

裁判字號：臺灣高等法院 臺中分院 105 年上訴字第 1722 號刑事判決

裁判日期：民國 106 年 06 月 06 日

裁判案由：違反通訊保障及監察法

臺灣高等法院臺中分院刑事判決 105年度上訴字第1722號

上訴人

即被告 洪政儀

選任辯護人 林軍男律師

上列上訴人因違反通訊保障及監察法案件，不服臺灣臺中地方法院105年度訴字第452號中華民國105年9月29日第一審判決(起訴案號：臺灣臺中地方法院檢察署104年度偵字第21221號)，提起上訴，本院判決如下：

主文

上訴駁回。

犯罪事實

一、乙○○係羅小容之配偶，於民國103年10月25日13時30分左右，在臺中市○○區○○路0段000號兒童公園內，經羅小容告知於同年月13日下午某時，曾與丙○○在臺中市○○區○○路0段○○巷00號台中日光溫泉會館發生性交行為2次(丙○○妨害家庭部分，業經臺灣臺中地方法院以104年度易字第1065號判處有期徒刑2月確定)，為蒐集證據以對丙○○提出妨害家庭之告訴，竟在未依法律規定及通訊之任何一方事先同意之情形下，基於違法監察他人通訊之犯意，先於同年月30日白天某時，在其位於臺中市○區○○街○○巷○○○○號住處，趁羅小容睡覺時，開啟羅小容持用之門號0000000000號行動電話之錄音功能，竊錄羅小容於103年10月30日22時48分起迄同日23時25分止，外出與丙○○見面之秘密談話內容；再於同年11月5日上午8時左右，在上址住處，以排程系統啟動錄音功能，接續竊錄羅小容於103年11月5日9時29分起迄同日11時10分止，外出與丙○○見面之秘密談話內容，且將該對話內容轉錄為光碟1片並提出譯文內容後，據以向臺中市政府警察局第五分局對丙○○提出妨害家庭告訴，嗣於104年7月3日上午10時左右，丙○○在被訴妨害家庭案件(即臺灣臺中地方法院檢察署104年度偵字第13812號案件)接受偵訊時，經檢察官就上開錄音譯文內容訊問丙○○，丙○○始知悉上情。

二、案經丙○○訴由臺灣臺中地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理由

一、程序方面：

(一)本件告訴合法之說明：

按犯通訊保障及監察法第24條第1項之罪，依同法第30條規

定須告訴乃論。次按犯罪之被害人，得為告訴；告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於6個月內為之，刑事訴訟法第232條、第237條第1項分別定有明文。復按通訊保障及監察法之立法目的，係為保障人民秘密通訊自由及隱私權不受非法侵害而設，而該法所稱之通訊，包括：「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」，並以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限，為通訊保障及監察法第1條、第3條所明定。又該法第3條第1項第3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，通訊保障及監察法施行細則第2條第3項定有明文。查上訴人即被告乙○○(下稱被告)開啟其配偶羅小容所持用行動電話之錄音功能，用以側錄羅小容與他人之談話內容，則舉凡與羅小容會面談話之人，其等間對於會面談話而其內容包括隱私或秘密部分，自有合理之期待，而屬通訊保障及監察法第3條第2項、第1項第3款規定之保障範圍。是以，羅小容與告訴人丙○○(下稱告訴人)2人會面談話時，其等對於會面談話之內容均有隱私之合理期待，被告將其2人會面談話之內容違法監察，對羅小容與告訴人均造成隱私權法益之直接侵害，其2人自均屬於被害人，均得提出告訴，被告辯稱僅羅小容有權提出告訴，告訴人並非本案之被害人，不得提出本案告訴等語，自有誤會。又本件告訴人前被訴妨害家庭案件，於104年7月3日接受檢察官偵訊時，因檢察官提示被告所竊錄之證人羅小容與告訴人於103年10月30日、同年11月5日間之上開談話內容譯文訊問告訴人，告訴人始知悉其與證人羅小容間之談話遭被告竊錄乙節，為告訴人於本案偵查中陳明在卷(見偵字第21221號卷第20頁背面)，並有臺灣臺中地方法院檢察署104年度偵字第13812號妨害家庭案件104年7月3日訊問筆錄及竊錄對話內容譯文可佐(見偵字第13812號卷第9頁背面，警卷第17頁)，足見告訴人於104年8月26日具狀向臺灣臺中地方法院檢察署提出本件告訴，其告訴並未逾6個月期間，自屬合法。

(二)證據能力之說明：

按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，然經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述作成時之情況，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，知有刑事訴訟法第159條第1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，刑事訴訟法第159條之5定有明文。經查，本判決書以下所引用被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，對被告而言，雖為前開刑事訴訟法第159條第1項之傳聞證據，惟被告、辯護人及檢察

官於本院準備程序及審判程序中均表示同意做為本案證據使用(見本院卷第37頁背面、第65頁、第78頁背面、第108頁背面)，本院審酌上開陳述作成時之情況，並無違法取證之瑕疵，揆諸上開規定，應認有證據能力。又傳聞法則乃對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述而為之規範，本案判決以下所引用之非供述證據，無刑事訴訟法第159條第1項規定傳聞法則之適用，經本院於審判時依法踐行調查證據程序，檢察官、被告及辯護人等均不爭執各該證據之證據能力，且與本案待證事實具有自然之關聯性，亦查無依法應排除其證據能力之情形，依法自得作為證據。

二、訊據被告固坦承有於上開時間、地點，以前述方法啟動證人羅小容所持用之門號0000000000號行動電話之錄音功能，接續錄取羅小容外出與告訴人會面之談話內容，並據以對告訴人提出妨害家庭告訴等情，惟否認有何違反通訊保障及監察法之犯行，辯稱：其配偶羅小容持用之上開行動電話係其所購買，其常與羅小容交換使用行動電話，自有權利使用該行動電話錄音；又其早已知悉告訴人與羅小容相姦破壞家庭，告訴人與羅小容2人之談話內容已無秘密可言，況其係為維護家庭的完整性方為上開錄音行為，其所為係正當防衛，且無不法目的，亦符合通訊保障及監察法第29條不罰之規定等語。經查：

(一)被告確有於上開時、地，接續錄取羅小容外出與告訴人會面之談話內容，且將該對話內容轉錄為光碟1片並提出譯文內容後，據以對告訴人提出妨害家庭告訴等情，業據被告迭於檢察官偵查及原審審判時所供認不諱，核與告訴人於檢察官偵查及原審指述，於本院審判時證述之情節相符，並有被告於另案妨害家庭案件中提出之告訴人與羅小容通訊內容譯文及104年度易字第1065號妨害家庭案件卷宗(含警卷、偵查卷)影本可憑，此部分之事實即堪以認定。

(二)按通訊保障及監察法第24條第1項規定：「違法監察他人通訊者，處5年以下有期徒刑」，其犯罪行為主體並未規定限於公務員；參酌同條第2項所規範之對象，為執行或協助執行通訊監察之公務員或從業人員，第3項則為前2項營利犯罪之行為人，足見其第1項之處罰對象應係針對一般人民；況若認同條第1項之犯罪主體亦以公務員為限，則與同條第2項所規定之犯罪主體雷同，其第1項規定豈非成為具文；又同法第30條復規定同法第24條第1項之罪，須告訴乃論，苟同法第24條第1項之犯罪主體限於公務員，則公務員違法監察他人通訊，不僅侵犯被害人之隱私權，更違背公務員之忠實義務，有辱官箴，實不宜規定為告訴乃論之罪，足見同法第24條第1項之罪所規範之行為人，應為一般人民(參最高法院101年度台上字第3416號判決)。足見通訊保障及監察法第24條第1項規定處罰對象不限於公務員或從業人員，一般人民均為處罰對象。

- (三)再隱私權與其他權利保障之取捨，應就個案情節依比例原則衡量其法益加以判斷，配偶之一方如有外遇，對他方而言，自屬極難忍受之事，是有外遇之一方必極力隱藏，以避免他方知悉，此項隱密在道德上雖具有可非難性，但通訊保障及監察法並未排除對於此種在道德上具有可非難性隱私權之保障，是以縱在道德上具有可非難性之隱私，仍為通訊保障及監察法所保護之對象，此觀之同法第3條第2項規定「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」自明。惟同法第29條另規定有不罰之例外情形，以避免失衡，尤其第3款規定「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」及第30條規定為告訴乃論之罪，在立法上已考量其平衡性，且未排除配偶間隱私權之保護(最高法院97年度台上字第4546號判決參照)。查被告於偵查中供稱：其是在羅小容要出去時才錄的，每次錄音時間都是他們見面的時間等語(見偵字第21221號卷第21頁背面)，據此可見，縱使羅小容係被告之配偶，且羅小容外出與告訴人會面，其等之談話在道德上具有可非難性之隱私，然其等間對於談話內容仍有隱私或秘密之合理期待，而屬通訊保障及監察法之保護客體無訛。是被告辯稱告訴人與證人羅小容之通姦事件已爆發開來，其等之談話內容並非秘密，應非屬保護之客體等語，難以採信。
- (四)被告雖又辯稱其有權利使用羅小容持用之門號0000000000號行動電話予以錄音，並非為不法目的，且其於103年10月30日錄音當時在場並有使用擴音功能，應屬通訊之一方，符合通訊保障及監察法第29條之不罰規定等語。查通訊保障及監察法第29條第3款固規定，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。然證人羅小容於檢察官偵查中明確證稱：其於103年9月中至10月底與告訴人交往期間，因害怕遭被告發現，而未與被告交換使用行動電話，且其不知道被告在其使用之門號0000000000號行動電話下載程式側錄其與告訴人前述談話內容等語(見偵字第21221號卷第33頁背面)；告訴人於本院審判時亦證稱：其在美術館與羅小容之對話，並不知道被告在錄音，且其亦無同意被告錄音等語(見本院卷第114頁背面至第115頁)，顯見證人羅小容及告訴人雙方均未於事先同意被告對其等之通訊進行錄音。再觀被告所提出103年10月30日告訴人與證人羅小容通話之譯文內容可知，其間只有告訴人與證人羅小容之對話，被告並未發出任何聲音，此經本院勘驗明確(見本院卷第52至53頁、第85至87頁)，被告既未利用電信設備發送或傳輸任何文字或聲音，亦未發表任何言論及談話，自難認有為通訊保障及監察法所稱之「通訊」行為，縱如被告所辯其於錄音當時在場並有使用擴音功能，亦無從認其即屬通訊之一方。是以，即使被告有與證人羅小容共同使用上述行動電話之權利，然被告既未得通訊之一方事先同意，亦非「通訊

之一方」，自與通訊監察保障及監察法第29條第3款規定之不罰要件不符，而無從據該條款之規定主張免罰。是被告此部分所辯，亦無足採。

(五)再按正當防衛必須對於現在不法之侵害始得為之，侵害業已過去，即無正當防衛可言；刑法上之正當防衛以遇有現在不法之侵害為前提，如不法侵害尚未發生，即無防衛之可言；正當防衛之要件，必對於現在之不正侵害，始能成立，若侵害已過去，或預料有侵害而侵害尚屬未來，則其加害行為，自無正當防衛之可言(最高法院30年上字第1040號判例、27年上字第2879號判例、9年上字第1174號刑事判例可資參照)。被告雖辯稱其錄音係正當防衛行為等語，然被告於偵查中供稱：其是在羅小容承認與告訴人通姦後才開始錄音，因為犯罪的現場已經是過去式，無法取得實證，只能以此方法去取得錄音佐證等語(見偵字第21221號卷第21頁)，足見被告以前述方法竊錄告訴人與羅小容2人之目的，係為蒐集告訴人與羅小容相姦之證據，告訴人與羅小容相姦之犯行顯然已經過去，被告並未受有現在不法之侵害，即無主張正當防衛之餘地。至辯護人雖主張告訴人於事後持續與羅小容聯絡，是嘗試要和誘有配偶之人脫離家庭，已然著手於刑法第240條第2項之和誘行為，被告為前開竊錄行為，應有正當防衛之適用等語，然刑法上之和誘罪，除被誘人之脫離家庭係得被誘人之同意外，並以行為人有引誘之行為為其成立要件，查本件並無證據顯示羅小容私行外出與告訴人見面，係因告訴人對羅小容施以引誘之行為所致，縱被告恐其婚姻遭破壞始開始錄音，但告訴人之引誘行為，既未顯現於外，亦非屬現在不法之侵害自明。是以，本件被告既係在告訴人與羅小容相姦後、告訴人是否欲對羅小容為和誘行為尚屬不明前，對其2人為竊錄行為，即與刑法第23條之規定「現在不法之侵害」要件不符，自無主張正當防衛之餘地，當然更不得主張此「正當防衛」係屬通訊保障及監察法第29條第1款之「依法律規定而為者」之不罰行為。

(六)又刑法第315條之1第2款妨害秘密罪之立法目的，係對於無故竊錄他人非公開活動、言論、談話或身體隱私部位之行為，予以限制，以保障人民秘密通訊自由及隱私權。惟為兼顧基於正當理由而有拍攝、錄影他人活動、言論、談話或身體隱私部位之必要，俾免刑罰過苛，而妨礙正當偵查作為或其他社會公共利益，乃於其構成要件中明列「無故」之限制要件，以調濟法益衝突(最高法院100年度台上字第4780號判決參照)。考之刑法第315條之1妨害秘密罪之構成要件，係：「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」，而通訊保障及監察法第24條第1項之構成要件，則為「違法監察他人通訊者」，前者以「無故」、「非公開」為其內涵，後者則無此限制

。本件被告因其配偶羅小容與告訴人通姦，而以上開方式竊錄蒐集告訴人與羅小容通姦之證據，其目的係在探知羅小容有無予告訴人外遇或通姦之情形，考量其手段的必要性及急迫性，固尚難謂無正當理由，而與刑法第315條之1所規範之「無故」以錄音竊錄他人非公開談話之情形有間，而不構成該條之罪。然被告之違法竊錄行為，並無通訊保障及監察法第29條所規定例外不罰之情形，且經告訴人合法告訴，仍應依通訊保障及監察法第24條第1項之規定處罰。是被告及辯護人以告訴人係在公園之公開場合談話，不具隱密性之要件，且所交談之內容沒有秘密性等情為由，主張無通訊保障及監察法第24條第1項規定之適用，自有誤會。

(七)綜上所述，被告為對告訴人提出妨害家庭告訴，固有蒐集刑事訴訟證據之權利，惟仍須符合通訊保障及監察法第29條之規定，始得不罰。本案被告所提出告訴人與證人羅小容談話之錄音內容，既為通訊保障及監察法第3條保護之客體，被告既非依據法律所為，且未事先徵得告訴人與證人羅小容之同意，而被告又非該錄音談話之一方，其所為自不符合該法第29條不罰規定。是被告前開所辯，均不足採信。本案事證明確，被告上開犯行，即堪認定，應依法論科。至檢察官於本院準備程序時，雖請求鑑定被告所提出之光碟是否連貫、是否有斷接擷取之情形(見本院卷第90頁背面)，然因有關錄音證物之剪接鑑定，須提供逐字逐句之完整譯文，並請當事人指明錄音談話內容中，疑有剪接爭議之時間點，而非一段時間或整段錄音，依現有資料暫難鑑定，有法務部調查局106年4月6日調科參字第10603233680號函可參(見本院卷第96頁)；被告於本院言詞辯論時，雖主張10月30日錄音裡面B2最後一句模糊不清部分是被其他程式干擾，是可以還原的等語，然其未能提出如何還原之方式，且該部分內容與本案犯罪事實之認定無何關聯，本院認均無再加以調查之必要，附此說明。

三、核被告所為，係犯通訊保障及監察法第24條第1項之違法監察他人通訊罪。被告為蒐集告訴人與證人羅小容之相姦證據，在同一地點、於密接之時間下開啟錄音，對告訴人及證人羅小容實施通訊監察，並侵害告訴人同一法益，各行為之獨立性極為薄弱，且其主觀上所認識者，亦屬基於單一犯意所為之接續舉動，依一般社會健全觀念，應視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價為當，故應論以接續犯。公訴人認被告所為之2次犯行，應予分論併罰，容有誤會。原審以被告犯罪事證明確，適用通訊保障及監察法第24條第1項，刑法第11條前段、第41條第1項前段等規定，審酌被告未曾受有期徒刑以上刑之宣告，素行良好，因受證人羅小容與告訴人外遇之刺激，為蒐證提出妨害家庭告訴而違法監聽，其犯罪之方法、手段尚非至惡，其犯後固坦認監聽之客觀行為，但未能深切反省所為已觸法並侵害告訴人隱私權之

犯後態度，且尚未與告訴人達成和解，獲得告訴人諒解，暨被告為大專畢業之智識程度，家境小康等一切情狀，量處有期徒刑2月之刑，並諭知易科罰金之折算標準。且就沒收部分，說明被告行為後，刑法關於沒收之規定，業於104年12月30日修正公布，並自105年7月1日起施行，依修正後刑法第2條第2項規定及其立法理由，認關於沒收之法律適用，尚無新舊法比較之問題，於新法施行後，應一律適用新法之相關規定。而因本次刑法修正將沒收列為專章，具有獨立之法律效果，為使其他法律有關沒收原則上仍適用刑法沒收規定，故修正刑法第11條、增訂刑法施行法第10條之3第2項，就沒收適用之法律競合，明白揭示「後法優於前法」之原則，優先適用刑法。而通訊保障監察法第26條雖規定：「前二條違法監察通訊所得之資料，不問屬於犯人與否，均沒收之。犯人不明時，得單獨宣告沒收」，然該條規定既係於前開刑法沒收專章施行日前所制定，即不再適用，而應適用修正後刑法沒收專章之規定。查被告於104年3月26日在臺中市政府警察局第五分局對告訴人告訴人提出妨害家庭告訴時提出竊錄之錄音光碟1片及於警詢、偵訊中提出之錄音譯文2份(見警卷第13、17頁，偵字第13812號卷第1頁背面、第14至18頁，均附於該卷宗內)，均係被告以行動電話錄音功能進行違法監察通訊所變得之物，且屬被告所有之物，均應依刑法第38條之1第1項、第4項規定，宣告沒收。至未扣案之門號0000000000號行動電話1支，雖係被告所有用供其竊錄告訴人與羅小容談話所用之物，然該行動電話並未扣案，且非違禁物，為免將來執行困難，爰不為沒收之諭知。核原審所為採證及認事用法並無違法或不當之處，量刑亦屬妥適，且無輕重相差懸殊等裁量權濫用之情形。被告提起上訴，雖以本案有容許規範錯誤(禁止錯誤)之情形存在，並執前詞否認犯罪，然其所為辯解均不足採，已如上述；另被告又主張其係自首並請求緩刑部分，查被告於本案並無任何對於未發覺之罪自首而受裁判之意，且未能坦承犯行及與告訴人達成和解，是其此部分之上訴亦無理由，應均予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官甲○○到庭執行職務

中 華 民 國 106 年 6 月 6 日
刑事第四庭 審判長法官 黃 仁 松
法官 唐 中 興
法官 林 宜 民

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後十日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者，並得於提起上訴後十日內向本院補提理由書(均須按他造當事人之人數附繕本)「切勿逕送上級法院」。

書記官 黃 湘 玲

中 華 民 國 106 年 6 月 6 日

附錄：本案論罪科刑法條全文

通訊保障及監察法第24條

違法監察他人通訊者，處5年以下有期徒刑。

執行或協助執行通訊監察之公務員或從業人員，假借職務或業務上之權力、機會或方法，犯前項之罪者，處6月以上5年以下有期徒刑。

意圖營利而犯前二項之罪者，處1年以上7年以下有期徒刑。

資料來源：司法院法學資料檢索系統