

上訴案第 215/2024 號

日期：2024 年 10 月 17 日

- 主題：
- 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判的瑕疵
 - 審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵
 - 自由心證
 - 法律適用的錯誤的瑕疵
 - 阻卻不法性的前提
 - 《刑法典》第 191 條第 2 款 b 項的罪名的認定
 - 肖像權的刑法保護

摘 要

- 1、 審查證據中的明顯錯誤是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現。
- 2、 法院在認定事實所運用的自由心證實不能質疑的，一方面法律賦予法官自由審理證據的權力，另一方面當然要求法官必須在經驗法則及邏輯標準的基礎上去自由評價證據，去分析、評價案中的所有證據材料，從而判斷哪些事實屬實、哪些不屬實。
- 3、 法官形成心證的過程是其經驗法則及綜合分析對證據所作的邏輯分析過程，由於其被要求採用客觀的標準但仍然具有強烈的主觀性，因此，只要無明顯錯誤而違反經驗法則及邏輯標準，法官對認定或不認定事實的結論是不容推翻的。

- 4、 本案已證事實中並沒有認定被害人為「網紅」或具知名度的人士。由於已缺相關事實，因此我們認為欠缺討論上訴人主張的因為被害人為具知名度人士故推定同意而阻卻不法性的前提。
- 5、 《刑法典》第 191 條的規定罪名所保護的是個人的“言論權”及“肖像權”不被侵犯。其中所提及的三種權利皆屬於廣義上“人格權”的不同體現，只是在表現形式上及客觀行為上存在不同的表現方式，但最終都是追求相同的人格權保護。
- 6、 《刑法典》第 191 條第 2 款對攝像方面的保護，所代表的意義與所保護的“言論權”及“私人生活的隱私權”有明顯的不同，攝像所涉及的，往往是人的肖像權問題，而這權利是個人化的一種權利，同時，亦只有當事人本人能決定在怎樣的處境下方能允許其肖像被他人所攝錄，因此產生了保護的需要，此已在該條文中作出清晰的規定，而不單單僅是上訴人所主張的需要局限在“私人生活的隱私權”的範圍內。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 215/2024 號

上訴人：A

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情敘述

澳門特別行政區檢察院控告提請初級法院以獨任庭普通訴訟程序審理嫌犯 A 為直接正犯及既遂方式觸犯一項澳門《刑法典》第 191 條第 2 款 b)項所規定及處罰之不法之錄製品及照片罪。

初級法院刑事法庭的獨任庭在第 CR3-23-0334-PCS 號普通刑事案中，經過庭審，最後判決嫌犯 A 以直接正犯及既遂方式觸犯一項澳門《刑法典》第 191 條第 2 款 b)項所規定及處罰之不法之錄製品及照片罪，科處 45 天罰金，再以每天澳門幣\$50 元計算，即澳門幣 2,250 元 (澳門幣貳仟貳佰伍拾元)，若不繳付上述罰金或不以工作代替，須監禁 30 天。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起了上訴，提出了以下的上訴理由：

- 上訴人認為被上訴判決存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所指對法律之解釋及適用上的錯誤，尤其針對《刑法典》第 191 條第 2 款 b)項，並違反《民法典》第 80 條第 2 款、《刑法典》第 30 條第 1 款、第 2 款 d)項、及第 37 條之規定；以及《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項所指獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判之瑕疵。

- 本案中，上訴人與被害人為大學同班同學，上訴人被指控於 2021 年 11 月 28 日，在未獲得被害人同意的情況下以其手機螢幕錄影功能將被害人上傳至其個人 INSTAGRAM 帳號(帳號名為 sxxxx_)上的影片儲存於手機內，並在違反被害人同意，將前述影片發送到上訴人與其他同班同學的微信群組中。

I. 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判

1. 被上訴判決所載經證明之事實包括：“[...]稍後時分上訴人在違反被害人意願的情況下，利用其手提電話的上網功能透過其微信(微信名為 Cherry)將前述影片發送到“出去玩”微信群內，該群組當時共有 14 名組員，均是 N1B 班的同學(參見卷宗第 35 頁至 44 頁之電話截圖，此處視為全文轉載)。”
2. 根據該已證事實，被上訴判決於說明理由部分指出“由於上訴人在發相之同時，亦作出一些負面評論，所以可以推斷其作案時內心明知此舉違反被害人意願。”
3. 根據卷宗第 35 頁至 44 頁之截圖，上訴人僅僅於群組內發出「好刺激」、「大家快 D 上」、「微博、抖音都有」及「你們加油」;
4. 如上訴人於庭上聲明所言，上訴人一直認為被害人漂亮，認為片段很美，刺激眼球叫群組成員單身同學把握機會追求被害人。
5. 相關言論並不能被指為影響任何人對被害人的任何觀感。
6. 而「微博、抖音都有」為簡單的、客觀地陳述事實，亦為中性、陳述性事實，並非任何評價性言論。
7. 「你們加油」是對群組其他成員所言，且非評價性言論，更難被判定為對被害人「負面評價」;
8. 在上述言論背景下，即使相關言論不被認為是讚美，亦不應被

判斷為「負面評論」尤其聯繫到涉案影片僅為被害人單純行走於公眾場所的片段，實在難以認定上訴人可以得出被害人反對其發出該片段的言論。

9. 上訴人並無作出任何影響他人對被害人的觀感，或能夠令他人對被害人產生負面評價的言論。
10. 即便上訴人真的作出了針對被害人的負面評價（上訴人明確表示不認同），亦不能直接由此得出上訴人明知其行為違反被害人意願的結論，兩者之間並無任何因果關係。
11. 故此，被上訴判決中所證明事實並不能得到“由於上訴人在發相之同時，亦作出一些負面評論，所以可以推斷其作案時內心明知此舉違反被害人意願”之結論，存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項之瑕疵，應予以廢止，並從而宣告上訴人被控之《刑法典》第 191 條第 2 款 b)項不成立。

II.對法律之解釋及適用上的錯誤

12. 首先，本案中，被上訴判決錯誤解釋及適用《刑法典》第 191 條第 2 款 b)項，該罪之客觀構成要件未被滿足；
13. 上訴人於被上訴判決中被判處觸犯之罪名《刑法典》第 191 條第 2 款 b)項之行文包括：“使用或容許他人使用上項所指之照片或影片，[...]”（粗體及橫線為上訴人所後加）；
14. 即倘要構成《刑法典》第 191 條第 2 款 b)項之犯罪要件，需先符合《刑法典》第 191 條第 2 款 a)項規定“以相機攝取他人、拍攝他人”的影片之前提；
15. 由於本案當中並無出現違反被害人意願下拍攝被害人的影片。
16. 故不滿足《刑法典》第 191 條第 2 款 b)項之客觀構成要件。
17. 第二，被上訴判決違反《民法典》第 80 條第 2 款之規定，結合《刑法典》第 30 條第 1 款之規定，及《刑法典》第 30 條第 2 款

d)項及第 37 條規定。

18. 被害人是具有一定知名度之人士，根據卷宗第 48 頁資料顯示，被害人之 INSTAGRAM 追蹤人數有 3 千幾名；
19. 且結合庭上證人吳 XX 之證言，被害人在各大社交媒體上皆有一定作品及粉絲，為「網紅」；
20. 涉案之影片由被害人自行上載於其具有數千人追蹤之社交軟件 INSTAGRAM 中，
21. 在目前的社會科技發展程度及對社交媒體傳播的高覆蓋率下，被害人在上載該影片的同時，已經失去對該影片的控制，因其無法掌握該幾千名人士是否會於網絡世界傳播該影片或簡單於現實世界分享該影片。
22. 根據本案證人吳 XX 於 2024 年 2 月 1 日於庭審中作證時所言，被害人不曾向於其所上載之影片中特別聲明禁止他人分享轉載。
23. 可見被害人接受他人使用該個人影片的風險發生，且認為該風險的發生不會對其私人生活或肖像造成侵害，被害人對其人格權之肖像權作出了自我限制，即作出推定之同意。
24. 在比較法的角度下，葡萄牙的相關不法錄製品及照片罪規定於其《葡萄牙刑法典》第 199 條中，里斯本法院針對類似的情況於 1600/19.0T9OER.L1-3 裁 判 書 中 指 出 “O problema da publicação desse tipo de imagens é precisamente essa; ao torná-la acessível ao público em geral [...], o dono da imagem perde o controlo sobre o seu uso e não se pode opor à sua divulgação, [...]. Se não quer perder tal controlo – o que é sensate e razoável – não publique e não partilhe. Ninguém o obriga a postar nada que não queira”¹

¹ 同註腳 1

25. 尊敬的 Dr. Manuel Leal-Henriques 認為針對肖像權人之肖像，原則上是合法的，僅在違反權利人意思，才符合罪狀。
26. 結合被害人之知名度、「網紅」身份，被害人上傳其影片的行為，應被認為含有推定之同意。
27. 上訴人的行為，並沒有違反被害人的同意(推定同意)，且在法律容許之情況下作出。
28. 故此，根據《民法典》第 80 條第 2 款之規定，由於被害人之知名度，使用其肖像無須被害人同意，結合《刑法典》第 30 條第 1 款之規定，及根據《刑法典》第 30 條第 2 款 d)項及第 37 條規定，上訴人的行為已被阻卻不法性。
29. 第三，被上訴判決錯誤解釋及適用《刑法典》第 191 條第 2 款 b) 項，該條所保護的法益沒有被侵害。
30. 上訴人被指控錄製之影片截圖載於卷宗第 47 頁中，其內容為被害人身穿類似校服風格之服裝，下車行走於公共道路中，不僅面戴口罩，且無任何顯示出性感或暴露，以及任何涉及隱私性的內容；
31. 《刑法典》第 191 條規定於《刑法典》第七章侵犯受保護之私人生活罪中，而上訴人被控之《刑法典》第 191 條第 2 款所保護之直接法益為肖像權；
32. 立法者對該條文於法典章節中的編排可見，立法者之原意乃保護個人較私穩性的肖像，如權利人於私人場所內所發生之事宜，如家庭生活或性生活之私隱。
33. 上訴人所發送的影片並非一般人認知或普遍印象中下可以認為涉及私隱、色情等任何令人聯想到負面內容的片段，又或利用被害人的肖像進行編輯導致他人產生負面評價的影片；
34. 事實上，該涉案影片根本不涉及被害人的私人生活，更遑論上升

至刑法的層面！

35. 針對《刑法典》第 191 條第 2 款之罪狀構成，“這是一種涉及他人身體任何部分的照片或視聽影像[...]，且得以任何方式為止，只要能夠明顯辨認被攝取或拍攝之人便可”²（粗體及低線為上訴人所後加）；
36. 誠如前述，涉案影片中的人物背景是公眾場所且面戴口罩，距離鏡頭較遠，並不能明顯辨認為被害人的樣貌；
37. 故，被害人的私人生活並無被侵入，其肖像權亦無受侵害，即上訴人之行為並無侵犯《刑法典》第 191 條第 2 款 b 項之所保護之法益，從而無觸犯該條規定。
38. 綜上，被上訴判決存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項及第 1 款之瑕疵，應予以廢止，上訴人被控之《刑法典》第 191 條第 2 款 b) 項應獲得開釋。

綜上所述，懇請法官 閣下裁定上訴理由成立：

- 1) 裁定被上訴判決存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項的瑕疵，從而廢止被上訴判決，並宣告上訴人被控之一項《刑法典》第 191 條第 2 款 b) 項之不法錄製品及照片罪罪名不成立；倘不認為如此。
- 2) 裁定被上訴判決存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款的瑕疵，錯誤解釋及適用《刑法典》第 191 條第 2 款 b) 項，從而廢止被上訴判決，並宣告上訴人被控之一項《刑法典》第 191 條第 2 款 b) 項之不法錄製品及照片罪罪名不成立；
 - a) 因不存在《刑法典》第 191 條第 2 款 a) 項之影片，不滿足《刑法典》第 191 條第 2 款 b) 項之構成要件及/或
 - b) 根據《民法典》第 80 條第 2 款之規定，結合《刑法典》第 30

² 同上

條第 1 款之規定，及《刑法典》第 30 條第 2 款 d)項及第 37 條規定，存在被害人之推定同意，阻卻上訴人之不法性，及/或

- c) 因《刑法典》第 191 條第 2 款 b)項所保護之法益無被侵犯，不滿足《刑法典》第 191 條第 2 款 b)項之構成要件。

檢察院對上訴人提出的上訴提出答覆：

1. 上訴人提出，本案證據不能得出其行為違反被害人意願的結論。因此，原審判決存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項所述瑕疵—獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判。
2. 根據原審判決，控訴書所載事實完全獲得證實，並無任何遺漏，而且獲證明之事實相當充份。答辯狀亦無待證事實。因此，就上訴人觸犯《刑法典》第 191 條第 2 款 b)項所規定及處罰之一項不法之錄製品及照片罪，足以作出有罪判決。
3. 原審法庭在其理由說明中清楚指出“由於嫌犯在發相之同時，亦作出一些負面評論，所以可以推斷其作案時內心明知此舉違反被害人意願。”
4. 上訴人上載影片至其個人非公開 INSTAGRAM，只供該 IG 上的朋友觀看。上訴人觀看涉案影片時，已經清楚知道被害人限制了觀看該影片的人士，但是，上訴人將之儲存並轉發到其他社交媒體群組，讓其他人士觀看。上訴人的行為，明顯違反了被害人的、只在其個人 IG 播放影像及讓那些人可觀看的意願。更甚者，上訴人在召喚他人觀看時作出不禮貌言詞。以一般人處於相同境況，絕對不願意自己的影像在不知情的情況下被轉發，更甚是成為評頭品足的對象。因此，上訴人清楚知道其行為是違反被害人的意願。

5. 上訴人又提出，適用《刑法典》第 191 條第 2 款 b)項規定，必須先符合同款 a)項的規定，而在本案並無出現違反被害人意願所拍攝的影片。因此，原審判決違反《刑法典》第 191 條第 2 款 b)項規定。
6. 《刑法典》第 191 條第 2 款 a)項及 b)項規定，均訂定是在違反他人意思，且在非屬法律容許之情況下作出。當中 a)項規定，是針對作出**拍攝他人**的行為，而 b)規定，是針對**使用(容許他人使用)他人的影像**，即使其是在合法情況下取得影像。該兩項犯罪是各自獨立的，不存在 a)項是 b)犯罪之前提的情況。
7. 上訴人又認為，被害人的 INSTAGRAM 追蹤人數有三千多人，當其上載涉案影片時，已經失去對該影片的控制，並接受他人使用該影片。被害人對其肖像權作出了自我限制，即作出推定之同意。因此，被害人的同意阻卻上訴人行為的不法性。
8. 正如前面所言，被害人上載涉案的影片到其個人 INSTAGRAM 帳號上，只供其 IG 上的朋友觀看。該 IG 並非公開，需要通過認證的朋友才能觀看。因此，被害人並沒有將其影片向一般大眾公開。
9. 上訴人同樣是通過認證，才能夠看到涉案影片。故此，上訴人觀看及取得涉案影片時，已經清楚知道該影片並非向一般大眾公開的影像，且被害人限制了可觀看該影片的人士。因此，無法得出被害人同意上訴人使用該影片的推論。
10. 上訴人又提出，涉案影片中被害人身處公眾場所且面戴口罩，不能明顯辨認為被害人的樣貌，因此，無侵犯被害人受保護的法益。
11. 從卷宗第 35 至 44 頁之截圖可見，該群組成員在觀看了涉案影片後，沒有人詢問片中人是誰？反而是熱烈討論影片主角，足以證明即使影像中被害人戴上口罩，該群組成員均能從影像中識別出被害人，甚至有成員指出“可惜佢本人有 d 矮”。故此，從涉案影

片足以識別出相中人是被害人。

基此，上訴人應理由不成立，原審法庭之判決應予維持，請求法官閣下作出公正判決。

在本上訴審程序中，尊敬的助理檢察長閣下提交了法律意見，認為應裁定上訴人 A 的所有上訴理由不成立，維持原判。

本院接受上訴人提起的上訴後，組成合議庭，對上訴進行審理，各助審法官檢閱了卷宗，並作出了評議及表決。

二、事實方面

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

- 案發時嫌犯與 B(被害人)同為就讀於澳門理工大學護理系大一 N1B 班的同學。
- 被害人於 2021 年 11 月 28 日將以其本人數張相片製作的即時動態影片上載到其個人 INSTAGRAM 帳號(帳號名為 sxxxx_)上，供其 IG 上的朋友觀看，此時嫌犯因為是被害人的 IG 朋友，因此可以觀看到該等相片，該影片總長約 11 秒。
- 但嫌犯在未獲得被害人同意的情況下以其手機螢幕錄影功能將前述影片儲存在手機內。稍後時分嫌犯在違反被害人意願的情況下，利用其手提電話的上網功能透過其微信帳號(微信名為 Cherry)將前述影片發送到“出去玩”微信群內，該群組當時共有 14 名組員，均是 N1B 班的同學 (參見卷宗第 35 至 44 頁之電話截圖，此處視為全文轉載)。
- 嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，違反被害人意願，複製被

害人上載至互聯網、未公開且帶被害人相貌的由相片製作的短片並傳送予其他人觀看。

- 嫌犯清楚知道其行為是法律所不容許，會受到法律之相應制裁。
- 嫌犯沒有犯罪前科。
- 同時證實嫌犯的個人經濟狀況如下：
- 嫌犯具有大學二年級學歷，學生，沒有收入。
- 毋需供養任何人。
- 被害人不要求損害賠償。

未能證實的事實：沒有。

三、法律部份

上訴人 A 在其上訴理由中，認為：

- 被上訴判決認為上訴人 A 發相之同時作出一些負面評論，故推斷其作案時明知是違反被害人意願，但上訴人 A 認為該評論並不能被認定為影響他人對被害人產生任何觀感，亦非評價性言論，故不認同原審法院的認定。此外，上訴人 A 認為即使真的作出負面評價，亦不能由此得出上訴人 A 明知其行為違反被害人意願的結論。因此，上訴人 A 指責原審法院的判決沾有“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”的瑕疵，違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項之規定。

- 若要符合《刑法典》第 191 條第 2 款 b 項的要件，需先符合同一條第 2 款 a 項“以相機攝取他人、拍攝他人”的影片之前提，上訴人 A 主張因本案無出現違反被害人意願拍攝被害人影片的行為，故不滿足《刑法典》第 191 條第 2 款 b 項的客觀構成要件。

- 被害人是具一定知名度之人士，IG 追蹤人數有三千多名，證人吳 XX 在庭審中指出被害人為「網紅」，涉案影片是被害人上載於具數千人追

蹤之社交軟件中，主張被害人上載影片同時已失去對該影片的控制，被害人亦不曾特別聲明禁止他人分享轉載，故被害人已作出推定的同意。由於上訴人 A 的行為沒有違反被害人的推定同意，且在法律容許下作出，故根據《民法典》第 80 條第 2 款規定結合《刑法典》第 30 條第 1 款及第 2 款 d 項及第 37 條規定，主張其行為阻卻不法性。

- 根據影片截圖，被害人在影片中穿校服風格服裝行走，面戴口罩，主張上訴人 A 發送的影片不涉及被害人的私人生活，且肖像權無被侵害，故上訴人 A 行為無侵犯《刑法典》第 191 條第 2 款 b 項所保護的法益，應將其開釋。

我們看看。

(一) 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判的瑕疵

一如所知，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所指的事實不充分的瑕疵僅存在於法院沒有證實必要的可資作出適當法律適用以及決定案件實體問題的事實；法院在審判過程中必須在該刑事訴訟案件的標的包括控訴書或辯護詞所界定的範圍內，對這些事實作調查。³

在本案中，首先，原審法院已審理了包括控訴書及答辯狀在內的訴訟標的，亦明確表明了認定及不認定的立場，顯示出原審法院對案中須調查的爭議事實已逐一調查，所以無從沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出判決”的瑕疵。

其次，此項瑕疵並不是指證據的不足，否則將陷入質疑法院的自由心證境地。事實上，上訴人此部份上訴內容正是不認同原審法院認定上訴人明知違反被害人意願下轉發被害人的影片，其將“審查證據方面明顯有錯誤”跟“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出判決之瑕疵”混為一談。但是，也是沒有道理的。

³ 中級法院第 32/2014 號上訴案件於 2014 年 3 月 6 日作出的判決。

審查證據中的明顯錯誤是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現。

法院在認定事實所運用的自由心證實不能質疑的，一方面法律賦予法官自由審理證據的權力，另一方面當然要求法官必須在經驗法則及邏輯標準的基礎上去自由評價證據，去分析、評價案中的所有證據材料，從而判斷哪些事實屬實、哪些不屬實。

而就上訴人明知轉發影片是違反被害人意願的問題，我們從原審法院的事實判斷可見，上訴人將被害人發佈在社交軟件 IG 即時動態的影片轉發到一個被害人沒有參與的微信群組，從卷宗第 35 頁微信群組對話截圖可見，上訴人在群組轉發被害人的影片後，還留言“好刺激”、“[一個噁笑容 emoji]”、“大家快 D 上”，並隨即“拍拍”了多名群組內成員提醒他們觀看。群組成員在觀看影片及留言後，作出了嘲笑和負面回覆，上訴人並沒有就該等負面回覆作出任何維護被害人的反應。由此我們明顯可知，上訴人轉發該影片的目的是為了使群組內的成員揶揄及嘲笑被害人，而且根據一般經驗，上訴人轉發該影片的留言及 emoji 絕不是上訴人辯稱的只正面或中性言詞，明顯留言內容是存有揶揄的負面意味。

由於被害人的 IG 帳戶非公開，涉案影片只限經被害人批准的 IG 使用者才能觀看，上訴人擅自將影片轉發到被害人無參與的群組，明顯是違反了被害人只限獲批准的 IG 使用者觀看的意願，因此原審法院就本案已證事實的認定符合邏輯及經驗法則，在審查證據方面並無明顯錯誤；而且，以上所言，被上訴裁判亦不存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所指“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出判決”的瑕疵，因此上訴人 A 此部份的上訴理由不能成立。

（二）法律適用錯誤的瑕疵的認定

上訴人提出了原審法院的決定陷入了以下兩方面的適用法律的錯誤的瑕疵的主張。

1、因同意而阻卻不法性

我們首先必須指出，本案已證事實中並沒有認定被害人為「網紅」或具知名度的人士。由於已缺相關事實，因此我們認為欠缺討論上訴人主張的因為被害人為具知名度人士故推定同意而阻卻不法性的前提。

事實上，即使被害人的社交媒體有三千多名追蹤者，亦未能佐證其為「網紅」或具知名度人士。相反，上訴人完全忽略已證事實中，已證實被害人的影片是只供其 IG 帳號內的朋友觀看，且其 IG 是個人帳號。即是說，該帳號為非公開帳號，只有被害人批准加入成為朋友的人士才能觀看該影片，並非可供公眾觀看，由此顯示出被害人並無同意非經批准人士或公眾可觀看該影片。因此，不能認定上訴人所主張的推定同意故阻卻不法性的主張。

上訴人此部份的上訴理由不能成立。

2、《刑法典》第 191 條第 2 款 b 項的罪名的認定

《刑法典》第 191 條規定：

“一、未經同意，作出下列行為者，處最高二年徒刑，或科最高二百四十日罰金：

a)將他人所述而非以公眾為對象之言詞錄音，即使該等言詞係對錄音之人所述者；或

b)使用或容許他人使用上項所指之錄製品，即使錄製品係合乎規範製作者。

二、違反他人意思，且在非屬法律容許之情況下，作出下列行為者，

處相同刑罰：

a)以相機攝取他人、或拍攝他人，即使行為人係在其本身正當參與之事件中為之者；或

b)使用或容許他人使用上項所指之照片或影片，即使照片或影片係合乎規範獲得者。”

從《刑法典》第 191 條的規定可知，該條文所明顯保護的，是個人的“言論權”及“肖像權”不被侵犯。事實上，以上提及的三種權利皆屬於廣義上“人格權”的不同體現，只是在表現形式上及客觀行為上存在不同的表現方式，但最終都是追求相同的人格權保護。至於《刑法典》第 191 條第 2 款對攝像方面的保護，其背後代表的意義與“言論權”及“私人生活的隱私權”有明顯的不同，攝像所涉及的，往往是人的肖像權問題，而這權利是絕對個人化的一種權利，同時，亦只有當事人本人能決定在怎樣的處境下方能允許其肖像被他人所攝錄，因此產生了保護的需要，此已在該條文中作出清晰的規定，而不單單僅是上訴人所主張的需要局限在“私人生活的隱私權”的範圍內。

就上訴人主張影片不能辨認到被害人樣貌的問題，我們從上訴人將影片分享到微信群組後上訴人的留言“好刺激”、“[曖昧笑容 emoji]”、“大家快 D 上”，並拍拍了多名群組內成員提醒他們觀看的行為，結合群組內各成員討論該影片的留言內容，明顯地可知群組內成員是知悉影片中的人士的身份，因此涉案影片足以使上訴人分享的對象知悉影片中被害人的身份，故上訴人此部份的上訴理由亦不能成立。

而從條文的第 2 款 b 項第二句「即使照片或影片係合乎規範獲得者」規定可見，《刑法典》第 191 條第 2 款 b 項並不需要行為人本人作出 a 項的行為，只要行為人使用 a 項所指之照片或影片，即使正如本案的情況，即使影片是合乎規範獲得，只要違反他人意思且非屬法律容許之情況下使用或容許他人使用相關影片已滿足《刑法典》第 191 條第 2 款 b 項的客觀構成要件。

因此，原審法院在適用法律上並無錯誤，上訴人此部份上訴理由不能成立。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人的上訴理由不成立，維持原判。

本程序的訴訟費用由上訴人支付，並支付 6 個計算單位的司法費。

確定上訴人的委任辯護人的報酬為澳門幣 2000 元，由上訴人支付。

澳門特別行政區，2024 年 10 月 17 日

蔡武彬

(裁判書製作人)

陳廣勝

(第一助審法官)

譚曉華

(第二助審法官)