

亞洲大學財經法學叢書 (2)

法學發展 新趨勢

司法、財經、科技新議題

吳尚儒
張智聖
魏馬哲 主編



新學林

法學發展新趨勢

司法、財經、科技新議題

主編：吳尚儒
張智聖
魏馬哲



新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法學發展新趨勢：司法、財經、科技新議題／

施茂林等作；吳尚儒，張智聖，魏馬哲主編．--

一版—臺北市：新學林，2015.05

面；公分

ISBN 978-986-295-448-5（平裝）

1. 法學 2. 文集

580.7

104008256

法學發展新趨勢——司法、財經、科技新議題

主 編：吳尚儒、張智聖、魏馬哲
作 者：施茂林、吳容明、唐淑美、楊君毅、魏馬哲
謝如蘭、張智聖、吳尚儒（按執筆章節排序）
出 版 者：亞洲大學財經法律學系
總 經 銷：新學林出版股份有限公司
地 址：台北市大安區和平東路二段339號9樓
電 話：（02）2700-1808
傳 真：（02）2705-9080
網 址：<http://www.sharing.com.tw/>

出版日期：2015年5月 一版一刷
郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司
劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元加收郵資50元
定 價：450 元

ISBN 978-986-295-448-5

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換
門市地址：台北市大安區和平東路二段339號9樓
團購專線：（02）2700-1808 分機18
讀者服務：law@sharing.com.tw
電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>

系主任序

亞洲大學秉承關懷、健康、創新、卓越精神，創辦 14 年來，獲多項世界級排名佳績，名列「三個百大」美譽，例如 2013 年獲英國泰晤士報「金磚五國暨新興經濟體」第 53 名，2014 年「新興大學」世界排名第 99 名，「亞洲百大最佳學校」排名第 83 名，另列 Top20 辦學績優學校第 2 名，連續 10 年獲教育部評選為教學卓越大學。財經法律學系設立於 2002 年，秉承亞大創新、卓越精神，持續規劃出符合社會發展趨勢之專業學程，以培育專業、宏觀、全方位思維之財經法律人才。大學部學生之課程安排，精緻規劃為：「財經法學程」、「科技法學程」、「法律實務學程」等三個學程，為全國首創；碩士班學生之課程安排，強化以「法律風險管理」為特色之財經法律跨領域科際整合學術發展專業，拓展學生法律專業之跨領域國際視野。

英國首席大法官科技顧問理察·薩斯金（Richard Susskind）認為明日世界的法律新工作，最缺乏又最迫切需求的人才是專業而優秀的法律風險管理者。本系落實「課程分流」，培養具備「法律風險管理」專業能力、溝通能力、分析與問題解決能力之高階財經法律人才。培養學生具備以「法律風險管理」為特色之財經法律跨領域科際整合學術發展專業能力；使學生具備職場倫理與服務人群之胸襟，落實學用合一之溝通能力；以法律風險管理預防與問題解決創新策略為導向，使學生具備邏輯思辨與整合分析能力。2011

年，本系老師以「法律風險管理」為主題，由本人負責主編，出版了亞洲大學財經法學叢書（1）「法律風險管理」；有鑑於近年來社會大眾對司法改革訴求、不動產交易法制、科技法律倫理等議題，普遍認為應因應時代需求予以探討及修正，以符合社會普世價值。本系集結近年來法學發展之重要相關議題，集結成冊，延續前本叢書鼓勵老師研究之精神，出版亞洲大學財經法學叢書（2）「法學發展新趨勢——司法、財經、科技新議題」。請各位先進不吝指教。

亞洲大學財經法律學系教授兼系主任

唐淑美

2015 年 5 月

目 錄

系主任序	i
柔性司法工程之構建開展與發展軌向	施茂林 1
不動產交易採預售制度之探討	吳容明 65
「胚胎植入前組織配對篩檢」與人性尊嚴之探討 ——以普遍一致原則為中心	唐淑美 87
從比較法之觀點看美國法下保險契約之基本原則	楊君毅 139
從德國稅法碩士的培育為借鏡論財稅法 人才的培養	魏馬哲 謝如蘭 183
不動產仲介人員教育訓練與法律風險管理整合 之策略創新	張智聖 205
Health Law and HIV in the United States	吳尚儒 341
作者簡介	371
《亞洲大學財經法學叢書》審稿規則	373

柔性司法工程之構建開展 與發展軌向

施茂林^{*}

目次

壹、營造友善司法之法門

貳、司法視窗縱橫面剖繪

參、司法為民與柔性司法

肆、司法弱勢族群之保護

伍、矯治現代化與趨向

陸、犯罪被害人之保護與輔導

一、研修犯罪被害人保護之相關法律

二、加強被害人在訴訟上地位

三、運用現行法律規範主動維護被害人權益

四、開創多元化保護措施

五、深化被害人心理輔導後連動工作

六、積極協助被害人經濟困難及檢討補償金額；

給予被害人必要協助

七、加強法律扶助服務

八、制定刑事補償法有關之被害人

柒、柔性司法是智慧司法之進路

* 亞洲大學、逢甲大學講座教授，中華法律風險管理學會理事長。

摘 要

二十年來，社會各界與法律人一再倡導司法改革，針對司法院定位、司法體制、法院組織、訴訟制度、人事改造等議題熱烈討論，也有多項決議付諸實現，但檢視其成效，並未得到人民太多肯認，司法信賴度也未能有效提升，顯見其間存有盲點與困境。

傳統司法作用，為典型公權力之實踐，具有強烈陽剛性與威猛性，與人民間存有一定距離與隔閡，要拉近司法與人民之感情，當以人之因素為重心，從軟體著手，落實司法為民理念，建立友善司法環境，司法人員更應有民本思想，便利民眾使用司法，充分體現國民法意識，其總體綱領，即建構柔性司法工程。

柔性司法旨在強調司法之和善性、親近性，無論訴訟與非訟事件，不管民事、刑事或行政訴訟事件，也不論刑事訴訟程序之調查、偵查、審判與執行，甚且行政執行事件，均本包容、尊重、同理心處理審判，過程平和快速，結果合於期待性，降減司法之嚴峻性，增強人民認同感。

司法之圖騰以天平為代表，其兩端代表訴訟當事人權益需公正平衡，在人權保障上，需兼顧被告（受刑人）與被害人之人權，以柔性司法作為實踐法治精義，而且司法弱勢族群容易被忽略，更應構築關懷照護與輔導機制，實施修復式正義政策，強化司法保護成效，推動矯治現代化，構築社會

安全網，以發揮司法最大效益，是故柔性司法是未來進路。

關鍵字：司法為民、司法改革、柔性司法、修復式司法、司法保護、司法弱勢族群。

壹、營造友善司法之法門

近二、三十年來，司法改革之呼聲甚囂塵上，認為司法改革與政治改革並重，司法民主化與立法民主化並進，學者專家力主司法改革重點在司法獨立、改善司法清廉風氣、變革司法體制、改良訴訟制度、調整人事升遷機制等等¹，90年代大規模之全國司法會議亦環繞在司法院定位及上開議題²，但一、二十年過去了，成效如何？並未能得到民間與社會之肯認，可見其中存有盲點。論者於1995年根據民眾調查結果指明人民始終不信賴法院與法官，整體司法形象仍在谷底，法院經驗強化負面印象、法律工具主義腐蝕司法，提議司法改革方向為：一、貪瀆問題更甚於不獨立；二、變制不如加強制度認同；三、積極面對供不應求之危機³，很明顯道出人民要的司法改革並非在制度、機關與人事變革等項，計算時間該民調已經過16、17年，司法當局等所作司法改革仍未能提升民眾信賴度，其中緣由與關鍵性問題值得深思。

¹ 有關司法改革之論著甚多，茲舉先期著作供參。請參見蔡墩銘《司法批判——法治與人權》敦理出版，1987年7月初版，第11、16、21、25、28頁。賀德芬《點滴在心頭——一個法律人的關懷》幼獅文化，1988年9月，第65、67頁。洪貴參、黃瑞明《司法風紀問題——律師、法官的倫理》收錄於蕭全政主編《改革司法》張榮發基金會，1980年4月初版，第77、101頁。

² 參見司法院編印《全國司法改革會議實錄上、下冊》1999年11月初版，有詳盡之紀錄。

³ 蘇永欽《司法改革的再改革》月旦出版社，1998年10月初版1刷，第15-25、52-54頁。

每當檢調警等偵辦重大刑案、貪汙瀆職、掏空舞弊、財經金融等案件時，大規模動員數十人甚至二、三百人，大動作搜索、拘捕、調證、傳訊，經新聞媒體大篇幅報導，引起社會震撼；再偵審各類犯情嚴重，惡性狠毒，金額龐大，被害人數眾多刑案時，引發多數人之關注，而在處理性侵害案件時，對於狼師獸心，惡父亂倫，兇殘性侵時，更引起共憤，無不期待司法重判重罰，展現嚴正態度、重懲決心，以報償公義價值，呈現司法公正不阿、嚴刑重罰目的。事實上，此類案件已辦的相當多，可以看得出司法人員強烈表達司法剛性面之企圖心，而且偵審作為也極為剛強威厲，但經年累月辛勤結果，何以仍得不到全民之擁戴？民眾對司法信賴度也一直無法升高，時時得來諸多不滿之批評，若不找出病灶，再辦更多更重大案件仍會徒勞無功，需有另類思維扭轉不利局面。

絕大多數的司法官在處理案件時，都是兢兢業業，不敢懈怠，常身心俱疲，發生積勞成疾事件，令人深感遺憾，但民眾對司法之印象，常從個案累積而來，與通案或制度無大關連，例如開庭態度不好或冷漠輕率、常識不足、結案時緩慢、查問進度困難、辦案草率等⁴，而在個案之表現如何為當事人接受與信服，顯然是司法公信力之連結點，否則案牘

⁴ 司法院編印《司法院八十九年度邀請各界參與司法改革座談會所提建言暨處理意見彙編》，2001年7月版，第17、120、121、131、133、136、191、353、391頁。司法官訓練所《司法倫理》，2006年5月再版，第125-127、165頁。姜世明《法律倫理學》元照出版，2011年9月2版1刷，第178-189、194頁。林朝榮《檢察制度民主化之研究》文笙書局，2007年9月初版，第361頁。司法院司法行政廳《公務員彈劾懲戒懲處之理論與實務》，2002年11月初版，第446、447頁。

勞形換來否定之批評，相當不值得。

「偵查不公開」是眾所周知之偵查規則，其目的在防免「人民公審」、「媒體公審」、減損無罪推定原則之保護功能，也在保障相關人員之隱私、名譽乃至身家性命，也確保檢察機關之資訊優勢，利於偵查之進行⁵，但事實上「偵查大公開」也是很多人認知之現象，甚而是「八卦」、「爆料」、「隱私大發送」起源，也是電視新聞之主力⁶，雖然警察與司法機關一再否認，諉為「是當事人自己說出來」、「辯護人洩漏偵訊內容」、「媒體自己杜撰」云云，縱是正經八百、千查萬查也少有洩密之處分案例，惟細究洩漏之案情，有為「當事人之私密事」，有為「其家人私人事務」，有為「當事人或家屬行事風格」，有為「家屬感情事」，有為「當事人癖好」等等，試問此與偵辦案件（證據蒐集、起訴標準、事實認定……）以及大眾知之權利有何關聯？若關聯性不高，補足性不大，實質上等同未審先判，傷害甚大，也任令當事人及家屬之名譽掃地，致當事人及家人毫無隱私，飽受批評、汗巖，甚至凌遲，各洩密者良心何在？良知何在？凡此屢遭譴責批判，若不改善而要建立民眾信賴度談何容易？而且每辦一件重要大案，未能遵守偵查不公開時，對司

⁵ 林山田《刑事程序法》五南圖書，2004年9月5版1刷，第524-525頁。朱石炎《刑事訴訟法新論》三民書局，2010年1月修訂2版2刷，第245、246頁。林永謀《刑事訴訟法釋論（中）》自版，2007年2月初版1刷，第320、321頁。台北律師公會《法律倫理》2011年5月初版1刷，第187、189頁。

⁶ 林鈺雄《刑事訴訟法下冊》元照出版，2007年9月5版1刷，第14、15頁。司法院（註4），第17、120、121、131、133、136、191、353、391頁。

法傷害更深，捲入其中之當事人或關係人更是忿怒難忍，是以刑事辦案人員應有慈悲心，堅守法律規範，方是友善司法之宗旨。

無論民事、刑事、行政案件繫屬在司法機關中，均各有其複雜之背景與社會因素，其居心可誅，惡性重大，行為惡質者有之，但情節輕微，犯行不大，惡性奇輕或衡情論理可憫恕者亦有之，是否一律重懲重罰，或者全部予以歸責，或一視同仁處遇，不無考量空間。若謂必拘法泥法方足以申法之森嚴，當非法之本旨，而且犯罪原因多端，有則可歸責於犯罪人，然其根本原因與社會不公平息息相關，尤其是所得差距、資源分配不均，若不細察其由，有失偏差⁷，是以審時度勢、衡情論法、申法平、得真情，當為重要課題，才是司法柔性面之真正意涵。

法律之精神在求公平正義，其立基與目標亦如此，但常因執法者之觀念、出身背景與裁量標準不同，出現分歧之結果，對於司法之處遇，亦因檢察官、法官之經歷、經驗及個人意念、學識而有差異，正如美國大法官霍姆斯所言：「法的生命不是邏輯而是經驗。」⁸，英國學者 Dee Cook 認為英國刑事司法本該不因年歲、性別、族裔、能力、財產、職業、地位等而失客觀性，但研究顯示有諸多證據揭示，刑法仍顯著由優勢階級強加於弱勢階級，老人強加於年輕人，男

⁷ 詹火生、陳小紅、陳東升、吳淑瓊、龐建國《社會學概論》匯華圖書，2003年3月初版21刷，第246頁。

⁸ 周震歐《犯罪社會學》黎明文化，1993年7月初版，第196頁。冉井富、朱景文、胡水君、陸益龍、郭曉飛《法社會學》五南圖書，2006年9月初版1刷，第104頁。

性強加於女性，與正義期待不合⁹，則司法失去精準客觀本質，仍本剛性威權而為，自有不當，需有新思維與新作法，大力變革舊制舊規舊法，調整司法體制與作用模式，體察人民司法感覺，其以柔性特質貫穿司法，本博愛之心審慎裁判，必能補剛性司法不足¹⁰，培養民眾司法信賴度。

近年來，法務部與司法院均卯足全力在提升司法信賴度，但效果有限，一般民眾也常表示對法律有相當程度之不信賴感，分析其原因，人民不是不信任法律、不相信權利，而是對司法機關不信任，對法官、對檢察官不信任，有可能是廉潔度之觀感，有因案件處理出錯誤，也與臺灣司法未能跟上時代變遷與民眾期待有關連¹¹，純從司法剛性著手，顯然未必能改變此種不信任感。

司法在定息止爭，保障人權，係為人民而存在，「司法為民」並非一句口號¹²，而是司法存在之立據，憲法明定人

⁹ Pete Alcock, Angus Erskine and Margaret May 合編，李易駿、邱汝娜、林慧芬、侯東成、鄭怡世、賴月蜜合譯《解讀社會政策》群學出版，2006年12月初版1刷，第518、519頁。

¹⁰ 中國盛行社會管理創新，司法系統亦積極參與，力倡動能司法，改革司法作為，踐行司法為民，呼應社會需求，順應社經發展，提升司法信賴，即在調整剛性司法之角色，陝西省中級人民法院特出版《司法視野下的社會管理創新》一書（康寶奇主編、杜豫蘇等撰寫，人民法院出版社，2012年3月初版1刷），闡述理念定位、實踐探索、機制創新及管理推進。

¹¹ 王崇名《法律與社會——西方法律文明與未明的韋伯》揚智文化，2004年4月初版1刷，第10頁。

¹² 1999年7月6日至8日召開全國司法會議，針對「落實人民訴訟權之保障」「研討建立人民參與司法審判之制度」「刑事訴訟制度之改革」等十二項議題深入探究，其主軸思維即司法為民（參見：司法院編印《全國司法改革會議實錄》上、下輯），其後院檢雙方及司法院、法務部均更

民有訴訟權，透過訴訟權之行使，爭取自我權益之保障，是以司法制度與司法環境必須是充盈人性、友善、溫暖，讓所有運用司法機能之人民得以得到充分尊嚴，感受行使權利方便性，訴訟制度存在之價值¹³，呼應主權為國民享有之意義。以目前司法之運作以觀，是否已達友善、人性、溫馨之境界，尚有大大空間要努力，若採用、活用柔性司法之理念、肌理做質性調整，必能回應人民之需求與期待。

司法為民既以人民為主，當以訴訟當事人為重，以服務便民為導向，有關司法偵查、審判、執行或行政事務，為民服務項目，均以人民方便、快速為要，在實質內容與受益而言，當以剛性司法與柔性司法並重，剛性司法為路，柔性司法為本，發揮適性處遇，強調關懷與人性服務功能，以符合司法民有、民治、民享之目標。

柔性司法¹⁴表達關心、關懷、關愛、服務、包容、溫馨……等特質，讓司法體現為民理念，正是博愛精神之主軸，不因當事人本身涉有違法甚至犯罪之行為乃喪失被關懷之機會，也不因其為弱勢者，致未能接受司法公平照顧之機

強調司法為民之理念，在院檢為民服務處或官方文書、報告中亦常揭示司法為民之信念及推動作法。

¹³ 邱聯恭《司法之現代化與程序法》三民書局，2001年10月初版7刷，第19、20頁。

¹⁴ 本人在法務部保護司服務時，負責觀護、更生保護、犯罪被害人保護、消費者保護、犯罪研究、犯罪防制、法治教育、法律扶助、訴訟輔導等業務，以司法柔軟度、包容性積極推動各項業務，其後主政法務部期間，再推展至監所矯正工作，提出柔性司法觀念，規擬司法相關工作，勉勵同仁認真盡職執行，並接續再宣導檢察機關亦需本柔性司法思維偵辦案件，再逐步推動擴及民事、刑事及行政訴訟領域。

會，更不會因當事人之家屬，因其違法甚至犯罪而遭社會排擠，淪為邊緣人，將博愛思想貫穿在司法工作內，催促其質變醇化，必能闡發柔性司法之特質，使司法達到真正為民服務之目標。

貳、司法視窗縱橫面剖繪

傳統社會信任關係常建立在血緣、地緣與朋友基礎上，然而隨著社會變動，在工商發達的社會中，已逐漸轉至社會組織或制度，如政府、媒體、學校、司法機關，經由各該組織制度之媒介產生社會信任感，此種脫離個人之集體實體組織，迥然不同以往信賴之臍帶關係，但無可諱言，當一般人普遍對此集體實體組織產生懷疑或不信任時，已構成該組織之系統危機¹⁵，是以人民對司法不信任，是極重要之警訊，要挽回此危機，除強化司法公正無私、保障人權、伸張正義、發揮法律功效外，從柔性司法角度，調整司法作為，比較能轉化一般人舊有印象，培養司法親和力，逐步重建司法公信力。

法律之目的在於保障人民之人權、自由，促進社會平等祥和，發揮公益價值，在長期的試煉與經驗中，獨立自主之司法得以脫免統治者之意願與影響，貫徹法律之正義，而且社會經環境變化神速，法律必須與時俱進，法律需要再生

¹⁵ 張茆雲〈當代台灣社會的信任與不信任〉收錄於張茆雲、呂玉瑕、王甫昌主編《九〇年代的台灣社會：社會變遷基本調查系列二（下）》中央研究院社研所，1997年5月初版，第299、317-320頁。

產，不斷成長圓熟，與社會關係再生密合，法律之本體性、功能性方能更具生命力¹⁶；司法當然亦需成長，隨社會需要同步運行，柔性司法確能增強其效果。

司法機關負責平亭曲直，解決社會各類紛爭，申明公義，在現代民主國家恆居關鍵性地位，論者指其居於戰略性地位，透過裁判、新法創造與監督法律執行之機能，深度影響社會能否公平、合理、和平及安寧¹⁷，此由大法官在解決錯綜複雜之爭議事件所作解釋，即可彰顯其作用與功效之大，因之，在柔性司法之發揚面，就普通法院而言，涉及關係社會重大事件之案件，如勞工、婦幼、監護事件，亦可促進社會之和睦安詳；又在行政訴訟中如環保、健保案件之審判，亦能發揮公平、合理與平和之效果。

從立法之過程而言，大多數係由主管機關依其推動公務之需要，或因應社經發展之變動，或社會民眾、民意代表、法律學者等之強烈聲音而予研擬制定或修正，有部分則係政黨或立法委員提案再經三讀通過¹⁸，就其構造觀察，可謂法律大部分係由中、上階層之綜匯意見，是否確實反映底層社會或一般人之聲音需求，大有探討之餘地¹⁹。以少年事件為

¹⁶ 洪鑣德《法律社會學》揚智文化，2004年10月2版1刷，第5、596、597頁。

¹⁷ 呂亞力《政治學》三民書局，2004年1月修訂5版4刷，第21-22頁。

¹⁸ 周萬來《議案審議——立法院運作實況》五南圖書，2008年2月3版1刷，第166、178-181頁。

¹⁹ 筆者編著各類法典三十多年，長期觀察各類行政法、司法等研擬修廢，有相當之經驗，後調派法務部擔任參事及農委會、衛生署等法規委員會委員，期間參與各部會與所屬機關法律之草擬、訂定與修正，並列席法院各委員會法案之審查，對於法案之研修制定，有更加深刻之認知。