

新聞自由與記者的侵犯隱私行為： 以業務上正當行為的解釋為中心*

許恒達**

〈摘要〉

本文討論記者採訪與報導行為若侵害隱私法益時，得否阻卻違法。有別於最高法院近期判決直接引用新聞自由作為阻卻違法的判斷準據，筆者主張應優先適用業務上正當行為，其認定以事前標準決定行為人是否依憑具特別資格或知識之專門性活動的行為準則與倫理規範；由於我國迄今記者新聞活動相關規定尚不完備，除了倫理公約所揭櫫的公共利益理由之外，僅能透過個案性衡量予以判定，但僅限於重大公共利益的理由才能發動侵害隱私的記者取材行為，而發動前必須滿足客觀證據效果的相當理由要求；至於記者刊登侵害他人隱私的新聞素材，也必須以保護重大公益為前提。

關鍵字：隱私權、業務上正當行為、新聞自由、公共利益、相當理由

* 本文曾發表於中研院法律學研究所主辦之《2015 憲法解釋之理論與實務研討會》，筆者由衷感謝當日與會者對本文的建議與指教；另外，兩位匿名審查人提出斧正本文的意見，筆者亦敬致謝忱。

** 國立政治大學法學院教授，德國法蘭克福大學法學博士。

E-mail:hdhsu@nccu.edu.tw

• 投稿日：05/27/2016；接受刊登日：10/07/2016。

• 責任校對：黃存志、賴澧羽、賴信堯。

• DOI:10.6199/NTULJ.2017.46.02.05

◆ 目 次 ◆

壹、導論

貳、最高法院判決的發展動向

一、記者採訪行為侵害隱私法益

二、記者報導行為

三、小結

參、新聞自由與業務上正當行為的關係

一、新聞自由作為阻卻違法事由？

二、業務上正當行為的適用可能與成立條件

三、記者活動與業務上正當行為

四、小結

肆、新聞取材與隱私保護

一、新聞取材侵害隱私的衡平性判斷

二、新聞取材侵害隱私的發動門檻

伍、新聞報導與隱私保護

一、無故要素及阻卻違法事由的考量必要性

二、記者報導行為的業務正當性

陸、結論

壹、導 論

作為現代社會資訊傳播的重要管道之一，媒體與新聞已然構成現代社會極其重要的一環，面對著隨時變動的國內外局勢，欠缺媒體即時或詳盡報導，我們有時很難真正掌握到現實脈動，媒體及其所蒐集、報導的新聞，顯然在我們的日常生活扮演非常重要的角色。

當媒體要報導時事，免不了必須蒐集與取得新聞事實，正常情況下，取得時事的管道不外指派記者向官員或當事人進行正式採訪，較地區性的媒體

也有可能引用國外或全國性的媒體報導，但在若干難有資料的事例發生時，有時免不了必須採取遊走在合法／違法模糊地帶間的取得情報手法，否則很難真正取得關鍵性新聞情資，而當這些情資涉及弊案，或者該項情資可能構成犯罪甚或本身鮮為人知時，記者往往必須冒著觸法風險拍錄涉案人的活動與言談，這些在一般新聞學上稱之為調查式新聞報導（investigative journalism）¹，其蒐證行為一方面侵害了涉案人的隱私利益，但同時又是出於讓社會大眾知悉的新聞活動，究竟應該如何在隱私利益與新聞活動的採訪自由之間權衡，往往極其困難。

較近期適例是大法官釋字第 689 號解釋，雖然其主要爭議與刑法無關，但我們仍可從中看到記者取材活動與當事人隱私利益的衝突關係。該釋字主要處理記者得否採取跟追當事人的採訪行為，由於社會秩序維護法第 89 條第 2 款規定：「無正當理由，跟追他人，經勸阻不聽者」，得由警察機關直接裁罰 3000 元以下罰鍰或處以申誡，如果將該規定可用以處罰記者採訪的跟追行為，勢將限制新聞記者採訪行為，任何跟追他人的記者採訪，不無因警察介入而受到事前審查的可能。大法官針對這個問題，在釋字本文中指出：「社會秩序維護法第八十九條第二款規定，旨在保護個人之行動自由、免於身心傷害之身體權、及於公共場域中得合理期待不受侵擾之自由與個人資料自主權[.....]新聞採訪者於有事實足認特定事件屬大眾所關切並具一定公益性之事務，而具有新聞價值，如須以跟追方式進行採訪，其跟追倘依社會通念認非不能容忍者，即具正當理由，而不在首開規定處罰之列。於此範圍內，首開規定縱有限制新聞採訪行為，其限制並未過當而符合比例原則，與

¹ Vgl. Bernd Heinrich, Künftige Entwicklungen des Medienstrafrechts im Bereich des investigativen Journalismus oder: Dürfen Journalisten mehr?, in: Grundmann u.a. (Hrsg.), FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 1243-1245; Julia Eichhoff, Investigativer Journalismus aus verfassungsrechtlicher Sicht, 2010, S. 11-24. 許家馨教授則譯為「調查新聞學」，參見許家馨（2011），〈什麼樣的民主？什麼樣的新聞自由？：從民主理論視野分析美國新聞自由法制〉，《政大法學評論》，124期，頁13。

憲法第十一條保障新聞採訪自由及第十五條保障人民工作權之意旨尚無抵觸」。

在釋字第 689 號解釋中，大法官一方面指出，記者跟追行為影響受採訪者的行動自由、身體權、不受侵擾自由及個人資料自主等四項權利，但考慮新聞採訪本身的公益特質，新聞記者仍得於「社會通念」許可的界限內，採取隱私等相關利益的跟追採訪行為。大法官作出此項解釋後，也引起法學界不同意見的迴響，但無論如何，從釋字第 689 號解釋的爭議中，可以看到規範上對於記者採訪行為合法界限，始終難以拿捏的困頓²。

新聞記者工作大致可分為取得新聞的採訪活動，還有對其採訪之事予以公諸於世的報導活動³，因為新聞事件當事人可能不希望自己的私事被媒體揭露，因此其採訪活動一旦觸及當事人私生活時，即有可能侵害隱私，此時媒體得否本於新聞自由之名而排除其行為的違法性，即有進一步研究必要⁴。

相對於採訪行為較容易構成明確的隱私侵害，報導行為似乎較不直接與揭露隱私有關，但隱私利益既然與他人無故知悉個人私生活，當媒體將當事人所作所為在報導中予以公開時，當然遠比單一行為人侵入私生活所造成的隱私侵害更加嚴重，甚至會使被害人產生社會生活的嚴重障礙。試想被偷拍

² 進一步討論，參考李建良（2011），〈新聞採訪自由與個人生活保護的衝突與調和？：簡評釋字第689號解釋〉，《台灣法學雜誌》，184期，頁36-45；劉靜怡（2001），〈為德不卒的釋字第689號〉，《台灣法學雜誌》，184期，頁50-53。媒體界對該號釋字的回應，參考王文玲（2011），〈「跟追」689號解釋〉，《台灣法學雜誌》，184期，頁56-62；劉定基（2012），〈從美國法的觀點評司法院大法官釋字第689號解釋：以新聞自由、言論自由、隱私權的保障與衝突為中心〉，《興大法學》，11期，頁218-224。

³ 當然，新聞記者工作內容繁多，這僅是較為粗略且集中於刑法問題的分類方式，相關分析，參考彭家發、蘇蘅、張寶芳、金溥聰（編著）（2005），《新聞學（一）：新聞學新論》，頁107-136，臺北：空中大學。

⁴ 必須特別說明，我國刑法定中對於隱私法益的保護，主流學說集中於刑法第315條之1及之2的規定，而在特別法中，亦有許多有關隱私法益的刑法規範，例如通訊保障及監察法第24條及第25條、個人資料保護法第41條及第42條，記者取材及報導行為也可能一併侵害這些條文中的隱私利益，理應一併討論，但限於本文篇幅與論述重心的選擇，筆者僅處理記者違犯刑法定有關隱私法益的罪名，其他特別法的規定則不在本文討論之列。

如浴的被害人，在「被偷拍」時，只有加害人看得到該隱私畫面，而當新聞媒體公開報導其事，甚且置放該偷拍照片時，被害人將被多數無關的社會成員窺視其私生活，考量媒體報導的無遠弗屆，被新聞報導所揭露的私事，勢必嚴重干擾當事人生活，此時法律應否介入管制，甚至是否應動用法律予以處罰，當然是法律必須積極妥適面對的艱難議題。

近期最高法院針對新聞採訪及報導活動中，記者新聞自由與被害人隱私侵害的關係，作成一些極富啟發性的刑事判決，在判決中新聞記者因「新聞取材」或「新聞報導」，被起訴犯刑法第 315 條之 1 及之 2 的妨害隱私、散布隱私內容等罪名，姑且不論受害者的隱私利益，對於努力發掘社會不義事件的記者而言，最關心的問題毋寧是：當新聞記者為了報導蒐集相關事實時，可否出於記者對於時事議題處理時的新聞自由等理由，進而阻卻犯罪之成立⁵？最高法院在判決中也詳細地予以分析、檢討，為了揭露社會事件的新聞報導，得否在新聞取材及報導中，取得他人隱私圖像，並進而刊登該圖像，此問題不僅涉及刑法釋義學的基礎理論，同時也有關記者新聞報導自由及被害人隱私利益的衝突與衡平，本文討論將著重於兩種不同憲法權利間的差別與平衡。

以下行文，將先說明最高法院判決的主要看法，接著再分就新聞取材與新聞報導兩個類型，分析其涉及的刑法問題，筆者將尤其著重新聞自由於刑事實體法上的功能，設法檢討新聞自由與個人隱私之間發生衝突時，刑法應該如何回應與處理⁶。另外要特別說明，記者取材與報導新聞時，除了可能干擾受訪者的隱私利益外，還有可能涉及其他利益侵害，例如取材的對象如

⁵ 此一議題與傳統記者特權 (reporter's privilege) 主要集中於記者訴訟過程中拒絕證言權，有相當程度的背景近似性，此即：當記者為報導新聞，可以有限度地違反而不受訴追。有關記者特權與拒絕證言權的比較法研究，參考劉靜怡 (2009)，〈數位時代的「記者特權」：以美國法制之發展為論述中心〉，《新聞學研究》，98期，頁146-163。Auch vgl. Christina Bott, Die Medienprivilegien im Strafprozess, 2008, S. 139 ff.

⁶ 解決方向的若干思考取徑，參見劉定基，前揭註2，頁219-223；邱忠義 (2015)，〈言論、新聞自由與名譽、隱私權的界限衝突〉，《月旦裁判時報》，35期，頁70-72。

具有國家機密，可能觸犯國家機密保護法刑責，而報導時也有可能進一步構成誹謗或散布猥褻圖片的刑事責任，礙於篇幅，並為集中本文論述重心，這些不直接與隱私有關的構成要件類型，都不在本文處理之列。

貳、最高法院判決的發展動向

一、記者採訪行為侵害隱私法益

（一）勞資糾紛案

首先談一則 2009 年的最高法院處理的《勞資糾紛案》判決⁷，該案為一宗自訴案件，背景事實涉及幼兒園勞資糾紛，出於了解幼兒園僱主是否違反勞基法，壹周刊記者前往幼兒園採訪，並於採訪之際，趁僱主未察覺時拍攝其照片，之後又將該僱主相片刊登於壹周刊報導內文。僱主因而向法院提起自訴，指控壹周刊記者刊登僱主相片的行為，構成刑法第 315 條之 2 第 2 項連結刑法第 315 條之 1 第 2 款，亦即該記者涉嫌意圖散布、播送、販賣而無故竊錄他人非公開之活動、言論或談話之罪。

該案一審及二審法院均駁回僱主提出的指控，認為被告記者無罪⁸，這一結論也延續在最高法院見解，最高法院先在判決中指責自訴人上訴意旨未明確指摘原二審判決究竟何處違法，接著話鋒一轉，開始討論記者取材行為，是否屬於刑法第 315 條之 1 第 2 款的竊錄他人隱私罪，而主要爭執的構成要件要素即為「無故」要素。

針對此一要素，最高法院在判決中指出：「所謂『無故』，係指無正當理由之謂。而理由是否正當，應依吾人日常生活經驗法則，由客觀事實上資為判斷，並應符合立法旨趣及社會演進之實狀。立法者將『無故』置入犯罪構成要件，顯係在評價構成要件之階段即進行判斷，而排除有正當理由之『妨

⁷ 最高法院98年度台上字第5053號刑事判決。

⁸ 本案原二審判決是臺灣高等法院95年度上訴字第2856號刑事判決、原一審判決是臺北地院95年度自字第26號刑事判決。

害秘密』行為。憲法第十一條規定人民有言論、講學、著作及出版之自由，『新聞自由』乃該條保障之範圍，其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，從而促使人民對於政府及公共事務之關心，並進而引起公眾討論，以發揮輿論及教化之功能。而新聞之獲得，主要來自新聞記者之採訪，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，自屬『新聞自由』之一環；再採訪時對受訪者之照相、錄影，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，同受『新聞自由』所保障。雖新聞採訪對受訪者進行錄音、照相或錄影，難免侵害受訪者之隱私法益。惟新聞記者採訪之手段若為該次採訪所必須，依法益權衡之結果，認為新聞自由應受保護時，基於對新聞自由之保障，自應該錄音、錄影或照相之行為係有正當理由，不符合構成要件中『無故』之要件」。簡單地歸納，最高法院認為在判斷是否構成「無故」時，應該具體地考量記者所主張的新聞與報導自由是否較為重要，如果個案中新聞自由保護需求高於僱主的隱私利益時，即應認定該侵犯隱私的行為乃出於正當理由，排除行為人刑責。

將上述標準運用至本案，最高法院認為：「原判決衡酌該次報導所糾舉者乃『○○托兒所』是否違反勞動基準法剋扣員工薪資之事，該項議題與公眾利益有關；且『○○托兒所』該項行為事後亦遭台北市政府勞工局處分，該篇報導亦有教化意義；另參酌『壹週刊』讀者投訴專欄，本在揭發其所認為不公平之事，其對投訴者、被投訴者、相關專業人員及涉關法律意見等採訪而得之內容據以報導，尚稱衡平，原判決因認被告之採訪錄音，無非係被報導者苟事後認為報導不實，而訴以加重誹謗罪時，可供舉證所用之重要證明物件，難謂係出於不法之目的，應認為屬於新聞自由保障之一部。復說明該篇報導中自訴人之照片，無論係被告或由另一不詳姓名攝影記者所攝影，被告因採訪自訴人多次後，該托兒所對於剋扣林○君薪資之事仍未解決，被告方對自訴人攝影並予以刊登，係合理採訪行為之一部，且依被告所提證據資料，可認被告有相當理由確信其報導為真實，雖該採訪、錄音及攝影未經自訴人

同意，而有侵害自訴人隱私法益之情事，但經與新聞自由之保護，揭發該勞保紛爭之公益性，及報導內容足以教化社會大眾等情形比較，認為自訴人之法益應予退讓，該採訪錄音及攝影洵非『無故』，可認有正當理由，而不能課以刑責」，從這一段引文中可以讀到，最高法院從幾點理由判定本案屬於有故：(1)剋扣勞工薪資與公益有關、(2)刊登此事於媒體具有教化意義、(3)採訪是為了留下事證以利未來涉訟時證明、(4)記者非出於不法目的，屬於新聞自由保護範圍。

綜上，向來謹守實證法裁判依據的最高法院，在本案無直接實證法法源時，罕見地援引新聞自由，以之作為認定記者取材而侵害隱私利益是否「有故」的判斷依據，進而導出記者免於刑責的最終見解。

(二) 藝人轟趴案

雖然在 2009 年的判決中，最高法院接納以新聞自由為名而侵害隱私行為的合法性，不過同院的後續判決中，最高法院則因個案事實，逐漸轉向否認記者採訪侵害隱私的合法性，其中獲得社會大幅重視的案例即《藝人轟趴案》⁹。該案涉及知名藝人在其住家游泳池畔舉辦宴會，壹周刊記者認為其可能涉及有毒品吸食行為（此點為記者訴訟中主張），為取得相關報導內容，乃潛入藝人住家旁邊興建中的工地三樓，利用居高臨下的方式，拍攝了藝人在游泳池畔嬉戲的照片。

該案經被害藝人提出告訴後，檢察官亦接續提起公訴，記者在訴訟上同樣地主張新聞自由作為抗辯，主張其拍攝藝人活動屬於新聞自由，係屬有故而不構成刑法第 315 條之 2 第 2 項連結第 315 條之 1 第 2 款的刑事責任。針對記者抗辯，最高法院指出：「媒體對於公眾人物的非公開行為的採訪、蒐集資訊方式，不得逾越法律界線加以刺探甚至竊錄，此為事理之明，亦為媒體從業人員所應嚴守之規範。從而，媒體對於公眾人物的非公開言行，僅

⁹ 最高法院判決是 101 年度台上字第 4314 號刑事判決，而事實審部分，本案歷經兩次更審判決，最後一次的更審判決是臺灣高等法院 99 年度重上更（二）字第 269 號刑事判決。

因個人主觀的臆測或藉『公共利益』、『新聞自由』或『言論自由』之名，而逾越刑法界線所為窺探、竊錄行為，仍非法律所允許，而應受法律責難[.....]縱使其活動內容或有涉及犯罪嫌疑，或記者主觀上認與公共利益有關，倘非依刑事訴訟法等法定程序，仍不得任意侵犯法律所保障的隱私而加以蒐集資訊或報導。」依最高法院所見，當記者個人主觀上懷疑藝人可能涉及吸毒而予以攝影時，僅只是記者個人臆測主張，尚不足以納入新聞自由保護，也不能認定有故，對於犯罪偵查毋寧應依刑事訴訟法的規定，不能只憑記者個人推斷而任意侵害他人隱私利益，故記者仍應該構成侵害隱私的刑事責任。

二、記者報導行為

除了以上兩則處理新聞自由與採訪隱私侵害的最高法院判決外，近期最高法院又單獨針對報導行為的隱私侵害，作出了兩則判決：《自由時報案》及《中國時報案》。必須先說明，這兩則判決是不同新聞媒體報導同一社會事件，該社會事件為李姓被告利用與數被害人在自己家中發生性行為機會，竊錄其性行為過程，這些性行為發生過程的影像事後因故外洩，自由時報及中國時報等兩家新聞媒體記者，透過不詳方法取得影像檔案後，將部分女性被害人與李姓行為人的影像截圖，刊載於媒體報導中，致令不特定多數人可得閱讀截圖照片中的被害人樣貌。

由於真正拍攝侵害隱私影像、構成刑法第 315 條之 1 第 2 款罪名者，是李姓行為人，該竊錄基本上與記者無關，但記者在報導該事件時，竟將李姓行為人與被害女性的影像截圖一併刊載，由於前階段的拍攝與被害女性隱私法益有關，若記者嗣後又將該影像截圖公開報導，致令記者可能涉及刑法第 315 條之 2 第 3 項散布妨害隱私內容的刑事責任。兩家媒體記者在本案抗辯中，均主張其於報導中納入截圖有其必要，同時也屬於新聞報導自由的一部分，故應排除其刑事責任。以下就簡要說明兩則類似判決中的法院論述內容。

(一) 自由時報案

最高法院在第一則判決中先從大框架視角指出¹⁰：「為確保新聞媒體能提供具新聞價值之多元資訊，促進資訊充分流通，滿足人民知的權利，形成公共意見與達成公共監督，以維持民主多元社會正常發展，新聞自由乃不可或缺之機制，應受憲法第十一條所保障。而如何編輯新聞之圖、文內容並予刊登，亦應為新聞自由所保障之範圍。然新聞自由亦非絕對，為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，國家尚非不得於憲法第二十三條之範圍內，以法律予以適當之限制。」依此引文，最高法院認為新聞自由是憲法保護的權利態樣，但仍須斟酌涉案利益內容，才能決定是否是新聞自由的受限制範圍。

接著最高法院提及刑法第 315 條之 2 第 3 項的釋義學問題：「刑法第三百十五條之二第三項固未設有因保障新聞自由而得阻卻違法之規定，然基於憲法之最高性以及法秩序一致性之法理，法律之適用仍應合乎憲法意旨，以避免在特定之具體事實下，憲法一方面保障新聞自由，刑法卻以刑罰就憲法保障之行為予以處罰。是憲法第十一條既保障新聞自由，即應承認得執此為超法規之阻卻違法事由。」在此的爭點是：相異於第 315 條之 1 第 2 款設有「無故」要件，第 315 條之 2 第 3 項未有「無故」的字眼，純從條文看來，似乎立法者一律禁止散布侵害隱私的竊錄內容，不過，最高法院並未拘泥於文字，仍肯認行為人實施散布妨害隱私內容行為時，若出於保護憲法基本權或其他更重要利益時，仍應考量超法規的阻卻違法可能性。

至於本案得否出於新聞自由的「超法規阻卻違法事由」而排除記者刑事責任，最高法院則做了極其詳盡的論述。最高法院先強調新聞自由的相對性，以及納入個案利益權衡的需求：「新聞自由並非毫無限制之絕對性權利，況新聞媒體人員濫用新聞自由之事例層出不窮，是以當憲法保障之新聞自由與隱私權之間產生衝突時，必然有一方之權利主張必須退讓，並透過進一步的價值衡量，來探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序，而必

¹⁰ 參見最高法院104年度台上字第555號刑事判決。

須於具體個案的法律適用進行『個案取向衡量』，具體衡量個案中新聞自由、隱私權之法益與相對的基本權限制，據以決定系爭法律的解釋適用，以追求個案中相衝突之基本權之最適調和與實踐。」

接著最高法院指出，新聞自由並非保護記者本人，而是為了實現一般人知的權利，因此只能稱得上一種工具性的權利：「又新聞自由所以受保護，並非以新聞媒體或從業人員不受干預為其終極目的，毋寧係藉由保障媒體或從業人員的自由而達成服務社會資訊的流通，亦即透過保障新聞自由而保障人民『知的權利』，進而維持社會的開放及民主程序的運作，防止政府的不當行為。換言之，新聞自由純係『制度性』、『工具性』的權利，而非個人權利。」

最高法院續而申述：「新聞自由之本質，亦構成新聞自由權利之界限。是倘系爭新聞內容與公共意見之形成、公共領域之事務越相關，而具公共性、越具新聞價值，則新聞自由應優先保障；倘越屬私人領域之事務，即越應證明該新聞報導確有優先於個人之隱私權獲得保障之正當理由。至就新聞內容是否具新聞價值之判斷，法院認事、用法亦應謹守界限，不宜代新聞從業人員而為決定，以避免產生寒蟬效應，或以道德糾察隊自居，以自身之閱聽品味取代新聞業之專業判斷，而應於新聞自由工具本質之合理範圍內，給予最大限度之保障。然倘該新聞內容已觸及性侵害犯罪被害人被害之際身體隱私部位照片，且係以竊錄方式所取得者，其較之男女間臥室床第間之性愛行為，更屬隱私核心，尚不得僅以滿足一般大眾窺淫興趣即認有正當之公益，而允許新聞媒體假新聞自由之名，行侵害隱私之實，主張阻卻違法而不罰。」依據最高法院之見，此時應該從新聞內容的視角，分析、省察為了報導新聞所損害他人隱私的優越關係，最高法院提醒，不應該過度介入新聞價值的判斷，否則可能把司法機關變成新聞自由與言論的審查者，至於個案判斷時，最高法院在判決中提到了三個主要標準：(1)如果新聞內容具有「公共性」並具有高度「新聞價值」，則可考慮優先保護新聞自由；(2)相反地，如果新聞內容只是私人領域事務，此時隱私利益保護即屬優先；(3)若新聞內容與性侵害犯

罪床第之事有關，因屬犯罪而破壞的隱私核心，散布其內容亦不得主張新聞自由。

將以上標準適用於個案審查時，最高法院認為：「本案並非單純涉及上訴人等或社會大眾私領域事務之品味，而更涉及 C3（按：即本案被害女性）具體之隱私法益，以及國家對於 C3 責無旁貸之保護義務。就此兩相對立之利益衡量，『本案 C3 照片』固滿足了社會大眾之窺淫心態，卻係以無辜之性侵害犯罪被害人 C3 之隱私為代價。衡量其所造成之傷害與可達成之目的，顯然不成比例。應認該報導已逸脫追求公共利益之正當新聞自由之範圍，不得執新聞自由阻卻違法。」基此，最高法院認為本案尚不得主張新聞自由之阻卻違法效果，將該截圖刊載並製作成新聞內容的自由時報記者及其主管，仍成立刑事責任。

（二）中國時報案

另一則《中國時報案》的判決中¹¹，最高法院基本看法與《自由時報案》判決相同，其所用文字也有相當程度的近似性，最終見解均同樣認為，「本案圖片並非單純僅有加害人李○○之影像，尚有被害人 C7 受性侵害並遭竊錄之在場圖片，就 C7 部分屬其個人隱私，他人自無權任意予以公布，縱為揭發李○○之犯罪或惡行，亦不能認得以不顧 C7 之隱私權，違反刑法上開規定，將 C7 遭竊錄之非公開活動圖片，以主張新聞自由及為公益，而一併予以散布，致 C7 受到二度傷害。原判決認上訴人等不得持上開事由而主張阻卻違法，於法尚無違誤。」

無論如何，最高法院針對性侵害過程中被竊錄的案件發生以後，新聞媒體又取得侵害隱私內容並予以報導的行為，均認為不再得依新聞自由阻卻違法，此時應優先保護被害人隱私利益。

¹¹ 參見最高法院104年度台上字第1227號刑事判決。

三、小結

以上大致整理了最高法院刑事判決中，專門針對新聞自由與隱私侵犯的近期重要見解。初步以觀，最高法院處理相關議題時，採取若干特定應對策略。

第一，最高法院主張新聞自由在一定條件下，足以阻卻侵害隱私利益的違法性。其釋義學操作，則是「直接」援引新聞自由作為阻卻違法的實質依據，即便被告在訴訟中曾援引業務上正當行為作為責任抗辯事由，但最高法院在其判決中，並未直接回應被告的主張，反而直接依憑超法規的新聞自由阻卻違法，這一點尤其表現在勞資糾紛案的最高法院判決。最高法院直接指明「記者侵害他人隱私利益是為了報導重大公益事件，因此其侵害隱私行為係屬有故」。

第二，就記者取材行為而論，個案中記者得否援引新聞自由阻卻違法，最高法院認為應考量新聞報導的許多有關事項，包括記者所要報導事件的「新聞價值」及「公益性」，以及該事件的「教化意義」與記者採訪的「主觀意圖」，某程度而言，最高法院似乎主張應該全面考量有關的事實進行綜合判斷。

第三，針對取材行為本身能否依據新聞自由阻卻違法的疑問，最高法院在勞資糾紛案中，僅依記者以採訪前認定採訪對象「可能」構成違反勞動法令，即認定竊錄行為可本於新聞自由而阻卻違法；但最高法院在後來公布的自由時報、中國時報兩案判決中，卻又指出，倘若僅是記者個人「主觀臆測」採訪對象及相關事實涉及公益，仍不得直接主張新聞自由阻卻違法。由於採訪是逐步發展的資訊取得過程，究竟記者在侵害他人隱私之前，取得何種程度的初步資訊，才能發動侵害隱私的採訪行為¹²？最高法院迄今為止，尚未提出太多明確意見，顯然也值得學理進一步探索。

¹² 試想某媒體記者甲，單純聽到乙友人說：「我聽丙朋友說，丁告知他，戊幼兒園有勞資爭議」，甲若只蒐集了以上資訊，得否立即對幼兒園園長、員工竊錄其對話及活動，顯然有相當程度的疑義。更正確地說，如果甲能如最高法院所言，本於新聞自由而阻卻違法，即應考慮甲在侵害前已經取得的實質資訊而定。

第四，至於記者報導行為，最高法院同樣認為應該考慮各項要素，決定記者散布隱私內容行為得否主張新聞自由而阻卻違法，以前述兩案來看，若記者報導中夾帶原本侵害性活動隱私的他人相片或資料，最高法院認為不得適用新聞自由的阻卻違法效果。

以上四點是最高法院有關新聞自由的判決中，相對清楚而且可以觀察得到的看法總結。接續問題即是：是否最高法院這四項看法有其合理性，最高法院在其論述中，是否有明確理由證成四點見解的正當性？以下分析，將以這四個論點作為基礎，逐一分析其見解。

參、新聞自由與業務上正當行為的關係

一、新聞自由作為阻卻違法事由？

眾所皆知，要成立犯罪必須先該當構成要件、違法性、罪責等三個審查階層，構成要件主要處理行為是否符合特定分則或特別法之條文，違法性與構成要件共同構成不法要素，具體審查內容處理個案有無例外合法情狀，而罪責處理個人迴避不法行為的個人能力，以之建構對行為人的規範非難¹³。當記者為了發掘社會真相，不得已而侵害他人隱私時，若必須以刑法處罰該記者，必須先構成特定法條。

以前文事例看來，通常記者為了取得新聞素材，採訪可能涉及刑法第 315 條之 1 第 2 款的竊錄他人非公開活動，若干情況下，也會同時成立第 315 條之 2 第 2 項的意圖散布、販賣、播送而竊錄他人非公開活動的條文。由於這兩罪的基本構成要件相同，僅後罪必須出於特別主觀意圖，因此認定上通常回歸第 315 條之 1 第 2 款，該款罪名以行為人「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」為成

¹³ 相關論述甚多，就此可參考黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，4版，頁169-178，臺北：元照；柯耀程（2014），《刑法總則》，頁101-102，臺北：三民；林山田（2008），《刑法通論（上）》，10版，頁171-179，臺北：元照。

罪條件，除了相關侵害隱私的構成要件要素之外，與記者採訪行為格外有關者，應該是條文提及的「無故」。該項要件雖然規定於構成要件中，但解釋上仍認為屬於違法性要素，當行為人出於特定阻卻事由而實施侵害隱私行為時，即能主張有故而排除刑事責任¹⁴。基此，記者能主張那些「有故」的阻卻違法事由，即與刑法第 315 條之 1 第 2 款是否成罪有關。

必須先說明，記者出於報導目的的取材行為，通常欠缺個人法益的緊急情況，在個案中並無刑法第 23 條正當防衛及第 24 條緊急避難的適用空間，雖然學說上有從公益受到緊急危難的觀點分析¹⁵，但一來公益危難不是刑法第 24 條發動緊急避難的理由，而個案是否真有即時性的危難，亦有待斟酌，此種看法依本文之見，實與記者採訪行為無關。

因為我國法制無直接針對記者採訪合法侵害他人的授權規定，再加上記者也不具備公務員資格，不會產生上、下級公務員的服從關係，所以刑法第 21 條依法令行為及依上級公務員命令的阻卻違法事由也不適用。就法定阻卻違法事由而言，唯一能考慮的事由，只有刑法第 22 條的業務上正當行為，不過該條成文規定相當簡略，僅提及「業務上之正當行為，不罰」，所謂「業務」包括那些類型，而「正當」又從什麼標準判斷，這些疑義往往難以從僅

¹⁴ 參考甘添貴（2014），《刑法各論（上）》，4版，頁190，臺北：三民；陳子平（2015），《刑法各論（上）》，2版，頁350，臺北：元照；盧映潔（2011），〈小三大戰元配〉，《月旦法學教室》，108期，頁36-38。

¹⁵ Vgl. Bernd Heinrich, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Pressemitarbeitern bei der unbefugten Herstellung und Verbreitung fotografischer Darstellungen von Personen, ZIS 5/2011, S. 419, 426; Lasse Schuldt, Geheimnisverrat, 2011, S. 139. 值得特別說明，記者能夠主張緊急避難的情狀，大多不是直接侵害屬於個人的隱私法益，而是記者透過管道而取得並洩露國家或商業機密，上述兩作者似乎認為國家內部有不法情事時，可以解釋為緊急的國家法益危難情狀，故得適用緊急避難阻卻違法。對此筆者則有不同見解，緊急避難涉及對無辜第三人的利害轉嫁，必須有非常堅實的個人需求，才許可此時的利害轉嫁，國家利益受到即時干擾仍不應該作為轉嫁利害的理由；而在我國法的脈絡下，刑法第24條也只授權四類利益的緊急危難許可轉嫁，國家利益實無轉嫁的正當性。同樣道理，即使「欠薪」、「吸毒」與公益有或多或少的關係，但仍然不能作為在此的轉嫁理由。

有十個字的法條文字中找得到答案，也因此，我國實務對於什麼是刑法 22 條的業務幾無任何說明。

學說上雖然有若干見解認為，可以考慮廢除本項阻卻違法事由¹⁶，但大部分的見解仍主張，刑法第 22 條所謂「業務」定義，應該與刑法第 276 條的業務過失致死罪的「業務」，採取相同標準，此即依據行為人社會生活地位、反覆繼續性及生命、身體的危險特性¹⁷，至於「正當」，只要有法令基礎或具有行為的正當性，即可阻卻違法，至於具體判斷，即依據業務既存的行動準則，當行為人侵害法益時一併符合該準則時，即屬業務上正當行為¹⁸。若以該觀點探討記者取材行為得否阻卻違法時，學說見解認為，新聞記者的採訪活動屬於業務上正當行為類型之一，一般人若侵害隱私、妨害他人或國家秘密利益時，本即構成相關刑事責任，但若記者出於報導目的，且滿足國民知的需求，即屬正常記者業務範圍，得在一定界限內不成立刑事責任¹⁹。

雖然學說已經發展出業務上正當行為的解釋通則，但學理看法並未獲得實務上太多關注，或許因為刑法第 22 條本身帶有高度不明確性，什麼是業務並不清楚，是否該援用業務過失的定義，也不甚明確，而那些才算是業務執行過程中的正當行為，更無從得知。這才讓最高法院在個案適用時，一反向來偏好援引成文規範的強烈實證主義傾向，繞了一圈，轉從非具刑事實證

¹⁶ 林東茂（2015），《刑法綜覽》，8版，頁1-124~1-125，臺北：一品；林鈺雄（2015），《新刑法總則》，4版，頁282，註74之說明，臺北：元照。

¹⁷ 此為最高法院向來對於刑法第276條第2項「業務」的定義，近期論述較詳盡的判決，可參考最高法院104年度台上字第1420號刑事判決：「刑法第二百七十六條第二項所謂之業務，係指以反覆同種類之行為為目的之社會活動而言，故一人不以一種業務為限，如一人同時兼有二種或二種以上之業務，而在某一種兼業上有不慎致人於死之行為，即應負其業務過失致人於死罪，又刑法上所謂業務，係指個人基於其社會地位繼續反覆所執行之事務，其主要部分之業務固不待論，即為完成主要業務所附隨之準備工作與輔助事務，亦應包括在內。」

¹⁸ 以上有關「業務」及「正當」的見解，參考黃榮堅，前揭註13，頁225；陳子平（2015），《刑法總論》，3版，頁280-281，臺北：元照；余振華（2013），《刑法總論》，2版，頁242-243，臺北：三民；王皇玉（2014），《刑法總則》，頁270-271，臺北：新學林。

¹⁹ 黃榮堅，前揭註13，頁226；陳子平，前揭註18，頁283。

法的新聞自由基本權視角展開論述，並發展出新聞價值、新聞公益性的次位階的審查標準，以之作為記者採訪行為侵害隱私時，究竟有無正當事由的判斷依據。

二、業務上正當行為的適用可能與成立條件

（一）成文阻卻違法事由的優先適用性

然而，這種繞開業務上正當行為而取法新聞自由基本權的看法，在筆者看來，不無疑慮，由於阻卻違法理由是新聞自由的基本權，分析其見解當然必須先從刑法、刑事制裁與基本權干預的關係切入觀察。

刑法是國家制裁破壞社會秩序者的選項，從受到刑法管制及處罰的行為人視角以觀，刑法規範的各項作用、效果，自然涉及基本權干預，這種干預可分為兩個層面：(1)犯罪構成要件賦予社會成員一定的行為守則，進而影響受刑法管制者的一般行為自由，若干情況可能還包括其他更具體的自由形態，例如記者受到刑法禁止而受拘束的新聞自由；(2)刑法的法律效果面，則透過刑罰制裁違犯刑法之人，刑罰施加干預犯罪者的人身自由（無期徒刑、有期徒刑、拘役）、財產權（罰金、沒收）、參政權（褫奪公權）等²⁰。刑法構成要件及法律效果之所以要干預人民的基本權，無非為了保護該條文內含法益，以及該法益所連動的憲法基本權利，例如禁止一般人殺人（干預人民殺人的行為自由），並以徒刑、死亡強制其實現（干預人民的人身自由及生命權），正是為了擔保所有人的生命基本權。基此，要以刑法規範干預一般人民的基本權時，必須先能通過憲法比例原則的審查，此即該基本權干預能夠有效保護刑法構成要件所捍衛的基本權利（適當性）、同時屬於有效手段中最溫和的選項（必要性），此外，還必須其所保護的基本權利優位於干預效果（衡平性）²¹。

²⁰ Hans Kudlich, Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht, JZ 2003, S. 127 ff.

²¹ 僅參見薛智仁（2015），〈刑法觀點下的公民不服從〉，《中研院法學期刊》，17期，頁185-190。

以上說明了刑法干預基本權效果的合憲性控制機制，但接續的提問是：是否該機制能夠且如何與刑責判斷連動？我們可以進一步分成兩個層次分析，首先是構成要件層次，合憲性控制在構成要件層次主要功能有二，其一是對於系爭構成要件與法律效果有無違憲之虞的審查²²，這種功能與個案的解釋適用較無關係，其二則是在構成要件要素的解釋發生爭議時，儘量採取合憲性解釋，在此不光是尊重立法裁量的角度，進而選擇讓刑法構成要件不致違憲的見解而已，毋寧應轉從受刑法構成要件管制者的基本權干預角度予以詮釋²³，透過基本權保護範疇與干預界限，合理地設定刑法構成要件的管制內涵。由於本文並非討論侵害隱私的構成要件，這個層次與本文議題較無直接關係。

另一個合憲性控制層次則與違法性階層有關，判斷違法性階層核心的阻卻違法事由時，基本權保障在其中扮演的角色則與構成要件層次不同，由於現代刑法學理採取實質違法論，不要求阻卻違法事由必須在刑法典內明訂，只要能夠符合其基本理念的優越利益原則（Ü berwiegende Interessen）²⁴，就可以排除構成要件該當行為的違法性，具體適例即刑法典中未明文規範的「被害人承諾」（Einwilligung des Verletzten）²⁵，以及適用於不作為犯的義務衝突（Pflichtenkonflikt）²⁶；換言之，阻卻違法事由具有開放性特點，不必

²² 詳細討論參考許玉秀（2005），〈刑罰規範的違憲審查標準〉，收於：國際刑法學會台灣分會（編），《民主、人權、正義：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁387-407，臺北：元照；許澤天（2010），〈刑法規範的基本權審查：作為刑事立法界限的比例原則〉，黃舒芃（編），《憲法解釋之理論與實務第七輯》，頁266-270，臺北：中研院法律學研究所籌備處。

²³ Heiner Christian Schmidt, Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe, ZStW 121 (2009), S. 649 f.

²⁴ 有關阻卻違法與優越利益原則，Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1, 4. Aufl., 2006, § 14 Rn. 40; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 326.

²⁵ 僅參見林鈺雄，前揭註16，頁283-286；陳子平，前揭註18，頁286；王皇玉，前揭註18，頁302-306。Vgl. auch Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2011, § 23 Rn. 1.

²⁶ 僅參見林鈺雄，前揭註16，頁550-553；陳子平，前揭註18，頁301-303；王皇玉，前揭註18，頁307。Vgl. auch Rengier, (Fn. 25), § 49 Rn. 39.

如構成要件必須徹底恪遵罪刑法定主義，而因其核心理念的優越利益本身關聯侵害利益與保護利益之間的價值衡量²⁷，這些有關的侵害利益與保護利益，某程度都與基本權利有相當程度關聯性，也因此，基本權在違法性層次，確實可以藉由優越利益的判斷理由，納入阻卻違法的判斷過程中，從而在違法性階層表現基本權的保護架構，藉以實踐憲法基本價值²⁸。

如果接受以上說法，判斷得否阻卻違法時，似乎不再需要取道既有成文的阻卻違法事由，毋寧可以全面改用法益或基本權的個案權衡關係，而因法益內涵與憲法保護的基本權有關，排除不法的規範處理勢將完全地基本權論述化。某程度而言，在前文提及的判決中，法院顯然採取了類似的檢證視角，亦即不討論刑法既有的阻卻違法事由，而以新聞自由與隱私權的基本權視角分析問題²⁹。

必須承認，完全從基本權角度立論，在一定範圍內確實能夠突顯基本權的保護功能，然而，這種繞過刑法學既有論述，甚且全面將阻卻違法全面基本權論述化的見解，在筆者看來實有若干疑慮³⁰。析言之，刑法典及其他法令中，其實已有若干有關阻卻違法的成文規範，這些成文規範對於相關案例的個別情況，其實已經先行思考過，並以其文字處理諸多優越利益判斷上的特殊狀況，既然個案事實已經存在立法者深思熟慮的阻卻違法明文規定，如果還要再回歸到具有抽象性基本權相互權衡，不免多此一舉³¹。

²⁷ Vgl. Roxin, (Fn. 24), § 14 Rn. 13-14; Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2014, Rn. 327-330.

²⁸ 進一步討論，參考薛智仁，前揭註21，頁165-185。

²⁹ 主張此一見解者，vgl. Eichhoff, (Fn. 1), S. 217-220.

³⁰ 值得特別說明的是，薛智仁教授認為在「欠缺刑法學承認的阻卻違法事由時」，基本權具有直接阻卻違法的效力（參考薛智仁，前揭註21，頁169-172），但薛教授並未在論文中明確指明，當有相對適合的阻卻違法事由時，基本權是否應先安置於該阻卻違法事由，抑或跳過這個適合的阻卻違法事由，而直接以基本權阻卻違法。

³¹ Klaus Tiedemann, *Bemerkungen zur Rechtsprechung in den sog. Demonstrationsprozessen*, JZ 1969, S. 721; Rupert Eilsberger, *JuS* 1970, S. 323, vor allem Fn. 19.

舉例來說，刑法在緊急避難的阻卻違法中，明訂「前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之」（刑法第 24 條第 2 項），第 2 項規定，排除公務上有保護法益義務之人（例如警察、消防員等），出於保護自己利益而適用緊急避難的可能性。例如警察執行公務面臨即時危難，該警察為了保護自己而轉嫁危難予一般市民時，即不得考量優越利益，也不能適用緊急避難的規定³²，然而，若改為個案性判斷，要具體認定警察行為保護／侵害的基本權而得到相同結論，除了非常高度的論證成本外，處理上也不經濟，甚至帶來高度不穩定的解釋困擾。

又例如優生保健法第 9 條第 1 項規範 6 類可以合法人工流產的情狀，一般咸認這 6 款均屬阻卻違法事由³³，當行為人要適用合法人工流產事由阻卻違法時，除了各該款內的規定之外，可能還有其他的附帶規定，例如未婚之未成年人要合法人工流產前，還必須依同條第 2 項前段規定「未婚之未成年人或受監護或輔助宣告之人，依前項規定施行人工流產，應得法定代理人或輔助人之同意」，姑且不論第 2 項法定代理人同意的規定是否合理³⁴，既然法條如此要求，倘若要未成年懷胎者沒得到其法定代理人同意，即自願實施人工流產，實施的醫師仍然不能適用第 6 款的規定阻卻違法。同樣案例，若改用基本權的衝突關係的個案衡量觀點，我們只能個案地審視「未成年婦女繼續妊娠的權利」與「胎兒生命」之間的衝突，並決定其輕重而得否阻卻違法，若每件個案都必須具體判斷該衝突關係，對懷胎未成年人而言，不僅存在無法百分之百確定自己可以合法人工流產的重大困擾，對施行流產手術的醫師而言，也必須面對極高的執業風險，也因此，現實上根本不可能採取基本權的個案判斷，毋寧必須傾向以實證法規範作為處理基礎。

透過以上兩個案例可以知悉，不論例外許可私人暴力的緊急避難，抑或非緊急的常態情況之合法人工流產行為，均難以直接引用基本權作為阻卻違

³² 我國學說，參見陳子平，前揭註 18，頁 270；林鈺雄，前揭註 16，頁 268-269。

³³ 參見王皇玉（2011），《刑法上的生命、死亡與醫療》，頁 31-33，臺北：承法；林東茂，前揭註 16，頁 1-123；林鈺雄，前揭註 16，頁 278。

³⁴ 進一步批評，參見王皇玉，前揭註 33，頁 54-71。

法事由，尤其基本權衡量無法推導出常態阻卻違法行為的程序規則。基此，審查阻卻違法事由時，倘若個案中存在可以直接援引的阻卻違法事由，不論是法定或眾所承認的超法規阻卻違法事由，應該優先引用，並以之作為阻卻違法的初步判斷依據，除非個案中欠缺法定阻卻違法事由，也找不到可以適用的共通承認之超法規阻卻違法事由，此時才能夠全面性地回歸優越利益的衡量，同時引用基本權充實優越利益的衡量內容，從而判斷行為是否違法。至若個案中已可尋得刑法上的阻卻違法事由，但該既有阻卻違法事由所要求的要件中，存有文義概括或不清的時候，此時尚不得直接放棄適用該既存的阻卻違法事由，毋寧應該解釋並定性該阻卻違法事由的內涵。

本文討論重心，是記者為了新聞報導目的得否合法侵害他人隱私法益，該行為理應無正當防衛、緊急避難或自助行為的適用，也不是公務員所實施的依法令行為，規範上最接近者，應該是前文提及的業務上正當行為，那麼接下來的問題即轉為，記者採訪或報導得否認定為業務上正當行為？如果答案為肯定，其界限又是如何？

（二）現有解釋的疑問與回應

一般刑法學說上對於業務上正當行為的解釋，均認為本於行為人之社會地位，反覆為之的社會活動，與該社會活動有關之行動或事務處理，都可認定與「業務」有關，出於業務所實施的行為，在評價上屬於符合容許風險或社會相當性的正當行為即得阻卻違法³⁵，如果特定行為已經逾越其界限，成立不容許風險或缺社會相當性，不得阻卻違法。換言之，業務上正當行為阻卻違法的條件有二：(1)本於社會地位而反覆為之的社會活動之所需、(2)該業務行為具備正當性。

³⁵ 甘添貴、謝庭晃（2006），《捷徑刑法總論》，修訂版，頁144，臺北：自刊；王皇玉，前揭註33，頁156-162；王皇玉，前揭註18，頁269-271；陳子平，前揭註18，頁280-281。

在筆者看來，通說迄今發展出來的解釋方法，完全讓業務上正當行為成為虛文，該見解實有疑義，更需要從理論層面重新構築其具體內涵，我們可以分幾點說明。

第一，我們有必要檢視「業務」概念。實務及通說均認為，任何本於社會地位反覆為之的社會活動，均可容納於業務概念之下³⁶，這種定義固然在解釋上有其廣納性，任何反覆實施的活動都有可能正在正當行使時阻卻違法，除罪範圍顯然增加，不過此項優點也是缺點，此即該定義僅只引用了行為人的社會地位，接著串連其反覆為之的事務處理，考量每個社會成員必然在社會中有多重地位，一個人可以是家庭中的父母親，同時又是公司員工及社區義工，這些地位也會產生常態性生活慣習，只要該日常生活慣習有反覆性特質，依實務標準，就可以算是「業務」，若其行為依個案評價具有正當性，就能阻卻違法。這種寬泛且毫無界限可言的業務概念，勢必推演出不合理或不必要的解釋結果。舉例來說，甲每天準備家人晚餐，以上述業務的定義，該烹飪行為正是甲基於其「父親」的社會地位，以反覆實施為目的的社會活動，也只要準備晚餐具正當性，就可以阻卻違法（？）。

透過上文適例可以發現，現行實務及通說見解，其實未賦予「業務」概念任何實質內容，只要有若干社會互動關係且常常實施就算「業務」，業務在這樣的框架下，已無任何實質意義可言，當業務被實質地架空，阻卻違法的判斷上，只剩下個案認定是否符合容許風險或社會相當性的「正當行為」而已³⁷，但是作為替代概念的容許風險或社會相當性，其概念也有相當程度抽象性，此時恐怕又得回歸到利益衡量，基本權作為法益在公法意義上的對應概念，自然也會作為正當性判斷的參考指標。換言之，堅持實務判準，業

³⁶ 實務見解參考最高法院43年台上字第826號判例：「刑法上所謂業務，係以事實上執行業務者為標準，即指以反覆同種類之行為為目的之社會的活動而言；執行此項業務，縱令欠缺形式上之條件，但仍無礙於業務之性質。」最高法院諸多判例及判決所定性的業務概念，大多不脫於此項觀點，不過我們也必須指出，目前實務見解對於業務概念的解釋，都以業務過失致死作為解釋標的，但此項構成要件要素的定義，能否直接沿用至阻卻違法事由的解釋，實有進一步探討空間。

³⁷ 也因此，學說上有從業務權、社會相當性或病人承諾說的方向，解釋業務上正當行為對於醫療活動阻卻違法的理由，參考王皇玉，前揭註33，頁162-171。

務上正當行為的「業務」特點，早已被「正當行為」所取代，判斷重心已不再強調行為是否與業務有關，反而是著重於該行為本身是否正當，作為補充功能的基本權，當然也對其解釋具有若干功能。雖然此種解釋發展方向，仍在阻卻違法基礎理念的優越利益框架內，但透過解釋，本質上早已實質架空一個極具指標性的法定阻卻違法事由，業務上正當行為也失去了實質功能，淪為只具有宣示效果，至多只殘留若干優越利益的邊際作用，這也難怪我國實務幾無任何適用業務上正當行為而阻卻違法的案例。

第二，學說之所以放寬業務概念的範圍，其原因或許在於，因為提及其阻卻違法的實務案例有限，闡述其概念時，不免傾向直接借用業務過失概念中的「業務」定義。然而，綜觀討論業務定義的實務判決，其實都與刑法第22條的業務上正當行為幾無關係，反而都是在探討「業務過失」，學說在這個議題上，似乎又未予細分兩者的區隔，反而直接引用業務過失的概念定義。

從規範目的而言，業務過失與業務上正當行為卻有本質差別。業務過失相對於普通過失，其重點是刑事責任的加重處罰，我國實務及通說向來認為其加重理由在於，當行為人反覆實施同樣行為時，自須提高其注意義務程度，倘有違反即與一般過失的義務違反性不同，故得予以加重處罰³⁸。從此脈絡看來，「業務過失」並不以特別知識或資格為限，毋寧與一般慣常活動相互接軌，只要某行為源自社會地位所需，又具有反覆特性，行為人對其活動各

³⁸ 關鍵見參考最高法院75年台上字第1685號判例：「汽車駕駛人之駕駛工作，乃隨時可致他人身體生命於危險之行為，並係具有將該行為繼續，反覆行使之地位之人。因此應有經常注意俾免他人於危險之特別注意義務。」近期判決亦將此見解提出更進一步的申述，參考最高法院104年度台上字第1798號刑事判決：「刑法上所謂業務，係指反覆同種類之行為為目的之社會活動而言。從事業務之人，對於一定危險之認識能力較常人為高，故科以較高之注意義務。就汽車駕駛人之駕駛業務而言，乃隨時可致他人身體、生命於危險之行為，並係具有將該行為繼續反覆行使之地位之人，因此應有經常注意俾免他人於危險之特別注意義務。上訴人領有職業聯結車駕駛執照，以駕駛聯結車載運貨物為業，駕駛車輛乃屬其基於以駕駛車輛為業之社會地位，反覆同種類行為為目的之社會活動之一，自應負業務上之注意義務，其於前往修車廠處理聯結車修理事宜後，駕駛自用小客車返回時因過失致被害人死亡，自應論上訴人以業務過失致人於死罪。」學說見解參見甘添貴（1999），《刑法案例解評》，頁32-40，臺北：自刊。

項細節掌握程度自然提升，倘若從事活動中不小心致生他人法益損害，即得適用業務過失而加重處罰。

相對於此，業務上正當行為的功能是排除刑責，行為人是否熟練於某特定的社會活動，其實與阻卻違法或優越利益毫無關係，沿用業務過失的定義不免無法符合其規範需求。舉例來說，一位多次實施同類行為的殺手，不會因為「基於其殺手之地位而反覆殺人」，就能夠主張業務上正當行為而阻卻違法³⁹。此外，既然業務上正當行為用以阻卻違法，表示該業務活動以侵害他人法益為常態，否則根本沒有阻卻違法的需求⁴⁰，倘若僅從「基於社會地位而反覆為之」定性業務，卻未對系爭社會地位有特別的專業或資格要求，無異認可一般人只要常實施的慣例行為，即便侵害法益，也有通案性阻卻違法的空間，這顯然違背業務上正當行為被獨立出來、並設定為法定阻卻違法事由的既有宗旨。

從以上論述可以發現，現有實務與通說採用相同於業務過失的定義，恐怕扭曲業務上正當行為的規範理由。不過，筆者也必須承認，若要重新賦予「業務上正當行為」明確的規範意義，勢必要注意新的理論元素。

第三，我們或許可從業務上正當行為的理論源流分析，這類規定源自於 19 世紀的德國學者 Hugo von Meyer 的見解⁴¹，後來主要由極富盛名的德國學者 Karl Binding 力倡⁴²。Binding 認為職務權利（Berufsrecht）或職務義務（Berufspflicht）構成與緊急權（Notrecht）相對應的常態性阻卻違法事由，這些必須行使職務權利或義務之人，一般會在社會生活活動實施職務活動而可能侵害他人，Binding 因此認為必須賦予這些因職務而具有權力之人阻卻違法的效果⁴³，此概念下得阻卻違法者，包括公務員（例如檢察官、法官、行

³⁹ 針對這個案例，或許論者會認為重點不是「業務」而是行為的「正當性」，但以此邏輯勢將回到本文所批判，純粹用優越利益或基本權衡量架空業務上正當行為阻卻違法的問題。

⁴⁰ 相同見解，參考王皇玉，前揭註 33，頁 161。

⁴¹ Vgl. Karl Binding, Handbuch des Strafrechts Erster Band, 1885, S. 792 Fn. 2.

⁴² 進一步的討論可參考王皇玉，前揭註 33，頁 142-143。

⁴³ Binding, (Fn. 41), S. 792-793.

政官員)與非公務員(律師、醫師、老師、封建家從、神職人員、手工業者、商人),當這些人履行職務權利或義務,而行為亦在職務界限內時,侵害他人法益仍得阻卻違法⁴⁴,由於職務權範圍非常之廣,因此 Binding 強調,其行為的合法界限,原則上取決於個別法令規章的明文,若欠缺時,則應該視職務執行者採取手段,是否符合法規期待之目的⁴⁵。

在 Binding 的討論脈絡下,這些相對應於緊急權(亦即正當防衛、緊急避難、自助行為)的職務權/職務義務阻卻違法事由,屬於一般生活情狀中用來解決生活衝突問題的合法行為⁴⁶,而 Binding 也強調,職務權利/義務所連結的實施者,通常是具有特定職位、任務或專業生涯的人際團體,這些具有特別工作屬性的人,往往帶給整體社會相當利益⁴⁷,Binding 認為這類行為人的適例即行使國家權力的公務員,其得行使強制權(Zwangsrecht)侵害他人法益,但可阻卻違法⁴⁸,其他包括醫師的治療行為,Binding 亦認為其屬國家許可的專業人士,屬於行政權力的外圍,但仍屬於職務行為範疇所及⁴⁹。

我國刑法與 Binding 理論並不直接相同,當然不然能直接套用 Binding 看法,尤其我國刑法典早已將公務員依法令或上級命令的行為抽出,將之設定為獨立的第 21 條阻卻違法事由。但從 Binding 將公務員/非公務員統合在同一種阻卻違法事由的觀點,或許可以引申並推論:在常態生活中,往往會出現若干出於特定利益(超越個人之公益、具體個人利益),因而必須犧牲他人法益的情況,這些情況發生時,雖然並無緊急情狀,但出於整體社會公共利益或特定個人優越私益的保護需求,不得不在常態生活中容許侵害。這些能夠發動侵害的行為人,應該考慮積極地限定其資格,要求其必須有一定的認證資格或專業能力,此時才能在常態情況本於公益或高價私益,侵害他人法益;如果不限定侵害者身分或資格,僅依個案優越利益判斷得否阻卻

⁴⁴ Binding, (Fn. 41), S. 791.

⁴⁵ Binding, (Fn. 41), S. 792.

⁴⁶ Binding, (Fn. 41), S. 792 f.

⁴⁷ Binding, (Fn. 41), S. 791.

⁴⁸ Binding, (Fn. 41), S. 794.

⁴⁹ 參考王皇玉,前揭註33,頁144。

違法，不僅認定可能浮濫，標準也可能游移不定，但若行為人對於相關侵害他人法益事務的處理，具備一定專業能力，由其判斷是否具有必要性，相對於任何人均得適用的作法，比較能控管損害容許界限。

正是這個理由，本於公務需求而必須侵害他人法益的行為，原則上必須由「該管公務員」實施，該公務員必須經過相關事務訓練，才能決定個案中侵害人民法益所適用法令依據的實體及程序要件，欠缺公務員資格的一般私人，不得適用與公務員有關的依法令行為而阻卻違法，例如國家對他人人身自由的刑事執行，以及對他人財產事務的強制執行，都必須透過特定公務員實施，該承辦公務員（執行檢察官、法院之民事執行處法官）享有權責判定如何展開執行程序，欠缺承辦公務權限者，絕對不得實施系爭執行程序而侵害相對人法益；又例如逮捕「非現行犯」確實能實現刑事訴追的公益，原則上只有刑事司法機關本於其職權判斷，什麼情況可以發動令狀拘提、緊急逮捕或緊急拘提，倘若任令一般私人僅出於優越利益就可以侵害該「非現行犯」的人身自由，不免使得整個社會陷於個別私人隨機認定他人是「非現行犯」的危機與困擾，讓人人均得決定公益價值而追訴犯罪，反而會帶來更嚴重的法益侵害後果，也因此，刑事訴訟法僅許可刑事司法機關的公務員，能夠在非即時犯罪的場合，對涉嫌過去犯罪的行為人實施人身干預。基此，依法令執行公務而得合法侵害法益的行為人，自須具備特定的公務員身分，並乘其公務員資格而可以判斷法定實務及程序要件。

同樣觀點也能用以解釋業務上正當行為。在我國法體例下，該行為顯屬與公務無關，亦非發生於緊急情況，卻必須允許「私人」侵害他人法益，業務上正當行為即是劃定「慣常性侵害他人法益的私人平日社會活動」之違法／合法界限，由於這些事由常發生於非緊急的平日狀態，倘若任令一般社會成員都能適用，不僅對不樂意發生侵害的法益受犧牲者保護不足，甚且造成判斷標準模糊與失據。因此，筆者認為對於業務上正當行為的解釋，必須採取與公務員依法執行公務相同的觀點，此即必須給予業務執行者相當程度的身分及資格限制，尤其考量這是一種常發生於社會中的法益侵害，欠缺任何資格或專門技術之人，實不應得到法秩序的許可而發動常態性侵害法益、卻

又能阻卻違法的行為。換言之，業務執行者必須具備一定資格或有特別的專門知識，否則不得於常態生活中侵害他人法益，至於該資格或地位的身分關係，通常須觀察其行為內容與法益侵害特質，同時一併審視保護整體公益或個別他人利益的理由，而整體性地予以判定⁵⁰。

本於以上三個重要觀點，筆者認為業務上正當行為的「業務」定義，必須予以調整，業務應該理解為「在非緊急情況的日常生活中，出於有利整體社會或特定個人之目的，且該目的受到法律或社會慣習所接受及許可，得由具有特定資格、身分或具備特定專業知識之人，本於該資格、身分或專業知識所連結的執行規則，進而實施侵害法益的行為」，原則上只要具備特定資格、身分或專業知識的行為人，本於上述有利整體社會任務之目的，遵守執行業務的行動規則，縱或侵害他人法益，亦得主張以業務上正當行為阻卻違法。就此處對業務上正當行為的重新定義，有三點補充說明。

首先，雖然要求業務執行者必須具有特定資格、身分或具備專業知識，但就具體個案的業務行為，究竟應該要求行為人先行具備特定證照、特定知識或特定地位的那一種，必須視該項業務的特性而個案認定。倘若該項業務的執行，以通過國家考試為先決條件，此時必須要求行為人有相關證照才能執行系爭職務，例如在官方許可醫院中執行手術或治療行為的醫師⁵¹，在法

⁵⁰ 類似見解如吳耀宗（2006），〈刑法上之「業務」概念：第一講：刑法之解釋方法與業務作為阻卻犯罪成立之要素〉，《月旦法學教室》，45期，頁45。吳教授主張應將業務限定於「職業工作上之事務」。此外，匿名審查人指出：「作者對於業務上正當行為的必要性與適用建議，固然在現行法底下有其合理性，不過嚴格來說，似乎無法改變此一法定阻卻不法事由的存在意義堪慮的事實。我們似乎可以預期，即使是直拉適用新聞自由作為記者取材與報導行為之阻卻不法事由，作者所提出之建議同樣適用，對於所舉案例之判斷結果一樣不變」（原文照錄），筆者回應則是：本文的確在現行法框架下處理其解釋，雖然不易解釋業務上正當行為，但只要該阻卻事由的法條存在，理論上應該有其解釋所及之處。而就回溯基本權及直接以法定事由兩個選項而言，筆者仍認為法定事由是較合理的優位選擇，否則一律回溯至基本權，不免有架空刑法具體規定之嫌。

⁵¹ 依本文見解，僅有獲得國家頒與醫師資格者，依據醫療常規執行其治療業務時，才能依據業務上正當行為阻卻違法。至於我國通說見解認為，無照密醫亦得主張業務上正當行為（參見陳子平，前揭註18，頁281），筆者並不贊同，密醫無異於

院擔任刑事辯護人的律師等，但若業務屬性欠缺太嚴格要式的官方認證機制，此時即不必再要求絕對的國家考試資格，原則上只要客觀上存在相應且共通承認的執業規範，同時行為人主觀上知悉該規範，也確實設法遵守規範所要求的各項要素，即可符合該阻卻違法事由所要求的先決資格或地位，本文所討論的新聞記者，即屬於後者，不過新聞記者的具體狀況又較為複雜，詳細討論將於後文說明。

其次，上文觀點定性的「業務」，往往具有非常大的知識或技術閉鎖性，這就不免進一步要求該業務執行者必須依據其業務所屬的專門知識執行實施相對應業務活動，其侵害法益的行為才能阻卻違法。在此意義下，業務行為是否具備「正當性」，在判斷上就必須依照構成業務活動的執行規則予以認定，例如醫師施行治療行為時，通常會有相關治療行為的醫療常規⁵²，只要醫師遵守該醫療常規而執行治療，即使必須造成病患若干法益損害（例如侵襲性手術所帶來的身體法益損害），也應該直接認定為與業務活動相關的「正當行為」，得阻卻違法並排除刑事責任⁵³；又例如律師就法庭辯護及當

較具特別醫學知識的私人，如果將密醫納入業務上正當行為適用範圍，所有私人主可以主張業務上正當行為，該阻卻違法事由勢必完全無任何效果。不過筆者亦非認為密醫絕對不得阻卻違法，其應適用的阻卻違法事由是被害人承諾，只要符合承諾有關要件，密醫實施侵襲性醫療行為仍得阻卻違法；而採筆者見解，因為重大身體法益不得基於被害人承諾而放棄，密醫進行艱難的侵襲性手術時，即無法直接阻卻違法，畢竟密醫並未獲得醫學有關認許，放任其可實施重大手術，毋寧置欠缺醫學專業知識、又急於求診的病患法益於無助之境。至於匿名審查人指出「作者認定其（密醫）不屬於『從事業務之人』，但是仍然認為其可以透過被害人承諾的方式阻卻醫療行為之不法性。問題是，在沒有緊急情況時，即使是有照醫師的醫療行為，其業務行為正當性的判斷一樣是以取得病患承諾為前提」，審查固然正確指出醫師的業務行為必須以得到病患告知後同意為合法前提，但醫師的業務行為屬專業活動，可執行為延命而重傷害病患的高風險性手術，但此種本於業務上正當行為阻卻違法的作法，並不適用於以被害人承諾阻卻違法的密醫，因為被害人不得承諾放棄重大身體利益。

⁵² 有關「醫療常規」的定性及法律效果，僅參考張麗卿（2015），〈醫療常規與專斷醫療的刑法容許性：評析拒絕輸血案〉，《台灣法學雜誌》，272期，頁17-18。

⁵³ 不過必須強調，醫師若故意侵害病患時，絕大多數都屬於醫療常規而得阻卻違法的行為；但如果醫師因過失而侵害病患身體法益時，此時在過失致死傷的構成要件階層，就要先確認有無違反注意義務，該要素的成立會援用醫療常規作為判斷

事人代理等行為，我國目前最主要的規定是律師法、律師倫理規範及刑事訴訟法等規定，只要律師執業活動符合這些框限律師執業的法令或專業準則，律師行為即應認定屬於業務上正當行為，得阻卻違法⁵⁴，比方律師因協助刑事被告辯護，並知悉其未來已臻明確、且可能造成重大損害的犯罪計劃，此時律師得依律師倫理規範第 33 條規定：「律師對於受任事件內容應嚴守秘密，不得洩露。但委任人未來之犯罪意圖及計劃或已完成之犯罪行為之延續可能造成第三人生命或身體健康之危害者，不在此限」，將其當事人本於信賴而告知律師的犯罪計劃，轉告刑事偵查機關，即便有可能該當刑法第 316 條洩密罪構成要件，但仍可依業務上正當行為阻卻違法⁵⁵。綜言之，業務活動執行者若符合其專業行為準則時，其行為即具正當性，不過筆者也必須強調，專業準則往往無法涵蓋所有可能情狀，倘若個案中欠缺成文準則，此時應該優先以專業角度評判個案中是否屬於該項執業行為中的正當方式，同時一併考量可能關涉的各項情況，包括風險評估、被害法益輕重等事項，也應納入法益侵擾或試圖保護的基本權衡量關係，以進行行為是否正當的整合性判斷。

最後，由於相關專門業務準則，是以可能預先設想到的情況為基礎，從事前角度予以規劃，設法給予情況發生時的對應措施，行為人是否已經施行正當的業務行為，應本於事前（ex ante）標準，決定是否正當⁵⁶，只要行為

輔佐依據，如果醫師符合醫療常規，就可阻卻構成要件，不會進入違法性階層，相反地，如果醫師違反醫療常規，且可符合結果歸責時，該行為也不會認定為業務上（符合醫療常規的）正當行為，依舊不能阻卻違法。

⁵⁴ 相關討論，參考孫迺翊（1996），〈律師辯護權限之界線：刑法第一百四十條第一項侮辱公務員罪與律師業務上正當行為之阻卻違法〉，《萬國法律》，90期，頁89-91。

⁵⁵ 參見許恒達（2011），〈律師倫理規範第33條釋義〉，收於：律師公會全聯會（編），《律師倫理規範逐條釋義》，頁287-289，臺北：律師公會全聯會。

⁵⁶ 相類的阻卻違法事由即公務員依法令所執行的公務行為（例如逮捕、搜索等），德國刑法通說認為，類似行為通常附加嫌疑或危險的文字描述，只要公務員依據事前判斷，可認定該案符合事前的公務發動條件，即可為合法侵害，即使事後認定其侵害對象並非正確（例如被逮捕人並非犯嫌，或搜索並無所得）。Vgl. Roxin, (Fn. 24), § 17 Rn. 12-13. 又例如「現行犯逮捕」，德國刑法通說亦認為，只要從事

人處理其業務行為時，恪遵業務所屬的專業行為方針及具體規範，或者在無明文情況下，行為人依據系爭專業的判斷法則施行業務活動，同時滿足事前視角的優越利益要求，仍應認定阻卻違法。一言以蔽之，業務上正當行為的「正當」與否，主要依憑業務的專門準則，只要事前已經遵守該準則，即應認定可阻卻違法，在此不應該從事後損害擴大的角度反推而認定法益侵害行為為不正當。

三、記者活動與業務上正當行為

（一）新聞工作的業務屬性

以上分析了業務上正當行為的成立條件，接下來將轉至本文關切的具體問題，此即記者侵害隱私行為能否構成業務上正當行為，從而阻卻違法？已如前文所述，因刑法典中已經有第 22 條成文化「業務上正當行為」的阻卻違法事由，該項規定相對於個案優越利益衡量，顯然更適合於記者侵害隱私行為的除罪判斷，考量順序上自應以業務上正當行為為優先。接下來的問題即是，記者採訪、報導等活動，是否為本條所稱的業務？

以最無爭議的醫師、律師為例，其養成過程中，有許多欠缺相關教育訓練即無法理解的專業知識培訓，並由國家介入管控，其資格以通過國家考試並取得證照為前提。相對於此，記者養成過程似乎與上述嚴格證照控管流程有相當落差，有鑑於國家證照的有無，或許有批評認為，記者活動與一般蒐集他人八卦或生活瑣事並無差別，當然稱不上業務。然對筆者而言，這種看法不免過度輕忽了新聞媒體在現代社會中扮演的機能，也未見新聞報導可能帶來的社會效益，甚至過度無視新聞學本身具有的專業性，就此可以分成三個面向分析。

首先，在資訊時代中，流通於社會中的訊息總量，早已經超過個人所能閱讀、理解的範圍，我們很難不透過媒體報導了解社會動向，媒體記者每天蒐集時事訊息，進一步經手諸多、加工、處理，經其消化再轉由終端的社會

前判斷有重大犯罪嫌疑 (dringender Verdacht) 即足，vgl. Heinrich, (Fn. 27), Rn. 508.

大眾吸收，記者如何篩選、處理、呈現時事訊息，攸關社會如何形成公意，也涉及社會如何評判政治及公眾人物，記者長期接觸公共事務，往往知道問題所在，也能有效針砭時政⁵⁷。記者工作包括了蒐集、報導與針砭時事，即使不免必須干擾他人隱私及名譽的可能，但因形成公共輿論對於民主政治有著不可或缺的機能，形塑公共輿論形成機制的媒體訊息，也應該納歸於民主政治支柱的一環，故記者活動有其公益色彩⁵⁸。

其次，記者往往與媒體平台相結合（例如某電視台、某報業之記者），由於媒體平台專門從事於訊息傳布，記者報導透過媒體平台所能產生的滲透度，在資訊時代更是難以想像，尤其幾乎人人擁有可上網手機，能夠隨時閱讀、收看、收聽新聞，記者所生產的重要新聞只要登上媒體平台，馬上有數以萬計的閱聽人傳閱、分享，再考量由用戶或媒體自身分享新聞的社群網站平台（例如 Facebook、Twitter 等），記者發布新聞後，可再透過閱聽人用戶多次轉發、分享，記者散布資訊的效果，幾乎完全沒有任何時間、空間或人際關係的限制可言⁵⁹，任何人稍微願意接近使用（access）媒體平台，不論是網路、電視、廣播，記者所傳述之事幾可立即讓不特定多數使用者知悉，近來更在網站平台上許可讀者回應、討論，這已經形成一個公共議題的平台⁶⁰。從此可見，記者報導不僅能夠主導公共輿論的走向，還能形塑公共輿論的實質內容，甚至影響到公共政策的決定，其地位與角色顯然與一般訊息傳布者有非常大的差別，對於掌握這類媒體發聲權力的記者，法律上應該有不同的處理方法⁶¹。

⁵⁷ 參見劉靜怡（2006），〈言論自由：第六講：言論自由、媒體類型規範與民主政治〉，《月旦法學教室》，42期，頁34-35。

⁵⁸ 劉靜怡，前揭註2，頁51-53。

⁵⁹ 有關社群網站的特點，參見劉靜怡（2012），〈社群網站時代的隱私困境：以Facebook為討論對象〉，《臺大法學論叢》，41卷1期，頁4-8。

⁶⁰ 劉靜怡，前揭註57，頁42-43。

⁶¹ 學說亦認為應給予媒體一定程度的言論及新聞自由自主權利，參見劉靜怡，前揭註57，頁35-42。

最後，記者在篩選新聞及報導事件時，其實有非常多的專業規範，稍有不慎，非常容易扭曲或誤解事實，一般新聞學要求記者要作到可信賴性 (Accountability)、正確性 (Accuracy)、平衡 (Balance)、客觀性 (objectivity)、公益性 (public interest) 等報導要求⁶²，以犯罪被害人的報導為例，如何採訪、如何呈現新聞，在新聞學上都已發展出相當程度的專業化論述⁶³，並非任何無關於公共事務的訊息都應該納入新聞傳播的範圍，毋寧記者必須遵守專業規範方式篩選、採訪並報導發生於社會生活中的重要訊息。以我國現況而論，對於記者具有共通性行為規則者，包括 1974 年由台北市新聞評議委員會公布、並於 1992 年由中華民國新聞評議委員會修訂通過的「中華民國報業道德規範」、「中華民國無線電廣播道德規範」、「中華民國電視道德規範」⁶⁴，以及台灣新聞記者協會於 1996 年所公布的「新聞倫理公約」⁶⁵，這些道德規範及倫理公約中，均以抽象文字點出記者在採訪新聞時應該注意並考量的執業規則，例如「中華民國電視道德規範」中對於電視新聞製播，依其規定：

1. 電視新聞節目除以新、速、實、簡為編播原則外，更須注意就客觀立場作公正報導。
2. 國內新聞、地方新聞及國際新聞之編排應力求兼顧，俾觀眾對國內外情況均有所瞭解。

⁶² See ROGER PATCHING & MARTIN HIRST, JOURNALISM ETHICS: ARGUMENTS AND CASES FOR THE TWENTY-FIRST CENTURY, 46-53 (2013).

⁶³ 參考許瓊文 (2009)，〈新聞記者採訪報導受害者應面對的新聞倫理：多元觀點的論證〉，《新聞學研究》，100期，頁16-18；彭家發、蘇蘅、張寶芳、金溥聰 (編著)，前揭註3，頁206-294。

⁶⁴ 以上三則新聞記者專業規範，均可見於中華民國新聞評議委員會網站，<http://www.xn--fiq46nqybr7dy7ug1bx8o7l6bxyejr70c.tw/%E4%B8%AD%E8%8F%AF%E6%B0%91%E5%9C%8B%E6%96%B0%E8%81%9E%E8%A9%95%E8%AD%B0%E5%A7%94%E5%93%A1%E6%9C%83%E6%9C%AC%E6%9C%83%E8%87%AA%E5%BE%8B%E8%A6%8F%E7%AF%84/> (最後瀏覽日：04/07/2016)

⁶⁵ 台灣新聞記者協會網站，<http://atj.yam.org.tw/ethic.htm> (最後瀏覽日：12/04/2015)

3. 拍攝電視新聞不可歪曲真相，造成偏差，使觀眾發生錯覺。
4. 有關犯罪及風化案件之新聞，在處理技術上應特別審慎，不可以語言圖片描述犯罪方法，並避免暴力與色情鏡頭。
5. 國內外重大新聞應予分析與評論，並擇收視率較高之時間播出。
6. 新聞分析及評論應與新聞報導嚴格劃分，因前者含主觀成份，後者為純客觀之事實。
7. 新聞報導與新聞評論節目中不得插播廣告，以免分散觀眾注意力。
8. 政府部長級以上官員因政策或業務需要向全國說明時，電視臺應提供時間，但電視臺如為民營性質，可請政府酌付時間費。
9. 遇有觀眾關心之重要問題發生，電視臺宜邀請專家學者座談，以反映廣泛的意見。
10. 對於正在法院審理中之案件不得評論，以免影響審判。
11. 新聞報導及評論，如發現錯誤，應儘速更正。倘涉及名譽，則應儘速在相同時段，給對方申述或答辯之機會。
12. 新聞內容不得直接為某一廠家或其產品作宣傳，以謀取廣告利益。
13. 氣象報告必須配合適當之圖表。採用通俗容易明瞭之術語，並說明資料來源。

又例如「新聞倫理公約」同樣規定了記者採編新聞的應注意事項：

1. 新聞工作者應抗拒來自採訪對象和媒體內部扭曲新聞的各種壓力和檢查。
2. 新聞工作者不應在新聞中，傳播對種族、宗教、性別、性取向身心殘障等弱勢者的歧視。
3. 新聞工作者不應利用新聞處理技巧，扭曲或掩蓋新聞事實，也不得以片斷取材、煽情、誇大、討好等失衡手段，呈現新聞資訊或進行評論。
4. 新聞工作者應拒絕採訪對象的收買或威脅。
5. 新聞工作者不得利用職務牟取不當利益或脅迫他人。
6. 新聞工作者不得兼任與本職相衝突的職務或從事此類事業，並應該迴避和本身利益相關的編採任務。
7. 除非涉及公共利益，新聞工作者應尊重新聞當事人的隱私權；即使基於

公共利益，仍應避免侵擾遭遇不幸的當事人。

8. 新聞工作者應以正當方式取得新聞資訊，如以秘密方式取得新聞，也應以社會公益為前提。
9. 新聞工作者不得擔任任何政黨黨職或公職，也不得從事助選活動，如參與公職人員選舉，應立即停止新聞工作。
10. 新聞工作者應拒絕接受政府及政黨頒給的新聞獎勵和補助。
11. 新聞工作者應該詳實查證新聞事實。
12. 新聞工作者應保護秘密消息來源。

綜合上述三點，新聞工作絕非單純訊息取得或傳述，新聞記者毋寧擔負一定的社會任務，並作為公共民意的形成介面，而記者也受諸多採訪及編輯倫理規範限制，為了取得正確訊息，記者有時不得不侵害他人法益，在這個意義下，記者的專業地位足可認定為刑法第 22 條所稱「業務」，若其依執業規範行事，即使在被害人不同意的狀況下侵害其法益，亦得適用業務上正當行為阻卻違法。

接續則衍生兩個問題：第一，記者並非如律師、醫師具有專業證照，那麼如何界定記者範圍，這個問題在現代所謂公民記者透過網路平台散播訊息的數位時代，尤其不易處理；第二，記者活動算是業務，那麼如何認定其屬於業務上的「正當行為」，這個問題更涉及得否阻卻違法的關鍵。以下分項說明之。

（二）記者身分的認定標準

本文的問題意識是應否賦予記者阻卻違法的特別利益，要界定記者的資格與範圍，當然必須從其享受特有保護的理由談起。

已如前文所摘錄判決，我國法院向來認為，新聞自由並非個人性的基本權利，毋寧屬於制度性、工具性的基本權，此觀點源自美國法的第四權理論（the fourth estate theory）⁶⁶，其主張新聞自由構成行政、立法、司法等分立

⁶⁶ 參考林子儀（1999），〈新聞自由的意義及其理論基礎〉，氏著，《言論自由與新聞自由》，頁73-96，臺北：元照。

三權外的第四權，最主要功能在於監督政府，因為人民對於資訊掌控能力有限，現實上需要有提供資訊並協助形成共通社會意志的新聞媒體作為中介，媒體有效運作自然構成了人民有效監督的適足條件，保護新聞媒體的自主性，不讓新聞媒體在新聞製作過程中受他人箝制，自屬新聞自由的核心重點⁶⁷。至於從第四權觀點解釋新聞自由時，新聞媒體或記者可以享有那些工具性的權利，學說上有引用美國學者 C. Edwin Baker 的看法，將其分為防禦性權利、表意性權利及外求性權利，防禦性權利強調媒體不受政府過度管制及干預，表意性權利著重媒體可以自由傳述其所要表達的新聞內容，至於外求性權利則涉及記者取得資料的保護，包括記者從政府取得資訊，以及記者獲得私人資訊⁶⁸。

從第四權論述看來，新聞自由雖然由媒體及記者所享有，但本身並非為了媒體利益而存在，而是為了人民有效對政府的監督能力，因此新聞自由僅只為制度性的架構，該自由權的享受者仍為人民，其存在絕非為了新聞媒體的利益，而是為了讓人民了解資訊，從而實踐民主政治的監督制衡機制，至於新聞自由的實踐方式，不外乎讓新聞媒體有自由決定報導內容的空間，藉以促成民主政治的透明性與公共對話的可能性⁶⁹。

正因為媒體在第四權理論中具有制衡政府的重要地位，所以新聞自由享有者是機構式的媒體，但可以擴張至媒體內部的新聞從業人員⁷⁰，在這個意義下，第四權理論產生兩重作用，一方面分開了新聞自由的保護者（人民）與行使者（記者），另一方面則限定主張新聞自由的人，原則上只及於機構型記者，排除了公民記者，但在現代資訊發達的時代，若完全排除公民記者

⁶⁷ 林子儀，前揭註66，頁80-81。

⁶⁸ 進一步討論，參考林子儀，前揭註66，頁100-109。新近對第四權理論的反省，參考許家馨，前揭註1，頁8-14。

⁶⁹ 參考林子儀，前揭註66，頁81-84、87-96。對於第四權理論的批評，參考許家馨，前揭註1，頁8-14。

⁷⁰ 林子儀，前揭註66，頁110-113。

毋寧是對新聞自由的不當限制，也因此學理上逐漸有呼聲，主張應一併納入公民記者於新聞自由的保護範圍內⁷¹。

在筆者看來，公民記者雖然不隸屬機構式媒體，但不代表他們不能獲得新聞自由的保護。析言之，新聞工作並無國家證照，即使機構式媒體較易獲得記者證，但其核發往往不是從記者活動的專業角度考量⁷²；尤其記者活動本質正是揭發政府、大企業內部不法事件，雖然不能認為機構式媒體必然與政府或企業結合，但相對於機構式記者，公民記者顯然更無人情壓力或受惠關係等包袱，也更能將報導視角擴張及機構式主流媒體未關心的領域，就與政府及大型跨國企業、甚至是商業媒體集團的對抗角色而言⁷³，公民記者的功能並不低於傳統媒體記者⁷⁴，公民記者同樣能藉由網路技術、主流或非主流的傳播平台可以發聲於公眾，法律在此更不應該對主流／非主流的訊息傳布平台有不同的處理；此外，公民記者亦非毫無倫理或專業準則，其已經發展出若干採訪時的新聞倫理準則，公民記者間的同儕壓力，更會使得公民記者必須詳盡調查、蒐證、採訪，並維持報導水準⁷⁵。

大法官近期更在釋字第 689 號解釋理由書中指出：「為確保新聞媒體能提供具新聞價值之多元資訊，促進資訊充分流通，滿足人民知的權利，形成公共意見與達成公共監督，以維持民主多元社會正常發展，新聞自由乃不可或缺之機制，應受憲法第十一條所保障。新聞採訪行為則為提供新聞報導內

⁷¹ 參考汪文豪（2011），〈公民記者是否受新聞自由保障？〉，《台灣法學雜誌》，184期，頁63-67；劉靜怡，前揭註5，頁163-168。

⁷² 進一步討論，參見劉靜怡，前揭註5，頁163-164。從民主理論分析，論及新聞自由不應由寡占的媒體菁英主導者，參見許家馨，前揭註1，頁14-19。

⁷³ 參見張讚國（2013），《匆促的記者：公民新聞、媒體與社會》，頁24-55，香港：城市大學。

⁷⁴ 參見劉靜怡，前揭註5，頁165-168。

⁷⁵ 參見劉靜怡，前揭註5，頁171-172。近期臺灣案例，即某陳姓公民記者在自己臉書刊登未經修圖的總統不雅照，刊載後引起輿論斥責，不久之後其臉書即被檢舉而停權，復權之後，陳姓公民記者亦在臉書上表達其歉意，從本案可以看到，即使公民記者不受媒體機構所管制，但仍有非常強大的公民監督力量。參考：蘋果日報網站，<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20160425/846444/>（最後瀏覽日：04/27/2016）

容所不可或缺之資訊蒐集、查證行為，自應為新聞自由所保障之範疇。又新聞自由所保障之新聞採訪自由並非僅保障隸屬於新聞機構之新聞記者之採訪行為，亦保障一般人為提供具新聞價值之資訊於眾，或為促進公共事務討論以監督政府，而從事之新聞採訪行為」（強調為筆者所加），大法官似乎也本於滿足人民知的權利之理由，掌握新聞自由的概念，也認同新聞自由的保障，應該延伸到非機構的公民記者。

綜合上述理由，非機構式公民記者具有不亞於傳統機構記者的傳播效能，其同時具有形成公共輿論的公益取向，也受專業行為準則所規範，我們不應該直接排除公民記者於新聞自由的保護範圍之外。既然記者不是授權取向，而是著重其訊息向大眾傳播的特性，只要任何人在實施侵害他人法益的採訪或報導行為之初，主觀上出於向一般公眾傳布之目的，而預期的傳布對象無身分或人別限制，從而得推論其行為有助公共輿論形成時，即可享受新聞自由的保護。而作為新聞自由衍生效果的業務上正當行為，當然也應該同時適用於媒體記者與公民記者⁷⁶。

（三）記者業務的正當行為

如果可以接受媒體或公民記者的行為具有業務屬性，那麼其業務執行時是否正當，應該如何判定？前文曾提過，業務上正當行為屬於常態性的阻卻違法事由，理應優先考量新聞業的行為及倫理準則，作為正當行為的判定基礎。但筆者也必須承認，相關準則內容相當抽象，實難從中推導具體個案的作法。舉例來說，電視台記者若要採訪剛發生的社會事件時，在電視道德規範中僅規定製播新聞應該有的注意事項，未詳論其記者採訪時的行為矩度，至於新聞倫理公約中，也僅在第2條、第3條、第7條及第8條提及記者採訪時，應該注意新聞當事人隱私利益，並以正當方式取得新聞，若採取秘密取得新聞時，亦須以公共利益為前提，而於報導時，亦須防止歧視，也不得失衡報導。這種抽象規範方式在個案適用時功能相對有限，即使記者詳閱其

⁷⁶ 相類看法，參考劉靜怡，前揭註5，頁180。

內容，也只知道本於公共利益之需求，才能夠採取「秘密」方式取得新聞報導素材，若以前文提及的案例來談，是否勞資糾紛屬於「公共利益」需求？相關問題恐怕無法直接從有限規範得到答案。

既然無法從現有新聞規範中得到具體結論，判斷記者活動是否「正當」的依據，勢必回歸至較為一般性原理原則，亦即採訪時記者與被採訪者的基本權及相關法益的衝突關係，依筆者之見，考量重點可以包括兩個層次：首先，新聞倫理公約雖然抽象，但至少已經要求僅得以追求公共利益為目的，才能侵害個人隱私，倘若個案中純粹出於個人獵奇（例如報導明星私生活），此時不論該私益有多麼重大，甚至在個案衡量中可能優越利於受到干預的被採訪者微小隱私，仍然不得認定侵害隱私利益行為具有正當性，在這個意義下，新聞倫理公約提供了中介的框限機能，並排除私益作為侵害隱私的理由，記者一切侵害隱私的採訪手段，只能用以取得至關公益的新聞素材；其次，由於記者只能本於公共利益的保護目的侵害個人隱私，保護目的與侵害內容自須符合一定的對等關係，判斷上可以借鏡比例原則「適當性、必要性及衡平性」的操作方法，判斷新聞公益與當事人隱私利益關係，亦即，侵害個人隱私有助於揭發關聯公共利益的新聞（適當性），其所侵害的隱私利益，也必須是最小侵害的選項（必要性），該公益事件的報導相對於受干擾的隱私利益，必須能夠帶來整體社會更高的利益（衡平性）⁷⁷。

論者或許質疑，何以筆者先反對優先考量基本權及個案優越利益衡量，卻在無法判別業務行為正當性時，回過頭來找起初反對的論點。筆者回應是：之所以反對「優先」個案性考量，是因為業務上正當行為乃適用於常態生活中的阻卻違法事由，為了讓執行業務而必須侵害他人法益的行為人有行為準則可茲遵循，不應事事取決個案衡量，必須以專業準則作為「優先」考量選項，試想醫師的侵襲性醫療或律師個案辯護作為，如果不依醫療常規或律師法、律師倫理規範，他們勢必無所適從。記者執行業務侵害他人法益時，理論上應該依循相同方式決定得否阻卻違法，但因為現行記者的行為準則規範密度有限，無法從中獲知應該如何判定其行為，所以不得已地回歸到個案衡

⁷⁷ Vgl. Kudlich, JZ 2003, S. 130-133.

量。這是因為記者行為準則規範未臻詳盡所致，解決之道應該是修正、補強記者的行為準則，絕非放棄業務上正當行為連結行為準則、並以準則本身作為判斷依據的通案式途徑，也不應該優先衡量個案利益。而當行為準則尚未完備前，或者個案情況並不明確，判斷時仍不應該直接跳至優越利益個案判斷，仍應本於記者行為準則的形式介面，納入基本權、法益衡量的實質內涵，藉以補強並填充記者行為準則內涵。無論如何，行為準則在此扮演了非常關鍵的中介機能，在此框架下，基本權或法益的個案衡量，不應該是阻卻違法的優先順位，毋寧是用來「解釋」業務上正當行為是否「正當」的補充機制。最高法院在相關判決中，未先就是否構成業務上正當行為，直接從基本權衝突關係立論，在本文看來，並非合理見解。

此外，針對個案的衡量而言，公共利益與隱私利益間的適當性、必要性，一般而言不是太大問題，例如為了找出政要受賄的新聞，實難想像有必要錄下政要與其妻子閨房內的性行為，故該項侵害隱私的新聞取材顯然欠缺適當性，又例如為了揭發不肖建商偷工減料，而在其辦公室內安裝竊聽器，雖然辦公室不無錄下有關對話而得作為新聞素材的可能性（符合適當性），但錄下所有辦公室對話的竊聽手法，恐怕不是達到目的之最溫和手段，不符合必要性。然而，個案中應該如何判斷衡平性，恐怕是最難的問題，尤其那些社會事實可以計入公共利益？其與隱私又該如何衡量輕重？在下一章中將分別以記者取材及報導行為為中心，分析衡平性的判斷方式。

四、小結

行文至此，大致討論了記者活動相關的阻卻違法依據，依本文所見，考量刑法典中已經針對業務上正當行為有明文規定，法院於個案判斷時，應該優先以法定阻卻違法事由之業務上正當行為作為判斷基準。

至於業務上正當行為的應用，其業務概念的解釋，專指具有以特殊地位或資格為前提，預期帶來他人或整體社會的最大利益，而具有專門執業規則的行為；不論機構式或公民記者採訪及報導活動，若符合具體的業務規則時，即可以之阻卻違法。但其規定內容抽象而不甚明確時，判斷方式則以上述準

則為形式介面，實質考量個案記者新聞自由與採訪當事人基本權的衝突關係，依循適當性、必要性及衡平性的操作方法，具體決定得否屬正當行為。

肆、新聞取材與隱私保護

接續討論記者取材行為侵害他人隱私法益時，如何判定衡平性的問題。衡平性涉及相衝突的兩種利益，最高法院在勞資糾紛案中，本於記者採訪目的具有公益性，進而認為記者得為取材而侵害他人隱私，但在藝人轟趴案中，最高法院則認為雖然記者認為事件涉及犯罪具有公益性，不過該公益因子僅是記者個人主觀臆測，仍不得阻卻違法。從判決文字中可以發現，即便記者欠缺正當防衛、緊急避難等情狀，仍然可以在一定條件下侵害他人隱私利益，最高法院對於此條件是從個案的基本權衝突分析。

問題在於，最高法院對於得阻卻違法的利益衡量，在判斷論證上極度模糊。單就上述兩則判決內容以觀，最高法院強調必須視所採訪事件的公益性，進而申述「勞資事件」與重大公益有關，不過，「懷疑藝人吸毒」卻又無關公益。從公益標準而論，何以非犯罪的勞資糾紛屬於重大公益，吸毒犯罪卻又不屬於重大公益，顯然無法從最高法院的論述中得知其理由。

此外，如果記者懷疑他人吸毒，為了揭發而侵害隱私純屬「記者個人臆測」，那麼為什麼懷疑幼兒園涉及勞資糾紛，為了揭發而侵害隱私又不算是「記者個人臆測」？從兩個判決比較看來，最高法院似乎有意在記者發動侵害隱私的取材行為前，要求記者先取得相當證據資料，才能夠本於公益事件的報導目的侵害相對人隱私，否則只能認定為「記者個人臆測」，不得阻卻違法。那麼，這裡所謂相當程度證據與記者個人臆測的區別，應該如何拿捏？最高法院針對其標準，顯然也未詳實說明。

以下討論，就分別從「公益與隱私的衡量標準」與「發動採訪的證據要求」等不同層次的角度切入問題。

一、新聞取材侵害隱私的衡平性判斷

（一）兩種模式

已如前述，記者取材行為得否阻卻違法，應該先從法定事由的業務上正當行為層次檢視問題。具體判斷時，應先優先確認業務準則的實質內容，但我國新聞記者執業準則規範密度有限，取材行為僅見於新聞倫理公約第7條及第8條，其共同特點在於，記者僅得本於「公共利益」或「社會公益」而侵害他人隱私，取得新聞素材，在業務上正當行為優先以專業準則決定正當性與否的視角下，新聞事件有無公益性必然成為衡平性審查的重要指標，這一點確實與最高法院見解相近。

然而，新聞倫理公約對於如何鑑別事件的公益性，也未再詳細說明，因此判斷記者專業採訪是否正當，勢必轉換至個案衡量⁷⁸。至於具體操作，我國實務大多採取綜合評價的作法，將所有利益一併審查，指標判決即勞資糾紛案⁷⁹。最高法院衡酌了取材事件內容有無「關涉社會大眾利益」，接著考量當記者報導後，可能對社會帶來的「教化意義」，以及留下採訪紀錄未來可能的「證明功能」，這些利益都可納入公益範圍，再與侵害隱私的強度綜合衡量後，最高法院認為應該優先保障新聞自由，認定記者侵害隱私係屬有故⁸⁰。此種將可能相關要素全盤納入考量的作法，或可稱之為「綜合審查模式」⁸¹。

⁷⁸ 值得特別說明是德國法近期的發展，德國法上對於記者在什麼情況下可以出於報導目的而侵害他人隱私，一直苦無明確的阻卻違法事由，也因此學說上始終有本於個案利益衡平而保護新聞自由阻卻違法的呼聲，此項作法甚至得到德國聯邦憲法法院的支持。Vgl. NK-StGB-Kargl, § 201a, 4. Aufl., 2013, Rn. 15a.

⁷⁹ 類似觀點，另可參考劉靜怡（2015），〈SOP鬧劇下的新聞採訪自由〉，《台灣法學雜誌》，277期，頁3-4。

⁸⁰ 當然，最高法院的問題意識在判定「有故／無故」，實際上進行的卻是衡平性的利益權衡，在思考順序上似乎跳過了適當性與必要性的判斷過程。

⁸¹ 德國法亦承認隱私利益與新聞自由（Pressefreiheit）的關係，學說上大致主張就個案需求進行利益衡量，從而阻卻記者妨害他人隱私利益的違法性（德國刑法第201a條），vgl. Lutz Tillmanns/Janina Führ, § 201a StGB – Eine problemorientierte

相反於此，另一種「階段審查模式」則源自前述藝人轟趴案的一審判決，而後由學者蔡蕙芳教授撰文介紹，主張應予採納並建立階段式審查方法⁸²。依據蔡教授的分析，衡量公共利益與隱私利益時，可分為四階段進行審查：(1)受侵害者若屬隱私核心領域時，無論如何直接認定無故；(2)若不涉及隱私核心領域侵害，則視新聞事件是否有重大、急迫的公益性，若答案為肯定則認定為有故；(3)當新聞事件與公共利益無關，則從新聞價值本身觀察，如具有一定程度新聞價值，為避免寒蟬效應，應優先保護新聞自由而認定屬於有故；(4)但若欠缺新聞價值時，則優先保護隱私權⁸³。

從蔡教授的討論脈絡中，大概可以析理出三個依序判斷標準：(1)侵害的隱私利益是否屬於核心領域；(2)新聞事件的公益性、重大性與急迫性；(3)報導內容本身的新聞價值。採取上述的階層關係審視最高法院判決，不論在勞資糾紛案或藝人轟趴案中，被侵害的隱私利益，原則上都不屬於第一位階的核心型隱私，重點應該放在公益性的第二位階上，而因勞資糾紛屬於公益性的新聞事件，因此必須優先保護新聞自由，勞資糾紛案自即可認定為有故。相對於此，藝人轟趴案涉及藝人的吸毒事件，似乎不直接涉及公共利益，因此必須再進一步考量新聞價值，就蔡教授見解而言，似乎與該案的第一審判決相同，認為取得報導實出於觀察女藝人身材如何等娛樂目的，甚至只是為了刺激銷售量，實無任何有意義的新聞價值可言，既無新聞價值，結果上即非受新聞自由所保護，故應該認定為無故侵害隱私⁸⁴。

值得特別說明的是，蔡教授對於法院強調的第三個標準「新聞價值」，也提出若干省思。其認為新聞價值的概念源自美國學者 Diane L. Zimmermann，但新聞價值純屬媒體決定，而媒體通常又委諸市場機制決定

Betrachtung aus Sicht der Presseselbstregulierung, ZUM 2005, S. 445-447. 不過也有主張類推適用緊急避難的看法, vgl. Heinrich, (Fn. 1), S. 1261-1263.

⁸² 參見蔡蕙芳(2010),〈刑法第315條之1「非公開」與「無故」要件〉,《月旦裁判時報》,2期,頁140-141。

⁸³ 此原為該案一審法院見解,但蔡教授認同此項判斷方式,參考蔡蕙芳,前揭註82,頁142-143。

⁸⁴ 參考本案第一審判決見解,參見蔡蕙芳,前揭註82,頁141-142。

新聞價值，若言論市場上多數公眾認同事件具有新聞價值，表示該項報導符合大眾口味，自然值得報導；不過蔡教授質疑此說，因為台灣似乎無真正的媒體市場機制左右議題，所以新聞價值似乎不足以作為侵害隱私的理由⁸⁵。

討論至此，我們已經簡要說明了兩種不同的衡平性判斷模式，這兩種模式何者較適宜作為記者業務的正當行為的判斷方法呢？

（二）綜合審查模式的疑義

討論至此，已經簡要說明了兩種不同衡平性判斷模式。先談綜合審查模式，其優點是兼納所有事實，具兼容並蓄的好處，但這也會帶來考量不必要內容的缺點。

舉例來說，在勞資糾紛案中，最高法院認為應該考量記者報導勞資事件後能產生「教化功能」。所謂教化功能指的是記者確實取得勞資糾紛的關鍵事實後，經其報導，可能引起社會非議，讓諸多僱主願意更保障受雇人勞動權益，或者主管機關修正規定，這種效果其實是強化僱主遵從勞動法令的積極一般預防功能。然而，遵守勞動法規的一般預防功能要能生效，必須記者取材後，確實發現幼兒園僱主違反勞動法令，經過記者有效報導侵害其僱員權益，影響社會輿論，帶來相關單位的重視，從而強化執法或修正現行法，這些後續效果必須接連發生，否則根本無從發生教化作用，但是記者實施侵害隱私的取材行為時，尚不能確定能夠取得新聞素材，更不確定事後能否發揮社會改變的效果，或者政府是否願意因此修法，將此種不確定教化功能納入考量，顯然模糊取材行為時應依事前觀點決定得否侵害他人隱私的基本立場。此外，記者任務是報導社會現實，讓公民意見能夠形成，這是偏向中性的社會角色，若賦予記者「提高勞動法令遵守效果」的一般預防任務，其已被視為社會規範的守門員，不免過度擴大記者的社會責任。

最高法院也把證據保全功能納入考量，問題是：證據保全訴求，在所有出於侵害他人隱私的事例中都會存在，通姦配偶的另一半想要留下其配偶與

⁸⁵ 蔡蕙芳，前揭註82，頁143-144。

第三人通姦的證據，被他人性侵害而試圖尋求損害賠償之人，也想要留下受害者口頭承認的證據，把取證困難直接認定為阻卻違法的考量依據，顯然放大取證本身的正當效果。事實上，一般學理並不認為訴訟關係人可以為了保全證據，而侵害他人隱私⁸⁶。如果直接當事人在取證過程中的困難，都不足以證成侵害他人隱私的正當性，無關個案利益，僅具發聲功能的記者又如何能夠本於保全證據的理由侵害他人隱私？總之，綜合審查模式的缺點即是：許可考量一切有關係的要素，將造成判斷指標的混淆與不穩定，筆者並不贊同。

（三）階段審查模式的疑義

有別於綜合審查模式，階段審查模式提出若干指標，並將這些指標依序排列，此項作法固然有其清晰性，但應予檢討指標本身是否合宜作為認定衡平性的基礎依據，以下分為三點討論。

1. 隱私的核心領域

本模式主張優先判斷是否侵入了被害人的隱私核心領域，只要構成私生活核心領域侵犯，就一律認定不符合衡平性，亦無法阻卻違法。在此所謂隱私核心領域概念，實源自德國聯邦憲法法院在長年判決中發展出來的領域理論（Sphäretheorie）⁸⁷。依該說見解，與個人私密人格及私生活的相關利益，

⁸⁶ 參考薛智仁（2011），〈基於取證目的之私人竊聽〉，《台灣法學雜誌》，183期，頁172；許恒達（2013），〈GPS抓姦與行動隱私的保護界限：評臺灣高等法院一〇〇年度上易字第二四〇七號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，24期，頁73-77；不同見解，參考吳耀宗（2010），〈私人為了取證而竊錄他人電話通訊之合法性可能性〉，《月旦裁判時報》，3期，頁119-121。

⁸⁷ Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-KOMmentar, 2015, Art. 2 Rn. 158. 德國聯邦憲法法院早在1957年就開始論及領域理論，Vgl. Gunter Warg, Anmerkung zum Kernbereich privater Lebensgestaltung – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 22.12.2011 (2 StR 509/10), NStZ 2012, 277, NStZ 2012, 238; Martin, Verfassungsrechtlicher Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung – nichts Neues aus Karlsruhe?, NJW 2005, S. 21 ff.; Monika Desoi/Antonie Knierim, Intimsphäre und Kernbereichsschutz – ein unantastbarer Bereich privater

可分為私生活核心領域（Kernbereich privater Lebensgestaltung; Intimsphäre）⁸⁸、一般私生活領域（Privat- oder Geheimsphäre）與公開領域（Öffentlichkeitsbereich）等三類，若某項私人生活的實現過程歸屬於核心領域，則無論出於任何理由均不得侵害，即便個案具備優越利益關係，亦不得合法侵犯⁸⁹；而當隱私僅屬一般私生活領域時，若保護價值高於侵害內容時，即可適度干預⁹⁰；而公開領域中獲得保護的隱私利益則更少，但受侵害時，仍然必須符合優越利益的要求⁹¹。

然而，何種隱私利益才稱得上私生活核心領域，在德國實務長期判決中有極多爭議，在聯邦憲法法院處理的諸多案例中，真正能被納入核心領域的保護對象並不多見，舉凡個人心理資料、生活習慣、家庭狀態等極度私密的生活情狀，都被法院認定為非核心領域⁹²，能受一般接受者，主要是當事人在日記中的心情與內心想法之自我記述，因為表現了個人內在思想、感情的人格特性，往往被認定為私生活核心領域⁹³，例如在 1964 年的判決中，德國聯邦最高法院認為被告若無意願，同時其在日記載敘中表現高度人格利益

Lebensgestaltung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖ V 2011, S. 399 ff.

⁸⁸ 德國聯邦憲法法院的判決中，提及這類不許可任何侵害私生活利益的概念，計有「形塑私人生活之核心領域」（Kernbereich privater Lebensgestaltung）與「內在私密領域」（Intimsphäre）等兩類，這兩個不同概念常在不同的判決中出現，例如 1964 年的日記案中，法院採用內在私密領域的概念，但在 1973 年的監聽案中，法院卻又改採核心領域的概念，至於兩者指涉對象是否相同，在德國仍有極大爭議，部分見解認為兩者一樣，但也有見解認為兩者不同，雖然有爭議，但從德國聯邦憲法法院的實務見解看來，似乎以相同說的判決居多，本文並非公法學專論，在討論文脈中，原則上採取相同說的看法，vgl. Ilmer Dammann, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung. Zum Menschenwürde- und Wesensgehaltsschutz im Bereich der Freiheitsgrundrechte, 2011, S. 14-17. 反對見解參考 Desoi/ Knierim, DÖ V 2011, S. 403-404.

⁸⁹ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 158; Ilmer Dammann, (Fn. 88), S. 19-20.

⁹⁰ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 159.

⁹¹ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 160.

⁹² Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 158.

⁹³ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 158.

時，該日記即屬隱私核心領域，不得作為刑事程序的定罪證據⁹⁴，該見解後來也被聯邦最高憲法法院所接受；不過到了 1987 年，聯邦最高法院卻改變見解，在一宗涉及謀殺案例中，聯邦最高法院在普通程序中，許可使用被告日記作為定罪證據⁹⁵，後來被告提起憲法訴願，聯邦憲法法院因為無法得到過半數的同意，因而維持了原審見解；值得注意的是，在第二次日記案判決中，聯邦憲法法院一反早期看法，轉而強調日記內容記述了以他人為被害人的特定犯罪內涵，已經脫逸了單純內在核心領域的範圍，故不再受到絕對、排他的保障⁹⁶。

即便德國聯邦憲法法院已經發展絕對不受干擾的核心領域概念，但能否將之用到記者侵害隱私的解釋，實不無疑問。因為德國聯邦憲法法院判決中提及的核心領域，其實包括兩個不同層次⁹⁷，第一類用以禁止國家管制核心領域中的個人行為自由（Verhaltensfreiheit），例如德國實務上曾出現主張個人性傾向是核心私密領域，國家無權處罰或管制的爭議⁹⁸，這類其實涉及國家管制作為的範疇，與記者取材無關；其二則是涉及特定資訊或私密情狀的取得，例如上述的取得日記以證明撰寫人有刑事責任，或者在住宅內安裝竊聽器而獲悉犯罪情資的大監聽（großer Lauschangriff）⁹⁹，與記者取材有關係的類型，應該是第二種連結資訊取得的核心領域議題。

至於第二類與資訊取得有關係的核心領域界定標準，從德國聯邦憲法法院歷年判決，特別是兩次日記案的發展脈絡來看，固然德國實務承認有絕對不受侵犯的私人生活核心領域，但其範圍極度受限，雖然早期曾以純粹內心意思自我表述的形式標準，認定屬於絕對保護的核心領域，但近年發展已經

⁹⁴ 此即第一次日記案，參見BVerfGE 18, 146 (1964)。本案在聯邦最高法院，亦採取相同見解，參見BGHSt, 19, 325 (1964)。

⁹⁵ BGHSt 34, 397 (1987)。Vgl. auch Knut Amelung, Die zweite Tagebuchentscheidung des BverfG, NJW 1990, S. 1753。

⁹⁶ BVerfGE 80, 367, 374 (1989)。

⁹⁷ Vgl. Dammann, (Fn. 88), S. 31。

⁹⁸ Vgl. Dammann, (Fn. 88), S. 34-35。

⁹⁹ BVerfGE 109, 279, 313-315 (2004)。Vgl. auch Dammann, (Fn. 88), S. 43; Desoi/Knierim, DÖ V 2011, S. 402-403。

不再重視形式標準，毋寧強調該私密生活領域與其他人的關係，並應考量兩項重要指標，才能決定是否屬於核心領域¹⁰⁰。首先是該私生活利益必須欠缺強烈的社會關聯性（*Sozialbezug*），只要與社會其他人的關聯性愈強（*Intensität*），就愈傾向認定不屬於核心領域¹⁰¹，至於從什麼角度析辨社會關聯性，在第二次日記案中，聯邦憲法法院更轉為重視自我表述的「內容」，只要表述者談及侵害他人的犯罪行為，因為犯罪行為與他人受到損害有關，該自我表述即除外於核心領域¹⁰²，能夠被納入核心領域者，只有封閉情狀下個人感情、想法或性意識的表達而已¹⁰³；其次還必須考慮當事人是否有私密維持的意願（*Der Wille zur Geheimhaltung*），倘若當事人自行將私密生活揭露於眾（例如自行公開日記、或者置日記於他人可得知悉處所、或者與他人之間的對話），即使該自我表述欠缺社會關聯，理應屬於核心領域，但仍應除外於核心領域的絕對保障¹⁰⁴。

論述及此可以發現，雖然德國實務發展出絕對不得侵害、亦不得利益衡量的核心領域，但核心領域的標準並不如想像中精確，德國法也透過社會關聯及受害人個人意願予以平衡，尤其當判斷標準逐漸從形式層面走向私生活的具體內容，並關切該私生活內容是否攸關他人利益時，所謂典型且純由形式觀察的隱私核心領域，事實上早已被架空。真正重點毋寧在於，系爭隱私領域所關聯的利益內涵和侵害理由，是否能夠符合個案衡量需求¹⁰⁵。更精確地說，所謂「絕對保護領域」其實是個案權衡後的結果，由於某些隱私利益有非常高的保護需求，非常難以基於任何理由予以侵害，但這不表示這些隱

¹⁰⁰ Dammann, (Fn. 88), S. 36; Desoi/Knierim, DÖ V 2011, S. 402.

¹⁰¹ Vgl. Dammann, (Fn. 88), S. 38 ff.; Desoi/Knierim, DÖ V 2011, S. 402.

¹⁰² Dammann, (Fn. 88), S. 42 ff. 此一見解由其在德國聯邦最高法院的判決中表現出來，vgl. Warg, NStZ 2012, S. 238, 240.

¹⁰³ BVerfGE 109, 279, 314-315; BVerfGE 120, 274, 335 (2008).

¹⁰⁴ Dammann, (Fn. 88), S. 45 ff.

¹⁰⁵ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 162. 德國學說上也有認為，即使是最私密領域，在特定強大公益理由時，亦得允許侵害，vgl. Eichhoff, (Fn. 1), S. 306.

私利益絕對不受侵害，只是結論上不容易找得到能夠優越於這些利益的私益或公益理由¹⁰⁶。

如果德國法上對於私生活核心領域的處理上，所謂「絕對不得侵擾」的界限已經逐漸放寬，已經不再純粹從形式層面決定是否某項隱私利益絕對不得侵擾，毋寧開始重視隱私實質內容時，核心領域已然相對化。那麼，階段審查模式將此概念當作首要的參考指標，並直接排除記者接近、取得相關資訊的可能性，實益究竟有多高即有疑義¹⁰⁷。故筆者不贊同在隱私保護區塊設立所謂絕對不得侵害的核心領域，當然，也反對以之作為階段判斷模式的第一道步驟。

此外值得一提，即使領域理論有其論證缺失，在此或可考慮比照德國刑法第 201a 條第 1 項第 1 款所謂「最高人格生活領域」(der höchstpersönliche Lebensbereich) 予以解釋，亦即只要屬於最高人格生活領域者即絕對不得侵害¹⁰⁸。然而筆者必須強調，德國刑法第 201a 條第 1 項第 1 款確實保護最高人格生活領域，但如同私生活核心領域的概念，其定性仍有諸多爭議，學說大致認為，其範圍與聯邦憲法法院所稱的「內在私密領域或核心領域」重疊¹⁰⁹，也有見解認為稍大於核心領域，部分屬於得侵害的一般私生活領域¹¹⁰，雖然其範圍仍有爭議，但至少其類型有若干共識，舉凡個人性行為、健康狀態、宗教儀式等都得納入最高人格生活領域。然而問題在於：此項最高人格生活領域的利益，並非絕對不得侵害，德國刑法第 201a 條第 1 項共 4 款侵害行為均有「無故」(unbefugt)，這表示即便納入最高人格生活領域的利益，仍可在一定條件下予以侵害；再者，所謂「最高人格生活領域」究竟應該如

¹⁰⁶ 相同觀點，vgl. Otto Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 222-223.

¹⁰⁷ 值得重視的是，我國學理上仍有堅持隱私核心領域絕對不得侵害的看法，參見林鈺雄(2008)，《干預處分與刑事證據》，頁290-291，臺北：元照；楊雲驊(2013)，〈自言自語的證據能力〉，《月旦法學教室》，134期，頁28-29。

¹⁰⁸ 相關討論，vgl. Andreas Hoyer, *Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs bei § 201a StGB*, ZIS 1/2006, S. 3-4.

¹⁰⁹ Thomas Fischer, *StGB*, § 201a Rn. 3.

¹¹⁰ LK-Valerius, 12. Aufl., 2010, § 201a Rn. 32.

何判定，實際上仍有類同於核心領域的標準不清疑義¹¹¹，舉例來說，當事人與性有關係的裸體往往被認為是最高人格領域的類型，但所謂「裸體」應該如何定性不無疑義，例如男子在海灘邊私人別墅內上身赤膊而被拍攝？在自己家中的女性未穿內衣而被他人從外窗拍攝？女性有穿內褲卻未著上衣，而被拍下未露點的照片？以上案例雖然都有裸露，但究竟什麼程度的裸露，才能被歸類到最高人格生活領域，無法單從裸露效果決定，毋寧應該綜合考量行為人侵害方式、侵害目的等因素，才能決定是否行為人侵害隱私的行為合法或違法¹¹²。無論如何，要以被害人裸體屬於最高人格生活利益，該利益應享有絕對受到保護，恐怕有相當難度。

綜合上述，不論從私生活核心領域，或轉從最高人格生活領域，都難以形構成絕對受到保護、且不納入個案衡量的隱私利益，以之作為衡平性判斷的優先標準，自非合理。

2. 事件的公共利益關聯性

第二個階層是報導內容的公共利益關聯性，此項判斷標準在最高法院判決以及大法官解釋中，均為記者能否合法侵害隱私的主要判準。然而，「公共利益」(das öffentliche Interesse) 概念具有高度歧義性，那些稱得上與公共利益有關，其實在個案判斷顯非易事，也因此依最高法院看法，懷疑他人違反勞資法令的非犯罪行為屬於公共利益，但懷疑他人吸毒、可能構成犯罪時，卻不算公共利益的結論。

的確，公共利益概念的指涉概念並不容易掌握，特別是利益內容與利益享有者更是不甚明確¹¹³。但若從社會是個人所組成整體的角度立論，當每一位社會成員都期待享有特定價值或維持特定狀態時，理論上這些共通個人利

¹¹¹ Matthias Borgmann, Von Datenschutzbeauftragten und Bademeistern – Der strafrechtliche Schutz am eigenen Bild durch den neuen § 201a StGB, NJW 2004, S. 2134.

¹¹² Borgmann, NJW 2004, S. 2134.

¹¹³ 參考陳新民(1986)，〈「公共利益」的概念及「公益徵收」之目的〉，《政大法學評論》，34期，頁217-222。

益，足以形塑整體社會的連帶關係，該利益也可認定具有公共性，在這個意義下，公共利益自以個人利益作為其構成基礎，並得理解為「多數私益之總合」¹¹⁴。但依筆者之見，純粹從私益的集合定性公益，可能過度簡化公共利益的內涵與特殊性，公共利益固然為不特定多數人所共享，但其共享實質效果，倒不必然能夠體現至具體個人的利益歸屬作用，公共利益毋寧牽動整體社會與國家運作下，必須存在的公共制度利益與共有價值¹¹⁵。

舉例來說，政府依法執行公務顯然與公共利益有關，可是制度實踐後，能夠直接帶給具體個人何種好處，往往不明，甚至可能帶來個人的麻煩；警察依法舉報某路口的逆行行駛者，除了干預違法駕駛人利益，還可能帶來當地居民極度不便，因為擔心被警察依法舉報，這些居民必須繞一大圈才能回家，而非當地居民因為不常經過這個路口，對於警察是否依法舉發，除了感情上認為應該之外，其實無太多感覺。從這個例子可以發現，當警察依法舉報違規時，個人若非無感，實際上往往受干預，或者造成不便，此時多數個人利益的總集合顯然不能揚昇為多數人共享的公共利益，這也顯示私益的總集合不能認為屬於公共利益¹¹⁶。

基此，公共利益的享受者通常無法直接指明，而屬不特定多數人共同享有¹¹⁷，也因公共利益脫離了具體個人享受，而被揚昇為超脫個人的整體制度與社會系統，該制度性利益體現於幾個層面：第一，國家政治系統與權力分立下所創設的政府系統，其中尤其包括形塑公意的民主及政黨政治，依法裁判的司法系統¹¹⁸；第二，人在社會中生活，有賴於非政治或國權性的社會系統運作，例如完善的醫療、公共衛生、食品安全、環境系統，此外還有與經

¹¹⁴ Lagodny, (Fn. 106), S. 220-224.

¹¹⁵ Vgl. auch Eichhoff, (Fn. 1), S. 50-51.

¹¹⁶ 相同看法，參見陳新民大法官釋字第709號解釋部分不同意見書：「公共利益並不是單純的利益受益人的數量問題。這和一般所謂民主原則所指的少數服從多數（數人頭）並不全然一樣。所以公共利益概念具有內容不確定性及受益人不確定的特徵，公共利益也和規範法治國家政權與立法合法性依據的民主原則，並無絕對的關連性。」

¹¹⁷ Eichhoff, (Fn. 1), S. 284-285.

¹¹⁸ Eichhoff, (Fn. 1), S. 300-302.

濟運作有關的健全資本市場¹¹⁹，這些社會系統提供了社會成員生存的必要條件，雖然不必然涉及所有社會成員，但卻是社會穩定、健全發展的前提條件¹²⁰。相異於具體的單獨個人或特定多數人利益，制度性的價值雖然抽象，卻負有更重要制度性功能，一旦其受到干預，影響層面不再是特定個人，而是不特定多數社會成員的共通利益¹²¹。例如民主代議制度受到戕害，而違法通過不利主權的法令時，雖然個人不直接感受威脅，但在可得期待的未來發展上，已無適足的政治公意形成管道，公益毋寧已受干擾¹²²。質言之，由於關涉公共利益的制度或價值系統，其共享者是多數社會成員，不再是個人享有的問題，毋寧關乎多數人所共維生存條件，在這個意義下，可以認定有更高的需保護性¹²³。

回到記者取材議題。由於記者角色並非個人或特定利益團體的代言人，其任務是促進公意形成，以作為未來改革所繫，這些與不特定多數人有關的制度運作功能，自即記者必須探知與了解的對象，為了澄明一切可能帶來干擾的有關事實，記者可以採取干擾他人較為強烈的取材手法。依本文之見，由於具有不特定多數人共享制度性集體功能的公共利益，包括以上兩類的制度與系統，均有較高的保護必要，社會成員對其也有更強烈的了解需求，記者可為了報導至關上述公共利益的新聞事件，而採取有限度侵害個人隱私的採訪手段。無論如何，新聞公約所論及的「公共利益」，不應解釋為歸屬具體個人或特定多數人之利益，毋寧是社會不特定多數人共享的制度性、共通性價值，也只有利益效果連動多數社會成員的公共利益，才能許可記者侵害隱私的取材行為¹²⁴。

¹¹⁹ 尤其是資本市場安定，往往是金融及經濟秩序所繫，倘若發生企業掏空、內線交易或金融舞弊事件，即便影響股東或投資人，卻不必然擴及全民，但考慮可能帶來的金融及經濟安定干擾效果，理應認定為具有公共利益。Vgl. Eichhoff, (Fn. 1), S. 305-307.

¹²⁰ Eichhoff, (Fn. 1), S. 303-307.

¹²¹ 陳新民，前揭註113，頁244。

¹²² 相關討論，參見薛智仁，前揭註21，頁185-190。

¹²³ Eichhoff, (Fn. 1), S. 295-299.

¹²⁴ Vgl. auch Heinrich, (Fn. 1), S. 1261-1262; NK-StGB-Kargl, § 201a Rn. 15a.

相對來說，如果個案所關係的新聞事件，不直接關係制度性的公共利益，而僅只有關單一或多數個人，有鑑於賦予記者特權，不是讓記者為特定人出頭的私人目的，而是為形塑集體制度、共享價值而證明事實的公共目的，此時記者沒有理由採取侵犯隱私的採訪手法¹²⁵，只能透過一般開放性資料或得相對人同意徵集新聞素材¹²⁶。不過，倘若個案新聞事件波及為數甚多個人，事件內容所連動的個人利益又非常高，基於「高價值個人利益」與「數目眾多受害人」兩個因素，在極端例外情況時，應可被承認為公共利益，從而許可記者採取隱私侵害手段，就此種類型而言，只能個案認定¹²⁷。

另外補充三點：第一，社會成員往往自覺個人利益連帶影響公益，此種非直接受干擾，卻可能因而產生的不確定社會或國家的危險意識¹²⁸，往往只是社會成員對於某項重大事件的主觀個人情感投射，既然無關公共利益，當然也沒有理由許可記者採取侵害隱私的採訪方法¹²⁹。

第二，針對犯罪事件的報導，雖然學說有認為應許可連續型犯罪、毒品、人口販運，甚至是兒少色情事例的記者侵犯隱私取材行為¹³⁰，但考量犯罪事件應該優先由國家發動偵查，記者採訪後揭發，一來可能打草驚蛇，帶來訴追成本增加，二來過度擴張記者應有的角色功能，本文認為記者為了報導犯罪目的，仍不得合法侵害他人隱私。

第三，此項要件必須以記者在「取材時點」已經獲得的情報為依據，而非以「事後所得」的採訪內容為斷。舉例來說，如果記者開始採取侵害隱私

¹²⁵ 主張僅於大眾普遍利益高於隱私利益時，才能許可侵害隱私的記者取材行為，vgl. Heinrich, ZIS 5/2011, S. 426.

¹²⁶ 當然，若個案涉及犯罪，此時不應該讓記者擔負偵查機關的功能，毋寧應該交由刑事偵查機關負責及處理，除非偵查機關已經不願或不能再行偵查，而記者除了該當構成要件的行為方式之外，無其他更適合的手法，vgl. Heinrich, (Fn. 1), S. 1262.

¹²⁷ 相似觀點，vgl. Jürgen Sauren, Bedrohung der freien Berichterstattung durch den neuen § 201a StGB?, ZUM 2005, S. 431.

¹²⁸ 有關社會不安全感的風險意識，參見Cornelius Prittowitz, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 70 ff.

¹²⁹ 相同見解，vgl. Heinrich, (Fn. 1), S. 1259-1260.

¹³⁰ Eichhoff, (Fn. 1), S. 307-308.

的採訪方式時，僅是為了報導特定明星女性友人交往狀況的八卦，卻在蒐集其隱私訊息過程中，意外取得該明星涉嫌炒作股票、坑殺股市散戶的新聞素材，雖然從事後結果看來，記者揭露了關係諸多股市散戶的經濟利益，但在發動採訪時，其實是出於交友關係採訪企圖，因此仍應認定為欠缺公共利益。

最後舉例說明本文觀點：記者揭發廠商生產影響全民健康的惡質食品，本於現代產銷系統進步，該事件已波及社會成員每日膳食及健康的食安體系，相連結的公共利益自屬重大；揭發收受賄賂的官員，其破壞公務員依法行事的公共信賴，亦具有公共利益；至於揭發明星吸毒，該行為僅涉及吸毒者自身身體危害，與其他社會成員沒有太直接關係，縱或一般人可能認為帶來不良社會風氣，但這些都只是純粹的危險意識而已，不足納入公共利益，故此事由幾無公共利益需求可言¹³¹；而某政治人物的個人外遇情事，完全無涉於任何公眾或他人，自無公共利益存在，若記者竊錄其屋內偷情過程，仍成立刑責¹³²。

3. 新聞價值

最後一個指標是新聞價值（newsworthiness），此一概念實源自美國法，近期在大法官釋字第 689 號解釋中，也成為記者取材活動的正當理由判斷指標之一¹³³。在美國法上，若記者採訪或報導他人的隱私活動，如果其報導內容具有新聞價值時，縱或侵害他人隱私，在民事上仍不負侵權行為的賠償責任¹³⁴。必須先行強調，新聞價值是美國最高法院發展出來，用於記者「報

¹³¹ 不同意見，參考劉定基，前揭註2，頁221；劉教授憂心類此案例而限制採訪報導，可能過當限制新聞自由。筆者的回應則是：政治人物的私人品性固然值得選民注意，但不代表記者可以為了揭發品性而侵害其隱私，此時記者僅得採取不構成刑法構成要件的採訪方式。

¹³² 相同見解，vgl. Jörg Eisele, JR 2005, S. 10.

¹³³ 參見大法官釋字第689號解釋文：「新聞採訪者於有事實足認特定事件屬大眾所關切並具一定公益性之事務，**而具有新聞價值**，如須以跟追方式進行採訪，其跟追倘依社會通念認非不能容忍者，即具正當理由，而不在首開規定處罰之列。」（強調為筆者所加。）

¹³⁴ See Geoff Dendy, *The Newsworthiness Defense to the Public Disclosure Tort*, 85 KY. L.J. 147, 148-149 (1997).

導行為」涉犯他人名譽或隱私之「民事責任」時，記者可得主張的抗辯事由（defense），其源頭在於美國憲法第一修正案對於言論自由的保護¹³⁵，不過此一概念與「記者取材行為」無直接關係，很有意思的是，包括大法官解釋在內的我國實務與學說見解處理新聞價值時，反而強調用以阻卻「記者取材行為」侵害隱私的違法性。某程度而言，這類的「創造性轉換」其實並不算罕見，尤其是名譽、隱私這一類與美國最高法院見解具有高度關聯性的類型¹³⁶，既然解釋上不排除繼受外國法概念時的創造性轉化，我們當然不能僅因新聞價值概念源頭的美國法上，主要聚焦於記者報導行為的民事問題，就全然排除新聞價值對記者取材行為的阻卻違法效力。

而在進入實質討論之前，我們可以先簡要地說明美國法上新聞價值的概念。美國法很早就注意到新聞自由與個人隱私之間的衝突關係，其聯邦最高法院在 1967 年的 *Time, Inc. v. Hill* 案中，就以新聞價值作為排除侵害隱私利益民事責任的理由¹³⁷。依其見解，當新聞報導具有新聞價值時，必須優先保護媒體的新聞自由，記者因此不負民事侵權責任。然而究竟什麼樣的報導才算有新聞價值，其判斷重心不是事件本身，而是取決於被報導對象是否為公眾人物或普通私人，如果是普通私人，原則上傾向認為不具有新聞價值，但若被報導的對象屬於公眾人物，則必須再進一步審視被報導者是自願性或非

¹³⁵ *See id.* at 157.

¹³⁶ 舉例來說，刑法對於誹謗罪名譽法益的保護中，刑法第 310 條第 3 項的規定許可行為人出於相當理由的證據認知，從而侵害他人名譽的行為，其源頭並非傳統德國法，毋寧是釋字第 509 號解釋中採用的美國法真正惡意原則，然而在美國法上，真正惡意原則其實是用以阻卻民事責任，但在我國法上卻轉成阻卻刑事責任；相類似者亦有刑法第 315 條之 1 以下的新型隱私侵害犯罪，包括最高法院都不再從秘密法益或個人私密空間的德國法觀點解釋，反而改採美國刑事訴訟法上，針對搜索概念所發展出來的合理隱私期待作為解釋的主要標準，在此也顯而易見將刑訴概念轉化為刑法概念的繼受操作。有關名譽罪的討論，僅參考王正嘉（2012），〈網際網路上之刑法妨害名譽罪適用與界限：以實體與虛擬的二分社會論之〉，《政大法學評論》，128 期，頁 154-163；盧映潔（2014），《刑法分則新論》，9 版，頁 590-593，臺北：新學林；合理隱私期待的討論甚多，就此可參考王皇玉（2011），〈短裙下的大腿是隱私部位嗎？〉，《月旦裁判時報》，7 期，頁 126-129；許恆達，前揭註 86，頁 62-70。

¹³⁷ 385 U.S. 374 (1967).

自願性成為公眾人物，如果是自願性的公眾人物，其生活具有高度新聞價值，即使被媒體揭露於眾，亦不得請求民事救濟，但若被採訪者是非自願而成為公眾人物時，其受到的隱私保障必須提高，與公眾事務無關的私人生活，即不具有新聞價值¹³⁸。而在本案以後，美國各級法院也開始廣泛地討論或分析新聞價值的抗辯事由，更提出了許多進一步確認「新聞價值」是否存在的操作模式¹³⁹，例如有所謂委諸媒體決定模式（Leave It to the Press Model），強調應該由媒體自行判斷什麼是新聞價值¹⁴⁰；也有見解認為應該必須該新聞事件存在「正當公共利益」（legitimate public interest or legitimate public concern），才能認定存在新聞價值¹⁴¹；還有其他見解主張應該綜合考量新聞資訊的社會價值、隱私侵害程度及受害者是否自願成為公眾人物等指標，再進行個案判斷¹⁴²。

從美國新聞價值指標的判決發展中可以發現，「新聞價值」的適用結果，往往成為法院認定記者報導私人事務的合法理由，因為記者願意採訪的主題，通常有若干程度的新聞價值，我們很難想像記者對於一個毫不具有公共議題性的私人，報導他早上幾點刷牙、幾點上洗手間、早餐吃什麼，但若記者對於某個私人產生報導興趣，通常是該私人已經成為一定程度的公眾人物，或者該議題具有社會的重要性，而必須揭露特定的私人事項。換言之，如果解析新聞價值在美國法上的實際操作，大概可以分成三個判斷上的重點：(1)新聞議題受關注的程度、(2)新聞議題的公共性、(3)被報導者的公眾人物屬性。

必須再次強調，美國法所討論的新聞價值概念，其實與記者的取材行為無關，但若將此判準轉換到記者取材行為刑事責任的阻卻違法判斷，筆者認

¹³⁸ See Jeremy Osborne, *Ascending the Slippery Slope: New Alabama Law Enforcement Procedures Fail to Adequately Protect Sexual Assault Victim's Privacy*, 5 GEO. J. L. & PUB. POL'Y 785, 792-794 (2007).

¹³⁹ See e.g. Geoff, *supra* note 134, at 158-164.

¹⁴⁰ See Geoff, *supra* note 134, at 159-160.

¹⁴¹ See Geoff, *supra* note 134, at 161-162.

¹⁴² See Geoff, *supra* note 134, at 163.

為：純從理論以觀，愈具有新聞價值性的事件，就應該愈讓公眾知悉，為了讓公眾知悉，一定程度的私人隱私利益勢必受到犧牲，在這個意義下，本於新聞價值而侵害隱私利益，有其論證上的合理性。但是什麼情況才稱得上符合新聞價值，則仍須分就三個判斷重點逐項檢討。

首先是新聞議題受社會關心的程度。依本文所見，此標準不應納入阻卻違法的成立與否的判斷依據，因為議題受關心的程度，取決於大眾對於新聞的品味與喜好，但是所謂公眾喜好何在，往往可以透過記者報導予以形塑，尤其記者作為蒐集政治、社會、經濟各類消息的中介機關，供給大眾閱聽資訊，記者可以決定報導的呈現方式，影響某項議題是否受到公眾關注，如果僅憑此項理由就可以侵害他人隱私，無異鼓勵記者先以煽動報導喚起特定議題，當大眾極度關心後，就可以採取侵害隱私的方法取得新聞素材。既然議題往往由記者決定，此種具有球員兼裁判的觀察視角，並不適合作為記者侵害隱私的正當理由。舉例來說，某兇殺案發生後，記者可以先對該事件的已公開訊息採取生動、煽情的文字、圖畫報導，惹起公眾對於該兇殺案事件背景的好奇心，倘若大眾極度關心事件背景內容，具有強烈的公眾關注度，記者即較能採取侵奪隱私的方式取得新聞素材。這樣的結論顯然不合理¹⁴³，基此，筆者認為公眾對特定新聞的關注度，並非記者干預私人隱私利益的正當理由之一。

其次，新聞價值還包括了議題的公共性。此項要素均已經在前文提及，這部分考量事實上與新聞價值的元素已然重疊，都是本於事件或當事人的公共性，決定記者報導時侵犯私人隱私利益的界限¹⁴⁴。

最後，新聞價值論點中還包括採訪對象是否為公眾人物 (figure of public interest)¹⁴⁵，必須承認，記者所採訪對象的社會地位與社會名望時，其新聞

¹⁴³ 另參見羅慧雯 (2010)，〈名人、媒體與隱私：一個傳播學的觀點〉，《全國律師》，14卷2期，頁8-10。

¹⁴⁴ 相近觀點，see Clay Calvert, *Every Picture Tells a Story, Don't it? Wrestling with the Complex Relationship Among Photographs, Words and Newsworthiness in Journalistic Storytelling*, 33 COLUM. J.L. & ARTS 349, 356 (2010).

¹⁴⁵ 有關公眾人物在美國隱私法的發展，see e.g. Scott J. Shackelford, *Fragile*

價值愈高，但是否人物的公眾性適合作為判斷衡平性指標？的確，人物的公眾性格確實間接關聯其事件的公共利益屬性，當採訪對象居於社會關注中心時，通常愈與其他利益相關，但是這種說法往往會帶來公眾人物必然隱私較不受保護的誤解¹⁴⁶，因為成為公眾人物的理由非常多，學說上甚至還區別為自願性、非自願性、局部性、政治性等類型公眾人物¹⁴⁷，但使其成為公眾人物的理由往往不必然關涉公共利益，例如明星絕對是自願性公眾人物，但其交往純屬私事，與公共利益無關，僅因記者採訪對象屬於公眾人物就放寬保護，不免混淆公共利益與公眾人物的關係。基此，筆者認為透過公共利益的標準就可以決定個案的判斷需求，不必再借重公眾人物標準¹⁴⁸。

綜上，新聞價值的概念除了與公共利益要求重疊外，並沒有指出更具有意義的判斷方向，不必要再以之判斷記者採訪行為得否阻卻違法。

（四）公益指標模式

承上，學理及實務所主張的綜合審查模式，因其內容毫無設限，並不足採；至於階段判斷模式架構出數階段的操作方式，相對而言較為合理，但筆者認為仍有修正空間，修正重點包括以下數項。

Merchandise: A Comparative Analysis of the Privacy Rights for Public Figures, 49 AM. Bus. L.J. 125, 138-147 (2012).

¹⁴⁶ 德國法亦區別絕對公眾人物及相對公眾人物，其照片被合法公開時（涉及記者報導行為而非取材行為），即有不同程度的保護效果，前者以不保護為原則，後者則以保護為原則，vgl. Heinrich, ZIS 5/2011, S. 421-422.

¹⁴⁷ 蔡蕙芳（2010），〈從美國隱私權法論刑法第三一五條之一與相關各構成要件（上）〉，《興大法學》，6期，頁99-102；李惠宗（1999），〈論新聞自由與隱私權的衝突：愛滋病學童案〉，《台灣本土法學雜誌》，3期，頁165-166；劉定基，前揭註2，頁221-223；吳志光（2009），〈新聞自由與所謂的「政治人物標準」：由歐洲人權法院裁判談起〉，《台灣法學雜誌》，142期，頁125-131。

¹⁴⁸ 學說有謂對於全面性公眾人物，特別是所謂的社會清流，應給予較低的隱私保護，並讓記者有較大的報導空間（參見劉定基，前揭註2，頁223），必須澄清，劉教授討論的脈絡並不完全是記者侵害隱私法益的刑法案例，而是與刑法無關的跟追採訪方法，依筆者所見，只要涉及侵害刑法隱私法益時，任何個人道德且無關公益的理由，均應一律禁止。

記者阻卻違法依據是業務上正當行為，僅當其所連結的行為及倫理規範不足時，必須佐以個案性的判斷方法，決定記者侵害私人隱私的行為得否阻卻違法，至於如何決定個案，由於我國現行新聞倫理公約第 7 條及第 8 條揭櫫僅限於公共利益之目的，記者才能採取侵犯私人隱私的新聞取材方式，此項目的設限應予以絕對遵守；個案中公益與私人隱私利益的衡量方式，本文主張：客觀上不存在絕對不得侵害的「隱私核心領域」，一切與隱私有關的侵害，都應該與記者發動侵害的公共利益理由進行權衡，此處公共利益指涉及不特定多數人的制度性問題，原則上私人利益除非涉及多人，同時有高度個人法益侵擾，否則不得發動此種取材方式；此外，由於公眾對特定事件的關注程度不足以證成記者侵害隱私的正當性，「新聞價值」判斷位階實無意義；真正足以構成記者個案合法侵犯他人隱私的理由，僅在於被報導的事件涉及多數社會成員的共通制度性利益。此項作法可名之為「公益指標模式」，本文主張記者於欠缺明文行為或倫理準則時，應依公益指標模式判斷個案上得否採取侵害他人隱私的取材手段。

二、新聞取材侵害隱私的發動門檻

處理完記者侵害隱私的理由後，接續討論記者發動取材門檻的問題。已如前述，最高法院似乎認為，若記者僅出於個人主觀臆測，推想其採訪事件可能涉及重要公益時，此種情況尚不得據以侵害他人隱私。以一般採訪實務而言，記者展開採訪活動前，通常須先蒐集初步情報，初步情報可能是公開網路消息或線民陳述，基於這些初步情報，記者才能確定接續採訪對象、內容及方法。最高法院的質疑顯然在於：究竟記者應該蒐集到什麼程度的資料，才可以合法採用侵害隱私手段？

例如甲記者聽聞身分不詳的乙民眾來電告知：「丙公務員可能涉犯多起公共工程採購貪污」，乙未給予甲其他證據，甲亦未詳加查證，即自行侵入丙家，拍攝丙自廠商丁處收受賄賂影像。雖然甲記者顯然是為了揭發公共工程貪污，該公共工程事務顯然與社會多數人利益有關，丙又是承辦採購事務而涉嫌犯罪的公務員，依公益指標模式，可以認為這是侵害隱私的正當理由；

然而，雖說有實質理由，但支持該理由的主要事實「丙涉犯工程貪污」，僅依據乙供述，倘若甲只要依憑身分不明的乙所述，就可合法地侵犯丙隱私，對丙保護顯然不足。

依最高法院所見，記者不能夠出於單純主觀猜想，必須本於相當情報，但記者須先行蒐證的事證門檻，在最高法院的論述中並不明確，而刑法學理論述中，至多只指明必須從事前觀點，判斷有無發動常態型阻卻違法事由的可能原因，但未言明其事實內涵的門檻為何¹⁴⁹。不過，若將視角轉向刑事訴訟法理論，在其論述中，則有些具啟發性的觀點，其中「無預警強制處分」的發動門檻或可借鏡給刑法學理。所謂無預警強制處分指突襲性、且不予人民任何事前通知或陳述機會的強制處分，包括搜索、扣押、拘提、逮捕等，由於人民事前並不知悉，一旦面臨此種強制處分時，往往只能選擇服從，因此必須嚴格控制此類強制處分的發動門檻，要求刑事偵查機關必須事先蒐集相當程度事證，僅依其主觀臆測，仍不得合法發動¹⁵⁰。

至於發動上述強制處分的實質前提，學者有引介美國法「相當理由」(probable cause)的思考方式，認為構成相當理由必須有「客觀」的證明與依據，單純出於實施強制處分公務員的主觀認定，無論是個人臆測，抑或出於長期的工作經驗所得推理，均難構成相當理由¹⁵¹。相當理由所應包括那些客觀證明，一般情況下可以是警察親眼見聞的事實¹⁵²，也可以是線民告知的

¹⁴⁹ Vgl. Roxin, (Fn. 24), § 17 Rn. 12.

¹⁵⁰ 至於欠缺適足事證即企圖發動無預警強制處分的具體效果，若屬需要令狀的強制處分時，法官應以其事由不足而拒絕核發令狀，而在無令狀強制處分類型時，雖無事前審查，但其於嗣後經司法機關審查時，會被認為是違法強制處分，進而導致可能的證據排除效果。參考王兆鵬（2000），《搜索扣押與刑事被告的憲法權利》，頁2-10，臺北：翰蘆。

¹⁵¹ 王兆鵬，前揭註150，頁23。例如警察在無其他客觀證據時，純依其長期經驗，認為某犯嫌身上可以藏有毒品，此項主觀經驗尚不足以構成相當理由。See also WAYNE R. LAFAVE, JEROLD H. ISRAEL & NANCY J. KING, PRINCIPLES OF CRIMINAL PROCEDURE INVESTIGATION, 91-92 (2004).

¹⁵² 所謂警察親眼見聞之事實，必須是警察親眼目睹客觀事證，例如警察親眼見到被告持有毒品。參見王兆鵬，前揭註150，頁24。

傳聞事證 (hearsay evidence)¹⁵³。其中最不容易解釋的是後者，因為線民傳聞事實並非警察所親自見聞，所以其可信性有相當程度疑慮，尤其告知警察相關訊息之人，可能關涉異常利益，甚或出於陷人於罪或從中獲利的可疑動機，因此必須對於這些傳聞證據予以控管¹⁵⁴，為了解決傳聞事證所衍生的問題，美國實務上發展出雙叉法則 (two-pronged test) 作為檢驗標準¹⁵⁵。該法則強調，若線民提供傳聞證據，並以之作為發動搜索或逮捕之事實基礎時，該傳聞證據必須符合兩個條件才能構成相當理由：第一，訊息必須具可信性 (reliability)，此即線民所提供的「訊息本身」，必須足茲可信，警察必須先了解線民獲得訊息的管道為何，如果訊息是線民第一手觀察所得 (first-hand information)，原則上認定具有可信性¹⁵⁶，但若非線民第一手所得，除非其供述內容極其詳實，否則應認定不具有可信性¹⁵⁷；第二，線民必須具有信用力 (credibility)，此即「線民」本人必須有充分的證據，認定其並非說謊，例如該線民長期以來與警方合作，成果卓著，通常可認定線民具信用力，又如線民供述本身帶來自己受刑事訴追時，亦可認定具有信用力¹⁵⁸。

雙叉法則提供了判斷相當理由的明確標準，判斷時兩項要件原則上必須獨立判斷¹⁵⁹，而且須同時成立，才能認定存在相當理由，若只成立單一要件，

¹⁵³ 王兆鵬，前揭註150，頁25。

¹⁵⁴ 王兆鵬，前揭註150，頁26-27。

¹⁵⁵ 雙叉法則發展自1960年代的兩個美國法判決，Aguilar v. Texas與Spinelli v. U.S.案，參見王兆鵬，前揭註150，頁27-28。See also Yale Kamisar, *Gates, 'Probable Cause', 'Good Faith,' and Beyond*, 69 IOWA L. REV. 551, 555-556 (1984); Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel & Nancy J. King, *supra* note 151, at 93-94.

¹⁵⁶ 例如線民向警察指出：「被告販毒，因為我向被告購買毒品。」此為線民親身經歷之事實，可以直接認定具有可信性。參見王兆鵬，前揭註150，頁29。See also Kamisar, *supra* note 155, at 557.

¹⁵⁷ 例如線民向警察指出：「被告販毒，消息來源不能告知，但其時間、地點、對口人員、毒品種類、數量如下...」雖然無法從被告供述中得知是否為第一手資訊，但至少其內容極度詳細，可補強欠缺的第一手消息要求，仍得認定具有可信性。參見王兆鵬，前揭註150，頁29。See also Kamisar, *supra* note 155, at 557-558.

¹⁵⁸ 王兆鵬，前揭註150，頁29-30；王兆鵬、張明偉、李榮耕（2012），《刑事訴訟法（上）》，頁79-81，臺北：承法。See also Kamisar, *supra* note 155, at 557.

¹⁵⁹ See also Kamisar, *supra* note 155, at 556.

則仍不構成相當理由。¹⁶⁰美國刑事事實務建立起雙叉法則之後，後來的聯邦最高法院判決 *Illinois v. Gates* 中，聯邦最高法院改採綜合分析法則（the *totality-of-circumstances analysis*），該法則認為雙叉法則的個別要素，僅為決定相當理由有無的相關參考指標（*relevant considerations*）¹⁶¹，並不能以之作為相當理由的絕對標準，也因此，不必雙叉均同時成立即可認定相當理由；例如線民供述雖非第一手資訊，欠缺可信性，但只要線民長久以來與警方合作，且有良好紀錄，仍可基於線民較高的信用力而構成相當理由¹⁶²。不過此見解並未於各州法貫徹，美國部分州對於相當理由的判斷，仍然採取相對成熟的雙叉法則¹⁶³。

論述及此，已經簡要地說明雙叉法則發展與定義。依本文之見，刑事司法機關決定應否啟動無預警強制處分時，手邊必須有達到相當理由程度事證，才能符合實質理由而可合法搜索他人、搜索處所或逮捕犯嫌，雖然相當理由並不擔保強制處分的正確性（有相當理由認定被告有吸毒，而搜索其住家，但最後不必然一定能發現應扣押的證據），但透過此項分析，至少可以建立相對明確的事前審查標準，當事人也能夠以此標準事後救濟。

相類情況也發生於記者決定是否採取侵害隱私的取材行動，記者通常得到初步情報，特別是線民傳聞事證，該事證中會揭露特定採訪事件的內容與採訪對象，初步情報不擔保事後採訪正確性，記者應依行為或倫理準則、以及前文提及的公益指標模式決定是否展開侵害隱私的採訪行為。而就公益指標所須的佐證事實而言，亦即線民所揭露的事件是否與涉及多數人利益，從而攸關公共利益，原則上就必須仰賴記者事蒐集所得事證，以進行判斷，在此許可合法發動的事證標準，可以酌參美國聯邦最高法院所建立的相當理由及其衍生之雙叉法則。亦即，記者必須先行蒐集符合客觀相當理由的事證，足以佐證所要採訪的新聞事件確實可能關涉重大公共利益，記者才能採取侵

¹⁶⁰ 王兆鵬，前揭註150，頁28。

¹⁶¹ *See Kamisar, supra note 155, at 569-570.*

¹⁶² 王兆鵬，前揭註150，頁31-32。

¹⁶³ 王兆鵬，前揭註150，頁33。

害隱私的手法，而在新聞實務上，記者往往只能在事前取得特定線民或爆料者提供的傳聞事證，就該傳聞事證得否證成記者侵害受訪人的隱私，筆者認為可以採用雙叉法則予以判斷，記者必須先行審視線民或爆料者提供的傳聞事證，檢驗是否為線民親眼目睹的第一手資料，抑或為多次轉述的非第一手資料，若屬前者即可認定有「可信性」，若屬後者則應再詳細判斷其內容的詳實度；若能確認個案符合可信性，則可再進一步審視該線民或爆料者本身的「信用力」大小。如果「可信性」及「信用力」的雙重標準均已滿足，則該記者事前蒐集事證已符合相當理由，即得合法展開接續侵害隱私的新聞取材手段。

舉例說明，記者接獲長期合作的線民甲提供的情報：「乙經營的食品廠賣餿水油」，記者若認為有混入廠區拍攝乙製油影像或相類行為的需求時，必須先行確認是否有公益理由，食安問題涉及多數社會成員的健康利益，可認有強烈公益性，但甲所蒐集事證必須符合相當理由的佐證程度，由於記者對於本案關係到公共食品安全情事，僅基於線民甲的傳聞供述，此時必須進一步援引雙叉法則判斷，記者應追問甲透過什麼管道取得該情資（可信性），以及甲是否可能謊報情資，抑或甲供述有其特別的可信賴性（信用力），如果兩項要素均滿足，則可判定初步事證已經符合本案事涉公益的相當理由，記者即得在適當性、必要性、衡平性範圍內發動侵害隱私的採訪活動。

伍、新聞報導與隱私保護

一、無故要素及阻卻違法事由的考量必要性

接著討論記者於出刊報章媒體上，將他人私密生活照片或影像予以公開散布的行為。這類報導行為在一般情況下，最主要構成要件是刑法第 310 條妨害名譽的誹謗罪，該罪保護被報導者的社會客觀名聲，當記者報導可能有害於他人名聲的新聞內容時，就有可能構成誹謗罪，不過刑法立法者又另行

規定第 310 條第 3 項，許可行為人出於相當理由確信為真實而除罪，記者在報導時事過程中，若符合第 3 項規定即不成立誹謗罪¹⁶⁴。

不過，誹謗罪只單純處理記者報導行為，其保護主軸聚焦於名譽，典型成罪狀況是記者未違法取得新聞素材，但報導內容則可能被認定侵害他人名譽，構成誹謗罪¹⁶⁵。相對於此，若記者先違法侵害隱私，再將該侵害隱私所得內容，透過報導散布，後階段的報導行為即構成刑法第 315 條之 2 第 3 項的散布隱私內容罪。而如前文所述，相對於第 315 條之 1 侵害隱私的行為，刑法第 315 條之 2 第 3 項的構成要件中，並未明文規定「無故」，甚且還加重了原來的刑事責任至 5 年以下有期徒刑，或許立法者認為，當行為人先無故侵害隱私，若於後階段透過報導行為將違法取得的隱私內容散布於眾，後行為實難肯認有任何合法空間，因此不需要於條文內另訂「無故」文字；至於加重刑度的理由，則因竊錄隱私活動時只有行為人可窺視被害人私密行為，若再把私密照片或影像散布於眾，可得窺視同一被害人隱私活動者隨而增加，自應加重處罰。

這種「前行為違法／後行為必定違法，更應加重處罰」的隱私保護結構，套用至記者新聞活動時，確有一定說服力。例如記者竊錄某明星床第間私密活動，該竊錄行為侵害隱私，但因個案中未有公共利益理由，行為仍屬無故，記者應構成刑法第 315 條之 1 第 2 款罪名。倘若記者又把明星私密活動截圖用於其報導中，這將使得明星受私密活動愈形曝光，記者後階段的報導行為當然違法。

然而，最高法院判決中並未採取相同於立法者的看法，最高法院反而在自由時報案及中國時報案中，實質地討論報導行為得否基於新聞自由阻卻違法事由。筆者基本上贊成最高法院此項見解，但仍有若干應補充之處。

¹⁶⁴ 有關除罪事由的解釋，參考盧映潔，前揭註136，頁594-597。

¹⁶⁵ 例如記者先採訪被檢察官約談的涉嫌貪污公務員，再事後補風捉影地在報紙中描寫其接受廠商招待花酒，但事實上該公務員只收受一般金錢賄賂而已。此時記者採訪行為係屬合法，但報導行為本身則侵害他人名譽。

第一，立法者一開始所設想情況，或許是竊錄者與散布者為同一人，既然竊錄被認定是違法，散布行為當然也違法；但最高法院處理的情況，正好與上述設想不同，竊錄被害人隱私活動的行為人 A，正好不是透過不明管道取得該影像檔案後、又公開報導其內容的記者 B，原行為人 A 出於犯罪目的而竊錄被害人隱私，但記者 B 則出於報導時事意圖而散布隱私內容，雖然這不代表記者報導行為合法，但既然兩個行為人有完全不同的行為理由，在法律評價上就不應該連動處理，不能因為原行為人 A 違法竊錄，就直接推論記者 B 報導行為絕對違法。試想如果行賄國會議員甲的乙廠商，為求自保、蒐證目的而竊錄甲、乙之間交付賄賂過程，乙廠商行為仍屬違法¹⁶⁶，而影片後來不知為何而流出後，記者從影像截圖公開報導，在此案件中，由於竊錄內容非私密場所內的性行為，而是至關多數人利益的國會議員收受賄賂，是否僅因乙廠商違法竊錄，就認定記者嗣後報導行為絕對不能阻卻違法？答案顯然不是如此。

第二，在現代學理下，阻卻違法事由並不要求嚴格的法律規定，不直接適用作為入罪基本原則的罪刑法定主義，在學理及實務上，均基於實質違法論而承認超法規阻卻違法事由¹⁶⁷，解釋上不應該僅因為第 3 項的文字中未加入「無故」兩字，就否認有特殊阻卻刑事責任事由適用

第三，而依前文所述，刑法已經在法典中規定業務上正當行為的法定事由，該法定阻卻違法事由可以適用至記者的專業活動，而記者的專業活動除了取材外，還包括報導時事，報導時事過程不免干擾他人隱私、名譽等利益，此時應該優先考量有無業務上正當行為作為阻卻違法事由。

承上，當記者嗣後取得他人違法竊錄被害人隱私內容，仍可在一定範圍內公開報導、散布系爭內容，不因第 315 條之 2 第 3 項欠缺「無故」字眼，就一律認定為違法，只不過其合法／違法的討論重心，應匯集於能否適用業務上正當行為。而如前文所述，此時不應跳脫法定事由而直接從新聞自由立

¹⁶⁶ 薛智仁，前揭註 86，頁 172；許恒達，前揭註 86，頁 59-78。

¹⁶⁷ 僅參考王皇玉，前揭註 18，頁 241-244。

論，新聞自由扮演的角色，應該是用供解釋業務行為「正當性」的參考基準而已¹⁶⁸。

二、記者報導行為的業務正當性

那麼，記者使用他人違法取得的隱私內容進行報導時，有什麼條件才構成業務上正當行為？如前所述，業務正當性應該優先尊重新聞專業規則，過快引納新聞自由並非妥適的阻卻違法作法，至若欠缺直接規範時，只能從個案依公共利益與隱私利益的權衡關係認定，筆者認為其判斷其行為的正當性時，同樣應依循下列步驟檢驗¹⁶⁹：

（一）該隱私內容散布，能實現報導內容的公共利益（適當性），也是干擾被害人的最溫和方式（必要性）。

（二）新聞事件所聯結的公共制度性利益，必須優越於受干擾的個人隱私（衡平性），在此採用公益指標模式進行判斷。

就以上兩個檢驗層次，筆者有兩點附加說明：首先是隱私受害強度；報導行為其實不同於取材行為，記者採取侵害隱私的取材行為時，無法保證是否能夠獲得所需的私密活動場景，因此往往持續侵害行為一段時間；相反地，報導行為在執行上，必然是已經有了侵害隱私的檔案，此時記者工作重點，應該是如何篩選適合出現在傳播媒體的資訊。舉例來說，記者為了追查國會議員甲受賄的弊案，透過管道取得了不名人士竊錄甲於酒店接受廠商招待的影像畫面，其中包括(a)甲與廠商乙有關賄款的談話、(b)甲與酒店女侍丙親熱鏡頭、(c)甲的裸體鏡頭。此時記者有義務從中篩選出適合於媒體公開的影

¹⁶⁸ 德國法上對於記者報導行為得否出於新聞自由的理由阻卻違法，一直傾向許可，但長期以來並無法律明文，一直到2014年9月的修法中，德國立法者才正式於其刑法典第201a條第4項，直接明文承認得基於個案優越利益的效用而阻卻違法，該項參考了德國刑法典誹謗罪第193條中優越利益衡量（*Wahrnehmung berechtigter Interessen*）的規定，而事實上最主要適用即新聞媒體的報導行為，vgl. Jörg Eisele/Johann Sieber, *Notwendige Begrenzungen des § 201a StGB nach dem 49. StÄ G*, StV 2015, S. 318.

¹⁶⁹ 近似觀點，Wolfgang Mitsch, *Medienstrafrecht*, 2012, § 1 Rn. 41.

像。依筆者之見，其所公開的影響必須與採訪目的相關，(c)的影像顯然絕對無涉於報導，若記者將(c)影像公開，則其報導行為可認為非屬業務上正當行為；而(a)影像則與其主要的採訪目的有關，而其亦僅涉及當事人間與犯罪有關的談話，因此公開(a)影像屬於最可能合法的報導方式；至於(b)影像得否公布，因為其中同時涉及無關的第三人丙，此時必須考量其報導的實際需求，由於重點在於受賄，喝花酒與否雖然有關，但重要性相對有限，除非有非常強烈的必要性佐證喝花酒是賄賂內容，否則應該儘可能不予公開。換言之，報導行為合法公開他人隱私影像的界限，應視其報導的目的與公益關聯性強弱予以判定，除非公共利益屬性極強，否則應盡可能禁止散布媒體經由隱私犯罪所得影像。

其次談報導可能影響他人的範圍。因為記者報導時，手邊已經有若干隱私妨害影像，記者應該以該報導事件的公益性強弱決定揭露隱私範圍，公益性愈強，隱私可得揭露的界限自然愈高。即使個案事件涉及犯罪，仍不代表該犯罪絕對會影響範圍極大的他人利益，因為犯罪是已經發生的過去法益侵害事件，其被害人可能很少、也可能很多，若犯罪本身已經進入刑事訴追，該事件受損範圍勢將侷限於已經發生損害之人，實難認為該事件至關多數人利益，此時侵害隱私的報導方式，除了增加媒體商業利潤之外，已無任何意義，應該認定欠缺公益關係，從而認定報導違法。

綜合上述，採用他人違法取得的隱私內容，不必然均不得予以報導，但記者公開報導的行為是否屬於其業務上正當行為，則必須就個案考量上述指標判定。

陸、結 論

以下總結本文的研究成果：

(一)記者採訪與報導行為若該當刑法保護隱私法益的構成要件時，應考量其行為是否屬於業務上正當行為，若能符合，即可阻卻違法。最高法院見解在此直接引用新聞自由作為阻卻違法的依據，並非合理。

(二)業務上正當行為的判斷，是以事前標準決定行為人是否依憑具特別資格或知識之專門性活動的行為準則與倫理規範，得適用的人別有所限制；至若個案欠缺具體規定時，則必須在行為準則框架下，回歸法益及基本權的個案衡量。記者新聞活動因相關規定並不完備，包括採訪及報導的諸多情況，除了倫理公約所揭櫫的公共利益理由之外，僅能透過個案性衡量予以判定。

(三)記者採訪行為若侵害隱私時，其得否阻卻違法，應考量預期報導事件與他人利益的關聯性強弱(所謂公共利益問題)，再與受到侵害的隱私利益進行適當性、必要性及衡平性的判定。最關鍵的衡平性判斷，我國實務曾有綜合審查或階段審查等模式，筆者認為其論理均有瑕疵，應採取僅考慮公共利益與隱私利益相互權衡的公益指標模式。

(四)判斷記者已經蒐集的證據，是否適合開始進行合法侵害隱私的取材行為時，可考慮參酌美國法在無預警強制處分之討論中，發展出相當理由及雙叉法則的判斷方式，此即必須有客觀事證，若該事證為線民告知記者的傳聞供述，必須傳聞內容具可信性，同時線民具有信用力，方得開始進行侵害隱私的採訪行為。

(五)記者報導行為若引用他人犯罪後所獲取的隱私內容時，雖然法條上未有可供連結的阻卻違法可能性文字(亦即：「無故」之明文)，但解釋上仍有阻卻違法的空間，其判斷方法相同於取材行為，不過若記者引用的是他人侵害隱私的犯罪所得，所以必須具有強烈的公益性，亦即其所影響者涉及公眾多數人，否則較不易阻卻違法。

文末，簡要評釋最高法院的四則判決：《勞資糾紛案》的爭點，主要集中於記者是否出於公共利益而侵害他人隱私，由於該案涉及「數位幼兒園僱員的薪資紛爭」，受影響人數相對有限，而其利益也只是僱傭財產關係，在此並無公共利益，也沒有極度強烈的個人利益，依本文之見，記者不構成業務上正當行為，故無侵害隱私的正當理由，最高法院見解或許值得檢討。

《藝人轟趴案》則涉及兩個爭點：第一，記者出於主觀個人推論的理由，認為藝人涉嫌吸毒，該項發動採訪的理由，尚未達到相當理由的客觀門檻；第二，記者推測藝人吸毒，吸毒事件僅為個人自傷身體，並無不特定多數人

的公共利益。基於上述兩點理由，記者尚不構成業務上正當行為，無從阻卻違法。

最後是《自由時報案》與《中國時報案》，這兩則案例中，原李姓行為人違法竊錄自己與五位被害女性性交之影像，記者透過不明管道取得影像後，若在報導中使用影像截圖，該報導行為純粹涉及已發生的五位被害女性利益，與社會成員的利益無關，應認定為欠缺強烈公益關係，其報導行為尚不得基於業務上正當行為而阻卻違法。

參考文獻

一、中文部分

- 王文玲（2011），〈「跟追」689 號解釋〉，《台灣法學雜誌》，184 期，頁 56-62。
- 王正嘉（2012），〈網際網路上之刑法妨害名譽罪適用與界限：以實體與虛擬的二分社會論之〉，《政大法學評論》，128 期，頁 143-202。
- 王兆鵬（2000），《搜索扣押與刑事被告的憲法權利》，臺北：翰蘆。
- 王兆鵬、張明偉、李榮耕（2012），《刑事訴訟法（上）》，臺北：承法。
- 王皇玉（2011），〈短裙下的大腿是隱私部位嗎？〉，《月旦裁判時報》，7 期，頁 123-129。
- （2011），《刑法上的生命、死亡與醫療》，臺北：承法。
- （2014），《刑法總則》，臺北：新學林。
- 甘添貴（1999），《刑法案例解評》，臺北：自刊。
- （2014），《刑法各論（上）》，4 版，臺北：三民。
- 甘添貴、謝庭晃（2006），《捷徑刑法總論》，修訂版，臺北：自刊。
- 余振華（2013），《刑法總論》，2 版，臺北：三民。
- 吳志光（2009），〈新聞自由與所謂的「政治人物標準」：由歐洲人權法院裁判談起〉，《台灣法學雜誌》，142 期，頁 119-133。
- 吳耀宗（2006），〈刑法上之「業務」概念：第一講：刑法之解釋方法與業務作為阻卻犯罪成立之要素〉，《月旦法學教室》，45 期，頁 34-46。
- （2010），〈私人為了取證而竊錄他人電話通訊之合法可能性〉，《月旦裁判時報》，3 期，頁 114-121。
- 李建良（2011），〈新聞採訪自由與個人生活保護的衝突與調和？：簡評釋字第 689 號解釋〉，《台灣法學雜誌》，184 期，頁 29-49。
- 李惠宗（1999），〈論新聞自由與隱私權的衝突：愛滋病學童案〉，《台灣本土法學雜誌》，3 期，頁 162-166。

- 汪文豪（2011），〈公民記者是否受新聞自由保障？〉，《台灣法學雜誌》，184 期，頁 63-67。
- 林子儀（1999），《言論自由與新聞自由》，臺北：元照。
- 林山田（2008），《刑法通論（上）》，10 版，臺北：元照。
- 林東茂（2015），《刑法綜覽》，8 版，臺北：一品。
- 林鈺雄（2008），《干預處分與刑事證據》，臺北：元照。
- （2015），《新刑法總則》，4 版，臺北：元照。
- 邱忠義（2015），〈言論、新聞自由與名譽、隱私權的界限衝突〉，《月旦裁判時報》，35 期，頁 65-73。
- 柯耀程（2014），《刑法總則》，臺北：三民。
- 孫迺翊（1996），〈律師辯護權限之界線：刑法第一百四十四條第一項侮辱公務員罪與律師業務上正當行為之阻卻違法〉，《萬國法律》，90 期，頁 88-90。
- 張麗卿（2015），〈醫療常規與專斷醫療的刑法容許性：評析拒絕輸血案〉，《台灣法學雜誌》，272 期，頁 15-31。
- 張讚國（2013），《匆促的記者：公民新聞、媒體與社會》，香港：城市大學。
- 許玉秀（2005），〈刑罰規範的違憲審查標準〉，收於：國際刑法學會台灣分會（編），《民主、人權、正義：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 365-413，臺北：元照。
- 許恆達（2011），〈律師倫理規範第 33 條釋義〉，收於：律師公會全聯會（編），《律師倫理規範逐條釋義》，頁 283-292，臺北：律師公會全聯會。
- （2013），〈GPS 抓姦與行動隱私的保護界限：評臺灣高等法院一〇〇年度上易字第二四〇七號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，24 期，頁 59-78。
- 許家馨（2011），〈什麼樣的民主？什麼樣的新聞自由？：從民主理論視野分析美國新聞自由法制〉，《政大法學評論》，124 期，頁 1-71。

- 許澤天(2010),〈刑法規範的基本權審查:作為刑事立法界限的比例原則〉,收於:黃舒芃(編),《憲法解釋之理論與實務第七輯》,頁 259-323,臺北:中研院法律學研究所籌備處。
- 許瓊文(2009),〈新聞記者採訪報導受害者應面對的新聞倫理:多元觀點的論證〉,《新聞學研究》,100期,頁 1-55。
- 陳子平(2015),《刑法總論》,3版,臺北:元照。
- (2015),《刑法各論(上)》,2版,臺北:元照。
- 陳新民(1986),〈「公共利益」的概念及「公益徵收」之目的〉,《政大法學評論》,34期,頁 217-263。
- 彭家發、蘇蘅、張寶芳、金溥聰(編著)(2005),《新聞學(一):新聞學新論》,臺北:空中大學。
- 黃榮堅(2012),《基礎刑法學(上)》,4版,臺北:元照。
- 楊雲驊(2013),〈自言自語的證據能力〉,《月旦法學教室》,134期,頁 27-29。
- 劉定基(2012),〈從美國法的觀點評司法院大法官釋字第 689 號解釋:以新聞自由、言論自由、隱私權的保障與衝突為中心〉,《興大法學》,11期,頁 195-236。
- 劉靜怡(2001),〈為德不卒的釋字第 689 號〉,《台灣法學雜誌》,184期,頁 50-55。
- (2006),〈言論自由:第六講:言論自由、媒體類型規範與民主政治〉,《月旦法學教室》,42期,頁 34-44。
- (2009),〈數位時代的「記者特權」:以美國法制之發展為論述中心〉,《新聞學研究》,98期,頁 139-192。
- (2012),〈社群網站時代的隱私困境:以 Facebook 為討論對象〉,《臺大法學論叢》,41卷1期,頁 1-70。doi:10.6199/NTULJ.2012.41.01.01
- (2015),〈SOP 鬧劇下的新聞採訪自由〉,《台灣法學雜誌》,277期,頁 3-5。

- 蔡蕙芳 (2010), 〈刑法第 315 條之 1「非公開」與「無故」要件〉,《月旦裁判時報》, 2 期, 頁 138-144。
- (2010), 〈從美國隱私權法論刑法第三一五條之一與相關各構成要件(上)〉,《興大法學》, 6 期, 頁 71-110。
- 盧映潔 (2011), 〈小三大戰元配〉,《月旦法學教室》, 108 期, 頁 36-38。
- (2014),《刑法分則新論》, 9 版, 臺北: 新學林。
- 薛智仁 (2011), 〈基於取證目的之私人竊聽〉,《台灣法學雜誌》, 183 期, 頁 162-175。
- (2015), 〈刑法觀點下的公民不服從〉,《中研院法學期刊》, 17 期, 頁 131-204。
- 羅慧雯 (2010), 〈名人、媒體與隱私: 一個傳播學的觀點〉,《全國律師》, 14 卷 2 期, 頁 4-11。

二、英文部分

- Calvert, C. (2010). Every Picture Tells a Story, Don't it? Wrestling with the Complex Relationship Among Photographs, Words and Newsworthiness in Journalistic Storytelling. *Columbia Journal of Law & the Arts*, 33, 349-375.
- Dendy, G. (1997). The Newsworthiness Defense to the Public Disclosure Tort. *Kentucky Law Journal*, 85, 147-168.
- Kamisar, Y. (1984). Gates, 'Probable Cause', 'Good Faith,' and Beyond, *Iowa Law Review*, 69, 551-615.
- LaFave, W. R., Israel, J. H., & King, N. J. (2004). *Principles of Criminal Procedure Investigation*. St. Paul, MN: West Academic.
- Osborne, J. (2007). Ascending the Slippery Slope: New Alabama Law Enforcement Procedures Fail to Adequately Protect Sexual Assault Victim's Privacy. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 5, 785-809.

Patching, R., & Hirst, M. (2013). *Journalism Ethics: Arguments and cases for the twenty-first century*. Oxford, UK: Routledge.

Shackelford, S. J. (2012). Fragile Merchandise: A Comparative Analysis of the Privacy Rights for Public Figures. *American Business Law Journal*, 49, 125-208. doi:10.1111/j.1744-1714.2011.01129.x

三、德文部分

Amelung, K. (1990). Die zweite Tagebuchentscheidung des BVerfG. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, 1753-1760.

Binding, K. (1885). *Handbuch des Strafrechts* (Erster Band). Leipzig: Duncker & Humblot.

Borgmann, M. (2004). Von Datenschutzbeauftragten und Bademeistern – Der strafrechtliche Schutz am eigenen Bild durch den neuen § 201a StGB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, 2133-2135.

Bott, C. (2008). *Die Medienprivilegien im Strafprozess*. Frankfurt/M: Peter Lang.

Dammann, I. (2011). *Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung Zum Menschenwürde- und Wesensgehaltsschutz im Bereich der Freiheitsgrundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot. doi:10.3790/978-3-428-53488-3

Desoi, M/Knierim, A. (2011). Intimsphäre und Kernbereichsschutz – ein unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Deutsche Öffentliche Verwaltung*, 2011, 398-405.

Di Fabio, U. (2015). In: Maunz, T./Dürig, G. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 2. München: Beck.

Eichhoff, J. (2010). *Investigativer Journalismus aus verfassungsrechtlicher Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

- Eilsberger, R. (1970). Rechtstechnische Aspekte der verfassungskonformen Strafrechtsanwendung. *Juristische Schulung*, 1970, 321-325.
- Eisele, J. (2005). Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen. *Juristischer Rundschau*, 2005, 6-11.
- Eisele, J./Sieber, J. (2015). Notwendige Begrenzungen des § 201a StGB nach dem 49. StÄ G. *Strafrechtsverteidiger*, 2015, 312-319. doi:10.1515/stv-2015-0508
- Fischer, T. (2010). *Strafgesetzbuch*. München: Beck.
- Heinrich, B. (2010). Künftige Entwicklungen des Medienstrafrechts im Bereich des investigativen Journalismus oder: Dürfen Journalisten mehr?. In: Grundmann u.a. (Hrsg.), *FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin* (S. 1241-1264). Berlin: De Gruyter. doi:10.1515/9783899496307.1241
- (2011). Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Pressemitarbeitern bei der unbefugten Herstellung und Verbreitung fotografischer Darstellungen von Personen. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 5/2011, 416-430.
- (2014). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Aufl.). Stuttgart: Kohlhammer.
- Hoyer, A. (2006). Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs bei § 201a StGB. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, 1-6.
- Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen, W. (Hrsg.) (2013). *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 201a*. (4. Aufl.). Baden-Baden: Nomos.
- Kudlich, H. (2003). Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht. *Juristische Zeitung*, 2003, 127-133.
- Jescheck, H./Weigend, T. (1996). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (5. Aufl.). Berlin: Duncker & Humblot.
- Lagodny, O. (1996). *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen: Mohr.

- Kutscha, M. (2005). Verfassungsrechtlicher Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung – nichts Neues aus Karlsruhe? *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 20-22.
- Mitsch, W. (2012). *Medienstrafrecht*. Berlin: Springer. doi:10.1007/978-3-642-17263-2_4
- Prittwitz, C. (1993). *Strafrecht und Risiko*. Frankfurt/M: Vittorio Klostermann. doi:10.3196/9783465025870
- Rengier, R. (2011). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Aufl.). München: Beck.
- Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Band 1, 4 Aufl.). München: Beck.
- Sauren, J. (2005). Bedrohung der freien Berichterstattung durch den neuen § 201a StGB? *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 2005, 425-432.
- Schmidt, H.C. (2009). Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 121, 645-670. doi:10.1515/ZSTW.2009.645
- Schuldt, L. (2011). *Geheimnisverrat: Die Beteiligung von Journalisten an der Verletzung von Dienstgeheimnissen*. Berlin: Duncker & Humblot. doi:10.3790/978-3-428-53575-0
- Tiedemann, K. (1969). Bemerkungen zur Rechtsprechung in den sog. Demonstrationsprozessen. *Juristische Zeitung*, 1969, 717-726.
- Tillmanns, L./Führ, J. (2005). § 201a StGB – Eine problemorientierte Betrachtung aus Sicht der Presseselbstregulierung. *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 2005, 441-449.
- Valerius, B. (2010). *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Band 6, § 201a*. (12. Aufl.). Berlin: De Gruyter.
- Warg, G. (2012). Anmerkung zum Kernbereich privater Lebensgestaltung – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 22.12.2011 (2 StR 509/10), NStZ 2012, 277, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2012, 237-242.

Press Freedom and Privacy Invasion of Reporters: Proper Conduct Performed in the Course of Business as Justification

*Heng-Da Hsu**

Abstract

This article aims to discuss whether a reporter who gathers information by invading other's privacy and makes reports upon it could be justified. Taiwan's Supreme Court found such conduct justified on account of reporter's press freedom. Rather than this opinion, the author argues that, according to Article 22 of Taiwan's Criminal Code, the justification ground employed preferentially should be "Proper Conduct Performed in the Course of Business". Therefore, in prior to conducting invasion of privacy for the sack of gathering news material, a reporter should collect some objective evidence inferring that the investigated event ought to be related to public interest. Such standard can also be applied to decide if reporter's usage of materials gathered through privacy invasion could be lawful.

Keywords: Right to Privacy, Proper Conduct Performed in the Course of Business, Press Freedom, Public Interest, Probable Cause

* Professor, College of Law, National Chengchi University. Dr. iur., Frankfurt University Germany. E-mail:hdhsu@nccu.edu.tw