

Processo n.º 405/2019

(Autos de recurso em matéria penal)

Relator: Fong Man Chong

Data : 12 de Julho de 2021

Assuntos:

- Crime de gravações e fotografias ilícitas do artº 191º do CPM

SUMÁRIO:

I - O crime de gravações e fotografias ilícitas do artº 191º do CPM só pode ser cometido se as gravações forem efectuadas e as fotografias tiradas sem justa causa e sem consentimento de quem de direito.

II - É enquadrável no crime acima referido (artigo 191º do CPM), o acto de, contra o consentimento do visado e sem qualquer causa que possa ou deva ser considerada justa, gravar, com o telemóvel ligado metido no bolso, a voz do instrutor de formação especial no local de instrução.

O Relator,

Fong Man Chong

合議庭裁判書

編號：第 405/2019 號 (刑事上訴案)¹

上訴人：A

上訴標的：第一審法院的有罪判決

日期：2021 年 7 月 12 日

*

一、案情敘述

2019 年 2 月 18 日(開庭日期)嫌犯 A 在初級法院刑事法庭(第 CR2-18-0398-PCS 號卷宗)被控以直接正犯及既遂行為觸犯澳門《刑法典》第 191 條第 1 款 a)項所規定及處罰的一項「不法之錄製品及照片罪」，經庭審後於 2019 年 2 月 26 日(宣判日期)裁定控訴理由成立，作出如下判決：

1) – 判嫌犯 A 以直接正犯、故意及既遂方式觸犯《刑法典》第 191 條第 1 款 a 項所規定及處罰的一項「不法之錄製品罪」，判處三個月徒刑；暫緩執行，為期一年六個月。

2) - 判 A 向受害人 B 支付 2,000 澳門元(貳仟澳門元)作為損害賠償，並加上相關的遲延利息，有關利息按終審法院第 69/2010 號統一司法見解所定的方法計算。

*

嫌犯 A 不服判決，向中級法院提起平常上訴，理據如下(結論部份)：

a. 2017年8月2日，上訴人在第二警務警司處接受警務廳偵查之警司處之D.C.訓練。證人

¹ Por deliberação (nº 251) do Conselho dos Magistrados Judiciais de 14/05/2021, o signatário foi designado para relatar, em acumulação de funções, os processos-crime redistribuídos nos termos fixados pela referida deliberação.

B(被害人)在庭審中表示其負責體能訓練及講解法律知識。上訴人為著學習需要，於D.C.訓練課時開始便開啟錄音。

b. 然而，原審法官僅考慮了卷宗第64至66語音筆錄，而非整段錄音。語音筆錄並未有紀錄全段錄音的情況，尤其是03:47至07:45之間的錄音，而該段錄音時間內顯示正為學員進行點名，代表課堂正在進行中，證明上訴人在課堂時間內進行錄音。

c. 卷宗第62頁(亦見第78頁)的光碟載有這些事實可用的證據。然而，原審法院都沒有調查這些非常重要的事實。

d. 因獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判及審查證據方面明顯有錯誤，被上訴判決沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款a項及c項規定的瑕疵。上訴得以此為依據，只要有關瑕疵係單純出自卷宗所載之資料，或出自該等資料再結合一般經驗法則。

e. 卷宗內語音筆錄未載有全部有用之錄音紀錄，以致原審法官在審查證據時產生之瑕疵。

f. 倘若收聽整段錄音，尤其是03:36至07:45之間的錄音，根據一般經驗法則，應認定上訴人是為著訓練課堂開始進行錄音，而非針對兩人因上述儲物櫃分配之事宜進行爭論方進行錄音的，故符合上述規定以作為上訴理據。

g. 基於保安部隊負有嚴謹的紀律性，可見上訴人有急切的學習需要，亦有合理理由在訓練課堂中作出錄音。

h. 根據《民法典》第80條第5款適用同條第2款規定，基於學術、教學之目的，而有合理理由者，則無須肖像權人或言論權人之同意。

i. 上述規定無疑賦予了上訴人作為D.C訓練課程學員對課堂內容進行錄音的正當性及權利，《刑法典》第191條第1款a項所規定及處罰之一項「不法之錄製品罪」之不法性亦因此而被排除。

j. 至於被上訴判決中提及到，被害人B雖然負責為課程學員進行體能訓練及教授法律知識，但從第64至66頁的語音筆錄的內容可見，上訴人錄下的只是被害人與其的私人對話，與學習完全無關。

k. 第一，被害人於課堂開始時進錄音，其旨在將課堂所教授的知識紀錄以作學習之用，故錄音時段相對於上課時段。

l. 第二，被上訴判決認定錄音中被害人曾與作為學員的上訴人所處理的儲物櫃分配之事宜為私人對話。考慮到該段對話發生在上課期間內處理儲物櫃分配之事宜，亦關乎學員上課的安排，因為上訴人在錄音中多次提到，必須在其人身及財產安全得以受保障時，才可以安心進行操練。且從錄音中不難發現，所處理的儲物櫃分配之事宜發生在課堂開始及點名後、操練之前，亦是基於上訴人在上課期間內進行錄音所發生的。

m. 從上訴人開始錄音的時間點及所處理的具體事宜上可見，被上訴判決將錄音內容被害人與上訴人之間進行的對話定義為私人對話，有違一般經驗法則。

n. 綜上所述，被上訴判決因獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判及審查證據方面明顯有錯誤，而沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款a項及c項規定的瑕疵，故未有依據《民法典》第80條第5款及第2款規定作出相應的審理。

o. 事實上，上訴人在上課期間內進行錄音，應視為旨在行使《民法典》第80條第5款及第2款規定所賦予權利，故上訴人被指控的《刑法典》第191條第1款a項所規定及處罰之一項「不法之錄製品罪」的不法性亦得以阻卻，故請求撤銷被上訴判決及作出無罪判決。

p. 此外，上訴人認為其作為公務員有檢舉義務，一如在一審聽證中上訴人所作的最後陳述中亦提到，其真誠地比照過《民法典》及《刑法典》中的相關規定，認為自己的行為非屬不法後才作出錄音行為。

q. 在一審聽證中上訴人辯護人在陳述中述及以下論點：

r. “由卷宗第42頁，嫌犯致治安警察局局長閣下的檢舉書中可以看到，嫌犯本人認為《刑法典》第191條不法錄製品及照片罪在於《刑法典》第七章侵犯受保護之私人生活罪中，故認為此條文所保護的法益是保護私人生活不受非法侵害。同時，嫌犯認為被害人在執行警務培訓活動的過程中並非私人生活，所以在當中所作出的言論不符合法律所保護的法益，所以作出錄音行為並不會觸犯該條法律。

s. 根據《刑法典》第16條，規定了違法性意識的錯誤，即是指行為人作出行為時，並不

知道自己的行為是被法律秩序所禁止的，這種違法性意識的錯誤又稱為不法性錯誤。即如果作出行為時並未意識到行為之不法性，如果錯誤屬不可歸責行為人，則該行為被視為無罪過；如果錯誤屬於可歸責於行為人，亦得特別減輕刑罰。

t. 那麼，應如何界定錯誤係屬於可以歸責於行為人，還是不可歸責與行為人呢？

u. 在此個案中，嫌犯認為自己有社會義務去了解相關法律，嫌犯在深入了解該條犯罪的情況下，深信自己的錄音行為並不符合第191條所規定之罪狀之中，正如剛才提到，嫌犯認為該條條文所保護之法益為私人生活，而被害人在執行警務過程中發表的言論並不屬於受法律保護的私人生活。

v. 應認為，在現實生活中，對一個平常人對法律的了解並不能提出過於苛刻的要求。當嫌犯在作出行為之前對其行為的合法性履行了分析、深入瞭解的義務，充分了解自己的行為沒有觸犯法律的情況下，嫌犯在此情況之下已經盡力去查明法律真相，認為已經充分了解自己的行為是不被法律所禁止的情況之下而作出該錄音行為，由此產生的違法性意識錯誤應該屬於不可歸責。

w. 對於違法性意識的錯誤，應該認為嫌犯對此是不可歸責的，所以根據《刑法典》第16條應該認為其行為不存在罪過。倘若尊敬的法官閣下有不同意見，而認為該錯誤屬於可譴責於嫌犯的，亦請求尊敬的法官閣下在判刑時考慮對刑罰作出特別減輕。”

x. 然而，原審法院於判決中表示，“...嫌犯當時為檢舉B而提交錄音，故此未能排除其明知自己的行為違法，但為檢舉林而不惜將自己不法行為暴露的可能。”

y. 經考慮卷宗內的檢舉書及上訴人之檢舉行為，如果上訴人明知自己的錄音屬違法，還要以此檢舉被害人，但又同時要在檢舉書中表達其行為合法的觀點，這是自相矛盾，且完全違反一般人應有的邏輯，更是一般人不能理解的；反之，上訴人當時在未有任何人知悉該段錄音或指責上訴人之前，上訴人已經發表自己對行為合法性的意見並附同眾多相關的學說上的依據，應該認為這個時候上訴人是真誠、由衷地表達其對其行為的合法性的理解，及認定其行為非為不法的想法。

z. 事實上，上訴人當時在上課期間進行錄音後，基於認為自己身為警務人員有檢舉義

務，繼而將自己上課的錄音用作檢舉的證據，並在檢舉書中提及自己的行為的合法性及相關依據。這才符合上訴人的初衷，並在綜合對所有證據作整體考量後，得出符合常理的判斷。

aa. 上訴人對於不法性的意識是本案中關鍵的事實，卷宗第42頁的檢舉書載有這些事實可用的證據。然而，原審法官並沒有調查這些非常重要的事實。

bb. 因獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判及審查證據方面明顯有錯誤，被上訴判決沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款a項及c項規定的瑕疵。上訴得以此為依據，只要有關瑕疵係單純出自卷宗所載之資料，或出自該等資料再結合一般經驗法則。

cc. 此外，上訴人本人在作出錄音行為前後均有盡自己的努力對法律條文、學說及司法判例展開有關不法錄製品及照片罪的深入探討，正如檢舉書中所顯示，上訴人在作出錄音行為前後均善意及真誠地確信自己的行為為法律所允許，並對所指控犯罪的合法性抱有以下第ad至ak點的理解：

ad. 澳門刑法立法者亦以明文方式為“侵犯受保護之私人生活罪”及“侵犯其他人身法益罪”兩種不同的法益訂定了不同的章節。

第191條“不法錄製品及照片罪”並不是編排於《澳門刑法典》“侵犯其他人身法益罪”章節中，而是“侵犯受保護之私人生活罪”一章內，證實第191條“不法錄製品及照片罪”並非以“言論權”及“肖像權”作為獨立的法益來保護。

ae. 《澳門刑法典》則將“不法錄製品及照片罪”編排於“侵犯受保護之私人生活罪”的章節內，應認為同一章節所保護之法益基本上是同一法益，故“不法錄製品及照片罪”所保護之法益為“受保護之私人生活”，而非“言論權”及“肖像權”。

af. 就判詞中，引用“言論權”各權能之學說及保護，上訴人認為言論權之保護應為民法的範疇，基於公共利益優先原則，《澳門民法典》亦將言論權之保護之限制，列於第80條第2款、第4條及第5款內。明確訂定當具備如安全，司法，教學，學術等與公共利益有關之事實，無需發言者同意而對其進行錄音。

ag. 刑事立法者堅持“罪刑法定原則”，儘管上訴人之錄音行為符合《澳門刑法典》第191條第1款a)項之規定，但由於上述行為並不是在私人生活，而是在公務活動及教學活動中進行，

並沒有侵犯該法條所保護之法益“受保護之私人生活”，因而欠缺不法性，故此，不能認定或甚至不能指稱上訴人之上述行為為犯罪。

ah. 故此，判詞中引用兩位葡萄牙學者有關“言論權”的學說，作為《澳門刑法典》第191條“不法錄製品及照片罪”所保護的法益“受保護之私人生活”的法理學說解釋，是錯誤引用法律學說。畢竟《葡萄牙刑法典》第199條“不法錄製品及照片罪”與《澳門刑法典》第191條“不法錄製品及照片罪”所保護的法益不同。前者以“言論權”作為一獨立法益來保護，而後者僅作為“侵犯受保護之私人生活罪”章節內的其中一種罪狀，其所保護之法益仍然為“受保護之私人生活”。

ai. 而上述學說的引用，顯然是一種擴張性解釋，儘管於刑法適用中，學說方面並不排除可作擴張性解釋，但當所作之解釋超出法律文字可能表達的範圍，創造了新的法律，並對相對人(即上訴人)造成損害時，便應禁止。

aj. 故此，判詞中以“言論權”作為一獨立法益來保護的葡萄牙刑法內言論權的各種權能納入《澳門刑法典》第191條“不法錄製品及照片罪”所保護之法益“受保護之私人生活”的罪狀，並以此歸責於上訴人，違反《澳門刑法典》第1條所規定的“罪刑法定原則”及“禁止類推原則”，是一種法律錯誤適用。

ak. 由於本案判決的標的違反“罪刑法定原則”及“禁止類推原則”，現請求撤銷判決。”

al. 綜上所述，上訴人作出行為時未意識到其行為的不法性，且有依據顯示其已盡應作之努力，包括參考及比照法律條文、學說及司法判例，以了解及查明《刑法典》第191條的規定，可見上訴人作出錄音行為前經確定其行為非為不法的情況下作出，並符合《刑法典》第16條對不法性的錯誤的適用前提。

am. 但尊敬的原審法官閣下並沒有依據《刑法典》第16條作出相應的審理，故被上訴判決違反了《刑法典》第16條的規定。

an. 上訴人請求尊敬的中級法院法官閣下因被上訴判決沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款a項及c項規定的瑕疵，而重新考慮上述第r至w點有關《刑法典》第16條不法性的錯誤的適用，並請求撤銷被上訴判決並作出無罪判決，或重新量刑。

ao. 根據《刑法典》第64條，如何對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰，

則只要非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰之目的，法院須先選擇非剝奪自由之刑罰。

ap. 上訴人認為，考慮到其是初犯及沒有犯罪前科，根據《刑法典》第64條，其被控之一項“不法錄製照片罪”，應被判處罰金刑，而非徒刑。

aq. 事實上，在眾多僅被控“不法錄製照片罪”之案件，若行為人是初犯，大多均會獲判罰金的機會。

ar. 因此，上訴人認為，對其被控之“不法錄製照片罪”判處罰金刑已能達到刑罰之目的，並請求因此重新量刑。

as. 綜上所述，考慮到存有阻卻不法性及阻卻罪過的事由，以及被上訴判決沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款a項及c項規定的瑕疵，上訴人請求尊敬的中級法院法官 閣下撤銷被上訴判決並作出無罪判決，或重新作出量刑。

*

檢察院對上訴作出答覆，理據如下（結論部分）：

1) 根據證人證言，警局內部已張貼不得錄音等工作指引，且被害人沒有同意錄音，故無論上訴人對被害人錄音，抑或使用該錄音作出檢舉事宜，皆屬不法錄製，符合《刑法典》第191條第1款a)、b)項的規定。

2) 上訴人向治安警察局局長進行檢舉被害人時，提交和被害人對話的錄音，是關於單獨使用儲物櫃的私人對話內容，並非純上課教學內容，因此，該對話內容不屬《民法典》第80條第2款、第5款所規定的以學術、教學為目的之錄音。

3) 同時，上訴人進行錄音的地方，是治安警察局內警司處的D.C.訓練場所，沒有跡象顯示人身、財產安全會受到威脅，故所錄製對話內容也不屬於上述《民法典》第80條第2款、第5款所規定的以安全為目的之錄音。

4) 因此，以上情況不存在可排除(阻卻)其行為不法性的事由。亦因此，被上訴判決沒沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款a項及c項規定的瑕疵。

5) “不知法不赦”是古羅馬的傳統格言，然而在現代社會，許多國家地區都採用“有條件地不赦”的立法觀點，澳門《刑法典》第16條如同葡萄牙刑法典一樣，都是採取這觀點。

6) “有條件的不赦”分有可避免(可譴責)的違法性意識錯誤、不可避免(不可譴責)的違法性意識錯誤，然而這兩種錯誤都必需有一個大前提：要先證明行為人是否已意識到行為(事實)的不法性。若證明了行為人並未意識到行為(事實)的不法性，才有條件進而再分析如上訴人所述的：“應如何界定錯誤係屬於可以歸責於行為人，還是不可歸責於行為人呢？”再進而分析是否可阻卻罪責性，又抑或屬可特別減輕刑罰的故意犯罪。

7) 在本案，我們認為上訴人在行為時已意識到事實的不法性，因上訴人是具備法學知識的法學士、是執法的警務人員、上課地方已張貼不得錄音等工作指引、上訴人提交用作檢舉被害人的錄音材料時已明知有關錄音內容是和被害人關於儲物櫃的對話，和上課教學內容無關。

8) 因此，在缺乏“並未意識到事實不法性”的大前提下，無法再認定是否可阻卻罪責性(針對不可譴責情況)，又抑或屬可特別減輕刑罰的故意犯罪(針對可譴責情況)。因此，被上訴判決沒有違反《刑法典》第16條的規定。

9) 在本案，事實上，原審法庭已考慮了對上訴人的有利情節，包括上訴人為初犯，然而，上訴人對本案的行為沒有歉意，更無悔改之心，同時，上訴人是警務人員、是執法者，需維護法紀，但仍知法犯法，故罰金不能達刑罰目的，需選科徒刑。

10) 根據《刑法典》第40條、64條、65條，及第48條，原審法庭判處上訴人以直接正犯、故意及既遂方式觸犯《刑法典》第191條第1款a項所規定及處罰的一項“不法之錄製品罪”，判處三個月徒刑；暫緩執行，為期一年六個月是合理的。

11) 因此，在本案，原審法庭在確定刑罰份量方面沒有過重，而是適當的，遵守了罪刑相稱原則。

* * *

案件卷宗移送本院後，駐中級法院的檢察院司法官作出檢閱及提交法律意見，內容如下：

經分析由上訴人 A 提出的上訴理由後，我們認為上訴理由不成立，原因如下：

上訴人提出了包括“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”及“審查證據方面明顯有錯誤”事實瑕疵問題，同時，亦指出存在導致排除罪過的違法性意識錯誤及具體量刑等法律問

題。

現在，讓我們先從事實瑕疵問題開始分析。

首先，讓我們重溫在普遍司法見解上是如何界定該兩瑕疵。

“獲認定的事實不足以支持裁判的瑕疵，是指對一恰當的法律決定而言，獲認定的事實顯得不充份，當法院沒有查明為案件做出正確裁判必不可少的事實事宜，而該等事實事宜本應由法院在控訴書和辯護狀界定的訴訟標的範圍內進行調查時，即出現此一瑕疵，但不妨礙《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條的規定。”（終審法院第 52/2010 號卷宗）

“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。”（終審法院第 16/2000 號裁判）

我們先從“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”的瑕疵開始。

在被上訴的裁判的說明中，已經清楚看到所有載於控訴書的重要事實都已一一在庭上被審查，更何況，上訴人亦沒有在其答辯中提出任何新的需要調查的事實。另外，讓我們感到驚奇的一點，甚至展示出上訴人一種出爾反爾的態度，是上訴人竟然在其上訴狀中指責原審法院沒有完整的把所有的“錄音記錄”完全播放，導致出現所謂的事實事宜不足及審查證據錯誤。可是，上訴人卻忘記了在庭審過程上，原審法院就是否需要播放錄音內容曾向控辯雙方詢問，而當時上訴人卻明確表示不需要！（見卷宗第 109 頁）

這種前後不一的態度，不單令人反感，更令人感覺上訴人正在操作一些符合惡意訴訟的技倆！試問，作為其中一方的訴訟主體，怎麼可以這樣前後不一？

對於我們來說，單憑以上上訴人的主張並不足以支持在原審判決中存在事實瑕疵的理由，因為根本不符合審查證據錯誤及獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判的事實瑕疵。至於錄音的完整內容是否需要播放，我們會再作分析。

其實，雖然上訴人主張在原審判決中出現事實瑕疵，但是，對於我們來說，上訴人所提出的核心問題純粹屬於法律問題，尤其是關乎《刑法典》第 191 條的不法之錄製品罪的正確理解

問題。

上訴人主張，基於原審法院沒有完整地播放錄音，而只是選擇性地考慮了載於卷宗第 64 至第 66 頁的“語音筆錄”內容，所以，不能排除受害人與上訴人之間被錄下的對話是發生在一個“公開的課堂”期間，上訴人為著“學習”的需要而錄下的對話。因此，罪狀的客觀要件都未必成立(提出所謂行為不法性被排除)。

對於以上的看法，我們認為是完全錯誤的。

首先，上訴人明顯是在斷章取義，把《刑法典》第 191 條第 1 款 a)項當中所提及的“將他人所述而非以公眾為對象之言詞錄音……”作出了扭曲。事實上，立法者的意思是相當清晰的，所指的行為不法性並非指錄音的“時空”或“地點”，而是說話的內容所針對的對象。也就是說，即管涉及本案的錄音內容發生於由如上訴人所言的“上課”期間內，但單憑此點不足以排除錄音行為的不法性或符合罪狀的客觀要件。相反，應以該說話內容來衡量當中所涉及的是某一或某一特定對象還是針對公開的不特定對象。

正如 Dr. Manuel da Costa Andrade 在“Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I”第 827 頁中所言：*“Devem, por vias disso, considerar-se não públicas as palavras que, segundo a vontade de quem as profere, se destinam a círculos de pessoas individualizadas ou numericamente determinadas ou ligadas por vínculos recíprocos.”*

本案中，根據該段錄音的具體內容，很明顯主要是受害人與上訴人二人之間的一段談話，而內容更只涉及因上訴人未能分配儲物櫃而起的爭議，根本與任何授課內容無關。

更甚者，倘若根據上訴人的思維，只要被錄音的時空不是發生於一個保密的環境中，則該罪狀永遠都不可能滿足了。對於以上的主張，我們認為是完全違背了立法原意的，不應採納。

接下來，上訴人又指出基於其本人學習需要，所以才對受害人的談話進行錄音，因此，其行為是受到《民法典》第 80 條第 5 款所保護，從而排除了其錄音行為的不法性。

就這問題，其實原審法院亦作出了謹慎的分析(見卷宗第 112 頁)，當中的理由亦非常清晰及正確。事實上，本案受害人根本不具備被視為社會知名、公眾或政治人物的必要條件，同時也沒有任何可能排除行為之不法性。

同時，我們亦必須反問，根據上訴人的辯解，既然正式的授課時間還未開始(充其量是課前的預備時間內發生)，為何上訴人百般焦急地已開始進行錄音？而這些內容又與其課程內容有何關係？

所以，我們認為該罪狀的所有構成要件均得到滿足。

接下來，我們開始分析所謂的排除罪過的問題。

上訴人主張，基於《刑法典》第 191 條所規定及處罰的“不法錄製品及照片罪”並非以“言論權”及“肖像權”作為獨立的法益來保護，相反，明確地被歸納於《刑法典》第五編第七章“侵犯受保護之私人生活罪”的範圍內，而在本案中的犯罪行為是發生於“公務活動”及“教學活動”之中，因而保護私人生活的法益沒有被侵害，從而更不能認定上訴人之行為屬於一個犯罪行為。

我們認為，上訴人的主張同樣不成立。

首先，上訴人不斷引用葡萄牙刑法中類似的規定來作為理由，藉此希望說明“不法錄製品及照片罪”在本地法律中完全與侵犯受保護之私人生活罪的法益有連結。

我們認為，這種操作是不成立的，因為這樣已脫離了本地法律體制並以另一個體制的規定來憑空適用於本案，這種解釋方法是沒有意義的。

事實上，我們可以尊重上訴人所指的，認為本地法律的規定，尤其是應更具體及準確地規範某一罪狀與某一受保護法益的關係，但是，不應以一些可能未盡完善的安排而否定制度。

的確，《刑法典》第 191 條所明顯保護的，是個人的“言論權”及“肖像權”不應被侵犯，但是，亦不應把“言論權”，“肖像權”與“私人生活的隱私權”作出完全切割。事實上，以上提及的三種權利通通屬於廣義上“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。

另外，正如我們之前已經提及的，本案中所涉及的在受害人與上訴人之間的談話內容，並無條件被界定為可以向公眾公開的範圍，在此，亦值得借鑒 Dr. Manuel da Costa Andrade 的觀點，其在“Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I”第 828 頁中指出：

“Deve reter-se que o princípio da transparência da administração pública não torna só por

si pública a conversação travada numa repartição(pública) entre um funcionário ou agente da Administração e um cidadão. Este não pode, por isso, gravar a palavra do funcionário (ALBER, JR 1981 495 ss.;TRAGER, LK § 201 8). O mesmo valendo para as palavras proferidas por um suspeito ou arguido perante a polícia ou o Ministério Público em inquérito criminal (S/S/LENCKNER 10). Também não devem considerar-se públicas as palavras proferidas em lugares públicos (transportes colectivos, ruas, restaurantes) em termos facilmente audíveis por terceiros, mas a quem não são destinadas. Quem fala desnecessariamente alto renuncia seguramente à confidencialidade da palavra e à reserva quanto ao seu conteúdo. Mas nada permite acreditar que renuncie, sem mais, ao poder de domínio exclusivo sobre a palavra (COSTA ANDRADE, cit. 230)."

從以上例子可以看到，沒有任何充份理由可以把本案的情況排除。

另一方面，上訴人所提出的違法性意識的錯誤同樣不能成立，正如在被上訴裁判中所言，上訴人的身份為一位執法警務人員，甚至擁有法律學士程度，理應對於一般人來說已屬敏感的未經當事人同意而進行談話錄音的行為更加敏感及謹慎。甚至證人亦指出，在警局內部貼有不得錄音的工作指示(見卷宗第 111 頁背頁)。在此情況下，我們不得不反問，為何上訴人在進行錄音前不先詢問對方的意見及先得到對方的同意才進行？既然上訴人界定錄音的範圍屬於“授課”期間，難道沒有義務先知會授課的導師及獲得其同意才進行？事實上，以上的疑問正好反映出該錄音行為可能存在的非法性及可譴責性是完全可以預見的，這樣，上訴人所主張的違法性意識錯誤真不知應從何談起。

基於此，這部分的上訴理由同樣不成立。

最後，就具體量刑問題。

上訴人主張原審法院應考慮以罰金刑作為處罰方法而並非徒刑。

事實上，從卷宗第 113 頁的說明中，可見原審法院已經就刑罰的選擇作出了充份的考慮。而我們對於最後作出的決定，即以徒刑結合暫緩執行方法來作處理是認同的。

因為，必須注意由始至終上訴人並沒有作出完全及毫無保留的承認態度，從而必然令人

懷疑罰金刑是否能達到足夠的特別預防目的。所以，不考慮罰金刑的決定完全正確。

基於此，這部分的上訴理由同樣不成立。

綜上所述，我們認為所有上訴理由均不成立，上訴應予以駁回及維持原判。

*

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，各助審法官依法定程序檢閱卷宗，並作出評議及表決。

二、事實方面

經庭審後原審法庭確認下列事實為既證事實：

一、

2017年8月2日，嫌犯A在第二警務警司處接受警務廳偵查警司處之D.C訓練。

二、

在上述警司處內，嫌犯要求單獨使用一個儲物櫃，該D.C訓練的訓練組組長B(被害人)表示因資源問題未能滿足其要求，故嫌犯在被害人不知悉的情況下，使用具有錄音功能的工具將其與被害人在第二警務警司處的對話內容進行錄音。

三、

同年12月21日，嫌犯向司法暨紀律辦公室提交上述錄音及一封檢舉書。

四、

嫌犯在自由、自願和有意識的情況下，在未經被害人同意的情况下，以具有錄音功能的工具對嫌犯與被害人的對話進行錄音。

五、

嫌犯清楚知道其上述行為是法律所禁止和處罰的。

*

另外亦證實下列事實：

嫌犯在澳門沒有犯罪紀錄。

嫌犯在庭審中聲稱具有法學士學位，為治安警察局警員，月入約澳門幣 40,000 元，須與在職的妻子一同供養母親、岳父母及兩名子女。

被害人 B 在庭審中要求嫌犯為其作出賠償，金額由法庭裁定。

* * *

三、法律理據

Como o recurso tem por objecto a sentença proferida pelo Tribunal de 1ª instância, importa ver o que o Tribunal *a quo* decidiu. Este afirmou na sua douta decisão:

一、 案件敘述：

澳門特別行政區檢察院以獨任庭及普通訴訟程序對以下嫌犯提出控訴：

A，男，1975 年 10 月 11 日在中國廣東省出生，父親 C，母親 D，已婚，警員，持編號 XXXXXXXX 的澳門居民身份證，住址位於澳門 XXXXXXXX，電話：66XXXXXX 及 28XXXXXX。

*

控訴事實：

一、

2017 年 8 月 2 日，嫌犯 A 在第二警務警司處接受警務廳偵查警司處之 D.C 訓練。

二、

在上述警司處內，嫌犯要求單獨使用一個儲物櫃，該 D.C.訓練的訓練組組長 B(被害人)表示因資源問題未能滿足其要求，故嫌犯在被害人不知悉的情況下，使用具有錄音功能的工具將其與被害人在第二警務警司處的對話內容進行錄音(詳見卷宗第 64 至 66 頁語音筆錄)。

三、

同年 12 月 21 日，嫌犯向司法暨紀律辦公室提交上述錄音及一封檢舉書(見卷宗 42 至 53 頁)。

四、

嫌犯在自由、自願和有意識的情況下，在未經被害人同意的情況下，以具有錄音功能的工具對嫌犯與被害人的對話進行錄音。

五、

嫌犯清楚知道其上述行為是法律所禁止和處罰的。

*

基於此，檢察院對嫌犯 A 提出控訴，指控嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯：

➤ 一項「不法之錄製品及照片罪」(《刑法典》第 191 條第 1 款 a 項)。

*

答辯狀：

嫌犯提交的形式答辯載於卷宗第 86 頁，要求法院考慮所有對嫌犯有利的情節及秉公辦理。

*

審判聽證：

審判聽證在嫌犯出席的情況下按照法定程序公開進行，已確定的訴訟前提維持不變。

二、 理由說明：

本院依法由獨任庭對本案進行公開審理，經聽證後，下列為已獲證明的事實：

(.....)

*

未獲證明的事實：

沒有其餘載於控訴書的事實有待證明。

*

事實判斷：

嫌犯在審判聽證中承認參與警隊內部訓練時將手提電話放在褲袋中錄下 B 的聲音，但其之前沒有取得林的同意，林對其錄音的行為亦不知悉。嫌犯表示之前沒有與 B 發生過爭執，錄音是為了保障自身安全及學習需要，認為自己的行為合法。

證人 B(被害人)在庭審中表示其負責體能訓練及講解法律知識，事前與嫌犯並無過節，且

警局內部張貼有不得錄音等工作指引。證人稱其聽過嫌犯提交予司法暨法律辦公室的錄音，確認是其本人的聲音及與嫌犯間的談話內容。

偵查員證人 E 在審判中則簡述了本案的調查經過。

嫌犯在庭審中承認被指控的客觀事實，但辯稱認為自己的行為合法。然而，嫌犯在作出錄音行為時身處警局參與警員內部訓練課程，未見其個人安全有遭受威脅又或錄音可保障其安全的可能；此外，被害人 B 雖然負責為課程學員進行體能訓練及教授法律知識，但從第 64 至 66 頁的語音筆錄的內容可見，嫌犯錄下的只是被害人與其的私人對話，與學習完全無關。基於此，法庭認為嫌犯的辯解牽強及未能令人接納。另一方面，雖然嫌犯最後向治安警察局局長進行檢舉時提交了其未得被害人同意而錄取的對話錄音，但嫌犯當時為檢舉 B 而提交錄音，故此未能排除其明知自己的行為違法，但為檢舉林而不惜將自己不法行為暴露的可能。事實上，考慮到嫌犯身為執法人員，聲稱擁有法學士學位，按照常理及一般經驗法則，法庭認定嫌犯知悉自己未得對方同意而錄音的行為違法。

三、 法律適用：

《刑法典》第 191 條第 1 款 a 項(不法之錄製品及照片)規定如下：

『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、(…)』

*

辯方在其最後陳述中提出因著被害人 B 擔任的職務，以及嫌犯保護其人身及財產安全的必要，根據《民法典》80 條第 2 及 5 款的規定，其錄音行為的不法性應予排除。然而，被害人 B 雖然是一名警長及擔任警隊內部訓練的隊長，但上述職銜只是警隊內部的職位名稱，被害人並非社會知名、公眾或政治人物，法庭未見有任何公眾利益令法律限制了被害人的言論權範圍。至於保障人身及財產安全的需要，一如上文所述，嫌犯在作出錄音行為時身處警局參與警員內部訓練課程，法法庭未見其個人安全有遭受威脅又或錄音可保障其安全的需要。

此外，辯方在其陳述中亦提出「不法之錄製品罪」被立法者編排在《刑法典》“侵犯受

保護之私人生活罪”章節之下，但事發時被害人正在執行職務而非進行私人生活，故嫌犯的行為並不符合「不法之錄製品罪」的罪狀。在尊重不同見解的前提下，法庭認為雖然「不法之錄製品罪」被歸納於《刑法典》的“侵犯受保護之私人生活罪”一章，但「不法之錄製品罪」除了保障隱私外，亦保障言論權此一獨立法益。一如葡萄牙憲法學者 Gomes Canotilho 教授及 Vital Moreira 教授在彼等的著作²中所提及，言論權可細分為(I)對聲音所擁有的權利(direito à voz)—即人格權其中一方面的體現、(II)對已發表的言詞的權利(direito às palavras ditas)—旨在保護某人已發表的言論的真實性及(III)選擇聽眾的權利(direito ao auditório)—即決定可聽取言論的受眾範圍。事實上，「不法之錄製品罪」的罪狀中並無要求侵入他人的私生活或隱私。因此，嫌犯 A 在未有取得 B 的同意下，故意於 2017 年 8 月 2 日透過使用具有錄音功能的工具將被害人與其的對話進行錄音，損害了被害人 B 之言論權。因此，嫌犯以直接正犯、故意及既遂的方式觸犯《刑法典》第 191 條第 1 款 a 項所規定及處罰的一項「不法之錄製品罪」。

*

量刑：

在查明罪狀及檢視抽象刑幅後，現須作出具體之量刑。

根據《刑法典》第 64 條的規定，如對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰，則只要非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰之目的，法院須先選科非剝奪自由之刑罰。

考慮到本案的犯罪事實及具體情節，雖然嫌犯沒有犯罪紀錄，但觀乎嫌犯作為警務人員卻知法犯法，並考慮到其作案方式及目的，法庭認為須科處徒刑方可適當及足以達到處罰之目的。

根據《刑法典》第 40 條及 65 條的規定，量刑須按照行為人之罪過及預防犯罪的要求而作出，同時亦須考慮所有對行為人有利及不利而不屬罪狀的情節，特別是：

- i. 事實之不法程度、實行事實之方式、事實所造成之後果之嚴重性，以及行為人對被要求須負之義務之違反程度；
- ii. 故意或過失之嚴重程度；
- iii. 在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；
- iv. 行為人之個人狀況及經濟狀況；

² Consituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4ª ed. Revista, Coimbra, 2007, pág. 467

- v. 作出事實之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為；
- vi. 在事實中顯示並無為保持合規範之行為作出準備，而欠缺該準備係應透過科處刑罰予以譴責者。

*

按照上述的量刑標準，考慮到本案的具體情節，其所觸犯的犯罪的不法性程度一般，罪過及犯罪後果嚴重程度中等，但嫌犯的犯罪故意程度甚高，同時考慮嫌犯個人狀況，嫌犯在本澳沒有犯罪紀錄，為著預防犯罪的需要(包括一般預防及特別預防)，就嫌犯 A 觸犯《刑法典》第 191 條第 1 款 a 項所規定及處罰的一項「不法之錄製品罪」，決定判處三個月徒刑。

雖然嫌犯沒有犯罪紀錄，但考慮到嫌犯的個人狀況及犯罪前後的行為態度，為預防其將來再犯罪，亦考慮到隨著科技進步，在違反他人意願下以電子產品錄取他人言論的情況漸見容易，為預防更多此等犯罪的發生，根據《刑法典》第 44 條第 1 款的規定，上述徒刑不得以罰金代替。

然而，根據《刑法典》第 48 條的規定，考慮到嫌犯的人格、生活狀況、犯罪前後的行為及犯罪情節，尤其嫌犯在本澳沒有犯罪紀錄，法庭認為在本案中僅對事實作譴責並以監禁作為威嚇尚足以實現處罰之目的，故決定暫緩執行上述對嫌犯所判處的徒刑，為期一年六個月。

*

依職權訂定彌補：

根據《刑事訴訟法典》第 74 條第 1 款的規定，倘若沒有在有關刑事訴訟程序中或透過獨立之民事訴訟提出民事損害賠償請求，只要有關金額是為合理保護受害人的利益而須裁定者、受害人不反對及從審判中得到充分證據，證明依據民法之準則而裁定給予的彌補的前提成立及應裁定給予的有關金額，則即使有關判決為無罪判決，法官亦須在判決中裁定給一金額，以彌補所造成之損害。

《民法典》第 477 條第 1 款規定，『因故意或過失不法侵犯他人權利或違反旨在保護他人利益之任何法律規定者，有義務就其侵犯或違反所造成之損害向受害人作出損害賠償。』

因不法事實而生之民事責任須同時符合以下前提：**行為人的自主行為；不法性；損害；行為與損害間的適當因果關係及行為人之過錯。**

本案中，A 在未經受害人 B 的同意下，使用具錄音功能的工具對 B 的言論進行錄音，其

行為損害了被害人之個人隱私及言論權。基於此，A 是本次事件的過錯方，而受害人所遭受的傷害是 A 的不法行為所產生的必然及適當後果。

同一法典第 556 條亦規定，『對一損害有義務彌補之人，應恢復假使未發生引致彌補之事件即應有之狀況。』

按照《民法典》第 489 條第 1 及 3 款的規定，『在定出損害賠償時，應考慮非財產之損害，只要基於其嚴重性而應受法律保護者。損害賠償之金額，由法院按衡平原則定出，而在任何情況下，均須考慮第四百八十七條所指之情況。』

考慮到 A 的故意行為損害了受害人之個人隱私及言論權，為了彌補受害人受到的損害，並根據《民法典》第 489 條及第 560 條規定的衡平原則，法庭判處 A 須向受害人 B 支付 2,000 澳門元(貳仟澳門元)作為精神損害賠償，並加上相關的遲延利息，此利息按終審法院第 69/2010 號統一司法見解所定的方法計算。

四、 判決：

綜上所述，根據《刑事訴訟法典》第 355 及 356 條的規定，法庭裁決如下：

I. 嫌犯 A 以直接正犯、故意及既遂方式觸犯《刑法典》第 191 條第 1 款 a 項所規定及處罰的一項「**不法之錄製品罪**」，判處三個月徒刑；暫緩執行，為期一年六個月。

II. 判處 A 向受害人 B 支付 2,000 澳門元(貳仟澳門元)作為損害賠償，並加上相關的遲延利息，有關利息按終審法院第 69/2010 號統一司法見解所定的方法計算。

*

判處嫌犯繳付 2.5 個計算單位的司法費(《法院訴訟費用制度》第 71 條第 1 款 b 項)及各項訴訟負擔。

判決確定後，適判處嫌犯須向法務公庫繳納 500 澳門元的捐獻，用以保護暴力犯罪的受害人(8 月 17 日第 6/98/M 號法律第 24 條第 2 款)。

將原指派辯護人的費用訂為 600 澳門元，由嫌犯承擔。

訂定辯護人費用為 1,200 澳門元，由嫌犯承擔。

移送刑事紀錄登記。

將依職權裁定彌補的部份通知受害人。

將扣押於卷宗第 62 頁(亦見第 78 頁)的一隻光碟適時銷毀。

判決確定後，將判決知會治安警察局局長。(《澳門公共行政工作人員通則》第 288 條第 1 款及卷宗第 33 頁)

判決確定後，適用於嫌犯的強制措施消滅(《刑事訴訟法典》第 198 條第 1 款 d 項)。

登錄及存放，並將本判決通知各相關人士。

倘不服本判決，可於二十日內透過指派律師或自行委託律師，向澳門特別行政區中級法院提出上訴，上訴狀交到澳門特別行政區初級法院。

*

Quid Juris?

Dispõe o artigo 402.º do CPPM que a motivação enuncia especificamente os fundamentos do recurso e termina pela formulação de conclusões, deduzidas por artigos, em que o Recorrente resume as razões do pedido.

Constitui entendimento constante e pacífico que o âmbito dos recursos é definido pelas conclusões formuladas na motivação, as quais delimitam as questões que o tribunal *ad quem* tem de apreciar, sem prejuízo das que sejam de conhecimento oficioso.

Atentas as conclusões apresentadas, que traduzem de forma condensada as razões de divergência do Recorrente com a decisão impugnada, são as seguintes as questões a decidir:

- O vício da violação do artigo 400º/2-a) e c) do CPPM;
- O vício da apreciação das provas uma vez que existe erro sobre a ilicitude da conduta por parte do arguido;

Pedindo a revogação da decisão recorrida ou em alternativa, proceder à nova determinação da pena concretamente aplicada pelo Tribunal recorrido.

Apreciando:

O artigo 400º (Fundamentos do recurso) do CPPM, que consagra:

1. O recurso pode ter como fundamento quaisquer questões de direito de que pudesse conhecer a decisão recorrida.

2. O recurso pode ter também como fundamentos, desde que o vício resulte dos elementos constantes dos autos, por si só ou conjugados com as regras da experiência comum:

a) A insuficiência para a decisão da matéria de facto provada;

b) A contradição insanável da fundamentação;

c) Erro notório na apreciação da prova.

3. O recurso pode ainda ter como fundamento a inobservância de requisito cominado sob pena de nulidade que não deva considerar-se sanada.

Nesta matéria, importa realçar que o *erro notório na apreciação da prova* deve resultar do texto da decisão recorrida, por si ou conjugada com as regras da experiência comum, não podendo, pois, estender-se a outros elementos, nomeadamente que resultem do processo, mas que não façam parte da decisão (Cf. Germano Marques da Silva, *op. cit.*, pág.324, e Simas Santos e Leal-Henriques, *op. cit.*, págs.84-85).

Neste contexto, conforme se assinala no Acórdão do STJ de 20-04-2006, citado aqui em nome do Direito Comparado, o *erro notório na apreciação da prova* previsto na alínea c) do referido normativo “consiste em o tribunal ter dado como provado ou não provado determinado facto, quando a conclusão deveria manifestamente ter sido a contrária, já por força de uma incongruência”

lógica, já por ofender princípios ou leis formulados cientificamente, nomeadamente das ciências da natureza e das ciências físicas, ou contrariar princípios gerais da experiência comum das pessoas, já por se ter violado ou postergado um princípio ou regra fundamental em matéria de prova”³ .

No vício do erro notório está em causa, não o conteúdo da prova em si, nomeadamente o que foi dito no depoimento ou nas declarações prestadas, cujo teor se aceita, mas a utilização que foi dada à prova objecto de apreciação, no sentido de a mesma suportar a demonstração de um determinado facto.

No caso dos autos, não foram indicados concretamente qual ou quais factos que foram erradamente apreciados pelo Tribunal *a quo*, que fundamentou a sua decisão da matéria de facto nos seguintes termos:

“(…)

嫌犯在審判聽證中承認參與警隊內部訓練時將手提電話放在褲袋中錄下 B 的聲音，但其之前沒有取得林的同意，林對其錄音的行為亦不知悉。嫌犯表示之前沒有與 B 發生過爭執，錄音是為了保障自身安全及學習需要，認為自己的行為合法。

證人 B(被害人)在庭審中表示其負責體能訓練及講解法律知識，事前與嫌犯並無過節，且警局內部張貼有不得錄音等工作指引。證人稱其聽過嫌犯提交予司法暨法律辦公室的錄音，確認是其本人的聲音及與嫌犯間的談話內容。

(…)”.

Bem interpretados os argumentos invocados pelo Recorrente/arguido, é de verificar-se que ele confessou indirectamente os factos imputados, pois nunca obteve consentimento do ofendido para este efeito, isto por um lado, por outro, ele, o arguido, enquanto agente da PSP, sabia e sabe (tem obrigação de

3 Aresto proferido no processo n.º 06P363 e disponível na Internet em <<http://www.dgsi.pt>>.

saber) que, naquelas circunstâncias, devia pedir autorização ao superior para fazer gravação, ainda por cima, ele licenciou-se em Direito, não pode alegar que desconhecia a ilicitude da sua conduta.

Face ao quadro factual fixado pelo Tribunal recorrido, dúvida não resta que a conduta preencheu os pressupostos fixados pelo artigo 191º (Gravações e fotografias ilícitas) do CPM que consagra:

1. Quem, sem consentimento,

a) gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas, ou

b) utilizar ou permitir que se utilizem as gravações referidas na alínea anterior, mesmo que lícitamente produzidas, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

2. Na mesma pena incorre quem, contra a vontade e fora dos casos permitidos pela lei:

a) Fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado; ou

b) Utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que lícitamente obtidos.

Neste tipo penal, uma vez provados os requisitos, resta ao arguido provar a justificação da sua conduta ou a existência do consentimento dado pela pessoa com legitimidade.

Não obstante o Recorrente/arguido ter tentado justificar a sua conduta ilícita com a invocação do artigo 80º (Direito à imagem e à palavra) do CCM, que consagra:

1. O retrato ou qualquer outro sinal visualmente identificador de uma pessoa não pode ser captado, exposto, reproduzido, divulgado ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no n.º 2 do artigo 68.º, segundo a ordem nele indicada.

2. Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de segurança ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a imagem estiver enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.

3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto puder resultar ofensa do direito à honra, nos termos do artigo 73.º

4. As imagens de lugares públicos captadas para finalidades de segurança ou de justiça apenas podem ser utilizadas para estes fins, devendo ser destruídas logo que se tornem desnecessárias.

5. O disposto nos números anteriores é aplicável, com as necessárias adaptações, à captação, reprodução e divulgação da palavra de uma pessoa.

Sendo certo que este artigo não dá cobertura ao comportamento por ele cometido, pois não se trata de espaço público em que foi cometido tal comportamento, nem se trata de figura pública (o ofendido) em causa.

Depois, o Recorrente/arguido veio a defender-se que não sabia da ilicitude da sua conduta e como tal não deve ser punido nos termos do artigo 16º do CPM. Não convence nem tem fundamento suficiente para este efeito, pois não estamos perante uma situação exclusiva da ilicitude da conduta, prevista no artigo 16º (Erro sobre a ilicitude) do CPM, que manda:

1. Age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável.

2. Se o erro lhe for censurável, o agente é punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, a qual pode ser especialmente atenuada.

Este artigo corresponde ao artigo 17º do Código Penal de Portugal, em torno do qual foram produzidas as seguintes anotações:

O Prof. Figueiredo Dias, *loc. cit.* no nº 1, sintetizou os momentos essenciais da sua indagação que lhe permitiram formular um quadro de situações de típica falta de consciência da ilicitude não censurável.

Está assim arredada a orientação, perfilhada pelo CP de 1886, de que o erro de direito não era susceptível de afastar inteiramente culpa.

Aquele Professor, a pág. 341-342 da citada obra, resumiu nestes termos o critério pessoal-objectivo de não censurabilidade da falta da consciência da ilicitude a que a sua investigação conduziu:

A. Se lograr comprovar-se que a falta de consciência de ilicitude ficou a dever-se, directa e imediatamente, a uma qualidade desvaliosa e

jurídico-penalmente relevante da personalidade do agente, aquela deverá sem mais considerar-se censurável.

B. Se, pelo contrário, não se logrou tal comprovação, a falta de consciência da ilicitude deverá continuar a reputar-se censurável, salvo se se verificar a manutenção no agente, apesar daquela falta, de uma consciência ético-jurídica, fundada em uma atitude de fidelidade ou correspondência a exigências ou pontos de vista de valor juridicamente relevante.

C. São, por seu turno, requisitos daquela retitude e da respectiva atitude:

1) Que a questão da licitude concreta (seja quando se considera a valoração em si mesma, seja quando ela se conexiona com a complexidade ou novidade da situação) se revele discutível e controvertida; e isto, não porque nos outros casos se pretenda reverter à velha ideia jusnaturalista do inatismo e evidência de certas valorações, mas porque a questão há-de ser uma daquelas em que se conflituem diversos pontos de vista de estratégica ou oportunidade, estas também juridicamente relevantes.

2) Que a solução dada pelo agente à questão da ilicitude corresponda a um ponto de vista de valor juridicamente reconhecido, por forma a poder dizer-se que ele conduziria à ilicitude da conduta se não fosse a situação de conflito anteriormente aludida.

3) Que tenha sido o propósito de corresponder a um ponto de vista de valor juridicamente relevante-ou, quando não o propósito consciente, pelo menos o produto de um esforço ou desejo continuado de corresponder às exigências do direito, para prova do qual se poderá lançar mão dos indícios fornecidos pelo conhecimento do seu modo-de-ser ético-jurídico adquirido-o fundamento da falta de consciência da ilicitude.

Sobre os mesmos pontos, é ainda de todo o interesse a exposição do mesmo Mestre, Jornadas, págs. 81-82.

Seguidos estes ensinamentos, não se verificam os requisitos exigidos para afastar a sua culpa no cometimento da gravação em causa.

Por outro lado, é de recordar-se o que está fixado no artigo 5º (Ignorância ou má interpretação da lei) do CPM que estabelece:

A ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas.

Em suma, no caso, não foi alegado, muito menos provado, qualquer facto nesse sentido. Pelo que, todos os argumentos alegados pelo Recorrente, ex. o artigo 80º do CCM, ou eventual erro sobre a ilicitude da conduta, são totalmente irrelevantes.

Decidiu-se nos seguintes termos (cita-se aqui a título de Direito Comparado):

- O crime de gravações e fotografias ilícitas do art 179º do CP só pode ser cometido se as gravações forem efectuadas e as fotografias tiradas sem justa causa e sem consentimento de quem de direito. Justa causa não haverá se a ofensa à reserva da intimidade da vida privada e familiar de alguém puder ser considerada abusiva (ac. RP de 14 de Janeiro de 1987; BMJ, 363, 600);

- É enquadrável no crime de ofensa da vida privada, do art. 179º n.º 1 do CP, o acto de, contra o consentimento do visado e sem qualquer causa que possa ou deva ser considerada justa, fotografar alguém no seu local de trabalho com

desinserção de qualquer enquadramento ou paisagem públicos, isolado de outras pessoas (ac. RL de 15 de Fevereiro de 1989; CJ, XVI, 1, 154).

Este raciocínio vale, *mutatis mutandis*, para o caso dos autos.

Quanto ao demais, mantém-se o já decidido, já que neste recurso o Recorrente/arguido veio a repetir, senão todas, pelo menos, a maior parte das questões já discutidas na 1ª instância, não tendo obtido vencimento respectivo.

Pelo expendido, na ausência de fundamentos, improcede o recurso interposto pelo Recorrente.

*

Síntese conclusiva:

I - O crime de gravações e fotografias ilícitas do art 191º do CPM só pode ser cometido se as gravações forem efectuadas e as fotografias tiradas sem justa causa e sem consentimento de quem de direito.

II - É enquadrável no crime acima referido (artigo 191º do CPM), o acto de, contra o consentimento do visado e sem qualquer causa que possa ou deva ser considerada justa, gravar, com o telemóvel ligado metido no bolso, a voz do instrutor de formação especial no local de instrução.

*

Tudo visto e ponderado, resta decidir.

* * *

四、裁決

據上論結，中級法院合議庭法官裁決如下：

1. 裁定上訴人/嫌犯之上訴理由不成立，維持原審法庭之判決。

*

2. 判處上訴人繳付 7 個計算單位之司法費，以及上訴敗訴而產生之
訴訟負擔。

*

將辯護人之報酬訂為 MOP\$1,500.00，由終審法院院長辦公室支付。

*

依法作出通知及登錄。

2021 年 7 月 12 日

馮文莊 (裁判書製作人)

周艷平 (第一助審法官)

蔡武彬 (第二助審法官)