

圖利與保密(下)

內政部警政署九十三年政風幹部專精班演講全文

甘 添 貴

我們不妨從以下幾點來思考一下：第一個思考點，從人性的本質來看，正如古人所說的，鳥為食亡，人為財死，試問誰不愛財？公務員固定薪水有限，當然會盡量想多賺點錢。問題在於，獲得金錢的手段是合法或不法而已。差別點就在這裡，我們所要處罰的是以不法手段取得金錢的行為，至於以合法手段取得金錢的行為，並無禁止的道理。所以，站在人性的立場來看，試問誰不愛財？

第二個思考點，從現實生活的角度來看，舉個例子來說，我有一個現在是任職法官的學生向我抱怨，當初他在學校唸書時，是個充滿抱負跟理想的學生，期待將來任職法官之後好好扮演一個公平正義的角色，來替人民裁判各種紛爭，所以完全沒有貪念。不過，問題是：首先，他不貪！他旁邊的同事貪！結果升官的是貪錢的同事而不是他！再者，貪錢的同事家裡進進出出是以進口轎車代步，他卻還是騎一輛腳踏車代步！家裡也沒錢讓小孩子繳補習費！冷氣為怕電費負擔也不敢隨便開！……在各種方面比較之下，不免自我納悶，他這麼操守廉潔，所為何來？人家貪污，照樣升官照樣發財，生活品質簡直不能比，有必要再繼續這樣堅守崗位嗎？有時免不了對自己的作法感到

懷疑。

第三個思考點，從抵抗外界誘惑的能力來看，其實絕大部分的公務員都想堅持操守，不收受賄賂。問題是：人家送上幾十萬或幾百萬現金在旁邊誘惑你，就像當你餓得發昏的時候，旁邊有人送上一塊肉，你會不會垂涎欲滴呢？選擇會吃肉的情形還是很多吧！所以，許多公務員並不想貪，問題是，人家一直在旁邊誘惑你，稍為把持不住，即會有失足的時候。

因此，我個人認為，公務員已經從國家領受有一定的薪水，理該維持廉潔的操守，如果收受賄賂，自應嚴予處罰。不過，行賄者往往是引誘公務員犯罪的始作俑者。如果沒有這些引誘犯罪者，我相信百分之八十以上的公務員都會維持廉潔操守的。所以，我一直懷疑，「行賄者」的處罰刑度是否一定要比「受賄者」的處罰刑度來得輕呢？向來「行賄輕、受賄重」的思想到底對或不對？實在很值得進一步檢討。我個人的觀念認為行賄者利用人性的弱點，引誘公務員犯罪，可說是促使公務員腐敗的始作俑者，其可罰性未必較收賄行為低。

聯合國長期以來曾不斷召開國際會議，探討如何防止多國籍企業的腐敗行為，其中心議題之一，即為多國籍企業，對於國外的外國公

陸、法學講座





務員行賄者，該企業的所屬國應有義務作成國際條約就該行賄的企業處以行賄罪的罪責。

依照傳統的觀念，對於外國公務員行賄，其行賄者的所屬國，因未侵害其本國的國家法益，且收賄的公務員，是外國的公務員，而非本國的公務員，並無成立收賄罪的餘地。故與其具有必要共犯關係的行賄罪，自亦無成立的可能。但是，許多先進國家的大企業憑藉其龐大資金進入那些落後的開發中國家，其目的無非在汲取不法的利益。這些大企業憑著財力來行賄開發中落後國家的公務員，試問幾個人能禁得住這種誘惑？當然很難！在國際會議上，所以使各國負有處罰對於外國公務員行賄行為的義務，是因大多數的發展中國家認為，應處罰者，非收賄者，而應為行賄者。因為先進國家的大企業，為使其業務能順利進行，動輒憑藉其豐沛的財力，並利用公務員的人性弱點，肆行收買，為導致彼等國家秩序腐敗的最大原因。故認為其收買行為具有較強的可罰性，收賄的公務員實為被害人，對於行賄者理應給予較重的處罰。

3、行賄行為的可罰性

上述國際會議中，認為行賄者較受賄者具有較強可罰性的觀念，能否為國人的法意識所接受，固難預料；但是，鑒於目前先進國家社會型態的改變，昔日對於國政的運營，可謂屬於「官僚指導型」，其強烈要求公務的威信、公務的公正或公務的廉潔，固屬理所當然。但隨著經濟的蓬勃發展，「官僚指導型」已逐漸轉化為「民間指導型」，大企業等團體對於公共事務的影響力，已日益增加，此為不爭的事實。我國雖仍屬於開發中國家，但此項趨勢，亦已日益顯現。如數年前發生的「華隆案」與「長榮案」以及曾經喧騰報章的「周人蔘電玩弊案」與「中正機場二期航站工程綁標案」，即為其著例。因而，未來民間企業對於國家政策或公務

員職務的影響力，勢必與日俱增。此等民間企業，倘為追求本身利益，而向公務員行賄，誘使其犯罪，理該嚴予處罰，至少亦應與公務員接受同等程度的處罰，始較符合社會的公平正義。現行刑法及貪污治罪條例，對於公務員不違背職務的行賄行為，不予處罰；同時對於行賄者自首或自白者，並設有減免其刑的規定。此等規定，完全基於刑事政策「舉發貪污」的要求，實不言可喻。但是證之國內貪污風氣的盛行，冀望行賄者的舉發貪污，實無異緣木求魚。此項刑事政策，既已證明成效不彰，如能改弦易轍，而使行賄者與受賄者接受同等的處罰，或許對於肅貪工作會有相當的助益，亦未可知。

二、秘密的概念及相關法律問題

(一) 秘密的概念

秘密的概念，學界說法不一，有從主觀的立場著眼，認為依本人的意思，其不欲他人知悉的事項，就是秘密。也有從客觀的標準立論，認為不問本人的意思如何，以一般人立於本人的立場而不欲他人知悉的事項，就是秘密。如依前說的主張，他人的洩密行為是否成立犯罪，完全取決於本人的意思，不但影響法律的安定性，且可能有妨害他人言論自由之嫌。倘從後說的見解，完全不顧他人的意思，而以一般人的立場加以判斷，也有忽略保護個人隱私的本旨。所以，比較折衷性的看法是，自一般人的立場觀察，任何人皆不欲他人知悉，本人也不欲他人知悉的事項，就是秘密。

(二) 秘密的種類

1、公的秘密與私的秘密

秘密，依其歸屬的主體，有所謂公的秘密

與私的秘密之分。公的秘密，是以國家或公共團體為其歸屬主體的秘密，亦即國家或公共團體所持有的秘密。國家或公共團體，以服務全體國民為義務。服務義務的內容，應儘可能透明化，以滿足國民知的權利。因此，公的秘密，須抑制在必要及最小限範圍內，亦即須為保護國民全體的利益、遂行推行政務的任務以及履行服務的義務所不可或缺者，始有將其作為秘密而保護的必要。「行政資訊公開辦法」，即本此意旨，強調政府主動公開相關資訊，以增進人民對公共事務的瞭解與信賴。

對於公的秘密的保護，現行法中，刑法上有妨害國防秘密罪（刑法第一百零九條至第一百一十二條）及妨害公務秘密罪（刑法第一百三十二條）的規定，以資適用；至其他特別法，更是所在多有，如法院組織法、考試法等。另為配合「行政資訊公開辦法」的訂定，亦同時研擬「國家機密保護法」，以保障國家安全及重大利益，不致洩漏。

私的秘密，則以私人為其歸屬主體的秘密。此種秘密，是人民從事社會生活的基礎，為保障人權，自應給予最大限的尊重。因此，凡屬私人在私生活中不欲人知的事項，任何人應均有保持其秘密的權利。

對於私的秘密的保護，現行刑法原本有妨害秘密罪及侵入住宅罪的規定，惟殘缺不全，顯不足以言最大限的尊重。例如，以電話或電子儀器竊聽他人的談話，或以隱藏式攝影機偷拍他人的隱私等不法行為，即無法可罰；「電腦處理個人資料保護法」的制訂，雖可稍彌其中的一二，惟仍難就此等重大侵害人民私生活的行為，加以制裁。

八十八年四月二十一日總統公布刑法增修條文，增定第三百十五條之一及第三百十五條之二，對於無故窺視、竊聽或竊錄他人私生活的相關行為者，加以處罰；並增定對於前二條

竊錄內容的附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之，以求人民私生活秘密的保障，得較為周延。

2、主觀的秘密與客觀的秘密

秘密，就其判斷標準予以分類，又有所謂主觀的秘密與客觀的秘密之別。前者，是本人不欲人知的事項。後者，則不問本人的意思如何，以一般人立於本人的立場而不欲人知的事項。

妨害秘密罪，既為侵害個人隱私的犯罪，且有關個人法益的處理，原則上應尊重個人的自我決定權，即應尊重本人明示或默示的意思。因此，成為妨害秘密罪保護法益的「秘密」，原則上自應以「主觀的秘密」為準。因為不問一般人持何想法，本人既不欲人知，如予以洩漏，勢必影響其私生活的平穩，而造成其主觀上的痛苦、尷尬或困窘。因此，此種與個人私生活有關，而本人不欲人知的事項，即屬「秘密」；反之，一般人不欲人知的事實，本人既不認其為秘密，縱予以洩漏，對於本人自無任何影響。因此，該種與個人私生活有關，一般人雖不欲人知，而本人卻不以之為秘密的事項，即非屬「秘密」。

惟如僅以主觀的秘密，作為妨害秘密罪的保護法益，則妨害秘密罪的成否，全繫於本人是否以之為秘密的明示或默示的表示，倘本人並未對之為任何明示或默示的表示時，究竟有無保護的「秘密」存在，即難以判斷。如此，對於法律的安定性，實不無妨害；對於私人秘密的保護，亦不無缺漏。

我舉個例子來說明，衛生署前陣子有個案例，是有關某藥商從美國進口一批藥物，結果該批藥物成分裡面含有導致某種疾病發生率明顯提高的物質，後來檢驗出來果有此事。當時國內也有民眾受害，就想向美國司法機關就本案提起巨額損害賠償訴訟，經詢問官方（衛生





署)意見,查詢當初藥物的進口日期、數量以及藥號等等,衛生署經查詢進口藥商,進口藥商就提供一批藥物的藥號及數量資料給衛生署,衛生署於是考慮到,這些資料是否能提供給就本案欲提起賠償訴訟受害的民衆?因為當初藥商提供藥號之時,並特別聲明「此資料係屬於業務秘密,不得提供給第三人知悉」,衛生署本於保護民衆健康立場著想,本應協助提供涉外民事求償訴訟上所需資料,衛生署倘若提供相關資料,其行為是否屬於洩漏秘密行為?衛生署對於「民衆健康應予保護」以及對於「藥商業務機密應予尊重」兩方之立場產生兩難。問題癥結在於,此一秘密究係屬於「公的秘密」?抑或屬於「私的秘密」?其又係屬於「主觀的秘密」?抑或屬於「客觀的秘密」?藥商提供此藥號資料之際,既然有其特別聲明不得公開,應尊重其主觀意思的立場,然而在客觀立場,為保護全國民衆健康考量,衛生署應公開此藥號資料,這是兩相對立剛好相反的立場。最後經討論結果認為,本案藥商進口藥物的業務機密係屬於一種「私的秘密」,應給予其最大限的尊重,至於受害民衆求償訴訟可透過其他管道得到此份資料,而不宜逕向衛生署查詢。

所以,與個人私生活有關的事項,在本人未為以之為秘密的明示或默示的表示時,應輔以「客觀的秘密」的判斷標準。例如,醫師、律師等因業務知悉或持有他人的秘密者,如本人有禁止或容許洩漏的意思表示,此際採「主觀的秘密」,固無疑義;如本人並無任何意思表示者,則醫師、律師等的守密義務,即應就該事實有無保密的必要,自客觀的立場而予判定。此際所保護的法益,即為「客觀的秘密」。

(三)現行刑法保護秘密的規定

1、保護國防秘密的規定

刑法第一百零九條至第一百十二條妨害國防秘密罪的規定,即在保護國防秘密的安全。妨害國防秘密罪所保護的法益,是公的秘密。所以,須抑制在必要及最小限範圍內,亦即須為保護國民全體的利益、遂行推行政務的任務以及履行服務的義務所不可或缺者,始有將其作為秘密而保護的必要。

此項公的秘密,是中華民國國防應秘密的文書、圖畫、消息或物品。所謂國防秘密,是指國家防衛安全上所應保守的秘密。國防秘密,與內政或外交上的秘密有別,亦與軍隊秘密或軍事機密有異。行為人所洩漏或交付者,如係內政或外交上的秘密,應成立洩漏公務秘密罪(刑法第一百三十二條);如係軍略秘密或軍事機密,因其範圍均較國防秘密為狹,倘具有構成要件該當性,自應依其情形優先適用狹義規定的加重助敵罪(刑法第一百零七條第一項)、國家機密保護法或陸海空軍刑法處斷。

2、保護公務秘密的規定

刑法第一百三十二條妨害公務秘密罪,即在保護公務秘密的安全。妨害公務秘密罪所保護的法益,亦為公的秘密。所以,須抑制在必要及最小限範圍內,亦即須為保護國民全體的利益、遂行推行政務的任務以及履行服務的義務所不可或缺者,始有將其作為秘密而保護的必要。

此項公的秘密,是關於中華民國國防以外應秘密的文書、圖畫、消息或物品。所以,所謂公的秘密,是指國防以外的公務秘密,亦即除國防秘密外,凡有關內政、外交、司法、財政、經濟、監察或考試等公務上應秘密者,均包含在內。所謂應秘密,是指文書等與國家政務或事務上具有利害影響者而言(一七、九、一九刑議)。至何者為應秘密,法令規定雖為主要的識別依據,但並不是唯一審認的標準(五十七年度臺上字第九四六號)。所以,是否為應

秘密，應依文書等的性質，視其與國家政務或事務是否具有利害影響，而為認定。

3、保護私生活秘密的規定

刑法第二十八章妨害秘密罪，即在保護個人私生活秘密的安全。妨害秘密罪，是以主觀的秘密作為主要保護的對象。所以，不問其書信或非公開活動、言論或談話的實質內容如何，而是從書信或非公開活動、言論或談話的形式，加以保障。至其內容為公的秘密或私的秘密，抑或有無保密的必要，均非所問。

妨害秘密罪，除有阻卻違法事由的情形外，其成罪與否，完全依本人的意思如何而定；如果本人有明示或默示表示以之為秘密時，自當尊重其表示。如果本人並無何表示時，既無法就其實質內容予以判斷是否為應行秘密事項，自無從輔以客觀秘密的判斷標準。所謂本人明示或默示的表示，例如，信函、文書或圖畫施以封緘，即為明示的表示。

不過，洩漏業務秘密罪、洩漏工商秘密罪等，其所保護的法益，原則上，固仍為主觀的秘密；但是如本人未有以之為秘密的明示或默示的表示時，其保護法益，則為客觀的秘密，應自社會上一般通念的立場，加以實質的判斷。

(四) 國家機密保護法保護秘密的規定

1、國家機密的概念

所謂國家機密，是指為確保國家安全或利益而有保密的必要，對政府機關持有或保管的資訊，經依本法核定機密等級者（國家機密保護法第二條）。國家機密的等級，分為絕對機密、極機密與機密三種。惟國家機密，如係為隱瞞違法或行政疏失；限制或妨礙事業之公平競爭；掩飾特定之自然人、法人、團體或機關（構）之不名譽行為以及拒絕或遲延提供應公開之政府資訊時，則為無保密必要的資訊。

至何種秘密屬於為確保國家安全或利益而有保密必要的資訊？依國家機密保護法施行細則第二條規定，國家機密的範圍，是指（1）軍事計畫、武器系統或軍事行動。（2）外國政府之國防、政治或經濟資訊。（3）情報組織及其活動。（4）政府通信、資訊之保密技術、設備或設施。（5）外交或大陸事務。（6）科技或經濟事務。（7）其他為確保國家安全或利益而有保密之必要者。

所謂資訊，則指政府機關於職權範圍內作成或取得而存在於文書、圖畫、照片、磁碟、磁帶、光碟片、微縮片、積體電路晶片等媒介物及其他得以讀、看、聽或以技術、輔助方法理解之任何紀錄內之訊息。

2、國家機密、國防秘密及軍事機密

所謂國防秘密，是指國家防衛安全上所應保守的秘密。依國防部所頒布「軍事機密與國防秘密種類範圍等級劃分準則」規定，所謂國防秘密，是指軍事機密以外，與國防整體安全或利益有關，而應保守的秘密。所謂軍事機密，則指與軍事作戰直接關聯，為確保軍事安全或利益，而應保守的秘密。

一般而言，公務秘密未必為國防秘密，惟國防秘密必屬公務秘密；國防秘密未必為軍事機密，惟軍事秘密必屬國防秘密。不過，不論公務秘密、國防秘密或軍事機密，如依國家機密保護法的規定核定時，則均屬國家機密。

依「國防部國防機密資訊審認作業要點」及「國防部國防機密外洩資料鑑定作業要點」規定，認定「機密屬性」時，如同屬國家機密、軍事機密（國防秘密）者，應依所適用的法律，個別認定之。其屬國家機密，亦同屬軍事機密或國防秘密者，應於「密等及解密條件」下，同時標示、註記「本件屬國家機密亦屬軍事機密（國防秘密）」之文句，以善盡告知責任，減少認定爭議；並於「簽呈、文稿、會辦」等文



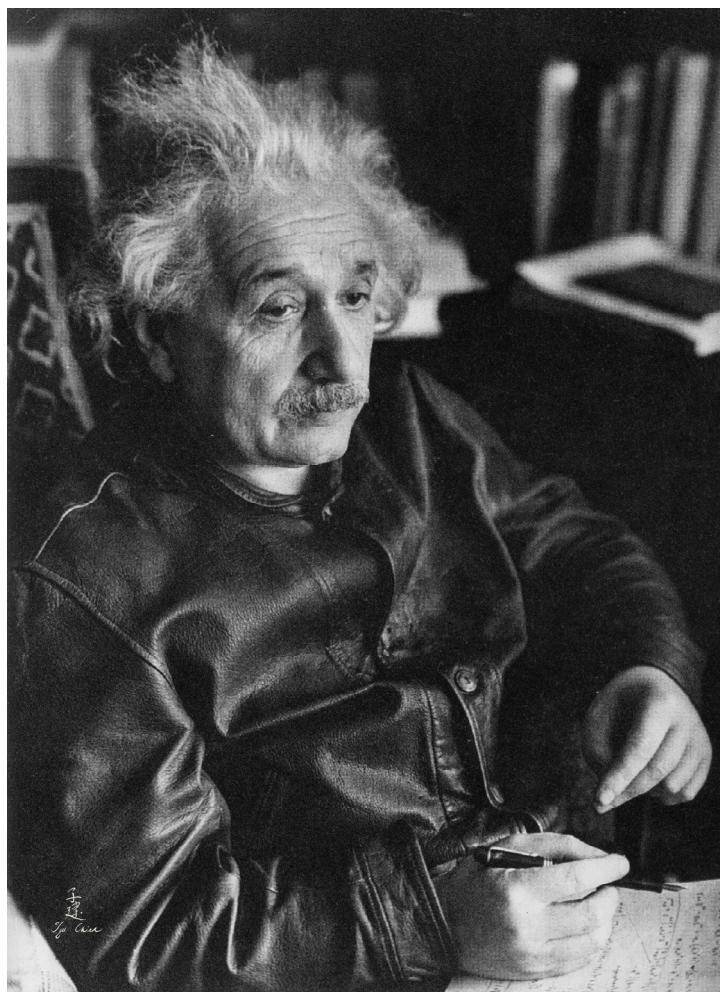
件左上角加蓋紅色「本件屬國家機密亦屬軍事機密（國防秘密），如洩漏或遺失，現役軍人依陸海空軍刑法，餘依國家機密保護法偵辦」等保密警語，以資防範。

3、國家機密保護法與其他法律的競合

國家機密保護法所保護的國家機密，範圍甚廣，不論公務秘密、國防秘密或軍事機密，如依國家機密保護法的規定核定時，則均屬國

家機密。而國家機密保護法在性質上為刑法或陸海空軍刑法的特別法，依特別法優於普通法的原則，自應優先適用國家機密保護法的規定加以處罰。惟國家機密保護法第三十七條規定，犯本法之罪，其他法律有較重處罰之規定者，從其規定。♣

（本文作者現職為輔仁大學法律學系主任、教授）



「一個人的價值，應該看他貢獻了什麼，而不是他取得了什麼。」——愛因斯坦

The value of a man resides in what he gives and not in what he is capable of receiving.