



司法改革

November/December 2013

封面故事

濫權監聽何時了？

現行通訊保障監察法制的困境及去路

監聽爭議——大法官說法

通保法究竟保護了誰？

行動紀實

監察委員，勇敢面對！

呼籲檢評會：公開透明，才是上策！

司改筆記

讓陽光射穿監察院的黑暗

被架空的檢評會

追憶楊興生老師

瀟灑、率直、帥氣走一回的人生

楊興生老師——台灣最美的風景

2013雷震民主人權紀念講座

南非憲法法院前大法官——Albie Sachs

法官開講：翻轉行政駁回法院之譏

日本傳真：犯罪偵查與社會控制——日本監聽法制的根本問題

中國觀察：北京市第三看守所最近的那些事

申訴中心：犯錯的人接受「多重」制裁才符合正義？

永社。側場實記

司法院定位——大法官釋字第530號之落實座談會

NT\$ 150

ISSN 1680-77500-7



9 771680 775007

政爭過去，過不去的濫權監聽

「九月政爭」掀開了檢察體制長久以來的沉疴陋習——關說與濫權監聽；然而事件發展至今，僅看到涉及關說的檢察官遭到懲處，卻未見濫權監聽的檢察官被究責，更不見主政者對於監聽制度的通盤檢討。本期的「封面故事」，便將從《通訊保障及監察法》談起，和大家一起探討當前的監聽問題究竟為何。

若從我國目前的通訊監察統計狀況看來，在與美國的數據進行比較及分析後，顯示濫權監聽的主要成因並非是法官浮濫核發監聽票，其根本原因在執行方式的錯誤——「全都錄」的通訊監察中心，同時，這個建置機關的正當性及合法性也大有疑慮。〈監聽爭議 大法官說法〉一文對照了日本現行監聽法制及實務的運用，日本的偵查人員除了必須親自到電信公司進行監聽外，過程中還需有偵查人員以外的「第三者」在場監督，以防止權力被濫用。另外，在「日本傳真」中，更深入的介紹日本監聽法制的變革。

司改會自「九月政爭」發生以來，多次至監察院表達訴求，要求監察委員進行調查並予以彈劾，追究涉及關說的人員，以及濫權監聽的檢察總長的責任；然而時至今日，監察院仍未給予社會任何交待。我們更再追問，依《法官法》設立的檢評會，是否真能監督淘汰不適任的檢察官？相關內容請見「行動紀實」及「司改筆記」。

「司法院定位」問題則又是另一個憲政上的陳年舊帳。大法官於2001年10月公布第530號解釋文，並對「司法院」的定位做了解釋——審判機關化；但體制的改革卻經歷12年仍未能落實，究竟其難解的糾結點為何？請見「座談紀實」，聽聽各方專家代表怎麼說。

2013年年底的「雷震講座」，邀請到南非憲法法院前大法官Albie Sachs，以四場座談分別就不同面向的主題進行分享；Albie Sachs由自身的生命故事出發，從一個政治受難者到成為憲法法院的大法官，見證了南非的民主轉型，更是當代憲政的典範。細究南非憲法法院在許多細節上的用心設計，將人性尊嚴、平等與自由，真切地體現在法院的各個角落，同時也落實在人民身上；從古特邦案談居住權、從芙莉案談同性婚姻，我們看見南非憲法法院如何將「人」作為一個人來對待。

接著，我們將焦點移回台灣。《行政訴訟法》於2011年進行修正，改採三級二審制，以期向「司法為民」的理念邁進；而新制於2012年9月正式施行後，至今已滿週年。在「法官開講」專欄中，李明益法官從中科三期及美麗灣兩件行政訴訟案談起，並由清末民初回顧我國行政訴訟建立的過程；從民初被譏為「貧症院」的平政院，到現行的三級二審制，李法官除了詳細說明制度的沿革外，更觀察現行新制實施的狀況，深入探討其中的問題，提出未來修法的建議。刑事訴訟制度的完善，是檢驗一國人權受保障與否的指標；而行政訴訟制度則是作為檢驗一個國家是否為法治國家的重要指標，期許台灣未來能擁有更符合人民期待的行政法院。

「中國觀察」述說了來自中國的許多個案，「申訴中心」則是發生在台灣의 個案，這些實際發生在「人」身上的故事，都值得我們關注與省思，也更反映司法應落實人性尊嚴、平等與自由的重要價值。

最後，本期司改雜誌僅以「追憶楊興生」專欄，緬懷楊興生老師對司法改革運動長期的支持。□

3	編輯手記	政爭過去，過不去的濫權監聽	編輯部
6	追憶楊興生	楊興生（1938~2013）	編輯部
8		追憶楊興生	蘇建和
10		瀟灑、率直、帥氣走一回的人生——紀念楊興生老師	高榮志
12		楊興生老師——台灣最美的風景	林峯正
14	行動紀實	監察委員，勇敢面對！ ——抗議監察院彈劾黃世銘未過	編輯部
15		呼籲檢評會：公開透明，才是上策！ ——要求檢察官評鑑委員會公開檔案	編輯部
16	司改筆記	令人失望的檢察官評鑑	黃國昌
18		讓陽光射穿監察院的黑暗	黃國昌
19		被架空的檢評會	陳雨凡
20	封面故事	濫權監聽何時了？	編輯部
22		現行通訊保障監察法制的困境及去路	李榮耕
26		監聽爭議——大法官說法	林裕順
30		通保法究竟保護了誰？	劉靜怡
34		《通訊保障及監察法》各修正版本比較	陳雨凡
38	雷震講座	2013雷震民主人權紀念講座 ——南非憲法院前大法官——Albie Sachs	編輯部
39		面對過去迎向未來——有溫度的南非憲法法院	潘儀
41		人，就應該被當人對待	何友倫
43		性、婚姻，同志權利的憲法化	張軒安
45		轉型正義與民主的和解	賴鷹太
47	法官開講	翻轉行政駁回法院之機 ——行政訴訟三級二審新制實施過年的回顧與展望	李明益
55	日本傳真	犯罪偵查與社會控制 ——日本監聽法制的的基本問題	魏培軒
59	中國觀察	北京市第三看守所最近的那些事	青石律師
62	申訴中心	犯錯的人須接受「多重」制裁才符合正義？ ——溫偉光案	陳學驊
66		上訴減刑關更久？——溫偉光案 ——從不同司法行動者的「時間感」觀之	林瑋婷
67	座談紀實	永社。側場實記 ——「司法院定位 大法官釋字第530號之落實」座談會	馬恪頌
68		比「最高」還要「更高」 ——主持人 陳傳岳（永社理事長）	馬恪頌
69		月亮最接近地球的距離 ——引言人 范光群（前司法院秘書長）	馬恪頌
71		不再推動司法院審判機關化 ——與談人 吳祚丞（法官、司法院代表）	馬恪頌
73		人少，才比得出誰優 ——與談人 錢建榮（桃園地方法院法官）	馬恪頌
75		大家都升官，阻力會最小！ ——與談人 顧立雄（民間司法改革基金會常務董事）	馬恪頌
77		司法改革是一種政治改革 ——與談人 陳耀祥（台北大學公共行政暨政策學系助理教授）	馬恪頌

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、陳冠婷（實習生）
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
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、李岳霖、林永頌、林裕順
林靜萍、徐偉群、高涌誠、陳傳岳
黃旭田、黃國昌、黃瑞明、劉志鵬
鄭文龍、瞿海源、羅秉成、顧立雄
諮詢委員／吳志光、林佳範、林孟皇、洪鼎堯
馬在勤、張世興、黃達元、楊芳婉
葉建廷、詹順貴、錢建榮
工作委員／江榮祥、吳永鴻、吳侑宸、吳欣陽
吳景欽、宋一心、李亦庭、李艾倫
李典穎、李榮耕、沈巧元、周宇修
周漢威、林俊宏、林昶輝、林超駿
林楊鎰、林鴻文、侯慶辰、施泓成
段可芳、洪旻郁、范志誠、倪映驊
唐玉盈、孫 斌、徐松博、涂偉俊
張 靜、張喬婷、梁家羣、莊植焜
許仁豪、郭怡青、陳怡君、陳建宏
陳為祥、陳重安、陳紹倫、陳學驊
曾昭年、黃仕翹、黃朗倩、楊淑玲
詹義豪、趙乃怡、趙書郁、劉有志
劉志賢、劉佩璋、劉冠廷、劉懿嫻
蔡晴羽、鄭凱鴻、繆藍蘋、謝良駿
顏 榕、魏潮宗、羅士翔、羅承宗
嚴心吟、蘇孝倫

執行長／林峯正
辦公室主任／高榮志
行政專員／吳安琪
執行秘書／丁宇徵、林瑋婷、邱麗玲、喬政翔
黃中豪、黃柏瑋、黃淑娟、蕭逸民
陳雨凡、王棠祺

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
顏華歆
執行秘書／黃柏瑋

封面攝影／邱麗玲

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／2013年12月31日

楊興州 (1938~2013)



藝術並不是我的生命，

至少對我而言是如此的，

藝術也並不是那樣地嚴肅與苦澀，

或是那樣地高不可攀、拒人於千里之外。

簡單地說，它只是我的生活——輕快、愉悅、充實而美麗！

楊興生



追憶楊興生

◎蘇建和



楊興生老師的父親曾任警務高官，因他父親先隨國民政府遷台，還來不及逃亡的楊老師在大陸上被列為黑五類，那時才13歲的他就遭迫害莫名地坐了冤獄，或許因為如此際遇，楊老師一直對人權法治非常注重關心，並且實際捐贈自己的作品幫助相關團體作為改革經費。

我在2003年6月認識楊興生老師，當時是與人本教育文教基金會的吳麗芬執行長及人本同事去淡水的竹園工作室拜會他而相識。當天因為相談甚歡，又楊老師覺得我的個性很像年輕時的他，而與他成為忘年之交。這幾年楊老師常打電話給我，並關心我的生活是否過得如意，印象最深刻是2003年中秋前夕的晚上，楊老師打電話給我，問我有沒有空去工作室找他，因時間已晚我問他有什麼事，他說你趕快來就對了！我也沒多問就從基隆過去找他。見到楊老師，他整個人幾乎快被油畫顏料吞噬，約百坪大的工作室中央放著一幅幾近完成的百號抽象油畫作品，他放下彩筆敏捷地拿起兩個杯子及一瓶紅酒，笑著告訴我快跟他到工作室後頭的庭園去。我們一起坐在庭園的椅子上，楊老師倒杯酒給我，然後說：「你抬頭看看今天的月色是不是很美啊！我想你已經好久都未能這樣欣賞美麗的月色了，所以趕快找你來一起欣賞。畫畫跟人生是一樣的，必須先感動自己，才能感動他人；必須先愉悅自己，才能歡愉他人，也才能蘊藏真正的美，你說是不是？我們來為這美色乾杯，也為明天乾杯！」楊老師就是這麼體貼的一個人，完全會為朋友著想。當晚我慢慢喝完一杯酒就醉了，躺在沙發睡到天亮，醒來的時候楊老師還是神采奕奕！而那幅作品也已經完成，不僅完成也讓我的心平靜而感動。

2005年我接到當時司法改革基金會高湧誠執行長的電話，高執行長想跟楊老師募畫義賣。我連繫楊



鄉居田趣 10F 油畫

老師，他馬上答應可以全額捐贈畫作義賣，他謙虛地說他是一個畫家，只對繪畫專精，但是對於教育、人權、司法改革的關心從未間斷，因為他熱愛這塊土地！若上述三樣不能做好，我們台灣是不會更進步的。而後楊老師每年持續捐贈佳作給我們這些公益團體義賣，並堅持無償捐贈。非但如此每年還會找我去了解教育、人權、司法相關事宜。我們感謝楊老師的義助，但楊老師總是說：「你們團體比較辛苦啦！若不是你們的堅持及努力也不會有那些許進步。」楊老師常常自己一個人到台灣各地寫生，晚上休息時間會看第四台評論節目，有一陣子常常看到高湧誠及林峯正兩位律師上節目與他人評論、辯論，有一次楊老師忍不住就打電話給我說：「這麼老實又認真在做事的人，上節目被欺負我看到很生氣，出一張嘴人人都會，但認真實踐的有幾人？今年一定要更用心繪畫捐給司改會義賣！」楊老師就是這麼可愛的一個人。

楊老師從抽象、半具象到寫實，無所不能。而最令人津津樂道的是，從美國到台灣，他前後開過七家畫廊，堪稱畫廊界的「祖師爺」，這是大家耳熟能詳的楊興生老師。但很多人不知道楊老師為何不在他的作品裡呈現人物，他所有的作品裡絕對不會出現人。楊老師為人灑脫風趣，每每可以道出令人津津樂道的趣事。關於作品裡沒有人這件事，他常說的版本是：民國七十幾年，當時軍方高層出了高價要他幫當時蔣總統經國先生畫玉照，因為人物寫實畫是他的強項之一，但是軍方高層派了兩個全副武裝的軍官全天監督

他畫畫，因為壓力大不知怎麼畫，只好生病每天在醫院吊點滴，後來蔣總統逝世才鬆一口氣（楊老師強調這是真實的故事）。而不在畫裡畫人物是因為，他親眼見到台灣的原始之美，但同時也在人為破壞中急遽的消失。「我能為這塊我熱愛的土地做些什麼？」楊老師更明白自己的職責，必須把台灣各角落的美保存起來。正因為人，我們擁有的這片土地的美正在消逝，所以楊老師堅持不在畫裡畫人，即使曾多次有人提著一大袋現金請他畫人或國外風景，楊老師每次還是爽快拒絕，堅持只繪畫台灣！楊老師就是這麼堅持自己理念的人！

2005年後楊老師身體開始出問題，幾次進出醫院他也是坦然面對，不會因為身體狀況的好壞而影響他對人生的態度。有一次楊老師要動大手術，醫生坦白告訴他存活機率是一半，楊老師在手術台上正準備開刀動手術，突然跟醫生與護士說請稍等，必須要打個電話再開刀，然後就打了電話給我。楊老師說：「如果開刀後可以活著，我要畫出更好的作品來踐行我的人生，身為好友與你互勉。」當時的我正處於低潮，這段話給我很大的鼓勵。楊老師即使在手術台上依然如昔，而在那往後幾年中楊老師並不因為身體問題而有所羈絆，反而創造出篇篇動人的台灣之美！2013年11月30日楊老師突然辭世令我捨不捨，與楊老師相知相識的過程中，發生許多令我感動及感謝的事，我無法一一道盡，謝謝楊老師對人權法治教育的付出，僅以此文緬懷與感謝楊興生老師，並永存我們心。❏



早春田秧 15F 油畫

瀟灑、率直、帥氣走一回的人生——紀念楊興生老師

◎高榮志

「我剩下沒有多少年，也許我活到一百歲，也許只剩五年，很難講。我有一次開車到花蓮的時候，前面有一台大卡車，輪胎爆胎，就『蹦』，飛過來，剛好從我上面飛過去，稍微低一點，就撞到了。都來不及反應，爆發力很大，爆胎嘛……。」

2013年11月初，依約，打了個電話給楊興生老師，詢問老師作品的進度如何。談笑間，沒有任何的催促，任何的藝術都要醞釀，時間是重要的成分。何況，楊老師每年是特地繪一幅畫給司改會義賣，全然地裸捐，還自掏腰包裱框包裝，心中只有滿滿的感謝。電話那頭，他一貫笑矜矜地問我：「今年募款聚會何時？」我回答：「下禮拜六。」他聽起來胸有成竹，「不用擔心，下個禮拜來畫室之前，再給我個電話就是了」，繼續解釋道，「作品前些日子已經完成，還有點不太滿意就是了」。我只笑，並未接話，畢竟不懂畫，沒再多問什麼，只能噓寒問暖，「淡水冷，要多保重」，特別提到最近司改會來了不少的年輕人，農曆年前一定要再去淡水拜訪一趟，他爽朗地連聲答好，更是強調，「人多很好呀，越多越好，來讓我請客」。掛了電話，心中盤算著，待月中募款茶會忙完，應是去拜訪他的好時機，沒想到，向來守諾的他，月底失約了。

第一次聽到「楊興生」這個名字，是從蘇建和的口中。老蘇常常三不五時就打電話給楊老師「腮耐」，據老蘇說，那時候楊老師在電視上看到他們三人的報導，很想幫些什麼忙，就半開玩笑地說，如果蘇建和去拜訪他，他就捐畫義賣。老蘇去了，也就此開啓楊老師捐畫給NGO義賣的歷史，人本、

台權會、司改會等等，都是這樣開始和他結緣。當時，我還不曉得他是誰，只知道是個台灣畫家老前輩，一路從江西、香港、逃難到台灣，他似乎很疼蘇建和，這個疼惜的感覺，不知道是否和他小時候在中國的逃難有關。數年後，第一次見到楊老師本人，率真的言談，在他身上已經完全感受不到逃難或被迫害的滄桑之情，反而樂觀開朗，一派老頑童式地玩世不恭，當他提及小時候看過提大刀、尋仇、砍頭、血淋淋拎在手上、走在街頭的場景，下一句話則是欣慰地說，「台灣現在真的還不錯」。他也說，其實他經歷過很多，但就是比較開朗，蘇建和也比較開朗，「這樣比較好」。

每次和楊老師聊天，他最在乎的，還是畫家能不能活下來的問題。他說，光是淡水地區，就有上百名畫家，基本生活都有問題，有的連一個月四千塊的房租都付不出來。他說自己很幸運，至少還可以自立自足，也可以過著單純的藝術創作生活，繁瑣的管理或行銷事務，都可以交由別人來處理。但是，他念茲在茲的是，如何去幫助這些辛苦的畫家，他說文建會的預算很多，但是也不可能會拿出來，替這些為藝術理念堅持的人，付這幾千塊的房租，資源都是被那些與政府關係好的人瓜分掉了。他也曾鼓勵要買畫的朋友，不要再買他的畫了，也不要再一股腦地跟隨著潮流，收藏名家，他甚至會帶著友人去巷弄間，買未成名畫家的畫。雖然，他的朋友事後總會開玩笑地抱怨，老楊的話不能隨便亂聽，大部分都是賠本生意，他說會漲價的畫，總是沒有人買，說會跌的名家，還是漲得亂七八糟。但也就像這樣，他的朋友，都知道他就是這樣率直、盡力提攜後輩的人，捉弄他一頓之



後，也就算了，就是衝著他的俠骨風格。他總是感嘆著，他走藝術這條路，是很理想，但可惜的是，只能顧到自己，沒辦法照顧別人，有時候想幫一些藝術家，辦畫展啊、賣畫呀什麼的，但是能力卻很有限。

楊老師親身的感受，這幾年來，台灣的貧富差距越來越大，人權的問題，他並不是很熟悉，但是，他對於司法的不公平，感受很強烈。個人的力量很微薄，但是，總是還可以做些什麼。他說，台灣貧富差距越來越大，他並不是受害者，甚至於，反而有利可圖，但是，他卻覺得很痛苦。他說，這幾年，每年只要賣十來件作品，就可以存活，買畫的人也都是有錢人，但是，在他的理想中，他希望推廣藝術，並不是認為畫家的畫作，一定要越高價賣出越好，寧可價格平凡，讓更多的中產階級可以買畫、接近藝術品，把藝術的美，融入到生活之中。所以，他的痛苦來自於買畫的人變少了，中產階級不見了。例如，過去有小學老師，花六萬塊買他的畫，還分期付款，因為真心喜歡才買，非常珍惜那幅畫。對一個畫家來說，很珍惜他的畫，心中的滿足感，不是金錢可以衡量的。他每年賣十來件的作品，就可以生活，賣畫是他生活的一部分，但是，這又不是他所企盼的，所以，他真心地覺得痛苦。就我看來，這是楊老師與生俱來的正義感和同情心，不只是藝術品，舉凡任何真、善、美的事物，只要他覺得很不錯的，他就會不吝嗇地和每一個人分享，這也是他為什麼總是要請人家吃飯，不斷介紹好餐廳給朋友的原因。

楊老師的觀察入微，心思細膩，情感寬厚，對於「正義」很有一套想法。那時候，王建煊要選台北市長，他嚇得要死，聖人要治國，像他這樣的人，以後還有什麼好混的，從小就東混西混混出來的，最怕的就是完美的聖人。而對於司法的不公正，也覺得很痛苦、很難忍受，也因此，一定要支持司改會。楊老師已經忘記，如何和司改會結下不解之緣，他只認定，司改會有沒有在做事情？做的事情，是不是為了台灣好？他總是說，台灣很可惜，藍綠一直鬥爭地太嚴重，沒有真的在為台灣做事情。他承諾，只要司改會一直這樣下去，他就會一直捐畫給司改會義賣。他說：「『行銷』很重要，怎麼樣讓人家有一個管道可以支持司改會，叫好不叫座，也不行。而司改會最起碼，有人在呼喊，最起碼，要有一些反抗的聲音，『司改會力量不夠，司改會那麼少的人，我也知道，但是，一定要有一些反抗的聲音出來』。司改我認為是最迫切的，只要司法建立一個很好的權威，一切就會慢慢地變好。」要做事情，經費上，沒有還是不行，做很多事，還是要錢。

楊老師的詞彙不多，講到司改會時，只是不斷地說：「你們司改會沒有話說、沒有話說、沒有話說…」他的瀟灑、樂觀、和頑皮，是很有感染力的，也就是這股率真又帥氣的活力，讓人捨不得他的離去，只是夙昔的典範，讓人在回憶這些不捨時，嘴角卻又掛著笑意。我想，這就是楊老師的魅力。■

楊興生老師—— 台灣最美的風景

◎林峯正 —民間司改會執行長、律師

楊老師走了。

星期天早上9點，一通電話傳來這則訊息。趕緊上網確認，報紙都登了，應該錯不了。事實就是事實，縱算不願相信，它仍然是事實。

2013年11月初，司改會募款茶會的前夕，我到淡水蔡文雄老師的畫室取畫，50號的抽象作品，那是蔡老師捐給司改會，作為募款之用的。這畫價值不菲，表面上是因為我請學妹黃秀禎律師幫忙蔡老師，解決了一件他的私事。但我心裡明白的很，若非楊老師的私下推薦，大概不會有畫家會輕易致贈高價市值的畫作。取畫之後，順道走訪楊老師的畫室，他不僅讓我先看看今年要捐贈給司改會，尚在趕工中，他最擅長的台灣農村風光油畫，還執意留我一起用餐。席間，楊老師一如以往，對於司改會近期的工作殷殷垂詢、勉勵再三。還一再強調，只要體力許可，一定會持續支持司改會，因為司法改革的工作對台灣社會太重要了。用餐完畢還不肯罷休，硬是要請我到咖啡廳繼續閒聊，直到親眼看到我走進淡水捷運站的大門，才依依不捨互道再見。每次到淡水拜訪楊老師，都和這次一樣，沒有例外，除了關心還是關心，每年募款時無償提供畫作不說，只要有機會見面，一定堅持請我飽餐一頓，因為他覺得，從事社會運動的人太辛苦了，要把握機會表達支持和感謝。如今，斯人已逝，一切俱往矣。

從事社運20年，受到無數人的幫助，金錢、物質、有形、無形，所在多有，也許這就是為什麼會有外國朋友說，台灣最美麗的風景是人的道理。在我看

來，如果說楊老師是最美麗的台灣風景，應該是實至名歸。

楊老師在青年時期赴美，經商、作畫，回到台灣之後，曾開創輝煌的畫廊事業。不過，他深知自己的最愛還是畫畫，因此選擇遠離喧囂的台北城，移居淡水，謝絕大多數的酬酢往返，閉門作畫。我與他素昧平生，只是跟他打了電話，自稱是民間司改會的執行長，他毫不遲疑地約了見面時間，我就直闖淡水畫室。坦白說，原本和他見面的目的只有一個，就是希望他能提供畫作，支持司改會的義賣募款。完全料想不到的是，和他一見如故，不等我向他報告司改會的工作近況，他已經自動提起蘇建和案的救援工作，對於我們的訴求與主張，一點都不陌生，還主動表示，他會持續提供畫作，不收取任何成本費用，全力支持我們的募款活動。他唯一的顧慮是，我們到底能否順利存活而已。事實則是，楊老師的畫作，幾無例外地成為每次募款義賣時，賣得最高價的義賣品。每當我向他報告，他的畫又賣了最好的價錢時，只見他又露出欣慰的微笑，接著說，明年什麼時候要舉辦義賣活動，一定要提早告訴他，以便提早準備。幾年前，他因腫瘤開刀，休養了一段時間，我希望可以去探望他，他卻堅持不肯，只希望我能全力推動他認為非常重要的司改工作。病情穩定以後，他又一如以往，繼續捐助畫作，直到辭世為止。若說楊老師為了司改工作鞠躬盡瘁，誰曰不宜。偶爾和他閒聊時，我曾問他，據我所知，因為中國資本崛起的影響，藝術品的價格急速上漲，且楊老師的畫作在市場上極為搶手，難道不考慮提高售價？他先描述了台灣近年來貧富差距惡化的現象，再分析買畫者的族群分布，倘若調高



售價，對於高收入者或大公司那樣的收藏者，也許沒有明顯影響，但對於那些飽受經濟蕭條之苦，收入縮水的中產藝術愛好者而言，擁有自己喜歡的畫作就只能成為一種想望，他作為一個以畫畫維生的畫家，互動的對象只會剩下富豪階層。行有餘力時應該推廣藝術的信念，將會離他愈來愈遠，如此一來，收入或許會增加，但這個社會只不過多了一個可以靠畫畫生活的人而已，又有什麼意思。這是楊老師用實質的行動，選擇他的人生目標最具體的例證。

另一方面，他在年過七旬以後，非常頻繁地親自開車，走訪花東農村，進行現地寫生，將花東的一景一物入畫，成為他晚年作品的大宗。對此，他特別強調，在國外住了很長的時間，深知自己的最愛還是台灣，純樸的台灣農村卻隨著工業化腳步消失殆盡，如果不趕緊加快速度讓花東農村入畫，恐怕下一代人再也看不到老台灣的風景，作為一個少年時期來台灣的

所謂外省人，楊老師用他一幅幅的創作，表達了他對台灣這塊土地不可磨滅的感情。

我一直認為，從事藝術工作的人，不論是繪畫、雕塑、音樂、舞蹈等，任何形式，他們創作的動力，除了解決基本的生存問題以外，應該都在闡頌人生的真、善、美，即使與真實世界大相逕庭，也在所不惜。楊興生老師的一生就是最好的見證，他熱愛繪畫，且以此協助他認為符合理想的社會改革工作。雖然走得突然，親友們驚嘆惋惜，但他已打了美好的人生戰役，於自己、於社會，已然無所虧欠。

楊老師的一生，就是最美麗的台灣風景，作為他疼惜再三的後輩，我們沒有選擇，只有奮力向前，繼續拼戰，相信他那高尚的靈魂，也會無時無刻庇佑著我們吧！

監察委員，勇敢面對！

抗議監察院彈劾黃世銘未過

◎編輯部



民間司改會在2013年9月16日針對涉嫌關說案之前法務部長曾勇夫、高檢署檢察長陳守煌以及承辦檢察官林秀濤，併同涉嫌違法濫權之檢察總長黃世銘、特偵組承辦檢察官鄭深元等，以書面牘列具體理由，向監察院正式提出陳訴，請求就渠等違法失職進行調查、追究。

詎料，吳豐山、洪德旋委員彈劾黃世銘之提案，監察院在2013年11月29日以「五票對五票」的票數，否決此一彈劾提案，司改會不僅深感遺憾，更無法接受。

司改會認為黃世銘的濫權監聽、不法洩密以及其他在特他61號卷中之違法濫權行為，已十分具體明確，並遭台北地檢署起訴，極度不適任檢察總長。因其個人的違法濫權而導致整個檢察體系不僅士氣渙散，更是公信力盡失，早已嚴重失職。此涉及整體檢察系統，能否健全繼續運作之重大問題，監察委員應亡羊補牢，彈劾黃世銘，以免坐實外界屈於明年屆滿恐不獲連任提名壓力之指控。

基於前述理由，司改會於2013年12月4日至監察院，鄭重提出以下六大訴求：

1. 吳豐山、洪德旋兩位調查委員應將黃世銘彈劾案，再次提請重新審查決定。
2. 呼籲監察委員忠於職責、秉持良心、不為利誘，為全體國人之利益，彈劾黃世銘。
3. 針對其他涉及違法失職之公務員，監察院亦應儘速完成調查，依法提起彈劾。
4. 要求院長王建煊保持中立，克制發言，不應任意公開發言力挺正在接受彈劾審查之對象，破壞監察院的公正性與公信力；否則即應自行請辭下台。
5. 監察法第13條第1項：「監察院人員對於彈劾案，在未經移付懲戒機關前，不得對外宣洩」，已超過二十年未經檢討修正，不應任監察院自行恣意擴大解釋而成為遮羞布。案件若已為社會大眾所知悉、且涉及重大公益的案件，監察院對於不予彈劾的決定，有必要附理由向社會說明。
6. 倘監察院繼續悍然透過擴張解釋，以「一切都是秘密」作為「包庇恣意決定」之遮羞布，民間司改會將發起推動《監察法》修正，使監察院之決定必須接受公眾監督、向國人負責。□



呼籲檢評會： 公開透明，才是上策！

要求檢察官評鑑委員會公開檔案

◎編輯部

針對檢察官評鑑委員會之決議，各方多所批評，是故嚴正要求檢評會應公開本案評議之全程紀錄，以昭公信。同時，司改會亦將申請複製卷宗檔案，說明如下：

一、檢評會之決議與程序，飽受各界批評

1. 檢察官評鑑委員會決議，僅建議涉嫌關說之陳守煌檢察長申誡處分，司改會認其理由與決議結果完全矛盾，各界亦普遍批評「情重責輕」，令人難以理解。
2. 檢評會空言薄懲陳守煌之理由，係因其答應將自行下台，然而事後遭到拒絕，檢評會究竟如何於程序中研議，令人關切。之後，反而造成法務部得以迅速將其調職，懲處輕重與進程序均甚詭異，外界如同霧裡看花。
3. 甚者，最高檢以機關名義發出新聞稿，重炮回擊檢評會：除批評發言人彭文正「預設立場」，亦說「主席委員主動迴避，但司改會重要成員未自請迴避」、「顯失公允」，還質疑檢評會「昧於事實」、「有失其客觀超然立場」，更說關說案僅建議「警告從輕議處」、「違反國民法律感情」等，言似鑿鑿。雖然檢評會已發出乙紙新聞稿回應，但相較於最高檢之指責，顯然過於單薄無力。

二、檢評會委員，請勇敢面對，對歷史負責，主動公布會議紀錄

1. 檢評會之公信力，之所以遭到嚴重挑戰，與其審理過程之不公開、資訊不透明息息相關。檢察官評鑑委員會為重要之獨立機關，委員們是一時之選，相信既願意擔此重任、擁此權力，亦應有勇於面對、向歷史負責之精神與操守。
2. 是故司改會呼籲，檢評會不應推辭委蛇，應主動公布調查本案全程之紀錄與資訊（包含但不限於會議紀錄

逐字稿、約詢紀錄、調閱之檔案等），以昭公信、而杜悠悠之口，並為透明化政府，立下重要之典範。

三、司改會亦將申請閱覽、抄錄或複製檔案

3. 《檔案法》第17條規定：「申請閱覽、抄錄或複製檔案，應以書面敘明理由為之，各機關非有法律依據不得拒絕。」
4. 司改會為本案之請求評鑑機關，為程序主體之一，應享有意見陳述、在場、閱覽卷宗等權，然先前檢評會恣意解釋《法官法》第41條第9項之規定（備註：該條係限制評鑑委員會之職權，並非當事人之程序權），排除司改會程序參與權。今調查程序既已終結，司改會將依《檔案法》第17條，向檢評會申請閱覽、抄錄或複製檔案。□



令人失望的檢察官評鑑

◎黃國昌 — 中央研究院法律學研究所副研究員



2011年6月13日晚上，我與一群長期投入司法改革的朋友在民間司法改革基金會開會，大家都憂心忡忡隔日立法院將三讀通過一個完全不符合社會期待的《法官法》，當晚發了聲明希望國會能夠懸崖勒馬。

然而，最後的沈痛呼籲阻擋不了國民黨立委幫馬英九競選連任作表面成績的決心，民進黨立委也不知為何忽然決定棄守，隔天晚上，《法官法》完成三讀。

我可以了解政治必須妥協，也知道有時必須接受「先求有、再求好」的邏輯。但是，兩年多前的《法官法》三讀，妥協掉的正是人民對這部法律寄予最深期待之處：有效淘汰不適任的法官及檢察官！就此目標而言，形式上的確是有了「監督淘汰機制」，但是實質上真的有比較好嗎？

就以最近涉及司法關說、捲入九月政爭、引發社會動盪的檢察官來說好了，導致《法官法》立法延宕二十年的原因之一，正是檢察官不希望與法官「區別對待」，希望訂定「司法官法」，而不斷在《法官法》的立法過程中阻撓，由於檢察官掌握了強大的刑事訴追權力，使得許多立法委員十分忌憚而乾脆讓《法官法》草案躺在國會睡覺。結果，最後通過的《法官法》將檢察官納入規範範圍，使其得以享受與法官相當的地位、待遇與福利，檢察官順利爭取到他們所要的。那人民要的「監督淘汰」呢？

依《法官法》設立的檢察官評鑑委員會，在2012年1月正式掛牌，到目前為止，就該制度所揭示「提高司法公信力、淘汰不適任檢察官」的立法目的，成績如何呢？答案是：總共終結三件案子，兩件移送監察院！這樣的成績單，有達到立法目標嗎？符合社會期待嗎？

當初國會審議《法官法》時，許多有識之士即曾要求評鑑機制必須適度「外部化」，賦予獨立的組織

及預算持續性地進行，始能收效。將評鑑機制繼續保留在機關內部，只是一種換湯不換藥的「便宜措施」（事實上，在《法官法》通過前，司法院及法務部早就各設有「法官評鑑辦法」、「檢察官評鑑辦法」，大家聽過嗎？），即使加入外部委員，也難期待能發揮多大效果。

何以「評鑑機制外部化」重要呢？再來看看檢察官評鑑委員會的例子。檢評會設在法務部內，能夠有多少資源全部由法務部決定，連承辦幕僚都是法務部職員。尤有甚者，攸關到底應如何進行評鑑的辦法，也是法務部定的。整體而言，現行的「檢察官評鑑實施辦法」的基本性格是：「儘量使檢察官評鑑難以進行、更難以監督」。限於篇幅，無法深論，容以簡例說明。

依「檢察官評鑑實施辦法」第10條規定，檢察官評鑑委員會評鑑委員、幕僚人員、其他與會人員及因職務上之機會知悉會議內容之人，對於「評鑑決議書之內容」，即使在決議書發送後，亦應嚴守秘密。

是的，你沒有看錯，決議書的內容是秘密！那社會大眾如何監督檢評會是否公正、有無偏袒呢？依該辦法只有當「受評鑑人同意」或「檢評會決議」，才能「適度公開評鑑之結果及內容」。換言之，即使評鑑結果是檢察官應受懲戒，只要他不同意而檢討會也沒有另為決議，也不能公開。

怎麼會有這麼離譜的規定！

諷刺的是，或許是法務部自己也認知到這個規定有多荒謬，竟然選擇「違法」將迄今為止「唯三」的評鑑決定書放在官網上公開！事實上，在未經檢評會決議情形下，將決議書公開之行為人已經涉嫌觸犯刑法洩密罪了。

怎麼會有這麼荒謬的事情！

2013年11月3日，檢評會召開會議審理涉嫌接受王金平、柯建銘關說的陳守煌、林秀濤兩位檢察官的評鑑案件。令人遺憾的是，檢評會不僅沒有足夠的智慧，認識到「公開透明」對此涉及高度公益的案件與對整個評鑑制度本身的社會公信力，均至關重大，雖然依法得決議公開，但仍選擇拒絕公開審理程序。尤有甚者，檢評會更悍然剝奪提起本案評鑑的民間司改會到場陳述意見、見證審理進行之程序基本權，關起大門進行秘密審理。筆者完全無法理解，當全台灣都知道這幾位檢察官被移送評鑑，連北檢也公布了起訴黃世銘的內容，這個審理程序到底還有什麼「秘密」的必要性存在？

老實說，筆者一點也不擔心在本案可能出現「官官相護」的情形，現今所出現的事證已足讓人做出陳守煌、林秀濤、黃世銘三人將受懲戒的合理預測。真正讓筆者難過的是，這群由法律人組成的檢評會，不僅不能認識到自己所肩負的重責大任，更竟視「程序正當」與「程序正義」為無物。對於曾經在九月中發表「檢察官評鑑機制的空前考驗」的筆者而言，雖然評鑑結果還沒有出來，但這個考驗卻已令人失望的結束了。

該是痛定思痛的時候了，接下來該做的，將不僅是推動《法官法》的修正，彌補在2011年夏天所犯下的錯誤，重新建立一個真正具有實效性的監督淘汰機制，更包括全盤澈底檢討檢察官的定位與檢察體系之建構，制定獨立的「檢察官法」。

讓陽光射穿監察院的黑暗

◎黃國昌 — 中央研究院法律學研究所副研究員

2013年所發生的九月政爭，民間司法改革基金會針對已經揭露公開的事證進行法律判斷之後，在9月16日針對最高檢察署檢察總長黃世銘、「特別偵查組」檢察官鄭深元、臺灣高等檢察署檢察長陳守煌以及檢察官林秀濤等四人，以書面臚列具體理由向監察院提出檢舉，請求進行正式調查並予以彈劾。

令人無法接受的是，儘管黃世銘的濫權監聽、非法洩密與其他違法濫權行為的事證可謂已十分具體明確，而其個人行為更因而導致整個檢察體系士氣渙散、公信力盡失，早已嚴重失職。然而，在吳豐山、洪德旋正式提案彈劾黃世銘後，監察院竟於2013年11月28日以「五票對五票」的票數，否決此一彈劾提案。

為了表達嚴正的抗議，民間司改會在2013年12月4日正式由董事長瞿海源教授等人代表，赴監察院鄭重要求應再次提請重新審查決定黃世銘彈劾案，並要求監察院針對其他三位涉及違法失職之檢察官，亦應儘速完成調查，依法提起彈劾。直至今日，監察院尚未就此些檢察官的責任追究，給全體國人任何交待。

監察院此次針對彈劾案的處理過程及結果，充分突顯我國監察法制之問題，不僅僅是社會各界經常譏諷的「只打蒼蠅、不打老虎」而已，實際上存在更嚴重的弊病與制度缺失。

首先，當黃世銘已遭民間司改會提請監察院彈劾後，作為監察院大家長的王建煊，不思維持超然中立之基本要求，竟然公開力挺黃世銘，讓全體監察委員明白「院長立場」，公然違反《監察法》第12條：「監察院院長對於彈劾案，不得指使或干涉」與《監察院監察委員自律規範》之規定，言行離譜的程度，讓人無法置信。

更嚴重的是，面對這個荒腔走板的監察院院長，監察委員也竟視若無睹，未立即依法移送「監察院監察委員紀

律委員會」論處。儘管事後經永社、民間司改會等團體直接至監察院提出檢舉陳訴，迄今仍未見紀律委員會展開調查審理程序。令人不禁懷疑，監察院紀律委員會是否一方面基於個人之利害關係與政治考量，想要包庇王建煊，以免成為監委提名時，王建煊先前放話要拉下的「混蛋」；一方面擔心難以面對社會輿論的檢驗，因此索性消極地不進行任何處理。

最後，當社會各界均要求包庇黃世銘的監委出面說明時，監察院竟悍然自行恣意擴大解釋《監察法》第13條第1項的規定：「監察院人員對於彈劾案，在未經移付懲戒機關前，不得對外宣洩」，拒絕解釋「不必彈劾」的理由，更利用自己制定頒布的《監察法施行細則》採行「無記名投票」的不合理規定，為可恥的不予彈劾決定遮羞。

事實上，對於早已為社會大眾所知悉且涉及重大公益的彈劾案件，監察院不僅應採行記名投票，更有必要附理由向社會大眾說明結果，以使權力之行使具有公眾監督及問責之可能。菲律賓參議院於2012年針對最高法院首席大法官進行彈劾時，每位參與投票的參議員，不僅投票結果公開，所有參與投票的委員更個別向全體國民說明理由。針對彈劾這種高度需要針對人民負責的權力行使，我國監察院的「民主可問責性」竟然比菲律賓還要糟糕，實在令人羞愧。

當監察委員無法善盡職責，又拒絕承擔責任，在難以修憲「廢除監察院」的現實下，吾人實有必要重新審視已經超過二十年沒有任何修正的「恐龍監察法」。積極推動《監察法》修正，讓《監察法》不再成為「恣意決定」的遮羞布，讓陽光射穿這個已遭人民鄙夷的監察院！

被架空的檢評會

◎陳雨凡 民間司法改革、律師

2013年「九月政爭」後，追究檢察總長黃世銘違法濫權的責任的發展有幾，包括民間司法改革基金會（下稱司改會）在9月中具狀向「監察院」提出請求彈劾最高檢察署檢察總長黃世銘、特別偵查組檢察官鄭深元、臺灣高等檢察署檢察長陳守煌以及檢察官林秀濤等四人外（以下稱第一案）；另也根據《法官法》，向法務部「檢察官評鑑委員會」（下稱檢評會）請求就前述四人的行為予以評鑑（以下稱第二案）。另外，台北地檢署檢察官亦偵辦黃世銘總長是否涉犯洩密等罪。

11月初台北地檢署首先起訴黃世銘後，「第一案」經監察院在11月28日以無記名的秘密表決、未付理由，五票對五票「否決」了黃世銘總長的彈劾案。儘管依照法規仍有機會再次審查並進行表決，但整個黑箱程序導致人民對於監察院最終行使彈劾權已經產生懷疑。在全國關注下，此案另一個重大發展是檢評會在12月14日公布「第二案」的調查決議，認定黃世銘總長違反《法官法》，有懲戒之必要，決議報由法務部移送監察院審查，並具體建議監察院應予以撤職處分。該決議更臚列黃世銘的違法濫權行為及認定之理由包括：違法浮濫監聽、違法公開監聽譯文、逾越檢察官職權本分，越級向總統報告洩密、輕率監聽立法院總機（102年度檢評字第18號、19號決議）。

儘管民間多肯定檢評會對黃世銘的決議（第二案），然而依照《法官法》第89條準用第39條規定，第二案還要由監察院決定是否行使懲戒權，如此一來，已經在監察院等待進行第二輪表決的「第一案」與即將送往監察院的「第二案」之間是怎麼樣的關係？分開抑或併案處理？再者檢評會決議對於監察院是否有實質上的影響均值得探究。

其實，「第一案」與「第二案」的基本事實是相同的，從監察院第一次的表決結果來看，很有可能會「避免節外生枝」、「便宜行事」的在程序上直接將兩案合併處理，但是這將造成「第二案」只有一次進行表決的可能，

剝奪程序上的利益。此外，檢評會是由法官、檢察官、律師及社會公正人士共11位所組成，專司檢察官評鑑事項，而第二案的調查過程中，亦有書證調閱（例如調閱100特他61）及當事人約詢等調查程序，檢評會決議對監察院而言，應該有相當程度的拘束力。縱然監察院最終不採檢評會的撤職建議，至少也應該針對檢評會所舉黃世銘違法濫權的理由逐一說明不採理由，否則逕行以「祕密、不記名投票」且「不付理由」的否決檢評會決議，不啻以黑箱作業草率結束此案，未提出任何足以說明否決的理由最終導致監察院信用破產，無法取信於全國民眾。當評鑑委員會的決議被監察院解釋為沒有實質上的拘束力時，法官與檢察官評鑑機制將被監察院架空，法官評鑑委員會以及檢察官評鑑委員會成為喪失功能的機制，而這絕非當初《法官法》立法之本意！

最後，對高等法院檢察長陳守煌，檢評會決議僅係由法務部處以警告，引發議論，起因於檢評會於事實上已經認定身為高等法院檢察長之陳守煌確有關說行為，卻僅以警告處分，理由竟為陳守煌已坦白、誠懇陳述事發經過，表示願意自動請辭檢察長職務之承諾，姑且不論此案衡量處分輕重繫於坦白與否的可議性，陳守煌檢察長在決議公佈後立即表達其「絕不辭職」之意，而決議已做成，不僅足證檢評會的誤判，而最大的傷害還是人民對於整個檢察體系信心已經喪失殆盡。❏



封面故事

濫權監聽何時了？

檢察一體

改革

特偵組
廢除

與司法
人民參

關說
規範



2013年的9月，
特偵組的一場記者會，
為一連串的九月政爭拉開序幕，
也連帶揭開偵查過程中違法進行通訊監察的疑慮。

長久以來，
偵查機關以不當的方式進行通訊監察，
究其根本，
在於我國獨步全球的通訊監察中心，
唯有廢除通訊監察中心，
並透過制度設計落實監督機制，
才可能遏止濫權監聽，
保障《憲法》中人民的秘密通訊自由。





現行通訊保障監察法制的困境及去路

◎李榮耕 — 台北大學法律學系教授

壹、前言

2013年的9月，是不平靜的一段時間。在那時，爆發了國會議長及在野黨黨鞭的關說弊案，也連帶地引發了特偵組就立法院總機進行通訊監察，以及在整個偵查過程中違法進行通訊監察的疑慮。整起事件，至今仍然餘波盪漾。

回顧我國整體通訊監察法制，無論是條文的設計或是實務上的操作，問題重重，由來已久。我們無意為特偵組粉飾，但就全國檢察機關來說，特偵組在這起事件中的作為並沒有什麼特殊之處。換言之，特偵組也只是以全國檢察官會採用的方式進行通訊監察而已。僅因為偵查對象是位高權重者，所以引起了媒體的大量報導，但其餘受到相同方式偵查的平民百姓卻從未受有相同程度的關注，也因此，長久以來，偵查機關都是以極為不當的方式進行通訊監察，一般人民的隱私權因而都受到了嚴重的侵害，但乏人問津。或許，今年9月的事件可以是一個契機，一個改革目前無論是在條文規定或實務操作上都積病重重的《通保法》法制的契機。以下準備從我國通訊監察的現狀數據的分析開始，說明我國及美國在實務操作上的落差，並探究何以我國有著如此大量的通訊監察案件的成因。最後，我們要檢討我國一個相當獨特的設置——通訊監察中心。

貳、現況數據

我國目前關於通訊監察的統計數據主要由司法院公布，其內容較為簡略，不若美國官方對外提供的資料深入及全面（簡述於下），不過，從我國相關數據也可以一窺現行通訊監察的運作概況。

於2012年，我國地方法院共受理17083件通訊監察的聲請，共審理終結15556件，其中共准許就44140條線路進行監察，駁回13967條線路的聲請。在這15556個案件中，包含了法院依職權進行的5件，檢察官聲請的15484件，以及檢察官為緊急監察後補聲請令狀的67個案件。要留心的是，上述的數據並不包含續行通訊監察的案件。在同一個年度，檢察官共就24150個案件聲請續行監察，共21710件獲准。

在同一段時間（2012年）內，美國實務上共有3397件通訊監察案件的聲請，法院共核准3395件，平均的監察期間為30日。此外，共有1932件准予延長，延長的期間平均為29日。平均每張令狀的執行中受監察人數為104人，3584件通訊，取得可為證據之內容約703通，因而進行逮捕的（類似我國的「偵破」），共3743件，進而獲致有罪判決者，共455件。每一個監聽案件的執行成本約為50452美元。以案件類型而言，以通訊監察為偵查者，多為毒品案件（2967件）。



參、比較及成因

我國及美國官方所發佈的數據的基準不盡相同，無法做精確的分析。不過，從相關資料的比較及探究，還是可以知道兩者間相異之處。以核准率來說，我國法院就通訊監察聲請案件（線路）的核准率約76%，美國則是趨近於100%。從這樣的數據來看，似乎會得到我國通訊監察的執行更為嚴謹的結論。但是，如果一併觀察聲請及准許案件就可以知道，美國在2012年度只有3397件聲請，而我國的聲請則高達17083件。即使只考量審理終結的數字（15556件），我國也准許了約11822件的聲請。單以法院核准案件量，我國約是美國的348%。以人口比例來說，數據會更為驚人。美國人口數約三億人，通訊監察案件及人口比例約為0.001%，我國約有2330萬人，其比例約為0.05%。從此角度來說，兩者的倍數會高達50倍，也就是5000%。何以我國及美國間通訊監察的數據有如此大的差異，其間原因，值得注意。

一、原因：我國《通保法》要件過於寬鬆？

我國《通保法》對於得進行通訊監察的案件採取重罪原則，也就是說，只有針對一定重大的犯罪類型才能以通訊監察的方式進行偵查。美國聯邦與我國相仿，也是採取相同的設計。不過，細究之下就可以

知道，美國《聯邦通訊監察法》所規定的重罪類型遠較我國來得多。約共有113種犯罪，都得以通訊監察的方式進行偵查，而這個數字還不包括共謀。更不用說，美國《聯邦通訊監察法》還設有「最輕本刑一年以上有期徒刑」的概括規定。由此可知，我國的高通訊監察案件量，並不是因為程序要件較為寬鬆所致。

二、原因：我國法官核發浮濫？

論者或認為，目前通訊監察實務的問題在於法官核發令狀過於浮濫，甚至應課與法官相關刑事責任。然而，與美國實務的運作比較後就可以知道，我國法官核准通訊監察書的比例並不高，甚至是較低。也因此，強化法官審查通訊監察案件聲請的程序，甚至是課與其相關法律責任，並不是解決之道，甚至可能是緣木求魚的作法。

肆、真正的原因：「全都錄」

造成我國目前高通訊監察案件量的成因，不是因為我國《通保法》的要件寬鬆，更不是因為法院草率核准。真正的問題，應該是源自於我國偵查機關錯誤，甚至是違憲的執行方式。詳細地來說，關於通訊監察的執行，目前實務的作法是，在取得法官核發的通訊監察書後，真正負責案件偵查的警察機關（《通

《通保法》的用語為「執行機關」)會依電信業者的不同,將令狀分別送到調查局通訊監察中心(負責中華電信、亞太及大眾電信)或警政署通訊監察中心(負責台灣大哥大、遠傳及威寶)。後者在《通保法》的定位為「建置機關」。建置機關收到相關文件後,就會將電信門號輸入電腦,由電腦錄製下「所有」該門號的通訊。也就是說,只要有通訊發生,無論通訊者是誰,無論通訊內容是電話、文字簡訊、多媒體簡訊,甚至是電子郵件,電腦都會與以記錄,並產出於光碟。執行機關平均約三天會到建置機關領取光碟片,再聽取其內容,進行後續的偵查程序。只有極少部份的案件,由於時效的需要,執行機關會直接派員在建置機關「守株待兔」,等待受監察人進行通訊,在第一時間取得通訊內容。美國的通訊監察,都是採取這樣的方式進行。

不可諱言,我國實務主流的執行方式,相對簡便。但是,以電腦設備一律錄製通訊內容的方式,完全違背了最小侵害原則的要求,使得通訊監察過於浮濫,也因而與《憲法》保障人民秘密通訊自由的意旨完全相左。

一、違憲且違反最小侵害原則

《通保法》第13條第2項本文規定:「通訊監察以截收、監聽、錄音、錄影、攝影、開拆、檢查、影印或其他類似之必要方法為之。」也就是說,不管是即時聽取通訊內容、邊聽邊錄,或是單純的錄音,都已經構成了《通保法》所定義的「通訊監察」。也因著如此,我國實務上執行通訊監察的作法,完全違背了最小侵害原則的要求。

我國《憲法》第12條規定:「人民有秘密通訊之自由」就此,司法院釋字第631號解釋明白表示,國家在限制人民秘密通訊自由時,「除應有法律依據外,限制之要件應具體、明確,不得逾越必要之範圍,所踐行之程序並應合理、正當」,在理由書中也明確指出通訊監察必須要「謹守最小侵害原則」。在

法律層面,《通保法》第2條第2項明文:「前項監察,不得逾越所欲達成目的之必要限度,且應以侵害最少之適當方法為之。」本條項揭櫫了最小侵害原則(the minimization requirement),亦即,偵查機關必須要盡其所能地避免取得及接觸到與本案無關的通訊內容,以維護人民的通訊隱私,並避免執法官員濫用其權限。

從這裡可以清楚地知道,實務上的作法大有問題。一律監錄,再事後聽取內容的作法,除了違背《通保法》的規定外,更是嚴重違背《憲法》保障人民通訊隱私的意旨。以最常見的電話通訊為例,依照現行實務常見的作法,在建置機關於監察設備輸入特定門號後,監察設備便會錄下所有該門號撥出或撥入該門號的通話,無論其是否與本案相關(愛侶或夫妻間的綿綿情話),無論犯罪嫌疑人是否確實是通訊之一方(暫借電話的友人或是父母申辦給未成年子女使用的門號)。也就是說,現行的作法等於是「不分青紅皂白地監察(錄音)了一定時間(一個月或兩個月)內所有的通訊(通話、簡訊、WhatsApp及Line等)」,嚴重地侵害了受監察人的通訊隱私。從另一個角度來說,偵查官員也無從立即確認監察的通訊設備是否確實為犯罪嫌疑人所使用,以致於無辜第三人的通訊會受到長時間的監察,完全曝露於國家公權力之下。此次特偵組監察立法院總機或是林秀濤檢察官女兒的電話,便是非常好的例子。

二、造成偵查機關浮濫聲請

一律先行錄音的方式,對於偵查機關來說,是一個執行成本相對較低的方式,也因此偵查機關會「勇於」大量向法院提出聲請,以進行通訊監察。其後果便是,即使我國法院對於通訊監察的核准率相較於外國(如美國)已經算低,但是整體通訊監察的案件量及人口比例還是遠遠超過外國的統計數據。其中的原因正是因為,在外國,因為(只能)是採取即時監聽的方式,執行成本本身便會促使偵查機關自我審查提出聲請的必要性,妥適分配偵查資源,只就真正有需

要的案件提出聲請。反觀我國，因為是採一律先行錄音的方式，執行成本相當地低，自然產生不了實際上的篩選作用，反而是變相地「鼓勵」偵查機關大量聲請。核准率雖低，但是因為母數龐大，自然會有著極高的監聽線數及人口比例。

三、實體法規未能因應實際需要

在我國，無論是賄賂罪或是圖利罪，定罪率都相當地低。其中原因在於，其構成要件在審判證明上極為困難。如賄賂罪的對價關係，或是職務行為，都每每成為法官不得不作成無罪判決的關鍵。這樣使得偵查機關不得不大量仰賴通訊監察，以求獲得堅實的證據，證明對價關係存在等構成要件。反觀美國為了因應這種類型的犯罪，早以制定了虛偽陳述或不當收受餽贈等犯罪，以解決賄賂罪等犯罪要件要求過於嚴苛的難題。當然，此點或許不是通訊監察浮濫的最直接原因，但也應該是主要成因之一。

伍、建置機關的設計

通訊監察的執行中，還有另一個嚴重且根本的問題，就是我國相當獨特的建置機關的設計。在1999年制定《通保法》時，並未有建置機關的規定，於2006年修正時，《通保法》對於建置機關仍未置一語。一直要到2007年修正時，立法者才在第11條第9款增定通訊監察書上應記載「建置機關」，並在同條第2項定義「建置機關」為「單純提供通訊監察軟硬體設備而未接觸通訊內容之機關」，並說明執行機關，只是單純蒐集通訊內容之機關。然而，無論是調查局或是警政署的通訊監察中心，都早在2007年之前，便已經成立。

調查局通訊監察中心於1992年經行政院以台81法字第號函成立，於1993年7月正式運作，但是其遲至2008年《法務部調查局組織法》通過公布後，才取得其組織法上的法源依據。警政署通訊監察中心前身是1998年間所成立的「通訊監察專案小組」，2000

年時改任務編組為「偵查第十隊」，2001年內政部警政署刑事警察局組織條例修正時，才改設為通訊監察中心，取得其《組織法》上的正式依據。從法規授權的角度而言，無論是調查局或是警政署的通訊監察中心，其成立的正當性及合法性都是大有問題。

兩個通訊監察中心之所以能夠直接錄製通訊內容，是因為其直接在本身及電信業者間架設一條線路，所有經過電信業者的通訊，無論是否能得知其內容，都會同時經過通訊監察中心。這樣的作法，迥異於許多國家實務操作方式，也因而引發了諸多問題。首先，兩個通訊監察中心都設置於偵查機關（法務部調查局及內政部警政署）之下，也就是說，我國偵查機關擁有著通過絕大多數人民通訊的線路。匹夫無罪，懷璧其罪，姑且不論建置機關內人員是否違法監聽，單單就如此的規劃來說，就即難取信於知情的一般社會大眾。線路在你手上，你說你沒有聽，誰相信？

再者，即便不論通訊監察中心設置的合法性及違法監察的疑慮，其監督機制恐怕也難以取信於人。通訊監察中心握有如此強大的偵查工具（電話線路），應該要有相對應足夠的監督機制，以避免其濫權，恣意侵害人民的通訊隱私。然而，依照現行制度，除了檢察官及法官不定期的檢查外，便完全仰賴偵查（行政）機關內部的自我控制。以前者（檢察官及法官）來說，很難期待其有能力進行具有實質意義的監督；後者則會有包庇及袒護的疑慮。

為要取信於社會大眾，使得通訊監察的執行受到真正實質的監督，釜底抽薪之計，應該是根本廢除建置機關的設置，將執行盡數回歸到偵查機關電信業者的直接合作。這當然會對現行制度造成很大的衝擊，但是就法制面的長治久安來說，應該是條必須要走的道路。□

監聽爭議——大法官說法

◎林裕順——中央警察大學刑事系教授

監聽 不該是「老大哥」

特偵組指控立法院長、立法委員等人，介入關說要求承辦檢察官對於無罪判決放棄上訴，並將案件移送法務部交付個案評鑑，或陳轉監察院要求懲戒調查。然而，隨著關說案件指控證據資料的揭露，特偵組藉由監聽偵辦本案的手法是否合法、正當引發更多猜忌。如同喬治歐威爾「一九八四」警世寓言，人民擔心政府「老大哥」虎視眈眈、環伺在側，冷不防地假借口實殺雞儆猴，民無隱私噤若寒蟬（Chilling Effect）。

2013年11月20日，立法院召開《通訊保障及監察法》部分條文修正草案公聽會，討論題綱大致內容包括：「監聽是否應設令狀審查專庭法官」、「是否廢除監聽中心採同步監聽」、「如何落實監督機制」、「《通保法》是否包括通聯記錄等資訊保障」、「如何避免監聽成為政治偵防的工具」、「監聽若涉立法院應如何規範」、「監聽內容資料保密機制為何」等等。與會學者或出席官員正反意見多所分歧，議題多元或難整合。惟不論主張如何乖離、見解如何歧異，仍應回歸本案關鍵爭議，通訊監察「一案吃到飽」，或者錄不到音的「幽靈監聽」如何解決。同時，相關解決方案、法理論據，應同遵守歷來大法官苦心詣旨

規範說理，彰顯台灣尊重普世價值的堅持與邁向國際的決心。

監聽——或難以捉摸

「監聽」乃對於他人不願公開的對話或情報資訊，未得通訊當事人之同意實施秘密聽取、錄音等行為所作認識、記錄過程。一般實務上監聽的方法，有對電話或其他傳輸通訊網路所作的監聽（wiretapping），有潛藏於他人房間、住宅等掩人耳目的監聽（eavesdropping），亦有使用監聽器等監聽器材而於遠端操控、接收之監聽（bugging）。對照《刑事訴訟法》修訂時代背景、社會環境或科技文明，應難想像以人的交談、會話（無體物）作為犯罪偵查證據保全對象，而非傳統「搜索」、「扣押」等「非供述」證據保全處分條文規範所能涵蓋。

再者，(1) 通訊監聽「隱於無形」：監聽的實施「決戰於千里之外」，監聽人員無須親自到場行使有形力或實施強制，監聽對象或周遭人士無法察覺。(2) 通訊監聽「未來對象」：通訊監察所設定之通訊、會話並非「現已存在」之標的對象，而是預期未來監聽對象「可能對話」，並因當事人的意思或其他情事具有相當的「不確定性」。(3) 通訊監聽「一網打



盡」：對照搜索、扣押等傳統強制處分，或可明確特定具體場所、地點、對象、時間，而通訊監察仿如「流刺網」或難選別、特定對象範圍、限度減輕個人隱私的衝擊。(4) 通訊監聽「監督困難」：原則上「搜扣現場」總有「第三者」在場見證，以確保偵查人員「按表操作」，不致逾越令狀的授權範圍，然監聽若僅強調隱於無形、秘密進行或難監督。因此，監聽制度規範條文、實務運用，若未能考量上述特殊條件、情狀，監聽「一案吃到飽」、「幽靈監聽」，決非人為因素、個案問題而是制度之失、立法不備。

人權——台灣的軟實力

監聽制度用作證據蒐集保全規範設計，國際社會對於偵查機制運作存在普遍的行情，對於人權的尊重均有一致的標準。例如，日本，《憲法》第35條規定：「任何人住居、文書以及所持物品有不受侵入、搜索及扣押權利，除第三十三條情形外非依正當理由核發並明示特定搜索場所及扣押物之令狀不得限制之。」「搜索、扣押程序，依經有權之司法官憲所核發各別特定令狀為之。」同樣地，美國《憲法》增修條文第4條：「人民身體、住宅、文書以及其所有物安全的權利應受保障，不受不合理搜索、逮捕、扣押之侵害。若非經由宣誓、保證且附有證據而具相當理

由者，並且明確記載應搜索場所、逮捕之人或扣押之物，相關任何令狀不得核發」。

我國「憲法守門人」大法官不惶多讓，對於隱私保障提出釋字631號解釋，認為：《憲法》第十二條規定：「人民有秘密通訊之自由。」旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。同時，主張：「國家採取限制手段時，除應有法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符《憲法》保護人民秘密通訊自由之意旨。」並且，明確要求：「為制衡偵查機關之強制處分措施，以防免不必要之侵害，並兼顧強制處分目的之達成，則經由獨立、客觀行使職權之審判機關之事前審查，乃為保護人民秘密通訊自由之必要方法。是檢察官或司法警察機關為犯罪偵查目的，而有監察人民秘密通訊之需要時，原則上應向該管法院聲請核發通訊監察書，方符《憲法》上正當程序之要求。」

令狀——對象「特定」「明確」

無論1791年「老牌」美國《憲法》，或者1946年「新生」日本《憲法》，有關刑事程序上搜索、扣



押、監聽等等物證蒐集保全程序，均需遵守「令狀主義」的機制運作，藉由法官審核確保監聽實施的「正當性」，避免偵查機關自以為是、恣意爆衝。亦即，限制人身自由、住家安寧、財產隱私等等強制處分，「令狀主義」機制設計包括 (1) 偵查機關「事先」提出聲請，(2) 由「法官」擔綱審查，(3) 具備「正當理由」，(4) 令狀記載對象、範圍、限度必須「特定明確」。更要者，偵查機關必須按表操作「不能逾矩」，確保前述相關令狀機制得以發揮有效控管、避免濫權。同時，美、日《憲法》規範「令狀主義」核心概念，並非僅止形式上法官審查或者令狀核發，更應取決於令狀主義相關機制能否正常作動。因此，偵查機關實施監聽正當性並不在「令狀有無」，而是在於蒐證保全過程有無遵循「令狀內容」。

先前我國因應大法官釋字第631號解釋遵循國際基準修正《通保法》，將監聽票之准駁由檢察官改為法官，卻仍保留於偵查機關建制「通訊監察中心」之違章架構。其中，條文規範雖然對於本項「建置機關」，定位「單純提供通訊監察軟硬體設備而未接觸通訊內容」。但是，監聽實務依然侷限偵查機關內部作業「密室監聽」，並因無人操作監聽機械近似「盲眼取供」，同時每次監聽或達30天彷彿如「包裹錄音」。亦即，本次「關說案」檢察官調查監聽引發的爭議，乃因現行《通保法》欠缺「吹哨者」的機制設計。蓋如《刑事訴訟法》條文規定，即使檢警實施搜索、扣押等強制處分，相關蒐證保全除應提示「法官」核發的令狀外，尚應尊重個人隱私不得「夜間實施」搜索、扣押，同時避免錯誤曲解、構陷栽贓，應有偵查人員以外之第三者「在場見證」。換言之，偵查機關追訴犯罪實施監聽，應經法官事前審核確保

「個案正義」，同時蒐證保全必須「限時限量」、「現場監督」，已然台灣社會體現「程序正義」基本共識。

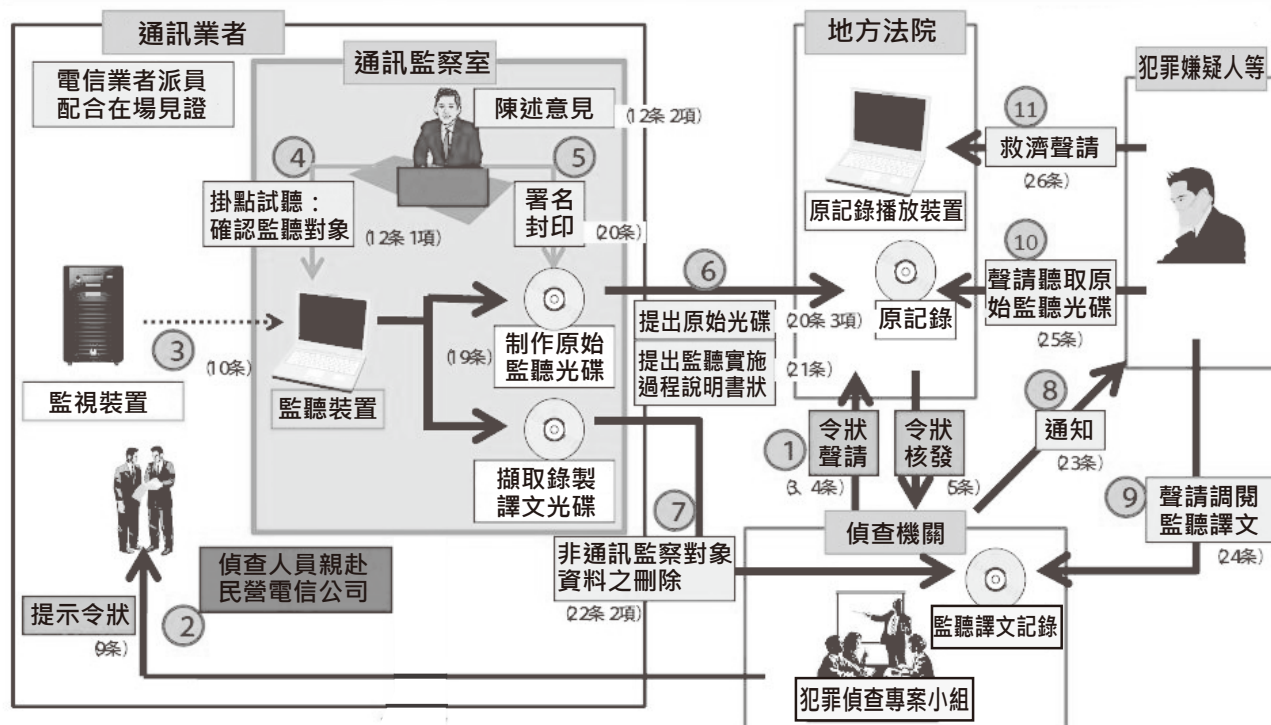
日本——監聽「隨時監督」

我國監聽制度實務運用或過重形式、或誤監聽、或經法官審核核發令狀即屬合法並具「正當性」。但是，如同大法官釋字631號解釋文末說明，特別強調：通訊監察對人民之秘密通訊自由影響甚鉅，核發權人於核發通訊監察書時，應嚴格審查《通保法》第五條第一項所定要件；倘確有核發通訊監察書之必要時，亦應謹守最小侵害原則，明確指示得為通訊監察之期間、對象、方式等事項，且「隨時監督」通訊監察之執行情形，自不待言。亦即，監聽不僅施猷法官事先控管，實施過程隨時檢驗監督更屬關鍵。

對照東瀛日本現行監聽法制、實務運用，參考日本代表性經典判例（1999.12.16日本最高裁第三小法庭），認為：通訊監聽雖屬妨害通信秘密，進而屬侵害個人隱私之強制處分，但應可解釋為於一定的要件下，用作偵查手段《憲法》並未全然不許。因此，監聽必須符合以下要件：（1）限於涉及重大犯罪案件，（2）有充分理由足認嫌疑人犯罪（3）可能藉由該電話聯繫相關犯罪事實之情況下，（4）實施通訊監聽以外之方法蒐集有關犯罪重要、必要證據有顯著困難，於慎重考量通訊監聽可能侵害法益的內容、程度，（5）認為通訊監聽的實施於犯罪偵查上不得不然。同時，該國監聽實務運用更特別建制「在場監督」以及「事後救濟」機制，確保《憲法》上「告知」、「聽聞」基本人權。（如下資料1圖示）

日本現行通訊監察實務運作

資料 1



監聽——應無治外法權

立法院也應擺脫「權力傲慢」，自認「高高在上」不受法律規範，並且揚棄「被害情結」，認為「唯我獨尊」不受司法監督，方能大開大闢修改監聽制度。蓋如司法院大法官釋字627號解釋論據說理，即使《憲法》上保障總統「刑事豁免權」，但是偵查機關基於「必要之證據保全程序」，仍可「搜索與總統有關之特定處所，以逮捕特定人、扣押特定物件或電磁紀錄」，以及「勘驗物件或電磁紀錄、勘驗現場、調閱文書及物件」等等。惟要求相關強制處分程序步驟：「除經總統同意者外，無論上開特定處所、

物件或電磁紀錄是否涉及國家機密，均應由該管檢察官聲請高等法院或其分院以資深庭長為審判長之法官五人組成特別合議庭審查相關搜索、扣押之適當性與必要性，非經該特別合議庭裁定准許，不得為之，但搜索之處所應避免總統執行職務及居住之處所。其抗告程序，適用《刑事訴訟法》相關規定。」亦即，立法院與總統府均非民主法治「化外之地」，民代與總統未能享有監聽法制「治外法權」。因此，民主國家監聽法制實務運用，「國會立法」規範通案、「司法審查」監督個案，如何修訂《通保法》符合國際標準應屬台灣當務之急。■

通保法究竟保護了誰？

◎劉靜怡 — 台灣大學國家發展研究所教授

「通訊隱私」在台灣這個具有威權統治監聽歷史的國家裡，向來既是人民渴望追求的目標，但也同時是恐懼的來源之一。台灣在解嚴之後拖延到1999年才立法通過的《通訊保障及監察法》及其真正施行情形，便是此一現象的最佳說明。因為，通訊監察法制的特色，先天上便是人民相對於政府和通訊傳播業者，乃處於高度「資訊不對稱」的架構，國會當時制定《通保法》的目的，除了以落實秘密通訊自由此一《憲法》基本權利之外，尚須平衡執法機關的執法需求、人民的通訊隱私保障，以及通訊傳播業者的利益，而在立法和執法過程中，除了行禮如儀的立法者和執法者之外，真正的「人民」一直處於「未受充分告知」的缺席狀態，也就使得這個資訊不對稱的架構所造成的後果，日趨嚴重，乃至於爆發各種濫權醜聞。

嚴格來說，《通保法》的立法目的，頂多是在於確保執法機關在「必要時」透過通訊監察手段發揮基本執法效能，並不是以增加執法機關的執法能力或執法方便性為目的，也就是不該以擴張政府監控人民的權力為依歸。但是，從過去十多年來《通保法》的執法實況來看，這個基本概念卻未曾受到執法人員甚至以核發通訊監察書（俗稱監聽票）為人民通訊隱私把關的法官應有的重視。此一基於錯誤認知下而建置的《通保法》架構和運作實務，使得馬總統2008年競選

時承諾其任內將杜絕非法監聽的主張，自始便註定要以法治笑話收場：檢察總長、馬總統和江院長等人自九月政爭以來的作為，便是證據之一，而正因為《通保法》現行架構根本沒有脫離威權控制的治理心態，所以不免成為遊走於合法與非法之間肆意監聽的溫床，也使得這場法治笑話難以收場。

和一般執法手段如搜索扣押相較之下，通訊監察的進行，本質上是居於客體地位的人民，在犯罪偵查過程中無從察覺的執法行為，對於個人基本權利的侵犯，其實侵犯性更強，所以，對於通訊監察，除了需要以司法監督防止執法機關濫權之外，還必須在法制上建立各種內部監督和外部監督機制，以確保執法機關能夠切實負責，舉例來說，「數量稽核」和「分權監督」，便是其中典型。以我國目前監聽數據眾說紛紜的現象來看，其實不外乎源自於我國從未建立由國會監督的年度通訊監察報告(annual wiretap report)制度，以透明資訊做為公開辯論的事實基礎，長期以來僅以內容簡陋的司法統計年報敷衍了事。以美國法制為例，要求the Administrative Office of the United States Courts向國會提交通訊監察年度報告，內容包括申請監聽之案件數、監聽案由類型、准駁比例、監聽期間統計、續行監聽比例、監聽方法、監聽地點及種類、監聽投入成本、監聽案件起訴率和定罪率等等，都是基本揭露項目，當做司法和國會監督透明化



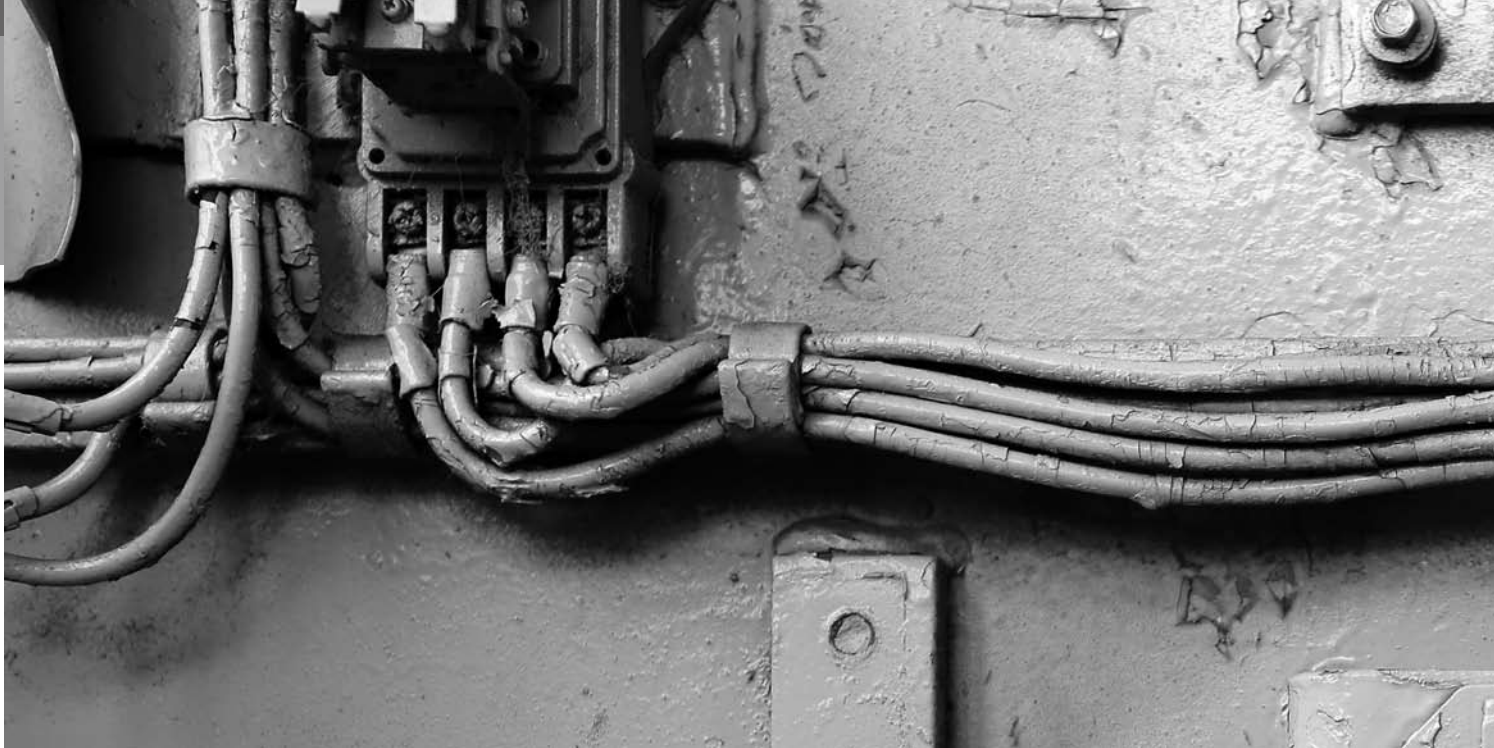
的第一步。反觀我國，最近卻發生監聽統計數據公佈後，司法院以國安局「事後來函要求撤除」為由，將已公開上網的國安監聽資料撤下的荒謬情事。倘若行政院要和司法院建立兩院合作平台，全面檢討現行監聽制度的承諾為真，恐應採取更積極的作為，而非大聲宣示特偵組檢察官聲請監聽0972節費電話程序並無違法，否則，充其量只是再度印證自己藐視《通保法》第22條以下的處罰規定和國家賠償規定的傲慢，以及這種混淆視聽並護短的作為，其實仍然以威權統治心態為根源罷了。

美國的通訊監察法制，長期以來均以正當程序和通訊隱私的保障為基本要求，但上述要求在九一一事件發生之後，應運而生的一連串通訊監控計劃中備受考驗。2013年NSA長期監控通訊的細節遭Edward Snowden透過英美媒體圈內素負盛名的資深司法新聞記者Glenn Greenwald率先揭露後，政府和業者聯手促成的各種通訊和網路監控措施陸續曝光後，美國總統歐巴馬在當年八月底即公開允諾改進監控計畫的透明度，並且任命了Richard A. Clarke、Michael J. Morell、Geoffrey R. Stone、Cass R. Sunstein和Peter Swire等五位學者專家組成the President's Review Group on Intelligence and Communications Technologies，檢視美國長期通訊監控計劃中的問題，並且提出改進建議。這個五人小組在當年十二月中旬向歐巴馬總統

提出Liberty and Security in a Changing World這份超過三百頁的報告和建議，多達四十六項的建議中，即不斷強調應以「分權制衡」、「內外稽核」及「外部監督」提高通訊監察措施透明度。

相對地，台灣不但在通訊監察浮濫長期遭受詬病的過程中，從未看到主政者真正採行任何檢討措施，從九月政爭爆發而通訊監察法制備受抨擊至今，總統或行政院院長也未曾表示過任何澈底檢視通訊監察制度的心意，甚至，無論是業者、政府或媒體，對於長期大規模監控現象，展現的都是低落得令人搖頭的反省誠意和分析報導能力。從法務部針對「2013自由人權指標調查成果」秘密通訊保障自由成績創下新低現象只懂得忙著辯解，到業者對浮濫通訊監察事實的全面噤聲，以及媒體只忙著報導藍綠政客間的鬥爭戲碼，卻不細究我國通訊監察制度的荒腔走板，都是明證。至於因九月政爭而醞釀修法，在立法院審查中的各個不同版本的《通保法》修正草案，也是分屬不同黨派的提案立委各取所需的「補綴式修法」，並非針對《通保法》通盤檢討過後的產物，更不能說不令人感到遺憾。

《通保法》中最值得注意的規定，是電信業者的「協助執法」義務。《通保法》第十四條第二項特別規定電信事業及郵政機關有協助執行通訊監察之義

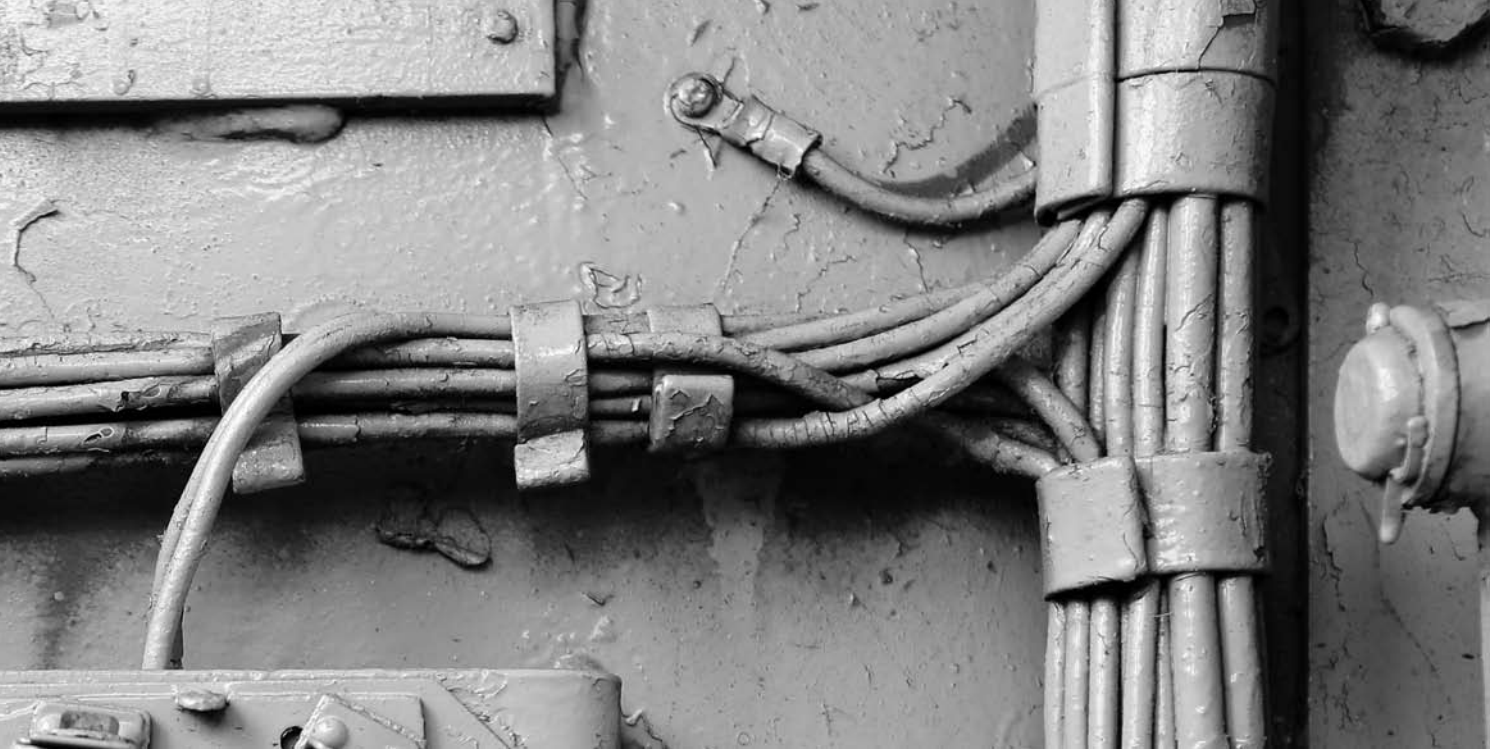


務，並且進一步規定其通訊系統應具有配合執行監察之功能，若有不履行其協助義務者，依本法第三十一條之規定，可施以處以罰鍰、按日連續處罰、撤銷其特許或許可等之處罰，而相對地，協助執行通訊監察之電信事業和郵政機關則僅得請求必要費用。在這樣的協助執行通訊監察義務架構下，《通保法施行細則》卻建立了具有超越母法授權嫌疑的管制架構，讓「沒有監聽票」為依據的「事實上非法監聽」行為，處於隨時可能發生，但卻不必納入法定監督的不透明狀態。該法施行細則第26條將上述協助義務規定為「電信事業及郵政事業應使其通訊系統之軟硬體設備具有配合執行通訊監察時所需之功能，並於執行機關執行通訊監察時予以協助，必要時並應提供場地、電力及相關介接設備及本施行細則所定之其他配合事項」，內容可以包山包海，並在21條規定電信事業為協助執行通訊監察，應「將電信線路以專線接至建置機關監察機房」，並由NCC掌握要求電信業者配合的裁決權力。簡言之，這其實是一個集結對於通訊傳播業者掌有管制權能的政府機關合力迫使業者必須「違法違憲配合」監聽作業的惡劣體制。

從通訊監察組織的設計應該透過「資訊分權」的模式注入監督可能性的學理角度來看，現行《通保法》規定刻意紊亂通訊監察組織和權能的设计，便是濫權監聽的主要根源。調查局及警政署轄下的「通訊

監察中心」，從1999年《通保法》制定至今，從未獲得《通保法》此一「作用法」的充分授權，得以執行合法合憲的通訊監察。即使調查局和警政署相關組織條例事後透過《組織法》讓長期地位不明的通訊監察中心地上化，但絕對難以和2007年《通保法》修正時加入文義曖昧不清的「建置機關」四字直接劃上等號。因此，立法者若有心認真修法，不該是參觀在《通保法》上有「黑機關」嫌疑的通訊監察中心了事，而是應該更澈底理解通訊監察中心實際上如何控制業者線路的架設路線和過程，以及檢調與業者的日常合作動態和措施，是不是已經達到任何通訊和個資均可透過該中心掌握過濾甚至呈報，實際上毋需監聽票也可大聽特聽、根本無從稽核查察的地步。

究其實際，從通訊網路的基本科技架構來說，電信和網路業者乃扮演人民憲法通訊隱私能否受到保護的守門人角色，而如何核發監聽票和通訊記錄調取票，則是確保科技架構不被誤用的監督機制。但仔細分析《通保法》及其施行細則內容，不難發現其貌似中立，但其實是個綁架了本該保護隱私的通訊架構預設模式的惡法，以高度擴張業者在人員、軟硬體設備、資料取得等面向的「協助執法義務」內涵的規定，為檢調大開執法便利的捷徑和後門功能，從憲政和人權學理來檢驗，是先天失衡的違憲設計。尤有甚者，台灣的業者在如此明顯侵害消費者權利的法令制



定協商過程中，願意向政府爭取的，似乎僅限於配合通訊監察中心而衍生的設備建置和執行費用如何分擔這種涉及己身直接利益，幾乎未曾捍衛通訊隱私此一憲政民主基本價值。

試問：監聽本該屬於個案執法，在此種各通訊監察中心可以隱身在「建置機關」的旗幟下，透過永久性專線隨時鍵入監聽指令和隨時錄音的架構下，電信業者根本「遠在他方」，如何發揮其維護客戶通訊隱私的基本守門功能？如果業者中華電信事前實質檢視過0972這張監聽票的內容，何來烏龍監聽？倘若在《通保法》的架構下，電信業者連如此基本的正當程序都未參與，豈非電信業者和政府聯手糟蹋你我的通訊隱私？然而，擺在眼前的殘酷事實，或許正是如此。

法務部監聽事件調查報告是未能服人的低劣戲碼，本屬意料中事，那麼，在目前的監聽架構下，到底誰該害怕非法通訊監察呢？恐怕不是基於各自政治利益繼續交相指責推諉的政客，而是沒有特權可以使用陸委會主委手中的保密手機、只能隨時隨地任人宰割的無辜小民。當我們關切《通保法》修正走向時，同時不該忽略的是：當檢警調等執法機關偵查非屬《通保法》規定犯罪類型的一般疑似違法行為時，到底是如何向配合度極高的公私部門調得人民的電話和

網路等通訊資料？政府如果真想杜絕違法監聽，不但應該立即修法建立法官核發調取票制度外，是否應該先開誠佈公地說明過去至今檢警調辦案手法，是否都符合民主國家的令狀主義基本要求？例如，當政府向Google和Facebook調取人民網路活動資料時，法律授權依據和程序控制究竟何在？

台灣長期以來是個厭惡監聽的國家，卻也同時是個不管公私部門都相當漠視秘密通訊自由中，關於組織分權控制和正當程序保障雙重必要性的國家，從《通保法》的法制經驗來看，台灣社會的通訊隱私，其實早就被政商雙方勢力基於方便和利益而量身定做的架構決定了，而且從未受到嚴肅的檢驗。目前透過監聽票所提供的程序保障，只是政商合力濫用資訊不透明的優勢所營造出來的科技假象而已。平心而論，在此一政商共犯結構下，「通訊監察」才是「實」，「保障」根本是「虛」，就算大法官說的「隱私合理期待」耳熟能詳，你我對於政商忙著聯手扮演「秘密通訊自由的全民公敵」卻誓言保護的通訊隱私，根本「無可期待」，唯有澈底改造，下定決心廢除通訊監察中心這種通訊監察「作用法」上的黑機關，同時強化立法監督和司法監督等外部監督的強度，並且透過制度設計讓各種外部監督透明化，進而迫使通訊監察運作實務必須透明化，才能勉強實現你我卑微的通訊隱私基本權利。□

《通訊保障及監察法》各修正版本比較

◎陳雨凡 — 民間司改會、律師

2013年9月，台灣爆發「九月政爭」後，特偵組檢察官被揭露為了監聽立委柯建銘關說案而監聽立法院0972總機電話長達一個月，而之後法務部一紙認定此為「烏龍監聽」而非「違法監聽」的調查報告，導致國人對於濫權監聽的不滿達到高點，也對特偵組信心崩盤，修改《通訊保障及監察法》的國會行動於焉展開。

根據立法院司法及法制委員會於12月2日印發的條文對照表，共有9個提案，整體而言，均朝向限制檢警通訊監察強制處分權力的行使，並加強救濟的可能，以落實人民祕密通訊自由以及隱私權的保障。

礙於篇幅，本文僅針對「犯罪偵查監聽」作為討論對象，並擇重要的修法項目加以說明如下：

增訂將通訊記錄（通聯記錄）納入《通訊保障及監察法》的保護範圍

一、關於通聯記錄的調取，在現行法上不受限制，也就是檢警基於辦案需要可以任意調取通聯記錄。根據2010年8月3日國家通訊及傳播委員會公布的數據資料顯示，2007年至2009年9月，平均每月調取的通聯記錄達6.6萬件，而警方調取佔最大宗。然而，如此大量且不受監督的調取通聯記錄，實引人疑慮。

二、根據2007年大法官釋字第631號解釋，通聯記錄屬於憲法第12條祕密通訊自由的保障範圍，國家如果限制人民的自由，應該有法律授權才可以。檢警等調取通聯記錄，屬於對於祕密通訊自由的限制，因此應該將通聯記錄納入《通訊保障及監察法》的保障範圍。

三、對於通聯記錄的調取，應該與搜索、扣押等強制處分相同，採取「法官保留原則」，也就是應該經由法院審查同意後，檢警才能調取，並無爭議（尤美女委員版本第16-1條，以下簡稱尤版）。惟除了採取「法官保留原則」以外，有版本更進一步限制通聯記錄的調取限於「重罪原則」，亦即限於最重本刑為三年以上有期徒刑之罪始能調取（林佳龍委員版本第11-1條，下簡稱林版；民進黨黨團版本第11-1條，下簡稱黨團版）。

廢除「建置機關」，根本性杜絕濫權、違法監聽

一、現行法第11條第1項及第2項分別規定，法官核發的通訊監察書應該要記載「建置機關」。「建置機關」依照法條文字，是指「提供通訊監察軟體設備之機構」。實務上，政府分別於警政署及調查局設置了兩座「建置機關」（就是所謂的監聽中心），要求民間電信業者應該將電信線路以專線接到建置機關。如此一來，警方執行通訊監察（監聽）任務時，就可以便利的使用建置機關

之電腦進行監錄後，再行聽取內容的方式操作。此種機關的設置將導致外部對於通訊監察執行難以監督的缺失。

- 二、為了澈底解決違法、濫權監聽的問題，尤版第11條第1項主張廢除現行法的「建置機關」。主要理由在於比較民主國家如美國、日本及德國，都是由實施監聽的人員持著法官核准的令狀，至「民間電信公司」執行通訊監察，並非如現行台灣作法。前者的執行方式，可以根據民間電信業者提供之數據對於通訊監察之執行予以監督，避免黑箱作業，是澈底根除監聽問題的方式。

限制執行通訊監察（監聽）的方式，禁止用「先錄再聽」的方式取得通訊內容

- 一、現行法對於通訊監察（監聽）的執行方式並沒有特別規定，導致實務上採取對檢警調最便利又低成本的方式。也就是先以電腦設備將監聽對象的通訊內容，包括聲音、文字等都監錄並拷貝於光碟，事後再以人力聽取及轉譯其內容之方式為之。然而，這種方式卻造成嚴重侵害隱私權的結果。因為等於是無所不錄，無所不聽，容易違反監聽應該遵守「最小侵害之原則」（當達到目的有許多方式時，應該採取侵害最小的手段），導致與案情無關之人與被監察者之間的通訊內容均被複製、聽取。
- 二、為求解決前述的問題，尤版第13條第3項及黨團版第13條第3項規定，均要求禁止「先錄再聽」的通訊監察方式。

增設外部監督機制

通訊監察的執行是祕密進行，故尤版第32-1條增訂應於立法院設置「通訊監察監督委員會」此一外部監督單位，以確保通訊監察不被濫用。

修正事前審查的要件更為嚴格：聲請「通訊監察書」的條件要件更為嚴格

- 一、現行法第5條第1項規定，檢方聲請通訊監察書的要件中，必須是有「相當理由」可相信通訊內容與本案有關，才可以聲請通訊監察。

- 二、吳宜臻委員版本第5條第1項（以下簡稱吳版）及邱議瑩委員版本第5條第2項（以下簡稱邱版）則進一步嚴格要求需有「明顯事實」可信通訊內容與本案有關，才可以聲請通訊監察。此外，檢方還要說明，在採用通訊監察以外的其他方法都無法蒐集或調查證據時，才可聲請進行通訊監察，落實通訊監察作為偵查的「最後手段性原則」。

修正事前審查的要件更為嚴格：一人一票

- 一、9月政爭事件，經由媒體報導，特偵組偵辦高等法院法官收賄案時發現一筆不明款項，所以簽分「100年特他字61號」案追查，並在這個案號下，掛線監聽到立委柯建銘「疑似」透過院長王金平關說司法案，又進而掛線監聽立法院0972節費電話，除引爆監聽國會的風暴，也引發所謂的「一案吃（聽）到飽」的問題。也就是在偵辦「貪污案件」的案號下，將與原貪污案由無關的「關說」及與原案無關的人一併列入被監聽的對象。縱使這些與原案件無關的被監察（聽）的人，經過法官審查而核發監聽票，但這些被監聽的人，由於現行《通訊保障及監察法》規範的過於簡陋，不僅法官是否有足夠時間審查有疑問，在程序上也缺乏事後救濟的管道。
- 二、包括管碧玲委員第5條第2項（以下簡稱管版）、陳唐山委員版本第11條第4項（以下簡稱陳唐山版）及吳版第11條第4項都規定應採「一票（案）一人」，也就是一個案號、一張監聽票僅能進行通訊監察的對象為一人。
- 三、又吳版第12條第1項及第2項進一步要求「每案」申請掛線應以3線為限。超過者應經法院核准才可以為之，欲杜絕一案吃到飽的濫行監聽現象。

修正事前審查的要件更為嚴格：聲請要件應達釋明之程度

依照黨團版第12條第2項，聲請通訊監察及續行監察，所附之具體理由應釋明之，釋明不足時，法官得令聲請人員結以代釋明。

法官事前審查的時間修正為更充裕

- 一、現行法第5條第2項規定法官應於檢察官聲請通訊監察後24小時內核復。
- 二、根據吳版第5條第2項規定，法官核復時間延長為48小時。

聲請續行監察之次數，應有限制

- 一、現行法第12條對於通訊監察僅規定每次不得逾30日，並得聲請繼續監察，且無次數限制。
- 二、蔣乃辛委員版本（以下簡稱蔣版）、陳歐珀委員版本（以下簡稱陳歐珀版）、吳版、邱版第12條第1項均增訂聲請繼續監察之次數限制，最多不得超過2次。

事中監督事項增加：執行通訊監察者（警調）應於每10日作成至少1次以上的報告書

- 一、現行法第5條第4項規定，檢警於執行監聽期間，至少應該做成1次以上的報告書，說明執行狀況以及有沒有繼續監聽的需要。
- 二、陳歐珀版第5條第4項則修正為「每10日作成至少1次以上」的報告書。吳版第5條第4項，除要求監聽後10天內應作成報告外，進一步要求監聽期間應作成3次以上的報告書。

加強事中監督

- 一、現行法規定，偵查中法院得隨時派員監督通訊監察的執行。
- 二、吳版第16條第2項則修正為，應「定期」派員監督，避免前述的監督規定流為具文。

事後通知制度細緻化

- 一、現行法第15條規定，原則上通訊監察執行結束後，檢察官應陳報法院通知受監察人。例外，如果事後的通知有妨礙監察目的之虞或不能通知時，則不用通知。由於法條並未確實規定法院應於何時通知，故實務上未通知者所在多有。
- 二、對於事後通知規定，管版、陳歐珀版第15條第1項均修正規定為，法院應於檢察官陳報後「7日內」通知。此外，進一步要求法院通知被監察人

之內容應該包括通訊監察書核發機關的文號、實際通訊監察期間、有沒有獲得通訊監察目的的通訊資料（管版第15條第1項），以及受監察人之救濟途徑（吳版第15條第1項）。此外，如果執行完通訊監察後，檢察官根本沒有向法院陳報一旦超過一個月時，法院應主動通知受監察人（黨團版第15條第2項）。

- 三、又現行法關於，事後通知的例外不通知以檢察官有具體理由為限，且檢察官應該要每三個月定期向法院陳報不通知之原因（林版第15條第2項、第3項）。至於邱版第15條第2項則將例外不通知之情況限縮於在有妨礙監聽目的或因為偵查不公開或預警情資蒐集之情形，才能例外不通知。
- 四、至於受通知的對象除受監察人以外，現行法並無規定。對此，吳版第15條第4項除通知受監察人（被監聽者）以外，還包括受監察之通訊器材之所有人，例如被掛線的電話號碼如為A所有，但電話實際上為B所使用時，監聽到的內容為B的通訊內容，但事後通知對象除B以外，還包括A。

增訂受通訊監察人對象的事後閱覽權

現行法對此並沒有規定。蔣乃辛版（以下簡稱蔣版）、邱版第15-1條則要求受監察人得聲請聽取、閱覽或複製該監聽記錄中涉及受通訊監察之部分。

增訂受通訊監察人的事後救濟：抗告權

尤版第15-1條規定，受通訊監察人針對通訊監察可以提出抗告。而吳版第19條第1項更進一步規定，受通訊監察人除了可以聲請法院撤銷通訊監察的許可以外，並且得提起確認原處分違法之訴，使得受通訊監察人之有請求（國家）賠償訴訟的機會。

增訂受通訊監察人的事後救濟：銷毀請求權

- 一、現行法第17條僅規定執行機關在保存期限屆至後，或當通訊監察資料與監察目的無關時，得進行資料銷毀。但受通訊監察人並沒有直接請求銷毀的權限。
- 二、尤版第17條第4項將受通訊監察人銷毀請求權予以明文化。

增訂流程履歷的建立

- 一、現行法對此並無規定。
- 二、黨團版第18條第2項則增訂：「通訊監察書之聲請、核發、執行、通訊監察所得資料之保管、使用、銷燬，其經辦、調閱及接觸者，應建立連續流程履歷紀錄，並應與臺灣高等法院通訊監察管理系統連線，由臺灣高等法院另立卷宗保管以備查核。」

增訂通訊監察執行的相關資訊公開

- 一、現行法第16條僅規定執行機關應該要向法官報告的義務，但並未規定應該將特定資料公開，以便外界監督。
- 二、根據林版第16-1條規定，主管機關（法務部、司法院）應公布通訊監察案件數據。而吳版第16-1條更進一步要求應公開上網，且報告義務人還包括電信事業或其他協助執行通訊監察之機關。尤版第32-2條也有類似規定。

增訂向國會報告的義務

現行法並無規定。邱版第16條第3項及第4項規定，行政院、司法院應於每年二月向立法院提出通訊監察報告。吳版第16-1條亦有類似規定。

增訂「他案監聽」之聲請補行程序要求

- 一、現行法第18條並沒有特別規定他案監聽補行請求的期間限制。
- 二、依吳版第10條第1項規定，偶然發現他案犯罪資料，應於10日內補向法院聲請通訊監察書。

修正「違法」監聽的證據能力為一律排除

- 一、現行法第5條第5項規定，違法監聽必須達到「情節重大」的程度，監聽的內容或者衍生的證據才能採為證據。
- 二、陳唐山版第5條第6項、尤版第18條第3項、吳版第18-1條則修正規定為，只要是違法監聽的證據，一律不得採為證據，沒有例外，亦不論違反的情節是否重大。

（合法）他案監聽、偶然監聽之證據能力的限制

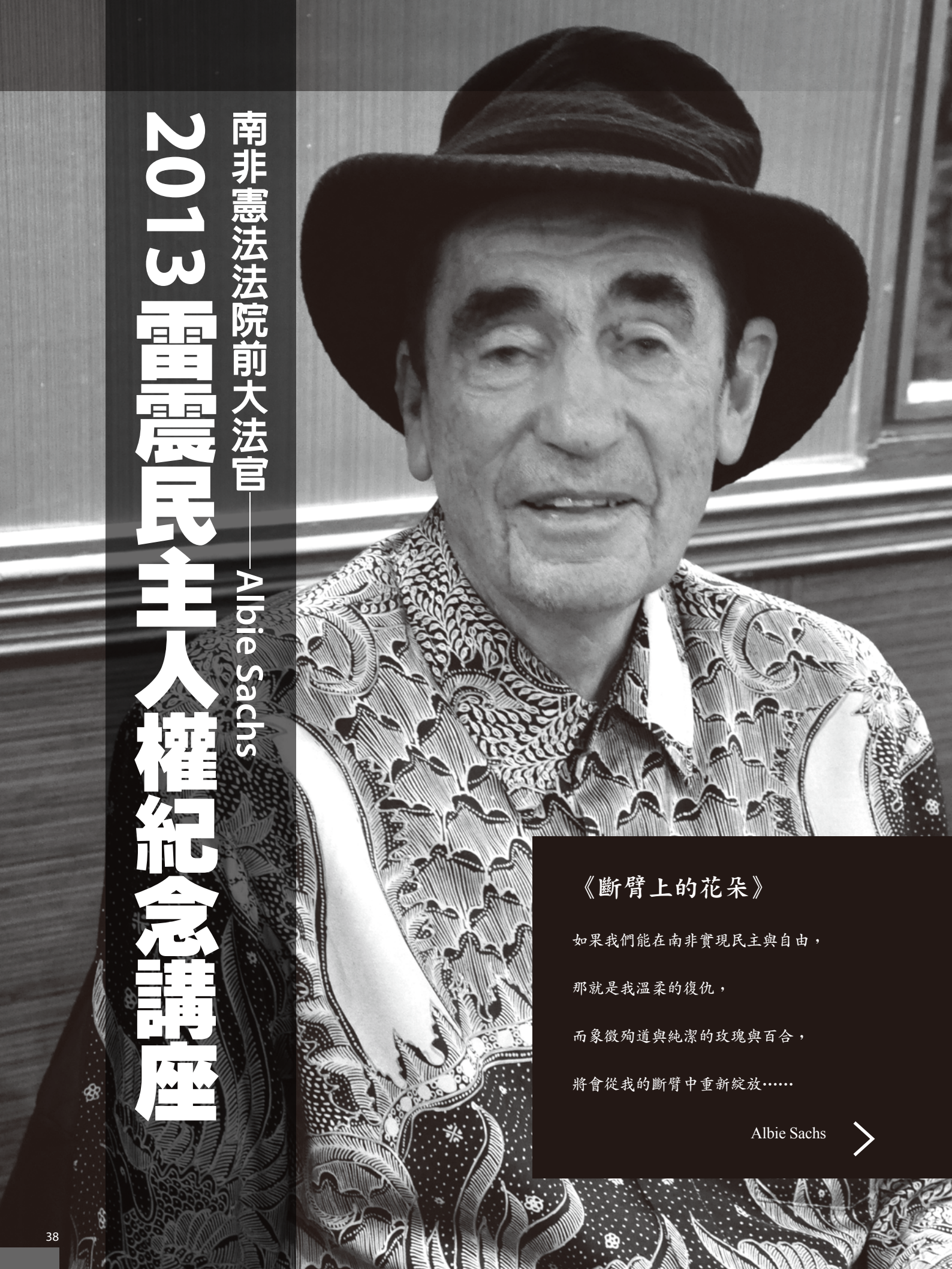
- 一、在合法監聽期間偶然監聽到其他內容時，因為現行法第5條第5項僅規定在違法監聽所得他案資料不得採為證據，因此只要是合法監聽下所得的資料，仍可以採為證據。
- 二、林版本第10-1條、尤版第18條第2項則規定，合法監聽下偶然監聽到其他犯罪嫌疑的內容時，原則不得直接作為另案刑事審判之證據，必須要經過法院審查「他案」符合第5條所列各款之罪時，才可以做為證據。
- 三、黨團版第5條第5項則規定，偶然發現另案犯罪資料，僅能作為刑事審判用途。惟黨團版於第7-1條又規定，偶然發現另案犯罪資料，不得作為「該另案」刑事審判程序之證據，故使用該證據的機會微乎其微。
- 四、陳唐山版第5條第6項後段更進一步要求，即使是合法取得他案監聽資料，一律不得採為證據，這規定恐過於嚴格。

其他使用之禁止

- 一、現行法第18條規定，原則上，通訊監察所得的資料不可以提供給其他機關或個人，但例外在符合監察目的或法律有規定的，不在此限。
- 二、陳唐山版第18條第1項則嚴格規定均不得提供給其他機關或個人，毫無例外。

結論

總體而言，雖然九個版本的修法草案均朝向限制通訊監察處分的濫用而修訂，然而，如果沒有正本清源的廢除建置機關，並且在執行通訊監察（尤其是監聽）的方式上參考日本或美國等立法例，禁止先錄再聽的執行方式，進而改採至民間電信業者機房進行監聽，且監聽時應有第三者在場監督，或者應限制執行監聽者可錄取的範圍時，則由於目前九個版本提出的監督方式，數據資料的來源都還是由原本的建置機關提供，外部欠缺客觀獨立的資料判讀時，濫行監聽導致侵害人民隱私權的危險恐仍難以消弭。■



南非憲法法院前大法官——Albie Sachs

2013 雷震民主人權紀念講座

《斷臂上的花朵》

如果我們能在南非實現民主與自由，
那就是我溫柔的復仇，
而象徵殉道與純潔的玫瑰與百合，
將會從我的斷臂中重新綻放……

Albie Sachs



面對過去迎向未來—— 有溫度的南非憲法法院

◎潘儀



你能想像，一個國家的憲法法院，過去居然是一座關人無數的古堡監獄嗎？一座曾經讓英國人、布爾人、南非黑人冤冤相報，剪不斷理還亂，糾結不清、相互監禁的監獄，居然化身成為族群共同生活、共榮共存、公平正義得以實現的憲法法院！究竟，南非是怎麼做到的？！一個個冷冰冰的建築材料，一張張密密麻麻的設計圖稿是怎麼樣化成一棟會呼吸、有機的、溫暖又美麗的憲法法院呢？

南非的憲法法院成立於1944年，在第一次南非民主選舉以後，當時對於憲法法院應該設在哪裡，有極大的爭辯。後來決定設在現在南非憲法法院的所在地，約翰尼斯堡三大區域的交界處，這座古堡監獄非

常知名，原因是甘地及曼德拉都曾經被囚禁於此。南非人面對過去令人羞愧的錯誤政策、悲慘歷史，並沒有假裝沒事、雲淡風輕的抹滅它。他們反而保存它，記憶它，讓它成為南非人記憶的一部分，甚至成為南非民主、《憲法》進步的一部分，而這個地方就叫做憲法山丘（Constitution Hill）。

關於平等

在建造憲法法院時，最代表威權的古堡看守所首先被拆除。因為在這座法院裡面，人人是平等的。然而，拆除後的磚塊卻被保留下來，這些遺留下來的磚瓦時時刻刻的提醒著人們，絕對不能再允許權力濫用在南非重演。提醒著人人平等的，不只有這些。在憲法法院的外面，有著用十一種南非官方語言排列書寫而成的「憲法法院招牌」。雖然最普遍使用的語言是英文，但是沒有哪一種語言會被獨尊，也沒有特別一種語言會被歧視，語言本身與使用語言的人，一律平等。除了外牆之外，憲法法院的大門也是別具巧思。因為，除了「口說」的語言之外，「手語」也是相當重要的「語言」之一。因此，南非憲法法院的門板，刻劃了許多代表不同《憲法》精神的手語，讓聽障的朋友也能夠「看」得懂這些權利。同時，門把上也有盲人點字，讓視障朋友能夠輕易無障礙的進入法院。讓「平等」不再只是嘴巴說說，而是真正落實在法院中的每個小細節！

關於人

經過憲法法院的招牌後，你可以在入口處的牆

面上發現一系列很可愛的手寫字體。當初的設計者認為，法院是親民的，而《憲法》的核心要素是：人性尊嚴、平等、自由。因此請十一位大法官，分別用十一種南非的官方語言，寫下「人性尊嚴、平等、自由」這三個概念，時時的提醒，無論是身為法官或是身為一般民衆，尊嚴、平等與自由永遠是要優先重視的。在十一種文字當中，右下角你可以看到一個非常獨特的手寫字體，是由南非憲法法院視障大法官札克一筆一劃揣摩刻畫出來的。在法院內部文書字體的遴選比賽時，札克大法官可愛又真摯的字型，加上監獄牆面上發現的塗鴉、及約翰尼斯堡老街區的標示，三者成為南非憲法法院法定文書字體的基礎，被創造出一個新的字體呢！

關於有機與正義

走進法院的大門後你會發現，你身處一個奇特的空間，因為這個明亮的開放空間中你看不到一般建築中直挺挺的樑柱。取而代之的你會看見如樹幹一樣自然傾斜的立柱座落各處。原來是因為南非有個特別的傳統，稱為大樹下的正義。人們習慣在大樹下調解糾紛，因為沒有什麼比這樣的方式更透明且公開。因此，設計師融合這個概念，讓法院內有了大樹，有了正義。用意是讓人們在進入高度理性的法庭前，人們的情緒在這個帶有森林氣息的明亮空間中，得以緩和。「大樹下的正義」同時也是法院的象徵圖騰。人民守護《憲法》，《憲法》保障人民。法院不是封閉的，建築的設計讓自然光進入法院，當陽光和煦灑落在人民身上是也同時灑在法院中，反之亦然。這樣的設計讓法官也真切地活在真實的世界，與自然連結，與人民連結，人民也可以輕易地看見法院中的所有事物。一切透明公開，再也自然不過，構成一個既自然又人性化的空間。而為什麼要設計這樣一個與自然、與人連結的空間？因為正義不是修道院裡面的，正義更不會自絕於外面的世界。

關於法庭

構成憲法法庭後方的堅固紅磚牆，從前是用來維

持壓迫體制的監獄磚塊，現在則搖身變成協助保護人民基本權利最堅固的一道牆。這面磚牆上特別留了一道透明的設計稱為「光的緞帶」，法官們可從這縫隙中看見外面一雙雙的腳走過，但卻經常無法分辨是男是女、是黑人或是白人。而這正意味著，這是一個沒有性別歧視、沒有種族歧視的法院。

另外，在法庭的位置規劃上，每位法官的位置前都有一塊牛皮裝飾，但每一塊卻有著不同的花色及紋路。這就好比在法院中，十一位大法官對於同一部《憲法》，進行具體解釋時由於其各自不同的生命經驗與專業累積，也讓每一個大法官有著不同看待世界的方法。人都是獨一無二的，但是卻可以彼此匯集想法並思辨，進而做成決定。更重要的是，法官們坐著，而辯護人站在庭上辯護時，辯護人與法官的視線是大致相同的。因為所有人，在《憲法》之下都應該要是平等的。

南非憲法法院的各個角落都記載了南非過去的種種慘烈歷史，無論是建築本體、裝置藝術、牆上的詩詞或是展示的照片，都不斷的提醒著現在的人們不要忘記，不要重蹈覆轍。南非的《憲法》不是美麗的辭藻寫在一張張的紙上，更不是少數幾個聰明法律人閉門討論出來的結果，南非的《憲法》是所有人民共同創造的，也因如此南非《憲法》的重要性在人們的心中才會占有如此重要的角色。

誰說法院不能是溫暖、明亮、開放、友善又漂亮的？！用人性尊嚴、平等與自由的憲法精神為出發點所打造的法院就是這麼令人讚嘆。身為一個憲法法院，一個為所有人民的基本人權把關、保障人性尊嚴的地方，南非憲法法院發揮了極大的創造力就是要展現這些特質。同時，這也是一個讓所有南非人和平團結的基礎。憲法法院的任務就是要去捍衛這些基本權利。透過捍衛這些「每個人」「平等」「擁有」的基本權利，才能夠團結整個國家。而透過建築的巧思、友善的設計、親民的規劃，讓這些權利不但落實在建築中，也落實在人民身上，成為一個有機、進步的憲法法院。■

人，就應該被當人對待

◎何友倫

「奧比，你今天需要嗎？（註一）」薩克思大法官以這句話開場，開始社會經濟權利的主題。

一位愛滋病帶原者應徵南非航空空服員的工作，他通過了所有的測驗，最後卻因為身染愛滋病毒被宣布不適任。南非憲法法院認為航空公司應該對抗歧視和偏見，因此判決原告勝訴，要求南非航空必須重新雇用他為空服員，直到他的健康狀況不足以勝任該工作為止。宣布判決時，法庭內擠滿了身著「HIV-POSITIVE」T恤的民眾。當大法官們離開時，聽到一陣歡呼，那一刻，薩克思大法官哭了，不只因為想到愛滋病對南非的傷害，更大的原因是以身為大法官為榮，能夠在這個位置上，為所有人捍衛基本人權，保障人性尊嚴。

南非《憲法》具有一個特點：社會和經濟權利被詳盡地規範在《憲法》中，法院可以審理這些權利並且要求政府積極實現各項權利。雖然反對者往往認為法官忽略真實生活中的人生百態，也不具有專門技術知識來處理這些問題。但薩克思大法官認為，法官了解何謂人性尊嚴、何謂壓迫、追求原則一貫的利益平衡，這些優點讓法院可以透過司法權平衡行政權。

古特邦案是南非適足居住權的著名案件（註二），古特邦太太與她的家人居住在一個簡陋的木屋，與另外五千人一樣，住在沒有乾淨的飲水、沒有下水道設施、沒有人清理廢棄物、同時也幾乎沒有電力供應的環境。雖然他們已經向政府申請搬入平價國民住宅，但得等上七年，甚至更久，眼看還要住一陣子，他們和其他將近一千人，搬到附近空曠的山腳下。這塊地未來規劃為平價國民住宅之用，她們和地主、當地政府的談判不順利，最終，一紙法院命令判決他們非法

侵佔土地，於是這一千人被政府突然地、不人道地強制驅逐。

古特邦太太與政府的居住權之爭，到了南非憲法法院的手裡，憲法法院提出「合理的法律與行政行為」，法院可以審理「合理行為」這個概念，若是政府無法達到合理性的概念，政府即是違憲的。憲法法院提到，儘管政府的各種住房政策令人激賞，但是一個合理的住房政策必須考量沒有享受到權利的人被忽視的程度與廣度。這些人的需要是最急迫的、他們的權利也損失最嚴重。光是用統計數字說這些措施已經照顧到很多人的權利並不足以滿足理性的要求。如果這些措施只是在數字上好看，卻沒能照顧到這些社會邊緣人的需求，自然遠遠稱不上是合理的。憲法法院判政府敗訴。

居住權的故事在台灣是不是也似曾相識？在華光社區迫遷中，是不是也都有高度相似的背景？華光社區的歷史脈絡不贅述，但在政府乃至一般人眼中，違建就是違建，已經平白住那麼久，憑什麼要求額外的補償？然而古特邦案中，南非憲法法院提到的合理行為是一個我們可以拿來思考的價值基準。

討論合理行為前，有必要思考居住權三個字在台灣想像。官方最露骨的說法，莫過於2013兩公約審查之後，行政院大動作召開記者會，由院長親自伸張違建沒有居住人權的說法，會有這樣的說法也不意外，因為一直以來，台灣習慣將居住權與所有權綁在一起，甚至可以說，有了所有權，才有資格談居住權。但我們從古特邦案可以清楚地看到，沒有土地所有權，照樣可以談居住權，兩者沒有高下之分。

回到合理行為，南非憲法法院特別說明政府的住



房政策與合理行為的關係，在台灣的情況，我們也可以同樣以合理性來檢視政府的住房政策。不管是青年成家方案、合宜住宅、都市更新等，基本上都是以所有權的概念在處理一般人的住房需求，嘴巴上講居住正義，內心卻想著創造利益、積累資本。這樣的住宅政策，完全無法達到合理性的標準，當居住權與經濟利益綁在一起，自然先篩掉社會中的經濟弱勢，或許有人會說我國有社會住宅可以幫助這些人，但別忘了台灣社會住宅的比例之低，即便是非常弱勢的人，也必須候補相當長的時間。

華光社區的問題，先不論高額的不當得利，單就拆屋還地來說，已經可以發現政府缺乏安置計劃的疏失，許多家戶雖然沒有立即的流離失所，但長期下來，他們也無法在高度競爭的房屋市場找到安身立命之所。政府推脫的中繼住宅與平價住宅各自有其問題，對於社區全體居民如同杯水車薪。不當得利的請求，也是完全混淆居住權與財產權的概念，將居住視為一種得利，可以發現政府精神分裂的傾向，一方面高喊重視人權，實現居住正義，另一方面卻又將居住權暗渡陳倉，將其與財產權結合，令人汗顏。

如果早個三十年、四十年強拆華光社區是不是就不會有爭議了？因為那個時候俗稱監獄口的聚落真的如同古特邦太太所居住的貧民窟一般。但就因為拆

晚了，周邊繁榮了，這群人順理成章成為政府口中的釘子戶，不應該有所差異的居住權竟也因為時間的推移，而有所改變。如果說與公民政治權利同等重要的社會經濟權利都可以因時制宜，那有什麼基本權利是不會改變的呢？雖然我們的《憲法》沒有像南非《憲法》一般，積極保障社會經濟權利，但既然已經將兩公約內國法化，位階僅次於《憲法》，自然就要積極實現其中的各種精神，而非口號治國，喊爽罷了！

不能否認，要如何積極保障社會經濟權利牽涉國家資源的分配，即便是獲得勝訴的古特邦太太，在過世前也沒能住進磚造的房屋中，她的家人也未能被安置在合理的居住環境中，但是南非政府在她死後讚揚她的所作所為是無家可歸的鬥士，更有無數的報紙社論向她致敬。對照我國政府抹黑居民的做法，令人不勝唏噓。社會經濟權利的實現，行政部門自然不能置身事外，應該積極的保障每個人的權利，而法院除了被動的等待案子上門，更應該踏出第一步，直接將兩公約的精神融入判決。唯有當一個社會做到最基本的一點，「人，就應該被當人對待」，才能更完全地看待事情，也就更接近理想一點。■

註釋：

1. Albie Sachs, 《斷臂上的花朵》，第191頁
2. Albie Sachs, 《斷臂上的花朵》，第173頁

性、婚姻， 同志權利的憲法化

◎張軒安

演講開始前，蔡瑞月舞蹈社的工作人員講述了玫瑰古蹟的緣由，奧比聽了之後給了該名女士一個溫暖的擁抱，整場演講就在這樣的溫柔中展開。

奧比以參與同志遊行的故事作開場，並講述同性戀與宗教該如何以法律處理同性婚姻的問題；Kenji Yoshino則是以身為同志一份子的生命經驗，帶出對於同性婚姻的看法。

同性戀與宗教

奧比開頭提到第一次參與同志遊行時，自己是如何從還想聲明是「Straights for Gays」的尷尬感中，轉為自在、自豪地走在遊行隊伍裡，他感受到自己是和一群為自己的驕傲而走，並捍衛自身權利、自由的人一起遊行，奧比也為身在遊行中的自己感到驕傲。接著他提到了出席「非洲基督徒法律人協會」的活動並與他們相處的經驗，基督徒們真誠地為奧比祈禱，付出了他們的信念、信仰。

奧比以這兩個小故事為楔子，帶出了在南非以及當今台灣所面臨的同性戀與宗教的難題，在這兩個故事中，看似對立的雙方都是在捍衛自身的權利或信念，奧比認為《憲法》的意義並非其中一方壓倒另一方，不應在宗教信仰與同性戀中擇一，將世界二分是不對的。而Kenji Yoshino則認為這兩間，難免會有類似於零和遊戲的狀況，基督徒擔心同性婚姻合法後，宗教會邊緣化。他認為民事法上的婚姻要和宗教上的婚姻作區分，這和奧比所說的世俗婚姻與神聖婚姻的區分相呼應。Kenji Yoshino還提到在美國許多年輕的基督徒也支持同性婚姻，並非所有

基督徒都相信同一件事情，況且在聖經中有許多教條今日也未被實行。

台灣因同性婚姻議題造成同志權益與基督宗教間的對立，基督徒作為台灣社會組成的一份子，我們應當保障他們的宗教自由，但我們都不會認同以任何一個宗教的教義作為《憲法》內容。如同奧比所說，宗教扮演重要角色，宗教團體可以加入公共事務的討論，對於同性婚姻的判決也須回應宗教團體的疑慮，但《憲法》處理的是世俗人類的權利保障，它既保障作為世俗人類一份子的教徒在神聖領域的意見，同時也應關照同志在社會的位置。這關乎同性戀者的自由、平等與其個人尊嚴。神聖和世俗是可以共存的，如果保障同性戀者的權利對於宗教團體來說威脅到他們的宗教信念以及持續壯大的企圖，我會認為這也許是社會多元化後不得不面對的結果。然而可以確定的是，縱然特定宗教因為和《憲法》精神不完全相容而受邊緣化，《憲法》還是會保障該宗教的自由，不會要求他們做出違反己意的表現，而這樣的保障在今天的台灣卻還未發生在同志朋友身上。

法院？國會？公投？

一個法律改革的發生因其內容的不同、社會情勢的差異而適合不同的改變途徑，作為改革的支持者，除了希望能循成功可能性最高的途徑外，也需要考量法律改革發生後對於社會的衝擊，避免反挫的發生。直接對於特定議題進行公投有最直接的民主正當性，其次是有民意基礎的國會，最後才是司法。然而，多數人的意見可能對於少數人的實質處境產生壓迫，在各種社會議題上多數決都不該是唯一正解。



在演講的QA時間Kenji Yoshino也提到了幾個公民投票的問題，例如投票的人投了票卻不須負責、公投可能在未經完整的辯論與討論下發生。同性婚姻的需對於異性戀者來說可以是「別人的事」，異性戀者不需承擔公民投票的結果，特定人權利的保障並非投票所能決定。台灣現行的公投有著難以通過的高門檻（投票人數達有投票權人二分之一以上，有效票數超過二分之一同意），期待由公民投票促成法律變革目前來說是注定失敗。

2005年，南非一對女同志因無法結婚而上訴至南非憲法法院，奧比表示，法律違反了平等原則，其以法律之名排除了同性伴侶享有和異性伴侶相同的權利，大法官們認同未納入同志的婚姻法是個存有歧視的法律。但對於交由憲法法院直接在婚姻法中加入「配偶」二字或是由國會立法，大法官們間存有不同意見。最後決定定期限命國會修法，國會的參與可以促使社會大眾加入討論。若期限屆至仍未修法，才自動加入「配偶」二字。

台灣曾有同性伴侶尋求釋憲，但迫於壓力而撤回。近期台灣是以立法作為推動同性婚姻的途徑，倘若此次立法推動失敗，我們沒有如南非一樣有司法決定作為後盾。這幾個月相關的網路討論與活動密集出現：支持方與反對方的立委皆曾陪同相關團體舉辦記者會、民間的護家盟遊行、學術上的同性婚姻座談、校園內學生挺同婚等相關活動，雖然雙方爭執不斷，但至少為同性婚姻的議題注入更多討論的機會。討論的意義在於讓雙方瞭解彼此所求為何，使公眾參與議題的爭論。然而歧視的消除與權利的保障不能繫於是

否已達成高度共識，立法者應該要自詡能夠作為權利的捍衛者，讓婚姻平權具體落實。

平等：異同結婚還是異同廢婚

針對保障同性婚姻的做法，奧比不認同另立婚姻以外的法令，這樣形同種族歧視下的「隔離且平等」措施。另外，要達成平等是讓同性戀與異性戀皆能結婚，抑或是廢除婚姻呢？奧比以葡萄園及墓園做比喻，認為應昇華為皆能結婚的葡萄園。Kenji也認為當能夠結婚時，多數人是想結婚的。婚姻制度雖然在現實上並不符合所有人對於伴侶關係的想像與需求，甚至對於較弱勢的一方來說是壓迫的根源，但我們應思考的是如何消除婚姻中不平等的權力關係，以及如何讓伴侶關係、家庭的選擇更多元，而非為進入婚姻設下更多的阻礙。

消除我們視而不見的「straight only」告示

在同志大遊行終點的沃爾公園裡，奧比想起過去在這個公園中曾出現「White Only」的告示牌，這在今天也可能是個「Straight Only」的告示。

奧比這段話揭示了社會其實是默默地持續施展對於同志的歧視，這些歧視或許並非如沃爾公園的種族歧視標示一樣有個具體的告示牌，讓我們能馬上意識到它的存在。但只要法律沒有改變、同志朋友的權利未能獲得完整的保障，「Straight Only」的告示便隱存於我們生活的各個角落，讓傷害繼續發生。❏

轉型正義與民主的和解

◎賴膺太

近期有幸能全程聆聽人權鬥士Albie Sachs大法官一系列的演講，Sachs大法官性格率直富有幽默感，每場講座在知性與感性的思辯中仍不失趣味，同時在他身上可以清楚的看見他為人權奮鬥的痕跡，為了對抗不公不義的種族隔離政策，犧牲了一條手臂和一隻眼睛。但他不想報復加害人，反而希望加害人可以得到公平的審判，Sachs大法官不斷提到「溫柔的復仇」，這句話讓我印象非常深刻，我覺得這個詞很浪漫，充滿理想，其實在中華文化也有「以直報怨」類似的概念。以前我也認為「以直報怨」這個概念是很抽象的，我覺得現實世界幾乎不可能發生，直到我聽到Sachs大法官的演講，他以身作則的體現了這個理想。要達成這個崇高的理想，放下成見、相互對話是最重要的一環，大法官在第一場演講也提到協商對話的重要性，他說協商並不是為了要擊敗對手，讓對手臣服於自己的理念，而是要共同找出雙方都能接受的方式，以合法的手段，遵循法治的規則才能開創未來，南非的民主憲政就是這麼得來的。

第四場講座討論轉型正義與民主和解的議題。大法官分享了南非轉型正義成功的經驗，南非成立真相和解委員會，正視過去的歷史，讓加害人說出歷史的真相而非僅止於要求加害人賠償或是將其定罪，以牙還牙不是正義，這麼做才能達到真正的和解。Sachs大法官認為溫柔的復仇更有力量，建立憲政體制、促進社會福利，面對過去的錯誤使國家向前走，這才是真正的轉型正義。雖然南非現在仍有許多問題尚待解決，但在社會公義的實現已經邁出一大步。

台灣也經歷過威權統治的時代，在解嚴之後，我們以協商式的轉型來面對歷史，當年民主轉型並非由民進黨主導，而是由李登輝先生進行。面對依舊強大的舊政權，政府僅公開文件，向受害家屬道歉，對於

真相的還原並沒有幫助。在第一次政黨輪替之後，對解決白色恐怖事件的進展仍是有限，這是「不完整的轉型正義」，直到現在，中正紀念堂仍然如鬼魅般地矗立在台北市中心。

雖然台灣的轉型正義是不完整的，但經過這段時間，民主素養也已經深化到社會中，許多非政府組織如雨後春筍般成立，人們開始會為了捍衛憲法上的權力來對抗政府。而一切的轉捩點就在2008年政黨再次輪替之後，從以前就一直站在民主對立面的國民黨重新掌權之後，將轉型正義的概念轉化為空泛的文字遊戲。台灣在漫長的殖民歷史中，也曾出現許多人權鬥士，身為被殖民者卻渴望追求一切高尚的情操，這是「好撒馬利亞人的典範」，但現在面對打著重振經濟的大旗，卻怠於實現正義的政府，菁英們漸漸放棄「好撒馬利亞人的典範」，選擇一起同流合汙，人民也因經濟的空轉而不關心自身的權益，只要經濟好就甚麼都好，美好的價值漸漸的被這個社會淡忘了。

過去的不義是赤裸的，但現在政府所為的一切不義行為則是具有民意基礎的，這是「轉型不正義」，南非的白人政權並不像台灣一樣，南非除了和解以外，別無出路，台灣卻要面對中國的誘惑，中國的日益強大，使得社會部分的菁英們為了私益而選擇成為不義共犯。台灣的轉型正義之路正面臨存亡之秋，舉步維艱。

台灣的人民在意識形態上不斷的被分化，或許是媒體的操弄，也可能跟長久的殖民歷史有些關係，從以前的外省本省情結，到現在的藍綠之爭，只問藍綠不分是非，這種人在我身邊為數不少，只知道跟著媒體報導起鬨，不知道為何而罵，只知道顏色不對就該罵，使得協商的可能性趨近於零，有強烈意識形態的



兩人如同於光譜的兩端，社會不應該是這樣充滿仇恨的。回顧近來的社會事件，從關廠工人、華光社區、大埔事件，看到政府不聽人民心聲，無視憲法保障的基本權利，強硬的手段讓人無可奈何，人民丟鞋抗議的舉動猶如蚍蜉撼樹，人民有其他更好的手段來發聲嗎？丟鞋豈不成了暴民？對付麻木不仁的政府，最後就是走向革命一途，但這並不是社會樂見的，人們想用溫和的方式和政府對話，這些無助的人只能用微薄的力量，號召社會上有理想，想改革的人們來撼動冷血的政府，社會運動是以理性和平的方式，讓政府明白人民不是予取予求的，不起身反抗，不義的政府只會得寸進尺，同樣的悲劇會一再上演。

轉型正義要成功必須建立在強烈的意志上，台灣人的個性務實，這並不是壞事，否則也不會有經濟起飛的年代。但是要喚醒對公共議題的熱忱並不容易，幸好近來蓬勃的社會運動，政府的無能清晰可見，讓許多民衆願意走出來爭取自己的權益，相信要透過對話來建立和諧的社會是指日可待。

有觀眾問Sachs大法官對在體制內工作的人的想法，這個問題也引起我的共鳴，在一個不公不義的政

府之下工作難道就是同流合汙嗎？司法官和公務員都是在體制內工作的，不過這不表示他們就是政府的共犯，要改變腐敗的體制並不容易，在體制外反抗需要強大的勇氣，但從體制內改變的力量也是不可或缺的，重要的是秉持自己的良知和改變現狀的信念，不管將來在哪裡工作，從現在開始都要提醒自己不能忘記要追求高尚的情操，誠如吳叡人教授引用尼采的話：「對抗怪獸的人不要成為怪獸，望向深淵時不要跌入深淵」。

我從大法官的演講和與談人的對談中收穫很多，從歷史的觀點出發，我了解到整個社會正在失去的是什麼，我們或許正在重蹈歷史的覆轍而全然不知。南非已經從當年種族隔離政策的不義走出來，他們勇於面對歷史的錯誤，才有一部足以成為全世界楷模的憲法。台灣當年在威權統治之下造成的傷痕還沒完全撫平，政府不應帶頭違憲亂政，越來越多的人民已經意識到這一切，願意走上街頭來抗爭，這非關意識形態，不應該被貼上顏色的標籤，即使現狀仍然不樂觀，但是潘朵拉的盒子裡還關著一個「希望」，我們活在一個精彩的時代，見證台灣社會的轉變。□

翻轉行政駁回法院之譏

行政訴訟三級二審新制實施週年的回顧與展望

◎李明益 — 臺北地方法院行政訴訟庭法官

案例一：因應科技廠商進駐大台中地區的需求，國科會繼一、二期之後，推出中科三期開發案。該案在環評審查委員會討論過程中雖然爭議不斷，最後還是在民國95年6月作成「有條件通過」的審查結論。由於該開發案可望提升地方產業發展、促進就業，加上政府在規劃時並未充分告知可能帶來嚴重污染的問題，一開始居民都抱持歡迎的態度。其後，在環保團體的輔導下，逐漸凝聚起居民的環境保護意識，並籌組自救會，開啓了尋求體制內救濟活動的序幕。在訴願遭到駁回後，居民提起了「撤銷環評」訴訟，並於99年獲得勝訴判決定讞，該案成為《環境影響評估法》通過後，第一起被法院撤銷環評的案例。

案例二：美麗灣位於台東縣都蘭灣的杉原海岸，擁有豐富的動植物生態資源，並且是地方原住民的傳統生活領域。92年美麗華集團向台東縣政府申請在杉原海岸投資經營海水浴場，93年雙方正式簽約，成為台東地區第一個BOT案。該案第一期開發土地未超過一公頃，依規定不需經過環評。不過，該公司陸續以不同名目變更計畫，開發面積超過五公頃，加上始終未經當地居民的同意，環保團體遂向法院提出「聲請停工、撤銷環評」的訴訟。經過多年訴訟後，於101年判決環保團體勝訴定讞。

我國行政訴訟發展沿革

以上兩個人民的勝訴的判決，有個共同特色，就是它們都是由行政法院作成的行政訴訟。「行政訴訟」是指人民對於行政官署違法侵害其權利的行為，得向法院請求救濟的制度。由於是將行政行為納入司法審查的範圍，則在一個行政權獨大的社會裡，是不

可能存在行政訴訟的制度。傳統中國社會，即是如此。因為歷代皆屬大一統的中央集權專制政體，皇帝集行政、立法、司法大權於一身，行政即無違法的可能，行政訴訟自亦無從存立。

直到清末民初繼受西方三權分立、司法獨立等法治理念後，才於1912（民元）年公布的《中華民國臨時約法》第10條明定：「人民對於官吏違法損害權利之行為，有陳訴於平政院之權」後，我國才正式承認行政訴訟，但直到1914（民3）年先後公布《平政院編制令》、《糾彈例》、《平政院處務規則》後，我國第一個行政爭訟審判機關—平政院，才告成立。雖然它的審理範圍採取概括規定，頗能符合法治國家的要求，但該院隸屬於掌握行政權的大總統，並非屬於司法權的一部分，而且其成效不彰，甚至遭譏為「貧症院」（註一）。嗣後隨著北京政府的倒臺，平政院亦隨之走入歷史，可謂與北京政府相始終。

國民政府成立後，於1932（民21）年11月17日制定公布、1933（民22）年6月23日正式施行《行政訴訟法》，並於同年9月1日成立行政法院。該法全文僅27條，於1975（民64）年修正時雖擴增至34條，仍以撤銷訴訟為主要訴訟類型，而且全國僅設有一所行政法院，集初審、終審、事實審、法律審於一身，行政法院一經判決，訴訟程序即告終結，並以書面審理為原則，無論就人民接近法院的便利性、法院審判的精緻性及人民權益保障的完整性等面向來看，都與《憲法》保障人民權利的意旨有所未合。司法院體認到該法自1975（民64）年修正後，期間歷經解嚴及終止動員戡亂時期，政經社會結構已有所改變，行政功能愈益加強，民衆水準提高，行政爭訟事件增多，現有



行政訴訟架構已不足以周全維護人民的合法權益（註二），乃邀集專家學者組成研修委員會，先後歷時11年，於1993（民82）年間擬具《行政訴訟法》修正草案，送請立法院審查，嗣經立法院三讀通過，由總統於1998（民87）年10月28日公布，並於2000（民89）年7月1日起正式施行。

該次修正改採二級二審制度，成立臺北、臺中、高雄三所高等行政法院及改制原行政法院為最高行政法院，並擴大行政訴訟裁判權的範圍，得提起行政訴訟的對象不再以行政處分為限，同時增加訴訟種類，由原有的撤銷訴訟，增加確認訴訟與給付訴訟，大幅增強人民權益的保障，可謂是一次「轉骨性」的修正。其後，於2011（民100）年11月23日再次修正、2012（民101）年9月6日施行的《行政訴訟法》，復就行政訴訟審級制度改採三級二審制，也就是於地方法院成立行政訴訟庭，並將性質上原屬公法事件的交通裁決事件，由地方法院刑事庭回歸行政訴訟審判，以及將原由高等行政法院受理的簡易訴訟程序事件，改歸由地方法院行政訴訟庭審理。

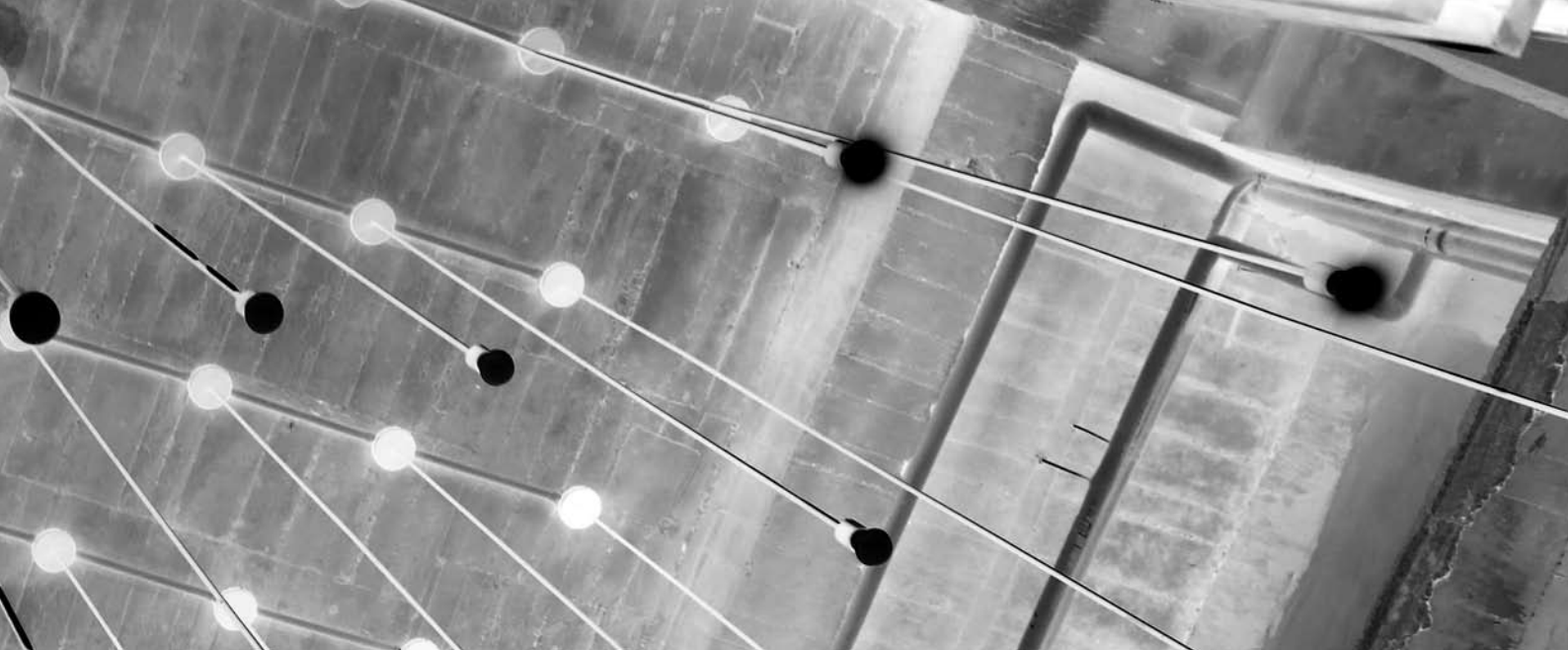
三級二審攸關人民「接近法院」的權利

這次的修正，總計修正條文46條、增訂條文20條及刪除條文1條，連同編名、章名的增訂與修正，其修正幅度不可謂不大。其中關於三級二審制度的採行，攸關民眾「接近法院」的權利，堪稱是憲法第16

條訴訟權保障與司法院所標榜「司法為民」理念的進一步具體落實，如果說這是司法改革的另一重要里程碑，當不為過。筆者有幸於這次司法制度革新中參與行政訴訟審判的行列，對於行政訴訟審判實務得以有機會貼近感受與觀察，爰藉此一隅抒發個人的觀察心得與淺見。

這次修正的最大變革，乃是鑑於依舊制掌理行政訴訟的第一審法院僅有三所，也就是臺北、臺中、高雄等三所高等行政法院，這對於民眾提起訴訟並不便利；又具有公法性質的爭議事件，例如違反《道路交通管理處罰條例》而受裁罰的救濟事件，過去因考量行政法院僅有一所，難以負荷這類數量龐大的公法事件，以致多年來均由普通法院刑事庭審理，即使於2000（民89）年全面翻新行政訴訟制度，亦未改變。於是，司法院考量到自2000（民89）年行政訴訟改制施行已逾10年，為解決訴訟不便的問題，並使公法事件依事物的本質，陸續回歸行政訴訟審判，乃將行政訴訟改為三級二審，在各地方法院設置行政訴訟庭，除將行政訴訟簡易訴訟程序事件的第一審及相關保全證據事件、保全程序事件及強制執行事件，改由地方法院行政訴訟庭受理外，並將由普通法院審理的違反《道路交通管理處罰條例》裁決救濟事件，改依行政訴訟程序審理（參見《行政訴訟法》部分條文修正總說明）。

新制上路後，因各地方法院均設置行政訴訟庭，



民衆得以「有機會」就近運用當地法院提起行政訴訟，而不需如同舊制般，必須勞頓奔波至三所高等行政法院所在地尋求司法救濟，確實有助於提高人民運用行政訴訟伸張權利的意願。而因適用簡易程序的訴訟事件原則上應進行言詞辯論（第236條、第188條第1項），這不僅得以確保訴訟當事人的辯論權，而且讓法官直接面對訴訟當事人，聽取其意見陳述進而為必要的證據調查，得以有效掌握爭點、釐清事實並深化其心證，自有助於裁判品質的提昇。

此外，在舊制下準用《刑事訴訟法》進行審理裁判的交通聲明異議案件，於新制施行後回歸行政訴訟審判，不僅合乎其公法事件的事物本質，而且對於過去實務上就交通聲明異議案件的審理，究竟應依其事件本質適用公法法理，抑或是不問事件本質，一概準用《刑事訴訟法》的規定予以審理的爭議，亦有定錨作用（註三）。就此而言，新制不論於人民權益的保障、行政訴訟法制進一步的整備，均有其時代性的積極意義。只是，新制於先天規劃設計上是否仍有不足？於後天施行適用上是否又有失調之處？均有待進一步檢視。茲舉其瑣瑣大者說明如下：

法官兼辦，並不利於專業能力的養成

首先，新制施行後，各地方法院固均成立行政訴訟庭，而且為避免指定法官辦案之嫌，各地院行政訴訟庭至少都配置2名法官辦案，惟受限於各地院法官

員額及行政訴訟案件負荷量多寡不一等因素，各地院行政訴訟庭的組成及法官的分案方式，差異甚大。

據個人查詢所知，有由專股法官辦理者，亦即法官專辦行政訴訟事件，不兼辦其他訴訟類型的案件，這出現於法官員額配置較多的大法院，例如臺北地院（4名法官，不含庭長。以下所述各地院辦理行政訴訟事件法官配置情形，均不含庭長）、桃園地院（3名法官）、台中地院等（2名法官）；有由法官兼辦其他類型案件的方式，絕大多數法院屬於這種情況，其中辦理行政訴訟事件與辦理其他類型訴訟事件在比重上又有所差異，以辦理行政訴訟事件為主者，例如台南地院（3名法官）兼辦2股案件量的刑事交通簡易訴訟程序案件及1股案件量的獨任刑事易字案件；有以辦理其他類型案件為主者，這通常出現在法官員額配置較少的法院，例如台東地院（2名法官）均須兼辦五分之四股的民事事件，甚至有接辦其他類型的全股案件，再以承辦行政訴訟事件的件數抵分其他類型案件者，而花蓮地院（2名法官）均承辦全股民事訴訟事件，所辦理的行政訴訟事件若屬交通裁決事件，則抵分民事簡易訴訟程序事件，所辦理的行政訴訟事件若屬簡易訴訟程序事件，則抵分民事通常訴訟程序事件。

新制上路迄今已超過一年，這期間歷經新的法官年度事務分配，經各地院檢討結果，部分地院行政訴訟庭的分案方式也有略作調整者，只是多以加重行政訴訟庭法官兼辦其他訴訟類型案件量者居多，例如新



北地院（3名法官）於上一年度乃法官專辦行政訴訟事件，於新一年度則須兼辦民事執行事件中的拘提、管收案件；如嘉義地院（2名法官）於上一年度須兼辦四分之一股民事事件，於新一年度則提高兼辦比例為二分之一（不含簡上案件）。由於這是各法院「法官自治」所作的決定，各地院行政訴訟庭於各該法院中的「弱勢」地位，可見一般。

然而，新制變革的目的，除使地院行政訴訟庭受理第一審的簡易訴訟程序事件及交通裁決事件外，亦寓有養成行政法院法官的作用與目的，使地院法官能有處理公法上爭議事件的經驗，而能熟練公法及行政法上的法理與規範（註四），並成為日後高等行政法院法官人才的儲備庫。但是上述事務分配的方式，除少數大型法院法官得以專精辦理行政訴訟事件，而得從中積攢辦案經驗並吸取公法專業知識外，多數地院行政訴訟庭法官恐難免備多力分，不利於專業能力的養成。雖然以現有行政訴訟的案件量，欲求各地院均維持至少兩名以上專辦行政訴訟事件的法官，殆屬不切實際。可能的解決之道，除將具公法爭議性質的案件陸續回歸行政訴訟審判外（註五），亦應就現有《行政訴訟法》關於案件管轄規定予以檢討修正，使各地院法官均有歷練各類型行政訴訟事件的機會。

民告官，應以方便原告、保護人民為中心

其次，《行政訴訟法》第13條第1項規定：「對

於公法人之訴訟，由其公務所所在地之行政法院管轄。其以公法人之機關為被告時，由該機關所在地之行政法院管轄。」因此，人民對於行政機關所提起的行政訴訟，除同法第15條、第15條之1所定的特別審判籍及交通裁決事件外，仍仿《民事訴訟法》採「以原就被」原則。惟民事訴訟之所以規定以被告住所為其普通審判籍，乃因被告住所為其生活的所在，為防止原告的濫訴，造成被告跋涉之苦，乃設此原則以降低濫訴的可能性。反之，行政訴訟基本上為「民告官」，實務上絕大部分案件仍以撤銷訴訟（即請求撤銷行政機關所為的不利益處分）為大宗，其管轄權的設計自當以方便原告、保護人民權益為重心（註六）。即便新制已於地院設行政訴訟庭，以方便民衆提訴或應訴，惟實務上仍常見涉訟金額不高的簡易訴訟程序事件，因作成處分的被告機關位處重要都會地區，且依新制簡易訴訟程序事件原則上應行言詞辯論程序，以致受不利益處分而提起行政訴訟的民衆仍必須往來奔波，間接影響民衆尋求司法救濟的意願。

以汽車燃料使用費的徵收為例，各區監理所固為經徵機關，但實務上認應以交通部公路總局為原處分機關（註七），而公路總局的機關所在地處臺北市（臺北地院轄區），故居住臺北地區以外的民衆，如不服汽燃費的徵收處分，即便訟爭金額僅在數千元之譜，仍須遠赴臺北地院開庭。又如國稅事件，是以財政部臺北、高雄、北、中、南區國稅局為原處分機關，是居住各該國稅局機關所在地縣市以外地區的民



衆，如對於國稅局的核課稅捐或裁罰處分有所不服，即便涉訟金額不高，於行政訴訟期間，亦恐難免經受舟車勞頓之苦。司法院有鑑於此，乃再次提案修正《行政訴訟法》，以增列遠距審理的規定（第130條之1），經立法院修正通過及總統公布後，已於2013（民102）年6月10日施行。這規定的立意雖佳，但以遠距審理仍須經行政法院認為適當時始得為之，在法官普遍對於遠距審理接受度不高的情況下，其實成效如何，仍有待觀察。

其實，「以原就被」原則本非行政訴訟顛撲不破的原則，這由新制中交通裁決事件，亦得由原告住所地、居所地、所在地或違規行為地的地院行政訴訟庭管轄（第237條之2），即可知之。事實上，許多機關於各地均設有分支機關或單位（以公路總局為例，其轄下即有監理所、監理站、監理分站等機關或單位；國稅局轄下亦設有各分局、稽徵所），且實際上原處分多由各分支單位經手處理，對於案情可能更為熟稔，即便作為名義上的原處分機關，亦非不得依《行政訴訟法》第49條第2項第3款規定，指派下級單位辦理與訴訟事件相關業務的公務員到庭應訴（註八），應不致發生行政事務難以正常推動或增加國庫支出的問題。至於部分中央機關於各地雖無或僅有少數分支機關或單位，惟從接近事實發生地或證據調查便利性的角度觀之，仍不宜限定僅能由機關所在地的地院管轄。

何況因目前中央機關多數設在臺北市，上開「以原就被」原則的管轄權劃定，不僅造成法院間受理行政訴訟事件案件量多寡失衡的情形（註九），且導致絕大部分地院行政訴訟庭法官無緣承辦某些類型的案件。例如，公平交易案件、汽車燃料使用費、由國家通訊傳播委員會作為原處分機關的行政爭訟事件等，部分地院行政訴訟庭法官甚至連國稅爭訟事件均無從與聞，如此不僅多數地院行政訴訟庭法官失去由實務歷練中擴展其行政法學理深度與廣度的機會，對於高等行政法院所需審判人才的養成，也屬不利。因此，揚棄現行《行政訴訟法》所採「以原就被」原則，增列原告住、居所地、行為地或事實發生地為行政訴訟事件的普通審判籍，應屬日後可資採行的修法方向。

配置專業人員輔助法官辦案

最後，要說明的是：隨著現代國家職能愈益擴張，人民與行政機關間的接觸往來日形密切，行政行為亦呈現多樣性與複雜性，辦理行政訴訟事件的法官面對這複雜多變的世事，能否與時俱進，強化自身的本職學能以面對嚴峻的新挑戰，誠乃行政法院可否善盡其維護人權職責，並進而獲得人民信賴的一大關鍵。近年來，隨著我國民主法治的發展，再加上民衆權利意識高漲，行政行為是否合法與正當，往往受到人民的嚴格檢視，伴隨於此，我國公法學於近年來亦有長足的發展，謂之「顯學」，絕非妄詞。



新世代習法者在校求學期間多受有行政法學的陶冶，於司法官及律師國家考試中，《憲法》與《行政法》更早已成為重要的考試科目。惟大學院校內所教授的行政法學，多數偏重於行政法學「總論性」的課程，而在法院實務上所面對的案件，則是琳瑯滿目各式各樣的「各論性」案件。雖說總論性的行政法學素養，為承辦各論性案件的基礎，但各論性案件畢竟均有其本身專業部分，若未能得其肯綮，法官於決斷案件之際即不免躊躇。然而，新制於地院成立行政訴訟庭，其法官來源乃由原本辦理民事、刑事等其他類型案件的法官中選任，其中固不乏法學涵養及實務辦案經驗俱豐的優秀法官，但面對各類型的專業爭議案件，恐亦難免有力不從心之嘆（註十）。

目前，司法院雖然積極在法官學院開設在職研修課程，但對於法官在具體個案所碰到的疑難雜症，總有緩不濟急或隔靴搔癢之感。事實上，所有辦理行政訴訟事件的法官都有面臨上開窘境的可能，並非地院行政訴訟庭法官所獨有。因此，於2011（民100）年11月23日修正公布、2012（民101）年施行的《行政法院組織法》即增列第10條之1、第10條之2等規定，明定於高等行政法院增置具有財經、稅務或會計專業的司法事務官，以協助法官辦理稅務事件的資料蒐集、分析及提供財稅會計等專業意見、依法參與訴訟程序及其他法律所定的事務，並就司法事務官參與訴訟程序的方式，於這次修法時配合增列第125條之

1（註十一），其立法意旨即在於「高等行政法院稅務事件數量龐大，且因涉及財經、稅務、會計等專業知識，『法官又多不具備此類專業知識與經驗』，導致審理此類事件曠日廢時，有待引進具備此類專業知識之輔佐人員。」

可惜的是，與高等行政法院同樣肩負事實審調查事實重任的地院行政訴訟庭法官，並未能同享前開專業司法事務官輔助辦案的機會。雖然地院行政訴訟庭所承辦者多屬訟爭金額較低的案件，但無論訟爭金額多寡，法官所需具備的專業知識或獲得財經、稅務或會計等專業方面協助的需求，並無不同。縱然因國家資源有限，且各地院行政訴訟庭的編制有所不同，不太可能專為行政訴訟庭法官配置司法事務官以協助辦案，但《法院組織法》既於第17條之1規定地方法院置司法事務官，只是在同法第17條之2所規定司法事務官辦理事務的內容方面，並未包括前開《行政法院組織法》第10條之2所規定的辦理事務內容。

因此，筆者建議日後修法時，或許可以考慮將《行政法院組織法》第10條之2所規定的辦理事務內容，納入《法院組織法》第17條之2所規定司法事務官辦理事務內容的一部分，並增列具相關專業（因地方法院司法事務官的專業範圍並不限於財經、稅務或會計，故除財經、稅務或會計以外的其他專業司法事



務官，亦可輔助行政訴訟庭法官辦案）的司法事務官可藉由前開行政訴訟法第125條之1所定的方式，輔助行政訴訟庭法官辦案，庶幾可兼顧國家資源的簡省與強化行政訴訟庭法官專業性的目的。

行政訴訟的未來——翻轉駁回法院之譏

刑事訴訟的作為，由於常直接涉及人民自由權利的限制或剝奪，因此刑事訴訟制度的良莠，往往是檢驗一國人權保障與否的最佳指標。反之，行政訴訟是將行政行為納入司法審查的範圍，則行政訴訟的發達與否，往往是檢驗一國是否為「法治」國家的重要指標，因為唯有政治部門都能確實「依法行政」，未依法行政將受司法審查時，這個國家才可以說是邁入「法治」常軌的國家。而由前面的說明可知，早期我國的行政訴訟向有「貧症院」之譏，這一方面固然與當時軍閥割據、行政權獨大有關，他方面也是因為行政訴訟制度的不完善所致。學者的研究就指出：隨著1998（民87）年《行政訴訟法》、1999（民88）年《行政法院組織法》的修正通過，針對（最高）行政法院改制前、後的判決進行量化分析後，呈現修法後行政法院展露出司法積極主義，也就是對於行政權的審查轉趨積極，更能肩負起監督行政的責任（註十二）。

前言所提兩件環保行政訴訟的判決結果，可證明

我國的司法體系對於行政權的審查確實轉趨積極，善盡了保障人民權利、審查行政行為合法性的功能。可預見的將來，臺灣社會運動司法化，也就是各種社會議題以訴訟方式進入法院尋求救濟的趨勢，將愈來愈明顯。面對人民對司法日益殷切的期待與檢視，身為司法一環的行政訴訟體系，自無從置身事外。行政法院往昔遭譏為「行政駁回法院」，其中雖有幾分不明就裡的因素在內，但箇中原因有無可能是法官誤認這樣才能維護社會秩序，或不具相關專業知識無力審查行政行為的合法性，遂一味的接受行政機關的觀點，甚至是自身的辦案怠惰等等，恐怕是如人飲水，冷暖自知。

上述幾點觀察心得與建議，乃筆者接辦行政訴訟審判業務一年多以來的一點淺見。當然，現行行政訴訟制度仍有諸多有待檢討改進之處，拙文如果能夠發揮拋磚引玉之效，更是我所企盼的。希望經由法制的變革、司法專業人員觀念的改變與專業能力的成長，能夠讓我國行政訴訟的未來，可以真正回應社會變遷的需求與人民的期待，翻轉以往的駁回法院之譏。□

註釋：

1. 翁岳生，〈行政訴訟制度現代化之研究〉，收錄於氏著《行政法與現代法治國家》，作者自印，1990年9月，第11版，第386頁以下；黃源盛，〈平政院裁決書整編與探討〉，收錄於氏著《民初大理院與裁判》，元照，2011年3月，第359頁以下。



2. 當時擔任司法院秘書長的朱石炎於84年3月22日在立法院法制委員會審查《行政訴訟法》修正草案第一次全體委員聯席會上的說明。立法院公報，第84卷第19期，第489頁。

3. 有學者認為行政訴訟證據法則與刑事訴訟證據法則相比較，前者較為寬鬆，後者較為嚴謹（採取「有疑義時，應為有利被告認定原則」，要求違規行為事實之舉證，應達到無任何合理懷疑之高度證明程度），因此，交通裁決事件改依行政訴訟法審理裁判結果，可能使得違規事實的「證明程度要求」降低，而不利於違規者。參閱陳清秀，〈行政訴訟法修正簡介〉，月旦法學雜誌，201期，2012年2月，第157頁。其實，所謂的準用與適用有別，適用是完全依其規定而適用之謂，準用則祇就某事項所定的法規，於性質不相抵觸的範圍內，適用於其他事項之謂。是以，就交通聲明異議案件於認定事實所應適用的證據法則，究應不問交通異議事件的本質而依修正前《道路交通管理處罰條例》第89條的準用規定，據以適用《刑事訴訟法》證據章的規定，還是應依其公法事件的本質而適用行政訴訟證據法則，實務見解尚稱分歧，未有定論，新制實施後，就證據法則的採用上是否較不利於違規行為人，尚難以一概而論。

4. 廖義男，〈夏蟲語冰錄（五十八）三級二審之新行政訴訟法〉，法令月刊，第63卷第11期，2012年11月，第133頁。

5. 例如國家賠償事件、選舉罷免訴訟事件、社會秩序維護法事件等案件類型，是否回歸行政訴訟審判體系，目前均在司法院研議評估中。而目前較為確定的是，依102年公布的司法院釋字第708號及第710號解釋，關於受驅逐的外國人或強制出境的大陸地區人民，如於受驅逐前或強制出境前由移民署或治安機關為暫時收容時，若對此暫時收容處分不服，得向法院聲請審查決定是否予以收容，若移民署或治安機關認有續予收容或延長收容的必要時，亦應向法院聲請裁定許可，始得為之，司法院大法官並就相關不符合憲法保障意旨的相關規定，諭知2年內失效的落日條款。是以，關於受驅逐的外國人或強制出境的大陸地區人民之暫時收容聲明不服、處分機關聲請續予收容或延長收容等事件，日後由地院行政訴訟庭受理，殆屬確定的修法方向。

6. 前司法院大法官吳庚即指出：本法仿民事訴訟法採「以原就被」為原則，固有簡便之優點，但並非妥適，其立法理由稱「為保護被告利益，以防止原告濫訴」云云，認知尤屬有誤。蓋行政訴訟基本

上為「民告官」，其設計皆以方便原告，保護人民權益為重心，焉有心存保障「官署」之理！故德國行政法院法採原告住所地及行政作為地，併列為撤銷訴訟及課予義務訴訟之普通審判籍。參閱吳庚，〈行政爭訟法論〉，臺北：元照，2012年2月，修訂第六版，第49頁。

7. 最高行政法院94年10月份庭長法官聯席會議決議。

8. 在訴訟實務上，常見由實際承辦案件的下級單位公務員，以原處分機關訴訟代理人身分到庭應訴的情況，前面所舉的汽車燃料使用費事件，即屬適例。

9. 以101年9月至102年8月間，全國各地院行政訴訟庭收案總件數分別高居一、二名的臺北地院及新北地院為例，臺北地院受理行政訴訟簡易訴訟程序事件及交通裁決事件件數分別為479件及450件，而新北地院則分別為204件及479件。其中就交通裁決事件而言，件數尚屬相當，惟就簡易訴訟程序事件而言，臺北地院較諸新北地院案件數多達二倍有餘。再以同樣坐落臺北市的士林地院為例，同期間士林地院就上開兩類型的收案件數分別為50件及242件，就簡易訴訟程序事件而言，與臺北地院收案件數相差懸殊，這與臺北市政府各機關多數位處臺北地院轄區有關。由此可見，轄區內具有作成行政處分適格的機關多寡，為影響各地院受理行政訴訟事件案件數的最主要因素。以上司法院統計資料，蒙該院行政訴訟及懲戒廳調辦事法官梁哲璋協助提供，特此致謝。

10. 新制上路，外界即不乏有質疑法官專業性之聲音，見陳清秀，前揭文，第173頁；陳博建，〈行政訴訟新制上路，司法人員仍須努力〉，工商時報，101年9月6日。

11. 《行政訴訟法》第125條之1規定為：「行政法院為使訴訟關係明確，必要時得命司法事務官就事實上及法律上之事項，基於專業知識對當事人為說明（第一項）。行政法院因司法事務官提供而獲知之特殊專業知識，應予當事人辯論之機會，始得採為裁判之基礎（第二項）。」

12. 葉俊榮、張文貞，〈轉型法院與法治主義：論最高行政法院對違法行政命令審查的積極趨勢〉，人文及社會科學集刊，第14卷第4期，2002年12月，第515頁以下。

犯罪偵查與社會控制

日本監聽法制的的基本問題

◎魏培軒 — 京都大學法學研究科博士生

日本《憲法》第21條為言論自由規定，其第2項後段特別明定秘密通信之自由不容侵犯，為人民生活的私密領域設立一道能夠隔絕國家權力的重要防火牆。然而，以犯罪偵察為目的的監聽行為，在《憲法》論上是否能夠撬開這道防火牆，而成為秘密通信自由的例外情形，有論者認為秘密通信自由並非毫無限制的絕對保障，在合乎令狀主義或其他《憲法》要求之正當法律程序下，監聽行為仍有其合憲餘地（註一）；但亦有學者認為制憲者特別明訂秘密通信自由條款有其特殊意涵，從戰前人權迫害的經驗以及盡可能箝制國家權力的立憲主義觀點而言，秘密通信之自由不應容許任何挑戰與例外（註二）。因此，人民私密生活領域的確保以及作為犯罪偵查手段的監聽行為，兩者之間如何取捨，又該如何權衡，也成為學界探討的重要議題。

平成11年（1999年），日本第145屆國會在社會輿論一片批評聲浪中，自民黨、自由黨與公民黨聯合政權憑藉在國會的相對多數優勢，強行通過《通信傍受法》，正式宣告日本監聽行為的明文法制化。當然，《通信傍受法》的通過絕非是日本開啓監聽體制的起跑點，在法案尚未成立之前，警察部門早已有多次秘密監聽遭到批露的醜惡紀錄。1951年新瀉縣某日本共產黨員所投宿房間中，被發現警察部門所裝設的竊聽器，當時遭警方鎖定監控的該些投宿者發現竊聽器，並將其竊聽裝置拆下取走，未料最後警方竟然惱羞成怒，以竊盜罪逮捕這些投宿者。雖然事後市民團體向檢察署告發裝設竊聽器的警方，甚至依《刑事訴訟法》規定直接向法院請求進行審理，但如同預想一般，該事件最後草草落幕，未有任何部門給予正面積極之回應。1986年，當時身為日本共產黨國際部長的

緒方靖夫參議員發現家中電話遭到長期竊聽，向警方通報要求調查卻遭到斷然拒絕，最後由檢方收案進行偵查才暴露警方長達一年半的長期監控行動。然而，警察廳長官於參議院質詢中大言不慚的表示，「警察過去沒有，將來也不會進行監聽」，明白撇清這次事件跟警察體系的任何關係。本案最後亦無疾而終，不見警方相關部門出面道歉，實施監聽的警察人員也在向檢察署保證不會再犯的條件下，獲得不起訴或是緩起訴處分，沒有任何相關人員受到刑事制裁。如此違法竊聽歷史悠久，在遭到批露後態度依舊惡劣的執法機關，果真在監聽行為法制化後，會徹底恪守依法行政基本原則，令人不得不心生懷疑。

在《通信傍受法》正式成立之前，除了警察部門違法的竊聽活動以外，下級法院接受警方申請而核發令狀同意對特定人進行監聽，實務上也有前例可循（註三）。然而學界亦有認為，監聽行為並非《刑事訴訟法》上所列之強制處分，性質與侵害強度上均無法與法明文規定的強制處分比擬，當事人顯無抗辯機會，因此法院在監聽行為尚未明訂專法規範前，逕自擴張解釋將監聽視為《刑事訴訟法》上所許可的強制處分，並核發令狀認可警方監聽，實有可議之處。

依照《通信傍受法》規定，得以監聽進行偵查者僅限於下列四種犯罪，麻藥相關犯罪、槍砲彈藥相關犯罪、集團偷渡相關犯罪以及組織性殺人犯罪。監聽期間原則上為十日以內，或有必要可延長至三十日。偵查人員執行監聽時，必須向通信設備部門之管理者或其代理人出示令狀，並令其在場。允許監聽內容不限於令狀上所載應監聽之通信內容，在當場無法即刻判斷是否該當應監聽內容之情形下，為判斷該當性的



必要最小範圍內，亦可監聽該次通信內容。此外，本法亦允許針對罪刑為死刑、無期徒刑或一年以上有期徒刑之犯罪行為進行他案監聽。執行監聽之偵查人員負有請求管理者封緘監聽錄音，並提交予法院之義務。檢察官或司法警察必須消除非該當應監聽範圍之通信內容，並製作成合乎刑事程序要求之監聽譯文。為求充實事後救濟，必須將受監聽一事通知監聽譯文中所記錄之當事人，該當事人有權聽取、閱覽監聽譯文，並複製之。關於監聽，對於法院所下裁判、檢察官或司法警察所為處分不服者，得向法院請求取消或變更該項裁判或處分。政府必須於每年度向國會提交監聽實施報告，針對令狀申請予核發件數、罪名統計、監聽方式種類、監聽期間、監聽期間當事人所為的通話次數，監聽紀錄數量與逮捕人數等細節，均須公開報告。

看似嚴謹的監聽法制，事實上仍有許多疑點，並且暗藏未來執法機關擴張權限之可能性。對於《通信傍受法》許可監聽的犯罪類型，雖然原則上將範圍限縮至四種重大犯罪類型，但該法不僅允許為偵查已發生犯罪所為之監聽行為，更且放寬認可偵查人員得以針對尚未發生之犯罪進行監聽。依據傳統看法，針對既已發生的犯罪行為蒐集情報證據屬於司法警察領域的搜查活動，而針對目前尚未發生而將來可能發生的犯罪行為進行情報資訊蒐集，則屬於行政警察領域的預防活動。因此學者批評，《通信傍受法》毋寧是藉由令狀主義之名義，擴張解釋「犯罪搜查」之概念，將司法警察與行政警察工作全部融合為一，此種放寬與鬆綁也體現了《通信傍受法》的真正目的在於將犯罪搜查與犯罪抑止一體化，將事後抑制與事前抑

制的重要差異性相對化，進而達到國家權力掌握監聽體制的最大效用（註四）。此外，他案監聽犯罪過於廣泛，凡是罪刑為有期徒刑一年以上之犯罪均該當他案監聽範圍，則原先將監聽手段限縮於四類型重大犯罪的立法目的可說實質上失去其應有意義。在通信是否該當令狀上所載應監聽內容上難以判斷時，《通信傍受法》基本上大開方便之門，容許執行監聽人員於其認為有其必要情形下全數記錄，此種「預備性監聽」顯然逾越事前司法機關所得以控制的範圍，而令狀主義對於特定通信在有限範圍內進行監聽之要求，亦失去其存在目的，同時也升高偵查機關藉此蒐集其他個人資訊的危險性（註五）。通信設備部門管理人必須在場，然而偵查人員出示令狀時得以不告知犯罪嫌疑事實，亦無法聽聞監聽內容，在判斷與令狀所載應監聽內容無關之通信出現時，也無權切斷監聽線路，換言之，在場人對於偵查機關可能出現的違法監聽行為，毫無排除或抑制的機會與能力（註六）。在事後救濟部分，本法僅規定對於監聽譯文中所記錄之通話者，偵查機關負有告知其遭受監聽事實之義務，然而對於同樣遭受監聽，最後判別無關係而未記錄於監聽譯文之通話者，由於偵查人員沒有告知義務，因此縱使在監聽結束後，雖然個人資料或通話內容已遭到特定或把握，該當事人無從得知自己曾受監聽之事實，亦無請求任何事後救濟之可能性（註七）。更重要的是，對於檢方所申請的強制處分，法院駁回率極低，司法機關能夠盡其努力維護人民秘密通信自由，針對監聽行為嚴格審查並堅守事前控制的立場，可說是難以期待。

《通信傍受法》除了上述這些實體問題以外，在立法過程中國會是否詳盡審議，也是令人懷疑。早在



1995年12月，法務省即開始進行包含《通信傍受法》在內的組織犯罪三法的立法活動，1996年6月，讀賣新聞詳細報導法務省所主導之草案內容，並且引起國人注意。1996年7月經過法務省内部的法制審議會研議通過後，隨即將該部草案提交國會，並由當時聯合執政的自民黨、社民黨與先驅黨進行政黨協商。由於社民黨對於公權力進行監聽堅持反對立場，因此在22次正式協商後仍無法達到共識，然而自民黨卻自行於1998年3月執意向國會提出草案。1999年自民黨成功使公明黨改變過去反對監聽法案的立場，並獲自由黨協助，形成三黨聯手憑藉國會中的相對多數主導監聽行為的立法化。5月27日自民黨、自由黨與公明黨三黨像眾議院法務委員會提出草案，而委員會卻僅進行對於草案形式上的質詢，拒絕任何實質上審議，並且於隔天28日就以多數暴力強行完成委員會審議階段。6月1日即送交眾議院三讀，在共產黨反對，民主黨、社民黨兩黨缺席的情形下通過。於參議院的情形亦同，6月29日排入議案，8月9日法務委員會就強行通過，3日後院會三讀通過。如此立法過程，針對《通信傍受法》的潛在問題幾乎毫無進行實質審議，從當時立法資料可知，面對在野黨議員對於監聽法制所提出的重要質疑，政府官員僅能再三口頭保證執法機關絕對不會逾越應守分際，含糊帶過這些《通信傍受法》中蘊含的重大盲點與濫用風險。國會審議程序以及委員會功能，在《通信傍受法》的立法把關上，可說是被刻意空洞化。

對於《通信傍受法》的成立，事實上必須從當時立法背景以及政府立場來觀察，才能夠察知其結構性的嚴重程度。1999年的第145屆國會，不僅通過《通

信傍受法》，更通過《美日防衛協力綱領法案》、《中央省廳改革法案》、《地方分權法》、《司法制度改革審議會組織法》、《憲法調查會組織法》、《國旗國歌法》、《住民身分編號制度法》等影響社會重大之法案。這些立法之目的簡言之，在於保守政權為求因應戰爭等緊急事態，構築國民動員體制，從而極度強化內閣統治權力、中央政府介入地方事務的權限、以及行政與警察體制，此外更進一步削弱人權保障領域，並以保守立場重新調整《憲法》解釋及規定。伴隨90年代萌生的新自由主義改革走向，日本政府開始大幅撤廢對於經濟市場的管控，在自由化的大旗之下，一方面容許大企業毫無限制的支配體系，逐步減縮社會福利與給付性公共行政，另一方面面對因此而生的政治及社會矛盾，為求國家統治的正當性以及資本累積的最大性，執政者不得不強調危機管理的國家體制，強化國家權力以安全保障為名深入所有人民生活領域，特別是警察力量的最大化。而《通信傍受法》即為此種立法背景下的重要產物，正如當時自由黨黨首小澤一郎所言：「對於包含國防在內的治安維持而言，《通信傍受法》是絕對不可欠缺的（文藝春秋1999年9月號）」（註八）。在給付性公共行政與社會福利逐漸後退之時，警察以維護市民安全為由堂堂介入人民生活，以警察行政填補起過去國家機關與人民之間的連結關係，正式且合法監視並監聽國民，藉此所得資訊與個人資料再透過國民身分編號等系統彙整，而達到強化管控國民之目的，並且藉由這些特定資訊，獲得操作輿論、分化、打壓以及訴追之權利與能力。

如同反對國家監聽者於本法成立時所預料一般，



《通信傍受法》雖對偵查人員大開方便之門，但在法律規定上仍有其限制，警察部門為求監聽範圍的無所不包，絕對無法安於法律的限制框架中，必定會用各種手段擴張既已到手的監聽權力。2013年法務省法制審議會中開始討論《通信傍受法》要件之放寬，希望從原本四種類型的重大犯罪更擴張至電話詐騙集團與竊盜組織犯罪，以及其他類型的共謀犯罪。除了罪名限制的放寬以外，也進一步討論監聽內容範圍限制的撤廢，希望能夠全程錄音後再由監聽人員篩選並記錄。事實上早在《通信傍受法》成立前後，美國自由人權協會（ACLU）副理事長Steinhardt即以美國的監聽經驗警告日本，在監聽體制合法化後政府與偵查機關將勢必失去控制而暴走（註九）。十多年後再次檢視監聽法制的發展，當時反對者所預言國家權力得寸進尺的醜態，可說是完全命中。

所幸在步步逼近的國家權力下，人民抵抗監視體制的反對聲浪也未曾停息。在國會通過《通信傍受法》前，451名法學者聯名反對《通信傍受法》。市民團體也組成「廢止監聽法連署委員會」，於2000年1月開始於各地展開連署，並集結超過十萬名國民之支持。當時參議院在野陣營民主黨、共產黨與社民黨三黨也隨即提案廢法，並與全國253個市民團體聯合發表聲明。雖然最後仍無法挽回監聽行為合法化的既定事實，然而也引起更多數國民關心監聽問題的重大影響，並且持續保持對於公權力警戒之態度。2013年末，隨著自民黨政權與其他保守勢力在國會穩定多數的基礎，安倍內閣在外界一片反對聲浪中，仍然強行通過《國家安全保障會議組織法》與《特定秘密保護法案》，再次擴張國家權力對於人民生活領域的支配

範圍。在確保國家安全與維護治安的藉口當中，人民不得不重新慎重思考基本人權的重要性，在國家無所不在的控制體制下，選擇起身抵抗。在這國家權力與基本人權短兵相接之前線，戰火仍持續延燒中。■

註釋：

1. 佐藤幸治，憲法（第三版），青林書院，1995年，頁579以下。井上正仁，捜査手段としての通信・会話の傍受，有斐閣，1997年。
2. 奥平康弘，いま市民的自由を語る意味—通信傍受（盗聴）法を考える—，收錄於右崎正博、川崎英明、田島泰彦編『盗聴法の総合的研究—「通信傍受法」と市民的自由』，日本評論社，2001年，頁3以下。
3. 甲府地判1991.3.9判時1401號127頁，東京高判1992.10.15判時1443號154頁，旭川地判1995.6.12判時1564號147頁，札幌高判1997.5.15判タ962號275頁等。
4. 奥平康弘，同註2，頁19。同問題意識亦可參見高田昭正，通信傍受法案の問題点，自由と正義，1998年8月號，頁97、98。
5. 高田昭正，同註4，頁100—102。
6. 鈴木秀美，通信傍受法—憲法上の問題点はなにか，法学教室，2000年1月號，頁28、29。
7. 市川正人，盗聴の司法的統制，收錄於右崎正博、川崎英明、田島泰彦編『盗聴法の総合的研究—「通信傍受法」と市民的自由』，日本評論社，2001年，頁82、83。
8. 斎藤三雄，盗聴法施行へ準備着々，世界，2000年7月號，頁138。
9. Barry Steinhardt，インタビュー・ロー・ジャーナル バリー・スタインハート氏—プライバシー侵害が拡大するアメリカの盗聴捜査の実態から日本の盗聴法案の危険性を指摘，法学セミナー，1999年6月號，頁1—3。

北京市第三看守所最近的那些事

◎青石律師



北京市第三看守所位於北京南郊大興區團桂路五號，現正關押著因推動「新公民運動」、「官員財產公示」、「教育平權」而入獄的許志永、王功權、丁家喜、趙長青、宋澤等十多位公民，關押他們的罪名是指稱他們涉嫌「聚眾擾亂公共場所秩序」、「非法集會」。自2012年4月起，這一批案件相繼發生，這一些公民陸續被集中關押到北京市第三看守所（以下簡稱第三看守所）之後，在律師介入為這些公民辯護的過程中，發生了一些與其他案件不一樣的情形。

第一：審查辯護人資格

辯護律師要求會見被關押人時，看守所不會即時安排會見，而是要先由辦案機關審查辯護人的資格，有一些辯護律師，被以「與案件有關」或其他藉口拒絕其擔任相關被告的辯護人。這其中就有許志永被刑事拘留之後，山東律師劉衛國第二天前往第三看守所要求會見，被辦案機關以劉衛國律師與許志永案件有關為由拒絕，劉衛國律師據法力爭，多位公民前往圍觀。結果，劉衛國律師本人，以及多名參與圍觀的民眾，均被第三看守所的警察帶往派出所留滯，劉衛國律師直到第二天凌晨才獲釋，隨即被山東地方“國保”趕到北京帶回山東。上海律師斯偉江接受許志永妻子的委託前往要求會見許志永，被辦案機關以斯偉江律師曾經擔任相關案件的嫌疑人侯欣的辯護律師為由拒絕安排會見。其實斯偉江律師只是準備擔任侯欣的辯護人，侯欣的親屬曾委託斯偉江律師，斯偉江律師委託其他律師將侯欣親屬簽字的委託書和告知書寄送了辦案機關，但隨後侯欣的親屬撤銷了對斯偉江律師的委託，斯偉江律師與侯欣面都沒有見過，而且侯



欣也明確表示了其本人沒有委託斯偉江律師擔任其辯護人。但辦案機關就是拒絕斯偉江律師擔任許志永的辯護人。斯偉江律師正就被非法剝奪辯護權之事將辦案機關訴至法院，經過幾番波折之後，法院受理了案件，現在尚未開庭審理。北京郭海躍律師接受宋澤的姐姐的委託作為宋澤的辯護人前往第三看守所要求會見，辦案機關以郭海躍律師「參與新公民聚餐，與案件有關」為由拒絕其擔任辯護人（我就是在郭海躍律師被拒絕後接替郭律師出任宋澤的辯護律師）。

第二：專門為這一批案件的辯護律師提供了“預約會見”的「定向服務」

按照《刑事訴訟法》的規定，律師要求會見，應當及時安排，至遲不超過四十八小時。第三看守所告知這些律師，他們正在實踐中共中央宣導的「走群眾路線」活動，「為方便律師會見」，推出「預約會見服務」，即每次會見前進行電話預約，第三看守所根據預約安排會見時間，再行安排會見，如果沒有預約，即使人直接到了看守所也不會安排會見，我就看見北京周澤律師被第三看守所事先沒有預約為由拒絕安排會見。也就是說，這個「服務」是必須接受的，這些辯護律師沒有選擇不接受這個「服務」的權利。而我曾親眼見到多名其他普通案件的辯護律師在第三看守所沒有經過預約就直接會見。

第三：違反規定不允許對會見拍照、錄音、錄影

北京市公安局、檢察院、司法局等幾個部門，有一個關於律師會見的聯合規定，規定徵得被會見人同意後可以對會見進行拍照、錄音、錄影，這個規定就張貼在第三看守所律師會見室的牆上。這些案件一開始的時候，第三看守所執行了此規定，辯護律師可以拍照等。後來，由於有一段許志永的獄中視頻被發到互聯網上，引起了國際社會和國內民衆的巨大關注。第三看守所因此不再執行上述規定，不再允許辯護律師拍照、錄音、錄影等。2013年11月26日，北京程海律師在會見丁家喜時，進行錄音，被第三看守所員警中止會見，扣押錄音設備，程海律師依北京市的上述規定據理力爭，員警以錄音沒有經過被會見人丁家喜同意為由說程海律師違反了會見規定，程海律師當下即問丁家喜是否同意對會見錄音，丁家喜說同意，程海律師要求恢復會見、返還設備，與員警發生衝突，員警強行拖打程海律師，並將程海律師非法拘禁了四個多小時。11月27日我到第三看守所會見宋澤，會見結束時，經過宋澤的同意後，我要求對宋澤拍照片以保留相關證據，員警不允許，我據貼在牆上的規定力爭，員警的藉口變成了「你拍照片會拍到我看守所的設備，所以你不能拍。」爭議中，員警扣押了我的律師證，說我違反了會見規定，我說我沒有違反任何規定，員警又說我在網站上表示說他們第三看守所修



水管不讓律師會見、前一天也發文說程海律師被第三看守所員警拖打，要我說清楚，不然不返還我的律師證。我說我在網上的言論說的都是事實，你們以修水管為由拒絕安排律師會見嚴重違法，程海律師的衣服和鞋都被你們打爛了，我昨天在第三看守所大門外，程海律師出來時親眼看到他破損的衣服和鞋。爭議了十多分鐘，員警才把我的律師證還給了我，但我卻因此誤了趕往外地開庭的飛機航班。

第四：以修水管和裝修為名在長達25天的時間內停止安排所有律師會見

10月29日，北京蘭其磊律師預約了第二天會見，當他第二天到達第三看守所準備會見時，被告知「律師會見室水管老化正在搶修，無法安排會見」。11月4日，我電話預約會見，同樣被告知此理由無法安排會見。11月11日，我直接到達第三看守所，要求會見，還是依然被告知仍在搶修水管，無法安排會見。我向北京市公安局監管總隊進行投訴，監管總隊告知第三看守所律師會見室因存在不安全的隱憂，正在維修，故暫時無法安排律師會見。我即向北京市檢察院第一分院進行投訴，要求檢察機關履行法律監督職責，責令第三看守所立即糾正不安排律師會見的違法行為。在遞交北京市檢察院第一分院的《請立即糾正北京市第三看守所不安排律師會見的違法行為的律師意見》中，我指出北京市第三看守所及其上級機

構北京市公安局（監管總隊）關於不能安排律師會見的理由完全不能夠成立。一是不安排律師會見直接違反《刑事訴訟法》的明確規定。《刑事訴訟法》第三十七條第二款規定：「辯護律師持律師執業證書、律師事務所證明和委託書或者法律援助公函要求會見在押的犯罪嫌疑人、被告人的，看守所應當及時安排會見，至遲不得超過四十八小時。」這條款規定，非常明確，不會產生任何歧義，沒有及時安排律師會見的，至遲超過四十八小時沒有安排律師會見的，不管什麼理由，無論什麼藉口，都已經構成違法。以搶修水管為名在較長時期內拒絕不安排任何律師會見，更是相當嚴重的違法。二是「搶修水管不能會見」於情相違，於理相悖。首先，十多天時間搶修不好一個律師會見室的水管，讓人疑惑這到底是一個什麼樣的工程？是否真的存在這樣的工程？其次，搶修水管為何不能安排在非工作時間施工？再者，即便要「搶工期」，大可邊施工邊會見。第四，為何不能另外安排場所（如預審室）進行會見？第三看守所在中斷會見25天之後，從11月25日起恢復會見。

11月27日，我會見了宋澤，結合其他相關辯護律師會見其當事人的情況，我的個人判斷，在接近一個月的時間之內沒有安排律師會見這些被關押的公民（並導致被關押的其他普通案件的犯罪嫌疑人都得不到會見），並不是沒有原因的，「修水管、存在不安全風險在搶修」只不過是一個藉口罷了。■

犯錯的人須接受「多重」制裁才符合正義？

溫偉光案

◎陳學驊_律師

一個犯錯的人，必須接受「多重」的制裁才是符合正義的。

基督教中有一個關於耶穌事蹟的故事：「文士和法利賽人帶著一個行淫時被拿的婦人來到耶穌面前，並對耶穌說：『夫子，這婦人是正行淫時被拿的，依照摩西在律法上的規範，我們要把這樣的婦人用石頭打死。你說該把她怎麼樣呢？』他們說這話，是爲了試探耶穌，以便得到告他的把柄。耶穌聽他們話時，正彎著腰，以指頭在地面上畫字。眾人皆等待著耶穌的回答。耶穌抬起頭來，對眾人說：『你們中間誰沒有罪的，誰就可以先拿石頭打她。』說完後又低頭繼續以指頭寫字。眾人聽見這話，就從老到少，一個一個的都離開了，只剩下耶穌與婦人，耶穌又抬頭對婦人說：『婦人那些人在哪裡呢？沒有人定你的罪嗎？』婦人說：『沒有。』耶穌便說：『我也不定你的罪，去吧！從此不要再犯罪了。』」（約翰福音第八章）

這個故事中，婦人難道沒有犯罪嗎？有的，她違背婚姻的誓約，與人通姦，是有罪的。但是，文士及法利賽人為何要勞師動衆的將婦人押至耶穌面前，要求他宣告這行淫的婦人之罪責呢？為何耶穌以及要測試他的人，不直接將婦人以石塊扔擲至死，以懲戒她所犯下的罪行呢？因為，文士、法利賽人、耶穌乃至於旁觀的衆人皆知，要將一個雖犯行淫之罪的婦女，以石塊扔擲至死，這樣的處罰是不合乎情理的，與人們的正義觀念相衝突的。那些聽聞耶穌的話語離開的人，我相信並不是因為他們也有罪，所以不敢拿起石

塊朝婦人扔擲，而是因為耶穌的話，讓他們得以脫免去執行一個違背自己良心的處罰行為。

這個故事除了讓我們了解耶穌的智慧外，我想更體現出一個普遍的真理，對犯罪者的制裁，如果無法給予適當的衡量，過當的科予罪責，即便這是對於罪犯的處罰行為，也是不符合良知與正義的。

法律從業者，法官、檢察官與律師，我們的職業生涯中，除了對於犯罪行為的發生原因、發生經過，多有探求與努力外，當一個犯罪行為已經被認定無疑的情況下，犯罪者應受有如何的制裁，向來並非我國人民、法學專家、法律從業者所多加關心的議題。

臺灣社會至今對於犯罪者的普遍看法，甚少對其等表示同情或關懷，據媒體報導至今仍有超過半數以上的人，只希望這些罪犯付出代價，即便是以「生命」作為犯罪後的惡果，也視作理所當然。尤其前日，媒體與社會對於酒醉駕車之犯罪行為，顯然已偏離理性思考的態度，而一致的僅以仇恨、報復心態去檢討這個社會議題。此參照國立中正大學犯罪研究中心所作2012（民101）年全年度全國民衆犯罪被害及政府維護治安滿意度電話問卷調查：「...再者，關於死刑相關議題方面，台灣民眾仍有六成五左右表示完全不贊成廢除死刑（爲歷次調查中最高），而民眾對於反對廢除死刑之表達比例高達91.7%，顯示有九成的民眾表示不贊成廢除死刑的意向。於酒駕大執法方面，本調查發現民眾認爲警政署當前酒駕大執法的執行對遏止酒駕肇事的效果具有信心，也就是過半數的



民眾是對於酒駕大執法有所期待，高達八成的民眾認為提高酒駕刑責會有嚇阻酒駕的效果。...」。不過，我懷疑當法官以無期徒刑的宣告加諸於一個僅僅是酒醉駕車者的身上，是否可以獲得社會民衆的支持的。

總而言之，即便我們對於犯罪行為有多麼的厭惡與憎恨，我相信人們對於不適當的犯罪制裁行為，仍會產生反感以及違反良知的心理反應，一如耶穌所處的上古世紀之人。

司法的制裁行為，如果違背社會民衆的認知，即便合乎法令，是否也可稱作「正義」的實踐？反面而論，一個明顯違背社會民衆良知的司法制裁行為，是否也是一個侵害「正義」的行為呢？

此一結論，見人見智。但是，藉由以下的個案探討，是否讀者可以有耶穌般的智慧，給予我們一個可以接受的答案，我非常期待。

本案之事實略述如下，某甲因涉犯販賣第二級毒品大麻10次及轉讓大麻5次，總計犯罪行為計15次，經臺灣士林地方法院以98年度訴字第399號審理，該院將某甲的各次犯罪行為以數罪併罰並核定應執行刑16年。某甲因不服判決而提起上訴，本案迭經臺灣高等法院先以99年度上訴字第2798號判決，認定某甲之部分犯行因有適用《毒品危害防制條例》第17第1項，故而予以減輕量刑，並改判處某甲應執行刑12年6月，惟某甲仍不服又提起上訴，本案經最高法院100年度台上字第2863號將全部犯行之判決予以撤銷發回，嗣經台灣高等法院以100年度上更(一)字第190號刑事判決，認因某甲遭起訴之部分犯行，考量某甲已

有自白，而就該自白犯行分別減輕並改判處有期徒刑4年、4年、3月，其餘犯行則維持第一審之量刑，某甲至此仍表不服而提起上訴，惟最高法院101年度台上字第709號判決，則僅就某甲遭起訴之犯行中之部份撤銷發回，其餘犯行則上訴駁回因而確定。某甲遭發回之部份犯行，再經高等法院100年度上更(二)字第44號刑事判決，就遭發回審理之犯行，部分分別減輕並改判處為有期徒刑3年10月、3月、3月、3月、3月，其餘維持第一審量刑，後經法院核定某甲應執行有期徒刑4年，雖經某甲再行上訴，仍遭駁回確定。至此，總結某甲對於其所涉犯15次的犯行，由最初判定應執行有期徒刑16年，但歷經數次審理程序皆爭取到法院對其中部份犯行予以減輕量刑的有利判決結果，依常理而論，某甲對於其所應負刑責，想當然爾的會預期可以獲得較有期徒刑16年為輕的結果。但天有不測風雲，人有旦夕禍福，人生的經歷過程，真不可以常理度量。某甲最終經臺灣高等法院認定，某甲對於15次的犯罪行為，最終核定應執行刑為有期徒刑16年6月。

讀者的觀感應該與我相同，我想某甲在收到這種裁判結果一定是哭喪了臉的不敢置信，呆了、傻了、茫了，都是可以預期的。他如果真有這種反應，我也不會有何訝異，因為這應該是正常人所應有的反應。

要就此合法卻難以依常理去理解的結果作分析，首先，讓我們參看《刑法》第53條：「數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條之規定，定其應執行之刑。」及《刑法》第51條：「數罪併罰，分別宣告其罪之刑，依下列各款定其應執行者：…五、宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑

期以下，定其刑期。但不得逾三十年。」之規定，簡單說明，如果一個人他犯罪多次，法院可以針對他的各次單獨犯罪行為各別判處他應負的罪責，但是這個犯罪者，實際上要將他送去執行時，監所應該將他關多久呢，法院必須要以裁判予以確定，故在我國法制下，法院對於多次的有期徒刑宣告，可以在各次有期徒刑中的最長期以上，多次有期徒刑合併計算的刑期

以下，宣告犯罪者的執行期。舉例而言：王大明因為竊盜他人財物3次，分別遭法院判決3個月、2個月、5個月有期徒刑，則法院在核定王大明應該送去監獄關多久呢？可以在5個月以上，10個月（ $3+2+5=10$ ）以下的空間去決定王大明的執行刑。在有此基本認識下，讓我們回頭來看某甲的案件，經整理某甲在歷審中之各罪宣告行如下列附表：

編號	犯行	98年訴字399號	99年上訴字第2797號	100年上更(一)字第190號	101年上更(二)44號
1	販賣	4年2個月	2年8個月	4年2個月（定讞）	（定讞）
2	販賣	4年4個月	2年10個月	4年4個月（定讞）	（定讞）
3	販賣	4年4個月	2年10個月	4年4個月（定讞）	（定讞）
4	販賣	7年10個月	4年	上訴駁回，7年10個月（定讞）	（定讞）
5	販賣	7年4個月	4年	7年4個月（發回）	3年10個月（定讞）
6	販賣	7年4個月	2年6個月	7年4個月（定讞）	（定讞）
7	販賣	7年6個月	2年6個月	7年6個月（定讞）	（定讞）
8	轉讓	5個月	5個月	4個月（發回）	3個月（定讞）
9	轉讓	5個月	5個月	4個月（發回）	3個月（定讞）
10	轉讓	5個月	5個月	4個月（發回）	3個月（定讞）



11	轉讓	5個月	5個月	4個月（發回）	3個月（定讞）
12	販賣	3年8個月	2年6個月	7年2個月（發回）	3年8個月（定讞）
13	販賣	7年10個月	2年6個月	4年（定讞）	（定讞）
14	販賣	7年10個月	2年6個月	4年（定讞）	（定讞）
15	轉讓	5個月	5個月	3個月（定讞）	（定讞）
執行刑		16年	12年6個月	13年6個月	4年

依照附表所示，臺灣高等法院如依《刑法》第51條之規定，對於某甲得以在7年10個月（宣告刑最重）以上，52年3個月（所有宣告刑期合計）以下的範圍內，定某甲的應執行刑，因此臺灣高等法院即於101年度聲字第3277號的裁定書中，核定某甲應執行刑為16年6月。惟本案令人不解之處在於，某甲於第一審判決所核定之應執行刑為16年有期徒刑，經某甲依法上訴尋求救濟，在幾次的犯行中也獲得較輕的量刑，顯示某甲上訴非無理由，則何以最終某甲竟要承擔更重的刑期呢？！某甲即持此理由向最高法院提出抗告，然而依據最高法院101年度台抗字第1040號裁判書，某甲的抗告卻遭到駁回，其駁回理由如下：「惟查第一審判決就抗告人犯如原裁定附表所示數罪所定之執行刑，因該判決不當業經第二審判決撤銷而不存在，自無拘束力，嗣上開數罪先後判刑確定在案，原裁定於各刑中之最長期以上，各刑之合併刑

期以下，定其應執行之刑，屬法院裁量職權之行使。抗告意旨對於原審職權裁量事項，任意指摘，為無理由，應予駁回。」客觀而論，最高法院並未針對某甲的個案做出合理的解答，僅將某甲的困惑與無奈拋向法律條文，某甲有如被衆人以亂石打死一般，死的不明不白。

這個案件讓我想起了一個希臘神話故事，話說薛西弗斯是某國的王子，因為得罪了萬神之神宙斯，被宙斯處罰必需將大石推上陡峭的高山，每次當薛西弗斯用盡全力，大石快要到頂時，石頭就會從其手中滑脫，導致薛西弗斯又得重新推回去，幹著無止境的勞動。我想，如果我國司法對於犯罪者的處罰，就是要令其如同薛西弗斯一般，永遠無法結束他的勞苦，那這個案件確實是一個完美且合乎法令的最佳典範吧。■

上訴減刑關更久？ ——溫偉光案

從不同司法行動者的「時間感」觀之

◎林瑋婷__民間司改會執行秘書

有一天我接到一通民衆的電話，電話那頭傳來一名女子焦急的聲音：「請幫幫我們，我們遇到了很奇怪的狀況，不知道是不是司法上出了問題…」我仔細追問才知道對方是一位母親，她的兒子涉嫌多次販賣大麻，不過因為他自白並且說出毒品來源，歷次上訴都獲得減刑，「但是最後面判下來的結果，比一審還要重…我真的不知道為什麼會這樣…」這名母親說道。

聽到這樣的情形，我也是丈二金剛摸不著腦袋，於是就先請這名母親寄資料來。我看了資料後發現，原來她兒子被一審法院訂執行刑16年，上訴（檢察官和被告皆上訴）歷審也確實有減刑，只是後來在更一審上訴最高法院時，最高法院僅部分撤銷發回，以致於部分罪刑先確定，因此不是在同一次判決中定所有罪之執行刑，而另須向檢察官聲請定執行刑。結果檢察官定了16年6個月，比一審定的執行刑更重。

會出現這個狀況主要是因為最後定執行刑的檢察官，依據的是《刑法》第51條第1項第5款：「宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。」因此檢察官定「執行刑」時，只要注意不超過「宣告刑」加起來的刑期即可，根本不必考慮一審所定之執行刑刑期以及歷審減刑之情形（相關分析與討論在此不再多說，可以參考陳學驊律師的〈犯錯的人須接受「多重」制裁才符合正義？——溫偉光案〉一文）。

檢察官這樣定執行刑的作法，看起來是完全合

法，甚至在被告提出抗告時，還獲得法院的背書。但是如果從社會學的角度來看，就會發現這種《刑法》解釋方式背離司法過程參與者在時間之流中所形成司法體認。無論是被告或最後訂執行刑的檢察官，都可以看成是特定社會位置中的行動者，由於社會位置的不同，他們在個案中的「時間感」也十分不同。被告經歷了歷次的審判，在審判的過程中，後面的法院因為認為他的案子還有減刑的必要，而撤銷前審判決並酌予減刑。歷次的判決雖被撤銷，但對被告來說不是毫不存在，而是一次比一次判得更輕。基於這樣對司法過程的體認，被告在時間的流逝中形成了「法院都認為應該減刑，我不必關那麼久」的司法體認。

相較於被告在個案中的時間感是綿延的時間之流，最後定執行刑的檢察官在個案中的時間感是不連續的時間片斷。定執行刑的檢察官沒有參與前面的司法過程，而只是在最後定執行刑時，作為司法系統官僚運作的一個小環節來參與這個個案。他面對的僅僅是最後面待合併的各宣告刑刑期，加一加算出上限，看一看確認底線，根本不管之前的司法過程中發生過哪些事。

在這個個案中，我們可以看到表面上無涉主體發言位置的法律解釋，其出發點卻是司法官僚的片斷式時間感。其實，最後定執行刑的檢察官，只要願意多體會一下被告在綿延的時間之流中所形成的司法體認，他可以做得更好。我們的司法體系如果不要只陷在官僚的社會位置，而願意在制度上、解釋上納入不同視野的轉換，也就可以變得更友善。■

永社。側場實記

「司法院定位——大法官釋字第530號之落實」座談會

司法院定位 ——大法官釋字第530號之落實

主辦單位：台灣永社、台北律師公會司法改革委員會

座談會

日期：2013年7月6日

民國90年10月5日，司法院大法官「公布」第530號解釋；民國102年7月6日，永社舉辦這場530號解釋應如何「落實」的座談會。一個解釋文，兩個時間點，從官方正式「公布」後，相隔12年，究竟為什麼民間團體仍在顧盼著這一則大法官解釋的「落實」？！

一般人對於「司法院定位」的爭議，或許一時三刻還摸不著頭緒；但對多數法律工作者而言，這場憲政的沉痾宿疾，早就是釋憲史上一筆難解又難結的「陳年舊帳」了。這個問題，涉及了司法制度的選擇、訴訟型態的調整、法官人事的變動、制憲史實的辯證、憲法解釋的實踐及相關法律的修正等，涵蓋層面甚為廣泛。當年的大法官透過530號解釋，至少對「司法院」確立了一個符合制憲本旨方向的「定位」結論——「司法院應審判機關化」。這些年來，雖說立法上的挫敗確實是無法跨越的鴻溝，但幾經改朝換代，執掌司法最高行政的後繼者對過去的結論似乎非「其心所嚮往」，以至於，那些內部應受改革者的抗拒變成緩兵之說，過去的問題到現在還成不成問題？成為首要檢討的對象，最終，則以「不再推動審判機關化」的結論將一切推回問題的原點！

事在人為。「制度」再怎麼地複雜繁瑣，也都複雜不過「人」的問題；而今，司法院反對司法院，大法官推翻大法官，司法院的定位改革是不是從此就不爲了？我們再問：若連本身定位的問題都能延宕十載，猶疑未決，台灣的司法改革未來又將何去何從？

一個被眾人都遺忘了的大法官解釋——釋字530，違憲，卻依然存在；如大多數人睜著眼，卻往往看不見現實。面對這場持續中的違憲事實，能說話的是人，而大法官解釋不說話。



比「最高」還要「更高」

主持人 陳傳岳（永社理事長）

◎馬恪頌 — 法律工作者



「司法院的定位」在法律界是個老題目了。

世界各國都有最高法院的名詞，也都有最高法院的設立；縱使沒有最高的名詞，但也都能表明最高審判機關是哪個單位。例如：美國的聯邦最高法院，日本、韓國的最高法院，而我國除了最高法院外，在「最高法院」上還有一個「更高」的「司法院」！這麼一來，讓很多本國人自己也不清楚：究竟「最高法院」與「司法院」哪個比較「高」？當然，「最高法院」是「最高」的審判機關，但為什麼在「最高的」最高法院上面還有一個司法院？每當外國人問我，你們國家司法單位的結構是怎麼樣？我真的不知道司法院的英文該怎麼說才恰當。我常翻成JUDICIAL HIGHEST AUTHORITY，因為當你講JUDICIAL YUAN的時候，外國人是沒有辦法理解的。

這個問題，從中華民國制憲以來已經困惑了無數人民。司法院的定位究竟為何？大法官在釋字第530號做出了明白的解釋。根據《憲法》第77條規定，司法院是國家最高司法機關，處理民刑事審判與公務員懲戒，所以司法院是《憲法》上「最高的」司法機關，但，所謂「最高司法機關」的內涵又是什麼？解釋裡說：是「最高的審判機關」與「最高的司法行政機關」，並對《司法院組織法》、《法院組織法》、《公務員懲戒委員會組織法》等相關法令，訂出2年的修法期限。

迄今，13個年頭過去，縱使從違背530號解釋的2年修法期限後起算，也經過11年了。為什麼13年前做出的解釋，11年前就該完成的修正，但到現在還是原地踏步？這個責任誰應該要負？究竟是司法院要負？是立法院要負？還是立法院多數的執政黨要負？就這麼光明正大的違反《憲法》解釋卻仍無動於衷！直到現在這三個單位依舊漠不關心，好像沒這回事一樣。

如果我們把司法院當成世界所公認的最高法院，司法院下有最高法院、最高行政法院、公務員懲戒委員會與大法官，林林總總加起來近一百二十幾位法官；美國聯邦最高法院才九個法官，日本與韓國的最高法院法官頂多十五位，台灣這塊土地才兩千三百萬人民，需要如此龐大的最高法院法官群嗎？這是多不可思議的一件事啊！又當各庭法官意見不一，該怎麼統一？司法院提出的「大法庭」真能解決問題嗎？以上這些問題，除了牽涉《憲法》，也涉及我國整體的司法制度，值得法律界與社會各界繼續討論。□

月亮最接近地球的距離

引言人 范光群（前司法院秘書長）

◎馬恪頌 — 法律工作者



談司法院定位，得從制憲沿革出發。1946（民35）年，國民政府《憲法》草案第82條規定：「司法院為國家最高審判機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及《憲法》之解釋。」立法院院長孫科向國民大會報告時特別表示：「本《憲法》草案，司法院為國家最高審判機關，與現行司法院不同，此制度，相當於美國聯邦最高法院。」同年底，制憲國民大會通過上開條文，並將草案中「最高審判機關」改為「最高司法機關」，文字職掌雖略有變動，但制憲本旨並未變更。

這項制度，一直延續至今；但在我國現制下，司法院卻不掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員懲戒等事項，其本身只具有最高司法行政機關的地位，使得最高司法審判機關現實上與最高司法行政機關分離，接著又把最高司法審判機關的地位，置於最高司法行政機關之下。司法的本質就是審判，最高的審判機關之上怎能還有一個上級機關？這不但與制憲原意未符，也違反司法權應以「審判」為主，以「司法行政」為輔的本質。也因此，關於司法院的定位長年來便飽受爭議，改革之倡議也未曾間斷。

這個重大的司改課題，直至1999（民88）年的「全國司法改革會議」，各界終有一個共識：以「一元多軌」為近程目標，「一元單軌」為終極目標。「一元多軌」是由司法院內設各庭，行使釋憲權與審判權。一方面由大法官組成憲法法庭，掌理釋憲權、政黨違憲解散權及政務官的懲戒權；另一方面設民事、刑事及行政訴訟庭，分別掌理民事、刑事及行政訴訟（現制公務員懲戒事務部分併入）審判權。「一元單軌」的司法院則僅置大法官13至15人，掌理民、



刑事、行政訴訟審判、公務員懲戒、憲法解釋及政黨違憲解散權。簡單來說，所謂「單軌」就如同美、日的制度，司法院下只有大法官；「多軌」則在司法院下有多庭的設計。

要由現狀下的「多元多軌」進入「一元多軌」，第一階段就得修正《司法院組織法》、《司法院大法官審理案件法》、《法院組織法》等法律規定。司法院隨即擬定三階段的執行進程，積極規劃法律修正、組織架構及人員歸併等事項。所有與司法院定位的相關法案，首先於2002（民91）年送立法院第5屆會期審議。當年，立法院相當重視大法官所定的修正時限，擔心過了那個期限，司法院就變成不合憲的司法院了。在這期間，各方看法雖有分歧，黨團協商時至少還能統合不同意見，勉強架構出一個版本，一度可說是「月亮最接近地球的距離」。未料還有一個但書：就是必須設下一個「日出條款」，法案通過後，得再等1年後才生效，而多等1年，就又超過大法官所定的2年了。因為受到530號解釋本身的拘束，司法院無法對附加的日出條款表示同意，協商因此宣告失敗。後來，我接掌司法院秘書長一職，於第6屆會期時再次將法案提出，但無論花上多少心力，都無法動搖國親兩黨委員們的想法；關鍵在於，那時的反對力量已經集結成一股龐大而有組織的勢力，情勢早就不可逆轉了。楊仁壽前秘書長曾對當初沒有同意那個

「日出條款」表示後悔不已，他說：「如果當時忍耐一下，接受下來，現在的司法院就完全不一樣了」。有時候，歷史的機會稍縱即逝，這或許是個很好的註腳。

今年是2013（民102）年，距大法官作出530號解釋已有11年，逾530號解釋的2年期限也達9年以上。這讓我想起，另一件歷時20年才修正的憲政往事。過去，高等法院以下各級法院原隸屬行政院「司法行政部（現已改為法務部）」，經由大法官釋字第86號解釋，才改隸於司法院。但從1960（民49）年解釋公布後，竟遭執政者擱置於書架上長達了20年之久，直至1970（民69）年才修改相關法律。有此前車之鑑，難道530號解釋的實踐也要等上20年，甚至更長的時間嗎？長年存在此一憲政瑕疵，卻鮮有人出來挑戰質疑，這一點，也顯露出整體社會的法意識還不夠高。

依大法官釋字第530號解釋，現行體制早已不合《憲法》本旨。一個國家的最高司法體制，不合《憲法》本旨，不符憲政體制，是嚴重的，也是不能容忍的。長期容忍，反映了一個國家「法治水準」的落後，可說是國家之恥！我除了呼籲全民及各黨派之外，還要特別提請總統及司法院重視此一憲政瑕疵的嚴肅性並謀求修正，早日終結這不合《憲法》本旨的現制。□

不再推動司法院審判機關化

與談人 吳祚丞（法官、司法院代表）

◎馬恪頌——法律工作者



關於司法院的定位改革，是一個涉及了過去、現在與未來的問題，我今天代表司法院來與談，這個大家非常關注、相當重要卻也長久未決的棘手問題。

一切改革的緣起，大致可以回溯自1999（民88）年開始。當年，全國司改會議以「司法院應審判機關化」作為會議結論，並設定「一元單軌」為終極目標。然而，這場會議所做出的「結論」並非國家體制內的正式決議，也沒有法定拘束力，是否能落實執行，進而達成會議所預期的目標，本來就有變數。而後，大法官做成釋字第530號解釋，解釋文後段出乎意料的再對司法院定位有所論述，認為現制司法院僅具司法行政機關之地位，不符其為最高審判機關之制憲本旨。不同意見者認為：《憲法》的本文是「最高司法機關」，而解釋文怎能解為「最高審判機關」呢？因此，制憲者的原意該是什麼，正反意見有著不同的看法。儘管如此，司法院為落實530號解釋的意旨，在2002（民91）、2005（民94）及2008（民97）年分別將關於定位改革的修正草案三度送請立法院審議，惟因立法委員不具共識，在屆期不連續下未完成修正。簡言之，各項因應釋字530號解釋的配套法律迄今仍在原地踏步，無一完成修正。

問題來了，連續三屆未完成修正，司法院組織無法改變，但530號解釋所認定的違憲事實就高高掛在那裡，我們真能視而不見嗎？

賴浩敏院長接任司法院長之後，認為應該要慎重處理這個問題，於是在院內成立了「司法院定位改革成效評估委員會」，並委由蘇永欽副院長擔任主任委員，參與成員則包括檢、辯、學界等代表。第一次會議，委員會先確認當年全國司改會議之問題意識、基本理念、具體內容及改革完成度；經由成效評估委員們的討論，我們注意到以下的問題：第一、由司法院合併掌理司法行政及審判是否真的妥適？第二、倘採一元單軌之定位改革，接下來是否應從集中式審查併採分散式違憲審查？第三、走向一元單軌是否也意味各級行政法院均應併入普通法院？這三點，都是從一元多軌到一元單軌的改革路徑中，必然會涉及的議題，但當年似乎都未深入考量。

定位改革成效評估委員會也大致檢討了改革為何無法完成的幾個主因。原因之一，在於定位改制所需要的配套法律無法完成立法，而立法不能完成，除了改革幅度過大，難有共識，加上有立法委員認為釋字530是一個「訴外解釋」。原因之二，也是最為現實的因素，即減少上訴第三審案件之訴訟法配套修正未能完成。自「一元多軌」至「一元單軌」，終審機關之法官員額配置將大幅減縮，訴訟救濟制度必須改採嚴格限制第三審上訴，但民衆對司法審判普遍不具信賴，立法者擔心人民權益無法獲得充分保障，影響人民之訴訟權，故修法期程停滯不前。原因之三，是司法組織的精簡，這是最為困難的一點。大幅裁撤終審機關，人事變動過大，造成內部反彈。司法院為了要達成這樣的目標，曾經實施最高法院遇缺不補的方式，但因為訴訟法並未隨之修正，案件一直進入終審

法院，倘若人員欲缺不補，大幅增加既有法官的工作負荷，一旦超過合理負擔，案件無法消化，馬上造成積案增加，直接受影響的還是人民的訴訟權。最後變通的方法則是改用調辦事，但此種作法形同關閉法官進入第三審的正常管道，也不是體制內人事的常態。

當年全國司改會議做成司法院審判機關化的定位改革決議，其背後的問題意識，除了認為現制與《憲法》不符外，實有其歷史背景所在，當時認為：一、司法院僅掌理司法行政，未同時從事審判，造成司法行政凌駕審判之表象，有損民衆對於司法獨立的信賴；二、終審法院法官過多，與「金字塔化」之司法改革理念不符；三、終審法院法律見解分歧等。法官多則見解不一，這與第二點有關。

物換星移，經由這些年的時空變遷，我們必須去思考：十多年前曾經發生的問題，眼下是否依舊存在？首先，關於審判獨立，難道現在還有司法行政凌駕審判的問題嗎？時至今日，審判獨立是必須要小心呵護的司法改革成果，也是我國可以對外引以為傲的一點。以個人為例，擔任法官至今十多年，任內沒有任何一個人跟我關說過案件。憑良心說，現在社會大眾所認為司法審判的問題，反倒是法官因為過度獨立而有恣意的疑慮，這與1999（民88）年的情況早已不同。其次是審判金字塔化，「案件金字塔化」與「司法體制金字塔化」分屬兩個不同的觀念。我們所要追求的應該是訴訟架構下「案件金字塔化」，也就是案件往上越來越少，而不是「組織的金字塔化」，當時可能是將兩個觀念混淆了。第三，如果達成當時會議結論中的近程目標，也就是「一元多軌」，仍會存在著終審機關各庭見解分歧的問題；倘若改採美國式的「一元單軌」雖有助於見解統一，然轉軌所耗費之各項成本甚鉅。如果只是為了解決法律見解分歧的問題，有沒有可以在組織變革以外，選擇其他變動成本比較低的方法？針對這樣的情形，評估委員會認為：不如維持現有多元審判體系，僅在各終審法院實施專業分庭，或採行大法庭制度，即可以較低之變動成本，達到統一法律見解之目的。

因之，評估委員會雖認為未來仍應繼續維持多元的審判體系，但衡酌全國司改會議決議採一元單軌

為終極目標所欲達成之目的，建議採取以下的改良措施：第一個作法是在審判體系上，（一）為了促進法律見解統一，近程應以強化法院內部法官會議及聯席會議之統一法律見解功能因應，遠程則規劃在終審法院建立大法庭制度。（二）為了實現金字塔型訴訟架構，應強化不同審級間之垂直分工，使各審級的功能作更明確區分，增進案件妥速審判。簡單來說，就是不要在事實審採兩個審級的覆審制為原則。（三）在維持現行多元體制之下，適當調整各法院間之功能分配，未來也可研議朝民事與刑事一元、行政訴訟與公務員懲戒一元方向改革之可行性前進。第二個作法是有關大法官解釋的部分。現制大法官釋憲採「集中審查制」，符合我國承襲歐陸法系體制傳統，而未來的大法官解釋制度持續可朝「司法化」（即法庭化、裁判化）方向進行改革，以強化釋憲功能，並進一步加強個別法官審理案件之《憲法》意識。第三個作法是司法行政的問題。現今最大的問題並非審判獨立，而是在獨立審判外，人民的司法給付可否確保的問題。我們的想法是：司法院不應該掌理審判，一旦司法院掌理審判，他所做的任何對人民有利的司法改革，都會被劃上一個「司法院怎麼改革司法院？」的大問號，反倒是，如果能讓司法行政與審判保持一定界線，從司法行政的角度，在不侵害審判獨立的最優位原則上做司法改革，對人民而言，將更有說服力。此外，我們也認為，司法改革不能閉門造車，外部的聲音必須要進來。所以也考慮了如歐美國家的司法會議，讓司法院轉型成由外部委員參與的一個司法行政組織。

綜上所述，「司法院定位改革成效評估委員會」歷經多次的會議討論，最終的評估結論認為，全國司改會議做成之結論，固然符合當年時空環境，以及當時司法所遭遇之問題，但考量該結論做成迄今已逾十年，期間司法與時俱進，改革的重心有所轉換，司法院審判機關化之定位改革，並不符合司法課責性之要求，且衍生出相關制度的調整，在實務的運作上將產生諸多窒礙，並與我國承襲歐陸法系之傳統不合，對現制產生過大衝擊，引發之轉軌成本，實屬過鉅。故1999（民88）年司改會議做成「司法院應予審判機關化」之會議結論，委員會認為不宜繼續推動。■

人少，才比得出誰優

與談人 錢建榮（桃園地方法院法官）

◎馬恪頌 法律工作者



關於改革這件事，我一直都覺得應該得「從上往下」，而不是「從下往上」。這裡所說的「上」與「下」，其實就是「小的法官」與「大的法官」的差別，還有「做行政」與「沒有做行政」的法官之間的差別。

從多元多軌到一元單軌之間，涉及了組織的人事縮編，也就是說，有很多人要到下級審當法官。這有可能嗎？許多法官調動到上級審的心態就是所謂的「升官」，《司法人員人事條例》說，對於法官不能隨意做審級上調動，那你還能用什麼理由叫他下來？當初，為什麼要把轉軌的時程拉到那麼長？其實翁院長「遇缺不補」的計劃是深思熟慮過的，等到2011（民100）年的時候，這些人差不多已退或者屆退，再用提高退休金或柔性勸說的方法把他們給「處理」掉。這裡所謂的「處理」，就是透過司法院整體組織的改革，讓這些在風紀、操守上都非常有問題的不適任法官給「淘汰」。

人少，才真的比得出誰優。當你人這麼多的時候，每個人都想著：論職排輩，幾年後我也可以一層一層「升」上去。最高法院的人事升遷文化更是自成獨有的系統。這種終審法院升遷文化，造就最高法院法官間近親繁殖、官官相護，甚至挾怨報復的機會，有志於擔任最高法院法官的優秀法官，可能會因為多年前不論在公事或私事上得罪某位資深法官，便成為最高法院的「拒絕往來戶」。於是，最高法院就變成現在這個樣子了。

530號解釋文的末段寫：「應自本解釋公布之日起，二年內檢討修正，以副憲政體制。」這段話看起

來很清楚，真正要用起來卻很模糊。大法官這寫法也沒說失效不失效，也不知道要歸類於解釋的哪一種類型，這也就是立法院敢放任違憲的事實卻依舊不理的原因，因為它也沒有說出何時「失效」兩個字。事實上，大法官用這種解釋方法去處理問題，早也不是什麼稀奇的事。范前秘書長剛提到，釋字86號拖了20年才改，就是因為解釋中沒有說明法律的失效期限。我再舉一例，關於《違警罰法》違憲部分，大法官在釋字166號解釋末段用了「以符憲法意旨」（530號則是「以符憲政體制」）解釋公布後10年都沒有人理它，《違警罰法》繼續存在，警察還是可以隨便抓個人去關個7天；10年之後，大法官自己也受不了了！等了10年你都不理我，於是作出釋字251號解釋，這是第一則在釋憲文中宣告法律「定期失效」的憲法解釋，倘若立法院再不處理《違警罰法》的修法，相關條文在一年後將全部失效。於是，立法院趕在失效前一天的半夜，把《違警罰法》改為現行的《社會秩序維護法》。

說實話，大法官當年也實在不敢貿然地直接宣告相關法令失效，這對整個司法組織的變動影響真的太大了。最終能否成功的推動改革，我認為最大的核心問題依舊是在本文一開始所說的關鍵：法官的升官心態改不了！大家都認為能到越上面的法院就是當越大的官，每個人都覺得我可以，卻不曉得自己其實真的不行。

依照蘇副院長的見解，聲請人監察院當初並沒有就此部分聲請大法官解釋，因此530號解釋是一則「訴外裁判」，而訴外裁判自然是沒有拘束力的。但請各位別忘了，這是寫在主文的東西，不是寫在理由，不管訴不訴外裁判，主文當然有拘束力。何況，大法官曾做過的訴外裁判不勝枚舉，釋字535號解釋不是訴外裁判嗎？最為人稱道的釋字582號解釋如果宣告了兩個判例違憲，也可能會是訴外裁判，當初法界也一樣爭議不斷，大法官還不是想辦法在理由書裡多加了一段。所以拿「訴外裁判」這事出來說嘴，真的是沒有意義的一件事。

大法官之所以做末段解釋的目的，就是為了要支

撐這個聲請的理由，支撐司法院到底可不可以有「規則制定權」這件事。如果司法院有規則制訂權，又是司法行政最高機關，不是審判機關卻又可以制訂審判機關的規則，是不是會有問題呢？所以，司法院當然要成為最高的審判機關，才有正當性去善用這項規則制訂權。這是支撐釋憲聲請的一個主要理由。所以我說，改革當從上而下，我們如果再去看看那「司法院定位改革成效評估委員會」精美的成員名單，裡面有幾個人是支持530號解釋的？假如已經先找好成員和立場，會產出這樣子的結論，我其實一點也不意外。老實說，當蘇永欽教授成為蘇副院長的時候，我們大概就知道，釋字530號將永遠不可能被落實了。

有學者說：530號解釋是「憲法解釋方法上的錯誤」，制憲史上當初從來就沒有要將審判權給司法院；可是，大法官解釋理由書中所引的制憲史卻說審判權是要給司法院的。於是，大家就開始考古了。學者拿五五憲草或更早的政治協商，去考證當初根本就沒有要把審判權給司法院這回事，甚至連司法行政權似乎也沒有要給司法院，怎麼也都給了呢？法治斌老師當年也做了法治史上的研究，他發現就「到底要不要把審判權給司法院？」這件事，是根本沒有辦法從制憲史中確定的，有的史料能夠認為是，有的史料也能說不是，大家都可以引述對自己有利的文獻段落為證。借法老師的話，這根本是一頁擺盪不盡的滄桑史。從組織意義上討論制憲史是重要的，但如果大家都拘泥於死人訂出來的《憲法》，釋字392號解釋大概也不會宣告檢察官有羈押權違憲，因為，制憲史上確實還能有憑有據的。有些時候，法律人在觀念上真的得要與時俱進才行。

釋字530號真的是一個功敗垂成的解釋嗎？我倒不這麼認為。大家談到要積極督促司法院，而司法院現在也說在準備聲請補充解釋，但我是這麼想的，如果從蘇副院長主導的角度加上現任大法官的組成來看，530號解釋搞不好反而因此被推翻。所以，再多一個解釋也不見得是好事，這或許是各位需要特別去思考的地方。■

大家都升官，阻力會最小！

與談人 顧立雄（民間司法改革基金會常務董事）

◎馬恪頌 — 法律工作者



530號解釋的內容，講來講去其實有點膩。不如我來談談參與「司法院定位改革成效評估委員會」的一點心得。當時，我是真的很有興趣。有興趣想知道蘇副院長對於司法院定位的改革路徑究竟會是什麼，才經由律師公會的推薦進入了委員會。

這麼說好了。從以蘇副院長為代表的觀點來看，也不一定說是錯的。按照大法官第175號解釋，司法院有法律提案權；按照第530號解釋，司法院有規則制訂權跟司法行政監督權。他認為，如此一來司法院集大權於一身，同時擁有「法律提案權」、「規則制訂權」與「司法行政監督權」，這是世界各國所少有的現象。如果說要有任何的變革，這部分的分散的確有其必要。

我們先來思考以下的問題。第一、司法院如果審判機關化，那還要不要有法律提案權？是不是就改歸於行政部門？

第二、假設司法院審判機關化後，可以擁有規則制訂權，但如果它沒有審判機關化，是不是就應該要有規則制訂權？又如果沒有規則制訂權，也沒有審判機關化的時候，按照成效評估委員會的會議結論，此時的規則制訂權要歸到終審法院跟各級法院。也就是說，以後的民、刑事訴訟注意事項應該要由最高法院來訂。問題是：假設最高法院沒有各廳處，有沒有辦法行使此等規則制訂權？有沒有辦法訂這樣的規則？是不是能夠將這樣的規則制訂權落實？

第三、關於司法行政監督權的問題就更有趣了。我並不認為司法行政應當要和審判機關合一；但重點



是，依據現行的制憲意旨，到底認不認為兩者應該要合一？現行《法官法》中相關的進、退場機制，涉及的就是司法行政監督的問題。分屬進場機制的遴選委員會，與退場機制的評鑑委員會，因為外部成員占多數，在概念上接近獨立機關，並不當然隸屬於司法院，因此，剩下的問題就剩下涉及獎懲與遷調的人審會。我在委員會裡面跟李念祖、林超駿曾經提出一個主張，我們認為，遷調也要歸遴選委員會，以後人審會就只管獎懲，甚至不管應送職務法庭的獎懲。

如此一來，經由遴選委員會主控進場與遷調，人審會處理內部的獎懲，再加上退場機制的評鑑委員會與職務法庭。事實上，經由外部監督，整個司法行政監督權已經被具有獨立機關性質的委員會割裂分散開了，沒有哪一個單獨屬於司法院的問題。

在我看來，530號解釋實踐的前提，一定要搭配訴訟法制的變革。基本上，我個人比較傾向所有的（包括民事、刑事、行政）訴訟都採三級二審制，舉例而言，刑事訴訟一審採起訴狀一本主義下的事實審，二審就是現在的法律審，第三審就採嚴格法律審或許可上訴制。民事訴訟、行政訴訟也都一樣。在訴訟法上先做變革，為人民所能接受之後，要將最高法院、最高行政法院歸入司法院成為各庭，或把最高法院、最高行政法院的各庭縮編為各一個庭才有可能實現。當最高法院、最高行政法院只剩下一個刑事庭、一個民事庭、一個行政訴訟庭時，還能叫最高法院或最高行政法院嗎？這就講不通了。這時候就把這個院廢掉，全部回歸司法院。

但剛剛也提到，這樣的一個內部變動，人事上將面臨很大的阻力。李念祖在委員會裡面提出了一個很有趣的見解，我轉述給各位參考一下：「我認為以後地方法院可以改制為高等法院，為第一審；高等法院改制為最高法院，為第二審；最高法院改制為司法院，為第三審。」這樣，大家都升官了，不會有人被裁掉，司法院也順理成章的成為「最高審判機關」。司法院林錦芳秘書長還說，這概念挺不錯的。李念祖這樣的講法也許能讓阻力變小，說不定還真的可行！

另外，有關違憲審查的部分，我個人在委員會裡曾經一再表示，同意採德奧模式，引進憲法訴願制度。我認為，若採德奧模式就是全盤的德奧模式，不能說大法官憲法法院化、法庭化、裁判化了之後，對於人民基本權因為確定裁判受侵害可以提出憲法訴願的制度就不採，這樣等於只採德奧模式的「一半」。當時蘇副院長聽起來的感覺是同意的，不過後來我在會議記錄中卻找不到他同意的相關文字。

我的意見大致如此。另外必須鄭重聲明一點，有關司法院定位改革成效評估委員會所做成的會議結論，並不代表全體委員的意見。這麼說好了，司法院司法行政廳每次開會都會拿出一份草擬好的結論，請委員們表示意見，有一些我們同意，有一些我們不贊成，但事實上，卻也不會因為你不贊成就有翻盤的餘地。因此，所謂「不再推動司法院審判機關化」的這項會議結論，可以說是蘇副院長意志的絕對貫徹。■

司法改革是一種政治改革

與談人 陳耀祥（台北大學公共行政暨政策學系助理教授）

◎馬恪頌 法律工作者



司法院定位是司法改革的核心問題，司法改革絕對離不開政治，是政治改革的一環，也是轉型正義的一環。可惜的是，到目前為止，司法改革還是法學界的菁英自己在玩。

今天的司改主要有兩個議題，一是司法民主化的問題，一是司法專業性（化）的問題。我們必須先去思考這兩個問題，再回到司法院的定位上。剛才吳法官正好提到司法獨立，假如現在馬上進行一場有關台灣司法是否真正獨立的民意調查，對這個民調結果，我會打上一個大大的問號。

為什麼台灣會面臨這種困境？因為，司法院本身就是國民黨在中國大陸「訓政時期」的產物。簡單來說，「訓政時期」就是「以黨領政」，這個「政」並不是只有「政府」也還包括了「法院」。各位要知道，中華民國憲法的起草者張君勱先生等人是國民黨或民主黨黨員，他們曾經想要仿照美國的制度，把司法從政黨控制中獨立出來，但為什麼最後卻得到相反的結果呢？因為，舊時代的最高法院都是國民黨內部的人，甚至還能用國民黨的三民主義來做法律解釋，這在史料中都有記載。「法院是國民黨開的」這句話，看來早在訓政時期就已經百分之百的完全落實了。

立憲之後，整體司法審判權的內部結構沒有改變，掌握司法行政權的人事也沒有改變，無論憲法修訂成怎麼樣，還是維持訓政時期的模式在運行。所以，絕對不能讓這個訓政時期的「遺訓（而我稱之為遺毒）」繼續危害台灣的司法。這個問題得不到解決，不論政府或國會如何改選，一發生重大的憲政爭



議，或有重大的案件要審判的時候，司法的獨立性或公正性，或人民對於司法的信賴就無法維持。一旦司法作為紛爭最後解決的機制無法確保，國家就會陷入動亂。大家誰也不相信誰，只好以武力抗爭來解決問題。

為什麼立法委員會說釋字530號是一個「訴外解釋」？坦白說，我從不相信台灣的立法委員能有那麼高的素質，這一定是背後運作的結果。不過，民主國家就是如此，每個人有不同的看法，但眼下司法改革就卡在立法院這關。所以我說司法改革跟政治有關，也證明了司法改革就是一種政治改革。一旦欠缺法律的配套修正，改革是沒有辦法繼續推動下去的。

我個人認為，若想單靠修法去落實釋字530號欲將最高審判機關與最高司法行政機關合一的目標，是困難重重。舉例來說，司法院現在推動的「大法庭」新制或許根本是違憲的。憲法第78條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權」，如果依照原本的設計，司法院本身並不是純粹的憲法法院，還有一部分統一解釋法律命令的權力。這個權力過去在戒嚴時期，大法官經常行使，但台灣經歷了幾波民主化改革之後，大法官解釋的

重心都已經聚焦在憲法上，至於統一解釋法令的部分，因為常常會被批評為第四審，反倒是非常少見了。可是各位千萬不要忘記，憲法本來就讓大法官具有這種功能。所以，大法官並不是純粹的憲法法官，只是我們行憲的走向，是往德奧式的憲法法院的功能走。我從學術上的觀點，傾向支持德奧式的憲法法院，採取德奧模式也讓台灣司法制度的釋憲功能得以確保。但假如司法院的定位真要走向這個模式，那麼統一解釋法令命令的部分又該如何處理？我想最後還是難免動到修憲的層次。

最後，關於司法院定位改革成效評估委員會會議的結論，定調不再推動並且駁斥一九九九年全國司改會議結論，尚且認為欠缺民主正當性等，我個人對此完全無法認同。改革成效評估委員會雖有專家參與，但全國司改會議不只是專家參與，更重要的還是人民參與的成果，況且，全國司改會議是司法院花了人民的納稅錢去舉辦的，絕對有其民主正當性存在。

我再一次重申，司法改革絕對不能只是一群專家的閉門造車，必須要有人民參與其中，這也是挽救台灣司法一個重要的步驟。我建議，司法院應該要重新召開一次全國司改會議，廣納各界的聲音，才能同時有效解決司法民主化與司法專業性的問題。■

政法學子

99°

法

一種堅持 · 追求司法新文化

