

# 揭弊者保護制度的刑事政策省思

許恒達\*

## 目 次

- 壹、導論：哨音響起
- 貳、我國揭弊者保護制度的規劃方向
- 參、揭弊者制度的政策省思
- 肆、結語

## 摘 要

本文檢討揭弊者保護制度可能帶來的刑事政策衝擊，相反於一般支持揭弊者制度的論調，筆者認為揭弊者保護制度帶來兩種不同層面的刑事政策意義：該制度不僅使得刑罰權私人化，原本應屬公共意義的刑事訴追將在一定程度內為私人所控制，私人從反抗刑事訴追者化身為協助實現刑事訴追的公官署；同時，透過揭弊者保護制度創造了每個人都應該自我監控並監視他人的社會氛圍，國家權力對於個人的監控效能，更在私人自願揭弊的擴張效應下，日益滲透到我們日常生活的每一個層面。

**關鍵字：**揭弊者、吹哨者、刑事訴追私人化、公益代位訴訟、私人公署化

---

\* 國立政治大學法學院副教授，德國法蘭克福大學法學博士，e-mail: hdhsu@nccu.edu.tw。

# Review of Whistleblower's Protection in Light of Penal Policy

Heng-da Hsu \*

## Abstract

This article aims to analyze the possible difficulties brought by legislation of whistleblowing. In contrast to the supporting argument of its legislation, the author finds that the introduction of whistleblower's protection implies both aspects: Firstly, it causes the privatization of criminal punishment, especially the criminal investigation and charge. Secondly, each member of society will be forced or encouraged to surveillance himself as well as other people in his society.

**Key Words: whistleblowing, whistleblower, privatization of criminal investigation, qui tam action, publicization of private**

---

\* Heng-da Hsu, Associate Professor, College of Law, National Chengchi University, Dr. iur., University Frankfurt, e-mail: hdhsu@nccu.edu.tw

## 壹、導論：哨音響起

從 2012 年行政院秘書長林○世因為被行賄者陳○祥爆料後，揭發一連串政商間的舞弊行為開始，社會上就出現了非常多有關揭弊者 (whistleblower；亦有譯為直接為「吹哨者」) 機制的呼聲<sup>1</sup>，這些主張要求，礙於國家偵查犯罪或不法行為的先天障礙，法律應該特別保護知悉內情而出面爆料的揭弊者，給予這些勇敢而出面舉發弊案的揭弊者特別法律保護，包括林○世受賄案的諸多案例中，若非有知悉內情的揭弊者出面爆料，我們根本不知道這些弊案，更不用對這些高層政府官員發動有效的偵查行動，考量諸多國外立法例，均已有了類似揭弊者保護的建制，我國法若不再儘速加快立法腳步，對於政治、經濟、工程案件中的許多弊案，勢必無法有效打擊貪腐行為<sup>2</sup>。

正因為許多殷切的社會呼聲，許多人開始注意到這些極具機敏性的貪污、金融或企業犯罪，往往是國家刑事司法難以有效介入的領域，為了讓發生在阻絕外界窺視的密室中、涉案者又往往是社會或經濟地位較高人士的犯罪行為無所遁形，以揭弊者、吹哨者、通報者為名，給予出面指控弊案之人更多法律上利益或保護的作法，自即應運而生<sup>3</sup>。許多政府單位也開始鼓吹設立類似專法，就連總統也於林○世案發不久之後，公開宣示半年內將提出吹哨者的保護草案，給予出面揭弊之人一定程序的法律上利益，促使弊案能夠透明、公開，進而開展刑事訴追<sup>4</sup>。某程度而言，我國政府與民間對於出面揭弊之人的各項保護機制上，維持著相同基調，幾無反對意見，也都主張相關揭弊者保護法案的立法，能夠有效解決貪污、金融及企業犯罪難以訴追的困擾，而

---

<sup>1</sup> 例如台灣透明組織在 2012 年年中的呼籲：

<http://www.tict.org.tw/front/bin/partprint.php?Part=epaper201207&Style=3&PartPage=9>  
(2015 年 7 月 9 日造訪)

<sup>2</sup> 相關的研究，參考黃銘傑教授主持，行政院研考會委託研究之「組織內部不法資訊揭露法制之研究」：

[http://www.ndc.gov.tw/News\\_Content.aspx?n=E4F9C91CF6EA4EC4&sms=4506D295372B40FB&s=395D76054510BE04](http://www.ndc.gov.tw/News_Content.aspx?n=E4F9C91CF6EA4EC4&sms=4506D295372B40FB&s=395D76054510BE04)  
(2015 年 7 月 9 日造訪)

<sup>3</sup> 例如黃銘傑，該是「吹哨子法」上場了，2012 年 7 月 12 日蘋果日報，

<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20120712/34362269/>  
(2015 年 7 月 6 日造訪)

<sup>4</sup> 參考蘋果日報 2012 年 7 月 12 日報導：

<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20120712/34362417/>  
(2015 年 7 月 9 日造訪)

這也是現代反政府及企業貪腐的最佳良方之一<sup>5</sup>。

總統在 2012 年年中宣示半年內立法後，法務部即開始依總統及法務部長的政策決定，辦理揭弊者保護制度的立法研議，雖然國外相關立法著重的層面，大多是金融或企業犯罪的弊案揭露行為，但我國因為觸發其立法研議的源頭是政府高官的貪污犯罪，最初法制草案的籌畫工作，自即交給主要偵辦、預防政府內部貪污行為的廉政署負責，法制面最初的規劃方向，即將立法重心放在公務員貪污及瀆職問題的揭弊者保護機制上，並將之稱為「公部門（涉及公務員刑責或行政責任）犯罪或不法行為」的揭弊者保護立法，此項法案交由包括筆者在內的政治大學法學院研究團隊著手規劃，並於 2012 年年底完成初步草案立法，2013 年待研究計劃完成之後，法務部即以政大研究團隊所提出的草案建議為基礎，開始草擬行政院版本的（公部門）揭弊者保護法，經過數次會議討論，2015 年年初廉政署完成主管機關版本的草案初稿後，即送行政院院會審議，未來立法期程仍有待觀察。

相對於我國立法方向的初步主軸設定在公部門，有關金融、企業、環境或食安犯罪的揭弊者，依據廉政署規劃，則被列為處理後段的「私部門」（包括企業犯罪、金融犯罪、環境犯罪、食安犯罪、違反勞工保護之犯罪等）的揭弊者保護法制問題。實際的法案進程，則是在公部門揭弊者保護法的研究完成之後，廉政署又另行委託交通大學科法所團隊負責私部門揭弊者保護法制的研究，該項研究於本文撰寫之日已經完成，為了未來與公部門的揭弊相互區別，其法案名稱可能改稱為「公益通報者保護法」<sup>6</sup>。

無論我們要以吹哨者、揭弊者或通報者稱呼這位不懼危險而站出來通報貪腐或弊端的勇士<sup>7</sup>，對於這位勇士的保護法制，幾乎已經成為我國未來防制貪污或打擊金融、企業犯罪的重要利器，然而，在努力完備揭弊者法制的同時，另一個值得思考的問題在於：倘若每個人都是潛在的揭弊者，享有一定程度的法律保護甚至是獎勵，人人眼見不公不義之事，不免想要主動吹哨，喚醒國家的司法偵查力量，從既有犯罪偵查與潛在犯罪防範的角度看來，固然強化了對抗現代型犯罪的國家力量，但促成犯罪偵防之人已經不再是國家

<sup>5</sup> 以公司治理為主的學理分析與實證研究，參考林意玟，我國公司治理與吹哨者保護，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2011 年 9 月，頁 89 以下。

<sup>6</sup> 詳細發展，參考張天一，「公益揭露人保護法草案」評析，月旦法學雜誌，233 期，2014 年 10 月，頁 276。

<sup>7</sup> 以筆者完稿時的政策規劃，未來「吹哨者」乙詞將不再使用，而公部門稱為「揭弊者」，私部門則稱為「公益通報者」。本文以下的討論，原則上使用揭弊者乙詞指稱公、私部門的「吹哨行為」（whistleblowing）。

公權力的一部分，而是身邊的朋友、下屬或客戶，這種發展勢必使得國家權力藉由反貪之名，隱藏且策略性地擴張其管制領域，我們日常生活的隱私與自由必然受到更進一步的干擾，然而這部分可能對個人自由領域的干擾，似乎在整個吹哨者法案的立法進程中未受重視。

本文撰寫目的，即是重新反省目前肅貪政策幾無異議的鼓勵、支持「保護揭弊者」走向及氛圍，尤其是一直以來認為「建構揭弊者機制即能有效對抗貪腐行為」的目標，接續討論，將在第二章簡要分析我國未來揭弊者保護制度的立法模式與具體內容，包括是揭弊對象的公私部門區別，以及揭弊者本身受到保護與獎勵的制度設計方向，接著在第三章再從刑事政策的整體角度，分析並反省揭弊者保護制度的政策意義，討論將著重於私人在刑事司法中的地位變遷，以及透過揭弊者制度所衍生的監控型社會關係，最後則是結論。

## 貳、我國揭弊者保護制度的規劃方向

### 一、揭弊者保護制度的特點

在實質進入法務部規劃的我國揭弊者制度前，必須先簡要說明揭弊者制度的特點。已如前文所述，若干發生於政府或企業內部的犯罪行為，因為涉及的人際關係極度封閉，要由國家主導的刑事訴追機關進行偵查，有時非常困難，因此為了讓弊案能夠真正地被揭露，實務上往往需要特別的人證或物證，面臨此種先天困難，如果貪污結構中，知道相關情事、甚至掌握關鍵物證的犯罪者能夠勇於舉發，其證言及所能提供的物證，對於刑事訴追自然有非常強大的助益，也能夠達成有效肅清貪污的規範需求。但對於這些願意挺身而出的人，他們往往同時也是犯罪人，一旦積極揭露相關犯罪事證，除了自己可能成立刑事責任之外，同時自己也可能被其他貪污被告陷害，例如貪污集團派出殺手殺害揭弊者，或者將揭弊者或其近親解僱、降職或降薪。這些揭弊時可能面臨的負面風險，勢將阻撓揭弊者出面舉發的意願，也因為上述理由，整個揭弊者保護制度的核心宗旨，在於建立起一套讓揭弊者「安心揭弊」，甚至是「樂於揭弊」的法律制度<sup>8</sup>。

---

<sup>8</sup> 有關揭弊者（或謂吹哨者）的定義與概念，參考謝其楠，英美法國家對吹哨者合法爆料行為之認定：評最高法院 98 年臺上字第 1042 號判決，台灣勞動學報，3 卷 1 期，2011 年 6 月，頁 39-42；Ralf Kölbel/Nico Herald, Whistleblowing. Eine kriminologische Analyse aus

我國未來草案規劃的重點方向，大致上也是如此，只要揭弊者依循法律規定提供弊案的相關事證，原則上就可以受到保護<sup>9</sup>。至於具體的保護措施，一般而言，在各國立法中對於揭弊者的保護，大致上有三項重點，分述如下<sup>10</sup>。

首先，揭弊者最擔心者，莫過於揭弊之後，相關的機關並不公正處理其所舉發的弊案，這將使得揭弊者面臨極大困擾，尤其機關之間可能有官官相護之舉，其揭弊萬一被偵查機關吃案，揭弊不僅無效，還會惹上麻煩，為了保護揭弊者，通常在揭弊者保護制度中，會設計一套獨立於既有犯罪或不法行為偵查體系以外的監督或介入系統，例如美國法中設計有監察長室（Office of Inspector General）及特別顧問辦公室（Office of Special Counsel），專門負責督導揭弊後案件的管控事宜<sup>11</sup>。

其次，為了讓揭弊者不會因為揭弊而負擔不利益，一般在揭弊者保護制度中，均設計了若干特別的保護機制，通常包括人別身分的保密、人身安全的保護，以及工作職位的維持。人別身分是對揭弊者保護最重要之所在，通常以法律要求政府公務員必須隱匿揭弊者姓名，同時不得無故向第三人洩露揭弊者身分，人身安全保護通常在揭弊者面臨人身安全時，公權力必須採取保護措施，讓受威脅的揭弊者或其近親免於他人侵犯，至於工作職位的維持，則是為了讓揭弊者不必擔心自己揭弊後，會被報復性地解職或減薪。

最後，除了保護揭弊者之外，一般還附加「鼓勵」揭弊的特別措施，其中最常見的機制包括給予特定檢舉獎金，在美國法上甚至還包括犯罪所得沒收後的抽成制度<sup>12</sup>，此外，也有揭弊者減輕刑責或者排除刑責的特別規定，這些制度都給予揭弊者相當程度利益，藉以讓揭弊本身有利可圖。

## 二、我國揭弊者法制的規範整合需求

那麼接下來的問題是，倘若我國法要納入揭弊者的三項主要保護法制，是否會與我國既有規範有所衝突或重疊，從而出現法規面的整合需求？

在現行法制之下，與揭弊者法令最有直接關係的法律，顯然是證人保護

---

Anlass der aktuellen kriminalpolitischen Debatte, MschrKrim 93 (2010), S. 424 f.

<sup>9</sup> 以公部門揭弊者的資格取得為例，依草案規定（第6條第1項），揭弊者必須以口頭、書面、電磁紀錄或其他適當方法，舉報或提供檢察機關、司法警察機關或政風機構相關於弊案的具體事證，才能夠取得揭弊者資格，從而受到保護。

<sup>10</sup> 必須先行強調，以下討論的三項重點，我國法並未全盤接納。

<sup>11</sup> 黃銘傑主持，同註2，頁16-26。

<sup>12</sup> 詳見本文後段有關公益代位訴訟（qui taim action）的討論。

法。證人保護法目的在於保護刑事案件的證人，該法第 1 條第 1 項規定：「為保護刑事案件及檢肅流氓案件之證人，使其勇於出面作證，以利犯罪之偵查、審判，或流氓之認定、審理，並維護被告或被移送人之權益，特制定本法」，接續證人保護法第 2 條，也針對適用證人保護法的刑事案件，作出明確的規範。

既然重點在於刑案證人的保護，證人保護法第 4 條第 1 項明文規定證人保護書的核發及保護機制內容：「證人或與其有密切利害關係之人因證人到場作證，致生命、身體、自由或財產有遭受危害之虞，而有受保護之必要者，法院於審理中或檢察官於偵查中得依職權或依證人、被害人或其代理人、被告或其辯護人、被移送人或其選任律師、輔佐人、司法警察官、案件移送機關、自訴案件之自訴人之聲請，核發證人保護書。但時間急迫，不及核發證人保護書者，得先採取必要之保護措施」，至於給予證人的實質保護內容，則規定於同法第 11 條以下，包括第 11 條規定證人的身分資料保護方法，第 12 條則許可由司法警察機關派員保護證人人身安全，第 13 條則證人的短期生活安置。

除此之外，證人保護法第 14 條則另行規定證人豁免刑責規範，該條第 1 項規定了共犯型的污點證人：「第二條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於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，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，減輕或免除其刑」，同條第 2 項又規定非屬共犯的污點證人：「被告或犯罪嫌疑人雖非前項案件之正犯或共犯，但於偵查中供述其犯罪之前手、後手或相關犯罪之網絡，因而使檢察官得以追訴與該犯罪相關之第二條所列刑事案件之被告者，參酌其犯罪情節之輕重、被害人所受之損害、防止重大犯罪危害社會治安之重要性及公共利益等事項，以其所供述他人之犯罪情節或法定刑較重於其本身所涉之罪且經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，得為不起訴處分」。雖然法條對於證人揭露犯罪因而能獲得刑罰寬減的要件，附加了若干限制，但至少這是我國法制之中，對於證人揭露犯罪最明確、也最直接的規定。

除了證人保護法之外，另一個相關法令是獎勵保護檢舉貪污瀆職辦法（以下簡稱獎勵辦法），相對於證人保護法專注於刑事案件的證人被動保護，獎勵辦法則給予揭弊者相當程度的積極誘因，在獎勵辦法附件中，另外也規定檢舉者的獎金內容，例如法院若判決檢舉對象死刑、無期徒刑或 15 年以上有期徒刑，則檢舉者可以獲得 670 萬以上、1000 萬以下的獎金。就此而言，確

實有其鼓勵意義。

即便我國已經有兩部法律處理類似揭弊者的保護措施，但這兩部法律對於完善揭弊者的保護而言，一般咸認為仍然有若干不足之處<sup>13</sup>，以下分為三點說明：

- 1、證人保護法僅適用於已經進入偵查的特定罪名刑事案件，如果案件本身尚未啟動偵查，則無所謂「被告」或「證人」可言，此時揭弊者的法律地位為何，實有疑問。
- 2、證人保護法減免刑責、人身安全保護及身分保護等規定，只適用於實體法上的刑事案件，但若個案中不是刑事案件，而是公務員嚴重違反官箴的行為（例如未約定職務對價而收取他人高額餽贈），因為揭弊者不構成刑事案件，當然也與證人保護法無關，然而，揭弊者若提供相關事證，可能會面臨機關內部的不利對待，例如長官予以調單位或更換職務加給等等，就保護機制的內容而言，證人保護法實有不足之處。
- 3、證人保護法只是被動地保護揭露刑案弊端之人，必須已經進入刑事程序，才有被動的刑責減免機制，但證人保護法並未創設任何積極誘因，從而鼓勵犯罪結構中的一員出面揭露整體的犯罪機制。至於獎勵辦法從頭至尾只關切獎金而已，但因獎勵辦法不具有法律位階，至多只能說是行政機關訂定的行政規則，實際上揭弊者是否取得金錢的請求權？是否有民法或公法上的權利？其具體內容並不明確，尤其檢舉、揭弊者往往是機關內部的公務員，如何保護其社會生活及職務地位，獎勵辦法則完全未言明。

雖然證人保護法已經建制了初步的揭弊者保護機制，但整個機制只在乎刑事程序中的證人，保護恐怕過度限縮，此外，其保護機制的設計也相當被動，並未主動地鼓勵揭弊，這將使得許多隱藏的犯罪結構無法攤在陽光下檢視。更具體地說，兩部法規不僅對於揭弊者的保護機制著力甚少，揭弊流程的進行、揭弊者身分的保護、是否有獨立機關保證揭弊過程的秘密性，似乎在規範密度上都有限制，若要實踐有效的揭弊者保護，勢必要有獨立新法，也因此實務上乃有研議揭弊者保護新法制的規劃。

### 三、公部門與私部門的揭弊立法

既然要有新的立法，那麼究竟以何種類型弊案為揭露對象，或者更精確地說：揭露那種類型弊案的人，才能享受揭弊者法制的保護？自即成為接下

---

<sup>13</sup> 例如張天一，同註6，頁281。



來必須回應的問題<sup>14</sup>。已如前述，廉政署現階段的規劃是區別公、私兩部門進行立法，其具體理由即其立法原初動機的案件性質，廉政署規劃該法的設計方向時，即先專門設計一套用於公部門廉政事項的法律，此即後來送至行政院的「揭弊者保護法」草案。揭弊者保護法的立法目的在於，透過該法使得「故意犯刑法瀆職罪章」、「構成貪污治罪條例罪名」，以及「違反公務人員服務法」或「違反公職人員利益衝突迴避法」而情節重大的行政不法行為的案例，能夠透過揭弊者的舉發而受到刑事司法或行政不法行為的訴追及懲罰，因此，只要是對於其所規定的犯罪或行政不法予以揭露相關事證，原則上即可獲得一定程度的保護。

至於實際的保護方式，雖然一開始在政大團隊研究計劃階段，曾研議設立具有實際權力的外部性獨立機關：揭弊者保護委員會，但後來考量整個公務部門運作與科層組織特性，改為不具有實際權限的揭弊者保護審議會。此外，揭弊者保護法草案的保護方向同樣建立在身分保密、人身安全與職位保障的前提；就身分保密而言，基本上有一些保守身分的行政作業規範（例如姓名必須去識別化等），但最關鍵性的保護方法，仍是以刑事責任嚇阻公務員不得外洩揭弊者的個人身分；而人身安全的保障，則於揭弊者或其近親發生人身安全威脅時，得向法院聲請開立揭弊者保護書，該保護書仿造家暴法的程序採取法官保留；至於職位保障的方法，則主要採取舉證責任倒置的作法，亦即受到職位、俸給或工作條件的不利益之人，如曾為揭弊者或其近親，其未來爭議時，可推定其長官或雇主的不利益處遇是出於揭弊所致，若長官或雇主卻證明其不利益處遇與揭弊無關，必須擔負舉證責任。最後，揭弊者針對其所揭發的弊案，若有涉入情事時，可以享有刑責減輕或免除的優惠，而其相關獎勵措施，則仍回歸至個別的行政法規處理。

相對於此，針對私部門「公益通報者」的保護立法，目前僅完成研究計劃而已，尚未確認主管機關最後的採取方案，但私部門「公益通報者保護法」初步草案的立法方向，大致上與公部門揭弊者保護法差別不大，不過因為立法目標在於揭發與公共安全、國民生命、身體、健康及財產利益有關的案件，因此對於私部門的公益通報事由，原則上限定於刑法公共危險罪章、侵占罪、

---

<sup>14</sup> 當然，我們也可以說所有犯罪的揭發者，都應受到同樣的保護，但事實上這是不可能作得到的事，試想公務員甲自認其主管乙對他犯刑法第 305 條的恐嚇危安罪，甲因而「揭弊」，但法官最後認為乙不成罪，此時如果要把揭弊者的相關保護延展到這麼寬的程度，法制上顯然不合適，也因此，在設計揭弊者保護制度時，必須先行確認到底要保護那些案件的揭弊者。

詐欺罪、重利罪、妨害電腦使用罪，以及金融犯罪、環境犯罪、食安犯罪與違反勞動法相關不法行為的案件；至於保護機制的設計，在身分保密上，與公部門相同，都有相關去除通報者身分識別的措施，同時也附加刑責予以管控；而人身安全部分，則一併設計了保護書，不過初步草案許可由檢察官或法官核發，並未採取絕對的法官保留；而最重要的職位保障，因為主要涉及一般私人企業，因此若出於報復通報者所作的不利益行為，初步草案直接認定為無效。此外，通報者所應負的法律責任，在一定條件下可以減輕。

大致而言，我國未來可能通過的公部門及私部門揭弊者保護法制，均著重在身分、人身及職位保障等三部分，但就揭弊者法制常見的獨立部門設計，原則上礙於行政運作理由，並未實現；而鼓勵揭弊的措施上，亦僅達到減輕責任及依既有規定獎勵的程度，尚未納入沒收金額抽成或具體獨立的獎金制度。

## 參、揭弊者制度的政策省思

論述及此，已經大致說明了我國未來公、私部門的立法軸線，接下來則要分析這種發展背後的刑事政策意義，具體的檢討可分為兩個不同層次。

### 一、私人在訴追過程中的公署化

在中世紀形成公共的刑罰權、並由加害人／被害人以外的公力介入之前，刑事責任與民事責任並無顯著差異，不過，隨著城邦領主與教會權力的強化，刑罰與民事賠償的判定程序與執行方式逐漸切割，刑罰權乃全面性地公有化<sup>15</sup>，包括刑事訴追的發動、刑事審判的決定，以及最終的刑事執行，基本上都以公共權力為施展前提，私人在整個刑事程序公共化的歷程中已經被邊緣化。

就刑事訴追的發動而言，即使被害私人才是真正受到損害之人，但起訴／不起訴與否，被害人已經不再有絕對的決定權，除非是極度例外的情事，具有國家公訴人及偵查主體性格的檢察官，已經將被害人在刑事訴追上的主動權力吸為己有；而當刑罰產生了公共性的定性，原本只用以懲罰過去犯行的刑事責任，也開始有了不同意義，既然刑罰保護的優先重心不再是私人，

---

<sup>15</sup> 相關討論，參見許恒達，刑罰理論的政治意涵—論「刑事政策」的誕生，月旦法學雜誌，137期，2006年9月，頁188-211。

而是超越具體個人的公共化秩序，那麼刑事制裁除了處罰已經發生的犯罪行為之外，還必須能夠捍衛公共秩序，公共秩序也從而賦予刑罰預防未來犯罪的機能，其具體的執行方法，除了法官裁量刑種及刑度之時，應該同時考量應報與預防效果之外，接續在徒刑的執行過程中，必須由公家官署介入犯罪收容人的輔導、矯治，此外，公共秩序也必須建構起一套有效防堵未來犯罪行為的機制與環境，舉凡更生人再社會化的輔導，假釋者離開監所之後的協助，甚至是強化街道警力，對於有可能犯罪的幫派介入。

以上這些機制，均顯示公共秩序在現代法律體系中，對於刑事犯罪的判定、處罰、矯治與預防，都已經取代私人，擔負了第一線工作，現代的刑事法制度同樣建立在公刑罰權與公共秩序保護作為優先的命題之上，個別私人不論其地位是被害人、單純證人或輔佐人，於整套體系之中的地位無法與實現公共秩序的公務員（法官、檢察官、警察等）相比。

然而，這種純粹刑罰公有關係的觀點，在近年來逐漸發生變遷，筆者認為類似的變動可以分為兩個觀察側面。第一個較受重視，也對於純粹公有刑罰展開強烈批判的發展側面，即所謂的被害人保護運動，該運動著重面向是被害人在刑事司法程序中的權利保護與強化，主張被害人不應該只是刑事司法中被忽略的對象，而應該在刑事司法中給予一定程度的機會與權利，使得刑事司法並非單面向地只處罰加害人，同時也具有協助、補償、保護被害私人的效果，此一運動從二次戰後開始發展，後來也逐漸形成被害者學（victimology）的研究<sup>16</sup>，至於被害者學對於刑事司法的實質影響，在於被害人補償措施、被害人支援組織、被害人刑事程序權利強化、加害人與被害人和解或協商制度的引進等等<sup>17</sup>，我國法在1990年代以後開始重視被害人權利，在90年代的下半葉，也訂定了諸多有關被害人保護的新法制，包括1997年性侵害犯罪防治法、1998年通過的犯罪被害人保護法等<sup>18</sup>。某程度而言，強化被害人保護其實不直接挑戰刑罰公有的命題，其僅強調雖然真正受害者雖是公共秩序，但考量被害人與其他證人意義不同，因此在公有刑罰的體例中附加被害人的程序角色，此即被害人保護運動的論述核心。

相對於二次戰後興起的被害人保護運動，另一個公有刑罰權變動的側面則略有不同，此一側面強調私人積極參與公共刑罰權的貫徹過程，協助甚至

---

<sup>16</sup> 參見許福生，犯罪被害人保護政策之回顧與展望，月旦法學雜誌，178期，2010年3月，頁6-8。

<sup>17</sup> 許福生，同註16，頁8-12。

<sup>18</sup> 許福生，同註16，頁14-18。

整合而成為公共權力的運作角色之一，此時私人不再是純粹的私人，而是刑事司法定罪過程中積極協助的參與者，我們可以稱之為刑事訴追過程中私人的公署化。

較早期私人公署化的事例是污點證人（Kronzeuge）制度，污點證人指的是犯罪成員中的一人，為求自己在刑事責任上有相當程度的減輕或免除，從而積極協助檢察官控訴其他犯罪者，讓相關犯罪事證能被有效發現，並在法庭上作證之人<sup>19</sup>。此種污點證人制度在 1970 年代開始被倡議，接著在各國均開始引納相關立法。嚴格以論，任何國民只要不是本案被告身分或無得拒絕證言的正當理由，均應負有在法庭上作證的義務，一旦作證的供述有虛偽情事，即應受偽證罪處罰，真實供述所知事實的作證義務是所有國民應盡責任，證人盡了據實作證義務，理論上只是盡了應盡義務，不會有任何獎勵，但若未盡該義務，則可能在訴訟過程中被處以罰鍰（拒絕供述），或者構成偽證罪的刑事制裁（虛偽供述），不過，一旦證人因與檢察官之間協議轉為污點證人時，原本負有一般作證義務的證人，竟然僅因供述檢察官偵查中或尚未發現的相關事證，就可以享有刑事責任的寬典，該污點證人顯然完全不同於其他證人，其差別待遇的理由，原則上只能從協力檢察官實現公共刑罰權來談，由於污點證人扮演刑事訴追體系中的輔助角色，因而可以合法獲得若干利益。一言以蔽之，當私人被吸納為公有刑罰權實現力量的一員，就不再是純粹的私人，授與具有半公權力地位私人協力者若干責任上的優惠，當然也不直接違反平等原則。我國證人保護法在立法時，第 14 條就直接引入了污點證人制度，這也正是私人公署化的一般性適例。

不過已如前述，證人保護法有關污點證人的規定，仍然無法涵蓋尚未立案的揭弊行為，也無法保護揭發公務員重大違失的證人，證人保護法對於揭弊行為，除了減刑、保護之外，並沒有金錢獎勵或分紅的進一步誘因，所以在污點證人制度以外，實務上又開始倡議引入「給予私人公署化更多誘因」的揭弊者保護制度。而若引入揭弊者保護制度，個別私人與公有刑罰權之間的法律關係勢必發生了更進一步的巧妙變動，國家機關不僅以被動姿態，接受私人揭發犯罪或不法行為，甚至非常樂意提供多面向的協助與支援，舉凡身分隱匿、人身安全及職位保障，若揭弊者若符合一定條件，還可以享有高額獎金，如果其曾犯罪，也有機會因而減輕刑責，揭弊者法制本質上以極度

---

<sup>19</sup> 相關討論，vgl. Jens Peglau, Neues zur „Kronzeugenregelung“ – Beschränkung auf Zusammenhangstaten, NJW 2013, S. 1910 ff.

優惠的鼓勵及保護措施，設法吸納私人至國家訴追機器的促成機制，這種促成機制並不以強制或處罰的方式達成其效果，而是強調揭弊後可能會有的利益效應，讓私人更安心、更有意願與國家合作打擊犯罪。

更進一步的發展則出現在美國法制，我們或可稱之為揭弊者制度的極端型立法。在美國法制之中，揭發弊案的私人在符合一定條件時，可以成為弊案訴追的原告，此即所謂的公益代位訴訟（*qui tam action*）。公益代位訴訟很早就出現於英美法中，其為拉丁文 *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* 的簡稱，意思指在特定事項中代替國王向他人提起訴訟<sup>20</sup>，後來此一制度在 1863 年美國成文化為「虛偽不實請求法」（*False Claim Act*）<sup>21</sup>，依其規定，若私人發現他人有不法侵害政府利益時，該私人得本於維護政府的公益目的，代替政府直接向不法行為人提起民事求償，而私人提起代位訴訟後，政府可以依其案情決定是否介入訴訟，如果最後勝訴，則該私人可以從不法侵害者應該賠償給政府的金額中抽成<sup>22</sup>。之所以透過公益代位訴訟強化揭弊效果的目的，即在於讓揭弊者除了責任減免外，還另有積極利益可圖，以使揭弊者更加願意出面指控弊案，而就美國實務而言，公益代位訴訟確實有一定效果，許多健保給付詐欺及政府採購弊案乃因而被揭發，美國政府也從中獲得一定數額的賠償<sup>23</sup>。儘管在美國法上，許可私人提起公益代位訴訟確實構成了揭弊者從中獲利的誘因，但這種以獲利為導向的私人訴訟形態，畢竟仍然有道德疑慮<sup>24</sup>，尤其當私人積極提出代位訴訟時，被告的私人或公司還必須應付該私人以公益之名帶來的應訴之煩，也必須為這些訴訟擔負一定的勞力、時間、費用<sup>25</sup>。

從以上分析可以發現，從我國已經採取的污點證人制度，到我國預計採取的揭弊者保護方案，再到美國已經存在、但我國尚未完全採用的公益代位訴訟，這幾種規範建制，都逐步地將私人地位公署化，私人已經從國權的對立者，轉變成「私人的法規執行機關」（*private law enforcement*）<sup>26</sup>，這也會使得私人對於刑事司法的影響力遠高於過去，試想只要私人揭弊而且有一定

<sup>20</sup> Black's Dictionary, 8<sup>th</sup>. ed., p. 1282 (2004).

<sup>21</sup> 31 U.S.C. 3730.

<sup>22</sup> 黃銘傑主持，同註 2，頁 13。如果政府未介入公益代位訴訟，則私人抽成比例較高，但若政府已介入訴訟，則私人抽成比例則較低。

<sup>23</sup> 黃銘傑主持，同註 2，頁 16。Ralf Kölbel, Zur wirtschaftsstrafrechtlichen Institutionalisierung des Whistleblowin. Lehren aus der Praxis des „Qui tam“ – Verfahrens, JZ 2008, S. 1137 ff.

<sup>24</sup> Kölbel, JZ 2008, S. 1140.

<sup>25</sup> Kölbel, JZ 2008, S. 1139 f.

<sup>26</sup> Kölbel, JZ 2008, S. 1140.

理由，他就可以因為揭弊而獲得刑事司法機關提供的保護，甚至實質地啟動刑事偵查程序，而法律系統居然不是抗拒私人出於獲利或尋求刑責豁免的有關行為，反而是鼓勵私人行為對刑事司法的啟動作用。

當私人行為逐漸被公刑罰權所吸納，私人某程度上也成為公共秩序在刑事司法中的代理人，對於刑事司法體系中的關鍵決定，有愈來愈高的影響可能性，但私人作出個別決定的動機、理由都非常複雜，有時甚至會存在我們不知道或難以想像的緣由<sup>27</sup>，即便開展刑事訴追不必然等於定罪，向司法機關揭弊不必然啟動刑事偵查機關的偵查作為，但對於刑事司法機關所不知悉的弊案而言，以各種保護、利誘手段鼓勵內在理由不明的私人啟動整個程序，無異給予私人愈來愈多的濫權機會，原本應該中立並維護法律秩序的公權力，反而變成揭弊私人的道具（特別是公益代位訴訟！）<sup>28</sup>，這已然抵觸了刑罰公有化的基礎論調。

綜上，刑罰與公共秩序的結合帶來了刑事訴追、審判、處遇及犯罪預防的公共化，但隨著被害人保護運動及私人公署化的兩股勢力，純粹公共化的刑罰系統開始出現變動，揭弊者保護制度可說是私人公署化過程中極具關鍵性的步驟。當私人因為揭弊除害的大纛而成為國家司法機器的組織體一員時，具有兩種特別的意義：首先，國家公刑罰權在形式意義上受到私人化，普通私人居然可以作成公權性刑事訴訟的關鍵決定，刑事司法發展至此，某程度上也成為私人獲利的工具手段之一，已然喪失其中立性。

其次，雖然揭弊者制度表面上弱化了公刑罰權的固有能量，但我們必須注意其實質意義的效果，此即揭弊者制度幽微地讓公刑罰權的力量，柔軟而不帶衝撞地全面性介入個人生活的每個場域，這種介入不再是強制性的介入，國家毋寧改採柔軟而鼓勵性的方式，讓私人自願地接納國家提供的好處，從而讓弊案曝光，進而使得犯罪者無所遁形。這整套透過自願與鼓勵方式，讓私人起頭、最後再有效懲罰犯罪的犯罪人，國家在其中享受了政治與經濟秩序的純淨，卻讓個人全面被吸納／懲罰，也喪失了對抗國家的能量，以此言之，揭弊者保護制度絕非如一般所認為，只是一種鼓勵揭弊同時實現無弊案的安全期待而已，透過揭弊者保護制度的引納，毋寧隱約地使得整個社會走

---

<sup>27</sup> 試想某企業的員工因為被扣獎金而出面揭弊，這位員工當然不會明白地說他對公司獎金制度的不滿，而是冠冕堂皇地指陳他是為了正義而揭弊（！？），如果這種行為還要鼓勵，甚至予以獎勵，那麼刑事司法已經失去公共性與中立性的特質，幾近質變為私人尋仇報復的工具而已。

<sup>28</sup> Kölbel, JZ 2008, S. 1139 f.

向「人人均得偵防他人不法行為」的監視社會。第二點全面監視的層面，將在下一段中繼續分析。

## 二、自我監控與相互監視時代的來臨

單以我國未來擘畫的制度為例，雖然揭弊者只能單純揭發犯罪，尚不能如美國法提起公益代位訴訟，但其身分已經從單純的告發人或證人，搖身一變成為檢方實施有效控訴的助拳者，甚至還可以享受一定程度的刑罰寬減優惠，而整體法制中也對於「弊案揭發者」，存有高於一般證人及告發人的保護措施，雖然表面上是「揭弊」，但對於揭弊者的特別優惠，同時也意謂了國家期望任何知悉弊案的私人，勇於向國家主導的刑事司法揭發其他私人。

從以上的變動可以認為，訴追已實施不法行為私人的刑事司法任務，已經不再只由擔負公權力的偵查機關負擔，知悉該弊案的一般人也可以實質地啟動訴追，在此清楚地表現了國家期盼擴大刑事訴追參與者範圍，讓弊案能夠現形的政策指向。但在實現這種政策指向的同時，無異也暗示了已經實施不法行為的私人，必須小心身邊可能知悉自己弊案的其他人，否則知悉弊案者可能某天突然向刑事司法機關揭發，從而享受刑事司法機關提供的保護與優惠措施。無論如何，揭弊者保護法案加深了社會成員之間的不信任，也讓社會成員之間，必須隨時謹慎恐懼地與他人交往。

甚而，這種「揭弊者就在你身邊」的社會氛圍，勢將產生另一種預防犯罪的心理效果。因為人人都可吹哨，知情者均得揭弊，揭弊後那怕曾參與不法行為，也能夠享有一些優待，既然法律系統鼓勵揭弊，私人相互監視的眼光與視角，自然會拋向身邊可能發生弊案的事件，當私人與私人之間的相互監視功效良好，勢必使得想要實行貪污、金融或經濟犯罪的潛在犯罪者縮手，而這一類的犯罪通常必須有相關聯的共犯結構，當彼此間信賴程度逐步下降，事實上也只能放棄犯罪。基此，揭弊者保護法制創造了人與人之間的不信賴氛圍，也因此使得潛在犯罪者面臨的犯罪欲望獲得一定程度的壓抑，自有其實現預防弊案再度發生的效果。

固然建立在社會成員間的不信賴感能夠達成預期的犯罪預防效果，但這不必然是揭弊者保護法制原先的政策目的，事實上，類似的政策與機制也讓個別私人愈益警覺，私人不僅可以監控他人的可能犯罪，同時還得反觀自己在社會中的所有行動，以免其他人揭露自己的弊案。此一效應造就了私人自我監視，私人間同時又相互監視的社會氛圍。更甚者，由於揭弊者法案的重心不是「侵害揭弊者權利」，而是「保護揭弊者」，因此可能成為揭弊者的個

人，非但不會排斥這種表面上追求社會進步、實質上卻干擾個人生活的法律規範，反而自發且自願性地配合揭弊。而當個人不再負面地抗拒公署化的號召，而是積極配合揭弊者法制所期盼的私人公署化時，伴隨著公署化而形成的監視與犯罪預防效果，勢必進一步提高其效率。

必須再次強調，這種自我監控且相互監視的社會並非一無是處，正因為國家對於犯罪預防的管控，有時無法微化至庶民生活的所有層面，透過具體個人無時無刻不存在的自我省查與相互監視，確實強化了預防犯罪的效果，這種效果如果能夠貫徹，顯可期待整個政治及經濟系統中的弊案減少，揭弊者法案也能讓原本無法見光的弊案全部都公開，更因揭弊者提供了有效的事證，司法系統即能給予不法參與弊案之人應有的刑事制裁。然而這條系統有效發展後，具體私人被吸附在國家公共性的美麗光環下，長久以來國家為了公益而侵害私人利益的古典自由法治國家形象，也在個人利益與國家公共目的相互結合的前提下，變成私人得為了揭發弊案的公共目的侵害其他私人，國家即能隱藏在身後而任由私人自行管控，不僅樽節了國家的管控成本，因為私人具有比國家更廣更深入的監視能力與範圍，其效用甚至更加全面。

從某些對公共秩序有高度期待的觀點看來，或許會認為個人僅犧牲了部分受其他人眼光所及、進而受到監視的輕微自由，但社會卻已經達成整體性的「進步」，個人也可以從中獲益，從而肯定揭弊者法制的功效。但在筆者看來，揭弊者法案卻巧妙地運用了公益、揭弊、政治經濟系統穩定等無關個人直接利益的公共性理由，使得我們陷入了處處有監控、人人可吹哨的社會氛圍，個人既然無法脫離其他人經營社會生活，必然產生相互監視以避免他人犯罪，甚至為了避免被他人過度監視而自我監控，身處在其中，人的自由與欲望勢將受到難以想像的限制與干預，老大哥（Big Brother）不僅在監視的螢光幕裏，還在我們所交往、互動的每個對象之眼神中，而被監視的個人非但不認為這是監控，還認為這是社會安定的揚昇，這絕非我們期盼的社會景貌<sup>29</sup>。

本文的撰寫目的絕非指責揭弊者法制的引納與立法，更何況筆者忝為草案初稿參與者之一，本文所要揭穿的只是，隱藏在揭弊者保護法制美麗願景背後，潛藏對於個人自由的侵犯，而這種侵犯對部分個人而言，非但不是侵犯，反而是追求進步所必應該犧牲的個人輕微利益。我們是否要選擇這麼一

---

<sup>29</sup> 一個非常好的例子是新加坡，其政治清明，經濟發展富有動力，但其國家權力對人民的掌控，卻是透過無止盡的他人監視與自我監視而來的，參考董娟娟，詮釋新加坡發展的新路徑：監視社會研究的新解與展望，台灣政治學刊，9卷2期，2005年12月，頁107以下。



個監視眼光全面漫布於生活四周的社會，最後只能交給所有的社會成員共同決定。

更深入以觀，我國目前計劃發展的法制，只達到揭弊者的保護而已，還未採取美國的公益代位訴訟。其中一個最關鍵性的理由，固然是法制上難以與英美法系統的特別訴訟形態接軌，但若從刑事政策層面分析，一旦我們在內國法中採納了公益代位訴訟，這種「揭弊抽成分紅」的機制，極有可能形成另一波大規模監視後興訟分紅的景況，常見批評強調揭弊分紅制度的不道德，但筆者認為真正的重點毋寧在於分紅使得個人更自願公署化，公署化後的個人勢必強化國家對於其人民的監控力道，這種力道也會在不直接有侵害基本權的情況下，慢慢地蠶食我們在監控化社會中僅有的自由空間，基於捍衛自由空間的考量，筆者反對再將揭弊者的保護效果，再進一步擴張至具有抽成制度的公益代位訴訟。

## 肆、結語

以上大致分析了我國未來揭弊者法制的幾個方向，以及政府與人民所殷殷期盼的揭弊者法制可能帶來的負面效果，包括刑事訴追發動機制的私人化，個人被國家機關吸納的公署化，人人相互監視、同時又自願性自我監控的社會氛圍，這些變動非常有可能扭轉刑事司法在社會整體發展過程中的機能，從一種犯罪處罰與潛在犯罪人的監控，一躍揚升為由全民監控全民的後果。

文末，筆者想以一個事例來說明揭弊者制度本身內蘊的公秩序野心。前美國中情局探員 Edward Snowden 於 2013 年年中，將美國中情局許多非法監聽的機密文件揭露給英國衛報及美國華盛頓郵報，雖然 Snowden 的行為不必然符合所謂體制性的揭弊者，但實質而言，Snowden 揭發了美國政府違法監聽的情事，理論上應該是美國政府樂見的揭弊者<sup>30</sup>，依據揭弊者法制的理論，美國政府不僅應該積極與 Snowden 合作，甚至應該給予 Snowden 最大的保護，藉以讓美國政府內部涉犯違法監聽的害群之馬全部見光，再予以處罰，以維護美國政府依法行政的清譽。然而事情的發展剛好相反，美國政府積極以間諜罪追訴 Snowden，逼使 Snowden 逃至俄羅斯<sup>31</sup>。

---

<sup>30</sup> 參考紐約時報的討論：

[http://www.nytimes.com/2015/06/06/opinion/edward-snowden-and-us-surveillance.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2015/06/06/opinion/edward-snowden-and-us-surveillance.html?_r=0)  
(2015 年 7 月 10 日造訪)

<sup>31</sup> 在 Snowden 案的追緝中，商業網路服務提供者同時扮演了支援國家訴追行動的角色，這

從 Snowden 的案例我們可以發現，國家權力容許揭弊者實施的，只限於一開始被劃定為可以揭露的弊案，讓揭弊者提供事證而使「可揭露的」弊案曝光，不僅可以換得人民支持，還可以塑造人人相互監視的社會氛圍，這都是國家權力樂見之事；然而，當揭露的弊端達到國權預設為「不可揭露」之事時，公權力的反應絕對不再是樂見、促成揭弊，反而將原先屬於揭弊的行為當作犯罪，並試圖透過刑事司法予以懲罰，而「可揭露」與「不可揭露」的界限又是國權自行設定。換言之，揭弊者保護法制絕非真心揭弊，毋寧只是國家對人民管控機制的手段之一，這種手段不再以處罰方式進行，而是改採鼓勵監控自我及監視他人的正面手法，一旦揭露之事可能危及國家權力的正當性與存續性時，所有事證的提供行為，也將不再是公權力所樂於鼓勵的揭弊，反而將成為主要的清算與處罰對象。在揭弊者保護法制美麗的包裝下，實際上充滿著難以想像的政治與權力算計，但個人只想到無弊無害的政治與經濟願景，卻從未想到其中可能被干擾與侵奪的個人自由空間。

親愛的市民，你還想揭弊嗎？

---

使得 Snowden 這位揭弊者非但未能免責，反而陷入刑責麻煩。有關網路服務者主動支援且成為政府監視角色一環的討論，see Arne Hintz, *Outsourcing surveillance - privatising policy: communications regulation by commercial intermediaries*. *Birkbeck Law Review* 2 (2), pp. 349-367.