

編號：第 633/2015 號 (刑事上訴案)

上訴人：檢察院

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 633/2015 號 (刑事上訴案)

上訴人：檢察院

日期：2016 年 2 月 4 日

一、案情敘述

於 2015 年 5 月 19 日，嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR4-15-0118-PCS 號卷宗內被指控以直接正犯及既遂形式觸犯三項第 10/78/M 號法律第 1 條第 1 款、第 2 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』，被判處罪名不成立，無罪開釋。

檢察院不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結論部分）：

1. 被訴判決書內就開釋嫌犯之理由，主要是有關的咭片及宣傳單張未符合該第 10/78/M 號法律所指的色情及猥褻定義，所以客觀歸責要素不成立，因此，應被判處罪名不成立。
2. 在這問題上，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. 本案例問題的關鍵在於涉案咭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，再考慮相關的地點、社會風俗、人文價值觀及多數人普遍認同的性道德觀念。

4. 按照現時大部分的司法見解，涉案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，仍可符合第 2 條第 1 款的「色情」定義。
5. 本院亦認為並非所有身穿內衣的性感女性照片都應被定義為色情或猥褻物品，如在時裝雜誌上的模特兒相片、博物館內的藝術畫像等，因其特定的外在環境因素，並不會使一般觀賞者聯想到性愛行為，所以並不會被定義為色情或猥褻物品。
6. 本案涉案的咭片上印有年輕且身穿性感內衣褲、神情挑逗的女子相片，也印有聯絡電話號碼，還印有“日韓美女、24 小時上門服務”、“本公司聚集中、日、韓、歐美、黑珍珠、新馬、越南、泰國等各國佳麗，另有港澳台住家少婦、良家少女任君選擇”、“18-28 歲清純美女、羸”、“漂亮女郎服務特別、技術一流包你滿意、24 小時上門服務”、“財神寶貝”等字句，自然會令人聯想到此乃隱含“性交易服務或賣淫活動”的宣傳。
7. 而在澳門社會一般大眾的眼裡，任何提供正派服務的女士都不會在身穿性感暴露衣服下向客人提供服務的，故此，涉案咭片上的廣告訊息實在涉及有傷風化的不正派服務；有關咭片的意識大膽，將咭片宣揚會助長猥褻之情慾和淫邪的風氣，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。

8. 因此，本案涉案咭片符合了第 10/78/M 號法律第 2 條規定之色情定義，此理解亦符合中級法院多個案例(尤其是第 597/2014，719/2013，117/2014，200/2014，463/2014)。
9. 被上訴之裁判違反了一般經驗和常理，因此，涉案咭片應被視為屬於色情或猥褻的物品及符合法律規範的公開展示的客觀要素，從而判處嫌犯觸犯的一項第 10/ 78/M 號法律第 1 條結合第 4 條第 1 款所規定及處罰的「關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪」罪名成立。

綜上所述，被上訴之裁判違反了一般經驗和常理，敬請中級法院認定本上訴理由成立，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。

請中級法院法官閣下作出公正裁決！

嫌犯 A 對檢察院的上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 原審法院所認定的事實是通過其自由審理證據並形成心證而得出的結論，不存在任何矛盾或不相容之地方，因此，原審判決並沒有沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b) 項所規定的瑕疵。
2. 原審判決中對被上訴人的行為以及有關扣押物的理解是完全符合澳門社會中一般人的認知和經驗法則的，並無存在明顯的錯誤致使一般人只要一經閱讀都可以發現該錯誤，故此，原審判決亦沒有沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項所規定的瑕疵。
3. 綜上所述，被上訴人認為應裁定上訴人的上訴理由全部不

成立，上訴應予以駁回。
請求一如既往公正裁判！

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. 2013 年 4 月 1 日晚上 7 時開始，嫌犯 A 在本澳從事派發色情咭片活動，嫌犯從澳門 XX 巷 XX 豪庭 XX 閣 XX 樓 XX 室單位內提取約 500 張色情咭片，之後，到各大娛樂場附近的街道派發色情單張。
2. 2013 年 4 月 2 日晚上 9 時 10 分，治安警察局警員 B 及 C 巡經 XX 大馬路近 XX 酒店附近，發現嫌犯不斷將色情咭片派發予途人及將色情咭片散發在地上，於是對嫌犯進行調查，警員在嫌犯所攜帶的斜揸袋內搜獲合共 288 張色情咭片。
3. 警員在嫌犯身上搜獲一部黑色手提電話、現金港幣 1,000 元、人民幣 200 元。
4. 上述咭片有四種式樣：
5. 第一種式樣：一面印有一名身穿紅色衣著，年約 20 至 30

歲的不知名東亞裔女子的相片、聯絡電話：6XXXXXX15 及印有字句“日韓美女、24 小時上門服務、本公司匯集中、日、韓、歐美、黑珍珠、新馬、越南、泰國等各國佳麗，另有港澳台住家少婦、良家少女任君選擇。”；另一面印有一名女子，年約 20 至 30 歲的不知名東亞裔女子的相片、聯絡電話：6XXXXXX05 及印有字句“18-28 歲清純美女、贏”。

6. 第二種式樣：一面印有一名身穿藍色泳衣，年約 20 至 30 歲的不知名東亞裔女子的相片、聯絡電話：6XXXXXX98 及印有字句“本公司匯集中、日、韓、歐美、黑珍珠、新馬、越南、泰國等各國佳麗，另有港澳台住家少婦、良家少女任君選擇。”；另一面印有一名女子，年約 20 至 30 歲的不知名外籍女子的相片、聯絡電話：6XXXXXX70 及印有字句“漂亮女郎服務特別、技術一流包您滿意、24 小時上門服務”。
7. 第三種式樣：一面印有一名身穿紅色泳衣，年約 20 至 30 歲的不知名東亞裔女子的相片及另一名身穿性感藍色泳衣，年約 20 至 30 歲的不知名外籍女子的相片、聯絡電話：6XXXXXX71 及印有字句“財神寶貝”；另一面印有一名女子，年約 20 至 30 歲的不知名東亞裔女子的相片、聯絡電話：6XXXXXX64 及印有字句“本公司匯集中、日、韓、歐美、黑珍珠、新馬、越南、泰國等各國佳麗，另有港澳台住家少婦、良家少女任君選擇、18-28 歲清純美女。
8. 第四種式樣：一面印有一名身穿紫色泳衣，年約 20 至 30 歲的不知名東亞裔女子的相片及另一名身穿白色性感內

衣，年約 20 至 30 歲的不知名外籍女子的相片、聯絡電話：6XXXXXX71 及印有字句“本公司匯集中、日、韓、歐美、黑珍珠、新馬、越南、泰國等各國佳麗，另有港澳台住家少婦、良家少女任君選擇”；另一面印有一名身穿藍色內衣，年約 20 至 30 歲的不知名東亞裔女子的相片及另一名身穿紅色性感衣著，年約 20 至 30 歲的不知名外籍女子的相片、聯絡電話：6XXXXXX46 及印有字句“漂亮女郎服務特別、技術一流包您滿意、24 小時上門服務、18-28 歲清純美女”。另外，還證明下列事實：

9. 卡片及單張內並沒有提及可提供性服務的字眼。
10. 上述卡片及單張並非屬色情卡片及單張。
11. 根據刑事紀錄證明，嫌犯為初犯。

未經證明之事實：

1. 透過咭片內印有的相片及文字所描述，令人聯想到憑著該咭片上的聯絡電話撥號，可尋找到咭片上所載的女性以提供性服務，有理由相信咭片是進行賣淫活動，有損害公德和風化。
2. 嫌犯清楚知道上述咭片的內容及性質。
3. 嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，明知有關的咭片含有色情及猥褻的內容，是有損公德及有傷風化的印刷品，仍然故意將色情咭片在公眾地方向途人派發及以散落在地上的方式作出展示及宣揚。
4. 嫌犯清楚知道其行為是法律不容許的，且會受到法律的制裁。

5. 沒有重要之事實有待證明。

三、法律方面

檢察院提起的上訴涉及下列問題：

- 「有損公德或有傷風化」的範圍

檢察院認為原審開釋判決錯誤適用「色情」及「猥褻」的概念，因而存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所規定的違反法律的瑕疵。

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。

由於本案的嫌犯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，嫌犯在路上向途人派發咭片，咭片上印有“日韓美女、24 小時上門服務、本公司匯集中、日、韓、歐美、黑珍珠、新馬、越南、泰國等各國佳麗，另有港澳台住家少婦、良家少女任君選擇”、“18-28 歲清純美女”等字眼。

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。

但是，正如原審法官所認定：

“本案被扣押的卡片上印有美女圖案及電話號碼，但從一般經驗法則，確實未能帶出“明確的性成分內容”，極其量，只能夠顯示存在按摩服務的宣傳。

事實上，也排除有不法分子會以按摩服務為名堂而從事性交易服務。但這必須由控方舉證，不能夠貿然單憑卡片或單張上印有性感圖案而推定為從事不道德的性交易服務。

因此，未能認定本案被扣押的卡片及單張具有色情的內容。”。

因為，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

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

故此，檢察院的上訴理由並不成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定檢察院的上訴理由不成立，維持原審開釋判決。

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)

(不同意大多數意見，仍維持本人在
2015 年 7 月 28 日第 625/2015 號卷宗
所持的見解)

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。”