



徵稿啓事

歡迎各界有識之士提供對於各類公共議題的分析與主張，採長年徵稿，來稿一經採用，將給予稿費，一字1.5元（不含註解）。

投稿格式與需知：

- 1.每篇五千字為原則，以word檔繳交。
- 2.來稿請寄 webmaster@taiwansig.tw
- 3.來稿經採用後，作者需同意本智庫進行如下之用途：
 - 以紙本或是數位方式出版。
 - 進行數位化典藏、重製、透過網路公開傳輸、授權用戶下載、列印、瀏覽等資料銷售或提供服務之行為。
 - 再授權其他資料庫業者將本論文納入資料庫中提供服務。
 - 為符合各資料庫之系統需求，並得進行格式之變更。



版權所有 翻印必究

新社會

CONTENT

社評

外交休兵還是外交自宮	02
------------------	----

專題《阿扁、司法人權與司法改革》

林書楷 我國羈押制度合憲性問題之再討論	05
張明偉 司法人員妨害偵查秘密罪	11
江雅綺 司法行為之國家賠償責任	15
柯耀程 司法沉疴與救贖	19

政策聚焦

邱垂正 中國大陸觀光客來台的非市場化因素分析與因應	28
高偉欽 反對二次發放消費券	34
張金鶚 政府救房市應有所不為	38
張智傑 農村發展政策與農村再生條例	42
孫友聯 黃吉伶 無薪假風暴中的勞工處境	44

座談會

林成蔚 董立文 林濁水 梁文傑 解讀「胡六點」	46
-------------------------------	----

發行人 ■ 吳乃仁

社務顧問 ■ 林濁水

編輯顧問 ■ 田秋堇 洪奇昌
邱太三 陳文政
賴清德 利錦祥
段宜康 張立明

總編輯 ■ 梁文傑

執行編輯 ■ 賴宇恩 蔡弘洋

封面設計 ■ 彩影廣告

發行所 ■ 台灣新社會智庫

網址 ■ www.taiwansig.tw

電話 ■ (02)23564008

傳真 ■ (02)23564018

社址 ■ 北市青島東路5號7F-1

社評

外交休兵還是外交自宮

兩岸在外交戰場確實不用天天打仗。但台灣一定要留下一點實力，以防中共日後翻臉。休兵不等於投降，也不是繳械。能戰才能和，有實力對方才會忌憚，才會信守承諾，這是最基本的道理。但近來發生的兩件事，實在讓人擔心馬英九的天真和無知。

特偵組洩「安亞專案」



邱義仁因「安亞專案」被收押之後，《壹週刊》竟然根據「特偵組內部透露」，在十一月五日把「安亞專案」是用來收買前WTO秘書長蘇帕猜的極機密都寫了出來。

從法律上看，特偵組檢查官洩露偵察中所知悉的事項，已違反刑事訴訟法第二百四十五條偵察不公開的規定，應依刑法第一百三十二條「洩露國防以外之秘密罪」，處三年以下有期徒刑。「安亞專案」屬國家機密保護法所核定的國家機密，特偵組檢察官亦應依該法第三十三條之規定，處五年以下有期徒刑。中國為了刺探台灣機密外交的內容，每年不知道花多少預算在台灣內外佈線，光是從立法院拿一本內容空泛的外交部機密預算報告，就養了不少立委助理。特偵組這種行為等於免費奉送中國一條重要情報。如果以刑法第一百零七條第五項「幫助敵國之間諜罪」來論處，特偵組這些檢察官的刑期至少是三年以上十年以下。

從外交上看，蘇帕猜拿台灣的錢，在泰國至少是「收受外國賄賂罪」，甚至是要以「叛國罪」論處的。蘇帕猜是泰國執政黨「人民力量黨」的實力派人物，曾經當過泰國的副總理，2006年甚至差點當上總理。這次特偵組不但是把蘇帕猜往死口整，也等於是逼整個「人民力量黨」不敢和台灣來往。台灣和泰國的關係將因此倒退不說，全世界接受過台灣資助的人也都害怕，不知道何時會因為台灣內部的政治鬥爭而被曝光。

買通蘇帕猜有沒有用？當然有用。此人在2002年當上WTO秘書長之後，對台灣便極不友善，好幾次要將台灣在WTO的地位拉到和香港、澳門同一個位置。國際外交圈早就盛傳此人是中國拿錢養的，台灣拿錢把他買回來，也只是剛剛好而已。而且從蘇帕猜的計謀始終沒有成功看來，可見台灣的錢花得值得。

外交休兵搞成外交自宮

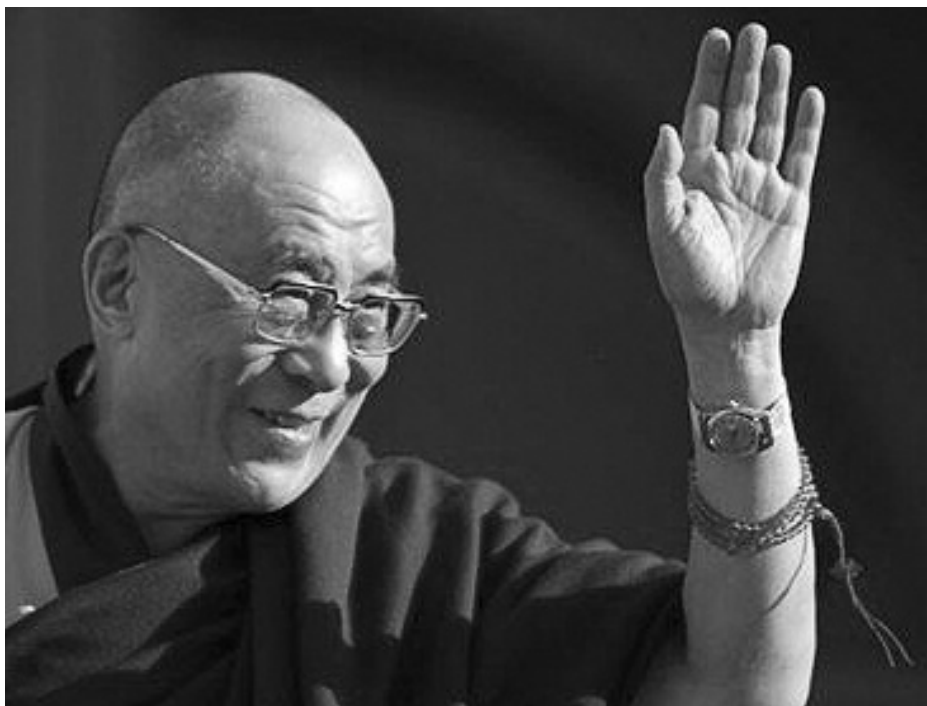
令人氣結的是，這麼嚴重損害國家利益的行為，特偵組居然自行以「他字案」偵二辦，三個月來一點動靜也沒有。而整個國安系統，上自總統府國安會，下到國安局、外交部和陸委會，也沒有出來講過一句話，好像這件事根本沒有發生過一樣。

我們可以看出馬英九政府對這件事的態度：外交都休兵了，那麼以前那些國際人脈曝光也好，洩密也罷，統統都斷了都無所謂，沒有國際朋友也沒關係。

問題是，人在江湖要有道義，這是連混兄弟的都知道的事，何況搞外交。特偵組這些檢察官不只是在執行馬英九的「外交休兵」，而是更進一步的「外交自宮」，一刀一刀往自己的命根子上刮。馬政府現在是把全部的外交命脈都寄託在中共的善意上面，一旦中共以後翻臉，在國際上將叫天天不應，叫地地不靈。

達賴被當犧牲品

馬英九把「外交休兵」當成「外交自宮」在玩，不讓達賴喇嘛來台堪稱是代表作。他當初在競選時，要求中國適當處理西藏問題，否則不惜抵制北京奧運，十足一個男子漢。本月3日馬英九接受外國媒體的採訪時，卻公開表示達賴此時不宜來台。不但是豬羊變色，更是窩囊到了極點。



什麼叫時機不宜？因為陳雲林剛剛來了台灣，連戰被恩准去了APEC，所以要投桃報李嗎？因為要等觀光客和大陸資金來買台灣的股票和房地產，所以要拿達賴當祭品？

總統府，這是因為西藏和大陸談判不順，馬英九不希望此刻達賴訪台，讓外界解讀台灣有意介入大陸和西藏的談判。問題是，達賴剛剛在歐洲議會演講，批評中國專制，歐洲有害怕被認為是「介入」嗎？法國總統薩柯奇不顧中國反對，還是要和達賴在波蘭會面，薩柯奇有害怕被認為是「介入」嗎？如果總統府這種邏輯成立，那麼美國未來也不用賣武器給台灣了，因為中國會認為這是「介入」兩岸關係；台灣的邦交國也統統可以和台灣斷交了，因為按中國的定義，這些國家都在「介入」兩岸關係。

撇開人道理由不談，光從國家利益來說，在北京和達賴之間，台灣當然要選達賴那一邊。達賴是全世界最受歡迎的宗教領袖，他的個人影響力超過羅馬教宗；他是諾貝爾和平獎得主，全世界想要邀請他演講的國家不知道有多少；支持西藏人權是好萊塢大明星的熱門休閒活動，在全球文化和輿論上的影響力難以估計；藏傳佛教在西方國家更是流傳最廣的非西方宗教。選擇達賴，就是選擇和世界主流價值站在一起，選擇遠離達賴，就是選擇自居於中國的羽翼之下，成為緬甸和越南一流的國家。

歐美國家之所以還會同情台灣，就是因為台灣是注重人權的民主國家，在價值上被歐美國家視為「我們」的一份子。一旦台灣放棄了這個價值，那麼當中國對台有任何動作，各國也沒必要為了台灣再做些什麼。「既然台灣可以為了經濟利益這樣對待達賴，我們也可以這樣對你；既然台灣在價值上不是『我們』的一份子，那就讓『你們』中國人自己去處理吧」。

要為台灣留點國際命脈

馬英九和他身邊那群策士不但有「斯德哥爾摩情結」，被中國欺凌慣了，反倒愛上中國、幫著中國欺凌別人，對國家利益的計算更是蠢如鹿豕，蠢到不會「賣台」的地步。要賣至少還得有個價錢，馬英九這個團隊卻是免費大放送。陳雲林還沒來，馬英九就忙不迭說可以不稱總統。中共對達賴來台一事還沒說半句話，馬英九就搶先說時機不宜。誰要說馬英九在「賣台」，就是污辱了「賣」這個字，也污辱了所有生意人。

再強調一次，能戰才能和，休兵不代表投降，更不必把自己的籌碼全部繳出來。馬英九要搞外交休兵，那就搞吧！但一定要為台灣留下一點國際命脈，因為總統職位只是暫時的，台灣的未來才是長久的。■

專題

阿扁、司法人權與司法改革

在台灣，大多數人沒有被告過，沒有被檢察官偵訊過，更沒有被羈押過。雖然台灣的民主已經發展到誰也不怕誰的地步，但很多人對司法人權的觀念還停留在上個世紀：只要是好人，檢察官就不會調查你；而凡是被檢察官調查的，被羈押的，就不是好人。既然不是好人，那麼不管檢察官怎麼對待你，媒體怎麼作踐你，看守所怎麼管理你和限制你，那都是你的事。

不管你對阿扁洗錢案有什麼看法，都不能不承認，這整個過程讓許多人對司法的功能和運作有了警醒。為了要用機秘外交經費把阿扁拖下水，檢察官可以把台灣如何收買前WTO秘書長蘇帕猜的國家機密曝露給《壹週刊》；阿扁怎麼說也是堂堂前總統，既沒有逃亡的動機也沒有可能性，檢察官就是硬要把他收押，而且一而再而三提出抗告，非押不可；看守所押的明明就不是被定罪的「犯人」，而只是「犯罪嫌疑人」，連被告都不是，看守所卻硬是可以為阿扁帶手銬，硬是要讓邱義仁理平頭。

司法體系的問題其實不在藍綠，而在於其核心的價值偏差和制度偏頗。阿扁也許有罪，也許無罪。但沒有阿扁這個案子，整個社會不會對司法人權投注這麼多關注的眼光，也不會想到「偵查不公開」、「審前羈押」、「看守所管理」這些問題。這個社會從阿扁這個案子該看到的，不是阿扁受到多麼不公平的對待，而是社會上那些和阿扁遭受同樣對待的無名小卒們。而這些無名小卒有一天可能就是我和你以及我們身邊的親朋好友。

從前的民進黨號稱人權政黨，但在過去八年之中，對這些問題其實沒有做過任何努力，這其實是所有民進黨人都應該感到慚愧的。現在的民進黨號稱「有執政經驗的在野黨」，但與其去強調自己的執政有經驗，不如反省這些事為什麼當初沒有做。正是這些沒有做的事，才是台灣社會尚待進步的目標，才是民進黨核心价值之所在。

該做的總是要做，執政時沒做不等於以後不必做。基於這樣的理念，本智庫特別策劃了本期的司法改革專題。也協助民進黨立院黨團，提出司法改革方案的六大主張，在立法院已經成功付委。六大主張如下：

1. 仿效日本制度，廢除「串證」、「五年以上有期徒刑」等羈押理由，將羈押理由縮限為有「逃亡」、「煙滅證物」和「連續犯罪」之虞等三項。（修正刑事訴訟法第101條）
2. 仿效日本制度，將羈押時間改為最長十天，必要時得再延長十天。避免過長的羈押時間鼓勵檢察官拖延辦案，甚至成為檢察官押人取供和懲罰嫌犯的工具。（修正刑事訴訟法第108條）
3. 仿效日本制度，法院駁回檢察官之羈押聲請時，檢察官只能當庭「即時抗告」，但裁定後即不得再行抗告（修正刑事訴訟法第403、404條）
4. 建立司法人員過失賠償制度，對於侵害人民自由或權利之司法人員，人民得申請國家賠償。（廢除國家賠償法第13條）
5. 建立司法人員濫權懲罰制度，司法人員因「過失」而使無罪之人受追訴或處罰者，可處有期徒刑之罪。（增列於刑法第125條）
6. 增列司法人員洩露秘密罪，司法人員洩露偵查中得知之資訊，可處五年以下有期徒刑之罪（增列刑法第132條之一）

這些方案必然是不完全的。但我們希望能起到拋磚引玉的作用，為更加全面的司法人權改革進一點心力。■



專題

阿扁、司法人權與司法改革

我國羈押制度合憲性問題之再檢討

林書楷

興國管理學院財經法律系主任

在民國九十七年政黨輪替之後，刑事司法機關密集偵辦多起在野黨重要政治人物所涉及之司法案件，並很巧合地導致相關在野黨地方政治首長甚至卸任元首在短期間內遭致密集羈押之結果，引發司法是否配合政治而打壓在野黨之質疑，在野黨亦嚴厲批判檢方濫用羈押制度「押人取供」，甚至檢察體系內部亦出現自省的聲浪，強調檢察官辦案應該儘量避免「辦案對象群組化」，如集中辦在野黨或集中辦執政黨政治人物的情況¹。姑且不論在野黨是否果真遭受司法打壓的問題，就實質上而言，我國現行羈押制度不管在制度面與執行面均呈現出若干違反憲法精神的爭議，此次一連串引發社會關注的羈押案件正好提供給我們一次重新檢視我國現行羈押法制的契機。



Grundfreiheiten (MRK)；Convention for Protection of Rights and Fundamental Freedoms) 第六條第二項亦規定：「因犯罪行為而遭受刑事控訴者，在依法被證明其罪責之前，都被推定為是無罪的。」

除了上述相關國際人權公約的規範外，學理上一般認為從「法治國原則」(Rechtsstaatsprinzip)的精神亦可以推衍出「無罪推定原則」³，故「無罪推定原則」誠具有憲法位階之效力，是每一個法治國家刑事司法程序都應該遵守的基本原則。據此，我國刑事訴訟法第一百五十四條第一項乃明定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」

羈押制度與「無罪推定原則」

「無罪推定原則」(Unschuldvermutung；Presumption of Innocence)可說是現代法治國家刑事司法程序中最重要的一項原則，在許多重要國際公約中都確認此項原則。西元1948年在聯合國大會中所通過的「世界人權宣言」(Universal Declaration of Human Rights)首次確認此項原則，「世界人權宣言」第十一條第一項明定：「每一個遭受刑事控訴者，在尚未經過一個依法保障所有必要辯護的公正審判程序確定有罪判決之前，都有權被推定為無罪的。」另外，當代歐洲最重要的「基本自由及人權保護公約」²(Konvention zum Schutze der Menschenrechte und

基本上，「無罪推定原則」主張任何人在沒有經過法院以證據證明其犯罪事實之前都應該被推定是無罪的。在這樣的認知基礎上，「無罪推定原則」底下可衍生出二項最重要的基本內涵，包括犯罪事實應依證據認定的「證據裁判原則」(刑事訴訟法第一百五十四條第二項)以及倘若對被告之犯罪事實有懷疑即應作有利於被告之認定的「罪疑唯輕原則」(罪疑唯有利於被告之原則；Grundsatz “in dubio pro reo”) ⁴。對此，大法官釋字第三八四號解釋認為，「證據裁判原則」係歸屬在憲法第八條之正當法律程序(due process of law)下的要求(參閱釋字第三八四號解釋理由書)，因此作為證據裁判原則上位概念的「無罪推定原則」在我國法上當具備憲法位階之效力，自不待言。

1. 此為檢察官陳瑞仁在97年11月7日一場由檢察官協會與台灣高檢署合辦的「檢察改革系列研討會」中所提出的看法。另外，高等法院法官呂太郎也在研討會上指出，若執政黨、在野黨都有人涉及貪污案，結果檢察官捉到的都是同一黨的人，雖然自認辦案有據，但難道沒有選擇性辦案的問題？他認為辦案人員應審慎處理。(見自由時報，「辦綠不辦藍？陳瑞仁憂辦案群組化」2008-11-12)

2. 關於歐洲「基本自由及人權保護公約」之介紹，可參見廖福特，「歐洲人權公約」，新世紀智庫論壇，第8期，1999/12，第58頁以下。

3. 此為學界通說之看法，見柯耀程，「刑事訴訟目的與『無罪推定原則』」，收錄於「刑事訴訟之運作-黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集」，86年，第432頁以下；Kleinknecht/Meyer-Großner, Strafprozessordnung, 43. Aufl., 1997, A 4 MRK Art. 6 Rn. 12.

4. 參見許玉秀大法官，釋字第582號解釋協同意見書貳、一、(一)。

「無罪推定原則」要求任何人在未經司法審判證明有罪確定之前，均應推定其是無罪的。我國為一民主法治國家，國家的刑事司法程序應嚴格格遵「無罪推定原則」之精神，本係憲法下的當然要求。然而，我國刑事訴訟法中所承認之有罪判決確定前的羈押（Untersuchungshaft），卻賦予國家機關可以在司法尚未有罪判決確定之前即予以監禁犯罪嫌疑人或被告的權力，此明顯與「無罪推定原則」之精神相違背。在這裡，就會產生一個問題，在法治國家中容忍羈押制度存在法理基礎何在？

對此，大法官釋字第三九二號解釋理由書中謂：「羈押係以確保訴訟程序順利進行為目的之一種保全措置」，此項解釋指出了羈押制度的目的乃在於確保刑事訴訟程序的進行。理論上，判決確定前監禁犯罪嫌疑人或被告之羈押制度具有以下三個目的，而此亦同時構成了羈押制度存在的法理基礎，包括⁵：

- 1、確保被告於刑事訴訟程序中能夠到庭。
- 2、確保刑事追訴機關偵查程序的順利進行。
- 3、確保刑事判決確定後刑罰之執行。

由此可知，羈押制度在刑事訴訟程序上的主要功能即在於保全被告（或犯罪嫌疑人）與證據，目的則在於確保刑事訴訟程序的追訴、審判與執行。誠然，就國家刑事司法程序的有效運作而言，羈押制度確實有其存在的必要性，例如若被告無法到庭將導致刑事審判程序無法進行，因為被告之到庭往往為審判程序合法進行的前提，此由我國刑事訴訟法第三百七十九條第六款規定「被告未於審判期日到庭而逕行審判」為「當然違背法令事由」而可以得知。

但是若從對人民基本權利侵害的角度來看，羈押卻無疑是對被告或犯罪嫌疑人的自由影響最大的一種強制處分措施，故國家刑事司法機關在運用羈押制度時必須嚴格受到憲法第二十三條之「比例原則」（Grundsatz der Verhältnismässigkeit）的拘束。據此，刑事司法機關對於羈押之使用除了應符合羈押之目的外，並應將其侷限在最有必要的情況下始得為之，故包括非屬保全被告與證據目的之羈押以及不必要之羈押等，都是違反法治國比例原則之精神的。

逃亡與串證羈押之運用

在羈押制度保全被告與證據的目的下，我國刑事訴訟法第一百零一條第一項規定，被告經法官訊問後，認為犯罪嫌疑重大，而有下列情形之一，非予羈押顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之：「一、

逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者；二、有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者。」第一款以被告逃亡或逃亡之虞作為羈押事由，其目的乃在確保被告於刑事審判期日之到庭以及確保刑事判決有罪確定後國家對犯罪人刑罰之執行；第二款以湮滅、偽造、變造證據或串證之虞作為羈押事由，其目的則在確保刑事追訴機關偵查程序的順利進行，二者均符合羈押之本質目的，就規範面而言固有其正當性，然在執行面上，此二種羈押的運用仍然必須符合憲法第二十三條「比例原則」的要求，自不待言。

林○志	業過死	飭回	ok
楊○霖	毒品	限居	ok
陳○扁	貪污	羈押禁見	ok
吳○榮	妨害自由	羈押禁見	ok
○	○	○	ok

一、逃亡與串證之虞的判斷須植基於特定具體事實

當被告實際上已經或曾經逃亡時，例如已逃亡至國外或傳喚不到而遭通緝，此時法官於被告到案後核准檢察官羈押之聲請，固無疑問。但在被告實際尚未逃亡但可能有逃亡之虞的判斷上，由於刑事訴訟法第一百零一條第一項第一款已明定須「有事實足認為有逃亡之虞」始足以為羈押事由，故有無逃亡之虞的判斷必須植基於特定具體的事實，而非僅依經驗法則的臆測。例如，不能僅憑以往辦案經驗得知毒販逃亡的可能性很高即貿然斷定被控販毒者有逃亡之虞。基本上，被告是否有逃亡之虞的判斷，必須綜合考量到所有個案存在的特定具體事實，比較重要者包括以下幾點⁶：

- (1)被告所面臨追訴的可能刑度（包含緩刑被撤銷所增加的可能刑度）。
- (2)被告的個人特徵：例如是否有前科、迄今對於偵查行為的配合度、人格的不穩定性、外語程度等。
- (3)被告的社會條件：例如家庭狀況、是否已有子女、有無固定工作、是否有固定居所、居所是否為自有住宅、國際交往等。
- (4)經濟狀況(被告的經濟狀況是否足以支撐其逃亡所需之花費)。

此項由特定具體事實所獲致被告有逃亡之虞的心證，解釋上並雖不需要讓法院達到完全確信的程度，但至少仍應達到讓法院足以相信被告有逃亡的高度或然性才算足夠⁷。

同樣地，當以被告有湮滅、偽造、變造證據或串證之虞而羈押時，也必須以個案所存在的特定具體事實來加以證明。據此，檢方單純以偵查尚未結束或是偵查工作難以進行來推定被告有湮滅、偽造、變造證據或串證之虞並不足夠，而是應該舉出特定具體事證來證明其湮滅、偽造、變造證據或串證的高度或然性。另外，由於被告具有緘默及選任辯護人之權（參閱刑事訴訟法第九十五條），故以被告一再保持緘默不配合偵訊或以被告聘請許多律師運用法律途徑阻撓檢方偵查程序之進行為由來認定被告有湮滅、偽造、變造證據或串證之虞，亦應嚴格予以禁止，否則無異是在阻撓刑事被告行使其法定權利。

應強調者，倘若檢察官已經充分掌握被告犯罪之確實證據，此時依刑事訴訟法第二百五十一條之規定檢察官「應」提起公訴，而不得再以被告有串證之虞來聲請羈押。因為既然承辦檢察官已經過充分調查且確實掌握被告犯罪之相關事證，則代表被告已無串證之可能，此時以被告有串證之虞為由而聲請羈押之基礎亦不復存在。

我國實務上慣常以同案尚有共犯未到案來作為認定被告有串證之虞的作法，此著實有重大可議之處。固然，同案尚有共犯未到案即代表存在著與被告串證的可能性，然而僅存在此種可能性尚不足夠，必須具備其他特定事實足以證實被告與其他共犯有串證的高度或然性始足以當之；相對地，如果同案其他共犯皆已到案，則被告與其他共犯串證的可能性即已消滅，亦不應再以此作為羈押之理由。換句話說，同案仍有其他共犯未到案，僅係被告有與其他共犯串證的必要條件，卻非充要條件。

如果被告已經為全面且可信的自白，則此項自白將足以排除該為被告湮滅、偽造、變造證據或串證之可能性⁸，導致羈押事由不復存在，此時即不能再以該理由將被告羈押；倘若為自白之被告係在押中，除非另有羈押原因（如有逃亡之

虞），否則湮滅、偽造、變造證據或串證之羈押原因既然已經消滅，此時應立即撤銷羈押將該被告釋放（參閱刑事訴訟法第一百零七條第一項）。

二、抵觸比例原則之違法羈押

應強調者，即使已經具備刑事訴訟法第一百零一條第一項之羈押事由，也並非代表一定可以將被告羈押，不論是檢察官之羈押聲請或法官對羈押聲請應否核准之審查，都應該嚴格遵循「比例原則」，此為國家實施強制處分措施的最高準則。據此，以下的羈押型態都是不合法的：

(1)違反羈押本質目的之羈押

此在我國實務最常出現的質疑，即俗稱「押人取供」的情形。倘若檢察官係出於為取得被告自白之目的而聲請羈押，即屬違反羈押本質目的之羈押，縱使形式上係以被告有逃亡或串證之虞為聲請羈押之理由，但實質上還是屬於違法羈押。當法官在審核此項羈押聲請時，一定要實質確認是否檢察官有押人取供之可能，例如當同案所有共犯皆已到案且被告亦無逃亡之虞時，若檢察官仍然以被告有串證之虞而聲請羈押，此時法院即應為駁回羈押聲請之裁定。

另一種可能出現者係「應報性羈押」的情形，亦即針對某件社會關注之案件（特別是經媒體輿論大量報導之重大案件），被告雖沒有逃亡或串證之虞，但檢察官為平息被害人與社會大眾之憤怒仍然聲請羈押，此種羈押亦屬於違反羈押本質目的之違法羈押。因為羈押之目的在於確保刑事訴訟程序之順利進行，此種回復正義式的公正應報功能是判決確定後對被告所科處之刑罰始具有之⁹，並非屬羈押之目的。就目前我國現狀而言，經由二十四小時不斷連續播放的大眾傳播媒體以及氾濫的政論性節目所造成的全民公審現象，實際上已經重大影響檢察官及法官對被告應否羈押之判斷，致使法官被迫以羈押被告作為手段來平息部份輿論或媒體之批判，此種現象已完全違背羈押之本質目的，導致羈押制度淪為滿足群眾應報心理的手段，著實令人憂心。

(2)欠缺必要性之羈押

5.Roxin, Strafverfahrensrecht, 此處參考中譯本，吳麗琪譯，「德國刑事訴訟法」，87年，第321頁。

6.Haller/Conzen, Das Strafverfahren, 4. Aufl., 2006, Kap. 8 Rn. 950.

7.Kleinknecht/Meyer-Großner, a.a.O., § 112 Rn. 22.

8.Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2006, § 6 Rn. 227.

9.刑罰之目的係同時綜合有應報（Vergeltung）與預防（Prevention）之功能，此即所謂「應報思想的綜合理論」（Die vergeltenden Vereinigungstheorie）。

縱使被告有逃亡或串證滅證的高度或然性，但如果有其他即足以確保刑事訴訟之順利進行且對人民基本權侵害較輕微的強制處分措施（如具保、責付或限制住居），此時僅得採取對人民權利影響最輕微之強制處分措施，而不應直接使用侵害人權最嚴重的羈押處分。例如，對具有綠卡之被告有事實足認其有逃亡海外之虞，倘若予以限制住居或限制出境即足以達到防止其逃亡海外之目的，就不應輕率予以直接羈押；又如，對有逃亡之虞之被告，若透過高具保金額即足以防止其逃亡，則僅應命其具保而不應予以羈押。

(3)違反比例性之羈押

從刑事訴訟法第一百零一條第一項的文義解釋來看，似乎只要犯罪嫌疑重大並符合有逃亡或串證之虞的要件，即使是針對輕微犯罪的犯罪人，也可以實施羈押。不過，由於羈押處分應受到「比例原則」的限制，因此如果羈押處分的實施與被告所犯之罪的程度不成比例的話，亦屬於違法羈押。例如，對於所犯為最重本刑為六個月以下有期徒刑之輕罪的被告，縱使其有逃亡或串證之虞，也不應以此為由對之實施羈押，否則即屬違反比例性之違法羈押。

違憲的重罪羈押制度

我國刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款規定被告「所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者」，亦為羈押之理由，此即一般學說上俗稱的「重罪羈押」。就法條文義以觀，既然被告犯重罪為獨立的羈押事由，解釋上只要被告所犯者為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪，縱使沒有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或串證之虞，仍然可以將其羈押。此種重罪羈押條款的存在，其合憲性基礎何在，著實存在重大疑問。因為如前所述，羈押制度在本質上本係違反法治國之「無罪推定原則」，但卻基於確保刑事訴訟程序順利進行的目的（即保全被告與證據的目的）而例外容許此項制度的存在，然而以被告所犯者為重罪來作為羈押理由，卻明顯與此項保全被告或證據的目的無關。既然刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款所規定的重罪羈押事由已經逸脫了羈押制度的保存被告與證據的本質目的，則以該目的作為其合憲性基礎的可能性即已不復存在，故重罪羈押條款

將會因違反法治國「無罪推定原則」之精神而違憲。

就比較法的觀點來看，德國法所規定的羈押制度與我國法類似，德國刑事訴訟法第一百一十二條第三項亦規定類如我國刑事訴訟法一百零一條第一項第三款的「重罪羈押」的制度，但德國聯邦憲法法院早在西元一九六五年的一個判決中即認為德國刑事訴訟法中的重罪羈押條款在形式上係違反法治國思想與「比例原則」而與憲法之精神不符¹⁰，然德國聯邦憲法法院卻未逕行宣告該重罪羈押條款因違憲失效，反而是為該條款做出如下的「合憲性解釋」（Verfassungskonforme Auslegung），亦即：重罪羈押條款的適用只有於存在被告有逃亡或使犯罪事實難以澄清之危險的情況時，才可以作為羈押理由；但聯邦憲法法院同時也強調在被告符合重罪羈押條款的情形下，關於證明被告有逃亡之虞或有使犯罪事實難以澄清之危險的要求將降低，亦即並不需要到有特定具體事實可證實的程度，而是只要依個案事實情狀無法排除被告逃亡或串證滅證之嫌疑，或存在被告有反覆為同種類犯罪行為的真實憂慮時，就足以構成羈押理由了¹¹。

德國聯邦憲法法院認為重罪羈押條款係違反法治國思想與「比例原則」而違憲的觀點，與本文上述一貫見解相符，洵值贊同。然而，對於我國刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款之重罪羈押條款，是否應如德國聯邦憲法法院般透過合憲性解釋加以保留，則尚有檢討之餘地。

基本上，德國聯邦憲法法院對該國刑事訴訟法重罪羈押條款所作之合憲性解釋，係將重罪羈押條款透過附加被告須有逃亡或滅證串證之虞的要件而限縮其適用範圍，只是降低法院對於被告是否有逃亡或滅證串證之虞在判斷上的心證程度而已¹²。然而，德國聯邦憲法法院這樣的作法實屬不必要的畫蛇添足，因為被告犯重罪時其所面



10.BVerfGE 19, 342, 350.

11.BVerfGE 19, 342, 350 f.

12.國內對此有採肯定見解者，見黃惠婷，「無罪推定原則之探討」，月旦法學教室，第50期，第101頁。

臨之高刑度，本來即是判斷被告可能有逃亡或滅證串證之虞的佐證事實之一，故歸結到最後還是要回到是否有事實足認被告有逃亡或滅證串證之虞的認定上。據此，本文認為我國刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款的重罪羈押條款因不符合羈押制度之本質目的而砥觸法治國「無罪推定原則」與「比例原則」，係屬違憲而應予以刪除。至於被告所犯者是否為最輕本刑五年以上之重罪，仍應回歸到同條項第一款與第二款的規定之上，亦即被告所犯者為重罪僅係作為判斷被告是否有逃亡或滅證串證之虞所參考的特定事實之一，而不應作為獨立的羈押事由。

預防性羈押的限縮

我國法上，除了上述刑事訴訟法第一百零一條所列舉的逃亡、串證與重罪等事由外，於民國八十六年修法時引進所謂「預防性羈押」的制度。所謂「預防性羈押」，係指被告犯特定之罪（主要包括放火、妨害性自主、妨害自由、恐嚇、竊盜、搶奪、詐欺等罪），犯罪嫌疑重大且有事實足認其為有反覆實施同一犯罪之虞，在必要時亦得予以羈押的一種制度。此種「預防性羈押」係繼受自德國法，此制度最早始於納粹時期一九三五年的德國刑事訴訟法，本來一度被刪除，但於一九六四年卻又再出現於德國刑事訴訟法中，原本只侷限適用於特定性犯罪上，後又再擴張至其他犯罪類型如特定暴力犯罪、煙毒犯罪及公共危險罪等¹³。

基本上，此種「預防性羈押」主要係針對經驗上易於再犯之特定罪名，在必要時得將被告或犯罪嫌疑人予以羈押，以防止其於判決確定前再繼續反覆實施同種犯罪而危害社會，具有濃厚社會保安的特徵，就實質而言此制度已非羈押的概念所能涵蓋，反而更近似於一種「保安拘禁」（Sicherungshaft）的措施。因為羈押制度的目的本在於保全被告與證據以維持國家刑事司法程序的有效運作，但刑事訴訟法第一百零一條之一所謂的「羈押」，其目的卻是在預防被告反覆實施犯罪而危害社會，根本與羈押之本質目的不符¹⁴。

此種所謂「預防性羈押」之制度，既然同樣是在被告有罪判決確定前即予以拘禁，則其與「無罪推定原則」之精神相扞格，並無疑問。有問題者仍在於其是否得以其所具有之社會保安目

的來作為其存在的合憲性基礎？對此，本文認為刑事判決從偵查到判決確定可能歷時長達數年之久，在考量到特定危險性犯罪人（例如連續性的暴力性侵害犯）於偵審期間可能繼續反覆實施犯罪對社會所造成的重大危害下，法律上仍然需要一套制度來加以因應，據此刑事訴訟法上的「預防性羈押」即仍有其存在之必要。

應強調者，預防性羈押係在尚未判決有罪確定之前對被告人身自由的剝奪，理應嚴格限縮其適用範圍在最具危險性的罪犯身上，但我國刑事訴訟法第一百零一條之一的預防性羈押，歷次修法過程卻是將其適用範圍一步步擴張，導致其適用範圍趨於浮濫，例如竟然對於最重本刑二年以下有期徒刑的單純恐嚇罪（刑法第三百零五條）以及最重本刑三年以下有期徒刑的強制罪（刑法第三百零四條）此等輕罪也可以實施預防性羈押，此誠屬嚴重違反比例性原則。據此，本文認為刑事訴訟法第一百零一條之一的預防性羈押條款固然仍有其存在之必要，但應修法將其嚴格限縮在針對重大危險犯罪的範圍內，例如連續性之放火罪、性侵犯罪、販毒罪、強盜罪或擄人勒贖罪等。

合目的性之羈押執行方式

羈押制度既然是為確保刑事訴訟程序順利進行之目的而存在，則不僅在立法上、甚至在執行上也應當符合此等羈押之本質目的。進一步言，羈押處分之目的既然在防止被告不致逃亡或串證，則對被告人身自由的限制也僅能在此符合目的的範圍內為之，超出此範圍外對被告權利的任何多餘侵害或限制，都不應該存在。據此，關於羈押處分之執行方式，應遵循以下幾項原則：

一、懲罰性羈押處分執行之禁止

與有罪判決確定後所科予之刑罰帶有懲罰性的應報（Vergeltung）功能不同，羈押制度之目的既然僅是在保全被告與證據以確保刑事訴訟程序之順利進行，則執行羈押處分之環境即不應與執行刑罰之監獄等同視之。據此，執行羈押處分之環境絕對必須優於執行刑罰之場所，否則將使羈押處分之執行淪為對尚未經有罪判決確定之被告的前置性懲罰一亦即假羈押之名以執行刑罰之實。如此恐將使羈押制度成為規避法治國「無罪

13. Roxin，前掲書，第323頁以下。

14. 林山田，「刑事司法與人權保障」，月旦法學，第44期，1999/1，第62頁，將「預防性羈押」之規定列為侵害人權之刑事立法。

推定原則」的秘密通道，最後終將導致「無罪推定原則」之實質內涵被架空的後果。令人憂心的是，目前我國現行執行羈押處分之看守所環境惡劣¹⁵，實際上已經使羈押成爲一種懲罰性的人身自由剝奪措施，此著實違反羈押之本質目的，並嚴重牴觸法治國「無罪推定原則」之精神，應儘速力謀改善。更有甚者，此種惡劣的羈押環境，倘若再搭配上寬鬆的收押裁定，無異將更坐實了司法機關「押人取供」的質疑。

二、不得過度限制受羈押被告之自由

於此首應討論者，係被羈押人得否予以施加鐐銬的問題。基本上，一旦被告進入羈押處所，在羈押期間內即代表被告逃亡與反覆實施犯罪之危險的完全消失，且除非在押被告與他人接觸或通訊，否則被告與他人串證的可能性也不復存在，因此在羈押目的已足以確保的情況下，除非係爲維持羈押處所秩序或爲保護在押被告之必要，否則均不應對受羈押人之自由予以不必要的限制。據此，我國刑事訴訟法第一百零五條第五項及羈押法第五條第二項均規定，被告非有事實足認有暴行、逃亡或自殺之虞者，不得（施用戒具）束縛其身體，此等規定尙稱允當¹⁶。而且，此等規定不僅適用於羈押處所內，解釋上當在押被告被借提至其他處所訊問或至法院開庭的過程中，亦應有其適用，故除非有事實足認被告有暴行、逃亡或自殺之虞，否則均不應施加鐐銬。

實務上經常出現的慣例，即檢察官對於自行到場之被告決定向法院聲押後，乃將被告逮捕施以鐐銬並解送至法院進行羈押庭之審理，此種作法誠有可議之處。固然，依據刑事訴訟法第二二八條第四項規定，被告經傳喚、自首或自行到場者，檢察官於訊問後認有羈押之必要時，得予以逮捕後，向法院聲請羈押。不過，此項規定所謂的逮捕僅爲在形式上符合「拘捕前置原則」之要求，並非必然要對被告施加鐐銬，爲顧及被告之名譽（刑事訴訟法第八十九條），解釋上應類推適用刑事訴訟法第一百零五條第五項之規定，亦即除非被告有暴行、逃亡或自殺之虞，否則仍然不應對之施加鐐銬。

其次應討論者，則爲關於被羈押人會面權與通訊權的問題。若從羈押之本質目的以觀，爲防止在押被告與他人串供，於被羈押人與他人會面或通訊時（書信、電話往來）得予以監視或檢查，但除非其談話或通訊內容有涉及逃亡或滅證串證之可能性，否則原則上均不得加以禁止或扣押（刑事訴訟法第一百零五條第一項與第二項）。爲維持羈押處所之秩序，雖得適當限制會客時間與次數，然我國羈押法施行細則第七十二條第二項規定會客「每日一次，每次以三十分鐘爲限」，卻屬於過度之限制，應予以放寬。而且，在不影響羈押處所秩序也無串滅證之虞的情況下，基於人道考量，對於被羈押人與配偶或子女之會面亦應給予較頻繁之會客次數與較長之會客時間。如果是委任律師與受羈押人之會面或通訊，雖仍得予以監視或檢查，但基於對在押被告辯護權之保障，原則上於會客時間內均不得限制其次數與時間。

結論

羈押制度本與法治國「無罪推定原則」相牴觸，雖基於確保刑事訴訟程序順利進行之目的而取得其存在之正當性，然我國現行的羈押制度，不管在法制面或執行面都仍有許多逸脫羈押本質目的而值得加以改進之處。就法制面而言，現行刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款之「重罪羈押條款」，因違背「法治國原則」與「比例原則」誠屬違憲，應予刪除。而同法第一百零一條之一的「預防性羈押」（保安拘禁），雖基於社會保安之需求仍有保留之必要，但爲避免不符比例的違法羈押，應大幅限縮其適用範圍至僅針對特定重大危險犯罪上。就執行面而言，爲避免羈押淪爲對尚未受有罪判決確定之被告的前置性懲罰，目前最應該進行者首推羈押處所（看守所）環境之改善，重新建構一符合人性尊嚴與羈押本質目的之羈押專門看守所，實爲刻不容緩之要務。■

15. 報載「聯電榮譽董事長曹興誠昨日受邀列席立法院司法及法制委員會，就司法人權議題發表看法。他說，…現在的看守所居住條件簡陋，如同凌虐受疑人，有違法之虞。…看守所居住條件簡陋，已造成對受疑人的凌虐，畢竟看守所是把很多不認識的人，關在很小的空間裡，沒有最起碼的空調、盥洗設備，大家吃喝拉睡擠在一起，完全沒有尊嚴、隱私，「如果這不叫凌虐，這是沒有慈悲心。」…他指出，他有企業界朋友遭羈押經驗，確實覺得受身心虐待，幾乎

一輩子無法復原，他雖然沒被羈押過，仍感覺以這麼簡陋的看守所設施羈押人犯，確實達到凌虐程度。法務部沒有改善設施前，基於尊重人權，應立即釋放羈押人犯，也不應隨便羈押。」（2008/11/25 中國時報【林諭林／台北報導】）

16. 德國刑事訴訟法第一百一十九條第五項（StPO § 119 V），亦有類似的規定。



專題

阿扁、司法人權與司法改革

司法人員妨害偵查祕密罪

張明偉

真理大學財經法律學系助理教授

刑事訴訟法第245條第1項規定：「偵查，不公開之」。然而在媒體爆料文化盛行的環境中，特別是在令人矚目的重大案件偵查過程中，現實的情形卻與前開規定有所出入。為落實刑事訴訟法上偵查不公開之原則，避免媒體爆料干擾案件偵查，社會上已有對違反刑事訴訟法第245條第1項規定者特別科以刑罰之倡議，但究應如何妥適立法，即有必要對偵查不公開之內涵與功能有進一步之認識，否則如現行刑事法規已足以適用解決此等問題，本無必要再疊床架屋般地重複立法，造成立法資源之浪費。

偵查不公開之規範目的

一般而言，「偵查不公開」包含：「偵查程序不公開」與「偵查內容不公開」二大內涵，蓋如於犯罪偵查期間公開所有的偵查計劃，恐將導致犯罪嫌疑人逃逸或證據被湮滅之不良後果；而如於犯罪偵查期間公開所有的偵查內容，亦將造成犯罪嫌疑人在有罪裁判確定前，因涉嫌犯罪之相關資訊已被公開，而遭受到名譽、信用之損害，尤其當犯罪嫌疑人最後獲不起訴處分時，其損害更屬難以彌補。日本刑事訴訟法第196條：「檢察官、檢察事務官和司法警察職員以及辯護人或其他在職務上與偵查有關之人員，應當注意不要損害被疑人或其他人之名譽並且應注意不要妨礙偵查」，即為前述目的下所為之規範¹。又參照臺灣高等檢察署暨所屬各分檢八十二年度法律問題座談會之第五提案，「偵查不公開」之意旨尚包含：為維護法官審判獨立，避免其產生先入為主之成見。換言之，偵查不公開之規範目的主要有三：一在確保犯罪偵查程序之順利進行，以保護社會秩序；二在保障犯罪嫌疑人名譽與信用，避免嗣後獲不起訴處分之犯罪嫌疑人於犯罪偵查期間遭受名譽損害；三在保障審判獨立，避

免影響法官心證。

為避免偵查人員透露應不公開之內容，嚴重影響犯罪嫌疑人名譽之權益，我國於民國89年修正刑事訴訟法時，乃增訂現行刑事訴訟法第245條第3項：「檢察官、檢察事務官、司法員警官、司法員警、辯護人、告訴代理人或其他於偵查程式依法執行職務之人員，除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者外，不得公開揭露偵查中因執行職務知悉之事項」，藉以規範相關偵查人員與辯護人及告訴代理人恪遵偵查不公開之規定，以免犯罪嫌疑人名譽或有關證人之名譽信用遭到過度損害。

違反偵查不公開的處罰

違反刑事訴訟法「偵查不公開」規定該當如何處罰？實務上認為應該當刑法第132條洩漏中華民國國防以外應秘密之消息罪：「（第1項）公務員洩漏或交付關於中華民國國防以外應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，處三年以下有期徒刑。（第2項）因過失犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。（第3項）非公務員因職務或業務知悉或持有第一項之文書、圖畫、消息或物品，而洩漏或交付之者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金」。例如台灣高等法院85上易5297判決：「『偵查，不公開之』，為刑事訴訟法第二百四十五條第一所明定。新竹地檢署要求臨檢太陽神遊樂場有無賭博情事，自屬關於中華民國國防以外應秘密之消息，被告身為輔助偵查之司法警察，對此應秘密之事項，自應嚴守秘密，竟於通話中將之透露予前開不詳男子，顯已洩漏關於中華民國國防以外應秘密之消息」。

另外，由於偵查不公開具有保障犯罪嫌疑人名

1. 又依德國法規定，被告的人格權在新聞、廣播及電視活動中亦均應受到保護。在判決前需對被告依歐洲人權條約第6條第2項做無罪之推定。對指出姓名的報導、描繪、或其他對於人別身分有辨識性的提示，均不應被允許。媒體報導的目的是在於追緝，此亦在不允許之列；因此類的追緝只得在刑法第131條（通緝）的範圍內方被允許。只有在當今社會上極具重要影響的案件中，才能對有關形象藝術、攝影學方面之著作權法第23條第1項第1段之規定加以類推適用，而允許有匿名原則之例外存

在。刑法第353d條之規定，乃在禁止將起訴書或其他公家文件在刑事訴訟或罰鍰程序未進入公開審判之前或該訴訟程序結束之前被公開，其首要目的乃在保護參與該訴訟程序之人，使其不致因此而受拘泥影響，此種禁止規定也在保護被告之人格權。參閱Claus Roxin，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，第162至163頁（三民，87年11月）<http://www.tahr.org.tw/site/active/investigate2001/dis-wang.htm>（最後造訪日：98/02/08）。



名譽信用之功能，因此違反該規定似乎亦同時侵害犯罪嫌疑人名譽法益，而可能該當刑法第310條第1項：「意圖散佈於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為毀謗罪，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下之罰金。」或第2項：「散佈文字、圖畫犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下之罰金」。

必須注意的是，依刑事訴訟法第245條第3項的規定，「偵查不公開」並不是絕對不可違反的義務，而有兩項但書。第一，受規範的只有「檢察官、檢察事務官、司法員警官、司法員警、辯護人、告訴代理人或其他於偵查程式依法執行職務之人員」，至於犯罪嫌疑人或被告、新聞記者及一般社會人士，因為並不屬於「於偵查程式依法執行職務之人員」，都不在規範之列。第二，就算是「於偵查程式依法執行職務之人員」，只要其洩密行為是「依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者」，即構成阻卻違法事由，所以也不算違法。

因為有這兩項但書，所以在現實上經常發生的問題是：一、新聞記者和媒體名嘴報導或爆料偵查中事項，是否應該禁止？二、警方為安定社會人心的需求，而宣佈破案或公佈犯罪嫌疑人的特徵、姓名、照片等等，是否應負洩密或誹謗的刑責？三、又如果被告或犯罪嫌疑人以演講、召開記者會等方式，而公開偵查中的秘密，是否該有規範？

新聞自由與偵查不公開

由於媒體常打著新聞自由之大旗大肆爆料，

因此當媒體（刑事訴訟法第245條第3項規定以外之人）知悉偵查資訊時，在新聞自由以及拒絕證言權之保障下，是否亦該有保密義務？

新聞自由是透過大眾媒介傳布資訊或理念，而不受到政府干預的權利。常說新聞媒體是第四權，是指新聞媒體為政府立法、行政、司法三權以外的第四權，這其中並含有監督制衡的意義。根據第四權理論，憲法之所以要保障新聞自由的目的，是在保障新聞媒體的獨立性及完整性，以維持新聞媒體的自主性，使其能提供未被政府控制或影響的資訊、意見及娛樂，以促使人們對政府及公共事務的關心，並進而引起公共討論，而能善盡監督政府的功能。因此，新聞自由就是要保障新聞媒體能充分發揮其監督政府功能的一種基本權利。基於第四權理論的新聞自由，是憲法為了保障新聞媒體作為現代民主社會一個重要的制度，而給與新聞媒體一種基本權利的保障，是一種「制度性基本權利」；也是一種為維護新聞媒體能達成監督政府功能的「工具性基本權利」；更是一種只有新聞媒體才能享有的基本權利²。一旦重大犯罪事件具有接受公共監督之必要，在保障人民知的權利基礎上，以新聞自由為核心價值的第四權理論確為媒體主張報導偵查中案件之重要依據，或許這也是強化偵查保密義務，卻又同時增訂現行刑事訴訟法第245條第3項：「除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者外，不得公開揭露偵查中因執行職務知悉之事項」規定之重要原因。

一般而言，重大犯罪事件具有高度的新聞價值，如要求媒體不得主動報導重大犯罪事件，實亦有害社會大眾「知的權利」，因此在犯罪偵查過程中，檢警單位無法禁止新聞媒體於第一時間報導犯罪事件之緣由或始末。特別在某些犯罪的偵查過程中，媒體往往成為檢警防堵或破案的重要「工具」，一概禁止檢警與媒體互通有無，亦與現實的辦案需求有所違背。只要具體案件之現實狀況在新聞自由或其他公益要求下足以被評價為「依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要」時，該「洩露國防以外偵查秘密行為」應已被正當化而不具有可罰性。當然，縱然在這個抽象法則的指導下，如何在具體個案中判斷是否符合「依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要」，並不是一件容易的事，有待法院形成

2. 參閱林子儀，新聞自由的意義及其健全之道，律師通訊166期，頁12、13，1994年7月。

共識。但此問題是出在具體衡量的困難性，而不是出在法條規定本身。所以結論是：新聞媒體爆料偵查內容的現象縱然令人不滿，但也只能就個案判斷這些爆料是否有「維護公共利益或保護合法權益」之必要，並無法以修法方式針對媒體做一般性的限制。

警方宣佈破案與偵查不公開

警方為安定社會人心的需求，而宣佈破案或公佈犯罪嫌疑人的特徵、姓名、照片等等，是否應負洩密或誹謗的刑責？

有關這個問題，臺灣高等法院檢察署曾於民國82年間與所屬各檢察署之法律問題座談會中提案討論。期間雖有人主張「刑事訴訟法第245條第1項規定偵查不公開原則中外皆然，因為偵查的目的即在於偵查犯人及證據，若是將犯罪嫌疑人姓名及期實施方法等項洩漏於外，或恐犯人逃匿及罪證湮滅，甚至損及偵查人員的名譽及信用，故採取密行主義。司法警察機關於檢察官偵查終結提起公訴前，不得對外公開宣布破案，違反者不無涉及公務員洩漏國防以外之秘密罪，或妨害名譽及信用罪嫌」，惟基於：（一）刑事訴訟法第245條第1項之立法目的在於：防止嫌疑人因偵查之手段洩漏於外而有逃匿或湮滅證據；由於犯罪嫌疑人之犯罪事實尚未有十分明確的證明，因此對犯罪嫌疑人有保護其名譽及信用的必要，一方面為維護法官審判獨立，避免先入為主的成見，另一方面所謂的偵查不公開係針對不特定大眾及公眾而言，但是對於當事人、辯護人及該刑事案件的關係人則無秘密可言，因此所謂偵查不公開就目前實務及學理見解大都認為是指偵查程序及內容不公開而言，不包括偵查終結後，及審判的公開；（二）依「檢察機關發布新聞應行注意要點」第4項規定：「負責發言之主任檢察官或檢察官對於各檢察官辦理之案件，應通盤瞭解程序進行情形，對於新聞記者之採訪……，在不妨害偵查不公開原則之下…，提供相當之消息於新聞媒體」；（三）警察在宣佈破案對於社會治安維護及民心安定有相當之助益，應肯定其意義，而記者招待會公開宣布偵查的案情時，是基於政府的政策及大眾知的權利之下，難以有洩漏秘密之故意即犯意等理由，該次座談會最後採取的見解是：「刑事訴訟法第245條第1項規定偵

查不公開，係指不向公眾公開而言，但訊問被告、證人及其他訴訟關係人應祕密行之，案件內容及文件不得洩漏本為訓示規定，如有違背僅是行政上的責任問題，與偵查的效力毫無影響。且歐美的警察機關同樣有對外宣布破獲重大刑事案件的情形，因此，司法警察官與司法警察無刑責問題」。

從根本而言，此項座談會的結論是認為警方對外宣佈破案的行為符合「依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要」，而不必負刑事責任，並不是指司法人員所有對外洩露偵查秘密的行為都能阻卻違法。檢警偵辦案件期間，有時候因為案情需要，透過媒體散佈消息向歹徒「喊話」，或針對連續犯案之歹徒，將作案手法提供民眾知悉，以提高警覺加以防範，這些都是媒體所能發揮之正面功能。然而，如果檢警人員僅是基於個人之英雄主義及邀功心理，或屈服於媒體的壓力之下，甚至是利用媒體來刻意打擊犯罪嫌疑人或被告的名譽，意圖使其在審判中處於不利的地位，這些行為當然不能阻卻違法。³

被告或犯罪嫌疑人與偵查不公開

如前所述，依刑法第132條「（第1項）公務員洩漏或交付關於中華民國國防以外應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，處三年以下有期徒刑。（第2項）因過失犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。（第3項）非公務員因職務或業務知悉或持有第一項之文書、圖畫、消息或物品，而洩漏或交付之者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金」，與刑事訴訟法第245條第3項「檢察官、檢察事務官、司法員警官、司法員警、辯護人、告訴代理人或其他於偵查程式依法執行職務之人員，除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者外，不得公開揭露偵查中因執行職務知悉之事項」等規定，犯罪嫌疑人、證人或告訴人等，因罪刑法定原則（無法律明文規定即不處罰）之故，並不在洩密處罰之範圍內。換言之，縱使犯罪嫌疑人或被告以召開記者會之方式透露偵查不公開之內容，現行法亦無法可罰。

不處罰被告或犯罪嫌疑人洩露偵查秘密的理由，應該是因為「偵查不公開」的立法理由既然是為了保護犯罪嫌疑人的名譽，如果被告或犯罪

3.參閱林秀怡，警察機關如何落實偵查不公開，中華警政研究學會會訊第3卷，2005年09月，www.pra.cpu.edu.tw/paper/3/14.pdf（最後造訪日：98/02/08）。

嫌疑人自行決定公開之，則顯無處罰之必要。但必須注意的是，「偵查不公開」除了保護被告或犯罪嫌疑人名譽的目的之外，也有確保犯罪偵查程序之順利進行，以保護社會秩序，以及保障審判獨立，避免影響法官心證的目的。被告或犯罪嫌疑人本身僅有權放棄其個人名譽法益之保護，而無權處分國家法益。從而，如欲貫徹偵查不公開之規範意旨，擴大違反偵查不公開之處罰範圍及於告訴人、證人以及犯罪嫌疑人等，或為不得不然之作法。

司法人員洩露偵查秘密的特別處罰

在承認洩露偵查秘密之行爲有擴大處罰範圍之前提下，接下來所要面對的問題，就是該行爲之可罰性是否異於洩露「偵查以外之非國防秘密」行爲，亦即洩露國防以外非偵查秘密與洩露國防以外偵查秘密之可罰性是否相同之疑義。

基本上，在不違反比例原則與平等原則之前提下，行爲之可罰性，乃立法裁量之空間，只要所定之處罰條文符合明確性原則，其所制定之規範自屬合憲而有效。

因此，只要立法者認為有必要差別處罰洩露國防以外非偵查秘密行爲與洩露國防以外偵查秘密行爲，即可於現行刑法第132條規範外，另訂處罰之依據。我國刑法第133條即是針對郵電機關公務員洩露郵電機密的特別處罰規定。蓋因郵電內容涉及人民隱私權，立法者認為此等洩露行爲有必要加以特別規範，以收嚇阻之效。

由於社會上普遍對於媒體整日爆料司法偵查內容的不滿，更有對檢警調人員習慣性洩露辦案內容給新聞記者和電視名嘴的疑慮，如為貫徹偵查不公開原則，杜絕偵查人員洩露偵查資訊，或可考慮仿照「郵電公務員妨害郵電秘密罪」的立法方式，特別針對司法人員增列「司法人員妨害偵查秘密罪」，以為加重處罰偵查人員洩露偵查資訊之依據。而在避免其他非偵查人員洩露偵查資訊以維護社會秩序與司法正義之考量上，亦可參考刑法第132條第3項：「非公務員因職務或業務知悉或持有第一項之文書、圖畫、消息或物品，而洩漏或交付之者」之規定，於辯護人或告訴代理人外，一併考慮將犯罪嫌疑人、證人以及

告訴人等洩露應秘密偵查資訊之行爲，增定為「非司法人員妨害偵查秘密罪」。在現行刑法第132條規範基礎上，試擬刑法妨害偵查秘密罪草案如下，以供酌參：

試擬刑法第一百三十二條之一：

檢察官、檢察事務官、司法警察或其他於偵查程序依法執行職務之公務員，洩露或交付偵查中因執行職務知悉事項之文書、圖畫、消息或物品者，處五年以下有期徒刑。

因過失犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑或拘役。

非公務員因職務或業務知悉或持有第一項之文書、圖畫、消息或物品，而洩漏或交付之者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十萬元以下罰金。

犯罪嫌疑人、證人以及告訴人洩露或交付於偵查中知悉或持有事項之文書、圖畫、消息或物品者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣三萬元以下罰金。但經檢察官許可者，不在此限。■



專題

阿扁、司法人權與司法改革

司法行為之 國家賠償責任

江雅綺

英國里茲大學法律系博士生

「憲法」第24條規定「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償」，此為人民於權益受公務員執行公權力行為侵害時，得以請求行為人及國家賠償之憲法規定，亦為我國目前國家賠償相關立法之根本依據。但憲法條文中並未指出該條之國家責任係指「國家自己之責任」，或僅「代位公務員負責」，於是現行法律在處理司法人員的侵權行為時，有採國家自己責任者、亦有採代位責任者，頗為錯亂。

採「國家自己責任」者，例如「冤獄賠償法」，認為只要人民權利受司法行為所害，國家就須負責，司法人員有無過失則可不論。採「國家代位責任」者，例如現行之「國家賠償法」，認為人民權利若受司法人員行為所侵害，該員就應負起法律責任，國家此時只是先代位賠償，其後尚可向該公務人員求償，而因為此時國家責任乃以該司法人員之不法行為為基礎，是以該員必須符合一般侵權行為之故意過失要件。

由於「國賠法」必須考慮公務員「故意過失」之要件，一旦成立賠償，就必須讓司法人員受到追償，對法官、檢察官在行使職權時，可能產生心理上的牽制作用。於是當初「國賠法」立法時，便刻意有第13條之規定，將審判訴追職務人員與一般公務員分開規定，大幅拉高前者職務行為賠償責任之門檻。這就使得受到不當司法待遇

之人民，要依該法請求國家賠償，真是難上加難。¹

本文認為合理之法制，應兼顧審判獨立與人權保障，將司法行為國家賠償責任之一般原則，從國家代位責任邁向自己責任，擴大「冤獄賠償法」之適用範圍，「國家賠償法」第13條則宜予刪除。

國家對司法人員不法侵權行為之責任

1. 國家責任類型—國家自己責任與國家代位責任²

針對司法職務人員侵害人民權益的不法行為，國家所負之責任可分為兩種：第一是行使公

權力的行為人並無故意過失之「國家自己責任」。該侵權行為雖具不法性，但行為人並無主觀之故意過失可歸責。此時國家雖亦無過失，但按照「特別犧牲」或「公平負擔」之理論，國家基於危險分配，概括承受該公權力行為之責任。目前我國「冤獄賠償法」即屬此

類。以「冤獄賠償法」為例，只要人民最後得到無罪判決確定，則不問該檢察官或法官是否有故意過失，其所受之羈押或刑期，均可向國家請求冤獄賠償。

第二則是行為人有故意過失之「國家代位責任」，此時行使公權力的行為人不但具有不法性，亦具故意過失的歸責要件。此時國家只是先



註解：

1.詳見本文之表二、表三統計數字。

2.參考廖義男(1997)，國家賠償法，三民書局經銷，台灣，chapter 2-3。

行負擔賠償責任，其後還可向該行為人求償。現行「國家賠償法」中第2條之一般公務員責任，與第13條之審判追訴職務人員責任，均屬此類。第2條規定一般公務員須具有故意過失，第13條則更將審判追訴人員必須賠償的標準，拉高到「犯職務上之罪，經判決有罪確定者」。亦即，司法官或檢察官必須是犯了刑法第124條枉法裁判罪，以及第125條濫用職權追訴處罰罪，且經判決確定有罪之後，國家才有賠償的責任，事後並得以向該檢察官或法官加以追償。

2.司法人員侵權行為之不同責任

基於上述，司法人員職務行為所可能產生之國家賠償責任，若適用「國賠法」，則必須考量審判追訴之司法人員是否有犯罪及被判有罪，若適用「冤獄賠償法」，則不論司法人員是否有故意過失，只要當事人確定無罪即可。但「冤獄賠償法」僅限刑事案件，其賠償範圍亦只限於不當羈押或刑期，而且是以每日三千到五千元的廉價行情計算賠償金額。至於精神賠償、工作所得賠償等常見的民事求償項目，則完全付之闕如。³受到不當司法待遇者若想請求這些賠償，還是要訴諸「國賠法」。但因為「國賠法」第13條規定司法官或檢察官必須是犯了刑法之罪且經判決確定有罪之後，國家才有賠償的責任，要依據該法請求賠償，可謂難如登天。

司法行為之國家代位責任--「國家賠償法」

1.「國家賠償法」第2條與第13條之差異

「國家賠償法」第2條之規定一般公務員、執行公權力行為之國家賠償責任，以「故意過失不法侵害他人權利」為要件，和民法一般的侵權要件相符。但「國家賠償法」第13條，卻刻意區分審判追訴職務人員，規定其須犯有關職務上之罪且「有罪判決確定」，才能適用本法。而這樣的差異待遇，也表現在法院受理國家賠償訴訟的數字上。針對司法機關的國家賠償訴訟數字，2006年在地院大約只占有所有案件的九分之一，到了2007年則不到十分之一。(詳見表一)。到了高等法院，2007年的數字亦不到十分之一，2006年則不到百分之五。(詳見表二)。

由此可見，「國家賠償法」第2條與第13條的差異化規定，讓權益受侵害之人民，必須接受更嚴格之要件審查，才能對進行審判追訴職務之公務員提起國賠救濟。正因為司法案件請求國家賠償之標準過高，所以該類請求所佔比例一向偏低。

2.第13條之立法考量

如此差別待遇的正當理由何在？倘若缺乏正當理由，即有違反憲法第7條所規定平等原則、

表一：地方法院受理國家賠償事件已終結事件中請求賠償之對象⁴

	總計	行政措施	警政	稅務	司法	交通	地政	工務	公害	醫藥	食品	其他
2006	441	144	29	9	52	57	40	87	2	7		14
2007	457	156	29	7	38	77	42	86	4	8		10

表二：高等法院受理國家賠償事件已終結事件中請求賠償之對象⁵

	總計	行政機關	司法機關	立法院	考試機關	監察機關
2006	134	126	6			2
2007	133	117	12		1	3

3. 羈押、收容、留置或執行之日數，以新臺幣三千元以上五千元以下折算一日支付之。死刑執行之賠償，按受刑人執行死刑當年國人平均餘命計算受刑人餘命，以新臺幣一千元以上三千元以下折算一日支付撫慰金。但其總額不得逾新臺幣三千萬元或低於新臺幣一千萬元。

4. 資料來自司法院統計處。

5. 資料來自司法院統計處。

6. 李嘉慧(2002)，「審檢人員國家賠償責任之研究—以國家賠償法第13條為中心」之摘要，台灣，師範大學三民主義研究所碩士論文。

憲法第16條所規定保障人民提起訴訟救濟之權利、及憲法第23條基本權利不得任意限制、與憲法第24條公務員及國家應負侵權賠償責任之可能。

有關「國賠法」第13條之立法理由，主軸大致圍繞於「尊重裁判實質確定力，維護法安定性」⁶，易言之，該規定的目的在於保障法官與檢察官於使審判與追訴職務時，能免於受到潛在的國家賠償責任之干擾，擁有自由形成心證與見解的空間，不用動輒煩惱自己所做成之心證與判斷有無「故意過失」問題。同時，亦在避免人民針對法官裁判提起國家賠償請求，間接挑戰原有裁判之拘束力，繼續於國家賠償審判程序中爭執其他案件已審判過之爭點，造成法秩序的不安定，及訴訟之重複與浪費⁷。

除立法理由，另一項主要支持國家賠償法第13條合憲的論點，則來自我國大法官釋字第228號⁸。

在第228號解釋文中，多數大法官認為這樣的特別規定之所以合憲，乃因「有審判或追訴職務之公務員，其執行職務，基於審理或偵查所得之證據及其他資料，為事實及法律上之判斷，係依其心證及自己確信之見解為之。各級有審判或追訴職務之公務員，就同一案件所形成之心證或見解，難免彼此有所不同，倘有心證或見解上之差誤，訴訟制度本身已有糾正機能。關於刑事案件，復有冤獄賠償制度，予以賠償。為維護審判獨立及追訴不受外界干擾，以實現公平正義，上述難於避免之差誤，在合理範圍內，應予容忍。不宜任由當事人逕行指為不法侵害人民之自由或權利，而請求國家賠償。唯其如此，執行審判或追訴職務之公務員方能無須瞻顧，保持超然立場，使審判及追訴之結果，臻於客觀公正，人民之合法權益，亦賴以確保。至若執行此等職務之公務員，因參與審判或追訴案件犯職務上之罪，經判決有罪確定時，則其不法侵害人民自由或權利之事實，已甚明確，非僅心證或見解上之差誤而已，於此情形，國家自當予以賠償，方符首開憲法規定之本旨。」

釋字第228號之理由和「國賠法」第13條的

立法理由並無太大差異，都認為該特殊規定乃為維護獨立審判和追訴的空間，因此合憲。

3.對第13條的批判

我們必須承認，如果採用國家代位責任，而使檢察官和法官受到事後求償追訴的話，等於是對檢察官和法官加了一道「你有可能被追償」的緊箍咒，而有可能使檢察官行使職權「有所瞻顧」。但檢察官行使職權的獨立性固然需要保護，受不當侵害者的請求權也需要保護。我們不能說，獨立的檢察官就不會造成冤獄和不正確的裁判，因為司法的「獨立性」和「正確性」本就是兩個概念，獨立的司法不一定正確，正確的司法也未必需要獨立。我們更不能說，獨立的檢察官因為是獨立的，所以被侵害的人就必須自認倒楣，只該用每天三、五千塊的計價方式來打發。當許多人的自由、財產、身體權益在有缺陷的司法程序中被忽略了、被犧牲了，一面倒地強調「審判獨立」，只會讓人民面對不當司法程序時求救無門、讓國家因此輕鬆卸責。

另一方面，釋字第228號也指出「冤獄賠償法」已為足夠之國家賠償管道。但是否如此？

「冤獄賠償法」最大的特色在於採行「國家自己責任」：不問這些當時裁定羈押或執刑之司法人員是否有故意過失，但只要求最後當事人無罪確定，即認定國家此時應負起賠償之責。如此，一來受害人民不需要大費周章的證明這些司法人員是否有犯罪確定，二來司法人員的審判獨立空間仍然獲得確保，國家賠償之後，也不能再向這些司法職務人員求償。可謂兼顧「審判獨立」與「人權保障」之立法。

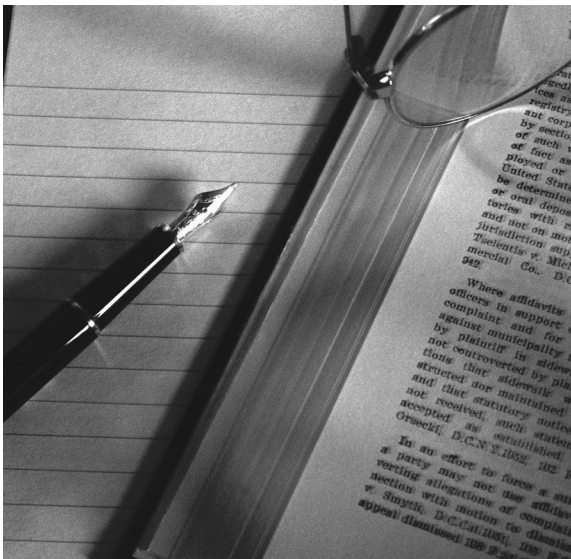


7. 參考林三欽(2007)，96學年東吳大學「國家賠償法」/「國家責任法」課程講義

8. 參考釋字第228號全文，<http://www.judicial.gov.tw/constitucionalcourt/p03_01.asp?expno=228>

但「冤獄賠償法」的賠償範圍卻實在太過有限。冤獄賠償法完全沒有國家賠償法中針對民事侵權「回復原狀」的規定，所以它僅限刑事案件，其賠償範圍亦只限於不當羈押或刑期，而且是以每日三千到五千元的廉價行情計算賠償金額。至於精神賠償、工作所得賠償等常見的民事求償項目，則完全付之闕如。

司法行為對人權可能產生之侵害，被害人失去自由的天數只佔其中一小部份。從偵查階段開始，涉案人不管清白與否，以我國偵查不公開執行之寬鬆，其名譽人格權必先受損。其次，檢察官若認定有必要，則有權力傳喚、逕行拘提，即使最後證明無罪，這期間當事人所受之身心煎熬，已難完全回復。再來，審前可以長達數個月



的羈押，更是對嫌疑人的高度折磨。最可怕的夢魘則是司法在殘存的證據中無法得到堅實的心證定罪，當事人在不斷的上訴和更審中浪費生命。以「蘇建和案」與「第一銀行押匯案」為例，官司一打二、三十年，正義早已在歲月荏苒中灰飛煙滅，充分顯露出「司法」既無能又暴力的一面。

假如蘇建和被判無罪，則除非他能證明有檢察官或法官故意的濫權追訴和枉法裁判，否則他就只能針對這幾十年失去自由的天數請求每日三、五千元的賠償。又假如陳水扁前總統最後被判無罪，也只能針對被羈押的天數請求賠償，至於他的名譽和政治生命所受到的損害，國家是置之不理的。如此一來，試問大法官們如何認為「冤獄賠償法」已為足夠之國家賠償管道？

擴大冤獄賠償法範圍，刪除國家賠償法第13條

對於人民受司法人員侵權的求償行為，要如何在「冤獄賠償法」的低標準和「國家賠償法」的高標準之間求取平衡呢？本文建議可採下列作法：

第一，擴大「冤獄賠償法」的賠償範圍，納入「國家賠償法」的民事侵權「回復原狀」的相關規定，使「冤獄賠償法」得以處理精神賠償、所得損失賠償等項目；

第二，刪除「國家賠償法」第13條，對司法人員的求償全部由「冤獄賠償法」處理。

如此一來可以兼顧三方面的需求：

- 一、求償範圍擴大的需求：受不當羈押或冤獄者，不再只能要求用每日三、五千元計算被押的天數，還能請求名譽賠償、所得損失賠償等。
- 二、求償門檻降低的需求：受不當羈押或冤獄者，不再需要證明檢察官和法官是濫權追訴和枉法裁判，就能請求賠償。
- 三、保障審判獨立的需求：由於「冤獄賠償法」採行「國家自己責任」，由國家負責賠償，檢察官和法官除非有罪，否則就不用擔心會被事後追償，行使職權時也就不必瞻前顧後。

一個進步的法治國家，國家對其司法行為之責任，應該比照歐洲人權公約⁹的精神，將司法程序之損害，列為國家應負擔之風險；將提供有效之司法救濟程序，列為國家應負有之義務。司法行為之國家賠償責任，應朝向「國家自己責任」之方向發展，擴大「冤獄賠償法」之適用範圍，使其不僅限於羈押與刑期，而應包含涉及無法於適當時間完成判決之訴訟延宕、對人民財產之搜索、扣押及其他程序。至於現行只考慮保障審判獨立、漠視人民權益的「國家賠償法」第13條，則應儘速刪除。■



專題

阿扁、司法人權與司法改革

司法沉痾・何以救贖

柯耀程

中正大學法律系教授

民主理念是人類社會的智慧精華，是一種高度尊重人性的展現，也是國家與社會制度奮鬥的珍貴產物，值得加以珍惜與呵護；而民主理念的實踐，乃建構在人權保障的基礎上，人權保障可以說是民主理念的指標，是測試民主理念的度量衡，人權雖是人所以為人的事物本然，但人權思想並非人類社會亙古不變的本來所有，而是一種經過長期奮鬥所爭取來的價值理念，這樣的普世價值，常常被政治操作所戕害，而使得人權思想無法根深蒂固建築在國家政治與社會制度之中；欲確立人權思想的保障，必須循著一定制度的設計來實現，循著一套不被政治操弄的制度來鞏固，這一套人權保障的制度，就是法治觀念。法治觀念乃是人權保障的基石，也是民主珍貴的守護者。觀察一個國家的民主深化程度，是從其人權保障作為檢視的指標，而人權保障的具體實現者，乃建構在法

治的清明與合理的制度上，實現法治制度者，則須仰賴著司法正常且合理的運作。當一個國家的法治觀念有所缺損時，司法的運作就會發生瑕疵，人權的保護就會有不周延的漏洞，從而對於人權的侵犯，就會從這個出口潰決而出，此法治的缺口，也會慢慢侵蝕所有正常社會與民主理念的思想與價值理念，最終會變成假法治之名，而行侵害人權之實，民主理念也就隨之崩解。這樣的隱憂，正不斷地透過法治之手，在我們的國家中慢慢地侵蝕著民主與人權的根基，這是一個必須正視的問題。

我國的法治觀念，基本上是一個陳舊且是外來的產物，是一個在二次世界大戰之前，從古老

的中國大陸所遷移而來的產物，主要的法治基礎，乃在於1935年所移植的法律規範。從二十一世紀的觀念觀察，這樣的法治，既有時間上的過時的問題（超過使用期限），也有著空間上環境差異的異質結構，在當時的時空環境下，或許可以暫時充當其用，但隨著時代的進化，這一套陳舊且迂腐的法律制度，乃至於從其所建立的法律思維，已經漸漸出現異質性的摩擦，在我國社會與島國觀念中，也出現漸漸適應不良的後遺症，而必須加以修正與調整，乃至必須作去蕪存菁地加以翻修，甚至必須全盤作本體性的檢討，重新在現有的基礎上，建構一套屬於我國特有，且適



合海洋民族的新法治價值與觀念。有鑑於我國法治從來都是一種移植式的觀念，終究會發生本質上的扞格，必須重新加以調整與修正。在我國的法律制度的形成與發展歷史過程中，確實不乏制度層面的修

正與調整，但遺憾的是，這種修正與調整，始終都欠缺一種根本的核心思想，欠缺一種本體性的需求。法律制度的修正，大抵還都是他人或別國經驗與制度的擷取，根本欠缺自己需要什麼的深層思維，即便引進先進國家的先進法律制度，骨子裡依然只是在做移植式的法律制度修正與調整，所形成的法律制度，仍舊不合身、也不適體。太多法律制度的移植，不但會造成本體價值與外來理念的排斥現象，最後還會把自己的信心與自我的認知，都給侵蝕掉了，難怪法律修正，大多看著其他國家的臉色，於是產生一種缺乏自主性的信心喪失，亦即「當別人有，而我們沒有時，要趕快將其搬回來；當別人沒有，而我們有

時，一定是我們錯，要趕緊將其廢除；當別人有，我們也有時，一定是別人的比較好」，這或許是身為台灣子民的悲慘宿命吧！總要想辦法加以救贖。

從二十世紀初葉法律制度形成的世代，到二十世紀中葉以後，對於法治改革的聲浪興起，遂於二十世紀末（1999年）有司法改革會議的啓動，隨之而起的，乃是對於法律制度作前所未有的大翻修。當時序進入二十一世紀之初，這種司法改革的浪潮，仍舊處於方興未艾之勢。但觀察自司法改革會議以來的十年改革成果，不禁令人產生一種現象的迷幻，不禁要問，司法改革的成效，到底是將法治制度作向上提昇？抑或是造成向下沈淪？法治到底是向前推進的進步？或是停滯原地的踱步，甚至是一種反祖現象的後退？從社會現實面的觀察，以及對於司法實際運作的檢視，不禁令人產生強烈的隱憂，似乎司法的程度，不斷地在退化，乃至退化至1950年代以前的舊觀念，這種現象在二十一世紀的開始，顯得特別強烈，或許這是一種改革的陣痛，但仍存在著若干的危機。「司改」似乎已經淪為一種口號，只是作為搪塞求新求變下的一種藉口而已。

惟司法在制度層面的確有作具體的修正與調整，在制度的改革上，確實也是依循著一種人權保護的理念，循著人權進步軌跡前進。然為何會造成不進反退的現象？這樣的逆轉現象，確實可以從幾個面向來加以檢視，並對之加以深思與分析。

司法改革的理想與背離

司法所以必須加以改革，必然是因法治觀念與法律制度有改進的問題存在，也就是司法的本身並不健康，而必須查其病灶，以求對症下藥，可以讓司法真正成為人權保障的基石，以作為對抗政治侵擾的健全防護體。在二十世紀後期，我國漸漸確認人權保障的精神，建構出人權基本法，將人的地位提昇到真正作為法律的主體，而非僅是國家權力下的附庸，而此種基本人權理念的落實，除一種基本人權尊重的普世價值確立之外，更須有具體的保障手段，此種保障手段，自然落至司法人權的強化之上。在法律制度的修正上，必須循著此種人權保障的中心思想，作法律制度面的調整，司法改革的主軸，亦是置於司法

人權保障之上，而此種構想則反應在刑事司法的修正與調整之上。故而，司法改革主要是在確認刑事司法制度的精緻化，刑事法律上的修正與變革，所期待的目標，乃在於建構一套合理的刑事司法制度，以使得司法能真正達到期待的目標，一方面能對於刑事司法人權作更為周延的保護，並貫徹無罪推定構想的具體實現；另一方面改革刑事司法偵審制度，從組織到具體操作的法律規範，以求司法運作得以實現合理的法治理想。於是在刑事司法改革的核心工作，乃從法律規範面著手，從2001年以後，刑事程序法的修正，要將既有的職權程序模式，改變成為以當事人進行為核心的程序進行模式，希望強化當事人的刑事程序地位，特別是對於被告程序地位的保障，以落實司法人權保障的基本精神。

然而，理想與現實之間，似乎存在著一條無法跨越的鴻溝，觀察十年司法改革的成果，從司法實務的運作關係來看，雖然法律制度不斷地修正，並構思著朝向精緻化的司法制度作改革，在理想與現實之間，似乎有著嚴重的背離問題，制度面的修正，核心的價值，在於人權更為周延的保障，但在現實的司法層面，所見的卻是不斷無端的人權侵犯，司法之前不論是達官顯要，或是平民大眾，都應當被公平合理的對待，不應因人設事，更不應有任何歧見。然而司法無形間的人權侵害，主要的問題，乃在於司法人員的法律素養，跟不上制度改革的腳步，無法認知到制度精髓之所在，隨之而起的就是司法人員自發性的本能反應，既不了解制度的核心所在，只好自己土法煉鋼的自己想，造成制度所期待的理想與現實之間的嚴重落差，人權保障的構想具成畫餅。

問題癥結所在，在於欠缺全盤性的構想，對於司法制度的改革，雖然制度的變革很重要，但空從制度的改革，並無法真正實現司法革新的理想。當欠缺司法人員的認知再造，遺漏司法人員的人性改革，圖從制度面的變革，將使得司法改革具成空談，甚至產生更為嚴重的後遺症，除造成制度理想與司法實務現實的嚴重剝離，更會因此使得司法制度發生嚴重的空窗現象，使得司法體質變得脆弱不堪。儘管司法改革設定有四個階段，但在司法改革的議題上，卻多聚焦在制度面的改革，忽略了「徒法不足以自行」的警示。須知，法律制度是因人而設，其存在的理想也是因

人而實現，對於實現司法制度理想的「人」，如果在司法改革的過程中被忽略，獨漏人的改革，也就是未做人性改革的司法改革，在理想的成效上，將會是一種嚴重的阻礙。儘管法律制度的革新，具有前瞻性的先進理想，如果欠卻懂得善用制度之人，司法制度仍舊是一部無用的新機器，沒有真正懂得用的人，再好的機器，也是破銅爛鐵。因此，司法改革除作制度面的檢討之外，對於司法人員的法律素養與價值認知的再造，更是重要的工作。但觀司法改革十年的成果，都只是單方向的制度改革，完全欠缺對於人的改革，於是造成二十一世紀的法律制度，卻是由二十世紀初的古人在操縱，雖然制度以作相當程度的修正與更新，但司法人員一直到現在所存在的觀念，仍舊未脫離既古老又不合時宜的舊制度觀念，司法人員的法律認知，根本跟不上法律制度的修正的腳步，更遑論跟不上法律制度的理念，司法人員的認知準備，跟不上制度改革的步伐。這樣的司法改革，已經失去最核心的要素，也就是實現制度的「人」的要素。

在制度素質的培養嚴重欠缺，司法人員的觀念，仍舊停留在舊制度時期，跟不上制度真正的構想，無從理解司法人權保障的意義所在，所造成的現象，即是理想及制度理念與現實司法實務的嚴重背離，如此即使制度再先進，仍舊無法期待司法改革的理想能夠平順地實現。刑事司法制度與執行現況的落差，有愈加嚴重的趨勢，司法人權的侵犯，在這樣的背離情況下，只會越來越加劇。

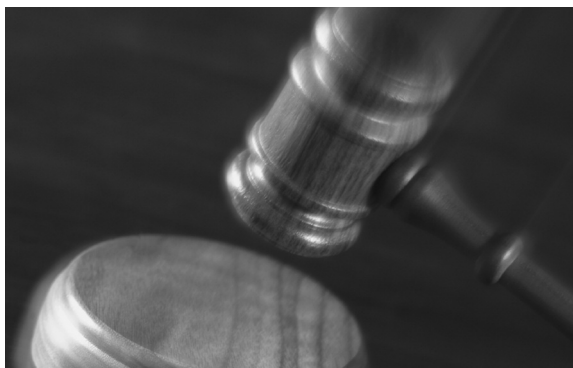
制度與執行的落差

從刑事訴訟法律規定來觀察，訴訟制度的合理化，是司法改革追求人權保障的目標，但對於這樣的目標，是否在法律規範的修正上，完全循著既有目的構想的軌跡？還是已經偏離既有的方向，將錯誤的認知，指鹿為馬的方式，將其規定在刑事訴訟法之中，而導致於制度層面出現目的性的矛盾？這是在制度層面的改革，必須慎重面對的問題。但觀察法律修正的方向，這樣的矛盾，卻始終存在於法律制度的層面，略述一例已說明，例如刑事訴訟法在改革之初，定調在無罪推定的構想，並將此一理念性的構想，化作具體的條文，規定在刑事訴訟法第一五四條之中，然而無罪推定的意義，乃在於一個被告被確認有罪



之前，至少在程序上必須尊重其如同無罪之人的權利，但這樣的構想卻在同法第一六一條的規定中，出現完全相左的現象，第一六一條的規定，完全無視於無罪推定的構想，從無罪推定的思維出發，當檢察官對於被告起訴時，在審判中如檢察官無法確實舉證，以證明被告確實有罪，本應作無罪之認定與判決，但規定的修正卻告訴法官，並不能遽為無罪的判決，而是要求法官告知檢察官，可以繼續提出證據以攻擊被告，似乎只有在證據已窮之時，方得以對於被告為無罪判決，否則僅能將檢察官之起訴以「裁定」駁回。這是一種完全有罪推定的規定，其與無罪推定的構想，正好處於完全矛盾的對立狀態。當法律規定的本身發生矛盾時，執行層面的司法實務運作時，剛好讓司法人員（特別是檢察官）有一個可以緩衝的漏洞既不會因此而受到起訴不力的責難，也不會因此而有負國家所賦予的追訴任務。加上既有法官須依職權調查的錯誤觀念作祟，更使得制度面期待的「當事人進行模式」，被嚴重打了折扣，司法改革的目標，原本是期待將刑事訴訟制度，從既有法官職權進行的方式，改變成尊重當事人的公平法院模式，卻因既有觀念的無法破除，加上傳統「官衙」的刻板印象，於是造成法官的角色，一直無法被清楚地提升到超然的定位，從而檢察官與法官之間，根本無法從既有的審檢不分的糾結中，清楚地劃分出來，使得法官真正成為公平客觀的聽審者角色。這樣的糾結觀念未被改變，徒從法律制度的變革，也難以收其成效，更何況審檢不分的根深蒂固觀念，也造成法律規範制度面修正上的偏頗，而形成相當奇特的法治上謬誤。

而檢察官的角色更是弔詭，案件起訴之後，程序的主導者，當落至指揮程序進行的法官手



上，當法官對於被告未做任何程序保全的處分時，例如羈押被告，檢察官根本無由置喙，但現況卻是檢察官不斷抗告，而且深認其具有抗告的權利，檢察官會有這樣的觀念，並不足為奇，蓋在早期的司法中，確實存在著這樣的觀念，認為檢察官具有監督法官的職責，但這是屬於1930年代審檢一家親的舊時代觀念，如今制度已經改變，法制上角色分層的觀念，已經是一種相當普遍的常識，檢察官卻仍舊守著其為檢察官的不變角色，殊不知其已經從偵查主體，隨著程序的推展，變成當事人的角色，而強制處分的救濟，僅限定在受處分之人（刑訴第四〇三條第一項的規定，應修正為「對於法院裁定不服之受裁定人，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院」更為清楚），方有救濟的權利，而不是望文生義地認定，只要是當事人即得以無端抗告，這是觀念跟不上制度變遷所致，也是曲解法律的錯誤認知。從而法院不知檢察官不能抗告，卻仍舊一味將原法院之處理（根本無有裁定存在），恣意加以撤銷，這整套操作的方式，根本就是錯上加錯，莫怪乎「假作真實真亦假」！從博達案、太電案到國務機要費案，在刑事程序的實作上，卻是如瞎子摸象般，自以為是，從而所衍生出來的案件處理模式，根本只是笑話一件。制度的要求，早已經與實務執行產生各行其道的脫軌現象，這樣的落差，或許是一種未開發的落伍，一種欠缺法律認知的專業偏執，但卻也是令人心痛的無知！

在司法改革的目標中，確認證據裁判原則，認定犯罪事實必須依證據來判斷，這樣的構想，本就是司法合理性的初步。何種犯罪事實需要何種證據？大抵上都有定論，其都根源於構成要件所要求的具體事實判斷，然而現今司法實務對於證據規則的理解，從刑事證據的蒐集、到刑事證據的調查與判斷，似乎是制度說一套，而實務執

行層面作一套，制度面的要求與執行層面的實踐，卻相當弔詭地存在著風馬牛不相及的現象。檢察官對於刑事證據的蒐集，其既有相當龐大的強制處分發動的可能性，即使決定權大多回歸法院，但其仍舊擁有相當龐大可運用的資源，甚至是權力，但從司法實務的舉證關係來看，檢察官依舊仰賴著被告的自白，證人的證言，似乎除此之外，別無其他可資以證明的證據可尋，從而毫無限度地傳喚證人，似乎證人成為檢察官偵查犯罪的不二法門，使得人民一談到要做為證人，避之唯恐不及，唯恐一不小心就變成被告。這樣的證據法則觀念，在二十一世紀的今日，不只是過時而已，甚至常會產生錯誤與偏差的刑事追訴。時代進步的軌跡，似乎在檢察官的偵查實務上，從未留下痕跡，現代檢察官的思維，卻仍舊停留在十八世紀以前的舊觀念，殊不知，刑事證據已經進入到科學證據的世代，對於仰賴供述的年代，已經相當久遠，而且供述的本身，在真實性的結構上，屬於相當薄弱的證據，只有在不得已的情形下，才有供述證據的存在餘地。然而，我國司法至今仍有百分之八十以上的犯罪事實認定，仰賴著被告與證人的供述證據。儘管法律制度面已經進展到不變性證據（包括物證、科學證據等）的要求，司法實務卻仍舊要求被告自白，或者是對於被告的論罪，太過於仰賴證人的證言，甚至為求得自白與證言，不惜動用所謂司法威嚇的手段，這些作法，都不是正常司法制度發展的常軌。

司法改革首要之要務，乃在於對刑事司法制度作法律規範與實務操作的調整，而法律制度面的修正，已經完成約一半的修法工作，亦即制度面的改變，已經完成相當程度的修正，但制度的修正，涉及觀念與制度認知必須隨之更新的問題，然而司法實務卻跟不上法律制度變革的腳步，如同購置一部豪華先進的轎車，卻不知如何加以使用，只好將這一部好車加以擱置，繼續踩著那一部既破舊又古老不堪的三輪車，守著既有的老舊的司法慣例，過著新制度下的古老生活。這或許是我國現行司法最真實的寫照。

當司法實務跟不上制度變革之時，確實會有相當多的責難與民怨發生，司法就不再是公平的象徵，而只是一種徒具形式的表象；在這樣的情況下，司法給人民的觀感，並非一種公平的信賴

安全感，而是一種帶有灰色恐懼的形象，司法的公平性，恐怕在「流浪法庭三十年」一書之中，成為最大的諷刺。司法改革的腳步從啟動迄今，都不曾停止過，但司法人員的認知跟進，卻始終未見司法內部的自省，對於人的改革，一直停留在封閉的世界之中，儘管制度面仍有相當大的改革空間，但徒從制度層面著手，是不能提供司法任何救贖的，畢竟實現制度者，仍究是在人的身上，司法人員跟不上制度的腳步，只會使得制度空留餘恨。現今亟需予以補救的部分，就在於司法人員的改造，必須健全其為法制實現者應具備的專業學養，並確認其穩定且具有人性尊重的價值核心，如此在司法改革的行程中，方有理想實現的可能。

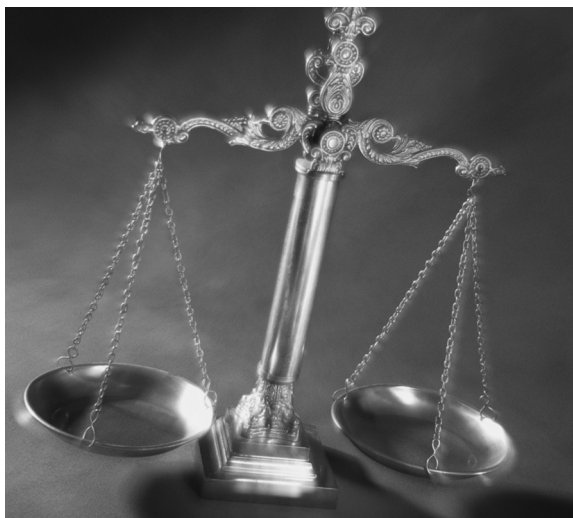
司法角色的混淆

司法所以能成為國家信賴的象徵，並不在於其追訴犯罪的成果及制裁犯罪人的程度，而是建立在對於人性平等尊重的基礎上，法院尊重檢察官的起訴，而檢察官也必須尊重法院裁判的結果，而在這樣一個尊重的基礎上，不同的司法角色，在職務的扮演上，必須善盡其司法角色的基本要求，檢察官必須善盡其偵查與追訴的工作，既不能罔圖吞棗浮濫起訴，更不能將被告遽認為壞人，必須審慎盡其偵查的要求，對於證據的蒐集，必須盡量求其完備；也不能私相授受恣意作案件的操弄，將應加以起訴的案件，以鑽法律漏洞的方式，刻意不予起訴。檢察官在刑事程序中，具有多元性的角色，在偵查階段所扮演者，乃偵查者的角色，在法律授權的基礎下，其對於犯罪嫌疑人及犯罪嫌疑之事實，本具有加以釐清

的基本要求，以確認案件是否達到起訴門檻的要求，而得以將案件起訴，倘若案件偵查的結果，排除犯罪嫌疑的認知，自然必須儘速為不起訴之處理；而當案件起訴之後，檢察官的角色，已經因偵查程序的終結，而結束其為偵查者的角色，而進入其為追訴者的當事人角色，此時檢察官在訴訟上的地位，應當是與被告相當，同樣屬於當事人的地位，在當事人訴訟地位對等的訴訟模式中，檢察官所應盡的任務，乃在於對其所起訴案件盡其偵查所得之資料，以說服法官。故而，當檢察官將案件起訴之後，不能對於同一案件，又再恣意地續行其偵查作為，亦即不能再對於被告或證人為傳喚，或是作任何強制性之作為，同樣地也不能再對同一案件的證人為任何訊問的作為。在案件起訴之後，係由法官主導，檢察官在案件起訴後既屬於當事人的角色，其所有對於案件的作為或補充，均應得法院之許可，不得以其為檢察官而擅自恣意作為。

在原來職權進行的制度中，因法官被賦以發現真實的義務，從而檢察官雖未善盡其追訴之責，仍有法官作為追訴的填補，故而檢察官的起訴，可以僅是一種單純的形式，其所不足的部分，自然有法官依職權加以補足，檢察官根本不需擔心起訴不足的問題。然而，這樣的制度，會造成法官涉入案件的偵查與蒐證，其所做的證據蒐集作為，無異是接續檢察官所為，根本不足以排除法官偏頗的疑慮。故在制度面的修正，法官不宜再為案件犯罪形成的填補，而必須立於中立、客觀及超然的地位，此時檢察官即不能再依舊觀念，依賴法官會依職權為案件之調查，而是採取舉證分配的結構，檢察官必須善盡其為犯罪事實成立的舉證義務，當其舉證無法確認犯罪事實成立時，自然法官必須對於犯罪事實作負面的認定。惟制度雖已經調整，將法官角色從原本職權涉入案件的角色，提升到純粹作為聽審者的角色，不宜也不應涉入案件，其所應作者，僅在於作證據取得的協助而已。然現今的實務現況，法官依舊在做案件的補充，檢察官的舉證任務，依然被容忍，這是角色錯亂的認知所致，必須儘速加以調整與修正。

惟觀現今司法的現況，檢察官的角色始終無法正確的定位，對於不同角色的認知，也始終呈現出錯亂的形象，檢察官一直無法擺脫其為檢察



官的刻板印象，其在偵查中固然是具有強制性作為的偵查者，但起訴後，其所代表者，即使是一種公益代表人（更精確地說是代表國家之追訴人，因刑罰權專屬於國家之故），但此種代表國家之追訴者，在法院面前，依舊是當事人的角色，其不論在法庭的座位席，或是在法庭上的職務角色，都是當事人的地位，但從原本其在法庭上的席次安排，從原本在法官席旁邊，同樣坐於審判席之上。後因結構的修正，本應立於與被告同屬當事人席，但卻因角色的無法認同，只能相當奇異地將其安排在審判席側面，這樣的法庭結構顯得相當奇特，說穿了僅是一種無法調整角色的心態作祟。

猶有甚者，檢察官在案件起訴之後，仍舊無法擺脫其為檢察官的角色（或者說無法擺脫其曾經為偵查者的角色），似乎檢察官對於其應為當事人的地位，顯得相當抗拒，更遑論其應與被告立於對等的地位。因此種角色的扮演出現混淆，檢察官在案件起訴之後，仍舊不斷對於案件踐行偵查者的角色，一方面法庭的攻防事務，交與公訴檢察官，而偵查檢察官則又不斷對於已經起訴案件，另續行其偵查之作爲，這樣的操作方式，完全不見容於現行法律制度，但卻也是現今司法實務的常態。這種積病已深的錯誤觀念，始終未見有所修正或調整，甚至已被視為理所當然，法官也大多未加以指正與制止，而使得案件的處理程序變得相當弔詭，不知是在審判階段還是在偵查階段？偵查與審判的角色間，對檢察官呈現出相當混亂的情況，檢察官已是如此，被起訴的被告更是不知所措。此非司法應有的現象，亟需儘速加以修正。

另外，司法改革的宗旨，希望建立一套公平審判的制度，首要的任務，應當是使法官能真正立於聽審者的角色，聽取追訴檢察官所追訴的具體事項，以及聽取被告所爲的防禦，包括對於所提出證據的說明，以及事實的陳述，這些都應當由當事人來做，而不是由法官來做。然而，舊制度的陰影仍在，法官事必躬親的舊角色印象，一直到現在新制度的運作，仍舊保留著法官涉入案件的色彩，包括法官親自訊問被告與證人，甚至法官爲求匡得住犯罪事實，時常親自訊問，以作爲檢察官舉證的補充。這樣的作法，都是在戕害司法的公正性，乃至於損害司法的信賴關係，對

於民眾的司法認知而言，法官與檢察官根本就是「一家親」的關係，無法理解審檢角色差異所在。特別是對於檢察官所爲羈押聲請的情形，通常都不是檢察官舉證告訴法官犯罪嫌疑何在，也不是檢察官具體說明被告所具有的羈押事由與必要性何在，大多是由法官親自訊問，自行確認犯罪嫌疑以及認定羈押事由與必要性，而作爲程序強制處分之裁定。如此的實務操作關係，顯然背離制度設計的意旨，也呈現出司法角色認同的迷亂問題，難怪法庭上時常出現法官與辯護人之間對立的爭議情況，這根本不應發生的是，卻天天在法庭上演。嚴格而言，不論是審判或是做強制處分決定的審理，法官的角色都一樣是聽審者，重要的是聽當事人或是聲請人與被處分人的意見陳述與理由說明，而不是親自涉入案件的證明。法官唯有從涉入案件的角色中，被抽離出來，成爲一個公平裁判的立場，司法的形象方有朝向正面扭轉的可能。

再者，司法實務應重其常態性，不應在現有的體制下，創設太多特殊性的組織，例如當特別費的問題有涉及犯罪，自然應以常態性的偵查機關爲追訴，不宜特別創設一個特別偵查機制。然而爲偵辦機關首長特別費案件，而成立一個特別偵查小組（簡稱特偵組），倘若這樣的組織，是在常態架構下所爲的個別任務授命，則可以在法治與法理上加以理解，但將其架設在最高檢察署之下獨立運作，固然在任務的授命上，有其合理性存在，但在組織架構上，卻存在著潛在的謬誤與危機。一般而言，採取非常態性的組織架構，通常會損及常態制度的運作，同時在形成的法律關係上，也容易出現問題。例如特偵組對於案件偵查終結時，如認其具有重大之犯罪嫌疑時，其自然應向第一審法院爲起訴，此並不生問題。但真正的問題卻存在著不起訴的問題，不論是特偵組或一般地檢署，其所偵查之案件，未必然均具有起訴的可能性，當案件偵查結果發現罪嫌不足時，自然必須依法爲不起訴處分，但如該不起訴處分涉及「職權再議」（刑訴第二五六條第三項）時，就會發生無法職權再議的問題，蓋因其組織架構已無上級機關，如此一來，對於犯罪嫌疑不足，且具有必須職權再議的情況，既無法職權再議，法律又規定必須職權再議，顯然出現不起訴處分因違背職權再議的要求，而出現不起訴處分效力合法性的疑慮。

其實任何案件在通常體制下，應當都可以處理，也應相信檢察官都有處理的能力，實不宜在常態的機制下，又額外創設出特殊的組織架構，這是職務角色不信任心態所致，認為集中菁英檢察官，方能辦出驚天動地的案件，其實司法貴乎常態，不應做出太多特殊性、非常態性的組織創設，加上特偵組的偵查與起訴的品質，也未見比一般地檢署檢察官高明，甚至在起訴書的品質上，也遠不如基層檢察官的起訴書類品質，且在偵查手法上，也不見得較諸基層檢察官高明，設置此種特殊組織，表象的意義多於實質，卻是對於司法制度的潛在傷害。

偵查不公開的背離

刑事訴訟法第二四五條第一、三項之規定，所要求之偵查不公開的意旨，主要並非在於對偵查之犯罪嫌疑事項完全不得予以公開，其主要意旨，乃因刑事法受到無罪推定原則的要求，在尚未起訴而確認有罪之前，必須對於被告人身與名譽加以保護，而不得在偵查階段，即透過公開的方式，使眾人週知其涉犯罪之嫌疑，作為保障被告名譽的基礎要求。這樣的一個要求，確實在現行偵查實務中，已經被忽略，故而時常透過媒體的方式，對於尚在偵查階段事項，即對外加以公開，至少何人涉及案件，社會大眾皆已知悉。檢察官違反偵查不公開原則，在現今社會錯誤法治觀念之下，已經是一種常態，加上大眾傳播媒體的刻意挖掘與炒作，檢察機關刻意親近媒體，不論是一種刻意的方式，或是不小心的洩漏，都使得偵查不公開的要求形同具文，甚至對於偵查案件，被告尚且都所未知之前，社會大眾經由檢察機關的發言，加上媒體的報導與渲染，已經對於被告形同先判的定論，莫怪社會對於司法的責難，常諷刺「媒體辦案，名嘴判案」，這樣的社會偏差情況，絕大部分是源自於檢察機關違反偵查不公開原則所致。檢察官本應遵守法律所要求之偵查不公開之規定，惟在現代的觀念下，時常假藉人民有知的權利，而任意對外發佈偵查過程與步驟的訊息，使得被告名譽在偵查階段，即已受到相當嚴重的侵害。此種作法並非法治國家司法機關應有之觀念，但卻常見於我國偵查實務，這是必須加以深思檢討之事項。

檢視法律現有的規定，當檢察官違反偵查不公開的指導性原則時，是否必須承擔任何程序法

或實體法上的責任？在現行規定中，似乎找不到可以規範檢察官違反偵查不公開原則的規定，不論是程序不利益或實體處罰的規範。反觀法院的審判，依法院組織法第八十六、八十七條規定，審判必須公開為之，如遇有特殊情形，必須為不公開審理時，審判長必須將不公開原因加以釋明，如審判違反公開原則之規定，依刑事訴訟法第三七九條第三款規定，該審判為違背法令，足以構成上訴（甚至第三審）及非常上訴的理由，且法官因此種違反公開審判的規範，屬於判決違背法令，其甚至有受懲戒之虞。但對於檢察官違反偵查不公開的指導性原則時，既無法比照法院違反不公開法律規範事項的效果，也無法將其違反偵查不公開的偵查作為，視為無效，將其所得之證據視為不具有證據能力，似乎在刑事程序法中，無法對於檢察官違犯偵查不公開原則，加以程序上效果的規範，亦即違反偵查不公開原則，並不會在刑事程序法中，發生任何一個對檢察官追訴犯罪不利益的效應，也不能在程序法中作任何嚴格性的法律效果規定。因此，偵查不公開的法律規定，似乎僅是對於偵查機關的一種道德倫理的規範而已，但對於檢察官習以為常違反偵查不公開原則的作為，確實對於被認定為被告之人，具有相當程度的名譽侵害，除具有未審先判的不當公審疑慮之外，即便未來被告被審判為有罪之判決，被告的犯罪標籤，早在偵查階段即已被烙印，這是相當不當的作法。蓋一個具有法治素養的司法機關，對於被告的名譽，仍應善盡其職務之要求，作基本程度的保障，而非訴諸於公審的作為。

再者，對於檢察官違反偵查不公開原則，既無法在程序法中找到或是制訂出具體的法律效果，僅能從實體犯罪規範中加以檢視。原則上檢察官雖然是國家公務員，且其為反偵查不公開原則，係其職務上的行為，如果法律規範必須保守秘密不得公開時，其如恣意加以公開，似乎有公務員洩漏職務機密的問題。刑法對於公務員洩漏職務機密的規定，主要在於第一〇九條之洩漏國防機密罪、第一三二條洩漏國防以外機密罪，以及其他屬於侵害個人法益的妨害秘密罪，如第三一八條之洩漏工商秘密罪，從而，檢察官洩漏偵查之應守秘密事項，是否有各該規定的適用？恐有疑慮，蓋檢察官違反偵查不公開原則，其所洩漏者，固然屬於其職務上應守秘密事項，但此等

秘密並不等於國家秘密，偵查不公開原則所要保護者，乃被告的名譽與秘密，並不涉及國家秘密，其既無第一〇九條，也無第一三二條之適用，其主要是涉及個人法益事項，但在個人法益的保護規定中，也無相當之規定，得以規範檢察官違反偵查不公開原則。故當檢察官無法自律地遵守偵查不公開原則，時而對於偵查事項任意加以公開，不論是將偵查訊息放給媒體，或是透過發言人的公布方式，都有違反偵查不公開之虞，如無法自律，自然必須以他律的方式，要求檢察官遵守，亦即在刑法中增定第三一六條第二項「偵查機關犯前項之罪者，處二以下有期徒刑，得科或併科二十萬元以下罰金」。

檢察機關是國家法律的守護者，對於其所要求的法律規範，不論是嚴格的禁止或命令規範，或是僅是指示性的規範（具倫理道德要求之規範），均應恪盡其分際加以遵守，不能僅因法律規定欠缺法律效果，即得以刻意違反。檢察機關對於偵查不公開原則的背離，其來已久，必須審慎深思，並應嚴以律己的態度，慎加檢討與反省。

無盡的審判循環

審判在於斷其案件的真偽，首重謹慎並迅速，重要的是達到「勿枉勿縱」的理想目標，對於有罪之人，應審慎查明，以折服被告；對於可能受冤屈之人，也宜使其儘速脫離訟累，這應當是審判再簡單不過的道理。然而，在現行審級制度的操作下，有罪無罪的認定並非難事，真困難的是在於如何使案件確定。從審判制度的設計觀察，提供救濟管道給予被告，本是人權保障理念下司法的應然，因而我國審級制度採取三級三審，當對於一審法院的判決如有不服，得以敘明具體理由上訴二審，而不服二審的判決時，也得以判決違背法令為由，上訴三審。這樣的制度設計之初，其構想值得加以肯定，但在條件的設定上，卻有所忽略，而造成案件不斷循環，案件經上訴之後（特別是三審），不斷被撤銷發回，不斷更審，一件案件被更審十次者，不在少數，如以時間來計算，從一審到三審發回更審，至少經過二、三年的時間，如果不斷地上訴、不斷發回，一個被告似乎已經不需送入監獄加以制裁，訴訟程序的訟累，就足以將其教訓得體虛髮白，甚而數十年的光陰，卻是在訟累的過程中虛度，

即使最終換得無罪判決確定，生命已經不可回復，時間與訟累的制裁，已經磨損其生命與自由。而因為不斷循環的審判，也造成法院案件量不斷的累積，始終無法確定的判決，一直堆積法院的案件量，最後法院的崩潰是被自己無法確定的案件量所壓垮，並非是被社會新發生的犯罪所摧毀。這樣的審級制度，卻實有加以檢討的必要。

為何案件進入法院的審判系統，會如同人造衛星一般，不斷循環呢？主要的原因有二：1、法院（特別是上級法院）在撤銷原判決時，究竟應自為判決，以使其確定，或是應將發回意旨一次闡明，以使得原審法院得以一次遵循，作終局的認定，使得案件得以早日確定，在現行實務中，似乎距理想有一段相當遠的距離；2、現行法律規定卻實有檢討的必要，儘管審級制度係在於作誤判的救濟，但對於救濟程序的條件要求，也應嚴加規範，一方面使原審法院審判時，能充分理解其判決具有一定的拘束力，而非如現今實務一審判決，似乎都無法具體發生實質的裁判確定力，蓋如有罪判決，被告自然會上訴，但如為無罪判決，檢察官也一定會上訴，不論如何只要當事人中有不服判決者，一審判決的效力，就如同廢紙，一審法院的法官儘管非常努力撰寫判決書，其論罪科刑的理由也交代得相當充分，但該判決進入二審，仍舊難逃被撤銷的命運，如此一審法官根本毫無成就感，既無法決定有罪無罪，也無法左右刑罰權的實現要求，充其量審判僅是一件日常生活中必須完成的雜務而已，這樣的審判制度，既無法確保判決的可信賴性，也無法建立法院司法決定的尊嚴，只是讓案件在審判的輪盤中，不斷地循環而已，根本無法讓案件儘早確定下來，這恐不是司法保障權利的本然意義。因此，審級制度必須重新加以檢討，即使維持現行三級三審制度，對於上訴（特別是檢察官的上訴）必須嚴格加以條件限制。縮短裁判的時間，減少審及的訟累，恐要比真正判定有罪，要來得更重要。

結語

司法本就是一件相當龐雜的事務，對於司法的事務必須存在著耐心以對，方能在千頭萬緒中，找出解決的線頭。我國司法確實存在著若干不完備的痼疾，必須加以診治，於是從1999年司

法改革會議開始，決定從有瑕疵的制度改革做起，從而加速法律不完備之處的修正。然而，法律規範與制度面的修正腳步太過於倉促，實務根本來不及適應，於是在既有沉疴之外，再加上適應消化不良，病上加病，幾乎使得司法進入膏肓之境，再不加以救贖，恐怕司法會變成多重性器官衰竭而崩解。



法律制度的建立，必須循序漸進，不能急躁，操之過及只會適得其反。我國司法從來都欠缺一種自主的本體性，一直都是受他國法制的移植，不論制度的好壞，只要別人有的，就一定要搬回來用，所以本來沒有緩起訴制度，卻也必須放進刑事訴訟法之中；本來沒有協商規定，看到別人有，也必須搬進刑事訴訟法中；原本不存在的準備程序，也要放到訴訟法中才心安。移植他國法制的結果，不但喪失既有制度的色彩，也失去確認本體性的契機，更使得刑事司法變成外來制度的垃圾堆積場，完全看不出自己司法的特色所在。這是司法改革過猶不及之處，欠缺整體性的思考，只一味將別人的制度植入我國刑事訴訟法中，難怪會有矛盾充斥，扞格叢生的問題。

十年司改的成效，嚴格說起來，是弊多於利，何以如此？並非構想不佳，也不是制度面與法規範的問題，主要是在改革之初，未將人的因素納進改革的核心思考，導致修正制度後，人不會用，欠缺有效的養成與訓練，所有的制度與法律宣導，都只是聊備一格而已，甚至曾經受過新制規範講習訓練的法官，並不能堅守在刑事的崗位上，因法官階段性的輪調，被調離或請調離刑事庭，使得了解新制度與規範運用的法官，跑到民事庭辦理民事業務，而未受過新制訓練的法官，反而調到刑事庭，從而仍舊是以舊觀念在操作新制度，如此的實務操作模式，自然弊病叢生。再加上制度的理解與認知不足，無法確實使新制發揮其應有的效能，也是造成刑事司法沉疴難治的原因，問題癥結所在，一方面是因制度改革的躁進，法律規範的修正太過頻仍，實務根本來不及適應，只能在一知半解的情況下，半緣修道半審判，如此自然會對於司法的品質，大打折扣。

另外對於犯罪的認知，不論檢察官或是法官，似乎都未能精準地掌握法定原則指導下構成要件的內涵，何種事實會成立犯罪，而得以加以追訴審判？似乎在現今實務上，有越走越偏鋒之勢，有罪與否，所決定的不再是構成要件的規定，而是全視檢察官的主觀認知，檢察官認為應當有罪，即得以曲解構成要件，而匡被告有罪（人頭帳戶、幽靈人口及特別費的案件都是相當典型案例），甚至在公務員貪污的問題上，更是幾近羅織入罪的方式，對於構成要件的成立所要求的證據內容，也多採取主觀認知的判斷方式，其認定有貪污就有貪污，似乎偵查作為，只是一種捕風捉影的遊戲，也應驗檢察官「聞風偵查」之說！戒慎！戒慎！

在司法的最大問題，乃在於司法角色認知不清，對於制度及法律規範所設定的司法角色，欠缺認同，此種認同不良的問題，在檢察官的角色上，特別明顯。固然，刑事司法制度的變革，將各種角色重新定位，不論角色的扮演為何，都必須終於角色的本然，檢察官從來都堅守著其為偵查者的角色，在以往接力式的偵審模式中，檢察官在程序進行中，偵查者的角色變化不大，但制度改變之後，檢察官從擁有強制處分權的主體，漸漸褪去，其在偵查中為偵查主體，在審判中是當事人的角色，這樣的角色變換，確實讓檢察官出現適應不良的情況，於是盡其可能地在偵查中加以發揮，本質上固然是好，但過度強調偵查者的角色，反而在角色認同上，會有無法調整的疑慮，當審判制度完全要求檢察官舉證時，檢察官勢必更加無法適應。這樣的制度變革，所產生的角色適應問題，在司法改革的過程中，不可不加以注意。

除此之外，我國刑事司法制度，嚴格來說，堪稱世界一流，其中雖有問題，但並不如想像之嚴重，在制度面，根本不需作大幅度的法律修正，只需將不合時宜的部分，或是具有內部矛盾的部分加以調整即可，根本毋須大張旗鼓地作大幅翻修，甚至將制度導向錯誤的方向，這或許是制度改革必須審慎的事項。其實在制度改革的同時，也應將司法人員的素質與價值觀加以提升，唯有制度與人的同時改造，司法方能有一番新的正面面貌。■

政策 聚焦

I 中國大陸觀光客來台的 非市場化因素分析與因應

邱垂正

金門技術學院
島嶼休閒資源開發
研究所助理教授

為何兩岸簽訂旅遊協定後中國觀光客來台如此少¹，大致上有兩種可能，第一種是從市場供需角度，台灣觀光資源無法吸引中國觀光客，自然來台旅客有限，若感嘆中國客不青睞台灣，那麼大部分責任可能在台灣。第二種可能性，來自政府管制措施，據市場調查中國大陸民眾想來台灣的客源高達5千萬人，在總統大選前，馬英九與國民黨智庫提出評估，主張初期每天開放大陸旅客三千人次來台觀光，每年110萬人，一年就可以創造六百億元商機，中長期則每年增致300萬人次²。因此，若不是中國政府刻意管制，以市場自由運作原則，來台的大陸客不應呈現乏人問津的局面。

這就是本文想要探討的主題，中國大陸民眾境外旅遊活動是自由意願還是政府控制主導，現階段兩岸旅遊發展是基於市場原則運作還是非市場原則，如果中國旅客出境旅遊具有非市場性特色，那是誰在主導非市場性原則呢？而目前中國觀光客申請來台手續複雜，保證金高，以及往來交通運輸不便捷，以及團進團出的原則，到底是雙方的市場力量可以逐步解決，還是要靠鬆綁政府行政控制手段才能加以解決？

最後本文假設是兩岸觀光旅遊發展深受非市場因素影響，那麼台灣在這場依賴中國觀光客來台消費的經濟需求，需要付出多少政治經濟代價呢？需要努力突破困境的途徑為何？

台灣觀光市場體質與特色

一、台灣的觀光市場與旅行業體質

長期以來，台灣觀光業產值佔其GDP比例甚低，僅3.5%左右，在全球排名佔167名，而觀光產業就業人數佔整體勞動人口的2.2%，與各國比較依然偏低。然而在觀光旅遊競爭力的評比上，台灣國際競爭潛力其實不弱，有些項目還名列國際前茅³，但根據世界經濟論壇（WEF）2008年

各國旅遊與觀光競爭力最新排名，台灣總體排名是52名，在三項次指標中，觀光旅遊人文、文化與自然資源指標台灣的名次是79名，政策架構環境是69名，只有在觀光旅遊的商業環境與基礎設施指標，尚有29名的水準。因此相對於其他經濟產業而言，台灣在國際觀光產業競爭力屬於「有競爭潛力，但落後發展」的格局。

雖然如此，近幾年來台灣大力發展觀光產業，執行各項觀光客倍增計畫，加上各地方政府無不大力推動地方產業朝向觀光休閒化，許多具有台灣地方特色的精緻休閒產業在各地深根茁壯，蓬勃發展，吸引國際遊客，其中仍以吸引同文同種的華人遊客為主力，尤其對引進中國大陸觀光客給予極高的期待。

然而，台灣的旅遊市場是典型自由市場經濟，政府的角色只扮演交易市場的促進者或仲裁者的角色，如協助觀光行銷、知能輔導、提供基礎建設等，少有直接介入業者的經營，更無政府直接投資經營公營的旅行社與旅館業，使得台灣觀光旅遊是一個呈現完全由民間經營與自由競爭的環境，且進入台灣觀光行業的門檻不高，以致呈現以中小型企業型態為主的旅行業。

二、對大陸觀光客的高度期待

兩岸旅行業交流，過去台灣對中國大陸一向扮演資金輸出的角色，以2007年為例，人口只有



1. 2008年台灣業者在政黨輪替後，預計七月起陸客來台上路，依照馬政府競選時承諾初期每天開放三千人次，第二年後增為五千人，第三年再增為七千人，第四年為每天一萬人次。讓台灣業者預期陸客將源源不斷來台。

2. 黃豐鑑，2007，〈本黨開放觀光客來台之研究〉，《國政研究報告》，國家政策研究基金會，10月17日，參閱網站 <http://www.npf.org.tw/particle-3171-2.html>。

3. 世界經濟論壇（WEF）有關各國旅遊觀光競爭力指標，台灣在

2300萬的台灣，去年前往大陸旅行人次高達460萬人，相對地人口13億的大陸來台人數卻僅32萬人⁴，台灣去大陸的人數是大陸來台灣的15倍之多，造成兩岸人流往來的巨大懸殊，此一嚴重不均現象，台灣政府自2002年起就積極推動大陸觀光客來台旅遊，希望藉此平衡雙方旅行人流的嚴重失衡，然而，因北京當局對民進黨政府採取杯葛抵制策略，至2008年5月之前，雙方政府雖有委託民間進行協商，但始終未能達成協議。

馬政府上任後，兩岸復談並迅速達成旅遊協議，但對台灣社會而言，可以說是既期待又怕被傷害，「期待」的是，陸客來台能為台灣注入經濟活水，根據政府部門預估，約有五千萬中國民眾有興趣來



台觀光，如果以一天開放3千人計算，陸客來台平均以停留8天，每天消費台幣7千元，一年估計可創造6百億元商機。

雖然對陸客來台寄予厚望，但台灣社會與業界仍擔心大批陸客登台後的負面效應，主要包括：

(一) 擔心陸客來台的經濟效益未必如政府所估計，例如以來台消費比較，中國觀光客在台每人每日平均消費為244美元，低於日本觀光團旅客平均342美元，且去年日本旅客高達116萬6千人，為台灣第一大客源市場，大批中國旅客來台，台灣旅遊品質與成本勢必受到影響，是否因此會排擠掉日本與美國觀光客來台人數。

(二) 配合兩岸空運協議達成，無論是開放週末包機，或未來的平日包機與直航，飛機都是雙向對飛的，不可能只載陸客來台而空機返回。事實上，由於台灣旅客前往中國大陸更加便捷⁵，勢將也會帶動國人赴中旅遊可能大幅成長，連帶了也會對國內旅遊市場帶來負面衝擊。因此單從經濟效益就不能太樂觀，若再考慮可能出現少數陸客可能出現脫隊非法滯留，甚至出現防疫漏

洞等重大社會外部成本，若沒有做好的完善配套措施，草率開放陸客來台有可能未蒙其利，而先受其害。

(三) 以兩岸所簽訂旅遊協議來看，對陸客來台審核作業上其實相當嚴謹，加上大陸有關單位參與審查，理論上應萬無一失。但道高一尺魔高一丈，加上兩岸人民同文同種，外貌型態難以分辨，台灣勢必為人蛇集團選擇販賣人口非法居留的首選，如何防範人蛇集團利用觀光途徑進行犯罪，還需要兩岸政府與業者共同努力。

(四) 是必須嚴防出現防疫漏洞，中國大陸因幅員遼闊，公共衛生與醫療水準參差不齊，這次開放來台觀光的大陸13個省分區域，並非全都是非疫區，而且中國大陸目前是結核病、狂犬病排名世界第二的國家，同時也是口蹄疫、禽流感猖獗的疫區⁶，防疫工作應成為迎接陸客來台重中之重的首要工作，兩岸政府必須通力合作嚴格把關，務必做到滴水不漏的程度，否則台澎金馬

2007年總體排名為30，但2008年則滑落至52名，與致力、約旦、巴拿馬、土耳其同級。請參見2008 The Travel & Tourism Competitiveness Index, <http://www.weforum.org/en/initiatives/gcp/TravelandTourismReport/index.htm> 4.陸委會，《兩岸經濟統計月報》，第186期，頁37-38。

5.二次江陳會後，將週末包機改為平日包機，班次由每週38班增加到108班，桃園飛上海也因截彎取直只需82分鐘，節省燃油、時間等成本可觀。參見陳志平，〈桃園飛上海 僅82分鐘〉，聯合晚報，2008年11月4日，A3版。

若從非疫區變成疫區，將重創台灣經濟與農畜業，得不償失。

截至10月底為止，這是上述負面效應並未出現，主要原因是陸客來台數量嚴重低於預期。據移民署統計至9月底的資料顯示，陸客來台觀光人數，今年7月入境人數為4476人，8月為7096人，9月則為8953人，人數雖有小幅成長⁷，但距離當初樂觀宣稱每天達到3千人規模，落差極大。甚至，低於過去台灣政府在中國政府未開放第一類（只居住在中國境內居民）陸客來台前，自行規劃所謂第三類（海外中國居民與留學生）、第二類（前往第三國後，繞經台灣）陸客來台的數量。

中國的境外旅遊的特色

一、中國政府對「出境旅遊」的控制

中國大陸觀光客來台人數不如預期，不僅台灣政府官員失望，就連台灣商家也直嘆「大陸錢不好賺」，輿論更掀起對內一番檢討，解釋為何無法吸引中國客來台，理由洋洋灑灑，包括行銷宣傳不力，觀光資源有限，配套措施不足，出入境管制多，團進團出限制，以及恰逢奧運舉辦時機等等。憑心而論，這些反省檢討都有部分意義，但卻沒有點到問題的真正核心，很難對症下藥。

首先，有必要針對中國出境旅遊有基本認識。第一、中國大概是全球唯一對其國民出境旅遊進行管制的國家，第二、中國觀光客出境消費力強，名列世界前茅⁸。因此自本世紀以來，北京當局就利用這兩項條件，以控管人民出境旅遊作為其拓展外交，發揮國際社會影響力的重要籌碼，展現對外親善與經援友邦的目標，進行所謂「旅遊外交」⁹。事實證明，利用出境旅遊這項外交利器，已成為北京當局重要而有效的外交新籌碼，並大受各國歡迎，紛紛爭相要求北京對其開放觀光客，不但增加了北京的國際影響力，也大大降低中國崛起的負面形象。

因此，將那些國家地區列入核准開放觀光的名單（Approved Destination of States, ADS），以及

管制多少數量觀光客，包括配額控管與停留時間等，便成為北京當局進行「旅遊外交」可政策操作的工具。這也就是為何大部分的中國出境旅遊決策權，往往是在外交部，而非主管機關國家旅遊局的原因，換言之，現階段迎接中國大陸觀光客，不能只是純經濟的思考，或是只以觀光市場角度來經營管理，而忽略北京當局往往將「境外旅遊」的對外利益，賦予高度的非經濟或政治任務，這是台灣政府與業者不可忽略的非經濟因素。

換言之，台灣正式成為中國觀光客可以開放旅遊的地區，更不能光是以治理兩岸觀光旅遊市場機制來單純面對，否則如何解釋有近5千萬的中國觀光客想來台灣旅遊，為何台灣卻「等無人」；又為何一樣是奧運舉辦因素，中國觀光客前往日本、香港旅客完全不受影響與減少，卻獨獨禁足來台灣。從開放到現在平均每日來台觀光客僅有2百餘人、到3百餘人、到目前的4百多人左右，離每日上限的三千人，差距懸殊，有些時段來台人數甚至比未正式簽署協議前還要少，這就不能排除北京對台的「旅遊統戰」與非經濟因素。

至於，北京當局基於何種政策考量，要吊台灣的「胃口」？雖然台灣有部分業者或是反對黨人士質疑，是希望台灣政府在兩岸政治、外交、軍事等領域對中國讓步，滿足北京的政治需求後，北京才願意釋出經濟利益與甜頭，才願意在來台旅客數額上加碼呢？還是有其他政治企圖？這些都有賴未來更多的證據來加以驗證。例如，以最近澳門博彩業為例，因北京當局基於某些政



6. 邱垂正，2008，〈旅遊服務業的基礎知識〉，收錄於「觀光導覽暨休閒人才培訓班」講義資料，金門縣政府委託國立金門技術學院承辦，10月22日至25日，頁25-30。

7. 以台灣內政部說法，陸客每日來台人數7月平均是2百餘人，8月為3百餘人，9月達5百餘人，是按「實際工作天數」來計算，而非以「每月30天來計算」，顯示與台灣民眾與業者的預期落差更大。參見羅添斌，〈觀光商機支票 都變芭樂票〉，自

由時報，2008年11月3日，A6版。

8. 依據台灣觀光局2007年來台旅客消費及動向調查，大陸觀光客雖整體消費力稍遜於日本，但從購物費的角度，其花費金額與佔全部消費金額之比例，均遙遙領先日韓客人，名列第一。相關資料參見觀光局網站 <http://admin.taiwan.net.tw/indexc.asp>。

9. 范世平，2005，〈中國大陸旅遊外交政策之研究---以出境旅遊

策考量，限制大陸居民前往澳門自由行的簽證核發方式，就帶給澳門觀光博彩業嚴重打擊¹⁰，顯示中國「出境旅遊」管制收放亦具胡蘿蔔與棒子的對外影響力。

不過，為何出現兩岸政府對於陸客來台的觀光實益，出現「口惠而實不至」，造成台灣旅行業者過度預期，甚至造成投資損失，現階段的兩岸旅遊的非經濟因素實難以排除。

二、兩岸業者協議的不對稱性

依照兩岸兩會所簽訂「海峽兩岸關於大陸居民赴台灣旅遊協議」，雖以兩岸旅遊業者自行簽訂合同來加以執行，然而事實上，兩岸業者再協商議價上並非處於對等局面。兩岸業者有下列兩項不對稱性的因素：

- (一) 組團社主導的不對稱：由於台灣旅行市場高度期待引進陸客，是買方優勢，亦即大陸組團社因掌握客源數量，往往對台灣的接待社有較大的議價空間，甚至可影響接待社的決策權，包括來台後有關接待的配套組合，如旅遊景點、交通運輸、餐廳旅館、以及土特產紀念品選擇等等，大陸組團社有能力影響台灣接待社的「決策」，形成所謂「組團社一條龍」之現象，最後恐將由大陸組團社囊括陸客來台絕大部分的利益。
- (二) 兩岸旅行業者實力懸殊的不對稱：大陸方面13省分列出33家大陸組團社¹¹，皆為資本雄厚、從業人員眾多，且全屬黨政軍相關企業，亦即公部門色彩濃厚，兼具執行各項政府行政指令，高度配合政府政策執行對台任務。相對於，台灣列出可以承接大陸觀光客的接待旅行社，數量高達213家之多¹²，大都屬於中小型純民間企業型態，成立資本額少，從業人員少¹³，依市場法則運作經營，自負贏虧，也沒有非經濟以外之政策任務，實難以和大陸組團社分庭抗禮進行對等協商議價。



現階段兩岸旅遊市場非正常化之困境

從上述結構因素分析，中國大陸觀光客來台，表面上今年六月兩岸兩會簽訂包機與旅遊兩項協議後，大陸觀光客應會陸續源源不斷來台旅遊，而且台灣方面，無論業者與政府也都做好迎接陸客來台的相關準備，不料，原本預期每天有近3千人的陸客流量，令台灣業者大失所望，就算以來台最高人數計，也不到預期量的六分之一，甚至八月上旬平均每天還不到兩百人，甚至比過去民進黨政府自行規劃的第二類、第三類陸客來台政策的平均每天還有220人數還要少。

以今年八、九月份陸客來台人數為何如此的稀少為例，雖然兩岸官員幾乎異口同聲表示，「這是因為『奧運因素』造成來台人數短少」。問題是，同時期同樣是「奧運因素」，為何中國觀光客前往日本、香港人數就絲毫不受影響，因此「奧運因素」並不能作為陸客減少的唯一因素，例如今年中國十一長假，沒有了「奧運因素」原本預期中國觀光客人數可以達到來台高峰，但結果依然令人失望。這其中是否涉及各種複雜因素的刻意操作與計算，是否利用陸客來台人數的控管，來牽動影響兩岸關係的走向，這是台灣引進中國觀光客不可掉以輕心的地方。

例如，兩岸兩會簽署旅遊協議後，北京當局配合台灣7月4日的首發團，以及7月18日陸續抵台旅遊先發團，據了解都是中共黨政軍公相關部

發展為例》，《中國大陸研究》，第48卷第2期，頁61-93。

10. 陳競新，〈陸客自由行設限，澳門賭場冷颼颼〉，《聯合報》，2008年10月13日，A9版。

11. 依照台灣觀光局所發佈2008年11月5日最新資料，大陸13省市旅遊業組團社共計33家，詳細資料請參閱觀光局網站 <http://admin.taiwan.net.tw/indexc.asp>。

12. 依照台灣觀光局所發佈2008年11月5日最新資料，台灣旅行業接待社共計213家，參閱觀光局網站 <http://admin.taiwan.net.tw/public/public.asp?selno=324&relno=324>。

13. 台灣旅行社大多為中小企業型態，也僅有一家（鳳凰國際）屬於上櫃公司。

門所組成的「公部門考察團」為主，並非是一般民眾的自發組團，這顯示兩岸旅遊仍不脫處於「政府刻意操作」階段，尚未發展到「市場供需運作」階段，因此，近期陸客來台人數稀少以及與所預期之經濟效益落差極大，中方刻意操作的政治動機值得關注。至於「政府刻意操作」階段的具體干擾措施為：

一、高額保證金

據了解大陸官方設置來台旅遊門檻，主要在於每位來台大陸旅客必須繳交5萬人民幣的保證金，亦即要申辦來台旅遊必須每人繳交新台幣20萬元以上（10月底匯率牌價：人民幣兌換台幣是1：5），若一家四口出遊可能要繳交將近一百萬新台幣作為保證金，如此高額出境旅遊保證金，大幅阻卻大陸遊客來台意願，換言之，此一大陸官方片面高門檻的行政措施，如同變相透過行政監控手段壓低來台人數。相對於，台灣審查的要求規定，大陸人士僅需要出具約台幣20萬元以上的存款證明即可，兩相對照，大陸當局刻意以高額保證金壓低來台旅客的動機，十分明顯。

二、冗長的來台申請程序與文件證明

在程序上，大陸作為審查陸客來台的第一關，就審查時間，繳交文件，保證金之繳納等手續，明顯較台灣申請程序複雜冗長，似乎可藉各種程序手續阻卻大陸觀光客來台之意圖。例如來台旅遊文件證明必須由工作機關簽章正本等規定。

三、團進團出原則之堅持

大陸居民赴台灣旅遊協議中達成採取「團進團出」形式，團體活動，以及整團往返的協議內容。台灣方面係基於國安與治安之需求，大陸方面則堅持其出境旅遊一貫原則為團進團出，全球僅對香港、澳門地區，依照中港、中澳CEPA簽訂大陸居民自由行至港澳觀光。問題是台灣不是香港澳門，台灣政府與大部分人民也不同意接受一國兩制，因此就政策面而言，現階段中國政府開放台灣或部分離島（如金門、馬祖）成為陸客自由行的地區，相關政策條件尚不成熟，不具可行性。

此外不容忽略，團進團出的旅遊模式，較為容易受行政管控。大陸組團社方面，團進團出模



式有利於中國官方行政介入兩岸旅遊交流，同樣地，台灣方面對於陸客旅遊團團進團出也較易管控違規離隊逃脫情事案例發生，因此，在陸客來台初期兩岸政策尚須以行政力量介入兩岸旅遊事務的情況下，處處可見明顯行政干預情況下，兩岸旅遊市場正常機制的建立恐非短時間可以完成。

未來發展之觀察

兩岸長期對峙分立半世紀之久，要建立經貿合作機制恐非一蹴可及，一步到位。2008年5月台灣才完成政黨輪替執政，6月13日兩岸兩會就簽署「兩岸旅遊協議」，並於11月4日完成二次江陳會達成4項協議等。但想要只憑一紙協議就能化解兩岸政府長久的歧異，達到預期目標，既不可行也不切實際。例如以兩岸旅遊為例，因馬英九政府大力吹捧，嚴重忽略中國以行政措施阻礙陸客來台的操作，造成台灣民眾與觀光業者的預期過高，造成遺憾與損失，馬政府當然責無旁貸，相關責任亦不可推卸。如今兩岸兩會進行二次江陳會談，理應透過協商進行亡羊補牢。然而，吾人看待二次江陳會並未就兩岸旅遊議題，達成致力回歸正常市場運作的努力，顯示北京當局仍會以陸客來台人數的管控，作為對台政策操作的籌碼。但我們仍呼籲馬政府要洞悉北京當局的「旅遊統戰」，持續藉由兩岸協商平台，與中方持續周旋，致力於將兩岸觀光旅遊非經濟與非市場因素加以去除與降低，否則未來「陸客來台」將是馬政府的一項緊箍咒。具體途徑如下：

一、多些市場機制、少些行政干預

首先，二次江陳會達成週末包機改為平日包機，且航班從每週36班增為108班，大陸航點也由原先5個增加到21個¹⁴，並進一步提議將大陸旅遊組團社的家數由33家擴充到66家，允許來台旅遊省市由13省市再以擴增，以及陸客組團最低人數由10人降為5人¹⁵，這些作法均值得肯定，但對於市場化的推進作用則影響有限。理由是，目前是中國出境旅遊行政干預之執行，來自大陸旅行社的配合，而大陸組團社清一色都是黨政軍系統相關機構，管制介入行政主導特質明顯，未來擴充組團社若能邀請大陸民間業者設立的旅行社加入，打破黨政軍壟斷局面，透過兩岸民間企業對民間企業，才真正有利於兩岸建立正常化的旅遊市場。

從兩岸互惠的角度而言，台灣方面幾乎已全面開放旅遊市場，對中國的出境旅遊是幾乎是完全開放，相對地大陸方面對台灣的出境旅遊則設置障礙與限制仍多，值得下次江陳會繼續協商，進一步撤除不必要行政管制障礙，包括影響嚴重管制人數出境旅遊的繳交高額保證金，至今仍未降低或改以證明文件取代高額保證金制度。

二、少些行政障礙，降低社會與政治風險

兩岸有更多善意與互惠基礎，具體的觀察指標就是減少兩岸旅遊行政障礙，促進雙方旅遊的正常化與便利性，將兩岸旅遊事務逐步交由兩岸業者依市場機制來運作，最能符合體現透過市場機制來完成兩岸旅遊交易，對旅遊的消費者與供應者而言，其享受利益將最大化。

目前兩岸政府對兩岸旅遊所祭出的行政措施，對外公開理由雖然都是揭發防範跳機脫逃與行方不明，造成社會治安與國安疑慮。固然為了避免或減少旅遊外部成本，必須由政府出面管制。但中方往往藉口配合台灣人流管理需要，投下龐大的資源經費與不符比例原則的管制措施，嚴重抑制觀光客正常流量，就有必要透過兩岸協商機制不斷檢討與改進。

惟長期而言，陸客來台因行政障礙與措施壓過市場機制力量過久，以致觀光量能不足，勢必使兩岸之間「不能說的秘密」---政治的思考必

然浮出檯面，將使兩岸旅遊陷入兩岸政府「以政治交換經濟」的計算，將使兩岸旅遊問題更趨複雜化，這對兩岸旅遊市場化的建立將是一大傷害。

結論---台灣應致力於兩岸旅遊市場化的建立

兩岸旅遊是兩岸關係的試溫計，若兩岸旅遊出現政治圖謀思考，大陸方面以台灣釋出多少政治利益才願釋出多少旅客赴台，此種「以政治交換經濟」思維若擴及到「陸生來台就讀」、「中資來台投資」等開放領域，對未來兩岸關係必然是負面影響。而為了減少政治干涉經濟事務，減少或撤除龐雜且不適當行政措施與障礙是建立兩岸經貿正常化的必由之路。

北京當局過去精密成熟的「旅遊外交」操作範例，以及長期對台統戰的需求，現階段台灣政府與相關業者不能將兩岸觀光旅遊，視為單純的市場治理而已，而忽略中國當局背後強大的政治動機與政策操作，唯今之計，除了台灣政府與業者提高警覺與風險意識外，解鈴尚須繫鈴人，仍必須繼續仰賴兩岸政府，開誠互惠，透過兩岸協商機制，降低政治思考計算思維，致力於將兩岸旅遊導向市場化，盡量排除看不見的政治黑手或行政手段對兩岸旅遊進行不當或過度的政治主導與行政干預，方是上策。

二次江陳會對兩岸旅遊議題，排除了部分的行政障礙這對建立兩岸旅遊市場化正常化有一定程度的貢獻，但主要行政措施與障礙尚未去除，留下想像空間，也留下第三次江陳會所需繼續協商的功課。■

14. 參見「海峽兩岸空運協議」相關說明---第二次「江陳會談」成果（空運篇），2008年11月4日，請參閱陸委會網站 <http://www.mac.gov.tw/big5/cc2/p03.pdf>。

15. 有關降低行政障礙措施以納入討論，請參閱，〈江陳會談可能簽署協議內容概況表〉，《自由時報》，2008年11月3日，A6版。但截止本文交稿前，江陳會尚未針對兩岸旅遊開放措施達成共識獲協議。

政策II 反對二次發放消費券

聚焦

高偉欽

台灣新社會智庫財經組特約編輯

在景氣寒冬中，全國民眾不分朝野共體時艱，對政府挽救景氣的各項措施，抱持樂觀期成、有反對意見也不忍大聲發表的態度。就在這樣的氣氛下，完成了台灣有史以來第一次發放消費券的創舉。在大部份民眾感受不到發放消費券加諸在每個人身上的成本，欣喜地將這3600元視為意外之財時，中央政府躊躇滿志，宣佈將在六月視情形決定，是否發放第二次消費券。吾人認為，大部份民眾都已吃到糖果時，應是可以冷靜討論此項措施的時刻，以作為政府是否二次發放消費券之參考。



1800元就可以買到。於是消費者不但把3600元的消費券花掉了，還受到鼓勵多花了原本不會支出的1800元。這種所得增加3600元，消費增加了5400元，為1.5倍，我們稱做邊際消費傾向為1.5。然而真的會花到1.5倍嗎？根據主計處2006年的資料，國人的邊際消費傾向約0.36(是項統計

數字仍有許多爭議)，即增加3600元的收入，消費會增加1296元，而非5400元。

事實上所謂「邊際消費傾向」，和人們的心理有關。影響消費多寡的是恆常所得的增加(是不是永遠每年都有這筆額外的錢)，

至於一次性(或有限次數)的所得變化，對一個人有生之年總財富的變化影響不大。當景氣差時，人們對未來預期悲觀，會傾向將多的所得拿來儲蓄。這個情形美國和台灣是一樣的。美國由於財務槓桿過高所造成的金融危機，已使得經濟學家認為政府刺激景氣的措施，會由於人民儲蓄率的上升，而收不到預期的效果。

我們並不是認為這3600元所得的增加，完全無法增加消費。只是它恐怕不像政府先前所估計的那麼樂觀。消費券能夠增加的消費，主要來自以下原因：

- 一、如凱因斯所提，窮人的邊際消費傾向較高。對無法儲蓄、連生活必需品都欠缺的人來說，或對所謂的「月光族」而言，消費一定會增加3600元。但若是被變現拿去還債，還債也視為儲蓄而非消費。
- 二、利用人民的錯覺。前已述及，消費券幾乎等同現金。但總是有人不會把它看成現金。經濟學家常舉的例子如下：

消費券是否達到消費的增加？

消費券當然是一定會被「消費」掉的，問題在於它能不能「增加」消費。1111人力銀行在去年11月針對上班族所做的調查指出，約有六成的人表示他們會用消費券來取代原來的消費，而非增加消費。消費券可在一月十八日到九月底之間使用。一般人的食衣住行各項消費，在這八個多月期間，遠超過3600元，所以很容易只是取代原來的消費。

假設有一個省吃儉用的人，八個多月期間本來只會花1000元，而且他沒有和其他人交易把消費券變現，那為了把3600元花完，他的消費在這段期間肯定會增加2600元。可是在現實上幾乎沒有這樣的人，錢又花得很省，又沒有朋友可以作消費券變現的交易。因此3600元的消費券，在容易取代原有消費又容易變現的情形下，對民眾的意義可視為等同現金。

政府打的算盤是，倘若消費者面對一個5400元的產品，平常買不下手。但有了消費券，等於

例一：如果你決定花1000元全家去看棒球，結果當天早上不小心弄丟了1000元，這時你會不會改變去看棒球的計劃？

例二：如果你決定花1000元全家去看棒球，票買了後去逛街時，把票弄丟了，你會不會再花1000元買票進場？

這兩個例子，重點不在於答案是會或不會，而是兩個情形下的答案是否相同。同樣是損失了1000元，所以一個人的反應應該是相同的。但是有些人對例一和例二的答案不一樣，因為在心理上，例二會把看棒球的成本視為2000元，所以在例一還願意去看，在例二變成不願意。其實在例二中，即使不去看棒球，口袋裡還是少了1000元。這種在例一和例二反應不一樣的人，即會有錯覺的人，比較容易因為消費券而增加額外的支出，因為不覺得是花掉自己的財產3600元。

三、引導商家利用消費券話題，推出促銷方案，刺激消費。但是商家本來有促銷決策時就會找尋或創造話題。促銷的實際效果是商品的單價變便宜了，增加消費者購買的欲望，消費的增加並不來自於消費者所得多了3600元。同時，如果購買的內容全為生活必需品，例如柴米油鹽，它只是讓短期的銷售數字上升，未來數月卻會降低。

由以上三個原因，我們認為這一次發放消費券，對於消費的提升，確實有些微的效果，但不會像政府預想的那麼顯著。直接給人民現金或減稅，免除消費券製作、發放的成本，第一個原因仍會存在，但錯覺或話題的效果則會消失。

消費的增加是否有乘數效果？

乘數效果是指，一個人多花了3600元，多賺



到這3600元的人又會拿去把它花掉(一部份)，如此循環數次，整個消費的增加不只原來第一次的3600元。乘數效果的計算，若國人邊際消費傾向為0.36，乘數效果為 $1/(1-0.36)=1.5625$ ，此即政

府預期消費券刺激的消費為總發放金額1.5至1.6倍的原因。所謂可增加GDP約0.66%，也是基於這樣的計算基礎。

按近日政府所製作的宣導短片來看，某人使用消費券買了一台電腦，使得另一個電子廠的員工保有工作(這個有工作有薪水的人，又會拿他的薪水再去消費)，僅是一個理想的例子。實際上，如果第一個使用3600元的人是拿去買國外產品，賺到錢的人是外國人，他的消費也在國外，那台灣本身的乘數效果當然無以為繼，這也是目前其他想刺激消費的國家所面臨的難題。以一月十九日《商業周刊》所載美國一經濟論壇，其中一位經濟學家表示，美國政府對人民減稅，若人們只是把錢花在超市的中國製商品，政策亦無法達到效果。

要達到乘數效果，或者至少讓增加的消費多循環一次，最保險的作法是限定使用範圍在國產品，包括本國人所提供的勞務。然而這次匆促在舊曆年前實施的政策，不及細緻地設計這樣的機制。我們也可以想像，以這樣的標準去認定消費券的使用範圍，界定上肯定引起許多爭議，所以並不容易實行。

看看現在DRAM一顆跌到多少錢？看看華碩在上海倉庫堆了多少賣不出去的Eee PC？這些都和全球景氣息息相關。光是靠台灣的消費者在零售業、量販店採購今年上半年全部所需的醬油、泡麵、衛生紙，或買一些進口品，對以外銷為主的產業來說，實在難有貢獻。消費券的影響能靠乘數效果放大多少，有待觀察。

政府預期六月時評估消費券實施成效，決定是否發放第二次。然而那時主計處統計的數據，最多到今年第一季。第二季是否因消費者提前採購因此反而衰退，尚難以得知。第一季消費即使有所提昇，鑑於社會科學無對照組的特性，關於消費券造成多少乘數效果，恐怕也會得到來自十位經濟學家的十一種意見。屆時的決策程序，恐怕依舊淪為先有結論，再找證據及學者背書的劇本。

政府舉債的長期影響

此次消費券八百多億的預算，是以政府舉債支應。吾人體會政府救經濟的急迫性，因此把預

算平衡這目標放到次順位。但台灣各級政府自郝院長的六年國建以來，一直陷於財政赤字的窘境。是以今日不論誰執政，無米可炊，面對的預算光法定支出及利息支出，就讓施政的理想無以施展。

舉債的原則是預期後代子孫會更有錢(?)，所以先借一些給今天較窮的這一代來用。舉債的用途也是希望從事一些有效益的投資或基礎建設，以促使經濟發展。但是舉債發行消費券，卻有以下事項值得探討：

一、消費券的發行，實無法與促進產業發展相連結，能隨之增加的稅收(營業稅、所得稅等)亦十分有限。這八百多億，遲早要靠其他的財政盈餘或稅收來支付。此並非自償性的公共投資。你可以想像未來得加稅來還這筆錢，或未來可以減的稅爲了還錢而減不了。

二、所謂向後代子孫借錢，其實並不存在一台時光機，讓我們到未來去搬錢。這些發行的公債，仍是用「現在」的錢來買的。公債的發行是把現在的錢由民間轉移到政府手上，對民間的資金(投資、消費等)會產生排擠效應。根據「李嘉圖均等定理」，政府的各種融通方式(消費券的金額亦可以提高貨幣供給來融通)，對市場的效果大同小異。不管政府用什麼方式來融資，消費刺激多少不知道，排擠效果就先發生。

咸認的經濟理論，亦不盲目認爲增加政府支出的財政政策，或增加貨幣供給的貨幣政策，是促進經濟成長或就業的萬靈丹。歷史上不乏許多盲信發行公債、增加政府支出這種特效藥，結果失敗的例子。如雷根的星戰計劃，造成美國龐大的財政赤字，使得美國經濟一直到柯林頓時代才好起來。擴大政府支出像是雙面的利刃，不一定會達到想要的效果。台灣政府因爲負債過於龐大，主權評等展望甫於日前遭惠譽調降，馬上對投資造成不良影響。台灣同時既實施減稅，又增加政府支出，如某財經媒體所喻，父子同時騎在驢上，只會把驢累死，那裡也去不了。

尤有甚者，由於我國稅制缺陷，薪資所得者負擔了綜所稅的75%，富人過度且重複免稅。政府債台高築，不只因稅制結構而惡化貧富差距，

並且如前所述，邊際消費傾向高的族群(所得較低的人)多繳稅，反而不利景氣的刺激，有違消費券發放的原始目的。

二次發放消費券的條件

綜上所述，我國首次發放消費券，可能產生些微的刺激消費的效果。但是消費增加有限、可能只是提前消費、乘數效果不明顯、增加政府財政負擔等問題，使得這項措施對景氣的影響仍難定論。

再者，消費的增加若是來自於消費者3600元禮券不是花自己錢的錯覺，或僅是提供商家促銷的話題，這兩個因素將在再次或多次發放時消失。因爲錯覺不會永遠存在，一直重複的事件也不會成爲有效的話題。

政府更不宜藉由民眾對再次或多次發放消費券產生錯誤期待。錯誤期待會讓民眾對自身所擁有的資源配置產生扭曲，不利長期的消費成長。例如短時間的過度消費，因爲有利息支出或減少投資，使得未來減少的消費幅度更大。錯誤期待也會讓廠商的資源配置產生扭曲，例如商品庫存的規劃。

不管消費券的預算來源爲何，發放消費券本身確實略有縮小貧富差距的作用。因爲同樣是3600元，它佔窮人的所得比重較高。就像是抽取每人金額相同的人頭稅會擴大貧富差距。消費券和其他提振景氣的措施相比，明顯而快速。但政府已有了獎勵投資條例(及其後的替代方案)這樣讓稅收減少的鴉片，不該再沈迷於讓支出增加的消費券這樣的鴉片。更何況消費券的預算來源，反過來又有擴大貧富差距的惡果。

倘若政府仍決意二次發放消費券，至少以上提出的諸事項，應該有更完善的作法，例如：

一、某種程度的排富條款設計。窮人的邊際消費傾向高，消費券發給窮人，更能收到宏大的效果。它對部份幾乎活不下去的家庭來說，更是有救急的功能。根據兒福聯盟的調查，高達九成的弱勢家庭，把消費券花在白米、蔬果、肉類、罐頭、奶粉等民生基本物資。而且高達八成以上的家庭，會在一個月以內用完。發給富人，只是增加印製及發放的成

本。要排除愈大比例的富人，條款本身的爭議就愈大。這一點，我們認為政府尚有充裕的時間，與社會大眾取得共識。

二、獎勵國產品或由國人所提供勞務的購買。如果無法明確界定，至少以負面表列部份舶來品或高價炫耀性商品。

三、考慮以現金代替消費券。對邊際消費傾向高的人來說，一樣會有效果。想要變現的人，給他消費券他還是有辦法變現，故實不須多花此印製及發放的成本。現金的發放像退稅一樣，利用民眾帳戶或國庫支票，皆為現有省時省力方式。(但是現金無法達到針對國產品購買的目的。)

四、財源改以自政府其他處預算撙節加以支應，而非以特別預算舉債。政府預算用於公共建設部份，尤其國內之工程與採購，當然本身對景氣有正面幫助。景氣寒冬，政府及國營事業亦不宜於此時採行人事減肥措施。然而對外採購部份，最典型為武器採購，或核能機組採購，對國內廠商既無實質幫助，反而產生資金排擠效果。關於馬英九先生在就任總統之就職典禮後，第一件事就是向美方「報告」保證提升台灣對外之武器採購金額(保證佔GDP3%)乙事，尤其令國人感到十分遺憾。

五、未來相關預算的立法及審議程序，仍應經朝野充分的協商與溝通，尤其不可倉促和其他數千億元的公共建設預算包裹起來。儘管發糖果的事沒有人敢反對，仍應以合法合理的方式，取得府院共識。

政府仍應著重於貧富差距問題及產業基本面

消費券這項措施是短期而表面。經濟要轉好，固然和全球景氣有關，也和台灣本身是否仍具國際競爭力有關。消費券這種讓人看到好處、看不到成本的政策，不應為政府當做救經濟的重大藥方。吾人認為，改善台灣經濟基本面，仍不外縮小貧富差距及調整產業結構兩方面。

窮人的邊際消費傾向高於富人，有效改善貧富差距，刺激消費的效果遠大於發放消費券，這

是1933年的救世主凱因斯老早提出的觀念。政府若要舉債增加公共支出，用於改善偏遠地區的教育、醫療及公共建設，都是改善貧富差距的有效作法。甚至直接補貼企業用本勞取代外勞的人事支出，降低放無薪假或被資遣的人數，也可有效提昇國內消費。

產業結構方面，不景氣的時代正是檢視產業結構是否合理的時機。不具競爭力、無效率、耗能的產業，在景氣寒冬中將無所遁形。半年多以來，馬政府一直讓人有人云亦云、毫無主見的印象。但在面臨企業壓力下，馬總統仍指示會計十號公報照預定時程實施。吾人願就此事，給予馬政府最大的掌聲，也預期政府對於外銷產業的困境，能同樣具有智慧與定見。舉例而言，可能引起系統風險的DRAM產業，政府是否介入紓困，眾說紛紜。吾人認為，即使政府出手協助，除了針對原經營團隊所要處理的道德危險課題，仍要在確認技術的來源與開發掌握在自己手上，才有動用納稅人資金的意義。

假使這次一次性的消費券發放產生效果，甚且借此提升國人信心，政府仍應儘速採行關於提振經濟基本面的諸項方案，台灣方能有效走過全球性的經濟危機。■

政策聚焦

政府救房市 應有所不爲

張金鶚

政治大學房地產研究中心主任

房地產市場背景及現況

在全球性經濟衰退及次貸金融風暴之衝擊下，台灣總體經濟景氣目前已明顯下滑，房地產市場景氣亦受到嚴峻的考驗，尤其從97年第3季的景氣、供給及需求三面向的調查研究即可窺見市場趨勢的明顯變化。《台灣房地產景氣動向季報》的房地產景氣對策訊號出現近七年首度的藍燈，市場景氣較上季大幅下滑而呈現低迷，加上領先指標大幅下降，廠商對未來景氣亦明顯看壞，預期明年下半年市場會出現較明顯的下修。

《國泰房地產指數季報》則指出，全國新推個案市場明顯價量背離呈現市場推案及成交規模萎縮的趨勢。《住宅需求動向季報》調查則顯示，五大都會區整體購屋者綜合信心分數為自91年第2季開始調查以來的新低，僅有56分，大幅看跌本季與明年同季房價的比例均創下新高，顯示購屋民眾普遍認為房價有下修空間，且認為應大幅下修的比例更是明顯成長。



若就近幾年來房價飛漲的台北市房地產市場狀況來觀察，其新推個案房價出現近五年半來第一次微幅下跌，議價空間率創下民國82年以來新高，銷售率與成交量均持續萎縮，市場反轉跡象已相當明顯。此外，台北市購屋搜尋者信心分數大幅下跌，顯示未來房價應下修的壓力已經浮現。再者，由於台北市房價從過去(2006年)每坪30幾萬漲到目前(2008年)50幾萬，但同期人民所得只漲了不到2%，房價明顯超過所得的漲幅，又其新推個案市場經實證研究發現有明顯的房價泡沫，該泡沫佔了價格的38%，因此台北市房價的下修態勢，不論就主觀或客觀而言，均已不由分說。

台灣房地產市場自1970~1990年代，經歷過三次明顯的景氣循環，1973~74年、1979~80年、1987~89年分別是三次景氣循環的高峰期，於1990年開始進入超過十年的低迷期。第四次景氣循環是從2003年下半年開始出現復甦跡象，2004年脫離長期谷底而處於盤整格局，2005~2006景氣仍呈現盤整向上的態勢，2007年下半年需求面開始出現警訊，至2008年下半年市場交易量出現明顯萎縮，房價亦有下降跡象，需求面則充斥著降價的聲浪。若檢視造成景氣循環的原因，前兩次高峰期是因為當時房屋供給相對稀少，加上油價

上漲、物價膨脹所引起的「輸入性通貨膨脹」，使得民眾產生預期心理，保值性需求大增所致。第三次高峰期當時房價高漲的原因，在於經濟快速成長，整體金融情勢失控，更關鍵的是，公共設施保留地的徵收，造成貨幣供給過多，引起地價上漲，房

地產供給成本增加；加上國民所得日益提高、利率過低、游資充斥、投資管道不足、股票市場飆漲、房地產投資（投機）性需求大幅增加。第四次高峰期除了購地成本增加、營建物料價格上漲之外，主要是小套房及豪宅產品大行其道，投資（投機）性需求炒作以及部分業者的哄抬作為等，均為房價飛漲的關鍵因素。

由過去經驗可知，房地產景氣從復甦至高峰階段僅2~4年，從衰退至谷底階段卻長達7~10年以上，具有「擴（擴張期）短縮（收縮期）長」及「量先價行」的現象。在景氣收縮期的初期，通常僅有品質較佳的個案能夠在市場上成交，造成整體成交量萎縮，區域性餘屋量增加，等到賣方在資金週轉不靈的情況下才願意認賠賣出，使議價空間拉大，進而造成整體價格下跌，此時買氣才會開始逐漸回溫，因此收縮期的修正時間通



常較長。政府在過去三次的房地產景氣高峰時期，曾實行多項抑制房價高漲的政策，但效果並未如預期，甚至對房地產市場產生難以彌補的負面影響；在市場景氣蕭條時，則提出多項振興方案，雖短期發揮景氣回溫的作用，但部份措施長期實施的結果，亦未獲得預期的成效。面對第四次房地產景氣循環的衰退階段，政府究竟應有哪些作為？又有哪些是不可作為？

振興房市八項利多措施之評析

國內對於房地產業與總體經濟之關係，有將房地產業視為「火車頭產業」之說法，認為房地產業有相當大的「向前及向後關聯」效果，當房地產業景氣時，可帶動相關產業的發展，亦即具有帶動總體經濟成長的功能，甚至認為房地產業活動具有領先總體經濟景氣的特性，而可成為總體經濟景氣的領先指標。因此，當總體經濟成長有下滑隱憂時，往往認為只要能夠刺激房地產市場交易熱絡，必可帶動總體經濟之成長。在筆者所主持的國科會報告《房地產景氣與總體經濟景氣關係之研究》中，分別以較嚴謹的「產業關連分析法」與「景氣綜合指標分析法」來探討該說法的正確性及政策意涵，並獲得「尚無充分證據支持房地產業是火車頭產業」的結論；此外，後續亦有其他學者透過實證分析資料進一步探究此課題，亦並未獲得有力的支持。不僅房地產業的產業關連效果未如預期地強，且在時間上落後於總體經濟景氣，因此振興房地產市場之相關措施，並非促進總體經濟成長之萬靈丹。

然而，政府目前仍對於房地產業為「火車頭產業」的說法深信不疑。為挽救所謂的「火車頭產業」及避免其對於關連產業造成骨牌效應，行政院長於今年11月25日與建築業者舉行座談會，會中達成八項共識及六項協助研究案，並彙整成振興房地產方案。此所謂的「八大振興房市利多」方案分別為同意延長建築執照2年、簡化都市更新辦理程序、加速推動都市更新條例修正、推動開發型《不動產證券化條例》修正、放寬投資移民門檻、處理廢棄土問題、由銀行局成立單一窗口進行房屋貸款協商及加速整合北部交通網路。然而這些利多方案中，多為政府原本即應辦理或長期推動的房地產政策與措施，且延長建築執照有效期限以及關於貸款成數的其他構想，如由經濟部中小企業信用保證基金擔保、由金融機構提高預售屋的貸款成數至八成等，不見得有助於房市景氣的穩定。

延長建築執照有效期限方案的主要受惠者為建築業者，然而部分建築業者營運困難的真正原因在於其本身內部決策錯誤，並非完全受外在環境不佳的影響，加上其本身並未先努力設法改善自身之經營環境或調整訂價策略，僅知一味地要求政府提出紓困方案，政府若倉促且一條鞭式地執行該方案，不僅對於營運狀況良好的建築業者不甚公平，此治標不治本的作法，反將使得體質不良的建築業者繼續留存在市場上，破壞市場機制的運作；此外，由於供給量將延後釋出，若未來釋出時點的新供給量未先作因應與調整，仍會出現供給過剩的情形，而使得個別建商經營不善之惡果由整體市場承擔，延長不景氣之衝擊。

就增加貸款成數的議題而言，雖然可能因自備款門檻降低而促使民眾提前購屋，但因房價下跌趨勢已然成形，一旦貸款金額高於資產縮水後的價格，難保不會衍生不良資產的問題。如由政府提供房貸擔保，不僅欠缺由政府挹注資金的合理性，又無適當配套措施的輔助，可能產生資源配置失當的問題及弊端，反遭社會非議；如由金

融機構提高貸款成數，則將增加其所承受的放款風險，並使銀行授信功能大打折扣，亦不甚合理。

政府若以此八大振興房市利多方案作為救市之方，不僅在推出時點上不適宜，單從建商利益的角度出發，亦不符公平原則，反將造成存良汰劣的市場機制無法發揮功能，延緩房市復甦時間。由於目前仍屬於房地產不景氣階段之初期，目前只有交易量萎縮，房價尚未有明顯下跌情形，政府若於此時不當干預市場，將使過高的房價水準無法隨著市場機制之運作而向下調整，如此縱使房貸利率已逐次調降，民眾的購屋負擔仍相當沈重。尤其過去幾年房價上漲幅度大，但是所得並未隨之提升，實質薪資於近期更呈現負成長情形，失業率亦提高，民眾無力購屋之不滿，會產生比救房市更大之壓力。

政府目前所提出的政策性利多方案，仍偏重在為部分產業之錯誤決策解套，並非是針對房地產市場不景氣之全面性解決辦法，尤其對於購屋民眾而言更無實質助益；雖然可能於短期內觀察到些許成效，但是否反而造成長期市場混亂及無效率之局面？在購屋負擔仍相對沈重，建商又不願將價格調降至合理水準的情況下，如何能刺激購屋需求以促使景氣復甦？

產業結構良莠不齊及部分地區房價過高

當前房地產市場景氣下滑之主要原因在於產業結構良莠不齊以及部分地區過高而不合理的房價，並非先前部分建築業者所認為，是因為購屋者信心不足，而降價無法解決問題，此乃「倒果為因」的說法。根據筆者長期的研究，過去國內房地產新推個案中有六成以上的建商是屬於所謂的「一案建商」，不良建商的情況相當嚴重，消費者購屋缺乏保障，房屋糾紛履見不鮮。另外，建築業者不願調降過高的房價，需求者無力負擔，造成有行無市的現象，成交量減少，市場因而瀰漫房價應當下修的氛圍。經營體質良好的業者，應依循市場機制的引導，先行調整經營策略，下修不合理的房價，並提升服務品質，提供售後保證，始有機會獲得政府的相關協助；經營不善又不肯自行改進的業者，則應接受從市場上淘汰的命運。

此外，市場景氣下滑的另一個原因，在於國內以往房地產過度投資及過度消費情形嚴重。過度投資導致空、餘屋的增加，而此資源配置錯誤的結果會導致國家整體生產力的降低，嚴重時更可能拖垮國家經濟；過度消費則會使部分購屋者成為屋奴，且在購屋負擔沈重的壓力下，其他日常生活支出可能受到相對的壓縮，造成生活品質下降，嚴重時更可能對於國民素質產生不利影響。

國內房地產市場目前不僅必須面對市場買氣趨向保守觀望、交易量明顯萎縮、房價不合理等問題，往後可能陸續出現的投資客斷頭求售、法拍潮、銀行抽銀根、建案滯銷及建商倒閉等狀況，更將是不景氣時期惡性循環的開端。因此政府與所有市場參與者，均需正視市場問題的本質，進而研議適當對策以因應。

政府介入市場之適當時機及方式

針對當前的房地產市場問題，政府應以「健全」房地產市場的發展為核心目標，傳統的刺激購屋需求以及替經營不善的業者解套已非良方，且不可採用過度或不當的介入方式，以避免對於市場造成反向衝擊。現階段政府具正當性的積極作為，應為協助業者自行提出自救方案，以促進合理房價的形成。過高的房價應透過市場力量儘快調整並下修至合理水準，以避免需求面出現觀望的氛圍。

此外，解決房地產市場問題的有效辦法，仍在於回歸市場機制，故應以市場機制的運作為主，政府僅需從旁介入以確保市場機能的充分發揮，促進市場價格合理化，以使市場「擴短縮長」的現象獲得調整與修正。面對造成房地產市場效率一直無法充分提升的資訊不對稱問題，政府應提供明確、充分且透明化的房地產市場資訊，不應將負面資訊模糊化或軟性處理而造成錯誤引導，更不應隱瞞實情，以避免民眾因憑藉錯誤或模糊的資訊而做出過度消費或過度投資的決策，使其背負沈重的房貸壓力，甚至造成法拍潮的湧現。中長期目標則是建置正確、完善、公開且具即時性的房地產市場資料庫，以提升市場效率及交易公平。

就需求面而言，由於目前房價仍居高不下，政府若過度從事刺激購屋需求的作為，僅著眼於



購屋門檻的降低，反而會造成購屋負擔能力原本不足的民眾在購屋後必須面對長期沉重的經濟壓力，甚至形成貸款違約及法拍等問題。因此政府現階段應針對無力購屋者提供租屋補貼來協助其滿足基本居住需求，待未來房價下修至合理水準時，再透過優惠房貸等購屋補貼方式鼓勵民眾購屋，如此才是對於民眾而言最有利的作法。因此現階段政策性優惠房貸措施的規劃及落實方式應更為謹慎，而將資源提供給真正需要幫助者，以達成雪中送炭的目標。就供給面而言，待市場價格漸趨合理，且市場機制已淘汰不適合參與市場競爭的業者之後，政府再行介入，以協助體質較佳的業者可以穩健成長，始可促進市場的良性發展。

政府對於房地產市場的政策性措施及方案，均需全面性地審慎思考，不應僅著眼於業者單方面的利益，須同時考量不同市場參與者可能的利弊得失，以追求多贏的局面。而在過去歷史的教訓下，於此時端出傳統的救市方法，或許有部分市場參與者可享受到些許短暫成果，但長期而言將無法收到實效。惟有透過學界、金融界、產業界及政府的多方商議及合作，提出有效、全面性且回歸市場機制的房市危機解套方案，始可抑制房市崩盤的態勢，減輕後續種種問題對於房市的衝擊，並加速房地產市場復甦的腳步，使購屋者、金融機構、建築業者等市場參與者均獲得實惠，有助於市場的穩健發展。

結論

一、政府應有所為之道：

- 1.應以「健全」房地產市場的發展為核心目標。
- 2.應協助業者自行提出自救方案，以促進合理房價的形成。
- 3.應以市場機制的運作為主，政府僅需從旁介入以確保市場機能充分發揮。

- 4.應提供明確、充分且透明化的房地產市場資訊。中長期應建置正確、完善、公開且具即時性的房地產市場資料庫，以提升市場效率及交易公平。
- 5.應針對無力購屋者提供租屋補貼來協助其滿足基本居住需求，待未來房價下修至合理水準時，再透過優惠房貸等購屋補貼方式鼓勵民眾購屋。
- 6.應待市場價格漸趨合理，且市場機制已淘汰不適合參與市場競爭的業者之後，政府再行介入，以協助體質較佳的業者可以穩健成長。
- 7.應廣聽建言，透過學界、金融界、產業界及政府的多方商議及合作，提出有效、全面性且回歸市場機制的房市危機解套方案，以追求多贏的局面。

二、政府有所不為之道：

- 1.不應採行傳統刺激房市復甦的方法以及過度或不當的介入方式。
- 2.不應在景氣衰退初期即替經營不善的業者解套，否則可能導致不景氣的延長及全盤皆輸的局面。
- 3.不應要求金融機構無條件一味地力挺所有產業及廠商，房地產產業結構良莠不齊，如未先仔細針對個別產業及廠商進行評估，再決定是否提供金融紓困，不良廠商將無法被市場機制淘汰，產業將無法健全，最後產生大量的不良資產，全民買單。
- 4.不應將負面資訊模糊化或軟性處理而造成錯誤引導，以避免民眾做出錯誤決策。
- 5.不應過度從事刺激購屋需求的作為，避免造成購屋負擔能力原本不足的民眾在購屋後必須面對長期沉重的經濟壓力，以及衍生的違約問題。

面對當前國際金融海嘯、國內外經濟環境不佳的情境下，政府該如何因應當前國內房地產市場的不景氣？未來房地產市場究竟會是及早復甦以脫離不景氣的苦日子，還是會演變成供需各方相互僵持，更加延長不景氣的時間，重回歷史的困境，此乃有賴政府最後的明智選擇與作為，但願我們大家一起共同創造一個多贏而非多輸的局面。以上建言願政府決策當局慎思。■

政策 IV 簡論農村發展政策與 「農村再生條例」 聚焦

張智傑
立委田秋堇辦公室主任



在歷經產業經濟結構的幾次重大變遷之後，台灣的農業自1960年代末期，就因為飽受工業資本與政府政策的擠壓，而成為台灣經濟發展的受害者。

在李登輝前總統所著的「台灣農業發展的經濟分析」一書中，便清楚的點出，當時的國民黨政府，一方面為了培養工業，更重要的是，為了穩定當時的伴隨其而來的軍公教人員，以及中國內戰所造成的陰影，透過不等價交換模式，將大量的農業資源，擠向工業與政府部門。例如：透過肥料換穀政策，政府得以有效掌控糧食稻作，進而壓低糧價與物價，形成工業發展的有利條件。但是，也因為這樣的發展策略，造成台灣農村從70年代起普遍的衰敗。

台灣農村的困境

從一般的社會科學與規劃分析可以概略得出，造成台灣農村發展困境的三大主因。

經濟上：如上述，國民黨政府基於掌控與穩定糧食來源、加速工業發展、降低勞動生產成本等因素，以「肥料換穀」、「保證收購價格」、「家庭即工廠」等相關政策，以不等價交換模式，擠壓農業部門資源支援工業經濟發展，並將工業部門直接插入農業生產空間。

政治上：透過228、清鄉與地方派系等政治手段，弱化台灣農業社會，避免台灣傳統地主階級與農民，發展成為強大政治團體（如：法國、日本一般）。進而使得台灣農民因此缺乏相當的

代言人，無法為其權益在國家立法過程積極爭取。

空間上：毫無限制的都市蔓延（urban sprawl），以及複雜又無效率的非都市土地規範法令，造成農村地區土地使用毫無效率，並且空間結構毫無秩序。

因此，如果要討論台灣當前農業問題，以及如何透過立法去協助與保障農民生活、生產與生態的共同發展，我們必須回到造成台灣農業發展困境的這三大根源來檢討起。

另一方面，我們也要指出來，台灣農民其實從荷蘭時代起，便開始與當代資本主義有所接觸。從荷蘭時代所發現的一些漢人與原住民的買賣地契中，我們便發現台灣農民其實已經相當的適應商品化與資本主義體系的經濟發展。也就是說，台灣農民其實是非常精明於理性的經濟利益計算，以及擁有相當強韌的社經環境變遷適應力，因為他們早就熟悉市場經濟的邏輯。因此，有關台灣農村發展的法案，應該站在這個立場上，重新去規劃，才能夠獲得台灣農民的普遍支持。一味的主張所謂的農村的生態性，或者是生活性，是難以與農民的實際生活經驗接軌的。也就是說，規劃與立法者，不能一味只在抽象的法律層次，或者是只有侷限於農業的發展考量，而必須以更宏觀的國土規劃與國家發展面向，去思考如何讓農村再生，讓農民生活獲得保障，讓農業土地與自然生態景觀獲得保護。

農業與農村發展新思維

在1969年，由一群農業及產業經濟學者，提出了二次土改雛議。他們廣泛的探討了台灣農業在當時所面臨的問題，並具體提出希望透過二次土改，將部分農地釋放出來，一方面緩和都市土地價格飆漲，與工業用地取得困難，造成產業發展的困境；一方面也希望透過農地的釋放，將農業從業人口下降，提升農業單位生產面積，以及

農業產品的單價。正如李登輝前總統所指出的，台灣農業問題最大關鍵因素，在於農工部門的勞動、資本等生產性資源的分配不平衡，進而導致農業生產力相對偏低，農產品供需脫節。因此，如何透過政策手段，提高農業投資的收益率，才是農業政策的重點。也因此，如何擴大農業生產者的生產面積與改變技術，成為農業發展的關鍵。

更重要的是，我們必須正視台灣農村規劃與農村再生過程中，一直被迴避但是卻是最主要的課題：農地商品化。正如同之前所言，台灣的農業早在荷蘭時代就具有商品經濟的特質，再加以台灣因為地理位置與歷史因素，台灣社會非常早就接觸了重商主義，並透過港口與世界各地進行貿易行為，農民因此早就熟悉農產品的經濟價值與商品價值。對於土地的使用，更是有別於傳統型的農業社會，只將土地視為單純的生產工具，而忽視了土地自身的商品價值。台灣的農民，因為歷史的經驗積累，相當早就知道土地的買賣與炒作，是可以獲取相當的利潤。再加上台灣的農作物品種繁雜，氣候又非常適合經濟性作物的栽植，更讓土地的商品化價值迅速浮現。而在台灣進入都市化之後，土地更是獲取經濟暴利的重要商品工具。此外，台灣特殊的地理與土壤結構，造成北部農地與農村多早已改為工業與商業用地。最主要原因在於北部地區多丘陵台地，地力貧瘠。也因為如此發展的結果，反而造成農村改建的困境。因為這些土地由農業用地變成工業甚至是商業、住宅用地，讓現今持有農地者，不免產生進一步商品化聯想，而造成農村改建的困擾。換句話說，農地改為其他土地使用，更進一步強化農地即是一種具有壟斷性商品的性質。

而在進入新的全球化時代，特別是WTO的成立，農業的問題顯然就不單單只是一國內的政策，而必須考量在所謂生產效率、經濟利潤與生態永續、文化傳承等不同層面上，進行更深入的分析。在一份針對南投地區的農業發展調查研究，以及發表於2008年中國政治學年會的一份論文，就清楚指出，其實因為農業在加入WTO之後，面臨開放競爭的壓力，反而導致這些具有高度商品性格的農民們，開始去評估相關農地繼續耕作的經濟產值，以及其他後續的經濟效益。最後，在推估模型中發現，有部分原本屬於不當開

發區的農地，將會在這樣的壓力下，進行退耕的動作。因此，如果政府的政策，可以站在一個更高的國土規劃的位階上，去思考國家土地資源的合理使用，譬如：加速通過國土計畫法，依據國土計畫法中，有關生態敏感地帶的定義，將許多過去不當開發地，予以管制保護。與此同時，修正並積極通過農村再生條例的規範，除了一方面協助農村的再生，另一方面也必須顧及國家整體的發展，釋出部分農地，作為產業發展等需求之用。同時通過獎勵措施與產業技術的協助，才能將農地交付給真正有意願進行農業生產者。如此農村再生的可能性才會出現。

當前對於農村與農業發展的研究者們，應該稟持著對於農村社會、農民生活與農業生態環境的保障與保育，來分析當前三項有關農村發展的法案。其分析的方式，透過詢問立法定位與必要性（what policy?）立法的目的與方向（why?）與誰從中受益（who benefits?）三項中去進行深入的剖析，才能確實點出相關法案的問題。特別是之前所提出的農改條例中，有關田園社區開發手段，使否會有圖利建商或大型財團的隱憂，更是清楚的點出台灣目前農村改建與更新的困境。在如何適當引進私人資本與保障農村與農民利益之間，常常令執政者與執行官員飽嚙種種壓力。

結論

不過，正如同本人一開始即提到，台灣的農業問題肇始於台灣進入資本主義生產體系。如何跳脫資本的束縛，或是在其強大的經濟邏輯下，以不同的發展策略來保存農村的風貌與特質，或許才是農政官員必須真正學習與理解的重點。事實上，潛藏在田園社區發展的土地經濟邏輯（即土地所具有的資本壟斷性，與潛在積累性，讓農民留存一個可以依賴土地變更翻身的美夢），不正是許多台灣農民今日依然還願意死守老田，但是許多年輕子弟卻不願意返鄉耕種的主要原因嗎？在高喊生態保育與糧食危機的今日，所謂的農村再生的想像到底為何？

台灣農村問題，必須放回到台灣農業的發展的歷史過程來看，並審慎思考農業在全球化發展下，其實可以扮演的積極性角色，透過與國土規劃單位的整體性協商發展，而非一味的與其對抗，才有可能產生最佳的農村發展政策。■

政策 聚焦

無薪假風暴中的 勞工處境

孫友聯／台灣勞工陣線秘書長
黃吉伶／全國產業總工會副秘書長

從2008年中旬開始，台灣的就業市場開始瀰漫一股肅殺之氣，受到原油及原物料價格上漲的衝擊導致就業市場急凍，勞工團體就開始提出呼籲，希望政府能夠正視可能產生的裁員潮。隨後，國際金融海嘯幾乎無一倖免的擴散至全球各地，更引發了「全球失業危機」，除了關廠、裁員之外，「無薪休假」這個嚴重影響勞工所得安全的部份失業型態，在在的考驗各國的社會安全制度，因此，本文擬以過去的經驗與當前的失業問題作對照，針對最近台灣就業市場的問題提出政策方向，以作為未來社會討論之參考。

失業問題的輪廓

猶記得2000年到2003年一波波的關廠歇業浪潮席捲臺灣，失業率一路狂飆超過5%，從事傳統產業的勞工，在企業爭相出走「前進中國、債留臺灣」的打擊之下，不知道有多少勞工追討不到被積欠的工資以及資遣費，他們努力工作一輩子累積的退休年資，也在剎那之間都被歸零，青春就這樣毫不留痕跡的驟然消逝。也因為這一波結構性的失業狂潮，使得政府不得不正視就業安全體系殘破不堪的問題，許多勞工法令遂獲得立法通過的契機，讓臺灣就業安全體系缺漏的部分能夠逐步的建立或是加以補強，包括2002年五月三讀通過就業保險法、2003年初三讀通過的大量解僱勞工保護法立法等。

2008年在金融海嘯的打擊之下，全球陷入不景氣，使得近來關廠歇業再度成為熱門話題，這幾個月以來中小型企業、店家，關門的多、新開的少。失業率目前已經突破5.03%，還在節節高昇中，隱然有突破6%，甚至於7%的趨勢。其中因業務緊縮或關廠歇業而失業的人數，增加的幅度與速度為歷年之最。其中，值得一提的是，在農曆年假後的開工日，全國各地的就業服務站大量的湧入申請失業保險給付的人潮，單月突破了7萬2千5百多件，不僅創下了十一年來的新高，情況讓人憂心。

這一波的關廠失業相較於2002年失業率高峰時期，勞工所面臨的環境有很大的不同。2002年因大量關廠外移導致結構性失業，受傷最重的是

傳統產業的勞工，而當時有幸進入高科技產業的員工被稱為科技新貴，讓傳統產業勞工羨慕不已。但是在目前這一波的金融風暴中，不景氣使得高科技廠商的訂單大幅縮減，此外，面對實質薪資收入減少，大家都採取緊縮消費以因應不景氣，也使得許多服務業受到嚴重衝擊。因此，倘若說2002年勞工的失業危機在於「產業外移」，那這一波台灣勞工的挑戰是產業的全面「萎縮」，幾乎無一倖免的波及所有產業的勞工，除了因關廠、歇業或裁員所導致的失業風暴，勞工同時亦遭遇無薪休假所導致的工資風險，而這也是目前台灣在政策上尚未有任何保障的風險事故。

無薪休假的衝擊

這一波不景氣中，勞工首先感受到的就是在企業界之間無限蔓延的「無薪休假」的問題，其中更衍生勞動基準法中有關休假、勞動條件變更，以及基本工資保障等問題。首先，企業採行「無薪休假」即已違反勞基法。勞基法中規定的所有休假都是有酬的，原因在於休假是勞動力再生產之所需，且勞基法並所謂無薪休假之規定，因此，企業要求勞工休無薪假皆屬違法。依照勞委會的解釋，若企業因經營之風險而有停工、休假之需，屬可歸責於雇主之事由，「企業若逕行排定無薪休假或強迫勞工簽署同意書」片面更改勞動條件，即屬違法！因此，依法行政的政府應在執法的態度上更為明確，對於採行無薪休假的企業進行勞動檢查，以確保勞工的法定權益不受侵害。

其次是勞動條件變更的問題。依據勞基法規定，勞動條件雖由勞資雙方合意，但不得低於法律規定之最低標準，倘若雇主違反勞基法第14條之規定，勞工更可以「不經預告終止契約」，並要求雇主給付資遣費。然而，在現實的勞資關係文化中，個別的勞工難以單獨對抗雇主的要求，常常是被迫「共體時艱」，甚至連前三季處於大賺錢的公司也趁機強迫員工同意放無薪假，事實上是把企業經營的風險全部轉嫁在勞工的身上，讓勞工來背負，所謂的企業社會責任原來都只是

口號。雇主單方面利用這種於法無據的休假降低勞動成本，甚至連資遣費都省了下來，不但違法而且是不負責任的作法。因此，未來政策上應提高工會組織的發展，以及促進集體協商文化的形成，讓勞工可以透過集體的保障工作權及勞動條件，才能釜底抽薪的解決長期以來國內勞資權利嚴重失衡的老問題。

第三，則是因降低工時所引發的工資及社會安全相關問題。日前，勞委會解釋企業無薪休假得約定低於基本工資17,280，引發勞工團體群起抗議勞委會帶頭消滅維持基本生活需要的基本工資，方才讓勞委會重新發布解釋，說明無薪休假時每月工資不得低於基本工資，平息了這場政治風暴。此外，尚須注意薪資之外其他法定給付，要維持尚未實施無薪休假時之薪資水準，例如勞工保險、失業給付、資遣費、退休金等之計算都必須注意，以免影響勞工權益。

勞委會日前在各界的壓力之下，針對無薪假提出一連串的措施，包括：重新發布解釋說明無薪休假時每月工資仍不得低於基本工資、建立事業單位實施「無薪休假」通報協處機制、公布無薪假的定型化契約範本提供勞雇雙方協商參考。另外，勞委會將在明年2月啟動「充電加值計畫」，補助在職進修勞工每人每小時新台幣100元，每月最高補助新台幣1萬元，最長6個月等等。

結論與對策

然而，這些亡羊補牢的「小菜式」措施，並無法結構性的解決國內因勞資關係文化、法律保障不足所衍生的種種問題，未來勞工遭致類似風險時，勢必又要再次面對到同樣的問題，筆者認為，未來政府還可以在勞動法、社會安全，以及勞工治理等不同層次上做更多的努力，降低勞工在遭遇職場風險事故的衝擊，如下：

其一，這次無薪休假的問題，突顯了目前勞動法規對於勞工於「準失業」狀態的保障之缺乏。根據勞委會針對200人以上事業單位採行無薪休假概況調查，估計約20.2萬人受到影響，平均無薪假天數為4天，倘若亦針對200人以下的企業進行調查的話，無薪休假的情況勢必更為嚴重。因此，政府實有必要補強現行勞動法規之不足，一方面強化政府主管機關介入的機制，例如透過通報、審查、協商等方式，避免僱主濫用管理權的情事，保障勞工於「過渡」時期的勞動權益；另一方面，則是針對「瀕臨失業」的勞工提供必

要的救濟管道，讓勞工得以免於就業與經濟安全上的恐懼。

其二，建立工資風險保障機制。目前現行法規對於勞工工資風險的保障，只有依勞動基準法第28條規定之「積欠工資墊償基金」，主要是針對：「雇主因歇業、清算或宣告破產，本於勞動契約所積欠之工資未滿六個月部分，有最優先受清償之權」。然而，隨著經濟全球化與勞僱關係的變遷，類似本次無薪假的勞工工資風險事故也勢必大大增加，因此，為防範未來的衝擊，政府宜制度性的預防和解決工資風險所衍生的問題，避免勞工在遭遇同樣風險時產生生存危機。

其三，這次無薪休假的风暴，再一次的突顯台灣集體勞資關係的脆弱。工會組織效率嚴重偏低，導致勞工無法藉由集體力量與雇主進行協商，其中，包括過去人人稱羨的高科技專業人員，也開始怨嘆沒有工會的無奈與心酸，更別說是那些受僱於中小企業的勞工朋友。希望這次的風暴，能夠激起未來台灣工會的發展契機，因此，年久失修的工會法應立即修訂，排除勞工組織工會的障礙，促進工會的普及化，以及強化包括團體協約、勞資會議等集體協商機制的效力，都是未來勞工運動要努力的目標。

第四，產業民主與勞工參與公司治理的重要性。從這次各行各業普遍的採行無薪假，突顯了雇主獨裁、片面的決定公司經營的弊病，縱使勞工清楚的知道公司的營運狀況並未如想像中的糟糕，也只能夠無奈的接受雇主無理的安排。然而，透過產業民主制度資訊、諮商及共同決定權的落實，不僅可以讓勞工更充份的掌握公司的營運狀態，與企業「共體時艱」度過難關，更可以避免因雇主獨裁所產生的分配不均問題。

最後，於公司管理法規建立企業會計透明機制，並透過抽查、復查的機制，徹底的解決國內根深蒂固的「兩本帳」陋規，維護國內企業投資環境的良性發展，以及避免企業左手向政府要紓困、補貼，右手卻又裁員、無薪假的製造社會問題。

2009年，台灣勞工將面臨更嚴峻的就業危機，因此，從政府、工會到個別勞工，更應未雨綢繆的思考如何透過制度的建立，保障勞工在遭遇各項風險事故時，不致於產生所得不安全之虞，惟有透過對當前各項制度的全面檢討，方能對症下藥的克服各項危機，確保勞工的基本勞動權益。■

座談會

解讀「胡六點」

主持人：梁文傑/台灣新社會智庫副總幹事

與談人：林成蔚/民進黨國際事務部主任 董立文/台灣民主基金會副執行長 林濁水/前立委

時間：2009年1月13日（二）下午14:00~16:00

地點：台灣新社會智庫（台北市青島東路五號七樓之一）

主辦單位：台灣新社會智庫、兩岸政經研究學會

主持人梁文傑：

去年12月31日，胡錦濤在「告台灣同胞書」三十週年的紀念會上發表了「胡六點」，這是胡錦濤在馬英九上台後較為全面性的政策闡述，民進黨也對外發表了一些看法。我們先請林成蔚主任對民進黨的想法作一些說明。

林成蔚：

我覺得「胡六點」基本上有三個重點，此外也丟出了三個球。這三個重點分別是：

一、只要有統一作為大前提，什麼都好談。譬如胡六點一開始時強調：「應該堅持台灣與大陸同屬於一個中國，做為推動兩岸關係和平發展的基礎」，最後則提到「為有利兩岸協商談判，兩岸可就在國家尚未統一的特殊情況下的政治關係展開務實探討，……」，我們可以發現胡六點強調的是「和平發展」而非「和平統一」，而兩岸可以在「尚未統一」的前提下展開協商談判，意即只要台灣方面接受統一作為大前提，其餘問題均屬於內部事務，什麼都好談。

二、「胡六點」是中共第一次在總書記這個層次肯定台灣本土意識，當然胡六點把台灣本土

意識和台獨意識作了個切割，但肯定台灣本土意識確實是第一次。

三、關於台灣爭取國際空間的問題，胡六點提到台灣參與WHO的問題可以處理，惟必須是國共雙方透過秘密協商事先條件交換，而且是暫時性的給予台灣這樣的權力，中國能夠收回來。將來台灣參與其他國際組織應該都是比照這個模式。

而拋出的三個球，第一是對馬英九喊話，承認有統一作為大前提就好，至於統一的進程可以縮短或拉長，只要回到終極統一論，無論是CEPA、軍事交流或和平協議兩岸都可以談，不要在那堅持不統不獨，沒有意義。其次是對民進黨喊話，只要把「台獨黨綱」去掉的話，兩岸就可以和平發展。第三個球則是丟給美方，提醒美方在馬英九執政後，中國可以和國民黨直接互動，台灣問題由國共兩黨自己處理，所以胡錦濤說「解決台灣問題是內部事務不受任何外國力量干涉」，不再需要美國的介入。

主持人梁文傑：

林主任說胡錦濤是在對馬英九喊話，希望他不要在那口堅持不統不獨，要回到終極統一的立場來。馬英九或親藍的學者們不知道怎麼看，或是裝聾作啞？我們請董立文教授來分析一下。

董立文：

如果我們把馬英九的元旦講話和「胡六點」放在一起看，可以發現兩個重大的區別，第一個區別就是馬英九仍然堅持兩岸關係應該先經濟後政治。其二是馬英九重新標舉捍衛中華民國的主權及台灣的尊嚴。隨後馬英九在一月七日、一月八日的談話也是在這樣的基調上打迷糊仗，不想回應胡錦濤的喊話。馬是緊咬著兩岸關係已有改善，應按照既定的步驟來走。

但是親藍軍的學者便直接戳破馬英九和老共





目前的矛盾，例如南方朔在一月六日的文章指出：

- 1、馬英九的大陸政策和中共在主權問題上針鋒相對。
- 2、馬的論述是B型台獨，完全沒有超出民進黨的框架。
- 3、有三個地方顯示胡錦濤對馬英九已經不信任

A、胡六點強調落實「一個中國原則」才能有政治互信，但過去半年來馬英九的談話都是要求中共承認現狀，甚至和陳雲林會面前的記者會，馬英九還多講了「承認現實，互不否認」。

B、馬英九派說客到北京談外交休兵，中共提到如果我現在給台灣外交空間，萬一政黨再度輪替，成果被民進黨完全接收，成為台獨的籌碼那怎麼辦？馬說的客居然回答如果這樣中國可以收回去，中共認為馬英九根本是用輕率的態度面對這個問題。

C、每當國共論壇召開時，親馬英九的人都持批判的態度，讓中共很火大。

從南方朔的角度來看，胡六點其實是對馬英九針對性、攤牌性的文件。至於現在大陸任教的陳毓鈞教授講得更直接，他認為「胡六點」就是一國兩制的統一方案，馬英九不要再去想互不否

認。因此可以說整個藍營在自說自話，還沒有定調，爭議還是很大。

分析「胡六點」策略後，建議民進黨可以針對幾個部分開闢戰場。

一、陳雲林和江丙坤一月八日在深圳會面，陳雲林於會後記者會強調台商不能「等、靠、要」，台灣的大陸政策也不能「等、靠、要」，這顯示出中共對馬政府單方面要求中共施恩卻沒有具體回報已經有所不耐。針對這個矛盾，民進黨可以思考做些什麼。

二、民進黨以後在中國政策上，應用積極正面的態度因應。外界一般認為民進黨意識型態僵化，只會說這個不要，那個反對。應反其道而行，直接向中共說清楚，民進黨在兩岸關係上要什麼，反對或拒絕什麼。

三、中共對於現狀的界定是國共內戰遺留下來的政治對立，民進黨應該從歷史、現實、認知等角度正面定義兩岸關係的現狀。

四、「胡六點」有兩段文字談論這三十年的發展歷程，民進黨也應該跳脫中國的解讀框架，從民進黨自身的角度詮釋1979年後台灣的发展，不必陷入中共的框架中。

五、針對馬政府推動的外交休兵，中共過去半年使用的文字是「台灣的外交空間」問題，但這次到了「胡六點」，赫然變成「台灣同胞參與國際活動」的問題，這實質上是向後退一步。所以我認為胡錦濤會承諾讓台灣參與WHA，但範圍已經界定清楚，也就是中共可以讓台灣在國際組織「參與活動」，但不會讓你「加入」。

主持人梁文傑：

「胡六點」有一段文字讓人印象深刻。胡錦濤說：「30年的實踐充分證明，祖國大陸改革開放和現代化建設不斷取得巨大進步，是推動兩岸關係發展，實現祖國和平統一的雄厚基礎和可靠保障，決定了兩岸關係的基本格局和發展方向」，可以看出中共現在對自己相當有自信，認為只要經濟實力不斷發展，台灣是跑不掉的。而這也是台灣人普遍的焦慮。面對這樣的情勢，台

灣應該如何因應，想請教一下林濁水委員的看法。

林濁水：

我認為胡錦濤的思維很一貫，只是因應不同的發展階段，採取了新進程。換句話說，針對陳水扁，他有一套推動的進程，換到馬英九，他又有另外一套推動進程，進程是新的，但思維是一貫的。是戰略進程上推動的新，而不是戰略思維上的新。

胡錦濤對台灣文化的肯定是新的。過去中共對台灣文化的興趣不高，只是跟著國民黨罵本土化是去中國化。「胡六點」第一次肯定台灣文化豐富了中華文化，換句話說，中華文化可以納編台灣文化，但是在納編過程中，也承認你有特殊性，有貢獻，這是他過去沒有做過的。這顯然是針對綠營的民眾做一個新的統戰，會產生什麼效果不知道，但這的確是新的。

三十年前的「告台灣同胞書」，那時中國和美國剛剛建交，美國的「台灣關係法」也還沒有出爐，中共當時是自信滿滿，以為台灣問題就要解決了。鄧小平曾經提到八十年代就要解決台灣問題，「葉九條」講的兩岸談判也是要談台灣怎麼投降的問題。

正是在這種心態下，中國願意和台灣進行辜汪會談，因為中國非常有信心，認為台灣非投降不可。但是辜汪會談一談下來，北京發現會把台海現狀固定化，等於承認台灣的管轄權，與明天馬上就要統一的構想無法吻合，所以辜汪會談後兩岸交流互動便呈現停滯的狀態。

一直到阿扁上台，中共才覺悟到統一就在明天的想法完全不切實際，也因此才開始承認台海現狀是尚未統一，統一是未來的事，那現在兩岸關係應如何定位？就是賈慶林在政協演講那句話，「兩岸尚未統一，但是兩岸同屬於中國的一部份，這個事實從未改變」。既然現狀尚未統一，就要繼續推動，既然尚未分裂，所以不必開戰。促統不必急，只要防獨就好，所以有「反分裂法」的出台。

但是現在中國經濟變強了，台灣變弱了，馬英九也上台了，各種陰錯陽差的因素湊在一起，

所以北京對台灣問題的態度又從消極的「和平發展」回到積極的「和平統一」。而馬英九對中國這樣的訴求，其想法如同董立文教授所指出的是有時接受，有時拒絕，來回擺盪。比較一貫的是國民黨大陸事務部主任張榮恭和國民黨中央黨部，他們是非常樂觀的往「和平統一」去走。

比較不容易預料的是外交方面，北京和馬英九都說兩岸可以談外交空間，兩岸問題內政化，演變到一個完全不一樣的階段。過去台灣參與國際活動，都是在國際場合直接參與，在國際場域和中共交手，包括聯合國、亞銀等，但現在是國共雙方先進行協商。如此馬英九就面臨一個問題，既然雙方先談，再找美國就是違背承諾，所以胡六點發表後兩天，中共駐美大使就在美國強調美國不要管，不可以先跟馬英九deal。

這樣對台灣是不利的，民進黨如果不加以批評，喪權辱國就會變成一種貢獻，就會跟陳雲林四項協議一樣。接下來在台灣參與WHA、WHO時也會面臨這個問題。民進黨要下一點功夫，把這些整理得清楚一些，要盡量阻擋，縱使沒辦法阻擋也要國民黨付出代價。



主持人梁文傑：

中國預備讓台灣參與WHA或WHO，這的確會對民進黨造成一個困境，到底這樣的結果，對民進黨來說是目標的實踐，還是向中國扣頭而使台灣主體性喪失？如果中國真的讓台灣加入WHA或WHO了，台灣應該高興還是不高興？不知林成蔚主任有什麼看法？

林成蔚：

我們不能把台灣參與WHA的問題視為一個單一事件，一定要放在台灣參與國際空間整體的脈絡下來處理。過去參加WTO時，我們雖然採用「台澎金馬關稅領域」的名稱，但是我們和其他會員國享有完全同等的權益，當然在一些文字上我們有些吃虧，但至少在WTO我們是正式的會員，而在國際奧委會、APEC這些國際組織也和其他會員享有的權益完全一致，或基本上非常接近。我們當時沒有事先跟中國進行秘密協商，也能得到這樣的成果。現在國民黨和中國進行秘密協商後，得到的反而是有條件的、暫時性的，而且只是參與世界衛生組織年會的「觀察員」的身份，連世界衛生組織的準會員都不是。這對台灣的權益到底增加多少完全看不出來，但是在這個過程中我們不但犧牲了透明化的民主原則，甚至將主權作很大的妥協，卻沒有換來實質的東西。這一點，很多民眾並不了解，民進黨會再多加說明。

林濁水：

「胡六點」想封殺馬英九各自表述，混水摸魚的空間，對此美國態度到底為何？這是比較令人擔心的。現在的小布希政府看起來是肯定「胡六點」的，換屆後可能不至於有太大的變化，如果真是如此的話就嚴重了，等於美國承認台灣是中共的勢力範圍，但日前美國F22又進駐日本，這是兩個相矛盾的訊息。是否代表對美國來說，台灣變成和東亞各國類似。東南亞各國在軍事上倚賴美國，但政治、經濟上和中國靠得近。台灣現在也是如此，這符合美國的利益嗎？這一點想請教對美國比較有了解的林成蔚主任。

林成蔚：

末期的布希政權是否能代表今後美國的外交政策思維，我不會這樣認為。柯林頓和布希政權曾講過：「任何解決處理方式都要得到台灣人民同意」。但到了布希政權末期，變成只強調兩岸雙方，但不特別標舉出台灣人民。這對我們來說立場是倒退。這次歐巴馬的幕僚在選舉時提到「兩邊人民…特別是台灣人民…」這樣的字眼，亦即再次凸顯兩岸關係的終局解決處理要有台灣人民同意才可以，我相信這也是未來歐巴馬政權對兩岸關係的主軸。我們和歐巴馬政權相關人士

接觸的感覺是，他們很有自信，認為布希政權後來過於注重在處理中東問題，歐巴馬政權則認為中東問題可以很快獲得處理，接下來要準備面對情勢變化最快的東亞。前幾天親共和黨的AEI座談會，也要求新的政府要有新的亞洲戰略，在野黨準備對此非常強力的要求及監督。所以歐巴馬政權的兩岸政策應該不會和布希政權末期相同。

美國人很有信心，他們認為如果美國真的要處理某個地區的問題，就一定辦得到，對中東的態度便是如此，雖然結果未必。但美國對亞洲仍是這種看法，所以我們先前幾次和美方關係人說明國共目前玩的這種遊戲有可能更改台海現狀，有可能威脅美國的戰略利益，但不管是共和黨或是民主黨，都覺得民進黨又在玩「中國威脅論」，基本上並不同情。若進一步逼問，國共玩到後來，國民黨不跟美國買軍火時怎麼辦，他們便強調若牽涉到美國的安全因素，一定會強力的介入。若再逼問要怎麼介入，他們便會閃躲，不回答這種假設性的問題。可以看出他們的心態是，國共怎麼玩都還在我的掌握之中，因為現狀是由我來界定的，只要你們玩過頭，我一定介入，在這時間點前我不會出手。但這不是說他們默認了現狀由中國來界定。而是他們一直強調兩岸要和平對話，現在國共雙方做到了，美國不可能馬上跳出來自打嘴巴。

美方很多專家認定台灣能否參與WHA是中共是否對國民黨釋出善意的重要指標，中共也十分清楚這一點，所以中共認為你要的指標我也讓你看到了，美國不可能在此時打自己一巴掌。等到交手一輪後，美國才會重新開始計算美國利益是否受到損害，台灣對於美國的戰略利益是否減損等問題。但若現在問美國人，他們可能自己也不知道該如何因應兩岸關係目前的狀態。

主持人梁文傑：

「胡六點」是對馬英九的喊話，要馬英九不要再搞不統不獨，不要只會對大陸「等、靠、要」，卻不在政治上回報一點東西。目前看來，馬英九不敢也不能回應，但中共的耐性能到什麼程度，馬英九的模糊仗又還能打多久，我們還要密切觀察。■

