

國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

妨害私人生活隱私罪之研究

——刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 對私人生活與人格形塑之保障

A Study on the Criminal Intrusion upon Privacy

The Protection of Private Life and Personality Forming in Criminal
Code §§ 315-1 and 315-2

蘇孝倫

Hsiao-Lun Su

指導教授：王皇玉 博士

Advisor: Huang-Yu Wang, Ph.D.

中華民國 99 年 1 月

摘要

「隱私」作為一種普世人權價值，其內涵在不同的社會、文化脈絡中呈現出不同面貌，以比較法研究各地規範差異，歸納出「隱私作為一種自由」與「隱私作為一種尊嚴」之相異取徑，兩者看似二律背反，按照符號互動學派關於「人格」形塑過程之理論，皆屬個人建構自我人格所必須。「隱私權」保障人格自由開展，作用乃調節個人與社會間既依賴又獨立的狀態。然「隱私權」作為一種刑法保護法益，仍屬浮動概念，基於罪刑法定主義、刑法謙抑性，應將其內涵再具體化。刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 兩者合稱「妨害私人生活隱私罪」，保護側重「隱私作為一種尊嚴」，具體內涵為：「**個人透過正常人際互動方式，控制自我形象之可能性。**」此定義與「名譽」不同在於，其本質為不涉公評、與公益無關。

刑法第 315 條之 1 為實害結果犯，其中「非公開」要件不應取決於場所定性，以被害人言論、談話或活動內容，按社會通念，一旦公開將造成其精神痛苦為斷；「工具、設備」使用，須使被害人與行為人間完全喪失「雙向交流」可能，導致人際互動自始不對等；現行刑法第 315 條之 2 未規定獨立「無故」要素，為貫徹「隱私權即控制力」立場，避免將「侵入型」與「揭露型」的隱私侵害混為一談，應將刑法第 315 條之 2 與第 315 條之 1 的違法性判斷脫鉤，此外，基於法益保護原則，重新檢討現行法第 315 條之 2 第 3 項可罰範圍。提出若干修法建議。目前實務「無故」解釋過於空泛，判決欠缺一致性，且與通訊保障及監察法相關規定產生交錯混亂適用現象，應以固有阻卻違法事由及超法規阻卻違法事由為平台，落實法益權衡，例如以「業務上正當行為」作為侵犯個人隱私之新聞採訪行為之阻卻違法事由，個案審查是否「有助於公益辯論」，而非逕訴諸憲法基本權衝突。考量私人生活在當代所受威脅，「個人隱私」保障，原則上應優先於公共利益。

關鍵字：「隱私作為一種尊嚴」、「人格形塑」、「自我形象」、「非公開」、「社會脈絡」、「控制可能性」、「無故」、「法益權衡」、「公益」

《簡目》

第一章、導論	1
第一節、研究範圍.....	1
第二節、論文架構.....	2
第二章、何謂「隱私」?	3
第一節、在社會、文化脈絡下理解「隱私」.....	3
第二節、不同文化的法律系統處理「隱私」議題之比較.....	7
第三節、「隱私」所連結的價值：「自由」與「尊嚴」.....	14
第四節、隱私權作為一種人格權.....	21
第五節、小結.....	29
第三章、「隱私權」作為一種刑法保護法益	33
第一節、民國八十八年增訂「妨害私人生活隱私罪」後，刑法第二十八章架構變革.....	35
第二節、「妨害私人生活隱私罪」外，針對侵犯隱私行為之特別刑法規定.....	38
第三節、隱私權與刑法體系其他保護法益之比較.....	46
第四節、比較法研究：德國刑法第 201 條、第 201 條 A.....	55
第五節、小結.....	67
第四章、構成要件分析	73
第一節、規範結構：實害結果犯.....	73
第二節、保護客體：「非公開」之活動、言論、談話，或「身體隱私」部位.....	76

第三節、刑法第 315 條之 1 的構成要件行為與行為方式	93
第四節、刑法第 315 條之 2 的構成要件行為與行為方式	100
第五節、其他關於本罪處罰範圍之檢討	109
第六節、修法建議.....	118
第五章、「無故」：實質違法性判斷	121
第一節、無故之「雙重機能」(DOPPELFUNKTION)	123
第二節、實務上發生的問題.....	133
第三節、比較法上可供參考案例：CAROLINE 公主案.....	149
第四節、小結.....	161
第六章、結論.....	171
第一節、何謂隱私？.....	171
第二節、法益內涵？.....	171
第三節、抽象規範分析.....	172
第四節、具體價值判斷.....	173
參考文獻.....	①

《詳目》

第一章、導論.....	1
第一節、研究範圍.....	1
第二節、論文架構.....	2
第二章、何謂「隱私」?	3
第一節、在社會、文化脈絡下理解「隱私」	3
第一項 進入法律分析之前.....	3
第二項 「隱私」在當代受到的威脅——以美國社會為例.....	4
第二節、不同文化的法律系統處理「隱私」議題之比較	7
第一項 歐陸：以「個人形象、人格發展」為保護核心，對抗來自媒體和市場的威脅.....	8
第二項 美國：「家」是每個人民的城堡，抵禦國家的監視.....	11
第三項 整理分析.....	13
第三節、「隱私」所連結的價值：「自由」與「尊嚴」.....	14
第一項 具重要規範意義之期待的破裂.....	14
第二項 「尊嚴」	17
第三項 「自由」	18
第四項 從自我人格型塑過程，整合不同的隱私內涵.....	19
第一款 「尊嚴」或「自由」皆非全貌	19
第二款 符號互動論（建構主義）提出的「人格」概念.....	19

第四節、隱私權作為一種人格權.....	21
第一項 比較法上關於人格權之保護：以歐洲人權公約為例.....	22
第一款 歐洲人權公約第 8 條之介紹.....	22
第二款 從「隱私」到「自主」.....	24
第三款 保障私人生活，創造使個人得以自由形塑人格之環境.....	25
第二項 我國憲法上的隱私權.....	26
第一款 釋字第 293 號解釋（81.03.13）：初試啼聲.....	27
第二款 釋字第 509 號解釋（89.07.07）：人格雙壁.....	27
第三款 釋字第 603 號解釋（94.09.28）：一錘定音.....	27
第四款 隱私權在憲法上的演變.....	29
第五節、小結.....	29
第一項 「透明社會」的反思：不是人的城市.....	29
第二項 「隱私」對人格型塑之調節功能.....	31
第三章、「隱私權」作為一種刑法保護法益.....	33
第一節、民國八十八年增訂「妨害私人生活隱私罪」後，刑法第二十八章架構變革.....	35
第一項 「秘密」：私領域的物理性侵入及私人秘密的保護.....	35
第二項 「隱私」不等於「秘密」.....	37
第一款 修法呈現的擴張傾向.....	37
第二款 與修法相應的時代背景，新興的社會問題.....	37

第二節、「妨害私人生活隱私罪」外，針對侵犯隱私行為之特別刑法規定.....	38
第一項 通訊保障及監察法第 24 條第 1 項的適用問題	38
第二項 取徑一：區分「人際間資訊交換程度」，將隱私利益予以「類型化」	39
第一款 隱私利益的類型化	40
第二款 「獨處」與「緊密關係」的二分架構？	41
第三款 解釋方法上的質疑：為什麼就只能二選一？	43
第三項 取徑二：區分「國家作為／私人行爲」	44
第一款 規範體系脈絡	44
第二款 立法歷史解釋	45
第三款 法條文義解釋	45
第四項 本文立場：通保法第 24 條屬身分犯之規定	46
第三節、隱私權與刑法體系其他保護法益之比較	46
第一項 「名譽」	47
第一款 「名譽」與「信用」	47
第二款 「名譽」之定義	48
第三款 「名譽」與「隱私」	50
第一目 「大便」與「裸體」的共通之處？	51
第二目 刑法第 310 條第 3 項但書的價值判斷	51
第三目 小結	53

第二項 「家宅」	54
第四節、比較法研究：德國刑法第 201 條、第 201 條 A	55
第一項 介紹與分析	56
第一款 德國刑法第 201 條〈刺探言論秘密罪〉	56
第二款 德國刑法第 201 條 a〈攝影侵害個人生活核心領域罪〉	57
第三款 立法背景	58
第四款 保護法益	59
第二項 可供我國法借鏡之處	62
第一款 規範結構的比較	62
第二款 相同困境：罪刑法定主義下的法律明確性原則	64
第五節、小結	67
第一項 旁敲側擊：與人格自由發展有關的保障	67
第二項 具體內涵：透過正常人際互動方式，控制自我形象之可能性	68
第四章、構成要件分析	73
第一節、規範結構：實害結果犯	73
第一項 不處罰未遂＝危險犯？	73
第二項 不處罰未遂「不一定等於」危險犯	74
第一款 危險犯之法理基礎	74
第二款 本罪採取實害結果犯之立法模式	75

第二節、保護客體：「非公開」之活動、言論、談話，或「身體隱私」部位.....	76
第一項「非公開」之活動、言論、談話.....	77
第一款實務見解整理.....	77
第二款分析與質疑：「場所式」合理隱私期待？.....	81
第一目立法者認為公眾場所之隱私不受保護？.....	83
第二目「合理隱私期待」的合理詮釋：控制還是區隔？.....	86
第三款小結：「非公開」不等於「關在家裡、拉上窗簾」.....	89
第二項「身體隱私部位」.....	90
第一款實務見解.....	90
第二款分析.....	91
第三節、刑法第 315 條之 1 的構成要件行為與行為方式.....	93
第一項「窺視、竊聽」及「竊錄」.....	93
第一款區分行為類型：「即時的視聽」與「半永久化的紀錄」.....	93
第二款「窺、竊」：解釋為「他人不知」或「違反他人意思」？.....	94
第二項利用「工具、設備」.....	95
第一款學說意見.....	96
第二款本文看法.....	97
第四節、刑法第 315 條之 2 的構成要件行為與行為方式.....	100
第一項供給場所、工具或設備之「便利行為」.....	100

第二項 意圖散布、播送、販賣所為之竊錄行為.....	102
第三項 製造、散布、播送或販賣行為.....	103
第一款 對行為客體內容，不以明知為必要，具未必故意即可罰.....	104
第二款 竊錄「有故」，所以製造、散布、播送或販賣也「有故」？.....	105
第三款 過猶不及的打擊範圍：公開的秘密還是秘密嗎？.....	107
第五節、其他關於本罪處罰範圍之檢討.....	109
第一項 「間接使用」是否可罰？.....	109
第一款 「間接」與「直接」的區別.....	109
第二款 「緊密的人別連結」與「原音原影重現」.....	110
第三款 從被害人自我保護手段之理性選擇來思考.....	111
第二項 「處罰未遂」的選擇問題.....	112
第一款 未遂犯處罰範圍之立法體例與比較.....	113
第二款 實質標準？何謂「高度不法內涵」？.....	115
第三款 檢討現行規定方式之妥適性.....	116
第一目 提供場所、工具或設備之行為：不應處罰未遂.....	116
第二目 製造、散布、播送或販賣行為：得處罰未遂.....	117
第三目 窺視、竊聽、竊錄行為：不應處罰未遂.....	117
第三項 小結.....	118
第六節、修法建議.....	118

第五章、「無故」：實質違法性判斷	121
第一節、無故之「雙重機能」(DOPPELFUNKTION)	123
第一項 阻卻構成要件該當	126
第一款 「同意」與「承諾」之區別	126
第二款 本罪之當事人同意效果為：阻卻構成要件該當	127
第二項 阻卻違法性	128
第一款 「法律特別規定」	129
第二款 「正當防衛、緊急避難」	130
第三款 「業務上正當行為」	131
第四款 「法益權衡」與「社會相當性」	133
第二節、實務上發生的問題	133
第一項 為維護婚姻純潔所為之必要努力？	134
第一款 實務見解	134
第二款 分析檢討	135
第一目 以裝設工具設備之地點為區分標準？	135
第二目 對於夫妻他方是否遵守貞潔義務之「知」的權利？	136
第二項 法律特別規定：通訊保障及監察法第 29 條第 3 款	138
第一款 實務見解	138
第二款 學說看法	140

第一目 「通保法」與「刑法」的競合關係.....	140
第二目 通保法第 29 條第 3 款與「虛偽朋友理論」？	142
第三項 新聞自由，所以偷拍也自由？	145
第一款 實務見解.....	145
第二款 過於空泛的正當化事由	148
第三節、 比較法上可供參考案例：CAROLINE 公主案.....	149
第一項 德國聯邦憲法法院裁判.....	150
第二項 歐洲人權法院裁判.....	154
第三項 分析.....	159
第四節、 小結.....	161
第一項 方法上不應直接訴諸基本權衝突解決.....	161
第二項 新聞採訪、報導與業務上正當行為之關連性.....	162
第一款 報導內容必須對公益辯論有所助益	162
第二款 何謂「公共利益」？	162
第三款 誰是「公眾人物」？	164
第四款 個案分析.....	166
第三項 小結.....	168
第六章、 結論.....	171
第一節、 何謂隱私？	171

第二節、法益內涵？.....	171
第三節、抽象規範分析.....	172
第四節、具體價值判斷.....	173
參考文獻.....	①



第一章、導論

第一節、研究範圍

這是一本處理刑事實體法問題的論文，內容主軸為我國刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2。上開規範於民國八十八年制訂，歷經民國九十四年的細部調整，在整部刑法中堪稱相當「年輕」的條文。回顧當初的研議過程與立法目的，可以清楚看出是立法者為了回應當時社會上日益猖獗的偷拍問題，在輿論壓力下完成的工作。筆者認為，相較於其他源遠流長的刑法條文，這種新興的刑事制裁規範不論是在法益內涵之定性，構成要件之規定與解釋，乃至具體個案之利害權衡，仍保有相對較廣泛的思考空間。

論文標題用「妨害私人生活隱私罪」將刑法第 315 條之 1 與第 315 條之 2 兼涵其中；副標題「對私人生活與人格形塑之保障」則是說明保護法益「隱私」的具體作用。本文並未使用特殊的研究方法，若必須說有什麼稱得上是通篇文字所依循、指向的一貫脈絡，大概是試圖將怎樣也說不清楚的道理，想辦法說得更清楚一點而已。

主要的研究範圍在於對現行規範運作之實然結果，與筆者個人之應然想像的落差，在落差處流動的言說所形成某種形式的溝通。具體而言，「個人」與「非個人」、「公共」之劃分是一切問題的根源，在兩邊上永遠存在著拉扯、相互競逐的緊張關係，而隨著不同時空、不同文化呈現不同的浮動狀態，同時也決定系爭社會對於「隱私」的理解；惟「隱私」除了是一種社會結構的產物，其同時作為一種規範內容，被賦予超越既定事實的應然期待，當期待與現實相去太遠，之間留下的空白就成為產生論述的場域。

貫串全文的問題意識，來自一個答案相當視條件而定的問題：「什麼情況下人們不再擁有隱私？」

要精確地回答前揭問題，首先必須就問題本身進行定義：所謂「不再擁有」是指現實面還是規範面而言？而「隱私」在此脈絡中的具體內涵為何？設下環環相扣的種種條件，目的是為了架構一個實現對話的平台，讓高度抽象的語言有被具體理解的可能，而問題就不再是問題。

第二節、論文架構

論文整體脈絡安排如下：首先，第二章由一個很基本、但絕非不重要、而且恐怕沒有標準答案的疑惑開始，經過思考「何謂隱私？」的過程，嘗試抽繹某些作為法釋義學指引方向的基本價值，接著第三章進入法益實質內涵的討論，延續第二章鋪陳之內容，在論文的前半段完成「設定戰場」的任務。在確認法益內涵的基礎之上，論文後半段得以開展較細節性、個案性的研究，第四章是關於抽象犯罪構成要件的分析，第五章則針對具體法益權衡方法的審查。

蓋「隱私」二字承載了過多的意義與期待，其作為一種保護法益，不論基於刑法斷片性、謙抑性，或為求在解釋構成要件、權衡利害輕重時能發揮實際作用，有必要進一步限縮其指涉內涵。需要說明的是，這種限縮、具體化的過程，不可否認就是一種預設立場，但即便是預設立場，除了必須符合一定形式要求，亦即各種法學解釋方法之運用，同時也應該考慮到現實背景，特別是像本文所討論的這種新興犯罪類型，其生來的任務便是處理有別於以往的社會問題，所以在進行解釋或價值判斷時，不應過於拘泥既有的觀念成見。

第二章、何謂「隱私」？

「隱私」在當代被認為是一個至關重要、每個人都朗朗上口的價值，但即便如此，大多數的學者也不得不承認，「隱私」同時仍是一種異常滑溜、難以掌握的概念。特別是對於什麼事情被認為屬於「隱私」，必須隔絕於他人視線之外的「感覺」，似乎總是隨著不同的社會而有極大的差異，隨著時代不停變遷。¹如果「隱私」真如其擁護者所宣稱的，是一種普世人類需求、基本人權，那麼為何會出現如此令人感到困惑的分歧呢？

第一節、在社會、文化脈絡下理解「隱私」

第一項 進入法律分析之前

這問題的確對那些高唱保護隱私論調之人造成了相當的困擾。學者 Whitman 認為，其實這種困惑來自於人們討論此議題時習慣採取的方式：主張捍衛隱私權的論者，習於依賴一種被道德哲學家們稱為「直覺式」的論證方式，用一種粗糙的說法主張，人類能夠憑著直覺掌握對錯，藉由這種直覺式理解引導我們，做出關於道德、倫理的一般性決定；就像是討論隱私議題的典型文獻，會訴諸其讀者對於「破壞隱私的邪惡行為」之焦慮，然後使其讀者支持其論點。但儘管如此，不論這些作者可以為他們的讀者製造多麼嚴重的焦慮，除非這些被引發的情緒為所有人類所共享，否則這種論證就稱不上具有真正的份量。²而很明顯的，諸多證據顯示，世界上的人們對於隱私的焦慮有著相當大的差異。不需要扯得太遠，單就現代西方社會來看，便正處於一場隱私感受的衝突之中，美國與西歐國家在什麼應該被視為隱私(ought to be kept “private”)這件事就存在著明顯的齟齬。

¹ James Q. Whitman, *The Two Western Culture of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151, at 1153 (2004).

² *Id.* at 1154-1155.

至少在法律的層面上，關於隱私被侵犯這件事的恐懼，並不存在一種普遍、全體人類所共有的感覺。在這裡我們所擁有的是一種**更複雜的東西**。因此在宣揚關於保護隱私的普世規範之前，應該先致力於思考，在不同的社會中，其文化、歷史發展是如何潛移默化地去影響、形塑人民對於「隱私被侵害」的感受，³如此方能正確公允地解釋、或比較不同的法制對於「隱私」所做的不同規範。類似的看法，耶魯大學法學教授 Rubenfeld 在一篇短文〈The Right of Privacy and the Right to Be Treated as an Object〉中，針對研究隱私議題的法學方法，開宗明義地指出，若我們要知道今日的「隱私」究竟變成什麼樣子，必須自法律分析抽身而出，先去問：在我們的社會和文化（這裡包括法律文化）中，是什麼主導這些發展。⁴

第二項 「隱私」在當代受到的威脅——以美國社會為例

Rubenfeld 以美國為例，指出社會在處理公共議題與隱私議題之間所存在的衝突，並分析這種衝突如何對人們的隱私造成危害。首先 Rubenfeld 認為在美國社會中，長期以來存在一種令人感到窒息的矛盾——在公共領域信奉清教徒式的禁慾主義⁵，而同時對於私人領域則採取自由主義——而如此造成的結果是對於隱私的危害。何故在這種矛盾下，就算法律學者與社會改革者為了保護隱私做了再多的努力也都只是枉然。至於法律系統呢？法律系統非但沒有抵抗此一矛盾，反而是張開雙臂擁抱這種對隱私的危害。⁶在這樣的狀況下，如果仍期待人們的

³ *Id.* at 1160.

⁴ Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy and the Right to Be Treated as an Object*, 89 GEO. L.J. 2099, at 2099 (2001).

⁵ 這裡 Rubenfeld 舉了一個例子，在美國社會中如果一位從政者被揭發出他有不正常的性癖好或是猥褻行為，那幾乎等於是宣告其政治生涯的終結。

⁶ 一個鮮明的例子像是美國聯邦最高法院在 *Stanly v. Georgia* 案中所表示的見解：判決認為，美國人民有權在其自家中擁有猥褻物品，但是同時也會因為購買或是從網路上下載猥褻內容而被捕入獄，即便他們只為了在自己家裡面使用這些物品。簡單地說，人民會因

隱私是「神聖不可侵犯的」，Rubenfeld 說得很明白，是一件愚蠢的事情。⁷

除此之外，另一個存在於公眾與私人之間的矛盾在於，在今天的公共生活中有一項正在形成、逐漸佔據當代社會核心位置的新興權利，亦即：「被客觀對待的權利」(right to be treated as an object)⁸，舉例來說，在工作場合中人們要求雇主必須無視於他們的種族、性別、宗教、性傾向……等特質，不能以這些特質作為不同待遇的考量，必須像是這些特質、差異全都不存在似地進行人際互動。但若仔細想想上面所列那些特質——那些被認為不應被注意的特質——不正是組成我們作為一個人(make us the persons)的重要因素嗎？若剝去了這些特質，在雇主的眼中的員工跟機器有什麼差別？主張「被客觀對待的權利」的結果就人們變成「客體」。事實上，這種對於「客體化」(objectification)的偏愛已經支配了我們的公共生活。簡言之：人們只有在隱私處才是主體，在公眾中則是客體(We are Subject in private, but objects in public.)⁹

關於「被客觀地對待」的討論，讓人直覺地聯想到問題出在反歧視法(against discrimination law)，但其實在這裡真正應該要關心的是，**法律和社會這兩個系統如何互動**的問題。這些年來人們為了對抗歧視發動一場十字軍東征，主張每個人都有權被像是一個人、一個主體來被對待，但戰役的結局卻和當初所想像的截然不同，就像前面說的，人們反而被當作物一樣對待。人們最初在公共領域中要求的「被客觀公平地對待」被過度擴張，已經壓迫到私人生活；私人生活無法完全

為取得他們有權擁有的物品被追訴。

⁷ Rubenfeld, *supra* note 4, at 2100. 相反地，置身此種系統下，只能去期待人們還可能會去行使他們被賦予「在家裡觀賞淫猥刊物的權利」，這同時也被期待的是警察會想辦法窺探人民的住宅或電腦以了解他們是如何取得這些物品

⁸ 「Right to be treated as an Object」按照字面上的翻譯是：「被當作客體對待的權利」，帶有貶義；但因為在不同的文脈中所指涉的意義並不盡相同，因此在這裡意譯為「被客觀對待的權利」，表達不涉及評價（非貶義）的概念。

⁹ See: Rubenfeld, *supra* note 4, at 2100.

吸收關於我們的主體性、人格的全部(our private lives cannot absorb all of our subjectivity, the whole of our personhood)，因此，主體性會一再逸脫出其閉鎖場域而流散到公共領域中（不論以職場的性關係、企業董事間充滿種族歧視的評論、或是校園中的冷血殘殺等種種不同形式），然後警察、法院、媒體就能理直氣壯宣稱他們只不過在執行其任務，以法律、道德或商業需求之名，長驅直入地侵犯人們的隱私。¹⁰

今天我們面臨一個重要的問題：當一個人身在公眾場所時，能否對於「隱私」有所期待？在當代社會系統，答案似乎是「不可能」！美國法學教授 Andrew Jay McClurg 曾經公開呼籲，應該對於公眾場所中的隱私侵犯行為，思考要如何課與應有的法律責任，他說：「當代的隱私法在侵權行為領域中給我們所上的一課是，**如果你期待法律保障你的隱私，你就應該待在家中、並且把窗簾全都拉上。**侵權行為法頑強地堅守一個原則，就是在公眾場所中隱私權不可能受到侵害，或者是說，從公眾場所不可能侵犯到隱私權。」¹¹對於這種公領域日漸「透明化」，乃至連私領域都無法倖免的社會現象，法律系統應該要採取怎樣的應對方式？這也是本文主要打算處理問題之一。

¹⁰ Rubenfeld, *supra* note 4, at 2101.

¹¹ “one lesson of modern privacy law in the tort arena is that if you expect legal protection for your privacy, you should stay inside your house with the blinds closed. Tort laws clings stubbornly to the principle that privacy cannot be invaded in or from a public place.” See: Andrew Jay McClurg, *Bringing privacy law out of the closet: a tort theory of liability for intrusions in public places*, 73 N.C. L. Rev. 989, 990 (1995). 普通法在隱私侵權認定上的這種堅持向來備受質疑，如美國「侵權行為法第二次新編」的起草者很久以前就對此問題寫下如此的評論：「就算是在公眾場所，還是有些事情是原告並不想展示給大眾看的，像是他的內衣褲、或是他沒穿內衣褲。而這些事情被侵入時，他的隱私權還是被侵犯了。」請參閱：Clay Calvert 著，林惠琪、陳雅汝譯（2003），《偷窺狂的國家》，頁 260、261，台北：商周。

第二節、不同文化的法律系統處理「隱私」議題之比較

回到本章一開始所提出的問題，在進行「隱私」議題的法學討論時，除了要著眼於社會文化脈絡外，還必須由比較法的研究取徑，幫助我們釐清掌握「隱私」那高度流動、不確定的概念範圍，如此在回應個別的問題時，也才不會昧於一種見樹不見林的狹隘偏見。以下部份的討論，筆者以 Whitman 教授於 2004 年發表於《耶魯法學評論》的一篇文章〈*The Two Western Culture of Privacy: Dignity Versus Liberty*〉作為主軸，介紹歐陸和美洲兩地，長久以來社會及法律系統看待「隱私」這件事情的不同態度，並對這些現象背後深植的歷史經驗或基本價值進行分析。

在大西洋兩邊對於隱私的不同看法，可以舉個生活化的例子，譬如說歐洲人覺得美國人有一種令人感到難為情的習慣，就是公開地談論薪水。在餐桌上美國主人習慣跟客人聊關於收入、所得的話題，這件事在歐洲是難以想像，對歐洲人而言，在公開場所談薪水，誇張點的說法就跟公開地大便沒有兩樣。但這種因為文化差異所生的不解必然是相對的，就像是如果說歐洲人會認為美國人總是很沒教養地談論著自己，同樣地，美國人也會對於歐洲人為什麼不肯好好地穿著他們的衣服感到不解（特別是當涉及生殖器官的裸露時）。一位歐洲的女性觀光客，在美國的海灘上舒服地脫去上半身所有的衣服做著日光浴的行為，可能會讓她因此被追訴甚至吃上牢飯。¹²在這裡我們可以輕易地找到一系列的差異對照，而且不僅僅是關於日常生活的習慣而已，也包括了許多法律層次上的問題。以下簡要說明之：

¹² Whitman, *supra* note 1, at 1155-1158.

第一項 歐陸：以「個人形象、人格發展」為保護核心，對抗

來自媒體和市場的威脅

要精準地理解歐陸的社會理念，最好的方法莫過於追溯其悠久的歷史發展：從十九世紀那個決鬥的世界開始，穿越納粹籠罩的陰影，再進入當代的形貌。

Whitman 認為，歐陸的法官向來試圖將「隱私」理解為「**個人榮譽**」的一個側面；歐陸思想始終認為，隱私作為一種需要被保護的重要價值，最主要的威脅來自：「出版自由」（言論自由）以及「市場自由」的濫用(excesses)。¹³

在法國，即便是對於「自由」抱持堅定不移信念的觀察者，談到「出版自由」(freedom of the press)仍不免感到一絲緊張。也因為如此，法國法在保障出版自由的同時，設下但書保護「**私人生活**」(private life)，將「私人生活」視為個人榮譽不可分割的必要成分，禁止「關於對私人生活的誹謗或侮辱」(calumnies and insults relative to private life)。¹⁴

研究法制史的學者觀察到，在 1820 到 1840 這段期間，雖然當時的法律對於私人生活是保持沈默的；但如果以為法律缺席就等同於對此的不設防那就錯了。在這段期間中，個人的私人生活如同前面所說的，被當作是關於個人榮譽——在當時被看得比性命還重要——的事情。當時的法國，一個人捍衛其榮譽的方式，最早是透過「決鬥」來解決，一直到了十九世紀中因為決鬥的過於氾濫，論者始將目光轉向法律，交由法院裁決。透過一連串社會矚目案件所累積的判決，漸漸確立了隱私權這個概念。按法國法的理解，隱私的核心是：**關於「個人形象」的權利**，這種權利和財產權的性質截然不同、且存在天生的緊張關係。¹⁵

¹³ Whitman, *supra* note 1, at 1171.

¹⁴ Whitman, *supra* note 1, at 1172.

¹⁵ Whitman, *supra* note 1, at 1174, 1178.

1867 年有一件著名的案件，當時一位公眾人物 Alexandre Dumas 被攝影師（用今天的話來說就是「狗仔隊」）拍到與情婦的不雅照（兩人身上僅穿著內衣，擺著煽情的姿勢）。而且偷拍到這些照片的攝影師，向有關當局提出了註冊這些照片之版權的申請，就此當局的回應是：禁止攝影師公開展示 Miss Menken（即 Dumas 的情婦）僅穿著內衣的照片；但就其他的照片，則肯認攝影師的版權，並保障其自由運用的權利。接著該攝影師就把這些照片賣給出版社大量流傳，引發一場喧騰一時的醜聞。Dumas 在家族的壓力下向法院提出控訴，但問題來了，其主張異議的權利基礎為何？

就像是前面說明的，本案中攝影師對於系爭照片的版權（財產權）已被確認，而且按照當時的觀念，財產權的地位是非常崇高的；儘管如此，仍有一些大膽、創新的法學思想者試圖挑戰財產權的神聖性，本案承審法院恰好就想要這麼做。在這件案子法院思考的是，既然 Dumas 沒有財產權，但有沒有其他的權利可以主張呢？在這樣的思考脈絡下，巴黎上訴法院(the Paris appeals court)的回應是：有的，那就是「隱私權」(right to privacy)。本案判決中，法院引用了 Royer-Collard 在 1819 年所寫下的一段著名的句子：「即便一個人對於公開令其難堪的照片做了默示的同意(tacitly consented)，這個人還是保有撤回其同意的權利……應該要提醒那些忘記要關心他自身尊嚴的人們，『私人生活』被保護，除了出於個人利益，與道德公益亦密切相關。(private life must be walled off in the interest of individuals, and often in the interest of good morals as well.)」¹⁶

1888 年（對此時間點 Whitman 特別強調，是比 Warren 和 Brandies 於哈佛法學評論上發表〈隱私的權利〉這篇鉅著還要早了兩年）法國一位著名法哲學學者 Beaussire 對隱私權在法國的法制發展進行統整，指出正確理解隱私權的脈絡是：對於隱私的侵犯一點也不亞於洩漏他人不名譽的秘密，同樣會摧毀一個受人尊敬

¹⁶ Whitman, *supra* note 1, at 1175-1176.

之人的榮譽。而私人的榮譽，不論其來源是正當或不正當，都受到相同的保障；透過公開揭露（其私事）來摧毀他人榮譽的行為就是違反法律。到十九世紀末，在法國幾乎已經沒有人會去質疑，保護榮譽的(honorable)隱私之重要性。¹⁷

在德國，隱私權法制的建立和納粹留下的痛苦經驗有關。對於隱私的保障被視為是「人格」(personality)保護的一部份。「人格」是一個具濃厚德國哲學色彩的概念，且在德國的法律文化中扮演關鍵性的角色；要精確地了解何謂「人格」，就必須去追溯整部德國思想史，乃至上探到神學層次尋求解答。用一種不太精確的說法，或許可以將「人格」理解成一種「自由」，但不同於在美國主張「自由」往往是為了對抗暴政和極權統治，在德國談到「自由」則是相對於「決定論」(determinism)而言。保障「自由」，或者說保障「人格」之目的是：讓每個人能夠實現其作為一個體所具有的潛能。在德國人的觀念中，「隱私」是「自由地自我實現」這件事的一部份。從 1949 年制訂的德國基本法第 2 條，可以看到德國對人格保障傳統的具體實現，其規定：「在不侵犯他人權利之範圍內，人民有權自由地發展其人格。(every person has the right to free development of his personality, insofar as he dose not injure the rights of others.)」這是一個德國式自由理念之有力重申，並在基本法施行後的幾年內，基本法第二條也的確成為德國對於隱私廣泛保障的重要基礎。¹⁸

總結而言，歐陸的隱私權保障，其核心是關於榮譽、以及個人尊嚴的權利，

¹⁷ Whitman, *supra* note 1, at 1179-1180.

¹⁸ Whitman, *supra* note 1, at 1180-1182, 1189. 另外，德國基本法第 2 條第 1 項「人格自由發展」(freie Entfaltung der Persönlichkeit)所衍生之「一般人格權」(die allgemeine Persönlichkeit)，一般認為，乃是肯定個人得請求國家或一般人尊重其尊嚴與人格自由發展的權利。據此，個人得以對抗公眾或他人對其個人私生活的侵害。德國法上一般人格權所保障的「自我決定權」(Recht der Selbstbestimmung)範圍，包含了個人得自己決定如何與他人或公眾相處，以及如何依據自我之表達呈現自己。相關說明參閱：陳耀祥（2002），〈論廣播電視中犯罪事實之報導與人格權保障之衝突〉，翁岳生教授祝壽論文集編輯委員彙編，《翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集：當代公法新論（下）》，頁 133，台北：元照。

是對於個人形象、姓名、名譽、資訊自決的保障——這些全都和同一個基本權利有緊密的連結：**掌握你的公共形象的權利**，確保人們看見的是「**你想要被他們看到的樣子**」之權利，同時也是對抗違反意願的公開揭露的權利。按歐陸的經驗，對於人們的隱私而言，最主要的敵人是那些令人厭惡、散播我們個人資訊、破壞公共尊嚴的媒體。¹⁹

第二項 美國：「家」是每個人民的城堡，抵禦國家的監視

相較於歐陸那種對於「個人尊嚴保障」幾個世代以來的關懷，在美國隱私權議題主要是指向自由的價值，尤其保證**個人身處於自己的家裡**，用以對抗國家、**免於政府侵擾的自由**。美國對於隱私被媒體侵犯的焦慮不像歐洲大陸那麼強烈，相對地，美國人對於在家中保有一種神聖的隱私的欲求才是更迫切的。如同前面提及的，種種存在於大西洋兩岸的差異，究其根源其實是在於人們對於「隱私被侵犯」這件事的有不同感受。在舊世界，不要在公眾前丟臉是很基本的重點；而新大陸的住民們更在乎的是維持「**家作為個人主權的城堡**」。

自概念發展演進史觀之，美國法上隱私權最早、最古典的內涵，是透過憲法增修條文第4條，關於「非法搜索扣押之禁止」規定所表彰的人身自由與財產權部分；接著則是關於婚姻生活、性生活、避孕、墮胎等自由，同時也是至後階段才確立隱私權在憲法層次上的獨立地位。²⁰²¹美國學者們似乎大多也都贊同憲法

¹⁹ Whitman, *supra* note 1, at 1161.

²⁰ 林建中（1999），《隱私權概念之再思考—關於概念範圍、定義及權利形成方法》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁44。並指出：「接著由墮胎自由中所開展出隱私之『自治』（autonomy）面向意涵，使其範圍擴張至生活計畫、型態、內容之決定自由，逐步甚擴及到藥物使用、性偏好、乃至終結生活—亦即自殺—之決定自由……」

²¹ 在普通法(Common Law)的傳統中，隱私權原初係指私有財產所有權人免於他人入侵自家土地、及免於個人私生活被揭露的自由。早先聯邦最高法院相關判決，援引憲法增修條文第4條作為隱私權保護之依據，之後逐漸再引進憲法上「正當法律程序」、「平等原則」，將隱私權之概念範圍界定為**個人從事高度私人性質事務之權利**。請參閱：周悅儀（1993），

增修條文第 4 條（也有譯為「憲法第四修正案」）是探討隱私議題時很好的起點，因為「隱私」這個字雖並未出現在美國憲法中，但憲法增修條文第 4 條明文規定，人民有免於不合理搜索、拘捕與扣押的權利，**保護人民隱私在最低限度上，至少不受政府公權力干涉**，一直以來被視為美國法上直接提供個人隱私保障的依據。而且這部份的核心問題，正是我們在討論隱私權時如影隨形的疑問：「如何界定（隱私）範圍，才是合理？」²²從這樣的理論開展脈絡來看，某種程度上、相對於歐陸而言，在美國談論到「隱私」這件事情，不論是社會大眾或是法學領域的專業人士，在他們的腦中直覺要對抗的是政府這位老大哥所伸出的黑手，自然地從限制國家權力的角度出發，思考如何保障個人的隱私。但現實問題是，一方面在要求國家不要干涉的同時，也無法否認的是在現實上人口增加、資源相對欠缺的當代，由政府介入管制、提供人民生活基礎設施已是必然趨勢。簡言之，即使人們不喜歡老大哥，卻無法全面拒絕國家權力擴張。在這樣的掙扎下，「法不入家門」似乎成為兩相權衡後，國家權力作用範圍可以接受的結果。也因此，在劃定所謂合理的隱私範圍時，家門就成為一道明確的界限。

就以看待「公開裸露」這件事的態度為例，這議題能夠清楚地凸顯兩種不同文化間的差異。對於歐洲人而言，保護隱私的重點在於「控制公共形象」的權利，因此包括選擇驕傲地展露自己的裸體；但對於美國人來說，所謂隱私是指每個人在自己家裡面的主權，一個人脫掉了自己的衣服，就像是走出城堡的防禦工事的

《美國保護隱私權法制之研究》，法務部法律事務司八十二年度研究發展報告，頁 4。

²² 愛倫·艾德曼、卡洛琳·甘迺迪著，吳懿婷譯（2001），《隱私的權利》，導論 XVII，台北：商周。本書第 17 頁提到：「儘管隱私權這個詞彙沒有在憲法第四修正案中出現（也沒有在憲法其他任何部分被提及），聯邦最高法院已經將此條文解釋為保護個人「對隱私的合理期待」（reasonable expectation of privacy）的條款。……憲法第四修正案之起草目的即在於限制警察的權力。」 See generally Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890), Louis Nizer, *The Right of Privacy: A Half Century's Developments*, 39 MICH. L. REV. 526 (1940).

保護一樣，這些人被認為已經放棄，已經不具備所謂「合理隱私期待」。²³換句話說，在美國，如果一個人在公開場合脫掉自己的衣服，那麼他的身體便不屬於「隱私」，因為他對於自己的裸體主觀上沒有「隱私期待」，就算有，在客觀上也「不合理」。

第三項 整理分析

在介紹過一系列美國與歐洲之「隱私」法制所存在的差異後，Whitman 回頭提醒我們，若有人認為這些差異是「絕對」的話，就大錯特錯了。實際上比較法所要研究的對象正是那些「相對的」差異，針對「隱私」議題進行比較法研究時，應該關注的也是那些相對，或是說具有「相關性」的差異。

不只是「隱私」，許多事情歐洲與美國的作法或許最終會得出相同的結論，但儘管如此，他們的起點，他們對於何謂「正義的社會」的理解是不一樣的。Whitman 用一個宇宙論的隱喻，他說：「存在於美國的隱私法制是被『自由』這股引力所拉扯、運行的星體；而歐洲法律則是圍繞著名為『尊嚴』的太陽在公轉的星體。兩者的軌跡也許或多或少會接近，但始終是不同的方向。」²⁴在「隱私」這個議題上，歐陸關心的是個人的尊嚴，其最主要的威脅來自於大眾媒體；美國所在意的則是自由，最大的敵人是政府。然而在大西洋的兩岸，不論「尊嚴」或「自由」，這些價值都是來自於深植於社會、歷史中的政治理念。

社會政治理念間的差異並非絕對，不僅如此，這兩種不同的隱私保障之間，也沒有任何邏輯上的矛盾。我們可以毫不遲疑地說，「隱私」同時對抗來自政府和非政府的資訊蒐集者；我們能夠宣稱隱私既保障我們的自我實現，也禁絕政府濫權的調查、管制。學者想要傳達給我們最重要的一件事情是：隱私的法制既非

²³ Whitman, *supra* note 1, at 1162.

²⁴ Whitman, *supra* note 1, at 1163.

邏輯的產物，也不是以當代所有社會所共享的「經驗」、「欲求」為內容。隱私的法制是一種在地的焦慮以及在地的社會理念之產物。²⁵也正因為是如此，就像我們沒有辦法要求兩個不同的人對於某件事要有相同的焦慮，我們也不應該試圖去評斷不同地方的隱私法制間究竟孰優孰劣。隱私的比較法研究應該完成的任務是：確認各個社會在處理隱私問題時所關注的「基本價值」為何。²⁶對此，Whitman 提出的答案是：「自由」與「尊嚴」。

第三節、「隱私」所連結的價值：「自由」與「尊嚴」

美國學者 Jeffery Rosen 在其著作《The Unwanted Gaze》²⁷中，也論及三種與隱私密切相關的概念，分別是：「認識的形成」(creation of knowledge)；「尊嚴」(dignity)；以及「自由」(freedom)。之後學者 Robert Post 在一場研討會中，以這三種概念為主軸，發表了一篇名為〈Three Concept of Privacy〉的文章，試圖去分析這三種不同的概念與隱私之間的關係。Post 認為：「認識的形成」不應該與隱私扯上關係；「自由」應該被當作要求限縮「政府管制」之論據；至於「尊嚴」，此概念對於我們理解何謂隱私至關重要，同時必須特別要注意「尊嚴」與其存在的特定社會結構之間的關係。²⁸

第一項 具重要規範意義之期待的破裂

Rosen 主張隱私的核心價值在於保護人們免於被錯誤地定義，免於在一個「資訊」和「知識」常常被混淆的狀況下被斷章取義地評價 (from being misdefined

²⁵ “Privacy law is not the product of logic. But neither is it the product of “experience” or of supposed “felt necessities” that are shared in all modern societies. It is the product of local social anxieties and local ideals.” Whitman, *supra* note 1, at 1219.

²⁶ Whitman, *supra* note 1, at 1220.

²⁷ Jeffery Rosen, *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America* (2000).

²⁸ Robert C. Post, *Three Concept of Privacy*, 89 GEO. L.J., 2087 (2001).

and judged out of context...., in a world in which information can easily be confused with knowledge.)。其強調，公眾的表面認知並非真正的認知，因為人是複雜的，要正確了解一個人需要透過長久的相處，公眾片斷的評論只會帶給被評價者莫大的痛苦。²⁹「隱私」的作用就在於對抗「認知形成上的錯誤」，讓某些缺乏特定環境便無法被公平理解的資訊類型免於被恣意地公開揭露。

上開說法被質疑：「與隱私何干？」今天不管是否涉及隱私，一個人被誤解的時候不都一樣會感受到痛苦嗎？在討論「認知的形成」，應該先分清楚兩件事的不同：究竟隱私的作用，重點在於讓接收資訊的人不致產生錯誤認知？還是對於那些成為片斷資訊的主角之人的保護？

Rosen 似乎認為兩者皆然。首先他舉了訴訟法上的證據排除法則當作例子，說明之所以不讓陪審團接觸特定的證據，是爲了防止陪審團被和審判不相關、或是不應考量的事情所誤導（因為人們總是愛聽八卦）；同理，透過隱私的作用，也能夠讓公眾在進行公共事務討論時不會模糊焦點。

但就此 Post 正確地指出，今天就算不是屬於私密、八卦、色情的資訊一樣可能會造成公眾的誤解，反之，帶有淫穢內容的訊息也同時可能屬於公共領域的事務。公眾是否可能因為接收到特定資訊而被誤導，關鍵應在於該資訊「被考慮的目的」(the purpose for which the information is required)，及是否被合乎目的地使用，而這些與該資訊性質是屬於公開或不應公開並無一致的關係。（證據排除法則的運用也是相同的道理，法官在決定一項證物是否被排除時，所考量的不僅是證物性質屬公開或非公開，更重要的是該證物的使用是否會造成本案不必要的誤解。）³⁰

如果說隱私的作用不在於防止接收資訊之人產生不正確的認知，那或許真正

²⁹ Rosen, *supra* note 27, at 8-10. 轉引自 Post, *supra* note 28, at 2088.

³⁰ Post, *supra* note 28, at 2089.

要關切的是：保護人們免於被不當地呈現(misrepresentation)。Rosen 在書中一再提醒讀者保留隱私空間對於個人的重要性，強調個人不應該在鏡頭前、螢光幕上被大眾用一種斷章取義的方式來品頭論足，其堅持：「所有的美國人都應被視為是自我定義的個體，而非性別成見或普羅化的囚犯。(All Americans are entitled to be regarded as self-defining individuals rather than as prisoners of sexual stereotypes and generalizations.)」³¹

的確，一切的公共認知都不免涉及成見或普羅化的事物，而所有公共認知中的主體都有被不當呈現的危險。這是一個重要的問題，但同樣的質疑再度出現：這和隱私的緊密關連在哪？一種可能的答案是：建立在隱私資訊上的偏見，比起來自公開資訊的成見，對人們造成的傷害更嚴重。但 Post 認為，被誤解所帶來的痛苦，不應也無法區分發生在公共和在私人領域有什麼不同。反之，隱私資訊和公共形象某種程度上是脫不了關係的，我們無法去測試一個人究竟是比較在意他的隱私還是公開形象。但對於個人而言，其關心的「隱私」究竟意謂著什麼？或許可以試想，如果我的朋友將我的私下談話公開散佈於眾，姑且不論那些談話內容的性質為何，可以想像的是我都會因此而感到痛苦。這裡的痛苦並非來自被「不公平、斷章取義地定義」，而是在於「被背叛」，這是兩件完全不同的事情。被背叛所造成的損害是來自於信賴的破壞。類似的被侵犯的感覺，另外可能發生在我們與朋友間的談話，被第三人竊聽的時候。在這裡與其執著於把隱私的概念和公共認知的潛在錯誤糾結在一塊，更有實益的思考方向應該是去找出「隱私」和這一類侵犯行為所造成的「損害」之間的關連性。這種損害可導源至「具重要規範意義之期待的破裂」(the rupture of significant normative expectations)，包括「朋友間對於保密的默契」或「不會有第三人紀錄並公開兩人間對話的假設」，

³¹ Rosen, *supra* note 27, at 223. 轉引自 Post, *supra* note 28, at 2090.

都可能屬於這種期待的內容。³²

第二項 「尊嚴」

從前面的討論中，我們可以先初步排除「認識的形成」與隱私之間的關連性，並且進一步地推導出，或許可以將隱私設想為一種「社會約定俗成的共同期待」(identifying socially sanctioned expectations)，深植於「人與人間應該互相尊重」的社會規範之中。對於隱私的侵犯會構成對於個人內在尊嚴的攻擊。

這裡必須注意的是「尊嚴」和「自主權」兩者的差別。所謂「自主」所指涉的是人們自我實現、藉此定義自我的能力；相對地，「尊嚴」所指涉的則是我們覺得自己是受人尊敬的感受。³³有別於自主，「尊嚴」需依賴於社會規範，透過社會規範架構出人與人之間互相尊重的行為模式。如果要將「隱私」與「尊嚴」這兩個概念等量齊觀，必須是奠基於「人們將彼此視為同一社群成員，互相尊重」的社會前提上。這種理解（隱私）的方式，先假設了每個成員都鑲嵌於社會之中（簡言之，被「社會化」），其自我認同、價值，與社會規範運作息息相關，因此對於「隱私」這種「社會中共同期待的行為規範」的破壞，造成社會成員「內在的傷害」。換句話說，當我們將隱私理解為一種尊嚴形式的同時，也假設了一種特別的社會結構，在那種社會中的人們都臣服於共同的規範，而由這些規範統御

³² Post, *supra* note 28, at 2091-2092.

³³ Post, *supra* note 28, at 2092. “offens against individual dignity differ from offenses against individual autonomy. Autonomy refers to the ability of persons to create their own identity and in this way to define themselves. Dignity, by contrast, refers to our sense of ourselves as commanding respect.”在今日的法律系統中，在許多個別的法領域中都可以發現關於「自主」和「尊嚴」這兩種概念的對照。Post 文中舉了生物科技倫理領域為例，指出在「人性尊嚴」此上位概念之下，法國法拒絕承認個人有權任意地處分其身體；反之在美國法的傳統中認為自主的價值甚至高於與生俱來、不可剝奪的尊嚴，並從中推導出對於人體不論是在商業活動或是科學研究上的廣泛空間。

他們的人際互動形式。³⁴

第三項 「自由」

除了尊嚴之外，Rosen 在他的書中也提到了「開放的自由」與隱私概念之間的關係，他說：「為了讓『好的生命』(good life)的各種不同看法能夠正常地溝通，為了將人民從因為自身差異而不斷承受的評價負擔中解放，隱私保障一塊空間。我們應該為隱私保留一塊空間，使那些不同的觀點能夠保持活躍，讓身處在公民社會中的每一個人都不會屈服於公眾檢查(public scrutiny)之下。」³⁵

在理論上將隱私當作自由的概念(the concept of privacy as freedom)，和尊嚴作為隱私的概念是幾乎完全顛倒的。「隱私作為一種自由」(Privacy as freedom)其重視「差異」遠勝於人與人的相互關係，其對於人類形象的想像是自主且自我定義的，並非透過普遍的社會化而共享、遵循同一規範。這種把社會規範加諸的強制拋諸腦後，強調個人自決的「自由」，當代的論者轉而傾向用一種政治性的理解來詮釋，將「隱私作為一種自由」所要對抗的不自由，從原先的社會普遍性規範，轉向為國家、政府的種種管制措施。這種古典式自由理念，可從美國聯邦最高法院在關於墮胎自主權的案例中所承認的「隱私的權利」(right to privacy)可看出端倪。³⁶

³⁴ Post, *supra* note 28, at 2093-2094. 在這裡的「具重要規範意義的期待」、「社會的共同期待」，與常見的「合理隱私期待」概念不盡相同。不精確地來說，雖然司法判決對「合理隱私期待」表示的見解，無疑地會影響執法機關的活動，然後再透過執法機關的活動反饋到關於隱私的社會規範之中；但這裡要強調的是，社會規範不會完全只是法律活動的產物。至於「合理隱私期待」此一概念，本文後續還有詳細具體的討論。

³⁵ Rosen, *supra* note 27, at 223. 轉引自 Post, *supra* note 28, at 2094.

³⁶ Post, *supra* note 28, at 2095-2096.

第四項 從自我人格型塑過程，整合不同的隱私內涵

第一款 「尊嚴」或「自由」皆非全貌

整理前面的抽象討論，會發現不論是「尊嚴」或「自由」，單一的抽象概念都無法完全地應用、投射在真實世界的社會狀況中，無法填充隱私的內涵。真實情況是：「人」不可能外於社會而存在，但也不可能將社會規範全然一致地內化為自我價值。就像是生活在同一個社會中的不同成員，會因為所處位置的不同，而影響其對於「尊重」這件事的看法。對於一位醫生來說，「尊重」病人的方式是想辦法幫他把病治好，但對於病人來說並不是只有這樣，可能除了痊癒之外還包括了在治療過程中，能夠從醫生處得到充分的病情說明，以及對於自己疾病的治療方式有完整的決定權。

第二款 符號互動論（建構主義）提出的「人格」概念

一個活在真實世界的人，必須同時透過既獨立又依賴於社會來養成其人格。對此，符號互動論學者 Mead 所提出的洞見具有很大的參考價值，Mead 將大家一直以來慣稱的「我」再進一步地區分為**主格的我**（「I」）和**賓格的我**（「Me」）。按照其定義，賓格的「我」是個體社會化後所結構的產物³⁷，然而人不會是完全

³⁷ 這是符號互動論學派最重要的論點之一，該學派創始者 Mead 認為人是透過符號，特別是「語言」的互動與其他人產生關聯，並在這過程中形成「自我」。Mead 舉了兒童玩遊戲的例子來告訴我們，在遊戲中孩子除了扮演自己的角色之外，同時也必須瞭解其他人的角色以及「其他人對自己角色的期待」，才能順利地完成遊戲。在這過程中兒童產生了「有組織的人格」(organized personality)，就兒童確實接受他人的態度，並經由參照共同目標讓他人的態度決定他（指兒童）要做的事情而言，他正式成為社會的一個有機成員(organic member)，正式接受社會的道德並成為社會的一個本質上的成員。一般的人格構成也是相同的道理。Mead 表示：「人之所以是一種人格，是因為他屬於一個共同體，因為他將該共同體的制度帶入他的行為。他接受他藉以獲得他的人格的共同語言，然後通過扮演所有他人

的「機構化個體」(institutionalized individual)，人總是能夠保有一種與生俱來、不可抹殺的潛力，可以去改變、或是超越他們自己被社會所賦予的面貌，Mead 用這種潛力來定義主格的「我」。³⁸「I」是自發、不可測、沒有固定樣貌的，而「Me」則是結構化、相對靜態的。Mead 把「Me」與社會控制，「I」和自我表見連結在一起，將兩者都視為個人「本質」所不可或缺、基礎性的面向，兩種不同的面向都是形塑自我必經的社會過程。

如果把上面這套 Mead 分析自我人格形塑過程的理論，套用到對於「隱私」內涵的理解中，便能夠解釋「尊嚴」和「自由」這兩種概念為何既是互相衝突、卻又同時存在於隱私的內涵中。「隱私作為一種尊嚴」保護的對象是「Me」——個體的社會面貌；而「隱私作為一種自由」保障的對象則是「I」——個人自發、獨立且特殊的個別面貌。這兩者在公民社會中都是不可或缺。

觀諸國內文獻，發現多數關於「隱私權」議題的討論，不論是在憲法、刑法層次、或其他特別法（例如通訊保障監察法或電腦處理個人資料保護法）之中，對於何以保護個人隱私（或資訊）會與人格形成、人格之自由開展產生密切關連一事，並未見深入審究。有學者便指出，造成此困境的原因可能在於對「人格是如何形成」的一種特定的描述性理解，更直接地說，是因為我們採取一種「本質主義」而非「建構主義」的立場，將人格之形成想像為一場依據個人自主選定的劇本而行之戲碼。³⁹而這種過於偏重「本質主義」的理解方式，將人格全然視為

提供的不同角色的過程，他逐漸獲得了共同體成員的態度。某種意義上，這就是一個人的人格結構。」請參閱：米德著，胡榮、王小章譯（1995），《心靈、自我與社會》，頁 154、160、162，台北：桂冠。

³⁸ Mead: The “I” is the response of the organism to the attitudes of the others; the “me” is the organized set of attitudes of others which one himself assumes. The attitudes of the others constitute the organized “me”, and then one reacts toward that as “I”. Post, *supra* note 28, at 2095.

³⁹ 邱文聰（2009），〈從資訊自決與資訊隱私的概念區分—評「電腦處理個人資料保護法修正草案」的結構性問題〉，《月旦法學雜誌》第 168 期，頁 176。該文從探討以德國法為

自主、自定義之結果，即忽略這在此過程中來自社會、文化等外在因素之壓力與影響。

而相對於本質主義立場的人格理解，「**建構主義**」則強調不容忽視「**知識／權力**」對人格之生產形塑作用：其同時提供了自我認識與自我批判的**基準**。認識這點後，保障人格形成及自由開展的隱私權，其內涵不在於指控此生產形塑過程並要求賦予個人消極的抵抗權，而是積極地要求「**知識／權力**」的生產，必須在人格形成的內在領域中保留一種開放而非僵化的自我認識基準。⁴⁰

第四節、隱私權作為一種人格權

經過上開基礎理論鋪陳，應可更清楚地掌握「**隱私**」與「**人格形成**」之間的密切連結，特別是在符號互動論，或所謂「**建構主義**」的理解脈絡下，強調隱私權保障積極維護一個供人格內在形成的彈性空間之意義。而在規範層面上，如何落實如此的價值？對此本節內容旨在介紹歐洲人權公約第 8 條內容及學者相關評述，作為比較法研究的參考，此外並整理我國釋憲實務對於「**隱私權作為一種人格權**」的討論。

典型的「**資訊自決權**」與美國法之「**資訊隱私權**」兩者所指是否同一的問題意識出發，認為資訊「**自決**」與資訊「**隱私**」雖有不同的價值內涵，但同受法律保護。而其中關鍵性的差異在與個人「**人格**」形塑之間有無關連性可言。邱文聰教授指出，保護個人資訊之用意在於透過對資訊流通的管制，賦予個人對於與自身相關之資訊，能擁有決定在何種範圍內、何時、向何人、以何種方式揭露或處分使用之自主權，亦即「**資訊自決權**」。而資訊自決權雖重在個人資訊的自主控制可能性，但對於資訊與個人間所存之關聯究竟對「**人格**」有何意義，並非其關切之重點。而延續這樣的理解，學者進一步提出其質疑：難道資訊「**隱私**」還包涵了其他有別於資訊「**自決**」所指涉的價值內涵？其認為，倘若以 Ronald Dworkin 的分類方式，作為行為自由的資訊「**自決**」屬於所謂的「**執照式的自由**」，是一種免除對個人行動之外在限制的單純消極自由概念；而相對地，資訊**隱私則是一種「人格獨立性的自由」(liberty as independence)**，其雖同樣以個人資訊保護作為其權利外顯態樣，然其所關切的是**特定之個人資訊與個人之人格或主體性(subjectivity)之形成間的緊密關聯性**。綜而言之，其界定「**自決**」為保障外在行動自由；「**隱私**」則是欲維護人格內在形成的彈性空間。

⁴⁰ 邱文聰，前揭註 39，頁 177。

第一項 比較法上關於人格權之保護：以歐洲人權公約為例

在歐洲法體系中關於一般人格權之保障，集大成者屬歐洲人權公約第 8 條之規定，並透過歐洲人權法院累積發展的判例法加以實現。歐洲人權公約第 8 條之規範內涵，傳統的理解是提供個人就其私領域、私人空間，尤其是在其住宅內，得以對抗強制性物理侵入（例如政府之濫權搜索扣押）之保障；除此固有內涵外，當代就所謂「尊重個人私人生活之權利」的詮釋，更進一步地擴及到「個人自主發展其人格」此重要利益。值得強調的是，此處的「人格發展」並不限縮於「獨處」，亦包涵個人與他人或外部世界的關連性，質言之，特別強調社會環境、人際關係對於創造發展個人之自主人格的重要性：社會環境(social context)不僅僅是人格茁壯成長的條件，也是人格形成所必需(a social context is not only needed for this personality to thrive but also for it to form.)。⁴¹

第一款 歐洲人權公約第 8 條之介紹

攤開歐洲人權公約規定的人權系譜，會發現其中有些權利是受絕對、完全的保障，有些則是相對的、有所限制或例外，而第 8 條到第 10 條屬後者。其共通的規範模式是在各條的首段描述該權利提供的原則性保障，並於次段說明在何種情況下——明確指向，合乎比例原則地追求某種合法目的，並因迫切社會需求，被認為是民主社會所不可或缺——得例外對這些權利進行限制。在此必然會涉及公共與私人利益之權衡，區隔公共與私人領域所不可避免的衝突。⁴²

歐洲人權公約第 8 條⁴³規定：

⁴¹ Jill Marshall, *Personal Freedom through Human Rights Law* ?, NIJHOFF, at 3 (2009)

⁴² *Id.* at 4, 34-35.

⁴³ 原文為：1 Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2 There shall be no interference by a public authority with the exercise of this

每個人的私人及家庭生活，家庭及通信應受尊重。

公權力不得干預上開權利的運作，但符合法律規定，為了國家安全、公安、或國家經濟福利之利益，為了避免失序或犯罪，為了保護健康或道德，或為保護他人之權利與自由，在民主社會所必須而為之干預者，不在此限。

對照公民與政治權利國際公約(ICCPR)第 17 條⁴⁴，雖同樣是保障個人隱私、家庭、秘密通信自由的人權公約，但仔細分析上開兩份文本，因規定方式的不同，使得公民與政治權利國際公約第 17 條和歐洲人權公約第 8 條兩者之保障範圍及保障內容產生微妙的差異：公民與政治權利國際公約第 17 條的規定方式，解釋上似乎將個人隱私受到干預視為稀鬆平常，反之**歐洲人權公約則採取較嚴格規範模式**，舉例來說，當個案中對個人隱私造成干預的行為欠缺法律授權基礎、授權不明確時，解釋上不一定會被認為違反公民與政治權利國際公約第 17 條，但在歐洲人權公約第 8 條之規範架構下則必然會被視為對人權之侵犯；相應地個人欲主張公權力作為違反人權公約，負擔的舉證責任也有不同：主張公民與政治權利國際公約第 17 條者，必須說明何以系爭干預不合法(unlawful)，而主張歐洲人權公約第 8 條者僅需明確指出干預存在即可。⁴⁵

決定個案是否構成歐洲人權公約第 8 條之違反，可分為以下五個檢驗步驟：一、系爭干預是否落在規範保護範圍之內？二、該干預對於權利造成影響？三、公約第 8 條第 2 項規定的合法性要件(requirement of lawfulness)是否被履行？四、

right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

⁴⁴ 原文為：1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation. 2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

⁴⁵ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, OXFORD, at 536 (2005).

該法律授權之干預必須是爲了追求列舉之各種正當目的其中之一；五、最後法院必須操作比例原則，考量系爭干預在當代民主社會中能否被視爲必要，或是說，是否滿足迫切的社會需要。⁴⁶

何謂「在民主社會中所必要」(necessary in a Democratic Society)? 在語意上「必須」(necessary)介於「不可或缺」(strictly)和「有助益的」(uesful)、「被期望的」(desired)之間，對此內國享有相當判斷餘地，然最終的決定權還是掌握在人權法院手上。學者觀察人權法院處理公約第 8 條的一系列判決，認爲法院操作公約第 8 條第 2 項的基本立場是「例外解釋從嚴」，⁴⁷亦即傾向於放寬、全面性地保障同條第 1 項之權利。

第二款 從「隱私」到「自主」

回頭來看公約第 8 條第 1 項所保護的客體，其中「私人生活」又是一個多義而無法被窮盡定義的概念，其包括了性別認同、姓名、性傾向以及性生活等各種面向，同時也保障自我認同、人格發展以及與他人建立關係之權利，換句話說，身處於公共環境也有可能是屬於私人生活的一部份。⁴⁸與「私人生活」同受公約第 8 條第 1 項之保障，同樣難以定義的另一項基本權利是：「隱私」。「隱私」的定義廣泛地隨著不同的環境、脈絡而殊異，甚至在某些國家，此概念已與「資料保護」混同，而被理解爲個人資訊之掌控。儘管其定義如此有爭議，然「隱私」作爲當代最重要的人權之一卻是普遍地被接受的說法。⁴⁹

所謂「私人生活之權利」(right to private life)和「隱私權」(right to privacy)

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.* at 540.

⁴⁸ *Id.* at 545.

⁴⁹ Marshall, *supra* note 41, at 49-50.

兩者緊緊相扣，隱私權之內容被描述為，對社會性存在領域之界線予以控制，使個人得以決定在何處、何時、與誰建立關係。學者 Westin 將隱私定義為：「個人有權決定其自身於何時、以何種方式、何種程度地與他人溝通關於自身資訊……隱私是個人自願地、暫時地在物理及心理意義上自社會中抽離……」⁵⁰此定義被普遍地接受引用，並可連結到傳統的羅爾斯式(Rawlsian)自由主義思想，將私人生活與公共生活切割截然二分的狀態。

然而就如同前面已經強調過的，在當代「隱私」被理解為一種人格之利益，「隱私權」之內涵在於保護人格不受侵犯，個人之獨立、尊嚴以及整全性。換句話說，傳統那種切割「私人／公共」生活狀態的二分方式已經不敷使用。學者便指出：「將隱私上溯與自主、自我實現、自我表現等哲學概念結合，使隱私保障範圍包含個人的行動自由及生活形態，不再僅是排除干擾的自由而已。事實上，就此擴張趨勢也表現在歐洲人權公約第 8 條第 1 項，該規定使用的文字是『私人生活』而非『隱私』。」⁵¹質言之，歐洲人權公約第 8 條保障的價值，與其說是「隱私」，更適切的概念應為「自主」、「自我認同」與「人格完整性」。

第三款 保障私人生活，創造使個人得以自由形塑人格之環境

不論是「隱私」或「自主」，都必須配合相應的社會環境才有實現與開展之可能，該條件單靠國家消極的放任、不介入是不夠的，還需要積極地提供、創造方可滿足。這裡談的不只是去確保那些「讓我們作自己」的基本權利，更重要的

⁵⁰ “ the claim of individuals……to determine for themselves when, how and to what extent information about them is communicated to others……privacy is the voluntary and temporary withdrawal of a person from the general society through physical and psychological means……”
See : Marshall, *supra* note 41, at 50.

⁵¹ Marshall, *supra* note 41, at 68.

是維護那個「讓我們之所以成為我們」的環境。⁵²

人權法向來被詮釋為在守護個體生來就具備的權利(individuals inherently possess)，其假定只要放任個人自為，不受外力（通常是來自於國家）侵犯，便得以實現權利之保障。上開思維其實植基於一種霍布斯式的人類形象描繪，其將個人視為孤立（atomistic，或譯為「原子式的」）、自利導向的個體，在先於社會的自然狀態中擁有其天生的自由。但仔細分析歐洲人權法院在處理公約第 8 條所累積的判例法，發現人權法院似乎站在一個相反的立場：我們之所以能夠自主、自我認同並擁有完整的人格，是因為我們受到與這些資格有關的基本人權保護。在此脈絡，「藉由人權法創造使個人得以自由之環境」(creating conditions to enable human freedom through human rights law)才是具實益的命題。質言之，人權法之消極作用在於透過法律誡命，限制或消除某些生活形態，而其積極作用則是透過改變社會環境，使人們有可能真正地自由選擇其生活方式、實現自我。⁵³

第二項 我國憲法上的隱私權

隱私權作為一種新興的基本權利，各國憲法多未明文規定，由司法權以不同的方式來創設填充，而保護範圍也各有不同。在台灣，憲法第 8 條之人身自由、第 12 條之秘密通訊自由、第 15 條之財產權以及第 22 條之非列舉基本權等規定固寓有保障人民隱私的意旨，但隱私權本身係由司法院大法官所創設。茲依相關解釋作成時間的先後，從中挑選幾則重要解釋說明，自釋義學角度觀察一個新興基本權利的誕生與成長過程。⁵⁴

⁵² “not merely in securing our general freedom to be ourselves.....but more fundamentally, in securing the conditions under which we can become ourselves” Marshall, *supra* note 41, at 66.

⁵³ Marshall, *supra* note 41, at 6-7. 這裡所談的積極作用，理解上與德國法關於基本權之客觀規範秩序發展出的「基本權對第三人效力」、「國家保護義務」等概念相類似。

⁵⁴ 王澤鑑(2007)，〈人格權保護的課題與展望(三)——人格權的具體化及保護範圍(6)〉，《台灣本土法學雜誌》第 97 期，頁 28。

第一款 釋字第 293 號解釋（81.03.13）：初試啼聲

本件解釋作成於民國八十一年，係我國釋憲實務首次提出「隱私權」概念，國內關於隱私權之論著多引用之。本件解釋認為銀行法第 48 條第 2 項規定旨在維護「人民之隱私權」。此項「人民之隱私權」係以銀行法第 48 條第 2 項為依據，乃法律規定的隱私權，而非憲法上具基本權力性質的隱私權。陳瑞堂、張承韜及劉鐵錚三位大法官所提出的不同意見書則特別指明此項法律所規定的隱私權為人格權之一種；此種具人格權性質的隱私權，同受憲法第 22 條之保障。⁵⁵

第二款 釋字第 509 號解釋（89.07.07）：人格雙壁

本件釋憲案的主要解釋標的乃「名譽權」與「言論自由」之衝突，然解釋文一併提及「對個人隱私」之保護，將「隱私權」與「名譽權」二者同列為受憲法保障的基本權利，但對其憲法上的依據與權利性質未見深入說明。解釋上應認為名譽與隱私同屬人格權，受憲法第 22 條之保障。⁵⁶

第三款 釋字第 603 號解釋（94.09.28）：一錘定音

有學者稱本件解釋為我國隱私權發展上的里程碑，係創造性的 leading case。解釋文明白表示：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。」

⁵⁵ 王澤鑑，前揭註 54，頁 29。

⁵⁶ 王澤鑑，前揭註 54，頁 30。

值得深入探討的是，解釋文中反覆使用「人性尊嚴」和「人格自由發展」，所指涉的究竟是兩個不同概念，還是同一抽象價值的換句話說？學者表示，前揭司法院釋字第 603 號解釋係參考德國基本法而來，兩者比較對照，可認為「人性尊嚴」與「人格自由發展」並非同一，而兩者之結合創設「人格權」。「人格權」創設雖本諸「人格自由發展」，但兩者為各自獨立的基本權，各有其不同的保護範圍。**前者重在保護人格活動，後者旨在保護人格完整**；「人格權」、「人格自由發展」均係概括性權利，就其保護範圍得再個別化為不同的權利。⁵⁷

至於何謂「人的尊嚴」？學理上有主張可從兩個層次來探討：第一個層次所涉者乃人之所以為人，屬於人的本性或本質上的人性尊嚴，對此國家負有絕對的保護義務；第二個層次則指涉個人在現實生活世界，根據自己的自由能力，特別是根據自己所享有的各種自由權利，所開展在人格具體發展的人格尊嚴。後者，**人格尊嚴所涉及的，毋寧是所謂的「一般人格權」**，藉此每個人可在具體的社會脈絡之中發展自我，形塑對自我的認同。⁵⁸ 著眼於這些抽象概念，最後學者提醒，應就具體釋憲案例深入分析，探究概念之內容、構造及功能，不致使其成為釋憲論證上的點綴，因浮濫使用造成人格尊嚴或人性尊嚴的通貨膨脹！⁵⁹

⁵⁷ 王澤鑑（2006），〈人格權的保護的課題與展望（二）〉，《台灣本土法學雜誌》第 81 期，頁 90-91。

⁵⁸ 江玉林（2004），〈人性尊嚴與人格尊嚴〉，《月旦法學教室》第 20 期，頁 119。文中表示，正是因為人格尊嚴或一般人格權的實現，**總是必須從特定、具體的社會脈絡中出發**，必須同時考慮到個人自己與他人各自在人格上的具體發展，故**在法律上無法像是人性尊嚴受到絕對的保障**。這種「人之尊嚴的階層化論述」的深入討論請參考：司法院釋字第 372 號解釋之蘇俊雄大法官協同（部分不同）意見書。

⁵⁹ 王澤鑑，前揭註 57，頁 91。該文第 97 頁，學者進一步介紹以權利主體的行為方式加以分析，可將人格權分為：「自我決定權」、「自我保護權」以及「自我表現權」。

第四款 隱私權在憲法上的演變

憲法上隱私權之解釋向來反映出政治、社會變遷與憲法釋義學理論的發展。在美國早期關於隱私權的著名案例 *Griswold v. Connecticut*，係涉及已婚婦女使用避孕藥的自由，晚近則是以墮胎問題最具爭議性，幾乎可說美國憲法上的隱私權與生育自由（尤其是墮胎問題）已劃上等號。在德國自從聯邦憲法法院 1967 年創設憲法上人格權以降，關於「私領域」的保障，先是透過領域理論認定了保護範圍，其後發展出資訊自主權，在實務上常見的爭議問題則是隱私權與言論自由的界限。而在台灣，前揭介紹三則關於隱私權的解釋則是呈現了我國政治社會之發展過程及基本權利意識的提升，讓我們看見了憲法理念的開展與憲法釋義學的日益精緻，隱私權的內涵價值越見充實。⁶⁰

第五節、小結

第一項 「透明社會」的反思：不是人的城市

David Brin 所著〈透明社會〉一書，副標題為「個人隱私 vs. 資訊自由」，這本書一開始以一則關於兩個城市的故事為引：這兩個城市十分相似，街頭犯罪幾乎已經銷聲匿跡，但這只不過是一項徵兆、一種結果，這兩個城市真正的特別之處是遍佈於每根燈柱、每個屋頂與街頭招牌。來回掃描的小型攝影機不停偵測著交通與行人，公然監視一切事物，就像是歐威爾小說的夢魘實現了。但如果再仔細比較，會發現在這兩個城市中有著重要的差異。在一號城市，所有的攝影機直接將都市景象傳送到中央警署，由保安警官利用精密的影像處理器，搜尋違反公共秩序，甚至是違反既定思想模式的情事。街頭上的市民明白，他們一言一行可能都在某個秘密機構的幹員注意之下；那麼二號城市呢？乍看之下好像與一號

⁶⁰ 王澤鑑，前揭註 54，頁 34-35。

城市沒什麼兩樣，無所不在的攝影機同樣懸掛在每個制高點。但重要的是，這些機器並未連線到秘密警察。相反地，這都市中的所有市民都可以使用他們的手錶電視，監看任何攝影機的影像。

這本書的作者告訴我們，排除不可預見的因素，我們將只能選擇這兩個城市其中之一來居住。儘管表面上約略相似，但這兩個城市實有天壤之別，各自代表著不同的生活方式，市民與公僕之間的關係如同兩種極端。這兩種未來或許都不怎麼美好，但如果這就是我們僅有的選擇，該作者認為，不需要懷疑我們會選擇住在哪個城市。二號城市的居民了解，在戶外不可能享有完全的隱私。他們知道任何人都可以連線到燈柱上的攝影機，不過他們不在乎。他們領悟到的真正重點是：他們生活在一個警方有效率、尊重人民，而且盡忠職守的城市。在這裡自家是神聖不可侵犯的；但在街頭上，任何市民不分貧富都有權隨意瀏覽各個制高點觀賞他們的城市，彷彿魔法將他變成鳥的城市，而不是人的城市。他們可能偶爾會懷念那段沒有那麼多攝影機的日子，但他們明白那段時光已不復返。David Brin認為事實上，要預防攝影機與資料庫的入侵已為時太晚。精靈無法再塞回瓶裡。不管通過多少法律都沒有辦法驅逐新興監視工具，生活的每個角落已無所遁形。他說，這是個透明社會。⁶¹對於這種透明化的未來，綜觀全書，正是作者所認同並大力鼓吹的觀念，他認為在上開故事中的二號城市，因為資訊的完全透明，將有助於人民與人民之間，人民與公僕之間的監督，並經由這種監督帶來每個人的「盡責」，最終沒有人的隱私會因為這樣被過度侵害。

筆者認為，前面介紹的這段是一種相當基本教義派的自由主義論點，某程度把「隱私」與「財產權」、「言論自由」視為相同的事物，就如同信仰開放公平的競爭，市場秩序就可以為人們可以帶來最大利益，同樣期望隱私也會透過相同的

⁶¹ David Brin 著，蕭美惠譯(1999)，《透明社會一個人隱私 vs. 資訊自由》，台北：先覺，頁 13-15、21-22

方式受到保護。但本文不相信這種看法，姑且不論市場會有失靈的時候（這已是不爭的事實），在抽象概念上，「隱私」的本質從來就不只是「自由」，它同時也是一種「尊嚴」，而尊嚴從來就不是可以任意論斤秤兩地拿來交換，或隨意拋棄的事物。「尊嚴」是一種人之所以為人的樣子。再者，期待藉由彼此監督而達成「盡責」來保證每個人的隱私，恐怕過度地高估人們參與公共事務的意願，以及投入的程度；至於訴諸全民參與來保障個人尊嚴，顯然是沒有記取歷史給我們的教訓，別忘了納粹取得政權有其民主正當性，而民主並不保障個人的尊嚴。

第二項 「隱私」對人格型塑之調節功能

回到法律論述上，「隱私」作為一種高度不確定、浮動性的概念，當立法者欲透過法律來保護此一利益時，勢必面臨應該要如何界定保護範圍的困難，尤其是在以謙抑性作為最高指導原則的刑法中，這問題更顯重要與棘手。筆者認為，在進行一切的相關討論時，「隱私是什麼？」是在最一開始應該要處理的問題，同時也可以說是最重要的問題。誠如前面一再強調的，「隱私」並非一種邏輯的產物、也沒有一個舉世皆然的共同面貌，「隱私」是一種「地方性」概念，必須在個別的社會、文化脈絡下才能正確地理解其內涵。即便如此——不同法律文化對於「隱私」的詮釋各有不同重點——在此議題進行比較法研究仍有實益，這是因為比較法研究所關注的對象本來就是那些相對、具有相關性的差異現象，並從解釋造成異同之原因的過程中，找出不同規範方式所真正關懷的核心價值，以及更重要的，將這些價值反餽到我們要處理的法律系統中，作為幫助我們進行抽象思考的輔助工具。

總結本章內容，「隱私」作為一種受法律保障的利益狀態，憲法層次應屬於所謂的「一般人格權」、甚至上溯至「人格尊嚴」。參酌前面的介紹，可歸納出：「隱私權」之上位概念為「人格自由發展」與「人性尊嚴」，規範目的在於維護人格的完整以及尊嚴；以作用而言，則希望藉由保障隱私權，讓個人得以在具體

的社會脈絡之中發展自我、形塑自我認同。特別補充說明的是，在此「形塑自我認同」的過程中，個人必須既依賴、又獨立於社會，其中**關鍵就在於「隱私」的調節功能**。在「依賴」面向，保障隱私的作用在於，讓個人能控制其公共形象（讓別人看見我想要被他們看見的樣子）；而「獨立」的面向，隱私作用是讓個人得以免於受到社會主流價值的評價、國家的監視，免於被「透明化」。為求討論的方便，或許可以將前者概念組稱為「隱私作為一種尊嚴」，而後者則稱為「隱私作為一種自由」。

筆者認為，隱私權作為一種人格權，其作用面向同時包括這兩種基本價值，且兩者間並無優先劣後順序，毋寧應從對於隱私的不同威脅來加以理解。以此為基礎，下一章將討論刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2，對於隱私權的保護究竟屬於何種面向？抑或兩者兼具？



第三章、「隱私權」作為一種刑法保護法益

民國八十八年刑法部分條文修正，立法者在原本的第二十八章〈妨害秘密罪〉中增訂第 315 條之 1 與第 315 條之 2 的規定⁶²。國內有學者將上開條文內容予以類型化，分別稱之為：「窺視竊聽竊錄罪」 (§315-1)、「加重竊錄罪」 (§315-2 II)、「便利窺視竊聽竊錄罪」 (§315-2 I) 和「製造散布販賣竊錄內容罪」 (§315-2 III)，並肯定此修法對於**個人隱私權**保護的進一步落實。⁶³

立法理由表示：

「目前社會使用照相、錄音、錄影、望遠鏡及各種電子、光學設備者，已甚普遍。惟以之為工具，用以窺視、竊聽、竊錄他人**隱私活動**、言論或談話者，已危害社會善良風氣及**個人隱私**，實有處罰之必要，爰增列本條，明文處罰之。至未透過工具之窺視或竊聽，則依社會秩序維護法之規定，以秩序罰處罰之。」**「意圖營利供給場所、工具或設備便利他人窺視、竊聽、竊錄，或意圖散布、播送、販賣而犯前條第一項第二款之罪及明知為竊錄之內容而製造、散布、播送或販賣者，其惡性尤為嚴重。爰提高該等犯罪處罰之刑度，以為處罰。」**（**粗體字為本文所加**）

⁶² **刑法第 315 條之 1：**

有下列行為之一者，處三年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金：

- 一、無故利用工具或設備窺視、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。

刑法第 315 條之 2：

意圖營利供給場所、工具或設備，便利他人為前條第一項之行為者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五萬元以下罰金。

意圖散布、播送、販賣而有前條第二款之行為者，亦同。

製造、散布、播送或販賣前二項或前條第二款竊錄之內容者，依第一項之規定處斷。

前三項之未遂犯罰之。

⁶³ 林山田（2006），《刑法各罪論（上冊）》，修訂五版，頁 274，台北：林山田。

系爭規範可說是爲了因應在社會上日益猖獗，以隱藏式針孔攝影機於賓館、公廁、百貨公司更衣室、女生宿舍浴室等處偷拍個人隱私行爲，並製成光碟販售的新興犯罪所增訂的不法構成要件。學者認爲，原來存在的刑法第 235 條「散布猥褻物品罪」與「製造持有猥褻物品罪」即便能夠規制上開行徑中的部分行爲，但仍存有**規範漏洞**⁶⁴。當時立委提案，修正刑法第 235 條，並增訂第 235 條之 1。於立法院一讀程序，法務部就委員提案當場提出法務部版草案，將新增條文移置第二十八章。一讀照法務部版通過，二讀與三讀程序隻字未改照案無異議通過，即現行法第 315 條之 1 至第 315 條之 3。⁶⁵

觀察法條文字，規範所對應的社會問題，不難發現上開一系列規定與所謂的「隱私權」有密切關係；甚至從立法理由來看，幾乎已明白表示「隱私權」即爲本罪所要保護的法益。不論學界或實務，對如此法益定性皆無爭議。但「隱私權」作爲一種受憲法所保障的人格權，此概念雖然廣泛地在各個層次中被提及引用，惟其內涵仍有高度的不確定性，所指涉的範圍亦隨不同的討論脈絡而呈現出不同的結論。

本章以下內容，目標在於對刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2（以下將兩者合稱爲「**妨害私人生活隱私罪**」）的保護法益，亦即所謂的「隱私權」，進行更加具體的內涵建構。如此主要是考量到刑法的本質，並不適合對於某特定權益進行**全面化的保護**，尤其像「隱私權」這種範疇正在成長，具擴張傾向，且侵犯態樣多樣化而無法將之明確地定型、類型化的權益，若輕率地予以全面性的保障，恐

⁶⁴ 這裡所謂的規範漏洞乃有鑑於社會大眾被侵害之隱私行爲，自不限於帶有性意涵的行爲，亦非僅指會引起他人性慾或羞恥感之活動、言論或談話；再者，刑法第 235 條處罰的各種行爲所侵害的是社會法益，不論是在體系安排、具體內涵上，都與應屬個人法益的「隱私權」難以相容。可參閱：曾淑瑜（2004），《刑法分則實例研習：個人法益之保護》，頁 162，台北：三民。

⁶⁵ 詳細的立法過程說明可參照：林山田，前揭註 63，頁 279；立法院公報第 3001 號（1999.01.02），頁 241 以下；立法院公報第 2979 號（1998.06.03），頁 211。

將破壞刑法的補充性原則或刑法謙抑性。⁶⁶本文認為透過相類標的互相對照，可使特定範圍之內涵更加明確。除了透過新法與舊法，刑法與通訊保障監察法，或刑法不同罪章的比較；另外亦取徑於比較法，介紹分析可相提並論之外國法制，嘗試建構「妨害私人生活隱私罪」保護法益的具體內涵。

第一節、民國八十八年增訂「妨害私人生活隱私罪」後， 刑法第二十八章架構變革

刑法第二十八章名為「妨害秘密罪」。所謂「秘密」，係指自客觀觀察，本人不欲使非特定人知悉其內容之有關資料。今日社會複雜，個人在日常生活、社會活動中，均有其不願他人知悉的秘密。個人私生活的秘密，若遭他人洩漏於社會大眾，則其信譽與隱私權必受破壞，造成精神上的痛苦；又個人在社會上活動也可能存在秘密，特別是從事經濟活動的工商秘密，若經他人非法侵害，則其經濟活動將受影響，進而產生經濟上損失。這些個人秘密或隱私的外洩，如果再經由大眾傳播媒體的散布，造成的後果更是難以控制。國內文獻將本罪章原本所保護的法益統稱為「秘密法益」，其僅限於：「通信秘密」，「因業務或職務知悉或持有他人的秘密」以及「工商秘密」等類型。⁶⁷

第一項 「秘密」：私領域的物理性侵入及私人秘密的保護

刑法對於「秘密」法益的保護，學理上可以進一步再分析成：對「私領域的物理性侵入」之規制（例如刑法第 306 條「侵入住居罪」或刑法第 315 條「妨害書信秘密罪」的規定），以及「私人秘密的保護」（如刑法第 316 條到第 318 條的

⁶⁶ 李茂生（1999），〈刑法秘密罪章新修條文評釋〉，《月旦法學雜誌》第 51 期，頁 95。

⁶⁷ 林山田，前揭註 63，頁 273，台北。相同看法：褚劍鴻（2004），《刑法分則釋論（下冊）》，修訂四版，頁 1099，台北：臺灣商務印書館。有學者特別強調，本罪章原以「秘密」為保護客體，而「秘密」並不等於「隱私權」：曾淑瑜，前揭註 64，頁 161。關於「秘密」和「隱私權」的比較，見本章後續討論。

規定)兩種。其中「私人秘密的保護」類型較為複雜，因為並非一切關於個人的資訊都可被認定為「秘密」，加上沒有類似於「封緘」等物理性區隔來明白標示「秘密」之所在(物理性空間)，自然在犯罪的定型化要求上較為不足，需透過進一步的解釋予以限縮。

民國八十六年增修有關電腦犯罪的刑法條文(刑法第318條之一)前，關於「秘密」範疇的限定是透過：「界定犯罪行為人的身份地位，不使行為主體擴張到一般人」，加上「合法獲取資訊之後的非法洩漏行為」，兩層設計定型化。對於「秘密」一詞必須透過文義解釋來加以限縮。一般而言，一個資訊要成為秘密，必須符合兩個條件：一個是事實要素：「**非公開性**」；另外則是規範要素：「**保密一事是值得以刑法加以保護的利益**」。⁶⁸

這裡需要特別說明的是**規範要素**，亦即「**秘密利益**」，實際上是在違法評價的層次必須考慮的要素。也就是說(用三階論的體系來理解)：當洩密者有保密義務，而被洩漏的資訊是屬僅有限定範圍內的人始能知悉的秘密時，構成要件已該當；而違法性認定則是依據，秘密主體是否會因為應守密者的洩漏行為(義務違反而具行為不法的性質)感受到「**精神上的不安或痛苦**」或者是「**經濟上損失**」(結果不法)來決定。重要的是，刑法之所以保護特定的秘密，必須是因為秘密主體難以自主掌控是否提供特定的資訊，而且在一旦提供之後，又無法憑自己的力量來保護自己的隱私，於是容易因為秘密持有者的洩漏行為在精神上感到不安和痛苦(或經濟上的損失)。⁶⁹

⁶⁸ 李茂生，前揭註66，頁96。

⁶⁹ 李茂生，前揭註66，頁97。論者主張對「秘密利益」的解釋應採取**客觀主義的立場**，因為若在此判斷基準上採主觀說，亦即洩漏行為是否會造成精神上的痛苦或不安，全交由資訊主體的主觀來決定，則可能會造成刑法要求人們必須抑制自己八卦的傾向、鎮日三緘其口的結果。李茂生教授進一步地說明：「在此縱或採取折衷說(亦即若資訊主體沒有表明，該當資訊的洩漏會引起其本身精神上的不安或痛苦，即依據一般人的觀點來決定)，因妨害秘密罪的諸罪是告訴乃論，故就理論上而言，行為的違法性已經在告訴的同時便已確定。」

第二項 「隱私」不等於「秘密」

第一款 修法呈現的擴張傾向

然而上開關於「秘密」兩種固有的規制架構，在民國八十六年增訂有關電腦犯罪的**第 318 條之 1**時已遭破壞。學者指出，刑法第 318 條所保護法益是財產上利益，但第 318 條之 1 所保障的則是屬人格權的**隱私權**、是一種精神上的利益，兩者體例並不一致；再者，刑法第 318 條之 1 就洩漏者身份地位的限定也不同於以往，僅僅以「利用電腦或其他相關設備而知悉或持有他人秘密」為要件，至於秘密主體與洩漏者之間是否存在「**信賴關係**」或「**不得不提供資訊的關係**」均非所問；正因為秘密主體和洩漏者之間的關係沒有限定，進而也無從判斷秘密主體是否無法憑自己的力量來保護隱私。學者認為，這種立法顯示出一種恣意、輕率擴張刑法勢力範圍的傾向，這種傾向在民國八十八年的修法越趨明顯。⁷⁰

對於學者將「妨害私人生活隱私罪」立法的擴張傾向評價為「恣意、輕率」，本文容有不同看法。

第二款 與修法相應的時代背景，新興的社會問題

某種程度上，基於刑法謙抑性的應然本質，使得我們在看待任何的刑事制裁規範時，都傾向於抱持著比較戒慎恐懼的態度，也因此對於擴張了可罰性範圍的

然而，告訴人的主觀如何不應只憑告訴人的陳述或行動來認定，判斷對象的主觀性與判斷基準的客觀性應加以區別。所以告訴人的主觀內容仍舊由法官來認定，法官應憑客觀事實，以其一般的良知來判定告訴人是否有主觀上的精神不安。」李茂生，前揭註 66，頁 113。至於何謂「客觀事實」、「一般良知」？按筆者個人的理解，指的應是「**告訴人對是否提供特定的資訊並無相當的掌控，且一旦提供後，無法憑自己的力量來保護自己的隱私**」一事。

⁷⁰ 李茂生，前揭註 66，頁 97。

修法活動會有所不安。但另一方面，**刑法作為一種保護規範**，固然不是第一線的戰場，然終究負有其作為底線的任務：對社會上發生的某些問題做出回應，透過刑罰的制裁手段，禁止或誡命受規制的對象來解決問題。進一步來說，對於瞬息萬變的現實社會，作為最後手段的刑法即便不是擔任引領、或即時回應的工作，**但也不會自外於改變**。回到原來的討論，不難發現上開一系列修法所相應的背景是伴隨著科技躍進而來的新興社會問題。既然過去所沒有的，那麼將其納入規制範圍則自然是一種擴張。當然，擴張或不擴張是一種選擇；即便擴張，那其範圍大小又是一種選擇，在這諸多的選擇之間，如何才是合乎理性、又如何會有恣意輕率之嫌，恐怕沒有一個簡單清楚的答案。因此學理上雖然已有足堪信賴的意見指出這種擴張是有疑慮的，但對此批評本文持保留態度，僅以中性、無預設評價的角度出發來看待刑法第 318 條之 1，以及民國八十八年修法增訂的「妨害私人生活隱私罪」。法釋義學操作上，應留意到上開條文所面對的是過去所不曾面對的新興社會問題，保護的是在過去可能不需要特別保護的利益，因此解釋其法益內涵與構成要件時，必須考量此有別於以往之特質。

第二節、「妨害私人生活隱私罪」外，針對侵犯隱私行為之特別刑法規定

第一項 通訊保障及監察法第 24 條第 1 項的適用問題

民國八十八年可說是我國在法制層面上，宣示保障「隱私權」有著重大決心的一年（？！）立法者首先是在四月二十一日於刑法妨害秘密罪章中，增訂刑法第 315 條之 1 以下的「妨害私人生活隱私罪」；並隨即於三個月後的七月十四日公佈施行「通訊保障及監察法」，該法第 24 條對「違法通訊監察」行為設有刑罰。這兩部法律皆創設對侵害隱私行為的刑事處罰，如此看來，似乎立法者對於人民隱私權做了充分且高密度的保護，然而實際上這兩個刑法規範的重疊存在，造成法律適用上的困擾，主要問題在於：「一般私人」竊錄、監聽他人之通訊內容，

可否適用通訊保障及監察法（以下稱「通保法」）第 24 條第 1 項之規定？

除此之外，更根本的問題在於，雖然上開兩種法律都宣稱是對於「隱私權」之保障，但究竟兩者所稱的「隱私權」是否同一？若非同一，那各自的內涵應該要如何解釋界定？

筆者認為，透過仔細地比較通保法第 24 條與刑法第 315 條之 1 規定，除了能夠釐清兩者在法律適用上的問題外，更可以經由相互對照的過程，達到具體化個別規範之保護法益內涵的效果。學說相同見解也主張，欲判定通保法第 24 條的法益時，必須同時處理該條文與刑法第 315 條之 1 的關係。⁷¹

對此，有兩種可能的解釋方法：第一種方式是設法從單純的隱私利益保護，分離出通保法第 24 條第 1 項的獨立保護需求，並以之說明加重處罰的實質理由；第二種方式則是區分行為主體，視其為公務員或是一般私人而適用不同的法律。本節以下內容沿著這兩種不同路徑開展，介紹並分析其中的正反論證，最後嘗試提出若干看法。

第二項 取徑一：區分「人際間資訊交換程度」，將隱私利益予以「類型化」

首先，採取這種解釋取徑之論者的基本立場是認為，不適合用「行為主體」是公務員或一般私人作為區分標準，其理由在於：第一、通保法第 24 條第 1 項所主要參考的立法例是美國電子通訊隱私法(Electronic Communication Privacy Act; ECPA)第 2511 條第 1 項，而該規定並無對於行為主體的限制；第二、同條第 2 項的規定以「公務員與從業人員」為要件，故體系解釋上應該認為第 1 項的

⁷¹ 許恆達（2009），〈論違法通訊監察罪之行為主體〉，《月旦法學雜誌》第 169 期，頁 171、173。

行為主體不以公務員為限。⁷²從而分析通保法第 24 條第 1 項與刑法第 315 條之 1，兩者保護隱私利益的社會合理性，以及前者之最高刑度（五年）高於後者（三年）的正當基礎時，便認為應從「類型化」隱私利益的路徑來尋找答案。

第一款 隱私利益的類型化

談到隱私權的類型化，首先會想到的是 1960 年 William L. Prosser 在《California Law Review》發表的〈PRIVACY〉，其指出在美國以往許多案例中，法院的工作都在於決定個案是否存在著隱私權，但卻未見關於隱私權內涵的具體說明。對此 Prosser 提出其分析：普通法中的隱私權侵害包含了四種侵權行為，個別涉及四種不同的法益。分別是：一、「對他人幽居、私密或私人事物的侵擾」；第二、「公開揭露使人困窘的私人事實」；第三、「因公開揭露導致他人遭受公眾誤解」；與第四、「為了自己的利益而盜用他人的姓名或特徵」。⁷³上述分類當初的目的是為了區別四種侵權行為損害賠償的請求權基礎；後來經過學者的詮釋，其中涉及刑法隱私權保護問題，主要是第一、第二種類型，並可再區別為兩種不同的刑法保護隱私與秘密的規制：「透過物理空間隔絕的侵入行為」和「因公開造成損害的私人事件」。⁷⁴Prosser 提出的四種侵害類型，堪稱隱私類型化的經典。

⁷² 許恆達，前揭註 71，頁 176、177。

⁷³ 詹文凱（1998），《隱私權之研究》，頁 26-27，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

⁷⁴ 許恆達，前揭註 71，頁 178。相同看法：李茂生，前揭註 66，頁 97。至於 Prosser 的第三、第四種分類，學者認為，第四種的「盜用」其所保障的比諸（隱私權所著重的）精神方面的權益，毋寧是一種排他的財產上利益，雖然同為人格上的利益，但人格利益的保護並不完全等同於隱私權的保護；至於第三種「引起公眾誤會」的類型，仔細分析可發現其實是妨害名譽（誹謗罪）、誤導社會評價的行為，但隱私權的定義是免於社會評價的自由，亦即侵犯隱私的行為是指將不受社會評價之事公諸於世，而非誤導社會評價的行為。一般而言，正確的社會評價必然根據真實的訊息，故行為人若能證明所傳述的事實係真實，即可免於刑法的規制。但若事關隱私，則沒有主張真實抗辯的餘地，其理由在於「不論是真實，均不得公開他人的隱私」。如此看來似乎在我國刑法第 310 條第 3 項後段早已有

除了上開受到廣泛引用的 Prosser 分類方式，美國學者 Alan Westin 在其著作《Privacy and Freedom》提出了另一種區別方式，主要是從資訊掌握與人際關係的面向切入。Westin 認為隱私是一種個人、團體、機構對於其私密資訊「是否」以及「如何」向他人揭露的權利。

人是群居的動物，必須與其他人共同生活。一個完全不和他人接觸、不產生資訊交換的「絕對私密狀態」顯然是難以想像的，每一個社會成員都必須在不同的情境下決定並調整其與他人間資訊交換的程度。基於此，Westin 將個人揭露其資訊與他人的程度分為四種狀態：第一種是「獨處」(solitude)，指個人（暫時）隔絕於任何他人的觀察與窺視；第二種是「緊密關係」(intimacy)，係指個人與特定他人形成緊密或忠誠關係的團體，並互相分享特定的資訊；第三種是「公開場所的匿名」(anonymity in public places)，此狀態是個人在公開場所或公開發表意見的處所，行動或發表言論，但隱匿其人別的同一性，期待他人不會認出自己；最後一種則是「意思之保留」(reserve)，此乃關資個人對其內心想法是否陳述或公開於眾的意思自主性。⁷⁵Westin 對於隱私的分類雖然不是從刑法的角度出發，但透過其極富啟發性的分類，有學者認為，可用以幫助我們推演關於隱私利益的刑法規制模式。

第二款 「獨處」與「緊密關係」的二分架構？

上開分類中，第一種所謂排除他人干擾的「獨處」利益，僅僅涉及單一個別

保障隱私的一般規範，但是隱私的公開不一定會產生名聲的低落，雖然刑法第 310 條第 3 項後段所規制的是公開隱私的行為，但又在結果評價上加上了毀損名譽的危險性，據此正足以確認，在修法增訂刑法第 315 條之 1 前我國刑法並未概括地就單純的公開隱私行為（不論是否會產生名譽減損）加以規制。對名譽的侵犯與對於隱私的侵犯，基本上應該是屬於兩種相關但又不一樣的行為類型；將兩者的保護視為同一值得商榷。其他相關討論見本章第三節第一項第三款內容。

⁷⁵ 許恆達，前揭註 71，頁 178。

資訊持有者，其透過空間物理性隔離或阻礙的方式使得任何他人均無法接觸特定資訊。資訊持有者除可憑仗物理空間（例如在家中、或是穿上衣服）外，也可以透過個人行動（例如在公共場所中小聲的自言自語）來設法使資訊隱蔽不為他人知悉。**學說看法主張這種「獨處」的隱私利益，就是妨害私人生活隱私罪（刑法第 315 條之 1）保護的法益。**至於第二種分類「緊密關係」，乃因人與人的交往必須透過言語或行動的意思傳遞訊息，這種隱私利益無法單憑一人建立，須存在兩個以上資訊持有者，以交換資訊的方式使對方了解自己的意思，而對此的固有保障為刑法第 315 條、第 316 條到第 318 條的規定。⁷⁶

總而言之，上開論述試圖推導出一種結論：刑法對於「獨處」與「緊密關係」兩種不同隱私利益本有不同的保護方式，**刑法第 315 條之 1 到之 3 這一系列的規定所禁止的就是「獨處」隱私利益的侵害**，至於「緊密關係」資訊交換的侵害則是連結到「破壞物理性封緘」與「洩漏致擴張知悉者範圍」的行為。

然而這種（以「與他人間資訊交換的程度」作為基準）在學者眼中本可截然二分的保護架構，在解釋刑法第 315 條之 1 以「**非公開談話**」為保護客體，加上**刑法第 315 條之 2 第 3 項對於「散佈」行為的處罰規定**時就會產生困難。因既然是「談話」，那麼必然難以歸類為所謂「獨處」的類型，而且從條文上也看不出構成要件行為對於「物理性封緘」的破壞；但另一方面也難以將此歸類為所謂的「緊密關係」類型，因為行為人與被害人（發表非公開談話之人）未必存在緊密的忠誠關係。對此學說意見認為，上開對於「散佈他人非公開談話」的刑罰已經擴張了原有的保護對象，將「**即時進行的團體內資訊交換**」也當作刑法的法益；在原本的「**破壞物理性封緘機能**」與「**洩漏致擴張知悉者範圍**」外，新設「**破壞複數訊息交換者所採取隱私遮蔽機能**」的犯罪行為，突破了刑法原有的框架。

上開分析之後，論者進一步指出，在**維持上開區別的前提下**，加入通訊保障

⁷⁶ 許恆達，前揭註 71，頁 179、180。

監察法第 24 條「通訊監察」的構成要件一併觀察，會發現妨害私人生活隱私罪對於「緊密關係」資訊交換類型隱私法益的適用可能性已被架空，幾乎所有針對「人際間訊息交換」的侵犯行為都會落入通保法的管制範圍內。因此，立法論上可以考慮刪除刑法第 315 條之 1 以「非公開談話」為保護客體的規定；縱或維持現行法規定，在評價時也會透過法條競合，擇一重論處通保法之處罰規定。⁷⁷

第三款 解釋方法上的質疑：為什麼就只能二選一？

前述見解以「人與人之間資訊交換的程度高低」來類型化「隱私」利益，在切入點上的確深具啟發性，且相當程度上亦符合當代把「隱私」當作一種「掌控自我資訊之能力」的理解方式。但本文認為若據此——以「資訊持有者人數」或「資訊交換之有無」——區別通保法和刑法對於隱私利益的保障，似有疑慮。

姑且先不論立法者何以要在不到一年的時間內，制訂通保法第 24 條第 1 項來架空才剛公佈施行的刑法第 315 條之 1 的大部分內容；僅單純地觀察現行刑法第 315 條之 1 的要件，如同上開分析，明白地規定了對於「破壞複數訊息交換者所採取隱私遮蔽機能」侵入「即時進行的團體內資訊交換」行為的處罰，而本文立場認為，至少在法條文字沒有修正的前提下，較切合現行法的解釋方式，應是將保護法益理解為一種有別、獨立於「獨處」、「緊密關係」類型外，受到立法者所保護的隱私狀態，而非決然地將其劃入原有類型其中的任何一種。

或許所謂「破壞複數訊息交換者所採取隱私遮蔽機能，侵入即時進行的團體內資訊交換」行為，比較像是「獨處」與「緊密關係」的中間類型。抽象地來說，在前開分類的設想中，「獨處」類型的侵害必然是來自於外部的，而「緊密關係」的破壞則是來自內部的背叛。而在民國八十八年增訂刑法第 315 條之 1 與通保法

⁷⁷ 許恆達，前揭註 71，頁 181、182。對此，競合部分的相同見解：林山田，前揭註 63，頁 284-285。

第 24 條的時候，基於社會變遷、科技進步等種種因素，立法者所欲規制的行為類型已延伸到對於「非緊密關係之人際溝通的外部侵害」。當然可以質疑的是，究竟「非緊密關係之人際溝通」能否稱為「隱私」？應否以刑法來保護？但是在回答這些進一步的問題之前，本文所採取的基本立場是：妨害私人生活隱私罪的保護法益不僅限於前面介紹的「獨處」類型之隱私利益。所以不應以構成要件的「談話」超出「獨處」範疇為由而主張將其刪除。

如此可能招來如同增訂刑法第 318 條之 1 時的批評，認為這是立法者所顯露的一種「恣意、輕率」擴張刑法勢力範圍的傾向。但筆者認為，即便可能是，也唯有先正視此擴張現象的模樣，接下來才能討論：「此一立法要保護的是什麼？」（法益內涵）以及「為什麼必須保護？」（處罰的正當性）等問題。

第三項 取徑二：區分「國家作為／私人行為」

若能同意「妨害私人生活隱私罪」保護的隱私法益不僅限於「獨處」類型，則前揭類型化取徑便不足以作為區別刑法第 315 條之 1 和通保法第 24 條第 1 項的解釋方法。此爭議的另一個解決途徑，則是將通保法第 24 條第 1 項行為主體限縮解釋為「公務員」。⁷⁸整理學者提出的理由如下：⁷⁹

第一款 規範體系脈絡

首先，從規範體系脈絡來看，通訊保障及監察法之制訂本為防制、避免國家公權力對人民通訊秘密自由的侵害，觀察整部通訊保障及監察法會發現，不管是

⁷⁸ 王皇玉（2008），〈論通訊保障及監察法第二四條與刑法第三一五條之一的適用疑義——兼評最高法院九十四年台上字第五八〇二號判決、高等法院台南分院九十一年上訴字第一一五三號判決與九十四年上更(一)字第五九二號判決〉，《月旦法學雜誌》第 160 期，頁 257。

⁷⁹ 以下內容整理自：王皇玉，前揭註 78，頁 257-259。

在立法目的、原則、體系架構或相關規定，其思考都是圍繞在如何防止國家對於人民秘密通訊自由與隱私的恣意侵害，如通保法第 5 條第 1 項、第 12 條第 1 項、第 13 條等規定，對於侵害秘密通訊自由的實質或程序要件，明顯地是用以限制公權力的恣意，而與一般私人之間的竊聽、竊錄行為無關。

第二款 立法歷史解釋

再者，從立法原意的歷史解釋來看，雖然通訊保障及監察法的公佈施行在刑法第 315 條之 1 的增訂後，但法務部在草擬研議通訊保障及監察法的規定時，是在刑法尚未制訂第 315 條之 1 的時空背景之下，若仔細耙梳立法過程會發現，當時立法者根本沒有討論兩者之間的適用關係，而是草率地沿用了不當且沒有經重新整理的舊提案理由。除此之外另一項證據是，如果上開通訊保障及監察法與刑法的規定所要保護的法益相同、行為態樣相同、行為主體也相同，那麼有必要在短短不到一年（甚至不到半年）如此密集的時間內，連續制定出疊床架屋的兩個相同規定嗎？

第三款 法條文義解釋

另外，從文義來解釋，通保法第 24 條第 1 項的規定**雖未明白標示行為主體為公務員**，但如此也不必然就要認定行為主體是「一般人」。以刑法第 307 條之違法搜索罪為例，條文中也未明示行為主體為何，但實務見解仍以司法解釋的方式來限縮行為主體的範圍（32 年非字第 265 號判例參照。）既有前例可循，則通保法第 24 條第 1 項未嘗不能做相類似解釋。

至於通保法第 24 條第 1 項之保護法益，以及與同條第 2 項如何解釋的問題，王皇玉教授認為應將前者界定為瀆職罪的保護法益，亦即「國家與公務員之間的忠誠關係，以及一般人民對於公務純粹性的信賴感」；而該條第一項與第二項之

適用，則以公務員之行爲係「出於合法目的」（第一項）或「非出於合法目的」（第二項）加以區別。

第四項 本文立場：通保法第 24 條屬身分犯之規定

本文贊同王皇玉教授所提出的區別方式，並認為或許可以將第二章所介紹的「自由／尊嚴」的概念類型套用於此。具體來說，將通保法第 24 條第 1 項保護法益以「**隱私作為一種自由**」的方式來詮釋，此時的觀察重點在**國家濫權**所帶給人民的精神壓迫；至於同條第二項處罰的行爲，與公益、國安等合法目的無涉，換言之與刑法第 315 條之 1 所規範對象相同，皆為保護個人免於因他人之竊聽、竊錄造成精神痛苦，解釋上偏重於對「**隱私作為一種尊嚴**」之侵犯，又**因行爲人具有特別身份**，亦即藉公務或業務上權力、機會或方法為犯行，故有加重處罰之正當性。據此，唯有行爲人具備特殊之公務、業務身分時，才有成立通訊保障及監察法第 24 條罪名之可能；一般私人所犯竊聽、竊錄行爲則透過刑法第 315 條之 1 加以規制。

第三節、隱私權與刑法體系其他保護法益之比較

我國刑法典包括總則與分則兩大部分，其中刑法分則的犯罪種類與編排順序並非漫無章法，而是受到十八世紀歐陸成文法影響，以保護國家法益為先，次之為社會法益，最後才是保護個人法益的犯罪規定。西方在十八世紀法典化時代，雖已受到啓蒙思潮與自由主義的洗禮，然而在制訂刑法典時，對神或宗教之冒犯行爲的處罰，仍優先於對統治高權的侵害。例如 1786 年由奧地利之「泰瑞西亞刑法典」(Constitutio Criminalis Theresiana)，其編排方式是首先規定冒犯上帝與宗教之犯罪，其次是侵害統治者與統治高權之犯罪，接著規定侵害社會善良風俗之犯罪，最後才是侵害個人權利之犯罪。我國刑法主要繼受德國刑法而來，現行德國刑法典的前身是 1851 年的普魯士刑法典，其立法內容雖深受黑格爾影響，但在犯罪種類排序上仍無法看出按照自由主義的體系脈絡，仍以侵害國家主權與

統治者做為優先處罰的犯罪行為，其次則接著處罰侵害憲法組織與制度之行為；在國家法益的犯罪後，緊接著處罰侵害宗教秩序、家庭與善良風俗之犯罪；然後才是侵害個人法益之犯罪，又個人法益之先後排序為：名譽、生命、身體、個人自由、所有權與財產。⁸⁰

刑法分則不同罪章規定對於各種法益類型之保護，而這些法益類型彼此之間或許存在一定程度的同異性，而對此加以分析比較、同中求異，應能有助於法益內涵之澄清。我國刑法規範實質上含有侵犯隱私內涵者有：刑法第 306 條之無故侵入住宅罪、第 307 條之違法搜索罪、第 309 條以下之妨害名譽及信用罪、以及第 315 條至第 318 條之妨害秘密罪。惟上開各罪側重保護法益不同，故分別規定在不同罪章。⁸¹除前已論及的「秘密」法益外，本節另就「名譽」和「家宅」這兩種同為我國刑法所保障之法益，與「隱私」進行比較。

第一項 「名譽」

第一款 「名譽」與「信用」

我國刑法關於個人「名譽」之保護規定為：刑法第 309 條（公然侮辱罪）、第 310 條（誹謗罪）；對「信用」之保護則是第 313 條（妨害信用罪）⁸²。國內教科書對上開法益類型的介紹為：名譽係指個人人格在社會生活上所受的尊重，而信用則指自然人或法人在經濟活動中的可靠性、可信賴性，及給付、支付能力，雖有謂可以前者為「社會上評價」，後者為「經濟上評價」加以區分，然兩者實

⁸⁰ Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht besonderer Teil 1, 9. Aufl., 2003, S.5f.

⁸¹ 蔡碧玉（1996），〈從「偷拍事件」談隱私權保護之刑事立法〉，《法令月刊》第 49 卷第 4 期，頁 24。惟氏著稱刑法第 148 條之妨害投票秘密罪同屬涉及侵犯隱私之犯罪，本文則不予贊同。

⁸² 至於同列於第二十七章的第 312 條（侮辱誹謗死者罪），本文認為其處罰正當性本身就有相當爭議，故不列入討論範圍內。

互有關連、難以切割，蓋個人名譽受損，在惡名昭彰下其信用自然隨之受影響；相對地，個人在經濟行為的信用毀壞，其社會聲譽亦同受貶抑。⁸³然本文認為，上開「名譽」和「信用」之主要差異應在於「承載法益之主體」不同：「名譽」主體應該專屬於自然人；而「信用」主體除自然人外，也包括法人。⁸⁴理由在於通說將「名譽」界定為一種「人格權」，則非自然人之法人或非法人團體，既無「人格」，當然亦無所謂「名譽」可言。至於詆毀企業、公司或其他團體名聲、商譽之行為，或許不一定是針對經濟上、交易上之可靠性或能力，但仍可考慮依妨害「信用」罪來處斷。據此，以下討論中所稱「名譽」，指專屬於自然人，作為其「人格」在社會上所受之尊重而被保護的法益。

第二款 「名譽」之定義

在德國，關於名譽概念如何解釋有諸多爭議，有人強調名譽是外造的（外在名譽說）；相對地有人則主張名譽係內在的（內在名譽說），但不論何者，其共識在於：**名譽是與「人格」相關的概念**。德國之文化傳統向來對名譽概念有非常多的關注，不論是哲學、史學或社會學家皆投身鑽研此領域，而法學則通常是站在這些研究基礎上去開展。就目前通說所彙整對於「名譽」定義之理論群有以下：「事實的名譽概念」；「規範的名譽概念」；「規範暨事實之名譽概念」以及「承認

⁸³ 林山田，前揭註 63，頁 255。

⁸⁴ 究竟法人得否承載「名譽」而作為公然侮辱罪或誹謗罪的被害客體，在比較法上有所爭議。文獻指出，德國多數見解採肯定說，認為政黨、工會、大學、教會……等團體有可能成為妨害名譽之被害客體的。然縱採肯定見解者，亦僅承認「人的組織體」有所謂的「名譽」；至於「財產集合體」因欠缺個人的情感與羞恥心，故針對財團法人、公司之指摘或批評，只能視其情節適用妨害「信用」罪處斷。我國實務見解（如：臺灣高等法院 85 年上易字第 6340 號裁判）承認法人、社會生活上具獨立性之團體亦得作為妨害名譽犯罪被害客體。學說討論參閱：盧映潔（2009），《刑法分則新論》，台北：新學林，頁 546。

關係理論」。⁸⁵以下特別介紹其中的「規範暨事實名譽概念」和「承認關係理論」。

「規範暨事實名譽概念理論」又稱「雙重理論」(dualistische Theorie)，主張名譽所保護之範圍兼含「內在」和「外在」名譽，認為人格除了「作為人之存在」的角度應獲尊重外，也應在「作為社會人」之角度上獲得尊重；除了「人格體現價值」外，也應保護人的「社會體現價值」。雙重理論之論述與其說是概念之爭，不如說是為名譽權保障建立一個更廣泛的價值基礎，亦即：保護名譽之目的是為保障「人格發展的可能性」(Möglichkeit der persönlich Entwicklung)。⁸⁶雙重理論與「承認關係理論」常難以截然二分，甚有論者稱後者為前者之現代版。若深究兩者區別，主要在於「承認關係理論」自現象層面否定了「內在名譽」或「尊重請求權」可作為法律保護之客體。

「承認關係理論」主張，妨害名譽罪所要保護之法益，係一個人「**基於人格尊嚴所要求以及作為獨立人格所必須的與第三人之間的承認關係**」(von der Würde des Menschen geforderte und seine Selbständigkeit als Person begründende Anerkennungsverhältnis mit anderen Person)，一般也被稱為是一種「人際間的名譽概念」。這種對於名譽的定義，是一種結合了社會學之現象描述與規範性元素的定義。論述「名譽是承認關係」最好的方法不外乎是提出「名譽如對人產生承認作用」的觀察：人類經驗顯示，要成為自由的獨立個體，不可能單靠個體來達成，個人必須依靠整個社會幫助其自由，留在社會中受社會撫養、教育，使了解作為主體之價值，並革除和主體地位不符的行為。封建社會中的名譽概念就是建立在上開承認作用的基礎之上；進入市民社會後雖然因私有財產制使封建社會中直接的承認作用瓦解，但並非就沒有了名譽概念。反之社會發展到相對穩定狀況下，

⁸⁵ 徐偉群 (2005)，《論妨害名譽罪的除罪化》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，頁 15、18 以下。

⁸⁶ 徐偉群，前揭註 85，頁 25。

不同的社會任務再次建構成社會倫理之部分，新的名譽概念又建立在此之上。⁸⁷

論者分析，上開名譽定義方式，與德國哲學家 Habermas 著名的「溝通行動理論」有諸多暗合之處。溝通行動理論主張，一個社會的整合是透過理性的溝通行動來完成，而溝通關係要存在，前提必須是互動雙方承認彼此的有效性、或是說「溝通適格」。這種社會整合的觀念根本上來自**符號互動論的模型**，除了陳述事實之外，也提供了一個規範命題：人是活在別人意見之中，人格的存在亦依賴著別人的意見；而既然每個人的人格現狀是依賴別人意見所建構，就應該被「承認為有效」，亦即應受到他人的尊重。⁸⁸⁸⁹

以上介紹「雙重理論」、「承認關係理論」對於名譽、人格之定義，與本文在第二章中對於「隱私」和人格型塑之關係的解釋，同樣都是植基於**符號互動論**對「人格」之理解。為求前後文立場之一貫，以下討論中提及「名譽」所指的就是「個人基於人格尊嚴所要求、作為獨立人格所必須的與第三人之間的承認關係」。

第三款 「名譽」與「隱私」

在初步確認「名譽」與「人格」之密切關連後，緊接著的問題就是：同樣被

⁸⁷ 徐偉群，前揭註 85，頁 26、27。

⁸⁸ 徐偉群，前揭註 85，頁 29。

⁸⁹ 據此理論基礎繼續開展，將名譽視為一種「外造」資訊、而非人格尊嚴的一部份，就會遇到一個問題：既然我們不擁有名譽，那麼他人要如何對之侵害？對此論者的回應是，名譽雖然並非為個人所擁有，但個人對於名譽確實存在「反射利益」，此反射利益即為妨害名譽罪之保護法益。其主張所謂「反射利益」指個人在現有名譽資訊下的生活形態，以及基於這種生活形態的期待利益，質言之，名譽實際上保護的是人們既有的生活利益。對於每一個人現有生活正當性的肯定，就是對其人格尊嚴的肯定。名譽本身不是被保護的對象，我們無權要求他人如何對我們進行評價，但有權主張現有的生活狀態應受保障，不因他人透過傳播資訊的方式而受損害。而這裡所稱的改變生活現狀、損害，指的是一種**超出個人情緒負荷能力的痛苦、焦慮與心理挫折**。進一步關於必要性、乃至除罪化的討論，與本文主軸無必然關連，為求脈絡明晰於茲不贅。詳細內容請參閱：徐偉群，前揭註 85，頁 41-43。

理解為人格權之「隱私權」與「名譽權」，兩者皆被規定作為刑法的保護法益，有無重複保護？兩者發生競合時，應如何合理評價其法律效果？

第一目 「大便」與「裸體」的共通之處？

思考上開問題，筆者首先想到的是，或許可以用一個不精確、非法律語言的例子切入：雖然志玲姊姊天仙化人，但她生物構造上終究是一個人。作為一個人，就像你我一樣，自然會有生理上新陳代謝的反應。一想到這件事，或許有點褻瀆，而當有人煞有其事地告訴我們：「林○玲會大便喔！」我們應該會覺得很無聊，也就是說第一名模的美譽仍絲毫不受影響。但如果，今天是數字週刊以「直擊：第一名模出恭圖」為封面標題，在內文中放入所謂的出恭圖，並請醫生以專業的角度分析第一名模前一天晚餐可能吃了什麼的時候，就有可能看到志玲姊姊出來泣訴她太傻太天真。這裡我們會發現一個弔詭：明明大家都知道是人就會大便，但為什麼當大家都看到妳的大便後，妳就變成好像不是人？或許可從大便這例子出發，觀察「名譽」和「隱私」兩者異同處，以及隱私被破壞會如何（連帶地）導致名譽受損。

第二目 刑法第 310 條第 3 項但書的價值判斷

「隱私」和「名譽」兩者之競合，在規範上表現於**刑法第 310 條第 3 項但書**之規定。有論者主張：「名譽」保護應受社會評價之事實具有受到正確社會評價的利益；而「隱私」在刑法第 310 條第 3 項但書脈絡下保護的則是，不應受社會評價的事實自外於社會評價的利益。質言之，「誹謗」是誤導社會評價的行為，而侵犯隱私是限制個人免於社會評價之自由之行為。又「隱私」與「名譽」分屬兩種不同之個人法益固無疑問，然卻有**經常伴隨發生**的現象，論者認為，這顯示出兩者具有一定的內在聯繫：侵害他人隱私可能同時造成對名譽的損害，**但並非**

所有侵害隱私的行為都會造成他人名譽受損，反之亦然。⁹⁰至於什麼情況是所謂「侵犯隱私但卻沒有損害其名譽」？舉例來說，某知名人士長期被狗仔隊跟拍，其雖然感到憤怒但也無能為力，這種情況下，他不論是要出席公開場合，或只是半夜要到住家樓下的便利商店買份宵夜，一律必須盛裝打扮才敢出門。在本例中因為當事人總是小心翼翼地維護其形象，所以狗仔跟拍的照片對其名譽無法造成貶損，但長期下來其所承受的精神壓力，正是隱私受到侵害的結果。

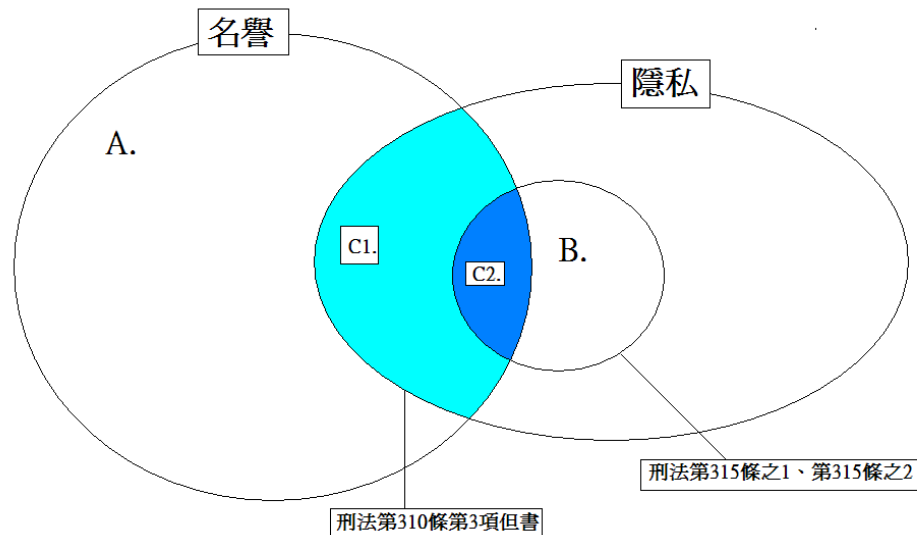
論者表示，刑法第 310 條第 3 項但書所謂「涉於私德而與公共利益無關者」，便是指個人隱私。這裡存在一個學理爭議：誹謗罪中真實證明的限制，是否足以作為刑法保障隱私的一般性規定？採否定見解者認為，刑法第 310 條第 3 項但書雖涉單純揭露隱私行為之規制，但並非所有公開隱私的行為都會造成名譽毀損，而系爭條文成罪與否，在結果評價上仍以發生毀損名譽之法益侵害結果為必要，故其並非刑法保護隱私法益之一般規定；然而採肯定說者認為，刑法第 310 條第 3 項但書所保障者即為隱私法益，而非名譽法益，此二者無法並立，故主張應將刑法第 310 條第 3 項但書獨立作為「妨害隱私罪」，亦即刑法保障隱私的一般性規範。不過後者見解（主張刑法第 310 條第 3 項但書作為保護隱私的一般性規範）恐有過度擴張刑法之疑慮，理由正如前面已說明的，並非所有的隱私侵害都必然造成名譽損害，在現行法體系下，刑法第 310 條第 3 項但書仍屬於保護名譽法益之規定，上開見解否認系爭但書條款之名譽保護機能，論者質疑倘若依此種界定方式，豈非也將刑法第 315 條之 1 規定之構成要件行為納入誹謗行為之範圍？⁹¹

本文立場同樣認為，不應將刑法第 310 條第 3 項但書解釋為刑法保護隱私的一般性規範，而仍應屬刑法的名譽保護機制之一環，其背後彰顯的是，立法者在考量利益衡平時，對於「名譽＋隱私」優先於言論自由的價值判斷。而關於此處

⁹⁰ 鄭雯婷（2009），《論誹謗罪刑法規制之研究：從隱私的後設觀點出發》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 71、72。

⁹¹ 鄭雯婷，前揭註 90，頁 74。

論及的概念競合現象，或許可以簡化圖示如下：



在上開圖示中，若個案事實落在「A」或「B」類型內，則分別檢驗其是否成立刑法上「誹謗罪」或「妨害私人生活隱私罪」應無疑義，惟須特別說明者為「C」類型。當個案位於交錯地帶，亦即行為人行為同時侵犯他人之名譽及隱私法益時，其法律評價較為複雜：一種可能是未該當刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 的構成要件（「C1」），所以僅單獨成立刑法第 310 條之誹謗罪；也有可能在同時該當刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 與第 310 條第 3 項但書之構成要件的情況（「C2」），成立「誹謗罪」與「妨害私人生活隱私罪」，兩者想像競合，從一重處斷。

第三目 小結

「名譽」與「隱私」，除具體事實上被發現兩者經常彼此伴隨被侵害的現象，抽象規範上立法者透過刑法第 310 條第 3 項但書規定表彰其價值判斷：「名譽」與「隱私」乃相關，但不完全重疊的二獨立法益，兩者同時被侵害時，刑法保護

之正當與必要性隨之強化。由另一種角度觀察，刑法第 310 條第 3 項但書規定，適足以作為「隱私」與社會評價始終無法切割的證據。⁹²

第二項 「家宅」

刑法第 306 條、第 307 條所保護之客體皆包括「住宅」。前者之保護法益在學者間有不同解讀：有主張係個人的「居住權」，亦即對於特定空間之支配掌管權限；也有認為是個人居住之「平穩狀態」，即事實上在某空間生活起居者對於居住狀態的和平與安全感受；或是「隱私」——每個人對於個人私密活動及活動所在空間範圍內不受他人干擾的權利。後者保護法益則為個人隱私及人身自由。⁹³綜觀而言，以個人家宅為保護範圍之法益，其內涵與「隱私」密切相關。比較前揭兩條罪名與侵害私人生活隱私罪，兩者保護範圍顯有不同，此應為保護法益自始的分歧使然：刑法第 306 條、第 307 條所保護的是依「隱私作為一種自由」取徑而具體化的家宅權；相對地，妨害私人生活隱私罪應自「隱私作為一種尊嚴」來詮釋法益內涵。

德國刑法第 123 條規定非法侵入他人住宅罪，保護法益係所謂「家宅權」(Hausrecht)，其核心內涵在於，法益主體對於何人可在本條之保護場所內逗留，何人則不許的決定自由。換言之，本罪屬侵害自由法益犯罪。構成要件規定保護的場所包括：住宅、營業場所、其他的建築物或非開放空間，有文獻指出，儘管「住宅」作為經營家庭生活，保障個人自我發展之場所有其特殊作用，但就保護法益而言，仍應與德國刑法第 123 條規定的其他保護場所等同視之，侵害著眼的是家宅權主體的決定自由及其掌握支配不受侵犯的利益(die Bestimmungsfreiheit

⁹² 論者稱隱私保護的是「不應受社會評價的事實具有自外於社會評價的利益」，然何以確認系爭事務不應受社會評價？筆者認為，「隱私」和「名譽」不過是「應否被社會評價」此綱要運作下產生的二元符碼，觀察其脈絡即可發現「社會評價」在此之作用及重要性。

⁹³ 盧映潔，前揭註 84，頁 530-531、533。

des Hausrechtsinhabers und sein Interesse an einer ungestörten Besitzausübung)。⁹⁴

我國刑法第 306 條規範內容，與前揭德國刑法第 123 條相類似，保護範圍均不僅限於「住宅」，更及於「他人建築物或附連圍繞之土地或船艦」，換句話說，即便無涉家庭生活，與個人自我發展全然無關之場所，同屬規範效力所及而受到保障，由此分析推知，刑法第 306 條之保護法益較諸妨害私人生活隱私罪，前者**定性接近於一種財產權或自由權，而非人格權**，其中差異呈現在構成要件規定的保護範圍。質言之，本文認為「家宅權」內涵雖然經常同時涉及個人隱私、家庭生活與個人自我發展，但探究立法意旨，法益核心並非在於保障人格發展利益，而是著眼於法益主體對特定「財產、物業」的掌握支配，而與「個人形象」控制可能性較無相關。

第四節、比較法研究：德國刑法第 201 條、第 201 條 a

在實質進入比較法制的引介與分析之前，似應先說明選擇參照對象之理由。本文以德國刑法第 201 條、第 201 條 a 之規定，作為我國刑法中「妨害私人生活隱私罪」的比較對象並非出於恣意。其中消極的原因是考慮筆者個人語言能力之侷限，以及對於整個法體系的認識程度，僅挑選相對較熟悉的德國法進行分析，以免流於單純的法條文字翻譯或失真的批評；再者，更積極的原因是，德國刑法第 201 條、第 201 條 a 不論是立法背景、規定內容、乃至所面臨的批評質疑，在在和本文討論之題目有著高度相似性，有其比較法研究之必要與實益。

⁹⁴ Vgl. Wessels/Hettinger. Strafrecht BT 1, 32. Aufl., 2008, §13 Rn. 573 ff.

第一項 介紹與分析

第一款 德國刑法第 201 條〈刺探言論秘密罪〉⁹⁵

無故為下列行為，處三年以下有期徒刑或罰金：

- 一、使用錄音工具或設備記錄他人非公開之談話言論；
- 二、使用、向第三人展示前款行為所製作之紀錄內容。（第一項）

無故為下列行為，亦罰之：

- 一、使用監聽工具或設備，在他人不知情狀況下，竊聽其非公開言論；
- 二、將因前款行為所知悉之內容、或前項第一款行為所製作之錄音，
以行諸文字方式，或將其中具本質重要性的內容，公告於眾周知；

本項第二款行為僅在侵害他人之正當合法利益時，方具可罰性；若就知悉該

⁹⁵ § 201 Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unbefugt

1. das nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger aufnimmt oder

2. eine so hergestellte Aufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht.

(2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt

1. das nicht zu seiner Kenntnis bestimmte nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen mit einem Abhörgerät abhört oder

2. das nach Absatz 1 Nr. 1 aufgenommene oder nach Absatz 2 Nr. 1 abgehörte nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen im Wortlaut oder seinem wesentlichen Inhalt nach öffentlich mitteilt.

Die Tat nach Satz 1 Nr. 2 ist nur strafbar, wenn die öffentliche Mitteilung geeignet ist, berechnete Interessen eines anderen zu beeinträchtigen. Sie ist nicht rechtswidrig, wenn die öffentliche Mitteilung zur Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen gemacht wird.

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als Amtsträger oder als für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter die Vertraulichkeit des Wortes verletzt (Absätze 1 und 2).

(4) Der Versuch ist strafbar.

(5) Die Tonträger und Abhörgeräte, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden.

內容具更優越之公共利益，則該行為不具違法性。(第二項)

公務員或負有特別公共服務義務之人，為前兩項行為侵犯他人言論秘密者，處五年以下有期徒刑或罰金。(第三項)

未遂亦罰之。(第四項)

竊聽、竊錄所使用之工具設備得依第 74 條 a 規定沒收之。(第五項)

(依第 205 條第一項之規定，本罪為告訴乃論。)

第二款 德國刑法第 201 條 a〈攝影侵害個人生活核心領域罪〉⁹⁶

無故拍攝、轉錄，身處於住宅或其他足以遮蔽視線的空間內之他人的圖像，致侵害他人生活核心領域者，處一年以下有期徒刑或罰金。(第一項)

使用或向第三人展示前項行為所得之圖像，亦處罰之。(第二項)

得授權而拍攝身處於住宅或其他足以遮蔽視線的空間內之他人圖像，然蓄意無故向第三人展示之，侵害他人生活核心領域者，處一年以下有期徒刑或罰金。(第三項)

⁹⁶ § 201a. Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen.

(1) Wer von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt Bildaufnahmen herstellt oder überträgt und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine durch eine Tat nach Abs. 1 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht.

(3) Wer eine befugt hergestellte Bildaufnahme von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, wissentlich unbefugt einem Dritten zugänglich macht und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(4) Die Bildträger sowie die Bildaufnahmegeräte oder andere technische Mittel, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden.

Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt (§ 205 I StGB n.F.)

犯罪所使用之影像載體、攝影設備或其他的科技工具，得依第 74 條 a 規定沒收之（第四項）

（依第 205 條第一項之規定，本罪為告訴乃論。）

第三款 立法背景

德國刑法第 201 條、第 201 條 a 在體系上被規定於刑法分則第 15 章，亦即「私人生活與秘密之侵害」罪章中，被賦予之意義在於作為當代高科技社會中，保護個人隱私權之法律。在此罪章中所有條文的構成要件規定都有一共通的理念基礎：「提供一個能夠讓個人在其中開展人格的自由空間」。具體規範上表現例如保障個人在一定範圍內發表非公開言論之信賴（§201），於「個人生活核心領域」內對於自我形象之權利保護（§201a）。⁹⁷透過將關於私人生活與秘密保護之規範整合在同一罪章中，確認這些領域的不可侵犯性作為一獨立保護法益內涵，表彰刑法保障個人隱私、私人生活安寧的政策方向。⁹⁸

其中又特別值得說明者，乃 2004 年的刑法第 36 次修法(36. StÄG)所增訂之第 201 條 a。在增訂本條之前，德國法對於私人生活領域內之個人形象的保障，在刑事上僅以藝術著作權法(Kunsturhebergesetz=KUG)第 33 條連結第 22、23 條⁹⁹

⁹⁷ Vgl. Wessels/Hettinger, a.a.O., § 12, Rn. 522.

⁹⁸ Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., 2007, Vor § 201, Rn. 1.

⁹⁹ 德國藝術著作權法第 22 條規定：「人像照片需經被拍照人之同意，始得予以散佈或公開展示。於有懷疑情形，若被拍照人贊成被拍照且有取得酬勞者視為已同意。被拍照人死亡後，十年內仍須經其家屬之同意。」同法第 23 條：「下列情形，得不經前條之同意而散佈或公開展示：一、當代歷史領域之人像照片；二、照片中人物僅作為風景或其他地形之附屬物出現者；三、照片係被拍照人參加集會、遊行或類似事件所拍攝者；四、非經定作拍照之照片，但以散佈或公開展示係為更高藝術之利益者為限。前項之權利不及於侵害被拍照人，或被拍照人死亡時侵害其家屬之正當利益的散佈或公開展示。」關於上開條文翻譯與詳細介紹，請參閱：吳綺雲譯（2004），〈「摩納哥卡洛琳公主案」判決〉，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（十一）》，台北：司法院，頁 60、61。就「卡洛琳公主案」在德國聯邦

之規定，處罰未得當事人同意而散佈、公開陳列其照片之行爲，至於僅僅是未得他人同意而拍攝其照片，或將該照片轉交給第三人之行爲則不在處罰之列。如此對於個人「圖像」的保護，大部分論者認為相對於刑法第 201 條（其保護客體爲「聲音」）而言是一個處罰漏洞，應加以填補；除此之外，同時也爲了因應攝影技術的進步（數位化及微型化，例如手機照相功能）搭配網路即時、無遠弗屆的傳播能力，造成個人隱私在當代面臨過去所難以想像的風險和侵害，德國國會在此時代背景下增訂刑法第 201 條 a，保障屬「個人生活核心領域」(höchstpersönlich Lebensbereich)的個人形象。¹⁰⁰

附帶說明，所謂「個人生活核心領域」是一個新創設的法律概念，一般認為其內涵與聯邦最高法院在相關判決中所累積發展而來的「領域理論」所具體化之隱私概念有關，¹⁰¹見本文以下討論。而前述「個人形象之權利」(das Recht am eigenen Bild)或有文獻將之譯爲「肖像權」，但本文考量爲避免與著作權法或民法上強調經濟價值意義的「肖像權」產生混淆，故使用不同用語，闡先敘明。

第四款 保護法益

德國刑法教科書和註釋書對於上開規範之保護法益的定義如下：第 201 條所要保護的是個人可以放心地用輕鬆、草率的方式，發表非公開之口頭言論，亦即人們在其私人生活領域、及與此連結之溝通範圍內，應無需擔憂其就所發表言論賦予之射程限制被解消，而轉化爲得隨時被重現、再製之記錄。這也是因爲一切的談話中或多或少都傳達了發話者之人格，其決定、支配言論射程範圍之權利和

憲法法院以及歐洲人權法院之不同判決和影響，本文後續有所討論。

¹⁰⁰ Borgmann, Von Datenschutzbeauftragten und Bademeistern—Der Strafrechtliche Schutz am eigenen Bild durch den neuen § 201a StGB, NJW 2004, Rn. 2133; Wessels/Hettinger, a.a.O., § 12, Rn. 545a; Sch/Sch/Lenckner, StGB, 27. Aufl., 2006, § 201a, Rn. 1.

¹⁰¹ Wessels/Hettinger, a.a.O.

決定書信之收件人而排除他人觀看內容，兩者本質是相似的。¹⁰²

第 201 條 a 普遍被認為是對一般人格權(allgemeinen Persönlichkeitsrecht)，及個人生活核心領域中的「自我圖像之資訊自決權」(即前述「個人形象的權利」)之保障。值得注意的是，立法者特意以「個人生活核心領域」此相對陌生的法律概念來特定保護範圍，是爲了要將某些社會上習以爲常(sozialüblich)的行爲排除在處罰範圍之外，故逕於法條文字上和德國刑事訴訟法第 68 條 a 第 1 項使用之「私人生活領域」用語做出明確區別，故應將其更限縮地解釋爲個人生活中不可侵犯的「核心領域」(Kernbereich)，或稱之爲「個人的靜僻之所」(persönlich Rückzugsbereich)¹⁰³；同時另一方面立法理由又表示，爲避免在解釋本條射程時，過度窄化、限制在與裸體、性行爲相關的事項，所以也不適合逕以「隱私領域」作爲界定保護範圍的概念。

從上開介紹應不難發現，其實「個人生活核心領域」仍是一個沒有明確定義的概念，但至少可以確定的是，無論如何「疾病」、「死亡」和「性」都會被劃歸到此範圍內。¹⁰⁴另外爲了理解「個人生活核心領域」與「私人領域」、「隱私領域」之間的差異，則必須先對於所謂「領域理論」(Sphäretheorie)的內涵與作用有所掌握：「領域理論」或稱隱私權之「三階理論」，係透過聯邦憲法法院及最高法院

¹⁰² Wessels/Hettinger, a.a.O., § 12, Rn. 525.; Lackner/Kühl, § 201, Rn. 1.國內文獻參閱：蔡聖偉（2001），〈妨害秘密罪章的新紀元（下）〉，《月旦法學雜誌》第 71 期，頁 96 以下，主張本罪保護法益是從一般人格權所導出的一種「決定表示範圍」的權利。又該文發表時，德國刑法尚未制訂第 201 條 a。

¹⁰³ 有文獻將「Rückzug」譯為「離群索居」；而本文則傾向於從概念的功能脈絡來描述，故將「Rückzugsbereich」翻譯為「靜僻之所」。其意義在於讓個人能夠在其中暫時地抽離於社會，迴避一切（不論是物理上或情感上的）他人目光與評價，藉此獲得情緒上的放鬆或宣洩，稍事休息後再繼續回到社會中開展其生活。用白話的說法，所謂「靜僻之所」就是一個避風港；而和「離群索居」最大的不同就是並無離開社會的意思。

¹⁰⁴ BT-Dr 15/2466, S. 4; Borgmann, NJW 2004, Rn. 2133; Sch/Sch/Lenckner, § 201a, Rn. 2; Wessels/Hettinger, a.a.O., § 12, Rn. 545a.

一系列裁判所累積發展而成，將與一般人格權之保護範圍類型化為「隱私領域」、「私人領域」與「社會生活領域」。

其中受到最嚴密保護的是涉及個人內在情感、思想、以及情慾世界的「**隱私領域**」。蓋個人人格之表現在此領域中應為最自由、不受任何限制，基本上沒有與其他利益進行權衡的問題，當事人之人格權在此應受絕對保障；而相較於前述的隱私領域，個人與他人聯繫、發生關係之「**私人生活領域**」則非完全無限制地受到保障，這裡所指的特別是一般的家庭生活，並含括了私人間對話、信件往來以及日記等，而其所受之保障需視個案中個人與外界接觸之程度而定；最後則是「**社會生活領域**」，蓋人乃社會之動物，其生活不可能與外界完全隔絕，而只要個人之自我生活與這個世界產生關連，則對此也應有基本的保障。惟不同於一般行動自由，一般人格權並非保護個人濃厚社會性之自由活動，而僅要確保個人得自由活動的「前提條件」。領域理論雖然在學界遭受了不少的質疑批評，但不可否認的是，其仍為目前德國法院在審理人格權受侵害案件時重要的參考指標。¹⁰⁵

總歸而言，「**個人生活核心領域**」係較「隱私」為寬、比「私人生活」稍窄的中間概念；德國立法者想要藉此來限縮、特定刑法第 201 條 a 的射程範圍，但卻也在解釋上造成諸多問題，特別是因此所呈現出對行為客體係「聲音／影像」保護密度的恣意差異，以及在刑法明確性原則上的挫敗。

¹⁰⁵ 翁曉玲（2002），〈新聞報導自由與人格權保護—從我國與德國釋憲機關對新聞報導自由解釋之立場談起〉，翁岳生教授祝壽論文集編輯委員彙編，《翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集：當代公法新論（下）》，頁 96、97，台北：元照。

第二項 可供我國法借鏡之處

第一款 規範結構的比較

透過簡單地介紹德國刑法第 201 條、第 201 條 a 的法條文字與立法背景，應不難發現其與我國刑法「妨害私人生活隱私罪」有許多共通基礎，但也不免存在若干實證法的差異。首先最明顯、一望即知的不同就在於我國法並未將行為客體區分「聲音／影像」而為差別處理，在最初立法的時候就將兩者同列於保護範圍之內。

但德國的情形是，在一開始刑法中只以個人的「聲音」，亦即口語之非公開發表言論作為保護客體，至於個人的「肖像」則僅在藝術著作權法中有密度不足的保護（如前所述，僅處罰無故散佈、公開陳列他人照片之行為，至於未得他人同意而拍攝他人照片，或將拍得之照片交給第三人的行為則不在處罰之列。質言之，在可罰性範圍就「錄音」與「攝影」行為作不同的對待：在涉及聲音領域時，刑法就「單純記錄」與「散佈傳遞」並未有所區別，但在影像領域時卻不是這麼一回事）¹⁰⁶。當時許多論者指出，在此存在一個處罰漏洞需要加以填補，這也是後來 2004 年增訂德國刑法第 201 條 a 的背景。

但如果繼續追問：修法之後對於「聲音／影像」的保護是否就達到一致了？答案仍然是否定的。按前開說明，德國刑法第 201 條之保護法益是個人對其言論射程範圍的支配以及以此所衍生的信賴，故在界定行為客體時也就側重於「思想表達」（言論）與「非公開」（射程範圍）要件，至於該言論內容為何、是否屬於

¹⁰⁶ Ernst, Gleichklang des Persönlichkeitsschutzes im Bild- und Tonbereich ?, NJW 2004, S.1277, 1278; Kargl, Zur Differenz zwischen Wort und Bild im Bereich des Strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, ZStW 117, S. 324 ff.

必須保密或性質私密之事則非所問；¹⁰⁷相對於此，德國刑法第 201 條 a 就「個人形象」之保護，不僅有著場所上的限制，且要求內容必須是牽涉「個人生活核心領域」、本質不應公開之事項。質言之，第 201 條 a 規範射程範圍顯較第 201 條來得限縮，在此仍存在「聲音／影像」之保護規範的不一致。且兩者之法定刑度亦有高低輕重之別。

上開不一致的理由為何？何以同是爲了保障人格自由開展，但對於「錄音」行爲的處罰密度高於「攝影、照相」行爲？一種可能的原因是立法者認爲「錄音」行爲對於人格權所可能造成的侵害程度，高於「攝影、照相」行爲，所以必須有較嚴格的防範、較廣泛的規範射程。但事實真是如此嗎？

對此，早在德國刑法第 201 條 a 尙未完成立法仍處於研議階段時，即有文獻指出，不論是從「潛在的危險性」(Gefahrenpotenzial)、「個人的保護可能性」(persönlich Schutzmöglichkeit)、或是「侵害強度」(Eingriffsintensität)等各種面向切入，都無法證立在人格權保護上對於「聲音／影像」差別待遇的正當理由。¹⁰⁸

首先在今日社會中，市民很輕易地就能擁有相機、遠距鏡頭，更別說是人手一支的照相手機，這些都是可以用來在他人不知情的狀況下偷拍其模樣的工具；相對於此，竊聽器材在我們的日常生活中似乎倒沒有這麼的唾手可得。如果我們把「握有犯罪工具之人」某種程度上連結到「潛在的犯罪人」，那麼偷拍的風險其實高於竊聽、竊錄。再者，或許有論者會以「個人的保護可能性」落差，作爲合理化差別待遇的論據，主張除非足不出戶，不然你我的樣子在公開場合一定都會被別人看見；但正常的私人對話則不會被每個人都聽見，所以相較之下「言論」比「模樣」來得更需要保護，或者是說，後者本質上沒有那麼需要被保護（因爲反正都被看過了，而且一定會被看到！）這樣的說法乍聽似乎有那麼一點道理，

¹⁰⁷ Lackner/Kühl, §201, Rn. 2.

¹⁰⁸ Ernst, NJW 2004, S. 1278.

但其實並沒有真正抓住問題來談。因為「一個人在公開場合，被其他同時也身處該地之人看見其模樣」跟「一個人在公開場合，不知情的狀況下被偷拍，且照片被上傳到網路，讓無數個電腦螢幕前的陌生人隨時地看見其模樣」這兩件事當然是完全不可相提並論，而我們欲透過法律來保護的應是後者的情形。而且如果是以後者作為比較標的，對於他人之「竊聽」、「竊錄」或許還有可能用降低音量的方式來對抗，但對於「偷拍」，一旦我們走出了門牆、進入公共場合，那才真的是防不勝防。還是難道說我們（或法律）應該期待每個人敢出門就不要怕被看？！至於個人的「模樣」和「言論」被無故紀錄後，何者對於當事人人格（權）造成較嚴重的傷害？就此中肯的答案應該是：「未可一概而論」。尤其考量到「圖像」經過一定之加工（例如附上偏頗評論或聳動標題），不論衡諸普及性或人別連結，所造成的影響顯然不遜於刺探、散布非公開「言論」的傷害。¹⁰⁹

以上討論指向一個結論，即現行德國刑法對於一般人格權之保護，即便欲藉增訂第 201 條 a 填補對「聲音／影像」規制上的落差與處罰漏洞，但終究仍未竟全功。刑法對於個人之形象、模樣的保護，仍不如對於言論的完備，而這是沒有道理可言的。

相對於德國法徒增困擾的區分，我國刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 自始就將個人之（非公開）「活動、言論、談話或身體隱私部位」同列為行為客體予以一致的保障。本文認為，從規範保護目的——保障人格之自由開展——出發來思考，我國法之規範結構較合乎理性。

第二款 相同困境：罪刑法定主義下的法律明確性原則

探究立法者在德國刑法第 201 條 a 制訂之初，設計以「個人生活核心領域」

¹⁰⁹ Ernst, NJW 2004, S. 1279.

作為構成要件的真正理由，應該是為了滿足罪刑法定主義下的**刑法明確性要求 (Bestimmtheitsgebot)**，試圖表現出較既有規範更為狹窄、「具體」的處罰範圍；並搭配「住宅或其他足以遮蔽視線的空間」此對於被害人之所在地的限制，提供法院一個實用、可操作的判斷標準。¹¹⁰但諷刺的是後來學者對此立法的評論是：上開規範的缺陷同樣在於無法符合明確性原則之要求。

就如同前面已一再提及的，在新法引進「個人生活核心領域」作為構成要件（保護法益），不論是在既有的法律體系、實務判決中都找不到對此概念的明確定義；學理上一種可能的解釋路徑是配合前開「領域理論」，藉對照「私人領域」與「隱私領域」來具體化系爭概念。但是沿著此取徑繼續走又會遇到類似問題，因為即便將「個人生活領域」連結到等同於「私人領域」(der private Bereich)，保障每個人在其中得不受壓迫地發展其人格，亦即個人特質、傾向，但問題是其具體內涵必須是被個別地理解，由各該主體之個人因素、所處環境之通念所共同決定，換句話說，不可能存在一個一般性的定義；另一方面，雖然立法理由表示，使用系爭概念是為了與「隱私領域」有所區別，但其實這個說法相當可疑，因為學者認為立法者所舉的幾個例子，仍落在由聯邦最高法院判決所累積發展而來的「隱私（領域）」中，甚至可以說創設此概念非但沒有任何實質貢獻，反而徒增困擾，倒不如直接使用「隱私領域」來得清楚。¹¹¹

實際上德國法院在進行審判工作時，也的確遭遇到了上述概念所帶來的窒礙問題，舉例來說，在典型的更衣室偷拍的案件類型中，要如何認定個案中涉及了「個人生活核心領域」之侵害？如果說被害人被拍到的是一絲不掛的模樣那固然

¹¹⁰ Borgmann, NJW 2004, Rn. 2134.

¹¹¹ Borgmann, NJW 2004, Rn. 2134. „Dennoch weisen die gesamten in der Begründung zitierten Beispiele für den „höchstpersönlichen Lebensbereich“ auf die vom BGH entwickelte Rechtsprechung zur „Intimsphäre“ hin, so dass der Begriff in der Sache nichts Neues bringt und auch nicht zur Klarheit beiträgt. Die Verwendung des Begriffs „Intimsphäre“ wäre eindeutig vorzuziehen gewesen.“

沒有問題；但如果是衣服脫到一半、剩下內衣的樣子呢？如果是剛進入更衣室，還在攬鏡自照，衣著整齊的樣子呢？再舉另一個例子，一名婦女向醫師求診接受婦科檢查，毫無疑義地這是屬於「個人生活核心領域」的事務，但問題是究竟是拍到該婦女坐在候診室的照片即構成對於法益之侵害，還是必須拍到該婦女坐在診療椅上的樣子才算？¹¹²

剩下來可以預見的是，類似的問題只會層出不窮。或許某種程度上當人們用另一個不明確的概念去填充一個不明確的內涵時，除了期待可能因為故弄玄虛而讓人忘記一開始的問題，不會有其他更多的釐清作用。

而相較於德國法煞費苦心仍被批評為不具有明確性，我國之「妨害私人生活隱私罪」則更顯得粗糙、模糊，而如此對照也不禁讓人好奇，究竟是德國學者過於挑剔，還是我國立法者自我感覺良好？雖然立法理由揭示系爭罪名乃為保障「隱私權」而設（暫且不論「隱私」本身就是一個內涵不確定的概念）但在法條文字中卻未見對法益侵害結果之敘述（例如：「侵犯他人之隱私者」、「造成他人感到不安、痛苦」等語句），如此一來留下本罪究竟是「行為犯」或「結果犯」的爭議空間¹¹³；至於行為客體的特定，立法者僅以「非公開」三個字來一語道盡，想當然爾實務上會發生各式各樣的問題，舉例來說，炎炎夏日我們到市立游泳池去玩水，這件事或許比較沒有爭議會被認為是屬於「公開」活動；但若到會員制俱樂部的游泳池做同樣事情呢？¹¹⁴如果在自家別墅的泳池畔和友人開派對呢？¹¹⁵或者舉個與「性」有關的例子，若情侶一方在他方不知情狀況下，偷錄下兩人床第行為並製成光碟，這時候該內容會被評價涉及非公開活動或是身體「隱私」

¹¹² Borgmann, NJW 2004, Rn. 2134..

¹¹³ 實際案例如：臺灣高等法院 94 年度上易字第 1878 號刑事判決；臺灣士林地方法院 94 年度易字第 454 號刑事判決。從判決理由來看，本案一審檢察官上訴意旨似乎就是認為刑法第 315 條之 1 屬於舉動犯（行為犯）之規定。

¹¹⁴ 實際案例：臺灣士林地方法院 96 年度自字第 31 號刑事判決。

¹¹⁵ 實際案例：臺灣高等法院 96 年度上訴字第 616 號刑事判決

部位；但如果是在雙方兩願合意前提下所拍攝的性愛光碟，難道就可以把同樣的活動、部位定性為「公開」或「非隱私」嗎？上開種種擾人的問題，是否可能藉制定更詳細的構成要件來加以解決？¹¹⁶本文立場是，要批評法條文字欠缺明確性是一件非常容易的事情，但若要進一步提出具體的對案（並同時兼顧立法目的、刑罰必要性等種種複雜的因素）則相當困難。但做人不能只挑軟柿子吃，下一章關於構成要件的討論，會就此方向進行努力。

第五節、小結

第一項 旁敲側擊：與人格自由發展有關的保障

從本章以上的討論，初步得到若干心得如下：首先，雖同為隱私權之保障，但通保法第 24 條第 1 項之行爲主體，解釋上應限縮為「公務員」，換言之，一般私人間的隱私侵害行爲則落在「妨害私人生活隱私罪」效力範圍內，此時隱私的敵人不是國家。再者，近年來刑法對於隱私權的規制呈現一種「擴張」趨勢，從民國八十八年之後陸續的修法活動中可得印證。此處所謂的擴張，係相對於固有

¹¹⁶ 或許用一種較悲觀的態度來思考這一連串的問題，會發現在面對罪刑法定原則下的明確性要求時，向來很難期待會出現令人滿意的答案，因為永遠都存在需要再解釋、定義的概念，永遠都存在模稜兩可的事實。那若是如此，既然再怎樣都不夠明確，會不會反倒讓明確性原則的要求被束之高閣、流於一種空洞口號？甚至會讓立法者有一種「多說多錯，少說少錯」所以乾脆不說（盡量簡化法條文字）的傾向？個人認為，在追求所謂「明確性」這條路上，或許總是看不到盡頭，但這並不代表前進的方向是迷失的。從罪刑法定主義到刑法明確性原則，其關注的是「可罰／不可罰」那道界線夠不夠清楚、能不能操作，至於界線劃在何處則似乎比較不是此命題的關注焦點；如果這種切割可以被接受，那麼剩下的問題（或解答）便存在於細節之中，亦即個別構成要件如何去規定設計的問題。至於法益內涵之明確性似乎向來都沒有被認真地檢視，以刑法中基本的「生命」、「財產」和「自由」法益為例，其內涵難道都比「隱私」來得清楚嗎？學理上對於如何認定生命起點與終點之爭執；各種財產定義方式的論辯；或是潛在自由是否屬刑法所保障的自由等無數討論，不正說明了明確性原則在法益討論層次上所發揮之功能，與其說是檢驗，或許更恰當的理解是督促、期許的作用。

規制方式——「物理區隔的破壞」以及「信賴關係的背叛」——而言。觀察刑法第 315 條之 1 的構成要件行為，看不到行為人對類似「封緘」之**物理屏障**的毀損，且行為人與被害人間非但不成立**信賴關係**，可能連最基本的人際交往都稱不上。面對這種顯然有別於過往的刑法規制，解釋上一方面要注意，莫因過於大意引來刑法恣意擴張的危險，另一方面也必須跳脫固有的方式來進行思考。

延續第二章中關於「隱私」概念之介紹，「妨害私人生活隱私罪」保護法益內涵應該較接近於「隱私作為一種尊嚴」脈絡的理解，強調人格型塑過程的外部環境因素，特別是因應當代各種電子、光學設備功能強化，網路普及等科技成果，造成個人就自己影像、聲音之展演、利用失去控制的負作用。在過去，人們對於「誰」在「何時何地」透過「什麼方式」來認識自己這件事情，相對於現在而言，的確具有較強的掌握可能性；而伴隨著科技之日新月異，可以預見的是，我們對於自身之影像聲音之主體性將越來越稀薄，或從反面來描述，就是一種淪為純粹供他者利用、滿足慾望之對象的「客體化」現象。甚而這種客體化現象可能影響到個人自由發展其人格，造成精神上的痛苦，因此有透過法律加以規制的必要。

與保護人格自由發展相關之刑法規定，除刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2，還有「妨害名譽罪」（刑法第 309 條、第 310 條）。「名譽」性質與「隱私（作為一種尊嚴）」十分相似，無法藉具體的物理界限加以定型，需放在各該社會脈絡被理解。若進一步區別「名譽」和「隱私」之不同，在於「**隱私**」相較於「**名譽**」而言，其本質為「不受公評」、「與公益無關」，參照刑法第 310 條第 3 項、刑法第 311 條第 3 款益明。

第二項 具體內涵：透過正常人際互動方式，控制自我形象之可能性

經過上面（一連串可能與正題相關）的旁論，可以把本文論題所尋找的保護法益，特定為人格自由發展之利益，且該人格受保障之範圍，不限於特定的物理

區隔之內。然而如此一來將造成解釋上，法益內涵的高度不確定性，故有必要對所謂的「人格自由發展」進行更仔細的討論。

近來國內有學者主張，可參考德國刑法第 201 條之規定，將「妨害私人生活隱私罪」保護法益（隱私權）定性包括以下兩種利益：「**個人信賴得以較為輕率、不拘謹的方式，在非公開場合進行言論、談話、活動的權利**」，以及「**個人就其言論射程範圍的支配掌控權**」。其論據在於，保障個人得在**私密空間內**不受他人監視，草率、不拘謹地進行言談活動，乃人格自由發展的重要基礎，唯有如此，個人才有自我實現與表現自我的可能。且除了上開防禦性或消極性的利益外，在某種程度上對於有關自己資訊的**掌控權**，也是本罪保護的隱私範圍，換言之，與自己有關的資訊（也包含言論或活動）個人有權決定是否與他人分享、公開，或決定公開的對象，刑法應保障個人無需擔憂此**控制權**，因他人窺視、竊聽或竊錄行為而解消。¹¹⁷

本文認為，上開學者見解精準掌握「隱私權」作為一種人格權要維護的基本價值，亦即人格自由發展、自我實現。但若要找出美中不足之處，或許在於為了追求解釋解果之明確性，在定義時採取與德國刑法第 201 條 a 規定相同的方式，強調「非公開場合」、「私密空間」等物理性區隔為要件。然而我國法所使用文字與德國法未盡相同，一昧地自限於場所式的隱私定義，如此一來可能不僅未考慮我國立法者的意志，而且就**個人身處於公開場合，對於自身「個人形象」之控制仍屬隱私權保障一環，亦有落空疑慮。**

然而以「隱私作為一種尊嚴」這種基本價值為基礎，將私底下與公開場合之言論活動皆納入刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 保護範圍時，不免會產生一種自我懷疑：如此是否恣意創設保護法益，甚而破壞刑法謙抑性？但這種質疑其實是一種對於踏入陌生領域的焦慮，這是刑法天生的保守性格使然。但若不要急著

¹¹⁷ 王皇玉（2009），〈拘禁、違法搜索與竊拍〉，《台灣法學雜誌》第 131 期，頁 136。

進入刑罰必要性層次的討論，只考慮立法者所展現的意向，和隱私權規範目的，「隱私作為一種尊嚴」作為妨害私人生活隱私罪之保護法益內涵並非異想天開，換句話說，個人「自我形象」之控制，正是刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 所要保護的重要利益。

此前提若可成立，接下來則是分析「隱私作為一種尊嚴」此利益被侵犯時，其不得不受到保護之理由為何？再以所得答案為核心，填充本罪法益實質內涵。筆者認為，若從被害人角度來思考，偷窺、偷拍之類行為，會使得個人**陷於時時被監視的恐懼**，喪失安全感，因此無法正常生活。有研究報告指出：「偷拍一個一無所悉、毫不設防的受害人，將嚴重打擊其最核心的安全感與隱私感……通常受害人會感受羞辱、痛苦，變得不信任他人，甚至終日惶惶擔心自己的人身安全。」¹¹⁸而且這種恐懼不會因為是在家中或在公園裡被監視而有何差別。真正的關鍵是在於：「不知道誰正在看我」的壓力。質言之，是被害人**無法透過正常人際互動方式**控制自我形象，因此衍生承受的精神痛苦。

另一方面，在窺探的過程中，偷窺者並不需要負擔「有來有往」的責任，其立於佔盡特權的優越地位，這為其帶來掌握與被窺者之間關係的權力感。一個人利用針孔攝影機偷拍他人如廁畫面、裙底風光，其行為是為了滿足觀賞者的異常淫慾。當代隱私權的一個基本精神在於「尊重別人的生活空間」。偷窺者為滿足其個人需求，嚴重地踐踏此原則。更深層地分析，此種行為在當代社會所以越來越氾濫，似乎與整個社會越來越耽溺於個人愉悅享樂的風潮有關，個人滿足至上取代群體間的責任感。學者如是說：「當你可以舒服安全地坐在螢幕前觀看生活周遭的鄰人時，誰還想要傷腦筋去和他們打交道？」¹¹⁹

¹¹⁸ Robert Simon, Video Voyeurs and the Covert Videotaping of Unsuspecting Victims: Psychological and legal Consequences, *Journal of Forensic Science* 45, 884. 轉引自：Clay Calvert 著，林惠琪、陳雅汝譯，前揭註 11，頁 97。

¹¹⁹ Clay Calvert 著，林惠琪、陳雅汝譯，前揭註 11，頁 97、98。

綜上，本文認為，為保護人民經營正常私人生活、開展自我人格，不受他人偷窺、竊聽、竊錄行為之侵犯，刑法增設「妨害私人生活隱私罪」有其必要以及正當性。本罪之保護法益「隱私權」之具體內涵為：個人透過正常人際互動方式，控制自我形象之可能性。

所謂「自我形象」是在「隱私作為一種尊嚴」的脈絡下被理解，就如同我們不可能要求別人一定要如何看待自己，刑法對於「自我形象」之保障當然亦不以特定的形象狀態（例如：好的、討喜的、令人尊敬的……）為內涵，而僅致力於提供一種基礎性的前提：「正常人際互動方式」（這裡除了「如何互動」的方式外，當然也包括決定「不產生互動」之可能），是一種「對等」、「有來有往」的互動可能性。用白話來說就是：我不能控制別人怎麼看待我，但至少我應該可以決定有某些事情是我不願意被別人看見的。





第四章、構成要件分析

在上一章的討論中，本文嘗試將「妨害私人生活隱私罪」的保護法益界定為：個人以正常社會互動方式控制自我形象的可能性，而法益侵害結果則是因為個人形象遭破壞所造成精神上痛苦。要補充說明的是，這裡保護對象雖然是個人主觀狀態（精神），但不論在解釋或是審判上，都應該要採取客觀主義，緊扣所謂的「社會脈絡」來檢驗。除了是因為人心隔肚皮所造成審判上的不得不然外，更有邏輯性的理由在於，「隱私權」作為一種人格權、或「隱私作為一種尊嚴」，如同前面所介紹的，總是必須從特定、具體的社會脈絡中出發才能夠真正實現。因此在構成要件解釋上必須就此加以考量。

確認保護法益內涵後，接下來的任務是分析、解釋個別構成要件規定。

第一節、規範結構：實害結果犯

首先在基礎層次上要討論的是，究竟「妨害私人生活隱私罪」採取何種立法模式？是實害犯，還是危險犯？¹²⁰

第一項 不處罰未遂＝危險犯？

國內有學者主張，刑法第 315 條之 1 無未遂犯之處罰規定，乃因立法院一讀程序認為本罪屬行為人本人單純之行為，亦即「舉動犯」，無成立未遂之可能。¹²¹

¹²⁰ 蓋普通刑法典以實害犯之犯罪結構為原則，所謂「實害犯」(Verletzungsdelikte)乃行為人對構成要件所設定的行為客體必須給予實際損害，實有成立既遂之可能；而與實害犯相對之概念為「危險犯」(Gefährungsdelikte)，其於犯罪構成要件設計上，只要使行為客體陷於危險狀態，不待實害發生即滿足既遂要件。關於危險犯的深入討論，請參閱：王皇玉（2008），〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》第 159 期，頁 235 以下。

¹²¹ 曾淑瑜，前揭註 64，頁 167、168。甚至認為現行立法對意圖窺視、竊聽、竊錄而持有工具設備之行為無法可罰，建議參考外國立法例（例如美國模範刑法典§250.12 (1) (b) 之規定），採取實質預備犯之立法模式，將預備階段予以入罪。相同見解有：林憲德（2006），

實務有檢察官主張本罪屬「舉動犯」，認為一經著手（如裝設竊聽器材）便該當本罪構成要件。¹²²上開看法的邏輯似乎是：「無處罰未遂之規定」等於「舉動犯」等於「一經著手構成要件行為，不問有無法益侵害結果，即屬犯罪既遂而可罰」。然本文認為這種見解有待商榷，因為其將立法政策上對個別犯罪類型之未遂階段是否需要處罰的問題，與刑法採取「危險犯」（即「舉動犯」、「行為犯」）之立法模式以預防特定犯罪之選擇，兩者混為一談。

以下簡要介紹「危險犯」之法理基礎，據以檢視系爭規定，是否符合該立法模式之要件；然後確定「妨害私人生活隱私罪」的規範結構為何。

第二項 不處罰未遂「不一定等於」危險犯

第一款 危險犯之法理基礎

整個危險犯罪類型的構成，基本的規範意旨在於，論斷一定行為模式在社會生活當中是「典型的危險行為」，是當然可能製造實害的。所以為了預防考量，必須立法明文禁止典型危險行為。一般而言「危險犯」、或稱「行為犯」的構成要件規定，會出現在侵害國家、社會法益的犯罪類型中。侵害國家、社會法益（即

《刑法第 315 條之 1 窺視竊聽竊錄罪：並論私人窺視、竊聽或竊錄取證之證據能力》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，頁 34-36，氏著主張以歷史解釋得證，本條立法意旨乃採舉動犯之規範模式，只要行為人利用工具或設備擴大身體感官功能，而為看、聽或錄之動作時，犯罪即已既遂。

¹²² 參閱：臺灣高等法院 94 年度上易字第 1878 號刑事判決。本案事實概為，一對尚未離婚但已分居夫妻，某日該妻於房間內、床底下發現竊聽器，懷疑乃丈夫所裝設，故對其提出妨害秘密罪之告訴。審理過程中被告主張該器材與其無關，且扣案竊聽器僅為發射器，而未見接受器及錄音機，經刑事警察局鑑定單憑扣案之竊聽器，難認已錄得他人之非公開言論談話。本案一審判決被告無罪。檢方上訴意旨稱：「揆諸該法條（按：刑法第 315 條之 1）之意旨，第 1 款之規定應係規範單純窺視或竊聽之行為，至於將所窺視或竊聽之內容予以紀錄保存，則屬該法條第 2 款之範疇，足見該聽之內容予以紀錄保存，則屬該法條第 2 款之範疇，足見該處罰規定，是原審所認尚難謂為允當……」然此理由本案繫屬法院不採。

相對於「個人」而統稱為「集體」法益)的犯罪，基本上不以特定個人的利益為侵害對象。正因為這類犯罪對法益侵害的範圍是不確定的，在這種難以計算實害範圍的狀況中，如執著於從侵害個人法益的角度來個別論斷刑事責任，將會發生在「未遂責任」追究上的困難，但從法益保護的觀點來看，似乎又不應該對那些典型危險行為採取放任的態度。¹²³

基於預防功能的考量，容許立法者為了保護特定的國家、社會法益，從行為時對結果作預測，論斷一定行為造成不特定多數人的利益破壞，亦即所謂「**典型危險行為**」。因法益損害範圍在技術上的難以控制，即使過去行為並未造成實害，還是必須承認這一些行為，在行為當時的觀察，就是危險行為，其之所以未造成實害結果，全然出於運氣。依處罰未遂的法理，仍具可罰性、有預防必要。總結而言，危險犯之立法理由在於，針對行為人不法意志的完全評價。透過構成要件之設計將刑罰前置化，填補技術上對於「未遂」責任清算的漏洞，不以實害既遂為要件，**實際上將「未遂」行為視為既遂來處罰**。¹²⁴

第二款 本罪採取實害結果犯之立法模式

但在這同時，翻開刑法分則，我們可以輕易找到很多保護個人法益的條文，其同時未設處罰未遂之規定，就以傷害罪為例，難道我們會認為刑法第 277 條是所謂「舉動犯」、「行為犯」，而不問著手行為是否侵害他人身體法益、有無因果

¹²³ 黃榮堅(1998)，〈論行為犯〉，《刑罰的極限》，頁 222、223，台北：元照。

¹²⁴ 黃榮堅，前揭註 123，頁 226、227。另外學者強調，基於危險犯罪類型在法律適用上的特質，在立法上同時也必須認真思考的是，特定行為模式本身在客觀上是否具有普遍的危險性。實際上被規定為危險犯罪的類型，其構成要件的解釋也必須要符合「典型風險」的精神。若無法確定行為與風險之間具密不可分的典型連結性，那麼就只是一種建立在低度因果關係上的利益期待，對於這種利益期待果真值得動用刑罰來加以應對？參閱：黃榮堅（2005），〈論危險故意—評最高法院九十三年度台上字第一一五五號及九十一年台上字第六三六八號判決〉，《月旦法學雜誌》第 118 期，頁 237。

關係，便直接論以傷害既遂之責任？

這裡其實是一個很基礎的邏輯：「若 A 則 B」但「若 B 則未必為 A」，所以未設處罰未遂之規定未必就是行爲犯。確認此前提後，進一步要分析的真正問題是：「刑法第 315 條之 1 是行爲犯還是結果犯的立法？」就此，本文認為考量到本罪所保護乃個人法益，亦即個人以正常社會互動方式控制自我形象的可能性，故理論上應難以證立其作為一種危險犯處罰規定之正當性。換句話說，本罪應屬實害犯、或稱結果犯之立法模式¹²⁵。未來修法時應將「侵害隱私造成他人精神上痛苦」此法益損害結果予以明文，杜絕多餘的爭議。復依刑法第 25 條第 2 項，因無特別規定，故本罪未遂不罰；至於立法上對於窺視、竊聽、竊錄之未遂行爲是否應罰，則是另一個問題。

第二節、保護客體：「非公開」之活動、言論、談話，或「身體隱私」部位

本節所要討論的核心問題是：如何解釋法條中的「非公開」及「隱私」要件？特別是在客觀上應從何種角度、何種標準，認定個人主觀色彩如此濃厚之要件？國內有學者表示，「非公開」係指不對公眾公開而具隱密性，且有建築物或其他設施而在客觀上足認可確保該隱密性，否則僅個人主觀上認其活動係隱密進行仍無法認定為「非公開」。¹²⁶

¹²⁵ 結論上相同見解：甘添貴（2001），《體系刑法各論第一卷》，頁 459，台北：甘添貴。其表示：「妨害秘密罪性質上屬舉動犯，亦即不以被害人之秘密發生已被行為人或他人知悉之結果為必要，惟『普通妨害私生活秘密罪』（刑法第 315 條之 1）與『加重妨害私生活秘密罪』（刑法第 315 條之 2），其既遂犯之構成要件需發生一定結果方得該當，故此二罪性質上屬於結果犯。」然同書第 479 頁又稱系爭規定為「抽象危險犯」，似有前後矛盾？

¹²⁶ 林山田，前揭註 63，頁 280、281。並舉例說明，像是路邊的車床族，在公園暗處之性愛活動，或憑票入場但對外開放的演講，都不具備「非公開」要件。相同見解請參閱：王皇玉（2009），〈汽車內活動是「非公開」活動嗎？〉，《月旦法學教室》第 76 期，頁 14-15。

這種要求在客觀上必須存在建築物或其他設施來確保活動隱密性的想法，在德國刑法第 201 條 a 的規定中被具體落實；但反觀我國規定，法條中未將物理性區隔作為明文要件，如此一來，上開解釋方法是否合於當初的立法目的、或有無逾越規範之文義，便成為值得討論的問題。

觀察目前實務見解所呈現出的傾向，發現法院在認定「非公開」時，被窺視、竊聽、竊錄之人所身處之「場所」為何，就算不是唯一的標準，至少是被當作是決定性的考量因素，但本文對於這樣的解釋方式持質疑態度，特別是透過「場所」來反推個別活動言論屬於「公開」，是否充分合宜地實現本罪應履行之保護義務？另外，對於民國九十四年增訂的「身體隱私部位」要件，又應如何解釋？

第一項 「非公開」之活動、言論、談話

第一款 實務見解整理

在整理我國實務上「妨害私人生活隱私罪」相關判決的過程中，筆者發現，這部份的判決量相對而言是不多的，猜想其中原因除立法時間距今未久外，本罪法定刑不高（第 315 條之 1 是三年以下，第 315 條之 2 則是五年以下）也是少見最高法院對此表示意見的緣故。以下挑選幾則在當時引起社會矚目的案件，介紹事實內容與法律見解，再從中歸納分析實務見解的共通脈絡。

【案例一】臺灣高等法院 96 年度上訴字第 616 號刑事判決

本案事實為：壹週刊之攝影記者數人，於民國九十年某日晚間至翌日清晨，在未經甲、乙、丙、丁等人事先同意的情況下，以照相機及攝影機，竊錄甲、乙、丙、丁與其餘友人在別墅內聚會之活動照片及錄影帶，並在壹週刊雜誌第 11 期封面，以「小 S、阿雅、乙、丁露天搖頭性愛派對」為標題，內文以「獨家直擊」之方式刊載該等照片及錄影帶擷取之靜態畫面，加上「卻有一群年輕人正在舉辦

放蕩的搖頭派對。這群人正是平時形象良好的青少年偶像—小S、阿雅、乙○○和撞球選手丁○○。四女六男在獨棟別墅裡裡外外的舉止，活像是一齣肉慾橫流的劇碼，小S當街抓狂、阿雅放膽縱慾，丁○○更是演出露天春宮」等文字說明，再將該期壹週刊配銷至各販賣據點販賣。

案經台北地方法院檢察署起訴，審判中被告否認其妨害秘密之犯行，辯稱：丙○○等人舉辦派對之地點在別墅之室外游泳池畔，任何人從四周高處均可輕易看見該游泳池畔之活動狀況，被告等數名壹週刊攝影記者之拍攝地點位於施工中之大樓，並無任何門禁管制，一般人乃至遊民均可任意出入，系爭派對舉行地點客觀上顯不足以確保活動之隱私性；況系爭派對甚為喧囂吵雜，當時為深夜，丙○○等人發出巨大噪音，自得預見四周住戶均可能探頭尋找噪音來源，進而發現系爭派對之舉行，告訴人等對其活動並無合理隱私期待，與「非公開活動」有間。然上開抗辯並未能說服法院，本案判決被告等人成立犯罪，判決理由表示：

「增訂刑法第315條之1、第315條之2之目的係在保障隱私權，而該二條文所謂『非公開』，係指活動不對公眾公開而具有隱密性，亦即個人主觀上欲隱密進行其活動而不欲公開，且在客觀上所選擇之場所或所使用之設備亦足以確保活動之隱密性而言……」

「刑法第315條之1、第315條之2既未明示或列舉特定地點作為構成要件要素，於判斷是否屬『非公開』活動時，自不能僅以被害人從事該活動是否位於社會秩序維護法第83條第1款所定之臥室、浴室、廁所或更衣室內為判斷標準，其判斷之重點，毋寧應認係前述之被害人主觀上是否認其活動係在隱密中進行而不對外公開（即主觀的隱私期待），以及客觀上是否具有足以確保活動隱密性的設備。查本件告訴人等主觀上具有合理之隱私期待，¹²⁷……是告訴人所主張主觀

¹²⁷ 法院判斷有「合理隱私期待」的具體說理為：「該別墅設有大門，周圍有圍牆與外界隔離，該游泳池之位置係在大門入口後下數十階梯之下方，一般人難以經由該屋圍牆或

的隱私期待實難認與一般社會通念所認可之正當的期待有何不符；辯護人此部分辯解，自難憑採……」

【案例二】臺灣士林地方法院 96 年度自字第 31 號刑事判決

本案事實為：壹週刊攝影記者於民國九十六年間某日未經圓山聯誼社許可，潛入該社游泳池周邊區域，在未經戊、庚等人同意下，以相機拍照之方式，竊錄戊、庚等人在台北圓山聯誼社游泳池之活動照片，在壹週刊第 322 期，以「結婚半年達陣，庚○○懷孕身形曝光」為封面標題，內文以「封面故事」方式刊載該等照片，佐以「庚○○（左）為躲避媒體追問懷孕的事，穿上比基尼泳裝，與戊○○（右）到圓山聯誼會游泳池戲水解悶…，庚○○穿上比基尼泳裝後，腰部微露出一圈肉…庚○○游泳後謹慎地搬動躺椅。醫師認為，孕婦可以游泳，但不宜搬重物…庚○○穿比基尼泳衣曲線畢露，她曾自我調侃戊○○最愛她身材火辣」等文字說明，將該期週刊販賣予社會大眾閱讀。

法院判決理由稱：「刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 規定係在保障隱私權。

大門看見該游泳池等情，……該別墅為 3 層建築，雖其鄰房中有幾戶樓層高於 3 層樓者，惟與鄰房連接處之游泳池畔，有濃密之樹木以遮擋鄰房視線。則告訴人丙○○與友人聚會之場所既屬私人住宅，該場所又設有門、牆等防閑設施並以樹木遮掩鄰人視線，其場地、活動均非他人得以任意進入或觀看。……況告訴人等在上開活動中，曾與友人有較親暱之肢體動作，如擁抱、親吻等，此有系爭壹週刊報導所刊登之照片可證（略）。核之該等行為態樣相當私密，可知告訴人等人主觀上對於該等活動有隱私之需求及期待。……綜上等情，堪認告訴人丙○○等人於 90 年 8 月 4 日在上址別墅內進行之上揭私人聚會，尤其於當晚 10 時、11 時後在游泳池邊表現上開親暱私密之肢體動作時，其等主觀上應具有隱私權不受侵害之合理期待。……依常理而言，施工中建築工地，不免放置有若干具有價值之施工建材、工具等物品，焉可能容許他人擅自侵入；再者遊民往往選擇公共場所或無人居住使用之空屋作為棲身之所，豈有任意闖入尚有人施工而屬私人所有之建築工地內棲息之理？縱有人恣意闖入，惟此亦顯已逾越該工地案發當時之通常使用型態；……縱於案發當時該工地 2、3 樓得以目睹該別墅游泳池畔之活動，亦難以被告上開所稱逾越該工地或一般住宅通常使用目的之極少數例外，即遽認上開別墅客觀上不具有場所之私密性，而告訴人等對其等在游泳池畔所表現之舉動亦不具合理之隱私期待。」

本法目的既在保護隱私權，重點自然在於表示者的主觀意欲。是否為『非公開』，取決於活動參與者，易言之，必須看活動者是否還保留了他對於自己的意思表示的接收範圍之控制，著重在活動的封閉性與否。數人參與活動的場合是否認定為公開，標準在於參與者或旁觀者的範圍是否可以被界定，或者是否對於第三人開放，單純從參與者或旁觀者之人數無法推導出來是否屬於公開的結論，不能以該活動是否『不特定多數人參與或特定多數人得共見共聞』而推論公開與否。當然，被害人主觀上的保密希望仍必須配合外在之客觀條件來認定。第三人如不須特別努力就可以聽聞的活動，即使活動者並非針對公眾表達，仍當然失去秘密之性質，自不待言。是論者對該條文所謂『非公開活動』，有謂係指不對公眾公開而具隱密性，且有建築物或其他設施，而在客觀上足認可以確保隱密性的個人或團體活動；更有主張不能僅是利用物理場所來加以界定，而是必須另外再以活動內容來加以限縮。¹²⁸（底線、粗體為筆者所加）

【案例三】臺灣高等法院 94 年度上訴字第 3409 號刑事判決

本案事實：「獨家報導」第 819 期以「專交男立委？沈智慧女助理陪黃義交、

¹²⁸ 本案中法院認定被告行為該當「非公開」構成要件之具體理由為：「圓山聯誼社設有前後警衛崗哨，前崗哨設有台北市圓山聯誼會標誌，離崗哨前約 10 公尺為置有『非本會會員車輛，請勿入內停車』之標誌，後崗哨並無禁止車輛進入之標誌，但設有崗哨及警衛。……圓山聯誼社為一會員制之私人聚會場所，不僅藉建築物等物理上設施區隔地理領域，也藉高額入會費管制會員成員，大眾甚至不無藉入會與否區隔所謂社會『名流』或『非名流』，會員在內之活動為封閉性的，不對公眾公開而具有隱密性，會員活動縱然為在場多數之會員所共見共聞，然探究會員意思，當然保留了他對於自己的意思表示接收範圍之控制，也就是限於同為會員之間，而不及於其他第三人。……自訴人等以會員身分參與圓山聯誼社游泳活動時，對於隱私之期待，當然與在一般公眾游泳池從事活動時有所不同，而事實上，圓山聯誼社也藉由警衛崗哨之設計、會員證件之查證，車道及天然地勢之限制，區隔會員與非會員，藉以保障會員之隱私，自訴人等以會員身分對於在該聯誼社內游泳活動隱私之期待，即使以前述最嚴格之『非公開活動』標準而論，仍有合理之基礎。是故，不論就客觀情狀或自訴人等主觀期待而言，自訴人等在該聯誼社內游泳活動可確認具有『非公開』性無疑。」（底線、粗體強調為筆者所加）

高資敏吃火鍋兩度跟楊文欣出國還曾與游月霞前夫很曖昧」為標題，附上未經乙○○同意拍得之照片做為封面，並於內文記載：「據聞一名擁有『國會女王蜂』號稱的女助理，不僅陪黃義交吃火鍋，高資敏還將大安會館房間給她住，游月霞前夫陳朝容也出錢供她到美國唸書，楊文欣更是帶著她兩度出國遊玩……」「在一月初，乙○○曾和楊文欣兩人一同出遊到美國，楊文欣還買一個香奈爾皮包送給她，這已經不是她第一次和楊文欣出去了……」字句。乙○○向法院提出告訴，經檢方偵結後起訴。

本案同樣有認定「非公開」與否之問題，就此，法院認為：「本件報導所附告訴人照片係被告等於93年4月15日，與告訴人在大安會館1樓相約見面時所拍攝……告訴人當日同意與被告相約見面，且大安會館1樓亦顯供作會館使用者與訪客、或其他經許可進入之人得以交談、會面之處所以觀，實難認告訴人係於從事所謂非公開之個人隱私活動時，遭窺視、竊錄等情，自與刑法第三百十五條之一之立法目的所欲保護之個人隱私權，尚屬有間。」（底線、粗體為筆者所加）

第二款 分析與質疑：「場所式」合理隱私期待？

綜觀上開案例，不難看出審判者對於「非公開」要件之認定，基本上類似於美國法，以「合理隱私期待」之有無，判斷個案事實是否值得被保護。具體而言，法院認為活動者（即個案中被窺視、竊錄之人）必須在主觀上對其隱私有所期待（認其活動係在隱密中進行而不對外公開），而且該期待在客觀上，依一般社會通念是合理的，如此方能該當「非公開」之要件。更重要的是，判斷「客觀情狀是否合理」，法院見解似乎較傾向於一種「場所式」的理解，考量個案中活動者所處之位置，是否為「公眾或不特定人得出入、觀看」，有無「物理上的區隔、屏障」¹²⁹。而且不只「非公開」活動言論是如此，在界定何謂「身體隱私部位」

¹²⁹ 前面所介紹的【案例一】和【案例三】便是如此。比較特別的是【案例二】，這個

時，法院似乎同樣是以該部位是否被「衣物遮蔽」這種物理的區隔概念作為判斷標準。（見本節第二項之討論）

部分學者贊同上開實務見解，認為隱私權之所以受到保護，乃為個人人格得以自由開展，故必須保留給個人一個不受干擾的內在空間。然個人開展人格時，一方面固為獨立的個體，但另一方面也是一個社會人，也就是仍具有或多或少、強度不一的社會連帶性。因此所謂的「隱私」應該是專屬於個人在其私密或私人領域中，其身體活動、言論談話不受他人或國家之侵犯；相對的，個人處於公共領域，即無法主張或期待其言行、活動，享有與在隱私領域內同等的保護，這也是刑法第 315 條之 1 將保護客體加上「非公開」要件的理由。質言之，「非公開」如同刑法第 315 條的「封緘」一樣，係用以界定私領域或訊息私密性與否的標準。刑法第 315 條之 1 不保護「公開」之言論活動，理由在於當個人在公開場合進行活動、發表言論，意謂著他放棄對於自己言論或活動傳達範圍的控制，甚至可說其傳達範圍本身就包含多數人或不特定人得以見聞，如此自然亦無信賴感之破壞可言。¹³⁰

承上，學者進一步建議參考美國模範刑法典對「私領域」的定義，以「合理隱私期待」為要件，避免私領域的範圍過度擴張，原則上可用一定的物理性區隔

案子法院先不附出處地援引了學者意見，主張不能僅以「不特定多數人參與或特定多數人得共見共聞」推論公開與否，除物理場所外必須另以活動內容來加以限縮，須視**活動者對於自己意思表示的控制範圍（能力）來判斷活動的封閉性與否**。接著強調，系爭場所（即圓山聯誼會）非會員之一般人無法進入，證明個案中活動者的主觀上不欲其活動，被會員以外的一般社會大眾所觀看（以會員身分參與圓山聯誼社游泳活動，當然與在一般公眾游泳池從事活動時有所不同。）在【案例二】，法院判決的**焦點是鎖定在「人」而非「場所」之上，筆者認為，如此才是對「非公開」要件的正确理解**，理由在於本罪所要保護的法益是一種「人格權」而非財產權，自然應該要始終緊扣著「人」來進行解釋。在操作「合理隱私期待」時也是相同的道理，見以下說明。

¹³⁰ 王皇玉（2009），〈刑法對隱私權的保障—以刑法第 315 條之 1 為中心〉，《台灣法學雜誌》第 122 期，頁 37 以下。

作為界定。並質疑以「少數人知悉或不會輕易同意他人知悉」¹³¹判斷非公開與否的說法，不足以作為界定非公開性的合理判準。舉例來說，路邊車床族或公園中的性愛活動，活動者之主觀意思的確該當上開事實要素（即活動內容不欲讓他人知悉），然而以活動者客觀上所處的位置來看，其實可認為其具有默示放棄自身隱私的意思，或對其將該活動定性為隱私，評價為一種的錯誤期待。¹³²

惟就上開學者見解，本文有不同看法，以下說明之：

第一目 立法者認為公眾場所之隱私不受保護？

整裡前面對於「非公開」應如何解釋的討論，現行的實務見解以及部分學說似乎認為，在「公眾場所」便不存在必須以刑法來保護的隱私狀態，或者是說，在公眾場所中個人對其活動、言論並沒有合理的隱私期待。這種解釋方法，深受美國法的概念所影響。雖然文義上並不排除上開結論，然文義解釋作為一切法律解釋的起點與終點，在其範圍之內所可能的各種選項，尚應輔以其他解釋方法，譬如考察立法過程進行歷史解釋，方能正確理解規範欲達成之目的，以及在規範制訂過程中，相應的社會、文化背景。

我國刑法於八十八年增訂刑法第 315 條之 1，但當時規範的內容與現行法並

¹³¹ 但支持此標準之論者認為，民國八十八年增訂刑法第 315 條之 1 目的之一，就是對「已無明確的物理性隔絕」之場域的「侵入」行為進行規制。若此際仍沿用過去藉物理性場所標示或防衛措施被破壞、或物理性場所平穩狀態之變化來確認侵入行為的定義方式，似乎是沒有觀察到上述的立法目的。學者主張，在不存在物理性場所邊界可供確定侵「入」的情形下，必須尋找另一種判準，將以往重點置於「入」的解釋方向，轉向到「侵」方向，如此一來解釋的重點也不再是「場所」，而變成了人的「活動」內容。質言之，即人們通常不想讓無關的他人所知悉、不輕易同意讓他人知悉或公開的活動。雖然條文未使用「秘密」一語，但仍應以「秘密」的解釋，對於「非公開」進行射程範圍的限縮。所謂的「非公開」不能僅以物理性場所的概念來界定。詳細的內容請參閱：李茂生，前揭註 66，頁 105。

¹³² 王皇玉，前揭註 126，頁 14-15。採相同看法的實務見解：台灣台北地方法院 90 年度自字第 601 號刑事判決，該判決以「車窗玻璃透明」加上「車輛所處之位置（道路）乃屬公共場所」為由，定性車內之活動不屬於「非公開」。

不相同，條文中沒有規定「身體隱私部位」。之後在九十四年的刑法修正，因為當時的社會問題（針孔攝影行為氾濫、在公共場所遭偷拍的行為嚴重侵犯了個人隱私）加上構成要件解釋上的模糊（法院對於公共空間的偷拍是否該當「非公開活動」要件有所爭議），立法者在此背景下，遂將「身體隱私部位」納入了刑法第 315 條之 1 第 1 款、第 2 款的保護客體範圍。若仔細地檢視上開修法過程，會發現在一開始，立法委員提出的草案與最終通過版本有不少出入。整理如下：

修正通過	<p>有下列行為之一者，處三年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金：</p> <p>一、無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。</p> <p>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</p>
委員提案	<p>有左列行為之一者，處三年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金：</p> <p>一、無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開之活動、言論、<u>或談話者</u>。</p> <p>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、<u>言論或談話者</u></p> <p>三、<u>於公共場所或公眾得出入之場所，無故利用工具或設備窺視、竊錄他人非公開之活動或隱私部位，足以妨害他人隱私者。</u></p>

從上開對照出可以發現，在原先委員提案的版本中出現了「**第三款**」的規定，而該款的重點在於強調「於公共場所或公眾得出入之場所」，然而此一規定最終並未成為公佈施行的條文內容，其中的緣由在於，當時草案在立法院司法委員會審議階段時，出席與會的法務部¹³³和司法院¹³⁴代表，都對上開委員提案版本中的

¹³³ 立法院第五屆第四會期司法委員會第四次全體委員會議記錄（92 年 10 月 23 日），收錄於〈2005 年中華民國刑法暨刑法施行法修正立法資料彙編〉，顏大和（時任法務部次長）發言記錄（節錄）：「任何人對於其私密而不欲公開之舉止（部位），均應有不受侵犯之權利。如在公開場所，無故以工具或設備窺視、竊錄他人隱私部位，非但違反個人隱私權之期待，一旦散布於公眾，更影響個人名譽，實有立法保護之必要……現行條文第 315 條之 1 係保

第三款的規定方式，特別是對於「於公共場所或公眾得出入之場所」要件表達了反對的意見，認為如此修法反將限縮了原有規範的適用範圍。

以一種結果論的事後之明來看，最終通過的版本中並沒有出現委員提案版本中的第三款、或是任何關於「於公共場所或公眾得出入之場所」文句，某種程度我們可以說，當時在司法委員會討論階段時，與會實務界代表所提出的意見受到立法者接納。此一過程不論是在學者從事研究、或是法官從事審判時，解釋刑法第 315 條之 1「非公開」要件都應該要注意。學者亦認為，妨害私人生活隱私罪立法之目的，就是為了規制對「無明確物理性隔絕」場所領域的「侵入」行為，若此際仍襲用以往藉物理性場所之標示或防衛，確認侵入行為的定義方式，則似乎是疏於考慮立法者之原意。¹³⁵質言之，從歷史解釋的觀點來說，立法者並未將人民隱私權的刑法保障，限制在自己家中的小房間或是陰暗的地下室，「於公共場所或公眾得出入之場所」、例如公園或是立法院會館，仍是刑法第 315 條之 1 規範效力所及之處。

障個人私生活秘密安全而設之處罰規定，其行為客體為他人之非公開活動、言論，至於該行為進行之場所，是否處於公共場所或公眾得出入之場所等公然狀態，現行條文並未予以限制，易言之，無論是否為公共場所或公眾得出入之場所，一旦有第 315 條之 1 各款之行為態樣，即構成該罪，……委員提案增列第三款之「於公共場所或公眾得出入之場所」要件，似有限縮適用之虞……」，頁 475-477。(底線、粗體為筆者所加)

¹³⁴ 立法院第五屆第四會期司法委員會第四次全體委員會議記錄（92 年 10 月 23 日），收錄於《2005 年中華民國刑法暨刑法施行法修正立法資料彙編》，蔡清遊（時任司法院刑事廳廳長）發言記錄（節錄）：「現行刑法第 315 條之 1……並不以於非公共場所或公眾得出入之場所之行為為限……無故利用工具或設備窺視、竊錄他人隱密部位，足以妨害他人隱私之行為，不論是否在公共場所或公眾得出入之場所所為，其有礙社會風俗及個人之隱私、尊嚴，並無差異，均應加以處罰……」頁 480-481。(底線、粗體為筆者所加)

¹³⁵ 李茂生，前揭註 64，頁 105。李教授指出，在沒有物理性區隔存在可供確認侵「入」的情形下，則必須將判準之重點移置於「侵」，這時候解釋的重點就不在於「場所」，而是人的「活動」內容。質言之，即人們通常不會想讓無關之他人所知悉，或是不輕易同意對他人公開的活動。據此，所謂的「非公開活動」意指一旦被公開，即可能對他人造成心理上痛苦、不安之活動。

排除以場所性質作為唯一考量的可能性，對「非公開」的解釋應該要回歸以「人的活動」內容作為判斷對象，視該活動性質是否屬於人們通常不會想讓無關的他人所知悉、或不輕易同意讓他人知悉或公開。這種解釋方法，一方面與保護法益之關連性較為密切（隱私權作為一種人格權，構成要件的設計理論上自應以「人」為中心），另一方面則是在活動是否屬於「非公開」的定性上，打開一道缺口，讓社會的一般通念可以流入，以之判斷該內容一旦公開，對於個人的公共形象、乃至尊嚴的侵害嚴重程度。

第二目 「合理隱私期待」的合理詮釋：控制還是區隔？

對於前述實務審判上對於「非公開」要件之解釋，筆者的第二個質疑是在於抽象的理論層次上，針對「合理隱私期待」此概念操作存有若干問題。**關鍵在於：期待的內容是「場所」還是「人」？期待的重點是「區隔的」還是「控制的」？**

「合理隱私期待」是一個在美國被許多判決一再引用來解釋憲法第四修正案的判斷原則，追溯其起源，大多認為最早是在 *Katz v. US* 的判決中被提出。在此之前美國法上多數見解認為憲法第四修正案所保障的是人民的財產權，因此法院習於以處理財產權的思考方式，亦即人民的財物是否受到有形的侵害，解釋憲法第四修正案的保護範圍。然而此見解在 *Katz v. US* 一案中被推翻，本案部分事實是 FBI 在公共電話亭裝置儀器，竊聽人民（即 Katz）利用公共電話為賭博交易的談話。審理過程中 Katz 向聯邦最高法院提出兩個爭議問題：第一、公共電話亭是否屬受憲法保障區域？第二、所謂違反憲法第四修正案之搜索扣押是否限於對憲法保障區域之「物理性」侵入？

大法官 Stewart 在本案判決中表示：**憲法所保障的是人、而非場所**。若一個人有意將自己揭露於眾，那麼即使他人在家中或辦公室，也不受到第四修正案的保護；反之若他要維護隱私，即便靠近公共場所，仍是憲法所要保護的對象。而侵入是否有形（即「物理性」）在判斷上則不具意義。另外在協同意見書中，大法官 Harlan 對於如何進行判斷補充了兩項標準：**第一、必須有確實的（主觀的）**

隱私期待；第二、該期待是社會承認合理的。¹³⁶上開法院見解毅然地捨棄過去以財產權「有形／無形」侵害的爭執，回歸到「人」作為思考中心，提出的判準在日後廣泛地受到引用，其內涵也就是我們所熟悉的「合理隱私期待」。

「合理隱私期待」這個概念最一開始被提出的時候，目的在於擴大隱私權的保障範圍、而非加以限制，但後來實務發展的結果卻將此概念當作判斷權利存否的依據。筆者個人的看法是，「合理隱私期待」作為一種抽象的判斷標準、或是說檢驗流程（主觀上具有期待，期待客觀上合理）的確有其高度價值，但此判準能否真正發揮功效，取決在於框架內所填充的內涵為何，質言之，關鍵在於是以「場所」還是「人的活動」為中心來思考。或者更重要的是，我們對於隱私權的理解，應採取「區隔的」還是「控制的」定義方式？¹³⁷

所謂「區隔的」定義方式，其所著重的是確保個人的幽靜、排除他人侵擾，欲保障的是一種個人事務不為人所知、不被干涉的「狀態」，而「隱私權」作用在於此狀態被動搖、破壞的時候，展現其排除侵害的功能。（對照前面介紹過的Prosser分類，其中四種侵犯隱私的類型所欲保障的就是屬於此種定義方式下的隱私權。）在這種思考下，個人與公眾、他人之間築起一道高牆，並使私人事務在此高牆之內不受外來之侵擾。「區隔」的定義通常和「秘密」相關，尤其是關於個人資訊揭露或利用的排除，隱藏資訊、將近用資訊之人限於特定少數，使該

¹³⁶ 整理自：詹文凱，同前揭註 73，頁 52-54。惟綜觀實務的發展，法院仍難以擺脫用「場所定性」來進行思考的習慣，例如美國聯邦最高法院在 1984 年的 *Oliver v. US* 判決中，多數意見認為「田野」是開放性場所，不具合理隱私期待；與之相對的是「庭院」，「庭院」與住宅密不可分，人們在其中可主張具合理隱私期待。（不同意見則認為，若一個人在其土地上已採取一定的正常措施維護隱私，例如豎立「禁止進入」的告示，則應該產生受到憲法第四修正案保障的效果。）另外像是 1986 年的 *California v. Ciraolo* 判決中，聯邦最高法院認為憲法未禁止警察自「空中」觀察人民的庭院，理由為憲法保障不可擴及要求警察在公路上行經私人住宅必須閉起眼睛，故以此論證人民對免於受到國家自空中觀察其住宅庭院的期待不合理。

¹³⁷ 以下「區隔的」與「控制的」定義類型討論，整理自：詹文凱，前揭註 73，頁 127-129。

資訊保持在秘密的狀態下。與此相對，所謂「**控制的**」定義方式則著重於個人的控制權或決定權，認為隱私權的目的在於確保個人對於其自身事務的自主地位，而非單純保障一種狀態，據此主張個人可以主動地決定，一部分其與他人或公眾的關係或其行為的空間。隱私權的作用在個人做出決定時便已發生，而不是等到受有侵害時才出現。「控制的」定義方式同樣會在個人和公眾之間劃出區隔，但目的不在於藉此被動地屏障個人事務的不欲人知，而是宣告「私人／公共」領域的切割，以及個人在其私人領域內的自由。

比較上開兩種定義方式，可以發現在基本態度就有所不同。「區隔的」定義重點在於「侵害排除」，但未見就隱私權之內涵有進一步詳細的說明。然而在概念上要進行公私領域的劃分時，除了強調保護之外，更重要的應該是要瞭解劃分出來領域之內涵，也就是應該要去思考我們所要保護的是什麼。「區隔的」定義方式之不足之處在於當面對「新的」具體事實時，所依據的仍然是「過去的」對於個人事務、對於隱私的預設，然而這些預設並非皆為自明之理，甚至可能是流於恣意或不確定，如此認定保護範圍自難令人服氣。反之，「控制的」定義方式較具說理性，明確主張：「**隱私權即控制力**」，在公私領域之架構下，隱私權就是對於私人領域內事務的控制力，在其中個人不僅是受保護的客體，更是具決定權的主體。以此推論出，私人領域乃公眾或他人無正當理由不得涉入之領域。這種定義方式在概念上亦包含區隔，而且提供了區隔的定義方式所欠缺的判準。

除了抽象理論層次的不同之外，上開兩種定義方式在**應用上**也會產生重要的差異。舉例來說，在公共紀錄中的個人資料，若依照「區隔的」定義方式來看，會因為該資訊「被記錄」而不屬於隱私權的保障範圍，或是某一資訊被侵入後，因為「秘密狀態」已不復存在，因此對後續的公開揭露個人也難以再主張其隱私應受保護。反之若是採取「控制的」定義方式，即便個人資料被利用或公開，該資訊主體對於資訊的控制權並不會因此消失，也就是說個人仍有權要求對於資訊「利用者」、「公開的對象」或是「利用、公開的程度」上加以限制。對於被侵入

的資訊，個人可藉著限制「再次揭露」的二度傷害¹³⁸，而將損害結果控制在較小的範圍之內。回歸到 Warren 和 Brandies 當初的論點：私人領域是「不可侵犯的人格」所不可或缺的一部份，所指的並不只是消極地避免損害，而是積極地作為自己為行動和決定的基礎。據此，採取「控制的」定義方式來理解隱私權，才能正確地掌握個人在其私人領域的主體性。本文亦贊同上述看法。

第三款 小結：「非公開」不等於「關在家裡、拉上窗簾」

當一個人身在公眾場所時，能否對於「隱私」有所期待？對此或許社會環境的實然是一回事，但法律系統的應然又是另一回事，這中間的差距必須以論述來加以補充。筆者主張，不論是從「隱私」的抽象概念範圍，作為一種憲法層次的人格權，乃至於一種刑法法益，各個面向都無法當然地將公眾場所中的個人形象排除於保障之外。從歷史解釋切入，探究立法者的意志也會發現在「公共場所或公眾的出入之場所」，仍可能存在所謂的「非公開」活動、言論，而且應被納入刑法第 315 條之 1 的保護客體。在解釋「非公開」要件時應參酌法益內涵及該當社會脈絡之通念，採取客觀主義的判斷方式。如此方能正確地滿足刑法對於個人隱私的保護義務

總結而言，本文在此問題上採取一種不同於多數實務見解的立場，認為所謂「非公開」所指涉的並非「場所」的定性，自然也不應該以被窺視、竊聽、竊錄之人所處之位置是否有物理性屏障來判斷「非公開」要件該當與否。應回到保護法益「隱私權」的本質來思考，其保障的本來就是「人」而非「場所」，而對於「隱私」的理解也應該要以「控制的」取代「區隔的」（或是隱藏起來的）界定方式。筆者認為，或許可藉助「按照社會一般通念，該活動、言論或談話，一旦公開於眾，被害人將產生精神上的痛苦」為標準，在個案進行「非公開」的判斷。

¹³⁸ 參照我國刑法第 315 條之 2，應該就是屬於這類規範。

除此之外，以「控制的」取代「區隔的」隱私概念，其意義在於能夠精準地就刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 所規定的數種不同行為樣態，在刑事責任上進行更適當、精緻的評價。具體而言，同樣的活動或言論，當場、一次性的觀看或聽聞，與被儲存為電磁紀錄而不受時空限制地反覆再現，兩者對於個人隱私所造成之影響程度顯然相去甚遠。若從這樣的出發點來思考，自然就不會認為刑法第 315 條之 1 第 1 款規定之「非公開」與同條第 2 款的「非公開」必然是相同的解釋，換言之，在行為客體公開與否的評價上，有可能出現不該當第 315 條之 1 第 1 款，但該當同條第 2 款之構成要件的情形。¹³⁹用白話的說法就是：我讓你用眼睛看，不代表你就可以拿相機出來拍；我讓你拿相機拍，也不代表你就可以拿那些照片去賣。

第二項 「身體隱私部位」

第一款 實務見解

【案例四】臺北地方法院 96 年度易字第 2878 號刑事判決：

「倘屬公開而非隱私之身體部位，顯非妨害秘密罪所欲保護之法益，自與該條構成要件不合。……被告將手機拿反，而拍攝到告訴人雙腳腳踝及腳跟部位。當天告訴人穿著短裙、拖鞋，露出雙腿、雙腳，該等部位自非非公開之身體隱私部位。……」（底線、粗體皆為筆者所加）

【案例五】臺灣高等法院 96 年度上易字第 2537 號刑事判決：

「依案發當時告訴人之坐姿及被告當時手持手機拍攝之角度，被告僅拍攝到當時告訴人在捷運車廂內閱覽報紙之臉部、腿部等部位，依一般社會大眾觀感，

¹³⁹ 筆者認為，除「非公開」外，涉及「無故」之判斷也是如此。後續討論見第五章。

捷運車廂屬公共場所，告訴人於案發當時乘坐捷運，應屬公開活動，且被告所拍攝至告訴人當時**臉部、腿部等部位**，尚非刑法第 315 條之 1 妨害秘密罪規定之『**身體隱私部位**』，縱被告未經告訴人同意拍攝前述照片之動機可議，且已對告訴人造成心理上之傷害，惟依罪刑法定主義，仍非屬妨害秘密罪處罰之行為。……」

¹⁴⁰（底線、粗體皆筆者所加）

第二款 分析

從上開兩則判決中可以看出，實務見解對於所謂「身體隱私部位」的認定係採取較緊縮的標準，三點部位（女性胸部、男女生殖器）該當本要件應無疑義；至於其他身體部位，例如臉部、四肢是否屬於身體隱私部位，雖容有爭議空間，但法院似傾向於將其排除於本罪行為客體範圍之外，其中所持理由，大致不外乎「一般社會大眾觀感」與「有無衣物遮蔽、是否公開」兩種論述方式。

以特定部位有無「衣物遮蔽」作為屬於「身體隱私」與否之判準，如此定義將「隱私」範圍的界定連結到個人意願，亦即透過個人選擇自身穿著來表彰同意將自身資訊與他人分享之程度：「衣物遮蔽＝非公開＝身體隱私部位」，【案例四】臺北地方法院 96 年度易字第 2878 號刑事判決似乎便採取此見解，判決理由出現「非『非公開』之身體隱私部位」等文字，不難推知本案法官認為所謂身體隱私

¹⁴⁰ 可供對照的是檢方的上訴理由：「檢察官上訴意旨略以：惟按隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障，司法院大法官會議著有釋字第 603、585 號等解釋可資參照。刑法第 315 條之 1 係為保障個人之隱私權所特別制定，適用解釋條文時，即應以保障最大範圍之隱私權為準繩。該條『**身體隱私部位**』除應考慮社會一般通念外，尤應慮及被害人之意願，方符該條保障個人隱私權之意旨。……被告係站立於告訴人前方所攝得告訴人之大腿畫面，而告訴人已明確在警詢及偵查中表示不願被告拍攝其大腿之畫面，且依一般社會之觀感，亦均認被告之行為，係侵害告訴人隱私之行為，是告訴人之大腿應認係其『身體隱私部位』。從而被告所為係與刑法第 315 條之 1 之構成要件相符，自應依法論處。」

部位必須是「非公開」，而公開與否取決於有無衣物遮蔽，故當告訴人身著短裙、脫鞋時，拍攝雙腿、雙腳之照片自不該當本罪構成要件。

惟上開見解有待商榷：一、於界定「身體隱私部位」時，加入「非公開」之判斷是否正確？二、所謂「身體隱私部位」之解釋中，個人意願與社會一般通念理應各自扮演何種角色？

關於第一個問題，本文認為從法條文字「非公開之活動、言論、談話『或』身體隱私部位」，以及立法過程的歷史解釋可得知，「身體隱私部位」與「非公開」屬各別獨立之要件，兩者不應混淆，更甚者可謂「隱私」較諸「非公開」，是更強烈、更直指核心的指涉（可以參照比較法上關於隱私權的「領域理論」、「三階理論」來理解。）換言之不論是公開或非公開、有穿衣服還是沒穿衣服，皆與是否屬身體隱私部位無涉。接續下來第二個問題的答案也就昭然若揭：解釋「身體隱私部位」不以個人意願為主要考量因素，而是以社會一般通念為準，理由在於本罪法益只在社會脈絡下才能夠被正確合宜地呈現，至於個人意願發揮的作用，不是將一般社會通念認為不需要保護的事物納入保護範圍，¹⁴¹而是反向地保留了一種出罪的可能，將某些社會觀感可能認為有害於個人隱私之行爲，由個人同意或承諾表彰其主觀上並無受害之感，排除系爭行爲之應罰性。上開【案例五】，對照檢方上訴意旨與判決結果，應可推知法院所持見解同樣是先將「非公開活動」與「身體隱私部位」切割，分別論斷；按照社會一般通念認定特定部位不屬身體隱私部位時，個人意願如何不足影響該判斷。

總結而言，延續在「非公開」要件判斷上的一貫脈絡，本文對於身體「隱私」部位的解釋為：「按照社會一般通念，該身體部位一旦公開於眾，將造成被害人

¹⁴¹ 本文認為，過度強調以「個人意願」作為認定「身體隱私部位」的判準，可能產生的問題是混淆「隱私」與「名譽」。在第三章的討論中，本文主張隱私與名譽的界限在於是否「可受公評」，在此或許可以沿用這個標準，將「公評」內涵理解為「正常人際互動所容許的互動、接觸」。而「身體隱私部位」是指在正常人際互動中不會端上檯面的內容。

精神上極大痛苦或羞恥」；這種定義方式會隨著不同的社會時空背景調整其涵蓋範圍，以我國當前的社會風氣而論，對於「身體隱私部位」確實應該採取較限縮的認定，原則上應指女性乳房及男女生殖器官，某些例外情形可能還包括了個人身體不欲人知、羞於見人的特殊狀況，惟應採較嚴格的認定標準。

第三節、刑法第 315 條之 1 的構成要件行為與行為方式

第一項 「窺視、竊聽」及「竊錄」

第一款 區分行為類型：「即時的視聽」與「半永久化的紀錄」

刑法第 315 條之 1 分別將「窺視、竊聽」與「竊錄」規定於不同款次之中，就此雖未見立法理由說明其考量，然本文以為，此乃基於兩種行為類型的本質上差異使然，而兩款之區別在對於他人形象造成的影響程度不同。質言之，「窺視、竊聽」行為對被害人而言，其意義在於正常社會互動關係中自我形象的控制權被在行為當下侵害；相較之下「竊錄」造成影響則更深遠，被害人不欲人知的模樣本可隨時間流逝而煙消雲散，卻因行為人竊錄而凝化固態，進而打破時間空間的限制，造成被害人精神上更沈重的負擔。上開區分實益在於檢討若干構成要件之解釋時，必須將不同行為樣態所造成的侵害結果納入考慮。

另外，本條第 2 款文字有若干待檢討之處：蓋本款構成要件行為乃「竊錄」，至於「以錄音、照相、錄影或電磁紀錄」等文字，與同條第 1 款的「工具或設備」意義相同，皆屬行為手段、方式之描述。又因記錄方式的不同，對於他人隱私權侵害之程度亦有所輕重，舉例而言，以紙筆抄寫他人非公開談話之內容，或是用錄音機側錄，兩種不同手段對於他人隱私之侵害程度，自以具原音「再現性」的後者較為嚴重。而本款列舉「錄音、照相、錄影或電磁紀錄」等方法，均具備使

隱私權所附麗之原音原影再現的功能。¹⁴²

惟該款所謂「電磁紀錄」，細究其字義其實並非一種記錄資訊的方法，毋寧更接近一種「儲存」已被記錄資訊的型態，蓋「電磁紀錄」指的是一種數位資訊的排列狀態，在今日無論是錄音、照相或錄影等技術，幾乎都將資訊以電磁紀錄方式予以保存。¹⁴³據此，「電磁紀錄」與「錄音、照相、錄影」應非屬相類行為手段，而立法者實際欲表達強調者，應在於行為手段必須具備使原音原影「再現」的機能，而除錄音、照相、錄影等方法外，其他能發揮相同功能的科技方法，也可能造成保護法益之侵害，應同屬本款之行為手段。綜上，宜將本款「電磁紀錄」之文字刪去，改列「其他再現原音原影之方法」作為限定行為方式之概括要件，並可免去因新興科技出現導致法律要件掛一漏萬之疑慮。

第二款「窺、竊」：解釋為「他人不知」或「違反他人意思」？

關於如何解釋本條之「窺」、「竊」要素，學者間存在不同見解，其大致二分為「隱密性說」及「違反意思說」兩種不同立場。

所謂「隱密性說」係將此處「窺」、「竊」要素按照其字面意義理解成「偷偷摸摸」，強調「行為人藏身於被竊聽者難以發現或未能發現之暗處或隱處」¹⁴⁴。對此有學者質疑，若按照上開定義，即行為人必須藏身於被害人所不知的處所方符合「窺」、「竊」要件，則可能出現行為人直接站在被害人面前，私下以隱藏式設備工具進行側錄的行為不構成本罪之不合理現象，故認此說仍有待商榷¹⁴⁵；而

¹⁴² 林山田，前揭註 63，頁 256。

¹⁴³ 李茂生，前揭註 66，頁 102-103。

¹⁴⁴ 甘添貴，前揭註 125，頁 481；相同見解：褚劍鴻，前揭註 67，頁 1104。

¹⁴⁵ 蔡聖偉，前揭註 102，頁 101。惟本文認為其批評似乎建立在誤解上。「隱密性說」要求的行為「隱密性」，無非是強調行為之進行必須在被害人主觀上無認識（不知）的情形，始為本罪所處罰之行為態樣。因此，在行為人與被害人面對面的情況下，行為人以隱藏式

反對隱密性說，主張「違反意思說」者認為，「窺」、「竊」要件應採較寬廣解釋，指其行為「沒有經過說話者或活動者的允許」，至於行為究竟是躲在暗處為之，還是站在被害人面前，並非重點。因為從保護秘密的角度來看，不論行為人所為之行為是公然還是隱密、不問被害人是否知悉，就法益侵害而言，並無不同。¹⁴⁶

本文認為，上開「違反意思說」、「隱密性說」各有所本、言之成理，這裡有可能不是兩者如何擇一的問題，而是或許必須從另一種角度切入檢討，會不會有一種可能是，在法條規定加上「窺」、「竊」等文字，其意義不過是在強調指責的語氣，而學說間對此的爭論，究其根源其實是錯置了各該命題與構成要件要素間的相對位置——就如同採「違反意思說」論者會認為所謂的「窺、竊」與該活動是否「**非公開**」之認定息息相關，支持「隱密性說」者對於「窺、竊」之解釋，也會和「**利用工具或設備**」高度重疊（對此本文以下有更仔細討論）——換言之，若將「窺」、「竊」文字逕予刪去，非但不會影響規範本身應發揮的作用，甚至還可就解決「違反意思說」和「隱密性說」之爭。

綜上，本文的意見是建議刪去條文中對於行為的評價性描述（「窺、竊」），單純規定「監視」、「監聽」或「紀錄」等行為樣態即可。至於系爭行為是否屬於「違反他人意思」或「隱藏於暗處而為他人所不知」，則透過「非公開」、「無故」及「利用工具或設備」等要件來審查即以足。

第二項 利用「工具、設備」

刑法第 315 條之 1 第 1 款與社會秩序維護法第 83 條第 1 款¹⁴⁷之重要區別在，

工具設備側錄其間非公開之談話、活動（也可能是使第三人監視、監聽），由於被害人並未認知到側錄，故仍屬竊錄行為，並不會被排除於處罰範圍之外。

¹⁴⁶ 蔡聖偉，前揭註 102，頁 101。

¹⁴⁷ 社會秩序維護法第 83 條：「有左列各款行為之一者，處新台幣六千元以下罰鍰：一、故意窺視他人臥室、浴室、廁所、更衣室，足以妨害其隱私者。……」

前者構成要件要求行為人必須「利用工具或設備」。既然「利用工具或設備」作為刑事責任與行政責任之分野，決定行為人將受刑罰或行政罰，則「工具、設備」應如何解釋自然成為一個重要的問題。

第一款 學說意見

學者稱本條屬於「定式犯罪」，限制構成要件行為必須透過一定方式，亦即「利用工具或設備」來實現。之所以如此規定，可能涉及一些立法的基本理念，其中第一種可能的理由是「既遂可能性的提高」，換句話說，因為行為人利用了工具或設備，所以其實現其窺探意圖之可能性就相對而言地提高了。這樣的說法其實似是而非，因為就像是我們不會規定用槍殺人才是殺人一樣，重點應該還是在於最終的法益侵害結果是否發生，至於過程是輕鬆還是辛苦則非評價所問。再深入探究，學者認為，如此立法所考慮的應該還是「利益衡平」（或者更恰當的說法是「風險分配」）的問題：若被害人在一個他人不需要藉助工具、設備就可見聞其談話、舉止的狀態下，發表言論或活動，那麼就必須概括承受他人看見、聽到言論或活動內容之風險。¹⁴⁸

關於這裡的「工具」或「設備」，在解釋上仍然會遇到一些困難。首先可以確定的是，在行政管制上對於持有特定器材之准否，與如何解釋本條規定的工具設備並無關係。其次，學者認為所謂的「竊聽」在定義上就是必須使用竊聽器材，亦即藉儀器強化或轉播談話，使其超越聲音傳播範圍而使人直接得以感受，例如使用聽筒、麥克風；但如果僅單純地把耳朵貼在牆上偷聽則不會構成本罪。至於「窺視」的工具，如果行為人運用「特殊的」儀器，像是隱藏式監視器或熱感應顯像器材，則當然該當本要件。簡單地說，這裡的儀器必須是得使活動內容超越

¹⁴⁸ 蔡聖偉，前揭註 102，頁 100。並指出，這種思考方式與「非公開」解釋十分相似，但兩者不能混為一談。

物理障礙而被感知，與視聽能力加強有直接關連性方可。所以爬到樹上偷看或是仿效古人鑿壁借光都不算是利用工具設備，至於眼鏡和助聽器雖然與視聽能力之加強有直接相關，但其僅是為讓使用者的視力和聽力達到一般正常人的程度，且沒有附加特殊功能，所以也不該當於本條之工具。¹⁴⁹另有學者提出不同判準，其首先將工具設備區分為「電子式」與「機械式」，又「機械式」工具設備則視其是否屬「日常生活隨處可見」。一般來說像是玻璃杯、聽診器等都應會被排除於此範疇，但像是「單面不透視玻璃」便仍有可能因具隱藏視線之性質，而被納入法條所規定之工具或設備概念中。¹⁵⁰

簡單整理上面介紹的學者意見，大致上可以將其定義方式分為兩類，前者係以「與強化（即超越一般正常人的程度）視聽能力之直接關連性的有無」為標準；而後者不單單以具備擴張人體功能之性質作為唯一判準，另將器材是否「在日常生活隨處可見」及有無「隱蔽（行為人）功能」等因素納入一併考量。以「單面不透視玻璃」為例，可比較兩說結論的不同。

第二款 本文看法

若考量本罪之保護法益內涵與規範目的，應將該器材是否屬「生活中常見」，有無「匿蹤作用」一併加以考慮。緣本文第三章將「妨害私人生活隱私罪」法益界定為「以正常社會互動方式控制自我形象的可能性」；進一步延伸，構成要件規定之「工具或設備」，理應與法益侵害結果有相當關連性，而此關連性與其說是表現在「強化行為人視聽能力使超越一般人之程度」，更貼切的特質毋寧應該在於該器材「非供正常人際互動關係之用」，使「觀看（收聽）者」與「被觀看（收聽）者」之間喪失「雙向交流」之可能性，而導致人際互動的自始不對等。

¹⁴⁹ 蔡聖偉，前揭註 102，頁 100、101；王皇玉，前揭註 117，頁 136。

¹⁵⁰ 李茂生，前揭註 66，頁 106。

要特別強調的是，這裡的「喪失可能性」必須要嚴格地解釋為**因空間距離、物理遮蔽，導致被窺視、竊聽之人無法、極難以察覺窺視、竊聽者的存在**。也正因為處於無時無刻掛念著「不知道誰在盯著我」的狀態下，才造成被害人精神上極大的痛苦與不安。甚至若更具體分析，一般實務上為遂行「竊錄」而使用之設備，例如針孔攝影機，的確具有突破時空限制，造成個人言行被客體化，成為得任意複製再現之影音紀錄，從被害人角度來看，其心理狀態處於「每個人都可能看到、聽到那些我不欲人知的事情」的恐慌一事，應不難想像；而單純供「竊聽、窺視」所用之工具，套用相同標準，某種程度上應同樣具備隱匿行為人之作用，至少必須使行為人立於一種與被害人不對等的優勢地位，例如學者所舉的「單面不透視玻璃」或利用專業工具直接從電話線路截收對話內容。

另外，強調是否「日常生活隨處可見」或「供正常人際交流之用」，所考量的其實是一種「風險分配」的概念。舉例來說，若行為人透過「電話分機」偷聽他人的電話對談，其是否會成立利用工具竊聽他人非公開談話罪？比較法上對這問題的討論，德國多數見解認為此時行為人不該當德國刑法第 201 條構成要件，蓋「電話分機」不屬於「竊聽工具」。其理由在於，雖然透過電話分機可能使得發話人對其言論射程之設定被突破，然因分機被認為是電話之**正常附件**，如同裝設於電話機的擴音喇叭（免持聽筒），應可期待電話用戶認識到在電話那頭可能還有其他人也能聽到其發言，故認分機或免持聽筒並未使對話內容突破其**正常之聽覺範圍**而被接收，按照立法意旨其應非屬法條所指的「竊聽工具」。¹⁵¹然亦有反對見解指出，如此一來將使此處「設備、工具」之解釋變成非常不確定，批評多數見解是「把小孩和洗澡水一起倒掉」，認為這裡至多在一定情形下考慮是否成立可推測承諾，認為電話線路本來就是「設定在封閉的對話者間的連結」，故

¹⁵¹ Lackner/Kühl, §201, Rn. 5; Otto, Grundkurs Strafrecht, BT, 7. Aufl. 2005, §34, Rn. 6.

法律應保障我們在使用電話交談時，無需時時提防會被第三人偷聽到。¹⁵²

本文認為，反對見解所持之理由，亦即「電話線路是設定在封閉的對話者間的連結」固非無見，相信即便是採「分機非竊聽工具說」之論者也不會反對這點，否則豈不是所有的掛線監聽都無成罪之可能。與其說問題在於電話線路是否具封閉性，更有實益的討論毋寧是透過分機（或免持聽筒）而得聽聞電話對談內容之人，稱不稱得上是一般社會通念所能接受的「參與對話之一方」？或沿用前面討論的用語，這種狀況是不是「正常的人際互動方式」？（相當於有無「合理隱私期待」的問題。）此問題其實沒有邏輯上必然的答案，而是需要被放在不同時空背景經驗下考慮。如此解釋或許真如學者所批評，將使得「工具、設備」的界定失之明確，但或許這不是因為解釋方法本身出了問題，而是因為所要解釋的對象本來就是具有高度流動性之概念使然。

我國實務上有判決認為，利用「鏡子」窺視他人如廁該當刑法第 315 條之 1 第 1 款構成要件，換句話說，法院認定「鏡子」屬於所謂的「工具、設備」。¹⁵³然衡諸社會通念，利用鏡子反射來觀察他人雖非一般人際交往之常態，甚至可說是不禮貌，但也尚未到達造成觀看者與被觀看者之人際地位不對等的程度，故按照前開討論，本文會認為「鏡子」不屬於法條規定之「工具、設備」，因其在日常生活隨處可見，且不具有隱匿窺視者行蹤之功能，從而行為人應不該當犯罪構成要件，該實務見解容有檢討空間。否則難以自圓其說的是，如果用鏡子窺探他人裙底風光是犯罪，那麼站在手扶梯下方抬頭偷看前方緩緩上升之人的內褲；站在一樓，抬頭看經過頭上二樓空中走樓透明地板之行人內褲；或是利用擦得發亮的黑色地磚的反射看到他人內褲，在這些情形中，「黑色地磚」、「手扶梯」、「透明空中走廊」是不是所謂的工具？而行為人是否成立犯罪？

¹⁵² 蔡聖偉，前揭註 102，頁 101。

¹⁵³ 臺灣板橋地方法院 95 年度簡字第 790 號刑事簡易判決。

第四節、刑法第 315 條之 2 的構成要件行為與行為方式

如果將刑法第 315 條之 1 處罰的行為統稱為對隱私的「**入侵式**」破壞，那麼相對地，刑法第 315 條之 2 所處罰的則應屬對他人隱私的「**揭露式**」攻擊。本節旨在檢討刑法第 315 條之 2 各項構成要件應如何解釋、是否合理，釐清「**入侵式**」與「**揭露式**」兩種隱私侵害方式的相對關係。

本條規定的各種構成要件，其涉及之爭議都可以追溯到同一個基礎問題上：「本罪之**保護法益**為何？」質言之，除了個人隱私以外，是否還包括其它利益，例如社會安寧或善良風俗？對此可再細分為兩個層次：首先是探究分析立法者的考量；再者則是檢視該考量是否合理正當。以下循此脈絡開展本節討論。

第一項 供給場所、工具或設備之「便利行為」

實務觸犯刑法第 315 條之 1 之行為，多發生於公眾得出入之場所，例如賓館、飯店等，若該場所之人員意圖獲得財產上利益，而「便利」他人遂行窺視、竊聽、竊錄之犯行，亦有處罰必要故有本罪之設。本構成要件行為屬提供他人犯罪場地或犯罪工具，便利他人之「幫助行為」，原無待另行立法，依刑法總則幫助犯之規定即可處罰，但立法意旨考慮到若行為人主觀上係出於「營利」之不法意圖，僅以幫助犯論斷未能完全評價其不法與罪責內涵，故訂本條項規定並加重處罰。¹⁵⁴又刑法第 315 條之 2 第 4 項設有處罰未遂之規定，而刑法第 315 條之 1 則否。學者指出，如此一來可能出現某甲利用某乙所提供之場所、工具或設備，著手於窺視、竊聽或竊錄行為而未遂，此時主行為（刑法第 315 條之 1 的構成要件行為）不罰，而加工行為（刑法第 315 條之 2 第 1 項）卻成立五年以下有期徒刑之罪責，顯有輕重倒置之虞。¹⁵⁵

¹⁵⁴ 林山田，前揭註 63，頁 285-286。

¹⁵⁵ 褚劍鴻，前揭註 67，頁 1107。

針對上開質疑，更精緻地延伸討論，可能有以下幾點值得我們思考：首先，究竟「意圖營利」所帶來的不法能量有多麼充沛，以致於在主行為不罰的前提下，突破了總則之共犯限制從屬性原則，一舉將加工行為論以重刑？又或者從另一種完全不同的取徑來思考，有沒有可能刑法第 315 條之 2 第 1 項的構成要件行為，其本質上就是一個獨立的犯罪類型，而非從屬於刑法第 315 條之 1 的加工行為？筆者認為，在討論層次上應先確定刑法第 315 條之 2 第 1 項的「便利行為」究竟是獨立的犯罪類型，還是刑法第 315 條之 1 的加工行為？如果是加工行為，才來討論行為人主觀上營利意圖之不法能量，是否足以突破共犯限制從屬性原則？

在第一個問題的層次，確有見解認為刑法第 315 條之 2 所要保護之法益內涵與刑法第 315 條之 1 不同，除了保障個人隱私外，兼為維護社會生活之安寧（見刑法第 319 條之立法理由）並以此為由將刑法第 315 條之 2 設為「非告訴乃論」之罪。然學者對此不以為然，認為涉及本罪之刑事程序、審判的進行，無疑是對被害人隱私權之二度傷害，故刑事政策應賦予被害人提出告訴與否之選擇權；更重要的是，刑法分則中採取告訴乃論模式的各罪章何嘗沒有影響社會生活安寧之問題？足見上開立法理由不具說服力。¹⁵⁶探究上開立法更深層的思維，其實就是將個人隱私（尤其是實務常見的涉及裸體、性愛活動之內容）視為破壞社會善良風俗的洪水猛獸的封建遺緒，以保護之名、坐君父統治之實。本文認為，不論是刑法第 315 條之 2 應否規定為「非告訴乃論」之罪，或本罪保護法益內涵的討論，都不應將所謂的「社會生活安寧」或「善良風俗」納入考量，否則未收保護之效，反生侵害個人隱私之弊，而與立法意旨相違。再者，既然保護法益同為個人隱私，則系爭「便利行為」能否獨立造成侵害結果，不需依附於窺視、竊聽或竊錄行為？對此本文亦認為難以想像。據此，系爭構成要件行為應定性為「加工」、「幫助」

¹⁵⁶ 林山田，前揭註 63，頁 287。

行為，或「實質預備犯」¹⁵⁷的規定。

接下來要處理的問題是，當刑法第 315 條之 1 的主行為未遂而不罰的同時，卻就幫助行為（或預備行為）論以重刑是否合理？更讓人難以理解的是，再搭配第 315 條之 2 第 4 項處罰未遂之規定，如此一來得出主行為不具可罰性，而未遂的幫助（或預備）行為，卻成立較主行為既遂時更重刑責的結論。以實際的例子來說明，假設行為人經營汽車旅館，打算將投宿客人之性愛影片上網拍賣賺錢，在其旅館房間內裝設針孔攝影機，按照上開現行法規定，行為人裝設針孔攝影機之行為完成後，可能無待任何人淪為偷拍被害者，立即成立五年以下有期徒刑之刑責。對此立法理由表示，因系爭加工行為係出於不法之營利意圖，惡性重大故有處罰之必要。然根本上令人懷疑的是，此與刑法總則共犯理論之「限制從屬性原則」能否相符？當主行為根本沒有造成任何客觀（被評價為須罰的）法益侵害結果，則處罰加工行為之正當性基礎何在？難道就只是因為行為人主觀的「意圖營利」嗎？如此一來是否陷於主觀刑法之疑慮？以上問題值得立法者深思。

第二項 意圖散布、播送、販賣所為之竊錄行為

本項的問題根本在於體例錯置。簡單地說，現行刑法第 315 條之 2 第 2 項的構成要件規定應移至同法第 315 條之 1，增列第 2 項加以規範。理由在於，所謂的「意圖散布、播送、販賣」屬加重罪責要件，真正的構成要件行為仍為「竊錄」，換言之，處理的是對隱私「入侵式」侵犯行為，體例上應列於刑法第 315 條之 1，

¹⁵⁷ 所謂「實質預備犯」意指某些犯罪類型，形式上雖然不是以其他犯罪的預備犯為名，但觀察其構成要件內容，是以其他犯罪之預備行為的意義而被規定為犯罪，舉例來說刑法第 235 條第 2 項「意圖散布、播送、販賣而製造、持有……」便屬實質預備犯之規定。而學理上實質預備犯之規定可能是因應行為本身已經製造無可控制的危險而為之規制，特別是針對不確定範圍之公共危險有其意義。因行為本身導致風險的失控，所以概念上也可論已達著手階段，立法上可以（行為人具備危險故意）危險犯概念來加以理解；反面來說，若該行為態樣尚難以到達典型危險之程度，則如此立法便欠缺正當性。以上參閱：黃榮堅（2006），《基礎刑法學（下）》，台北：楊雅惠，頁 503、504、508。

而非第 315 條之 2。未來修法可考慮進行微調。

第三項 製造、散布、播送或販賣行為

與前項內容所討論的「便利行為」不同，「製造、散布、播送或販賣行為」並非依附於窺視、竊聽、竊錄行為，而顯屬侵害個人隱私之獨立手段。國內學說對於其中個別行為態樣的解釋如下：「散布」、「販賣」皆屬向不特定人或多數人轉讓，而差別在於前者無償、後者有償；「播送」則是以不特定人（或）多數人為對象，透過有線電、無線電或其他器材，傳遞一定之聲音或影像內容¹⁵⁸；至於「製造」則應配合立法意旨來解釋，指「大量複製行為」，例如將竊錄內容燒錄為光碟、或大量沖洗偷拍之照片。單純竊錄行為不該當所謂的「製造」。¹⁵⁹

在比較法上，德國刑法第 201 條第 1 項第 2 款及第 201 條 a 第 2 項亦有相類規定，其法條文字為「使用或向第三人展示」。「向第三人展示」無需特別解釋；而所謂「使用」(gebrauchen)係指就錄音、錄影所得之內容加以應用，例如播放、轉錄、拷貝……等。文獻指出，在行為人自己或第三人面前播放並無差別，甚至播放拷貝之內容亦屬之。與此相對者乃所謂「間接使用」，例如將監聽「譯文」出版，則不該當本要件。¹⁶⁰換句話說，使用或向第三人公布之「客體」，必須是竊錄或偷拍直接取得之內容，或該內容之「複製」；而不包括將該內容型態轉化後再散布的情形。惟「間接使用」行為，亦即將竊聽或竊錄內容轉為譯文後，再「公告周知」(nach öffentlich mitteilen)之行為，於符合更嚴格的不法要件時，亦具可罰性，規定在德國刑法第 201 條第 2 項第 2 款，及同條項第二句¹⁶¹。解釋上

¹⁵⁸ 甘添貴，前揭註 125，頁 488。

¹⁵⁹ 盧映潔，前揭註 84，頁 566。

¹⁶⁰ Lackner/Kühl, § 201, Rn. 4.

¹⁶¹ 「……將因前款行為（按：竊聽他人非公開發言談話）所知悉內容、或前項第一款行為所製作之錄音，以行諸文字方式，或就其中具本質重要性內容，公告於眾周知；本項第二款行為（按：指上開行為）僅在侵害他人之正當合法利益時，方具可罰性；若就知悉

「公告周知」比諸「向第三人展示」更嚴格，必須「使不特定多數人知悉」(für einen nach Zahl **und** Individualität unbestimmten Kreis wahrnehmbar ist)。¹⁶²

前揭「公告周知」，相當於我國法的「散布」行為。國內有文獻將「散布」的對象定義為「使不特定人『或』多數人」，而非「不特定『且』多數之人」，似有過度放寬「散布」行為認定之疑慮。本文認為，符合規範意旨的解釋方式，應該是採較限縮之標準，將「散布」解釋為「使不特定多數人得接近、知悉」。又「特定」與否應取決於該多數人間是否存在內在人際連結關係。¹⁶³

相較之下，我國刑法第 315 條之 2 第 3 項規定僅「竊錄之內容」為行為客體，而就前揭介紹之「間接使用」行為類型，例如將竊聽內容以譯文方式出版，未設對應之處罰，直覺會產生的問題是：這裡是否存在一個處罰漏洞？換句話說，將竊聽或窺視所得知之資訊，透過文字或圖畫表達方式，使不特定多數人得接觸、了解，是否具有應罰性？此問題留待本章第五節處理。

第一款 對行為客體內容，不以明知為必要，具未必故意即可罰

民國 94 年 2 月 2 日修正前之舊刑法第 315 條之 2 第 3 項規定：「明知為前二項或前條第二款竊錄之內容而製造、散布、播送或販賣者，依第一項之規定處斷。」而現行法則刪除了「明知」兩個字，立法理由稱：「『明知』之要件係規範行為人對特定客體之認識，並非行為本身，而製造、散布、播送等行為僅須具未必故意

該內容具更優越之公共利益，則該行為不具違法性。」所謂「行諸文字」，未必要完全逐字將竊聽內容呈現，但仍須就其中具本質重要性的部分進行複製，又所謂「具本質重要性的內容」係指該訊息之公開是否能夠發揮忠實地傳遞、仲介系爭非公開言論內容主要意義之作用。Vgl. Lackner/Kühl, § 201, Rn. 7. 至於「侵害他人之正當合法利益」，學說認為屬客觀處罰條件，而非構成要件，理由在於不應將行為人誤解自己行為意義所產生之風險，轉嫁由被保護人承擔。Vgl. Otto, Grundkurs Strafrecht, BT, 7. Aufl. 2005, § 34, Rn. 7.

¹⁶² Otto, a.a.O., § 34, Rn. 7.

¹⁶³ Vgl. Lackner/Kühl, § 201, Rn. 7.

即具有可罰性。另參諸刑法第 235 條、兒童及少年性交易防制條例第 28 條、著作權法第 91 條之 1 等罪之製造、散布行為，均無以『明知』為構成要件，爰刪除第三項『明知』之要件。」

行為人就製造、散布、播送或販賣之客體屬無故竊錄所得之內容一事，主觀具「未必故意」便可成罪，就結論觀之，本文對現行法之規定方式並無意見，蓋要求「明知」或「未必故意」原屬刑事政策上對於成罪難易之選擇，並無必然之邏輯可言；然問題在於修法理由訴諸刑法第 235 條、兒童及少年性交易防制條例第 28 條等規定，則恐有引喻失據之嫌。因一般認為刑法第 235 條、兒童及少年性交易防制條例第 28 條之保護法益為社會善良風俗，行為客體乃「猥褻」物品；今刑法第 315 條之 2 第 3 項之修法理由以系爭規範為參照，是否意謂著將「竊錄之內容」與「猥褻」劃上等號？誠如前開本節第一項中關於將本罪規定為非告訴乃論之罪的批評，某種程度上我國立法者始終未正確認識「個人隱私」之精神，現行「妨害私人生活隱私罪」之法條文字背後所隱含的價值判斷，與其說是對於個人自主、尊嚴之保障，更老實的毋寧是一種與自主、尊嚴相違背的他律、貶抑特定個體意義之規訓思維。

第二款 竊錄「有故」，所以製造、散布、播送或販賣也「有故」？

另外，「製造、散布、播送或販賣」是否受「無故」要件之限制？如是，則又能如何審查？

蓋本項法條文字僅明文就行為客體之性質（「無故」竊錄之內容）加以限制，就行為本身是否以「無故」為必要則未置一詞。學者指出：「刑法對於『揭露式』的隱私侵害，僅在第 315 條之 2 第 3 項有所規定。但其入罪的前提要件，是散布、播送或販賣前條第 2 款以違法竊錄方式取得的內容。如果性愛光碟或性愛慾照是在雙方同意下所拍攝，並非以違反刑法第 315 條之 1 的方式而來，則未得當事人

同意而將此光碟或慾照加以揭露，儘管這樣的行為一樣是侵害了當事人的隱私資訊，但仍然不能以刑法第 315 條之 1 或刑法第 315 條之 2 處罰。」¹⁶⁴筆者懸揣，如此規定是否意謂著立法者認為，對於個人隱私的「一度」傷害（竊錄行為）與「二度」傷害（製造、散布等行為），兩者間僅需為一次性的利益衡量，甚而可推導出竊錄「有故」，故製造、散布、播送或販賣也「有故」之結論？

若上開推測屬實，則本文對如此立法期期以為不可。理由在於其違背本罪之保護法益「隱私權」的本質。蓋本文通篇論述建立在以「控制的」取代「區隔的」隱私定義之理解上，誠如在「非公開」要件之討論中所強調的，同樣的事實狀況對於不同的刺激（「視、聽」或「錄」）會產生不同的反應；同理，若承認我們對於自身形象擁有控制權，則此控制權之效力應不僅限於公開與否，進一步地應該還包括「公開程度」之設定（如同在討論德國刑法第 201 條保護法益時，所承認的「對於言論射程範圍的設定」。）據此，自不應將錄音、影行為是否得當事人同意，有無其他法律上理由之判斷，與之後的「製造、散布、播送或販賣」行為是否「無故」混為一談。今天一對熱戀中的男女朋友基於激情合意拍下兩人床第之事，錄成性愛光碟供助興（性？）之用，然而當愛已成往事後，女方出於報復意圖而將之前拍攝的光碟大量複製，並四處送交予男方之友人，甚至上傳到網路供人瀏覽。若嚴格按照現行刑法第 315 條之 2 第 3 項的文義解釋，正如前開介紹之學說意見所言，案例中的女方至少不會因為侵害他人隱私之故而成罪，而理由僅在於其行為客體非屬同法第 315 條之 1 第 2 款意義下的竊錄內容。值得深思的是，這種結論真的合理嗎？

上開問題的根本解決之道，當然還是必須透過將來修改法條文字，明確地將對個人隱私之「一度」與「二度」傷害切割，而非透過行為客體之限制強將二者綁在一起，應該就不同行為分別審查有無法律上理由，以期法益充分保護。至於

¹⁶⁴ 王皇玉，前揭註 117，頁 137。

在修法之前，本文建議可以將「無故」解釋為刑法第 315 條之 2 第 3 項的不成文構成要件，或透過連結同法第 315 條之 1 第 2 款，將該條款之「無故」一併拉進第 315 條之 2 第 3 項作為要件，¹⁶⁵避免法律適用上產生「竊錄有故，所以製造、散布、播送或販賣也有故」的不合理現象。

第三款 過猶不及的打擊範圍：公開的秘密還是秘密嗎？

最後本項構成要件尚需檢討的問題是，現行規範方式的處罰範圍是否合理？這問題其實或多或少牽涉到我們每個人心中那難以啓齒卻又不可否認的八卦與偷窺慾望，就以前幾年造成整個華人社會譁然，演藝圈人心惶惶的「陳冠希慾照事件」為例，當時事件核心的那些照片就在網路和媒體的助勢下，如野火般燒進每個人的心中（當然還有電腦硬碟中），那陣子朋友間見面的問候語不是吃飽沒，而是「看過了沒？」如果一方的回答是「還沒」，接下來依人之常情不免會出現「好東西與好朋友分享」的動作。這時候問題就浮現了：前開設例中行為人如果極不藏私地與其眾多好友「分享」那些炙手可熱的照片，其行為是否該當本項之「散布」要件而構成犯罪？按照法條文字搭配實務對於「散布」之解釋，答案應該是肯定的；然進一步要問的是，對這種行為科以刑罰制裁，其正當性真能無疑地被肯定嗎？

如果說我們對於「抑制人性的八卦慾望、塑造國民的高尚品德，並非刑法之機能或目的」這個說法能夠達成共識，那麼應該就不會將前開處罰範圍視為理所

¹⁶⁵ 實務上也有相同見解：「雖刑法第三百十五條第三項之播放竊錄內容罪之條文未如竊錄罪明文列出『無故』二字，惟此純係立法文字精簡之結果。蓋因播放錄音內容之行為常係錄音行為之延續，故若錄音行為因具有法律上之正當理由，而不成立犯罪時，則基於同一法律上之正當理由而將該錄音內容予以播放，斷無反而成立犯罪之理，足見播放竊錄內容罪亦應以『無故』為要件。」（粗體、底線為本文所加）參閱：臺灣高等法院 93 年度上訴字第 3167 號刑事判決。

當然；但另一方面，無法視為理所當然也不等於一定不合理。因此這裡存在一個留待判斷的餘地，需要以論述充實其內涵。相關討論可概分為幾個層次：首先，從法益侵害原則來思考，系爭與眾友人分享他人隱私照片之行爲，對於該照片中當事人的隱私法益是否造成損害？造成何種程度的損害？再者，考量法益受侵害程度後，如果認為必須重新檢討系爭行爲之應罰範圍，如何劃定該界線？最後是在固有文字架構下如何解釋、操作現行規定？。

第一個層次的討論，其結果終究取決於法益的定性，自「隱私權」定義本身觀之，其是否可能一度、二度、三度……幾無限制地反覆被侵害？對此，若延續本文一貫的脈絡，隱私權定義為一種「控制權」，自不排除有反覆被侵害之可能，惟該反覆絕非毫無限制。更清楚的說法是，既然法律所保護的是一種「控制」的狀態，處罰對於該控制狀態的侵擾，其目的在於防止損害結果的加遽擴大；然而一旦事實上發生法益完全被剝奪，亦即個人對其自身特定資訊或形象「完全失去控制」之後，便難以想像有什麼行爲能夠繼續造成法益侵害，而有透過刑罰加以預防的必要性。如果用類比的方式來說明，就像是行爲人無法對死人犯殺人罪，也不會因為對他人已經被砍下的手腳補上幾刀而成立傷害罪的道理一樣，當法益已不復存在時，自然也就沒有什麼可以被侵害了。¹⁶⁶同理，當個人對其隱私，或更精確地說，**對其特定範疇的自我形象已經完全喪失控制能力後**，至少從刑法所被賦予的任務來思考，即便繼續發生對個人隱私的「鞭屍」行爲，也不是刑罰權發動的正當事由。

以「個人對其特定範疇的自我形象完全喪失控制可能性」劃下處罰的界限，相應的構成要件規定及解釋便需要進行調整，其具體方式首要取決於對「失控」時點的認定。對此，本文認為一旦涉及個人非公開活動、言論或身體隱私部位的

¹⁶⁶ 黃榮堅老師曾經在課堂上用很生動的語言描述這種狀況，其提出「閃腰理論」告訴我們：有些人不會閃到腰，因為要閃到腰的前提必須是那個人有腰。

影音資訊被流入網際網路或媒體網絡之後，便難以期待還能透過何種方式禁絕該資訊繼續流傳，換句話說此時法益侵害已經完全「失控」而沒有任何補救機會。據此，在解釋構成要件的「製造、散布、播送或販賣」行為時也必須有所限縮，將某些因為法益已遭破壞殆盡，所以事實上並未造成法益侵害結果的行為，排除其犯罪既遂責任。

上開論述旨在強調，某些行為雖狀似對於他人隱私的侵犯，但實則因法益已不復存在所以根本也不會造成法益侵害結果，然評價此等行為之責任時未可逕論以無罪，而僅排除完全實現構成要件的既遂責任；換句話說，若立法者認為此等行為有處罰未遂之必要，便仍可能成立犯罪。至於哪些未遂行為應被處罰、哪些又不需要被入罪；什麼情況屬於普通未遂，什麼情況屬於不能未遂？則是另外的問題了。

第五節、其他關於本罪處罰範圍之檢討

總括以上討論，現行法中妨害私人生活隱私罪的構成要件，懸而未決的問題主要有二：「間接使用」竊錄所得內容之行為是否應罰？本罪各種行為態樣未遂階段之可罰性如何認定？

第一項 「間接使用」是否可罰？

第一款 「間接」與「直接」的區別

所謂「間接使用」，係指將因窺視、竊聽而知悉之內容，轉化為文字或圖畫，再予以製造、散布、播送或販賣的行為，舉例來說，竊聽他人非公開談話後，將談話內容以「文字」形式流傳，或是將偷窺所見之他人非公開活動，繪成「圖畫」使不特定多數人得以共見。甚至採最廣義的認定，透過「口述」使不特定多數人知悉窺視、竊聽內容，亦即談論八卦之行為，亦屬廣義的「間接使用」。

「間接使用」與「直接使用」的主要區別在於，是否將「原音、原影重現」，值得進一步探究的是，此差異對於被害人隱私之受害程度有何影響？本文認為，其中關鍵在於內容可信性，及人別連結性之高低不同。內容可信性、人別連結性越高，對被害人形象侵害越嚴重，反之亦然。所以直接散布、製造、播送、販賣關於他人隱私之竊錄內容，具備可罰性固無疑義；而空口白話的八卦嘴砲則無需發動刑法處罰也符合社會一般通念。令人掙扎的是介於兩極之間的「間接使用」，亦即以「文字、圖畫」，將窺視、竊聽所得涉及侵犯他人隱私之內容，使不特定多數人知悉之行爲。散布「文字、圖畫」之不法內涵，高於單純口頭傳述，我國刑法第 310 條第 2 項¹⁶⁷加重誹謗罪規定可爲確證。本文認為，如非原音原影重現，單純口頭傳述與以文字圖畫散布，兩者對於所指涉內容之可信性與人別連結性，其實相去不遠；但以文字圖畫方式散布，該特定資訊內容之蔓延，較諸口頭傳述更爲迅速及有效，因此被評價爲具有較高的不法內涵。

德國刑法第 201 條第 2 項第 2 款，及同條第二項第二句規定，將錄音內容轉爲譯文後再行散布的行爲，在符合「更嚴格」的不法要件前提下，亦具可罰性。其規範意旨應是著眼於，系爭間接使用竊聽、竊錄內容之行爲，造成的法益侵害與直接使用幾無差異，故一併納入處罰範圍。

回到我國法的討論，現行規定並未就前揭「間接使用」行爲態樣予以處罰，在解釋或立法上是否應將其視爲處罰漏洞，應加以填補？

第二款 「緊密的人別連結」與「原音原影重現」

承上討論，參考德國相關立法例和我國刑法第 310 條第 2 項規定，在此看似存在一個處罰漏洞有待填補。然本文認為，過於躁進一定會產生問題的，必須更

¹⁶⁷ 「散布文字、圖畫犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。」刑度是一般誹謗罪的一倍。

細微地分析討論：首先，本罪保護法益（隱私）與誹謗罪保護法益（名譽）之間存在的本質差異，是否會影響不法內涵提升之程度？質言之，當保護法益是個人名譽不受他人惡意虛偽指控而扭曲時，行為人以口頭傳述或是以文字圖畫來散布謠言，在法益侵害程度上可能有其高低；但當保護法益換成是個人透過正常社會互動方式控制自我形象之可能性時，他人以口頭傳述方式道其隱私，與透過文字圖畫流傳內容相同之資訊，從侵害法益角度而言有所不同嗎？再者，與前個問題也有相關，縱或認為間接使用竊聽、竊錄內容之行為應受處罰，其依據是否必然是妨害私人生活隱私罪相關規定？抑或因該內容之可信性與人別連結性較低，由妨害名譽罪來規制便已足夠且更妥適？

對於上開問題，筆者自己的回應是，考量到保護法益本質，亦即將隱私理解為一種不受公評，與公益無關之個人形象，其不論在保護或侵害上，都應緊扣著該法益主體來觀察，換句話說，「**緊密的人別連結**」係本罪保護法益不可或缺的要件，而將行為人所散布、製造、播送、販賣之內容，與被害人能夠緊密地連結起來的關鍵，便在於「**原音原影之重現**」。接著的問題是，不難想像如此說法必招致過於鄉愿的批評，因為事實是即便沒有直接地使用原音原影，當行為人間接透過清楚的畫面與明白的文字，敘述其所欲表達的內容時，所謂的人別特定性、緊密的人別連結其實未必較低，或是說未必就低到不令人感到痛苦、不需規制的程度。

第三款 從被害人自我保護手段之理性選擇來思考

但從另一個角度來思考，當被害人在規範上選擇以「妨害私人生活隱私罪」作為反應前揭間接使用行為的依據，是否即意味著，被害人某種程度「默認」了個案中系爭文字圖畫所傳述之內容「**為真**」？如此說法乃立論於「妨害私人生活隱私」與「誹謗」兩罪並立且各自具備不同內涵的基礎上，前者可罰性著眼的是「雖屬**真實**但不受公評，一旦公開將造成當事人精神上痛苦」之內容，相對地，

後者則處理「虛偽不實，對當事人名譽造成傷害」的資訊。若按照這種區分，則基於當事人理性選擇，搭配德國學界在刑法分則釋義學發展的「被害者學原則」¹⁶⁸之精神，應會認為此時被害人保護自身形象的手段，會優先選擇「否認該文字圖畫之內容為真」，而非馬上就默認自己符合該文字圖畫所影射、傳述的形象。質言之，規範適用的第一順位應該是（加重）誹謗罪，而非妨害私人生活隱私罪。

綜上，本文認為現行刑法第 315 條之 2 第 3 項規定，未將竊錄內容之「間接使用」納入規範效力範圍，並非處罰漏洞，無填補必要。

第二項 「處罰未遂」的選擇問題

現行刑法第 315 條之 1 未設處罰未遂規定，相對於此，同法第 315 條之 2 第 4 項則處罰該條前三項之未遂行為。究竟分則各罪在立法之初，決定行為未遂階段是否處罰的標準為何？妨害私人生活隱私罪現行規範方式，是否符合標準，有無處罰過寬或過嚴之疑慮？

¹⁶⁸ 在 1977 年德國學者 Amelung 和 Schünemann 分別在詐欺罪構成要件之「陷於錯誤」概念，以及德國刑法第 203 條洩密罪之行為人資格問題上，發展「被害者學原則」；其直接由最後手段性，及「刑法以保護法益為必要」的前提所導出，作為一種解釋基準，將被害人不應也不該（不必）受保護的行為方式，在構成要件所允許的解釋空間內，排除可罰性。其立論基礎在於，刑法的自限也是一種對於法益保護的強化，若社會損害只會經由被害人自己放棄自身利益的特定行為而造成，那麼取消刑法保護，某種程度上被害人就應該會避免（該將造成社會損害的）行為。運用被害者學作為解釋原則，目的不僅是糾正立法者，同時也是為了在刑事政策上具體落實立法者相對不確定的決定。此外，主張刑法補充性原則之作用僅在於限制、要求國家只能用較輕微的手段來保護法益，也是不恰當的。因為在國家學和憲法學的討論中，當社會（比國家）更能達成相關之任務時，國家就可以退居二線；個人作為社會的單元之一在面對相同情形時，亦然。論者主張，被害者學原則的貢獻不在於能夠預先得到結論，而是提供一個在解釋個別構成要件時，作為依歸的上位觀點。同時提醒人們在方法論上，「從法條出發」才是適用刑法的正確程序。國內相關介紹文獻請參閱：chünemann 著，王玉全、鍾豪峰、張姿倩合譯（2006），〈刑事不法之體系：以法益概念與被害者學作為總則體系與分則體系間的橋樑〉，許玉秀、陳志輝合編，《不疑不惑獻身法與正義—許迺曼教授刑事法論文選輯》，頁 213-240，台北：新學林；林鈺雄、王梅英（1998），〈從被害者學談刑法詐欺罪〉，《刑事法理論與實踐》，台北：新學林，頁 159-174。

第一款 未遂犯處罰範圍之立法體例與比較

形式上關於未遂犯處罰範圍的界定，各國立法例可歸納為：列舉式，概括式和概括列舉混合模式。我國刑法第 25 條第 2 項採取「列舉式」立法體例，日本刑法亦同，該國經驗可供借鏡。日本學者平野龍一分析日本刑法第 44 條指出，列舉式立法體例的優點在於，立法者可針對各個刑罰法規，具體檢討有沒有處罰該罪名之未遂犯的必要；缺點在於，是否處罰某罪名未遂犯的決定，有流於恣意之嫌。據此，部分國家刑法乃針對未遂犯的處罰範圍預設大致的決定標準。例如德國，以處罰重罪之未遂犯為原則，輕罪之未遂犯的處罰需有特別規定。¹⁶⁹

有學者主張我國刑法應改採「概括列舉混合式」立法體例。其理論基礎在於：未遂規範之法理，係基於行為對於法益侵害前置之考量，通常處罰未遂者，多係對於較為重大犯罪之侵害而為之，亦即對於行為具有高度不法內涵的犯罪類型，有規範保護之必要，將規範的界限向前推移至侵害未發生之前。而此種犯罪類型未遂之處罰，不宜採用個別規定的方式，以免疏於檢討而發生遺漏的情況，造成輕罪罰未遂，重罪卻無未遂可罰的矛盾現象。宜將較為重大犯罪類型的未遂處罰作原則性之規範，而其他較輕微的犯罪，考慮有處罰未遂必要時，再作個別性之規定為宜。¹⁷⁰

¹⁶⁹ 王乃彥(2006)，〈未遂犯處罰界限之研究〉，國立臺北大學法學系博士論文，頁 200。

¹⁷⁰ 柯耀程(2005)，〈刑法總論釋義—修正法篇(上)〉初版，台北：柯耀程，頁 238。氏著指出現行法有以下缺陷：「例如偽造罪中對於偽造、變造貨幣規定有處罰未遂，但卻在偽造、變造有價證券規定中，為規定處罰未遂。同樣的情形遍見於個別犯罪類型之中，顯然對於未遂規定，應重新加以檢討。」並進一步對本身立場，提出以下的自我質疑與答辯：「或許將重罪之未遂作原則性規範，而輕罪未遂之處罰則作個別思考，似乎會產生對於根本不能規定未遂之犯罪類型適用上的疑慮，例如對於舉動犯（或著手犯）之未遂可能陷入處罰未遂的範圍中之可疑情形。然此種疑慮係屬多餘，蓋一方面刑法對於舉動犯之規定，在法律效果的規定上，本應較為輕微，其主要係對於行為之規制，諸如舉動犯與抽象危險犯的類型，在法律效果的規定上，本不能與同一法益侵害之結果犯或實害犯相提並論。因

對此，另有文獻分析我國現行刑法處罰未遂之罪名，發現最重本刑為六個月以下有期徒刑之罪，皆未見處罰未遂之規定。以此推論最重本刑六個月以下有期徒刑之罪屬於「微罪」，「微罪」基本上不處罰未遂。其次，最重本刑為三年以下有期徒刑之罪，也很少處罰未遂犯。¹⁷¹復按刑法第 61 條第 1 項第 1 款，犯最重本刑為三年以下有期徒刑之罪，如情節輕微顯可憫恕，認為依第 59 條規定減輕其刑仍嫌過重者，原則上得免除其刑，據此將「最重本刑為三年以下有期徒刑」作為「輕罪」之標準。以上歸納，某種程度上可看出現行刑法對未遂犯處罰範圍之限定，並非毫無脈絡可循。¹⁷²

然比較列舉式與概括式立法體例，後者以法定刑的一定分量為標準，把犯罪二分為重罪與輕罪，然後再依據所犯之罪屬於重罪或輕罪，將未遂犯劃分為可罰與不罰兩大範疇。這種一刀兩斷的解決方法固然乾淨俐落，但也暴露出立法形成經過，欠缺細膩的利害權衡，趨於齊一化的單調、貧乏之弊。我國現行刑法所採列舉式立法體例，儘管一時間無法消弭立法恣意的疑慮，但此乃立法機構的素質問題，與立法體例優劣並無必然關係。反之若立法者能夠有所警覺，則非但不會流於恣意，而有精密細緻立法的優點。總體觀之，列舉式立法體例相較「概括、列舉混合式的立法體例」仍有其優越之處。¹⁷³

而將舉動犯規定成重法律效果者，在立法上，可能已經發生謬誤，例如刑法公共危險罪之規定，其中多數之抽象危險犯之法律效果均重得嚇人，如危險再次升高時，顯然僅能科以極刑，方得以因應，此種立法顯然並非妥適，而應重新檢討。對於這種立法疏忽的情形，並不致影響對於未遂原則性之判斷。而且對於無未遂類型之犯罪，在學理上，已經在未遂檢討時，從概念中加以過濾，不會發生造成原則性規範衝突的問題。」

¹⁷¹ 最重本刑在三年以下而處罰未遂的犯罪有：刑法第 137 條第 2 項（妨害考試罪）、第 161 條第 4 項（脫逃罪）、第 162 條第 4 項（縱放或便利脫逃罪）、第 185 條之 1 第 5 項（劫持交通工具罪）、第 198 條第 3 項（行使減損通用貨幣罪）、第 240 條第 4 項（和誘罪）、第 258 條第 2 項（製造吸食鴉片器具罪）、第 260 條第 3 項（製造、販賣罌粟種子罪），與屬個人法益犯罪的第 304 條第 2 項（強制罪）

¹⁷² 王乃彥，同前揭註 169，頁 202。

¹⁷³ 王乃彥，同前揭註 169，頁 203-204。

本文立場同樣認為現行法關於未遂處罰所採取「列舉式」立法模式，應優於部分學者所倡議的「概括列舉混合模式」，理由在於後者必須二分「重罪／輕罪」，然區別標準何在？若是以刑度（最重本刑三年以下）為斷，無法迴避的問題正如學者自己所提出的質疑，現行法各罪的法定刑規定未必都是合理，如此一來是否意謂著在區分重罪與輕罪之前，必須先就現行法各罪之法定刑度逐一進行檢討？那麼如此工程浩大的前置作業，與為避免現行「列舉式」立法模式流於恣意所須具備之條件相差幾希？改弦更張恐怕不能解決問題，而是製造問題。

第二款 實質標準？何謂「高度不法內涵」？

不論採取何種立法模式，都不可能迴避的問題是：何以某些犯罪類型在未遂階段便具可罰性，有些則否？要回答這問題前，應回到更基礎層次上思考，到底刑法處罰未遂犯之理由為何。在整個犯罪流程可能性當中，是不是只要侵害結果不發生，行為人就可免於刑罰？或是反問，既然刑法以警惕利益侵害為目的，而行為人的行為現實上沒有產生利益侵害，為什麼可以加以刑罰？

處罰未遂犯之理由，學說大致上有所謂客觀理論、主觀理論以及主客觀混合理論。通說所採的主客觀混合理論又稱印象理論(Eindruckstheorie)，此理論基本的出發點和主觀理論相同，認為行為人透過其行為已顯示出法敵對意志，但刑法之所以處罰未遂犯，並不僅是因其法敵對意志的顯示，而是更進一步因為行為人如此行為足以動搖一般人對於法律的信賴。關於未遂犯的處罰裡由，印象理論在說理上較為周延，亦即較接近整個刑罰的目的觀。針對行為人之未遂行為所代表（違反法規範）的意義，刑罰缺席可能導致規範威信之減低，與未來利益侵害的發生。質言之，處罰未遂犯，是為了預防不法行為可能造成的利益侵害。¹⁷⁴本文甚至認為，所有未遂犯之處罰，其實就相當於是一種危險犯的立法。

¹⁷⁴ 黃榮堅，前揭註 157，頁 499-500、502

按照印象理論的說法，未遂犯之可罰性在於，行為人顯露的法敵對意志造成社會對法律規範之信賴產生動搖，反之，不罰的未遂行為則無損人民對社會秩序的穩定感。以「是否動搖一般人對於法秩序之信賴」為標準，某種程度上與抽象危險犯立法之正當基礎相似，要求特定行為模式本身在客觀上具有普遍危險性，而不能只是一種建立在低度因果關係上的利益期待。同理，所謂會動搖社會大眾對法秩序之信賴的未遂行為模式，應與法益侵害結果發生間具有緊密連結，如此方有發動刑罰來預防之正當性與必要性。

另外，除了「行為模式在客觀上具有普遍危險性」、「與法益侵害結果發生間具有緊密連結」或「重大犯罪」等高度抽象的要件，或許可以從反面排除的方向思考，列出若干不適合處罰未遂的行為類型特質，相當程度上亦可有助於問題之解決，舉例來說，屬於「實質預備犯」的構成要件行為，在未遂階段便不應處罰，否則豈非以「未遂的未遂」、「預備的預備」作為刑法發動的起點，顯有刑罰過度前置之疑慮；再者，若難以特定某種行為類型的未遂型態，則同樣不應將其納入處罰範圍，理由在於未遂的處罰規定應仍受罪刑法定主義之「明確性原則」拘束，因此當特定犯罪之「著手」與否難有明確認定時，貿然將其未遂階段設為可罰，便可能造成有違明確性原則之後果。當然種種理由不一而足，以上僅係例示而已。

第三款 檢討現行規定方式之妥適性

按照現行刑法妨害私人生活隱私罪的各種行為類型，以下分別檢討各該處罰未遂（與否）的規定是否合理。

第一目 提供場所、工具或設備之行為：不應處罰未遂

刑法第 315 條之 2 第 1 項的客觀構成要件，基本上就是「窺視、竊聽、竊錄」之預備行為，換言之，屬於「實質預備犯」，照理不應再處罰未遂。

舉例來說，因為經濟不景氣、住房率滑落，飯店業主為了開闢財源，於是與販賣攝影器材的不肖業者聯手，由雙方各自提供場所（飯店房間）和器材（針孔攝影機），計畫偷拍投宿客人之性愛畫面，再透過網路通路販賣牟利。試問，在本例中，刑法第 315 條之 2 第 2 項構成要件行為之「著手」時點為何？「既遂」時點又為何？

本文認為，因「實質預備犯」的性質使然，本罪「著手」與「既遂」時點是重疊的，而另行規定「未遂」之處罰，不過是徒增困擾而已。

第二目 製造、散布、播送或販賣行為：得處罰未遂

刑法第 315 條之 2 第 3 項之構成要件行為，對被害人隱私及個人形象之危害甚烈，侵害法益程度嚴重，相較於單純竊錄行為具有更高度的不法內涵；況系爭製造、散布、播送或販賣行為，與他人因不欲人知的個人形象遭揭露所產生精神痛苦具緊密連結，亦即上開行為模式客觀上具有普遍的危險性。綜上，現行規範將此行為類型的未遂階段納入處罰範圍，應屬正當。

第三目 窺視、竊聽、竊錄行為：不應處罰未遂

刑法第 315 條之 1 不罰未遂，然值得討論的問題是，是否有擴張處罰範圍以充分保障法益之必要與實益？對此，或可取徑於比較法來幫助思考。

德國刑法相關規定在此呈現一個相當怪異的分歧現象。德國刑法第 201 條（刺探言論秘密罪）第 4 項規定未遂¹⁷⁵亦罰之，但被認為是為填補前者處罰漏洞

¹⁷⁵ 本罪之未遂起點，亦即「著手」，當竊聽竊錄設備開始運作，便已該當；待行為人錄到或聽到他人非公開談話內容時即既遂；至於竊聽竊錄設備之安裝，則屬預備行為。Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch, 56. Aufl., 2009, § 201, Rn.16.

而於 2004 年增訂的刑法第 201 條 a（透過影像侵害個人生活核心領域）卻不處罰未遂。研究相關立法資料，德國刑法第 201 條 a 在研議過程中，早期的草案與同法第 201 條同樣設有處罰未遂之規定，¹⁷⁶但後來的版本卻認為，如此的刑罰前置並不必要、不恰當而予以刪除。¹⁷⁷

德國刑法後來處理此問題的方式，或許代表重新檢討相關犯罪未遂處罰範圍後得出的結論，可供我國法相關規定優先參考。質言之，在此沒有處罰未遂必要。其中主要理由在於涉及的犯罪不法內涵、法定刑度較低。而刑法第 315 條之 2 第 2 項「加重竊錄罪」之不法內涵雖高於一般竊錄行為，然於行為人實際將竊錄所得內容再行製造、散布、播送或販賣前，實難以從客觀事實分辨行為人主觀上是否出於特定意圖，更遑論將此再提前到「著手」時點來判斷。因此本文認為，加重竊錄罪之未遂可罰性，應與一般竊錄行為做相同處理。

第三項 小結

回應本節一開始所提出的問題：

一、「間接使用」涉及他人隱私之竊錄內容的行為，由刑法第 310 條第 2 項之加重誹謗罪即已足，無需另行立法規制。

二、關於現行妨害私人生活隱私罪各種行為類型之未遂處罰規定，應將刑法第 315 條之 2 第 1 項、第 2 項，排除於未遂處罰範圍之外；至於其他類型則維持現行規定方式即可。

第六節、修法建議

整理本章討論，試擬未來修法建議內容如下：

¹⁷⁶ BT-Dr 15/1891, S.5.

¹⁷⁷ BT-Dr 15/2466, S.4.

	現行規定	修正建議	說明
第315條之1	<p>有下列行為之一者，處三年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金：</p> <p>一、無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。</p> <p>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。</p>	<p><u>無故利用工具設備監視、監聽他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者</u>，處三年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金（第一項）</p> <p><u>無故以錄音、照相、錄影或其他使原音原影再現之方法，記錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者</u>，亦同。（第二項）</p> <p><u>意圖營利，供給場所、工具或設備，便利他人為前項行為者</u>，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五萬元以下罰金。（第三項）</p> <p><u>意圖散布、播送、販賣而為第二項行為者</u>，同前項處罰。（第四項）</p>	<p>一、現行法之「窺視、竊聽、竊錄」，修正為「監視、監聽、記錄」。</p> <p>二、現行法「電磁紀錄」文字修正為「其他使原音原影再現之方法」</p> <p>三、將現行法第315條之2第1項、第2項，改列新法第315條之1第3項、第4項，以符體例。</p>

第 315 條 之 2	<p>意圖營利供給場所、工具或設備，便利他人為前條第一項之行為者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五萬元以下罰金。</p> <p>意圖散布、播送、販賣而有前條第二款之行為者，亦同。</p> <p>製造、散布、播送或販賣前二項或前條第二款竊錄之內容者，依第一項之規定處斷。</p> <p>前三項之未遂犯罰之。</p>	<p><u>無故製造、散布、播送或販賣涉及私人生活內容之影音資料，侵害隱私造成他人精神上痛苦者</u>，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五萬元以下罰金。</p> <p>（第一項） 前項之未遂犯罰之。</p> <p>（第二項）</p>	<p>一、現行法第 1 項、第 2 項改列於新法第 315 條之 1。</p> <p>二、保留現行法第 3 項規定。增訂「無故」為要件；行為客體修正為「涉及私人生活內容之影音資料」；並明文規定「侵害隱私造成他人精神上痛苦」為法益損害結果。</p> <p>三、保留本條處罰未遂之規定。</p>
第 319 條	<p>第三百十五條、第三百十五條之一及第三百十六條至第三百十八條之二之罪，須告訴乃論。</p>	<p>第三百十五條、第三百十五條之一、<u>第三百五十條之二</u>及第三百十六條至第三百十八條之二之罪，須告訴乃論。</p>	<p>增列第三百五十條之二為告訴乃論之罪。</p>

第五章、「無故」：實質違法性判斷

一般而言「無故」係指「沒有正當理由」。¹⁷⁸但究竟何謂「正當」這本身就是個曖昧的價值判斷，因此論者通常會以較客觀的「有權限」一語來表示「正當」的內容（但追根究底，究竟又該如何判斷「權限」呢？說到底還是一種反覆論證而已。）問題的重點在於，當我們在解釋某一規範性構成要件時，如果僅是脫離刑法的範疇，到其他也沒有一個明確標準的法領域中去尋求解釋方針，就只是把問題推諉到該當特定的領域而已。所以如果能夠在刑法領域中找出單一判準時，較負責的作法應該是把判斷活動留在刑法領域之中。¹⁷⁹

我國刑法條文，出現「無故」要件者共有八條（刑法第 125 條、第 306 條、第 315 條、第 315 條之 1、第 316 條、第 317 條、第 318 條與第 318 條之 1）但對「無故」二字刑法並未予以定義，而留待司法解釋。以刑法第 306 條無故侵入住宅為例，判例曾抽象地表示，所謂「無故」即為無正當理由，細查其意義應指**依法令行為，或經同意或社會所認可的民俗行為**。實務認為，「無故」之「故」不得被解釋為「理由」，例如行為人登門討債被摒於門外，其翻牆而入強行進屋，不得被解釋為「有故」行為。同理，行為人為捉姦之目的而竊錄他人非公開的活動或談話，因其既非依法令的行為，又未經同意為之，也難被解釋為社會所認可的行為，按實務見解推論，應認此係「無故」行為，違反刑法第 315 條之 1 第 2 款規定。又值得注意者，有關「言論或談話」保護，有學說見解認為通訊保障及監察法為刑法第 315 條之 1 的特別規定，故若某行為在通保法認為係合法的監察行為，即非刑法的「無故」為之，不受處罰。例如符合通保法第 29 條規定，而對他人之言論或談話為錄音行為，在通保法為不罰的行為，在刑法即不能認為係

¹⁷⁸ 林山田，前揭註 63，頁 282；褚劍鴻，前揭註 67，頁 1104。並有學者主張，所謂「正當理由」不以法律明文規定者為限，習慣或道義上所許可，無背於公序良俗者亦屬之。甘添貴，前揭註 125，頁 394。

¹⁷⁹ 李茂生，前揭註 66，頁 103。

「無故」竊錄行為。¹⁸⁰

另有學者指出，其實「無故」不過就是一種「語感上」的強調，像是殺人罪條文中就不會出現「無故」一語，這是因為通常殺人都是無故，所以在語感上沒有必要將之表明出來；但若構成要件行為是一些「通常人們都會做的事情」，像進入他人住宅，或是跟別人談論八卦等，這時候在語感上便必須使用「無故」來將需要處罰的行為明白標示成「沒有理由」。換個角度來看，也可以說「無故」是共通於所有犯罪的要素，亦即「違法」要素。對於一個行為是否具有違法性的判斷，一般來說都是以有無「實質法益侵害」作為標準。具體一點來說，行為人如果不是為了保護任何的法益而去侵害隱私法益時，當然就是無故。（但精確地來說，縱或無故也有可能不具違法性，像是若考量被侵害的隱私法益之受害程度微乎其微，則仍有可能因為可罰違法性過低而阻卻違法。）¹⁸¹總之「無故」與否，關鍵在於法益間的比較衡量。到頭來似乎又繞回了原點，而在利益衡平的考量上最大的問題是：要如何比較利益的大小？按利益事實上是人對於自然事物的情緒反應，可能因為各種背景因素而極端主觀，因此一個普遍客觀的衡量基準可說是不可能的。其中，法益位階的概念固然是一個參考的標準（例如生命大於身體，身體大於財產），但其實十分不可靠。終究只能期待實務與學說在個案中的溝通，而逐漸在不同的情形中形成相對客觀的尺度。¹⁸²

針對妨害私人生活隱私罪之「無故」要件，實務上常見的幾種正當理由為：「新聞自由」、「公共利益」¹⁸³，「維護婚姻純潔」¹⁸⁴或是「蒐集訴訟證據」¹⁸⁵。

¹⁸⁰ 王兆鵬（2009），《刑事訴訟講義》，臺北：王兆鵬，四版，頁 223-225。然值得思考的是，反過來有沒有可能發生通保法處罰，但刑法認為「非無故」而不罰的結論？

¹⁸¹ 李茂生，前揭註 66，頁 103。

¹⁸² 黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，頁 274，台北：楊雅惠。

¹⁸³ 實務判決如：臺灣士林地方法院 96 年度自字第 31 號刑事判決；臺灣臺北地方法院 95 年度自字第 26 號刑事判決；臺灣高等法院 95 年度上訴字第 2856 號刑事判決；臺灣高等法院 96 年度上訴字第 616 號刑事判決；臺灣臺北地方法院 95 年度訴字第 540 號刑事判決

此外，因為個案事實往往同時涉及私人通訊內容，故通訊保障及監察法第 29 條第 3 款頻繁地被援引而出現判決中，作為判斷行為違法性的重要依據，產生「監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的」與「無故」之間應如何解釋適用的問題。歸納我國法院處理刑法第 315 條之 1「無故」要件的判決，案件事實大致有幾種特徵：一、當事人為公共人物（如政治人物、藝人或是運動員）；二、涉及婚姻糾紛（俗稱的「抓猴、抓姦」）；三、被告（行為人）為新聞媒體記者。

目前實務對於這類案件之評價方式，最終多訴諸「比例原則」、「利益權衡」作為論證基礎，如此固然大方向上是正確的，然而在面對複雜的個案事實時，往往會因為欠缺對於評價重點或裁量依據的明確一致標準，導致相類似事實在不同的法院中，可能得到全然相反的兩極化判決結果。為求判決之可預測性、一致性，以下先介紹學理上對於「無故」之解釋與相關討論，然後將抽象理論套用到具體事實，以期有助於實務學說之溝通，形成相對明確的衡量基準。

第一節、無故之「雙重機能」(Doppelfunktion)

比較法上，德國刑法第 15 章亦以「無故」(unbefugt)為共通犯罪構成要件，包括本文前面已經介紹的第 201 條、第 201 條 a 皆規定「無故」為成罪前提。然學者間對於如何評價、解釋該「無故」要件存在不同意見：一種看法主張，德國刑法第 201 條、第 201 條 a 規定之「無故」並不是特別的規範性構成要件要素，

¹⁸⁴ 實務判決如：臺灣高等法院花蓮分院 89 年度上易字第 213 號刑事判決；臺灣臺北地方法院 89 年度自字第 41 號刑事判決；最高法院 96 年度台上字第 3465 號刑事判決；臺灣高等法院 93 年度上訴字第 3167 號刑事判決；臺灣臺北地方法院 94 年度易字第 2056 號刑事判決。

¹⁸⁵ 實務判決如：臺灣臺北地方法院 95 年度易字第 704 號刑事判決；臺灣高等法院 97 年度上易字第 1935 號刑事判決。

而僅是立法者對於一般阻卻違法事由之重申或強調，¹⁸⁶此說認為「拍攝他人身處於住宅或足以遮蔽視線的空間內、涉及其私人生活核心領域之照片」之行爲本身形式上就已具備不法利益侵害，剩下是審查是否具備阻卻違法事由的問題。¹⁸⁷然此見解在解釋第 201 條 a 第 3 項規定¹⁸⁸時出現矛盾，因法條中的「蓄意無故」(wissentlich unbefugt)指涉的是一種對行爲情狀(Tatumstand)的主觀狀態，換言之，此處「無故」乃構成要件要素，如此一來在單一規範內部的相同要件卻出現不同的意義，學者稱之爲「體系斷裂」(Bruch im System)。對此，論者認為解決之道在於，應切割上開兩處「無故」而分別爲解釋，理論基礎在於行爲人使用竊錄所得內容，或將其公告周知之行爲，往往被認為是所謂的社會慣習，並非典型不法行爲，故需在構成要件加上「無故」要素表彰不法利益侵害狀態；至於其它構成要件行爲之「無故」要素，則仍置於違法性階層來檢驗。¹⁸⁹上開解決之道，不論其支持者是否承認，其實就等同於所謂的「無故之雙重機能說」。

所謂的「雙重機能」(Doppelfunktion)係指，「無故」一方面可阻卻構成要件該當，另一方面又能作爲阻卻違法事由之特殊作用。支持此說者，認為「無故」於構成要件層次係表彰「未得法益處分權人之同意」，反之得到同意之法律效果爲排除構成要件該當；於違法性層次則指行爲「無法律權限」或「欠缺阻卻違法事由」。¹⁹⁰

¹⁸⁶ Vgl. Joecks, StGB, 8. Aufl., 2009, § 201, Rn. 5.

¹⁸⁷ Röhl, Der strafrechtlich Schutz gegen unbefugte Bildaufnahmen, § 201a StGB, 2008, S. 26 f.

¹⁸⁸ 其文字為：「得授權而拍攝身處於住宅或其他足以遮蔽視線的空間內之他人圖像，然蓄意無故向第三人展示之，侵害他人生活核心領域者……」(Wer eine befugt hergestellte Bildaufnahme von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, wissentlich unbefugt einem Dritten zugänglich macht und dadurch deren hochstpersönlichen Lebensbereich verletzt,)

¹⁸⁹ Röhl, a.a.O., S. 27 f; Kinderhäuser, StGB, 3.Aufl., § 201a, Rn. 10.

¹⁹⁰ Sch/Sch/Lenckner, § 201a, Rn. 8.

對此「雙重機能」有論者批評，犯罪成立各階層中各有其應審查之不同要素，鮮見有一要素反覆出現而橫跨各階層。況「無故」於所謂構成要件層次之機能，亦即「未得本人同意」，其實可被構成要件行為（如刑法第 306 條之「侵入」或第 315 條之 1 的「窺視、竊聽、竊錄」）之定義所內涵，無需另行規定；至於在違法性層次則本有法定阻卻違法事由以及超法規阻卻違法事由可供操作，故謂「無故」之角色了無新意。¹⁹¹然亦有不同主張認為，雖然「無故」之判斷到頭來終須回歸阻卻違法事由之一般原理，視其行為是否具社會相當性，若為肯定則不具實質違法性，故認為「無故」乃不確定法律概念（亦即超法規阻卻違法事由）之實證化。¹⁹²

分析正反意見，本文還是同意於本章一開始介紹的學者看法：其實「無故」不過就是一種「語感上」的強調。換句話說，其作為一種實質違法性要素，的確是所有犯罪類型之共通要件；然而更重要的是去思考，既稱共通，何以僅見特定法條文字將此明文？為何在某些犯罪類型中需要特別加上這種「語感的強調」？沿上開脈絡或可推論，當構成要件行為本身不具「一望即知」的高度不法性，或可能被當作是一種社會慣行時，便需加上「無故」或「無正當理由」等文字予以補強。就此而言，或許「無故」在犯罪審查流程中的確沒有額外的篩漏功能，但考慮其所承載之宣示意義，似乎也不應將其逕評價為無益。據此，以下按照前開「雙重機能」架構，進行該要件之介紹分析。

¹⁹¹ 盧映潔，前揭註 84，頁 530。

¹⁹² 甘添貴，前揭註 125，頁 394。

第一項 阻卻構成要件該當

第一款 「同意」與「承諾」之區別

承上討論，更具體的法律問題首先發生在：當事人之同意(die Einwilligung)或承諾(das Einverständnis)，效力究竟是排除構成要件該當，抑或作為一種阻卻違法事由？¹⁹³這問題普遍地存在於各種犯罪類型之討論中，並非只是學者間意氣之爭而已，其涉及在系爭犯罪類型是否以「同意的欠缺」作為典型不法(der Unrechtstypus)之基礎。具體來說，若暫不考慮當事人同意與否，其他犯罪構成要件之實現，會不會被評價為重大利益侵害？若答案為「是」，則自然將「同意（與否）」放在違法性的層次上來討論（即結論上會採取「阻卻違法之承諾」說）；反之若評價為「非顯著的利益侵害」(unerheblicher Interessenverlust)，便會導出「阻卻構成要件之同意」的結論。¹⁹⁴

國內有文獻指出，「同意」與「承諾」在定位上區別並不重要，但解釋空間則有差異。蓋所謂阻卻犯罪構成要件該當之同意，意指某些犯罪類型其不法要件本身已經把「未經同意」列為要素，例如刑法第 320 條、第 306 條或第 221 條等，諸如此類被害人同意之法律效果為犯罪「自始」不成立；反之，稱承諾者則是對「已經」該當構成要件之行為，發生阻卻違法的效果。惟上開區別在犯罪階層理論之二階論支持者眼中便不具重要意義。然於解釋上若條文本身已經以「未經被害人同意」為構成要件，則透過某程度的立法保證，大致上只要能確認被害人同意事實，便可阻卻不法；反之若條文未見上開設計，則被害人「承諾」可否阻卻違法性，則存在較複雜的價值判斷問題（學者在此所舉的例子是，醫生隱瞞事實而得病人同意實施手術，則該同意、或承諾仍不足以阻卻不法。）但也強調兩者

¹⁹³ Lackner/Kühl, Vor 15. Abschnitt., Rn. 2; Sch/Sch/Lenckner, §201a, Rn.8.

¹⁹⁴ Lackner/Kühl, a.a.O.

界限並非邏輯上的絕對，而毋寧是一種經驗意義上的量差，最終還是要回到個別法條的文字去解釋。¹⁹⁵

第二款 本罪之當事人同意效果為：阻卻構成要件該當

總合上開論述，若考慮到構成要件所表彰的不法能量，亦即將他人一時性、片段性之言論予以互時化、書面化所引發之濫用危險，雖無法完全因為當事人（即該言論原發表人）之認可而被忽略，但相較違背保密義務而言，會被評價為輕微的利益侵害。換言之，該當事人同意會發生阻卻構成要件該當之效力。¹⁹⁶同樣地，對於德國刑法第 201 條 a 而言，當事人之同意亦不得作為阻卻違法事由，因為在當事人對系爭攝影行為有所同意後，則根本稱不上對個人生活核心領域之侵犯。該當事人之所以是值得且需要保護，不僅僅是因為他在住宅內被拍下涉及其個人生活核心領域之影像，更重要的是該侵犯違反其意願。¹⁹⁷綜上，應認為以當事人同意作為法律上理由，效力為阻卻本罪之構成要件該當性。

上開對於德國刑法第 201 條、第 201 條 a 的解釋，亦可適用於具一定相似性的我國刑法第 315 條之 1。本文見解認為，當窺視、竊聽、竊錄行為取得當事人同意時，自始不該當犯罪構成要件，無需考慮其它的價值判斷問題。

必須要強調的是，「同意」與否，始終緊扣著不同的行為，如拍照、錄音、或製造、散布、販賣等，各別地被進行評價。舉例來說，當事人就言論被錄音之

¹⁹⁵ 黃榮堅，前揭註 182，頁 348-350。

¹⁹⁶ Lackner/Kühl, § 201, Rn. 9.

¹⁹⁷ Sch/Sch/Lenckner, § 201a, Rn. 8. „Denn überhaupt schutzwürdig und schutzbedürftig ist der Betroffene nicht schon deshalb, weil er zB in seiner Wohnung fotografiert wird und die Aufnahme seine höchstpersönlichen Lebensbereich betrifft, sondern weil der Eingriff in diese Sphäre gegen seinen Willen erfolgt.“

同意，無法直接視同將該錄音內容再向第三人公開之同意。¹⁹⁸若當事人在發現有竊聽或錄音的情況後仍繼續發表其言論¹⁹⁹，或是考慮到依業務關係、社會習慣，一般而言會錄音的情形，都可能會評價為「默示同意」，發生阻卻構成要件該當之效果。

第二項 阻卻違法性

除當事人同意阻卻構成要件該當外，「無故」作為一種明文化的實質違法性要素，其該當與否之判斷如本節一開始所言，其實就是一種利益權衡。德國法在討論其刑法第 201 條所可得主張的阻卻違法事由時，除前揭介紹而容有爭議的「當事人承諾（同意）」外，歸納有：正當防衛(Notwehr)、緊急避難(Notstand)、以及法益權衡；至於國家刑事追訴機關所為之監聽，另設有授權要件規定，例如德國刑事訴訟法第 100 條 a 至第 100 條 d（相當於我國通訊保障及監察法規定的合法監聽要件內容）。²⁰⁰

通常討論到主張「正當防衛」，文獻所舉的案例是行為人錄下擄人勒贖電話之內容以求順利破案，其主要問題在於，侵害是否屬「現在」(die Gegenwartigkeit des Angriffs)？另外，主張「緊急避難」阻卻違法，往往是出於蒐證目的所為之錄音行為，文獻指出，必須當個案除了秘密錄音外，沒有其他有效的取證手段，

¹⁹⁸ Lackner/Kühl, § 201, Rn. 11.

¹⁹⁹ 實際案例如：臺灣高等法院 97 年度上易字第 1935 號刑事判決。本案被告主張其就住處電話進行錄音，係因當時告訴人出面處理娘家在外欠債，常有人上門討債，擔心家人在電話中會遭暴力、恐嚇，為了保護家人，才裝設電話錄音機，以便必要時交予警方處理，並無竊錄意思。且雖未告知告訴人錄音一事，但錄音設備就放在電話旁邊，告訴人應可以清楚看到而知悉電話錄音。經法院調查證據，在系爭錄音中發現，告訴人不止一次與通話對象提及電話遭錄音，甚至表示「**要錄就錄**，有什麼關係！」據此認定告訴人係知悉被告之行為，且被告擔心因告訴人債務連累家人而電話錄音，並未違背一般社會生活經驗法則，綜合判斷後認定原審判決被告無罪並無違誤。

²⁰⁰ Kinderhäuser, §201, Rn. 21; Joecks, a.a.O., § 201, Rn. 19.

方可考慮以此作為正當理由。²⁰¹

回到我國法，針對妨害私人生活隱私罪整體而言，得阻卻行為違法性事由，除援引「法律特別規定」，「正當防衛、緊急避難」外，還有前面未提及的「業務上正當行為」；此外超法規阻卻違法事由：「法益權衡」與「社會相當性」(Sozialadäquanz)都是必須考慮的問題。以下簡單介紹各該事由之內涵，以及實際可能產生的爭議，在與我國實務具體案例結合，深入討論其中的利害權衡關係。

第一款 「法律特別規定」

我國刑法第 21 條第 1 項規定：「依法令之行為，不罰。」解釋上認為此乃基於「法秩序一致性」而來的阻卻違法事由。蓋若有其他法令已經容許了某個行為，在制裁最為嚴厲的刑法，自亦應將其評價為合法。²⁰²條文中「法令」所指的應該就是這裡討論的「法律特別規定」，舉例來說，通訊保障及監察法第 5、6、7 條關於核發通訊監察書之要件規定，便屬於「法律特別規定」，負責執行之公務員按照系爭規定內容所為之通訊監察，即不具違法性。另外一個實務常見的規定是通訊保障及監察法第 29 條第 3 款「監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者，不罰」，本款內容屬於竊聽、竊錄行為之阻卻違法事由規定應無疑義。然值得深入討論的是，其與刑法第 315 條之 1「無故」要件兩者間的適用關係為何？

具體而言，當行為符合通保法第 29 條第 3 款時，是否意謂在刑法第 315 條之 1 的法律評價上即為「有故」？反之，若不具備通保法第 29 條第 3 款之事由，是否便屬「無故」？最重要的問題是，邏輯上是否存在一種可能是，行為人並非「無故」，同時因不符合上開排除處罰規定，成立通保法第 24 條第 1 項罪名？

²⁰¹ Kinderhäuser, § 201, Rn. 23 f.

²⁰² 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，台北：林鈺雄，頁 259。

第二款「正當防衛、緊急避難」

實務常見行為人為取得配偶外遇的證據，以便提起通姦罪之刑事告訴，遂雇用徵信社偷拍配偶日常生活一舉一動，或於住處裝設錄音機竊錄配偶之電話交談內容。對於這些出於「抓猴」、「蒐證」動機所為之監聽、偷拍行為，法院在審查刑法第 315 條之 1 要件時，有部分判決會以「維護婚姻純潔」或「排除婚姻貞潔之疑慮」為由，認為並非「無故」而排除刑事責任。然而值得再思考的是，定性上「維護婚姻純潔」或「排除婚姻貞潔之疑慮」屬於何種阻卻違法事由？

國內有學者認為，實務常見的為抓姦而為之竊聽、錄音行為，其是否「無故」所涉及者乃「**緊急避難**」，²⁰³其理由可能在於，容許緊急避難的法理基礎同樣是「法益權衡原則」，涉及行為相當性的判斷。姑且暫不論此處究竟應將系爭事由定性為「正當防衛」或「緊急避難」，本文認為，根本上所謂的「通姦對於婚姻純潔所造成之破壞」能否稱得上是「現在不法侵害」或「緊急危難狀態」便相當可疑；此外，裝設監視器材，竊聽竊錄配偶之生活舉動，是否有助於維護婚姻，排除法益侵害結果？抑或是更加深雙方關係嫌隙，讓婚姻之信賴基礎蕩然無存？（換言之根本難以通過**防衛、避難手段之適合性檢驗**）基於以上種種質疑，所謂「維護婚姻純潔」能否作為主張刑法上正當防衛或緊急避難之事由，不無疑問。

然而另一方面，縱不符正當防衛、緊急避難之要件，也不意謂著系爭行為無其他法定或超法規阻卻違法事由得以主張，特別是「法益權衡原則」在此問題上所扮演的重要角色，需要更細緻、更切合個案事實地來進行評價。

²⁰³ 林鈺雄，前揭註 202，頁 252。氏著由法定刑切入，認為這裡不符合緊急避難要件，表示：「惟從法益優越觀點來看，通姦罪不但其直接侵害的個人法益為何，已經值得商榷，從刑度來比較，同樣也無法認為這些捉姦、蒐證手段具有優越利益（§239 最重一年有期徒刑，但§315-1 則為三年）。」然本文認為刑法分則各罪之法定刑度高低有別，固然相當程度上與各罪保護法益位階有關，但逕以法定刑作為具體個案中法益權衡的標準，似嫌跳躍。

第三款 「業務上正當行為」

刑法第 22 條規定：「業務上之正當行為，不罰。」此亦屬法定阻卻違法事由之一。由於現行法條文義與舊刑法強調「正當之業務行為，不罰」完全不同，故解釋上向無疑義的是，得否主張本條阻卻違法之關鍵取決於「該行為」是否正當，而不問「業務」是否正當。而關於「正當行為」之解釋，學說上有謂「必須依業務之種類性質，以及所用方法是否合於一般習慣，是否不超過業務範圍而為決定」；或謂「必其行為不超出業務上必要之程度，方為正當。然何種情形為之必要，須從客觀事實認定。」整理各種論述，大抵上可歸結為：「主觀上出於執行業務之意思，而客觀上行為須在業務範圍之內，且不逾必要之程度。」惟上開標準雖較諸條文具體，然實際適用上恐仍有所困難。²⁰⁴

因此學者認為，所謂「正當行為」在判斷上需更細緻化與個別化，按照不同的業務型態與行為態樣，發展出符合該業務內容的正當性標準，無法一概而論。以「醫療行為」為例，討論與「業務上正當行為」之間應如何判斷，整理出三種不同的解釋取向：1、「業務權」解釋取向；2、「社會相當性」解釋取向；以及 3、「病人承諾說」的解釋取向。其中「病人承諾說」及其所連結的自我決定權，乃針對醫療行為而與本文脈絡較無密切關連，以下即分別說明「業務權解釋取向」和「社會相當性解釋取向」之內涵：²⁰⁵

根據舊刑法之文義解釋，只要是屬於「正當業務」下的行為，便可阻卻行為違法性，其立論基礎可追溯至德國 19 世紀的「業務權理論」(Berufsrechtstheorie)，認為只要某種業務乃國家法令或習慣法所允許，設定應遵守之準則與業務範圍，

²⁰⁴ 王皇玉 (2007)，〈論醫療行為與業務上正當行為〉，《臺大法學論叢》第 36 卷第 2 期，頁 62、63。

²⁰⁵ 王皇玉，前揭註 204，頁 64、65。

業務人員根據準則所進行的行為即屬合法。此說即採「業務權」取向之解釋模式，其審查對象乃「業務」，而非行為人個別之行為是否正當。惟業務權取向之解釋模式在今日並不可採，理由在於與現行法條文字出入過大，若執意為此解釋則顯有違立法意旨。

另一種「社會相當性」取向之解釋模式，則是由德國學者 Wezel 提出的目的行為論出發，認為僅以「法益侵害」作為實質違法性基礎之傳統見解，無法充分說明違法性的本質。蓋法律以規範人類共同生活為目的，示人以共同生活規範；侵害法益之犯罪構成事實若未違背此（共同生活規範）基本精神即無反常規性，無反常規性即無反社會性，故不成立犯罪。採「社會相當性」取向之解釋模式，其正面意義更在於克服傳統見解（法益侵害說）之非時代性，能夠即時反應科技進步及社會機能演進而為適切解釋。據此，則業務上正當行為之「正當」與否，應參酌社會共同生活之文化、型態、習慣等因素綜合考量。²⁰⁶

拉回到本文討論的主軸，目前實務上有許多涉及妨害私人生活隱私罪的被告主張其職業為新聞記者，而其被訴之錄音、攝影乃採訪行為，係新聞報導必須的前置作業，屬於「業務上正當行為」。有些甚至將戰場拉到更高層次，援引憲法保障「新聞自由」作為侵犯他人同受保障的「隱私權」之正當理由。在這裡能夠思考的問題是：「新聞採訪、新聞報導」固然是一種正當、重要的「業務」類型，然而在此領域內的個別報導、採訪未必皆屬「正當」，亦屬不爭事實，所以關鍵就在於如何判斷個別採訪行為之「正當」或「不正當」？依循前面介紹的「社會相當性」解釋取徑，參酌社會共同生活之文化、型態、習慣等因素綜合考量，而憲法保障「新聞自由」之規範目的在此辯證過程裡又發揮了什麼作用？

²⁰⁶ 王皇玉，前揭註 204，頁 65、66。

第四款 「法益權衡」與「社會相當性」

在種種法定阻卻違法事由的檢驗之外，違法性的判斷終究不免回到最根本的問題：所保護的利益是否大於被犧牲的利益？或該利益侵害是否顯著、有意義而需要被認真看待？亦即「法益權衡」與「社會相當性」（所謂的「實質違法性」）的操作與審查。國內實務見解向來肯定「實質違法性」作為犯罪之成立要件，²⁰⁷而且本文認為尤其是針對妨害私人生活隱私罪是否成立之檢驗，「社會相當性」此要件具有特別重要的意義，這除了因為本文將妨害私人生活隱私罪之保護法益定義為「透過正常社會互動控制自我形象之可能」，故當然必須考量何謂「正常社會互動」外；系爭犯罪的某些構成要件行為，例如散布他人被竊錄之影像內容，或為揭發重大犯罪而不得已採取竊聽手段，往往會被評價為社會慣行或不具倫理可非難性，此種情形正是發展「社會相當性」或「法益權衡」等概念所要處理的典型難題。

第二節、實務上發生的問題

以下討論，由實際個案著手，介紹國內實務在處理系爭「無故」要件常見的爭議及法院見解，加以分析並參酌學說相關看法，提出若干本文見解。

²⁰⁷ 最高法院 90 年第度 6 次刑事庭會議「庚說」（決議採此說）：「按構成要件之相當性、行為之違法性及有責任，共為成立犯罪之三大要件。其中構成要件形式規定本身，不過僅屬一般抽象違法性之類型推定而已，至其行為之具體違法性，仍有待個案另作綜合之調查認定。是以，學者有認為：犯罪之成立，僅實現相當於形式構成要件，尚有未足，更須具備行為之實質上違法性（包括社會相當性與處罰必要性）……我國審判實務，亦不乏認為：行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如無實質之違法性時，仍難成立犯罪之見解（七十四年台上字第四二二五號判例意旨參照）。『可罰的違法性』論者，甚至主張：雖有違法，如不值科處刑罰程度之違法性行為，即認為構成要件不相當；或苟無可罰之違法性，即係構成要件相當性之欠缺……」

第一項 為維護婚姻純潔所為之必要努力？

第一款 實務見解

【案例六】臺灣高等法院花蓮分院 89 年度上易字第 213 號刑事判決

本案事實概為：甲乙二人被訴通姦，某甲於審理中辯稱，其配偶丙「**無故**」**竊錄、影印某甲日記**所得之證據，係私人違法取得之證據，無證據能力。丙竊錄某甲電話內容當時，兩人處於分居之狀態，各有不同之日常生活空間，當時某丙正向法院訴請與甲離婚中，錄音動機顯非為維護婚姻生活之健全，未經甲同意，擅自竊錄所取得甲之電話通話內容，屬犯罪所得之物，不得作為證據。

對於上開證物之證據能力爭議，同時涉及某丙行為是否違法之問題，對此，法院表示：「任何違反婚姻純潔義務之行為，依一般經驗法則，其行為均採取秘密之方式為之，其證據之取得，極為困難，是苟夫妻一方之行為，在客觀上，已經足以導致他方對婚姻之純潔產生合理之懷疑時，不論他方係本於『去除婚姻純潔之疑慮』或『證實他方有違反婚姻純潔義務事實』之動機，而對對方私人領域有所侵犯時（例如以竊聽或竊錄其私人秘密通訊），應認為係他方為維護婚姻純潔所作出之必要努力，而非屬刑法第三百十五條之一之『無故』妨害他人秘密之行為。……權衡違反婚姻純潔義務之行為足以徹底破壞夫妻雙方對彼此之信賴，而使婚姻之基礎發生動搖，相對於有婚姻純潔疑慮之一方與他人間秘密通訊自由，更應受到保護，故他方以竊聽方式所獲得之證據，不應排除其使用，此乃本院所持之見解，合先敘明。」²⁰⁸（粗體字與底線為本文所加）

【案例七】臺灣高等法院 95 年度上易字第 609 號刑事判決

²⁰⁸ 相同見解：法務部（89）法字第 000805 號法律問題；臺灣臺北地方法院 89 年度自字第 41 號刑事判決；臺灣高等法院 93 年上訴字第 3167 號刑事判決。

本案事實同樣牽涉的三角關係，被告涉嫌以不詳方法竊錄其配偶與外遇對象之電話交談內容，該外遇對象提起告訴，審理過程中被告就錄音行為坦承不諱，然否認有任何妨害秘密犯行，主張其出於防衛婚姻圓滿之理由，於分居配偶住處裝設錄音設備，並非無故。然經調查證據後，法院發現被告裝設錄音設備之處所乃該外遇對象之住處，而非如被告所稱是在其配偶住處電話錄得系爭非公開談話內容。就此，法院判決指出：「被告係以不詳方法在證人何○○（按：即該外遇對象）位於新店市住處裝設竊錄設備而於 92 年 10 月 17 日竊錄前開非公開談話如前述，其行為顯有妨害他人秘密之事實，難認具有維護家庭健全圓滿、防衛婚姻生活安全、去除婚姻貞潔疑慮等防衛具有正當理由。」認定被告成立犯罪。²⁰⁹

第二款 分析檢討

第一目 以裝設工具設備之地點為區分標準？

比較上開兩案，馬上會發現一個問題：何以同樣是出於「去除婚姻貞潔疑慮」動機之竊錄行為，卻出現「無故」與「非無故」兩種完全相反的評價？細究個案事實，不難推知法院係以裝設錄音設備的「處所」作為重要的區分、評價標準，質言之，若行為人是在自己家中裝設竊聽、竊錄設備來蒐集配偶通姦之證據，被評價為侵害手段輕微、對他人私生活領域侵害甚小，應不具違法性；反之若是在外遇對象所支配使用的住宅或私人空間裝設錄音設備，即屬無故。

對於這種區分，有學者表示贊同看法，認為以利益衡量之觀點而言，行為人與配偶之婚姻關係即使已經不睦，在法律上仍可認為夫妻雙方對於共同生活領域擁有一定的使用支配權限，故行為人侵害配偶私生活領域之利益甚微；然而若在

²⁰⁹ 相同見解：臺灣臺北地方法院 94 年度易字第 2056 號刑事判決

已分居配偶或外遇第三者之私人空間、支配領域裝設竊聽器或針孔攝影機，則不僅侵犯他人隱私，且妨害他人的住居安寧，受影響的法益範圍之廣，實無法僅以「維護家庭健全圓滿、防衛婚姻生活安全、去除婚姻貞潔疑慮」等理由，將系爭行為評價為法秩序所容許、不需處罰的行為。²¹⁰

然本文認為，在外遇第三者或已分居配偶之私人空間、住所，裝設竊聽竊錄設備之行為之違法性固然無疑，問題在於，行為人在與他人共同生活支配領域內利用工具設備所為之竊聽、竊錄行為，難道真的於法有據？當我們很抽象地說：「夫妻對於雙方共同生活領域互相擁有一定的使用支配權限」，這一切都看似很合理，但是如果換成是具體地主張「夫妻有權監視彼此在家中的一舉一動」時，答案似乎變得有些曖昧模糊。

第二目 對於夫妻他方是否遵守貞潔義務之「知」的權利？

有實務見解便認為，法律為保障婚姻之忠誠與貞潔，賦予配偶對於他方是否遵守一夫一妻制某種「探知權」，並以此作為超法規阻卻違法事由：「按夫妻婚姻關係中，夫妻之一方對他方負有維護婚姻貞潔之忠誠義務，此應盡之貞潔忠誠義務，不僅出於道德之期許，其婚外性行為更受到刑事法律規定之明文禁止，故配偶之一方既有此貞潔忠誠義務存在，則相對於此義務，法律當然於規範之本旨內賦予他方對此義務之是否遵守及踐履有一『知』的權利，是苟夫妻一方之行為，在客觀上，已經足以導致他方對婚姻之貞潔產生合理之懷疑時，不論他人係本於『去除婚姻貞潔之疑慮』或『證實他方有違反婚姻貞潔義務事實』之動機，而對對方私人領域有所侵犯時，應認為係他方為維護婚姻貞潔所作出之必要努力，而

²¹⁰ 王皇玉（2009），〈刑法中的隱私權——以刑法與通訊保障及監察法的交錯混亂適用為中心〉，司法院司法人員研習所隱私權專題研習會講義，民國 98 年 8 月 26 日，頁 20、21。

非屬刑法第三百十五條之一之『無故』妨害他人祕密之行為。」²¹¹

然此見解問題在於，縱不爭執行爲人在法律上可主張配偶對婚姻負有忠誠、貞操義務，也無法證立何以「忠誠義務」能夠理所當然再衍生出「探知他方有無違反該忠誠義務」之權利？再者，任何人要藉訴訟程序主張或實現其法律權利，必然伴隨著難以舉證之風險，特別是犯罪之本質均具隱密性，故舉證困難的問題更是普遍存在，而非通姦罪所特有。在其他相對而言更嚴重的犯罪類型中，法律不允許國家或私人以不法手段進行蒐證，何以獨獨賦予通姦罪享有此特權？²¹²

本文認為，在某些特殊情形中，考量所謂的「舉證困境」(Beweisnotstand)²¹³與「類似正當防衛」、「類似緊急避難」²¹⁴而例外阻卻竊聽、竊錄行為之違法性是正確的，但直接訴諸「婚姻忠誠義務」或「維護婚姻純潔」為阻卻違法事由則是錯誤的。學理上可支持此看法的見解表示，單純以行為出於蒐證動機為由，無法證立竊聽、竊錄之合法性，必須還要具備類似正當防衛或類似緊急避難之情狀，亦即有事實基礎得證明侵害或危難存在，如不及時以竊聽、竊錄方式蒐集證據，就不可能取得該證據或是困難度倍增，且使用的手段除了侵害隱私之外，不得再犧牲其他利益（例如家宅權），方有可能符合比例原則。至於僅是出於「懷疑」

²¹¹ 臺灣高等法院 93 年度上訴字第 3167 號刑事判決。

²¹² 王皇玉，前揭註 210，頁 22。

²¹³ Röhl, Der strafrechtlich Schutz gegen unbefugte Bildaufnahmen, § 201a StGB, S. 47.

該文獻在此所舉的例子是，被害人 A 長期遭受 B 勒索所苦，若 A 透過偷拍 B 對其之勒索行為為可排除、制止該持續性危害，此時應在個案中將「舉證困境」納入考量，決定該法益是否陷於緊急狀態而得主張正當防衛或緊急避難。

²¹⁴ 正當防衛與緊急避難之要件，要求必須是防止或避免自己或他人之個人法益侵害，始得主張阻卻違法性。為維護民事或刑事訴訟上的舉證利益或婚姻利益，基本上都不符合正當防衛或緊急避難之要件。對此，德國學說與實務發展出類推適用正當防衛或緊急避難之「類似正當防衛」或「類似緊急避難」概念，用以作為以蒐證為目的的竊聽、竊錄罪之阻卻違法事由，然其得否主張仍須嚴格審查急迫性與衡平性要件。Vgl. Wölfl, Rechtfertigungsgründe bei der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, Jura 5/2000, S. 233; Kramer, Heimliche Tonbandaufnahmen im Strafprozeß, NJW 1990, S. 1762.

或「將來舉證之便」的動機，不足以作為排除罪責之法律理由，否則將過度掏空刑法第 315 條之 1 所要保護的個人隱私法益。²¹⁵

第二項 法律特別規定：通訊保障及監察法第 29 條第 3 款

第一款 實務見解

【案例八】臺北地方法院 95 年度易字第 704 號刑事判決

本案事實：涂○○、王○○兩人係母女，與曾○○、謝○○夫妻原為鄰居，平時因細故感情不睦。於民國九十三年十月底，至隔年二月初這段期間，多次在不特定多數人得以共見共聞之情況，公然以言詞辱罵曾○○、謝○○。案經偵結起訴後，審判中公訴人提出告訴人謝○○、曾○○所錄製之錄音帶，證明被告確有前開公然侮辱之犯行。然被告辯稱公訴人所提出之錄音帶六捲係告訴人謝○○、曾○○竊錄，不具證據能力。

法院在判斷上開證據能力爭議時，必須處理一個前提問題：告訴人等在未經被告同意的情況下，以錄音設備錄下被告在不特定多數人得以共見共聞之情況，公然發表之言論，是否構成刑法第 315 條之 1 或通訊保障監察法第 24 條第 1 項之犯罪？對此，判決理由認通訊保障及監察法乃刑法第 315 條之 1 的特別規定，故依前法所為之合法監察行為，即不該當後法之「無故」要件。據此，法院援引通訊保障及監察法第 29 條之規定，認本案中告訴人乃通訊之一方，且其等所為錄音乃取證行為，並非出於不法目的，亦不在刑法第 315 條之 1 處罰之範圍。²¹⁶

²¹⁵ 王皇玉，前揭註 210，頁 22。

²¹⁶ 判決理由：「刑法第 315 條之 1 第 2 款固規定『無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論或談話者處 3 年以下有期徒刑、拘役或 3 萬元以下罰金』，惟該條犯罪之成立，必須行為人『無故』竊錄等，始得成立。而通訊保障及監察法第 24 條第 1 項固規定：違法監察他人通訊者，處 5 年以下有期徒刑，惟同法第 29 條另規定：監察

【案例九】最高法院 97 年度台上字第 4546 號刑事判決

本案事實部分並不複雜，行為人曾○○與被害人郭○○為尚未離婚之配偶，行為人懷疑其夫與他人有曖昧關係，為過濾郭○○之交往對象，故於其住處裝設錄音機竊錄郭○○申請之室內電話的通話內容。上開行為經偵結起訴，事實審²¹⁷法院判決行為人成立通訊保障及監察法第 24 條第 1 項罪名，被告不服，向最高法院提起上訴。

最高法院所表示的法律見解整理如下：首先，被告上訴意旨主張其與被害人婚姻關係仍然存續、亦未分居，換言之，被告有權進入被害人住宅、有權使用其電話，原審未就此考量，判決顯有不當。然最高法院指出，在本案中被告與被害人有無分居、是否有權進入被告住宅、能否使用電話……等事，均非重點，因為「通訊保障及監察法第二十九條第三款規定，須監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者，始得不罰，縱上訴人對郭某住處之電話有共同使用之權利，然其並非『通訊之一方』，自難依上開條款主張免罰……」

本判決對實務見解走向之重要影響在於，其一方面認為為蒐集配偶通姦證據所為之竊錄並非「無故」而不成立刑法第 315 條之 1 罪責，另一方面又表示因為行為人「並非通訊之一方」，不符合通訊保障及監察法第 29 條第 3 款的要件，故

他人之通訊，而監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者，不罰。是監察者如為當事人之一方，而非出於不法目的者，自亦不構成該罪。再者，有關言論或談話之保護，通訊保障及監察法為刑法第 315 條之 1 之特別規定，因此在通訊及監察法認為係合法之監察行為，即非刑法之『無故』為之，自不受處罰。亦即行為人若符合通訊保障及監察法第 29 條之規定，而對他人之言論或談話為錄音行為，在刑法即不能認為係無故竊錄的行為。……因告訴人謝○○、曾○○為通訊一方，而其等所為之錄音是要當作提出訴訟之佐證，並非出於不法目的，依該法第 29 條規定，告訴人謝○○、曾○○之竊錄行為自為不罰，蓋因通訊保障及監察法為刑法的特別規定，告訴人謝○○、曾○○之行為既為通訊保障及監察法所不罰之行為，即非刑法第 315 條之 1 之無故行為，自難遽將該份證據予以排除。」（底線與粗體字為本文所加）

²¹⁷ 臺灣高等法院臺南分院 94 年度上更(一)字第 592 號刑事判決。

其行為應依同法第 24 條第 1 項論處。²¹⁸

第二款 學說看法

第一目 「通保法」與「刑法」的競合關係

在此首先要釐清一個問題：「通保法」與「刑法」兩部法律關係為何？誠如本章第一節內容所整理的，我國實務目前多數看法將**通訊保障及監察法第 24 條**解釋為**刑法第 315 條之 1**的特別規定，應優先適用前者，據此以通保法第 29 條第 3 款作為阻卻違法事由。然此種法律見解更根本問題在於：私人之竊聽、竊錄行為，有無（應否）適用通保法相關規範之可能？按照本文一貫的立場，問題的答案是否定的。非出於國家之手的私人竊聽、竊錄行為，應非通訊保障及監察法所規制的對象（見本文第三章第二節內容），自無適用通保法相關規範之可能。沿此脈絡，則不僅通訊保障及監察法第 24 條不應作為處罰私人竊聽、竊錄行為之依據，同理，同法第 29 條第 3 款所規定的事由，亦不足以阻卻刑法第 315 條之 1 構成要件該當行為之違法性。否則按照目前實務解釋的方式，只要行為人是參與通訊之一方（或事先得到其中一方同意），且「非出於不法目的」，便得任意竊聽、竊錄他人之言論談話，幾乎等同於架空了妨害私人生活隱私罪所設保護。

又縱退萬步言，依循多數實務的解釋架構而將一般私人納入通保法第 24 條第 1 項之規範效力範圍內，則至少應將「非出於不法目的」與「有故（非無故）」作相同解釋，蓋語意上「非出於不法目的」並不等於「具備法律上正當理由」，

²¹⁸ 判決理由：「本件上訴人所為竊錄行為，縱其目的係在探知郭某有無外遇或通姦之情形，與『無故』以錄音竊錄他人非公開談話之情形有間，而不構成刑法第三百十五條之一之罪責，然其違法竊錄行為並無通訊保障及監察法第二十九條所規定例外不罰之情形，且經被害人郭某合法告訴，自應依通訊保障及監察法第二十四條第一項處罰等旨甚詳……」

也未必與「保護法律上優越利益」有任何關係。舉例而言，行為人因被告身分而赴地檢署應訊時，為自己將來在訴訟上防禦之目的，將自己與檢察官或檢察事務官之對話偷偷錄下來，此時難謂行為人係「出於不法目的」，但該侵犯隱私行為亦非在保護自己或他人較優越之利益，卻依通訊保障監察法第 29 條第 3 款規定得例外不處罰，學者批評無疑是大開破壞他人隱私的合法大門，使法律對於個人隱私權的保護因錯誤立法而功虧一簣。²¹⁹前開學者灼見本文深表贊同，認為應以「有故」來填充「非出於不法目的」要件之內涵，前者須積極證明「法律上理由」，亦即阻卻違法事由確實存在為必要，而非徒托種種社會通念、一般慣行等空言，如此方不致過度地剝奪關於個人隱私、秘密通訊自由之保障。

然實務多數見解卻採完全相反的主張，其中具代表性者便是前面【案例九】介紹的**最高法院 97 年台上字第 4546 號判決**，該判決認為行為人出於刺探配偶有無外遇之動機，在配偶住處裝設竊聽器之行為，縱與刑法第 315 條之 1「無故」有間而排除罪責，然其竊錄行為並非通訊保障及監察法第 29 條第 3 款例外不罰之情形，應依同法第 24 條第 1 項來處罰。

換句話說，如此一來被告不該當刑度較輕的刑法第 315 條之 1 要件，卻成立通訊保障及監察法第 24 條第 1 項五年以下有期徒刑之罪責，單從形式上觀察便不難發現似有罪責輕重失衡的疑慮。本文認為，該見解顯然忽略了刑法第 21 條第 1 項的基本精神，亦即「**法秩序一致性**」。最高法院在本案中僅機械性地操作法條文字，以被告並非通訊之一方為由排除通保法第 29 條第 3 款適用固非無見，但接下來逕論被告成立通保法第 24 條第 1 項罪名，如此法律評價的問題在於：一來其涵攝過程中將通保法第 24 條第 1 項構成要件中「違法」二字視若無物，二來結論上產生「同一行為既被普通刑法評價為合法，又被特別刑法評價為違法」的怪異現象。探究種種問題的深層原因，還是在於當初重疊立法種下的禍根。應

²¹⁹ 王皇玉，前揭註 210，頁 24。

重新徹底檢討「刑法」與「通訊保障及監察法」兩部法律的規範目的、打擊範圍以及彼此的相對關係，方為正本清源之道。

第二目 通保法第 29 條第 3 款與「虛偽朋友理論」？

承上，通保法第 29 條規定內容與刑法「無故」解釋密切相關，特別是其中第 3 款規定。實務曾有見解認為，司法警察即便得通訊一方事先同意，亦不得實施通訊監察，否則可能「發生得以迂迴方式徵得通訊一方之同意，即可規避應由檢察官、法官核發通訊監察書之不當結果。」²²⁰然學者批評此作法過於限制執法效能，且對人權保障作用極為有限，應加以檢討。主張基於「虛偽朋友理論」²²¹，不論是事先同意或事後將談話內容口述或錄音播放予他人知悉，所涉及個人權利

²²⁰ 最高法院 93 年度台上字第 2949 號刑事判決（節錄）：「通訊保障及監察法第二十九條第三款雖規定，監察他人之通訊，監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者，不罰。乃基於衡平原則，對於當事人之一方，所賦予之保護措施。並非謂司法警察機關於蒐集證據時，得趁此機會，於徵得通訊之一方事先同意，即可實施通訊監察，而無須聲請核發通訊監察書，以規避通訊保障及監察法第五條、第六條所規定之限制。從而司法警察機關縱徵得通訊之一方事先同意而監察他人通訊，其所取得之證據有無證據能力，仍應依刑事訴訟法第一百五十八條之四規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護，以為判斷。否則，豈不發生得以迂迴方式徵得通訊之一方之同意，即可規避應由檢察官、法官核發通訊監察書之不當結果。……」

²²¹ 美國聯邦最高法院在 *Hoffa v. U.S.* 案，提出「虛偽朋友理論」(False Friend Doctrine)。本案事實為警察安插線民到被告所住旅館中聊天，線民事後於審判中作證陳述被告於旅館中所言種種，被告主張警察偵察手段違反憲法「禁止不合理搜索扣押」的規定。聯邦最高法院認為，旅館雖然是憲法所保障的地區，但被告並非因信賴旅館的安全而暢所欲言。當被告自願性地邀請未表明身分的警方人員，並自發性地告訴該警方人員相關事證時，警察取得供述之方法，只是一種出賣朋友的行為。人類社會必然會出現被朋友出賣的情形，當人們發表言論時，必須承擔此風險。也因此此一理論又被稱為「風險承擔理論」(Assumption of the risk doctrine)。在 *Katz* 案提出「合理隱私期待」概念後，聯邦最高法院繼續支持上開判決的合法性，將虛偽朋友理論與合理隱私期待兩者結合。被告所信任的朋友竟然是警察或警察的線民，法律不予保護；同理，若被告所誤信的朋友以錄音機錄下雙方會話內容，或以無線電發送會話內容予他人知悉，被告亦不受法律保護。詳細介紹請參閱：王兆鵬，前揭註 180，頁 109。

之本質並無二致，同屬對話內容的合理隱私期待，遭人背叛的不舒服感覺。既然認為「事後」將談話內容或錄音播放與他人知悉是可容許的，同理「事先」同意他人監察的行為亦未需限制。²²²

對於上開學者主張，本文容有不同看法。主要的問題是，將「虛偽朋友理論」套用在刑法妨害私人生活隱私罪的解釋是否合理？姑且不論「虛偽朋友理論」的過度擴張可能造成社會中每個人都不再信任彼此的惡果。論者主張既然「事後」播放錄音內容是可被允許的，故得證立「事先」同意竊錄的合法性，筆者認為，上開論證方式似乎像是將房子蓋在水上，因為所謂「事後播放錄音內容被允許」此立論基礎其實並不穩固，是有爭議的。否則現行刑法第 315 條之 2 形同具文。本文貫串首尾的立場是將隱私理解為一種「控制的」權利，但如此與「虛偽朋友理論」似乎在根本層次上存在衝突。因為按照虛偽朋友理論的想法，這世界原本就充滿了背叛跟不信任，除非你選擇將秘密深埋心底不對任何人說，否則就不要期待有什麼事情是能夠不為人知的，換句話說，所謂「控制」只限於說與不說，而無「言論射程範圍設定之可能性」可言。如此解釋形同架空刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 的保護內涵，以虛偽朋友理論將隱私法益完全歸零，有待商榷。

有學者以日常生活中人們談論八卦為例，生動地指出：²²³當交談一方未告知他方正在實施錄音，而他方談話中講出了不為人知的秘辛時，他方是認為言談只限於該時、該地與特定緊密團體間，在此認知下才說出秘辛，即便不能完全排除相對人事後轉述第三人的風險，但除了將所有人集合以進行對質外，現實上根本欠缺任何具體物證以確認秘辛的最初散布源頭；相反地，若是傳述秘辛的行為，

²²² 王兆鵬，前揭註 180，頁 226-227。惟近來實務見解已有轉變，如最高法院 97 年度台上字第 2743 號刑事判決，便與上開學者意見一致。

²²³ 本目以下全部內容感謝許恒達教授口試前提供的寶貴資料和意見，相關的詳細討論請參閱許恒達教授即將發表在《東吳法律學報》的〈通訊隱私與刑法規制：論「通訊保障與監察法」的刑事責任〉全文。

被第三人即時聆聽，或是被錄音或錄影，透過影音的保存，第三人可直接去接觸原始的意思表示。

試比較以下幾種情形：第一，甲以口頭方式告知乙某項秘辛，而乙事後轉述於丙；第二，同上，但乙未告知其身上裝有不具錄音功能的竊聽器，現時地點以外的丙，可以即時收聽甲談到的秘辛。這兩個案例中，最終結果：「丙知悉秘辛」是相同的，但是丙知悉秘辛的程度（轉述 vs. 完整收聽）與確認傳述者的可信度（丙聽到乙說：「甲傳述秘辛」 vs. 丙即時知悉為甲）則完全不同的。若再將加入第三個情形：乙使用附錄音設備的竊聽裝置，錄下甲的言談，則事後造成的散布與確認源頭效果，將遠比前面兩個案例更高。質言之，甲告訴乙秘辛，乙的確有可能會散布他人，就八卦內容而言，基本上不具有合理隱私期待，但即便如此，我們仍不可因此排除「談話不受到即時竊錄、錄音或錄影」的隱私期待，甲足以期待和他講話的乙，不會突然在身上出現傳輸或錄音設備，把甲的談話內容轉發給第三人，這是任何社會成員均得期待的隱私利益。換言之，上面三個案例有著「層升關係」（無隱私 vs 低度隱私 vs 高度隱私）的利益內涵。

綜上，執意以虛偽朋友理論來解釋通保法第 29 條第 3 款、或刑法第 315 條之 1 的「無故」規定，顯然會與刑法的法益體系衝突，縱然透過修法恐怕也緩不濟急，較合理又能吻合我國既有刑法體系的解決之道，應是採取法益權衡取徑，確認在個案中行為人之保全法益目的是否較其侵害之隱私更為優越。一般而言，行為人必須具備合法的特別事由，才可實施竊聽或側錄，常見的情形例如為取得通姦、誹謗或民事訴訟的證據，而側錄自己與他人的通話內容，此時實務見解有可能認為行為人得主張「舉證困境」為由來阻卻違法，惟學者認為不可一概而論，仍應在個案中區分行為手段是「竊聽」（侵害性較低）或「側錄」（侵害性較高），以及「合法目的」與「隱私期待」等各項因素進行權衡。

第三項 新聞自由，所以偷拍也自由？

第一款 實務見解

【案例十】臺灣高等法院 95 年度上訴字第 2856 號刑事判決

案例事實為：某托兒所於民國九十四年間與其員工發生勞資糾紛，經該員工向壹傳媒公司投訴後，被告藉採訪之故，趁自訴人（據被告稱，為托兒所之園長）未覺之際，偷拍其相片、錄下兩人對談內容，又於同年九月二十三日在電話採訪時錄音，以上行為均未經自訴人同意。嗣後撰寫「奇豆托兒所惡扣薪資」一文，並附上自訴人之相片，刊登於壹週刊。

自訴人認被告觸犯刑法第 315 條之 2 第 2 項之妨害秘密罪嫌。被告固不否認前開報導之文字部分為其所撰，且錄音、拍照，並未經自訴人同意，但否認其有妨害秘密之行為，辯稱：伊接獲該所離職員工之投訴，指其薪資遭自訴人剋扣，遂以電話與自訴人進行聯繫，欲採訪自訴人；並另於九十四年九月某日下午，與攝影同事一同前往該托兒所親自採訪自訴人。而記者在進行採訪時錄音，乃採訪所必要之手段，用以佐證與報導文字內容相符，且該錄音並未呈現於報導之中；本件的錄音、錄影，均係一般新聞採訪之正常作為。

本案的重要爭點在於：記者未經受訪對象同意所為之錄音、攝影行為，可否以保障「新聞自由」之落實為由，阻卻刑法第 315 條之 1 的「無故」要件？對此，歷審法院判決理由概述如下：

第一審法院²²⁴認為：「新聞自由」受憲法所保障，有其對於當代社會的重要目的與功能；又新聞之獲得必須來自記者的採訪工作，這其中包括為了佐證採訪

²²⁴ 臺灣臺北地方法院 95 年度自字第 26 號刑事判決

內容所為之錄音、錄影行為，故應同受新聞自由之保障。即便上開採訪方式（即錄音錄影）可能侵害了受訪者之隱私權，惟隱私權並非絕對不可侵犯，當隱私權與其他法益發生衝突時，須透過法益間的比較衡量，視個案中所欲保護的法益與隱私權何者較為優越，據此判斷是否得以阻卻「無故」。²²⁵在本案中，法院認為該報導議題與公共利益有關，且具有教化意義，而系爭錄音、錄影行為屬「合理採訪方式」，經過法益權衡認為仍應優先保障新聞自由，並阻卻「無故」。

到第二審，審查標的仍然是記者進行採訪時，未經告知之錄音、錄影行為，判斷其是否屬妨害秘密罪處罰之對象。判決理由中再次明白就「無故」要件加以定性：所謂「無故」係指無正當理由。一般而言具有法律之正當理由，應係阻卻

²²⁵ 判決理由：「憲法保障新聞自由之目的，在於保障新聞媒體之獨立性及完整性，俾以維持新聞媒體之自主性，使其提供未被政府控制或影響之資訊、意見及娛樂，從而促使人們對於政府及公共事務之關心，並進而引起公眾討論，而能善盡監督政府之功能。又新聞之獲得，主要來自新聞記者之採訪，而採訪錄音，為採訪內容之佐證，如採訪者與被採訪者對於報導內容有所爭執，該採訪錄音即得為證明該次採訪所得之內容，該採訪方式恆屬常見，自屬新聞自由之一環。再者，採訪時對受訪者之攝影，亦為其報導內容之一部，通常係媒體強調其報導真實性、讓閱聽者有臨場性而然，亦屬新聞自由之一環。雖然，對受訪者錄音、拍攝受訪者之照片或錄影，會侵害到受訪者之隱私法益，但記者採訪之手段，若為該次採訪所必須，經法益權衡的結果，認為新聞自由應受保護時，基於對新聞自由之保障，自應認為該錄音、錄影或拍照之行為係有正當理由，不符合刑法第 315 條之 1 構成要件中『無故』之要件……刑法妨害秘密罪章之立法目的在保障個人之隱私及財產，不允許以竊錄或播送非公開談話等方式侵犯他人之憲法所保障第 12 條秘密通訊自由、第 15 條生存權、財產權、第 10 條居住權等個人法益（因刑法第 315 條保護之法益兼有多種權利性質，故有人統稱保護「隱私法益」，本院亦同稱之），惟該等權利並非絕對不可侵犯，就如同新聞自由亦非絕對權利一般，此從憲法第 23 條之限制規定即可明瞭。從而，如行為人侵害秘密通訊自由之行為，具有法律之正當理由，應係阻卻違法之行為。但從刑法第 315 條之 1 之構成要件可知，其將『無故』置入構成要件中，顯提早在構成要件判斷，而排除有正當理由之『妨害秘密』行為。行為人並不是為了任何法益的保護而去侵害隱私法益，當然就是『無故』，惟當行為人為了保護某一法益，而侵犯了另一法益，此際就應有法益間比較衡量的問題，如果所欲保護之法益優於被侵犯之法益，則其行為即為有故（此在超法規之阻卻違法事由：『義務衝突』，亦有相同的觀念），進而認為不能滿足該條之構成要件。……」（底線與粗體字為本文所加）

違法之行爲；立法者在刑法第 315 條之 1 將「無故」置入構成要件中，顯係提早在評價構成要件之階段即進行判斷，排除有正當理由之「妨害秘密」行爲。除了重申上開見解外，法院進一步說明，行爲人爲了保護新聞自由，而侵犯他人隱私，此屬法益比較衡量之問題，選擇以民事賠償解決，或可爲其中之選項，但不應以刑責相繩。故自訴人所提之民事簡易勝訴判決，雖認被告侵害肖像權，判決賠償新臺幣三千元，不能執爲本案有罪之理由。²²⁶

【案例一】臺灣高等法院 96 年度上訴字第 616 號刑事判決

本件事實於茲不贅。除前面討論的「非公開」要件外，本案另一重要爭點爲：被告（即壹週刊記者）可否主張其拍攝行爲並非「無故」，阻卻犯罪構成要件之該當？本案審理過程中，被告主張本案告訴人之職業爲藝人，屬於公眾人物，其言行受到一般社會大眾所關注、甚有仿效之可能，故認爲告訴人等疑似吸毒行爲事涉公益，媒體有報導之責任，其行爲屬業務上之正當行爲。

然上開被告答辯並未被採納爲判決基礎，分析判決理由可知，法院雖不否認公眾人物之言行有引領社會流行之效果，但同時其仍爲憲法所保障之居住安全、隱私權等權利之主體，故僅以空泛的「公共利益」作爲媒體侵入、刺探公眾人物之非公開活動之正當化事由，似有過於擴張、甚有架空刑法妨害私人生活隱私罪規範目的之疑慮。²²⁷

²²⁶ 判決理由：「行爲人並非爲任何法益之保護，而去侵害隱私法益，當然構成本條所稱之『無故』，惟行爲人爲了保護某一法益（如新聞自由），而侵犯了另一法益，此即屬法益比較衡量之問題，選擇以民事手段賠償解決，或可爲其中之選項，但絕非以刑事妨害秘密罪章處理，此觀前揭有關其構成要件之說明自明。故自訴人所提臺灣臺北地方法院九十四年度北簡字第三八五二二號簡易判決，雖認被告侵害肖像權，判決賠償新臺幣三千元，仍不能執爲本案有罪之證據。」（底線與粗體字爲本文所加）

²²⁷ 判決理由：「倘以公眾人物之言行恐遭社會大眾模仿，即遽認其言行與公共利益有關，而允許媒體以此爲由，侵入公眾人物住宅（刑法第 306 條）、開拆隱匿公眾人物封緘信函（刑法第 315 條）、竊錄公眾人物之非公開活動（刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2），或

第二款 過於空泛的正當化事由

分析上開兩則判決，同樣是新聞記者出於遂行職務動機所為之採訪行為，卻在「無故」與否的判斷上得到法院不同的評價。仔細比較兩者判決理由之論述，在【案例十】中，法院直接跳過法定阻卻違法事由——此處應該是「業務上正當行為」——之審查，逕將違法性問題訴諸抽象的法益衡量，認為個案之報導議題與公益有關、具教化意義，故應優先保障新聞自由，從而將為證明報導內容真實而為之採訪行為納入保護範圍，經法益權衡後得出「有故」、不具違法性之結論。

【案例一】被告之辯護理由雖主張系爭攝影行為屬於「業務上正當」而不應成立犯罪，然法院認為刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 並未排除任何對象之適用，縱屬新聞媒體亦不得以新聞自由為由，排除該等條文適用²²⁸，該等條文保護個人

允許醫師等專業人員將業務知悉之公眾人物秘密洩漏予媒體報導週知（刑法第 316 條），則不啻以廣泛之『公共利益』一詞，剝奪公眾人物之居住安全、隱私、秘密等憲法所保障之人權，此顯失事理之平，是『公共利益』之概念能否擴張至此？上開刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 之妨害秘密罪，能否因事涉公共利益，即認屬法律上有正當事由而排除各該條文『無故』之要件，已非無疑……刑法第 315 條之 1 及第 315 條之 2 之規範目的在於保護一般人之隱私權，使人民有免於遭窺視、刺探，甚至將自己不願公諸於世之隱私公布於眾等恐懼，而得以自由從事非公開言行，且該規定並未排除任何對象之適用，縱屬新聞媒體亦不得以新聞自由為由，而排除該等條文之適用，以貫徹該等條文保護個人隱私之精神，此亦為媒體從業人員應嚴守之紀律。……惟公眾人物『非公開』之私密行為（專指個人主觀上不欲公開，且其言行客觀上具有場所私密性，或所採取之設備或措施客觀上足以確保活動之隱密性者，即符合上開刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2『非公開』要件者），縱使與其公開言行或形象不符，仍受刑法之保護，而享有不被非法揭露之自由。換言之，公眾人物之非公開行為，縱使涉及公共政策等與不特定多數人有關之公共利益，媒體對於其非公開行為之採訪、蒐集資訊之方式，仍不得逾越法律界限加以刺探甚至竊錄。媒體對於公眾人物非公開言行，僅因『公共利益』、『新聞自由』或『言論自由』之目的，而逾越刑法界線加以窺探、竊錄，仍非法律所允許……」（底線與粗體字為本文所加）

²²⁸ 國內有文獻表示，基於以下理由：「一、新聞自由是否作為阻卻違法事由並不清楚；二、欠缺利益衡量之規定；三、參考外國法例」主張現行刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 規定過度限縮新聞自由。其認為在未來修法應考慮將「新聞自由」或「保障公益」明文化作為妨害私人生活隱私罪之阻卻違法事由。參閱：殷玉龍（2006），《論新聞自由與隱私權

隱私之精神，亦為媒體從業人員應嚴守之紀律；判決理由並表示：「公眾人物之非公開行為，縱使涉及公共政策等與不特定多數人有關之公共利益，媒體對於其非公開行為之採訪、蒐集資訊之方式，仍不得逾越法律界限加以刺探甚至竊錄。」

從以上介紹可知，對於新聞媒體採訪、報導「涉及公共利益之非公開行為」是否具違法性的問題，實務見解莫衷一是。本文認為，上開兩則判決之說理過程皆過於空泛、跳躍，無論是直接訴諸憲法層次法益衡量，或一概否定「涉及公共利益」作為一種正當化事由，都不是完整而全面的論述，不論判決結果為何也都難以令人信服，種種複雜的考量，諸如被害人為公眾人物、報導內容與公益有關、新聞自由與個人隱私如何取捨折衝……散見於各則判決理由，讓人摸不著頭緒。或許可以嘗試以「業務上正當行為」此明文的阻卻違法事由為平台，將相關利害因素都放在上面來綜合評價。

至於人格權與新聞自由間應如何權衡，保障新聞自由之規範目的，乃至公眾人物因其特殊身分在法律上所受的不同評價……等問題，比較法上也是備受注目的討論重點，以下介紹一則著名案例，應有助於我國法對此領域的深入探討。

第三節、比較法上可供參考案例：Caroline 公主案

本案當事人 Caroline von Hannover 是摩洛哥公國(Monaco)現任君主的姊姊，也就是位公主。其雖身為皇室成員，但並未擁有代表摩洛哥公國或任何政府組織之官方職務，僅擔任一些人道與文化基金會的主席。自 1990 年起，Caroline 向許多歐洲國家的法院起訴，欲藉此阻止媒體刊登有關其私人生活照片。而本案中牽涉的是在 1993 到 1997 年之間，由「Burda」有限公司所出版的「Freizeit Revue」、「Bunte」雜誌所刊登的照片，該內容分別像是訴願人在騎馬、逛街、與友人在

之衝突——以刑法第 315 條之 1 及第 315 條之 2 規定為重心》，東吳大學法律學系碩士論文，頁 115-119。德國刑法第 201 條 a 立法研議之初，也有主張應針對新聞媒體特別規定相應的阻卻違法事由，然終究未獲立法者接受。Vgl. Röhl, a.a.O., S. 45 f.

餐廳用餐，或是與子女相處的模樣……等，並由編輯人員對照片加上標題。本案當事人向德國法院提起訴訟，請求依據 1907 年所公布之「關於美術作品和攝影照片著作權法」（簡稱為「藝術著作權法」）之相關規定，禁止 Burda 公司在未來繼續刊登其照片。²²⁹

第一項 德國聯邦憲法法院裁判²³⁰

關於「人格權」與「新聞自由」之權衡問題，聯邦憲法法院處理步驟如下：

一、說明「一般人格權」與「新聞自由」之內涵，並確認在本案中存在上開兩種基本權之衝突。

二、為解決基本權衝突，自「一般人格權」規範保護目的，導出「私人領域」、「地點的隱蔽性標準」作為利益權衡之重要指標。

三、將上開判準涵攝至具體事實，在本案審查標的之系爭數張照片中，除了涉及憲法訴願人與其子女相處之家庭生活，因基本法第 6 條規定而強化一般人格權受保護地位的情況之外，其餘的照片因不符合所謂的「地點的隱蔽性標準」，自始欠缺人格權受保護之必要。

節要介紹法院見解如下：

1、個人對自身照片所得主張之權利是一般人格權的展現。個人照片依藝術著作權法第 22 條規定，原則上僅在經同意後始得予以散佈，亦即被拍照人有權決定，是否、如何在將自己的樣子經由照片而展示於公眾。即便被拍照人屬所謂「當代歷史性人物」，亦非得毫無限制地未經同意而予以散佈。復依藝術著作權

²²⁹ 本案事實之詳細介紹，請參閱：吳綺雲譯，前揭註 99，頁 59、60；廖福特（2007），〈個人影像隱私與新聞自由之權衡—von Hannover 及 Peck 判決分析與台灣借鏡〉，顏厥安、林鈺雄主編，《人權之跨國性司法實踐：歐洲人權裁判研究（一）》，頁 238-240 台北：元照。

²³⁰ BerfGE 101, 361.

法第 23 條第 2 項之規定，若公開發表照片與被拍照人的正當利益相對立，仍會被認為是違法的。而何謂「侵害被拍照人的正當利益」，必須經由利益權衡，在個案中確定一般大眾藉由新聞自由受保護的（獲取）資訊利益，相對於人格權，是否享有優勢地位。而在權衡這兩方面的法律地位時，保護「私人領域」具特別重要的意義。²³¹

2、公開發表個人在私人或日常生活相關狀況下所拍攝照片的權限，應依對本身照片的權利和具體化人格權之私人領域保障而定。聯邦憲法法院特別強調，基本法第 2 條第 1 項併用同法第 1 條第 1 項規定，並不賦予個人對於自身描述之一般、廣泛的處分權，具體的說法是，一般人格權並未賦予個人有權要求他人，僅能如其本身如何看待自己或希望被他人如何看待的描述自己。因為若採取如此廣泛的保護，將不只會超出避免危害人格發展的保護目標，而且甚至過度限制、侵犯第三人之自由。²³²而所謂個人對自身照片的權利，其內涵在於，確保當他人製作、利用自己之照片或影像時，保有影響和決定的可能。至於該影像之細節內容究竟是與私人或公共相關，原則上並不重要。此保護必要性在於，當一個人的顯現形像有可能，在特定情況下與本人脫鉤，被轉化為數據資料，而隨時被無數人再複製。此種可能性隨著攝影技術的進步被強化。藉由複製技術，特別是媒體的推波助瀾，改變了個人出現於公眾的形式。²³³

3、另一方面，基本法保障「新聞自由」之核心在於，確保一個出版機構能

²³¹ BVerfGE 101, 361, 366 f. 法院認為，尊重私人領域的權利是一般人格權的結果，此權利保障任何人皆擁有一個自我形成生活的自主範圍，在該範圍內可以排除其他人影響，發展並實現其人格。此尊重私人領域的權利，任何人（包括像憲法訴願人這種當代歷史的人物）皆得主張。於被拍照人係當代歷史人物之情形，散佈涉及其私人領域之照片，僅於佔優勢的公共利益可合理化其侵犯之例外情形下，始得允許。

²³² BVerfGE 101, 361, 380.

²³³ BVerfGE 101, 361, 381 f. 舉例來說，可區分經由「法庭現場觀眾的法庭公開」以及「透過電視所製造的媒體公開」這兩種情形；在前者觀眾本身可經歷法庭所發生的事，且訴訟當事人可察覺得到並可評估觀眾。

自由決定其性質、風格、內容和形式之自由，這其中包括是否、如何附加插圖於新聞作品的決定。這項保障不限於特定的插圖對象，當然亦包括人像照片。保障新聞自由之目的在幫助個人和公共意見之自由形成。而此目的僅於得自由報導，不對特定的對象或呈現方式預先確定或禁止的條件下，方可能達成。法院強調，「意見形成」不限於政治領域，因為即便政治領域之意見形成，也是來自於廣泛、錯綜複雜之溝通交流的過程，不論是基於人格的發展或民主的統治，皆無法將之區隔為關係重大或不重大的領域。再者，意見形成與娛樂消遣，並非對立。娛樂消遣性的文章中，亦會發生意見形成，而且甚至可能比純專業的資訊，更持久地激發或影響意見形成。當代許多讀者正是由一些娛樂消遣的文章中，獲取其看來是重要或有趣的資訊。換言之，娛樂也提供了關於生活態度、價值觀和行為模式進行討論和整合過程的話題，就此，其具重要的社會功能。據此，娛樂消遣對於新聞自由的保護目標來說，絕非不重要或是無價值的，因此同樣應包括入基本權的保護之內。而以上所述自然也適用於關於人物的報導。對人物不限於特定功能或事件的描述，只要符合報刊雜誌的任務，即同屬於新聞自由的保護範圍。新聞自由與相互衝突的人格權進行權衡時，須考量在個案中是否涉及，對重要的公共問題，嚴肅、專業性地說明，抑或該散播只是為了滿足私人的好奇心或窺視慾望而已。²³⁴

4、在進行法益衡量時，「私人領域」的保護具有其特別的重要意義。保護私人領域，同樣是根源於一般人格權，但細究其內涵則與個人對自身照片的權利

²³⁴ BVerfGE 101, 361, 389 ff. 特別對於政治人物，基於民主透明化和監督的觀點，大眾對其生活之興趣往往被承認為是正當的；對於其他公共人物而言，原則上亦是如此。公眾有正當利益得知，那些被視為是偶像或模範的人物，在私底下的個人舉止，是否同樣令人信服。與之相對地，倘若將公開發表照片限制於須顯示具當代歷史重要性人物執行其功能，則將不能充分顧及公眾對這些人的合理興趣，並有利於選擇性描述，隱瞞一些判斷的可能。但這也不意味著開放讓報刊雜誌得以毫不受限制地抓取當代歷史人物的照片，毋寧是透過藝術著作權法第 23 條第 2 項規定，讓法院有足夠的可能，使基本法第 2 條第 1 項併用同法第 1 條第 1 項的保護要求發揮作用。

不同，其並非涉及各別照片內容，而是依課題和空間而確定。對私人領域的保護，一方面包括因某些資訊內容，典型被定位為「私人」性質的事情，公開說明或在大眾面前展示該些事情，被認為有失禮儀，公開宣布會覺得難堪或引起周圍的人不利的反應²³⁵；另一方面表現在空間範圍上，在該範圍內，個人可以冷靜、放鬆自己、不受公眾監視，儘管在該空間之舉止行為不必然會和在公眾前有所不同。然倘若此靜僻之所不復存在，則個人之精神、心理負荷將會過重，因其須不停地注意別人對他的印象如何，以及他的舉止行動是否正確。個人即缺少對人格發展必要的獨處、平衡之階段，沒有這些階段，將會長遠妨害人格的發展。而「住宅」固然被公認是屬於上述受保護的領域。但涉及人格發展而受保障之退避領域則非僅限於此範圍。倘若個人僅在自宅內始能避開公眾的好奇，將會嚴重妨礙人格的自由發展。²³⁶

5、至於如何劃定住宅外受保護之私人領域的界線，這問題無法概括地回答，只能根據個案之個別情況來決定。其中關鍵在於：個人所身處或塑造的情況，是否讓其有理由地，因而亦讓第三人得明顯地可認為其不願惹公眾的注目。這就是所謂「（地點之）隱蔽性標準」。是否符合隱蔽性只能依情境予以判斷。個人可能在同一地點，某一時刻有足夠理由自覺不受到觀看，但在另一時刻則否。同樣，在密室中停留也不是絕對就是具隱蔽性。關鍵始終在於，個人可否合理期待不受觀看。對此法院認定，當個人身處於眾人之間，自始即欠缺基本法第 2 條第 1 項併用同法第 1 條第 1 項規定意義下保護私人領域應具備的要件。因為那些處所無法滿足個人退避的需要，個人亦不可能將此種處所，藉由做出典型不是展示於公眾前之舉止的方式，轉化其屬性為私人領域。因建構「私人領域」的基礎不是

²³⁵ 譬如：記載日記中的自我掙扎、夫妻間相互信任的溝通，性的領域、或疾病……等。

²³⁶ 原則上個人必須被保障有機會在開放、但隱蔽的大自然下，例如度假勝地，以不受公眾注目觀看的方式活動。特別在面對那些可以克服空間隱蔽性，又不會讓被拍照人發覺的攝影技術時，更應是如此。

個人的行為，而是系爭場所的客觀情況。倘若個人在不具備隱蔽性之處所，做出（或期待）其舉止行動不受觀看，則是其自己放棄對那些本身與公眾無關之舉止方式的保護需要。²³⁷

6、本案中對於被指摘的聯邦最高普通法院裁判，除了對於在訴願人與子女相處之家庭生活，因基本法第 6 條規定而強化人人格權受保護地位的情況，沒有予以重視不符合憲法上要求外；其他部分因不符合上開的「地點之隱蔽性標準」而欠缺保護私人領域的要件，而無違憲之虞。²³⁸

第二項 歐洲人權法院裁判²³⁹

承前所述，Caroline 對於德國法院對其訴訟之判決結果並不滿意，於是其向歐洲人權法院提起訴訟，主張德國法院之決定違反了歐洲人權公約第 8 條，關於尊重私人及家庭生活之規定。當事人 Caroline 主張，其十餘年來用盡努力試圖在德國法院中維護、主張其私人生活所應得之保護，但終究徒然。其受狗仔隊幾乎全天候的窺伺跟蹤，但德國法對於像她一樣的公眾人物僅提供極少的保護。特別是德國法院判決中賴以作為判準的「地點之隱蔽性」(örtliche Abgeschiedenheit) 概念，導致現實上其人格權，或是說私人生活受到保護的領域過於狹窄，尤其是若必須證明每一張照片究竟是何時、何地被拍攝的話，對於個人而言就幾乎等同

²³⁷ BVerfGE 101, 361, 382 ff. 所謂絕對當代歷史人物亦得享有之受保護的私人領域，須以該地點具隱蔽性為要件：當其退避至地點隱密之處，客觀上可看出其欲獨處、不受干擾，且因信任該處之隱蔽性，而為在廣大公眾前不會作的舉止。法院認為，公開發表被影響人於上開情況被暗地或突襲所拍下的照片，違反藝術著作權法第 22 條和第 23 條規定。採取這種「隱蔽性標準」，一方面考慮一般人格權確保個人在其自己住宅範圍外，還保障一個領域，在該範圍內其自知不受公眾不斷注目觀察，故不必因此控制自己的行為，而有放鬆和歸於自我之可能；另一方面又不過度限制新聞自由。於有突出重要公眾獲取資訊利益之情形，依此見解，新聞自由甚至可以優先於對私人領域的保護。

²³⁸ BVerfGE 101, 361, 395 f.

²³⁹ 本判決之中文翻譯，請參閱：蔡宗珍節譯（2008），〈Caroline von Hannover v. Germany〉，《歐洲人權法院裁判選譯（一）》，頁 190 以下，台北：司法院。

於保障的落空。並同時說明，其絕非無視媒體在民主社會中所扮演的重要角色。但在本案情形是，系爭照片內容與公共利益無涉，不過是為滿足窺伺性讀者，對當事人私人生活的好奇心或窺探慾望而已。²⁴⁰

對此，德國政府之答辯是：德國法院審慎地衡量原告依公約第 8 條所享有之私人生活應受到尊重的權利，與公約第 10 條所保障之平面媒體自由兩者關係，避免逾越其判斷餘地。一般大眾對於「當代的非凡人物」(a figure of contemporary society “*par excellence*”)，有知悉其究竟如何在公共領域中活動之正當利益，此與歐洲人權法院判決向來的見解一致。至於私人領域範圍認定，「地點的隱密性」僅是其中一項（較重要的）要素，並不排除有其他的要素，例如攝影的方式對於認定私人領域的保護範圍亦扮演重要的角色。²⁴¹

綜合上開各方意見，歐洲人權法院做成判決內容如下：

1、本案訴訟標的是以下被刊登出來的照片：當事人騎馬時被拍到的照片；與影星在餐廳聚會、騎自行車、及在隨扈陪同購物時所被拍到的照片；在奧地利滑雪度假時被拍到的照片；與 Prince Ernst August von Hannover 相偕或獨自離開巴黎寓所時被捕捉到的照片；與 Prince Ernst August von Hannover 一起打網球、停腳踏車的照片；在蒙地卡羅的海灘俱樂部被某個東西絆到的照片……²⁴²

2、「私人生活」此一概念內涵包括了姓名、肖像等人格同一性相關面向在內。

²⁴⁰ ECHR, Von Hannover v. Germany, Judgment of 24 Jun. 2004 (no. 59320/00), § 44

²⁴¹ *Id.* §45. 另外作為訴訟參加人之德國報業聯盟（VDZ）認為，德國法介於法國法與英國法之間，在私人生活的保護與新聞自由兩者間建立了合理的均衡，並遵守歐洲理事會第 1165 號決議所確立的基本原則，以及歐洲人權法院透過判決所累積的案例法。公眾不僅針對政治人物有正當的資訊利益，對於公共領域中的其他人亦同。媒體作為「看門犬」（“watchdog”）的角色不應僅作狹隘的解釋。在政治性報導和娛樂性報導之間界限越來越模糊的今天，在歐洲對於私人生活應受到保障之範圍的問題，並不存有一套劃一的標準，也因此國家在此享有廣泛的判斷餘地。*Id.* § 46

²⁴² *Id.* §§ 48, 49

此外，私人生活還包含個人身體與精神的整全性；公約第 8 條的保障首重於維護個人得免於外來干擾地發展其人際關係中的人格特性。個人與他人的互動領域，即使是在公共場所，也可能屬於「私人生活」範疇的一部份。某些情況下，個人得具有一個對於其私人生活受到保護與尊重之「合理、正當的期待」(a “legitimate expectation” of protection and respect for his or her private life)。本案中那些當事人單獨或有他人陪同下，在不同日常生活情下中被拍得的照片被刊登雜誌上，毫無疑問地係涉及原告的私人生活。²⁴³

3、1999 年 12 月 15 日德國聯邦憲法法院之標竿判決(landmark judgment)，以調和「新聞自由」與「私領域保護」兩者必要性的方式，解釋德國藝術著作權法(Kunsturheberrechtsgesetz)第 22、23 條之規定。依據德國法，在此涉及兩種標準可資援引，一項是功能性的，另一項則是空間性的。如同聯邦憲法法院所判定的，申訴人作為一位當代「絕對」的公眾人物，在其住所外仍然享有私人生活的保護，但前提是，他必須是處於隱密的地點之中：「在那樣的地點，可以客觀地辨識出他想避開人群的注視而獨處，並且在信賴在該地點的隱密性狀態下，他可以不必像出現在公眾面前般行止。」(with the objectively recognisable aim of being alone and where, confident of being alone, they behave in a manner in which they would not behave in public)據此標準，聯邦憲法法院判決，德國普通最高法院在 1995 年 12 月 19 日對於申訴人作為原告案件所做成的判決，並未抵觸基本法的精神。判決理由對新聞自由（包括娛樂性平面媒體），以及大眾看到當事人在正式的任務之外，究竟如何生活之公共利益賦予較優越的法律地位。²⁴⁴

4、言論自由作為民主社會重要基礎，此自由並不僅適用在被欣然接受或被認為是無害或不重要的那些「資訊」、「觀念」，也包括了那些傷害性、激怒人的、

²⁴³ *Id.* §§ 52, 53

²⁴⁴ *Id.* § 54

或令人不安的言論表達。這些言論是多元、寬容、及開闊心靈所欲求的，其存在「民主社會」所不可或缺。就此而言，新聞媒體在民主社會中承擔了一個重要的任務：媒體同時也負擔了以合於其義務與責任的方式，傳達公益問題所牽涉到的所有資訊與觀念的義務。進一步地說，某程度上誇張、甚至是挑釁的可能性，也屬於新聞記者自由的一環。但在本案中涉及一個對於他人良好聲名與權利來說，具特別重要性的領域：本案並非涉及「觀念」的散佈，而是帶有一個人非常私人、甚至可說是私密性「資訊」的照片。除此之外更重要的是，在一些報料、聳動性報刊所刊登的照片，常常帶來持續性的煩擾，這讓會讓受害者覺得私人生活嚴重被入侵，甚至是一種跟蹤。²⁴⁵

5、權衡「私人生活保護」與「言論自由」的案例，其所拉鉅、考量的是，系爭照片或報導是否有助於特定公共議題的公開討論，以及是否牽涉到政治領域中的公眾人物。在此媒體扮演了「看門狗」的重要角色。社會大眾對於公眾人物，特別是政治人物，在特殊情形下享有知悉其私人生活的正當利益。若法院認定，個案中與私人生活相關的項目「並非屬公眾的正當關心」對象，那麼就不會涉及公約第 10 條的違反（按：所以也沒有權衡的問題？）相對地，另一種情況是，法院如果判斷系爭處理的新聞主題對於公眾而言具有重要意義，而且刊登出來的照片並沒有透露出當事人「私人生活的細節」，那麼就會揭示在此涉及是否違反公約第 10 條保障的問題。²⁴⁶

6、在根本層次上需要去區分：對於有助於民主社會之公開思辯，而且牽涉到比如說是政治領域中的公眾人物對於處理其公職事務的事實報導；以及對一個不具有公職任務之私人的生活細節的報導（就像本案的情形）。在前者的類型中，媒體所扮演的是民主社會中「看門狗」的角色，負有「傳遞具有普遍性利益之間

²⁴⁵ *Id.* §§ 58, 59

²⁴⁶ *Id.* § 60

題所需的資訊與觀念」之義務。但在後者則不然。一樣地，同為民主社會的重要權利的「大眾知的權利」，在特定情形下也可以將公共領域中人士的私生活納入，尤其是在牽涉到政治人物的時候。但本案的情形亦非如此。本案毋寧是無涉任何政治性或公共性討論，因為所系爭照片及附隨的說明文字，僅是關於當事人私人生活的細節。按照人權法院向來的看法，本文中刊登那些有爭議的文章與照片，僅僅是為滿足某些群眾對於當事人私生活的好奇心，即便其享有高知名度，也不應就將此視為有助於社會公益問題之討論。在這種情況下，應對於言論自由（或新聞自由）為較限縮的解釋。²⁴⁷

7、從保護每個人人格發展的觀點來看，私人生活的保護是具有根本重要性的利益。這種保護並不侷限於家庭私人圈子，同時也擴及於社會面向。法院表示：任何人，包括公眾所熟知的人，都應該享有其私人生活受到保護與尊重的「正當期待」。²⁴⁸ 本文中德國法院建立的審查標準，不足以有效保護申訴人私人生活。基於新聞自由與公共利益，申訴人作為當代「絕對的」公眾人物，他只有當處於一個隱密地點，而且還能成功舉證的前提下，才能主張其私人生活的保護，這是十分困難的。若無法滿足這些條件，就必須接受幾乎是隨時隨地被跟監偷拍，接著照片會廣為流傳，即便照片與解說文章完全只與私人生活的細節有關。「地點的隱蔽性標準」，理論上也許是有可能說得清楚，但在實務操作上則是很不確定、對於當事人來說是難以掌握。²⁴⁹

8、綜上，在追尋私人生活之保護與言論自由兩者之間的均衡時，**關鍵要素在於，究竟刊登所捕捉到的照片與照片的解說文字，是否對公益事務之討論有所貢獻**。本案的情形缺乏這樣的貢獻，因申訴人並未擔任公職，且系爭照片與文章僅僅與原告私人生活的細節有關。此外，即使申訴人廣為人所知，大眾對於知悉

²⁴⁷ *Id.* §§ 63, 64, 65

²⁴⁸ *Id.* § 69

²⁴⁹ *Id.* §§ 74, 75

其身在此處、私底下通常都在做些什麼，並沒有正當利益可言，即使她是出現在並非完全可被稱之為隱密地點之處亦然。即使刊登系爭照片與解說文字存在其他的公益，且對於雜誌社而言也具有商業利益，在本案中法院仍認為，這些利益必須在申訴人私人生活應受到有效保護的權利前退讓。據此，歐洲人權法院判決，德國法院所建立的一些標準，並不足以確保申訴人之私人生活受到有效的保護，在本案中，當事人可「合理期待」其私人生活受到保護。即便承認國家在此領域享有相當的判斷餘地，依然認為內國法院並未在相對立的利益間取得平衡。據上論結，被申訴國德國違法公約第 8 條之規定。²⁵⁰

第三項 分析

儘管德國聯邦憲法法院與歐洲人權法院，對於平面媒體刊登系爭一系列照片是否構成個人私人生活的過度侵犯，在結論上有所不同，但各自說理過程中則是一致地認定「私人生活領域」絕非限於家宅門牆之內，理由在於保障私人生活之根本乃為提供一個「人格自由發展」之場域，就此規範目的來解釋，保障範圍自應也包括一定的社會面向。

有爭議的是，當上開私人生活之保障，與新聞自由發生衝突時，兩者應如何權衡取舍？就此問題，德國聯邦憲法法院所採取的立場是，透過進一步限縮私人生活受保障之範圍，以「地點的隱蔽性標準」來劃定「個人隱私」與「新聞自由」兩者之規範射程範圍；惟歐洲人權法院質疑所謂「地點隱蔽性標準」對於受歐洲人權公約第 8 條保障之個人而言，是難以操作、甚至可能因舉證上困難導致保護落空的理論。另一方面，人權法院則是從檢視「新聞自由」之適格來思考，提出「報導內容必須對於公益辯論有所助益」為標準，充實所謂「作為民主社會基柱之表意自由」的內涵。

²⁵⁰ *Id.* §§76-80

有德國學者認為，觀察歐洲人權公約和德國基本法的系爭相關規定，雖然在文字上有所出入、但其意義其實是一致的。對於歐洲人權公約之規範效力，內國法院仍保有相當之判斷餘地得進行利益權衡，以求兼顧、調和人格權保障和言論自由這兩個重要的基本權。而在本案中，若細究歐洲人權法院和德國聯邦憲法法院在其判決理由中所為之價值衡量，會發現亦僅存在細微的差異而已。而這裡所指的真正的不一致發生在，如何解釋、衡量歐洲人權公約第 10 條所規定之「具有民主社會基柱意義之表意自由」（包括了出版及新聞自由）。人權法院對此問題向來的見解是，媒體作為公眾之「看門狗」這個角色，是突顯在傳遞資訊一事上。表意自由保障的不只是言論之內容、觀念，也包括了傳播該言論的方式，這當然也就包括了刊登照片之出版品；而表意自由之份量，其取決的關鍵在於，該言論（例如圖片或文章）對於公共利益之辯論有所貢獻(Das Gewicht der Pressefreiheit hängt entscheidend von dem Beitrag ab, den ein Bild oder ein Artikel zu einer Debatte von öffentlichen Interesse leistet.)。²⁵¹

另外需要說明的是，對於政治人物（或所謂「當代歷史人物」）而言可接受的標準，未必即可率然地適用於其他的對象之上；而對那些自己去吸引大眾目光的人們（例如演藝人員或時尚人物）在解釋公約第 8 條所賦予之保障範圍時，應有所退讓。在 Caroline 判決之後，人格權保護與表意自由之間的權衡課題更顯其重要性；人權法院認為，在個案應判斷系爭出版物對於公益辯論是否有所助益，公眾對於知悉系爭資訊是否具有「正當的」利益，而不僅僅只是為了滿足好奇心而已，在這點上和德國聯邦憲法法院向來的見解並無二致。²⁵²

對此，用另一種說法，不外是人權法院對「新聞自由」之保障範圍採取比較嚴格的認定標準，在個案中要求系爭資訊之傳遞必須是對公益辯論具正面意義，

²⁵¹ Heldrich, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, NJW 2004, S. 2634.

²⁵² Heldrich, NJW 2004, S. 2636.

如此方肯認社會大眾知悉該資訊之正當性，而不能僅爲了滿足人們的八卦慾望與好奇心，便將媒體的嗜血報導予以合理化。本文贊同，就「新聞自由」不宜採取過於開放的認定，特別是在我國這種撿到籃子裡就是菜，甚至能無中生有「製造」新聞的媒體生態環境下，更顯此立場之重要性。畢竟在進行利益衡量前，應該先確定的是個案中存在兩個以上相衝突的正當利益，換句話說，如果根本就不存在值得被保護的新聞、或表意自由價值，那麼對於被侵害的人格權而言，自無孰優孰劣之問題可言。

第四節、小結

將討論拉回對於我國實務見解的評析。本章一開始所例示之數則法院判決，其共通處在於皆涉及「無故」與否之判斷，某種程度上也透露了實務家對此要件的解釋和操作方式。誠如本節一開始所提出的質疑，實務界在此呈現出的是一種不夠精緻的法律適用，不論在法學方法上的粗糙，或實質論述內涵的空洞皆然。

第一項 方法上不應直接訴諸基本權衝突解決

當個案中存在可供適用之具體規定時，便不應跳過具體規定而直接討論抽象的原理原則，此乃法學方法之基礎常識，學者常舉的例子是，一般民事案件中，鮮見兩造或法官以帝王條款「誠信原則」作為主張之依據。同理，在刑事案件中被告若可主張具備法定阻卻違法事由，便不應直接將問題拉到抽象的法益權衡、甚至是憲法層次的基本權衝突來處理。

檢視【案例一】與【案例十】，法院判決理由對於「業務上正當行為」未置一詞，其原因究竟是認為不該當要件所以不需要討論，還是根本就忽略此一法定事由不得而知，然本文認為在系爭案例類型中，「業務上正當行為」較諸「法益權衡」實為更具體、更切合個案的違法性判斷基準。按照所謂的「社會相當性」解釋取徑，「新聞價值」、「合法的公眾關注」或「公共人物」等概念，即屬判斷

個案中採訪、報導行為是否「正當」時應該考慮的要素。

第二項 新聞採訪、報導與業務上正當行為之關連性

第一款 報導內容必須對公益辯論有所助益

直接切入結論，本文認為，對於該當妨害私人生活隱私罪構成要件之採訪或報導行為，要主張「業務上正當行為」阻卻違法性，必須是「**報導內容對於公益辯論有所助益**」，而非僅是為滿足閱聽大眾對於當事人私生活的好奇心。且即便該當事人屬於享有高知名度的公眾人物，也不應將其一切相關報導，都理所當然視為有助於社會公益思辯。

蓋「業務上正當行為」之「正當」基本上指的是具社會相當性，未違反社群共同生活規範。將此標準套用在新聞從業人員所為之採訪、編輯、報導等行為，所謂「社會相當性」內涵其實就是「**新聞價值**」，亦即新聞報導有別於其他五花八門的資訊傳遞方式，特別受到保障的原因與結果——**真實（不能製造假新聞）、公正（至少應該平衡報導）以及前面強調的「報導內容對於公益辯論有所助益」**。因為這些價值所以人們相信「新聞自由」是需要被特別保障，也因為「新聞自由」被賦予特別保障，所以其所呈現之內容應該要符合這些價值的要求。

第二款 何謂「公共利益」？

然而具體的難題是，什麼情形是屬於「有助於公益辯論」？何謂「公共利益」？在此公共利益是取決於大眾喜歡看的東西，所以由觀眾多寡和人口統計資料（如年齡、性別、收入）等經濟市場因素來定義呢？還是指大眾必須（或應該）觀看的東西？（又由誰來決定必不必須呢？）一言以蔽之，公共利益是「所欲」還是

「所需」？至少可以確定的是，應該排除以市場因素決定公共利益。²⁵³

對此，或許可以很直覺地回答，答案並非單純取決於多數人之「所欲」，但關於什麼是「所需」卻又似乎很難給個一般說法，只能針對具體個案事實來討論。就以層出不窮的公眾人物婚外情為例，這類事件不論是在什麼時候爆發，必然會佔盡各大新聞媒體版面，貼心的記者們會上窮碧落下黃泉地幫你我搜尋一切關於事件主角的資料，從出身、學經歷、感情狀況到個性嗜好無所不包，其中當然也少不了狗仔費盡千辛萬苦拍到的珍貴偷情男女合照。這種新聞誰不愛看？談話性節目上那些名嘴一個接一個爆的料是一個比一個腥羶色，誰不愛聽？但冷靜之後仔細想一想，耗費如此龐大的社會資源二十四小時傳遞放送這些資訊，除了滿足你我的偷窺慾和好奇心，究竟還有什麼正面的意義？如果說今天討論的是戲劇、是綜藝節目內容，那或許可以不用過於嚴肅地去追問這一切有何意義；但是當所涉及的是「新聞報導」，而且該報導方式及內容已經對他人隱私造成侵害的時候，則無論如何強調「**報導內容對於公益辯論應有所助益**」也都不為過。

或許有論者會主張所謂的「教化意義」作為公共利益，實務上的確也出現以此作為記者採訪行為非屬「無故」之理由的判決（見前揭【**案例十**】）然若肯定「具教化意義」作為一種妨害私人生活隱私罪的阻卻違法事由，今天我欠錢不還記者就可以到我公司愛怎麼拍就怎麼拍，那是不是明天你在外面交了五個男（女）朋友也要上新聞報給全國同胞羨慕一下？（教化意義：欠感情債也是不應該的）或許法院和媒體認為，光是靠政府花大錢推動「有品運動」不足成事，所以想要幫上一把，但是不禁令人懷疑的是，當我們的社會藉無所不在的「教化」而變得如此「有品」的那一天到來，我們還需要刑法中妨害私人生活隱私罪的規定嗎？同樣的問題也可能會發生在犯罪事件的報導，以「追求真相」、「尋找正義」為名展開撲天蓋地的獵巫行動，姑且不問放任媒體揮舞那把「女巫之錘」會不會哪天

²⁵³ Clay Calvert，前揭註 11，頁 142。

砸到你我頭上，難道希冀忠實遵守偵查不公開原則的檢調司法來告訴人民真相、打擊犯罪，真的是太過天真的想望嗎？

實務上有各種關於「公共利益」的可能說法，其中有一種是本文想要特別提出來討論的，亦即公眾對於「知悉那些被當成偶像或模範的公眾人物，在私底下與公開場合表現是否令人信服地言行一致」是否具備正當利益？

前面介紹的德國聯邦憲法法院判決，對此基本上採取正面肯定的態度；相對而言，歐洲人權法院則較為謹慎，認為基於公眾「知的權利」，的確不排除公眾人物的私生活報導具新聞價值之可能，特別是針對政治人物，但始終應限於報導內容與政治人物執行職務，或公共政策思辯有關，方屬「有助於公益辯論」。

第三款 誰是「公眾人物」？

延續上面提出的問題，究竟你我關注那些被當成偶像或模範的「公眾人物」，在私底下與公開場合表現是否言行一致，算不算是一種正當的公共利益？在回答這問題之前必須先確定一件事：誰是「公眾人物」？

參考比較法，德國將人民分為「一般民眾」與「公眾人物」，而公眾人物又區分為絕對性公眾人物與相對性公眾人物，像是前面介紹的 Caroline 公主就會因其「皇室」身分而被認定為「絕對性公眾人物」。而歐洲人權法院的分類方式則似乎較接近與美國最高法院之見解，美國最高法院將公眾人物區分為：官員 (public officials)、全面性公眾人物 (public figures of all purposes) 及局部性公眾人物 (limited public figures)。所謂全面性公眾人物是指「具有普遍性的權力和影響力」或是「獲有世所周知之美譽或臭名者」，局部性公眾人物則是指「自願投入特定的公共爭議」、「在公共問題的解決中特別突出」或「把自己放置在特定公共爭議

的最前線以便影響該議題之解決者」。²⁵⁴

曾有論者提出質疑：「一個皇室的成員其生活雖受大眾和媒體的關注，但卻並非自願放棄其『私人的』生活領域，因而媒體揭露了其居家生活中若干細節是否仍屬可以容忍？」²⁵⁵這個問題論者沒有在美國最高法院的判決中找到答案，但現在歐洲人權法院的相關判決或許可以提供一個方向，歐洲人權法院認為，即便是所謂的「絕對性」或「全面性」公眾人物，也應有其純粹的私人生活，特別像例如 Caroline 公主這種既非官員，也不是主動自願加入公共議題的公眾人物，其私人生活應受尊重。

再者，歐洲人權法院指出，揭露不具官方職務身分之人的私人生活，須符合「與公益辯論有關」之要件方可被容許，很明顯的歐洲人權法院在此強調「民主社會之價值」，將媒體介入私人生活之範圍取決於是否與公眾利益之辯論有關。至於「公共利益」之定義，還是只能從個案中累積而形成具體的內涵，例如在 *Karhuvaara and Iltalehti v. Finland* 一案，申訴人是報社記者與經營者，他們報導某人酒駕並衝撞員警，指出此人為某國會議員之丈夫，並附上該國會議員照片，對此芬蘭法院認為該國會議員並非酒駕事件當事人，故報紙不應將其照片刊登在報紙上；但歐洲人權法院認為，雖然酒駕衝撞不是該國會議員所為，**但國會議員的配偶之行爲會影響選民的投票行爲**，據此報紙刊登該國會議員之照片與公眾之一般利益相關，芬蘭法院不應因為系爭報導行爲處罰申訴人等。²⁵⁶

論者有主張，欲劃定新聞自由與隱私保護之界限，以「公共利益」為準即已

²⁵⁴ 廖福特，前揭註 229，頁 247；相關文獻：張永明（2002），〈從我國與德國釋憲機關之相關解釋與裁判論新聞傳播自由之界限與我國新聞傳播之立法〉，《憲法解釋之理論與實務第三輯（上冊）》，頁 245；詹文凱（1998），〈公眾人物——新聞自由與隱私權的界限〉，《律師雜誌》第 221 期，頁 35、36。

²⁵⁵ 詹文凱，前揭註 254，頁 37。

²⁵⁶ ECHR, *Karhuvaara and Iltalehti v. Finland*, RJD 2004-X, § 45.轉引自：廖福特，前揭註 229，頁 248。

足夠，沒有必要另外發展「公眾人物」概念。²⁵⁷對此見解本文基本上表示贊同，但沒有辦法否認的是，當我們在個案中處理何謂「公共利益」的問題時，當事人的「職業」、「特殊身分」必然會影響最終的判斷結果。本文在此無意也無力提出較上述說法更明確具體的標準，最後只想援引在歐洲人權法院 Caroline 判決中，Zupančič 法官協同意見書中的一段話來作結：「住在玻璃屋裡的人，沒有丟石頭的權利。」(who lives in a glass house may not have the right to throw stones.)²⁵⁸

第四款 個案分析

社會大眾對於公眾人物之私生活是否存在合理、正當的關注利益？這個問題或許可以從該兩種不同的角度切入討論：

首先，回到事物本質來思考，該當事人之所以成為「公眾人物」的理由為何？白話的說法是，社會大眾「為什麼」對他（她）投以關注的眼神？是因為其主動積極吸引眾人的目光呢，還是出於身分使然而不得不忍受無所不在的好奇眼神？如果是前者，那又可以進一步去問，其目的是想要以自身外表、才藝、專長換取大眾的愛慕、崇拜（例如藝人、運動員），還是以標榜自我的經歷、品德、志向來換取支持選票的政治人物？又若是後者，那麼媒體日夜追逐的理由是因為「他（她）是什麼人的什麼人」，還是因為其屬身居要職、掌握龐大國家公共資源的官員呢？本文認為，舞台上的開幕謝幕是為瞭讓表演者把美好的表演呈現在觀眾面前，我們買票入場不是為瞭看到開幕前後台的兵荒馬亂，在謝幕後也沒有道理還要表演者保持台上的模樣，因為那些都不是表演的內容。據此，本文認為即便是自願吸引大眾關注的藝人、名模，其私人生活仍應受法律保障；但相同的標準並不能適用在政治人物的身上，這是因為台灣的社會現實是，政治人物習以標榜

²⁵⁷ 詹文凱，前揭註 254，頁 40。

²⁵⁸ See: ECHR, Von Hannover v. Germany, Concurring Opinion of Judge Zupančič

自身道德標準作為獲得選民支持的手段，另一方面選民也的確認真看待此事（這可以從選舉造勢場合常見的全家福畫面，以及選舉文宣上「清廉」、「正直」口號或顯赫學經歷得證。）所以政治人物的私生活在其成為一名公眾人物之始就被放在觀察之列，因此社會大眾對於知悉政治人物是否表裡一致，應有較正當的利益可言。

再者，將該公眾人物的私生活公諸於世所造成的影響為何，應該也是可以考慮的因素。有些說法主張，因為公眾人物動見觀瞻，其言行受一般社會大眾所關注、甚有仿效之可能，以此為由正當化新聞媒體的揭露行為。本文不否認知名公眾人物之言行確實可能讓社會大眾群起效尤，但想要提出的質疑是：如果今天某位知名人士躲起來偷偷為敗德之事，經媒體報導後引起社會輿論譁然，問題是引起大眾仿效這筆帳應該算在誰頭上？

回到本章所介紹國內實際發生的案件，重新檢視判決中出現的各種主張是否合理。【案例一】的被告主張拍攝對象等人職業為藝人，屬於公眾人物，言行受一般社會大眾所關注、甚有仿效之可能，故認為拍攝對象等人疑似吸毒行為事涉公益，媒體有報導責任，其行為屬業務上正當行為；而法院以被告主張過於空泛為由，認為其行為仍該當刑法第 315 條之 1 的「無故」要件，成立妨害私人生活隱私罪。本案判決理由甚至表示：「公眾人物之非公開行為，縱使涉及公共政策等與不特定多數人有關之公共利益，媒體對於其非公開行為之採訪、蒐集資訊之方式，仍不得逾越法律界限加以刺探甚至竊錄。」值得討論的是，法院見解似乎認為即便涉及公益辯論，公眾人物的私人生活仍受絕對的保障，如此超英趕美、較諸歐洲人權法院還更滴水不漏的個人隱私保護，是否過度限制了新聞自由？

誠如前面介紹的比較法上相關討論，在某些特殊情形中是應該承認新聞媒體採訪、報導個人的私生活狀況，對於民主社會而言是正當且必須的。據此，應以「報導內容對於公益辯論有所助益」作為新聞從業人員主張其執業行為屬業務上正當的要件。至於【案例一】臺灣高等法院 96 年度上訴字第 616 號刑事判決之

見解，本文認為不僅是在法律評價上過度地忽略、限制「新聞自由」及其連結的重要價值，恐怕實際操作面也注定落得曲高和寡而已。

第三項 小結

總結以上內容，雖主要著墨於個案的介紹分析，但其實各別判決作出的具體評價結果，亦即「有故」或「無故」之決定，並非筆者真正執著或關心的重點，而且現實上恐怕也沒有足夠去執著的資格，這是因為實務上發生的案件事實千變萬化，學術性的討論天生有其侷限，過於深入個案細節的事實認定與價值判斷，反而可能是另一種恣意專橫的語言暴力，更不堪者恐淪為一種喃喃自語而已。

正如同本章開頭所言，國內目前在處理相關議題時，主要面臨的問題在於，實務判決理由習於直接訴諸抽象上位的比例原則、利益權衡為論證基礎，卻因為欠缺更明確的一致標準，導致具體的判決結果產生矛盾，或因為欠缺可預測性而被批評流於恣意。質言之，在此議題上如何形成一套更明確、可驗證的衡量基準才是當務之急。而形成「明確、可驗證的衡量基準」，不是單靠學理抽象的論證一蹴可及，更重要的是配合實務面對的具體狀況方能展現其實效。基於這種目的導向，在解釋、判斷妨害私人生活隱私罪之「無故」要素時，學說與實務之對話「可能性」，毋寧更迫切於對話的結論如何如何。

本文整理國內相關判決後，歸納出幾種案件特徵以及一再出現的法律爭議，在固有的法定阻卻違法事由，實務行之有年承認的超法規阻卻違法事由架構下，為個別法律問題找到適切的討論平台，以期開展論辯實現真正權衡。基本上本文立場傾向以保護個人隱私為優先，理由在於綜觀各類利害衝突情勢，不外「公益利益 VS. 個人隱私」和「個人權利 VS. 個人隱私」兩種；然細究其中價值判斷，會發現在認定所謂的「個人權利」時，其實總是帶有公益色彩，而在考慮何謂「公共利益」時，卻又處處可見一種欠缺社會責任、僅著眼於滿足個人需求的自私想法。筆者覺得，這種複雜糾葛的利害思考，某種程度就如同本文第二章開頭所介

紹的，在當代社會中「個人／公共」間那道區隔只剩下斷垣殘壁，雙邊互通的結果是，個人隱私在公共利益的橫流中，逐漸失去原有的模樣。

有社會評論家指出，上開現象是一種社會的罪惡，是因為該社會中不斷增多的人口加遽了生存鬥爭，為爭奪更多「生存空間」使然。生存空間的擴張以**各種合作、共同生活和娛樂的形式侵入私人內部空間**，實際上排除個人「離群索居」的可能性，而「私人性」變成了最昂貴的商品。在過度發達的國家，人口中越來越大的一部分成為一個巨大的，因受控制而無力行動的觀眾——不是被極權主義政體控制，而是**被某些公民的自由控制，這些人強迫他人分享他們的聲音、他們的見解、他們的趣味**。一個不能保護個人在室內的私人性的社會，還能夠自命為尊重個人嗎？能夠自命為自由社會嗎？誠然，一個自由社會是根據遠比私人自主更重要的成就來確認；但缺少私人自主性卻會使最引人注目的經濟、政治的自由制度黯然失色，因為其根本上就否定了自由。²⁵⁹



²⁵⁹ 赫伯特·馬庫塞著，劉繼譯（1991），《單向度的人：發達工業社會意識型態研究》，臺北：桂冠，初版一刷，頁 238。



第六章、結論

第一節、何謂隱私？

「隱私」並非邏輯的產物，而屬於一種「地方性」概念，必須在個別的社會、文化脈絡下正確地理解其內涵。即便如此，比較不同法律系統對「隱私」的詮釋仍有實益，因為比較法研究所關注的正是那些「相對」、「具相關性」的差異現象，從解釋其中異同原因的過程中，找出各種規範方式關懷的核心價值，將這些價值作為法律解釋的指引。

作為一種受法律保障的利益狀態，「隱私」在憲法層次屬於「一般人格權」，其上位概念為「人格發展自由」與「人性尊嚴」，規範目的在於維護人格的完整及尊嚴；以作用而言，則希望藉由保障隱私權，讓個人能夠在社會脈絡之中發展自我、形塑自我認同。在「形塑自我認同」的過程，個人必須既依賴、又獨立於社會，其中關鍵在「隱私」的調節功能。就「依賴」而言，「隱私作為一種尊嚴」保障個人得控制自我形象（讓別人看見我想要被他們看見的樣子）；而「獨立」的面向，「隱私作為一種自由」則讓個人保有自外於社會主流價值之可能，賦予不受國家監視的抵抗權。

第二節、法益內涵？

本文主張，「妨害私人生活隱私罪」保護法益之內涵，必須取徑於「隱私作為一種尊嚴」來理解。強調人格形塑過程的外部環境因素，特別是伴隨科技進步而來，個人對自己的聲音影像的展演利用，日漸失控的問題。在過去，人們對於「誰」在「何時何地」透過「什麼方式」來認識自己這件事情，顯然較能掌握，而且可以預見的是，在未來，人們對於自身影像聲音之主體性只會越來越稀薄。這是一種淪為純粹供他者利用、滿足慾望之對象的「客體化」現象。這種客體化現象可能影響到個人自由發展其人格，造成精神上的痛苦，因此有透過法律規制

之必要。而「隱私（作為一種尊嚴）」與「名譽」概念近似，同樣無法透過物理區隔定型，必須在社會脈絡下被理解。但兩者差異在於，「隱私」相較「名譽」而言，本質是「不受公評」、「與公益無關」。

「隱私作為一種尊嚴」被侵犯時，刑法不得不保護的理由為何？若由被害人角度觀之，偷窺、偷拍行為使得個人陷於時時被監視的恐懼，喪失安全感，無法正常生活。而且這種恐懼不會因為是在家中或在公園裡被監視而有何差別。真正關鍵在於：「不知道誰正在看我」。質言之，是被害人**無法透過正常社會互動方式控制自我形象**，因此衍生承受的精神痛苦。據此，本文將妨害私人生活隱私罪之保護法益定性為：「個人透過正常人際互動方式，控制自我形象之可能性」

第三節、抽象規範分析

按照上開定義，解釋刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 構成要件規定，其中重點有：

1. 本罪所保護者為個人法益，規範模式屬實害結果犯。
2. 「非公開」與否，不應取決於場所定性，而是以被害人之言論、談話或活動內容不欲人知，「一旦公開將造成精神上痛苦」為要素；「身體隱私部位」採客觀主義解釋，原則指男女生殖器與女性乳房，亦不排除其他按社會通念不應示人，否則被害人會羞愧難堪之身體特徵；窺視、竊聽、竊錄使用「工具設備」，必須非供正常人際互動關係之用，使行為人與被害人間喪失雙向交流之可能性，導致人際互動的自始不對等。
3. 現行法第 315 條之 2 第 1 項的構成要件行為，屬於實質預備犯之規定，不應處罰未遂，以免過度前置可罰性；第 315 條之 2 第 3 項未規定獨立「無故」要素，在文義上可能被解釋為「竊錄有故則散布亦有故」，此與貫串全文的「隱私權即控制力」基本立場相違。修法前，應透過解釋

加以調整，不應將「侵入型」和「揭露型」的隱私侵害混為一談。

4. 基於「隱私權即控制力」之立場，搭配刑法機能目的思考，應重新檢討現行法第 315 條之 2 第 3 項處罰範圍是否合理。尤其在某些個案事實，若被害人對於自身特定形象早已失去控制，則行為人之構成要件行為應僅成立未遂罪責。雖德國刑法將「間接使用」竊錄、竊錄之內容的行為入罪化，在我國現行刑法第 310 條第 2 項已具備相等程度之保護，無需另行立法。

第四節、具體價值判斷

針對個案判斷，特別是實務上常見的爭議問題，本文提出建議如下：

1. 實務在處理通訊保障及監察法與刑法之競合關係時，不能僅抽象地論以特別與一般之關係，而忽略兩者在法秩序上仍應符合一致性要求。
2. 處理出於蒐證目的所為之竊錄行為時，其違法性判斷，除應更審慎看待蒐證目的正當性，亦即所維護之利益外，符合手段必要性亦不可或缺，學理上提出的「舉證困境」可供參考。
3. 至於新聞媒體之照相錄音錄影行為，因為涉及「新聞自由」有其特別的利害關係必須考慮，但值得注意的是，「新聞自由」受憲法高度保障的理由在於其有助於民主社會之公益論辯與思想流通，亦可反面推論，當特定的資訊擷取或散布，雖有新聞之名卻無新聞之實，其受保障必要性自然會被打上問號。可以「業務上正當行為」作為新聞採訪、報導行為之阻卻違法事由，依社會相當性的解釋取徑，將抽象的新聞價值、有助於公益辯論、當事人身分屬於公眾人物等各種複雜利害因素納入權衡，得出的結論應該比直接讓「新聞自由」與「個人隱私」捉對廝殺，來得精緻且禁得起檢驗。

4. 最上位的價值判斷，本文基本立場是，「個人隱私」保護，原則上優先於各種公共利益或新聞自由，例外方以公共利益與新聞自由具備急迫性與優越利益為由，限制「個人隱私」。理由在於，在當代社會中「隱私」、「私人生活」受到威脅與侵犯之嚴重程度，與過往早已不可同日而語。當雞蛋與牆壁發生衝突，本文選擇站在雞蛋那一邊。



參考文獻

中文文獻

《專書》

- 王兆鵬（2009）。《刑事訴訟講義》，四版。台北：自刊。
- 甘添貴（2001）。《體系刑法各論第一卷》。台北：自刊。
- 林山田（2006）。《刑法各罪論（上冊）》，修訂五版。台北：自刊。
- 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，初版，台北：自刊。
- 柯耀程（2005），《刑法總論釋義：修正法篇（上）》，初版。台北：自刊。
- 黃榮堅（1998）。《刑罰的極限》。台北：元照。
- （2006）。《基礎刑法學（上）》。台北：楊雅惠。
- （2006）。《基礎刑法學（下）》。台北：楊雅惠。
- 曾淑瑜（2004）。《刑法分則實例研習：個人法益之保護》。台北：三民。
- 褚劍鴻（2004）。《刑法分則釋論（下冊）》，四版。台北：臺灣商務印書館。
- 盧映潔（2009）。《刑法分則新論》。台北：新學林。

《譯著》

- Clay Calvert 著，林惠琪、陳雅汝譯（2003）。《偷窺狂的國家》。台北：商周。
- David Brin 著，蕭美惠譯（1999）。《透明社會一個人隱私 vs. 資訊自由》。台北：先覺。
- Schünemann 著，王玉全、鍾豪峰、張姿倩合譯（2006）。〈刑事不法之體系：以法益概念與被害者學作為總則體系與分則體系間的橋樑〉。許玉秀、陳志輝

合編。《不疑不惑獻身法與正義—許迺曼教授刑事法論文選輯》。台北：新學林。

米德著，胡榮，王小章譯（1995）。《心靈、自我與社會》。台北：桂冠。

赫伯特·馬庫塞著，劉繼譯（1991）。《單向度的人：發達工業社會意識型態研究》，初版。台北：桂冠。

吳綺雲譯（2004）。〈「摩納哥卡洛琳公主案」判決〉。《德國聯邦憲法法院裁判選輯（十一）》。台北：司法院。

蔡宗珍節譯（2008）。〈Caroline von Hannover v. Germany〉。《歐洲人權法院裁判選譯（一）》。台北：司法院。

愛倫·艾德曼、卡洛琳·甘迺迪著，吳懿婷譯（2001）。《隱私的權利》。台北：商周。

《期刊論文》

王澤鑑（2006）。〈人格權的保護的課題與展望（二）〉，《台灣本土法學雜誌》第81期。

-----（2007）。〈人格權保護的課題與展望（三）——人格權的具體化及保護範圍（6）〉，《台灣本土法學雜誌》第97期。頁27-50。

王皇玉（2007）。〈論醫療行為與業務上正當行為〉，《臺大法學論叢》第36卷第2期。頁41-92。

-----（2008）。〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》第159期。頁235-244。

-----（2008）。〈論通訊保障及監察法第二四條與刑法第三一五條之一的適用疑義——兼評最高法院九十四年台上字第五八〇二號判決、高等法院台南分院九十一年上訴字第一一五三號判決與九十四年上更(一)字第五九二號判

決》，《月旦法學雜誌》第 160 期。頁 249-264。

----- (2009)。〈汽車內活動是「非公開」活動嗎？〉。《月旦法學教室》第 76 期。頁 14-15。

----- (2009)。〈刑法對隱私權的保障——以刑法第 315 條之 1 為中心〉，《台灣法學雜誌》第 122 期。頁 37-39。

----- (2009)。〈拘禁、違法搜索與竊拍〉，《台灣法學雜誌》131 期。頁 132-137。

----- (2009)。〈刑法中的隱私權——以刑法與通訊保障及監察法的交錯混亂適用於中心〉，司法院司法人員研習所隱私權專題研習會講義。民國 98 年 8 月 26 日。

江玉林 (2004)。〈人性尊嚴與人格尊嚴——大法官解釋中有關尊嚴論述的分析〉，《月旦法學教室》第 20 期。頁 116-123。

邱文聰 (2009)。〈從資訊自決與資訊隱私的概念區分——評「電腦處理個人資料保護法修正草案」的結構性問題〉，《月旦法學雜誌》第 168 期。頁 172-189。

李茂生 (1999)。〈刑法秘密罪章新修條文評釋〉，《月旦法學雜誌》第 51 期。頁 93-114。

林鈺雄、王梅英 (1998)。〈從被害人學談刑法詐欺罪〉，《刑事法理論與實踐》。
台北：新學林

許恆達 (2009)。〈論違法通訊監察罪之行為主體〉，《月旦法學雜誌》第 169 期。
頁 168-185。

黃榮堅 (2005)。〈論危險故意——評最高法院九十三年度台上字第一一五五號及九十一年台上字第六三六八號判決〉，《月旦法學雜誌》118 期。頁 225-239。

陳耀祥 (2002)。〈論廣播電視中犯罪事實之報導與人格權保障之衝突〉，翁岳生

教授祝壽論文集編輯委員彙編，《翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集：當代公法新論（下）》。台北：元照。

翁曉玲（2002）。〈新聞報導自由與人格權保護—從我國與德國釋憲機關對新聞報導自由解釋之立場談起〉，翁岳生教授祝壽論文集編輯委員彙編，《翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集：當代公法新論（下）》。台北：元照。

蔡碧玉（1996）。〈從「偷拍事件」談隱私權保護之刑事立法〉，《法令月刊》第49卷第4期。頁24-28。

蔡聖偉（2001）。〈妨害秘密罪章的新紀元（下）〉，《月旦法學雜誌》第71期。頁96-107。

詹文凱（1998）。〈公眾人物——新聞自由與隱私權的界限〉，《律師雜誌》第221期。頁32-41。

廖福特（2007）。〈個人影像隱私與新聞自由之權衡—von Hannover 及 Peck 判決分析與台灣借鏡〉，顏厥安、林鈺雄主編，《人權之跨國性司法實踐：歐洲人權裁判研究（一）》。台北：元照。頁223-270。

《學位論文》

王乃彥（2006）。《未遂犯處罰界限之研究》，國立臺北大學法學系博士論文

林建中（1999）。《隱私權概念之再思考—關於概念範圍、定義及權利形成方法》。國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

林憲德（2006）。《刑法第315條之1窺視竊聽竊錄罪：並論私人窺視、竊聽或竊錄取證之證據能力》。中國文化大學法律學研究所碩士論文。

徐偉群（2005）。《論妨害名譽罪的除罪化》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

殷玉龍（2006）。《論新聞自由與隱私權之衝突——以刑法第 315 條之 1 及第 315 條之 2 規定為重心》。東吳大學法律學系碩士論文。

詹文凱（1998）。《隱私權之研究》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

鄭雯婷（2009）。《論誹謗罪刑法規制之研究：從隱私的後設觀點出發》。國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

《政府出版品》

周悅儀（1993）。《美國保護隱私權法制之研究》，法務部法律事務司八十二年度研究發展報告。

《2005 年中華民國刑法暨刑法施行法修正立法資料彙編》

英文文獻

ECHR, *Von Hannover v. Germany*, Judgment of 24 Jun. 2004 (no. 59320/00)

Louis Nizer, *The Right of Privacy: A Half Century's Developments*, 39 MICH. L. REV. 526 (1940)

Jill Marshall, *Personal Freedom through Human Rights Law ?*, NIJHOFF (2009)

Andrew Jay McClurg, *Bringing privacy law out of the closet: atort theory of liability for intrusions in public places*, 73 N.C. L. REV. 989 (1995)

Robert C. Post, *Three Concept of Privacy*, 89 GEO. L.J. 2087 (2001)

Jed Rubinfeld, *The Right of Privacy and the Right to Be Treated as an Object*, 89 GEO. L.J. 2099 (2001).

Jeffery Rosen, *The Unwated Gaze: The Destruction of Privacy in America* (2000).

Robert Simon, *Video Voyeurs and the Covert Videotaping of Unsuspecting Victims:*

Psychological and legal Consequences, Journal of Forensic Science 45, 884.

Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, OXFORD (2005)

Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890)

James Q. Whitman, *The Two Western Culture of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151 (2004)

德文文獻

BVerfGE 101, 361.

BT-Dr 15/1891

BT-Dr 15/2466.

Borgmann, Von Datenschutzbeauftragten und Bademeistern—Der Strafrechtliche Schutz am eigenen Bild durch den neuen §201a StGB, NJW 2004, S. 2133 ff.

Ernst, Gleichklang des Persönlichkeitsschutzes im Bild- und Tonbereich ?, NJW 2004, S. 1277 ff.

Fischer, Strafgesetzbuch, 56. Aufl., 2009.

Heldrich, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, NJW 2004, S. 2634 ff.

Joecks, StGB, 8. Aufl., C.H.Beck München 2009.

Kargl, Zur Differenz zwischen Wort und Bild im Bereich des Strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, ZStW 117, S. 324 ff.

Kinderhäuser, StGB, 3. Aufl.

Kramer, Heimliche Tonbandaufnahmen im Strafprozeß, NJW 1990, S. 1762 ff.

Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., 2007.

Röhl, Der strafrechtlich Schutz gegen unbefugte Bildaufnahmen, §201a StGB, VDM Verlag Dr. Müller, 2008.

Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht besonderer Teil 1, 9. Aufl., 2003.

Otto, Grundkurs Strafrecht, BT, 7. Aufl. 2005.

Sch/Sch/Lenckner, StGB, 27. Aufl., 2006.

Wölfl, Rechtfertigungsgründe bei der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, Jura 5/2000, S. 233 ff.

Wessels/Hettinger. Strafrecht BT 1, 32. Aufl., 2008.

