

國立臺灣大學法律學研究所碩士論文

Department of Law

College of Law

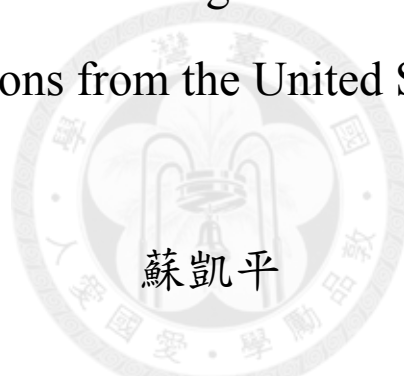
National Taiwan University

Master Thesis

政府秘匿特權與刑事審判——以美國法為借鏡

Governmental Privileges and Criminal Trial:

Lessons from the United States



蘇凱平

Kai-Ping Su

指導教授：王兆鵬 博士

Advisor: Jaw-Perng Wang, S.J.D.

中華民國 98 年 6 月

June, 2009

本碩士論文承蒙

慈林教育基金會

2008 年度 慈河獎學金 獎助

謹致謝忱



## 序言與謝辭

本篇論文是處於不成熟、浮動狀態的我，對於同樣不成熟、浮動的政府秘匿特權/拒絕證言權制度，嘗試進行的一種言說/溝通過程。最終，本篇論文的發表，如能對於尚在渾沌中思索方向的臺灣刑事訴訟法制，有一些提神醒腦的作用，自是好事；但至少，對本文作者而言，看到這篇論文就能如同投石入湖般、激起浮想聯翩的一潭人事記憶，則已是生命中彌足珍貴的佳釀。

論文的完成，最感謝的是恩師王兆鵬教授。有幸在大學將畢業時，開始擔任老師與美國紐約大學法學院合作研究計畫的助理，得以在老師身旁學習，一晃四年，其間不論是對於學術研究的探索，或是對於個人生活及家庭狀況的經歷，均時時親炙老師的溫暖關懷。老師對於學術的熱情，以及對於臺灣社會與人民的關心，使我受到最深的感動；能在研究所期間，親眼看到曾參與的研究計畫，確實推動臺灣社會朝向善的一端發展，更是作為研究生最大的福氣。

猶記得，在大法官做成釋字第 636 號解釋、宣告檢肅流氓條例多處違憲時，老師特別以電話告知我的興奮之情，當我因此激動不已時，老師所言：「讓我們一起來讓臺灣變得更好！」一語，所展現的無私與期許，更是至今迴盪胸臆。對老師身教與言教的感激，難以言喻，似乎只有「師恩浩蕩」四字可以略表心跡。

論文口試委員王皇玉教授與林志潔教授，不僅在口試時提出寶貴的問題與建議，讓我能從更高的視野調整論文，更竭盡全力的幫助與關懷我。

皇玉老師為了配合我的口試時間，特別從台中的研究計畫訪談中抽身趕來，而且以極其嚴謹的態度為我審閱論文，甚至達於每一個註腳的精細程度。看到老師在口試本上寫滿筆記，我心中既自慚於努力不足，更感謝老師的用心。由於論文口試前後，正值報考博士班期間，皇玉老師對於研究生涯規劃的解惑，與準備博班考試的多方提點，有如一帖靈丹妙藥，讓我能以平穩的心情面對論文、考試兩頭燒的那一段繁蕪生活。

志潔老師對於學生的愛心關懷，直可以用「視如己出」來形容。不僅在口試前提供拓展研究視野的文獻，還撥冗在百忙之中先審閱我尚未成形的論文；口試中老師的頻頻點頭鼓勵，支持著我度過緊張的口試；而在口試完成後我厚著臉皮請求志潔老師幫我審閱博士班研究計畫時，老師不但一口答應，更在備極忙碌之中，花了許多時間與我討論，並解答我心中對於法律人應該是何種形象、學術研究與實務工作又應如何平衡追求的人生疑惑。志潔老師對學生的關愛與期許，我有著最深刻的敬佩與感謝。

感謝任職桃園地方法院的蔡羽玄學長，雖然審判業務繁重、加上當時正籌備婚禮，但在極度忙碌中，學長仍費心指導我論文、研究計畫與博士班的各項考試，非常感謝大師兄。感謝從大學到研究所一路同班同門的嚴心吟同學，幫我審閱論文各章初稿，以及在論文生產陣痛階段的互相打氣，讓我能一路支持到論文寶寶誕生。感謝甘獻基同學，在我最需要獨處的苦思階段，慨然提供住處，並接受我每晚不停地需要討論與對話的騷擾。

感謝我的家人，父親、母親與妹妹，他們給予了我無限的寬容與信任，給予了我追求夢想的一雙翅膀。無論我如何選擇，家人始終相信我、關懷我、支持我，愛我，這對於一個法律人的人格平衡，有著驚人的重要性，這篇論文應該獻給他們。

感謝洪艾敏小姐一直以來的陪伴，六年來她陪伴著我度過一切得意與失意，陪伴我一起經歷所有歡笑與淚水，陪伴著我走過許多最難熬的歲月。在她眼中，我還原成最真實的人，有著最真實的快樂與痛苦。在未來，我希望能與她繼續相互扶持前行。

能一路走到這裡，要感謝的人實在太多，寶貴的回憶與經驗也太多。雖然無法一一表列，雖然幫助過我的朋友們都不求回報，但我清楚知道自己受恩太多，虧欠太多。希望能以這篇論文做為起點，讓我將所受的恩回報於臺灣社會，所虧欠的情還諸於臺灣人民。



蘇凱平 2009.6.30

於 東門大隱

## 論文摘要

刑事審判中所須之證據，有時可能涉及政府機關之「秘密」，我國刑事訴訟法對此規定：非經該管政府機關之允許，法院不得搜索扣押涉及秘密之物證、亦不得強迫公務員證人對秘密事項作證。此種「政府秘匿特權」之規範，其立法目的雖在於維護國家整體的利益，但由於對法院調查證據程序造成重大限制，可能因此損傷刑事審判本身欲維護的社會價值，如發現真實、保障被告權利、實現個案正義等。

刑事審判中若涉及政府秘密時，法院應如何處理，我國法之規定簡陋，實務見解與學者研究亦稀少，以致於民國九十五年「國務機要費案」爆發，任職總統府之公務員證人拒絕法院調查、法院因而對證人處以罰鍰時，不僅證人不服而抗告，也引發社會輿論批評，後來更導致總統聲請大法官解釋其拒絕證言權之範圍及行使方式。

本文認為，即使在大法官做成釋字第六二七號解釋後，亦尚未完全解決刑事審判與政府秘匿特權的衝突問題。如證據為非公務員身分者所持有時，政府能否主張秘匿特權？現行法以「職務上應守秘密之事項」與「妨害國家利益」作為證人得拒證之要件，此二要件應如何解釋？法院應以何種程序審查？審查標準如何？政府保密的利益與其他社會價值衝突時，應如何衡平保護各種利益？理論基礎何在？上述問題均有待進一步澄清。

為解決上述問題，有必要將我國政府秘匿特權之體制重新檢討，並針對權利衝突部分的基礎原理詳加分析。本文第二章即從刑事訴訟法對於公務員拒絕證言權之規定談起，並討論目前我國法制的缺漏之處；第三章參考比較在政府秘匿特權議題上有逾兩百年發展經驗的美國法制，詳細探索其可供我國借鏡之實務見解與法律規範；第四章則嘗試建立符合我國法律體系的政府

秘匿特權制度，對法院審查政府特權主張的程序、判斷標準、判斷事項詳加闡述，並對於可能與政府秘匿特權發生衝突的其他權利，如被告之對質詰問權、聲請調查證據權、檢察官之取證權等，分別依據其權利之性質及重要性，提出妥適衡平的解決之道。

**關鍵字：**政府秘匿特權、拒絕證言權、釋字第五八五號解釋、釋字第六二七號解釋、對質詰問權、強制取證權。



# 本文簡目

第一章	緒論 .....	1
第一節	研究動機與問題意識 .....	1
第二節	研究範圍、限制與方法 .....	5
第三節	本文架構 .....	6
第四節	用語說明 .....	8
第二章	公務員之拒絕證言權 .....	9
第一節	公務員拒絕證言權之意義 .....	9
第二節	職務上應守秘密之事項 .....	14
第三節	妨害國家之利益 .....	16
第四節	小結 .....	20
第三章	美國政府秘匿特權之實踐 .....	23
第一節	特權 ( <i>Privilege</i> ) 之意義 .....	23
第二節	政府秘匿特權之意義 .....	34
第三節	政府秘匿特權理論之演進 .....	40
第四節	政府秘匿特權之法律效果 .....	65
第五節	聯邦法律規定 .....	76
第四章	政府秘匿特權與刑事審判 .....	85
第一節	我國法制之政府秘匿特權概念 .....	85
第二節	法院審查政府秘匿特權主張之程序 .....	94
第三節	政府秘匿特權與被告對質詰問權之衝突 .....	114
第四節	政府秘匿特權與被告強制取證權之衝突 .....	118
第五節	政府秘匿特權與檢察官取證權之衝突 .....	130
第六節	立法芻議：法院調查證據涉及政府秘密之程序 .....	134
第五章	結論 .....	141
參考文獻	.....	149





# 本文詳目

第一章	緒論 .....	1
第一節	研究動機與問題意識 .....	1
第二節	研究範圍、限制與方法 .....	5
第三節	本文架構 .....	6
第四節	用語說明 .....	8
第二章	公務員之拒絕證言權 .....	9
第一節	公務員拒絕證言權之意義 .....	9
第一項	拒絕證言權概說 .....	9
第二項	拒絕證人與拒絕證言之辨正 .....	11
第三項	與政府秘匿特權之關係 .....	12
第二節	職務上應守秘密之事項 .....	14
第一項	欠缺統一標準的「秘密」 .....	14
第二項	欠缺最低明確性的形式標準 .....	15
第三節	妨害國家之利益 .....	16
第一項	判斷機關 .....	16
第二項	判斷標準 .....	19
第四節	小結 .....	20
第三章	美國政府秘匿特權之實踐 .....	23
第一節	特權 ( <i>Privilege</i> ) 之意義 .....	23
第一項	特權的主體、拋棄與終止 .....	23
第一款	主體 .....	24
第二款	拋棄 .....	25
第三款	終止 .....	27
第二項	特權與拒絕證言權之區辨 .....	27
第三項	特權的歷史與發展 .....	28
第四項	聯邦證據規則第 501 條 ( <i>FRE Rule 501</i> ) .....	30
第一款	特權草案闖關失敗 .....	30
第二款	草案影響與發展趨勢 .....	33
第二節	政府秘匿特權之意義 .....	34
第一項	歷史背景與首宗案例 .....	34
第二項	與其他秘匿特權之差異 .....	36
第三項	與行政特權、國家機密特權概念之差異 .....	37
第三節	政府秘匿特權理論之演進 .....	40
第一項	世紀審判： <i>United States v. Burr</i> (1807) .....	41
第一款	案件事實 .....	41

第二款 判決意義	43
第二項 秘密契約： <i>Totten v. United States</i> (1875)	45
第一款 案件事實	45
第二款 判決意義	46
第三項 國家安全： <i>United States v. Reynolds</i> (1953)	47
第一款 案件事實	48
第二款 判決意義	49
第四項 總統通訊： <i>United States v. Nixon</i> (1974)	53
第一款 案件事實	53
第二款 判決意義	54
第五項 最新發展： <i>Cheney v. United States Dist. Court</i> (2004)	57
第一款 案件事實	57
第二款 判決意義	58
第六項 本文評析	60
第四節 政府秘匿特權之法律效果	65
第一項 <i>Roviaro v. United States</i> (1957)	66
第二項 <i>Jencks v. United States</i> (1957)	68
第三項 <i>Alderman v. United States</i> (1969)	69
第四項 <i>Davis v. Alaska</i> (1974)	71
第五項 <i>Pennsylvania v. Ritchie</i> (1987)	72
第六項 本文評析	73
第五節 聯邦法律規定	76
第一項 資訊公開法 (Freedom of Information Act)	77
第一款 立法目的	77
第二款 規定內容	78
第二項 機密資訊程序法 (Classified Information Procedures Act)	79
第一款 立法目的	79
第二款 規定內容	80
第三款 運用實況	82
第四章 政府秘匿特權與刑事審判	85
第一節 我國法制之政府秘匿特權概念	85
第一項 憲法層次	85
第一款 第五八五號解釋	85
第二款 第六二七號解釋	86
第二項 法律層次	88
第一款 訴訟法之規定與缺漏	88
第二款 國家機密保護法與政府資訊公開法	91

第三項 法無明文時 .....	92
第二節 法院審查政府秘匿特權主張之程序 .....	94
第一項 法院審查政府秘匿特權之前的問題 .....	95
第一款 被告證明有調查該證據之必要 .....	95
第二款 政府向法院釋明拒證理由 .....	97
第二項 現行程序及其問題 .....	98
第三項 法院審查之事項 .....	102
第一款 絕對特權與相對特權之區分？ .....	103
第二款 法院應可審查秘密之「內容」 .....	105
第四項 法院審查之標準 .....	109
第一款 國家安全危險之合理顧慮 .....	109
第二款 權衡法則下的「妨害國家利益」 .....	110
第三節 政府秘匿特權與被告對質詰問權之衝突 .....	114
第一項 對質詰問權之意義 .....	114
第二項 對質詰問權與大法官解釋 .....	115
第三項 權利衝突之解決 .....	116
第四節 政府秘匿特權與被告強制取證權之衝突 .....	118
第一項 強制取證權之意義 .....	119
第二項 強制取證權在我國法制之定位 .....	121
第一款 憲法意義 .....	121
第二款 法律規定 .....	124
第三項 權利衝突之解決 .....	126
第一款 美國法 .....	126
第二款 我國法 .....	129
第五節 政府秘匿特權與檢察官取證權之衝突 .....	130
第一項 檢察官取證權之意義 .....	130
第二項 權利衝突之解決 .....	131
第一款 檢察官無法行使對質詰問權 .....	132
第二款 檢察官無法提出或聲請調查證據 .....	133
第六節 立法芻議：法院調查證據涉及政府秘密之程序 .....	134
第五章 結論 .....	141
參考文獻 .....	149



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與問題意識

刑事審判之主要目的，在於藉由證據來認定犯罪事實之有無，因此刑事訴訟法對於取得與調查證據的各種方式均設有規定。惟若證據涉及政府機關之「秘密」時，法律亦設有得不予提出、不得搜索扣押、不得命證人作證之例外規定，例如刑事訴訟法第一二七條規定軍事上秘密之處所不得搜索；<sup>1</sup>第一三四條規定政府機關或公務員所持有之物，若為職務上應守密者，不得扣押；<sup>2</sup>第一七九條規定以公務員為證人，訊問職務上應守秘密之事項時，必須得到該管監督機關或公務員之允許等。<sup>3</sup>此種對於調查證據的限制，其目的顯而易見，是為了維護國家整體的利益，如同第一七九條立法理由所指出：「蓋外交軍事，及其他國務上之秘密，苟一洩漏，有關係國家之安寧者，不能為一刑事案件，而置國家安寧於不問」。

國家安寧固然重要，但刑事審判也有其欲維護的社會價值，如發現真實、保障被告權利、實現個案正義等，因此刑事訴訟法雖然規定政府機關可因證據涉及秘密而拒絕提供，但也要求必須具備二要件：第一、屬於職務上應守秘密之事項，第二、若提供將妨害國家利益。此二要件必須同時具備，持有此類證據之政府機關或公務員始可依法拒絕提供。

---

<sup>1</sup> 刑事訴訟法第一二七條：「(第一項)軍事上應秘密之處所，非得該管長官之允許，不得搜索。(第二項)前項情形，除有妨害國家重大利益者外，不得拒絕。」

<sup>2</sup> 刑事訴訟法第一三四條：「(第一項)政府機關、公務員或曾為公務員之人所持有或保管之文書及其他物件，如為其職務上應守秘密者，非經該管監督機關或公務員允許，不得扣押。(第二項)前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。」

<sup>3</sup> 刑事訴訟法第一七九條：「(第一項)以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之允許。(第二項)前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。」

問題在於，上揭刑事訴訟法條文中，所謂「職務上應守秘密之事項」之判斷標準為何？又應由政府機關或法院判斷？我國法律對此並無明確規範；而是否「妨害國家利益」，應由政府機關或法院來判斷？又應依何種標準判斷？我國法律對此亦無明文規定。更進一步而言，無論判斷結果如何，當政府機關堅持主張保守秘密、不讓法院使用秘密資訊作為證據時，不但可能侵害被告的對質詰問權等憲法上權利，亦可能妨害檢察官追訴犯罪、實現個案正義的社會價值，但我國法對於政府主張秘匿特定資訊時，應如何保護被告與檢察官的權利，亦是空白闕如。這些法制漏洞雖然長年存在，但學說與法院審判實務均未曾對這些問題深入探討，令人遺憾。直到近年「國務機要費案」發生，此議題才真正引起法律界與社會大眾的關注。<sup>4</sup>

民國九十五年六月間，臺灣高等法院檢察署查緝黑金中心檢察官就當時之陳水扁總統「國務機要費」使用問題展開偵辦，並於同年十一月由台北地檢署檢察官將總統夫人吳淑珍等人以共同貪污及偽造文書罪嫌提起公訴，<sup>5</sup>此即喧嘩一時的「國務機要費案」。臺北地方法院為審理本案，曾於九十六年一月間，就涉案之特定卷證是否屬於國家機密等相關問題，傳喚總統府秘書長、局長、科長等公務員出庭作證。當時受傳喚之證人即均以「傳票所載待證事項涉及外交及國家安全等機密，專屬總統國家機密特權，受憲法所保障」為由，並未出庭作證，而遭台

---

<sup>4</sup> 以「刑事訴訟法&179 條」、「刑事訴訟法&一百七十九條」等作為關鍵字，在司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm> 與法源法律網 <http://www.lawbank.com.tw> 搜尋有關之司法解釋與刑事判決，可發現在國務機要費案之前，我國司法實務從未在具體個案中適用刑事訴訟法第 179 條，更遑論探討其要件；而以同樣方式查詢與刑事訴訟法第 134 條、第 127 條有關之司法實務判解，所得結果也相同。

<sup>5</sup> 臺北地檢署 95 年偵字第 23708 號起訴書。

北地院裁定處以罰鍰。<sup>6</sup>證人不服，認為法院罔顧其依刑事訴訟法第一七九條所應享有之拒絕證言權，遂抗告至臺灣高等法院，<sup>7</sup>被駁回後向最高法院提起再抗告。<sup>8</sup>

另由於檢察官在偵查國務機要費案時，曾訊問總統，其後並在起訴書中表示「此部分總統陳水扁先生所涉貪污及偽造文書罪嫌因受憲法第 52 條之保障，俟其經罷免或解職後再行訴究」等語，總統府認為檢察官之訊問及起訴已違反憲法第五十二條關於總統刑事豁免權、刑事訴訟法第一七九條關於國家機密可拒絕證言之規定，因而聲請司法院大法官會議解釋。<sup>9</sup>

在國務機要費的偵辦與審理過程中可以清楚顯現：由於法律欠缺具體明確之規定，法院與政府機關、公務員間對於何謂政府秘密、何時才可拒絕提供證據的意見確實會發生齟齬，因此可能發生的嚴重後果包括法院無法取得審判所需證據、公務員遭到裁罰、政府秘密可能因而洩漏、社會輿論對於法院的判斷依據感到疑惑與不信賴等。

進一步言之，刑事訴訟法第一七九條等規定之規範缺漏，至少造成五個不同面向的嚴重問題：第一，就法院審判而言，由於犯罪事實必須依據證據認定，而法院能否取得此類涉及政府秘密之證據，又完全繫於此處的判斷標準與判斷機關，我國法在此一片空白，將使法院無從依法取得證據、認定事實，並進而為正確之判決。第二，就被告權利而言，若該涉及政府秘密之證據，係對被告有利之物證，被告亦難以取得該證據以證明清白；而若公務員以保密為由而主張拒絕證

<sup>6</sup> 臺北地院 95 年度矚重訴字第 4 號裁定。

<sup>7</sup> 臺灣高院 96 年度抗字第 142 號裁定。

<sup>8</sup> 最高法院因而做成 96 年台抗字第 201 號裁定，本號裁定之內容意旨，請詳本章第三、四節。

<sup>9</sup> 大法官會議因而做成釋字第 627 號解釋，本號解釋之內容意旨，請詳本章第三、四節。至於國務機要費案聲請釋憲之詳細事實經過，請參照 釋字第 627 號解釋之總統解釋憲法聲請書（總統府華總一義字第 09610006880 號函）。



言時，被告受憲法保障之對質詰問權更將完全落空。<sup>10</sup>第三，就保守秘密之公務員而言，法律雖規定公務員應保守職務上秘密、不使外洩，但由於對何種事項或物件應保守秘密欠缺明確的判準，將使公務員面對法院要求提供證言或物證時，陷入兩難局面：若提供，可能洩漏政府秘密；若拒絕提供，可能因而遭到法院的裁罰。<sup>11</sup>而在特殊情形下，執掌秘密之公務員本身若即涉及不法情事，更可藉政府秘密名義做為擋箭牌，使自己的不法行為免于曝光，法院亦無從知悉。第四，就政府秘密之保護而言，當法院請求提供證據並採取裁罰手段時，政府機關或公務員由於欠缺明確的判斷依據，將難以說服法院特定證據必須保密、故不予提供，若因而被迫提供，反將造成政府秘密洩漏的危險。第五，就社會對司法信賴而言，由於涉及政府秘密的案件往往引起社會大眾矚目，法院若無正確合宜的判斷依據與判斷程序，則不論是決定命政府機關必須提供資訊，或允准其不提供，都將引發社會大眾認為法院係恣意認定、甚至被懷疑為「政治迫害」的議論，將嚴重破壞社會對司法信賴。<sup>12</sup>

綜上所述，為確保法院認定之事實正確無誤、刑事被告訴訟上之防禦權不受侵害、使政府機關與公務員有具體依據判斷是否可以合法拒絕提供證據、確保政府秘密不致外洩，並防止破壞社會對司法審判的信賴，我國法對於涉及政府秘密之證據規範亟有檢討之必要。

<sup>10</sup> 對質詰問權為我國人民受憲法保障之權利，首由司法院大法官會議釋字第三八四號解釋率先宣示，並經釋字第五八二號解釋詳析其理論基礎，認為詰問權乃源自於憲法第十六條之訴訟權，為刑事被告受憲法保障之防禦權。關於對質詰問權之理論與相關大法官解釋，參見 王兆鵬，辯護權與詰問權，第五章 從憲法解釋看被告訴訟基本權與詰問權，頁 140-166（元照，2007）。

<sup>11</sup> 刑事訴訟法第一七八條第一項：「證人經合法傳喚，無正當理由而不到場者，得科以新臺幣三萬元以下之罰鍰，並得拘提之；再傳不到者，亦同。」、第一九三條第一項：「證人無正當理由拒絕具結或證言者，得處以新臺幣三萬元以下之罰鍰，於第一百八十三條第一項但書情形為不實之具結者，亦同。」

<sup>12</sup> 如國務機要費案中，審理法院對主張拒絕證言之公務員證人裁處罰鍰，當時即有學者投書媒體指出，問題的重點不在於是否裁罰證人，而是法院認為證人不得拒絕證言，有無充分的法理基礎可具體說明權衡判斷的標準，否則恐將傷害司法公信。請參照 林裕順，「司法公信 在說理不在裁罰」，自由時報讀者投書，2007 年 1 月 22 日。

本文即由是而發，希望探究刑事審判中政府主張不公開事項之「政府秘匿特權」之性質，並參考在此議題有兩百年以上討論經驗的美國法制，嘗試建構一個符合我國法制、具備堅實理論基礎、並可供法院實務上操作的明確判斷標準，以期解決上述五大面向的問題。

## 第二節 研究範圍、限制與方法

本文以我國法與美國法的刑事審判程序中，如遭遇政府機關主張秘匿特權，要求不提出特定證據時，法院應如何審查政府之主張、其理論基礎為何、可能侵犯被告與檢察官的何種權利、應賦予何種法律效果等議題為研究範圍。惟以下三點並非本文研究之範圍，合先敘明：

第一，政府機關主張秘匿特權、拒絕提供資訊的對象，除了法院之外，也可能包括國會、其他政府機關與並未涉入訴訟程序之人民，但由於其範圍太過廣泛，且涉及的權利衝突與法院審判的情況相當不同，限於本文篇幅與作者能力，將不另予討論。第二，關於民事或行政訴訟事件中，應如何處理政府秘匿特權之問題，因其審判原理可能與刑事案件著重發現真實與被告權利保護者不同，亦非本文之研究範圍。第三，刑事訴訟程序中除了審判程序外，偵查程序中亦可能發生政府主張秘匿特權的情況，但由於偵查階段的基本構造為「檢察官—被告」間的兩面關係，被告係接受檢察官調查，與檢察官並不對等；審判階段中則檢察官與被告同為當事人，此時更能看出被告主張防禦權對抗檢察官的重要性。由於本文特別關注的重點，在於當被告憲法上的防禦權被侵害時，應賦予如何的法律效果以保障被告權利，而防禦權的效果通常在審判階段更能明顯呈現，例如對質詰問、公

平審判等均是專屬於審判階段的被告權利。<sup>13</sup>為避免討論焦點分散，因此本文僅討論「刑事審判中」的政府秘匿特權，而不及於偵查階段。

本文研究方法，主要採取文獻分析法與比較法。我國法對於審判中應如何處理政府秘匿特權的現行規定簡陋，審判實務亦尚未累積足夠的個案經驗；美國法制對於此議題已有長期討論，並累積大量的法院判決先例，也已制定法院應如何處理政府特權主張的成文法（機密資訊程序法），足以作為我國建構政府秘匿特權法制之參考與借鏡。因此，本文以美國法為比較對象，主要參考與分析的資料則包括我國學者文獻、大法官解釋與最高法院判決，以及美國學者文獻、聯邦法院判決、聯邦成文法律等。

### 第三節 本文架構

本文第二章將探討我國刑事訴訟法中關於政府秘匿特權的代表性規定：公務員拒絕證言權（刑事訴訟法第一七九條）。第一節先自我國法上拒絕證言權的基本概念談起，介紹其歷史起源；並對於文獻上有主張第一七九條應非「拒絕證言權」，而是「拒絕證人權」的觀點加以討論；繼而分析公務員拒絕證言權與政府秘匿特權之間的關係為何。第二節開始進入法律要件的探究，由於第一七九條以「職務上應守秘密之事項」為要件，本文嘗試探索其內涵為何，及是否可能依據國家機密保護法之規定明確其範圍。第三節則討論第一七九條另一關鍵要件：「妨害國家利益」之內涵，本文藉由分析既有的學者見解與最高法院判決，探索是否「妨害國家利益」一事，究應由政府機關或法院判斷，而又應以何種標準進行判斷等重

<sup>13</sup> 大法官釋字第五八二號解釋理由書即指出，對質詰問權為被告「審判中」的權利：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，就**刑事審判**上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障（本院釋字第三九六號、第四八二號解釋參照）。」並請參照 王兆鵬，辯護權與詰問權，第五章 從憲法解釋看被告訴訟基本權與詰問權，頁 154-156（元照，2007）。

要問題。

本文第三章介紹美國法上政府秘匿特權的發展經驗，希望能提供我國借鏡與參考。第一節先介紹與我國法「拒絕證言權」相似但不相同的美國法「特權」(privilege)概念，本文將兩者進行比較，指出其異同；並介紹特權概念基礎理論與演變歷史，以及美國聯邦法院希望將特權概念「成文化」卻未成功的過程與影響。第二節進入政府秘匿特權的細緻探討，本文在此除了正面介紹其概念內涵之外，並比較政府秘匿特權與其他秘匿特權（如律師與當事人間、配偶之間的溝通特權等）之異同，指出政府秘匿特權之特色所在；本文並將文獻上常見的行政特權(executive privilege)、國家機密特權(state secrets privilege)概念作一釐清，論述此二者與政府秘匿特權之間的關係。第三節，藉由五則重要的美國聯邦法院判決，闡述政府秘匿特權的理論是如何的逐步演進、豐富其內涵。第四節，藉由另外五則重要的聯邦法院判決，探討若因政府秘匿特權之主張而使其他權利受侵害時，法院對於此種權利間的衝突應如何加以解決、法律效果如何等問題。在第五節中，本文介紹較晚才在美國政府秘匿特權法制中出現的成文法規範，包括規定機密資訊應包括哪些事項的「資訊公開法」(*Freedom of Information Act, FOIA*)，以及規定審判中若遇到政府主張秘匿特權，法院應如何處理的「機密資訊程序法」(*Classified Information Procedures Act, CIPA*)。由於我國法制上，完全沒有如「機密資訊程序法」此種針對法院審理流程與效果詳加規定的法律，此一美國法律之規定內容應具有特別的參考價值。

本文第四章回到我國法制，希望藉由對美國法制的瞭解與參考，建立符合我國法律制度的政府秘匿特權體制。第一節先藉由分析數則我國大法官解釋，肯認政府秘匿特權應為政府機關憲法上之權利；並整理與政府秘匿特權有關的我國法律規定，以探討刑事審判中，若刑事訴訟法漏未規定政府得主張秘匿特權時，政

府機關是否可能藉由其他法律（如政府資訊公開法、國家機密保護法）或依據憲法主張秘匿特權。第二節探討我國法院審理政府秘匿特權之主張時應有的程序，主要討論集中在「法院應審查哪些事項」，與「法院審查標準為何」此二重要問題上。第三節討論若審判中因政府主張秘匿特權，致被告之對質詰問權受侵害時，法院應如何處理始符合憲法保障被告之意旨，並分析對質詰問權的權利內涵與憲法基礎。第四節討論政府主張秘匿特權，致被告之強制取證權受侵害時，法院應如何處理。由於強制取證權尚未為我國憲法或大法官解釋明白承認為基本人權，本文依據大法官解釋及法理推論其可能具有的憲法意義，探究強制取證權（提出及聲請調查證據之權利）作為我國憲法所保障被告基本權的可能性。第五節則討論刑事審判中，若檢察官因政府主張秘匿特權而不能提出或調查證據時，法院應如何處理，本文並詳加分析比較「檢察官法律權利受損」與「被告憲法權利受損」兩者不同的意義與法律效果。第六節則將本文第二節以下，所探討的法院審理政府秘匿特權時應有之程序、法律效果，嘗試具體化為法律條文，謹供讀者與立法者作為日後明確規定程序之參考。

第五章為本文結論。

## 第四節 用語說明

本文所稱之「政府秘匿特權」，係指稱「政府機關得秘匿特定資訊、不予公開之特權」。而所謂「政府機關」，則包含所有「獨立行使職權受憲法保障之國家機關」在內，不以行政機關所主張者為限，亦不以涉及國家機密事項之主張為限。此為依據我國大法官釋字第三二五號、第五八五號、第六二七號解釋推論之見解，合先敘明。<sup>14</sup>

<sup>14</sup> 關於政府秘匿特權與我國大法官解釋之推論，詳請參照 本文第四章、第一節「我國法制之政府秘匿特權概念」之說明。

## 第二章 公務員之拒絕證言權

### 第一節 公務員拒絕證言權之意義

#### 第一項 拒絕證言權概說

刑事審判程序係以證據之審理為核心，目的在藉由證據認定犯罪事實之有無，以求發現真實。然而，發現真實並非刑事審判所追求之唯一價值，在具體案件中，可能有比發現真實更為重要的利益必須保護。故我國刑事訴訟法雖規定，任何人原則上均有於他人刑事審判中為證人之義務，<sup>15</sup>但對於具備特定身份關係或原因之人，基於不同利益之考量，刑事訴訟法第一七九條至一八二條亦設有得拒絕提供證言之例外規定，此即我國法上之「拒絕證言權」規定。<sup>16</sup>

相較於其他證據法則著重於如何取得合法而可信的證據以求發現真實，拒絕證言權之目的卻正在於犧牲發現真實的可能、以掩蓋事實真相的手段來保護其他更重要的利益。英美法上亦有與拒絕證言權類似的概念，稱為「特權」(privilege)，並依據其性質之不同，分別賦予其憲法上或法律上之保護。<sup>17</sup>例如美國聯邦憲法增

<sup>15</sup> 刑事訴訟法第一七六條之一：「除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務。」

<sup>16</sup> 刑事訴訟法第一七九條：「以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之允許。前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。」、第一八〇條：「證人有下列情形之一者，得拒絕證言：一、現為或曾為被告或自訴人之配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬者。二、與被告或自訴人訂有婚約者。三、現為或曾為被告或自訴人之法定代理人或現由或曾由被告或自訴人為其法定代理人者。(第二項)對於共同被告或自訴人中一人或數人有前項關係，而就僅關於他共同被告或他共同自訴人之事項為證人者，不得拒絕證言。」、第一八一條：「證人恐因陳述致自己或與其有前條第一項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。」、第一八二條：「證人為醫師、藥師、助產士、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。」

<sup>17</sup> 英美法上的特權與我國法上的拒絕證言權雖相似，但實不相同，特別是在權利主體與權利作用範圍二方面有很大差異。詳請參照 本文第三章、第一節、第二項「特權與拒絕證言權之區辨」之

修條文第五條即明定「不自證己罪特權」為憲法上之特權、<sup>18</sup>美國許多州均立法承認新聞記者擁有法律上之特權而可拒絕證言等。<sup>19</sup>

依證據法大家、前大法官李學燈之考證研究，我國現行之拒絕證言權法制係來自於中國之「親屬容隱」傳統，亦即認為一定親屬間的親誼關係，比個案中的真實發現更加重要，例如子女不但有「權利」不作對父親不利的證言，尙且有「義務」不得證言，否則子女將遭到法律處罰，此種「親不為證」之思想可遠溯於中國周代。其後由於各種理論之擴張與政策性之考量，其限制證人之範圍逐漸擴大，而演變成可拒絕作證者不以親屬為限，再演變為有相容隱之「義務」，更演變為審判人員亦無命其作證之職權。此種法制逐漸演變，在清末變法引入外國法律思想後，終將此容隱之義務變為拒絕證言權。<sup>20</sup>至於西方之拒絕證言權亦起源甚早，例如律師因忠於其當事人而不能在案件中作證之傳統即深植於羅馬法中。<sup>21</sup>而不自證己罪之拒絕證言權概念起源亦可追溯到西元一至五世紀。<sup>22</sup>

目前我國刑事訴訟法上所承認之拒絕證言權，多數見解認為包括四種：第一七九條之公務員拒絕證言權、第一八〇條之特殊身份關係拒絕證言權、第一八一條之不自證己罪拒絕證言權、第一八二條之特殊業務拒絕證言權。<sup>23</sup>惟亦有學者認為，第一七九條之規定並非「拒絕證言」，而係我國法上特殊的「拒絕證人」之規

---

說明。

<sup>18</sup> 王兆鵬，美國刑事訴訟法，頁 391（作者自版，2007）。

<sup>19</sup> 王兆鵬，辯護權與詰問權，第八章 論新聞記者之拒絕證言權，頁 252-253（元照，2007）。

<sup>20</sup> 李學燈，證據法比較研究，頁 590-595（五南，1992）。

<sup>21</sup> “The notion that the loyalty owed by the lawyer to his client disables him from being a witness in his client’s case is deep-rooted in Roman law.” See Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 151 (Thomson/West, 6<sup>th</sup> ed. 2006).

<sup>22</sup> 蔡鎮宇，行政法上強制揭露義務與不自證己罪權利之關係—以美國法為核心，臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 8-9，2007。

<sup>23</sup> 陳樸生，刑事訴訟法實務，頁 239（作者自版，1998）；朱石炎，刑事訴訟法（上），頁 187-191（三民，2001 年修訂二版）；王兆鵬，刑事訴訟講義，頁 801（作者自版，2008）；林鈺雄，刑事訴訟法 上冊 總論篇，頁 471-474（作者自版，2006 年 4 版）；林俊益，刑事訴訟法概論（上），頁 516（新學林，2006 年 7 版）；林輝煌，論公務秘密之刑事拒絕供證（下），台灣本土法學雜誌 63 期，2004 年 10 月，頁 64。

定。<sup>24</sup>

## 第二項 拒絕證人與拒絕證言之辨正

「拒絕證言權」與「拒絕證人權」之差別，在於證人若行使「拒絕證言權」，僅得拒絕證言，證人仍有受傳喚到場之義務；但若行使「拒絕證人權」，則只要受傳喚之人主張「作證事項全部均為其職務上應守秘密之事項」，則不得強制其到庭作證，受傳喚之人此時即免除為證人之義務，法院或檢察官亦無法強制其到場作證，此項見解亦曾為國務機要費案件中的公務員證人所主張。<sup>25</sup> 上述學者雖主張刑事訴訟法第一七九條為拒絕證人權之規定，但並未明指其理論依據究竟為何；<sup>26</sup> 若係認為當受傳喚人主張就全部作證事項均拒絕證言時，即為拒絕證人權、而僅就部分事項拒絕證言時，則為拒絕證言權，則此種區分似乎並無太大實質意義。<sup>27</sup>

況且，刑事訴訟法第一七九條第一項之規定雖稱：「以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之允許。」而與第一八〇條至第一八二條所用「得拒絕證言」之用語並非完全相同，但就其規範意旨而論，第一七九條與其他拒絕證言權之規定並無差別，均在於保護特定訊息不致洩漏；又觀諸法律規定與立法理由，亦無法得出立法者有意免除公務員到場義務之特殊考量。<sup>28</sup> 實務上，最高法院亦從立法目的立論，認為本條應

<sup>24</sup> 黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，頁 399-400（三民，2001 年修訂四版）；許澤天，刑事訴訟法論 II，頁 254（作者自版，2003）。

<sup>25</sup> 請參照最高法院 96 年度台抗字第 201 號裁定：「至該抗告意旨指稱：受傳喚之人只要主張，作證事項之全部為其職務上應守秘密之事項，則不得強制其到庭作證，其充當證人之義務即受除。…」

<sup>26</sup> 「因此，於此情形，受傳喚之人只要主張，作證事項之全部為其職務上應守秘密之事項，則不得強制其到庭作證。…（與此相對，若僅作正事項之一部分為其職務上應守秘密之事項時，則僅就該部分得拒絕證言，故屬後述之拒絕證言權之問題）。」參見黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，頁 399-400（三民，2001 年修訂四版）。

<sup>27</sup> 對於主張第一七九條為拒絕證人權之反對與具體批評，參見何賴傑，人證之調查與共同被告之陳述，收錄於刑事訴訟法實例演習，頁 238-239（學林，2000）。

<sup>28</sup> 相較於刑事訴訟法並無免除證人到場義務之明文規定，民事訴訟法第三〇九條第二項規定：「證



僅係單純拒絕證言之權利，而非得拒絕到場為證人之規定。<sup>29</sup>綜上所述，第一七九條仍應認為係我國四種拒絕證言權類型之一，而非拒絕證人權之特殊規定。

### 第三項 與政府秘匿特權之關係

我國公務員拒絕證言權之制定目的，誠如刑事訴訟法第一七九條之立法理由所言：「訴訟法原則，凡一切人民，皆負有為證人之義務，本條所揭官吏免其義務者，所以保國務之秘密也。蓋外交軍事，及其他國務上之秘密，苟一洩漏，有關係國家之安寧者，不能為一刑事案件，而置國家安寧於不問，然除有此重要關係外，雖係官吏，仍負有為證人之義務。」由此可見，公務員得拒絕證言的理由，係在於藉「保國務之秘密」而維護「國家之安寧」。由於與整體國家利益相較，單一個案所追求的發現真實利益通常較小，影響層面與影響人數亦較少，因而立法者在此選擇使發現真實的利益退讓，以維護國家安寧。

惟必須因更大的國家利益而退讓者，並非僅限於刑事案件之審判，我國民事訴訟法與行政訴訟法亦均設有類似之公務員拒絕證言權規定。<sup>30</sup>再擴而言之，政府

---

人於訊問期日前拒絕證言者，毋庸於期日到場。」反而更接近學者所主張「拒絕證人權」之概念。惟民事訴訟法上之議題，並非本論文欲探究之範疇，故從略。

<sup>29</sup> 最高法院 96 年台抗字第 201 號裁定之見解亦同：「故刑事訴訟法第一百七十九條公務秘密拒絕證言規定之法律性質，係單純拒絕證言之規定，並非得拒絕到場即拒絕為證人之規定，否則於擁有資訊、有權允許之國家公務員，或與之有密切關係之人，如係潛在之應被追訴者，於嚴重利害衝突之情形下，證人得依該監督機關或公務員之不許作證而拒絕到場為證人，不但未盡該法第一百八十三條釋明拒絕證言原因之責，且將導致難以發現真實、追訴犯罪之目的，此當非立法之目的。」

<sup>30</sup> 民事訴訟法第三〇六條：「(第一項)以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該監督長官之同意。(第二項)前項同意，除經釋明有妨害國家之利益者外，不得拒絕。」、第三五〇條：「(第一項)機關保管或公務員執掌之文書，不問其有無提出之義務，法院得調取之。(第二項)第三百零六條之規定，於前項情形準用之。但法院為判斷其有無拒絕提出之正當理由，必要時，得命其提出，並以不公開之方式行之。」；行政訴訟法第一四四條：「(第一項)以公務員、中央民意代表或曾為公務員、中央民意代表之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該監督長官或民意機關之同意。(第二項)前項同意，除有妨害國家高度機密者外，不得拒絕。(第三項)以受公務機關委託承辦公務之人為證人者，準用前二項之規定。」、第一六四條「(第一項)公務員或機關掌管之文書，行政法院得調取之。如該機關為當事人時，並有提出之義務。(第二項)前項情形，除有妨害國家高度機密者外，不得拒絕。」

機關為順利推動政務，因而必須暫時不予公開某些訊息或資料之情形，亦非僅限於司法審判程序而已。例如依政府採購法第三十四條第一項、第二項規定，機關辦理採購時，其招標文件於公告前應保密，亦不得於開標前洩漏底價等足以造成不公平競爭之資訊；<sup>31</sup>又如政府資訊公開法第十八條第一項中，亦明訂九種應不公開之資訊，凡此均屬於政府機關可秘匿特定資料不公開之法律規定。<sup>32</sup>

凡屬此種以秘匿特定資訊作為政府機關順利推動政務之手段、以期達成更重要政策目的之概念，美國法上統稱為「政府秘匿特權」(Privileges for Governmental Secrets or Governmental Privileges)。<sup>33</sup>申言之，政府秘匿特權所指涉的是「政府機關得秘匿特定資訊、不予公開之特權」，並非僅限於審判程序中始可主張。例如依政府採購法第三十四條第一項規定，機關辦理採購之招標文件於公告前應予保密，此種保密規定亦基於政府秘匿特權而來，但與法院審判並無直接關係。由是

<sup>31</sup> 政府採購法第三十四條：「(第一項)機關辦理採購，其招標文件於公告前應予保密。但須公開說明或藉以公開徵求廠商提供參考資料者，不在此限。(第二項)機關辦理招標，不得於開標前洩漏底價，領標、投標廠商之名稱與家數及其他足以造成限制競爭或不公平競爭之相關資料...。」

<sup>32</sup> 政府資訊公開法第十八條第一項：「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：

- 一、經依法核定為國家機密或其他法律、法規命令規定應秘密事項或限制、禁止公開者。
- 二、公開或提供有礙犯罪之偵查、追訴、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。
- 三、政府機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或其他準備作業。但對公益有必要者，得公開或提供之。
- 四、政府機關為實施監督、管理、檢(調)查、取締等業務，而取得或製作監督、管理、檢(調)查、取締對象之相關資料，其公開或提供將對實施目的造成困難或妨害者。
- 五、有關專門知識、技能或資格所為之考試、檢定或鑑定等有關資料，其公開或提供將影響其公正效率之執行者。
- 六、公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。
- 七、個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開或提供有侵害該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。
- 八、為保存文化資產必須特別管理，而公開或提供有滅失或減損其價值之虞者。
- 九、公營事業機構經營之有關資料，其公開或提供將妨害其經營上之正當利益者。但對公益有必要者，得公開或提供之。」

<sup>33</sup> 此處僅說明政府秘匿特權與公務員拒絕證言權之間的關係，至於政府秘匿特權在美國法上的詳細內涵、與行政特權(executive privilege)及國家機密特權(state secret privilege)的區辨，請參照本文第三章、第二節、第三項「與行政特權、國家機密特權概念之差異」之說明；關於政府秘匿特權在我國法上的定位與意義，請參照本文第四章、第一節、第一項「憲法層次」之說明。

可知，刑事訴訟法中關於政府機關或公務員得拒絕證言與提供證據之規定，實根源自政府秘匿特權，且僅為政府秘匿特權之一部份內涵；亦可以認為，刑事訴訟法之公務員拒絕證言權乃政府秘匿特權之下位概念。<sup>34</sup>

## 第二節 職務上應守秘密之事項

### 第一項 欠缺統一標準的「秘密」

依刑事訴訟法第一七九條規定，必須是政府機關或公務員「職務上應守秘密之事項」，始可主張拒絕證言權。誠如學者所指出：「如證人之陳述，經法院認為非屬於職務上應守秘密之事項，『縱使該管監督機關或公務員』或『該監督長官』未有『承諾』或『允許』，亦不應認為足以影響證言之效力。」<sup>35</sup>因此，法院要求公務員證人作證之事項，是否屬於其「職務上應守秘密之事項」，是決定公務員得否主張拒絕證言之第一關。然對此重要問題，我國法律並未明定其判斷標準。

我國目前對於政府機關或公務員所涉及之職務秘密事項，最主要的依據應為「國家機密保護法」之規定。根據該法第二條，國家機密之定義為：「為確保國家安全或利益而有保密之必要，對政府機關持有或保管之資訊，經依本法核定機密等級者。」此外，該法第二十四條則授權各政府機關可自行訂定涉及國家機密之保密作業辦法。<sup>36</sup>惟若欲僅以國家機密保護法對國家機密之定義，作為界定職務上

<sup>34</sup> 刑事訴訟法中除第一七九條外，尚有第一三四條等要求保守政府秘密之規定，亦均為政府秘匿特權之下位概念。

<sup>35</sup> 李學燈，證據法比較研究，頁 598（五南，1992）。

<sup>36</sup> 國家機密保護法第二十四條：「（第一項）各機關對其他機關或人員所提供、答復或陳述之國家機密，以辦理該機密人員為限，得知悉、持有或使用，並應按該國家機密核定等級處理及保密。（第二項）監察院、各級法院、公務員懲戒委員會、檢察機關、軍法機關辦理案件，對其他機關或人員所提供、答復或陳述之國家機密，應另訂保密作業辦法；其辦法，由監察院、司法院、法務部及國防部於本法公布六個月內分別依本法訂之。」

應守秘密事項之標準，卻仍屬困難，其原因有二：第一，國家機密保護法無法涵蓋各種層級之政府秘密。國家機密保護法僅針對「國家機密」加以定義，但由於公務員所處層級與所屬機關的不同，所接觸到的職務上秘密亦隨之不同，未必均為國家等級的「國家機密」，而對於此種一般公務上秘密應如何定義其內涵，我國法尚未見有較明確清楚的規定。事實上，目前各政府機關也因應自身業務可能接觸的秘密性質，定有各式各樣的注意事項、要點、作業規定等，其中對於秘密之定義均與國家機密保護法有所不同。<sup>37</sup>

第二，即使法律未明定保密義務，公務員仍可能主張拒絕證言權。依據我國法院實務向來的見解，刑法第一三二條之「洩漏國防以外應秘密罪」之行爲客體（亦即國防以外秘密），「係指文書、圖書、消息或物品，與國家政務或事務上具有利害影響者而言，自非以有明文規定爲唯一審認之標準。」<sup>38</sup>換言之，只要特定事項可在國家政務或事務上造成影響，即使沒有明文規定公務員應對此守密，公務員將其洩漏仍可能成立犯罪。據此可以推知，刑事訴訟法中的公務員職務上秘密，應也不以法律明文規定有保密義務者爲限，只要特定事項實質上對國家政務或事務「具有利害影響」，公務員即可能主張拒絕證言。

## 第二項 欠缺最低明確性的形式標準

由於職務秘密的種類繁多、性質各異，因而無法訂定統一的判斷標準，只好

<sup>37</sup> 例如：司法院公務機密維護注意事項、立法院機密檔案管理實施要點、監察院機密文書處理作業規定、總統府各局室處主管業務機密項目等。

<sup>38</sup> 刑法第一三二條：「（第一項）公務員洩漏或交付關於中華民國國防以外應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，處三年以下有期徒刑。（第二項）因過失犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。（第三項）非公務員因職務或業務知悉或持有第一項之文書、圖畫、消息或物品，而洩漏或交付之者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」法院實務見解請參照最高法院 57 年台上字 946 號判決、88 年台上字 923 號判決、91 年台上字 3388 號判決、臺灣高等法院 93 年上易字第 563 號判決、96 年上易字第 981 號判決。

委諸各政府機關依據其職務性質不同而自行定義，這或許是一種不得不然的作法。然而觀諸現行各政府機關對職務上應秘密事項的定義，諸如「本注意事項所稱公務機密，係指公務上應保守秘密之文書、圖畫、消息或物品」<sup>39</sup>、「一般公務機密，指本院持有或保管之資訊，除國家機密外，依法令或契約有保密義務者。」<sup>40</sup>可發現也多只是從形式上加以規範，而沒有較具體而實質的判斷標準。觀諸我國大法官解釋、法院實務與學說見解，亦尚未見有提出實質判斷「職務上秘密」之具體依據者。雖然有學者指出：「何者屬於應守秘密之事項，則應根據職務上之性質，依照有關該項職務之法令，本於客觀之理由認定之。」<sup>41</sup>但此所謂「客觀之理由」為何、應如何判斷，仍不清楚。

由於系爭作證事項是否為公務員職務上應守秘密者，攸關公務員得否主張拒絕證言權，現行規定卻欠缺最低明確性的判斷標準，可說是在判斷公務員得否拒絕證言的第一關，就埋下了法院與其他政府機關可能爭執的導火線。

### 第三節 妨害國家之利益

#### 第一項 判斷機關

公務員要在刑事案件中主張拒絕證言，除該事項必須是「職務上應守秘密」者外，還必須是就此事項作證將「妨害國家之利益」，證人始得依法拒絕作證。我國法律上對於何謂「妨害國家之利益」之定義、又應由政府機關或法院來判斷等問題，同樣並無規定。

<sup>39</sup> 司法院公務機密維護注意事項第二條前段。

<sup>40</sup> 監察院機密文書處理作業規定第三條。

<sup>41</sup> 李學燈，證據法比較研究，頁 598（五南，1992）。

關於判斷機關，不僅法律並無明文，學者的見解亦不一致。有學者認為應由執掌秘密之政府機關或公務員決定，只要其提出拒絕證言之主張，法院即「必須」准許。典型的見解如：「如不為承諾之答覆，法院並無審查其當否之權。是本條關於證言之拒絕證言權，實操之於該監督長官。」<sup>42</sup>「惟允許與否，由該管監督機關或該管公務員決定之，如其不允許為不當時，除可洽上級機關糾正外，別無他途。」<sup>43</sup>、「蓋證人拒絕做證，足以阻礙審判之進行，影響真實之發見故也。雖然如此，但關於有無妨害國家之利益，仍由具有允許權之機關或公務員決定，法院不得干涉。」<sup>44</sup>

然亦有學者主張應由法院或檢察官判斷者，例如：「然如雙方對於是否有妨害國家之利益，發生爭執時，則應如何以求解決，本法無明文規定，就條文而言，苟法院或檢察官認為確無妨害國家之利益，而為該機關或公務員所拒絕時，則其拒絕為非法，自得依本法第一百三十八條之規定，以強制力扣押之，但為避免雙方之衝突，可報由其上級機關決定之，亦無不可。」<sup>45</sup>、「倘其明顯卻無可拒絕之客觀理由，而猶拒絕者，得依第一百三十八條規定以強制力扣押之」<sup>46</sup>、「是否有妨害國家重大利益，應由法院就軍事機關長官所提出之具體事由客觀判斷之。如聲請搜索者認為軍事機關之拒絕無正當理由時，可請求法院為強制搜索。」<sup>47</sup>惟不論是認為應由政府機關、公務員，或檢察官、法院來判斷，我國學說均未指出其實質依據與理論基礎何在。

<sup>42</sup> 李學燈，證據法比較研究，頁 596（五南，1992）。

<sup>43</sup> 朱石炎，刑事訴訟法（上），頁 188（三民，2001 年修訂二版）。

<sup>44</sup> 黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，頁 400（三民，2001 年修訂四版）。

<sup>45</sup> 褚劍鴻，刑事訴訟法論，頁 251（臺灣商務印書館，2001 年五次修訂版）。

<sup>46</sup> 林永謀，刑事訴訟法釋論（上），頁 428（作者自版，2006）。

<sup>47</sup> 林俊益，刑事訴訟法概論（上），頁 327（新學林，2006 年 7 版）。此雖係針對第 127 條之搜索軍事上處所規定，但爭議同樣在於有無妨害國家（重大）利益。

實務見解方面，最高法院九十六年台抗字第二〇一號裁定亦認為，縱令公務員欲主張拒絕證言權，仍需受傳喚察官或法院予以審核到場並釋明欲拒絕證言之原因後，由傳喚之檢察官或法院予以審核准駁。<sup>48</sup> 依本號裁定之見解，公務員必須向檢察官或法院「釋明」，並由檢察官或法院決定是否允准，其原因在於「否則於擁有資訊、有權允許之國家公務員，或與之有密切關係之人，如係潛在之應被追訴者，於嚴重利害衝突之情形下，證人得依該監督機關或公務員之不許作證而拒絕到場為證人，不但未盡該法第一百八十三條釋明拒絕證言原因之責，且將導致難以發現真實、追訴犯罪之目的，此當非立法之目的。」惟最高法院在此是以「第一七九條之立法目的在於發現真實、追訴犯罪」而立論，因此認為在有利害衝突之情形，自應由司法機關加以審核。然觀諸第一七九條之立法理由言：「本條所揭官吏免其義務者，所以保國務之秘密也。蓋外交軍事，及其他國務上之秘密，苟一洩漏，有關係國家之安寧者，不能為一刑事案件，而置國家安寧於不問」，強調確保政府秘密不致外洩的重要性，而非發現真實，似乎與最高法院認知的「立法目的」並不相同，甚至可能恰好背道而馳。

針對總統主張拒絕證言而發之大法官釋字第六二七號解釋則指出：「就涉及總統國家機密特權範圍內國家機密事項之訊問、陳述，或該等證物之提出、交付，是否妨害國家之利益，由總統釋明之。其未能合理釋明者，該管檢察官或受訴法院應審酌具體個案情形，依刑事訴訟法第一百三十四條第二項、第一百七十九條第二項及第一百八十三條第二項規定為處分或裁定。」、「總統如以書面合理釋明，相關證言之陳述或證物之提交，有妨害國家利益之虞者，檢察官及法院應予以尊重。」由此可知，大法官亦認為作證事項是否因涉及政府秘密而妨害國家利益，應由檢察官或法院決定，若總統之釋明不合理，檢察官或法院自得駁回其拒絕證

<sup>48</sup> 最高法院 96 年度台抗字第 201 號裁定：「惟查證人得否拒絕證言，仍須依上述刑事訴訟法第一百八十三條第一項前段之規定將拒絕之原因到庭向法院釋明之，經法院裁定許可始得拒絕證言，非當事人空言主張即可不到庭，故上開辯解，亦不足採。」

言權之主張，並對其拒絕證言之行為依法裁罰。依舉輕以明重之法理，總統欲主張作證事項涉及所職掌之國家機密時，尚須向司法機關釋明，其餘各級政府機關、公務員應亦不例外。惟大法官並未於解釋文或解釋理由書中，說明做此決定之理論基礎依據何在。

## 第二項 判斷標準

對於是否會「妨害國家利益」的判斷標準，我國學者的見解同樣分歧。有採客觀說者，認為「所謂『妨害國家利益』，須有其客觀上之理由，此應由該公務員提出根據之所在，不得專憑主觀任意主張」<sup>49</sup>「至是否有妨害國家利益，自應依客觀之事實以認定之，非憑主觀意旨所能主張。」<sup>50</sup>亦有認為應從主、客觀兩方面觀察：「如何方可認有妨害國家利益之虞，參考早期最高法院對於『應秘密』之見解（十七年九月十九日），須就主觀與客觀兩方面審究其對於國家政務或事務有無利害影響而定，以作證而言，必其妨害國家利益與妨礙司法蒐證兩種後果相比較，衡酌比例原則，認為前者更加嚴重時，方能不予允許，以免流於浮濫。」<sup>51</sup>然而，雖然有所以上「客觀說」和「主客觀混和說」之學者見解，但在具體案件中究竟何謂客觀？何謂主觀？客觀審究之標準實際為何？可供考量的因素有哪些？則未見學者有較詳細的說明。

再者，更基本的問題在於，針對公務員對作證事項涉及政府秘密之「釋明」，無論是大法官解釋、法院實務或學者見解，均未曾指出「究竟職司追訴與審判之檢察官或法院，為何具有判斷該釋明是否已足的能力？」檢察官或法院對於追訴或審判固有其專業能力，但對於各種各樣的行政部門所執掌之不同專業領域之秘

<sup>49</sup> 林永謀，刑事訴訟法釋論（上），頁 428（作者自版，2006）。

<sup>50</sup> 褚劍鴻，刑事訴訟法論，頁 251（臺灣商務印書館，2001 年五次修訂版）。

<sup>51</sup> 朱石炎，刑事訴訟法（上），頁 188（三民，2001 年修訂二版）。



密，若謂檢察官或法院一概有能力判斷其「機密性」，則殊難以令人信服。例如外交部門的公務員表示某記錄為秘密外交事項，主張拒絕證言，此時不具外交專業的檢察官或法院，如何有能力來判斷此一主張是否信實？是否已充分釋明？我國法在此問題上完全闕如。

縱令認為檢察官或法院應有判斷機密的專業能力，但政府機關應「釋明」至何種程度，才能使檢察官或法院接受其拒證主張？釋字第六二七號解釋僅指出，對於有無妨害國家之利益「由總統釋明之。其未能合理釋明者，該管檢察官或受訴法院應審酌具體個案情形，依刑事訴訟法第一百三十四條第二項、第一百七十九條第二項及第一百八十三條第二項規定為處分或裁定。」然所謂「合理釋明」究竟應如何認定？應達至何種程度方可認為「合理」？大法官並未清楚指出。

綜上，我國刑事訴訟法並未明定「妨害國家利益」之標準何在，學說亦有不同之意見，但我國大法官解釋與最高法院見解均認為，應由主張拒絕證言權之公務員向檢察官（偵查中）或法院（審判中）釋明，並由檢察官或法院決定准駁。惟對於「司法機關如何有能力判斷該釋明是否信實？」與「釋明至何種程度方為合理？」此二至關重要問題，不論我國之學說或實務見解，均未提出清楚明確的論據以實其說，因此導致實務運作上依然困難重重。

## 第四節 小結

本章第一節首先介紹公務員拒絕證言權之目的、性質與淵源，指出公務員拒絕證言權實源自於政府秘匿特權。第二節、第三節則嘗試具體操作公務員拒絕證言權中的兩個要件：「職務上應守秘密之事項」、「妨害國家之利益」。此二要件為決定公務員究竟能否主張拒絕證言權之關鍵，至關重要，但由目前學說與法院實

務見解觀之，此二要件不論是在判斷標準或判斷機關均曖昧不明，或欠缺清楚明確的論據。諸如「法院如何有判斷各種政府機關職務上秘密之專業能力？」、「公務員之釋明應達何種程度？」、「判斷是否為政府秘密時應考量哪些因素？」等問題，我國法制目前均未能妥適解決，致使公務員拒絕證言權在個案中的具體適用仍迭生爭議。

相對於我國法律和實務在此議題上的缺漏，美國法透過普通法的長年實踐、實務判決的累積、資訊公開與保密規定的成文法化，已發展出一套學者稱之為「周詳完備」的法制。<sup>52</sup>美國普通法（法院判決）與成文法所共同形塑出較為細緻的處理機制，應可作為我國實務面臨個案困境下的參考。



---

<sup>52</sup> 林輝煌，論公務秘密之刑事拒絕供證（上），台灣本土法學雜誌 62 期，2004 年 9 月，頁 33。



## 第三章 美國政府秘匿特權之實踐

### 第一節 特權 (*Privilege*) 之意義

#### 第一項 特權的主體、拋棄與終止

美國法之特權 (*privilege*)，係指享有特權之主體，可使特定資訊不予公開之特殊權利，由於其作用在於「隱匿特定資料使不公開」，因此有時又直譯為「秘匿特權」。<sup>53</sup>例如丈夫與妻子間、律師與當事人間、醫師與病患間、宗教師與信徒間之溝通，均可主張其溝通資訊受特權保護，因而拒絕公開。

傳統上，刑事訴訟程序的重心在於取得證據、發現真實，各項證據規則也多圍繞著「如何取得」證據而開展；近世以來，由於人權保障思想持續進步，對於證據的取得與運用過程極可能侵害人權一事戒慎恐懼，遂將刑事程序的重心置於證據的「合法取得」與「合法使用」。

相較於此，特權的基礎思想則全然不同，無論是何種特權，其作用均在於將特定事實資料隱藏起來、不使揭露，目的則是為了保護某些（比發現真實更重要的）社會價值與利益，故有學者稱特權乃植基於「政策考量」(*policy consideration*) 而來。<sup>54</sup>

<sup>53</sup> 如 王兆鵬，辯護權與詰問權，第四章 律師與當事人之秘匿特權，頁 109（元照，2007）。黃國昌，美國法上總統之豁免權與秘匿特權，月旦法學雜誌 140 期，頁 6，2007 年 1 月。許士宦，證據開示制度與秘密保護程序--以證據保全與文書提出命令為中心，臺灣大學法律學研究所博士論文，頁 76-77，1998。

<sup>54</sup> Thomas A. Mauet & Warren D. Wolfson, *Trial Evidence*, 267 (Aspen Publishers, 3<sup>rd</sup> ed. 2005).

由於我國法之拒絕證言權亦有使證據資料不予公開之效果，因此乍看之下，特權容易被誤解為等同於拒絕證言權。為使讀者瞭解美國法上特權的基本運作方式，並與拒絕證言權清楚區隔，本文以下即簡要介紹有關特權的主體、放棄與終止概念，並比較與我國拒絕證言權制度的不同。

### 第一款 主體

欲討論特權的主張方式，首要的問題就是必須瞭解特權的主體 (holder) 為誰，因為只有該特權的適格主體，才可能成功主張特權，拒絕提供特定資訊。在某些特權類型中，主體是顯而易見的，例如配偶間的特權，適格的主張者顯然是另一造配偶（可主張他造配偶不得透露溝通訊息）；但有些類型的特權在此則有爭議，例如律師與當事人間溝通的特權 (attorney-client privilege)，英美法早期認為特權主體為律師，但自十八世紀末以來則認為主體應為當事人。<sup>55</sup>

基本上，欲判斷特權歸屬於誰，應視主張此一特權將使誰受有利益或受到保護 (the person who is intended to be benefited or protected by the privilege)。<sup>56</sup>例如律師與當事人間之溝通特權，其政策目的在於保護當事人敢於向律師坦承所作所為，以獲得律師充分的協助，因此當事人才是適格的特權主體。<sup>57</sup>幾乎所有的特權類型均可以此方式判斷特權主體，唯一的例外是政府秘匿特權的情形，因為之所以容許政府或官員主張特權而不公開資訊，目的並非在於保護政府形象或特定官員，而是基於公共利益 (public interest) 而來的考量。<sup>58</sup>

<sup>55</sup> 對於律師與當事人間秘匿特權思維的演變、律師與當事人的範圍等進一步深入問題，詳參 王兆鵬，辯護權與詰問權，第四章 律師與當事人之秘匿特權，頁 113 (元照，2007)。

<sup>56</sup> See Thomas A. Mauet & Warren D. Wolfson, *Trial Evidence*, 269 (Aspen Publishers, 3<sup>rd</sup> ed. 2005).

<sup>57</sup> *Id.* at 275. Also see Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 150-151 (Thomson/West, 6<sup>th</sup> ed. 2006).

<sup>58</sup> 公共利益為政府秘匿特權的最重要考量，此為美國自首任總統 Washington 以來即予闡明之原則。詳請參照 本章第二節、第一項「歷史背景與首宗案例」。

相較於特權主體，我國法上拒絕證言權之權利主體，基本上都是涉案的證人，而非真正需要受保護的關係歸屬者。例如我國刑事訴訟法第一八二條規定：「證人為醫師、藥師、助產士、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。」換言之，若本人允許，上述專業人士自然必須陳述，但若本人不允許，律師、醫師、宗教師等專業人士仍得自行決定是否證言，顯見擁有拒絕證言權的主體，並非應受特定溝通關係保障的本人（當事人、病患或信徒等），而是法院傳喚的證人（律師、醫師、宗教師等）。同法第一八〇條因身份關係而拒絕證言的規定，也同樣是「得」拒絕證言，證人若自行決定陳述，被告或自訴人並無置喙餘地。<sup>59</sup>

我國刑事訴訟法之拒絕證言權規定中，唯一認為應依保護對象來決定權利主體的規定，僅有第一七九條關於公務員拒絕證言權之規定：「（第一項）以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之允許。（第二項）前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。」本條規定顯然將拒絕證言權之主體設定為政府機關，而不容許到庭作證的公務員自行決定是否證言。

## 第二款 拋棄

<sup>59</sup> 刑事訴訟法第一八〇條：「證人有下列情形之一者，得拒絕證言：

- 一、現為或曾為被告或自訴人之配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬者。
- 二、與被告或自訴人訂有婚約者。
- 三、現為或曾為被告或自訴人之法定代理人或現由或曾由被告或自訴人為其法定代理人者。

對於共同被告或自訴人中一人或數人有前項關係，而就僅關於他共同被告或他共同自訴人之事項為證人者，不得拒絕證言。」

由於特權係歸屬於特定主體，因此只有該適格主體才可以主張特權，也惟有其可拋棄特權。若特權主體明示的拋棄特權、表示願意陳述或交出被索求之資料，固無問題（例如被告向法院表示，可讓其律師說出溝通內容），但有時特權主體雖未明示拋棄，卻在言語或行動上表現出與特權保護不一致的默示意思，此時也會發生拋棄特權的效果（例如特權主體在他人欲陳述受特權保護之內容時，並未表示異議而主張特權）。<sup>60</sup>

此外，若受特權所保護之資訊（*privileged information*）本身即為案件審理的主要爭執，而為特權關係中的兩造所提出時，美國大多數法院亦認為此種案件中無特權的適用，而發生類似當然拋棄特權的效果。例如在當事人指控其律師行為不當、病患指控其醫師治療違誤的審判中，當事人與律師、病患與醫師之間的溝通歷程必然為審判的主要範圍，此時即不得主張特權，而發生類似拋棄特權之效果。<sup>61</sup>

如同前述，特權的主體是因主張該特權而受有利益或受到保護之人（如醫病關係中的病患，可主張特權保護其與醫師間的溝通資訊），但我國拒絕證言權的權利主體卻是證人（例如依刑事訴訟法第一八二條規定之文義，拒絕證言權之主體為醫師，而非病患）。<sup>62</sup>而依我國刑事訴訟法規定，除了證人可以決定是否拋棄拒絕證言權外，該權利在社會政策上所應保護的真正主體，亦可促成拒絕證言權之拋棄。例如我國刑事訴訟法第一八二條規定醫師為拒絕證言權之權利主體，醫師固可自願選擇拋棄拒絕證言權，然若醫師不願拋棄而主張拒絕證言，但病患允許時，醫師即不得繼續主張拒絕證言權。

<sup>60</sup> See Thomas A. Mauet & Warren D. Wolfson, *Trial Evidence*, 269 (Aspen Publishers, 3<sup>rd</sup> ed. 2005). Also see Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 146 (Thomson/West, 6<sup>th</sup> ed. 2006).

<sup>61</sup> Thomas A. Mauet & Warren D. Wolfson, *Trial Evidence*, 269 (Aspen Publishers, 3<sup>rd</sup> ed. 2005).

<sup>62</sup> 刑事訴訟法第一八二條：「證人為醫師、藥師、助產士、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。」

### 第三款 終止

由於特權是爲了保護特定關係與溝通（例如夫妻、醫生與病患、律師與當事人）而創設，則若該項特權所本的一定關係消滅時，特權是否隨之終止？一般認爲，特權並不隨基礎關係解消而終止，例如夫妻離婚或其中一方死亡後，在配偶關係存續其間所爲的溝通，仍受特權的保護。<sup>63</sup>

此部分與我國拒絕證言權之規定最爲相似，依據我國刑事訴訟法第一七九條、一八〇條與第一八二條之規定，不論是現在或曾經爲公務員、具備特殊身份關係或特殊職業關係之人，均可據以拒絕證言，亦即拒絕證言權亦並不隨著基礎關係的消滅而終止。

## 第二項 特權與拒絕證言權之區辨

綜上所述，可以發現美國法之特權與我國法之拒絕證言權，兩者間雖相似但實不同，至少有二點重大差異：第一，主體不同。如同前述，特權是屬於該政策創設特權所欲保護之主體，我國的拒絕證言權則是歸屬於證人。例如在醫病關係、律師與當事人間關係、宗教師與信徒間關係中，由於美國法認爲病患、當事人、信徒能與專業人士進行充分溝通與求助，才是特權創設的意義所在，因此病患、當事人、信徒始爲特權之主體。我國則認爲醫師、律師、宗教師爲拒絕證言權之主體，可自行決定是否透露溝通之內容。

<sup>63</sup> See Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 147 (Thomson/West, 6<sup>th</sup> ed. 2006). : “The courts in this country have accepted this need for permanent protection and about one-half of the statutes codifying the privilege explicitly provide that it continues after death or divorce.”



第二，作用範圍不同。特權之主體，可主張任何人均不得揭露受該特權保護之事項，拒絕證言權則只能在權利主體涉入訴訟、做為證人時主張。例如甲被控殺人，審判中被告甲為證明自己不在犯罪現場，遂指出自己當時係參加某一政府秘密會議，並欲提出參加此會議之人、場所、討論事項以證明確有其事，若甲所欲提出之事項為政府秘匿特權所欲保護者，則相關政府部門可主張甲不得提出此類證據，但我國法上之公務員拒絕證言權（刑事訴訟法第一七九條）則無此種效果。

我國以往較少有學者或實務人士明確指出拒絕證言權與特權的性質差異，一般均將美國證據法則中的 *privilege* 直接翻譯為「拒絕證言權」。<sup>64</sup>直到近年，才有學者進行較細緻的研討，指出兩者間實不相同，而專門以「特權」或「秘匿特權」指稱此種美國法上的特殊法則。<sup>65</sup>綜上所述，美國法之特權與我國法之拒絕證言權實有極大差異，本文特別加以分析明辨，希望有助於釐清概念。

### 第三項 特權的歷史與發展

特權概念是來自於普通法（*common law*），<sup>66</sup>英美法上第一個被承認的特權即為律師與當事人間的特權（*attorney-client privilege*），其起源甚至比配偶間的特權還早。雖然特權起源於法官的創造，而非法律的明文規定，但此種法官創設特權的作法，大約在 18 世紀末期就已停止，而自 19 世紀起，新特權的創設來源就從法官轉移到立法者的手上。早在 1828 年，紐約州即立法創設了第一個醫生與病人

<sup>64</sup> 參見 李學燈，證據法比較研究，頁 588 以下（五南，1992）；司法院司法行政廳編著，美國聯邦證據法，頁 63（司法院，2003）。

<sup>65</sup> 參見 王兆鵬，辯護權與詰問權，第四章 律師與當事人之秘匿特權，頁 109（元照，2007）。林輝煌，論公務秘密之刑事拒絕供證（上），台灣本土法學雜誌 62 期，頁 37，2004 年 9 月。

<sup>66</sup> 有時「普通法」（*common law*）一詞會有各種不同意義的內涵，但在此係指自十一世紀的英國開始，完全藉由法院判決而發展或表達的法律。參見 William Burnham 著，林利芝譯，英美法導論，頁 44-47（元照，2005）。

間關係的特權，此後各州立法者即持續用制定法規方式創設新特權。<sup>67</sup>

到了 1930 年代，由於美國開始制定了大量的成文法規（statute），其間最主要是進行將普通法成文化的編纂活動，特權概念亦不例外。例如起源於古老普通法的律師與當事人間特權、配偶間特權，現今在大多數州都已經是由成文法所規定。

就目前各州對於特權的規定與判決整體觀察，全部的州都承認配偶間的特權、律師與當事人間的特權、告解者與宗教師間的特權、政府秘匿特權（雖然可主張的範圍或有出入），而大部分州也都承認醫師與病患之間的特權。這些特權絕大部分都已經有了成文法的依據，甚至有些在普通法中並未承認的特權，都因為獲得立法者的支持而成爲特權（例如告解者與宗教師間的特權）。<sup>68</sup>

除了上述普遍爲各州所承認的特權以外，有些特權則存有爭議與分歧：大約僅有三分之一的州承認與會計人員的溝通享有特權；性侵害的受害者與輔導員之間的溝通特權雖然已在許多州被立法承認，但由於此種特權涉及刑事被告的直接利益，因此仍存有許多爭議；近來有人提出父母與未成年子女間的溝通亦應享有特權，但尚未獲得大眾的普遍接受。<sup>69</sup>

最後，近年來特別受重視的新特權，是新聞記者可拒絕洩漏消息來源的特權。雖然曾有論者主張，此項新聞記者特權應爲美國憲法增修條文第一條對新聞自由的保護中所隱含，而此項主張已被聯邦最高法院於 *Branzburg v. Hayes* 案中否定，<sup>70</sup>但由於該案的九位大法官中有五位認爲新聞記者得享有特權，此項見解對於聯邦下級法院與州的立法都發生正面影響，許多州目前已對新聞記者的特權立有成文

<sup>67</sup> See Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 136-137 (Thomson/West, 6<sup>th</sup> ed. 2006).

<sup>68</sup> *Id.* at 139.

<sup>69</sup> *Id.* at 140.

<sup>70</sup> *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972).

法規。<sup>71</sup>

## 第四項 聯邦證據規則第 501 條 (*FRE Rule 501*)

### 第一款 特權草案闖關失敗

關於特權應由普通法繼續發展，或是制定成文法以確定其內涵，學者的意見分歧。有論者認為，由於立法部門通常並不關注單一個案的審判結果，因此由立法者在事先、經由考量各項利益均衡的政策方式來制定特權，應該是較為中立而適當的作法；反之也有認為，立法者容易受到其背後支持的利益團體所影響，因此若將特權全部交由立法者來決定，將會使特權的性質受到不當的影響。這兩種想法在聯邦與州對於特權的爭辯中，始終相持不下。<sup>72</sup>

有趣的是，雖然從 19 世紀以來，美國各州即持續進行立法制定新特權或將普通法承認的既存特權明文化，但此種努力卻對聯邦的立法絲毫不起作用。最明顯的例子，就是 1975 年由聯邦最高法院提案、國會通過的「聯邦證據規則」(*Federal Rules of Evidence*) 中，國會對於草案嘗試將各種特權內涵具體規定的作法，明確表示了否定的意見。

1965 年開始，美國聯邦最高法院成立諮詢委員會 (*the Advisory Committee*)，以聯邦最高法院首席大法官 (*Chief Justice*) Earl Warren 為首，委員包含全國各地的學者、資深法官與律師共 16 人，開始了聯邦證據規則的起草工作，其中亦包含試圖將各種來自普通法的特權成文化與明確化的努力。

<sup>71</sup> 王兆鵬，辯護權與詰問權，第八章 論新聞記者之拒絕證言權，頁 252-253 (元照，2007)。

<sup>72</sup> See Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 137 (Thomson/West, 6<sup>th</sup> ed. 2006).

美國聯邦最高法院經歷多年研究，於 1969、1971 與 1972 年陸續提交、修改「聯邦證據規則草案」(Proposed Federal Rules of Evidence) 給國會審查，草案中將特權的相關規定彙編在第五章，共包括十三個條文 (Rule 501~513)。除第 501 條為通則的規定外，第 502 至 510 條為九類具體的特權規定，這九類特權包括：法定報告 (required reports)、<sup>73</sup>律師與當事人間 (lawyer-client)、心理治療師與病患間 (psychotherapist-patient)、配偶間 (husband-wife)、與神職人員之溝通 (communications to clergy)、政治選舉 (political vote)、商業秘密 (trade secrets)、國家機密與其他公務資訊 (secrets of state and other official information)、告發秘密者之身分 (identity of informer) 等，此九種特權均非憲法上之特權 (nonconstitutional privilege)。第 511 至 513 條則為自願放棄特權的相關要件、無適當機會主張特權時的處置、提出特權的主張不可作為推斷之依據等附屬規定。

美國國會在 1975 年通過聯邦證據規則，但聯邦最高法院提出的草案第五章內容全部被刪除，國會僅制定了新的第 501 條 (Rule 501) 做為原則、也是唯一的特權規定：<sup>74</sup>

### 第 501 條 通則

<sup>73</sup> 法定報告之特權 (required reports privileged by statute)，係指有時法律會規定私人或機構必須依法向政府繳交特定事項報告，例如關於稅捐資料 (tax returns)、意外事故調查報告 (accident reports)、銀行記錄 (bank records) 等，而法律中可能個別規定某些報告享有不公開之特權。See Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 187-188 (Thomson/West, 6<sup>th</sup> ed. 2006).

<sup>74</sup> Rule 501 之英文全文為：

#### Rule 501. General Rule

Except as otherwise required by the Constitution of the United States or provided by Act of Congress or in rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority, the privilege of a witness, person, government, State, or political subdivision thereof shall be governed by the principles of the common law as they may be interpreted by the courts of the United States in the light of reason and experience. However, in civil actions and proceedings, with respect to an element of a claim or defense as to which State law supplies the rule of decision, the privilege of a witness, person, government, State, or political subdivision thereof shall be determined in accordance with State law.

「除美國聯邦憲法、國會所定之法律或聯邦最高法院依其法定權力所定之規則另有規定外，證人、自然人、聯邦政府、州、或其行政下級機關之特權，應適用聯邦最高法院以理性及經驗解釋之普通法原則。但於民事訴訟與程序中，請求或抗辯之要件係由州法律定其準則時，證人、自然人、聯邦政府、州、或其行政下級機關之特權應依該州之法律決定之。」<sup>75</sup>

美國國會決定刪除草案所主張的全部具體特權規定，並新增一般性的通則規範 Rule 501，<sup>76</sup>此種舉動至少有以下三項重要意義：第一，反對成文化化的趨勢。儘管各州在將特權具體化、成文化上不遺餘力，但聯邦似乎並不認為有統一聯邦法院關於特權見解的必要性。第二，特權回歸普通法發展。國會認為特權應適用「聯邦最高法院以理性及經驗解釋之普通法原則」(*the privilege... shall be governed by the principles of the common law as they may be interpreted by the courts of the United States in the light of reason and experience.*)，亦即將所有特權概念均留待聯邦系統的法官繼續在個案判決中適用與發展。第三，創立二元化的特權體系。國會將民事程序與刑事程序二分，在刑事程序中，完全依據上述的普通法原則，民事程序則必須視法律衝突（*conflict of law*）的情況予以適用。<sup>77</sup>

<sup>75</sup> 此譯文取自司法院司法行政廳編著，美國聯邦證據法，頁 63（司法院，2003）。該書中將 *privilege* 翻譯為「拒絕證言權」，本文則將其改譯為「特權」。

<sup>76</sup> 現行聯邦證據規則之 Rule 501 乃國會自行新增，而非原本聯邦最高法院所提草案之條文。原本草案之 Rule 501 旨在說明 Rule 502 以下規定已列舉了所有聯邦系統所承認之特權，因此原則上不再承認其他特權，也不再容許透過普通法發展新的特權概念，顯見聯邦最高法院的想法正與國會背道而馳，草案 Rule 501 之規定如下：

Except as otherwise required by the Constitution of the United States or provided by Act of Congress, and except as provided in these rules or in other rules adopted by the Supreme Court, no person has a privilege to:

- (1) Refuse to be a witness; or
- (2) Refuse to disclose any matter; or
- (3) Refuse to produce any object or writing; or
- (4) Prevent another from being a witness or disclosing any matter or producing any object in writing.

<sup>77</sup> 在國會立法時，對於聯邦刑事程序應適用 Rule 501、以普通法繼續發展特權概念，國會兩院並無爭執；但在民事程序何時可適用 Rule 501，兩院則有不同意見，最後是採取了眾議院（the House of Representatives）的版本。See House Report No. 93-1597 (Conference Committee Report — 1975.) 關於美國民事程序中的法律衝突與 Rule 501 適用問題，並非本文討論範疇，故以下不再深入探討。

令人玩味的是，國會雖然宣稱應由聯邦最高法院以理性與經驗，繼續發展普通法中的特權概念，但這份草案原本就是由聯邦最高法院彙整普通法中特權而提出，卻未能獲得立法者的青睞。<sup>78</sup>對於美國國會為何一反百年來將普通法特權成文化化的趨勢，極力避免特權成文化，學說上眾說紛紜，有認為是政治時機不對（時值 Nixon 總統主張特權的水門事件），<sup>79</sup>有認為是國會擔心將特權成文化，將扼殺特權概念繼續發展的可能性，<sup>80</sup>甚至有認為是由於部分將特權具體化的草案條文太過欠缺說服力，才使得國會拒絕通過。<sup>81</sup>

## 第二款 草案影響與發展趨勢

雖然國會傾向於由聯邦法院在具體個案中以普通法方式，發展及適用各項特權之內涵要件，但未通過的九類具體特權提案，仍在兩方面發揮其顯著的影響力：第一，在聯邦審判實務上，仍依據草案所提出的各類特權來進行審理案件。因為草案本來就是由歷來法院判決（普通法）所形成的各項特權概念編纂而成，而提出草案的諮詢委員會對於這些具體特權類型的意見，也成為聯邦法院處理特權問題時的重要參考。<sup>82</sup>第二，在各州對特權的立法上，許多州參考了草案所提出的特權項目，陸續將其制定為州的成文法。

被視為模範法典的聯邦證據規則自 1975 年起始終只依據 Rule 501，將特權概念交由聯邦法院在個案中發展內涵。直到 2008 年 9 月，美國國會終於新增了 Rule

<sup>78</sup> See Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 138 (Thomson/West, 6<sup>th</sup> ed. 2006).

<sup>79</sup> Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，證據法入門：美國證據法評釋及實例解說，頁 250（元照，2002）。

<sup>80</sup> See Thomas A. Mauet & Warren D. Wolfson, *Trial Evidence*, 267 (Aspen Publishers, 3<sup>rd</sup> ed. 2005).

<sup>81</sup> 26 FPP § 5662.

<sup>82</sup> See Thomas A. Mauet & Warren D. Wolfson, *Trial Evidence*, 268 (Aspen Publishers, 3<sup>rd</sup> ed. 2005). : “However, a good way to start is to review the deleted Rules 501-513. While these rules were rejected by Congress, they were approved by the Supreme Court and provide an accurate list and definitions of recognized non-constitutional federal privileges as they existed in 1975 (and most have remained unchanged since that time.)”

502，針對律師與當事人間特權的拋棄（waiver）應如何始為合法加以規範。依據提案的諮詢委員會所指出，新增本條之目的有二：第一，在於解決長期以來對於無意間洩漏溝通資訊的問題。第二，回應訴訟中究竟何時才算是拋棄此種特權、及拋棄範圍如何的爭執。<sup>83</sup>本條文是在三十餘年後，聯邦證據規則終於新增的第二個特權規定，是否代表未來特權發展又將傾向於具體化、成文化的新趨勢，或至少就普通法中的爭議問題，將朝著使用制定成文法的方式來加以解決，均仍值得進一步觀察。

## 第二節 政府秘匿特權之意義

### 第一項 歷史背景與首宗案例

美國在建國之初，即認知到政府部門必須擁有對公眾保密之特權的重要性。在足以影響國家存立的重要事項如外交、軍事或情報上，政府固不僅應對敵人保密，甚且必須對美國人民也不洩漏；即令對所謂不具「秘密本質」（secret nature）的事項，其開國元勳 John Jay 亦留有：「寧可錯將不重要的事保密，也不可掉以輕心而洩漏。」（*better to keep many unimportant things secret, than by observing too little reserve*）之警世名句。<sup>84</sup>

或許是基於此種歷史因素，以致於政府機關是否有權不提供特定資料的爭議，幾乎是在美國建立後隨即發生，但最初的爭議並非發生在司法案件，而是基

<sup>83</sup> 由於新增的 Rule 502 篇幅極大，包括七項（a~g.）、共十三款，加以律師與當事人間秘匿特權並非本文討論主旨，故在此不列出法條全文。讀者欲瞭解條文詳細規定，請參看：*Pub.L. 110-322, § 1(a), Sept. 19, 2008*.

<sup>84</sup> John Jay (1745-1829)，為美國開國元勳，曾任美國國務卿、紐約州州長、及首任聯邦最高法院首席大法官，其言論轉引自：Laura A. White, *The Need for Governmental Secrecy : Why the U.S. Government Must Be Able To Withhold Information In the Interest of National Security*, 43 Va. J. Int'l L. 1071, 1073 (2003).

於行政部門與國會間的衝突而來，即 1792 年之 Arthur St. Clair 戰敗調查案。

美國建國之初，由於承襲英國「國會至上」的傳統，賦予國會較大權力，但由於在財政報告、簽訂條約、調查權等問題上，國會（特別是眾議院 the House of Representatives）所代表的立法權，與以總統為首的行政權頗有職權劃分上的爭執，甚至國會議員之間意見亦時常相左，因此爭議時有所聞。

1792 年，由於 Arthur St. Clair 將軍率領軍隊與印地安部族交戰大敗，美國軍隊損失慘重，眾議院遂指派委員會調查此次戰敗情事，並授權調查委員會可以「要求一切有助於調查所必須的人員、文件與記錄」(to call for such persons, papers, and records, as may be necessary to assist their inquiries)。<sup>85</sup>當時的 Washington 總統面對國會的調查請求，特別召集行政部門官員集會，以討論是否給予人員與資料。最終，Washington 總統同意提供本案的人員與資料予調查委員會，除了命戰爭部長 Henry Knox 提供文件、同意有關部門首長與證人接受調查外，Washington 總統也促使戰敗的 Clair 將軍對調查委員會提出陳述。

然而，這並非表示本案中行政權屈從於立法權，相反的，Washington 總統清楚指出：行政部門是以公共利益作為裁量標準。Washington 總統認為：若經行政部門裁量後，認為交出資料對公眾有益時，行政部門即應交出資料；反之，若行政裁量認為揭露資料將有害於公眾時，行政部門即應拒絕國會的要求 (*...the Executive ought to communicate such papers as the public good would permit, and ought to refuse those, the disclosure of which would injure the public: consequently were exercise a discretion.*)<sup>86</sup>

<sup>85</sup> 在 Clair 將軍所率領的 1400 名美軍中，657 人陣亡，271 人負傷，此役是美國對印地安部族戰爭的空前大敗，因此引起眾議院的重視。See 3 Annals of Cong. 493 (March 27, 1792)

<sup>86</sup> Louis Fisher, *The Politics of Executive Privilege*, 10 (Carolina Academic Press, 2004).



一般認為，本案不僅拉開了美國國會行使調查權的序幕，Washington 的上述宣言同時也清晰的確立政府秘匿特權的存在及其基本原則，亦即當總統在認為揭露特定資訊將有害於公共利益時，有拒絕揭露之權；反之，除了考量公共利益以外，總統不得因揭露資訊將對自己或其關係人造成損害而拒絕揭露，亦不得為避免行政部門窘困，或避免非法不當的活動暴露等目的而拒絕公開訊息。<sup>87</sup>此項確立於 1792 年的政府秘匿特權內涵，以公共利益（public interest）作為唯一考量的價值觀，對後世普通法的發展產生深遠的影響。<sup>88</sup>

## 第二項 與其他秘匿特權之差異

在美國聯邦與各州所普遍承認的各項秘匿特權中，政府秘匿特權的性質與眾不同。<sup>89</sup>主要的差別有三點：第一，目的不同。幾乎全部的特權均係為了保護某種社會關係或鼓勵溝通而創設，例如配偶間的特權、律師與當事人間的特權、醫師與患者間的特權等。<sup>90</sup>但政府秘匿特權則非如此，普通法容許政府或官員可主張拒絕提供特定資訊的原因，並非擔心會有害於政府內部或外部的溝通。政府秘匿特權存在的價值，是為求取公共利益的最大化。

<sup>87</sup> *Id.* at 11. “The general principle of executive privilege had been established because the President could refuse papers “the disclosure of which would injure the public.”...The injury had to be the *public*, not to the President or his associates. Presidents were not entitled to withhold information simply because it might embarrass the administration or reveal improper or illegal activities.”

<sup>88</sup> 受其影響特別明顯的是水門案（Water Gate），詳請參照 本章第三節、第四項「總統通訊：United States v. Nixon (1974)」之說明。

<sup>89</sup> 本文所使用之「政府秘匿特權」一詞，指涉的是「政府部門可隱匿特定資料訊息之特殊權力」，亦即包含美國聯邦證據法則草案第五〇九條所稱之「國家機密」（Secrets of State）與「其他公務資訊」（Other Official Information）。「政府秘匿特權」與「行政特權」、「國家機密特權」之間的異同區辨，詳見本文第二章、第三項、第二款。

<sup>90</sup> Roger C. Park, David P. Leonard & Steven H. Goldberg, *Evidence Law*, 417 (Thomson/West, 2<sup>nd</sup> ed. 2004). : “...most modern privileges relate to professions and are supported by a utilitarian notion that the privilege will facilitate communication between the person in need of help and the professional able to provide it. Even the privileges that do not relate to the professions, such as the marital privileges, are justified by the instrumental concepts preserving relationships and encouraging communications.”)

第二，主體不同。承前文所述，幾乎所有特權的主體，均是因該特權而受有利益或受到保護之人（the person who is intended to be benefited or protected by the privilege），政府秘匿特權則是唯一的例外。因為之所以容許政府或官員主張特權而不公開資訊，目的並非在保護政府形象或官員，而是基於公共利益而來的考量。換言之，雖然政府秘匿特權所欲達成的政策目的，必須藉由政府部門的主張才能實現，但政府部門在主張特權時必須以公共利益之維護為依歸，而不能為了任何其他目的。

第三，權利義務關係不同。一般而言，特權主體可自由選擇是否主張或拋棄特權，但政府秘匿特權則不得任意拋棄。換言之，政府對於若揭露將造成公共利益損害的資訊，不僅有權利主張秘匿，尚且有「義務」主張特權而不使其公開。<sup>91</sup>

### 第三項 與行政特權、國家機密特權概念之差異

自美國發展政府秘匿特權的歷史觀之，每次主張此項特權者均為行政部門，而且在許多重大案件中，如 *United States v. Burr* (1807)、*United States v. Nixon* (1974) 之中，更是由總統來主張此項特權。由於總統作為行政權的最高首長，又職掌許多國家機密事項，因此個案中經常以「行政特權」(executive privilege) 或「國家機密特權」(state secrets privilege) 稱之。<sup>92</sup>

然而有學者指出，「行政特權」的用語可能會使人誤以為此項特權僅專屬於行政權或總統所有。誠然，在經驗上確實經常由行政部門來主張不公開訊息的特權，

<sup>91</sup> See Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 182 (Thomson/West, 6<sup>th</sup> ed. 2006).

<sup>92</sup> 雖然「行政特權」(executive privilege) 一詞，是在二十世紀中期才由 Eisenhower 總統 (1953-1961 年任美國總統) 開始使用，但早在美國初建國時期，政府機關即已開始向國會與法院主張秘匿特權。See Matthew Crenson & Benjamin Ginsberg, *Presidential Power*, 347 (W. W. Norton & Company, 2007). 並請參照 本節第一項「歷史背景與首宗案例」之說明。

但此項特權仍非行政部門所獨享，包括國會、法院在內的非行政部門，均有可能主張此項特權。換言之，政府機關能否主張特定資訊不公開之特權，重點並不在於職掌機關是否為行政部門，而是該資訊的性質為何。若該資訊的公開將對國家造成危害時，職掌該資訊之機關不論是行政部門、國會或其他部門，均可主張秘匿特權、不使其公開。<sup>93</sup>

此外，若欲以「國家機密特權」的用語，來指稱所有政府機關秘匿特定資訊的特權，概念上也有其侷限性。因為美國在普通法中長期實踐此種特權的經驗，已發現公開資訊會造成國家危害的情況，亦非只限於「國家安全受到危害」的等級而已。事實上，一般公務資訊的洩漏，有時雖然並不影響國家安全，但卻仍可能使公共利益受到危害。例如人民與政府簽訂秘密工作的契約，該契約本身即可能被認為屬於「若公開將有害於公共利益」之秘密事項。<sup>94</sup>

在普通法的長期實踐中，美國法院已瞭解「國家機密」與「一般的公務資訊」雖然涉及不同的事項，但卻都有著「若公開將有害於公共利益」的性質，因而在美國聯邦最高法院所提出的「聯邦證據規則」(Federal Rules of Evidence, FRE) 草案中，即於第 509 條 (Rule 509) 將此種「政府得不公開特定資訊」的特權列入，並明確依資訊之性質區分為兩大類：「國家機密」(Secret of State) 與「公務資訊」(Official Information)。

此項草案於第 509 條 a 款 (Rule 509 (a)) 中，將「國家機密」定義為「有關於美國國防與國際關係的政府秘密」(A "secret of state" is a governmental secret

---

<sup>93</sup> See Robert M. Pallitto & William G. Weaver, *Presidential Secrecy And the Law*, 99 (The Johns Hopkins University Press, 2007). : "...it is obvious that the privilege would apply against legal efforts to obtain information from Congress or other non-executive institutions, it is not one owned by the president or the executive branch."

<sup>94</sup> 此即 *Totten v. United States* (1875) 案件之事實，對該案件的介紹與分析，請詳本章第三節、第二項「秘密契約：Totten v. United States (1875)」之說明。

relating to the national defense or the international relations of the United States.)。

「公務資訊」則定義為「政府部門或機構所職掌，若公開將違反公共利益之資訊」("Official information" is information within the custody or control of a department or agency of the government the disclosure of which is shown to be contrary to the public interest)，並再細分為三種類型的資訊：

1. 為做成會議決議或為擬定政策，政府內部所提出的意見或建議 ( intra-governmental opinions or recommendations submitted for consideration in the performance of decisional or policymaking functions )
2. 為達成特定執法目的之調查檔案 ( subject to the provisions of 18 U.S.C. § 3500, investigatory files compiled for law enforcement purposes and not otherwise available )
3. 政府部門因履行其公務職責而產生或取得之資訊。( information within the custody or control of a governmental department or agency whether initiated within the department or agency or acquired by it in its exercise of its official responsibilities and not otherwise available to the public pursuant to 5 U.S.C. § 552.)

而草案亦規定：案件中的系爭證據，若被認定屬於上述的國家機密或公務資訊，則當使用此項證據有造成危險的合理可能性 ( reasonable likelihood of danger ) 時，職掌系爭資料的政府機關即可拒絕給予此項證據，並且有防止任何人揭露之特權。<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> Rule 509 (b) : "The government has a privilege to refuse to give evidence and to prevent any person from giving evidence upon a showing of reasonable likelihood of danger that the evidence will disclose a secret of state or official information as defined in this rule."

藉由上述對美國法院判決、法律與學者意見的分析，可以發現若將「政府得使特定資訊不予公開的特權」稱之為「行政特權」，將無法表現出其重視「資訊性質」而非「行政權本質」的內涵，且容易使讀者誤以為此項特權僅為行政部門所專屬；而若使用「國家機密特權」的用語，亦將使非關國家機密等級、一般性的公務資訊無法納入討論的脈絡之中。基於本文所欲討論的重心在於此種特權之隱匿資訊作用，且討論範疇亦包括國家機密與一般性的公務資訊，因此本文使用「政府秘匿特權」此一較全面性的語詞，以指涉「政府得主張特權使特定資訊不予公開」的各種情形。<sup>96</sup>

### 第三節 政府秘匿特權理論之演進

本節將以五則重要的美國聯邦法院判決，描繪兩百年來政府秘匿特權概念在普通法的演進歷程。誠如本文第一節所介紹，美國法上政府秘匿特權的概念源自於普通法，可以說是由法官一手創設與發展，而這五則從十九、二十到二十一世紀的重要判決，不但揭櫫了政府機關主張秘匿特權時的方式與程序，也建立起法院審查特權時應有的要件、標準與態度。

本文將首先介紹 1807 年 *United States v. Burr* 案，<sup>97</sup>及 1875 年 *Totten v. United States* 案。<sup>98</sup>此二案件發生在十九世紀，被認為是美國司法實務運用政府秘匿特權概念之濫觴，儘管由於案件發生較早，尙未能建立起完整的特權內涵，但仍被認為對後世案件極具啓發意義。

<sup>96</sup> 此處是就美國法的政府秘匿特權概念，以美國學者見解與法律規定作為討論範疇，至於我國法上的政府秘匿特權概念，則可以由大法官釋字第三二五號、第五八五號、第六二七號解釋推論而得。詳請參照 本文第四章、第一節之說明。

<sup>97</sup> *United States v. Burr*, 25 F.Cas. 30 (C.C.Va. 1807).

<sup>98</sup> *Totten v. United States*, 92 U.S. 105 (1875).

繼而介紹的是 *United States v. Reynolds* 案，<sup>99</sup>與 *United States v. Nixon* 案。<sup>100</sup>美國聯邦最高法院在此二案件中建立起對政府秘匿特權明確的審查標準，並清楚的說明當發生利益衝突時，法院應衡量的事項與標準。最後介紹的 *Cheney v. U.S. Dist. Court for Dist. of Columbia* 案，<sup>101</sup>則是 2004 年才做成的新近判決，聯邦最高法院在本案中花了許多篇幅回顧之前的重要判決，闡述並延伸其代表的意義，我們也可以在本案中看到政府秘匿特權發展的新猷。

以下先從 *Burr* 案談起，此為美國史上第一則由政府部門向法院主張秘匿特權的案件，因而被學者稱為「十九世紀的世紀審判」，<sup>102</sup>經常為後世的聯邦法院所引用作為特權案件的根源。<sup>103</sup>

## 第一項 世紀審判：*United States v. Burr* (1807)

### 第一款 案件事實

1807 年，美國發生史上第一則由政府部門向法院主張秘匿特權的案件：*Burr* 叛國案。<sup>104</sup>本案的被告 Aaron Burr 曾於 1801 至 1805 年間擔任美國副總統，但與當時的美國總統 Thomas Jefferson 嚴重不合。<sup>105</sup>1806 年，Burr 被美軍將領 James

<sup>99</sup> *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953).

<sup>100</sup> *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

<sup>101</sup> *Cheney v. U.S. Dist. Court for Dist. of Columbia*, 542 U.S. 367 (2004).

<sup>102</sup> “If the O.J. Simpson trial was the trial of this century, then the Aaron Burr case was the trial of the last.” See John C. Yoo, *The First Claim: The Burr Trial, United States v. Nixon, and Presidential Power*, 83 Minn. L. Rev. 1435, 1439 (1999).

<sup>103</sup> Louis Fisher, *In the Name of National Security: Unchecked Presidential Power And the Reynolds Case*, 212 (University Press of Kansas, 2006).

<sup>104</sup> *United States v. Burr*, 25 F.Cas. 30 (C.C.Va. 1807). 本案雖為巡迴法院之判決，但擔任審判法官的是時任聯邦最高法院首席大法官的 John Marshall。

<sup>105</sup> 事實上，Burr 與 Jefferson 均是總統選舉的候選人，且獲得相同的選舉人票數。當初美國民主制

Wilkinson 告發，謂其意圖策動美國新近獲得的西部領土脫離聯邦獨立，並試圖向西班牙宣戰以奪取墨西哥（當時為西班牙殖民地）。Burr 因而被以叛國罪等罪名起訴。<sup>106</sup>

或許是基於政治上的厭惡，當時的 Jefferson 總統竟在 Burr 尚未經正式審判前，即向國會與媒體發表 Burr 應有罪的言論，並且表示自己手上握有數封 Burr 寫給 Wilkinson 將軍的信件，信中說明了 Burr 的行為與罪證。被告 Burr 因此請求法院傳喚 Jefferson 總統出庭作證並提出證據信件（subpoena duces tecum），但均遭到拒絕。<sup>107</sup>

案件審理中，Jefferson 總統將系爭信件轉交給檢察官，而檢察官則表示，由於總統認為信件中有些事項不應公諸於世，因此檢察官願意退一步，將全部信件交給法院，將其中與本案有關的部分製作抄本。但 Burr 並不接受此一提議，他認為系爭信件對自己的審判至關重要，因此要求全部的信件做為證據。檢察官再次退讓，表示願意讓 Burr 的律師群檢閱全部信件，以與抄本對照是否有不符之處，並信賴律師不會做出不適當的揭露，但遭到律師們的拒絕。檢察官再次請示總統，是否能公開信件，但總統仍堅持信件之秘密性，至多只願意提供抄本。<sup>108</sup>

---

度尚在萌芽，規定選舉人票數相同時，即由眾議院投票決定總統當選人，獲得第一高票者擔任總統，第二高票則任副總統。Burr 是在眾議院的第三十六次投票中，才因為 Alexander Hamilton 支持 Jefferson 而敗選。後來 Burr 憤而找 Hamilton 決鬥，後者因而受傷身亡。參見 Alan Axelrod 著，賈士衡譯，*美國史：深入淺出普及本*，頁 128-129（臺灣商務，2005）。

<sup>106</sup> Burr 被起訴的罪名包括叛國罪（treason）與行為不檢（misdemeanor）欲侵略西班牙屬地之墨西哥，但後世多以「Burr 叛國案」（the treason trial of Aaron Burr）代表整起案件。事實上，Burr 究竟意欲何為，以及有無叛國之意圖，在法院判決後仍是美國歷史上的大謎團，歷史學家亦眾說紛紜。See John C. Yoo, *The First Claim: The Burr Trial, United States v. Nixon, and Presidential Power*, 83 Minn. L. Rev. 1435, 1440 (1999).

<sup>107</sup> Louis Fisher, *In the Name of National Security: Unchecked Presidential Power And the Reynolds Case*, 214-215 (University Press of Kansas, 2006). 由於美國憲法增修條文第六條，保障被告有強制對自己有利證人出庭作證之權利（*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right...to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor...*），因此本案也涉及被告此種「強制取證權」被侵犯的問題，請詳 本文第四章、第四節、第一項「強制取證權之意義」的說明，

<sup>108</sup> *United States v. Burr*, 25 F.Cas. 187, 190-192 (C.C.Va. 1807).

由於對信件能否公開的意見始終相持不下，檢察官方面遂向法院提出解散陪審團的要求，但被告則堅持自己應得到判決，法院亦同意在陪審團做出結論前不應解散，陪審團最終做出 Burr 無罪之判決。<sup>109</sup>

## 第二款 判決意義

Burr 案是首件美國政府因主張秘匿特權而與法院發生衝突的案例，具有特殊的歷史意義，因而在後世判決中經常被提及。<sup>110</sup>由於當時美國建國未久，三權分立的制度雖然由憲法明文規定，但其個別權力內涵仍處於嘗試與探索的階段，面對此種憲法難題，稍一不慎即可能破壞權力分立之立憲精神。

處理本案的首席大法官 John Marshall 知道自己面臨司法權與行政權在權力界線劃分上的困難，且無論如何決定都將造成深遠的影響，Marshall 大法官曾表示，若司法可能無法幫助被告取得對其有利的資料，「將使法院的信譽黯淡無光。」（that it would justly *tarnish the reputation of the court* which had given its sanction to its being withheld.）<sup>111</sup>

但在另一方面，作為行政權最高首長的 Jefferson 總統，同樣也有維護憲法賦予行政權獨立職責之考量。在他與本案一名檢察官的通信中，Jefferson 曾言：「憲法的原則是立法、行政與司法三權各自獨立...若在本案中服從法院命令...將使總統從其憲法職責上完全棄守。」<sup>112</sup>

<sup>109</sup> *Id.* at 201.

<sup>110</sup> See *Edmonds v. U.S. Dept. of Justice*, 323 F.Supp.2d 65, 70 (D.D.C., 2004). : “ The origins of the state secrets privilege can be traced back to the treason trial of Aaron Burr in *United States v. Burr*.” Also see *In re U.S.*, 872 F.2d 472, 474-475 (1989). : ” ...the privilege in this country has its initial roots in Aaron Burr's trial for treason, and has its modern roots in *United States v. Reynolds*. ”

<sup>111</sup> *United States v. Burr*, 25 F.Cas. 30, 37 (C.C.Va. 1807).

<sup>112</sup> 11 The Writings of Thomas Jefferson 241(Bergh ed. 1904). cited in Louis Fisher, *In the Name of National Security: Unchecked Presidential Power And the Reynolds Case*, 216 (University Press of



因此，Marshall 大法官代表法院在判決中提出的意見，特別值得參考，謹摘錄與本文有關之部分如下：

1. 總統身份之特殊性：

總統所處地位確實與一般人不同，總統的信件不論是公務往來或私人信件，都具有公共利害關係（public concerns），而可主張受特權保護，不能強迫公諸於世。<sup>113</sup>

2. 法院應尊重總統之特權主張：

關於總統的特權主張，只能由其個人考量後形成決定，而不能由任何人代為衡量。若總統衡量後，認為基於公共利益應拒絕提出，則法院應予以適當的全權尊重。<sup>114</sup>

3. 對造應先證明系爭資訊是防禦所絕對必須：

在系爭信件被證明對被告的防禦是絕對必要之前，法院無須考慮總統拒絕公開信件的理由為何。因此，除非被告提出宣誓書（affidavit）以清楚顯示該資訊是本案防禦所絕對必須之前（absolutely necessary in the defence），法院無庸進一步審查政府拒絕提出的理由。<sup>115</sup>

---

Kansas, 2006).

<sup>113</sup> “In no case of this kind would a court be required to proceed against the president as against an ordinary individual.”, “I do think that a privilege does exist to withhold private letters of a certain description. The reason is this: Letters to the president in his private character, are often written to him in consequence of his public character, and may relate to public concerns. Such a letter, though it be a private one, seems to partake of the character of an official paper, and to be such as ought not on light ground to be forced into public view.” *United States v. Burr*, 25 F.Cas. 187, 192 (C.C.Va. 1807).

<sup>114</sup> “Had the president, when he transmitted it, subjected it to certain restrictions, and stated that in his judgment the public interest required certain parts of it to be kept secret, and had accordingly made a reservation of them, all proper respect would have been paid to it.” *Id.*

<sup>115</sup> “I cannot precisely lay down any general rule for such a case. Perhaps the court ought to consider the reasons which would induce the president to refuse to exhibit such a letter as conclusive on it, unless such letter could be shown to be absolutely necessary in the defence.” *Id.*

在本文的研究領域中，認為特別重要的是第二點，亦即在訴訟中面對政府秘匿特權之主張，法院對政府的「尊重」究竟應達至何種程度的問題。更具體言之，所謂「尊重」，是否表示若政府機關主張秘匿特權，法院即應接受、不得審查之意？雖然在 *Burr* 案判決中，似乎對此重要問題並未明確表示見解，但在近一百五十年後的 *United States v. Reynolds* 案中，聯邦最高法院進一步指出：「尊重」並非指法院無須審查，而是指「法院可以衡量一切證據和情況，來決定應否揭露資訊」，*Reynolds* 案判決並認為，這種作法可以溯源至 *Burr* 案。<sup>116</sup>

而對於第三點，雖然 *Marshall* 大法官表示尚無法在本案中準確地建立起一般性原則，而僅是提出可能考慮的方式，但觀察此後聯邦法院判決發展，大抵上即延續此種「人民需先證明系爭資訊對訴訟具有必要性」之標準進行。<sup>117</sup>

## 第二項 秘密契約：*Totten v. United States*（1875）

### 第一款 案件事實

本案源於美國南北戰爭（the Civil War）時期，Abraham Lincoln 總統與一名男子 William A. Lloyd 簽訂契約，約定 Lloyd 要進入南軍（Confederate troops）勢力範圍內擔任秘密人員（secret agent），蒐集南軍的各種軍事資料以協助北軍獲得勝

<sup>116</sup> 因此有認為，*Burr* 案是政府秘匿特權概念在美國的歷史源起，*Reynolds* 案則奠定了其現代根基。see *In re U.S.*, 872 F.2d 472, 474-475 (1989). : “Although the exact origins of the privilege are not certain, the privilege in this country has its initial roots in Aaron Burr's trial for treason, and has its modern roots in *United States v. Reynolds*.” *Reynolds* 案之詳細分析，請詳 本節第三項「國家安全：*United States v. Reynolds* (1953)」之說明。

<sup>117</sup> 如 *United States v. Reynolds* (1953)、*United States v. Nixon* (1974)、*Cheney v. U.S. Dist. Court for Dist. of Columbia* (2004) 等重大案件，均依據 *Burr* 案建立的此一原則操作，各案件的詳細內容與意義，請詳 本節第三、四、五項之說明。

利，報酬是每月兩百美元。不料戰後 Lloyd 僅得到對其支出費用的補償，而未得到上述月薪，在 Lloyd 過世後，其遺族即請求美國政府強制履行契約。<sup>118</sup>

## 第二款 判決意義

聯邦最高法院在本案判決中指出，有時秘密工作（secret service）對政府而言是必不可少的，但不論是政府或秘密工作人員，都知道契約的公開將會導致公共的損害，包括損及政府形象、使秘密工作人員發生危險等。因此，此種秘密工作契約原本就具有不能公開之本質，此亦為簽訂契約的兩造所明知。<sup>119</sup>

因此，最高法院認為，此類契約的受僱人均只能向僱用機關求償，而不得向法院要求強制履行此種具有秘密性之契約，因為若對此種案件進行審判，勢不可避免的將導致契約被公開，而此種契約在訴訟中的公開，本身就違反了契約的秘密精神。

最高法院進一步認為，本案與夫妻之間溝通、律師與當事人間溝通、醫生與病患間溝通等情況類似，都服膺於同一原則：

「若提起訴訟將勢不可避免的導致應保密事項之公開，則基於公共政策的考量，應不許提出此項訴訟。」（It may be stated as a general principle, that public policy forbids the maintenance of any suit in a court of justice, the trial of which

<sup>118</sup> *Totten v. United States*, 92 U.S. 105, 105-106, 1875 WL 17758, 2 (U.S.Ct.Cl.) (U.S.OctoberTerm 1875). Also see Louis Fisher, *In the Name of National Security: Unchecked Presidential Power And the Reynolds Case*, 221 (University Press of Kansas, 2006).

<sup>119</sup> “This condition of the engagement was implied from the nature of the employment, and is implied in all secret employments of the government in time of war, or upon matters affecting our foreign relations, where a disclosure of the service might compromise or embarrass our government in its public duties, or endanger the person or injure the character of the agent.” *Totten v. United States*, 92 U.S. 105, 106, 1875 WL 17758, 2 (U.S.Ct.Cl.) (U.S.OctoberTerm 1875).

would inevitably lead to the disclosure of matters which the law itself regards as confidential, and respecting which it will not allow the confidence to be violated.)<sup>120</sup>

上述判決內容被稱爲 Totten 原則 (*Totten Principle*)。而自此之後，許多聯邦判決都援引 Totten 原則，認爲最高法院在本案中說明了當訴訟涉及重要的政府秘密，且進行訴訟將無可避免 (inevitably) 的揭露該秘密時，法院即可以禁止此類訴訟提出。<sup>121</sup>根據學者的統計，自從 1875 年 Totten 案判決後以迄 1951 年間，Totten 原則曾被援引 6 次，但自 1951 年至 2001 年間，則被援引了超過 65 次。而其中許多案件已與秘密工作的契約無關。<sup>122</sup>

例如 1981 年的 *Weinberger v. Catholic Action of Hawaii* 案，所涉及的是「據說」美國海軍在夏威夷建立儲存核子武器的設施，應否向公眾提出其環境影響報告 (environmental impact statement) 的問題。聯邦最高法院首先指出，按照資訊公開之法令規定，除非海軍確實要在該地建立儲存武器設備，否則無須提出一份「假設的」(hypothetical) 環境影響報告；而至於海軍究竟有無建立該儲存設施之行爲，最高法院即引用 Totten 原則做爲結論，認爲由於涉及核子武器的秘密性，此事並非本案法院得審查的對象。<sup>123</sup>

### 第三項 國家安全：*United States v. Reynolds* (1953)

<sup>120</sup> *Id.* at 107.

<sup>121</sup> 最近援引 Totten 原則的聯邦法院判決：*Doe v. Tenet*, 544 U.S. 1 (2005). 其他如：*De Arnaud v. United States*, 151 U.S. 483, 493 (1894).、*Tucker v. United States*, 118 F.Supp. 371 (Ct. Cl. 1954).、*Halpern v. United States*, 258 F.2d 36, 41 (C.A.2 1958).、*Guong v. United States*, 860 F.2d 1063 (Fed. Cir. 1988). 學者的反對意見：see Louis Fisher, *In the Name of National Security: Unchecked Presidential Power And the Reynolds Case*, 222 (University Press of Kansas, 2006).

<sup>122</sup> Sean C. Flynn, *The Totten Doctrine And Its Poisoned Progeny*, 25 Vt. L. Rev. 793, 793 (2001).

<sup>123</sup> “Ultimately, whether or not the Navy has complied with NEPA “to the fullest extent possible” is beyond judicial scrutiny in this case.” *Weinberger v. Catholic Action of Hawaii/Peace Educ. Project*, 454 U.S. 139, 146-147 (1981).

## 第一款 案件事實

1948年10月6日，一架B-29型美國轟炸機由喬治亞飛往佛羅里達，目的在於飛行途中研究測試電子裝備，因此機上除了搭載八名軍方人員外，尚有四位非軍方身份的民間電子專家同行。起飛後不久，該軍機由於引擎著火，不幸在空中爆炸，機上十三人中有九人殞命，其中包括三位民間電子專家。三位民間人士的遺族依侵權法（Tort Claims Act）之規定，向美國政府提起國家賠償之訴訟。<sup>124</sup>

在地方法院的審前程序中，原告主張依據聯邦民事訴訟規則（Federal Rules of Civil Procedure）第34條之規定，要求政府提出空軍的官方事故調查報告，以及三名生還的機組人員之陳述。軍方反對此項主張，並表示根據空軍規則的規定，此類資訊均在秘匿特權保護範圍內，不得揭露。地方法院認為原告之主張確有充分理由（good cause for production had been shown），因此駁回軍方的主張。<sup>125</sup>

地方法院做出上述裁定後，空軍部長寫信向法院表示，若提供該份報告，確將不利於公共利益，法院因此展開重新審查（rehearing）。在重新審查中，空軍部長提出正式的特權主張（a formal claim of privilege），表示該軍機與機組人員均涉及高度空軍機密，因而無法公開；軍事檢察總長（Judge Advocate General）亦提出宣誓書（affidavit）指稱，若提供系爭資料將嚴重有害於國家安全、飛航安全以及高科技、秘密的軍方裝備發展，但軍方願意提供該生還的三名機組人員，接受原

<sup>124</sup> *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1, 3 (1953). 惟本案之軍機搭載人數在文獻中有不同之記載，例如 Louis Fisher, *In the Name of National Security: Unchecked Presidential Power And the Reynolds Case*, 1 (University Press of Kansas, 2006). 此書中，記載該 B-29 軍機上十三人中，有五位為民間人士，其中四人死亡。

<sup>125</sup> *Id.* at 4.

告詰問不具機密性質（classified nature）之事項。<sup>126</sup>

雖然軍方提出上述主張，但地方法院仍認為政府應將該份報告交給法院，由法院來決定是否有不能公開之機密性質。軍方再次拒絕法院之要求，法院因而判決政府敗訴，應賠償原告之損失。政府不服而上訴，但上訴法院維持原審意見，認為原告已顯示出其主張確有充分理由（showing of good cause for production of the documents），而政府又不願提出文件，因而再次判決政府敗訴。<sup>127</sup> 政府遂上訴至聯邦最高法院。

## 第二款 判決意義

聯邦最高法院審理的結果，有三位大法官同意原審上訴法院的見解；<sup>128</sup>但另外六位大法官則認為，在一定條件下，法院確實應接受政府的秘匿特權主張，無須也不能揭露系爭證據。多數意見由首席大法官 Frederick M. Vinson 執筆撰寫意見書，提出下列具有啓示性的理由：<sup>129</sup>

### 1. 僅有政府首長能提出秘匿特權主張：

政府秘匿特權專屬於政府，僅能由政府主張或拋棄，而不能由私人為之。<sup>130</sup>政府亦必須經該相關部門的首長在確實考慮後正式提出。<sup>131</sup>

<sup>126</sup> “...for the reason that the aircraft in question, together with the personnel on board, were engaged in a highly secret mission of the Air Force.” An affidavit of the Judge Advocate General, United States Air Force, was also filed with the court, which asserted that the demanded material could not be furnished ‘without seriously hampering national security, flying safety and the development of highly technical and secret military equipment.’ *Id.* at 4-5.

<sup>127</sup> *Id.* at 5.

<sup>128</sup> 包括 Mr. Justice BLACK、Mr. Justice FRANKFURTER，以及 Mr. Justice JACKSON。 *Id.* at 12.

<sup>129</sup> 以下見解均由本文作者自行整理。關於 *Reynolds* 案件的其他國內文獻介紹與分析，請參照 林輝煌，論公務秘密之刑事拒絕供證（上），台灣本土法學雜誌 62 期，頁 45-47，2004 年 9 月。

<sup>130</sup> “The privilege belongs to the Government and must be asserted by it; it can neither be claimed nor waived by a private party.” *Id.* at 7.

## 2. 特權主張應由法院審查：

本案判決中指出，關於政府秘匿特權的主張是否須經法院審查的問題，在歷史上曾有兩種極端的不同想法：一種是認為只要政府主張即可，法院不可審查；另一種則認為主張特權者必須向法院揭露秘密資訊以供審查。然而，法院並未採取以上這兩種極端的意見，而是發展出一種合理的妥協方案（a sound formula of compromise）。此種妥協方案早在 1807 年的 Burr 案中就曾表達，其意義為：法院可以衡量一切證據和情況，來決定應否揭露資訊。<sup>132</sup>

## 3. 類似不自證己罪方式的法院審查：

雖然能否主張特權應由法院審查決定，但同時法院也必須在不強制揭露該資訊的情況下審查特權主張是否信實，由於此事十分困難，因此可使用類似於處理不自證己罪特權的方式處理。<sup>133</sup>而所謂「以不自證己罪的方式處理」，意指法院應審查一切證據和情況、所提出問題的含意、對問題的回答、或對為什麼回答問題可能自陷於罪的解釋等。若法院滿意於上述審查的結果，就應接受該特權的主張而不再要求揭露。<sup>134</sup>

## 4. 「合理危險」標準：

---

<sup>131</sup> “It is not to be lightly invoked. There must be formal claim of privilege, lodged by the head of the department which has control over the matter, after actual personal consideration by that officer.” *Id.* at 8.

<sup>132</sup> “Indeed, in the earlier stages of judicial experience with the problem, both extremes were advocated, some saying that the bare assertion by the witness must be taken as conclusive, and others saying that the witness should be required to reveal the matter behind his claim of privilege to the judge for verification. Neither extreme prevailed, and a sound formula of compromise was developed. This formula received authoritative expression in this country as early as the Burr trial. There are differences in phraseology, but in substance it is agreed that the court must be satisfied from all the evidence and circumstances...” *Id.* at 9.

<sup>133</sup> “As to it, we find it helpful to draw upon judicial experience in dealing with an analogous privilege, the privilege against self-incrimination.” *Id.* at 8.

<sup>134</sup> “...the court must be satisfied from all the evidence and circumstances, and ‘from the implications of the question, in the setting in which it is asked, that a responsive answer to the question or an explanation of why it cannot be answered might be dangerous because injurious disclosure could result.’ If the court is so satisfied, the claim of the privilege will be accepted without requiring further disclosure.” *Id.* at 9.

在個案中，政府若能使法院從一切情況中發現，強迫取證的確有暴露關於國家安全利益之軍事事務的合理危險（a reasonable danger），則秘匿特權之主張即為妥適；此時法院即不能再堅持必須親自審視證據（即使只有法官獨自秘密審查亦同），否則將有害於該特權所欲保護之安全。

135

5. 衡量「對造之證據需要性」與「政府之特權主張」：

在個案中，對造顯示出對證據的需要性（the showing of necessity）將決定法院接受特權主張的程度。當證據的需要性顯示越強時，對造的特權主張就越不易被接受；反之，若法院已經終局的認定（ultimately satisfied）軍事秘密已危在旦夕，即使有再強的證據需要性顯示，亦無法突破特權。<sup>136</sup>

6. 在刑事案件與民事事件中主張特權，法律效果不同：

在刑事案件中，政府若主張其秘匿特權，則必須以釋放被告為代價。因為刑事案件的基本原理為：起訴被告的政府也有責任看見正義實現，若起訴卻主張政府秘匿特權來剝奪被告防禦所需的資料，豈不荒天下之大謬？但此一基本原理在民事事件領域並不適用，因為政府在民事事件中並非追訴者。<sup>137</sup>

<sup>135</sup> “It may be possible to satisfy the court, from all the circumstances of the case, that there is a reasonable danger that compulsion of the evidence will expose military matters which, in the interest of national security, should not be divulged. ...even by the judge alone, in chambers.” *Id.* at 10.

<sup>136</sup> “In each case, the showing of necessity which is made will determine how far the court should probe in satisfying itself that the occasion for invoking the privilege is appropriate. Where there is a strong showing of necessity, the claim of privilege should not be lightly accepted, but even the most compelling necessity cannot overcome the claim of privilege if the court is ultimately satisfied that military secrets are at stake.” *Id.* at 11.

<sup>137</sup> “the Government can invoke its evidentiary privileges only at the price of letting the defendant go free. The rationale of the criminal cases is that, since the Government which prosecutes an accused also has the duty to see that justice is done, it is unconscionable to allow it to undertake prosecution and then invoke its governmental privileges to deprive the accused of anything which might be material to his defense. Such rationale has no application in a civil forum where the Government is not the moving party” *Id.* at 12.



最高法院運用上述原則進行本案審理。首先，最高法院指出，本案判決時美國正處於國家防禦的重要時刻，<sup>138</sup>空軍是國防的重要武器，新式的電子設備則是發展空軍所必須，而本案中涉及的事務正是軍用飛機在測試電子設備中爆炸，因此該事故之調查報告很可能提及該新式電子設備，因而有害於國家安全。

因此，當空軍部長已經為此提出正式的特權主張，指出個案中有涉及軍事秘密的合理可能性（a reasonable possibility），此時即已對特權為充分表明，並使法院終局接受，因此即使對造證明了確有證據之需要性（the showing of necessity），也不能突破特權主張。<sup>139</sup>

最高法院並舉 1875 年的 Totten 案為例，指出該案因為涉及諜報活動契約，法院很容易接受該契約本質上確屬秘密，所以無論對造的證據需要性如何強烈，非常明顯地均不可能突破特權，故而該案中根本無須討論及證據作用的問題（...without ever reaching the question of evidence, since it was so obvious that the action should never prevail over the privilege.）<sup>140</sup>

而在本案中，事實上對失事調查報告的證據需要性也尚有疑問。因為被告同意讓三位生還的空軍人員到場作證，原告卻堅持不用，而非要與政府特權的主張一決雌雄不可，這就大大的減損了這份調查報告的證據需要性。相較於此種不選擇替代方案、使證據需要性變得可疑的作法，被告方面則提供了正式的特權主張，

<sup>138</sup> 雖然大法官在此沒有指出「現正處於國家防禦的重要時刻」的詳細原因，但顯而易見的，大法官指的是 1953 年正處於冷戰初期，蘇聯持續擴張共產主義政治力量，而導致美國國防上的緊繃。

<sup>139</sup> “...formal claim of privilege was filed by the Secretary of the Air Force, under circumstances indicating a reasonable possibility that military secrets were involved, there was certainly a sufficient showing of privilege to cut off further demand for the document on the showing of necessity for its compulsion that had then been made.” *U.S. v. Reynolds*, 345 U.S. 1, 10-11 (1953).

<sup>140</sup> *Id.* at 11. Also See *Totten v. United States*, 1875, 92 U.S. 105, 23 L.Ed 605.

自然較為可信。最後，法院的結論指出，由於本案中並無任何跡象顯示這場意外與該電子裝備有因果關係（causal connection），因此法院認為本案原告應接受被告所提出、以生還者到庭作證的方式，而非堅持要碰觸軍事機密。<sup>141</sup>

## 第四項 總統通訊：*United States v. Nixon*（1974）

### 第一款 案件事實

1972年6月17日清晨兩點鐘，五名男子於潛入民主黨位於水門大廈的全國委員會辦公室時被逮捕，當時他們正在翻閱民主黨的選舉資料，及安裝竊聽設備。五名現行犯中為首的是 J. H. McCord，此人曾在聯邦調查局和中央情報局任職，案發當時則是 Nixon 總統競選連任委員會的安全主任，並兼任共和黨全國委員會的安全顧問。其他四人包括一名開鎖專家、三名曾任職中央情報局的工作人員。此事件經華盛頓郵報披露後，震驚美國朝野與國際視聽，一般稱為「水門事件」（Watergate affairs）或水門醜聞（Watergate scandal）。聯邦調查局隨後對水門事件展開調查，並逮捕了 Nixon 競選連任委員會的財務顧問，及 Nixon 的特別顧問，以上七人被合稱為「水門七犯」（Watergate Seven）。<sup>142</sup>

水門事件發生後，雖然 Nixon 仍順利連任總統，但由於案件被告與總統之關係密切，不僅國會組成特別委員會對本案展開調查，特別檢察官（Special Prosecutor）亦組成大陪審團（Grand Jury）調查此案。在調查過程中，發現 Nixon 總統在其白宮辦公室內及電話上均設有錄音設備，以錄音帶紀錄總統與幕僚或顧問的談話內容，由於該對話記錄可證明國會及大陪審團所調查之證人陳述是否屬

<sup>141</sup> *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1, 11 (1953).

<sup>142</sup> 以上水門案件事實介紹摘自 許介麟，水門事件的研究，頁 3-5（大林，1974）。

實，進而影響案件被告的罪名是否成立，國會特別委員會及特別檢察官即要求 Nixon 總統提出該錄音帶紀錄及相關資料。<sup>143</sup>

大陪審團將上述「水門七犯」以涉嫌非法侵入、竊聽、竊盜等罪名起訴。值得注意的是，雖然 Nixon 總統並未於本案中被列為被告，但起訴書中則直指總統為本案「未經起訴之共謀者」(unindicted coconspirator)。<sup>144</sup>

在聯邦地方法院的審理中，法院依檢察官之聲請，核發「第三人書證提出命令」(third-party subpoena duces tecum)，命 Nixon 交出上述錄音帶紀錄及相關資料。Nixon 拒絕法院之要求，聲請撤銷(quash)此項命令，並主張該錄音帶所記錄的總統與幕僚間對話，應為總統得行使秘匿特權之範疇，惟此主張遭地方法院駁回，Nixon 遂向哥倫比亞特區巡迴上訴法院(Court of Appeals for the District of Columbia Circuit)提起上訴。在上訴法院開始審理前，聯邦最高法院以訴訟文件調取令(certiorari)之方式介入此案。<sup>145</sup>

## 第二款 判決意義

聯邦最高法院維持了地方法院之命令，亦即贊同應駁回 Nixon 之聲請。最高法院在此案中，做出多項當政府秘匿特權與「刑事案件」發生衝突時之代表性見解，茲整理如下：<sup>146</sup>

<sup>143</sup> “tape recordings and documents relating to conversations with aides and advisors” *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

<sup>144</sup> “Although he was not designated as such in the indictment, the grand jury named the President, among others, as an unindicted coconspirator.” *Id.* at 687-688.

<sup>145</sup> “Certiorari before judgment was granted to bring matter before Supreme Court before disposition by Court of Appeals.” *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

<sup>146</sup> 以下見解均由本文作者自行整理。關於 Nixon 案件的其他國內文獻介紹與分析，請參照 林輝煌，論公務秘密之刑事拒絕供證(上)，台灣本土法學雜誌 62 期，頁 40-42，2004 年 9 月；黃國昌，美國法上總統之豁免權與秘匿特權，月旦法學雜誌 140 期，頁 8-11，2007 年 1 月。

1. 總統通訊雖有特權但並非絕對：

總統與幕僚間之對話與溝通，並非「絕對秘匿特權」(absolute privilege)，亦即並非「在任何情況下」均可抗拒法院之提出命令，否則將嚴重減損法院之功能，有違憲法精神。<sup>147</sup>

2. 對造應先證明系爭資訊是防禦所不可或缺：

當總統提出秘匿特權之主張時，法官即應先推定系爭資訊受特權保護 (presumptively privileged)，而轉由檢察官證明，該資訊在本件審判中確屬不可或缺 (essential to the justice)，方可突破特權之限制。<sup>148</sup>

3. 法院之秘密審查：

若檢方成功突破特權限制，隨後應進行證據之秘密審查 (in camera inspection of evidence)，亦即以特別保密之程序謹慎保護證據資訊，除依法院之裁決外，不使洩漏或公開。<sup>149</sup>

4. 對總統身份之尊重：

法院進行秘密審查後，對任何與本案無關或不適格做為證據的總統談

---

<sup>147</sup> “To read the Art. II powers of the President as providing an absolute privilege as against a subpoena essential to enforcement of criminal statutes on no more than a generalized claim of the public interest in confidentiality of nonmilitary and nondiplomatic discussions would upset the constitutional balance of ‘a workable government’ and gravely impair the role of the courts under Art. III.” *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 707 (1974).

<sup>148</sup> “Upon receiving a claim of privilege from the Chief Executive, it became the further duty of the District Court to treat the subpoenaed material as presumptively privileged and to require the Special Prosecutor to demonstrate that the Presidential material was ‘essential to the justice of the (pending criminal) case.’” *Id.* at 713.

<sup>149</sup> “Prosecutor had made a sufficient showing to rebut the presumption, and ordered an in camera examination of the subpoenaed material.... It is elementary that in camera inspection of evidence is always a procedure calling for scrupulous protection against any release or publication of material not found by the court” *Id.* at 714-715.

話，都應基於總統之身分給予最高尊重。<sup>150</sup>

5. 秘匿特權與刑事案件中之憲法衝突：

在刑事審判中取得證據的權利，實具有許多憲法面向上的意義（constitutional dimensions）。憲法第六增修條文明確保障刑事被告可與證人對質，及強制使有利被告之證人到場；憲法第五增修條文則賦予被告正當法律程序之保障。上述憲法權利均可能與政府秘匿特權的主張發生激烈衝突。<sup>151</sup>

此外，由於在刑事審判中實現上述權利保障功能，是憲法第三條賦予法院的基本憲法職責，所以政府在此主張秘匿特權，將有違權力分立的憲法精神。<sup>152</sup>

最高法院指出，本案所面對的正是此種「總統的一般性機密利益」（the President's generalized interest in confidentiality）與「刑事審判的憲法保障」之間的衝突，而前者不同於國家機密的情況，後者也具有與民事事件、國會的資訊要求事件不同之性質。因為刑事審判中若有相關證據被秘匿，不僅會深深刺傷憲法正當法律程序之保障，更將嚴重損害法院的基本功能。（...*the privilege to withhold evidence that is demonstrably relevant in a criminal trial would cut deeply into the*

---

<sup>150</sup> “that Presidential conversations, which are either not relevant or not admissible, are accorded that high degree of respect due the President of the United States.” *Id.* at 715.

<sup>151</sup> “The right to the production of all evidence at a criminal trial similarly has constitutional dimensions. The Sixth Amendment explicitly confers upon every defendant in a criminal trial the right ‘to be confronted with the witnesses against him’ and ‘to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor’. Moreover, the Fifth Amendment also guarantees that no person shall be deprived of liberty without due process of law.” *Id.* at 711.

<sup>152</sup> “The impediment that an absolute, unqualified privilege would place in the way of the primary constitutional duty of the Judicial Branch to do justice in criminal prosecutions would plainly conflict with the function of the courts under Art. III. In designing the structure of our Government and dividing and allocating the sovereign power among three co-equal branches, the Framers of the Constitution sought to provide a comprehensive system, but the separate powers were not intended to operate with absolute independence.” *Id.* at 707.

*guarantee of due process of law and gravely impair the basic function of the courts.*)<sup>153</sup>

最高法院在判決中以極大的篇幅比較上述衝突利益後表示：我們的結論是，當總統欲將刑事審判所需的資料秘匿，但僅是以一般性的機密利益為依據時，此種特權主張尚不能勝過刑事正義對於正當法律程序的基本要求；此一般性的特權主張必須因刑事審判中對於證據的具體要求而退讓。<sup>154</sup>

綜合上述說理，最高法院認為，由於本案涉及對刑事被告的具體指控，而系爭總統與幕僚溝通資訊可以證明證人所言是否真實，因此與憲法增修條文所保障刑事被告之對質詰問權、強制取證權與正當法律程序息息相關，檢察官亦已證明此點，故總統之相對秘匿特權已被突破，應交出系爭資訊。<sup>155</sup>

## 第五項 最新發展：*Cheney v. United States Dist. Court*(2004)

### 第一款 案件事實

2000年George W. Bush就任美國總統後，不久即成立了「國家能源政策發展小組」(National Energy Policy Development Group)以提供其能源政策方面的諮詢及建議，並指派數位聯邦官員成為該小組的成員，副總統Richard B. Cheney則擔任該小組的主席。2001年時，由於媒體大幅報導能源小組與許多利益團體接觸頻

<sup>153</sup> *Id.* at 712-713.

<sup>154</sup> “We conclude that when the ground for asserting privilege as to subpoenaed materials sought for use in a criminal trial is based only on the generalized interest in confidentiality, it cannot prevail over the fundamental demands of due process of law in the fair administration of criminal justice. The generalized assertion of privilege must yield to the demonstrated, specific need for evidence in a pending criminal trial.” *Id.* at 713.

<sup>155</sup> “that the Special Prosecutor had made sufficient showing of good cause to support issuance of the subpoena” *United States v. Mitchell*, 377 F.Supp. 1326 (D.C.D.C. 1974).

繁，經常進行秘密會晤，因而引起國會要求審計局（Government Accountability Office）進行調查。

審計局要求能源小組提供有關會議的一切資訊，如會議記錄、出席會議者的名單及提供小組政策建議者（說客）的身份，但遭 Cheney 拒絕。之後，審計部再次請求提供較小範圍的基本資料，如小組成員的名單、開會的時間地點等，但仍遭拒絕。數個民間性質的監督政府團體因而提出訴訟控告 Cheney，希望能迫使參與會議名單公開。2002 年時，審計部也提出對 Cheney 的訴訟，要求公開名單。

上開訴訟中，審計部提出的訴訟因「逾越權限」（overstepped its authority）而被聯邦法院判決敗訴，但在民間團體提起的訴訟中，聯邦地方法院與上訴巡迴法院都判決 Cheney 必須交出系爭資料，否則就必須主張政府秘匿特權，並由法院審查特權主張是否適當，上訴巡迴法院並因此發出公開命令（discovery orders），要求 Cheney 等小組成員公開資訊，Cheney 因而以上訴巡迴法院為被告，向聯邦最高法院起訴。

## 第二款 判決意義

本文認為，Cheney 案判決的最大意義，在於綜合實踐了之前兩百年來聯邦法院對政府秘匿特權的觀點（特別是 Nixon 案的觀點），而提出了對於當秘匿特權與刑事案件或民事事件相衝突時，為何應有不同處理方式的全面性解釋。<sup>156</sup>Cheney 案判決不僅是重申了許多過往重要判決的見解，更重要的是對於政府秘匿特權這個考慮多端、價值混雜的重要概念領域，進行了相當的系統化（systematization），

---

<sup>156</sup> 除本文研究的範圍以外，Cheney 案判決尚涉及行政特權（executive privilege）與權力分立（separation of powers）間之爭議，關於此問題之評論，請參照 許昭元，論行政特權—以美國法為借鏡（上），憲政時代第 33 卷第 1 期，頁 29-30，2007 年 7 月。

使得之後的判決具有某程度的可預測性。以下就與本文之研究範圍有關部分，歸納 Cheney 案判決重點：<sup>157</sup>

1. 憲法對於總統的特殊考量：

由於總統之通訊與活動均有較高的敏感本質，法院本應賦予不同的對待標準。誠然，這並非表示總統不受法之拘束，而是基於公共利益的考量，對於司法正義的實現，應與對總統機密的最高保護等量齊觀，以盡可能避免行政部門涉入紛擾的訴訟中，因而分散了其於憲法職責上應有的積極努力。<sup>158</sup>

2. 刑事案件與民事事件本質不同：

原審判決將本案與 Nixon 案相比較，卻忽略兩者的基礎差別在於：Nixon 案是刑事案件。Nixon 案中發生衝突的，是總統的通訊機密與刑事程序中對關連性證據的要求。<sup>159</sup>

3. 刑事案件對證據的需要性與迫切性更高：

誠如 Nixon 案判決所闡釋，刑事案件對資訊的需求更加重要，因此不僅政府必須主張特權才能避免揭露訊息，甚至連該特權所能涵蓋的範圍都被嚴格解釋，因為隱藏訊息將有害於發現真實。<sup>160</sup>而在民事事件中，雖然其對證據的需要仍不可忽略，但其迫切性與重要性都無法與刑事案件相提並論。

4. 刑事案件中主張特權將有害於司法權本質功能：

在刑事案件中，法院若無法獲得某個不可或缺的證據，即無法實現憲法

<sup>157</sup> 數字後的小標題為作者所加。

<sup>158</sup> *Cheney v. U.S. Dist. Court for Dist. of Columbia*, 542 U.S. 367, 381-382 (2004).

<sup>159</sup> *Id.* at 383.

<sup>160</sup> "...in the criminal justice system, not only must the Executive Branch first assert privilege to resist disclosure, but privilege claims that shield information from a grand jury proceeding or a criminal trial are not to be "expansively construed, for they are in derogation of the search for truth," *Id.* at 384.



第三條所賦予的任務，而這將有損於司法權的本質功能（essential functions），因而不被允許；然而本案中卻非此種情形，至多只是要求公開的法規無法達成目的而已，尚無損於任何憲法權力的本質功能。<sup>161</sup>

5. 刑事制度有避免總統受到干擾的過濾機制：

此外，刑事案件中尚有許多的機制可過濾不當的法律主張（儘管還不夠完善），例如檢察官必須對公眾負責，也有倫理責任，並非只求勝訴，而必須追求正義。反之，民事事件中並無此等限制，由於總統與副總統職位的樹大招風，反而常成為民事賠償訴訟的攻擊目標。<sup>162</sup>

6. Nixon 案中檢察官已負舉證責任：

最後，Nixon 案中的提出命令（subpoena）性質也與本案不同。本案的公開要求卻天馬行空，過於廣泛（ask for everything under the sky）；Nixon 案中則係由要求資訊的特別檢察官，先舉證證明該系爭資訊確實與本案有關連性（relevancy）、適格性（admissibility）與明確性（specificity），使法院滿意後始突破特權之主張。這些要件的具備與證明，是避免使總統行使職權受到不必要打擾的重要防衛機制。<sup>163</sup>

## 第六項 本文評析

自以上五則聯邦法院的重要判決中，可以發現法院對於政府主張秘匿特權的案件，已經形成相當具體的審查模式。本文將聯邦法院的審查模式與特色整理如

---

<sup>161</sup> *Id.* at 384-385.

<sup>162</sup> *Id.* at 386.

<sup>163</sup> “The very specificity of the subpoena requests serves as an important safeguard against unnecessary intrusion into the operation of the Office of the President.” *Id.* at 386-387.

下：

1. 政府之特權主張：

若政府欲主張秘匿特權，必須由掌管該資訊的行政首長正式提出秘匿特權之主張（a formal claim），且該首長必須自行審慎考量，而不能由任何其他人代為決定或主張，此亦為 Burr 案即建立的原則。

而當政府主張秘匿特權時，除非欲使用證據之被告或檢察官可以證明該資訊對於其訴訟確屬不可或缺（essential to the justice，Nixon 案用語）或為防禦所絕對必須（absolute necessary in the defense，Burr 案用語），否則法院無須審查該特權主張是否信實。

2. 特權主張必須由法院審查：

法院究竟能否審查政府秘匿特權的主張，是美國早自 Burr 案以來即不斷討論的困難問題。誠如聯邦最高法院在 Reynolds 案判決中所指出的：「法院對政府秘匿特權主張若探詢太深，將迫使秘密資訊不得不揭露；但若完全放棄司法控制，將導致不可容忍的特權濫用。」<sup>164</sup>

對於此問題，美國聯邦法院的最終決定是：雖然可以相當尊重政府的主張，但仍不能放棄司法審查。因此，在面臨政府主張秘匿特權的案件中，雖然法院都會強調必須「尊重」政府機關之主張（如 Burr 案、Nixon 案、Cheney 案等），但這並不表示法院放棄對特權主張是否信實的審查權。<sup>165</sup>

<sup>164</sup> “Too much judicial inquiry into the claim of privilege would force disclosure of the thing the privilege was meant to protect, while a complete abandonment of judicial control would lead to intolerable abuses.” *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1, 8-9 (1953).

<sup>165</sup> 廖元豪，「國家機密」誰說了算？，聯合報 A19 版/民意論壇，2006 年 12 月 30 日：「在憲法層次上，更不能任由總統或行政部門『說了算』。部分論者誤以為美國法院將軍事外交等國安機密定位為『不受審查之絕對特權』；事實上，美國法院的態度是：實體審查標準上可以相當『尊重』政府部門的認定，但程序上絕不能『全然放棄』審查。...也就是說，證據還是得交給法院，由法院在個案中權衡。否則，三權政府就會被濃縮成一權獨大！」

在 Reynolds 案中，聯邦最高法院對此明確指出：「尊重」並非指法院無須審查，而是指「法院可以衡量一切證據和情況，來決定應否揭露資訊」，並認為此種處理方式可以溯源至 Burr 案。<sup>166</sup>

### 3. 對造突破政府秘匿特權之主張：

當政府對系爭資訊主張秘匿特權，聯邦最高法院始終要求欲使用該證據之被告或檢察官，應先負起舉證責任，向法院顯示確實有證據的需要性（the showing of necessity）。而所謂「顯示有證據需要性」，在 Cheney 案中被進一步闡釋為與本案具備關連性（relevancy）、適格性（admissibility）與明確性（specificity）。

在突破特權與維持特權的衡量上，最重要的是 Reynolds 案所指出的判斷標準：對造顯示的證據需要性將決定法院接受特權主張的程度。若對造可顯示出越強的證據需要性，法院就越傾向於不接受政府的特權主張；但若法院已經終局的認定（ultimately satisfied）系爭資訊確實如政府所主張的不宜公開，此時即使該案件的確很需要此份資訊，亦無法突破秘匿特權。<sup>167</sup>

### 4. 特權主張是否涉及國家機密：

1953 年的 Reynolds 案判決指出：「當證據的需要性顯示越強時，對造的特權主張就越不易被接受；反之，若法院已經終局的認定（ultimately satisfied）軍事秘密已危在旦夕，即使有再強的證據需要性顯示，亦無法

---

<sup>166</sup> “This formula received authoritative expression in this country as early as the Burr trial. There are differences in phraseology, but in substance it is agreed that the court must be satisfied from all the evidence and circumstances...” *Id.* at 9.

<sup>167</sup> 至於無法突破特權後，對造因無法取得所需證據，應有何種法律效果的問題，請詳 本章第四節「政府秘匿特權之法律效果」說明。

突破特權。」<sup>168</sup>似乎有意區別「軍事秘密」與其他政府秘密的不同，但尚未有較具體的論述。

聯邦最高法院在 1974 年的 Nixon 案中進一步指出：「當不涉及保護軍事、外交或敏感國家安全機密的主張時，我們很難接受『即使法院以秘密方式進行審查，總統通訊的重大機密利益也會被明顯削弱』這樣的主張。」<sup>169</sup>更明白顯示：當政府主張秘匿特權的事項是「軍事、外交或敏感國家安全機密」等國家機密（state secret）時，法院確實較容易接受政府的主張。

對於法院區分政府特權主張是「國家機密」與「一般公務秘密」、而異其審查標準的觀點，學者有稱之為特權之「絕對性」與「相對性」，<sup>170</sup>其意義為：當政府主張應秘匿的事項是「國家機密」時，只要使法院相信揭露秘密造成國家安全的合理危險（reasonable danger），此種特權主張就是絕對的，不受到對造證據需要性的影響。<sup>171</sup>反之，若政府主張的並非國家機密，僅是一般公務秘密時（如 Nixon 案中主張的總統通訊之秘

<sup>168</sup> “Where there is a strong showing of necessity, the claim of privilege should not be lightly accepted, but even the most compelling necessity cannot overcome the claim of privilege if the court is ultimately satisfied that military secrets are at stake.” *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1, 11 (1953).

<sup>169</sup> “Absent a claim of need to protect military, diplomatic, or sensitive national security secrets, we find it difficult to accept the argument that even the very important interest in confidentiality of Presidential communications is significantly diminished by production of such material for in camera inspection with all the protection that a district court will be obliged to provide.” *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 706 (1974).

<sup>170</sup> 本文在此將美國學者所稱的 “the privilege is absolute” 譯為「特權之絕對性」，而不譯為「絕對特權」，是為避免發生誤會。因為聯邦最高法院曾清楚指出，「絕對特權」不可能為美國憲法權力分立的概念所容許：「絕對的、不受限制的特權，將成為司法權首要憲法職責—在刑事案件實現正義—的擋路石，而與憲法第三條規定的法院功能發生顯而易見的衝突。」（“The impediment that an absolute, unqualified privilege would place in the way of the primary constitutional duty of the Judicial Branch to do justice in criminal prosecutions would plainly conflict with the function of the courts under Art. III”）*see United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 707 (1974).

<sup>171</sup> *See* Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 186 (Thomson/West, 6<sup>th</sup> ed. 2006). : “Whatever material is considered by the court, the standard applied is whether there exists a reasonable danger that disclosure will damage national security. If this danger is found, the privilege is absolute and is not affected by the extent of the litigant’s need for the confidential information.” *Also see* Roger C. Park, David P. Leonard & Steven H. Goldberg, *Evidence Law*, 417 (Thomson/West, 2<sup>nd</sup> ed. 2004). : “If the privilege applies, it is absolute and cannot be overcome by a showing of necessity.”

密)，法院則必須將不揭露該秘密的利益，與個案中對證據的需要性程度相比較，以決定是否接受政府的特權主張。

然而，必須特別指出的是：雖然涉及國家機密的特權主張具有「絕對性」，但仍必須由政府機關向法院提出證據、證明至「有造成國家安全合理危險」的程度，此種特權主張才能成立；並非政府機關一提出涉及國家機密的特權主張，法院即不得審查其主張是否信實。<sup>172</sup>

## 5. 刑事審判的憲法特殊性

相較於上述聯邦最高法院以判決發展的特權審查概念，刑事審判的特殊性無疑是較晚才被注意到的。1953 年的 *Reynolds* 案中，大法官在判決最末段，首次提到政府秘匿特權與刑事案件的特殊性，在於刑事案件中，政府既是追訴方（the moving party），又是剝奪被告有利證據的主張者。但由於 *Reynolds* 案本身為民事事件，因此判決並未在此多加著墨。<sup>173</sup>直到 1974 年的 *Nixon* 案，由於本案為刑事案件（被告被控妨害司法等罪名），又涉及公共利益的具體衡量，最高法院遂以極大篇幅對刑事審判的憲法上特殊性加以論述。

第一，最高法院指出，刑事被告受到憲法增修條文第五條的正當法律程序、第六條的對質權與強制取證權所保障，而實現這些憲法權利乃法院的基本功能（the basic function of the courts）。第二，最高法院亦直指在刑事審判中主張政府秘匿特權，將妨礙司法權基本的憲法職責，有違憲法設計三權分立政府之意旨。<sup>174</sup>因此，僅以總統一般性機密利益為依據的秘匿

<sup>172</sup> 關於「特權之絕對性」內涵的進一步探討，是本文的重要議題，請參照 本文第四章、第二節、第三項「法院審查之事項」的說明。

<sup>173</sup> 最高法院會提到刑事案件與民事事件的不同性質，僅是因為被告曾提出引用刑事案件於本案的主張。See *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1, 12 (1953).

<sup>174</sup> *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 707 (1974).

特權主張，在此必須退讓。最高法院亦明白表示，此種特殊的憲法衝突，是民事事件與國會的資訊要求事件中都不存在的。

刑事審判的憲法特殊性概念雖然「大器晚成」，在 1974 年才有完整論述，但此後儼然成爲最高法院論述政府秘匿特權的衡量標準所在，許多刑事案件中，最高法院均拒絕政府秘匿特權之主張，或雖允許政府主張但選擇釋放被告，以維護其憲法權利。<sup>175</sup>近年來，最高法院更進一步，在本身並非刑事案件的判決中，亦將案件與刑事審判相比較，藉以指出本案之性質，以說明如何與政府秘匿特權的利益進行衡量，例如 2004 年的 *Cheney* 案即爲適例。

*Cheney* 案中，最高法院除了延續 *Nixon* 案的傳統，論及刑事審判在「憲法」層次的二點特殊性外，更另外指出二點「法律」層次的特質：第一，刑事案件藉由發現真實來追求正義，對證據更加迫切需求。第二，刑事案件中有許多可過濾不當法律主張的機制，例如由檢察官來控制起訴，可避免對政府的濫訴，因此更使政府主張秘匿特權的利益居於下風。<sup>176</sup>

## 第四節 政府秘匿特權之法律效果

由於刑事審判涉及被告憲法權利保護以及司法權運作的核心價值—追求正義，因此當政府欲在刑事審判中主張秘匿特權時，即可能有損於這些重大利益，其衝突劇烈而難以避免。本文以下即介紹數則具有代表性的聯邦最高法院判決，以具體說明法院面對此種明顯的衝突，如何衡量政府秘匿特權之利益與其他利益間孰重孰輕、其衡量的因素與判斷標準何在，並分析其法律效果與意義。

<sup>175</sup> 請詳參本章下一節對於刑事審判中主張政府秘匿特權之法律效果的介紹。

<sup>176</sup> *Cheney v. U.S. Dist. Court for Dist. of Columbia*, 542 U.S. 367, 384-386, 124 S.Ct. 2576, 2590 (U.S. Dist. Col., 2004).

## 第一項 *Roviaro v. United States (1957)*

本案為聯邦最高法院處理「若政府堅持秘匿特權之主張，應如何處理被告憲法權利受損之問題」的首例，因而經常為嗣後判決所引用。<sup>177</sup>

本案被告 Albert Roviaro 被聯邦大陪審團起訴兩項罪名：一為販賣海洛因給名為 John Doe 的男子，一為運輸海洛因罪。在聯邦地方法院的審理中，由於購買海洛因的 Doe 事實上是政府線民，審判時檢方並未以 Doe 為證人，而是以參與此案的數位警察為證人，證明被告犯罪事實。被告於交互詰問（cross-examination）時提出關於 Doe 身份的問題，但被法院禁止；被告也希望 Doe 能出庭作證，但同樣為法院所拒絕。被告被判有罪而上訴，上訴法院仍維持原判決，被告因而上訴至最高法院。

最高法院指出，本案涉及政府秘匿特權之一的「線民特權」（informer's privilege），亦即對於此種提供違法消息給政府、以利執法的線民，政府有無秘匿其身份資料的特權問題。線民特權之目的，在於促進並保護有效執行法律的公共利益（the public interest in effective law enforcement），政府藉由將線民保密，來鼓勵其敢於通風報信。因此，此特權的範圍僅限於上述目的，若對於其通報內容的揭露，不會洩漏線民身份時，該內容並不受特權保護；同理，若該線民的身份已經為敵視其通報內容之人所知時，該特權亦不再適用。更進一步對線民特權的限制，來自於主張此特權是否會有害於對公平的基本要求（the fundamental requirements of fairness）。最高法院在此認為：

---

<sup>177</sup> Louis Fisher, *In the Name of National Security: Unchecked Presidential Power And the Reynolds Case*, 233 (University Press of Kansas, 2006).

「當對線民身份或其通報內容的揭露，與被告之防禦相關且有利 (relevant and helpful to the defense of an accused)，或對於公平的裁判會造成重要影響 (essential to a fair determination of a cause) 時，秘匿特權必須讓步。法院此時可要求揭露訊息，而若政府堅持秘匿資訊，法院應駁回訴訟 (dismiss the action)。」<sup>178</sup>

上述判決內容可稱為 *Roviaro* 原則 (*Roviaro Principle*)，特別是「相關且有助於被告防禦」的判斷標準，至今仍經常在涉及政府秘匿特權的案件中，被援引作為法院判決的依據。<sup>179</sup>

除了上開原則外，*Roviaro* 案判決亦提出案件中可適用的具體考量事項，而經常為後來的判決所引用：

「判斷訊息是否應揭露並無固定標準，必須衡平追求保護資訊流通的公共利益與個人準備防禦的權利。必須衡量的事項是個案的特殊情況，包括所犯之罪、可能的防禦方式、線民證詞的可能意義，以及其他相關因素。」<sup>180</sup>

就本案而言，由於在被告 *Roviaro* 所被指控的犯罪時點，只有 *Doe* 在其身旁，因此 *Doe* 是最接近被告且參與犯罪行為之人，也是唯一可能證明被告將海洛因運輸至車上的證人。法院衡量這些因素後認為，*Doe* 所可能提供的證詞高度相關且有

<sup>178</sup> *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53, 60-61 (1957).

<sup>179</sup> 如 *United States v. Valenzuela-Bernal*, 458 U.S. 858, 870 (1982).

<sup>180</sup> “We believe that no fixed rule with respect to disclosure is justifiable. The problem is one that calls for balancing the public interest in protecting the flow of information against the individual's right to prepare his defense. Whether a proper balance renders nondisclosure erroneous must depend on the particular circumstances of each case, taking into consideration the crime charged, the possible defenses, the possible significance of the informer's testimony, and other relevant factors.” *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53, 62 (1957).



助於被告的防禦，並不能由對其他證人（如參與本案的警察）的詰問來替代，除非被告自己放棄憲法防禦權，否則 Doe 應為其主要證人。因此最高法院判決，前審法院認定政府可以隱瞞 Doe 身份的判決違誤，應予撤銷。<sup>181</sup>

## 第二項 *Jencks v. United States* (1957)

本案是在 Roviario 案後不久做成的判決。案件緣起於男子 Clifford Jencks 被控偽造文書（filing an affidavit stating falsely），因為他提出一份自己並非共產黨員的宣誓書，但事後查證發現 Jencks 當時確實時有共產黨員的身份。在審判過程中，政府提出兩名接受聯邦調查局（FBI）酬勞的共產黨員之陳述紀錄，以指控被告犯罪，而當被告要求聯邦調查局提供這份陳述紀錄，以供被告檢閱證言時，卻遭到地方法院拒絕，而被告被判決有罪，因此上訴至最高法院。

最高法院多數意見推翻原判決，認為政府應提出相關報告。因為僅有使被告檢視該報告，才能決定是否要將該記錄作為防禦之用，並進一步為自己辯護。最高法院的結論為：「若政府選擇主張秘匿特權而選擇不提出相關的陳述報告時，對被告的刑事控訴即必須被駁回。」<sup>182</sup>判決並同時指出：大眾可能因此一判決而有法院縱放犯罪者的偏見，但此應由主張特權的政府負擔，而非法院承受。<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> *Id.*

<sup>182</sup> “ We hold that the criminal action must be dismissed when the Government, on the ground of privilege, elects not to comply with an order to produce, for the accused's inspection and for admission in evidence, relevant statements or reports in its possession of government witnesses touching the subject matter of their testimony at the trial.” *Jencks v. United States*, 353 U.S. 657, 672 (1957).

<sup>183</sup> “ The burden is the Government's, not to be shifted to the trial judge, to decide whether the public prejudice of allowing the crime to go unpunished is greater than that attendant upon the possible disclosure of state secrets and other confidential information in the Government's possession.” *Id.*

本文中，最值得注意的應為 Burton 大法官所提出的協同意見書（Harlan 大法官加入）。該意見書中首先表明，兩位大法官認為本案在聯邦法院運作刑事審判具有特殊的重要性，繼而指出：

「法官在此類案件中所扮演的，是行使裁量權的角色，藉由行使裁量權，讓衝突的利益獲得衡平解決，讓個案正義可在不需要無謂犧牲重要公共利益的情況下達成。有時受特權保障的資訊，有可能僅將特權部分移除、剩餘部分卻不影響其對被告的證據價值。唯有當個案中無法以移除特權資訊的方式解決，法院才必須在完全揭露或完全保留資訊中做抉擇。」<sup>184</sup>

上述意見雖然是在協同意見書中表達，但卻有發人深省的意涵，使後人可以瞭解到刑事審判與政府秘匿特權發生衝突時，大法官是以如何細膩的方式，在個案正義與公共利益的一進一退間進行裁量，以嘗試顧全各種利益間的衡平。而此篇協同意見書表現出的價值觀，也在 1980 年美國國會制定機密資訊程序法(CIPA)時，為立法者所接受。<sup>185</sup>

### 第三項 *Alderman v. United States* (1969)

被告 Alderman 因為將關於美國國防資訊運送至蘇聯的犯罪行為而被起訴，在最高法院的審理中，本案的其中一個重點，是政府曾使用電子儀器非法竊聽被告與其他共謀者的談話，而當被告要求檢視竊聽記錄時，遭到政府拒絕，理由是可能有害於國家安全。<sup>186</sup>

<sup>184</sup> “Only when deletion is impracticable is the court compelled to choose between disclosing the document as a whole and withholding it completely.” *Id.* at 677.

<sup>185</sup> 關於機密資訊程序法(CIPA)的立法、規定與操作，詳請參照 本章第五節、第二項「機密資訊程序法」之說明。

<sup>186</sup> 本案在證據法上有多重的重要意義，包括非法取證、毒樹果實、對證據排除中的「當事人適格」

在審理過程中，政府將秘匿特權的主張退讓，表示願意讓法院以秘密程序審查（inspected in camera）系爭紀錄，但不願意讓被告檢視。此外，政府亦主張該紀錄中並無與本案「可能相關」（arguably relevant）的資訊，因此無須適用「不揭露，就駁回」（disclose-or-dismiss）的原則。

然而最高法院反對政府的主張，指出兩項見解：第一，若法院秘密審查後認為可能相關，則必須將紀錄交給被告，不相關始禁止揭露。<sup>187</sup>第二，至於是否相關（relevant）的判斷，由於本案的特殊情況，僅以法院秘密審查的方式不足以保護被告權利，必須由被告與其辯護人一同加入審查程序來決定。<sup>188</sup>

關於第一點，法院是延續了歷來判決的主張，即系爭資訊是與案件有關，應由法院決定。至於第二點，法院認為應讓被告與其辯護人一同加入審查程序，以決定資訊是否相關，則是前案未曾有的見解。對此，最高法院提出其權衡的標準。

首先，就被告防禦而言。本案涉及竊聽記錄，而關於被竊聽的對話者、說話態度、使用的詞彙等，都可能決定該記錄是否與本案有關，但對一個未涉入此案的中立者（法官）而言，這些訊息可能是完全沒有特色與意義的。因此，最高法院指出：「無可否認的，這是法院必須決定的事項，但我們認為本案情形太複雜，若僅由法官進行秘密程序的檢視，極有可能犯下錯誤。」（the task is too complex, and the margin for error too great, to rely wholly on the in camera judgment of the trial court to identify those records）<sup>189</sup>

---

做出決定性判決等。請參照 王兆鵬，美國刑事訴訟法，頁 38-44（作者自版，2007 年）。

<sup>187</sup> “Any record found arguably relevant by the judge would be turned over to the petitioner... Material not arguably relevant would not be disclosed to any petitioner.” *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165, 181 (1969).

<sup>188</sup> *Id.* at 185.

<sup>189</sup> *Id.* at 182.

而就另一端、政府主張若讓被告檢視紀錄，將有害於國家安全利益的考量而言。最高法院認為，系爭資訊是被告與談話記錄的抄本（transcripts），而竊聽地點也是在被告的住所，因此可以安全的假設這些訊息內容都是被告已經知悉的，因此對被告揭露紀錄僅涉及最小的風險（a minimum hazard to others）。<sup>190</sup>

最高法院綜合上述權衡結果，認為使被告與其辯護人加入審查，將可以避免法院時間與精力不必要的耗費，而且也避免造成偏頗的決定。最高法院的結論是：法院可以且應該，在適當的時候、以避免資訊外洩的程序，讓被告及其辯護人加入審查資訊與本案的相關性。<sup>191</sup>

#### 第四項 *Davis v. Alaska* (1974)

本案被告 Joshaway Davis 被控告大竊盜罪（grand larceny）與破門竊盜罪（burglary），主要證人是一位在保護管束（on probation）之中的少年犯 Richard Green，Green 指出其曾在犯罪現場附近見到被告手持鐵橇、形跡可疑，且曾與被告有過對話。被告認為證人的證詞不實，因為其本身涉入此案中，害怕保護管束被撤銷，所以將犯罪全部推到被告身上。

被告希望能取得 Green 進一步的證詞，但檢方請求法院對本案核發保護令（protective order），禁止被告交互詰問證人關於其犯罪紀錄的問題。檢方的理由是依照阿拉斯加州的法律規定，少年犯罪的紀錄是禁止公開的，因此檢方聲請法院禁止被告詢問證人的犯罪紀錄。被告被判有罪，終上訴至最高法院。

---

<sup>190</sup> *Id.* at 184-185

<sup>191</sup> *Id.* at 185.

被告 Davis 主張，證人 Green 可能因害怕保護管束被撤銷，因而做出產生偏頗的證言，但由於被告無法詰問證人有關犯罪紀錄的問題，以致於無法攻擊其證言的可能偏頗，因此使被告受憲法增修條文第六條所保障的對質詰問權無法實現。

最高法院指出，本案涉及憲法增修條文第六條對刑事被告的對質詰問權保障，誠如 Wigmore 所言，對質詰問權保障的不僅只是讓被告與證人見面、大眼瞪小眼的呆板權利，而是為了實現交互詰問的目的，讓被告可以從證人處直接發問，並得到答案。而本案中，由於被告被限制不得詰問特定問題，以致於其無法彈劾證人的憑信性（witness' credibility），被告的對質詰問權已受到侵害。<sup>192</sup>

最高法院主張，原審認為被告可以直接向陪審團說明證人有偏頗的動機，而無須直接詰問證人，此種作法錯誤。因為欠缺交互詰問，將使陪審團認為被告對證人的指責只是出於猜想而無實據。最高法院最後判決，由於被告無法有效行使交互詰問，將造成「最嚴重的憲法錯誤，而且是被告再如何強調證人偏頗都無法彌補的」，因此原判決應予撤銷。<sup>193</sup>

## 第五項 *Pennsylvania v. Ritchie (1987)*

賓州一名男子 George Ritchie 被控多次性侵害其十三歲的女兒，被害人向警局報案，該案隨即被移交給社會福利團體 Children and Youth Services (CYS) 處理。在審前的證據開示程序（pretrial discovery），被告要求 CYS 提供關於其女兒陳述的紀錄，因為該記錄中可能會顯示對被告有利的其他證人，或有助於辯護的其他事

<sup>192</sup> *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308, 315-317 (1974).

<sup>193</sup> “Petitioner was thus denied the right of effective cross-examination which “would be constitutional error of the first magnitude and no amount of showing of want of prejudice would cure it.” *Id.* at 318.

項。被告的請求遭 CYS 拒絕，理由是依據賓州法律，所有 CYS 的報告與資訊均受秘匿特權保護（privileged）而不公開，法院同意 CYS 的主張。被告被判有罪，終上訴至聯邦最高法院。<sup>194</sup>

被告主張其對質詰問權被侵犯，因為無法獲得其女兒（證人）的陳述記錄，根本無法有效提出對證人的攻擊。若取得該份記錄，被告將有可能指出記錄中的陳述，與證人在審判中所為的陳述不符，或證明證人是出於不當的動機而提出指控。最高法院針對此指出：雖然 CYS 所處理的是敏感資訊，因此有重要的公共利益，但並非表示即可在各種情況下都將資訊保密，事實上州法規也規定，當法院要求提供記錄時，CYS 不得拒絕。

因此，最高法院認為，被告有權要求 CYS 提供系爭資料給法院檢視，以決定其中記錄是否有改變審判結果之可能，若有此類資訊，本案應該重新審理。然最高法院也說明，被告雖主張系爭資料中可能含有對其辯護有利之訊息，但被告仍須進一步使法院相信，該資訊是重要且有利於其防禦（material and favorable to his defense），而被告證明此事的具體程度，將影響法院對是否揭露資訊的評估。<sup>195</sup>

## 第六項 本文評析

從以上聯邦最高法院判決可以發現，政府秘匿特權議題中，看似難以兩全的利益衝突，在大法官對於個案的細膩衡量下，都可以得到相當程度的解決。本文

<sup>194</sup>除了本文有關的特權部分以外，最高法院在本案中詳細討論了關於憲法增修條文第六條之對質詰問權與強制取證權之內涵，請參見 謝易哲，被告於審判外訪談證人之權利，頁 35-39，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2006。

<sup>195</sup> “we note that the degree of specificity of Ritchie's request may have a bearing on the trial court's assessment on remand of the materiality of the nondisclosure.” *Pennsylvania v. Ritchie*, 480 U.S. 39, 57-58 (1987).

分析整理判決的重要意義如下：

### 1. 探索特權價值核心

最高法院深切認知到，政府欲主張秘匿特權的事項，背後通常都有其正當的公共利益考量，但從政府的觀點，對於揭露資訊是否可能造成公共危害，有時確實難以僅從資訊的表面一望即知，因而經常面臨判斷的困難。<sup>196</sup>此種現象導致政府可能傾向於積極主張特權，如同美國開國元勳 John Jay 所言：「寧可錯將不重要的事保密，也不可掉以輕心而洩漏。」<sup>197</sup>

然而，最高法院並未因此即盲從或偏袒政府的主張，而是承擔了司法審查的功能，在個案中探尋此項特權的公共政策目的何在，以得出其可主張適用的界線。

例如 *Roviaro* 案的線民特權，最高法院雖然亦承認其背後有公共利益的考量，且確實也有保護線民身分的必要，但也因此限制了此項特權的主張範圍，例如在不會使線民身份暴露的情況下，政府即不得主張對其通報內容行使秘匿特權。

而在 *Ritchie* 案中，最高法院一方面肯認州法對社福機構中敏感資訊的立法保護，確有其正當考量，但另一方面也指出該法律並未規定亦得不對法院公開，因為法院使用該敏感資訊進行案件審理，只要小心謹慎即不會破壞公共利益，因而也形成此種秘匿特權主張的界線。

### 2. 詳細權衡個案情況

---

<sup>196</sup> *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165, 181 (1969).

<sup>197</sup> John Jay (1745-1829)，為美國開國元勳，曾任美國國務卿、紐約州州長、及首任聯邦最高法院首席大法官，其言論轉引自：Laura A. White, *The Need for Governmental Secrecy : Why the U.S. Government Must Be Able To Withhold Information In the Interest of National Security*, 43 Va. J. Int'l L. 1071, 1073 (2003).

由於政府秘匿特權的本質，即為眾多價值的衝突（特別是政府保護秘密之公共利益，與刑事被告主張防禦權之憲法權利間的劇烈衝突），因此如何衡量輕重以決定是否揭露資訊，成為此一概念領域中最重要的問題。

關於價值的比較，最簡單的方式是明確的訂定孰輕孰重，判斷時即爽快俐落、無須猶豫，但卻可能因此使得個案中應追求的正義受到嚴重傷害。另一種思維則是以權衡法則（Balancing Test）在個案中綜合一切因素進行判斷，但所謂「綜合一切因素」的標準往往失之明確，而被論者譏為是空洞、任意的標準，或事實上等同於沒有標準。<sup>198</sup>

然而，最高法院在 *Roviaro* 案中，提出「應衡量一切個案特殊情況」，以決定是否揭露資訊的主張，卻未流於空洞、任意的權衡，而是在許多案件中留下具體實現的軌跡。

例如在 *Alderman* 案中，法院面對政府「若對被告揭露資訊將有害國家安全與公共利益」的強力特權主張，仍冷靜分析個案中所爭執的對話記錄，事實上其內容本為被告（說話者）所知悉，因此若能以秘密程序審查、加上法院強制不使公開的命令，應可將公共利益的損害風險減至最小程度；而另一方面，若僅由法院單獨依一般程序審查資料與案件的相關性，法院亦承認極可能犯下錯誤、對被告利益保護不足（inadequate protection），因而決定讓被告一同檢視記錄的相關性。

由此可以發現，最高法院每每在謹慎思考個案的實際利益之後，才運用權衡法則得出結論，誠如 *Burton* 大法官與 *Harlen* 大法官在 *Jencks* 案中提出的協同意見書中所言：「藉由行使裁量權，讓衝突的利益獲得衡平解決，讓個案正義可在不需要無謂犧牲重要公共利益的情況下達成。」此種詳加審視個案

<sup>198</sup> 雖然各有優缺點，但大多數學者在此仍主張以權衡法則進行審查，可參照 王兆鵬，美國刑事訴訟法，頁 558-559（作者自版，2007 年）。



的內容與特殊性、細膩比較各種利益取捨、力求妥適解決衝突的方式，不但已為美國國會制定成文法時所吸收，<sup>199</sup>亦應為我國審判實務所可學習的作法。

### 3. 著重被告利益保護

相較於舉著「公共利益」大纛、來勢洶洶的政府秘匿特權，法院更著重於刑事被告的利益保護。在聯邦最高法院首次處理此類案件的 *Roviaro* 案中，即揭示了「與被告之防禦相關且有利」(relevant and helpful to the defense of an accused) 的揭露資訊標準，以及「不揭露，就駁回」(disclosure or dismiss) 的法律效果，將追訴犯罪與保全秘密的公共利益，交由政府自行衡量決定，自此成為聯邦法院案件遵循的先例。在 *Jencks* 案判決中，法院甚至指出：「此種選擇並承受後果的負擔，應屬於政府，而非法院。」以此保護刑事被告的防禦權利。

凡是政府秘匿特權之主張可能造成刑事被告的防禦權受到影響、進而可能影響判決結果者，都會受到最高法院的限制。例如在 *Davis* 案中，前審法院認為雖禁止被告詰問證人關於犯罪紀錄事項，但仍不妨礙被告可直接向陪審團陳述此事，以彈劾證人之憑信性。最高法院則駁斥此種見解為「最嚴重的憲法錯誤」，因為以交互詰問方式暴露證人確實出於不良動機而為證言，此效果並非直接陳述所可替代，被告的防禦權仍受影響。而在 *Ritchie* 案中，法院也指出，若系爭記錄的揭露，有可能改變審判結果，本案即應重新審理。

## 第五節 聯邦法律規定

除了聯邦法院判決之外，美國國會對於政府秘匿特權的範疇應該廣泛至何種

<sup>199</sup> 詳細內容請見 本章第五節、第二項「機密資訊程序法」之討論。

程度，亦以制定成文法的方式表示其意見，主要反映在兩項法案：1966 年制定之資訊公開法（Freedom of Information Act, FOIA）與 1980 年制定之機密資訊程序法（Classified Information Procedures Act, CIPA）。

## 第一項 資訊公開法（Freedom of Information Act）

### 第一款 立法目的

資訊公開法（以下稱 FOIA）最大的影響，是將國防與外交機密以外的數項「敏感政府資訊」（sensitive government information）規定為政府可以主張秘匿特權的範圍。

在 FOIA 制定的年代，美國法院已經逐漸將政府秘匿特權的種類，由傳統的國防與外交事項擴展到其他需要保護的方面，例如 1957 年的 *Roviaro* 案中，聯邦最高法院即承認「線民特權」（informer's privilege）亦具有公共利益之基礎，而可能在個案中主張秘匿線民之身分或通報內容。<sup>200</sup>此類國防、外交事項以外之一般公務資訊特權，尚包括政府機關制定政策之審議資訊，以及特定事項的調查檔案等，均為普通法所承認。<sup>201</sup>

1960 年代以來，法院在審理個案時經常遇到政府主張秘匿特權，但並非國防或外交機密事項，而是屬於一般公務上應秘密資訊的情況，因而在法院判決時擴張了普通法的特權範圍，亦使國會認知到這些「敏感政府資訊」確實有明確立法加以保護的重要性，因此有 FOIA 的制定。<sup>202</sup>

<sup>200</sup> 參見本文上述對於 *Roviaro v. United States* (1957) 案的討論。

<sup>201</sup> Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 183 (Thomson/West, 6<sup>th</sup> ed. 2006).

<sup>202</sup> “At the time of the enactment of the original federal FOIA in 1966, there was clearly some protection extended by the courts to sensitive government information which did not constitute a military or diplomatic secret.” *Id.*

## 第二款 規定內容

FOIA 的第一條即開宗明義規定，各政府機關的資訊原則上應對人民公開，<sup>203</sup>而第二條的「豁免公開條款」(the exemption provisions)則劃出不得公開之界線：「凡與國防或外交政策利益有關之事項，經行政命令特別授權應保密者之事項，及依據行政命令事實上應屬於機密之事項，均得不予公開。」<sup>204</sup>換言之，FOIA 在國家機密特權方面的不公開標準，大致上與聯邦法院判決之範圍相若，亦即圍繞著傳統的國防與外交機密為規定。學者也認為，基本上 FOIA 對於有關國家機密特權的部分，只是反映了法院判決的發展，可以說既沒有擴張、也沒有減少特權的主張。<sup>205</sup>

然而對於國防與外交以外的一般公務資訊特權，FOIA 則將其立法細分為許多種類，例如機關內部的員工規則或慣例、商業貿易之機密、機關內部或機關間的信件往來與備忘錄、為執法目的而做成的紀錄、關於鑽油井的地理及地質學資訊等。由於 FOIA 並未規定上開資訊能否在訴訟中成為證據，因此並不能認為這些列舉事項是「特權的明文化」，但是透過這些事項，我們可以發現 FOIA 已經大致描繪出了特權所「可能主張」的最大範圍。

有學者指出：這並不表示 FOIA 第二條的豁免規定即「等於」政府可主張特權的範圍。因為 FOIA 的立法意旨顯然是針對一般大眾，但在訴訟中，政府對他造主張特權的標準，顯然與一般大眾不同。有時訴訟當事人對於獲取該資訊做為證據

<sup>203</sup> 5 U.S.C.A. § 552 (a) : Each agency shall make available to the public information as follows:...

<sup>204</sup> 5 U.S.C.A. § 552 (b) : This section does not apply to matters that are--

(1) (A) specifically authorized under criteria established by an Executive order to be kept secret in the interest of national defense or foreign policy and (B) are in fact properly classified pursuant to such Executive order; ...

<sup>205</sup> Kenneth S. Broun, *McCormick on Evidence*, 182 (Thomson/West, 6<sup>th</sup> ed. 2006).

的利益，會大於政府秘匿特權的利益，此時政府並不能主張 FOIA 第二條的規定而不予提供，所以實際上的特權運作應該是小於該條規定的範圍。<sup>206</sup>

FOIA 的制定，如前所述，主要原因是由於法院的判決逐漸擴張了一般公務資訊特權的種類；而當 FOIA 施行之後，法院的判決亦受到其規定的影響。此種普通法與制定法間的交互影響，形塑出今日美國秘匿特權的大致輪廓。

## 第二項 機密資訊程序法(Classified Information Procedures Act)

### 第一款 立法目的

相較於 FOIA 著重於明定可豁免公開的資訊種類，美國國會於 1980 年通過的機密資訊程序法(以下稱 CIPA)則有更重要的意義。根據參議院提出的立法目的，CIPA 被制定以「協助確保情報機關遵守法律規定，並協助強化保障國家安全與人民自由的法律執行。」<sup>207</sup>在此種「官方說法」中，我們不容易瞭解其真正的立法目的，但實際上正如參議員 Don Edwards 所言：「CIPA 是對於一系列棘手法律問題的法律回應，它本身僅是一個程序法案，無意要改變既有的權利或刑事程序中的證據法則」<sup>208</sup>所謂的「棘手法律問題」，指的正是在刑事審判中，政府主張秘匿特權時，與被告防禦權間發生的衝突。

<sup>206</sup> *Id.* at 183-184.

<sup>207</sup> S. Rep. No. 823, 96th Cong., 2d Sess. 2, reprinted in 1980 U.S. Code Cong. & Admin. News 4296 (report accompanying S. 1482, the Classified Information Procedures Act).

<sup>208</sup> 126 Cong. Rec. 26504 (1980) (statement of Rep. Don Edwards).

換言之，國會試圖利用成文法的制定，將一些程序上可能事先規範、能調和政府與被告間的對抗、減少機密資訊在審判中被揭露的危險的作法明定出來，其成果就是 CIPA。在 CIPA 將刑事程序中政府與被告的權利義務編纂成文的過程中，大量參考了既有的證據法與刑事程序規則，而在 1980 年制定完成之後，大多數聯邦法院審理的刑事案件，凡涉及政府秘匿特權之主張者，被告或政府也都援引 CIPA 之規定作為依據。有學者因而將 CIPA 比喻為：「給予被告免於被定罪之劍，給予政府保護國家安全利益之盾，此後兩者即以 CIPA 為武器，在法庭上展開激戰。」

209

由於 CIPA 是針對刑事審判中，被告要求揭露（disclose）機密資訊以作為辯護證據，而檢察官卻主張秘匿特權反對時，法院應如何處理的困難議題，而我國則完全沒有類似的法律規定。<sup>210</sup> 本文以下將簡略介紹 CIPA 的規定與適用實況，並於下一章中討論我國建立類似法律制度的可能性。

## 第二款 規定內容

CIPA 第一條將「機密資訊」（classified information）定義為：指美國政府依據行政命令、法規與規則所保護之任何資訊或材料，目的在於使國家安全及任何限制資料不予公開。而條文所稱的「國家安全」，則同樣指「美國之國防與外交關係」而言。<sup>211</sup>

<sup>209</sup> Timothy J. Shea, *CIPA Under Siege: The Use and Abuse of Classified Information In Criminal Trials*, 27 Am. Crim. L. Rev. 657, 662 (1990).

<sup>210</sup> 我國雖有國家機密保護法與政府資訊公開法之規定，但係規範有關機密的定義、核定機密之程序、應公開之政府資訊及其例外等事項，我國並無如 CIPA 此種針對審判中應如何處理機密揭露程序問題規定的法律。

<sup>211</sup> 18 USCA APP. 3 App. 3, Refs & Annos : § 1. Definitions

(a) “Classified information”, as used in this Act, means any information or material that has been determined by the United States Government pursuant to an Executive order, statute, or regulation, to require protection against unauthorized disclosure for reasons of national security and any restricted data,

審判中，若被告要求政府提供某項機密訊息，作為其防禦所必要的證據，依照 CIPA 規定，法院可授權檢察官「將資料中特定機密部分刪除以供被告使用」或「將該機密資料整理後提出大綱」或「承認該機密資料所欲證明的相關事項」。<sup>212</sup>

若被告本身即已擁有該機密資訊，而且被告「合理期待」（reasonably expect）將可能在預審或審判程序中揭露，則被告必須在法院指定的期日之前，以書面告知檢察官或法院此事（若法院未指定期日，則為審判前三十天）。若未於規定期間告知，或檢察官未曾有機會對該資訊的揭露為爭執，法院可能禁止該資訊的揭露使用。<sup>213</sup>

至於決定是否允許機密資訊揭露的程序，CIPA 規定與向來法院在一般刑事案件中的判決見解類似，亦即檢察官可以要求舉行一個秘密的聽審程序（a hearing to be held in camera），以避免秘密在審查過程中外洩。<sup>214</sup>

在聽審中，若被告可使法官相信特定機密資訊確實應該被揭露，此時檢察官可以選擇：承認該機密資料所欲證明的相關事項，以替代揭露；或以提出整份秘密資訊的摘要來替代揭露。反之，若法官認為資訊不應揭露，則秘密聽審程序的紀錄將被封存，且不准任何人公開。<sup>215</sup>

必須注意的是，不論檢察官採取何種方案來替代揭露，CIPA 都要求法官必須確保對被告的防禦而言，檢察官所提出的替代方案與揭露資訊具有實質上相同的

---

as defined in paragraph r. of section 11 of the Atomic Energy Act of 1954 (42 U.S.C. 2014(y)).

(b) “National security”, as used in this Act, means the national defense and foreign relations of the United States.

<sup>212</sup> 18 USCA APP. 3 App. 3, Refs & Annos : § 4. Discovery of classified information by defendants

<sup>213</sup> 18 USCA APP. 3 App. 3, Refs & Annos : § 5. Notice of defendant's intention to disclose classified information

<sup>214</sup> 18 USCA APP. 3 App. 3, Refs & Annos : § 6. Procedure for cases involving classified information

<sup>215</sup> *Id.*

作用 (substantially the same ability)。例如在著名的伊朗門事件 (Iran-Contra affairs) 審判中，<sup>216</sup>法院即認定政府為免除揭露所提出的替代陳述和摘要，均不足以保護被告 North 之利益。<sup>217</sup>

對法院應如何判斷系爭資訊是否應揭露的實質標準，CIPA 本身並未規定，實務上，法院則經常使用 *United States v. Roviato* (1955) 案中，聯邦最高法院所建立的「與被告之防禦相關且有利」(relevant and helpful to the defence) 之標準來判斷。<sup>218</sup>

若政府方面無法達成法官揭露或替代揭露的要求，且由檢察總長 (the Attorney General) 出具宣誓書 (affidavit) 反對揭露資訊時，法官有義務不使資訊揭露，但相對的，法院此時應駁回起訴 (dismiss the indictment)，以確保被告之利益。

在例外的情況，若法院認為駁回起訴將無法實現正義時 (the interests of justice would not be served)，法院可採取其他作法來取代駁回起訴，包括僅駁回特定罪名的起訴 (dismissing specified counts)、就與所排除機密資訊有關的事項，對檢方為不利之裁判、排除或禁止特定證人之證言等。<sup>219</sup>

### 第三款 運用實況

---

<sup>216</sup> 伊朗門事件 (Iran-Contra Affairs or IranGate)：1986 年 11 月，黎巴嫩的《帆船》週刊披露了美國與敵對國伊朗之間的秘密軍火交易，造成全球震撼；事發三周後，白宮的內部調查又發現，軍售所得的餘款竟被用於援助尼加拉瓜反政府軍 (Contra)。當時的美國總統雷根遂任命前聯邦法院法官 Lawrence Walsh 出任獨立檢察官，主持調查本案。1989 年 3 月，特別檢察官 Walsh 起訴涉案的白宮國家安全會議助理 Oliver North 中校，指控他涉嫌篡改機密檔案、妨礙國會調查等 12 項罪名，但起訴書中並未提及非法軍售和軍援等嚴重罪行。聯邦地方法院判決 North 成立三項罪名，經過 North 上訴後，上訴法院判決 North 全部無罪，檢察官 Walsh 上訴至聯邦最高法院，但最高法院維持了原審判決，North 無罪確定。

<sup>217</sup> *United States v. North*, 713 F. Supp. 1441 (D.C.C. 1989) .

<sup>218</sup> Stephen C. Thaman, *Official Privilege, State Security and The Right to A Fair Trial In The USA*, 32, in *National Security and International Criminal Justice*, edited by Herwig Roggemann & Petar Šarčević (Kluwer Law International, 2002).

<sup>219</sup> 18 USCA APP. 3 App. 3, Refs & Annos : § 6. Procedure for cases involving classified information

有學者將實務上運用 CIPA 要求揭露的常見資訊，分為三大類：第一，確實與本案證據有關的資訊，通常是關於被控罪行的要件，或是調查程序中發生的真實情況，此為聽審中最容易被法院接受的類型。第二，同時性抗辯（preoccupation defence），亦即被告主張在被指控犯罪同時，正為政府從事國家安全工作。若被告被指控犯罪的時間點，確實其有所陳述的事件同時發生，此種抗辯即有可能被接受。第三，可顯示出被告良好品格的資訊，亦被稱為「英雄抗辯」（hero defence）例如該被告曾在擔任間諜或秘密工作時為國立下大功等。<sup>220</sup>

此外，還有一種被稱為「CIA 辯護」（CIA defence）的類型也越來越多見，亦即被告宣稱自己所犯的罪行都是為了完成 CIA（美國中央情報局）的任務，已有數位被告做過類似的抗辯，其中有些極度誇張，包括 1989 年時有一名劫機犯聲稱，自己是為了 CIA 滲透古巴的計畫，因此劫持了往古巴的飛機。<sup>221</sup>

由上述實踐可以發現，因為 CIPA 為保護被告的防禦權，在一定條件下賦予法官可駁回訴訟或減輕被告責任的規定，雖然是良法美意，但近年來卻有越來越多的被告與律師，利用 CIPA 作為與檢方「談條件」的戰術工具。更有甚者，被告或律師往往以類似恐嚇的方式，威脅要揭露國家秘密，實際目的則在於逼迫法院駁回判決，或對被告做出其他有利決定。<sup>222</sup>儘管不論是法院判決或是立法，原本即容許政府為了保全秘密而選擇輸掉訴訟、放走被告，以求取最大的公共利益，但此種謀求價值衡平的思維，今日卻成為被告脫罪的手段，而且似乎還有越演越烈的趨勢，也因此引起許多學者對於 CIPA 規定是否妥適的爭論。<sup>223</sup>

---

<sup>220</sup> Saul M. Pilchen & Benjamin B. Klubes, *Using the Classified Information Procedures Act In Criminal Cases: A Primer For Defense Counsel*, 31 Am. Crim. L. Rev. 191, 199-201 (1994).

<sup>221</sup> Stephen C. Thaman, *Official Privilege, State Security and The Right to A Fair Trial In The USA*, 33, in *National Security and International Criminal Justice*, edited by Herwig Roggemann & Petar Šarčević (Kluwer Law International, 2002).

<sup>222</sup> *Id.* at 36.

<sup>223</sup> See Saul M. Pilchen & Benjamin B. Klubes, *Using the Classified Information Procedures Act In Criminal Cases: A Primer For Defense Counsel*, 31 Am. Crim. L. Rev. 191, 197-200 (1994).





## 第四章 政府秘匿特權與刑事審判

### 第一節 我國法制之政府秘匿特權概念

#### 第一項 憲法層次

##### 第一款 第五八五號解釋

在憲法層次上，最早提出「政府機關有隱匿特定資訊、不予公開之憲法上特權」者，為釋字第五八五號解釋。該號解釋的基本事實，是立法委員認為已經公布施行的「三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例」逾越憲法賦予立法院之權限，因此認為真調會條例有違憲疑義而提起釋憲。大法官為闡述立法院之「調查權」行使方式及得調查之事務範圍，遂首次討論及政府機關得否拒絕立法院調查、拒絕提供資訊等問題。<sup>224</sup>

第五八五號解釋文言：「凡國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，即非立法院所得調查之事物範圍。又如行政首長依其行政權固有之權能，對於可能影響或干預行政部門有效運作之資訊，均有決定不予公開之權力，乃屬行政權本質所具有之行政特權。」由此可見，大法官認為「凡國家機關獨立行使職權受憲法之保障者」，即非立法院所得調查之範圍，亦即國家機關有不公開之權力，其中雖包括行政首長所主張之「行政特權」，但並不以此為限。

所謂「國家機關獨立行使職權受憲法之保障者」，大法官曾於第三二五號解釋

<sup>224</sup> 請參照 釋字第五八五號解釋「立法委員柯建銘等九十三人釋憲聲請暨補充理由書」。

文中指出：「如司法機關審理案件所表示之法律見解、考試機關對於應考人成績之評定、監察委員為糾彈或糾正與否之判斷，以及訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證等」。<sup>225</sup>由以上大法官解釋推論，至少我國憲法上的行政、立法、司法、考試、監察等五種受憲法保障、獨立行使職權之機關，應均有秘匿特定資訊不公開之特權，本文將其合稱為「政府秘匿特權」。<sup>226</sup>

釋字第五八五號解釋雖然指出「政府機關有秘匿資訊之特權」此一概念的存在，亦在解釋理由書中舉例言：「例如涉及國家安全、國防或外交之國家機密事項，有關政策形成過程之內部討論資訊，以及有關正在進行之犯罪偵查之相關資訊等，均有決定不予公開之權力，乃屬行政權本質所具有之行政特權（executive privilege）」但尚未對秘匿特權的內涵與主張程序有較詳細的說明，亦尚未指出此種特權究係「憲法上」之特權，抑或是「法律上」之特權。這些問題直到以「總統之國家機密特權」為標的之釋字第六二七號解釋做成之後，才有較明確的答案。

## 第二款 第六二七號解釋

<sup>225</sup> 請參照 大法官釋字第三二五號解釋文。

<sup>226</sup> 我國憲法及增修條文雖然自制定以來屢經增刪改易，但大多數大法官與學者仍認為，我國憲法中由行政、立法、司法、考試、監察各自獨立行使職權之五權分立體制並未改變。最明顯者如許宗力大法官於釋字五八五號解釋部分不同意見書中言：「在憲法政策層次而言，本席固贊同立法院應擁有相當於歐美國家之國會調查權，然我國憲政設計乃五權分立，實無法與外國三權分立者相提並論」。

而自從大法官釋字第三號解釋文言：「我國憲法依據 孫中山先生創立中華民國之遺教而制定，載在前言，依憲法第五十三條（行政）、第六十二條（立法）、第七十七條（司法）、第八十三條（考試）、第九十條（監察）等規定建置五院。本憲法原始賦與之職權各於所掌範圍內，**為國家最高機關獨立行使職權**，相互平等，初無軒輊。」此項見解自提出以來，即為我國大法官解釋憲法權力分立原則之依憑，而時常被稱為「五權分治（制），平等相維」之理念。典型的運用如六一三號解釋許宗力大法官協同意見書所指出：「況在憲法未明文規定下，如允許立法院得援引憲法第六十三條之重要事項，自行經由立法，乃至單純決議決定何種行政人事屬國家其他重要事項，而逕將該人事權剝奪或據為己有，則國家憲政體制勢必嚴重往立法權傾斜，而使行政權淪為立法權之附庸，所謂『五權分治，平等相維』，也盡失意義。」其他同樣認為我國憲法之權力分立仍應為五權體制的近期大法官見解，尚可參見 六五五號解釋陳新民大法官不同意見書、六三二號解釋余雪明大法官部分不同意見書、六〇三號解釋楊仁壽大法官不同意見書等。學者見解則請參照 吳庚，憲法的解釋與適用，頁 51（三民經銷，2004 年三版）；湯德宗，權力分立新論 卷二 違憲審查與動態平衡，頁 395（元照，2005 年初版）；蕭文生，國家法 I—國家組織篇，頁 101（元照，2008 年初版）。

在釋字第六二七號解釋中，大法官對於行政特權概念下的「總統國家機密特權」做了進一步的說明。該號解釋的基本事實，是由於台北地方法院審理總統之國務機要費使用問題，於準備程序中傳喚總統為證人，並要求總統將相關文件送交法院審理。總統認為法院的要求已侵犯憲法第五十二條總統刑事豁免權之規定，且侵犯總統依據憲法權力分立原則所擁有之「國家機密特權」，因此聲請大法官解釋。<sup>227</sup>

第六二七號解釋文言：「總統依憲法及憲法增修條文所賦予之行政權範圍內，就有關國家安全、國防及外交之資訊，認為其公開可能影響國家安全與國家利益而應屬國家機密者，有決定不予公開之權力，此為總統之國家機密特權。」解釋理由書中更指出：「憲法並未明文規定總統之『國家機密特權』，惟依權力分立與制衡原則，行政首長依其固有之權能，就有關國家安全、國防及外交之國家機密事項，有決定不予公開之權力，屬行政首長行政特權之一部分，本院釋字第五八五號解釋足資參照，此即我國憲法上所承認行政首長之國家機密特權。」

將上述解釋內容與釋字第五八五號解釋對照，可以發現：釋字第五八五號解釋所闡述的是一般行政特權的性質，而釋字第六二七號解釋則是針對特殊的行政首長—總統，以及特殊的行政事項—國家機密。釋字第六二七號解釋理由書說明了兩件事：第一，國家機密特權僅為行政特權之「一部份」，換言之，行政特權的範圍比國家機密特權更加廣泛。第二，行政首長之國家機密特權為「憲法上」之

<sup>227</sup> 請參照 釋字第六二七號解釋「總統解釋憲法聲請書」。此外，本號解釋文的重點包括「總統之刑事豁免權」與「總統之國家機密特權」，前者並非本文所欲討論之範圍，相關文獻請參照 黃國昌，美國法上總統之豁免權與秘匿特權，月旦法學雜誌 140 期，頁 14-16，2007 年 1 月；黃維幸，總統刑事豁免權的比較研究，月旦法學雜誌 147 期，頁 41 以下，2007 年 8 月；李惠宗，總統刑事豁免權及機密特權之研究，前揭書，頁 79 以下；徐正戎，總統刑事豁免權釋憲案說明書，臺灣法學雜誌 97 期，頁 52 以下，2007 年 8 月；楊雲驊，釋字第六二七號解釋與刑事訴訟程序，前揭書，頁 66 以下；李建良，「總統刑事豁免權與國家機密特權」釋憲案說明會意見書，臺灣法學雜誌 98 期，頁 39 以下，2007 年 9 月。

特權。

雖然大法官並未明白表示所有政府機關的秘匿特權均為憲法上特權，但從釋字第三二五號、五八五號、第六二七號等解釋內容觀之，既然行政機關的秘匿特權是來自於「權力分立與制衡原則」下的「行政權本質」，而立法權、司法權、考試權、監察權等亦為權力分立與制衡原則下各具不同「本質」的國家權力，因此本文認為，應可依據上開大法官解釋推論：所有「獨立行使職權受憲法之保障」的政府機關，其均擁有憲法上的秘匿特權，而可主張不公開特定資訊。

## 第二項 法律層次

### 第一款 訴訟法之規定與缺漏

雖然政府機關可秘匿特定資訊、不使公開的特權具有憲法根據，但鮮少看到政府機關直接依據憲法上的特權主張不公開資訊（如釋字第六二七號解釋的情況），因為立法機關為因應各政府機關的需求，已經制定了各種可不公開資訊法律規定，以供不同情況的適用。

特別是在法院審判中，由於不論是刑事、民事或行政案件，都可能會涉及對政府秘密的調查，為了保護秘密不洩漏，各訴訟法均設有法院在特定條件下不得調查政府秘密之規定。例如刑事訴訟法第一七九條規定：「(第一項)以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之允許。(第二項)前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。」、第一三四條規定：「(第一項)政府機關、公務員或曾為公務員之人所持有或保管

之文書及其他物件，如為其職務上應守秘密者，非經該管監督機關或公務員允許，不得扣押。(第二項)前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。」即為政府秘匿特權在刑事訴訟程序中的具體規定。<sup>228</sup>

然而，雖然訴訟法中已有關於政府秘匿特權的規定，但在法院審判案件時，有時政府機關仍無法透過訴訟法的規定主張秘匿特權。舉一例說明：甲因涉嫌洩漏國防秘密罪被起訴，審判中，甲辯稱該份資料並不涉及國防秘密，且表示系爭資料為乙（非公務員）交給他，乙則是從其擔任公務員的兒子處得來。<sup>229</sup>審理本案之法院為瞭解甲是否觸犯洩密罪，欲審視該資料之內容性質，並傳喚乙前來作證，但政府機關主張法院不得訊問證人乙、亦不得審視該資料之內容，以避免國防秘密洩漏。

在以上案例中，若政府機關若欲依刑事訴訟法第一七九條、第一三四條的規定來主張秘匿特權，將會遇到「要件不該當」的困難。因為證人乙並非第一七九條規範的「公務員或曾為公務員之人」；而已經流出的秘密資料也非第一三四條所稱之「政府機關、公務員或曾為公務員之人所持有或保管之文書及其他物件」。<sup>230</sup>在此種情況下，是否由於刑事訴訟法沒有規定政府機關可以主張秘匿特權，政府機關即無從主張、只能任憑秘密在法庭上公開？換言之，訴訟法上對政府秘匿特權的規定範圍，究竟是立法者「明示其一，排除其他」的有意限制，或僅是立法

<sup>228</sup> 其他訴訟法對於政府秘匿特權的規定，如民事訴訟法第三〇六條：「(第一項)以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該監督長官之同意。(第二項)前項同意，除經釋明有妨害國家之利益者外，不得拒絕。」、行政訴訟法第一四四條：「(第一項)以公務員、中央民意代表或曾為公務員、中央民意代表之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該監督長官或民意機關之同意。(第二項)前項同意，除有妨害國家高度機密者外，不得拒絕。以受公務機關委託承辦公務之人為證人者，準用前二項之規定。」

<sup>229</sup> 本案改編自最高法院 95 年台上字第 4757 號判決，基本事實大略相同。

<sup>230</sup> 第一三四條所規範之「政府機關、公務員或曾為公務員之人所持有或保管之文書及其他物件」，其文義應係指文書或物件「現仍為」政府機關、公務員、曾為公務員之人所持有中的情況，而非指「曾經為政府機關或公務員所持有的文書」，否則本條所稱的「曾為公務員之人」即成為贅文。此對照第一七九條規定之「以公務員或曾為公務員之人為證人」亦自明。

者單純的疏漏？

本文認為，觀諸第一七九條之立法理由所言：「訴訟法原則，凡一切人民，皆負有為證人之義務，本條所揭官吏免其義務者，所以保國務之秘密也。蓋外交軍事，及其他國務上之秘密，苟一洩漏，有關係國家之安寧者，不能為一刑事案件，而置國家安寧於不問，然除有此重要關係外，雖係官吏，仍負有為證人之義務。」其立法目的應在於「保國務之秘密」，亦即確保政府秘密之「內容」不致因法院審理案件而洩漏，至於洩漏秘密之人是否具有（曾為）公務員之「身分」，其實並非立法者所真正關心。第一三四條的情況亦相同：法律之規範目的在於使秘密文書或物件不致洩漏，而不論其是否為「政府機關、公務員或曾為公務員之人所持有或保管」者。<sup>231</sup>

因此本文主張，當審判中政府機關認為確有主張秘匿特權之需要，但卻不符合訴訟法之規定時，應容許政府可以透過其他法律規定主張秘匿特權。例如在上舉案例中，政府機關若認為系爭資料涉及國家機密，且已依法核定，則可依據國家機密保護法第二十一條之規定，主張非經原核定機關同意，法院不得使用做為證據；<sup>232</sup>而若該機密非屬於國家機密，而是一般公務資訊時，則可援引政府資訊公開法第十八條第一項的各款規定，以限制其公開。<sup>233</sup>

<sup>231</sup> 刑事訴訟法第一三四條自民國二十四年一月一日公布施行以來，迄今未曾修正，當時之立法理由經本文作者遍尋而不得，似已亡佚，但就其條文用語與規範目的而言，應與第一七九條之規定相當。

<sup>232</sup> 國家機密保護法第二十一條：「其他機關需使用國家機密者，應經原核定機關同意。」

<sup>233</sup> 政府資訊公開法第十八條第一項：「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：

- 一、經依法核定為國家機密或其他法律、法規命令規定應秘密事項或限制、禁止公開者。
- 二、公開或提供有礙犯罪之偵查、追訴、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。
- 三、政府機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或其他準備作業。但對公益有必要者，得公開或提供之。
- 四、政府機關為實施監督、管理、檢(調)查、取締等業務，而取得或製作監督、管理、檢(調)查、取締對象之相關資料，其公開或提供將對實施目的造成困難或妨害者。
- 五、有關專門知識、技能或資格所為之考試、檢定或鑑定等有關資料，其公開或提供將影響其公正

## 第二款 國家機密保護法與政府資訊公開法

事實上，訴訟法之外與政府秘匿特權有關的法律規定很多，各有其不同的功能與目的。例如政府採購法第三十四條規定，政府機關辦理招標採購的程序應予保密，其目的在於確保招標結果的公平性；<sup>234</sup>法院組織法第一〇三條、第一〇六條規定，法院審判時，各法官之意見應記載於評議簿，且在裁判確定前禁止公開，目的則應是為了確保評議不受到外來的不當影響。<sup>235</sup>此種散見於各種不同領域、用以規範政府秘匿特權事項的法律極眾，但最具統合性的專門規範，應為國家機密保護法與政府資訊公開法。

國家機密保護法所規範者，是政府機關將特定資訊核定為機密時應有的程序與要件，該法第二條規定：「本法所稱國家機密，指為確保國家安全或利益而有保密之必要，對政府機關持有或保管之資訊，經依本法核定機密等級者。」而若某

效率之執行者。

- 六、公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。
- 七、個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開或提供有侵害該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。
- 八、為保存文化資產必須特別管理，而公開或提供有滅失或減損其價值之虞者。
- 九、公營事業機構經營之有關資料，其公開或提供將妨害其經營上之正當利益者。但對公益有必要者，得公開或提供之。」

<sup>234</sup>政府採購法第三十四條：「(第一項)機關辦理採購，其招標文件於公告前應予保密。但須公開說明或藉以公開徵求廠商提供參考資料者，不在此限。(第二項)機關辦理招標，不得於開標前洩漏底價，領標、投標廠商之名稱與家數及其他足以造成限制競爭或不公平競爭之相關資料。(第三項)底價於開標後至決標前，仍應保密，決標後除有特殊情形外，應予公開。但機關依實際需要，得於招標文件中公告底價。(第四項)機關對於廠商投標文件，除供公務上使用或法令另有規定外，應保守秘密。」其立法理由為：「一、第一項明定招標文件於公告前應予保密之原則，以**避免不公**。二、為防止廠商藉先行了解底價及其他競爭者之資料，而造成**不公平**之現象，對底價、廠商名稱、家數等，實有保密之必要，爰於第二項明定。...」

<sup>235</sup>法院組織法第一〇三條規定：「裁判之評議，於裁判確定前均不公開。」、第一〇六條：「(第一項)評議時各法官之意見應記載於評議簿，並應於該案裁判確定前嚴守秘密。(第二項)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。但不得抄錄、攝影或影印。」



資訊經政府機關核定為機密，則其他機關（如法院）要使用該資訊，依該法第二十一條之規定，即必須經原核定機關之同意，因此可發揮使政府秘密不致洩漏的效果。

政府資訊公開法則是從使用資訊者的角度出發，規範政府機關應公開與不公開之事項。該法規定政府資訊原則上均應主動、適時公開，<sup>236</sup>但若公開資訊會導致「影響國家整體利益、公務之執行及個人之隱私」之後果時，<sup>237</sup>政府機關始可限制公開或不予提供，該法第十八條第一項並列出了九種較為具體的不公開事項。

由於國家機密保護法與政府資訊公開法，是針對「所有政府機關」可能秘匿事項的統合性規定，因此在訴訟法漏未規定時，政府機關將可以憑藉此二部法律，在訴訟中主張其秘匿特權。<sup>238</sup>

### 第三項 法無明文時

由於政府機關處理的資訊種類繁多，而且經常與時遷移，因此仍有可能會出現政府機關不僅無從依訴訟法主張秘匿特權，而也無從依其他法律主張的情況。

<sup>236</sup> 政府資訊公開法第五條：「政府資訊應依本法主動公開或應人民申請提供之。」、第六條：「與人民權益攸關之施政、措施及其他有關之政府資訊，以主動公開為原則，並應適時為之。」

<sup>237</sup> 政府資訊公開法第十八條立法理由：「資訊公開與限制公開之範圍互為消長，如不公開之範圍過於擴大，勢將失去本法制定之意義；惟公開之範圍亦不宜影響國家整體利益、公務之執行及個人之隱私等，爰於本條第一項列舉政府資訊限制公開或提供之範圍，以資明確。」

<sup>238</sup> 國家機密保護法與政府資訊公開法的規定範圍包括所有政府機關，可從政府資訊公開法第四條對「政府機關」之定義看出。該條規定為：「本法所稱政府機關，指中央、地方各級機關及其設立之實（試）驗、研究、文教、醫療及特種基金管理機構。受政府機關委託行使公權力之個人、法人或團體，於本法適用範圍內，就其受託事務視同政府機關。」立法理由並說明：「為建立政府資訊公開制度，貫徹本法之立法目的，爰規定**本法所稱之政府機關，包括所有中央、地方各級機關**，意即除行政院及其所屬各級機關外，尚包括國民大會、總統府及其所屬機關、立法院、司法院及其所屬機關、考試院及其所屬機關、監察院及其所屬機關及各級地方自治團體之機關。」國家機密保護法對於政府機關的定義也與上述內容相同（請參見 國家機密保護法施行細則第四條之立法理由：「參考政府資訊公開法草案第四條第一項規定，定明本法第三條所稱機構之範圍。」）。

因此，更進一步的問題是：若在法院審判中，政府機關在所有「法律」層次均無法找到支持其秘匿特權主張的規定時，是否容許政府可直接主張其秘匿特權係源自「憲法」，因此法院不得調查某證人或物證？此問題的重要性在於：若允許政府機關越過法律、直接依憲法主張秘匿特權，可能會造成「特權滿天飛」的濫用情況；反之，若認為沒有法律依據即不容許主張政府秘匿特權，可能因而造成政府秘密不當洩漏的危險。

關於此一問題，大法官在釋字第五八五號、第六二七號解釋中並未明示，但就總統主張其國家機密特權的情況，第六二七號解釋認為雖然現行法律並無明文規定，而應由立法機關另行立法規範，但在此之前，總統仍得於刑事審判程序中主張其秘匿特權。<sup>239</sup>此見解似乎是認為，總統可以在無法律規定時，直接依「憲法」主張其秘匿特權；但對於總統以外的其他政府機關是否同樣可如此主張，大法官解釋則未表明見解。

本文認為，基於政府秘匿特權所欲保護的是「秘密內容」不致洩漏，而且也有憲法上的權力分立原則作為根源，因此在法無明文的情況下，容許總統逕依憲法主張特權應是可行的，釋字第六二七號之見解應可茲贊同。而就總統以外的政府機關，只要是屬於釋字第五八五號解釋所言的「國家機關獨立行使職權受憲法之保障者」，由於同樣也有秘匿特定資訊、不使內容洩漏的需求，也同樣以權力分

<sup>239</sup> 釋字第六二七號解釋中，大法官對於為何認為應屬公務員的總統，不適用刑事訴訟法第一七九條、第一三四條等規定，而必須由「立法機關應就其得拒絕證言、拒絕提交相關證物之要件及相關程序，增訂適用於總統之特別規定」，並未加以說明。而且大法官在同一段解釋文中又言，總統應釋明其拒絕證言與拒絕提出、交付證物之理由為何，若總統未能合理釋明時，「該管檢察官或受訴法院應審酌具體個案情形，依刑事訴訟法第一百三十四條第二項、第一百七十九條第二項及第一百八十三條第二項規定為處分或裁定。」似又認為總統應適用於刑事訴訟法的規定。學者對於大法官在此未加說明，即逕行指示立法機關應另行立法，亦意見兩極：有認為將衍生是否不當侵越立法權的疑慮（請參見 陳愛娥，憲法解釋、立法與普通司法的權限互動：評司法院大法官釋字第六二七號解釋，月旦法學雜誌第 148 期，頁 112-113，2007 年 9 月）；但亦有認為大法官已經確認我國刑事訴訟法對總統秘匿特權沒有規定，而有明顯漏洞，因此逕行行使「法律漏洞的填補權」之作法，仍值得贊同（請參見 李惠宗，總統刑事豁免權及機密特權之研究，月旦法學雜誌第 147 期，頁 97-99，2007 年 8 月）。

立原則作為其憲法根源，基於「相同事物，相同對待」之原理，似無不准其依憲法直接主張秘匿特權之理。

綜上所述，本文認為在刑事審判程序中，若政府機關不能依據刑事訴訟法之規定主張政府秘匿特權時，應容許政府機關依據其他法律（如國家機密保護法、政府資訊公開法等）的規定主張特權；而若其他法律亦無規定時，依據我國大法官解釋的見解與推論，政府機關仍可直接依據憲法主張秘匿特權。至於如何防止政府機關濫行主張秘匿特權、防止個案中因為特權主張而侵害其他重要的利益（如影響發現真實，或使刑事被告的防禦權受損），則是本文以下要探討的重心。

## 第二節 法院審查政府秘匿特權主張之程序

在刑事審判中，若被告欲對質詰問證人，或提出對自己有利的物證時，均有可能因該證人或物證涉及政府秘密，而遭政府機關主張秘匿特權、不得使用。然而，縱令個案中政府機關確有主張政府秘匿特權之正當依據，但被告對質詰問證人與提出物證（以下合稱「調查證據」）的權利，乃受到法律甚至是憲法的保障，不得任意剝奪，此時法院應如何審理？除此之外，不僅被告會因為政府主張秘匿特權，而發生調查證據的困難，審判中欲證明被告犯罪的檢察官，同樣可能面臨政府機關主張特權而無法調查證據之處境，此種情形在政府機關人員涉入刑事案件時特別明顯，例如美國的 *Nixon* 案、我國的國務機要費案均屬之。

以上「權利衝突」的情況應如何處理，才能兼顧政府秘密之公共利益與其他重要社會利益（如被告防禦、檢察官追訴犯罪之利益），往往使審判者陷入兩難。反面言之，倘若法院在政府主張秘匿特權時，不能建立一套完整明晰的審查程序，不但會因為證據被隱匿而有害於發現真實、損害被告的防禦權、阻礙個案正義實

現，更將引起社會大眾對司法的不信賴。因為涉及政府秘密之案件往往動見觀瞻，是社會大眾矚目的焦點，若法院並無正當適宜的判斷程序，則不論其最後結果是准許或駁回政府之秘匿特權主張，恐都將引致社會大眾認為法院是恣意認定的負面議論，甚至可能被懷疑是「政治迫害」的產物，後果非常嚴重。<sup>240</sup>

基於上述可能發生的重大影響，本節希望將我國法院審理政府秘匿特權主張之程序重行檢視，指出其可能蘊含的問題，並參考美國法制，提出妥適的解決方法。

## 第一項 法院審查政府秘匿特權之前的問題

在法院正式審理政府機關提出的秘匿特權主張之前，依我國刑事訴訟法規定，尚須先由被告證明該證據有調查必要性（第一六三條之二），再由政府機關向法院釋明拒絕證人作證之理由（第一八三條），本項即先介紹此二程序。

### 第一款 被告證明有調查該證據之必要

首先，依刑事訴訟法第一六三條之二規定，並非被告所提出之一切證據方法，法院均應准許其調查，而是在法院認為該證據之調查係為本案所「必要」時，才發動調查。而所謂「必要」，依刑事訴訟法第一六三條之二規定，係指具備調查可能性、關連性、必要性之事項。<sup>241</sup>亦即原則上由被告證明該證據確有調查必要，

<sup>240</sup> 請參照本文第一章、第一節「研究動機與問題意識」之說明。

<sup>241</sup> 刑事訴訟法第一六三條之二：「（第一項）當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查之證據，法院認為不必要者，得以裁定駁回之。（第二項）下列情形，應認為不必要：

- 一、不能調查者。
- 二、與待證事實無重要關係者。
- 三、待證事實已臻明瞭無再調查之必要者。

而在「於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項」，法院始例外的應依職權調查。<sup>242</sup>

因此，除了法院應依職權調查的情形外，原則上在被告證明該證據確有調查必要性之前，法院無須依刑事訴訟法第一七九條或第一三四條之規定，詢問政府機關是否允許證人作證或交付物證，亦無須瞭解其允許或拒絕之理由為何。

上述皆為依據我國現行法律規定本應有之解釋，本文在此特別提出討論，除了為完整介紹法院審理政府秘匿特權之流程外，更重要之目的在於指出：所謂調查證據有無「必要」之判斷，並非考量審判上的便利或迅速等事項，而是應以被告之防禦權為主要考量。

防禦權（包括對質詰問權在內）乃憲法賦予刑事被告最重要的保障權利，與憲法第八條正當法律程序、第十六條訴訟權的保障緊密相連。<sup>243</sup>儘管此種人權保障之精神在憲法上已無庸置疑，但在第一六三條之二的立法理由與實務操作中，卻仍無法明顯看出。<sup>244</sup>因此本文依據我國大法官解釋推論，認為必須特別指出：若被告得使法院相信，調查該證據確為其「訴訟上防禦」所可能、關連與必要，法院即應准許調查該證據，此亦為美國聯邦最高法院在 *Burr* 案與 *Nixon* 案中清楚

---

四、同一證據再行聲請者。」

<sup>242</sup> 刑事訴訟法第一六三條第二項：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」

<sup>243</sup> 如大法官釋字第六五四號解釋言：「在此範圍內妨害被告防禦權之行使，牴觸憲法第十六條保障訴訟權之規定。」釋字第六三六號解釋言：「...顯已對於被移送人訴訟上之防禦權，造成過度之限制，與憲法第二十三條比例原則之意旨不符，有違憲法第八條正當法律程序原則及憲法第十六條訴訟權之保障。」釋字第五八二號解釋言：「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。」

<sup>244</sup> 刑事訴訟法第一六三條二立法理由：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查之證據，有無調查之必要，雖屬法院自由裁量權行使之範疇，惟何種情形始認為不必要，法無明文，為免爭議，爰參考德國刑事訴訟法第二百四十四條第三項、第二百四十五條第二項之立法例及吾國過去實務之見解，如最高法院二十九年上字第二七〇三號、二十六年滬上字第一號、二十八年上字第三〇七〇號判例，增訂第二項，以資適用。」在此一民國92年2月6日修正的立法理由中，完全看不出顧及被告防禦權的色彩，而理由中所參考的判例，亦均與被告防禦權無關。

表明之見解。<sup>245</sup>

而若該證人並非公務員或曾為公務員，或該物證並非由政府機關、公務員或曾為公務員之人所保管持有時，政府機關雖然不能依刑事訴訟法之規定主張秘匿特權，但仍可以透過其他法律規定（如國家機密保護法或政府資訊公開法），或直接依據憲法主張秘匿特權，本文已在本章第一節有所分析，於茲不贅。

## 第二款 政府向法院釋明拒證理由

若法院認為該證據之調查確有必要，但政府機關拒絕公務員證人作證時，依刑事訴訟法第一八三條之規定，證人應先向法院釋明其拒絕之理由，並由法院定其准駁。<sup>246</sup>惟本條規定必須釋明的情形僅限於「證人拒絕證言者」，若證人係對被告有利、甚且是被告聲請調查該證人，卻遭政府主張秘匿特權時，由於證人並無意拒絕證言，而是受政府機關阻礙而不得證言，此時似無法適用第一八三條之規定要求政府機關釋明拒證原因；而在調查物證的情形，也同樣無法適用本條關於「證人」之規定。

本文認為，雖然上述情形法無明文，但依據釋字第六二七號解釋推論，凡政府欲主張秘匿特權時，不論涉及何種證人或物證，皆應向法院釋明、由法院審查。釋字第六二七號解釋文言：「就涉及總統國家機密特權範圍內國家機密事項之訊問、陳述，或該等證物之提出、交付，是否妨害國家之利益，由總統釋明之。其未能合理釋明者，該管檢察官或受訴法院應審酌具體個案情形，依刑事訴訟法第

<sup>245</sup> 請參看 本文第三章、第三節、第一項與第四項之說明。

<sup>246</sup> 刑事訴訟法第一八三條：「（第一項）證人拒絕證言者，應將拒絕之原因釋明之。但於第一百八十一條情形，得命具結以代釋明。（第二項）拒絕證言之許可或駁回，偵查中由檢察官命令之，審判中由審判長或受命法官裁定之。」

一百三十四條第二項、第一百七十九條第二項及第一百八十三條第二項規定為處分或裁定。」可見即使在涉及最高層級機密的總統主張國家機密特權之情形，<sup>247</sup>大法官尚且認為總統對於其拒絕證言或拒絕提出物證之主張，在審判中均須對法院釋明，並由法院定其准駁，則依「舉重以明輕」之法理，其他政府機關或公務員接觸機密層級應較總統為低，豈能擁有無須釋明、無須由法院審查之特權？故本文認為，依據大法官解釋之意旨，無論主張政府秘匿特權的是何種政府機關或公務員，亦不論拒絕提出的是何種身份之證人或物證，均應向法院釋明其拒證理由，並由法院審查其主張是否適法。

更清楚言之，在不能直接適用第一八三條時（如涉及政府秘密之物證調查），應容許類推適用該條之規定：在證人非公務員時，由主張證人不得作證之政府機關釋明理由；在政府機關依第一三四條主張拒絕交出物證時，由該機關向法院釋明之。我國傳統學說有認為法院並無審查之權，只能接受政府機關的決定，此種見解似非妥適，且亦不符合上述釋字第六二七號解釋之意旨。<sup>248</sup>

## 第二項 現行程序及其問題

依照我國現行刑事訴訟法之規定，法院審理刑事案件時，若遇政府主張秘匿特權，法院的審理程序與事項如下：

<sup>247</sup> 國家機密保護法第七條：「國家機密之核定權責如下：一、絕對機密由下列人員親自核定：（一）總統、行政院院長或經其授權之部會級首長。（二）戰時，編階中將以上各級部隊主官或主管及部長授權之相關人員。...」

<sup>248</sup> 如朱石炎，刑事訴訟法（上），頁188（三民，2001年修訂二版）：「惟允許與否，由該管監督機關或該管公務員決定之，如其不允許為不當時，除可洽上級機關糾正外，別無他途。」黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，頁400（三民，2001年修訂四版）：「蓋證人拒絕做證，足以阻礙審判之進行，影響真實之發見故也。雖然如此，但關於有無妨害國家之利益，仍由具有允許權之機關或公務員決定，法院不得干涉。」

1. 法院詢問政府機關是否允許作證或扣押證據：

不論是調查證人或物證，都可能遭遇政府秘匿特權的主張。在證人情形，若證人是公務員或曾為公務員，法院應先詢問其監督機關是否允許作證（第一七九條第一項）；在物證情形，若該文書或物件為政府機關或公務員、曾為公務員者所持有保管，法院亦應得政府機關允許，否則不得扣押（第一三四條第一項）。

2. 法院審查政府機關之拒證主張有無理由：

不論是證人或物證，除非是職務上應守秘密之事項，且有妨害國家之利益者外，政府均不得拒絕證人作證或拒絕交出證物（第一七九條第二項、第一三四條第二項），因此法院應審查有無「職務上應守秘密之事項」與「妨害國家利益」之情形。而在法院審查時，拒絕證言之證人應釋明其拒證理由為何，並由法院決定許可或駁回其拒證主張（第一八三條第一項、第二項）；但在物證情形，刑事訴訟法並無要求政府機關釋明、由法院准駁之規定。

3. 證人拒絕證言時處以罰鍰：

在證人情形，法院若駁回主張，證人仍拒絕作證，對證人處以罰鍰（第一九三條第一項）；但在物證情形則無此規定。

以上三點的依序操作，即為我國刑事訴訟法對此議題的全部規定，可以發現在物證部分，我國法欠缺要求政府機關釋明、由法院審查、法律效果等程序規定。此外，我國法的操作亦有許多重要問題漏未規定，本文以相同的阿拉伯數字與標



題對照如下：

1. 法院詢問政府機關是否允許作證或扣押證據：

若證人並非公務員、曾為公務員者；或物證並非由政府機關或公務員、曾為公務員者所持有保管，法院是否即無須詢問政府機關？政府機關是否即不得主張秘匿特權？

2. 法院審查政府機關之拒證主張有無理由：

法院審查有無「職務上應守秘密之事項」與「妨害國家利益」時，其應考量的事項包括哪些（是否包括秘密內容本身）？又應以何種標準判斷？在物證情形，我國法沒有規定由法院准許或駁回，是否即由政府機關自行判斷？

3. 證人拒絕證言時處以罰鍰：

對證人處以罰鍰的作法，可能會造成兩種缺點：第一，對需要證據的當事人而言，所關心的並不是證人是否遭到裁罰，而是有無可能取得證人的證詞，但罰鍰的方式並不能確保證人一定會屈服而證言，若證人財力雄厚，或無懼罰鍰之壓迫，被告與檢察官取證之權利仍將受侵害。在政府秘匿特權的情況，由於證人代表的很可能是政府機關的利益，因此得到政府機關奧援支持的情況更為顯著。例如國務機要費案審理中，被傳喚作證的總統府秘書長陳唐山即曾表示，並不在乎法院裁處三萬元之罰鍰，總統府亦支持其拒絕證言之主張。<sup>249</sup>

<sup>249</sup> 當時各新聞媒體對於總統府秘書長等公務員無懼法院罰鍰的報導，請參照 項程鎮等報導，「國務費案 涉總統國家機密特權 陳唐山不到庭」，自由時報，2007年1月19日。包喬晉報導，「罰3萬 陳：I don't care 府證實奉陳唐山指示不出庭 將提抗告」，聯合報 A4 版，2007年1月20日；林

第二，對政府機關而言，倘若證人真在罰鍰的壓力下被迫作證，其證言內容將洩漏政府機關之秘密，可能因而造成公共利益的嚴重損害。此外，在物證情形，法律並未規定任何制裁政府機關不交出物證的手段，法院更無從迫使政府機關交出證據。

由上述對照比較，可以發現現行的刑事訴訟法規定，大致上是基於「政府機關會服從法院決定」的預設來建立制度，但很殘酷的是，現實的世界並非如此。因為不論在我國或美國，政府機關都沒有這麼「聽話」，<sup>250</sup>以致於按照現行規定操作審判實務，經常遇到「法律漏洞」的困難，甚至完全無法律規定可資適用（例如上述 1. 的情況）。

而在法院審查之事項與標準方面，誠如本文第二章所分析指出，所謂「職務上應守秘密之事項」與「妨害國家利益」，依照我國現行法律規定或實務見解，似乎無法得到明確的範圍界定，以致於必須完全倚賴法院的「自由心證」來做出決定，也因而引發認為法院恣意判斷的批評。本節第三項、第四項將參考美國法的發展，提出較具體明確而適合於我國的操作模式。

至於權利衝突的解決之道，由於依照證據的類型（證人或物證）與需求證據的當事人（被告或檢察官）不同，將涉及政府秘匿特權與不同類型的權利衝突，包括：被告的對質詰問權、被告的強制取證權、檢察官的取證權等，較為複雜，將在本章第三、四、五節中分別論述。

---

淑玲報導，「府方力挺 將提抗告 陳唐山等罰鍰 拒繳到底」，中國時報 A3 版，2007 年 1 月 23 日。  
<sup>250</sup> 我國如 96 年台抗字第 201 號裁定的事實（國務機要費案），公務員證人以「作證事項全部為受傳喚人職務上應守秘密之事項，法院不得自行判斷」的方式來「釋明」；美國如 *United States v. Reynold* 案中，政府機關（軍方）即堅持不交出軍機失事調查報告。

### 第三項 法院審查之事項

既然不論是何種政府秘匿特權的主張，法院都有審查之權力與義務，接下來的問題就是「法院應如何進行審查」？在此最關鍵的問題有二：法院應考量哪些事項而為審查？法院應以何種「標準」審查？此處先就前者加以討論，後者則在下一項中分析。

關於法院在決定政府秘匿特權的主張有無理由時，應將哪些事項列入考慮範疇的問題，不僅法律沒有明定，大法官解釋、法院審判實務與學說見解也都沒有提出較具體的範圍可供參考，似乎只能依釋字第六二七號解釋所言，審判中由法院「審酌具體個案情形」來決定。<sup>251</sup> 本文認為，既然我國法尚未形成較具體的審查事項內涵，則可參考對於此議題有逾兩百年發展經驗的美國法所形成之事項內涵。<sup>252</sup> 美國法對於法院應衡量的事項內涵，主要是由普通法所形塑而成，亦即透過法院判決，逐漸釐清應衡量之事項，其中包括：被告所涉嫌之罪、可能的防禦方式、該證據的可能意義、主張特權之價值為何等因素，然後加以綜合判斷。<sup>253</sup>

或許讀者會認為，以上只是將審判中的重要因素加以舉例說明，似乎仍不能簡單明快的判斷出是否應准許政府的特權主張。然本文認為，既然法院必須運用權衡法則（Balancing Test），「審酌具體個案情形」後做出決定，就必須由長年且

<sup>251</sup> 釋字第六二七號解釋文：「...就涉及總統國家機密特權範圍內國家機密事項之訊問、陳述，或該等證物之提出、交付，是否妨害國家之利益，由總統釋明之。其未能合理釋明者，該管檢察官或受訴法院應審酌具體個案情形，依刑事訴訟法第一百三十四條第二項、第一百七十九條第二項及第一百八十三條第二項規定為處分或裁定。」

<sup>252</sup> 美國首件政府機關向法院主張政府秘匿特權的案件，為 1807 年的 *United States v. Burr* 案，案件事實與代表意義，請參照 本文第三章、第三節、第一項。

<sup>253</sup> “We believe that no fixed rule with respect to disclosure is justifiable. The problem is one that calls for balancing the public interest in protecting the flow of information against the individual's right to prepare his defense. Whether a proper balance renders nondisclosure erroneous must depend on the particular circumstances of each case, taking into consideration the crime charged, the possible defenses, the possible significance of the informer's testimony, and other relevant factors.” *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53, 62 (1957). 並請參看本文第三章、第三節「聯邦法院判決與特權審查」。

大量的個案累積，逐步充實其具體操作內涵；而在我國尚未能累積足夠的個案數量、建立具有我國法制特色的權衡法則內涵之前，美國法在領域已經發展相當成熟的審查事項內涵，應該可供我國作為重要的參考。

### 第一款 絕對特權與相對特權之區分？

在法院審查權衡的事項中，最重要的問題為：政府機關可否主張該秘密因為涉及國家機密（State Secrets），因而完全不能讓法院審查其「內容」？此時法院又應如何判斷？此問題的困難處在於：若認為政府機關可做此主張，則法院將無從審查該資訊究竟是否確為國家機密，不僅在個案中可能有害於發現真實、有損被告的防禦權，更嚴重的是會造成政府機關有一完全不受制衡的「絕對權力」，有違憲法權力分立之原則；但若認為不論涉及何種政府秘密，法院均可審查其內容，也確實有可能造成國家機密的洩漏，損害國家利益至鉅。

關於此問題，我國文獻上有主張，應區分政府所主張不揭露之事項，為「國家機密」或「一般公務資訊」。若為前者，該機密之內容對法院不得揭露，故法院不得審查；若屬後者，則法院可以對系爭機密內容為秘密程序審查（inspection in camera）後，裁定准許或駁回拒絕證言。<sup>254</sup>主張區分之學者，援引美國聯邦最高法院在 *United States v. Reynold* 與 *United States v. Nixon* 案中的見解，認為涉及軍事與外交之國家機密事項，應有別於其他公務上秘密，法院不得審查其機密內容，並將其稱為「絕對特權」（*absolute privilege*）；而對於一般公務秘密，法院則可審

<sup>254</sup>請參見 林輝煌，論公務秘密之刑事拒絕供證（下），台灣本土法學雜誌 63 期，頁 74-75，2004 年 10 月：「爰主張我國司法機關應採與美英兩國法制相同之法益衡量審查準則，...系爭具體個案主張拒證之客體如為攸關國家安全或利益之國務機密，經證人釋明其為國務機密者，衡量其保密之公共利益高於司法蒐證之法益，司法機關應尊重行政主管機關之意見，准其拒絕允許供證。若主張拒證之客體為其他公務秘密，...並踐行不公開勘驗程序，檢視該公務秘密，權衡公務保密之利益與當事人訴訟蒐證之利益，綜合考量，比較此兩項法益，究以何者為大」。

查其內容，稱為相對特權（*qualified privilege*）。<sup>255</sup> 然本文對此二則判決的理解略有不同，本文認為此二則判決似乎無意建立「涉及絕對特權事項法院即不得審查其內容」的標準，以下詳述之。

在 *United States v. Reynolds* 的判決中，雖然涉及國家機密（軍事秘密），但並非法院有意建立「涉及國家機密之事項即不得審查其內容」之原則，而是軍方堅持不交出機密資料給法院，法院因而在只能沒有系爭資料的情況下，綜合一切證據資料而為判斷。在與對造的證據需要性相衡量後，法院認為，雖然政府並未出示機密資料，但就整體判斷其主張仍較對造可信，因此才判決該機密資料無須公開。<sup>256</sup> 換言之，*Reynolds* 案的法院見解並非「若系爭資訊為國家機密，則政府不得提供予法院、法院不得審查其內容」，而應該是「若政府機關不提供系爭資訊，亦可使法院接受其特權主張，則法院無須再命政府機關提供」。如同 *Reynolds* 案判決所言：「法院必須從全部的證據和情況...來得到確信。如果法院可因而得到確信，特權主張就被接受，而無須進一步的揭露。」<sup>257</sup>

而在 *United States v. Nixon* 案中，最高法院對於 Nixon 總統主張自己享有絕對特權的主張加以駁斥，最高法院的理由是：「無論是權力分立原則，或是對高層通訊的機密需求，都無法支持一個在任何情況下都豁免於司法審查、絕對不受限制之總統特權主張。...當不涉及保護軍事、外交或敏感國家安全機密的主張時，我

<sup>255</sup> 請參見 林輝煌，論公務秘密之刑事拒絕供證（上），台灣本土法學雜誌 62 期，頁 43，2004 年 9 月：「本項機關內部決策資訊拒證權與前項總統特權事項拒證權，其性質相同，...故其性質亦屬於附有條件的拒證權之一種，與國務機密拒證，其性質為絕對權，尚有差別。」。

<sup>256</sup> "...the court must be satisfied from all the evidence and circumstances, and 'from the implications of the question, in the setting in which it is asked, that a responsive answer to the question or an explanation of why it cannot be answered might be dangerous because injurious disclosure could result.' If the court is so satisfied, the claim of the privilege will be accepted without requiring further disclosure. " *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1, 9 (1953).

<sup>257</sup> "...the court must be satisfied from all the evidence and circumstances, and 'from the implications of the question, in the setting in which it is asked, that a responsive answer to the question or an explanation of why it cannot be answered might be dangerous because injurious disclosure could result.' If the court is so satisfied, the claim of the privilege will be accepted without requiring further disclosure. " *Id.*

們很難接受『即使法院以秘密方式進行審查，總統通訊的重大機密利益也會被明顯削弱』這樣的主張。」<sup>258</sup>

以上判決內容經常被解讀為：「若涉及軍事、外交等事項，即可支持一個絕對特權的主張」，而又引伸為「絕對特權不受司法程序審查」的概念。但本文認為，聯邦最高法院在 *Nixon* 案判決中所要表達的，應該不是區分絕對特權與相對特權的概念，而是要強調：不可能有任何豁免於司法審查的絕對特權，但在涉及保護軍事、外交等國家機密事項時，政府的主張確實較易為法院審查時所接受。<sup>259</sup>如同 *Nixon* 案的判決所言：

絕對的、不受限制的特權，將成為司法權首要憲法職責——在刑事案件實現正義——的擋路石，而與憲法第三條規定的法院功能發生顯而易見的衝突。<sup>260</sup>

## 第二款 法院應可審查秘密之「內容」

就結論而言，本文認為法院在審查政府秘匿特權之主張時，無論涉及何種機密，都應有審視該秘密內容之「機會」，無須硬性區分「國家機密」與「一般公務

<sup>258</sup> “ However, neither the doctrine of separation of powers, nor the need for confidentiality of high-level communications, without more, can sustain an absolute, unqualified Presidential privilege of immunity from judicial process under all circumstances.... Absent a claim of need to protect military, diplomatic, or sensitive national security secrets, we find it difficult to accept the argument that even the very important interest in confidentiality of Presidential communications is significantly diminished by production of such material for in camera inspection with all the protection that a district court will be obliged to provide.” *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 706 (1974).

<sup>259</sup> 亦有學者對此二則判決的理解與本文相同，認為美國大法官並無意建立「絕對特權不容實質審查」的標準，請參照 廖元豪，「國家機密」誰說了算？，聯合報 A19 版/民意論壇，2006 年 12 月 30 日：「在憲法層次上，更不能任由總統或行政部門『說了算』。部分論者誤以為美國法院將軍事外交等國安機密定位為『不受審查之絕對特權』；事實上，美國法院的態度是：實體審查標準上可以相當『尊重』政府部門的認定，但程序上絕不能『全然放棄』審查。...也就是說，證據還是得交給法院，由法院在個案中權衡。否則，三權政府就會被濃縮成一權獨大！」

<sup>260</sup> “ The impediment that an absolute, unqualified privilege would place in the way of the primary constitutional duty of the Judicial Branch to do justice in criminal prosecutions would plainly conflict with the function of the courts under Art. III ” *Id.* at 707.

秘密」。更明確言之，無論是重大的國家機密，或是一般的公務資訊秘密，都可以由政府機關自行衡量是否將機密交予法院，並由法院以不公開之秘密程序審查，而法院也可自行決定是否必須檢視該機密才能定其准駁。本文所持的理由為以下三點：第一，專業考量；第二、釋字第六二七號之反面解釋；第三，政府資訊公開法之反面解釋。以下分述之。

### 1. 專業考量

現代政府機關分工細微，法院事實上不可能具備每種政府秘密的專業，也不可能擁有判斷每一種秘密其重要性如何的能力。最瞭解系爭政府秘密所涉專業與重要性者，並非法院，而是該管政府機關。因此，委由最瞭解該秘密性質的政府機關自行決定、在個案中做出抉擇：是讓法院審視內容，以支持拒絕證言的主張成立，此種公共利益較大；或是因為該秘密實在太重要，因此寧可冒著秘匿特權主張不成立的風險，也堅持不能讓法院審視。

此種「政府機關決定給什麼」、「法院決定判什麼」的「互動式作法」，既能由具有專業判斷能力的政府機關決定是否交出秘密內容，又能由法院予以適當的制衡（當保留秘密內容時，拒證主張可能不成立，並引發連帶的法律效果），<sup>261</sup>應是讓兩者能各司其職、平衡政府利益與被告權益最好的作法。

讀者或許會擔心，上述作法會使政府在每個案件中都選擇保留秘密內容，不讓法院審視，而造成秘匿特權的濫用。然而本文認為此種情況似乎不會發生。因為現實的情況是：若政府選擇保留秘密內容，其秘匿特權的主張可能因而不成立，政府即使堅持不交出證據，仍必須面臨嚴重的後果（例如

<sup>261</sup> 本文認為此時應賦予的法律效果，詳請參照 本章第四節、第三項「權利衝突之解決」說明。

我國學者有主張，法院此時應判決不受理本案，釋放被告！）<sup>262</sup>政府因而必須面對來自檢察官與社會輿論認為「縱放犯罪」的龐大壓力。職是之故，不分輕重的保留秘密內容，事實上未必符合政府機關本身的最大利益，也使得政府機關缺乏如此做的動機。

## 2. 釋字第627號之反面解釋

在總統聲請大法官為第六二七號解釋的釋憲聲請書中，曾強調：「且依據該函內容，該院（台北地方法院）將逕行認定有關 6 項機密外交工作之卷宗於 2007 年 1 月 23 日開放閱卷，此對於總統之憲法職權以及國家安全與機密外交資訊之洩漏，將造成不可回復之重大損害。」可見大法官對於國家機密的內容能否接受法院審查一事，應有相當的「問題意識」。

然在釋字第627號解釋中，針對涉及最高層級之「總統之國家機密特權」，大法官亦僅言：「總統如以書面合理釋明，相關證言之陳述或證物之提交，有妨害國家利益之虞者，檢察官及法院應予以尊重。總統陳述相關證言或提交相關證物是否有妨害國家利益之虞，應僅由承辦檢察官或審判庭法官依保密程序為之。**總統所陳述相關證言或提交相關證物**，縱經保密程序進行，惟檢察官或法院若以之作爲終結偵查之處分或裁判之基礎，仍有造成國家安全危險之合理顧慮者，應認爲有妨害國家利益之虞。」簡言之，大法官並未認爲總統不可以將機密提供法院審查，亦並未禁止法院在特殊的「國家機密」情形，即不得對機密之「內容」加以審查。

<sup>262</sup> 請參照 林輝煌，論公務秘密之刑事拒絕供證（下），台灣本土法學雜誌 63 期，頁 75，2004 年 10 月。至於本文認爲此時應賦予的法律效果，詳請參照 本章第四節、第三項「權利衝突之解決」說明。



再者，釋字第六二七號理由書中更指明：「總統於憲法及憲法增修條文所賦予之行政權範圍內，為最高行政首長，負有維護國家安全與國家利益之責任。是總統就其職權範圍內有關國家安全、國防及外交資訊之公開，認為有妨礙國家安全與國家利益之虞者，應負保守秘密之義務，亦有決定不予公開之權力，此為總統之國家機密特權。...惟源自於行政權固有權能之『國家機密特權』，其行使仍應符合權力分立與制衡之憲法基本原則，而非憲法上之絕對權力。」我國大法官此項見解，與上述美國聯邦大法官在 *Nixon* 案判決中所指出「絕對特權不可能存在」的概念，非常近似。

綜合上述，雖然大法官在釋字第六二七號解釋中，並未明言我國不採取區分「國家機密」與「一般公務秘密」的見解，但就該號解釋反面推論，大法官既在總統聲請解釋的「秘密內容」上未予回應，縱然不能驟下結論認為是反對區分說之主張，但至少可以認為，我國大法官尚未認為有將國家機密之審查程序，特別加以區別之必要性。

### 3. 政府資訊公開法之反面解釋

除了司法機關的意見之外，立法者也持相同的立場，例如政府資訊公開法之規定即為適例。該法於民國九十四年十二月二十八日甫公布施行，應可代表立法者對於政府機關得秘匿事項的近期見解。政府資訊公開法第二十條、第二十一條規定，若政府拒絕公開人民申請之資訊，可藉由訴願、行政訴訟之方式尋求救濟，而受理訴願機關或行政法院「得就該政府資訊之全部或一部進行秘密審理」。顯見立法者亦未曾有意依據涉及資訊的內容不同，建立區別審查程序的法律制度，而是委諸於受訴法院自行裁量其審理範圍。<sup>263</sup>

<sup>263</sup> 政府資訊公開法第二十條：「申請人對於政府機關就其申請提供、更正或補充政府資訊所為之決

本文認為，基於判斷秘密專業能力的實際考量，加上我國最高司法機關與立法機關，亦均未要求法院不得檢視涉案之秘密內容，而是委諸於審理法院自行決定如何與政府機關互動，此種不硬性區分、而是讓個案法院自行衡量的「互動式作法」，似乎是較妥適、符合大法官解釋意旨的解決之道。況且，在針對極可能涉及最高層級機密的總統為解釋時，大法官尚且不認為有明定法院不得審視秘密內容之必要性，則對於其他政府機關的各種機密，似乎更沒有認為應強行區分秘密性質、讓審理法院喪失「機會」實質判定有無妨害國家利益的道理。<sup>264</sup>

## 第四項 法院審查之標準

### 第一款 國家安全危險之合理顧慮

在確定法院可審查的資訊範圍後，接著討論法院審查標準的問題：法院准駁政府機關秘匿特權主張的判斷標準安在？申言之，法院若容許此項秘密資訊接受調查，將有助於個案正義的實現、發現真實的追求，以及被告權利之保護；但付出的代價則是有可能對國家安全等公共利益造成危害，此時法院應如何考量權衡輕重？本文認為，在釋字第六二七號解釋中，我國大法官已針對「國家安全」的情況，建立明確的標準，即「國家安全危險之合理顧慮」。

---

定不服者，得依法提起行政救濟。」、第二十一條：「受理訴願機關及行政法院審理有關政府資訊公開之爭訟時，得就該政府資訊之全部或一部進行秘密審理。」

<sup>264</sup> 甚至有學者認為：既然司法院可以依據國家機密保護法第二十四條第二項之規定，制定「法院辦理涉及國家機密案件保密作業辦法」，就已經預設法院可以接觸機密資料內容之意涵。請參照 廖元豪，「國家機密」誰說了算？，聯合報 A19 版/民意論壇，2006 年 12 月 30 日：「而即便是已經核定的機密事項，也不當然能夠排除法院的調閱或審查，要不然哪來『法院辦理涉及國家機密案件保密作業辦法』呢？這個辦法不就預設『法院可以接觸國家機密資料』的前提嗎？」

釋字第六二七號解釋針對總統的國家機密特權指出：「總統所陳述相關證言或提交相關證物，縱經保密程序進行，惟檢察官或法院若以之作為終結偵查之處分或裁判之基礎，仍有造成國家安全危險之合理顧慮者，應認為有妨害國家利益之虞。」由此可知，大法官認為：若以該資訊做為證據（所謂「終結偵查之處分或裁判之基礎」），將有使國家發生危險的合理顧慮，此時即不得使用該資訊做為證據。我國大法官此一「造成國家安全危險之合理顧慮」之標準，實與美國聯邦最高法院大法官於 *United States v. Reynolds* 案中所揭示的「合理危險」(*reasonable danger*) 標準有異曲同工之妙，甚至可以說實質上是完全相同的意涵。

本文認為，上述見解誠屬正確，而且也是法院權衡個案後的當然結果。因為若該秘密做為證據，確實會使國家安全有發生危險的合理顧慮時，此時保護國家安全的整體利益，已經大於在個案中追求正義、發現真實、保護被告之利益，因此保護國家安全的考量較為重要，其他利益應該退讓。

## 第二款 權衡法則下的「妨害國家利益」

然而，不論是釋字第六二七號解釋，或是美國 *Reynolds* 案判決，其針對的都是「國家安全」之事項，但此一標準似乎無法適用於各種政府秘匿特權主張之檢驗。因為政府機關所欲保密的資訊，未必是與國家安全有關，而可能是與其他公共利益有關。例如因考慮到政策品質而暫不公開內部討論程序、顧及執法成效而不提供監督取締之名單、擔心影響公正效率而不公布考試有關資料等，均為政府機關主張秘匿特權之原因。<sup>265</sup>

<sup>265</sup> 此處所舉的三個例子，分別是政府資訊公開法第十八條第一項第三、四、五款之規定，依該法規定，政府對於此類資訊均應限制公開或不予提供。

分析釋字第六二七號解釋，可以發現雖然刑事訴訟法第一三四條、第一七九條規定是將「妨害國家利益」作為政府本身判斷應否主張秘匿特權的標準，但大法官同時也認為這是法院審查政府主張是否妥適的判斷標準；而且大法官還針對涉及國家安全的情況，指出此時的「妨害國家利益」應解釋為「有造成國家安全危險之合理顧慮者」。<sup>266</sup>然而正如同本文第二章所指出的：妨害國家利益的標準並不清楚，因此大法官認為有必要在釋字第六二七號解釋中，對「國家安全」的情況指出更明確的標準，本文也嘗試探尋對於「妨害國家利益」更具體的詮釋方式。

本文認為，所謂的「妨害國家利益」，其內涵應為「在權衡法則衡量下，認為使用該秘密資訊對公共利益造成之妨害，大於對個案中所欲追求之其他利益之助益」的情況，此時法院即應接受政府之拒證主張。簡言之，「妨害國家利益」不是一個絕對的標準，而是在個案中經過衡量後的決定。

雖然單純從刑事訴訟法的規定看不出上述內涵，但若觀察刑事訴訟法第一七九條之立法理由：「蓋外交軍事，及其他國務上之秘密，苟一洩漏，有關係國家之安寧者，不能為一刑事案件，而置國家安寧於不問，然除有此重要關係外，雖係官吏，仍負有為證人之義務。」可以發現立法者同樣是基於權衡「國家安寧之重要關係」與「為證人之義務」的輕重後，才制定第一七九條之規定，因此該條所稱之「妨害國家利益」，本即有權衡之色彩蘊含其中。

我國學者也有指出是否「妨害國家利益」必須經由權衡後加以決定的見解。如朱石炎教授即認為：「如何方可認有妨害國家利益之虞，參考早期最高法院對於『應秘密』之見解（十七年九月十九日），須就主觀與客觀兩方面審究其對於國家

<sup>266</sup> 釋字第六二七號解釋文：「總統所陳述相關證言或提交相關證物，縱經保密程序進行，惟檢察官或法院若以之作為終結偵查之處分或裁判之基礎，仍有造成國家安全危險之合理顧慮者，應認為有妨害國家利益之虞。」

政務或事務有無利害影響而定，以作證而言，必其妨害國家利益與妨礙司法蒐證兩種後果相比較，衡酌比例原則，認為前者更加嚴重時，方能不予允許，以免流於浮濫。」證據法大家、審判經驗豐富的前大法官李學燈亦指出：「保持職務上應守秘密之事項，雖在司法程序中亦可拒絕洩漏，其目的當在維持國家之利益。且必因其有害國家之利益，大於因拒絕證言所加於司法方面之損失。此種理論之基礎，應為民刑之所同。」<sup>267</sup>上述學者見解顯然均是出於權衡公共利益的考量。

此種「權衡公共利益」的傾向，在近期的法律制定上更為明顯，如民國九十四年十二月二十八日始公布施行的政府資訊公開法，其第十八條規定各種政府不應公開之資訊，其中數款均以「但對公益有必要者，得公開或提供之」作為例外的應公開規定，即可見一斑。<sup>268</sup>

綜上所述，本文主張法院在解釋刑事訴訟法所規定的「妨害國家利益」標準時，應以權衡法則比較：若使用該秘密資訊為證據，對政府欲秘匿資訊的利益之損害，與對個案需求證據的助益，何者為大，來決定是否准許政府提出之秘匿特權主張，以顧全社會整體之利益平衡。

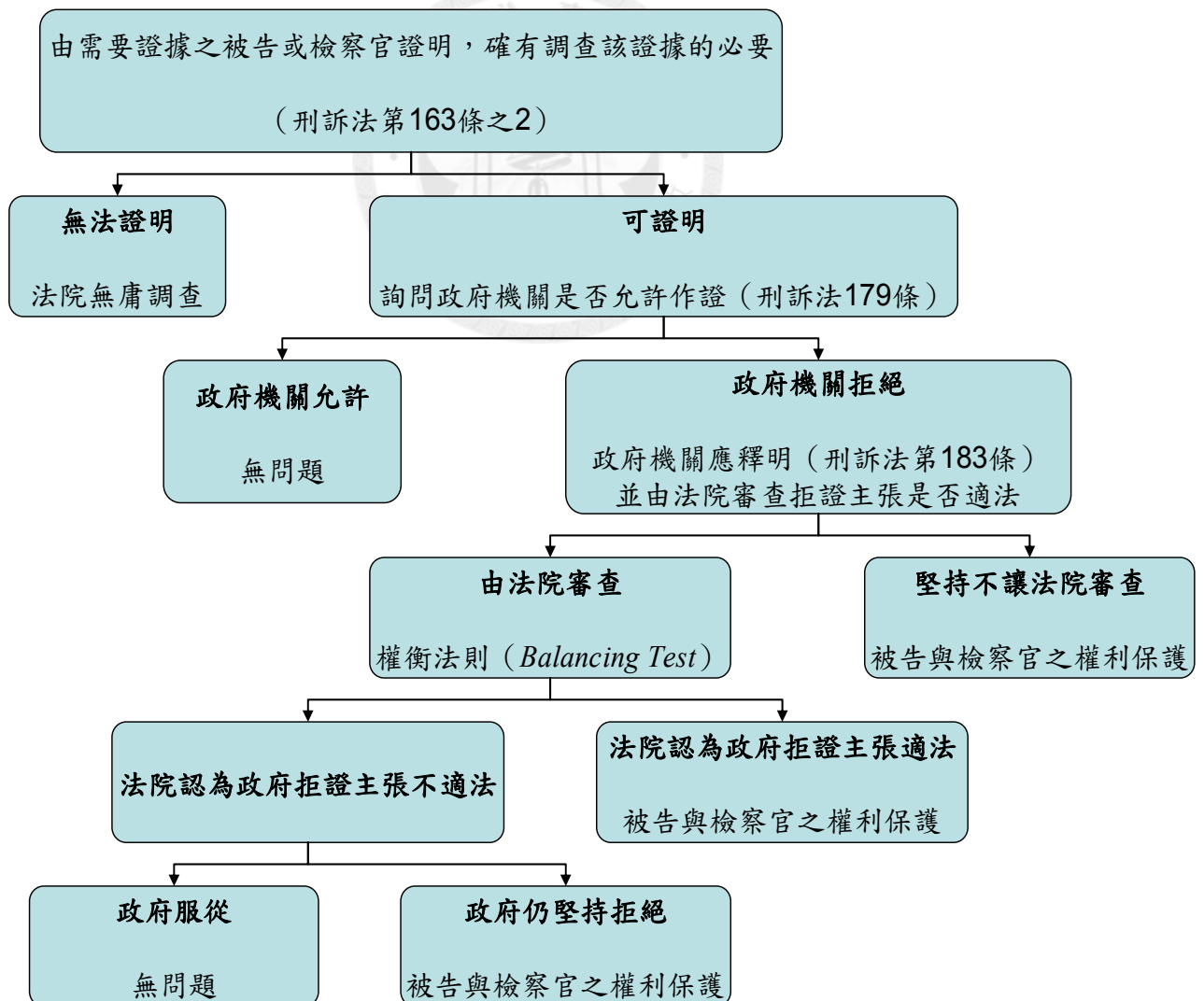
舉例言之：在證人並非公務員，而是以私人身分得知政府秘密的情況，代表該案中所謂的「秘密」至少已經相當程度上流出政府機關，甚至也可能已為被告所知。則此時法院即應衡量：在本案被告已經知道秘密內容的情況下，若以秘密

<sup>267</sup>請參見 李學燈，證據法比較研究，頁 597-598（五南，1992）。

<sup>268</sup>政府資訊公開法第十八條第一項：「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：...三、政府機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或其他準備作業。但對公益有必要者，得公開或提供之。...六、公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。七、個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開或提供有侵害該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。...九、公營事業機構經營之有關資料，其公開或提供將妨害其經營上之正當利益者。但對公益有必要者，得公開或提供之。」

程序進行本案審理，是否即足以保護政府秘密不致再外洩？若是，則政府要求不使被告對質詰問證人的主張，即可能失去公共利益的基礎，因為此時讓被告對質詰問證人並不會造成公共利益太大的破壞，卻可以有效維護被告的防禦權。進而言之，基本上在涉及政府秘密的證據是由被告所自行提出的情況下，法院在衡量時都應有如此的認知：即被告若已經知道秘密內容，可能會削弱政府主張秘匿特權的基礎公共利益。

以上對於法院審查政府秘匿特權主張之程序，可圖示如下，其中「被告與檢察官之權利保護」部分，則為接下來本章第三、四、五節欲討論之問題。



### 第三節 政府秘匿特權與被告對質詰問權之衝突

#### 第一項 對質詰問權之意義<sup>269</sup>

對質詰問權包含「對質」權與「詰問」權，兩者為不同之權利。對質權，指二人同時在場，面對面互為質問之意，我國刑事訴訟法第九十七條、一八四條設有被告與被告間、被告與證人間、證人與證人間對質之規定；<sup>270</sup>詰問權，則指法官或對造當事人問畢證人後，被告得詰問證人之權利，目的在於發現疑點或澄清事實，刑事訴訟法第一六六條以下明定審判中被告詰問證人之權利，並對於詰問之程序細加規定。<sup>271</sup>

首就對質權而言，有學者指出，由於對質權之「質問」意涵與詰問權極為相似，甚至完全相同，因此對質與詰問的主要差異，在於對質為被告與證人同時在場面對面。申言之，此種「面對面」權利的包括兩種內涵：被告得在審判中當場目視證人的權利，以及被告得使證人目視自己的權利，而目的則在於維持程序公平與發現真實。就維持程序公平而言，任何人在面對刑事上的追訴指控時，均會有要求與指控者面對面對質的本能，藉此辯駁指控之機會，讓被告能心服口服，維持程序之公平；就發現真實而言，由於一般人較會在他人背後捏造事實，而較不會當著知悉事實的被告面前如此，被告可以藉此增強自己的防禦，並詰問證人

<sup>269</sup> 本項對於對質詰問權意義與內涵的說明，參考 王兆鵬，刑事訴訟講義，頁 746-748（作者自版，2008）。

<sup>270</sup> 刑事訴訟法第九十七條：「（第一項）被告有數人時，應分別訊問之；其未經訊問者，不得在場。但因發見真實之必要，得命其對質。被告亦得請求對質。（第二項）對於被告之請求對質，除顯無必要者外，不得拒絕。」、第一八四條：「（第一項）證人有數人者，應分別訊問之；其未經訊問者，非經許可，不得在場。（第二項）因發見真實之必要，得命證人與他證人或被告對質，亦得依被告之聲請，命與證人對質。」

<sup>271</sup> 刑事訴訟法第一六六條：「（第一項）當事人、代理人、辯護人及輔佐人聲請傳喚之證人、鑑定人，於審判長為人別訊問後，由當事人、代理人或辯護人直接詰問之。被告如無辯護人，而不欲行詰問時，審判長仍應予詢問證人、鑑定人之適當機會。（第二項）前項證人或鑑定人之詰問，依下列次序：…（略）。」

證詞中的漏洞，以達到發現真實的目的。

而就詰問權而言，其目的則在於發現真實與保障被告之防禦權。由於證人除了可能故意說謊攀誣被告之外，亦有可能在其本身不自覺的情況下，出於知覺、記憶、表達能力上的瑕疵而誤指被告犯罪，被告藉由詰問證人戳破這些瑕疵、突顯證人證詞的不可信，以發現真實，並保障被告的防禦。美國證據法大師 Wigmore 因而將詰問制度稱為「人類為發現真實所發展出最偉大的法律器具」。<sup>272</sup>

由上述說明可知，對質詰問權之主要目的，在於使被告有機會挑戰證人、駁斥對自己不利的證詞、戳破證詞中的謊言或瑕疵，以達到發現真實、保障被告防禦權等目的。因此，雖然詰問權的行使包含主詰問與反詰問，但最重要的仍為反詰問權，亦即被告有「詰問對其不利之證人」的權利，此不僅為我國大法官解釋所肯認，亦為普世價值之基本人權。<sup>273</sup>

## 第二項 對質詰問權與大法官解釋

我國憲法中雖未有對質詰問權的明文規定，但對質詰問權已屢經大法官解釋所肯認，為刑事被告憲法上之基本人權。

<sup>272</sup> John H. Wigmore, *Evidence* 32 (James H. Chadborn ed., 3<sup>rd</sup> ed. 1974).

<sup>273</sup> 大法官釋字第五八二號解釋理由書：「刑事被告享有此項權利，不論於英美法系或大陸法系國家，其刑事審判制度，不論係採當事人進行模式或職權進行模式，皆有規定（如美國憲法增補條款第六條、日本憲法第三十七條第二項、日本刑事訴訟法第三百零四條、德國刑事訴訟法第二百三十九條）。西元一九五〇年十一月四日簽署、一九五三年九月三日生效之歐洲人權及基本自由保障公約（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）第六條第三項第四款及聯合國於一九六六年十二月十六日通過、一九七六年三月二十三日生效之公民及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第十四條第三項第五款，亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。」



釋字三八四號解釋宣告檢肅流氓條例「第十二條關於秘密證人制度，剝奪被移送裁定人與證人對質詰問之權利，並妨礙法院發見真實」，違反實質正當之法律程序，違憲，從此確立了對質詰問權為刑事被告之憲法權利。<sup>274</sup>

釋字五八二號解釋更開宗明義表示：「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。」<sup>275</sup>釋字五八二號解釋闡明了對質詰問權屬於被告「審判中」的權利，係為達到公平審判而賦予被告之防禦權，而為憲法第八條正當法律程序、第十六條訴訟權所保障。有學者因而在本號解釋做成後，認為乃大法官所有解釋中，最具刑事訴訟法深義的憲法解釋。<sup>276</sup>

釋字第六三六號解釋中，大法官認為檢肅流氓條例第十二條之秘密證人規定，在修正後仍「限制被移送人對證人之對質、詰問權與閱卷權之規定，顯已對於被移送人訴訟上之防禦權，造成過度之限制，與憲法第二十三條比例原則之意旨不符，有違憲法第八條正當法律程序原則及憲法第十六條訴訟權之保障。」又再次重申了對質詰問權與被告之防禦權關係重大、刑事被告應受憲法保障此權利之意旨。本號解釋理由書中更明言對質詰問權的憲法根源，為「憲法第八條第一項正當法律程序規定所保障之權利，且為憲法第十六條所保障人民訴訟權之範圍。」

### 第三項 權利衝突之解決

<sup>274</sup> 大法官釋字第三八四號解釋文。

<sup>275</sup> 大法官釋字第五八二號解釋文。

<sup>276</sup> 王兆鵬，辯護權與詰問權，第五章 從憲法解釋看被告訴訟基本權與詰問權，頁 148(元照，2007)。

對質詰問權既有發現真實的重要性，且為刑事被告的憲法權利，自不容任意剝奪。然而，若刑事審判程序中，被告主張與證人對質並詰問證人（特別是反詰問時），但政府機關卻因證人之證言可能涉及機密而反對時，法院應如何處理，始不致使被告之對質詰問權受損？

申言之，被告因政府機關主張秘匿特權，以致於無法行使對質詰問權的情形有二：無法行使主詰問（包括覆主詰問）或無法行使反詰問（包括覆反詰問）。就主詰問不能行使而言，由於涉及被告另一憲法權利「強制取證權」之核心問題，本文將在下一節中討論；就反詰問權不能行使而言，將破壞對質詰問權最重要的內涵，以致於無法發現真實與保障被告防禦權，茲事體大，但我國法律規定與實務見解尚無妥適的解決方式。

我國刑事訴訟法第一八一條之一規定：「被告以外之人於反詰問時，就主詰問所陳述有關被告本人之事項，不得拒絕證言。」本條規定之目的，雖在於藉由確保被告得行使反詰問之權利，以確保發現真實，<sup>277</sup>然而是否能達成此目的，卻令人懷疑。因為依同法第一九三條規定，上述情況若證人仍拒絕證言，法院雖可對證人裁處罰鍰，作為制裁之手段，<sup>278</sup>惟對被告而言，所真正關心者並非證人是否被裁罰，而是被告本身不能行使反詰問權，可能引致遭受不利裁判的危險。舉例言之：審判中檢方聲請傳喚知悉某政府秘密之證人甲到庭，由檢方進行主詰問時，甲侃侃而談，但被告欲反詰問時，甲則表示所問事項全部或一部屬於政府之秘密，因此拒絕回答。此時法院雖得對證人處以罰鍰，但證人仍可能堅持拒絕證言，而若檢察官主詰問之內容可成為證據，被告卻無從反詰問，將使法院只能偏聽一面

<sup>277</sup> 刑事訴訟法第一八一條之一立法理由：「按為發見真實，並保障被告之反對詰問權，被告以外之人於反詰問（包含覆反詰問）時，就主詰問（包含覆主詰問）所陳述有關被告本人之事項，不得拒絕證言。」

<sup>278</sup> 刑事訴訟法第一九三條：「（第一項）證人無正當理由拒絕具結或證言者，得處以新臺幣三萬元以下之罰鍰，於第一百八十三條第一項但書情形為不實之具結者，亦同。（第二項）第一百七十八條第二項及第三項之規定，於前項處分準用之。」

之詞，而無法發現真實，亦造成被告防禦權的漏洞。

關於上述被告無法實質行使反詰問權的情況，有學者稱為「無效的反詰問」，並認為可參考美國法在此賦予的強烈法律效果：視情況將證人於主詰問之證詞排除，或審判無效。<sup>279</sup>基本上，由於反詰問權之目的，在於使被告有機會挑戰、戳破證人在主詰問時對其不利之證詞，因此在被告不能反詰問時，若能將檢察官藉由主詰問取得的證詞排除，即能達成類似於反詰問權行使的效果（甚至更為強烈，因為被告即使能真正行使反詰問權，亦未必能將主詰問取得之證詞完全推翻），而確保被告的對質詰問權不被侵害。在政府主張秘匿特權、阻止被告行使反詰問權的情況，排除主詰問的證詞，應為同時兼顧政府與被告利益的最佳選擇。

至於審判無效的法律效果，由於其係立基於美國陪審團制度下，擔心若主詰問時對陪審員已造成太強烈深刻的影響，即使法院下令排除主詰問證詞，也無法使被告獲得公平審判，此時法院應宣布審判無效。由於我國並未採取陪審團制度，而是由專業法官職司審判，法官應具備僅將有證據能力之證據作為裁判心證基礎的專業認知與能力，<sup>280</sup>因此在政府秘匿特權與對質詰問權發生衝突之場合，似無須採取審判無效如此強烈的法律效果，僅須排除主詰問所得之證詞即可。

#### 第四節 政府秘匿特權與被告強制取證權之衝突

「強制取證權」是指「被告得強制對其有利之證人出庭作證之權利」，此項權利在我國雖無明文規定，但在美國則為憲法增修條文第六條所明定、與對質詰問

<sup>279</sup> 請參照 王兆鵬，刑事訴訟講義，頁 755-758（作者自版，2008）。

<sup>280</sup> 刑事訴訟法第一五四條第二項：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」、第一五五條第二項：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」

權並列的刑事被告基本權利。<sup>281</sup>由於強制取證權被認為是當事人進行主義下被告的典型權利，而我國亦已於民國九十一年改採「改良式當事人進行主義」制度，則在我國現行法制下，強制取證權是否可能為被告的基本人權，值得深入探究。<sup>282</sup>

再者，由於強制取證權的內涵為賦予被告提出證據的權利（包含提出證人與物證的權利），則若政府機關認為被告所提出的證據涉及政府秘密，而欲主張秘匿特權時，此二種權利之間的衝突如何解決，亦為重要的問題。本節以下先介紹強制取證權之內涵與意義，並推論強制取證權在我國是否可能為具有憲法或法律位階的被告權利，最後則提出當強制取證權與政府秘匿特權衝突時，在我國法制上應如何加以解決。

## 第一項 強制取證權之意義

美國憲法增修條文第六條規定：「所有刑事被告有強制對己有利證人作證之權利。」(*The Sixth Amendment: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right...to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor..."*) 此項權利我國學者譯為「強制取證權」。<sup>283</sup>強制取證權之基本意義即如同其字面所言：被告有權傳喚對自己有利之證人出庭作證。

強制取證權與對質詰問權可謂被告防禦權之一體兩面：在檢察官傳喚之證人作證對被告「不利」之事項時，被告可使用對質詰問權（主要是反詰問權）挑戰、

<sup>281</sup> The Sixth Amendment to the United States Constitution: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ...to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor..."

<sup>282</sup> 在刑事訴訟程序仍採取職權主義的時代，由於職權主義將被告的強制取證「權利」，轉換為法官的「義務」，因此學者認為強制取證權並非被告憲法上之基本人權。請參照 王兆鵬，刑事被告的憲法權利，第五章 對質詰問權與強制取證權，頁 193-195（作者自版，1999 年）。

<sup>283</sup> 王兆鵬，美國刑事訴訟法，頁 555（作者自版，2007 年）。

戳穿敵性證人證詞中的謊言或瑕疵；而在證人或物證係對被告「有利」時，檢察官很可能選擇不傳喚該證人或使用該證據，被告則可行使其強制取證權，強制對其有利之證據呈現於審判中，而所謂「強制取證」，並非真的賦予被告物理上的強制力、強制證人出庭，而是被告有聲請法院發提出命令（subpoena）傳喚證人的權利，以此種法院協力的方式來達成被告取證之目的。<sup>284</sup>

根據學者研究指出，強制取證權是當事人進行主義（adversary system，或譯「對抗制」）下的典型制度，目的即在於使被告有提出證據、受公平審判的機會。因為在當事人進行主義下，被告必須獨力對抗檢察官，而檢察官有國家機器為強大後盾，憲法因而必須賦予被告人民有類似於檢察官的強制取證權，被告始有可能較為平等的與檢察官對抗。因此，雖然讓被告傳喚對其有利的證人亦有助於發現真實，但強制取證權主要的目的仍在於維持程序的公平進行。<sup>285</sup>

雖然從憲法增修條文的文義來看，似乎僅賦予了被告提出「對自己有利之證人」（*witnesses in his favor*）的權利，但美國聯邦法院早將其運用擴張至「對被告有利之證據」之提出，而不僅限於證人。在 1807 年的 *United States v. Burr* 案中，被告 Burr 主張依憲法上強制取證權之保障，欲強制 Jefferson 總統交出對其有利的信件。<sup>286</sup>檢察官對此表示反對，因為強制取證權之條文僅言「證人」（*witness*），並不及於本案中的信件（*papers*），然此種意見為審理本案的 John Marshall 大法官所駁斥。Marshall 大法官指出：僅就字面含意來解釋、認為憲法僅賦予被告強制「證

<sup>284</sup> Peter Westen, *Confrontation and Compulsory Process: A United Theory of Evidence for Criminal Cases*, 91 Harv. L.Rev. 567, 587 (1978). :“Most would agree at minimum that compulsory process means the state cannot prosecute a defendant without supplying him subpoena power to compel the attendance of witnesses in his favor.”

<sup>285</sup> “The Clause was a product of the development of the adversary system, conceived to expand the accused’s opportunity to submit evidence on his own behalf. While truth-seeking was also a goal of the developing trial process, fair process concerns drove the adoption of rights in the Sixth Amendment.” See Janet C. Hoeffel, *The Sixth Amendment’s Lost Clause: Unearthing Compulsory Process*, 2002 Wis. L. Rev. 1275, 1279 (2002).

<sup>286</sup> *United States v. Burr*, 25 F.Cas. 30 (C.C.Va. 1807). 關於 Burr 案的詳細事實與判決結果，請參照 本文第三章、第三節、第一項：「世紀審判：United States v. Burr (1807)」。

人」的觀點並不正確；從強制取證權之目的而論，所欲保障的應是被告「提出證據」(present evidence) 的憲法權利。<sup>287</sup>學者亦贊成此種見解，認為不應將強制取證權呆板限縮於文義所稱的「證人」，而應包括所有對被告有利的「證據」在內。

288

## 第二項 強制取證權在我國法制之定位

### 第一款 憲法意義

強制取證權在我國憲法上並無明文規定，亦尚無大法官解釋將其明白闡釋為刑事被告之憲法權利。然而，觀諸歷來大法官解釋，本文認為似可就「憲法保障刑事被告有受公平審判之權利」與「舉輕以明重之法理」這兩種觀點，推論強制取證權應為我國憲法第十六條訴訟權所保障之基本權利。

#### 1. 受公平審判之憲法權利

強制取證權本身與公平審判有密不可分的關係。如同前述學者所指出，強制取證權正是為了追求公平程序之目的才被創造出來。<sup>289</sup>而如同我國歷來

<sup>287</sup> See *United States v. Burr*, 25 F.Cas. 30, 35 (C.C.Va. 1807). : “The literal distinction which exists between the cases is too much attenuated to be countenanced in the tribunals of a just and humane nation.” Also see Peter Westen, *The Compulsory Process Clause*, 73 Mich. L. Rev. 71, 104 (1974-1975). : “...he construed the clause in light of its purpose—to enable the defendant to present evidence—and concluded that it must include papers.”

<sup>288</sup> Akhil Reed Amar, *Sixth Amendment First Principles*, 84 Geo. L.J. 641, 641 (1996): “In many contexts, the *expressio unius maxim* is a sound one, but in the Sixth Amendment we must not apply the maxim woodenly.... The Compulsory Process Clause affirms the defendant's right to forcibly subpoena a witness; but surely the Constitution must also protect the defendant's right to present friendly witnesses who volunteer to testify on his behalf, although the Amendment again does not explicitly say so. **If the defendant has a Sixth Amendment right to present exculpatory witnesses to the jury, surely he must also have a right to present exculpatory physical evidence**, although, here too, the Amendment does not explicitly say so.”

<sup>289</sup> “...fair process concerns drove the adoption of rights in the Sixth Amendment.” See Janet C. Hoefel,

大法官解釋所指出：公平審判為憲法第十六條所保障之訴訟權核心內容，亦為正當法律程序之要求，為人民憲法上之權利；<sup>290</sup>而欲確保公平審判，又以武器對（平）等為其不可或缺之要件，此為我國許多位大法官於解釋意見書中所強調。<sup>291</sup>

眾所周知，我國刑事訴訟法雖將檢察官與被告同樣稱為「當事人」，<sup>292</sup>但檢察官當事人卻擁有傳喚、拘提、通緝、聲請搜索扣押、聲請羈押等眾多「武器」，被告欲與其進行「武器對等」之對抗，本就極為困難。今日若再因政府主張秘匿特權，而僅容許檢察官提出對被告不利之證據，不容許被告提出有利之證據與檢察官抗衡，則兩造武器已經不僅是不對等，而是完全有利於檢察官的傾斜失衡，將嚴重違背公平審判之原則，被告將因而無法享有大法官所言的「充分之防禦權」，而導致憲法第十六條所保障之人民訴訟權受侵害。

293

## 2. 「舉輕以明重」之法理

---

The Sixth Amendment's Lost Clause: Unearthing Compulsory Process, 2002 Wis. L. Rev. 1275, 1279 (2002).”

<sup>290</sup> 如大法官釋字第六五四號解釋理由書：「憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。」、第五九一號解釋文：「憲法第十六條所保障之訴訟權，旨在確保人民於其權利受侵害時，有依法定程序提起訴訟，並受法院公平審判之權利。」類似意旨的大法官解釋，請參照：釋字第二五六、四一八、四四案、五一二、五三〇號解釋文，及釋字第五八二、六五三號解釋理由書。

<sup>291</sup> 如同釋字第五八二號解釋理由書所指出：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，**依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障**（本院釋字第三九六號、第四八二號解釋參照）。」；釋字第六五四號解釋許玉秀大法官協同意見書亦對公平審判、正當法律程序與武器平等原則提出詳細的說明：「依據正當法律程序原則，如果希望向法院請求的救濟，是有效的救濟，法院必須是一個公平的法院，**因此從正當法律程序的內涵，可以引申出公平審判原則。公平的審判則建立在公平的遊戲規則之上，公平的遊戲規則的基礎在於參與者有平等的機會，也就是獲得遊戲資源的機會均等，這就是所謂的武器平等原則**（註三）。註三：武器平等的意義不在於你有十公斤的刀，我也必須擁有十公斤的刀。兩個力氣與技藝不同的人需要的資源也不相同，保障獲取資源的機會，就是**讓力氣較小的人獲得公平程序**。」另參同號解釋葉百修大法官協同意見書、陳新民大法官協同意見書。

<sup>292</sup> 刑事訴訟法第三條：「本法稱當事人者，謂檢察官、自訴人及被告。」

<sup>293</sup> 請參照 釋字第五八二號解釋文、第六三六號解釋理由書、六五四號解釋理由書。

大法官曾針對違反道路交通管理處罰條例的「行政罰」事件，能否提起再抗告一事，做成釋字第四一八號解釋。在本號解釋中，大法官指出應給予當事人提出證據之機會，方符合憲法第十六條保障人民訴訟權之旨意：「此項程序，既已給予當事人申辯及**提出證據**之機會，符合正當法律程序，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無牴觸。」<sup>294</sup>而在有關懲處公務人員前是否應給予申辯機會的釋字第四九一號解釋中，吳庚大法官提出之協同意見書亦言：「凡法律所規定作成單方行政行為時給予相對人之程序的保障，諸如通知處分相對人陳述意見或舉行聽證（即言詞辯論）、受處分人得委任代理人及閱覽卷宗、**並得主張事實或提出證據**、懲處處分書應記明事實、理由及其法令依據、其得提起行政爭訟者並須有教示救濟方法之記載等均應切實踐行，方符現代法治國家程序保障之要求，亦為本院歷來釋示正當法律程序旨趣之所在」。

以上大法官解釋雖係以「行政事件」之正當法律程序為解釋標的，但相較於行政事件對人民造成的不利益，「刑事審判」則涉及被告的生命、自由、財產、名譽，對於被告人民的影響更為巨大，依「舉輕以明重」之法理，刑事被告提出證據之權利（當然，包括提出「有利」證據之權利）亦應受憲法第十六條訴訟權所保障。

綜合以上論述，本文認為依據大法官解釋之見解，不論是以公平審判的意義探究，或是以舉輕明重之法理推論，強制取證權（提出證據之權利）均應為我國刑事被告受憲法第十六條訴訟權所保障之基本權利。<sup>295</sup>

<sup>294</sup> 請參照 釋字第四一八號解釋文。

<sup>295</sup> 不同的推論方式，但同樣主張強制取證權應為我國憲法訴訟權架構之一環的見解，請參見 謝易哲，被告於審判外訪談證人之權利，頁 87-91，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2006。



## 第二款 法律規定

我國法律雖亦無強制取證權之明文，但在刑事訴訟法中則有賦予被告可提出證據之權利。例如刑事訴訟法第九十五條第四款規定：「訊問被告應先告知左列事項：...四、得請求調查有利之證據。」、第一六一條之一規定：「被告得就被訴事實指出有利之證明方法。」、第一六三條第一項規定：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。」、第二七四條規定：「法院於審判期日前，得調取或命提出證物。」、第二七五條規定：「當事人或辯護人，得於審判期日前，提出證據及聲請法院為前條之處分。」以上皆為我國刑事訴訟法賦予被告之聲請調查及提出證據權利，與美國法的強制取證權係藉由「被告聲請法院發提出命令（subpoena）來取得證據」的作法非常相似。<sup>296</sup>

在我國於民國九十一年改採（改良式）當事人進行主義之後，證據調查以當事人聲請為主，法院依職權調查為輔，被告聲請調查證據的權利更形重要。<sup>297</sup>然而，雖然在採行（改良式）當事人進行主義後，已陸續修正了許多刑事訴訟法條文，厥為我國刑事訴訟程序的一大革命，但較可惜的是並未賦予被告無法取證時應有的直接法律效果。換言之，雖然上揭法律規定均規範被告有「得請求調查」、

<sup>296</sup> 美國憲法增修條文第六條對於強制取證權之規定，經常被學者統稱為「強制取證條款」（*Compulsory Process Clause*），但由於此種概念在我國刑事訴訟法中並無單一或統合的明文規定，因此我國刑事訴訟法中有時使用「請求調查證據」、有時使用「聲請調查證據」、有時使用「聲請調查及提出證據」，用語雖然不同，但都是指涉此種「被告得提出對自己有利證據之權利」，而與美國憲法中「強制取證權」的概念高度相似。

<sup>297</sup> 民國九十一年二月八日，刑事訴訟法第一六三條由原本的「法院因發見真實之必要，應依職權調查證據」，修正為「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」學者見解均認為是我國改採（改良式）當事人進行主義的關鍵。學者見解請參照 王兆鵬，當事人進行主義之刑事訴訟，第一章 刑事訴訟法之回顧與前瞻，頁 6（作者自版，2002 年初版）；林鈺雄，刑事訴訟法 上冊 總論篇，頁 8（作者自版，2006 年 4 版）；林俊益，刑事訴訟法概論（上），頁 34（新學林，2006 年 7 版）。

「得指出有利之證明方法」、「得聲請調查證據」之權利，但當這些權利行使遇到障礙時，我國刑事訴訟法之規定似乎無法使被告獲得應有的救濟。

依據目前我國刑事訴訟法規定，若被告因政府主張秘匿特權而無法行使其取證權利時，可能發生兩種「間接」之法律效果：第一，法院可依第一九三條之規定，對無正當理由拒絕證言之證人科處罰鍰，以迫使證人作證；第二，被告可依第三七九條第十款「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」之規定，上訴於第三審法院。<sup>298</sup>

然而，就前者的科處罰鍰而言，僅限於（曾為）公務員證人無正當理由而拒絕證言時，始有適用，若為證人並非（曾為）公務員者，或在被告欲提出物證卻被秘匿特權阻礙之情形，均無本條之適用；更重要者，被告真正關心的並不是證人是否遭到裁罰，而是自己能不能提出有利的證據，但裁罰的手段似乎亦無法保障證人一定會「就範」而願意作證。在政府秘匿特權的情況，由於證人代表的很可能是政府機關的利益，因此得到政府機關奧援支持的情況更為顯著。例如國務機要費案審理中，被傳喚作證的總統府秘書長陳唐山即曾表示，並不在乎法院裁處三萬元之罰鍰，總統府亦支持其拒絕證言之主張。<sup>299</sup>

就後者的上訴第三審而言，不僅無法使被告在原審就立即獲得救濟，必須耗費勞力、時間、費用上訴至第三審，徒增訟累與內心煎熬；更重要者，即使第三審法院認為應依第三七九條之規定撤銷原判決、發回更審，更審法院同樣無法在現行刑事訴訟法之規定中，找到給予被告直接救濟的方式。

<sup>298</sup> 刑事訴訟法第三七九條：「有左列情形之一者，其判決當然違背法令：...十、依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者。」

<sup>299</sup> 當時各新聞媒體對於總統府秘書長等公務員無懼法院罰鍰的報導，請參照 項程鎮等報導，「國務費案 涉總統國家機密特權 陳唐山不到庭」，自由時報，2007年1月19日。包喬晉報導，「罰3萬 陳：I don't care 府證實奉陳唐山指示不出庭 將提抗告」，聯合報 A4 版，2007年1月20日；林淑玲報導，「府方力挺 將提抗告 陳唐山等罰鍰 拒繳到底」，中國時報 A3 版，2007年1月23日。

## 第三項 權利衝突之解決

### 第一款 美國法

當強制取證權與政府秘匿特權或其他秘匿特權（如律師與當事人間的特權）發生衝突時，應如何處理，在美國法上有兩種想法：第一種想法，認為強制取證權是防止發生冤獄與發現真實的重要權利，若與秘匿特權發生衝突時，強制取證權永遠勝出，秘匿特權必須退讓。此種想法雖然保障了被告的權利，但卻會造成秘匿特權背後的社會政策與公共利益無法實現（如政府保護秘密的利益、當事人與律師溝通的利益等），因此只有極少數學者主張此種見解。<sup>300</sup>

第二種想法則是認為應依據個案中的具體情況，以權衡法則（Balancing Test）來決定強制取證權與秘匿特權的利益孰重孰輕，此為美國大多數學者的見解。<sup>301</sup>至於具體衡量的事項，學者指出可能包括四點：<sup>302</sup>第一點，當事人間武器對等能否維持。若特權之目的被認為是偏袒政府，使被告不易取得證據，則法院應認為被告的強制取證權大於秘匿特權，容許被告取證。<sup>303</sup>

第二點，該秘匿特權是政府秘匿特權（*governmental privileges*），或社會秘匿特權（*societal privileges*）。政府秘匿特權即為本文所討論的政府機關秘匿特定資

<sup>300</sup> “No interest protected by a privilege is sufficiently important to outweigh the defendant’s right to establish his innocence through the presentation of clearly exculpatory evidence.” See Peter Westen, *The Compulsory Process Clause*, 73 Mich. L. Rev. 71, 161 (1974-1975).

<sup>301</sup> See Welsh S. White, *Evidentiary Privileges And The Defendant’s Constitutional Right to Introduce Evidence*, 80 J. Crim. L. & Criminology 377, 386 (1989).

<sup>302</sup> 以下除個別參考美國學者之論著外，中文文獻請參照 王兆鵬，*美國刑事訴訟法*，頁 558-563（作者自版，2007 年）。

<sup>303</sup> See Welsh S. White, *Evidentiary Privileges And The Defendant’s Constitutional Right to Introduce Evidence*, 80 J. Crim. L. & Criminology 377, 386-387 (1989).

料、不使公開之特權，社會秘匿特權則泛指除此以外的各種特權，如配偶間、律師與當事人間、醫師與病患間的各種特權等屬之。由於主張政府秘匿特權的結果，通常是對檢察官有利，而對被告不利，此時學者通常認為強制取證權應勝過政府秘匿特權，應容許被告取證。<sup>304</sup>在 *United States v. Reynolds* 案中，聯邦最高法院亦表示：不可能既容許政府追訴被告，同時卻容許政府主張秘匿特權來剝奪對被告防禦重要的證據。<sup>305</sup>反之，在社會秘匿特權情形，由於主張的結果未必對被告或檢察官有利或不利，因此多數學者與法院見解在衡量時，傾向於保護社會秘匿特權背後的社會價值，被告此時不得強制取證。<sup>306</sup>惟除了對於律師與當事人間秘匿特權，美國法院一致認為其價值應勝過被告強制取證權外，在其他的社會秘匿特權情形（如配偶間、醫師與病患間、新聞記者與消息來源間的秘匿特權），亦有少數判決認為，依個案情形不同，仍有可能必須優先保護被告之強制取證權。<sup>307</sup>

第三點應考量的是秘匿特權是否公平地被行使。若該特權雖非政府之秘匿特權，但其「行使結果」卻僅是對政府有利時，法院亦應對被告做有利的判斷。<sup>308</sup>例如在 *Pennsylvania v. Ritchie* 案中，賓州法律禁止公開社會福利團體的資料，以致於被指控性侵害自己女兒的被告，無法取得社福團體訪談其女兒的紀錄，造成被告權利受損，此即為特權被不公平行使的情形。<sup>309</sup>

第四點應考量的是該秘匿特權是否具備憲法位階。因為被告的強制取證權是

<sup>304</sup> *Id.* at 384.

<sup>305</sup> “the Government can invoke its evidentiary privileges only at the price of letting the defendant go free. The rationale of the criminal cases is that, since the Government which prosecutes an accused also has the duty to see that justice is done, it is unconscionable to allow it to undertake prosecution and then invoke its governmental privileges to deprive the accused of anything which might be material to his defense. Such rationale has no application in a civil forum where the Government is not the moving party” *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1, 12 (1953).

<sup>306</sup> Mueller, Christopher B. & Kirkpatrick, Laird C. *Evidence*, 347 (Little, Brown & Company, 1995).

<sup>307</sup> *Id.* at 348-350.

<sup>308</sup> See Welsh S. White, *Evidentiary Privileges And The Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence*, 80 J. Crim. L. & Criminology 377, 392-393 (1989).

<sup>309</sup> *Pennsylvania v. Ritchie*, 480 U.S. 39 (1987). 本案的詳細內容與意義，請參照 本文第三章、第四節、第五項。

憲法上之權利，若發生衝突的秘匿特權亦為憲法上權利時，法院傾向於認為被告不得強迫證人作證或提出證據，例如證人不自證己罪的情況；但在特殊個案情形，法院仍可以在賦予證人豁免權（Immunity）後，<sup>310</sup>強迫證人作證。<sup>311</sup>

在審判實務上，美國法院在處理強制取證權與秘匿特權之衝突時，通常綜合權衡上述四點而為判斷，而若權衡結果是認為強制取證權勝出、秘匿特權應該退讓時，聯邦最高法院經常以撤銷原判決、將案件發回重審的方式處理，例如 *Roviaro v. United States* (1957) 與 *Pennsylvania v. Ritchie* (1987) 案均是如此。<sup>312</sup>而在下級法院審理時，若發生被告強制取證權與政府秘匿特權衝突的情況，早期法院的實務操作是要求檢方選擇：是「說服政府機關提出秘密資料供證」，或是「任由法院為不受理之判決」。<sup>313</sup>

針對政府秘匿特權與強制取證權發生衝突的情況，美國法制上除了為數眾多的法院判決外，更有明文的法律規定可供遵循，即 1980 年美國國會通過的機密資訊程序法（*Classified Information Procedures Act, CIPA*）。依據該法律規定，若被告欲使用的證據涉及政府秘密時，由檢方選擇「將資料中特定機密部分刪除」或「將該機密資料整理後提出大綱」供被告使用，或「承認該機密資料所欲證明的相關事項」。<sup>314</sup>而若檢方採取的是刪除機密或提出大綱等「替代證據」方式，法官則必須嚴格把關，以確保對被告的防禦而言，檢方所提出的替代方案與揭露資訊具有

<sup>310</sup> 在此所謂賦予證人「豁免權」，主要係指在法院或其他機關強迫證人證言後，檢察官不得以該證詞作為對證人不利的證據而將之起訴。詳細規定請見：18 U.S.C. § 6001-6005 (1982)。並請參見 王兆鵬，美國刑事訴訟法，頁 562-563（作者自版，2007 年）。

<sup>311</sup> Mueller, Christopher B. & Kirkpatrick, Laird C. *Evidence*, 346 (Little, Brown & Company, 1995).

<sup>312</sup> *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957). ; *Pennsylvania v. Ritchie*, 480 U.S. 39 (1987). 案件詳情請參照 本文第三章、第四節、第一項與第五項。

<sup>313</sup> *United States v. Andolschek*, 142 F.2d 503 (2d Cir. 1944). 轉引自 林輝煌，論公務秘密之刑事拒絕供證（上），台灣本土法學雜誌 62 期，頁 48，2004 年 9 月。

<sup>314</sup> 18 USCA APP. 3 App. 3, Refs & Annos : § 4. Discovery of classified information by defendants 關於 CIPA 的詳細說明，請參照 本文第三章、第五節、第二項「機密資訊程序法」。

實質上相同的作用（substantially the same ability）。<sup>315</sup>

## 第二款 我國法

在我國，刑事審判中亦可能發生各種秘匿特權與強制取證權之間的衝突，但我國法律對此重要問題應如何解決，規範似乎不足。<sup>316</sup>如前所述，我國刑事訴訟法對此雖規定有兩種「間接」之法律效果：依第一九三條之規定，對無正當理由拒絕證言之證人科處罰鍰，以迫使證人作證；或由被告依第三七九條第十款「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」之規定，上訴於第三審法院，但此二種法律效果均有其嚴重的缺陷，對被告之權利保障仍顯不周。<sup>317</sup>

針對被告聲請調查證據與政府秘匿特權間發生衝突的情況，由於刑事訴訟法僅規定，在法院認為政府機關的拒證主張無理由時，可對拒絕作證的（曾為）公務員證人處以罰鍰，而在證人並非（曾為）公務員，或被告欲提出涉及政府秘密之「物證」的情況，則完全沒有規定法律效果，對被告的保護極為不周。我國現行規定的缺漏，將侵害憲法第十六條訴訟權保障公平審判、武器平等被告之重要權利；且因為被告因而無法提出對自己有利的證據，可能因而發生冤獄，亦有害於發現真實。

<sup>315</sup> 18 USCA APP. 3 App. 3, Refs & Amos : § 6. Procedure for cases involving classified information

<sup>316</sup> 誠如本文前款對於美國法上各種秘匿特權與被告強制取證權衝突的介紹，可以發現證人若依我國刑事訴訟法第一七九條、一八〇條、一八一條、一八二條之規定，主張各種拒絕證言權，也同樣都可能造成對被告強制取證權的衝擊，導致被告無法聲請調查證據的結果。雖然第一八〇條以下之各種拒絕證言權並非本文研究範圍，但本文認為，對於我國現行法制下的拒絕證言權，若與其他權利（特別是刑事程序中當事人的憲法及法律上權利）發生衝突時，應有如何的法律效果，實已有全盤加以檢討之必要。而解決的方式，或許可以參考本文針對政府秘匿特權議題，所提出的權利保護概念，在充分探討其他各種拒絕證言權之政策目的與價值、權利位階、權利內涵等概念後，詳加擬定各種拒絕證言權應有的不同權利保護機制。

<sup>317</sup> 詳請參照 本章節第二項、第二款「法律規定」之說明。

本文主張，當法院認為被告所欲提出的證據（包括證人、物證）是對其防禦所必要，但卻遭遇政府主張秘匿特權，而使被告無法提出這些有利證據時，可參考美國法 CIPA 的處理方式：由檢方選擇是要提出「替代證據」（將資料中特定機密部分刪除，或將該機密資料整理後提出大綱以供被告使用等方式），或「承認該機密資料所欲證明的相關事項」。而若檢方選擇的是提出替代證據，應由法院裁定是否可以「有效替代」系爭原始證據，若法院認為檢方提出的替代證據對被告的防禦權仍有不足時，法院應可裁定「承認該機密資料所欲證明的相關事項」，以保護被告的憲法上權利。

我國學者另有認為，可參考美國早期審判實務發展出來的標準，視情況強制政府機關允許證人作證，或為本案不受理之判決。<sup>318</sup>本文認為，此種方式固然對被告權利保護非常周到，但似乎有成本過大的隱憂。因為若採取強制允許證人供證的方式，一方面將可能對政府機關欲保護秘密的國家利益造成危害，另一方面法院要如何以強制方式迫使政府機關「就範」，似也屬困難；而若採取不受理判決的方式，則將使檢察官全盤失去證明被告犯罪的機會，恐有縱放犯罪之虞。反之，若採取本文「承認該機密資料所欲證明的相關事項」作法，檢察官仍有可能藉由其他更強而有力的證據來證明被告犯罪，此種作法的社會成本似乎較小，而能兼顧政府機關秘匿資訊的需求與被告取證的權利。

## 第五節 政府秘匿特權與檢察官取證權之衝突

### 第一項 檢察官取證權之意義

<sup>318</sup> 請參照 林輝煌，論公務秘密之刑事拒絕供證（下），台灣本土法學雜誌 63 期，頁 75，2004 年 10 月。

檢察官取證之目的與被告不同：被告不論是對質詰問證人或提出對自己有利的證據，目的都是要加強防禦權的主張，避免不利裁判；檢察官取證則是爲了要證明被告犯罪，將有罪之人繩之以法。而在刑事審判中，不僅被告的權利會與政府秘匿特權發生衝突，檢察官取證的權利同樣會因爲政府主張資訊秘密、不公開而受到影響。

例如國務機要費案審理中，檢察官向法院聲請傳喚總統府秘書長、科長等公務員到庭作證，即遭到總統府以「傳票所載待證事項（指傳票上所註明：請務必攜帶曾經經辦依國家機密保護法核定爲國家機密相關流程之文件資料到院等語）涉及外交及國家安全等機密，專屬總統國家機密特權，受憲法所保障...本府衡量傳票所載待證事項，妨害國家利益，核定不應准許，故上開五位證人均具有不到場之正當理由」爲由拒絕。<sup>319</sup>而在美國法院審理「水門事件」相關訴訟時，檢察官同樣也遭遇 Nixon 總統主張政府秘匿特權，因而無法取得錄音帶等證物的困境。

320

## 第二項 權利衝突之解決

雖然檢察官與被告在我國刑事訴訟法上同樣被稱爲「當事人」，<sup>321</sup>也同樣會因爲政府主張秘匿特權而無法詰問證人、提出有利之證據，但兩者間仍有一點主要的區別：刑事被告對質詰問證人、提出對自己有利證據的權利，乃我國人民「憲法」上之基本權利；<sup>322</sup>但檢察官的此等權利僅爲「法律」上之權利，並未有憲法

<sup>319</sup> 請參見 最高法院 96 年台抗字第 201 號裁定。

<sup>320</sup> 關於水門事件的事實介紹與法院判決，請參見 本文第三章、第三節、第四項「總統通訊：United States v. Nixon (1974)」。

<sup>321</sup> 刑事訴訟法第三條：「本法稱當事人者，謂檢察官、自訴人及被告。」

<sup>322</sup> 被告之對質詰問權爲大法官釋字第三八四號、五八二號、六三六號解釋所明確承認之憲法權利；被告之強制取證權之憲法位階，則可依據大法官解釋對於憲法訴訟權保障公平審判之意旨推論而得。請參照 本章第三節、第四節之推論與說明。



規定或大法官解釋認為其具有憲法之位階。

由於依據大法官釋字第三二五號、五八五號、六二七號解釋之意旨，凡「獨立行使職權受憲法之保障」的政府機關，其均擁有「憲法」上的秘匿特權，而可主張不公開特定資訊。<sup>323</sup>因此，當被告受憲法保障的對質詰問權、強制取證權，因為政府主張憲法上之秘匿特權而不能行使時，兩者間為「憲法權利的衝突」，何者應該退讓，必須由法院以權衡法則（Balancing Test）依個案情形審酌後加以決定，並盡可能求其利益均衡；但檢察官對質詰問證人與取證的權利由於並無憲法上基礎，僅有刑事訴訟法第一六三條、第二七五條等法律上依據，<sup>324</sup>因此若與政府機關受憲法保障之秘匿特權發生衝突，則為「法律權利與憲法權利之衝突」，此時檢察官的「法律」上權利即應退讓。所謂「檢察官的法律上權利應該退讓」，亦可分為對質詰問權與取證權（提出或聲請調查證據之權利）不能有效行使等兩種情形，以下分別說明。

### 第一款 檢察官無法行使對質詰問權

在被告主詰問證人後，檢察官因政府主張秘匿特權而無法行使反詰問權之情形，原則上不應排除被告主詰問所得之證據。理論基礎在於檢察官反詰問證人乃「法律」上之權利，而法律上關於證據的中心思想為「部分的證據遠甚於毫無證據」。<sup>325</sup>若逕行排除被告主詰問所得之證詞，是毫無證據，法官將難以進行審判；若容許被告主詰問所得之證詞成為證據，是部分證據，可由法官自行斟酌其證明

<sup>323</sup> 請參照 本章第一節、第一項「憲法層次」之推論與說明。

<sup>324</sup> 刑事訴訟法第一六三條第一項規定：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。」、第二七四條規定：「法院於審判期日前，得調取或命提出證物。」、第二七五條規定：「當事人或辯護人，得於審判期日前，提出證據及聲請法院為前條之處分。」

<sup>325</sup> 請參照 王兆鵬，刑事訴訟講義，頁 757-758（作者自版，2008）。

力如何。因此，依證據法之法理，原則上不排除被告主詰問所得之證據，除非法院依具體情況認為，被告有串通證人、不使檢察官詰問的可能，此時才應排除被告取得之證詞，以求公平。<sup>326</sup>

然而上述「被告與證人串通、不使檢察官反詰問」的情況，在政府主張秘匿特權的討論範圍內，通常並不會發生。因為被告要越過檢察官、直接「串通」政府機關，雖然並非完全無法想像（例如在政府官員本身為被告的情況，確實可能出現被告與該管政府機關串通、隱匿犯罪事實的情況），但畢竟不是事理之常態。學者也認為，政府機關主張秘匿特權時，一般應是對檢察官有利，對被告不利，因為此時有可能檢察官已知悉證詞的內容，但被告卻完全不知。<sup>327</sup>

## 第二款 檢察官無法提出或聲請調查證據

在政府機關主張秘匿特權、檢察官因而無法提出或聲請調查有利（有助於將被告定罪）之證據的情況，同樣因為檢察官僅有「法律」上的權利，而與被告受憲法保障強制取證權的處理方式不同。本文認為，由於檢察官的取證只以法律規定為依據，無法要求依據憲法行使秘匿特權的政府機關退讓，因此較可行的方式，應是透過機關的內部溝通，促使政府機關交出資訊。<sup>328</sup>

本文曾討論過，在被告的強制取證權因政府主張秘匿特權而不能行使時，容許檢方以「替代證據」來取代原證據，此種作法亦容許在檢察官無法取證時使用，

<sup>326</sup> 此即檢察官「無效的反詰問」之法律效果，*Id.*

<sup>327</sup> See Welsh S. White, *Evidentiary Privileges And The Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence*, 80 J. Crim. L. & Criminology 377, 390 (1989).

<sup>328</sup> 例如主張秘匿特權的是行政機關，檢察官可透過法務部或行政院與該機關溝通，促使其交出證據；若主張秘匿特權的是其他權力機關，檢察官亦僅能透過本身所屬的行政機關與該權力機關協商解決之道。

只是檢察官要提出或聲請調查該「替代證據」，仍必須要透過與該政府機關的溝通為之，否則恐怕亦難以取得；而該替代證據是否能發揮如同原始證據一樣的效果，此種風險與責任必須由檢察官自行承擔。與被告強制取證權保護的最大差別在於：檢察官無法取證時，無法適用「法院裁定承認該機密資料所欲證明的相關事項」的作法。原因在於：此種作法是在被告受憲法保障的強制取證權受侵犯時，不得已的彌補之道，但檢察官的取證權並未受到憲法之保障；再者，如果逕行承認檢察官欲藉由機密證明之事項，將牴觸刑事訴訟的重要根本原則—無罪推定。<sup>329</sup>

## 第六節 立法芻議：法院調查證據涉及政府秘密之程序

本文對於刑事審判程序中，政府主張秘匿特權而造成被告權利侵害的各種情況，依據我國憲法解釋與法律規定加以論述。雖然即使在法律尚無規定的情況，法院亦應依據憲法或大法官解釋保障人民權利之意旨，操作審判實務，但若立法者可以對法院應遵守之程序明文規範，將使法院審理案件時更有明確的標準可供遵循，對於人權保障亦將更為徹底。

本文以下不揣淺漏，嘗試提出刑事審判中，我國法院調查證人涉及政府秘匿證據時應有之程序，與對被告應有之權利保護機制，或可供未來立法之參考。<sup>330</sup>

### 1. 修正刑事訴訟法第一七九條規定：

<sup>329</sup> 刑事訴訟法第一五四條：（第一項）被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。（第二項）犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」

<sup>330</sup> 本文在此僅提出關於調查證人條文修正與新增的立法理由，並以註腳指出與該立法理由有關之本文討論段落，且於第五章、結論之最後，附上新舊法對照表，敬供讀者參閱。此外，關於涉及政府秘密之物證調查，本文雖已於本章第四節中詳細討論，但由於被告無法聲請調查或提出對其有利之「物證」時，其基礎法理、被侵害之憲法權利與法律效果，均與被告無法聲請調查對其有利之「證人」類似，因此本文不再贅述。

## 刑事訴訟法第一七九條（政府秘匿特權之主張）

	擬議條文	現行條文
第一七九條	<p>（第一項）以<u>公務員或曾為公務員</u>知悉政府秘密之人為證人，而就其職務上應守秘密之該秘密事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之職掌該事項之政府機關允許。</p> <p>（第二項）前項允許，除有妨害國家之利益<u>公共</u>利益者外，不得拒絕。</p>	<p>（第一項）以公務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之允許。</p> <p>（第二項）前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。</p>

本條主體原限於公務員或曾任公務員之人，對於無此種身份之人若知悉政府秘密時，即產生不能適用之法律漏洞，不惟對於政府之利益無法妥善保護，也造成人民無法直接適用相關規定的權利保障缺口（如要求政府機關釋明拒絕允許證人作證之理由等），爰修正第一項，使保護範圍擴大。

331

原條文第二項規定：「前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。」此處所謂「國家之利益」，實應指「公共利益」而言，而非指特定國家機關之利益。爰參酌政府資訊公開法第十八條第一項第三、六、七、九等款之規定，<sup>332</sup>將「國家之利益」修正為「公共利益」，以資明確。<sup>333</sup>

<sup>331</sup> 更詳細的說明，請參照 本文第四章、第一節、第二項、第一款：「訴訟法之規定與缺漏」。

<sup>332</sup> 政府資訊公開法第十八條第一項：「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：...三、政府機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或其他準備作業。但對公益有必要者，得公開或提供之。...六、公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。七、個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開或提供有侵害該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。...九、公營事業機構經營之有關資料，其公開或提供將妨害其經營上之正當利益者。但

2. 新增刑事訴訟法第一七九條之一規定：

**刑事訴訟法第一七九條之一（詢問政府機關與告知法律效果）**

（第一項）當事人聲請調查前條第一項之證人時，法院應將當事人依第一六三條之一規定提出之書狀送交前條第一項之政府機關，詢問是否允許。

（第二項）前項詢問，法院應依案件之性質，訂定適宜之回覆期限。

（第三項）法院詢問政府機關之文書，應載明第一七九條之四之規定。

本法原第一七九條僅規定「應得該管監督機關或公務員之允許」，但對取得允許之程序則未規定，為明確故，且亦為告知政府機關被告所欲證明之事項，爰增訂本條第一項。而為免政府機關內部討論時間過長，甚或故意延宕回覆，影響被告權益，爰增訂第二項規定，使法院可限期命政府機關回覆。<sup>334</sup>

若政府機關拒絕允許證人作證，而經法院裁定駁回其主張，政府機關仍拒不配合，將發生第一七九條之四所定之法律效果，關係重大。故宜使政府機關於決定是否允許之前，即知悉此項法律效果，以利其衡量輕重得失，爰增訂第三項規定。<sup>335</sup>

---

對公益有必要者，得公開或提供之。」

<sup>333</sup> 更詳細的說明，請參照 本文第四章、第二節、第四項、第二款：「權衡法則下的『妨害國家利益』」。

<sup>334</sup> 更詳細的說明，請參照 本文第四章、第二節、第二項：「現行程序及其問題」。

<sup>335</sup> 請參照 新增刑事訴訟法第一七九條之四立法理由。

3. 新增刑事訴訟法第一七九條之二規定：

**刑事訴訟法第一七九條之二（拒絕允許之釋明與秘密審查）**

（第一項）政府機關拒絕允許證人作證者，應以書面具體釋明調查該證人將妨害公共利益之事項、範圍及程度，並得將系爭調查資訊之內容，以不公開之秘密程序送交法院審查。

（第二項）法院為前項之審查，應以不公開之秘密程序行之。

本法第一八三條第一項僅規定：「證人拒絕證言者，應將拒絕之原因釋明之。」而在證人願意證言，但是政府機關主張秘匿特權、不使證言時，即不能適用該條之規定，將產生法律適用之漏洞。政府機關如拒絕允許證人作證，依本法第一七九條之規定，應有認為證人作證將妨害公共利益之理由，該機關應將理由具體釋明，以供法院審查。又該證人作證可能涉及之資訊，雖屬政府秘密，但於法院審查政府機關之主張亦有重要性，爰增訂第一項規定，使政府機關將資訊送交法院審查有正當之依據，並依秘密程序為之，避免洩漏。同理，法院審理前開系爭資訊，亦應以秘密程序為之，避免資訊洩漏而破壞公共利益，爰增訂第二項規定。<sup>336</sup>

4. 新增刑事訴訟法第一七九條之三規定：

**刑事訴訟法第一七九條之三（法院應審酌之事項與標準）**

（第一項）政府機關拒絕允許證人作證之准許或駁回，由法院裁定之；法院認為調查證人不甚妨害公共利益者，應裁定駁回政府機關之

<sup>336</sup> 更詳細的說明，請參照 本文第四章、第二節、第三項：「法院審查之事項」。

主張。

(第二項) 除法律另有規定外，法院為前項之裁定應綜合審酌案件中下列

事項：一、前條第一項之政府釋明內容。

二、被告涉嫌之犯罪所生之危險或實害。

三、證人作證致政府秘密洩漏之可能性及其危害。

四、被告可使用之其他防禦方式。

五、該證人可能之證詞。

六、其他與本案有關之一切事實與已提出之證據。

法院衡量是否採信政府機關主張之標準，應為整體公共利益之最大化。故若法院認為准許被告調查證人之利益，大於政府機關秘匿該資訊之利益時，調查證人即對公共利益無甚危害，此時法院應准許被告調查證人，駁回政府之拒證主張，故增訂第一項。<sup>337</sup>

又因法院審理時需權衡本案中所有證據與事實，茲舉其中通常具有重要性之五項因素為例示之規定，並以概括條款涵蓋其他一切事項。爰增訂第二項規定。<sup>338</sup>

5. 新增刑事訴訟法第一七九條之四規定：

**刑事訴訟法第一七九條之四 (被告不能行使權利之法律效果)**

(第一項) 政府機關拒絕允許證人作證，致被告無法有效反詰問者，法院得審酌被告利益之保護，裁定主詰問所得之證詞一部或全部不得作為證據。

<sup>337</sup> 更詳細的說明，請參照 本文第四章、第二節、第四項、第二款：「權衡法則下的『妨害國家利益』」。

<sup>338</sup> 更詳細的說明，請參照 本文第四章、第二節、第三項：「法院審查之事項」。

(第二項) 除前項情形外，政府機關拒絕允許證人作證，致被告無法依第一六三條第一項之規定，聲請調查對其有利之證人者，法院得命政府機關提出適宜之替代證據，以代替證人之調查。

(第三項) 政府機關依前項規定提出之替代證據，如法院認為對於被告訴訟上之防禦不能提供與調查證人相同之效果者，應認為不適宜。

(第四項) 政府機關未能依第二項規定提出適宜之替代證據者，法院對於被告欲藉該證人之證詞以證明之事項，應裁定為真實。

對質詰問權為刑事被告之憲法權利，迭經我國大法官解釋在案（釋字第三八四號、五八二號、六三六號解釋參照）。不論是政府機關拒絕遵守法院之裁定，或是法院准許政府機關之拒證主張，致被告不能有效反詰問對其「不利」之證人時，即為對被告對質詰問權之侵害，此時參考美國法上「無效反詰問」之法理，應視情況排除主詰問所得證詞之一部或全部，以維護被告之權利，俾保障程序之公平，爰增訂第一項規定。<sup>339</sup>

除不能反詰問之情形外，被告欲聲請法院調查對其「有利」證人之權利，亦受憲法第十六條訴訟權所保障，若此憲法權利因政府主張拒絕允許證人作證而不能實現，即產生被告權利保護之漏洞。故此時應由法院命政府機關提出可替代證人作證之適宜替代方案，供被告訴訟上防禦使用，惟該替代方案是否確實足以替代原證人，應由法院審查其對於被告訴訟權之影響程度後決定。若與調查證人相較，使用替代證據將使被告遭致較不利之裁判時，法院應認為該替代方案並非適宜，而裁定被告欲藉該證人之證詞以證明之事項為真實，以確保被告訴訟權之充分實現。爰增訂第二、三、四項規定。<sup>340</sup>

<sup>339</sup> 更詳細的說明，請參照 本文第四章、第三節、第三項：「權利衝突之解決」。

<sup>340</sup> 更詳細的說明，請參照 本文第四章、第四節、第三項：「權利衝突之解決」。





## 第五章 結論

為確保法院可藉由證據認定事實、使刑事被告訴訟上之防禦權不受侵害、使政府機關與公務員有具體依據判斷是否可以合法拒絕提供證據、保護政府秘密不致外洩，並防止社會大眾對司法審判的信賴崩壞，本文嘗試在我國既有的憲法及法律規定架構下，參考美國法的發展經驗，重新建構我國刑事審判中，法院對於政府秘匿特權應有的審查程序與法律效果。

本文認為，政府秘匿特權雖為大法官解釋承認之憲法上特權，但凡刑事審判中政府機關欲主張秘匿特權時，仍必須向法院釋明其主張之理由，而由法院定其准駁，此乃我國大法官釋字第627號解釋所稱：「其行使仍應符合權力分立與制衡之憲法基本原則，而非憲法上之絕對權力」之意旨。

而法院審查政府機關的特權主張時，應權衡個案中的一切證據與情況，包括被告所涉嫌之罪、可能的防禦方式、該證詞的可能意義、主張特權之價值為何等因素，然後加以綜合判斷。法院判斷的標準，在涉及國家安全的事項上，為「造成國家安全危險之合理顧慮」，亦即若法院審查政府提出的一切資料與說明，可認為使用系爭秘密資訊，將有使國家安全發生危險的合理顧慮時，法院即應准許政府之特權主張，此亦為釋字第627號解釋所提出之審查標準。在不涉及國家安全的情況，法院應衡量：若使用系爭秘密資訊為證據，對政府機關欲秘匿資訊的利益之損害，與對個案需求證據的助益，何者為大，來決定是否准許政府提出之秘匿特權主張，以顧全社會整體之利益平衡。

若被告的對質詰問權（反詰問權）因政府機關主張秘匿特權而無法實現時，不論政府機關之特權主張是否為法院所准許，均應有保護被告憲法上對質詰問權

的機制。本文認為，當被告無法反詰問對其不利之證人時，最適合的權利保護機制，是參考美國法上「無效之反詰問」的作法，排除主詰問所得的證詞。

若被告的強制取證權（提出及聲請調查證據的權利）因政府機關主張秘匿特權而無法實現時，亦為被告憲法上的權利受侵害，因此同樣不論政府機關之特權主張是否為法院所准許，均應有保護被告權利的機制。本文認為，當被告因為政府主張秘匿特權，無法提出或聲請調查對其有利之證人或物證時，可參考美國聯邦最高法院的判決先例，以及美國機密資訊程序法(*Classified Information Procedures Act, CIPA*)之規定，由法院命政府機關提出適宜的替代證據，以代替使用系爭秘密資訊；若政府機關無法提出與秘密資訊同樣對被告有利之替代證據時，法院應裁定承認被告欲藉該有利證據以證明之主張為真實，此為兼顧政府秘匿特權利益與被告取證權利下，社會成本最小的作法。

若因政府主張秘匿特權，致檢察官不能對質詰問證人或提出聲請調查證據時，由於檢察官的此等權利僅為刑事訴訟法所規定，並非受憲法或大法官解釋保障之憲法權利，因此當檢察官的「法律權利」與政府機關秘匿特權的「憲法權利」發生衝突時，並無理由要政府秘匿特權此一憲法權利退讓，因而檢察官僅能透過機關的內部溝通，促使政府機關放棄特權主張、交出證據。

最後，本文提出修正與增訂刑事訴訟法中，關於政府秘匿特權主張之條文如下表，敬供讀者參閱：


條號	擬議條文	現行條文	立法理由
第	(第一項)以公務員	(第一項)以公	一、本條主體原限於公務員或曾任

一七九條	<p><del>或曾為公務員知悉政府秘密之人為證人，而就其職務上應守秘密之該秘密事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之職掌該事項之政府機關允許。</del></p> <p>（第二項）前項允許，除有妨害國家之利益公共利益者外，不得拒絕。</p>	<p>務員或曾為公務員之人為證人，而就其職務上應守秘密之事項訊問者，應得該管監督機關或公務員之允許。</p> <p>（第二項）前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。</p>	<p>公務員之人，對於無此種身份之人若知悉政府秘密時，即產生不能適用之法律漏洞，不惟對於政府之利益無法妥善保護，也造成人民無法直接適用相關規定的權利保障缺口（如要求政府機關釋明拒絕允許證人作證之理由等），爰修正第一項，使保護範圍擴大。</p> <p>二、原條文第二項規定：「前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。」此處所謂「國家之利益」，實應指「公共利益」而言，而非指特定國家機關之利益。爰參酌政府資訊公開法第十八條第一項第三、六、七、九等款之規定，將「國家之利益」修正為「公共利益」，以資明確。</p>
第一七九條之一	<p>（第一項）當事人聲請調查前條第一項之證人時，法院應將當事人依第一六三條之一規定提出之書狀送交前條第一項之政府機關，詢問是否允許。</p>	<p>本條新增。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、本法原第一七九條僅規定「應得該管監督機關或公務員之允許」，但對取得允許之程序則未規定，為明確故，且亦為告知政府機關被告所欲證明之事項，爰增訂本條第一項。而為免政府機關內部討論時間過長，甚或故意延宕回覆，</p>

	<p>(第二項) 前項詢問，法院應依案件之性質，訂定適宜之回覆期限。</p> <p>(第三項) 法院詢問政府機關之文書，應載明第一七九條之四之規定。</p>		<p>影響被告權益，爰增訂第二項規定，使法院可限期命政府機關回覆。</p> <p>三、若政府機關拒絕允許證人作證，而經法院裁定駁回其主張，政府機關仍拒不配合，將發生第一七九條之四所定之法律效果，關係重大。故宜使政府機關於決定是否允許之前，即知悉此項法律效果，以利其衡量輕重得失，爰增訂第三項規定。</p>
<p>第一七九條之二</p>	<p>(第一項) 政府機關拒絕允許證人作證者，應以書面具體釋明調查該證人將妨害公共利益之事項、範圍及程度，並得將系爭調查資訊之內容，以不公開之秘密程序送交法院審查。</p> <p>(第二項) 法院為前項之審查，應以不公開之秘密程序行之。</p>	<p>本條新增。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、本法第一八三條第一項僅規定：「證人拒絕證言者，應將拒絕之原因釋明之。」而在證人願意證言，但是政府機關主張秘匿特權、不使證言時，即不能適用該條之規定，將產生法律適用之漏洞。政府機關如拒絕允許證人作證，依本法第一七九條之規定，應有認為證人作證將妨害公共利益之理由，該機關應將理由具體釋明，以供法院審查。又該證人作證可能涉及之資訊，雖屬政府秘密，但於法院審查政府機關之主張亦有重要性，爰增</p>

			<p>訂第一項規定，使政府機關將資訊送交法院審查有正當之依據，並依秘密程序為之，避免洩漏。</p> <p>三、同理，法院審理前開系爭資訊，亦應以秘密程序為之，避免資訊洩漏而破壞公共利益，爰增訂第二項規定。</p>
<p>第一七九條之三</p>	<p>（第一項）政府機關拒絕允許證人作證之准許或駁回，由法院裁定之；法院認為調查證人不甚妨害公共利益者，應裁定駁回政府機關之主張。</p> <p>（第二項）除法律另有規定外，法院為前項之裁定應綜合審酌案件中下列事項：</p> <p>一、前條第一項之政府釋明內容。</p> <p>二、被告涉嫌之犯罪所生之危險或實害。</p> <p>三、證人作證致政府</p>	<p>本條新增。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、法院衡量是否採信政府機關主張之標準，應為整體公共利益之最大化。故若法院認為准許被告調查證人之利益，大於政府機關秘匿該資訊之利益時，調查證人即對公共利益無甚危害，此時法院應准許被告調查證人，駁回政府之拒證主張，故增訂第一項。</p> <p>三、又因法院審理時需權衡本案中所有證據與事實，茲舉其中通常具有重要性之五項因素為例示之規定，並以概括條款涵蓋其他一切事項。爰增訂第二項規定。</p>

	<p>秘密洩漏之可能性及其危害。</p> <p>四、被告可使用之其他防禦方式。</p> <p>五、該證人可能之證詞。</p> <p>六、其他與本案有關之一切事實與已提出之證據。</p>		
<p>第一七九條之四</p>	<p>(第一項) 政府機關拒絕允許證人作證，致被告無法有效反詰問者，法院得審酌被告利益之保護，裁定主詰問所得之證詞一部或全部不得作為證據。</p> <p>(第二項) 除前項情形外，政府機關拒絕允許證人作證，致被告無法依第一六三條第一項之規定，聲請調查對其有利之證人者，法院得命政府機關提出適宜之</p>	<p>本條新增。</p>	<p>一、本條新增。</p> <p>二、對質詰問權為刑事被告之憲法權利，迭經我國大法官解釋在案（釋字第三八四號、五八二號、六三六號解釋參照）。不論是政府機關拒絕遵守法院之裁定，或是法院准許政府機關之拒證主張，致被告不能有效反詰問對其「不利」之證人時，即為對被告對質詰問權之侵害，此時參考美國法上「無效反詰問」之法理，應視情況排除主詰問所得證詞之一部或全部，以維護被告之權利，俾保障程序之公平，爰增訂第一項規定。</p> <p>三、除不能反詰問之情形外，被告欲聲請法院調查對其「有利」證人</p>

<p>替代證據，以代替證人之調查。</p> <p>（第三項）政府機關依前項規定提出之替代證據，如法院認為對於被告訴訟上之防禦不能提供與調查證人相同之效果者，應認為不適宜。</p> <p>（第四項）政府機關未能依第二項規定提出適宜之替代證據者，法院對於被告欲藉該證人之證詞以證明之事項，應裁定為真實。</p>		<p>之權利，亦受憲法第十六條訴訟權所保障，若此憲法權利因政府主張拒絕允許證人作證而不能實現，即產生被告權利保護之漏洞。故此時應由法院命政府機關提出可替代證人作證之適宜替代方案，供被告訴訟上防禦使用，惟該替代方案是否確實足以替代原證人，應由法院審查其對於被告訴訟權之影響程度後決定。若與調查證人相較，使用替代證據將使被告遭致較不利之裁判時，法院應認為該替代方案並非適宜，而裁定被告欲藉該證人之證詞以證明之事項為真實，以確保被告訴訟權之充分實現。爰增訂第二、三、四項規定。</p>
---	--	---





## 參考文獻

### 一、 中文文獻 (以下均依姓氏筆畫排列)

#### (一) 中文專書

1. Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，「證據法入門：美國證據法評釋及實例解說」(元照，2002)。
2. Alan Axerlrod 著，賈士蘅譯，「美國史：深入淺出普及本」(臺灣商務，2005)。
3. William Burnham 著，林利芝譯，「英美法導論」(元照，2005)。
4. 王兆鵬，「刑事訴訟講義」(作者自版，2008)。
5. 王兆鵬，「美國刑事訴訟法」(作者自版，2007)。
6. 司法院司法行政廳編著，「美國聯邦證據法」(司法院，2003)。
7. 朱石炎，「刑事訴訟法(上)」(三民，2001年修訂二版)。
8. 吳庚，「憲法的解釋與適用」(三民經銷，2004年三版)。
9. 李學燈，「證據法比較研究」(五南，1992)。
10. 林永謀，「刑事訴訟法釋論(上)」(作者自版，2006)。
11. 林俊益，「刑事訴訟法概論(上)」(新學林，2006年7版)。
12. 林鈺雄，「刑事訴訟法 上冊 總論篇」(作者自版，2006年4版)。
13. 許介麟，「水門事件的研究」(大林，1974)。
14. 許澤天，「刑事訴訟法論II」(作者自版，2003)。
15. 黃東熊、吳景芳，「刑事訴訟法論」(三民，2001年修訂四版)。
16. 湯德宗，「權力分立新論 卷二 違憲審查與動態平衡」(元照，2005年初版)。

17. 褚劍鴻，「刑事訴訟法論」(臺灣商務印書館，2001年五次修訂版)。
18. 陳樸生，「刑事訴訟法實務」(作者自版，1998)。
19. 陳樸生，「刑事證據法」(作者自版，1990)。
20. 蕭文生，「國家法 I—國家組織篇」(元照，2008年初版)。

## (二) 中文專書論文

1. 王兆鵬，對詰問權與強制取證權，收錄於 氏著書「刑事被告的憲法權利」(作者自版，1999年初版)。
2. 王兆鵬，刑事訴訟法之回顧與前瞻，收錄於 氏著書「當事人進行主義之刑事訴訟」(作者自版，2002年初版)。
3. 王兆鵬，律師與當事人之秘匿特權，收錄於 氏著書「辯護權與詰問權」(元照，2007)。
4. 王兆鵬，從憲法解釋看被告訴訟基本權與詰問權，收錄於 氏著書「辯護權與詰問權」(元照，2007)。
5. 王兆鵬，論新聞記者之拒絕證言權，收錄於 氏著書「辯護權與詰問權」(元照，2007)。
6. 何賴傑，人證之調查與共同被告之陳述，收錄於 何賴傑、林鈺雄、陳運財、黃朝義合著書「刑事訴訟法實例演習」(學林，2000)。

## (三) 中文期刊論文

1. 王茂松，論證人之拒絕證言權，軍法專刊 28 卷 6 期，1982 年 6 月。
2. 朱石炎，刑案證人拒絕證言的特例研究，法論月刊第 17 期，1978 年 9 月。

3. 李學燈，論拒絕證言權，軍法專刊 12 卷 2 期，1966 年 2 月。
4. 林鈺雄，證人概念與對質詰問權--以歐洲人權法院相關裁判為中心，歐美研究 36 卷 1 期，2006 年 3 月。
5. 林輝煌，論公務秘密之刑事拒絕供證，台灣本土法學雜誌 62、63 期，2004 年 9 月、10 月。
6. 李建良，「總統刑事豁免權與國家機密特權」釋憲案說明會意見書，臺灣法學雜誌 98 期，2007 年 9 月。
7. 李惠宗，總統刑事豁免權及機密特權之研究，月旦法學雜誌 147 期，2007 年 8 月。
8. 柯耀程，證人科罰問題之檢討——台北地方法院刑事裁定九十五年度矚重訴字第四號、高等法院刑事裁定九十六年度抗字第一四二號裁定評釋，月旦法學雜誌 146 期，2007 年 7 月。
9. 徐正戎，總統刑事豁免權釋憲案說明書，臺灣法學雜誌 97 期，2007 年 8 月。
10. 許昭元，論行政特權—以美國法為借鏡，憲政時代 33 卷第 1、2 期，2007 年 7 月、10 月。
11. 黃國昌，美國法上總統之豁免權與秘匿特權，月旦法學雜誌 140 期，2007 年 1 月。
12. 黃維幸，總統刑事豁免權的比較研究，月旦法學雜誌 147 期，2007 年 8 月。
13. 楊雲驊，釋字第六二七號解釋與刑事訴訟程序，臺灣法學雜誌 97 期，2007 年 8 月。
14. 陳愛娥，憲法解釋、立法與普通司法的權限互動：評司法院大法官釋字第六二七號解釋，月旦法學雜誌第 148 期，2007 年 9 月。
15. 陳雅譽，偵查機關之線民身分拒絕證言權(Informer Identity Privilege)之討論，法務通訊 2325 期，2007 年 1 月 25 日。
16. 謝秉錡，試論秘密證人之保護制度--以拒絕證言權為中心，刑事法雜誌 45 卷 2

期，2001年4月。

#### (四) 中文學位論文

1. 許士宦，證據開示制度與秘密保護程序--以證據保全與文書提出命令為中心，臺灣大學法律學研究所博士論文，1998。
2. 謝易哲，被告於審判外訪談證人之權利，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2006。
3. 蔡鎮宇，行政法上強制揭露義務與不自證己罪權利之關係—以美國法為核心，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2007。
4. 蔡德倫，美國法上行政特權之研究—兼論我國法制與實務，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008。

#### (五) 中文新聞報導

1. 包喬晉報導，「罰 3 萬 陳：I don't care 府證實奉陳唐山指示不出庭 將提抗告」，聯合報 A4 版，2007 年 1 月 20 日。
2. 林裕順，「司法公信 在說理不在裁罰」，自由時報讀者投書，2007 年 1 月 22 日。
3. 林淑玲報導，「府方力挺 將提抗告 陳唐山等罰鍰 拒繳到底」，中國時報 A3 版，2007 年 1 月 23 日。
4. 項程鎮等報導，「國務費案 涉總統國家機密特權 陳唐山不到庭」，自由時報，2007 年 1 月 19 日。
5. 廖元豪，「國家機密」誰說了算？，聯合報 A19 版/民意論壇，2006 年 12 月

30 日。

## 二、 英文文獻

### (一) 英文專書

1. Broun, Kenneth S. *McCormick on Evidence* (Thomson/West, 6<sup>th</sup> ed. 2006).
2. Crenson, Matthew & Ginsberg, Benjamin. *Presidential Power* (W. W. Norton & Company, 2007).
3. Fisher, Louis. *The Politics of Executive Privilege* (Carolina Academic Press, 2004).
4. Fisher, Louis. *In the Name of National Security: Unchecked Presidential Power And the Reynolds Case* (University Press of Kansas, 2006).
5. Israel, Kamisar, LaFave & King, *Criminal procedure and the Constitution : leading Supreme Court cases and introductory text* (West Pub. Co., 2006 ed.).
6. LaFave, Israel & King. *Criminal Procedure* (Thomson/West, 4<sup>th</sup> ed. 2004).
7. Mauet, Thomas A. & Wolfson, Warren D. *Trial Evidence* ( Aspen Publishers, 3<sup>rd</sup> ed. 2005 ).
8. Mueller, Christopher B. & Kirkpatrick, Laird C. *Evidence* (Little, Brown & Company, 1995).
9. Mueller, Christopher B. & Kirkpatrick, Laird C. *Federal Rules of Evidence, with selected legislative history and new cases and problems* (Aspen Publishers, 2007 ed. 2007).
10. Pallitto, Robert M. & Weaver, William G. *Presidential Secrecy And the Law* (The Johns Hopkins University Press, 2007).

11. Park, Leonard & Goldberg. *Evidence Law* (Thomson/West, 2<sup>nd</sup> ed. 2004).
12. Wigmore, John H. *Evidence* (James H. Chadbourn ed., 3<sup>rd</sup> ed. 1974).

## (二) 英文專書論文

1. Thaman, Stephen C. *Official Privilege, State Security and The Right to A Fair Trial In The USA*, in *National Security and International Criminal Justice*, edited by Roggemann, Herwig & Šarčević, Petar (Kluwer Law International, 2002).

## (三) 英文期刊論文

1. Amar, Akhil Reed. *Sixth Amendment First Principles*, 84 Geo. L.J. 641 (1996).
2. Flynn, Sean C. *The Totten Doctrine And Its Poisoned Progeny*, 25 Vt. L. Rev. 793 (2001).
3. Hoeffel, Janet C. *The Sixth Amendment's Lost Clause: Unearthing Compulsory Process*, 2002 Wis. L. Rev. 1275 (2002).
4. Pilchen, Saul M. & Klubes, Benjamin B. *Using the Classified Information Procedures Act In Criminal Cases: A Primer For Defense Counsel*, 31 Am. Crim. L. Rev. 191 (1994).
5. Shea, Timothy J. *CIPA Under Siege: The Use and Abuse of Classified Information In Criminal Trials*, 27 Am. Crim. L. Rev. 657 (1990).
6. Westen, Peter. *The Compulsory Process Clause*, 73 Mich. L. Rev. 71 (1974-1975).
7. Westen, Peter. *Confrontation and Compulsory Process: A United Theory of Evidence for Criminal Cases*, 91 Harv. L.Rev. 567 (1978).

8. White, Welsh S. *Evidentiary Privileges And The Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence*, 80 J. Crim. L. & Criminology 377 (1989).
9. White, Laura A. *The Need for Governmental Secrecy : Why the U.S. Government Must Be Able To Withhold Information In the Interest of National Security*, 43 Va. J. Int'l L. 1071 (2003).
10. Yoo, John C. *The First Claim: The Burr Trial, United States v. Nixon, and Presidential Power*, 83 Minn. L. Rev. 1435 (1999).

