

## 對貪污揭弊者保護法制之檢討-以證人保護法為說明-

真理大學法律系副教授兼系主任 吳景欽

### 目 次

- 壹、前言
- 貳、貪污揭弊者的定義及其負擔
- 參、證人保護法對貪污揭弊者的保護規範及其問題
- 肆、未來的修法方向—代結論

### 摘 要

由於貪污罪具有高度的隱密性，再加以其無被害人存在，故往往難以被察覺，而亟需藉由揭弊，以發掘此類犯行。只是對於不法資訊的揭露者，最可能遭到的不利對待，若屬於機關內部的成員，重則以免職、解聘等，輕則以工作的歧異對待。而就機關外部者而言，則可能是因此喪失與機關間，取得契約等的地位。而不管是機關內部或外部者，亦皆可能因揭弊，而帶來自己或家人的身體、自由，甚至是生命遭威脅的不利對待。而目前對於貪污揭弊最主要的保護依據，即是證人保護法，本文即以此法之檢討為探討核心。

**關鍵字：**揭弊者、證人保護、保密、安置計畫、認罪協商

## 壹、前言

在台灣，每當有重大貪瀆案件爆發時，除了反貪機制未能發揮功能，致該為檢討對象外，為何揭弊者總是向媒體為告發，也常成為討論的焦點。而會造成如此情況的一個主要原因，即是對政府部門的不信任，害怕在揭弊後，身份可能因此曝光致帶來生活、工作的困擾，甚至是自己及家人的生命、身體受威脅。只是須思考的是，現行對於貪污揭弊者的保護，最主要來自於證人保護法，惟此法是否能發揮其效用，向來備受質疑。而此法所為的諸多保護措施，不管在現實面或法律面，皆有其障礙存在，而成為該被檢討的對象。

## 貳、貪污揭弊者的定義及其負擔

### 一、貪污揭弊者的範圍

#### 1. 揭弊者的定義

揭弊者，或者是外國所稱的吹哨者（whistleblowers）之字眼<sup>1</sup>，並未出現於我國的法律文字中，若採取較為廣義的觀點，包括告訴、告發，甚或是犯罪者的自首或自白，但就一般常識觀點，卻較近於所謂告發。惟就證人保護法而言，能成為此法保護對象者，必須符合以下要件：

- (1) 案件限制：並非任何案件的舉發者，皆可成為證人保護法的對象，而依據證人保護法第 1 條第 1 項，僅限於此法第 2 條所列舉的刑事犯罪及檢肅流氓案件的證人。由於檢肅流氓條例已經在 2009 年廢止，故現行就只剩下刑事案件才有可能納入保護範疇<sup>2</sup>。
- (2) 對象限制：根據證人保護法第 15 條第 1 項，得成為保護對象者，包括目擊證人、檢舉人、告發人、告訴人、被害人。
- (3) 出庭限制：即根據證人保護法第 3 條，必須證人願在檢察官偵查中或法院審理中到場作證，陳述自己見聞之犯罪事證，並依法接受對質及詰問之人為限。

所以，得成為證人保護法保護的揭弊者，即必須符合上述的前提要件，雖包括公務員與一般人，卻僅限於刑事案件，致突顯出證人保護法的侷限性。

#### 2. 貪污接弊者的範疇

由於在我國刑法中，只列有瀆職而無貪污罪章，故在瀆職罪中，可以被列為貪污罪性質者，當包括刑法第 121 條第 1 項的不違背職務受賄罪、第 122 條第 1

<sup>1</sup> 此字原指的是警察吹哨示警之意，而後逐漸演變成是機關內部，揭露不法者的代名詞。

<sup>2</sup> 檢肅流氓條例已廢除多年，但證人保護法卻一直未配合刪除，除顯露我國立法效率不佳外，更暴露出此法之不受重視。

項與第 2 項的違背職務受賄罪與刑法第 131 條第 1 項的圖利罪。不過因我國有貪污治罪條例的特別刑法存在，且此條例所列的貪污罪類型，不僅止於此三種類型<sup>3</sup>，故所謂貪污揭弊的案件範疇，自應以貪污治罪條例的類型為範圍。

至於現行貪污治罪條例所列之罪，法定刑皆在五年以上，故符合證人保護法第 2 條第 1 款，最輕本刑三年以上的案件限制。故只要舉發貪污治罪條例之罪，皆可成為證人保護法的保護對象。比較有疑問的是，在 2009 年，貪污治罪條例增加第 6 之 1 條的財產來源不明罪，因其法定刑在五年以下<sup>4</sup>，自不符合證人保護法的規定。惟因此財產來源不明罪，乃是以檢察官對他罪偵查為成立之先決<sup>5</sup>，故由一般人舉發的可能性偏低，即便列入保護，恐亦無實益。其次，就行賄公務員而言，原本在刑法本文僅處罰違背職務行賄者，但在 2011 年，貪污治罪條例修正第 11 條第 1 項，將不違背職務的行賄入罪化，也因此，依據證人保護法第 2 條第 3 款之規定，若舉發行賄者，不管是否違背職務，皆能成為此法保護的範疇<sup>6</sup>。

## 二、揭弊者可能遭受的不利負擔

就被害人而言，是否提出告訴，雖為其權利，但就貪污案件而言，由於侵害者為國家法益，故並無具體的被害人存在，若欲訴追，必有相當大的程度，依賴人民的告發。只是就貪污罪往往具有高度隱密性，若要被察覺，就得依賴與公務員為交易的相對人，或者公機關內部的成員為舉發。

而就告發而言，若為一般人，乃為其權利，也因此，為鼓勵民眾檢舉貪污不法，根據貪污治罪條例第 18 條第 1 項，即授權由行政院頒布獎勵保護檢舉貪污瀆職辦法，來為獎勵檢舉貪污不法的規範依據。只是對貪瀆防制如此重大之事，母法卻未能在授權規範上為目的、內容與範圍的明確化，而形同一種空白授權，實嚴重違反法律保留原則<sup>7</sup>。

<sup>3</sup> 貪污治罪條例裡，除了基本的受賄罪類型外，針對圖利罪，除刑法已經有的主管或監督事項外，還新增非主管或監督事項的類型，就此類型而言，附加了必須以身份或地位的機會行圖利的要件。除此之外，還列有浮報預算、詐領財物等，屬於詐欺罪、背信罪等的類型，則原本依據刑法第 134 條，公務員利用職務機會犯瀆職罪章以外之罪，是以加重二分之一處斷，但在貪污治罪條例為特別立法後，此類型就無法依刑法第 134 條的規定為處理，而必須依據貪污治罪條例的加重條款處斷。

<sup>4</sup> 立法當時為三年以下，但於 2011 年改為五年以下。

<sup>5</sup> 關於此罪，根據條文，乃是以檢察官在偵查他罪之同時，發現有不明財產，才由其決定是否要求公務員為說明。因此，成罪與否就可能繫於檢察官的恣意。關於此，可參考筆者著，貪污被告不說明財產來源罪的違憲性探討，國會月刊第 37 卷第 7 期，2009.7，頁 29 以下。

<sup>6</sup> 關於證人保護法此條款所適用的案件，原本是針對違背職務的行賄罪及對外國公務員的行賄罪，但因 2011 年貪污治罪條例修正第 11 條，在第 1 項增列不違背職務的行賄罪，原先的行賄外國公務員罪就退至第 3 項。但因證人保護法第 2 條第 3 款未配合修正，仍僅列第 11 條第 1、2 項，致造成此法所包括的案件範圍，無法及於對外國公務員的行賄罪。又再次突顯出我國修法時，未能為配套思考的弊病。

<sup>7</sup> 就此而言，若為鼓勵民眾檢舉不法行為，即必須採取獎勵的方式為之，而目前關於檢舉獎金的

而就公務員來說，對於犯罪的告發，依據刑事訴訟法第 241 條，則屬於義務的範疇<sup>8</sup>。只是若公務員未盡此義務，原則上僅能依據公務員服務法第 23 條為行政懲處，不過依據貪污治罪條例第 13 條第 1 項，直屬主管長官對於所屬人員，明知貪污有據，而予以庇護或不為舉發者，仍處以一到七年的刑事處罰<sup>9</sup>。

所以，揭弊乃屬於公務員的義務，若有所違背，則視情況而可能受到行政懲處或刑事處罰。至於揭弊後，不管是公務員，還是私人，馬上得面臨遭受報復的風險<sup>10</sup>。而不管這種風險是來自於公機關或私部門，其中一個很重要的前提，即是揭弊者的身份已經曝光，這也使對揭弊者的保護，關於身份保密成為最重要的工作。又揭弊者亦可能是犯罪者，如果能經由揭弊而來獲得刑事上的免責，亦相對提高揭弊的意願。甚且如何在程序上，給予揭弊者免於出庭作證的心理負擔，恐更是決定證人保護法是否有實效性的重要關鍵。

## 參、證人保護法對貪污揭弊者的保護規範及其問題

### 一、對貪污揭弊者的身份保密

#### 1. 保密規定

對於揭弊者的身份保密是否嚴密，將直接影響人民舉發不法行為的意願，此對於公部門內部者而言，恐更屬重要<sup>11</sup>。所以，就貪污揭弊者的身份保密而言，依據證人保護法第 11 條第 1 項，有受保密必要者，必須將其以代號顯示，而不得將其姓名、住居所等，足以暴露個人身份的資訊加以暴露，並得將個人資料的原本加以封存。而因此封存的相關卷宗，依據同條第 3 項，不得供閱覽

---

項目與金額，可謂五花八門，是否會造成濫為舉發的情事，就值得檢討。不過此辦法不僅要求檢舉者須為具名，而不能為匿名，更要求必須親自為之，而不能交由他人為檢舉，同時，是否發給獎金，還必須由法務部為審核。凡此嚴格規定，雖在防止為獎金、或為報私仇等的不當檢舉，卻也因此降低了告發的意願。關於此獎勵措施的檢討，可參考林志潔，貪污犯罪檢舉人之保護與獎勵，月旦法學第 203 期，2012.4，頁 136 以下。

<sup>8</sup> 公務員對於職務行為所知的犯罪不法，本就有告發義務，自不能為任何報酬的給付。只是貪瀆犯罪本就有高度的隱密性，再加以公家機關的內部資訊又受到國家機密保護法的規範，而難有一絲陽光透入，惟有藉由組織內的人員，才得以揭露這些貪瀆弊端。若果如此，只因公務員有告發犯罪的義務，卻將最可能且最有力的告發者排除於獎勵範圍之外，則在缺乏誘因，再加以檢舉後所可能面對誣告罪等風險下，實難期待公家機關內部的揭弊者出現。而若檢舉極高，實也難避免為取得高額獎金，而可能假造檢舉人或告發人的情事發生。

<sup>9</sup> 積極的包庇行為，因屬於一種事後幫助，原則上並不能以幫助犯處理，故才有類似此罪的出現。

<sup>10</sup> 就公務員而言，最可能是來自於上級藉故刁難、調職或懲處等。而就私人來說，就可能面對公機關濫用其公權力，如查稅等方式為刁難。

<sup>11</sup> 就公部門內部的公務員而言，若在勇於揭弊後，身份曝光，必然可能遭受來自於機關內部的壓力，甚至是不利對待。相對於此，一般人對於貪污的揭弊，因其對象多為公務員，所以較不容易產生直接的不利對待。

或提供偵查、審判機關以外之其他機關、團體或個人。而若公務員故意違反此保密規定，依據證人保護法第 16 條第 1 項，可處以一到七年的有期徒刑，若為過失，亦可處以兩年以下有期徒刑。

而此規定並非僅課予公務員的保密義務，若因職務或業務得知揭弊者身份者，文書、圖畫、消息、相貌、身分資料或其他足資辨別證人之物品，而洩漏或交付之者，仍可處三年以下有期徒刑、拘役或科新台幣五十萬元以下罰金。而最有可能觸犯之規定者，當屬媒體工作者無疑。

## 2. 保密規定與閱卷權的衝突

所以，針對貪污揭弊者的身份保密，目前證人保護法已有所規定。惟此保密規定，最可能面對的挑戰，即是在刑事司法的進行中，是否會因程序權保障等因素，致使揭弊者的身份曝光？而最可能觸及此問題者，即是所謂閱卷權的行使。

在偵查階段，因我國刑事訴訟法尚未有辯護人得為閱卷的明文<sup>12</sup>，故問題尚不大。但在起訴後，根據刑事訴訟法第 33 條第 1 項，辯護人得在審判中為檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。而依據證人保護法第 15 條第 2 項，得為保密決定者，包括司法警察、檢察官與法官，這就會產生一個很大的疑問，即若司法檢察或檢察官為保密決定，並將有關個人資訊加以封存後，則來到了審判階段，辯護人的閱卷權是否因此受到限縮？

若揭弊者已經證人保護法的規定為保密，則依據此法第 11 條第 3 項，既然不得供偵查或審判機關以外之人閱覽，辯護人自受此條文的限制。則問題的關鍵就在於，揭弊者是否已經依法為保護之決定。除了揭弊者必須符合證人保護法第 2 條所列案件的範圍外，根據此法第 3 條，不僅必須在檢察官偵查中或法院審理中到場作證，陳述自己見聞之犯罪事證，還得法接受對質及詰問之人為限。同時，能決定是否為保密者，除檢察官與法官外，雖亦包括司法警察，但依據證人保護法第 4 條第 2 項的規定，司法警察雖得先為保護或保密措施，卻必須在事後陳報檢察官或法官，因此，由司法警察所為的封存行為，仍非屬最後決定，自不足以來限制辯護人的閱卷權。比較有疑問者是，若檢察官已經決定封存與保密，但基於司法的優越性，法官仍可推翻檢察官的決定，而讓辯護人為閱卷<sup>13</sup>。惟如此的解釋，卻可能使原本要受保護與保密的揭弊者，可能因此產生退縮。

<sup>12</sup> 依據刑事訴訟法第 33 條第 1 項，因條文規定為審判中得閱卷，故司法實務一向持反面解釋，而認為偵查中，被告律師並無閱卷權。

<sup>13</sup> 可參考一個實際的案例，即台北地院 99 易字第 3759 號判決，此判決中指出，是否列為保護與保密範疇，司法警察並無最終決定權，若其列入保密範疇，但此證人並不願出庭，即不符合證人保護的要件，既然不符合保密規定，則司法警察所為的封存，即無拘束法官，更無阻礙辯護人為閱卷之道理。也因此，若法官未將此證人的檔案封存，而因此讓辯護人得以閱覽並得知其身份，自無觸犯證人保護法相關規定之可能。

所以，若個人資訊保密，若不夠徹底，將因此影響揭弊者的意願，但若相當徹底，卻可能因此影響被告的辯護權，尤其閱卷權的行使，如此的兩律背反，更會出現在對揭弊者程序保障的問題上。

## 二、對貪污揭弊者的程序保障

### 1. 需受特別保護的證人

證人義務最主要為出庭到場，並接受交互詢問與對質的義務，而為了防止其為虛偽陳述，故必須具結以偽證罪為擔保，至於證人的權利，至多為不自證己罪的拒絕證言權，所以證人的義務負擔遠比其所能享受的權利多，出庭陳述無形中對於被告形成一個壓力，尤其是在某些特殊案件的被害人，其若出庭作證，除了必須面臨來自於被告方的對質與詢問外，又必須受到法官與公眾的審視，若法官指揮不當，很可能從審判被告而演變成對於被害人的生活或品行檢視，因此容易造成對於被害人身心的第二次傷害，此最明顯的例子即是性侵害，以及以兒童為證人的案件，此類證人因此被歸類所謂易受傷害的證人（vulnerable witness），在審判時必須有別於一般證人的處理。

而要受到特別保護的證人，除性侵害案件的被害人、以兒童為目擊證人外，尚包括組織犯罪或貪瀆犯罪的舉發者，都有特別保護的必要。而此種特別保護，包括程序內與程序外，就程序外保護，即是下文將提到的證人保護計劃，而就程序內保障而言，最主要是調整這類被害人的出庭陳述義務，而其方式，相當多元，可能包括以布幕隔離、變聲的方式出庭，或者以錄影帶陳述方式替代出庭等，惟這些方式的調整，相對而言，即是對於被告權利的限制。

### 2. 對證人特別程序保障的方式

對證人出庭義務的緩和，相對而言，即可能對於被告的權利產生限縮，因此，此種調整可能受到正當性的質疑，以下即提出幾種常見的類型：

- (1) 以布幕、變聲方式出庭：證人雖出庭，但以布幕隔離，此時被告仍能對於證人為交互詢問，只是被告無法觀察證人的肢體動作與反應。因對質所強調者乃被告與證人面對面的質問<sup>14</sup>，以布幕遮蓋顯然並非面對面的質問。
- (2) 審理不公開：基於對於證人保護，審理可以對於大眾不公開，此僅是減少了公眾監督的可能，影響有限，比較有問題者乃對於當事人是否可以不公開？因對當事人公開乃屬於被告的權利，其包括詢問證人時，被告能在場，若基於證人保護，即便法官命被告退庭，也應是暫時的，同時被告不在場的同時，應允許其律師在場，但若如此，對於證人的保護仍屬有限。
- (3) 以陳述筆錄或錄影代替出庭：此為傳聞證據，是否能提出，端視其是否符合傳聞的例外而定，此又分兩種情況，第一種情形，即於記載筆錄或錄影同時，有被告或被告辯護人在場，而給予交互詢問或對質的機會，因此其

<sup>14</sup> 此從英文的字眼可以更清楚的理解，即對質的英文-confront 乃由 con（相對立）連接 front（前面）而成。

可信性得以擔保，故得以成為證據。而第二種情形，即是記筆錄或錄影同時，未有被告或其辯護人在場，一般常見於警察詢問被害人或目擊者時，由於此時乃以書面代替出庭，故屬於傳聞證據，必須排除。

- (4)以 live-link CCTV 代替出庭：即證人未出庭，而是在他場所以視訊傳播的方式代替，此時對於被告的詰問權並未妨害，有問題者乃為面對面的對質權受妨害，其次，雖然是以立即視訊的方式轉播，但由於證人本身並未出現於法庭，法官對於證人的直接審理性也受到妨害<sup>15</sup>。

上述各種方式，基本上以限制被告對質與詰問權為重心，惟自大法官釋字第 384 號解釋以後<sup>16</sup>，乃將對質與詰問的權利，涵蓋於憲法正當程序保障的內涵，故此等的限制方式，在我國能否通過正當程序的檢驗，恐將成為問題。

### 3.得否以書面代替出庭

為保護證人出庭所可能造成的身心傷害，是否在面對某些案件時，可以法庭外的陳述代替出庭，即承認傳聞的例外為處理，關於目前證人於審判外的陳述，而得承認為傳聞例外的情形為：

- (1)於法官面前所為的陳述：依據刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項，被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據。此條文所指之法官，包括其他刑事案件、民事案件或其他程序之陳述，所包括之範圍極廣，其主要理由還是認為於法官面前的陳述，均係在任意性的情況所為，所以可以列為傳聞法則的例外。惟陳述的任意性並不能完全保證其可信性，未經推敲的證言，即便於法官面前為之，其虛偽之可能仍高，且本於案件的獨立性，他案件法官所聽聞的判斷，基於直接審理主義，也不能取代本案法官，其可信性是否特別高，恐成疑問。而在可信性未特別高的情況下，本條文竟未考量傳聞法則例外的另一個基準，即必要性的基礎，更使本條文缺陷再加一層。
- (2)於檢察官面前所為的陳述：根據刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項，被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況外，得為證據。此條文如果比起前述的法官面前的陳述，多了「顯有不可信之情況」的要件，較為嚴格，之所以如此，當然在於檢察官乃為當事人之一方，其當然不能等同於法官面前的陳述。惟此條文看似嚴格，實則不然，因法條不採取列舉方式，而以如此不明確的用語，使得原本需加以嚴格限制的檢察官面前陳述，於實質層面與法官面前的陳述相當。
- (3)於司法警察面前所為的陳述與審判陳述前後矛盾：根據刑事訴訟法第 159 條之 2，被告以外之人於檢察事務官、司法警察關或司法警察調查中所為

<sup>15</sup> 國內對此詳細的探討，可參考林鈺雄，對質詰問之限制與較佳防禦手段優先性原則之運用，台大法學論叢第 40 卷第 4 期，2011.11，頁 2325 以下。

<sup>16</sup> 關於正當程序保障，並未出現在我國的憲法條文，而是大法官藉由憲法第 8 條，將其精神與內容灌輸至我國的憲法中。

的陳述，與審判中不符時，其先前陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。

- (4) 供述不能：依據刑事訴訟法第 159 條之 3，若被告以外之人，於審判中處於供述不能的狀態，其於司法警察面前所為的陳述，若為證明犯罪事實所必要，得為證據。此條文比起前述幾條傳聞證據例外的規定，採取比較詳盡的列舉立法，即針對供述不能的情況採取列舉的方式，其中包括已死亡者、身心障礙或記憶喪失、滯留國外或所在不明、到庭後無正當理由拒絕陳述。

上述的例外，給予法官與檢察官面前的審判外供述較大的空間，惟傳聞得為證據，既然為例外，則本例外從嚴之法理，不能過度擴張其範圍。所以關於審判外，於法官、檢察官、司法警察面前所為的供述筆錄，基本上皆為傳聞證據，可以考量例外允許，必然需有可信性擔保與必要性，而此三者，比較能擔保可信性者，當以法官為顯著，一來是因其為公正第三者，二來是於法官面前所為，任意陳述的可能性高，也因此，若欲考量例外，當以法官面前的陳述筆錄為優先考量。至於檢察官，乃當事人之一方，若承認其偵查中的陳述筆錄可為證據，顯然與當事人對等相違，更將檢察官等同於法官，其問題不言可喻。也因此，於日本相類似的立法，常遭受違憲與否的質疑<sup>17</sup>，故於檢察官面前的偵查筆錄不應如法官般同列為例外，而於法官面前所為的審判外陳述，若欲採為證據，也必須給予當事人一定的對質詰問權保障，否則傳聞法則的建立將遭破滅。

而在嚴格解釋上述例外下，為了保護某些特別易受傷害的證人，可能因出面陳述與指證被告，致使其本身與家人的生命、身體可能因此受威脅，是否基於秘密保護之必要，不宜要求其出庭作證，而利用其審判外陳述代替出庭呢？目前可找到的依據，是針對性侵害案件，依據性侵害防治法第 17 條，若被害人出庭作證恐造成身心障礙無法陳述或身心創傷無法陳述，在具有可信性且有必要下，可以司法警察前的陳述筆錄代替供述。除此之外，並無任何可以書面陳述代替出庭的規定。也因此，就貪污揭弊者而言，仍必須出庭，甚且依據證人保護法第 3 條更強調欲接受保護，一定得到場作證且依法接受對質與詰問。

#### 4. 得否限制對質詰問權

若為保護某些對當事人的不公開，最主要針對被告的閱卷權與在場權作限制，關於前者，已於前文探討，至於被告在場權，關鍵即在於訊問證人時，其能否在場。惟因在場可能導致證人無法自由陳述，故目前法條對其的限制包括：

- (1) 暫時的隔別訊問：依據刑事訴訟法第 169 條前段，預料證人於被告前不能自由陳述者，審判長經聽取辯護人與檢察官意見後，得命被告退庭。惟被告律師仍得在場，且依據此條文但書，於隔別訊問後，應命被告入庭，在告以要旨後，也應給予其詰問或對質的機會。所以此條文給予被告限制的範圍不大，相對而言，對於證人保障較小，且證諸現實，既然證人害怕於

<sup>17</sup> 白取祐司，刑事訴訟法，東京：日本評論社，1999，頁 331。

被告面前陳述，卻又於事後給予被告對質詰問權，隔別訊問在保護證人自由陳述的意義實不大。

- (2) 法庭內的隔離：根據性侵害防治法第 1 項與第 2 項，被害人可能因出庭陳述而受二次傷受害者，法官可以採行一定的隔離措施，此時的隔離是區隔被告與被害人，而非法官與被害人的區隔，至於其方式，可以是布幕、蒙面、變聲等。而證人保護法第 11 條第 4 項亦有相類似的規定。
- (3) 法庭外的隔離：依據性侵害防治法第 16 條第 1 項與第 2 項，得以現代科技的視訊傳播方式，使被害人隔離於被告而接受訊問，由於上述的傳統方式，被告僅能於證人陳述完後才得為詰問對質，難免使被告的權利受壓制，利用此種同步進行的方式，顯然較為妥當。而就證人於法庭外陳述而言，其所採取的必然是同步視訊連線的方式，連結於法庭上，為了使證人陳述能夠為法官所觀察，當以影像傳播為上，但是若以同步影像傳播方式，到底與實際出庭有何差別，是否能有效防止被害人受到二度傷害，恐有疑問，就此問題，在證人保護法第 11 條第 4 項其同時規定得為變聲、變像，似乎較為完備。

上述幾種具體的保護措施，於運用上仍有先後次序的差別，即只有在無法以暫時退庭或庭內隔離的方式，才得為同步視訊，法條雖無此要求，卻是基於侵害基本權的程度所為的必然思考。至於同步視訊幾乎與在法庭的情況差不多，為何不是最優先考量？這是因同步視訊若為全景攝影，則因電腦螢幕過小，環境因素的注意會大於個人，無法詳細觀察面部表情，若為面部特寫，又無法觀察其全貌。若再加以變聲與馬賽克處理畫面，此時失真的現象更為明顯，證人雖然得以安心作證，但卻不利於被告的對質與詰問<sup>18</sup>。折衷方式，可能是由被告律師進行詰問，但此時律師該處於何處，又成問題。所以，以隔離方式為訊問，必須能在保障被告對質詰問權與證人保護間取得平衡。

## 5. 證人保護法的特別規定

### (1) 證人保護法的隔離訊問

根據證人保護法第 11 條第 4 項，一旦列入應受保護與保密的揭弊者，於偵查或審理中為訊問、對質或詰問時，應以蒙面、變聲、變像、視訊傳送或其他適當隔離方式為之。如此的規定，乃是在保護揭弊者，以促使其能勇於出庭作證，惟藉由如此的隔離或遮蔽的方式，是否能有效保護揭弊者的身份，實很有疑問。所以，此種遮蔽措施，真正的目的，恐在於避免使揭弊者與被告為直接面對面的接觸，以免因心生恐懼，致使作證的內容失真<sup>19</sup>。不過如此的思考與設計，是否能因此解消損及被告的對質與詰問權之疑慮，實也有待考驗。

<sup>18</sup> Anne Poulin, Criminal Justice and Video conferencing Technology, Tulane Law Review, Vol. 78:2004.1, p.1093.

<sup>19</sup> 此在所謂易受傷害的證人類型，如兒童被害人、受性侵害或受組織犯罪傷受害者等，實更為明顯。

## (2) 證人保護法對質與詰問權的限制

由於依據刑事訴訟法第 97 條第 2 項及第 166 條第 1 項，就被告的對質與詰問而言，乃屬於其程序上應為保障的權利<sup>20</sup>，則就目前證人保護法第 11 條第 4 項，雖非否定被告的對質與詰問權，但在採取某種程度的遮蔽措施下，被告的此等權利，是否會因此受到不當限制？如依照刑事訴訟法第 169 條，審判長預料證人、鑑定人或共同被告於被告前不能自由陳述者，經聽取檢察官及辯護人之意見後，得於其陳述時，命被告退庭。此即代表，對質與詰問權利並非絕對，仍得加以限制，而此限制得以正當化的理由，乃完全取決於作證者是否能完全陳述，也因此，證人保護法採取對作證者一定的保護措施，正在於使其能在無受任何威脅的環境下為自由意志的陳述，自有其正當化理由。

只是採取遮蔽或保護措施的結果，雖能使作證者免於恐懼，但是否能因此保持其證詞的真實性，卻是一個值得深思的課題。畢竟面對面的對質與詰問，肯定與採取遮蔽手段，來得更能檢驗證詞的真實性，惟此答案仍過於簡略，仍得視保護措施的不同，而有程度的差別。

若以視訊傳送來說，其並無對作證者加以遮蔽，且以現今的科技，此種傳送乃屬同步，故與實際出庭，並無太大差異。但若以採取蒙面、變聲、變影等手段，則就會與面對面有所差別。只是這些手段，到底會對證詞的可信性有多少程度的差別，由於必須實證的支持與解析，實難單由理論的剖析，即可為解答<sup>21</sup>。

## 三、對貪污揭弊者的刑事免責

### 1. 證人保護法中的認罪協商

由於貪污犯罪具有高度的隱密性，而難為外界所察覺，因此就亟需行賄者為揭弊。只是依據現行刑法，對於行賄者仍存有刑事處罰<sup>22</sup>，必將影響其出面檢舉的意願。而依據證人保護法第 14 條第 1 項的規定，若屬於此法第 2 條所屬案件之被告或犯罪嫌疑人，偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以訴追其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者，就所涉犯罪，減輕或免除其刑<sup>23</sup>。由於貪污治罪條例第 11 條第 1 項、

<sup>20</sup> 相對而言，根據刑事訴訟法第 184 條第 2 項，證人是否可與他證人或被告對質，則屬於檢察官或法官的職權，而非其權利。

<sup>21</sup> 但就國內法律學研究，一向較忽略於實證研究，尤其此類案件未必公開，民間的學術機構若無司法院與法務部支持，恐亦難進行，此問題也難有任何答案。

<sup>22</sup> 在刑法本文中，對於不違背職務的行賄者，基於刑事政策的考量，並未有刑事處罰的規定，但在 2011 年，為杜絕紅包文化，特別在貪污治罪條例第 11 條第 2 項，將不違背職務行為的行賄行為入罪化，不過比較起違背職務行賄罪的法定刑為一到七年，此罪的法定刑則為較低的三年以下。

<sup>23</sup> 嚴格來說，證人保護法第 14 條第 1 項，只能說是免刑，而非除責化，不過此條文第 2 項，針對非屬於共犯，但與本案相關的犯罪者，責採取不起訴處分，則較近似於除責化。

第 2 項之行賄罪屬於第 2 條第 3 款所列之案件範疇<sup>24</sup>，則行賄者自可適用此免刑的規定。

## 2. 豁免權的疑問

故證人保護法第 14 條第 1 項，即可認為是檢察官與行賄者間的一種認罪協商，只是如此的規定，卻有一個相當大的問題存在。即在檢察官與犯罪嫌疑者，乃處於一種不對等的狀況下，若無律師為輔助，就可能是在被迫的狀況下為揭弊，致有違不自證己罪權的保障。

其次，關於此條文得以免刑的要件，必須是揭弊者的供述於案情有重要關係，或足以證明他共犯的事證者，此要件顯屬嚴格，且若案件審理期間過長，則在案件尚未有最判決確定之前，到底如何來證明此情事，實有其困難。而如果從法條明文，必須得檢察官同意下，是否足以判斷符合此等要件，實仍完全掌握在檢方手中，則此豁免條款實繫於一種極端不穩定的狀態。

此外，就貪污揭弊者而言，若其為行賄者，則依據貪污治罪條例第 5 項，若為自首，即可為免刑，在偵審中自白，減輕或免刑。此要件似較證人保護法的規定寬鬆，即只要自首或自白，即得為豁免下，其自不會選擇證人保護法的規定，但如果其選擇此途徑，則因只要自首或自白，而無庸吐露其他共犯的事證，此將嚴重影響訴追，證人保護法的規定，也將因此形同具文。

故此問題，追根究底，仍在我國仍欠缺一套統合性且具有程序保障的認罪協商制度，尤其是在我國刑事訴訟法本文裡所承認的認罪協商，其案件範圍乃以死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪為限<sup>25</sup>，則若逾越此類案件範疇，即必須在特別法中為明文<sup>26</sup>。如此的結果，必然會造成法律的相互衝突，證人保護法的免刑規定，不過在凸顯這樣的問題。

## 四、對貪污揭弊者的安置計畫

### 1. 安置計畫

根據證人保護法第 4 條第 1 項，凡此等人士或與其有密切關係者，如配偶、家屬，若生命、身體、自由、財產有受危害之虞，亦可向檢察官或法院聲請核發證人保護書，一旦為核准，警察就須依證人保護法第 12 條第 1 項為人身安全的

<sup>24</sup> 證人保護法第 2 條第 3 款所列的貪污治罪條例第 11 條第 1 項、第 2 項，在 2011 年，貪污治罪條例第 11 條第 2 項，將不違背職務的行賄入罪化時，並未同時為修正，故此條文可列之罪，在於現今，就指的是違背職務與不違背職務的行賄罪。但原貪污治罪條例第 11 條第 2 項，對外國公務員的行賄罪，現則為第 3 項，但因證人保護法未同時修正之故，若發生有此情事，則是否可適用證人保護法，就會成為問題。

<sup>25</sup> 目前我國的認罪協商制度，若在偵查終結前，主要是檢察官以附帶履行事項，來對被告為緩起訴處分。而在起訴後，則列有認罪協商的專編處理。而因此兩種協商，皆以死刑、無期徒刑或最輕三年以上以外之罪為範圍，所以可以說，我國的認罪協商，即有案件範圍的限制。

<sup>26</sup> 相對於英美法，得為認罪協商的案件範圍並無限制。

保護。甚而我國還沿襲美國的證人保護計畫<sup>27</sup>，於此法第 13 條第 1 項規定，只要有變更生活、工作地點及方式之確實必要，檢察官或法院就須指定安置機關，在一定期間內將受保護人安置於適當環境或協助轉業，並給予生活照料，以藉由身份與生活的轉換，而來更有效保障舉發者的生命權與自由權。

## 2. 安置計畫之問題

只是如此看似嚴密且能有效保護檢舉者的相關措施，卻存有一個前提障礙，即能列入保護者，僅以檢舉證人保護法第 2 條所明列的犯罪為限。而此等案件，要非屬法定刑在三年以上，即是為貪污或組織犯罪等之類的重大案件，若檢舉者非屬這些列舉的案件，即無由聲請保護<sup>28</sup>。

退一步言，即便所舉發者屬證人保護法第 2 條所列之重罪，但是否受保護，仍須由檢察官或法院核發保護書，而檢審機關是否核准的關鍵因素，即在於檢舉者所提供的資訊是否有可信性，是否有助於案件釐清，甚至可能要求將來於審判中出庭作證，則在如此的嚴格要求下，勢必會使檢舉人打退堂鼓。而就算開啟證人保護，關於身份的保密，亦可能在一進入司法程序即曝光。而所謂安置計畫，期間最長僅為兩年，甚且在台灣地域狹小下，到底能安置至何處，才能有效保護檢舉人及其家屬的安全，恐更成疑問。

## 肆、未來的修法方向—代結論

### 一、以檢討現行法制為優先

關於揭弊者的保護法制，於現行，最主要為證人保護法，只是此法所能保護的範疇相當有限，且以刑事重罪為主軸，再加以立法當時，未能考量台灣的實際狀況，而胡亂將一些外國立法例加以拼湊，致難以發揮功效，故對證人保護法，肯定得重新為檢視。而針對此法的修正，除了必須確立是否仍以刑事案件為保護核心外，對於身份保密、程序保障、免責與安置計畫的規定，亦應檢討其與他法律間的衝突，並思考如何為解決。同時，對於現行散落各處的揭弊

<sup>27</sup> 美國負責此計畫者，為屬於司法部的 United States Marshals Service，此機關為聯邦最早的執法機構，負責人犯追緝、輸送及證人保護。而就證人保護計畫而言，乃是將受保護者本人及其家人，為全部的身份、職業、生活等的轉換，所以在安置前，會先要求受安置者簽下協定，放棄其先前的一切，並承諾不再以之前的身份來與人交往等，並為新身份的轉換訓練與測試後，才將之安置至新地點。而一旦受安置者與先前的朋友或親人有所來往，此保護措施即不再，其就須對自己的安危自行負責。雖然以美國的領土範圍，此種安置的妥善性，似乎能確實保護人身的安全，並能以全新的身份重新生活，但隨著科技發達，以及難以割捨的情感等因素，此種安置的成效，一直備受質疑。

<sup>28</sup> 以備受矚目的洪仲丘案為例，因當初軍事檢察官並非以長官凌虐部屬致死的重罪，而是以對部屬施以法定種類以外之懲罰等輕罪為偵辦方向，故即便為舉發，亦不可能該當於證人保護法所列之犯罪類型，任何的證人保護措施，自也無用武之地。

者保護法制，亦應進行全面的總檢討，若法規相互間，難以修法或司法解釋的方式來加以解決，才有思以專門立法的必要性。

## 二、專門立法應有的方向

而若真要為統合性的專門立法，即必須為以下思考：

### 1. 建立原則

關於統合性立法，其目的並非在將現行所有的揭弊保護法制，統歸由單一立法為解決，而是藉由此立法的存在，建立揭弊者保護的大原則。一旦為此原則建立，即可據此及依不法揭弊的性質，而為更具體且細部的揭弊保護法制。也因此，此種統合性立法，即具有揭弊者保護基本法的意義在。

### 2. 公、私部門的揭弊是否合一

一般在探討揭弊保護的法制時，重點往往擺在對公部門的不法揭露，但私部門的不法揭弊，於現今社會亦具有重要性。只是關於公、私部門的不法，不管是原因形成或者不法態樣與處罰方式，恐有很大的差異<sup>29</sup>，故不宜將兩者統合立法，而應分別就此兩者為不同的揭弊保護法制。

### 3. 揭弊的範疇

若以公部門內的不法，不僅種類繁多，亦有輕重之差異，故欲列入保護的揭弊者，當以舉發刑法中的貪瀆犯罪，或者公務員違法失職致情節重大之事項，而不宜全面為保護。畢竟，在鼓勵不法發掘的同時，卻也不能使公家機關成為相互監視的處所，而失去該有的信賴與信任。

### 4. 揭弊程序

而對於不法行為的舉發，到底是根據行為所屬的管轄機關為受理者，抑或是統合由單一機關為處理，亦是必須考量的重點。而若採單一窗口來受理舉發，則到底該由哪一機關來擔任，亦必須同時為考慮。

### 5. 揭弊者的保護

除對身份資訊的保密與生命身體的保障外，也須針對揭弊者所可能觸犯的不法行為，如洩密罪等，為相對應的免責規範。

### 6. 揭弊者的獎勵

現行的獎勵規定，多以行政機關自行頒布的辦法為依歸，實有違法律保留原則。為解決此等法律欠缺，宜先在法律層次為原則性規定，再授權由行政機關依據其特性為辦法的公布。

<sup>29</sup> 如近幾年常發生的食品安全事件，往往也須內部揭弊者才足以為舉發，但關於此等不法，卻又與公部門常發生的貪瀆不法，有著相當不同的行為態樣。

### 7.救濟程序

針對揭弊者所可能遭受的不利對待，尤其是當其申請相關人身保護措施遭拒時，有即時救濟的管道存在。

當然，即便我國將來制訂有揭弊者保護的專門法制，是否代表揭弊者即會因此減少對媒體爆料，而依此程序為舉發，恐也是未知數。即便如此，藉由揭弊者法制的逐步建立，不僅可去除揭弊者即是抓耙仔的污名，更有將揭弊程序予以法制化與客觀化的作用，這才是現代法治國家所該走的方向。