

# 論偵查方法及其取得證據之適格性

張麗卿\*

## 目次

### 壹、序言

### 貳、像片與錄影帶之應用

- 一、像片與錄影帶之特性與功能
- 二、像片證據之分類及證據能力
- 三、錄影帶證據之取得與證據能力

### 參、通訊竊聽之應用

- 一、通訊竊聽之違法性
- 二、通訊竊聽之方法及認定標準
- 三、通訊竊聽證據之證據能力

### 肆、結 論

## 壹、序言

刑事偵查方面，因電子儀器方面之成就，亦因而蒙受其惠有了許多有效之工具，可以秘密地用於刑事案件上，以竊取犯人或犯罪嫌疑人之犯罪嫌疑，以之為犯罪之證明或證據。正因偵查人員使用電子科學儀器以偵查犯罪之案件急遽增加，對於現代社會生活產生極大之衝擊。也因為使用電子儀器以實施犯罪偵查，常使被偵查者陷於不知而自證犯罪，而此種對於人民生活平穩之無形壓迫，諸如照像、錄影、竊聽等皆關係到人民基本權利之保障。然而此種權限之保障和偵查機關之犯罪權限立於相對立之立場，若放縱偵查機關對照像、錄影、竊聽之權限，則人民之權利必受到相當之限制，因而如何明確劃分偵查機關合理之偵查權限以限制其濫用，而避免危及人民之基本權利，實為重要課

題。本文擬就目前偵查機關較為普遍使用方法的三種加以論述，冀能對近來之集會遊行等活動及彩虹專案等相關之法律問題有更深一層之認識，堪供我國法制之參酌。

## 貳、像片與錄影帶之應用

### 一、像片與錄影帶之特性與功能

像片乃是有原始的景物，透過由透視鏡組成之照像機鏡頭，由攝影者輕按快門，原始的景物即經光線反射到感光底片，再經沖洗手續的底片或像紙。錄影帶是利用電子攝影機，將特定之原始的景物（畫面）轉變成電子訊號，透過磁頭產生磁力線而磁化錄影帶上之粒子，將其訊號保存在磁帶上，當要使畫面重現時，只須使磁帶經過磁頭，使其產生相同之訊號，即可使螢光幕上產生與原來錄製時相同之畫面。因此，像片及錄影帶可以說都是攝影者利用照像或錄影器材，將其所欲留存之影

\* 本系兼任講師

俾予以記錄之科技產物。此二者文明產物，具有以下幾種共同之特性：

(一)事實的再現性 像片及錄影帶皆係依機械力之使用使某種事物的狀態予以再現。證據則是利用過去事實再現的價值而產生，故就事實再現的證據機能言，兩者是有本質上之差異（註一）。蓋照像及錄影能使人們先前稍縱即逝的表情與舉動，成為可以掌握的紙片（像片）或膠帶（錄影帶）。

(二)精確性 由於科技的進步，使得照像或錄影器材愈來愈加精密。因此，除非照像或錄影者基於其他目的或企圖加以特意製作或變造扭曲外，其所攝得之像片及錄影帶的精確性，乃是無庸置疑的，甚且較人類的記憶更勝一籌而具有較大的說服力。

(三)複製性 由於照像或錄影係對原始的景物加以描繪，並能使之以完全相同的狀況之事實的再現。因此，其所攝得之內容，幾乎是原所攝影對象之複製，如無原始對象之存在即不可能產生複製之內容。並且由於底片和磁帶，亦使本身具有複製之性質，能將相同之內容，加以大量沖洗複製，使其更加容易流傳或保存（註二）。

(四)變造之可能性 照像及錄影之內容，由於科技之發達，使其再現的事實具有高度的真實性與精確性。但由於照像及錄影須經人爲之操作使用，因此難保不有人爲之動機或企圖的加入，而加以變造或摻假之可能，使其可信賴度因而降低。因此，在實際採用此等證據時，須對其製作過程及狀況加以特別注意或慎重調查，而此種「信用性擔保」之必要，通常都須傳喚製作者到庭作證，以便擔保此等證據之真實性（註三）。

雖然有主觀意識的介入，而使得像片及錄影內容有變造之可能性，但是由於其所具

有使事實再現的特性及高度的精確性及複製性等特質，遂使其作為訴訟實務上之證據時，具有重要之功能，而不能忽視其在訴訟程序上證明犯罪之重要性。

(一)輔助與補強之價值 像片之內容可以用來輔助或協助證人證言之陳述，學者 Mckeluey 並將此種解釋或輔助證人之證言的像片證據，歸類於圖解證據 (Illustrative Evidence)，並因其係在解釋或輔助之功能，故其與解釋證人之證言無關連性時，則無獨立之證明價值（註四）。錄影帶之內容則可用來增加或擔保主證據之證明力。例如，犯罪現場之錄影或嫌犯在犯罪現場所作之實地表演都可作為被告自白之補強證據。

(二)使記憶鮮明 證人欲具結作證，可以藉由像片及錄影帶之內容，來幫助證人產生鮮明之回憶，而得為更正確之陳述，但是此種情形亦可能產生引導證言之結果，因此不得不慎重（註五）。

(三)顯現原始的犯罪行為 如果像片或錄影帶之內容，係在犯罪當場所攝製，則必因其能充分顯現犯罪現場之情節或狀況，因此能作為證明犯罪行為或原始事件之證據，此亦即像片及錄影帶所具有使事實再現之特性。

(四)獨立之證據 像片及錄影帶本身可作為系爭犯罪之主體，因其係有效的代表所看見事物之證明方法，能夠代替證言，具有獨立的證據價值。例如，具有猥褻內容之像片或錄影帶，可作為刑法第二百三十五條散佈販賣猥褻物品罪之直接證據。

## 二、像片證據之分類及證據能力

有關像片證據之分類，英美法系與大陸法系之學者見解有所不同，茲就美國、日本

及我國學者之看法，加以說明其分類及證據能力。

#### (一) 美國

美國學者通常將像片證據分為以下幾種（註六）：

(1)普通像片 普通像片係指通常由社會上各年齡、階層及攝影師，使用普通之照像機所拍攝之像片。普通像片經由法院合法之確認，如其與所拍攝之主體有關聯性及重要性，則通常皆被容許。此種像片又可分為①顯示無生命之像片，此種無生命之客體的像片，有較廣泛之容許性，因其較不易因時間之經過而有所改變。例如，因汽車碰撞蒙受傷害而起訴，於碰撞後十八個月所拍攝之高速公路之像片，其被容許並非違法，因為在證據之觀點上，高速公路之情況並沒有重要之改變。②顯示有生命之像片，有生命之客體因受到生長、衰退或肉體之變化而經常改變，因此僅於較小的範圍內容許之。一般言之，此類像片乃用以顯示某特定時間受傷，手術、傷害或因此所致之結果，或顯示意外事件發生時，樹木、草叢等與街道及鐵路之關係。

(2)特殊設計像片 經由人工預先擺設之客體或景像所拍攝之像片，即所謂之特殊設計像片，此類像片原則是不可容許其顯示原本之存在、外表或狀況，僅能作為某種輔助證據，而不能作為系爭主要或間接事實之原本證據，否則即可能違反傳聞法則而遭排斥。

(三)犯罪重演之像片 此種像片通常係用以解釋被告之自白以顯示其犯罪之重演，或係用以作為證人關於犯罪時、地、人及物之位置的直接口頭證言之說明，故其係屬說明性之證據，僅於景像之正確無爭執時始可予

以容許。

(四)航空像片 依照普通像片之同一法則，航空像片經由熟悉所證明事物之證人，證實所攝得之景像係真實之重現，或經由拍攝者到庭說明後可予容許。此等像片於土地徵收之案件中，因係爭財產之本質，即係以航空像片為最佳之證明。

(五)放大像片 凡使現場情景較原片更為清晰之放大像片，由於能把原件所有記號均顯現出來，指證人易於辨認及指出所爭論之物與其所在，故經相當之鑑定後，證實能正確描述現場應予容許。一般均用於有爭執之文書案件中，因能藉放大的效果，使系爭文書之品質、性質更加清晰、明確，而得以確認其真偽。

(六)X光像片 X光像片之容許性，在今日已被廣泛地承認。X光像片之證據基礎，係建立在X光儀器乃可接受之儀器，只要經過合格操作員在適當工作過程操作後，除非有理由懷疑X光像片之精確度，專家證人往往直接推定該底片之記錄係精確的，而直接進行解釋像片之證據力。

#### (二) 日本

日本關於像片證據之分類及證據能力，向來實務和學說見解，相當分歧，在昭和五十九年以前尚無最高裁判所之判例，下級審之判決也未一致（註七）。不過大致說來日本學界對像片證據之分類及證據能力，可歸納為下列四種而分述之。

(一)純粹是證物之像片，所謂純粹的證物，指如刀劍、手槍之證物，被拍攝體都有科學正確性，如以彩色底片拍攝，則其形態和色彩都正確。實務上就此等像片證據，並無判例，理論言之，此類像片並未包含供述之成份，故無須賦予對造反對訊問之機會，只要

與被告之犯行具有關聯性，即可承認其具有證據能力（註八）。但亦有認為此類像片乃「證物之代替物」，僅在原物滅失或有提出困難之情形下，且證實原物之存在及同一性時，才認為與原物有同一之證據能力（註九）。至於在像片上，除攝影者之簽名外，並記載證明文字時，其證明文字依照傳聞法則之規定，不承認其證據能力（註一〇）。

(二)文書之像片，文書包括了以供述筆錄所記載內容作為證據之證據書類，及以文書本身作為證據之文書證據二種，此類文書之像片被攝體係文書之原本，故該像片實質上與文書之謄本實現相同之效果（註十一）。就謄本之證據能力言，應以書證之原本滅失或有其他難以提出之情況時，如謄本經證實與原本有同一性，即得就謄本本身為證據調查之請求，只是謄本之證據能力，應依原本之證據能力認定（註一二）。如原本係毀謗名譽罪之毀謗文書，本身即屬證據，不適用傳聞法則，其像片當然也不適用傳聞法則；但原本如係檢察官面前之記錄報告書，則其像片即有傳聞法則之適用（註一三）。

(三)附在勘驗報告書，實況調查報告書及鑑定書之像片，此類像片與報告書，鑑定書之一部分，與其內容有密不可分之關係，其僅是報告某事實之補助或解釋說明，為供述內容之一部（註一四），其證據能力依照此等報告書或鑑定書之證據能力如何而定（註一五）。

(四)現場像片 此種像片包括建築物、風景、犯罪行為等像片，其重點在犯罪行為之場所，對該種像片之證據能力認定，學說及實務之見解並不一致，主要在於是否有傳聞法則之適用，亦即供述證據與非供述證據之爭論，可為三種學說（註一六）。

### (三)我國

我國學者將利用像片做證據之情形分為三種；①將文書文件拍成像片之情形；②將像片附於供述而做為供述內容之部分情形，如將像片當做補充說明（此種情形之像片，即稱為圖解證據或說明證據）；③將像片當做獨立之證據的情形，如證人不能確認某事物，或人物時，向其提示現場像片，使其根據像片來指認（此種情形之像片，即稱為狹義的像片證據）（註一七）。茲就前述利用像片做證據之情形，逐一討論其證據能力：

(一)以像片做為物證之複本的證據能力 由於我國係採直接審理主義，依實體的真實發現主義之立場，凡能證明待證事實之證據，均得採納，且我國又採取證據排除和最佳證據法則（註一八），再依職權主義之理論，可否以之為證據加以調查，法院亦有裁量權，故此種像片之證據能力，乃屬原來之文書、文件之證據能力問題，只要像片所攝影之文書，文件與原來之文書、文件完全相同時，其像片之證據能力則取決於原來之文書、文件（註一九），此即若以像片為物證之複本者，以之為證據時，其關係與「文書之謄本」同，而謄本之證據能力又決定於原本之證據能力而認定（註二〇）。

(二)以像片為供述之一部者的證據能力 此類像片之提出，通常是附在勘驗筆錄或鑑定書或證言而附帶提出，因此與筆錄或證言之內容有密不可分之關係，而為其一部份，然其僅是報告某事實之補助或解釋說明，因此其證據能力依照像片所附之勘驗筆錄或證言來判斷（註二一）。

(三)以像片做為獨立證據的證據能力 此種狹義的像片證據能力如何，學者說法不一，大抵是供述證據與非供述證據之爭論。認

為係供述證據應適用傳聞法則者以為：此種像片，係錄取攝影者之體驗，故為供述證據。然有認為此種像片係物證，並非錄取攝影者之體驗，係利用機械力客觀自動的錄取，故並非供述證據，因此不適用傳聞法則，得無條件為證據，但為防止其偽造，應調查攝影者之攝影經過（註二二）。亦有認為此種像片證據本身之性質，係屬一種代替勘驗之目的物，並非供述證據，然既以像片來代替實際之勘驗，則必須限於實際之勘驗有困難或不能做時，拍攝勘驗現場或勘驗物之像片，始具有證據能力，如拍攝竊盜現場之像片，具有證據能力，但是拍攝留在現場凶器的像片，原則上，不能以該像片來代替現存之凶器，而認其具有證據能力（註二三）。

### 三、錄影帶證據之取得與證據能力

錄影帶證據是以透過放映機在銀幕上的流動影像做為證據資料，非如像片係靜止之畫面，而是有影像流動的連續的投影之基本性格；而且若有聲之錄影帶，更可將聲音收錄在磁氣帶後，以光學之變化，印入影片之中（註二四）；由於將犯罪事實記錄之錄影帶，乃是對事實加以觀察，經記憶後再經回想，始將事實予以再現的影片，因此與目擊證人之供述有非常相似之性格，故在訴訟實務的證據認定上，有着不可抗拒之魅力。茲就其取得方式及證據能力分述之：

（一）錄影帶證據之取得 由於錄影帶證據之取得，關係到憲法上所賦予人民之基本權利。尤其是違法取得之錄影帶證據，對於人民之隱私權或人性尊嚴等，都會造成直接而難以彌補之侵害，故在探討錄影帶之證據能力前，應對其取得方式及其許容性加以了解。

（1）機關行庫內之監看與錄影：目前各機

關行庫中，大都基於管理或安全之理由，設置了監看及錄影之設備。其中尤以銀行、郵局、書店、超級市場、圖書館等機構最為普遍。由於這些機關行庫中的監看和錄影設備，大都均為公開設置，可為一般人看見並習以為常，故以此種方式所錄取之錄影證據，既處於一般人所得知之狀況下錄製，一般人一旦欲進入此類場所，即應有默示同意之意思或至少應認其寧願承擔被錄影之風險。而且此類機關行庫所設立之此種裝備，係以機械力操縱，並非由人為控制，通常較無被濫用或造假之虞，故依此方式所取得之錄影證據，應有許容性（註二五）。

（2）對報導機關所有之錄影帶的證據採用：新聞報導機關為了報導事實而拍攝錄影帶，再經過電視或電影等手法將事實傳達而使人知悉事實之真像。此種報導自由和國民的知的自由與權利，有互相表裏之關係，蓋從報導機關言固是指從事報導者之自由；然從國民方面言則是國民接受報導之知的權利與知的自由。且由於報導自由乃是以取材自由為前提，若報導者之取材自由受到限制，則報導自由與國民的知的自由，亦將受到限制。因此，要保障報導自由必須也同時保障取材之自由（註二六）。

由於報導機關所報導之事實，有時會牽涉到犯罪案件現場之實況或其他內容，且因係本於正確報導消息之目的，故較能立於客觀平實之立場拍攝，其所拍攝之畫面，應有信賴科學之正確性，則司法機關可否對其加以扣押或命令報導機關提出作為證據，便產生了「實體的真實發現」與「報導取材自由的保障」之尖銳對立問題（註二七）。

德國刑事訴訟法關於此問題，於第九十七條第五項規定：「如文件，發音畫面或記

載日、模寫物或其他表現物，係依第五十三條第一項第五款所稱之人所持有時或存在於編輯，出版所，印刷所或電臺者，不得予以扣押。」（註二八）。其不但承認報導機關有拒絕證言權（第五十三條第一項第五款）（註二九）；同時對此類人所持有之物，亦禁止扣押，其充分保障報導取材自由之態度值得吾人重視及引以為鑑。

日本對於此一問題，刑事訴訟法上雖無明文規定，但於昭和四十三年一月十六日發生的「博多車站事件」最高裁判所曾為下列宣示：「是否容許對報導機關的取材所得之物為提出之命令，一方面應考慮被審判者之犯罪性質，態樣，輕重以及取材所得之物為證據之價值，及對實現公正的刑事裁判有無必要性；他方面亦應比較衡量對取材所得之物為證據提出之命令，將妨礙報導機關取材自由的程度及影響報導自由等其他各種之情形，因此即使在不得不承認將其作為刑事裁判之證據而使用時，亦必須考慮使報導機關因此所受之不利益，不致超過必要的限度。」（註三〇）基本上日本對於報導機關所拍影片之證據採用，係建築在「有無必要性」之前提，故如非屬超越必要性及緊急性之證據，仍可採用，此即「相對排除法則」之見解（註三一）。

(3) 偵查機關所為之以搜證為目的之預防性錄影：偵查機關所為此之預防性錄影，大抵係對遊行、示威、集會等集體行動而為之，例如，選舉期間之政見發表會、街頭的遊行示威等。由於人民以示威、遊行之方式，來表達對社會問題之態度與看法，係屬於憲法上保障集會自由之一部分。因此，對於示威、遊行或集會等集體行動，以預先收集可能之犯罪證據為目的，而進行拍照或錄影等

之探證工作，仍難謂會影響人民所享有之集會或遊行等自由。

日本在下級法院之判決雖曾認為個人參加遊行、示威等集會活動時，即表示了其個人隱私利益的拋棄。因此，為對此行為所進行搜查之攝影，可以被容許。但是此種「利益拋棄論」却受到學者鴨良弼先生之強烈批評，氏以為此種權力為背景之犯罪搜查情形，必須加以嚴格之限制（註三二）。此爭點在於未經當事人同意所拍攝之影片，是否有侵害肖像權，及以此方式取得證據，是否有證據能力。

日本最高裁判所昭和四十四年十二月二十四日大法庭之判決謂：「任何人在未經承諾前，擁有不受拍攝容貌之自由，但在現正進行犯罪或實行剛完了時及有證據保全之必要性及緊急性，且攝影不超過一般容許限度，而以適當方法執行時，並不違反憲法第十三條之規定，仍得以拍攝。」日本學者通常據此判決而認為人們享有肖像權（註三三）。此即，偵查機關如無正當理由，任意攝影個人之容貌、姿態時，即侵害個人之肖像權，違反憲法第十三條之意旨，不被容許，但是個人的所有自由亦非受無限制之保護，故為了公共福祉之必要時，得對其做相當之限制（註三四）。因此，此種預防性的攝影探證，原則上應在對現行犯或準現行犯及具有保全證據之必要性和緊急性之情況下才得為之。

由於我國憲法，祇規定保障人民之秘密通訊自由，因此，對於侵害肖像權尚不生違法搜集證據之問題。然吾人以為，在經依合法程序所允許之示威遊行集會等集體活動，除非該遊行示威集會等行動已產生犯罪行為，而有立刻搜證之必要性或緊急性，能允許

進行採證攝影外，應該適度限制偵查機關對合法之集體行動進行攝影與採證，其之採證始屬合法。

(二)錄影帶證據之證據能力 對於錄影帶之證據能力，日本學者永井紀昭以為，應依照問題之特性，原則上錄畫之部分準於像片；錄音的部分則準於錄音帶之情形，來加以綜合之考察。關於準於像片部分，請參照前述有關像片證據之證據能力部分；因此下述僅就關於準於錄音帶之情形，加以論述之。

由於錄影帶證據之物理性質與錄音帶證據相同，因此亦可就其所錄製之內容加以區別為供述錄影、現場錄影及純粹做為證物之錄影三種（註三五）。

錄影帶乃是對事實加以觀察，經記憶之後，經記憶再生而將該事實狀況再度表現出來。因此，其與目擊證人之供述有非常類似之性格，然而由於對錄影帶本身無法作反對訊問，並且由記憶到再生的過程，主要是委由機械力之幫助，才能將對像忠實且詳細地表達出來，此與證人之證言又有所不同，故有認為其是不屬於非供述證據或證據書類的特殊證據（註三六）。

錄影帶證據之種類，已如上所述，可略分為三。因此在所謂「現場錄影」之情形，亦有非傳聞證據說與傳聞證據說之對立。

依照非傳聞證據說（證據物說、證據物類推說），錄影帶不適用傳聞法則，只要能證明與要證事實有關聯性，即可承認其證據能力（註三七）。與此相對的是傳聞證據說（檢證調書類推說），其以為錄影帶從攝影到播放之過程，乃是一種傳聞之過程。因此，有報告文書之性格，應依日本刑事訴訟法第三百二十條第三項之類推適用，只要有攝影者之證言，即認為有證據能力（註三八）。

其次就供述錄影之證據能力言，因供述錄影係就證人或被告在審判外所為供述之錄影，以證明其供述內容與待證事實之關係確係確實，係供述證據之一種，惟因錄影帶之再生作用所獲的知覺係在審判庭外之供述內容，在公判庭中未賦予反對訊問之機會而被採用為證據，故有傳聞法則之適用，日本學說及判例均認為供述錄影之錄音證明能力，應類推適用刑事訴訟法第三百二十一條以下所定傳聞法則之例外規定，即準用供述書，供述錄取書認其證據能力（註三九）。

至於純粹作為證物之錄影帶，係作為犯罪之物證、客體。此如具有猥褻內容之錄影帶，因該錄影帶本身即係純粹的證物，並無傳聞法則之適用，與通常之證物相同，只要能證明其與待證事實具有關聯性，即得容許為證據（註四〇）。

綜上所述得知，錄影帶證據之性質，應依其內容而定，即供述錄影應採傳聞證據說之見解，有傳聞法則之適用；至於現場錄影和純粹作為證物之錄影則應認其係非傳聞證據，只須證明其與待證事實有關聯性，並注意其內容是否經過變造或偽造，便可採用為證據，無傳聞法則之適用。

## 參、通訊竊聽之應用

### 一、通訊竊聽之違法性

通訊竊聽乃對聲音加以扣押而言，由於其侵害秘密通訊自由之危害，造成人們私生活平穩之無形之壓迫，故外國立法雖有允許於一般偵查方法無法達其效果時，得授權偵查機關為竊聽，但皆限制於重大犯罪，此觀諸西德刑事訴訟法第一百條 a 之規定得知，係以內亂罪（Hochverrat），外患罪（

Landesverrat )，破壞和平罪 ( Friedensverrat )、危害自由民主國罪、防害國防罪 ( Gegen die Landesverteidigung )、非軍人教唆或幫助逃亡罪 ( Fahnenflucht ) 或教唆抗命罪 ( Ungehorsam )、偽造貨幣或有價證券罪 ( Geld-oder Wertpapierfälschung )、買賣人口罪 ( Menschenhandel )、謀殺、故殺 ( Totschlag ) 或殺戮民族罪 ( Völkermord )、妨害人身自由罪、強盜罪、恐嚇罪 ( Erpressung ) 及其他特定列舉之有惡性之犯罪行為 ( Gemeingefährliche Straftat ) 為限，故對一般之犯罪，不得通訊竊聽。另如加拿大刑典 ( Criminal Code ) 第一百七十八之十一條和美國綜合取締犯罪及公路安全法 ( Omnibus Control and Safe Street Act of 1968, 18 U.S.C 本法以後只稱為 18U.S.C.) 第二千五百十八條等是。若超過此犯罪範疇之竊聽，即屬違法。

我國現行刑法並無處罰通訊竊聽之明文，在刑事訴訟法及其他有關之法律，亦無如德、美、加等國之授權竊聽之明文，故竊聽在目前雖非與憲法精神抵觸，但並不構成刑事責任。所幸刑法分則修正草案第二十九章妨害秘密罪章中，已增列第三百十五條之一為：「無故竊錄他人非公開之言論或談話，或利用工具竊聽者，處一年以下有期徒刑，拘役或三千元以下罰金。無故放聽或傳述前項竊錄或竊聽之內容者，亦同。」因此只要本刑法修正草案通過，除非有授權竊聽之明文，否則偵查機關對犯罪行為之偵查，勢必在效率上大打折扣。蓋無人願冒甘受刑事制裁之危險，然依目前犯罪態樣之層出不窮，犯罪工具之日新月異，實宜仿德、美、加諸國於刑法和刑事訴訟法中明定授權竊聽之事

項，用心打擊不法保障社會安寧。

## 二、通訊竊聽之方法及認定標準

隨著科學之進步，通訊設備日益普遍與發達，不惟縮短了人與人之間的距離，並且供給政府或私人許多偵探之方法。例如執法人員為調查犯罪之方便，往往以竊聽電話之方式，錄取他人之談話，以為罪證；公司因商場上之競爭，動輒竊聽電話，竊取他人業務上之秘密，以為打擊之手段；亦有不肖之徒，利用竊聽電話，探查他人秘密，以為戲謔，破壞或中傷之資料，凡此等等，不一而足。

竊聽方法，除使用夾子中途截聽電話線外，尚有裝置監聽設計 ( Monitoring Devices ) 或使用偵聽器 ( Detectaphone )、測聽機 ( Dictograph )、感應線圈 ( Induction Coil )、尖釘擴音器 ( Spikemike )、耳機收話器 ( Headset )、耳機附着器 ( Attachment )、吸杯設計 ( Suction Cup Device )、雙生話筒 ( Twinphone )、閉路電視、總機接綫生插聽、無線電發話器 ( Radio Transmitter )、電話副綫等，真可謂為五花八門，包羅萬象。以下爰就竊聽方法及其認定標準，加以討論：

(1) 電話線竊聽 所謂電話綫竊聽，係指在電話綫中途加以截取通話 ( Intercept-ion ) 而言，例如發話者 A 與受話者 B 間之電話通綫中途為 C 所截。但認定其是否電話綫竊聽，有時亦有困難，因與其類似概念相似者，即容易產生與下述之電子竊聽混淆，故不得不慎 ( 註四一 )。

(2) 電子竊聽 凡非屬於電話綫竊聽之範圍，而有電子裝置者，均屬電子竊聽。其特色乃應用電子裝置，可使竊聽者不須在場，



即可得知談話內容，亦鮮有被發現之感。電子竊聽，常用者，有感應綫圈，小型秘密錄音裝置，偵聽器……等，這些竊聽裝置（Electronic Surueillance），往往係長期定着於受害人不易發現之處，無時無刻不竊取談話，其危害秘密權之程度，不可勝計，無遠弗至，且其對於犯人或無辜者，不加取捨，一概予以竊聽，其侵害無辜者之秘密通訊之弊，不無使人覺得應予禁止使用，俾免人們之秘密權價值低賤不如犯罪調查。故縱使對電話竊聽在某些特殊場合准予授權合法竊聽，但對嚴重危害人民秘密權之電子竊聽，則應採嚴格禁止。

(3)廣播竊聽 廣播竊聽乃對於私人非公開性之廣播或無線電器，利用頻率或監聽設計而竊聽內容，其特色乃係對於電波（Air waves）之監聽。在美國私人非公開性廣播未領有執照，則許可竊聽，倘若領有執照者，則不得以非法方法，監聽頻道或使用監聽設計裝置在被告私人電台之送話器上。美國一九五五年United States V. Sugden判決，認為對電波之監聽。實與電話綫截聽同屬犯罪行爲，未經發送人同意而宣洩其內容，即屬違反聯邦通訊法第六〇五節規定。判決並認為倘承認電話竊聽與廣播竊聽有所不同，無異承認官員被授權可行使「廣播間諜」行爲。判決並指出，被告未使用申請以外之頻率，該項廣播既領受有合法執照，官員在欠缺國會授權下，自不得對此種非公開性廣播，未經同意，即濫行監聽，而監聽所得之證據，更應排除於作爲被告犯罪證據之外，至公開性廣播，人人可聽，自無竊聽問題，而不待言（註四二）。

### 三、通訊竊聽證據之證據能力

刑事司法之實施，本應一方面保障社會大眾之公益，他方面亦應顧及刑事被告自身之利益。因此，偵查工作之執行，亦須本著尊重憲法精神之原則，在社會大眾與被告利益間獲取一種最大之平衡，俾符合憲法保障人民、秘密通訊自由之規定，而圓滿的實現刑事司法權之目標。由於我國並無竊聽之有關規定，爰就美國、德國、日本有關之法律及見解，論述其梗要，以爲我國法制之參考。

#### (一)美國

美國聯邦最高法院及其他州法院對於竊聽是否應受憲法保護，先後有所爭執。首先，聯邦最高法院於一九二八年歐姆斯地一案（Olmstead V. United States）認為：聯邦官員在當事人住居與其律師之事務所間所爲之電話綫竊聽，並不違反聯邦憲法第四條修正案。法院認為第四條修正案僅保障封緘信件（Sealed Letters）不受非法搜索扣押，而對電話則非憲法保障，故不禁止第三人竊取此秘密情報，且截聽電話，非物體侵犯，無構成無理搜索扣押可言（註四二之一）。另外於一九四二年高得曼一案（Goldwan V. United States）亦係根據前述案例之判決原則，認為關於電子竊聽案件，如係利用竊聽器截取私人間談話，未伴有物理侵入，並不違反憲法第四條修正案之規定（註四三）。

然聯邦法院於一九三七年及一九三九年二度案件（註四四），却持相反見解。首先，聯邦法院於一九三七年之該案判決中適用聯邦通訊法第六〇五條（Federal Communication Act of 1934）廢棄以竊聽電話所得會話爲證據之有罪判決。另在一九三九年同案中，檢方不直接提出該竊聽所得會

話為證據，而改用違法竊聽取得之會話所再間接另行取得之證言為論罪之證據，因而聯邦下級法院判決嫌疑人有罪，蓋其認為聯邦通訊法並不禁止間接利用以竊聽所得之證據，案件經上訴聯邦最高法院，最高法院在判決中引用了毒樹果實理論（The Fruit of Poisonous Tree Doctrine）認為：若僅排除所竊聽會話之內容，而容許由竊聽之會話為線索而取得之證據，則無異與倫理標準相矛盾，此種派生證據（Derivation Evidence）猶如毒樹之菓實，亦不得作為有罪判決之基礎。

一九六七年聯邦最高法院於卡茲（Katz V. United States）一案中，再度排斥了違法竊聽所得之證據，使得竊聽之法律見解更形具體化。該案事實係被告卡茲違反聯邦賭博法，FBI 調查員無搜索狀而裝置電子接受器及錄音裝置於被告所慣用之公用電話亭上，因而偵知被告犯罪之證據。最高法院判決理由認為：聯邦憲法第四條修正案保護對象是「人」而非「處所」，如該人有意揭漏自己通訊，雖地域為私人場所，仍非憲法保障主體；但如該「人」有意保持秘密，縱在公共場合，仍應受憲法保障，此見解否定了以往不法竊聽以侵入「處所」為決定標準，而改採以「人」為決定標準（註四五）。

在美國制定法中，亦有類似規定排除違法搜索、扣押之證據，例如一九四六年美國聯邦證據規則 Federal Rules of Criminal Procedure 41(E)即規定：「因無理之搜索扣押致權利遭受侵害之人，得主張利用該方法所取得之證據。」在美國由於竊聽在各州甚為普遍，且由於卡茲案（Katz）對於授權竊聽之規定限制甚嚴，並要求貫徹令狀主義，因此在一九六八年即由國會通過制

定了綜合取締犯罪及公路安全法（Omni-bus Crime Control and Safe Street Act of 1968, 18 U.S.C.）該法第十九章第二五一〇條至二五二〇條共十一個條文中規定，有關電話綫竊聽及其他電子竊聽之司法授權程序，以符合憲法之標準，並明定竊聽違反該法規時，所取得之通訊內容不得作為證據。違反者並可處以五年以下有期徒刑或一萬元以下罰金，受害人並可於民事上請求實際之損害，合理之律師費用，訴訟費用等（註四六）。

## （二）德 國

在西德，關於違反電訊通信秘密所搜集之證據，有無證據能力，當今有力學說認為：偵查機關為偵查目的，能否侵害他人之郵件交通或通訊秘密，應視法律之規定條件而定，如果違反了法律之「證據搜集禁止」規定者，即屬侵害之不法，所搜集之證據亦將發生「證據利用禁止」之效力，即竊聽所得證據，不被容許作為被告有罪之證據。

德國聯邦法院在一九六〇年之錄音案判決（註四七），即認為因該秘密竊聽錄音侵害涉及隱私權，故因而所得之記錄在刑事訴訟上，不得作為證據利用，且不得對知悉該內容之人，以詢問方式間接知道其中之內容。其判決理由，並未援引任何刑事訴訟法之「證據蒐集禁止」規定為理由，而係直接由聯邦基本法之規定導出證據利用禁止之法理，認為「人類尊嚴」與「尊重人格之自由發展」此二項原則，為現代文明國家所公認之法律最高原則，竊聽既涉及私人生活不可侵之中心領域，該錄音即不得作為證據資料。但在類似正當防衛（Notwehrähnliche Situation）之情形，基於相當性原則之考慮，則竊聽所得證據，仍有證據利用性。例

如對於誘拐小孩者之勒索電話予以竊聽者，尚不構成西德刑法第二百零一條之竊錄罪，其所得之證據，仍有證據利用性（註四八）。

### （三）日本

日本自昭和二十六年新瀉竊聽事件發生後，竊聽及秘密錄音在日本法律上曾引起極大之爭論，但學說及實務大抵均認為對實施者而言，雖屬不道德行為然該行為尚非違法，所得證據可容許之（註四九）。爰就日本實務之發展及學者之見解詳述如左：

日本昭和二十六年（西元一九五一年）十一月發生新瀉竊聽事件，該案事實是X與Y同為日本地方警察，為搜索轄區內日本共產黨第八支部有關黨員犯罪行為，於新瀉地方共產黨開會地點之第二層樓房上，裝設所謂之竊聽器，為共產黨員查覺並行取下，因而向法院告訴X與Y兩位警察濫用職權罪。案經新瀉地方裁判所認為並非所有之竊聽器使用行為，皆違背搜索權限，應相對而具體的就各種案情而定，X與Y既為公共福祉而竊聽搜索，自與秘密探查私人之行踪有別，因而駁回原告之請求。原告不服上訴東京高等裁判所，東京高等裁判所維持原判決，亦認為該竊聽行為合法，本案因原告未再上訴而二審定讞，此係日本法有關竊聽案件爭訟之開端（註五〇）。其後在另一警官於搜查過程中，經屋主承諾後裝置擴音器，以此竊聽隔鄰房客談話內容之案件，東京高等裁判所以「同室內之外觀、音響等之利用型態，從未招致何等影響」為理由，認為警官之行為仍屬適法（註五一），爾後之判決亦認秘密錄音係合法行為，謂：被恐嚇者於恐嚇者電話談論交付金錢方法之際，委託第三人將會話內容錄音在小錄音帶內，此乃被害人對

加害人之違法行為實施自衛行為所為之錄音，在其過程中並無顯着之違法（註五二）。直至最近甚受矚目之「假電話」事件中，法院仍持相同之見解（註五三）。因此，日本實務似以竊聽或秘密錄音者有無不法意圖，而定其是否違法，如認該行為違法，再以有無社會相當性以論其證據能力。

日本學者對於由竊聽及秘密錄音所得之證據，可否容許為證據，意見不一，可以分為：①肯定說一認為供述人雖然不知被竊聽錄音，但只要承認確係正確供述時，並無禁止做為證據使用之必要（註五四）。②否定說一自己對自己之聲音，享有固定權限，有不受他人拘束之自由，但秘密錄音侵害了自由表現自己聲音之人格權，故不具證據能力（註五五）。③折衷說一強制處分乃指對人之意見或身體自由加以強制，而足以侵害該人權利而言。搜查官如在適法場所，利用通常之方法聽取可聽到之聲音或得會話當事人之同意竊聽，此場合之竊聽不算強制處分。但若被竊聽者一般認為對自己之會話，除了當事人以外，並不欲讓其他人亦聽聞之合理期待時，竟於各當事人均不知情之際，對之加以竊聽，則屬強制處分。日本法制局於昭和三十八年十二月九日表示意見，認為表達意見之自由並非漫無限制，故主張對特定犯罪行為直接有關連之會話而有相當事實足認其有犯罪嫌疑時，在嚴格之限制條件下應允許授權竊聽，此應係日本國憲法可允許者，在目前法無明文允許下，如有現行犯法理適用情形，譬如以電話脅迫某人之情形，應允許在電話中竊聽該現行犯之談話（註五六）。惟在任意處分之場合，也可能伴有權利之侵害而有類似強制處分之性質，所以必須限於在侵害最小之限度內，且有不流於濫用之

特別必要性下始得爲之。尤其除了犯人以外，亦可聽到其他人之聲音或與犯罪無關聯之聲音時，更須有下述嚴格之要件：①所混入之犯人以外之他人聲音無法加以除去，即具有無法排除性；②證據保全之必要性和緊急性；③手段方法之社會相當性（註五七）。

#### 四 中 國

雖然我國憲法第十二條規定：「人民有秘密通訊之自由。」並於現行其他法律設有許多保護秘密通訊之自由，而對妨害秘密通訊之行為於刑法第一百三十三條及第二十八章均定有處罰。惟我刑法所處罰之妨害秘密通訊行為，僅規定妨害「郵件」、「電報」、「信函」、「文書」等「文字」秘密通訊自由之侵害，而對於竊聽或洩露「言語」秘密通訊自由之侵害，則付之闕如，依罪刑法定主義原則，對於此等言語秘密通訊自由之侵害行為，自難援引處罰。是以情治人員或一般民衆以精密之竊聽器或普通之錄音機竊錄談話內容，提供法院作為證據，有日漸增多之趨勢，其證據能力如何殊值探討。

竊聽行為係在他人不知之情況下竊取通訊之內容，且該人亦甚難查覺，實已侵犯憲法所賦予之通訊自由權，本質上具有侵害性及違法性，除具有阻却違法事由外，實應認其爲犯罪行為而加以處罰（註五八）。然如前所述之美、德、日等國之學理及訴訟法實務之發展上，深知竊聽對發掘犯罪，維護社會秩序，奠定社會安寧有莫大助益，因而有以立法容許竊聽或以判決承認合法竊聽之證據能力者，此乃世界之潮流。而我國現今除於刑事訴訟法第十二章明定非任意性之自白，證人於審判外之陳述，證人之個人意見或推測之詞，不得做爲證據外，其他之證據資料依最高法院二十九年十一月二十六日民刑

庭總會決議之意旨觀之，似均可爲證據，僅其證明力不同而已。故於實務上因竊聽而取得之證據，雖其取得之方法違法，惟並非無證據能力，如經合法調查後，非顯與事理有違，或與認定事實不符，悉由法院依自由心證判斷其證明力（註五九）。然此於維護國家社會安全而言，尚無可議，惟就人權保障而言，似有未週。因此，爲了兼顧憲法上人權之保障，國家社會之安全與發現真實之刑事訴訟之目的，宜於刑事訴訟法中明定竊聽之合法程序，使其在符合規定之條件下實行合法之授權竊聽，反之若違背此程序規定而取得之證據，即應予以排除，不認其具有證據能力。

#### 肆、結 論

由於人民權利之基本保障和偵查機關之權限立於相對之立場，若放縱偵查機關對肖像權及集會遊行權或通訊竊聽之權限，則人民基本權利必受到相對之箝制。然鑑於縱在法治國家政體下，政府爲調查犯罪，授權侵害某種程度之權利（如西德刑事訴訟法第八十一條 b），已爲近世歐美各國所採用，因此除非我國標榜不以照像、錄影、竊聽爲偵查手段，否則宜在刑事訴訟法規定有關授權照像、錄影、竊聽之條件及程序，避免偵查機關之過度行使，破壞人民基本權利之保障。

憲法之根本精神乃在於保障人權，限制國家之權力擴張與濫用，而刑事訴訟法之制定修正與解釋，亦須儘可能的予以配合。故就非法照像錄影或通訊竊聽所取得之證據資料，應明定爲沒有證據能力，此須排除法則之採用，即爲政府尊重人權之表徵，顯示其

雖承擔維持社會治安之重責大任，仍能抗拒「以非法對付非法」之躁進近視之方式，堅守「以合法對付非法」之緩進正規之途徑，竭力自制守法，蓋政府守法實為建立法治國

家之前提（註六〇）。如此，西德學者所稱「刑事訴訟法係實質之憲法」（註六一）之真諦，必可早日達成。

## 註 釋

註 一：鴨良弼著，刑事證據法，第三二三頁。

註 二：王德麟著，從證據法則論像片、錄音帶之證據能力—以刑事訴訟為中心，中興大學法律研究所碩士論文，民國七十四年，第三頁。

註 三：鴨良弼著，前揭書，第三二八頁。

註 四：Mckelvey on Evidence § § 379-381, P668-669。

註 五：王德麟著，前揭文，第七六頁。

註 六：王茂松著，照片證據之研究，載軍法專刊第三十六卷第七期，第十七至二五頁。係美國學者 Mckelvey 之分類。

註 七：東京地方裁判所昭和四十年二月十八日判決（載下級裁判所刑事裁判例集，第七卷第二號第二六六頁），與福岡高等裁判所昭和三十九年五月四日判決（載高等裁判所刑事判例集，第十七卷第四號第三二九頁），對於像片證據所採之態度並不一致。

註 八：平野龍一著，刑事訴訟法，第二二一頁。

註 九：本田正義、桂正昭著，傳聞法則の例外，載法律實務講座，刑事編第八卷，證據法(1)，第一九三七頁。

註一〇：栗本一夫著，寫真錄音テープの證據能力と證據調，載綜和判例研究叢書刑訴(三)，第一四八頁。

註一一：白井滋夫著，證據，第二九〇頁謂：謄本是將原本內容之全部，使用同一文字與符號，而完全轉寫之文書。

註一二：團藤重光著，新刑事訴訟法綱要，第二七六頁。

白井滋夫著，前揭書，第二九一頁。

本田正義、桂正昭著，前揭文，第一九三五頁。

註一三：田原義衛著，攝影者不明の寫真に證據能力在付し得る場合の要件，載判例タイムズ，第一九一號六一至六二頁。

註一四：田中和夫著，新版證據法，第二〇五頁謂，此種像片為一種「圖解證據或說明證據」。

註一五：田中和夫著，前揭書，第二〇五至二〇六頁。

註一六：金隆史著，寫真，載證據法大系 I，第一三〇至一三五頁。

- 註一七：黃東熊著，證據法綱要，第八六頁。陳樸生著，刑事證據法，第一二六頁。
- 註一八：陳樸生著，前揭書，第一二六頁，稱「最佳證據法則」為「最優證據法則」，第三四一至三四三頁則稱為「優先法則（ Preferential Rules ）」
- 註一九：黃東熊著，前揭書，第八六至八七頁。
- 註二〇：日本學者稱此種情形之像片證據為「文書之像片」，參照團藤重光著，新刑事訴訟法綱要，第二七六頁。
- 註二一：黃東熊著，前揭書，第八七頁。
- 註二二：陳樸生著，前揭書，第一二六頁。
- 註二三：黃東熊著，前揭書，第八七頁。
- 註二四：永井紀昭著，映畫フィルム，載證據法大系（ I ）證明，第一三九頁。
- 註二五：王德麟著，前揭文，第九五頁。
- 註二六：橋本公旦著，日本國憲法，第二七三至二七四頁。
- 註二七：白井滋夫著，證據，第二三三頁。
- 註二八：蔡墩銘譯，西德刑事訴訟法，第三六頁。
- 註二九：西德刑事訴訟法第五十三條第一項第五款規定：「現或曾參與期刊或廣播電台職業之籌備、製作或散佈而獲知之籌備，製作或散佈而獲知之作者、投稿人、寄付或支持保證人之個人事項與對其活動所獲得之消息以及在編輯上所獲得有關寄付、支持與消息之事項」享有證言拒絕權。
- 註三〇：白井滋夫著，證據，第二三四頁。
- 註三一：拙著，論違法取得證據之排除，載軍法專刊第三十三卷第三期，第三〇頁。
- 註三二：鴨良弼著，犯罪捜査の目的 べする寫眞撮影といわゆる肖像權，別冊ジヨリスト，刑事訴訟法判例百選，第三五頁。
- 註三三：高田卓爾，小田慶一著，刑事訴訟の基礎，第一二二頁。
- 註三四：日本憲法第十三條規定：「凡是國民、個人應受尊重，對於追求生命自由及幸福之國民權利，於不違反公共福祉之限度內，在立法或其他國政上須受最大的尊重。」
- 註三五：永井紀昭著，錄音テー 70，載證據法大系（ I ），第一一八至一二三頁。
- 註三六：同上注，第一三八頁。
- 註三七：主此說之學者尚有栗本一夫、平野龍一、本田正義、桂正昭、藤野豐、服部一雄及田原義衛等。同上註，第一四〇頁。
- 註三八：主此說之學者亦有藤井一雄、小野慶二、橫川敏雄、高田卓爾及鴨良弼等。同上註，第一四〇頁。
- 註三九：永井紀昭著，前揭文，第一一八頁。
- 註四〇：永井紀昭著，前揭文，第一二二頁。
- 註四一：陳志龍，「通訊竊聽合法性之商榷」，載中興法學第十四期，第八十三至八十五頁，民國六十七年十月出版。

- 註四二：United States V. Sugden 351 U.S 916 ( 1955 CA9 Artz ) 。
- 註四二之一：Olmstead V. United States , 277 U.S 438 ( 1928 ) 。
- 註四三：Goldman V. United States, 316 U.S.129 ( 1942 ) 。
- 註四四：Nerdon V. United States,302 U.S.379 ( 1937 ) ; Narolon V. United States,308 U.S.338 ( 1939 ) 。
- 註四五：Katz V. United States, 389 U.S.347 ( 1967 ) 。
- 註四六：United States Code Annotated Title 18,PP.271-286 依該法第二五一八條 (+) a 規定，申請禁止證據( Supress Evidence ) 之被害人，均得以左列理由請求取得之證據予以排除：①通訊被不法截取者；②截取通訊所根據之授權或命令，在外表上係不充分者；③截取通訊非依授權或許可命令者。
- 註四七：BGHST.14,358 ffi Kern-Roxin, Strafreferchrensrecht 14 Aufl 1976,11 7 。
- 註四八：關於正當防衛與類似正當防衛之區別，參照：Gunther Artz, Der Strafrechtliche Schutz der Intimsphäre Vom Zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz aus Betrachtet,( Habilitationsschrift ) Mohr, Tübingen 1970, S.80f,S.96。其中認為擄人勒贖者之電話談話，被害人或其害屬，以錄音記錄，係一種「類似正當防衛」情形。
- 註四九：井上正仁，「秘密錄音の適法性、證據能力」，載ジエリスト 第七六八號，第二〇二頁。
- 註五〇：東京高等裁判所昭和二十八年七月十四日判決。載刑事判例時報第四卷第一號，第十六頁。
- 註五一：東京高等裁判所昭和二十八年七月一日判決。載東京高等裁判所刑事判決時報第四卷第一號，第十七頁。
- 註五二：東京高等裁判所昭和五一年二月廿四日判決。載東京高等裁判所刑事判決時報第二十七卷第二號，第二十二頁。
- 註五三：裁判例 タイムス ，第四五九號，第五三頁。
- 註五四：平野龍一著，刑事訴訟法，第二二二頁，昭和四十七年版。
- 註五五：鴨良弼著，刑事證據法，第三七七頁，昭和四十五年版。
- 註五六：松本時夫，「盜聽」，收錄證據法大系第三冊，第二〇八頁，昭和四十五年版。
- 註五七：高田卓蘭、小野慶二合著，刑事訴訟法の基礎，第一二三至一二四頁，昭和五十年版。
- 註五八：甘添貴著，證據法專題研究第一輯，第一四二頁。民國六十六年版，建宏書局。
- 註五九：同前註，第一四四頁。
- 註六〇：翟宗泉，「中美刑事案件搜索扣押之比較」，載法學叢刊第六十一期(第十六卷第一期)第三十五頁。民國六十年一月出版。

註六一：林山田，「刑事訴訟法與憲法之關係」載法律評論第四十四卷第二期，第二頁。民國六十七年二月出版。