

## 重要論文導讀 ①

# 刑事訴訟法偵查不公開與 刑法洩漏國防以外機密罪之關係

—以臺灣臺北地方法院 102 年度矚易字第 1 號刑事判決為例

編目：刑法

出處	月旦裁判時報，第 27 期，頁 35~46	
作者	楊雲驊教授	
關鍵詞	偵查不公開、公共利益、國防以外機密、危險犯	
摘要	<p>偵查不公開係刑事訴訟法的重要原則，卻並非必然能據此認為偵查資料之公開即構成刑法洩漏國防以外機密罪或通訊保障及監察法無故洩漏通訊監察所得資料罪。本文針對抽象危險犯的問題、檢察總長指揮監督權與判斷餘地之關聯性與公共利益保障的必要性等面向綜合探討後，結論上認為，不宜輕易將具有公共利益性的偵查資料的公開行為以刑法處罰。</p>	
重點整理	案件簡介	<p>本案被告時任最高法院檢察署檢察總長，於指揮偵辦全民電通更一審關說案期間，認為數名立法委員與官員涉嫌不法，便將被告基於職務所持有的通訊監察譯文、通聯記錄(包含：通話時間與電話號碼等資訊)以及案件的後續偵查方向等訊息，在案件偵查終結以前，即以專案報告等方式，陸續洩漏予總統與行政院長等人。</p> <p>法院認為，按刑事訴訟法第 245 條規定，偵查不公開係偵查終結前後皆須遵守之原則。<b>刑事偵查程序中，總統對於個案並無任何指揮或監督等權限</b>，若將刑事偵查過程中具有應秘密必要性的個案內容，例如：犯罪嫌疑仍不明的偵查內容，或是犯罪嫌疑人的偵訊內容等，洩漏及交付予不具個案偵查權限之總統、行政院長，甚至是召開記者會公開此等資訊，不但已違反偵查不公開原則，更該當刑法第 132 條第 1 項公務員洩漏國防以外機密罪。另一方面，被告所洩漏的內容亦包括通訊監察譯文與電話號碼等資料，此種將依通訊保障及監察法實施監聽所得之應秘密資料公開的行為，則亦構成通保法第 27 條之洩漏通訊監察所得應秘密資料罪。</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>偵查不公開 與刑法第132 條第1項</p>	<p>按刑法第132條第1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。由於本罪構成要件中並未要求實害結果的存在，應可先否定屬於實害犯之可能性，接下來應探討的是，本罪是否屬於抽象危險犯？</p> <p>按抽象危險犯係指立法者預設某種行為模式必然帶有法益的侵害，由於這種法益侵害的程度較為嚴重，故必須在實害發生以前的前置階段加以處罰。基於抽象危險犯的前置化性質，僅以行為態樣作為犯罪構成要件，不要求具備與實害間的因果關係，入罪可能性增加，被告在防禦上勢必也更為困難，學說上多認為在高度屬人性的法益保護，或是特定類型的超個人法益之範疇中始得採取此種立法模式。</p> <p>有鑑於抽象危險犯的特性，楊雲驊教授就刑法第132條第1項洩漏國防以外機密罪採取較為限縮的解釋立場，亦即採取否定本罪屬抽象危險犯的見解，關鍵在於「應秘密」要件的解釋，蓋本罪若無此要件之限縮，即可能造成相關公務文書一經洩漏即成立本罪的結果，無疑是抽象危險犯的立法形式，然而本罪構成要件的判斷上，仍需在個案中針對是否屬於應秘密資訊加以解釋，不應認其屬於抽象危險犯。此外，將刑法第132條第1項洩漏國防以外機密罪與同法第107條第1項加重助敵罪相比，後者對於洩漏的客體並未以「應秘密」要件限縮，顯然係採抽象危險犯的立法模式，由此更可佐證，前者非屬抽象危險犯之立法。</p> <p>楊教授另從比較法觀點說明，德國刑法對於公務員洩密罪的處罰，必須在危及重要公共利益時始得加以處罰，否則刑罰介入階段過於前置，將有違憲之虞。個別公務文書資料是否屬於應秘密的內容，應從保護法益的角度出發，本罪在體系上係保護國家法益之規定，故應從公共利益的角度探討是否有保密之必要，而洩漏秘密行為應當達到有害於國家安全或相類似程度的公共利益時，始有本罪之適用。</p> <p>刑事案件的偵查過程中，各類資訊對於案件的重要性處於浮動狀態，難認所有偵查取得的資訊都具有機密性質，楊雲驊教授認為，如果不限於對重大利益侵害的情況始加以處罰，將有違反罪責原則與比例原則之虞，應限於與國家安全等重大公共利益相關的嚴重侵害情形才有本罪之適用。偵查不公開雖屬刑事訴訟法的重大原</p>
-------------	-----------------------------------	---

重點整理	偵查不公開 與刑法第132 條第1項	則，對於被告的名譽與隱私等權利保障有其必要性，但不代表刑法第132條第1項洩漏國防以外機密罪保護的對象即與其畫上等號，從公益保護的利益權衡角度而言，系爭的偵查資訊不應依照本罪加以處罰。
	偵查不公開 與通訊保障 及監察法 第27條	<p>通訊保障及監察法第27條第1項處罰公務員或曾任公務員之人，因職務知悉或持有依本法或其他法律之規定監察通訊所得應秘密之資料，而無故洩漏或交付之行為。按實務與通說見解認為，所謂「無故」係指無正當理由而言，判斷上應就洩漏的目的與保護利益的權衡等要素綜合判斷。</p> <p>本文認為，系爭偵查資訊的交付，目的在於揭發民意代表與官員的關說弊案，具有高度的公共利益保護必要性，在與相關犯罪嫌疑人的隱私權與名譽權等衡平考量上，應認為具有重要公職身分的民意代表或官員的私益低於公共利益，準此，不應認為本案的行為觸犯通訊保障及監察法第27條第1項規定。</p>
	檢察總長 之判斷餘地 與本案之 關聯性	<p>系爭行為是否違反偵查不公開原則，能否主張係依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要之行為？又系爭內容是否屬於刑法第132條所規定的「應秘密」之文書或物品？以及是否按通訊保障及監察法第27條乃無故之洩漏或交付行為？甚至隸屬於司法權的法院對於代表行政權的檢察總長的相關行為加以審查，從權力分立的角度應如何評價？相關的問題都與<b>檢察總長的判斷餘地</b>有關。</p> <p>判斷餘地係一行政法上的不確定法律概念，<b>基於行政權的特性，行政機關應保有一定程度的裁量空間，上級監督機關僅得就適法性作監督，不得逕自以自身判斷取代原機關的判斷。</b>按法院組織法第63條與大法官釋字第530號解釋意旨，檢察總長基於檢察一體關係，對於各檢察官的偵查行為具有指揮監督之權限。楊雲驊教授認為，檢察總長對於偵查行動的指揮監督亦應屬於判斷餘地的內容，公布本案相關資訊是否具有高度公益需求，關於此一問題的認定，也應賦予檢察總長廣大的決定空間，本案審判法院認為系爭行為該當無故洩漏通訊監察取得資料，即有以法院之判斷凌駕於檢察總長行政判斷之危險，本案法院對此部分之說理，仍有待充實。</p> <p>本案判決似將「偵查資訊」一律視為「偵查機密」，不但有直接把偵查不公開原則與刑法洩漏國防以外機密罪劃</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

重點整理	檢察總長之判斷餘地與本案之關聯性	上等號的風險，更形同使本條規定以抽象危險犯的前置程度處罰，也未完整考量公共利益的權衡問題，不但侵害行政裁量的判斷餘地，更有違反罪責原則與比例原則之虞。
考題趨勢	一、刑法第132條第1項公務員洩漏國防以外機密罪是否屬於抽象危險犯性質？ 二、檢察總長的判斷餘地與偵查不公開的關聯性為何？	
延伸閱讀	一、林裕順，〈偵查不公開潘朵拉盒子—淺談釋字第729號解釋〉，《月旦法學教室》，第154期，2015年8月，頁27-29。 二、陳一銘，〈論亮票是否構成刑法第132條洩漏國防以外秘密罪〉，《萬國法律》，第200期，2015年4月，頁70-76。 三、李惠宗，〈從憲政體制看「九月政爭」〉，《月旦法學教室》，第139期，2014年5月，頁61-73。 四、柯耀程，〈洩漏國防以外秘密之洩密罪—兼論台北地方法院97年易字第329號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第5期，2010年10月，頁111-116。 ※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】 <a href="http://www.lawdata.com.tw">www.lawdata.com.tw</a> 立即在線搜尋！	

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！