

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

112年度上訴字第487號

上訴人 臺灣高雄地方檢察署檢察官

上訴人

即被告 劉佳文

0000000000000000

0000000000000000

0000000000000000

選任辯護人 邱超偉律師

上列上訴人等因被告家庭暴力之妨害秘密等案件，不服臺灣高雄地方法院111年度訴字第732號，中華民國112年4月28日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署111年度偵字第22758號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

乙○○犯散布竊錄之非公開活動及身體隱私部位罪，處有期徒刑壹年。

事 實

一、乙○○與甲○（真實姓名、年籍均詳卷）曾為同居關係，屬於家庭暴力防治法第3條第2款之家庭成員，其明知性愛照片（下稱系爭照片）屬客觀上足以刺激或引起性慾之猥褻影像，竟基於無故以照相方式竊錄他人非公開活動及身體隱私部位，並將所竊錄之他人非公開活動及身體隱私部位之內容以網際網路供人觀覽而散布猥褻影像之犯意，於民國110年8月30日9時9分（起訴書誤載為1時9分，經檢察官當庭更正）前某時許，在○○○○○○○○○○○○某住處（地址詳卷），利用與甲○性愛之機會，未經甲○同意，以其手機拍攝甲○之非公開活動及身體隱私部位後，復於同日9時9分許，利用電腦設備連接網際網路，登入社群媒體「Twitter」，以「乙○○」之名稱，留言「早上來一炮、射滿滿給熟女姊姊」，而上傳系爭照片之電子訊號，供瀏覽該網頁之多數人

或不特定人均得共見共聞。

二、案經甲○訴由臺灣高雄地方檢察署（下稱高雄地檢署）檢察官偵查起訴。

理由

一、證據能力：

(一)按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項固定有明文。然被告以外之人於司法警察（官）調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情形，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法第159條之2亦有明文。查被告乙○○之辯護人於本院審判程序中，爭執證人即告訴人甲○於警詢陳述之證據能力。證人甲○於警詢時陳述之內容，核與其於原審審理中具結後所為之證述大致相符，並無實質性之差異。參諸前開規定，證人甲○於警詢中之陳述即無作為證據之必要，故無證據能力。

(二)其餘本判決所引用屬於傳聞證據之部分，均已依法踐行調查證據程序，且檢察官、被告及辯護人於本院審理時，均明示同意有證據能力（見本院卷第161頁），基於尊重當事人對於傳聞證據之處分權，及證據資料愈豐富愈有助於真實發現之理念，本院審酌該等證據作成時情況，並無違法取證之瑕疵，且無顯不可信之情形，以之作為證據應屬適當，自均有證據能力。

二、認定事實所憑之證據及理由：

訊據被告固坦承其與甲○同居期間，有拍攝系爭照片，並於事實欄所載時間上傳至社群媒體「Twitter」供人閱覽等情，但否認系爭照片所拍攝之對象為甲○，辯稱：系爭照片是拍攝我與不知名女性之性愛過程，與甲○無關，且我有得該女性之同意，並非偷拍等語。經查：

(一)上開被告所坦承的事實，業據被告於原審、本院審理中所自白，且有GOOGLE搜尋結果畫面翻拍照片、「Twitter」帳號「乙○○」110年8月30日貼文及照片、甲○與被告LINE對話

紀錄翻拍照片、甲○與被告LINE對話紀錄文字檔等在卷可佐；又被告上傳系爭照片的時間為110年8月30日9時9分許，為被告所不爭執，核與被告提出之「Twitter」帳號原始頁面顯示的時間為110年8月30日9時9分許相符（見原審審二卷第79頁），並經檢察官於本院審理時當庭更正（見本院卷第160頁）。雖告訴人在GOOGLE搜尋引擎，以關鍵字「乙○○」搜尋Twitter上關於系爭照片之頁面顯示時間，與被告提出之原始頁面資料顯示時間有所差異，然該搜尋結果究非原始資料，且應係GOOGLE搜尋引擎與Twitter兩公司之伺服器顯示時區不同所致，尚無礙於本件被告上傳系爭照片時間之認定。因而，此部分之事實，先堪以認定。

(二)證人甲○於偵查、審理時一致證稱：案發時與被告為男女朋友，同居在被告住處，案發當日約上午6點至8點間兩人發生性行為時有出現閃光燈，我問被告是不是有偷拍，被告說沒有，可是轉頭時有看到被告拿手機，有向被告表示不同意拍攝性行為照片，請被告立刻將照片刪除，被告就說好啦好啦沒有，就不了了之，沒有再去檢查被告的手機，之後被告上傳，陸續有網友截圖、點讚，我才質問被告怎麼可以把我們性愛照未經同意上傳，當時他有承認他犯錯、願意受刑法處罰，後來又否認說是和其他女生發生關係，我才提告等語（見原審訴卷第51至58頁），而觀證人甲○與被告於案發時為同居關係，核與系爭照片於案發當日上午9時9分許上傳之留言「早上來一炮、射滿滿給熟女姊姊」之時間、脈絡，及兩人於早上起床時發生性行為，且甲○年長於被告等節均相符合，應可採信。

(三)另依被告與證人甲○之LINE對話紀錄，被告於甲○質問其偷拍及上傳系爭照片時，表示「對不起、我知道了、我會出庭、接受調查、一切都是我的不對」、「而且、我從來沒有在網路上提及妳這個人、也沒有去毀損妳、我有拍照我承認」、「我真的承認是我不對」等語，有其二人之LINE對話紀錄翻拍照片在卷可憑（偵一卷第197至209頁），堪認被告

於證人甲○向被告質問系爭照片偷拍及上傳時，不僅向甲○道歉、承認其確有對甲○拍照及上傳，並解釋其上傳時未提及甲○或毀損甲○（名譽），適與系爭照片及留言並無指涉為何人之情狀相符。堪認證人甲○所為上開證述，有上開對話紀錄、系爭照片及留言之網頁資料等可資補強，核符真實。

(四)至被告於前揭對話紀錄後不久，固然又向告訴人甲○表示：「照片中的根本不是你」、「你就是一口咬定這個是你」、「我真的很納悶」、「更何況我沒有指明是誰、也沒標記是誰、只是隨意po了一張裸露的照片」、「你就說是你、這樣不對吧？」、「你自己也知道我會跟別的女生有性關係、也知道我帶別人回家」等語，而改口向甲○稱系爭照片是拍別的女生，不是甲○，亦有兩人間之LINE對話紀錄可參（見偵一卷第219頁），核與其對甲○先前（即上開(三)所示）之態度丕變，並與本案之否認辯解一致。然而，依兩人對話之脈絡以觀，被告對於甲○的質問，先為道歉、解釋及認錯，然甲○始終未見緩解，嗣被告反質問甲○：「我知道我不對沒錯、但妳不能把別人的化妝品用壞、我的一部分內褲、褲子雖然是妳買的、但妳給我了、不是說不開心要搬走就剪壞掉、這是不對的、我的錯誤我承擔、但妳來我家拿東西、用壞東西就是不對的、我會承擔我犯的錯誤」，兩人就甲○進入被告住處毀壞物品之事發生爭執中，被告又再重提系爭照片上傳之事，改口稱系爭照片並非甲○，兩人均稱法院面對等語（偵一卷第213頁以下），得見被告就系爭照片上傳事件原欲妥協、認錯，然因甲○未見鬆口，又有侵入被告住處、破壞物品情事，兩人開始針鋒相對，被告因「沒有指明是誰、也沒標記是誰、只是隨意po了一張裸露的照片」之勢，始改口稱系爭照片並非甲○。然而，系爭照片僅有身體隱私部位之裸露，若非當局者，依據系爭照片所示時間、地點、其他關聯性事實或跡證得以察覺，其他第三人應無法特定出為何人之身體；況甲○於察覺後，若系爭照片確非被告

與甲○間之性愛照片，被告大可在甲○質問當下，予以說明、否認，實無針對甲○質疑其有偷拍兩人性愛照片之事為道歉或承認之必要，然而，被告一開始不但針對甲○質問其偷拍、上傳之事積極認錯、道歉，更解釋其上傳時未提及甲○或毀損甲○（名譽）如前所述，應認被告於甲○質問的當下，反應最為直接，尚無太多利害關係之思考，較為可信；至被告嗣後雖改口否認，此時已可見被告態度丕變，不願再道歉，而有諸多利害因素介入，其可信性大為降低，尚無從依此部分之對話紀錄，據為有利於被告之認定。

(五)被告辯稱系爭照片中之女子是其他炮友，拍照有經該炮友同意等語；然系爭照片中女子若非甲○，此為有利於被告之事實，惟被告從無傳喚該名炮友作證之意，於警詢中稱：交友網站探探交友軟體認識聯絡的（見偵一卷第100頁），於偵查中經檢察官曉諭可傳喚證人時，被告陳稱：炮友只是暫時的，我試著把炮友找出來（見偵一卷第150頁）；復經書記官電話聯繫被告請其補正證人之資料，被告稱有把資料交給辯護人，請辯護人一併提出（見高雄地檢署電話紀錄單，偵一卷第171頁）；被告之辯護人於111年7月20日提出刑事答辯狀（見偵一卷第173至267頁），並未補正證人資料；檢察官再於111年7月25日請被告提出證人資料，以供傳喚，被告改口當初跟證人是在交友網站上認識的，不知其真實姓名或聯絡方式，無法提供（見高雄地檢署電話紀錄單，偵卷第271頁），況被告既係在交友網站上結識炮友，並非全無聯絡或找尋方式，卻未見被告有何具體作為，反見其拖延、敷衍、說法反覆，就此有利於己之事實，怠於舉證，亦難認其辯解與事實相符。

(六)至被告及其辯護人所執案發當天被告與甲○全日都在一起、有進行勞資協商調解或與朋友相約，抑或甲○係因不滿分手而有報復之舉等節，縱然均屬實在。然而，系爭照片係被告於案發當日上午（9時9分前）與甲○之性愛過程中所偷拍、於同日9時9分上傳，實無礙於被告上傳系爭照片後，仍得繼

續參與其他活動，而於本案之事實認定無影響；又兩人間正因關係交惡，甲○因而出面指控本案，亦非違反事理常情。是被告一再執此等事由為辯，實無從遽為有利於被告之認定，均附此敘明。

(七)綜上所述，本案事證已然明確，被告犯行洵堪認定，應依法論科。

三、論罪科刑：

(一)查被告傳送其所竊錄其與告訴人性交過程之系爭照片，內容係含有告訴人非公開活動及身體隱私部位等在客觀上足以刺激、滿足性慾，並令一般人感覺不堪之影片，核屬刑法第235條所稱之猥褻影像，亦合於刑法第315條之1第2款所指竊錄他人非公開活動及身體隱私部位之內容無訛；被告將系爭照片檔案上傳至社群媒體「Twitter」，則係以其他供人觀覽之方法為之。是核被告所為，係犯刑法第235條第1項之以網際網路供人觀覽猥褻影像、刑法第315條之1第2款無故竊錄他人非公開之活動及身體隱私部位、第315條之2第3項散布竊錄他人非公開之活動及身體隱私部位之內容等罪。又按家庭暴力者，指家庭成員間實施身體、精神或經濟上之騷擾、控制、脅迫或其他不法侵害之行為；家庭暴力罪者，指家庭成員間故意實施家庭暴力行為而成立其他法律所規定之犯罪；家庭成員包括現有或曾有同居關係，家庭暴力防治法第2條第1款及第2款、第3條第2款分別定有明文。查被告與告訴人曾經同居在事實欄所載之被告住處乙節，業經本院認定如前，而具有家庭暴力防治法第3條第2款所定之家庭成員關係。則被告所為如事實欄所載之行為，對告訴人實施精神上不法侵害行為，其本案所為，亦構成家庭暴力防治法第2條第2款之家庭暴力罪，惟該罪並無罰則之規定，是仍應依上開刑法所規定之各罪予以論罪科刑。

(二)被告為上傳系爭照片，未經告訴人同意拍攝並上傳，所犯上開3罪顯係基於同一犯罪目的而為，而觸犯數罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條規定從一法定刑較重之散布竊錄他

人非公開之活動及身體隱私部位罪處斷。公訴意旨認被告所為刑法第235條第1項罪名部分係「散布猥褻圖畫」，並認與竊錄並散布他人非公開之活動及身體隱私部位之內容等罪應分論併罰，復漏未論以家庭暴力罪等旨，均有未洽，爰併予敘明補充之。

四、上訴論斷的理由

原審判決就無故竊錄及散布他人非公開之活動及身體隱私部位之內容等罪各為無罪、不另為無罪之諭知，尚有違誤。檢察官上訴意旨就此部分指摘原判決不當，為有理由，被告係就原審判決有罪部分之量刑提起上訴；又因此部分與原審判決經論罪處刑之以網際網路供人觀覽猥褻影像罪部分，屬於想像競合之裁判上一罪關係，自應由本院將原判決全部撤銷改判，以期適法。

五、科刑及沒收：

(一)查被告前因犯散布猥褻影像罪，經臺灣臺南地方法院106年度易字第1905號判決判處有期徒刑1年，上訴後，經臺灣高等法院臺南分院107年度上易字第499號判決駁回而告確定，並於109年4月24日縮刑假釋期滿而執行完畢一情，此有刑案資料查註紀錄表、臺灣臺南地方檢察署檢察官108執丁字第2554號執行指揮書（甲）附卷可參。此業據偵查檢察官於起訴書上明載之，公訴檢察官亦於本院審理程序中再次論述上揭前科並提出前開執行指揮書，認本件應論以累犯及加重其刑，本院因此能以上述前科資料作為累犯判斷之依據。是被告於5年以內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，符合前述累犯規定之要件，並審酌被告前述所犯與本案為同一類型之案件（罪質相同），足見其欠缺守法意識，對刑罰反應力薄弱，有加重其刑以收警惕之效的必要，爰依刑法第47條第1項規定加重其刑。

(二)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告為滿足個人私慾，無視法律對他人隱私權之保護，明知告訴人反對拍攝性愛照片，仍利用與告訴人性愛機會且違背告訴人對其的信賴，竟以其

手機拍攝與告訴人之私密性愛過程之系爭照片，將之上傳社群網站供人觀覽，敗壞社會善良風俗，所為殊值非難；又其雖未拍攝告訴人的臉部，或指及告訴人，然對於告訴人而言仍屬不堪，受有相當之精神上損害；被告復於犯後矢口否認犯行，亦未取得告訴人之原諒，難認具有悔意，兼衡其於本院審理中自陳之智識程度及家庭經濟、生活狀況（涉及個人隱私部分，不予揭露）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

(三)沒收：

按前二項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之；刑法第315條之1、第315條之2所竊錄內容之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之，刑法第235條第3項、第315條之3分別定有明文。而所謂「附著物及物品」，其範圍包括所有猥褻之文字、圖畫、聲音或影像，以及竊錄內容得附著之物，惟其性質，應以物理上具體存在之有體物為限。查本件被告以手機傳送所竊錄之猥褻影像至社群網站，核其性質係屬電磁紀錄，本身並非得以附著之有體物，被告自承所竊錄影像之電磁紀錄已經刪除乙節，業據被告於原審審理中供承在卷（見原審訴卷第68頁），卷內亦無證據顯示該照片有儲存於其他數位儲存裝置等有體物內之情事，是本案竊錄之內容既已不存在，自無竊錄內容之附著物及物品可言，無從依刑法第235條第3項或同法第315條之3之規定宣告沒收；至被告所持用竊錄之手機1支，雖屬被告所有，然未經扣案而無從特定，且被告陳稱已賣掉了等語（見原審訴卷第68頁），倘為執行沒收或追徵，自需耗費相當之司法資源，此對一般或特別犯罪預防難認有何實質助益，故關於該手機應否沒收一事，並不具刑法上之重要性，爰依刑法第38條之2第2項規定，不予宣告沒收或追徵。至於卷附含有猥褻影像之紙本資料，乃基於採證之目的，而將該數位電磁紀錄轉換列印或儲存而成之證據資料，尚非刑法第235條第3項所定應沒收之附著物及物品，爰不予宣告沒收。

據上論結，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官張媛舒提起公訴，檢察官姜麗儒提起上訴，檢察官許月雲到庭執行職務。

中華民國 112 年 10 月 13 日
 刑事第九庭 審判長法官 李淑惠
 法官 林家聖
 法官 呂明燕

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中華民國 112 年 10 月 13 日
 書記官 戴育婷

附錄本判決論罪科刑法條：

中華民國刑法第235條

散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處2年以下有期徒刑、拘役或科或併科9萬元以下罰金。

意圖散布、播送、販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像及其附著物或其他物品者，亦同。

前二項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之。

中華民國刑法第315條之1（妨害秘密罪）

有下列行為之一者，處3年以下有期徒刑、拘役或30萬元以下罰金：

- 一、無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。
- 二、無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。

01 中華民國刑法第315條之2
02 意圖營利供給場所、工具或設備，便利他人為前條之行為者，處
03 5年以下有期徒刑、拘役或科或併科50萬元以下罰金。
04 意圖散布、播送、販賣而有前條第2款之行為者，亦同。
05 製造、散布、播送或販賣前二項或前條第2款竊錄之內容者，依
06 第1項之規定處斷。
07 前三項之未遂犯罰之。