訂之契約及相關規範事項外，應依下列原則為之：

- (一) 建置有效的公司治理架構。
- (二) 保障股東權益。
- (三) 強化董事會職能。
- (四) 發揮監察人功能。
- (五) 尊重利害關係人權益。
- (六) 提昇資訊透明度。

三、我國上市上櫃公司執行公司治理之基本法律架構：

(一) 公司法：

公司法係公司治理之規範主軸，有關股東會、董事會及監察人之公司法制有如政治上三權分立體制，藉由彼此間相互制衡，以達到公司治理的目的。

(二) 證券交易法（以下簡稱證交法）：

凡公開發行股票之股份有限公司，其有價證券募集、發行、買賣之管理與監督悉依證交法之規定，證交法未規定者始適用公司法及其他有關法律之規定。證交法第 14-2 條、第 14-4 條、第 14-6 條分別規定獨立董事制度、審計委員會制度及薪資報酬委員會制度，並強化董事會職能、結構與運作。另除證交法外，證券主管機關依據證交法授權訂定之公開發行相關規範亦為公司治理之重要內涵，例如公開發行公司獨立董事設置及應遵循事項辦法、公開發行公司審計委員會行使職權辦法、公開發行公司董事會議事辦法等。

(三) 股票上市或於證券商營業處所買賣公司薪資報酬委員會設置及行使職權辦法第七條規定薪資報酬委員會履行前項職權時，應依下列原則為之：

1. 董事、監察人及經理人之績效評估及薪資報酬應參考同業通常水準支給情形，並考量與個人表現、公司經營績效及未來風險之關連合理性。
2. 不應引導董事及經理人為追求薪資報酬而從事逾越公司風險胃納之行為。
3. 針對董事及高階經理人短期績效發放紅利之比例及部分變動薪資報酬支付時間應考量行業特性及公司業務性質予以決定。

參、律師在公司治理機制能發揮之功能：

- 一、專業且負責之會計師於定期對公司財務及內部控制之查核過程中，較能適時發現、揭露異常或缺失事項，並能提出具體改善或防弊意見，或將因此突破公司治理之盲點，藉以增進公司治理之興利與防弊功能。此外，良好的律師則可以提供適當的法律諮詢服務，協助董事會及管理階層提昇其基本的法律素養，避免公司或相關人員觸犯法令，使公司治理在法律架構及法定程序下運作。倘若董事會、監察人與股東會有違法衝突情事，適當的法律措施亦能使公司治理得以靈活發揮效益。
- 二、美國於西元 2002 年通過沙賓法案，目的是為設定公司治理與責任制度的更高標準，對公司違法犯罪者加重民、刑事之責任與處罰。其中第 301 條規定公司之審計委員會為履行其職責，應有權聘請獨立之律師與其他顧問。
- 三、上市上櫃公司治理實務守則第 30 條規定：「上市上櫃宜委任專業適任之律師，提供公司適當之法律諮詢服務，或協助董事會、監察人及管理階

層提昇其法律素養，避免公司及相關人員觸犯法令，促使公司治理作業在相關法律架構及法定程序下運作。遇有董事、監察人或管理階層依法執行業務涉有訴訟或與股東之間發生糾紛情事者，公司應視狀況委請律師予以協助。審計委員會或其獨立董事成員得代表公司委任律師、會計師或其他專業人員就行使職權有關之事項為必要之查核或提供諮詢，其費用由公司負擔之。」

四、**結論**：律師得以其法律之專業，提供上開實務守則所規定之法律諮詢服務外，並得擔任獨立董事，在審計委員會內發揮監督之功能。亦得進入薪資報酬委員會，就高階經理人績效衡量指標、獎酬之訂定及薪資結構之設計，例如固定薪與變動薪、短期薪與長期薪、經濟薪與非經濟薪等比例，釐定適當之薪酬政策，以提高公司治理之績效。律師為扮演上開角色，建議應嫻熟公司法、證券交易法等金融法規之理論與實務操作。此外，如能增進會計學及財務管理方面之知識，應更能發揮律師之功能。

俄羅斯遊記

◎王以禮律師

一、引言：

我想不到自己已超過太公高齡，平生再能出遊觀光佔地球上陸地六分之一面積，領土橫跨歐亞大陸，冰天雪地，人文薈萃，歷史悠久，超強大國俄羅斯（Russia）。

這次利用暑假參加東南旅行社「真情俄羅斯十日旅遊(100年五月廿七日起六月五日止)」從高雄小港國際機場搭「港龍航空」取道香港轉機「國泰航空」直航七·一一一哩(英呎 Mile)飛航十二小時抵達俄羅斯首都莫斯科(Moscow)。

二、俄羅斯地理位置：

俄羅斯國土乃橫跨歐亞兩洲大陸。東臨太平洋(西伯利亞)堪察加半島(Kamchalika)，西接波羅的海及芬蘭灣。面積一七〇八萬平方公尺(約台灣面積四七五倍)。人口一億四二八九萬人。有七十多個民族組，成其中俄羅斯人占百分之八十以上。氣候：嚴寒地區，一年中半年冰天雪地(一、二月氣候平均溫度攝氏零下十度。西伯利亞溫度攝氏零下十五度至三十五度)。語文：俄語。宗教：俄羅斯東正教(天主教)。首都：莫斯科。建城八百餘年，成為俄羅斯「政治」、「經濟」、「文化」中心。

三、俄羅斯簡史：

(一)基輔公國時期：乃係一支來自北方民族「羅絲」(ROS. RWS)，但羅絲人很快就被融入「斯拉夫」民族，最後「羅絲」演變為「俄羅斯」成為「俄羅斯」。

民族。基輔公國公元一二八〇年被蒙古(中國元朝)征服，蒙古統治至公元一四八〇年結束成為「莫斯科公國」時期。

(二)俄羅斯帝國：俄羅斯帝國前身為「俄羅斯沙皇國」(實施農奴統治制度)，公元一八六一年二月十九日俄羅斯沙皇國被推翻解放「農奴宣言」。至公元一九一七年俄羅斯革命爆發前，稱為「俄羅斯帝國」。此帝國時期在羅曼諾夫王朝統治之下，對俄羅斯近代建設貢獻不少，尤其是「彼得大帝」時期更使俄羅斯帝國國力有長足進步，發展。在彼得大帝及凱薩琳女皇奠足俄羅斯許多制度及燦爛文化、藝術等基礎。

(三)蘇維埃聯邦(蘇聯)：俄羅斯公元一九一四年參與第一次世界大戰後，俄羅斯「軍事」、「經濟」瀕臨窮困破產，民不聊生，導致公元一九一七年以「列寧」(Lenin)為首爆發革命，同年十月廿五日列寧軍隊攻入冬宮(隱士盧博物館)全國人民響應，俄羅斯社會主義革命成功，建立世界最早「社會主義」國家。全面實施共產制度，廢止「私有財產」，「階級特權」，嚴格控管經濟，社會文化。

(四)俄羅斯聯邦：公元一九九一年戈巴契夫大膽實施改革解放措施，使蘇維埃聯邦(蘇聯)解體。參加蘇聯十五個共和國紛紛宣佈獨立。波羅的海三小國的「愛沙尼亞」、「拉脫維亞」、「立陶宛」亦宣佈獨立加入國協(CIS)為俄羅斯聯邦。蘇聯解體後，制定「俄羅斯聯邦憲法」，產生新國會，選舉葉爾欽為俄羅斯第一任大統領。開始大推動改革開放政策。現任大統領為「普丁大統領」。

四、旅遊參觀景點：

(一)克里姆林宮：克里姆林宮為俄羅斯的「宮殿」，本為俄羅斯的政治中心。建築在莫斯科河畔的博羅維茨基山崗上，有一道十四世紀建造古老紅樓圍牆。尤其是象徵「克里姆林宮」標誌，乃公元一八四九年尼古拉斯一世為紀念俄羅斯戰勝韃靼軍隊，而重金聘請意大利設計建築師波斯特尼克公元一八四九年在克里姆林宮的入口處設計建築一座「九個耀眼美麗，洋蔥頭圓頂式(穹頂)塔樓。中央主塔高四十八公尺，周圍有八個大小，非常雄偉，美輪美奐，顏色不同(黃、紅、藍、白、綠色)形狀又不同，最具俄羅斯代表經典人文設計建築，使手「沙皇伊凡四世讚賞不已，為防止出現能與媲美教堂，伊凡四世下令將其設計建築師波斯特尼克雙眼弄瞎。此九個圓頂洋蔥頭式(穹頂)塔樓，早已公元一九九〇年被聯合國教科文組織(UNESCO)列入世界文化遺產。亦為旅遊俄羅斯觀光客首要嚮往之處，其設計建築確令人嘆為觀止。

克里姆林宮裏面尚有參觀文物古跡(1)砲王(稱為沙皇砲台)公元一八三五年鑄造，重四十噸，口徑八九〇公釐，但從來未發射過。(2)沙皇鐘。為全世界鐘王，公元一五八六年鑄造，青銅精美浮雕，重達二〇二噸，但因公元一七三四年克里姆林宮內曾發生大火燒，大鐘被冷水沖潑而裂破脫落一大塊，現倚放在鐘王之處。(3)聖母升天教堂，此教堂為昔沙皇加冕大典禮堂暨皇室靈柩停放處。(4)天使報喜大教堂，建於公元一五四七年，為沙皇發佈「詔書」宣讀文告地方。(5)聖巴索教堂，位於紅場西南九座禮拜堂建築。

(二)紅場：「紅場」在俄文(Красная)英文直釋(red)或(beauty)即「紅」或「美麗」的字義。長方型廣場，建在克里姆林宮外城圍牆邊，佔地大約九萬一

千平方公尺。紅場內一座蘇聯國父—列寧陵寢暨俄羅斯無名戰士紀念碑，一盞不熄「靈」火，由衛兵交換整日「護靈」。列寧陵寢在特定時間開放供人瞻仰，因之，紅場宛如中國北京「天安門廣場」，特定時間開放毛主席澤東遺體供人瞻仰。且逢遇俄羅斯重要慶典閱兵儀式均在列寧墓上平台「閱兵」，兩亭塔建閱兵觀禮台舉行。

(三)聖彼得堡(st. petersburg)：搭聖彼得堡航空從莫斯科起飛大約一小時就抵達俄羅斯第二大城「聖彼得堡」。聖彼得堡位於俄羅斯西北部，為俄羅斯西歐的門戶。面積一四三九平方公里，人口約五百萬人。聖彼得堡公元一七〇〇年以前為芬蘭灣出口一片沼澤地，屬於瑞典王國所有領土。因俄羅斯「彼得大帝」為爭取向西歐出海口而公元一七〇〇年對瑞典開啟長達二十一年之久「俄瑞大戰」，打敗瑞典奪占這塊「聖彼得堡」沼澤地領土後，在「兔子島」奠基，防禦外敵入侵，公元一七〇三年建造一座「彼得堡羅要塞，並徑十八世紀歷代沙皇大興土木，整治河流，使現在「聖彼得堡」譽為「北方威尼斯」(意大利威尼斯為南方威尼斯)。聖彼得堡的聶瓦河流至芬蘭灣有「遊輪」讓觀光客河內暢遊瞭望俄羅斯海軍總部大樓及洋巡艦。聶瓦河畔廣場有一座公元一八二五年鑄雕彼得大帝青銅「騎士銅像」，銅像馬腳(前腳)立起，以「後腳」及「尾巴」作三角支撐，馬蹄踩著一條「青龍蛇」，腰配長劍，頭帶桂冠面向西，象徵著「彼得大帝」征服瑞典大勝利的紀念碑。彼得大帝征服瑞典占領此領土後公元一七〇九年在此建立一座媲美「法國凡爾賽宮」的彼得「夏宮」宮殿。

(四)隱士盧博物館(冬宮)：聖彼得堡的隱士盧博物館是世界四大樓博物館之一，與法國羅浮宮，英國大英博物館，美國大都會博物館齊名。隱士盧博物館占地九公頃，共有一〇五七個展覽館，分為小隱士盧、舊隱士盧、新隱士盧、冬宮、冬宮劇院等六個部份組成。目前僅開放三百五十個展覽館。隱士盧博物館(冬宮)乃公元一七一二年奉彼得大帝女兒「凱薩琳女皇」以重金聘請意大利著名設計建築師在窩瓦河畔建築這座俄羅斯女皇的冬宮，建築物採俄羅斯「巴洛克」建築，「綠牆白柱」飾以「金色」浮雕的華麗非凡氣派的宮殿。收藏世界各地著名藝術品，油畫(包括文藝復興時期的「梵谷」、「達文西」、近代「馬諦斯」、「畢卡索」、「高更」等名油畫)及俄羅斯古代稀世珍寶名畫達六仟件以上以及古代雕刻品、錢幣、家俱，瓷器等琳琅滿目，不勝枚舉。每天觀光客人山人海，車水馬龍，絡繹不絕。老實說，欲參觀「隱士盧博物館」全部須一個月時間亦看不完、看不厭，只是走馬看花。

(五)國立莫斯科大學：國立莫斯科大學是俄羅斯最高學府。創校於公元十八世紀，有二百多年歷史。建校在莫斯科最高山丘的「麻雀山」上，佔地達三五〇公頃，前面臨清境廣大公園，自然優美環境，學校中央主樓達三十六層，樓頂上方有一座五十八公尺高尖塔，塔尖上一個九公尺高「鍍金」五角星，象徵共產黨的強盛國力。創校時僅「化學」、「醫療」、「建築」三個科系，現在擁有一百多科系院所的學府，學生五萬多人，一流全國「師資」、「學生」，培出不少政治、文學、化學、醫學、音樂家及太空航空科學等各類工程師，使國立莫斯科大學現躋名全球十大名校之一。

五、結語：

俄羅斯國土縱位於「嚴寒地帶」，然其領土竟佔地球上陸地六分之一面積，橫跨「歐亞」，地博物豐、人民勤樸、教育普及，人文薈萃，陸海空運四通八達，工商發達，工業城林立，為世界七大工業國，尤其「太空科學」冠宇，為名符其實超強富國。惟遜於日本，新加坡先進開發國家乃(1)機場交通紊亂；(2)環保資源五大類收回(紙、鋁、鐵、塑膠、玻璃瓶罐)未徹底；(3)各道路巷街煙蒂隨地亂丟棄「小瑕疵」若能改善，俄羅斯更臻於完美超強富國。

論政府採購案件押標金之沒收與追繳(下)

◎陳欣怡律師

(二) 追繳押標金

如果招標機關在返還押標金予廠商後，才發現廠商有投標須知所規定沒收押標金之情事，這時只能對廠商追繳押標金，而追繳的方式首先也像沒收押標金一樣，會對廠商行文表示要追繳押標金，請廠商如期將押標金歸還，但通常沒有廠商會自動將押標金還給機關，因此，首先必須釐清機關追繳押標金之通知是否為行政處分，機關得否逕自提起行政執行，再來才討論招標機關係採行政訴訟或民事訴訟之方式。

關於追繳押標金通知之性質與執行方式，法務部認為採購行為非屬行政行為，不適用行政程序法規定¹，早期亦主張其非行政程序法所規定之行政處分，故強制執行方式，並無行政執行法之適用²。至於招標機關之異議處理結果通知，行政院公共工程委員會亦表示此係機關內部處理異議之結果，性質上仍非行政處分，故亦無行政執行法之適用³。然而，最高行政法院卻採「追繳押標金行為係行政處分」⁴之見解，蓋訴願法第1條與行政訴訟法第4條所規定之撤銷標的係機關之行政處分，「如不視為行政處分，許其依行政訴訟法提起行政訴訟，該申訴審議判斷視同訴願決定之規定即無必要。」台北高等行政法院甚至

¹參照法務部 99 年 6 月 29 日法律字第 0999014252 號函。

²參照法務部 92 年 3 月 3 日法律字第 0920005479 號函。

³參照行政院公共工程委員會 96 年 3 月 8 日工程企字第 09600043690 號函。

⁴參照最高行政法院 93 年度裁字第 625 號裁定指出：「關於招標、審標、決標爭議之審議判斷既視同訴願決定，自應認政府機關之招標、審標、決標行為均係執行公權力之行為，亦即為就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，係行政處分，而許其依行政訴訟法規定救濟，此觀修正前政府採購法第八十三條規定應附記爭訟期限自明，否則如不視為行政處分，許其依行政訴訟法提起行政訴訟，該視同訴願決定之規定即無必要。」另最高法院 95 年度法律座談會民事類提案第 14 號亦採此見解，認為：「招標、審標、決標行為係執行公權力行為，係行政處分，而許其依行政訴訟法規定救濟，至於訂約後之履約、驗收行為，屬私法事件，依調解或仲裁程序解決。」

直接在判決中明示前述法務部與工程會之函釋內容不應引用，認為追繳押標金之行為有行政程序法之適用，其爭議屬公法事件，應循行政爭訟程序謀求救濟⁵。

但實務上招標機關在通知前並不會給予廠商陳述意見的機會，且追繳押標金之通知是寫「請於期限前繳交，逾期將依法訴追。如認為違反貴公司權益者，得於收受後之次日起 10 日向本機關提出異議」，並非像正式行政處分那樣，記載救濟途徑的教示，如訴願救濟 30 日期間與救濟單位，亦未有「期間內未繳還押標金，即逕送行政執行」等警語，可見招標機關似不認為「追繳通知」係有法律效力與強制力之行政處分。

一般來說，招標機關會視廠商是否有提出異議，來決定訴訟型態。當廠商接獲機關追繳通知，按政府採購法第 74 條以下規定提出異議與申訴後，申訴審議判斷仍維持追繳通知時，廠商再有不服，因申訴審議判斷效力等同於訴願決定，廠商可對之提起行政訴訟，請求行政法院撤銷原處分與申訴審議判斷。此時行政法院仍會對「追繳押標金」事件進行實質審理⁶。行政法院實質審理結果不外乎是「申訴審議判斷與異議處理結果均撤銷」或者是「追繳有理由，原告之訴駁回」兩種。如判決結果屬後者，機關會面臨如何對廠商強制執行之問題。

法務部原本主張追繳押標金事件無行政執行法適用，然 100 年 2 月 15 日法律字第 1000002446 號函則更改見解：「機關對於廠商有不予發還或追繳押標金之行為，經最高行政法院決議為公法事件，有關追繳押標金之強制執行方式，則奉行政院核定以行政執行方式解決，各行政執行處於移送機關符合行政執行法第 11 條第 1 項規定要件時，自即日起受理是類事件之移送執行。」而觀行政執行法第 11 條第 1 項：「義務人依法令或本於法令之行政處分或法院之裁定，負有公法上給付義務者，由行政執行處就義務人之財產執行」之規定，當行政法院駁回廠商之訴確定時，機關得以該判決移送行政執行。然而，當本件未有行政判決時，按最高行政法院所持「追繳押標金係行政處分」之見解，自為執行名義，但現在問題是，法務部與招標機關並不認為追繳通知本身即是行政處分，遇到廠商不提起行政爭訟程序時，如何執行就會面臨僵局。

倘廠商未提出異議，或異議後未提起申訴等後續行政爭訟，此時亦有機關對廠商提起民事押標金返還訴訟，惟民事法院對於追繳押標金案件是否有審判權，卻有不同之見解，有曾實質審理之案例⁷，亦有法院認為此屬於公法糾紛，而拒絕審理⁸。倘屬後者，機關亦得依投標須知以及行政訴訟法第 8 條規定，向行政法院提起一般給付之訴，惟行政法院若採追繳押標金係行政處分之見解，可能會以欠缺訴之利益予以駁回。

(三) 小結

在政府採購案中，投標廠商於投標時繳納押標金，未得標者取回押標金，得標者即轉換成履約保證金，此為平常之慣例，然而在廠商發生投標須知與政

⁵參照台北高等行政法院 94 年度簡字第 658 號判決。

⁶參照最高行政法院 95 年判字第 177 號判決、台北高等行政法院 95 年訴字第 3549 號判決。

⁷參照雲林地方法院 95 年度重訴字第 65 號民事判決。

⁸參照雲林地方法院 97 年度重訴字第 5 號民事裁定。

府採購法第 31 條所規定之沒收事由時，問題點即浮現出來。如果押標金尚未返還，招標機關逕自沒收，廠商救濟途徑卻有行政或民事訴訟程序的爭議，現在似以最高行政法院 97 年 5 月份第 1 次庭長聯席會議結論「以沒收事由區分行政或民事」為最新判斷標準。另一方面，如果押標金已經返還，招標機關該份追繳通知，行政法院認為是行政處分，法務部與公共工程會卻認為不是，見解完全不同，牽涉是否有行政程序法與執行法的適用，讓招標機關莫衷一是，現在招標機關會視廠商是否要主動提出異議申訴之行政爭訟程序，如果廠商未提出異議，即向民事法院請求返還押標金之給付訴訟。現在法務部雖同意得以行政法院確定判決移送行政執行，然而當廠商未提出異議等行政爭訟程序，沒有行政判決，機關如何移送行政執行？若提起民事給付訴訟，民事法院對於機關請求返還押標金案件之審判權亦有不同見解。因此，無論是沒收或是追繳，常見行政法院或民事法院在互踢審判權，導致機關或是廠商必須同時進行兩種救濟管道，耗費訴訟資源，如何強制執行亦為另一問題，這樣複雜的爭議解決方式，就如同最高行政法院 95 年度判字第 01996 號判決中形容：「雙階理論之私法、公法區別之『雙階』終究係為救濟途徑所虛構之法律概念，實際程序上如何區辨『雙階』實過於複雜困難，且原本一個社會關係竟強分為兩個法律關係，亦脫離現實」可茲印照。

五、押標金之性質探討（代結論）

押標金沒收或追繳方式，需視押標金性質為何，究屬公法行為或私法行為，現在最高法院與最高行政法院固有「政府採購之招標、審標、決標行為均係執行公權力之行為，係行政處分」之共識，而逐漸將「沒收押標金事件視為公法事件」。然本文認為，押標金係投標廠商為擔保其願遵守投標須知，而向招標單位所繳交之保證金，雙方如同成立「繳納押標金之無名契約」，決標後即將押標金返還，返還與沒收與否係按投標須知規定，而非法律強制規定。再者，沒收與追繳押標金之行為，並非招標機關在進行招標程序，亦非審查標案，更與決定得標者無關，自不能解釋為決標前之爭議，而用異議、申訴之公法程序處理。既然不是政府採購之招標、審標、決標行為，自非最高法院與最高行政法院所認定之行使公權力行為，沒收與追繳通知即非行政處分，而無行政程序法與執行法的適用。

因此，當機關以投標須知所列事由而沒收或追繳押標金時，性質上屬私法行為，毋庸區分款項，救濟途徑均應統一為民事訴訟程序，當廠商押標金被沒收時，由廠商向機關提起返還訴訟，反之，機關要追繳廠商押標金時，由機關向廠商提起返還訴訟，無論哪種情況當民事判決確定後，勝訴一方即有執行名義，依強制執行法規定執行之，如此方能貫徹司法改革一元性原則，亦杜絕審判權爭議，避免雙重管道耗費司法資源，對人民權益保障方為妥適。

小編的話

◎康文彬律師

大家好，我是小編：

自接下會刊主編的職務至今，已經半年了，發行出去的會刊也有6期了，心中真的很感謝咱們編輯小組的成員，因為有你們，我們的會刊才會發行得如此順利。因此，在年關將近之際，我要在此跟咱們辛苦的編輯小組成員由衷地說聲：「謝謝你們，你們辛苦了！」

記得剛開始是在前輩翁瑞昌律師的引薦之下進入審稿小組。每個月既可以吃好料的又可以欣賞到有趣的文章，還可以聽一群前輩談天說地，心想：這真是一個有趣的聚會啊！

本來呢…小編我是打算就這樣在審稿小組中混吃等死過日子的；沒想到，當新任理事長正在計畫內閣人事的時候，我居然有幸獲得理事長青睞，接下會刊主編之職務。論資歷，我毛都還沒長齊咧！我有什麼資格當主編呢？但是心裡又想：當總編輯耶！那我的地位簡直就跟水果日報的黎胖子沒什麼兩樣囉？！所以其實心裡還是滿爽的！

可是接任之後，才發現「代誌絕對不是像憨人所想的這樣簡單」。除了每個月要盯新聞稿，要擔心有沒有足夠的稿源之外，每個月還要為了跟印刷業者討論版面的編排問題而傷透腦筋，每個月還要想審稿會議的地點，還要注意自己有沒有花太多錢，對於甫獨立開業的我而言，著實是一件吃力又傷害腦細胞的工作。

但是，每當看到成品出刊時，總有一種看到自己小孩的喜悅，剎時所有的辛苦也都甘之如飴了！因此，小編我在接下來的日子，還是會繼續為我們會刊美好的未來努力，也希望咱們編輯小組能夠繼續給我支持喔！謝謝你們！！

2011. 12. 21

建國百年長崎國際交流學習會紀要

◎蘇暉律師

本次國際交流會議於100年12月3日下午4時起至6時，在日本九州長崎市的長崎弁護士會（為合於我們語言上的習慣，以下在本文中多以律師稱呼日方弁護士）的會館內舉辦。本次學習會主題以「律師的甘苦談」為中心，彼此

交換意見。學習會由雙方代表分別交叉報告後，再由與會成員共同討論，經由此次難得寶貴的學習機會，得以瞭解日本長崎律師環境的變化、目前的困境和因應的對策，我們除了增廣見聞，開拓視野之外，更可以從中得到許多啟示與觸發，可謂受益良多，收穫滿載，茲就長崎方面的報告內容作簡要介紹。

長崎辯護士會首先由曾任該會會長以及「日本辯護士連合會」副會長，輩分甚高的吉田良尚資深道長報告，報告題目是「關於律師人數增加」，吉田道長事先即非常審慎認真地準備好報告大綱及相關圖表及數據，給與會者每人一份以供對照參考，從這個細節就可以看出日本人實事求是、一絲不苟和認真投入的精神，個人認為這種態度本身也是很值得學習效法的重點之一。吉田道長表示自1990年5月，日本弁護士連合會定期總會提出「司法改革宣言」起，確立了逐步增加律師考試及格人數的方向。此後逐步增加律師人數，2000年11月，日本弁護士連合會臨時總會作成「確保國民必要的質與量的法曹人數」之決議；2001年6月，司法制度改革審議會提出意見書「支持21世紀的日本的司法制度（2010年左右，合格者達到3000人的目標）；2001年11月，「司法制度改革推進法」成立。依據前揭時程，日本律師錄取人數逐步大幅增加。吉田道長認為日本律師人數大幅增加，民眾固然可以有較多的選擇，但由於律師執業環境的惡化，原本的律師事務所業務萎縮，甚至東京有些承辦涉外案件的國際律師事務所，也因為國際金融不景氣，業務流失。新進律師因為無法順利受雇，沒有成長學習的機會，所以律師合格人數大幅增加是否真的能妥善保障當事人的權益？其實是利弊互見。而且單純從總人口數比例來計算並提高律師考試的及格人數，也未必妥當，因為律師相關業務尚有司法書士（相當於我們的代書）、會計師等在執行，這些恐怕都應算進計算的人數內才對。而由於粥少僧多，市場競爭非常激烈，日本與臺灣律師的執業制度不同，日本的律師只要在事務所所在地的律師公會登錄後，就可到全國各地出庭及執行業務，所以長崎也要面對外來律師的競爭，甚至有些在東京等大會的律師事務所也在長崎設分所，直接和本地的律師競爭市場，也造成很大的衝擊和挑戰。

日方第二位報告人係由曾任「長崎辯護士會」會長、現任該會「國際交流委員會」委員長的永田雅英道長報告，永田道長報告指出，目前日本律師的大幅增加，確實造成執業上的重大挑戰。而因為目前這種律師過剩的狀況，產生兩種現象：一種律師被稱為「軒弁」，「軒」就是指屋簷，所謂「軒弁」，依字面上的意思，就是「屋簷下的律師」，是指並未受雇於資深律師，而係向資深律師租借一張辦公桌，戲謔地說是在屋簷下執業。另一種律師則被稱為「即獨」（按台灣選舉在即，請不要太敏感，此與台灣的統獨問題無關，哈！哈！），依字面上意思就是「立即獨立的律師」，這是指新進律師完全無法找到任何律師事務所受雇，一考試及格，取得證書後，就被迫「即」時「獨」立，當老闆了，自己雇用自己，聽起來戲謔中恐怕還蠻令人感傷呢！目前長崎律師公會還沒有即獨律師，可是長崎律師公會的會員人數從十年前約70人成長到目前的140人左右，暴增了一倍，競爭非常激烈。而目前長崎律師公會有感於律師養成環境的惡化，年輕律師嚴重缺乏可以成長的職業環境，雖然通過司法考試，取得律師

資格，但因為缺乏經驗和歷練，並不見得能成為一位稱職的律師，如果律師能力不足，一方面嚴重影響當事人的權益，一方面也會損害民眾對律師的信賴感，傷害律師整體的專業形象，所以長崎律師公會採取二項對策，一是加強辦理各種專業的講習，以提昇律師們的專業智能，特別是針對年輕律師，讓他們有學習成長的機會。此點已經實施，目前大約是每個月辦一次專業講座。另一項則是構想由新進律師利用網路向資深律師們諮商請益，由資深律師透過網路來指導新進律師。此部分作法目前還在研議中，尚未實施。個人以為，長崎律師公會能關懷新進律師，並考慮當事人的利益，顧全律師整體形象，而能提出這樣的作法和構想，是很令人肯定的。

學習會除了雙方報告人的精采報告外，雙方多位道長亦均積極參與討論，氣氛愉快而熱烈，2小時的會議感覺就像20分鐘那麼短暫，大家都覺得意猶未盡，欲罷不能，受限於時間，主持人永田道長只好「忍痛」中止，接下來是相互致贈紀念品和伴手禮，我們的紀念品就是國內雕刻家郭俊男先生所原創的「智慧福來」貓頭鷹銅雕，伴手禮是平民法律服務中心所提供可愛的復古型小書包以及台南看守所製作的核桃糕。長崎弁護士協會則回贈我們象徵吉祥長壽的一幅圖畫。特別值得一提的是，我們的「智慧福來」果然威力無邊，這位「神秘嘉賓」一現身，光芒四射，驚動全場，長崎的資深道長們，歷練豐富，尚能「強行鎮靜」，會場中坐在後面一排的年輕律師們，看到「智慧福來」時，全部睜大雙眼，目不轉睛地注視，流露出驚喜神色，還有人低聲驚呼「すごい」（真棒之意）！長崎弁護士協會也向本會表示真誠感謝，本次學習會就在熱絡、溫馨和快樂的氣氛中，圓滿結束。我想「智慧福來」受到日本長崎的朋友們發自內心的喜愛和歡迎，應該會很高興地帶著我們的祝福，快快樂樂地待在長崎律師公會，永遠守護著日本長崎的朋友們，帶給他們智慧，克服各種困難，福氣來臨。再見了，智慧福來，也不要忘了我們台南律師公會喔！

新會員介紹(100年7~8月份)

- | | |
|-------|--|
| 蔡志宏律師 | 男，33歲，國立中正大學財經法律研究所畢，主事務所設於高雄，100年7月7日加入本會。 |
| 楊國宏律師 | 男，51歲，國立臺灣大學法學系畢，主事務所設於台北，100年7月7日加入本會。 |
| 許英傑律師 | 男，35歲，國立中興大學法商學院法律系畢，主事務所設於台北，100年7月28日加入本會。 |
| 吳佳蓉律師 | 女，30歲，台灣大學法律系畢，主事務所設於台北，100年7月11日加入本會。 |

- 湯東穎律師 男，34歲，台灣大學法律學研究所公法組畢，主事務所設於高雄，100年8月2日加入本會。
- 黃福雄律師 男，47歲，臺灣大學法律系畢，主事務所設於台北，100年8月8日加入本會。
- 余明賢律師 男，36歲，政治大學法學士、政治大學法律系碩士、美國紐約大學法學碩士，主事務所設於台北，100年8月2日加入本會。
- 李傑儀律師 男，35歲，政治大學法律系畢，主事務所設於台北，100年8月8日加入本會。
- 郭心瑛律師 女，37歲，中興大學法商法律系、台北大學法研所畢，主事務所設於台北，100年8月8日加入本會。
- 王鴻珣律師 男，34歲，台灣大學法律系畢，主事務所設於台北，100年8月9日加入本會。
- 李益甄律師 女，30歲，台灣大學法律系畢、台灣大學法研所畢，主事務所設於台北，100年8月8日加入本會。
- 林宗翰律師 男，30歲，台北大學法律系畢，主事務所設於台北，100年8月9日加入本會。
- 呂秋走袁律師 男，38歲，東吳大學法律系畢，主事務所設於台北，100年8月10日加入本會。
- 李榮唐律師 男，33歲，成功大學法律系碩士畢，主事務所設於高雄，100年8月19日加入本會。
- 劉慧君律師 女，41歲，台灣大學法律系畢，主事務所設於台北，100年8月17日加入本會。
- 黃清江律師 男，67歲，台灣大學法律系畢，主事務所設於高雄，100年8月17日加入本會。

台南律師公會第29屆100年度12月份理監事聯席會議記錄

時間：中華民國100年12月15日（星期四）晚上6時30分

地點：丸三海津餐廳

出席：張文嘉、宋金比、陳琪苗、吳信賢、楊淑惠、李慧千、林煊琪、李家鳳、康文彬、趙培皓、王正宏、林金宗、黃雅萍、黃厚誠、吳健安、蔡信泰、溫三郎

列席：林國明、蘇暉、許雅芬、李育禹、徐建光

主席：張理事長文嘉

記錄：李育禹

報告出席人數：應到 20 人，實到 17 人。

主席宣布開會

通過本次會議議程

確認上次會議記錄【參見第 196 期台南律師通訊】

上次會議決議執行報告

案由：100 年 10 月份黃慧萍等 10 名新會員入會同意追認案。

執行報告：同意入會，並已於 100.11.23 辦妥團體意外險加保手續及核發會員證。

報告事項：

一、主席報告：

- (一) 100 年 12 月 9 日臺灣高等法院台南分院舉辦轄區法官律師座談會，本會律師出席狀況良好，台南高分院院長宣導目前司法院所推動網上案件進度查詢系統，本會律師也提出問題討論，座談會圓滿成功。
- (二) 100 年 12 月 15 日，本人與林瑞成律師及吳信賢律師前往臺灣高等法院台南分院，拜會鄭院長，邀請其擔任第一屆府城法學論壇的與談人，主講人為前大法官謝在全教授，席間亦談及明年 3 月份，日本東京大學刑事訴訟法泰斗井上正仁將來台參訪，本會將邀請井上教授為府城法學論壇的主講人，屆時將使論壇蓬筆生輝。
- (三) 本會 12 月份日本之行，平安歸來，可喜可賀，本會受到日本長崎県弁護士會與福岡県大塚律師的熱烈招待，此外，本會年輕律師得以與國際接軌，使日本行更添價值。
- (四) 本會訂於民國 100 年 12 月 31 日（星期六）上午 9 時至 12 時，邀請國立成功大學教授陳俊仁演講，假國立台南生活美學館 3 樓中型會議室舉辦「我國內線交易法制理論與實務爭議問題探討」研討會，希望會員踴躍參加。

二、監事會報告：

帳務正常，各項開支均在預算之內。

三、各委員會、組報告：

(一) 學術進修委員會（李育禹副秘書長報告）

本會 12 月 31 日邀請陳俊仁教授演講，題目為「我國內線交易法制理論與實務爭議問題探討」，101 年 1 月份並未舉辦研討會，2 月份有舉辦兩場，受邀者分別為姜世明教授，講授有關舉證責任之實務探討，及柯耀程教授則講授瑕疵醫療行為之過失，相關細節，還在洽談中。

(二) 法律研修委員會（王正宏理事報告）

本會於 12 月 10 日邀請徐婉寧教授演講，題目為「職業災害與損害賠償—以過勞死為中心」，各會員出席踴躍，活動圓滿完成。

(四) 國際交流委員會（蘇暉律師報告）

日本行圓滿順利，相關細節將公告在網路上。

(五) 文康福利委員會（林金宗理事報告）

台江之旅，本會會員報名踴躍，人數達117人，理事長同意增一輛車，請各會員準備禦寒衣物。

(六) 平民法律服務中心(主任委員陳琪苗常務理事報告)

【11月份財務報告表詳附件一】，平民法律服務中心37週年慶，順利圓滿，對本會律師、委員及相關會務人員，致上最高謝意。

(七) 法律宣導委員會(楊淑惠理事報告)

101年2月1日及2日，舉辦法治教育種子培訓研習會，請各會員踴躍參加。

(八) 秘書處(許雅芬秘書長報告)

1. 100年度11月份退會之會員：

呂光武、梁基暉、林俊欽、彭玉華、陳瑞琦、賴淑玲(以上6名月費均繳清)；李岳明(月費繳至100年8月)；戴森雄(月費繳至100年2月)；邱雅文(月費繳至100年6月)；余文恭(月費繳至100年6月)；李世馨(月費繳至100年6月)等11人。

2. 截至11月底會員總數1019人。

柒、討論事項：

一、案由：100年11月份加入本會為會員之律師：吳玉英、林欣頤、陳思潔、王尊民、陳守文、廖頌熙、徐堯慶、龔君彥、涂逸奇、曹尚仁、吳麗珠、黃豪志、曾勁元、施裕琛、陳廷璋、趙家光等16名，請追認。

說明：資格審查資料於會議時提交。

決議：同意追認入會，並由秘書處辦理加保公會意外險團保及核發會員證書。

(提案人：秘書處)

二、案由：本會100年11月份財務收支報告表審核案，請討論。

說明：惠請財務長趙理事培皓作說明。(詳附件二)

決議：審議通過 (提案人：財務長)

三、案由：本會101年度預定活動規劃安排日程表審核案，請討論。

說明：為方便各委員會及社團安排活動規劃並以免撞期，故將本會101年度已排定之各項會議及活動列表供參(詳附件三)。

決議：審議通過。 (提案人：秘書處)

四、案由：本會101年度各委員會暨社團安排之活動計劃及經費預算審核案，請討論。

說明：各委員會暨社團之活動規劃內容及經費預算詳附件四。

決議：審議通過，惟會刊編輯委員會追加1萬元預算，計75萬元；平民法律服務中心增列10萬元預算，計100萬元。(提案人：秘書處)

五、案由：本會推薦全國律師票選「法官評鑑委員會」、「檢察官評鑑委員會」委員(律師代表)人選案，請討論。

說明：全聯會為舉辦全國律師票選「法官評鑑委員會」、「檢察官評鑑委員會」委員(律師代表各三名)人選，函請本會推薦1-3名律師。(相關資料詳附件五)

決議：本會推薦林國明律師及林瑞成律師，分別為「法官評鑑委員會」、「檢察官評鑑委員會」委員人選。（提案人：秘書處）

六、案由：本會101年度登大山活動，擬與高雄、屏東律師公會共同舉辦「登北大武山3日行」案，請討論。

說明：（一）本會擬將於101年3月16~18日與高雄、屏東律師公會共同舉辦「登北大武山3日行」。參加會員每名擬補助1,600元，暫預估10人，申請補助16,000元。（若人數逾10人，由參加會員就補助款16,000元平均分配。）

（二）本活動為三公會共同舉辦，故凡加入三公會之會員，可分別於活動結束後向三公會請領補助款。

決議：審議通過（提案人：登山社）

七、案由：本會擬辦理音樂會活動案，請討論。

說明：（一）經由100年11月13日所做之文化藝術系列講座問卷調查評估後，對於本會所辦之講座，深獲支持，更希望多舉辦法律以外之講座以豐富人文氣息。

（二）故擬由本會安排音樂活動，免費提供會員索票欣賞。

決議：審議通過。

（一）時間：101年1~2月間擇一日晚間舉辦。

（二）方式：以100~200人之音樂會方式辦理。

（三）地點：台南市區之藝文表演場地。

（四）所需費用：委外辦理，以200人計算，每張票價250元，預估費用以50,000元為上限，由會員福利費用項下支出。

（五）內容：以安排鋼琴、小提琴、大提琴、長笛等演奏為主。

（六）免費索票欣賞。提供會員、配偶及直系親屬為優先。會員及配偶或直系血親1人、會務人員、志工、社團老師、顧問、法扶台南分會員工、閱卷室人員免費索票，惟會員為單身者，其所攜伴友，不限於配偶及直系親屬。

（七）其餘細節授權秘書處執行籌劃事宜。（提案人：秘書處）

捌、臨時動議

案由：臺灣台南地方法院決定裁撤閱卷室人力，日後由律師以儲值卡方式自行影印卷宗，應如何因應，請討論。

說明：臺灣台南地方法院在未知會本會之情況下，逕行決定裁撤閱卷室人力，對於律師影印造成莫大困擾，且將來如果發生卷宗遺失事件，權責難分，請公會擇定期日拜訪地院院長進行溝通。

決議：審議通過

玖、自由發言

拾、散會100年12月15日（星期四）晚上8時30分