

第72屆司法節 學術研討會 會議實錄

第七十二屆司法節學術研討會會議實錄



中華民國一〇六年一月十一日



司法院



法務部



中華民國律師公會
全國聯合會

主辦單位：司法院、法務部、中華民國律師公會全國聯合會
活動時間：106年1月11日（星期三）
活動地點：國家圖書館國際會議廳

第 72 屆 司法節學術研討會會議實錄

目錄

壹、開幕式致詞

許院長宗力致詞全文	-----	1
邱部長太三致詞全文	-----	5
蔡理事長鴻杰致詞全文	-----	9

貳、議程表、備忘錄

議程表	-----	15
會議備忘錄(第一場)	-----	16
會議備忘錄(第二場)	-----	17
會議備忘錄(第三場)	-----	18

參、會議論文及紀錄

◎第一場：重建司法公信-以『保全羈押制度』為中心

一、主持人、報告人、與談人簡歷	-----	19
二、會議論文(楊教授雲驊)	-----	21
三、會議紀錄	-----	55

◎第二場：政府資訊提供申請權之審查與救濟

一、主持人、報告人、與談人簡歷	----- 67
二、會議論文(范姜教授真嫻)	-----69
三、與談資料(帥法官嘉寶)	----- 93
四、會議紀錄	----- 111

◎第三場：言論自由與進行中的司法案件

一、主持人、報告人簡歷	----- 137
二、會議論文(王副教授正嘉)	-----139
三、會議紀錄	----- 183
肆、會議剪影	-----203

壹、開幕式致詞

許院長宗力致詞全文

第 72 屆司法節學術研討會開幕式 司法院許院長宗力致詞



蔡副院長、法務部邱部長、陳政務次長、律師公會全國聯合會蔡理事長、陳副理事長、最高法院鄭院長、最高行政法院藍院長，研討會報告人、與談人，各位司法界、法學界、律師界先進以及媒體朋友們，各位同仁，各位女士、先生，大家好！

今天是第 72 屆司法節，是我國司法主權獨立及取得完整國際地位的重要紀念日，更是全體司法人的節日。我們在此共同感念司法界先進們無私奉獻

第 72 屆司法節學術研討會

的典範，並在前輩們所奠立的良好基礎下，策勵所有司法人，面對時代的挑戰，一同為司法開創新局。

為了慶祝這個特別的日子，今年首開先例，擴大由司法院、法務部及律師公會全國聯合會共同舉辦 3 場學術研討會，分別從保全羈押制度、政府資訊提供申請權的審查與救濟、言論自由與進行中的司法案件等面向，探討如何從制度面與執行面發揮司法效能、保障人權進而提升司法公信力。在此，特別要向今天這 3 場研討會的報告人及與談人貢獻智慧、分享研究成果表達誠摯的感謝，同時也期盼藉由法學的交流與辯證，促進審、檢、辯之間的交流、合作與信任，為新一波的司法改革，共同努力。

司法制度演進的歷史，刻劃著人類在民主、人權與法治發展的軌跡，我國司法經過數十年來的努力，法治觀念隨著現代化與民主化的腳步不斷進步，司法也因此傳承、改變、淬鍊而逐漸茁壯。然而，司法的革新並不因此而停歇，仍須隨著時代的推移而作調整，才能滿足民眾對司法的需求，契合社會對司法的期待。因此，司法院從人民的觀點提出務實而有感的司法改革方案，深切期待全民都能因司法改革而受益。我們除了堅持審判獨立、人權保障及正當法律程序等核心價值，也將合理減輕法官工作負荷，讓法官能集中心力於案件爭點的判斷，並因應社會的多元，積極推動專業的審判。在審判過程中，將強化法官整理爭點、訴訟指揮及闡明的能力，以發揮言詞辯論的功能。針對確定裁判所表示的法律見解違背憲法意旨者，建構裁判憲法訴願制度，以落實憲法保障人權的意旨。

爲踐行司法改革，司法院預計在司法改革國是會議上提出以下八大議題：1.人民參與審判；2.裁判憲法訴願；3.金字塔之訴訟與組織；4.終審法院裁判公布不同意見書；5.法官進用、監督、退休制度；6.中央政府總員額法應排除司法機關；7.律師強制代理、辯護之擴張；8.律師執業倫理之強化與監督。以上議題包括人權保障、司法透明、訴訟制度及法官人事改革、律師功能的強化。希望聽取更多的民意，廣納各界建言，爲司法改革凝聚共識，獲取民眾對司法的信賴。對於不必提到司法改革國是會議討論，司法院立即可推動的議題，司法院成立司法改革推動小組，全力推動，務必使改革力道節節貫串，一氣呵成。

當然我們也知道，任何改革措施不可能盡如人意，但本於司法人的良知及使命，我們必須竭盡心力，務求無愧於心，只要是對人民有利的，對人權保障有必要的，司法就有責任再求進步，並在司法先進們的足跡上，接力建構司法美好的願景。在全體司法人共同慶祝司法節的重要日子，衷心期盼所有司法同仁齊心努力，爲司法的永續發展，共創新機。

最後，感謝所有關心司法的朋友們，參與今天的研討會。預祝研討會圓滿成功！祝福各位嘉賓，身體健康、萬事如意，新年快樂！

第 72 屆司法節學術研討會

邱部長太三致詞全文

第 72 屆司法節學術研討會開幕式 法務部邱部長太三致詞



許院長、蔡副院長、陳政務次長、中華民國律師公會全國聯合會蔡理事長、各機關單位首長、各位律師同道、法律學者及與會的女士、先生們，大家好！

今天是法律界的大事，一年一度司法節重要的日子，法務部舉辦學術研討會，藉由學術界與實務界的交流、討論，希望能促進整體法治之進步。今年更難得的是有中華民國律師公會全國聯合會加入共同舉辦，也邀請到德

第 72 屆司法節學術研討會

國、韓國、馬來西亞及香港的律師同道來分享各國經驗，透過審、檢、辯、學及國內、國外之交流，一定會讓今年的學術研討會更加充實、精進。

誠如各位所知，總統府已啟動司法改革國是會議的機制，法務部也成立「法務政策諮詢小組」著手各項司法改革工程，並提出一些建議改革方向，包括提升檢察官辦案品質、如何讓人民更加信賴及參與司法、如何健全反貪腐機制，更重要的是實現司法正義，也就是建立追人防脫逃的機制，讓司法偵審最後能夠落實，這是一個很重要議題。

近來我們看到很多被告逃匿之情事引發社會關注，這其中有些是重大貪污犯，有些是經濟犯罪的被告，以致從司法警察調查、檢察官偵查到法院審判，最後功虧一簣、前功盡棄，這對於司法公信之打擊實不容忽視。根據法務部做的統計，在每年有 50 萬件終結之案件中，約有 3.6% 的比例即 1 萬 8,000 人至 2 萬人係因通緝而終結；在法院判決確定案件中，每年約有 13.8% 即 2 萬 5,000 人，是由地檢署執行科通緝而將執行案件終結，這樣以通緝方式結案即使案件還沒結束，仍需透過司法警察去執行逮捕的動作，但這樣的結果不符人民對公平正義之期待，除了嚴重打擊司法威信，這些通緝犯也衍生出許多社會不安因子，特別是對被害人或證人之騷擾，甚至為逃亡而四處勒索、敲詐，致司法有為德不卒之憾，無法有效地讓這些判刑確定的人入監服刑。

所以法務部在今年研討會提出了「重建司法公信-以『保全羈押制度』為中心」之主題，探討現行刑事訴訟制度如何加強，保障訴訟程序順利進行，讓判決結果可以有效執行，正義能貫徹伸張，這是重塑司法公信重要的一環。

我們也參考美國、德國、日本等先進國家之規範，希望透過探討，讓我們未來在羈押防逃機制上能予有效之修正與補充。但是大家也知道，刑事訴訟制度的修正是牽一髮動全身，必須整體配套設計，當然外國法制也值得我們做實務上運作的參考，所以今日也邀請了國外學者專家提供該國經驗分享，將其優點納入未來修法參考。

另外，除了本部的上述議題外，司法院提出「政府資訊提供申請權之審查與救濟」之議題，攸關人民「知的權利」，律師公會全國聯合會提出了「言論自由與進行中的司法案件」之議題，更與憲法保障人民基本權有關，都是當前極重要的課題。相信藉由不同面向的專業對話，促進我國法學的進步與發展必可期待。最後，預祝研討會圓滿、順利、成功，各位身體健康、萬事如意，謝謝大家。

第 72 屆司法節學術研討會

蔡理事長鴻杰致詞全文

蔡理事長鴻杰致詞

第 72 屆司法節學術研討會開幕式

中華民國律師公會全國聯合會

蔡理事長鴻杰致詞



司法院許院長、蔡副院長，法務部邱部長、陳政務次長、蔡政務次長，
及各位司法先進，從德國、大韓民國、馬來西亞、香港各國遠道而來的佳賓，
各位女士、先生早安：

1943 年 1 月 11 日我國與美國英國等國家經由平等新約的簽訂，廢除了在

第 72 屆司法節學術研討會

我國境內的片面治外法權，我國司法權行使受到的外來限制與阻礙，終於獲得解除！這一天也因而訂為我國的司法節。

外部的干預的解除，開始為獨立的司法運作，提供了肥沃的土壤，但是司法獨立的種子要繼續成長茁壯，仍必須仰賴其他的要素。

司法院許院長在 105 年 11 月就任演說中有一段話，「辨別是非、評斷曲直、定紛止爭、保障人權、實現人間正義，是人民對司法最重要、最基本的要求」，已經把司法權存在的目的與核心價值明確的點出，而司法審判工作無疑是達成這個目的、確保這個價值的關鍵事項。

我國律師法明定律師依法負有保障人權、實現社會正義及促進民主法治的使命，而司法院大法官會議在民國 84 年作成釋字第 378 號解釋，更明確闡明，律師執行業務與法院審判實務相輔相成，關係密切，與其他專門職業人員不同。

足見律師為審判活動的核心之一，與法官、檢察官同為廣義的司法機關，與法官、檢察官共同完成審判活動，確保司法的核心價值，完成司法的目的。因此，律師的養成、繼續教育、言論自由維護、道德與紀律的維持、律師專業組織，都與維繫司法獨立的要求密不可分。1990 年聯合國預防犯罪與犯罪待遇大會中提出的「關於律師作用的基本原則」，也確立了相同的律師基本核心價值與任務。

謝謝司法院、謝謝法務部，74 年前的今天，是司法權第一次完整行使於

全國的日子，殊值慶賀，今天則是 72 年來律師團體第一次和司法院、法務部共同舉辦慶祝司法節活動的日子，對於律師界來講，意義同樣重大。

在香港、馬來西亞等英美法系國家的法律年度開啓典禮上，終審法院首席法官、律政司司長、大律師公會主席及律師會會長，審檢辯三方對於同一議題，各自提出演說，分進合擊，共同促進司法進步，由來已久。

謝謝本會前理事長李家慶律師的大力倡議，以及吳光陸理事長鏗而不捨地堅持，讓我們持續從台下的觀眾席往前邁進，很多改革都是要靠著這樣的眼光和毅力才能完成的。

律師的司法地位既然被確認了，那麼參與改革和被改革都是不可推卸的責任，在此向總統府呼籲，請在司法改革的道路上給律師團體一席之地，讓我們克盡職責。

律師的責任和司法有直接關係的場合是在法院和檢察署、調查局、警察局等司法機關；有間接關係的則是在各行政機關、企業和人民之間。

資深律師前輩形容訴訟是一個職業拳擊擂台，未經訓練的素人突然跳入繩圈之內，其結果必然是鼻青臉腫，吃盡苦頭。因此我們一再主張在法律扶助已普遍實行之基礎上推動律師強制代理、強制辯護制度，在形式上更加健全訴訟當事人權利保障。此外，我們建議，律師在司法案件進行過程，應該具備一定程度的調查權，實質體現訴訟上憲法保障的平等權，否則只能聊備一格的辯駁，像是綁著一隻手在擂台上和檢方進行拳擊比賽，徒然延宕真實

的發現和證據的保全。

律師除了增強當事人的訴訟武器，同時也協助了當事人瞭解司法程序和書類，這對律師而言是反掌折枝之事，對於當事人而言，卻是事倍功半或者遙不可及之事，對法院而言，則減省了闡明、解釋訴訟程序，證據能力、請求權基礎、因果關係等法律名詞等的勞力、時間。沒有律師協助與說明，當事人雖然勝訴，其中有些人是歸功於祖上保佑，當然也有人說是法官英明，但是也不知其所以然，這和天上掉下來的禮物沒什麼兩樣；敗訴的當事人則是怪罪法院糊塗、法庭用語艱澀、聽不懂法庭用語、法院不接受聲請調查證據、不聽陳述、打斷發言種種不滿，司法負評紛至沓來。

司法信賴度加分不易，扣分不難，這樣的結構，想要累積出好的成績，應該是緣木求魚。但是，只要提供兩造足夠的武器配備，在法院進行公平的攻防程序，法院不須要常常移動超然中立的位置，以不忍人之心，去救援弱勢的一方，法官的公平地位才不會屢遭質疑，被認為偏頗一方而不值得信賴，屆時訴訟的勝負責任，自然會歸於為兩造進行訴訟的律師、檢察官，而不再是負責裁判的法院，司法信賴度才有機會提高。

除了程序中立公正，判決書的撰寫應該力求簡明易懂，我們認為受過國民義務教育的國中畢業生就應該能看懂，起碼高中畢業生的程度也應該看得懂，但是現狀是國內大學生甚至大學畢業生都看不懂；判決書更不應該長篇累牘，動輒 50 頁、100 頁，拷貝一大堆網路文獻增加篇幅，考驗人民的恆心、毅力，人民通不過考驗，看不懂判決，不會怪罪自己，只會怪罪法院，徒

然擴大人民和法院之間的距離。

事實上雖然有某些民意調查顯示，人民不信賴司法的比例非常高，但是這不等於律師不信賴司法，更不等於司法得了不可救藥的重症，除非人民及律師都不信賴司法，司法才是真正的病了，如果律師還信任司法，則問題就是人民認知和事實之間的差距問題。因此律師對於司法的信賴度是值得探討、調查的。但是，司法院不宜自行對律師進行司法信賴度調查，應委託律師信賴的民間團體進行調查，以昭公信。

律師責任和司法間接關係的部分，簡單地說就是律師非訟功能的擴張，這在英美法治先進國家已經行之有年，效果卓著。這幾年國家考試政策每年錄取將近八百到一千名律師，政府既然要培養這麼多律師，就有義務制定政策，讓律師的功能和社會的法律秩序融合在一起，讓人民容易透過律師的協助親近法律，正確使用法律保障權利。政府應該設法把瞭解和遵守法律的精神植入企業，例如公開發行公司應設置企業律師，法令遵循人員應具備律師資格、建立民間重大交易透過律師代理、見證機制，例如與上訴第三審一樣，交易金額逾新台幣 150 萬元以上案件，洗錢防制法規定的五種特別交易類型，都要透過律師協助處理，以疏浚的方式減少社會紛爭產生的源頭，才能直接減少訟源，減輕法官、檢察官工作負擔，也不會因此增加民怨，否則金字塔式訴訟制度，只能做為理想而難以落實。

我們的周遭正出現前所未有的變動。數位化的浪潮，以驚人的速度改變我們的生活型態，而且似乎看不到盡頭。這股浪潮也同時震動原有律師的執

業方式與生態。除了已經成為熱點的法律大數據運用，例如判決內容分析、律師及法官個人資訊等公開，還有行動雲端服務與法律業務推廣間的結合，例如類似 Uber 的法律服務媒介 APP，這些都撼動既有的律師倫理基礎，如何平衡數位化帶來的便利與律師倫理紀律的維繫，是我們必須共同嚴肅面對的挑戰。

律師繼續教育，對於司法進步，當事人權利保護，至關重大，但是，律師在職進修資源各地不同，有些課程師資有限、有些地方路程遙遠，遴聘師資辦理在職進修課程不易；有些律師或因家庭因素或其他因素，時間安排困難，經常錯過適當的進修課程，我們很高興看到台北律師公會開創先河，建置在職進修線上影音平台，藉由科技的發展，為律師繼續教育開啓新的契機。

2017 年將是充滿挑戰的一年，不僅律師界應積極面對，更應該與包含法官、檢察官在內的整個司法機構為司法進步而一起共同努力。

最後，再次感謝司法院與法務部，讓我們國家的司法史在今天展開了新的一頁，也預祝今日大會成功圓滿，各位女士、先生身體健康，2017 年充實幸福。

貳、議程表、備忘錄

第 72 屆司法節學術研討會議程表

第 72 屆司法節學術研討會議程表

一、日期：106 年 1 月 11 日(星期三)

二、地點：國家圖書館國際會議廳(臺北市中正區中山南路 20 號 3 樓)

三、議程內容：

時間	時程	議程
08:30~09:00	30 分鐘	報到
09:00~09:30	30 分鐘	開幕式- 司法院許院長宗力、法務部邱部長太三、中華民國律師公會全國聯合會蔡理事長鴻杰共同主持並致詞
09:30~11:30 第一場學術研討會	120 分鐘	主 題：重建司法公信-以『保全羈押制度』為中心 主持人：陳明堂(法務部政務次長) 報告人：楊雲驊(政治大學法律系教授) 與談人：張明偉(輔仁大學學士後法律學系副教授) 林裕順(中央警察大學刑事警察學系教授)
11:30~13:00	90 分鐘	午餐休息
13:00~15:00 第二場學術研討會	120 分鐘	主 題：政府資訊提供申請權之審查與救濟 主持人：蔡炯燉(司法院副院長) 報告人：范姜真燉(東海大學法律學院教授) 與談人：林三欽(東吳大學法學院教授) 帥嘉寶(最高行政法院法官)
15:00~15:20	20 分鐘	中場休息及茶飲
15:20~17:20 第三場學術研討會	120 分鐘	主 題：言論自由與進行中的司法案件 主持人：陳彥希(中華民國律師公會全國聯合會理事) 報告人：王正嘉(中正大學法律學系副教授) 與談人：吳光陸(中華民國律師公會全國聯合會常務理事) Mr Dr Martin ABEND(德國聯邦律師公會副會長) Mr Stephen HUNG 熊運信(香港律師會前會長) Mr Jai-Hyuk CHOI 崔在燦 (大韓辯護士協會副會長) Mr George VARUGHESE (馬來西亞律師公會副會長)
17:20~		散會

主辦單位：法務部(第一場)、司法院(第二場)、中華民國律師公會全國聯合會(第三場)

協辦單位：國家圖書館

第 72 屆司法節學術研討會

第一場次會議備忘錄

歡迎參加第 72 屆司法節第一場次學術研討會。爲使本場次研討會順利進行，敬請注意下列事項：

一、研討會時間分配：共 120 分鐘。

(一)主持人致詞 5 分鐘。

(二)論文報告時間爲 60 分鐘。

1. 第 58 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2. 第 60 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

(三)每位與談人評論時間爲 20 分鐘。

1、第 18 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2、第 20 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

(四)提問與回應時間爲 15 分鐘。討論進行方式由會議主持人裁決。

二、發言人發言後，請將發言單擲交會場工作人員，以利資料整理。

三、會議中未盡完善之處，敬請不吝指正，謝謝。

第 72 屆司法節學術研討會

第二場次會議備忘錄

歡迎參加第 72 屆司法節第二場次學術研討會。爲使本場次研討會順利進行，敬請注意下列事項：

一、研討會時間分配：共 120 分鐘。

(一)主持人致詞 5 分鐘。

(二)論文報告時間爲 55 分鐘。

1.第 53 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2.第 55 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

(三)每位與談人評論時間爲 20 分鐘。

1.第 18 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2.第 20 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

(四)提問與回應時間爲 20 分鐘。討論進行方式由會議主持人裁決。

二、發言人發言後，請將發言單擲交會場工作人員，以利資料整理。

三、會議中未盡完善之處，敬請不吝指正，謝謝。

第 72 屆司法節學術研討會

第三場次會議備忘錄

歡迎參加第 72 屆司法節第三場次學術研討會。爲使本場次研討會順利進行，敬請注意下列事項：

一、研討會時間分配：共 120 分鐘。

(一)主持人致詞 5 分鐘。

(二)論文報告時間爲 30 分鐘。

1.第 28 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2.第 30 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

(三)每位與談人評論時間爲 15(含翻譯)分鐘。

1.第 13 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2.第 15 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

(四)提問與回應時間爲 10 分鐘。討論進行方式由會議主持人裁決。

二、發言人發言後，請將發言單擲交會場工作人員，以利資料整理。

三、會議中未盡完善之處，敬請不吝指正，謝謝。

參、會議論文及紀錄

〔第一場〕

重建司法公信－以『保全
羈押制度』為中心

〔 第一場 〕

主持人、報告人、與談人簡歷

第 72 屆司法節學術研討會

第一場

主持人簡歷

主持人	學歷	現職
陳明堂	中國文化大學法律研究所碩士	法務部政務次長

報告人簡歷

報告人	學歷	現職
楊雲驊	德國圖賓根大學法學博士	政治大學法律系教授

與談人簡歷

與談人	學歷	現職
張明偉	美國金門大學法學院博士	輔仁大學學士後法律學系 副教授
林裕順	日本國立一橋大學法學博士	中央警察大學 刑事警察學系教授

第 72 屆司法節學術研討會

〔第一場〕

會 議 論 文

報告人：楊雲驊教授

提升司法威信－審判程序之「保全羈押」及其配套

政治大學法律系教授 楊雲驊

壹、前言弱化的羈押制度

貳、刑事被告之在場權以及在場義務

- 一、被告之在場權利－請求聽審權
- 二、被告之在場義務－從基本權利客觀性出發
 - 1 基本權利的客觀價值決定
 - 2 基本權的組織程序功能與訴訟原則

參、羈押規定應在人權保障與刑罰權有效性間取得平衡

肆、羈押與被告到場義務及防止被告逃亡

- 一、防止藐視司法－需創設確保被告到場之羈押制度
- 二、被告遭判決有罪後之「保全羈押」
- 三、法院宣判時被告必須在庭、宣判同時決定是否羈押或續押被告
 - 1 德國規定－「審判期日」、「被告到庭聆判」以及「羈押決定」三位一體！
 - 2 我國規定－「審判期日」、「被告到庭聆判」以及「羈押決定」分割適用？

伍、被告上訴二審案件無正當理由不到時，應得逕行駁回上訴

陸、檢察官於審判中不可以聲請羈押被告？－「法院辦理刑事訴訟案件

應行注意事項」第五十四項的疑慮

- 一、本項規定違反法官獨立審判以及司法行政監督權
- 二、實務見解－最高法院九十六年度台抗字第五九三號裁定
- 三、檢察官於審判中沒有聲請羈押被告之權限？

柒、結論

壹、前言 弱化的羈押制度

刑事被告容易逃亡以規避刑責，舉世皆然，故各國刑事訴訟法內均規定有羈押制度，以有效防止被告逃亡。我國過去立法及實務有諸多嚴重違反人權之羈押情形，例如檢察官於偵查中有權羈押被告、審判中對重罪被告羈押無期限（邱和順案羈押被告長達二十餘年）以及以重罪為唯一羈押理由等，幸經多號司法院釋字以及立法修正等，終能與世界人權標準接軌。

過去是不及，但時至今日，現在我國擁有大概是最嚴格以及繁瑣的刑事羈押制度，包括如拘捕被告後最短的聲押期間（24 小時內）、羈押被告一定要法院開庭進行繁瑣之羈押審查程序、可不斷來來回回的抗告救濟與發回更裁、嚴格限制偵審期間的羈押期間、法院裁准羈押之嚴格證明程度、駁回羈押聲請無法暫時停置被告，致發生被告在外串供證或逃亡之事實、羈押被告可不限次數的聲請停止羈押，干擾偵查程序進行、法院准押後，被告可不斷聲請停止羈押等後續事宜，導致裁准羈押法院是「准押多事、駁回沒事」！加上院檢等都懼怕羈押後，萬一被告將來被判無罪，可能引發的向法官及檢察官求償的壓力，以及監察院的來函關切寫報告等，院檢常視羈押被告為畏途，導致實務上羈押被告比例甚低，甚至有「羈押有事、跑掉沒事」的怪異現象，「矯枉過正」的結果，每當又有人犯逃亡後，媒體一大幅刊登，司法腐敗、無能的印象再度在人民心中深化，九十九件院檢努力做出的正確判決，遠遠抵不過一個大咖落跑案件所造成的殺傷力！

根據報載¹，僅今年一年內就有 3 位重大吸金要犯落跑，此無異向人民宣告，違法吸金是本少利重的好生意，逃跑成功後，坐擁鉅款逍遙過日子，棄保潛逃後運氣不好被抓到，目前也沒有另外處以「棄保潛逃」之罪，也只是去服原有之刑期，何樂不為？尤其 2016 年刑法大幅修正沒收新制後，有效率的「追贓、追錢」算是終於獲得重視，逐漸趕上先進國家的腳步！相對於此，「追人、防逃」此區塊，卻是繼續因循守舊，繼續戕害司法威信！

¹ 「辦報吸金 30 億 陳元忠發監前落跑」，中國時報，2016 年 12 月 18 日 04:10 陳志賢／台北報導。

對此，本文擬以「被告之在場義務」、「羈押與有效刑事訴追」、「保全羈押」、「宣判被告到庭」以及「審理中檢察官聲押權」等為重心論述，並提出建議修法方向，正視羈押對於刑事程序之重要，期能有效防止被告逃亡，建立司法威信以及人民的信賴。

貳、刑事被告之在場權以及在場義務

幾乎所有文獻在論及刑事被告於法院審判程序時，均享有在場權，但同時亦負有在場義務。惟其憲法基礎何在？現行法律是否充分回應憲法之要求？文獻上對此討論較少，本文先從此出發，以便後續檢討現行法律是否有所不足。

一、被告之在場權利－請求聽審權

在法治社會，任何人都具有獨立的人格和尊嚴，尊重和保障人格尊嚴是一個國家對公民應盡的義務。基於尊重人格尊嚴之憲法理念，現代訴訟制度的設計和運作，應當承認和尊重當事人的程序主體性，使當事人成為程序的主體，即便是成為刑事被告之犯罪者亦然。主體地位要求法院在對一個人的權利義務責任進行判定的時候，要讓該當事人有充分發表自己意見主張的機會，並充分聽取當事人的意見和主張。訴訟制度的設計和運作應當以保障當事人的聽審請求權為指導理念。聽審請求權是訴訟權這一憲法性權利的重要內容，尊重當事人的聽審請求權是憲法的基本要求。聽審請求權得不到保障，法院的判決將失去其正當性，並由此導致司法權威性、公信力的缺失，甚至會導致人民對法律失去信仰。因此，在法治國要求下，加強訴訟中當事人的聽審請求權保障，顯得尤為重要。

聽審請求權，也稱聽審權（the right to be heard）、公平聽審權（the right to a fair hearing）。它是指法院在對一個人的權利、義務、責任進行判定的時候，人民有就案件的事實、證據及法律問題向法院充分發表自己的意見和主張並以此影響法院的審判程序及其結果的權利。聽審請求權是在訴訟程序中，其權利義務受到判決影響者的一項重要的程序基本權利。從權利性質來看，聽審請求權不是普通的

訴訟權利，而是屬於憲法權利的範疇，是訴訟當事人的程序基本權利。許多國家以憲法確認當事人的聽審請求權。在美國，聽審請求權是由「美國憲法修正案」第 5 條和第 14 條的正當程序條款所確定的，1789 年通過的憲法修正案第 5 條規定，任何人未經正當法律程序不得剝奪任何人的生命、自由和財產。這一規定適用於聯邦政府。1868 年通過的憲法修正案第 14 條又規定，各州不得未經正當的法律程序，即行剝奪任何人的生命、自由和財產。正當程序包括程序之正當程序和實體正當程序，合理的通知及聽審請求權保障正是程序性正當程序的核心要素，根據程序性正當程序的要求，當事人就其案件有在審判者面前呈示證據、提出自己的意見和主張並反駁對方意見的機會，即有聽審的機會（an opportunity to be heard）。實際上，程序性正當程序的基本功能就在於給予當事人在合理期限內以合理方式聽審的機會，進而增進糾紛解決的公正和精確。程序性正當程序授予了當事人聽審請求權（a right to be heard）。德國基本法第 103 條第一項規定人人在法院享有合法聽審請求權（Anspruch auf rechtliches Gehör），此係以法治國原則為根源，補充傳統訴訟基本權而發展出與其他憲法程序原則相關聯之等同基本權之權利（Grundrechtsgleiches Recht）。法定聽審請求權保障作為程序法上的基本原則，具有憲法上的地位，法院有義務使得當事人能夠在訴訟中以充分的和恰如其分的方式陳述他們所持有的看法。在德國，聽審請求權被認為是司法程序領域法治國家概念的結果，是典型的程序基本權利，是法院程序的大憲章。一般認為，聽審請求權、其他特別訴訟基本權及一般公平審判權，同為確保法院刑事程序進行。所謂公平審判之一般訴訟權（allgemeine Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren），係屬於攔截性基本權（Auffanggrundrecht），用以補充屬於特別程序權之聽審請求權。公平審判請求權僅於未有特別保障時，始發生之。再者，如合法聽審受到確保時，客觀正當的審理，始得踐行，從而刑事程序中之所謂武器平等，亦得保障。聽審請求權，亦係源自突襲性裁判之禁止，且合法聽審之功能，不僅是為法院判決事實基礎之澄清，並且亦為人性尊嚴之尊重。德國基本法明定之合法聽審請求權不適用法律保留，僅在憲法內在限制範圍內，始得限制，此乃基於德國基本法第十九條第四

項規定有效權利保護之要求而產生。因此，立法者基於基本法第一百零三條第一項所規範之保障範圍，在合乎比例原則內，有權利亦有義務以個別法律制定合法聽審請求權之相關程序。

在日本，聽審請求權產生於 1947 年的日本憲法第 13 條第 1 項尊重個人之規定、第 32 條接受裁判權之規定以及第 82 條裁判應基於公開辯論之規定等憲法條文內容。日本憲法第 13 條規定：任何國民的人格均被尊重。關於國民生命、自由及追求幸福的權利，在不違反公共福利的範圍內，在立法及其他國政上。必須予以最大的尊重。第 32 條規定：任何人在法院接受審判的權利不得剝奪。第 82 條第 1 款規定：法院的審理及判決應當在公開的法庭進行。這些條文特別是第 32 條在日本被解釋為包含了聽審請求權。

我國憲法第 16 條所確認的訴訟權中包含著聽審請求權。司法院釋字第 482 號內即明載「憲法第 16 條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。…」

除聽審請求權保障被告之訴訟在場權外，另訴訟權保障被告刑事防禦權亦應包含被告之在場權，例如司法院釋字第 582 號即稱，「憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。」被告享有詰問證人之權利，自應以保障其於審判程序有在場之權利為前提。

二、被告之在場義務－從基本權利客觀性出發

1 基本權利的客觀價值決定

憲法基本權主要是人民的主觀權利，學者更申言它們是公民權利序列中最基

本、最重要的權利。作為主觀權利的基本權賦予了每個公民在面對國家公權力侵犯時，要求其停止侵害、排除妨害、保持克制的公法上請求權，具有「個人可向國家主張」的主觀面向。但德國法在基本權利作為主觀權利的面向之外，並抽象演繹出其所內涵的客觀價值決定屬性，基本權利自此不再只是一種個體化權利，而成為一種「價值體系」或是「價值標準」，其效果放射至所有的法律領域，成為立法、行政與司法都必須遵循的標準，並且是國家權力和整體社會所共同追求的目標。這樣的學理建構不僅反映出戰後德國對立法絕對主義的拋棄與自然法的回歸，以及對國家在權利保障體系中的角色重塑，更重要的是表達出德國法希望以基本權為核心價值，重構以人為導向的國家的信念和立場。經由對其雙重屬性，尤其是客觀屬性的不斷強調、豐富和延伸，基本權利成功的被賦予了在德國法中的核心位置，它不僅重重地改寫了德國公法，甚至也影響至私法領域，德國基本權理論也因此有了跨越性之發展。

確認基本權作為人民可向國家請求，並可獲得司法救濟支持的主觀權利，雖然使人民一躍成為憲法主體，並使基本權獲得了切實可行的有效性，但僅對基本權做此理解，事實上並不足以充分實現基本權的保障目標。作為主觀防禦權，基本權只有在國家違法侵犯時才能發揮效用，或者說，人民只能在國家行為違反基本權時，才能予以消極對抗，國家在平日卻並不因此負擔落實基本權的積極義務。在實際生活裡，即便沒有國家的違法干預，公民自由的實現常常要受到各種社會要素，例如財產狀況、教育程度以及家庭背景的制約，公民自由的具體實現也常依賴於相應的國家機構和程序要件的存在與運作；此外，除國家干預外，公民權利亦有可能面臨來自民間的威脅。如果國家對此都不負擔任何積極責任，公民自由的保護在很多情形下將淪為空談。

面對基本權理論和實踐中呈現出的缺陷，德國學說遂嘗試在主觀面向之外，擴張基本權的其它屬性特徵。對此，二戰後的德國基本法規定有一定的引導作用。基本法在第 1 條第 3 項規定「所有基本權拘束立法、行政及司法，作為直接有效的法」。這一規定使基本權具備了客觀法的拘束效果和特徵，而國家權力作為整體亦被普遍

課予了尊重與保護基本權的積極義務。德國學者 Duerig 由此出發²，從基本權作為客觀秩序規則中，發展出基本權作為客觀價值決定的看法，認為基本權對於整體的法秩序均有約束力，在法律的制定、解釋和適用過程中，都應被作為客觀價值決定（objektive Wertentscheidungen）予以尊重。在此認識下的基本權是憲法價值決定的表現，也是國家整體制度的價值基礎，其作用力放射至所有的國家權力領域和法律秩序的整體。

在著名的呂特案判決中（Lüth-Urteil），聯邦憲法法院表示，「毫無疑問，基本權利首要在於確保個人的自由領域免受公權力的侵害；基本權利是公民針對國家的防禦權……但基本權不僅包含個人針對國家的主觀防禦權，它作為憲法性的基本決定，對所有的法律領域都應發生效力，並應成為立法、行政與司法的方針和推動」³。聯邦憲法法院的這一著名判決以及此後在墮胎案等案件中所作的類似判決，成為確認基本權具有客觀價值決定屬性的最好例子。自此，基本權在德國法中的雙重屬性獲得學界與實務界的一致認可，並成為德國基本權理論中最具特色的部分。

聯邦憲法法院在 Lüth 案中同時確認，基本法的這種客觀價值秩序是通過將每一項基本權都作為客觀價值決定而形成的，每一項基本權對於公權力而言，都是一項必須予以尊重的客觀價值決定（Objektive Wertsentscheidung），整體上則共同構成了一種客觀價值秩序（Objektive Wertsordnung）⁴。據此，單項的基本權因其保護領域（Schutzbereich）的不同，分別保護特定的法律價值或法律利益，而這些覆蓋公民不同生活層面的單項基本權，又因其本質都是以公民的自我決定（Selbstbestimmung）與自我開展（Selbstentfaltung）為核心的「人性尊嚴」在不同面向上的展開，而被整合為一個統一的秩序整體⁵。這種整體客觀價值秩序意味著，作為個體的公民個人在共同體中擁有不可侵犯的絕對價值，個人只是各人自己的目的，不能成為達成任何其他目的的手段，國家是為個人為存在，絕非個人為了

²Hartmut Maurer, Staatsrech I, 2003, S.269.

³BVerfGE 7,198 ff.

⁴Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, S.22.

⁵ BVerfGE 84,90,120.

國家而存在。

基本法對個體基本權的彰顯，不僅表現於篇章安排上的突出以及文字規範上的誠懇，立憲者甚至將其作為憲法價值中的最高價值，而民主、法治、社會和聯邦等其他憲法價值，不僅在位階上較次，在內容上也必須在以基本權為核心且協調一致的憲法整體體系下獲得理解。由此，基本權應約束所有的國家權力就成為一種必然的邏輯推理。作為最高的憲法價值，基本法對人性尊嚴的保障賦予最高效力：基本法第 79 條第 3 款明令，任何憲法修改均不能觸及人性尊嚴規定。

在德國傳統的理論文獻與司法判決中，有見解認為，基本權尚有第三種法律屬性，即某些基本權不僅是公民的主觀權利，同樣應作為制度性保障（Institutsgarantien），而對某些特定的生活和規範領域提供保護⁶。例如：基本法第 6 條不僅是對個體的婚姻家庭權利，同樣是對婚姻家庭制度的保護，第 14 條不僅是個體財產權的憲法依據，同樣也是對私有財產及財產繼承制度的保護，而第 5 條出版自由的保護物件不僅是單個記者的出版報導自由，同樣也包含作為整體的出版制度。制度保障所針對的是立法者，這一理論的內涵在於：某些私法上或公法上的制度，對社會生活具有特別的重要性，憲法應對其特別加以保障，嚴禁立法者將這些制度完全廢棄，或是通過對核心內容加以改變而將其淘空⁷。制度保障強調的是對制度本身，或者說對其核心內容的保護與維續，而非制度的受益人或是使用者。因此，從這個意義上說，制度保障仍舊是基本權在客觀法面向上的功能與屬性。

制度保障的理論源于德國威瑪憲法時代，它的提出主要是針對當時認為基本權只拘束行政權的通說。學者期望藉由制度保障，使立法者同樣受基本權內容的約束。在制度保障的約束下，立法者非但不得排除或掏空某些司法制度，還對其存續負有義務。但如上述，德國基本法第 1 條已經確認，基本權作為直接有效的法約束所有的國家權力，這其中當然包括立法者。因此，基本權作為國家整體法秩序的客觀價值屬性，事實上已經吸收了上述制度保障的功能，而傳統的制度保障理論也因為沒

⁶Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 2003, S.271.

⁷ Sachs, Grundgesetz Kommentar, 1999, S.388.

有再為基本權的理解與實現提供其他附加價值，而被客觀價值理論所取代。

2 基本權的組織程序功能與訴訟原則

國家負有在社會生活中積極落實基本權的義務，但基本權的落實需要實定法提供相應的機構與程序保障，尤其是某些基本權本身就具有很強的程式法特徵，例如：德國基本法第 19 條第 4 項中規定的司法救濟權，第 101 條第 1 項規定的合法審判以及第 103 條第 1 項規定的法庭聽審權等。在此意義上，實體的基本權在客觀法層面，同樣具有制度法與程序法的內涵⁸，國家也因此負有義務通過確立適當的機構與程序，來落實基本權的保障。而這一點伴隨社會生活的急劇發展和變遷更顯得尤為重要，因為在這個人類自由愈來愈需劃定界限，基本權之間的衝突愈來愈需平衡的時代，組織與程序往往是唯一的工具，導向符合基本權要求的結果。除了要求國家設立相當的組織和程序來落實基本權外，基本權在客觀法層面的擴散效果同樣覆蓋相關程序法與組織法的制定、解釋與適用，即在實體法之外，基本權同樣是組織法與程序法形成、解釋與適用的準則⁹。眾所周知，在現代國家下，基本權的主要功能之一在於保障公民自由地參與政治意志的形成，為達成這一目標，國家組織與程式應盡可能地多元、多樣、開放、透明、可監督與可控制。結構的多樣性與程序的透明與開放，更是防禦國家走向整體化的重要機制。尤其是在國家擁有事實上或法律上壟斷權的領域，適當與開放的組織與程序，對於公民的參與、基本權的保障、民主目標的實現更為關鍵。

基本權利擁有程序保障功能，在我國學說上似無疑問¹⁰。吳庚大法官早在釋字第 368 號的協同意見書內，即清楚認為：憲法第十六條訴訟權之保障範圍，實涵蓋下列四項構成事實：……（三）法院所踐行之程序應符合一般民主法治國家所遵循之原則，諸如審判獨立、公開審理、言詞辯論、攻擊防禦方法之對等、審判與檢察部門之分離、不得強迫被告自認其罪，不得舉行群眾公審等；訴訟程序係法律保留

⁸Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 2003, S.275.

⁹Sachs, Grundgesetz Kommentar, 1999, S.89.

¹⁰例如許宗力教授稱之為「異軍突起的程序保障功能」，見許宗力，憲法與法治國行政，2006，頁 196 以下。

事項，應以法律作明確之規定，……。」更爲具體的表示在於司法院釋字第 396 號認爲，「依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。有關機關應就公務員懲戒機關之組織、名稱與懲戒程序，併予檢討修正。」另釋字第 582 號內亦強調，所謂合法調查，係指事實審法院依刑事訴訟相關法律所規定之審理原則（如直接審理、言詞辯論、公開審判等原則）及法律所定各種證據之調查方式，踐行調查之程序¹¹。按此，憲法訴訟權所欲建構的刑事處罰程序，雖然立法者有相當大的立法裁量空間¹²，但原則上如直接審理、言詞辯論、公開審判等原則，應可視爲具有憲法位階的價值決定，因此，課以被告到場義務，將此些原則有效實現，屬於國家權力，包括行政、立法及司法等應努力的方針和推動。

我國刑事訴訟制度係以直接審理、言詞辯論及公開審判等，作爲通常審理程序之審理原則¹³。貫徹這些原則之實現，就被告部分，法律規定了被告之到庭義務以及相當多的強制手段，例如刑事訴訟法第 75 條「被告經合法傳喚，無正當理由不到場者，得拘提之。」、第 101 條第 1 項「……非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之」、第 281 條「審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判。」以及第 283 條「被告到庭後，非經審判長許可，不得退庭。審判長因命被告在庭，得爲相當處分。」等規定，課以被告到場義務以及相應之強制手段等，均屬於立法者立法以期憲法訴訟權客觀價值有效實現的具體規定。

參、羈押規定應在人權保障與刑罰權有效性間取得平衡

¹¹ 如對於證人之調查，應依法使其到場，告以具結之義務及偽證之處罰，命其具結，接受當事人詰問或審判長訊問，據實陳述，並由當事人及辯護人等就詰、訊問之結果，互爲辯論，使法院形成心證〔五十六年一月二十八日修正公布前之刑事訴訟法第一編第十三章（人證）、第二編第一章第三節（第一審審判）及該次修正公布後同法第一編第十二章第一節（證據通則）、第二節（人證）及第二編第一章第三節（第一審審判）等規定參照〕。

¹² 例如釋字第 574 號所稱：「訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律爲正當合理之規定。」

¹³ 林鈺雄，刑事訴訟法下冊（各論編），2013.9，頁 187。

羈押被告屬於刑事程序中最為強烈之保全措施，將人自家庭、社會、職業生活中隔離，「拘禁」於看守所、長期拘束其行動，此人身自由之喪失，非特予其心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用—人格權之影響亦甚重大，係干預人身自由最大之強制處分，自僅能以之為「保全程序之最後手段」，允宜慎重從事，其非確已具備法定條件且認有必要者，當不可率然為之¹⁴。此外，羈押會對刑事被告武器平等與充分防禦權之行使造成重大限制，亦可能違背無罪推定原則，實屬強制處分中對被告各種防禦權最嚴重的干預¹⁵。但另一方面，羈押同時又是確保訴訟程序順利進行，使國家刑罰權得以實現的必要手段。兩者之間如何適當拿捏分寸，考驗著立法者與司法機關之智慧。德國聯邦憲法法院即認為「從羈押制度裡清楚可見，在基本法第 2 條第 2 項和第 104 條保障之個人人身自由與有效刑事追訴的必要之間，存有緊張關係。若是禁止刑事追訴機關在有罪判決前逮捕可能的犯罪人，並拘禁至判決為止，在很多情況下將難以迅速且公正地處罰重罪。但另一方面，透過拘禁於監禁設施而完全剝奪人身自由，在法治國之中是只能對有罪確定之人施加的不利益，僅在嚴格限定的例外情形方容許對於犯罪嫌疑人採取此種措施。

綜觀國際人權公約對於羈押被告之規定以及注意是否侵害人權的觀察面向，大致可分為「人民遭拘捕後是否迅速送至法院審查」、「羈押被告是否以涉嫌重罪嫌疑重大為唯一理由」、「有無構成長期羈押以及訴訟遲延？司法機關在過去羈押期間有無盡勤勉義務？」以及「審理羈押或羈押執行程序是否符合正當法律程序之要求」等問題。其中第一項「人民遭拘捕後是否迅速送至法院審查」，就刑事被告部分，在司法院釋字第三九二號做出以及民國八十六年刑事訴訟法修法後，無論在法制以及實務操作上，可說大致上已符合國際人權水準。至於第二項「重罪羈押」部分，雖然刑事訴訟法第 101 條第 1 項將被告「所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者」等涉嫌重罪列為可單獨羈押被告事由之一，引發違憲之爭議，但在司法院釋字第六六五號對之做出「合目的性限縮」之合憲性解釋後，至少在規

¹⁴ 司法院釋字第 392 號。

¹⁵ 司法院釋字第 665 號。

範層面的違憲以及違反國際人權等問題可說相對降低。而在我國過去實務上部分案件出現「長期羈押」以及如影隨形之「訴訟遲延」等人權問題，民國九十九年公布之「刑事妥速審判法」第 5 條限制羈押期限規定，已在立法層面上就此問題有所改進。

但在人權保障之外，憲法第七十七條規定，司法院為全國最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。第八條第一項規定：「人民身體之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序不得逮捕拘禁，非由法院依法定程序，不得審問處罰……」，此就司法權之一之刑事訴訟、即刑事司法之裁判言，既係以實現國家刑罰權為目的之司法程序¹⁶。因此，有效實現國家刑罰權，當屬於刑事訴訟的重要目的之一。德國聯邦憲法法院自 1972 年起，即在多次裁判中強調「刑事司法之功能有效性」屬於法治國家的重要部分¹⁷。故正確使用羈押制度，防止被告逃亡或湮滅證據等以順利實現國家刑罰權，也是具有憲法位階之要求。另聯合國反貪腐公約第 30 條「起訴、審判及處罰」內之第 2 項「各締約國均應依其國家法律制度及憲法原則採取必要之措施，以訂定或維持下列事項之適當平衡：既顧及公職人員執行職務所給予之豁免或司法特權，又顧及在必要時對本公約所定之犯罪進行有效偵查、起訴和審判程序之可能性。」以及第 4 項「就本公約所定之犯罪而言，各締約國均應依其國家法律，並在適當尊重被告權利之情況採取適當措施，力求確保於候審或上訴期間釋放裁定所定之條件，已考量確保被告在其後刑事訴訟程序中出庭之需要。」等，均要求「顧及在必要時對本公約所定之犯罪進行有效偵查、起訴和審判程序之可能性」以及釋放被告之條件，必須「考量確保被告在其後刑事訴訟程序中出庭之需要」，足見有效之刑事司法要求亦為國際公約所重視。司法院釋字第 665 號中亦明言「羈押作為刑事保全程序時，旨在確保刑事訴訟程序順利進行，使國家刑罰權得以實現。」故「刑事訴訟程序順利進行」以及「使國家刑罰權得以實現」等，應為法治國刑事司法的當然要求。

¹⁶ 司法院釋字第 392 號。

¹⁷ Roxin/Schunemann, Strafverfahrensrecht, 27 Aufl., 2012, S. 422 Rn. 5.

肆、羈押與被告到場義務及防止被告逃亡

如前所述，被告於刑事審判到場屬於基本權利的客觀價值內涵之一，甚至被課以到場義務。而被告於法院判處其重刑前或之後逃亡，不但造成國家刑罰權無法有效實現，更是對司法威信嚴重之打擊，亦即在個案之外，國人往往認為司法遇到權貴就低頭或是司法無能，尤其是逃亡至國外者，由於我國在外交及國際處境上相當艱難，與多數主要國家均無邦交，被告逃亡至國外後，往往無法順利循刑事國際司法互助途徑將之引渡回國接受刑罰！故有效督促被告到場以及防止被告逃亡，不僅是偵查中，亦是審判中以及判刑確定後必須認真嚴肅面對之問題。當然，被告到場以及防止被告逃亡的機制甚多，未必均要將被告羈押方可，況基於人權保障的要求，也不可能將所有遭到有罪判決之被告均予羈押！但在有效刑事司法的考慮下，羈押作為確保被告履行到庭義務以及防止被告逃亡之機制，也應該放在應有的天平位置慎重考慮！過去我國對於羈押立法的問題，較偏重於偵查中羈押被告的部分，尤其是以釋字第 392 號以及其後之修法為重心，甚至可說已經是世界上少有的嚴格。但對於審判中之羈押，相關重大之修正似乎僅有刑事妥速審判法第 5 條對於羈押期間之限制，用意在於避免羈押期間過長以致侵犯人權，但對於整體審判中羈押制度的建制，尤其是確保被告履行到庭義務以及防止被告逃亡等，則較少受到注意。尤其在我國現制下，對於涉及較重罪刑之案件審判期間往往甚久，除少數犯如嚴重暴力型犯罪之案件外，羈押被告受限於各項限制以及執法人員之心態，往往未予羈押或是容易交保，以致難以有效防止被告逃亡或督促被告到庭接受審判。經筆者整理，約略有以下問題：

1. 現有羈押制度，僅限於被告犯罪嫌疑重大、有逃亡串證之虞以及有羈押之必要者，方可裁定羈押，羈押之種類太少且單一。遇有被告並無逃亡或串證之虞，但因出於藐視司法等原因故意不到庭進行訴訟者，現有羈押規定即無適用之空間！（例如被告如常工作，生活作息正常，其資金與財產狀況並無異常）
2. 宣示判決時，被告遭受有罪或無罪之判決，此時被告逃亡與否之判斷可能發生重

大改變，法院應對到庭之被告於宣判當時同時做一處置！被告未到庭而允許宣判，除了對於審判程序的不尊重外，法院可能只是著重在判決宣示而已，對於宣判後被告是否有逃亡的可能性，未同時給予應有之重視！

3. 法官於被告最後陳述後宣示辯論終結後，往往定一段期間宣判，宣判後將判決書製作完成送達當事人，等送達後當事人提起上訴及理由狀，並由原法院整卷後送至上級法院，讓案件再度實質繫屬於上訴審，又常需一段相當的期間！在這段期間內，常常是下級審法院與上訴審法院之「空窗期」！下級審認為都已經宣判了，被告的情況已不關我的事，上級審也容易認為，案件尚未上訴到我這邊，也不關我的事！遇到被告有逃亡之虞時，可能無法及時因應！
4. 被告於一審言詞辯論終結後如即逃亡，按照現制，其仍可提起上訴至二審，甚至將來的三審，也就是說，被告早就不見了，訴訟程序依然進行，甚至長達數年之久！如此輕忽被告到庭義務的訴訟程序，實屬罕見。對自知可能判重罪之被告而言，大可選擇一審言詞辯論終結後即逃亡，如果將來可改判輕罪或無罪，再行現身！如果判決確定仍是重罪，他將慶幸還好跑得快！被告可以如此藐視司法，破壞司法尊嚴的情況，必須立刻改善！
5. 審判中羈押決定與否，完全由法官決定，檢察官連聲請權都沒有，毫無置喙餘地，不僅與法理有違，且容易造成資訊聯繫有缺口，同時課以法官過大之負擔，並不適當。

一 防止藐視司法—需創設確保被告到場之羈押制度

被告於審判中除發生逃亡或有逃亡之虞，或是影響共同被告、證人或是其他證據方法而可能構成一般之羈押外¹⁸，德國尚有為到場目的「保全」羈押（Der Sicherungshaftbefehl）之制度，是一般羈押的特別形式，當被告無正當理由未到庭而遭法院簽發羈押令時，由警察執行，當被告遭捕後，會先送入司法監獄，直至下一個庭期開始，有時可能長達數週。此種審理中之保全羈押並無時間限制，甚至可能直至法庭審理結束（至宣示判決時止）。與一般羈押之要件不同，在此不需重大之犯

¹⁸ Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, 3 Aufl., 2001, S. 278 Rn. 677ff.

罪嫌疑與羈押理由（逃亡或串證之虞），只要有事實可認被告無正當理由拒不到庭接受審理即足。法律沒有明確規定羈押期間多久，當是考慮不同案件的複雜以及進行程度等，難以用一特定之期限限制。惟基於憲法比例原則之要求，以及對於在押之被告必須儘速進行訴訟之考慮，應該盡量在短期內即進行審理。此羈押制度之設計，目的在於確保被告能於審判期日到庭以及維護司法尊嚴。

在我國，依據刑事訴訟法第 101 條第 1 項之規定，羈押被告需於法院訊問被告後，又符合羈押之各項要件，始能下令羈押。同樣要件亦適用於預防性羈押、延長羈押以及再執行羈押等，別無他種羈押形式。司法院釋字第 665 號內復清楚認為，刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款如僅以「所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪」，作為許可羈押之唯一要件，而不論是否犯罪嫌疑重大，亦不考量有無逃亡或滅證之虞而有羈押之必要，或有無不得羈押之情形，則該款規定即有牴觸無罪推定原則、武器平等原則或過度限制刑事被告之充分防禦權而違反比例原則之虞。似乎認為羈押之必要條件之一在於「考量有無逃亡或滅證之虞而有羈押之必要」！但如所舉案例所示，被告無正當理由不到場未必同時兼具逃亡或滅證之虞而得使用一般羈押！本文認為，此號釋字應僅指為了防止被告逃亡以及湮滅證據等而羈押被告之合憲範圍，並不排除另有羈押種類之設計，尤其是為了確保被告到庭義務以及維護司法尊嚴而有羈押必要之情形，避免被告刻意或漫不經心逃避或藐視司法，應立法許可此種羈押制度。

二 被告遭判決有罪後之「保全羈押」

現行刑事訴訟採控訴原則，無起訴及無裁判，固然制衡法官之審判權力，但另一方面，對被告之罪刑，檢察官之起訴亦僅有進入審判程序之效力，必須由法院依法定程序，尤其在事實認定上，必須具證據能力之證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪¹⁹！故遭起訴之被告如事實審法院判決其有罪，等於國家司法權在經過嚴謹程序後第一次確認其有罪，國家刑罰權已經直接降臨被告身上，其代表之意義自非同小可！此時，自應有相應之

¹⁹ 司法院釋字第 582 號。

羈押制度，以確保有罪之被告不致逃亡而逃脫國家刑罰權！依現制，非羈押中之被告既已為法院諭知死刑、無期徒刑或逾二年以上有期徒刑等較重之刑，則可以預期為規避刑罰而妨礙後續審判程序之進行與逃避執行之可能性增加。而經諭知死刑、無期徒刑，或二年以上有期徒刑而未能獲得緩刑宣告之被告，其需進監獄服刑的可能性大增，而人們有趨吉避凶、脫免刑責、不甘受罰之基本人性，故常伴有逃亡之高度可能性²⁰，此際，國家刑罰權既有難以實現之危險，刑訴法第 101 條對於羈押所設計之一般性要件自應於法院宣判時特別審酌，考慮。

當然，一律將符合此一情況之被告宣布羈押，也有違反比例原則之疑慮！此時不妨由被告提出反證，充分說明自己並不會逃亡，以及提供將來如尚有訴訟程序進行，其必然會履行到場義務之各種擔保等，以說服法院不下保全羈押裁定。此種要求被告提供資訊，甚至相當於「舉證責任倒置」以免於羈押之規定，是否有違反人權，尤其是緘默權等人權問題，可從歐洲人權法院的相關判決得到答案。在 *Saunders v. the United Kingdom* 案中，申訴人被要求回答關於其公司及其財務狀況之問題，否則將遭處以最高可達兩年徒刑之刑罰！人權法院認為並不違反公約第 6 條第 1 項。在 *Weh v. Austria* 一案中，奧地利政府立法要求車主提供真正駕駛人身份之義務，否則就要處罰駕駛人，經申訴後，人權法院亦認為並未違反第 6 條第 1 項，亦即並不違反公約！相較之下，本文所稱之有罪判決後之保全羈押，是在被告遭法院判決有罪，尤其是可能入監服刑之重罪後，負有舉證說明其不會逃亡以及將來審判會如期到庭之義務，以排除羈押之不利益，自無不當可言。

或有意見認為此種保全羈押有違反無罪推定原則之疑慮。我國刑事訴訟法第 154 條第 1 項規定「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」將無罪推定之保護範圍延伸至審判證明有罪確定前，是否過度延伸，誠有討論之必要。即便如

²⁰ 最高法院九十八年度台抗字第六六八號裁定：「…….良以重罪常伴有逃亡、滅證之高度可能，係趨吉避凶、脫免刑責、不甘受罰之基本人性，倘一般正常之人，依其合理判斷，可認為該犯重罪嫌疑重大之人具有逃亡或滅證之相當或然率存在，即已該當「相當理由」之認定標準，不以達到充分可信或確定程度為必要。以量化為喻，若依客觀、正常之社會通念，認為其人已有超過百分之五十之逃亡、滅證可能性者，當可認具有相當理由認為其有逃亡、滅證之虞。……」

條文規定將此範圍延伸至判決確定，但究竟此一人權保障只是「無罪推定」而已，當法院已經宣判被告有罪後，即使該有罪判決尚因有上訴可能而尚未確定，但法院根據刑事訴訟法第 299 條第 1 項前段「被告犯罪已經證明者，應諭知科刑之判決。」亦即經過訴訟程序後得到被告有罪之確信後而判決被告有罪，亦即當下已由法院經過訴訟程序後證明被告犯罪，被告享有之無罪推定已遭法院有罪判決強有力之「推翻」，此時再強調被告之無罪推定保障，甚至認為難以羈押被告，似屬多慮。

三 法院宣判時被告必須在庭、宣判同時決定是否羈押或續押被告

要討論的是，事實審法院宣判時，被告是否必須在庭聆判？以及法院是否需於判決內同時決定是否羈押被告，以防止逃亡？

1 德國規定－「審判期日」、「被告到庭聆判」以及「羈押決定」三位一體！

德國刑事訴訟法對於被告於事實審審判期日到庭，基本上是一有始有終的規定，簡單的說，從朗讀案由至最後宣判，原則上被告均有到庭權利以及義務。被告於審判期日必須到庭，如前所述，源自於基本法第 103 條第 1 項法定聽審權(既是主觀權利，也是客觀義務)以及法院之真實發現義務(法治國原則)，歐洲人權公約則是基於公平審判原則！法律則據以明定被告之在場義務以及若干例外。

德國刑事訴訟法第六章規定為「法庭審理」，從第 226 至 275 條均是。其中第 230 條規定法庭審理被告到庭義務，被告無正當理由不到庭者，為了法庭審理之需要，應下令拘提或逮捕。當考慮到所有之情況可認被告之缺席或是無訴訟能力無可指責時，構成正當理由不到庭。至於被告有到庭義務之所謂「到庭義務」之始末，第 243 條規定法庭審理程序於朗讀案由後開始，第 260 條則清楚規定法庭審理程序於宣判後結束。故其事實審之審判期日係從朗讀案由開始，直至法庭宣判方始結束，宣判本身就是審理程序的一部份²¹。因此，被告於此一階段，原則上均有到庭之義務，自然包括被告到庭聆判在內。

第 230 條第 1 項規定被告不在場不得進行審判。在此確認了被告之到場原則。為報告之到場不僅是被告之權利，從訴訟基本架構（言詞、直接審理）以及法律規

²¹ Burhoff, Handbuch fuer die strafrechtliche Hauptverhandlung, 8 Aufl., 2016, Rn. 2761 ff.

定之強制措施，被告還應有到場之義務。所謂在場是指被告本人必須親身出現在審判庭。至於第 260 條第 1 項，亦即法庭審理程序於宣判後結束的規範目的在於，確保個別訴訟行為係依據程序進行，以及審理程序終結此一重要訴訟行為之意義。法院宣判，直接連結言詞審理以及法官評議後之判決結果，不僅是一技術上之意義而已，而是保證一實體上正確裁判需「考慮程序整體性」以及「直接基於審判程序印象」之要件。判決宣示亦屬於審判程序一環之規定，不僅確保被告之權利，亦是社會大眾之利益。其目的在於，作為一審理程序終結之結果，保障對於國家，被告以及所有訴訟參與者一具拘束性之正當判決。也因此基於審理程序法安定機制之確保而可能發生確定力或是可以連結到下一個審級。立法者設計此一法條的想法是，藉此盡可能的「發現真實」以及最大「被告辯護利益」，並依此做出正當的判決。因此，將法院宣判納入審理程序的一環，對於被告之在場權利、法院言詞審理以及公開審理原則以及法院受判決拘束以及判決之有效性均具有意義。

此外，於被告在場時，法院公開宣示判決對於被告以及社會大眾具有重要意義。法院對於審理案件之宣判，代表法院經過諸多之訴訟程序進行後，對於檢察官起訴被告犯行是否證據充分以及該當何種國家刑罰權之宣示，等於是法院審理的結尾，自然屬於審判程序之一環，且為經歷法院審判程序後國家刑罰權有無之結論，自屬重要。德國刑事訴訟法第 268 條即規定，判決以人民之名義作出，另宣示判決，以宣讀判決主文及公布判決理由為之。公布判決理由，以宣讀或口頭告知其重要內容為之。在決定是否宣讀判決理由或告知其重要內容，以及以口頭告知判決理由之重要內容時，應考慮訴訟參與者、證人或被害人值得保護之利益。在任何情況下，宣讀判決主文均應在公布判決理由之前為之等。其次是，法官宣判之內容，按照第 268a 條以下之規定，法院就以下事項，往往亦需宣示以下許多法律效果，並曉諭被告，主要如：「判決對被告諭知緩刑或保留處刑警告時，此裁定應與判決一併宣示」、「諭知緩執行保安處分」、「審判長應曉諭被告緩刑或緩執行保安處分，保留處刑警告或行為監督之意義，緩執行或行為監督之期間，負擔及指示之內容，以及撤銷緩執行或判處所保留刑罰之可能性」、「法院科以被告《刑法》第 68b 條第 1 項之指示時，

審判長尚應曉諭被告依《刑法》第 145a 條判處刑罰之可能性。³ 曉諭通常緊接在宣示第 1 項或第 2 項之裁定後為之」、「判決中命禁止駕駛時，審判長應曉諭被告禁止駕駛期之開始時間，曉諭緊接在宣示判決後為之」以及「判決中依《刑法》第 66a 條第 1 項或第 2 項，將保安監禁之命令保留於後續之法院裁判時，由審判長告知被告，後續裁判之標的及保留之持續時間。」等諸多事項的宣布。

除此之外，尚要注意德國刑事訴訟法第 268b 條「繼續羈押或暫時安置」規定，該條內容為，法院於作成判決時，應同時依職權決定繼續羈押或暫時安置，且此裁定應與判決一併宣示。按此，當被告目前在押或遭暫時安置者，法院應於宣示判決時同時以裁定決定是否繼續羈押或暫時安置，當認為要件已不存在時，應當下令撤銷並釋放被告，故此條規定了法院需於宣判時點做成一新決定²²。同樣的，通說一致認為，對於到場而之前未遭羈押之被告，不論是先前停止羈押或是本就未遭限制自由者，亦可考慮於宣判時決定當場羈押（後者例如第一次羈押）²³，例如該被告因受較高之刑罰而存在逃亡之虞等事由，因為此時隨著法院宣判較重刑罰而致狀況有所改變，自應立即考慮因應。

這裡或許有人質疑被告無罪推定之權利是否遭到侵害，或將來上訴後改判為無罪或較輕之罪刑將惹出麻煩？無罪推定原則是刑事被告一項特別之權利，在所有之民主法治國家內均承認其為一訴訟之基本權利，且被認為是除了正當法律程序以外的一項被告獨立的權利。但對於其意義以及保護範圍等，除了若干核心事項外，卻是有高度之爭議。歐洲人權法院判決迄今亦未對此有一普遍的標準。這主要在於，所謂直至法律證明被告之罪責之前，應推定被告對其犯罪行為係無罪責的條文內，「法律證明」的意義為何？在條文本身並沒有清楚的規定。而長期以來，人權機構對此之解釋亦處於搖擺之狀態。權威學者 Peukert 即認為，歐洲人權法院在對此原則之重要判決，亦即 Minelli 案中，是否直至被告遭判決有罪確定前，均有無罪原則推定之適用，其實歐洲人權法院係持一開放之態度²⁴。

²² Radtke-Hohmann, StPO-Kommentar, 2011, § 268b Rn. 1.

²³ Radtke-Hohmann, StPO-Kommentar, 2011, § 268b Rn. 2.

²⁴ SK-StPO, Band X EMRK, 4 Aufl., 2012, Art. 6 Rn. 175 ff.

由以上說明可知，德國刑事訴訟法係將「審判期日」、「法院宣判」以及「羈押與否」等做密切連結，配合被告原則上均需出庭之義務，課以法院必須確保報告到庭聆判之義務，除少數例外被告得不到庭外，被告未到庭聆判即代表審判期日尚未終結，因此，在訴訟程序中，法院必須時時注意被告是否有逃亡或其他規避審判之情事。在實務上，由於被告需到庭聆判之規定，法院往往在言詞辯論終結後，立即評議並讓被告在場時宣判，以達審理集中以及直接審理原則之貫徹。此外，既然被告已經到庭聆判，則是否有實施或繼續羈押的必要，往往隨著判決結果做成而立刻發生變化，故法律要求法官於此時點亦要對此做出決定，同時聽取檢察官以及被告對是否構成羈押或延長羈押事由的意見，較不容易發生被告於判決前或判決宣示以後，即行逃亡的情況。

在實務上，著名的辯護人手冊中，亦強調在法院宣判前後時段，辯護人的功能亦非常重要。依據第 260 條第 1 項之規定，宣判屬於審判程序之一環，在宣判之前，由法官宣布的「法庭休息（Sitzungspause）」期間，辯護人必須對其委任人全力投入並討論審判程序的過程。辯護人可向被告解釋目前由檢察官聲請法院進行之措施，例如剝奪汽車駕照等，並且討論由此而生之法律效果。無論如何，辯護人不可使被告單獨在場，因為被告通常是心情煩躁的，需要辯護人的鼓勵、安慰與諮詢²⁵。因此，法庭宣判絕對不是僅僅將法院判決結果揭示於外的簡單程序而已。

此外，雖然法律規定法院可在審理結束後最遲至 11 日方為宣判（第 268 條第 3 項），但實務上，德文字有「椅子判決（Stuhlurteil）」一詞，意指法官在言詞辯論終結後，即直接宣判（同一天內），不需要另定一宣判期日。此一詞的最早來源在於，法官繼續坐在椅子上，考慮判決內容後即可以宣判，訴訟當事人不可以離開審判庭。所有類型之法院均可能有椅子判決，刑事判決尤為常見。按此，法院宣判時所有法定具有在場義務者，必須在場（辯護人及被告之在場義務）²⁶

2 我國規定－「審判期日」、「被告到庭聆判」以及「羈押決定」分割適用？

²⁵ Burhoff, Handbuch fuer die strafrechtliche Hauptverhandlung, 8 Aufl., 2016, Rn. 2763.

²⁶ Burhoff, Handbuch fuer die strafrechtliche Hauptverhandlung, 8 Aufl., 2016, Rn. 2766.

相較德國，我國對此的立法與實務，似有很大之不同。我國刑事訴訟法第 225 條第 1 項雖規定宣示判決，應朗讀主文，說明其意義，並告以理由之要旨，大致似乎與德國規定相同，也代表著對於判決宣示之尊重以及口頭告知被告判決內容之義務。但由於配套規定的不足，甚至是刑事訴訟法內有相異之規定，以致所謂的宣示判決，變成在實務上並非審判程序中重要的部分，甚至淪為可有可無之程序。實務上，未遭羈押之被告，可說大部分都不會到庭聆判，過去許多法官也樂的省略此一程序，而被告一旦得知遭判較重之刑，也難免會想逃亡，或增加其逃亡之可能。

宣示判決變成無足輕重之主要原因，似乎法律是將「審判期日」與「宣示判決」區分，以及宣示判決不屬於審判期日之部分²⁷！因此，雖然第 281 規定，審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判。此規定揭示了被告原則於審判期日到庭之權利與義務。另於第 285 條規定審判期日，以朗讀案由為始。但審判期日何時結束？法條卻沒有明定。事實上，從其他條文規定，主要是第 284 條「第三十一條第一項所定之案件無辯護人到庭者，不得審判。但宣示判決，不在此限。」、312 條「宣示判決，被告雖不在庭亦應為之」以及第 313 條「宣示判決，不以參與審判之推事為限」等綜合來看，無論是自由遭剝奪之被告或是自由之被告，似乎均沒有到庭聆判之義務，而被告也常不到庭聆判，甚至少數案件法官提被告來聆判，也遭受批評²⁸，以致常有法官是對「空氣」宣判之譏！對司法之不尊重以及形式化傾向，莫此為甚！也讓第 225 條第 1 項「宣示判決，應朗讀主文，說明其意義，並告以理由之要旨」等規定，變成主要應為審判對象之被告，居然可以對之不聽不聞，根本架空本項之意義。甚至，本法第 313 條「宣示判決，不以參與審判之推事為限」之錯誤規定，更將本應莊嚴、慎重之法院宣判，淪為可任由根本沒有參與審判以及評議之法官，對根本不相干、沒有參與審判之案件彷彿讀稿機一般照稿朗讀，毫無司

²⁷ 學說上有認為，宣示判決係將已經成立之判決對外發表，初無必令被告到庭之必要，故本法規定被告雖不在庭，亦應為之。然此項規定非謂無須傳喚被告到庭，既為審判程序之一部，自當仍予傳喚獲為第 72 條之告知，僅被告不到庭尚不影響宣示判決程序之進行而已。見林永謀，刑事訴訟法釋論（改訂版）中冊，2010 年，頁 500。

²⁸ 有論者謂「……簡言之，沒有親耳聽到判決不會有害當事人，聽判只是當事人的「權利」，從來就不是「義務」！」

法之生命可言。本文認為，在目前法律規定下，第 312 條「宣示判決，被告雖不在庭亦應為之」之解釋，不能僅從本條之文義為主，認為本來就不需被告到庭即可宣判，甚至被告對此有選擇自由，亦即選擇到庭聽判與否之權利！而應從「被告到庭聆判不僅是權利，亦是義務」、「法院宣判對司法莊嚴性之意義」，以及「防止遭判重刑被告逃亡」等角度而再做根本性思考。因此，本文認為，第 312 條之被告雖不在庭亦應宣判之規定，應不能僅從文義考慮，而應如同其他條文被所稱告於例外情況始得「不待其到庭，逕行判決」般，強化被告之到庭義務，限縮於此些法定被告不到庭亦可審理、判決之例外狀況方可²⁹，亦即有「不待其到庭」、「不待其陳述」或「不經言詞辯論」亦可判決者（例如許被告用代理人之案件、被告因心神喪失或疾病不能到庭而顯有諭知無罪或免刑之判決、法院認為應科拘役、罰金或應諭知免刑或無罪等而被告經合法傳喚無正當理由不到庭或僅諭知刑事判決者），法院方得依據第 312 條於被告不在庭時宣示判決。惟長遠考慮，還是透過修法，將法院宣示判決列入審判程序之一環，並以此作為審判期日之終點，才能真正解決被告有權利及義務到庭聆判之問題。

被告往往不到庭聆判的問題除如上述之外，此一實務操作的結果，讓法院宣判似乎亦與被告羈押與否之決定脫節，刑事訴訟法第 108 條第 1 項前段規定，羈押被告，偵查中不得逾二月，審判中不得逾三月。但有繼續羈押之必要者，得於期間未滿前，經法院依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後，以裁定延長之。另同條第 5 項規定，延長羈押期間，偵查中不得逾二月，以延長一次為限。審判中每次不得逾二月，如所犯最重本刑為十年以下有期徒刑以下之刑者，第一審、第二審以三次為限，第三審以一次為限。但法律雖規定法院一段又一段之羈押決定或延長羈押決定，主要在檢察官起訴時以及審理程序進行中，似乎與判決宣示沒有什麼關連！簡言之，按照現行實務，宣判時被告大多不到庭，這時隨著宣判產生的

²⁹ 目的性限縮（Die teleologische Reduktion）係指「依照法律之文義，會將規範目的未包含之生活事實涵攝入內」，造成與法律目的相對立之現象，因此，法條之意義必須依據明示的法律規範意義限縮，因為立法者在當初立法使用文字時，疏忽了「必要之限縮」或是「例外條款」，而由適用法律者加以補充。

程序變化，例如被告因宣判重刑以致逃亡可能性增高之因素，在法院宣判時點似無法將之充分考慮入內！對於未到庭之自由的被告，即便法院判決重刑，以致可認其逃亡脫免服刑之機率升高，但法院對此在宣示判決時，並不是必須考慮因素而需於判決時一併處理。故實務上，因其沒有聆判義務，故被告多半選擇不到庭，而由其辯護人或委託之第三人到庭聆判，一旦發現遭宣判是重刑，即有逃亡之可能！對此種被告未予順利羈押，而是啟動所謂「防逃機制」，不僅效果甚微，更有捨本逐末之疑！

實行「審判期日」、「被告到庭聆判」以及「羈押決定」三位一體的程序，對於刑事訴訟原則之貫徹亦有重要意義，亦即，法官於言詞辯論終結時，應本著迄今言詞辯論終結結果，亦即歷經於法庭上舉辦之各項證據調查及事實上與法律上辯論完畢後，獲取「直接審理」及「言詞審理」之深刻印象後當場或稍後即行宣判，此亦為這些訴訟原則的貫徹。而不是隔了一段時間後，直接法庭印象已經日益模糊，各項舉證及證據調查的直接性也日益淡薄，反而是而根據各項間接的書類及筆錄而做成判決。尤其在我國勢必引進人民參與審判後，不論其係採何種制度，人民必須更深入的介入審判程序以及判決做成，應無疑義！此時更不可能在辯論終結後，經過一段不短的時間後，再將召集參與人民進行判決評議！

伍、被告上訴二審案件無正當理由不到時，應得逕行駁回上訴

德國事實審上訴審法院（Berufung）主導訴訟程序，必須依據證據調查之結果以及自由心證而自我負責的做出判決。因此，在訴訟程序所支配之原則，主要如言詞辯論、公開以及直接審理原則等，於上訴審程序原則上亦適用之。法律規定在上訴審審級原則上禁止被告缺席程序，因此，下級審在被告出庭的情況下所為之判決，理論上應被上訴審維持，故第 329 條第 1 項規定法院應駁回上訴。此考慮在於，上訴人於審理程序開始後不到庭，即代表他放棄上訴，亦即放棄對於下級審判決再進行一次實質審查的機會。當然，此一規定付出的代價在於，一審的錯誤判決，可能

第 72 屆司法節學術研討會

於上訴審因為被告無正當理由不到庭遭駁回而發生確定力。此外，基於訴訟經濟以及迅速之目的，不允許被告在不在場之情況下，藉此拖延訴訟。因此，德國刑事訴訟法規定，被告於上訴審親自到庭不僅是權利，同時也是義務，被告上訴之案件，如果被告逃亡，亦即無正當理由不到庭，則法院應逕行駁回上訴³⁰。

我國現行刑事程序第二審是採覆審制，亦即第二審須就合法上訴之部分，從新調查被告有利或不利之證據，而為事實上之審認，不得專就第一審卷宗所具之資料，未經調查程序而為判決³¹。由於係完全重複之審理，關於事實之認定、法律之適用與刑之量定，與第一審同其職權³²。雖是完全之事實審，但被告似無到庭義務，我國刑事訴訟法第 371 條規定，被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決。其目的在於防止被告藉由提起上訴又不到庭之方式，來拖延訴訟之進行³³。理論上，如果被告是有意拖延，當以駁回上訴可最快終結訴訟。

既是事實審，當以直接、言詞及公開審理為重心，無正當之理由之被告不到庭參與審判，雖然還是要從新調查被告有利或不利之證據，亦即「但仍須開庭經過調查證據，與到庭檢察官或自訴人一造之辯論終結程序為之，非謂不待被告陳述即可逕用書面審理」，但訴訟當事人之被告不在，以上之訴訟原則於此情形幾乎等於名存實亡，顯有不當。且按此規定，非在押之被告於一審辯論終結後，如果預期會被判重刑，則可以選擇逃亡以因應，待宣判後判決書送達，仍可依法提起上訴！雖然他屆時應不會出庭訴訟，但一來上訴免費，二來其上訴有「不利益變更禁止」原則之保護³⁴，大可碰碰運氣，看二審是否會判的較輕而坐享利益³⁵！如仍遭重判，尚可提起第三審上訴後繼續拖延，而第 389 條規定第三審法院之判決，不經言詞辯論為之，被告原則上亦無到場義務，可讓程序繼續進行。如運氣好遭撤銷發回更審，

³⁰ Radtke-Hohmann, StPO-Kommentar, 2011, § 329 Rn. 3 ff.

³¹ 最高法院 30 年上字第 1380 號判例。

³² 林永謀，刑事訴訟法釋論（改訂版）下冊，2007，頁 44 以下。

³³ 林鈺雄，刑事訴訟法下冊（各論編），2013.9，頁 345。

³⁴ 刑事訴訟法第 370 條前段：由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。。

³⁵ 根據實務統計，高等法院通緝刑事被告的比例極低（僅佔所有被告僅有 0.05% 至 0.11%），可見在被告已逃亡的情況下，法院大多選擇不待其陳述逕行判決。

以上戲碼將再演一遍。形成被告逍遙法外，而訴訟仍在進行可寄望翻盤的怪異現象，嚴重破壞司法尊嚴。

除極少數之案件外，現行高院為刑事第二審，被告不服地方法院之第一審有罪判決而之提起上訴救濟，此固為憲法第十六條訴訟權內保障之「人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。」惟被告提起上訴後，如無正當理由不到庭，應可認為被告事實上已經放棄上訴之權利，應修法為上訴審法院得逕行駁回上訴，較為妥當。

陸、檢察官於審判中不可以聲請羈押被告？－「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項的疑慮

我國刑事訴訟法向來係嚴格區分「偵查－檢察官；審判－法官」之階段，頗有各人自掃門前雪，井水不犯河水的味道。在釋字第 392 號做出之前，偵查中檢察官甚至擁有包括羈押被告在內之所有強制處分權，此不僅違反憲法，嚴重侵害人權，也與世界主要法治先進國家大相逕庭。對照起來，今日許多偵查中強制處分需得到法官之同意方得實施，甚至被認為是憲法正當法律程序之要求，足見固有思維未必能與時俱進，或是不容挑戰。同樣的，審判屬於法官職權，除其核心範圍外，是否均讓法院一手包攬，職權決定？恐怕亦甚有問題。除了法定當事人可聲請之事項外（例如聲請調查證據、聲請法官迴避等），其他「法無明定」之事項，是否就可逕行解釋為純屬法院職權，當事人毫無插手餘地？「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項規定，就是一個很好的例子。

一 本項規定違反法官獨立審判以及司法行政監督權

刑事訴訟法第 93 條第 2 項規定，偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之。

在偵查中，檢察官固然依據法律有此一權限，但在審判階段，檢察官有無聲請法院羈押被告之權限？刑事訴訟法內無明文規定，僅在司法院頒「法院辦理刑事訴

第 72 屆司法節學術研討會

訟案件應行注意事項」第五十四項有：「檢察官僅於偵查中始得聲請羈押、延長羈押、撤銷羈押或停止羈押。在審判中，並無為上揭各項處分之聲請權，其提出聲請者，應以聲請為不合法，予以駁回」之規定，按此，否決了檢察官在審判中有聲請羈押、延長羈押、撤銷羈押或停止羈押等各項處分之聲請權，提出聲請者，本規定明定應以聲請為不合法，予以駁回。這裡產生的疑問在於，何以檢察官於審判中並無聲請羈押被告之權限？刑事訴訟法對此並無規定，則此一結論如何產生？在法理上是否可行？「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項之規定，有無僭越法律，干預法官獨立審判之疑慮？

首先，如司法院釋字第 530 號所表示，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權以及司法行政監督之權限，理由在於，憲法第八十條規定法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉，明文揭示法官從事審判僅受法律之拘束，不受其他任何形式之干涉；法官之身分或職位不因審判之結果而受影響；法官唯本良知，依據法律獨立行使審判職權。審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，為實現審判獨立，司法機關應有其自主性；本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權；又基於保障人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利，以維護人民之司法受益權，最高司法機關自有司法行政監督之權限。司法自主性與司法行政監督權之行使，均應以維護審判獨立為目標，因是最高司法機關於達成上述司法行政監督之目的範圍內，雖得發布命令，但不得違反首揭審判獨立之原則。因此，雖然憲法明定法官係依據「法律」獨立審判，但並不排除最高司法機關就審理事項有發布規則之權，或為司法行政監督而發布命令，但有其當然之限制。

依現行法制，司法院本於司法行政監督權之行使，頒佈包括「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」在內之諸多「注意事項」和「要點」，為各級法院及分院受理民、刑訴訟事件、非訟事件，就有關職務上之事項，發布命令，依據司法院釋字第 530 號解釋理由書所載，若僅係促其注意，俾業務之執行臻於適法、妥當及具有效率，避免法官因個人之認知有誤，發生偏頗之結果，於未違背法律之規定，對於人

民權利未增加法律所無之限制範圍內，與憲法方無牴觸。各該命令究竟有無違背本解釋意旨，應隨時檢討修正，以維審判獨立之原則。論者有認為此違反法律保留原則者³⁶。其次是，司法院係本於司法行政監督權之行使而頒佈，但事實上，有許多內容，恐怕已經超出「司法行政監督」範疇，而是進入法律見解之判斷，例如司法院頒「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項規定：「檢察官僅於偵查中始得聲請羈押、延長羈押、撤銷羈押或停止羈押。在審判中，並無為上揭各項處分之聲請權，其提出聲請者，應以聲請為不合法，予以駁回」等於已經指導法官對此類案件「其提出聲請者，應以聲請為不合法，予以駁回」之法律效果！此與釋字第530號所稱「司法院本於司法行政監督權之行使所發布之各注意事項及實施要點等，亦不得有違審判獨立之原則。」恐已有違。

二 實務見解－最高法院九十六年度台抗字第五九三號裁定

在司法實務上，前述「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項亦為實務所遵循。以最高法院九十六年度台抗字第五九三號裁定為例，本案檢察官係以「本件被告丙○○、甲○○、乙○○三人因強盜殺人案件，經原審法院判決有罪，犯罪事證明確，顯非僅係犯罪嫌疑重大而已，且本件係強制上訴案件，第三審法院會為如何之判決，雖無從預料，苟經判決上訴駁回，則立即應執行死刑，以現在被告等未予羈押、限制出境及為其他必要之強制處分情形，屆時顯難進行刑事执行程序，為免被告等逃逸，徒增將來執行之困難，爰聲請對被告等羈押、限制出境及其他適當之強制處分云云」，聲請法院對被告為強制處分。然經原審審認結果，被告等所犯強盜殺人罪，雖經原審法院於民國九十六年六月二十九日，再審後之更(一)審判決，改判死刑，固有刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款所定重罪之情形，然被告等於審理期間均按時到庭接受審判，且無違反先前之限制住居處分，以被告等生活舉

³⁶ 司法院所發布之現行各種要點、注意事項等行政內規，眾多攸關人民權利義務之訴訟程序與強制處分等規定，卻僅以職權命令中之內規型態出之，欠缺民主正當性與程序保障，不但易受內部本位主義影響，外界無從參與及監督；此類司法行政體系之內規多無救濟途徑，容易造成內部監督機制形同虛設及規避監察權之監督，對人民權利應有之保障顯然過於薄弱。見黃越欽大法官於該號之不同意見書。

動備受媒體矚目，亦難有隱匿之可能，衡之比例原則，既有限制住居處分，對將來審判、執行之進行尚無妨礙，並無羈押之必要。檢察官未考慮及此，僅以被告等經判決有罪為由，逕謂被告等應予羈押，尚難謂合，其聲請為無理由，遂裁定駁回檢察官之聲請。

本案經抗告至最高法院，最高法院於本裁定內認為，本件檢察官於審判中向原審法院聲請羈押被告等，原審既認為無羈押之必要（即無依職權發動之必要），則其聲請自屬不合法，原審不察，誤以無理由予以駁回，即有未合。抗告意旨雖未指摘及此，惟原裁定既有違誤，仍應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官之聲請。其主要理由為：

1. 依刑事訴訟法規定，檢察官限於對偵查中之被告，始有向法院聲請羈押或再執行羈押之權。至於案件經起訴後，已移由法院審理，有無羈押被告之必要，應由法院依職權決定，刑事訴訟法並無檢察官得於審判中聲請羈押被告之明文，縱為聲請，亦僅在於促使法院依職權發動而已。檢察官於審判中。無聲請羈押被告之權。
2. 司法院頒「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項規定：「檢察官僅於偵查中始得聲請羈押、延長羈押、撤銷羈押或停止羈押。在審判中，並無為上揭各項處分之聲請權，其提出聲請者，應以聲請為不合法，予以駁回」，亦同此見解。

三 檢察官於審判中沒有聲請羈押被告之權限？

「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項之所以認為檢察官審判中無相關羈押聲請權，係以刑事訴訟法第 93 條第 2 項、第 107 條第 2 項、第 108 條第 1 項、第 110 條第 2 項及第 117 條第 2 項規定之反面解釋得出。分析這幾個條文的規定，其中第 93 條第 2 項、第 108 條第 1 項及第 117 條第 2 項係規定偵查中羈押、延長羈押及停止羈押後再執行羈押等，應由檢察官向法院聲請；至於第 107 條第 2 項則規定檢察官於偵查中得為撤銷羈押之聲請；第 110 條第 2 項係規定檢察官於偵查中得聲請法院命被告具保停止羈押。惟探究前開相關檢察官偵查中有聲請權的各項規定，原因即在於偵查中尚無所謂訴訟中三角關係以及當事人兩造地位形成，而

我國刑事訴訟法中偵查主體係檢察官，法院本居於被動之不告不理原則，因此，如何啟動法院行為，亦即何人有權發動法院之作爲，必須明文加以規範，且惟有透過有權聲請者的發動，法院才可以介入，除非法有明文，否則法院不得依職權就偵查中的案件，爲一定之訴訟行為。此係我國偵查中結構以及院檢角色安排所致。

但以偵查中僅有檢察官得向法院聲請各種羈押事由之現行規定，得否逕行導論出，檢察官於審判中不得向法院聲請羈押被告？亦即運用「反面解釋」之方法，得到這樣之結論？恐有疑問。按反面解釋(*der umkehrschluss; argumentum e contrario*)在法律解釋上係屬於漏洞填補的方法之一，恰與類推解釋相反，係指「由未做規定」可以得知，立法者對此係「有意的」保持沈默，因爲立法者認爲對此已經不需規定³⁷。按此，在解釋時是否可以援引反面解釋，原則上需確認，是否立法者係就可窮盡列舉的事項，選擇僅就「正面」或「反面」加以規定。以最近聲請大法官釋憲的偵查中遭羈押被告之辯護人有無接觸相關卷證爲例，刑事訴訟法第33條第1項固規定「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」但能否由此反面推論，認爲辯護人於偵查中就絕對無接觸卷證之權利，尤其是對於被告遭聲押或羈押中之案件，實務向來採否定說，認爲法律只明定辯護人於審判中有閱卷權，當然反面解釋就是辯護人於偵查中沒有接觸卷證的機會，此看法有很大之違憲或違反國際人權公約的疑問³⁸。

對於檢察官可否聲請法院羈押被告一事，法律固規定偵查中檢察官有向法院聲請被告羈押之權，但這是否屬於立法者對此已經窮盡之列舉，亦即立法者已經在現有刑事訴訟法內已經「規定完畢」，除此以外，檢察官再也沒有任何聲請權，故對於

³⁷ Ruethers, *Rechtstheorie*, 1999, S. 494, Rn. 899.

³⁸ 對此，司法院釋字第737號已認爲：「本於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由……。刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」同法第一百零一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴訟法妥爲規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。」

審判中檢察官之聲押為「有意的沈默」，亦即允許反面推論檢察官在審判中無羈押聲請權，似有疑義。

首先，此一看法顯然與我國刑事訴訟訴訟的基本法理違背，特別是在採所謂改良式當事人進行的制度，當事人既為訴訟上之主體，原則上法院之審理作為，都應該是透過當事人的聲請而發動，盡量減少依職權發動之狀況，且應該係限於法有明文時，方得依職權為之，否則法院中立的立場，將受到質疑。以調查證據為例，對現行法最高法院實務均認為「法院於當事人主導之證據調查完畢後，認事實仍未臻明白，為發現真實，仍「得」就當事人未聲請部分，依職權為補充、輔佐性之調查。」亦即證據調查係以當事人主導為主，當事人未聲請之部分，法院依職權調查僅是為補充、輔佐性而已。既然法院於審判中之證據調查部分已經是退居到補充、輔佐性之調查，甚至一〇一年度第二次刑事庭會議認為「刑事訴訟法第一百六十三條第二項但書所指法院應依職權調查之『公平正義之維護』事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限」之決議，復大幅限縮法院「應」調查之範圍！則對於審判中羈押被告與否，法院仍然全面職權式的全包式認定，是否妥適，自有疑問。

又按羈押係為保全國家犯罪追訴權的手段，所謂保全國家追訴權，除確保偵、審程序的進行外，尚包括判決確定後的執行，檢察官做為犯罪追訴的主體，在刑事訴訟程序中，理應在任何階段都有為防止被告逃避追訴執行，而向法院聲請羈押的權限³⁹。以德國實務為例，因宣判重刑而形成新的羈押事由，法院於宣判後當庭諭知收押被告者，一般稱為當庭收押(Saalverhaftung)⁴⁰，此通常是辯護人方最不希望遭遇的棘手狀況。在訴訟上，如果蒞庭檢察官對案件甚有把握，並希望達到一定之訴訟效果時，也有在論告時，即一併聲請法院羈押被告。

此外，羈押做為審判中法院的訴訟行為之一，本件的理由結構，也產生下面幾個疑點：必須要法律明定，訴訟中的當事人才具有對法院一定訴訟行為的聲請權嗎？縱認檢察官對羈押無聲請權，對於檢察官提出羈押被告之聲請，法院僅能以不合法

³⁹ Vgl. Vordermayer/v.Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Handbuch für den Staatsanwalt, 2000, S.728.

⁴⁰ Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, 3.Auf. 2001, S.280.

駁回之嗎？這樣的職權獨攬式看法，恐怕連採職權主義進行的德國制度亦瞠目結舌。德國法對於羈押之決定，德國刑事訴訟法第 125 條定有管轄規定，其第一項規定，案件起訴前，羈押必須經由檢察官之聲請由區法院法官決定之；同條第二項則規定，提起公訴後，由承審案件之法院決定是否羈押被告，但如有緊急狀況，審判長亦得為羈押之決定。這個條文的規範意旨，除明定偵查中僅檢察官有羈押之聲請權外，主要在於羈押法院管轄之確定，即偵查中為區法院，審判中為本案之承審法院，惟審判中有緊急狀況，審判長亦得自行為之，不待合議庭決定。除此之外，德國刑事訴訟法亦如我國刑事訴訟法一樣，並未對審判中羈押之聲請有所規定。按德國刑事審判制度，係採職權主義，審判之進行與證據之調查，原則上法院應依職權為之，但是當事人仍享有各種訴訟行為之聲請權，如聲請調查證據、聲請定審判期日等等，並不待法律逐項明定，而檢察官於審判中、判決後，只要發生被告有羈押之必要時，均得向法院提出羈押之聲請⁴¹。特別就羈押被告而言，雖然上述德國刑事訴訟法第 125 條第 2 項規定，緊急狀況下審判長也得就是否羈押被告為決定，惟若係由檢察官提出羈押聲請者，審判長認為無羈押必要時，尚不得逕駁回檢察官之聲請，而必須由合議庭裁定是否駁回檢察官羈押之聲請，一方面就駁回羈押聲請之決定，本質上並無所謂急迫性；一方面也顯示由檢察官提出之聲請，乃正式對法院之請求，必須由法院以裁定復之。

相對於德國刑事訴訟法，我國刑事訴訟法係採當事人進行為原則，按此法理，是否羈押被告，法院原則上僅得依聲請為之，職權為之應屬例外，原裁定於理由中雖說明「至於案件經起訴後，已移由法院審理，有無羈押被告之必要，應由法院依職權決定」，但接著卻認為，「刑事訴訟法並無檢察官得於審判中聲請羈押被告之明文，縱為聲請，亦僅在於促使法院依職權發動而已。檢察官於審判中既無聲請羈押被告之權，倘提出聲請，除法院亦認有羈押之必要，無庸再為無益之駁回者外，應認其聲請為不合法。」惟結論竟直接跳躍至檢察官無聲請權，實令人不解。

⁴¹ Vgl. Vordermayer/v.Heintschel-Heinegg, a.a.O. S.728.

柒、結論

被告於法院判處其重刑前或之後逃亡，不但造成國家刑罰權無法有效實現，更是對司法威信嚴重之打擊，認為司法遇到權貴就低頭尤其我國在外交及國際處境上相當艱難，與多數主要國家均無邦交，被告逃亡至國外後，往往無法循刑事司法互助途徑將之引渡回國接受刑罰！故有效防止被告逃亡，不僅是偵查中，亦是審判中以及判刑確定後必須認真嚴肅面對之問題。根據統計，在民國 102 至 104 年間，確定判決為「五年以下、七年未滿」而需通緝到案者，高達 21.4%，「三年以上、五年未滿」的，高達 20.5%，而刑期高達逾十五年者，亦有 13.2%，遭受重刑被告逃亡比例之高，令人訝異。媒體刊登的大咖逃亡，只是冰山一角而已，真實數字如果報導出來，司法信賴度恐怕要再跌 10%。

誠如釋字第 392 號解釋文所言，「司法權之一之刑事訴訟、即刑事司法之裁判，係以實現國家刑罰權為目的之司法程序，其審判乃以追訴而開始，追訴必須實施偵查，迨判決確定，尚須執行始能實現裁判之內容。是以此等程序悉與審判、處罰具有不可分離之關係，亦即偵查、訴追、審判、刑之執行均屬刑事司法之過程，……」另聯合國反貪腐公約第 30 條要求「顧及在必要時對本公約所定之犯罪進行有效偵查、起訴和審判程序之可能性」以及釋放被告之條件，必須「考量確保被告在其後刑事訴訟程序中出庭之需要」，足見有效之刑事司法要求亦為國際公約所重視。被告一旦逃亡，損害的是司法整體形象以及國民對於司法之信賴，不是院檢相互指責後，即可以把責任推卸乾淨⁴²！當然，防止被告逃亡的機制甚多，未必均要將被告羈押方可，況在人權保障的要求下，也不可能將所有遭到有罪判決之被告均予羈押！但在有效刑事司法的考慮下，羈押作為防止被告逃亡之機制，應該放在應有的天平位置考慮！過去我國對於羈押的問題，較偏重於偵查中羈押被告的部分，尤其是以釋字第 392 號以及其後之修法為要。對於審判中之羈押，重大之修正僅有刑事妥速審判法第 5 條對於羈押期間之限制，至於整體審判中羈押制度的建制以及有效確保到

⁴² 貪檢井天博落跑 院檢互批卸責，自由時報，2015-12-24

場及防逃，則較少受到注意。值政府力倡司法改革之時，加強確保被告到場及有效防逃，實屬刻不容緩的急迫問題。

人民為何不信賴司法？為何司法沒有尊嚴？原因很多，但軟弱的司法，人民可以輕忽的司法，視司法為無物等，絕對是主因之一。本文借鏡德國之立法例與實務，以防止被告逃亡為出發點，強調「保全羈押」之重要與立法必要，並將審判中羈押建議結合「被告原則應到庭聆判」、「宣判時同時決定羈押被告問題」、「被告逃亡失權」以及「檢察官於審判中亦應享有聲請羈押被告之權限」等相關配套，期能做一整體性的「有效防逃」考慮，重振司法威信！並對我國刑事審判制度若干不合理處提出建議，拋磚引玉，希望有識之士不吝指教！

第 72 屆司法節學術研討會

〔第一場〕

會 議 紀 錄

第 72 屆司法節學術研討會 第一場會議紀錄

時間：106 年 1 月 11 日（星期三）上午 9 時 30 分

地點：國家圖書館國際會議廳

主題：重建司法公信-以『保全羈押制度』為中心

主持人：陳政務次長明堂

報告人：楊教授雲驊

與談人：張副教授明偉、林教授裕順

陳政務次長明堂(主持人)：

邱部長、顏檢察總長、蔡理事長、各位院檢首長、國內外律師同道及在座嘉賓，大家早安！今年的研討會是由法務部、司法院及中華民國律師公會全國聯合會首度合辦，十分榮幸！

今日第一場由楊雲驊教授、林裕順教授、張明偉副教授分別擔任報告人及與談人，楊雲驊教授為德國圖賓根大學法學博士，目前任教於國立政治大學法律系，林裕順教授是日本國立一橋大學法學博士，現任教於中央警察大學刑事警察學系，張明偉副教授是美國金門大學法學院博士，目前任教於輔仁大學學士後法律學系。第一場主題為「重建司法公信-以『保全羈押制度』為中心」，係目前司法改革極為重要之議題，希望能傾聽大家之意見，待報告及與談之後將開放提問，讓各位能請教 3 位專家，在此感謝各位之蒞臨，謝謝！

第 72 屆司法節學術研討會

楊教授雲驊(報告人)：

請詳會議論文。

陳政務次長明堂(主持人)：

感謝楊教授在理論與實務面之精闢開示，在此聲明以上論點絕非法務部或檢察總長之指示，本研討會絕對秉持學術良知，我們亦捍衛楊教授的學術自由，接著請林教授與談。

林教授裕順(與談人)：

個人從日本法觀點看此議題，先以日本法庭宣判作為開場，舉一日本電影-「鹹豬手事件簿」-與大家分享，導演從日本車廂內性騷擾案件取材，雖是商業電影，但相當受到好評，並獲得日本金像獎多項提名，其中有相當多值得探討的部分，這位導演亦成為日本司法改革大將。故事的啓示諸如：宣判時，承審法官、檢察官、被告均有到庭，法官請被告至檯前，跟被告說明係基於何理由判定此罪及科以刑度；而審判正確與否，其實被告最清楚，當法官下判斷時，被告也在評價法官，法官從主文開始宣告再說明理由（死刑宣告，反之），法官不僅是面對被告，更面對被告後面的旁聽席，甚至旁聽席後面所代表之整個社會，法官必須解釋為何如此裁判，因此這是法官與民眾直接溝通，專家說服素人之關鍵時刻。

日本憲法規範宣判是法官之義務，而知道法官如何裁判及判決理由是人民之權利，故法律規定宣判應於公開法庭為之。告知聽聞亦屬憲法上權利，重要的是聽審（知道起訴罪名）與聽判（了解判決結果），對於涉案當事人而言，最重要者必定是知道有何指控、由何程序確認此事以及裁判理由，因此要求被告於整個審判期日皆須到場。

審判程序是一連串程序之起、承、轉、合，所謂「起」係從起訴書開始，歷經開審程序之被告到庭說明立場及認罪與否、證據調查程序、論告辯論程序至判決宣

告程序，皆需被告參與，更重要的是法官宣判時，被告可以當場聆聽其在前面程序之主張與證據調查，法官採信哪些、不採哪些，在此逐一檢驗方能確認如何上訴救濟，故被告到庭才能確保審判期日的完整，應避免被告於審判中不到，否則亦無法落實直接審理、言詞審理。

各位對於一般民眾對目前臺灣司法之評價或信賴度，或許感到很不服氣，我國從 1999 年李登輝前總統時代起推動司法改革，迄今單就刑事訴訟法已修正過 26 次，從憲法可觀察一個國家之人權保障或文化水準，刑事訴訟程序則是憲法之應用且為憲法之重要表徵，而我國刑事訴訟法修正 26 次仍遭批評，顯見多為貼膏藥式之修法，十分可惜，因此修法勿只看片段，應著眼整體制度。

參照司法院所提刑事訴訟法修正草案第 312 條規定（105 年 10 月版本）：「審判期日，以宣示判決為終結。但被告雖不在庭亦應為之。」、「非羈押中之被告經諭知死刑、無期徒刑，或逾二年以上有期徒刑者，應依職權重新審查第一百零一條第一項第三款被告有無逃亡之虞，而應予羈押必要性。」、「被告於宣判時未到庭者，得逕為拘提並限制出境、出海。」，簡言之，此邏輯是對個案判決確定後發生逃亡情事所做的補釘式修法，原則上仍未要求被告到庭聽判，但各位試想人性之軟弱，若被判決有罪，這名被告於審判程序中一直未參與審判，難道會等到判決確定才開始逃亡？這是絕不可能的事。

所以，修法上應從一般人之法感情或生活經驗做思考，當判決無罪時，被告由原審法院羈押者，視為撤銷羈押，但若為重罪及重判時，我國刑事訴訟法竟無明文規定保全被告之措施，且因強調無罪推定原則，常面臨法定刑是重罪又被重判的情形亦難以將被告收押，個人覺得這相當有問題，試想案件宣告有罪，係事實審法院，經當事人雙方交手攻擊防禦，並依據嚴格證明法則檢驗，藉由具證據能力之證據，經法定調查程序方法，得出超越合理懷疑的心證，因此法院「有罪宣告」時點，被告不能等同無罪之人，怎麼會判決有罪之後，又受制於無罪推定的思考而不能羈押被告，此於理解上是有問題的，故二者必須脫鉤。

第 72 屆司法節學術研討會

相對從日本法制來看，日本刑事訴訟法第 343 條規定：「處以有期徒刑以上刑罰之判決宣告時，保釋或停止羈押處分喪失效力。於此情形，以未重新為保釋或停止羈押之裁定者為限，準用第 98 條之規定。」，蓋羈押被告原則上有「具保權利」（所謂「權利保釋」原則），但若經宣告有罪，基於人性避惡心態，其逃亡動機應會提高增強，為能確保後續刑罰執行，判決有罪宣告重刑之被告，即以當庭羈押，這在日本法制或審判實務運作上皆訂有標準流程。

簡言之，當務之急必須解決審判中被告不到庭或逃亡之情事，無論是開審程序、證據調查程序或審判程序，皆有被告關鍵性角色，若被告不到庭則代表何意？可以解讀成被告不想面對，不想面對什麼？可能很多人在準備逃亡以逃避審判，不願意將案件弄清楚，這對司法將是極大傷害。因此，我的結論是-審判法庭內不該留白-在審判過程中審、檢、辯三方以及被告均須到庭，審判程序方能無縫接軌，程序上憲法保障被告的參與，但可以想見有的被告是不願意參與的，所謂審判中羈押、審判中強制處分係為解決問題，因為人民需要知道真相，人民需要看到司法講述何謂社會公平正義，報告到此，謝謝！

張副教授明偉(與談人)：

針對楊教授之報告，我主要以美國法制發展為參考對象，再就我國羈押法制疑義提出個人看法。

首先，美國刑事法制與我國之不同點在於—美國刑事執行是由法官負責，基本上美國檢察官不介入刑事執程序，所以在美國刑事被告若被判有罪，法官原則上須作出直接指揮執行之決定，除了一些例外情形法官會允許其緩期執行或等候執行，否則一旦法官做出有罪判決處刑，即使判 8 個月或 1 年被告亦須當庭發監執行，於此種法制前提下，實務上並不存在我國這種由檢察官負責防止被告逃亡之需求，此為兩國最大差異所在。

至於案件審理中之防逃需求，在美國 1966 年所謂羈押防逃法案改革以前，一般推定於憲法第八修正案保障下被告有接受交保之權利，除非檢察官能證明被告有逃

亡之虞，否則一旦被告提出交保，法院皆應准許，所以在 1966 年以前的制度是以交保為原則。然而這麼多人獲得保釋，警察並沒有這麼多，找不到人怎麼辦，因而形成賞金獵人制度，乃透過民間力量之結合，使這些交保出去之嫌犯可於審判中到庭受審，或於其逃亡後藉由民間力量之參與將之緝捕到案，此為其制度特殊之處。雖有此賞金獵人制度，但美國於 1970 至 1980 年代發現當初聯邦保釋制度過於寬鬆，因為僅將逃亡之虞列為羈押事由，而未考量被告是否具有社會危害性，因此，1984 年制定聯邦羈押交保改革法案，除了逃亡之可能以外，將被告本身之危險性、所涉犯罪本質及前科紀錄等亦列為審判過程中是否羈押被告之事由。1984 年法案後來被 1990 年之強制羈押法案所修正，因此 1984 年之羈押改革法案最重要的是增加了羈押事由，而原則上於 1984 年以前之立法是由檢察官證明被告有逃亡可能方能予以羈押，但於 1984 年改革法案施行以後，對於是否具有社會危害性則採舉證責任倒置，立法明定特定犯罪類型，被告必須自己證明沒有逃亡疑慮，透過此種方式保障社會安寧。

嗣至 1990 年因暴力與毒品犯罪氾濫，1984 年之改革法案已不足以因應社會發展，因而於 1990 年美國國會通過強制羈押法案，針對特定犯罪，法院原則上應該強制羈押，這些包括暴力犯罪或 10 年以上有期徒刑之恐怖主義犯罪，以及非恐怖主義犯罪但最重本刑可判死刑或無期徒刑之犯罪，還有管制物品法案所規定最重本刑 10 年以上有期徒刑之犯罪，這些犯罪以立法方式推定被告具有社會高度危害性，若檢察官起訴這類犯罪，法官原則上應羈押被告，且於審理過程中，除非被告有生重病等特殊事由否則不能交保，因此於 1990 年強制羈押法案通過之後，關於審前保釋部分，區分為特定重罪與非特定重罪兩種類型，於非特定重罪，被告有交保之可能；但於特定重罪類型，被告不太可能有交保空間，除審前程序以外，有罪判決後至上訴過程中，基於陪審團或職業法官審理過程中皆認為被告有罪，原則上亦認為上訴過程中被告沒有交保權利，僅於特殊情況下，如被告自己證明自己不具有社會危害性，以及被告所提出之上訴理由具有實質重要性，並非為了拖延訴訟而上訴，而是具有事實上或法律上重要性，致可能推翻原判決，發回重新審理或宣告非監禁刑或

第 72 屆司法節學術研討會

者可能宣告之刑度低於被告已受羈押之日數，於此情形下法院方能允許交保，否則只要被告受有罪判決，原則上法院將直接發監執行。

由以上美國強制羈押法案對於羈押制度之修正，可見對於羈押之考量，從過去單純就被告有無逃亡之可能已經擴張至其是否具有社會高度危害性，亦即若被告具有釋放後重複犯罪再度危害社會之高風險，此時認為有羈押之必要。

對此法制修正並非毫無挑戰聲音，最主要的兩個挑戰其一是，於上訴時要求須有實質重要之理由才能交保之規定，是否有違反被告的正當法律程序保障？但此問題在一些聯邦巡迴上訴法院之判決中已被否決，主要理由是認為原審法院或上訴法院均可給予交保決定，雖然原審已判有罪，因而不太可能會認為上訴是有理由，但上訴審法官仍有可能認為被告上訴有理由，故此規定並不必然會導出違憲之結論。再者，美國憲法第八修正案禁止於有罪判決前先刑事處罰被告，因此若於審前羈押被告，將產生是否審判前執行之疑慮，於此議題，聯邦最高法院曾作出裁判認為防止心智缺陷之人對他人生命、自由、財產造成危害之立法，本質上屬於民事監禁(civil commitment)而非刑事處罰，因此等於承認於審判前之特定情形下羈押被告並無違憲之疑慮。當然民事監禁手段不會持續太久，根據統計在美國實務上被告大約只能忍受 400 至 500 天之監禁，因為時間不算太長，所以聯邦最高法院上開見解能得到維持，假設有某案件之審前監禁達 2、3 年，可能會被認定是實質之刑事處罰，而不屬民事監禁之性質。

再探討我國羈押法制存在之疑義與爭議。首先，刑事訴訟法第 154 條第 1 項規定之無罪推定原則，將無罪推定之時點延至有罪判決確定之際，遂有人主張有罪判決確定前之羈押違反無罪推定原則，因此這也許是我國推動羈押法制之重大障礙，然此障礙如係來自立法之誤植或誤解則屬於不必要之障礙，應可透過法制修正解決。其次，我國實務迄今認為案件起訴後，檢察官即失去聲請羈押權限，意味著現行羈押法制仍停留在職權主義架構之下，只有法官能決定於審判中是否羈押被告，無人能促使法官發動，惟現今刑事訴訟朝向改良式當事人進行主義修正，若羈押制度仍留在職權主義架構下，當事人進行主義色彩將大幅降低，另單純由法官作應否

羈押之判斷，對法官公正角色有無影響亦值深思，因為當法官是羈押程序發動者時，被告將如何防禦來自法官之羈押要求，此種程序停留在過去極度糾問式架構之下是否恰當？羈押法制設計應朝向當事人模式或停留在職權模式實應釐清。

另外，我國羈押事由只有刑事訴訟法第 101 條與第 101 條之 1 之規定，是否足以涵蓋如今社會發展所生新型犯罪類型？美國於立法中推定某些犯罪以羈押為原則，另一些犯罪則以交保為原則，因此立法者針對羈押之必要性已於法條中作出決定，在我國則未區分任何犯罪型態，完全交由法官為羈押與否之決定，是否給予法官過大責任？且從權力分立角度來看，此種類型化工作宜由立法者來做，若由法官區分哪些類型之犯罪原則上應羈押或不應羈押，是否恰當亦應思考。

我國刑事訴訟法第 101 條羈押理由並無社會高度危害性之考量在內，對於社會危害性事由僅規定於第 101 條之 1 預防性羈押中，但第 101 條之 1 最大問題在於其無本案可審，僅單純預防再犯他罪，若其已經犯罪當然是有本案存在，但無本案而予以羈押且從頭到尾要求檢察官擔負何時該釋放之責任，恐怕在制度設計上亦有問題。

我國羈押制度產生爭議之另一原因，是實體刑法之相關規範不足或不當，例如對於被告已表明拒不到場時應如何處理並無規定，若無刑事訴訟法第 101 條羈押事由可作判斷，僅能採取拘提，若半夜 12 點拘提到場，於半夜 12 點開延遲審理庭亦不可能，因其有就審期間之保障。另我國刑法第 165 條規定湮滅自己犯罪證據是無罪，湮滅他人犯罪證據才有罪，是相當奇怪之思維，大多數國家均認為無論湮滅自己或他人犯罪證據皆屬於妨害司法罪之型態，故刑法第 165 條之規定已不合時宜。再者，假設允許被告保釋，對於違反保釋規定諸如被告交保後即不到庭，亦無處罰之實體法規範，被告交錢就能不到，若很有錢即一直不到場，此亦為我國羈押制度不健全之原因。

再談我國法制何以不符現代社會需求，我國司法節之由來係從領事裁判權之廢除，清末民初之所以制訂刑律、民律、訴訟律，係因若不制訂這些法律，各國不肯

第 72 屆司法節學術研討會

廢除領事裁判權，所以整體法制西化主要動力在於廢除領事裁判權，但當時現代化司法人員不足，還有縣知事兼理司法之情事，因而於移植國外法制時，在立法上作出若干調整與妥協，例如 1911 年刑事訴訟法草案中所規定之第 348 條辯論終結後，如被告未到庭亦得宣判，第 354 條規定辯論終結後須於 7 日之內宣示判決，此與當時德國刑事訴訟法規定原則上應於辯論終結當日宣示判決，以及日本刑事訴訟法規定應於辯論終結後即時宣判等規定有所出入，故我國現行法制如此規畫係為因應當時司法人力不足現象，而今司法人力已無不足之情形，若制度本身之設計為司法轉型正義能否實現之因素之一，則是否應將過去囿於時空背景所作之法制參照今日社會脈絡再作調整，這點相當值得思考。

我國羈押法制應可再細緻及類型化，其規範密度應再提高，增加一些危害社會公安可作為羈押事由之規定。其次，量刑程序應言詞化與實質化，目前我國審判程序係採改良式當事人進行主義，惟量刑程序仍停留在職權主義之模式，對於量刑如何做成，當事人無多大參與空間，甚至判決書最末之量刑部分幾乎是例稿式交代，造成言詞辯論與宣判合一在我國難以落實，若量刑程序能夠實質化與言詞化，對於是否羈押之決定亦能當場作成，如此將能達成言詞辯論與宣判合一之修法目的，以上簡單報告，謝謝！

陳政務次長明堂(主持人)：

謝謝張副教授精闢的說明，請與會者提問。

黃大法官瑞明(提問人)：

從楊教授之報告可見刑事被告於判決確定後逃亡之人數比例相當多，造成刑罰無法執行之問題，此外楊教授之簡報結論提到目前檢察官聲請羈押之程序過於繁複且我國對人權保障矯枉過正，但個人認為這兩者並無關係。被判決有罪而逃亡的這些被告，在判決確定之前尚未被通緝，可想見大概皆尚未去開庭，所以才會有 15 年、7 年如此重之判決因而確定。惟過去司法界或社會人權團體所著重者係指審前

之羈押，刑事訴訟法之修正讓羈押必須由法院作裁定，檢察官欲聲請羈押必須慎重並經嚴格審查程序，個人不認為此部分我國已達人權保障矯枉過正之程度。楊教授今日報告所提之問題應該是一有罪或重罪判決已經下來而尚未確定之前，被告可能有意逃避將來之刑罰，如何確保刑罰權執行之問題，林教授認為目前法令對此沒有回應，楊教授也提到司法院有一份關於檢察官於審理階段不能聲請羈押被告的審判規則，至於這裡不能聲請羈押之疑義，當被告已經被判決有罪且為重罪，仍未確定前若被告跑掉，此過程到底是司法院、法院或檢察官須負責容有討論空間，但是不能將過去為了保障人權而慎重羈押程序所做之努力，認為是對人權保障矯枉過正，談司法改革千萬不能走回頭路。

陳政務次長明堂(主持人)：

因為時間關係，先請報告人回應提問。

楊教授雲驊(報告人)：

謝謝黃大法官之指正。我剛剛已預告使用「矯枉過正」一詞定將引起批評，個人過去亦致力於改進偵查中羈押之人權，12年前我於某研討會中，首次提出在偵查中應適度讓被告瞭解一些卷證資料之建議，當時遭法務部及檢方質疑將影響偵查，但於多年後在司法院釋字第737號解釋獲致相同結論，我於10多年前亦提過偵查中之羈押，為何多數法院皆由法官輪班而不設置專庭專門審查強制處分？當時司法院表示做不到、不可能，但現在法院組織法已增訂在地方法院和高等法院分設刑事強制處分專庭，辦理偵查中強制處分聲請案件之審核，並自106年1月1日生效。過去談重罪羈押時，很多法官會認為法律既已規定所犯為最輕本刑5年以上之罪為羈押事由，還有何好談？因此認為是天方夜譚。我今日雖略說重話，但自認在過去的那些努力中個人亦曾盡棉薄之力，而檢視從以前至今日實務之操作發展，我必須說今日羈押實務過於繁瑣，限制過多，造成院、檢能避則避，儘量不羈押，改以交保等方式取代，事實上今日除了要顧慮這些要犯逃亡之外，還有考量我國國際處境，我國與哪些國家有簽訂引渡條約？這些要犯逃至國外能引渡回來的有幾個？這些順利

第 72 屆司法節學術研討會

逃亡海外者多是有錢有勢者，不僅人逃亡，金錢也捲走，豈非權貴逃亡？一年有幾次此類事件發生，真不知人民還能對司法產生多大信賴？故今日語重心長提出建議，在大家共同努力下，相較於 20 年前，我國羈押人權確實已有大幅改進，但再次呼籲，若未在有效行使國家刑罰權、保全被告角度之下檢討思考現行羈押制度可能之不足，法制面闕漏及實務界畏首畏尾之現象，個人認為司法天平已經開始傾斜，提出以上回應，謝謝！

邱部長太三：

10 多年前個人擔任立法委員時參與許多改革法案，剛才林教授提到所謂之偵查法官，個人於 2001 年時即主張若強制處分權皆採令狀主義，為避免法官預斷，建議機制上應設專庭偵查法官，彼時司法院未採納，現在總算法院組織法於去年修法通過。其次，關於羈押裁定，高院不願意自為裁定而一再撤銷發回地院的情形相當多，此係二審打臉一審。

至於司法天平是否已經失衡？在此提出數字供參，在各地檢署發布通緝致偵查無法繼續進行之案件，102 年有 17,792 件，103 年有 18,412 件，104 年有 20,364 件，意味著這些案件部分曾聲請羈押被告，結果法官未予羈押，導致 2 萬件案件因為被告不到庭或逃亡，造成整體偵查無法繼續進行。此外，判決確定後移送地檢署執行科，102 年有 22,926 件因被告不到而發布通緝，所以執行科僅能暫時簽結，103 年有 26,067 件，104 年有 25,452 件，故大家忙到最後被告還是逃亡，人民又將如何看待此事？因此，今日羈押法制是否應重新檢視，無論在偵查中、審判中及判決確定後之執行，此 3 個面向皆值得注意，以上補充說明，謝謝！

楊教授雲驊(報告人)：

個人今日報告若名為「我國羈押過於浮濫、冤獄太多」，相信能馬上博得人權捍衛者之美名，但是我觀察到的狀況並非如此，有人或許會質疑難道現在的羈押毫無問題、皆無冤案？我想世界上沒有一個國家敢如是說，個人僅是針對目前見到太多

第一場學術研討會會議紀錄

逃亡通緝的案件嚴重損傷司法，因而發出沉痛呼籲。105 年 7 月 1 日起開始施行刑法沒收新制，若無沒收新法追討犯罪所得，依照剛才所述案例真的會是人財兩失，雖新制上路後能執行到何種程度仍待觀察，但至少其出發點較過去好一點，否則上述案件之不法所得若依照舊法早就全沒了！一個國家若能讓罪犯輕易逃脫，讓其隱匿享受犯罪所得，此係國家之失職，亦無人會再信賴司法。

陳政務次長明堂(主持人)：

謝謝 3 位教授精闢之報告及與談，並感謝大家今日熱情參與，謝謝！

第 72 屆司法節學術研討會

〔第二場〕

政府資訊提供申請權之 審查與救濟

〔 第二場 〕

主持人、報告人、與談人簡歷

第 72 屆司法節學術研討會

第二場

主持人簡歷

主持人	學歷	現職
蔡烱燉	政治大學法律研究所法學博士	司法院副院長

報告人簡歷

報告人	學歷	現職
范姜真嫩	日本東海大學法學博士	東海大學法律學院教授

與談人簡歷

與談人	學歷	現職
林三欽	德國哥廷根大學法學博士	東吳大學法學院教授
帥嘉寶	臺灣大學經濟研究所碩士	最高行政法院法官

第 72 屆司法節學術研討會

〔第二場〕

會 議 論 文

報告人：范姜真媿教授

政府資訊提供申請權之審查與救濟

－救濟程序中之卷宗閱覽與政府公開請求之交錯、競合

東海大學范姜真嫻

壹、問題之背景

貳、卷宗閱覽權與政府資訊公開請求權之區別

- 一、卷宗閱覽權之性質與目的
- 二、政府資訊公開請求權之性質及目的
- 三、卷宗閱覽權與資訊公開請求權之區別
 - (一)請求提供之客體範圍
 - (二)請求提供之時間限制
 - (三)請求權人之限制
 - (四)救濟方式之不同

參、我國救濟程序中之卷宗閱覽

- 一、概觀
- 二、分析
 - (一)聲請人
 - (二)得閱覽之資料及期限
 - (三)限制閱覽之事由
 - (四)救濟
- 三、法庭錄音或錄影資料之交付

肆、政府資訊公開請求權與卷宗閱覽請求權之交錯

- 一、政府資訊公開法制之特性
- 二、政府資訊公開與救濟程序中之卷宗閱覽之交錯適用
- 三、檢討
- 四、日本之規定
 - (一)刑事訴訟之卷宗閱覽
 - (二)民事訴訟事件之卷宗閱覽
 - (三)行政不服審查法之卷宗閱覽

第 72 屆司法節學術研討會

(四)行政事件訴訟法之卷宗閱覽

(五)日本政資法之規定

伍、結語

一、政資法本身之問題

二、各程序法上卷宗閱覽之修法

壹、問題之背景

依政府資訊公開法（下稱政資法）第3條規定，政府資訊指政府機關於權限範圍紀錄之訊息。而政府機關（包括司法機關）於人民權利救濟程序之訴願、行政訴訟、民事訴訟、及刑事訴訟審理程序中，往往亦取得或作成相關之書類、或卷證資料等，自性質上而言亦屬前開之政府資訊。因訴願、訴訟救濟程序必須遵循正當程序原則，為維持程序中雙方當事人武器之平等，均定有當事人或利害關係人得請求閱覽卷宗之權利。此時特定救濟程序中之當事人等，因得依相同法律規定聲請該當卷宗閱覽，以獲取其權利救濟或保護上所需之資料。另一方面，政資法為確認一般國民請求政府公開資訊之權利，故而特定救濟程序中之當事人是否亦得依政資法請求該當資訊之公開？亦即在特定權利救濟程序中，當事人或利害關係人之卷宗閱覽權與政府資訊公開請求權是否併存？抑或有排斥關係？其次，非特定救濟程序之當事人或利害關係人之第三人，於他人救濟程序進行中，得依民事訴訟法、行政訴訟法、訴願法請求卷宗閱覽，則其是否亦依政資法請求相關卷宗之公開？其與該他人救濟程序終結後請求資訊公開，有無不同之考量？尤其是有關已確定不起訴之偵查紀錄之請求公開，又該如何判斷是否公開？在實務或論文似乎少有全面性之檢討，而近年法院判決已有不同見解，故本報告特以此為題，進行討論。

本文以下先說明救濟程序中卷宗閱覽權之本質與政府資訊公開請求權之本質、制度設計之目的上差異；其次再分別說明訴願法、行政訴訟法、民事訴訟法、及刑事訴訟法上所規定之卷宗閱覽之要件、範圍及其限制，尤其第三人聲請卷宗閱覽部分與政府資訊公開請求權之比較。再檢討卷宗閱覽與政府資訊公開在此部分交錯適用之狀況及問題所在。又另介紹日本之行政不服審查法、民事訴訟法、刑事訴訟法（包括不起訴事件）、行政訴訟法上有關當事人、利害關係人、第三人卷宗閱覽之規定，其日本於其政資法(日本原文為「行政機關の保有する情報の公開に関する法律」，本文下稱日本政資法)立法時，特別對其與其他法律所規定之政府資訊公開規定間之適用關係置有特別規定，本文亦將介紹並探究是否有解決我國目前所遭遇之

問題而值得參考之處。

貳、卷宗閱覽權與政府資訊公開請求權之區別

一、卷宗閱覽權之性質與目的：依我國憲法第 16 條規定，人民之請願、訴願、訴訟權為應受保障之基本人權，日本學者稱此為人權救濟受益權¹，或有與我國相同稱此為「程序權」者。係人民於其權利，利益受侵害時，得向行政或司法機關請求救濟之「手段性基本權」²。基此國家必須立法建置適當、公平之救濟制度，如訴願、訴訟制度以為具體之保障；且上開救濟制度程序之構成，必須符合審判獨立、公開審理、言詞辯論、攻擊防禦機會之對等原則，以保持其程序之正當性。故而在救濟程序中當事人應有閱覽卷宗之權，其性質為程序上權利，如該當救濟程序未開始或已終結，原則上該權利失所附麗，除有特別規定外，即無從行使；且因得聲請閱覽卷宗之人，被限定為該當程序當事人或利害關係人等，故此種卷宗閱覽制度，亦被稱為「主觀的資訊公開請求制度³」。其目的主要在使當事人等得知程序上相對之當事人所提出之主張及證據，而得據以在辯論中為有效之攻擊或防禦。

二、政府資訊公開請求權之性質及目的：眾所周知美國於 1966 年制定之資訊自由法（Freedom of Information Act）⁴，為世界各國（包含日本及我國）政資法立法時重要之參考指標；依立法時司法部長 Ramsey Clark 宣示之政策備忘錄即揭示「政府如為民有、民治、民享者，則國民應詳細了解政府活動；沒有比秘密主義更能減損民主政治之價值。而國民對自治、國事作最大極限之參與，也僅在具有知識之大眾始有意義，因國民如不知如何被統治，又如何能統

¹ 芦部信喜，憲法(第六版)，頁 256，岩波書店，2015 年。

² 松井茂記，憲法，頁 496-499。吳庚，請參閱司法院大法官 368 號解釋之協同意見書。（再觀司法院大法官釋字第 737 號解釋亦指出正當程序原則包含偵查中羈押之犯罪嫌疑人及其辯護人使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使攻擊防禦）。

³ 宇賀克也，行政手続きの理論，頁 140，東京大學出版會，1997 年。

⁴ 5U.S.C§552。

政府資訊提供申請權之審查與救濟－救濟程序中之卷宗閱覽與政府公開請求
之交錯、競合

治自己。從而在政府透過各種方法給個人影響之時代，國民對政府活動『知的權力』之確立，成為重要之事⁵」。再查日本政資法，雖未立法明文指出本法係為人民「知的權利」之實現，但一般學者均認為本法乃為其基於「國民主權」之理念，「為遂行政府所進行之諸活動對國民之說明責任」，及「在國民之確實理解、批判下，推展公正、民主之行政」，係為其於日本憲法第 21 條所保障國民知的權利之具體實現⁶。再觀我國政資法第 1 條中亦揭明「人民知的權利」之保障為其立法目的，從而政府資訊公開請求乃基於國民主權之理念，在實現公益之目的下，具體化之國民知的權利，屬「客觀的資訊公開制度」⁷。據此政府資訊公開法為承認一般人民之公開資訊請求權，公開之客體為有關所有政府機關執行職務之資訊。一貫上開之理念，美國之資訊自由法得請求公開資訊者為任何人（any person）⁸，日本之行政機關情報公開法，亦為任何人「なんびと」⁹，我國政資法第 9 條則為具有中華民國國籍，並在中華民國設籍之國民，及其所設立之本國法人、團體，及持有中華民國護照之僑居國民¹⁰。此外美國聯邦最高法院早在 1989 年 United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the press 一案判決中¹¹指明：行政機關於進行判斷該當資訊是否公開時，應非著眼於公開請求者之特別目的或該當資訊之用途，其重點在於考慮其本身實質內容與公共利益之關連性，即該當資訊之公開有無任何公共利益存在，而所謂公共利益應限於資訊自由法立法之核

⁵ Comments, Attorney Generais Memorandum on the public Information section of the Administrative Procedure Act, 20 Ad.L.Rev at 263-267(1967)。淺生茂，情報の自由に関する法律，外国の立法 60 号，265 頁，国立国会図書館，1972 年，有日文之全譯文。

⁶ 松井茂記，日本国憲法，（第二版），頁 467-468，有斐閣，2002 年。佐藤幸治，憲法，（第三版），頁 516-517，青林書院，1995 年。

⁷ 芝池義一，情報公開制度と権利保護，法律時報 63 卷 12 號，頁 83，1991 年 11 月。

⁸ 5U.S.C. §552(a)(3)。注意 2002 年因 911 事件之影響，此項原則已修正，限制外國政府或其代理人對 CIA 等情報機關之資訊公開請求。

⁹ 日本政資法第 3 條。

¹⁰ 依本條規定對外國人則採「互惠主義」；然本條之限制是否有意義，卻值得檢討，按外國人實得請本國人代為請求公開後再交付或告知，在法律上、實務上均無法阻止如此之行為。

¹¹ 489U.S.749（1989）。

心目的 (core purpose) 範圍內；換言之，該當資訊應可顯示行政機關在法律責任上之表現 (Shed light on an agency's performance of its duties)¹²；上開資料雖為年代久遠之見解，但卻精確指出政府資訊公開法制之基本宗旨。

三、**卷宗閱覽權與資訊公開請求權之區別**：依據前述所說明二權利之性質及目的，實現二種權利所建立法律制度，即得分析出以下之相異點：

(一)、**請求提供之客體範圍**：卷宗閱覽之對象，限於訴願等救濟程序上，由該當審議政府機關所作成或保有之資料；而得依政府資訊法請求公開之對象資訊，則係政府機關於職權範圍內所保有作成之存在於文書、圖畫、磁碟、積體電路晶片等媒介物上所紀錄之訊息，後者範圍為包含前者在內之一般政府資訊。

(二)、**請求提供之時間限制**：卷宗閱覽請求權，除有特別規定外限於該當救濟程序開始後至終結時為止；而政府資訊公開請求則無時間之限制。

(三)、**請求權人之限制**：卷宗閱覽請求權主要是為保障程序當事人得受公平審理之機會，故得聲請卷宗閱覽之人，原則上限於該當救濟程序之當事人，及有利害關係之第三人。而政府資訊之公開請求人，則無上開之限制，只要是國民、或設立於我國之法人、團體即可。

(四)、**救濟方式之不同**：程序中聲請卷宗閱覽而未獲許可時如訴願及行政訴訟，則未設有單獨之救濟管道，只能併同對實體決定之不服，於提起訴訟或上訴時，併同聲明不服；現行為依民事訴訟法得就該否准裁定提出抗告，然刑事訴訟聲請閱覽之辯護人，對否准閱卷之決定是否得抗告？依刑事訴訟法第 403 條在解釋上存有疑義。

相對的，申請政府資訊公開而遭否准之申請人，則得依政資法第 20 條對否准之

¹² Electronic Freedom of information Act

政府資訊提供申請權之審查與救濟－救濟程序中之卷宗閱覽與政府公開請求之交錯、競合

決定提起訴願及行政訴訟以爲救濟。

參、我國救濟程序中之卷宗閱覽

一、概觀

本文以下將以我國訴願法、行政訴訟法、民事訴訟法、刑事訴訟法中有關卷宗閱覽相關規定整理、分析如下：

附圖

救濟 程 序 主 要 項 目 規 定	訴願	行政訴訟	民事訴訟	刑事訴訟	法院組織法
聲 請 人	§ 49 訴願人、 參加人 訴願代理人 § 50 第三人（經訴 願人同意或釋 明有利害關係 者）	§ 96 1. 當事人、訴 訟代理人 2. 第三人經當 事人同意或釋 明有法律上之利害關係人	§ 242 1. 當事人、參加 人、法定代理 人、共同訴訟 人 2. 第三人經當 事人或釋明有 法律上之利害 關係人	一、§ 33 審判 中 1. 辯護人 2. 無辯護人之 被告 3. 自訴代理人 二、§ 258-1 偵 查案件 告訴人聲請不 起訴交付審判 之受任律師	§ 90-1 1. 當事人 2. 依法得聲請 閱覽卷宗之 人（但有時 間限制：開 庭翌日起至 裁判確定後 6 個月內）
（客 體） 得 閱 覽 資 料 及 期 限	閱覽、抄錄、 影印或攝影卷 內文書 未限期限	閱覽、抄錄、 影印或攝影卷 內文書 未限期限	閱覽、抄錄或攝 影卷內文書 未限期限	1. 卷宗及證物 2. 筆錄影本（無 辯護人之被 告）	法庭錄音、錄 影內容（開庭 翌日起至裁判 確定後 6 個月 內）
限 制 閱 覽 事 由	§ 51 1. 訴願決定擬 辦之文稿 2. 訴願決定之 準備或審議 文件 3. 爲第三人正 當權益有保 密之必要 4. 其它依法 律或基於公	§ 97 1. 裁判草案 2. 準備或評議 文件 3. 宣示或公告 前，或未經 法官簽名 者。 （行政法院組織 法第 47 條準用 法院組織法第	§ 242III 1. 涉及第三人 或當事人隱 私，或業務秘 密，准許閱覽 有致其受重 大損害之虞 者 2. 裁判草案及 其準備或評 議文件	無辯護人之被 告 1. 筆錄影本中 內容與被告 被訴事實無 關 2. 足以妨害另 案之偵查 3. 第三人之隱 私或業務秘 密	1. 依法令得 不予許可 或限制者。 2. 涉及國家 機密者限制 利用之 目的

第 72 屆司法節學術研討會

	益，有保密之必要	106 條之例外)			
救濟	§ 76 併同訴願決定 提起行政訴訟	§ 264 →程序進行中 所為之裁定， 除別有規定 外，不得抗 告。	§ 242V 抗告 (對 § 242III 之 裁定)	§ 403 抗告→當事人 (律師？辯護 人？)	抗告

二、分析

(一)、聲請人：四種救濟程序，除刑事訴訟外其餘三者皆為救濟程序中之當事人、當事人之代理人、利害關係人，及經當事人同意之第三人，無可置疑上開得聲請之人除經當事人同意之第三人外，應均是為保障其在救濟程序中，得有力之攻擊、防禦被保障之程序上主觀之資訊請求權利，較「另類」的是經當事人同意之第三人，此處之第三人聲請卷宗閱覽是為何目的？除因該當卷宗資料與其自身有利害關係需要利用外，有無可能係第三人為學術研究而有需要？又或為好奇心想一窺他人紛爭內容？在此情形下，能得到該當救濟程序中當事人之同意，恐怕機率不高。但無論如何，在此時因該第三人並非為該當救濟程序中之當事人，亦非為程序上為攻擊防禦之目的，性質上實難歸類為程序上請求權利，而應屬人民對政府（司法機關）保有或作成資料之知的權利。換言之，在此處之卷宗閱覽規定，不獨為程序中當事人或利害關係人之卷宗閱覽權之落實，亦有承認政府資訊公開請求權之意。

惟刑事訴訟法則限縮辯護人、無辯護人之被告，自訴代理人、偵查案件而告訴人聲請不起訴交付審判之受任律師；聲請權人未及於第三人，且以辯護人、律師為原則¹³，無辯護人之被告雖得聲請，但僅限於卷宗中之筆錄影本。究其原因，應是擔心被告可能毀損、隱匿卷內不利於自己之證物等重要文件，又或者其可能涉及有另案之偵查程序，抑或第三人閱覽卷

¹³ 參照聲請閱覽刑事案件卷宗須知第 1 條規定。

政府資訊提供申請權之審查與救濟－救濟程序中之卷宗閱覽與政府公開請求之交錯、競合

宗可能對犯罪被害人或證人等個人隱私造成傷害，故而未若行政救濟程序、民事訴訟開放第三人閱覽。

(二)、**得閱覽之資料及期限**：訴願、行政訴訟及民事訴訟均為卷內文書，且未明文限定得聲請閱覽之期限，對此則可以有廣義、狹義兩種解釋，廣義說：查各該條文本身，並無明文為期限之限制，且對照刑事訴訟法之相關規定（第 33 條第 1、2 項）中則有「審判中」之要件，故應解釋為訴願、行政訴訟、民事訴訟之卷宗閱覽，即便於該當程序終結後，仍得聲請之¹⁴。而狹義說：回歸自卷宗閱覽權之本質觀之，原即為程序上之權利，目的在保障當事人在程序中能為自己之權利、利益作充分攻防，故一旦程序終結，該當事人程序上權利應失所附麗¹⁵；此一議題因涉及本文肆討論之卷宗閱覽權與政府資訊公開請求權交錯問題，故留待肆之部分再進一步討論。

另外，刑事訴訟中未有辯護人之被告，僅得閱覽卷內筆錄之影本，不及於其他卷宗資料及證物。刑事偵查卷宗及證物之閱覽，依刑事訴訟法第 258 條之 1 規定，則於接受不起訴處分書後 10 日內，委任律師向第一審法院聲請交付審判後，始得由受任律師聲請之。

法院組織法第 106 條第 2 項，又規定案件之當事人、訴訟代理人、辯護人或曾為輔佐人，得於裁判確定後聲請閱覽評議意見。

(三)、**限制閱覽之事由**：依前表所見相同或類似者大致可類型化為①決定審議或判決前之擬稿、草稿等準備文件、②為保護第三人或當事人隱私、或業務秘密等正當利益；而依訴願法第 51 條尚包括其他依法律或基於公益有保密之必要者，為範圍最寬者；行政訴訟法第 97 條則範圍最窄；另刑事訴訟法第 33 條第 2 項係對無辯護人之被告閱覽筆錄影本時，如筆錄內容與被訴事實無關者，或涉及另案偵查不公開亦列為限制閱覽之事由。此處較

¹⁴ 陳計男，民事訴訟法論（下），（修正第三版），頁 184，三民書局，2011 年。

¹⁵ 湯德宗，論資訊公開法與卷宗閱覽，湯德宗、劉淑範主編，行政管制與行政爭訟，頁 147，2005 年。

有疑問者爲，行政訴訟法規定之限制閱覽事由，與訴願法第 51 條差異甚大，並未將涉及當事人或第三人隱私或其他依法律或基於公益有保密之必要之事由列入，其理由爲何？抑或此可依行政訴訟法第 307 條之 1 準用民事訴訟法第 242 條第 3 項方式，以補其不足之處？同樣爲當事人救濟程序上應被保護之權利，爲何所受之限制有落差？

(四)、救濟：對聲請卷宗閱覽而遭該當審議機關或法院否准時，在訴願程序中，因其爲程序中審議機關之決定，依訴願法第 76 條僅能於對訴願決定不服提起行政訴訟時，併用聲明以爲救濟；另依民事訴訟法第 242 條第 5 項及行政訴訟法第 307 條之 1 準用上開民事訴訟法規定，均得對否准聲請之決定提出抗告以爲救濟，惟刑事訴訟法，似乎查無條文得依據爲抗告之提出？

三、法庭錄音或錄影資料之交付

法院於開庭時往往有錄影、錄音，除爲輔助筆錄之製作外，依當事人等聲請將錄音、錄影交付給之；亦有兼顧訴訟當事人之權益，及藉由法庭活動之公開透明，提昇司法公信力，並達到司法之課責¹⁶。

依法院組織法第 90 條之 1 規定：當事人及依法得聲請閱覽卷宗之人，因主張或維護其法律上利益，得於開庭翌日起至裁判確定後 6 個月內，聲請法院許可交付法庭錄音或錄影內容。首先，據上得聲請交付上開訴訟資料之人，爲當事人及依法得聲請閱覽卷宗之人，對照前所說明之行政訴訟法等規定應是指該當訴訟之因爲主張或維護法律上利益之當事人、參加人、訴訟代理人、辯護人等，值得討論的是，行政訴訟法與民事訴訟法相關規定中之「第三人」是否包含在內？如該第三人屬於經當事人同意者，而非有法律上之利害關係人時，是否仍得依本條聲請？再查本條之立法理由中說明：「因主張或維護其法律上利益，得於開庭後相當期間內…聲請法院許可交付法庭錄音或錄影內容，以維其訴訟權益」，似乎限縮僅有維護自己「訴訟權

¹⁶ 參見法院組織法第 90 條之 4 之立法理由說明。

政府資訊提供申請權之審查與救濟－救濟程序中之卷宗閱覽與政府公開請求
之交錯、競合

益之第三人」始得為本條之聲請人。其次得聲請之資料，則被限縮為「法庭之錄音、錄影」不及於其他卷宗資料，且其聲請之期限限定於開庭翌日起至裁判確定後6個月內，或若為刑事重案時則為裁判確定2年內。再者，限制交付之事由，依同條第2項規定為「依法令得不予許可或限制聲請閱覽、抄錄或攝影卷內文書者。」，依同條立法理由（四）之說明，係例示出刑事訴訟法第33條第2項，民事訴訟法第242條3項等，故此部分則與民、刑訴訟法之相關規定一致。

故法院組織法第90條之1之交付法院錄音、錄影之規定，應為民、刑事訴訟法及行政訴訟法卷宗閱覽之特別規定，此乃因錄音、錄影涉及當天開庭其他在場之人之個資，故須特別考量。

而自上開立法理由說明及司法院大法官會議解釋¹⁷可推知：救濟程序中當事人、利害關係人卷宗閱覽之保護，主要目的在實現辯論（對審）制度下之雙方當事人武器對等之正當程序原則，如基此理念對得聲請閱覽之人，閱覽之資料，聲請之期限、及限制閱覽之事由等之規定，自應在達此目的下，進行考量。另一方面，保障司法救濟程序正當進行之必要手段，尚包括審判程序之公開，亦即公開審理原則之實踐。蓋在國民主權之原則下，因司法審判乃為統治權之一環，憲法所保障人民知的權利自應及於裁判資訊¹⁸；換言之，國民應得參加審判過程、監督其進行，並有蒐集其相關資訊之權利，以保障審判之公正、國民之權利自由及國民對司法之信賴¹⁹，因此法庭旁聽之自由、新聞報導之自由，及訴訟記錄之閱覽請求權均為審判公開之內容²⁰。

基於上開理念，我國如前所述之訴願法、行政訴訟法、民事訴訟法及法院組織法中有關第三人得聲請卷宗閱覽、或法庭錄音、錄影資料，亦應得解為國民對司法

¹⁷ 參照司法院大法官解釋第396、737號解釋理由書。

¹⁸ 奧平康弘なせ「表現の自由」，頁255，東京大学出版会，1988年。

¹⁹ 日本憲法學者松井茂記，法廷メモ不許可事件控訴審について，法律時報，60卷6號，頁43，1989年。

²⁰ 葛野尋之，刑事確定訴訟紀錄閱覽請求拒否事件をめぐって，一橋論叢第106卷第1號，1991年7月號，頁54。

機關訴訟審理資料之一種蒐集請求權。當然此權利因與訴訟程序之迅速、順利進行、國家機密之保護等公益、或訴訟當事人、關係人之法律上應被保護之正當權利利益（如隱私、商業秘密）等相互衝突，因此立法機關必須進行利益比較衡量後，再形成法定制度以實現之。且因權利性質及目的有所不同，各救濟程序中對第三人卷宗閱覽權之規定，其要件及限制閱覽事由，與為保障該當程序之當事人、利害關係人進行政程序上有效攻擊防禦之卷宗閱覽請求權，亦應有所區別。綜觀我國現行各救濟程序中之相關規定，除刑事訴訟程序外，第三人之卷宗閱覽權（在經當事人同意後）之要件、期限、及限制閱覽事由與當事人之規定未作區別，如此立法是否妥當，並非無檢討之空間。

肆、政府資訊公開請求權與卷宗閱覽請求權之交錯

一、政府資訊公開法制之特性

如本文前述政府資訊公開請求權乃為實現國民主權理念，憲法所保障之國民知的權利，其目的為「便利人民共享及公平利用政府資訊」，「增進人民對公共事務之瞭解、信賴及監督」，並「促進民主參與」，因此，政府資訊公開制度本質上並非以保障個人權利利益為目的之主觀性格法制度，係為實現公益之客觀性格法制度；基此性格，資訊公開法具有 1、任何人均得為請求權人之「請求權主體無限定性」，及 2、隨時均得請求政府提供所保有之「請求權期限之無限制性」，加上政府資訊所欲達成之透明化行政過程、監督公共政策形成之「公益目的」，其中亦包含國民具體個人權利之實現，典型之例如公害、環境調查審議資料或大規模公共事業開發資訊之公開為其適例，即使是少數利害關係人之請求公開，往往因其為國民全體關心之資訊，其公開之公益性為無法否認之事實。日本學者亦指出基於公益之資訊請求與為保護個人具體權利之資訊公開請求，特別是利害關係人所為之公開請求，事實上未必能明確予以切割；且另一方面人民為保護自己之權利利益而常有取得政府機關所保有資訊之必要，乃不可否認之事實，尤其在未有其他取得相關資料之手段下，或

政府資訊提供申請權之審查與救濟－救濟程序中之卷宗閱覽與政府公開請求之交錯、競合

其法制為不完全者時，讓人民得依政府資訊公開制度，獲取必要資訊以保全自己之權利、利益，為事實上之應然、且具合理性；在此考量下卷宗閱覽制度與政府資訊公開制度截然劃分為不相干兩個制度，未必是適當的，毋寧說是後者包含前者之關係，較為合理²¹。

二、政府資訊公開與救濟程序中之卷宗閱覽之交錯適用

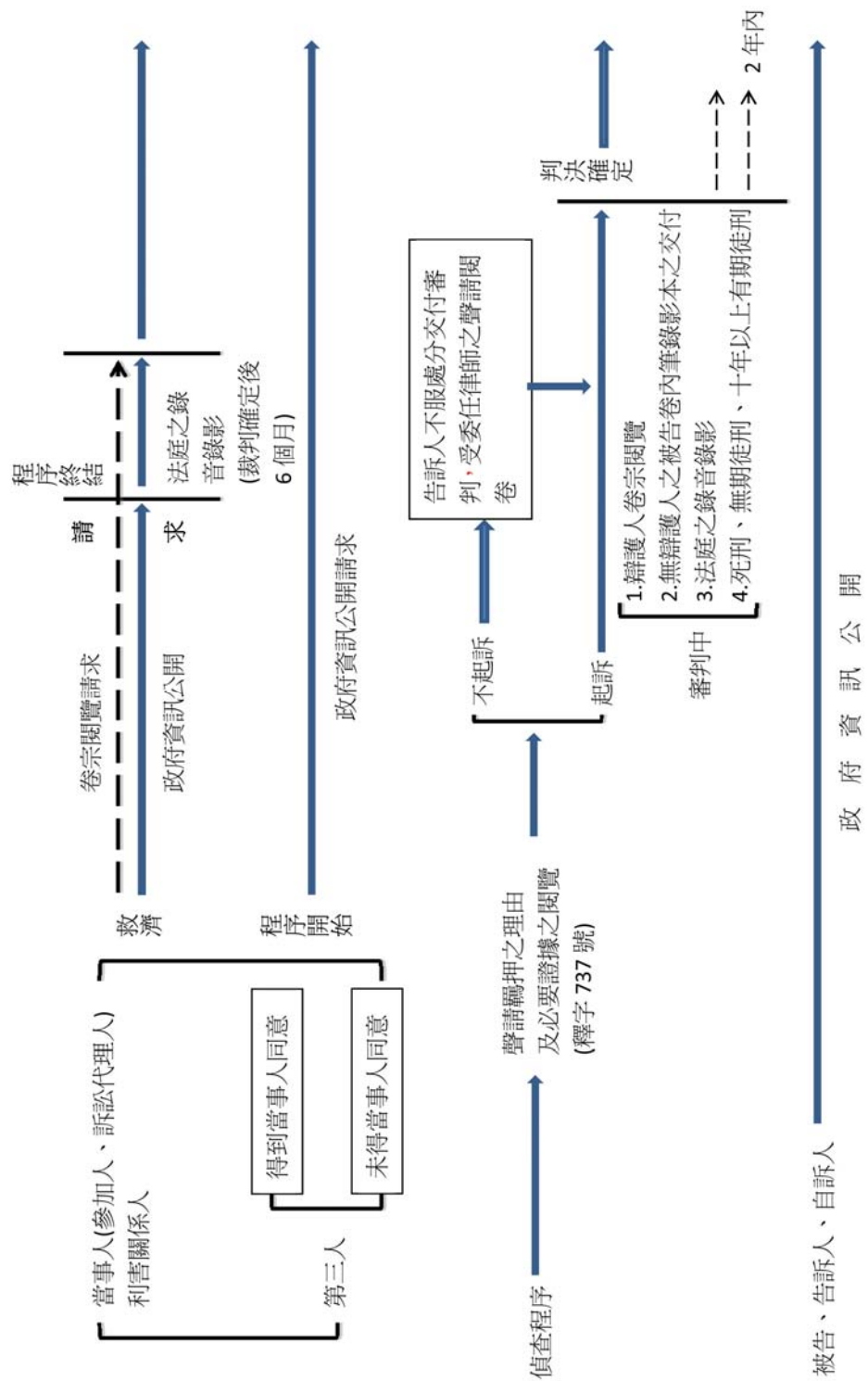
在前述之政府資訊公開制度之特性與目的下，救濟程序中之卷宗閱覽請求權與政府資訊公開請求權即形成如下圖之交錯適用關係：

²¹ 芝池義一，前揭註8，頁94-96

卷宗閱覽與政府資訊公開之交錯適用（二）

附圖

1. 訴願程序、行政訴訟程序、民事訴訟程序：



三、檢討

綜觀上開圖示，得知有下列之問題：

- (一)、當事人、利害關係人於救濟程序中，除依該當救濟程序規定聲請閱卷外，是否得再依政資法請求提供？

依我國政資法第 2 條規定，政府資訊之公開，依本法之規定。但其他法律另有規定者，依其規定。再查其立法理由說明中，將民事訴訟法第 242 條規定，刑事訴訟法第 33 條及第 38 條規定引為例示，亦即相對於政資法應優先被適用。

此外依法務部之見解²²及判決實務之見解²³多以：政資法所規定之資訊公開權係為滿足人民知的權利，及增進人民對公共事務之信賴、監督，而確立之人民請求一般性資訊公開之獨立實體法上權利；相對之卷宗閱覽請求權，則係當事人或利害關係人於特定程序中，包含行政程序、訴願、訴訟程序等繫屬(進行)中請求個案資訊之公開，為附屬性之程序上權利，兩者權利性質不同，目的各異，限制系爭資訊公開之事由亦有不同考量，又前者無權利存續期間，而後者應於程序進行中，或程序結束後法定救濟期間經過前行使。因此當事人或利害關係人如於特定程序中，即應適用各該程序有關閱覽卷宗資訊之規定²⁴，而排除政資法之適用。又如上開特定程序開始前及終結或確定後，當事人或利害關係人自得以一般國民之身分，對有關特定程序之資訊，依政資法或檔案法請求公開，此為法務部一貫之見解²⁵。

然最近已有判決實務持相反見解，認定當事人或利害關係人得依政資法請求提供有關特定程序進行之資訊²⁶。然如前所述二種法制所保護之權利性質及目的並不相同，一則為滿足人民知的權利，以監督政府機關或參與政治，而一為正當程序

²² 參見法務部 100 年 3 月 17 日法律字第 1000003804 號函。

²³ 台北高等行政法院 103 年度訴字第 112 號判決。最高行政法院 104 年度判字第 168 號判決。高雄高等行政法院 103 年度訴字第 304 號判決。最高行政法院 102 年度判字第 807 號判決。最高行政法院 104 年度判字第 45 號判決。

²⁴ 如行政程序法第 46 條、訴願法第 49、50 條、公務員保障法第 42 條、59 條、行政訴訟法第 96 條、97 條、民事訴訟法第 242 條、刑事訴訟法第 165 條、第 165-1 條等規定。

²⁵ 參見法務部 101 年 7 月 9 日法律字第 10103105590 號函釋。

²⁶ 台中高等行政法院 104 年度訴字第 106 號判決，持肯定見解。

原則之實現，故其得請求資訊之範圍並不相同，所定之限制提供事由各異，且二者之救濟程序不同，如於訴訟等程序進行中當事人或利害關係人亦得依政資法請求提供相關資訊，則有可能獲得與卷宗閱覽不同範圍之資訊，而不符合訴訟公平原則，將使卷宗閱覽之限制規定形同具文²⁷。且因聲請卷宗閱覽未獲准許而不服時，僅得於對實體決定不服時於救濟程序中一併聲明，不得單獨對其提起救濟。另一方面，依政資法請求提供資訊未獲滿足時，即得依單獨提起訴願、行政訴訟請求救濟，此時不僅不公平，且可能有當事人藉此程序拖延原訴願或訴訟之進行。從而於特定救濟程序進行中，其當事人或利害關係人似應僅得依該當程序中有關卷宗閱覽之規定，請求相關資訊之提供，而排除政資法之適用較為合理。

再依學者之見解則以資訊公開之限制顯然較「卷宗閱覽」為少，為貫徹立法之初衷，避免「卷宗閱覽」成為具文，應依「特別法優於一般法」之原則，認「卷宗閱覽請求權」優先於「資訊公開請求權」而適用²⁸。

(二)、第三人於他人救濟程序進行中，不依該當救濟程序得到當事人同意聲請閱卷，而依政資法申請提供卷宗資料？或是刑事訴訟卷宗資料？

如前述我國訴願法、行政訴訟法及民事訴訟法之相關條文，雖對第三人之卷宗閱覽設有規定，其要件為「經當事人同意」或「釋明有利害關係」，對得聲請之第三人資格有所限制。再觀其限制提供閱覽之事由，依各該條文則有寬嚴不同之規定，原則上決定前、判決前之擬稿、草稿準備、審議文件、涉及第三人或當事人隱私、或業務秘密等，為得拒絕聲請之資訊。再聲請被否准後之救濟程序，民事訴訟法第 242 條第 5 項固有提出抗告之規定，而行政訴訟法則是須適用同法第 307 條之 1 準用前開民事訴訟法第 242 條第 5 項規定。最有問題者則是訴願法之救濟，因依同法第 76 條規定為「訴願人」、「參加人」，關於程序進行中所為程序上處置不服者，應併同訴願決定提起行政訴訟，而如利害關係之「第三人」應如何救濟？則付之闕如。

另一方面，若第三人依政資法請求該當卷宗資料之閱覽，此時第三人無須經當

²⁷ 參閱台北高等行政法院 103 年度訴字第 113 號判決。

²⁸ 湯德宗，前揭註 15，頁 156。

政府資訊提供申請權之審查與救濟－救濟程序中之卷宗閱覽與政府公開請求之交錯、競合

事人同意，亦毋須釋明此卷宗閱覽有何利害關係，而受理聲請之訴願審理機關或法院，則應依政資法第 18 條第 1 項所定九款限制公開事由，逐一檢視該當卷宗資料有無該當者，再決定是否提供閱覽、影印等。吾人進一步分析前開九款限制公開事由，其第 1 款為國家機密等依法令指定之秘密事項、第 2 款為妨害犯罪之偵查、訴追、執行或足以妨害刑事被告受公正之裁判或有危害他人生命、身體、自由、財產者、第 3 款是政府機關作成意思決定前，內部之擬稿或準備作業，另第 6 款為有侵害個人隱私、職業上秘密，第 7 款個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊等，不僅能涵蓋訴願法、行政訴訟法及民事訴訟法有關否准卷宗閱覽之規定事由，有較周全、明確界定不得公開資訊之範圍。且依其第 6 款但書經當事人同意者，仍得予以公開有關個人隱私之資訊。更得援用第 3、6、7 款所定公益公開規定，調整資訊公開之範圍，在運用上彈性較大。

最重要的，依政資法申請卷宗閱覽而未獲許可時，依政資法即得依訴願、行政訴訟尋求救濟，而無訴願法、行政訴訟法現存之缺失。

事實上，非利害關係人之第三人於救濟程序中之卷宗閱覽請求，其權利性質不同於當事人之卷宗閱覽請求權，目的亦非為程序上當事人攻擊防禦之武器平等保障，應屬滿足人民知的權利之資訊公開請求權，或是審判公開之實現，因此將第三人之與救濟程序中之當事人或利害關係人等之卷宗閱覽，置於同條文中規範，是否妥適，實有再檢討之空間。

四、日本之規定

如前述日本之政資法正式之名稱為：「行政機關の保有する情報の公開に関する法律」²⁹，係自立法之始即將本法規範對象限定為行政機關，並未及於其他之司法、立法機關，因此司法救濟程序中之資訊並非其適用對象。因此日本訴訟程序中有關訴訟書類之請求公開，依其個別訴訟法有不同之規定。

（一）、刑事訴訟之卷宗閱覽

²⁹ 平成 11 年法律第十二號。

第 72 屆司法節學術研討會

1、原則：排除政資法適用之明文規定

刑事訴訟法第 53 條之 2 第 1 項明定：有關訴訟之書類及扣押物，不適用政資法，其理由為下列：(1)有關刑事訴訟之書類，其性質上包含多數事件當事人、訴訟關係人之名譽或高度之隱私事項，因其公開對公訴之進行、其他公共安全及秩序之維護可能造成危害之疑慮極高，大部分該當於政資法中限制公開事由之個人資料等；(2)為刑事司法程序中一環，有關被告事件或被疑事件之搜查或公訴過程上所作成或取得之資訊，其公開與否之適當性，應由司法機關之法院作出判斷。

2、偵查中之卷宗閱覽

依刑事訴訟法第 47 條規定，原則上禁止閱覽，僅在嫌疑犯被收押時，其辯護人得依刑事訴訟法第 207 條第 1 項，請求交付收押狀謄本，以確認收押之時間、犯罪地、被害人之姓名、年齡與事實。或為請求保全證據時，得依同法第 180 條第 1 項於法院閱覽、影印有關證據保全書類及證物。除上開之書類外，辯護人僅得於起訴後始請求閱覽。

3、事件審判中之卷宗閱覽

依刑事訴訟法第 40 條第 1 項規定，辯護人於公訴提起後，於法院得為訴訟相關書類、及證物之閱覽，影印(原文為謄寫，一般解為影印)，但有關證物之影印，應受審判長之許可。另外依刑事訴訟法第 179 條第 3 項，被告得到法官之許可得閱覽第一次開庭前由法官依收押、搜索檢證、訊問證人及鑑定處分所保全之證物及書類。基於刑事訴訟法為確保判決之公正、保護訴訟關係人權利等觀點，有關刑事訴訟法之書類於公開審判前，原則上禁止公開。

4、事件終結後之卷宗閱覽

依刑事訴訟法第 53 條除該當於法定排除事由外，任何人均得聲請閱覽³⁰，但提供方式僅止於閱覽，而不得抄錄、影印。

5、不起訴事件之卷宗閱覽

³⁰ 刑事確定訴訟紀錄法第 4 條。參閱東京地院平成 23 年 4 月 12 日判決。

政府資訊提供申請權之審查與救濟－救濟程序中之卷宗閱覽與政府公開請求之交錯、競合

另因對照同法第 47 條：「有關訴訟書類，於公開審理前，禁止公開」之規定意旨，關於被疑事件，即使最終為不起訴處分，仍不改變其為有關刑事訴訟書類之本質，而關係人之隱私則更有保護之必要，故不起訴處分事件之卷宗資料，亦解為不適用行政機關情報公開法之規定，此一見解現為日本實務上之通說³¹。

因近年來犯罪事件之被害人強烈要求，希望知悉其被害事件之內容，且為更周全保護被害人等之權利行使，日本特別就不起訴處分事件之卷宗閱覽，由其法務省（相當於我國之法務部）於平成 20 年 11 月 19 日，對全國檢察廳（相當於我國之檢察署）發布「不起訴事件記錄之公開指針」，規範各檢察廳公開不起訴事件偵查卷宗之規則，並自同年 12 月 1 日開始施行。

上開指針係依不起訴處分事件之類型，分為兩種卷宗閱覽之方式：（一）、被害人參加對象事件³²之閱覽：1、得請求閱覽之人：為特定犯罪被害事件之被害人等、或其法定代理人、或上開人之代理律師；若被害人已死亡時，或身心有重大障礙者，則為其配偶、直系親屬或兄弟姊妹。2、閱覽目的：不限於為在民事訴訟法等上為被害回復之損害賠償請求權，其他權利之行使為目的，例如保險之理賠等，以知悉事件內容等為目的者，原則上亦得請求閱覽。3、閱覽之限制：①與關係者名譽、隱私等有關之證據、②具體影響關連事件之搜查、判決、③對將來刑事案件之搜查、判決之進行有發生妨礙之虞者，得不提供閱覽，或將該當部份遮掩後提供之。4、閱覽之對象：關於現場檢視調查報告或照片攝影報告書等之客觀證據，不因其有無替代性，原則上得予閱覽。（二）、（一）以外事件之請求閱覽、抄錄：1、請求權人：被害人等、或被害人之法定代理人，或上開人之代理律師等，與前述（一）1、相同。2、閱覽抄錄之目的：為在民事訴訟上為回復原狀之損害賠償請求權、或其他權利之行

³¹ 宇賀克也，情報公開，個人情報保護法，頁 285-286，有斐閣 2013 號。

³² 日本所謂「被害人參加對象事件」，是指①、因故意犯罪行為使人死傷之罪，如殺人罪、傷害罪、傷害致死罪、危險駕駛致死罪等；②、強制猥褻罪、強姦罪、準強制猥褻罪及準強姦罪、業務上過失致死傷罪、逮捕及監禁罪、未成年人略誘罪、營利目的略誘罪、擄人勒贖罪等、移送略誘人出國罪、買賣人口罪、被略誘人略誘罪等。③、除前②之犯罪外，其犯罪行為包含上開犯罪行為之罪（①所揭示之罪除外）。④前三款犯罪之未遂犯，等犯罪之被害人等或其法定代理人，或受前述人所委託之律師，得向法院申請被告事件之參加，得於準備審判期日出庭聆聽證人詢問或檢視證據，亦得聲請詢問犯人，對被告提出質問，陳述法律上之意見等。

第 72 屆司法節學術研討會

使有必要者。3、限制閱覽等事由：與前述(一)3、同。4、閱覽等之對象：客觀之證據、該當證據欠缺替代性，若無該當證據在犯罪之舉證上被認為有困難者；又雖未及於無替代性之客觀證據，而被認為有必要性且其提供閱覽等所發生弊端少時，亦得准予閱覽等。

綜上可見，日本有關刑事案件之卷宗閱覽，依偵查、起訴、判決確定、及不起訴處分確定四個不同階段，分別訂立其不同之卷宗閱覽規範，另對得聲請之人、聲請之客體、閱覽之方法，均有詳細規定。

(二)、民事訴訟事件之卷宗閱覽

依民事訴訟法第 91 條第 1 項規定，原則上任何人均得閱覽。如為口頭辯論庭禁止公開之訴訟紀錄，則只限於當事人及陳明有利害關係之第三人得請求閱覽。當事人及陳明有利害關係之第三人，得請求交付訴訟紀錄之影本，或正本、謄本、或抄本、或有關訴訟事項之證明書；另得請求複製訴訟紀錄中之錄音帶或錄影帶等證物。

有關限制閱覽之事由，首先依民事訴訟法第 91 條第 5 項：訴訟紀錄之閱覽、影本及複製之請求，對訴訟紀錄之保存或法院職務執行產生障礙時，得予以禁止。另於 92 條規定，法院於有下列之事由且經陳明時，得限定僅有當事人得請求閱覽等。1、訴訟記錄中記載、或記錄有關當事人私生活上重大秘密，且因第三人之閱覽等，對當事人社會生活之經營有發生明顯影響之虞者。2、訴訟記錄中記載或記錄當事人保有之營業秘密者。

綜觀上開刑事、民事訴訟卷宗提供第三人閱覽之規定，民事訴訟卷宗為無須待判決確定後，任何人均得申請閱覽，而刑事訴訟卷宗則限於判決確定後始得為之。又刑事確定訴訟卷宗閱覽與民事訴訟卷宗閱覽均設有限制閱覽之事由；另依刑事確定訴訟紀錄法第 6 條，則有限制依閱覽所得資料利用之規定，亦即禁止閱覽卷宗後將所得知之事項濫行利用，而有害於公序良俗、妨害犯人之更生、或關係人之名譽或生活平穩。此為民事訴訟法所未有之限制規定，雖然第三人僅能閱覽民事訴訟卷宗資料，無法抄錄、影印，得一定程度抑制訴訟資料之擴散，然仍有論者批評指出，關係人之姓名、住址等資料，雖不能影印卻為容易記憶之資料，如被有心人暗記後

政府資訊提供申請權之審查與救濟—救濟程序中之卷宗閱覽與政府公開請求之交錯、競合

利用，易形成當事人私領域之私事違反其本意而被公開，如此是否妥當有再考量之必要³³？

（三）、行政不服審查法³⁴之卷宗閱覽

依該法之第 33 條 2 項，審查請求人或參加人得對審查廳（相當於我國之訴願審議機關）請求閱覽原處分機關所提出，以證明形成該當處分理由之事實之書類、其他物件。審查廳在認定有損害第三人利益時，若未有其他正當理由者，不得拒絕之。所謂「其他正當理由」，例如行政上有必要保密者，或為濫用閱覽請求權者³⁵。如閱覽請求被拒絕時，此拒絕處分為基於行政不服審查法之處分，因其基於同法第 4 條第 1 項屬不得聲明不服之對象，性質上為審查廳進行審查程序至作成終局處分之程序上瑕疵，故不拒絕閱覽請求之處分本身不得單獨為撤銷訴訟之標的，此與我國訴願法之規定相同。

（四）、行政事件訴訟法之卷宗閱覽

同法對卷宗閱覽並未置有規定，依同法第 7 條規定，本法所未規定之事項依民事訴訟法之規定，故有關行政事件之卷宗閱覽準用前開民事訴訟法之規範，在此不再贅述。

（五）、日本政資法之規定

日本在其政資法立法之時，考量與其他法律中已定有相同或類似之資訊公開法制者，有必要調整其間之適用關係。當時所說明之見解為：在其他法律中常見定有對國民依公表、公告、縱覽等程序，提供行政機關資訊者；此係為實現該當法律立法目的，而規範特定資訊須在一定程序下得提供或公開，甚或禁止其公開。因政資法與各該法律，在其制度目的、程序上各異，基本上政資法之規定與其他個別法之規定，應分別適用之。但 1、如依該特別法同一資訊已得公開時，則無再適用政資法之必要，應避免公開資訊事務程序之錯雜。又如為被限定公開期間之資訊，於該

³³ 星野豐，裁判記録における個人情報職務に関する一考察，JSSM 第 24 回全国大会研究報告書，2010 年 6 月。

³⁴ 行政不服審查法，等同於我國之訴願法。

³⁵ 宇賀克也，行政法概説Ⅱ，行政救濟法（第 3 版），頁 64，2011 年。

限定期間內則排除政資法之適用，其期間外仍有政資法之適用。2、於登記、專利、刑事訴訟程序之法定制度等，因其體系上已置有完整之資訊公開，限制公開之規定，則應委由各該法律自定規範較為適當。3、若同一資訊依政資法所定得予以公開，而與個別法禁止其公開之立法目的，相互抵觸時，則有必要預先採取立法上之調整，由各該法明文排除政資法之適用³⁶。

日本解決政資法與其他公開資訊之個別法之適用問題，得以如下整理說明之。

(1)、依整備法修法之方式：於其他法律公開資訊之目的、方式等與政資法無法相容，須排除政資法之適用者；則此類型之法律，係於各該法律中增訂排除政資法適用之規定，並於政資法於國會審議時，依「關係整備法」方式同時完成法之增修³⁷。

(2)、依政資法之立法方式：與前述(五) 1、類型之其他法律間適用關係，則依政資法第 15 條規定處理方式，即：

①、依該當之其他法律，任何人均得請求公開之行政資訊，且與本法所定相同方法，為該當資訊之公開者（在定有公開期間時，限於其期間內），則排除政資法之適用。應注意此調整規定只限於「依同一方法公開資訊者」，因此如其他法律只承認申請人得閱覽資訊時，僅關於其閱覽部分排除政資法之適用，而複製之交付則未排除適用；換言之，請求人得依政資法請求交付該當資訊之複製本³⁸。又該當其他法律如非對「任何人」，係僅承認利害關係人等「特定人」為公開請求權者時，即無本項之適用，政資法同時並行被適用。綜上言之，所謂「其他之法律」，僅限於其與政資法公開規定重疊之部分被適用，此以外之部分，政資法之規定仍有適用，並未被排除。

②、如依其他法律之規定，係定有特定要件限制資訊之公開時，因政資法之

³⁶ 島基晃，情報公開法の解説と國會議論，頁 209，青林書院，1999 年。

³⁷ 關係整備法，平成 11 年 5 月 14 日法律 43 號。

³⁸ 松井茂記，前掲註 6，頁 428。

政府資訊提供申請權之審查與救濟－救濟程序中之卷宗閱覽與政府公開請求之交錯、競合

適用並未被排除，故依政資法請求提供該當資訊時，僅於其該當於政資法所定限制公開事由時，始得不予提供。

綜上可知，日本基本上認定政資法與其他規定資訊公開之法律，於其宗旨、目的、提供資訊程序不同時，並非為互相排斥之關係，而應為兩法規定並行適用；如依其他法律，國民對該當資訊之獲取近用，與政資法依同一法定要件被保障時，始無必要並行適用政資法之規定³⁹。此係基於日本將政資法定位為公開行政資訊之最低底線，為行政機關應資訊公開之基本範圍，故須排除其他法律不當限縮資訊公開之可能⁴⁰，以防止政資法立法目的被減損。

伍、結語

相較日本有關救濟程序中之卷宗閱覽規定及其政資法處理與其他法律間適用關係之立法，或者我國在立法時有未盡周全處，而產生法律適用交錯混亂之局面。以下提供作者初見供參考。

一、政資法本身之修法問題

因為我國政資法適用對象不限於行政機關，尚包括司法、立法、監察、考試等所有政府機關，各政府機關職能原有不同，所保有資訊性質各異，而公開資訊之目的、範圍、程序均有不同之考量，如全歸由政資法規範，實難避免互有衝突或窒礙難行之處。

再者，政資法立法時，未全面盤點其他法律定有資訊公開之規定，其公開資訊之目的，及其提供資訊之範圍、方法，甚至救濟程序是否相同？其第 2 條即簡單將政資法定位為普通法，致使其他法律定有公開政府資訊者均得被解釋為特別法，而優先於政資法適用，致使政資法有被架空之疑慮。

參考日本之政資法第 15 條，或者不是最完善之解決政資法與其他公開政府資訊法律間適用關係最好之方式，但至少是立於擴大政府資訊公開範圍之目的下，防止

³⁹ 宇賀克也，新情報公開法の逐條解説（第 6 版），頁 148，2015 年 6 月，有斐閣。

⁴⁰ 松井茂記，前掲註 6，頁 429。

其他法律架空政資法，確立較明確之法律適用原則。並同時在立法或修法時，以整備法方式包裹式完成相關法律之修法，如有不適用政資法之法律，亦應明示其意旨，即得減少許多法律適用關係上之困擾。

二、各程序法上卷宗閱覽之修法

(一)、訴願、行政訴訟法、及民事訴訟法中有關無利害關係第三人之閱覽卷宗，其權利之基礎應為基於人民「知的權利」之政府資訊公開請求權，與當事人或利害關係人為基於程序上武器公平，有利於攻防，屬憲法第 16 條保障之程序上權利，性質、目的並不相同，故兩種權利應得並存而非排斥，惟不宜如現行置於同條中予以規定，其限制公開之事由及公開方式，更應與當事人或利害關係人之卷宗閱覽，有不同之考量與設置，應明定回歸政資法之適用；如此即可改善現行相關法律規定中有關無利害關係之第三人請求閱覽卷宗之要件與限制公開事由，不明確、不完全之問題，另一方面有救濟管道欠缺者，有可因回歸適用政資法適用，而彌補之。且依政資法第 18 條第 1 項較齊備之限制公開事由規定，以判斷該當資訊是否公開，將更能保護該當卷宗中所涉及之當事人或利害關係人之權利、利益。

(二)、刑事訴訟程序中之卷宗閱覽：因刑事訴訟程序進行中，原有偵查不公開之原則，且又往往涉及有同案被告未到案者、或牽連偵查中之其他案件之事情，故其程序進行中之卷宗，不宜適用政資法對第三人公開，應於刑事訴訟法中明文排除政資法之適用。另訴訟終結後，及不起訴確定事件之第三人卷宗閱覽，則仍應回歸政資法之適用。因政資法第 13 條第 1 項原即定有各種得提供政府資訊之方式，亦得靈活運用，以更周全保護訴訟卷宗中所涉及之當事人，或利害關係人隱私，及其他應保密之事項。

(本報告之完成，特別感謝兩位與談人：林三欽教授及最高行政法院帥嘉寶法官之寶貴意見，另外撰寫過程中最高行政法院吳東都法官提供資料及建議亦一併致謝。)

**【題目】：政府資訊提供申請權之審查與救濟
救濟程序中之卷宗閱覽與政府公開請求之交錯、競合**
最高行政法院帥法官嘉寶

一、前言：

1.與談的觀點與角度：

A.與談者的侷限：

- (1)論文的與談者對論文的觀點，不管是同意，還是反對，都不免「偏見」之失，總是忽略了些什麼，又誤解了些什麼。
- (2)但這卻無從避免，因為與談者如果事前沒有自己的觀點及立場，對論文的議題就不會有自己的收獲與心得，而可切磋就教於論文之作者，並透過回應而發現自己「習而不察」的「盲點」。
- (3)而個人的偏見，或者說切入議題的觀點及角度，簡言之就是：「資訊在真實世界中是如何運作，帶來哪些實證結果(好、壞皆有)，因此產生何種規範需求，而現行實證法是否滿足了這些規範需求。如果規範需求沒有被滿足，形成了哪些不圓滿的現狀」。至於為改變現狀可以參酌哪些外國立法例，則超出個人能力，不在與談範圍內，在此先劃出能力的上界。

2.「資訊」觀念的回顧

A.「資訊」是複雜的概念：

「資訊」是個非常複雜的概念，想的越深入，浮現的問題就不斷湧現，真讓人後悔參與這個議題的與談，也佩服論文作者深入議題的勇氣與見識。

B.「資訊」是有價的社會資源：

先從基本觀點開始，「資訊」是一種有價值的「社會資源」，足以影響到有形資源之交換及分配。其中「交換」之效率性是經濟學的核心，而「分配」之「公平(兼效率)性」又是政治學的核心。因此從資訊經濟學的觀點言之，資訊是「勞動力」、「土地」與「資本」以外的第4種生產要素。而資訊不

足或分配不公，會形成「資訊不對稱」之現象，此等現象在交易上會形成「道德風險」與「逆向選擇」之交易成本；而在公部門之強制分配流程中，也會造成「違法黑數」，使社會資源無法透過有效交換或公平分配，而形成最佳之配置。

C. 資訊的「創造」與「使用」議題：

(1) 有價之生產要素都有如何創造及使用之議題存在。

(2) 對資訊之創造而言：

由於資訊具有「使用上之無敵對性」，以及「無法以低廉成本輕易排除他人使用」之「獨占性」，因此具「公共財」屬性，每有供應量不足之現象存在，如何透過「誘因機制」增加其供給數量，是一個重要的議題（法律經濟學的藥方向來是「權利化」，但資訊的「權利化」議題有些複雜，必須在「公地悲劇」或「反公地悲劇」的對比結果間維持平衡，因與本論文議題比較不具關連性，在此不再深論）。

(3) 對資訊之使用而言：

資訊之使用與網路相同，均有規模經濟現象，使用數量越大，所創造之效益會呈現倍數成長，因此如何鼓勵資訊的流通，亦極其重要。

D. 因「資訊」實證特徵所生之「資訊效益」議題

(1) 資訊要具社會效益，係以資訊內容「正確」為前提，因此資訊的創造必須有確保所創造之資訊內容「正確」，因此：

(A) 資訊之創造者在何等程度上應保證資訊內容之「正確性」，若資訊發生錯誤，其補救機制為何？亦須在創造資訊之始，預為規範。

(B) 其次資訊之創造與資訊的蒐集，常只有一線之隔，若資訊是二手資訊，而原始資訊之提供者，已表明該資訊只供蒐集者參考，無對外公開之意思。而取得二手資訊之蒐集者，也無法確保該資訊內容之真實性，此等二手資訊即無「公開」之價值與實益。

(2) 資訊的價值既然在於「資訊」的自由流通使用，則資訊的品質好壞，自

然也會與資訊的載體結構有關，理由如下：

- (A) 在此首先有必要區分資訊「內容」與資訊「載體」之差異，二者之差異，類似於證據法上有關「證據資料」與「證據方法」之分，「資訊」必然儲存在「載體」中。
- (B) 其次應說明，載體會決定資訊量的多寡及資訊品質，這裏可以用論文中提及之「法院組織法第 90 條之 1」規定來說明。這是一個極佳之範例，事實上法院以錄音、錄影形式儲存之「資訊」，其「內容」理論上應該與準備程序或言詞辯論筆錄相同，但筆錄可能遺漏太多的東西，資訊品質不佳，所以要用「影音資訊」來填補。
- (C) 更重要的是，載體的形式結構會決定資訊轉錄及流通之效率，例如儲存資訊之載體格式如為電子檔案，具有 EXCEL 或 ACCESS 格式，則轉錄方式如為 COPY，必然大大增加其可利用性。
- (3) 當把資訊內容與儲存載體在觀念上予以區分後，下一個重要的觀點則是：資訊「公開」與資訊「使用」間不能畫上等號。因為：
 - (A) 資訊「公開」後，並不表示資訊的潛在使用者，對資訊的使用即沒有搜尋成本。「公開」只能降低搜尋成本，但不能全然免除，而且「公開」本身也只是一個相對的概念(想想政資法第 7 條之「主動公開」規定)。
 - (B) 每個主體的搜尋能力仍有高下之別，而且隨著時間經過而加大，因此資訊不平等現象，也不會因為資訊公開而自動消失。

E. 資訊之分類：

- (1) 「實證資訊」與「規範資訊」之分：
 - (A) 訊息可按其內容屬「客觀實證現象」或「主觀規範要求」，而可分為「實證資訊」與「規範資訊」。二者之區別一望即知，不需多論。
 - (B) 但司法實務對規範資訊的認知，卻反而因為離自己太近，少了認識及警覺。

(C) 法院其實是一種資訊業，以提供規範資訊為業，讓社會大眾知道如何行事，而這種規範訊息，在商業活動領域其實非常重要，會計師對稅法規定的最大感歎，常常是「千金難買早知道」，所以最近新制定的「納稅人權利保護法」，才會試圖建立「預先核示制度」。

(D) 至於判斷規範訊息的優劣，就是「社會大眾如依法院提供之規範訊息行事，社會整體福利是否會因此而增加」。

(2) 「宏觀資訊」與「微觀資訊」之分：

(A) 在「實證資訊」底下，依預備記錄客觀現象之可能數量，可以再分為「宏觀資訊」與「微觀資訊」。

(B) 所謂「宏觀資訊」，乃是多筆實際觀察現象的匯總(或者至少預計觀察之現象為多數)，此等資訊因為比較複雜，因此會重視資訊載體形式及其資料欄位結構(例如是用什麼樣的電腦程式格式儲存，儲存欄位是什麼)，同時會在乎其取得方法(例如採樣方式)。

(C) 所謂「微觀資訊」則是指「有關特定個體事務內容」之資訊(即使超過一個，數量也有限)，因此比較不在乎資訊載體之形式及欄位。

3. 涉及「資訊公開」三組法規範，其規範功能之區辨：

A. 處理「資訊公開」議題之實證法，依現行法制，共有三組法規範，即：

(1) 各類爭訟程序法(民、刑事訴訟法、行政訴訟法、訴願法)，不過在這個分類底下應該作些解釋：

(A) 其實行政程序法與訴願前置爭議程序法也可視為一種廣義的爭訟程序法。因為這些法規範所規範之事項，同樣在處理爭議，而具賽局結構，只是少了裁判者而已。

(B) 法院組織法第 90 條之 1 基本上是在補民、刑事訴訟法及行政訴訟法規範之不足，故屬補充規範。

(2) 政資法

(3) 檔案法

B.三組法規範中，政資法與檔案法可分為同類法規範，至於各類爭訟程序法則可劃為另一類之法規範，因為二者處理之資訊內容，並不同相同。簡言之，前一類法規範(政資法及檔案法)處理常態環境下「規範資訊」及「宏觀資訊」之公開事務；而後一類法規範(各類爭訟程序法)，則處理「賽局結構」下的微觀資訊。以下先易後難，先討論政資法與檔案法在規範功能之分工；再討論政資法與各類爭訟程序法之規範功能差異。

(1)相較於政資法，檔案法所規範之「資訊公開」事項：

(A)原則是已公開資訊的「第 2 次」公開：檔案法之所以要有「資訊公開」事項之規範，最簡易或直觀的想法會是：已經公開之資訊，因其重要性降低而慢慢散失，但可能因為時空改變而重具重要性。所以要作第 2 次的公開。而這種公開之審查標準，應該完全與第 1 次之審查標準相同。

(B)未公開資訊「第 1 次」公開之例外情形及其審查標準：有些資訊的公開敏感性會隨時間而弱化，因此有重新公開之需求。此時受理資訊公開請求之行政部門，其審查標準應該是「微觀實證資訊」是否因時間經過而日趨「固著化」，並喪失其在「資訊不對稱」觀點下之重要性。

(2)各類爭訟程序法與政資法間，其規範功能之差異：

(A)各類爭訟程序法之規範功能

a. 凡是爭訟程序(包括無裁判者之廣義爭訟)，基本上都是一個「賽局」結構，而賽局之勝負總與「資訊」有關，因此爭訟法的目標首先在求「公平賽局」，而「公平賽局」之建立就要避免資訊不對稱之現象發生。

b. 因此爭訟法在資訊議題上，先會在程序中，要求「資訊」交換，以求二造之武器對等。

c. 但是在爭訟程序發展以前，或在廣義之爭訟程序法中，由於此時還

沒有裁判者，卻仍有「資訊不對稱」之現象存在(例如稅務調查案件，稅捐機關明明有財稅資料中心之資料可供調閱，卻堅持要納稅義務人提供帳冊)，此時爭訟法制，針對「資訊平等」之規範需求，有「證據保全」規定，英美法則有「證據開示」制度，行政程序法則有請求調查事實及證據之規定。

d. 等到爭訟程序結束後，在事務未了以前，爭訟賽局之「資訊平等」要求則繼續由裁判者為之。

e. 因此爭訟法所處理之「資訊」，有以下之特徵：

(a)資訊是由當事人主動提供，而非裁判者蒐集而得，提供資訊的當事人未必願意將「資訊」公開，即使公開，公開之對象或程度也有所限制。

(b)資訊內容多是為了「法律鬥爭」所需之「微觀資訊」。

(c)處理之資訊往往是「正在不斷變遷」的資訊，而且背後還有一個真實且激烈的爭執還在進行中，其內容之尚未「固著化」，故真實性無從確保(二造當事人都有隱藏真相以求勝利之誘因)。

f. 而審查資訊應否公開之裁判主體，也是爭訟案之裁判者。

(B) 政資法(含檔案法)之規範功能：

a. 政資法主要著眼於「規範資訊」與「宏觀資訊」之散布(人民在資訊有求於國家者，主要也是規範資訊)。

b. 其次政資法所處理的資訊大體上是已經調查確認，並整理完成之「固著化」資訊。

c. 此外政資法之執法部門也往往距遠離資訊內容相關之本案爭議較遠，而爭訟案件之裁判者則貼近於本案爭議內容，對資訊公開敏感性之感受，自然較高，也會比較多慮。

C. 規範功能不同對執法部門之影響：

執法部門分別依爭訟程序法與政資法而審查資訊應否公開時，為因應其資

訊公開任務之差異性(政資法之規範精神基本上是鼓勵公開，而爭訟法則是限制公開)，各該執法部門之組織及態度即會有差異。簡言之，依政資法之審查程序是遙遠的、冷冰冰的通案式抽象思考，而依其他爭訟程序法之審查則往往是具體的個案式思考。因此二種審查如同「油」與「水」之分，在法律適用上很難混合。

二、論文之回應

1. 各類爭訟程序法中，有關「資訊公開」事項，其實證法規範之解析：

A. 應考量並加以規範之事項：

(1) 聲請人聲請時應具備之主觀要件

(A) 當事人

a. 與繫屬案件有直接關連性之利害關係

b. 與未來可能繫屬案件有關之利害關係

(a) 該未來可能繫屬案件與已繫屬案件有連結之情形

(b) 該未來可能繫屬案件與已繫屬案件有連結之情形(應比照非當事人處理)。

(B) 非當事人

a. 利害關係是否應建立在具體、特定之案件事實基礎下。

b. 是否容許「採礦式」之聲請(聲請之時並不知有無可利用之證據，但試圖透過蒐集資訊來發掘)。

(2) 資訊來源

(A) 當事人提供者

a. 如果資訊不是法院蒐集而得，而是當事人主動提供者，則在此等情形下，「國家是否還有無立場要求此等資訊之公開」。因為當事人是為了爭訟而提供資訊，並無意將資訊公開於眾，讓第三人知悉，此時是否還有資訊公開之適用？此項考量在民事爭訟領域特別重要。

b. 當事人如果是行政機關，是否與私人情形相同，還是應該有所差

異？這個議題之解答可能要視個案況狀而定，而無標準答案。

(B)法院或個案檢察官或訴願委員會調查而形成者

a.原則上應公開。

b.例外情形：

(a)資訊尚未「固著化」者

如果資訊仍在形塑過程中，尚未「固著」者，是否仍應提供？由於資訊只有內容正確才有價值，而尚未固著之資訊，內容正確性無從確保，提早釋放的結果只會增加混亂，不會增加社會福利。

(b)資訊涉及裁判者自身之職權者

因為裁判者也有自身追求的利益(對繫屬個案及未來可能審理或判斷的個案，能正確、妥善作成判斷之利益)，有些資訊必須保密，才能確保裁判者所享有的「資訊不對稱」優勢。例如對承辦個案之檢察官而言，就涉及另案偵查的事項，其必須保有資訊優勢。

但這個裁判者「利益」本身是否「正當」，仍需經過檢證。

(3)資訊載體

(A)與資訊形式及其轉錄方法有密切關連。

(B)資訊形式又會影響資訊內容的質量。

(4)資訊之轉錄

(A)轉錄方法應各別列舉，還是通案宣示

(B)轉錄方法之協助

a.是否收費

b.代為操作

c.提供儲存資料之格式(方便以後之使用)。

(C)轉錄監督之手段，是否違反正當法律程序

例如：EXCEL 檔案只可用筆抄錄，不可影印或拷貝，是否超過監督之必要性。

(5)決定是否提供資訊所應衡量之因素：

- (A) 資訊供給者之立場及利益(因此要向其詢問過)
- (B) 資訊內容是否「固著化」，而得以確保其資訊內容之正確性。
- (C) 裁判者(或判斷者)本身之「利益」(正確、妥適作成判斷為核心之「判斷者利益」)。

(6)拒絕提供資訊之救濟

- (A)性質：程序中判斷
- (B)對判斷結果如果有所爭議，其處理方式：
 - a.不得單獨聲明不服(要附隨實體本案一併審查)
 - b.得單獨聲明不服(訴訟法上即是許可抗告之提出)
- (C)個人假說(是否符合實證法規定，尚請指正)
 - a. 當聲請資訊內容與繫屬案件之法律鬥爭關連性強者，應用「附隨本案一併審查」方式為救濟。
 - b. 當聲請資訊內容與繫屬案件之法律鬥爭關連性弱者，應用「得獨立提起抗告」之手段，由上級審法院或裁判者來審查。

(7)程序法之判斷者，對申請提供資訊者，應提供服務之「始期」及「終期」。

- (A)「始期」原則上始於訴訟繫屬之始，例外在有提保全證據請求之情況下，向前延伸至保全請求提出時。
- (B)「終期」原則上終於程序資料脫離判斷者掌握之時（而非判斷作成時），包括案件卷證歸檔或送上級審、送法院時。但判斷主體換手之結果，是換至另一判斷主體時，接手之判斷主體要接續判斷工作，直到歸檔時為止。往後即依政資法或檔案法處理資訊公開議題，受理請求之機關部門，亦不是個案爭訟之判斷者，而是行政組織法意義下之行政機關。

B. 現行「爭訟程序」實證法有關「資訊公開」法規範之立法本旨認識：

(1)該等法規範之立法本旨，顯然是以確保當事人（或與爭訟事件有相關利

害關係人之第三人)有取得法律鬥爭所需資訊之機會為目標，確保法院在雙方當事人間之「公正」、「公開」性格，以及二造武器對等之要求。

- (2)但從「審判程序公開」觀點所延伸而出，屬社會一般公眾所享有的「法庭旁聽自由」、「新聞報導自由」及一般性之「訴訟記錄閱覽請求權」，是否為爭訟程序法中有關「資訊公開」法規範所追求之目標(論文第 11 頁部分)，個人是有深切懷疑的(爭訟程序的公開，主要表現在「對二造當事人之公開」)。

C.現行實證法規範體系之反省

- (1)最直覺的感受是不同爭訟程序法間之法規範缺乏體系上的一致性。事實上資訊蒐集與證據法則相同，應該只有一組法規範，而可在各種爭訟程序中一體適用。
- (2)其次是對「資訊載體」、「資訊轉錄」或「不同資訊來源應差別對待」等事項的規範需求缺乏體系化的認識。
- (3)對第三人主觀請求權要件，還有爭訟二造當事人何時被視為第三人等情形，缺乏規範。

2.政資法中，有關「資訊公開」事項，其實證法規範之解析：

A.檔案法與政資法規範功能之再釐清：

- (1)前已言之，檔案法僅可算是政資法的補充規範，二組法規範所處理的訊息類別(規範資訊與實證宏觀資訊)應該是相同的。
- (2)但現行法制中對此規範體系並無明示，因此檔案法的客觀存在，即會引發一種誤會，誤以為「政資法」所打算公開之「資訊」，是「行政部門針對個案進行調查並預備作成決策之際」所掌握到的「進行式」資訊。因此人民可以要求行部部門，就當下將作成之決策，公布決策資訊，以供其採取因應之道。
- (3)然而此等法律觀點的正當性，個人深感疑義，因為公部門如對特定私人間，要就個案事實作成行政措施，二方之關係就是「一次終結賽局」。

而在賽局結構下，如有「資訊不對稱」之現象存在，不僅會影響賽局之最終「分配」結果，也會產生「道德風險」與「逆向選擇」之「無效率」現象。給人民要求公部門公開資訊之權利，又無確保人民必然誠實之規範機制時，公部門就會處於「資訊劣勢」之局面，這將有礙於公部門執法公正性及效率性目標之達成(不過如果公部門有刻意隱瞞有利當事人之資訊，並在證據調查程序中為難當事人者，則可能構成正當法律程度之違反，此屬另一問題)。

(4)事實上政資法打算公開之資訊應該是「已固著」之「宏觀資訊」及「規範資訊」，而不包括「賽局意義下之行政決策資訊」一節，可以由政資法第 7 條所定「應主動公開」之 10 款資訊類別即可確定，該 10 類資訊可作以下之分類。

(A)規範資訊或性質上偏重於規範資訊屬性者：

如第 1 款所定之「條約、對外關係文書、法律、緊急命令、中央法規標準法所定之命令、法規命令及地方自治法規」、第 2 款所定「政府機關為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準」、第 4 款之「行政指導有關文書」、第 7 款之「請願處理結果及訴願決定」、第 10 款之「合議制機關之會議紀錄」。

(B)具「宏觀資訊」屬性者：

例如第 5 款之「施政計畫、業務統計及研究報告」，第 6 款之「預算及決算書」。

(C)組織結構資訊(亦有宏觀資訊之特徵)：

例如第 3 款之「政府機關之組織、職掌、地址、電話、傳真、網址及電子郵件信箱帳號」。

(D)公共資源之配置資訊(不具個案針對性，有宏觀資訊特徵)：

例如第 8 款之「書面公共工程及採購契約」與第 9 款所定「支付或

接受之補助」。

B. 政資法規定內容之大體描述：

- (1) 資訊內容及結構偏重在「宏觀資訊」與「規範資訊」(由第 1 條及第 6 條規定內容推知)。
- (2) 有「資訊內容」、「資訊載體」與「資訊轉錄手段」觀念之區分(第 3 條及第 13 條規定參照)，但對「資訊轉錄」過程中，應遵守之正當法律程序，缺乏規範。而且沒有意識到「資訊來源之差異，對資訊應否公開之影響」等議題。
- (3) 承認資訊的有價性，視申請資訊之用途而收費(第 10 條第 1 項第 4 款及第 22 條參照，但對如何審查「申請用途」之正確性，缺乏規範)。
- (4) 大體上採取「形式外觀審查原則」(第 12 條、第 15 條規定參照)。
- (5) 重視「資訊內容正確性」之規範需求(第 16 條參照)，明顯與其他爭訟法規定有差異(爭訟程序法中得要求更正之事項，只限於裁判者資訊)。

3. 爭訟程序法與政資法之「交錯適用」：

A. 「交錯適用」之意義與發生時機：

- (1) 首先要指明，爭訟程序法與政資法在有關「卷宗閱覽」事項上，如果有「交錯適用」議題存在，其前提受理申請機關為「爭訟判斷機關」。如果受理申請之機關為二個不同之機關，一為爭訟判斷機關；一為一般行政機關，即不生此等「交錯適用」問題。
- (2) 再者如依上開標準，則爭訟程序法與政資法的交錯適用，只會發生在「爭訟程序終結後，訴訟卷證尚未移交或歸檔前」之時段。至於爭訟前之時段，應依證據保全程序或其他爭訟程序法之相關規定處理。

B. 「交錯適用」真的存在嗎？

- (1) 政資法上的「資訊公開」，其目的顯然不是為了滿足法律鬥爭之需。因此就算某些符合政資法要件之「宏觀資訊」，留存在爭訟判斷機關所擁有的資訊載體中，但是這些「宏觀資訊」多為二手訊息，原始訊息通常

來自另外的行政機關，向該機關依政資法請求，即可達成獲取資訊之目的。

- (2)其實爭訟裁判機關的組織結構，最不擅常處理政資法中之「資訊公開」事項。把政資法之執法權責交給爭訟裁判者執行，從執法部門之適任性言之，實在算不上「明智」之舉。

4.日本法制之啓示及疑義

A.各別爭訟程序法之規定：

(1)刑事訴訟事件部分（論文第 17 頁至第 20 頁）：

- (A)全部規定基本上還是循著爭訟程序法向來之審查標準，為個案式之審查，完全沒有滲入「資訊原則上全面公開」之政資法精神。
- (B)論文中提及「事件終結後之卷宗閱覽」，任何人均得聲請，但資訊轉錄方式只限於「閱覽」，等於是用「資訊轉錄」限制手段，來防止「資訊之全面公開」。

(2)民事訴訟事件部分

- (A)表面看來似乎全面公開，但實質上一樣有利用「限制資訊轉錄方法」之手段，來防止「資訊全面公開」，與政資法採行之「原則全面公開」精神不符。
- (B)另外論文也提及日本學者對上開規定方式之批評（易形成私領域事務違反當事人本意而被公開之惡果，論文第 21 頁），正呼應了本與談稿前提及「資訊應否公開，必須考量資訊來源及資訊提供者提供資訊主觀目的」等論點。

(3)訴願事件部分—沒有貫徹政資法之規範精神。

(4)行政訴訟事件部分—與民事訴訟事件相同。

B.日本政資法與其他爭訟程序法間「發生規範衝突」時之調整手段。

(1)依「整備法」修法方式為之

- (A)「整備法」有待進一步之介紹。

第 72 屆司法節學術研討會

(B)是否指政資法制定時，其他爭訟程序法一併修正，明文排除政資法之適用？

(2)依政資法之立法方式(依政資法第 15 條規定處理)

(A)論文第 22 頁介紹之處理方式：

- a. 該當其他法律所定之「資訊公開」要件者，當事人即有資訊公開請求權，但無政資法之適用。
- b. 資訊公開請求如依他法受到限制，但仍可依政資法請求，並受政資法規定之限制。

(B)個人疑問：

- a. 上述 a.之情形，是否即等同於「法條競合說」，優先適用各別爭訟程序法。
- b. 上述 a.之情形，日本政資法第 15 條係以「轉錄資訊手段」之差異性(例如「閱覽」與「複製」之不同)決定政資法有無適用餘地。固然「資訊轉錄手段」會對資訊內容之公開程度造成影響，但是否會造成失衡現象，例如論文中提及「閱覽排除政資法之適用，或複製則不排除」之情形，但是「造成資訊公開程度較低」之「閱覽」，因排除政資法之適用，受到較大之限制；而「造成資訊公開程度較高」之「複製」，反而因為適用政資法結果，而比較不受限制，如此之法律適用豈非輕重失衡。
- c. 上述 a.與 b.情形之法律適用是否有相互矛盾之現象存在。因為他法之「公開」與「限制公開」，往往是併存的，如此一來，上述 a.與 b.到底有何區別？

三、感想與收獲

1.政資法本身之修法問題：

A.政資法之修正，首先要確定資訊的有價性(資訊有公共財之特徵，並有創造私經濟利益之潛能)，討論打算公開資訊的實證屬性或特徵，明確劃定其界

限。並在此基礎下，決定其受理機關、審查程序與實體判準，還有資訊轉錄方法所應遵守之正當法律程序(資訊轉錄方式之各種限制，實質上會降低資訊通流使用之程度)。至於為法律鬥爭之需所進行之資訊蒐集，就讓諸爭訟程序法規範，並由爭訟判斷機關享有獨占性之審查權限。

B.論文第 23 頁提及日本政資法為「行政資訊公開」之「基本法」，不過從法律適用之形式邏輯言之，「基本法」概念本身，國內有學者認為容易引起誤會及爭議。是否適合引入「基本法」概念，而讓政資法有優先適用之法律效力，恐仍有討論之餘地。

2.各類爭訟程序法上卷宗閱覽之修法問題：

A.訴願、行政訴訟法及民事訴訟法部分(限制在無利害關係人之閱覽卷宗事項)。

(1)「主觀之爭訟防禦權」與「客觀知的權利」等二種權利，抽象上確實得以併存，但在實證上，特定權利主體所追求的「資訊」，其資訊內容與儲存機關大體上並不相近，且有不同審查機關，而不同之審查機關面對申請，其審查標準，甚或主觀之審查心態，可能均有差異。不宜僅因時機巧合(爭訟裁判已成作但卷證尚未歸檔之短暫時段)，而將政資法之執法，委諸爭訟判斷機關。至於無利害關係之第三人另有證據保全程序可資依循，實在沒有適用不盡合身之政資法處理之必要。

(2)另外爭訟判斷機關所取得之資訊，很多來自爭訟二造之主動提供，爭訟判斷機關對資訊之取得並無貢獻，而提供資訊者公開資訊之目的是為了爭訟，未必有向社會大眾公開之意思，能否公開，其實還有很多因素必須加以考量。

B.刑事訴訟程序中之閱覽卷宗事項

(1)政資法第 13 條第 1 項規定(即「政府機關核准提供政府資訊之申請時，得按政府資訊所在媒介物之型態給予申請人重製或複製品或提供申請人閱覽、抄錄或攝影。其涉及他人智慧財產權或難於執行者，得僅供閱

覽」)，基本上是在確定資訊應予公開之前提，對資訊轉錄方式所為之規範，但其規範結果卻實質上限制了資訊的流通使用程度。而且限制了最具效率之資訊轉錄方式(檔案拷貝)。

(2)其實資訊轉錄規範不應用來「變相」用來限制資訊公開之程度(如要限制，應回到政資法第 18 條第 1 項之各款規定)。何況其適用範圍依法條規定，又僅限於「涉及他人智慧財產權」，不及於很多其他應保密之情形。因此論文第 24 頁提及，可以運用該條規定，來調控刑事訴訟程序中「資訊公開」與「資訊保密」間之對立衝突，個人以為尚有疑義。

3.其餘補充意見：

A. 政資法的立法理想如果要落實，必須考量行政機關的操作成本及效率，不能像爭訟程序法中的判斷者一般，總是從個案著手，思前想後，猶豫再三。其實長期而言，資訊之快速有效提供，才真正符合申請資訊者的利益。政資法應鎖定之服務目標，應是「宏觀資訊」及「規範資訊」，重點在於提供的資訊如何「去個人化」，還有轉錄資訊方式之改進，要便於該資訊的再利用。整個政資法之規範精神應該是「正視正確資訊所具有之社會價值」，常態且通案式地提供經過整理的「宏觀資訊」或「規範資訊」，讓「資訊」生產要素得以充分供給，用在生產活動中，藉以增加社會整體福利。至於個人基於法律鬥爭所需要的資訊，不是政資法打算服務之主要顧客群，還是讓它留在各式爭訟程序法中處理。

B. 當然人民仍然可以附帶利用政資法規定，去蒐集為法律鬥爭所需之資訊，但受限於政資法的執法機關之組織結構及其執法標準與追求目標，效果可能會不太好。還是要靠爭訟程序法之相關規範，方有效果。

C. 至於爭訟程序法的資訊公開事項，最有待規範的事項應該是，如何改善調查程序中資訊不對稱之現象(例如稅捐機關明明在財稅資料中心之交易資料，卻堅持當事人提出帳證舉證)，還有資訊轉錄方法及轉錄過程中所應遵守之正當法律程序(例如對帳表資料只准用筆抄錄，不准影印，即屬過當，

第二場學術研討會與談資料

最好的作法應該是讓資訊搜尋者能夠依資訊之電腦格式 COPY 檔案)。

第 72 屆司法節學術研討會

〔 第二場 〕

會 議 紀 錄

〔 第二場 〕

與 談 資 料

與談人：帥法官嘉寶

第 72 屆司法節學術研討會

第二場會議紀錄

時間：106 年 1 月 11 日（星期三）下午 13 時

地點：國家圖書館國際會議廳

主題：政府資訊提供申請權之審查與救濟

主持人：蔡副院長烱燉

報告人：范姜教授真嫻

與談人：林教授三欽、帥法官嘉寶

蔡副院長烱燉（主持人）：

各位法界的朋友，各位貴賓，大家午安，很高興來主持 72 屆司法節學術研討會第二場的議題，主題是政府資訊提供申請權之審查與救濟，今天的報告人是東海大學范姜真嫻教授，范姜教授是日本東海大學法學博士。參與與談者有二位，一位是東吳大學林三欽教授，林教授是德國哥廷根大學法學博士；另一位是最高行政法院帥嘉寶法官，帥法官是臺灣大學法學院學士及經濟研究所碩士，對於法律經濟分析有相當的鑽研。

今天的主題牽涉到政府資訊的公開，我們知道現在的社會急速變遷，人民對於資訊取得的要求與日俱增，人民不論在參與公共政策、監督政府或者在商業投資等等，都需要大量正確的資訊。為了便利人民公平合理取得政府資訊，增進人民對於公共事務的瞭解，以及對政府的監督，資訊的公開是現在政府很重要的施政目標，

第 72 屆司法節學術研討會

自然需要一套完整的政府資訊公開制度。這個制度初始於 1766 年北歐憲法，美國於 1966 年率先制定資訊自由法，日本於 2001 年施行行政機關情報公開法，也是今天報告人介紹日本相關法律的內容，我國也在 2005 年制定政府資訊公開法，也算趕上世界的潮流。由於法律的制定讓我們政府在現在已經把過去從來沒有公開，或者過去不太願意公開的資訊加以公開，儘管如此，人民對於政府公開資訊的要求一直沒有間斷，惟站在政府機關的角色，對於相關的資訊要不要公開，可能有不一樣的想法，今天的報告人對於這樣的機制有一些先進的想法，但是我們帥法官可能有不一樣的角度，這部分等一下我們可以來聽聽他們精彩的互動。

就法院資訊的公開，各位知道，前不久發生法院的錄音檔要不要公開，有關法院的錄音檔當事人是否可以來聲請取得，一開始法院是採取開放的角度，但後來因為發生幾件少數不當使用的狀況，以致法院反而自我限縮節制起來，傾向不准。可是這樣的問題一直有爭議，律師界也一直反應要求應該要公開，現在已經透過修法，法院原則上就是要准許。另外，去年很夯的一個議題，有關法官的基本資訊是否要公開，就法官的角色可能很多法官不願意公開，不過司法院也因應各界的要求，並舉辦公聽會，在聽取各界意見後，決定將法官的一些基本資訊公開。現在各位可以在各法院的網站上，瞭解法官事務分配，以及法官辦理各專業法庭案件等。接下來我們請范姜教授為我們帶來精彩的報告。

范姜教授真嫻（報告人）：

主持人及各位先進大家好，今天這個題目由我來擔任主講，這個領域我做了幾年的研究，一直知道這裡有一些問題沒有解決，但是本次邀稿時間太趕，所以只能用拋磚引玉的方式，把我看到的、感受到、體認到的一些在這領域出現的問題，整理出一些問題點，但並不是很完整，僅供大家作一個參考。在將來對政府資訊公開法與卷宗閱覽之間，能有一些進步，或者說修正過去的問題條文，讓政府資訊公開法與卷宗閱覽之間過去發生的矛盾，或是有衝突的地方能得到解決。這篇文章並不是非常的完整，僅是先點出一些問題點，或許有些錯誤的地方，還請大家原諒！

其次，我看到與談人帥法官的與談稿非常的感動，我幾乎沒有看過與談稿是寫這麼多的，等一下可以進一步討論帥法官的意見。另外我要特別感謝最高行政法院的吳東都庭長，當時接到邀稿時，因為我一直都在學界，對於法院判決的實務並不是很清楚，非常感謝吳庭長提供意見。

回到主題，最上面的大標題是司法院邀稿的題目，後來從題目中揣測及看到實務上發現的一些問題，便加了一個副題，希望能夠聚焦在這個問題上面，也希望沒有違背這次找我來做報告的本旨。

參照目錄，這個題目我分成五大塊來說明，第一個是題目上所引發問題的背景；第二是卷宗閱覽跟政府資訊公開請求權的區別，這二個權利在本質上的差異在哪裡；第三，就我國的訴願、行政訴訟、民事訴訟、刑事訴訟及法院組織法中，有關卷宗閱覽的一些規定，會有哪些問題出現；第四，分析政府資訊公開法中政府資訊公開請求權與卷宗閱覽請求權在適用上交錯的部分，會不會在卷宗閱覽中，有第三人以政府資訊公開請求權的方式去請求閱覽？當事人有沒有可能不要行使卷宗閱覽請求權，而用政府資訊公開請求權的方式去請求？其中交錯適用關係會有哪些問題產生？我們又該怎麼解決？在這裡我會介紹日本在這一塊有關的規定，以及解決的方式和學者的見解；最後，提出我個人的淺見。若各位有些實務上的經驗或見解可以提供給我，研討會後，我會再對這篇文章做些修正。

第一個先提到問題的背景，在特定程序的進行中，當事人除了卷宗閱覽權之外，是否可以申請政府資訊公開？因為政府資訊公開法對申請人的資格沒有做任何的限制，只要是中華民國國民即可申請，有沒有可能在救濟程序的進行中，當事人捨棄了本來在救濟程序中給他的卷宗閱覽權，依據政府資訊公開法來請求政府資訊的公開？在這樣的情況下，當事人在程序進行中，卷宗閱覽權與政府資訊公開請求權是並存還是排斥的關係？不是特定救濟程序中當事人、利害關係人的第三人，各位可以看到我舉的一些立法，民事訴訟法、行政訴訟法、訴願法皆有提到第三人的卷宗閱覽，這個閱覽是程序上的卷宗閱覽權，或本質上是政府資訊公開請求權？這個權利在特定程序進行中，會對救濟程序的進行產生什麼樣的問題？在請求時，應該用

第 72 屆司法節學術研討會

行政訴訟法等訴訟法裡面所規定的卷宗閱覽去限制其不得閱覽的事由，還是回歸政府資訊公開法第 18 條第 1 項 9 款規定去判斷能否提供閱覽？因為現在是規定在同一個條文裡面，第三人需經當事人同意後並經法官准許，這第三人實際上的關係是什麼？光看法條其實並不清楚。第三人在人家程序進行中來請求卷宗閱覽或用政府資訊公開法來請求公開程序進行中的資訊，在這種情況下，對於特定程序的進行，是否會產生干擾的問題？或者在原本無法請求卷宗閱覽的情形下，第三人依政府資訊公開法來請求閱覽，把閱覽的資訊再去提供給當事人閱覽，在當事人最後得到資訊的結果，是否會產生矛盾衝突的地方？這些都值得我們探討。

卷宗閱覽跟政府資訊公開請求權之間的區別，通說上，卷宗閱覽是救濟程序中，當事人主張自己的權利或對他人的主張能夠提供反駁，武器平等上非常重要的權利。因為是在程序裡面給的權利，故又稱主觀的政府資訊公開請求權，這個主觀是程序裡面的當事人，這個目的就是讓當事人在整個程序裡面期盼的證據，主張的證據，讓他作一個有效的攻擊防禦。政府資訊公開請求權就不是這樣的一個權利，依政府資訊公開法第 1 條規定，其立法目的主要是滿足憲法上保障人民知的權利，來避免政府黑箱作業，讓政府所作所為曝曬在陽光下，具高度的公益目的，稱其為客觀資訊公開的制度。他的公開請求沒有要求特定具體案件繫屬中，只要想知道政府做某件事情、政策決策的過程中的資料都可以去請求，能夠公開請求資訊的範圍也沒有限制。反觀在卷宗閱覽就不是，只能就特定繫屬的案件卷宗才可以閱覽，政府資訊公開法顯然對公開的資訊客體沒有做任何限制，且政府資訊公開法內所適用的機關，在政府資訊公開法第 4 條中提及，有對「政府」下定義，只要是行使公權力的機關都可以包含在內，不論是行政機關、立法機關、監察機關、考試機關等五院，只要是政府行使公權力上的資訊，都是政府資訊公開的範圍，只要沒有政資法第 18 條第 1 項 9 款限制公開的事由就可以了。

在這個規定，我看到美國的 FOI，也就是 freedom of information act，我們稱資訊自由法，他的立法目的其實比較早的，而比較晚但也比我們早的日本法，稱為情報公開法，information 日本翻作情報。日本跟美國一樣都只限於行政機關的

政府資訊公開，他們範圍是比較限定。當時我們立法時已把立法機關、司法機關的資訊全部包括進來，也就埋下一個火種，事實上司法機關的資訊跟行政機關的資訊，在性質上、目的上有所差別，全部規範在政府資訊公開法裡面，是不是適當？當然這是事後諸葛，因為已經這樣立法了，再來把政府資訊公開法限縮範圍在行政機關，這是不可能的，這也是前因，後面引發了一些今天看到的問題。

有關政府資訊公開法，他是客觀的權利，在美國長久以來，人民依資訊自由法請求對政府資訊公開，在判決時考量政府資訊要不要公開，考量的重點不是在於請求人的資格，也不是在於請求的目的，而是這個政府資訊公開是否有助於人們了解政府在做什麼，他們很明確的朝向公開政府資訊的方向在走。1995 年後有一位自由記者資訊公開案例後，對美國在政府資訊公開法有所改變，在對於有關人民的隱私、營業秘密等，在後來的法院判決內，判斷要不要公開產生扭轉，他有發現很多人會利用政府資訊公開來挖掘競爭對手的資訊，律師打官司時要知道資訊後面的寶礦。美國後來有做調查發現政府資訊公開案件有 60% 是由律師申請，這個法律的立法目的被扭曲了，變成拿來商場上競爭，打官司挖掘對手資料的一個好用的手段。1996 年之後即有了改變，有關個人資料隱私或營業秘密部分，原則上是不公開，公開會影響人家競爭上的地位，影響到人家的隱私，除可證明資料的公開是具更重要的公共目的可以達到外，才可以公開。所以在美國的政府資訊公開法，已經做了一些轉變。回過頭來看日本的部分，日本立法較晚，有鑒於美國的經驗，情報公開法第 5 條規定，對於個人隱私及營業秘密的部分原則上不公開，因為不願意政府資訊公開法的目的扭曲變成挖掘他人隱私，只有在特殊例外的情況下才會公開，這是日本在立法時參考美國經驗所做了的改變。這是我國在政府資訊公開法立法時沒有探討的一塊，這雖未在我的論文中提到，但希望給大家做參考，這是將來立法時可以考量的，政府資訊公開現在最麻煩的問題，就是與個資衝突的問題，怎麼去思考這個問題，今天沒有時間解決，但提供例子供各位參考。

卷宗閱覽跟政府資訊公開請求權的區別，剛剛已經提到請求的客體跟範圍不一樣，另外請求時間、請求權人及救濟方式均不同。請求時間的限制部分，卷宗閱覽

第 72 屆司法節學術研討會

請求權原則上只能在特定程序進行中，雖有例外，如在救濟期間屆滿前、或提起非常上訴或再審時，還有一些情況是可以聲請，這都是比較例外的情況，原則上仍只能在救濟程序進行中才可以請求，是有時間的限制，但政府資訊公開法則沒有時間的限制。請求權人的限制方面，卷宗閱覽一定是當事人或利害關係人，但在民事訴訟法、行政訴訟法、訴願法都有規定第三人可以請求，為什麼把第三人列入當事人卷宗閱覽的條文裡面，這也是我好奇的部分。救濟方式的不同，程序上的卷宗閱覽被拒絕的話，因是程序上的權利，在訴願時不可單獨對此提起救濟，只能在實體請求救濟時再主張卷宗閱覽被拒絕的問題。在民事訴訟法或行政訴訟法可能就要採用抗告的方式來請求救濟。但政府資訊公開法並不是，他是實體法上的權利，如果被否准，依政府資訊公開法第 20 條規定，可以按照行政救濟程序來救濟，即提起訴願及行政訴訟之課予義務訴訟。

這個圖表（P53）是我做的整理，就訴願、行政訴訟、民事訴訟、刑事訴訟及法院組織法中有關卷宗閱覽的規定，再就聲請人、請求閱覽的客體及期限、限制閱覽事由、救濟分析。其中限制閱覽事由，在政府資訊公開法就是限制公開的事由或豁免公開的事由，美國的資訊自由法 (FOI) 是 exception，即不能閱覽，這個就在限制政府資訊公開或卷宗閱覽資訊的範圍。依圖表所示，訴願、行政訴訟、民事訴訟都有第三人的閱覽，第三人閱覽要經當事人同意或證明有法律上之利害關係人就可以聲請閱覽，而證明有法律上利害關係人，可能如鄰人訴願、鄰人訴訟，第三人訴訟的狀況，符合卷宗閱覽的目的。但經當事人同意的第三人，當事人沒有聲請，第三人對訴訟很有興趣而聲請，這是可能的。若是第三人幫當事人聲請，這又會造成什麼樣的狀況？又或第三人聲請後再拿去給當事人？抑或第三人聲請資料後去公告？因為科技進步的發展，在程序進行中將閱覽到的資料公告在網路上或媒體上，這些對訴訟會造成什麼樣的影響，都是必須去思考的問題。

不論政府資訊或個人資料保護，有一個重要的概念就是所謂的 information，就像水一樣，一旦公開是非常難收回來，且會造成無法回復原狀的損害，所以對資訊安全的管理，最重要的是事前的防禦，而非事後的追懲，但事實上資訊一旦公開也

很難追蹤資料拿給誰了或如何使用。現在亦無明文規定，拿到資料是否在原聲請目的去使用，這些資料很多都是個資，個資必須在有特定的目的才能夠利用，這會引發一些問題。在日本有發生過一個律師聲請卷宗閱覽的光碟後，將光碟內容放在 youtube 上，該律師後來遭到懲戒，當時懲戒的理由是上面有很多個人資料，且當初聲請目的是用在訴訟上，而非放在 youtube 供他人觀看，違反當時聲請資料的特定目的，這是用個資法去處罰。我國對律師聲請閱覽之資料利用是否有作任何規範，還是基於尊重律師自治而不去管這一塊？這是我另外提到，也是可能會有問題的地方。

刑事訴訟比較特別，閱覽限制是辯護人，沒有辯護人的被告限制是只能看筆錄的影本，律師是連卷宗跟證物都可以閱覽，且經不起訴確定後的卷宗也是可以閱覽。另救濟部分，依刑事訴訟第 403 條第 1 項規定，當事人聲請閱覽卷宗被駁回可以提抗告，但辯護人聲請時能不能用同法第 403 條第 2 項？即辯護人是否能解釋為條文中「其他非當事人」？在文義解釋上，我認為有困難。有刑事訴訟論文提到，認為律師可以代表當事人，所以迂迴解釋律師也是當事人，但我認為這解釋上仍有困難。在寫作前我有詢問過律師，是否有被拒絕過卷宗閱覽？律師回答沒有，我接著問，若是被拒絕時應當如何救濟？律師愣了很久。因此，既然不是永遠不會被拒絕，那救濟就應事先規定，而非現在看同法第 403 條如何處理這件事，這也是個問題。若是聲請交付審判，則依同法第 416 條聲請準抗告。

法院組織法是卷宗閱覽比較特別的規定，適用範圍很窄。有關法庭錄音錄影的內容，真的要慎重，因法庭上的影像及陳述的內容都是個資，且不是只有當事人的個資在裡面，還有其他當時參與法庭的證人、鑑定人、辯護人等的影像跟陳述，將這些內容提供，是否要有更細緻的規範？雖法院組織法後面有規範要用於特定目的，但不要有些更細緻的去討論可能會引發的問題？若只是要去看書記官是否把意思扭曲做了一個錯誤的筆錄，要更正或澄清，最高行政法院曾經有個判決，是個確定不起訴處分的案子，認為書記官記載筆錄時有扭曲他的意思甚至是錯誤，用政府資訊公開法要求提供，法院的作法是，不提供但允許檢查與檢視，我覺得這也是

個方法。

政府資訊公開法或卷宗閱覽，閱覽這兩個字應該做如何的解釋？在日本，閱覽這兩個字就是我給你看，若不是只有看而是交付光碟、錄音帶、錄影帶或是 copy，一定是另外規範，且會用重製或複印這兩個字。那我們的「閱覽」是否可以解釋到包括這些範圍？將來必須做更細緻的規定。事實上有些資訊，交付光碟、錄影帶、錄音帶，或 copy 的紙本，或規定只能在現場看，對於資訊的擴散或被濫用，效果是完全不一樣的。在這種情況之下，可能要先瞭解聲請資訊的目的何在？那你以什麼方式可以對可能因為這個資訊的公開造成別人的傷害，能夠控制在最小限度的範圍內，提供給他閱覽，我覺得這也是可能要再去作更細緻的，將來如果說真的要修法的時候，作更細緻的考量，提供大家參考。

另外，法庭錄音錄影的交付是法院組織法第 90 條的規定，是因為要主張或維護法律上的利益，在開庭後相當的期間內聲請法院交付法庭的錄音、錄影帶的影本，但這只有及於錄音、錄影帶，我覺得這個是一個比較完整的修法，這是卷宗閱覽比較特別的一個規定。

再來討論政府資訊公開請求權跟卷宗閱覽請求權交錯的部分，請各位看一下後面的這一段話¹，這位學者是我在日本唸書時的指導教授，他對政府資訊公開法有一些他的見解，這邊也是有點回應帥法官的意見，我的教授在寫這篇文章的時候，那個時候政府資訊公開法還沒有完成正式的一版，它是比較早期的，而且日本的行政救濟(又稱不服申訴)，有其行政訴訟法，且對於卷宗閱覽的部分比我們保守的非常的多，只有對行政機關在做行政處分不利於你的證據跟事實那一塊才可以閱覽，其他的根本不准你看，即使到目前為止都是這樣，且對於救濟的態式也是幾乎是沒有

¹ 日本學者亦指出基於公益之資訊請求與為保護個人具體權利之資訊公開請求，特別是利害關係人所為之公開請求，事實上未必能明確予以切割；且另一方面人民為保護自己之權利利益而常有取得政府機關所保有資訊之必要，乃不可否認之事實，尤其在未有其他取得相關資料之手段下，或其法制為不完全者時，讓人民得依政府資訊公開制度，獲取必要資訊以保全自己之權利、利益，為事實上之應然、且具合理性；在此考量下卷宗閱覽制度與政府資訊公開制度截然劃分為不相干兩個制度，未必是適當的，毋寧說是後者為包含前者之關係，較為合理。

規定。而這一直都是日本學者在攻擊的地方，認為為何在不服申訴時沒有訴願法，還有在行政訴訟對當事人權利的保護是這麼的不足夠，所以我的指導教授當時就希望說，那是不是可以由這個政府資訊公開法來彌補這塊，所以他才有這一段的說明。那以現在日本政府資訊公開法已經修訂完成，然後也實施這麼多年，或者去看後來的行政不服審查法，因為行政不服審查法應該是 2 年前才修法的，比較類似我們訴願的制度，日本在立法這一塊已經算補足了。

手冊第 60 頁這個圖，用圖像的方式去表示政府資訊公開請求權跟卷宗閱覽請求權交錯的部分，可以看到行政訴訟程序、訴願程序跟民事訴訟程序，可能與政府資訊公開法交錯的地方。再來，在程序開始之前，它當然就是政府資訊公開法，最前面的申請人即權利人，可能是當事人也可能是第三人，當事人包括追加入、訴訟代理人及利害關係人，而第三人可能是得到當事人同意或者是有可能沒有得到當事人同意的情況之下，所以在程序開始之前，都是政府資訊公開的範圍。而在程序開始之後，就開始會有交錯的地方出現，可能是卷宗閱覽請求權，也可能是政府資訊公開請求權，所以連當事人、利害關係人都有可能，至第三人，因原來就沒有一個特定的救濟程序或繫屬，所以通通都可以用政府資訊公開請求權來要求這些相關資訊的這個公開，所以中間這一段，就一定有一個交錯適用的地方。有可能是當事人以卷宗閱覽請求又以政府資訊公開法請求，或者非當事人之第三人，在他人的程序進行中，依政府資訊公開法來請求卷宗閱覽，那這個時候到底應該要怎麼處理？針對這個議題，行政法院判決很少、學者討論的也很少，民事訴訟及刑事訴訟教科書或論文關於卷宗閱覽也都只是一二行帶過。唯一看到的是，湯德宗大法官在 2006 年時任中央研究院代理所長時，曾經寫過一篇文章，雖沒深入說明，但已點出問題所在，所以我寫這篇文章的時候蠻戰戰兢兢的，因為沒有很多參考的資料，我就是大概把它整理出來。湯大法官對於中間這個交錯的部分，是認為應該在程序進行中排斥政府資訊公開法的適用，原則上我也贊成他這樣的一個看法。第一點，既然是在程序進行中，如果是當事人，原來就有卷宗閱覽的權利，若再依照政府資訊公開法來請求，會不會是欠缺權利的保護要件，意思也就是說沒有這個必要。第二點，如

第 72 屆司法節學術研討會

果從政府資訊公開法來請求政府資訊公開，政府資訊公開法未必比較有利，因為卷宗閱覽中限制閱覽的事由，跟政府資訊公開法第 18 條第 1 項 1 至 9 款限制資訊提供的事由，二者規定差距非常大，政府資訊公開法對於限制事由的規定其實比較周密，所以當事人如果要特定程序進行中的卷宗資料，依政府資訊公開法請求未必有利。第三點，若依政府資訊公開法請求政府資訊的公開，因為是另一個權利，在這個時候，這個進行中的救濟程序要不要停下來？這個就會造成整個程序進行上面的一些困擾，會有一些干擾發生。最後一點，卷宗閱覽請求限制的事由跟政府資訊公開法不一樣，假設若當事人按照這兩個來聲請，結果資訊公開的範圍不一樣，又該怎麼辦？卷宗閱覽是用抗告方式，而政府資訊公開是行政救濟即訴願、行政訴訟，這個會拖延的非常長，所以我認為如果要讓實務上的救濟程序進行的比較順利，而且看起來似乎是比較對當事人的權利不會造成什麼影響跟限縮的情況之下，是不是可以在程序進行中去排除政府資訊公開法，這個是對當事人或利害關係人這一塊，但這是我個人的意見，應該還可以再去討論。

至於第三人的部分，第三人包括經當事人同意及未經當事人同意，經當事人同意這一塊問題不大，但為經當事人同意的這一塊該怎麼去界定，即什麼東西可以看什麼東西不可以看？這裡應該要用卷宗閱覽請求權對於第三人的限制，還是用政府資訊公開法第 18 條 1 至 9 款，因這二個限制公開的事由是不同的。在這樣子的情況之下，為什麼同樣的一個人去聲請卷宗閱覽，在程序中用閱覽的方式與用政府資訊公開法請求的方式，卻得到不一樣的結果，這不是一個很合理的現象，所以這個問題到底該怎麼解決？再來，在程序終結後，除了剛才提到有些特別的規定在程序進行中還可以請求卷宗閱覽外，之後應該就是政府資訊公開請求權。各位應該想想這些問題。

附帶說明，日本對於訴訟紀錄，學術研究上面若有需要，因為我有看過一些案例，就是有人為了要做學術研究，所以要求一些已經結案司法判決的檔案，應該要怎麼處理？因為這裡面會有非常多的個人的資料，最重要的就是個人資料保密，尤其是訴訟卷宗裡面的資料，它的敏感性是非常高，但是他又打了一個非常高的名義

在那邊，告訴你說是學術研究有必要。我想我們在學校裡面做研究，林三欽老師一定也知道，我們常常要看很多法院的判決，也很希望法院判決裡面的資料是可以看的到的。那打著一個學術研究的大義名稱來要求政府資訊公開，到底該怎麼辦？事實上日本在這一塊，聲請已經結案之後的司法判決這個檔案的閱覽，它有另外一條規範，用另外一個方式，我想他可能跟一般的卷宗閱覽又有不同的目的在那裡面，要有不同的思考，這個是我額外在講的。而對於交錯部分我所提出來的一些疑問，就是寫成檢討的部分，這個也請各位可以去作一個參考。

再來日本的部分，先講刑事卷宗閱覽的部分，它很特別，它直接排除政資法的適用，對於卷宗閱覽有自己的規定，偵查中的卷宗閱覽、事件審判中的卷宗閱覽、事件終結後的卷宗閱覽、不起訴事件的卷宗閱覽，另還有一個很特別的規定就刑事附帶民事的卷宗閱覽，就是刑事部分可能已經不起訴，可是因為要行使民事上的損害賠償請求權，所以有必要去調刑事卷宗，但那個是一個不起訴的卷宗，應該怎麼去調閱，它有一個特別的規定，要客觀不可替代的資料才可以去調閱，而不是刑事附帶民事，即將整個刑事卷宗丟到民事庭裡面，然後大家都可以去閱覽。我也問過律師，現在我們實務上是整個都可以看到，這恐怕會有一些問題。那日本的話，刑事附帶民事的卷宗，一定是主張權利有必要，且無可替代的客觀證據才可以聲請，它是比較細緻的一些規定，日本的檢察廳，有發布「不起訴事件紀錄之公開指針」，那個非常的詳細。然後很特別的，還有被害追加人事件的閱覽，就是特定事件的犯罪被害人，他的法定代理人或代理的律師，或者是被害人已經死亡或有身心障礙的時候，他的配偶、直系親屬可不可以去聲請閱覽，閱覽的目的，他沒有現在民事訴訟上為了回復原狀的損害賠償請求權，還有為了其他權利行使，譬如保險理賠，或者是為了知道事件內容的目的。因為日本全部是公訴，沒有自訴案件，日本的檢察官權力是很大的，只要決定不起訴，去聲請調查跟起訴的可能性幾乎不大，而且只要經過檢察官起訴的案子，定罪率高達百分之九十幾。所以這一塊不要認為，日本對人民的保障好像比我們進步多少，至少在刑事訴訟這一塊，它其實是很保守，對人權沒有像我們保障的這麼嚴密。然後關於閱覽的限制，什麼可以閱覽而什麼不可

第 72 屆司法節學術研討會

以閱覽，這邊特別提到，也許可以對我們在法律上有疏漏的地方，這是一個可以參考的地方，這邊比較像我們現在的一些限制閱覽的事由，而它比較詳細。再來，就請求閱覽的抄錄有一個不同的規定然後限制的事由也有一些比較詳細的規定，這個就是可以供大家去做參考的。

日本民事訴訟之卷宗閱覽，任何人都可以去閱覽。我稍微補充一下，日本民事訴訟的判決，當事人的名字是用○○○表示，刑事訴訟則有真實姓名在上面，過去我不太理解，後來看了論文才知道，因為他們認為民事訴訟是當事人私法上權利義務的紛爭，所以有關於個人私生活的部分，不需要公開。可是，刑事訴訟因為是國家公權力去剝奪人民生命、身體、財產這些重要的權利，所以應該要讓所有的人民去知道，這個公權力的行使，到底限制了誰的這些基本人權，反而更應該要公開的讓人民可以去監督你，所以它會變成是刑事訴訟的資訊在判決上面是比較公開的，這個想法可以提供大家作一個思考。但最近這個想法有點鬆動了，因為個人資料保護法公開以後，他們會認為其實在刑事訴訟裡面也有非常多高敏感性的資料，那為什麼刑事訴訟跟民事訴訟會有這樣子的一個差別，所以這個最近已經開始有人提起質疑。在民事訴訟卷宗閱覽這一塊，任何人均得閱覽，第三人來就給你閱覽，但是不能抄錄、不能影印。他們認為這是一種裁判的公開，審判都可以公開了，因為日本公開審理是憲法上面規定的，一定要公開審理，所以認為任何人都可以看民事卷宗，可是因為腦子的記憶是有限的，出去用口述，可信度會比較低，傳播的範圍也會比較小，所以傷害的比較少，那沒有關係，因為有一個重要的公共目的在那邊。可是在個人資料保護法實施以後，這點就被攻擊，就有學者提出，所有的姓名、住址都不遮，讓大家看，如果很有組織的讓一群人去看，你記一部分、我記一部分，然後用這種記憶的方式把當事人的資料拼湊起來，最後還是讓人家知道很多這個當事人的隱私，所以這個是他們學者的建議，認為這一部分是不是要經過考量。換句話說，當卷宗提供給第三人閱覽的時候，因為我們政府資訊公開可以做部分的公開，那到底要怎麼去遮有關於個人資料不能被人家看的這一部分。不過我覺得這個部分恐怕要去考慮到成本的問題，就是說，如果要翻閱的卷宗是很大的話，那怎樣去遮

可以看的，怎樣去遮不可以看的，這裡會有一個非常嚴重的成本考慮在裡面，還有時間的花費，這可能是另外一個要思考的問題。

日本行政訴訟卷宗閱覽，因為它沒有規定，所以是準用民事訴訟法規。而行政不服審查的卷宗閱覽，是類似我們的訴願，它其實是非常非常的窄，只有不利於你行政處分的資料，才可以閱覽，其它的不可以看。這個是很近的立法，但還這麼保守，這也是我覺得很奇怪的這個地方，日本有一個很有名的教授鹽野宏教授，他在他的書裡面是有批評，他認為日本在這一塊對於當事人的保護其實是不夠的。

再來，日本政資法的規定，在日本，至少我在研究政資法和個資的時候，它從來沒有去提到特別法跟普通法的關係，它們沒有這樣的一個用詞，它也不會在它的法條裡面規定所謂的特別法優先適用的這樣一個規定。所以日本在政資法立法的時候，在第 15 條有就政資法跟其他法律之間，在關於政府資訊公開有相同規定的時候，有作一個特別的規定。它不是像我們，我們應該是第 2 條，有講到如果其他法律有政府資訊公開規定的話，那應該優先適用，因為是特別法對普通法。但這樣一個特別法跟普通法的規定，在 100 年之後好像因為行政院法制室的意見，所以現在看到新立的法律已經沒有這樣的規定了。日本是原來就沒有，所以它立法的時候其實有一個基本概念，日本認為政府資訊公開法是公開政府資訊的一個最低下限，換句話說，我擔心你後來有別的立法或者是有過去的立法，然後是一個不適當的限縮，去限縮政府資訊公開，所以我現在政府資訊公開立法，我要先給你一個框架，就是可以比這個更公開資訊，但是一定不能低於這個最低的標準，最起碼要像政府資訊公開法公開的那個範圍去公開你的資訊，而不要後來另外一條或者是前面舊的立法沒有做修正的時候，不當的限制政府資訊公開法適用的範圍。當時立法的目的是基於這樣的考量，希望政府資訊公開法的立法，第一個不要被架空，第二個讓過去沒有公開的政府資訊能夠更公開，所以在政府資訊公開法第 15 條做這樣的一個處理。日本修法有一個很特別，不是只有政府資訊公開法，它通常在這個法律在議會裡面審議的時候，一定有一個準備法，準備法就是因為政府資訊法的規定，可能以前有一些礦業法、漁業法、或戶籍法裡面都有相關政府資訊公開的規定，所以在這個立法

第 72 屆司法節學術研討會

的審議過程裡面，把這些相關的法律，應該要修正的，全部列出來修正，是一種包裹式的修法，所以可以看到法條後面一定有一個準備法。我去查過政府資訊公開法修法，當時後面整體列了各個應該同時要修的其他法律，大概有 90 幾條，一項一項的全部都列出來。因此就不會有我們現在的困擾，也就是該修的法都修了，不會像我們現在，沒有這樣做，其他以前比較舊的、沒有那麼新的或比較有缺失的一些法律，不是那麼新的概念的法律，跟現在新立的法之間就有我們要去討論，後法優於前法或是前法優於後法或者是對法律補充法，那個法律適用上的困擾。這樣就不會，因為它就是爲了要解決問題，所以它用這個準備法的方式，這是一個我覺得我們似乎是可以去參考的一個立法或修法的方式，就不會造成我們後面有這麼多的困難。另外在第 15 條，如果其他的法律，它有規定每一個人都可以請求這樣一個行政資訊，而且跟政府資訊公開法所規定的同樣的方法去公開這個資訊，依這個法律進行公開，那就不需要再去適用政府資訊公開法。因為最後結果一定一樣，因為公開的條件是一樣。第二個，如果其他法律規定有一定的要件去限制政府資訊公開的話，那這個時候因為政府資訊公開法適用沒有被排除，依照政府資訊公開法請求公開資訊的時候，那僅是在該當於政資法公開事由的時候，我才可以去公開，所以它是用第 15 條去解決政府資訊公開法跟其他法律的衝突。它的目的就是利用政府資訊公開法的立法，把過去一些可能規範得不是那麼完善，或是比較限縮人民請求政府資訊公開的權利，用政府資訊公開法去做一個修正，然後讓政府資訊公開法的立法目的不要被前面的舊法或者是不當的限制政府資訊公開請求權的這些法律限制到，所以它才会有這樣子的規定。這是我在介紹日本他們的一個處理的方式，供大家參考。

最後提到，有關於政資法本身的修法問題，在場的各位先進都是法學專家，我們在前年開始法務部已經著手修訂政府資訊公開法，因為我們已經實施 10 年了，也發現有一些問題，是由林錫堯大法官做召集主持人，我是其中的一位修法委員，我們很辛苦的開了 24 次會議，並且做了一些修正。目前公告在網站上徵詢各方的意見，請各位花一點時間上去看，是不是可以提供我們一些修法建議，因為今年過完農曆年後要再開會，希望政資法能夠修得更完善一點，解決掉我們目前現在看到的一些

問題，這個是我在這邊附帶的一個提議。

我在這邊提出幾個關於政資法修法的一些問題，再來就是我會比較希望，我們要不要全面性去盤點一下訴願、行政訴訟、民事訴訟中，有關沒有利害關係的第三人卷宗閱覽的問題，這個部分我真的是比較希望不要放在閱覽卷宗規定裡面，因為我覺得第三人的閱覽，畢竟他不是當事人，也不是利害關係人，他的利益跟這個資訊的利害關係，以及他請求資訊公開的請求閱覽的那個目的，跟當事人、利害關係人一定是不一樣，放在同一個條文裡面，第一個那個條文沒有規定的很仔細，都不知道它的性質是什麼會混淆，所以是不是可以另外的去做一個立法，或是回歸到政府資訊公開法裡面去處理，會不會比較好一點。再來就是刑事卷宗閱覽的這個問題，我在這邊都有一些很粗淺的建議，因為時間很有限，不耽誤各位的時間，因為等一下會有兩位與談人非常精彩的意見，我就到這裡為止，謝謝大家的參與，謝謝。

林教授三欽（與談人）：

謝謝主持人蔡副院長，報告人范姜老師、及與談人帥法官、各位先進大家好。我個人很榮幸在這樣的一個隆重的場合跟大家分享我一點粗淺的想法，本篇文章博大精深，跨越的法律相當廣泛，包括三個訴訟法及訴願法、政資法、檔案法，以及平行的日本相關法律，整個文章需要探索的規範相當多，著實不容易。報告人在文章第二大段提到卷宗閱覽權與政府資訊公開請求權這二個權利的區別，卷宗閱覽權是程序性的附屬權利，若用在爭訟當中，是人民爭訟權的一種必要配備，可以讓爭訟雙方武器均等，就行使的主體是關鍵，本文前後環繞著卷宗閱覽權是否可交予第三人，因此在探求卷宗閱覽權這議題要相當謹慎。定義上，多數認為卷宗閱覽權的主體限於程序的當事人及利害關係人，在民事訴訟法、行政訴訟法、訴願法擴及到經當事人同意的第三人，若當事人同意第三人來閱覽卷宗，則此第三人非純粹的第三人，已經失去了不相干第三人的概念。

在我國法上，等同於排斥第三人來行使卷宗閱覽權，在目前的法制下，談到第三人如何來接觸訴訟進行中的卷宗資料，應更謹慎地避免使用卷宗閱覽權的字眼，

第 72 屆司法節學術研討會

在我的理解下，卷宗閱覽權應專屬當事人及利害關係人的權利。第三人在訴訟進行中有無資訊公開請求權，是可以被談及的，但盡量去避免使用「卷宗閱覽權」，尤其在我國現行制度下。

在時間上，卷宗閱覽時間大家都不否認在程序終結之後仍可以存續一段時間，因為這個時候，程序雖然已經終結，但是當事人有必要在後續期間進行救濟等。至於資訊公開，是一種一般性的權利，前者是一個附屬性的權利，資訊公開是人民知的權利，是實體上的權利，訴求是政策的透明化，客體是執行職務上政府所保有的各種資訊。在這邊我的看法跟稍後帥法官不同的看法在於，即便法院所拿到的資料多數是二手資料，是各方呈給法院，不是法院自行產製。但按照資訊公開的精神，資料在你手上，不論資料是別人交給你，還是自行取得，這樣的資料都可以向持有機關實行資訊公開請求。基於這樣的認知，剛剛報告人有提到，訴訟進行中，我稍後會提到，我個人持比較保留的態度。但在訴訟終結後，參酌日本經驗，我們剛剛有提到日本有特別規範如何讓訴訟終結後，有條件的讓卷宗供閱覽，這能讓學者對審判的研究有更大的可能性，因為目前我們對於裁判的研究僅止於裁判書上所載的事實，如果有一些訴訟資料，當事人有提出，確實存在，而法院卻未加以採用、未加以記載在裁判書上，我們就無從知悉，對裁判的研究就會受到很大的掣肘跟束縛。因此我很期待藉由這次的討論，將來我們能建立一套訴訟終結後，有關裁判相關卷宗的公開機制。

有關於資訊公開的請求，由第三人來行使，可否與審判公開原則做連結：因為審判是公開的，第三人即可查閱這些案件的卷宗資料，這樣才符合審判公開原則？我個人對這點有所保留。審判的法庭公開，不代表卷宗的資訊公開，這部分稍後再向大家說明。

本文最重要的議題就是資訊公開跟卷宗閱覽權的交錯，而我因為看過帥法官的與談稿，所以可以同時跟兩位前輩做交換意見，這也是資訊公開的好處，可以提早來回應帥法官所還沒講的意見。

帥法官有提到資訊公開與卷宗閱覽權是否交錯，態度存疑，我個人也存疑。什麼是交錯？若訴訟當中，只承認當事人跟利害關係人能夠行使卷宗閱覽權，而不仿照日本制度，承認第三人的資訊公開請求權，則訴訟進行中，排除資訊公開的適用，這時不會發生交錯，很單純只有當事人跟利害關係人的卷宗閱覽權，不存在資訊公開的並行。我們如果承認，即使是訴訟進行中，第三人也可以主張資訊公開請求權，那代表會有交錯。當事人主張卷宗閱覽權，第三人行使資訊公開請求權，確實在同一時點，同一訴訟進行的場域裡，有兩種權利交錯，但問題是，若當事人跟第三人各行其道，相安無事，各走各的權利。唯一會發生困難是：當事人先用當事人身分行使卷宗閱覽權，但被拒絕；其後立即改以公民地位，要求實行資訊公開請求權，這樣是否可行？如此就會有交錯。我個人認為，這樣身分的切換並不宜。我們針對訴訟進行中，特別考量到底當事人、利害關係人能行使到如何程度的卷宗閱覽權，這是針對訴訟進行中所特別量身訂做，這已經影響到當事人訴訟進行中對等資訊的攻防需求跟防弊的機制。如果今天專門為當事人量身訂作接近卷宗的權利不用，反而用一般性第三人所用的資訊公開權，且容許當事人轉換身分，可能會使訴訟法上本來設置好的防備網絡被突破，這是身份不能切換的很重要原因，當事人不可在訴訟當中改換主張，以第三人自居來要求接近訴訟當中的卷宗。

事實上，去年(105)年 5、6 月份的最高行政法院的決議，就是對於當事人向法院請求閱覽卷宗或資訊公開的權利有個辯證，按照該決議，當事人不能任意的以自己的主張資訊公開或卷宗閱覽，必須要真實去考察要求該資訊的動機、目的何在，例如：對於不起訴案件聲請係為未來再議之用，刑事訴訟法上，從利害關係的角度出發，這個權利的行使就是卷宗閱覽權；如果今天沒有這層動機和考量，就是資訊公開權。這不容許當事人隨意切換，而要回歸到真實探知。這個決議雖然沒有明白點出，但對這個議題的思考很有幫助。

本文受到日本法制的影響，對於當事人或利害關係人的卷宗閱覽權，認為可以並存而非排斥（第 71 頁第 4 行），但如何的並存而非排斥，在文章中並不清楚，若當事人可以自由切換身分去主張，或容許第三人可以在程序當中來主張資訊公開請

第 72 屆司法節學術研討會

求權，是否對會訴訟進行造成干擾？

有關於交錯的第一種情況，就是訴訟進行當中當事人或利害關係人是否可以主張資訊公開請求權，同時再補充一點，政府資訊公開法第 2 條的規定，政府資訊公開法是普通法，各種訴訟法、特別法所規定接近政府資料、檔案的權利是特別法。因此，當事人已經基於特殊身分要適用訴訟法上的卷宗閱覽制度，就不容許回過頭來主張資訊公開，這涉及到資訊公開的普通法定位。針對普通法定位，可能與日本法上的基本法定位是有點不太一樣的，這稍後說明。但訴訟中，當事人不能降格以求自命為公民來主張資訊公開，在文章第 61 頁有提到，有個台中的判決，一反過去的看法，認為當事人可以自命為公民，改在訴訟中主張資訊公開，這讓人非常驚訝。這個部分對於普通法、特別法沒有交代清楚，也可能對於訴訟法中對於雙方攻防均衡所設下資訊接近規則的突破。尤其按照作者的看法，資訊公開規則下，資訊公開的限制比卷宗閱覽的限制要少，容易讓當事人造成突破而不平等，懂得降格行使政資公開請求權的人就會接觸到更多資料。

第二個交錯是：今天是第三人，既不是當事人，也不是利害關係人，甚至也沒有經過當事人同意，卻來爭訟進行中，行使卷宗閱覽權或資訊公開請求權，想了解訴訟當中進行的資料，這種情況下我採取否定的看法。第三人在訴訟進行中採取卷宗閱覽權或資訊公開請求權，這是一種干擾的作為。為什麼是干擾？第一個影響：審判案件是動見觀瞻，若是行政訴訟，可能會有關係的公益團體等想影響審判，若是民事訴訟、刑事訴訟也有類似可能性，若卷宗可以由任意第三人來接近，對訴訟的干擾是可預見的。其次，訴訟資料是包羅萬象的，為了調查，包含當事人的商業機密，各種資料都有，在最敏感時刻，即訴訟進行中，當事人或第三人要了解，我們可能會因為時間壓力無法過濾，不慎而將資料洩漏出去。另外，訴訟進行中，卷宗時常要給法官庭長等閱讀，這時若配合第三人資訊公開的要求，將卷宗借出去，會對訴訟進行有相當大的不便，將他排除會是比較妥適的作法，若要公開，等訴訟終結後再公開。

再來提到資訊公開法跟卷宗閱覽制度的位階關係，在我國，我們把政資法定位

為普通法，其他法律優先適用，這跟日本基本法的態度不同，在日本政資法是最低下限，其他法律不可低於其標準，低於標準者不予適用。立法者一時聰明可以，但能夠洞知未來各種新興事物的變化是很難的，在今年訂了一個法律，在 10、20 年後竟然還能比當時的立法者更有權威，去束縛 10、20 年後的立法者想要訂立的更新穎的規定，不准比你更嚴格去限制，難道都不存在任何需求是往後才發生的嗎？有關基本法的疑義，這是目前大家普遍思考的，我們也不該放心地去引進，德國關於資訊公開的制度，也是定位為普通法，容許各種特別制度優先適用。

最後表達我的期盼，對本文我非常地佩服，也獲得了豐沛的收穫。雖然我對於爭訟進行中的第三人資訊公開制度期期以為不可，更不要說是卷宗；但我對於訴訟終結後的資訊公開滿心期待，這樣一來，對於裁判書的研究即可有第一手的素材，我希望這個制度能夠盡快上路，謝謝。

帥法官嘉賓（與談人）：

主持人蔡副院長、報告人范姜老師、與談人林老師，還有在座的各位司法先進，受邀參加這次盛會，一方面是備感榮幸，一方面也是備感壓力。壓力的來源有二，第一是我不曉得如何切入這個主題，因為切入之先要先有偏見，沒有偏見就不會有心得，要找到立論基的的偏見不見得是件容易的事情；第二就是心得要怎麼完整的表達，所以我先用與談稿來化解自己的壓力。所以與談稿的功能，對我來講，真的就只是化解壓力的一種工具而已。

聽了報告人的報告，還有林老師的與談之後，一方面深有收穫，另外一方面，也知道自己的盲點所在，所以我要聲明幾點：第一，在我的與談稿當中，整個論點，基本上是沒有個資法的視野，也就是說個人資料保護法的部分，基本上我沒有想到；第二點，我要強調，我所認知的資料，基本上都是可作量化的宏觀資料，沒有想到做質化研究所需的資料，像法律學者所期待的那種研究資料，基本上我是沒有想過的；第三點是有關第三人的資訊蒐集權，這個部分基本上我跟林老師的看法是一致的，第三人如果要在爭訟程序當中去蒐集資訊，前提必須是他的個人利害與本案有

所牽連，這是我基本的想法。

接著說明我切入議題的偏見或觀點是怎麼來的，基本上，我切入這個問題的觀點是循著法官慣常思考路徑，法官天天在處理真實世界當中的糾紛，所以對規範跟實證之間的回饋關係深有體會。我們對法律的認識總是從對真實世界的認識而來，所以我們要先知道，實證現象，還有藏在實證現象背後的支持條件是什麼。接著我們會試圖認識到說，維持現狀的規範需求是什麼，然後我們會思考，現狀是好還是不好，如果不好，如何改善它。基本上法官總是從實證的角度想問題。接觸到這個議題的時候，也就是資訊公開這個議題時，首先跳入腦海裡的就是「資訊」這兩個字，我要問的問題則是：資訊，到底有怎樣的實證特徵。以下是個人的體會。首先我們會發現說，資訊其實很重要，它足以影響社會資源配置的效率跟公平，所以在很多人的眼中，資訊是種社會資產，凡是一種社會資產，就會有創造跟使用的問題存在，資訊在創造上會碰到什麼樣的問題，我就不提了，那因為報告本身與創造的關係比較間接，而跟使用比較直接，所以我就把重點放在資訊的使用議題上。

資訊的使用上面，必須注意以下幾個子題：第一，我們必須認識到資訊的使用類似網路的使用，使用量越大，產生的倍數效果越大；第二，資訊之所以有用，是因為資訊內容是正確的，錯誤的資訊其實它是沒有用的，所以說，怎麼確保的正確，極其重要，這是第二個必須考慮到的問題；第三，資訊是不是正確，常跟它的來源有關，如果用統計的講法就是，內容正確與資訊來源是相關的，而爭訟中的資訊，其來源很難確保內容的正確性。

另外我覺得很重要的是，我們在觀念上必須認識到，資訊跟載體間的區別，資訊儲放在載體裡面，必須透過載體來儲存及表達，這點大家都了解。而我要提醒的則是，資訊的質量或它傳輸的方法及散布的模式，也都跟載體的形式有非常密切的關係，這兩件事情的分辨，從使用者的角度來說，是非常重要的。這裡可以舉文章中所舉的例子，就是法院組織法第 90 條之 1，這是一個很好的例子，可以充分說明載體對資訊質量的影響。法院以錄音、錄影形式儲存的資訊，跟筆錄上所存在的資訊，理論上來講應無不同，但因為載體不同，所以資訊的質量也會不一樣，因此才

有特別規範的必要。

另外，我們在談的資訊公開，不能與資訊無償使用畫上等號，它們是兩回事，資訊公開並不表示資訊的使用就無需付出成本，因為公開的資訊還是有如何發現與蒐集的問題存在。

資訊本身要做分類，分類目的則是取向於功能，對我們來講，有效的分類方式是把資訊分爲「規範資訊」跟「實證資訊」。對法院來說；這點我要特別強調，我所認知的法院是一個資訊業，它是以提供規範資訊爲業，法官要把這個觀念牢記在心裡。而評斷一個規範資訊的好壞，主要的標準就是，如果社會大眾依規範資訊行事的結果，會不會增加社會整體的福利，這是我個人的信念。另實證資訊又可再分爲「宏觀資訊」跟「微觀資訊」，而我的理解，主要能夠帶來正面社會效益的通常都是宏觀資訊，它的特徵則是可以做量化研究。

以上所講的都是資訊概念的釐清，那釐清了問題之後，我們才能來討論到資訊公開的議題，討論資訊公開議題首先要確定的是，處理資訊公開問題的基礎法規範有那些，依我們目前所看到的，大概有三組法規範，就是政資法、檔案法還有各類爭訟程序法。在這個地方我要做一個小小的補充，在我觀念當中，爭訟程序法不限於狹義的三方爭訟，即使是兩方對立的情形，譬如說訴願前置程序，或者是行政程序法中的調查，基本上我也認爲，屬於爭訟程序法的一種。那這三組法規範當中，如果我們要做分類，我們可以分爲兩大類，其中政資法跟檔案法是一類，各式各樣的爭訟程序法又是另外一類。這兩大類的法規範，其規範功能與資訊揭露的模式設計是不太一樣的，這是我個人的體會，爭訟程序法打算處理的資訊，是賽局理論下的微觀資訊，我想大家都了解，賽局內涵必然具備以下三大部分，第一要有規則，第二要有策略，第三則是一定要有資訊，一個訴訟或爭訟，基本上就是一個賽局，它有規則，有策略，更有勝負，那這種情況底下，爭訟法在資訊領域內所追求的整個目標，就是要確保爭訟雙方在資訊上的武器對等。在這樣的情況底下，法院在決定資訊是否公開以及如何公開時，只要想到兩造的利益，這是我對爭訟程序法有關資訊公開議題的理解。至於政資法跟檔案法所處理的資訊，依我的理解，主要是指那

第 72 屆司法節學術研討會

些比較有生產力的資訊，一個是規範資訊，另一個就是宏觀的實證資訊。其實人民有求於司法部門的，無非就是規範資訊。因為我自己主要是辦理稅務事件，就常常聽會計師跟我講，千金難買早知道，所以說目前預計實施的納稅者權利保護法（就要在明年實施這個法律），就把所謂的預先核示制度納入。就是說在事情還沒有發生之前，我先請教稅捐機關，如果我要這樣做，會在稅上產生何等法律效果？這是一個很好的例子，可以說明為什麼規範資訊是這麼重要。這種規範資訊基本上對社會有好處，所以說它的提供應該是比較有效率的，審查程序必需是簡單的，那這是我對政資法有關資訊公開的理解。

下面當說明從報告中所得的收穫，那首先在爭訟程序法的部分，感謝范姜老師的努力，她用圖表的方式，我們才很容易從宏觀視野的角度，看到各種爭訟程序法有關資訊公開的全部規定。看到這些圖表化的規定，我心中的感想是這個樣子的，目前爭訟程序法當中，它對資訊公開這件事情，並沒有把一些概念作清楚的分辨，它沒有把資訊內容、資訊的載體形式、轉錄方法、還有執行或監督轉錄過程中所應該遵守的正當法律程序予以明確的區分。事前沒有把這些概念抽象化，然後去思考這些問題，所以就會很容易在執行上發生很多的問題。舉個例子來說，這是會計師告訴我的，他說他們到國稅局閱卷，閱覽帳冊資料時，國稅局跟他講說，你只准用抄的，可是問題那是一欄一欄的數字啊，而且有很多欄位，這要抄到什麼時候？這時候我們想說影印更好，而最好的方式是給電子檔案，複製電子檔是更快速的資訊轉錄手段，所以這牽涉到說資訊轉錄的方法，這都跟資訊提供或資訊公開一事有所關連，這些事項其實都要在立法之先想清楚？而且我認為，整個資訊公開規範應該只有一套法律，目前我們的爭訟程序法當中各個法律有不同的規定，不是一個好的選擇，它應該把它合併在一起來做規範。

至於政府資訊公開法跟爭訟程序法的交錯適用，我的理解，它的交錯適用只發生在「爭訟程序終結後，訴訟卷證尚未移交或歸檔前」，在那個很短的時間內才會發生。至於之前，爭訟程序法之所以不讓你蒐集資訊，是因為維持賽前的武器對等。如果賽局還沒有開始之前，即有蒐集資訊的必要，基本上應該依循的是證據保全規

範，或者是英美法制證據開示的規範，就是說什麼證據當事人事前不提出，以後就不可在爭訟程序中引用，用這種方式來處理。所以說交錯只會在極短暫的時間內發生，只有在爭訟裁判終結後卷宗沒有移送前，才會發生這種問題。另外一方面我也認為，將政府資訊公開法交給爭訟裁判者執行，其實不是一個明智的選擇，怎麼講？因為兩種執法機關的功能不同，看待問題的態度也會不一樣，對一個爭訟裁判者來講，它只關心個案問題，重視個案中的武器對象，不會想到通案式的整體社會效益，也就是前面所提宏觀資訊的效益，所以在我看來就是說，這是二個不同層次的問題。

最後提出感想，雖然范姜老師談的，是以政資法為核心，但是在我看來，在政資法規範現狀的對比下，各位會發現，其實爭訟程序法的調整反而是更為迫切，調整重點應該放在那些部分？第一個就是法規範的統一，有關資訊公開的規範事項要做抽象化的思考，如此才能整體規範，然後制定一套法律。這其實對我們實務界應該是很重要的，目前要研究爭訟程序法是件痛苦的事情，民事訴訟法一套規定、刑事訴訟法一套規定，行政訴訟法又有另一套規定，其實這些爭訟程序法的很多規範事項應該是統一的，像資訊公開就是其中之一。然後整個爭訟程序法就資訊公開議題的核心觀點應該是，怎麼確保爭訟雙方在資訊上的武器對等，還有就是資訊蒐集的過程當中，正當法律程序如何確保？像我剛剛提到閱覽帳冊的例子。另外還可再舉一個例子，在稅法上常常發生這種情形，稅捐機關明明可透過財稅資料中心取得所有納稅人的資料，但是它不主動向財稅中心索取，反而要當事人提供帳冊，在這種情況底下，有沒有違反正當法律的程序，就必須好好思考，而這些問題都必須在制定資訊公開的法規範時，一併考慮進去。

另外，在這裡要強調的是，政資法跟爭訟程序法的適用範圍，以及二種法律的執法部門，應該徹底分離，我對這份報告的主觀期待，反而是希望讓政府資訊公開法跟爭訟程序法完全沒有交錯適用的機會。如果說接受這樣的觀點，我覺得問題反而容易解決。譬如說范姜老師剛提到個資法的問題，以致形式政府資訊公開法、爭訟程序法與個資法三方衝突的現象，增加處理難度。但如果我們接受以上的觀念，如果政資法與爭訟程序法沒有交錯適用的機會，則適用爭訟程序法時，如果涉及到

第 72 屆司法節學術研討會

第三人隱私部分，我們就可以直接比較爭訟程序法規範以及個資法規範，來做調整及處理的依據。如果是宏觀資訊中內含有個人資料，那就是政府資訊公開保護法跟個人資料保護法之間的衝突問題。執法者可以各自解決，這樣看起來法律問題的處理反而比較清楚也比較容易解決，這是我的看法謝謝。

許先生(提問人)：

主席，我是臺灣之聲網路電台許榮棋，感謝讓我們這些消費者有機會來參加研討會，司法改革依據蔡英文總統說法，以前都是法官、檢察官、律師和學者，這次要讓全民參與，但是我們從今天討論的方式，都沒有讓全民參與。首先說明，基於資訊公開，請司法院通令各法院，發布新聞稿時應記載所有合議法官的姓名，不要讓我們這些媒體工作者再打電話去問。第二資訊公開要對等，刑事訴訟到目前為止，沒有請律師的被告不能閱卷，但是檢察官可以調卷，改良式當事人進行主義已經實施這麼久了，被告沒有請律師就不能閱卷，等於蒙著眼睛打仗，但是如果他去找律師就可以閱卷，欺負沒錢人，被告花三千塊請個律師閱卷後，再撤銷委任就可以拿到資料，這並不公平。請司法院許院長就讓被告可以閱卷，刑事訴訟法沒有規定檢察官可以閱卷，但檢察官可以調卷，檢察官起訴被告，被告沒有請律師就不能閱卷，怎麼打官司。另外請許院長繼 2 月 9 日最高法院網路直播王光祿案，臺北地院 2 月 11 日馬英九前總統的自訴案，高院刑事庭安股辜仲諒紅火案，也都能比照辦理。

此外，廢除不合時宜「保護說謊」的判例、廢除國家賠償法第 13 條消滅恐龍法官，臺灣的法官和檢察官受到國賠法第 13 條的保護，等於當皇帝，乾脆廢除掉，一視同仁，臺灣的司法改革不用等國是會議，現在就能做，謝謝。

翁專門委員(提問人)：

主持人蔡副院長，報告人范姜老師、林老師、帥法官、在場各位先進大家好，我是內政部訴願會專門委員翁瑞鴻。請教范姜老師，政府資訊公開法第 18 條與訴願法第 51 條均有拒絕閱覽影印的理由，但理由不同，訴願法只有 4 款，其中 2 款有關

訴願程序。如果當事人申請政府資訊被拒絕後提起訴願，在訴願程序中申請閱覽卷宗，並指名閱覽被拒絕的文件，請問受理訴願機關應如何處理？舉一個例子，臺灣人到國外留學跟外國人結婚並生小孩，因感情不睦，臺灣人即把小孩帶回臺灣，訴訟中外國人知道小孩返台需要經過他簽名的同意書，故要求申請閱覽同意書文件，遭移民署拒絕。訴願程序中，即指名申請閱覽該份同意書文件，如果同意，也就不需要訴願；如果拒絕，同范姜老師所說，要待訴願遭駁回，對訴願決定不服提起行政訴訟時，併用聲明以為救濟。這種情形實在很難處理，請教范姜老師的意見。

范姜教授真嫻（報告人）：

的確這也是我一直認為有問題的地方，但因為這是屬於程序上的權利，當初在立法的時候，應該也是有考量到，如果允許對於單純的核准提起救濟，可能會對整個訴願程序的進行有干擾的可能性，而需待對訴願決定不服時，一併聲明，此規定對當事人確實不是很公平。而日本也是這樣規定，程序上的決定必須待對實體決定不服再一併提起救濟，此並無侵害到當事人的權利，因仍然可以提起救濟。但我個人並不贊成，在實體法上再一併提起救濟，這並不足夠，如果在訴願程序中聲請卷宗閱覽，訴願遭駁回，但若沒有對訴願決定提起行政救濟，即無法看到被拒絕閱覽的卷宗。這地方的難處就是，如何在卷宗閱覽與程序順利進行之間去取得衡平，我曾經有個想法，視申請閱覽部分是否與攻防權有關係，若跟攻防沒有關係，因為不論卷宗閱覽或政府資訊公開，均可公開；若與攻防有關係，是否可就有必要的部分，做適當的遮掩後，再為提供，但這也不是很周全的一個權利救濟。

蔡副院長炯燉（主持人）：

謝謝各位，剛剛許先生提到新聞稿姓名要公開，此部分應該大部分法院均有公開，另外提到其它司法改革的意見，我們會列入研議。因為時間關係，今天第二場的研討會到此結束，謝謝大家的參與。

第 72 屆司法節學術研討會

〔 第三場 〕

言論自由與進行中的司
法案件

〔 第三場 〕

主 持 人、 報 告 人 簡 歷

第 72 屆司法節學術研討會

第三場

主持人簡歷

主持人	學歷	現職
陳彥希 Edgar CHEN	台灣大學法學博士 美國密西根大學法學碩士	常在國際法律事務所資 深合夥律師 輔仁大學法律學系兼任 副教授

報告人簡歷

報告人	學經歷	現職
王正嘉 Jiang-J ia WANG	日本大阪大學客座副研究員 國立中正大學法律學系助理教授 國立台灣大學法律學院法學博士 日本一橋大學研究 執業律師	國立中正大學法律學系 副教授

第 72 屆司法節學術研討會

〔第三場〕

會 議 論 文

報告人：王副教授正嘉

言論自由與進行中的司法案件

——犯罪報導的應然與界限

中正大學法律系副教授王正嘉

壹、前言：犯罪與言論、新聞自由

犯罪作為受到矚目重視的社會問題，經常受到新聞媒體與社會大眾熱烈討論與青睞，尤其當重大犯罪案件發生時，即使已經進入刑事調查程序成為司法偵查或審判中的案件，肩負第四權使命的新聞媒體基於人民知的權利，固然得以報導犯罪新聞，此乃傳達真相任務所不得不然，然而稍有不慎也極容易淪為炒作，將失真的訊息進入言論市場或留在難以遺忘的網際網路世界，讓社會大眾在此錯誤基礎上討論，反而造成比犯罪更過度與扭曲的結果，帶來更大的整體社會侵害，並損及犯罪人與被害人的權利，因此無論從新聞自由或言論自由的理論內部，或是從司法程序規範性要求，都會產生規制犯罪報導的需求，但究竟如何界定應然，其界限又何在，則仍然處於模糊不清的狀況。

針對這類在台灣經常見到的狀況，即犯罪問題的報導以及衍生出來的司法處理犯罪的評論相關問題，在憲政民主國家中，一方面基於言論自由或新聞自由，須允許對於犯罪進行報導與評論；然而另一方面基於犯罪被害人的隱私權以及犯罪人的刑事程序保障，設有一定界限，有其必然性，主要的聚焦就在二者之間如何權衡與調和。

本文主要目的即在於此，首先釐清犯罪報導的目的以及其與其他憲法保障之基本權的可能衝突以即可能給社會帶來的問題；其次則從犯罪報導與進行中司法案件之刑事程序的制度保障規範觀點，說明二者間的相互衝突與權衡，希冀透過這樣的問題釐清，能夠找出一個理想的兩立模式。

貳、犯罪報導的新聞自由

我國憲法第 11 條規定：人民有言論、講學著作及出版之自由，此條乃憲法保障言論或意見表達自由的明文規定，固無異議，但卻未明文規定出新聞自由，則新聞自由是否屬於憲法該條所保障的基本權利？亦或是歸屬或獨立於言論自由以外的基本權利？在理論上稍有爭議。

一、新聞自由之理論

（一）憲政上獨立的新聞自由

1. 言論自由與新聞自由的分合

在美國法上，新聞自由與言論自由是否各自獨立之問題，向來爭議不斷。主要是因為美國憲法增修條文第 1 條規定中¹，原文將「言論自由（freedom of speech）」與「出版自由（freedom of press）」並列，則新聞自由究竟由「言論自由（freedom of speech）」或「出版自由（freedom of press）」而來，或者是一個憲法上的獨立權利，素有爭議。美國法院傳統見解認為言論自由與出版自由兩者同義、並無任何內涵或憲法基礎上的差別，因此兩者在用語上可互相代換²，亦有論者以「表意自由（freedom of expression）」為兩者進行統稱³。有論者認為既然將代表言論的「speech」與代表新聞的「the press」分別列出，可見兩者應屬不同性質之權利。

鑽研言論自由的憲法學者林子儀教授認為若只在條文中使用「言論自由」，將可能使人誤以為憲法之保障僅及於以「言語」表達之言論或意見，而不包含「書寫」、「印刷」等以其他方式表現者；而「freedom of press」固然是指出版自由，但在「press」的現代意義下，憲法規定之「freedom of press」應隨著「press」的意

¹ 美國憲法增修條文第一條：Amendment I Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.

² 劉定基，從美國法的觀點評司法院大法官釋字第 689 號解釋--以新聞自由、言論自由、隱私權的保障與衝突為中心，興大法學，11 期，頁 200，2012 年 05 月。

³ 陳彥至，論大眾傳播自由他律之可能—以美國傳播法制中之『公平原則』為中心，國立臺北大學法學系碩士論文，2003 年，頁 31。

義改變而專指「新聞媒體自由」⁴。因此新聞自由應當獨立於言論出版自由之外，而有一個較為完整的保障地位，以維護新聞媒體於民主制度所扮演之角色。但另有學者認為我國新聞自由憲法依據援以憲法 11 條之表現自由及憲法第 22 條概括自由權而來，因為新聞之播報不只侷限新聞播報行為而已，尚包含事前之資料蒐集、資料統整、新聞採訪、新聞編輯…等。若無內部準備行為，則無新聞報導，倘將新聞內部準備行為，援以強調保護個人表達意見之言論自由為憲法依據，恐有欠允當，故而以憲法 22 條作為新聞自由新聞上的基礎，獨立於言論自由予以保護⁵。

大法官會議早期見解認為我國憲法本文並未使用「新聞自由」字眼，在審理相關案件時多以憲法第 11 條言論自由的規定進行處理，這一點尤其在針對媒體觸犯刑法 310 條誹謗罪是否違憲的 509 號解釋中，並未針對新聞自由有所著墨可見，因此新聞自由是否受到憲法保障在我國時有爭論。雖大法官解釋第 689 號中首度正面處理「新聞自由」一詞，解決上開疑慮，同時定義新聞自由之內涵非僅保障於新聞機構之新聞記者採訪行為，亦保障一般人為提供具新聞價值之資料於眾，或為促進公共事務討論以監督政府，而從事之新聞採訪行為，該號解釋有限度地承認「新聞採訪跟追權」的同時，也將新聞自由納入憲法第 11 條的保障內涵中探討，遺憾的是仍未解釋新聞自由與言論自由在我國憲法上的關係，二者是否相同？抑或新聞自由有其獨立之意義與理論基礎，而留有空間⁶。另外觀諸涉及通訊傳播領域的釋字第 364 號解釋與釋字第 613 號解釋，在前者指出廣播電視應受憲法第 11 條之保障且媒體有編輯自由⁷；亦在後者將通訊傳播自由納入憲法第 11 條言論自由所保障之特殊類型⁸，

⁴ 林子儀，新聞自由的意義及其理論基礎，臺大法學論叢，22 卷 1 期，頁 66，1992 年。

⁵ 翁曉玲，新聞報導自由與人格權保護，當代公法新論(上)—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照，2002 年 7 月，頁 91-93。

⁶ 該解釋理由書第五段：「新聞自由乃不可或缺之機制，應受憲法第十一條所保障。」，但大法官在本號解釋中並未明確交代新聞自由的基礎為言論、講學、著作或出版自由，評論者多認為屬出版自由；如：黃維幸，新聞採訪與隱私的衝突與平衡—兼評釋字第 689 號，月旦法學雜誌，第 197 期，2011 年 10 月，頁 9；劉定基，從美國法的觀點評司法院大法官釋字第 689 號解釋--以新聞自由、言論自由、隱私權的保障與衝突為中心同註 2，頁 198。

⁷ 解釋第 364 號解釋理由書第 1 段：「言論自由為民主憲政之基礎。廣播電視係人民表達思想言論之重要媒體，可藉以反映公意強化民主，啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，其以廣播及電視方式表達言論之自由，為憲法第十一條所保障之範圍。」；第 4 段：「如無條件強制傳播媒體接受民眾表達其反對意見之要求，無異剝奪媒體之編輯自由……」

畢竟廣播電視等科技屬於傳遞言論之媒介，當廣播電視被用來傳播新聞時，憲法對於通訊傳播自由的保障自然也會延伸至新聞自由⁹。

本文基本上採納林子儀教授的見解，肯認為獨立的新聞自由，而說理上新聞自由作為獨立基本權或制度性保障，或與一般言論自由重疊，固有上述爭議，但在此更重要的是說明其內涵的第四權理論。

2. 第四權理論

在新聞自由的演變過程中，第四權的提出，至今已成為廣為新聞媒體所接受的概念。「第四權」理論原為美國聯邦最高法院大法官 Potter Stewart 法官於 1974 年在演講中首度提出，支持新聞自由有其獨立意義，並主張新聞自由應為獨立在言論自由以外之一種獨立權利，為一制度性、組織性的條款¹⁰。

本理論認為憲法保障「新聞自由」目的在於讓媒體得以發揮監督、制衡政府之功能，使其能成為政府三權以外的第四權。至於新聞媒體所以可用來監督政府，是因為發揮了一個機制，來防止被賦予並擁有使用合法暴力的權限的政府，當政府或政府官員濫用此權限，對人民及整體社會帶來極大的傷害，因此作為監督機制。現代國家中政府的組織複雜，人民日常生活幾乎無所無不受到政府干預，若政府濫用權力所造成的弊害也更嚴重，儘管國家三種權力間，彼此分立制衡，但仍需要第四種權力，代替人民輿論對政府施壓，也有助於國家權力間彼此的監督制衡。因此新聞媒體事業除了提供人民資訊外，同時也作為一個結構良好、財務健全、擁有專業評論家、具有獲知充分資訊能力，並且能將其所獲資訊或評論有效傳遞給大眾的能力之組織，來整合人民零散且彙整困難的監督力量，用來監督現代政府如此結構複雜的龐大組織¹¹。確保新聞媒體事業的自主性，則為新聞自由所保障之核心要素，使其能提供未受到政府控制或影響之資訊，以利公眾參與公共事務與有效監督政府。

⁸ 解釋第 613 號理由書第 4 段：「憲法第十一條所保障之言論自由，其內容包括通訊傳播自由，亦即經營或使用廣播、電視與其他通訊傳播網路等設施，以取得資訊及發表言論之自由。」

⁹ 許育典，打開新聞自由的潘朵拉盒子——釋字第 689 號，月旦裁判時報，第 13 期，2012 年 2 月，頁 5-15。

¹⁰ 林子儀，新聞自由的意義及其理論基礎同註 4，頁 68。

¹¹ 林子儀，言論自由與新聞自由，元照，頁 80，1999 年。

在第四權理論下的新聞自由具有以下特點¹²：(1) 新聞自由是一種制度性的基本權利，而非個人性的基本權利：新聞自由乃為維護新聞媒體作為民主社會的一項「制度」存在，和保障個人自由或權利的其他基本權利不同。(2) 享有新聞自由的主體是新聞媒體而非一般大眾：保護客體須具有業主、編輯或記者之身分，和一般不認身分的基本權利不同。並非以個人的身分享有新聞自由，而是以作為新聞媒體的一份子的身份享有新聞自由。(3) 新聞自由是一種工具性的基本權利：新聞自由本身不是目的，而是一種用以達成監督政府的手段。因此，倘若政府之某種立法或措施其限制新聞自由比不加限制更易達成監督政府的任務時，則該項限制則不應被視為違憲。(4) 新聞自由並不是以保障或促進新聞媒體自身的利益為中心：憲法給予新聞自由的保障，其目的在於維持一個有限的制度空間 (a limited institutional realm)，使新聞媒體能夠提供人們足夠的資訊與意見，以激發民眾的動機，去挑戰或抗拒政府的某些行為，故而新聞自由並不以媒體的利益為考量，而要能以公眾的利益為優先。(5) 新聞自由提供媒體一些言論自由以外的特殊保障：倘若要讓媒體發揮監督政府的功能，憲法應提供一些言論自由以外的保障，例如採訪新聞的權利、不洩漏新聞來源的權利、不受搜索及扣押的權利等。新聞自由為制度性基本權利，而非個人性權利。

簡言之，第四權理論的觀點認為新聞自由不應是「新聞媒體享有的言論自由」而已，而是一種具有獨立地位，無論理論基礎、權利主體或所欲追求的目的皆與言論自由大相逕庭的權利；相較於新聞媒體與個人相比享有較多權利（例如資訊取得權、保護資訊來源權）之特殊性，媒體言論相較於一般個人之言論自然也必須負擔更多之公眾評論。

3. 新興媒體與新聞自由

向來討論新聞自由往往把新聞自由視為言論自由下的分支，認為新聞媒體所應獲得的保障，與一般大眾基於言論自由的保障無異，但第四權理論，賦予新聞自由獨立的憲法上保障基礎，同時也引發包含對於媒體影響力的質疑、「媒體」之確切定

¹² 林子儀，言論自由與新聞自由同註 11，頁 81-84。

義、以及倘給予新聞媒體多於一般人之言論自由權限是否有違背平等原則等若干爭議¹³。尤其隨著科技高度發展，網路時代的來臨，形成「人人可以是媒體」的現象，透過網路發表，限縮新聞自由只能由傳統新聞機構的從業人員享有，已經產生不平等的現象。

傳統媒體對於網路新媒體感到威脅，但是傳統媒體因為背負著商業競爭和媒體所有人干預的壓力下，在發揮監督政府的功能上，讓大眾產生疑義，而新興的網路媒體，不僅已有類似傳統媒體雛型，有時以其獨立性而發揮監督功能，更勝於傳統媒體¹⁴。甚至有時候新興媒體甚至比傳統媒體更受人民青睞，所已是否也能夠適用新聞自由，還是屬於個人的言論自由範疇，仍不免爭議。

獨立作業的公民記者或網路部落客，乃完全依賴個人的良知來採訪報導新聞，可能並無類似傳統新聞媒體的內部監督機制，一方面，網路自律監督的功能不強，申請設立登錄新的網站非常容易，若網路使用者在某一網站之權限遭限制，很容易更換使用名稱以登錄新的網址，因此要以社會公評方式對獨立作業者來制衡，其效果不彰，因此欲以獨立作業而宣稱其享有新聞自由並受其保護者，應不能被視為新聞自由所保障的權利主體¹⁵，但亦有研究認為釋字 689 對於新聞媒體採取功能取向，未來的發展有可能會擴及¹⁶，但就現階段而言，仍應該屬於言論自由範疇來看待。

（二）新聞自由的內在界限

1. 新聞媒體的社會責任論

從「新聞自由」發展的歷史沿革，成為最早新聞媒介的實體「報紙」與新聞自由息息相關，為了防止國家對於報紙內容開始進行管制，擺脫「國家統制時期」，出現新聞自由的呼聲，後來發現到壓制出版及進行新聞檢查，只會產生「迫害真理，阻礙

¹³ 林子儀，言論自由與新聞自由同註 11，頁 85-86。

¹⁴ 劉靜怡，數位時代的“記者特權”：以美國法制之發展為論述中心，新聞學研究，98 期，頁 171-72，2009 年。

¹⁵ 甘大空，公眾人物隱私權與新聞採訪、報導自由的衝突及其解決之研究，司法研究年報第 25 輯第 17 篇，2005 年 11 月，頁 110-111。

¹⁶ 劉定基，從美國法的觀點評司法院大法官釋字第六八九號解釋--以新聞自由、言論自由、隱私權的保障與衝突為中心同註 2，頁 210；劉靜怡，數位時代的“記者特權”：以美國法制之發展為論述中心同註 14，頁 184。

人民學習」的不良效果¹⁷。根源於 19 世紀 John Mill「自由論」：「任何觀念都可能有部分真實，部分錯誤；假設准許所有觀念自由競爭，最後真理就會產生。」讓言論自由開始進入到新聞世界，1948 年聯合國「世界人權宣言」第 19 條「人人享有思想及發表意見的權利，此權利包括持有意見自由，意見不受干預自由即不受國界限制，從各種媒體尋求、接受與傳播的自由。」另一方面，擁有新聞自由並非絕對權利，新聞自由會有一定義務及社會責任要求。尤其當媒體成為商業媒體之後，新聞自由不再被政府箝制，卻轉而受限於資本競爭與廣告業主。黃色新聞與媒體所有權過度集中兩項為當時主要的報業問題¹⁸，現在亦然。

據此來說，若新聞媒體把營利視為第一目標，忽略其服務社會責任，則又將失去原來賦予第四權的意旨。1942 年由美國時代雜誌創辦人魯斯於贊助成立「新聞自由委員會」(Commission on Freedom of Press)，曾於 1974 年提出自由負責的新聞事業的觀點，並倡言「社會責任論」。該理論認為，新聞是民主政治的主要環節，若遭濫用，將造成嚴重影響，因此主張「新聞自由是一種道德權利，應擔負社會責任，而不是一種基本人權或天賦人權」。換言之，新聞必須在符合「公共利益」的前提下才享有新聞自由，新聞自由應以社會責任為規範，是一種手段而非目的¹⁹。對此德國法學界通說與法院實務，也都認為基於大眾傳播自由在民主社會的價值與憲法上特別地位，大眾傳播媒體肩負著一定的公共任務：溝通、形成輿論與政治三大任務²⁰，就此而言，可以說是新聞自由的內部限制，對於司法進行中的案件，應該也有此原則的適用，而具有形成自律規範的義務。

2. 真實報導義務

另外從「第四權理論」來說，給予新聞自由制度性保障，相對地也應當負有相當之義務，新聞媒體因新聞自由而享有採訪報導、取得新聞資訊之保障，然而正因

¹⁷ 陳弘昇，偵查不公開與新聞自由衝突之權衡，臺北市立教育大學社會科學教育學系研究所論文，2007 年，頁 43。

¹⁸ 李瞻，新聞道德，三民書局，1984 年，頁 68。

¹⁹ 侯友宜，刑案偵查過程中之新聞處理，刑事科學，54 期，2002 年 9 月，頁 114。

²⁰ 翁曉玲，性侵害犯罪新聞報導之法律界限問題—性侵害犯罪防治法第十條第一項相關理論及實務之研究，中正大學法學集刊，12 期，頁 149，2003 年。

新聞傳播力量無遠弗屆，對社會具深遠之影響，故享有新聞自由者，基於自律觀念，新聞媒體在實踐新聞自由之同時，亦應當負有義務。新聞界當中，長期以來對於新聞報導的新聞專業守則基本要求包括：檢具消息來源；落實新聞查證；平衡報導、報導的公平性；新聞編寫是否精練；負媒介責任等之要求²¹。

所謂的「真實報導」，係指「新聞報導之形成，未經新聞組織的不當控制、消息來源無刻意偏向、新聞議題發展過程未受不當的扭曲」²²。參考德國的新聞法規，新聞媒體的真實報導義務應包含幾個層面²³：(1)、謹慎義務：或可稱為「真實報導義務」，新聞媒體對其報導的新聞，須就新聞來源、內容、真實性等內容謹慎審查，除了自行採訪的內容外，倘若引用他人之報導亦應負查證義務，其義務範圍，除了新聞報導本身以外，按照新聞傳播的功能，亦應包括評論意見。再者，由於新聞報導面臨出刊的壓力，且新聞媒體亦無如同司法機關發現真實之權能，因此真實報導之義務一般被解釋為曾客觀謹慎的審查報導之真實性即足夠，不須客觀上完全符合真實，至於評判是否盡客觀審查義務，乃以一般善意讀者之讀後觀感，而非以新聞業之從業慣例為標準。(2)、權益衡量義務：一則新聞報導容易造成立場不同的雙方利益相衝突，因此媒體在報導之前應依其專業，善盡權益衡量之義務，判斷法益應優先保護之法益。(3)、其他義務：因為新聞媒體本身有不受干預之新聞自由權益外，故而必須對其新聞專業之自律有注意義務，其他如標明編輯、發行人的義務、回應報導刊載義務、更正義務…等。

對於真實報導的要求，並不必然是客觀上完全符合真實，屬新聞媒體之職業守則，但仍應該受到民、刑法的外在侵害的限制，事實上當代新聞媒體似乎過度強調新聞自由，而忽視了媒體在行使其特權時，同時具有的義務，應對要求其發揮社會公器的角色，善盡真實報導之責。既然媒體負有真實報導的義務，但若未善盡此義

²¹ 林元輝，新聞公害的批判基礎——以涂醒哲舔耳冤案新聞為主例，巨流，2006 年 9 月，頁 55。

²² 張永明，德國北萊茵威西法蘭邦新聞法，載於：新聞傳播之自由與界線，永然文化，2001 年 1 月，頁 238。

²³ 張永明，大眾傳播自由權之憲法基礎，載於：新聞傳播之自由與界線，永然文化，2001 年 1 月，頁 98-99。

務或社會責任，則可能衍生問題，特別在我國的犯罪報導當中，所發生若干社會不良影響。

二、人民知的權利與犯罪報導

（一）知的權利

從人民觀點來看，新聞自由也滿足了「知的權利」。知的權利起源於第一次世界大戰後，各國政府為保障國家安全，不斷擴張機密消息的範圍，二次大戰後，媒體因不滿政府傾向秘密主義的作法，主張報導乃是為了服務人民知的權利而來。

所謂「知的權利」，係指人民得不受干擾自由取得各種資訊並進而請求提供資訊的權利。一般而言，知的權利在政府與人民的關係間有兩個層面的意義，一為基於自由權的性質，人民有權自由獲取各種資訊的權利，國家權力及各種社會力不得阻擾，另一個層次則是要求國家各級政府、機關，應該將其擁有的資訊向人民公開，針對政府所主張包括「資訊受領權」與「資訊公開請求權」，前者指政府不待人民要求，即須提供資訊，且接受資訊的過程中，能夠不受拘束地接觸各種意見、資訊，並加以吸收，不受到阻礙及干擾的自由；後者指政府被動提供資訊，為求表現自由的完整性，人民必須享有知的權利，始能毫無受限的接受各種訊息，而後經由思考，產生關於公眾事務的意見²⁴。

人民知的權利確實需要由媒體負起中介任務，扮演人民知的權利的代理人角色，為人民耳目來蒐集資訊，而基於人民知的權利賦予新聞媒體「新聞自由」，使媒體記者享有充分之採訪自由、報導自由、傳遞自由，才是新聞自由的核心價值，換言之，「知的權利」將言論自由之實質內涵，由表現自由發展為閱聽自由，任何人對於外界存在之資訊，應不受阻礙而自由取得，而「知的權利」即為取得、接受、利用資訊，包括以任何方式接受及利用資訊之權利²⁵。

²⁴ 林綉君，從新聞自由論媒體真實報導義務，國立中正大學法律學系碩士論文，2003年，頁37-38。

²⁵ 陳祥、孫立杰，當「偵查不公開」遇見「新聞自由」：警察機關與媒體記者的衝突拔河，新聞學研究，101期，2009年，頁100。

人民礙於自己實力與資源有限，無法直接且有效監督政府的作為，而媒體因為其組織性及資源，能廣泛蒐集人民所關心之事實，並加以編輯、報導後，向人民提供資訊，新聞媒體成為人民知的權利的代理人，擔負起中介資訊的角色，因此，媒體報導應真實，進行評論時應中立²⁶。

雖然知的權利的主體為一般民眾，而新聞自由的行使主體為新聞媒體，知的權利是民主國家人民主張新聞自由的依據；如前所述，新聞自由則屬於制度性的權利，享有該權利者為新聞媒體。但新聞媒體為具有專業組織，新聞自由由事業主、編輯、記者所享有，非一般個人所能主張，因此雖與知的權利有密切關係，但在享有權利的主體上仍有差別，故新聞媒體並非知的權利的主體，而是類似代理人的角色²⁷。

新聞媒體擁有新聞自由，對政府各部門應公開的文件、資料以及施政情況加以適切報導，可使一般民眾在參與民主政治的過程中，獲得充分且正確的資料與消息。而當媒體無法有效監督政府，無法為大眾利益監督時，政府得基於大眾知的權利為前提，作為監督大眾媒體的依據²⁸。

（二）人民對犯罪之知的權利

媒體應否報導犯罪新聞，反對者認為犯罪新聞的報導百害而無一利，但此見解置媒體社會責任於不顧，而憲法既然保障言論自由，且顧及人民知的權利，似乎不應禁止媒體報導犯罪新聞。

而主張犯罪報導不予報導者認為，報導容易對於心理上已經準備犯罪的人給予刺激而掀起他犯罪的行動，同時供給讀者犯罪之印象，使此種印象可能形成未來犯罪的模板，容易誘導犯罪的發生。另外像是對於黑道大哥的報導時，反而會使其地位大增，其手下更效忠。且有時過於戲劇化的犯罪報導容易使民眾將犯罪新聞當成娛樂，而報導也容易因為過於誇大犯罪行為的普遍性，讓民眾覺得犯罪無所不在，事實上犯罪行為原本僅是人類行為的例外，但因為這種感受，易使人們錯覺為社會

²⁶ 王淨誼，論無罪推定於偵查程序之實踐－以犯罪報導為核心，中央警察大學法律學研究所碩士論文，2008年6月，頁20。

²⁷ 林綉君，從新聞自由論媒體真實報導義務同註24，頁38-39。

²⁸ 王淨誼，論無罪推定於偵查程序之實踐－以犯罪報導為核心，同註26，頁20。

常態，鼓勵民眾對犯罪行為的容忍。再者由於新聞顧及其時效性，對於審判過程的追蹤因為不具新聞價值，則較少重視，難以收刑罰一般預防功能，報導的過程上也容易因為新聞報導的過程中對於執法人員做出評價，容易扭曲執法人員之形象，也會因為嫌犯或其家屬採訪聲淚俱下的場面，使得人們在理解犯行其實是混淆是非的。另外倘媒體對於偵查機關所為的偵查程序詳細報導，有時無異是協助嫌犯往他處脫逃之路徑，有時更易造成新聞審判，進而影響到司法審判²⁹。

主張犯罪報導應予報導者，認為媒體所為的犯罪報導，可以有效警告公眾關於嫌犯之行為，因媒體的報導加強警覺，同時幫助緝捕及懲罰犯罪。在其觀點中，犯罪新聞是安全的門扉，供給了可能導致公然犯罪行動者滿足其犯罪心態，以消弭個人之犯罪衝動。再者，媒體刊登犯罪新聞同時可以有效監督警察、檢察官及法官是否有不法行為，以保障大眾權利。對於沒有犯罪習慣的人來說，犯罪新聞的刊載對於潛在的違法者可產生嚇阻效果。同時對於審判機關錯誤處理案件的問題，也具有一種監督的作用，保護無辜者免受執法機關濫行逮捕或處罰，避免冤獄的問題³⁰。

就知的權利而言，政府機關原則上應將其所擁有的各種資訊向人民公開，當然也包括進行中的犯罪案件，檢警單位針對偵查進度及結果也是政府機關所掌握之訊息，有時人民基於自身安危或公共利益，關心偵辦進度及方向，或想知道何人為犯罪行為人，或者將犯罪模式引以為戒以提早警惕，以及評斷檢警單位辦案能力之強弱等等，也應屬人民知的權利之範圍³¹，但若以憲法第 23 條意旨觀點，知的權利亦並非絕對而有其限制，但必須合乎法律保留原則與比例原則，國家資訊，應以公開為原則，保密為例外，且應限於比例原則之範圍內為之。在此限制原則，對於司法上進行中案件，最常見的有實體法上禁止規範、刑事訴訟法上偵查不公開原則與公平審判原則。

²⁹ 尤英夫，犯罪新聞與新聞倫理，台大新聞論壇，第 1 卷第 1 期，1994 年，頁 72-73。

³⁰ 高玉泉，媒體報導犯罪事件之社會意涵及責任，刑事政策與犯罪研究論文集(一)，法務部犯罪研究中心編印，1998 年，頁 89-91。

³¹ 林恆志，新聞報導自由與偵查不公開原則衝突之研究(下)，軍法專刊，48 卷 7 期，頁 31-46，2002 年 7 月，頁 37。

三 新聞犯罪報導之社會影響與問題

（一）我國之犯罪報導問題

歐美的犯罪報導研究中，發現社會型態改變形成媒體與報導型態的轉變事實，John Pratt 認為犯罪報導質與量均增的轉變可謂「媒體美化 (glamourization of the media)」現象下的產物。新聞媒體的發展初期皆是由社會菁英份子控制，然而由於過度專業的形象，非大眾市場所好，隨著管制放鬆的矛盾與科技的改變也創造新的環境，使新聞與娛樂區分變得更模糊，媒體開始逐漸腐化、誇張化，犯罪和刑罰的議題會被以放大或戲劇化的方式傳播、藉以吸引觀眾的目光。況且犯罪報導在本質上就具有「造成震撼、恐懼、興奮以及娛樂」的效果，除維持對大眾的吸引力並引起其興趣外，也能提昇報紙的銷售量並增加電視的收視率。因為犯罪報導正是大眾市場喜歡的，加上媒體大亨基於商業考量，犯罪報導質量數量開始產生的改變，數量的增加且聚焦於暴力與性犯罪事件³²。這種情況尤其到 1970 年代之後，犯罪報導的質與量都產生顯著的增加與變化，甚至隨著新性互動節目或實境秀等出現，更形明顯。

相類似地我國自解嚴後，報禁接連解除，新聞媒體之發展日益蓬勃，而在民國 82 年廣播與電視頻道也繼而開放，使得禁錮大眾傳播業者發揮專業的政治力量消失，而有線電視台如雨後春筍般大量出現，新聞報導不僅在「量」有不小的變化外，同時也開始產生「質」的變化，特別是近年來新聞媒體所做出之犯罪報導不僅容易造成被害人與其家屬的傷害，同時對於政府公權力的行使也產生負面的影響，更與偵查機關間出現偵查資訊揭露的衝突問題，新聞媒體的表現飽受批評，不少國人甚至認為新聞媒體已成為我國的一大亂源，對新聞媒體報導犯罪新聞的質疑聲浪也未曾減少。

新聞報導方式藉由平面報章雜誌、電視媒體、新興的網路媒體等方式，或許如同新聞學者對於犯罪新聞的處理，過去曾有「黃色新聞學」(Yellow Journalism)

³² John Pratt, *Penal Populism*, New York: Routledge, 頁 66-77, 2007。

主張，認為新聞需盡情暴露社會的黑暗面，以富有刺激性的文字，觸目驚心的大標題，刊佈於最顯著的位置，藉以引起社會公眾的注意，期能促成一種社會的改革³³，特別犯罪報導其固有新聞性，依犯罪類型的特性，大致可區分為：1.一般性或普遍性：任何市民誰都有同樣被害之虞的犯罪，例如電話詐欺等；2.衝擊性：異常或重大的犯罪案件；3.連續性：同種案件，尤其是出於同一嫌疑人或同一犯罪集團，有重複發生可能者，例如連續放火或強盜等。4.社會現象性：案件背後與當時社會的流行或趨勢有關者³⁴。

但一般而言，媒體報導犯罪新聞時，則側重以下六大特性：一、時效性；二、顯著性；三、衝突性；四、影響性；五、接近性；六、人性及趣味性，犯罪新聞常能滿足這些特性，也因此都一直在媒體版面或播報時段中占據重要位置³⁵。但論者綜合我國媒體目前犯罪報導內容分析發現，偏重於暴力犯罪之內容，且產生小報化與八卦為取向，靠煽情的新聞內容和包裝手法，在報導寫法也出現：A.長期重覆報導犯罪新聞；B.報導內容常使用誇張、煽情的用詞；C.犯罪報導中呈現詳盡的犯罪手法；D.選擇性非全面性報導；E.把有待證明的一造主張直接當成事實；F.暗示性地對當事人提出指控—報導、評論難以切割；H.讓無罪推定原則、偵查不公開形同無物等問題存在³⁶。

媒體報導犯罪事件時，多使用斷定性、主觀評論的用語來討論事件，不僅容易報導偏頗，未經查證「有聞必錄」報導，也未必是事實，就算乃權威檢警調所透露，也未必就能反映真實，何況若未能進行反覆檢證，甚至只是來自巷議街談的臆測，都可能造成嚴重的後果³⁷。若媒體為了製造衝突點、吸引觀眾，以「個人行為之說明」來描繪犯罪事件，從「案件當事人之屬性」、「過去之經歷」，使用調查資訊來添加解

³³ 李炳炎、陳有方，新聞自由與自律，正中書局，1972年，二版，頁63。

³⁴ 陳運財，偵查與人權，元照，頁87，2014年4月。

³⁵ 范立達，共生與衝突—檢察官與新聞媒體之關係，檢察新論，第5期，頁116，2009年，頁116。

³⁶ 林庭瑋，論偵查不公開於偵查程序中之落實-以偵查不公開與新聞自由之衝突為核心，頁92-96，國立中正大學法律系研究所碩士論文，2016年6月。

³⁷ 管中祥，筆鋒也能殺人，媒體是藏之民間、殺人無形的最佳武器？，司法改革雜誌，第61期，頁54。

讀，剖析事件的來龍去脈。經常也使用「加害人」與「被害人」的兩極構造，將兩造人物類型化，在個案中加入媒體本身的道德立場，並提出資訊解釋證明該案件的偏差性。例如：找出加害人的生長背景、環境、經濟狀況、調查其前科狀況、是否有精神疾病…等等方式，加以確認並合理化其犯罪動機及可能性³⁸。

在此可以看到我國的犯罪報導逐漸也側重到強調視覺感官的方式³⁹，現今各種媒體已習慣以聳動的標體、圖文並茂的手法報導犯罪事件，內容富有故事性，容易以誇張的語言或敘事方式來強調事件的故事，並結合照片、圖片、等刺激視覺的方式，重新演繹事件。特別為吸引習於圖像文化的年輕閱聽族群，也使用大量炫目的視覺畫面，如果沒有真實畫面，就以電腦合成動畫，製成新聞，甚至將新聞和時事的報導，以結合資訊與娛樂的方式，製成「資訊娛樂化」。圖片或畫面來刺激視覺感官，常使新聞報導的內容就停留在這個畫面，此等片段的畫面，竟也成了事件的全部事實⁴⁰。

除此之外，還有強調情感框架的報導⁴¹，因為犯罪報導對犯罪事件的事實建構，若只擷取資訊片段，往往會與社會真實有著極大落差，且直接影響到刑事政策與司法人權⁴²，嚴重的則造成媒體審判與公民動員行動，甚至影響司法解釋與法律適用，其中最著名的莫過於 2010 年 9 月的「白玫瑰運動」，透過新聞媒體畫面傳播，傳達出身穿白衣的純潔兒童，可能就是下一個性侵害被害人的訊息，產生了「恐龍法官」、「恐龍司法」的稱號，造就了引人爭議最高法院 99 年第 7 次刑庭決議⁴³。

實證研究也發現新聞越來越好看的過程中，媒體的主觀立場與價值判斷，不僅常常為閱聽人所吸收，同樣的影響也發生在檢察官與法官等握有生殺大權的司法官

³⁸ 王淨誼，論無罪推定於偵查程序之實踐—以犯罪報導為核心同註 26，頁 26。

³⁹ 王泰俐，電視新聞節目「感官主義」之初探研究，新聞學研究，81 期，頁 4，2004。

⁴⁰ 王皇玉，犯罪報導對刑事政策與司法人權之影響，載：刑事政策與犯罪研究論文集，頁 185-86，2014 年 10 月。

⁴¹ 葉如凡，電視新聞呈現司法判決報導的框架分析-以 925 白玫瑰運動背景判決為例，頁 6，國立臺灣大學新聞研究所碩士論文。

⁴² 王皇玉，犯罪報導對刑事政策與司法人權之影響同註 40，頁 187。

⁴³ 王皇玉，犯罪報導對刑事政策與司法人權之影響同註 40，頁 180。

上⁴⁴，這就帶來更大問題。

（二）不良犯罪報導的影響

有關媒體的不當報導與影響，可細分為對社會不良副作用與司法的不當干預二類⁴⁵，前者諸如報導可能帶來的模仿效應、犯罪嫌疑人及利害關係人遭受社會異樣眼光與排擠、同時報導中戲劇化犯罪嫌疑人的犯罪手法結果甚或合理化犯罪動機將誤導社會的價值觀，進而先於司法判決影響輿論；有關司法干預，由於媒體報導洩露偵查資訊可能對偵查不公開影響，不僅可能破壞檢警機關之資訊優勢，更可能造成辦案之障礙；另外由於提前暴露犯罪嫌疑身分不僅可能侵害其人格權，使無罪推定原則蕩然無存，同時也可能影響其爾後獲無罪審判之訴訟權，更可能出現媒體公審之現象。除此之外，在若干特別法有限制必須守密禁止報導事項，特別是當涉及到青少年或性侵害被害人個人資料、隱私與秘密的情況，過度的報導都可能產生不當的人權侵害⁴⁶。

1. 失真資訊傳遞

原來按照新聞自由的內在界限，犯罪新聞報導仍應以傳達真實為第一要務，但卻可能種種原因造成扭曲，已經有多個研究顯示，此失真的報導，會給整體社會帶來不良影響。

王皇玉教授研究犯罪報導與刑事政策間問題，認為有幾個問題：1）犯罪報導營造出來的被害恐懼；2）犯罪統計數字與新聞報導內容之落差⁴⁷；美國紐約大學 David Garland 教授則說明在被害恐懼形成過程中，媒體一直扮演極大角色，一方面透過犯罪報導拉近了一般人與犯罪的距離，另一方面則是報導中經常獨厚被害人說法而忽略體系與政策分析⁴⁸；筆者先前的研究也發現，當每個人都可能是潛在被害人論述出

⁴⁴ 彭文正、蕭憲文，犯罪新聞描述手法與影響認知之實證研究，東吳法律學報，19 期 2 卷，頁 51，2007 年。

⁴⁵ 彭文正、蕭憲文，犯罪新聞報導對於司法官“認知”、“追訴”及“判決”的影響，臺大法學論叢，35 卷 3 期，頁 130，2006 年 5 月。

⁴⁶ 劉邦繡，媒體報導犯罪新聞對被告人權之侵害—從轟動一時的「Ma 案」媒體報導檢視對刑事司法的影響，人權會訊，112 期，頁 30，2014 年。

⁴⁷ 王皇玉，犯罪報導對刑事政策與司法人權之影響同註 40，頁 179-82。

⁴⁸ David Garland，控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序，巨流圖書，頁 212-13，2006 年。

現，隨著大眾媒體的推波助瀾，會加深影響整體社會的控制文化，產生犯罪人與被害人的零和關係⁴⁹；紐西蘭維多利亞大學 John Pratt 教授針對將刑罰權力軸心從精英改變到一般人民手中之刑罰民粹主義指出，在轉換過程中，是媒體將各種犯罪資訊（特別是被害人資訊）傳遞，也正是透過新資訊技術所導致，也影響到嚴罰化新法得訂立⁵⁰。

據此可能讓社會大眾產生對過度治安的擔憂與犯罪的無謂恐懼，例如在一份調查中，針對民眾治安需求電話調查分析發現：市民對於整體治安感受來源主要為「新聞媒體報導」（62.2%），其次為「親友談論」（16.9%），表示「自身遭受犯罪侵害」者只有 11.2%。大眾傳播媒體強力，重複放送危害治安的案件，造成居民以及廣大媒體閱聽人心生寒蟬效應，心理上被感染了杯弓蛇影的感覺⁵¹。而警政署辦理「民眾對治安滿意度」大型民意調查，分析結果也指出全國治安滿意度深受新聞事件報導效應影響⁵²。

當媒體不斷播送犯罪新聞的同時，不僅加深人民被害的恐懼，同時嚴刑重罰化之思考也開始萌發，擴大人們對於被害恐懼的想像力，個別的犯罪被害事件向外擴大，造成全體社會大眾都是潛在被害人，並說服人們重刑政策是合理與正當的。懲罰的目的跳脫了「罪刑相當的應報思想」，而且除了繼續沈浸在殺雞儆猴的威嚇預防迷思外，還增加了「使被害人滿意」或對於被害人家屬寄予同情的想法。近幾十年來，此等令被害人滿意（victim satisfaction）的想法，日漸成為臺灣不斷加重刑罰的主流論述⁵³。在被害恐懼集體想像下，人們對司法改革的訴求，往往都是刑罰不夠重，倘輕懲犯罪人，未來還會有下一個被害人的看法，就此來說失真的犯罪資訊

⁴⁹ 王正嘉，刑事司法上被害人保護及其與犯罪人關係--一個批判的省思，月旦法學，110 期，頁 136，2004 年 07 月。

⁵⁰ John Pratt, Penal Populism 同註 32，頁 67-68。

⁵¹ 台中市治安肇因及因應對策研究，國立中正大學犯罪研究中心，2006 年 12 月，頁 3。

⁵² 警政署網站，參看：

<https://www.npa.gov.tw/NPAGip/wSite/lp?ctNode=12594&CtUnit=1739&BaseDSD=7&mp=1>（最後瀏覽日 2016 年 12 月 4 日）。

⁵³ 林庭瑋，論偵查不公開於偵查程序中之落實-以偵查不公開與新聞自由之衝突為核心同註 36，頁 114。

傳遞，不僅社會營造被害恐懼，也孕育了嚴罰化的刑事政策與刑罰民粹主義的現象⁵⁴。

2. 侵害相關人的權益

新聞媒體之犯罪報導模式，也常多方侵害到犯罪嫌疑人抑或是其他利害關係人，最大的問題是實名報導，一經報導後，不僅對於犯罪嫌疑人之人格權侵害、被害人也都帶來多次傷害，也對本人及其家庭生活造成之精神壓力、信用喪失、家庭失和、營業不振、家族切割、社區嫌棄等等影響。

案發初期偵查階段的犯罪報導，因為具新聞性，報導時常會附上相關照片、影片，加上所報導訊息多來自警方，單線式報導被告及嫌疑人會被賦予犯罪人之強烈形象，產生「有罪推定報導」，但一旦發現誤報，對於無辜者之名譽權及隱私權傷害則無可彌補，此種有罪視的誤報，也對無辜者之名譽、隱私權產生侵害⁵⁵。

有時「報導內容完全非真實」如經查明並無犯罪後立即釋放，或公判、再審後為無罪判決宣示，此或許還有公開澄清機會。但如遭檢察官以緩起訴或簽結方式結案，因未經公布調查之結果者，則其被新聞媒體誤報之有罪預斷，根本無從澄清。抑或是「雖屬真實但內容有所出入」的犯罪事實，新聞媒體之處理態度，常以報導尚有根據，些微出入不會被追究刑責，而不進行或小版面更正，這不僅對無辜的犯罪嫌疑人造成嚴重影響外，即使是判決確定的犯罪者，在服刑完畢後，也享有社會復歸權，應有以市民地位回歸平靜生活之權利，然新聞媒體不斷重複對犯罪行為，並為實名報導下，社會常對於犯罪者產生歧視之意識，廣泛引發社區對其本人及家族之拒絕即排斥態度，形成社會復歸障礙。依最近調查，重複實名報導不僅會承受精神負擔，還引發信用喪失、營業不振、退職、離婚、家庭不和、轉居、厭世、拒絕交際等實質不利益情勢⁵⁶。

⁵⁴ 關於台灣刑罰民粹主義的分析參看：周采慧，刑罰民粹主義對臺灣刑事政策的影響，頁 35-56，國立中正大學法律學研究所碩士論文。其中最顯著的例子莫過於刑法 185 之 3 的修法歷程參看：蔡宜家，飲酒駕駛行為之刑事立法與刑罰民粹主義——比較台灣與日本的刑事法律制度，國立中正大學法律系研究所碩士論文。

⁵⁵ 朱朝亮，犯罪報導與基本人權，軍法專刊，第 57 卷第 3 期，2011 年 6 月，頁 7-9；朱朝亮，偵查中案件資訊公開及揭露之界限，法學叢刊，237 期，2015 年 01 月，頁 119-120。

⁵⁶ 朱朝亮，犯罪報導與基本人權，同註 55，頁 7-9；朱朝亮，偵查中案件資訊公開及揭露之界限，同註 55，頁 118-126。

再者，亦有將與本案犯罪毫不相關之本人背景及其家族人物作為報導題材，構成過度報導，同時暴露足以辨認性侵害案件被害人身份之相關資料造成的二度傷害，這都是過度的實名報導浮濫，影響利害關係人之隱私名譽權。而性侵害法與少年法中，事實上明文禁止揭露被害人或犯罪少年可得辨識的個人資訊，就其立法目的在保護這些特定人的資訊自決權，為避免二次被害，要求報導類似犯罪案件，並無揭露個人資訊必要⁵⁷，因此除非有特殊確保人民知的權利與公眾利益必要，否則仍應該注意避免侵害個人權益。

3. 干預司法進行

另一方面新聞媒體在確保人民知的權利與競爭日益激烈的環境中，也有可能失去分際、不專業或衝過頭，鉅細靡遺描繪或針貶案情，也可能對公眾輸入刻板印象，造成檢察官與法官的未審先判影響⁵⁸，甚至在電子媒體上，名嘴們針對具體個案大辣辣討論，針貶司法官⁵⁹，在偵查階段不僅違反偵查不公開的目的，在審判階段也形成媒體審判，造成社會壓力，無法達成公平審判保障。

媒體對於犯罪新聞的描述，會影響到司法官的認知，除已有實證研究證明外，其實也不是新鮮概念，約略在 19 世紀末，即有「報紙審判(trial by newspaper)」之概念出現，是指報紙媒體報導犯罪事件容易透過報導形塑公意，進而影響審判。但隨著新興科技的演進與媒體形式的轉變，包含電視媒體、網路媒體的出現，影響審判的媒體形式不在受限，進而逐漸開始有「媒體審判」、「輿論審判」「媒體公審」等說法出現，統整國內學說認為「媒體公審」定義為：「媒體公審係指新聞從業人員、司法人員、案件當事人或相關人對訴訟案件於媒體上發表不當或違法的報導或評論，致有侵害人民權利的行為。⁶⁰」媒體公審凌駕於司法審判，嚴重影響正當刑事法律程序的進行，欠缺合法性，未審先判的行為不僅對講求正當法律程序的民主法治

⁵⁷ 從 NCC 裁罰案件分析，亦可發現此點。參看：田炎欣，從「犯罪受害者學」探討電視新聞製播規範，犯罪學期刊，16 卷 2 期，頁 53-54，2013 年。

⁵⁸ 彭文正、蕭憲文，犯罪新聞報導對於司法官“認知”、“追訴”及“判決”的影響同註，頁 110。

⁵⁹ 蔡碧玉，媒體審判與司法信賴，月旦裁判時報，53 期，頁 121，2016 年 11 月。

⁶⁰ 許涵綺，媒體公審現象的檢討—以「公平審判」與「媒體近用」概念為中心，頁 33-34，國立臺灣大學政治學研究所碩士論文，2014 年 7 月。

國家是一種傷害，也是法治國家所不允許之行爲。

在媒體就有罪推定報導的習性下，形成公開預斷的社會氛圍壓力，易造成審判難純粹憑依證據裁判，侵害被告公平審判及正當法律程序，影響層面包括：(1) 因犯罪報導導致社會整體對嫌疑人有罪式之氛圍，讓審判有無法客觀依法依證據裁判之虞。(2) 影響檢察官爲起訴、不起訴、或撤銷起訴決定時之客觀判斷。(3) 影響法官採證寬嚴及判輕重之審酌。同時也造成被告應訴時，難以選任理想辯護人從事訴訟防禦準備，較難在社會上蒐集到對其有利證據，更不易獲得一般市民的協力，連帶地證人也因受有罪式報導之資訊或密集性報導社會集體非難之氛圍影響，不得不在乎公眾對其證言內容之觀感，供述時便易偏頗保留迴避。帶有特定立場之新聞媒體，以輿論干涉審判，即以民粹施壓司法，引導法院審判方向，迫使法院不得不考量現實媒體輿論壓力、民眾法律情感，也會壓縮法院公平審判超然空間結果，易生誤判或冤罪判決事情。同時在媒體預告性之報導期待，易造成司法機關作繭自縛於關注之重大案件，媒體必定不斷追蹤報導，如該犯人嗣後檢警機關不能將之追訴定罪，一定會招來社會非難，在無法忽視社會輿情反應下，也常讓偵查機關之心證陷入作繭自縛的困境。嗣後一旦作出與社會大眾期待相反之判決，容易招致社會非難，進而造成檢警盡全力追訴，法院也容易傾向大眾期待之有罪判決結果，影響被告之訴訟權⁶¹。原來媒體所做出之犯罪報導所產生之媒體公審現象，就連受過之專業訓練的司法官都有其影響力，而這個問題在未來人民參與審判的情況下，恐怕更加嚴重值得繼續關注。

參、犯罪報導的規範性界限

從前述新聞自由非完全無限制，以及可能帶來的不良社會影響，針對司法進行中的案件，在規範上並非全然毫無規制，但卻可能因爲種種因素，成效不彰，以下分成偵查不公開以及無罪推定原則與公平法院理念來說明。

⁶¹ 林庭瑋，論偵查不公開於偵查程序中之落實-以偵查不公開與新聞自由之衝突為核心同註 36，頁 109-10。朱朝亮，犯罪報導與基本人權，同註 55，頁 7-9；朱朝亮，偵查中案件資訊公開及揭露之界限，同註 55，頁 109-1296。

一、偵查不公開原則

偵查不公開相關規定在刑事訴訟法第 245 條與法規授權命令。同法同條第 3 項規定「檢察官……其他於偵查程序依法執行職務之人員，除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者外，偵查中因執行職務知悉之事項，不得公開或揭露予執行法定職務必要範圍以外之人員。」乃以不公開為原則，例外才有公開。

偵查資訊的不公開，等於對人民知的權利的限制，此讓人民「知的權利」與「偵查不公開」處於對立之緊張關係，而例外僅在「依法令為維護公共利益或保護合法權益而有必要時」，始得公開揭露偵查中因執行職務知悉之事項，可發現此即為比例原則於偵查不公開的進一步具體化，且在解釋上可發現有維護人民知的權利之成分在內，但問題也在例外的範圍。

人民對犯罪案件之知的權利在面對偵查不公開原則時，並非毫無立足之地，基於某些合憲性的考量，偵查不公開原則並非絕對不公開（如釋字 737）。事實上，為監督政府憲法賦予媒體的新聞自由，給予人民知的權利，然而因為偵查程序中涉及的問題層面、利益相當廣泛，故而不難瞭解為何實務上偵查不公開的運作為何如此困難。

（一）偵查不公開之意義

「偵查不公開」為偵查程序衍生之一原則。偵查程序係偵查機關調查犯罪事實及蒐集證據，以確認犯罪嫌疑人有無犯罪及為將來實施公訴之前置程序，偵查程序目的有二：其一為篩選功能，刑事程序之進展，自偵查、起訴、審判及至判決確定並經執行，層層篩漏的過程，偵查是整個刑事程序的第一個階段，將不可能為有罪判決之案件，先行過濾篩出，省去審判程序，除減少被告無謂之負擔，亦可節省司法資源的篩選措施；其二在於蒐集並整理保全證據之功能，偵查同時是裁判結果客觀性與正確性的先決條件，因此有謂：偵查預斷後來（審判程序）的證據調查⁶²，因此偵查程序中所蒐集保全之證據資料為審理之基礎，決定案件是否進入審判程序的起

⁶² 林鈺雄，刑事訴訟法(下冊)，作者自版，6 版，頁 5，2010 年 9 月。

訴不起訴外，也關係到將來裁判正確與否之指標，而形成偵查中所犯的錯往往具有不可彌補性，有其重要性。

我國刑事訴訟法第 245 條第 1 項明文規定：「偵查，不公開之。」檢察官之實施偵查職權，乃以偵查不公開作為原則，係指偵查活動之內容均不得對外透露，除當事人或訴訟關係人外，任何人均不得介入或參與偵查活動，以避免偵查中應秘密之事項洩漏，此又稱為「秘密偵查原則」⁶³。再者，對於偵查中之犯罪嫌疑人其是否真有犯罪行為，因尚不得而知，若公開進行偵查程序，可能使犯罪嫌疑人名譽、信用、身分、地位受損，故應以秘行為原則，除保全證據，也避免使犯罪嫌疑人名譽受損，亦可稱為「名譽保護原則」，因而倘偵查機關故意或過失洩漏偵查所知悉而應守密之事項時，亦屬違反偵查不公開。

整體而言偵查不公開原則應包含兩個方向：「偵查程序不公開」與「偵查內容不公開」，前者禁止公開偵查之過程與偵查行為，以維護偵查過程之順利進行；後者乃基於無罪推定原則避免未經正式起訴審判程序即公布犯罪嫌疑人涉嫌犯罪之資訊，對未經定罪嫌疑人名譽造成難以彌補之傷害。偵查不公開原則有其不同層面之意義，就技術層面而言，係出於維持偵查效率之考量，防止因為偵查內容之外洩而增加蒐證，調查之困難。而在保障人權層次，則是保護當事人及訴訟關係人（如被害人、告訴人、或證人等）之名譽、隱私等基本權利⁶⁴。

（二）偵查不公開的目的與功能

向來見解認為偵查不公開或偵查密行，乃在於維持偵查效率，為發現真實或促使偵查程序得以順利進行發揮最大效能，以有效落實偵查程序之目的，亦即防止因偵查內容之外洩而導致證據蒐集與追緝犯罪嫌疑人困難等影響偵查進行之不利情事發生。另一方面，同時在證據蒐集階段，基於無罪推定原則，為保障犯罪嫌疑人名譽、隱私等人格權，又是「名譽保護原則」⁶⁵，而同時避免不利資訊過早洩漏，造成

⁶³ 傅美惠，論偵查不公開與無罪推定，刑事法雜誌第 50 卷 2 期，頁 70，2006 年 4 月。

⁶⁴ 傅美惠，論偵查不公開與無罪推定，頁 71。

⁶⁵ 黃朝義，刑事訴訟法四版，新學林，頁 146，2014 年 9 月。

公眾輿論審判，違反無罪推定與嫌疑人未來公平審判權益⁶⁶，以下就此三個部分，分別述之。

1. 維持偵查順利進行

偵查程序在於發現真實蒐集證據以利追緝犯人，故而對於資訊的掌握更顯重要，資訊優勢可謂是檢警破案的先機。偵查優勢係指偵查機關對於犯罪嫌疑人或被告在蒐集並保全證據過程中擁有其所不知之資訊，因此當偵查機關所欲保護之資訊被洩漏於外時，則可能失去偵查優勢。至於偵查資訊是所有與偵查相關的資訊，不限於偵查過程中始發生或是存在的資訊，即便於偵查前以為所知的資訊，亦有可能禁止其等於偵查期間繼續散佈該偵查資訊，包含可公開或不可公開的所有資訊⁶⁷。

對偵查機關而言，若犯罪嫌疑人或被告一旦得知其犯行被偵查機關發覺時，其可能湮滅證據或與關係人證人串供，造成偵查機關之偵查遭遇困境。由此可知偵查機關的資訊優勢往往就是破案之先機，而資訊不當被揭露則是會造成偵查機關蒐集、保全證據之阻礙，為避免造成上述問題，偵查資訊的保密有其必要性。惟就反面言之，若檢察官在偵查中所持有之資訊優勢，已被被告獲知，如媒體揭露或已在訊問時告知被告，則此時已與偵查不公開原則之資訊優勢有所侵害。

故而偵查不公開在於避免洩密致妨害偵查之進行而不能追訴犯罪，偵查階段國家偵查機關之檢、警可保有資訊優勢，資訊優勢往往是破案關鍵，倘若因資訊不當走漏，不僅可能造成保全證據之困難，也將使得發現真實更陷入膠著。亦即，偵查資訊若被公開，會使偵查方法與內容洩漏於外，也會使偵查機關喪失資訊優勢，佈線緝捕無功，造成事實真相難白，有礙於發現真實。

2. 無罪推定下的名譽保障權衡

進行偵查程序為保全證據以利追緝犯人而發現真實，在發動偵查當時，案情仍未明朗，因此審判中必須嚴守無罪推定原則，也是偵查不公開原則主要的立法意旨，

⁶⁶ 大法官會議 737 號解釋對於偵查羈押犯罪嫌疑人，基於正當程序保障，給予資訊獲知，乃本原則之例外，在與本主題無關，在此不論。

⁶⁷ 莊國辰，從新聞自由觀點看偵查不公開，東吳大學法律學研究所碩士論文，2010 年，頁 13。

避免未經正式起訴審判程序即公布犯罪嫌疑人涉嫌犯罪之資訊，對未經定罪嫌疑人之名譽造成難以彌補之傷害。況偵查程序有關之資訊若經不當公開，對於被告及犯罪嫌疑人以外之人，如證人、被害人、告訴人、告發人及相關人員之名譽、隱私及其他合法權益，亦有侵害之虞。甚至有認為第 245 條第 1 項反而較為妥適將之稱為「名譽保護原則」⁶⁸。

(1) 保障犯罪嫌疑人之人格權、隱私權、名譽權

乃無罪推定原則之精神的落實，對於被告在被判刑確定前，都應認為其為清白，偵查過程當中對於所獲知之訊息若未經證實與深入調查即公開，對犯罪嫌疑人之人格、名譽、尊嚴、隱私、肖像權等將遭受侵害，就算日後因嫌疑不足予以不起訴處分，或判決無罪，亦無法補償其損失。事實上偵查資訊的任意揭露不僅可能造成偵查上的困難，對犯罪嫌疑人首當其衝的便是其社會上的一般評價「名譽」。透過人與人之間的溝通外，一般是經過媒體大力報導，才會普遍為社會大眾所知悉，或者構成其評價的資訊，而不當的報導亦往往會造成被告或犯罪嫌疑人名譽上難以回復的損害，因此公開某人成為犯罪嫌疑人，必將使其名譽受到損害⁶⁹。

(2) 保障犯罪嫌疑人以外之人之權利

除犯罪嫌疑人以外之人，也有保障如證人、犯罪嫌疑人之家屬、被害人、被害人之家屬的功用。在案件正式起訴之前，為有效保障其關係人免於資訊外流之信賴利益，故偵查不公開之保障對象應該包含關係人等⁷⁰。就案件被害人之名譽、隱私權而論，倘若相關偵查資訊或是身家背景遭公開曝光，往往會因為媒體的大量報導對其造成困擾與權利侵害，再者，媒體常將犯罪經過曝光佐以推論，不僅可能對被害人造成二度傷害，也使其難以從創傷中走出，因此對於被害人之資訊加以保密之必要，即以偵查不公開保護之；另以犯罪嫌疑人家屬為例，倘過度曝光犯罪嫌疑人家屬資訊加上媒體又大肆報導時，可能使其家屬遭受社會責難，不僅影響其生活，也

⁶⁸ 陳運財，偵查與人權同註 34，頁 78。

⁶⁹ 莊國辰，從新聞自由觀點看偵查不公開同註 67，頁 14-15。

⁷⁰ 傅美惠，論偵查不公開與無罪推定，頁 71-72。

同時使其名譽權受損。

3. 維持公平受審權利與避免公眾輿論審判

偵查不公開之目的，除前述二個以外，也應著重使犯罪嫌疑人將來受到公平審判之權利，以貫徹無罪推定之保護意旨。偵查程序一經開啓後，若任檢警或偵查機關隨意公開偵查之內容，再透過各種媒體、網路與平面媒體大肆播送，不僅易造成「媒體審判」和「人民公審」之現象，也可能形成「公眾預斷」問題。我國政論節目的名嘴渲染，爲了拼收視、搶獨家消息的媒體競爭環境，不僅侵蝕無罪推定，更甚可能影響未來審判的公平性。更甚者，若日後法院判決被告無罪，與媒體、人民的認爲被告有罪的言之鑿鑿形成一強大落差，此時就極易形成人民對法院的不信任，而引起司法的信心危機。

不可諱言，含有偏見的報導，確實會影響公平審判的進行，雖然可以透過蒐羅足夠的審判證據來降低偏見報導的影響力，但並非所有的偏見都可以被消除，因此，應該思考如何事先避免此行為的發生，而非僅是事後補救。一般人民對案件產生預斷，形成公眾輿論影響審判，妨礙真實發現、以及避免因爲報導造成司法案件的原本已支離破碎的司法案件進行困難，反而無法得知案件的真相，造成真相石沉大海，因此偵查不公開之落實有其重要性。

（三）偵查不公開原則與新聞自由

刑事訴訟法第 245 條「偵查不公開原則」內涵以不公開爲原則，公開爲例外，故一般情況下，倘若公開偵查資訊會造成權益侵害，惟法律有明文，或爲維護公益、保護合法權益而有必要時，亦即公開較不公開所要維護的法益更值得保護時，例外才得公開。

1. 不公開原則的內涵

偵查中的案件包含「偵查程序」、「偵查內容」，偵查程序禁止公開，包含偵查之過程與偵查行為之不公開，以維護偵查程序的順利進行；偵查內容不公開源自於對無罪推定原則之尊重，避免未經正式起訴審判程序即公布犯罪嫌疑人涉案之相關資訊，對犯罪嫌疑人名譽造成傷害。

所以偵查不公開的客體，指的應是所有與偵查有關的資訊，而所謂的偵查資訊，並不限於寫成文書形式的內容，在偵查中的所見所聞，只要可能傳達某一事實，包含「偵查程序活動(形式)」與「偵查內容(資訊)」都屬於偵查資訊的範疇。整體偵查過程中，偵查不公開原則要保護的內容並非所有偵查資訊，而是「偵查秘密」，偵查不公開欲將偵查資訊列為秘密，則該偵查資訊除具備秘密性外，尚須具備刑事訴訟法上重要性，即相關資訊一旦公開，將危害偵查不公開所重視的法益，而此法益也就是偵查不公開所欲達到的功能—防止證據湮滅以利發現真實、貫徹無罪推定原則以保障犯罪嫌疑人之人權有直接關聯，才有以偵查不公開原則加以保護之必要。因此，能不能公開與是不是偵查秘密有關，而是否為偵查秘密，則須視於偵查不公開欲達之目的無妨礙而定。故而僅有達偵查不公開之目的之偵查程序及偵查內容，方屬於不得公開之內容。

2. 與新聞或言論自由的競合

(1) 偵查不公開所規範的對象

刑事訴訟法第 245 條在 2012 年 5 月再次修正，理由如下：「基於『不得公開揭露』定義不明，各檢調人員或告訴代理人等解讀各異，造成當事者被圍堵、公開批判、錯誤訊息影響相關人權益，甚至危及性命，建議修正刑事訴訟法第二四五條第三項，明定不得公開或揭露予執行法定職務必要範圍以外之人員。受偵查不公開原則規範者為：檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察、辯護人、告訴代理人或其他於偵查程序依法執行職務之人員。」

當時的修法動機，確實因為少數執法人員，於偵查程序開始後，有些主動聯繫新聞媒體或揭露偵查內容，其行為不但違反無罪推定原則，亦且嚴重侵犯人權實不足取，規範對象限於偵查程序中依法執行職務之人員⁷¹。

同時授權訂定的「偵查不公開作業辦法」第 10 條也規定偵查不公開之刑事責任及行政責任：「違反偵查不公開而洩密或妨害名譽者，其應負之刑事責任，依刑法第一百三十二條洩漏國防以外之秘密罪、第三百十六條洩漏業務上知悉他人秘密罪或

⁷¹ 林邦樑，檢察官與新聞媒體—以偵查案件的報導評論為中心，檢察新論，第 5 期，2009 年，頁 104。

第三百十條誹謗罪處斷。(第 1 項)違反偵查不公開，其應負行政或懲戒責任者，應由各權責機關依法官法、公務員懲戒法、公務人員考績法、律師法等相關法令規定程序調查、處理，並按違反情節輕重予以懲處。(第 2 項)」而新聞媒體因採訪偵查新聞、蒐集消息、並未參與偵查程序，應無保密義務，除非與公務員共同將秘密洩漏於第三人，依刑法第 31 條第 1 項成立共同正犯外，洩密之公務員與記者間，因為是對向之關係，媒體記者本身就是洩密之對象，並不能構成該罪。且按照刑事訴訟法第 245 條第 3 項規定所明定的規範對象，乃針對參與偵查程序之人不得公開揭露偵查中之資訊，媒體雖不在禁止範圍內，亦不用負刑事與行政責任。

至於辯護人、告訴代理人乃至於按照「偵查不公開作業辦法」第五條第 2、3 項⁷²，所規定之其他於偵查程序依法執行職務之人員與被告、犯罪嫌疑人、被害人或其他利害關係人等，要如何處理，是否因此侵害了其言論自由。按照一般見解，辯護人如有串證或偽造或變造證據外，偵查不法、有利證據取得與有受不公平審判之虞等情況下，仍得適度公開揭露相關偵查資訊，此乃辯護人業務上正當行為⁷³；至於後者的其他人等，係把法條原所未規範負擔不公開義務之人也納入規範，按照該辦法，只要經偵查機關告知後，原未負有此義務之人也產生有不公開的義務，可得出某程度上，該規定似將偵查不公開之適用範圍擴張至非因職務知悉偵查事項之被告、犯罪嫌疑人、被害人、或其他利害關係人上。然而此擴張規定是否必然導引出偵查不公開作業辦法第 10 條第 1 項之刑責適用，進而限制彼等的言論自由，法理上並非無疑⁷⁴。因此究竟法制是否能規範到所有私人，甚至是與案情更密切的私人，則不無疑問。因為偵查不公開之目的在於限制檢察官濫權或避免政府部門干預，對於私人之

⁷² 第五條：

應遵循偵查不公開原則之人員，指檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察、辯護人、告訴代理人或其他於偵查程序依法執行職務之人員。

前項所稱其他於偵查程序依法執行職務之人員，指檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察、辯護人及告訴代理人以外，依其法定職務於偵查程序為訴訟行為或從事輔助工作之人員。

檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察得告知被告、犯罪嫌疑人、被害人或其他利害關係人關於偵查不公開之規定，並曉諭勿公開或揭露偵查中知悉之偵查程序及內容。

⁷³ 陳運財，偵查與人權同註 34，頁 83。

⁷⁴ 張明偉，以偵查不公開規範傳播自由之探討，法學叢刊，237 期，2015 年 01 月，頁 96。

限制基本上很難尋得法理基礎⁷⁵。

(2) 偵查不公開所規範的事項

但是仍然不時傳出媒體報導原本應屬偵查秘密事項，就其源頭顯然是偵查機關將偵查內容所提供，尤有甚者，也曾出現警方將犯罪嫌疑人帶出以利媒體拍攝、訪問的狀況⁷⁶，更使得偵查不公開條文之規定形同具文，雪上加霜，但同時另一方面亦有完全以「偵查不公開」為由，全面拒絕透露案情者，偵查公開與不公開的界限十分曖昧。

為解決此問題，該法規定在三種情況下公開揭露偵查秘密為法所允許：「依法令」、「為維護公共利而有必要」與「保護合法權益而有必要」，並且在 2012 年修正增加第五項授權命令，之後所訂定的「偵查不公開作業辦法」第 8 條列出 12 種不得公開情形⁷⁷，同時「檢察、警察暨調查機關偵查刑事案件新聞處理注意要」第 3 點規定也有相類似規定⁷⁸；另外「偵查不公開作業辦法」第 9 條列出 7 種得公開的情形⁷⁹，

⁷⁵ 余振華等，「偵查案件中資訊公開或揭露之界限-以公共利益為中心」-論壇會議紀錄，法學叢刊，237 期，2015 年 01 月，頁 72。

⁷⁶ 馬在勤，公開「偵查不公開」媒體報導＝檢警辦案績效？，司法改革雜誌，62 期，頁 42-43，2006 年。；鄧翊鴻，形同具文的「偵查不公開原則」，新社會政策，24 期，頁 36，2012 年。

⁷⁷ 下列事項於案件偵查中，除法令另有規定者外，不得公開：

- (一)、被告、少年或犯罪嫌疑人之供述及是否自首或自白
- (二)、有關逮捕、羈押、搜索、扣押、勘驗、現場模擬、鑑定、限制出境、資金清查等，尚未實施或應繼續實施等偵查方法或計畫。
- (三)、實施偵查之具體內容及所得心證。
- (四)、有湮滅、偽造、變造證據之虞。
- (五)、被害人被挾持中尚未脫險，安全堪虞者。
- (六)、偵查中之卷宗、筆錄、錄音帶、錄影帶、照片、電磁紀錄或其他重要文件或物品。
- (七)、犯罪情節攸關被告、犯罪嫌疑人或其親屬、配偶之隱私與名譽。
- (八)、有關被害人之隱私、名譽或性侵害案件被害人之照片、姓名或其他足以識別其身分之資訊。
- (九)、有關少年之照片、姓名、居住處所、就讀學校、家長、家屬姓名及其案件之內容，或其他足以識別其身分之資訊。
- (十)、檢舉人或證人之姓名、身分資料、居住處所、電話及其陳述之內容或所提出之證據。
- (十一)、蒐證之錄影、錄音。
- (十二)、其他足以影響偵查不公開之事項。案件在偵查中，不得帶同媒體辦案，或任被告、犯罪嫌疑或少年供媒體拍攝、直接採訪或藉由監視器畫面拍攝；亦不得發表公開聲明指稱被告或犯罪嫌疑人有罪，或對審判結果作出預斷。

⁷⁸ 案件於偵查終結前，檢警調人員對於下列事項，應加保密，不得透漏或發布新聞；亦不得任被告、犯罪嫌疑或少年犯供媒體拍攝、直接採訪或藉由監視器畫面拍攝：

- (一)被告或犯罪嫌疑或少年是否自首或自白及其內容。
- (二)有關傳訊、通訊監察、拘提、羈押、搜索、扣押、勘驗、現場模擬、鑑定、限制出境、資金清

而「檢察、警察際調查機關偵查刑事案件新聞處理注意要點」第 4 點也規定了七種情形⁸⁰，背後思維固然在適度公開偵查資訊將有助於增進社會公益，蓋某些可能造成民眾生命、身體、財產重大損失的犯罪行為，若能呼籲民眾多加注意或請求協助指

查等，尚未實施或應繼續實施之偵查方法。

(三)實施偵查之方向、進度、技巧、具體內容及所得心證。

(四)足使被告或犯罪嫌疑人逃亡，或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞。

(五)被害人被挾持中尚未脫險，安全堪虞者。

(六)偵查中之卷宗、筆錄、錄音帶、錄影帶、照片、電磁紀錄或其他重要文件。

(七)犯罪情節攸關被告或犯罪嫌疑人、其親屬或配偶之隱私與名譽。

(八)有關被害人之隱私或名譽暨性侵害案件被害人之照片、姓名或其他足以識別其身分之資訊。

(九)有關少年犯之照片、姓名、居住處所、就讀學校、家屬姓名及其案件之內容。

(十)檢舉人及證人之姓名、身分資料、居住處所、電話及其供述之內容或所提出之證據。

(十一)檢警調偵查案件期間與各機關討論案件之任何訪客資料、會談紀錄等內容。

(十二)其他足以影響偵查之事項。檢警調人員不得帶同媒體辦案，不得公布蒐證之錄影、錄音。

⁷⁹ 案件在偵查中，有下列各款情形之一者，除法令另有規定外，經審酌公共利益之維護或合法權益之保護，認有必要時，得適度公開或揭露：

一、對於社會治安有重大影響或重大經濟、民生犯罪案件，被告或犯罪嫌疑人已經拘提、逮捕，其犯罪事實查證明確。

二、越獄脫逃之人犯或通緝犯，經緝獲歸案。

三、影響社會大眾生命、身體、自由、財產之安全，有告知民眾注意防範之必要。

四、對於社會治安有重大影響之案件，依據查證，足認為犯罪嫌疑人，而有告知民眾注意防範或有籲請民眾協助指認之必要時，得發布犯罪嫌疑人聲音、面貌之圖畫、相片、影像或其他類似之訊息資料。

五、對於社會治安有重大影響之案件，因被告或犯罪嫌疑人逃亡、藏匿或不詳，為期早日查獲或防止再犯，籲請社會大眾協助提供偵查之線索及證物，或懸賞緝捕。

六、對於媒體報導與偵查案件事實不符之澄清。

七、對於現時難以取得或調查之證據，為被告、犯罪嫌疑人行使防禦權之必要，而請求社會大眾協助提供證據或資訊。

依前項適度公開或揭露事項之內容，對於犯罪行為不宜作詳盡深刻之描述，亦不得加入個人評論。

⁸⁰ 案件於偵查終結前，如有下列情形，為維護公共利益或保護合法權益，認有必要時，得由發言人適度發布新聞，但仍應遵守偵查不公開原則：

(一)現行犯或準現行犯，已經逮捕，其犯罪事實查證明確者。

(二)越獄脫逃之人犯或通緝犯，經緝獲歸案者。

(三)對於社會治安有重大影響之案件，被告於偵查中之自白，經調查與事實相符，且無勾串共犯或證人之虞者。

(四)偵辦之案件，依據共犯或有關告訴人、被害人、證人之供述及物證，足以認定行為人涉嫌犯罪，對於偵查已無妨礙者。

(五)影響社會大眾生命、身體、自由、財產之安全，有告知民眾注意防範之必要者。

(六)對於社會治安有重大影響之案件，依據查證，足以認為犯罪嫌疑人，而有告知民眾注意防範或有籲請民眾協助指認之必要時，得發布犯罪嫌疑人聲音、面貌之圖畫、相片、影像或其他類似之訊息資料。

(七)對於社會治安有重大影響之案件，因被告或犯罪嫌疑人逃亡、藏匿或不詳，為期早日查獲，宜請社會大眾協助提供偵查之線索及證物，或懸賞緝捕者。

認嫌犯，即可避免損害擴大以維護社會治安，除此之外，向大眾公開偵查作為，亦可使人民了解國家機關打擊犯罪之努力，得藉此提升人民對司法的信賴。因此一律不得對外揭露資訊，不但違反國民獲取必要資訊的權利，有時也不利於社會治安的維護，可能將削弱與防範犯罪之成效，造成社會大眾人心惶惶，影響社會安定與公共利益情況⁸¹，但例外情形中，維護公共利益或保護合法權益的規範性文字，仍然過於抽象，必須進一步解說與個案補充。

偵查不公開作業辦法第 8 條規定，乃用實質內容去認定事情是否有不公開的必要，凡是跟法條所述這幾種事情有關係皆禁止公開，例如是否有自白或有自首，是否有湮滅偽造變造之虞，是採取實質抽象的認定標準。另外還有概括條款的「其他足以影響」偵查不公開的事項，則是受有不公開義務的事項。至於偵查不公開作業辦法第 9 條規定得公開的事項，則採取抽象實質認定方式，例如有公共利益的維護、合法權益的保護情況之下，必要時得適度公開，例如越獄等等，但有些是高度抽象的用語，例如影響大家的生命、身體、財產安全，有告知防範必要者，究竟什麼樣的情形符合這樣的標準，這是實質認定的，並無從自客觀形勢外觀作判斷標準⁸²。據此我國對於偵查資訊之揭露僅以公共利益及保護合法權益必要之不確定法律概念作為公開即揭露偵查機關保有個人資訊之標準，也容易陷入個人自主觀解讀⁸³。但這些規定，都有待將來個案加以確定，但少有因為違反此規定起訴的案件⁸⁴。

二、無罪推定原則與公平法院理念

（一）無罪推定原則與司法

無罪推定原則之萌芽，主要受啓蒙思想之影響，認為人不應淪落為程序之客體，而應具有訴訟地位，故應防止審判者之恣意判斷，因此在罪嫌不足以證明真相時，

⁸¹ 施良波，偵查不公開與新聞自由——以檢察機關偵查資訊之釋出為中心，臺灣大學政治學研究所碩士論文，2012 年，頁 32。

⁸² 余振華等，「偵查案件中資訊公開或揭露之界限——以公共利益為中心」-論壇會議紀錄，頁 69-70。

⁸³ 朱朝亮，偵查中案件資訊公開及揭露之界限，同註 55，頁 117。

⁸⁴ 仍有少數檢察官洩漏偵查中案件的偵查秘密，判決構成洩密罪者，例如前檢察總長黃世銘案(臺灣高等法院 103 年度矚上易字 1 號)

即視為事實不存在，此等思想成為人權保障之重要原則⁸⁵。因此在偵查階段採取不公開，目的之一即在落實無罪推定，甚至在審判中更應該嚴守無罪推定原則，我國刑事訴訟法於民國 92 年修訂第 154 條第 1 項規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」是審判中的「無罪推定原則」，該次修法並建構起證據裁判原則與各項證據法則。就修正立法理由以觀，可看到此原則的國際人權潮流：世界人權宣言第 11 條第 1 項規定：「凡受刑事控告者，在未經獲得辯護上所需的一切保證的公開審判而依法證實有罪以前，有權被視為無罪。審判時並須予以答辯上所需之一切保障。」以及公民權利和政治權利國際公約第 14 條第 2 項亦有規定：「凡受刑事控訴者，在未依法證實有罪之前，應有權被視為無罪。」，而於歐洲人權公約第 6 條第 2 項亦明訂無罪推定原則：「凡受刑事罪的控告者在未經依法證明有罪之前，應被推定為無罪。」

我國憲法雖未明文規定，但無罪推定原則一般認為仍應屬於憲政體系下的重要原則。在實務判決中⁸⁶，無罪推定原則也常被廣泛地運用於判決之中，雖判決中不常深究無罪推定之內涵，但參看實務判決可發現，無罪推定原則之實務在操作上，往兩個面向走：一為檢察官負有實質舉證責任，當其所提出之證據不足以證明被告有罪時，即應貫徹無罪推定原則，法院應為無罪判決之諭知。二為證據之證明程度，即認定事實所憑之證據，在訴訟上之證明，須於通常一般人均不致有所懷疑，而可確信為真實之程度，始可作為認定被告犯罪事實之證據，若否，法院則應敘明如何無從為有罪之確認，而為無罪之判決。

據此來說無罪推定原則乃是法官在構成心證時的重要原理原則，也是攸關審判能否公平進行的重要因素，若法官在未進行審判前，即已經受到媒體報導汙染，接

⁸⁵ 參照柯耀程，刑事程序理念與重建，元照出版有限公司，頁 19，2009 年 9 月。

⁸⁶ 如：最高法院 100 年度台上字第 7167 號判決，闡釋無罪推定原則後認為：司法院大法官迭次於其解釋中，闡明無罪推定乃屬憲法原則，已超越法律之上，為辦理刑事訴訟之公務員同該遵守之理念。依此原則，證明被告有罪之責任，應由控訴之一方承擔，被告不負證明自己無罪之義務。從而，檢察官向法院提出對被告追究刑事責任之控訴和主張後，為證明被告有罪，以推翻無罪之推定，應負實質舉證責任即屬其無可迴避之義務。……法官基於公平法院之原則，僅立於客觀、公正、超然之地位而為審判，不負擔推翻被告無罪推定之責任，自無接續依職權調查證據之義務。」另 100 年度台上字第 6259 號判決、最高法院 100 年度台上字第 6287 號判決亦同此意旨。

收到「媒體公審」影響，被斗大的新聞標題下定論，特別網路科技發達的現代，所謂的嫌疑人不一定構成犯罪，但已經被上網「肉搜」，找出其「身家背景」，同時作一番徹底的評論，如此一來無非架空無罪推定原則，甚至侵害到正當程序與公平的法院理念。

聯合國下的組織，曾於 1994 年多國法律專家召集會議，討論議題為「媒體與司法獨立間關係」，會議確定的 14 項馬德里原則(The Madrid Principles on the Relationship between the Media and Judicial Independence)，是一個媒體與司法關係間重要的國際文件。其中的第 10 段說明：「因民主社會中，有關刑事案件進行中，在司法管理利益，法律得限制相關的(媒體自由)基本原則：1. 為防止對被告產生嚴重偏見；2. 為防止對證人、陪審員與被害人造成嚴重損害或不當壓力。」理由即在於可能損害司法獨立，危害到法院公正。

如前所述，媒體作出「有罪推定」報導時，最可能侵害到無罪推定原則，進而促使審判者產生預斷，損及到被告訴訟權利，為避免侵害到無罪推定原則，日本律師聯合會曾於 1976 年提出《犯罪報導與人權》之聲明，要求犯罪報導應該採取匿名報導，以免侵害無罪推定原則，但仍無太大成效，在日本因媒體報導侵害個人權益與應影響訴訟權益的民刑事案件，仍繼續存在。

(二) 公平法院理念的貫徹

從司法獨立原則建立的公平法院理念，除著重於法院之中立性、獨立性外，更考量在刑事程序中，當事人間之對等地位。在法院的組織上，應要求組織公正、客觀之外；在程序上，強調被告權利之維護。

公平法院理念建構目的可知，其在於使人民獲得一個公平審判之機會，以達發現真實之目的，而法院從事於審判工作，若審判者不具有中立性，則所有刑事上之權利對於被告而言都是泡沫化的制度，故無罪推定原則不僅為保障被告權利不可推翻之鐵律，亦為體現公平法院理念之重要原則。

就我國憲法觀點來看，也可歸屬到違反正當法律程序不得處罰規定，所以乃憲法基本權保障一環，此在日本亦然，學者即曾據此疾呼過當的犯罪報導，從刑事法

觀點來看，已經嚴重危及到被告的正當程序保障，應該有其救濟⁸⁷，特別是違背無罪推定原則的「推定犯人」犯罪報導方式，給予事實認定者產生預斷可能性的情況，甚至可能達到撤銷公訴程度⁸⁸，我國也有實務家從不當犯罪報導違反正當法律程序，不外乎「有罪推定」報導之公開預斷、密集性報導之集體非難、意識形態報導之有意操作或預告性報導之高度期待，其中最嚴重的正是有罪推定報導，可能讓法院產生預斷之虞，侵害到被告公平法院受審權，論者借用美國與日本理論提出訴訟上的救濟途徑，如：撤銷預斷而生的有罪判決、訴訟障礙的不受理判決⁸⁹，雖可供我國參考，但涉及到全盤的修法。

而為貫徹這個理念，人的因素也很重要。作為整體司法機構代表的法曹三者，對於這個理念貫徹都應有協力義務，特別發布損及公平法院發言之言論自由要有所限制。原來作為一般國民的法律專業人士，發言與評論固然受到憲法言論自由保障，然而若發言對象是進行中的司法案件時，若評論或發言損及公平法院理念者，不合乎其專業期待，可能涉及到法律倫理的規範。

這類規定，首先在律師倫理規範第 24 條規定「律師不得惡意詆毀司法人員或司法機關；對於司法人員貪污有據者應予舉發。」、「律師不得公開或透過傳播媒體發表有關特定司法人員品格、操守，足以損害司法尊嚴或公正形象之輕率言論。但有合理之懷疑者，不在此限。」與「律師就受任之訴訟案件於判決確定前，不得就該案件公開或透過傳播媒體發表足以損害司法公正之言論。但為保護當事人免於輿論媒體之報導或評論所致之不當偏見，得在必要範圍內，發表平衡言論。」據此來說，律師在其合理職務範圍內，才得以批判公平法院，否則可能遭受懲戒。

法官法實施後，按照第 13 條第 2 項規定制訂，而由司法院 101 年 1 月 5 日院臺廳司一字第 101000646 號令發布的「法官倫理規範」第 16 條亦規定：「法官不得揭露或利用因職務所知悉之非公開訊息。」第 17 條規定「法官對於繫屬中或即將繫屬

⁸⁷ 瀧野貴生，犯罪報道と適正手続を受ける権利，刑法雜誌，43 卷 3 期，頁 407，2004 年 03 月。

⁸⁸ 奧武則，推定有罪：「犯罪報道」のアポリア，社会志林，52 卷 3 期，頁 23，2005 年 12 月。

⁸⁹ 朱朝亮，犯罪報導與基本人權－從正當法律程序保障談犯罪報導侵害之救濟，人權會訊，113 期，頁 20-23，2014 年 7 月。

之案件，不得公開發表可能影響審判或程序公正之言論。但依合理之預期，不足以影響裁判或程序公正，或本於職務上所必要之公開解說者，不在此限。」而相同的檢察官倫理規範第 17 條：「檢察官偵查犯罪應依法令規定，嚴守偵查不公開原則。但經機關首長授權而對偵查中案件為必要說明者，不在此限。」不僅重申偵查不公開規定；而第 18 條則規定「檢察官不得洩漏或違法使用職務上所知悉之秘密。」同時說明了保密義務。據此來說，當其言論內容足以對個案判決結果產生不正影響、妨害公平審判進行或減損人民對法院信賴，禁止有其必要。

另外在英美法傳統中，對於這類言論也設有藐視法庭犯罪規定，或者有法院下達媒體的禁制令，違反禁制令構成犯罪的情形，作為直接規制媒體報導的處罰規定⁹⁰，乃為防止帶來公平法院理念損傷危險的處罰規定，同時也確保進行中案件的公平進行。英國原在普通法傳統中就有藐視法庭罪，乃是基於故意公開行為而給公平審判帶來現實可能性的損害風險之藐視法庭的刑事犯罪，後在於 1981 年制定藐視法庭法 (Contempt of court Act 1981) 專法，對案件報導，特別在案件進行過程時，若對訴訟程序進行帶來實質性危險的話，成立藐視法庭罪。美國雖也有法庭外影響公平法院的言論之藐視法庭罪，但經過幾次法院判決已經幾乎少有適用。而法院發出媒體的管制令，主要是對媒體發布合法取得，但可能對被追訴人造成不利公平審判的信息，然而非絕對禁止，只是推遲一定時間，無論如何，英美法雖有此類規定與判決實務，但透過刑事規制來防止因不妥當言論而損及進行中案件的公平法庭，並不常見。

肆、犯罪之新聞報導的調和與界限

新聞媒體對於進行中的司法案件進行報導，是基於第四權理論所述的媒體功能，當新聞媒體報導相關內容時，確實是可以達到監督政府、促進民主發展的效果，同時也利於公眾參與公共事務，符合其新聞自由要件，應肯定對於言論自由與新聞

⁹⁰ 新田浩平，犯罪報道と適正な刑事手続の保障：予断排除の再考と対等報道実現に向けての一考察，立命館法政論集，11 期，頁 139，2013 年。

自由的保障，而透過媒體傳播產生的網路或媒體評論，也是無可厚非，只要不違反名譽與隱私法律規定負擔民、刑事責任外，都受到言論自由保護。

然而進行中案件進行報導與評論，造成不當後果，仍常有與新聞自由發生衝突情況發生，特別在台灣地區解嚴之後，產生的新聞媒體亂象問題，處於高度競爭背景下的媒體，為追求收視率、商業廣告的收入，造成不良犯罪新聞報導，尤其是違反無罪推定原則的「有罪推定」報導方式，除造成失真訊息傳遞、侵害相關人的權益外，更重要的，業已經危及到進行刑事案件的公平。

若毫無限制地讓新聞媒體極度擴張新聞自由的範圍、濫用人民知的權利來報導進行中案件，包含在起訴前的偵查作為，影響檢警調機關偵查過程進行，過度洩露偵查資訊影響公平審判，同時到侵害犯罪嫌疑人或被害人的隱私或名譽，也因為偵查秘密的過早洩露，架空偵查不公開原則，除此之外，也可能危及起訴後後續審判過程公平性，這個問題，隨著進入到電腦資訊時代，更形嚴重。由於網際網路發展，新興的媒體模式出現，類似部落格或社交軟體這樣的獨立作業之新聞報導的形式，也慢慢在網路社群中出現，對犯罪與進行中的案件作轉述報導或評論，再與傳統媒體報導產生相乘效果，成為「社會公審」，對既有新聞自由的第四權理論產生衝擊⁹¹，則究竟進行中案件與新聞自由或言論自由間之平衡點該如何取捨，以下是筆者的若干思考。

一、主動提供正確消息來源

偵查機關於偵查犯罪的過程中所掌握之偵查資訊，是否該透過媒體傳達於人民，滿足其知的權利，另一方面媒體在偵查階段涉入程度，以及新聞自由對抗偵查不公開之事由與程度，觸及新聞自由的界限之議題。儘管偵查不公開規範，僅限制執行偵查職務人員，然而同時媒體無法正式取得犯罪資訊，則也對犯罪報導產生重大影響，故為討論「偵查不公開」與「新聞自由」之衝突，先確認兩方間的互動關

⁹¹ 莊國辰，從新聞自由觀點看偵查不公開，同註 67，頁 84。

係，是深入討論之前提。

根據研究，一般來說媒體所為之犯罪報導，涉及到偵查中案件之消息來源有五種類型⁹²：(1)機關藉由媒體所發布之新聞報導：係指犯罪報導之資訊，完全取決於國家機關即偵查機關之犯罪偵查報告，又可稱為轉述報導，媒體僅扮演訊息傳達之角色，其報導內容僅為轉述權責機關對於犯罪事實與調查之結果，並無添加個人觀察之報導⁹³。(2)偵查機關提供消息之新聞報導：最為常見甚至經常來源正是辦案人員，因此最有可能違背偵查不公開之目的。(3)被報導者提供消息之報導：若回歸偵查不公開之目的觀察之，包含維護當事人之人格權、偵查優勢等，也有國家司法機關能否維持偵查優勢、有效打擊犯罪之目的存在，似有約束必要性，但如上所述此乃私人難以起有效約束。(4)民意代表提供之消息報導：此類報導也容易使得偵查機關之偵查程序受到阻礙。(5)其他方式取得：有時循著新聞的內容，會發現與上述四種消息來源重複。

偵查機關與媒體的關係，原則上屬於魚幫水、水幫魚的互利共生關係，建構的新聞供需鏈，但彼此的互利共生關係並不穩固，雙方有時為了私利都會逾越彼此設定的界線，互相利用。但是這個互利共生的關係卻也是造成媒體公審的主要源頭之

——⁹⁴。

就全國律師雜誌過去所作的專案研究⁹⁵，也發現偵查機關對於偵查不公開之落實仍有問題，雖然不外乎有第三人洩漏、媒體報導杜撰揣測等因素存在，但大多數是偵查機關未能有效謹守偵查不公開原則，因此檢察與警察體系本身可能才是造成問題的潛在因子或幫助者；其次也指出幾個未能有效落實偵查不公開之因素：(1)偵查機關包含檢、警等，因為升遷因素的考量經常利用媒體得到矚目形塑成辦案英雄之問題；(2)新聞記者在偵查機關內活動自由度未有效予以限制；(3)偵查空間對科技

⁹² 林邦樑，檢察官與新聞媒體-以偵查案件的報導評論為中心同註 71，頁 97-99。

⁹³ 劉育偉、盧俊良，從媒體對犯罪報導之界線探討對刑事案件判斷之影響，39 卷 11 期，國會月刊，2011 年 11 月，頁 84。

⁹⁴ 范立達，共生與衝突—檢察官與新聞媒體之關係，同註 35，頁 116-117。

⁹⁵ 涂偉俊，偵查不公開專案成果說明，全國律師月刊，2009 年 09 月，頁 69。

第 72 屆司法節學術研討會

設備之阻絕未能有效提升，由於科技進步，諸如針孔攝影機、錄音筆、手機、集音器等，許多影音監聽、監看設備發達，不論是新聞媒體或是當事人，如有心刺探資訊，於偵查庭內外皆能有取得偵查庭的訊問內容；(4)檢察官未能除去英雄主義作崇之心態透露偵查資訊於媒體，造成未能有效落實檢察官與新聞媒體分際之專業倫理等⁹⁶。

學者研究亦發現，我國媒體近年來對於「偵查不公開」的討論，光自民國 93 年 7 月到 98 年 7 月共 5 年間，4 家主要報紙的報導、評論曾提及偵查不公開，計有聯合報、中國時報、自由時報都有超過 300 則，蘋果日報則有 168 則，由此可看出偵查不公開和新聞媒體報導的衝突性問題一直存在⁹⁷。

因此在前述不公開例外與作業辦法的規範架構下，包括：(1)偵查機關提供資訊的改善，針對不同媒體的需求，提供相對應而正確的資訊，瞭解媒體不同特性與基本需求，就可使警、調人員新聞處理時，在提供記者素材時有方向可循⁹⁸，並隨時主動澄清媒體不實報導。(2)新聞發布程序的改善：例如檢調單位的發言人制度，避免偵查人員私下透露犯罪細節或偵查技巧，使得媒體寧可憑自己人脈私下取得內幕消息，也不願意參加記者會，使得偵查不公開原則更難被維護⁹⁹。因此毋寧根據現有體制強化各政府機關的發言權，提供正確的案件資訊，讓社會大眾可以判斷的依據¹⁰⁰。

另一方面，違反偵查不公開的常常就是執行偵查職務之人，歷次的偵查不公開修法也都指向此點，但資料也顯示少有人因此被起訴或懲處，這恐怕也是偵查不公開原則無法落實的原因之一。

二、媒體自律與他律共管

⁹⁶ 陳盈錦，從幾個制度性問題探討檢察機關偵查不公開無法落實的可能因素，全國律師 2009 年 9 月，頁 40-45。

⁹⁷ 洪貞玲，偵查不公開干媒體何事？--反思媒體報導司法新聞，全國律師，13 卷 9 期，2009 年 9 月，頁 48。

⁹⁸ 陳祥、孫立杰，當「偵查不公開」遇見「新聞自由」：警察機關與媒體記者的衝突拔河，同註 25，頁 132-133。

⁹⁹ 林燦璋、林信雄，偵查管理：以重大刑案為例，五南，2009 年，頁 307-335。

¹⁰⁰ 最近的案件莫過於臺南維冠大樓案，臺南地方法院依照業務過失致死罪判處負責人五年有期徒刑，但仍為媒體與政治人物批評量刑過輕，透過新聞稿澄清。

除建立起新聞媒體與偵查機關間互動的透明化外，還有媒體報導自律與主管機關他律的共管制度，也非常重要。2006 年成立的「國家通訊傳播委員會(NCC)」，作為主管機關，依據廣播電視法第 22 條規定，廣播、電視節目對於尚在偵查或審判中的訴訟事件，或承辦該事件之司法人員或有關之訴訟關係人，不得評論；並不得報導禁止公開訴訟事件之辯論，否則可依同法第 43 條第 1 項第 3 款規定裁罰；但除廣播電視以外其他的媒體則沒有類似規定，而且主管機關也不落實處罰，造成行政監督的功能不彰。

另一方面基於保障新聞自由，國家通訊傳播委員會採取希望媒體能以自律方式解決問題，並無直接處罰，整體而言對於電子媒體就偵查中的訴訟案件之人與事件得否報導、評論的態度是採取較為寬鬆的立場¹⁰¹。根據台灣媒體觀察教育基金會之資訊呈現多家電視新聞媒體已訂立內部之自律規則¹⁰²，其中又不乏訂立遵守偵查不公開、無罪推定、審判獨立，尊重當事人之人權等規範，這是一個可喜現象。

事實上所謂的他律與自律之間，其實並不一定只有相互排斥的關係，就法律觀念或立法技術而言，兩者往往追求著同一目標，彼此之間甚至可以相輔相成，因此可以嘗試發展出媒體他律與自律以及政府介入的共管策略¹⁰³，或者委由一個類似新聞評議會（press council）的中介團體來進行處理。

在這個機制下，一方面尊重媒體的新聞自由與自主，紓解媒體與公平審判間的緊張關係；另一方面不採取英美法藐視法庭犯罪的規制模式，而仍屬行政管制模式，似乎可以嘗試看看。

三、觸法言論內容之刑法規制

按照原先法律的規制體系，若言論超越法律底限，應令其負擔相對應於刑事妨害名譽或隱私權與秘密侵害的刑事責任，或者負起民事侵權責任，這一點在進行中

¹⁰¹ 范立達，共生與衝突—檢察官與新聞媒體之關係，檢察新論，第 5 期，2009 年，頁 120。

¹⁰² 資料呈現至少有 12 家電視新聞媒體具有內部自律規範，摘自 <http://mediawatch.org.tw/database/1/1>，最後閱覽日 2016 年 11 月 27 日。

¹⁰³ 洪貞玲，偵查不公開干媒體何事？—反思媒體報導司法新聞，同註 97，頁 52-53。

的案件言論中，也不失其適用餘地。至新聞媒體能否主張新聞自由而免責，仍應個案決定。

針對媒體報導侵害名譽權，從言論自由與刑法第 310 條的平衡，大法官釋字 509 號解釋認為：「為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律上尚非不能對言論自由依其傳播方式違合理之限制。」但同時從 310 條第 3 項「能證明其為真實」的真實不罰原則入手，解釋文認為：「行為人雖不能證明言論內容為真實，但按照所提證據資料，認為行為人與相當確信其為真實者，即不能以誹謗罪相繩。」，另外也有 311 條規定的各項免責要件，提及到公益性與公共事務的自由討論，可以綜合出從「知的權利」與資訊流通知憲法理論來看待這個問題的可能¹⁰⁴，據此來說我國實務見解也逐漸出現從新聞自由與言論的價值衡量，來認定新聞媒體無罪判決出現，但誠如上述廣播電視法第 22 條對於尚在偵查或審判中的訴訟事件，或承辦該事件之司法人員或有關之訴訟關係人，「不得評論」規定，目前仍採取行政制裁的行為，除非觸及刑法名譽或隱私的保障體系違反，仍不宜單獨因其有侵害公平法院之虞而入罪化。再者相關電視廣播的名嘴或新興媒體的部落客等，因為這些人仍非新聞媒體，所以應回歸到一般言論自由規範。

伍、結語

在民主社會中，基於人民知的權利、言論自由流通與政府權力監督，訂有言論自由與新聞自由的憲法基本權或制度性保障，對於犯罪以及後續的案件進行之資訊傳遞具有社會公益，應該肯定犯罪報導的新聞自由，但如果傳遞不真實消息或過度濫用報導的話，不僅損及到犯罪雙方的權益，也會干預到公平、公正的司法進行，反而帶來民主社會的更大問題。

據此來說，除了新聞自由內涵所衍生的社會責任或義務以及真實報導等內部界限外，也有若干外在的規範性界限會對犯罪報導產生限制，一個是刑事訴訟法上的

¹⁰⁴ 王正嘉，網際網路上之刑法妨害名譽罪適用與界限--以實體與虛擬的二分社會論之，政大法學評論，128 期，頁 162，2012 年 08 月。

偵查不公開原則，對於偵查中的案件採取程序與內容不公開，有其規範保護目的，但本原則終究是透過禁止刑事司法相關公務員洩漏偵查秘密方式來達成，不能也不該直接規制新聞媒體，而在台灣的實踐結果，發現違規報導仍然層出不窮，本文認為調合的步驟並非犯罪化，而是透過官方資訊提供或與之商定共管規律來進行調整。

另外無罪推定原則與公平法院理念，也可以說明犯罪報導的規範性界限，但要如何擘劃實際規制規定，筆者目前的想法，認為主要仍然應該以自律與倫理規範為先，只有當逾越法律界限，構成民法侵權行為或刑法妨害名譽（誹謗或侮辱）以及秘密或隱私侵害時，再依照個案加以處理。另外，主管的司法機關若能主動且迅速地提供正確資訊，也會是調合言論自由的重要利器，在現階段似尚不宜如英美法般將之視為藐視法庭而入罪化。

或謂我國目前司法官都是專業，受有嚴格法學訓練，不會輕易受到輿論或不良報導影響，但如前所述的，亦有實證研究否定此點，司法官的認知仍有受到影響之可能，因此並非因為專業法官，就不會侵害到公平法院理念，而目前法曹三者都有專業倫理，規範法律專業人士加入獵殺司法亂仗，殊值贊同。

但在 2011 年司法院因人民對司法信賴低落，新聞報導造成的輿論指責司法與恐龍法官之壓力，以及東亞各國立法的多重影響，提出人民參與審判相關法律草案提交立法院，而此項人民參與審判議題，也列為未來司法改革討論重要議題之一，未來當未接受過專業訓練的素人法官坐上法檯時，似乎可能帶來媒體報導影響公平法院的質變，日本在 2003 年制定裁判員法過程中，也曾考慮過參考英美法，訂立偏見報導有礙公平審判的禁止規定，但後來受到反對而作罷，至今仍留下不少爭議¹⁰⁵，因此未來我國研議相關議題時，新聞媒體的新聞自由以及言論自由與進行中案件的關係，應是該詳加研擬與研究的重要一環。以上本文僅就筆者拙見整理既有見解為文，野人獻曝，敬請各位司法先進，不吝批評與指教。

¹⁰⁵ 新田浩平，犯罪報道と適正な刑事手続の保障：予断排除の再考と対等報道実現に向けての一考察同註 90，頁 119。

參考文獻

期刊論文

- 王正嘉，刑事司法上被害人保護及其與犯罪人關係--一個批判的省思，月旦法學，110 期，頁 125-43，2004 年 07 月。
- ，網際網路上之刑法妨害名譽罪適用與界限--以實體與虛擬的二分社會論之，政大法學評論，128 期，頁 143-202，2012 年 08 月。
- 王泰俐，電視新聞節目「感官主義」之初探研究，新聞學研究，81 期，頁 1-41，2004。
- 尤英夫，犯罪新聞與新聞倫理，台大新聞論壇，第 1 卷第 1 期，1994 年，頁 72-73。
- 田炎欣，從「犯罪被害者學」探討電視新聞製播規範，犯罪學期刊，16 卷 2 期，頁 33-60，2013 年。
- 甘大空，公眾人物隱私權與新聞採訪、報導自由的衝突及其解決之研究，司法研究年報第 25 輯第 17 篇，2005 年 11 月。
- 朱朝亮，偵查中案件資訊公開及揭露之界限，法學叢刊，237 期，頁 109-129，2015 年 01 月。
- ，犯罪報導與基本人權－從正當法律程序保障談犯罪報導侵害之救濟，人權會訊，113 期，頁 16-29，2014 年 7 月。
- ，犯罪報導與基本人權，軍法專刊第 57 卷第 3 期，頁 6-38，2011 年 6 月。
- 余振華等，「偵查案件中資訊公開或揭露之界限-以公共利益為中心」-論壇會議紀錄，法學叢刊，237 期，頁 67-83，2015 年 01 月。
- 涂偉俊，偵查不公開專案成果說明，全國律師，13 卷 9 期，頁 67-70，2009 年 9 月。
- 林子儀，新聞自由的意義及其理論基礎，臺大法學論叢，22 卷 1 期，頁 59-103，1992 年。
- 林恆志，新聞報導自由與偵查不公開原則衝突之研究(上)，軍法專刊，48 卷 6 期，頁 24-35，2002 年 6 月。
- ，新聞報導自由與偵查不公開原則衝突之研究(下)，軍法專刊，48 卷 7 期，

頁 31-46，2002 年 7 月。

林邦樑，檢察官與新聞媒體-以偵查案件的報導評論為中心，檢察新論，第 5 期，頁 94-108，2009 年。

范立達，共生與衝突——檢察官與新聞媒體之關係，檢察新論，第 5 期，頁 109-129，2009 年。

張明偉，以偵查不公開規範傳播自由之探討，法學叢刊，237 期，頁 97-107，2015 年 01 月。

傅美惠，論偵查不公開與無罪推定，刑事法雜誌，第 50 卷 2 期，頁 66-108，2006 年 4 月。

管中祥，筆鋒也能殺人——媒體是藏之民間、殺人無形的最佳武器，司法改革雜誌，第 62 期，51-55 頁，2006 年 6 月。

翁曉玲，性侵害犯罪新聞報導之法律界限問題——性侵害犯罪防治法第十條第一項相關理論及實務之研究，中正大學法學集刊，12 期，頁 145-81，2003 年。

蔡碧玉，媒體審判與司法信賴，月旦裁判時報，53 期，頁 121-123，2016 年 11 月。

侯友宜，刑案偵查過程中之新聞處理，刑事科學，54 期，頁 113-130，2002 年 9 月。

馬在勤，公開「偵查不公開」媒體報導＝檢警辦案績效？，司法改革雜誌，62 期，頁 42-45，2006 年。

瀧野貴生，犯罪報道と適正手続を受ける権利，刑法雜誌，43 卷 3 期，頁 406-20，2004 年 03 月。

奧武則，推定有罪：「犯罪報道」のアポリア，社会志林，52 卷 3 期，頁 1-32，2005 年 12 月。

彭文正、蕭憲文，犯罪新聞報導對於司法官“認知”、“追訴”及“判決”的影響，臺大法學論叢，35 卷 3 期，頁 107-93，2006 年 5 月。

——，犯罪新聞描述手法與影響認知之實證研究，東吳法律學報，19 期 2 卷，頁 27-68，2007 年。

新田浩平，犯罪報道と適正な刑事手続の保障：予断排除の再考と対等報道実現に

第 72 屆司法節學術研討會

向けての一考察，立命館法政論集，11 期，頁 118-66，2013 年。

劉邦繡，媒體報導犯罪新聞對被告人權之侵害—從轟動一時的「Ma 案」媒體報導檢視對刑事司法的影響，人權會訊，112 期，頁 30-37，2014 年。

劉定基，從美國法的觀點評司法院大法官釋字第六八九號解釋--以新聞自由、言論自由、隱私權的保障與衝突為中心，興大法學，11 期，頁 195-236，2012 年 05 月。

劉育偉、盧俊良，從媒體對犯罪報導之界限探討對刑事案件判斷之影響，國會月刊，39 卷 11 期，頁 70-92，2011 年 11 月。

劉靜怡，數位時代的“記者特權”：以美國法制之發展為論述中心，新聞學研究，98 期，頁 139-92，2009 年。

陳祥、孫立杰，當「偵查不公開」遇見「新聞自由」：警察機關與媒體記者的衝突拔河，新聞學研究，101 期，頁 89-138，2009 年。

陳盈錦，從幾個制度性問題探討檢察機關偵查不公開無法落實的可能因素，全國律師，第 13 卷第 9 期，頁 40-45，2009 年。

鄧翊鴻，形同具文的「偵查不公開原則」，新社會政策，24 期，頁 34-36，2012 年。

專書與專書論文

Garland, David，控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序，巨流圖書，2006 年。

Pratt, John，Penal Populism，New York：Routledge，2007。

王皇玉，犯罪報導對刑事政策與司法人權之影響，載：刑事政策與犯罪研究論文集，頁 173-88，2014 年 10 月。

李瞻，新聞道德，三民書局，1984 年。

李炳炎、陳有方，新聞自由與自律，正中書局，二版，1972 年。

林子儀，言論自由與新聞自由，元照，1999 年。

林元輝，新聞公害的批判基礎—以涂醒哲舔耳冤案新聞為主例，巨流圖書，2006 年 9 月。

林鈺雄，刑事訴訟法(下冊)，6版，2010年9月。

林燦璋、林信雄，偵查管理：以重大刑案為例，五南，2009年。

高玉泉，媒體報導犯罪事件之社會意涵及責任，刑事政策與犯罪研究論文集(一)，法務部犯罪研究中心，頁87-104，1998年。

柯耀程，刑事程序理念與重建，元照出版有限公司，2009年9月。

張永明，新聞傳播之自由與界線，永然文化，2001年1月。

陳運財，偵查與人權，元照，2014年4月。

翁曉玲，新聞報導自由與人格權保護，當代公法新論(上)－翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照，頁85-113，2002年7月。

黃朝義，刑事訴訟法四版，新學林，2014年9月。

學位論文與其他

周采慧，刑罰民粹主義對臺灣刑事政策的影響，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2015年。

林庭瑋，論偵查不公開於偵查程序中之落實－以偵查不公開與新聞自由之衝突為核心，國立中正大學法律系研究所碩士論文，2016年6月。

許涵綺，媒體公審現象的檢討－以「公平審判」與「媒體近用」概念為中心，國立臺灣大學政治學研究所碩士論文，2014年7月。

葉如凡，電視新聞呈現司法判決報導的框架分析－以925白玫瑰運動背景判決為例，國立臺灣大學新聞研究所碩士論文，2013年。

蔡宜家，飲酒駕駛行為之刑事立法與刑罰民粹主義－比較台灣與日本的刑事法律制度，國立中正大學法律系研究所碩士論文，2016年6月。

陳弘昇，偵查不公開與新聞自由衝突之權衡，臺北市立教育大學社會科學教育學系研究所論文，2007年。

林綉君，從新聞自由論媒體真實報導義務，國立中正大學法律學系碩士論文，2003年。

第 72 屆司法節學術研討會

王淨誼，論無罪推定於偵查程序之實踐－以犯罪報導為核心，中央警察大學法律學研究所碩士論文，2008 年 6 月。

莊國辰，從新聞自由觀點看偵查不公開，東吳大學法律學研究所碩士論文，2010 年。

施良波，偵查不公開與新聞自由－以檢察機關偵查資訊之釋出為中心，臺灣大學政治學研究所碩士論文，2012 年。

〔 第三場 〕

會 議 紀 錄

第 72 屆司法節學術研討會

第三場會議紀錄

時間：106 年 1 月 11 日（星期三）下午 15 時 20 分

地點：國家圖書館國際會議廳

主題：言論自由與進行中的司法案件

主持人：陳理事彥希

報告人：王副教授正嘉

與談人：吳常務理事光陸、Mr Dr Martin ABEND 副會長、Mr Stephen HUNG 熊前會長運信、Mr Jai-Hyuk CHOI 崔副會長在燦、Mr George VARUGHESE 副會長

陳理事彥希(主持人)：

總長、各位貴賓午安，歡迎各位出席第七十二屆司法節學術研討會，這是我們律師界七十二年來第一次做為整個司法機關中的一員出席這司法節研討會，我個人覺得莫大光榮，當然有各位的支持才能讓這研討會成功，開始之前我先介紹今天貴賓，最右手邊是馬來西亞律師公會副會長 Mr George VARUGHESE，第二位是德國聯邦律師公會副會長 Mr Dr Martin ABEND，第三位是我們中華民國律師公會前理事長吳光陸理事長，我左手邊是今天主講人王正嘉教授，中正大學法律學系教授，王教授左手邊是香港律師會前會長熊運信會長，熊會長左手邊是大韓辯護士協會副會長 Mr Jai-Hyuk CHOI 崔在燦副會長。我們台下還有幾位國外貴賓容我介紹，第一位是德國

第 72 屆司法節學術研討會

聯邦律師公會的理事丁凱玲小姐，第二位是香港律師會大中華法律事務委員會副主席韋業顯副主席，第三位是香港律師會大中華法律事務委員會楊先恒委員，再來是大韓辯護士協會會長何昌佑，以及大韓辯護士協會趙副會長。今天可以完成這樣重要的任務，最感謝全國各地方律師公會理事長全力支持我們才讓會議成功，是不是邀請各位理事長站起來讓我們掌聲謝謝，謝謝各地方公會理事長，謝謝大家謝謝。

言論自由和進行中的司法案件是個難解的三角習題，人民知的權利，當事人隱私和名譽，以及如何維護一個不受干擾純淨的審判空間，在複雜的三角習題之間如何取得平衡點，今天我們邀請到王老師，還有不同法域來的貴賓們，一定會從國內外的觀點提供我們許多寶貴提點跟啟發，時間寶貴，請王老師先開始。

王副教授正嘉(報告人)：

主持人陳律師，以及在座各位司法先進、各位律師界道長和來賓，我是剛主持人所教授的中正大學法律系王正嘉，今天很榮幸有機會到這邊跟大家分享題目，基本上我拿到這題目，是上面的這個題目，基於我的專長是刑事法來切入問題，不曉得有沒有符合主辦單位要求，不過主辦單位給我很大的自由空間，讓我盡情發揮，謝謝主辦單位，我的報告大綱分為五個部分，因為時間有限有外賓，我會用簡單方式講，需要的話我想講的話都已經寫在文稿中，所以不會用念文稿的方式，請大家見諒。今天的題目誠如主持人所說不太好解，我用這一個圖來介紹，犯罪問題是社會問題之一，他會經由媒體被報導，犯罪問題和司法間會有這樣一個相互的關係，我要處理的中間司法和新聞媒體間的問題，但是會連帶的影響到司法和社會以及社會和媒體間的關係，這是前言是我今天要報告的方向。第一個，在犯罪報導中是有新聞自由，以前我們念憲法會覺得新聞自由和言論自由是同一個東西，後來也讓我因為念這個重新複習這個憲法、公法上的問題，二者不太一樣，所以我第二部分要處理的新聞自由，我們可以從憲法中看到他的緣由，也包括人民知的自由，上一場我也得到一個啟示，蠻有趣的一場，我們可以看到新聞媒體報導犯罪問題時，對社會會有什麼影響，這其實不是我專長的部分，所以我引用林子儀老師講法，他認

爲新聞自由和言論自由不太一樣，新聞自由有制度性的保障，他也引進美國第四權的觀念做爲新聞自由內涵，我引用他的講法。但近來也發生一個問題，過去我們講到的新聞自由都是有一個公司或組織，憲法上會提供這些組織一些保障，但是到了新興媒體時，尤其是每一個人都可以是媒體時，進入網路世界，應該要怎麼辦？我一直在思考這問題，有些學者也提倡他們應該享有新聞自由保障，但我個人認爲部落客或是有些新興媒體，他可能不是實體的，他們是否想有新聞自由這部分公法學者也不斷討論當中，我個人認爲如果按照第四權理論他們不會享有，但是會受到言論自由保障。

第二個是新聞自由中我們可以看到，因爲我的題目是要講如何調和犯罪報導的問題，我們可以從新聞自由中看到，會有一些內涵界線問題，書面資料中有講到美國引進的社會責任論，我認爲更重要的是真實報導義務問題，我們保障新聞自由就是希望他們提供社會真實正確的報導，我引用的是張永明教授引用的德國觀點，不受扭曲、不當的偏向或是控制，謹慎的義務或權衡的義務，自律的義務，這是我在新聞自由中看到的一些問題。我今天要切入的是犯罪問題的報導，上一場提到人民對國家有知的權利，對於犯罪也是人民知的權力的內涵之一，我畫成一個三角關係圖，新聞媒體傳達了政府保有的犯罪資訊，或者他報導了不是政府所保有的犯罪問題，提供給人民。我們的問題是報導進行中的犯罪尤其是刑事法偵查中的，在偵查中是保密原則公開例外，可是一般的犯罪是公開原則保密例外，其實上一場也一樣，是不一樣的觀點，不同的法規範會有不同程序需求，接下來的問題是，如果犯罪的報導產生些偏差會產生什麼問題？第一個因爲我近幾年研究刑法民粹主義的問題，紐西蘭威靈頓大學犯罪學家 Dr.Pratt 提出一個問題，近幾年來全世界不只有台灣，犯罪報導越來越好看，他稱之爲媒體美化，在台灣也是這樣，報禁解除之後新聞媒體發展量變變成質變，犯罪變成很吸引人的新聞性，這個是我今年畢業學生論文中作的歸納，我不一一念，另一個也是中正傳播的管中祥老師提到，媒體是藏之民間、殺人無形的最佳武器，還有也有人提到，近來側重到強調視覺感官和情感框架的報導，而這樣的報導會對司法產生什麼影響？片段和真實可能不一致，片段可能變成

第 72 屆司法節學術研討會

真實，這是王皇玉老師的觀察，台大前新聞所彭文正老師的實證研究也提到，媒體報導會影響司法官對犯罪認知。另外剛也提到對社會的不良影響，例如引起模仿、犯罪嫌疑人或是關係人遭到異樣的排擠、或者傳達了犯罪是英雄的價值觀，我們也看到輿論的不良影響可能比司法判決還要大，也就是說司法判決未出來之前輿論已經先判決了，但我們要看的是會不會影響對犯罪的司法審判，等一下會再詳論。可以看到偵查不公開、對資訊的優勢或是提早曝光了嫌疑人，導致後來即便是判無罪，但是因為經過報導，永遠留在媒體裡面，或是現在網路世界中永久會被留下，最近網路世界中提倡的遺忘權，你只要上了網之後做過的事情永遠不會被忘記，而歸結起來最大的問題就是媒體公審，這對司法會不會有不當影響？接著有關失真的問題，我們可以舉出一些學者的研究，其中一個比較嚴重的問題是我們會對犯罪產生恐懼，可能是因為不對的資訊而產生的，比如說紐約大學 David Garland 的研究指出，媒體的報導會導致犯罪好像就在你身邊，產生的問題就是恐懼，也可能產生的是都報導被害人的說法但是忽略體系和政策分析的問題，我在 2004 年有一篇文章，其實是 David Garland 衍伸出來，當每一個人都是被害人時，我是被害人他是加害人，度他好就是對我不好就會產生一個零和的關係。剛也提到的 John Pratt 的刑法民粹主義觀點，他觀察到歐美很多嚴罰性的法律都是媒體傳達失真的資訊訂出的法律，台灣有些機關也做過研究，台灣人對於治安的感覺很大部分來自媒體報導，也會產生嚴罰性的刑事政策和刑法民粹主義的現象。

第二個是對相關人權益保障，很多媒體的報導尤其是犯罪，都進行了實名報導的問題，包括加害人和被害人，有時候是針對加害人但是連帶被害人也曝光，像是性侵害防治法或是少年事件處理法，會禁止實名報導，但除了這些案件，有研究也發現實名報導會對人權有侵害，不只出現在嫌疑人，也出現在被害人和家屬，我們最關心的就是媒體公審。媒體公審也不是現在才有的想法，從有報紙的出現時就有這問題，主要問題就是不是透過公平審判，而是媒體的預斷，包括刑事訴訟法中的公平審判、正當法律程序的侵害，接著我要思考一個問題，除了新聞自由的內在限制外，有沒有其他規範的限制？我在刑事訴訟法中我找出三個原則，偵查不公開、

無罪推定和公平法院，這三個就像是一個漏斗的情況，犯罪報導應該要去考慮到這三原則要怎樣去過濾和調和，這是第三部分要討論的。

第一個是偵查不公開，這是大家耳熟能詳的，從偵查的目的來看就是會篩選一些犯罪，犯罪事實和犯罪證據，或是保全證據的目的，在刑事訴訟法 245 條中有明文規定偵查不公開，所以偵查不公開有秘密的偵查，但另一方面也有學者認為這個兼具有名譽保護作用，所以一般認為從目的和功能一般認為有三個功能，偵查的順利進行、資訊的優勢，可以更好的收集證據和追緝行為人，第二個是前面我們也強調的名譽保障問題，包括犯罪嫌疑人和犯罪嫌疑人以外之人，第三個就是大家熟知的公平審判或是說避免公眾輿論。我接著要探討的是不公開原則和新聞自由的問題，從規範來看，刑事訴訟法 245 條在 2012 年有修正，授權一個偵查不公開作業辦法，它已經很清楚規範什麼是公開什麼不是公開，它的內涵除了程序以外就是包含了一些具體內容，問題是當他和新聞自由言論自由競合時，這個針對的是檢察官和相關辦案人員，也包含辯護人，上一場也提到，閱卷出來的東西作目的外的使用，一般會認為目的外的使用，但都還是辯護目的邊緣的使用，所以學者認為要規範非公務員是有困難的，例如說洩密或是妨礙秘密，目前也沒有類似的案例。我查一下辦案人員有多少被起訴，我查了一下數字是蠻少的，除了前檢察總長那一件以外，最近也看到台北地檢偵辦女模命案，開始對洩密進行調查，但是後來怎樣我不知道，還在進行中的個案我不評論。在辦案實況中少有辦案人員被起訴的，但是在新聞報導中很多情況是只有辦案人員才可以知道資訊但是新聞媒體知道了，到底管道是怎樣來的？我們也看到一些文獻中提到共生關係等等，刑事訴訟法條 245 條我們現行的狀況是很低度的被遵守。

第二大原則是無罪推定和公平法院的理念。無罪推定是世界公約肯認的，我國刑事訴訟法也肯認，我查到一個聯合國的馬德里原則，媒體如果涉及公平法院和無罪推定原則，也是可以加以限制的，另外我們看當公平法院的部分，這是有關被告正當程序的保護。日本學者歸納出，很多報導是有罪推定的報導，會對法院有預斷的侵害，涉及侵害公平法院理念侵害時怎麼辦？在美國有一些少數的學者和判決會

第 72 屆司法節學術研討會

將有罪判決撤銷，在美國有陪審團的案子可以看到，在日本學者有提議要引進日本，台灣也有實務學者建議引進，當媒體報導過度侵害產生預斷或是公平法院原則時，可以透過撤銷訴訟的方式，但是我認為現行很難做得到，可以做到的是第二個，跟剛剛偵查不公開一樣，至少法律人很多倫理規定中提到，不可以對進行中的案子做不當的批判。另外是否要像英美法有藐視法庭罪適用？針對的是新聞媒體或是對新聞媒體發禁制令，但我目前對這個是打一個問號。雖然剛提到實證研究說新聞報導對司法官有影響，但是我們現在還是專家的審判，我們認為專家在這裡還是分的清楚的。

第四大部分要報告的，是犯罪新聞報導的調和界線問題。很多學者或是法務部或司法院在推動的，主動提出正確消息來源，偵查中的案子，就新聞報導本身，消息來源有一部分來自偵查機關，但現在的問題是新聞媒體和偵察機關是互利共生？還是相互衝突？還是有一些文獻也說偵察機關給某一家不給哪一家，或是有的偵察機關為了塑造自己英雄形象也不顧及不公開的原則，既然刑事訴訟法²⁴⁵我認為相關辦法已經蠻明確的，不如採取主動發布，我也知道法務部檢察署有發言人制度，有些資訊是可以更主動去發布。第二個是從媒體本身的自律切入，現階段是廣電法中有規定媒體不可以報導進行中的規範，但是有一些漏洞，例如出版法已經廢除了，平面媒體不受控管，現再說不定還有一些網路媒體問題，需要 NCC 做一些內部規範，日本有學者提倡官與民合作的新聞評議會的機制，對新聞做事後評議的方式。第三個是報導本身超越現行刑法的界線時，例如構成妨害名譽罪，像是釋字⁵⁰⁹提到刑法的毀謗罪新聞媒體也是有適用的空間。最後我的結語有四點，針對新聞自由或是言論自由這是民主社會底下的必然，但並不是毫無規範的，還有有內部自由的界線，當他司法碰撞時產生的外部界線，到底台灣需不需要針對媒體的藐視法庭罪？我個人認為還不需要，誠如我剛所說，現在專業的司法官審判都可以嚴守界線，但現在司改如果加入人民參與審判，這問題會不會產生變化？日本制定裁判員時有列入討論，但是沒有通過沒有加入，還是針對參與者的守密義務的規範，例如現在人民參與審判的評議秘密，所以都是針對來源做管制，不是針對媒體，我的結論是，媒體

的報導要有一些內部或是外部規制，規制可以是採取行政上的方式而不是刑法的。以上是我對我的報告做的敘述，可能有點簡短，但是可以看我的書面，謝謝。

陳理事彥希(主持人)：

第二位請韓國辯護士公會副會長 Mr Jai-Hyuk CHOI 崔在燮副會長。

Mr Jai-Hyuk CHOI 崔在燮(與談人)：

大家好很高興我是崔在燮律師，現在我簡單介紹韓國犯罪報導與基本法理，因為準備的時間非常倉促，所以沒有準備 PPT 文件，請大家諒解，首先我要向大家報告大概的順序，第一是在韓國相關法益衝突，第二個是介紹與報導相關的重要判例，第三個是言論報導在韓國最新的相關動向。首先就是犯罪報導和相關法益衝突問題，在剛才其他學者報告時，台灣的法理和南韓很相似，現就南韓的情況跟大家報告，首先在韓國憲法中對人民知情權無明文規定，但是我們認為在學說或是判例中所有的學說和判例，是承認憲法上有保護人民的知情權。在現代社會中，在社會各階層，對社會中所發生的各種案件進行報導是必須的，大眾非常關心的案件類型，報導新聞的機關其所擁有的言論自由，都是需要負責任的。一般人立場認為應該知情的事項，在滿足人民的知情權上，相關犯罪報導應該要公開。其次涉及無罪推定原則，這是站在人性尊嚴角度上承認的一般原理，當然無罪推定原則對法院和偵查機關有約束力，在公訴開始前就有適用，因此偵查階段也受到限制。實際情況中，單方面的公開偵查報告或是輿論取材內容，報導的像是事實的一樣，對民眾就會生成見。韓國 2008 年導入人民參與審判制度（大家可以當作跟美國陪審員制度很類似），這些輿論和偵查程序的公開，均會對陪審員產生很大的影響，最近韓國因為偵查輿論報導會影響陪審員心證之故，對於嫌疑事實的公開就有趨向更加嚴格的趨勢，這些具體情況我最後跟大家報告。

韓國對於偵查機關公開的偵查內容之行爲，法律上是禁止的，且有嚴格限制，

第 72 屆司法節學術研討會

在韓國刑法上有嫌疑事實洩密罪，該罪係指檢警和相關犯罪事實調查機關，這些偵查犯罪調查機關在公訴開始前，對所調查的情況予以公開，會涉犯刑事責任。我就韓國一個重要判例跟各位報告，就是韓國稱為產業間諜誤報事件，韓國原則上禁止偵查機關洩密給媒體，但不是所有的偵查內容公開都是違法，偵查機關在偵查或調查事實有確實證據，且沒有任何懷疑之餘地時，是可以進行客觀報導的。這個要件大約有四個，第一個偵查機關原則上要報導民眾關心有興趣議題的事件，第二個是公開偵查的文件要有充分證據，第三個如果想要公開偵查事實，必須是由有權限的機關來向大眾進行報告，第四個是這些機關公開時，要遵守無罪推定原則之前提，避免公開推測或猜測的內容。我想要向大家介紹的案例就是犯罪嫌疑人在偵查過程中強烈否認犯罪事實，但是當時負責的檢察官引用證人證述來認定，卻是使用不確定證人的陳述對犯罪嫌疑人定罪，最後法院判決認定檢察機關應負擔損害賠償責任。我最後簡單介紹韓國近況，韓國法院最近展開工作是在刑事裁判確定前，嚴格限制輿論媒體洩漏犯罪嫌疑人的身分，這是需要保密的事項，特別是 2016 年 8 月 1 日韓國大法院（就是韓國最高法院）進行一項研究，刑事裁判前與犯罪報導制度限制的相關的研究，在今年上半年度可能會有研究結果出來。最近法院提出了檢察院這些偵查機關對於偵查中對輿論公開調查結果，會對仍在審理中之案件，有妨害被告防禦權及影響法院判決的嫌疑，韓國律師界還沒有對於我剛說的議題有一個指導性原則出現，但我個人覺得已經到了律師界對這問題必須有意見的時機，以上是我的報告，謝謝大家。

陳理事彥希(主持人)：

謝謝。接下來是香港熊會長，他其實國語非常流利，但是因為牽涉到法律專題演講，他擔心不精確所以還是選擇用英文演講。

熊前會長運信(與談人)：

各位貴賓大家好，因為今天時間相當短所以會盡可能將演講壓縮一下，今天主要是講香港的基本法。跟大家介紹的是 HK SAR v. Ng Kung Siu and Lee Kin Yun 這

一個香港終審法院提到的案例，這是在回歸中國大陸之前 1999 年做成的判例，在這案件中，Ng Kung Siu and Lee Kin Yun 當時燒毀了國旗，當時法院的見解釋認為禁止燒毀國旗的規定是違反言論自由的，但香港終審法院認為言論自由不是一個絕對的權利，根據法律應有一些必要之限制，限制要件如下，第一個是對於其他人權利或是名譽的尊重，第二個是對國家安全、公共秩序、公共衛生或是對道德的保護。終審法院解釋何謂公共秩序，就結論上而言，私法領域公共秩序比較接近所要保護之秩序，不過在公法領域，這個詞主要的意義是對國家組織的存在和運作方面的保護，藉此可以滿足集體的需求和保護人權。法院在所謂 state organization 扮演一個很重要的角色，法院保護集體需求和人權的保護中具有關關鍵的角色，因為他具體化了法制的精神。我們對於公共秩序的保護主要面向是包括對法治的保護，至少要保護法治不會被破壞，因此法院的認定，所謂藐視法庭罪是對法院的毀謗和醜化以及介入司法程序進行等，這些均是對言論自由為有限度的限制。

香港法制改革委員會是怎麼認定藐視法庭這個詞，以下介紹。刑事上的藐視法庭罪是為了保護司法的純潔，分為兩個面向，第一個是在法庭中當庭阻礙或是介入，或是有介入之虞者，均是對司法正當法律程序的阻礙；第二個是在法庭外意圖或有可能介入或是阻礙正當的司法程序。在今天的主題脈絡下要強調的是第二種情形，在法庭外意圖或有可能介入或是阻礙正當的司法程序。香港改革法院委員會有提到，在法院外進行行為，像是以口頭或是文字方式誹謗法院，以口頭或出版方式損及司法，均屬藐視法庭。

另外，我們在這邊簡單的提一下民事上的藐視法庭，也就是當民事秩序未被遵守時，民事上的藐視法庭是一個補充的規範，我在這邊提到民事上的藐視法庭是因為現行法上和刑事法庭有一個灰色地帶，一般而言，藐視法庭罪是由政府提出的，但民事上的藐視法庭最可能是由私人或私人企業所提起。現在簡單講一下刑事上的藐視法庭，這涉及的是正待審理這一個詞，但這不是英文，而是審理中個案，在裁決中如果有損及或是影響這個個案應該要被排除在外，在香港的刑事調查程序中，在法院審判之前，任何會影響到個案的資訊都應該要被禁止洩漏。香港媒體可以報

第 72 屆司法節學術研討會

導的是犯罪嫌疑人的姓名、被控的罪名和犯罪事實，因為時間的關係，簡單說，沒有明文規定說什麼可以揭露、什麼不可以揭露，視個案判斷是否有損及或影響正當司法程序。這邊有兩個案例，第一個是 *Justice v. Apple Daily Limited & Another*，在這案件中犯罪嫌疑人被起訴殺害一個五歲小男生，蘋果媒體在審判故程中有報導說被告是猥褻兒童的人，並且報導被告對小男孩做了一些猥褻性相關的性行為，但事實上不是這樣的，檢方從未說這個人是猥褻兒童的人，也沒說過兒童的死亡是因為猥褻行為所引起。所以蘋果媒體跟這名記者之後被法院處以相關的處分。

陳理事彥希(主持人)：

謝謝熊會長他非常客氣，各位對他最後一個案例有興趣歡迎會後討教，這是香港法上一個很重要的問題可惜沒有時間分享。下一位請全聯會吳理事長向我們簡報，謝謝。

吳常務理事光陸(與談人)：

今天大會主持人和全聯會蔡理事長，各公會理事長，尊敬的貴賓還有最高檢顏總長，法務部蔡次長和各位先進，大家下午好。今天是第一次的審檢辯合辦慶祝司法節的活動，這是非常有意義，司法節活動以往都是學術演講，所以我們向法務部的提議就是辦三場的學術演講，本以為我們擺在最後一場，院檢人員會不會都離開了？果然，但總長和次長在場，鼓掌一下，我剛開玩笑問，總長你怎麼還在這邊？他說要聽聽我們的意見，可見總長和次長對我們律師的意見表達很在意的。跟大家報告為何定這一個題目，當初我們全聯會也在想，要用什麼題目吸引人？這個題目是我提的，在一次的司改場合中，我忘了是法官還是檢察官提一個問題，他說現在的矚目案件，電視媒體都在批評和指導辦案，五個電視台開五個偵查庭，電視台大家都知道色彩不一樣，評論也不同，對院檢辦案都造成無形壓力，他問這是言論自由的範圍嗎？言論自由的範圍到什麼地方？我們說言論自由是指如剛才王教授所說新聞媒體，因為一般人說話沒有人理你，但是如果是新聞媒體，我們都知道網路平台不得了，是不是？白玫瑰運動就是這樣造出來的。一堆人就出來了，在這種情況

下，很多法官就被批評為恐龍或是奶嘴法官，從某一個角度來看，是不是就是干涉審判？是不是對審判或是偵查空間有影響？新聞審判這一個題目，我記的不只是現在，早年律師先進尤英夫大律師即寫過一篇論文就是新聞審判，但是當初寫的新聞審判，沒有電視，都是報紙，影響不大，現在因為有電視、網路，影響層面越來越大，例如去年的頂新案，非常轟動。彰化地檢辦得非常辛苦，媒體也如火如荼報導偵查方向，結果法院判無罪，這不得了，整個報章、電視、媒體一片撻伐聲，當然也有支持檢察官，批評檢察官的，支持法官或是批評法官的，但是我覺得最無辜的是彰化法院的蘇院長，剛好他在這時候調職，我記的有一個媒體標題就是彰化法院院長為頂新案負責而離職。其實他的離職與頂新案之判決一點關係都沒有，我在很多場合都說，彰化法院院長回到家鄉，他要如何面對家人？家人會想說你是為了這案件負責才被調離院長職務，院長交接典禮時，我就跟司法院長官說，為何不能晚一週或是兩週或是一個月？偏偏這時候調職？整個新聞媒體都相信是為這個案子，民眾也因此誤信，所以新聞媒體的自由、或是新聞報導或是評述對司法案會不會有影響？希望利用這一個題目聽聽專家也聽聽幾個締盟的香港律師會、德國律師會、馬來西亞律師會、韓國律師會意見，給我們參考。我們都知道新聞媒體自由從言論自由開始，憲法第十一條也有保障，人民有言論自由，但是我們也知道憲法第二十三條也有規定「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」，所以我們都知道新聞自由是有尺度和限制的，仍有刑法第 309 條第 1 項「公然侮辱人者，處拘役或三百元以下罰金」或是毀謗罪適用、或是涉及民事的侵權行為等，前幾年有一個嘿嘿嘿事件，雜誌就被判要登報道歉，我們都知道言論自由或是新聞媒體自由都是有一個尺度或是限制的，但問題是要放在什麼地方？我們大法官會議釋字 509 號解釋和 617 解釋也肯定說，這些限制是合理的應該的，甚至剛剛那個雜誌被判要登報道歉，認為登報道歉對不言論的自由受到的限制，聲請大法官解釋，所以大法官 656 解釋認為這登報道歉沒有違法，登報道歉不違反言論自由，所以言論自由的範疇是有限制。我們回到司法案件，馬上會有影響的是憲法第八十條規定，法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判不受干涉，我們都知道也希望一個乾淨的司法，

第 72 屆司法節學術研討會

一個公正的司法，我們也都知道要公正的司法就是法官不能先入為主。所以他必須不受干涉有一個獨立辦案空間，在這樣的前提下，如果新聞自由被濫用，案件發生後，剛剛王教授所說都是刑事案件，但包括民事案件也有這種情況，尤其是大家 P0 上網的情況很多，我自己承辦過兩個保險案例，事故發生是不是意外？這在法院是一個爭訟點，這個民事糾紛，當事人找了記者開記者招待會，說這就是意外，批評第一審法院為何不採信？因為一審判他輸了，他就批評法院，我很擔心會影響二審的審判。我們也都知道今天因為網路訊息，媒體和記者在這邊都發揮很多，結果是不是會影響到？我們都知道民國 88 年 1 月 25 日廢止前的出版法是有特別規定的，在第三十三條，「出版品對於尚在偵查或審判中之訴訟事件，或承辦該事件之司法人員，或與該事件有關之訴訟關係人，不得評論」，在早年的出版法是有規定的，但是被廢止之後變成百家齊放，一個案件發生後大家都可以調查和評論，每一個記者都變成柯南在調查，訪問路人和被害人，這樣情況下將訪問的資訊放在網路或是媒體或是新聞報紙上，除非法官不看電視，檢察官不看電視，但是他不看不重要，他家旁邊的鄰居或是家人剛好在看，知道他剛好在辦這一個案子，會不會給他灌輸？甚至很多新聞媒體名嘴評述某案件時，常常都會有一些色彩或主觀意識擺進去，常常會看到所謂辦藍不辦綠，辦綠不辦藍，判無罪就說法官給他正義，判有罪就是說執政者對他的迫害，這樣傳播出去之後，對審判者來說是不是很大的無形壓力？我們現在說恐龍法官奶嘴法官，我有一個場合問學生，大家都知道我在學校教書，我問他們說你們希望將來當法官或是律師？很多人說要考律師，不當法官，因為判不好人家會說我是恐龍法官奶嘴法官，但是我案子辦不好，人家不會說我是恐龍律師或奶嘴律師，反正當恐龍的不是我，是那個法官，這樣對我們司法的進步會不會有一定影響？也就是說新聞自由、言論自由是不是要有一個尺度？剛剛也聽到前面的說明，國外有一藐視法庭罪，在這邊有沒有適用我不知道，但我認為這是一個很好的議題，雖然說出版法已經廢除，但現在應該值得討論，尤其現在說司法改革，誰判的誰要負責，但我覺得是說要讓法官真正可以獨立審判，是不是要給一個乾淨的空間？我記得孟子時有說過，自反而不縮，雖千萬人，吾往矣，是不是？他要有這樣的精神。今天有一堆報導或是評論，會不會是干涉審判？但是有的人會說我的評論

是正確的，我的資訊是正確的，為何你不依照我的訊息方向去偵查、審判？檢察官或是法官你為何不看電視？那些線索都是很好的，我的評論就是告訴你應該要怎麼辦！但是我們讀訴訟法都知道，檢察官、法官是要本於自己的心證、自己調查證據的結果判斷，你問了路人甲、路人乙、被害人，那可以當證據嗎？我們都知道是要經過嚴格證據程序，能不能說記者問過的那一個人就絕對沒有錯？尤其有的人為了上媒體，胡說八道的都有，甚至我們可以開玩笑的說，廣告商品的媒體問東西好不好吃？訪問的都沒有一個說不好吃的，是不是？都事前問好了，不好吃就不會播出，所以能不能用這個當辦案的指導？有人會說我們的評論敘述說明都是正確的，我認為不可以用正確或不正確就放任，要如何評述、如何做一個的尺度，這是將來司改很重要的議題，我個人的看法是在這裡。我要講一句，案件進行中的評論或是報導是要有限度的，但是結案後或判決確定後，應可以評論，就像是王澤鑑老師寫的的案例評述，他就拿很多判決案例來評述沒有問題，因為判決已經確定了，不可能干涉審判，但可能有法律上見解值得探討，為促進司法進步而作評述，這是案件已經結束，沒有干涉審判的問題。但是我個人認為，現在案件結束後學者的評述都是針對法律適用，缺少對事實認定之評論，這就是前面說的資訊公開問題，因為學者都看不到整個卷，今天案件會被詬病和爭議往往都是事實認定問題，證據可採不可採，事實認定結果，是不是有因果關係，所有的學者都看不到，當然也不會有人評述，如果可以的話，是不是案件終結後有一個委員會，例如由學者教授或退休之法官、律師組成的，針對某些特殊案件或是爭議案件，將整個卷宗拿出來，從證據角度去判斷法院認定事實是否正確，這才重要，因為法律適用錯誤非常少，大部分都是事實認定的問題，這是我個人一點淺見，報告到這裡。謝謝大家。

陳理事彥希(主持人)：

謝謝吳理事長，下一位是德國聯邦律師公會副會長 Mr Dr Martin ABEND。

Mr Dr Martin ABEND(與談人)：

律師公會全國聯合會蔡理事長，還有在座各位貴賓大家好，很謝謝你們邀請我

來這邊分享偵查及審判中案件言論自由，主要是從律師的角度而論，像剛剛香港律師提到，我們在基本法第五條中也有隱私和名譽等等的保護，德國律師有保密義務，但是排除了明顯所知事實或是無機密價值的資訊，以下重點討論哪些是不能在法院審判進行中所提出的資訊，這涉及德國律師和客戶間的關係，因為涉及專業核心的保密義務以及法治國的基礎，為了確保公民正當的法律程序還有司法正義權，有些特定的資訊是不能揭露的。律師可以揭露的資訊是取決於客戶，客戶才可以決定這件事，這不是律師可以行使的權利，而是客戶的利益，並且要強調的是公共利益。以下的重點是當律師有保密義務時，重點不是他的權利是什麼，而是他被允許可以做什麼樣的資訊揭露。保密義務的範圍就是因為律師執業所知悉的任何資訊，除非客戶允許你揭露，或是該事實相當明顯或是不重要的。這個保密義務在潛在的客戶關係初期就開始了，明顯的資訊就不是機密資訊，所謂『明顯』是指有經驗的合理之人，通常可以透過一般的管道來源取得或是知悉或是可得而知的資訊。現今的資訊平台很發達，像是在社交媒體網路資訊流通很快，因此可以說媒體上已經有的，律師就一定可以說。就律師要揭露的資訊義務而言，要揭露的當然要是真實的，如同在民事上有侵害隱私權，很重要的是德國法就這部分的保密義務沒有期限的限制，即便案件已經結束，簡單的說就是一輩子都有保密義務。剛說了保密義務的範圍，現在要說是這個義務的免除，這必須要取決於客戶的意思來決定，律師無法自行決定，這意味著很重要的，當客戶說你可以揭露的話，律師就沒有拒絕證言的權利，因為拒絕證言權利和保密義務息息相關。很不同的就是在鄰國法國，客戶是沒有辦法限制或決定律師在法庭上要講什麼。律師違反保密義務，尤其是過失，最嚴重就是被吊銷律師資格。在德國，檢方、媒體或其他第三人若有違反保密義務等等，即可能侵犯隱私權，但因為德國法沒有藐視法庭的規範，一般而言，就是要侵害名譽、隱私、誹謗這些等等，才有法律處罰，所以我們跟香港不同就是，德國沒有藐視法庭言論跟文字出版等等的相關規範。近期有一個個案，是檢方在個案偵查進行中，將媒體當作暴露相關資訊的工具，使得辯護律師不得不利用媒體做辯護或抗戰，謝謝大家。

陳理事彥希(主持人)：

德國聯邦律師公會副會長 Dr ABEND，下一位請馬來西亞律師公會副會長 Mr George VARUGHESE。

Mr George VARUGHESE(與談人)：

我謹此代表馬來西亞律師公會會長和馬來西亞公會對各位，包括台灣律師公會理事長等等致上我的敬意。前面幾位講者幾乎已經把我要說的都講完了，幸好今天已經到尾聲，所以你們應該不介意我要說什麼。如同其他國家一樣，我們馬來西亞在憲法中也有保障言論自由，但問題是這個言論自由可否被限制呢？如之前香港律師公會所說『The of Sub Judice Rule』，這個拉丁字的意思是說：一個等待審判的案件，這個詞的用意在避免非案件相關當事人，例如媒體和一般社會大眾對案件發表評論以致於影響案件結果。因為這些陪審員是一般人不是專業的法律人，所以擔心接受到這些訊息會受到影響，但問題是這樣的法則是否在一個案件中，只有專業的法官可以適用呢？因為這些法官的訓練和是被要求不可以受到這些事情的影響，必須依照事實和法律做出專業的判斷。這法則和藐視法庭是相關的，當法院做出一個命令要求被告的姓名應該被保密時，相關媒體包括網路媒體都必須要遵守法院相關命令。如果說無視這樣的法庭命令就會構成藐視法庭，接下來我要用一個案例說明這個法則在馬來西亞是怎樣適用的。近年來這個法則在馬來西亞被用於阻礙言論自由，基於政治的理由濫用法律原則，由政治人物的律師決定是否適用這個法則，但這樣是不對的。去年這個法則被經過修正和放寬適用範圍，但這個擴大並非經過司法造成的，而是由馬來西亞的國會發言人造成。這個案件是有關馬國反對黨議員希望不要在國會中提出，美國司法部對一家馬來西亞公司的指控案件，國會發言人引用這個法則的理由是，這個案件正在美國司法部進行調查中，所以在國會中公開討論就構成適用這個法則的情況。你們可能和大部分的馬國人一樣會想，一件在馬來西亞國會中討論的事情，為何會影響到在美國國會中正進行司法調查的案件呢？根據美國司法部調查，從 2005 年到 2009 年時，總共有四、五十億美金給這家的高

第 72 屆司法節學術研討會

級主管貪污了，各位可能已經知道這個案件，因為這個案件在包括香港、新加坡、瑞士等都被進行調查了，這家公司是馬國政府和財政部持有的國營企業，這個高級官員的貪污事件似乎和馬國的總理是有關聯的，這就是為何多數黨的發言人位指出為何必須要適用這個法則的原因。我想你們跟我一樣聰明，這樣的行為顯然是侵犯憲法所保障的言論自由，我要強調的是言論自由是憲政民主社會非常重要的權利和價值，我們不應該忽略這樣法則的歷史背景和適用情況前提之下，任意透過這樣的方式箝制言論自由，謝謝大家。

陳理事彥希(主持人)：

我們還有一點點時間，歡迎各位上台。我們進行今天的 Q&A，可惜的是韓國公會崔副會長已經趕飛機先離開了，所以台上少一位。今天謝謝王老師還有不同法域來的與談人給我們不同新的觀念和啟發，在場各位先進有什麼問題想要發問或請問的？

吳律師梓生(提問人)：

我是台中律師公會吳梓生，這個標題下報告人所提的是犯罪報導，因此偏重在媒體部分，我想要問的是跟律師切身相關的。

陳理事彥希(主持人)：

是不是簡單的跟我們說明一下？

吳律師梓生(提問人)：

我今天問的可能和報告人所說的稍稍有點不同的，我特別關注在律師部分。台灣律師倫理規範第 24 條，律師就受任的訴訟案件於判決確定前，不得就該案件公開或透過傳播媒體發表足以損害司法公正之言論。但為保護當事人免於輿論媒體之報導或評論所致之不當偏見，得在必要範圍內，發表平衡言論。這是對律師的倫理規範，不僅僅是一般性規定，直接牽涉到律師是否會被懲戒。我想問各位貴賓的意見

——在這樣規定下的看法和意見。

陳理事彥希(主持人)：

謝謝梓生理事長。我們從比較法角度來看，先請教德國 Dr ABEND。

Mr Dr Martin ABEND(與談人)：

謝謝您的提問，首先德國沒有如您所說的律師倫理規範一樣的規定，如同之前所提，德國聯邦律師法，德國律師是可以根據事實陳述，而且只要是客戶允許，是可以針對事實陳述，在媒體上也一樣只要不侵害第三者隱私、名譽和營業秘密，關於第四權媒體，他們也被限制不可以當作律師的發聲筒，所以律師要注意的就是司法領域和刑事法的相關規定。

陳理事彥希(主持人)：

我們請教一下 common law 的看法，請用國語說。

熊前會長運信(與談人)：

我打算用國語說，說的不好請多多包涵。我的答案是應該有兩個情況，第一是當事人叫律師在媒體上發表一些聲明，這是允許的，因為這是律師根據客人指示做的，但如果沒有客人的指示，而是律師對法院判的不滿意，香港我們沒有一個條例是規範律師什麼時候可說什麼，什麼時候不可以說什麼，但香港律師會 Solicitors' Guide 有一個律師守則，其中一條就是律師的行為，就是哪些事情是律師要做的，我台下香港的同事在大笑，要是有人來香港律師會投訴，我們就會看看那個律師當時說了什麼，看看其他一般香港律師會不會這樣做的，要是沒有一位其他的律師也會像他一樣的說話的話，我相信這個律師就會對此位香港律師懲處。

陳理事彥希(主持人)：

我們還有一些時間，這位道長請。

第 72 屆司法節學術研討會

某民眾(提問人)：

我從早上等到現在總算等到一次機會，我提出的問題要總結今天的，你們法律一直在研究，我提出一個法律問題，你們答對也錯，答錯也錯，我現在要告司法院院長，由何人審理？有沒有違背憲法第七條、第八條、第十二條、第十三條、第二十三條等規定？第二我要告法官，法官應該要如何處理？法規有無依規定處理？依何規定處理？為什麼？第三個，人民有無受冤屈的義務？法官有沒有製造冤屈的權力？法官為何公然違背世界人權宣與兩人權公約？我這邊有發言條，換句話說你要正式書面答覆我。

陳理事彥希(主持人)：

謝謝。謝謝您提的很重要個案問題，現場很多好的律師或許可以提供回答。我們現場有沒有其他問題？請。

發言三：

對不起，今天主題是言論自由與進行中的司法案件，是針對大眾媒體，但小眾的耳語是被排除的，但今天發表的言論毀謗這方面的問題，是不是涉及國家安全 and 人民知的權利和媒體的表達與言論自由，是否影響國家安全這整個互動關係，我們要怎樣釐清？真實惡意、實際惡意、過失惡意我們把這三方區分出來問題在哪，如何平衡？

陳理事彥希(主持人)：

謝謝提問，非常好，您剛才講到一個重點，我們請報告人王老師做一個綜合性說明。

王副教授正嘉(報告人)：

我先回答吳律師的問題，我剛剛報告是有先跳過，我提到的是在報告 105 頁，

這是一個倫理規範，要分兩個，一個是進行中的案件，倫理規範是規定評論，但如果爲了防衛當事人是可以發表的，我反而覺得是，剛有點到，如果今天是一個偵查中的案子，辯護人已經被包覆到 245 條不公開的範圍中，因爲得知偵查秘密出來而洩密，其實通過之後一般學者的看法都是認爲不會，但事實上是被包含進去的，我反而認爲這是一個值得注意的問題。謝謝。

陳理事彥希(主持人)：

謝謝王老師，因爲時間，我們租借場地的關係，抱歉不能再接受其他問題，現在是不是用掌聲謝謝今天報告人與會與談人，最後邀請全聯會蔡鴻杰理事長說幾句話。

蔡理事長鴻杰：

謝謝主持人和與談人及主講人，更重要是謝謝各位來賓，我們感到非常抱歉，保證下次一定會採用同步翻譯方式進行，這次讓大家都很辛苦，不管是與談人或是來賓和各位聽眾，我們會更加努力，爲司法進步大家一起共同努力合作，謝謝。

傅律師馨儀(司儀)：

感謝各位貴賓參加，邀請外國與會的律師公會代表，在台上與大理事長和理監事合影。同時也請謝文田前理事長、曾肇昌前理事長和各公會代表留步，稍後也有合影時間，在場律師也會上台逐一合影留念，大家如果有要照相的話也敬請留會場。

第 72 屆司法節學術研討會

肆、會議剪影



與會長官親切交談



會議進行情形

第 72 屆司法節學術研討會



第一場學術研討會實況

左起：與談人林教授裕順、主持人陳政務次長明堂、報告人楊教授雲驊、與談人張副教授明偉



第一場學術研討會實況
報告人楊教授雲驊



第二場學術研討會實況

左起：與談人帥法官嘉寶、主持人蔡副院長炯燉、報告人范姜教授真嫩、與談人林教授三欽



第二場學術研討會實況
報告人范姜教授真嫩

第 72 屆司法節學術研討會



第三場學術研討會實況

左起：與談人 Mr George VARUGHESE、與談人 Mr Dr Martin ABEND、與談人吳常務理事光陸、主持人陳理事彥希、報告人王副教授正嘉、與談人 Mr Stephen HUNG 熊前會長運信、與談人 Mr Jai-Hyuk CHOI 崔副會長在燦



第三場學術研討會實況 報告人王副教授正嘉