

目 錄

時 評

- 從 520 蔡總統就職演說展望兩岸關係..... 吳 漢1
- 大陸全國人大委員長張德江「視察」香港之評析..... 莫大華7
- 鬆綁或控制 - 對習近平在「全國宗教工作會議」講話的評析..... 張家麟13
- 「文革」50 週年：回顧與反思..... 蔡國裕20

專 題 研 究

- 兩岸毒品成癮者之刑事制裁..... 馬躍中27
- 兩岸人權發展與實踐對臺灣的國家認同影響..... 梁式榮53

論 壇

- 超強南海推擠，有誤解，未爭霸..... 石之瑜88
- 肯亞事件後續效應：改變「己方人民不遣返」的現狀？..... 戴世瑛94

Contents

News Commentary

- Projecting Cross-Strait Relations Based on President Tsai's Inaugural
Speech *Wu, Han* 1
- An Assessment of China's Top Legislator Zhang Dejiang's
Hong Kong Visit *Mo, Ta-Hwa* 7
- Deregulation or Austerity: An Analysis of Xi Jinping's
Speech at the National Work Conference on Religions *Chang, Chia-Lin* 13
- The 50th Anniversary of the Cultural Revolution: Retrospect
and Reflection *Tsai, Kuo-Yu* 20

Monograph

- A Study of Criminal Punishment of Drug Addicts between
Taiwan Strait *Ma, Yueh-Chung* 27
- The Influence of Cross-Strait Development and Practice of
Human Rights on Taiwan's National Identity *Liang, Shih-Jung* 53

Forum

- Clashes, Misperceptions and Hegemonic Powers in the South
China Sea *Shih, Chih-Yu* 88
- The Aftermath of the Kenya Incident: A Change to the
"Non-Extradition of Nationals" Principle? *Tai, Shih-Yin* 94

從 520 蔡總統就職演說 展望兩岸關係

Projecting Cross-Strait Relations Based on
President Tsai's Inaugural Speech

吳 漢 (Wu, Han)

本刊編輯諮詢委員

今（105）年5月20日，中華民國第十四任總統蔡英文、副總統陳建仁在總統府舉行就職典禮，隨後蔡英文總統在府前廣場向各國來賓、全國民眾及海內外媒體發表就職演說，揭示未來四年的治國理念及方針，從此臺灣進入蔡英文總統主政的時代。蔡總統受人矚目，不僅因為她是臺灣第一位女總統，更多的關注是想瞭解她將如何處理兩岸關係，本文特別從其就職演說觀察，以展望未來兩岸關係的發展。

壹、就職演說與中共之反應

在就職演說中，蔡總統宣示要為年輕人打造一個更好的國家，在此一目標下提出了五個施政重點：第一、臺灣的經濟結構轉型；第二、強化社會安全網；第三、社會的公平與正義；第四、區域的和平穩定發展及兩岸關係；第五、外交與全球性議題。其中關於兩岸關係的說法，是新政府未來兩岸政策的張本，將牽動兩岸及亞太區域情勢的穩定，特別引起國內外高度關注。

蔡總統指出，將努力維持兩岸現有的對話與溝通機制；尊重92年以來兩岸兩會相互諒解、求同存異，進行協商溝通的歷史事實；在既有的歷史事實與政治基礎上，持續推動兩岸關係和平穩定發展；依據《中華民國憲

法》、《兩岸人民關係條例》及其他相關法律，處理兩岸事務；同時呼籲兩岸執政黨應該要放下歷史包袱，展開良性對話。為了回應中共拋出的「九二共識」是兩岸共同政治基礎這一底線，蔡總統特別針對政治基礎再提出四個關鍵元素：第一，1992年兩岸兩會會談的歷史事實與求同存異的共同認知，這是歷史事實；第二，中華民國現行憲政體制；第三，兩岸過去二十多年來協商和交流互動的成果；第四，臺灣民主原則及普遍民意。

實際上，在這段兩岸關係論述中，最大亮點是「依據《中華民國憲法》、《兩岸人民關係條例》及其他相關法律，處理兩岸事務」。這是蔡總統在兩岸關係論述的新提法，一般解讀認為從「中華民國憲政體制」向前更進一步提出《中華民國憲法》、《兩岸人民關係條例》，是對大陸釋出的更大善意。

就職演說甫結束，部分大陸涉臺智庫學者給予正面看待，中共社科院臺研所所長周志懷表示，蔡英文雖沒講「九二共識」，但大陸注意到新的表述，從這個角度看，蔡英文的兩岸政策是有彈性的一面，這一步還是符合與大陸相向而行的一步，為兩岸當前的破冰創造了條件。廈門大學臺灣研究院院長劉國琛則認為，蔡英文的演說基本上是正面表述，讓兩岸關係穩下來了，但大陸仍會繼續觀察蔡是否做到言行一致。國內民眾似乎鬆了一口氣，第二天股票集中市場表現出睽違已久的價量俱揚，上漲 213.18 點，以 8344.44 點作收，站上半年線。

但是，歡喜時間沒有太久，大陸中央臺辦、國臺辦負責人於 20 日下午，就針對蔡英文總統就職演說發表談話，稱「這是一份沒有完成的答卷」。談話指出，大陸方面注意到就職演說中提到 1992 年兩岸兩會會談和達成了若干共同認知，表示要依據現行規定和有關係例處理兩岸關係事務，在既有政治基礎上持續推動兩岸關係和平穩定發展。但是，在兩岸同胞最關切的兩岸關係性質這一根本問題上採取模糊態度，沒有明確承認「九二共識」和認同其核心意涵，沒有提出確保兩岸關係和平穩定發展的具體辦法。

21 日，大陸國臺辦、海協會分別單方面關閉了兩岸對口單位聯繫的管道。國臺辦發言人馬曉光答覆記者提問時表示，只有確認堅持「九二共識」這一體現「一個中國原則」的共同政治基礎，兩部門聯繫溝通機制才能得以延續。海協會負責人則指出，只要海基會得到授權，向海協會確認堅持「九二共識」這一體現「一個中國原則」的政治基礎，兩會受權協

商和聯繫機制就能得以維繫。時至今日，兩岸官員互訪停止，兩岸熱線不通，連絡降低至科級層次。有人預估，兩岸關係前景不容樂觀，今後將進入「冷和」或者是「冷對抗」的時期。

說到這，我們不難發現「九二共識」似乎成了兩岸通關密語，有了它，兩岸關係可以峰迴路轉，沒有它，則寸步難行。什麼是「九二共識」？為什麼中共要在蔡總統就職演說中見到答案？為什麼蔡總統要在文字上七彎八拐，就是不說「九二共識」？如果不理會中共咄咄逼人的「答卷」，對兩岸關係以及臺灣的未來會產生什麼影響，這些都是國人必須關心的問題。

貳、「九二共識」的爭議

將「九二共識」視為兩岸共同政治基礎，是由大陸方面所提出。2014年底，臺灣「九合一」地方選舉，國民黨大敗，2016年總統大選政黨再次輪替的可能性浮現，中共為了鞏固兩岸關係既有的成果，於是提出了「九二共識」是兩岸共同政治基礎的說法。2015年1月17日，朱立倫當選中國國民黨主席，中共中央總書記習近平傳真賀電，希望兩黨「秉持民族大義，鞏固堅持九二共識、反對臺獨之共同政治基礎」下推動交流。2015年3月4日，習近平參加全國政協十二屆三次會議民革、臺盟、臺聯聯組會發表講話指出，「九二共識」對兩岸建立政治互信、開展對話協商、改善和發展兩岸關係，發揮了不可替代的重要作用。如果兩岸雙方的共同政治基礎遭到破壞，兩岸互信將不復存在，兩岸關係就會重新回到動盪不安的老路上去。

所謂「九二共識」，依中共的說法，其核心意涵是「兩岸同屬一個中國」，依馬政府的解釋，則是「一個中國，各自表述」。雖然在辭意詮釋上都有「中國」，但對「中國」的涵意各自不同，臺灣所指的是「中華民國」。無論如何，「九二共識」是解決兩岸政治分歧的權宜性用語，亦是兩岸協商談判過程中妥協的產物。

1992年，海基、海協兩會為準備第一次「辜汪會談」進行協商，中共提出兩岸談判必須堅持「一個中國」原則，頓使談判觸礁。幾經折衝，雙方提出13種文字表述方案，海基會最後以「在海峽兩岸共同努力謀求國家統一的過程中，雙方雖均堅持一個中國的原則，但對於一個中國的涵義

認知各有不同」為論述依據，隨後擱置爭議繼續協商，此即所謂「一個中國，各自表述」。

1993 年，「辜汪會談」如期舉行，但中共始終強調「一中原則」，並不接受「一中各表」這個概念。1999 年，李登輝總統面對中共始終堅持「一中原則」，無法突破談判僵局的困境，提出兩岸是「特殊國與國關係」做為回應，在兩岸間引起軒然大波。2002 年，陳水扁總統索性再向前一步，直指兩岸是「一邊一國」，瞬將摸索中前進的兩岸關係陷入谷底。

2005 年，中國國民黨主席連戰赴中國大陸訪問，展開「破冰之旅」，「連胡會」共同承諾，促進兩岸在「九二共識」基礎上儘速恢復平等協商。2008 年，馬英九總統在就職演說中指出，我們今後將繼續在「九二共識」的基礎上，儘早恢復協商，並秉持 4 月 12 日在博鰲論壇中提出的「正視現實，開創未來；擱置爭議，追求雙贏」，尋求共同利益的平衡點。因而開啟了兩岸協商談判的新局面，至今已簽署了 23 項協議，並將兩岸互動提升至政府層次，甚至兩岸領導人馬英九、習近平亦已進行過第一次會面。

「九二共識」做為兩岸關係中的專有名詞，有其特殊的典故。2000 年，當時的陸委會主委蘇起為了替「一中各表」換個新名字，提出沒有「一中」字眼的「九二共識」概念，其目的的一方面可以為兩岸持續交流溝通找到雙方都可以接受的共同點，另一方面可以緩和民進黨執政後可能對兩岸關係造成的緊張。「九二共識」提出後，中共為了改善兩岸僵局，避免民進黨政府向臺獨傾斜，遂在涉臺會議或活動場合予以採用認可。美國方面認為，只要有助於改善兩岸關係，亦不持異議。

然而，當時做為當事一方的民進黨政府，對於「九二共識」卻不買單，原因是「九二共識」中隱含的「一中」意涵。民進黨認為臺灣是主權獨立的國家，兩岸關係不是「一個中國」內部的事務，而是國與國的關係。這樣的政治主張基本上是源自自身的身分認同，也就是「我是臺灣人，不是中國人」。承認了「九二共識」，就是承認了「一中原則」，這有悖基本政治信仰。

再者，從臺灣內部的兩岸政策的主導權來看，李登輝總統提出「特殊兩國論」，當時國安會的主要幕僚是現在的蔡英文總統，而陸委會主委蘇起事先不知情，卻必須事後出來滅火，勉強解釋「特殊兩國論」就是「一個中國，各自表述」。政黨輪替後，蔡英文接任陸委會主委，兩岸政策理

應由民進黨政府和陸委會發言，結果前任陸委會主委已搶先創造了「九二共識」這個名詞，等著繼任者認可，似乎頗有趕鴨子上架之勢，這會不會是兩岸政策上的瑜亮情節，頗值得玩味。

今日之勢，亦復如此。在「九二共識」的默契下，過去 8 年兩岸關係開創了廣闊的新天地，於是不管馬政府也好，中共也好，都向新政府喊話，希望一起為「九二共識」背書。但蔡英文總統卻輕描淡寫地回應，兩岸關係不應被視為國共關係，意思就是「九二共識」是國共共識，不是兩岸共識。這固然有受政治理念的影響，但又何嘗不是基於政治現實，為權力角力而考量。

參、兩岸關係展望

中共領導人習近平在蔡英文總統就職前，為了掌握兩岸關係不會出現太大的變數，一再重申承認「九二共識」的重要性。今年 3 月 5 日，參加十二屆全國人大四次會議上海代表團審議時再次強調，將堅持「九二共識」政治基礎，繼續推進兩岸關係和平發展。並且指出，承認「九二共識」的歷史事實，認同其核心意涵，兩岸雙方就有了共同政治基礎，就可以保持良性互動。同時發動文攻武嚇，加對臺軍演；並且運用經濟手段，包括減少觀光客來臺、減少對臺原物料採購、停止農漁業合作、加強輸陸農產品檢疫等，希望迫使蔡總統正視「九二共識」，並且接受「九二共識」。

蔡總統當然知道當前兩岸關係的重要性，因此從投入選戰開始即強調，兩岸關係的基本原則，就是「維持兩岸現狀」，也就是維繫臺海和平及持續兩岸關係穩定發展的現狀；這是兩岸關係的核心。隨著接掌政權的步調，「維持現狀」的內涵，已經從「中華民國憲政體制」調整為《中華民國憲法》。《中華民國憲法》雖然已具有「一中」的內涵，但中共還是不滿意，那麼接下來要不要回應「九二共識」？要如何回應？不回應「九二共識」會有什麼後果？這些都是新政府必須審慎思考的問題。

面對新的政治對手，中共總有一段觀察期，以便「聽其言，觀其行」，其次才是「定性」和「定調」。對處理臺灣問題而言，定性的觀察主要有兩點，其一「是不是臺獨」，其二「是不是中國人」。定調，就是用什麼手段，出什麼招。蔡總統就職後，世界衛生組織（WHO）旋即召開世界衛生

大會 (WHA)，衛福部長林奏延依往例出席，即顯示中共對新政府有所期待。雖然已有部分涉臺學者指稱新政府在搞「緩獨」，但中共當局應尚未正式定性。

臺灣面對兩岸關係有其困境，就內部因素來說，身分認同為「臺灣人」的比例與年俱增，認同為「中國人」或為「臺灣人也是中國人」的比例逐年降低，因此臺灣內部對兩岸關係的關切程度不若已往。究其原因主要是：1949 年以後大陸來臺人士凋零；「去中國化」教育的推動，淡化國人對兩岸關係的認識；「反共」的刻板印象；因政治體制不同，一般人不喜歡大陸等等。近年來，中共對臺工作雖然不遺餘力，但只要一提出主權訴求，擺出高姿態，所有的笑臉頓時破功。當絕大部分臺灣人都不覺得自己是中國人的時候，怎麼可能制訂出符合大陸期待的兩岸政策。

就外部因素而言，影響不下於內部因素。與兩岸關係相關大國，其國家利益除中國大陸主張兩岸統一之外，美國希望一個穩定但不統一的兩岸關係，可以用來牽制中國大陸，日本則力主獨立的臺灣，以保障日本的安全。而臺灣的最大利益是生存與發展，必須與各大國間維持良性互動，拿捏好彼此平衡關係。一旦關係失衡，凸顯出親美、日，而遠中國大陸，兩岸關係終將難以為繼。

作為反對黨，提出議題訴求可以散彈打鳥，只要不利於執政黨，就可以見縫插針。作為執政黨，所有的政策後果都必須概括承受，行政部門、立法部門就不能自行其是，必須有整體規劃，提出內外一致、前後一致的主張。兩岸政策亦復如此，不管你是不是主張臺灣獨立，喜不喜歡「中國」，或認為自己是不是「中國人」，要搞好兩岸關係，就得讓大陸看起來像是「中國人」在打交道。

至於兩岸的政治基礎，「九二共識」是在「一個中國」和「一邊一國」之間，經過 16 年磨合的折衷點。如果未來兩岸協商談判不要「九二共識」，就必須要有一個雙方都可接受的替代方案，這就有賴溝通、溝通、再溝通以促其實現。總之，兩岸關係已進入新的磨合期，如何順利渡過，減少消耗、減少損害，正考驗著決策者與新政府的智慧。

大陸全國人大委員長 張德江「視察」香港之評析

An Assessment of China's Top Legislator Zhang Dejiang's
Hong Kong Visit

莫大華 (Mo, Ta-Hwa)

國防大學政治作戰學院政治系教授

壹、前言

中共中央政治局常委、全國人大常委會委員長張德江，在今(2016)年的5月17日赴香港三日，除出席香港特別行政區政府主辦的「一帶一路」高峰論壇外，也「視察」香港特別行政區。身兼中共中央港澳工作協調小組組長的張德江是中共黨內三號人物，也是中共主管香港事務的最高官員，曾經主持過2014年「831政改決定」¹的表決。他此次赴香港「視察」，是自2012年中共十八大新一屆領導班底就任之後，第一位正國家級領導人「視察」香港，同時也是香港發生「占中」事件、「旺角暴亂」和「港獨」等重大事件之後，大陸正國家級領導人首次赴香港。於此之前，大陸正國家級領導人赴香港是在2012年7月的時候，由當時的國家主席胡錦濤參加香港「回歸」大陸15週年的慶典。

張德江赴香港在名義上，是為了出席「一帶一路」論壇，但同時與泛民議員作歷史性「破冰」會面，也有支持香港特別行政區政府及特首的意思。他抵達香港後，一路上不斷遭到民主人士示威抗議，要求撤換特首梁

¹ 2014年8月31日，大陸全國人大常委會表示，2017年的香港特首選舉，將可以採取「一人一票」的普選方式產生，但特首候選人數目則限制在2至3人，而且需有由1,200人組成的提委會「過半數」支持，這即是俗稱的「831政改決定」。此一決定引起香港民主派的強烈不滿，最後在香港爆發長達79天的「占領中環」政治運動。

振英，以及不要把香港扯進「一帶一路」的經濟框架裡頭。抗議人士先後在筆架山、大嶼山和青衣等地分別掛起「我要真普選」、「結束中共專政」和「撤回 831 決定」標語；亦有在街頭散發「我要真普選」傳單。

習近平此次派張德江「視察」香港有其特殊的政治意涵，不論對香港或對大陸內部，都顯示出習近平要全面掌控港澳政策。

貳、中央與地方關係經由「視察」香港得到明示

張德江此次赴港一改過往中共中央領導人「訪問」香港的先例，使用「視察」二字形容張德江到港，雖然在香港社會激起不少漣漪；然而在實際上，使用「視察」意謂著中共中央將與作為地方的香港之關係進行規範化，明確地規範中國大陸與香港是中央與地方的從屬關係，更是依法治理香港的具體表現。²

從中共官方及新聞媒體以「視察」稱呼張德江此次赴港，就可約略觀察出若干意涵，因為「視察」一詞代表高層官員到地方了解狀況和當地政府的工作表現，這顯示了中共強調在「一國兩制」下，中共中央和香港特區政府之間的從屬關係；更表明了香港是「中國」領土的一部分，帶有反對「港獨」的意涵。³ 即使香港媒體著名反對人士李怡批評張德江以人大委員長的身分，是沒有「視察」香港和對特區政府工作表示滿意或不滿意的權力，而且人大有權對香港《基本法》進行解釋，但沒有權直接介入香港特府的管治。然而事實卻是，張德江抵達香港的第一天就聽取特區政府首長工作匯報，包括特首梁振英、政務司長林鄭月娥、財政司長曾俊華以及律政司長袁國強等人的報告。出席歡迎晚宴致辭時，他主動談及近年興起的本土及「港獨」思潮，認為本土思想沒有問題，但嚴厲批評有少數人打出「港獨」旗幟，「以本土之名，行分離之實」；又以強調法治是香港核心價值，要求港府及司法機構切實履行職責及執法，不能姑息縱容違法行為，社會對衝擊法治的行為亦要嚴厲譴責。

在香港特別行政區政府舉辦的歡迎晚宴上，張德江在講話內容中，直接回應「港獨」、本土、「一國兩制」、法治等香港社會關注的焦點議題。

² 張建，「兩岸新視界—張德江視察香港傳遞的訊息」（2016年5月24日），2016年5月30日下載，《中時電子報》，<http://www.chinatim.es.com/newspapers/20160524000929-260310>。

³ 王英津，「觀點：張德江視察香港的四重意涵」（2016年5月16日），2016年5月30日下載，《BBC中文網》，http://www.bbc.com/zhongwen/trad/china/2016/05/160516_zhangdejia_inspect_hk_significance。

談及「一國兩制」實施效果時，他用「勿忘初心」、「保持耐心」和「堅定信心」總結大陸政府對「一國兩制」在香港實施 19 年來的看法。他甚至肯定香港的本土意識，但認為「港人治港、高度自治」是對香港「本土」情懷最好的照顧。但他對「港獨」提出了強硬的批評，指出這不是本土問題，而是以本土之名行分離之實。5 月 19 日早上，張德江在香港政府總部對二百多名社會各界代表發表講話，他再次強硬警告，「自決」和「港獨」沒有出路。前述兩場講話意在向香港社會傳遞重要信息，表明中共中央堅定不移貫徹落實「一國兩制」的主張。⁴ 去(2015)年 12 月 23 日，香港特首梁振英到北京述職時，大陸國家主席習近平在與其會見時表示，中共中央貫徹「一國兩制」方針堅持兩點：一是堅定不移，不會變、不動搖；二是全面準確，確保「一國兩制」在香港的實踐不走樣、不變形，努力沿著正確方向前進。因此，用「視察」這二個字，正是落實「一國兩制」「不走樣、不變形」的意義。

參、張德江「視察」香港的解讀與分析

張德江「視察」香港可從幾個方面進行分析：第一，宣示中共中央對香港的大政方針不變；第二，通過與香港各界人士、包括泛民主派的見面，緩和政治氣氛；第三，支持香港政府依法施政；第四，通過參與「一帶一路」論壇，提振香港經濟、社會和民生的發展。⁵

首先，在參加香港社會各界歡迎晚宴時，張德江聚焦政治話題，以「勿忘初心」、「保持耐心」和「堅定信心」概括對落實「一國兩制」、解決香港存在問題的看法。前香港中文大學社會學教授、中國港澳研究會副會長劉兆佳就表示，張德江訪港是透過正國家級領導人的「視察」宣示，中共對香港的政策是堅持「一國兩制」，但也希望對反對派釋放善意，穩定香港人的信心，改善目前香港緊張的政治環境，爭取香港民眾對中共中央政策的支持。也就是說，中共中央要傳遞的信息是，不會改變「一國兩

⁴ 「張德江「史無前例」會見香港泛民議員」(2016 年 5 月 19 日)，2016 年 5 月 30 日下載，[《BBC 中文網》，http://www.bbc.com/zhongwen/trad/china/2016/05/160519_china_zhangdejiang_hk_politics](http://www.bbc.com/zhongwen/trad/china/2016/05/160519_china_zhangdejiang_hk_politics)。

⁵ 張建，「兩岸新視界—張德江視察香港傳遞的訊息」(2016 年 5 月 24 日)，2016 年 5 月 30 日下載，[《中時電子報》，http://www.chinatim.com/news/newspapers/20160524000929-260310](http://www.chinatim.com/news/newspapers/20160524000929-260310)。

制」方針，不會搞香港大陸化。⁶

其次，在 5 月 18 日的歡迎晚宴之前，張德江與民主黨的劉慧卿、公民黨的梁家傑、工黨的何秀蘭以及衛生服務界的李國麟等 4 名香港立法會的泛民議員會晤，進行閉門的交流。這是 1997 年香港「回歸」大陸後，泛民派人士首次和中共最高層級的官員會面。藉以凸顯中共中央領導人願意和香港各界理性溝通，多聽香港社會不同意見的誠意，展現中共領導人的胸襟及包容。而全國人大委員長「接見」議員，等於間接承認立法會在《基本法》中所賦予的憲制地位，反對派具有民意基礎，似亦得到認同。⁷ 這樣對緩和香港反「中」情緒，是有幫助的。5 月 19 日早上，張德江在香港政府總部對二百多名社會各界代表發表講話，參加人士中，包括多名被稱為「反對派」者，如前港府政務司長陳方安生、香港大學校長馬斐森，當天的講話中張德江提到，要堅守「一國兩制」，要發展經濟，要支持特首及特區政府，以及要團結各界，「香港好、大家好，搞亂香港，大家就要埋單，一同承擔」。《明報》引用香港學者蔡子強的分析實施報導說，如此顯示北京仍打算採用和諧方法處理香港議題。

第三，在支持香港政府依法施政方面。於歡迎晚宴中，張德江說：「香港同胞對於自己生活方式和價值理念的珍視理應得到尊重。事實上『一國兩制』的一項主要內涵就是保持香港原有的社會經濟制度和生活方式不變，港人治港，高度自治，這就是對香港本土實際情況的最好照顧。」他還說：「法治是香港社會的核心價值之一，是社會穩定的基石，也是自由的底線，這個基石動搖了，底線退讓了，如何保持香港的繁榮穩定？法律面前人人平等，沒有任何人可以凌駕在法律之上，也沒有任何違法者可以憑藉任何理由逃避法律的制裁。希望特區政府和司法機關切實履行維護法治的神聖職責，嚴明執法公正司法，絕不能姑息縱容違法行為，社會各界對那些衝擊法治底線的行為也應該嚴厲的譴責。」

最後，在振興香港經濟方面。張德江在「視察」香港的行程中，不斷釋放中共期望香港的經濟發展能更上一層樓，民生不斷得到改善，在國家的「一帶一路」大戰略中，期望香港能發揮不可替代的重要作用。18 日上

⁶ 「張德江『史無前例』會見香港泛民議員」(2016 年 5 月 19 日)，2016 年 5 月 30 日下載，[《BBC 中文網》，http://www.bbc.com/zhongwen/trad/china/2016/05/160519_china_zhangdejiang_hk_politics](http://www.bbc.com/zhongwen/trad/china/2016/05/160519_china_zhangdejiang_hk_politics)。

⁷ 宋立功，「張德江訪港誰是贏家」(2016 年 5 月 30 日)，2016 年 5 月 30 日下載，[《東網》，http://hk.on.cc/hk/bkn/cnt/commentary/20160530/bkn-20160530000256656-0530_00832_001.html](http://hk.on.cc/hk/bkn/cnt/commentary/20160530/bkn-20160530000256656-0530_00832_001.html)。

午的香港「一帶一路」高峰論壇上，張德江發表演講，闡釋香港參與「一帶一路」的獨特優勢，希望香港「更加積極主動地參與到國家發展戰略中來」。當晚他更說：「香港的國際地位是由經濟地位決定的，香港市民的幸福生活也離不開發展，香港各界要有逆水行舟不進則退和機不可失時不再來的緊迫意識，把注意力聚焦到發展經濟改善民生和提升競爭力上來，折騰對香港沒有任何好處，只會蹉跎歲月遺害經濟和民生。」張德江「視察」香港，清晰地向香港社會表明中共中央將繼續奉行支持香港經濟發展的政策，這對心理浮動的香港社會來說，無疑會發揮「鎮靜劑」的作用，對於維護香港社會穩定，化解社會紛爭，集中精力加快經濟發展的步伐，是有其特殊意涵與考量的。⁸

肆、張德江「視察」香港的對臺意涵

以此次張德江「視察」香港的時間點來分析，從5月17日到19日，也剛好是在我國第14屆正副總統就職日之前。因此，中共似乎想藉由張德江「視察」的行程內容，對我國傳達一些信號或警訊。

第一，張德江說：「月是故鄉明，鄉土情懷人皆有之。我是東北人，我愛我的家鄉，我是中國人，我愛我的祖國。香港同胞對於自己生活方式和價值理念的珍視理應得到尊重。……現在，有極少數人排斥『一國』，抗拒中央，甚至打出『港獨』的旗號。這不是本土問題，而是以本土之名行分離之實，這是否違背了『一國兩制』的初心，這對香港是福還是禍，相信廣大的香港同胞是心中有數的。」這也表明，中共在領土主權的敏感政治問題上，其底線就是「一國兩制」，絕對不容許有任何鬧分裂與獨立的情況發生。

第二，以經濟利益箝制臺灣。張德江「視察」香港釋放出中共中央會一以貫之地關心、支持和幫助香港經濟發展的信號，展現中共中央對香港民眾福祉的關注，尤其是闡明「一帶一路」戰略對香港經濟發展的關鍵作用。其實這也是在隔空對我喊話與示意，因為我國政府與民眾都相當注重經濟發展的議題，特別是我國政府所推出的「新南向政策」，寄望開拓東南亞、南亞一帶市場，避免在經濟上過渡倚賴大陸。而這些地方也是中

⁸ 王英津，「觀點：張德江視察香港的四重意涵」（2016年5月16日），2016年5月30日下載，《BBC中文網》，http://www.bbc.com/zhongwen/trad/china/2016/05/160516_zhangdejia_inspect_hk_significance。

共「一帶一路」戰略必經之地，更是 TPP（跨太平洋夥伴協定）和 RCEP（區域全面經濟夥伴協定）相互競合之地，倘若中共運用「一帶一路」戰略作為制肘，那麼我國的新南向政策或經濟發展將面臨挑戰，這也符合中共以商逼政的策略。

第三，張德江「視察」香港時，與許多各界人士見面，當中也包括反對派人士。這也表明，中共在未來，依然會持續與臺灣的「反中」人士進行交往，但會堅持其對臺政策與立場，亦即，在「一個中國」的原則之下，任何事情都可能發生。

伍、結論

雖說近年「港獨」分子與本土派的崛起正是迫使張德江「視察」香港的主要原因，但「港獨」分子與本土派的崛起其實也與張德江有關。張德江身為中共中央港澳工作協調小組組長，主管港澳事務，曾於 2014 年 6 月 10 日，與江澤民派系另一中央常委劉雲山聯手運作，發表《一國兩制白皮書》，改動「一國兩制」的定義，引起港人強烈反彈，欲攪亂香港政局。當年 8 月 17 日又同意香港親中共陣營總動員發起「反占中遊行」；8 月 31 日，身兼中共人大委員長的張德江操控人大會議，對香港政改框架進行表決，正式全面封殺港人爭取真正民主普選的努力（即「831 政改決定」），再次刺激香港民眾對前途的擔憂，致使香港局勢空前緊張。今年 9 月香港立法會就要改選，習近平派張德江「視察」香港，就是要他處理面對他所引發的問題。

當然，張德江除要面對與處理他先前引起的問題外，他的「視察」香港也凸顯幾層的意義與目的。如：確定大陸與香港的中央地方從屬關係；闡明「一國兩制」不容動搖的原則與立場；與反對派人士進行會晤，緩和香港政治氛圍；以「一帶一路」戰略誘惑經濟不景氣的香港。前述張德江「視察」香港所顯露的意涵，也可能運用在對臺的策略上，就此，我國在擬定相關的政策時，應特別謹慎與小心，避免落入中共所設定的框架與陷阱。

鬆綁或控制—— 對習近平在「全國宗教工作會議」講話 的評析

Deregulation or Austerity: An Analysis of Xi Jinping's Speech at the National Work Conference on Religions

張家麟 (Chang, Chia-Lin)

真理大學宗教文化與組織管理學系教授

壹、緣起

中共於2016年4月22日至23日在北京召開「全國宗教工作會議」，中央總書記習近平、國務院總理李克強、全國人大常委會委員長張德江，中央書記處書記劉雲山、中央紀委書記王岐山及全國政協主席俞正聲等黨政要員出席主導，各省、自治區、直轄市及副省級城市黨委、中央和國家機關有關部門、軍隊有關單位負責人員皆大陣仗與會。習近平的講話，主張以黨政領導宗教，運用宗教建立「中國夢」及「兩個一百年」的理想，值得關注。

貳、脈絡

中共選擇在今年召開此會，有幾個背景因素：首先，此會議離江澤民於2001年的「全國宗教工作會議」，相隔已達15年，國內外宗教情勢今非昔比，中共黨中央認為因應新變局，應該要有新的宗教思維、政策及管理作為。

其次，習近平上臺後，在2015年雖曾召開「中共中央統戰工作會議」，但只簡單提及「四個必須」，除了積極引導宗教與社會主義社會相適

應外，必須「堅持中國化方向、提高宗教工作法治化水準、辯證看待宗教的社會作用、重視發揮宗教界人士作用，引導宗教努力為促進經濟發展、社會和諧、文化繁榮、民族團結、祖國統一服務」，有必要經由此會議，延伸黨政領導對未來黨國引導及掌握宗教的主張。

第三，這十餘年來中共境內 22 個邪教團體及境外法輪功，雖然仍造成其困擾，但已不具威脅力。相反的，隨著中共逐年的政治對宗教鬆綁，境內信教人口快速增加，基督教、天主教的發展尤為快速，估計未來 10 年內可能成為全球基督教大國。再加上經貿往來自由、百姓在境內外自由流動，帶來傳統分裂而出及從國外進入大陸的新興宗教，增加黨、政管理宗教的難度。另外，藏獨與疆獨其背後，皆隱含國際勢力支持境內民族宗教的議題，挑戰中共的統治。此外，最近習上臺後提出的「中國化」基督教運動，浙江的官僚體系順勢強拆了兩百餘座十字架，導致海內外及國際社會基督徒的不滿。習近平訪問美國與捷克時，也被捷克天主教的大主教杜卡、美國國會議員史密斯抗議中共踐踏宗教自由。

基於上述這些主客觀情勢的變化，習近平想展現對宗教的看法，及黨政體系如何領導宗教開創新局，運用宗教達成建設國家總體目標的戰略思維；才會召集中央及省市地方的黨政要員投入此會。

參、講話重點

針對習近平在此會議上的講話，可以化約成下列幾項重點：

一、對馬克思主義宗教觀的詮釋

習認為中共統治離不開馬克思及社會主義，他傳承鄧小平、江澤民、胡錦濤以來的思想路線，並對其重新詮釋，合理化解讀當代大陸宗教存在的事實。前面幾位政治領袖體認宗教無法消滅的歷史事實，且它會與經濟、政治、文化議題結合，影響社會的發展，甚至宗教也是國際政治衝突的重要因素。習近平則在此基礎上，認為中共應堅持馬克思社會主義的宗教觀理想，但也要體認「中國」、國際現實的宗教問題。中共盱衡此理想與現實層次，堅持從大陸國情、宗教具體實際表現，從中吸取有利社會主義發展及維護中共統治的經驗，制定出對宗教工作的基本方針。馬克思的宗教鴉片論隱然擱置，而轉化成中共運用宗教的思維。

二、黨政二元領導宗教

中共從過去到現在，皆採取黨政二元領導宗教的方式，由代表黨的統戰部門，負責落實中共領袖對宗教的看法，訂定相關的宗教統戰方針，負責協調國家政府的宗教部門，再由宗教及省市地方宗教事務局官僚體系，負起依法管理宗教的責任。在習的講話中，有「作之君、作之師、作之親」的儒教思想，甚至要連接黨政相關部門、工會、共青團、科協等人民團體共同管理宗教。黨對宗教的基本方針在於「導」，黨政二元領導部分必須對宗教工作想得深、看得透、把得準，做到「導之有方、導之有力、導之有效」，牢牢掌握宗教工作的主動權，主導大陸境內的宗教管理、教育及宣傳工作，黨政幹部扮演宗教界的領導及老師兩種角色。

三、黨政與宗教的統一戰線

中共黨政除文革 10 年外，從建政至今，皆視宗教為其統一戰線的盟友。統戰部門及國家宗教事務局兩個體系，將宗教團體視為「統戰工作」對象。黨國體制下運用宗教教育培育五大宗教團體的神職人員，從中篩選忠黨愛國、神學底蘊優秀的人才，將之拔擢為各宗教的領袖，讓他們為宗教界及信眾服務，也容易為黨國效忠。黨政系統成員必須堅持馬克思的無神信仰，但是基層幹部要深入各宗教界，結交優秀的宗教領袖為朋友，既教育及宣傳黨國理念，也教育信眾支持黨國體制。

四、宗教與黨國的社會主義相適應

中共應理解宗教是黨政治理的重要問題，其工作具有「特殊」重要性，會影響到國家安全、社會和諧、民族團結與統一。因此，讓宗教與黨國體制、宗教與社會主義社會與時俱進，黨政部門應客觀理解宗教新問題與新情況，全面提高黨政部門的宗教工作水準，讓黨國的宗教工作得到貫徹。強化宗教法制，才能使宗教活動平穩發展，並讓宗教界及信眾熱愛祖國、人民，進而維護國家統一。

五、「中國特色」的「政教分離」

在習近平的主張中，也提到了過去政治領袖提及的獨立自主辦教原則，在此基礎上，他認為要堅持「政教分離」；然而，此主張異於西方憲政體制發展的「政教分離」。在他看來，「中國特色」的「政教分離」是黨政可以依法管理及領導宗教，並給宗教利益後，要求各宗教團體帶領信眾回過頭來支持、鞏固黨的執政地位。

相反的，各宗教團體不得干預黨政、國家部門，他們只能被黨國體系

納入諮詢系統提出建言，參與國是。因此，中共的「政教分離」是有其特殊意涵，各宗教團體皆得受黨的指揮，擁護黨的領導；之後，才能擁有黨國「特許制度」下的「宗教自由」。

六、「中國化宗教」

與前面幾位領導人的宗教詮釋稍有不同的是，習近平提出了「中國化宗教」的主張。他運用並強化中華文化的優越性，希望境內的各宗教朝向「中國化」方向。簡單地說，「中國化」是指將社會主義及中華文化的核心價值，轉化成為各宗教的教義與儀式的內涵。引導、教育宗教界人士和信眾，共同朝此目標前進。既讓各宗教保有自己的信仰、教義、儀式，但也期待各宗教教義中，有利於當代社會、國家發展的新元素，朝中華文化發展的方向而努力。

習在宗教工作會議的講話，採取既傳承且創新的策略。在傳承上，延續了鄧、胡、江對馬克思主義的堅持與再詮釋，認定現階段宗教不可消滅，宗教與社會主義與時俱進，宗教必須發揮有利黨國的積極作用。在黨國體制下，依舊堅持黨政二元領導宗教的官僚系統；不僅如此，黨政體系必須與宗教界結成緊密的統一戰線關係；甚至堅持共產黨員不得信教的傳統，及依法管理宗教的具體作為。

在創新上，習進平強調「中國化宗教」，此論述意味著復興中華文化之外，也要將中華文化的元素滲入到各宗教的教義及教儀。相反的，各宗教也需朝具「中國特色」的中華文化意涵發展。在習看來，以中華文化為主軸，重新建構境內各宗教，將之引入「中國夢」的內涵。在未來，這也是中共社會主義特色政權，足以與西方基督教文明政權分庭抗禮的重要基礎。

肆、講話意涵

在對習近平的講話解讀，只有將它嵌在中共特殊的一黨獨大「黨國體制」的脈絡(context)，才能得到合理的詮釋。

一、堅持以黨政領導宗教

從習的講話內容，可以看出他堅持「以黨領教」的傳統作為，中共的黨政二元體系始終凌駕於宗教之上，只有在黨政的恩庇主義(patron clientism)結構下，五大宗教、儒教、民間宗教及原始宗教才擁有部分的宗教自由。雖然中共以馬克思主義的宗教觀當作宗教政策的最高指導原

則，但卻也傳承過去中華帝國朝廷政治「以政領教」的統治哲學，只不過過去是朝廷領導宗教，現在則是一黨獨大的黨國體系取代朝廷領導宗教。

他深知宗教在目前或未來無法消滅時，只好將之納入政權卵翼下的「夥伴」，政治與宗教形成「大、小夥伴」的關係。當宗教「小夥伴」得到黨國「大夥伴」的恩惠，就必須回報黨國忠誠；五大宗教團體及其領袖必須和政治領袖配合，在其領導下共同建設黨國，為穩定社會做出貢獻。

二、將宗教提昇為國家戰略資源

在習講話之後，中共其它的黨政高層，如李克強、俞正聲等人對習的主張加以引申，認為宗教是黨國事業發展體系的重要戰略資源。就當前中共的宗教情勢與問題，黨國體系應該從事宗教問題的科學分析，建構具「中國特色社會主義」的宗教理論，而且將之轉化為中央與地方宗教管理部門的工作要領及指導原則，全面學習並加以貫徹。

簡言之，中共高層將宗教當作此階段黨國事業發展的國家戰略資源。從社會主義理想及中共當前面臨宗教新情勢的現實面，抓住其中的辯證關係，黨政主管宗教幹部，必須務實的化解宗教界的問題；並且有效引領教界領袖及群眾，團結在黨政之下為中華民族復興而努力。

三、依法而治 (rule by law)

前兩項都是中共在黨國二元領導宗教結構下的「指導思想與原則」，而在黨政宗教管理部門的具體作為，則採取「依法而治」及「擴大宗教關係」兩個工作方針。就中共的「依法而治」來看，與西方的「法治」(rule of law) 相去甚遠。習近平接受江澤民、胡錦濤提出的依法行政、依法治國，來管理宗教的概念，只是他在此基礎上，強化黨政領導幹部應該「提高宗教工作法治化水準」。

儘管如此，中共對宗教工作的法治化工作，雖然已經出現了部分的「行政法條」，可以讓官僚體系「依法而治」，這些作為比過去「無法無天」的人治時代進步，但是離「憲政主義」(constitutionalism) 的「宗教法治」仍有很遠的距離。因為，宗教人權是「宗教法治」的基本核心價值，而這是中共目前所欠缺的。他只能做到依其統治好惡及維護黨國利益的前提，給予少數宗教的基本人權；而非全面肯定憲政民主結構下的宗教自由。

在「依法而治」管理宗教的概念下，雖然也揭槓了「政教分離」的大旗，但它是具有「中國」特殊意涵的概念；而非「豎起國家與宗教之間的分離之牆」(building the wall of separation between the state and church) 的

政教分離原則，拒絕國家侵入宗教領域，確保人民宗教自由的憲政詮釋。

四、擴大詮釋宗教關係

在 2006 年胡錦濤首先於「全國統戰會議」上提出「建構積極健康的宗教關係」，把宗教關係當作宗教與政黨、民族、宗教、階層、海內外同胞等關係，並且運用宗教建構社會主義和諧社會的積極元素。

而習在此次的講話將宗教關係擴大解釋，認為必須做到黨、政府與宗教的關係，社會與宗教的關係、國內不同宗教的關係、「我國」宗教與外國宗教的關係、信教與不信教群眾的關係。不僅如此，宗教且是黨國官僚體系特殊重要性的工作，它是「中國特色社會主義」的發展，黨與人民、群眾、社會和諧、民族團結及國家安全、統一的重要因素。

從習的主張看出，他對宗教關係的核心看法，已經從胡時期的政教關係、民族宗教關係、宗教間關係、宗教與社會階層關係及宗教聯繫海內外同胞的關係，擴張到宗教與國際、外交的關係。黨政體系的宗教管理幹部從事的宗教工作，將對黨國體系起關鍵作用。因此，宗教不僅是教界及群眾的信仰自由而已，它牽涉到中共黨國體系對國家發展、社會公共利益及國家在國際政治發展等面向的影響。

五、以宗教實踐「中國夢」

習上臺的大陸已經成為世界第二大經濟體，擁有經濟的優勢讓它在國際政治上展現大陸實力，因此，他為中共政權的未來發展、大陸百姓的未來希望，提出「中國夢」及「兩個一百年」的主張。希望於 2021 年 - 建黨一百年時，建構大陸成為小康社會；2049 年 - 建國一百年時，建構富強現代化的社會，帶領「中國」朝夢境實踐。

然而，實踐「中國夢」的整體發展大戰略必須有種種的作為，習想到了宗教元素，其中隱含儒、釋、道三教的中華文化，變成中共政權運用的工具。而在「中國」宗教之外的耶、回兩教，習也希望加以納入，將中華文化或社會主義的核心價值融入這兩教的教儀、教義，藉此教育並宣傳給各宗教領袖及信眾，認同中共未來發展的目標。

習對傳統中華文化的重視遠超過前任領袖，他在 2014 年孔子誕辰前夕於人民大會堂講話引用《禮記》〈禮運大同篇〉，公開肯定孔子思想並希望建構未來大陸成為小康社會。孔教已經成為中共政權默認可以存在的傳統宗教，它與既有的五大合法宗教並列，而且成為中共建構具社會主義特色「中國化」政權的重要內涵。

伍、結語

從習在「全國宗教工作會議」的講話，未來中共在宗教的管理及作為，為趨向鬆綁或是嚴密管理宗教，可以預見儒教合法化已是未來的趨勢，中華文化復興與儒釋道三教的運用，也是其國家發展的重要戰略元素。

習傳承了朝廷「以政領教」的傳統，運用黨政二元系統管理宗教，並驅使宗教團體效忠黨國。習上臺之後，默認地方宗教管理幹部在浙江發動拆除十字架運動，已經看到他對基督教的緊縮作為。

就黨政體系運用宗教的國家發展戰略來看，宗教是國家穩定、統一、團結的重要元素。他與前任領袖的差異在於，建構「中國化」的宗教，將境內儒釋道耶回等合法宗教，也用中華文化來引導這些宗教，用來對抗宗教西方極端主義、疆獨與藏獨。而這種建構工作，也可能傷害了西方基督教與天主教在大陸境內的發展。

為了國家穩定，習採用具「中國特色」的政教分離及依法行政管理宗教，中共境內五大宗教、儒教、民間宗教與原始宗教，只能擁有有限度的宗教自由。至於境內 22 個邪教團體及境外法輪功，仍是中共政權取締及打壓的對象。此外，從境外輸入或本土產生的新興宗教，仍在中共宗教管理部門的觀察名單；其中，對中共政權友好或有利和諧社會建構的新興宗教，可能在黨政部門、宗教管理部門默許下，進入大陸發展。

因此，習在「全國宗教工作會議」上提出，治理宗教、運用宗教的戰略方針的效果，端看地方黨政部門如何揣摩習與貫徹他的談話內容。未來中共對宗教的管理，應該是只要有利於黨國體系的宗教，皆有機會在中共一黨專制的結構下次第發展。反之，危害黨國發展，具教主崇拜、巫風色彩甚強的宗教，則只能走向地下化。

「文革」50 週年：回顧與反思

The 50th Anniversary of the Cultural Revolution: Retrospect and Reflection

蔡國裕 (Tsai, Kuo-Yu)

本刊編輯諮詢委員

淡江大學中國大陸研究所兼任教授

壹、前言

今（2016）年是「文革」發動 50 週年，也是「文革」結束 40 週年。50 年前，在毛澤東主導下，中共中央政治局擴大會議於 1966 年 5 月 16 日通過《中國共產黨中央委員會通知》（簡稱《五·一六通知》）；兩個多月後，中共八屆十一中全會於 8 月 8 日通過《中國共產黨中央委員會關於無產階級文化大革命的決定》（全文共十六條，故簡稱《十六條》）。從 1966 年 5 月的政治局擴大會議到同年 8 月的八屆十一中全會，毛澤東完成了發動「文化大革命」的黨內程序，而《五·一六通知》與《十六條》乃成為指導「文化大革命」的兩份最重要的綱領性文件。

《五·一六通知》於今年 5 月已屆滿 50 年，《十六條》亦將於今年 8 月屆滿 50 年。《五·一六通知》的最主要內容，是要求中共全黨「必須遵照毛澤東同志的指示，高舉無產階級文化革命的大旗」，「批判混進黨裡、政府裡、軍隊裡和文化領域的各界裡的資產階級代表人物」。《十六條》的最主要內容，是提出所謂一鬥二批三改做為文化大革命的三大目的：鬥垮走資本主義道路的當權派；批判資產階級的反動學術權威，批判資產階級和一切剝削階級的意識形態；改革教育，改革文藝，改革一切不適應社會主義經濟基礎的上層建築。此後，「鬥、批、改」及由此而引伸的「打、砸、搶」，乃成為「文革」的主要手段。

「文革」發動距今雖已長達半個世紀，但因「文革」對大陸社會所造成的傷害與影響極為嚴重，極為深遠，所以不論是年輕時曾經歷過「文革」磨難的人，或是「文革」結束後才出生的人，值此「文革」50週年之際，都應冷靜地、理性地對「文革」進行回顧與反思，認真思考當年為何會發生如此不理性、不人道、幾近全民瘋狂的赤色風暴？這一場赤色風暴造成了那些傷害與影響？以及如何避免未來再度發生類似的赤色風暴？

貳、回顧「文革」的暴行與傷害

回顧50年前毛澤東發動的「文革」，那是中共建政後，中國現代史上一段最悲慘、最荒謬、最黑暗的時期，其間歷經：動員成千上萬年輕的紅衛兵，在所謂「革命無罪，造反有理」的口號下進行全國大串聯，走上街頭，衝向社會，到處「打砸搶」、「批鬥抄（家）」的赤色暴行；發動破除舊思想、舊文化、舊風俗、舊習慣，樹立新思想、新文化、新風俗、新習慣的所謂「破四舊、立四新」運動，燒毀、破壞無數歷史文物與古蹟，甚至傳統文化與倫理道德亦遭受空前的質疑、批判與摧殘；提出「橫掃一切牛鬼蛇神」的口號，開展「清理階級隊伍」運動，製造大量冤假錯案，致無數人遭受肉體與精神的傷害和折磨，甚至冤死；林彪事件（1971年9月）發生後，開展「批林整風」運動，繼而擴大為「批林批孔」運動，批判、汙蔑孔子與儒家學說，致各地孔廟及相關文物古蹟遭到嚴重破壞。

「文革」持續了10年之久，其間除了有數以千萬計的人（包括中共的黨政軍重要幹部及社會各領域重要人士）遭到不人道的、殘酷的肉體與精神的迫害，甚至因而冤死外，對大陸社會還造成如下重大傷害：對具有歷史價值的文物古蹟等造成難以挽回，甚至完全無法挽回的破壞、毀損或毀滅；中國傳統思想、文化及倫理道德遭到不理性的批判、汙蔑與摧殘；正規教育遭到扭曲、停頓或中斷，教育資源及人力資源遭到難以恢復或不可逆轉的浪費與耗損；強調「政治掛帥」、「突出政治」，把政治擺在第一位，致工農業生產與經濟發展遭受嚴重干擾與阻礙，造成經濟方面極大的損失，廣大人民的溫飽問題與生活水平因而無法得到應有的改善與提升。持續10年的「文革」，對大陸社會造成如上諸多重大傷害，因而被稱之為「十年浩劫」。

參、1981年《歷史問題決議》對「文革」做出的政治定性

1966年5月爆發的「文革」，持續了10年之久，至1976年9月9日

毛澤東死亡，同年 10 月 6 日，包括毛澤東遺孀江青、中共中央副主席王洪文、中央政治局常委張春橋、中央政治局委員姚文元等所謂「四人幫」（其中江、張、姚均為中央文革小組重要領導人與成員）被捕，遭隔離審查（後被公審判刑），從而結束了長達 10 年的「文革」。惟遲至次（1977）年 8 月，中共十一大始正式宣告「文革」結束。

「文革」結束後，中共中央經 5 年的時間，對「文革」所犯的錯誤與造成的傷害，及所遺留下來的大量的、嚴重的政治問題與社會問題等，進行全面的檢討、清算與糾正。至 1981 年 6 月，在鄧小平主導下，中共十一屆六中全會通過《關於建國以來黨的若干歷史問題的決議》，該《決議》由胡喬木主持的起草小組負責起草，鄧小平對決議稿的起草與修改，曾多次提出具指導性與原則性的意見。在該《決議》中，對「文革」的政治定性與原因分析，做出如下總結：

一、「歷史已經判明，『文化大革命』是一場由領導者錯誤發動，被反革命集團利用，給黨、國家和各族人民帶來嚴重災難的內亂。」

二、「實踐證明，『文化大革命』不是也不可能是任何意義上的革命或社會進步。它根本不是『亂了敵人』而只是亂了自己，因而始終沒有也不可能由『天下大亂』達到『天下大治』。」

三、「『文化大革命』的歷史，證明毛澤東同志發動『文化大革命』的主要論點既不符合馬克思列寧主義，也不符合中國實際。這些論點對當時我國階級形勢以及黨和國家政治狀況的估計，是完全錯誤的。」

四、「『文化大革命』所以會發生並且持續十年之久，除了……毛澤東同志領導上的錯誤這個直接原因以外，還有複雜的社會歷史原因。」

肆、「文革」50 週年的反思

今（2016）年 5 月 16 日是標示著「文革」開始的《五·一六通知》通過的 50 週年，在這一天及其前後幾天，大陸、港臺及國際媒體對「文革」50 週年都有一些紀念性的報導、評論與反思的文章和意見發表。茲選擇中共官媒《人民日報》的專文、香港《明報》的社評，及網民（網友）的反思等，分述於次：

一、中共官媒《人民日報》的專文

中共官方及官媒在 5 月 16 日以前，對「文革」50 週年一直保持沉默，沒有紀念性的活動，也沒有紀念性的言論，至《五·一六》的次日，即 5 月 17 日，才在其主要官媒《人民日報》第 4 版刊出署名「任平」，題

為〈以史為鑑是為了更好前進〉的紀念專文。惟該文之標題並無「文革50週年」的字樣，且非刊在第1版，顯示中共官方還是有意淡化此一議題。

《人民日報》的這篇專文對「文革」的政治定性所持的基本觀點，係1981年《歷史問題決議》通過後迄今中共中央對此所持的一貫觀點。該文指出：文化大革命「是一場由領導者錯誤發動、被反革命集團利用，給黨、國家和各族人民帶來嚴重災難的內亂，造成的危害是全面而嚴重的」。歷史已充分證明，文化大革命「在理論和實踐上是完全錯誤的，它不是也不可能是任何意義上的革命或社會進步」。

至於《人民日報》的這篇專文對50年前造成嚴重災難與危害的內亂——「文革」，究有何反思？筆者認為以下兩點可視為其反思的結論：

（一）「『前事不忘，後事之師』。我們一定要牢牢記取『文革』的歷史教訓，牢牢堅持黨對『文革』的政治結論，堅決防範和抵制圍繞『文革』問題來自『左』的和右的干擾，既不走封閉僵化的老路，也不走改旗易幟的邪路。」

（二）「改革開放30多年來，我們的國家日益強大，人民生活水平得到極大提高，社會主義民主法制不斷健全，我們的道路越走越寬闊，不會也決不允許『文革』這樣的錯誤重演。」

以上兩點反思的重點是：「我們一定要牢牢記取『文革』的歷史教訓」，「不會也決不允許『文革』這樣的錯誤重演」。筆者認為，要避免「文革」的錯誤重演，除以上的期望與決心外，更重要的是，要從當前中共的黨政權力結構、權力運作與決策模式，及大陸的政治文化與社會心理等面向，客觀地、務實地檢討、分析是否有不健全、不完善之處？是否有潛在的或已顯現的風險因子存在？經檢討、分析後，應有積極的對策與作為，不諱疾忌醫地改進不健全、不完善之處，依輕重緩急的不同狀況，審慎地逐一消除已顯現的風險因子，並將潛在的風險因子消弭於無形。

二、香港《明報》的社評

今（2016）年5月16日是「文革」發動50週年紀念日，基於對大陸情勢與大陸新聞一向關心的立場，香港民營報紙《明報》¹於5月16日特別刊出一篇題為〈文革50年 中共左右為難〉的社評，該社評對「文革50

¹ 《明報》是香港的中文報紙，由查良鏞（筆名金庸）和沈寶新於1959年5月創立，其內容除香港本地新聞外，尚包括兩岸及國際新聞。多數香港市民及傳媒業界均認為《明報》在香港報章中具有比較高的公信力。

年」開宗明義有如下的報導與看法：在中國歷史上，5月16日已經成為一個特別的日子，因為50年前的這天，按毛澤東的旨意，中共中央下發了一份《五·一六通知》，成為發動「文化大革命」的綱領性文件，「文革」由之而起，演成了「十年浩劫」，刻骨銘心地影響了一代又一代中國人，以至50年後的今天，「文革」仍令中共「左右為難」。

50年前發生的「文革」，迄今為何仍令中共「左右為難」？該社評認為，其緣起為：1981年6月，中共十一屆六中全會作出的《關於建國以來黨的若干歷史問題的決議》雖決定澈底否定「文革」，但又決意「護毛」，留下諸多「政治尾巴」，致其後三十多年來不斷有「左右之爭」，令中共持續「左右為難」。而所謂「左右之爭」，爭的是什麼呢？該社評指出：近年來圍繞文革的「左右之爭」，愈演愈烈，「一方面有人呼籲反思文革，清算文革的歷史舊帳，來走出改革新路」；「另一方面又有極左派再度打出毛的旗幟，要清算改革開放的新帳」。尤其當「貧富懸殊擴大、社會公義不彰的今天，極左思潮更有了回潮土壤」。

該社評於點出上述「左右之爭」的主要意涵之後，接著語重心長地說：圍繞文革出現的「左右之爭」，「既有為文革舊歷史的重清，也有為中國發展新階段尋路」，其背後則是中共當局的「左右為難」。中共當局究竟面臨什麼樣的難處呢？該社評指出：今天中共當局面臨之難，「難就難在中國走到今天，不論是經濟體制的轉捩，還是政治體制的演進，都走到新的十字路口。改革如何『全面深化』，民主法治如何邁進，怎樣提升國家治理水平，是左燈右路，還是左路右燈，值此文革50年之際，都再度面臨新的考驗」。

《明報》的社評發表於5月16日，上述《人民日報》的專文發表於5月17日，筆者雖無法確定《人民日報》的專文是否有部分內容係針對《明報》社評做出的回應，但《人民日報》的專文中有這麼一段話：「我們一定要……堅決防範和抵制圍繞『文革』問題來自『左』的和右的干擾，既不走封閉僵化的老路，也不走改旗易幟的邪路。」似是回應《明報》社評中所提的「左右為難」。惟筆者認為，既有圍繞「文革」的「左右之爭」，中共當局要免於「左右為難」，就要有一個明確的、堅定的改革方向，和務實的、可行的政策，更重要的是這些方向與政策必須爭取和獲得絕大多數人的認同與支持。而上述《明報》社評中所提的「向民主法治邁進」、「提升國家治理水平」，以及《人民日報》專文中所提的「提高

人民生活水平」應是能夠獲得絕大多數人認同與支持、能夠擺脫「左右為難」的正確的、可行的道路。

三、網民（網友）的反思

在臺灣常用的「網友」一詞，泛指網路使用者；在大陸和港澳常用「網民」一詞，其意涵與「網友」有些許不同，前者指自己不認識的網上民眾，後者指自己認識的網上朋友。在「文革」50週年紀念日的當天（5月16日）及其前後幾天，有無數網民（網友）在網路上發表對「文革」的反思及各種看法與感想，茲選擇其中較具意涵、可供參考者，摘錄於次：

（一）「文革不是一個獨立事件，它是獨裁政權的權力鬥爭必然產物。個人崇拜，奴才心態，華夏文化和個人權利喪失，在文革表演了一個高潮。」（署名：香江）

（二）「文革對中國人最大的傷害不僅僅是整死了多少人的問題，而是對傳統文化特別是中國人價值觀、倫理觀的破壞。我們這一代人缺乏信仰，『無知者無畏』、一切向錢看、熱衷於告密和揭發，甚至在網絡上動不動就喊打喊殺的『暴民』，都可以從文革那裡找到源頭。」（署名：曾子航）

（三）「今天，回顧這肉體與靈魂從瘋狂到麻木的五十年，從文革的誣陷揭發，批鬥殺害，喪失人性道德底線開始，到後來的舉國拜金，唯利是圖，丟失誠信。今天，回顧過去那場殘害了幾代人的文革，其實也是在祭奠今天殘缺與迷失的自己。」（署名：蔣祖權）

（四）「如大饑荒一樣，歷次政治運動和文化大革命是整個國民的集體創傷，如果不揭露就得不到治癒的機會，整個國民體系都將會病態地存活下去。」（署名：謝聰）

（五）「文革是中國歷史上令人髮指的災難，讓文明倒退了幾千年，反省是必要的，文革餘毒要被滌蕩乾淨需要至少幾十年時間。」（署名：陽光）

（六）「作為一個人，一個自由主義者，文革給這樣一個我的反思更是邏輯方面的。我反思文革不在□□（爭吵或爭辯）²誰對誰錯，我揣摩的是當時這些人的邏輯，用理性和常理來解析。」（署名：丘壑）

（七）「文革中，父母和奶奶已在北京多年，但因為化成『地主』成分，被抄家。那是我6歲時最驚悚的記憶：紅衛兵把奶奶推倒在地，罵她

² 網友在此所用的語詞為近年來出現的網路用語，屬不雅的貶義詞，不宜登大雅之堂，故略之，可用其同義詞「爭吵」或「爭辯」代之。

『地主婆』，還打了她幾巴掌，……以後我一填表就要寫『地主』，小小年紀備感恥辱。文革啊！不堪回首。」（署名：胡錫進）

綜觀上述網民（網友）對「文革」的反思，其中前三位分別提到「文革」發生的原因、造成的傷害，及對後代的影響。第四、五兩位強調揭露「文革」的真相、反省「文革」的危害之必要。第六位認為反思文革，不在爭辯誰對誰錯，而是要用「理性和常理」來解析；筆者非常同意這位網民的看法，只有通過理性和常理的解析，才能瞭解「文革」的內在本質，而不只是看到它的外在現象。至於最後一位網民於描述他童年時的驚悚記憶後，感嘆說：「文革啊！不堪回首。」惟若集眾人的「回首」，能凝聚眾人的意志與力量，抗拒「文革」悲劇重演，那麼雖「不堪回首」，也「不妨回首」吧！

伍、結語

讀過《共產黨宣言》的人，對該《宣言》的開頭第一句話一定印象深刻，這一句話說：「一個幽靈，共產主義的幽靈，在歐洲遊蕩。」筆者在這裡援用這一句話的文詞結構，提出另一說法：「一個幽靈，『文革』的幽靈，在中國大陸遊蕩。」以作為本文的結語所要表達的第一個概念。「文革」發動距今已 50 年，「文革」結束也已 40 年，但每逢「文革」週年紀念日，尤其是逢五、逢十的紀念日，總會引起許多人的回憶、反思與討論。因此，筆者認為，「文革」的幽靈還會在大陸繼續遊蕩 10 年、20 年，乃至更長的時間。

其次，總結上述對「文革」的回顧與反思，謹提出以下三點作為本文的結束語：一、「文革」是一場令人痛心的、悲慘的大動亂、大浩劫，其對大陸社會造成的傷害與影響是既廣且深又遠；二、「文革」之所以發生，並持續 10 年之久，除領導人的錯誤外，還有複雜的、深層的環境背景因素，如權力結構、政治文化、社會心理、歷史遺緒等；三、對「文革」的反思，除了要釐清真相，記取教訓外，更要有積極的作為，消除可能引發「文革」重演的環境背景因素，至其正本清源之道，乃是凝聚絕大多數人的共識，持續深化經濟、政治及社會改革，逐步邁向民主、法治、自由、理性的公民社會。

兩岸毒品成癮者之刑事制裁

A Study of Criminal Punishment of Drug Addicts between Taiwan Strait

馬躍中 (Ma, Yueh-Chung)

國立中正大學犯罪防治系副教授

摘要

世界各國對於毒品之刑事政策，關於製造、運送、販賣等行為，採重刑之趨勢。唯有對於毒品成癮者之處遇採取不同的方式，在罪犯、病犯以及病患等不同之刑事政策加以擺盪，中國大陸對於施用毒品者視為罪犯；我國則是除罪不除刑(病犯)；德國法則以治療替代刑罰(病患)。兩岸的毒品犯罪，近年來成長快速，隨著相互交流頻繁，跨境犯罪之快速流通，也使得打擊兩岸之毒品犯罪更為困難。本文將聚焦兩岸之成人毒品成癮者之處遇，比較其差異，希望藉由本文，促進兩岸刑事法制之進步與發展。毒品成癮者之處遇須以「治療代替刑罰」，並擴大社區處遇，才能有效降底毒品犯罪。

關鍵詞：毒品成癮、刑事處遇、戒治、毒品政策

壹、前言

清末的鴉片戰爭，對於中國近代史的意涵，不只是國力的削弱，也標誌者毒品對於國計民生之重大影響。因此，回顧過去的刑事政策，多採取重刑化的處遇。¹ 依我國法務部的統計資料，截至 2013 年底，矯正機關收容人 6 萬 3,452 人，較核定容額 5 萬 4,593 人，超收比率 16.2%。在監受刑人中，以毒品犯 2 萬 6,793 人占 45.5% 居首。² 一方面顯示出毒品犯罪問題的嚴重性；另一方面，要解決監獄超收的問題，就要降低毒品犯罪的監禁比例，除了要致力降低毒品犯罪之外，非「機構式處遇」之「社區矯治」就是一條可以思考的方向。

毒品成癮者在大陸已成為日益龐大的群體。大陸公安部統計，截至 2014 年 4 月底，大陸登記在冊的吸毒人口已達 258 萬人，³ 有鑑於查稽施用毒品行為的難度，可以想像作為黑數而存在的「隱藏」吸毒人口可能還有很多。面對如此龐大的吸毒人口群體，大陸逐漸建立了一些對毒品成癮者的處遇制度。35 年前的 1979 年，大陸面對毒品問題，僅有當時刑法的第 171 條⁴ 來進行極度不周全的規範，而在當前，大陸已經建立了以禁毒法為核心，包括刑法、治安管理處罰法、戒毒條例、關於辦理毒品犯罪案件適用法律若干問題的意見、吸毒人員登記辦法、吸毒檢測程序規定、公安機關強制隔離戒毒所管理辦法、戒毒醫療服務管理辦法、吸毒成癮認定辦法、藥品類易制毒化學品管理辦法等為主要內容的大陸禁毒相關規定體系。

¹ 詳結的論述，可參考：葉瑋，「毒品成癮者社區處遇之研究」，國立中正大學碩士論文（2014 年 7 月），頁 59 以下。

² 「法務部統計處 103 年度法務統計年報」，《法務部》，<file:///C:/Users/admin/Downloads/P.41-60.pdf>。

³ 「大陸吸毒人口達 258 萬人」（2014 年 9 月 13 日），《中央社》，<http://www.cna.com.tw/news/acn/201406260439-1.aspx>。

⁴ 該條內容為：製造、販賣、運輸鴉片、海洛因、嗎啡或者其他毒品的，處五年以下有期徒刑或者拘役，可以並處罰金。一貫或者大量製造、販賣、運輸前款毒品的，處五年以上有期徒刑，可以並處沒收財產。

為了能夠聚焦，本文僅針對成人毒品成癮者之刑事處遇。⁵ 在討論順序上，先介紹我國毒品成癮者之處遇，再考察大陸毒品成癮者處遇，批判並比較其差異，希望能以宏觀的視野給予兩岸毒品成癮者處遇之具體建議。

貳、我國毒品成癮者之處遇

一、毒品政策之現狀

目前《毒品危害防制條例》(以下簡稱「毒品條例」)主要規範如⁶：

(一) **販毒者重刑化傾向依舊**：製售及運輸第一級毒品，最高可處死刑或無期徒刑得併科二千萬元以下罰金(毒品條例第4條)。

(二) **毒品區分為硬性毒品與軟性毒品**：第一、二級毒品大致為「硬性毒品」(Hard Drug)，第三、四級毒品大致為「軟性毒品」(Soft Drug)。

(三) **行為態樣的多元性**：犯罪行為態樣不同，刑度亦有差異，共有七種：(1) 製造、運輸、販賣；(2) 意圖販賣而持有；(3) 強暴脅迫、欺瞞或非法方法使人施用(毒品條例第6條)；(4) 引誘他人施用(毒品條例第7條)；(5) 轉讓(毒品條例第8條)；(6) 施用(毒品條例第10條)以及(7) 持有(毒品條例第11條)。

(四) **針對未成年人之特殊規範**：成年人對未成年人犯強暴脅迫、欺瞞或非法方法使人施用、引誘他人施用或轉讓毒品之罪者，依各該條項規定加重其刑至二分之一(毒品條例第9條)，此與《少年事件處理法》第

⁵ 少年施用毒品，依毒品條例第11-1條，應依少年事件法處理。故對於少年之毒品成癮者之處遇，由於其施用的動機、種類以及處遇模式，均有別於成人。

⁶ 詳細的介紹可參考：馬躍中，「論毒品犯罪之刑事制裁」，軍法專刊(臺北)，第60卷第2期(2014年4月)，頁84以下。

85 條⁷ 有異曲同工之效，但是否符合法治國刑事政策，有進一步比較研究之空間。

(五) **針對單純施用毒品者**：施用第一、二級毒品者，仍然入罪化(毒品條例第 10 條)，但得自動請求治療為不起訴處分(毒品條例第 21 條)；施用第三、四級毒品業已經除罪化(毒品條例第 11-1 條)：但已經改為行政不法，處新臺幣一萬元以上五萬以下罰鍰，並應限期令其接受四小時以上八小時以下之毒品危害講習。

(六) **其他修正重點**：(1) 第 4 條—加重製造、運輸、販賣各級毒品罰金(如：第一級毒品併科罰金從新壹幣 1 千萬提高到 2 千萬)。(2) 第 11 條—新增持有各級毒品一定量，加重處罰規定(純質淨重分別為 10-20-20-20 公克)。(3) 第 17 條—修訂：供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。(4) 第 20 條—5 年後再犯施用第一、二級毒品者，適用觀察、勒戒及強制戒治規定。(5) 少年犯特別規定：少年施用第三級或第四級毒品者，應依少年事件處理法處理，不適用罰鍰與講習(毒品條例第 11-1 條第 3 項)。

二、毒品成癮者之刑事處遇

(一) 處罰理由

我國對於毒品成癮者入罪化的主要理由可見於釋字第 544 號理由書：「……施用毒品，或得視為自傷行為，然其影響施用者之中樞神經系統，導致神智不清，產生心理上及生理上之依賴性，積習成癮，禁斷困難，輕則個人沈淪、家庭破毀，失去正常生活及工作能力，成為家庭或社會之負擔；重則可能與其他犯罪行為相結合，滋生重大刑事案件，惡化治安，嚴重損及公益。鑒於煙毒對國計民生所造成之戕害，立法者自得採取必要

⁷ 成年人教唆、幫助或利用未滿十八歲之人犯罪或與之共同實施犯罪者，依其所犯之罪，加重其刑至二分之一。

手段，於抽象危險階段即以刑罰規範，對施用毒品者之人身自由為適當限制。」依該解釋理由書可知，反對施用毒品除罪化的最主要理由：為國家競爭、社會風氣、國民健康及治安問題等幾個角度切入。

本文認為，毒品條例最新修正，施用第一、二級毒品者，仍然入罪化（毒品條例第 10 條），但得自動請求治療為不起訴處分（毒品條例第 21 條），已經有和緩之規定，但就刑罰最後手段性（ultima ratio）觀之，則仍有所不宜！而對於施用第一、二級毒品者，使用行政不法之罰鍰與講習，有多大功效？仍有待觀察。

（二）處遇模式

對於毒品施用者之戒癮處遇大致上可分為三大面向：醫療戒癮模式、治療性社區及刑事司法處遇，此三部分可分別獨立運作，又可以相互結合運用或做為前後制度的銜接，⁸三種面向中也包含各種機構處遇及社區處遇，透過機構性處遇及社區處遇的交互作用，以期幫助毒品施用者戒除毒癮，重返社會正常生活。以下就「戒癮治療之緩起訴處分」、「觀察、勒戒與強制戒治」以及「監所的毒品戒治」加以說明：

1. 戒癮治療之緩起訴處分

（1）定義

根據毒品條例第 24 條第 1 項之規定，在符合同法第 20 條第 1 項程序之前，即在觀察、勒戒前，或依同法第 23 條第 2 項，即在觀察、勒戒或強制戒治後五年內再犯而需依法追訴者，若檢察官先以《刑事訴訟法》第

⁸ 江振亨，「國際藥癮治療模式暨高雄戒治所專業戒癮處遇理念手冊」，行政院衛生福利部食品藥物管理署委託研究計劃（2009 年 11 月），頁 7-8。

253-1 條第 1 項⁹、第 253-2 條¹⁰ 規定，對施用毒品者處以戒癮治療之緩起訴處分，則優先適用戒癮治療之緩起訴處分，而不適用觀察、勒戒及依法追訴之程序，而戒癮治療之期程以連續一年為限。¹¹

戒癮治療之緩起訴處分係指檢察官要求被告在需完成一系列附帶條件下，給予被告暫緩起訴的處分，此制度之運行於 2008 年毒品條例修正前，檢察官即可依《刑事訴訟法》相關規定為前述之處分，但戒癮治療是配合當時行政院衛生署（現在改制為衛生福利部）所推行之「毒品病患減害計畫」，其中對毒品成癮者施以「美沙酮替代療法」是該計畫的重點之一，惟「美沙酮替代療法」是一種以成癮性及對社會危害性較輕的美沙酮毒品替代海洛因給毒癮者，以毒品為戒毒之替代療法，本與毒品條例之精神並不相容，然而，在 2008 年增訂後，戒癮治療之緩起訴處分的法制面疑慮才獲得解決，¹² 而現行之戒癮治療不僅限於「美沙酮替代療法」，根據《毒品戒癮治療實施辦法及完成治療認定標準》第 3 條第 1 項，戒癮治療之方式包含藥物治療、心理治療及社會復健治療三者，「美沙酮替代療法」應僅為三者中之藥物治療部分。對於美沙酮替代療法的詳細內容，將

⁹ 《刑事訴訟法》第 253-1 條第 1 項規定「被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪，檢察官參酌《刑法》第五十七條所列事項及公共利益之維護，認以緩起訴為適當者，得定一年以上三年以下之緩起訴期間為緩起訴處分，其期間自緩起訴處分確定之日起算。」

¹⁰ 《刑事訴訟法》第 253-2 條規定「檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行下列各款事項：一、向被害人道歉。二、立悔過書。三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。四、向公庫或該管檢察署指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額。五、向該管檢察署指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。七、保護被害人安全之必要命令。八、預防再犯所為之必要命令。檢察官命被告遵守或履行前項第三款至第六款之事項，應得被告之同意；第三款、第四款並得為民事強制執行名義。第一項情形，應附記於緩起訴處分書內。第一項之期間，不得逾緩起訴期間。」

¹¹ 《毒品戒癮治療實施辦法及完成治療認定標準》第 7 條規定「戒癮治療之期程以連續一年為限。」

¹² 吳耀宗，「論我國毒品管制之法政策走向 - 從『戡亂時期肅清煙毒條例』至『毒品危害防制條例』」，月旦法學雜誌（臺北），第 180 期（2010 年），頁 75-76。

於本節第三項有更深入之探討。

(2) 適用對象

2008年首次增訂時，戒癮治療之實用對象僅限於施用第一級毒品者，但此制度之設置會造成施用第一級毒品者反而享有更佳之處遇模式，甚至比起第二級毒品施用者優先享有緩起訴處分之權利，有鼓勵第二級毒品施用者改施用成癮性較高的第一級毒品之嫌。2012年修正《毒品戒癮治療實施辦法及完成治療認定標準》第2條第1項對於實用對象之規定，將第二級毒品施用者納入戒癮治療之緩起訴規定，其修正理由認為「目前第二級毒品之戒癮治療雖無替代藥物可供治療，但可經由心理治療及社會復健治療方式協助其戒除毒癮，且部分檢察機關自2009年起試辦第二級毒品之戒癮治療已有初步成效。¹³」故將第二級毒品施用者納入戒癮治療之範圍。

(3) 評估方式與撤銷之規定

① 評估方式

根據《毒品戒癮治療實施辦法及完成治療認定標準》第9條第1項之規定「治療機構於戒癮治療期程屆滿後七日內，應對接受戒癮治療者進行尿液毒品與其代謝物檢驗及毛髮毒品殘留檢驗；或於戒癮治療期程屆滿後十五日內，每隔三至五日，連續對接受戒癮治療者進行尿液毒品及其代謝物檢驗三次。其檢驗結果均呈陰性反應者，視為完成戒癮治療。」

② 撤銷之規定

《根據毒品戒癮治療實施辦法及完成治療認定標準》第12條之規定，若有其列舉四款情形，包括「一、於治療期間，無故未依指定時間接受藥物治療逾七日。二、於治療期間，無故未依指定時間接受心理治療或

¹³「立法院第8屆第4會期第8次會議議案關係文書」，2014年4月15日下載，〈立法院〉
http://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/02/pdf/08/04/08/LCEWA01_080408_00174.pdf。

社會復健治療逾三次。三、對治療機構人員有強暴、脅迫、恐嚇等行為。四、於緩起訴期間，經檢察機關或司法警察機關採尿送驗，呈毒品陽性反應。」則視為未完成戒癮治療，得撤銷緩起訴處分。倘若戒癮治療期程屆滿，則依同法第 13 條第 1 項之規定「被告於戒癮治療期程屆滿後，依治療機構函送之檢驗結果或診斷證明，未完成戒癮治療者，得撤銷緩起訴處分。」

2. 觀察、勒戒與強制戒治

(1) 觀察、勒戒

依毒品危害防制條例第 20 條第 1 項、第 3 項規定，初犯施用第一級或第二級毒品罪者或五年後再犯施用第一級或第二級毒品者，需接受觀察、勒戒，而觀察、勒戒處分應由檢察官先向法院聲請裁定，若法院為不付觀察、勒戒之裁定或逾期不為裁定者，應立即釋放。¹⁴ 觀察、勒戒期間最長不得逾兩個月。¹⁵ 毒品條例第 20 條第 2 項及《觀察勒戒處分執行條例》第 8 條第 2 項，均將觀察、勒戒結果分為「無繼續施用毒品傾向者」與「有繼續施用毒品傾向者」，前者，檢察官應命令將其釋放，並由檢察官為不起訴處分；後者，由法院裁定移送戒治處所施以強制戒治。在勒戒所內，得對受觀察、勒戒之人不定期實施尿液篩檢，¹⁶ 以確實掌握受處分

¹⁴ 《觀察勒戒處分執行條例》第 3 條第 3 項規定「法院為不付觀察、勒戒之裁定或逾期不為裁定者，受留置人應即釋放。」

¹⁵ 《毒品危害防制條例》第 20 條規定「犯第十條之罪者，檢察官應聲請法院裁定，或少年法院（地方法院少年法庭）應先裁定，令被告或少年入勒戒處所觀察、勒戒，其期間不得逾二月。觀察、勒戒後，檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）依據勒戒處所之陳報，認受觀察、勒戒人無繼續施用毒品傾向者，應即釋放，並為不起訴之處分或不付審理之裁定；認受觀察、勒戒人有繼續施用毒品傾向者，檢察官應聲請法院裁定或由少年法院（地方法院少年法庭）裁定令入戒治處所強制戒治，其期間為六個月以上，至無繼續強制戒治之必要為止。但最長不得逾一年。依前項規定為觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，五年後再犯第十條之罪者，適用本條前二項之規定。受觀察、勒戒或強制戒治處分之人，於觀察、勒戒或強制戒治期滿後，由公立就業輔導機構輔導就業。」

¹⁶ 《觀察勒戒處分執行條例》第 10 條規定「勒戒處所對於受觀察、勒戒人得經常不定期實施尿液篩檢。」

人身癮之狀況。觀察、勒戒釋放後，毒品施用者五年內再犯，若檢察官沒有優先以戒癮治療之緩起訴處分為之，則依法追訴。¹⁷

(2) 強制戒治

依毒品條例第 20 條第 2 項後段規定，認為受觀察、勒戒人有繼續施用毒品傾向，由檢察官向法院聲請裁定令入戒治處所強制戒治。受處分人需於戒治所內進行毒癮戒治，其處分內容依《戒治處分執行條例》第 11 條之規定，可分為調適期、心理輔導期及社會適應期三階段。調適期之處遇重點在於「培養受戒治人之體力及毅力，增進其戒毒信心¹⁸」；心理輔導期處遇重點在於「激發受戒治人之戒毒動機及更生意志，協助其戒除對毒品之心理依賴」¹⁹；而社會適應期處遇重點在於「重建受戒治人之人際關係及解決問題能力，協助其復歸社會。」²⁰ 若社會適應期間因處遇計畫之需要，處遇在戒治所外惟知有助於復歸社會，經法務部核准後，可於所外為之。²¹ 前述之處遇屬於大眾化之處遇，若個案有需要，需擬定個別階段處遇計畫。²² 尿液檢驗部分，對於受戒治人採不定期驗尿之形式。²³ 在評

¹⁷ 《毒品危害防制條例》第 23 條第 2 項「觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，五年內再犯第十條之罪者，檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）應依法追訴或裁定交付審理。」及同法第 24 條第 1 項之規定「本法第二十條第一項及第二十三條第二項之程序，於檢察官先依《刑事訴訟法》第二百五十三條之一第一項、第二百五十三條之二之規定，為附命完成戒癮治療之緩起訴處分時，或於少年法院（地方法院少年法庭）認以依少年事件處理法程序處理為適當時，不適用之。」

¹⁸ 《戒治處分執行條例》第 12 條。

¹⁹ 《戒治處分執行條例》第 13 條。

²⁰ 《戒治處分執行條例》第 14 條。

²¹ 《戒治處分執行條例》第 16 條。

²² 《戒治處分執行條例》第 15 條。

²³ 《戒治處分執行條例》第 20 條。

估方面，受戒治之人於各階段之處遇成效都需接受評估，²⁴ 若屆滿 6 個月後，依評估之結果做為停止戒治之依據。²⁵

3. 監所的毒品戒治

若毒品成癮者在前述之緩起訴戒癮治療，或五年內再犯施用第一、二級毒品而檢察官直接依法追訴者，經法院審理後，若為有罪判決確定，則須入監服刑。

(1) 監獄內處遇

因我國監獄內之受刑人種類繁多，而監獄人力及臨床心理師或社工師等專業人員不足，加上我國監獄內「戒護第一、教化優先」的原則下，對於監獄毒品犯進行輔導教誨為主，又依「依施用者」與「非施用者」訂定不同輔導目標。然而，即便都是犯施用毒品罪之受刑人，其服刑期間長短與復歸社會時間差異大，在輔導策略上因依受刑人距離復歸社會之時間長短而有所不同，故依法務部「監獄毒品犯輔導計畫」，綜合毒品犯之基本資料與施用毒品情形，施予「在監」及「出監」兩個階段之輔導，該計畫除了在輔導策略上要求類別化與個別化外，亦要求各監獄主動廣納社會資源以及引進各地衛生局或醫療機構，以提供完善之戒毒處遇。²⁶

具體之毒品犯再犯處遇策略方面，按犯施用毒品罪之受刑人過去因該罪入監的次數，分為三個層次，分述如下：²⁷

第一層次預防：主要對象為初犯、第二次入監且危險評估為中低者，

²⁴ 評估效標部分，依《戒治處遇成效評估辦法》之附表，三個階段皆需對生活規律性進行評估，其指標包括：日常作息、生活紀律、行為表現三項，而三個階段另有各自之特別評估效標，適應期需做調適課程參與評估，其指標包括：體育活動、宗教教育、生活適應三項；心理輔導期需做輔導課程參與評估，其指標包括：諮商輔導、體育活動、衛生教育、成癮概念四項；社會適應期需做社會適應課程參與評估，其指標包括：生涯輔導、人文教育、法治教育、工作與休閒四項。

²⁵ 《戒治處分執行條例》第 17 條。

²⁶ 許國賢，「淺論我國矯正機關之戒毒現況」，2015 年 4 月 18 日下載，《法務部矯正署》，<http://www.mjac.moj.gov.tw/public/Data/84109343108.htm#2>。

²⁷ 許國賢，「淺論我國矯正機關之戒毒現況」。

主要處遇重點：強化法治教育及藥物濫用相關知識之衛教；第二層次預防：主要對象為第二次因毒品罪入監且評估為高度再犯危險者，其主要處遇重點在於認識成癮機制與預防復發模式、高風險因應技巧訓練、強化家庭（或社會）支持系統；第三層次預防：主要對象係針對第三次以上因毒品罪入監者，處遇重點在於協助毒品犯認識成癮機制與預防復發模式，以提昇對毒品成癮問題之自覺；協助檢視過去成功抗拒毒品的經驗，維持及強化戒毒動機與提昇自我效能；協助毒品犯覺察及敏感可能再犯的危險情境之高風險因應技巧訓練；強化家庭支持系統並提早引入更生保護、觀護制度之輔導資源；落實復歸社會之資源轉介與鼓勵參加替代療法。

（2）出監後之追蹤輔導與連結

出監之受刑人可分為期滿出獄者及假釋出監者兩種類型，而出監後的追蹤輔導及連結方面亦以此分為兩種作法。兩種作法相同的地方在於，都會將受刑人相關資料交由各地方之毒品危害防治中心進行後續追蹤輔導、社政、警政及轉介機構外；相異之處在於，期滿出獄者，在經個案同意後，由更生保護會持續追蹤、輔導，若為假釋出獄者，則交由檢察署觀護人室觀護人對其展開後續的追蹤、輔導，²⁸ 即假釋付保護管束制度。

三、成效

我國觀護制度以成年觀護與少年觀護雙軌並行，其中對於成人毒品施用者的司法保護處遇（包含保護管束、緩起訴社區處遇、易服社會勞動等）則由各地方法院檢察署的成年觀護人專職，但多年來我國觀護人人數不足的問題持續存在。以 2012 年為例說明成年觀護人力情形，全國共設有 214 位專職成年觀護人，但保護管束案件共計有 3 萬 6,749 件，平均每位觀護人需要負責 171 件，²⁹ 遠超過 1981 年人事行政局訂定每位觀護人

²⁸ 許國賢，「淺論我國矯正機關之戒毒現況」。

²⁹ 法務部，101 年法務統計年報（臺北：法務部統計處編印），頁 61-62。

執行案件標準量的 92 件。³⁰ 以保護管束人次計算，2012 年全年共計 53 萬 1,994 人次，平均每一位觀護人每月需面對受保護管束人 207 人次，而每天須面對保護管束者 9 人次，³¹ 此僅為保護管束的執行，尚未包含其他成年觀護人負責之工作，例如：電子監控的監督、附條件緩刑社區處遇、易服社會勞動、推展法治教育等。

若以 2012 年底保護管束、緩起訴社區處遇的未結案件數來看其中毒品案件的比例，保護管束部分，因違反毒品條例而受處受者有 5,136 人，約占年底保護管束未結案件數的 24%；³² 緩起訴社區處遇部分，因違反毒品危害防制條例而受處受者有 5,999 人，在緩起訴社區處遇未結案件數中約占 50%，³³ 足見成年觀護人所專職的案件中，違反毒品危害防制條例的個案占有很大的比例。再者，自 2005 年 4 月起，對受保護管束人實施「分類分級」的處遇模式，特別列出「列管個案」與「核心列管個案」，希望藉由嚴密之監督，達到預防再犯的效果，根據 2008 年至 2012 年實務統計，列管個案中，毒品保護管束者約占有三分之一的人數，僅次於性侵害保護管束者，而核心列管個案中，毒品保護管束者則約占 4 成至 5 成之間，且有逐年升高之趨勢。³⁴

從上述統計資料可知，我國成年觀護人力嚴重不足，不僅在案件量上遠超過人事行政局的標準值，每日執行保護管束的人次更高達 9 人次，觀護人能花費在每位受保護管束處分者身上的時間與精力，因眾多的案件量而被嚴重的稀釋。其中毒品又是保護管束與緩起訴社區處遇的案件的大宗，加上「列管個案」與「核心列管個案」多為毒品案件，可見毒品在

³⁰ 金文昌、鄭添成，觀護制度的過去、現在與未來（臺北：洪葉出版社，2013 年 1 月），頁 29。

³¹ 法務部，101 年法務統計年報，頁 61-62。

³² 法務部，101 年法務統計年報，頁 370-371。

³³ 法務部，101 年法務統計年報，頁 376-377。

³⁴ 法務部，101 年法務統計年報，頁 63。

成人觀護體系是主要個案，也是觀護人們欲盡其所能協助的對象，不過，長久以來觀護人力不足的問題若持續未加以改善，將直接影響毒品觀護成效，情況嚴重甚至可能因案件量過大，成人觀護只剩下強制驗尿、監控個案行蹤等監督的功能，而無法有效發揮諮商輔導、協助社會復歸等處遇的功能。

為解決此一問題，近年來我國運用榮譽觀護人來協助成人觀護人，根據 2012 年榮譽觀護人運用之統計，全案交付榮譽觀護人執行案件有 2,086 件，至年底尚未結案者有 3,258 件，而全年共計有 3 萬 1,072 人次交由榮譽觀護人輔導，較過去幾年皆有所增長，但以前述觀護人的龐大案件量而言，仍略嫌不足，建議可研擬相關規定，將榮譽觀護人的篩選與訓練法制化，進一步分擔更多專職觀護人的案件量。面對我國成人觀護人力不足的窘境，除了榮譽觀護人的運用外，學者亦建議結合社會資源，³⁵ 妥善結合各地方醫療處所、民間法人團體或社福機構的資源，亦可效仿新加坡，藉由民間力量設置個案管理師，以個案管理模式針對毒癮者的心理輔導、社會復歸進行協助，連結社區的力量一同為我國毒品成癮的司法保護努力。

比較大陸的社區矯治法制，得知大陸並無如同我國所謂觀護人之角色。在大陸 2003 年由官方發布「開展通知」後，各個階段關於相類似角色之稱呼亦有所不同。2004 年「社區服刑人員」、2012 年「社區矯正人員」乃至於 2013 年的「社區服刑人員」，基本上其管制仍由公安機關執行。³⁶

³⁵ 馬躍中，「德國社區矯治法制之研究」，中央警察大學叢刊（臺北），第 44 卷第 5 期（2013 年 3 月），頁 41-42。

³⁶ 許春金，「毒品施用者處遇及除罪化可行性之研究」，中央警察大學叢刊（臺北），第 44 卷第 5 期（2013 年 3 月），頁 72。

參、大陸地區毒品成癮者之處遇

一、毒品政策之現狀

依《中華人民共和國刑法》(以下稱大陸刑法)³⁷第 356 條:因走私、販賣、運輸、製造、非法持有毒品罪被判過刑,又犯本節規定之罪的,從重處罰。其保護法益為,上述行為不僅破壞了國家毒品管理制度,同時侵害人民的身體健康。³⁸對於毒品的範圍及毒品數量的計算原則,規定在大陸刑法第 357 條本法所稱的毒品,是指鴉片、海洛因、甲基苯丙胺(冰毒)、嗎啡、大麻、可卡因以及國家規定管制的其他能夠使人形成癮癖的麻醉藥品和精神藥品。毒品的數量以查證屬實的走私、販賣、運輸、製造、非法持有毒品的數量計算,不以純度折算。其它主要的行為態樣有:

- (一) 非法持有毒品罪(大陸刑法第 348 條)³⁹
- (二) 包庇毒品犯罪份子(大陸刑法第 349 條)⁴⁰
- (三) 窩藏、轉移、隱瞞毒品以及毒贓罪
- (四) 走私制毒物品罪(大陸刑法第 350 條)⁴¹

³⁷ 含刑法修正案八。

³⁸ 黎宏,刑法學(北京:法律出版社,2012年4月),頁881。

³⁹ 第 348 條:非法持有鴉片一千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺五十克以上或者其他毒品數量大的,處七年以上有期徒刑或者無期徒刑,並處罰金;非法持有鴉片二百克以上不滿一千克、海洛因或者甲基苯丙胺十克以上不滿五十克或者其他毒品數量較大的,處三年以下有期徒刑、拘役或者管制,並處罰金;情節嚴重的,處三年以上七年以下有期徒刑,並處罰金。

⁴⁰ 第 349 條:包庇走私、販賣、運輸、製造毒品的犯罪分子的,為犯罪分子窩藏、轉移、隱瞞毒品或者犯罪所得的財物的,處三年以下有期徒刑、拘役或者管制;情節嚴重的,處三年以上十年以下有期徒刑。緝毒人員或者其他國家機關工作人員掩護、包庇走私、販賣、運輸、製造毒品的犯罪分子的,依照前款的規定從重處罰。犯前兩款罪,事先通謀的,以走私、販賣、運輸、製造毒品罪的共犯論處。

⁴¹ 第 350 條第 1 款:違反國家規定,非法生產、買賣、運輸醋酸酐、乙醚、三氯甲烷或者其他用於製造毒品的原料、配劑,或者攜帶上述物品進出境,情節較重的,處三年以下有期徒刑、拘役或者管制,並處罰金;情節嚴重的,處三年以上七年以下有期徒刑,並處罰金;情節特別嚴重的,處七年以上有期徒刑,並處罰金或者沒收財產。

- (五) 非法買賣制毒罪（大陸刑法第 350 條）⁴²
- (六) 非法種植毒品原植物罪（大陸刑法第 351 條）⁴³
- (七) 非法買賣、運輸、攜帶、持有毒品原植物種子、幼苗罪（大陸刑法第 352 條）⁴⁴
- (八) 引誘、教唆、欺騙他人吸毒罪（大陸刑法第 353 條）⁴⁵
- (九) 強迫他人吸毒罪（大陸刑法第 353 條）⁴⁶
- (十) 容留他人吸毒罪（大陸刑法第 354 條）⁴⁷
- (十一) 非法提供麻醉藥品、精神藥品罪（大陸刑法第 355 條）⁴⁸

⁴² 第 350 條第 2-6 款：明知他人製造毒品而為其生產、買賣、運輸前款規定的物品的，以製造毒品罪的共犯論處。單位犯前兩款罪的，對單位判處罰金，並對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，依照前兩款的規定處罰。違反國家規定，非法運輸、攜帶醋酸酐、乙醚、三氯甲烷或者其他用於製造毒品的原料或者配劑進出境的，或者違反國家規定，在境內非法買賣上述物品的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制，並處罰金；數量大的，處三年以上十年以下有期徒刑，並處罰金。明知他人製造毒品而為其提供前款規定的物品的，以製造毒品罪的共犯論處。單位犯前兩款罪的，對單位判處罰金，並對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，依照前兩款的規定處罰。

⁴³ 第 351 條：非法種植罌粟、大麻等毒品原植物的，一律強制鏟除。有下列情形之一的，處五年以下有期徒刑、拘役或者管制，並處罰金：

（一）種植罌粟五百株以上不滿三千株或者其他毒品原植物數量較大的；

（二）經公安機關處理後又種植的；

（三）抗拒鏟除的。非法種植罌粟三千株以上或者其他毒品原植物數量大的，處五年以上有期徒刑，並處罰金或者沒收財產。

非法種植罌粟或者其他毒品原植物，在收獲前自動鏟除的，可以免除處罰。

⁴⁴ 第 352 條：非法買賣、運輸、攜帶、持有未經滅活的罌粟等毒品原植物種子或者幼苗，數量較大的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制，並處或者單處罰金。

⁴⁵ 第 353 條第 1 款：引誘、教唆、欺騙他人吸食、注射毒品的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制，並處罰金；情節嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑，並處罰金。

⁴⁶ 第 353 條第 2-3 款：強迫他人吸食、注射毒品的，處三年以上十年以下有期徒刑，並處罰金。引誘、教唆、欺騙或者強迫未成年人吸食、注射毒品的，從重處罰。

⁴⁷ 第 354 條：容留他人吸食、注射毒品的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制，並處罰金。

⁴⁸ 第 355 條：依法從事生產、運輸、管理、使用國家管制的麻醉藥品、精神藥品的人員，違反國家規定，向吸食、注射毒品的人提供國家規定管制的能夠使人形成癮癖的麻醉藥品、精神藥品的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處罰金；情節嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑，並處罰金。向走私、販賣毒品的犯罪分子或者以牟利為目的，向吸食、注射毒品的人提供國家規定管制的能夠使人形成癮癖的麻醉藥品、精神藥品的，依照本法第三百四十七條的規定定罪處罰。

單位犯前款罪的，對單位判處罰金，並對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，依照前款的規定處罰。

二、毒品成癮者之刑事處遇

(一) 處罰理由

依據《吸毒成癮認定辦法》第 2 條，吸毒成癮，是指吸毒人員因反復使用毒品而導致的慢性復發性腦病，表現為不顧不良後果、強迫性尋求及使用毒品的行為，同時伴隨著不同程度的個人健康及社會功能損害。又依據該辦法第 7 條、第 8 條，當大陸公安查獲吸毒者時，如發現該吸毒者同時具備以下情形，公安即應認定其吸毒成癮：1. 經人體生物樣本檢測證明其體內含有毒品成份；2. 有證據證明其有使用毒品行為；3. 有戒斷癥狀或者有證據證明吸毒史，包括曾經因使用毒品被公安機關查處或者曾經進行自願戒毒等情形。另外，吸毒成癮者如果再符合以下情形之一，便應認為其吸毒成癮嚴重：1. 曾經被責令社區戒毒、強制隔離戒毒、社區康復或者參加過戒毒藥物維持治療，再次吸食、注射毒品的；2. 有證據證明其採取注射方式使用毒品或者多次使用兩類以上毒品的；3. 有證據證明其使用毒品後伴有聚眾淫亂、自傷自殘或者暴力侵犯他人人身、財產安全等行為的。

(二) 處遇模式

依據大陸的《戒毒條例》，⁴⁹ 對毒品成癮者的處遇方式有自願戒毒、社區戒毒、強制隔離戒毒及社區康復。自願戒毒並非國家對毒品成癮者施加的行政處分，而是提供給自認為有需要的成癮者，令其有途徑尋求幫助。

《戒毒條例》第 9 條規定：吸毒人員可以自行到戒毒醫療機構接受戒毒治療。並且，依據《治安管理處罰法》第 72 條：「有下列行為之一的，處十日以上十五日以下拘留，可以並處二千元以下罰款；情節較輕的，處五日以下拘留或者五百元以下罰款：……吸食、注射毒品的」。另依據《戒毒

⁴⁹《戒毒條例》於 2011 年 6 月 22 日大陸國務院第 160 次常務會議通過，現予公布，自公布之日起施行。

條例》第 9 條，對自願接受戒毒治療的吸毒人員，公安機關對其原吸毒行為不予處罰，亦即，參加自願戒毒可以帶來免除治安管理處罰法所課予的行政罰的效果。

戒毒醫療機構面對前來接受自願戒毒的人士，應與自願戒毒人員或者其監護人簽訂自願戒毒協議，就戒毒方法、戒毒期限、戒毒的個人資料保密、戒毒人員應當遵守的規章制度、終止戒毒治療的情形等作出約定，並應當載明戒毒療效、戒毒治療風險（戒毒條例第 10 條），並應當履行對自願戒毒人員開展愛滋病等傳染病的預防、諮詢教育；對自願戒毒人員採取脫毒治療、心理康復、行為矯治等多種治療措施，並應當符合國務院衛生行政部門制定的戒毒治療規範；採用科學、規範的診療技術和方法，使用的藥物、醫院製劑、醫療器械應當符合國家有關規定；依法加強藥品管理，防止麻醉藥品、精神藥品流失濫用等四項義務（戒毒條例第 11 條）。

社區戒毒是對於毒品成癮者較為溫和，干預基本權利較小的國家強制處遇。依據戒毒條例，社區戒毒的開啓要件寬泛，只要被認定為吸毒成癮者，公安機關便可責令其接受社區戒毒。社區戒毒開始前，成癮者將簽下社區戒毒協議，名為協議，實際是履行告知義務，使成癮者明瞭戒毒期間的規範。依據《戒毒條例》第 17 條，社區戒毒的實際執行者為「社區戒毒專職工作人員、社區民警、社區醫務人員、社區戒毒人員的家庭成員以及禁毒志願者」共同組成的「社區戒毒工作小組」。《戒毒條例》第 18 條規定的具體的戒毒措施為：「鄉（鎮）人民政府、城市街道辦事處和社區戒毒工作小組應當採取下列措施管理、幫助社區戒毒人員：戒毒知識輔導；教育、勸誡；職業技能培訓，職業指導，就學、就業、就醫援助；幫助戒毒人員戒除毒癮的其他措施。」《戒毒條例》第 19 條則規定了相對人的義務：「履行社區戒毒協議；根據公安機關的要求，定期接受檢測；離開社區戒毒執行地所在縣（市、區）3 日以上的，須書面報告。」社區戒毒

的期限固定為三年，如三年內相對人未違反任何規定，則解除社區戒毒。

強制隔離戒毒則是非常激烈的處遇方式。所謂強制戒毒，意即將成癮者關押在所謂的「戒毒所」，剝奪人身自由，進行強制治療。依《中華人民共和國禁毒法》（以下稱禁毒法）第 38 條，吸毒成癮人員有下列情形之一的，由縣級以上人民政府公安機關作出強制隔離戒毒的決定：拒絕接受社區戒毒的；在社區戒毒期間吸食、注射毒品的；嚴重違反社區戒毒協議的；⁵⁰ 經社區戒毒、強制隔離戒毒後再次吸食、注射毒品的。對於吸毒成癮嚴重（判斷標準見前述），通過社區戒毒難以戒除毒癮的人員，公安機關可以直接作出強制隔離戒毒的決定。吸毒成癮人員自願接受強制隔離戒毒的，經公安機關同意，可以進入強制隔離戒毒場所戒毒。由此可見，強制隔離戒毒的決定機關為公安。對於一般的、初次被查獲的吸毒成癮者，必須先進行社區戒毒，僅當相對人違反社區戒毒的相關規定後，方得施以強制隔離戒毒。而對於再犯者，以及吸毒成癮嚴重者，則不經社區戒毒，直接施以強制隔離戒毒。例外的情況是相對人自願的情形。

另外，依《禁毒法》第 39 條，懷孕或者正在哺乳自己不滿一周歲嬰兒的婦女吸毒成癮的，不適用強制隔離戒毒。不滿十六周歲的未成年人吸毒成癮的，可以不適用強制隔離戒毒。不適用強制隔離戒毒的吸毒成癮人員，進行社區戒毒。因此，對於不滿十六周歲的未成年人吸毒成癮的情形，是公安機關唯一可以自由選擇施以強制隔離戒毒抑或社區戒毒的情形。

強制隔離戒毒的內容為：「強制隔離戒毒場所應當根據戒毒人員吸食、注射毒品的種類及成癮程度等，對戒毒人員進行有針對性的生理、心理治療和身體康復訓練。根據戒毒的需要，強制隔離戒毒場所可以組織戒

⁵⁰ 依《戒毒條例》第 20 條，社區戒毒人員在社區戒毒期間，逃避或者拒絕接受檢測 3 次以上，擅自離開社區戒毒執行地所在縣（市、區）3 次以上或者累計超過 30 日的，屬於《中華人民共和國禁毒法》規定的「嚴重違反社區戒毒協議」。

毒人員參加必要的生產勞動，對戒毒人員進行職業技能培訓。組織戒毒人員參加生產勞動的，應當支付勞動報酬。」（禁毒法第 43 條）。

強制戒毒⁵¹的期限固定為兩年，⁵²惟執行強制隔離戒毒一年後，經診斷評估，對於戒毒情況良好的戒毒人員，強制隔離戒毒場所可以提出提前解除強制隔離戒毒的意見，報強制隔離戒毒的決定機關批准。強制隔離戒毒期滿前，經診斷評估，對於需要延長戒毒期限的戒毒人員，由強制隔離戒毒場所提出延長戒毒期限的意見，報強制隔離戒毒的決定機關批准。強制隔離戒毒的期限最長可以延長一年。另外，對於被解除強制隔離戒毒的人員，強制隔離戒毒的決定機關可以責令其接受不超過三年的社區康復，所謂的社區康復，其實就是社區戒毒。

三、成效

（一）吸毒的查緝

大陸公安部禁毒局部署指導各地積極推行「逢嫌必檢」措施，大力推進百城禁毒會戰吸毒人員查控，不斷加強對吸毒人員排查管控工作，大大提高對隱性吸毒人員的發現能力，最大限度預防和減少吸毒人員發生肇事肇禍行為。⁵³截至 2014 年底，大陸累計登記吸毒人員 295.5 萬名，其中濫用鴉片類毒品人員 145.8 萬名、濫用合成毒品人員 145.9 萬名，分別占 49.3% 和 49.4%；全年共查處吸毒人員 88.7 萬餘人次，新發現登記吸毒人員 46.3 萬餘名，強制隔離戒毒新收戒 26.4 萬餘人次，社區戒毒社區康復新報到 12.4 萬餘名，全大陸三年未復吸人員達到 100.8 萬名，各項資料同比均有大幅增長。全大陸公安機關在娛樂場所共查獲吸毒人員 8,301 人次，在賓館飯店查獲 26,866 人次，同比增長分別為 19.6% 和 30.7%，

⁵¹ 同前揭註 49、註 50。

⁵² 「2015 年中國禁毒報告」，中國藥物濫用防治學會，2015 年，頁 26-31。

⁵³ 大陸地區對於施用毒品的用語皆用吸毒，本文在介紹時，保留原來用語。

共查封關停嚴重涉毒娛樂場所 130 家。⁵⁴

（二）關於吸毒駕車的查緝

積極推動全國人大法工委等部門研究「毒駕入刑」，廣泛宣傳「毒駕」的社會危害，指導各地公安禁毒部門與交警部門通過路面篩查及時發現「毒駕」行為，加強吸毒人員駕駛證的申領管理，有效防範「毒駕」惡性交通事故的發生，全國公安機關在機動車內共查獲吸毒人員 2697 名，依法註銷 3167 名吸毒駕駛人的機動車駕駛證，拒絕申領 382 名。⁵⁵

（三）關於社區戒毒層面

大陸國家禁毒辦聯合 11 部委制定《關於加強戒毒康復人員就業扶持和救助服務工作的意見》，深入推進以就業安置為核心的社區戒毒社區康復工作，落實戒毒康復人員的最低生活保障和臨時救助，將戒毒康復人員納入勞動職業技能培訓總體規劃，推動落實相關培訓和鑑定補助政策。推動各地借鑑貴州經驗，立足本地實際，加快就業安置基地（點）建設，採取集中就業安置、分散就業安置、鼓勵自主創業、提供公益崗位等多種方式，努力為戒毒康復人員就業安置提供更多的管道和機會。截至 2014 年底，全大陸共建立社區戒毒社區康復工作領導小組 2.3 萬個，建立戒毒康復人員就業安置基地（點）836 個，全大陸正在執行社區戒毒社區康復人員 25.2 萬名，累計安置社會面阿片類戒毒康復人員 51.5 萬名，就業安置率達到 47.8%。完善強制隔離戒毒工作制度、機制和體制建設，加強對強制隔離戒毒人員的戒毒管理、治療康復和教育矯治，提升強制隔離戒毒工作水準。國家禁毒辦會同司法行政、公安監管等部門，推進醫療衛生社會化和病殘吸毒人員收治工作，通過「所院協作」、「綠色通道」和「外聘兼職」、購買醫療服務、建立駐所醫務室等模式強化醫療衛生機制，規範醫

⁵⁴ 「2015 年中國禁毒報告」，中國藥物濫用防治學會，頁 26-28。

⁵⁵ 「2015 年中國禁毒報告」，中國藥物濫用防治學會，頁 29。

療機構建設，提高戒毒醫療工作水準。全大陸已建成收治病殘吸毒人員專區（收治中心）46 個，在所收治病殘吸毒人員三千七百餘人，累計收治九千餘人次。⁵⁶

（四）關於美沙酮藥物治療

大陸衛生計生委會同公安部、食品藥品監管總局制定《戒毒藥物維持治療工作管理辦法》，加強戒毒醫療工作專業化建設，持續推進美沙酮藥物維持治療工作。截至 2014 年底，全大陸 28 個省（自治區、直轄市）共設立維持治療門診 767 個，在治吸毒人員 18.7 萬餘名，基本建立起覆蓋全大陸毒品危害較為嚴重地區的維持治療網絡。國家禁毒辦聯合國家發展和改革委、司法部制定《關於改進戒毒康復場所試點專案建設管理工作的意見》，明確戒毒康復場所試點項目發展方向，不斷深化戒毒康復場所建設工作。各地因地制宜，調整戒毒康復場所建設的功能設計，改進管理方式，提高使用效率。⁵⁷

肆、比較與批判

一、決定機關

（一）比較

綜觀兩岸法制，對於毒品成癮者的主導及決定機關，可以發現極為顯著的差異。我國不論是緩起訴處分之戒癮治療、觀察勒戒或強制勒戒以及監所的戒癮處分，決定機關均是司法機關；而大陸對於毒品成癮者的決定機關，均委由性質上屬行政機關之公安機關。

⁵⁶ 「2015 年中國禁毒報告」，中國藥物濫用防治學會，頁 30。

⁵⁷ 「2015 年中國禁毒報告」，中國藥物濫用防治學會，頁 31。

（二）批判

大陸對毒品成癮者的處遇，在程序層面，存在諸多對基本人權的嚴重侵犯，必須足夠重視。首先，大陸對毒品成癮者的處遇，完全沒有正當程序的保障。綜觀全部的成癮者處遇體系，由始至終，參與的國家權利僅有大陸公安。從偵查的開啓，查緝的實施，事實的認定、事後的處遇方式直到處遇期間的長短，公安均可做終局的決定。在公安決定的過程中，相對人不能像在刑事訴訟中一般受到律師的協助，也不會受到公正法官的聽審。而這個處遇體系中的行政處分，對人民的基本權利干預重大。在最嚴重的情形（強制隔離戒毒延長至三年，解除後再社區康復三年），公安的決定可以使公民在吸毒被查獲後的六年內，被剝奪人身自由。因此，正當法律程序的缺失，可說是大陸毒品成癮者處遇體系中最嚴重的問題。

另外，就整個體系運作中個別的干預處分，大陸的立法密度嚴重不足。對吸毒者的查緝，是一項很複雜的工作，其中牽涉的干預處分，可能包括拘提、逮捕、搜索、扣押、盤查、鑑定留置以及身體檢查處分等等，至於通訊監察、臥底警探這類新形態的處分方式，恐怕也很常用。這些處分通通構成對基本權利不同程度的干預，但大陸法律對相關處分的開要件、審查規範、救濟程序等完全漏未規定。在整個的處遇過程中，相對人基本淪為了國家行為的客體，對於國家施加在其身上的各種處遇，全無反抗之力，不得不說是大陸法律的一大缺失。

最後，對少年的保護掛一漏萬。綜觀所有大陸的處遇規定可以發現，對少年毒品成癮事件的特別規定，除滿足強制隔離戒毒要件的 16 週歲以下少年「得」改為社區戒毒外，大陸對少年毒品成癮者似乎並無任何依據少年身心狀態而特別設立的規定。甚至唯一的保護規定，公安尚有將少年投入強制戒毒所關押的裁量權。甚至，法律並未對戒毒所收容人的年齡設置下限，因此，一個 13 歲的國中生，完全可能因為第二次吸毒被查獲，

便在裁量下而被投入戒毒所。而這顯然是不利於少年擺脫毒品成癮的。

二、處遇模式

(一) 比較

我國對於毒品成癮者之處遇模式，顯然是區分「硬性毒品」與「軟性毒品」。對於前者仍採取除刑不除罪；對於後者，則採取行政裁罰。故我國對於單純之毒品成癮者（即無另犯他案），將其視為病犯。但處遇方式除了緩起訴戒癮治療外仍脫離不了機構處遇；而大陸地區對於毒品成癮者似乎沒有區分毒品的種類，但在處遇上，較我國更具多樣化，也引進社區處遇作為毒品之治療。

(二) 批判

我國在機構處遇方面，目前雖有獨立的戒治所，但機構色彩濃重，對毒品施用者而言，觀察勒戒與強制戒治仍等同於在監服刑，且各戒治所資源多寡、專業人才比例以及授課的品質各異，皆影響戒治處遇之成效。而在監禁方面，毒品施用者雖刑期不長，但人數眾多，大量監禁於監獄已影響監獄空間，且監獄僅單純施以監禁，除隔離外，沒有其他的積極處遇效果。

就大陸地區，除了程序層面對於基本權利的不當侵犯外，對毒品成癮者的處遇，其實際內容亦值得稍加檢討。必須明確，以上的處遇措施，其目的應在於幫助毒品成癮者擺脫毒癮，而非對其施以懲罰。而處遇中的諸多內容，對毒品成癮者擺脫毒癮並無幫助，反而其懲罰意義較大。其中最明顯的部分即為接受強制隔離戒毒者得被強制勞動的規定。按參加勞動並不能幫助毒品成癮者擺脫毒癮，反倒是刑罰中，經常會出現強制勞動的做法，這類規定的正當性，似乎不能找到立足的基點。

固定的處遇期間也是非常重要的缺陷之一。戒毒的處遇理應同病人在醫院看病的過程類似，痊癒後即可回家，但處遇均要經過法律規定的很長

的期間，這在某些情況下是不合理的。甚至在戒毒所同監獄基本相同的情況下，長時間在戒毒所中強制治療可能會使毒品成癮者出現監獄化的現象，不利於其回歸正常得到社會生活。

三、立法模式

我國對於毒品成癮者的處遇，多規定在根據毒品條例第 24 條第 1 項之規定，在符合同法第 20 條第 1 項程序之前，即在觀察、勒戒前，或依同法第 23 條第 2 項，即在觀察、勒戒或強制戒治後五年內再犯而需依法追訴者，若檢察官先以刑事訴訟法第 253-1 條第 1 項、⁵⁸ 第 253-2 條⁵⁹ 規定，對施用毒品者處以戒癮治療之緩起訴處分，則優先適用戒癮治療之緩起訴處分，而不適用觀察、勒戒及依法追訴之程序，而戒癮治療之期程以連續一年為限。⁶⁰ 並沒有一個專門為毒品成癮者的立法。

大陸地區針對毒品成癮者，有一部專法，即「戒毒條例」，在第一條即明定：為了規範戒毒工作，幫助吸毒成癮人員戒除毒癮，維護社會秩序，根據《中華人民共和國禁毒法》，制定本條例。對於毒品者之定義，處遇方式、種類及相關程序，均有細緻的規定。

⁵⁸ 《刑事訴訟法》第 253-1 條第 1 項規定「被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項及公共利益之維護，認以緩起訴為適當者，得定一年以上三年以下之緩起訴期間為緩起訴處分，其期間自緩起訴處分確定之日起算。」

⁵⁹ 《刑事訴訟法》第 253-2 條規定「檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行下列各款事項：一、向被害人道歉。二、立悔過書。三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。四、向公庫或該管檢察署指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額。五、向該管檢察署指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。七、保護被害人安全之必要命令。八、預防再犯所為之必要命令。檢察官命被告遵守或履行前項第三款至第六款之事項，應得被告之同意；第三款、第四款並得為民事強制執行名義。第一項情形，應附記於緩起訴處分書內。第一項之期間，不得逾緩起訴期間。」

⁶⁰ 《毒品戒癮治療實施辦法及完成治療認定標準》第 7 條規定「戒癮治療之期程以連續一年為限。」

另外針對社區矯治部分仍然不能與大陸相比較，因目前大陸社區矯治仍處於法制化之階段，雖然大陸司法部已向國務院提出草案，⁶¹ 惟針對此議題若欲進一步進行比較，應待專法制定、實行後再行比較為妥。

伍、結論與建議

監獄超額收容是我國近年來犯罪矯正機構所面臨的困難之一，超額比例趨近於原法定收容額的 120%，⁶² 而監獄人口又以毒品犯占最大比例，戒護安全、機構人力不足、再犯率高居不下等問題接踵而至，受刑人的矯正、教化成效受到極大的考驗。「如何將監獄最大的一群人 - 毒品犯罪人，基於社會復歸的宗旨，⁶³ 並兼顧社會安全與犯罪矯正的原則進行處遇？」將是我國矯正單位必須正視的問題，在參考國外法制後，妥善、擴大社區處遇的適用不僅是國際潮流，更是監獄壅擠問題的解決之道，雖然外國法制、方案因社會文化背景與我國不同，不能直接移植使用，但仍是我國重要的參考與改善目標。同樣的，大陸地區近年來毒品成癮者成長迅速，唯有擴大社區處遇，強化醫療、衛生、心理、諮商、就業、社福等協助，才是治本之道。

⁶¹ 許春金，「毒品施用者處遇及除罪化可行性之研究」，中央警察大學叢刊（臺北），第 44 卷第 5 期（2013 年 3 月），頁 77。

⁶² 法務部統計處資料顯示，我國矯正機構受刑人平均超額比在 2011 為 18.8%、2012 年為 21.1%、2013 年為 18.7%、2014 年 1-4 月為 18.0%，從 2011 年至今平均超額比為 19.15%。「中華民國法務統計重要參考指標」（2014 年 4 月），《法務部》，<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/451910221151.pdf>。

⁶³ 《監獄行刑法》第一條的立法目的即闡明「使受刑人改悔向上，適於社會生活」是自由刑、監禁的宗旨。

第一，加強司法單位或矯正機構與社會資源的聯結，在適度的社會控制下更加重視毒癮者戒毒處遇，妥善運用社會資源以彌補矯正或觀護人力的不足，加強毒癮者的個別化處遇，提升處遇成效、降低再犯。第二，擴大使用社區處遇，協助毒品成癮者有效重返社會正常生活，同時解決我國矯正機構擁擠的問題。第三，重視社會復歸的更生保護，對象不僅止於更生人及其家庭，社會大眾對更生人的認識與接納正是我國普遍民眾亟需被教育的課題。

兩岸人權發展與實踐 對臺灣的國家認同影響

The Influence of Cross-Strait Development
and Practice of Human Rights on Taiwan's National Identity

梁式榮 (Liang, Shih-Jung)

中國文化大學中山與中國大陸研究所博士生

摘要

我國自解嚴後開啟了一連串仿效歐美民主改革運動，司法院大法官會議因具有對法律解釋的最高權限，在功能性釋憲運作下導引著政治法律走向，直接、間接的強化了個體人權保障，並對確立權力制衡的政治體制發揮了實質決定性的影響力。兩岸間無論從歷史、文化、經濟利益上來看，均具有密切的關係，且近年來不論是民間、官方均處於頻密交流高度發展狀態，但我方民眾與對岸的國家認同卻持續不斷下降。從政治文化價值觀型塑的角度來看，我方大法官會議釋憲內容導引之西方人權憲政理念，與中共重生存與發展之集體人權觀，在實踐結果上，呈現出民主法治價值、社會組織結構及政治體制的差異，此應是對彼此認同發生分歧的重要因素。未來，大陸應對臺灣人權、民主制度的發展有更深切的瞭解，臺灣的內部則應更進一步建立共識，兩岸間尋求都能授受的民主共識，立基於對彼此現有憲法秩序的尊重，本於雙方共通的歷史、文化、血緣等有利條件，面對差異，以自然方式，耐心及時間化解彼此猜忌，並以創新的觀念及作法，由下而上的方式溝通歧見，應是對未來兩岸朝向和平發展機遇努力的方向。

關鍵詞：大法官會議、人權、認同、民主、法治

壹、前言

從十七、十八世紀迄今，「自由」一詞已成為「權利」的同義字，或概括一切權利之保障，「人權」「自由」「權利」三者已被視為同一，此可從聯合國憲章等文件看出是將「人的權利」(Human Rights)和「基本的自由」(Fundamental freedoms)相提並論。¹「人權」在西方憲政主義觀點下是「人因其為人而應享有的權利」，且並非是《憲法》所賦予的，《憲法》的作用僅是保障和實現人權的一種手段，就如同法國哲學家雅克·馬裡旦(Jacques Maritain, 1882-1973)所說：「人權的哲學基礎是自然法」。²西方人權觀是以法治為基礎，法治意涵則是以人權為目的，並由此衍生出民主憲政制度，人權同時亦是民主政治的指標和方向。由歐美西方國家所代表的現代文明核心價值—自由人權意識，在近代西方國家所推動的現代化、全球化過程中已被視為普世價值，惟二戰後，亞、非、拉美等非西方國家則試圖以不同歷史發展下的政治、文化經驗，對人權意涵的實踐，以不同的認知走相異的路徑，尤其二十世紀末興起的所謂「中國模式」，其支撐起的「中國特色社會主義」人權價值觀，已與西方國家的人權觀產生嚴重衝突，並在不同文化意識形態話語權爭奪上產生競逐，也呈現出人權議題的多樣及複雜性。

我國制憲後在臺灣所實施的憲政之路，數十年來雖形式上是實施民主憲政，但憲法遭到「動員戡亂體制」和「戒嚴」的架空，實際上憲政主義

¹ 羅斯福在四大自由的諮文中謂：「諸自由即等於諸人權，在各處均取得至高的地位」。聯合國文獻中每提及「人權」，幾乎必舉「基本自由」，印證了上述羅斯福的主張。「自由」與「權利」互相解釋見於 1774 年 9 月 5 日在費城所宣布的 Declaration and Resolves of the first Continental Congress, “4. That the foundation of English liberty and of all free government, is a right in the people to participate their legislative council; ……”。參考張學海，「論法治與人權」(2015 年 9 月 3 日)，2015 年 10 月 1 日下載，《臺灣法律網》，http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&parent_path=.1.6.&job_id=44146&article_category_id=18&article_id=19116。

² 雅克·馬裡旦(Jacques Maritain)，劉山等譯，人和國家(臺北市：商務印書館，1986 年)。另如德國戰後基本法第一條第一項規定：「人性尊嚴不可侵犯」，國家保護的目標，都是這些價值的衍生物，見蔡維音，社會國之法理基礎(臺南市：正典文化出版有限公司，2001 年 7 月)。

的理念並未真正在社會生根，直到 1987 年解嚴後，開啟了一連串仿效歐美民主開放改革運動，但在憲政改革上，幾次的修憲內容均偏重政府體制的翻修，《憲法》所規範的人權條款內容卻未多所著墨。在我國進入民主化過程中，對人民自由權利的保障及爭取，反多由人權保障機關、³ 完善的立法、⁴ 非政府組織中人權團體協助，⁵ 而其間司法院大法官會議因具有對法律解釋的最高權限，在功能性釋憲運作下，相關釋憲內容走向，更發揮了導引及決定性的功能，直接及間接強化了人權保障及確立了權力制衡的政治體制，尤其在解嚴後對有關人民基本權利的解釋案件比重逐年增加，所涉及政府行為有違憲之虞的解釋，占了百分之四十以上，此與其他先進憲政國家相較亦是相當亮眼，⁶ 此對我國確立憲政主義政治型態發揮了實質決定性的影響力。

1978 年中國大陸改革開放後，脫離了階級鬥爭為綱的意識形態，中共十八屆四中全會並提出「依法治國」、「依憲治國」及「依憲執政」的宣示，兩岸似都在追求現代化法治過程，並走在《憲法》人權保障的共通道路。兩岸目前不論民間或官方雖均處於交流頻密高度發展狀態，但依據各種民調顯示，我方民眾與對岸的國家認同比率持續不斷下降，對於本土的認同卻不斷上升，此從中共中央總書記習近平 2015 年 5 月 4 日會見國民黨前主席朱立倫提出的一兩岸應努力「聚同化異」說法，即可看出兩岸間長期存在的政治分歧和難題。近年來，兩岸間的認同逐步疏離，除了在政治現實的主權問題、大陸對臺灣所施予的壓力及臺灣政治人物個人的史觀、政治利益的策略考量，造成彼此疏離及去「中國化」的偏移因素外，人權議題在制度功能所可能造成的差異上，大法官會議在解嚴後對有關人

³ 如設置於總統府的人權諮詢委員會及設置於監察院的人權保障委員會。

⁴ 如刑事訴訟法的修正、教育基本法（1999 年）、環境基本法（2002 年）、通訊傳播基本法（2004 年）、科學技術基本法（2005 年）與原住民族基本法（2005 年）等保障人權的重要法案的通過。

⁵ 如中國人權協會、臺灣人權促進會、婦女新知基金會、兒童人權協會、人權教育基金會、勞動人權協會等。

⁶ 林子儀序，朱敬一、李念祖著，基本人權（臺北市：時報文化事業出版企業股份有限公司，2003 年 7 月），頁 24、22。

權議題所做的解釋趨勢，對我國的政治、社會、法治觀的影響要如何來看待？中共官方對人權的具體觀點及實踐情形又是如何顯現？兩岸間對人權概念定位、發展及實踐狀況趨向，所形塑出的的民主法治觀、社會型態構成及政治體制間造成如何的鴻溝？此種差異結果與兩岸國家認同的歧異，是否具有因果性，又要如何來觀察？以上皆是本文所欲探討驗證的。

貳、人權理論及研究途徑與方法

一、人權概念與發展模式

從人權保障的《憲法》史來看，自 1215 年英國發布的《大憲章》開始，到 1628 年的《權利請願書》、1649 年的《人民協定》，至 1689 年提出的《權利法案》，都與人民的基本人權相關。從歷史的角度來看，美國不成文《憲法》的原始目的，亦在於限制英王對人民的權力，及對人民基本權利的保障。⁷ 而近代，不論是美國的權利清單條款 (bill of rights)、法國的《人權宣言》，或美國的《獨立宣言》，其抗爭的背景都是「國家」，對於追求上述的自由、平等積極的權利，其所被動對抗的都是專制、獨裁等。⁸ 因而，在國家與個人、群與己之間的界限上，在西方近代產生了許多的思想家及哲學家。從亞當斯密 (Adam Smith) 主張政府少管市場，到邊沁 (Jeremy Bentham) 的國家政策或法規應謀求整體社會最大效益的功利主義，到之後彌爾 (John Stuart Mill) 的「自由以不妨礙他人」為界限的人權理論，迄於 20 世紀的海耶克 (Friedrich Hayek) 反對運用政治組織救濟貧弱，⁹ 及諾齊克 (Robert Nozick) 認為由國家實行分配是侵犯

⁷ 李鴻禧，李鴻禧教授憲法教室（臺北市：元照出版公司，2004 年 5 月），頁 29。

⁸ 朱敬一、李念祖著，基本人權，頁 3。

⁹ 海耶克認為：經濟不平等雖然是一種社會弊病，但絕不能用強制措施來克服。見 F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (University of Chicago Press, 1978), p85, p88。

權利嚴重的事情，¹⁰ 形成所謂的「市場自由主義」。及至當代羅爾斯（John Rawls）的差異原則，¹¹ 及德沃金（Ronald M. Dworkin）的進入無知之幕入場卷一平等、尊重與關注之平等自由主義。¹² 在現代人權理論所形成的就是自由與平等二者間的衝突或者論證，¹³ 及國家權力與人民權力間邊界取捨。

而人權觀點在「現代化」擴展浪潮下，透過《世界人權宣言》、《兩公約》等人權思想的推廣，已突破了國界中國內法的限制，使人權概念由《憲法》層次逐步發展至國際法層次。現今「人權」的意涵、範圍與取捨縱有紛歧，但國際間對人權此一觀念的肯定及應予保障是殆無疑義的。人權主要包括權利主體所得享有的權利「人權清單」，及國家在法規範與制度上的保障，「人權清單」往往會受人權思想、世界潮流與國家承認的影響而異其內涵，國際社會亦一直更新強化人權的內涵。在規範與制度保障部分，則由國家透過《憲法》、法律、司法裁判將人權清單予以法制化並以司法手段保障。¹⁴ 「人權」是最核心的自然權利，從世界人權內涵來看，包括生命權、自由權、財產權、尊嚴權及追求幸福的權利，其內涵亦並非一成不變，而是一個發展中的概念。當前討論世界人權發展最常被用到的模式是卡雷爾·瓦薩克（Karel Vasak）所提出的「三代人權」（three generations of human rights）的概念（如表 1）。¹⁵

¹⁰ 諾齊克所說的，如果一種貧富懸殊的結果產生於合法分配過程，不能說不平等不能改變只能以不侵犯人的條件來改變。見 Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books Inc, 1974, p232。

¹¹ 「無知之幕背後的反思均衡」，社會和經濟不平等的安排，必須對最不利地位的人最有利。見 John Rawls, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, pp14-15。

¹² Dworkin, Ronald (1977), *Taking Rights Seriously*, London: Gerald Duckworth, p.181。

¹³ 徐友漁，中國當代政治文化與西方政治哲學（臺北市：秀威資訊科技股份有限公司，2008年11月），頁208。

¹⁴ 呂炳寬、楊智傑，「全球化脈絡下的人權保障」，發表於「整合全球化與在地化：21世紀政治學研究的新趨勢學術研討會」（臺中：東海大學政治學系，2005年12月24日）。

¹⁵ 卡雷爾·瓦薩克（Karel Vasak）為法國駐聯合國國際文教處人權與和平局前局長。參考 Karel Vasak, (1977) "A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights", *Unesco Courier*, November 1977, pp. 29-32. 及陳秀容，「近代人權觀念的轉變：一個社會生態觀點的分析」，人文及社會科學集刊（臺北市），第九卷第二期（1997年），頁101-132。

表 1 「三代人權」理論發展與區分

	發生時間	目的	憲法理論	內涵	備註
第一代人權	十八、十九世紀	限制政府權力，保障人民免於國家權力的侵害。	「國家社會二元論」。	以自由權為主要內涵，包括身體、居住、遷徙、言論、良知、信仰、表意、出版、通訊及集會遊行等，另包括救濟權（即訴訟權）與參政權。	偏重 17、18 世紀自由主義，與 1966 年聯合國大會通過的《公民暨政治權利國際公約》內涵相通。
第二代人權	十八世紀末至二十世紀初	國家介入私領域，國家角色由消極變為積極成為服務者	保障人民生存的基本條件，形成「社會權」	如健康權、工作權、休息權、受教育權、社會保險權、宣揚及傳播文化的權、語言權（Paulston, 1997: 77）、以及婦女兒童之保障、經濟社會弱勢團體之實質平等保障	偏重 19、20 世紀社會主義，與 1966 年的《經濟、社會、文化權利國際公約》內涵相通
第三代人權	第二次世界大戰之後迄今	重視第三世界的人權與生態問題	「集體人權」為核心，各國平等的發展機會	包括環境權、和平權、民族自決權、自然財富暨資源權等	偏重 20 世紀末反帝國主義與環境保護。

資料來源：作者自行整理製作。參考呂炳寬、楊智傑，「全球化脈絡下的人權保障」，發表於「整合全球化與在地化：21 世紀政治學研究的新趨勢學術研討會」（臺中：東海大學政治學系，2005 年 12 月 24 日）。

從表 1 可看出，從第一代人權到第三代人權間不是取代關係，而是保留既有成果更向前發展，其中平等權因需依附在各項人權中，因此在三代人權中均有平等權的概念。「三代人權」理論發展約略可區分為：第一代人權著重「形式平等」，主張相同事物須相同之處理；第二代人權則強調社會安全制度之「實質平等」，亦即國家可以對弱勢團體提供不同的補助或救助，促進其機會的平等；第三代人權則是對抗種族、語言、文化大一統政策，是文化、種族上的實質平等。¹⁶

¹⁶ 呂炳寬、楊智傑，「全球化脈絡下的人權保障」，發表於「整合全球化與在地化：21 世紀政治學研究的新趨勢學術研討會」。

二、研究途徑與研究方法

在臺灣社會「國家認同」、「族群認同」及「統獨問題」等用語常發生混淆，實則「統獨問題」的核心，是對臺灣未來前途的選擇，「國家認同」、「族群認同」則是人民感情價值的表達，¹⁷ 在分辨上，「國家認同」不如「統獨議題」具有二元對立性。本文分析架構以兩岸人權各自之發展與實踐為論證基礎，由現行「國家認同」現況為結果，對兩岸人權實踐內容作為原因上的探討，並依 Karel Vasak 的「三代人權」(three generations of human rights) 理論為探討指標，分析兩岸人權各自發展路徑導引出不同的民主法治觀、社會組織型態及政治體制的差異。而以歷史研究敘事方式，就我國解嚴後大法官人權解釋內涵的趨勢分類，及大陸近年來人權內容保障、實踐，及官方對人權定位走向，對應 Karel Vasak 的「三代人權」之類型，並運用因果比較研究分析，由兩岸不同人權定位走向，驗證此是否即為當前兩岸「國家認同」發生歧異之重要因素。文中所使用「法治」、「民主」、「公民社會」等西方人權概念相關用語，恐兩岸對之意涵詮釋會有所不同，而相關人權評比指標亦難免引用西方國家之概念及標準，惟並無特別貶抑非與西方相同之人權路徑觀點之意，不過旨在突顯其間的差異性。

參、兩岸認同上的分歧

認同問題是一種政治、社會現象，具有多層結構，包括文化認同、民族認同、政治認同，以及「國家認同」等，各個層次的認同都既相互聯繫、相互影響，而又各自具有相對獨立的決定性影響因素。¹⁸

¹⁷ 陳牧民，「臺灣國家認同研究」，施正鋒主編，國家認同之文化論述（臺北市：臺灣國際研究學會，2006年11月），頁27。

¹⁸ 郭震遠，「兩岸國家認同的特色及其影響」，中國評論（北京市），第191期（2013年11月）。

一、兩岸互動現況

兩岸自 1987 年開放探親以來，社會各層面交往互動頻密，2014 年兩岸人員往來創歷史新高，總量達 94.1 萬人次，同比增加 16.5%。其中臺灣居民去大陸 536.6 萬人次，大陸居民赴臺 404.6 萬人次，大陸居民赴臺旅遊達到 322 萬人次，同比增加 47%。兩岸青年和基層民眾交流平臺亦不斷增多，青年交流、校際及學生交流擴大深化。此外，大陸並增設 5 個口岸臺胞註點，累計已達 41 個；新增開放 10 個赴臺個人遊城市，累計已達 36 個。¹⁹

二、國內統獨立場

政大選研中心從 1992 年開始，長期針對臺灣地區民眾的統獨立場、政黨認同及臺灣人認同進行調查。根據政大選研中心的調查資料顯示，「臺灣人認同指數」從 1992 年的負 7.9%，²⁰ 增加到 2000 年的 24.4%，2007 年的 38.3%，及 2012 年的 50.6%，2014 年再繼續增加到 57.1%，在馬總統執政 7 年的「臺灣人認同指數」增加的速度比陳水扁執政時期還要快。2014 年底調查結果，認同自己是臺灣人的比例為 60.6%，認同自己是臺灣人也是中國人的比例為 32.5%，認同自己是中國人的比例為 3.5%。另外，在統獨立場上，除了維持現狀再決定及永遠維持現狀的民意支持度之外，將支持盡快統一、偏向統一的民意支持度減去盡快獨立與偏向獨立的民意支持度，得出「兩岸統獨指數」。此指數為正數，表示臺灣人民比較偏向支持統一，此數為負數表示臺灣人民比較偏向支持獨立。1994 年至 1999 年的李登輝政府時期，「兩岸統獨指數」平均每年為 5.1%，2000 年至 2007 年的陳水扁政府時期為負 2.9%，馬總統在 2008 年

¹⁹ 「2014 年兩岸往來 再創歷史新高」(2015 年 1 月 14 日)，2015 年 10 月 1 日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=139701>。

²⁰ 將臺灣人認同比重減去中國人認同比重當作是臺灣人認同指數。「政治大學選舉研究中心」，2016 年 2 月 5 日下載，《政治大學選舉研究中心》，<http://esc.nccu.edu.tw/course/news.php?Sn=166>。

執政後，「兩岸統獨指數」立刻惡化到負 12.9% 的歷史最低點，此後 5 年大致維持在負 10% 以下，2014 年更創歷史的新低達到負 14.7，也是歷年來「兩岸統獨指數」最低的時期。²¹

陸委會 2014 年 3 月公布 2014 年 3 月統獨民調，支持統一者合計僅有 11.1%，支持獨立者則為 22.3%，廣義上維持現狀者則占 88.6%。²²最近「2015 臺灣民眾國族認同第三季調查」結果，亦有 83.6% 的人覺得自己是中華民族的一分子，比第二季減少 3.3%，不承認者占 10.7%，較第二季增加 1.9%，但對自己是中國人認同比例為 47.7%，創下新低。²³

小結：統獨與「國家認同」問題層次及問題意識雖有分別，本文在此仍從社會一般用法，將籠統的「統獨問題」視為「國家認同」問題來看。²⁴上述「統獨議題」對臺灣未來前途的選擇，或有涉及經濟利益、軍事安全威脅，乃至較極端的以意識形態推動「臺灣主體意識」乃至「臺灣民族主義」等，因民調單位政治立場的不同，中國人或臺灣人比率高低不一，甚至差距頗大，縱使廣義上維持現狀者雖仍具甚高的比率，但無論偏向那一方立場的民調，中國人認同比例逐步下滑已是趨勢，臺灣人認同指數則逐步攀高。整體而言，臺灣人民對大陸的國家認同感是越來越偏離，尤其在青年世代的總體「臺獨」傾向，更是體現的淋漓盡致。²⁵

²¹「政治大學選舉研究中心」，2016 年 2 月 5 日下載，《政治大學選舉研究中心》，<http://esc.nccu.edu.tw/course/news.php?Sn=167>。

²²「陸委會最新民調 支持統一僅一成」（2014 年 3 月 15 日），2015 年 10 月 1 日下載，《自由時報》，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/762292>。

²³「選前西瓜效應 中國人認同比例降」（2015 年 9 月 24 日），2015 年 10 月 1 日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=161516>。

²⁴江宜樺，自由主義、民族主義與國家認同（臺北市：揚智文化事業股份有限公司，1998 年 5 月），頁 4。

²⁵「智庫雜誌：臺灣青年世代『臺獨』傾向有何特點」（2015 年 11 月 23 日），2015 年 12 月 1 日下載，《中國評論月刊網路版》，<http://bj.crntt.com/crn-webapp/mag/docDetail.jsp?coluid=0&docid=104014691>。

肆、西方違憲審查人權保障模式

違憲審查泛指根據《憲法》或慣例，對特定法律或特定國家機關或官員的行為是否違反成文《憲法》的審查，而宣告合憲或違憲的制度，現已普遍見諸於各國《憲法》當中，並已為現代主張法治的國家所普遍採納，目前全世界約有七十多個國家建立了此一制度。²⁶

一、西方違憲審查模式

西方國家憲政違憲審查方式大致可分為：

(一) 分散式：違憲審查由各級法院直接掌理，最高法院負責違憲審查，且僅限以具體的個案爭議為違憲審查標的，法規是否違憲，僅是附隨該案件所適用者進行審查，以美、日為代表。

(二) 集中式：將違憲審查集中於單一的或特設的司法機關，非以處理個案爭議為限，而僅得以法規或其他國家行為是否違憲直接進行「抽象審查」，以法國、德國為代表，大陸法系國家多採「集中式審查」，此因傳統上歐陸各國並不信任法官解釋法律或控制立法活動。²⁷

(三) 特殊式：英國是採取議會主權的不成文《憲法》，其所謂的《憲法》，包括議會所通過的「制定法」(statutory law) 外，還包括「政治慣例」及法院據以為審判依據的「普通法」(common law)，英國議會擁有權力修改任何被視為《憲法》的法律或政治慣例，使得無從發生《憲法》為部門法中之「最高位」的問題。²⁸ 英國在加入《歐洲人權公約》後由國

²⁶ 沈宗靈，比較憲法一對八國憲法的比較研究（北京：北京大學出版社，2002年9月），頁332。

²⁷ See, e.g., M. Cappelletti & J. C. Adams, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptation*, 79 Harv. L. Rev. 121 (1966); ALLAN R. BREWERCARIAS, *supra* note 39, at 188. 轉引自湯德宗、吳信華、陳淳文，論違憲審查制度的改進——由「多元多軌」到「一元單軌」的改制方案，《憲法解釋之理論與實務》第四輯（臺北：中央研究院法律學研究所籌備處），頁523-592。

²⁸ A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 8th.ed.(London: Macmillan and Co.,1915), pp.22-23.

會行使違憲審查權。英國在兼顧議會主權的形式下，建立了實質的司法違憲審查機制，雖然與美國或德國的違憲審查制度相較，現行的違憲審查發展未見明顯，但仍在持續進展中。²⁹

二、我國的違憲審查模式

按照白哲士（Burgess）之《憲法》體例分類，³⁰《中華民國憲法》為典型的美系《憲法》，即《憲法》主體部分主要由三大部分構成，自由憲章（Constitution of Liberty）即人民權利；政府組織憲章（Constitution of Government）即政府權力制衡機制；以及主權憲章（Constitution of Sovereignty）即規定修憲手續以明確主權在民。具有司法機關性質的司法院，既掌理「違憲審查」——法律或命令是否抵觸《憲法》，又掌理「司法審查」——命令是否抵觸法律，³¹所以「違憲審查」從釋憲機關及抽象審查是兼採人民依法提出侵犯其權利的《憲法》訴願案件，同時採德國的違憲審查體制，並由司法院之大法官會議行使此職權。

伍、解嚴後大法官人權案例解釋分析

由於早年《戒嚴法及動員戡亂時期臨時條款》凍結了《憲法》關於基本權利的保障，因此大法官關於基本權的解釋數量有限，隨著解除《戒嚴法及動員戡亂時期臨時條款》後，有關基本權利的違憲審查，逐漸成為大法官釋憲內容的大宗。³² 以下就大法官人權案例解釋分述之：

²⁹ 沈宗靈，比較憲法一對八國憲法的比較研究，頁 333-350。

³⁰ J.W.Burgess, Political Science and Comparative Constitutional Law, Boston: Ginn & Company, 1900。

³¹ 《憲法》第七十八條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」、第九十九條第二項規定：「司法院設大法官若干人，掌理本憲法第七十八條規定之事項，由總統提名，經監察院同意任命之。」，同時，《憲法》第 171 條、第 172 條又分別規定：「法律與憲法抵觸者無效」、「命令與憲法或法律抵觸者無效」以及「法律與憲法有無抵觸發生疑義時，由司法院解釋之」。

³² 賴浩敏，「人權的啟蒙者、民主的鞏固者、法治的捍衛者——司法在我國行憲過程中扮演的角色」，中樞慶祝行憲暨總統府月會專題報告（臺北市：總統府，2011 年 12 月 20 日）。

一、第一代人權

(一) 關於人身自由解釋部分

表 2 人身自由相關解釋

解釋案	內容	效果	備註
第 251 號	宣告《違警罰法》由員警機關作成限制人身自由的處分違憲。	促成相關法律的全面修正	1980 年便已作成釋字第 166 號解釋，宣告為加強人民身體自由的保障，違警罰法的拘留、罰役，應由法院依法定程序為之。
第 392 號	宣告檢察官之羈押權，應依憲法意旨回復由法院行使。	強制處分權回歸法院。	
第 384 號、第 523 號及第 636 號	《檢肅流氓條例》中部分違反人權保障的規定，宣告其違憲		
第 588 號 第 664 號	關於《行政執行法》中拘提、管收的解釋，以及關於少年人格權保護等，均宣示人民的身體自由為重要的基本人權，		

資料來源：作者自行整理製作。參考賴浩敏，「人權的啟蒙者、民主的鞏固者、法治的捍衛者—司法在我國行憲過程中扮演的角色」，中樞慶祝行憲暨總統府月會專題報告（臺北市：總統府，2011 年 12 月 20 日）。

另司法院大法官 2013 年 7 月 5 日針對大陸地區人民之強制出境暨收容案，作成釋字第 710 號解釋，宣告《兩岸人民關係條例》第 18 條第 1 項與同條第 2 項違憲，希望立法院儘速檢討並完成修法。

（二）關於言論自由解釋部分

表 3 言論自由相關解釋

解釋案	內容	備註
第 445 號、第 644 號	國家不能對人民政治言論作預先審查。	
第 567 號	人民思想自由應予保障。	
第 364 號	人民有以廣播及電視表達意見自由，國家應對電波頻率作公平合理分配。	
678 號	強調無線電波使用之自由。	
第 407 號	闡明對妨礙風化出版品之認定。	
第 414 號、第 577 號	對於廣告性言論自由的保障與限制。	
第 617 號、第 623 號	保障少數特殊性言論。	
第 509 號	兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制。	
第 689 號	對於新聞採訪跟追行為劃出界線。	

資料來源：資料來源：作者自行整理製作。參考賴浩敏，「人權的啟蒙者、民主的鞏固者、法治的捍衛者－司法在我國行憲過程中扮演的角色」，中樞慶祝行憲暨總統府月會專題報告（臺北市：總統府，2011年12月20日）。

（三）其他重要基本人權保障

大法官關於基本權的解釋尚有，集會結社自由：釋字第 214、373、445、479 號等，軍事審判：釋字第 272、392、436、477 號等，居住遷徙自由：釋字第 265、345、398、443、454、517、525、542、558、585 號等，講學自由：釋字第 380、450、563 號等，出版自由：釋字第 105、294、407 號等，宗教自由：釋字第 460、490、573 號等解釋。³³

二、第二代人權

第二代人權即一般所謂的「受益權」、「社會權」。在我國《憲法》本

³³ 「司法院大法官」，2015年10月1日下載，《司法院大法官之網站》，<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03.asp>。

文中，帶有「受益權」、「社會權」色彩的，除了一般的訴訟權（16 條）和國民義務教育的受教權（21 條）之外，《憲法》第十三章的「基本國策」的諸多規定，都具有第二代人權的色彩。

表 4 破除特別權力關係，保障訴訟權解釋

解釋案	內容	備註
第 187 號	宣告以特別權力關係限制人民訴訟權的行政法院判例違憲，不再予援用。	
第 187 號、第 201 號	公務人員依法辦理退休請領退休金，非不得提起訴願或行政訴訟	
第 243 號	關於公務員受免職處分，自得行使《憲法》第十六條訴願及訴訟之權。	
第 298 號	關於公務員對改變身分或有重大影響的懲戒處分之爭議，得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服，由該司法機關就原處分是否違法或不當加以審查，以資救濟。	第 201 號、第 243 號、第 298 號各解釋逐步縮小特別權力關係適用的範圍
第 382 號	首度針對學生對於學校侵害受教權處分，作成可提起行政爭訟的解釋。	
第 430 號及第 653 號	就軍人和受羈押被告的訴訟權，宣告應受到保障。	
第 684 號	放寬學生得提起爭訟的範圍，及於大學所為非屬退學或類此之處分。	

資料來源：作者自行整理製作。參考賴浩敏，「人權的啟蒙者、民主的鞏固者、法治的捍衛者——司法在我國行憲過程中扮演的角色」，中樞慶祝行憲暨總統府月會專題報告（臺北市：總統府，2011 年 12 月 20 日）。

我國早期因受特別權力關係理論影響，公務員 / 軍人與國家間、學生與學校間、受羈押被告與看守所間之爭訟受到很大限制。透過上述各大法官解釋，傳統特別權力關係理論逐漸縮小其影響，使人民的訴訟權不再僅因身分或職業關係受到限制。除上述破除特別權力關係對於身分上關於訴

訟權的限制外，大法官相關解釋尚有國民教育部分計有：釋字第 463 號，社會保險部分：釋字第 316 號、389 號、398 號、456 號、466 號、472 號、473 號、524 號、533 號、549 號、550 號、560 號、568 號、578 號等，國民經濟部分：釋字第 180 號、208 號、579 號、580 號等。

三、第三代人權

第一代人權是個人的防禦權，第二代人權則是受益權（社會給付權），第三代人權則是一種集體性的人權，包括「族群權」、「語言權」、「環境權」等，我國《憲法》本文和增修條文中，有一些條文是對弱勢族群的保障，可算是第三代人權中的「少數族群權」。³⁴ 另外，對於一般的「文化權」，增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家應肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」「國家應肯定多元文化，……」，是目前我國實際上對於少數族群的保障，尤其對於原住民和金馬地區人民，因為《憲法》增修條文規定而給予特別保障。另外，第六次修憲時增修的「國家肯定各種族群的多元文化原住民文化加以肯定積極維護發展基本國策多元文化」，政府也積極在推動恢復少數方言的使用，尤其客家電視臺的成立運作就是一例。

小結：

從以上分析大法官歷年來對人權相關解釋，大部分是圍繞在第一代人權上做解釋，並透過《憲法》第 23 條比例原則、法律保留原則等審查對防禦權所做的保障。³⁵ 而第二代人權方面，除訴訟權外，大法官對於基本國策之解釋甚少，目前對基本國策的審查，大部分認為基本國策都只是方針條款，大法官不會介入要求立法院積極落實，但少部分條款則具有強制

³⁴ 如《憲法》第 168 條、《憲法》第 169 條。《憲法》增修條文第 10 條第 12 項。

³⁵ 事實上大法官人權相關解釋仍存在平等權上未給予再審救濟之機會（如釋字 316 號）、參政權以總體目標來否定人民權利，而非權利導向思考（如釋字 290 號）等缺失，見，朱敬一、李念祖，基本人權，頁 83、231。

效力，必須確實遵守。而對於第三代人權保障是否足夠，若對第三代人權保障太多，亦可能會侵害第一代的平等權或防禦權，近來趨勢是大法官面對基本國策與基本人權的衝突時，似乎比較重視基本人權，會以違反人權為由宣告基本國策違憲。³⁶ 而大法官解釋中，尚未看到大法官曾經就第三代人權表示過意見，第三代人權保障方面皆是由政府施政為之。

陸、大陸有關人權保障及定位

一、人權保護規定與實踐

(一) 人權保護規定

大陸《八二憲法》規定了公民的平等權、自由權、參政權和社會經濟文化權利，對婦女、兒童、老人等特殊群體權利保障也有專門規定，同時《刑事訴訟法》對人身保護亦有諸多規範，³⁷ 在司法實務方面，2010年5月30日最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、國家安全部和司法部聯合強調，採用刑訊逼供等非法手段取得的言詞證據，不能作為定案的根據，規範審查和排除非法證據的程序、證明責任及訊問人員出庭等。另依大陸《憲法》和《立法法》等相關法規從形式上來看，全國人大及其常委會除未顯現有限政府的原則外，無論實體規定或程序法律，都已具備「違憲審查」保障人權機制。中共並試圖與國際公認的人權標準接軌，其中包括了1997年10月簽署《經濟、社會、文化權利國際公約》，2001年3月全國人大有保留地批准，以及在1998年10月簽署《公民權利和政治權利國際公約》，大陸政府雖簽署該《公約》，但是由於《公約》與黨國體制有

³⁶ 呂炳寬、楊智傑，「全球化脈絡下的人權保障」，發表於「整合全球化與在地化：21世紀政治學研究的新趨勢學術研討會」（臺中：東海大學政治學系，2005年12月24日）。

³⁷ 《中華人民共和國刑事訴訟法》第12條規定：「未經人民法院依法判決，對任何人都不得確定有罪」。《最高人民法院關於執行〈中華人民共和國刑事訴訟法〉若干問題的解釋》第61條規定：「嚴禁以非法的方法收集證據。凡經查證確實屬於採用刑訊逼供或者威脅、引誘、欺騙等非法的方法取得的證人證言、被害人陳述、被告人供述，不能作為定案的根據。」

諸多衝突之處，³⁸且大陸國務院至今未提出議案，全國人大也無法批准該《公約》，³⁹也使得一切以政治、信仰和言論為基礎的罪名，仍舊得以用來侵犯人權。

(二) 人權實踐狀況

1、公民地位平等問題

大陸《憲法》規定的公民的言論、新聞出版、集會、遊行、結社等自由和選舉等權利，但都只規定在文本層面，實際生活及部分法規，均被認為違反了國際人權。同時，部分民運人士的人身權利與司法保障權利，亦不時傳出遭非法剝奪。

2、人身自由部分

事實上從中共建政以來，全國人大及其常委會從未對法律或法規作過違憲解釋，⁴⁰《憲法》並未在民眾的公共生活中發揮過法律效力。⁴¹而媒體則不斷披露包括超期羈押、刑訊逼供、審判中錯誤執行刑罰，甚至死刑，2000年代中期，大陸官方承認刑訊逼供情況普遍存在。⁴²2006年7月，大陸政府雖然公布禁止酷刑逼供的規定，但一般認為並沒有從法律體系上杜絕。國際人權條約中所規定的無罪推定、沉默權、非法證據排除等原則

³⁸ 如公約規定只有「最嚴重犯罪」才可以判處死刑，其中要排除財產犯罪、經濟犯罪和政治犯罪，但根據大陸1997年刑法，一共規定了68種犯罪可以適用死刑，半數與政治、經濟犯罪有關。另見「我國將批准公民權利和政治權利國際公約」(2005年9月22日)，2016年2月10日下載，《南方周末》，<http://news.sina.com.cn/c/2005-09-22/11337836499.shtml>。

³⁹ 「溫家寶：將儘快批准公民權利和政治權利國際公約」(2008年3月18日)，2016年2月10日下載，《中國網》，http://www.china.com.cn/policy/txt/2008-03/18/content_12953506.htm。

⁴⁰ 大陸全國人大常委會從它成立至今從未行使過違憲審查的權力。見韓峰，「論中國建立憲法審查制度的可行性」(2013年9月4日)，2015年10月1日下載，《呼倫貝爾市中級人民法院網》<http://hlbrzy.chinacourt.org/article/detail/2013/09/id/1062636.shtml>。

⁴¹ 葉匡政，「依法治國的前提是要有違憲審查」(2014年8月4日)，2015年12月10日下載，《阿波羅新聞網》，<http://tw.aboluowang.com/2014/0804/425629.html#sthash.zgypvATi.dpbs>。

⁴² [中國酷刑逼供導致每年至少30宗冤案](2006年11月21日)，2015年10月1日下載，《自由亞洲電臺》，http://www.rfa.org/mandarin/yataibaodao/kuxing-20061121.html/story_main。

在大陸現行《刑事訴訟法》中並未能獲得實踐。⁴³

3、死刑部分

雖然死刑的核准權於 2007 年 1 月 1 日以後收歸最高人民法院復核，⁴⁴ 國際特赦組織（Amnesty International）的「死刑判決與執行」報告指出，中國大陸在 2013 年繼續成為世界上執行死刑最多國家，且總數遠超其他國家之總和。⁴⁵ 國際非政府組織估計，大陸每年判處死刑的人數應在 2000 到 5000 之間。⁴⁶ 且大陸《刑法》規定的死刑種類也是最多的。

4、新聞言論出版權利部分

《新聞法》迄今未立法，由於言論管理並沒有法律依據，民眾對這類侵權行政無法尋求司法保障，而對新聞言論的審查與管制會導致民眾的知情權受損，並曾因而發生危害後果的例子。⁴⁷ 同時，中共對國家機密定義管理的模糊、寬泛，也被認為嚴重妨礙了公民的知情權，並導致政府對公民維權的打壓。美國國會及行政當局中國委員會（CECC）公布的最新年度報告即指明：「中國人權和法治狀況總的來講並未改善，在報告提及的有關領域甚至有所退步」，「中國政府和中共繼續以專制的手段損害人權和法治」。中共並收緊限制公民社會活動，包括打壓互聯網、非政府組織、記者和活動人士，有關措施是系統性和戰略性舉動。⁴⁸ 英國發表《2013

⁴³ 雖然公民權利與政治權利國際公約中規定，「任何受到刑事指控的人有權不被強迫自證其罪」，但《中華人民共和國刑事訴訟法》規定：被告人「應當如實回答有關的問題」；證人「均有作證的義務」。

⁴⁴ 「死刑核准權自 2007 年 1 月 1 日起收歸最高人民法院」（2006 年 10 月 31 日），2016 年 2 月 10 日下載，《新華網》，http://news.xinhuanet.com/legal/2006-10/31/content_5272293.htm。

⁴⁵ 「大赦國際：全球死刑激增 中國仍是執行死刑大國」（2014 年 3 月 27 日），2016 年 2 月 10 日下載，《阿波羅新聞網》，<http://www.epochtimes.com/b5/14/3/28/n4117289.htm>。

⁴⁶ 「非政府組織：中國每年判處死刑人數 2000 至 5000」（2010 年 2 月 25 日），2016 年 2 月 10 日下載，《法國國際廣播電臺》，http://www.1.rfi.fr>articles>article_196760。

⁴⁷ 最嚴重的例子之一是 SARS 事件起始時當局的消息封殺，不允許媒體報導和網絡評論，導致疫情的擴大與人員的傷亡。

⁴⁸ 美國國會及行政當局中國委員會每年都會就中國人權發表報告「美國人權報告稱中國人權狀況惡化」（2014 年 10 月 10 日），2015 年 10 月 1 日下載，《BBC 中文網》，http://www.bbc.co.uk/zhongwen/trad/world/2014/10/141010_china_us_human_rights_cecc。

人權與民主報告》，亦對大陸的政治體制有所指責。⁴⁹

5、遊行示威集會權利部分

在 1980 年代，大陸公民的遊行示威集會權利尚在合法狀態下。1989 年「六四天安門事件」後，全國人大常委會制定《中華人民共和國集會遊行示威法》，依該法規定，舉行集會、遊行、示威，必須提前 5 日向主管機關提出申請並獲得許可。這項基本人權變成申請許可制度，而非備案制度，讓大陸政府有了審查權限。

6、結社組黨權利部分

大陸《憲法》第 35 條規定公民有結社的自由，但自中共政權成立後，卻未再有新的合法政黨產生，若自行組黨則會受到鎮壓。除了中國共產黨以外，還有被統稱為民主黨派的 8 個政黨，而法律規定民主黨派必須擁護中國共產黨的領導，民主黨派可透過政協會議作為參政議政的機構，但並未在《憲法》列入此一機構，是以就公民有結社的自由部分，並不構成民主政治的政黨平等。

7、宗教信仰權利部分

中共傳統的宗教管理模式，是只承認所謂「五大宗教」（佛教、道教、天主教、伊斯蘭教、基督教這五大宗教），⁵⁰ 在官方認可的五大宗教之外存在的宗教信仰和宗教組織，皆為非法存在。大陸政府雖一再表示尊重民眾的宗教信仰自由，依法保護合法宗教活動場所，但浙江省 2014 年年底則以違建為由強拆教堂 130 多座。⁵¹ 大陸民眾人權意識雖然逐漸興起，

⁴⁹ 「英媒：大陸暫緩與英人權對話」（2014 年 4 月 16 日），2015 年 10 月 1 日下載，《旺報》<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=108962>。

⁵⁰ 「大陸民間宗教管理變局」，鳳凰周刊（上海），2014 年第 7 期，總第 500 期，（2014 年 10 月 15 日）。

⁵¹ 其中部分教堂卻非違建，宗教權利組織「對華援助協會（China Aid）」負責人傅希秋對此表示，「政府的野蠻強拆，證明浙江對宗教自由的迫害正在升級。」。見「宗教壓制？浙江逾百教堂遭強拆」（2014 年 7 月 23 日），2015 年 10 月 1 日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=120599>。

而官方對人權問題處理的態度及作法仍有改善空間。⁵²

因而大陸所簽署的《兩公約》作為，就如同安、肯特（Ann Kent）所說的「中國授受聯合國人權體制的行為顯得工具色彩比規範色彩更濃厚」。⁵³

二、人權概念的定位

（一）人權概念的發展

表 5 中共人權概念發展歷程

時間	場合	人權概念進展	備註
1980 年 改革開放 後		開始修正在人權問題 上說法	1981 年 6 月，中共十一屆六中全會通過《關於建國以來黨的若干歷史問題的決議》，把黨的奮鬥目標定為建設「現代化的、高度民主的、高度文明的社會主義強國」。
1989 年 「六四天安 門事件後」		官方正式使用修正定 調後的人權觀	
1991 年	1991 年 白皮書	提出「中國共產黨從 創建那天起就一直 高舉民主和人權的旗 幟」	1992 年 10 月，中共十四大確立建設社會主義市場經濟。同時提出，要堅持兩手抓、兩手都要硬方針，把社會主義精神文明建設提高到新水平。

⁵² 今年大陸河南、三亞、陝西興平、成都、瀋陽農民工因不滿工地積欠工資，河南 4 名農民工，甚至遭公安依「嚴重影響市信訪辦秩序」為由行政拘留。見「濫權關人」（2015 年 6 月 17 日），2015 年 10 月 1 日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=153717>。

⁵³ Ann Kent. 1999. *China, the United Nations, and Human Rights* :The Limits of Compliance. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.p.230. 轉載自安靖如 (Stephen C.Angle)，黃金榮等譯，*人權與中國思想——一種跨文化的探討*（北京市：中國人民大學出版社，2012 年 3 月），頁 10。

時間	場合	人權概念進展	備註
1997年、2002年	十五大、十六大	將「人權」概念寫入中共黨的全代會政治報告中	1996年10月，中共十四屆六中全會通過《中共中央關於加強社會主義精神文明建設若干重要問題的決議》，以馬克思主義為指導，以培養「有理想、有道德、有文化、有紀律」為根本任務。 2002年，中共十六大以後，開始進入了全面建設小康社會的新階段。
2007年	十七大	首次將「尊重和保障人權」寫入黨章	2006年10月，中共十六屆六中全會通過《中共中央關於構建社會主義和諧社會若干重大問題的決定》，提出要構建民主法治、公平正義、誠信友愛、充滿活力、安定有序以及人與自然和諧的社會主義和諧社會。
2012年	十八大	列入「尊重和保障人權作為全面建成小康社會和全面深化改革開放的重要目標」。	2012年11月，中共十八大上提出了社會主義核心價值觀。要加強社會主義核心價值體系建設。「倡導富強、民主、文明、和諧，倡導自由、平等、公正、法治，倡導愛國、敬業、誠信、友善，積極培育社會主義核心價值觀」。

資料來源：作者自行整理

1970年代開始，「人權」概念在美國外交辭令中開始扮演重要角色，起初由蘇聯開始，繼而轉向大陸，中共在承受以美國為主的西方國家人權外交壓力及內部的1989年民主人權運動後，大陸政府發布了首份白皮書，除了批駁西方各種批評，亦堅持對人權概念的不同定位，縱然有如此的分歧，亦使得中共對人權問題探討有了新的開端，⁵⁴ 形成如表5之一連串人權概念上的進展，同時在中共黨及領導人仍不斷宣示，強調社會主義精神及其核心價值觀。

（二）人權概念的自我定位

「中國特色社會主義」人權理論的起源論，仍脫離不了馬克斯主義人權問題的唯物論說法，即權利永遠不能超出社會的經濟結構以及其所制約

⁵⁴ 安靖如 (Stephen C. Angle)，黃金榮等譯，人權與中國思想——一種跨文化的探討，頁4-5。

的社會文化發展，人權內容會隨著經濟關係的變化和發展而相應改變。⁵⁵ 大陸官媒《新華社》即指出：「何為人權？人權的含義和內容比較廣泛……一個人的最根本的人權就是生存權，也就是吃飽飯的權利，穿暖衣的權利，有房住的權利……就是享有基本生存權的權利。」⁵⁶「中國政府的人權觀是符合中國國情的。」因而中共的人權觀，主要是指人的生存權、經濟的發展，人民生活水準的較大改善。⁵⁶ 中共並認為人權概念由於國家的歷史、文化和經濟的不同而不同，因而有權利按照自己的標準來建立人權，著重強調生存權和發展權，同時也強調對集體的義務。⁵⁷ 1993年6月，大陸代表團團長劉華秋在維也納聯合國世界人權大會表示：「人權的概念是歷史發展的產物，同一定的社會政治、經濟條件，同一個國家的特定歷史、文化和觀念密切相關。在不同的歷史發展時期具有不同的人權要求，處於不同發展階段或具有不同歷史傳統和文化背景的國家，對人權的理解和實踐也會有所差別。因此，不能也不應將某些國家的人權標準和模式絕對化，要世界上所有國家遵照執行」，此即清楚表達出各國可以擁有人權觀，以及不應要求各國採納那些與自己不同的人權觀念的定位。⁵⁸ 此外，中共十八大報告中首次提到「美麗中國」，並單篇論述「生態文明」，尤其強調保障人民群眾環境權益的重要性，並強調要將之融入到經濟、政治、文化和社會四大建設各個方面，此係強調了卡雷爾·瓦薩克的第三代人權概念。在大陸向聯合國人權理事會提交「國家人權報告」中，除臚列

⁵⁵ 如原始氏族部落的權利只能是原始生產方式的產物；「特權」和「神權」是奴隸制、封建制生產方式的產物；資產階級人權是資本主義生產方式的產物；社會主義人權只能是現實的社會主義方式的產物。見吳忠希，中國人權思想史略（上海市：學林出版社，2006年6月），頁247-248。

⁵⁶ 「中國當選聯合國人權理事會成員意味著什麼？」（2006年5月11日），2015年10月1日下載，《新華網》，http://news.xinhuanet.com/world/2006-05/11/content_4533427.htm。

⁵⁷ 「中國特色的人權發展道路，中國人權研究會會長 羅豪才」（2008年4月23日），2015年10月1日下載，《人民日報》，http://paper.people.com.cn/rmrb/html/2008-04/23/content_48356266.htm。

⁵⁸ Liu Huaqiu, 1995. Statement by Liu Huaqiu, Head of the Chinese Delegation, In: Tang, James T.H., ed. human rights and international relations in the asia pacific region. London: Pinter. 213-217.

了包括生存權、工作權、社會保障權、住房權等，近年來也對公民權和政治權有所著墨，但在與西方國家對第一代個體人權保障仍存在歧異，李克強 2014 年 6 月訪英公布的《中英聯合聲明》中便強調，願在平等和相互尊重基礎上加強人權對話。⁵⁹

小結：

中共認為西方資本主義所謂個體人權具普遍性，是統治階級少數人擁有的「人權」，將維護國家主權與民族獨立與個體人權結合，認為「解決中國的所有問題，關鍵在發展」，⁶⁰ 所以把國家與民族的生存權、發展權作為最重要的人權，且人權是權利與義務的統一，如同馬克斯所說的：「只有在集體中才可能有個人自由。」⁶¹ 強調人權普遍性的原則必須與各自國情相結合，中國自身歷史發展有其特殊性，不應要求一定要採納那一個國家的人權標準。是以，中共重經濟發展、輕個體人權核心的民主，⁶² 因而自改革開放以來，雖然歷經多次體制革新，讓權力從官方轉給市場機制，但「大國家、強政府、小社會」仍是大陸整個國家運作的基本精神，使不致因政爭導致國家社會失控，此為大陸政府從上到下的最大公約數。⁶³ 所以中共對第一代人權保障內容雖在《憲法》有所規定，但在《憲法》實施上，民眾並未真正擁有《憲法》賦予的各項權利，雖有《行政訴訟法》《刑事訴訟法》等的制定，但人民權利受侵害仍未受完善保障，使得大量

⁵⁹ 「李克強：大陸尊重保護人權」（2014 年 6 月 18 日），2015 年 10 月 1 日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=116486>。

⁶⁰ 江澤民論有中國特色社會主義（專題摘編）（北京市：中央文獻出版社，2002 年），頁 93。

⁶¹ 共產黨宣言，馬克斯恩格斯選集第一卷（北京市：人民出版社，1995 年），頁 294。

⁶² 李克強提出 2014 年政府工作報告據統計，提到次數最多的詞彙是「發展」，共 119 次，其次是「改革」77 次、「經濟」76 次，成為前 3 名「高頻詞」，而「民主」只有 6 次。「李克強報告發展兩字說百次」（2014 年 3 月 5 日），2015 年 10 月 1 日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=104643>。

⁶³ 「政爭社會不失控 美上了一課」（2013 年 10 月 3 日），2015 年 10 月 1 日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=89248>。

的訴訟案件進信訪的管道，⁶⁴ 此對第一代人權實踐不力，與我大法官對人權相關解釋大部分是圍繞在第一代人權上著墨，兩者發展明顯相異。

柒、兩岸人權實踐結果比較

一、人身自由

2012 年 8 月，兩岸第八次「江陳會談」中簽訂《投保協議》，人身安全保障依據各自規定須 24 小時內通知，另依《共同打擊犯罪協議》建立的聯繫機制，當事人一旦失去自由後，要「及時通報」對方。事實上，大陸司法方面時間計算方式，在立案「逮捕」前，公安有 3 天、檢察官有 4 天調查期，如涉重案，更可以外加 30 天，調查完正式「逮捕」，才開始起算 24 小時內通知機制，⁶⁵ 此與我國《憲法》規定失去人身自由必須在 24 小時內通報迥然有異，因而藝人柯震東因吸大麻遭北京公安拘留事件才會拖至 4 天才通知，是以兩岸在人身自由的保護概念及執行上落差甚大。雖然中共十八大時已宣示將「無罪推定」等法治原則列入法律；更早在 1988 年，公檢法亦已聯合下發《通知》，嚴禁「遊街示眾」，但仍會發生「公捕公判大會」之違反人權保障事件。⁶⁶

二、言論自由

大陸的新聞言論出版的管理是由宣傳、文化、公安、教育等多部門組成的不透明的管理體系，沒有公開和明確的程序以及法律上的依據，管理單位可以透過非法定方式等行政手段進行查禁。根據駐大陸外國記者俱樂部

⁶⁴ 「人大將修訂信訪 納法治軌道」(2014 年 3 月 5 日)，2015 年 10 月 1 日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=104534>。

⁶⁵ 「短評—拘留柯震東違反協議嗎」(2014 年 8 月 20 日)，2015 年 12 月 1 日下載，《中時電子報》，<http://www.chinatimes.com/newspapers/20140820001038-260310>。

⁶⁶ 「湖南公判遊街示眾 5000 人圍觀」(2014 年 10 月 23 日)，2015 年 12 月 1 日下載，《香港新浪網》，<http://sites.hk/2014/10/22/38227>。

部的年度調查，「98%的人認為中國的報導環境不符合國際標準，70%的人認為情況比一年前更壞或沒有改變。」⁶⁷ 中共並公布禁止記者從事「未經允許的批評」之違反新聞自由規定，⁶⁸ 而地方執法部分更常未顧及人權法治精神。⁶⁹ 反觀我國自1987年解嚴以來，「第四權理論」已成為《憲法》保障新聞自由的理論基礎，根據無國界記者組織（RSF）所公布2015年新聞自由指數排名，臺灣在180個國家中名列第51，大陸則居第176名。⁷⁰

三、結社自由

大陸《憲法》第35條雖規定公民有結社的自由，對於組建社會團體卻嚴格的限制。目前除了中國共產黨以外，還有被統稱為民主黨派的8個政黨。⁷¹ 民主黨派必須擁護中國共產黨的領導，其有參政議政權但沒有執政權力，所有的民間組織必須向民政部申請並經批准，未批准成立的組織將被視為非法，而民政部門批准成立的標準，通常是不明確的，主要判斷是以不構成對共產黨執政威脅為原則。通常許多組織的取締不是以法律為基礎，甚至全國人大事後緊急立法。⁷² 我國於1987年7月宣布解除戒嚴，1989年1月公布實施《動員戡亂時期人民團體組織法》，開放人民籌組政黨，使結社組黨合法化，到2015年3月止，已有269個政黨。由於大陸是中國共產黨一黨專政，使得部分層級設有壟斷式的選舉機制，政黨輪替

⁶⁷ 「2013年度國別人權報告—中國部分(摘要)」(2014年2月28日)，2015年12月1日下載，《美國之音》，<http://www.voachinese.com/content/human-rights-report-20140227/1861023.html>。

⁶⁸ 林子儀，言論自由與新聞自由（臺北市：元照出版社，2002年11月），頁73。

⁶⁹ 「闖紅燈戴綠帽」(2015年8月6日)，2015年12月1日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=157764>。

⁷⁰ 「無國界記者新聞自由排名 臺灣第51」(2015年2月12日)，2015年12月1日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=142846>。

⁷¹ 八大民主黨派指，中國國民黨革命委員會、中國民主同盟、中國民主建國會、中國民主促進會、中國農工民主黨、中國致公黨、九三學社、臺灣民主自治同盟，大多是在抗日戰爭和國共戰爭中逐步形成和發展起來。

⁷² 比如「中功」等一些氣功組織，「中功」，即「中華養生益智功」，2000年曾遭大陸政府取締。

的情況也因制度問題而難以出現。臺灣政治在「解除戒嚴」、「開放黨禁」後進入一個轉型時期，2000 年的第二次總統直選由民進黨陳水扁當選，實現首次和平的政黨輪替，8 年後，國民黨總統候選人馬英九當選總統，實現第二次和平的政黨輪替，2016 年總統大選，又由民進黨的蔡英文當選，實現第三次和平的政黨輪替，因而臺灣政權轉移與政治體制與大陸體制迥異，是朝向西方民主憲政路徑及多元化方向發展。

四、整體人權與基本自由

美國國務院在 2015 年 6 月公布了《2014 年全球人權報告書》，其中對臺灣部分，稱讚民主選舉公正自由透明，對保障勞工權益方面有所進展，同時舉「太陽花學運」為例，說明臺灣人民擁有集會結社的自由，人權報告中並批判大陸惡劣的人權狀況，認為大陸的反腐有濫權的情況，同時打壓少數民族，新聞自由，異議人士，並指出香港 2015 年的占中運動突顯了人權問題。報告中同時指出，大陸官方的一些突襲、逮捕和法律懲罰行動，表面上是為了打擊「三股勢力」（宗教極端勢力、民族分裂勢力和暴力恐怖主義），但往往是以反恐為名義，特別針對那些通過和平方式表達政治和宗教觀點的團體和個人。美國國務卿克里並指出，美國繼續支持普世人權和基本自由，而這些權利其實有助於中國大陸的穩定與繁榮。美國認為人權、宗教、言論、集會以及結社等等自由是普世價值，無關國界，在提倡普世價值的同時，並不是在干涉他國內政。克里也就非政府組織所面臨的障礙表示關切。⁷³ 從上明顯可見，臺灣與大陸的整體人權保障上已有相當大的差異。

小結：

兩岸因認同導至的「統獨問題」日益分歧問題，有大陸學者謂，兩岸

⁷³ 「海峽論談：美國人權報告稱讚臺灣，批評中國侵害人權」（2015 年 6 月 28 日），2016 年 2 月 10 日下載，《美國之音》，<http://www.voachinese.com/media/video/strait-talk-rights-20150628/2840552.html>。

應該繼續推動人員往來，在共同參與兩岸公共生活中會使兩岸民眾有更多真誠的溝通，在互動中所形成的「瞭解、理解、和解、合作、共贏」，由此累積社會資本，有助於兩岸的學者和民眾體會兩岸的共同之處，理解兩岸的差異及形成的歷史原因。⁷⁴大陸國臺辦前發言人范麗青則在2015年5月針對習近平所提的「聚同化異」內涵亦表示，兩岸存在的分歧，不應影響兩岸的交流合作，雙方應多溝通、多交流。⁷⁵但由近年來民意走向來看，臺灣民眾對中國人的認同減少，即兩岸的「國家認同」減少，顯現兩岸間僅單純強調血緣、歷史文化甚至共同利益上的認同，並無法成為兩岸「國家認同」的決定性因素，反而驗證人權議題所呈現的價值觀及生活型態差異，若無法從人權及其衍生出的價值及制度面差異根本問題上解決，反因為互動頻繁、相互瞭解更深，反形成認同上的越加疏離。

捌、綜合研析

「國家認同」事實上包括歷史因素、國際因素、政治體制、基本經濟制度及意識形態價值等多個影響層面，相對於激進主義的「國家認同」觀，及血緣、歷史文化之民族主義「國家認同」觀，⁷⁶我司法院大法官會議解釋走向明顯偏向往自由主義憲政體制之基本人權道路。⁷⁷而對照大陸不同的人權觀點及實踐結果，影響了兩岸間不同的法治思維、社會組織及政治制度，亦即相異的人權觀透過上述思維及體制的機轉，進一步造成兩岸認同分歧的直接因素。以下就兩岸間人權實踐分野影響相互認同的變項要素如下。

⁷⁴「孔小惠：臺灣民眾的國家認同問題並未緩解」（2014年10月14日），2015年12月1日下載，《中國臺灣網》，http://www.taiwan.cn/plzhx/zhjzhl/zhjtw/201410/t20141014_7641566.htm。

⁷⁵「談聚同化異 陸：分歧勿影響合作」（2015年5月14日），2015年12月1日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=150898>。

⁷⁶江宜樺，自由主義、民族主義與國家認同，頁138。

⁷⁷江宜樺，自由主義、民族主義與國家認同，頁104-106。

一、民主法治意涵的分歧

西方現代法治政治思想在哲學及法理上，主要源於十八世紀初葉的人權思想，以及康德的理性哲學為基礎的法治國家理念，匯合了人類尊嚴與事物理性的思想，這種以法律為主體在 1791 年美國《憲法》找到了具體的實現。⁷⁸ 大法官會議對第一代人權諸多釋憲，亦主要是傾向此種西方自由民主憲政法治概念，認為法律是透過理性，從自然法推出的道德準則，是以法律為統治主體，並形成「法治國的法律觀」，大法官會議的該些釋憲內容深刻影響了涉及民眾權益法令的存廢，鬆綁了個人自由權利的空間，並限縮了政府的權限，踐履了程序正義及依法行政內涵，直接、間接形塑出個人主義、自由主義的氛圍，並對民眾人權、民主、法治觀念有著深刻的影響。

大陸雖已為《聯合國禁止酷刑》等公約的締約國，並在《憲法》中納入「國家尊重和保障人權」的條文，⁷⁹ 但是以馬克斯「集體人權觀」為主要依循，並參以傳統「民本」觀念，強調使人民有健康幸福的生活是最需優先保障的人權。而另從大陸官方、官媒以往的主張，均認為西方國家所強調傳播的第一代人權觀點是文化帝國主義作為，為「反資產階級自由化」，並在日前發出《九號文件》下達「七不講」的禁令。⁸⁰ 為迎合國際潮流，雖批准《經濟、社會、文化權利國際公約》，但對《公民及政治權利國際公約》卻未予批准，亦即表明其對第一代人權內涵是有疑慮的。中共對「法」的定性，仍與中國傳統法家視「法」為主權者的命令，及是實力的附屬品相同；而社會主義法治改革是用以強化專政職能，政治體制改革則是用以強化民主職能的，⁸¹ 在此觀點下，「權力優先於正義」，正義是

⁷⁸ 蘇俊雄，法治政治（臺北市：正中書局股份有限公司，1991年3月），頁25-26。

⁷⁹ 大陸《憲法》第35條；第37條；第41條。

⁸⁰ 「中共9號文件 警示7反動」（2013年8月20日），2015年12月1日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=84645>。

⁸¹ 專政是對敵人講，民主則是解決人民內部的矛盾。見石之瑜，中共法制理論解析—關於「中國特色」之論爭（臺北市：三民書局，1993年1月1日），頁13。

隨實力的變動而變動，社會秩序仍是依賴倫理化的道德禮儀作為內在約束來實現。比較對照兩岸間不同的人權觀，衍生出的是中共將法律當成一種消極的防範工具，我則將法律視為積極創造社會理性的手段，⁸² 而兩岸間違憲審查權及定期直接選舉的實踐與否，亦形成對民主意涵不同的詮釋。⁸³

二、國家—社會結構的迥異

臺灣解嚴後曾發起不少由下而上的社會運動，公民透過公民社會對社會決策的民主參與，加上大法官對集會結社自由解釋的推波助瀾，⁸⁴ 使社會組織的發展及活動空間更形擴大，社會團體監督政府和國會的活動，正當的社會抗議活動、遊行示威都可以得到法律的保障。⁸⁵ 西方的公民社會(civic society)的兩個條件一相對獨立於政治核心以外的各種社會組織，及直接、間接影響政治核心的的能力及制度化的管道皆在現今臺灣社會皆已符合。⁸⁶ 最近公民運動更和網路合為一體，促成了新型態的政治人物興起，⁸⁷ 越來越多的公民團體透過網路動員群眾監督政府政策，因而有預估「公民運動在政治中發揮力量將是臺灣的大勢所趨」。⁸⁸

中共建政後，經過大規模的社會改造成為「只有國家沒有社會」的

⁸² 石之瑜，中共法制理論解析—關於「中國特色」之論爭，頁4。

⁸³ 我國是傾向西方保障個體人權、有限政府的西方民主型態，中共則基於集體人權而採民主集中制。

⁸⁴ 如大法官373號解釋：工會法侵害人民在憲法上保障之結社權。大法官479號解釋：內政部訂定之「社會團體許可立案作業規定」第四點，人民團體應冠以所屬行政區功能變數名稱稱之規定，侵害人民依憲法應享之結社自由。

⁸⁵ 從反對黨的政治運動到各種社會運動都因而蓬勃興起，如2006年8月的紅衫軍事件、2008年年底海協會會長陳雲林訪臺前所發起「反黑心願臺灣大遊行」，針對大埔圍地強拆及兩岸服貿易協議公民團體的抗議，公民1985行動聯盟發起的「萬人白T凱道送仲丘」活動，及2014年3月的太陽花學運社會運動事件等。

⁸⁶ 杜維明，文化中國的認知與關懷（新北市：稻香出版社，1999年4月），頁43-44。

⁸⁷ 2014年臺北市長選舉柯文哲的當選。

⁸⁸ 「臺灣公民運動風暴 將刮到港澳？」（2014年12月2日），2015年12月1日下載，《天下雜誌》，<http://www.cw.com.tw/article/article.action?id=5062746>。

全能主義結構，⁸⁹ 1978 年改革開放後，經濟發展造成了社會貧富不均的擴大，包括環境、人權問題等不斷出現，關注政治問題的社會組織開始出現，包括網路上的批評、社會群眾的示威、信訪等各種抗爭式的社會運動亦不斷發展；中共對經濟領域是趨向於放鬆，公共領域則是採嚴厲控制措施，尤其對社會組織的控制，是以「雙重管理」為特徵的管理體制，⁹⁰ 並對組織社團分門別類管理。⁹¹ 近來大陸雖使用「治理」一詞，代表當局強調的不再是政府單方面由上而下的統治、管理，而是重視在國家後退、社會成長的情況下，希望在法制的框架下，促進社會各利益群體彼此相互協調、合作，強化政府的透明度、參與度，激發社會的活力，但因其人權觀的主體仍是偏重集體主義，無論是政治及經濟社會發展內涵，仍是無法脫離「黨的領導」。⁹² 但臺灣對社會組織的登記和日常管理都較為寬鬆且已制度化，民眾對政治的參與明顯大於政府的管制，而大陸在社會組織的登記和管理上非常嚴格並限制其社會的活動和組織發展，政府的管制大於民眾對政治的參與，體制上仍維持傳統的「國家在上、社會在下」的國家強制模式，雙方對「社會資本」不同的積累，⁹³ 使我方與對岸間形成不同的社會基礎層面。

三、政治體制建構上的背離

我國政治體制方面在大法官因應權責機關聲請釋憲下所做出相關解釋，對我國原本五權分治的憲政體制發展有所影響，並逐步朝向西方三權

⁸⁹ 蕭功秦，「發展公民社會之中國路徑」，天涯雜誌（海南），第 2 期（2012 年）。

⁹⁰ 即「登記管理機關」和「業務主管單位」雙重審核、雙重負責、雙重監管。參考賈西津、王名，「兩岸 NGO 發展與現狀比較」，第三部門研究學刊（臺北），第 3 期（2004 年）。

⁹¹ 其中有政府認可的組織，例如婦聯、青聯、工會及各種協會等，有被同意組織的社會組織，活動受到嚴格的監管，並僅限於在本地活動，政治類組織（包括民間智庫在內）及維權類組織和宗教類組織則不被認可。

⁹² 「中國特色司法改革的企圖與邊界」（2014 年 1 月 15 日），2015 年 12 月 1 日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=99637>。

⁹³ 依羅伯特·D. 派特南（Robert D. Putnam）的定義，它是指社會成員之間的信任、規範和網路。見羅伯特·D. 派特南，使民主運轉起來：現代義大利公民傳統（江西：江西人民出版社，2001 年 9 月）。

分立、相互制衡的憲政體制。

表 6 大法官對憲政體制解釋

大法官解釋	內容	備註
第 419 號	關於副總統兼行政院長爭議，釐清我國中央政府組織架構，總統、副總統及行政院院長三種職務的定位，以及各憲政機關間權限分際與制衡的重大問題。	關於總統、行政院與立法院之間的關係
第 461 號	關於參謀總長備詢爭議之解釋，明確宣示參謀總長為國防部部長之幕僚長，除有正當理由外，不得拒絕應邀到立法院各委員會備詢。	關於立法院與行政院之間的關係
第 461 號、第 520 號	關於停建核四爭議之解釋，核四廠預算停止執行，係國家重要政策的變更，行政院未向立法院報告，必須儘速補行相關法定程式解決政治上的僵局。	行政院與立法院間關係

資料來源：作者自行製作，參考《司法院大法官之網站》中關於大法官解釋所整理，<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03.asp>。

大法官上述解釋均是從對於個人權益保障導引至政府體制上權力分立，限制政府權力方面，行政必須受到代表民意的監督，形成傳統自由主義政治體制模式，及走向傳統資本主義人權法治觀，⁹⁴ 並逐步形成有限政府（小政府）及公民社會政治體制。中共則對第一代人權心存戒懼，認為是代表資產階級自由化的人權觀，西方對社會主義內部的自由主義力量和民主個人主義必然會大力支持。⁹⁵ 而依《人民日報》近日撰文強調，「中國依憲執政不同於西方資本主義憲政」，強調中西方的民主制度存在本質的區別。⁹⁶ 中共十八屆四中全會中的「依憲執政」堅持中國共產黨的領導，是「中國特色社會主義」本質的特徵，「中國」政權的機構的根本

⁹⁴ 在社會發展的不同階段裡，法律秩序與政治秩序、經濟秩序之間存在一種選擇性親近關係。見林端，韋伯論中國傳統法律—韋伯比較社會學的批判（臺北市：三民書局，2004年5月），頁9。

⁹⁵ 張蔚萍等，兩種戰略—和平演變與和平防變（重慶市：重慶出版社，1991年），頁18-47。

⁹⁶ 「人民日報：我國依憲執政不同於西方資本主義憲政」（2014年11月13日），2015年12月1日下載，《人民網》，<http://opinion.people.com.cn/n/2014/1113/c1003-26013565.html>。

特點，在於中共對整個政治體制的控制，是國家集權主義傳統，及形成一元化高度集中統一的領導體制。⁹⁷ 其次，人民代表大會制度是按照民主集中制原則，由選民直接或間接選舉代表組成人民代表大會做為國家權力機關，其權力行使方式依具體歷史條件不同與一般認知的西方憲政理念不同，存在著涇渭分明的區別。⁹⁸ 從大陸全國人大民主集中制及議行合一的特性，其政治體制是傳統團體主義運作模式及偏向政治權力集中、集體利益、協商式民主的政府型態，與我基於個體人權逐步趨向於西方自由憲政的權力制衡體制差異甚大，形成兩岸政府體制運作及功能截然不同。

玖、結語

從我國大法官會議對人權保障解釋，尤其從羅爾斯的自由平等主義觀點來看，尚有欠缺充分論理、未重視政府行為之「目的」合憲性審查、或對比例原則的具體內涵及如何運用缺乏說明等缺失，⁹⁹ 而從 Karel Vasak 的「三代人權」理論概念指標來看，該些人權解釋內容趨勢，基本上已確立了權力分立的精神，並落實了西方傳統法治精神，填補、強化了我國傳統社會原本欠缺的人格、自由權之第一代人權保護內涵，確立了「有限政府」的人權觀點，此種趨勢已將我政治社會導引往歐美自由民主意識形態的政治文化。

中共近年來則堅稱要「走出一條適合國情的人權發展道路」，所著重的是整體之生存權、經濟發展及人民生活水準改善之 Karel Vasak 的第二代人權觀，主要是在滿足「民享」，其論述基礎的正當性，則是建立在中國

⁹⁷ 蘇紹智，中國大陸政治體制改革研究（臺北市：中國文化大學出版部，2001年12月），頁2-3、10、37。

⁹⁸ 「四中後首例 陸官員持憲法宣誓 深圳大學副校長：有利於彰顯法律權威」（2014年11月20日），2015年12月1日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=133707>。

⁹⁹ 林子儀序，朱敬一、李念祖著，基本人權，頁23、24。

國傳統文化脈絡，¹⁰⁰且近來所宣示注重生態文明之第三代人權，更體現了偏重社會權及「集體人權」的人權觀。¹⁰¹但對西方國家極力評擊的第一代人權保護上，則僅強調「人權問題沒有最好，只有更好」，¹⁰²對西方之自由主義概念始終未予認同。¹⁰³

臺灣與大陸的「國家認同」問題，從1895年，特別是1949年以來的兩岸關係獨特的發展變化，使兩岸近百年來由於歷史的斷裂而使兩岸人民經歷不同的歷史經驗，從而塑造了不同的歷史意識。¹⁰⁴

臺灣在大法官會議對人權保障解釋及影響下，民主化日益成熟，兩岸各自對人權內涵取向及發展方向相異，各自建構了相異的政治體制、社會組織體系，及不同的民主法治觀點。¹⁰⁵臺灣在民主化過程，人民當家作主，及人民主權觀的成型，仍被多數民眾認為是比較好的制度，而大陸的主流意識卻認為社會主義雖有缺點，但相較資本主義的弊端，仍是最有利可行的制度，國家認同觀展現出的是主體性及民主價值，就臺灣民眾而言，此所以是與對岸認同越益偏離形成鴻溝的主要因素。

因而在人權法治實質內涵尚未取得共識前，不同的價值觀及制度，使兩岸和解制度化面臨重重困難，縱使有「九二共識」、「兩岸一家親」的概念架構在進行交流，要向前推進兩岸的統合工作，仍是遙不可及。

二十一世紀的特徵就是「多元現代性」，對不同歷史與文化背景的國

¹⁰⁰ 朱雲漢，高思在雲：一個知識份子對二十一世紀的思考（臺北市：遠見天下文化出版股份有限公司，2015年1月），頁194-195。

¹⁰¹ 「批自由主義 陸官媒炮火四射 聲稱中國動盪比蘇聯更慘 批判強度、措辭引關注」（2013年8月2日），2015年12月1日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=82648>。

¹⁰² 「陸人權報告 宣稱保障言論自由」（2014年5月26日），2015年12月1日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=113794>。

¹⁰³ 「陸媒：抵制西方輸出民主人權」（2012年5月25日），2015年12月1日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=24772>。

¹⁰⁴ 黃俊傑，臺灣意識與臺灣文化（臺北：臺大出版中心，2006年），頁294、295。

¹⁰⁵ 王郁琦南京大學演講巧談民主（2014年2月12日），2015年12月1日下載，《美國之音》，<http://www.voachinese.com/content/wangyuqi-20140212/1849862.html>。

家，可能會以不同的發展路徑，¹⁰⁶ 因而在多元秩序的格局裡，任何制度與價值都必須在不同的社會土壤，不同的歷史條件下經過實踐檢驗。¹⁰⁷ 人權雖被理解是源於西方的價值，無論是個體或集體人權的偏重，民主特性中之民眾權利保障及政治參與屬性皆為兩岸所共同體認，當前臺灣朝野對於兩岸對話的前提與內容明確的共識即是民主與人權，¹⁰⁸ 而大陸國臺辦曾針對馬總統 520 就職演說表達：「我們願在兩岸政治對話的進程中就雙方關心的問題，包括人權、法治等問題平等地交換意見，以增進彼此了解」，¹⁰⁹ 此種呼應使兩岸的政治對話似乎有了交集。

從近年來大陸民間媒體及公共知識分子有更多強化民主、法治、人權的聲音外，中共在推動深化改革的表述、¹¹⁰ 對保留行政審批事項清單接受社會監督、¹¹¹ 將現有行政審批事項削減、¹¹² 舉辦官員「民主生活會」，及要求注意立法過程中的民意等等作為，¹¹³ 均是逐步在「威權」與「放權」間試圖尋找有效「控權」的空間與做法，並逐步對民眾參與內涵及權利的

¹⁰⁶ 朱雲漢，高思在雲：一個知識份子對二十一世紀的思考，頁 211。

¹⁰⁷ 朱雲漢，高思在雲：一個知識份子對二十一世紀的思考，頁 247。

¹⁰⁸ 蔡下戰帖 邀馬兩黨協商修公投法」(2011 年 10 月 22 日)，2016 年 2 月 10 日下載，《自由時報》，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/533432>。「總統針對『兩岸和平協議』議題提出『十大保證』」(100 年 10 月 24 日)，2016 年 2 月 10 日下載，《中華民國總統府網站》，<http://www.president.gov.tw/Default.aspx?tabid=131&itemid=25675>。

¹⁰⁹ 國臺辦：願就人權、法治等問題與臺方對話」(2012 年 5 月 16 日)，2016 年 2 月 10 日下載，《中評社》，<http://www.chinareviewnews.com/doc/1021/1/0/1/102110107.html?coluid=7&kindid=0&docid=102110107>。

¹¹⁰ 李克強喊話 簡政放權加大力度」(2015 年 5 月 14 日)，2015 年 10 月 1 日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=150906>。

¹¹¹ 統計大陸國務院 75 個部門，已有 47 個部門公布目前保留的行政審批事項，僅保留 1031 項行政審批事項。「透明化 陸 47 部門『簡政放權』」(2014 年 2 月 22 日)，2015 年 12 月 1 日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=103396>。

¹¹² 新一輪經改 李克強堅持放手 重申簡政放權 呼應三中全會『讓市場發揮決定性作用』」(2014 年 2 月 25 日)，2015 年 10 月 1 日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=103647>。

¹¹³ 貫徹依法治國精神 要求立法過程重視民意」(2014 年 3 月 2 日)，2015 年 10 月 1 日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=104204>。

重視，¹¹⁴ 其中更重要的當然是應進一步對政治體制的改革作為憲政改革的基礎。

而依孫中山先生的思想，我《憲法》制定的方向原應是一個社會福利國家《憲法》，目前我國大法官會議對人權解釋方向似已偏離了原本《憲法》的精神，因而在臺灣民主人權發展成熟後，大法官會議亟需逐步強化政府職能的解釋，對社會安全制度之「實質平等」之第二代人權做有利解釋，並應逐步向第三代人權觀念解釋之準備。

未來，大陸應對臺灣人權、民主制度的發展有更深切的瞭解，臺灣的內部則應更進一步建立共識，兩岸間尋求都能授受的民主共識，立基於對彼此現有《憲法》秩序的尊重，本於雙方共通的歷史、文化、血緣等有利條件，面對差異，以自然方式，耐心及時間化解彼此猜忌，並以創新的觀念及作法，由下而上的方式溝通歧見，應是對未來兩岸朝向和平發展機遇努力的方向。

¹¹⁴2016年1月1日，大陸《居住證暫行條例》將正式施行，龐大流動人口及黑戶可依規定申請居住證，讓居住證持有人可享受政府提供的基本公共服務和便利，進一步落實人權應有的權利。見「大陸跨大步 保障人民權益」(104年12月13日)，2015年12月30日下載，《旺報》，<http://www.want-daily.com/portal.php?mod=view&aid=167252>。

超強南海推擠，有誤解，未爭霸

Clashes, Misperceptions and Hegemonic Powers in the South China Sea

石之瑜 (Shih, Chih-Yu)

國立臺灣大學政治學系教授

壹、前言

華府與北京在南海博弈，隨著美軍不斷出入，解放軍除了尾隨之外，實際不能如之何。同一時間，華府更強化在菲律賓的海軍基地建設，並如火如荼籌謀進一步組織東京、新德里、坎培拉等地盟友，共同巡航南海，似乎大居上風。包括港、臺在內的周圍觀察家，尤其是部分民進黨策士，在北京儼然遭到壓制的氣氛中，若決定選擇倒向華府，毫不為過。

然而，華府在南海的戰略圖謀究竟是怎麼勾勒的？北京真的是啞巴吃黃連嗎？檢視雙方的發言與相互批評後，值得省思的是，華府及北京在解讀彼此的戰略意圖時，出現了嚴重落差。不論這個落差是角度不同所造成，或刻意誤導，固然都已在雙方各自陣營的內部累積了火氣，卻還到不了因此就誤判對方戰術手段，或甚擦槍走火的地步。反倒是想要利用超強博弈的周邊行為者，才是真正的火藥庫所在。

簡單說，華府關心的是海上航行自由，中國大陸領海主權的主張日益具體而強硬，等於縮小公海的範圍，就必然增加對航行自由的潛在影響，

也擠壓美國的影響範圍，因此在心理產生威脅航行自由的效果。北京關心的是維護領海主權，因此在所占據的領海島礁上構築防禦工事，而美軍出沒在島礁附近，必然影響其他聲索國對中國大陸島礁的覬覦與妄動，因此間接但有力的在事實上挑戰中國大陸的主權主張。

華府對中國大陸的領海主張沒有採取立場，但希望中國大陸停建島礁，以能削弱對美國海上霸主的潛在挑戰，這是戰略考量，不是主權考量。相形之下，北京對航行自由沒有染指之意圖，但對於美軍鼓舞了河內、馬尼拉以及其他聲索方，頗有微詞，認為居心叵測。這是主權考量，不是戰略考量。然而，在北京眼裡，華府是利用各國來挑戰中國大陸主權；而在華府眼裡，中國大陸的主要動機就是控制更大片的海洋。他們彼此誤解，或就算知道對方意圖不是針對自己，也仍不能掉以輕心，而不做最壞打算。

貳、華府從航行自由解讀北京

華府歷次針對南海問題發言，集中在對航行自由的問題上，幾乎篤定成為下屆民主黨總統候選人的柯林頓·希拉蕊，渠在任職歐巴馬的國務卿時，就與當時中國大陸外交部長楊潔篪面對面激烈辯論，她指控南海爭議影響公海航行自由，楊潔篪提出七點回應，強調絕無公海航行受影響之實例。不過，終歐巴馬 8 年任期，從來沒有放棄著墨在這一點上。至今，華府派遣軍艦與轟炸機穿越中國大陸主張的領海領空時，仍然是以維護公海航行作為理由。

美國是全球性的海權國家。任何其他國家在海上實力的增強，對於美國就是挑戰。華府的戰略參考依據中，沒有關於主權領海的立即關切，因此對於主權領海在中國大陸及其他聲索國的情感中有多大的敏感，未必能夠直覺的體會，也就對於他們在領海問題上造成彼此多大的威脅，很難將心比心。其結果，華府自然而然採取了相對抽象的邏輯分析，來評判北京填海造島頻繁之舉，對於美國獨占全球海洋勢力範圍的挑戰有多重要。

事實上，在美國的國際戰略學界，大有提及「中國」即憤憤不平者。3 月份在亞特蘭大召開的世界最大規模的國際研究學會研討會上，幾位知名的戰略家齊聚一堂，談到中國大陸才是真正不斷擴張與投射海權的國家，美國只是採取防守的一方，甚至有學者乾脆主張，美國現在唯二的戰略挑戰，就是中國大陸與北韓，而本質上可以視為同一個。在大戰略家的眼中，伊斯蘭國或恐怖主義對於美國的勢力範圍沒有擠壓作用，但北京與平壤卻有。

這基本上是一個古典地緣政治的思維模式，北京與平壤威脅到的，是華府的戰略信用與戰略影響力，因此事關美國在全球的領導地位。所以，無論北京如何重申自己沒有干預公海航行的政策，也沒有任何這樣的證據，卻不能取信於華府，因為華府是以客觀力量的消長當指標，不是以北京的意圖或動機當指標，因此歐巴馬與北京 8 年溝通，都是雞同鴨講。而愈是無法溝通，愈是形同挑戰美國。是可忍孰不可忍，等於是迫使華府必須捲起袖子回應，與其說是給北京看拳頭，不如說是給全世界看。

參、北京從維護領海解讀華府

北京在南海問題上的發言，強調的就是維護領海主權，近年主要的對象集中在日本、越南與菲律賓。而北京考量的問題，類似於華府考量的問題，這對華府而言是戰略信用，到了北京則是國格或面子問題。最重要的，是北京沒有打算要處理或解決領海主權劃分的問題，只要能達到我說我的，你說你的，實際上解決不了的困擾，就擱置不解決也無妨。北京可以接受的是，雙方都不要用領海主權問題在雙邊關係中說事，讓雙邊關係所建立的其他軌道主導，而把領海問題留到將來。

北京在釣魚臺的領土主權上，就是採取這樣毫不明確的立場，只主張東京回到早年鄧小平及田中角榮為了推動關係正常化所達成的默契，亦即承認存在爭議。準此，北京在當前對東京的立場，恰恰是回到這個默契

上。對北京而言，事情發生變化，是因為東京突然進行國有化，使爭議狀態在日本的法律中消失。北京其後各種大小艦艇巡邏釣魚臺外海，進進出出 12 海里，最後升高到東海防空識別區的宣布，這些在華府看起來是爭霸的作為，對北京而言，不過是維護國家立場不得不然的措施，否則不是遭到天下恥笑？

北京不但對實際上沒有占領的釣魚臺如此，北京對看似較為對己有利的南海主權之爭，亦復如此。北京雖在南海島礁建築工事，實為起步最晚的一方。至於領海的談判，也不是總是堅持己見，比如在東京灣／北部灣的劃界問題上，基本按照河內的願望歸給越南。在各方簽訂的《南海各方行為準則宣言》中，與釣魚臺雷同的，是都主張擱置爭議，共同開發。問題是，各方都認為，對方總想要我方把所占的島礁擱置爭議，共同開發，而把對方已經占的島礁壟斷由他們自行開發。

無論如何，北京只有占領島礁與建立防衛工事，而沒有對海上航行的任何干預政策。在海上進行臨檢、驅離、逮捕較積極的，主要是東京、馬尼拉以及近兩年的雅加達新政府。隨著時間，北京的軍事工事後來居上，對華府而言，這是阻斷海上航行自由能力提升的證據，但在北京來看，則是支援對抗聲索國來犯時所用。由於這些設施不是針對美國，結果華府卻將之描述為破壞公海航行自由，則北京當然判斷華府別有用心。

肆、超強沒有一勞永逸的打算

假如其他聲索方，尤其是馬尼拉、東京與臺北，將兩強的推擠姿態，當成華府會在領海主權升高到軍事衝突的程度時，站在北京的對立面來支援自己，便更可能考慮在軍事上冒進的話，就失去華府維持海上航行自由的初衷，反而造成海上航行自由受到阻礙。因此，對華府而言，沒有任何敦促解決領海爭議的願望，只有確保華府在全球海上戰略威信的願望。北京停止任何建立有利於自身取得南海主宰性的軍事工程，因而確保沒有任

何新興海權足以干預海上航行自由，才是華府的動機。

對北京而言，也沒有打算推動任何領海主權的解決方案，這不僅是在釣魚臺上最多僅僅是要求東京，只要承認有爭議，北京就會默許東京正在占有的事實，全面恢復「中」日關係，北京也一樣在南海採取這個立場。假如北京貿然強行解決，就算華府不干預，解決一個島以後的短暫慶祝，很快就會被接踵而來的抗爭、全世界的批判所困擾，這些困擾固然不能影響北京在南海的鞏固，但其他方面的成本不但算不清楚，甚至曠日持久。

北京不打算與華府在南海爭霸，但也不能因為華府不斷巡邏，就停止防禦工事，以免其他國家錯判而採取激進，所以即使工事尚稱充分，仍不能停止。這就是解放軍說的，少派軍艦來，紅旗飛彈就會少些。他們彼此不信任，因為他們用自己關切的事看對方，就不能體會對方關切的事。但他們在一步步推進自己的利益時，都小心翼翼，不要碰到對方的身體，只在自己關切的事情上加強實力。對方固然愈來愈強，愈來愈討厭，但都沒有針對自己的利害。

簡言之，超強雙方並不是捲在所謂「修斯底德陷阱」中打轉，因為中國大陸維護領海主權的思維，沒有挑戰美國的霸權，而美國維護海上航行自由的霸權秩序，也沒有壓制中國大陸對領海主權的主張與維護。但是，華府以為北京在挑戰公海秩序，北京則認為華府鼓勵各國挑戰中國大陸主權主張。華府賣力把新德里與坎培拉拽進來，就是表達自己不是在針對主權劃分問題。這不但是壓制中國大陸而已，也是提醒其他聲索國不要過度解讀華府的戰略意圖。

急著找到解決方案的是心理居於弱勢的一方，因為弱者擔心強者為所欲為，不按規則，所以急著確認。華府要的是北京的戰略保證，北京必須想出辦法，就像北京要求臺北要想出辦法確認「一中原則」那樣，然而北京不願意做城下之盟，否則影響其他聲索國的判斷。只要解放軍沒有干預別國船隻海上航行，美軍也沒有捲入南海主權爭議，雙方就沒有動機劍拔弩張。希望他們劍拔弩張的第三方，必須自己想辦法。

伍、結語

華府與北京在南海博弈，實為博而不弈，因為雙方關切的問題迥異——華府關心航行自由，北京關心領海主權。可是，由於各自偏執於自我中心的視角，使得華府將「中國」海權的增長，視為破壞美國既有霸權以改變現狀的挑戰，甚至挑釁；而北京則將華府對公海航行自由的維護，視為鼓舞周邊國家向「中國」聲索島礁以及破壞「中國」領海主權的權力均衡手段。但是，既然北京沒有要改變美國在全球的海洋霸權，而華府也沒有在南海的領土野心，因此北京不會對巡航的美國艦艇開火，華府也不會登陸占領島礁。他們之間如果真的發生擦槍走火，一定是忤逆了他們自己的意志。

肯亞事件後續效應： 改變「己方人民不遣返」的現狀？

The Aftermath of the Kenya Incident: A Change to the
“Non-Extradition of Nationals” Principle?

戴世瑛 (Tai, Shih-Yin)*

臺中律師公會大陸法令研究委員會前主任委員

壹、前言

臺籍詐欺案嫌犯在肯亞遭強押赴大陸，全國輿論譁然，國際關切矚目。我方堅持主權立場，引據簽署生效之《海峽兩岸司法互助與共同打擊犯罪協議》（以下簡稱《協議》），並援用雙方由第三地各自接返己方居民之先例，要求對岸表現善意，遣返處理，結果如何，尚待觀察。

從法理嚴格來講，兩岸間各自管轄在第三地查獲的己方居民犯罪，與互不遣返在對方域內犯罪的己方人民，即所謂「己方人民不遣返」，概念上固不盡相同。但兩者，同樣反映落實了「法域獨立，各自管轄」的事物本質，從而舉輕明重，在對岸借著肯亞事件，已打破變更了對於在第三地緝獲己方居民犯罪，雙方「各自偵辦，各自接返」的共識或默契後，隨之是否將進一步挑戰兩岸之間，長久以來維持的「己方人民不遣返」的原則？倘由業已揭露的若干資料來看，似不無警訊，值得吾人重視。

* 作者為執業律師，國立政治大學法學碩士，北京中國人民大學法學博士。

貳、「己方人民不遣返」是不是原則？

眾所周知，兩岸間遣返具有實質引渡的效果，雙方的「己方人民不遣返」概念，乃參照仿自國際「國民不引渡」(Non-extradition of Nationals)原則而來。按考證，「國民不引渡」原則最早可溯及歐洲中世紀領主保護附庸領民的封建制度。當外國請求引渡本國公民時，本國應予拒絕，其理由不外乎：堅持屬人管轄、保護本國公民、不信任外國司法制度、維護國家尊嚴等。為傳統大陸法系國家所採行，類似規定，如我國《引渡法》第4條第1項：「請求引渡之人犯，為中華民國國民時，應拒絕引渡」。或如大陸《中華人民共和國引渡法》第8條第1款：「外國向中華人民共和國提出的引渡請求，有下列情形之一的，應當拒絕引渡：(一)根據中華人民共和國法律，被請求引渡人具有中華人民共和國國籍的」。

然根據研究，隨著人權普遍受獲重視與刑事訴訟制度的改進，時至今日，不引渡本國公民的依據，逐漸轉弱，充其量僅只剩下保護國家主權及滿足國民情感而已。況且，倘執意貫徹此原則，將造成縱容國民域外犯罪的重大弊害。意即本國公民在國外犯罪，一旦逃回國內，即可藉國民身分資格以為護身符，不受犯罪地追訴懲罰，形同鼓勵投機不法。¹ 尤其面對全球化時代，例如跨境走私、詐欺、偽鈔、非法入境、組織犯罪、綁架勒索、販運毒品，甚至國際恐怖主義等犯罪，所呈現跨國性、多元化、智能型等發展趨向。濫用該原則，概予拒絕引渡本國公民，易引發升級外交紛爭，破壞了共同打擊犯罪的國際刑事司法合作關係，為世界和平與安全埋下隱憂。

因此，針對「國民不引渡」的弊端漏洞，部分國家透過修法，從絕對拒絕引渡本國公民，轉向改為相對彈性准許。例如2000年修正前，德國《基本法》第16條第2項規定：「德國人民不得引渡於外國」，修正後增加但書為「但在符合法治國原則的情況下，得以法律就引渡至歐盟或國際

¹ 周成瑜，海上犯罪與國際刑法（臺北：五南，2007年9月），頁161-162。

法院為其他規定」。或者補充明定，於拒絕外國引渡請求時，應即移送司法追訴審理（『或引渡或起訴』原則），如 1990 年通過《聯合國引渡示範條約》（UN Model Treaty on Extradition）第 4 條：「遇下述任一情況，可拒絕引渡：（一）被要求引渡者為被請求國國民，如被請求國據此拒絕引渡，則應在對方提出請求的情況下將此案交由其本國主管當局審理，以便就作為請求引渡原因的罪行對該人採取適當行動。」更有甚者，透過對外簽署雙邊或多邊條約，於締約國間，一方面取消「國民不引渡」的作法，一方面要求請求引渡國附加「先引渡，後移管」的承諾，即以返國執行作為准予引渡條件（『審罰分離』原則）。如此一來，既實現共同打擊跨境犯罪目的，又可有效保護本國公民人身基本權利，便利其教育改造，更可節省審判國執行刑罰支出，與緩和己方人民對於讓渡或限縮國家主權的反彈。例如 1998 年通過《國際刑事法院羅馬規約》，強調各國人民唇齒相依、休戚與共，針對國際社會關注的最嚴重犯罪，國際刑事法院（International Criminal Court）有權向未進行調查追訴處罰的締約國提出引渡請求，後者不得以國籍對抗其管轄。又如 2002 年通過《歐盟逮捕令及解送程序架構協定》（the Council Framework Decision on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States），除不再將國籍作為拒絕執行事由，其第 5 條第 3 項還約定，逮捕令得訂定條件，待聽審進行後，將被告人送回本國執行其所被判處之徒刑或拘禁。

值得一提的是，就連《引渡法》剛性規定，不得引渡本國公民的大陸，近來亦追隨國際趨勢，為深化與他國間刑事司法合作關係，在其對外所簽訂引渡條約，如 1994 年《中泰引渡條約》、1999 年《中柬引渡條約》，2001 年《中秘引渡條約》中，都並未將本國公民列入「應當拒絕引渡的情形」，而是同意由被請求方根據具體狀況裁量決定。對此，支持者認為，大陸上述變通，係因世界上確仍存在注重屬地管轄，法律並不禁止引渡本國公民的國家。與之締結引渡條約，或開展刑事司法合作時，應根

據實際情況，採取較靈活的態度。當存在下列情形之一時，可以酌情不拒絕引渡：一、雙方就引渡本國公民達成或正達成具體協議；二、雙方交往密切，政治與司法合作關係良好，相互引渡本國公民有助保護犯罪地社會秩序，打擊威懾境外犯罪，維護睦鄰友好與相互信任；三、被請求引渡的本國公民，長期居住請求引渡國，熟悉適應其環境條件與法律制度，於該地接受審判服刑，能實現維護其正當權益，有利出獄後重返社會；四、被請求引渡人在請求引渡國參與訴訟與接受審判，有利案件調查取證，查清事實。被請求引渡人也明白表示，願意在外參與訴訟與接受審判；五、請求國明確承諾，或存在以被判刑人移管，送回所屬國執行刑罰作為引渡條件的刑事司法合作關係。²

上述現況與變革，在在彰顯，不論是在國際或對岸，不引渡本國公民，並非一顛撲不破的真理，所謂「國民不引渡」的原則，正在逐漸鬆動中。何況，因法權事實難及國外，故多數國家《刑法》的立法，原採折衷主義，明定本國公民在外國領域犯罪，需符合一定要件，始有《刑法》的適用，我國《刑法》第7條：「本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」即是一例。³

由此亦見，討論相關議題時，國內若干名嘴與媒體評論者所主張的「自己國民自己審」，其實不盡符合現行法規、國際主流思潮與法制發展趨勢。也與我國之前向英國請求，引渡在臺肇事歸逃英商林克穎的立場，自相矛盾。

同理推論，脫胎仿自國際「國民不引渡」的兩岸「己方人民不遣返」原則，未來有無可能生變，導致我方治權受到壓縮，值得嚴肅對待。

² 黃風，*國際刑事司法合作的規則與實踐*（北京：北京大學出版社，2008年7月），頁45-47。

³ 黃源盛，*晚清民國史料輯注（上）*（臺北：元照出版社，2010年7月），頁41、368-369。

參、對岸如何看待「己方人民不遣返」

審視兩岸間，一項與本討論攸關的前提事實是，2009 年雙方簽訂之《協議》，按照我權責單位解釋，係參考國際刑事司法互助慣例，已納入「己方人民不遣返」原則，故在《協議》第 6 條第 3 項明定：「受請求方認為有重大關切利益等特殊情形者，得視情決定遣返」。⁴ 據此，法務部更制頒《海峽兩岸緝捕遣返刑事犯或刑事嫌疑犯作業要點》第 6 條規定：「法務部接獲大陸地區主管部門以請求書請求協助緝捕、遣返刑事犯、刑事嫌疑犯時，應審酌是否符合下列事項，以為准駁：（一）受緝捕、遣返人為非臺灣地區人民」。事實上，《協議》生效後，雙方對於本地居民，在對方境內犯罪後，歸逃己方境內的刑事被告或犯罪嫌疑人，實務也不曾為人員遣返或案件移交。或正因此，對於在第三地，包括 2011 年菲律賓，與後來在東南亞其他國家被捕的己方人民，雙方曾建立過「各自偵辦，各自接返」的合作模式。但難予否認地，對於所謂《協議》已納入「己方人民不遣返」原則的說法，大陸方面似未曾背書同意，或給予明確承諾。實則，若從《協議》第 6 條第 3 項約定本身文義來看，亦有欠明瞭。

其次，如前所述，大陸學界就「己方人民不遣返」前身的「國民不引渡」原則，原不主張堅持。對於兩岸不遣返己方人民，除少數仍予肯定，認為此舉可以照顧到目前兩岸實際狀態，同時有利於行為人被判刑後的服刑改造，易為雙方接受外，⁵ 絕大多數均傾向持否定看法。後者觀點，係秉持「一中」原則，認為兩岸間不論那一法域內的居民，都是中國公民，相互配合移送，合法合情，故國與國之間所適用的「國民不引渡」，不該適用在雙方的刑事司法互助中。不遣返己方人民，不僅違反了相互尊重和屬地管轄原則，而且不利於案件調查審理，實現審判公正及打擊跨境犯

⁴ 行政院大陸委員會，第三次江陳會談成果打擊犯罪與司法篇（臺北：行政院大陸委員會，2009 年 4 月 30 日），頁 7。

⁵ 趙秉志，「海峽兩岸間刑事案件移交和已決犯移管問題研究」，在趙秉志主編，中國區際刑法問題專論（北京：中國人民公安大學出版社，2005 年 3 月），頁 326。

罪。其適用，與區際司法協助目的背道而馳，可說是「後患無窮」。⁶

此外，國內媒體報導，大陸公安部曾要求逮捕引渡涉嫌在該地區殺人後返臺的和信醫院黃姓醫師。⁷ 其官方人士亦表達過，試圖片面改變作法，針對未來如有大陸籍人士被害，將要求我方同意將臺籍嫌犯送至大陸受審。⁸

基上，足見大陸方面，就改採屬地管轄與保護原則，變更兩岸歷來「己方人民不遣返」的刑事司法互助模式，或已覓得切入點，預為謀劃。

肆、利弊分析與建議

現仍維持運作的「己方人民不遣返」原則，日後是否將面臨測試或突破，尚難斷言。惟為防微杜漸，免遭類似肯亞事件的不測衝擊，以致戕害互信，矮化國格計，對該原則的利弊得失，實有必要詳加評估。

參酌「國民不引渡」原則的實踐經驗，可以想見，堅持「己方人民不遣返」，較能保護我方居民，免遭對岸可能不公平或不合理的追訴、審判或處罰，捍衛我國主權及尊嚴，並與實務一向認為大陸地區屬我國領域，在大陸地區犯罪，為《刑法》第3、4條所規定「在中華民國領域內犯罪」，按《兩岸人民關係條例》第75條：「在大陸地區或在大陸船艦、航空器內犯罪，雖在大陸地區曾受處罰，仍得依法處斷」，我方具有司法審判權及管轄權的立場相契合。⁹

反之，堅持不遣返己方人民，可能造成放縱犯罪，招致對岸受害人與

⁶ 馬克昌，「我國區際刑事司法協助的內容芻議」，在何超明、趙秉志編，區際刑事司法協助研究（澳門：澳門特別行政區檢察院、澳門檢察律政學會，2002年9月），頁239-240；張淑平，海峽兩岸刑事司法互助研究（北京：九州出版社，2011年12月），頁60；時延安，「《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》之學理研究」，在馬新嵐編，2009海峽兩岸司法實務熱點研究（上）（北京：人民法院出版社，2010年6月），頁151-152。

⁷ 張文川、林相美、黃敦硯，「醫生殺中國二奶 回臺1年後被逮」，自由時報，2011年1月27日，第AA1版。

⁸ 羅添斌、項程鎮，「打馬一槍 中國挑戰我司法管轄權」，自由時報，2014年12月14日，第A1版。

⁹ 最高法院71年度臺上字第8219號判例、同院90年度臺上字第4247號刑事判決。

社會反彈。同時，追訴審理成本增加，與證據蒐集困難，亦可能造成訴訟延宕。倘若有偵辦鬆懈，案經不起訴、宣告無罪，或判刑過輕等情事，易使對岸或外國產生不信任感，或將妨礙我方與大陸，包括與國際之間，關於合作防堵犯罪與刑事司法互助的開展。甚至刺激對方，轉而對我方居民，採取諸如綁架、誘捕等非正規手段，破壞交流關係。特別應留意的是，仍然逃匿於大陸的我方通緝要犯，如其本地戶籍被廢止，另取得對岸戶籍，於我欲向大陸請求遣返時，是否反使其以「己方人民不遣返」為由包庇拒絕，從而影響打擊犯罪成效，¹⁰亦值商榷。

職是之故，應否遣送己方人民，問題複雜敏感，得失利弊互見。事涉政策取捨，筆者不敢置喙。然愚意以為，既簽署《協議》作為彼此刑事司法互助的依據，鑑於該《協議》，目前僅有框架性及原則性規定，且當初為儘量促成合作，擱置爭議，相關約定不免概括模糊。是當務之急，應為把握此番交涉處理肯亞事件的機會，重啟兩岸談判協商，補充細化原有約定，或續簽相關協議，確立處理準則，以避免在司法管轄與人員遣返等層面，無預警地再生事端。日前，即將新任的法務部長表示，要有更細緻的《補充協議》，以建立兩岸打擊犯罪的 S.O.P.（標準作業程序），¹¹確屬正辦。

爰此，就法論法，謹就相關談判折衝內容，另提供些許淺見：

一、關於《協議》法律定位：大陸對於兩岸《協議》的法律性質，態度曖昧模糊。其學者即有認為，兩岸看待《協議》之法律效力位階不一致，甚至存在衝突。該法律效力認識上的差異，容易導致對待《協議》的態度，隨著雙方政治關係變化而改變，進而影響《協議》的實施，¹²風險不宜輕忽。

¹⁰ 陳文琪，「兩岸刑事司法互助有關人員遣返的法制架構」，月旦法學雜誌（臺北），第 209 期（2012 年 10 月），頁 215。

¹¹ 林河名，「準法務部長邱太三：兩岸打擊犯罪 應該建立 SOP」，聯合報，2016 年 4 月 20 日，第 A5 版

¹² 宣炳昭、何偉龍，「海峽兩岸刑事司法合作現狀研究—《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》之解讀」，在海峽兩岸關係法學研究會編，海峽兩岸法學研究—兩岸關係和平發展的法制保障（第二輯）（北京：九州出版社，2014 年 1 月），頁 186-187。

二、關於《協議》條款涵攝：對於不納入合作遣返的對象，包括所謂「己方人民」，及其他如「政治犯」、「軍事犯」、「宗教犯」，其定義與標準為何？對於上述人士的不為遣返，雙方是否已為合意，或達成共識，均有必要再商確認。特別在兩岸間政治爭議尚存，對相關言論主張，彼此法制容許程度有異時，釐清相關條款，以釋群疑，尤屬重要。

三、關於管轄衝突解決：依既有法制，兩岸法權高度重疊，刑事司法管轄權發生競合時，衡諸雙方理論或實務，不外有「地域優先原則」（由犯罪發生地，包括行為地與結果地管轄）、「屬人原則」（由犯罪人居住地管轄）、「保護原則」（由法益受害程度較大地管轄）、「先理為優原則」（由最先受理案件地管轄）、「實際控制原則」（由人犯實際控制地管轄），或機動協商管轄權歸屬分配等建議解決方式。縱然各有其理，雙方也應協商擇定，建立通案、常態穩定，與具可預測性的合作準則。惟無論採何原則，都難保不會發生，對同一案件管轄界限不明、由一方管轄影響他方公共秩序，或難期公平等問題，從而有另為指定或移轉管轄的可能與必要。此際，是否如在野黨所建議，探求引進公正第三方，如美國支持我方參與的國際刑警組織（International Criminal Police Organization）介入協調，¹³亦值研究。

四、關於遣返配套機制：前述國際間，關於「國民不引渡」原則的轉變突破，結果固有利於打擊跨境犯罪。但歸結來說，仍是奠基於維護保障人民基本權利，¹⁴在國家間信賴彼此司法制度公正，與容許他國適用與己歧異法律（『相互承認』原則）的大前提下，加上例如為域外被逮捕引渡

¹³ 親民黨新聞稿，「莫因統獨掛帥讓『R.O.C.』變成『Republic of cheat』」（2016年4月16日），2016年4月22日瀏覽，《親民黨親民新聞館》，http://www.pfp.org.tw/TW/News/ugC_News_Detail.asp?hidNewsCatID=4&hidNewsID=1564。

¹⁴ 例如，德國聯邦眾議院為轉化歐盟逮捕令框架決議，於2004年制定《歐盟逮捕令法》，及修正《刑事案件國際司法互助法》，然其聯邦憲法法院卻以該法，不合比例地侵害到前揭德國《基本法》第16條第2項所規定，德國國民免於引渡他國受追訴的自由權利，宣告法律違憲無效。參照 Helmut Satzger 著，王士帆譯，國際刑法與歐洲刑法（臺北：元照出版社，2014年4月），頁234-235；林麗瑩，「提升跨國犯罪追訴效能的刑事訴訟統合運動」，檢察新論（臺北），第6期（2009年7月），頁62；鄭文中，「關於歐盟於刑事犯罪上之警政與刑事司法合作初探」，臺灣國際法季刊（臺北），第5卷第4期（2008年12月），頁170-180。

人輔佐辯護、審查裁定引渡的司法救濟程序、合作引渡範圍與打擊罪種明確、證據流通與判決承認、開放親屬探視與派駐單位訪視、以移交被判刑人返國執行為引渡條件等制度完備，始有以致之。倘欠缺上述基礎，兩岸間的不遣返己方人民，現階段是否已適於仿倣國際，朝類似方向調整，正如同效率與公平，何者優先，雙方主事者仍需深思熟慮。

伍、結語

倘單純由近日對岸，准予我方訪視犯嫌，同意共同偵辦以觀，肯亞事件可能因禍得福，意外地開啟了兩岸新的刑事司法合作關係。但觀察雙方互動，現仍令人擔憂的事態是，此爭議突發，恰逢我新舊政府交接過渡期，謗議沸騰，以致朝野齊聲要求陸方「盡速放人」。對岸官方又藉機操作「一個中國」政策，激化拉高了彼此政治對立。如再考量，被大陸專家解讀為「不具善意」的民進黨版《兩岸協議監督條例》，未來通過恐影響今後雙方談判意願。原本應透過對等協商，根本解決的人員遣返與管轄衝突問題，最終能不能務實地將法律與政治分離，促成事件順利落幕，滿足各方期待，委實難料。

一葉知秋，相較於從第三地遣送本國公民，倘對岸請求由我自行遣返己方人民，其所帶來衝擊，將有過之而無不及。面對大陸日前的跨境強勢作為，除冷靜理性應對既有爭議外，筆者亦呼籲當局，戒慎關注肯亞事件，是否會延伸發展，成為未來對岸測試我方底線，嘗試改變兩岸間遣返現狀的破口。如何在維護法域獨立、保障各自居民權利，與促進深化兩岸交流等法益間，求得兼顧平衡，將考驗我新政府的專業與智慧。