

編號：第 322/2015 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2016 年 2 月 4 日

主要法律問題：「有損公德或有傷風化」的範圍

摘要

只有在相關的咭片或圖片從外觀上看具有明確的性成份，足以嚴重及強烈地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 10/78/M 號法律第 2 條第 1 款的規定，而本案並不屬於這種情況。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 322/2015 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2016 年 2 月 4 日

一、案情敘述

於 2015 年 2 月 6 日，上訴人 A 在初級法院刑事法庭第 CR1-14-0449-PCS 號卷宗內被裁定以直接正犯及既遂方式觸犯一項第 10/78/M 號法律第 1 條第 1 款結合第 4 條第 1 款所規定及處罰的關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪，被判處六十日徒刑，緩刑執行，為期一年，以及被判處六十日罰金，罰金日額為澳門幣 50 圓，合共罰金澳門幣 3,000 圓，若不繳納或不以勞動代替，則需轉服徒刑四十日。

上訴人不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由：

1. 上訴人被控以觸犯一項關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪，並判處上訴人罪名成立。
2. 被上訴裁判中上訴人認定上訴人持有之卡片違反第 10/78/M 號法律第 2 條規定，被認為屬色情物品。
3. 但從獲證事實中，卡片只含有年輕性感的女性圖片、各國

美女及 24 小時上門服務等字眼，被法庭認定含有色情及猥褻成份，有損公德及有傷風化。

4. 上訴人保有尊重的同時，認為並不能認同。
5. 這些卡片可以被認為是“不合適的”、“令人反感的”，但並不能因此便認為它們屬於上述法律條文所指的含有“有損公德或有傷風化”的“色情”或“猥褻”成份。
6. 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。
7. 而一般認為，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，但本案並不屬於此種情況。
8. 值得注意的是，上訴人所派發的傳單並不比一張“名片”大很多，而上面女性的圖片只占了三分之一左右的面積。
9. 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。
10. 但是，從實際來看，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”。
11. 每日，於澳門各大報章上刊登之同類訊息不在少數，亦已持續十載有餘，社會對此類信息並無什麼反對聲音，只以可見社會道德價值上雖然不能說完全接受，但亦不能認為其完全不能接受，甚至敗壞道德
12. 近年，澳門亦數次承辦過“亞洲成人博覽”，社會大眾普遍

不予抗拒，這是因為隨著“時間的流逝”，人們對於什麼東西可以接受而什麼不可以接受的概念已產生改變。

13. 反觀，涉案的圖片遠不比本地報章刊登的同類訊息所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。
14. 因此，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。
15. 有關卡片並沒有任何直接顯現出色情或猥褻之內容，而就關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪應以卡片上之訊息為定罪依據，而不能以猜測其有可能涉及色情活動而將上訴人定罪。
16. 因此，被上訴之裁判沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之法律適用錯誤的瑕疵。

結論

1. 被上訴之裁判沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款在適用法律上有錯誤。
2. 有關卡片並沒有任何直接顯現出色情或猥褻之內容，而就關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪應以卡片上之訊息為定罪依據，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。

綜上所述，請求尊敬的中級法院合議庭改判上訴人無罪。

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 上訴人認為涉案的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，故應改判上訴人無罪。
2. 對此，本院未能予以認同。
3. 本案例問題的關鍵在於涉案卡片上的內容是否符合色情定義中有損公德或有傷風化的範圍，而有關的分析及判斷並不能只從單一表象出發，而是應從卡片整體上產生的觀感作為出發點，再考慮相關的社會風俗、人文價值觀及多數人普遍認同的性道德觀念。
4. 涉案卡片均印有年輕女性裸露的相片，結合按摩和 24 小時上酒店服務的言詞和卡片上的聯絡電話，加上上訴人在 XX 酒店附近散發有關的卡片，社會上普遍的人都會自然聯想到此乃宣傳隱含“性服務”的按摩；有關卡片的意識大膽，將卡片宣揚會助長猥褻之情欲和淫邪的風氣，破壞社會的善良風俗，應視為屬於有損公德及有傷風化的物品。
5. 據本院了解，威尼斯人所舉辦的“亞洲成人博覽”是有按照法律向文化局作出申請，經過該局審批、評級，亦設定了年齡限制及各種適當措施，同樣地，正如販賣色情影碟及刊物的地方，亦設了一定的限制，經申領許可且會使用各種措施遮掩，故上訴人此一觀點正好說明了一些與色情相關的事與物並不是能隨便向公眾展示，而是需要作出適當的限制。
6. 被上訴之裁判除了清楚地指出上訴人的主觀構成要件，亦沒有違反一般經驗和常理，有關卡片應被視為屬於色情或

猥褻的物品，故原審法院的定罪正確。

鑑於以上理由，懇請尊敬的中級法院法官閣下維持被上訴判決，一如既往，主持公正！

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱及提交法律意見，認為上訴理由不成立。

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

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. 2014年8月29日約21時，上訴人A由XX酒店步行至上海街，沿途先後多次將一些印有衣著性感女子圖像的按摩宣傳卡片撒落在地上，藉此吸引途人目光及宣傳色情按摩服務。
2. 直至同日21時45分，治安警員巡經上海街近門牌93號F時，目睹上訴人將上述按摩宣傳卡片撒落在地上，故將上訴人截停調查。
3. 警員在上訴人隨身攜帶的黑色背包內搜出1880張按摩宣傳卡片，並在地上檢獲上訴人所撒落的29張按摩宣傳卡片(現扣押在案，見卷宗第7至8頁)。
4. 經對比，從上訴人身上搜出的宣傳卡片與撒落在地上的宣

傳卡片之圖片樣式與內容相同。

5. 上述被扣押的按摩宣傳卡片共有兩款，全部以彩色及雙面印製。卡片兩面均印有衣著性感、露出胸部及意態撩人的年輕女子圖像。除了聯絡電話...、...外，卡片還印有“24 小時上酒店服務”、“本公司：日本、韓國、大陸、護士、酒店公關、跳舞模特、歐美等多國美女”及“XX 按摩中心”等字句（見卷宗第 5 至 6 頁，在此視為全部轉錄）。
6. 上述兩款卡片的宣傳字句結合穿著性感衣著的女子圖像令人聯想到不正派色情服務，該等按摩宣傳卡片含有色情及猥褻成份，有損公德及有傷風化。
7. 上訴人在公眾地方散發該等按摩宣傳卡片每日可獲得港幣 400 元作為報酬，但上訴人至今仍未收取任何報酬。
8. 治安警員對上訴人進行搜查，在其身上搜出一個黑色背包及一台手提電話，上述背包是其作出上述行為的犯罪工具（現扣押在案，見卷宗第 9 及 10 頁）。
9. 上訴人在自由、自願及有意識的情況下，明知宣傳卡片上的圖片及內容有損公德及有傷風化，仍故意在公眾地方散發該等色情及猥褻物品。
10. 上訴人知悉其上述行為是本澳法律所禁止和處罰的。
同時，亦證實下列事實：
 11. 根據刑事紀錄證明，上訴人為初犯。
 12. 上訴人的個人狀況如下：
 13. 上訴人報稱沒有固定收入來源。
 14. 須供養妻子及一名女兒。
 15. 上訴人學歷為中專教育程度。

未獲證實之事實：扣押的一台手提電話是上訴人作出上述行為的犯罪工具。。

三、法律方面

上訴人提起的上訴涉及下列問題：

- 「有損公德或有傷風化」的範圍

上訴人認為原審判決存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款規定之“理解法律錯誤”而錯誤地解釋適用第 10/78/M 號法律第 2 條規定的瑕疵。

第 10/78/M 號法律第 1 條規定：

“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。”

第 10/78/M 號法律第 2 條規定：

“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。”

本上訴的核心問題，就是卷宗內咭片的內容，是否應歸入上述條文所規定的“色情”定義內。

“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)。

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)。

“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。

由於本案的上訴人當時正在派發咭片傳單，因此首先就要知道這些咭片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”。

根據本案已證事實，上訴人在路上向途人派發咭片，咭片上印有衣著性感、露出胸部及意態撩人的年輕女子圖像，以及“按摩服務”的廣告。

這些咭片傳單可以被認為是不合適的及令人不舒服的甚至是令

人反感的。

然而，只有在相關的咭片或圖片從外觀上看具有明確的性成份，足以嚴重及強烈地侵犯社會大眾在性道德方面的一般情感的情況下，才滿足上述法律第 2 條第 1 款的規定，而本案並不屬於這種情況。

1

故此，上訴人提出的上訴理由成立，開釋上訴人被判處的一項關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪。

四、決定

¹ 更詳細理論可參看本院 2014 年 1 月 23 日第 832/2013 號案件裁判：

“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 DosSantos 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。”

綜上所述，合議庭裁定上訴人提出的上訴理由成立，開釋上訴人被判處的一項關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪。

本上訴不科處訴訟費用。

訂定上訴人辯護人辯護費為澳門幣 2,500 圓，由終審法院院長辦公室支付。

著令通知。

2016 年 2 月 4 日

譚曉華 (裁判書製作人)

司徒民正 (第二助審法官)

蔡武彬 (第一助審法官)

本人不同意大多數意見，仍維持在 2015 年 7 月 28 日第 625/2015 號案同類卷宗中所持的見解。