

出國報告（出國類別：進修）

關於偵查不公開之日本理論與實務 研究

服務機關：臺灣士林地方檢察署

姓名職稱：吳宇青檢察官

派赴國家/地區：日本

出國期間：民國 109 年 10 月 27 日至 110 年 8 月 27 日

報告日期：民國 110 年 10 月 27 日

摘要

日本現行刑事訴訟法並無類似我國之「偵查不公開」規定，但在行政規則之位階上，警察（官）於實施偵查活動時，仍受偵查不公開規定之拘束。另外，日本於刑事訴訟法修正前，亦確有如我國之偵查不公開規定，因此實務上不論檢方及司法警察（官），仍舊遵循嚴格的偵查不公開原則，造成實務及法律規定有所不一的矛盾現象。其中更饒富趣味者，日本因現行法律無偵查不公開規定，但基於實務運作及偵查本質之要求，發展出許多不同於我國的理論及實務研究視野，因此，有無偵查不公開規定在偵查及司法實務的運作上，是否是永無交集的平行線？本報告與其說是提供答案，不如說是提供一個思考方向，以持續觀察其未來發展的情形。

目錄

壹、 前言—兼論本文目的及研究過程.....	5
一、 目的.....	5
二、 研究過程.....	6
貳、 心得.....	6
一、 偵查活動類型化之概述.....	6
二、 日本關於偵查不公開之學說與實務爭議.....	9
(一) 立法沿革.....	9
(二) 學說之見解.....	12
(三) 實務之見解.....	13
三、 偵查不公開之適用對象.....	15
(一) 應遵守偵查不公開之人.....	15
(二) 應接受不公開之對象.....	17
四、 日本實務有關不公開的偵查活動之適法判斷基準.....	18
(一) 最高裁（即日本之最高法院，以下同）昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 卷 2 號 187 頁決定（以下簡稱昭和 51 年最決）.....	19
(二) 東京高裁（即高等法院，以下均同）平成 28【西元 2016】年 8 月 23 日高刑集 69 卷 1 號 16 頁判決（以下簡稱東京高裁平成 28 年判決）.....	21
(三) 最高裁平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 卷 3 號 13 頁大法庭判決（即 GPS 偵查判決，以下簡稱平成 29 年最大判）.....	25
(四) 判斷基準總結.....	26
五、 日本偵查實務採用不公開原則之相關案例.....	27
(一) 前言.....	27
(二) 偵查活動直接行使型之偵查隱蔽型—主動型.....	27
(三) 偵查活動直接行使型之偵查隱蔽型—被動型.....	36
(四) 偵查活動隱蔽型—主動型.....	37
(五) 偵查活動隱蔽型—被動型.....	41
(六) 小結.....	42

六、	利用動機錯誤之偵查活動.....	43
(一)	認為動機的錯誤並無問題而為適法的見解.....	44
(二)	否定根據動機錯誤具有同意有效性的見解.....	46
(三)	小結.....	48
七、	其他與偵查不公開有關之日本實務介紹.....	51
(一)	關於媒體報導基準協議（報道協定）.....	51
(二)	關於偵查中聲請羈押審查程序時之閱卷權.....	57
(三)	類似我國內勤制度中之偵訊規定.....	59
(四)	不起訴處分案件卷證之公開問題.....	60
(五)	關於交付審判制度中裁定前之程序.....	66
(六)	偵查程序中限制辯護人之接見通信規定.....	69
參、	結論及建議.....	73
一、	結論.....	73
二、	建議.....	75
(一)	作業辦法規定中不公開對象之檢討.....	75
(二)	偵查活動類型之精緻化.....	76
(三)	裁定交付審判程序之再議論.....	77
(四)	增加檢方與大學之交流.....	78
(五)	適當增加偵查人力或改善內勤制度.....	79
(六)	科技偵查法相關法制之必要及建構.....	81
(七)	有關資訊保護審查會之建置.....	84
(八)	不起訴處分案件內卷證之資訊公開—以有關我國與日本之政府資訊公開法之比較為中心.....	84

壹、前言—兼論本文目的及研究過程

一、目的

我國刑事訴訟法（以下均簡稱刑訴法¹）第 245 條第 1 項明文規定「偵查，不公開之」，因此對於「偵查不公開原則」的存否並無疑義，僅在於其適用之範圍及界限仍有爭論。

與我國同樣繼受外國法制的日本，於現行之法律位階上（尤其是刑訴法）並無明文規定偵查不公開原則，惟考其立法史，該原則確曾出現於日本刑訴法之中，雖然爾後經修訂及刪除，但在實務運作上亦可處處見其遺留下來之痕跡及影響。事實上，我國於西元 1928 年制訂及施行的刑訴法（其內即已包含偵查不公開規定），亦係參考日本大正時代（西元 1912-1926 年）之刑訴法草案而來²。並且，在憲法及法律位階均無明文規定下，戰後的日本學界及實務亦對於「偵查不公開原則」³發展出一條迥異於我國的思考途徑及檢視角度，值得與有上開原則規定之我國兩相比較與參考。

「因為刑訴法並無規定」，所以關於偵查活動「什麼都可以做」還是「什麼都不能做」，面對問題時，兩種選擇方式的答

¹ 本文將會多次提及我國及日本之刑訴法規定，為求區分，將以我國刑訴法及日本刑訴法分別稱之。

² 參張麗卿，驗證刑訴改革脈動，五南出版，2017 年 10 月，第 5 頁。

³ 日本法學中相近之概念為「捜査の密行性」。

案也許不會是永無交集的平行線，而此種思索方式將不斷在本文中反覆交錯出現。

二、研究過程

在日本京都大學研習，為了解上開原則於刑事訴訟法中的定位，與稻谷龍彥教授學習「刑事政策」課程（教授於大學部及法務研究科所開設課程均有參加）；而為了解上開原則於日本實務上之運作，除參加牧野展久檢察官於京都大學所開設之「檢察實務演習」課程（係法科大學院⁴課程）外，並於2021年3月16日以私人身份拜訪大阪地檢，與大阪地檢之數位檢察官進行交流。

貳、心得

一、偵查活動類型化之概述

如前所述，我國雖有偵查不公開之明文規定，但我國刑訴法第245條第1項所規範之客體僅規定為「偵查」，至其具體範圍及內容則未明定，係於同條第5項授權司法院會同行政院定之。而依該授權規定之偵查不公開作業辦法（以下簡稱作業辦法），可知該範圍係「偵查程序」、「偵查內容」及「所得

⁴ 日本法學養成體系中，類似學士後法律之制度。依規定法科大學院畢業後即可直接參加司法人員國家考試（法官、檢察官、律師三合一考試），否則要通過預備資格考試才可參加上開國家考試。

之心證」⁵，並將所謂「偵查程序」及「偵查內容」中所欲規範之偵查中諸具體行為以「偵查活動」⁶為名。

在實務上偵查活動因應犯罪類型的不同，會採用相異的方式，而即使相同的犯罪類型，也會因為在偵查程序中所發生之不同狀況，而採用不同的對應方式。因此，討論偵查活動類型化係有其難度，但本文認為要討論偵查不公開⁷—即有不公開之偵查活動，相對也有偵查公開（或公開之偵查活動）—之問題，原本就已有一定形式的類型化思考。加上現代法治國家對於國家高權行為（偵查活動當然屬之）之規範密度及判斷基準的要求，因此討論偵查活動類型化，有助於釐清偵查不公開的本質，進而能正確使用偵查不公開原則。

依我國作業辦法所規定，偵查活動之對象為被告、犯罪嫌疑人、被害人或其他訴訟關係人，該對象的範圍雖然眾多，但其中之被告及犯罪嫌疑人無疑是偵查活動的主要對象，不惟作業辦法明定立法目的為「確保被告受公平審判之權利」⁸，更在於作為憲法具體化之刑訴法，其主要干預及限制基本權利的對象為被告或犯罪嫌疑人，是本文認為於討論偵查活動

⁵ 參照作業辦法第 7 條。

⁶ 參照作業辦法第 3 條。

⁷ 作業辦法中規範偵查活動的「公開」及「揭露」行為，本文於提及不公開或公開時，並不區分係屬於作業辦法的公開或揭露行為，一律統稱（不）公開行為。

⁸ 參照作業辦法第 2 條。

類型化時，以被告或犯罪嫌疑人的觀點出發，無庸可以更窺見其全貌。事實上，日本學界及實務於討論偵查不公開原則乃至於偵查活動時，主要著眼點亦在於以該原則下所為之偵查活動，對於被告或犯罪嫌疑人（以「受處分人」⁹稱之，本文以下均使用該名稱以示受到此種偵查活動而其權利受影響之人）所為限制權利結果之適法與否，可知此種類型化標準係有其必要性，而我國向無此種分類方式，因此上開日本之見解有其值得參考之處。

而偵查活動依受處分人認識或知悉與否，日本學界有見解認為可大致區分為二¹⁰，即 1、偵查活動直接對受處分人行使的「偵查活動直接行使型」，及 2、偵查活動因對受處分人秘密（即「不公開」）行使，故受處分人無法直接面對偵查活動的「偵查活動隱蔽型」。而前者又可區分為偵查活動對受處分人明示者之「偵查明示型」及對受處分人不公開之「偵查隱蔽

⁹ 此係因日本刑訴法第 197 條第 1 項規定「關於偵查，得為達其目的而為必要的調查及偵訊。但於強制處分之情形，必須係法律特別規定始得為之」。即日本之偵查活動係以「任意偵查」（即未干預受處分人之權利或得到受處分人同意及承諾者，以下均同）為原則，亦即該偵查活動係於刑訴法上無個別條文規定仍予以允許的行為。而強制處分則係在任意偵查方式無法達成目的時，有其正當化的理由。以強制處分為手段的偵查活動，稱為「強制偵查」。參見後藤昭・白取祐司編，新條解刑訴法（第 3 版），日本評論社，2018 年 7 月，第 473-474 頁。因此偵查活動是否構成強制處分，因攸關被告或犯罪嫌疑人的基本權利，故以處分之對象即受處分人為類型化的標準。

¹⁰ 此處主要係依據法官中谷雄二郎及學者內藤大海之分類。參照內藤大海，《偵查中欺瞞、不告知行為與偵查不公開原則》，熊本法學 148 號，2020 年 3 月，第 133-176 頁；中谷雄二郎，《有關 DNA 型別資訊的詐欺取得一偵查活動之強制處分性的判斷基準》，刑事法雜誌第 59 期，2019 年 2 月，第 45-57 頁。

型」。進一步言之，「偵查明示型」是指不僅將偵查活動外觀乃至於處分名稱及內容，均讓受處分人得知，也讓受處分人知悉該行為係「偵查活動」，一般的（令狀）搜索、扣押、鑑定、勘驗、逮捕等偵查活動可歸類於此¹¹。而「偵查隱密型」與之相對，即雖然會讓受處分人知悉正在調查中，但對受處分人隱匿其所接受者為偵查活動的行為。此外，不論何種類型，依據偵查機關對於受處分人所要求行為之態樣，可再區分為受處分人對偵查活動僅有消極忍受義務的「被動型」、及受處分者係依據偵查目的之活動而積極及提供行為的「主動型」。

二、日本關於偵查不公開之學說與實務爭議

如前所述，日本現行刑訴法並無如我國刑訴法係以明文規定偵查不公開原則，然於實務及學說上卻仍對於偵查活動可否適用「偵查不公開原則」產生諸多的爭論，考其主要原因，應可從立法沿革¹²談起。

（一） 立法沿革

¹¹ 但是日本刑訴法規定某些偵查活動會被認為是偵查活動隱蔽型，例如在嫌疑人不在時逕自進入其住宅內搜索，即是趁受處分人不知情的狀況下實施的偵查手段。有關於勘驗也可能以偵查活動隱蔽型方式為之，參照後述之最高法院平成 21 年 9 月 28 日刑集 63 卷 7 號 868 頁判決（按即 X 光線檢查判決）。

¹² 此處係參照久岡康成，《在偵查中的程序保障—從偵查不公開概念的再批判開始》，刑法雜誌第 27 卷第 4 號，1987 年 3 月，第 47-67 頁。

- 1、 在明治時代的日本刑訴法（明治 23【西元 1890】年制定，以下簡稱明治刑訴法）中並無偵查不公開的相關規定，只有司法大臣¹³在「司法警察官執勤心得」的行政命令中，要求司法警察官「於執行職務時，應致力嚴守秘密、防止發生犯人逃亡、湮滅罪證、並避免發生使社會動盪不安的弊害及毀損被告與他人名譽之事」，其中要求「嚴守秘密」（秘密を守る），通說即為偵查不公開相關規定，但此仍僅係在行政規則的規範位階，用以規範司法警察官之偵查活動。
- 2、 至日本大正時代，司法大臣在「司法警察職務規範」的行政命令中，將適用對象從司法警察官擴大到司法警察，規定內容並與前述司法警察官執勤心得規定相同，即「司法警察行使職務時應注意嚴守秘密、防止發生偵查障礙、犯行的擴散及毀損嫌疑人暨他人之名譽」（司法警察職務規範第 9 條）。除此之外，在日本刑訴法（大正 11【西元 1922】年，以下簡稱大正刑訴法）中也規定「應注意嚴格保持偵查中之秘密及避免嫌疑人暨他人名譽受到毀損」¹⁴

¹³ 相當於我國的法務部部長。

¹⁴ 原文為「捜査については秘密を厳守して、捜査の障礙と犯行の伝播とを防止し、かつ被疑者その他の者の名譽を毀損せざることに注意すべし」。

(第 253 條)，將偵查中應保持秘密的偵查不公開要求，一舉提昇為法律位階的規範位階。

- 3、在現行日本刑訴法（昭和 23【西元 1948】年制定）中，與大正刑訴法 253 條相對應者為第 196 條規定，但並未保留大正刑訴法第 253 條的「嚴格保持秘密」的用語，僅規定「檢察官、檢察事務官、司法警察職員及辯護人與其他在職務上與偵查有關之人，均應注意不得損害嫌疑人及他人的名譽，且亦應注意不得妨礙偵查之實行」等，因此此處修法所造成前後的差異，在學界及實務上即開始產生爭議。

而值得注意的是行政規則位階上的司法警察規範，在現行日本刑訴法實施時，舊犯罪偵查規範（昭和 25 年制定）仍規定「實施偵查之際，應注意嚴守秘密及勿發生妨害偵查的行為，並且亦需致力於不使嫌疑人及其他關係人的名譽受到損害」（第 11 條），乃至於現行犯罪偵查規範（昭和 32 年制定）亦規定「實行偵查時，在注意嚴守秘密、不讓偵查實行發生障礙的同時，亦應致力於不使嫌疑人及事件其他關係人的名譽受到損害」（第 9 條），上開規定均係警方於執行偵查職務必須遵守之規範，因此於行政規則的位

階上，警察（官）卻應遵守「偵查不公開原則」之規定，而在日本偵查程序中警方的地位及其偵查活動均相當關鍵，故由於法律及行政規則位階的交錯及前後差異之處，讓此項爭議更加複雜。

（二） 學說之見解

1、 原則肯定說：

有學者認為偵查於本質上即含有不公開之性質，且係因為犯罪參與者的無所知悉，才能規劃偵查策略並因之得到成果¹⁵。亦有學者在說明偵查程序時，提出「偵查程序本即要求強烈目的性及富有彈性的手段，原本難以法律予以硬性規定。而同時其本質係不公開性，因此該問題也帶有難以外顯化的特質」¹⁶等的論述。故主張依現行日本刑訴法規定之偵查活動，雖有其侵害名譽等人權的可能性，但亦有順利進行而不受妨害的需求，因此偵查以不公開為原則，公開為例外¹⁷。

2、 否定說：

早期之日本刑訴法權威學者團藤重光於1950年代時，因注

¹⁵ 參見渥美東洋，刑事訴訟法（第2版），有斐閣，2009年4月，第187-188頁。

¹⁶ 參見井戶田侃，偵查之結構，收錄於高田・田宮編「演習刑訴法（新演習法學講座）」，青林書院，1984年，第80頁。

¹⁷ 參見池田修・前田雅英等著，刑訴法講義（第6版），東京大學出版社，2018年3月，第68-69頁。

意到刑訴法新舊條文的變化，而主張現行日本刑訴法必需解釋為已捨棄舊有之全面不公開原則，只有在關於當事人名譽保護及遂行偵查必要的限度內才有保持秘密的必要，因此主張以公開為原則、不公開為例外¹⁸。甚至有學者主張「不論是因為（不僅是起訴或不起訴處分的結果）個別偵查作為也好，是強制處分或其偵查作為（強制偵查）也好、也不論是非強制處分或其偵查作為（任意偵查）也好，嫌疑人皆因與將來起訴或不起訴、無罪或有罪之結果具有關聯性，屬於受有權利侵害或是重大損失之虞之人」¹⁹，認為程序的保障對於受處分人而言係必要而處於優先順位，故完全否定偵查的不公開性概念。

- 3、 小結：現行日本刑訴法施行後，在學說上多數即便對於偵查不公開不完全反對，但採取至少於適用範圍應縮小的見解。

（三） 實務之見解

除前述警察（官）應遵守之行政規則位階之規範，而於實行偵查活動時必然以偵查不公開原則為前提外，從日本實務

¹⁸ 參見團藤重光，條解刑事訴訟法，弘文堂，1950年，358頁。同此說，參見後藤昭・白取祐司編前揭書，第472頁；松尾浩松等監修，條解刑事訴訟法（第4版增補版），弘文堂，2016年12月，第367-368頁。

¹⁹ 久岡康成前揭文，第61頁以下。

（尤其是檢方）的立場來看，檢察官大久保隆志認為「偵查機關獨自地堅持廉潔性且肩負孤高的奮戰精神，究仍無法解決全部的犯罪案件。在某些情形下偵查機關以提供其所持有的資訊為誘導，或在某些情形下隱蔽或包裝該資訊，以便可以糾彈犯人或從犯人處取得有利的資訊，作為資訊化時代下的偵查策略，仍有其不得不然的必要」²⁰。甚至在檢察官原田國男於1974年的統計考察中，提及「並沒有人認為因為使用讓犯人陷於錯誤的手段，係侵害以個人尊嚴為基礎的基本人權，也沒有人認為有何違反刑事程序的公正及正義觀念而為不應容許的行為」²¹，似乎在檢方實務中，偵查不公開係主流的見解。

法官中武靖夫也提出「偵查不公開的原則，係伴隨偵查活動的特質而來，從此意義來說，不能僅因法規上文字的改變，就認為該原則已產生變化」²²的見解。

而實務支持肯定說之最有力見解來自於最高法院昭和47年11月16日之判決²³，該判決認為「為了確保事實調查的順

²⁰ 大久保隆志，《假想型偵查及正當程序》，研修824號，2017年，第10頁。

²¹ 原田國男，《有關採尿勘驗的相關問題》，警論27卷5號，1974年，34頁。

²² 另外，中武法官向來係從關係人的名譽保護、偵查的合目的性、偵查效能的提高等觀點，認為應以偵查不公開原則作為「偵查的指導原理」，因此，現行法在文義上及外觀上雖似如同捨棄偵查不公開原則，但仍認為此為「伴隨偵查活動特質的必然產物」。參中武靖夫，偵查法入門，1978年，青林新社。

²³ 最二小決昭和47年11月16日刑集26卷9號515頁。另外應注意本判決，係有關聲請交付審判程序的案例，係因其具有類似偵查的性質，故有討論偵查不公開的問題。

利進行，以及嫌疑人及其他關係人名譽的保護，不公開原則也應受到重視」、「如不公開原則予以相當程度的排除，會有造成真實受到扭曲、嫌疑人及偵查協助者等人的名譽、隱私受到侵害的可能性，則因而招致的弊害不可謂輕微……故如以此方式進行審理，原則上應判斷可能對真實發現產生傾斜的危險」等語。依上開最高法院的見解，係以偵查不公開性為原則，而在如果有超越其所謂弊害的特殊必要性時，雖可以承認偵查不公開性有被相當程度排除的正當性，但是實際上這個要件仍被相當嚴格的限縮使用²⁴。

三、偵查不公開之適用對象

(一) 應遵守偵查不公開之人

1、依日本規定而與我國相同之義務人

若採偵查不公開原則肯定說所根據之日本刑訴法第 196 條及犯罪偵查規範第 9 條之規定，與我國作業辦法規定²⁵相同者，此處之義務人即檢察官、檢察事務官、司法警察職員及辯護人與其他在職務上與偵查有關之人，而該職務上與偵查有關之人，則包括法官、法院書記官及事務官、家事法庭調

²⁴ 另值得注意的最近實務見解為最二小判平成 5 年 1 月 25 日民集 47 卷 1 號 310 頁判決，案例事實為在等待逮捕令狀重新聲請更新之際，嫌疑人的家屬以嫌疑人有不在場證明為理由，主張逮捕令狀的聲請及交付時，偵查機關及審核令狀之法院的判斷為違法而請求國家賠償。此判決雖為國家賠償案件之判決，惟判決內容出現主張「偵查不公開原則並無法律之根據」之見解。

²⁵ 參照作業辦法第 5 條。

查官等法院職員、從事押解人犯之拘留所職員、鑑定人、通譯等人²⁶。不過另應注意日本之上開規定，學界通說認為僅為訓示規定²⁷，但公務員及辯護人因違反該規定而涉及其他刑事犯罪時，仍有處罰規定²⁸。

而日本實務曾發生警方認定某犯人涉嫌傷害致死案件，並將該人曾涉及恐嚇及傷害等前科犯行等事實，一起記載在宣傳單上分發給一般民眾，因而涉及是否毀損該犯人名譽之民事案件，法院對此表示為了防止犯罪再度發生及國民對於偵查機關的認識與配合，而有必要公佈嫌疑人之住所、姓名及調查經過時，需以不損及嫌疑人名譽之方法，以及慎重考慮案件的重大性、公開時機及內容而為之²⁹。

此外，日本曾發生被告在其所涉及之刑事案件中，發現大眾媒體可拍攝令狀執行之經過，故認為偵查機關有違反日本刑訴法第 196 條之規定，因此主張該令狀執行後所得之證物不具有證據能力，對此，法院以「此為新聞媒體與被告間之關係，對於令狀執行本身之適法性應無任何影響。因此，就算

²⁶ 參後藤昭・白取祐司編前揭書，第 472 頁、松尾浩也監修前揭書，第 368 頁、河上和雄等編「大コンメンタル刑訴法」(第 2 版，以下簡稱河上和雄等編前揭書)第 4 卷，青林書院，2012 年 4 月，第 139-140 頁。

²⁷ 參後藤昭・白取祐司編前揭書，第 472 頁；河上和雄等編前揭書第 4 卷，第 138 頁。

²⁸ 公務員如違背守秘義務，可能涉及國家公務員法及地方公務員法之刑事責任；另辯護人有關其保持秘密之義務，規定在辯護人法第 23 條、刑法第 134 條 1 項。

²⁹ 參仙台高判昭和 25 年 12 月 23 日特報 14 號 204 頁。

偵查機關於事前即已得知本件攝影之行為，該攝影亦與一般在公開場所中新聞媒體各自的採訪行為於外觀上並無二致」為由，認為該證物仍有證據能力³⁰。

2、 日本與我國規定應遵守偵查不公開義務之人有所不同之特殊處：

依學者見解，日本刑訴法第 196 條之規定中之「其他於職務上與偵查有關係之人」（「その他職務上捜査に關係のある者」），解釋上只要擁有調查權者即包括在內，因此有關租稅事件之調查或舉發之承辦人、違反公平交易法事件之調查或舉發之公平交易委員會承辦人等亦係本條適用對象³¹。另應注意日本刑訴法因無告訴代理人之規定，故無如我國作業辦法規定遵守偵查不公開原則之人需包括告訴代理人。

（二） 應接受不公開之對象

依照我國作業辦法規定，偵查中應接受不公開之對象，原則上係「不特定人或多數人」（就公開行為而言）及「特定人或不特定人」（就揭露行為而言）³²，再參酌同辦法中對於例外公開之對象，係以「民眾」及「社會大眾」³³、「媒體」³⁴

³⁰ 參大阪高判平成 9 年 2 月 14 日判時 1608 號 160 頁。

³¹ 參後藤昭・白取祐司編前揭書，第 472 頁。

³² 參照作業辦法第 4 條規定。

³³ 參作業辦法第 8 條規定。

³⁴ 參作業辦法第 10 條規定。

為主，則可知我國偵查活動不公開之對象，聚焦在於是否對公眾公開。

日本雖無偵查不公開之明文規定，但就應受不公開之對象而言，除亦有涉及公眾或媒體的問題外（詳後七、(一)），由學者及後述之實務見解可知，在日本實務及學說針對偵查不公開原則所討論的焦點在於，偵查活動於實施時應選擇何種類型化之偵查活動、以及檢討該偵查活動對於受處分人是否公開及因此所受影響（如基本權受侵害）的問題。此係因向來日本實務所肯認的偵查不公開原則，造成偵查機關（尤其是警方）常對受處分人以該原則為理由，將帶有強制處分性質的偵查活動合理化為非強制處分，以宣稱可不受刑訴法規定令狀主義的監督與控制。但時至今日，此種偵查活動已在證據能力方面受到來自下級審不少的挑戰，且漸漸為最高法院接受，造成偵查不公開原則之適用範圍有日漸萎縮的趨勢。因此以下即開始討論對受處分人而採用偵查不公開原則之偵查活動於日本實務之運作情形。

四、日本實務有關不公開的偵查活動之適法判斷基準

在討論各類型偵查活動於採用偵查不公開原則之日本實務運作情形前，先介紹在偵查不公開原則運用中之重要實務見解

的判斷基準。

(一) 最高裁（即日本之最高法院，以下同）昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 卷 2 號 187 頁決定（以下簡稱昭和 51 年最決）

- 1、 案例事實概要：涉嫌酒後駕駛的嫌疑人堅決拒絕警方呼氣測試，並於偵訊室內接受警方詢問過程（已係明顯酒醉狀態）中稱「要去找火柴」，而立刻起身小跑步往出口方向前進，警方隨即靠近至其左前方，一邊稱「可以幫忙吹氣一下嗎」而一邊以雙手將受處分人之左手抓住。是本案爭點在於警方抓住受處分人左手之行為是否該當強制處分的要件。
- 2、 判決結論：判決認為「在偵查中使用強制手段，限於以法律規定下始得為之。然而，此處所謂的強制手段，並非僅意指伴隨有形力行使的手段，而係壓制個人的意思自由，並對其身體、住居所及財產等加以限制，進而強制地實現偵查目的的行為，該行為係如無特別的規定即為不應允許的手段」、「所謂未到達強制度度的有形力行使，係考慮必要性及緊急性，且在與具體狀況具有相當性時始得容許。本件（警方）之行為係在說服被告接受呼氣檢查過程中，

對於急欲離開現場的被告，為了說服的理由所為之」，認為此係任意偵查手段下所容許之有形力行使，而否定其具有強制處分性質³⁵。

- 3、 小結：因此，昭和 51 年最決認為對受處分人行使有形力時，如無法評價為「壓制意思自由」時，即可否定其強制處分性，且著眼於偵查活動的目的及態樣，以該偵查活動達到構成「壓制個人意思自由」的程度為限，才可認為係逾越任意偵查的類型而認為具有強制處分性³⁶。嚴格而言，本判決所指涉之偵查活動並非不公開之類型，但在後述之關於不公開偵查活動的諸多判決，法院均將本判決所提出之「壓制受處分人的意思自由」作為審查強制處分性質的要件，而在適用偵查不公開原則的偵查活動領域中發展出新見解，因此本判決確實在此領域中具有里程碑及指標型

³⁵ 關於此判決，最高法院調查官（按即輔佐最高法院法官之職務，均由下級審法官充之）香城敏磨補充解說如下：「所謂強制處分，概括而言，如無特別規定（或令狀）即不應允許之偵查方法，亦即不論有何種偵查必要性之具體狀況，基於偵查中的抽象法律規定均不允許的偵查方法，從內容而言，在壓制個人的意思自由下，強制的實現對於個人身體及財產等一般而言均會產生違法的侵害行為即屬之。在一般情況下該行為會構成違法，所以必需要有特別的法律規定，此點是決定強制處分的指標。因此，本件行為是否該當違法，係從二個觀點來判斷：行為是否具備不被允許的違反個人意思自由性質，以及是否含有強制性要素的行為」。參見河上和雄等編前揭書第 4 卷，第 145-146 頁。

³⁶ 關於此點，學者井上正仁認為，在昭和 51 最決的案例中，所謂「壓制意思自由」或「置於無法實現的狀態」也好、「剝奪身體及行動的自由」或「實質侵害或限制」也好，實際上均無差別，對於此種自由的侵害及限制，僅有程度上的差異，故並非「意思自由的壓制」的有無，而是剝奪身體及行動的自由是否已達到實質上侵害或限制的程度，才是區分強制處分及任意處分的關鍵點，而主張本最決的意旨要做上開解釋才算充份。參井上正仁，《強制偵查及偵意偵查的區別》，刑訴法之爭點（JURIS 增刊版），2013 年，第 57 頁。

的意義。

(二) 東京高裁（即高等法院，以下均同）平成 28【西元 2016】年 8 月 23 日高刑集 69 卷 1 號 16 頁判決（以下簡稱東京高裁平成 28 年判決）

1、 案例事實概要：

在某建築工地的工務所內發生現金竊盜案件，警方於偵查中發現疑似犯人遺留在現場的筷子，採集其上所附著的唾液及 DNA 後，因為 DNA 型別資料庫內沒有相符的資料，警方即基於地域性及該案件之犯罪手法，從無 DNA 型別資料紀錄之人中，過濾出可疑之嫌疑人為在河川地旁過著遊民式生活的被告。

警察 A 在與上司討論後，即以採集 DNA 為目的，與警察 B 到達被告所在地，未明示其目的及警察身分，拿出河川事務管理機關的資料，佯裝欲詢問被告有關周遭遊民的話題時，再取出自備的紙杯倒熱茶請被告飲用，A 於被告飲用完畢後佯稱會將紙杯丟棄而予以回收，B 則將上開過程全程錄影。嗣本件紙杯在經過領置程序³⁷後，警方從其上採集被告唾液並

³⁷ 「領置」為日本刑訴法關於物之扣押之特殊制度（第 221 條）。因日本對物之扣押制度原則上認為係強制處分而採取令狀主義，但如物品係對象自己故意遺棄、不明原因遺失或自行同意提出而脫離其支配之下者，則認為係任意偵查的範圍，偵查機關得不需由令狀而以上開「領置」程序予以占有並作為證據。

實施 DNA 型別鑑定，再基於鑑定的結果聲請核發交付涉嫌本件竊盜案件之逮捕令狀³⁸後將被告逮捕。之後再經（已遭逮捕的）被告同意而提出其口腔內細胞，再次實施 DNA 型別鑑定並作成鑑定書（以下簡稱鑑定書），該結果係與前開筷子上的唾液 DNA 型別相符，檢方因此起訴該名被告。於審判程序中檢察官將本件鑑定書及鑑定囑託書謄本聲請作為證據使用，而因辯護人主張此為違法收集證據，即發生證據能力有無的爭點。

2、 判決結論

判決首先討論關於偵查活動的強制處分性，引用了昭和 51 年最決，認為昭和 51 年最決所謂「偵查中使用『強制手段』，需以法律所規定容許者為限始得為之」之強制手段，係「並非係伴隨著有形力量行使的手段，而係使用相當於壓制個人的意思自由，而對身體、住居所、財產加以限制並強制性地實現偵查目的之行為，必需有法律特別規定才能容許的手段」。

其次，本判決在昭和 51 年最決所示要旨中，對於做為強制處分性要件的「壓制個人意思自由」外，也重視昭和 51 年

³⁸ 日本刑訴法之逮捕分為通常逮捕、緊急逮捕及現行犯逮捕，其中以通常逮捕為原則，該程序依刑訴法 199 條 1 項，需要向法院聲請令狀經核准後始得為之。

最決所顯示的「對身體、住居所及財產等的限制」之要件³⁹。申言之，首先有關「壓制個人的意思」，於事實為「在被告如知悉 A 等人為警方時絕不會飲用的情況下而讓被告喝茶，且被告亦認為 A 會將使用過的紙杯直接丟棄，A 等人明顯地係基於被告的錯誤而回收該紙杯」的情況下，採取井上正仁教授的見解⁴⁰（以下簡稱井上說），主張將「個人意思自由的壓制」修正並解釋為「違反對方明示或默示的意思表示」⁴¹，亦即本判決認為「在當事人沒有認識的情況下所實施的偵查活動，如認為本人知悉的話會當然拒絕時，即可『合理的推論』係違反當事人意思並剝奪此項身為人的重要權利及利益，與表明實際狀況後再壓制當事人的反對意思相同，兩者於價值判斷上也無任何差異，因此合理推論違反當事人意思也應該當於壓制個人的意思自由」，並將後述（即五、(五)）有關包裹內容物 X 光線檢查案件的最高裁平成 21 年 9 月 28 日決定（刑集 63 卷 7 號 868 頁，以下簡稱平成 21 年最決）當作參照判決而引用之。

另外，本判決對於將「對身體、住居所及財產等的限制」的

³⁹ 此 2 點做為強制處分性的要件學界目前並無異議。例如大澤裕，《強制處分及任意處分的界限》，刑訴法判例百選（第 10 版），2017 年 4 月，5 頁。

⁴⁰ 參井上正仁，強制偵查及偵意偵查的區別，有斐閣，2014 年 12 月，第 2-32 頁。但初版於 2006 年發行，附此敘明。

⁴¹ 參井上正仁前揭書，第 11 頁。

附加要件，除了也與井上說⁴²所主張係「有必要以法定嚴格要件及程序保護的重要權利及利益，並對之為實質上侵害及限制」者相同外，亦表示「單純違反對方的意思並非直接即可認為係強制處分，必需是發生伴隨著有要求法定強制處分的必要性、及對評價為重要的權利或利益產生侵害暨限制時，才該當為強制處分」、「警方偵查目的為採集此種可做為個人識別的 DNA 型別，則本件警方所為的行為，即便並未造成被告之身體傷害亦未使用強制力，但含有 DNA 型別的唾液係不許由警方輕率採集（即作為個人識別資訊的 DNA 型別不許任何偵查機關輕率地予以採集鑑定）的利益，即相當於必需要求有強制處分規定保護的重要利益」，因此判決此種偵查活動確有侵害上開重要利益的事實。此外有關本件警方之偵查活動適法與否，本判決結論為「應該當於強制處分而未取得令狀，並違反身體未受拘束的被告的默示意思表示下而取得唾液，本件警察官的行為係屬違法」。

- 3、 小結：本判決在昭和 51 年最決意旨所示偵查活動的強制處分性要件中，有關「壓制個人意思自由」的「意思自由的壓

⁴² 井上正仁前揭書，第 12 頁。雖然本判決並未觸及侵害及限制之有關「實質上」的論述，不過，因本件案例事實中，實際上確有侵害偵查機關所隱蔽的 DNA 型別資訊此項重要利益，故與井上說的意見並無不合。

制」要件，對於在當事人並未認識的情況下所實施的偵查活動，認為係相當於可合理推論違反當事人的意思；並且在另外的「身體、住居所、財產等限制」所謂之「權利或利益的限制」，擴大到「有要求法定強制處分的必要性、及伴隨對於評價上重要的權利或利益的侵害暨限制」的結論，簡言之即本判決加上要求具備「侵害或限制重要的權利或利益」的判斷原則。

(三) 最高裁平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 卷 3 號 13 頁大法庭判決（即 GPS 偵查判決，以下簡稱平成 29 年最大判）

- 1、 案件事實概要：在疑似有多名共犯的大區域竊盜案件，為了查明其中有無組織性、各被告的涉案程度、在組織內的階級及分工角色等事實，警方在被告及被告的女性友人所可能使用的車輛共計 19 部上，未得其等之同意亦未取得任何令狀，即將 GPS 裝置設置其上，藉由搜尋其等所在位置的資訊以掌握其移動軌跡，本判決之爭點即在於該偵查活動是否該當於強制處分。
- 2、 判決結論：關於憲法第 35 條所保障的對象，係「包含不得『侵入』『住居所、文件及持有物』及與其相當之私人領域」，而所謂的 GPS 偵查活動既係「在他人所有物上秘密裝

設可能侵害個人隱私的機器，應係可合理推論違反個人意思而侵入該私人領域的偵查手段」、且係「壓制個人意思自由而侵害憲法所保障的重要法益」⁴³，因此判決認為此係「該當於刑訴法上需以特別規定下始能容許的強制處分」，並將昭和 51 年最決做為參考及引用的判例。

- 3、 小結：平成 29 年最大判除了確認昭和 51 年最決係關於強制處分性的基本判例外，並以「個人意思的壓制」及「憲法所保障重要法益的侵害」⁴⁴為必要的判斷標準，可謂係將昭和 51 年最決所提出之要件進一步予以原則化及明確化。

（四） 判斷基準總結

綜上所述，可知日本現行實務上對於偵查活動是否構成強制處分之判斷基準為：1、從壓制個人意思自由衍伸到包括合理推論違反當事人的意思；2、從身體、住居所、財產權擴

⁴³ 關於此理由，平成 29 年最大判內的論述如下：GPS 偵查係「不僅僅在公開道路上，也包括必須被加強保護個人隱私的場所及空間，實質上均可能因對象車輛及其使用者的所在位置暨移動軌跡而得以被詳細掌握。此種偵查手段，必然伴隨著繼續性及大量性的掌握個人行動，所以可能侵害個人的隱私，並且，將此種可能侵害權利的機器秘密裝設在個人的所有物的實施方法，也與在公開場所由肉眼觀察並攝影的手段相異，必然伴隨著來自於公權力對私人領域的入侵」。

⁴⁴ 對於本件判決而言，其認為不需要有隱私領域現實侵害的結果及事實，只要有此「可能性」即可構成隱私權的侵害。這點受到許多批評，而其是否適當也產生了對立的見解。指宿教授認為在平成 29 年最大判的判斷標準之下，對於機器裝置前是否進入高隱私期待的場所、以及何時進入此點就變得不明確，也造成「不同類型的監視手段不得不一視同仁均認為是對於隱私權的高度侵害」、「均只能做事前限制」的結果。指宿教授認為適用平成 29 年最大判的前提，應就對象者對處分的認識與否做不同的處理。且就最高法院迄今以來就通信監察等不公開的處分為強制處分的標準來分析，平成 29 年最大判在強制處分性的判斷應集中於「秘密裝置的行為才是其中最重要的部分，這才是決定權利侵害程度昇高的主因」。參內藤大海前揭文，第 142-143 頁。

大到對憲法所保障重要法益的侵害；3、以強制方法實現偵查目的行為；4、並非相當於無特別規定的根據仍予容許的手段⁴⁵。換言之，亦可做為日本實務上審查偵查活動適用偵查不公開原則取得正當性之判斷標準。

五、日本偵查實務採用不公開原則之相關案例

(一) 前言

如前述類型化之諸偵查活動於實施時，係以偵查不公開原則為前提者，主要應為「偵查活動直接行使型之偵查隱蔽型」及「偵查活動隱蔽型」⁴⁶之二類型，以下即介紹此二類型之日本相關裁判案例。

(二) 偵查活動直接行使型之偵查隱蔽型—主動型

1、最高裁平成 16 年 7 月 12 日決定（以下簡稱平成 16 年最決）：

本件案例事實為偵查人員獲得偵查協助者的合作，對於探聽大麻買家的被告，隱匿其身份並佯稱為買家而向受處分人表示欲購買之意，嗣在已事先取得搜索扣押許可狀的旅

⁴⁵ 池田修・前田雅英前掲書，第 78 頁。中谷雄二郎前掲文，第 48-49 頁。另酒卷匡教授主張，只要侵害或限制具有重要高價值法益的法定類型行為態樣之偵查手段，即該當強制處分。其所主張之法定類型，例如刑訴法 222 條之 2 所規定的通訊監察規定，係源自於通訊秘密（憲法第 21 條第 2 項）及私人間的通話有不受監聽盜錄的自由與期待（憲法第 13 條、第 35 條）此種高度重要法益。參見酒卷匡，刑事訴訟法（第 2 版），有斐閣，2020 年 7 月，28-31 頁

⁴⁶ 昭和 51 年最決中之案例事實，應歸類於有關偵查活動直接行使型中之「偵查明示型—被動型」的類型。

館房間內，等到被告攜帶大麻進入室內後，再以持有大麻罪嫌之現行犯逮捕並將大麻予以扣押的事實，亦即係所謂的「誘捕偵查」的偵查活動⁴⁷。辯護人主張該偵查活動係屬違法而聲請排除上開大麻作為證據，判決對此則主張原則上「在沒有直接被害者的毒品犯罪等之偵查階段，僅憑通常的偵查方法而難以摘發犯罪時，針對只要機會來臨就會實施犯罪行為的嫌疑人為對象之誘捕偵查行為，應解釋為係基於刑訴法第 197 條第 1 項所規定任意偵查行為而應予容許」等語，亦即本件誘捕偵查係相當於被容許的任意偵查活動而認為合法⁴⁸。由上所述，似以未使用強制方法實現偵查目的之行為而判斷其為任意偵查之處分。

2、東京高等法院昭和 49 年 11 月 26 日判決：

本件事實為被告因涉嫌酒後駕駛而被逮捕，然拒絕呼氣測試，其後於警方拘留室內，被告向值班警員表示想要上廁所，該警員即隱瞞檢測的目的，以上司不在現場及無法偕

⁴⁷ 學者通說均認為此處係「提供機會型」的誘捕偵查，方屬適法，至「犯意誘發型」的誘捕偵查，通說仍認為屬不合法之行為。參後藤昭・白取祐司編前揭書，第 480 頁；河上和雄等編前揭書第 4 卷，第 158 頁；池田修・前田雅英前揭書，第 115 頁；川出敏裕，判例講座刑事訴訟法（偵查・證據篇），立花書房，2020 年 3 月，第 207 頁。

⁴⁸ 酒卷匡認為判斷是否該當此處判例所謂的「誘捕偵查」，係以是否有來自偵查機關的「偵查活動」行為的存在，並且應加上此行為為犯行著手的起因，始足為之，而如預料到慣竊扒手會實施犯行而提前予以監視即非誘捕偵查。另外，「控制下交付」的偵查活動，亦非偵查機關的活動而讓犯嫌實行毒品輸入的行為。與之相對的，在有直接被害者的犯罪類型，例如偵查人員佯裝酒醉的客人，犯嫌因而受騙而著手竊取其身上財物進而以現行犯逮捕的行為，應該可謂係因偵查機關的「活動」而著手犯行的誘捕偵查。參酒卷匡前揭書，第 176 頁。

同被告去廁所為由，將尿桶放進拘留室內讓被告排尿後，取得被告尿液並藉以實施鑑定而取得酒精濃度鑑定書之案件。一審之東京地院判決⁴⁹認為「因一、(本件尿液)可視為係利用詐術使被告陷於錯誤後採集，二、在未告知真意的情形，取得被告體內所排出的物品以及以此所裝載的器具，(相當於)以違反其意願的方式取得，係逾越憲法第35條、刑訴法213條⁵⁰、225條及218條所明定之令狀主義原則」，而否定該鑑定書的證據能力。而上訴審之東京高等法院判決，則以事實上上司確實無法前來現場而非單純藉口為事實前提，再以下述理由認為本件採尿程序合法：「因酒駕嫌疑而被拘束人身自由的嫌疑人，由於其自然的生理現象而自身體排出尿液並進而採集該尿液，和嫌疑人之供述應受法律上緘默權保障有所不同，解釋上偵查人員並無告知上開尿液將作為檢驗酒精濃度資料及取得嫌疑人同意的義務，因此本院並不贊同以未告知及取得同意而逕認該採集行為為違法之理由」⁵¹。亦即本判決認為就

⁴⁹ 即東京地院昭和49年1月17日判決

⁵⁰ 上訴審之東京高院認此係刑訴法222條之明顯誤載。

⁵¹ 東京高院於本判決亦認為，假設其行為性質該當強制處分，但依日本刑訴法第218條第2項(現為3項)及道路交通法規上的呼氣檢查規定亦為適法。該刑訴法規定為「對於身體受拘束的嫌疑人，於採集其指紋或腳型、測量其身高或體重，及攝影其容貌時，只要在不得讓嫌疑人赤裸的情況下，無需第1項所規定之令狀即得為之」。

算未告知處分的真正目的也並無疑問；而有關非供述證據的取得，即便是利用受處分人動機上的錯誤，也並非直接即可逕認為係對意思自由的壓制⁵²。由上所述，似以未侵害受處分人於憲法所保障之重要法益為任意處分之理由。

3、 大阪高判昭和 53 年 9 月 13 日判決：

本件案例事實係警方於調查施用毒品犯罪時，在要求被告提供尿液之際，並無明確說明係為調查涉嫌毒品施用事實的目的。一審之大津地院判決⁵³認為關於採尿需符合適法性，亦即需「基於嫌疑人真意的明示同意」，並且其採尿之方法及程度需在社會上具有相當性之承認為必要，認為「為顯示係基於嫌疑人的真意，前提即需讓嫌疑人知悉自己排尿的目的」，因而主張本件「不可謂已得到基於被告真意的明示同意」。

上訴審的大阪高等法院判決雖然亦認為此處確為同意有效性的問題，但與地院判決見解不同的是在認定事實有所差異，亦即關於是否有對受處分人說明為了檢查毒品反應而採尿的此部分事實，審級間認定有所不同。不過仍值得注

⁵² 東京高判昭和 48 年 12 月 10 日判決的上訴審即最決昭和 49 年 12 月 3 日亦認為「依據卷證顯示，本件被告之尿液採取並無違法之處」等語，即完全認同二審的判斷。

⁵³ 大津地判昭和 52 年 11 月 14 日判決。

意的是，大阪高等法院與東京高等法院（即前述 2、之判決）關於同意有效性與否的不同認定⁵⁴。

4、東京高等法院昭和 58 年 10 月 20 日判決：

本件案例事實為警方在調查連續侵入住宅竊盜案件時，得到鞋店業者的幫忙，將鞋底帶有記號的鞋子出售予已鎖定為主要嫌疑人之被告，其後在於再次發生竊盜案件的現場採得腳印，並鑑定出與該嫌疑人所購買的上開鞋子腳印十分近似的結果。因為鞋店是立於偵查協助者的立場而販售鞋子予嫌疑人，而嫌疑人亦係自己將腳印殘留在現場的人⁵⁶，故可將之歸類為「偵查活動直接行使型—偵查隱蔽型」的範圍⁵⁷。

東京高等法院本件判決認為「即使可以觀察人的行動後再作為證據，但本件實際問題是，從事後單純搜集犯罪現場

⁵⁴ 對於當時類此判決結論，均有來自學者的強烈批評。其中亦有學者指出，既然無論如何都一定要排尿，對於特別是在拘禁下而想要排尿的人使用此方法，「等同是以不作為方式而強制其排尿的行為」，參見庭山英雄，《判批・最決昭和 59 年 12 月 3 日判決》，『昭和 50 年度重要判例解說』JURY 臨增 615 號，1976 年，162 頁。

⁵⁵ 不過事實上，因為隱匿將尿液當作鑑定資料，而讓被告排尿後再持以進行鑑定的行為，日本實務向來認為係任意偵查而予以容許。參河上和雄等編前揭書第 4 卷，第 159 頁。

⁵⁶ 原判決有提及被告在同鞋店曾頻繁購買鞋子。

⁵⁷ 從與偵查協助者在物理上的接觸有無這點來看，將之歸類為偵查活動直接行使型。但是，與在不知悉的狀態下被裝置 GPS 機器在車輛上（即偵查活動隱蔽型），同樣地在鞋底加上特別的記號這兩者間，似乎並無差異。當然在本件，並非係在被告原本使用的鞋底上秘密加上記號，而是預先準備這種鞋子再予以交付，但是從都是以被告自身所持物品為目標，而因監視需要在其上做手腳、且被告對此則均未有認識的情況下，兩者其實並無重大差異。本文在不公開的偵查活動及動機錯誤而同意的問題上，採取中谷法官的分析而區分上開諸類型，但以上開推論而言，偵查活動隱蔽型及偵查活動直接行使型—偵查隱蔽型的區別，在個案中仍有其模糊之處。

所遺留的腳印予以判斷的說法，也只是能在理論上成立而已（譯者按：即並無實益亦不符實務需求），而為了能於事後觀察而在鞋子上施以特殊的痕跡，與直接進入他人住宅此種通常不予許可的觀察及調查方法並不相當」，因此認為該偵查活動未達強制處分之權利限制。總而言之，東京高院並未論述此種偵查手段是否有違反對方的意願，而係以並無對重要利益的限制為由而認為係任意處分。

- 5、東京高裁平成 28 年判決：如前（四、(二)）所述。
- 6、東京地院平成 2 年 7 月 26 日判決及千葉地院平成 3 年 3 月 29 日判決：

一方之當事人未得另一方當事人同意的秘密錄音，多數日本學說對此種偵查活動定位為任意偵查之行為。而當事者秘密錄音又可區分二種情況，其一為私人間錄音，此較無爭議⁵⁸；其二則係偵查機關或受機關委託之人的秘密錄音，而後者於實務上，曾發生如東京地判平成 2 年 7 月 26 日判決及千葉地判平成 3 年 3 月 29 日判決之二起案例。

該二件均是有關涉嫌恐嚇之案件，而關於當事人錄音的事

⁵⁸ 有關私人間秘密錄音的問題，參見最決昭和 56 年 11 月 20 日刑集 35 卷 8 號 797 頁及最決平成 12 年 7 月 12 日刑集 54 卷 6 號 513 頁，結論均係為合法。

實也雷同。亦即，被害人曾錄下從真正之犯人打來的恐嚇電話的聲音，為了與被告聲音相比較，警方在執行有令狀之搜索扣押時，在未告知會將錄音送鑑定的目的而錄下與被告的對話內容後，再與被害人之上開錄音的聲音共同當作樣本送鑑定。兩件判決最後都認定警方上開秘密錄音之偵查活動為適法，但理由卻有若干不同之處。

東京地院上開判決認為，雖然該偵查活動確實就不知道錄音的一方當事人而言，對其人格權具有某程度之侵害可能性，但由於「因為對方本來就可以聽到自己的談話，等於已經放棄對話的秘密性並將該對話內容置於對方的支配之下」的理由，亦即以在受處分人放棄有關對話秘密性的權利為理由，認為該偵查活動係任意偵查行為，因此不必另外考慮是否有告知受處分人欲將錄音的聲音做聲紋鑑定的目的。

而千葉地院本件判決則為如下的論述，認為原則上應否定受處分人已放棄權利，故此種偵查活動本係違法，但依本件個案事實而例外的判斷為適法。首先，該判決認為

「(所謂不知情的會話一方放棄對話隱私的見解可成立係在於)受話方只是單純以大腦記憶對話，再基於該記憶向

其他人透露方屬之。但受話方以機械方式錄音並且重現，如果被錄音者知悉該錄音將會做為音質同一性的證據，且知悉嗣後會被利用時，應該當然會拒絕，既然未賦與其拒絕的機會而予秘密錄音，對被錄音者的隱私權乃至於人格權皆會造成侵害」等語。

因此千葉地院認為，在得知錄音的真正目的及實情後即會拒絕的情形，也就是認為在動機錯誤下，而否定該同意的有效性，認為係違反當事人的意願⁵⁹。但結論上千葉地院仍認為該錄音為合法，理由為被錄音的對話中並無具有秘密性的內容。而無秘密性內容係因為「被告知道對話者係警察」、且係「在了解搜索扣押的嫌疑事實的情況下回應警察的對話」等為由，所以例外認為本件錄音為合法。千葉地院並提及因綜合考量之結果，為「對被告的法益侵害程度尚屬輕微」⁶⁰。因此該判決係以在錄音時的狀況及嫌疑人對其對話的風險性已有一定程度認識，作為限制利益的重要性是否成立的判斷要件。亦即，在受處分人本身對

⁵⁹ 另外應注意千葉地院雖然認為原則上違法，但並非因為該當強制處分而違法，且認為該行為為任意偵查的範圍，因「考慮錄音的原因、內容、目的、必要性、被侵害的個人法益與必須保護的公共利益互相權衡下，就個案的情況予以有限度的承認及容許」。即與我國之證據能力權衡法則近似。

⁶⁰ 學者川出敏裕有不同之見解，其認為與此錄音有關的利益，並非會話內容的秘密性，而是與他人自由對談的利益，如果不知悉會話被錄音後會做何利用的話，會產生該利益萎縮結果之問題，從而就此角度，本件案例在考慮適法性時，不應考慮與錄音的目的關聯性。參川出敏裕前揭書，第 193-194 頁。

於已成為偵查對象有所認識並在此種狀況下與警察對話，在本身已有保持一定程度警戒的情形時，一般而言均可提高其同意的有效性。換言之，相較於前述之東京高裁平成28年判決的案例，被告係在對於對方是警察身分未有認識的情況下飲用茶水，有無認識即構成動機錯誤的其中一項要件。則就本身成為偵查對象及認識會話的對象是警察的這一點上，千葉地院雖無明確表示該案件係有關同意的有效性問題，但有無意思自由的壓制應該仍係被考量的因素之一⁶¹。

7、 札幌地院昭和50年2月24日判時786號110頁、仙台高院昭和47年1月25日刑月4卷1號14頁（含原審仙台地院昭和46年8月4日判時653號121頁）：

此二判決均係討論有關採集血液之證據能力問題，案例事實均係警察委託醫師，在未得嫌疑人之同意亦無令狀的情形下，由醫師採集嫌疑人之血液。二判決之結論均認為若警察以不公開之偵查活動為由，委託醫師（偵查輔助機關）得以抽血檢查之藉口（或是在正常抽血檢查之際多採

⁶¹ 關於同意，一般而言有效的同意係「有」或「無」二擇一的判斷。的確，在判斷是否為強制處分時，最終還是需回歸有效同意與否的二擇一的判斷。然而值得探討的是，此判決認為有效性可在一定的程度內作考慮，也就是有關量的判斷，而且是能「綜合」所有情事而判斷。

取較原應採集之份量為多之血液)，採集嫌疑人之血液，經由醫師之轉交後送鑑定，其鑑定報告為無證據能力⁶²。

上開判決之主要理由為：(1) 醫師之採集血液行為與警察之偵查活動間並非毫無關連性之私人間行為，縱使醫師於採集血液時確係為了治療之用，在偵查人員要求醫生提出嫌疑人之血液之際，仍需要令狀（即鑑定許可狀）始得為之，並不能認為此為推定為經嫌疑人默示的承諾，故已構成逾越令狀主義精神之行為；(2) 採集血液之行為係侵入人體之傷害行為，與基本人權具有重要關連性。就算係針對飲酒駕車之重大惡質犯罪而為，仍不能便宜行事，以防違法收集證據之連鎖效應，破壞法益均衡之原則；(3) 證據調查之際需徵求受處分人明示之意思表示，尤其是權利放棄時更要求明示的意思表示，以確保正當法律程序的必要性⁶³。因此應係侵害個人之重要法益做為判斷之標準。

(三) 偵查活動直接行使型之偵查隱蔽型—被動型

⁶² 參黑川浩一，《血液之搜索及扣押》，別冊判例タイムズ 26 期，2010 年 6 月，193-195 頁；松田道別，《醫生非強制採集之血液》，同上期雜誌，287-289 頁。

⁶³ 但應注意，松山地裁大洲支判昭和 59 年 6 月 28 日判時 1145 號 148 頁、福岡高判昭和 50 年 3 月 11 日刑月 7 卷 3 號 143 頁認為，從受傷的嫌疑人所流出之血液以非侵入方式（如無針頭之針筒吸取或紗布蘸取）採集送鑑定，該偵查活動仍為適法。參黑川浩一及松田道別前揭文。考其主要理由，應係未符合強制方法實現偵查目的的行為（即四、(四)所提及之第 3 要件）的緣故。

本類型於實務尚尋無案例，參考學者所舉之案例⁶⁴：在場所為受處分人所支配的區域例如其本身經營的店舖，於其原本即容許或應忍受不特定多數人進入的情形下，偵查人員隱蔽其偵查目的而進入，因為並非剝奪受處分人意思決定的自由，故可做為任意偵查而被容許。與之相對的，如受處分人的住居所或辦公處所，在要個別依照訪問者人別及來訪目的等狀況才能判斷是否許可進入的情形時，偵查人員如以要檢查消防器具等欺瞞的手段進入的話，即會造成受處分人個別的錯誤判斷，產生正常反應下應係違反其意願的新的行為意思，等於係剝奪其意思決定的自由，而可認為具有強制處分性。

因此在此類型中，如以前開四、(四)所提及之判斷基準，則該偵查活動是否基於受處分人的自由意思而為之，應以就該偵查活動在於非偵查人員身份而為相同之活動時，在一般情形下受處分人是否容許或可忍受，換言之，適否與否之判斷標準即在於，偵查活動是否在於受處分人的正常意思決定的範圍內所實施。

(四) 偵查活動隱蔽型—主動型

⁶⁴ 參照中谷雄二郎前揭文，第 55 頁。

1、 最高裁昭和 44 年 12 月 24 日大法庭判決（以下簡稱昭和 44 年最大判）：

本件案例事實為在學生團體違反遊行許可條件而進行示威活動時，為了確認遊行的狀況及違法者的身分，負責採證的警察 P，拍攝位於集團前排部分的領導人，而後該集團中的其中一名成員 X 對該警員 P 施以暴力行為，X 被起訴傷害及妨害公務罪後，於審判中主張 P 的拍攝行為係無令狀且未經同意的違法執行公務行為。判決認為儘管本件符合受處分人的「意思自由壓制」要件（亦即任何人享有未得同意而不得任意拍攝其容貌及行動的自由），但允許警方在符合犯罪偵查必要性而容許拍攝的下列條件下為之：

（1）現在犯罪正在進行中或是並非已結束、（2）有證據保全的必要性及緊急性、（3）該攝影方式所使用方法未逾越一般可容許的限度；如符合上開條件，則雖未得被攝影者本人之同意亦未有法院令狀的情形下，仍未違反憲法 31、35 條之規定⁶⁵。因此結論認為該偵查活動具有必要性及相當性，且並未侵害法律所值得保護的重要權利及利益，而否定其強制處分性⁶⁶。

⁶⁵ 同判決亦認為容許拍攝對象「不僅犯人且及於第三人的容貌」。

⁶⁶ 有學者將本判決與昭和 51 年決定之判斷基準作對照，認為因為在街頭遊行之人，其自身的

2、東京高院昭和 63 年 4 月 1 日判決：

本件事實為在毀損警察車輛的案件中，於該案件發生前，特意設置監視攝影機所拍攝的錄影檔案，因係在被拍攝的受處分人不知情下所拍攝，由此所產生之證據能力的問題。本判決先引用昭和 44 年最大判的見解，認為「在該現場有發生犯罪行為的高度機率時，預先施以證據保全的手段，該手段上係存有必要性及緊急性，且該攝錄影之方式依照社會通念亦認為係相當之手段時，在現在之犯行時點前於預測犯罪發生的場所所為繼續性及自動性的攝錄影行為，應予容許」⁶⁷。故認為此為基於刑訴法第 197 條第 1 項所稱之「必要」⁶⁸。此似亦採取如前 1、所述之判斷標準。

3、最決平成 11 年 12 月 16 日刑集 53 卷 9 號 1327 頁（以下簡稱平成 11 年最決⁶⁹）：

本件案例事實為在有關毒品秘密交易的案件中，利用電信

行動本來就是暴露於他人的眼光中，雖然仍享有不拍攝容貌的自由，但其利益的重要性並未到達需由強制處分為保護的地步；且依昭和 51 年決定所示亦非毫無限制，需要在具體狀況下認為具有相當性才能予以容許，故本判決所設立之警方在無令狀下的攝影之 3 要件，應係符合昭和 51 年決定之基準。參川出敏裕前揭書，第 15 頁。但仍有學者認為本判決所指涉之警方行為，違反憲法 13 條之「不被國家任意攝影容貌的自由」，應需有令狀始得為之，參酒卷匡前揭書，第 158-163 頁。

⁶⁷ 另外，大阪地判平成 6 年 4 月 27 日（民事）判決，在原告以「侵害不受公權力監視的自由」為由，請求大阪府（地方自治團體）撤去監視器及賠償金的民事事件中，法院亦認為依照監視器設置及使用目的、具體的使用方法、以及設置場所（主要在道路或公園），對於隱私權的侵害並不大，且有防止及追蹤對集團犯罪及馬路上隨機犯罪的必要性等理由，認為該設置行為仍在人民可忍受的限度內。

⁶⁸ 參酒卷匡前揭書，第 161 頁。

⁶⁹ 此判決係在日本尚未對通訊監察立法前之見解，判決後相關規定已於平成 14 年立法施行。

公司的機器，監聽特定電話間的通話內容並予以錄音的偵查活動。平成 11 年最決係有關毒品秘密交易的偵查活動案件。判決認為「電話監聽不但係侵害通訊的秘密，而且也是侵害個人隱私的強制處分」，因此係以侵害人民之重大權利為判斷基準。

4、最決平成 20 年 4 月 15 日刑集 62 卷 5 號 1398 頁（以下簡稱平成 20 年最決）：

本件事實為被告意圖強盜財物的目的，先殺害了被害人後奪取其提款卡，再持該提款卡至自動櫃員機領取大量現金的案件，而偵查活動中成為爭點者有二：(1) 警方從提款機旁的監視攝影機錄影中，發現可能係涉案人 X，為了判斷是否為 X 而需以攝影機拍攝 X 的容貌，故在 X 住處附近停放的偵查車輛中，以及附近借用的某公寓房間內，拍攝 X 在馬路上行走的影像。另外，警方因為要比對監視器拍到的嫌疑人所戴的手錶是否與 X 相同，委託 X 常去的柏青哥店店長，利用店內的監視器及警方的小型攝影機，共同拍攝 X 在店中的影像；(2) 為了特定犯人之身分，在 X 及其妻丟棄家庭垃圾袋於自宅附近馬路旁垃圾場後，前往回收該垃圾袋並確認袋內的內容物，找到與犯人所穿著的類

似背心及手錶後並進行領置程序，X 對此主張其並未允許
垃圾回收業者以外之人取得該垃圾，警方之無令狀行為係
侵害其隱私權。

判決結論均認為上開偵查活動均係無需令狀之適法行為，
理由如下：關於（1）部分係以 A、本件係與重大犯罪相關
之案件；B、該偵查活動係為了得到辨別及特定犯人人別的
必要證據資料；C、受處分人係身處於通常必需忍受容貌被
他人看到的場所等為由⁷⁰。而關於（2）部分則為該袋內物
品已係被告認為不需要而放棄占有的物品，且通常在偵查
中有必要的情形時本得依刑訴法第 221 條規定作為遺棄物
予以領置等為由。因此，似因未符合四、（四）所提之重要
法益侵害及強制方法的要件，而認為係適法。

5、平成 29 年最大判 GPS 判決：如前（四、（三））所述。

（五） 偵查活動隱蔽型—被動型

本類型可舉平成 21 年最決為例。本件案例事實為警方對於
懷疑內有毒品的宅急便的包裹物，未經出貨人及受貨人之同

⁷⁰ 有學者認為本件判決與昭和 44 年判決標準有所不同，除了擴大不公開攝影的偵查活動的適用範圍外（即不需符合現行犯及緊急性的要件），也將此種攝影行為明確地以視其所限制的權利或利益是否重大而決定強制處分與否。換言之，該權利或利益重要程度大者即為強制處分，反之則為任意處分。例如，以附有高性能望遠鏡頭的攝影機，從戶外拍攝平常無法清楚看到的屋內影像的情形時，因該影像不同於街頭攝影，不僅有不容許任意拍攝的自由，且具有不想被他人看到的隱私的正常期待，所以該權利及利益均相當重要，而應判斷為強制處分。參見川出敏裕，前揭書第 18-19 頁。

意，僅在得到宅急便業者的同意後，在機場關稅檢查處對該包裹物施以 X 光線檢查。判決意旨認此舉係「由該攝影可窺知包裹的內容物之形狀及材質，並且亦可能相當程度的具體特定該內容物的品項等，係對出貨人及受貨人關於其內容物之隱私權的重大侵害，應屬於具有勘驗鑑定性質之強制處分」，故係以對受處分人之權利有重大侵害為由，在未有令狀情形時應係違法⁷¹⁷²。

(六) 小結

如前所述，在日本實務上具有重要里程碑意義的昭和 51 年決定，該決定關於強制處分的判斷標準也及於不公開處分，並為最高法院於平成 29 年最大判中再次確認。但是，平成 29 年最大判係針對有關偵查活動隱蔽型（主動型）的案例類型，至於關於偵查活動直接行使類型之偵查隱蔽型—主動型（如前述五、(二)）的案例中，在進行隱匿及偽裝偵查活動時，如致受處分人有陷於錯誤之情形是否可適用上開判斷

⁷¹ 不過，判決最後結論認為該證據收集過程違法情節並非重大，且綜合證據的重要性等諸項情事，仍認為該證據具有證據能力。其認為並非重大之理由為：1、X 光線檢查時，確有高度涉嫌毒品秘密交易的可能性；2、為了查明事實而有實施本件檢查的實質必要性；3、有得到當時現實占有該包裹物之宅急便業者的同意；4、有限定檢查的對象而非漫無目的；5、並無逾越令狀主義相關規定的意圖；6、本件係基於經由 X 光線檢查所得知毒品外的證據而交付令狀並經搜索而查獲事證。

⁷² 有學者認為基於此判決之解釋，向來日本實務上認為警察在職務盤查時，未得對象的同意而查看對象所持背包內部的行為係適法的見解，應予改變。因為該查看的行為也同樣具有勘驗的性質而係強制處分。參見酒卷匡前揭書，第 136 頁。

標準，則仍有相當多分歧的見解。如以東京高判平成 28 年判決的結論，該判決認為動機錯誤也是屬於壓制意思自由的範疇內，但例如在上開介紹之諸案例中，對於動機錯誤與基於有效同意而放棄權利之間的關聯性應如何解釋，實務上仍有見解不一致的情形；其實即便對於東京高判平成 28 年判決，學者間也有不同的看法。而此利用動機錯誤的偵查活動，因常常係在以偵查不公開原則為名義下正當化其理由，就此，本文於下文中再為進一步討論。

六、利用動機錯誤之偵查活動

在「偵查活動直接行使型之偵查隱蔽型」的主動型偵查活動中，例如前述所提及誘捕偵查、竊錄對方的錄音、隱瞞目的而提供茶或香菸後回收紙杯或菸蒂進而取得鑑定樣本的行為、採集指紋或鞋底型號的行為、佯稱廁所沒辦法用而提供容器取得尿液、佯稱一般的檢驗血液而採血等行為，均是受處分人如得知檢查目的的話，就一定不會提供上開附有唾液的紙杯、尿液或血液等物，也就是受處分人係處於一種陷於錯誤而交付本身物品的情形。與「偵查活動隱蔽型—主動型」如 GPS 偵查或通訊監察等偵查活動相異之處，係偵查活動隱蔽型的對象（受處分人）對於偵查活動本身完全沒有認

識⁷³，亦即後者完全沒有可以取得受處分人同意提供其不利益資訊的機會。而關於前者之偵查活動類型，因為係偵查人員利用受處分人所謂動機的錯誤而主動交付案件關鍵證物之問題，與後者之受處分人係無從認識處分或監視活動的存在不同。而對於此種利用動機錯誤的偵查活動是否適法，於日本向來存有不同見解，其核心概念也與是否肯認「偵查不公開」原則有關，本節即為進一步之討論。

(一) 認為動機的錯誤並無問題而為適法的見解

此為偵查機關向來之見解，檢察官大久保隆志認為「在偵查階段，參照刑訴法第 47 條⁷⁴的意旨，可以得出『偵查的不公開性』的前提」⁷⁵，例如在利用詐術方式取得尿液的情形，「即使因為（受處分人）如得知要成為鑑定資料一定不會提出，也並非不能作為偵查資料使用……因為要隱蔽的就是在無法告知係於偵查活動之中的此點上，再加上考慮到『偵查不公開』的關係，則隱蔽是否直接可認定為違法

⁷³ 跟監、埋伏、控制下交付等監視型的偵查手段亦屬於此類型。另外前述之最決平成 21 年 9 月 28 日判決，對於離開寄送者支配之物的處分，儘管其寄送行為並非主動給予偵查機關資訊，但仍係在本身不知情的保管情況下而被取得個人資訊。

⁷⁴ 該條規定「與訴訟有關之卷證，於審判程序開始前，不得公開。但於公益上必要及其他事由而認為有相當之必要時，不在此限」（訴訟に関する書類は、公判の開廷前には、これを公にしてはならない。但し、公益上の必要その他の事由があつて、相当と認められる場合は、この限りでない）。

⁷⁵ 關於此點，參松尾浩也監修前掲書，105 頁亦同。

是有疑義的」⁷⁶。亦即其主張隱匿身分、目的或是伴隨偽裝行為的偵查活動，如果不是直接在受處分人的提供意思本身引發錯誤，則應認為係任意處分範圍內而得允許。但是本見解受質疑之處，即偵查不公開原則之首要目的既然是以保護嫌疑人、被告人及其他訴訟關係人的名譽為目的⁷⁷，則以偵查不公開的必要性為前提的隱蔽及詐術之偵查活動，既有干預嫌疑人等的基本權利，如欲正當化其理由也就必須更慎重為之。

學者池田公博認為關於個人意思自由壓制，既然在平成 29 年最大判的判決意旨中係認為在完全不知道處分的情形而否定可為任意偵查的結論下，則個人意思自由的壓制也要在該案例的論理脈絡下進行理解，也因此有無平成 29 年最大判中「合理推論違反個人意思自由的壓制行為」的要件，即需要就個案判斷而非能一概而論⁷⁸。法官中谷雄二郎也認為，在行動監視型偵查時，於不侵入對象的私領域時，並無課予偵查機關事前的告知義務⁷⁹。中谷法官主張是

⁷⁶ 大久保隆志前揭文，第 10 頁。

⁷⁷ 且大久保檢察官所引用的松尾浩也前揭書，在此點上的說明也提到，偵查不公開原則是從對於審判產生不當影響及防止其影響的觀點而來，而並未提及係偵查上便宜的目的。河上和雄等人編前揭書第 1 卷，第 547 頁、後藤昭・白取祐司編前揭書 134-135 頁均亦同上開見解。

⁷⁸ 池田公博，判批・最大判平成 29 年 3 月 15 日，法學教室第 444 號，2017 年 9 月，第 77 頁。亦即 GPS 偵查方式主要係偵查活動隱蔽型，於此類型外之偵查活動是否適用該判決意旨，即應就個案分別判斷。

⁷⁹ 中谷雄二郎前揭文 52 頁註 18。關於此點，在不公開的偵查活動中，如主張均係合理推定違

否壓制受處分人之意思自由，係因強制處分將對意思決定自由及其實現是否有所侵害做為構成及審核之重要要件。因此，在判斷是否剝奪意思決定自由時，在審核與受處分人一般性的行動意願乃至於意向的關連性上，重點應在於是否因偵查機關的影響而讓受處分人產生計畫外（即與其計畫相悖離）的行動意願。因此，依據池田教授及中谷法官的見解，賦與受處分人關於處分承諾的意思決定的機會保障（或是意思決定的自由）應該是其中的關鍵⁸⁰。

（二） 否定根據動機錯誤具有同意有效性的見解

此見解認為動機錯誤既以偵查不公開原則為前提，則應從對於偵查不公開性的根據討論開始，對此，久岡教授有以下的反對論述：首先在法治國家的所謂法律保留原則下，在干預個人權利或利益以及侵入私生活領域時，要經過本人同意或是要有國會授權的依據，並且在受處分人同意的情形需要正式書面的記錄；另外，處分行為並不能直接與嫌疑人的湮

反意願的見解的話，原先像通信、會話的通訊監察般受處分人連外觀的事實都不知情的情形下都認為亦係該主張的範圍，那麼與跟監偵查及當事人錄音的相關日本實務判決見解就有不一致的問題。

⁸⁰ 有學者認為，持動機錯誤的同意有效性否定說之下級審判決所提到的「合理推論為當事人的意思」的範圍如果一致性地擴充，由於嫌疑人基本上只要是被偵查機關突襲式的作為都會反對，那麼所有的偵查作為其實都屬於違反意願，則昭和 51 年決定所提出之個人意願的壓制要件「實質上即失去作為基準的意義」。參見鈴木一義，《摘記關於欺騙式偵查（四・完）》，中央大學法學新報 125 卷 9・10 號，2018 年，第 40 頁

滅證據⁸¹或逃亡作連結，就算存在此種危險，在制度上也已預設有可為強制處分相對應的規定，既然法律並未設有偵查不公開原則的規定，那麼承認偵查不公開原則即有疑問。並且其主張在德國也有學者認為「『在當事人沒有認識下所為的偵查行為』，因為對其自身之重要權利及利益的侵害及限制強度亦隨之升高的緣故，由強制處分法定主義保護的必要性也隨之升高」的見解⁸²。因此，既然偵查不公開原則並無法律規定，而受處分人亦未有何書面同意之事實，如未符合令狀主義的要求，則此種利用動機錯誤之偵查活動確係違法。

與久岡教授相同，白取教授也認為在決定是否要提供自己的資訊之際，偵查機關必須要賦予提供者（受處分人）必要的資訊。換言之，依警方的犯罪偵查規範第 102 條第 1 項規定，在非強制性質的通知時必須告知「日期時間、場所、案由及其他必要事項」，即是要確保任意性的重要因素，因「此規定與嫌疑人的關連性，係為了保障自由的意思決定，而給予意思決定必要及充份的資訊」、既然「在隱瞞資訊的情況下，就

⁸¹ 吉田檢察官曾就東京高判平成 28 年 8 月 23 日判決承認違反意願的要件，提出該判決有與跟監偵查或當事者錄音等案件的判決見解不一致的問題。對此，久岡教授則指出，跟監偵查是以將來的行動為監視對象，告知在監視的話當然處分本身就無法成立（對象知道被監視就不會行動），與之相較，為了鑑定 DNA 而採集樣本就算以強制處分為之也沒有上開問題。因此，關於不得不伴隨不公開性質的行動監視處分，依其所存在對象所施處分而有不同的判斷並沒有何不自然之處，參見久岡·判批，370 頁以下。

⁸² 久岡前揭文，372 頁。

不能說是『非強制』的意思決定」⁸³。甚至在告知請求受處分者承諾時，也要保障其有避免現場其他無形壓力（例如執行偵查活動者在場）或保障其異議的機會，方為對於其人格尊嚴的尊重，因此亦以「偵查人員實施的詭計及詐術，是違反人格尊嚴及對個人尊重的偵查作為」做為結論⁸⁴，反對將此種偵查活動視為適法行為。

（三） 小結

久岡教授的上開見解雖然與平成 29 年最大判的見解有共通之處，但卻未觸及偵查不公開原則為何具有高度權利限制的性质。而且，似乎也未意識到如 GPS 偵查般的偵查活動隱蔽型（即五、(四)）、及發生動機錯誤所在的偵查活動直接行使型—偵查隱蔽型（即五、(二)）的差異所在之處。基本上不公開的偵查活動相較於通常的處分行為，會產生較大的權利限制結果。然而在平成 29 年最大判 GPS 判決中所得出的二判斷標準：(1) 因不公開的性质而產生合理推論權利限制的可能性及(2) 是否容易實現的程度，在偵查活動直接行使型

⁸³ 白取祐司，偵查人員的欺騙下的『承諾』及正當程序，『內田文昭教授古稀祝賀論文集』，青林書院，2002 年，第 508 頁。

⁸⁴ 白取祐司，前掲文 509 頁。此見解認為，就算是願意受處分的人也應對其做為人的人格權予以相對應對待，必須由令狀的出示作為保障的思想，係以奧平教授的憲法論（奧平康弘『憲法 III』（有斐閣、1993 年）311 頁）為前提，雖然該思想是論述於使用詐術的令狀執行是否適當，但基本上關於任意偵查亦有其相通之處。

一偵查隱蔽型是否也同時符合上開二標準，而可為相同之援用，似仍容有討論的餘地。

從日本近年的判決來看，因為動機錯誤而形成意思表示的情形，確實有逐漸否定其同意有效性的傾向。但是對於利用動機錯誤即是否因此可以直接得出「合理推論違反當事人意願」之結論，大多數還是持謹慎的看法。特別是在偵查實務上，主張動機錯誤並無問題而於實際上仍繼續適用偵查不公開原則，仍在現實中不斷發生。然而，因該原則在法律上的依據如前所述其實並不明確，並且以該原則的核心目的之一係為保護嫌疑人等關係人的名譽為目的觀之，利用動機錯誤的偵查活動，卻反而係對於嫌疑人之權利或利益有所限制或侵害，則日本實務以偵查不公開為由而為完全肯定的見解，其主張是否能繼續成立，即非無疑。因此本文認為：

- 1、 該偵查活動是否因利用動機錯誤而需否定其同意有效性，應視受處分人的行為意向及行動是否始終如一（未嚴重悖離其正常意向），且係在未存在偵查機關的影響下而為行為⁸⁵。
- 2、 關於誘捕偵查（平成 16 年最決）與 GPS 偵查判決（平成 29

⁸⁵ 學者內藤大海不同此說，認為問題的核心還是在於，對有無認識放棄自己不利益資訊乃至於隱私資訊的觀點上，因此其認為區別是當事人基於一般的意向而為行動所提供的，或是來自於偵查機關的影響而產生結果的，二者並無意義。參內藤大海前揭文，第 160 頁。

年最大判)見解的整合:在誘捕偵查中與GPS偵查相同的是,受處分人均並無同意讓自己的行動被監視。而有關誘捕偵查的妥適性,平成16年最決認為是任意偵查,學說也並無異議⁸⁶。誠然,通說一概認為誘捕偵查因為並無意思自由的壓制而主張為任意偵查。然而,最高法院亦未提及誘捕偵查為何該當任意處分之理由,而學說也沒有針對此點多作討論。況且,在平成29年最大判中當作前提的意思自由的壓制,是違反「合理的推論為個人的意思」就可以構成,也近似於平成16年最決所提及的意思自由壓制。因此二者為何得出不同的結論,即有統整及討論的必要。

本文認為,因為兩者的偵查活動類型本屬不同,標準本非可一概而論⁸⁷。其次,誘捕偵查之受處分人本身即具有犯罪意圖,偵查活動僅係提供機會而讓受處分人在其正常的意思下按其本身的計畫進行,此點亦與GPS偵查有所不同⁸⁸。再者,就對誘捕偵查對象的權利限制此點來看,與同是監視型偵查的GPS偵查之繼續性、大量性地對於權利或利益的侵害結果比較起來,其所實施之行動監視的偵查活動係有侷限,且屬於

⁸⁶ 另外,有關冒名偵查的鹿兒島加治木支判平成29年3月24日亦同其旨。該判決將冒名偵查視為違法的任意偵查而排除證據能力,就算在違法的情形下仍舊認為係任意處分此點值得注意。

⁸⁷ 此即將偵查活動類型化的優點之一。

⁸⁸ 因此如前1、所述,以是否嚴重悖離受處分人行為意向為判斷標準,應屬可行。

較為輕微的態樣。因此，儘管解釋上誘捕偵查有違反受處分人意思的可能性，但結論認為是任意處分係可以贊同的⁸⁹。依上開解釋，則在誘捕偵查中就算對象者因不願意或不想被監視不利益的行為而有違反意願的性質，仍可以與東京高判平成 28 年判決見解予以整合並消弭其爭點所在。

七、其他與偵查不公開有關之日本實務介紹

(一) 關於媒體報導基準協議（報道協定）

1、前言：

該協議緣起為日本新聞協會⁹⁰之編輯委員會在 1970 年 2 月 5 日，與警察廳（類似我國之警政署）共同協議制訂關於擄人刑事案件的新聞報導基準，而於其後所發生的擄人案件報導中，由全國各媒體業者共同配合及實行⁹¹。

2、緣起：

⁸⁹ 依據平成 16 年最決的見解，「誘捕偵查為偵查機關以及受其委託的偵查協力者，對對象隱藏其身分及意圖，並推動對象者實行秘密的犯罪行為，在對象回應並實施犯罪行為時即以現行犯逮捕的行為」，將之定義為偵查手段，成為追訴對象的是因此偵查行為而作出犯罪行為（例如毒品的交易行為）的人。有關於此點，學者三井誠認為，在過去發生的犯罪（持有毒品）有關的一定程度範圍內，有實施誘捕偵查的可能性（參其所著，刑事程序法（一）新版，有斐閣，1997 年，第 90 頁），但其認為有問題的是做為證物的毒品在交付時的問題。特別是在偵查人員，隱蔽其取得證物的真正目的，以虛偽的毒品交易設定而欺騙對方，致對方陷於錯誤而提出毒品，則與可否為了鑑定 DNA 而取得樣本有關的東京高判平成 28 年 8 月 23 日判決相同，因為係違反被告的意願而取得所持有的物品，有解釋為強制處分的可能。

⁹⁰ 即「一般社団法人日本新聞協會」，為由日本的新聞、廣播、電視及通訊公司及個人所組成之業界團體，自 1946 年設立。主要之工作內容為制定新聞倫理、新聞販賣及新聞廣告倫理之規範、發表與採訪及報導相關之聲明、獎勵新聞事業等工作。參見：

<https://ja.wikipedia.org/wiki/%E6%97%A5%E6%9C%AC%E6%96%B0%E8%81%9E%E5%8D%94%E4%B C%9A>。

⁹¹ 日本新聞協會網頁，「誘拐報道協定」解說，參見 https://www.pressnet.or.jp/statement/report/001207_94.html。

於 1960 年在東京都所發生的「兒童雅樹之擄人殺害案件」，因為當時關於擄人案件之報導並無一定的基準，各媒體開始展開激烈的競爭，對於犯人的勒贖要求及警方偵查過程均予以詳細報導。後來兒童雅樹不幸被殺害，犯人於被警方逮捕後供稱「因為新聞不斷地報導，造成精神上的異常到走投無路的地步才殺人」等語，新聞媒體因此開始反省制訂共同的報導基準協議的必要，於 1963 年的「兒童吉展之擄人殺害案件」中第一次與警方約定報導基準協議，之後於 1970 年 2 月 5 日成為正式的慣例⁹²。不過，必需注意的是目前日本媒體與警方之此項協議，僅於發生擄人勒贖的案件時才會締結。

3、 概要⁹³：

(1) 基本原則：

在擄人案件中，如其報導有危及被害人生命之虞者，新聞媒體於接受警方所提供上開資訊並與警方討論內容後，依據該討論之結果，與警察本部締結報導自我規制的正式協議（或暫時協議）。但是，新聞協會亦要求媒體必需特別注意偵查機關是否有單純便宜行事的濫用協議之行為，或

⁹² 參見 <https://ja.wikipedia.org/wiki/%E5%A0%B1%E9%81%93%E5%8D%94%E5%AE%9A>。

⁹³ 參見日本新聞協會上開網頁。

是意圖對於報導進行管制之行為。

因此該協議之基本原則即係為了保護被害人生命之目的。

而新聞媒體在未得警方協議之狀態下，不得公開發表從警方獲得的資訊、報導警方調查的發動及詳細經過，以防刺激犯人而對被害人之生命及身體產生危害，並於協議解除後才能發表原先從警方所獲得之調查資料。

(2) 「正式協議」與「暫時協議」

在決定擄人事件報導的方針及正式協議前，記者協會編輯委員會代表及警察廳代表間必需慎重予以確認，並經充份討論後始得進一步締結協議。

而上開正式協議並非在記者協會中合意即完成，必需再得到加盟協會的各媒體編輯負責人的了解而再與各媒體間完成意思合致後始達成正式協議。

「暫時協議」則發生於警方提出締結正式協議之請求時，記者協會在雙方完成正式協議前，該期間的採訪及報導的自我約束措施，因具有緊急性，記者協會需儘量於2至3小時內完成暫時協議。而「暫時協議」係媒體間之緊急措施，與警方並無關連性。

(3) 正式協議之主要內容

正式協議成立（或不成立）時，「暫時協議」即自動解除。而正式協議包含的主要內容為：A、有關該案件之採訪及報導行為的自制範圍；B、關於協議期間內公開發表的應注意事項；C、關於解除協議的相關事項。

而為了因應擄人案件的多樣化犯罪態樣，協議內容的必要事項應經過雙方充份討論以符合案件的特性，故非通案而係個案為之。

（4）協議之解除時間點

基本上，如果判斷報導已不會造成被害人生命上之危險時，協議即當然解除。而所謂生命已無危險性的情形，例如 A、被害人已確認受到保護的情形；B、已確認被害人不幸死亡時；C、犯人已全數被逮捕時。

判斷是否解除，係由警察本部的負責人與記者協會負責人共同協議為之。而在案件未解決的情形已成為長期懸案的情況時，警方及媒體可依該案件之必要性，隨時協議解除的適當時機。

4、 檢方與媒體間是否有上開協議之慣例

- （1）經訪談牧野檢察官之職場經驗，檢方與媒體間並無如同上開雙方協議之慣例，其主因為警方為案件調查之第一線，

所得到的最新消息較具有新聞價值⁹⁴。

(2) 日本政府對於檢方與媒體間關係所持之態度⁹⁵

- A、 檢方向來特別要求需保持偵查上的秘密，不會將偵查資訊及偵查策略向外界洩漏⁹⁶。
- B、 為了讓國民正確理解檢方之行為、或為避免造成社會無端的誤解，依據具體個案會由地檢署內之次席檢察官（相當於我國之襄閱主任檢察官）向記者公佈已經逮捕或起訴的事實、涉嫌事實或公訴事實等概要⁹⁷。
- C、 如果公開偵查機關的活動內容，若有可能在他人名譽及隱私權的保護上發生問題，或會產生對於將來偵查及審判過程的重大障礙時，例如造成湮滅犯罪證據的結果、或造成法院裁判前的預斷、或阻礙其他關係人配合偵查

⁹⁴ 另外司法記者村上治亦提到，因為檢察官關於偵查及公訴等有關檢察權行使的資訊，負有嚴格的守秘義務，在其將近 30 年的職業生涯內很難取得檢方的獨家報導。參村上治，檢察に対する民主的統制どうする？ 情報開示が足りない最近の檢察，

<https://webronza.asahi.com/judiciary/articles/2720123000001.html>。

⁹⁵ 此處所舉實例為眾議院議員鈴木宗男於 2009 年 4、5 月間質詢內閣總理大臣麻生太郎時，總理大臣所為之答覆。鈴木議員質詢之內容係因為當年 3 月發生民主黨黨主席小澤一郎涉嫌違反政治獻金法案件，而其秘書遭東京地檢特偵部以關係人傳喚到案前，媒體已得知傳喚之日期及理由；另外在小澤的辦公室及住居所遭搜索、及其第一秘書遭逮捕前，媒體即開始報導並拍攝檢察官進入搜索的畫面，因此議員認為檢方有「將偵查資訊洩漏於外」的嫌疑，要求總理大臣就此答覆。參見

https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/a171281.htm。

⁹⁶ 2009 年 4 月 14 日，內閣總理大臣麻生太郎答覆眾議院議員質詢時之內容，參見 https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b171281.htm。

⁹⁷ 2009 年 4 月 24 日，內閣總理大臣麻生太郎答覆眾議院議員質詢之內容，參見 https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b171314.htm。

⁹⁸ 依記者村上治前揭文所述，在 1989 年左右，當天的起訴狀不會主動公佈給記者，而係傍晚時放在地檢署總務科長前方的小桌上，記者不能影印只能抄寫。而 90 年代後半開始，雖然東京地檢會發布起訴狀的要旨，但仍舊不會向記者公佈起訴狀，記者需透過關係取得。而檢方之理由大致為引用日本刑訴法第 47 條（見前註）之規定。

機關之偵查活動等情形時，則有關具體個案中對於媒體所為之偵查機關活動內容的採訪及質問，原則上偵查機關之答覆，就應有所節制⁹⁹。

5、 小結：

對日本而言，與媒體間之報導協議慣例僅存在於警方而不存在於檢方，雖然有不足之處，但因係個案非通案為之，且並無任何法規拘束性而係媒體自主的表現，畢竟此需要高度自制及具有遵守新聞倫理的媒體配合，不見得適用於我國。並且該協議之出發點為保護被害人之生命安全，而適用案件僅限於擄人勒贖案件，範圍似乎相當謹慎限縮。當然此可能與日本並無偵查不公開之法律位階規定，且傳統上均尊重媒體報導之高度公益性，而媒體本身亦有高度之自律性所致。

因而基於上開理由，日本內閣（即行政權）對於檢方應對媒體時之應有態度即饒富深意。依上述日本行政權方面之態度，可知與我國作業辦法中之出發點及立法意旨大致相同，既稍有違反向來對於媒體報導之尊重態度，是否即因為偵查不公開原則此核心概念為之，值得另外探討之。不

⁹⁹ 2009年5月15日，內閣總理大臣麻生太郎答覆眾議院議員質詢之內容，參見 https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b171366.htm。

過，我國係以經法律授權之行政規則為之，相較於日本檢方並無何依據應對媒體（但實際上該依據仍有其需求¹⁰⁰），似乎係較為進步的立法例。

（二） 關於偵查中聲請羈押審查程序時之閱卷權

1、 前言：我國在司法院釋字 737 號解釋後，新修正之刑訴法依該解釋意旨承認被告及辯護人於偵查中羈押審查程序時之閱卷等權利¹⁰¹。在上開解釋中，「偵查不公開原則」亦為爭點之一¹⁰²，因此產生此部分與日本實務及學說比較之問題意識。

2、 日本現行法律規定與學界通說：依日本刑訴法之羈押程序規定，法院於羈押審查程序中決定是否羈押前，僅有告知被告所涉嫌之案件事實要旨，並聽取被告對於該案件之陳述之義務¹⁰³，是並無如同我國新法般之相關閱卷權利。且學者通說均認為該聽取被告陳述之義務，與「犯罪事實之訊問與調查」間不同，應有一定的界限，原因在於法院之羈押審查主要在審視偵查機關相關活動之有無違法性，以

¹⁰⁰ 如記者村上治前揭文所述，為了公益目的的報導，公開日本刑訴法第 47 條所謂訴訟有關卷證，應該並不存在問題，也非違反守秘義務。其並指出警方或海巡人員常在執行扣押後向記者展示證物的作法，亦向無爭議。

¹⁰¹ 即我國刑訴法第 33 條之 1。

¹⁰² 參照解釋理由書中所提及之「至偵查不公開為刑事訴訟法之原則，係為使國家正確有效行使刑罰權，並保護犯罪嫌疑人及關係人憲法權益之重要制度」。

¹⁰³ 參照日本刑訴法第 207 條、第 61 條。

保障嫌疑人之人權，且亦必須迅速作出准駁之決定以維護嫌疑人之權利；再者因此時仍處於偵查之階段，法院亦有必要尊重偵查不公開之原則，因此原則上以檢察官所提供的資料做為判斷准駁之依據，而非以確認嫌疑人的辯解是否真實為必要¹⁰⁴。

- 3、日本另有學者主張可援用刑訴法第 82 至 86 條之「羈押理由開示制度」¹⁰⁵，做為在此階段中可賦予被告及辯護人閱卷權的依據。此見解認為依照日本憲法 34 條後段（按即提審權）之意旨以及歐洲人權條約的解釋，受人身自由拘束的被告應享有得知遭人身拘束所憑據之證據資料、並且就該資料的內容為陳述意見的權利¹⁰⁶。而其理論主張除了依據上開憲法及條約之規定外，亦認為日本刑訴法第 47 條之立法意旨，其實與偵查之妨害及不公開原則並無絕對關連¹⁰⁷。雖然該見解目前未獲得實務及通說之支持，但後續發

¹⁰⁴ 參河上和雄等編前揭書第 4 卷，第 377-378 頁。

¹⁰⁵ 係日本特有之制度，聲請權人為被告及其辯護人暨法定之人（如直系親屬及利害關係人），而於被告遭羈押後，請求法院開示羈押理由，並於開示理由時陳述意見之制度。此與羈押抗告程序不同，係以公開羈押理由為其聲請之標的，在昭和 40 年代時，公安事件常以此理由開庭，但現在實務非常稀少。參池田修・前田雅英前揭書，第 145-146 頁。而常被指摘的是日本實務在上開開示理由程序過程中，法院僅為「依據卷內○○卷證的記載，認為有羈押的相當理由」的「老調重彈型之形式上理由開示」，參後藤昭・白取祐司前揭書，第 197 頁。

¹⁰⁶ 參後藤昭・白取祐司前揭書第 191 頁、堀田尚德（現為廣島大學法務研究科准教授），《受身體拘束中嫌疑人之證據開示請求權》，北海道大學博士學位論文，2016 年 3 月，第 168 頁。

¹⁰⁷ 參堀田尚德前揭文，第 169-170 頁。其認為通說所主張刑訴法第 47 條之該相關卷證不得公開之理由，係防止訴訟關係人之名譽受到毀損、有害公序良俗及對審判發生不當影響為由，但此應在於對不特定人公開時才會產生，對於被告及辯護人為了撤銷羈押之目的所為聲請理由開示，如公開卷證其實並不違反該條之意旨。又關於妨害偵查及不公開之部分，其認為既然還在

展如何，仍值得關注。

(三) 類似我國內勤制度中之偵訊規定¹⁰⁸

- 1、 我國於 2021 年初曾發生檢察官於內勤偵訊時，同時訊問案件互不相關之 4 名嫌疑人之事實，引發是否有違反「偵查不公開原則」之爭議¹⁰⁹。
- 2、 在日本，被告於逮捕¹¹⁰後亦會先移送予檢察署，由檢察官進行複訊¹¹¹，此與我國制度大致相同。但在日本，上開被告的留置時間，警察為 48 小時、(值班)檢察官為 24 小時。因此檢察官通常不需要在夜間訊問警方所移送之人犯。並且於平常上班日擔任值班之檢察官不僅一人，僅在假日時為一人。
- 3、 在偵訊錄影錄音之制度¹¹²開始實施前，日本由複數之檢察官，在大偵訊室裡偵訊個別案件的嫌疑人並非少見。而在錄影錄音制度實施後，雖然在大偵訊室裡的偵訊程序減少，但如受偵訊之嫌疑人並非身體受到拘束者（亦即非逮

偵查之初期階段，開示一部分的證據應不會造成對偵查有何妨害，且如顧慮有害於偵查之秘密，亦可限制種類及範圍，而非全部禁止開示證據。其主張實際上與我國修法之方向大致相同。

¹⁰⁸ 本段主要係 2021 年 3 月 22 日訪談牧野檢察官所得心得。

¹⁰⁹ 參見 <https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/3437276>。

¹¹⁰ 如前所述，包括通常逮捕（令狀逮捕）、現行犯逮捕及緊急逮捕。

¹¹¹ 此即「送致」制度，日本刑訴法 203 條第 1 項。

¹¹² 依 2016 年新增訂之刑訴法 302 條之 2 規定為之，而該規定於 2019 年 6 月施行。

捕拘提到案之嫌疑人)，按照以往偵訊方式繼續實行的亦不在少數。此時只要注意保持一定的距離，不要讓嫌疑人及關係人等互相能看到容貌及聽聞偵訊內容即可。而對上開程序，日本實務並無爭論，亦無從偵查不公開的觀點來思索可能的問題。

- 4、 因此在日本，如嫌疑人或被告並無特別的要求，則於較簡單不複雜的案件（組織犯罪或存有共犯之案件除外），在大偵訊室裡依上開方式同時偵訊之狀況，並無任何異議之處。
- 5、 不過由一位檢察官同時訊問案件無關連性之複數嫌疑人或被告，在日本實務尚未有前例，牧野檢察官認為此係因嫌疑人（及所有受訊問人）的隱私權是第一考慮要務，因此似也在偵查不公開原則所涵攝之範圍內。

（四） 不起訴處分案件卷證之公開問題

1、 前言：

日本檢察官於做成不起訴處分後，並無如我國需主動告知嫌疑人¹¹³；又雖應將不起訴處分之結果告知告訴人或告發人（刑訴法第 260 條），但處分理由係於告訴人或告發人請

¹¹³ 依刑訴法 259 條，不起訴處分後僅在嫌疑人要求時才有迅速告知不起訴要旨之義務。實務上亦僅告知嫌疑人不起訴處分的事實，而無必要告知其理由。參後藤昭等編前揭書，第 655 頁。

求時始行告知（刑訴法第 261 條），且關於具體告知內容亦無規定¹¹⁴。再於日本實務上該書類所記載之理由，內容僅有「緩起訴（起訴猶豫）」、「嫌疑不足」、「不構成犯罪」、「被告為未成年人」等極為簡要之案件處理結論，而無檢察官不起訴之判斷及論理過程。而依實務見解該看似簡要作法之原因，係以基於偵查不公開原則、且有保護嫌疑人等隱私權之必要性、並且不起訴卷證依日本刑訴法第 47 條原則上應不公開等理由¹¹⁵。

雖然有學者認為可利用日本政府自 1999 年 4 月即開始實施的「被害人等通知制度實施要領（檢察廳）」的規定，將「不起訴處分理由之要旨（不起訴裁定の理由の骨子）」告知被害人¹¹⁶，但因該規範非法律或其授權規定，且規定內容亦不甚具體明確又無何法律效果，實務上仍無如我國不起訴處分書般詳細說明的作法。

又人民申請行政機關公開相關資訊時，日本有等同於我國之政府資訊公開法之「行政機關之持有個人資訊保護法」

¹¹⁴ 依照日本法務省訓令之案件事務規程第 73 條第 2 項規定，該書類即「不起訴處分理由告知書（樣式第 114 號）」。

¹¹⁵ 參酒卷匡前揭書，第 229 頁、後藤昭等著前揭書，第 657-658 頁、河上和雄等篇前揭書第 5 卷，第 292 頁，宇藤崇・松田岳士・堀江慎司等著，刑訴法，有斐閣，2020 年 10 月，第 215 頁。該見解向為學說所批判，認為告知不起訴詳細理由，才能保障交付審判聲請權及向檢察審查會申訴之機會，參酒卷匡前揭書，第 229 頁、後藤昭等著前揭書，第 658 頁

¹¹⁶ 參酒卷匡前揭書，第 229-230 頁、後藤昭等編前揭書，第 658 頁。

(以下簡稱本法)，惟具體運作情形及關於司法機關（尤其是檢察機關）之相關資料是否公開，在實務上之作法為何值得觀察。在此茲舉日本檢察總長於平成 30 年 9 月 21 日向「資訊公開及個人資訊保護審查會」¹¹⁷（以下簡稱資訊保護審查會）所提之諮詢意見書及資訊保護審查會答覆之決定意見書內容作為參考，用以一窺不起訴處分卷證之公開問題於日本之現行實務作法。

2、事實概要：

- (1) 該申請審查人主張之要旨：請求依本法第 12 條第 1 項之請求開示，並撤銷某地方檢察廳檢事正（即我國之地檢署檢察長，以下簡稱原處分廳）所為之不開示（不起訴處分案件卷證）決定（以下簡稱原處分）。申請人請求之內容即「請求開示告發人即本人所提出，有關被告發人所涉背信未遂案件之某年月日告發狀，及上開事件不起訴理由內所記載的個人資料（以下簡稱本件機關所持有之個人資料）」。請求之理由：為了改善賭博成癮症家庭的小孩之不

¹¹⁷ 此為依日本「行政機關之持有個人資訊保護相關法」之規定，在總務省（類似我國之內政部）下所設立之獨立單位，內設有委員 15 人，經參眾兩議院同意後，由總理大臣任命之。其係受處分人請求行政機關開示其所持資訊，而行政機關為不予開示之決定後，受處分人可向原處分機關申訴後，原處分機關之首長會將該申訴意見併同機關諮詢意見送資訊保護審查會，由該會審議行政機關之決定是否妥當。資訊保護審查會審議後會將答覆書併送原處分機關及受處分人。

良生活及該開示具有公益性¹¹⁸。

(2) 檢察總長之意見：以下述理由認為原處分廳原處分具有妥當性。

A、 刑訴法規定訴訟相關文書之意義：所謂「訴訟相關之卷證」，係指因與刑事偵查及審判案件有關之所製作以及所取得之卷證，原因在於作為刑事司法程序一環的偵查或審判程序中所製作及所取得之卷證，係為了保障偵查及審判行為之適當性及正確性，以作為司法機關的法院最後能為正確判斷的依據。而依據日本刑訴法第 47 條，「訴訟相關卷證」於審判程序開庭前原則上是禁止公開的；另外，在審判案件終結後，依據刑訴法第 53 條¹¹⁹及刑事確定訴訟記錄法之規定，除例外情況下，均承認任何人皆可閱覽訴訟卷證¹²⁰，並在拒絕閱覽而不服的情形下可提出準抗告的程序，由此觀之，依據刑訴法（第 40 條、47 條、53 條、299 條等）及刑事確定訴訟卷證法，

¹¹⁸ 該請求書之附件有趣之處，在於與我國實務常見之濫行告訴發者之陳述狀相同，以主觀之臆測而引用諸多自以為可適用的法條及邏輯推論，主張原處分廳相關決定及處分有違法之處。

¹¹⁹ 該條規定「任何人於案件終結後，均可閱覽訴訟卷證。但對於訴訟卷證的保存或對於法院及檢察廳之事務有所妨礙時，不在此限」（何人も、被告事件の終結後、訴訟記録を閲覽することができる。但し、訴訟記録の保存又は裁判所若しくは檢察庁の事務に支障のあるときは、この限りでない）。

¹²⁰ 該卷證解釋上包括所有在法院訴訟卷宗內之一切文書資料，如起訴書、判決書、當事人提出之各項書狀、審判筆錄、證據資料、送達報告書、與羈押有關之文書等等。而因偵查階段所製作之文書因不會由檢察官提出至法院，解釋上不包括在本件之訴訟卷證內。參松尾浩也監修、松本時夫等編集，《条解刑訴法》第 4 版增補版，2016 年 12 月 15 日，第 129 頁。

如符合該條件的文書及卷證，包括如何使用、是否開示的要件、以及開示的程序均有明文規定。而在特別具有高度秘密性的類型中，除了大部份係與個人有關的資訊外，亦因開示會對犯罪的偵查、審判的進行及其他公共安全及社會秩序的維持產生障礙或有其疑慮時，法律會設有除外的規定。

B、 有關不起訴卷證係該當「訴訟相關卷證」的理由：

a) 刑訴法第 53 條之 2¹²¹ 係有關本法適用的除外規定，同條關於適用除外的對象，不限於只有「訴訟筆錄」，也規定「訴訟相關之卷證」，因此在刑事偵查及審判案件中所製作或取得的文書資料均應該當同條規定的「與訴訟有關之卷證」，至於不起訴的卷證依規定意旨應該解釋為也包含在該條所謂訴訟卷證裡。

b) 不起訴之卷證因為：(I) 具有高度秘密性，除了內容大部分與個人隱私資訊有關外，另因開示會對犯罪偵查、審判的維持及其他公共安全及秩序的維持產生障礙或有其疑慮，其重要性與訴訟卷證並無二致；(II)

¹²¹ 該條係規定有關「資訊公開法之除外規定」，該項內容係「訴訟相關文書及扣押物上所記載之個人資訊，關於行政機關之持有個人資訊保護法第 4 章及獨立行政法人等之持有個人資訊保護法第 4 章規定，不適用之」。

其並非如同作為應調查之對象而需在審判程序所提出的證據，係在偵查不公開原則下取得，並且是尚未到達起訴門檻的犯罪嫌疑事實，從保護事件當事人的個人資訊的觀點，其處理方式應比訴訟卷證之要求更為慎重；(III) 如因為該案件為不起訴處分所以可以開示其卷證的話，除有可能對相關連案件的偵查及審判程序的維持產生障礙及發生疑慮，另外，案件當事人也有可能因為涉及其他案件，如因此開示而心生恐懼及不願配合偵查，結果亦有可能對將來的刑事程序產生妨害之虞，因此既然刑訴法第 53 條之 2，不是規定「訴訟卷證」而是「訴訟有關之卷證」¹²²，故不起訴卷證也應該解釋為本法第 4 章除外適用的範圍內。

(3) 資訊保護審查會之答覆決定書：結論為原處分係適當，理由亦係判斷本件個人資訊是否可適用本法第 4 章規定而來，簡述如下：

A、 刑訴法第 53 條之 2 第 2 項規定係有關在「訴訟相關卷證」上所載之個人資料，不在本法第 4 章規定適用的範圍內。而依刑訴法第 47 條內容同樣有「訴訟相關卷證」

¹²² 即刑訴法第 53 條之 2 並非如同同法第 53 條有「訴訟卷證」之規定。

之規定，該條係「訴訟相關卷證在審判程序開庭前均不需公開」等語，兩相比較之下，即應解釋為不限於起訴卷證，不起訴卷證及不欲提出於法院的卷證均應包含在「訴訟有關卷證」之範圍內。另外，在刑事案件偵查的過程中所製作或所取得的卷證，因為解釋上也包含在同條第1項所謂之「訴訟相關卷證」，在同條第2項亦應為相同的解釋。

B、 「訴訟有關卷證」之該當性：本件原處分廳所持有之個人資料，簡言之係開示請求人有關之特定刑事案件，對特定人所為告發之告發狀及該告發案件之不起訴理由所載之文書上所持有之個人資料，明顯係請求開示與該告發案件有關之不起訴卷證中所持有之個人資訊。故依上開所述，所謂「訴訟相關卷證」並不僅係起訴案件的卷證，解釋上也包括不起訴案件的卷證在內，故本件系爭持有個人資訊，該當刑訴法第53條之2第2項之「訴訟相關卷證所載之個人資料」，因此不適用本法第4章之規定。

(五) 關於交付審判制度中裁定前之程序

日本之聲請交付審判制度¹²³於裁定前之程序（以下簡稱裁定交付審判程序）上欠缺明確之規定，刑訴法僅規定「法院於必要時…得為事實之調查…」（第 265 條第 2 項），因此對於此裁定交付審判程序之架構，向有偵查說（肯定說）及審判說（否定說）的爭論¹²⁴。而此爭論之實益在於聲請人在裁定交付審判程序中，是否可具有當事人地位而擁有可參與裁定交付審判程序之權利。

肯定說認為裁定交付審判程序仍具有對立當事人之概念而有對審架構之必要，且可彌補不起訴程序未盡充份調查之弊端；否定說認為裁定交付審判程序於本質上仍屬於偵查程序，且如讓當事人參與程序會發生公開與卷證相關當事人之隱私權及使偵查內容之弊端¹²⁵，因此主張在裁定交付審判程序中，並不適用或準用日本刑訴法之訴訟關係人之卷證閱覽謄寫權（刑訴 40 條、270 條）、聲請調查證據權（刑訴 298 條）、法院訊問證人時之在場權及詰問權（刑訴 157 條）等規定。

實務則採偵查說即否定說¹²⁶，認為裁定交付審判程序屬於法

¹²³ 參刑訴法第 262-269 條。

¹²⁴ 參後藤昭等編前揭書，第 659-660 頁。

¹²⁵ 參上岡哲生，聲請交付審判程序之本質，別冊タイムズ第 26 期，2010 年 6 月，第 467 頁。

¹²⁶ 有學者認為為了靈活運用交付審判制度之立法意旨，應認為審判說之以賦予聲請人參與權，承認聲請人之主體性為適當。參後藤昭・白取祐司編前揭書，第 664 頁。

院之裁量權，且裁定前之審理程序應受偵查不公開原則之影響，而有相關不公開之程序。相關判決如下：

- 1、 最二小決昭和 47 年 11 月 16 日判決¹²⁷：聲請交付審判制度因係在提起公訴之前，且具有與類似偵查性質的職權程序，聲請人固不待言，至嫌疑人或檢察官在該程序上亦均不具備當事人地位。
 - 2、 最二小決昭和 49 年 3 月 13 日判決¹²⁸：「(聲請交付審判制度之)法律規定並無明文公開審理及嫌疑人在場權，且亦無應賦予聲請人於程序進行中參與地位之必要」、「本質上，即非以對立當事人存在為前提的對審結構，在不違反此種程序基本的特徵及結構內，法院得依適當裁量而採取必要的審理方式」、「在聲請交付審判案件之審理程序中，如法院許可聲請人之代理人閱覽抄寫檢察官送交法院之部分卷證，應係逾越容許的裁量範圍而為違背法令之行為」。
- 綜上所述，裁定交付審判程序的審理原則為具有類似偵查程序的職權性質，為了確保事實調查的實效性及保護當事

¹²⁷ 本件事實為被告之代理人(辯護人)聲請交付審判之受理法官迴避，因其認為法官有不公平審理之虞，因該法官允許告訴人之代理人(律師)有閱卷、聲請調查證據及證人詰問等權利。法院最後認為無迴避之必要。但於本決定之後，交付審判案件之審理方式即作了部分修正：1、代理人之閱卷謄寫權限於「檢察官送交予法院之卷證」；2、承認「雙方代理人」均有聲請證據及證人詰問之在場權；3、調查事實時所作成之筆錄，「法院認為適當時」，得允許閱覽抄寫。參上岡哲生前揭文，第 466 頁。

¹²⁸ 在最高裁於昭和 47 年 11 月 16 日決定後修正交付審判之審理方式後，本決定即係對於該修正之審理方式之異議程序所為之判決見解。參上岡哲生前揭文，第 466 頁。

人之名譽，程序之進行重視不公開原則。因此不適用及準用有對立當事人存在為前提的程序規定，審理時亦不公開也無關係人到庭的必要，不過另值得注意者，日本實務承認仍有與普通審理時法院之相同為職權調查證據及保全證據等強制處分之權限¹²⁹。

(六) 偵查程序中限制辯護人之接見通信規定

1、問題意識：

關於日本刑訴法第 39 條第 3 項¹³⁰之所謂「為了偵查之原因而有其必要時」（以下簡稱系爭規定）的解釋，大致上有三種主張¹³¹：其一為主要是檢方見解的非限定說或偵查目的說，認為該規定除於防止湮滅證據外，也泛指對於偵查的順利實施有所妨礙之虞者均包含在內。因此，不僅係在嫌疑人接受偵訊時之申請接見辯護人，連如果接見會有湮滅證據之虞者，均包含在上開規定所謂之「必要」範圍內

¹²⁹ 參見河上和雄等編前揭書第 5 卷，第 310-313 頁。另裁定交付審判程序中，法院得為證據之收集或保全之強制處分的判例如最決昭和 44 年 11 月 26 日 23 卷 11 號 1490 頁。該案件為命令報導機關提出採訪記錄之案例。參河上和雄等編前揭書第 5 卷，第 312-313 頁。

¹³⁰ 其規定為：「檢察官、檢察事務官或司法警察職員（即司法警察及司法巡查官，以下同），在為了偵查之原因而有其必要時，以提起公訴前為限，有關於第一項之接見或收受物品，得指定其日時、場所及時間。但該指定不能對嫌疑人準備防禦之權利有所不當的限制」（檢察官、檢察事務官又は司法警察職員【司法警察員及び司法巡查をいう。以下同じ。】は、捜査のため必要があるときは、公訴の提起前に限り、第一項の接見又は授受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。但し、その指定は、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するようなものであつてはならない）。

¹³¹ 參佐藤隆之，《接見交通（1）--指定接見的合憲性及要件》，井上正仁等編刑事訴訟法判例百選（第 10 版），2017 年 4 月，第 232 頁。

¹³²。另一見解即限定說或物理上限定說，認為可以限制接見的情形，僅限於在偵查中嫌疑人身體受拘束的情形下始得為之。該說認為接見通信權原則上係自由的，如果要限制應該是在例外的情形，且係因偵查中利用嫌疑人受拘束而實施偵查活動與接見權會有時間上的落差及衝突，而於時間上有調整（即限制）的必要時始得為之。第三種見解為準限定說，亦即原則上之在利用嫌疑人身體受拘束而為偵查活動的情形始得為之，例外於確實及具體地已預定實施調查偵訊或勘驗等而嫌疑人已到場時，亦得為之。

上開見解中，非限定說（或偵查目的說）及準限定說顯然與偵查不公開原則之本質及目的有所關連，而上開條文與我國刑訴法第 34 條及第 245 條第 2 項規定亦有相類似之處，故值得進一步探究日本實務之運作情形。

2、 實務見解：

最判昭和 53 年 7 月 10 日民集 32 卷 5 號 820 頁（以下簡稱昭和 53 年判決），在說明接見通信權為憲法上所保障之權

¹³² 但近年來偵查實務認為該發生障礙之虞要具有明顯性為必要，亦即不是抽象的，而是要有具體的事由。參稻田伸夫，接見通信—檢方的立場，新刑事手続（2），悠悠社，2002 年，第 68 頁。例如，某犯罪組織涉及販賣毒品案件而逮捕其中一名成員時，偵查結果顯示其雖然自白藏匿毒品的場所，但於偵訊結束後辯護人立刻請求接見時，如許可其接見，以辯護人與犯罪組織之關係考慮之，嫌疑人所自白的事實會透過辯護人讓組織知悉，而有將毒品移到別的場所的高度可能性，因此在聲請搜索扣押該場所之令狀許可及程序終結前，應可指定或限制其接見的時間。

利之由來後，認為系爭規定所適用的情形係指「嫌疑人現在正被調查中，或是因現場模擬、勘驗而有在場之必要，而明顯可造成偵查中斷的妨礙時」；而最判平成3年5月10日民集45卷4號919頁（以下簡稱平成3年判決）除引用昭和53年判決外，認為系爭規定的適用情形也包括「按預訂計畫確實要馬上進行調查偵訊，如准許接見而導致調查及偵訊不能依預定時間開始時」，亦即不僅在嫌疑人身體受拘束之情形，即可為限制接見之處分。

不過，嗣後的最大判平成11年3月24日民集53卷3號514頁判決認為，在承認限制接見制度本身係屬合憲的同時，於另一方面亦認為，憲法34條並不僅係規定不能妨害嫌疑人選任辯護人，也兼及實質保障嫌疑人在選任辯護人之後，與辯護人討論及接受辯護人建議暨補充說明等等的機會，因此只有在限於「造成調查及偵訊中斷等事實而對於偵查發生顯著障礙」時，始得限制身體受拘束中嫌疑人的辯護人接見權，因此並非泛指在偵查所有過程中均可適用。又與昭和53年判決同樣限於身體受拘束中嫌疑人，但範圍似乎又較昭和53年判決多了只要是對偵查而言具有顯著障礙的情形均得為之，亦即平成3年判決所示情形均屬

之¹³³。

另外，最判平成 12 年 6 月 13 日民集 54 卷 5 號 1635 頁判決特別表示，告知是否要選任辯護人及下列「最初機會」的重要性：亦即與嫌疑人在逮捕後能即時為初次接見，及使嫌疑人了解選任辯護人的目的係為了讓其能得到在接受調查及偵訊時的最佳建議及補充說明¹³⁴。由此可知，伴隨平成 16 年的刑訴法修正而增加的嫌疑人公設辯護護制度，有關偵查階段的辯護權之地位持續進步的結果，限制接見制度已發展至以嫌疑人為中心的接見權利，以及視調查偵查時間具體狀況之判斷標準¹³⁵。

3、 小結

由上可知，日本實務上並未採取非限定說或偵查目的說，而漸有採取限定說或物理上限定說的趨勢。與我國刑訴法第 245 條第 2 項¹³⁶之規定尚有差距，考其理由之一，應可

¹³³ 參見川出敏裕前揭書，第 219 頁。又是否對偵查有顯著的障礙，必需視具體個案情況來判斷，此為平成 3 年判決之坂上壽夫法官之補充意見書所示。

¹³⁴ 不過該判決也提及仍需在未對於偵查發生顯著的障礙此項前提。例如，嫌疑人自陳有重要的證物在尚未扣押的處所時，欲基於上開供述而進行配合的偵查時，有需即時將嫌疑人帶出拘留室一起進行調查的必要性，因此直到結束前這段時間內可能都需要擱置其接見的申請。參見川出敏裕前揭書，第 224 頁。

¹³⁵ 參見小木曾綾，《平成時代之代表性刑訴法判例》，刑事法雜誌第 61 期，2019 年，第 35-36 頁；三井誠等「【座談會】偵訊及接見通信的諸問題」，現代刑事法第 2 卷第 5 號，2000 年 5 月，第 19 頁。又座談會中提到最判平成 17 年 4 月 19 日民集 59 卷 3 號 563 頁判決表示，接見制度應係接見人在「面對面接見」的狀態下實施。另外福岡高判平成 23 年 7 月 1 日判時 2127 號 9 頁判決亦值得注意，該判決表示依據憲法 34 條而來的秘密通信權的保障，也保障在接見終了後其接見內容不被知悉的權利。

¹³⁶ 按即「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問

推論為未將「偵查不公開原則」明文化的緣故，造成日本此部分之實務需從憲法層次而以保障人權的觀點著眼，而非以偵查權限為絕對優先考量。在此衡量下，日本刑訴法系爭規定之「偵查之必要」，其適用範圍即大為限縮。

參、結論及建議

一、結論

和稻谷教授討論為何臺日兩國就偵查不公開規定立法與否有不同態度時，稻谷教授提出一種可能之解釋為：差異是否在於人民對偵查機關的信賴感，因為不信任而需要有監督及區分責任的依據，所以立法者才需要在法律上明定偵查不公開原則。

本文認為此不啻為一個有力的觀察角度，因為人民對於偵查機關的不信任，所以更強化其亟欲了解偵查活動內容的需求心理，加上媒體倫理的素質及實踐程度，以致於來自於外界的無謂壓力常常會造成偵查機關無法順利實施其偵查活動，相對於自律性甚高的日本人民及媒體，臺灣才需要繼續維持原本襲自日本大正刑訴法草案的偵查不公開原則。

該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之」。

但從另一個角度觀之，依本文的上開討論，雖然日本在檢方實務及刑訴法並無偵查不公開規定的成文拘束，但日本警方卻有偵查不公開的行政規則階層的規範，該規則於偵查第一線中適用之結果，雖然防止了自來於日本人民及媒體的外界壓力（當然也有可能是前述的自律及自制而並無施加無謂壓力所致），但卻也讓警方因依據該規定為理由，而產生諸多前述僭越令狀主義之違法偵查活動（尤其是前述之利用動機錯誤的偵查活動），直至屢次為最高法院所糾正始知問題所在並正視該問題。

再者，不公開的偵查活動因均係秘密為之，而日本亦無如我國刑法般之妨害秘密罪規定，以致偵查活動如有逾越令狀主義，則法院如前所述必需從憲法層次予以審核並限縮該不公開偵查活動的合法範圍，兩國之規範密度及層級的不同亦為差異之出發點所在。

因此，在逮捕及傳喚嫌疑人均需法院令狀的日本刑事訴訟制度下（除非受處分人自願），偵查機關（尤其是警方）的偵查活動尚存在以偵查不公開為由而有脫法甚至違憲之危險，此處確實值得我國偵查機關仔細省思並應引以為戒。向來偵查不公開原則僅著重於對於公眾及媒體公開與否的討論，但對

於案件中之當事人（尤其是嫌疑人及被告）之影響，以及現行偵查活動中是否亦有藉該原則而有僭越法律及憲法之虞者¹³⁷，確有值得再深入仔細盤整及慎重檢討之必要。

二、建議

（一）作業辦法規定中不公開對象之檢討

作業辦法中有關不公開對象之規定係針對不特定人或多數人為之，就保障受處分人之名譽及隱私之角度而言，與日本相較尚無何可議之處。然依本文之見解，所謂偵查活動（尤其是作業辦法所謂的偵查內容）於適用偵查不公開原則時常及於當事人（尤其是被告或嫌疑人），對該等當事人於適用偵查不公開原則應如何正確運作，值得再進一步討論。

當然，在作業辦法中也有提及對於當事人的適用規定（第6條），惟除了僅討論「曉示」當事人公開或揭露偵查活動之單方面可能影響，而並未考慮偵查活動對其不公開之影響外；於該條的立法理由僅稱係「俾相關人員『配合』」等語，然該理由係基於義務觀的想法而來，但既有義務「配合」則應有其對應的權利，在當事人並未因偵查不公開原

¹³⁷ 與平成 29 年最大判的案例事實如出一轍的我國最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決，即為明證。

則的詳盡規範而享有（知的）權利時，遽以要求當事人負有偵查不公開之義務，無非緣木求魚，或僅淪為注意規定，無助於法規範效力之建立，似可考慮修正或刪除。

（二） 偵查活動類型之精緻化

本文認為偵查活動類型化的優點，在於將偵查活動及其問題藉由類型的精緻化過程，有助於分項檢討並得出各自合理的操作標準，而不致流於僵化無彈性的弊病。並且將對象予以類型化後即可供操作者（即偵查機關）選擇最佳的路徑以達到對於其所設定目的之要求。一旦發展完整，辯護人或法院就偵查活動之適法性與否，也可各自參考其合理的審查標準。

我國之偵查活動向來並無區分類型之討論，似乎讓實施偵查機關在操作時，尤其是涉及偵查不公開原則的偵查活動時，並無依循的標準，而有可能各行其事以致不慎為觸法之行為。而由本文之介紹可知，參照日本之偵查活動的類型，既可區分為數類型及其下子類型，而各類型之偵查活動如係與不公開相關者，其要求之適法標準亦可能有所不同，此點頗值我國偵查實務者參考。因此亟待有識者進一步區分及建立符合我國實務可操作之標準，以符合憲法之

法治國原則理念。

(三) 裁定交付審判程序之再議論

我國刑訴法之交付審判程序，關於於裁定交付審判方式規定與日本刑訴法大致相同，只有「得為必要之調查」(第258條之3第3項)，但是否有如日本相同之前述偵查說及審判說之爭議，向來似乎並無討論。

不過，我國刑訴法規定聲請交付審判之人得委任律師檢閱偵查卷宗及證物並得抄錄或攝影(第258條之1第1、2項)，使聲請人得了解檢察官得心證之理由，在對於聲請人之保障即較日本實務為充足。然關於法院是否得依職權調查或為其他強制處分，依我國司法院「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」之規定，法院之調查範圍「應以偵查中曾發現之證據為限，不可就聲請人新提出之證據再為調查，亦不可蒐集偵查卷以外之證據」(參第134項)，而在現行實務上運作通常也依此應行注意事項進行裁定交付審判程序(一般即僅作書面審理)，則可知除較日本實務作法為限縮之外，且有架空我國刑訴法第258條之3第3項規定之嫌疑，上開應行注意事項之規定未來是否會受到當事人之質疑及挑戰，即非無疑。本文認為為符合刑訴法第258

條之 3 第 3 項之立法意旨¹³⁸、發揮裁定交付審判程序之功能及參酌日本現行實務之作法，仍應允許法院有依職權蒐集並調查偵查案件卷證外證據之權力，方屬適當。

(四) 增加檢方與大學之交流

日本檢方與學校合作的檢察實務參訪及在學校開設正式課程，頗值參考。亦即，藉由地檢署與大學（法學院或法律研究所）交流模擬偵訊流程（一年數次）或在大學（法學院或法律研究所）開設檢察實務課程，以增加一般人對於偵查機關之認識，進而提昇對於偵查機關運用偵查不公開時的信賴度。

有關參訪行程，以大阪地檢為例，每年二次開放並安排關西地區的大學（主要是法科大學院）學生至地檢署進行參訪，其中主要行程之一即為模擬檢察官與嫌疑人的偵訊過程。由學生扮演檢察官，於先行閱讀模擬案件之卷證後，再由數名大阪地檢檢察官（個人參訪時，也有 1 位高檢署檢察官參與）扮演嫌疑人，模擬上開案件之偵訊過程。據參訪¹³⁹後筆者所聽到學生的反應，均是能更進一步了解偵訊

¹³⁸ 按即「法院為明再議駁回之案件，是否確有裁定交付審判之必要，允宜賦予得調查證據之職權，增訂第三項」，並無如應行注意事項之限制，亦看不出立法原意有限制法院職權行使之意思。

¹³⁹ 即 2021 年 3 月 16 日之實地參訪行程。

時檢方所花費的時間、勞力及智慧、如非親身體驗是無法體會的等結論，此有助於加強一般人民對於檢方的認識，至少不會誤解檢方於偵辦案件時所持之動機、思考方向及規劃。

而大學（主要是法科大學院）中所開設的檢察實務課程，係由現職檢察官擔任授課教授。以京都大學本學年（2020-2021年）為例，係由大阪高檢署檢察官擔任教授（為期3年，另亦擔任刑訴法實務的教授課程），講授有關從檢察實務角度出發之刑事程序中諸多課題，並藉由具體案例，從檢警關係、案件受理、偵訊與自白、聲請羈押、調查證據、公訴相關問題等，培養學生對於檢察實務進一步的認識，課程中也會安排多次模擬偵訊及起草起訴及不起訴處分書、聲請羈押書等書類之內容，使學生對於檢察官之具體職務內容有更深入的了解。本文認為此讓社會（尤其學生不論將來是否朝實務發展，均可能是未來的社會中堅份子）對於作為偵查核心之偵查不公開原則有所認識，且能更加強對於偵查機關於適用該原則時之信賴度。

（五）適當增加偵查人力或改善內勤制度

由本文所舉案例可知，如從檢方的角度來看，採取偵查不

公開原則主要理由係為保全證據及防止受處分人湮滅罪證帶來的不利益。因此，如現實上證據保全之能力及可能性愈高，則愈無需採取該原則，即能降低偵查不公開原則帶來爭議之可能性，愈能減少人民對於該原則的疑慮。

提高證據保全之現實能力及可能性，除藉助硬體設備的提昇及法規授權（詳後述之（六）、說明）外，人力的充足及制度的改善亦是重要條件。按人力愈充足、或是能適當調配人力的制度愈完善，則因偵查機關可在無時間及緊急性的重大壓力下實施保全證據之偵查活動，也愈能縮減偵查不公開爭議之空間，也愈能保障偵查不公開存在的價值。就檢方而言，以臺日兩國的偵查輔助主要機關之警察人數比較，日本為 29 萬餘人（2009 年）、我國為 6 萬 6 千餘人（2018 年）¹⁴⁰，相較於兩國之一審檢察官人數（日本為 1870 人¹⁴¹，我國為 1200 人¹⁴²）而言，日本檢察官享有之偵查輔助資源係我國檢方之數倍，則我國檢察官於偵查時之負擔就不可謂不重，自然於偵查活動過程中亦可能會產生影響正當且妥善運作偵查不公開原則之結果。

¹⁴⁰ 參見

<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%90%84%E5%9B%BD%E8%AD%A6%E5%AF%9F%E6%95%B0%E9%87%8F%E5%88%97%E8%A1%A8>。

¹⁴¹ 參見 <https://ja.wikipedia.org/wiki/%E6%A4%9C%E5%AF%9F%E5%BA%81>。

¹⁴² 參見 https://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebList3_Report.aspx?list_id=746。

又以日本之逮捕制度（含通常逮捕、現行犯逮捕及緊急逮捕）為例，日本檢警於逮捕後有共計 72 小時之偵訊時間（警方 48 小時、檢方 24 小時）¹⁴³，且警方於逮捕留置期間內認無移送必要時得逕予釋放（日本刑訴法第 203 條第 1 項），此種制度設計大為降低檢察官於內勤制度之負擔，有助於不受偵查不公開原則所帶來之弊端影響。

當然，除了 24 小時的人身自由限制為憲法之議題外，允許長時間的檢警留置期間相對的是日本偵查中羈押制度期間的短縮（依日本刑訴法第 208 條規定，羈押期間為 10 日，必要時得延長一次），兩者間制度利弊得失之權衡，有賴偵查機關與國民及立法者凝聚共識後才能決定最適合我國偵查機關之內勤制度。

（六） 科技偵查法相關法制之必要及建構

在前述之平成 29 年最大判判決內容中，日本最高法院亦提出因「GPS 偵查方式如今後會成為廣泛而有力的偵查手段」，期待立法者能制定出符合憲法及刑訴法原則的法律

¹⁴⁴，與我國最高法院關於 GPS 判決所提及對於立法者之期待

¹⁴³ 參見日本刑訴法第 203-205 條。

¹⁴⁴ 原文為「GPS 捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい」。

完全相同。

而日本最近學界亦有如下之傾向：將強制處分法定主義，要求「在該當『強制之處分』之特別情形時，應將其條列並集中於作為基本法典之一的刑事訴訟法之中」、「將規範密度提昇為類型化」¹⁴⁵，或是將該原則解釋為「將超過權利限制程度之閾值者稱為『強制處分』，而要求應列舉在基本法典的刑事訴訟法中」¹⁴⁶，將同規範解讀為「並非禁止偵查機關實施並無「法定」依據的「強制處分」的規範—係要求立法機關將關於「強制處分」的特定內容之「法定」本身做為立法規範的傾向。此外將刑訴法 197 條 1 項但書，不僅視為應以「法定」方式規定「規範密度」之方法¹⁴⁷，更進一步認為係法院在關於「該當強制處分之處分」而「考量現存之程序及要件並不充份時」，可對國會提出要求「促請其進行立法措施」的規定¹⁴⁸。由是觀之，同

¹⁴⁵ 綠大輔，《在偵查法中明文規定之必要性及其規範密度》，犯罪與刑罰 29 號，2020 年，第 38 頁。

¹⁴⁶ 此外，原田大樹《從行政法學所見的強制處分法定主義》，犯罪與刑罰 29 號（2020 年）105 頁也提出，強制處分法定主義，係「關於超出任意偵查範疇的『強制之處分』，要求刑事訴訟法上的規定的結構」、「一方面在刑事訴訟法本身中由記載強制處分提高其通盤性的同時，在另一方面刑事訴訟法的立法者，特別將關於依據規定的必要性及判斷作法，置於法律的規定內，也可見到希望將立法者所欲引導的本質包含在裡面」。

¹⁴⁷ 與此點有關連的，在中川前揭文第 23 頁提到「關於現行法令的強制處分有關規定的密度太過零亂」。但是，偵查行為的類型化，結果仍不得不以與該問題性及規範內容互相均衡的形式下為之，不論如何，基本上仍應委由立法者的合理裁量。

¹⁴⁸ 綠大輔，前揭文 33 頁。做為類似的見解，即將強制處分法定主義，由法院對國會「為了無法受到完全的規範，而對於民主制度產生重大危險的偵查手段的最佳規制方法，希望能透過民主制度的詳細討論後而設計出的規定」，亦可見稻谷龍彥『在刑事程序中的隱私權保護—以經由

規定關於偵查機關的「強制之處分」，不僅係規定由立法規範的方法，也帶有建構司法及立法間之特別關係的意義，而賦予最高法院 GPS 判決上開立法建議之正當性。

本文認為面對科技月異的科技進步時，犯罪手段必定隨之複雜化，而偵查活動亦隨之有多樣化、彈性因應及科技化的要求，但在偵查活動的高度科技化如以偵查不公開原則為由而予以正當化時，就不免會有日本及我國最高法院所擔憂者：即僭越令狀主義及正當法律程序原則而有不當侵害人權的疑慮。因此如上開日本學說所述，除了法條文義解釋外，更因為法治國家原則中民主正當性之授權要求，才能使該類型之偵查活動不致於過度干預人權，且能在合法監督之下獲得適當的控制。

但系爭立法進度在日本的現況係嚴重落後，自從平成 29 年最大判判決後幾無立法之規劃及相關討論。而原本相同判決見解出現在後的我國卻能依司法機關之意旨而提出相關之「科技偵查法」草案¹⁴⁹，誠屬進步且負責任之表現，期待該法能順利制訂施行，不但可以讓現行實務之科技偵查活動更具有民主正當性，也可做為其他國家如日本示範之效

詳細討論的適當程序實現為目標』（弘文堂、2017 年）299 頁。

¹⁴⁹ 參見 <https://www.moj.gov.tw/Public/Files/202009/70320090817536d83f.pdf>。

果。

(七) 有關資訊保護審查會之建置

前述所提及之日本資訊保護審查會，其設立係為了審查行政機關關於政府資訊公開或個人資訊公開之決定妥當與否，所另外成立之獨立機關，且經參眾兩議院（國會）之同意而有一定的民主正當性，代為行使監督行政機關有關公開資訊之決定是否妥當之職責¹⁵⁰。而依我國政府資訊公開法第 20、21 條規定當事人不服係先以訴願為之，則係由原處分機關先審核處分是否妥適。二者相較如以審核機制之民主正當性及客觀公平性而言，似以日本之規定較為適當，而以此方式亦較易說服當事人認同該獨立機關之決定，值得我國將來立法參考。

(八) 不起訴處分案件內卷證之資訊公開—以有關我國與日本之政府資訊公開法之比較為中心

日本之政府資訊公開法第 5 條即行政機關開示義務之除外規定，而我國相等同之規定則在政府資訊公開法第 18 條，即對於政府資訊公開之限制規定，二者相比較其實並無明

¹⁵⁰ 依據總務省之官網記載，資訊保護審查會於令和元年，審查行政機關公開資訊件數 658 件，其中認為妥當 451 件（約 69%）、認為不妥當 74 件（約 11%）、認為一部妥當者 133 件（約 20%）；審查行政機關公開個人資訊件數 170 件，認為妥當 113 件（約 66%）、認為不妥當 10 件（約 6%）、認為一部妥當者 47 件（約 28%）。參總務省官網，諮問、答申等件數，https://www.soumu.go.jp/main_sosiki/singi/jyouthou/。

顯的差異，而二者關於司法偵查審判機關相關之資訊，亦有類似之規定¹⁵¹。惟兩者亦均未對偵查終結而為不起訴處分案件內卷證相關資訊是否公開有為規定。

而在前述所提及日本刑訴法中有關「訴訟相關卷證」係屬政府資訊公開法排除適用之規定，我國刑訴法即無類似情形。且如前所述日本係以不起訴處分所具有之偵查性質為由，推論可以適用上開日本刑訴法規定，洵屬合理；但於我國是否能逕予推論適用，即非無疑。

我國向來似以刑訴法第 245 條「偵查不公開」規定作為類似案例之排除規定，然政府資訊公開法既為較刑訴法上開規定較新之法律（係於 2005 年 12 月 28 日公佈），值此民主化時代民意高漲之際，將來如有當事人對此提出與日本上開案例相類似之強烈質疑，是否逕可以「偵查不公開」原則一語帶過，誠非無疑。

此外，就我國司法院大法官釋字 729 號解釋是否可作為上開案例適用之參考，按釋字 729 號解釋之解釋文所示：「立法院向檢察機關調閱已偵查終結而不起訴處分確定或未經

¹⁵¹ 我國係規定「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」，日本則係規定「行政機關首長有相當理由認為如公開的話，會對於犯罪的預防及壓制、偵查及審判的維持、刑之執行或其他有礙於公共安全秩序維持或有疑慮之資訊」。

起訴而以其他方式結案之案件卷證，須基於目的與範圍均屬明確之特定議案，並與其行使憲法上職權有重大關聯，且非屬法律所禁止者為限。如因調閱而有妨害另案偵查之虞，檢察機關得延至該另案偵查終結後，再行提供調閱之卷證資料……因調閱卷證而知悉之資訊，其使用應限於行使憲法上職權所必要，並注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等）」¹⁵²。

而本號解釋於理由書闡明以下數要點值得注意：

- (1) 至於偵查終結後，經不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案（例如檢察實務上之簽結）之案件，既已終結偵查程序及運作，如立法院因審查目的與範圍均屬明確、且與其憲法上職權有重大關聯之特定議案所必要，又非屬法律所禁止，並依法定組織及程序調閱者，因尚無實質妨礙偵查權行使之虞，自得於經其院會決議調閱上述已偵查終結之卷證。
- (2) 另個案雖已偵查終結經不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案，惟卷內證據資料如與檢察官續查同一被

¹⁵² 關於犯罪偵查權與國會調查權的關係，日本學界認為因日本刑訴法並無對於偵查不公開原則之正面規定，又刑訴法第 196 條僅為訓示規定，因此國會調查權行使時僅需「注意」是否有違反刑訴法第 196 條之意旨即可。參河上和雄等編前揭書第 4 卷，第 141 頁。

告或他被告另案犯罪相關者，倘因調閱而洩漏，將有妨害另案偵查追訴之虞，為實現檢察官獨立行使職權追訴犯罪，以落實國家刑罰權，檢察機關得延至該另案偵查終結提起公訴、或不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案後，再行提供調閱之卷證資料。

- (3) 立法院行使憲法上職權，向檢察機關調閱偵查卷證之文件原本或影本，由於偵查卷證之內容或含有國家機密、個人隱私、工商秘密及犯罪事證等事項，攸關國家利益及人民權利，是立法院及其委員因此知悉之資訊，其使用自應限於行使憲法上職權所必要，並須注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等），對依法應予保密之事項亦應善盡保密之義務；且不得就個案偵查之過程、不起訴處分或未經起訴而以其他方式結案之結論及內容，為與行使憲法上職權無關之評論或決議，始符合權力分立、相互制衡並相互尊重之憲政原理，乃屬當然。

如上所述，雖然就請求不起訴案件卷證公開之對象而言，立法院行使職權與當事人行使請求權乃有本質上的差異，但大法官會議解釋至少肯認如下數點：(1) 如要求提供之

資訊，與檢察官所繼續偵查之同一被告或其他被告另案犯罪相關者，倘因調閱而洩漏，將有妨害另案偵查追訴之虞得不予提供。並且（2）由於偵查卷證之內容或含有國家機密、個人隱私、工商秘密及犯罪事證等事項，就算知悉後其使用自應限於行使權利必要，並須注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等），對依法應予保密之事項亦應善盡保密之義務；（3）且不得就個案偵查之過程、不起訴處分或未經起訴而以其他方式結案之結論及內容，為與行使權利無關之評論。

大法官解釋具有法律效力，則舉重以明輕，縱當事人於請求提供不起訴處分案件內之資訊而應予准許時，其亦應受到上開條件之限制，甚或於提供當事人前先行審查當事人有無達到上述條件要求之可能，如無可能則可逕以上開解釋之意旨予以駁回，或為解決之方法。

綜上所述，我國因尚未有如日本刑訴法相關規定，無法逕予推論不起訴處分案件內之資訊即可為政府資訊公開法之排除適用範圍。相關修法建議或可參考日本刑訴法之規定於刑訴法修正時一併為之。惟在尚未修法之前，除繼續援用刑訴法「偵查不公開」之規定外，上開大法官會議解釋

之意旨及理由，或可作為限制或駁回當事人請求之依據。