第二章 台灣法制

我國為成文法國家，對於相關法律疑問之檢討，毫無疑問地，應先求證於立法者所訂定之實體或程序法律。本章第一節，先從我國刑事訴訟法及通訊保障及監察法兩法律規定切入，尋找我國成文法律架構中關於私人錄影、錄音證據之證據能力相關規定。本章第二節、第三節，進一步整理我國最高法院判決及學說見解，探詢我國實務及學說對此問題之意見。

第一節　法律規定

我國為成文法國家，對於法律問題之討論，毫無疑問地，均應先求證於立法者所訂定之法律。由於本文係以私人所為錄影、錄音證據之證據能力為研究主題，是於本節中，先探討我國刑事訴訟法中，有無關於「私人所為錄影、錄音」證據能力之規範，再檢討我國通訊保障及監察法中，有無限制「私人所為錄影、錄音」證據能力之規範。

第一項 刑事訴訟法關於證據能力之規定

我國刑事訴訟法於民國 17 年制定時，並無關於證據能力之規定。

直至民國 56 年 1 月 28 日，刑事訴訟法全文修正公布，始新增第 12 章「證據」篇，並於該篇內增訂第 155 條第 2 項規定：「無證據能力，未經合法調查…….之證據，不得作為判斷之依據。」。立法院於二讀廣泛討論時，說明此新增條文之立法緣由為：「無證據能力之證據，現行法（第 269 條）缺乏限制，似應明文確定其範圍，確定某些情況，不得作為認定犯罪事實判斷之依據，故本案增訂之。」[32]，並於同法修正第 156 條，增訂第 159 條、第 160 條[33]關於證據能力之規定。

此後，立法院於民國 87 年 1 月 21 增訂施行刑事訴訟法第 100 條之 1、第 100 條之 2 關於被告供述筆錄之證據能力相關規範[34]，再依民國 88 年全國司法改革會議結論、黨團協商等結果，於民國 92 年 9 月 1 日大幅修正施行刑事訴訟法，改採「改良式當事人進行主義」，大幅增加證據能力之限制規定，除針對同法第 155 條第 2 項、第 156 條第 1 項為文字修正[35]，實質修正第 159 條、第 160 條規定外[36]，

---

[32] 立法院公報，第 38 會期第 13 期，第 15-16 頁。

[33] 民國 56 年 1 月 28 日修正公布之刑事訴訟法第 156 條第 1 項規定：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」、第 159 條規定：「證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」、第 160 條規定：「證人之個人意見或推測之詞，不得作為證據。」。

[34] 民國 87 年 1 月 21 日施行之刑事訴訟法第 100 條之 1 規定：「訊問被告，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。筆錄內所載之被告陳述與錄音或錄影之內容不符者，除有前項但書情形外，其不符之部分，不得作為證據。第一項錄音、錄影資料之保管方法，分別由司法院、行政院定之。」，第 100 條之 2 規定：「本章之規定，於司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人時，準用之。」。

[35] 民國 92 年 9 月 1 日施行之刑事訴訟法第 155 條第 2 項規定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」，立法理由為：「…二、本條第二項規定無證據能力之證據，與未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，正足以表示「嚴格證明」之要求，至於「顯與事理有違」之證據，於本條第一項修正增加法院之自由心證，不得違背經驗法則及論理法則後，即屬重複，應予刪除，另「與認定事實不符」之證據，究竟是證據能力抑或證明力之問題，涵義不明，為杜疑義，並免與前條第二項發生邏輯矛盾，亦予刪除。」；第 159 條第 1 項規定：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，

另增訂第 158 條之 2 至 158 條之 4，第 159 條之 1 至第 159 條之 5 等關於證據能力之條文[37]。立法者於此次修正之立法理由中，亦明白表示供述及非供述證據有所不同，就供述證據取得程序之違反，以新增訂之刑事訴訟法第 158 條之 2、第 158 條之 3 、第 159 條至 159 條之 5、第 160 條，及原有之刑事訴訟法第 156 條第 1 項、 第 100 條之 1 等規定規範該證據之證據能力，至於非供述證據取得程序之違反，則以刑事訴訟法第 158 條之 4 規範之[38]。

得為證據。」，新增「疲勞訊問」文字。

[36] 民國 92 年 9 月 1 日施行之刑事訴訟法第 159 條規定:「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。前項規定，於第一百六十一條第二項之情形及法院以簡式審判程序或簡易判決處刑者，不適用之。其關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，亦同。」，第 160 條規定：「證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據。」，本文認為此兩條文非屬文字修正而包含實質法律意義之修正，係參考立法理由中之說明。

[37] 民國 92 年 9 月 1 日施行之刑事訴訟法第 158 條之 2 規定:「違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定。」，第 158 條之 3 規定：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據。」，第 158 條之 4 規定：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」；至於第 159 條之 1 至第 159 條之 5，則為第 159 條規定之例外，第 159 條之 1 規定：「被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據。被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」，第 159 條之 2 規定：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。」，第 159 條之 3 規定：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。」，第 159 條之 4 規定：「除前三條之情形外，下列文書亦得為證據：一、除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。二、除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書。三、除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書。」，第 159 條之 5 規定：「被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第一百五十九條第一項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。」。

[38] 刑事訴訟法第 158 條之 4 立法理由：「…二、按刑事訴訟重在發見實體真實，使刑法得以正確適用，形成公正之裁判，是以認定事實、蒐集證據即成為刑事裁判最基本課題之一。當前證據法則之發展，係朝基本人權保障與社會安全保障兩個理念相調和之方向進行，期能保障個人基本人權，又能兼顧真實之發見，而達社會安全之維護。因此，探討違背法定程序取得之證據，是否具有證據能力，自亦不能悖離此一方向。另供述證據與非供述證據之性質不同，一般認為供述證據之採取過程如果違法，即係侵害了個人自由意思，故而應嚴格禁止，而蒐集非供述證據之過程如果違背法定程序，則因證物之型態並未改變，尚不生不可信之問題。本次刑事訴訟法之修正，已就違背法定障礙事由及禁止夜間訊問與告知義務等規定暨違法未經具結所取得證據之證據能力，增訂第一百五十八條之二、第一百五十八條之三，以資規範。而現行本法第一百條之一第二項、組織犯罪防制條例第十二條等，亦有關於證據強制排除之規定，為求周延，並兼顧人權保障及公共利益之維護，爰增訂本條，使其他違背法定程序所取得之證據，其有無證據能力之認定，有一衡平之規定，避免因為排除法則之普遍適用，致使許多與事實相符之證據，無可例外地被排除。三、至於人權保障及公共利益之均衡維護，如何求其平衡，因各國國情不同，學說亦是理論紛歧，

綜合上開法律條文之文字、架構及立法理由之說明，應可認定：我國立法者僅於特定情形，排除證據之證據能力，若無明文之限制或排除，證據應均有證據能力。再者，立法者並未將取證程序之違反，與證據能力之排除此兩概念畫上等號，詳言之，刑事訴訟法固大量規範取證之程序規定（如搜索扣押、被告、人證等），然而，縱使違反程序之規定而取得證據，審判中，亦僅於法條明文限制排除證據能力（如刑事訴訟法第 156 條第 1 項），或法條明文規定經法官審酌後排除證據能力（如刑事訴訟法第 158 條之 4）時，該證據始無證據能力，其餘情況，該證據仍可作為裁判之依據。

依上開分析，就私人錄影、錄音部分，因刑事訴訟法並無明文限制「私人錄影、錄音，不得作為證據」等文字，應認定刑事訴訟程序中，並不因錄影、錄音為「私人取得」即一律排除其證據能力。接下來需討論的問題是，「私人錄影、錄音」是否可能符合上開刑事訴訟法限制證據能力之情況？

就此，若觀察上開關於證據能力之法律規定，除刑事訴訟法第 158 條之 4：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」於法條用語中，即限制該法條適用之主體為「實施刑事訴訟程序之公務員」外，其餘條文所規範之情況，似均屬「實施刑事訴訟程序之公務員」始有權利施行之行為[39]。倘若採嚴格之法條文義解釋，似乎應認定我國刑事訴訟法中關於限制證據能力之規定，僅限於「實施刑事訴訟程序之公務員」違反程序取得之證據，「私人」既非刑事訴訟法上所欲規範之「實施刑事訴訟程序之公務員」，其所為錄影、錄音，無上開證據排除規定之適用，依刑事訴訟法規定，上開錄影、錄音應一律有證據能力，而得作為裁判之依據。然此結論是否正確？學說、實務界是否贊同此結論？實需進一步檢視。

第二項 通訊保障及監察法之規定

壹、概論及立法架構

關於取證之程序規範，除刑事訴訟法明文規定者外，關於錄影、錄音之取證

依實務所見，一般而言，違背法定程序取得證據之情形，常因個案之型態、情節、方法而有差異，法官於個案權衡時，允宜斟酌(一)違背法定程序之情節。(二)違背法定程序時之主觀意圖。(三)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(四)犯罪所生之危險或實害。(五)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(六)偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性及(七)證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形，以為認定證據能力有無之標準，俾能兼顧理論與實際，而應需要」。

[39] 可參見上述法條，此外，刑事訴訟法第 156 條規定雖未明文表示訊問之主體限於公務員，然而該條文字中「違法羈押」，顯然僅限公務員有能力為之。

行為，尚受通訊保障及監察法之規範，是本項中，本文擬進一步探討，我國通訊保障及監察法中，有無規範或限制私人所為錄音、錄音證據能力之相關規定？

我國於民國88年7月14日制定施行通訊保障及監察法，本法係關於通訊監察之單行法規，立法者在立法總說明中表示：「秘密通訊自由，關係人民隱私權益，為我國憲法第12條所保障之基本人權。近世以來，通訊科技日益發達，便捷知識之交流，縮短人與人之間的距離，提升人類精神與物質文明，貢獻厥偉。惟通訊亦常作為犯罪工具，…監察通訊，為掌握犯罪證據、追尋人犯及蒐集情報暨防止破壞社會秩序之重要方法。是以，為維持社會秩序，確保國家安全，自有依憲法第23條規定意旨，於必要範圍內，以法律明文規定為通訊之監察…目前司法實務上依據搜索、扣押之法理及電信法第15條、第17條之立法精神，對於重大犯罪，亦運用通訊監察方法，追尋嫌犯處所及蒐集犯罪證據，偵破重大刑案，已獲相當成果，為社會普遍肯定；但我國刑事訴訟法並未明文規定通訊監察其偵查要件及實施程序等，仍難免爭議，且若干重大犯罪，在其發生前之預備階段，若不及時防止，待其著手實施後始予處理，已對人民及國家社會造成不可彌補之損害，況維護國家安全之情報監察，民主先進國家均有法律規範，故為順應世界各國立法維護人權之趨勢，並落實我憲法均衡保障通訊自由與國家、社會法益之意旨，制定完整周詳之通訊監察單行法律，實有迫切之需要…」[40]，全法共34條，分別就通訊監察之目的、範圍、要件、權責機關、執行方法、責任暨監察通訊所得資料之保存、使用及銷毀予以規定，此後於民國95、96及103年修正增訂之[41]。

該法之立法架構，可概略區分如下：

（一）「總論」之規定：第1至4條（第1條本法之立法目的，第2條通訊監察之目的、範圍，第3至4條「通訊」、「通信紀錄」、「受監察人」之名詞定義）及第32、33、34條（軍事審判機關準用本法、施行細則及施行日）。

（二）「通訊監察」之程序規定：通訊監察書之聲請程序及要件（第5條為一般通訊監察，第6條為緊急通訊監察）、通訊監察書應記載之內容（第11條）、通訊監察執行之期間、方式、機關及處所及執行中之監督（第12條、第13條、第14條、第16條）、通訊監察結束後通知、資料保存、使用、製作年度報告之程序（第15條、第16-1條、第17至18條），通訊監察所得資料之證據能力（第18條之1）。

（三）「通信紀錄及通信使用者資料」之調取規定：第11條之1。

（四）「外國及境外敵對勢力」之通訊監察及調取通信紀錄之程序規定：「外國及境外敵對勢力」之定義（第8至9條），對外國及境外敵對勢力等調取通信紀錄及

---

[40] 立法院議案關係文書，院總第 1407 號，立法院第一屆第八十九會期第二次會議議事日程，第 45 至 76 頁。

[41] 法務部全國法規資料庫（http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawHistory.aspx?PCode=K0060044,last visited, Feb.12.2016）

使用者資料之程序（第11條之1），對外國及境外敵對勢力為通訊監察之程序及要件（第7條），對外國及境外敵對勢力為通訊監察之資料用途限制（第10條），執行對外國及境外敵對勢力通訊監察之期間、機關及處所、執行中之監督（第12條、第14條、第16條），通訊監察結束後通知、資料保存、使用、製作年度報告之程序（第15條、第16-1條、第18條），證據能力（第18條之1）。

（五）違法通訊監察之民事損害賠償及國家賠償：第19至23條。

（六）違法通訊監察之刑事責任：第24至30條。

（七）違反行政協助義務之行政罰：第31條。

貳、通訊保障及監察法所規範之「通訊」

通訊保障及監察法第 3 條明文規定：「本法所稱通訊如下：一、利用電信設備發送、儲存、傳輸或接收符號、文字、影像、聲音或其他信息之有線及無線電信。二、郵件及書信。三、言論及談話。前項所稱之通訊，以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限。」，通訊保障及監察法施行細則第 2 條規定：「本法第三條第一項第一款所稱有線及無線電信，包括電信事業所設公共通訊系統及專用電信。本法第三條第一項第二款所稱郵件及書信，指信函、明信片、特製郵簡、新聞紙、雜誌、印刷物、盲人文件、小包、包裹或以電子處理或其他具有通信性質之文件或物品。本法第三條第一項第三款所稱言論及談話，指人民非利用通訊設備所發表之言論或面對面之對話；其以手語或其他方式表達意思者，亦包括在內。本法第三條第二項所稱有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者，應就客觀事實加以認定。」，依上開定義可知，通訊保障及監察法所保護者，非單純之「外觀」、「行為」，而須為「自然人間，以言語或文字或表意之動作，將其大腦思想之內容表達於外，使對方知悉，以此方式交換訊息之行為」之「通訊」，且通訊行為中，限於「有隱私或秘密之合理期待者」，始為本法所保護、規範。

依前所述，通訊保障監察法第 13 條固規定：「通訊監察以截收、監聽、錄音、錄影、攝影、開拆、檢查、影印或其他類似之必要方法為之。…」，然而，無聲錄影行為，僅取得個人之「外觀」、「行為」，與本法所規範之「通訊」無關，而有聲錄影及錄音行為中，若僅取得「外觀」及「行為之聲音」，亦不受本法所規範，僅於「有隱私或秘密之合理期待者之通訊」，始為本法所規範。

依此，私人所為錄影、錄音行為取得「外觀」、「行為（包含行為之聲音）」，因與「通訊」之定義不相當，當然不受本法規範，至於私人錄影、錄音行為取得「有隱私或秘密之合理期待者之通訊」部分，則於下段中為討論。

參、通訊保障及監察法關於證據能力之規定

通訊保障及監察法於制定時，並無關於證據能力之規定，嗣立法院「為落實人權保障」[42]，於民國96年7月11日修正增訂通訊保障及監察法第5條第5項：「違反本條規定進行監聽行為情節重大者，所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據。」、第6條第3項：「違反本條規定進行監聽行為情節重大者，所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據。」、第7條第4項：「違反前二項規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據。」等關於證據能力之規定。至民國103年，立法院為「保障人權」[43]，進一步刪除第5條第5項「情節重大」等文字，合併第6條第3項及第7條第4項規定，增訂第18條之1第3項規定：「違反第五條、第六條或第七條規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並依第十七條第二項規定予以銷燬。」，另增訂同法第18條之1第1、2項：「依第五條、第六條或第七條規定執行通訊監察，取得其他案件之內容者，不得作為證據。但於發現後七日內補行陳報法院，並經法院審查認可該案件與實施通訊監察之案件具有關連性或為第五條第一項所列各款之罪者，不在此限。依第五條、第六條或第七條規定執行通訊監察所取得之內容或所衍生之證據與監察目的無關者，不得作為司法偵查、審判、其他程序之證據或其他用途，並依第十七條第二項規定予以銷燬。」，是就「實施刑事訴訟程序之公務員」或國家情報安全人員公務員，未依法定程序執行通訊監察所取得證據之證據能力，已有完整之規範，此為刑事訴訟法第158條之4規定之特別法。

私人以錄影、錄音監察他人「有隱私或秘密之合理期待者之通訊」，是否可能適用通訊保障及監察法第18 條之1第3項證據能力之規定？就此，若認為通訊保障及監察法不規範私人，可能解釋為：「私人既不受通訊保障及監察法所規範，其所為當然不受該條文所規範」，然而，若認為通訊保障及監察法亦規範私人，即可能認為：「私人所為通訊監察，既不可能依同法第5至7條程序為之，即係『違反同法第5至7條規定進行通訊監察』行為，因此應一律排除證據能力」。因此，以下先就通訊保障及監察法規範之主體予以檢討。

從立法架構來看，立法者於通訊保障及監察法內，同時訂有刑事訴訟程序之取證程序、證據能力、民事損害賠償、刑事處罰及行政罰之規定，本法適用之主體為何，不免令人產生疑義。若觀察本法立法總說明及同法第5至18條規定，無庸置疑地，應認為本法係關於「實施刑事訴訟程序之公務員」或國家情報安全人

---

42 見立法理由。

43 見立法理由。

員公務員執行通訊監察之程序規範，此外，第22條關於國家賠償、第24條第2項、第27條刑事處罰之規定，亦已明文規範適用之主體為「公務員」，同法中其他明文規定非公務員身份之人適用之條文（如同法第31條關於行政罰鍰之規定，第28條刑事處罰之規定），均係因受委託行使公權力，或因職務或業務關係而與本法通訊監察有關之人，並未逸脫受委託行使公權力之公務員身份。有問題的，是同法第19條：「違反本法或其他法律之規定監察他人通訊或洩漏、提供、使用監察通訊所得之資料者，負損害賠償責任。」民事損害賠償責任及第24條第1項、第3項：「違法監察他人通訊者，處五年以下有期徒刑。…意圖營利而犯前二項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑。」及第25條：「明知為違法監察通訊所得之資料，而無故洩漏或交付之者，處三年以下有期徒刑。意圖營利而犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑。」等規定，因上開條文並未限制適用主體為公務員，一般私人是否可以適用？就此，通訊保障及監察法第19條草案說明明示：「一、人民秘密通訊自由，乃憲法保障之權利，雖為確保國家安全及社會秩序，不得不予以限制而為通訊監察，亦僅得於法律規定之範圍內為之，其有違反本法或其他法律之規定，而為通訊監察或洩漏、提供、使用監察通訊所得資料者，無論其為公務員或一般人民，均已嚴重損及他人通訊權利，為使被害人因此所受之損害，有較多之賠償機會，並為避免被害人對於故意、過失舉證責任之困難，同時亦可藉以督促為通訊監察者為嚴守法律之分際，自宜較民法第一百八十四條第二項所定推定過失，更進一步明定違反者即應負損害賠償責任，使違法者不得以無過失之反證而免其賠償之責，落實對人民通訊權益之保障。…五、參考美國聯邦法典第119章第2520條第1項之立法例。」，第24條、第25條草案說明中明示：「一、任何人未依本法或其他法律規定，而擅自監察他人秘密之通訊者，或明知該資料係違法監察所得而無故洩漏或交付，應負刑責，以貫徹本法保障人民權益之意旨。二、參考英國電信攔截法第1條第1項，美國聯邦法典第119章第2511條第1項第1款、第2款，第4項，我國刑法第315條等立法例。」[44]，自立法理由觀察，應肯定上開規定民事損害賠償及刑事處罰規定均適用於一般私人。通訊保障及監察法中，規定私人所為通訊監察行為，亦有可能侵害他人隱私權及祕密通訊之自由，並明定私人「違法監察」，即應受刑事處罰。依此，以通訊保障及監察法不規範私人而解釋：「私人不受通訊保障及監察法所規範，其所為當然不受該條文所規範」之推論，實不可採之。

然而，若認定私人亦受通訊保障及監察法之規範，是否可直接解釋：私人以錄影、錄音所為通訊監察，全部均屬「違反通訊保障及監察法第 5 至 7 條規定」所為之，依同法第 18 條之 1 第 3 項，應一律認定無證據能力？本文認為上開解

[44] 立法院議案關係文書，院總第 1407 號，立法院第一屆第八十九會期第二次會議議事日程，第 45 至 76 頁，關於條文編號、刑度等，均依黨團協商後訂定之，而與原本提案不同。

釋亦有所疑義，原因如下：立法者於通訊保障及監察法第 18 條之 1 立法理由中，並未指明此條文適用於私人取得之證據，而其立法理由說明為「保障人權」，亦未特別指名私人部分亦有所適用；此外，若仔細觀察通訊保障及監察法第 24 條刑事處罰[45]及同法第 29 條「監察他人之通訊，而有下列情形之一者，不罰：一、依法律規定而為者。二、電信事業或郵政機關（構）人員基於提供公共電信或郵政服務之目的，而依有關法令執行者。三、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。」「阻卻違法事由」[46]之規定可知，通訊保障及監察法中，並未規定私人所為之通訊監察一律違法，舉例來說，若私人「屬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」而為通訊監察，即非屬「違法監察」者，若採上開解釋，將致私人通訊監察所得之證據，無論係合法或違法監察，均因違反通訊保障及監察法第 5 至 7 條規定而無證據能力，此結論與我國刑事訴訟法並未限制私人取得證據之證據能力之架構並不一致，實難認為有理由。

另一種可能之解釋方法為：「通訊保障及監察法雖對私人亦有可能適用，然應依各條文規範之目的予以解釋是否亦適用於私人，而該法第 18 條之 1 應不適用於私人」。其理由為：本法第 18 條之 1 規定之立法目的，顯係特別就公務員違反同法第 5 至 7 條法定程序所取得證據之證據能力予以規範之（舉例來說，倘若公務員未依通訊保障及監察法第 5 至 7 條規定申請通訊監察，然其為通訊之一方，依同法第 29 條規定，該通訊監察並非「違法通訊」，但因其未依法定程序申請即為通訊監察，其所得證據應仍適用第 18 條之 1 規定而無證據能力），此條文文字雖未明示僅適用於公務員之行為，然整體架構解釋上，因私人不可能依同法第 5 至 7 條申請通訊監察，且立法者亦未表示一律禁止私人為通訊監察，是本法條對於私人應無適用，通訊保障及監察法並無限制私人所取得證據之證據能力。然，此結論是否正確？學說、實務界是否贊同此結論？實需進一步檢視。

第三項 小結

本文認為，從法律文義解釋及立法理由說明來看，關於私人錄影、錄音取得個人「外觀」、「行為（包含行為之聲音）」及「無隱私或秘密之合理期待者之

[45] 關於通訊保障及監察法第 24 條規定，因法律文字為「違法監察他人通訊，處…」，將構成要件以「違法性」文字加以規範，抽象不明。就私人所為，縱參酌第 29 條規定，從文義來看，亦僅能推論「若屬通訊之一方或已得通訊之一方同意，而非出於不法目的者」，應非屬「違法通訊監察」，然而，關於其他「違法監察行為」為何，仍然模糊不清，此外，該法與刑法第 315 條之 1 之關係如何？應如何適用？均有疑義，詳如後述。

[46]立法院議案關係文書，院總第 1407 號，立法院第一屆第八十九會期第二次會議議事日程，第 45 至 76 頁。

通訊」部分，並無通訊保障及監察法之適用，刑事訴訟法亦無關於此類證據證據能力之規定；至於私人錄影、錄音取得「有隱私或秘密之合理期待者之通訊」部分，通訊保障及監察法第 18 條之 1 關於證據能力之規定，似乎並無直接適用之空間，而刑事訴訟法亦無明文排除該類證據之證據能力。依前所述，應可認定，我國法律架構中，並無關於私人錄影、錄音取得證據之證據能力相關規範。此結論是否正確？若屬正確，是否適當，對於私人隱私權之保護是否充足？以下將檢視我國實務、學說對此問題之看法。

第二節　最高法院判決

雖然我國為成文法國家，法官身為裁判者，並無創設法律之權力，然而，實務上，我國最高法院作為最高裁判機關，於撤銷或維持下級審判決之過程中，就許多立法者並未明文規範之議題為判斷，對於下級審法官而言，最高法院之判決具有相當之參考價值，亦為我國實務判決意見之代表，為研究本土法學重要之資料。本文使用司法院法學資料檢索系統，設定條件：「私人＆錄＆證據能力-私人不法利益」，搜尋民國 92 年以後之最高法院判決[47]，搜尋結果共 250 餘件，整理與本文研究主題有關之判決並摘錄其內容[48]，將最高法院所為判決予以分類，結果如下：

第一項 私人所為錄影、錄音之證據能力，應類推適用刑事訴訟法第 158-4 規定

有最高法院判決認為：刑事訴訟法第158條之4規定，對於私人所為錄影、錄音，亦有適用，應由法官斟酌後認定有無證據能力。

此類見解之代表為最高法院100年度台上字第5920號判決。本案係被告宋Ｏ蕙被訴誣告案件，犯罪事實如下：被告宋Ｏ蕙與告訴人賴Ｏ倫經由網路MSN認識，案發當日深夜初次相約見面，即前往旅社為性交，被告宋Ｏ蕙明知並未受告訴人賴Ｏ倫強制性交，卻因告訴人賴Ｏ倫事後因故向被告宋Ｏ蕙提出傷害告訴，被告宋Ｏ蕙始於與告訴人賴Ｏ倫性交一年後，以誣告之犯意對告訴人賴Ｏ倫提出妨害性自主之告訴。訴訟過程中，告訴人賴Ｏ倫提出其與被告宋Ｏ蕙為性交行為之錄影帶為證據，被告宋Ｏ蕙認為：告訴人賴Ｏ倫以手機拍攝其與伊性交錄影光碟時，顯應知悉或預見伊未滿十八歲，則告訴人拍攝未滿十八歲之人性交錄影光碟行為應係私人違法取證等語，既係私人違法取得證據…，依法應排除該性交錄影光碟之證據能力。

就此部分爭議，最高法院法官於判決中認為：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員，因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，刑事訴訟法第一百五十八條之四定有明文。

---

[47] 關於民國 95 年以前台灣高等法院之相關實務判決，劉邦繡檢察官曾有精闢之分析，另可參考：劉邦繡，我國審判實務對私人違法取證適用證據排除法則之猶疑，台灣本土法學雜誌第 85 期，第 25 至 47 頁，2006 年 8 月。

[48] 詳細內容如附件甲所示。

其排除違法取得證據之主要目的，在於抑制違法蒐證，防止偵查機關濫用公權力，以確保人民憲法上之基本權。縱其目的在查明案情，亦不能恣意為之，置法定程序於不顧，任意踐踏程序正義，破壞法治國原則，使法律威信蕩然無存。是法院認定有無證據能力，自應依具體個案情形，審酌利弊得失，為適切之取捨。私人違法取證係基於私人地位，侵害他人私權利而取得證據，固非屬刑事訴訟法第一百五十八條之四規定範疇，然基於相同法理，**私人亦不能任意違法取得證據，仍宜審酌其取得證據之目的、違法之程度及所造成之危害，依比例原則決定其證據能力。**又個人之陳述自由，係其個人人格不可侵犯之核心範疇，受憲法及刑事訴訟法之嚴格保障，任何人均不得違法侵犯其陳述自由，如私人故意對被告、證人使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白或證人之證述，因違背其任意性，且有高度虛偽之可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取供，依刑事訴訟法第一百五十六條被告自白法則之法理，自應排除其證據能力。至非實施刑事訴訟程序之公務員，其於執行職務時，違法取得之相關證據，基於貫徹程序正義之原則，其證據能力之認定，亦應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，自不待言。原判決理由謂告訴人拍攝與上訴人性交錄影光碟，並無不法目的，亦未違反上訴人之意願，不適用證據排除法則，而有證據能力，依上開說明，於法並無不合。」。

然而，除此判決之外，本文並未查得其他認定私人所為錄影、錄音，應類推適用刑事訴訟法第158條之4規定之最高法院判決。

第二項 私人所為錄影、錄音，有證據排除原則之適用

最高法院判決中，有一類明白表示私人違法取證，有證據排除原則之適用，若私人違反刑法第315條之1規定為錄影、錄音，即無證據能力。此類判決中，亦多提及通訊保障及監察法第29條第3款係刑法第315條之1規定之阻卻違法事由，若屬通訊之一方為取證之目的而為錄影、錄音，仍屬合法。

此類判決中，本文節錄最高法院98年度台上字第2807號判決為代表。本案係被告4人丁ＯＯ（時任新竹市議會第六屆議員）、甲ＯＯ、乙ＯＯ（均自稱丁ＯＯ之私人助理）及丙ＯＯ（時任新竹市新莊里里長）被訴共同對於職務上行為期約賄賂案。犯罪事實如下：被告丁ＯＯ因擔任新竹市議會建審會委員，得知新竹市政府於下年度將編列十億元土地取得、地上物拆遷補償預算，且陳Ｏ所有之土地中，有編列為「公兒二」公園預定地但尚未徵收者，認為有利可圖，遂與甲ＯＯ、乙ＯＯ及丙ＯＯ等3人共同向陳Ｏ期約賄賂，約定以丁ＯＯ於市議會內推動該「公兒二」預定地之徵收案為條件，陳Ｏ應同意徵收，並將土地補償款新台幣2400萬元以外之金額交予丁ＯＯ等人為期約之賄賂款。雙方約定完成，丁ＯＯ遂

於市議會內提案並通過。此時，陳Ｏ之子黃Ｏ良自中國大陸返回臺灣，得知上開約定，於是主動向被告4人詢問，另又私下向他人探聽，得知補償費達三千八百餘萬元，認為丁○○明知徵收費用之數額，卻向其母親誆稱補償費至多二千六百至三千萬元，使母親誤信，而答應僅拿二千四百萬元，於是與家人約定將來領得補償費後不願支付賄款予丁○○等人。陳Ｏ遂於領取土地補償費3800餘萬之支票數紙後，立即將支票提領匯至各子女名下後，舉家前往中國大陸。訴訟過程中，公訴人提出證人黃Ｏ良得知上開約定後，於92年11月10日在陳Ｏ家中，錄下自己、陳Ｏ、其兄黃Ｏ燦及被告乙○○、丙○○間談話之錄影光碟；及同日晚間在丙○○家中，錄下自己與被告四人對話之錄音帶為證據，但被告甲ＯＯ、乙ＯＯ於上訴時辯稱：證人黃Ｏ良於第一審判決中證稱其錄影之目的係為拒絕給付報酬，以恐嚇被告等四人，應無證據能力等語。

本案中，最高法院法官表示：「刑事訴訟法上『證據排除原則』，係指將具有證據價值，或真實之證據因取得程序之違法，而予以排除之法則。而**私人以錄音、錄影之行為所取得之證據，應受刑法第三百十五條之一與通訊保障及監察法之規範，私人違反此規範所取得之證據，固應予排除**；惟依通訊保障及監察法第二十九條第三款之規定「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」，是通訊之一方非出於不法目的之錄音，所取得之證據，即無證據排除原則之適用。且按刑法第三百十五條之一第二款係規定：「無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論談話或身體隱私部位者，處三年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金」，該款犯罪，必須行為人「無故」竊錄，始得成立。本件證人黃0良為蒐集上訴人等四人向其母陳0行求、期約賄賂之證據，於九十二年十一月十日（按原判決誤載為同月九日）在陳0位於新竹市○○街二０二號家中，錄下黃0良與陳0、黃0燦及上訴人乙○○、丙○○間談話之錄影光碟；及同日晚間在丙○○位於新竹市○○街三三二巷二弄二號之家中，錄下黃0良與上訴人等四人對話之錄音帶，自非屬「無故」，亦非出於不法目的，其復屬談話之一方；且上開錄影及錄音，經第一審勘驗結果，上訴人等四人於錄影光碟及錄音帶內之語聲，分別為其原音等情均無異議，則該錄影、錄音本身，自有證據能力等旨。上訴意旨謂原判決未予詳查，逕採上揭錄音、錄影為判決基礎，自有誤會。」。

除上開判決外，採此類看法者，尚包含最高法院94年度台上字第716號判決、最高法院94年度台上字第1619號判決、最高法院96年度台上字第1969號判決、最高法院98年度台上字第1440號判決、最高法院98年度台上字第2063號判決、最高法院98年度台上字第2513號、最高法院99年度台上字第1648號判決、最高法院99年度台上字第2947號判決、最高法院100年度台上字第6543號判決、最高法院101年度台上字第239號判決、最高法院101年度台上字第723號判決、最高法院101

年度台上字第2101號判決、最高法院102年度台上字第2525號判決、最高法院103年度台上字第1352號判決、最高法院104年度台上字第1210 號判決、最高法院104年度台上字第1789 號判決等。

第三項 私人所為錄影、錄音，無證據排除原則之適用

另有最高法院判決表示「證據排除」僅適用於國家偵查機關違法取得之證據，對私人並無適用。私人所為錄影、錄音，僅在其故意對被告或證人使用強暴、脅迫等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白）或證人之證述時，例外地，應排除該證據之證據能力。

此類判決中，本文節錄最高法院97年度台上字第734號判決為代表。本案係被告3人涉犯違反稅捐稽徵法逃漏稅捐案。事實如下：告訴人佟Ｏ怡、游Ｏ娜二人為夫妻，被告甲ＯＯ、乙ＯＯ為告訴人佟Ｏ怡之父母，被告丙ＯＯ為告訴人佟Ｏ怡之弟。被告甲ＯＯ、乙ＯＯ於民國54年購得Ａ房地，借名登記在被告丙ＯＯ妻子名下，並於民國80年將Ａ房地所有權狀交由告訴人佟Ｏ怡保管。被告甲ＯＯ、乙ＯＯ、丙ＯＯ明知上開房地所有權狀並未遺失，竟基於共同犯意聯絡，由被告丙ＯＯ妻子向地政事務所公務員謊報所有權狀遺失，並申請補發新所有權狀，嗣將Ａ房地辦理過戶移轉登記予次子丙○○，逃漏贈與稅。訴訟過程中，公訴人提出告訴人佟Ｏ怡、游Ｏ娜二人在被告甲ＯＯ、乙ＯＯ、丙ＯＯ不知情之情況下錄音之證據，證明被告3人均知悉Ａ房地所有權狀並未遺失且為告訴人保管中之事實，原審法院（包含地方及高等法院）均認定該錄音帶無證據能力，然而，最高法院法官表示：「…惟查：(一)、刑事訴訟法上「證據排除原則」，係指將具有證據價值，或真實之證據因取得程序之違法，而予以排除之法則。偵查機關「違法」偵查蒐證適用「證據排除原則」之主要目的，在於抑制違法偵查、嚇阻警察機關之不法，其理論基礎，來自於憲法上正當法律程序之實踐，鑒於一切民事、刑事、行政、懲戒之手段，尚無法有效遏止違法偵查、嚇阻警察機關之不法，唯有不得已透過證據之排除，使人民免於遭受國家機關非法偵查之侵害、干預，防止政府濫權，藉以保障人民之基本權，具有其憲法上之意義。此與私人不法取證係基於私人之地位，侵害私權利有別，蓋私人非法取證之動機，或來自對於國家發動偵查權之不可期待，或因犯罪行為本質上具有隱密性、不公開性，產生蒐證上之困窘，難以取得直接之證據，冀求證明刑事被告之犯行之故，而私人不法取證並無普遍性，且對方私人得請求民事損害賠償或訴諸刑事追訴或其他法律救濟機制，無須藉助證據排除法則之極端救濟方式將證據加以排除，即能達到嚇阻私人不法行為之效果，如將私人不法取得之證據一律予以排除，不僅使犯行足以構

成法律上非難之被告逍遙法外，而私人尚需面臨民、刑之訟累，在結果上反而顯得失衡，且縱證據排除法則，亦難抑制私人不法取證之效果。是偵查機關「違法」偵查蒐證與私人「不法」取證，乃兩種完全不同之取證態樣，兩者所取得之證據排除與否，理論基礎及思維方向應非可等量齊觀，私人不法取證，難以證據排除法則作為其排除之依據及基準，應認**私人所取得之證據，原則上無證據排除原則之適用**。惟如私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白）或證人之證述，因違背任意性，且有虛偽高度可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，例外地，應排除該證據之證據能力。…原判決理由說明『公訴人雖依錄音帶及其譯文為不利於被告甲○○、乙○○、丙○○之認定，然上開錄音帶及其譯文均係告訴人佟Ｏ怡、游Ｏ娜二人於甲○○、乙○○、丙○○不知情之情況下所錄，此為渠等所是認，則佟Ｏ怡、游Ｏ娜二人因此取得之錄音帶及譯文能否資為證據，已有疑義，且本案辯護人對此部分之證據能力亦有所爭執，從而，本院酌以該錄音帶及譯文無涉於國家安全及社會秩序，及取得手段可議等情，認為該錄音帶及譯文不具證據能力』等語（見原判決第六頁倒數第五至十三行），未審酌告訴人自行所取得之證據有無正當理由及該證據是否以暴力方式取得，即將佟Ｏ怡、游Ｏ娜二人所錄甲○○、乙○○、丙○○錄音及其譯文等所取得之證據，依「證據排除原則」一律予以排除，揆諸上開說明，即有調查職責未盡及適用證據法則不當之可議。」，因而將原判決撤銷發回。

除上開判決，採此類見解者，尚有最高法院97年度台上字第560號判決、97年度台上字第4889號判決、最高法院98年度台上字第578號判決、最高法院99年度台上字第3168號判決、最高法院101年度台上字第845號、最高法院101台上字第3561號、最高法院103年度台上字第419號判決、最高法院104年度台上字第2628號判決等。

第四項 小結

整理上開最高法院判決可知，我國最高法院就私人所為錄影、錄音之證據能力此一問題，主要可區分為兩類見解，其中之一認為：「私人為錄音、錄影，若屬違法，應適用證據排除原則，認定無證據能力」，另一類見解則認為：「證據排除原則僅適用於國家偵查機關之違法偵查行為，不適用於私人，原則上私人所為錄影、錄音應均有證據能力，僅於特殊例外情形：如私人以強暴、脅迫方式取得上開證據，始得排除證據能力。」。

從數量上來看，認為：「私人為錄音、錄影，若屬違法，應適用證據排除原則，認定無證據能力」之見解，似為最高法院之多數意見。然而：（一）關於私

人所為取證行為，何以亦有「證據排除」原則之適用，最高法院判決並未敘明理由，不免使人產生疑惑。（二）再者，我國刑事訴訟法及通訊保障及監察法關於證據能力之規定，除少數因程序之違反直接排除證據能力外，依刑事訴訟法第158-4條規定，縱使政府機關偵查人員違反法定程序取得證據，尚須由法官「審酌人權保障及公共利益之均衡維護」，決定有無證據能力，何以私人「違法」為錄影、錄音，在法律無明文規定下，即可認定一律排除證據能力？（三）其次，上開判決中，認定私人「違法」為錄影、錄音之標準，多係以刑法第315條之1規定為標準，就其他法律規定之違反，並未說明之。以本文所節錄之最高法院100年度台上字第5920號判決為例，告訴人賴O倫所為錄影，應係犯兒童及少年性交易防制條例第27條規定（104年2月5日修正後兒童及少年性剝削防制條例第36條規定），屬違法行為，若以此標準檢驗之，是否亦可認定無證據能力？再進一步觀察，我國刑法第315條之1規定，係於民國88年4月21日增訂施行之，內容為：「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：一、無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開之活動、言論或談話者。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、言論或談話者。」[49]，然我國通訊保障及監察法第24條，係於民國88年7月14日制定施行，明文規定：「違法監察他人通訊者，處五年以下有期徒刑」[50]，且於立法理由中已明示私人亦可適用此法條。通訊保障及監察法第24條規定與刑法第315條之1此兩規定間，適用之關係如何？至少就私人錄影、錄音「有隱私或秘密之合理期待者之通訊」部分，若無通訊保障及監察法第29條規定之阻卻違法事由，即應有通訊保障及監察法第24條之適用，然而，最高法院於此類案例中，均未引用此法條，而直接引用刑法第315條之1作為私人錄影、錄音是否「違法」之標準，並進一步引用通訊保障及監察法第29條規定為該法條之阻卻違法事由，法律適用是否正確，亦非無疑義。

至於另認為：「證據排除原則僅適用於國家偵查機關之違法偵查行為，不適用於私人，原則上私人所為錄影、錄音應均有證據能力」之見解，詳細敘述私人取證與國家偵查之不同，及私人取證不適用於證據排除法則之原因，明確表示：<u>證據排除法則，亦難抑制私人不法取證</u>。在我國法律體系之架構下，此見解似乎

---

[49] 刑法第 315 條之 1 及第 315 條之 2 為民國 88 年 4 月 21 日增訂施行，立法理由分別為：「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。」

[50] 通訊保障及監察法第 24 條，因法律文字為「違法監察他人通訊，處…」，將構成要件以「違法性」文字加以規範，抽象不明。就私人所為，縱參酌第 29 條規定，從文義來看，亦僅能推論「若屬通訊之一方或已得通訊之一方同意，而非出於不法目的者」，應非屬「違法通訊監察」，然而，關於其他「違法監察行為」為何，仍然模糊不清。

最符合我國法律體系之規定，亦即私人所為錄影、錄音，若有違反其他刑罰法律規定之情形，雖屬違法而有刑罰，但不影響該證據之證據能力。然而，此類見解雖於前段明文為上開論述，卻於後段創設例外之情況，亦即「如私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白）或證人之證述，…基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，例外地，應排除該證據之證據能力。」，然而，既然已認定證據排除法則，亦難抑制私人不法取證，何以於此類情況，又予以特別排除？此外，在法律無明文規定之情況下，於判決中創設法律未予規定之要件，是否適當？採此類判決結論，是否可能造成隱私權保護不足之結果？

第三節　學界之意見

我國有多位學者於相關論文中，曾介紹「法規範一致說」（或「法秩序一元說」）此一學說意見。此說認為國家不應一方面處罰私人的違法行為，一方面卻使用私人違法行為的成果，若私人違法取得的證據在訴訟上有證據能力，將造成國家法律體系的矛盾，損及法治國原則，國家經由實體法建立的法律規範將失去意義，國家也宛如不法行為的窩贓者，依據國家行為一致性及司法程序正直性等理論基礎，私人違法行為所得之證據在審判程序應受到排除[51]。然而，此說在我國並沒有得到任何學者的贊同。

我國學者對此問題，主要可區分為幾種見解：有認為我國刑法第 315 條之 3 規定表示我國立法者已明白表示私人違法為錄影、錄音，無證據能力；有認為刑事訴訟法第 158 條之 4，對於私人所為取證行為亦應有適用，是私人為違法錄影、錄音行為，其所得證據，亦應由法官為利益權衡後，斟酌後認定有無證據能力；有引用德國學說意見，認應依「自主性證據使用禁止原則」判斷之，亦有認為我國立法者並未對此問題為立法規定，故原則上私人所為錄影、錄音應均有證據能力者。以下介紹我國學界之意見。

第一項 立法者以刑法第 315 條之 3 規定為依據，明白表示私人違法為錄影、錄音，無證據能力

有學者認為，若法律未為明文規定，法官無權、亦無法源依據排除有證據價值之證據。然在私人為錄影、錄音時，依刑法第 315 條之 3 條規定，立法者已明文表示私人違法所為之錄音、錄影等物品應予沒收，表示立法者不願意此類物品之內容再度被播放，為他人所知，使得被害者隱私權再度受到侵害，因此違反刑法第 315 條之 1 規定所得之證據，不得在其他案件之審判中被使用，而無證據能力。[52]

---

[51] 李佳玟，在場人錄音之證據能力（下），台灣本土法學雜誌，118 期，第 110-118 頁，2008 年 12 月 15 日。吳巡龍，私人不法取得證據應否證據排除-兼評最高法院 92 年度台上字第 2677 號判決，月旦法學雜誌，108 期，第 223-235 頁，2004 年 5 月。

[52] 王兆鵬，私人違法錄音、錄影、監察之證據能力，搜索扣押與刑事被告的憲法權利，第 116-120 頁，2003 年。

第二項 私人所為違法錄影、錄音，應依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定審酌證據能力

有學者認為，就私人違法取得之證據，法院應類推適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，進行「人權保障及公共利益之維護」的審酌，該條文之立法理由所列舉之項目包含：違背法定程序情節之輕重、違背法定程序時之主觀意圖、侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重、犯罪所生之危險或實害、禁止適用證據對於將來違法取得證據之效果、偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性，及證據取得之違法對於被告訴訟上防禦不利益之程度等，於私人違法取證時，可提供考量之標準，此說所提供之彈性，對於個案正義之實現將有助益。採此類見解之學者，有更進一步具體說明表示：若私人違法為錄影、錄音，係以暴力方式取證，或侵犯他人極為隱私之領域，則該證據應絕對排除，無利益衡量的餘地，至於其他要素，則可以利益衡量方式予以審酌，且私人違法取證之審查標準，應較公務員違法取證者為寬鬆。[53]

第三項 私人所為違法錄影、錄音， 應由憲法上國家保護義務判斷有無證據能力

採此說之學者，從憲法課予國家保護義務出發，認為當立法者已經在實體法的層次進行制裁時，在程序法上應考量是否存在「以證據排除之方式提供保護」之迫切性，以免判決將造成「國家保護不足」而違憲。例如：私人使用強暴、脅迫方式取得證據，國家若未在程序上將證據排除，便未對受侵害者提供足夠的保護。又例如：在通姦罪案件中，國家無蒐證的期待可能性，而證據又無可替代，私人違法取證應準許在訴訟上使用之。[54]

第四項 私人所為錄影、錄音，需透過「自主性證據使用禁止」原則判斷有無證據能力

---

[53] 李佳玟，在場人錄音之證據能力（下），台灣本土法學雜誌，118 期，第 110-118 頁，2008 年 12 月。

[54] 楊雲驊，賠了夫人又折兵？-私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理，台灣本土法學雜誌，41 期，第 6-10 頁，2002 年 12 月。

採此說之學者認為，無論從「嚇阻違法取證」、「禁止國家收贓」、「履行基本權保護義務」或「國家無法合法取證」等理論基礎，均無法解決私人所為錄影、錄音證據能力之疑問，私人所為錄影、錄音，需透過德國學說上「自主性證據使用禁止」原則判斷。詳言之，採此說之學者，認為私人所為錄影、錄音證據，與一般國家偵察機關蒐集之證據，均須透過相同之檢驗。所謂「自主性證據使用禁止」原則，係指縱使取證程序合法（不論國家或私人），倘若有更高價值之維護，亦有可能禁止法院使用特定之證據。若屬私人取證，則法官應透過證據能力之概括規定（即刑事訴訟法第 155 條第 2 項）取得司法續造之基礎，再就個案依比例原則審查。[55]以私人所為錄影、錄音為例，應先調查該錄影、錄音對於隱私領域、不自證己罪等特權的干預程度，是否已經重大到無法以所追求的追訴利益予以正當化。在此衡量的基準之下，私人以強暴、脅迫被告自白時，國家若使用此一類似刑求之自白，將形同再度干預被告不自證己罪之特權，此一現代刑事訴訟程序所應遵守的根本價值，無法以任何追訴重大犯罪的利益而被相對化，又例如，在通姦罪案件裡，國家透過調查他人盜攝之性交錄影，所干涉的可能是人類生活裡最核心的隱私領域，此一干預原則上無法以追訴通姦罪的公共利益被正當化。[56]

第五項 私人所為錄影、錄音，有證據能力

採此說之學者，認為我國立法者並未明文規定關於私人所為錄影、錄音之證據能力，而刑事訴訟程序仰賴證據發現真實，倘若大量排除證據，事實可能永無被發現之一日，非無必要，實不應為證據之排除；再者，私人並非如犯罪偵查機關以證據之偵查及蒐集為職業，亦無公權力介入至其他私人無法抵抗，其偶因被害或其他緣故為違法蒐證行為，並無反覆為之之動機，不排除私人違法取證，當無造成鼓勵私人違法取證之可能性，況且，私人為違法取證時，被害之一方尚可使用法律上之手段為救濟、對抗，並無保護不足之問題，因此，原則上私人所為錄影、錄音應有證據能力。[57]但採此說之學者中，亦有認為在特殊例外之情況下，即私人以強暴、脅迫方式取得錄影、錄音之證據時，已嚴重違背基本人權及法律的核心價值，依刑事訴訟法第 156 條第 1 項規定及我國最高法院 28 年上字第 2530 號判例明文：「依刑事訴訟法第二百七十條第一項規定，被告之自白雖與事實相符，仍須非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他之不正方法，始得為證據，此項

---

[55] 林鈺雄，刑事訴訟法上冊（總論篇），第 593 頁，2007 年 9 月 5 版。

[56] 薛智仁，禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎-兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決，政大法學評論，第 121 期，第 95 至 97 頁，2011 年 6 月。

[57] 劉邦繡，我國審判實務對私人違法取證適用證據排除法則之猶疑，台灣本土法學雜誌第 85 期，第 25 至 47 頁，2006 年 8 月

限制，原以被告之自白必須本於自由意思之發動為具備證據能力之一種要件，故有訊問權人對於被告縱未施用強暴、脅迫等之不正方法，而被告因第三人向其施用此項不正方法，致不能為自由陳述時，即其自白，仍不得採為證據。」，應認為私人為強暴、脅迫取得被告自白時，該證據之證據能力應予排除，若以此法對於證人為強暴、脅迫取得供述時，應類推適用刑事訴訟法第 156 條第 1 項規定，排除證據能力。[58]

第六項 小結

整理上開學界文獻之意見，可發現我國學者分為兩類，其中一類認為，若法律未為明文規定，法官無權、亦無法源依據排除有證據價值之證據，另一類則認為，雖無明文規定，私人取得證據，仍適用證據排除原則。

認定私人取得證據仍適用證據排除原則之學者，如本節第二項、第三項或第四項所示。然而，我國關於證據排除原則之明文規定為刑事訴訟法第 158 條之 4，該條文於法條文字中，已明文表示該條文規範之對象為「公務員」，於立法理由亦未明文表示可適用於私人之情況下，是否適合將該條文類推適用於私人？況且，公務員所為取證程序，有刑事訴訟法或其他訴訟之特別法上之特殊規定，為立法者經考量後以法律規範者，與實體法上規範「違法」之事項，其立法目的未必相同，是否適合使用同一法律規定（即刑事訴訟法第 158 條之 4）為審酌？再者，公務員為取證行為，均有法律明文規定之程序，倘若未依法律規定為之，即可歸類於違反法定程序之取證行為，然而，私人所為是否違法，係以私人所為行為，明確違反法律規定之構成要件為準，亦即私人所為是否「違法」，尚須經過法官就該行為與法條之構成要件、違法性、罪責等要件予以演繹後始能確定，若須先確認該行為「違法」後，再由法官為刑事訴訟法第 158 條 4 利益權衡之斟酌，將增加判決高度之不確定性。此外，其餘學者所引用之見解，為德國盛行之學說，並無我國實體法律之依據，亦非我國學界通用之法律見解，個案審酌後，可能產生南轅北轍之判斷結果，亦有高度不確定性之缺失。

我國學者中，認為若法律未為明文規定，法官無權、亦無法源依據排除有證據價值之證據採此類見解者，可再區分兩種，分別如本節第一項、第六項所敘述。然而，本節第一項所述之論述（即認為立法者於刑法第 315 條之 3 規定已明文排除證據能力），實難為一般人所接受。蓋證據能力之認定，為程序法之判斷，

[58] 吳巡龍，私人不法取得證據應否證據排除-兼評最高法院 92 年度台上字第 2677 號判決，月旦法學雜誌，108 期，第 223-235 頁，2004 年 5 月。吳巡龍，私人取證，月旦法學教室，133 期，第 36-38 頁，2013 年 11 月。

而行為人之是否違法，係實體法之判斷，兩者間，可否以「沒收」之規定作為連結？我國立法者於刑事訴訟法及通訊保障及監察法中，均對於證據排除之要件為明確之規定，法條文字中，亦明文為「不得作為證據」之表示，倘若立法者確實認為私人所為違反刑法第 315 條之 1 之違法錄影、錄音證據應一律排除證據能力，實無需以「沒收」規定為迂迴表示，直接以法律條文明文規定之即可。舉例來說，若公務員未依通訊保障及監察法第 5 至 7 條規定為通訊監察，為違法監察，其所得之證據，即適用同法第 18 條之 1 決定證據能力，而非依通訊保障及監察法第 26 條沒收違法監察所得之物之規定，作為決定證據能力之法律依據，若認私人所為錄影、錄音，可為上開解釋，將產生邏輯及論證之矛盾。本節第六項所敘述之意見，似與本章第一節所得結論最為類似，無論從我國刑事訴訟證據能力之演進過程，或由我國現行刑事訴訟法、通訊保障及監察法之法律規定，或實際上訴訟進行之公平性及需求等觀點，應認此一結論較屬可採。