

我國國安五法修法及反滲透法之分析

王 力

中央警察大學防災研究所組員

摘 要

民主國家對言論的自由、開放等風氣，造就了有心人士利用民主基本權利，破壞民主體制並威脅國家安全。為防範境外勢力干預國內民主政治運作，確保國家安全不會遭受滲透與破壞，本文首先回顧並彙整學界對於防範境外勢力滲透干預之觀點，以及國際社會反滲透立法實踐現況。其次探討我國防衛性民主法制建構，分別就其法源基礎與相關立法進行闡述。再來是評析國安五法與反滲透法衍生爭議，思辨國家安全與人民基本權利保障之間的利弊得失，特別是對言論與集會結社自由的影響。最後提出本文研究結論，並給予修法與調整建議。

關鍵詞：國安五法、反滲透法、銳實力、境外滲透干預

Analysis on Taiwan's Five National Security Laws and Anti-infiltration Act

Li Wang

Graduate School of Disaster Management,
Central Police University

Abstract

The culture of free speech and openness in democratic countries has created the environment for those who want to take advantage of basic democratic rights to undermine democratic systems and threaten national security. Therefore, it is critical to prevent external actors from interfering in domestic democratic political process and ensure that national security will not be infiltrated and undermined. Based on the theory of defensive democracy, this article will review the academic views on preventing infiltration and intervention by external actors, and summarize the anti-infiltration legislative practice in the international community. Secondly, it discusses Taiwan's defensive democratic legal system, its legal source basis, and relevant legislation. Next, it will analyze the controversies arising from Taiwan's Five National Security Laws and the Anti-Infiltration Act, and consider the pros and cons between national security and the protection of people's basic rights, especially the impact on freedom of speech, assembly, and association. Finally, in

conclusion this article provides suggestions for future revision and adjustment.

Keywords: Five National Security Laws, Anti-Infiltration Act, Sharp Power, Foreign Infiltration and Intervention

壹、前言

長期以來，中共除了在軍事上威脅我國國家安全，亦藉由滲透臺灣社會破壞我民主政治發展。為抵禦中共對我施加之多層面銳實力 (sharp power) 攻勢，¹ 蔡英文總統於 2019 年新年談話中宣示啟動民生安全、資訊安全和兩岸互動民主等三道防護網，因此，立法院於同年 7 月完成《刑法》部分條文修正案、《國家機密保護法》部分條文修正案、《國家安全法》部分條文修正案、《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》（以下簡稱《兩岸人民關係條例》）增訂第 5 條之 3 修正案，以及《兩岸人民關係條例》部分條文修正案等國安五法修法工程。2019 年 12 月立法院更以 67 票贊成、4 票反對，三讀通過《反滲透法》，展現我政府捍衛民主之決心。《反滲透法》旨在禁止臺灣民眾接受境外敵對勢力指示、委託或資助，違法從事涉及競選、遊說、集會遊行、公投等干預國內政治過程的活動，違反者將依該法課以刑責。²

誠然，中國自 1979 年改革開放到近年推動一帶一路倡議，經濟上不斷強大的中國正擴大干預他國民主政治或侵蝕他國主權，而國際社會對此等行為亦有警醒，並迅速採取因應措施。³ 這些事例反映，國際社會認知到中國干預的威脅無所不在，應共同反

¹ 林正義，〈臺灣與美國對中國銳實力的認知與分析〉，《安全與情報研究》，第 4 卷第 2 期（2021 年 7 月），頁 13。

² 李志強，〈國家安全人人有責：淺談「國安五法」〉，《清流雙月刊》，第 24 期（2019 年 11 月），頁 4-8。

³ Christopher Walker and Jessica Ludwig, *Sharp Power: Rising Authoritarian Influence in the Democratic World* (Washington, DC: National Endowment for Democracy, 2017), pp. 6, 13-24.

制中國式的紅色滲透，⁴ 臺灣此時完成相關立法，有助與世界上理念相近國家攜手合作。⁵ 具體作法上，我國國安五法與《反滲透法》主要採「負面表列」方式列出違法的行為，其目的除了讓民眾知所遵循，更能藉此迫使中國政府與其在地協力者脫鉤，停止對我國民主制度與國家安全的破壞與滲透。不過，雖然社會各界咸認維護國安有其必要，但朝野政黨和部分學者專家仍指出相關立法存在三大爭議⁶：一是該法未經過立法院內政委員會詳細審查，在程序正義上仍有瑕疵；二是該法對滲透之定義過於模糊、對滲透來源內容之說明也不足，臺商、臺生等很容易不慎入罪，

⁴ Jonas Parello-Plesner and Belinda Li, *The Chinese Communist Party's Foreign Interference Operations: How the U.S. and Other Democracies Should Respond* (Washington, DC: Hudson Institute, June 2018), p. 27.

⁵ 我國於 2019 年通過國安五法修法與《反滲透法》立法，時間分別為：5 月 7 日三讀的《刑法部分條文修正案》及《國家機密保護法部分條文修正案》、5 月 31 日三讀的《兩岸人民關係條例增訂第五條之三修正案》、6 月 19 日三讀的《國家安全法部分條文修正案》，以及 7 月 3 日三讀的《兩岸人民關係條例部分條文修正案》，以及 12 月 31 日三讀通過的《反滲透法》。

⁶ 爭議一為程序正義瑕疵，《反滲透法》急於 2020 年大選前通過立法，國民黨團總召曾銘宗與親民黨總統參選人宋楚瑜即批評，該法案未經過立法院內政委員會逐條詳細審查。爭議二為法律界定不明確，國民黨立法院黨團及前總統馬英九均認為，該法對滲透之定義過於模糊、對滲透來源內容之說明也不足，臺商臺生等很容易不慎入罪。爭議三為空白授權風險，親民黨團總召李鴻鈞質疑，該法既無施行細則、亦無主管機關，以至施行後恐出現空白授權、無限上綱之風險。此外，國民黨立法院黨團認為，維護國家安全雖有其必要，但《反滲透法》茲事體大，理應在 2020 年大選結束後，由代表新民意的國會來進行審查，而非在選前迅速通過該法，徒留選舉操作之疑慮。參見：王尊彥，〈《反滲透法》之意涵與爭議〉，《國防安全雙週報》，第 81 期，2020 年 1 月 10 日，<<https://indsr.org.tw/respublicationcon?uid=12&resid=753&pid=2913>> (2023 年 9 月 15 日查詢)。

且法律界定不明確恐有違憲之虞；三是該法條文中沒有施行細則，亦無主管機關，貿然施行恐成空白授權等。⁷

值得注意的是，雖然國安相關立法容易與既有憲法保障人民基本權利體系有所扞格，但為防範境外勢力干預國內民主政治運作，確保國家安全不會遭受滲透與破壞，反滲透立法仍在世界各國獲得不同程度的實踐。正因為民主國家對言論的自由、開放等風氣，造就了有心人士利用民主基本權利，破壞民主體制並威脅國家安全，故而「防衛性民主」理念愈發獲得各界共鳴與支持。有鑑於此，本文首先將從「防衛性民主」理論視角切入，回顧並綜整學界對於防範境外勢力滲透干預之觀點，以及國際社會反滲透立法實踐現況。其次探討我國防衛性民主法制建構，分別就其法源基礎與相關立法進行闡述。再來是評析國安五法與反滲透法衍生爭議，思辨國家安全與人民基本權利保障之間的利弊得失，特別是對言論與集會結社自由的影響。最後總結所有內容與分析，提出研究結論與建議。

貳、相關理論介紹

一、防衛性民主理論

「防衛性民主」(wehrhafte Demokratie)又稱「戰鬥性民主」，源於對德國威瑪共和憲政制度設計的缺陷，以及希特勒納粹黨

⁷ 《反滲透法》並無施行細則，但是《國家安全法》有施行細則，惟《國家安全法修正案》(2022年6月8日)因國家核心關鍵技術遲未認定，行政院迄今未全文公布施行。

人藉形式民主程序毀滅民主制度的反思。⁸ 此一概念最早出現在 1937 年德裔美籍法政學者羅文斯坦 (Karl Loewenstein) 以〈戰鬥性民主與基本權〉為題的論文中，主張以限制反民主之言論與集會自由、禁止敵視憲法政黨活動、規範公務員效忠義務並限制其某些基本權利、成立政治警察以監控反民主行動等強硬手段，防範反民主特洛伊木馬對民主制度本身的傷害。⁹ 1941 年德裔社會學家曼海姆 (Karl Mannheim) 於〈當代診斷〉一文中亦提出「防衛性民主」概念，強調民主所防衛的是友愛、互助、社會正義、自由、互敬、人性尊嚴等社會共同形成與協商之價值，而這些價值應經由法律予以確立並受到捍衛，用以對抗當代法西斯與獨裁的挑戰。¹⁰

顯然，「防衛性民主」旨在防範任何個人或團體藉由民主機制之運作或手段，戕害法治國家中民主制度本身所蘊涵之核心內涵與價值，甚或導致民主之根本性毀滅。換言之，倘若出現以民主之名傷害民主制度的情形，即有必要開啟民主之自我防衛機制，對民主敵人施以各式可能之防禦機制與措施，俾使民主制度應有之基本價值得以維繫。¹¹

⁸ 黃仁俊，〈德國政黨法的新發展－排除政黨財務補助之刃〉，《臺北大學法學論叢》，第 120 期（2021 年 12 月），頁 1-49。

⁹ Karl Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights," *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 3 (1937), p. 424.

¹⁰ K. Mannheim, *Diagnosis of Our Time*, 1943. 德文版 *Diagnose unserer Zeit*, 1951, S. 9 ff. 轉引自：詹鎮榮，〈防衛性民主〉，《月旦法學教室》，第 18 期（2004 年 4 月），頁 30。

¹¹ 江廷振，〈防衛性民主的典範變遷：從民主鞏固理論與臺、西、韓三國規範比較出發〉，《國會月刊》，第 43 卷第 8 期（2015 年），頁 36。

具體方面，防衛性民主之自我防衛手段往往必須透過實定法而形成，以獲得法治國家所要求公權力行使之法律依據。以德國為例，基本法中涉及防衛性民主之保護手段規定者，如第 9 條第 2 項關於敵視憲法社團之禁止、¹² 第 18 條關於基本權之剝奪、¹³ 第 21 條第 2 項關於政黨違憲之宣告與解散、¹⁴ 第 61 條第 1 項對於聯邦總統因故意違反基本法所提起之訴訟，¹⁵ 以及第 98 條第 2 項對於聯邦法官因故意違反基本法原則或邦之合憲秩序所為之解職等。¹⁶ 惟在實定法秩序中，此等保護民主價值之機制並不以憲法自行規範者為必要，當代國際社會相關實踐中，大多數國家選擇改以立法或修法方式，確保境外勢力不會滲透干預其國內民主制度運作與發展。

¹² 德國基本法第 9 條第 2 項規定：「結社自由限制的規定：「結社之目的或其活動與刑法抵觸或違反憲法秩序或國際諒解之思想者，應禁止之。」

¹³ 德國基本法第 18 規定：「凡濫用言論自由，尤其是出版自由（第五條第一項）、講學自由（第五條第三項）、集會自由（第八條）、結社自由（第九條）、書信、郵件與電訊秘密（第十條）、財產權（第十四條）、或庇護權（第十六條之一），以攻擊自由、民主之基本秩序者，應剝奪此等基本權利。此等權利之剝奪及其範圍由聯邦憲法法院宣告之。」

¹⁴ 德國基本法第 21 條第 2 項規定：「政黨依其目的及其黨員之行為，意圖損害或廢除自由、民主之基本秩序或意圖危害德意志聯邦共和國之存在者，為違憲。至是否違憲，由聯邦憲法法院決定之。」

¹⁵ 德國基本法 61 條第 1 項規定：「聯邦議會、聯邦參議院得以聯邦總統故意違反本基本法或任何其他聯邦法律向聯邦憲法法院提出彈劾。彈劾案之動議至少須聯邦議會議員四分之一或聯邦參議院投票權四分之一之贊同，始得提出。彈劾案之決議以聯邦議會議員三分之二或聯邦參議院投票權三分之二之多數決定之。彈劾公訴由彈劾機關委託一人行之。」

¹⁶ 德國基本法第 98 條第 2 項規定：「聯邦法官於職務上或職務外違反本基本法之基本原則或邦憲法秩序時，經聯邦議會之聲請，聯邦憲法法院得以三分之二之多數決，判令該法官轉任或退休。違反出於故意者，得予以免職。」

二、國際社會有關國安立法之發展

制定限制外國勢力與影響力之法律並非當代出現的新思維，美國早在 1938 年即制定《外國代理人登記法》(Foreign Agents Registration Act, FARA)，以立法方式實現維護國家安全之目標。¹⁷

(一) 美國 1938 年《外國代理人登記法》

二戰前夕，美國政府為打擊納粹在其境內的侵略性宣傳工作，1938 年正式通過施行《外國代理人登記法》，要求在美境內任何代表外國政府工作的人士（如政治遊說者、企業公司、媒體機構等）均需向美國司法部登記並揭露該層關係，成為防衛性民主早期實踐的一種形式。相關手段顯示，即便在傳統以程序論者為多的美國民主秩序中，防衛性民主亦不罕見。¹⁸《外國代理人登記法》著重「公開透明」原則，要求「政治或準政治身分」代表外國利益的代理人公布其與外國政府的關係、相關活動和資金訊息，目的是協助美國政府和美國人民對相關人物的言論和活動進行評估，以維護美國國家安全、國內民主秩序與對外關係。美國司法部內負責監管外國代理人的機構，為該部下轄「國家安全處」(National Security Division) 所設「反間諜組」(Counterespionage Section)。¹⁹

¹⁷ 參見美國外國代理人登記法官方網站：<https://www.justice.gov/nsd-fara>（2023 年 9 月 15 日查詢）。

¹⁸ 林佳和，〈70 年德國防衛民主與憲法保護－後民主時代新挑戰下的省思與再起〉，「第十二屆憲法解釋之理論與實務研討會」學術研討會，臺北：中央研究院法律學研究所，2019 年 9 月 3 日，頁 3。

¹⁹ 黃恩浩，〈美國外國代理人登記法之精神與重點〉，《新社會政策》，第 66 期（2020 年 2 月），頁 44。

美國《外國代理人登記法》在第二次世界大戰結束後未被廢除，並迭經修正其功能逐漸轉為管控與美國有利益往來的國家之政治遊說行為。該法基本精神著重「事前預防」與「事後追懲」，在不違反民主自由的前提下，試圖將政治程序背後的外國勢力與影響力「透明化」，相關外國代理人仍然可以從事其活動，惟必須向公眾揭露其背後的境外勢力。《外國代理人登記法》沉寂已久，但近年逐漸甦醒，2015年至2019年4月間就有8宗相關案件，包括川普 (Donald Trump) 政府中涉及通俄門案的首任國家安全顧問佛林 (Michael T. Flynn) 為土耳其政府進行遊說、曾擔任川普競選後援會主席的馬納福 (Paul Manafort) 及其副手蓋茲 (Richard Gates) 為烏克蘭政府進行遊說等，均未登記為外國代理人。²⁰

(二) 澳洲 2018 年《外國影響力透明化法》

近年來澳洲面臨來自境外勢力干預國內民主政治運作的挑戰。這些新形態的民主威脅不同於傳統與民主憲政體制衝撞的政治主張，而是境外勢力利用澳洲民主政治的開放特性，大舉「滲透」國內主要政黨，隱蔽地干預澳洲選舉等國內民主活動。²¹ 有鑒於此，2018年澳洲《刑法》(Criminal Code Act) 修正時，正式於第 83.4 條增加外國干涉澳洲政府或民主政治進程等相關新罪行。²² 修正後的新法規定，若行為者涉及使用暴力、恐嚇或製造

²⁰ 李哲全，〈「中共代理人」法制化觀察〉，《國防情勢月報》，第 146 期（2019 年 8 月），頁 5。

²¹ 黃恩浩，〈中國銳實力對澳洲安全的衝擊：楔式戰略的觀點〉，《國際關係學報》，第 46 期（2018 年 12 月），頁 41-48。

²² Parliament of Australia, “National Security Legislation Amendment (Espionage and Foreign Interference) Bill 2018,” *Parliament of Australia*

任何形式威脅，影響澳洲任何人在國內民主政治行使權利義務，或干涉其依據憲法或聯邦法律履行權利義務者，將被判處監禁 3 年。²³

澳洲政府為因應中國透過煽動僑民、收買政治人物與退休高官、操控資訊宣傳等無所不在的紅色滲透，遂於 2017 年啟動防衛性民主相關立法，全面建構一個抵禦外國影響力的法律體系，包括《國家安全立法修正案（間諜活動及外國干預法）》(National Security Legislation Amendment Espionage and Foreign Interference Act 2018)、²⁴ 《外國影響力透明化法》(Foreign Influence Transparency Scheme Act, FITS)²⁵ 以及《聯邦選舉修正案法》(Electoral Legislation Amendment Act) 等，²⁶ 以杜絕超過一千澳幣之境外政治捐獻。其中，《外國影響力透明化法》師法美國

official website, June 29, 2018, <https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_LEGislation/Bills_Search_Results/Result?bId=r6022> (2023 年 12 月 11 日查詢)。

²³ 張淳美，〈澳大利亞修訂國安法反制中共銳實力影響〉，《展望與探索》，第 16 卷第 12 期（2018 年 12 月），頁 138。

²⁴ Federal Register of Legislation, “National Security Legislation Amendment (Espionage And Foreign Interference) Act 2018,” *Federal Register of Legislation official website*, June 29, 2018, <<https://www.legislation.gov.au/Series/C2018A00067>> (2023 年 12 月 11 日查詢)。

²⁵ Attorney-General’s Department, “Foreign Influence Transparency Scheme,” *Attorney-General’s Department official website*, December 10, 2018, <<https://www.ag.gov.au/integrity/foreign-influence-transparency-scheme>> (2023 年 12 月 11 日查詢)。

²⁶ Parliament of Australia, “Electoral Legislation Amendment (Authorisations) Bill 2022,” *Parliament of Australia official website*, February 9, 2022, <https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=s1331> (2023 年 12 月 11 日查詢)。

的《外國代理人登記法》，主要目的就是讓試圖取得澳洲內政話語權或影響力的外國利益團體，循「公開透明」方式登記並揭露組織、活動、資金等相關訊息。這些立法被視為是澳洲自冷戰以來，針對間諜活動和外國勢力干預最大幅度的法制改革。²⁷

（三）國際社會其他重要實踐

2016 年以色列政府通過《外國實體資助政黨透明要求法》(Transparency Requirements for Parties Supported by Foreign State Entities Bill)，要求從外國政府或實體獲得半數以上資金的政黨，必須在任何公開報告、宣傳文獻和與政府官員的互動中揭露該事實。²⁸ 2018 年加拿大政府通過《選舉現代化法案》(Elections Modernization Act Bill C-76)，全面修正選舉法令規範第三方政治活動，且候選人選前兩個月選舉相關活動支出以一百萬美元為限，以防止外國干預國內政治活動。²⁹ 2019 年紐西蘭政府也通過緊急立法，規定外國人對政黨和候選人捐款單日不得超過 50 紐元（約新臺幣一千元）。³⁰ 此外，長期一黨獨大的民主國家如新加坡，2021 年亦由政府頒布《防止外來干預（對應措施）法

²⁷ 陳宥樺，〈中國影響力：澳洲《外國影響力透明化法》〉，《新社會政策》，第 65 期（2019 年 10 月），頁 7。

²⁸ Ibid., pp. 1088-1089.

²⁹ Parliament of Canada, “Elections Modernization Act Bill C-76,” *Parliament of Canada official website*, April 30, 2018, <<https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-76/first-reading>>（2023 年 12 月 11 日查詢）。

³⁰ New Zealand Legislation, “Electoral Amendment Act 2019,” *New Zealand Legislation official website*, December 6, 2019, <<https://legislation.govt.nz/act/public/2019/0072/latest/LMS284939.html>>（2023 年 12 月 11 日查詢）。

令》(Foreign Interference Countermeasures Act 2021, FICA)，允許當局命令社交媒體網站和網路提供商揭露用戶資訊，或隱蔽封殺其認為具有敵意的內容；³¹ 多元主義民主如歐盟，歐洲議會也在2021年末開始考慮效仿澳洲法制，訂立歐盟版本的《外國影響力透明化法》，同時派遣代表團來臺取經我國的《反滲透法》。³² 此外，英國國會於2023年通過《國家安全法》(National Security Act 2023)，並於7月11日經「皇室御准」(Royal Assent)，正式成為法律。該法設立「外國影響力登記計劃」(Foreign Influence Registration Scheme, FIRS)，主要目標是讓外國政府的影響力活動盡可能透明、可控。根據該法，「外國干預」在英國將成為刑事罪，對投票、言論自由等公民基本權利進行干預，屬違法行為。³³ 由此可見，處於全球化跨境交流、網路資通訊技術日新月異的時代，防衛性民主等國家安全理念在當前國際社會的實踐履見不鮮，已是各國用以避免境外勢力滲透與干預國內政治的重要途徑。各國政府在維持官方與民間交流互動的前提下，競相以立法方式強化國家安全與主權，確保國家憲政秩序免於受到破壞。

³¹ 〈星洲防止外來干預 可令社媒阻敵意訊息〉，《星島日報》，2022年7月8日，<<https://std.stheadline.com/daily/article/2474675/>> (2023年9月15日查詢)。

³² 〈歐洲議會反制中國干預 擬參照澳洲訂定反滲透法〉，《中央社》，2021年11月10日，<<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202111100046.aspx>> (2023年9月15日查詢)。

³³ 〈英國通過國安法 劍指中俄威脅及政治干預〉，《中央社》，2023年7月12日，<<https://www.cna.com.tw/news/aopl/202307120019.aspx>> (2024年1月20日查詢)。

參、我國國家安全法制建構

我國憲法於 1947 年 1 月 1 日公布，同年 12 月 25 日施行。雖然當時我國尚無防衛性民主之概念，但就保障基本人權而言，憲法制定之初即在第 23 條明確規定「除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外」，不得以法律限制之；另於憲法第 78 條第 79 條（現為憲法增修文第 5 條第 4 項）第 171 條、第 173 條規定，倘法律抵觸憲法或國家機關行為違憲時，由司法院大法官解釋之。由此可見，不同於價值中立的德國威瑪憲法，我國於制憲時即設有捍衛憲法之大法官，屬於實質法治國之憲法，兼顧形式合法性與實質正當性。³⁴然而，隨著我國民主政治環境的變遷，國內各界開始討論「防衛性民主」作為國家因應新興安全威脅挑戰的各種可能，並透過憲法增修條文以及司法院大法官釋憲方式建構防衛性民主法制。

一、法源基礎

（一）憲法增修條文對基本權的限制

1992 年我國展開第二次修憲，引進德國「違憲政黨解散制度」，自此防衛性民主機制正式出現在憲法條文之中。憲法增修條文第 13 條（現為第 5 條第 5 項）規定：「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主憲政秩序者為違憲。」事實上，1942 年《動員戡亂時期人民團體法》就有關於政黨解散相關規定，該法第 2 條強調「人民團體之組織與活動，不得違背憲法

³⁴ 許育典，《憲法》（臺北：元照，2019 年九版），頁 50-53。

或主張共產主義，或分裂國土」；同法第 58 條第 3 項亦規定「對於政黨之處分，以警告或解散為限；其處分應經政黨審議委員會之審議」。由此可見，當時政黨違憲的審查權限屬於黨審會，而對政黨之處分係以內政部名義為之。1992 年《動員戡亂時期人民團體法》更名為《人民團體法》，修正條文第 58 條第 3 項增加後段「政黨之解散，由主管機關檢同相關事證移送司法院大法官組成憲法法庭審理之」；同法第 4 項規定「前項移送，應經政黨審議委員會出席委員三分之二以上認有違憲情事，始得為之」。上述《人民團體法》修正顯然是配合同年第二次修憲內容，正式將政黨違憲審查權交由司法院大法官，而主管機關內政部僅存有移送權限。

前述憲法增修條文中「危害中華民國存在」，解釋上包含國家之存續、領土之完整，與國際法上之獨立性。³⁵ 國內政黨無論是主張統一或獨立，一定程度上都面臨否定「中華民國」作為國號存在的爭議，如此之主張是否會「危害中華民國之存在」而致違憲？學者認為，參酌德國聯邦憲法法院見解，「危害」指以主動、攻擊及侵犯之態度對抗國家生存，倘若只是對國家存在消極拒絕或不承認態度，尚不足以構成違憲。³⁶ 另就「自由民主憲政秩序」言，依司法院釋字第 499 號解釋，自由民主憲政秩序包含共和國原則、國民主權原則、保障人民權利、權力分立與制衡原則。學者認為，消極方面乃在防止個人或團體以主動攻擊性、不法且不正當方式或作為來破壞此基本價值秩序，積極方面則是去

³⁵ 吳信華，《憲法釋論》（臺北：三民書局，2018 年 9 月三版），頁 135。

³⁶ 陳慈陽，《憲法學》（臺北：元照，2005 年 2 月二版），頁 276。

尋求如何在憲政體制下實現上述以人為中心之價值。³⁷

（二）司法院釋字第 644 號解釋

我國司法院大法官解釋文中未曾出現過「防衛性民主」，僅有個別大法官曾在其意見書中提及此一概念。2008 年司法院釋字第 644 號解釋中，核心爭點在於《人民團體法》禁止設立「主張共產主義、分裂國土」之團體是否違憲。解釋文指出，《人民團體法》第 2 條及第 53 條前段關於禁止設立「主張共產主義、分裂國土」團體之規定，賦予主管機關於設立人民團體前實質審查其政治言論，顯已逾越憲法保障人民之結社與言論自由，違憲並自即日起失其效力。³⁸ 不過本號解釋理由書末段耐人尋味：「若人民團體經許可設立後發現其有此主張，依當時之事實狀態，足以認定其目的或行為危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者，主管機關自得依……同法第 53 條後段規定，……廢止其許可，而達禁止之目的。」³⁹ 學者指出，這段文字形同將「防衛性

³⁷ 陳慈陽，《憲法學》，頁 279。

³⁸ 《人民團體法》第 2 條規定：「人民團體之組織與活動，不得主張共產主義，或主張分裂國土。」同法第 53 條前段關於「申請設立之人民團體有違反第二條……之規定者，不予許可」之規定部分，乃使主管機關於許可設立人民團體以前，得就人民「主張共產主義，或主張分裂國土」之政治上言論之內容而為審查，並作為不予許可設立人民團體之理由，顯已逾越必要之程度，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符，於此範圍內，應自本解釋公布之日起失其效力。參見：司法院，〈司法院釋字第 644 號解釋〉，2008 年 6 月 20 日，<<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310825>>（2023 年 12 月 11 日查詢）。

³⁹ 《人民團體法》第 2 條條文已於 2011 年 6 月 15 日修法刪除（總統華總一義字第 10000122941 號令）。該法有關政黨之規定，依據 2017 年 12 月 6 日制定之《政黨法》第 45 條條文規定，自《政黨法》施行日起，不再適用。

民主」的幽靈悄悄偷渡進《人民團體法》中。⁴⁰

此外，該解釋文中不得「主張共產主義」或「主張分裂國土」等兩項國家安全原則，林子儀與許宗力兩位大法官另於協同意見書中補充「明確性原則」與「明顯而立即原則」，從而強化該解釋文之「防衛性民主」色彩：

1. 林子儀大法官協同意見書：明顯而立即危險

林子儀大法官認為，雖然涉及言論內容之事前限制者不必然違憲，但因本案涉及對政治性言論內容的限制，所以要採「嚴格」審查標準來檢視是否符合憲法第 23 條比例原則。亦即，政府方面要能舉證證明，欲限制之政治理念或言論帶來的弊害已經確屬嚴重，且時間上亦不允許社會大眾經由理性討論來避免該弊害發生，亦即言論對於弊害之產生已達「明顯而立即危險」程度時，政府之介入限制方有合憲可能。⁴¹

2. 許宗力大法官協同意見書：明確性原則之檢驗

許宗力大法官指出，法律規定是否符合法律「明確性原則」，其判斷標準應在於受規範之一般人民對於法律規定內容之意義是否可以理解，以及其因此對於其行為是否受該系爭法律規範有預見可能性。如不符合此要件，即使該系爭法律規定可經由司法審查加以確認，仍屬違反法律明確性原則。有鑑於共產主義流派無

⁴⁰ 張嘉尹，〈防衛性民主的幽靈－檢討大法官釋字第 644 號解釋〉，《法令月刊》，第 60 卷第 8 期（2009 年 8 月），頁 72。

⁴¹ 司法院，〈林大法官子儀提出之協同意見書〉，2008 年 6 月 20 日，<<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310825>>（2023 年 12 月 11 日查詢）。另參見：林子儀，〈言論自由與內亂罪－「明顯而立即危險原則」之闡釋〉，載氏著，《言論自由與新聞自由》（臺北：元照 2002 年 11 月），頁 197-228。

數主張互異的多義性，以及我國分裂國土的歷史性與政治性，顯然二者均欠缺明確、客觀可辨的概念外延，並非一般人民可以理解或預見之法律概念。⁴²

二、國安五法修法

2018 年我國九合一大選前，來自中國的假訊息與假新聞在國內流竄達到高峰。有鑑於此，2019 年我國修正「國安五法」，以防堵境外敵對勢力對國內民主政治過程之干預與滲透。各法案修正內容如下：

（一）《刑法》

修正《刑法》外患罪章，新增第 115-1 條「外患罪之適用地域或對象擴及於大陸地區、香港、澳門、境外敵對勢力或其派遣之人」，解決因大陸地區、港、澳屬《中華民國憲法》下之中華民國領土，導致共諜案無法適用外患罪的問題。刑法第 113 條外患罪，明定應經政府授權之事項，未獲授權，私自與外國政府或其派遣之人為約定，處 5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。

（二）《國家機密保護法》

修正第 26 條第 2 項，涉密人員赴中列管時間最短 3 年，不得縮短年限，最多可延至 6 年。另外於第 32 條、第 33 條增訂洩漏或交付國家機密對象為外國、大陸地區、香港、澳門、境外敵

⁴² 司法院，〈許大法官宗力提出之協同意見書〉，2008 年 6 月 20 日，<<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310825>>（2023 年 12 月 11 日查詢）。

對勢力或其派遣之人者，不論其犯罪類型或管道，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑，並將「預備犯」及十分罕見之「陰謀犯」納入處罰範圍。而為上述國家地區刺探或收集國家機密，第 34 條規定處 1 年以上 7 年以下有期徒刑。

（三）《國家安全法》

修正第 2-1 條，參酌規範組織活動之組織犯罪防制條例，增訂行為態樣包括「發起、資助、主持、操縱、指揮或發展」組織；增訂第 2-2 條，將網路空間納入國安範疇，國安機關得以查處網路攻擊案件；第 5-1 條則提高「為敵發展組織罪」刑責，明定為中共發展組織者可處 7 年以上有期徒刑、五千萬元以上一億元以下罰金；另增訂第 5-2 條軍公教人員涉入共諜案，將喪失月退俸請領權利，已支領者也應追繳。

（四）《兩岸人民關係條例》

增訂第 5-3 條第 7 項，建立兩岸政治協議民主監督機制，兩岸簽署政治協議時，必須在協商前及簽署後交由國會「雙審議」，且最後必須經全國性公民投票通過才可生效，提高雙方談判門檻。其次，增訂第 9-3 條，曾任國防、外交、大陸事務或與國家安全相關機關之政務副首長或少將以上人員，或情報機關首長，不得參與大陸地區黨務、軍事、行政或具政治性機關（構）、團體所舉辦之慶典或活動，且不得向象徵中國政權的旗、徽、歌行禮、唱頌等「妨害國家尊嚴」之行為。修正第 93-1 條陸資未經許可來臺投資的罰鍰金額上限，從新臺幣六十萬元提高到二千五百萬元，其他違規行為的罰鍰上限也從三十萬元提高到二百五十萬元。

表 1：國安五法修法前後比較

文 條	修法前規定	修法後重要規定	修法理由	
刑法	第 113 條	應經政府允許之事項，未受允許，私與外國政府或其派遣之人為約定者，處無期徒刑或 7 年以上有期徒刑。	行為人未獲授權而侵犯公權力，處 5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 50 萬元以下罰金；足以生損害於中華民國者，處無期徒刑或 7 年以上有期徒刑。	行為人未獲授權而侵犯公權力，倘已足生損害於國家安全，由於該行為對於國家法益之侵害程度較高，有特別規範之必要，爰增列危險犯之處罰規定。
	第 115-1 條	修法前無此項條例	本章之罪，亦適用於地域或對象為大陸地區、香港、澳門、境外敵對勢力或其派遣之人，行為人違反各該條規定者，依各該條規定處斷之。	以大陸地區、香港、澳門、境外敵對勢力或其派遣之人為對象犯本章之罪者，恐難適用各該條文，形成法律漏洞。
國家機密保護法	第 26 條	涉密人員出境管制期限 3 年，可修短或延長。	僅能延長，管制期得延長 1 次，最多管制 6 年。	對於涉及國家機密之相關人員，考量機密性質、內容、保密期限及相關人員出境造成洩漏之可能性等因素，加以延長限制。
	第 32 條	修法前無此項條例	增列洩漏或交付國家機密予外國、陸港澳、境外敵對勢力或其派遣之人，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑，屬絕對機密者，加重其刑至 1/2。	如國家機密洩漏或交付對象為外國、陸港澳、境外敵對勢力或其派遣之人，不論其犯罪類型或管道，均應依本項論處並加重其刑。同時將過失犯

家 機 密 保 護 法	第 33 條	修法前無此項條例	增列洩漏或交付國家機密予外國、陸港澳	、未遂犯、預備犯及陰謀犯納入處罰範圍。
	第 34 條	修法前無此項條例	、境外敵對勢力或其派遣之人，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，屬絕對機密者，加重其刑至 1/2。同時將過失犯、未遂犯、預備犯及陰謀犯納入處罰範圍。	
國 家 安 全 法	第 2-1 條	人民不得為外國或大陸地區行政、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。	修正第 2 條之 1，參酌規範組織活動之組織犯罪防制條例，增訂行為態樣包括「發起、資助、主持、操縱、指揮或發展」組織。	參酌規範組織活動之組織犯罪防制條例，增訂行為態樣包括「發起、資助、主持、操縱、指揮」組織，以資明確。
	第 2-2 條	修法前無此項條例	將網路空間納入國安範疇，國安機關得以查處網路攻擊案件。	因應全球化、資訊化時代的來臨，國家安全之威脅已不再限於實體，並已擴及至網路領域。

國家安全法	第 5 條之 1	意圖危害國家安全或社會安定，違反第 2 條之 1 規定者，處 5 年以下有期徒刑或拘役，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。前項之未遂犯罰之。	提高「為敵發展組織罪」刑責，明定為中共發展組織者可處 7 年以上有期徒刑、五十萬元以上一億元以下罰金。	為大陸地區或大陸地區以外之地區或勢力發起、資助、主持、操縱、指揮或發展組織之行為就國家安全之影響不同，爰加重刑則。
	第 5 條之 2	修法前無此項條例	軍公教人員涉入共諜案，將喪失月退俸請領權利，已支領者也應追繳。	違背對國家忠誠義務，危害國家安全者，若使其得領受國家給付之退休（職、伍）給與，嚴重違反公平正義，應喪失其請領退休（職、伍）給與之權利，已支領者應追繳之。
兩岸人民關係條例	第 5-3 條	修法前無此項條例	立法院審查協議草案經全體立法委員 3/4 出席，及出席委員 3/4 同意，再由行政院將協議草案，連同公民投票主文、理由書交由中央選舉委員會辦理全國性公民投票。此外，主權國家地位與自由民主憲政秩序	建立兩岸政治協議民主監督機制，兩岸簽署政治協議時，必須在協商前及簽署後交由國會「雙審議」，且最後必須經全國性公民投票通過才可生效。提高兩岸談判門檻，強化並確保國會對行政部門之監督。

兩岸人民關係條例			的毀棄或變更，不容作為政治議題談判及協議項目。	
	第 9-3 條	修法前無此項條例	曾任國防、外交、大陸事務或與國家安全相關機關之政務副首長或少將以上人員，或情報機關首長，不得參與大陸地區黨務、軍事、行政或具政治性機關（構）、團體所舉辦之慶典或活動，且不得向象徵中國政權的旗、徽、歌行禮、唱頌等「妨害國家尊嚴」之行為。	禁止身分特殊之卸任公（軍）職人員參與大陸黨政軍或具政治性機關團體活動，維護國家利益及國家尊嚴。
	第 93-1 條	違反第 73 條第一項規定從事投資者，主管機關得處新臺幣十二萬元以上六十萬元以下罰鍰。其他違規得處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並限期命其改正。	違反第 73 條第一項規定從事投資者，由主管機關處新臺幣十二萬元以上二千五百萬元以下罰鍰。其他違規得處新臺幣六萬元以上二百五十萬元以下罰鍰，並限期命其改正。	為確保我國資本市場秩序，調高罰鍰上限以有效遏止陸資違法行為發生。陸資未經許可來臺投資的罰鍰金額上限，從新臺幣六十萬元提高到二千五百萬元，其他違規行為的罰鍰上限也從三十萬元提高到二百五十萬元。

資料來源：本研究整理。

三、反滲透法立法

在中共銳實力不斷侵擾下，國內興起一波「防衛性民主」的討論，除了對國安五法修法補破網外，社會各界亦開始催生立法管制境外勢力影響之輿論，將外國代理人登記視為實現「防衛性民主」的最後一塊拼圖。⁴³ 2019 年 12 月，立法院三讀通過《反滲透法》，該法第 1 條對立法目的說明即指出：「為防範境外敵對勢力之滲透干預，確保國家安全及社會安定，維護中華民國主權及自由民主憲政秩序，特制定本法。」而針對「境外敵對勢力」部分，該法第 2 條明確將其定義為「與我國交戰或武力對峙之國家、政治實體或團體。主張採取非和平手段危害我國主權之國家、政治實體或團體，亦同。」茲就《反滲透法》中境外干預態樣及相應罰則方面，彙整如下：

表 2：《反滲透法》境外干預態樣及相應罰則

條文	境外干預態樣	罰則規定
第 3 條	政治金源與公民投票	任何人不得受滲透來源之指示、委託或資助，捐贈政治獻金，或捐贈經費供從事公民投票案之相關活動。違反前項規定者，處 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。
第 4 條	選舉行為為管制	任何人不得受滲透來源之指示、委託或資助，為總統副總統選舉罷免法第 43 條或公職人員選舉罷免法第 45 條各款行為。違反前項規定者，處 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。

⁴³ 黑快明，〈中國銳實力對澳洲的滲透與澳洲政府的回應政策〉，《遠景基金會季刊》，第 21 卷第 3 期（2020 年 7 月），頁 46-47。

第 5 條	遊說行為之管制	任何人不得受滲透來源之指示、委託或資助，進行遊說法第 2 條所定之遊說行為。違反前項規定者，處新臺幣 50 萬元以上五百萬元以下罰鍰。違反第一項規定，就國防、外交及大陸事務涉及國家安全或國家機密進行遊說者，處 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。第 2 項所定之罰鍰，由遊說法第 29 條規定之機關處罰之。
第 6 條	擾亂社會秩序或集會遊行	任何人受滲透來源之指示、委託或資助，而犯刑法第 149 條至第 153 條或集會遊行法第 31 條之罪者，加重其刑至二分之一。」
第 7 條	妨礙選舉	受滲透來源之指示、委託或資助，而犯總統副總統選舉罷免法第五章、公職人員選舉罷免法第五章或公民投票法第五章之罪者，加重其刑至二分之一。

資料來源：本研究整理自《反滲透法》第 3、4、5、6、7 條，參見《全國法規資料庫》，2020 年 1 月 15 日，<<https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0030317>>（2023 年 12 月 11 日查詢）。

肆、國安五法及反滲透法評析

一、立法定位的模糊

誠如本文文獻回顧，針對國家安全相關立法規範為當前國際社會普遍現象，面對境外勢力對國內政治的干預與滲透，不論是民主乃至於極權國家，都會有法制化需求或作為來因應。但問題在於，「選舉式民主」(electoral democracy) 與「自由式民主」(liberal democracy) 國家政治過程相對開放，境外勢力更容易干預或破壞民主國家之政治運作，所以才會有設計違憲政黨解散外之

民主防衛機制需求。特別是，我國長期面臨中國全方位文攻武嚇的統戰威脅，國安五法修法與《反滲透法》立法，無非都是針對中國而來。因此，我國面對境外勢力威脅下，在討論反滲透或外國代理人相關立法時，已經與傳統意義下「防衛性民主」有所出入，國家安全的考量遠大於所謂民主防衛，在立法定位上與美、加立法例明顯不同。美、加立法著重於要求資訊揭露、增加禁制行為以及對與選舉有關金錢進行限制，雖然仍引發因法條文義不清、模糊以及影響層面過廣等批評，但仍以「透明化」為其防衛性民主之主軸。然而，我國國安五法修法及《反滲透法》立法強調係針對境外「敵對」勢力，明顯出於國家安全考量，且更多是以刑罰方式嚇阻滲透與洩密行為，與美、加等國外防衛性民主實踐較為不同。⁴⁴

進而言之，國安五法修法及《反滲透法》立法，是否能直接被歸類成防衛性民主的一環？似有值得商榷之處，其關鍵應在於如何定義防衛性民主。依照德式防衛性民主概念，其所設想者，乃是防堵來自「國家內部」敵視自由民主基本秩序之危害，例如已具有一定支持度的極端政黨或團體，乃至於個人，設有諸多基本權限制條款與政黨違憲審查制度，以及確立修憲界線。雖然就規範對象而言，我國防衛性民主相關法案所規範者，同德式防衛性民主，亦是從個人、團體、法人乃至於政黨皆受涵蓋；但國安五法修法及《反滲透法》立法所設定者，乃源於「境外」之敵對勢力，而非源自於國內，在立法取向上屬國家安全與國防層次的課題，與保護國家內部民主價值秩序無涉。

⁴⁴ 詹鎮榮，〈防衛性民主〉，頁 32。

甚至也有學者認為，國安五法與《反滲透法》是針對人民協助敵對勢力干預我國政治運作，致危害我國自由民主憲政秩序之行為，主要採取事後的追懲措施，而非屬事前防範與防衛性民主之防衛機制。⁴⁵此一觀點與司法院釋字第 644 號解釋宣告《人民團體法》第 2 條及第 53 條前段違憲，法律邏輯上相符一致。

此外，深究國安五法與《反滲透法》內容可知，立法者似乎無意區分國家安全與民主防衛機制。例如，第 5 條第 3 項對於「為滲透者遊說國防、外交及大陸事務涉及國家安全或國家機密」之人，非處「罰鍰」而是處以「刑罰」制裁（3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 500 萬以下罰金），立法理由僅強調所涉情節較為嚴重。此外，同法第 10 條亦規定「自首」得以減刑，其立法理由也只是表示係出於國家安全考量。換言之，國安五法與《反滲透法》，雖然都是用來防範境外勢力對國內民主政治的干預，但對涉案者採取刑事處罰之特點，則又更加淡化了其民主防衛色彩。

二、刑法性質之疑義：刑法適格性與罪刑法定原則

承上，揆諸國安五法及《反滲透法》相關規定，所欲保護之法益在於維護自由民主憲政秩序免於境外干預。依司法院釋字第 499 號解釋，自由民主憲政秩序即共和國原則、國民主權原則、保障人民權利、權力分立與制衡原則。然而，回到我國國安五法及《反滲透法》相關立法，其與傳統防衛性民主概念不同之處在於，雖亦以維持我國自由民主憲政秩序為目的，但明確將涉及違

⁴⁵ 廖欽福，〈論防衛性民主與言論自由〉，《紅色滲透下的民主危機》（臺北：翰蘆，2019 年 10 月），頁 114。

法之境外敵對勢力、滲透來源、滲透手段等，視為刑事犯罪並科以「刑罰」。對此，國安五法及《反滲透法》從立法到施行的過程中，亦衍生出刑法適格性與罪刑法定主義等爭議問題：

首先是以「法人」為犯罪主體。不同於普通刑法以自然人為犯罪主體，國安五法及《反滲透法》明確將法人、團體列入犯罪主體，例如《反滲透法》第 8 條規定「法人、團體或其他機構違反第 3 條至第 7 條規定者，處罰其行為負責人；對該法人、團體或其他機構，並科以各條所定之罰金或處以罰鍰」。雖然像商法、環境法等附屬刑法、行政刑法法規中亦有將法人當成犯罪主體來處罰之現象，⁴⁶ 但以法人為犯罪主題，從普通刑法角度分析，有超越刑法總則之通論以自然人為犯罪主體的界線之嫌。⁴⁷ 此外，《反滲透法》所設定處理之「在地協力者」，是否等同於防衛性民主所欲防堵之「反民主」勢力？本文認為在地協力者似乎並無出於那麼多的「政治理想」，甚至在地協力者對其所服務之境外勢力體制也是一知半解，其功能無非宣傳、分化、深入地方等，替境外勢力創造有利之影響條件，同時獲取或確保其財產或非財產上利益。換句話說，在地協力者對於民主制度沒有過多評價，至少沒有到「反對民主」程度，因惟有在民主體制的開放與多元性質，代理人方有發揮功能之餘地與價值。這種修法極不合理，因為會大大的傷害到人身自由、言論自由和媒體自由等民主社會的基本價值，甚至可能讓臺灣回到類似《刑法》100 條重現的獨

⁴⁶ 林鈺雄，《新刑法總則》（臺北：元照，2020 年 9 月），頁 124-125。

⁴⁷ 吳景欽，〈反滲透法的罪刑法定之疑義〉，《臺灣法學雜誌》，384 期（2020 年 2 月），頁 31。

裁情況。⁴⁸

其次是主管機關與移送機關。《反滲透法》與《國家安全法》一樣為無主管機關，日後若需制定施行細則、通過行政函釋或法律解釋，容易有有權責不清，相互推矮之問題。移送機關方面，《反滲透法》第 11 條提到各政府機關知有違反第 3 條至第 9 條之情形，應移送或函送檢察機關或司法警察機關，其司法警察除《刑事訴訟法》規定之內政部警政署之警察、國防部參謀本部之憲兵外，也包含依法令職責為司法警察者，如法務部調查局之調查官、法務部廉政署廉政官、海洋委員會海巡署海巡人員等。顯見，該法案在主管機關與移送機關規定，尚有許多新穎異於他法之規定與構成要件尚未明確的地方。⁴⁹

最後是罪刑法定原則的疑慮。為避免國家任意運用刑罰來侵害人民基本權利，「罪刑法定原則」意即行為人之行為是否構成犯罪要件，依當時法律是否有規定為準，其四大原則包括禁止類推、習慣法之禁止、禁止溯及既往，以及明確性原則。⁵⁰ 運用上述罪刑法定四大原則檢視國安五法與《反滲透法》，法學界對於「明確性原則」倍感疑慮：

1. 境外勢力。例如《反滲透法》第 2 條第 1 款定義境外敵對勢力類型有二，除了與我國交戰或武力對峙之國家團體，還包括主張採取危害我國主權者，但「非和平手段」明顯是一種極為概括且開放的定義，不確定性高。

⁴⁸ 林祖嘉，〈國安五法，兩岸關係大倒退〉，《國政評論》，2019 年 7 月 26 日，<<https://www.npf.org.tw/1/21112>>（2023 年 9 月 15 日查詢）。

⁴⁹ 吳景欽，〈反滲透法的罪刑法定之疑義〉，頁 33。

⁵⁰ 林鈺雄，〈新刑法總則〉，頁 36-39。

2. 滲透來源。《反滲透法》第 2 條第 2 款區分出 3 種滲透來源，其中第 2 種包括訴求政治目的之組織、團體或派遣者，但有無「訴求政治目的」容易淪為一種主觀判斷，適用上可能引起極大爭議。
3. 滲透手段。《反滲透法》第 2 條提及之滲透手段有指示、委託、資助等，再配合行為樣態來認定犯罪事實，但其滲透手段在《刑法》與其他特別刑法中不常見，屬於較新之手段，包含之行為模式也很多元且寬闊無邊，其模糊空間恐有刑法空白授權之嫌。

持平而論，綜觀以上我國國安五法修法與《反滲透法》立法，相關條文確非典型的國家安全，而是涉及到國內民主政治運作事項。雖然國際社會已有防衛性民主相關立法之實踐，但在擴大民主政治參與與國家安全的兩難抉擇之間，若要入罪化須更加慎重。⁵¹

三、執行層面的問題：對人民基本權利的影響

國安五法與《反滲透法》相關法律，可能影響到遷徙自由、隱私權、秘密通訊自由、思想自由、意見自由與言論自由、集會結社自由、參政權等各項人權及基本權。然而，民主國家政治意見的表達，雖然參與民主是受他人指示、委託或資助給人觀感不佳，但要到入罪化的程度，手段及目的在「比例原則」上的拿捏稍有不慎，則可能遭致社會各界對其有過當之嫌的批評。⁵² 國安

⁵¹ 李念祖，〈給我一個說法／敵人刑法的憲法評價〉，《在野法潮》，第 44 期（2020 年 1 月），頁 5。

⁵² 徐育安，〈刑法防衛民主之正當性－反滲透法之刑事立法評析〉，頁

五法與《反滲透法》相關法律對人民基本權利的影響如下：

1. 遷徙自由：《國家機密保護法》第 26 條與《兩岸人民關係條例》第 9 條有談到對國家安全相關特定官員，有規定出境前要先申報核可，才可出境。
2. 隱私權、秘密通訊自由：《國家安全法》第 2-2 條將網路納入國家安全維護之範圍中，而由於其法只把網路納入規範中，其餘如何施行則未提及。
3. 意見自由與言論自由、集會自由：一是《國家安全法》第 4 條將網路納入國家安全之範圍中，恐有網路管制、網路言論審查等限制網路言論自由之疑慮；二是《兩岸人民條例》第 9-3 條禁止退職將領及國安相關規定政務官、將官，到大陸地區參加黨、政、軍之活動與慶典，並禁止對其旗、徽、歌有行禮、歌頌之妨害國家尊嚴行為；三是《國家安全法》第 2 條、《國家機密保護法》第 32、第 33、第 34 條之陰謀犯對意見自由之影響；四是《反滲透法》第 6 條規定被滲透者若犯《集會遊行法》第 31 條和《刑法》第 149-153 條相關妨害秩序之行為加重其刑 1/2。
4. 結社自由：《國家安全法》第 2 條提到人民不得為外國、大陸、港澳、境外敵對勢力之人，發起、資助、主持、操縱、指揮或發展組織，若意圖危害國家安全或社會安定犯上述之行為，則依同法第 7 條來論處。
5. 參與政事與投票權：《反滲透法》第 4 條規定被滲透者不得受滲透來源之指示、委託、資助從事違反《總統副總統選舉罷免

法》第 43 條或《公職人員選舉罷免法》第 45 條之助選、造勢之相關選舉行為。《反滲透法》第 5 條規定被滲透者不得受滲透來源之滲透手段從事《遊說法》第 2 條之遊說行為。《反滲透法》第 3（政治獻金）、第 6（集會遊行）、第 7 條（公民投票）等政治參與活動。

依上開可了解，國家安全相關法律除了要保障國家安全外，更要兼顧人民基本權利之內涵與限制，但要維持雙方之衡平實屬不易。⁵³ 馬爾科帕洛 (Anthoula Malkopoulou) 與諾曼 (Ludvig Norman) 曾撰文批判羅文斯坦「防衛性民主」主張，指出防衛性民主乃是「以護民主之名，行反民主之實」，背後隱含著對人民民主不信任的「排拒型精英主義」(exclusively elitism) 風險，吾人尤須深自警惕，慎防以自由之名反自由、以民主之名反民主的風險。⁵⁴

伍、結論

「防衛性民主」概念源於德國，後經學者研究與國際社會的實踐，泛指用來防範任何戕害法治國家中民主制度及其價值的活動。換言之，倘若出現以民主之名傷害民主制度的情形，即有必要開啟民主之自我防衛機制，對民主敵人施以各式可能之防禦機制與措施，以維護民主制度應有之基本價值。近年來一系列關於

⁵³ 陳重見，〈反滲透與吞併法之立法研析與建議〉，《臺灣法學雜誌》，第 383 期（2020 年 1 月），頁 167-168。

⁵⁴ Anthoula Malkopoulou and Ludvig Norman, "Three Models of Democratic Self-Defence: Militant Democracy and Its Alternatives," *Political Studies*, Vol. 66, No. 2 (2018), pp. 442-443.

中國銳實力紅色滲透研究及媒體報導下，立法防範境外勢力干預更成為國際社會普遍的現象。2019年我國完成國安五法修法與《反滲透法》立法，正是順應此一國際趨勢，用以杜絕任何境外勢力對我國國家安全與國內政治的滲透。然而，誠如本文透過對「防衛性民主」理論及其在各國實踐經驗的深入分析，有別於美國、加拿大、澳洲等國基於保護選舉民主程序的關注，我國國安五法修法與《反滲透法》立法在立法目的、修法內容與法律效果方面，不僅立法者似乎無意區分國家安全與民主防衛機制，致使民主防衛色彩淡化，其刑罰入罪的適格性與罪刑法定等原則，亦存有明確性不足之爭議，從而對受憲法保障之人民基本權利造成深遠影響。

進而言之，從國際社會實踐來看，雖然諸多民主國家以國家安全為由暫停、限制人民基本權力並不少見，但這些國家大多是處於國家已達「危急存亡時刻」或「社會重大變故」而為之，類似我國憲法第43條及憲法增修條文第2條第3項「緊急命令」之權力。究其本質，以民主立法程序來限制民主，實為不得不為的必要措施，而這也是德國在經歷納粹黨的希特勒，透由民主掌權而成為獨裁政體，進而發動二次大戰的慘痛教訓後，衍生出來的「防衛性民主」概念，目的在保護自由民主憲政秩序與核心價值。但誠如董翔飛大法官在司法院釋字第543號解釋中之不同意見書所言，「緊急命令」對人民基本權利造成嚴重傷害，背離憲法核心價值，使用該項權力時亟應審慎評估，所採處置必須符合比例原則，其適用範圍、對象、期限等尤應鉅細靡遺。防衛性民主的風險就在於，當防衛條款沒有原則地被濫用，抑或者極端主

義者假捍衛民主之名毀棄憲政秩序，則意識形態將凌駕於人民的基本權利之上，模糊了「目的」與「手段」之間的主客關係。

回到本文對國安五法修法與《反滲透法》立法爭議的分析，持平而論，相關條文確非典型的國家安全規範，而是涉及到國內民主政治運作事項，相關行為態樣若要入罪化更須慎重。例如，《反滲透法》第 3 條規定任何人不得受滲透來源之指示、委託或資助，捐贈政治獻金，或捐贈經費供從事公民投票案之相關活動。單就捐贈行為只是一個合法性動作，若僅因捐贈動機入罪化，恐怕與思想入罪只有咫尺之遙；同樣情形出現在同法第 4 條助選行為，雖然參與民主是受他人指示、委託或資助給人觀感不佳，但行為本質卻都是政治意見的表達，要到入罪化的程度，手段評價上可能有過當之嫌。此外，《反滲透法》所針對者為境外「敵對」勢力，明顯可以理解是針對中國大陸威脅而來；不過若《反滲透法》最終目標是完善我國包括選舉在內的民主政治程序，何以排除美國、日本等非「敵對」境外勢力對我國政治過程的干預？以立法形式合理化此一差別對待，恐亦有違平等原則。

國安五法方面的爭議也不小，且不論其於 2019 年匆促立法的動機，《反滲透法》從草案提出逕付二讀至三讀通過也僅一個多月，而未經立法院委員會充分審議顯不符程序正義原則。再就其修法與增訂條文而言，《刑法》第 113 條提高違法犯罪刑責，以及第 115-1 條將適用範圍及於陸港澳地區，爭議不大；《國家機密保護法》第 26 條延長涉密人員出境管制、第 32 至 34 條加重洩密對象為陸港澳者刑責，同時將過失犯、未遂犯、預備犯及陰謀犯納入處罰範圍，也都尚屬合理範圍。但《國家安全法》第

2-1 條將犯罪行為態樣擴大增列為「發起、資助、主持、操縱、指揮或發展」，第 2-2 條將網路空間納入國安範疇，國安機關得以查處網路攻擊案件；《兩岸人民關係條例》第 5-3 條以「雙審議」與公投提高兩岸談判門檻、第 9-3 條禁止身分特殊之卸任公（軍）職人員參與大陸黨政軍或具政治性機關團體活動、第 93-1 條提高違法陸資罰鍰金額等，明顯就是針對兩岸交流而來。總體來看，國安五法及反滲透法修法的針對性極強，就是利用國安的理由，來加強對「兩岸」的往來與交流的大幅限制，容易讓國人對於兩岸的交往心生恐懼。這種修法在缺乏立法院委員會審查及公民審議的情況下，顯然已在一度程度傷害到人身自由、言論自由和媒體自由等民主社會的基本價值。倘若防衛條款沒有原則地被濫用，甚至可能讓臺灣回到類似過去《刑法》100 條重現的獨裁情況。

總而言之，要讓新民意以更嚴謹的態度與方式來審查及處理該法案方為正道，而非高舉國家安全大旗，以法律邏輯上不符合民主憲政精神的方式倉促進行相關修法與立法。慎防「以護民主之名，行反民主之實」，背後隱含著對人民民主不信任的風險，吾人尤須深自警惕。亦即，自由民主國家中對自由權的限制應屬例外，不應輕易假國家安全之名，僭越了憲法對基本人權的保障，進而導出干預自由權的行政授權，否則將與極權國家、獨裁國家無異。換言之，民主保護應是發自人民、由下而上的治理關係，而非簡化為國家以法律從事由上而下的統治措施，其關鍵差異在於人民所具備的民主素養，以及國家全體對自由民主核心價值的堅信。

總之，我國國安五法修法與《反滲透法》立法，所採取之立法理念雖與德國式防衛性民主相近，即以刑罰為主的「禁止模式」。但相較於德國當時所防衛者主要來自國家內部的反民主勢力，我國所面臨的問題卻是和美國、加拿大、澳洲等國相似的紅色滲透威脅，已非傳統意義的防衛性民主理念。換言之，我國國安五法修法與《反滲透法》立法所要守護者，本質上更多是出自於國家安全考量，而非維護國內某種價值秩序，雖然與美國《外國代理人登記法》和澳洲《外國影響力透明化法》的「透明化模式」更為接近，但最後立法通過後卻採取以刑罰為主的德國式「禁止模式」，且如本文前段所分析，其以「法人」為犯罪主體、主管與移送機關、罪刑法定原則疑慮等，都存在與我國現行《刑法》體系不一致的問題。對此，本文建議在既有國安五法修法與《反滲透法》立法的基礎上，或可考慮循「透明化模式」，效法與美國《外國代理人登記法》和澳洲《外國影響力透明化法》重啟我國「外國代理人登記」相關立法。該法核心為登記制度，不需區分境外勢力為友好或敵對，都應事先揭露所有政治活動與資金來源，而讓人民可以自由參考判斷。如此，既能維持開放的民主政治過程，又能實質達成民主自我防衛的目標。（投稿：2023 年 9 月 25 日；修訂：2023 年 12 月 1 日；接受：2023 年 12 月 26 日）

參考文獻

一、中文部分

(一) 專書

- 吳信華，2018。《憲法釋論》。臺北：三民書局。
- 林鈺雄，2020。《新刑法總則》。臺北：元照。
- 許育典，2019。《憲法》。臺北：元照。
- 陳慈陽，2005。《憲法學》。臺北：元照。

(二) 專書論文

- 林子儀，2002。〈言論自由與內亂罪—「明顯而立即危險原則」之闡釋〉，林子儀著，《言論自由與新聞自由》。臺北：元照，頁 197-228。
- 廖欽福，2019。〈論防衛性民主與言論自由〉，陳俐甫主編，《紅色滲透下的民主危機》。臺北：翰蘆。頁 97-128。

(三) 期刊論文

- 江廷振，2015。〈防衛性民主的典範變遷：從民主鞏固理論與臺、西、韓三國規範比較出發〉，《國會月刊》，第 43 卷第 8 期，頁 35-66。
- 吳景欽，2020/2。〈反滲透法的罪刑法定之疑義〉，《臺灣法學雜誌》，384 期，頁 25-34。
- 李志強，2019/11。〈國家安全人人有責：淺談「國安五法」〉，《清流雙月刊》，第 24 期，頁 4-8。

- 李念祖，2020/1。〈給我一個說法／敵人刑法的憲法評價〉，《在野法潮》，第 44 期，頁 4-7。
- 李哲全，2019/8。〈「中共代理人」法制化觀察〉，《國防情勢月報》，第 146 期，頁 1-13。
- 林正義，2021/7。〈臺灣與美國對中國銳實力的認知與分析〉，《安全與情報研究》，第 4 卷第 2 期，頁 1-47。
- 徐育安，2022/6。〈刑法防衛民主之正當性：反滲透法之刑事立法評析〉，《成大法學》，第 43 期，頁 177-224。
- 張淳美，2018/12。〈澳大利亞修訂國安法反制中共銳實力影響〉，《展望與探索》，第 16 卷第 12 期，頁 136-148。
- 張嘉尹，2009/8。〈防衛性民主的幽靈—檢討大法官釋字第 644 號解釋〉，《法令月刊》，第 60 卷第 8 期，頁 63-76。
- 陳宥樺，2019/10。〈中國影響力：澳洲《外國影響力透明化法》〉，《新社會政策》，第 65 期，頁 6-10。
- 陳重見，2020/1。〈反滲透與吞併法之立法研析與建議〉，《臺灣法學雜誌》，第 383 期，頁 159-168。
- 黃恩浩，2018/12。〈中國銳實力對澳洲安全的衝擊：楔式戰略的觀點〉，《國際關係學報》，第 46 期，頁 33-61。
- 黃恩浩，2020/2。〈美國外國代理人登記法之精神與重點〉，《新社會政策》，第 66 期，頁 43-47。
- 黑快明，2020/7。〈中國銳實力對澳洲的滲透與澳洲政府的回應政策〉，《遠景基金會季刊》，第 21 卷第 3 期，頁 41-109。
- 詹鎮榮，2004/4。〈防衛性民主〉，《月旦法學教室》，第 18 期，頁 30-33。

(四) 研討會論文

林佳和，2019/9/3。〈70年德國防衛民主與憲法保護—後民主時代新挑戰下的省思與再起〉，發表於「第十二屆憲法解釋之理論與實務研討會」學術研討會。臺北：中央研究院法律學研究所。

(五) 網際網路

〈英國通過國安法 劍指中俄威脅及政治干預〉，2023/07/12。《中央社》，<<https://www.cna.com.tw/news/aopl/202307120019.aspx>> (2024年1月20日查詢)。

〈星洲防止外來干預 可令社媒阻敵意訊息〉，2022/7/8。《星島日報》，<<https://std.stheadline.com/daily/article/2474675/>> (2023年9月15日查詢)。

〈歐洲議會反制中國干預 擬參照澳洲訂定反滲透法〉，2021/11/10。《中央社》，<<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202111100046.aspx>> (2023年9月15日查詢)。

《人民團體法》，2023/2/8。《全國法規資料庫》，<<https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=D0050091>> (2023年12月11日查詢)。

《反滲透法》，2020/1/15。《全國法規資料庫》，<<https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0030317>> (2023年12月11日查詢)。

《刑法》，2023/5/31。《全國法規資料庫》，<<https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=C0000001>> (2023年12月11日查詢)。

《美國外國代理人登記法官方網站》，<<https://www.justice.gov/nsd-FARA>>（2023 年 9 月 15 日查詢）。

《動員戡亂時期人民團體法》，1989/1/20。《立法院法律系統》，<[https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?00146369BF8700000000000000A000000002000000^01124078012000^000000000000](https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?00146369BF8700000000000000A000000002000000^01124078012000^00000000000)>（2023 年 12 月 11 日查詢）。

《國家安全法》，2019/6/19。《立法院法律系統》，2019 年 6 月 19 日，<<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?001E68810C560000000000000000A00000000200FFFFD00^01441108061900^000000000000>>（2023 年 12 月 11 日查詢）。

《國家機密保護法》，2023/6/10。《全國法規資料庫》，2023 年 6 月 10 日，<<https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=I0060003>>（2023 年 12 月 11 日查詢）。

《憲法》，1947/1/1。《全國法規資料庫》，<<https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000001>>（2023 年 12 月 11 日查詢）。

《憲法增修條文》，2005/6/10。《全國法規資料庫》，<<https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000002>>（2023 年 12 月 11 日查詢）。

王尊彥，2020/1/10。〈《反滲透法》之意涵與爭議〉，《國防安全雙週報》，第 81 期，<<https://indsr.org.tw/respublicationcon?uid=12&resid=753&pid=2913>>（2023 年 9 月 15 日查詢）。

司法院，2008/6/20。〈司法院釋字第 644 號解釋〉，<<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310825>>（2023 年 9 月 15 日查詢）。

司法院，2008/6/20。〈林大法官子儀提出之協同意見書〉，<<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310825>>（2023 年 9 月 15 日查詢）。

司法院，2008/6/20。〈許大法官宗力提出之協同意見書〉，<<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310825>>（2023 年 9 月 15 日查詢）。

林祖嘉，2019/7/29。〈國安五法，兩岸關係大倒退〉，《國政評論》，<<https://www.npf.org.tw/1/21112>>（2023 年 9 月 15 日查詢）。

二、英文部分

（一）專書

Mannheim, K., 1943. *Diagnosis of Our Time: Wartime Essays of a Sociologist*. London: Routledge and Kegan Paul, Ltd.

Parello-Plesner, Jonas, and Belinda Li, 2018. *The Chinese Communist Party's Foreign Interference Operations: How the U.S. and Other Democracies Should Respond*. Washington, DC: Hudson Institute.

Walker, Christopher, and Jessica Ludwig, 2017. *Sharp Power: Rising Authoritarian Influence in the Democratic World*. Washington, DC: National Endowment for Democracy.

(二) 期刊論文

Loewenstein, Karl, 1937. “Militant Democracy and Fundamental Rights,” *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 3, pp. 417-432.

Malkopoulou, Anthoula, and Ludvig Norman, 2018. “Three Models of Democratic Self-Defence: Militant Democracy and Its Alternatives,” *Political Studies*, Vol. 66, No. 2, pp. 442-458.

Robinson, Nick, 2020. “‘Foreign Agents’ in an Interconnected World: FARA and the Weaponization of Transparency,” *Duke Law Journal*, Vol. 69, pp. 1075-1147.

(三) 網際網路

Attorney-General’s Department, 2018/12/10. “Foreign Influence Transparency Scheme,” *Attorney-General’s Department official website*, <<https://www.ag.gov.au/integrity/foreign-influence-transparency-scheme>>.

Federal Register of Legislation, 2018/6/29. “National Security Legislation Amendment (Espionage and Foreign Interference) Act 2018,” *Federal Register of Legislation official website*, <<https://www.legislation.gov.au/Series/C2018A00067>>.

New Zealand Legislation, 2019/12/6. “Electoral Amendment Act 2019,” *New Zealand Legislation official website*, <<https://legislation.govt.nz/act/public/2019/0072/latest/LMS284939.html>>.

Parliament of Australia, 2018/6/29. “National Security Legislation Amendment (Espionage and Foreign Interference) Bill 2018,”

Parliament of Australia official website, <https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_LEGislation/Bills_Search_Results/Result?bId=r6022>.

Parliament of Australia, 2022/2/9. “Electoral Legislation Amendment (Authorisations) Bill 2022,” *Parliament of Australia official website*, <https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=s1331>.

Parliament of Canada, 2018/4/30. “Elections Modernization Act Bill C-76,” *Parliament of Canada official website*, <<https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-76/first-reading>>.

