

(譯本)

第 832/2013 號案
(刑事上訴案)

日期:2014 年 1 月 23 日

主題：“公開販賣、陳列及展出色情及猥褻物品”罪

合法性原則

色情

有傷風化

有損公德

摘要：

一、“色情”是指以激發情慾為目的，在文章、照片、刊物、電影和其它載體上展示外觀上帶有明確的性成分的內容。

二、用於宣傳桑拿服務且其中一面印有露出部分乳房的女性圖片的傳單不應被認為是“色情”傳單。

三、可以認為涉案的“傳單”是“不合適的”、“令人不舒服的”、“令人反感的”(或者甚至是“情欲的”)，但它並不足以(“嚴重”及“強烈”地)傷害社會大眾在“性道德方面的一般情感”。

裁判書制作法官

司徒民正

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

概述

在於初級法院進行的簡易刑事案中，本案嫌犯甲最終被裁定觸犯一項第 10/78/M 號法律第 1 條、第 2 條及第 4 條第 1 款所規定及處罰的“公開販賣、陳列及展出色情及猥褻物品”罪，判處 4 個月徒刑，緩期 3 個月執行，以及 120 日的罰金，日罰金為 60 元，罰金總額 7,200 澳門元，可轉為 80 日徒刑(見第 32 頁至第 36 頁背頁的相關內容，在此視為全部轉錄，以便產生所有法律效力)。

*

嫌犯不服裁決，提出上訴。

並為此在上訴陳述的結論部分將其上訴理由概括為：被上訴裁判存在“獲認定事實不足以支持裁判”的瑕疵；錯誤地解釋及適用—從而違反了—第 10/78/M 號法律第 2 條第 1 款的規定；以及量刑過重(見第 41 頁至第 49 頁背頁)。

*

檢察院作出回應，認為上訴理由不成立(或者應駁回上訴)。(見第 60 頁至第 62 頁)

*

原審法院受理了上訴，並在正確地確定了上訴的效力及上呈方式之後(見第 40 頁)，將卷宗上呈至本院。

*

助理檢察長在檢閱卷宗後作出了意見，認為被上訴裁判應全部被確認(見第 71 頁至第 73 頁)。

*

鑒於不存在任何妨礙審理的問題，現予以審議。

判案理由

2. 嫌犯針對初級法院法官所作的有罪判決提出上訴，指被上訴判決存在“獲認定事實不足以支持裁判”的瑕疵，還認為其錯誤地解釋及適用一從而違反了一第 10/78/M 號法律第 2 條第 1 款的規定，並且量刑過重。

在對交予本庭審議的“問題”作出考量之後，我們認為：

本案的案情與中院近期審理的其他幾宗案件的案情(完全)相同，在這幾宗案件中，中院最終都認定相關嫌犯的行為並不構成本案上訴人被指控並被裁定觸犯的罪行(見 2013 年 10 月 24 日第 523/2013 號案、2013 年 11 月 7 日第 612/2013 號案及 2013 年 12 月 12 日第 685/2013 號案的合議庭裁判)。

由於沒有理由變更在上述幾個裁判中所表達的看法，我們在此仍然跟隨這一觀點，據此，(並且在認為審理上訴人提出的“事實事宜的裁判存在瑕疵”的問題不具重要性的前提下)將判案理由闡述如下：

首先，我們要指出的是刑法中的一個基本原則，那就是“合法性原則”。《刑法典》第 1 條規定：

“一、事實可受刑事處罰，以作出事實之時，其之前之法律已敘述該事實且表明其為可科刑者為限。

二、對危險性狀態可科處保安處分，以符合科處保安處分之前提之前，該等前提已為法律訂明者為限。

三、不容許以類推將一事實定為犯罪或訂定一危險性狀態，亦不容許以類推確定與一犯罪或危險性狀態相應之刑罰或保安處分。”

同時澳門特別行政區《基本法》也有相同的規定，它在第 29 條中規定，作為“居民的基本權利”之一(根據第 43 條的規定，非澳門居民也享有這一權利)：

“澳門居民除其行為依照當時法律明文規定為犯罪和應受懲處外，不受刑罰處罰”。

FIGUEIREDO DIAS 教授在評論這一“合法性原則”時指出：“‘法無事先規定者不為罪原則’的意思是說，一個行為不管有多大的社會危害性，也不管多麼應該受到社會的譴責，如果立法者沒有將其定性為犯罪(即在法律中明文規定這一行為，並為其強制設定一個刑事處罰，作為相關行為的法律後果)，便不能予以刑事處罰。因此，不論立法者(或者條文本身)同樣想要處罰某些(其他)行為的意圖有多麼明顯，只要出現法律規範或者行文有遺漏、缺漏或缺陷的情況，便必須朝著對立法者不利及對嫌犯的自由有利的方向去解釋。正是出於這個原因，*v. Liszt* 才會把刑法比作‘犯罪者的大憲章’。一直都有一種觀點認為，對於更為精明、更有地位也(有些時候)更有錢有勢，總而言之(借用一個犯罪學的概念來說就是)更有‘行為能力’的人來說，刑法就是一紙‘赦令’。或許是吧。但是這裡要作兩點澄清：首先，如果某人沒有被確定的判決認定為‘罪犯’，那他最終就不是‘罪犯’(本書第六章，第 41 點及後續幾點)；其次，這是為了使我們每個人能夠生活在一個在最低限度上保證居民免受國家強權的獨斷、不確定及濫權傷害的民主社會而需要付出的合理代價，如果沒有這一原則，這些情況將是無法避免的”(載於《Direito Penal, Parte Geral》，第一卷，第 168 頁至第 169 頁，其中作者還舉例來說明這一原則在實際操作中的應用，當中值得一提的一個最近發生在菲律賓的案例，一個居民從該國散播了一種名為“I Love You”的電腦病毒，對全世界都造成了損失，但是由於在案發當時該國的法律體制中並沒有一個法定罪狀是規定及處罰這一行為的，因此行為人免於接受刑事處罰)。

而同樣也是針對這一“合法性原則或者罪刑法定原則”，L. HENRIQUES 和 S. SANTOS 在其著作《Código Penal de Macau Anotado》第 1 頁及第 2 頁中指出：“行為人的表現只有在從形式上符合了歸罪條文的描述的情況下才能稱得上是刑事違法行為。

即便某人的行為是反社會、激起公憤並且明顯侵犯刑法為實現社會秩序、和平和紀律的目的通過施加嚴厲的處罰而予以維護的實際道德底線的，只要它躲過了立法者的預先規範，或者說，只要它沒有在主觀和客觀要素上完全符合法律事先抽象設定的其中一個不法罪狀，行為人便不應受到司法懲戒，其行為也就沒有

超越刑事合法性的界限(參閱NELSON HUNGRIA 的著作《Comentários ao Código Penal Brasileiro》，第一卷，第15頁)”。

從中可以看出，“刑法(干預)的合法性原則” — 作為一個早在 1215 年的《自由大憲章》和 1689 年的《權利法案》中就已具雛形的原則 — 的意思是說，如果(在行為人作出相關事實之前) 還沒有法律將其定性為犯罪行為，那麼其行為便不構成犯罪，也不能予以刑事處罰。

在瞭解了這個概念以後，讓我們回到本案。

第 10/78/M 號法律第 1 條規定如下：

“一、廣告、通告、佈告、秩序表、手抄品、圖畫、圖片、圖樣、印畫、徽章、唱片、照片、幻燈片、影片，總言之，任何印刷品、機械轉播工具及其他視聽傳播物品或方式等，其內容有涉及色情或猥褻者，一律禁止在窗櫺、牆壁或其他公眾地方標貼或陳列、擺賣或販賣、展出、派發或以其他方式作宣揚。

二、本條所指物品及工具之陳列及販賣規定，不施行於按照將來所訂管制規則而領有特別准照的專營此種業務的場所之內。

三、在不妨礙將來的管制法例所定限制下，上述特別准照必須附有下列限制方予發給：

a) 禁止作任何形式的宣傳；

b) 禁止售給未成年人或透過未滿十八歲的未成年人販賣；

c) 禁止該等營業場所在海島市以及廟宇、學校、兒童遊樂場及公園周圍三百公尺之內開設；

d) 須於事先繳納營業稅，有關稅額將相當於附屬現行營業稅章程的工商業總表所載第三三二項第一等稅款的三十倍”。

之後，第 2 條(色情的定義)又規定：

“一、為著本法律之效力，凡上條所指的物品或工具，其上言詞、描述或形象有損公德或有傷風化者，即視為色情或猥褻物品或工具。”

二、下列情事尤其在本定義之列：

a)性行為的表演或描述，或性器官的暴露，但只以涉及淫褻方面為限；

b)透過視覺及／或聽覺上過份刺激的技術，而對性變態或性態作圖利的利用”（下劃綫為我們所加）。

本文中，原審法官認為檢察院所指控的罪名成立，因為：1)嫌犯所派發的物品(“傳單”)含有“色情及/或猥褻”內容；而且2)本文中(也)認定了相關不法行為的主觀要素。

閒言少敘，現在讓我們來分析“傳單的性質”。

我們認為(或者，至少是大多數人都認為，當然只要是涉及價值判斷的問題都不可避免地會帶有一定的“主觀性”，此處也不例外)，“色情”一詞，或者更具體一點，形容詞“色情的”的意思是“淫蕩的”、“污穢的”、“下流的”、“骯髒的”、“不體面的”、“無恥的”、“情欲的”、“淫穢的”、“粗鄙的”……

根據《Grande Dicionário de Língua Portuguesa》的解釋，“色情”是指“以激發情慾為目的，在文章、照片、刊物、電影和其他載體上展示外觀上帶有明確的性成分的內容”，而“猥褻的”的意思則是“有辱禮法或有傷風化的”或者“引發害羞、噁心或反感情緒的”（該字典第 1100 頁和第 1126 頁）。

在清楚了這兩個概念之後，我們來看。

由於本案的嫌犯當時正在派發“傳單”，因此首先就要知道這些傳單上是否含有上文所引用的第 2 條第 1 款中所指的“有損公德或有傷風化的圖片”。

一般認為，“羞恥”一詞指的是由對人的情感或道德構成侵害的一些事物所引發的害臊或羞怯的感覺，也可以指由裸體或與性有關的問題所引發的不適情緒。

而“道德”一詞則通常是指某個人或某個社會群體就某個特定行為所形成的一整套習慣或意見，又或者一系列在某種程度上被認為是絕對或普世正確的行為規範。

要指出的是，當年澳門立法會在開會審議第 10/78/M 號法律的法案時，時任立法會主席的宋玉生先生(在強調了“法律的意圖只有一個，就是有效地打擊色情”之後)為澄清該法中所涉及的相關概念，指出，“‘有傷風化’並非指令某些人或某個人感到羞恥的事，而是指社會上普羅大眾皆視之為恥的情事；至於‘有損公德’也是指違背了社會上一般人的倫理觀念的情事，而兩者標準則會隨時代與社會的不同而變化”(見《Colectânea de Leis Penais Avulsas》，第一卷，第 114 頁)。

據此，在尊重不同見解的前提下，我們認為本上訴理由是成立的。

根據已經認定的事實，嫌犯當時正在公共道路上手持一疊“卡片”——傳單一準備派發給路人，卡片上的內容是“按摩服務”的廣告，其中一張卡片上是一個上半身赤裸，露出部分乳房但遮住了乳頭的女性的畫面(第 6 頁至第 11 頁)。

我們認為，這並不符合第 10/78/M 號法律第 2 條第 1 款所描述的情況。

這些“傳單”(肯定)可以被認為是“不合適的”、“令人不舒服的”甚至是“令人反感的”(因為上面甚至宣稱有來自不同國家的 18 到 25 歲的“按摩技師”可供選擇)。

然而，並不能因此便認為它們屬於上述法律條文所指的“有損公德或有傷風化”的“色情”或“猥褻”傳單。

事實上，圖片上所展示的只是裸露出部分乳房但遮住了乳頭的女性，並沒有嚴重到已經構成第 2 條第 1 款所描述的情形的程度。

我們認為，只有在相關的“圖片”“從外觀上看具有明確的性成份”，足以“嚴重”及帶有(某種)“強度”地傷害(“侵犯”)社會大眾在“性道德方面的一般情感”的情況下，才滿足第 2 條第 1 款的規定，而本案並不屬於這種情況。

要知道，本案所涉及的這些“價值”並不僅僅會因應“地理位置”、“風俗

習慣”的差異而有所不同，而且會隨著“時間的流逝”以及人們對於什麼東西可以接受(容忍)而什麼不可以接受的概念的變化而發生改變(試想在女性服飾上由短褲和迷你裙所引發的爭議)。

而且還要考慮的一點是，本案嫌犯所派發的傳單並不比一張“名片”大很多(差不多也就是一包香煙的大小)，而上面女性的圖片只占了三分之一左右的面積，也就是只有火柴盒那麼大。

或許可以認為這些圖片是“情欲的”或者包含某種“性的成分”在裏面。

但是，在我們看來，這並不構成“色情”或者“猥褻”，也不能讓人感覺它們是“色情的”、“猥褻的”或者“有傷風化或有損公德的”。

要指出的是，在距今已有差不多“半個世紀”的1964年11月27日的一份合議庭裁判中，針對一個與本案類似的、也是有關“女性裸體”的問題，里斯本上訴法院在裁定上訴敗訴時曾發表意見認為，該案涉案的3個上身赤裸的女性正面圖片雖然是“不體面而且有辱禮法”的，但並不屬於猥褻或者有傷風化的圖片(見《Jurisprudência das Relações》，第五卷，第883頁)。

Beleza Dos Santos 教授也曾經針對這一問題發表意見認為(見《Revista de Legislação e Jurisprudência》第54期第401頁和第55期第3頁及後續頁)，“任何僅僅是單純不體面和有辱禮法，但並不包含猥褻成分也無傷風化的書面文字或者圖畫都不能被認為是有損公德的”。

不能否認，有很多的文化價值以及風俗習慣(很多時候)並不會隨著時間的遷移而改變，而是歷久不衰，而且顯而易見，“凡事都有個限度”。

但是，正如我們在前面曾經談到的，(而且不要忘了澳門可是立志要成為一個“國際都市”的，甚至還數次承辦過“亞洲成人博覽”，最近一次在去年的十二月才剛剛舉辦完畢)，涉案的這些圖片給人的衝擊似乎並沒有“令人震驚”、“強烈”或者“嚴重”到足以滿足第10/78/M號法律第1條所規定的罪狀的客觀要素的程度。

實際上，這些傳單上的女性圖片的衝擊力遠不及一些本地報章上所刊登的(尤其是)“桑拿”和“夜總會”廣告中(或者單純作為報導新聞的方式而)展示的

女性圖片強烈，這些廣告和新聞中的女性圖片更為“暴露”，姿勢也更加“撩人”，所占的版面也更大，但至少到現在為止還沒聽說有誰覺得自己在性道德方面利益被這些圖片所侵犯。

當然，我們並不是說以上的這些觀點就是“完全正確”的，又或者第 10/78/M 號法律作為一個“80 年代”的法律已經“過時”了，在今時今日我們對於色情應持容忍的態度。

絕沒有這個意思。我們並不是說應該放棄“懲戒”色情。

只是說，“看待生活中的任何事物都要有正確的角度、態度、限度”，不能偏激、衝動。

最後(在結束我們的裁判之前)還要提一點，不論是控訴書上所載的控訴事實還是第一審法院的判決上所載的獲認定事實，都沒有提到任何其他事宜，尤其涉及“與賣淫有關的活動”的事宜，而不論有還是沒有，對於我們目前所討論的不法罪狀而言都是不重要的。

另外，我們認為同樣也不符合該條第 2 款所指的情況，因為相關畫面並不是“純粹以淫褻為目的而展示或描述性行為，或暴露性器官”，因此(不論是否存在其他問題，尤其是上訴人所指的事實方面的瑕疵)都應撤銷被上訴的裁判。

因此，我們作出如下決定。

決定

3. 綜上所述，合議庭裁定上訴勝訴，宣告嫌犯的控罪不成立。

無需繳納訴訟費用(因檢察院享有豁免權)。

指定辯護人的服務費訂為 1,500.00 澳門元。

2014 年 1 月 23 日，於澳門。

司徒民正

譚曉華

陳廣勝(本人認為應維持對嫌犯的判罪，具體理由詳見本人在中級法院 2013 年 10 月 24 日第 523/2013 號案和 2013 年 11 月 7 日第 612/2013 號案的合議庭裁判的表決落敗聲明中所闡述的觀點)。