

看得到聽不到

——不法竊錄罪與違法監聽罪

蕭宏宜

(東吳大學法律學系專任副教授)

某公務機關副首長 A 交遊四海，人脈廣闊。司法機關接獲檢舉，指 A 收受往來廠商之賄賂，以透露機關工程招標底價之方式，幫助廠商得以最接近底價之金額得標。一日，司法機關獲報得知 A 將與廠商 B 在某 KTV 包廂（沒有門鎖，且門上有玻璃一片，可由外窺視）內見面，商討賄款交付事宜，遂指派警察甲進行調查。甲為證明 A、B 確有見面，假扮賣花小販進入包廂內，同時隨身攜帶隱藏式錄影機；於向 A 詢問是否願意買花，A 表示不願後，旋即走出。甲嗣後檢查錄影畫面，發現因光線不足，進入包廂後畫面一片漆黑，無法辨識任何人，但有錄得 B 之歌聲及上開甲與 A 有關是否買花之對話。問：A 是否可以甲之錄影蒐證行為已觸犯刑法第 315 條之 1、通訊保障及監察法（以下簡稱通保法）第 24 條第 2 項之罪，提起自訴？

【要點】*

刑法第 315 條之 1 不法竊視、竊聽、竊錄罪係以「非公開」之活動、言論或身體隱私部位為保護客體，無門鎖、僅有一片玻璃可直接由窗外窺視內部之 KTV 包廂是否為受保護之「非公開」場所？A 在包廂內之對話及 B 之歌聲，是否屬於「非公開」談話？若司法警察為蒐集犯罪證據而以設備竊錄非公開之言論，是否該當「無故」要件？著手以設備竊聽或竊錄他人非公開活動、隱私部位後，發現畫面一片漆黑、完全沒有畫面或無法辨識任何人，本罪是否既遂？

此外，通保法係以言論及談話等通訊作為保護客體（通保法§3），A 在包廂內之對話及 B 之歌聲是否在受保護之範

* 謝謝東吳法研所博士班黃鼎軒同學費心蒐集文獻與整理。

圍？如肯定，可否主張通保法第 29 條「得一方同意之對話」規定，免受通保法第 24 條第 2 項「執行或協助執行通訊監察之公務員或從業人員，假借職務或業務上之權力、機會或方法違法監察他人通訊」處罰？

【分析】

壹、甲錄影之行為，會否成立刑法第 315 條之 1 不法竊錄罪

一、包廂內談話為「非公開」

隨著科技進步，各種電子、光學設備之使用日漸普及，為保護個人隱私，1999 年刑法增訂第 315 條之 1：「有下列行為之一者，處三年以下有期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金：一、無故利用工具或設備竊視、竊聽他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。二、無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。」由於本罪的保護界線在於「非公開」的活動、言論及身體隱私部位，從而也成為規範文字解釋的重心。

新近有實務見解透過對主、客觀的要件要求¹，描述「非公開」活動。據此，不僅活動者主觀上應具有隱密性之期待，客觀上亦必須利用相當環境或採取適當設備，確保其活動之隱密性；要之，必須使一般人均能確認活動者具有

隱密性之期待，而無誤認之虞者，始具有刑罰之明確性及合理性。

學說上，有將「非公開」與「公然」等同視之者，據此，倘處於不特定人或多數人得以共見、共聞之狀態，即為公開²。另有直接以「個人主觀心理狀態」，作為非公開要素之判斷基準者；據此，若只有少數人知悉事實，一旦被公開，該人將感到心理上的痛苦或不安時，則屬非公開之活動³。多數學者則與最高法院採取相同徑路，透過主、客觀的雙重要件建構「非公開」的概念。

其中，有主張須就個人主觀上是否具有保留其對意思表示「接收範圍控制的權力」，輔以客觀條件綜合判斷者⁴。例如，在學生餐廳大聲談話，第三人可輕易知悉對話內容，該談話已喪失秘密性質，屬於公開言論。亦有援引美國聯邦最高法院 *Katz v. United States* 案中，*John Marshall Harlan* 法官對隱私合理期待的說明，做更細緻的操作者⁵。林東茂

² 甘添貴，刑法各論（上），2013 年二版，頁 188。

³ 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學雜誌，1999 年 8 月，頁 105。

⁴ 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元，刑法問題研究（一），2008 年，頁 282-284。

⁵ See 389 U.S. 347 (1967).

⁶ 「綜合下列兩要件：1.個人必須顯現其對所主張之隱私有真正之主觀期待；2.根據該地點與活動性質判斷，必須是社會認為屬客觀合理之期待。」王皇玉，汽車內活動是「非公開」活動嗎？，月旦法學教室，76 期，2009 年 2 月，頁 15；王皇玉，短裙下的大腿是隱私部位嗎？，月旦裁判時報，7 期，2011 年 2 月，頁 127。蔡蕙芳，從美國隱私權法論刑法第 315 條之 1 與相關各構成要件（下），興大法學，7 期，2010 年 6

¹ 最高法院 101 年台上字第 6343 號判決參照。

教授對此有生動的詮釋：「溫泉會館的大眾浴池，人人裸體以對，若有人在遠處以望遠鏡窺看甚或加以錄影，成立窺視竊錄罪。理由是，大眾浴池裡的人只有在泡湯時才坦然相見，離此浴池則重整衣裝。泡湯時的情景，對於局外人而言，顯然不是公開的活動⁷。」本文從之。理由是：避免對他人的行為自由形成過份干預。

申言之，不論活動是在什麼情況下所做成，既然都說了、做了，此等經過選擇後所為的表達，當然會因此產生被探知的風險；也因此，除非活動者處於意識不清、服用藥物等精神障礙狀態，由認識論（epistemology）的角度觀察公開性的概念，主觀說恐無法令人滿意。既然個案必然產生無法清楚界定的模糊空間，轉從客觀的面向去考慮，以反映活動中數個衝突利益的平衡，顯然是比較穩妥的作法。據此，以可被法院檢視的「外在環境」出發，斟酌個人是否對於活動採取相當的隱匿及保護措施⁸，即屬可採意見。例如，甲、乙二人在人來人往的大街上附耳講悄悄話，被丙以集音器錄得二人對話內容。就客觀外在環

境觀察，大街雖屬於公開場所，然甲、乙二人業已採取「附耳、細聲談話」的隱匿、保護措施，足證該段談話內容係不欲人知之非公開言論。

基此，系爭案例事實中於 KTV 包廂內之對話是否屬於「非公開」談話？就客觀環境觀察，KTV 包廂皆具有隔音設備，防止包廂內歌聲干擾其他包廂，儘管包廂房門有裝設玻璃，可直接由外窺視內部的活動，然因有隔音設備及玻璃的阻絕，事實上並無法清楚知悉包廂內的對話；包廂雖無門鎖，卻不代表任何未受允許而進入者，即得任意探知包廂內活動者的對話。在這樣的客觀環境下，既然包廂可阻絕談話內容被外人所知悉，且 A、B 二人選擇於內談話，已證明二人有意採取相當的隱匿及保護措施。據此，A、B 於包廂內之談話內容，屬於非公開之言論；至於 B 拿著麥克風唱歌，不論是解為公開活動，或認為只是機械性地照著歌詞哼唱，無法表示其主觀意見，應不屬於談話或言論⁹，不受本罪保護，自不待言。

二、「無故」的要件為贅文

實務見解多將刑法第 315 條之 1 「無故」的要件定位為構成要件要素，認為立法者將「無故」置入犯罪構成要件，顯係在評價構成要件之階段即進行判斷，而排除有正當理由之「妨害秘密」行為¹⁰。據此，所謂「無故」，係指欠缺法律上正當理由者而言，縱一般人

月，頁 36-38；同作者，刑法第 315 條之 1 「身體隱私部位」之涵義，月旦裁判時報，7 期，2011 年 2 月，頁 116。亦見：盧映潔，小三大戰元配，月旦法學教室，108 期，2011 年 10 月，頁 38；李佳玟，在場人錄音之證據能力（中），台灣法學雜誌，117 期，2008 年 12 月，頁 4-5。

⁷ 林東茂，刑法綜覽，2012 年七版，頁 2-106。

⁸ 許恆達，GPS 抓姦與行動隱私的保護界限——評台灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號刑事判決，月旦裁判時報，24 期，2013 年 12 月，頁 65-66。

⁹ 盧映潔，刑法分則新論，2014 年九版，頁 606。

¹⁰ 最高法院 98 年台上字第 5053 號判決參照。

有伸張或保護自己或他人法律上權利之主觀上原因，亦應考量法律規範之目的，兼衡侵害手段與法益保障間之適當性、必要性及比例原則，避免流於恣意¹¹。判斷是否具正當理由，除應依一般日常生活經驗法則，由客觀事實進行判斷外，並應符合立法主旨及社會演進情況綜合判斷。例如，配偶一方因合理懷疑他方違反婚姻本應遵守之忠貞、純潔義務，而監控他方日常生活個人隱私，實務見解認為並非屬於正當理由，符合無故要件，不因此排除刑罰適用¹²。

學說上，有如實務見解，以是否具備正當理由解釋「無故」要件¹³，惟將其定位為違法性要素¹⁴，藉此要求法院於審理個案時，適時進行就受侵害法益與欲保全法益間，進行利益衡量者¹⁵。例如，新聞採訪對受訪者進行錄音、照相或錄影，難免侵害受訪者之隱私法益。惟新聞記者採訪之手段若為該次採訪所必須，依法益權衡之結果，認為新聞自由應受保護時，基於對新聞自由之保障，自應認該錄音、錄影或照相之行爲係有正當理由，不符合構成要件中「無故」之要件¹⁶。

亦有認為，「無故」要件屬於立法

者對於法院認事用法的提示，以「是否具有正當理由」解釋，將導致法院可能於個案中並不適用任何阻卻違法事由下，經由「無故」的要件從事法益衡量，進而違反立法者欲擴大保護隱私權的本意¹⁷。本文從之。

申言之，就已然造成的、欠缺合理隱私期待的隱私權侵害而言，透過「是否存在正當理由」的利益衡量方式予以闡釋，固為國內實務與多數學說見解，但必須承認的是，利益的「優越性」認定，一旦跳脫既有的各類法定與超法規阻卻違法事由，等於是針對個案授權法官型塑立法者的價值決定，從而導致法益保護存在落空的危險；僅僅為了免除疑慮、舉證困難即率爾犧牲法律適用的安定性，是否值得，頗值深思¹⁸。據此，應認為「無故」的要件於刑法第 315 條之 1 屬於贅文，可以刪除，不宜透過「是否具有正當理由」的操作，擴張阻卻違法事由。事實上，以「無故」為要件者，如刑法第 306 條侵入住居罪，只要行爲人符合「侵入」的要件，亦無任何阻卻違法事由存在，即可證明該人係「無正當理由」（無故）侵入住宅。沒有理由與必要爭論「無故」要件究屬於構成要件要素或違法性要素，再透過是否具有相當理由（無故），重覆操作法益衡量。同樣的道理，刑法第 320 條普通竊盜罪中的「竊取」，亦屬構成要件行爲的負面表述，只要行爲人未得同意而取

¹¹ 最高法院 103 年台上字第 3893 號判決、最高法院 102 年台上字第 2300 判決、最高法院 102 年台上字第 2302 判決參照。

¹² 最高法院 102 年台上字第 4750 號判決參照。

¹³ 林東茂，註 7 書，頁 2-107。

¹⁴ 甘添貴，註 2 書，頁 190；蔡蕙芳，註 6 文，頁 38。

¹⁵ 李佳玟，註 6 文，頁 9。

¹⁶ 最高法院 98 年台上字第 5053 號判決參照。

¹⁷ 薛智仁，基於取證目的之私人竊聽，台灣法學雜誌，183 期，2011 年 9 月，頁 170-171。

¹⁸ 相同看法：薛智仁，同上註；許恆達，同註 8 文，頁 70 以下。

得，就是破壞他人對動產支配狀態的行為，無庸再於構成要件中加上「無故」要件，使構成要件成為「『無故』竊取他人動產」。

再略贅數語：今日的社會制度裡，於刑法以外，我們已同時擁有其他多種方式，對於違反行為規範者予以反應，比如，我們可以藉由對身體的直接強制以建立或回復合法狀態、賠償或補償損失、解除或終止法律關係等。刑罰作為特別的國家強制手段，除了對被強制的對象進行譴責，即在於讓其承受生活利益上的若干重大損失¹⁹。我們可以說，制裁措施與社會行為規範間具有不可分割的緊密關係；透過刑罰，不僅社會基本價值與法律威信得以維繫，事實上，日益複雜的社會關係也需要更強硬的手段，以對應潛藏的危險。因此，「入罪」的原因，不論是否來自長久以來的所謂社會倫理道德，為了貫徹立法者的價值判斷所形成的政策，藉口都是：對於保障社會的共同生活，也就是個人與個人、個人與團體、甚至不同團體間的互動，有其無法取代的重要性。也因此，儘管「法益」的概念在當代受到圍剿，在刑法解釋上已難被拋棄；釐清各類犯罪構成要件所涵蓋的法益，不僅是重要的刑法分則問題²⁰，更是刑法理性控制的

基礎²¹。據此，既然立法者經過權衡、抉擇後才將特定行為予以入罪，應認為所有構成要件行為都是「無故」（無正當理由）的犯罪行為；解套的方式仍然只能透過對法益的詮釋、客觀歸責理論的目的操作或違法性階層的法益衡量入手，而非透過「無故」的（重複）檢驗，使得犯罪階層的判斷更添變數。

系爭案件事實中，甲為證明 A、B 確有見面，假扮為賣花小販進入 KTV 包廂，以隱藏式錄影機竊錄他人在 KTV 包廂內的非公開活動，即已該當本罪之構成要件，無庸另外判斷甲是否無故竊錄他人非公開活動。至於在違法性階層，甲能否透過各類阻卻違法事由阻卻違法，是另一個問題。

二、不法竊錄罪為行為犯

立法者在設計構成要件時，要求行為人在著手實行構成要件以外，仍須發生構成要件結果，犯罪構成要件方全部既遂，稱為結果犯。至於行為犯（又稱舉動犯），係指立法者在設計構成要件時，只要行為人的行為符合構成要件的描述，即足實現犯罪構成要件之不法，而不以特定結果發生為必要²²。

後手段原則。Vgl. Schünemann, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Roland Hefendehl et al. eds., 2003, S. 134.

²¹ Stratenwerth/Kuhlen, a.a.O. (Fn. 19.), §1 Rn. 13.

²² 林東茂，註 7 書，頁 1-57；張麗卿，刑法總則理論與運用，2014 年最新版，頁 121-122。

¹⁹ Stratenwerth/Kuhlen, AT I, 6. Aufl., 2011, §1 Rn. 2.

²⁰ 法益概念縱使不以之作為憲法限制刑事立法的工具，依然可以發揮作用——控制禁止內容，且涉及法律解釋時，法益的確定不僅是內在體系的，也可以形成歸責輪廓的焦點，並把憲法的自由基本思想直接導入法律的解釋，透過「犯罪結構的法益分析」，不僅立法者的違憲決定無所遁形，亦可以作為法律解釋的基礎——再一次部分呈現最

區別結果犯與行為犯的實益在於，所有的結果犯都必須檢驗行為與結果間的因果關聯，若行為未導致結果發生或已發生的結果是因偶然因素或與行為人違反義務行為間不存在關聯性，客觀構成要件即未完全實現，行為人頂多成立未遂犯；至於行為犯則無庸檢驗行為與結果間的因果關聯，立法者透過對特定犯罪行為的描述，只要一有構成要件行為出現，即該當構成要件，而成立該罪之既遂犯。

不法竊錄罪是否為結果犯，於判斷個案是否既遂時具有實益。例如，甲意圖偷拍他人洗澡春光，在游泳池的沐浴間架設針孔攝影機，架設完成後即離開現場。待甲回來拿取「錄影成果」時，被工作人員發現，當場被逮捕。嗣後檢視，卻因未錄到任何影像，而面臨是否構成犯罪（刑法§315-1 不罰未遂犯）的疑義。

學者對此有不同看法，採結果犯說者認為，本罪之保護法益是個人隱私秘密，主要是保護個人法益，原則上此一侵害個人法益的犯罪，立法者傾向以結果犯立法模式，行為人著手架設竊錄設備或將設備處於運轉狀態，不代表個人隱私秘密即會受到侵害，必須待真正竊錄到他人非公開活動或身體隱私部位，方成立本罪之既遂犯²³。採行為犯說者則認為，本罪原本有處罰未遂犯，惟經朝野協商後，立法者刪除未遂犯的規定，

只要行為人著手利用工具或設備窺視、竊聽或竊錄他人非公開活動、言論、談話或身體隱私部位，即屬本罪之既遂²⁴。

關此，由隱私秘密的法益性質而言，應認為不法窺視竊錄罪之性質屬行為犯。先不論被窺視或被偷拍裙下風光者是否關心「到底有沒有看（錄）清楚、看（錄）到『重點』」，屬同罪章、同罪質的刑法第 315 條妨害文件秘密罪，立法者對文件隱私的保護方式，亦未考量結果是否發生。舉例：開拆封緘信件後，內容是否為行為人可以理解的文字，是否因此而發現秘密，在所不問；妨害秘密罪並非結果犯²⁵。既然刑法第 315 條與刑法第 315 條之 1 的保護客體皆為個人隱私權，只是在行為客體有所區別，前者是「他人封緘信件」，而後者是「他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位」，何以做出相異解釋？如果擔心行為犯在操作上可能導致過份羅織，亦非不能透過「適格犯」的解釋方式予以限制²⁶。緣此，就系爭案件事實而言，只要甲進入 KTV 包廂（非公開）時有開啓隱藏式錄影機，不論有無錄得對話，也不論是否得一方之同意，即已侵害個人隱私權，而該當刑法第 315 條之 1 條非法竊錄罪之構成要件。

²³ 王皇玉，刑法第 315 條之 1 既未遂之認定——台灣高等法院高雄分院 99 年度上易字第 743 號判決，月旦法學雜誌，188 期，2011 年 1 月，頁 243-244。

²⁴ 李茂生，註 3 文，頁 106；甘添貴，註 2 書，頁 190。

²⁵ 林東茂，註 7 書，頁 2-103。

²⁶ 概念說明可見拙著，摻偽假冒的刑事爭議問題，台灣法學雜誌，第 242 期，2014 年 2 月，頁 71 以下。

貳、甲錄影之行為，會否成立通保法第 24 條違法監察他人通訊罪

一、包廂內談話屬於通保法保護之「通訊」

2013 年 9 月爆發立法院長與立法委員涉嫌關說案及為最高檢察署特別偵查組涉入的監聽國會案。其後，因發現特別偵查組掛線監聽立法院總機，而引發其是否監聽國會全部立委的質疑，進而導致通保法於 2014 年 1 月 14 日的再一次修正。

綜覽以觀，2014 年版的通保法除強調受憲法第 12 條保障的「人民秘密通訊自由」外，亦將隱私權明文納入涵蓋範圍²⁷。同法第 1 條規定，「為保障人民秘密通訊自由及隱私權不受非法侵害，並確保國家安全，維護社會秩序，特制定

本法。」立法理由指出：「依通保法第 3 條本文、第 1 項第 3 款及第 2 項綜合觀之，『言論及談話』係屬通訊之一，並以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限。『言論及談話』應歸屬我憲法第 22 條隱私權之保障，爰建議修正本條前段規定為『為保障人民秘密通訊自由及隱私權不受非法侵害，』俾符實際。」

由上開立法理由可見，個人之言論及談話受憲法第 22 條保障，屬於通保法第 3 條規範之通訊；任何人²⁸若違法監察

²⁸ 通保法第 24 條所規範之範圍，是否僅及於實施通訊監察之公務員？抑或擴張及於一般人民？見解不一。實務及部分學者認為應擴張及於一般人民：「按通訊保障及監察法第 24 條第 1 項規定，違法監察他人通訊者，處五年以下有期徒刑，其犯罪行為主體並未規定限於公務員；參酌同條第 2 項所規範之對象，為執行或協助執行通訊監察之公務員或從業人員，第 3 項則為前 2 項營利犯罪之行為人，足見其第 1 項之處罰對象應係針對一般人民；又同法第 30 條復規定同法第 24 條第 1 項之罪，須告訴乃論，苟同法第 24 條第 1 項之犯罪主體限於公務員，則公務員違法監察他人通訊，不僅侵犯被害人之隱私權，更違背公務員之忠實義務，有辱官箴，實不宜規定為告訴乃論之罪，足見同法第 24 條第 1 項之罪所規範之行為人，應為一般人民（最高法院 101 年台上字第 3416 號判決參照）。」詳見許恒達，通訊隱私與刑法規制——論「通訊保障及監察法」的刑事責任，東吳法律學報，21 卷 3 期，2010 年 1 月，頁 122；同作者，論違法通訊監察罪之行為主體——法益取向的解釋觀點，月旦法學雜誌，169 期，2009 年 6 月，頁 168-185；吳耀宗，私人為了取證而竊聽他人電話通訊之合法可能性，月旦裁判時報，3 期，2010 年 6 月，頁 116。亦有文獻認為應限縮本罪主體，不應擴張及於一般人，而應以公務員為規範主軸。詳見王皇玉，論通訊保障及監察法第 24 條與刑法第 315 條之 1 的適用疑義——兼評最高法院 94 年台上字第 5802 號判決、高等法院台南分院 91 年上訴字第 1153 號判決與 94 年上更(一)字第 592 號

²⁷ 2014 年修法評釋詳見：鄭逸哲、黃沛文，動機雖屬正當，立法未免粗糙——簡評通保法關於「調取行為」之修正，月旦法學雜誌，232 期，2014 年 9 月，頁 18 以下；劉靜怡，只是勉強及格而已——2014 年通保法修正評析，月旦法學雜誌，232 期，2014 年 9 月，頁 5 以下；楊雲驊，失衡的天平——評新修正通訊保障及監察法第 18 條之 1，檢察新論，16 期，2014 年 7 月，頁 3 以下；林豐裕、李欣倫、李鎮宇，簡評 2014 年通訊保障及監察法增修條文——兼論新法對於實務運作之衝擊，檢察新論，16 期，2014 年 7 月，頁 60 以下；張麗卿，通訊保障及監察法之修正與評析，月旦法學雜誌，229 期，2014 年 6 月，頁 25 以下；李榮耕，簡評 2014 年新修正的通訊保障及監察法——一次不知所為何來的修法，月旦法學雜誌，227 期，2014 年 4 月，頁 148 以下；林鈺雄，通訊監察之修法芻議——通訊保障及監察法之部分修正條文一，萬國法律，192 期，2013 年 12 月，頁 35 以下。

他人通訊者，將受通保法第 24 條處罰。基本，A 在包廂內之對話，同時屬於受通保法保護之「通訊」，甲並未取得通訊監察書，透過隱藏式錄影機予以違法監察，除了成立前揭刑法第 315 條之 1 不法竊錄罪外，還同時構成通保法第 24 條違法監察他人通訊罪。至於 B 之歌聲，僅係依照歌曲歌詞旋律所哼唱，無二人或二人以上相互間的意見交流、溝通及傳達，亦無任何隱私可言，不屬於通保法所保障之通訊，自不待言。

二、甲得援引通保法第 29 條第 3 款「監察者為通訊之一方，而非出於不法目的」阻卻違法

依案例事實，A 在包廂內係出於自願而與甲對話，甲對於該段對話實施違法通訊監察時，得否主張通保法第 29 條第 3 款「監察者為通訊之一方，而非出於不法目的」之事由，而不成立通保法第 24 條違法監察他人通訊罪？

關此，有認為通保法所保護者，係通訊雙方所「共同構築或保持秘密狀態的意願」，否則通訊之一方未遵守秘密通訊之守密義務，對該秘密通訊實施通訊監察，無與他方共同構築保持秘密的狀態，該通訊自不受秘密通訊自由之保障，實施通訊監察之一方未侵害秘密通訊之隱私，不構成監聽²⁹。亦有文獻認為，相互通訊之一方，自願將訊息揭露予他方知悉，他方若嗣後將訊息錄音，

因訊息揭露者自願將訊息揭露予他方，欠缺隱私合理期待³⁰，未侵害秘密通訊之隱私，不構成通訊監察³¹。

實務見解則認為：「參酌通訊保障及監察法第二十九條第三款『監察者為通訊之一方，而非出於不法目的者，不罰』之規定，係因受監察者對通訊之一方，並無通訊秘密及隱私期待可言，此與監察者在受監察者不知情之狀況下，截聽或截錄電話談話內容之情形有別。故公務員實施監察而為通訊之一方，如其所為非出於不法之目的，不惟在刑罰規範上屬於阻卻違法之事由，且因屬公務員基於保全證據之必要所實施之作爲，即不發生違背法定程序取得證據之問題，其所取得之證據應有證據能力³²。」

按通保法第 29 條第 3 款中特別列出是否「出於不法目的」，欲認定行爲是

³⁰ 實務見解如：「刑法第 315 條之 1 及通訊保障及監察法所保護之客體，係指具『隱私或祕密之合理期待』之活動、言論、談話，另依通訊保障及監察法第 3 條第 1 項規定，還兼保障具『隱私或祕密之合理期待』之有線及無線電信、郵件及書信。所謂『隱私或祕密之合理期待』，在犯罪構成要件之解釋上，應兼具主觀與客觀兩種層面之內涵，始具有刑罰之明確性合理性。主觀上，人民對某特定有體物（如郵件、書信）或無體物（如活動、言論、談話、有線及無線電信）必須有隱密性期待之意思，即主觀上不欲為人所知（公開）之意願或期待。客觀上，該期待為社會所認合理，因此一般人不認為其隱密期待為合理的，即不成為『祕密通訊自由』及『隱私權』之保護客體（台灣高等法院台南分院 103 年上訴字第 449 號判決參照）。」

³¹ 吳巡龍，得通訊一方同意竊聽錄音之證據能力，月旦法學雜誌，136 期，2006 年 9 月，頁 245。

³² 最高法院 101 年台上字第 3287 號判決、最高法院 97 年台上字第 560 號判決參照。

判決，月旦法學雜誌，160 期，2008 年 9 月，頁 253。

²⁹ 楊雲驊，得一方同意之監聽，月旦法學教室，28 期，2005 年 2 月，頁 22-23。

否屬於不法，必須經過利益權衡，認為通保法第 29 條第 3 款屬於該法所特別規定的阻卻違法事由³³，應屬有據。由此出發，若行為人可主張通保法第 29 條而免受通保法第 24 條第 2 項「執行或協助執行通訊監察之公務員或從業人員，假借職務或業務上之權力、機會或方法違法監察他人通訊」處罰，即可同時阻卻刑法第 315 條之 1 不法竊錄罪之成立；簡之，通保法第 29 條得作為阻卻同法第 24 條與刑法第 315 條之 1 的法定阻卻違法事由。

回到系爭案例。甲不法錄得之 A「通訊」，固滿足通保法第 24 條與刑法第 315 條之 1 之構成要件，卻得以通保法第 29 條第 3 款阻卻違法。理由如下：

1. 可以想像的說法是：當事人一方於對方不知情的情況下將對話過程錄音，既然是自願與他人交談，自應承擔信賴對方的危險；尤有甚者，由於談話內容置於他方支配之下，更可認為交談者已處分或放棄其談話內容的秘密性，而無必須保護的隱私可言。然而，本案是否存在「已得通訊之一方事先同意」，顯有疑慮。單純就文字意義解讀，同意的概念至少應理解為「知道」自己可以做什麼選擇，卻願意為此決定。有無同意，在主觀要件難以確認的情況下，因此是一個必須「綜合一切情狀」(totality of all the circumstances) 的問題。與人透過電訊設備通話，對於被他方偷偷錄音，或能預見；與小販對話，能否認為通訊之一方亦可得而知其被竊錄，從而

有拒絕對話的機會，卻甚有疑義。此類秘密錄音或許不至於被認定為強制處分，惟談話者既具有合理隱私期待，秘密錄音對於隱私的侵害，即難以否認。

2. 惟應注意的是，由於通保法第 29 條第 3 款在適用上並不以「得通訊之一方『事先同意』」為必要，關鍵因此在於：當監察者為通訊之一方時，其監察是否出於不法之目的？針對類如本案的偵查機關實施竊錄行為以論，通保法是採取利益權衡的作法；若違法的竊錄行為具有正當理由，即得例外容許。既然本案事實中實施竊聽的司法警察在過程中並未使用誘導或強暴、脅迫等不當手段，權衡欲保全法益（調查不法賄賂事實）與犧牲法益（他人之秘密通訊隱私）後，若已有相當理由足信 A 收賄，並且確信此類案件在證據的蒐集上有其高度困難性，即應認為存在較高的公益需求，應認為此係出於合法目的所取得之通訊，而得透過通保法第 29 條第 3 款阻卻違法。

【結論】

(一) 司法警察甲喬裝進入 KTV 包廂，僅錄得 B 之歌聲及甲與 A 有關是否買花對話之行為，構成刑法第 315 條之 1 第 2 款不法竊錄罪。

1. 非公開言論：KTV 包廂內的對話，是否屬於非公開言論？包廂可阻絕 A、B 二人談話內容被外人所知悉，且 A、B 二人選擇於 KTV 包廂內談話足資證明二人已採取相當的隱匿及保護措施。因此，包廂內之談話內容，屬於非公開之言論；至於 B 之歌聲無法表示其

³³ 許恆達，註 26 文，頁 147。

意見，不屬於談話或言論，並不受本罪保護。

2.無故：甲為證明 A、B 確有見面，假扮賣花小販進入 KTV 包廂，以隱藏式錄影機竊錄他人在 KTV 包廂內的非公開活動，已該當本罪之構成要件，毋庸另外檢驗其是否「無故」。

3.本罪屬於行為犯：只要甲進入 KTV 包廂（非公開）時有開啓隱藏式錄影機，不論有無錄得對話，均已侵害隱私權，應成立刑法第 315 條之 1 不法竊錄罪。

4.司法警察甲明知並有意以工具竊錄他人非公開之對話，具有本罪之故意。至於甲所為能否阻卻違法，係另一問題。

(二)司法警察甲喬裝進入 KTV 包廂，僅錄得 B 之歌聲及甲與 A 有關是否買花對話之行為，構成通保法第 24 條違法監察他人通訊罪。

1.基於通保法第 1 條之立法理由，A 在包廂內之對話，屬於受通保法保護之「通訊」；至於 B 之歌聲，僅係依照歌曲歌詞旋律所哼唱，無意見的交流、溝通及傳達，無任何隱私可言，並不屬之。又，司法警察甲未依通保法第 5 條第 1 款請求檢察官向法院申請核發通訊監察書，所為之通訊監察應係違法。

2.儘管難認為本案已取得通訊之一方事先同意，惟甲本身即為通訊之一方，既然通保法第 29 條第 3 款並不以得同意為必要，經權衡欲保全法益（調查不法賄賂事實）與犧牲法益（他人之秘密通訊隱私）後，應認為係出於合法目的所取得之通訊，得主張通保法第 29 條

第 3 款阻卻違法。

(三)結論：甲所為固同時成立刑法第 315 條之 1 第 2 款不法竊錄罪及通保法第 24 條違法監察他人通訊罪之構成要件，惟因其行為具有法定阻卻違法事由，已不構成犯罪。罪責部分，不再檢驗。

台灣法學雜誌