發佈：2017-11-21, 週二 16:07
點擊數：20317



不管兩岸關係是處於敵對，還是熱絡，抑或是冰凍期，雙方的諜報工作，從不曾停歇。而就我方而言，對於洩漏或刺探國家機密，尤其是國防機密者之刑事處罰，在過往，有極為嚴厲的妨害軍機治罪條例，最高甚至可判處死刑。但由於時代變遷及講求人權，此特別刑法早於2004年遭廢止，致目前就以刑法、陸海空軍刑法、國家機密保護法、國家安全法等為處罰依據。惟這些規範的處罰，是否具有嚇阻效力，或可從日本這幾年，一直引起爭議與話題的特定秘密保護法為比較。

日本對於國家機密保護的法規範

一、2013年之前的法規範

二次大戰結束後，名義上，雖是由駐日盟軍司令部統領日本，但實質上，卻是由美國單獨佔領，美國部隊也從此時開始進駐日本，直至現今。所以，日本的機密法規所保護的法益，雖是國家安全，卻也包括美國駐日部隊的機密在內。而在2013年前，日本對於洩漏國家機密的處罰，最主要來自於以下條款：

（一）非國防機密：根據國家公務員法第109條，公務員故意洩漏職務物上所知的非國防機密，

Phoca PDF

可處一年以下有期徒刑。

（二）國防機密：關於洩漏國防機密的處罰，最主要出現在自衛隊法第122條，原本在2001年之前，其刑度與一般公務員洩密的處罰相同，但於911恐怖攻擊後，就將刑度提高至五年有期徒刑以下。

（三）美日軍事合作機密：正常來說，一個國家所保護的機密，當然僅限於本國機密，但如日本，因與美國有相當密切的軍事合作，甚至可以說，日本自衛隊，不管是從武器的製造、採購、配置，一直到部屬、演練與演習，可以說，都是處於配合美軍作戰的地位。也因此，對於美日軍事合作的相關機密，就藉由美日防衛援助協定，所制訂特別的秘密保護法，而對洩漏此等機密者，可處以最高十年有期徒刑的刑罰。

故從日本關於機密保護的刑事處罰來看，對於美國軍事機密的保護遠比日本本身的機密保護優越，致凸顯出日本於二次大戰後，在軍事上，已完全臣屬於美國，致缺乏自主的權力。

二、2013年以後的特定秘密保護法

（一）立法之背景

在2013年秋天，由首相安倍所屬的自民黨及公民黨提出特定秘密保護的相關法案，雖然遭到民間團體及反對黨的大力反對，最終仍以進一步強化機密保護為由通過立法。而之所以會有此法律之推出，實有多種因素所造成。

1. 美國反恐戰爭之影響

到了21世紀，由於恐怖攻擊頻仍，美國除了加強本土安全防衛外，也開始強化了反恐法制。原本在2001年911恐怖攻擊之前，美國對於恐怖行動的防制，較偏重於國際恐怖組織的情報蒐集及瓦解，並對武器出口的嚴格管制，以防止恐怖份子能輕易取得毀滅性的武器。但在911攻擊之後，才讓人驚覺，若海關的安全檢查不夠徹底，即便是簡單的器械，亦能劫機並造成巨大的損害。因此在911之後一個月，美國國會即通過所謂愛國者法（Patriot Act），此法除對恐怖組織的資金來源進行阻斷，並嚴格禁止可疑份子進入美國境內外；更基於反恐的迫切性，針對恐怖份子的偵搜，排除美國憲法增修條文第4條，即關於搜索、扣押必須有法院令狀的限制規定，以使執法機關的權力擴大，而能盡早尋獲與逮捕可疑者，致能免於慘劇的發生。

而在2002年所通過的國土安全保障法（Homeland Securi ty Act），則為加強美國國境的安全，即將海岸巡防隊、國境警察等涉及邊境的執法機關，以成立國土安全部加以統合，以期整合資源並能有效打擊非法入境。

在2004年，美國國會更通過防制恐怖行動法（Terrorism Prevention Act），針對難民庇護制度與入出國的管理，採取嚴格的審查機制與管制，以免使恐怖份子，藉由此等途徑與管道進入美國境內。甚而在2005年，美國國會更進一步通過所謂真實身分確認法（Real ID Act），針對身分證明與駕照的發給，不僅採取嚴謹的管控，對於難民申請入籍的認定基準也更為緊縮。另外，對外國人進入美國的許可與驅逐等，也賦予行政機關更大的裁量權限，以防止恐怖份子能輕易進入與滯

Phoca PDF

留美國，而來從事破壞與恐怖攻擊。

所以，可以說在911攻擊之後，美國即是藉由強化執法機關的裁量權限，並擺脫嚴格的法律束縛，期能使其更有彈性且迅速的打擊恐怖行動。惟在逐步強化行政權的同時，卻也使人民的權利保障受壓縮，並因此造成更大的衝突與矛盾，而使更多的仇恨因子潛藏於社會之中，反成為治安的隱憂。

尤其在這幾年，歐美各國所常出現的所謂孤狼式恐怖攻擊，行為人往往與恐怖組織毫無關連，且也為本國人，更可能無所徵兆，只因受到恐怖思想的感染，致以個人行動方式來進行屠殺，實難於預防。故為防止此類行的恐攻，消滅散佈恐怖思想的源頭，如ISIL，實更為重要。惟如此的作法，更得仰賴與他國的情報合作。

但美國反恐盟友雖多，但能與美國忠實合作的國家，卻不多，甚至在史諾登投奔俄國所揭露出，如美國中情局對德國總理梅克爾監聽之後，某些歐洲盟國對美國的不信任度增加，這就使美國將情報工作的壓力，更會強力加諸於像日本這樣忠誠的國家，也使其必須強化機密維護的機制。

2.東亞情勢的變化

原本在日本自衛隊屬於美國軍力部屬的結構下，日本的假想敵，一向是以過去的蘇聯或現在的俄羅斯為首要。但在中國崛起及釣魚台領土紛爭，再加上北韓威脅日增的情況下，日本自衛隊所要防衛的對象，就慢慢轉向以日本自身安全與利益為考量。故傳統以美軍為首的戰略思想勢必得有所調整。再加以日本從1980年代開始，逐漸擴大集體自衛權的解釋範疇，尤其在日本記者遭ISIL斬首之後，安倍內閣亟欲突破和平憲法，甚且想出兵海外的迫切性日增。這就更使國家機密的保護，不能再置於美軍機密的保護之下。

3.311之後的核電廠資料外洩

在2011年的311強震造成福島核災事件，於人民陷入一片恐慌之時，卻有東京電力公司及內閣會議資料，不斷流出。即便是講求自由、開放的當時執政黨民主黨（現稱為民進黨），為了防止恐慌蔓延，亦強力阻止與警告資訊外流。而與我國相似，日本的機密保護，對於國防機密與非國防機密外洩的處罰，乃有重輕之差別，卻從311之後，開始檢討是否有必要以如此的區分。

（二）秘密保護法的刑事處罰及其問題

在2013年，由安倍內閣所提出的特定秘密保護法，即便反彈聲浪極大，仍挾其國會多數，強行通過。而此法為何會引發爭議，可從以下幾個特色觀察出：

1.
特定秘密才受此法保護：會落入此法適用，必須是經指定為特定秘密者，至於被指定的秘密，非以是否為國防機密，而是以有否危害國家安全為基準。

2.指定機關：只要是行政機關首長，即可為指定。

3.
適性評價：對於處理特特定秘密之公務員，是否有洩漏之虞，行政首長擁有法律所授予的適性評

Phoca PDF

價權，這是預防機密外洩的預防手段。

3.
重刑政策：洩漏經指定為特定秘密者，可處十年以下有期徒刑，如此的重刑，已使日本國家機密的保護，與對美軍機密保護的刑罰相等同。甚至媒體若報導特定機密，最可亦可處十年有期徒刑。

而上述幾點特色，已可看出此法授權給行政機關廣泛的裁量權，這就引來以下批評：

1.
行政機關的濫權與恣意：關於特定秘密有機關首長決定，且以模糊不定的國家安全為基準，就易形成行政權的恣意與濫用。

2.
適性評價侵害隱私權：法條授予首長，對於是否會洩漏機密之虞者，進行適性評價，自然得對其進行個人素質與生活等等的調查，雖具有防制在先之作用，卻嚴重侵害隱私權。

3.
扼殺報導自由：由於媒體寶島特定秘密，處以與洩漏者相等同的十年以下有期徒刑，就必然扼殺新聞自由。

總之，在國家安全界定不清下，既使特定機密的指定有遭濫用，致成為不法者的掩飾手段之外，實也因此嚴重碰觸罪刑法定。也因此，此法在2014年正式施行到現在，要求廢止的聲浪仍在持續，故台灣對於機密保護，是否該以之為對象，就有三思之餘地。

台灣對於國家機密保護的刑法規範

一、現有的刑法規範

（一）刑法與陸海空軍刑法

目前刑法對於國家機密的保護，分為：

1.
國防機密：根據刑法第109條第1項，洩漏國防應秘密文書或物品者，可處一道七年有期徒刑，根據第2項，若交付對象為外國人，甚至可處三到十年有期徒刑。而具刑法第110條，公務員過失洩漏者，可處兩年以下有期徒刑。至於刺探國防機密者，亦可處五年以下有期徒刑。

2.
非國防機密：根據刑法第132條第1項，公務員洩漏國防以外機密者，處三年以下有期徒刑，因過失或非公務員洩漏者，可處一年以下有期徒刑。

故從我刑法法條可看出，是否為國防機密，乃成為處罰輕重的最重要基準。只是關於何謂國防機密，刑法並未明文，就又落入由主管機關恣意決定之境地。同時，必須注意的是，洩漏國防機密給外國人，乃屬最重刑罰，但對於彼岸，到底是否為外國，恐是目前的爭議所在。

Phoca PDF

至於針對軍人洩漏國防機密，根據陸海空軍刑法第20條第1項，可處三到十年有期徒刑，戰時，則可處七年以上有期徒刑或無期徒刑。若是洩漏給敵人，甚至可處無期徒刑或死刑。這是目前洩密罪裡最重者。只是所謂敵人，所指為何，是否包括對岸，卻又成為問題。

（二）國家機密保護法

而於2003年所通過的國家機密保護法，亦有刑法規定，惟根據第32條第1項，即洩漏依據本法核定為國家機密者，可處一到七年有期徒刑，根據第2項，即便是過失，也可處兩年以下有期徒刑。如此的規定，並未區分是否為國防機密，而是只要是洩漏被指定之機密，一律處以一到七年有期徒刑，至於刺探國家機密，則是與刑法相同的五年以下有期徒刑之刑度。如此的刑罰規定，打破了刑法以國防機密為法定刑輕重的立法模式，基於特別法優於普通法，自得優先適用。

惟是否為指定的國家機密，根據此法第7條第1項，又是由機關首長決定，至於其標準，雖規定於第4條，分為絕對機密、極機密與機密三等級，但各等級中所謂於國家安全有非常重大損害、重大損害、遭受損害等，皆屬極端不確定的法律概念，就使刑事處罰趨於浮動，致有違明確性原則。且既然有此等級區分，為何不因此將洩漏等級而為不同的法定刑規定，這也有違比例原則。

更麻煩的是，原本此立法不分是否為國防機密，洩漏就是要加重處罰，但於刑法本文，針對洩漏給外國人，有更重的處罰規定，則於此時，到底要適用何法，實就出現問題。

（三）國家安全法

除了上述密的刑罰外，於國家安全法國家安全法第5條之1第1項，於意圖危害國家安全，而為大陸地區行政、軍事、黨務或其他公務機構或其設立、指定機構或委託之民間團體刺探、蒐集、交付或傳遞關於公務上應秘密之文書、圖畫、消息或物品，或發展組織者，即可處五年以下有期徒刑。惟此條文的構成要件，同樣有著不明確的問題存在，尤其目前對於洩密或刺探罪等，早有相對應的刑罰規定，故能適用此條文者，就僅限於為對岸發展情報組織之部分。但是否有必要針對一個模糊的預備行為來處罰，實有相當之疑問，也凸顯出國家安全法，這種從威權過渡到民主時代的法制，已不符時代潮流，就有全面檢討之必要。

二、有否加重刑罰之必要

所以，在我國廢除妨害軍機治罪條例之後，如果比較我國目前相關洩密罪的法定刑，除陸海空軍刑法外，與日本做比較，似無法看出是太重或太輕，只能說是相當，有否必要加重、到底要加重至何程度，實皆有疑問。且若再加重，必動輒被拿之與過往的威權體制相提並論。況且，若無法有效預防與發覺，刑罰加再重，也無實際效用。這就讓人思考，為了有效防止機密洩漏，是否該於各機關或公營事業，配置保防處室及人員？

三、配置保防處室與人員之疑義

於今年初，為了防止日益增加的國家機密洩漏，調查局提出國家保防工作法草案，其中最具爭議性者，即是仿效政風機構，規定於各公機關、公營事業、公法人等設置保防安全處室，並配署保防工作人員。如此的設計，必然產生以下疑問：

（一）與政風機構的任務重疊：根據政風機構人員設置管理條例第4條第7款，政風機構本就負責公務機關記密之維護，再設置保防安全處室，無疑是多此一舉，致凸顯出廉政署設立後，調查局與之，並非處於協力關係，而是日益加深的矛盾與衝突。

Phoca PDF

（二）權限擴張：而在保防工作法中，似乎為了區隔其與政風之不同，特別賦予政風人員所無的資料調閱權、詢問權，甚至是類似刑事搜索、扣押的臨檢權限。但這些強制手段，因非屬於刑事處分，就無法院令狀為制衡。

簡而言之，此法的名稱雖為保防工作，但其實質內容，卻完全在擴充調查局之權限，致必聯想到白色恐怖時代，更顯露出，於講求法治、更講究人權的現在，調查局只強調維護空泛的國家安全之思維，顯然已與時代脫節。此法也在各方反對，並遭行政院退回後，無疾而終。

保防工作不是靠重刑、更非靠調查局

要想藉由刑罰，尤其是重刑來維護國家機密，甚至是國家安全，不管是威權體制時期，還是現在，都證明其效果有限。而調查局成日想回到過去，於所有機關設置眼目，以來監控公務員的想法與作法，也注定不符時勢所趨，更證明台灣不可能走回頭路。而於現今的時代，維護國家機密，肯定得以更先進的資訊蒐集、整合等科技方式來進行，並保持與密切國家的情報聯繫與往來，這或許才是防止機密洩漏的現代方式。同時，如何強化與深化台灣的民主、法治與人權，致讓所有國民對自己國家產生最大的向心力與認同感，肯定才是百毒不侵的根本之道。

作者 吳景欽 為 真理大學法律系所副教授

Phoca PDF