

「吹哨者」之洩密刑責(二)

王建等 新北市政府警察局政風室科員

二、對洩漏違法秘密者刑責之處理

當秘密內容實質上是違法的，公務員因此將其洩漏是否可以阻卻違法？對此德國學說在討論上相當分歧，一方面可以從構成要件的「致生重要公共利益之危險」來考慮；另一方面可以從「無權」來考慮，如果以「無權」的角度來觀察，又大致有三種不同的路徑可以討論：

(一)以「守密義務的例外」作為阻卻違法事由

聯邦公務員法第67條第1項規範公務員的一般性守密義務，特別的是，在該條第2項規定守密義務的「例外情況」，也就是在特別狀況下，公務員並無守密義務（註17），包括：公務往來、眾所周知的事實、秘密本身無須保密、向特定機關告發刑法第331至337條貪污犯罪、以及維護自由民主基本秩序。另外，德國在2008年時通過公務員地位法（Beamtenstatusgesetz），該法第37條第2項也同樣明文了公務員守密義務的例外情況，如第3款規定：只要合理懷疑有刑法第331至337條的貪污犯罪，而向最高主管機關、刑事追訴機關或邦法律所特定的其他機關或非職務機關予以告發，就不適用公務員的守密義務。從這些守密例外規定可以得知的是，出於告發貪污犯罪目的而洩漏公務秘密，屬於「有權洩漏」（註18）。

(二)以「秘密的例外」作為阻卻違法事由

有看法認為，應該要按「違法的內容及程度」將違法秘密區分為二：

「侵害國家外部安全的違法秘密」與「前者以外的其他違法秘密」，二者雖然仍具有秘密的性質，但對於洩密的處理並不相同。以前者來說，立法者認為涉及侵害國家外部安全的資訊或客體本身就違反了自由民主的基本秩序，人民有權利要求國家將這些嚴重違反秩序的行政措施或資訊提出來公開討論，因此透過刑法第93條第2項將該性質之客體排除在國家秘密之外，對此的洩漏行為不屬於「無權洩漏」（註19）。就後者而言，由於立法者並未將此種違法秘密排除在國家秘密之外，法律仍對其提供保護，如果洩漏這些違法秘密，原則上仍屬於「無權洩漏」。不過，當行為人透過這樣的洩密行為卻可以抵制可能產生的弊端，且從構成要件上不能「抵銷」致生重要公共利益的危險時，仍可能可以透過德國基本法第5條言論自由而得出「有權洩漏」的結論（註20）。

要注意的是，以上並不表示公務員可以直接的去洩漏違法秘密，而是必須先履行一定的程序作業後始得為之，這些程序作業例如：請示上級，必要時請示國會所負責的部長，或呈文給國會（註21）。

(三)以「緊急避難」作為阻卻違法事由

在具有「緊急危險」前提要件的重大違法情況，例如告發特定犯罪或維護民主自由的基本秩序等，公務員守密義務所具有的公共利益會降低到沒有保護的價值，因此，即使洩密也欠缺對公共利益的危險（註22）。透過洩漏違法秘密，可能會有助於重

建合法秩序，或可能抵抗其他的違法，不過，必須要選擇最輕微損害的手段，且也必須衡量可能會對值得保護的重要公共利益所造成的具體危險（註23）。當告知上級機關或指導機關後仍然達不到效果，甚至最高行政機關或國會介入後可能也不會有所改變時，就可以允許向大眾告知，如此的做法也會超過公務員守密義務的利益，但要注意的是，只有法官才能判斷洩密當時是否具備緊急避難的前提要件（註24）。

伍、現行公務洩密罪的可能處理方式

一、要件適用上之說明

透過前述德國法對洩漏違法秘密情形的討論，可以知道重點集中在洩漏公務秘密罪中二項不同性質要件的處理：構成要件意義之「致生重要公共利益之危險」及違法性意義之「無權洩漏」。必須要說明是，這二項要件在我國刑法第132條公務洩密罪中並沒有明文規定，當我們要參考德國文獻的討論內容，就必須先說明這二項要件「是否」及「如何」適用於我國法的規範內。

就「致生重要公共利益之危險」而言，此為構成要件之「危險結果」，透過該要件可以將本罪歸類為「具體結果犯」，相對於此，我國刑法第132條公務洩密罪依照通說是「抽象危險犯」，然而，無論屬於具體危險犯或抽象危險犯，在構成要件的解釋及適用上皆不應背離保護法益。德國

文獻對於「秘密」的解釋為：基於法規或特別命令而有守密需要，且僅被特定人所知悉的事實或客體，近似於我國文獻對此討論的「形式秘密說」觀點，值得一提的是，儘管形式秘密說的解釋將使秘密的範圍顯得非常廣泛，然而，透過「致生重要公共利益之危險」結果要件，又將會使本罪的適用範圍限制在危害重要公共利益的情況，並無脫離保護法益。相對於此，我國在本罪上並無危險結果的規定，如對秘密的意義同樣採取形式秘密說的觀點，由於沒有結果要件得以限縮，可能就會使本罪的適用範圍過於巨大，因此，必須額外的透過保護法益限縮秘密的範圍，才能將處罰範圍集中於侵害保護法益的情形，故本文認為所謂秘密應係指：具有公共利性之公務秘密（註25）。

就「無權洩漏」而言，有權或無權的認定必須要考慮行為人的洩漏行為有無「正當事由」，如同我國刑法第316條至第318條之1條妨害秘密罪中「無故」要件的意義（註26），另外，我們也必須考慮到，行為人之所以洩漏公務秘密，同樣也可能是出於與洩漏個人秘密的相同理由，例如有其他法律允許洩密，或是藉由洩密行為可以保全其他更具重要性的利益等等，在整體法律與利益的衡量下，洩漏公務秘密的行為，可能也是可以被允許的。縱使我國法的公務洩密罪並沒有規範「無權」或「無故」要件，但該要件只是在「提示」法院要去審查個案上有無既有的阻卻違法事由（正當事由）而已（註27），即使沒有規定，也不會改變法院應行注意有無阻卻違法事由的結論。因此，本文認為德國文獻關於有權或無權判斷上所討論的具體事由，應可作為我國洩密行為阻卻違法事由之參考。

二、揭弊者之洩密刑責

揭弊行為是否應論以公務洩密罪的

問題，會涉及到幾個關於利益的判斷：藉由守密而可以維護的公共利益為何？揭弊後可以產生的利益為何？揭弊產生的利益與守密維護的利益的權衡關係如何？

我們可以從二個不同的狀況來分析上述幾個問題，第一個情況是，守密可以促進公共利益，第二個情況是，守密完全無助於促進公共利益。在第一個情況中，因為洩漏秘密可能會侵害公共利益，該秘密即為本罪之應秘密客體，因此，即使是揭弊行為，洩密的構成要件仍然該當，只不過，如果揭弊所帶來的利益大於守密利益，可以認為洩密行為具有揭弊之正當事由而不具違法性，不應成立公務洩密罪，然而，如果是相反的情形，則仍可能成立本罪。在第二個情況中，守密根本無法促進公共利益，在此，因為洩漏該秘密根本不會致生公共利益的危險，所以該秘密自始就不是本罪之應秘密客體，出於揭弊的洩漏行為更不應成立公務洩密罪。

上述的第一種情況，通常存在於「秘密本身合法」的情形，例如承辦政府採購案的公務員，發現自己業務的上級長官與參與投標的廠商有不當的利益往來，且自長官就該採購案之業務指示中發現顯有圖利該廠商之跡象，因此，承辦此案之公務員選擇在開標之前，先行向媒體透露該名長官與該家廠商之間的往來關係以及雙方所商談的內情，其中卻也透露了不應公開的內容。在此例中，由於在開標之前的採購相關資訊（如底價、投標者名稱等等）依政府採購法屬於應保密之事項，且倘若特定廠商先行得知採購資訊，則可能會使特定廠商得以預先準備，以提升自己得標之機會，如此會形成參與者的不公平競爭關係，此非政府採購法之規範目的（註28），因此，這些採購資訊應屬於刑法第132條之「應秘密客體」。然而，透過如此對外揭弊的行為，卻可

以阻止長官的貪污，並使可能已經產生的不公平競爭狀態無法繼續存續，以整體社會利益來看，應該是可以接受的，揭弊行為因此具備正當性而不應成立公務洩密罪。相反的，如果承辦公務員只是發覺長官在業務上有行為不當，顯然違反公務員服務法所要求的「品行要求」（如無故推諉、拖延事務等等），僅僅是為了證明長官的輕違失職，就直接將採購資訊對外公開，如此之揭弊利益顯然不會大於繼續保密的利益，不應認為該揭弊者有洩密的正當性，此行為仍可能成立公務洩密罪。

上述的第二種情況，通常存在於「秘密本身違法」的情形，例如公務員發現檢察官或警察在偵查中對被告刑求，因此獲得不利於被告的自白，或在調查犯罪時，以違法竊聽的方式取得他人之通訊消息，於是，在偵查尚未終結之前，公務員就向媒體透露被告遭到刑求的錄影畫面或違法竊聽當時的錄音檔案。在此例中，錄影內容或錄音檔案雖然是屬於不得公開的偵查資訊，但由於該偵查資訊是出於檢察官或警察的違法取得，即使對外洩漏也不至於產生對公共利益的危害，相反的，繼續保守秘密才可能製造不公正的訴訟結果，或是導致程序上的不正義，況且，以不正方法獲得的證據資料在訴訟過程中也會因為不具證據能力而遭到排除使用，因此，該偵查資訊不屬於公務洩密罪中之「應秘密客體」，將其對外公開的揭弊行為自然也不應論以公務洩密罪。

陸、結論

揭弊行為如涉及洩密時是否應論以公務洩密罪之議題，目前因尚未有法規之明文規範，僅能透過公務洩密罪之論罪審查中加以解釋處理。德國法對於此議題之處理，係透過第353b條「致生重要公共利益之危險」及「無權洩漏」二項要件加以分析，但我國

之公務洩密罪並未規範上該二項要件，能否引用德國法之處理方式仍值得討論。依本文看法，透過本罪之規範保護目的，應將公共利益概念落入構成要件之解釋中，特別是應秘密客體之內涵，且有權洩漏或無權洩漏之判斷，應考量行為人之洩漏有無正當理由，然而，此內涵本為犯罪審查一部分，即使分則各個犯罪條文並未明訂「無權」或「無故」之違法性要件，亦不影響在個案判斷上應詳加審查之結論，因此，透過我國法目前公務洩密罪要件解釋，應足以處理本議題。

在判斷揭弊行為是否應論以公務洩密罪時，應視個案情形審視是否可能會侵害公共利益，當公務秘密本身不具有公共利益之性質，或即使公務秘密具有公共利益之性質，但透過揭弊行為後反而可以維護更為重要之公共利益時，該洩密（揭弊）者不應被論以公務洩密罪。只不過，前者是透過「構成要件」解釋即得以排除本罪之成立；後者是因具有阻卻違法事由，而在「違法性」解釋始排除本罪之成

立。如皆不屬於上述情況，亦即公務秘密本身具有公共利益之性質，且揭弊行為所產生之利益價值顯未超過守密價值時，行為人仍可能會成立公務洩密罪。總而言之，揭弊者應從個案情形考量是否論以公務洩密罪。

註釋

註17：Vgl. Kuhlen, StGB §353b Rn. 23.

註18：然而，本文對此提出一點質疑：當公務員已經基於守密義務的例外規定而不具有守密義務，則公務資訊或客體對該公務員而言就不再具有「守密需要」，自然不該當本罪的「秘密」要件，既然在構成要件上已經排除論以本罪的可能性，應也無須進入「無權」的違法性意義再做討論。

註19：Vgl. LK-Vormbaum, StGB §353b Rn. 35.

註20：Vgl. LK-Vormbaum, StGB §353b Rn. 35；SK-Hoyer, StGB §353b Rn. 16.

註21：Vgl. LK-Vormbaum, StGB

§353b Rn. 35；Schönke/Schröder/Perron, StGB §353b Rn. 21.

註22：Vgl. MK-Graf, StGB §353b Rn. 48.

註23：Vgl. SK-Hoyer, StGB §353b Rn. 16.

註24：Vgl. MK-Graf, StGB §353b Rn. 48 f.

註25：關於本罪保護法益之爭議，請參考：王建等，淺談公務洩密罪中之「應秘密客體」，法務通訊，第2849期，3-6頁。

註26：如第318條：「公務員或曾任公務員之人，無故洩漏因職務知悉或持有他人之工商秘密者，處2年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金」。

註27：參照：薛智仁，基於取證目的之私人竊聽，臺灣法學雜誌，第183期，2011年9月，頁167-171。

註28：政府採購法第1條：「為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，爰制定本法」。

（全文完）

行政執行最前線



法務部行政執行署
Administrative Enforcement Agency

重信守諾的丫嬭

胡淑娟 法務部行政執行署屏東分署書記官

國境之南的屏東—資源貧瘠的鄉鎮—夏日炎炎的午後，經常雷、雨、閃電交加，正理首處理數以萬計的監理案件時，再也忍不住累積已久的頭昏腦脹、眼睛酸澀，起身深深的吐一口氣。調整呼吸時，辦公室的玻璃門，突然被推開了，抬頭一看，有位被雨水淋濕的滿頭白髮丫嬭，牽著狀似智能不足的小孩，走了進來。

丫嬭手持一張微濕的「傳繳通知書」，另手拎著一袋顯然沿路撿來的回收物。進門後，急忙將回收袋放下，一邊擦拭小孫子臉頰上的雨水，一邊從口袋掏出濕爛的紙條，唧唧呀呀的用手指頭指了指，示意要我看。這張紙條上寫著：「王○○欠監理站交通罰鍰，是低收入戶家庭、家中有一老、一幼，都是殘障家屬需照

養，其母是聾啞人，需用手寫方式溝通。」等等。

原來這位丫嬭是聾啞人士，是義務人王○○的母親，旁邊是他的小孩。查了一下，王○○欠監理站交通罰鍰有2筆，金額不高，總計1萬零200元。

我用紙筆問丫嬭：「是要來繳錢嗎？」，丫嬭點點頭，比手畫腳加上