

封面故事

檢察官，誰來檢察？

透視檢評會

第一屆檢察官評鑑委員會組織運作訪談紀實

針對檢察官濫權起訴或不起訴在訴訟法上的改革芻議

行動紀實

迎接馬年的司法羈押鬧劇！？

千位律師連署抗議司法院獨斷修正法庭錄音辦法

法官觀點

因法庭錄音辦法第8條修正而來的不當得利，我們不要！

只有押人才符合社會預期？

徐案巡講

通往正義路上的微光

特別報導

苑裡鄉親的「抗爭這條路」

不為私心抗下去，堅持到底為家園

苑裡反瘋車的司法課題

肉身護家對抗金權怪手，司法天秤向誰傾？

日本傳真：禁止筆記的聖殿——公開審判原則之意義與目的

永社。側場實記

洗腦行不行？——高中課綱微調之合法性

法



抗議司法院獨斷修正法庭錄音辦法



基隆律師
台北律師
律師公會
台中律師
高雄律師

檢察官，誰來檢察？

九月政爭揭露了檢察官的關說及濫權監聽，民間批判聲浪日起。司改會多次要求檢評會、監察院追究相關人員的責任，然而此過程一波三折，最終監察院對於政爭中的核心人物—檢察總長黃世銘作出不付彈劾的決定。檢察官的違法濫權，究竟有何有效機制可以監督或處理呢？在本期的「封面故事」中，張靜律師即於〈針對檢察官濫權起訴或不起訴在訴訟法上的改革芻議〉一文，從事前防止檢察官濫權的角度，深入討論刑事訴訟法制應如何改革。而在另一篇「封面故事」，編輯部則就事後究責的機制—檢察官評鑑制度，專訪第一屆檢察官評鑑委員會委員—高涌誠律師。高律師分享參與檢評會的經驗及其組織運作過程，並提出許多建議，以修正不合宜之法規限制。這兩篇「封面故事」都讓我們思考，檢察官作為國家權力的一環，又有誰能來「檢察」他們的所作所為？人民作為國家的主人，又如何能夠真正「檢察」檢察官的違法濫權？

如何能真正「檢察」檢察官的違法濫權，背後關連的是一個更廣泛的議題。在民主國家中，人民如何監督國家權力的運作？今年初，司法院以「維護個人資料」為藉口，嚴格要求必須取得所有開庭在場陳述人的書面同意，才可准許交付法庭錄音光碟之聲請。這嚴重侵害人民訴訟權利，也使法庭活動難以讓參與的民眾仔細檢視，使公開審判的理念蒙塵。司改會及各地律師公會共同發起連署，批判司法院的這種作為，並有千位律師響應參與，相關行動請見本期「行動紀實」。而在「法官觀點」專欄中，邀請了林臻嫻法官就此事件分享其觀點。除了本國制度的批判，本期「日本傳真」也帶各位回到1982年禁止旁聽民眾筆記的日本法庭，來檢視法庭公開審判的意義及目的，並再回過頭想想2014年的台灣。

公開審判是人民監督國家權力的一環，本期另從兩個看似獨立的事件中，看到類同的問題。2月5日一群高中公民教師至教育部門口抗議，認為此次高中公民與社會科課綱微調的過程是不受監督的黑箱作業，不符程序正義。這群公民教師要求暫緩微調課綱，並重啟公聽程序，引發社會關注。永社主辦「洗腦行不行？—高中課綱微調之合法性」座談會，邀請法律、教育的專家學者，就法律面討論程序及組織的合法性問題進行探討；此外另亦觸及教育與政治的關係，並進一步從原住民族的立場檢討教育與文化的問題，詳見「座談紀實」。本期的「特別報導」主題苑裡反瘋車自救會，專訪參與反瘋車抗爭的苑裡鄉親們，苑裡反瘋車運動不單是能源議題，也是「民主」議題，在興建風力發電機的決定過程中，苑裡鄉親們沒有表達意見的空間與機會，但他們卻是受影響最深的一群人。

國家權力試圖迴避人民的監督，人民必須努力追尋並推動真正監督國家權力的可能性。持續向社會大眾倡議徐自強案即是我們努力的案件之一。2012年5月19日《速審法》正式上路，徐自強終於走出待了漫長16年的看守所，然而，這並非結束，只是開始。隨著更九審開始審理，司改會展開相關的救援工作，除了開庭時邀請民眾到法庭旁聽外，為了讓社會能更認識徐自強案、了解司法實務面的問題，司改會及徐自強進一步主動走向人群，與群眾對話，相關活動紀錄請見「徐案巡講」。

最後，讓我們再回到一開始的提問：檢察官，誰來「檢察」？在民主國家中，人民如何可能真正監督國家機器的各種零件？這個問題體現在近期發生的各個事件中，我們必須積極面對與行動。□

3	編輯手記	檢察官，誰來檢察？	編輯部
6	行動紀實	迎接馬年的司法羈押鬧劇！？ —— 羈押張德正邁入五度五關記者會	編輯部
7		千位律師連署 —— 抗議司法院獨斷修正法庭錄音辦法聯合記者會	編輯部
8	法官觀點	因法庭錄音辦法第8條修正而來的不當得利，我們不要！	林臻嫻
11		只有押人才符合社會預期？	錢建榮
12	封面故事	透視檢評會 —— 第一屆檢察官評鑑委員會組織運作訪談紀實——高涌誠律師	編輯部
20		針對檢察官濫權起訴或不起訴在訴訟法上的改革芻議	張靜
30	徐案巡講	通往正義路上的微光	徐自強
32		讓徐自強對社會講「徐自強案」	黃中豪
34		最深最沉的井底倒映著最閃爍的光芒	陳書伶
35		看見人，看見真實的生命	林倩如
37	法官開講	我們都是外國人 —— 以德國「收容外國人」法院程序為鏡	楊坤樵
49	中國觀察	2013年五大法治人權系列事件 —— 中國人權律師團律師評選	中國人權律師團律師
53	日本傳真	禁止筆記的聖殿 —— 公開審判原則之意義與目的	魏培軒
57	座談紀實	永社。側場實記 —— 「洗腦行不行？—高中課綱微調之合法性」座談會	編輯部
58		高中課綱微調的法律問題 —— 與談人 周志宏（台北教育大學教育經營與管理系教授）	編輯部
60		教育與政治：違反教育中立的課綱微調 —— 與談人 林佳範（台灣師範大學公民教育與活動領導系教授）	編輯部
62		高中課綱微調的合法性及救濟可能 —— 與談人 黃帝穎（永社理事）	編輯部
65		由實務參與95、99課綱經驗看此次社會科課綱微調爭議 —— 與談人 劉靜怡（台灣大學國家發展研究所教授、澄社社長）	編輯部
67		選我孩子，選我教育權，選我課綱 —— 與談人 汪明輝（台灣師範大學地理系副教授）	編輯部
69	特別報導	不為私心抗下去，堅持到底為家園 —— 苑裡鄉親的「抗爭這條路」專輯	台大大新社
74		苑裡反瘋車的司法課題	林三加
77		肉身護家對抗金權怪手，司法天秤向誰傾？ —— 「苑裡反瘋車自救會林清金強制罪二審開庭」法庭觀察	賴佩琪

發行人／瞿海源
總編輯／林峯正

刊物出版委員會

主任委員／羅秉成

刊物出版委員／吳志光、林欣怡、邱奕嵩、洪鼎堯、高涌誠
高榮志、張澤平、郭怡青、陳宜倩、詹順貴
蔡志揚

執行編輯／高榮志、陳梅慧

美術指導／陳威豪 oz.carnival@gmail.com

分色印刷／映鈞彩色印刷有限公司

讀者服務信箱／service@jrf.org.tw

董事長／瞿海源

常務董事／林永頌、劉志鵬、羅秉成、顧立雄（停權）

董事／朱麗容、李念祖、林志剛、陳玲玉、陳傳岳

黃旭田、黃瑞明、詹森林、潘維大、顏厥安

監察人／吳志光、李茂生、林佳範、謝銘洋、高涌誠

執行委員／尤伯祥、王龍寬、李艾倫、李榮耕、周宇修

林永頌、林俊宏、林峯正、林裕順、徐偉群

高涌誠、張喬婷、陳惠敏、陳傳岳、黃旭田

黃國昌、黃瑞明、鄭文龍、鄭凱鴻、瞿海源

羅士翔、羅秉成、顧立雄（停權）

諮詢委員／吳志光、李岳霖、林佳範、林孟皇、洪鼎堯、

馬在勤、張世興、黃虹霞、黃達元、楊芳婉、

葉建廷、詹順貴、劉志鵬、錢建榮

工作委員／王智昱、白禮維、朱琬琳、江榮祥、吳伯宸

吳怡德、吳欣陽、吳景欽、宋一心、李亦庭

李典穎、李宣毅、李晏榕、李聖鐸、沈元楷

沈巧元、周漢威、林廷翰、林明賢、林昶燁

林楊鎰、林瑞富、林鴻文、邱顯智、侯慶辰

施泓成、段可芳、洪曼郁、范志誠、倪映驊

唐玉盈、孫 斌、徐松博、涂偉俊、張 靜

張世潔、張宸浩、張靜如、梁家羸、莊植焜

許仁豪、郭怡青、陳怡君、陳承勤、陳建宏

陳為祥、陳重安、陳紹倫、陳學驊、曾威凱

曾昭羊、馮俊堯、黃仕翀、黃威如、黃致豪

黃朗倩、黃耀正、楊時綱、楊淑玲、詹義豪

趙乃怡、趙書郁、劉有志、劉志賢、劉佩璋

劉冠廷、劉家榮、劉硯田、劉懿嫻、蔡欣渝

蔡桓文、蔡晴羽、繆監穎、謝良駿、謝佳穎

顏 榕、魏朝宗、羅承宗、嚴心吟、蘇孝倫

胡博硯、蔡受穎、顏華欽

執行長／高榮志

副執行長／陳雨凡

行政專員／吳安琪

執行秘書／丁宇徵、林瑋婷、喬政翔、黃中豪

黃柏璋、黃淑娟、蕭逸民、王棠祺

陳梅慧

法律倫理中心

主任／黃瑞明

副主任／吳志光

諮詢委員／高涌誠、陳傳岳、劉志鵬、蔡兆誠

顏華欽

執行秘書／黃柏璋

封面攝影／陳梅慧

財團法人民間司法改革基金會

Judicial Reform Foundation

會址／104台北市松江路90巷3號7樓

電話：(02)2523-1178 傳真：(02)2531-9373

行政院新聞局出版事業登記證／局版北市誌第863號

中華郵政北臺字第5727號執照登記為雜誌交寄 ISSN: 16807758

出版日期／2014年2月28日

迎接馬年的司法羈押鬧劇！？

羈押張德正邁入五度五關記者會

◎編輯部

張德正駕砂石車衝撞總統府，舉國譁然。其行為固不可取，並應負起相關之刑事與民事責任，然而，並不代表司法就可以濫用羈押制度，「整肅」任何司法人員眼中的「刁民」。

一、羈押制度之目的在於「保全」，並非「即時性」的正義感滿足：

羈押制度之目的，在於「保全被告到庭」接受審判，事後若遭判決有罪確定，並可「保全被告接受刑事處罰」，並非在於「即時性」的正義感滿足。我國自威權時代以來，司法習慣以「押人」來滿足社會安寧之需求，本末倒置，司法人員不思改進，反而以「社會安全將受危害」來不斷恐嚇人民，應予最嚴厲之譴責。

是故，倘若被告無逃亡之虞，無滅證之虞，所犯又非重罪，依現行法，即不符合羈押之要件。再說，本案將來是否果能構成殺人未遂之重罪，並非全無令人懷疑之處，況且，依兩公約與大法官會議解釋，重罪亦不得作為羈押之唯一要件，檢察官聲請羈押，已有「不當聯結」，也違反「比例原則」。

二、檢察官的正本清源之道，在於儘快起訴論罪，而非淪為「硬要押人」的意氣之爭：

本會認為檢察官或怯於社會壓力、或囿於上級要求、或淪為意氣之爭，針對羈押聲請遭駁回，不斷抗告，濫用權限，似乎淪為意氣之爭，已失卻檢察官之理性角色。同時並且違反刑事訴訟法，對於被告「有利與不利之事項，應一律注意」之客觀性義務的要求。

如前所述，羈押為一「保全制度」，本案之事證明確，被告受骨折之傷行動不便，糾纏於羈押實非必要。檢察官正本清源之道，應是儘快起訴，爭取有罪判決，倘若應受徒刑，亦應儘速執行，始為維護社會治安之正確手段。

三、高等法院充滿威權心態，濫用羈押制度，歪曲解釋法律，令人驚懼：

高院法官顯然認為張德正應受羈押。就程序而言，不

斷對地方法院指指點點，又不敢具體負責，自為裁定，只能畏畏縮縮躲在背後下指導棋，不斷廢棄發回，浪費寶貴之司法資源，也是一手造就迎接馬年「新春司法鬧劇」之推手。

就實質而言，高院人權意識低落，在台北地院初次認為被告無逃亡、無滅證、非重罪、與羈押要件不合時，即不斷發回，認為被告涉犯殺人未遂重罪且有逃亡之虞。似乎，以高等法院的標準，只有當被告完全癱瘓，才會「沒有逃亡之虞」？！

接續，台北地院後來認定「被告重罪且有逃亡之可能」而符合羈押要件，但無羈押「必要」，檢察官抗告後，高院竟然「變本加厲」地「加碼演出」，「無邊無際」地認為，被告還有「反覆實施犯罪行為」之虞。

如此之說法，實在令人驚懼，用白話文說，高院法官是認為「一個行動不便之人，已經被社會高度注目之人，還是有再去總統府滋擾的可能」，只要有這種「可能」，就應該「押起來」！說穿了，這種標準，除了根本就是「法官說了算」，置刑事訴訟法於不顧之外，法院最在乎的，是要「完全泯除被告有任何再去滋擾總統的可能」！歪曲解釋法律，是一種把法律當成統治工具的威權心態，擔憂總統再受滋擾、而不惜押人關人，更是一種十足的落後野蠻的威權心態！

四、高度肯定台北地方法院：

在高等法院的不斷施壓之下，此次要高度肯定台北地方法院，不因本案涉及衝撞總統府，受到社會高度矚目，而失卻平常心解釋並適用法律，並且對於高等法院欠缺人權意識，明示、暗示硬要羈押之廢棄裁定，亦能頂住壓力，堅持保障人權與捍衛法律尊嚴，實屬不易，殊值肯定。

最後，本會再次強調，張德正駕砂石車衝撞總統府之行為不可取，並應負起刑事與民事責任，但我們更痛恨司法機關之「制度性濫權」，濫用且歪曲解釋法律，「整肅」任何其所想要「整肅」之人民。☞

千位律師連署

抗議司法院獨斷修正法庭錄音辦法聯合記者會

◎編輯部

司法院不顧各界反對聲浪，於2013（民102）年10月25日逕行公布《法庭錄音及其利用保存辦法》，同年12月9日並預告《民事訴訟及行政訴訟閱卷規則》，嚴格限制須「所有」開庭在場陳述人「書面同意」，始能聲請法庭錄音光碟。司法院如此政策，恐使公開審判制度倒退回200年前的秘密審判，罔顧人民訴訟權且侵害律師之辯護權與訴訟代理權，我們對此無法坐視不管，已有超過1,000位律師連署表達反對，於1月11日司法節前夕，表達最嚴正的抗議並聲明如下：

一、拒絕假借個人資料維護，侵犯人民訴訟權

憲法保障人民之訴訟權，司法院以維護法庭陳述者個人資料之名，幾近剝奪人民請求交付法庭錄音權利。未評估如何妥善同時保障兩種權利，未考量個人資料於法庭活動之整體比例，亦未在意手段侵犯人民之訴訟權及聽審權，率而獨斷嚴格限制人民取得法庭資訊之權利，除根本上就違反了「促進個人資料之合理利用」之立法目的外，亦以行政命令增加法律所無之限制，草率侵犯了人民之訴訟權。

二、反對侵害公開審判制度

司法權為權力分立制衡所不可或缺之憲政設計，國

家亦應建立公平、公正、公開、無偏頗、獨立之司法制度。原則上審判應公開進行，公開審判之精神，藉由法庭自由旁聽、程序參與者在場、法庭錄音錄影等制度得以落實。然而司法院擅以《法庭錄音及其利用保存辦法》，嚴格限制法庭活動錄音之取得，極度降低法庭活動之公開度與透明度，以低位階之行政命令，任意侵害公開審判制度之內涵。

三、抗議侵蝕律師辯護權／訴訟代理權

在101年12月25日司法院召開的修正法庭錄音辦法座談會，各界普遍對司法院「嚴格限制」交付法庭錄音提出反對意見，尤其是律師界，深刻體認實務上法庭筆錄製作瑕疵之嚴重性，司法院嚴格限制當事人取得法庭錄音，顯將更陷當事人於險境，且使錯植謬誤的筆錄更難發現。何況，當事人本有閱卷權，律師更基於訴訟代理之必要或辯護權，有閱覽卷宗之權利，非由法律明文規定，並不得任意限制，司法院之舉，無異變相侵蝕律師之辯護權與訴訟權，實屬違法濫權。

基於上述的理由，我們嚴正呼籲並要求：

1. 司法院應即刻廢除「法庭錄音及其利用保存辦法」。
2. 司法院應回應人民訴訟權、公開審判制度、與律師辯護權之需求，妥速研擬法庭錄音之利用與保存方法。□



因法庭錄音辦法第8條修正而來的不當得利，我們不要！

◎林臻嫻_臺灣臺南地方法院法官

一、前言：為何法庭錄音辦法修正卻引來律師集體抗議

司法院在2013（民102）年10月25日以院台廳司一字第 1020028254 號令，公布修正「法庭錄音及其利用保存辦法」，以此取代並廢止先前的「法庭錄音辦法」。然此辦法之修正，卻引起民間司改會與律師全聯會等團體不滿，共同發起連署抗議活動，除號召逾千名律師參與連署，更罕見地在2014（民103）年1月9日前往司法院前抗爭，要求司法院立即廢除前揭修正辦法，以回應人民訴訟權、公開審判制度與律師辯護權之需求（註一）。

據悉抗議之對象主要為修正後之辦法第8條（註二），該規定嚴格限制交付法庭錄音光碟之要件，需符合以下四要件，即（1）需經「開庭在場陳述之人」（但依法執行公務之人員（註三）除外）之書面同意，（2）需繳納費用，（3）以主張或維護其法律上利益有必要者為限，（4）且持有前項錄音光碟之人，不得作非正當目的使用。司法院修正此條之主要理由，係援引「個人資料保護法」第16條規定，認法庭錄音資料亦屬公務機關對於保有個人資料之利用，應於執行法定執掌必要範圍內為之，並應與蒐集之特定目的相符（註四）。而律師界抗議之理由，則認為此次修法主要是藉限制法庭錄音光碟之聲請，使法官在審理時之不良訴訟程序指揮行為，無從被外界得知，且如無法聲請開庭錄音光碟做為佐證，將會降低當事人提出法官評鑑之意願，使司法審判者脫離任何外部

監督機制之束縛（註五）。何以此辦法第8條之修正，會引發對個人資料保護、與法官得受公開評鑑此二法益之對立看法，究竟孰是孰非？

二、修法針對目的正當性「以外」之限制，顯有過當，為爭議主因

前揭修正辦法第8條之四個聲請要件，其中，要件（2）為繳納費用，此在其他各國皆然，無可厚非。至於要件（3）以主張或維護其法律上利益有必要者為限，及要件（4）不得作非正當目的使用，其實均係針對「目的（含聲請及使用）正當性之限制」，然從法院進行「法庭錄音」本是基於憲法第16條人民得受到公平公開公正法院審理的「訴訟權保障」而來，故是為當事人訴訟上目的、或為維護或便利相關人等對於法律上之利益之主張，而有存在之價值與必要，則此些「目的正當性」上之限制，故要件（3）（4）針對法庭錄音光碟之聲請及使用上「目的正當性之限制」，亦難謂非。然而，要件（1）即「需開庭在場陳述之人之書面同意」此一要件，卻顯有過當。以下簡敘之：

（一）於「目的限制」外增加「所有人書面同意限制」，有違法違憲之嫌

茲舉刑事訴訟法第44條之1為例，該條規定：「審判期日『應』全程錄音；必要時，並得全程錄影。當事人、代理人、辯護人或輔佐人如認為審判

筆錄之記載有錯誤或遺漏者，得於次一期日前，其案件已辯論終結者，得於辯論終結後七日內，聲請法院定期播放審判期日錄音或錄影內容核對更正之。其經法院許可者，亦得於法院指定之期間內，依據審判期日之錄音或錄影內容，自行就有關被告、自訴人、證人、鑑定人或通譯之訊問及其陳述之事項轉譯為文書提出於法院」。故法院於審判期日進行法庭錄音，乃法院之「法定義務」，即為使將來訴訟中任何一造之「當事人、代理人、辯護人或輔佐人」，針對筆錄記載有所爭議時，得聲請法院播放核對更正，或得聲請許可自行將訊問或陳述事項轉譯為文書提出於法院，故此條規範法院「應全程錄音」之主要目的，是為「確保審判筆錄記載之正確性及完整性」，乃屬無疑。

此外，前揭法律既規範在「次一（審判）期日前」得聲請更正筆錄，亦表示正確理解前次審判期日中參與開庭之人（包括證人、鑑定人等）在法庭上是如何陳述，對於審判之順利進行、訴訟攻擊、防禦等策略之擬定安排，均有重大攸關，故如係為核對筆錄、或擬定訴訟策略等正當目的，而聲請交付法庭錄音光碟並加以利用於訴訟相關事項上，依前揭所舉刑事訴訟法第44條之1之立法本旨，原無不可，蓋前揭訴訟法上之規定，並未限制「需得全部開庭在場陳述之人之書面同意」，始得聲請光碟以更正筆錄或自行轉譯。

況在法院爭訟之二造，原多非感情融洽，倘僅當事人中之一造，單方面對審判筆錄所記載對其不利之部分，有所疑義，或者，單方面想確認筆錄記載之內容以利將來攻擊防禦策略之提出，以此希求法院交付法庭錄音光碟，以供查核，卻僅因苦無法取得對造、或其他開庭在場之人之全部書面同意，即遭法院駁回，自與前揭法律規範要旨不符，亦對於人民正當訴訟權之行使與保障，造成不必要之限制與過度不利益之負擔。亦即司法院此次修正「法庭錄音及其利用保存辦法」，在「目的正當性限制」之外，尚添加需得到「所有人書面同意限制」

此一訴訟法原所無之限制，且對憲法第16條所保障之「訴訟權之行使」造成過度不利益之負擔，自恐有「違法」、「違憲」之嫌。

（二）修正理由不當類比引伸個資法第16條第7款「經當事人書面同意」

再者，前揭修正辦法第8條之修法理由三雖稱：「法庭錄音內容非僅當事人之錄音資料，亦包括其他在場陳述人員之錄音資料，且於技術上尚無法將當事人與其他在場人員之錄音資料分離，而提供拷貝上開錄音資料亦屬公務機關對於保有個人資料之利用，依個人資料保護法第16條規定，應於執行法定職掌必要範圍內為之，並與蒐集之特定目的相符；如為特定目的之外之利用，應符合該法第16條但書各款情形之一，始得為之。現行條文有關付費交付光碟之規定，未設任何限制，與上開規定意旨不符。爰參酌個人資料保護法第16條第7款之規定，明定經開庭在場陳述之人同意者，始得請求付費交付錄音光碟，以資周全」。

然考個人資料保護法（以下簡稱個資法）第16條（註六）係規定：公務機關對個人資料之利用，應於執行法定職務必要範圍內為之，並與蒐集之特定目的相符。如為特定目的「外」之利用，始需符合例外之7項列舉事由之一。

而其中第7款雖為「經當事人書面同意」，然此例外條款，乃係針對「特定目的『外』利用」者，該條對於「特定目的『內』利用」則根本未受此項限制，然前揭法庭錄音辦法修正後之第8條，並未區別是為特定目的「內」、或特定目的「外」之利用，一律規定需「經當事人書面同意」，顯有過度不當擴張個資法該條之文義解釋。此外，該條但書規定得例外許可做為「特定目的外利用」之情形，除「經當事人書面同意」外，尚有其他六種方式，但前揭修正辦法第8條竟統一限制一律均需「經當事人書面同意」，亦屬恣意擷取、架接個資法之規定。

況前揭修正辦法第8條倘以要件（3）（4）限制聲請人不得為不正當目的而聲請法庭光碟或使用，已屬充足，且並未違背個資法前揭規範意旨，至個案上，將來如真遇聲請人欲主張為訴訟目的以外之使用，而向法院聲請交付錄音光碟，且涉及與個資法所保護之法益相衝突時，應如何准駁，自應允由該受理聲請之法官，依相關法令進行個案之審酌判斷即可。此修正辦法將所有聲請人都當賊看待，嚴格限制於事前聲請時即需取得「所有人書面同意」，顯畫蛇添足，限制太過，恐淪為假「個人資料保護」之名，行「箝制公平公開公正訴訟權」之實。

三、原即非屬個資保護限制內之法官因而不當得利，落人話柄，確無必要

最後，法官在公開法庭上之訴訟指揮，因與公益攸關，原即可受公評，而考本次修法緣由，法官等依法執行公務之人，原亦不在受個人資料保護限制之範圍內，已如前述（註七），即倘有人聲請交付開庭錄音光碟時，法官不得為保護自己之訴訟指揮不被他人知悉此一個人資料保護利益為由，而拒絕交付之，但假如法官因此辦法之修正，竟意外得到某種保護傘，進而享有不當得利，確令人難平。

況且，「法官評鑑委員會評鑑實施辦法」第4條第1至3項已規定：法官評鑑委員會受理個案評鑑事件後，審查小組於必要時得請受評鑑法官所屬法院提供相關資料（當然也包括開庭錄音光碟），故倘屆時為法官個案評鑑所需，評鑑審查小組仍可視必要情形，請所屬法院提供法庭錄音光碟，故司法院倘真欲以此修法來避免法官之不當訴訟指揮不被外部發現，進而削弱法官評鑑機制監督、淘汰不適任法官之目的，似也屬緣木求魚，沒有意義。

四、結語：這種不當得利，我們不要，請儘速修正，否則只能考慮修法！

總之，法庭錄音光碟之利用，應僅針對「目的

正當性」進行限制即屬已足，本次修正辦法第8條在「目的正當性」限制之外，另增加需「所有人書面同意」之限制，恐有違法（如刑事訴訟法第44條之1）、違憲（第16條訴訟權保障）之嫌，且屬恣意架接、不當引伸個資法（第16條）之文義及規範意旨，法官倘因此法庭錄音辦法第8條修正而享有減少受法官評鑑機會之不當得利，也只是落人話柄，我們也不要！司法院應儘速再次修正辦法，否則，僅有透過根本修正「母法」即法院組織法之相關規定，期使法庭錄音之利用方式，更能符合憲法及訴訟法保障人民訴訟權之本旨，並臻明確。□

.....
註釋：

1. 參見，蘋果日報，「限制提供法庭錄音，千名律師連署抗議」報導，103年1月8日。自由時報，「限制提供法院錄音，千名律師連署抗議」報導，103年1月8日。中國時報，「限制提供法庭錄音，律師向法院前抗議」報導，103年1月9日。
2. 第8條原文：當事人、代理人、辯護人、參加人、程序監理人，經開庭在場陳述之人書面同意者，得於開庭翌日起至裁判確定後三十日內，繳納費用請求交付法庭錄音光碟。但以主張或維護其法律上利益有必要者為限。持有前項錄音光碟之人，不得作非正當目的使用。
3. 但此次辦法第8條之修正理由第3點已明言，所謂開庭在場陳述之人，並「不包舍」依法執行公務之人員，例如法官、檢察官、公設辯護人、書記官、通譯、庭務員等。
4. 參照，法庭錄音辦法修正條文對照表，第8條，說明三。
5. 參見，柯宜姍，「法庭錄音也有隱私權？未來要投訴恐龍法官更難了」，商業週刊，103年1月1日。
6. 公務機關對個人資料之利用，除第六條第一項所規定資料外，應於執行法定職務必要範圍內為之，並與蒐集之特定目的相符。但有下列情形之一者，得為特定目的外之利用：
 - 一、法律明文規定。
 - 二、為維護國家安全或增進公共利益。
 - 三、為免除當事人之生命、身體、自由或財產上之危險。
 - 四、為防止他人權益之重大危害。
 - 五、公務機關或學術研究機構基於公共利益為統計或學術研究而有必要，且資料經過提供者處理後或蒐集者依其揭露方式無從識別特定之當事人。
 - 六、有利於當事人權益。
 - 七、經當事人書面同意。
7. 同前註4。

只有押人才符合社會預期？

◎錢建榮_桃園地方法院法官

從蛇年過渡到馬年，司法上映公安與人權的角力大戰。檢察官聲請羈押以砂石車衝撞總統府的張德正，被台北地院法官五次駁回，但檢察官的四次抗告也同樣獲上級審高等法院的支持，撤銷地院不押人的裁定。檢察官再提第五度抗告，終於經高等法院駁回抗告確定，這齣歹戲拖棚到年初四，總算趕在大年初五開工前才落幕。

與其說這是院檢對抗，不如說上級審法院過度重視所謂「社會預期」的心態。而「個案判決不符合社會預期，應該避免和改善」剛好還是新任沒幾天的高院石木欽院長強調的施政重點。**這些資深法官們過往非將人押起來不可的經驗，正面臨年輕法官重視人權保障堅持的挑戰。**

有媒體評論說，台北地院不將這種被告押起來有違社會期待，職司司法行政者同樣好以「判決不可違反社會預期」此類奉民意至上的說詞告誡法官。**卻忽略所謂社會期待或預期，不就是由司法裁判形塑的嗎？我國長期以來的司法傳統總喜好押人了事，才會造成社會大眾有這種非押不可的認知，下級審法官就是在力挽這種人權上的頹勢，意欲重塑新的、正面的重視司法人權的「社會期待」。**

綜觀高等法院的四次撤銷發回理由，第三度的裁定理由，只以空洞的作文強調這是社會矚目案件應詳細說明何以不押人，卻對於羈押侵犯人權的嚴重性未置一詞，毫無可取。而在這之前的兩次及第四次撤銷發回理由，均持被告張德正自己在「犯罪前的自白(?)」表示，如果沒死，還會變成「惡魔」帶爆炸物到總統府等語。認同檢察官抗告張德正有「高度再犯可能性」的主張。他方面也不忘指出就算被告傷勢不輕、行動不變，「坐輪椅也可能逃亡」。**前面講的再犯可能性是「預防性羈押」的要件，後面說的逃亡可能性則是「一般性羈押」的事由，二者截然不同。**

檢察官聲稱代表著社會治安，其實是害怕民衆「群起效尤」。先設法找了殺人未遂的重罪罪名行「嚇阻偵查」之實，也可依據大法官釋字665號解釋，減低檢方在證明被告是否逃亡的舉證程度，容易在一般性羈押上獲得法官的支持。然而殺人未遂罪卻不是預防性羈押的法定罪名，先不論以被告尚未定罪的「自白事實」證明「反覆實施同一犯罪」，有嚴重違反無罪推定原則，違反釋字665號解釋意旨的問題，以殺人未遂罪要適用預防性羈押，自始就是徒勞無功。檢方顧此失彼，也難怪第一次的裁定落得法院不認為有逃亡事由，更不符合預防性羈押的要件，無條件釋放被告的下場。

然而已經預設不押人就會違反「社會預期」的高院法官們，先是違反經驗法則，充滿想像力的站在檢察官這邊，幫被告假設各種坐在輪椅上還是會逃亡的方法；更不忘搬出被告自殺攻擊前對媒體放話式的不理性「自白」，將論理法則置諸腦後，只想「恐嚇」地院法官：「放了被告，他還會來總統府攻擊」的高度再犯可能性。全然不理會既以殺人未遂罪偵查，就無法適用預防性羈押的法律規定，難不成高院（尤其第四次的理由）不惜違法對被告做出不利的類推或擴張，只為無論如何要將被告押起來？但是卻不敢自己訊問、自己作成羈押裁定，只想地院法官代其意志？

對於不惜生死的張德正，存在主義大師卡繆形容得好：「**罪犯想要的不只是犯罪，他還要隨之而來的不幸，甚至是極大的不幸。當罪犯的這種詭異慾望膨脹起來、進而支配了他的行動時，死亡威脅不但無法阻止他犯罪，反而還讓它更瘋狂。於是他把殺人當成了某種尋死的方式。**」不過，這段話現在看來更適合用來形容四度抗告，看來幾近抓狂的檢察官。面對同樣瘋狂的「當事人」，高院一再撤銷有利被告的裁定，對「原告」不理性的舉動卻未曾指摘，是否太厚此薄彼了？

透視檢評會

第一屆檢察官評鑑委員會組織運作訪談紀實——高涌誠律師

◎編輯部

《法官法》自2011年7月開始施行後，檢察官與法官的評鑑機制到今年（2014）1月6日為止已屆滿兩周年；經過兩年的實際運作，究竟這套機制對於淘汰不適任檢察官及法官產生多大的影響？本期的司改雜誌，特別採訪第一屆檢察官評鑑委員會委員——高涌誠律師，談過去兩年間參與評鑑機制的點點滴滴。以下，便是本次訪談的內容。

受訪者簡介：高涌誠律師，元貞法律事務所合夥律師，民間司改會執行委員，曾任第一屆檢察官評鑑委員會委員（2012.01.06～2014.01.06）。

《法官法》的制定在2011年完成三讀，並在當年的7月6日公布施行；其中，關於評鑑的部分訂定在第五章（法官評鑑），而檢察官因為第89條準用的關係，適用法官評鑑的相關規則，並依性質的不同予以調整。也因此，檢察官評鑑委員會（以下簡稱「檢評會」）的組成，依據《法官法》第89、34條規定，是由法官1人、檢察官3人、律師3人及社會公正人士4人所組成；律師3人的部分，係由各地律師公會推舉1到

3人後，由全國律師聯合會（以下簡稱「全聯會」）舉辦全國性的律師票選產生。

我當時是基隆律師公會理事，公會認為《法官法》的立法過程我有參與，而且對於評鑑的運作又較為清楚，因此就推我為代表。

司改會的內部討論

在被推選為代表之前，我其實有在司改會的執委會會議上提過一個問題：由於2011年通過《法官法》後，司改會對這一部新法的評價僅只有50分，如果司改會的成員有被律師公會提名的話，那民間司改會的立場應該是什麼？

我當時並沒有特別的定見，但也會認為說，既然通過的《法官法》沒有達到我們的理想，又給人家打了50分，那幹嘛要去擔任評鑑委員？

那時執委會會議並未做正式的決議，只是大家都認為，雖然我們是司改會成員，但被推薦的是律師個人，與司改會無關，更何況《法官法》第34條（評鑑委員之遴聘）裡也沒有任何一項跟民間司改會有關；再說，也不是被推薦就一定會獲選，社會公正人士不



會推律師，所以律師一定要經過票選，律師票選就是律師界對個別律師支持度的問題。既然與司改會無關，又何必要去反對。

我當時只是隱約覺得不太妥，我們既然評人家50分，又有一些重要成員要去當評鑑委員，當然會被外界用放大鏡檢視。也就是因為這樣，所以在其後的委員會運作過程中，不管是檢察官或法官評鑑委員會，都有一套迴避的機制，理由就在這。

律師票選

《法官法》公布後，評鑑制度將在半年後實施，在2012年1月6日正式啓動；全聯會大約在2011年10月發函給各地律師公會，希望各律師公會能推舉1到3人進行票選。記得當時只有大公會推到3人，小公會則是推1或2人不等，像基隆律師公會在檢察官及法官的評鑑委員部分都只各推1人。

因《法官法》剛過不久，評鑑制度第一次運作，有一些真的關心《法官法》，認為評鑑制度非常重要的律師積極參與；像台北律師公會提的名單，就是認為這些律師是要去做事的。所以一些好朋友，包含參與司改會或早期曾參與司改會的，都會講說，台北律

師公會推舉的3個人，還有基隆律師公會提名的我，這4人不管哪3人獲選都很理想，應該要想辦法把票集中，讓我們當選。在第一屆投票時有這樣的氛圍——想趕快讓一些好的人進去，真正讓這個評鑑機制能夠運作；那時大概律師界都有這樣的想法。

全聯會採通訊投票，發出的票數有六千多票，實際回收的約有兩千多票；律師界的投票向來如此，兩千多人投票算不錯了，像司改會當時做法官評鑑或檢察官評鑑所發出的問卷，常常回收率是十分之一，若以司改會的例子作為對照，這一次的投票可說是十分踴躍。不過到了第二屆票選（2013）時，我所感受到的氛圍就不太一樣，我猜想可能的原因是評鑑制度看起來沒有非常成功，律師們也就覺得評鑑不過如此，會有這樣的感受，主要的原因還是在於「個案評鑑」與「全面評核」的輕重失衡。

第一次會議

當選後，檢察官評鑑委員會的幕僚第一次打給我是為了敲定2012年1月6日的成立記者會暨揭牌儀式；儀式結束後，幕僚便約第一次的會議；我記得第一次會議的時間是在2012年2月13日。

第一次開會討論的是審查方式——到底評鑑請求案進到檢評會後，11個委員要怎麼分案；由於司改會當時尚未經過法務部許可，不能提出評鑑請求，所以檢評會在前幾次的會議都無案可審。

經一番討論後，委員會決定審查方式以3人一組，用抽籤分組，每一組都由不同類型的委員組成，譬如法官、學者、檢察官，或是律師、學者、檢察官；每一個委員都是一個小組的主審委員，換句話說，一共有11個審查小組。案件進來後先送小組，從第一組開始依序接替下去，如果遇到需要迴避的，便整組迴避，由下一個審查小組接手。

審查小組負責的是形式審查，所謂形式審查是指「有沒有符合《法官法》第37條的準用」，簡單講就是形式上合不合法；小組成員就評鑑申請撰寫意見書，如果意見相同當然沒問題，但如果有應付評鑑與不應付評鑑意見相左的時候，便由主審委員寫綜合報告。評鑑實施辦法是授權小組3個成員就能決定應否交付評鑑，其實這部分《法官法》也有授權，3個委員就能夠決定應付評鑑或不應付評鑑，可是為求慎重，委員會還是決定將這個權力交由大會來處理，即使小組審查定案了，大會還是可以翻案。據我所知，法官評鑑委員會（以下簡稱「法評會」）也是如此，主要還是因為當時案件量沒有那麼多，這樣的運作是可行的。

插曲

第一次會議時，法務部長曾勇夫有到現場，並指定最高檢察署洪泰文檢察官為檢評會會議主席，我就發難了——因為當時法評會已開過會，並依照組織規程由委員互選產生主席——我說：為什麼法評會是委員互選，檢評會就是法務部長指定，而且還指定檢察官？指定學者也比較好，外界的疑慮也比較小。

後來幕僚告訴我，這是因為〈檢察官評鑑委員會組織規程〉中規定，主席必須由現任或曾任最高法院

檢察署檢察官、主任檢察官的委員來擔任，並且須由法務部長指定。

《法官法》下，關於評鑑，法務部有兩個很重要的子法，分別是〈檢察官評鑑實施辦法〉及〈檢察官評鑑委員會組織規程〉，一個組織法、一個作用法，這兩個是很重要的子法；由於《法官法》並沒有明文規定相關子法需經委員會同意，所以這兩個辦法在我們上任之前，就已由部務會議通過，並在第一次會議時放在我們的桌上。從這點可見，法務部所顯現的態度是——檢察官評鑑運作不能真的獨立於法務部外。

我覺得法務部的思維十分保守，仿效律師懲戒委員會將檢評會單純視為一個「自律」的機制。雖然律師懲戒委員會與覆審委員會的主任委員皆為律師，但律師與接受評鑑的檢察官不同。檢察官是公務員，律師懲戒委員會是否懲處某位律師不一定與民衆有關，可是檢察官的良莠是干人民的事，因此，我立刻提出了修改組織規程第二條（註一）的議案。

法務部幕僚當時回應說，主席只是主持會議的進行，議案的決議是委員表決後決定。且原則上法規的修正不宜太過頻繁，因此暫且擱置。但現在已經過了兩年，我也在卸任報告中提到，應該修正相關的子法規；建議立法院應該開一個評鑑的專案報告會議，要求法務部修改不合宜的法規，尤其黃世銘案的發生，更顯得洪泰文的主席角色問題重重，是時候進行修改。

迴避機制

在第一次會議時，我一共提了三個臨時動議，第一個是修改子法規的問題，第二個是評議的問題，也就是應不付評鑑的時候，是小組就可以決定，還是大會才可以決定？最後一個就是迴避機制的問題。

在〈檢察官評鑑實施辦法〉中，對於委員的迴避是依照《行政訴訟法》的規定，但《行政訴訟法》

的規範其實很籠統，我們認為應該再具體一點，譬如說：特定團體請求評鑑的個案，已加入該團體運作的委員，應否迴避？類似像這樣子的規定。因為日後看起來司改會提評鑑的可能性最高，我雖然是律師代表，但司改會的色彩強烈，這種情形要怎麼處理，應該先訂立規則。

這項議案經過兩次的會議討論，最後決議：考量評鑑委員應予迴避的態樣，宜由個案認定之，為免掛萬漏一，決定不以列舉之方式決定日後該迴避的態樣。意思是說，將根據每一件申請案的內容，討論各別委員的迴避情形。

這其中隱含著一個默契，若司改會送達的評鑑請求書其後附有切結書，切結我們這些司改會成員的委員，沒有參與事前評鑑調查，則我們這些委員便不需要迴避；委員會同時也相信我們這些委員的切結。除非在逐案討論的狀況下，我們個別提出來哪一個案子有利益衝突（譬如同一個事務所律師提出的評鑑請求）。當然，我們也自我規範，在這兩年間從來沒有參與過司改會評鑑請求的事前調查。

檢評會其他評鑑委員也跟我提過，應該將這項規範傳達給每一個可請求評鑑的團體，包含律師公會在內；請求評鑑團體應該要做這樣的表示。有委員開玩笑地說，如果我們都迴避掉了，那11個審查小組可能變成8、9組，他們的負擔就增加了，所以不行呀，要勞逸平均，不能夠隨意躲掉呀。

之所以特別提這項議案的原因，是因為司改會當時已召開「追緝惡檢」記者會——林冠佑案（註二），檢舉林冠佑的律師與我在同一間事務所，無論如何我一定要迴避。所以在討論迴避機制的同時，也將司改會作為請求評鑑團體的問題一併納入討論。

在第一屆評鑑委員的兩年任期中，真正有委員迴避的案件有兩件，一件是林冠佑案，另一件則是黃世銘案；一個是我迴避，一個是洪泰文迴避。而我之所

以迴避林冠佑案的原因，並不是因為我是民間司改會的成員；我完全沒有參與司改會調查林冠佑案，從頭到尾我都迴避了，不曉得前端的狀況。

迴避的原因，是因為我們事務所的律師接過他辦的案子，而且認為他是不適任的檢察官，曾經有對外開過記者會；所以我覺得這是一個問題，免得到時候林冠佑出來抨擊說，當初元貞有個律師跟著司改會開記者會，結果評鑑委員中還有另一個元貞的律師在。我也解釋給所有的委員聽，委員也接受，所以委員同意我在林冠佑案的迴避，不是因為我是司改會的成員，而是因為律師業務的關係。

站在檢察官的角度來想，今天我是一個檢察官，辦到你某某律師，而你又剛好是檢評會的委員時，我辦這案子會不會有些綁手綁腳？所以我個人會盡量在檢察署、偵查庭的那一部分不接受委任，但很難叫我整個事務所的業務都不要接，或是限制合夥人不去接這樣的案子。但如果是個人執業呢？就他來講可能會很困擾。

這部分可以在制度面多一層思考，當初立法時當然認為評鑑委員是兼職、是無給職；兩年的時間運作下來，法官評鑑的案子較少，或許沒什麼問題，但檢察官評鑑的案子較多，甚至有越來越多的趨勢，如果真的太多、太忙的時候，是否有考慮一定程度的專職，或者是說其他的應對方案。畢竟這是要去做事，而不是為了一個名氣、一個榮譽，或一個有利於未來業務的職位；設置專職或其他的應對方案，也正好可以呼應我們文化裡對於迴避概念的落實。

全面評核

評鑑的內容並不是只有個案評鑑，還包括全面評核；由於《法官法》要求全面評核的實施辦法，需經過評鑑委員會通過，所以幕僚們在一開始便著手擬定全面評核的辦法以及評分的標準。

在前幾次會議中，我們都在討論全面評核的問題，這一部分是外部委員比較弱的地方，因為他要提出一些評鑑基準，那些基準譬如像辦案績效、書類品質、品德操守跟敬業精神、開庭跟執行職務態度等等，到底應該什麼東西要放進全面評核？除此之外，還有行政職的檢察官，行政職的檢察官評核標準該偏重在哪一部分，這些東西外部委員是比較弱的，所以需要具檢察官身分的委員，他們的意見其實是表現在這裡的。

《法官法》規定每三年進行一次全面評核；而委員會建議希望法務部可以依照不同區域，每年進行一次區域性的全面評核。因為每一位檢察官三年要評核一次，所以我們給予這樣的建議，希望能擴大全面評核對檢察官的影響，至於法務部會怎麼操作，就不得而知了。

全面評核的影響

就民間司改會對法官評鑑的概念，個案評鑑固然重要，但最主要的還是在於全面評核。陳瑞仁檢察官在訂《法官法》時也曾這麼說過，檢察官與法官就跟企業一樣，只要是最後績效的百分之二，甚至不用百分之二，只要一年淘汰十個（目前法官約有一千八百位，檢察官約一千三、四百位），整個氛圍就會不一樣了。所以我們認為全面評核才是最重要的。

以現在的公務員制度為例，考試院說要淘汰連續兩年考績丙等的公務員，公務員就叫苦連天了，其實這個淘汰率非常低，可是考試院還是認為應該要做。同樣的東西拉到法官跟檢察官，當初在立《法官法》時的討論，檢察官和法官即是特殊公務員，對人民權益的影響特別大，在二十幾年《法官法》的立法討論過程中，還有委員主張應淘汰百分之十，即為全面評核出來的績效後百分之十的，只要重複確認過後，依《法官法》的方式，處理他的懲戒類別，但最終因為反彈太大而作罷。

現行《法官法》第31條規範的便是全面評核，其中也有侷限，但還是有解釋的空間，譬如第31條第二項：「司法院因前項評核結果發現法官有應付個案評鑑之事由者，應依第35條規定移付法官評鑑委員會進行個案評鑑。」由於全面評核的結果不對外公開，但沒道理不對評鑑委員會公開，所以委員會便決議，全面評核結果必須要送達委員會，如果某位檢察官在連續兩次的評核結果都落在後端的百分比時，他的個案就要特別抽出來看，並要求法務部必須將其送交評鑑。

由於個案評鑑必須要有違反法官倫理情節重大，或違反第15條第一項「參與政治活動」或第30條第五款「嚴重違反辦案程序規定和職務規定等」，才能送交評鑑。辦案程序規定比較容易理解，譬如違反刑事訴訟法程序規定等等；而違反職務規定的部分，則譬如嚴重積案，進而忽略人民權益，產生重大侵害理由等。然而問題在於「情節重大」，因為這是一個不確定的法律概念，什麼情形可以叫做情節重大，可交付評鑑？由於法律上的解釋空間限縮了個案評鑑的可能，也因此更需要透過全面評核，揪出不適任的檢察官。

第一件評鑑案

第一個送進檢評會的案子是劉仲慧案（註三），這個案子進來的時候，其實我也有一點覺得不妥，原因在於這個案子明顯是法務部送的，而這個檢察官是在情緒上有些問題的檢察官。

原本，《法官法》就是一套多軌的機制，法務部當然可以送評鑑。而檢察官雖然在大法官解釋（註四）的身分保障之下，法務部不一定能直接淘汰，但其實法務部長本身就可以認為她是否有達到可以懲戒的必要，進而送監察院；也就是說，法務部雖然沒辦法直接對檢察官進行停職、休職、撤職等處分，但他還是可以直接送監察院彈劾，何必一定要經過檢評會？法務部可以用其他行政上的方法先處理，首長還是有他首長的權力在。

而劉仲慧案我之所以不太高興的原因在於，我覺得這是法務部內部自己不想處理，簡單講，就是想「借刀殺人」；部長自己不想處理，就透過評鑑委員會處理。原因在於，有很明顯的對照組。當時有其他檢察官的案子，如井天博案（註五）及新竹地檢署檢察官的案子（註六），就沒有送檢評會。劉仲慧案有送，新竹及高雄的井天博案卻沒有送，直接就收押停職，移送監察院。所以委員會也覺得，既然你可以處理，那劉仲慧案為什麼不直接處理？

還有一點，就劉仲慧案而言，因為她不是涉及刑事問題，自然也無關停職處分，但在送交評鑑的過程中，她卻仍然可以辦案；法務部至少應該對她進行調派或停止分案，不應該再讓受評鑑人繼續偵查案件或處理個案。

總而言之，《法官法》是多軌機制，法務部既然送了，委員會也就進行處理。

新舊法銜接的問題

第二件就是司改會所送的林冠佑案，林冠佑案因為我從頭到尾都迴避，所以真的不知道委員會的討論情形如何。但這兩個案子，大概就花了將近一年半的時間討論。

劉仲慧案跟林冠佑案都遇到相同的一個問題，也就是新舊法銜接的問題。因為他們的行為有些是發生在舊法時期，《法官法》還沒通過的時候，是適用《公務員懲戒法》，然而兩部法規的懲處方式並不相同，所以委員會有很大的空間去討論懲處方式要如何進行平衡。委員會製作了兩個表單，一個是舊法的懲處方式，一個是新法的懲處方式，不過彼此間很難對照，因為不是一條對一條，況且必須有利於受懲戒人，所以他們在建議懲戒種類的時候，傷了很多腦筋。

我參與過一次通案的討論，其實還蠻複雜的，雖

然監察院不會更改委員會送交的懲處意見，但最終還是要以職務法庭的意見為主。而職務法庭的意見，又與委員會所設想的不同；譬如像劉仲慧案，委員會建議轉任檢察官以外的其他職務，但職務法庭最終的裁判竟是休職一年。

我個人認為，轉任檢察官以外職務比較有利於劉仲慧，儘管休職一年後還是可以回任，但在休職一年間是沒有工作的，如果是轉任檢察官以外其他職務，國家還必須保障她的薪水，自然比較有利於她。

職務法庭卻認為，劉仲慧不能適用新法；這部份我有些訝異，因為劉仲慧有一些事實是發生在《法官法》施行後，而部分行為則是在《法官法》規範的兩年時效內，怎麼會不適用於新法？委員會與職務法庭在新舊法銜接上的看法差異，從這裡便可見端倪。

請求評鑑的事實判斷

另一個問題則是評鑑內容的事實判斷，當初在設計上，如果應不付評鑑，就不干擾檢察官辦案，也就不會把評鑑請求書寄給他；但如果是應付評鑑，就一定會通知他陳述意見。由於沒有調查權，委員會很難去判斷某一件事實，更何況受評鑑人跟陳請人在講述同一個時空下所發生的情節時，內容常常是南轅北轍。

那委員會該如何判斷？我們想過一個方法大概是把檢察官請到會議中陳述意見，那當事人呢？陳請人要不要也請來說明？那如果不麻煩陳請人、也不麻煩檢察官，最後達成默契的標準動作就是，將受評鑑人所陳述的內容寄給請求評鑑團體，由請求評鑑團體表示意見。

譬如情節重大的界定，委員會便是希望這個交換表示意見的情形多了以後，能夠由請求評鑑團體，如民間司改會，幫我們建立那個標準。由你們跟我們講，為什麼從陳請人的角度認為這個是情節重大，他

到底受了什麼心理上面的傷害，舉例說明到底是什麼樣的原因。所以，請求情節重大的標準，我們是希望透過這種書狀交換、程序保障的方法來確認。

其實我也一直想真正建立一套程序保障的基準，只是到了黃世銘案就破功了。早期程序保障的基準是，某一個事實我們無法確認，而認為應該交叉表示意見的，我就會說服其他委員，該將那些光碟交由請求評鑑團體觀看，委員大也都表示認同。直到黃世銘案，整個才急轉直下；委員們這時才說，這個行為不是通案，要以個案來處理。

人力配置的問題

請求評鑑在2012年4月以後大量增加，主要還是因為司改會開始密集地送交檢舉案件；案件量的大增，同時更顯得檢評會的應對人力不足。

檢評會的幕僚是由法務部人事處派來支援，不過後來因為案件量真的大到一定程度，名義上雖然是支援，但其實已是檢評會的專辦人員。檢評會的執行秘書原則上由人事處副處長擔任，並帶領一位科長、一位科員共同協助辦理；但副處長僅在開會時到場，行政庶務全交由科長及科員負責。

檢評會與法評會幕僚不同的點在於，法評會的執行秘書是要先整理意見，而檢評會的幕僚們僅是把評鑑請求書寄給委員。當某一件評鑑請求的書面資料過於龐雜時，譬如花蓮地檢署檢察官吳文正的評鑑請求書就相當大量，該小組的審查委員就真的會很辛苦了。

個案評鑑的效果

根據某些檢察官的反應，個案評鑑確實有它的效果存在；我們常說法官跟檢察官沒有當過羈押被告，完全不能夠理解當事人的痛苦，而個案評鑑對他們來說，就是有類似那樣（羈押被告）的效果存在。

當檢察官真的收到請求評鑑書時，他就會緊張，除了正常辦案及每日庶務要處理外，他還要撥時間去寫請求評鑑書，對他們來講都是一個壓力，一種精神上的壓力。所以檢察官真的很討厭被評鑑。

個案評鑑的第一個效果，是檢察官態度的改善。以林冠佑案作為一個分水嶺，檢察官們發現這樣子真的會被評鑑，並送到監察院被懲戒，即便偵查庭不對外公開，但他曉得當事人可以透過民間司改會進行檢舉時，態度都會有些收斂。當然，笑裡藏刀的你還是拿他沒辦法。

個案評鑑所造成的第二個效果則更大，可直接影響該檢察官當年度的考績；簡單講，就是應用《法官法》第38條（註七）（請求不成立決議之情形）規範。

在一些個案評鑑的決議書中，雖然主文是請求評鑑不成立，但理由部分則會認為他行為失當，雖然主要的請求決議不成立，但仍會建議法務部以職務監督處理。這其中又可分為通案及個案兩種類別，一種是我們看到很多檢察官都有這樣的問題，另一種則是個別檢察官在部分行為上的失當。

在某些狀況之下，我們會另外做出決議請求法務部去督促，而不直接寫在決議書內；寫在決議書的部分則會依據《法官法》第38條，移請職務監督權人依第21條規定為適當之處分（口頭告誡、發命令促其注意或是警告）。如果在主文裡寫這樣的內容時，該檢察官的當年度評核一定是該檢察署裡的最後一名；只要評核最後一名，工作獎金就沒了，對檢察官的士氣影響很大。

個案評鑑的侷限

因為受限於法規，檢評會僅能以受評鑑的案件進行處理，無法去看受評鑑人這個評鑑案件以外的案件。由於〈檢察官評鑑實施辦法〉第13條寫到：「檢察官評鑑委員會審議評鑑事件時發現受評鑑人有其他

違失情事未經請求評鑑者，應移請法務部處理。」所以後來在檢評會的操作上，就真的是「不告不理」。

以花蓮地檢署檢察官吳文正案為例，當時司改會主要的請求評鑑理由是因為檢察官的態度不佳，但委員會在勘驗光碟時，卻發現有另外的問題，而這部分司改會並沒有提出。

儘管委員會後來依據〈檢察官評鑑實施辦法〉將這一部分移請法務部處理，但最終的結果如何，就不得而知了。

自律機制的盲點

儘管《法官法》規定評鑑委員會必須要有外部委員的參與，但不可否認地，設置於法務部之下的檢評會，卻十足被法務部視為是一個內部自律的機制。

平心而論，檢察官身分的委員們提供的討論意見，確實也讓我學到很多。有時候，怎麼從檢察官的角度、觀點來看事情，就會不太一樣；但有時候我或彭文正委員就會出來說，既然是評鑑，就不是站在檢察官的角度來看這個事情。我常常會提醒其他委員，人民理想中的檢察官是什麼樣子；我當然不會期待檢察官在每一個案子都是和顏悅色，但也應該盡量避免情緒控制不佳。

舉一個請求評鑑不成立的案子來說，在這個案件裡，檢察官確實沒有法律責任需要協助當事人，但也不應該硬梆梆地說：「你們自己有律師，你們律師自己不會這樣處理，我才不管你呢，這是你們家的事。」我的意思是，人民對檢察官的期待不只如此，人民會希望檢察官在這個時候可以為人民設想。

當然這時候也會有一些聲音出來，說檢察官很辛苦，不要因為這些小事，打擊檢察官的士氣；我們會提出來說，其實應該要從人民的角度來看，究竟一個適任的檢察官，應該是什麼樣貌。進一步而言，我覺

得評鑑也是人事審議的一環，人事審議不能鄉愿、不能有人情包袱；所以必須要有外部委員的參與。

依照我們以往的文化，僅是和稀泥或講人情，是無法進步地；有時候就是要讓他瞭解，可能一年的考績獎金拿不到，那又怎樣？當然有人會覺得很丟臉，從此他的升官就會比他的同期晚。簡單講，我們的文化太容易原諒小錯，可是你原諒小錯以後，他可能會犯大錯。

小結

經過兩年的驗證，評鑑委員會目前仍受到許多不合宜的法規限制，這部分我在送交法務部的建議事項中也多有提及，希望能儘速修正，以確立檢評會做為一個監督機制的主體性。□

註釋：

1. 檢察官評鑑委員會組織規程第二條：檢察官評鑑委員會召開時，由法務部部長指定現任或曾任最高法院檢察署檢察官、主任檢察官之委員一人擔任會議主席，主席因故未能出席會議時，應於會議召開前指定委員一人代理之。
2. 檢察官林冠佑因問案態度不佳，經司改會檢舉已遭監察院彈劾，目前正在職務法庭受審。
3. 劉仲慧檢察官在2012年任職於台東地檢署時，除了當庭辱罵張姓書記官「你們台東人說謊，臉色都不會變啊！」又對當事人說，「你們台東人都欺負我，我就欺負恁！」成為首名被評鑑懲處的檢察官，最終遭監察院彈劾，並遭職務法庭10日決議將她懲戒休職1年。
4. 大法官解釋第392號準用。
5. 高雄地檢署檢察官，2012年1月涉貪瀆案被聲押，2013年5月判刑、11月遭撤職。
6. 新竹某一個檢察官當時涉案，一審判無罪、二審判有罪。
7. 《法官法》第38條：評鑑委員會認為沒有第30條第二項各款所列情事者，應為請求不成立之決議。必要時，並得移請職務監督權人依第21條規定為適當之處分。

針對檢察官濫權起訴 或不起訴在訴訟法上的 改革芻議

◎張靜 經緯法律事務所主持律師

任何公權力之執行本來都該以合法正當妥適之方式為之，然不可避免的，任何公權力都可能被濫用，檢察權不論其性質是屬（純）司法權、準司法權抑或行政權，由於具有主動性，不若法院審判之不告不理原則只具有被動性，則發生濫權之可能性就更大。因而就檢察官在執行檢察事務所為之濫權，就有必要加以正視及予以規範之必要。

針對檢察官在執行檢察事務時可能發生之濫權，其事後之處罰機制，依我國目前的法律規定，除有刑事法律相關規範（註一）與國家賠償法第13條之規定外，固然可依法院組織法第111條、第112條及第113條暨有關公務員懲戒法之規定，從行政監督之立場予以事後懲治，也可依法官法第96條第1項、第51條第1、2項之規定，由被監督之檢察官之所屬機關（下稱監督機關）移由法務部逕行移送監察院審查、彈劾後移送司法院職務法庭審理，尚可依法官法第96條第1項、第35條第1項之規定，由監督機關或有關人員、機關、律師公會或團體請求檢察官評鑑委員會就個案進行評鑑。但無論如何，這都是事後之歸責手段，而非事前之預防措施。如從事前預防或防止檢察官濫權之角度來思考，在我國恐怕只能從修正或制定刑事訴訟法或其特別法之規定上著手（註二）。例如民國（下同）99年5月19日公布之刑事妥速審判法第8條及第9

條就上訴第三審所為之限制規定，就可防止檢察官的濫權上訴，另91年2月8日修正刑事訴訟法第161條第2、3、4項有關法院裁定通知檢察官補正證明方法及裁定駁回起訴之規定，也或多或少可防止檢察官的濫權起訴。

依法院組織法第60條規定，檢察官之職權為實施偵查、提起公訴、實行公訴、協助自訴、擔當自訴、指揮刑事裁判之執行及其他法令所定職務之執行。而眾所周知，檢察事務最主要的三項工作，其一就是實施偵查包括偵查終結時提起公訴或為不起訴處分、緩起訴處分及簽結等，其二就是實行公訴包括判決後之上訴或不上訴，其三就是指揮刑事裁判之執行。依我國多年來司法實務之經驗，執行檢察官就指揮刑事裁判之執行，能濫權之機會本就不多，會濫權執行之個案更少，故不值深論。而在實施偵查及實行公訴二項檢察事務，則常會發生幾種濫權情形：一是濫權起訴：不該起訴而起訴；二是濫權不起訴：該起訴而不起訴；三是濫權為強制處分：不該強制處分而為之；四是濫權偵訊：包括刑求及各種不擇手段之偵訊作為；五是濫權上訴（註三）。前已言之，類如刑事訴訟法第161條第2、3、4項有關起訴審查制之修訂，本是為防止檢察官濫權起訴所設計，此制源於德國刑事訴訟法制，可惜繼受到了我國就完全走了味，實務運作



之結果，更幾乎喪失了規範意義。以下，針對檢察官上揭五種濫權情形中之濫權上訴及不上訴，分別提出一些改革的建議，至於後三種濫權的改革建議，因受限於篇幅，留待他日為文。

濫權起訴

就檢察官濫權起訴方面，依世界各國的刑事訴訟法制而言，此可從四方面著手進行改革：其一是法院審判程序之改革，其二是偵查程序之改革，其三是中間程序（即介於起訴後與審判程序之間的刑事程序，以決定檢察官起訴之案件是否進入正式的審判程序）^{（註四）}的改革，其四則是起訴前法官介入程序（故非偵查程序）之改革。

首先，在審判程序之改革方面，採陪審（*petit jury*）制或參審制（如日本的裁判員制），加入了「素人法官」即一般人民的參與審判，通常會讓檢察官的起訴更為謹慎而較不會濫權起訴，如再搭配檢察官就無罪判決之案件不得上訴之規定，使得檢察官起訴只有一次在地方法院審判之機會，檢察官之起訴勢必會更加慎重。此外，在陪審制之下必須搭配卷證不併送或稱起訴狀一本主義，得以防止職業法官未審先判之預斷，也連帶會影響檢察官之起訴不致浮濫。

其次在偵查程序之改革，則有兩種法制上之選擇，一是法國刑事訴訟法所採的預審制，此制在偵查程序中即有預審法官之設計及介入，預審法官與檢察官互不統屬，互相獨立，二者功能亦有清楚劃分。預審法官以法官身分，從事檢察官的偵查起訴^{（註五）}，對於開始進行預審程序之重罪案件（應行預審）或常罪案件及第五級微罪案件（得行預審），檢察官於預審程序開始之後，即無獨立遂行證據蒐集之權限，檢察官只在預審程序開啓前，才擁有十分廣泛的犯罪偵查權限^{（註六）}。而預審程序之開啓，由檢察官以開始預審請求書請求之，一經開始預審程序，其後案件之處理即完全由預審法官主導，檢察官不得再以撤回或放棄先前所為追訴行為之方式，解除預審之繫屬狀態^{（註七）}，乃預審法官擁有對重大犯罪之偵查職權，且能行使羈押以外的各種強制處分權^{（註八）}。預審法官終結預審之裁定共有二種，一係犯罪不成立裁定，一係移送審判程序^{（註九）}。故在行預審程序之刑事案件，起訴與否已非檢察官之權限，當然能防止檢察官之濫權起訴^{（註十）}。

第二種偵查程序改革之選擇，則是美國的大陪審（*grand jury*）制。在美國，將刑事被告起訴之方式主要有二，其一為由檢察官以（簡易）起訴書（*information*）自行起訴，其二在聯邦或部分州則

為在檢察官主持下，由大陪審團以（正式）起訴書（indictment）起訴，在某種程度上大陪審團是用來限制檢察官濫權起訴之機制（註十一），也即大陪審團的目的在防止檢察官濫權起訴，以免對被告名譽造成損害（註十二）。大陪審團一般多為23人，聯邦法規定至少應有16人，部分州法則放寬至僅需5人、6人或7人者，但較多底限為12人，在23人之大陪審團，如聯邦的大陪審團，必須有16人以上之出席及至少有12人之贊成，始得為准予對被告起訴之決定（註十三），乃大陪審團主要在審查檢察官以indictment起訴被告所提之證據是否具備相當理由（probable cause），其性質上是屬於偵查機關，負有偵查犯罪之義務（註十四），故檢察官可取得法院所發之傳票強制任何人在大陪審團作證，而大陪審團只聽取由檢察官交來的案件，由檢察官決定傳喚那些證人及決定那個證人獲得免責權（immunity），訊問證人之程序也由檢察官進行，大陪審員很少自己訊問，且通常在證人證言結束時才提問（註十五），但大陪審團仍得調取證據（註十六），不過，大陪審團所調查之證據，限於對被告不利之證據，除非被告提出請求，才可調查對被告有利之證據，甚且，大陪審團擁有強制處分權，所為之強制處分也不必獲得法院之許可，而檢察官因沒有強制處分權，故檢察官常利用大陪審之強制處分權，以增加其蒐集證據之能力（註十七）。而大陪審團基於檢察官所提出證據以及建議決定為起訴（true bill）或不起訴（no-bill），也得指示檢察官以information之方式控訴被告非重罪之犯行（註十八）。雖然如此，大陪審團通常都淪為檢察官之御用機構，因大陪審團幾乎均聽從檢察官之意見，而對檢察官所制作之indictment所建議的罪名加以通過，以致被稱為檢察官的橡皮圖章，故如大陪審團多數認為證據不足，雖可駁回檢察

官的起訴請求，但這類案件約只占大陪審團所處理案件的3%至5%而已（註十九）。

但以上二種偵查程序改革之選擇，筆者都不贊同，因受限於篇幅，無法細論其因。筆者傾向於從審判程序之改革著手，即實行陪審制，並改採起訴狀一本主義、強化不法證據之排除（註二十）及檢察官對無罪判決不得上訴等改革措施，則濫權起訴之情形會大幅度遏止。

接著有關中間程序之改革部分，前已言之，91年2月8日我國刑事訴訟法修正第161條第2、3、4項，有關起訴審查制之規定，就是一種起訴後審判前之中間程序，賦予法院通知檢察官補正證明方法及逾期不補正時之駁回權限，其法律效果，則係援引刑事訴訟法第260條不起訴處分確定後禁止再行起訴之規定，而就違反者應諭知不受理判決。核採此起訴審查制之規範意旨，其目的在於防止濫行起訴案件進入審判程序，有其反面的控制功能，即監督檢察官恪遵起訴法定主義，如要讓被告接受審判程序的折磨，起碼要保證檢察官的起訴已經跨過法定門檻（註二十一）。

本來起訴審查制之增訂應可成為防止檢察官濫權起訴之有效機制之一，但惜乎十餘年來我國司法實踐顯示，一則因制度規範的不周全，二則因我國法院的保守作風及官官相護的執法態度，實務上各地方法院裁定通知檢察官補正甚或裁定駁回起訴之案例可謂鳳毛麟角，何況因檢察官之抗告二審法院因而發回的案例更不乏有之，以致無法達到防止檢察官濫權起訴之規範目的。



因此，起訴審查制必須進一步改革，其中改革的方向之一，是根本廢掉起訴審查制，但這必須搭配起訴狀一本主義之採行，因為在卷證不併送之下，地方法院承審法官既無卷證在手，自無法進行起訴後之審查（註二十二）。至在我國刑事訴訟未修正採行起訴狀一本主義之前，起訴審查制即有必要繼續維持而有進一步修正之必要。具體的修正建議有四：一則是徹底貫徹起訴審查之目的，不給檢察官補正之機會，法院如依卷證認定起訴不合審查標準—「指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能」，應即將起訴駁回，則檢察官之起訴將更為謹慎（註二十三）。二則是賦予被告聲請法院審查起訴是否符合審查標準之權，以彌補現制僅法院得依職權為起訴審查的規定，因只有法院得依職權審查之結果，絕大多數都會是不依職權為起訴審查（註二十四），故如能將法院依職權審查之發動權予以廢止，而將起訴審查之唯一發動權賦予被告，則是更好的選項（註二十五）。三則是應設置專門法官或至少將起訴審查法官與本案承審法官分離而由不同法官為起訴審查，以避免被告心理產生是否公平之質疑，更可貫徹無罪推定原則（註二十六）。四則，起訴審查現制僅規定審查期間限於「第一次審判期日前」，並無明顯或獨立之階段，以致會發生案件起訴到法院已歷相當時日並多次於準備程序開庭後，仍得透過起訴審查之方式終結訴訟之道德上危險（註二十七）。故法院之起訴審查應在起訴後（法院已收案並分案後）一定期間內為之。修法的建議是起訴審查之裁定，應在被告於第一次審判期日前聲請後一定期間（如30日）內為之，但法院如認為被告之聲請有延滯訴訟之意圖時得駁回其聲請（註二十八）。

最後，要提及美國刑事訴訟法的預審制，與法國

預審制不同的是，美國的預審制，是起訴前法官介入程序的預審，預審法官不能最終決定起訴與否，而法國的預審制，則是起訴前之偵查程序，有權決定起訴與否。依美國刑事訴訟法制，防止檢察官濫權起訴之二大主要機制，一則為大陪審團起訴，由大陪審團審查；二則為預審（Preliminary Hearing）由治安法官審查，但近年來，美國有部分州以直接起訴之方式取代預審，檢察官得直接起訴，由重罪案的審判法官審查是否合乎起訴之標準，而不是由治安法官審查（註二十九）。預審被認為有多重目的，如決定被告是否應釋放、交保或羈押，但最重要的功能在審查是否得對被告起訴。一般認為預審之目的及其理論基礎，在防止草率的、惡意的、無充分證據的、政治或宗教迫害的起訴。美國刑法上之輕罪，得由治安法官（Magistrate）審判，重罪案件則由審判法官（trial judge）審判，而不論重罪與輕罪之被告，皆需先經控訴（complaint），多為被害人或調查本案之警察宣誓簽名所作成之書類，在由治安法官審判的輕罪案件，此控訴即相當於請求法院判決的起訴書，但在由審判法官審判的重罪案件，此控訴僅在使治安法官知悉被告有遭控訴之情事，其後仍須有起訴書，審判法官才能受理、審判。

美國聯邦及約有三分之一的州規定，重罪必須經大陪審團審查始能起訴，而有三分之二的州則規定，除大陪審團起訴外，重罪亦得由檢察官簽名之起訴書替代。在大陪審團起訴之法域，被告有要求在控訴後的一定期間內舉行預審之權利，由治安法官在預審程序中決定案件是否應交付大陪審團審查。在預審中，檢察官必須舉證證明案件合於審查標準（有probable cause及prima facie二不同審查標準），如不合於審查

標準，治安法官即裁定案件不交付大陪審團審查，駁回控訴，即等於駁回起訴；反之，則為「准提交大陪審團」之裁定（稱為bindover），檢察官得將案件交由大陪審團為起訴與否之決定，但治安法官「准提交大陪審團」之裁定，並無拘束大陪審團之效力，大陪審團仍得認為不合於審查標準而不予起訴，或基於自由判斷予以起訴，或以較重或較輕之罪起訴等等。又檢察官得在控訴之後，預定之預審期日前，取得大陪審團的起訴書，則預審程序自動失效，無庸再行預審。但有少數州規定，檢察官不得藉取得大陪審團起訴書，以逃避預審程序（註三十）。

若為檢察官起訴之法域，大多數州規定在控訴，須通過預審之審查標準，檢察官始得向法院提出起訴書。乃預審審查若認定合於審查標準，法官即為准予起訴（bindover）之決定，檢察官即可向法院提出起訴書將被告起訴，對於預審法官准予起訴之決定，被告得請求駁回檢察官之起訴（motion to dismiss），此一請求，由審判法官審查，實務上多尊重治安法官之決定（註三十一）。因而，美國檢察官非經外部（大陪審團或/及治安法官）審查，不得向法院起訴，此等制度可有效防止檢察官之濫權起訴。

筆者贊同刑事訴訟在起訴前法官介入偵查程序的改革方式，不論此法官的名稱如何，且此法官最好是專門為介入偵查程序基於職務分配所設置，以累積其經驗而有較一致性的處理結果，目前我國檢察官聲請羈押、搜索扣押、監聽等由法官裁定強制處分之准否，其實就有這樣的作法，只是採輪值班辦理，致審查標準不一而倍受批評而已。

濫權不起訴

就檢察官濫權不起訴方面，則可從偵查程序或起訴前法官介入程序及審判程序（即自訴制度）三方面之改革著手。

就偵查程序之改革，固可從內部的再議制度予以檢討，亦可加入外部的監督審查機制。前述美國偵查程序中的大陪審制，固然其建置的主要目的是防止檢察官濫權起訴，但事實上也同樣可以防止檢察官的濫權不起訴，如對政府官員或其他有錢有勢之人士，及檢察官以其私人理由不願起訴之案件，大陪審團也偶爾會變成「脫韁之馬」，不聽從檢察官意見，而自行將被告提起公訴，此種不根據檢察官所製作之起訴書，而由大陪審團直接向法院所作之起訴，不稱為“indictment”而稱為“presentment”（註三十二）。而考諸大陪審之所以具有制衡檢察官濫權不起訴之功用，係緣於大陪審團傳統上得本於職權進行調查、追訴之功能（註三十三）。

日本偵查法制則有其特殊之設計，關於檢察官不起訴處分當否之審查，由抽籤選出的平民百姓11人組成之檢查審查會掌理。依日本檢察審查會法之規定，檢察審查會獨立行使其職權，於告訴人、告發人、請求乃論案件之請求人或犯罪被害人（犯罪被害人死亡時，其配偶、直系親屬、兄弟姊妹）不服檢察官不起訴處分聲請時，應就檢察官之不起訴處分進行審查，亦得依其過半數之決議，基於自行所得知之資料，依職權審查，其審查會議，不公開行之。檢察官於受檢察審查會請求時，應提出審查必要之資料或出席審查會議陳述意見。檢察審查會得照會公務機關或



公私團體而請求必要事項之報告，並得通知聲請人及證人到會接受詢問，復得邀請適合之人出席會議，以徵詢法律及其他相關之專業協助意見，必要時，尚得委請律師以擔任該案件之審查輔助員，審查輔助員行使其職務時，應依檢察審查會係為謀求公訴權之實施能適正反映民意而設置之意旨，不得為妨害其自主判斷之言行。檢察審查會於認定應予起訴時，得在有檢察審查員8人以上之多數作成應予起訴之決議，否則得以過半數多數決，或則在認定不起訴處分不當時，作成不起訴不當之決議，或則作成不起訴處分適當之決議。就各該結果之決議，檢察審查會須製作附理由之決議書，檢察官應速參考應予起訴或不起訴不當之決議，檢討是否應予起訴，並就該決議相關案件提起公訴或仍作成不起訴處分。檢察官為以上不起訴處分時，應將其意旨立即通知檢察審查會，檢察審查會就先前決議起訴而檢察官仍為不起訴處分之案件應進行審查該處分之當否，檢察官在收到檢察審查會應予起訴之決議書繕本3個月內（於檢察官通知檢察審查會延長必要時間及其理由時，加計其期間）內，未有不起訴處分之通知，視為該決議已有與不起訴處分同一之處分，亦應進行審查該處分之當否，如以檢察審查員8人以上之決議起訴時，應於決議書記載檢察審查會所認定之犯罪事實，於此情形，應特定構成犯罪之事實，並得以限制日時、場所及方法之方式為之（註三十四）。此決議書應請審查輔助員輔助作成，並應送交該檢察審查會所在地管轄之地方法院，但於認為適當者，得送交與起訴決議案件相關之犯罪地或犯罪嫌疑人居所、居所或現在地管轄之地方法院。法院應指定律師就起訴決議相關案件提及公訴及擔當訴訟之維持而執行檢察官職務，但對檢察事務官及司法警察之指揮監督，應囑託檢察官為之，該指定律師視為公務

員。此規定之用意是因檢察官既二度為不起訴處分，要求檢察官實行公訴實有困難，故以指定律師代行（註三十五）。

日本檢察審查會可說是仿效美國大陪審而設之制度，但大陪審與檢察審查會之方向全然不同，檢察審查會是對檢察官之不起訴處分行監督審查，大陪審則主要是對檢察官起訴之審查。檢察審查會所以僅就檢察官之不起訴處分為審查，這是因起訴之當否，既有法院審判於其後，故在偵查程序中並無另設審查制度之必要（註三十六）。但因日本除了檢察審查會及因而伴隨之準起訴制度（或稱付審判制度）之外，刑事訴訟法尚有另一種準起訴制度之規定，也就是如同我國的交付審判程序，是檢察官起訴獨占主義及起訴裁量主義之重大例外，惟在日本可以提出交付審判請求之罪，是其刑法第193條至第196條所規定公務員或特別公務員（法官、檢察官、警察等）濫用職權、暴行凌虐、濫用職權致人死傷之罪及破壞活動防止法第45條規定之公安調查官濫用職權罪。因此等犯罪，均係有關人權侵害之公務員濫用職權之犯罪，而從來檢察官的裁量不起訴處分率在官僚主義之官官相護之下一直較高，致不能充分保護公務員濫權行為之被害人，為落實日本憲法第36條所規定絕對禁止公務員施用拷問或酷刑，乃立法規定準起訴制度，實效化開關裁判之救濟途徑，此係仿自德國之強制起訴程序，但又不盡相同。在此制度之下，不服檢察官就公務員濫用職權罪所為之不起訴處分，告訴人、告發人或律師公會得以書面聲請該管法院將案件交付審判，此寓有由公眾監督檢察官起訴裁量之意義。至於聲請交付審判之期間，為收到檢察官不起訴處分之通知後7日內，聲請狀之提出，應向為不起訴處分之原檢察官為之，俾原

檢察官有重行考慮是否提起公訴之機會，如檢察官重行考慮之結果，認為聲請有理由，應即提起公訴，準起訴程序至此終結，嗣後即依公訴程序辦理。反之，若檢察官認聲請無理由，而維持其不起訴處分時，則應自收受聲請狀之日起7日內，加具意見書，連同卷宗、證物移送該管法院，其意見書應記載所以不提起公訴之理由。該管法院受理後，其審理及裁判，應以合議庭為之，必要時，得調查事實，審理結果應分別情形為如下之裁定：一係以聲請違背法令上之程式或係於聲請權消滅後所為之聲請，或其聲請為無理由者，應駁回其聲請，就此駁回裁定，通說認為聲請人可依日本刑事訴訟法第419條規定為抗告（註三十七）；一係以聲請為有理由者，應將案件移付該管地方法院審判，法院之裁定即視為公訴之提起，而以裁定書擬制為起訴書，故裁定書應比照公訴書之應記載事項而為記載。惟關於公訴之提起，既非檢察官之所願，則關於公訴之實行，自不適合強求檢察官勉為其難而為之，故此際，實行公訴之任務，應由法院指定律師行之。受指定之律師，為維持公訴，須於各審級之程序負責到底，直到判決確定為止（註三十八）。

前面提及德國之強制起訴制度，係予告訴人得對檢察官之不起訴處分，聲請上級檢察機關再議，及進而聲請法院強制檢察官起訴之權，以制衡檢察官之濫權不起訴，我國刑事訴訟法上之交付審判制度，就是參考德國之強制起訴程序及日本的準起訴程序（而日本的準起訴程序也是參考德國之強制起訴程序而來，故德國之強制起訴程序是類此制度之老祖宗）。依德國刑事訴訟法規定，強制起訴程序僅適用於不起訴法定主義之案件，裁量不起訴之案件及自訴案件並不適用。這是因強制起訴制度本係為監督檢察官違反不起訴法定主義所設，而與自訴制度有密切關連（註

三十九）。至於有聲請再議之權者，以曾向檢察官提出告訴之被害人（註四十）為限，告訴人於接受檢察官不起訴處分之通知後，如有不服，得於二星期內向該管上級檢察官聲請再議，經上級檢察機關以無理由駁回時，告訴人得於接獲通知後一個月內，轉向邦高等法院聲請以裁定命令檢察官提起公訴（註四十一）。向法院為此聲請時，聲請書應經律師簽名，由律師把關，並應提出據以聲請之事實及證據方法。受理聲請之法院，應命檢察官將案卷轉交法院審查，並得預定期間命被告提出答辯。法院得指定受命法官或囑託其他法院之法官進行調查，亦得由檢察官補充偵查，經調查完畢後，法院若認並無命令檢察官提起公訴之充分理由，應裁定駁回告訴人之聲請，此之裁定，具有實質之確定力，非有新事實或新證據，檢察官不得就同一案件再行起訴；否則，若法院於進行必要之調查並訊問被告後，認告訴人之聲請有理由時，應為命令檢察官提起公訴之裁定，檢察官就此裁定負有執行之義務。但為免檢察官對此違背其本來意願而提起之公訴，在嗣後本案審理程序中，敷衍其公訴之實行，乃特別規定告訴人得以參加訴訟人之身分而介入訴訟，並享有與自訴人相同之權利，告訴人因而得親自或委任律師出庭，得提出證人，亦得經由其律師閱覽卷宗，並於不服判決時，擁有上訴之權。惟在實務上，告訴人顯少於強制起訴程序中達到所期待之目的，其主要原因，是因檢察官所為之不起訴處分果有不當，幾均已因聲請再議先行程序之上級檢察機關在審查中獲得糾正，而無待嗣後法院之命令起訴，故強制起訴程序之存在，似止於備而不用之性質，不過確足以發揮直接之制衡效果（註四十二）。

此外，我國與德國刑事訴訟法所規定之自訴，也是節制檢察官公訴獨占的另一種機制，雖然自訴之提



起，限制頗多，但無論其限制如何，仍具有其制衡檢察官濫權不起訴之一定作用（註四十三）。故我國的自訴制度，在檢察官濫權不起訴尚未有效之控制之前，不宜輕言廢除，而只能從改革自訴制度著手，以去除自訴所可能引起之弊端及強化自訴之效果。茲法院組織法第60條既明定檢察官之職權包括協助自訴及擔當自訴，但觀諸我國刑事訴訟法有關自訴之規定，幾乎沒有檢察官協助自訴之規定，僅第330條第2項檢察官對於自訴案件，得於審判期日出庭陳述意見，也未必是陳述對自訴人有利之意見，更未必是以協助自訴之態度而為之，此誠有待進一步的檢討與修正。

我國之交付審判制度自91年2月8日施行迄今，據李慶隆律師於96年2月所發表的一篇文章，將我國21個法院聲請交付審判自91年2月8日至95年8月31日止四年多之案件加以統計已衝破5千件以上，而已下裁定之案件至少有3,052件，但裁定獲准之案件總共只有19件，僅占全部已下裁定案件總數之0.62%，其他均遭駁回。至駁回原因分為不合法及無理由兩種，而以無理由駁回者有2,094件，佔68.61%，探究其原因，是刑事訴訟法第258條之3第3項雖規定，法院審查聲請交付審判案件時，得為必要之調查，但台灣高等法院於91年4月25日曾召開法律問題研討會並作成決議，該決議內容嗣即為全國各地方院所遵循，此決議最重要之內容即法院調查證據之範圍，應以偵查中曾顯現之證據為限，不可就聲請人新提出之證據再為調查，亦不得蒐集偵查卷以外之證據有以致之（註四十四）。惟觀諸德、日法制，法院調查證據之時點均以法院下裁定時為準，非如我國以檢察官為不起訴處分時為準，故從交付審判制度功能之實效性而言，德、日立法例確有值得我國之借鏡（註四十五）。因而，聲請交付審判可從以下幾點再為改革：其一，參考

德、日法制，將法院調查證據之時點延至法院裁定時為準，但不適用嚴格證明，而以自由證明即為已足（註四十六）。其二，牽涉聲請交付審判之前置程序即聲請再議之聲請人，如依德國法制以曾提出告訴之被害人為限，則此被害人應放寬，不應限於直接被害人，如依日本法制，則告發人、律師公會均得聲請再議，如依南韓法制，告訴人及告發人也均得聲請再議，而至少應比照我國刑事訴訟法第256條第3項規定之法律，就死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑，應依職權逕送上級檢察機關首長再議之案件，其告發人或未經告訴之被害人得聲請交付審判，就更能防止檢察官之濫權不起訴。其三，聲請再議不必然是聲請交付審判之前置程序，為加快刑事案件之進程，無妨改採如韓國以二者擇一之方式，得選擇聲請再議或選擇聲請交付審判。其四，我國刑事訴訟法第258條之3第5項係規定被告對於交付審判之裁定得提起抗告，駁回之裁定則不得抗告。但此實應反過來修正，就駁回交付審判之裁定，應改為聲請人得抗告，但不得再抗告，而被告對於交付審判之裁定則不得抗告，因被告可在其後之審判程序中主張無罪，此亦為日本之通說（註四十七）。其五，法院為交付審判之裁定時，現制為視為案件已提起公訴，但檢察官既為不起訴處分而不願提起公訴，則勉強檢察官實行公訴，恐與人性有違，公訴之實行也難以操作，故如修改為視為自訴而以自訴程序進行應更合宜（註四十八）。

小結

就檢察官之濫權起訴及濫權不起訴問題，世界各國法制各有不同的防弊設計，而鑑於我國檢察官偵查及起訴（或不起訴）權限之大，幾乎超過任何國家的檢察官，但訴訟法上的防弊規範，卻恐怕是民主法治

國家中最少的，故更有必要參酌各國法制，從訴訟法上的改革著手，以維護被害人及被告之人權，並符合檢察官作為公益代表人之制度目標。□

註釋：

1. 刑事法律相關規範包括刑法第213條公務員登載不實文書罪、刑法第165條之湮滅刑事證據罪、刑法第125條濫權逮捕、羈押、意圖取供、追訴或不追訴罪、刑法第126條凌虐人犯罪、刑法第132條洩漏國防以外秘密罪及貪污治罪條例所規定之罪等。
2. 在美國有許多州的檢察官是由人民選舉產生，有任期之限制及經選民對其任期內作為的檢驗，也可防止檢察官之濫權；另在特定案例中，任命特別檢察官取代檢察官，也可對檢察官之濫權有所制約，但在我國法制上，目前均沒有這種可能性。
3. 雖然理論上還應有濫權不上訴之濫權問題，不過，由於司法實務上會發生濫權不上訴之機會甚鮮，此必須一方面法院判決判的極為離譜，一方面檢察官就此離譜判決又不上訴才可能發生，而極為離譜之判決究竟只占極少數，且果有極為離譜之判決，以我國檢察官濫權上訴已成習慣的作風來看，對之濫權不上訴之機會更是微乎其微，故不值得深究，實務上大概只有院檢同收賄賂之情形下才會發生。
4. 林鈺雄，「檢察官論」，頁164-165，學林文化事業有限公司，1999年4月。
5. 蔡秋明，「法國檢察制度簡介」，檢察新論創刊號，頁263，2007年1月。
6. 同上註，頁265，重罪為逾10年以上有期徒刑或無期徒刑之罪，常罪為6年以上10年以下有期徒刑之罪，微罪分五級，一級至五級由輕而重。
7. 同上註，頁268-269。
8. 同上註，頁259-260。
9. 同上註，頁270。
10. 依美國刑事訴訟法制，在治安法官的預審（Preliminary Hearing）程序，也有防止檢察官濫權起訴之功能，治安法官在預審時，得以缺乏「合理根據」（probable cause或譯為「相當理由」）為由駁回起訴。但此與法國之預審制是放在偵查程序截然不同，沈宜生，「美國刑事不對稱上訴制度」，刑事法雜誌第55卷第1期，頁21，2011年2月。
11. 黃紋綦，「美國大陪審團制度及陪審團制度之介紹與觀察」，檢察新論第8期，頁279，2010年7月。
12. 王兆鵬，「美國刑事訴訟法」，頁10，自行出版，2004年9月。
13. 黃東熊，「刑事訴訟法研究」（第二冊），頁400，自行出版，1999年4月；林朝榮，「檢察制度民主化之研究」，頁99，文笙書局股份有限公司，2007年9月。
14. 黃東熊，「刑事訴訟法研究」（第二冊），頁399-400，自行出版，1999年4月；楊崇森，「美國大陪審制度之功能與運作」，軍法專刊第56卷第3期，頁228，2010年6月。
15. 楊崇森，「美國大陪審制度之功能與運作」，軍法專刊第56卷第3期，頁231，2010年6月。
16. 黃紋綦，「美國大陪審團制度及陪審團制度之介紹與觀察」，檢察新論第8期，頁283，2010年7月。
17. 黃東熊，「刑事訴訟法研究」（第二冊），頁401，自行出版，1999年4月；鍾鳳玲，「檢察官不起訴處分監督及審查制度之比較研究」，法學叢刊第185期，頁9，2002年1月。
18. 黃紋綦，「美國大陪審團制度及陪審團制度之介紹與觀察」，檢察新論第8期，頁281，2010年7月。
19. 黃東熊，「刑事訴訟法研究」（第二冊），頁401，自行出版，1999年4月；楊崇森，「美國大陪審制度之功能與運作」，軍法專刊第56卷第3期，頁232，2010年6月；鍾鳳玲，「檢察官不起訴處分監督及審查制度之比較研究」，法學叢刊第185期，頁9，2002年1月。
20. 如果有關不法證據禁止使用的排除規範，能進一步修正的較現行刑事訴訟法更明確、具體、細緻及不要過於權衡（因過於權衡，以法官保守及官官相護之心態，大都傾向權衡為有證據能力），檢察官在起訴時就明知或有所顧慮他手中的證據必定或很可能被排除使用時，他就會更加慎重考慮該不該起訴。
21. 林鈺雄，「論中間程序—德國起訴審查制的目的，運作及立法論」，月旦法學第88期，頁70-71，2002年9月。
22. 黃朝義，「刑事訴訟法之修正意見」，司法改革雜誌第37期，頁43，2002年2月。
23. 王兆鵬，「起訴審查—與美國相關制度之比較」，月旦法學第

- 88期，頁57，2002年9月。不過所謂起訴之法定門檻，依刑事訴訟法第251條第1項是「依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑」，而起訴審查之要件則是「指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能」，二者意義是否相同，見解不一，吳冠霆，「我國起訴審查制度之檢討」，刑事法雜誌第50卷第6期，頁56-57，2006年12月。
24. 王兆鵬，「起訴審查與美國相關制度之比較」，月旦法學第88期，頁56-57，2002年9月。
25. 吳冠霆，「我國起訴審查制度之檢討」，刑事法雜誌第50卷第6期，頁60-62，2006年12月。
26. 陳運財，「起訴審查制度之研討」，月旦法學第88期，頁29、34，2002年9月；林鈺雄，「刑事訴訟法上起訴審查新制的檢討」學術研討會，台灣本土法學第36期，頁145-146，2002年7月；吳冠霆，「我國起訴審查制度之檢討」，刑事法雜誌第50卷第6期，頁62-63、79，2006年12月。
27. 吳冠霆，「我國起訴審查制度之檢討」，刑事法雜誌第50卷第6期，頁52，2006年12月；林鈺雄，「刑事訴訟法上起訴審查新制的檢討」學術研討會，台灣本土法學第36期，頁146-147，2002年7月。
28. 吳冠霆，「我國起訴審查制度之檢討」，刑事法雜誌第50卷第6期，頁63-65，2006年12月。
29. 王兆鵬，「起訴審查與美國相關制度之比較」，月旦法學第88期，頁53，2002年9月。
30. 同上註，頁53-54。
31. 同上註，頁54-55。
32. 呂光，「簡介英美陪審制度」，法令月刊第21卷第12期，頁9，1970年12月，黃東熊，「刑事訴訟法研究」（第二冊），頁401，自行出版，1999年4月。
33. 林朝榮，「檢察制度民主化之研究」，頁152-153，文笙書局股份有限公司，2007年9月。
34. 此係因日本採起訴狀一本主義及訴因制度之故。
35. 日本刑事訴訟法採檢察官起訴獨占主義（無自訴制度），關於有無追訴之必要，復採全面、徹底之起訴裁量主義或稱起訴便宜主義，不論犯罪之類型如何，檢察官均得依職權為不起訴（此稱為起訴猶豫制度），故為避免檢察官行使公訴權權獨斷的弊端，始設有檢察審查會及準起訴程序，以抑制並救濟檢察官不當之不起訴處分，鍾鳳玲，「檢察官不起訴處分監督及審查制度之比較研究」，法學叢刊第185期，頁2，2002年1月。
36. 同上註，頁3及頁21，註15。
37. 吳冠霆、陳貞卉，「我國交付審判制度之檢討」，刑事法雜誌第48卷第1期，頁36，2004年2月。
38. 林朝榮，「檢察制度民主化之研究」，頁159-164，文笙書局股份有限公司，2007年9月。
39. 林鈺雄，「檢察官論」，頁170-171，學林文化事業有限公司，1999年4月。依德國刑事訴訟法第374、376條規定，某些特定輕罪，如侵入住宅、侮辱罪、妨害書信秘密罪、傷害恐嚇罪、毀損罪等，以由被害人提起自訴為原則，檢察官只有在與公共利益有關時，始得提起自訴，此與我國之自訴制度有很大的不同。
40. 依德國通說見解，每一位因違法行為而受到利益之被侵害者，以致有權循刑事訴訟途徑要求應報之人均得為被害人，亦即是以可罰行為是否嚴重影響關係人「合理之利益」為斷，所謂「合理之利益」，乃指關係人要求國家進行刑事追訴之主張，與其合理的應報需求相當，此與我國司法實務見解認為只限於直接受害人不同，同上註，頁171；Claus Roxin著，吳麗琪譯，「德國刑事訴訟法」，頁425，三民書局股份有限公司，1998年11月。
41. 此與我國係向地方法院聲請交付審判不同，而依南韓刑事訴訟法及檢察廳法的相關規定，也是向高等法院聲請交付審判，高等法院如裁定准許時，係裁定將案件交付地方法院審判，此視為已提起公訴，並由高等法院指定律師充當檢察官之職務以維持公訴之進行，而有權聲請再議及交付審判的，不限於告訴人，也包括告發人，但告訴人或告發人必須在聲請再議與聲請交付審判中作一選擇，聲請再議並非聲請交付審判之前置必經程序，黃東熊，「刑事訴訟法研究」，頁421-423，自行出版，1981年4月。
42. 林朝榮，「檢察制度民主化之研究」，頁157-159，文笙書局股份有限公司，2007年9月；林鈺雄，「檢察官論」，頁172，學林文化事業有限公司，1999年4月。
43. 林朝榮，「檢察制度民主化之研究」，頁155-156，文笙書局股份有限公司，2007年9月。
44. 後來此決議即成為法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第134點之內容。法院實務界認為若允許法院可蒐集偵查卷外之證據，將與刑事訴訟法第260條規定再起訴之目的相混淆，林俊益，「聲請法院交付審判」，月旦法學第87期，頁21，2002年8月。
45. 李慶隆，「我國交付審判實務運作成效之探討」，刑事法雜誌第51卷第1期，頁104-106、110-113，2007年2月。
46. 林鈺雄，「刑事訴訟法」（下冊），頁103，自行出版，2013年9月。
47. 吳冠霆、陳貞卉，「我國交付審判制度之檢討」，刑事法雜誌第48卷第1期，頁36，2004年2月。
48. 同上註，頁44-48。

徐案巡講

《徐自強案》

正義還在路上

讓更多人關注司法，
口頭上的正義才有落實的可能

◎徐自強_民間司改會志工

我一直認為「演講」是律師們的事，從未想過有天要自己去講，所以當得知要以當事人的身份去學校演講時，真的有點不知所措。對於我這個心理素質不太好，從小一直逃避上台，能不用上台就盡量躲的人，演講對於我來說確實是個很大的挑戰，但是為了讓更多人清楚整個事件發生的經過，和法院是如何審理案件和認定事實，也只好鼓起勇氣硬著頭皮去了。

生平的第一次演講，對我而言是蠻特別的，坦白說，站在講台上還是挺緊張的，台下坐了很多同學和老師，連主任都來了，只是比起站在法庭面對那些法官輕鬆多了。在中豪的帶領下，我分享了這18年來所經歷的一些事情與感受，家人和律師們又是如何從死神的手裡把我搶回來，讓我意外的是，同學們的反應還蠻強烈，演講還算是順利啦！

巡迴演講對我來說是很有意義的經歷，在演講的過程中，不難發現大家對於法院是完全陌生，和以前的我一樣，由於大多數人一輩子都不曾走進法院，訴訟更是一般人一生都接觸不到的領域，因此更不了解。當我把自己在法



庭上所經歷的過程與內心的感受講述給大家聽時，感受到同學們的驚訝，再透過與同學們的對談，更能感受到他們的震撼。「證據法則」不是法院審判最基本的原則嗎？「無罪推定」不是普通常識嗎？大家不能了解，為什麼法官的判決一次又一次背離了普通的生活常識呢？他們對司法感到很失望，演講終了，同學又會提出更多問題私下討論。每次演講結束，我們都帶回了滿滿的加油打氣和很多溫暖，尤其是在整理回饋單時，心裡總是暖暖的，有種無法形容的感動！更別說是在開庭時看到一群不同學校的同學們坐在旁聽席上了。

很感謝每次巡講時面對的每一個人，包括同學、老師、萍水相逢的人，感謝老天，給了我這樣的機會，讓我的心裡充滿溫暖和感動，也希望藉著這次的分享，讓大家了解法院的問題，喚起年輕人對司法的關注，了解法官在審理案件的過程是需要被社會大眾監督的，只要讓他們了解，人民是願意走進法院的，也只有透過更多人去關注司法才有可能落實公義，把口頭上的正義，化為看得見的正義，感受到實實在在的公平與正義。



讓徐自強對社會講 「徐自強案」

◎黃中豪 民間司改會執行秘書



2013年8月徐自強案在高等法院更九審法庭開始審理，司改會和義務律師團決議，為擴大社會對徐自強案之認識，要舉辦徐自強案的公開演講。一件邁入第19年的司法案件，要如何向社會大眾陳述呢？我沒有頭緒，只知道一件事，這次要讓徐自強自己來講徐自強案。

先談我自己。2011年在一個偶然機緣，走進台北高等法院旁聽徐自強案的辯論法庭，然後在蕭逸民先生的邀請下，我參加司改會徐自強案實習生計畫當志工，最後，加入司改會辦公室專職的行列。著手組織實習生和志工團，進行徐自強案卷宗電子化，和實習生討論徐案，3年來，我的工作大都圍繞著徐自強案的救援。我的朋友都聽我說過徐自強的故事，可是，正式場合宣講徐自強案，一個正在審判中的案件，這是新的嘗試，也有一定的風險。

再談徐自強。認識他的人都知道，他私底下個性活潑，是一個很愛聊天分享的人，公開場合他不擅

於言詞。要徐自強公開講述他自己的案件，可能有難處。這個難處也是我接觸徐案起初的疑惑，更七審的5次辯論庭，我坐在旁聽席看著徐自強的背影，預期他會極力為自己的無罪辯護。結果出乎意料，每次法官對他問話，他的回答都是「我沒有做」這四字，千篇一律的回答讓我無法理解，如果換成自己是被告，我絕對會全力為自己的清白辯護，為什麼徐自強不多說一些話呢？

2012年5月19日速審法實施，羈押16年的徐自強走出看守所，等到我們彼此熟悉後，我問他這個問題，「在法庭上你為什麼只說那四個字『我沒有做』，為什麼不為自己多做辯護呢？」徐自強單刀直入地反問，「我說有用嗎？」他曾經為自己的清白辯護說話，然而19年來歷次法庭審判的結果仍然判定他有罪，徐自強不願意再多說什麼，在法庭上，他把辯護交付給義務律師團，自己不願意再多談。

上場前，先做好準備

舉辦徐自強案巡迴演講成為司改會志工團的一個重要工作任務，志工們開始討論要如何計畫和實行。志工和實習生提議，由他們主動開始在內部宣講徐自強案。第一場內部宣講只有30分鐘，一群司改會實習生和志工當聽眾，由熟悉徐案的實習生介紹案情，徐自強接受聽眾的Q&A問答，宣講後大家檢討優點和缺失。清華大學實習生陳書伶宣講，陳梅慧志工宣講，政治大學志工呂嫻蘭講，就這樣，在每週一次又一次的內部宣講試驗中，志工團逐漸整理出徐自強案公開宣講的脈絡和程序。

徐自強自己來講徐自強案，這是很好的構想。實際內部操作發現，徐自強比較適合用問答的方式，講述他自己的經歷。由於徐案的特殊性，經歷11場審判，5次非常上訴，大法官釋憲582號，又羈押於重刑舍房16年，徐自強有太多的故事可以講。透過內部宣講，阿強漸漸習慣在公開場合說話，一問一答的方式也讓他學習到，如何快速地掌握別人的提問，以及反應回答。

徐案案情的介紹和正反雙方證據的呈現，這個部分由他人來介紹，不適合由徐自強自己講。介紹案情和證據時，我們發現光靠口頭敘述聽眾很難理解，需要有簡短影片和投影片做為演講媒介。志工們開始分工，許阿棟志工設計懶人包，蔡名修志工有影像技術背景，為我們剪接了一個徐自強案的短片，政治大學魏豫豪志工熟悉案情，他負責設計介紹案情的投影片。

出擊，公開上場

在潘蓓臻志工牽線協助下，第一場公開演講在師大附中宣講，題目是「司法改革與徐自強案」。我和阿強事前分工，上半場我來播放短片，透過投影片介紹徐案案情，呈現正反雙方的證據，下半場徐自強接下QA問答主答。公開我們所知道的徐案證據，現場聽眾的反應會如何？聽者會詢問阿強那些問題呢？他們會質疑或懷疑徐自強的清白無罪嗎？這一切是未知，我們只能做好準備，上場面對未知。

10月31日周四下午，師大附中一間中型的階梯演講教室，坐滿3個班級的高二學生，公民老師們希望透過實際司法案例讓高中生了解司法改革。校長和訓導主任都蒞場歡迎，接著學生們陸續進來教室，大都帶著書本或講義，意思很清楚，如果演講沒有什麼內容，他們可以選擇不聽，低下頭讀自己的書。一個小時過得很快，當我講到「歷審法院認定的事實只有另外兩位共犯的自白證據，而有利於徐自強本人的證據不被法院採信」時，學生們的眼神，他們不相信法院會做出如此判決，審判的事實卻清楚地擺在他們眼前，我可以感受到現場同學的情緒。

後半段的QA問答很踴躍，同學們不只是質疑法庭對證據的認定標準，也好奇徐自強個人在歷審法庭的遭遇，他如何看待台灣的司法審判。演講結束，同學一個一個地聚集到講台前，他們想要表達某些東西，又不太知道如何表達，就這樣一群男女學生圍繞著徐自強，繼續問他問題。我站在旁邊，感受學生的青春熱情和正義感，有幾位同學鼓起勇氣擁抱徐自強，似乎那個擁抱可以減輕這個國家壓在徐自強身上最沉重的罪，同時擁抱的人也得到舒坦。顯然，一件冤案不只是壓在當事人和他的家人身上，也壓迫著所有人的心靈。

擴散，打開戰場

2013年末至今共舉辦了19場演講，我與徐自強前往大學、高中、社團和基金會演講徐自強案，累計有一千多位聽眾。每次演講的開場我們會告訴聽眾，徐自強本人站在台前，他的案件正在高等法院審理中，徐自強案的審判結果可能是死刑、無期徒刑或無罪，對於每一個人，徐自強不只是一件法律案件的當事人，他是一個活生生在你面前的人。對於台灣司法，徐自強案不只是一件訴訟經年的案件，它是台灣司法審判是否落實無罪推定原則的重要指標。

演講活動結束常常已經是深夜了，徐自強坐在駕駛座開車，載著我和陳梅慧離開演講的地方，我們齊心完成一件任務，心裡充滿著滿滿的喜悅。隨著的演講的累積，阿強越來越會表達他的感受，樂意說出自己的法庭遭遇和經歷，他願意回答每一個問題，因為他發現說出來有用了。演講能不能影響未來徐案的判決，我們無法得知，清楚的是，這幾次徐自強案在高原開庭時，越來越多不同學校的學生和民衆進入法庭坐在旁聽席，甚至擠滿刑事法庭外面的二樓走廊，他們都站出來關心，他們明白司法需要人民的參與和監督才會進步。

你聽過「無罪推定原則」嗎？你想不想聽徐自強案的演講？你願意協助舉辦徐案演講嗎？請聯絡司改會徐自強。☎

最深最沉的井底倒映著 最閃爍的光芒

◎陳書伶_清華大學中文系

一段特殊的緣分，絕對是最蜿蜒，但路徑最清晰的一條路，因為不管往前走了多遠，還是會時常來回走動，回憶一路上所帶來的成長與改變，像是不斷複寫最心愛的人的名字、呢喃一句最真摯的誓言般。浪漫嗎？這條路就是2013年暑假我走向司改會及認識徐自強的路。

因為這段機緣，加上徐案在各大學展開巡迴演講，我也決定要在清大舉辦講座。如何宣傳以及向誰宣傳是我最困擾的問題，畢竟清大沒有法律系與法律扶助社，該怎麼讓課業繁忙的學生了解冤案的重要性，並且願意抽空前來呢？對於未接觸的人而言，司法議題可能是封閉、專業性的議題，充滿著法律知識，一旦覺得與切身無關，自然而然不會關注這類議題。因此我的作戰策略是增加這場講座的訊息曝光度，除了請清華學院的揚宜老師向人權服務學習小組宣傳以外，也在學校各個顯眼的地點貼海報。我甚至在民法總則與刑法總則的課堂上宣傳這場講座——難度在於，我必須以最簡短的说法介紹徐案，並且引起大家想前來聽演講的欲望，然而一個人的故事，怎麼可能在五分鐘內說完呢？

短短一個半小時的演講，卻只是徐自強十七年人生縮影的一小部分。講座當天同學很踴躍的發問，許多人在演講結束後還繼續留下來討論。一開始很擔心我所在乎的徐案，在別人眼中究竟是什麼樣的形貌，如果有人質疑冤枉與否時，我該怎麼應對，該怎麼有條理的說出我認為這件案子之所以為冤案的理由？但在演講結束後，這個答案可以拋還給在場的人。辦演講的最初目的，就是希望同學可以跟徐自強親自對

談、問答，畢竟人跟人的接觸、眼神交流，是最能直接感受到的，你會先感覺到徐自強的真誠、靦腆，再從他的言談中理解他的人生觀，以及他對於被捲入這件案子的無奈。他是冤枉的嗎？當你真的跟他聊天，試著釐清他故事的來龍去脈，再對照卷宗、證據……等等，你心中自然會有答案。

朋友告訴我：「這是我這學期聽過最精采的演講！」、「原來司法這麼黑暗……」司法黑暗面的展現絕對不僅止於徐案，我不期待別人聽完演講後，會不會願意主動去了解冤案具有的共同處、司法體系之所以黑暗的背後原因，因為這場講座最重要的是，徐自強以述說自己故事的方式，在每個人心中種下一顆種子。或許哪天你被司法體制壓的動彈不得，或被它籠罩其中求助無門時，你會想起徐自強還有這場演講，心中那顆種子會不安的騷動著，會發芽，會促使你思考一些事、做出一些行動。最深最沉的井底會倒映出暗夜中最閃爍的光芒，不完美的體制下也有因不放棄而終究得以被衆人所知的血淚故事。這場演講是一顆種子。□



發生於民國58年的陳水扁案，在只有被告兩人指稱徐自強犯案，沒有其他實質證據的情況下，徐自強被判處十六年之久。究竟徐自強怎麼能入這檔命案？為什麼法官認錯人仍不定罪？

■三人成虎、曾參殺人
縱使有證據證明自己的清白，是否抵不過眾口鑠金的力量呢？徐自強歷經等法院判刑七次死刑、兩次無期徒刑。

■最高法院以證據不足有罪、判處出處徒刑，生理監回
最高法院以證據不足有罪、判處出處徒刑，生理監回。

■正義在路上，一將傾城徐自強的前途無月。
徐自強在監獄中，與冤案當事人徐自強。

■民間司法改革基金會執行秘書中憲與冤案當事人徐自強
並從個案揭露台灣司法制度的弊病。

■時間
2013/12/23 (一) 19:30 - 21:00

■地點
寶齋講堂

■與談人
黃中豪、徐自強

看見人，看見真實的生命

◎林倩如 建國中學公民教師

徐自強是誰？

對很多人來說，他是媒體報導上一個閃爍過的名字。好奇一點的人，可能會去拜請Google大神，然後，從主流媒體中得知：徐自強「應該是」涉嫌擄人勒贖且撕票的嫌疑犯，被羈押很多年之後、「受惠」於《刑事妥速審判法》而被「恐龍法官」縱虎歸山。如果是再多事一點的人，還會去查詢當年的受害者家屬，看他們對這樣的「兇手」有多生氣、多無奈，最後再下個「生活在鬼島」的結論，於是從此認定：「壞人」無誤！從此束之高閣。

也許，正因為我們總是透過媒體認識一個又一個的社會案件，然後在電視機前，流下同情受害者的眼淚，企圖以洶湧的同情與理解洗淨受害家屬永不可能平復的創傷。但是多數的人們，其實不理解媒體運作著「同情嫌疑犯、就是反對受害者」此類二元對立的假象客觀，學不會速思（fast-thinking）、淺碟式的邏輯讓我們看不見在社會、經濟結構下被忽略的個人，也因此製造出一個又一個的受害者。

因此，即便我們有了蘇建和、盧正、江國慶，甚至是邱和順、鄭性澤、徐自強，卻始終學不會蔑視人性價值之後所必須付出的龐大代價；因為，多數時候，我們裝作自己無動於衷、與世無涉。

如果我們回到現行的高中《公民與社會》課本上，翻開書頁中滿溢著對於刑事被告的人權保障；然而，在教學實務上，我們其實很少關心：這些所謂的「嫌疑犯」在進了警局、看守所之後究竟遭遇了什麼？在法庭上，有沒有嫻熟訴訟技巧的律師可以讓他們獲得「無罪推定」、「罪疑為輕」的基本權利？在整個訴訟過程中，有沒有獲得「正當法律程序」的庇

佑？而作為一個公民老師，面對一屆又一屆的學生，就像是推動巨石的薛西佛斯，週而復始地面對著天真而不解的學生，就如同面對著始終會滾進山谷的石頭，即使嘆氣仍需要奮力往前。

而在教學的歷程中，我更好奇的是，然若學生的正義感僅只侷限於他們有限的生命經驗，未來使他們在從事任何工作上，究竟會不會是具體的幫助？如果，只依循體制下法官、檢察官、教授等認可的答案前進，會不會培養一個又一個為了「實現正義」而從事法律工作的正義魔人？會不會因為我們太常看不見社會中個人的真實生命，不能充分理解每個人都受制於既有資源下的有限選擇，因此又更進一步製造出更多的受害者與加害者？

於是，在花了將近三分之二學期的時間，和社會組的學生們在選修課一起讀《法官說了算》、《法律是什麼》，我開始想讓學生去認識真實的法律體系運作。特別是，台灣的法學教育向來以培訓法官與司法官為首要任務，充滿著特法之治（Rule by Law）的思考模式，若不能跳脫下行架構的教學，或許終究離實現、保障人性尊嚴的法治國家終非一步之遙的距離。

於是，邀請徐自強先生與司改會到校演講的過程中，我和同科的老師們討論教學上的操作流程，與導師溝通著個案對於學生的啟發與意義，和教務處協商著此類合作模式應成為十二年國教中特色課程「模擬法庭」觸發動因。而在這過程下，許多提問帶著一股直觀的善意：「為何不能只帶去法院參觀？既可以免去家長、外界對於尚『未定讞』個案疑慮的爭議？」「不能等到無罪判決確定後，再進行『這種』教學活動嗎？」



然而，我卻不免想起電影《鐵案疑雲》中Daid Gale說：「當人們看著我的臉，他們不是看見我這個人，而是看見一個罪犯。」

看見一個人，而不是只看到他附加在身上的頭銜、權力、附加價值有多困難？看見真實的個人，看見他過往生命的脈絡與歷史長河，而不只是一個標籤、一個瞬間，其實需要更多的勇氣、覺知。

就如同社會學家P. Bourdieu告訴我們，面對日常生活場域中的慣習，必須細細思考隱藏在行為、舉措與結構背後的品味與價值，進而要施為者（agent）慎思、判斷在日常生活中的權力架構。若如Bourdieu所言，教師是因為意識到看見權力的無形運作，才可以不被自我的階級所遮蔽，甚或學著對學生的種種言行不斷地容忍、避免過多的標籤效應，刺激他們不同的思考與價值；也正因為如此，學生的潛能才可能真正迸發，亦才可能誘發他們對於生命不同想像。

就如同，司法作為審判、決斷的場所，也不應該只是一棟棟的建築，而應該是對個人生命歷程的一種理解與溝通。我誠然是希望：學生、學校與我都可以不透過其他媒介、真實地認識「徐自強」，作為他自己、對於這樣的生命經歷，不管是過去、現在與未來，都可以有更真實的經驗與觸發。

而阿強來那天，我記得，天氣很冷、下著雨。學

生好奇地望著他，而他在黑色的衣服下顯得內斂、沈靜卻從容。看著法庭上的卷證、一張張的照片，我其實難以揣度他在獄中的每一天，也難以想像上天卑劣的幽默感與安排究竟有何深意。但經歷過考驗的人卻有著難以相像的寬容與感恩，每句話都像是碾米的石磨透過歲月一點一滴擰瀝出的水分，滋養著本應該是路人的我們的生命。

因為對著人世間的相信與理解，阿強說，他有值得堅持下去的理由。而我的學生在這之後，開始理解社會體系是生生不息的，雖然有點緩慢；除了課本上需要記誦的學理之外，他們開始想要參與社會，甚至發現自己對於這個社會還有很多責任，而未來還有很多可以努力的空間。我看著他們去參加活動，回來跟我分享他們的所見所聞、青春與熱情、驚訝與憤怒；更慶幸的是，他們看到很多有理想的前輩已經引領他們走在前方。我也因此感染到他們的情緒，也開始相信：與科層互動的過程也是一種溝通，讓我們學會訴說、相互理解，信任自己有點力量去做點什麼，也願意開始關心潛藏在每個人背後、那些尚未訴說的故事。

或許，有很多時候，體系中的個人往往受限於層層疊疊中的結構限制。但唯有我們開始努力去伸展自我的軀體、試圖去伸張自己的信念，不斷思考我們如何看待人的尊嚴與價值，生命終於也才有了它真正的重量。■

我們都是外國人

以德國「收容外國人」法院程序為鏡

◎楊坤樵 — 臺北地方法院法官



一、前言

入出國及移民法第38條第1項規定：「外國人有下列情形之一，非予收容，顯難強制驅逐出國者，入出國及移民署得暫予收容：一、受驅逐出國處分或限令7日內出國仍未離境。二、未經許可入國。三、逾期停留、居留。四、受外國政府通緝。」第2項規定：「前項收容以60日為限，收容期間屆滿，入出國及移民署在事實上認有繼續收容之必要，得延長收容60日，以1次為限。但受收容人所持護照或旅行文件遺失或失效，尚未能換發、補發或延期者，得延長收容至有效證件備齊後30日止。」第3項規定：「受收容人或其配偶、直系親屬、法定代理人、兄弟姐妹，得於7日內向入出國及移民署提出收容異議。」第8項規定：「第2項收容、延長收容及第36條強制驅逐出國之處分，應以當事人理解之語文作成書面通知，附記處分理由及不服處分提起救濟之方法、期間、受理機關等相關規定；收容處分並應聯繫當事人原籍國駐華使領館或授權機構。」是現行制度下，對於外國人之收容係由行政機關單方決定，除非受收容人自行提起行政爭訟（註一）或聲請提審（註二），否則法院並無介入空間。嗣司法院大法官釋字第708號解釋（2013年2月6日）創設所謂的「合理作業期間」，認為在合理作業期間（15日）內對外國人的收容無須法官保留，僅須提供即時救濟之管道即可。至於逾越合理作業期間的收容，則須保留給法官審查、決定，不再允許行政機關片面決定（註三）。是就法院程序之建制，包括法官保留與即時救濟之界分、審判權之歸屬、聽審程序、法官審查的範圍、審級救濟等，均有通盤檢討、規劃之必要。值此修法之際，容有比較、參考

公私法二元審判體系及行政訴訟結構均與我國相仿之德國法制的必要。

德國收容外國人法院程序的憲法基本決定，可見諸基本法第104條。收容的類型與實體要件主要規範在「聯邦境內外國人居留、就業及融合法」

（Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet，以下簡稱：外國人法）第15條第5項、第57條及第62條。程序部分，2009年9月1日前係適用「剝奪自由法院程序法」（Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehung），並以「非訟事件法」（Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit）為補充法。迄至2009年9月1日，為統合各類型非訟事件，訂定「家事事件及非訟事件程序法」（Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit）取代原「非訟事件法」及「剝奪自由法院程序法」，其中第7篇「剝奪自由事件之程序」（第415至432條）即含括「剝奪自由法院程序法」的大部分內容。凡依聯邦法律所為剝奪自由之法院程序，均適用之，不限於外國人收容。以下擇要說明之（註四），並與我國現行法制相互對照。

二、法官保留原則

德國基本法第104條規定：「人身自由僅得依形式意義之法律（auf Grund eines förmlichen Gesetz），在遵守法定方式下，予以限制。被逮捕之人（Festgehaltene Personen），其精神及身體均不得虐待之（第1項）。剝奪自由（Freiheitsentziehung）之容許性及期間僅能由法官決定。非依法官命令所為之剝奪自由，應立即聲請法官決定。警察依其權限所為之逮捕，不得逾逮捕之翌日結束。相關細節由法律定之（第2項）。任何因犯罪嫌疑而被暫時逮捕者，至遲應於逮捕後一日內移交予法官，由法官告以逮捕之原因，進行審問，並予以抗辯（Einwendungen）之機會。法官應立即以書面附記理由作成收容命令

（Haftbefehl）或下命釋放（第3項）。任何法官所為關於剝奪自由之命令或期間的裁判，應立即通知被逮捕者之家屬或其信賴之人（第4項）。」建構外國人收容制度的基本決定，包括：法律保留、法官保留、即時移送、說理義務、告知義務等。

其中第2項及第3項揭示法官保留原則，無論係刑事或非刑事目的之剝奪人身自由措施，均應事前取得法官之命令始得為之。僅於例外情況，始得未經法官命令，先行採取剝奪人身自由之暫時性措施。惟仍應於短期內儘速移送法院決定是否剝奪人身自由。此不同於公民與政治權利國際公約第9條第3項、第4項：「因刑事罪名而被逮捕或拘禁之人，應迅即解送法官或依法執行司法權力之其他官員，並應於合理期間內審訊或釋放。候訊人通常不得加以羈押，但釋放得令具保，於審訊時，於司法程序之任何其他階段、並於一旦執行判決時，候傳到場（第3項）。任何人因逮捕或拘禁而被奪自由時，有權聲請法院提審，以迅速決定其拘禁是否合法，如屬非法，應即令釋放（第4項）（註五）」及歐洲人權公約第5條第3項、第4項：「任何人依第1項第c款規定（在合理懷疑某人犯罪或在合理認有必要防止其犯罪或在犯罪後防止其脫逃，為將其送交有管轄權之司法機關而對其所為之合法逮捕或拘禁）受逮捕或拘禁時，應立即被移送法官或其他經法律授權行使司法權之官員；其應有權在合理時間內受審或在等待審判時被釋放。釋放得以擔保出庭候審為條件（第3項）。受逮捕或拘禁而被剝奪自由之任何人應有權利用司法程序，由法院迅速認定其拘禁之合法性；並於認定拘禁並非合法時，命將其釋放（第4項）（註六）。」僅涉及刑事目的之剝奪人身自由措施，始須主動提交

法院審查、決定。至於非刑事目的之剝奪人身自由措施，則無須主動提交法院，而係由受逮捕、拘禁之當事人自行決定是否聲請法官審查。兩相比較，德國對於非刑事被告之剝奪人身自由措施係採取較為嚴格、嚴謹的控制機制，凸顯其對人身自由之高規格保障。

依基本法第104條第2項規定，行政機關聲請收容可分為兩種，第1為當事人已處於機關的拘束中（in Behördlichem Gewahrsam），此時應「立即」聲請法官決定，且不得逾「逮捕之翌日結束」。所謂「立即」是指法官的決定必須沒有任何遲延地被補正，依德國實務，通常是指2至3小時以內（註七）。然而，個案中有些遲延是難以避免的，例如路程遙遠、運輸障礙、必要紀錄所需的時間、當事人強烈抗拒行為或其他可比擬之類似情況，惟無論如何，至遲應於逮捕之翌日結束前提交法院審查（註八）。所謂「逮捕之翌日結束」，例如當事人於週6夜間0時1分被逮捕，至遲應於星期日夜間24時前移送法院裁定。此種行政機關先逮人再送法院審查、決定，毋寧屬於例外（註九）。

第2種情形為行政機關提出收容聲請時，該外國人尚未處於受拘束的狀態。此時，法院有較為充裕的時間，在書面聲請及卷宗調閱齊備的情況下為廣泛之審查。並於書面審查後，傳喚當事人到庭陳述意見。當事人不到庭者，依「家事事件及非訟事件程序法」第420條第1項規定，法院得拘提到案。倘書面審查後，認有急迫情事，為避免當事人經由法院之傳喚進行隱匿，法院得暫不進行言詞聽審之程序，先依「家事事件及非訟事件程序法」第427條規定為暫時的收容命令（eine einstweilige Haftanordnung）。惟言詞聽審仍應於事後立即補正，且暫時收容之期間以將當事人帶至法庭所必要者為限（註十）。

三、比例原則

德國基本法並未明定比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz），然聯邦憲法法院甚早即援用行政法上的比例原則作為違憲審查的標準，並自基本法第20條法治國原則推導出比例原則的要求，肯認比例原則的憲法地位（註十一）。外國人收容是典型的高權措施，嚴重干預人身自由，猶應受比例原則之嚴格檢視，無論係行政、立法或司法部門，均須時時審視收容措施是否有助於行政目的之實現，是否為同等有效的手段中侵害最小，是否對外國人形

成過度的負擔，而有不相當的法益侵害。以下分別從收容之目的、要件、期限及障礙等事項，一窺比例原則是如何貫穿德國法中外國人收容制度的建構。

（一）收容之目的與要件

外國人法共有10章，其中第5章「居留終結」包括2節，第1節為出境義務之成立（第50條至第56條），第2節為出境義務之執行（第57條至第62a條）。

從立法結構來看，規範收容要件的第62條是規定在第2節中，可知收容是為輔助外國人出境之執行。當外國人非法入境，或合法入境後遭驅逐出境，或准予居留之受益處分遭撤銷、廢止，該外國人即有出境的義務（註十二）。外國人有出境義務而不自願履行時（註十三），即生強制執行的問題，也就是強制遣送出境（Abschiebung）（註十四）。為輔助強制遣送出境的執行，遂有第62條遣送收容（Abschiebungshaft）之規定，其內容為：「（第1項）收容之目的得由較輕微且同等有效之其它方式達成者，不允遣送收容。收容應限制在最短可能之期限內。未成年人及有未成年人之家庭僅允在考量兒童福祉認屬適當之特殊情況下，得長期遣送收容。（第2項）驅逐出境（Ausweisung）處分無法立即決定，且不予收容將使遣送出境（Abschiebung）有重大困難或阻礙者，為驅逐出境之準備，應依法官命令收容外國人（Vorbereitungshaft，準備性收容）。準備性收容之期間不得逾6週。驅逐出境事件中，關於收容之持續，迄至命令收容之期限屆滿前，無須重新取得法官之命令。（第3項）為確保遣送出境，有下列情形者，應依法官之命令收容外國人（Sicherheitshaft，保全性收容）：1.未經許可入境之外國人，其出境義務具可執行性者。1a.依第58a條規定為遣送出境之命令，惟無法直接執行者。2.出境期限已屆至，且外國人變更其居留地（Aufenthaltsort），而未通知外國人局可與其聯繫之地址者。3.因可歸責於外國人之事由，於通知之遣送日期，未至外國人局所告知之地點報到者。

4.外國人以其他方式規避遣送出境者。5.有理由可懷疑外國人欲規避遣送出境者。出境期限已屆至，且遣送出境已確定可執行者，得對外國人為最長2週期限之保全性收容。外國人釋明（glaubhaft macht）其無規避遣送出境之意者，依第1句第1款（即未經許可入境之外國人，其出境義務具可執行性者）所為保全性收容之命令得例外地予以排除。因不可歸責於外國人之事由，得確定遣送出境無法在最近3個月內執行者，禁止為保全性收容。因可歸責於外國人之事由，致遣送出境失敗者，依第1句所為之命令（即保全性收容命令）迄至命令期限屆滿，仍具效力。（第4項）保全性收容得命令達6個月。外國人妨礙遣送出境者，保全性收容得再延長12個月。準備性收容之期間應計入保全性收容之整體期間。（第5項）有下列情形者，聲請收容之管轄機關得無事前之法官命令，逮捕（festhalten）外國人，並暫時予以拘留（in Gewahrsam）：1.有第3項第1句所定事由之急迫嫌疑（dringende Verdacht）。2.無法事前取得法官就保全性收容命令之裁判，且3.外國人有規避保全性收容命令之合理懷疑。外國人應立即提交法官為保全性收容命令之裁判。」

首先，外國人法第62條第1項規定：「收容之目的得由較輕微且同等有效之其它方式達成者，不允遣送收容。收容應限制在最短可能之期限內。未成年人及有未成年人之家庭僅允在考量兒童福祉認屬適當之特殊情況下，得長期遣送收容。」明白揭示收容程序中之比例原則。

外國人法第62條第2項及第3項，將遣送收容（Abschiebungshaft）區分為準備性收容（Vorbereitungshaft）與保全性收容（Sicherheitshaft）。前者允許法院在外國人尚無出境義務，仍屬合法居留的狀態下，為準備性收容。目的在給予行政機關草擬處分的作業時間，並確保遣送出境之實行。法院應審查：1.有何具體情況致行政機關無法立即為驅逐出境之處分。2.有何事實可說明，未收容外國人將使遣送出境受嚴重之妨礙或無法

實現。3.基於何理由，多久的收容期間是必要的（註十五）。4.有何事實及法律基礎可認行政機關有為驅逐出境處分之可能性。5.是否能在6週內為實際之遣送出境（註十六）。由於是在外國人仍屬合法居留的狀態予以收容，對人身自由的侵害較為嚴重，不確定因素也較大，實務上，行政機關聲請準備性收容的案例極少，文獻篇幅也不多，幾乎不具有重要性（註十七），在此不予深論。

至於保全性收容，自第3項文義可推知：1.外國人拒絕自願出境，僅是強制遣送出境的合理事由，尚不足以證立有收容的必要，還須有額外的情狀（即第1句第1至5款事由），始可考慮收容。2.保全性收容僅為確保遣送出境之目的而設，不允成為強迫外國人合作的屈服手段，也不能為便利行政機關作業、簡化程序或減輕勞務而採用，更不能作為自由刑的替代（Ersatzfreiheitsstrafe）。3.保全性收容以可執行的遣送出境為要件。遣送出境無法執行，即無剝奪自由的必要，不允保全性收容（註十八）。為符合上開制度目的，實務上以合目的性限縮的方式，將第3項第1句所列各款文義上容屬寬泛的收容事由，侷限在僅外國人有規避遣送出境之事實或危險的情形，始得予以保全性收容（註十九）。縱有第3項第1句所列各款事由，亦不必然得出「應」予收容的結論。法院或行政機關仍應就整體事件妥為評價，並思考替代方案。倘有可擔保外國人將自願出境或配合遣送出境之替代措施，例如已提出返鄉之機票、覓得適當之保證人等，基於必要性原則（應選擇適宜目的達成且對權益侵害最小之方式），法官不允為收容命令（註二十）。

（二）收容期限

外國人法第62條第4項規定：「保全性收容得命令達6個月（第1句）。外國人妨礙遣送出境者，保全性收容得再延長12個月（第2句）。準備性收容之期間應計入保全性收容之整體期間（第3句）。」

第1句雖規定收容得達6個月。但不意味著行政機

關得不依個案情節，自始即聲請6個月的收容期限，毋寧應依比例原則，衡酌個案具體情況，預估執行遣送出境所需大概、必要之時間，以為決定。倘遣送出境之準備已完成，隨時可執行遣送者，即應停止收容，立即執行遣送，不允用盡法官命令之收容期限後，始執行遣送（註二十一）。

第2句規定外國人妨礙遣送出境者，保全性收容得再延長12個月。此一延長毋寧是例外的特殊情況。行政機關應說明為何有延長的必要，以及外國人妨礙遣送出境的作為或不作為，究與遣送出境無法在6個月內執行完成有無因果關係，並負擔舉證之責。倘除了可歸責於外國人之事由外，尚有其他因素導致遣送出境無法執行，參酌第3項第4句：「因不可歸責於外國人之事由，得確定遣送出境無法在最近3個月內執行者，禁止為保全性收容」之旨及比例原則，法院不應為延長收容之命令（註二十二）。第1句的6個月及第2句的12個月，合計18個月即為保全性收容的上限。18個月期滿後，無論如何，外國人均應釋放。

（三）收容障礙

外國人法第60條禁止遣送出境（*Verbot der Abschiebung*）及第60a條暫時停止遣送出境（*Vorübergehende Aussetzung der Abschiebung*）規定構成遣送出境的障礙事由（*Abschiebungshindernisse*）。此時，由於外國人已無出境義務，行政機關自不得聲請保全性收容（註二十三）。是以，遣送出境的障礙事由也成為保全性收容的障礙事由。

又外國人法第62條第3項第4句規定：「因不可歸責於外國人之事由，得確定遣送出境無法在最近3個月內執行者，禁止為保全性收容。」此係比例原則之具體展現。蓋保全性收容之目的在於確保遣送出境之實施，遣送出境無法於短期內實施者，收容措施無助於目的之實現，即無剝奪人身自由之必要。這也彰顯出，隨著收容期間之延長，人身自由之保

障相對於有效執行遣送出境之公益，會變得更為重要（註二十四）。在此，必須對未來事件之發生為蓋然性的評估，例如是否能在3個月內取得必要的返鄉文件等。法院不能僅憑行政機關單純地主張、期待遣送出境將順利進行，即為保全性收容，法院必須要求行政機關提交專業機構的調查及資訊，以進行預估（*Prognose*）（註二十五）。

另不符合比例原則的剝奪自由也構成收容的障礙。例如即將進行且可產生合法居留效果的婚姻，將因收容而受阻礙者，不允為收容命令。外國人有急迫的自殺危險，予以收容將不足以提供加強的保護措施防免者，也不允收容。有未成年人亟待照顧者，也不應將其已成年之其他家庭成員全數予以收容。對未成年人之收容僅能在例外情況始得考慮，且應考量是否安置在適宜之青少年機構，而與成人有所區隔（註二十六）。在此，應特別衡酌比例原則中之狹義比例性原則，即收容造成的侵害不能與收容目的輕重失衡。特別是對於未成年人、老人、孕婦、病患及身障者等族群，收容將造成特別之生理或心理負擔時，儘量不考慮採取收容措施（註二十七）。

四、審判權的分工與合作

外國人法的性質屬於傳統、典型的行政法，行政機關依該法開啓行政程序，作出相關行政行為，例如遣送出境命令（*Abschiebungsanordnung*）、居留許可、暫時停止遣送出境之命令等，所生爭議係由行政法院管轄，適用行政訴訟法。惟遣送收容的程序及決定則是由普通法院審判權審理，形成審判權割裂的情形。此種割裂，有其歷史上之因素，也有訴訟結構的考量。嚴格來說，德國獨立的行政法院體制一直到二戰後才正式建立，其行政訴訟法（*Verwaltungsgerichtsordnung*）迄至1960年才制定完成，救濟體系始趨完備，而收容外國人的行政需求始終存在，適於處理者唯有歷史悠久的普通法院（註二十八）。1956年6月29日制定公布之「剝奪自由法院程序法」（*FrhEntzG*）第3條第1句即明定以普通法院

系統之區法院（Amtsgericht）為管轄法院。就訴訟結構而言，以典型的撤銷訴訟為例，行政法院居於第二線，就第一線行政機關所為之行政決定進行事後的違法性審查，而遣送收容，在法官保留原則下，法官相當於行政機關就收容於否作成第一次的決定，此與行政訴訟的救濟功能有別。因此自「剝奪自由法院程序法」（FrhEntzG）制定以來，遣送收容即被視為非訟事件的一環，該法第3條第2句規定，以「非訟事件法」（FFG）為補充適用之法律。迄至2009年9月1日訂定「家事事件及非訟事件程序法」（FamFG）仍維持其非訟事件之屬性。剝奪人身自由事件既屬非訟事件，傳統上由普通法院審判權來處理就顯得理所當然。此外，普通法院系統的區法院是最基層的法院組織，相較於行政法院，區法院分布之廣，有應訴上的便利性。惟此應係附帶之優點，並非劃由區法院管轄的主要原因。

依通說見解，收容法院受有存續力之驅逐出境處分拘束。該處分是否合法、有無理由應由行政法院審查，收容法院僅就是否有收容事由與必要性予以判斷。惟遣送出境之處分有重大明顯之瑕疵而無效時（註二十九），收容法院可不受其拘束，此時，應作有利於外國人之結論，蓋外國人的出境義務已不存在。倘外國人在收容法院調查時主張的事由是遣送出境處分送達生效或行政法院裁判後始發生，例如外國人與德籍伴侶完成結婚程序，因此取得居留許可的請求權，原出境處分或有廢棄的必要。然是否廢棄原出境處分、是否給予外國人居留許可仍是行政機關與行政法院的權限，收容法院仍受遣送出境處分之拘束，外國人僅得循行政爭訟程序救濟。此時，收容法院應協助該外國人適用行政訴訟法上的暫時權利保護（假處分），將外國人申請居留許可的主張轉知行政機關或行政法院（註三十）。又倘有暫時權利保護或本案訴訟繫屬於行政法院，如收容法院未駁回行政機關之聲請，其得考慮是否先為暫時性的收容命令（註三十一），再向行政法院查證，瞭解審理情形、進度及預估之裁判時間後，再終局地為是否收容之命令。如未為查證逕予收容，有觸犯刑法上剝奪人身自由罪的風險，應

謹慎為之。由於行政法院之審查涉及收容法院的收容決定，行政法院亦應加速其審查。總之，收容法院與行政法院應相互聯繫，避免當事人因訴訟途徑的割裂受有權利侵害。

五、聽審程序

基本法第103條第1項規定，法庭前任何人均有請求法律上聽審之權利（Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör（註三十二））。為使外國人有效地參與法庭程序，獲有公平審判的機會，法官除應親自聽取陳述外（註三十三），猶應注意外國人能否有效行使權利，從而給予必要之輔助，包括提供口譯、律師扶助、指定程序輔佐人等（註三十四）。關於律師扶助部分，學者認為，依公正程序的憲法原則及歐洲人權公約第5條、第6條規定，並比照2004年德國法律人大會（Juristentag）關於刑事羈押之決議，在收容事件中，至少在下列情形法院應指派律師提供扶助：1.為無資力之外國人指派義務律師，特別是遣送收容經延長3個月以上者，此時倘無律師扶助，無法確保行政機關是否符合加速之誡命進行遣送作業。2.當事人因身體或疾病，特別是有自殺傾向之憂鬱症等精神疾病，而無法有效捍衛其程序利益者。3.對未成年之外國人為遣送收容者（註三十五）。

又「家事事件及非訟事件程序法」第419條規定，為維護當事人利益所必要，法院應為當事人指定程序輔佐人。當事人無法聽審時，應有特別指定之必要（第1項）。當事人之利益由律師或其他適當之程序代理人代理時，程序輔佐人之指定應停止或取消（第2項）。指定未事前取消者，因剝奪自由裁定之確定或其他之程序終結而結束（第3項）。程序輔佐人之指派或取消及類此措施之駁回不得單獨撤銷（第4項）。程序輔佐人之報酬及費用賠償（Aufwendersersatz）準用第277條規定。無應由程序輔佐人負擔之費用（第5項）。第420條第3項規定，法院應聽取程序輔佐人之意見，惟有顯著拖延或有不合比例之費用之虞者，得停止聽取。第426條第2

項規定，程序輔佐人得以收容事由已不存在為由，向區法院聲請撤銷收容命令。法院應以裁定裁判之。第429條第3項規定，程序輔佐人有權提起抗告。又依同法第13條第1項規定，程序輔佐人得閱覽卷宗，只要沒有違反參加人或第三人之重大利益，且無須釋明其有合理之利益。

六、審級救濟

不服區法院之收容決定，依家事事件及非訟事件程序法（FamFG）第58條第1項、第64條第1項規定，係透過原裁定之區法院向邦法院提出抗告（Beschwerde）。倘當事人已受收容者，依該法第429條第4項規定，亦得透過收容處所所在地之區法院提出抗告。抗告期間，依第63條第1項、第2項第1款規定，除不服暫時命令之裁決，抗告期間為2週外，不服收容命令之裁決者，其抗告期間為1個月。又不服邦法院之裁決者，依第70條規定，得提起法律抗告（Rechtsbeschwerde），由聯邦最高法院（Bundesgerichtshof, BGH）管轄。提起法律抗告原則上應經抗告法院之許可，惟依第70條第3項第3款規定，就剝奪自由事件之法律抗告，無須經抗告法院之許可。又依第114條第2項規定，法律抗告採律師強制代理。

邦法院（抗告法院）亦為完整的事實審，必須考量當前的事實情況，以取向於未來的態度，就遣送收容之命令、維持、延長或撤銷為裁判。為此，抗告程序仍適用職權調查原則，且仍應行言詞聽審程序，除非已無從期待可獲致新的認識，此例外情況應於裁判中敘明。當事人亦得提出新事實及新證據。倘區法院未踐行聽審程序，或其聽審程序有瑕疵，或事實情況已有變更，抗告法院重行聽審程序是必要的。因為當事人之言詞陳述是建構收容決定的重要基礎，經由聽審形成對當事人的印象也至為關鍵，因此，聽審原則上應由合議庭進行，而非由受命法官單獨為之。倘遇特殊情況，僅能由受命法官進行聽審者，應詳述其必要之理由（註三十六）。

法律抗告法院（即BGH）僅審查法律瑕疵（Rechtsfehler）。法律瑕疵得因事實不完整或不正確而引起。此外，法律抗告法院得審酌首次提出之證明文件，以釐清事實是否不完整或不正確。事實審就事實情況之評價，例如是否存在藏匿之危險等，法律抗告法院僅應審查事實情況是否已詳細調查、考慮所有的重要情狀、是否無違法定證據規則、程序規範及論理、經驗法則（註三十七）。

倘法院的收容命令已因外國人獲釋或完成遣送而效力解消（erledigt），外國人提起抗告，聲請撤銷收容命令已不具實益，此時，依「家事事件及非訟事件程序法」第62條規定（註三十八），外國人有聲請確認收容命令違法的確認利益。蓋收容屬嚴重的基本權干預，且涉及收容等費用應由外國人或行政機關負擔的問題，應肯認外國人有權利保護必要（Rechtsschutzbedürfnis）（註三十九）。原則上，外國人須先對區法院的收容命令提起抗告，爭取由抗告法院撤銷收容命令，以獲得釋放。惟收容命令的效力因一定事由而解消時，外國人得請求確認區法院的收容命令違法，抗告法院即得依聲請確認區法院所為收容命令的違法性。倘外國人未請求確認，抗告法院無須職權進行確認（註四十）。倘收容命令未經執行，例如外國人因羈押或在監而無執行收容的必要，原則上無確認利益。然收容命令的存在，使外國人日後有受收容的可能時，仍應承認其有確認收容命令違法的利益（註四十一）。另當事人亦得依「家事事件及非訟事件程序法」第428條第2項規定，聲請對行政機關所為之拘禁措施（註四十二）為違法性確認。以上係就外國人而言，至於行政機關，因非屬基本權主體，是法院駁回其收容聲請者，無確認利益，不得聲請確認法官裁判之違法性（註四十三）。

七、我國法之檢視（代結論）

- （一）關於人身自由的剝奪，我國憲法第8條規定：
「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法

定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之（第1項）。人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並遲於24小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得聲請該管法院，於24小時內向逮捕之機關提審（第2項）。法院對於前項聲請，不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁之機關，對於法院之提審，不得拒絕或遲延（第3項）。人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於24小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理（第4項）。」以往釋憲實務上關於剝奪人身自由的措施，並未特意區別是否基於刑事目的，概以事前保留由法官審查、決定為原則。例如釋字第166號（「違警罰法」警察官署裁決拘留、罰役）、第251號（「違警罰法」警察官署裁決送交相當處所，施以矯正或令其學習生活技能）、第300號（「破產法」對破產人之羈押）、第392號（「刑事訴訟法」檢察官之羈押權）、第471號（「槍砲彈藥刀械管制條例」令入勞動場所，強制工作）、第523號（「檢肅流氓條例」被裁定移送人之留置處分）、第567號（「戡亂時期預防匪謀再犯管教辦法」省最高治安機關核定令入勞動教育場所，強制工作嚴加管訓）及第588號（「行政執行法」公法上債務人之拘提、管收）解釋等。迄至釋字第690號解釋（「傳染病防治法」強制隔離措施），大法官首度摒棄法官保留原則。繼之釋字第708號（「入出國及移民法」對外國人之暫予收容）、第710號（「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」對大陸地區人民之暫予收容）解釋創設所謂「合理作業期間」，行政機關於合理作業期間內之暫時收容無須法官保留，僅須提供受收容人即時救濟之管

道即可。逾越合理作業期間之收容，始須保留由法官審查、決定。細釋釋字第690號、第708號及第710號解釋之解釋理由書，大法官已有意區隔刑事目的與非刑事目的之剝奪人身自由措施（註四十四）。就非刑事目的之剝奪人身自由，採取聯合國公民與政治權利國際公約第9條及歐洲人權公約第5條之提審模式，即行政機關可逕行採取剝奪人身自由措施，由受剝奪之當事人自行決定是否聲請法官審查。此與德國全面之法官保留相較，顯然有保障程度上之差異。

即便如此，吾人應認知大法官解釋僅是闡述不至於違憲的最低標準，並無拘束、禁止立法者採用更高標準的效力（註四十五），是將來就入出國及移民法、臺灣地區與大陸地區人民關係條例、提審法及行政訴訟法等相關規範修正時，仍非不能考慮採用德國之法官保留模式。德國嚴格的法官保留在比較法上或許不是通則，而有其受納粹政權任意施以酷刑，將少數族群、政治異議者、同性戀及「社會無用之人」送往集中營的慘痛歷史教訓影響（註四十六）。然而，我國民主、法治及人權的開展不過是近十幾年的事，日常生活中仍不時見聞政府官員或民眾對外籍新娘、外籍勞工的偏見與歧視，人權的保障仍有待深化。法官保留固非萬能，但經由法官事前的介入，多一道程序控制，多少可以促使行政機關認真地思考，是否採行收容以外的保全措施，避免行政機關誤將最後手段當成唯一手段。況且，行政程序法第3條第3項仍規定：「下列事項，不適用本法之程序規定：…二、外國人出、入境、難民認定及國籍變更之行為……四、犯罪矯正機關或其他收容處所為達成收容目的所為之行為……。」臺灣地區與大陸地區人民關係條例第95條之3亦明定：「依本條例處理臺灣地區與大陸地區人民往來有關之事務，不適

用行政程序法之規定。」行政程序的保障已有不足，又來台之外國人大多不諳本國語言，無親友支持，且多屬經濟弱勢，是否能有效循求提審或其他即時救濟的管道，實有疑義。古云「取法乎上，僅得乎中」，說明制度的施行可能因各種因素導致成效上的落差，為避免「合理作業期間」內的暫時收容淪為法治國的黑洞，吾人寧採較高標準的德國模式為宜。

(二) 我國「入出國及移民法」第38條第1項規定：「外國人有下列情形之一，非予收容，顯難強制驅逐出國者，入出國及移民署得暫予收容：一、受驅逐出國處分或限令七日內出國仍未離境。二、未經許可入國。三、逾期停留、居留。四、受外國政府通緝。」這些收容事由是否與收容目的相關、立法技術是否妥適，受限於篇幅，在此不予深論（註四十七）。惟應掌握收容是為輔助強制驅逐出國的實行，因此，所謂「非予收容，顯難強制驅逐出國」應係各收容事由的共同要件，並應參照德國法之理解，將之侷限在僅外國人有規避強制驅逐出國之事實或危險，非予收容，無法實現強制驅逐出國之情形，始得考慮予以收容。

(三) 我國「入出國及移民法」第38條第2項規定：「前項收容以60日為限，收容期間屆滿，入出國及移民署在事實上認有繼續收容之必要，得延長收容60日，以1次為限。但受收容人所持護照或旅行文件遺失或失效，尚未能換發、補發或延期者，得延長收容至有效證件備齊後30日止。」是原則上收容之最長期限為4個月，此與德國之外國人法第62條第3項第4句所諭示應於最近3個月內執行遣送出境之旨相當。惟「入出國及移民法」第38條第2項但書部份，允許延長收容至有效證件備齊後30日止。倘文件遲未能備期，豈不認為

得無限期地延長收容。顯不同於德國法所強調，隨著收容期間增加，人身自由侵害的程度加劇，以收容確保遣送出境之公益的重要性將逐漸遞減，從而停止收容的必要性也會提高。依比例原則，「入出國及移民法」第38條第2項但書之情形，仍應明定收容期間之上限為妥。

(四) 因歷史、傳統等因素，德國將外國人收容交給普通法院依非訟事件程序決定，至於收容之原因法律關係，如課予外國人出境義務之行政處分，則由行政法院依行政訴訟法審理，而有相關連事物割裂由不同審判系統處理的情形。為避免裁判矛盾，彼邦特別強調普通法院與行政法院的合作義務，甚且，普通法院有指導當事人向行政法院循求救濟之義務，避免因審判權劃分侵害人民權利。然而，將相關連事物割裂由不同審判系統處理，多少仍有些不便，收容法院與行政法院合一是較好的設計。我國並無與德國相仿的歷史傳統，就此並無仿照德國之必要。由於收容之原因法律關係所生的爭訟向由行政法院審理，基於事物之關連性，就外國人之收容不妨亦劃由行政法院決定。至於行政法院內部的分工，由於地方法院（行政訴訟庭）與高等行政法院仍屬不同的組織結構，倘欲避免聯繫上的不便利，或文書往來的複雜性，將收容與其原因法律關係的爭訟統一劃由地方法院（行政訴訟庭）或高等行政法院處理是較為妥當的。惟案件量、法官人數、管轄區域等仍有待主管機關評估。即便立法政策上決定將收容交由地方法院（行政訴訟庭）決定，而原因關係的爭訟維持由高等行政法院審理，仍應掌握避免因法院組織分工損害當事人權利的原則。

(五) 德國對於人身自由的高規格保障，除了以法官保留作為權力分立相互制衡的控管機制



外，並強調法官保留必須是有實效、具意義的法官審查，法官不能只是行政機關的橡皮圖章。因此，法官應透過聽審程序獲知外國人的意見，應依職權調查證據，並於裁定中詳述理由。此外，為協助外國人參與聽審程序，法院得依「家事事件及非訟事件程序法」第418條第3項規定，將外國人之配偶、同性伴侶、雙親、子女、養父母及其信賴之人導入聽審程序。必要時，法院更應依「家事事件及非訟事件程序法」第419條規定為當事人指定程序輔佐人，或比照其刑事訴訟實務所建立之標準，指派律師提供扶助。反觀我國，現行「入出國及移民法」授權行政機關逕自收容外國人，是上開聽審程序之建制自是付之闕如。釋字第708號解釋雖肯認行政機關於合理作業期間內暫時收容外國人的權限，然外國人有聲請提審或其他即時救濟之權利，且逾暫時收容期間的續予收容及續予收容後的延長收容仍應由法院審查。因此，就法院審查部分，應可參照德國法中聽審程序的建制，詳為設計。例如暫時收容期間內，除外國人本人外，允許一定條件之公益團體在一定條件下為外國人聲請提審或其他

即時救濟，並得參與聽審程序。對於行政機關聲請續予收容或延長收容，為外國人之利益，引入程序輔佐人或強制律師扶助等。至於通譯、輔佐人等則是既有的訴訟制度中即已存在的機制，自不待言。

- (六) 德國法，對於外國人不服收容命令提起之抗告，抗告法院除審查外國人有無收容事由與必要性，重為收容於否的決定外，並得於收容命令解消時，依外國人的聲請，確認原收容命令的違法性。其目的不在追究法官責任，而在釐清收容期間內相關費用的負擔及可能的損害賠償。此制度為我國所無。在釋字第708號解釋所預設的救濟方式下，行政機關在合理作業期間內的暫時收容可定性為行政處分。對於已解消的行政處分，「行政訴訟法」第6條第1項後段已定有適當的訴訟類型可資適用，尚無問題。惟續予收容及延長收容的裁定係法院裁判，非行政處分，無「行政訴訟法」第6條第1項後段之適用。又「國家賠償法」第13條就法院裁判所生的國家賠償責任定有嚴格的條件（註四十八），藉由國家賠償訴訟確認裁判的違法性，可能性也



不高。再者，我國目前僅有「刑事補償法」（原「冤獄賠償法」），尚無非刑事被告剝奪人身自由的補償法制。且續予收容或延長收容的裁定仍是行政機關對外國人徵收收容等相關費用的法律上依據，亦無公法上不當得利可言，外國人無法直接提起給付訴訟請求行政機關返還。現行法制中似無適當的救濟管道，填補外國人因違法之收容裁判所受的損害，容有參照德國「家事事件及非訟事件程序法」第62條規定，由上級審確認法院裁判違法性的必要。此外，也有研議補償法制的必要。□

註釋：

1. 參見臺北高等行政法院99年度訴字第2319號判決。「內政部入出國及移民署」暫予收容處分書上教示之救濟方式包括：1.入出國及移民法第38條第3項所定，於處分書送達7日內向內政部入出國及移民署提出收容異議。2.訴願法第14條第1項、第58條第1項，於處分書送達30日內經由「內政部入出國及移民署」向內政部提起訴願。
2. 以往實務多數見解認為提審僅限於刑事案件，備受批判，參見：高榮志，淺析我國法院實務使用提審法之現況—以外國人收容為核心，全國律師第14卷第9期，2010年9月，第67頁以下；陳英鈞，被收容外國人之提審權，臺灣法學雜誌第219期，2013年3月1日，第160頁。惟仍有少數非刑事案件聲請提審成功之案例，參見：胡宜如，從提審成功案例看提審法之修正，司法週刊第1675期，2013年12月12日，第2頁以下。又提審法業於2014年1月8日修正公布，同年7月8日生效，修正條文總說明表示：「關於『非因犯罪嫌疑被逮捕、拘禁』之情形得否聲請提審，因提審法第8條對此並無相對應之處置規定，致司法實務多採限縮解釋，殊有檢討空間。另為落實憲法第8條實質正當法律程序之規定及公民與政治權利國際公約第9條第4款保障人權之意旨，並體現司法院釋字第708號及第710號解釋所揭槩，非因犯罪嫌疑被剝奪人身自由者，應賦予其得即時聲請法院審查之精神（即時司法救濟之功能與提審無異），實有強化現行提審制度效能之必要…修正要點如下：……明確規範提審對象不限於『因犯罪嫌疑被逮捕、拘禁者』，只要被法院以外之任何機關逮捕、拘禁時，其本人或他人均得聲請提審……。」
3. 釋字第710號解釋（2013年7月5日）就「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」第18條對大陸地區人民之暫予收容亦有相同內容之解釋，惟就合理作業期間並未設定15日之上限，而係開放由立法裁量。學者遂質疑，是否對本國人、外國人及大陸地區人民之人身自由保障為差別待遇，詳見：蔡維晉，非本國人之人身自由保護，月旦法學教室，2013年11月，第7-8頁。

4. 受限於篇幅，以下僅擇要說明，較為完整的釋義與介紹，請詳見：司法院所屬法官官組團出國專題研究報告，行政法院於剝奪人身自由即時司法救濟程序上之角色定位，102年12月31日（楊煥樵主筆）。

5. 引自司法院法學資料檢索系統。

6. 引自釋字第708號解釋羅昌發大法官部分協同部分不同意見書。

7. 陳英鈐，被收容外國人之提審權，前註，第158頁。

8. Huber, a.a.O., Vorbemerkungen zu § 62, Rn.15; Hofmann/Hoffmann, a.a.O., § 62, Rn.55

9. 然實證調查顯示，先逮人再尋求法院許可之例外反而成為原則，參見：陳英鈐，被收容外國人之提審權，前註，第158頁。

10. Huber, a.a.O., Vorbemerkungen zu § 62, Rn.16

11. 蔡宗珍，公法上之比例原則初論—以德國法的發展為中心，政大法學評論，第62期，1999年12月，第85頁以下。

12. 外國人法第50條、第53條及第55條。

13. 依外國人法第59條第1項第1句規定，原則上應先為遣送出境之告誡（Androhung der Abschiebung），即設定7至30天之合理期間，通知外國人自行出境。

14. 外國人法第58條。

15. Hofmann/Hoffmann, Ausländerrecht, 1.Aufl., 2008, § 62 AufenthG, Rn.17

16. Huber, Aufenthaltsgesetz, 1.Aufl., 2010, § 62, Rn.5

17. Huber, a.a.O., § 62, Rn.2、5

18. Hofmann/Hoffmann, a.a.O., § 62, Rn.18；Huber, a.a.O., § 62, Rn.3

19. Huber, a.a.O., § 62, Rn.7

20. Hofmann/Hoffmann, a.a.O., § 62, Rn.19

21. Hofmann/Hoffmann, a.a.O., § 62, Rn.39

22. Hofmann/Hoffmann, a.a.O., § 62, Rn.41

23. Hofmann/Hoffmann, a.a.O., § 62, Rn.32

24. Hofmann/Hoffmann, a.a.O., § 62, Rn.31

25. Hofmann/Hoffmann, a.a.O., § 62, Rn.32

26. Huber, a.a.O., § 62, Rn.26

27. Hofmann/Hoffmann, a.a.O., § 62, Rn.20

28. 德國基本法頒布後行政訴訟之發展，詳見：翁岳生，西德行政法院法之組織及其裁判權之研究，收於：行政法與現代法治國家，1982年，第426-427頁。

29. 我國行政程序法第111條亦規定：「行政處分有下列各款情形之一者，無效：一、不能由書面處分中得知處分機關者。二、應以證書方式作成而未給予證書者。三、內容對任何人均屬不能實現者。四、所要求或許可之行為構成犯罪者。五、內容違背公共秩序、善良風俗者。六、未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者。七、其他具有重大明顯之瑕疵者。」

30. Hofmann/Hoffmann, a.a.O., § 62, Rn.78

31. 家事事件及非訟事件程序法第427條規定：有急迫之理由可假定已具備剝奪自由命令之要件及立即作為（Tätigerwerden）之緊急需求者，法院得以暫時命令（einstweilige Anordnung）為暫時剝奪自由之命令。暫時剝奪自由之期間不允逾6週（第1項）。遲延即生

危險時，法院得在親自聽取當事人意見前及指定並聽取程序輔佐人前，為暫時命令（第2項）。

32. 有譯為：「在法院被控告之人，有請求公平審判之權利。」引自：司法院，德國聯邦憲法法院裁判選輯（13），2011年，第415頁。

33. 例外：家事事件及非訟事件程序法第420條第2項規定：「依醫師之鑑定，當事人之健康有應予照顧之顯著不利，或其患有傳染病防制法所定之傳染性疾病，當事人親自參與聽審得停止之。」第4項規定：「在醫院中封閉之範圍內，允僅聽取醫師鑑定人之意見，為剝奪人身自由之命令。聲請剝奪人身自由之機關應於其聲請中附上醫師之鑑定。」

34. 家事事件及非訟事件程序法第418條規定，剝奪自由事件之程序參加人（Beteiligte）包括：自由遭剝奪之當事人（Betroffener）及聲請剝奪自由之行政機關、當事人指定之程序輔佐人（Verfahrenspfleger）、為當事人之利益，當事人未長期分居之配偶或生活伴侶（Lebenspartner）、與當事人生活之雙親、子女或於程序開始時已與當事人生活之養父母、當事人所信賴之人。

35. Hofmann/Hoffmann, a.a.O., § 62, Rn.91

36. Huber, a.a.O., Vorbemerkungen zu § 62, Rn.25；Hofmann/Hoffmann, a.a.O., § 62, Rn.83、86

37. Huber, a.a.O., Vorbemerkungen zu § 62, Rn.25

38. 該條規定，本案中爭執之裁判（angefochtene Entscheidung）已解消（erledigt），且抗告人有合理（berechtigte）之確認利益者，抗告法院得依聲請宣告第一審之法院裁判侵害抗告人之權利（第1項）。下列情形原則上存有合理之利益：1.嚴重之基本權侵害。2.實際上應期待之回復原狀。

39. Huber, a.a.O., Vorbemerkungen zu § 62, Rn.29；Hofmann/Hoffmann, a.a.O., § 62, Rn.89

40. Huber, a.a.O., Vorbemerkungen zu § 62, Rn.31

41. Huber, a.a.O., Vorbemerkungen zu § 62, Rn.33

42. 外國人法第62條第5項。

43. Huber, a.a.O., Vorbemerkungen zu § 62, Rn.28

44. 有認為應以預防性或懲罰性之目的為區別，參見：林超駿，非刑事預防性拘禁之法官（院）保留一兼評釋字第690號解釋，月旦法學雜誌，第207期，2012年8月，第185頁以下。

45. 立法委員徐中雄即曾提出「入出國及移民法」修正案，增列由高等行政法院於24小時內裁定是否收容之司法審查條款，參見：謝立功、柯雨瑞，試論外國人之收容及救濟法制，警學叢刊，第37卷第4期，2007年1月，第138頁。

46. 陳英鈐，SARS防治與人權保障—隔離與疫情發布的憲法界線，憲政時代，第29卷3期，2004年1月，第413-414頁。

47. 關於收容事由之檢討，詳參：林超駿、陳長文，論待遣送外國人合憲收容要件—預防性拘禁觀點，政大法學評論，第125期，2012年2月，第209-210頁；廖元豪，不夠司法，又太過司法—移民收容程序之檢討，收於：依法行政考核與風險治理／行政效能與組織變革／國境管制與行政法上之舉發，元照，2012年，第294-297頁；陳鏡華、陳育晏，外國人收容之法律研究，警大法學論叢，第20期，2011年4月，第65-66頁。

48. 該條規定：「有審判或追訴職務之公務員，因執行職務侵害人民自由或權利，就其參與審判或追訴案件犯職務上之罪，經判決有罪確定者，適用本法規定。」

2013年 五大法治人權系列事件

中國人權律師團律師評選

◎中國人權律師團律師



前言

中國人權律師團主要關注中國的人權法治事件（案件），為公民權利和政治權利受損害者提供法律服務，在2013年年底，中國人權律師團律師評選了2013年十大人權法治事件，並作出簡介、入選理由及點評。原評選全稿有十大事件，此十大事件可直觀反映出過去一年中國的人權法治狀況，本文選取之中的五件並加以摘錄，以期讓臺灣社會大眾瞭解中國的人權法治狀況。

一、許志永、王功權、劉萍、郭飛雄、王登朝、李碧雲等系列公民權利案

（一）簡介：

1. 許志永，北京大學法學博士，新公民運動發起人。積極推動官員財產公示和教育平權活動。2013年7月16日被刑事拘留。2014年1月26日以“聚眾擾亂公共場所秩序”罪名判其有期徒刑四年。
2. 王功權，企業家，一直致力於推動公民社會建設。2013年9月16日，以涉嫌“聚眾擾亂公共場所秩序”被刑事拘留。日前已取保候審。
3. 劉萍，江西新餘鋼鐵廠內退職工，維權人士。參與人大代表選舉，參與公民社會建設。2013年4月因舉牌要求官員公佈財產被拘捕，被加諸多個罪名，日前已一審開庭。
4. 郭飛雄，獨立作家，著名民主維權人士。幾乎參與了中國2000年後所有重要的維權活動。2007年11月被以非法經營罪名判刑5年。2013年8月8日被刑

拘，罪名為“聚眾擾亂公共場所秩序罪”，當局指控他參與和主導了2013年初的“《南方週末》街頭事件”。

5. 王登朝，曾是深圳員警，2012年初準備在深圳舉辦一個宣傳民主的集會，被當局制止。後被以貪污罪和妨礙公務罪一審判刑14年，二審判刑11年。
6. 李碧雲，廣東佛山順德人。長期積極參與村民維權事務。2011年8月底，李碧雲參選順德區人大代表，被控破壞選舉罪。2013年7月被控妨害公務罪，8月被撤銷案件。10月13日被重新追訴妨害公務罪，並逮捕，日前在審查起訴階段。

（二）入選理由：

與以往不同，2011年以來新生的政治犯都是緣於推動法治進步和行使公民權利。上世紀70年代以前的是右派、反革命、地主、特務等，80年代後期是學運領袖，90年代後期則是“邪教”。如果要給這個時代貼一個國家敵人的標籤的話，那毫無疑問就是公民。當一個國家開始恐懼公民的時候，或許就快迎來它的公民時代。讓歷史記住許志永、王功權、劉萍、郭飛雄、王登朝、李碧雲們，他們是這個國家最純真和勇敢的公民。

二、南樂、平頂山、大連等地系列宗教信仰案

（一）簡介：

1. 2013年11月16日，河南南樂基督教會牧師張少傑及20多名信徒遭當地警方拘押。之後，15位辯護律師前往要求會見被拒，並遭到大批有組織的人員毆打，搶奪手機，南樂員警在現場坐視不理，致使多名律師被打傷，手機被搶走。
2. 2013年4月14日，河南葉縣32位村民在家中聚會敬拜上帝，被葉縣公安局拘押。其中7人被起訴判處有期徒刑，7人提出上訴。在平頂山中院二審過程中，審判法官業務不精，漠視法律，侮辱律師，嚴重侵犯當事人及律師的辯護權利。
3. 大連市13名法輪功修煉者因安裝衛星接收設備被指控利用邪教組織破壞法律實施，多名律師為其辯

護。開庭前，辯護律師多次遭到當地員警騷擾，庭審中有兩名律師當庭被員警毆打致傷。該案審判人員無視法律，剝奪被告人和辯護人的辯護權利，枉法裁判被告人6年到4年有期徒刑。

（二）入選理由：

2013年國內出現了諸多的地方政府濫用公權破壞宗教信仰的案件，而同時法院竟公然枉法裁判，助紂為虐。如此無視《世界人權宣言》、踐踏國際人權公約的醜惡行徑，已引起國內民從的憤慨和國際社會的高度關注。

三、兩高《關於辦理利用資訊網路實施誹謗等刑事案件適用法律若干問題的解釋》與劉虎、秦火火、邊民、薛蠻子、張家川少年等系列網路言論案

（一）簡介：

1. 7月，兩高《關於辦理利用資訊網路實施誹謗等刑事案件適用法律若干問題的解釋》橫空出世，直接為權力部門登臺救火，以轉發超過兩個250次就可以定罪的解釋讓世人刮目相看。
2. 8月25日，《新快報》記者劉虎被刑拘，罪名是誹謗。劉虎曾在網上舉報國家工商總局副局長馬正其以及其他官員涉嫌貪腐、瀆職等。
3. 8月22日，網路名人秦火火被抓。中央電視臺立即說秦曾造謠動車事故天價賠償、紅十字會強制捐款、鐵道部發言人全家當領導，攻擊張海迪、“說綠”李雙江，抹黑楊瀾、詆毀雷鋒，成功捧紅了幹露露、郭美美和鳳姐，志在“謠翻中國”。結果秦火火沒有“謠翻中國”，卻“謠翻了自己”。
4. 9月10日，知名網友“邊民”被刑拘，罪名是虛假出資。邊民在雲南多起公共事件中非常活躍。被刑拘前，“邊民”關注最多的是昆明石化事件。
5. 8月23日，有1200萬粉絲的網路大V，紅二代，身價不菲的天使投資人薛蠻子在北京朝陽區一個出租房內，因涉嫌嫖娼被行政拘留，後以聚眾淫亂罪刑拘。
6. 9月15日，甘肅張家川一少年發微博質疑該縣某



KTV裡發生的一宗命案，因該條微博被轉發超過500次而被刑拘——成為實踐兩個250條款的第一人。

（二）入選理由：

互聯網路可以說是我們現代生活最重要的一部分了，打壓物件面廣、打壓時間集中，兩個250的亮點——這些都是網路言論案入選的理由。在極權體制下，互聯網基本是民衆表達意見的唯一管道。中國線民在轉型時期自覺承擔了公民職責，他們懷抱理想，悲憫蒼生，以筆為旗，為中國民權進步發出如杜鵑啼血般的呼號，就此他們成了貪官污吏和公權力最大的敵人。而部分大V成長為網路世界的意見領袖，也動了極權體制獨掌輿論控制話語權的乳酪。所以，打壓網路是必然的。

四、夏俊峰、曾成傑、王書金三個有影響力的死刑案件

（一）簡介：

夏俊峰案。夏俊峰案引起了社會的巨大震動，民

間“刀下留人”的呼聲最終不能阻止最高法院的死刑覆核決定。夏俊峰案既有性質上的巨大爭議，也有事實方面的合理懷疑，即便辯方主張“正當防衛”沒有足夠的證據證明，但排除這種主張同樣違反了人們的理性判斷。無論官方還是民間，夏俊峰案已經不是一起簡單的刑事案件了，背後的兩種利益衝突在影響著本案的處理和左右著人們的感受：以夏俊峰為代表的小商販利用街頭謀求生存的權利，以城管為代表的地方政府為謀求市容市貌“整潔亮麗”而驅趕商販的權力。在一個民治民享的社會，民衆的生存權應該是至高無上的，官員的“面子”不應該是一個城市發展考慮的因素。城市和街道是屬於民衆的，民衆有合法利用的權利。法院判決雖然否定了夏俊峰正當防衛的認定，但民衆自己會判斷：一個街頭小販如果沒有受到粗暴對待，他怎麼可能會對“執法人員”下此狠手？

曾成傑案。夏俊峰案畢竟是一起“命案”，死刑是一種同態報復的體現。但是，曾成傑被判處死刑立即執行，而且秘密執行，死前連家屬都不能見面，就不僅不人道，也遭到了巨大的殺人滅口的質疑！因為曾成傑的行為即使構成犯罪，也只是一種財產性犯

罪，與受害人的生命沒有直接關係，為什麼一定要判處死刑呢？法院對於曾成傑的死刑判決，執行得如此匆忙，以致於連見親人最後一面的權利也被剝奪，人們有理由質疑這匆忙背後到底隱藏了多少真相？如果說夏俊峰案的處理結果令底層民衆感覺不安，曾成傑案的判決和執行無疑給企業家群體帶來了“免死狐悲”般的恐懼與淒涼。

王書金案。與上述兩個案件相比，王書金案則顯得有些“另類”。王書金身負多起命案，法院判其死刑，本不會引人關注。但是由於王書金的供述與十年前聶樹斌案“高度重合”，而聶樹斌已經基於同一“犯罪事實”被執行死刑。王書金的供述使得聶案證據不足、辦案人員涉嫌刑訊逼供等資訊浮出了水面。王書金給司法機關找了一個大麻煩：如果認定王書金供述屬實，聶樹斌案就是錯案，辦案人員就涉嫌犯罪。於是，在這個號稱依法治國的國家法庭上，上演了一出被告人竭力指認自己是罪犯、公訴人員堅決否認其是罪犯的荒誕劇。

（二）入選理由：

除了死刑和影響力外，這三個案件的內容方面沒有相同或者類似之處。能夠歸納在一起，就是因為死刑的存廢在今天已經是個很引人矚目的課題。死刑作為一種極端嚴厲的刑罰手段，曾被賦予極高的正義價值。在死刑存廢的爭議中，與學術界要求廢除、限制死刑的呼聲相反，民間要求保留死刑的聲音占壓倒性多數。民衆希望保留死刑以懲罰那些“罪大惡極”的兇惡之徒，其目的無非是為了預防和消除針對生命權的侵犯，以保障自身的安全。但死刑制度在實際執行中的現狀卻與民衆的期待相反，它不但沒有使民衆免於恐懼，反而給民衆帶來了巨大的疑慮與不安。

五、蔣援民、王全璋、唐吉田律師被非法拘捕案件；南樂教案、圍觀資陽黑監獄律師被毆打拘禁系列事件

（一）簡介：

1. 深圳律師蔣援民代理海南三亞村民土地維權和被拘

留案件，控告當地警方刑訊逼供、舉報當地政府非法徵地，被以“聚眾擾亂社會秩序”罪名刑事拘留、逮捕。在律師界的關注下，蔣律師被羈押170天後，無罪釋放。

2. 2013年4月初，北京律師王全璋代理江蘇靖江法院審理的一起“利用邪教組織破壞法律實施”案件，在法庭上用手機拍照複製自己提交的證據，被靖江法院司法拘留10天。消息一出，近20位各地律師和幾十位公民在一天之內雲集靖江，要求立即釋放王全璋律師。迫於壓力，靖江法院在拘留2天後提前釋放了王全璋律師。
3. 2013年10月，北京律師唐吉田，陪同受害者家屬前往雞西市610辦，要求釋放被非法拘禁在雞西市“法制教育中心”的法輪功修煉者時，被以“擾亂社會治安”為名行政拘留5天。在拘留期間，20多位律師和公民先後到達現場警援。
4. 2013年11月河南南樂教案發生，全國各地多名律師前往辯護，南樂當局操縱眾多不明身份人員圍困、攻擊、漫罵、毆打律師，其中劉衛國律師、張維玉律師被毆打，江天勇律師衣服被撕破、手機被搶，趙永林律師電子設備被搶。
5. 2013年5月13日，梁小軍、江天勇、唐吉田、李和平、溫海波、王成、郭海躍、張科科、唐天昊、藺其磊、楊慧文等11位律師到四川省資陽市“法制教育中心”圍觀，遭到當地警方暴力毆打、非法拘禁超過24小時。

（二）入選理由：

這是一個最好的時代，這是一個最壞的時代，這是一個不適合做律師的時代，這也是一個最適合做律師的時代。在這個時代裡，律師權益會被各種力量特別是違法公權力肆意侵犯，律師的人身權益、執業權利都危如累卵無法保障。但正是在這個時代裡，人權律師們以自己面對困難時的堅定和勇氣、以對民主法治堅韌不屈的嚮往和追求贏得世人的尊敬。在一起又一起案件中，在一個又一個事件中，為權利而鬥爭，為法治而奮鬥，為社會進步而努力。生逢其時哉，中國人權律師。👊

禁止筆記的聖殿

公開審判原則之意義與目的

◎魏培軒_京都大學法學研究科博士生

日本憲法第82條第1項明文規定，裁判之對審與判決，必須於公開法庭中為之。此項即為日本憲法中對於司法權必須貫徹公開審判原則之規定。從人權的發展歷史來看，有鑑於法國大革命前舊體制慣用的秘密審判體制，近代人權典章以及憲法均強調公開、對審與判決，此三要件所構成訴訟原理之重要性，亦即基於公開即為公正這樣的想法，型塑現代司法權應有之面貌。就此來說，日本憲法明定公開審判原則，事實上不足為奇。然而，憲法上公開審判原則之意義與目的究竟為何，僅僅是克服舊體制秘密審判體制的形式要求，抑或擁有更為深遠，合乎現代憲法價值的意義與目的？日本法學界與實務界藉由一場有點難以想像的「法庭筆記」訴訟，從各種觀點探究憲法上公開審判原則的核心內涵。

1982年11月，具有美國律師資格的美籍人士Lawrence Repeta，為研究日本證券交易法制度而初次踏入東京地方法院，旁聽當時一起重大的證券交易員違法案件。當Repeta拿出筆與紙本準備在旁聽證人發言時稍作紀錄的當下，法庭內的法警隨即制止，命令他在開庭時不得進行任何筆記行為。Repeta完全無法理解法警為何會有如此舉動及要求，當他將旁聽券翻至背面一看，才知道後面寫著旁聽人未獲特別許可時不得為任何筆記之規定。最初，Repeta包持著入鄉隨俗的態度，因此從1982年11月至1983年7月間為止，都在旁聽席上默默旁聽，不做任何筆記。同時，他也不忘在每次開庭前向地方法院申請要求在旁聽時能夠製作筆記，然而即便是依照法院所規定的正式申請程序，每次都獲得拒絕的答覆結果。當他向該法庭的審判長要求說明拒絕筆記之理由時，總是無法獲得任何回應。1983年中旬開始，Repeta接受日本的國際交流

基金之邀請，為期一年進行日本經濟法制，特別是證券交易相關法律的專業研究。對他而言，該起他所選擇旁聽的證券交易員違法案件，是極為重要的研究資料，他雖然能夠以旁聽人的身分進入法庭聽聞證人與其他訴訟參加者的發言，然而卻無法在第一時間動筆記錄下來，做為日後撰寫論文的參考基礎。

1983年11月，Repeta對於法院拒絕其筆記之決定聲明異議，在未獲法院答覆後，由律師出具異議聲明補充理由書，並且一同至法院請求會見。然而審判長則以不會與一般的旁聽民衆見面，而拒絕Repeta及其律師的當面說明，並且對於異議聲明知理由書置之不理。12月22日，無計可施的Repeta只好於開庭時於旁聽席直接向審判長請求讓他筆記，但Repeta的話還沒說完，審判長立即打斷他的發言，並斥責他如果再繼續說的話就將他趕出法庭，迫於審判長強硬態度的Repeta只能選擇坐下閉嘴。隔年3月，隨著自己所旁聽案件的判決出爐，Repeta以審判長允許司法記者於法庭內筆記，卻全面禁止一般旁聽者進行筆記行為，此舉已構成違法、違憲，從而提出國家賠償訴訟，要求國家對於其所應完整享有之旁聽權利受到侵害予以賠償（註一）。

可想而知，東京地方法院的一審結論駁回了原告Repeta的國賠請求。一審判決指出，「基於憲法第21條旨趣而得知裁判內容之自由，在憲法層面上，僅需賦予人民藉由身體五感作用進而知悉該裁判內容之機會，即屬必要且十分充足之保障（註二）。另一方面，於法庭中製作筆記之行為，與上述藉由身體五官作用進而知悉裁判內容之行為於性質上大不相同，筆記行為應理解為是將所接收資訊內容的部份於法庭中記錄

下來，以記憶該些資訊內容，並在其後為提高相關言論的精確度所進行的補充行為，如此行為本身存有影響公正審判運作之可能性…從而，無法肯認上述此種獲知裁判內容時所為之補充行為也當然同等受到憲法上之保障（註三）。」

東京高等法院的二審判決，依舊維持原判而駁回原告上訴。東京高院認為，「憲法第21條第1項規定基本上保障國民有接受與收集資訊之自由…」「然而，法庭作為對於旁聽者提供資訊的場所之前，法庭乃是藉由雙方當事人審慎的辯論以及證據調查，進行裁判此種極為重要國家行為的場所。因此，當有影響訴訟公正且圓滑運作之虞時，禁止於法庭中製作筆記尚屬不得已之限制。從而，無法肯認憲法第21條之保障及於不得動用法庭警察權以一般性禁止當庭製作筆記之行為，亦不及於旁聽人向法院請求進行筆記時法院必須允許之程度」「憲法上公開審判原則之規定，乃是歷史而來之產物，此點實無需贅言。公開審判原則為求排除過去時代的密室審判，進而提高國民對於司法的關心與信賴感，因此做為必要的憲法原則而導入。是故，憲法第82條所言之公開審判原則，意指國民得於遂行審判程序之場所，亦即於法庭內旁聽。從而，在此種旁聽利益之上，旁聽者是否享有於法庭中製作筆記之權利，與憲法第82條規定之要求無涉（註四）。」

審判的「公開」，指的是審理與裁判必須於不特定且相當數量者得以自由旁聽之狀態下進行。不僅必須賦予訴訟關係人於審理階段列席之機會（所謂當事者公開原則），也必須向一般國民公開，此為憲法第82條第1項規定之核心要求。針對此點，在憲法學上可說是自明之理，且為司法權運作的重要基礎原則。然而，對於公開審判原則的現代意義與目的的不同理解下，旁聽與製作筆記之行為究竟是否屬於憲法所要保障的基本權利，司法機關的法庭警察權究竟能夠在何種範圍下動用，裁量權限與公開審判原則的關係究竟為何，最後成為本件法庭筆記訴訟雙方陣營的攻防焦點，直指憲法上公開審判原則的核心意涵。

對於旁聽者在法庭內製作筆記持反對立場者認為，憲法上公開審判原則之目的在於確保裁判的公正性，並且深化人民對於國家司法權的信賴程度。為達到此種目的，僅需在物理上將法庭維持為開放狀態，能夠讓一般大眾進入法庭坐在後面旁聽即屬充分。旁聽者能否在旁聽時抄寫筆記，就確保裁判公正性與提升司法信賴度的客觀目的來說，毫無議論之必要，因此該項問題與憲法所定的公開審判原則無關，更無須檢討其是否為憲法上所欲保障之基本權利，許可與否僅為法院的裁量問題。除此之外，反對者認為倘若允許一般旁聽民眾在法庭內逕行筆記的話，將會造成訴訟關係者，尤其是某些證人心理上的壓力，進而影響裁判的公正性。再者，一般旁聽民眾所為的當庭紀錄，可能不甚正確或立場偏頗，倘若這樣的筆記拿出法庭外公開發表的話，將造成訴訟關係人蒙受不當的不利益，甚而妨害公正裁判之進行。最後，讓一般旁聽民眾都能製作筆記的話，則法庭內將會充斥不必要的噪音，難以確保審判在嚴肅且靜謐的客觀環境下進行。另一方面，司法記者不同於一般旁聽人民，而得以於法庭內筆記的理由在於，新聞媒體所擔負向社會正確報導的重要功能，並且司法記者與法院長期協力並相互尊重下已形成得宜的取材模式，基於對新聞自由的高度保障，司法記者的筆記行為難以與一般旁聽民眾相提並論。

非常明顯，東京地方法院與高等法院在兩次判決中所顯現之態度，正是基於此種對於憲法上公開審判原則的立場，而面對一般旁聽者所請求的筆記行為，也從裁判公正性如此抽象之概念抱持質疑的觀點，在法院法庭警察權的行使之下，禁止旁聽者製作筆記不生任何憲法上的疑義。然而，憲法上公開審判原則果真僅有如此低度的要求，司法權的行使僅需不進行秘密審判即滿足憲法所設定之門檻，事實上從公開審判原則的現代意涵來看，此種形式層次上的理解仍大有問題。

對於法庭筆記權利持贊成意見者認為，公開審判原則的目的不僅僅是要確保現在進行中的裁判之公正性，更重要的是法院的審判也是國家權力運作的重要



要一環，公開審判原則能夠讓目前正在進行的審判活動，藉由在法庭內聽聞的民衆向未能在場的民衆反映並報告，亦即現代意義的公開審判原則必須從市民大眾的觀點再次詮釋，以理解該項原則重要的憲法價值，並與民主主義的憲法架構接軌。倘若從向市民社會充分公開裁判此種國家統治行為的相關資訊而言，公開審判原則不僅是立即提供旁聽機會，更要確保旁聽民衆能夠有效接受資訊以監督法院運作，法庭內製作筆記到裁判紀錄的接近使用，當然都是憲法上必須保障不可的權利內容。因此，於法庭內抄寫筆記之行為與憲法第82條所定公開審判原則密切關聯，也能夠從憲法第21條所延伸發展的「知的權利」找到堅強的依據。至於反對論者所列舉筆記行為將危害裁判公正性的理由，大多僅屬抽象臆測，並無實質且充分的理由根據。倘若筆記行為將造成訴訟關係者不必要的心理上壓力，為何新聞媒體記者得以在法庭上公然筆記，況且從現實來看，最容易造成當事人心理壓迫的，正是這些新聞媒體人員，原則上一律禁止一般旁聽民衆逕行筆記，毋寧是法庭警察權的裁量濫用。此外，旁聽者所為筆記內容的正確抑或偏頗，其製作筆記的動機與目的，根本不足以作為廣泛禁止筆記行為的理由。旁聽民衆如何記錄，如何利用，均屬憲法上廣泛保障的言論自由，除非已構成違法情形，否則國家權力無從置喙。因此，以此論據一概否定法庭內逕行筆記一事，反倒顯現傳統國家權力希冀盡可能控管人民言論的反民主態度。最後，以無法確保法庭嚴肅

與靜謐之客觀環境而否定旁聽者筆記之權利，更是矛盾至極。學校授課以及各種正式演講活動中，在聽聞資訊時抄寫筆記紀錄是再正常不過的事，國會審議法案時公開一般民衆列席旁聽，也未制止人民在旁製作筆記，但至今未曾聽說無法確定嚴肅與靜謐場所之問題，為何法院能夠如此斷然主張。更重要的是，在公開審判原則之下，法院就應該以維持一般民衆得以有效聽聞紀錄的司法環境，倘若在真有危害裁判公正性之事由發生時，各法院審判長亦可明確說明理由後，裁量禁止特定旁聽者的筆記行為。換言之，必須以完整的公開審判為原則，例外情形下禁止筆記製作，並充分說明原因，始符合憲法要求，絕非以司法行政命令一律否認旁聽者製作筆記之權利，如此不僅是司法行政措施凌駕公開審判原則，更是憲法上所要求原則與例外關係的混淆與倒反。

日本最高法院對於本案作出最終判斷，雖然最後仍認為當庭審判長禁止當事人製作筆記之行為有欠合理，但仍未達到顯著濫用法庭警察權之地步，從而構成國家賠償法所稱違法的公權力行使，因此依舊駁回Repeta的國家賠償請求。但同時，最高法院也在本判決中多次強調公開審判原則與言論自由的重要目的，因此實質上肯認旁聽者所為的筆記行為必須受到憲法上的尊重。最高法院認為，「接收各種意見、知識、資訊，並且作為輔助獲知資訊的筆記行為自由，應參酌憲法第21條第1項規定之精

神予以尊重」 「伴隨公開審判作為制度而受憲法保障，旁聽者得以於法庭內聽聞審判，為求認識且記憶其所聽聞知之審判內容，旁聽者的筆記行為應受尊重，不得無故妨害」 「當然，當筆記行為已稍微妨害法庭內公正且圓滑的訴訟進行時，法院應予以限制或禁止，然而，旁聽者的筆記行為導致妨害公正且圓滑的訴訟進行，通常殊難想像，在未有特別情事下，應任由旁聽者自由為之」 「法庭警察權對於旁聽者筆記行為之禁制，應僅於特別具體妨害公正且圓滑訴訟進行之虞為限（註五）。」

在此最高法院判決後，各級法院均對於旁聽者的筆記行為解禁，是否構成特別妨害訴訟進行情形之事由，則委諸各法庭審判長根據具體狀況裁量決定，廢除過去以司法行政立場一律拒絕旁聽者製作筆記的通盤措施。換言之，真正回到以公開審判為原則的憲法要求。當然，伴隨保護個人資料與隱私權重要性的肯認，公開審判原則也必然要與個人資料保護之間進行調整。例如日本民事訴訟法第92條為求保護秘密事項所為之訴訟紀錄閱覽限制、刑事訴訟法第53條與刑事確定訴訟紀錄法第4條對於訴訟紀錄閱覽限制，其立法目的都在於希望平衡公開審判原則與個人資料保護之間所產生的矛盾衝突。此外，隨著日本政府資訊公開法的制定與運作，對於行政機關做出拒絕公開政府資料之行政處分所生的撤銷訴訟，法院實務上也面臨到是否得以非公開審理程序（process in camera）實質檢視該項資訊，以確保當事人雙方利益以及提升裁判公平性之問題（註六）。最高法院則認為，非公開審理程序依現行法規規定仍無容許空間，因此只能撤銷原審法院所為非公開審理程序之許可。但同判決中兩位法官附上補充意見書，表明相關部門應儘速檢討引入之可能性，並制定新法以解決該項問題（註七）。

然而值得注意的是，雖然公開審判原則不得不與秘密資訊之保護折衝，但公開保障原則仍屬於司法權運作的基礎原則，在一般情形之下，公開審判原則必須嚴格恪守，在特定資訊存在保護必要的具體情形下，始由法院就該件個案進行裁量是否優先保護當事人秘密資訊不被公開。其次，在訴訟紀錄為求保護特

定資訊而限制閱覽時，本案當事人及有正當理由之訴訟關係人是不受到此種閱覽限制。換言之，縱使為保護個人資料與隱私而不向大眾公開訴訟紀錄時，仍不得犧牲本案當事人及有正當理由之訴訟關係人之閱覽權利（註八）。最後，這些公開審判原則與特定秘密資訊保護的調整衡平，都是在法律層級進行，亦即於兩項憲法要求產生衝突之際，必須由立法者進行衡量定奪，絕非以司法行政逕自發布命令即得以解決。

司法院於2013（民102）年10月25日公布「法庭錄音及其利用保存辦法」，同年12月9日並預告「民事訴訟及行政訴訟閱卷規則」，嚴格限制須「所有」開庭在場陳述人之「書面同意」，始能聲請法庭錄音。司法院抽象的以保護個人資料為由，限制法庭錄音紀錄之使用，不僅嚴重侵犯人民訴訟權與律師辯護權，更忽視憲法上公開審判原則的意義與目的。憑藉司法行政命令之發布即顛覆司法權應恪守公開審判的憲法原則，司法院此舉實已逾越憲法權限，也凸顯出其對於司法運作與個人隱私保護之間應有平衡的認識不足，無論在學理與實務上都值得再三批判與檢討。□

註釋：

1. 「シンポジウム報告〈裁判の公開を考える—傍聽人のメモ禁止をめぐる—〉」自由と正義37卷2号（1985）28頁〔ローレンス・レベタ発言〕参照。
2. 日本憲法第21條第1項為，「集會、結社、言論、出版及其他一切表現之自由應受保障」，第2項規定「出版審查不得為之，通信秘密之自由不得侵犯」。
3. 東京地判昭和六二・二・一二判例タイムズ六二七号二二五頁以下。
4. 東京高判昭和六二・一二・二五判例タイムズ六五三三号二三四頁以下。
5. 最大判平成元・三・八民集四三卷二号八九頁以下。
6. 佐藤幸治「司法權と『公開裁判原則』—特に情報公開法制との関連において」菅野喜八郎＝藤田宙靖「憲法と行政法：小嶋和司博士東北大学退職記念」（1987）290頁以下。
7. 最一決平成二一・一・一五民集六三卷一号八五頁、判例時報二〇三四号二四頁。
8. 參見日本民事訴訟法第91條、刑事訴訟法第53條第2項、刑事確定訴訟紀錄法第4條第2項。

永社

側場實記

「洗腦行不行？——高中課綱微調之合法性」座談會

洗腦行不行？

高中課綱微調之合法性

座談會

主辦：永社
協辦：民間公民與法治教育基金會、澄社、
司法改革雜誌、台北律師公會教育法委員會

日期：2014年2月15日
地點：紀州庵文學森林



2014年2月5日一群由高中公民與社會科教師組成的「公民教師行動聯盟」，至教育部門口抗議，要求暫緩微調課綱並重啟公聽程序。他們認為此次高中公民與社會科課綱微調的過程不符程序正義，且不尊重基層教師的教育專業。

依《教育基本法》，教育的目的是培養人民具有健全人格、民主素養、法治觀念、人文涵養、愛國教育、鄉土關懷、資訊知能、強健體魄及思考、判斷與創造能力，並促進其對基本人權之尊重、生態環境之保護及對不同國家、族群、性別、宗教、文化之瞭解與關懷，使其成為具有國家意識與國際視野之現代化國民。

然而，教育部這次的高中公民與社會科課綱微調，顯然不符合社會大眾對於教育的期待。程序的倉促及不透明被質疑為黑箱作業，其微調後的内容也有政治凌駕專業之嫌，違反教育中立原則。由永社主辦的「洗腦行不行？——高中課綱微調之合法性」座談會，除了就法律面討論程序及組織的合法性外，也由不同的角度探討教育與政治的關係，並進一步從原住民族的立場檢討教育與文化的問題。



高中課綱微調的法律問題

與談人——周志宏_台北教育大學教育經營與管理系教授

文字整理◎編輯部



課程綱要涉及教育內容，對於學生受教權的實現有重大影響。關於教育內容的決定，從重要性來看應是法律保留事項，甚至某些事項可能為國會保留。但以目前現行的法治來看，不管是《高級中學法》、《職業學校法》對於課綱的規定都非常簡略。課綱究竟是否算是一個訂定法規命令授權的規定，目前教育部與學界並無一致的看法。課綱與學生受教權的實現、教科書編寫者的著作自由、出版者之出版自由有關，是教育部審查教科書的依據，課本內容須符合課綱規定才得以通過教科書審查制度。課綱又是否可限制教師在教學上的自由，如果課綱有法律效力，不依課綱從事教學是否會有違法的問題？若課綱具有法律拘束力，則教師的教學自由將受到限制。

課綱若涉及基本權應符合法律保留，須有法律或法律授權的法規命令做依據。但這裡所談的符合法律保留原則要求的部分，是不是課綱的全部？課綱包涵

了總綱、領域綱要或其他的各科綱要，與我們一般理解的命令形式很不一樣。最早的課綱稱為課程標準，課程標準存在的時間其實遠比《中央法規標準法》訂的時間早，過去延用的課程標準後來改成課程綱要，教育部主張它是學術的專有名詞，不是法規命令的名稱，這麼說來似乎有理，但事實上《中央法規標準法》訂定之後，《國民教育法》、《高級中學法》陸續訂出來，過程中《中央法規標準法》已有明訂使用綱要或標準名稱，屬於法規名稱之一。而當時立法者是否認為是專有名詞，以致於不用照法規命令的訂定程序，此部分是需要討論的。

課程綱要規範的內容有許多確實會影響到基本權利。舉例而言，學生要學習哪些領域的課程內容、授課時數多少，皆影響學生的受教權，也影響老師的教學自由及學校辦學自由，若這些項目沒有法規的效力，等於沒有任何拘束力。過去曾發生過的爭議是：國小英語要在幾年級開始上？若有拘束力，則所有人都必須遵守；但若完全沒有拘束力，那什麼時候開始上英語都沒有問題，當時就發生爭議，有人希望能提早開始上英語。這就與課綱到底是否具有拘束力有關。

若大家看現行九年一貫課程綱要，與前段時間公告的十二年國教課程綱要，或目前微調後的課綱，若所有內容都具有法規命令的拘束力，因規範的內容太細，則所有人動輒得咎。我認為課程綱要可區分總綱跟分綱，分綱不需有拘束力；而總綱的內容廣泛，其中與學生受教權、教師教學自主與學校辦學自由有關的部分，可具有法規命令效力，但也僅限於與權利義務有關的部分，如授課時數、學校課程、畢業應修滿多少學分等。若完全認為它是行政規則，則可能無法拘束高中畢業生需修滿多少學分才可畢業，那畢業

資格的取得就是參考用；若有拘束力，沒達到畢業的學分數不可畢業，才會產生一致的拘束效果。無論如何，課程內容的名詞用語不應是法規命令。課綱之所以存在，是因涉及到課程安排、教師課程時數、教科書審查及考試命題，而社會重視考試，認為考試要有一定的命題範圍。但即使如此，課綱也不應詳細規定有標準答案式的內容，命題範圍能確定即可，課綱不應具體規定答案的陳述方式與用語。

檢視十二年國教課程綱要，總綱的內容其實很少涉及到爭議的用語。唯一可能爭議的是中國文化基本教材是否列入固定必修，此部分影響學生受教權，我認為應有法規依據。但科目的具體授課內容，不應該在法規命令的效力中，一旦領域、科目確定，具體內容應讓專業去發展。有人認為是行政指導，我認為可以連行政指導都不必是，讓教科書編著者自由去編寫，只要內容符合該學科的必要知識範圍，再由學校選用，尊重教學的專業，不需國家介入。

國家提供的教育基本上有相當一致性，重要的權利義務要有法規的效力，不管是法規命令還是行政規則，公立學校需受拘束，私立學校是否限制可進一步討論。我認為高中職以上不一定要有一致性，應該鼓勵多元。若將來經由學測或指考升學的比例越來越低，作為命題範圍、考試依據的課程綱要，其存在的必要性將隨之降低。各大專院校去挑選所需要的人才，學生自行決定需要具備什麼樣的能力。且現行的學測、指考不可從特定版本的教科書獨有內容出題，因此事實上不需要如此詳細的課綱，課綱只需依大學期待的學科能力標準知識範圍訂即可。

若課程綱要只是行政規則，而非法規命令，則僅對教育部和教育部所屬機關有拘束力，對地方政府及地方學校沒有直接拘束力，教師可以自行編輔助教材、提供教育內容，不需完全依照課綱教學，教師也不會因此違反法規命令，以致影響成績考核、被解聘或不續聘。但要留意的是，即使課綱本身是行政規則，新的《高級中等教育法》對課綱的規定相當細緻，事實上課綱的法律拘束力來自於《高級中等教育法》，而非課綱本身。縱使教育部主張課綱是行政規

則，但《高級中等教育法》賦予了課綱法律拘束力。例如過去職業學校的分類，依《職業學校法》只要經過中央主管機關教育部的許可，即可在未訂定課程標準的範圍內產生新的分類，或進行變更，課綱不會妨礙新的課程類別出現，使職業學校能因應社會環境經濟的變動，但若依照新的《高級中等教育法》的規定，需要修改課綱才可產生新的類別，需經過很長的程序，難以因應社會現實的需要。

此次高中課程綱要微調是根據原來的《高級中學法》，而新的《高級中等教育法》在2014（民103）年8月1日後才施行，此後才能依《高級中等教育法》訂課程綱要。然而此次微調後的課綱，自2015（民104）年使用至2017（民106）年，當《高級中學法》廢止，依此授權通過的課綱還要繼續依照《高級中學法》去實施課程，這段時間實施的舊課綱之法律依據為何？事實上《高級中等教育法》並未提到舊課綱繼續沿用的狀況，我認為此部分應是疏漏。在此提出一些疑問，當《高級中學法》廢止之後，依此法訂的舊課綱是否還能繼續使用？是否具有拘束力？因舊課綱是依《高級中學法》通過的，而《高級中學法》並未像《高級中學教育法》有那麼強的拘束力，那大家是否可以不使用舊課綱，如果可以不用，那其實討論課綱微調就沒有實益、沒有影響；如果有，就是個大問題。

我認為課程綱要一定要做進一步的區分，區分為總綱跟分綱。分綱完全為參考性質即可，而總綱有一部分具有法規命令的性質，而哪一部分涉及基本權利，須具有法規命令則應由大家來討論。

最後關於訂定的程序，我認為只要是教育部長核定的，不論是課程發展委員會或審議委員會的人員，基本上是一個政治決定，決定成員的組成可能決定課綱最後的審議結果。因此如何讓教育部長的審議權受到限制，甚至授權出來，不讓教育部長個人做決定，讓專業團體或公民形成組織、決定程序，我認為這是未來可以思考的，而組織及程序涉及到基本權，應該要符合法律保留原則。依目前的《高級中等教育法》，只有課程審議委員會有法律授權依據，其他如課程發展委員會並無法律授權依據，此部分應進行檢討。□

教育與政治： 違反教育中立的課綱微調

與談人——林佳範_台灣師範大學公民教育與活動領導系教授

文字整理◎編輯部



這次課綱微調引起多方爭議，周志宏老師從課綱的法律性質提出觀點，我想從另一角度來討論這個爭議。台灣已是民主社會，民主社會的特色即是意見的多元，而且是受憲法保障的自由。在開放的民主社會裡，多元的意見及價值，與教育、文化的傳遞有非常密切的關聯，如何在價值多元的社會裡，形成大家可以接受、運作的教育課程，課綱的制定勢必充滿爭議，這是我們必須去面對的。對於教育跟法律的分際，特別是執政黨的特定意識形態主張，是否能透過教育體系，用課綱的制定或以課綱微調的方式來進行，這是我比較關心的面向。若學生認為應該使用「日治」，不應是「日據」，老師是否可認定何者是標準答案？甚至影響學生的考試成績？老一輩的台灣人，過去從小在戒嚴時期的教育中長大，在過去我們這樣被訓練，有這種想法無可厚非。但在民主社會中，我認為這樣的意識形態介入到教育是不可接受的。

王曉波教授認為教科書內容應「依照憲法」，然而《憲法》有很多部分，王教授特別強調的是第四條固有領域，認為教科書中的「中國」應改為「中國大陸」作為區別。但大法官曾作出釋字第328解釋，認為：「固有疆域範圍之界定，為重大之政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋。」有趣的是，大法官都認為這是政治問題，不給予定奪，而教育部組成的檢核小組，卻特別要來做這件事情，合憲性部分也值得討論。就過去修課綱、制定課綱的經驗，我認為此次的課綱微調程序上有諸多爭議，讓我們質疑這明顯是政治操作，而非基於教育專業。



過往課綱也曾作過修正及微調，然而此次公民與社會科課綱微調的審議程序及基層老師意見的形成過程，與過往不同是由所謂的檢核小組來進行。事實上，教育部於2013（民102）年5月時進行自然跟數學領域的微調，而這確實是因教育專業上的需求。當時教育部長表示，因12年國教已在草擬中，修改課綱最直接影響的是教科書出版社，因出版社必須依照課綱審訂，若課綱一天到晚變動，出版社就必須配合變更教科書內容，故一般而言，除非有必要性，課綱不會時常變動。而此次的修訂，「課綱微調檢核小組」組織上欠缺法源，程序上審查過程倉促，1月13日發公文，1月16及18日兩天連開三場公聽會，且是期末考時期，難以讓基層教師充分參與，讓人懷疑有政治力的介入。從民主憲政主義，以一個國家的角度，針對不同的政治主張，教育該如何避免受到政治力的影響，我們當然知道教育的確充滿政治，不過至少要遵守教育中立的原則。

依《教育基本法》第6條：「教育應本中立原則。」特別規定國家不可以為特定的政黨、宗教來進行宣傳。我個人認為這樣的微調內容已存有特定的意識形態，這個意識形態，正是台灣在政黨分歧

上面最大的一個點——統獨問題。而大法官都已認為固有疆域是政治問題，不應由大法官去認定，所以我認為此次教育部用這樣的方式進行課綱微調，基本上是違背教育中立原則的。當然，基層教師們要怎麼去看待統獨問題，民主社會有不同的意見，特別是政治立場上的不同，這是常態；但是政治立場不應有標準答案，若學生因為政治立場與教師不同，用「日治」的用語名詞而被扣分，我認為這也是違反教育中立原則的。教育應該開放多元，不可變成一種意識形態的簡模，如過去威權專制期間的教育體制模式。教育的重點不應著墨於名詞用語，應在於學生如何去議論及建構想法。

在多元價值、多元意識形態的民主社會裡，身為一位教師、一個國家教育機關來面對這種意識形態的爭議，不應懷有特定立場，甚至用課綱微調的方式引導，若不同政黨執政就不斷去改的話，結果只會沒完沒了。我不否認教育確實充滿政治，但教育更該關心的應是學生能不能擁有足夠的民主素養面對多元意見，若教師或教育部做意識形態的介入，對於民主素養及態度的學習反而是不利的。□

高中課綱微調的合法性及救濟可能

與談人——黃帝穎_永社理事

文字整理◎編輯部



我的與談意見偏重在救濟程序，討論此次課綱微調哪些部分違法，或是欠缺法律保留，而在一個正常的法治國家裡，國家做錯事一定有「究責」的機制，在後半段會來談救濟的可能性。首先，談論此次課綱微調合法性的問題，分別有組織違法、程序違法及實體的違法。

一、組織違法

「十人檢核小組」根據媒體的報導，其中的成員包含兩岸統合的組織，也被認為是統派團體的成員，或者是國民黨智庫，前面與談的老師也有提到，這是政治上的作為，回歸法律層次來看，這個十人檢核小組在法律上是欠缺法律依據的，也就是俗稱的黑機關或黑單位，依《行政程序法》第12條到19條，行政機關按管轄的規定，如果這個機關本身沒有權限，或這個單位沒有權限作微調的提案，當組織的本身是不合法的，那他所提出來的提案也就欠缺合法性的基礎。

二、程序違法

許多高中教師在農曆年時出面抗議，公聽會的時間及日期急迫，老師根本無法參與，欠缺程序上的參與，幾乎等同於是黑箱，從《行政程序法》上看，第1條就開宗明義表示，需公開、透明，這本來就是國家行政上的原則，而非私下進行的交易或勾當，公聽會的倉促讓教師難以參與討論，且無充分時間可以準備，此部分與公開原則相違背。



另一部分是，國家教育研究院1月24日的課程發展委員會，拒絕為十人檢核小組背書。在1月25日的高中分組會議中，我們所得知的訊息是，公民課綱最後的表決結果為過半數認為不需進行微調，但在1月27日由教育部部長所主持的課程審議委員會，卻推翻了前面兩次會議的結論，這代表了政治凌駕專業，在1月24日及1月25日，這兩個合法的編組會議，認為不需微調，竟被後面由部長介入的課程審議委員會，像是政治干預，推翻了前面的專業判斷。若在分組會議中結論為過半數同意不需微調，但在1月27日的〈12年國民基本教育議程第五次大會〉議程中，登載了1月25日的高中分組會議為同意，依《刑法》第213條的公務員登載不實罪，處一年以上七年以下有期徒刑，此部分的刑事責任需再進行研究及追究。而1月27日會議的基礎即是前面會議登載不實的資料，如此所通過的微調案，在程序面欠缺合法的基礎。

三、實體違法

《教育基本法》第2條規定：「教育之目的以培養人民健全人格、民主素養、法治觀念、人文涵養、愛國教育、鄉土關懷、資訊知能、強健體魄及思考、判斷與創造能力，並促進其對基本人權之尊重、生態環境之保護及對不同國家、族群、性別、宗教、文化之瞭解與關懷，使其成為具有國家意識與國際視野之現代化國民。為實現前項教育目的，國家、教育機構、教師、父母應負協助之責任。」但在此次微調的課綱中，修改課綱為大中國史觀、拿掉白色恐怖及多數暴力，並且不提及目前進行獨裁統治的中華人民共

和國，這是一個國際現實，《教育基本法》規定要培養具有國際視野的現代化國民，全世界有哪一個現代化國民會認為中華民國包括大陸地區？中華人民共和國的獨裁統治不存在？這是不可能的，走到世界各國，若你如此談論，對方會懷疑你活在上個世紀。此次的課綱微調內容無助於培養人民有民主素養、法治觀念，更嚴重的是，其大中國史觀還停留在上個世紀，完全抵觸《教育基本法》第2條明文規定的教育義務，也違反了第6條的教育中立原則，不應將自身認定的史觀，且是停留在上個世紀的史觀，放進現在的教育課綱中。

而依《行政程序法》第7條規定，行政行為所採取的手段，必須要有助於目的的達成，若無助於目的達成就是浪費國家資源，其行政行為是沒有價值的。而此次的課綱微調明顯是一個行政行為，但此行政行為並無助於達成《教育基本法》中明文規定的教育目的，這是一個違法的行政行為。

救濟的可能

接下來我們談，身為人民我們該如何救濟，並遏止違法的課綱微調，首先遇到的問題是，周志宏老師所提及的課綱法律定性問題，目前有四種說法，分別為：認為課綱是法規命令，故此課綱下來後就必須遵守，教育部的主觀應會是這樣，有較強的法律效果，但又不願把他送進立法院備查，所以退下來認為他是行政規則，只拘束他的下級機關，因為不是法規命令所以不需送到立法院去，而行政規則拘束下級機關，目前教育部的態度認為是行政規則。另一說法認為是



行政指導，不可用課綱去拘束教師及學生。而我認為是一般處分。

為何我認為是一般處分，因人民應有救濟的可能性，課綱公布會發生具體的法律效果，教育部公告的100088923函令，此命令表示課綱的單元、主題都必須要包含在教科書中，這代表課綱一旦公告，教科書書商就必須依照課綱的指示進行內容修改，否則可能無法通過教科書的審定，所以課綱公告可能對教科書書商發生了一般處分。接下來討論救濟主體，救濟主體即為此處分的相對人教科書書商，但教科書書商對課綱公告去提撤消爭訟的可能性並不高，我們都可理解，書商去對抗教育部可能性相當低，故必須尋找其他的利害關係人。

在課綱微調公告的這個一般處分下去，除了教科書書商外，高中生及高中教師權利會發生變動，高中教師的專業自主權利會受到侵害，未來依此課綱修改，提供給教師的教科書內容，違反了現實及一般的普遍認知，此時教師的專業自主權利受到侵害，也侵害應受《教育基本法》第2條：「…使其成為具有國家意識與國際視野之現代化國民…」高中生的受教權，國家應提供學生符合現代文明內涵的教育。在大法官釋字684號的解釋意旨，為何說是意旨，因684號解釋裡，指的是大學生對於大學所做的受教權，但我們認為沒有理由對高中生有差別待遇，若高中生的權利義務受到影響時，並非只有大學生可以提，高中生也應該可以提。另一主體為地方政府，但地方政府在釋字553號解釋的意旨裡，有程序上的問題，地方

政府若自行訂定課綱，那這個課綱跟微調的內容相抵觸時，看教育部是否會去廢止，若廢止則可打行政訴訟，之後打大法官解釋，所以地方政府也是有對抗的空間，只是程序上較為麻煩。

若將課綱微調解釋為一般處分，則高中教師及高中學生即可在目前這個階段發動訴訟上的攻防，以訴訟途徑來說，若將其視為法規命令或行政規則，那麼目前對書商、高中教師或高中學生而言，還尚未發生具體的法律效果。以書商為例，須至書商將未微調內容修改之教科書送教研院審定，且未能審定通過，此時才發生法律效果，若如此解釋，目前只能提預防性的不作為訴訟，而預防性不作為訴訟，學理上有，但實務見解幾乎沒有採，困難度更高，所以預防性不作為訴訟學理上雖然可以支持，但目前未打算採取這個方法。另一個方式為採取一般起訴之訴，一般起訴之訴的內涵是人民要求國家須提供符合現代文明及民主法治的教育，但此訴訟在我國目前保守、有時過於恐龍的司法，相當難以接受，所以最後的討論，我們將其解釋為一般處分，並提起撤消訴訟，利害關係人包括高中學生及高中教師，都可針對目前公告的違法課綱提起撤消訴訟，在訴訟程序上，還有另一個點，剛剛提及的教育部長涉嫌偽造文書的問題，即為1月25日的會議中結論為不同意，但在1月27日的會議中卻登載為同意，此部分在《刑事訴訟法》的規定中，人民皆可進行告發。永社已開會作成決議，由永社理事長陳傳岳律師擔任召集人，成立課綱微調究責追訴小組，目前已有6位律師，準備對教育部進行究責行動。□

由實務參與95、99課綱 經驗看此次社會科課綱 微調爭議

與談人——劉靜怡_台灣大學國家發展研究所教授、澄社社長

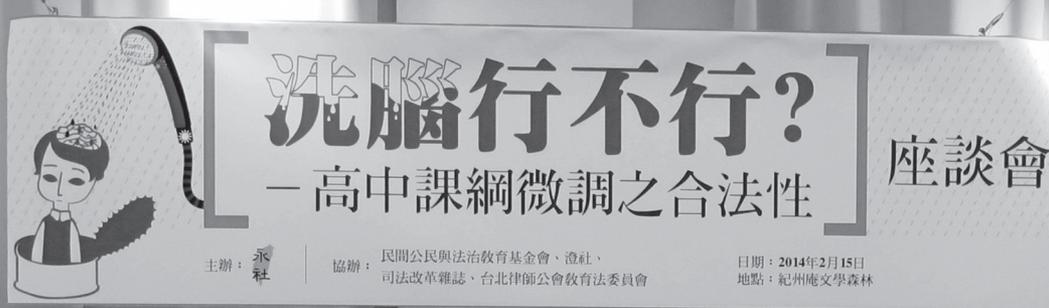
文字整理◎編輯部



與談開始我想先自我揭露一點個人的相關資訊。我曾審查過依據95課綱所編的高中公民與社會教科書，當過教科書審定委員，也參與過依99課綱所撰寫的教科書部分審定。之所以做這樣的說明，是想告訴各位以下的言論有些是出於自己經驗的觀察，我不敢保證我說的話是完全公正的立場。

第一次被叫到教育部審查教科書時，國編館交給我們厚厚一疊資料，裡面有各式各樣的規定，規定什麼一定要寫進教科書。當時我就覺得這相當無聊。其實我認為最好是不要有課綱，但因涉及教學內容、考試範圍，特別是考試範圍，若真的必須要有課綱，應該讓它成為一個原則框架。所以制訂課綱時，我們非常小心的處理這件事情，甚至不只關心自己專業部分的課綱，也同時去檢視其他分冊、其他學科老師寫的東西。例如我個人除了專注法律部分之外，其他包括政治、社會學、媒體等部分，也都花了一些力氣。至於教科書的審定，我認為不該是意識型態的檢核，或者是標準答案的檢核，它其實也應該盡量朝向低密度的審查方向去處理。過往審查教科書時，會在審查之後寫成詳細的書面意見，若仍有難以溝通清楚的地方，會請編者來與我們溝通。審查教科書時應該有溝通過程，亦即由下而上形成共識，一起為這個國家的基礎教育的內容來負責。

由一個憲法學者的觀點，我覺得這次的高中課綱微調是非常粗糙的。課綱其實是非常嚴肅的一件



事，從先前參與課綱和教科書的過程中，看到課綱及教科書的相關法治工作其實是很疏鬆的，有許多模糊空間。課綱涉及國家教育高權的行使，同時涉及書商的出版自由、教科書編撰者的寫作自由、甚至涉及教師在第一現場的教學自由，當然也包括學生的受教權利。這麼複雜的事情，在程序上、組織上都應該有清楚的正當法律程序界定，但目前是缺乏的。為何需要有正當程序的保護呢？國家固然有其教育高權的權力，但是沒有人能確保國家在行使其教育高權時完全不出錯。所以必須有程序及組織面的箝制，來確保其裁量情況在可接受的範圍之內，以免影響到人民的權利，無論是出版自由、寫作自由、教學權利或受教權利。

整體來看，目前不論是從現有的《高級中學法》、《職業學校法》及即將生效的《高級中等教育法》的相關規定中，其實皆可看出有很大的問題。從程序面而言，以所謂「微調」為例，其實在法律上並沒有「微調」這個用語，於是這就變成國家高權在其可裁量範圍之內上下其手。在教育部提出的新聞稿中，說是用現有的《高級中等教育法》第8條第2項規定為檢核小組取得法律基礎。然而值得懷疑的是，即使任務編組在組織法上有依據，但任務編組的到底可以做什么事情，可不可以做到所謂的「微調」？為什麼不是制訂新的課綱，而用「微調」？若這樣的說法行的通，那是否以後任何課綱，只要他覺得有必要，都可以有任務編組出現，然後就可以進行這種所謂爭議性很大的工作？

若問我此次公民課綱微調有無很大的調整，我仔細看了一下，其實調整並不大，但調整的地方都滿好笑的。例如第一冊裡的單元一談自我、社會與文化及主題二人際關係與分際的部分，在社會學知識脈絡裡，這裡談家人跟同儕的關係。可是這裡他特別加上

了「家族」的關係，中間加了一個次內容，要求課本寫家族的意義與其現代發展，介紹「家族的形成及其在傳統文化中的重要性，並且說明隨著都市工商業發展，傳統家族雖然逐漸式微，但是對祖先的崇敬、對父母兄長的孝順、親族的凝聚仍然是現在社會中的重要價值」，根本誤解了這個單元的教學目的。另一個例子是選修部分的憲法與釋憲制度，硬是加上「某一個法律是否為違反憲政價值的惡法，在憲政制度上是交由大法官會議來決定。」在我看來這犯了兩個錯誤。首先，「惡法是否由大法官來認定」本身就有很大的爭論，若為自然法就不是如此，再來現行法已經沒有大法官會議了，這根本是錯誤的知識。由上述課綱調整的錯誤得知，所謂正當法律程序應是要確保教育高權的正確行使。而教科書是否能不配合有爭議的課綱編寫？審定辦法規定：「申請人不得以未經審定之書稿，提供學校作為選用教科書之用。」審定辦法的授權依據是《高級中等教育法》第48條第2項，規定的內容其實很模糊，未明確說明相關的權利義務關係，但實際上，若教科書未能通過審定取得執照，即使教師願意也仍無法選用。

最後來看教育部對外界疑慮回應的新聞稿說明，我個人是無法被說服的。教育部表示此次微調不是「由上而下」，而是「由下而上」的。由事實面來看，比較社會科與自然科的程序，自然科的程序比社會科要來好的多，若自然科的正當程序可以保護到這個程度，則為何社會科無法達到，教育部必須清楚說明這件事情。

回到最根本的問題，周志宏老師也有談到，這整套教育相關的法律，以一個法治國家應有的程序保障組織正當性的要求，是有很大的問題，我們應好好去思考這件事，也該長遠的好好去做這件事來改正它。□

還我孩子，還我教育權， 還我課綱

與談人——汪明輝_台灣師範大學地理系副教授

文字整理◎編輯部



台灣原住民人口大約五十萬人，占總人口數的百分之二，對主流社會來說，很容易被忽略，長期以來教育也是。身為來自阿里山的鄒族人，我想從原住民的立場，針對這次課綱所引發的爭議，藉這個機會提出一些原住民的觀點。

從史觀，也從正義來看，所謂去台灣化或者去中國化、統獨或者藍綠，主流社會對於政治環境的爭議，原住民很少關注也插不上話。但從原住民的角度觀之，從日本時代的教育開始，並沒有因為我們的素養越來越好、逐漸趨向多元化而改變，相反的我們的教育體制非常僵固，教育的結果是：原住民的文化逐漸滅絕了。

這個課綱對主流社會來說，微調便已經很嚴重了，可是對我們原住民來講，我們需要的不只是微調，可能需要更積極的調整。我們的訴求是「還我孩子，還我教育權，還我課綱」，更進一步終結過去的殖民同化教育體制。

很多原住民非常重視孩子的教育，所以把小孩送到學校，卻沒想到，把小孩送到學校，小孩就已經開始跟父母說再見了。澳洲曾經有個白化政策，把小孩送到白人家庭，是謂stolen generation。雖然台灣沒有這樣做，但卻是用集體教育的方式來偷竊、用國家的力量來同化，有些人批判日本殖民時的教育，但其實現在的體制對原住民而言跟他們相去不遠，所以我希望能夠「還我孩子」。

另一方面，為什麼過去教育部門沒能打造出符合原住民所要的教育？主要是因為他們不了解也不尊重原住民，由一群自以為是的教育專家官員來制定我們的教育制度，造成幾乎無可回復的文化困境。比較年輕一代的原住民，幾乎沒有人能夠完整的說出族語，單就這一點，就是一個文化語言的滅絕政策。

所以我認為，如果要積極調整，教育部在這方面需要有所作為，可是我們還是要回到這個開端，怎麼樣是合憲的教育？過去三十多年來，原住民都是叫原住民族，經過了幾年之後，憲法就把「原住民族」這個詞入憲了，所以我們所有的文書、所有的法律用語都是原住民族，而不是「少數民族」。現在改用少數民族，顯然是要跟原住民接軌，可是少數民族跟原

住民族是不同的意義的，在這裡客家人可以叫少數民族；新住民可以叫少數民族，可是原住民不一樣，他相對於settler移來的、外來的、後來的這些人，他原來叫original，再聯合國裡也是使用「原住民」這個詞。在中國大陸不用「原住民族」，因為漢人在那邊也是原住民族，華北平原是他們原本居住的地方，所以少數民族若說是原住民族，跟他們講：「我們原住民如何如何」，他就會說：「我們也是原住民族，你要跟我講什麼？」所以在他們的邏輯下，只能夠用少數跟多數來比較。所以什麼是合憲的教育？不要用少數民族就對了，我們不是第五十六個少數民族，是屬於全球的原住民社群。

另外，憲法增修條文裡也規定了，要尊重原住民的民族意願，而且要強調，從孫中山開始便這麼講，不論國際或國內的法律都這麼說：「我們國家的民族是一律平等的」，但所謂一律平等所講的是質不是量。可是我們現在是什麼樣的思維？多數決定少數。真正的民族一律平等是不管你是多還是少，不管你是強還是弱，都是平等的，顯然是指它的特質，從它的文化特質而來，這個才是真正的平等。

台灣常常落入到一個迷思，就是用多數決定為選票，或者是說舉手的人數來決定，如果是用多數來決定教育走向，原住民族作為一個真正的少數，是沒有辦法能夠保障原住民的平等地位的，這便是所謂困境來源。如果是平等的話，教育部不應該規定只有原住民族學習主流優勢民族的文化、逐漸同化於他，然後主流民族、多數民族可以完全無視於原住民族的存在。至少應該知道他們在，我想我們可以雙向的學習，並且促成彼此的發展，這才叫平等的國家，才是合憲的概念。

過去以來，在日本統治時期，不論原住民或漢人都會說日語，但是原住民不是天皇子民。1945年之後，原住民中國化，大多是講中文或者漢語，但是我們也不是炎黃子孫。原住民並不是炎黃子孫，而是一個獨立的人種，我們都是國民，也領有國民的身分，所以我們才有國民的應盡義務，包含享受教育。

因為原住民是中華民國國民，所以也要經歷國民教育，但是國民教育應該變成一個能夠符合、不管民族多數或少數。但事實上我們的義務教育只有學習漢民族文化，沒有其他少數民族的語言或文化，這是不公平的，基本的共同必修應該要跨越各族群。作為漢民族後裔的台灣主流社會，若想在中華文化語言繼續深入，我們應當尊重，但同時我們也希望看到，義務教育不能強迫原住民族學習四書五經、唐詩三百首。除了國民的身分，我們還有民族的身分，不應剝奪這個權利。

原住民族過去經歷了荷蘭、葡萄牙、明鄭、大清帝國、日本，現在是中華民國。中華民國是1945年才來，那是69年前，而台灣的歷史是一萬年前，長濱文化、圓山文化、左鎮人，好多好多遺址，1624年才出現第一個外來政權，中華民國是最晚的69年，然後你把過去的一萬年說是中國史嗎？

我是一位地理系的老師，教「台灣」的孩子「中國」地理，問孩子們我國的首都在什麼地方？各位你能回答嗎？標準答案是「南京」！我是鄒族人，卻無法教鄒族的孩子認識他的故鄉，鄒族的小孩不知道玉山，不知道荖濃溪、楠梓仙溪、濁水溪還有曾文溪，但我們卻知道崑崙山、帕米爾高原、塔里木盆地、天山。地理是如此，歷史也是如此。教育的荒謬在我身上確確實實發生了。

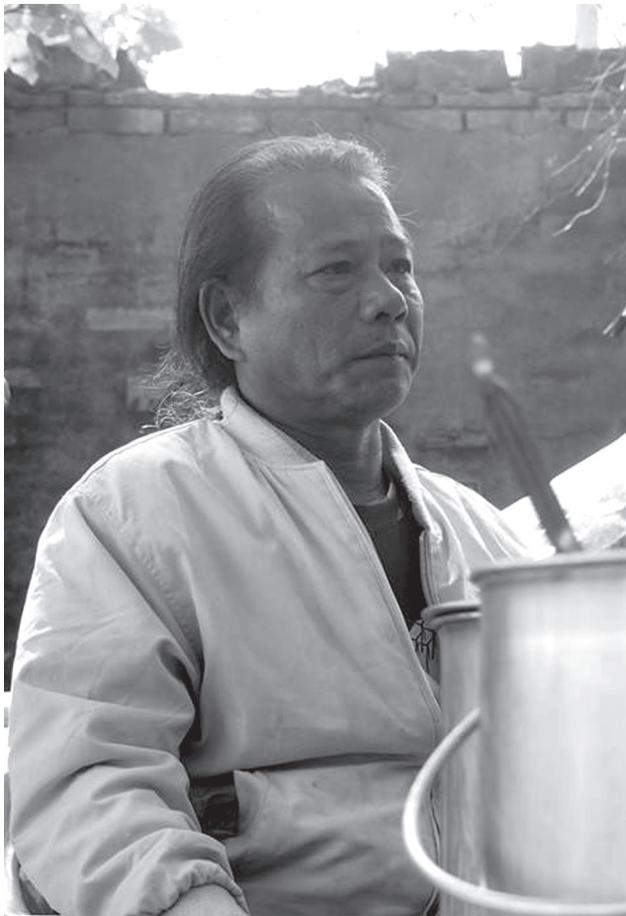
我是12年國教課綱的諮詢委員，但實際上只是受邀參加，在教育中我們並沒有主導性，教育部應該讓14個民族組成各民族的教育委員會，而所謂的學者專家退位從旁協助即可，這才是符合憲法尊重民族意願的作法。民族之間的學習應該是雙向的。學習蘭嶼雅美族的文化，他們對海洋的生態智慧，就能知道台灣主流教育中，對生物、海洋課程的欠缺及不足。

最後談論師資培養的問題，許多老師在無知的情況下也成為同化的幫兇，我們必須停止這樣的生產線，而要培育可以理解、尊重原住民文化的教師。□

不為私心抗下去， 堅持到底為家園

苑裡鄉親的「抗爭這條路」專輯

◎台大大新社（戴子揚，陳焜臻，吳宜珈，陳德倫，陳軍鈞，許為凡）



一、「抗爭是海口人的驕傲！」苑裡反瘋車運動的發起與堅持——專訪陳清海先生（苗栗縣苑裡鎮西平里居民）

三、四年前苑裡海岸要建風力發電機的消息，就已經在苑裡靠海的四個里（西平里、苑港里、海岸里、房裡里）傳開。漸漸地，海岸以北的後龍，一支支大樓般的風機緊密矗立；海岸南邊的大甲，也開始被鬼魅般的眩影忽明忽暗地步調騷擾。苑裡灰色沙灘的海岸，究竟要建多少風機、要建在哪裡，又什麼時候建，根本沒有任何人曉得，直到臨近風機預訂處的心離居接到開會（施工前說明會）通知。心離居的負責人、同時也是現任自救會長的陳清海，從那一刻起，便和反瘋車運動緊緊牽連。

2012年9月，陳清海先生接到英華威公司送來的「施工前說明會」通知，陳清海表示，如果心離居不是距離風機最近的建築物，他不會被通知去參加那經過特意篩選、只有18人出席的「施工前說明會」。他回憶，9月21日那天，英華威公司在海鮮餐廳宴客三桌，但全程的說明內容幾乎都繞著「回饋金」打轉，完全沒有針對風機的其他相關問題進行討論。陳大哥對此感到奇怪，並和公司表達「風機不能離住家太近」的訴求，卻得到英華威傲慢地回應：「風機的計畫如果更動就需要再跑2年的程序，因此無法更動。」

毫無頭緒的說明會過後，陳清海隻身到台中大甲船頭埔一帶拜訪，在那個令他印象非常深刻的下午，一個住在風機附近的老婆婆，對於陳大哥對風機的疑

問，只簡單的回應了一句話：「你來住一個晚上你就知道。」偌大的扇葉在風中機械式地擺動，低沉而規律的風機聲，讓陳清海想起以前在苑裡南方保護區的白鷺鷥，不知道從什麼時候開始，一群一群遷往西濱棲息。越來越感到事態不對勁的陳清海，請女兒上網搜尋有關風力發電機的資料，得知唯有搬離才能解決的風車症，以及三芝的反瘋車事件。他拜訪了里長、期望里長能夠出面解決問題，卻沒有得到正面回應。陳大哥只能一肩擔起了連署的工作，四處拜訪鄰里，在短時間內收集了近六百份的連署書並送達縣政府與經濟部，但陳情依然石沉大海。

在陳情未果之後，西平里反瘋車自救會於2012年10月18日、英華威第一次施工時立即成立，爾後一個多月正式改成「苑裡反瘋車自救會」。自救會展開一連串的宣講活動，說明風機如何對人體、生態以及生活造成影響，經過前前後後大約十幾場的宣傳，反瘋車的能量開始漸漸集結。抗爭之初，自救會經常巡視海岸，每逢英華威一有施工的動作便立即前往阻擋運送機組的砂石車。經過一次次與警察公權力、私人保全的推打拉扯，終於2013年4月7日在鄉親接二連三被移送、因阻擋工程而受傷之後，陳清海自覺未來沒有希望，在這樣下去哪裡有人出來抗爭，遂決心以絕食作為最後抗爭的手段。

根據陳清海的描述，在海邊絕食的前兩天他都只喝冷開水，沒過多久便感受到身體不適。太太擔心他的身體狀況，在送來的熱開水中多摻了牛奶，卻被他一口拒絕；絕食的期間也不間斷地有憂心陳清海身體狀況的朋友前來勸他偷偷吃點東西，卻也在他「清清白白抗議」的決心下被駁回。絕食第四天，苗栗洪箱阿姨前往苑裡海邊關心陳清海的情形，「你在海邊絕食到死也沒人知道」一句話，觸發了陳清海前往台北能源局抗爭的契機。

來到台北絕食的陳清海在陸陸續續媒體的曝光下，受到了外界與社運團體的關注。絕食的第七天，陳清海印象深刻，那天能源局依然沒有回覆、飢餓與絕望交迫，但是有4名學生來到他的面前，見到學生

的那一刻，陳大哥忍不住眼眶泛淚。他說，以往在新聞上看到的各種抗爭都有學生的幫忙。那兩道潸然落下的淚痕，說明了他在絕望的氛圍中重新抓住了希望。直到陳清海吐血送醫，結束了長達10天全無進食的抗議行動，學生也從此進到苑裡人的生活之中。陳清海說：「若沒有這些學生，自救會恐怕會瓦解掉。他相當肯定學生來到地方大幅提升了抗爭的士氣，4月底英華威私人保全與警察多次對阻擋工程的學生暴力相向，也因此激發了許多居民願意走出來的決心。陳清海總是不斷地對相親喊話，要保護這些學生，要關心這些學生不要被打。」

苑裡反瘋車運動持續了一年餘，陳清海的信念，在不顧英華威公司的惡意威脅，甚至發起了絕食抗議之中凸顯而出。他說，絕食感到累的時候，只要想想地震過後，被緊緊壓在瓦礫堆底下的人們，既沒有自由走動的方式、也沒有和自己站在同一陣線的夥伴。他便可以在此轉移中得到繼續堅持的動力。

問起陳清海在抗爭中是否失去了什麼？他輕鬆的扯扯嘴角，他說要是沒有抗爭，他會繼續專心地做木雕；但是他認為，苑裡反瘋車運動，是「屬於海口人的驕傲」，英華威的風力發電機在台灣各處已經建造了三百多支，但是唯獨在苑裡的海岸，被高張力的反抗給擋了下來。陳清海終於笑開來，他說：「失去的就是得到的。人來到世上不會白白的走一趟，現在看到的好像是失去的，但這些才是真正得到的。到人生的最後掰掰，笑笑的走了。」即便反瘋車運動在未來階段性地成功，他也會帶著信念繼續與受壓迫者站在一起。□

二、不畏訴訟壓迫，不懼財團暴力，堅持拼到底！——專訪葉丁貴先生（苗栗縣苑港鎮苑港里居民）

同樣也是自救會成員的葉丁貴先生，家住苑裡沿海最北邊，苑港里的居民，在自救會成立兩個月後聽了說明會，自己主動查詢了許多國內外的資料得知風機對人體的危害，因此決定加入。隨著抗爭到底的信



念日漸堅定，他投注了越來越多的時間和心力，自然而然就進入了自救會的核心，現在他是苑港里居民參與抗爭的主要人物，他的加入也為自救會注入了一股更大的力量。

苑裡工地的衝突大約是自2013年4月開始頻繁，葉丁貴常戲稱那陣子「每天都在打仗」，除了24小時輪班留守工地外，常常半夜接到英華威要突襲進入施工的電話，便要立刻趕往工地抗議，使他好一陣子「聽到電話響就害怕」。雖然那段時間每當衝突發生的時候，警察往往默許英華威保全的暴力行為，只將鄉親的抵抗視作違法行為；做自己認為正確的事情卻被當成犯人對待，面對這些情況，常常讓鄉親們感到莫大的無力感與失望，但是葉丁貴說鄉親們沒有因此退縮，大家不斷精神喊話、互相打氣來維持彼此的信心和動力。

葉丁貴提到在過去一年多來的抗爭中，讓他印象最深刻的畫面：位在苑港里的18-1號風機即將完工時，鄉親手勾手坐在風機的周圍，坐在最旁邊的葉丁貴眼看前面的鄉親們、也包含自己的兒子，一個個被抬離現場，心中產生了很大的無奈和失望，一時情緒激動甚至把頭撞向風機基座上的鐵條，用身體的痛楚

來表達內心的失望。葉丁貴全家人都參與了抗爭，他的兒子為了表達對政府的不滿，曾經跳進豬糞池中，沾得滿身糞，象徵政府視人民為「糞土」；看見兒子的犧牲，葉丁貴說他常常感到心疼，但是為了抗爭到底的信念，他們一家人都不曾因此而動搖。

苑港里18-1號風機的完成，當然使苑港里的鄉親感到失望。完成的那一天，鄉親和學生一同坐著擋在卡車前作最後的抗爭，眼看大家一個個被抬走，會長陳清海不斷問葉丁貴：「18-1這樣建起來了該怎麼辦？」葉丁貴只要陳清海看開點，畢竟人這樣被警察抬走，也無法多做什麼反抗，並承諾不管接下來苑裡哪裡要建風機，都會和自救會一起抗爭到底，因為他認為這是公共之事而非私利，不能也不應該因為一次的失敗就放棄整個抗爭。

除了現場的肢體衝突之外，另一個極度消耗抗爭者心力的是訴訟的處理。勢單力薄的抗爭者被逮捕後，遭以強制罪起訴，鄉親們一輩子奉公守法，可能連警察局都沒進去過，卻因為保護自己的家鄉而要上法院，他們內心除了害怕之外，還有更多的無奈與憤怒。和家中兩個兒子一起被告，葉丁貴說，得知被起訴的當下，他只擔心在訴訟過程中說錯話，可能引來

更多麻煩而影響到抗爭的進行，並不擔心訴訟對自身的影響，他沒有太多的害怕，因為他深信自己做的事是對的。這樣的信念，也讓其他被起訴的鄉親在義務律師的協助下，坦然面對訴訟，繼續堅持投入抗爭。

關於抗爭，葉丁貴坦承自己為此犧牲了很多。2012年9月因為健康因素他提早退休，但9月底抗爭就開始了，因此葉丁貴在抗爭奔波中常自嘲是「有退無休」；而絕食七天、被警察帶到派出所，因低血壓和心跳過快緊急送醫，也讓身體增添負擔。另外，原本定期在他家裡舉辦的聚會、他感興趣的副業等，也因為忙於抗爭而漸漸擱置。但在抗爭中也讓葉丁貴結交了許多有義氣、互相了解的朋友，一起為了這片土地努力。

曾有參與抗爭的學生問他：「還有多少力量繼續抗爭？」他則認為這是無法估計的，畢竟身體、經濟的狀況都無法預測，現在只能繼續抗爭下去，直到極限的那一刻為止；而他的能量不只停留在他自己身上，葉丁貴說將來如果遇到同性質的團體，他也想要貢獻自己參與的經驗，希望能夠用自己的一份力量幫助他們。關於抗爭的未來想像，葉丁貴期待自救會的力量能繼續延續成為地方上的環境保護協會，永遠愛護著苑裡的土地，留給子孫這項最珍貴的財產。□

三、守護海岸，日夜巡守，抗爭是為全台灣！——專訪沈進發先生（苗栗縣苑裡鎮海岸里居民）

目前身為自救會幹部，也是工地巡守隊隊長的沈進發，是因為鄰居邀請他去聽自救會舉辦的說明會，了解風車帶來的危害，而開始關心反瘋車的抗爭。當初英華威從西平里和苑港里開始設置風車，住在海岸里的沈進發較晚才開始接觸。苑裡是他從小生活到現在的地方，對於這塊土地，有著難以割捨的情感。許多老人已經不可能離開，因為苑裡是他們情感的歸根，如果風車蓋在離住家太近的地方，會讓附近的居民深受噪音的困擾。沈進發認為風車不只是這一代的問題，如果沒有挺身捍衛家園，沒辦法留給後代的子

孫一塊乾淨的土地，更是不應該的事情。除了情感上的連結，學生等外界力量進入自救會協助，讓訴求更加完整，加上會長陳清海堅持不放棄的態度，都更堅定他投入抗爭的決心，於是義無反顧地爭取，希望能夠藉由這個反瘋車的抗爭守護他的故鄉。

為了防範英華威總是在凌晨偷偷動工，自救會組成了巡守隊，讓熱心參與的居民輪班守夜，並且設有簽到簿來管理。守工地的過程非常辛苦，經常會受到英華威保全的刁難，像是用手電筒的強光照射眼睛，或是言語叫囂和威脅，但是鄉親依舊沒有退縮，繼續在工地堅持抗爭。

2013年10月23號凌晨，趁著夜晚視線不明，當時在工地的鄉親只有十多人，英華威仗恃著人數較多，將守夜的鄉親帶到角落毆打，甚至用石頭砸傷鄉親的臉導致骨折，負責蒐證攝影的鄉親也被保全打傷，而沈進發自己的手指也在衝突中骨折。當天早上幾位鄉親立即北上開記者會，向社會大眾公開英華威為了施工所使用的暴力手段，沒想到在苑裡工地這邊，英華威又再度來施工，使得鄉親的情緒更加憤怒，卻也因此更加團結。

那天下午亦有自救會成員兵分兩路到新竹的二河局抗議，政府方面做出了「立即停工」的承諾，卻又有各種推託之辭。沈進發認為雖然政府的承諾沒有實際效用，英華威之後還是不斷想要暗地施工，但是鄉親已經變得更加團結，全天都有人在工地駐守，讓英華威無法稱心如意。守工地的那些日子裡，鄉親會舉辦一些活動增進情感，像是中秋節的烤肉、父親節的蛋糕慶祝、跨年和除夕圍爐，過年的意義尤其深刻，沈進發表示抗爭的過程真的非常辛苦，這些活動除了讓鄉親能夠有力量繼續往前，也拉近了聲援人士、學生和鄉親之間的關係，建立起像是一家人的革命情感。

問起自救會如何組織北上抗議的過程，沈進發表示這些抗爭通常都很倉促，必須要仰賴夥伴之間的默契，鄉親每個星期都會有例行會議，討論抗議的地點和提出的訴求，以及如何能夠吸引媒體的目光，讓社



會大眾看到苑裡現在所面對的情況。他認為學生的進入提供了許多抗爭的發想和經驗，讓鄉親越來越有興趣和動力，並且從中慢慢學習累積。

提及印象最深刻的行動，沈進發說是818凱道拆政府那天，他從來沒有想過苑裡的事情能夠站上那麼大的舞台，也沒有想過原來台灣仍有那麼多的民衆關心社會議題，心中又再次燃起了希望。最憤怒的經驗是12月能源局的抗議，鄉親先前詢問能源局有關英華威施工許可展延的狀況，官方都躲避正面回應，只是說「不清楚」，原本那一次行動的訴求是要求政府拒絕展延，沒想到在行動前一天能源局才告知他們早在11月底就已經將英華威的施工許可展延到今年5月，行動的訴求只好從拒絕展延變成撤銷展延。問及當時的情緒，沈進發說那是一種憤怒和無力，政府竟然如此袒護財團，和財團一起欺騙人民，但是他說苑裡的鄉親不會放棄，展延到5月，他們就會在工地守到5月。

還有今年過年前突襲經濟部的行動，當時的訴求是要部長張家祝出來負責，現場撒了許多紅包袋，象徵「官收紅包、搞爛綠能」，十分有媒體效果。沈進發認為這個行動告訴政府，就算是過年期間，苑裡的鄉親為了捍衛家園也絕對不會鬆懈，希望政府能夠聽見人民的聲音。

在苑裡反瘋車一年多的抗爭以來，沈進發認為從中得到許多，諸如人與人之間的信任和情感的連結，鄉親彼此的關係更加緊密，產生了對苑裡這塊土地的認同和歸屬感，雖然花了許多的時間和心力，但若是為了保護家園就是非常值得的。他最感動的是，其他地方的人願意因為風車議題來到苑裡，和他們站在一起，雖然抗爭十分辛苦，但他坦言若是沒有挺身而出，以後必定會感到非常遺憾。回想起當時阻擋施工時被暴力對待的鄉親和學生，他每每都會看著畫面流淚。

問他為什麼能夠堅持到現在，他說雖然抗爭沒有辦法馬上收到實質效益，政府部門經常互踢皮球，但是必須要繼續抗爭，才能讓更多人知道苑裡發生的事情，知道鄉親的訴求，慢慢爭取社會的認同，也讓大家更加了解綠能的發展必須建立在安全的基礎上。關於對未來的展望，他希望苑裡反瘋車自救會能夠從在地出發，繼續去幫助其他有相同困難的人，提供他們自身的抗爭經驗和聲援他們，並且把抗爭的層次拉得更高，爭取政府對於西部沿海居民更多的照顧，在執行政策時要有完整的配套，才能讓人民在這塊土地上安居樂業。□

苑裡反瘋車的司法課題

◎林三加_原理法律事務所所長、環境法律人協會常務理事



苑裡反瘋車運動一年多來，已產生多起民事訴訟、多起行政訴訟、多起刑事訴訟，而全面性的戰鬥並進行中。這裡頭所牽涉最重要的面向之一，是司法課題。從這些司法訴訟中，我們也見到「民主轉型」、「人格權保障」及「兩公約落實」等議題。

「苑裡反瘋車」運動，不是能源議題，而是「民主」議題

苑裡是苗栗縣靠海的一個小鎮，沿著海岸有四個里，苑港里、西平里、海岸里、房裡里。這四個里的居民大多是靠海或土地維生的漁民及農民，英華威集團所屬通威公司於2012年10月開始在苑裡動工，他們見到一台又一台龐大的施工機具駛入苑裡，才知道苑裡短短2公里海岸，將要被設置13座工業型的大型風力發電廠。

如同近幾年來台灣各地所發生的開發案之爭議事件，設置風機的開發案，並沒有完整的「資訊公開」及「民衆參與」，這些開發行為雖然會影響大眾的生活環境，但其決策過程常都是在黑箱作業中完成的。因此，苑裡「反瘋車運動」的核心，其實並不是能源議題，而是「民主」議題。

從經濟部於2009年7月23日所核發予通威公司之籌設許可，即課予「本案於申請施工許可前需召開地方說明會，加強睦鄰工作與民衆溝通及承擔溝通協調責任」之義務即可明知。而且，苗栗縣政府於2012年12月3日亦曾發函要求廠商：「請加強與民衆溝通協調……於進場施工前，務必與地方民衆取得共識。」但是，通威公司屢屢未與苑裡鎮民取得共識而強行施工，致使不斷引發居民抗議，而後在不明的原因下，造成警察嗣後強行逮捕抗議民



衆，並由檢察官聲請簡易判決處刑，而至今廣受社會矚目。

又如通威公司所提出之開發案的環評書件，即因提供錯誤的民意調查資訊，而遭環保署環評委員會於2013年6月3日會議，以「行政程序法第119條第1項第2款信賴不值得保護」為由，依法撤銷原通過的環境影響差異分析報告之行政處分。

「苑裡反瘋車」運動，牽涉到人格權的侵犯與排除，而由347位苑裡居民共同提起排除侵害之民事訴訟

民法第18條規定：「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。」

最高法院92年台上字第164號判例：「於他人居住區域發出超越一般人社會生活所能容忍之噪音，應屬不法侵害他人居住安寧之人格利益，如其情節重

大，被害人非不得依民法第一百九十五條第一項規定請求賠償相當之金額。」

王澤鑑教授所著的「侵權行為法」亦謂：「最高法院判例創設『居住安寧的人格法益』，超越傳統人格權的保護範圍，具有保護社區生活公害、環境維護的意義。」

因此，通威公司於苑裡鎮所設之風機，因未與民宅及有人活動的建築物，保持適當之安全距離，自有將侵害苑裡居民之居住安寧及健康權之虞。因此，347位受影響之當地居民已依法以選定當事人的方式，向法院提起訴訟，請求法院依民法第18條請求排除侵害，以保障「居住安寧權」等人格權。

「苑裡反瘋車」運動，亦牽涉到兩公約保障人權之落實

「經濟社會文化權利國際公約」（以下稱「經

社文公約」)第11條保障之「適當住居權」，亦屬基於維護人性尊嚴而予以保障之人格權。「經社文公約」第4號一般性意見第7點明示：「委員會認為，不應狹隘或限制性地解釋住房權利，譬如，把它視為僅是頭上有一遮瓦的住處或把住所完全視為一商品而已，而應該把它視為安全、和平和尊嚴地居住某處的權利，至少有兩項理由可以認為這樣理解是恰當的。首先，住房權利完全與作為《公約》前提的其他人權和基本原則密切相關。就此而言，《公約》的權利源於『人身的固有尊嚴』，而這一『人身固有的尊嚴』要求解釋『住房』這一詞語時，應重視其他多種考慮。……」

「經社文公約」第12條第1項要求：「本公約締約國確認人人有權享受可能達到之最高標準之身體與精神健康。」；「經社文公約」第14號一般性意見第1點亦明示：「健康是行使其他人權不可或缺的一項基本人權。每個人都有權享有能夠達到的、有益於尊嚴生活的最高標準的健康。」，以及第3點：「健康權與實現國際人權憲章中所載的其他人權密切相關，又相互依賴，包括獲得食物、住房、工作、教育和人的尊嚴的權利，以及生命權、不受歧視的權利、平等、禁止使用酷刑、隱私權、獲得資訊的權利，結社、集會和行動自由。所有這些權利和其他權利和自由都與健康權密不可分。」

丹尼爾·雪佛等五位學者共同發表於國際學術期刊「噪音及健康」2011年9~10月號之〈檢視風機噪音對於健康相關之生活品質的衝擊〉學術論文，指出：「風力機組設置範圍內2公里的民衆，有較低的整體上之生活品質、較低的生理上之生活品質、較低的環境上之生活品質。」因此，苑裡反瘋車運動基於國際學研究成果，訴求「制定安全距離」，乃要求開發案應與民宅保持適當安全距離，以免風機運轉所產生之低頻噪音影響居民之住居安寧及健康權，乃符合兩公約所保障之「適當住居權」及「健康權」之目的。

「苑裡反瘋車」運動，也已提起環評公民訴訟及行政爭訟之救濟

環境影響評估制度中，有一個非常重要的核心事項，就是「替代方案」之評估，但是苑裡風機的設置所進行環評，完全沒有地點之替代方案，其環說書內容更明確記載「本計劃無地點替代方案」。

因此，對於在沒有地點替代方案之評估前，所作成之環評處分，自屬嚴重牴觸環評之制度目的，而顯違法之行政處分。目前行政訴訟由台北高等行政法院審理中，法院並已裁定通威公司應參加訴訟。

「苑裡反瘋車」遭以「涉嫌強制罪」提起公訴進行審理，司法的態度將決定台灣民主化的進程

自2013年4月起至今，因英華威集團強行施工而前往抗議的居民及聲援學生及民衆，已有數十人遭檢察官以「涉嫌強制罪」提起公訴，已引起實務及學術界的許多法律人的共同關切。因為人民先遭剝奪參與公共事務決策的權利，而後又因抗議公共事務決策過程不合法、政府實際執行作為涉違法，再遭警察以涉嫌刑事犯罪為由逮捕，企圖堵絕人民抗議之聲。這已是嚴重違反「民主法治國」原則。

行政院近年來就環評訴訟所作成的許多判決，常表明應確保進入第二階段環評審查，其重要原因即在於落實「民衆知的權利」及「民衆參與公共事務決策」的權利。

現在，因遭剝奪「民衆知的權利」及「民衆參與公共事務決策的權利」的反瘋車之刑事被告們，以及為此共同站出義務援助的律師們，還有各界的法律人及非法律人，都共同發聲，請司法務必體認到「台灣司法」正站在一個「民主轉型」時代的分水嶺，拒絕人民提出異議的權利，將使台灣民主倒退五十年，支持人民提出異議的言論自由的權利，將促使台灣真正走向建立「民主法治國」的大道。□

肉身護家對抗金權怪手， 司法天秤向誰傾？

「苑裡反瘋車自救會林清金強制罪二審開庭」 法庭觀察

◎賴佩琪_台北大學法律系學生

2014年2月10日一早，一群人頂著初春寒風，從苑裡搭車到了台中，搶在開庭之前，要在台中高分院的大門前，透過記者們的鏡頭對台中高分院的法官們吶喊，期待能得到一個我們所期待的、符合公平正義的結果。

今天審理的是林清金的上訴案，在一審苗栗地方法院幾乎未審酌任何律師所提出的主張的情況下，清金伯伯得到「強制未遂」，判處拘役10天，得易科罰金的判決結果。但，清金伯伯只是在面對國家機器和財團的蠻橫、無視當地居民的想法、不願溝通便強行施工的情況下，站出來為大家發聲而已！這樣的行為如果可以輕易落入強制罪的範疇，是不是代表人民不能表示與政府相反的意見、即便政府所作所為違反民意？那麼台灣還能稱得上是民主法治的國家嗎？

為了扭轉一審判決，義務律師們在本次上訴審法庭中，試圖讓法官了解：被告林清金之所以欲阻擋施工的原因之一，是因為施工許可及環評皆有違法或無效可能，若確實有違法或無效，則通威風力發電公司即無施工之合法權利可言，此際其分別於行政法院及經濟部審理及審議中，而依行政訴訟法第12條：「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之。前項行政爭訟程序已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序。」故本件應先停止審判程序，待行政爭訟程序確定；不僅如此，被告林清金所為者應屬言論自由保障範圍，是因為透過一般管道都無法讓決策

者正視訴求，才會採取以身體對抗的方式，因此不應該以刑法處罰這樣的行為。

可惜的是，儘管開庭前大家在法院前高聲疾呼，但法官終究是沒有聽到了。儘管律師再三強調前述二者在本件訴訟中之重要性，法官卻無視此二居於重要前提地位之主張（如果成立，這件案子後續甚至根本不用討論了！），而花費極長時間反覆勘驗警方蒐證錄影帶，專注於挖土機是否發出引擎聲、司機有無拔出鑰匙、被告林清金是否有碰觸挖土機而構成阻擋等細節，以確定其是否該當強制罪構成要件。顯然，法官早已是「有罪推定」，既不認為本案應停止審判，亦不認為屬於刑法應處罰之範圍，甚至已認被告確犯強制罪，僅剩應如何於判決書中構成之問題。

然而，法官不僅早有心證，甚至還取代了檢察官的角色，檢察官從頭到尾只說了句：「詳如起訴書所載。」完全沒有好好提出主張，其他對於律師所提主張的意見全由法官代勞，檢察官只在過程中，在律師極力為林清金辯明時，因不合己意而開始大聲斥喝，除此之外全無作為。而法官，本應居於中立地位聽審，卻完全攬下了檢察官的工作。當律師表示檢察官所提之警方蒐證光碟因尚未勘驗而不具證據能力時，法官竟表示立即勘驗，縱律師請求待合議庭時再行勘驗，法官亦一再以「勘驗次數不限，有必要即可再行勘驗」為由，堅持立即勘驗，在準備程序即行證據調查，突襲被告辯護律師，不僅如此，甚至有意圖為檢察官所提證據補足證據能力之嫌；而在勘驗光碟過程



中，甚至拿出了事先準備好的警方蒐證光碟影像的分割照片，以此作為被告確有碰觸挖土機之證明；而當律師表示聽到警方喊「蒐證、蒐證」「逮捕、逮捕」「抓人啦！（台語）」，法官數度表示沒有聽到警方喊「蒐證」（但我在旁聽席上卻聽得很清楚），一再說要重看，直到檢察官表示「有聽到」，法官始鬆口要書記官記錄！儼然是糾問制度（註一）復辟！

法官不僅態度惡劣、不斷打斷律師發言，且立場鮮明，一心欲對蒐證影像作對被告林清金不利之解釋。坐在旁聽席上，我心中怒火難以言喻，這時身旁清金伯伯的老婆——琴美阿姨，突然站起身來表示：「沒有的事硬要說有！（台語）」，我完全能夠理解琴美阿姨的心情，但這樣的憤怒看在法官眼裡卻只是擾亂（甚至是正中下懷？），全然無法感受到旁聽席上的憤怒、以及為何憤怒，就這樣直接要求法警把琴美阿姨帶了出去。

事實上，律師還有提出另一項主張：強制罪的被害人僅得為「自然人」，而不包括法人，然而一審判決全卷竟皆以被害人為通威風力發電公司為被害人。而倘若強制罪的被害人確僅得為「自然人」，然告訴人卻為通威風力發電公司公關經理林國基，一審判決即有疑問，因本案被害人應非通威風力發電公司，而為被告林清金涉嫌阻擋之挖土機之司機，故應先釐清告訴人林國基之身分。這一點也是屬於本件訴訟應優

先釐清的問題，然而，就如我前面所說的，法官並沒有在此次準備程序中討論「有沒有碰到挖土機」如此枝微末節以外的問題，而未多加著墨在這個問題上。但這是有利於被告的部分，法官卻一直不對此點做任何回應，在最後，卻在最後詢問告訴代理人是否知悉挖土機司機之姓名，告訴代理人答會再補呈。個人認為此似有提醒告訴代理人「挖土機司機很重要，趕快把他找出來！」、意圖為檢察官、通威風力發電公司護航之嫌！

經過無數紛擾，第一次準備程序庭結束了，所有人一起步出法庭。儘管情勢險峻，律師們依然微笑著對大家解釋今天開庭的狀況。所有人的臉上，都顯露疲態，但還是想勇敢地繼續對抗！這樣的行為，是不是世人所定義的「傻」呢？即使是，卻是傻得可愛、令人動容！再接再厲，不讓「司法天秤向錢傾，鄉親護家遭判刑」！

.....
註釋：

1. 糾問制度，傳統包青天式斷案法，意指法官未保持中立，同時擔任追訴與審判的角色，此種審判方式將使法官幾乎喪失公正裁判的可能，從一開始心證就不利被告，且難有轉圜餘地。現制雖採相對於糾問制度的控訴制度，而分設法官與檢察官，但因為法院與檢察署總比鄰而設，法官與檢察官有相當之「同事情誼」，因此法官的心證至今依然經常自始即傾向檢方。

政法

100°

法

一種堅持 · 追求司法新文化

