

法治

建構司法爭氣的正義社會

臺灣近年來因為種種原因，在成就民主化的過程中，已遇到法治的瓶頸。司法改革的步伐停滯不前，司法公信力有待大幅提振，政府以及全體法律人應該責無旁貸，大刀闊斧的進行司法改革。至於具體的建議討論，可分從釋憲制度、司法行政制度、以及民、刑與行政訴訟程序等制度設計層面進行，同時亦應對於作為整體法治建設基礎之法學教育及職業考試制度從事改革。此外，法治是兩岸融合的核心，也是兩岸之間創造可長可久的穩定與和平，不可或缺的基石。如果兩岸不能在「理念性」的法治層次，深化發展，加強交流，這對兩岸的長遠互動，也將形成隱憂。針對中國大陸經濟改革開放的侷限，我們應該從兩岸互動進程中策勵催化雙方法治改革的議題。

召集人：陳長文

撰稿人：林超駿 陳長文 蘇詔勤

（撰稿人按姓氏筆畫排序）

目錄 法治

壹、前言	519
貳、釋憲制度	
一、我國釋憲制度之演變	524
二、當前面臨之挑戰	529
三、釋憲制度之改革	532
參、司法行政制度	
一、現況檢討	534
二、當前挑戰	534
三、司法行政之改革	540
肆、訴訟制度：以刑事訴訟為主，兼論民事及行政訴訟	
一、刑事訴訟當事人進行主義理想之初步落實	545
二、當前刑事訴訟制度主要問題	546
三、刑事訴訟制度之改革	549
四、民事及行政訴訟制度改革	553
伍、法學教育	
一、法學教育現狀	555
二、法學教育改革	556
三、兩岸法學教育	557
陸、兩岸法治交流	
一、兩岸經濟與法治進程割裂的隱憂	563
二、兩岸司法互助	567
三、法治交流的開展	571
四、以提供「完善大陸釋憲制度」參考為例	575
柒、結論	579

壹、前言

雖然，一般或以為當前臺灣的法治建設的發展，似乎遇到一些難以突破的瓶頸，但持平而言，就過往六十年的演變言，臺灣的法治建設不僅有成長，而且是有顯著的成長。到底是哪些因素造就臺灣今日的法治成就？這當然不是三言兩語所可以說清楚的，不過，要闡釋臺灣法治建設之成就，或許從與法治有關之幾個概念談起。

所謂法治，或是英文之rule of law，依據一般說法，是指政府之統治作為並不是繫於統治者個人之恣意，而是依據客觀之規範。就此項定義而言，於一定程度上與類似之概念，諸如憲政主義、民主政治等以及有限政府（limited government）等有密切之關係，也就是越能落實憲政民主理想之國家，或是越能實踐有限政府目標之國家，便是最具有法治內涵之國度。綜觀臺灣過往六十年憲政民主制度之演變，當然吾人可以說，臺灣之法治建設是有長足之進步。

馬英九總統在二〇〇九年雙十國慶談話裡談到，自一九四九年中華民國政府遷臺迄今，這六十年來，中華民國與臺灣的歷史與文化早已結合為一。包括了從《自由中國》到《美麗島》數十年來爭取民主人權的志士，堅持理想奮戰不懈，在悠久博大的中華文化中，注入了鮮活的臺灣特色。

《自由中國》雜誌於一九四九年十一月在臺北創辦，《美麗島》事件則發生在高雄，時間是一九七九年十二月十日的國際人權日。再加上二〇〇九年五月臺灣批准聯合國兩項人權公約——「公民與政治權利國際公約」與「經濟、社會與文化權利國際公約」。可以看出一九四九年迄今的臺灣，正好封閉成兩個三十年的時間。

從一九四九年到一九七九年，臺灣的主要成就集中在經濟領域，「十大建設」可作代表。一九七九年十二月《美麗島》事件發生。其後，一九八七年七月十五日解除了在臺澎地區實施三十八年之久的「臺

灣省戒嚴令」。緊接著黨禁、報禁一一解除。一九九一年五月一日則終止施行已有四十三年之動員戡亂時期。

總結臺灣這兩個三十年的現代化發展進程，是以經濟改革作為起點，由經濟自由化帶來民間財富，並建構了中產階級社會，而其中培養了大量有反思力的知識分子，必然地帶來了制度改革的要求與壓力；於是不管是司法改革、法治精進、人權保障及至於競爭性民主政治的建構，均隨之開展。

然而，臺灣近年來因為種種原因，在民主化的過程中，也已遇到法治的瓶頸。司法改革的步伐停滯不前，司法公信力有待大幅提振，政府應該責無旁貸、大刀闊斧持續司法改革。

臺灣過去六十年法治成長之關鍵，大體來說，可分別從人的因素與制度設計上之因素予以說明。人的因素包括了法律人與非法律人兩方面，而二者皆與法學教育之漸趨成熟進步有關；而制度設計上之因素，則與釋憲制度、司法行政與訴訟制度上之變革有不可分割之關係。就未來之發展言，則必須論及中國大陸的法治發展。以下謹就為何談上述問題，做一扼要說明。

首先，就釋憲制度言，一個國家法治是否健全，相當關鍵是在於釋憲制度。所謂釋憲制度，是指法院擁有宣告議會所制訂法律違憲無效之權力，而由於任何法律之制訂，一定程度上是代表統治者（或執政者）意志之貫徹，因而一旦法官宣告議會所制訂法律違憲無效時，不啻代表法官對於執政者權力之挑戰，或是代表著司法權對於政治部門的制衡。因而，於所謂威權國家之情況，很難想像法官敢勇於積極行使此項權力。

臺灣釋憲制度於過去六十年之蓬勃發展，正反映了臺灣政治制度從所謂威權體系轉為憲政民主之過程，同時也是代表著法治之日趨成熟。

從解釋的比率來觀察，一九四九年到一九七九年的前三十年，

司法院公布的釋字解釋只佔全部解釋的百分之二十三；一九七九年到二〇〇九年的後三十年，則佔全部釋字的百分之七十七。如果以一九八七年七月十五日解嚴前後來做計算，則解嚴前所公布的釋字解釋只佔全部解釋的百分之三十二；解嚴後則佔全部釋字的百分之六十八。

若再以聲請釋憲的主體來分類，依司法院所公布的統計資料，截至一九七六年止的前三屆大法官，由人民聲請者只有一件，機關聲請者是一百四十五件。而從第四屆起到第六屆(至二〇〇三年)止，由人民聲請者則有二百九十八件，機關聲請者反只有一百二十二件。

如果同樣以一九八七年七月十五日解嚴前後來做計算，則解嚴前截至一九八五年止的前四屆，由人民聲請者只有二十八件，機關聲請者一百七十一件。從第五屆起到第六屆(至二〇〇三年止)，由人民聲請者則有二百七十一件，機關聲請者只剩九十六件。

由如此龐大的比例差異可以看出，在論述臺灣過往六十年之法治建設時，必須先談釋憲制度。

其次，必須討論司法行政制度相關問題。此因司法行政制度設計，除涉及司法權之運作外，亦同時牽涉到司法獨立等問題，在在皆與法治有關。臺灣在最初三十年之司法行政大權，基本上是賦予隸屬在行政院下的司法行政部。一個屬於行政院的一部會，居然可以掌管法院系統（高等法院以下）人事之調動與其它涉及審判實務之事項，當然在形式與實質上皆可能影響司法獨立，因此，於一九八〇年七月開始，改採審檢分隸。於現行之司法行政制度下，院方與檢方之司法行政各有所司，司法獨立已然強化。然只談獨立不談責任之結果，亦可能有其他問題。比如說，對於不適任法官去職、法官積案等問題，亦應予以解決，尤其應該對法官內部獨立有所要求。此時，對整體司法行政制度設計，便有妥為思考之必要。

其次，欲檢討與展望臺灣之法治建設，則對司法權運作之核心問題，也就是有關訴訟制度之問題，其中特別是與人權有密切關係之刑

事訴訟制度，亦必須有所闡述。臺灣過去六十年來，三種主要訴訟制度，也就是民事、刑事與行政訴訟，均有長足之發展。然從精益求精之角度，仍不免有所缺憾，其中，最值得為人關切之處，應屬刑事訴訟制度。我國的刑事訴訟制度雖然自二〇〇三年後改採所謂改良式當事人進行主義，制度設計上多所調整，然迄今不乏檢討之聲浪。從人權保障觀點，同時也是為實踐法治，我國現行刑事訴訟制度仍有再予以大幅調整必要，重點在引入起訴狀一本主義、強化辯護功能以及非法律人參與審理，同時羈押制度亦有必要參酌外國法制，予以適度調整。

再次，整個有關法治之討論，還必須論及上述各項問題之基礎，也就是法學教育。而法學教育之相關問題，又可區分為一般大學法學教育、司法官養成教育以及普法教育等三個子題。如同前述三者，臺灣在過去一甲子，法學教育亦有相當之進展，無論是從法學教育之內容，或是法律相關科系學生人數之角度以觀，在在皆有優於過往之表現。不過，從塑造更優秀法律從業人士之角度看，當下法學教育仍有再加強之必要：大學法學教育之改革重點，應在於從強化師資著手；普法教育之改善，則在於課程之設計；司法官的養成教育，則在於專業領域培訓之落實。唯有從此三管其下，才能有效地從法學教育下手提升法治之品質。

最後，必須談談臺灣過往六十年之經驗，是否對於中國大陸之法治建設有何可供參考之處，此特別是當經濟發展到一定水平之後，法治之強化是不可避免的。

一九七八年《實踐是檢驗真理的唯一標準》乙文開啟了大陸的改革開放之路。經過三十年的實踐驗證，在經濟層面已得到相當的成果與信心。然而在法治層面呢？兩岸同文同種，臺灣的法治發展經驗，事實上早已提供了一個可供對照的歷史框架，自然具有高度的參考價值。

例如，臺灣在一九八七年解除戒嚴之前、或是更早的一九七九年以前，臺灣的法治狀況到底如何呢？這樣的提問，當然不是要將臺灣的

威權時代拿來跟中國共產黨的一黨專政完全等同看待，而是要指出，臺灣的民主與法治從來就不是一步到位、同時並進的；即使是在政治威權的時代，仍有法治建設的可能，仍可以積極為法治國厚植基礎、做足準備。

從而，縱使先繞過「一黨專政」的問題，還是有很多的法治功課是應做、能做、也是必須做的。因此，兩岸更應在「理念性」的法治層次，增加交流，擴大影響。這並不是說臺灣的法治有多麼了不起，我們還是有很多沒做好、沒做完的功課，但至少，可以做為兩岸人民相互的參考，成為中華民族之間一種進步的催化。因此，本文也將就兩岸法治交流提出討論。

有關法治建設的相關議題，當然不是只有上述幾項而已，由於篇幅所限，加以本書之分工（本書另有專章討論民主與治理），故以下本文之重點，便不是從民主制度或是憲政制度之設計來談法治，而是擇其犖犖大者，以釋憲制度、司法行政制度、訴訟制度、法學教育、兩岸法治交流五大要項問題作為分析主軸。

貳、釋憲制度

我國釋憲制度是源自於歐陸，按照學說用語，是所謂的集中與抽象式違憲審查制度。簡單說，全中華民國僅有一司法機關（司法院大法官）享有司法違憲審查權限得解釋憲法，相對於美國制度下各法院皆有司法違憲審查權限，故我國制度被稱之為「集中審查類型」。再者，司法院大法官的釋憲標的，係以抽象法規為對象而與個案事實脫離，故亦被稱之為抽象審查制度。這一套釋憲制度於過往六十年雖經過修正，但基本架構並未調整。六十年來，我國釋憲制度之運作從消極轉趨積極，在保障人權與維護法治等事上的確有很大之貢獻，不過，當然亦有必須再作改進之處。以下便以釋憲制度之演變、目前所面臨之挑戰以及未來之改革方向等項，作進一步之闡釋。

一、我國釋憲制度之演變

（一）制度設計

六十年來，我國釋憲制度雖然基本上維持了上述之集中、抽象模式，但其間並不是完全沒有變革。若論制度演變中之較為重要者，應該是屬以下四者：首先是釋憲管道之放寬，其次則是大法官可決數之改變，復次則是不同意見書與協同意見書之出現，最後則是大法官之任期改採交錯任期制。由於前兩項制度上之變革，使得法令被宣告違憲之次數增加；至於後兩項制度上之變革，則使得大法官解釋之品質得有所增進。

1. 釋憲管道放寬

迄今，我國釋憲制度重要改革之一，應是在於形式上釋憲類型之增加，與實質上釋憲管道之放寬。若與制度運作之初的情形作比較，今日的大法官釋憲管道有以下二者重要不同：第一，是准許三分之一的立法委員提出釋憲聲請，因而使得立法院中之少數黨有機會得以提出釋憲。第二，則是准許普通法院法官提出釋憲，因而使得一般人民有機會

從訴訟繫屬於法院之初，便對法律之合憲性提出挑戰。

2. 大法官可決數改變

其次之重要變革，應是大法官憲法解釋門檻之放寬¹，從原來規定總數三分之二出席以及出席四分之三同意方能作憲法解釋，改為二分之一出席及三分之二同意，以避免僅因少數大法官之杯葛，而造成憲法解釋之難以做成。

3. 不同意見書與協同意見書之出現

另外之重要變革，則是不同意見書與協同意見書之准許，強化了大法官彼此間意見之交換²，從而提升了憲法解釋之品質。

4. 大法官任期改採交錯任期制

另一項對於大法官解釋品質有深遠影響之制度上之變革，則是大法官之任期改採交錯任期制，也就是從原來每九年得更換全部大法官，改為每四年更換一半之大法官。交錯任期制除有利於經驗傳承外，亦同時能促進大法官內部組成之多元。

(二) 司法院大法官解釋

我國釋憲制度演變之實質，還可以從大法官解釋量與質上轉變見之。

註釋：

1.事實上，大法官解釋的法源依據有3次變動，一九四八年至一九五八年係根據《司法院大法官會議規則》、一九五八年至一九九三年係根據《司法院大法官會議法》、一九九三年至今係根據《司法院大法官審理案件法》。最初大法官釋憲的可決門檻是中央政府所在地總額三分之二以上出席，出席二分之一以上同意，之後大法官憲法解釋門檻也曾發生過緊縮。一九五七年五月，司法院發布釋字第七十六號解釋宣示：「就憲法上之地位及職權之性質而言，應認國民大會、立法院、監察院共同相當於民主國家之國會」。立法院反應強烈，次年更主動制定司法院大法官會議法，規定解釋憲法「以憲法條文有規定者為限」，且須有大法官總額四分之三之出席，及出席人數四分之三同意，才能作成解釋。

2.參照司法院大法官審理案件法第十七條「大法官決議之解釋文，應附具解釋理由書，連同各大法官對該解釋之協同意見書或不同意見書，一併由司法院公布之，並通知本案聲請人及其關係人。」規定，協同意見書或不同意見書之一併公布，其與社會大眾溝通的意義也值得重視。

1.數據的觀點

我國釋憲功能進展之首要象徵，當是從與釋憲制度有關之諸項數據³上看，綜觀此些數據，自可以感受到我國釋憲體系不同於以往之發展。第一項值得注意的數據是司法院大法官總受理案件量之增加，特別是人民聲請案件之增加，司法院大法官於最初之九年（第一屆大法官），一共只有六百五十八件聲請案（其實，第二屆更低，僅有三百五十五件聲請案），而其中不到一半（34.35%）為人民聲請案件；然到了第六屆大法官之九年（任期為一九九四年十月至二〇〇三年九月），共有二千三百三十四件聲請案，其中人民所提出者之比例超過92%。此數據所顯示之重要意義在於，聲請案件之增加，特別是人民提出者大幅成長，意味著大法官於一定程度上可發揮維護法律保障人權之功能，故各界（特別是人民）願意利用之。

其次值得注意之數據是有關大法官所受理案件中，有關釋憲聲請案與聲請統一解釋案件所占比例之變遷。於第一屆大法官中，僅有五十一件，也就是僅占全數7.75%之案件為有關憲法解釋案。然到了第六屆大法官，則有近九成之二千零九十八件釋憲聲請案。釋憲聲請案所占比例之大幅增長，至少有兩方面之意義：第一，此數據意味著人民之憲法意識已大幅提升，不可同日而語；第二，大法官釋憲必已產生一定之功能，否則不可能有如此為數眾多之釋憲聲請案件。

接續前者，若將參考數據縮小至大法官實際上作出之解釋，於第一屆大法官時，一共作出七十九件解釋，這全部之解釋皆屬統一聲請解釋，其中無一為有關憲法之解釋。然到了第六屆大法官，所作出之二百零六件解釋中，僅有五件為統一聲請解釋案件，高達近98%之案件為憲法解釋案件。這個發展實在不容小覷，除意味憲法意識已深入人心外，此數據更意味著大法官之不懼政治部門，用德國法所謂之「憲法守護

註釋：

3.相關數據，係參考司法院大法官網站所得。

者」稱之，應是當之無愧。

最後一項數據，則是有關於大法官實際作出解釋之案件中，政府提出與人民提出聲請解釋案件比例之演變。類似前者，於第一屆大法官所作出之七十九件案件中，全是政府部門所提出之聲請，然於第六屆大法官所作之兩百件中，僅有四十一件為政府提出之聲請，僅占20%左右之實際解釋案件量。就此數據之意義言，除表示了司法院大法官於人民基本權利維護所扮演之不可或缺角色外，同樣重要的或許是，此數據也意味著，於臺灣民主化之後，政府政治部門依賴司法院大法官以解決憲政上難題之需要性。

2.質的觀點

從大法官解釋質的觀點來看，大法官對於人權保障以及法治之貢獻，更是頗有可觀。就權力分立之案件言，大法官於幾號重要解釋中，不僅釐清了我國憲法權力分立之架構，同時亦解決了憲政上之重要爭議：比如說，於釋字第四一九號解釋中，大法官強調副總統兼任閣揆並不違憲但不適宜；釋字第五二零號解釋中，大法官以為對於重大預算之停止執行，行政院必須向立法院報告後由立法院決議；於釋字第六三二號解釋中，強調立法院對於總統之監察院正、副院長以及監察委員之提名，有行使同意權之義務。至於在基本權利保障之案件，大法官之表現亦不遑多讓。比如說，於釋字第三八四號解釋中引進了美國法之正當法律程序概念，於釋字第三九二號解釋中強調檢察官無羈押權，於釋字第四四五號解釋中引進了美國法上言論自由之雙軌理論，於釋字第五零九號解釋中放寬了誹謗罪之要件，於釋字第五八二號解釋中強調刑事交互詰問制度之重要性，以及於釋字第六零三號解釋中承認隱私權為憲法上非列舉權利等等。

具體而言，大法官釋憲功能重要貢獻之象徵，或許是於大法官解釋出現後，立法機關從事修法或廢法之作為，而此可從大法官三號有關為人所詬病之「檢肅流氓條例」解釋上見之。「檢肅流氓條例」是一極

其特殊之法律，之所以說特殊，是因為本條例自創了獨特之法規架構，同時亦自創了許多法律概念。事實上，日後所出現之釋憲聲請，其爭執之重點，每每是針對本條例中所自創之程序設計與法律概念。而本條例之主要特色有二，第一是實體法與程序法並存，第二則是行政程序與「準」刑事訴訟程序並存。另外，本條例亦自創了許多特殊法律概念，包括了條例中所稱之「流氓」、「被裁定移送人」、「檢舉人」、「治安法庭」以及「感訓處分」等等。其中，當屬「流氓」與「感訓處分」二詞所引發之爭議性最大。

大法官第一次對於「檢肅流氓條例」中之相關條文合憲性表示意見，是在一九九五年七月二十八日所做出的釋字第三八四號解釋。於本號解釋中，大法官以為當時之「檢肅流氓條例」中有關祕密證人制度，因妨礙被提報為流氓者交互詰問機會，故違憲。又被認為流氓之告誡處分，僅賦予被認定人向內政部警政署聲明異議，不得另提起訴願及行政訴訟，亦與憲法第十六條規定之意旨相違。大法官第二次對「檢肅流氓條例」中條文之合憲性表示意見，則是六年多後的釋字第五二三號解釋。本號解釋中大法官以為，「檢肅流氓條例」有關法院對被移送裁定人得先予以留置之規定，由於本法並未明確規定留置之要件，將被移送人是否留置乙事完全委由法官之裁量，因而以為逾越必要程度，是屬違憲。

大法官最後一次處理「檢肅流氓條例」中相關條文合憲之問題，是在二〇〇八年二月，而也正是本號解釋之出現，導致「檢肅流氓條例」之最後被廢止。本號解釋之第一項重點，是有關所謂法律明確性原則之闡釋。釋憲者顯然是以當前「檢肅流氓條例」中之許多規定，特別是第二條中幾款有關所謂流氓定義之規定，以為過於模糊、概括，因而有違反法律明確性原則之虞，因而以為違憲。其次，大法官以為，必須進一步區別應被提報流氓之所謂到案者，究係出於自願抑或是經拘捉者。此外，有關祕密證人制度，雖然於釋字第三八四號解釋後已有大幅

度改善，但剝奪被移送人之對質詰問權與閱卷權，顯已造成過度之限制。最後，由於部分被認定為流氓之行為，亦可能同時構成刑事犯罪行為，唯本條例之規定，因感訓期間未經論知便無從計算可折抵之期間，便可能使被感訓處分人之自由受過度之限制。

從歷史之角度看，一部法律三番兩次成為釋憲對象之情況並不多見，但「檢肅流氓條例」到底經歷了此一少有之情況。而此條例之最後被廢止，相當程度係因大法官之眷顧吧！而如此也說明了釋憲制度於質上的貢獻！

二、當前面臨之挑戰

我國釋憲制度固然有上述之優點，當然並不是全無缺點，特別是從這些年下來之運作實務以觀，至少有以下幾項當下所面臨之挑戰：

（一）當事人救濟之不完整

當前釋憲制度運作首要問題之一，或許是在於對於當事人救濟之不完整。依據大法官釋字第一七七號、第一八五號以及第一八八號等數號解釋之見解，當大法官解釋係由人民所提出釋憲之場合，大法官解釋之效力例外地溯及既往。但此時一般人民尚未因此獲得完全之救濟，這是因為大法官之解釋只是針對抽象之法令，因而當事人若欲獲得完整之救濟，尚需以確定終局判決所適用之法令經大法官宣告違憲為由提出再審。然而再審法院是否會判決釋憲聲請人勝訴，還屬未定之事。此外，因為大法官之解釋尚有所謂定期失效者，也就是自解釋公布日起於一定之期間經過（半年、一年或兩年）後法令方屬失效者，也就是所謂的定期失效者，於此種情況下，均有礙人民完整權利之保障。

（二）大法官身分保障不足

當前釋憲制度面臨之另一挑戰，是在於有關大法官身分保障之不足。相當部分大法官所處理之案件，是所謂「棘手」（hard cases）案件，社會上不同團體、組織對相關問題每每有不同立場與看法，有趣的

是，整個國家越是民主化，社會對於許多重要問題之看法，越可能有所差異。一旦此些問題進入大法官手中，企圖尋求以司法途徑解決時，大法官所面臨之挑戰可想而知。而由於社會上對於相關問題之可能對立，大法官解釋結果不欲為社會上部分人士所樂見之情況，應屬自然之事。因此，對於大法官解釋不滿之團體，思欲以各種手段對大法官作回應，亦屬可以想像之事。比如說，大法官釋字第六〇一號解釋所處理大法官專業加給被刪除之問題，即是此一事例⁴。是故，如何從制度之設計上著手，加強對大法官身分之保障，從而避免因個案釋憲之結果而對於大法官所形成之不必要壓力，便是當下所面臨之重要課題。

（三）欠缺對審制度

當前我國釋憲制度之另一挑戰，是我國目前釋憲制度並不是以對審制度為設計模式。大法官在幾號解釋中，比如說釋字第三九六號解釋，皆強調過各類不同訴訟程序採對審制之重要性，唯獨對大法官自己本身所採用之程序，也就是釋憲程序未置一詞。當下釋憲制度運作模式基本上是釋憲聲請人之對造機關稱之為關係機關，欠缺本質上屬兩造當事人進行之訴訟程序。是故，為減輕大法官本身之負擔，同時亦係為強化釋憲品質，著實有將我國釋憲制度朝對審制邁進之必要⁵。

註釋：

4.相關事例：(1)一九五七年五月，司法院發布釋字第七十六號解釋宣示：「就憲法上之地位及職權之性質而言，應認國民大會、立法院、監察院共同相當於民主國家之國會」。立法院反應強烈，次年更主動制定司法院大法官會議法，規定解釋憲法「以憲法條文有規定者為限」，且須有大法官總額四分之三之出席，及出席人數四分之三同意，才能作成解釋。這樣的規定，大幅萎縮了釋憲功能。(2)一九九〇年代大法官釋憲活動趨於積極後，國民大會於一九九七年第四次修憲時，將大法官任期從九年改為八年，並不得連任；同時明定非由法官轉任的大法官，不能適用憲法第八十一條有關法官終身職待遇的規定。不過，必須強調的是，這並不是說此次（指第四次修憲）有關大法官制度之修憲是毫無可採，其中，如本段上述「一、我國釋憲制度之演變（一）：制度設計」中的第4點所提到的，本次修憲將大法官任期改採交錯制，應屬一項重要貢獻。

（四）釋憲者很難跳脫立法者之架構

最後一個當前釋憲制度所面臨之挑戰，或許在於釋憲者有時很難跳脫立法者所畫下之框架，因而對於相關問題難以作較徹底之解決，以下便以前引之釋字第六三六號解釋作說明。

綜觀釋字第三八四號以來之大法官解釋，有關「檢肅流氓條例」相關條文合憲性之認定，基本上是在該條例之架構與用語下而為問題之討論。比如說，大法官於釋字第三八四號解釋之解釋文中，開宗明義便強調，憲法第八條第一項有關人身自由保障之規定，「不問其是否屬刑事被告之身分」，也就是非刑事被告之人身自由保障，亦有憲法第八條第一項所稱法定程序之保障。大法官此段話對於我國人身自由、人權保障之貢獻，具有劃時代之意義，影響甚為深遠。然為何依據「檢肅流氓條例」中被認定為流氓者，當然屬非刑事被告？未見大法官作明確說明。如僅因法條之用語未採用各類刑罰之字眼，便以為非屬刑事程序，這便是典型之以文害義之情形，不僅可能造成人民權益保障輕重失衡之情況，且亦不免造成有關機關規避法律適用之情形。因而，對於各法規中自創名詞之內涵，實有作實質審查之必要。

其次，大法官歷經前後十二年多的時間，三次對「檢肅流氓條例」中之部分重要法條合憲性表示意見的現象，總讓人覺得「檢肅流氓條例」所設計出之制度架構並未受到關鍵性之一擊，是項制度最終仍保留了原設計之初衷。關鍵應是在於本條例之制度設計違反了大法官自己也曾宣示過之「對審」原則，這可從三個層次予以說明。首先，依據當時之「檢肅流氓條例」之規定，被警方認定為情節重大之流氓者，被移送人不似刑事訴訟中之被告，於進入審理程序前能獲得檢方之起訴書，知悉檢方所起訴之事實所依據之證據。其次，於整個裁定程序進行中，

註釋：

5.這與對司法院大法官釋憲制度目前的定位、及性質等，所持見解，緊密相關，自不待言。

被移送人亦絲毫無機會對指責其有流氓行徑之警方有對簿公堂之機會。最後，由於在整個「檢肅流氓條例」之裁定程序中，無類似刑事訴訟中之起訴書與公訴人之存在，其弊病便是擔任審理之治安法庭法官不僅事事必親自調查證據，且必須親自整理案情事實，真正淪為球員兼裁判之情況。

三、釋憲制度之改革

綜據上述，六十年來釋憲制度對於我國法治之促進，有其不可磨滅之貢獻，然亦有所面臨挑戰之處。值此新舊甲子交替之際，我國釋憲制度是否有作何種調整之必要？制度設計是否應作何種程度之改革？是項問題經緯萬端，不是單一文章便可以說得清楚的。從強化釋憲品質之觀點，以下僅提出三點改革建議：

（一）釋憲制度變革之方向：具體分散式制度之建立

為強化司法違憲審查制度對人權保障以及法治維護之功能，我國釋憲制度首應作之改革，或許是朝美國式之具體分散式違憲審查制度改革。如前所述，當前之釋憲制度於一定程度上當然發揮功能，但現行制度之基本問題便是上述提到者，釋憲當事人即便是辛苦地獲得大法官解釋後，還需再進行再審程序，訴訟之勝敗還在未定之天，而此種問題，基本上於具體分散式之司法違憲審查制度下是可以避免者。再者，於具體分散式之制度下，因任何法官皆具有解釋憲法之權限，故任何當事人於任何法院皆可提出憲法之爭議，於此情況下，自更有利於全民憲法意識之建構。

（二）大法官任期須延長

當前釋憲制度必須強化之另外一點，應是大法官之任期必須予以適度之延長。理由主要有二：第一是藉此強化大法官之獨立性，俾以有更強防護以對抗來自外界之壓力；第二則是有利於經驗之累積，畢竟大法官之工作繁重，不是多數之人能具備之任官條件者。

（三）大法官助理質與量的提升

為提升大法官解釋之品質，大法官助理之質與量予以適度之提升，亦屬有必要之事。制度之設計上，如何使得更優秀之年輕法律人（法官或律師）願意擔任大法官助理，以及適度地增加大法官助理之人數，相信於一定程度上必有利於大法官解釋品質之提升。

參、司法行政制度

於過去一甲子，臺灣的司法行政制度歷經大小不一的改革，其中迄今影響最為深遠者，或許是發生於一九八〇年七月的審檢分隸。審檢分隸之結果，的確也對司法獨立產生了深遠的影響；然相對於釋憲制度以及訴訟制度之改革言，我國司法行政之相關問題，雖然有所改進，但相對地還是比較受到忽略者。是故，以下便以相對較多之篇幅，討論我國司法行政制度之問題。

一、現況檢討

於清末以迄民國初年，我國的司法制度深受歐陸法系之影響，而其中影響象徵之一，或許便是我國之司法行政制度。於審檢分隸之改革前，我國的司法行政制度便是典型二戰前之歐陸模式，院方與檢方之一切司法行政事務，諸如法官人事任命與調動，以及其他法院內之事務，除最高法院與最高行政法院外，皆歸當年之司法行政部掌管。於此制度下，原本由本質上有所差異而應該分離之院檢雙方，卻好似一對孿生兄弟般，有著極其密切之關係，特別是人事上之調動上。因而於此制度下，司法獨立與公正審判的理想，便難以落實。是故，一九八〇年七月一日所落實之審檢分隸，從實踐司法獨立與公平審判之角度看，便有其重要意義。

二、當前挑戰

（一）法官內部獨立不足

當下之第一項重要問題，應是在於我國司法體系內部獨立之欠缺，所造成法官造法上之欠缺創意，從而影響裁判品質與人民對司法之信任。是故，相關制度之改革，必須從弱化法官體系內部之控制著手。而我國法官體系到底是如何之欠缺內部獨立？可從以下之說明知曉。

揆諸世界主要國家之司法制度（the judiciary），正如同法律體系可區分為所謂普通法與大陸法系二者，司法制度亦然，亦可約略為以此二

分法系作為分野。當然，即便同屬相同法系陣營，如同屬普通法系之英美二國以及同屬大陸法系之德法二國間，司法制度之設計其實不乏歧異之處。而如果說我國現行法官人事制度係源自於大陸法系的話，則或許將兩大法系有關法官人事制度之歧異作一比較，可作為理解我國當前法官人事制度特徵之起點。

依據義大利學者看法，英美與歐陸之法官社群之特徵，可約略地用「職業的」（professional）及「科層的」（bureaucratic）二字分別予以概括，前者係用以說明英美法官體系，後者則是以描述大陸法體系⁶。

傳統大陸法系與英美法系法官人事體系之主要差別，在於前者有

註釋：

6若具體言之，則兩大法系有關法官人事制度之差異，更可利用以下五點予以說明。(1)從法官之選任程序上看：大陸法系與英美法系於法官人事制度上之首要差異，當是在於法官選任方式上。以大陸法系言，法官是來自大學畢業未幾而通過考試，因而通常初任法官之年齡，係非常年輕者；反之，於普通法系中，法官之任命係以有一定之實務經驗為前提，甚至在某些職位上，要求必須具備某些特別經驗。(2)從法官養成及訓練之過程看：二大法系於法官人事制度上之第二項差異，接續前者，便是在於法官之養成方式。大陸法系之初任法官者既往往無實務經驗，則一般法官之實務訓練是自進入司法體系後開始。相對地，於英美法系中，法官既是自具備一定實務經驗之人中選任，雖然此處所指之實務經驗，未必一定以曾為執業律師為要件，但無論如何，法官之最初養成訓練，並不是由法官體系內部自己為之。(3)從法官晉升之角度：復次，於大陸法系中，法官階級決定組織角色，而係屬常態且極具競爭性，而法官之調升與否，不僅看能力亦看年資，事實上，後者或許每每更為重要，且每每資深法官於法官之調選上，扮演了重要之角色。相對於此，於英美法系中，法官之升遷與否，便無如此制式化的升選管道。(4)從法官調動與審理案件之範圍看：再次，與前一晉升問題類似者，在大陸法系制度下，法官係預設可全面性處理任何法律相關問題，因此法官任命便非針對特定職位，從而法官於職務上之調動也就頻繁，而由於調動往往係由資深或上級法官所決定，也因此較為頻繁的調動，會造成司法獨立較不易維繫。在英美法系，法官之錄用既係針對特定職位，法官之調動便非屬常態，由於法官之調動與升遷非常態，且其權力每每不是操之於資深法官手中，所以其司法內部控制便較為弱。(5)從司法獨立性之區別看：最後，由於升遷與調動往往繫於內閣之司法行政部及資深法官之手，因此司法獨立，特別是司法內部獨立較為脆弱，從而並不具備上述特徵之英美法系之法官制度，無論從司法外部或內部獨立之角度看，均較為強。CARO GUARNIERI AND PATRIZIA PEDERZOLI, THE POWER OF JUDGES: A COMPARATIVE STUDY OF COURTS AND DEMOCRACY 66-68 (2003).

強而有力之內部控制，而之所以會有較強之內部控制，又與大陸法系下，初任法官之年齡較輕，以及法官以調職或升遷為常態，加以掌管法官之調職與升遷，甚至是懲處之權力每每掌控在資深法官手中有關。此種明確之階級關係，使得大陸法系司法體系之內部控制遠較英美法系國家為強，也因而形成大陸法系法官社群特有之文化。而如果以上所言大致不差，則我國當前法官人事制度之特徵，基本上是保有上述大陸法系國家色彩者，也就是多數法官在二十幾歲便進入司法界，且於法官任職期間調動、升遷是屬常態，且由於司法院內負責政策擬定之官員，每每以所謂調院辦事法官為主力，是我國法官社群內部控制較強之特徵，可謂是類似於歐陸國家者。

首先，從法官之選任程序看，我國法官之來源幾近於單一（司法特考），加上多數法官自非常年輕時期起便進入狹義之司法界，且皆是在司法官訓練所待過一段不算短之時間，因而形成不僅異於其他職業之文化，且亦不同於其他法律人之行業者；再者，在法官自治之大蘇下，有關法官之升遷、調職與懲處等事項之標準，往往無外人參與，因而相關決定之做出，便不免以法官自身之情況為首要考慮，且掌握人事升遷之司法院人事審議委員會，過半數之委員為資深法官；最後，於司法院內負責司法行政之官員，絕大部分又是法官自己兼任，除負責人事調動、升遷之大任外，亦同時擔當主要司法事務之擬定與執行。於此情況下，欲擺脫傳統之羈絆，引進與法官社群內部主流之不同聲音，或許是勢所難能。

（二）司法從業人員人數不足

再者，我國當前之問題或是司法從業人員數目恐有不足。

於各項解決積案問題之方案中，一項於我國常被忽略之問題是，應有多少司法從業人員始屬適當合理？積案之問題，其實是與司法人員之數目屬一體兩面之事情。也就是積案過多，到底是案件的確過多，抑或根本是負責處理案件之人員不足？又如果是後者，則多少人始屬合

理？因此，唯有先確定司法從業人員（法官、檢察官、律師、助理）之合理數目為何，方能對症下藥。申言之，如果說部分案件處理遲滯是當前存在之現象，其可能原因之一，或許便是在於當前司法從業人員有所不足。我國之法官、檢察官、律師以及其他司法從業人員之合理數目究竟為何，似未見各界從事過仔細之討論。如果當前積案之現象確實與人力不足之問題有關，則便有必要將司法人員調整至合理數目，俾以減輕工作之負擔，同時以落實迅速審判之理想。

1. 法官、檢察官合理人數

到底法官、檢察官以及律師等司法從業人員之人數，若以全國人口作一比例，從比較法觀點，到底多少始屬合理？以法官、檢察官人數為例，近十多年來司法官特考所錄取之人數，並未有太大之變化，大體在一百五十人上下。姑不論一百五十人之數到底基於何種基礎計算而出，僅以十多年來我國人口與社會經濟之變化而論，直覺上便會質疑法官人數未增加之決定是否合理？類似之問題也出在律師、書記官甚至是法官助理之人數上。我國到底應有多少律師？多少法官助理、書記官？在適當之數字未被求得前，任何要求迅速審判之措施，或是任何解決積案之方案，可能皆是有所不足者。

2. 其他人員之配置

近幾年來，檢察事務官、司法事務官以及法官助理等人力之增建，已於一定程度上對於法官、檢察官案件處理之效率上有所助益。然除與法官、檢察官之問題類似，亦有多少人數始屬合理之問題外，尚待研究與釐清之問題是，此類人力到底應以何種方式選任與配置？此外，從案件管理觀點，是否還需建置其他相關人員？皆值得作進一步探討。

（三）法官調職問題：法官調職與人民受公平妥速審判之權利

我國當前司法行政之另一問題，應是因法官調職所引起人民受公

平與妥速審判權利之受到傷害。

如前所述，於傳統之大陸法系制度下，由於法官非針對特定空缺而任職，因此法官於其生涯中如有頻繁調動之現象，係屬正常者，而此正是我國目前之情況。然或許正因法界將此種職務上之例行調動視為理所當然，似乎忽略了法官職務調動對人民受公平妥速審判所可能產生之負面影響。事實上，無論從案件審理是否會發生延宕，抑或是個案之裁判品質，是否會因法官調職所生之影響角度看，我國現行之法官調職制度，是會對部分個案當事人產生不利之影響。

1. 調職與案件審理延宕

法官、檢察官之例行性調職、離職以及退休等因素，對於案件審理之遲延是在所難免者。按案件之處理所以會發生延誤，以致當事人無法獲致及時之正義，其原因並不完全是出自於訴訟程序本身，因司法官員職務異動等情事所導致的結案延宕之現象，應屬其中重要因素之一。大體而言，觀諸每年新進法官、檢察官數目（多於一百五十人），加以因調職、退休與轉業之司法官人數總和（將近約一百五十人），每年便約略三百個職位必須異動，以此為基數，再加上每人異動時平均七十件未結案件推估，每年因職務異動影響所及之案件至少約二萬件，若再以每一案件所影響之兩造當事人，保守地以一點五人作粗略計算（刑事訴訟之原告檢察官不計算在內），因司法官職務異動影響所及之案件當事人，便可能將近約三萬左右。

此影響層面之廣，實不容小覷。相對於其他因各類訴訟制度設計所引起案件審理遲誤之問題，還需透過立法院之修法解決，本議題之解決係完全操之司法行政當局者，當然，其中所面臨之挑戰或許並不亞於修改訴訟制度所面臨者。不過，無論如何，對於因例行職務調動所引起結案遲誤之情事，既是司法行政當局日常需面對之事，因而便應採取更積極之作為，思考出一套妥善之因應機制，不宜將現狀視為不可避免之事。

事實上，依據筆者等所做之初步統計，二〇〇五至二〇〇七的三年內，僅限於院方之人事異動，二〇〇五年約為四百零二人，二〇〇六年為三百二十四人，二〇〇七年則為四百六十四人，過去三年平均之異動人數為四百人上下⁷。以當今全部法官員額約略為一千七百人左右之情況⁸，四百人之調動，等同於每年近四分之一法官職位會有所變動，其影響層面實不可謂不大。因此，有關司法人員異動對於案件審理所可能產生之影響，實應作進一步檢討。抑且，現行部分因調職所衍生積案之問題，是目前司法行政單位鼓勵法官往下級審任職所造成者⁹，是有全盤檢討現行調職制度之必要。

2. 調職與各法院裁判品質恐不一致

法官之調職之所以會影響裁判品質，是因在現行制度下，往往會形成不同法院間資深與資淺（候補、試署）法官間之比例不同。舉例言，同樣為直轄市地方法院，假設高雄地方法院便因法官之調動較為頻繁，且每每是資深法官調出，資淺法官補進，因而便會形成高雄地方法院實任法官比例低於其它法院¹⁰。於如此情形下，使用高雄地方法院之訴訟當事人，其所享有之裁判品質是否能如同台北地方法院使用者一般，是不免會被打上問號者！是故，為避免因法官例行性調動所引起各法院法官組成結構上有所差異，以及因而所導致可能之裁判品質不一致，司法行政單位對於法官調職之思考，便必須同時考慮當事人之立場。

抑且，如因調職之故而造成各法院法官組成結構之歧異，其實也是對組成結構不合理法院之法官們，渠等所應享有司法內部獨立之一種

註釋：

7.這是從總統府公報中所做有關法官人事調動之粗略統計。

8.司法院統計處公告。

9.這是指類似法院組織法第十二條第二項以及法官選調作業要點第十條等之規定。

10.比如說，二〇〇八年七月二十一日司法院人事審議委員會所做之決定中，從司法官訓練所結業之法官，分發九名至臺灣臺北地方法院，但卻有十八名之多到臺灣高雄地方法院。

嚴重傷害。質言之，對於該結構失衡法院服務之資深法官而言，顯然承擔不必要之過重指導資淺法官之責任；反之對於在該法院服務之資淺法官言，除了一方面欠缺足夠之資深法官可供請益外，同時也意味著彼等必須常自我摸索。因而，於此等結構不合理之法院，無論是就資深或資淺法官言，皆須負承擔較多之工作。所以，司法院有必要對各院法官之組成，作合理規範，以作為法官調職之下限，否則人民對各院裁判品質不一致之質疑，勢將難以避免。

三、司法行政之改革

(一) 組織改革

若要強化司法之內部獨立，一個可行方案便是從司法之組織改革著手。對此，法國自二次世界大戰後所建立、並為日後許多國家（包括最近之英國）所接受之司法會議制度，或許最有參考之價值，而這也正是荷蘭學者所強調者¹¹。在法國所建構之司法會議為其他國家所接受前，多數國家的司法行政權力基本上是賦予在內閣中之司法行政部，對於此種制度設計本就不乏檢討聲音，基於法國內、外之種種因素，法國遂率先設計出了負責部分司法行政事務的所謂司法會議，從一九四六年出現，歷經一九五八年之重要修改，以迄一九九三年的憲法增修條文出現後，始有今日之面貌。而是項制度，在經過許多國家之仿效後，比如說義大利、西班牙與葡萄牙等國，以司法會議制度負責一國部分司法行政事務的作法，或許可說是當代司法行政制度設計之一股新興趨勢¹²。以最近英國司法改革所建立之法官任命委員會（JAC）為例，便是以一個

註釋：

11. Philip M. Langbroek and Marco Farbi, The Research Project, Design and Methodology, in THE RIGHT JUDGE FOR EACH CASE: A STUDY OF CASE ASSIGNMENT AND IMPARTIALITY IN SIX EUROPEAN COUNTRIES 27, 29-30 (Langbroek and Farbi eds., 2007)

12. 中文文獻請參見：蘇永欽，司法行政組織的發展趨勢——從審判獨立與國家給付司法義務的緊張關係談起，收錄於：《法治斌教授紀念論文集：法治與現代行政法學》，第五十六至五十八頁，二〇〇四年五月。

特殊任命程序之委員，且部分委員非法律人，負責法官任命之司法行政機關¹³。

（二）司法行政幕僚之多元

如果從司法行政組織改造以強化司法內部獨立之途徑目前看來有所困難，則目前負責司法行政人員組成之調整，或許應屬可行之事¹⁴。

按目前司法院幕僚之組成，從祕書長、副祕書長，以及五個主要業務廳為觀察重心，也就是民事廳、刑事廳、行政訴訟及懲戒廳、行政廳以及少年及家事廳等，吾人會發現，除極少數例外，祕書長、副祕書長皆是自現任法官調任，類似地，於上述五個廳處內，雖然常任文官於數量上占較多之比重（每廳約十名左右文官），但實權是掌握在自法官調任官等較高之廳長或副廳長，加以每個廳內又有相當數量（約略為二至四名）之所謂調辦事法官。於此架構下，可以想像得到的是，於部分重要議題之態度上，或是部分重要政策之擬定上，是較難全面性地從其他團體甚至是一般人民之角度為思考。

司法院既是作為全體法律人、全體國民之司法院，幕僚之來源便不宜以法官為主。吾人並不是說司法院不能從法官之立場為相關問題之

註釋：

13.有關司法會議，當然有許多點可為介紹與討論，以下僅以三點做闡述。第一，法官會議之所以會成為各級法院負責行政事務之重要機制，某種程度上係與各級法院院長之任命方式有關，當各級法院院長之任命是由隸屬於內閣下之司法行政部負責之時（或是聯邦制國家之各邦、州政府時），由院長負責法院內部事務分配，或有所不妥，因而法官會議之設置，進而取代原有院長之行政功能，這便是可以理解者。然而，一旦負責任命院長之機構並非傳統之行政機關，而是類似獨立行政機關之司法會議時，由司法會議所任命之院長，其性質與功能便不可同日而語，也就是由司法會議所任命之院長，是由相對較為獨立與公正機關所任命者。第二，如將設置於中央之司法會議與各級法院之法官會議相較，特別是就委員之組成言，司法會議有一項各級法院法官會議所無之優點，便是司法會議中可以容納非法律人進入。而由未經法律訓練背景人加入司法行政事務之控管，是有其優點者，除可避免司法內部獨立無法建立外，亦可相對地強化對人民訴訟權之保障。第三，當各級司法行政首長之任命係相對地有其一定正當性時，由單一首長負責各級法院之司法行政事務，或許更能符合權責相符之理想。

論述，而是希望於重要政策之擬定過程，或是重要法律草案之推動過程中，能更傾聽其他法律人團體或是一般人民之聲音，然以目前司法院內幕僚編制之架構看，恐是有所不足者。

（三）落實自檢察官與律師選任法官之理想

經由考試院所舉辦之國家考試以選取法官，是我國行之有年之傳統，然於數年前起，有識之士為提升司法裁判品質，思欲從具備相當執業經驗之律師中選任法官，一九八九年所制訂之「司法人員人事條例」，即落實此種理想。事實上，從比較法觀點，歐陸國家亦不乏類似之作為，比如說前法國¹⁵。此外，當局欲徹底變革法官選任制度，一度宣布未來所有法官之任用皆從律師、檢察官、學者中等選任，但於司法院最近所提出之「法官法草案」中仍保有以考試方法選任法官之模式看¹⁶，證明此種理想已是過往雲煙。

不過，雖然如此，依據司法院所提出之「法院組織法修正草案」，以及經修法後之「司法人事條例」中之規定，目前之法官選任制度不僅維持多元模式，且較先前情形更為更全面，比如說，自律師遴選法官作法已擴及高等法院法官（「司法人員人事條例」第十一條）者；另外，司法院所頒行之「司法院遴選律師、教授、副教授、助理教授、

註釋：

14.其實，司法行政官員之資格與任命，本就有學理上討論價值。如果說司法院院長有其欲推行之政策，則司法院內部人事，如司法院副院長、秘書長、副秘書長及各廳處首長等，對於司法院院長政策之落實與否，當然居於關鍵性之地位；反之，當司法院院長對於某些事務不夠熟悉或是舉棋不定時，司法院之幕僚亦是扮演了舉足輕重之角色，可以想見的，幕僚之建言會相當程度影響司法院院長於其不熟悉領域之決策。因此，有關司法院內負責司法行政之官員之來源與任命方式等，必須予以討論。

15.Roger Errera, The Recruitment, Training, Evaluation, Career and Accountability of Members of the Judiciary in France, in RECRUITMENT, PROFESSIONAL EVALUATION AND CAREER OF JUDGES AND PROSECUTORS IN EUROPE: AUSTRIA, FRANCE, GERMANY, ITALY, THE NETHERLANDS AND SPAIN 43, 49-50 (Giuseppe Di Federico ed., 2005).

16.「法官法草案」第五條。

講師轉任法官辦法」，亦多所增加律師、學者等轉任司法官之機會，比如說於該辦法第三條中，將律師原本僅有之轉任管道，也就是透過申請之方式，增加二者：甄試與遴選。所以，我國選任法官管道之多元性，勢必會繼續下去。

然可惜的是，制度雖已作如上之修改，然成效似乎不如預期，近年來自律師、學者轉任法官者，還是屈指可數。如果能善用此一管道選拔合適之人擔任法官，應是可以促進法官社群組成之多元，進而強化人民對司法之信心。本文以為，欲使此一管道發揮功能，至少應從下列兩點改進。首先，本選任管道宜定位為甄選司法官特考所無法發掘之人才，而非僅是填補法官之缺額而已；其次，經本管道所選任之法官，其名額應占每年新增法官之固定比例，以促進良性循環。

（四）法官升遷制度改革

升遷制度就某種程度言，就是對法官表現所做之考核，因而特定升遷之決定如果不能服眾，當然會影響法官整體之士氣。再者，或許更重要的是，司法行政單位所決定的升遷路徑，也就是不同職位間之高低與重要性，會影響各個法官努力的方向，進而影響裁判品質與人民對司法信賴。就當前法官升遷之實務看，有兩個問題必須提出討論：第一，期別之因素於法官升遷之決定上仍扮演了重要因素；第二，法律審（終審）法官之崇高性並未確立，因而部分優秀法官反而於事實審服務。就法官升遷之問題，具體而言，有下列二者必須討論：

1. 期別因素應予以降低（升遷應更具彈性）

期別因素於我國法官升遷之事上似扮演了過重之影響，或許早就應討論之問題。期別因素之所以會對法官升遷產生重要之影響，追本溯源，當然與司法官訓練所的設置有一定關係，姑且不論司訓所之設置是否合憲，以現狀言，以促進人民對司法信賴之角度看，期別因素對於法官升遷之影響，是必須予以降低的。

本文以為，為促進法官間之良性競爭，從而鼓勵優秀之法官，並提升裁判品質，對優秀法官當然必須予以破格擢升，而且不限名額。當然，以當前已高度民主化之今日，欲破格拔擢某一人士，亦難免遭致外界基於各種不同動機之批評。不過除此屬事理之常，主其事者必須視其為理所當然，有擔當外，這同時亦顯示負責法官人事機關制度設計之重要性。

2. 升遷制度必須有利於金字塔型法院之塑造

當前有關法官升遷之另一重要問題，無論是整體裁判品質維繫之角度，或是從金字塔型法院體系塑造之觀點，實在必須將制度設計為促使優秀之法官們，係以朝最高法院或最高行政法院發展為目標，否則欲求整體司法裁判品質更獲人民之信賴，或許將是緣木求魚。

美國當代大法學家Richard Posner早已指出，事實審之法官所應具備之能力，與法律審法官所應具備者，二者並不完全相同¹⁷。二者之差異究竟有多大？如從法律審之本質看，法律審對適任法官要件之要求，應是與事實審遠不相同者。簡單說，法律審法官雖然亦是以個案審理為原則，但問題是，法律審之個案審理，最後可能轉化為判例，也就是於個案中所表示之法律見解，最後會成為實質上之抽象規範，換句話說，法律審法官除在個案之救濟上扮演吃重之角色，其更重的功能或許是，法律審法官具備相當造法之功能。

必須於此強調的是，法官造法所影響之範圍，並不亞於立法者制定法律之情形，其責任甚重，如果不是最優秀之法官擔任判例、決議之制定工作，其結果是堪慮者。對於一個動輒影響成千上萬人之終審法院判例與決議，怎可由非最優秀之法官從事制定¹⁸？

註釋：

17. RICHARD POSNER, THE FEDERAL COURTS 35 (1995).

18. 然相關人事者似僅見事實審個案中當事人權益之保障，因而或鼓勵最高法院法官轉任高等法院庭長，類似地，亦鼓勵高等法院法官轉任一審庭長，此種制度設計，套句古語說，吾人「實未見其明也」！而現狀之等而下者，是在於擔任庭長之種種限制，庭長兼職遲早必須卸任，此原具備上級審任用資格之法官，反將淪為一般之下級審法官，處理大小不一之各類案件，此豈不是人力資源運用上之浪費？

肆、訴訟制度：以刑事訴訟為主，兼論民事及行政訴訟

至於過去六十年訴訟制度上之改變，其幅度之深與廣，亦不遜於上述司法行政制度之改變。於行政訴訟制度變革，主要是在於行政訴訟審級與訴訟類型之增加，從而不僅擴大了人民挑戰行政處分機會，同時使得人民之權利或利益得使用不同訴訟途徑予以確保。最後，從人權保障觀點，或是從法治建構之觀點，影響最大者或許是刑事訴訟制度之變革，從偵察階段開始准許辯護人之陪同、檢察官強制處分權之被限縮以及審理程序之落實當事人進行主義之宗旨等，在在皆強化法治之建構。此外，當前民事訴訟制度設計，特別是相對於刑事訴訟，問題似較為少，但仍有值得討論補實之處。

一、刑事訴訟當事人進行主義理想之初步落實

我國各類訴訟制度近來皆有相當幅度之變革，無論是民事、刑事或行政訴訟制度，皆有不同於過往之制度設計。從法治觀點，特別是從法治是以客觀規範作為統治基礎之角度看，三類訴訟之中當然是刑事訴訟首先必須被提出討論。

回顧過往近二十年之司法改革，刑事訴訟制度是有長足之進展。其中，相當幅度之改革是在審前階段言，也就是學理上所稱強制處分階段，而其中之主軸基本上是原屬檢察官之強制處分權，漸次地移轉到法官手上。其序曲是前述釋字第三九二號解釋，將羈押權改由法院行使，接著有關搜索票之核發，亦改由法院行使。綜觀上述發展，從人權保障之角度上看，可謂是有相當程度之進步。

然我國刑事訴訟制度更巨幅之變革，是發生在審理程序階段。就我國刑事訴訟制度之傳統言，過往係採歐陸職權主義之模式，運作之結果，最為人所詬病之處，為審理程序之徒有形式，檢察官之蒞庭論告每每只是虛應故事，不具實質意義。抑有進者，由於檢察官未真正蒞庭論

告，每每導致法官球員兼裁判，一方面扮演第三人審理角色，但卻又同時負責證據調查之工作。如此實務之運作每每不利被告，特別是所謂之無罪推定，幾等同於名存實亡。因此，將我國刑事訴訟制度之設計，朝向所謂當事人進行主義發展，便成為各界之共識。於二〇〇三年九月開始施行之所謂改良式當事人進行主義，便是此一思維下之產物。若將現行制度與過往之舊刑訴制度作一比較，可以發現主要差異有下列幾點：

第一，於當前所採之改良式當事人進行主義制度，與先前制度之首要差別，在於當事人所進行之交互詰問已成為常態，當然，雖然現行制度仍准許法官行訊，不過當事人（主要指被告言）進行證據調查之空間已遠比以往為大。第二，在與交互詰問制度結合下，新的制度亦引進了傳聞法則，也就是證人之供述若未經當事人交互詰問者，原則上無證據能力。第三，亦屬當事人進行主義證據法則之一部，新法亦引進了證據排除法則，也就是證據即使確實，但若取證之方式違法，該項證據也失其證據能力。第四，現行制度同時為被告新增舊法所無之權利，也就是被告於被訊問時，得主張保持緘默與受律師辯護之權利。

由以上扼要之說明可知，當下刑事訴訟制度對於被告權利之保障，相較於過往，可說是有相當幅度之進步。（於本文定稿後，立法院於二〇一〇年四月二十三日通過司法院所提「妥速審判法」草案，於該法第五條及第八條中，對審理階段之羈押及檢察官無罪事件之上訴，做出刑事訴訟法所無之限制。揆其立法意旨是與本文以下之論述相類。）

二、當前刑事訴訟制度主要問題

（一）審理階段

當前刑事訴訟制度有待改進之點有多處，就審理階段言，主要有以下兩項問題，第一是檢察官起訴定罪率可能過低之問題，另一則是審理程序被告選任辯護人比率過低之問題。

1. 檢察官濫訴防止與對無罪案件上訴之禁止

從無罪推定、被告名譽保障觀點以及審理程序之實質等觀點，檢察官起訴定罪率是一值得關切之問題。檢察官起訴之定罪率過低，難免遭致濫訴之譏，並且有害被告名譽等權利之保障；反之，檢察官定罪率若過高，其實又意味著審理程序之形式化，這正是日本之情形。就我國言，現階段各界所擔心者，或許是前者，也就是檢察官起訴定罪率可能之過低，因此要避免檢察官可能之濫訴。另外，與檢察官可能濫訴問題有關者，為檢察官對於無罪判決之上訴是否應予以限制之問題！若限制檢察官對無罪案件之上訴，一定程度上亦會影響檢察官起訴之可能。

2. 被告選任辯護人案件之不足

從審理階段被告權利保障之觀點，現行刑事訴訟運作實務之另一問題，或許在於案件被告選任辯護人之比例過低，約略不足20%。如果說當事人進行主義之精神在於當事人自行負責證據之調查，則欠缺辯護人協助之被告，便不免在程序之進行上造成武器不對等之情形，從而會影響刑事案件之裁判品質，因此刑事被告辯護人之強化，應是必要之事。

(二) 羈押相關問題

就現階段之情況言，羈押制度最為人所討論之處，應是於偵查階段中，不乏透過對於被告人身自由限制之舉措，達到一般所諺稱之「押人取供」之目的，同時此舉亦違反了刑事訴訟上之大原則「無罪推定」。因而，遂有前述之學者分從羈押審查程序之進行、羈押之要件以及羈押之期間等角度，對於現行制度提出批判。不過，有關羈押制度之改革，不能將偵查階段單獨看，而必須連同審理階段一起作分析判斷。

1. 與審理階段相較，偵查羈押制度設計較不具彈性

首先，如與審理階段之羈押制度相較，現行偵查羈押制度之設計似過於僵硬，且似過猶不及。具體而言，現行偵查羈押制度之問題，除一般所批評期間過長之問題外，至少還有下列二者。第一，現行偵查羈

押期間並未區別案件情節之輕重，而一律採用相同之羈押期間；第二，現行偵查階段羈押期間之長度，係初次兩個月以及延押一次兩個月，換言之共計四個月，對此，除就偵查階段看四個月是否過長外，此外，即便同意偵查階段之羈押期間最長可達四個月，但制度設計也可以有多樣，不必一定是現行規定之方式。

2. 審理階段羈押之問題並不更為單純

其次，如前述，審理（或刑訴中之用語為審判）階段之羈押問題，似較少受到討論，但其相關問題實不少於偵查階段者。

第一，依據「刑事訴訟法」第一百零八條第六項之規定，審理階段延押次數是否有其限制，是以最重本刑十年以下有期徒刑作為準據，這看似較偵查階段之規定較具有彈性，但實際上亦有過猶不及之問題；第二，依據現行之規定，最重本刑有期徒刑十年以上之案件便毫無羈押期間之限制了，如此是否得當，亦值得再作思考；第三，「刑事訴訟法」第一百零八條第六項規定，案件經發回者，其延押期間之次數，應更新起算，雖然這是為審理程序進行之不得不然規定，但不免造成了實質上長期甚至是不定期人身自由限制之結果。申言之，在諸多發回更審之案件中，被告之羈押雖並不違法，但或許有正當性甚至是違憲問題之疑慮。

3. 合理羈押期間之判斷

最後，如果說，於現行制度下，審理階段之羈押不免發生不定期人身自由受限之結果，則最棘手的問題可能是，羈押合理期間究應如何判斷？特別是有關合理羈押期間問題之研究，以起訴（審前或審理階段）作為分隔時點是否得當？或是是否應重新定義什麼叫做審前羈押？是指起訴前之階段？抑或是指審理程序前之階段？還是泛指判決確定前之所有階段？申言之，對於羈押合理期間之判斷，或許是不能完全予以割裂看，而應將偵查與審理階段之羈押合併看，甚至是應將各審級之情

形一起看，俾以作出較為正確之決定。否則，於相關問題之解決上，不免有所缺憾。

當然，如此之建議可能有實際上之困難，因而即便是廣為各界視為標竿之歐洲人權法院，亦僅以為羈押合理期間之決定係以第一審之定罪時作為結束點，而不是以全案之結束時（判決確定）作為終點¹⁹。而歐洲人權法院此種對於刑事案件人身自由限制之合理期間判斷模式，既不特重於偵查階段，亦不忽視審理階段者，正顯示了歐洲人權法院面對五彩繽紛各國羈押制度之挑戰。

三、刑事訴訟制度之改革

（一）審理程序之改革

就現階段之刑事訴訟改革言，從廣續刑事人權保護之觀點，審理程序制度設計之改進至少應包括以下幾項：

1. 防止對法官被告產生預斷：採起訴狀一本主義

首先，從強化審理程序之公平，避免法官對於案件產生預斷，採用起訴狀一本主義或許是必要的。按在當事人進行主義之大旗下，訴訟程序之進行既委由當事人負責，法官實不宜於審理之前便對案件有相當程度之理解與看法，否則當事人進行之理想，便不易實踐。

2. 強制辯護加強：法律扶助範圍擴大

如欲採取起訴一本主義，當然需有一定之配套措施，比如說證據開示制度。但或許一樣重要之配套措施，應該是辯護制度之配合，理論上應該只要是進入審理程序之案件，當事人（被告）皆應有受律師辯護之權利。然由於被告未必有資力選任辯護人，且不是所有案件皆符合強制辯護之要件，此時法律扶助範圍之擴大，應屬必要之配套措施。

註釋：

19. STEFAN TRECHSEL, HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS 519 (2005).

3.對檢察官對無罪上訴之限制：重罪案審理之特殊程序

如前面已提到者，為避免檢察官可能之濫訴，以及減少案件量，限制檢察官對無罪案件上訴，亦應屬有必要之事。

4.非法律人參與刑事案審理之必要

最後，為解決當前重大刑事案件審理對於承審法官所產生壓力，同時也是為了建立更值得人民信賴之裁判品質，於審理重大刑事案件時，宜引進非法律人參與審理，而不是完全由職業法官審理，也就是外國所謂的陪審、參審或是大法庭制度等，於此甚有參考價值。

（二）一個堅實的事實審與一或兩個法律審

必須強調的是，上述四項有關審理程序的改革，同時亦是為了刑事訴訟審級制度作調整。按我國行之有年的刑事審級制度，於架構上基本尚未有太大之調整，即便是在引進所謂簡易程序之後，無論是通常審理程序與簡易程序，皆是採所謂三審制，差別只在於是二級三審或三級三審，但重點在於至少皆有兩次事實審。從比較法之觀點看，訴訟制度採二次事實審，並非主流，此特別是在英美法系之情形為最。事實上，只要一審之審理程序趨於健全，特別是如能採上述之起訴狀一本主義、強制辯護範圍擴大以及非法律人參與審理等三事，事實審之判決結果一定會更值得人民之信賴，於此情況之下，實無再採兩個事實審之理。類似地，也唯有完整之第一審審理程序，限制檢察官對無罪案件上訴，方更具有正當性，如此亦同時減少上級審法官之負擔。

其實，從我國目前實務之運作情形看，兩個事實審至少有下列幾個問題：第一，由於有兩個事實審，許多攻擊防禦方法，甚至是證據資料，當事人即使不在第一審提出，則仍有留待於第二審再予以補提的機會，如此除無益於真實之發現、及無法積極促成當事人盡全力參與第一審之事實審理外，更是訴訟人力與勞務上之浪費。第二，在有兩個事實審的情況下，於通常審理程序，二審成為積案之關鍵，此因還有一次事

實審之機會，第一審法官對於對疑難判決便不會畏懼，即便尚有疑問，仍勇於判決將問題推給高等法院；反之，最高法院則擔心負責，便對此疑難案件則逡巡不決，每每發回高等法院更審，此時便造成了高院案件量過重，同時也是重大案件審理延宕重要原因之一。第三，高等法院既成為刑事案件審理之關鍵，則人力與物力之配置，與他國相較，便超乎常情，此時所謂金字塔型訴訟制度之建構，便事屬不能。

為解決我國現行刑事訴訟審理之問題，將審級制度調整為一個完整事實審，再加上兩個或一個法律審，應屬有必要之事。不過，制度如朝向此方面調整，必須有一定之配套，本文於此謹提出兩點：第一，若刑事案件之審理只有一次事實審，則第一審之審理程序必定遠較我國現行實務之運作為久，此為事理之必然；不過，由於二審改為法律審，整體訴訟之審理期間應該較現行制度為短。第二，既然事實之審理遠較為完善，此時法律審應有許可上訴之權限，也就是法律審應可決定只審理哪些較為重要之案件，如此一方面可減輕法院之工作負擔，另一方面則可將重要案件處理得更為妥善。如此，無論是從裁判質或量之觀點，一個完整之事實審，應是我國刑事審級制度應有之改革方向。

（三）羈押制度之改革

為改進我國現行羈押制度，下列外國相關制度，或許是可供參考者²⁰。

註釋：

20. 本文定稿前，據報導最新的修法動向是，司法院草擬的刑事訴訟法修法草案，偵查中案件的羈押期限減半，由現行兩個月縮為一個月，得延押一個月。至於本刑十年以上的重罪羈押，本來沒有限制，但修法版本中，各審級法院第一次羈押有三個月期限，一、二審最多各延押六次、每次兩個月；也就是說，重罪的被告在一審或二審最多被羈押十五個月。三審羈押期限，則是五個月。依照司法院的規畫，如果案件不發回更審，重罪被告的羈押期限最長是三十五個月。二〇一〇年二月十三日聯合新聞網報導，<http://udn.com/NEWS/SOCIETY/SOC6/5425422.shtml>；二〇一〇年二月十五日中央社報導，<http://www.cna.com.tw/SearchNews/doDetail.aspx?id=201002150078&q=%E7%B%E%88%E6%8A%BC>。瀏覽日期二〇一〇年二月二十七日。

1.定期審查

可以供吾人參考的制度，或許是英國（英格蘭、威爾斯）所採取之於犯罪嫌疑人被拘捕時起，所做之定期審查拘捕或羈押要件是否具備之制度，此項制度亦被他國學者以為是歐洲主要國家類似制度中最佳者²¹。

2.羈押審查標準

根據美國經驗，羈押審查程序中究竟應採取何種審查標準，似亦有確立之必要²²。

3.審查羈押法官與審理法官不同之必要性

再者，負責審查拘捕合法與否以及負責羈押審查之法官，其身分地位是否必須異於一般審理法官，似亦有討論之必要。以英、美之制度言，負責拘捕與羈押審查之治安法官，其地位與一般法官有殊，是屬行之已久之傳統。然此現象並不獨存在於英、美法之國家，法國於二〇〇〇年所做之改革中，亦創設了專門負責拘捕與羈押之法官²³（JDL, the Judges of Liberty and Detention），這或許亦是吾人可以思考的改革方向。

註釋：

21.Mario Chiavario, Private Parties: the rights of the defendant and the victim., in EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURES 585 (Mireille Delmas-Marty and J. R. Spencer eds, 2005)

22.類似討論可請參考：United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987).

23.Richard S. Frase, France, in CRIMINAL PROCEDURE: A WORLDWIDE STUDY 210 (Craig M. Bradley ed., 2007). JACQUELINE HODGSON, FRENCH CRIMINAL JUSTICE: A COMPARATIVE ACCOUNT OF THE INVESTIGATION AND PROSECUTION OF CRIME IN FRANCE 44 (2005)

24.WAYNE R. LAFAYE ET. AL., PRINCIPLES OF CRIMINAL PROCEDURE: POST-INVESTIGATION 11 (2004)

25.Valerie Derieux, The French System, in EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURES 278-280 (Mireille Delmas-Marty and J. R. Spencer eds, 2005)

4.區別重、輕罪而異其程序

美²⁴、法²⁵等國之現行制度，迄今仍維持了區別重、輕罪而異其規定之羈押審查程序，這或許亦是值得吾人思考之改革方向。

四、民事及行政訴訟制度改革

(一) 民事訴訟審理專業化²⁶

相對於其他訴訟制度，特別是相對於刑事訴訟，當前有關民事訴訟制度設計之問題似較為少，這或許是因為前些年有關民事訴訟之改革較為成功之故，於此必須予以肯定。然若從比較法觀點，先不管有關審理程序進行之理論，當前民事訴訟制度設計上並不是完全毫無瑕疵，其中一個值得改進之處，或許是在於專業法官與專業法庭、專業法院制度之設計。

按從比較法觀點，西方先進國家有關民事案件之審理，基本上是朝專業法庭或專業法院設計之角度著手，雖然在不同國家之間，對專業法庭或專業法院之設置於哪一審級可能有不同意見，但設置專業法庭法院以審理重要或特殊之民事案件，似乎已成為主要國家之潮流，此觀之大陸法系之德、法是如此，即便是二戰後受美國法影響之日本也是如此，英、美國家亦同。舉例言，英、美、德、法、日諸國皆有所商事專業法庭法院之設置，足見民事案件之審理強調專業之分工為國際趨勢。然可惜的是，我國目前之制度設計並未著重於此。一方面，雖有專業法庭或專業法院之設置，但除家事法庭外，基本上仍偏重於刑事案件之審理，民事案件反而未見²⁷。另一方面，當前對於法官專業之訓練與要求亦有不足，因而即便欲設立民事專業法院或法庭，其實亦是勢有所不

註釋：

26.此外，例如：加強訴訟外解決紛爭制度(ADR)，使民眾有紛爭解決方式的「選擇權」，法官負擔適度減輕也可提升辦案品質，亦可供參酌。

27.二〇〇八年七月一日集三種訴訟審判權於一身之智慧財產法院正式成立，智慧財產法制邁向新的里程碑。此一發展亦頗值重視。

能。因此，就民事訴訟制度之設計言，未來到底哪些案件可設置專業法庭法院予以審理、專業法院法庭應如何設置以及法官專業如何訓練與認定等等，便是重要問題。

如果設置民事專業法院或民事專業法庭的時機恐尚未成熟，一個可行的措施，或許是朝強化專家證人之運用著手。當法官可能對部分特殊性案件，如工程案件、醫事案件等不是很熟悉，欠缺足夠專業知識的情況下，專家證人之妥善運用，應可彌補審判者於專業上之欠缺，從而提升裁判品質。不過，如何維繫專家證人之公正與獨立性，不受公會、特定團體與同儕之壓力，是在運用專家證人制度時，必須注意之問題。

（二）鼓勵法官下中間判決

於民事訴訟之審理程序上，與前述我國法官頻繁調動有關之問題，或許是在複雜難解之案件上，由於法官之調職頻繁，案件常懸而未決。對此，司法行政當局應鼓勵法官於民事案件之審理上，對於兩造當事人已無爭執之點，即刻下中間判決，將部分紛爭解決於當下，以避免因承審法官調動而造成審判人力與資源之浪費。同時，如此作法，自亦有利於接手承辦是項案件之法官，更早且更易於熟悉本案之內容，案件之審理便不致於延宕未決。

（三）行政訴訟審級增加與訴訟類型之擴大

我國行政訴訟制度亦歷經相當程度之變革，主要在於以下兩點：第一是訴訟類型之增加，從原來僅有之撤銷（形成）訴訟，增加了給付與確認訴訟；第二則是審級之增加，從原本之一級一審改為二級二審。近來更欲增加行政訴訟之審理範圍，考慮將交通裁罰案件與國家賠償等案件，移給行政法院管轄，並擬同時於地方法院增設行政法庭，最後朝設置地區行政法院前進。

伍、法學教育

整個有關法治之討論，還必須論及上述各項問題之基礎，也就是法學教育，而法學教育之相關問題，又可區分為一般大學法學教育、司法官養成教育以及普法教育等三個子題。這與兩岸法學教育，共同構成現今法學教育的全貌。

一、法學教育現狀

首先，一個值得注意的指標，應該是作為法治建設之根本，也就是法學教育。法學教育之良窳對於法治影響所及，除了是日後負責法律實務操作者的素質，也就是一般所熟知法官、檢察官以及律師等之素質優劣外，對於一般大眾所謂普法教育之影響亦不在話下。六十年來，法治教育之成長可說是非常顯著。就量上言，大學法律學系與學生均有大幅成長，比如說，最初僅有臺灣大學設有法律學系，目前已有三十多所學校設有法律學系或財經法律學系；就質上言，教師素質與教學內容亦於相當程度上不同於過往，比如說，目前大學法律學系之新進資師，鮮有不具備博士學位者。而最近幾年甫剛實踐之大學評鑑制度，雖然執行層面上仍有待改進之處，但對整體法學教育量與質的提升上言，是有相當之貢獻。

而就普法教育言，學校中所開設之法學緒論、中華民國憲法以及民法概要等課程，於一定程度上強化了人民法律意識，從而對於行政機關依法行政之要求，以及當一己權利或利益受到傷害時訴諸法院以為救濟，應該都是普法教育發揮功能之表徵。

就法官、檢察官與律師之素質言，雖不免仍有因社會經驗與人生閱歷不足，因而造成裁判結果未符人意之情事存在，或是仍不乏因操守有虧，而出現違法亂紀之事，然總體而言，司法從業人員之素質是遠較先前為佳者，法官、檢察官與律師中具碩士學位者比比皆是，獲得博士學位者更是不乏其人，在法學訓練與語言能力皆遠優於過往之情況下，

對於相關中、外文獻資料之援引，自非前人所可享有者，因而導致裁判品質普遍的提升，自是合理結果。

二、法學教育改革

綜上所述，我國法學教育已有長足之進步，然繼往開來，臺灣法學教育之未來，還必須兼顧以下幾項。當然必須強調的是，這幾個問題本身均有相當之重要性，足以寫上好幾本書或文章，所以以下之論述只是概括性的說明而已。

（一）大學法學教育

目前法學教育多元入學管道，也就是傳統大學法律學系，以及新興之所謂科際法律研究所等兩項主要法學教育機制，各有其功能，應予以維持。比較需要改善之部分，是有關教師評鑑與待遇之問題。當前對於教師之升等與評鑑，均遠較於以往嚴格，然待遇上基本上並未調整，如此即便不與其他國家之高等教育現況相比，僅與國內之實務界相較（如與法官與律師比較），實不易吸引最優秀之學生加入學術界。倘不能羅致優秀之人士從事學術工作，大學之教學與研究品質便可能堪慮，如此有礙於大學法學教育品質之精進。

（二）普法教育

雖然，如上所述，六十年來國人之法律意識與法律知識有長足之進步，但基本上還是有相當成長之空間。事實上，就強化整體國民法治觀念之角度看，普法教育之重要性其實不亞於大學法律專業教育。就目前之現況言，如何強化法學緒論與非法律系中華民國憲法之教學，應該是努力之重點²⁸。

（三）司法官養成與在職教育

司法官的養成與在職教育，應該也是一項重要議題，但很可惜的

註釋：

28. 囿於篇幅，在此只論大學教育部分，不包括對中小學及社會大眾的普法教育。

是，相對於一般法學教育之問題，此議題於現階段亦受到國內法學界之忽視。基本上，司法官養成與在職教育等問題，與法官之選任制度間，有著密切關係。因此，司法官之究應如何培訓？以及就職後如何強化其專業？便不是單一問題，而必須與其他相關問題結合，特別是與法官選任制度結合，畢其功於一役，予以一齊解決。

三、兩岸法學教育

依二〇〇八年二月中國大陸所發表的「中國的法治建設」白皮書指出²⁹：國家高度重視發展法學教育。改革開放以後，中國的法學教育進入了一個快速發展時期。截至二〇〇六年底，設立法學本科專業的高等院校已達六百零三所，在校的法律專業本科生接近三十萬人。經過近三十年的恢復、重建、改革和發展，一個以法學學士、碩士、博士教育為主體，法學專業教育與法律職業教育相結合的法學教育體系已經形成，基本適應了建設社會主義現代化國家的需要。

另鑑於各個學校在教材編寫上各自為政、低水平重複、粗製濫造的問題。在中國大陸教育部高等教育司的統一領導和規劃下，由教學指導委員會負責教材的編寫，目前十四門核心課程教材³⁰已經開始出版發行和使用。在編寫教材之前，高等教育司則先編寫了《全國高等學校法學專業核心課程教學基本要求》，以規範各門核心課程教學的基本規格。

然而，法學教育絕不可能單單從所謂的法律內在邏輯就可以導出，而是必須從生活中加以落實，並且對實際生活產生積極作用。換言之，法律專業倫理與社會公義的典範，才是法學教育的核心重點。

因此，中國大陸現今的法學教育，問題重點並不在學校數量的多

註釋：

29.參見<http://politics.people.com.cn/GB/1026/6937110.html>。瀏覽日期：二〇一〇年二月三日。

30.包括法理學、中國法制史、憲法、行政法與行政訴訟法、刑法、刑事訴訟法、民法、知識產權法、商法、經濟法、民事訴訟法、國際法、國際私法、國際經濟法等十四門課程。

寡或是教材優劣，而是欠缺一種可以培養法治創意的生活體驗。唯有法學教育的組成分子，包括老師及學生都能接受到足夠多元價值生活的刺激，那麼，具有前瞻性的法治改革才有醞釀形成的可能。

而臺灣所提出的「開放大陸學生來臺就學政策」正是著眼於此。

馬英九總統已經不只一次強調，他主張開放臺灣的大學讓大陸學生就讀，目的是希望海峽兩岸的年輕人在人生比較早的階段就有機會相互認識、相互激勵，大家一起追求學術的卓越³¹。

如果能讓臺灣年輕人與大陸年輕人共同讀書、共同生活，有機會多認識了解，這種溝通與了解，對兩岸關係發展都是極為正向的元素。

臺灣教育部早在二〇〇二年，就曾經對「臺灣大學生時間運用」做過調查分析。調查結果顯示，大學生平日的時間分配，在睡眠、用膳等「必要時間」的需求是最高的，占一天二十四小時的39.7%；用在休閒娛樂（如社團活動等）、上網、準備功課等的「自由時間」居次，占36.4%。至於「約束時間」，則是最低的，只占23.9%。也就是說，包括上課、通學（通勤）、打工等的約束時間，只占大學生一天中的不到四分之一的時間³²。換言之，「陸生來臺」體驗由下而上的凝聚社會共識作法、以及多元化的生活方式才是重點。

就舉臺灣在二〇〇九年底召開的「開放陸生來臺對國內教育、文化、經濟的衝擊」論壇為例，報導形容：「大陸學生不畏權威勇於向校長、官員嗆聲的精神，令在場臺灣學者和媒體印象深刻。另一方面，現場卻無絲毫緊張氣氛，取而代之的是笑聲和掌聲，也顯示出臺灣社會的

註釋：

31. 參見http://www.president.gov.tw/php-bin/prez/shownews.php4?issueDate=&issueYY=&issueMM=&issueDD=&title=&content=%B3%B0%A5%CD&_section=3&_pieceLen=50&_orderBy=issueDate%2Crid&_desc=1&_recNo=2。瀏覽日期：二〇一〇年二月三日。

32. 參見<http://faculty.ndhu.edu.tw/~cyhung/project.files/college.doc>。瀏覽日期：二〇一〇年二月三日。

包容及開放。」³³這不正是兩岸「求同化異」，朝和平關係發展的最佳過程寫照嗎？

此外，「司法」是什麼樣的制度呢？事實上，司法制度它寓含了一種「平衡設計」。當兩造律師都盡責地擔任「各自片面」的資訊任務時，「平衡設計」所要達到的「充分揭露兩造一切的有利與不利」，以利法官或仲裁者裁判，這個資訊正義就於焉達成。

因此，「法律人」必須是「全觀的」。全觀就是完完全全、有別於只作片面觀察的法律人。也唯有審、檢、辯各方在訴訟攻防中，都能各安其位、各盡本分，這個時候「正義」才能被充分彰顯出來。

至於「成功」，指的又是什麼？是否唯有擁有名和利才是真正的成功？由於時代的變遷，價值觀的改變，現代人在追求自我實現的成就過程中，很容易被名氣、權力、金錢給迷惑，而不斷地以「獨善其身」的心態，追求更多的名利。但這樣的成就是否能讓人感受到真正的幸福？

幸福，事實上是一個總體的概念；幸福，是無法獨善其身的。我們自己一個人幸福，而其他人不幸福，就沒辦法成就自己的幸福。

如果我們把前述的「司法」與「成功」加總起來進一步追問，那做到「全觀的法律人」，是不是就能同時成就「社會總體的幸福」呢？對照社會「法律」是在保護壞人、「法官檢察官」只求盡快結案、「律師」不擇手段賺錢的種種誤解、質疑與批判，很顯然的，法律人的努力還是不夠到位，我們必須將「全觀」的概念升級擴充，以「總體全觀的法律人」來加緊修練學習。

什麼是「總體全觀的法律人」？可從下列三項來說明

註釋：

33.參見<http://n.yam.com/chinatimes/garden/200912/20091213873171.html>。瀏覽日期：二〇一〇年二月三日。

（一）角度全觀

全觀也者，就是要看三百六十度的角度。所以我們在看一件事情時，必須要全觀；要看到左邊也要看到右邊，要看到上面也要看到下面，要看到好人也要看到壞人。

做一個律師，我今天即使代表某甲，也要知道他有什麼優勢、有什麼缺點、有什麼立場是說不過去的。我同時會想到，我的當事人說不過去的地方，被告的律師一定會把這部分當作主要攻擊的立場。

而既然今天某甲是我的客戶，我就當然全力為我的當事人主張立場，把他的優勢發揮到極致。至於他的缺點的部分，則我會希望對造的律師是很能幹的，能講得很清楚。更重要的是，希望法官判出來的，就像是一個全觀的律師能做出來的決定。所以說，法律的成就，是要律師、法官、檢察官、原告、被告律師通通在一起，甚至包括當事人，大家一起來成就公平正義。

（二）流程全觀

相對於「角度全觀」偏重從橫向的、單一個審級來看，「流程全觀」可說是垂直式觀點，它是全案件生命週期的全觀。

從不同角度，可以看到不同世界。由於事權管轄分配以及預算編制等的緣故，對於司法制度的課責，我們慣常偏重從「機關立場」來作切割檢討。也就是說，警調那一段由警政署、調查局來負責，到了檢察官偵辦階段則由法務部通案監督，法院行政事項則多歸司法院主導。至於律師，通常也以每一審級作為負責原則。

然而，如果轉從「案件本位」來看問題，是不是會有不同收穫呢？

透過這樣的視角，顯而易見，其實每位執法者都僅僅只參與其中的某一個段落而已，就算牽腸掛肚盡力投入，最多也不過幾年的承辦期間，但是對被害人與被告及其周遭家屬親友來說，卻是一案到底，片刻難離、甚至是終生的無盡消磨。

《禮記》有一句話說：「慎始敬終」，此話在司法制度上也同樣適用。檢警機關在案件剛發生、相關事證最有搜羅可能的時候，固不能一味只求破案移送，而輕忽周全採證，而在法院審理階段，也萬不可有盡快結束一個審級的心態，以為反正不服裁判還有上級審可以救濟、可以發回續審，更何況到時自己已受迴避限制、徹底干腳底事。而律師萬一只想到：怎樣讓市場更大，如何才會有更多案件可辦，那就完全不堪聞問了。

（三）系統全觀

體現「正義」的機制並非只有單一；換言之，「系統全觀」是「多元正義」底下的一個概念。

在民事上，民事紛爭事件的類型，因社會經濟活動之變遷趨於多樣化。為期定分止爭，國家除設立訴訟制度外，尚有諸如仲裁、調解、和解及調處等非訴訟機制，以及為應各類爭議解決而發展出的替代紛爭解決方案（Alternative Dispute Resolution, ADR）。然而實現正義的目的，並不分軒輊。

行政救濟也是同樣的道理。行政機關發現自己有錯，依法主動撤銷處分，與訴願決定、行政法院判決，都是在依法辦事，沒有正義成分差別的問題。

而即使是在刑事領域，檢察官依法所作替代起訴的職權不起訴或緩起訴等各類處分、法官的緩刑諭知，乃至「認罪協商」制度的採行等等，也同樣是在追求正義，絕不是將被告「關起來」就一定比「不關起來」有正義。

落實「正義」的制度設計，本是活潑多元的。一個具備「系統全觀」的法律人，是有宏觀視野的法律人，絕不會因為自己的專長利益，而去恣意鼓吹某一種特定「正義」制度的採行。

總之，片面全觀的法律人，充其量也僅是獨善其身的法律人，終

究仍無法確保「司法成功」。兩岸法學教育唯有均致力於「總體全觀的法律人」之培育，才能真正成就「社會總體的幸福」。



陸、兩岸法治交流

一、兩岸經濟與法治進程割裂的隱憂

中國大陸經濟快速發展引起世人的注意與高度肯定，作為中華民族的一分子，當然很高興大陸取得了宏碩的經濟成績，但中國大陸的法治跟得上這樣的發展嗎？答案顯然不令人樂觀。「有錢判生，無錢判死」這句早年臺灣人民對司法不信任的評語，似乎也同樣是今天中國大陸民眾心中的疑惑。而這種導源於司法品質（不論人員或制度）低落而產生的不信任，是不可能像平行線一般，可以與中國大陸的經濟發展永遠切割開來。如果中國大陸的領導人不正視這樣的問題，法治與經濟的進步落差，終有一天會回過頭來成為中國大陸政治經濟發展的致命傷。

若以臺灣的政治經濟發展歷程為參考座標，經濟自由化帶來民間財富並建構了中產階級社會，而其中培養了大量有反思力的知識分子，必然的帶來了制度改革的要求與壓力，於是不管是司法改革、法治精進、人權保障及至於競爭性民主政治的建構，均隨之開展。換言之，經濟進步、發展與自由化可謂是一連串社會進步的起點，其不可逆地觸動了全面性的制度改革。

同樣的，中國大陸以經濟改革為起點的做法，從臺灣經驗來觀察，不能說沒有其一定的正確性。但這中間卻有若干制度上的根本差異，而這不同處，正是其隱憂所在。亦即，臺灣的經濟自由化之路開展後不久，法治改革與政治民主的進程即已於九〇年代初期開展，不敢說今日已有如何的輝煌成果，但卻不可否認地已取得明顯的成績。然而，中國大陸在一九七九年開始了改革開放，但三十年來在進程上卻始終相當幅度地侷限在經濟層面，這形成了一種「進程的割裂」。亦即，在經濟上的進步神速，但卻在法治精進、人權保護與民主建構的腳步上牛步化。

至今，我們仍不時從傳媒報導或經由大陸友人轉知，某某人因涉

及一些案件被公檢警帶走數日，音訊全無，而一定要透過關係打探許久，才能「隱約」得知其在押禁狀態。正當法律程序的闕如，使得民眾在面對政府時顯得極度弱勢，人權保障蕩然。而這樣的經驗，臺灣人民並不陌生，過去臺灣檢警調的權力無限上綱，押人取供成為常態，面對司法警調，人民根本沒有保障可言。若司法品質持續低落，人民無有「免於生命、財產與自由恐懼之虞」，社會的信任與安定也就隨而不存。一個不能帶給人民信任感與安全感的社會，如何能長期維持經濟發展於不墜呢？

因此，我們必須誠摯的提醒中國大陸的領導人，「拚經濟」絕不能忽視法治建設的速度和品質，三十年的改革開放拚經濟後，中國大陸應該必須加倍的「進階」到「拚制度」的新進程。而這樣的進程，包括二個重要的面向，即法治精進與民主建構，而這二者，有時互為因果，有時是一體兩面。當然，這樣的進程要開始會有其難度，也許有人會認為難於同時啟動，特別是在民主建構與深化的部分，中國目前牢不可破（和有效率）的一黨專政，亦使得民主化成為高難度的工程。

就算先排除這樣的悲觀論，但至少大陸的領導人仍可以在與政治無關或低度關聯的司法改革（特別是公檢法運作透明和彼此相互節制）面向躍步改革！

中國大陸的法治改革與臺灣有什麼關係？當然大有關係！

領團來臺參加「兩岸一甲子³⁴」研討會的鄭必堅團長，除了是「中國和平崛起論」的創建者外，他所提出的「三和理論³⁵」包括：對內謀

註釋：

34. 可說歷年來規模最大，同時也是首度在臺討論兩岸外交軍事議題的「兩岸一甲子」學術研討會，二〇〇九年十一月十三、十四日在臺北召開，由臺灣「太平洋文化基金會」舉辦。相關報導可參見中國評論新聞網「兩岸二軌對話」專題<http://www.chinareviewnews.com/cn-webapp/kindOutline.jsp?coluid=9&kindid=5450>。瀏覽日期二〇〇九年十二月六日。

35. 鄭必堅，「中國共產黨在二十一世紀的走向」，人民日報海外版，二〇〇五年十一月二十二日，第一版。網路版可參見<http://theory.people.com.cn/GB/49150/49151/3877751.html>。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

求和諧、對外謀求和平、對臺謀求和解，亦頗受稱道與矚目。

表面上，雖可把「三和理論」看作是中國和平崛起、永不稱霸相關論述的一環，但是事實上，它也是攸關「兩岸發展」的重要看法。因為，對於兩岸的未來，無論是融合為一、走自己的路，抑或是維持現狀，大陸是不是真能和諧、和平、和解，在在都是影響臺灣前途抉擇的關鍵。

筆者之一應邀在研討會開幕「兩岸三個一甲子——從公約數到公倍數的展望」的主題演講中，就曾特別指出：很高興大陸取得了宏碩的經濟改革開放成績。但是，相對地在法治精進、人權保護與民主建構的「進程割裂隱憂」卻也始終存在³⁶。

事實上，經濟與法治進程割裂，可有三層意義。

(一)大陸內部。中國大陸在一九七九年開始了改革開放，但三十年來在進程上卻始終相當幅度地局限在經濟層面，而不及於法治層面。

這種只講「法制」卻沒「法治」，把「法治國」當成「法制國」操作的結果，套用胡錦濤在中共紀念改革開放三十週年大會上的一句話，就是「折騰」³⁷。

二〇〇九年五月，山西省要求民間資本在年底前退出煤炭業，實行煤炭業「再國有化」，引發了極大爭議。自改革開放，好不容易才逐步建立了市場化機制，並將保護私有財產載入憲法，如今一紙行政命令，民間「煤老闆」又將成為歷史名詞³⁸。這不是太折騰了嗎？

註釋：

36.聯合報社論「有中國特色的資本主義？」乙文，也持類似看法。參見聯合報，二〇〇九年十二月十三日，A2版。原文可參見<http://udn.com/NEWS/OPINION/OPI1/5305471.shtml>。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

37.參見中國政府網http://big5.gov.cn/gate/big5/www.gov.cn/test/2009-10/13/content_1437699.htm。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

38.參見聯合新聞網二〇〇九年十月二十五日「煤礦『再國有化』／一紙命令 重傷民營經濟」相關報導。<http://www.udn.com/2009/10/25/NEWS/MAINLAND/MAI1/5213125.shtml>。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

(二) 國際社會。中國為什麼要一再強調和平崛起、永不稱霸³⁹？說穿了，大陸自己也知道，國際社會對中國始終存有疑慮、始終不放心。而問題就在，中國欠缺對國際社會提供一個說話算話的制度性保證。

就以臺灣剛批准的兩公約為例⁴⁰，大陸固然早在一九九七年簽署了「經濟社會文化權利國際公約」，並已完成批准。但是一九九八年簽署的「公民與政治權利國際公約」，卻迄今尚未走完批准程序。又一個經濟與法治進程割裂問題⁴¹。

(三) 兩岸關係。不論採取什麼樣的建議或理論，只要是持善意積極看法者都應該會同意，兩岸的制度能不能逐漸拉近，這才是根本關鍵。

大陸已由世界工廠而至世界市場，世界第二大經濟體的成就已經在望。相對來說，近年來旅遊、採購、投資團不斷穿梭兩岸，熱絡往來見怪不怪，這見證了兩岸在經濟合作部分，應該已逐漸水到渠成不是問題。

但是在法政領域呢？從傳媒有關「兩岸一甲子」研討會又是破冰首航、又是過招激烈的報導形容⁴²，就可深知，剩下的大半問題是出在

註釋：

39. 中國國務院新聞辦公室所發布的《二〇〇八年中國的國防》，在「一、安全形勢」項下，就指出「不管現在還是將來，不管發展到什麼程度，中國都永遠不稱霸，不搞軍事擴張。」參見 http://big5.gov.cn/gate/big5/www.gov.cn/jrzq/2009-01/20/content_1210075.htm。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

40. 參見臺灣總統府二〇〇九年五月十四日新聞稿 http://www.president.gov.tw/php-bin/prez/shownews.php4?issueDate=&issueYY=&issueMM=&issueDD=&title=%A4%BD%AC%F9&content=&_section=3&_pieceLen=50&_orderBy=issueDate%2Crid&_desc=1&_recNo=1。瀏覽日期二〇〇九年十二月六日。

41. 類似觀點敬請參見孔傑榮，「中國、臺灣和國際人權日」，中國時報，二〇〇九年十二月十日，A22版。原文可參見 www.usasialaw.org。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

42. 相關報導可參見中國評論新聞網「兩岸二軌對話」專題 <http://www.chinareviewnews.com/crn-webapp/kindOutline.jsp?coluid=9&kindid=5450>。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

法治的差異。

兩岸關係回暖、交流日趨頻繁的今天，臺灣人民在大陸生活、工作乃至結婚生子者亦所在多有，倘大陸的法治品質未提升，臺灣人民的權益也就難得周延保障。從這樣角度言，我們的政府官員也應給自己更多功課，除在「事務性」層次上推展兩岸的司法互助，更應在「理念性」的法治層次增加交流，擴大影響。這並不是說臺灣的法治有多麼了不起，我們還是有很多沒做好、沒做完的功課，但至少可以作為兩岸人民相互的參考，成為中華民族之間一種進步的催化。

二、兩岸司法互助

一九九〇年九月十二日筆者之一以紅十字會祕書長的身分代表臺灣簽訂了「金門協議⁴³」，作為兩岸遣返違反有關規定進入對方地區居民、刑事嫌疑犯或刑事犯之用，開創了兩岸之間共同打擊犯罪的刑事司法互助。

直到二〇〇九年四月二十六日「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議⁴⁴」的簽訂，兩岸的「司法互助」才有了更廣泛的進展。

近二十年的時間，兩岸司法互助進程，何才走到現今仍屬相當初步基礎的程度？

事實上，不論是「國際」司法互助還是「區際」司法互助，刑事或民事司法互助，在學理或立法技術乃至實務運作上，多已發展成熟，並無特別窒礙難行之處。

兩岸司法之所以「不互助」，恐怕是基於「兩岸對峙」的情緒成分居多；換言之，這是屬於「非理性決策下」的產物，而不是經過慎思熟慮所得出的結果。

註釋：

43. 參見財團法人海峽交流基金會<http://www.sef.org.tw/ct.asp?xItem=338&ctNode=3810&mp=19>瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

44. 參見財團法人海峽交流基金會<http://www.sef.org.tw/ct.asp?xItem=56303&ctNode=3810&mp=19>。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

縱使退萬步來假設這是理性的政策決定，同樣也禁不起事理及邏輯的檢證。以下茲進一步分析之：

首先，設想兩岸司法之所以「不互助」的幾個可能原因：

(一)「司法」有受益權的性質，兩岸對彼此「司法服務」的「不互助」，將會造成各自的「司法服務」沒有辦法質優量大、全程到位，累積民怨、衝擊政府服務效能的結果，正好符合兩岸之前某種「文攻」的需要。

(二)如果個別就刑事司法互助來講，對方區域內有人危害搗蛋、破壞社會秩序，結果還沒辦法將他繩之以法、接受法律制裁，這樣坐實對岸政府無能的結果，就像己方獲有「反射利益」一樣，當然不必急著要去籌謀改善。

(三)民事司法互助。在鼓勵兩岸人民多交流理解、多累積善意的同時，對於擴大往來所產生的各項民事法律關係，卻未必要同時提供周全的「制度性」保障管道。這就好像一面要加足油門，一面卻也要準備好「煞車設備」一樣，在民事司法方面「不互助」，正好可作為兩岸交流的「流速管制工具」來運用。

也就是說，「兩岸司法的互助與否？」如果真被拿來當成是一種另類「對峙武器」來頂替操作，那其中的偏離不當應早已不待煩言贅述。

再者，「國家主權」也不應是兩岸司法互助的障礙。

要加速兩岸司法互助，就無法回避「國家主權」與「平等互惠」這兩個基本原則。我們必須進一步釐清。

司法互助是不同地區間，可能是不同主權國家或同一主權國家內部不同領域間，因各自享有獨立之司法權或立法權，形成不同的法域，故有相互協助的必要。

「法域」是由法律所建構的「空間」概念，是一種「社會空間」。

從空間理論來說，空間是由四面牆圍合而成的，因「牆」本身具有垂直性，所以是界定及圍塑空間的重要元素。如果把牆的四面圍合改變成三面圍合，空間的封閉性就減弱了一些，要是再去掉一個面而剩下

兩個面，空間的封閉性就更弱了；當只剩下一個面的時候，空間的封閉性就完全消失了，這個時候就會發生由「牆」在圍合空間而轉化為空間包圍著「牆」的變化，造成空間的錯亂混淆。

換言之，兩岸司法的愈「不互助」，就愈像在兩岸間築起層層牆面圍合一樣，這只會更加凸顯兩岸分治，讓兩岸人民更可以感受到不同「法域」的存在。這豈是再三強調堅決反對任何分裂主義的中國大陸所願樂見的！與其在抽象上位的「主權觀念」上爭執反覆，「司法互助」事實上更具有縫合分治現狀的效果。

反之，對臺灣來說呢？法治成就一直是臺灣的驕傲。兩岸要進行制度競爭，「法治示範」無疑是臺灣的優點強項。如果長期任令兩岸司法不能緊密互助，那還談什麼要用法治交流來促進對岸民主法治的積極轉型？「司法不互助」是對「法治」的最大扭曲。

總之，主權爭議「卡住了」兩岸司法互助的說法，恐怕是誤會居多。

最後，則是「平等互惠原則」。

一九九二年七月三十一日臺灣制定了「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」，該法第七十四條，首先賦予得聲請裁定認可大陸地區所作成之民事確定判決、民事仲裁判斷之法律依據。

但是，鑑於大陸地區一直未能秉持互惠、對等之原則，承認臺灣作成之民事確定裁判及民事仲裁判斷，得聲請大陸地區法院裁定認可，並得在大陸地區執行。臺灣曾在一九九七年五月十四日修正，增訂第三項：「前二項規定，以在臺灣地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，得聲請大陸地區法院裁定認可或為執行名義者，始適用之。」期使大陸當局能正視兩岸司法互助問題，能以誠意解決，俾維護兩岸法律制度，並兼顧當事人權益⁴⁵。

註釋：

45.參見立法院第三屆第三會期第七次會議<http://lis.ly.gov.tw/tscgjl/gimg?@860901;0045;0118>。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

大陸則在一九九八年五月二十六日才善意回應，施行「最高人民法院關於人民法院認可臺灣地區有關法院民事判決的規定⁴⁶」。從此，兩岸民事司法互助開始進入相互認可時期。

然而，後來居上的是，為落實二〇〇九年四月二十六日「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」關於相互認可及執行民事裁判與仲裁裁決的有關規定，大陸隨即在同年五月十四日起施行了「關於人民法院認可臺灣地區有關法院民事判決的補充規定⁴⁷」。

該補充規定，明確規定對經人民法院裁定認可的臺灣地區有關法院民事判決，與人民法院作出的生效判決具有同等效力。

反觀，臺灣方面呢？臺灣最高法院卻持續認為「經我國法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判，應只具有執行力而無與我國法院確定判決同一效力之既判力」。以不變應萬變的結果，事實上已嚴重顛覆了兩岸相互承認民事判決及一事不再理的誠信約定⁴⁸。也沒有積極採取修法落實的作為。

更何況，其實以上這些基於「平等互惠」的蹉跎等待，也是完全沒有必要的⁴⁹。早在一八九五年，美國聯邦最高法院首席大法官Fuller在Hilton v. Guyot案中，即明白提出「法院就外國終局判決均應一體適用『一事不再理原則』，而法院是不屑於採用『報復』手段的⁵⁰。」Fuller一百多年前的真知灼見，如今已成為超國界法律通說。兩岸司法互助觀念，落後文明國家司法，豈止百年？

註釋：

46.參見http://www.court.gov.cn/sfjs/show.php?file_id=30479。

瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

47.參見http://www.chinacourt.org/flwk/show.php?file_id=135601。

瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

48.參見筆者之一，〈兩岸司法互助 閉門造車的最高法院兄弟們〉，聯合報，二〇〇九年四月二十七日，A11版。網路版可參見<http://blog.udn.com/cvchen/3066498>。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

所謂「一念瞋心起，八萬障門開」，正是這些負面情緒或似是而非的見解，卡住了兩岸司法互助之路。至盼兩岸均能本於實事求是與善意理解的態度，來盡快克服困難、排除障礙，齊心為完備兩岸司法互助而努力。

三、法治交流的開展

一九七八年《實踐是檢驗真理的唯一標準⁵¹》乙文開啟了大陸的改革開放之路⁵²。經過三十年的實踐驗證，在經濟層面已得到相當的成果與信心。然而在法治層面呢？兩岸同文同種，臺灣的法治發展經驗，事實上早已提供了一個可供對照的歷史框架，自然具有高度的參考價值。

然而，不幸的是，或許由於無暇多顧，或是事不關己，甚至是更要不得的只存心當作「相罵本」、互相嘲諷回擊的素材，從而，兩岸始

註釋：

49.互惠原則的適用對於外國裁判的承認和執行是不合理也不可行的。理由是，第一，現在各國在承認和執行外國裁判的問題上所適用的互惠原則實質是報復原則，即由於外國不承認和不執行己國的裁判，所以己國也不承認外國的裁判，以示報復。但是這裡報復的物件卻完全錯誤了，因為報復的結果受損害的不是裁判作出國，而是在外國訴訟中勝訴的個人。而這個勝訴人有時還是拒絕承認和執行國的本國國民。第二，期望以報復迫使裁判作出國也承認和執行己國的裁判，這種期望在很大程度上會是落空的，因為對裁判作出國來說，不承認和不執行它的法院的裁判對它不會有重大的損害。第三，查明他國是否在同一程度上承認和執行己國的裁判是很困難的，從而這個條件很難實行。所以現在雖然還有不少國家以缺乏互惠為理由不承認和不執行外國裁判，這是於己無利而妨礙國際往來的措施。參見<http://www.bob123.com/lunwen23/19187.html>。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

50.Chief Justice Fuller (Dissenting): "The application of the doctrine of res judicata does not rest in discretion; and it is for the government, and not for its courts, to adopt the principle of retorsion, if deemed under any circumstances desirable or necessary." 參見http://en.wikipedia.org/wiki/Hilton_v._Guyot。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

51.參見<http://www.people.com.cn/item/20years/newfiles/b1020.html>。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

52.相關簡評敬請參見<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%AE%9E%E8%B7%B5%E6%98%AF%E6%A3%80%E9%AA%8C%E7%9C%9F%E7%90%86%E7%9A%84%E5%94%AF%E4%B8%80%E6%A0%87%E5%87%86>。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

終在某種程度範圍內，以制度上的根本不同來作藉口、掩護，徹底糟蹋、甚至完全摧毀了「法治交流」的可能。

兩岸情願花費很多時間力氣在大陸一黨專政、沒有民主法治、不講人權，與西方人權觀念與中國國情未盡符合、要建立有中國特色的社會主義民主法治制度等的近乎「隔空叫陣」上，但這樣的由「泛論」占據了很大比例的質疑詰難，並無助於兩岸各自法治與雙方法治交流的積極進展，我們必須更仔細去爬梳更多細節的部分，進而提出更多可供具體操作的制度架構。

一九七九年臺灣發生了美麗島事件，而在同一年我國的第一個民間人權組織——「中國人權協會⁵³」正式創立。截至二〇〇九年，整整三十年，臺灣的在野力量已由萌芽、發展、茁壯，到已經完成第二次政黨輪替的程度。而中國人權協會也已舉辦了「人權關懷·三十有成」的慶祝回顧。

以上，這是就一個「世代⁵⁴」來說的，如果只取一個歷史事件，則臺灣是在一九八七年七月十五日宣布解嚴，開放黨禁、報禁。

我們要追問的是，臺灣在一九八七年解除戒嚴之前、或是更早的一九七九年以前，臺灣到底有沒有法治？到底是不是一個法治國家呢？這樣的提問，當然不是要將臺灣的威權時代拿來跟中國共產黨的一黨專政完全等同看待⁵⁵，而是要指出，臺灣的民主與法治從來就不是一步到位、同時並進的；即使是在政治威權的時代，仍有法治建設的可能，同時，仍要積極為法治國厚植基礎、做足準備。

註釋：

53.參見<http://www.cahr.org.tw/org.asp#2>。瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

54.在臺灣，特別是在法政社群，有以「美麗島世代」來泛稱的說法。

55.從臺灣經驗來看中國共產黨的「一黨專政」，或可稱大陸的狀況是「沒有宣布戒嚴的戒嚴體制」。而臺灣的戒嚴體制，是不是也可說是某種「一黨專政」型態呢？這點，一九九五年中國國民黨祕書長許水德指稱「法院也是執政黨的」的相關傳聞，也或可提供參考。該傳聞的相關報導，參見聯合報，一九九五年七月二十三日，6版；同年月二十四日，4版。

從而，任何要推行法治，就非得要先檢討一黨專政的說法，恐怕多是言過其實的誤解。事實上，縱使先繞過「一黨專政」的問題，可還是有很多的法治功課是應做、能做也必做的。

臺灣政治威權時代的法治運作，大體呈現出以下的特色，或許只可稱作是低度法治的程度，但也總算維持住法治國家的基本格局，這對後來臺灣法治的進一步深化發展，確實發揮了不可抹滅的奠基作用。

首先是，「法制國」的建立。

誠然，「法制」並不等於「法治」。但透過大量的立法，將「法治國」先當成「法制國」來操作，則至少可以滿足兩個階段性的需要。第一，就是符合「法治國」的特徵。藉由快速且大量的立法產能呈現，一方面可達到「法制數量」符合初步運作規模的程度；另一方面，則可以提供充分的展示素材，以作為標榜政府績效之用。第二，則是配合經濟發展要求。大量的立法可作為經濟發展所需的策略引導工具，同時，「立法明定」也可以節省大量的社會溝通成本，以進一步支援並促進經濟發展。

再者，以行政干預作為調控執法的工具。

徒法不足以自行、法貴在行，大量的立法並不能保證執法的密度與強度，扣除徇私舞弊的情形以外，由於整個社會並不一定能跟得上國家大量立法的腳步，從而，徹底全面執法的結果，不僅嚴格考驗執法的能量，同時對於整體國家社會發展也未盡有利，這個時候就提供了某種以「行政干預」來「調控執法」的正當性。也就是說，「行政干預」在某一範圍內僭代了「施行法」的功能，由「行政權」來負責過濾把關法律的落實程度。

第三，置入「司法理性」來確保法治。

很顯然的，前兩項並不是臺灣在威權時代還能確保法治維持基本運作的關鍵，因為我們還必須添加制約檢查的制度，以確保其實際存有「司法理性」的成分。

無論「行政干預」如何的合理正當、其力量如何的顯預強大，我們都必須在制度上置入「司法理性」的可能，即使它發揮的力道往往多是相當疲弱不振的，這都沒有關係，因為就當下來說，這至少為「反省」保留了一線機會，而對長遠法治發展來說，也是在作基礎準備工作。

臺灣司法院大法官，以會議方式，合議審理司法院解釋憲法與統一解釋法律及命令之案件，這種違憲審查機制，重點是在確保法律位階體系的完整，至於包括審、檢、辯在內的專業法律人員，則主要負責具體個案救濟的部分。

在政治威權時代，是它們貢獻出的「司法理性」，共同撐住了臺灣法治的存在底限。

最後，則是以「有力度的領導」與恢弘「法治創意」作為配套。

「領導」並不是在作「現況」的調查與統計作業，民意趨向固然應予重視，但作為一個領導者，更重要的使命則是要有格局、要有視野，要提出發展願景並指出循序努力的正確方向。同時，「領導」還必須具有強而有力的「力度」，去貫徹這樣的堅持與主張。而「力度」的內涵，則包括了影響力、執行力、巧力，以及所有有助於願景實現的正面力量的集合，以收「風行草偃」之效。

臺灣政治威權時代的法治運作，就具備了「有力度的領導」作為配套。如果沒有「有力度的領導」作為法治發展初期的背景後盾，那麼光花費在細節說服上的成本就已殊難想像，而這也將充分反映在法治的進程推遲上，甚至造成法治發展的重大阻礙。

政治上的威權，並不一定是法治發展的「負面」因素，它在法治發展即將形成氣候的當口，也可能扮演「臨門一腳」的關鍵角色。

至於恢弘「法治創意」，這也是臺灣在低度法治發展時期的周邊配套之一。法治發展必需有源頭活水、要能鼓勵改革創新。

過多的形而上的哲學思考，或是只專注在執行細節技術層次的窮追猛打，這都不利於法治的發展。法治發展需要的是宏觀前瞻、大開大闢的創見，同時還必須是可以實施的、可以具體執行的創見。

臺灣如果缺少了恢弘「法治創意」作為配套，那麼法治進一步完善的可能性，也就形同受到徹底侷限，從而，也不會有後來往高度法治發展的成就。

對照臺灣法治發展進程，事實已經非常清楚，建構類似臺灣的違憲審查制度⁵⁶與法律人員的全面專業化，以及恢弘源源不絕的「法治創意」，才是大陸「法治國」進一步深化發展的決定性步驟。在這方面，臺灣在違憲審查制度的組成運作，以及法律專業人才的法學教育等，都有相當多的歷史經驗，可供大陸參考對照。同時，透過更持續廣泛的交流，這也將更有助於激盪出更多的「法治創意」。

兩岸法治交流，不妨由此大力展開。

四、以提供「完善大陸釋憲制度」參考為例

中國大陸迄今仍缺乏有效的途徑來實現人民的憲法權利。有權解釋憲法的機關為全國人大常委會。雖然人大常委會曾經解釋香港基本法，也為受理憲法案件做了相關的準備工作，但仍然迴避解釋憲法的請求。其轉而採取的則是迂迴的解決途徑。茲舉兩則事例如下：

第一則是二〇〇三年的「孫志剛事件⁵⁷」。

透過先後有八名學者上書全國人大常委會的方式，要求對收容遣送制度進行違憲審查。最後，國務院公布了「城市生活無著的流浪乞討人員救助管理辦法」，該辦法的公布顯示舊的收容遣送制度「城市流浪乞討人員收容遣送辦法」的廢止。

第二則則是二〇〇九年的「中國式拆遷有望廢止⁵⁸」。

註釋：

56. 類似建議敬請參見孔傑榮，「中設憲法法院 取經臺灣？」，中國時報，二〇〇九年十月二十九日，A19版。原文可參見www.usasialaw.org。最後瀏覽日期二〇一〇年二月三日。

57. 參見<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E5%AD%99%E5%BF%97%E5%88%9A%E4%BA%8B%E4%BB%B6>。瀏覽日期二〇一〇年二月十六日。

58. 參見http://www.yzkc.com/cfm/Content_Archive.cfm?Channel=bc&Path=219246501/50bca.cfm。瀏覽日期二〇一〇年二月十六日。

二〇〇九年十二月七日北京大學法學院五位教授，以公民名義致信全國人大常委會，建議廢止或修改「城市房屋拆遷管理條例」相關條款⁵⁹。

五位教授認為，國務院二〇〇一年頒布、施行並沿用至今的「城市房屋拆遷管理條例」，與「憲法」、「物權法」、「房地產管理法」保護公民房屋及其他不動產的原則和具體規定存在抵觸，導致城市發展與私有財產權保護兩者間關係的扭曲。

國務院法制辦公室二〇一〇年一月二十九日已公布「國有土地上房屋徵收與補償條例（徵求意見稿）」公開徵求意見。並將待新法正式施行後即廢止「城市房屋拆遷管理條例⁶⁰」。

至於法院。中國法院有時渴望用判決實現人民的憲法權利，隨著有權利意識的公民日益增加，訴訟案件量也不斷增長，但是法院卻被禁止回應有關憲法權利的請求。有些善於創新的法官，則會在判決中隱含體現憲法價值⁶¹。

當代中國政治文化可以容納憲法法院嗎？最好的證據就是臺灣。

在一九四九年兩岸分治以前就已施行⁶²，且現在還在臺灣有效實施的中華民國憲法明定司法院設大法官，負責解釋憲法及統一解釋法律與命令，同時規定：「法律與憲法抵觸者無效」、「命令與憲法或法律抵觸者無效」，以確保憲法做為國家根本大法的功能，達成維護憲政秩序並保障人民權利的目的。

司法院大法官會議雖於一九四八年七月成立，但由於客觀條件的

註釋：

59.全文參見<http://www.duping.net/XHC/show.php?bbs=10&post=1027056>。瀏覽日期二〇一〇年二月十六日。

60.參見http://big5.gov.cn/gate/big5/www.gov.cn/gzdt/2010-01/29/content_1522355.htm。瀏覽日期：二〇一〇年二月十六日。

61.孔傑榮，「中設憲法法院 取經台灣？」，中國時報，二〇〇九年十月二十九日，A19版。原文可參見www.usiasialaw.org。瀏覽日期二〇一〇年二月十六日。

62.一九四七年十二月二十五日施行。

限制，維護憲政秩序及保障人權的功能，並未充分發揮。以第三屆為例，從一九六七年到一九七六年，九年之間只有二十四件解釋，而且每一件都是來自政府機關的聲請。憲法許多保障人權的規定，也只是官府的文書而已。

這種情形到一九七九年美麗島事件開始另一波民主政治革新契機及一九八七年七月臺灣解除戒嚴之後，發生重大的改變。人民改以更積極的態度，關注憲政秩序的發展；並且在基本權利遭受公權力侵害之時，勇於主張憲法權利，據理力爭⁶³。

此外，特別值得補充的是，關於「法律違憲審查權」在制度設計上，可大別為「集中型」與「分散型」兩類。

一九九五年一月二十日做成的釋字第三七一號解釋雖認為「解釋法律抵觸憲法而宣告其為無效，乃專屬司法院大法官之職掌。」這是臺灣現行採「集中型」運作的依據。但也一併指出「惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有抵觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。」

一項截至二〇〇七年十二月的統計分析顯示，從釋字第三七一號解釋開始，將近十三年的時間，法官就法律違憲爭議聲請解釋，並經大法官作成決定者共計八十二件，其中受理者(包括部分受理)有四十四件，不受理者三十八件。受理的件數，占所有法官聲請件數的約53%，

註釋：

63.參見http://www.president.gov.tw/php-bin/prez/shownews.php4?issueDate=&issueYY=&issueMM=&issueDD=&title=&content=%A4H%C5v§ion=3&pieceLen=50&orderBy=issueDate%2Crid&_desc=1&recNo=13。瀏覽日期二〇一〇年二月十六日。及本文前言之解嚴前後釋憲案相關比例統計。

聲請的成功率超過五成，算是非常高的數字⁶⁴。

也就是說，在臺灣往民主化發展轉型的過程中，大法官會議為政治體制、法治和人權作出了許多重要的貢獻。

事實上，三權之中，相對於行政與立法部門，司法權最為弱勢，既不能調動軍隊，亦無力支配國家預算；且基於不告不理原則，法院不能主動做出裁判；而依據聲請所做的判決，更須仰賴政府其他部門的配合，才能貫徹執行，這就是司法的本質。因此，並不會有司法權將凌駕獨大的疑慮。更不會對中國大陸現行憲法前言所規定「中國共產黨領導的多黨合作和政治協商制度將長期存在和發展。」的根本體制有所動搖。

況且，尊重司法，依循憲法機制解決爭議，是社會成本最小的方式，也是遵守憲法的表現，更可增益法治的健全發展。美國行憲二百多年來，不乏相關先例，布希和高爾之間的大選爭議，是大家熟悉的例子。

總之，對每個國家而言，成功建立一個捍衛憲法權利的機構，都是一項艱鉅而又不可或缺的任務。在過去數十年來，臺灣藉由大法官釋憲制度，維護憲政秩序，保障人權，並在社會轉型變遷中，整合共識，以最小的社會成本方式，增進法治的健全發展。在兩岸法治邁向良制的這個過程中，積極交流臺灣在大法官釋憲制度建立方面的經驗，應該也是值得儘快催生的要項。

註釋：

64.參見許宗力，〈司法權的運作與憲法—法官作為憲法之維護者〉，論文發表於《台灣大學法律學院翁岳生教授榮退演講暨學術研討會》，台大法律學院主辦，二〇〇七年十二月十九日。

柒、結論

綜據上述，謹作以下四點結論：

一、檢討現況

六十年來臺灣法治建設已有一定成績，無論是從釋憲制度、司法行政、訴訟制度或是法學教育等角度以觀，皆有一定成果。不過，從春秋責賢者之角度看，仍不免有所待改進之處。至於中國大陸的改革開放，則呈現出僅侷限在經濟層面的「進程割裂」現象。

二、分析問題

當前之問題，就釋憲制度言，主要是在於救濟制度仍不完整、大法官身分保障不足以及欠缺對審架構等。至於司法行政制度之問題，則在於內部獨立不夠、法官人數不足等等。訴訟制度之問題，則在於檢察官之可能濫訴、審理階段辯護案件比率過低以及審前羈押期間過長。法學教育之問題，則在於品質如何精進、普法教育落實以及司法官養成及在職訓練教育之提升等。

至於在兩岸關係上，從一九九〇年「金門協議」迄今，兩岸司法互助理應徹底擺脫「初步基礎」的進程狀態。此外，兩岸同文同種，臺灣的法治發展經驗，事實上早已提供了一個可供對照的歷史框架，自然具有高度的參考價值。

三、提出辦法

針對當前法治建設所面臨之挑戰，就釋憲制度言，應朝向具體分散式之制度設計改革，並應同時強化大法官身分保障以及助理之質與量；至於在司法行政制度設計方面，應從組織設計、法官選任、法官升遷以及司法行政之幕僚等處著手改革；訴訟制度設計方面，於民事訴訟制度方面，應強化專業法院之設計，至於在刑事訴訟制度方面，則應落實起訴狀一本主義、法律扶助以及羈押制度等之改革；至於法學教育方

面，則應從提升教授待遇、普法課程設計以及司法官培訓與在職教育改革著手。

於兩岸關係上，對照臺灣法治發展進程，建構類似臺灣的違憲審查制度與法律人員的全面專業化，以及恢弘源源不絕的「法治創意」，才是大陸「法治國」進一步深化發展的決定性步驟。兩岸法治交流，不妨由此大力展開。

四、設定目標

就釋憲制度言，司法院大法官能更落實扮演憲法守護者角色之理想；司法行政之改革，不僅能促進司法獨立，亦能精進對司法責任之要求；訴訟制度之改革，則期盼能更精進對於人權保障；至於法學教育，則希望分從專業與一般教育著手，提升全民法治之意識。

兩岸司法互助進程，應該大力推進完備。臺灣在違憲審查制度的組成運作，以及法律專業人才的法學教育等，都有相當多的歷史經驗，可供大陸參考對照。同時，透過更持續廣泛的交流，這也將更有助於激盪出更多的「法治創意」。

| 召集人簡歷資料 |

陳長文

最高學歷：哈佛大學法學博士

現職：理律法律事務所所長、中華民國紅十字會總會會長、財團法人理律文教基金會董事行政院政務顧問、財團法人臺北歐洲學校董事長、政治大學法律研究所教授『超國界法律問題』、中國北京大學光華管理學院『財經法律與企業經營』講座教授、浙江大學光華法學院教授委員會主席

經歷：財團法人海峽交流基金會首任副董事長兼秘書長

重要著作：《認識超國界法律專文集》、《企業財經法律導引：企業經營必知的法律思維》、《財經法律與企業經營：兼述兩岸相關財經法律問題》、《天堂從不曾撤守》、《法律人，你為什麼不爭氣？》、《假設的同情》

| 撰稿人簡歷資料 |

林超駿

最高學歷：美國西北大學法學博士

現職：臺北大學法律學系副教授、臺灣法學會秘書長

蘇詔勤

最高學歷：臺灣大學法學碩士、臺灣科技大學博士候選人

現職：亞東技術學院兼任講師、中國人權協會監事