

上訴案第 295/2015 號

日期：2015 年 5 月 28 日

**主題： - 色情卡片
- “色情”**

摘 要

1. 凡於公眾地方實質散發帶有涉及符合第 10/78/M 號法律第 2 條第 1 款法定「色情」定義的內容的印刷品者，均須承擔第 4 條第 1 款所規定的刑罰。
2. 印有衣着性感暴露且帶有挑逗性動作及神態的年輕美女照片並用於宣傳隱含“性服務”的按摩的卡片單張，具有色情的內容。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 295/2015 號

上訴人：檢察院

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一.案情敘述：

在初級法院刑事法庭的簡易刑事案第 CR4-15-0030-PSM 號案件中，澳門特別行政區檢察院以將治安警察局製作的實況筆錄轉為控告書的方式，控告嫌犯 A 為直接正犯、故意及既遂方式觸犯了第 10/78/M 號法律第 4 條第 1 款併合第 1 條的規定，構成一項「關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪」。

經過庭審，刑事法庭最後判決嫌犯被控觸犯第 10/78/M 號法律第 4 條第 1 款結合第 1 條所規定的一項「關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪」罪名不成立，予以無罪釋放。

檢察院不服判決，向本院提起上訴，其內容如下：

1. 被訴判決書內就開釋嫌犯之理由，主要是有關咭片的內容不符合上述法律所規定的色情定義，以及嫌犯沒有向途人派發，只是將咭片散落在地上。
2. 就咭片的內容不符合上述法律所規定的色情定義方面，從法律規定及眾多案例分析，被訴判決是存在明顯錯誤的。

3. 按照 7 月 8 日第 10/78/M 號法律第 2 條第 1 款就色情所下的法律定義的行文, 凡第 1 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
4. 咭片上的內容即使並不帶有第 2 條第 2 款 a 和 b 項所列舉的任一明顯屬色情例子的情事, 仍有可能符合第 2 條第 1 款的「色情」定義。
5. 本案涉案的咭片共三款, 咭片上印有年輕且身穿內衣或僅穿內褲, 神情挑逗的女子的相片, 也印有聯絡電話號碼, 其中兩款印有按摩服務的字眼, 全部均列明 24 小時上酒店服務。
6. 在澳門社會一般大眾的眼裏, 提供正派按摩服務的女士是不會在身穿性感暴露衣服下向客人提供服務, 故此, 涉案咭片上的廣告訊息實在涉及有傷風化的不正派按摩服務, 涉案咭片因而應被視為受上述法律第 2 條第 1 款的法定定義所亦涵蓋的物品。
7. 此理解符合中級法院多個案例 (尤其是第 597/2013 , 719/2013 , 117/2014 , 200/2014 , 463/2014)。
8. 此外, 判決書又認為嫌犯沒有向途人派發, 只是將咭片散落在地上, 亦未構成第 10/78/M 號法律客觀要素。
9. 第 10/78/M 號法律第 1 條規定為犯罪之具體行為有: 標貼或陳列、擺賣或販賣、展出、派發或以其他方式作宣揚。
10. 已證事實指嫌犯將咭片散落在各娛樂場外之地上, 從中取得報酬。庭審上嫌犯自認其至被捕為止, 共散發了二百多張色情咭片。即使嫌犯沒有向途人派發, 但其具體工作是將咭片散落在特定場門外, 明顯屬於以宣揚為目的的一種行為方式。

11. 根據一直以來之司法判例(特別是上列之中級法院上訴案)，此行為符合第 10/78/M 號法律第 1 條規定之犯罪。
12. 法院在此等已證事實下認定控罪不成立明顯是在審查證據方面存有錯誤。
13. 存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項所述的瑕疵。

綜上所述，敬請中級法院認定本上訴理由成立，宣告被訴判存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項所述的瑕疵，將案件發回重審，或直接改判嫌犯上述犯罪罪名成立，並予以適當刑罰。

嫌犯 A 就檢察院所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. A 被控觸犯第 10/78/M 號法律第四條 第 1 款併合第 1 條所規定的一項「關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪」，判處罪名不成立，無罪釋放。
2. 檢察院尊敬的助理檢察長 閣下持不同見解及提起上訴，在此應予尊重及理解，但是，被上訴人並不贊同閣下的觀點。
3. 助理檢察長認為：被訴判決存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所述的瑕疵；以及
4. 卡片上的內容即使並不帶有第 2 條第 2 款 a 和 b 項所列舉的任一明顯屬色情例子的情事，仍有可能符合第 2 條第 1 款的「色情」定義。
5. 澳門刑法中的基本原則為“罪刑法定原則”或“合法性原則”載於《澳門刑法典》第一條，尤其是第三款之規定“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”。

6. 根據《基本法》第 43 條之規定，被上訴人享有與澳門居民的基本權利，也根據《基本法》第 29 條之規定“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。
7. 我們認為大多數的人對“色情”一詞是涉及個人價值判斷的問題，同時也不可避免地帶有主觀性的意思，當中意思含有“淫蕩”、“污穢的”、“下流的”、“情欲的”、“淫穢的”……，簡言之不同人有不同的主觀看法及理解。
8. 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、電影和其它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”（載於該字典第 1100 頁和第 1126 頁）。
9. 當年澳門立法會在開會審議第 10/78/M 號法律的法案時，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）。
10. 根據卷宗已證事實的三款卡片，有關女子身穿白色性感內衣及其中一款卡片的女子沒有穿著任何衣服，只用雙臂擋著乳頭的畫面。
11. 被上訴人認為相關的“圖片”從外觀上看不出具有“明確的性成份”，從而足以嚴重及帶有強度地傷害社會大眾在“性道德方面的一般情感”的情況，因此，有關內容應該被理解為不符合第 10/78/M 號法律第 2 條第 1 款所描述的情況。
12. 綜上所述，請求尊敬的中級法院法官閣下判決上訴理由不成

立，並且維持初級法院的裁決，開釋本案被上訴人。
請求中級法院法官閣下一如既往作出公正的裁決！

駐本院助理檢察長提出法律意見書，其內容如下：

2015年2月26日，初級法院判處嫌犯A觸犯1項第10/78/M號法律第4條第1款結合第1條所規定及處罰之「關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪」罪名不成立，無罪釋放。

檢察院不服初級法院上述判決而向中級法院提出上訴。

在其上訴理由中，檢察院認為涉案卡片的廣告訊息在大眾眼中均會認為是涉及不正派按摩服務，符合第10/78/M號法律第2條第1款之定義，而嫌犯A將有關卡片散落在地的行為明顯以宣揚為目的，因此認為被上訴之判決沾有“審查證據方面明顯有錯誤”之瑕疵，因而違反了《刑事訴訟法典》第400條第2款c項之規定。

對於檢察院之上訴理由，我們完全認同，認為上訴理由應成立。

一如所知，眾多司法見解就《刑事訴訟法典》第400條第2款c項所指的瑕疵作出過精辟的解讀，最近有中級法院於2015年1月29日在第854/2014號上訴案件、於2015年1月22日在第837/2014號上訴案件所作出的裁判等，讓我們不得不再表認同：

“《刑事訴訟法典》第400條第2款c項所規定的有“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵是指，對於原審法庭所認定的既證事實及未被其認定的事實，任何一個能閱讀原審合議庭裁判書內容的人士在閱讀後，按照人們日常生活的經驗法則，均會認為原審法庭對案中爭議事實的審判結果屬明顯不合理，或法院從某一被視為認定的事實中得出一個邏輯上不可被接受的結論，又或者法院在審查證據時違反了必須遵守的有關證據價值的規則或一般的經驗法則，而這種錯誤必須是顯而易見的。”

正如尊敬的助理檢察長閣下在其上訴理由中所引述的中級法院多個司法見解，當中尤以中級法院於 2014 年 3 月 20 日在第 117/2014 號上訴案件所作之裁判的觀點值得我們在此引用：

“.....

五. 在澳門社會一般大眾的眼裏，提供正派按摩服務的女士是不會在身穿內衣或泳衣下向客人提供服務，故此，涉案卡片上的廣告訊息實在涉及有傷風化的不正派按摩服務，涉案卡片因而應被視為受上述法律第 2 條第 1 款的法定定義所亦涵蓋的物品。

六. 凡於公眾地方實質散發帶有涉及符合上指法律第 2 條第 1 款法定「色情」定義的內容的印刷品者，均須承擔該法律第 4 條第 1 款所規定的刑罰。值得強調的是，罪成與否並不取決於是否有人曾提供不正派的按摩服務，而是取決於卡片上的內容是否有傷風化。”

在本具體個案中，從被上訴的判決所載的已證事實中，已清楚、客觀、詳細地描述了涉案卡片的內容，事實上，在進行實物證據審視之前，單從判決中就扣押卡片的圖像描述：“性感內衣”、“沒有穿任何衣服，只用雙臂擋著乳頭”，足以讓人感覺有關卡片的圖像跟公德與風化之背道而馳；加上對扣押卡片上的文字轉載：“按摩”、“多國美女”、“跳舞模特”、“酒店公關”等字樣，在中國傳統文化為主要組成人口的中華人民共和國澳門特別行政區境內，我們的主流社會文化和一般經驗告訴我們，涉案的卡片上所載的整體內容必然會令看到的人馬上聯想到有傷風化，有損公德的不正派按摩，甚至賣淫活動，因為至少難以明白正派的按摩服務為何需要以“美女”、“模特”、“公關”來作招徠？

必須強調，涉案卡片上所載的內容必須將文字與圖像作為一個整體去加以審查，亦不應將不同款式的卡片逐款分開來看，方不會違反公正和公義。

因此，如果在審查這些涉案的卡片時，不能將之認定為第 10/78/M 號法律第 2 條所定義的涉及色情及猥褻的物品，那就是真正

地妄顧本澳社會的實際情況，那將無可避免地違反一般經驗法則了！

必須強調，我們認為，有關應否將涉案卡片認定為第 10/78/M 號法律第 1 條及第 2 條中所定義的涉及色情及猥褻的物品的問題，係屬於事實事宜的問題，而非法律問題。

因此，我們認同檢察院在上訴理由所指，被上訴的判決是在事實事宜上沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定之“審查證據上出現明顯錯誤”的瑕疵。

至於嫌犯 A 將涉案卡片散落地上的行為是否符合第 10/78/M 號法律第 1 條之法定要件，則屬於法律適用的問題。

第 10/78/M 號法律第 1 條規定：

“第一條

(禁止)

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。

我們看見，立法者擬處罰的是宣揚涉及色情及猥褻的物品的行為，載於第 10/78/M 號法律第 1 條第 1 款之的行為僅是舉例列舉而已，否則，立法者就不會以“其他方式”作為候補的表述方式了。

本案中，卷宗中已證實嫌犯 A 是在收取報酬後，有意識地、自由地、故意地將屬於第 10/78/M 號法律第 2 條所定義的涉及色情及猥褻的物品---扣押於本案的卡片散落地上，主觀意願是要讓任何途經的人都有機會看到並知悉該等卡片中所載的內容，即涉及有傷風化，有損公德的不正派按摩，甚至賣淫活動的內容，目的顯然是為了達到宣揚或宣傳的效果。

因此，我們不得不認同檢察院的上訴理由，由於嫌犯 A 在本案中所作出的行為，無論在客觀上，抑或在主觀上均已符合第 10/78/M 號法律第 1 條之構成要件，結合考慮到行為人的罪過、行為的不法性、事實的嚴重程度，應將第 10/78/M 號法律第 1 條結合第 4 條第 1 款所規定及處罰之「關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪」歸責予嫌犯 A。

正如上述中級法院對色情定義的正確理解，在充分尊重的前提下，我們認為原審法院在認定既證事實及未被其認定的事實後，得出嫌犯 A 無觸犯第 10/78/M 號法律第 1 條結合第 4 條第 1 款所規定及處罰之「關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪」之結論，無論在事實事宜抑或法律事宜上均屬錯誤。

我們認為，被上訴判決中對上訴人 A 的行為以及扣押物的理解均完全違反澳門社會中一般人的認知和經驗法則的，存在明顯的錯誤致使一般人只要一閱讀都可以發現該錯誤，以及法律適用錯誤，故此，被上訴的判決違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項及第 1 款之規定。

綜上所述，應裁定檢察院的上訴理由成立，並根據《刑事訴訟法典》第 418 條之規定發回重審，或直接判處嫌犯林桂學以直接正犯及既遂方式觸犯 1 項第 10/78/M 號法律第 1 條結合第 4 條第 1 款所規定及處罰之「關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪」。

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：

- 2015 年 2 月 5 日 19 時 00 分，警員巡經友誼大馬路海景花園時，目睹一名男子 A (本案嫌犯) 將咭片掉在地上，警員立即對嫌犯進行截查，期間發現嫌犯隨身的藍色背包內盛載著大量印有性感女子圖案之咭片及少量現金。
- 在治安警察局第三警務警司處，警員得到嫌犯 A 口頭同意，並尊重他本人尊嚴情況下，對嫌犯及他的隨身物品進行搜查程序，發現有 1614 張咭片，連同其掉在地上的 1 張，合共有 1615 張咭片。
- 在治安警察局第三警務警司處，警員對上述 1615 張咭片作出檢查，發現共有三種式樣的咭片 (參閱卷宗第 4 頁)，且印有以下內容：
- 第一款咭片式樣如下：一面印有壹名年約 20 多歲，身穿深啡色性感內衣的不知名外籍女子，及印有以下字句：【一路发按摩中心，本公司：日本、韩国、大陆、护士、酒店公关、跳舞模特、欧美等多国美女、联络电话：63XXXXXX】；另一面印有兩名年約 20 多歲，均身穿白色性感內衣的不知名外籍女子，及印有以下字句：【24 小时上酒店服务，联络电话：

63XXXXXX】，合共 581 張。

- 第二款咭片式樣如下：一面印有壹名年約 20 多歲，身穿藍色性感內衣的不知名亞洲籍女子，及印有以下字句：【幸运星按摩中心，本公司：日本、韩国、大陆、护士、酒店公关、跳舞模特、欧美等多国美女、联络电话：62XXXXXX】；另一面印有兩名女子，一名年約 20 多歲身穿紫色性感內衣的不知名外籍女子，另一名年約 20 多歲身穿白色性感內衣的不知名亞洲籍女子，及印有以下字句：【24 小时上酒店服务，联络电话：62XXXXXX】，合共 744 張。
- 第三款咭片式樣如下：一面印有壹名年約 20 多歲，身穿淺啡色性感內衣的不知名亞洲籍女子，及印有以下字句：【星际娱乐会所，本公司：日本、韩国、大陆、护士、酒店公关、跳舞模特、欧美等多国美女、联络电话：62XXXXXX】；另一面印有兩名年約 20 多歲之不知名亞洲籍女子、一名身穿白色性感內衣，另一名沒有穿著任何衣服，只用雙臂擋著乳頭，及印有以下字句：【24 小时上酒店服务，联络电话：62XXXXXX】，合共 290 張。
- 嫌犯數天前在國內期間透過互聯網而被人聘用來澳門派發咭片，經聯絡後，於 2015 年 2 月 5 日約 18 時 00 分，嫌犯在蘭桂芳酒店外接觸到一名不知名男子，該男子告知其工作是將咭片散落在各娛樂場外之地上，且於 8 小時後返回蘭桂芳酒店外時，便會給予其港幣伍佰元作報酬，嫌犯答應該名男子，該名男子便將有關之咭片交給嫌犯後便離去不知所蹤，其後，嫌犯便在蘭桂芳酒店附近開始散落有關之咭片，直至被警員截獲。
- 同時，亦證實：
- 嫌犯具高中畢業的學歷，無業，無需供養任何人。

- 根據刑事紀錄證明，嫌犯為初犯。
- 未獲證實的事實，沒有。

三.法律部份：

上訴人在上訴中雖然提出了事實審的瑕疵的問題，實際上是涉及上訴人將卡片拋於地上的行為是否違反 10/78/M 號法律的罪名，提出的是一個法律問題，其中心在於上訴人所拋的咭片是否含有屬色情內容和猥褻物品，使人聯想到傷風化，有損公德的不正派按摩甚或賣淫活動，既是否符合一項第 10/78/M 號法律第 2 條色情定義。

對此類案件的審理，中級法院明顯有兩個完全相反的理解，分別對此問題給出了“是”與“否”的答案。而在本案中，合議庭大多數意見維持最近在 2014 年 3 月 20 日所作的 117/2014 號上訴案的司法見解，其中包括上訴人所說的拋撒的行為屬於 10/78/M 號法律第 1 條第 1 款所規定的“其他方式作宣傳”的行為的理解：

“按照此第 1 款的法律定義的行文，凡第 1 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。

據此，涉案卡片上的內容即使並不帶有第 2 條第 2 款 a 和 b 項所列舉的任一明顯屬色情例子的情事，仍有可能符合第 2 條第 1 款的「色情」定義。

第 1 條所指的物品或工具中，就包括任何印刷品。

涉案卡片明顯屬印刷品。

現須分析卡片上的內容是否有損公德或有傷風化。如有的話，便屬涉及具色情內容的物品。

涉案的三款卡片均印有年約二十多歲且身穿內衣或泳衣的女子的

相片，也印有聯絡電話號碼，此外，亦印有涉及按摩和 24 小時上門服務的字眼。

相片屬形象的一種。

上述相片，再結合按摩和 24 小時上門服務的言詞和卡片上的聯絡電話號碼，便實質構成了有關以電召方式於任何時間由年輕且身穿內衣或泳衣的女子上門提供按摩服務的廣告。

本院深信，在澳門社會一般大眾的眼裏，提供正派按摩服務的女士是不會在身穿內衣或泳衣下向客人提供服務，故此，涉案卡片上的廣告訊息實在涉及有傷風化的不正派按摩服務。

涉案卡片因而理應被視為受上述法律第 2 條第 1 款的法定定義所亦涵蓋的物品。

凡於公眾地方實質散發帶有涉及符合上指第 2 條第 1 款法定「色情」定義的內容的印刷品者，均須承擔第 4 條第 1 款所規定的刑罰。

而值得強調的是，罪成與否並不取決於是否有人曾提供不正派的按摩服務，而是取決於卡片上的內容是否有傷風化。

換言之，上訴人真的犯下了上述原被檢察院指控的罪名。”

很明顯，本案所涉及各種卡片是印有衣着性感暴露且帶有挑逗性動作及神態的年輕美女照片並用於宣傳隱含“性服務”的按摩的卡片單張，具有色情的內容。

因此，嫌犯的行為觸犯了第 10/78/M 號法律的罪名，應該予以懲罰，原審法院的定罪應該予以廢止，並在保護嫌犯兩個審級的原則下以及在判處嫌犯有罪的基礎上，對嫌犯作出具體的量刑。

因此，檢察院上訴理由成立。

四.決定：

綜上所述，中級法院合議庭裁定檢察院的上訴理由成立，廢止原無罪判決，並在保護嫌犯兩個審級的原則下以及在判處嫌犯有罪的基礎上，對嫌犯作出具體的量刑。

由嫌犯支付訴訟費用以及 5 個計算單位的司法費。

確定委任辯護人的費用為 1500 澳門元，由上訴人支付。

澳門特別行政區，2015 年 5 月 28 日

蔡武彬

陳廣勝

José Maria Dias Azedo

(Vencido. Dou como reproduzido
o entendimento que assumi no Ac.
de 09.10.2014, Proc. n.º 479/2014)