

(譯本)

司法裁判的理由說明
既遂的淫媒罪
《刑法典》第 163 條

摘要

一、人們期望在以民主價值為指導的刑事訴訟制度中，裁判之約束力不僅來自作出裁判者的權威，而且來自其合理性，在這個領域中，理由說明發揮核心作用。但是，必須在有關判決理由說明的規定的範圍內（例如《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款，第 356 條第 1 款及《刑法典》第 65 條第 3 款）排除一種極端觀點。

二、實際作出賣淫或重要性慾行為，對於符合《刑法典》第 163 條規定基本罪狀的既遂淫媒罪罪狀是重要的。

2003 年 10 月 23 日合議庭裁判書
第 201/2003 號案件
裁判書製作法官：陳廣勝

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

一、甲，身份資料載於卷宗，在初級法院第四庭 PCC-037-03-4 號合議庭普通程序中受審。最後，該庭 2003 年 7 月 29 日作出的合議庭裁判判其以直接正犯及既遂形式觸犯《刑法典》第 163 條及第 164 條規定及處罰的一項加重淫媒罪，處以 2 年 6 個月徒刑；以直接正犯及既遂形式觸犯《刑法典》第 248 條第 1 款規定及處罰的一項取去文件罪，處以 7 個月徒刑。數罪並罰，處以獨一刑罰 2 年 9 個月實際徒刑 — 見該裁判所載的下列內容：

“[...]

II—事實

1. 經案件辯論，下述事實已獲證實：

一

在未查明之日起，嫌犯甲透過一名綽號為“乙”的人士，告知被害人丙可介紹其在澳門從事舞小姐及賣淫工作，並提供居所；但被害人必須向嫌犯甲支付 2 萬元（沒有指明是何種貨幣）之介紹費。

二

在 2002 年 12 月 8 日 20 時，被害人丙持中國護照從拱北口岸進入澳門，致電 XXX 聯絡嫌犯甲，並於稍後到達後者位於[地址(1)]之住所。

三

同日晚上十時，嫌犯甲著“丁”帶被害人丙到 XXX 桑拿，以從事上指之活動。

四

翌日凌晨零時，被害人丙返回上述住所，並向嫌犯甲表示其不欲在上述桑拿工作及從事賣淫活動。

五

嫌犯甲立即扣留被害人丙之中國護照，並以嚴厲及正式的語氣要求被害人必須選擇在上指地點從事賣淫工作或立即交出“介紹費”2 萬元（沒有說明何種貨幣），否則，會撕掉其護照。

六

被害人丙恐怕其護照被撕掉，同時又沒法並出 2 萬元的現金，便被迫答應嫌犯甲之要求，到 XXX 桑拿工作及進行賣淫活動。

七

然而，於 2002 年 12 月 9 日早上十時，被害人丙藉口“肚餓”離開上址並到治安警察局求助。

八

隨即，警員在嫌犯甲住所內搜出被害人丙的中國護照（見卷宗第 5 頁之搜查及扣押筆錄）。

九

嫌犯甲以欺詐之計謀及威脅的手段，利用被害人為非本地居民之身份，使被害人從事賣淫及重要性慾行為，以圖為自己取得金錢上的利益。

十

為使自己獲得不正當利益，嫌犯甲使用威脅手段強迫被害人支付所謂“介紹費”，但嫌犯明知其沒有法律義務交付有關之金錢。

十一

嫌犯甲更明知不可扣留被害人之旅遊證件強迫其作出行為，意圖為自己取得不法利益。

十二

嫌犯甲是在自由、自願及故意的情況下作出上述行為。

十三

嫌犯甲清楚知道其行為是法律所禁止及處罰的。

嫌犯無自認作出不法事實。

每月收入約澳門幣 15,000 元，需負擔母親及未成年女兒，中學學歷。

附於卷宗的刑事記錄證明無犯罪記錄。

2.無待證事實。

3.法院的心證基於卷宗所載證據，基於嫌犯及證人丙及戊聲明的批判性及比較性分析，有關聲明按照澳門《刑事訴訟法典》第 253 條作出，並在聽證中宣讀，以及被詢問的證人證詞。

III—刑事法律定性

應當分析事實及適用法律。

澳門《刑法典》第 163 條規定：“乘他人被遺棄或陷於困厄之狀況，促成、幫助或便利他人從事賣淫或為重要性慾行為，並以此為生活方式或意圖營利者，處一年至五年徒刑。”

澳門《刑法典》第 164 條規定：“在上條所指之情況下，如行為人使用暴力、嚴重威脅、奸計或欺詐計策，又或利用被害人精神上之無能力，則處二年至八年徒刑。”

澳門《刑法典》第 215 條第 1 款規定：“意圖為自己或第三人不正當得利，而以暴力、或以重大惡害相威脅等手段，強迫他人作出使該人或別人有所損失之財產處分者，處二年至八年徒刑。”

7 月 30 日第 6/98/M 號法律第 6 條規定：“凡扣留他人的身分或旅遊證件，意圖為自己或他人取得不法利益，或對他人造成損害或強迫他人作為或不作為或容忍某種活動者，處一至五年徒刑。”

從查明的事實中，毫無疑問：嫌犯只觸犯一項加重淫媒罪以及一項取去文件罪。

關於勒索罪，法院在分析確鑿的事實整體並且相應地納入適用的刑法後，認為嫌犯只觸犯一項加重淫媒罪，因為在作出行為時。其唯一的犯罪決意是強迫受害人從事賣淫活動，使用暴力只

是為了收回 2 萬元，作為脅迫手段達到這個目的。

因此，勒索罪應當被加重淫媒罪所吸收，因為嫌犯的行為儘管符合前述兩項犯罪罪狀，但是兩者之間存在特別關係。因此，按照特別法部分廢止一般法的原則，只應當適用專門化的罪狀，即加重淫媒罪罪狀。

關於指控嫌犯的扣留文件罪，法院認為嫌犯沒有觸犯被指控的第 6/97/M 號法律第 6 條規定及處罰的不當扣留文件罪，因為沒有證實在有組織犯罪範疇內作出行為，這是適用特別法部分廢止一般法的前提（參閱本中級法院的 2000 年 7 月 13 日合議庭裁判，載於《裁判匯編》第 2 卷，第 175 頁）。

因此，嫌犯的不法行為應當納入現行《刑法典》範疇，即觸犯澳門《刑法典》第 248 條第 1 款規定及處罰的一項取去文件罪，具備了該罪法定罪狀主客觀要素。

該條第 1 款規定：“意圖造成他人或本地區有所損失，又或意圖為自己或他人獲得不正當利益，而將不得處分、不得單獨處分、或將他人得依法要求交付或出示之文件或技術註記，加以毀滅、損壞、隱藏、取去或留置，又或使之失去效用或消失者，處最高三年徒刑或科罰金。”

根據澳門《刑事訴訟法典》第 339 條，容許這種法律定性之變換，因為不屬事實的任何實質變更，且抽象的刑罰幅度本身較低。

確定罪狀並審查了刑罰幅度後，現在必須查明刑罰的具體幅度。

根據澳門《刑法典》第 65 條，刑罰份量之確定須按照行為人之罪過及預防犯罪之要求，在法律所定之限度內為之。尤須考慮下列情節：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；故意或過失之嚴重程度；在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；行為人之個人狀況及經濟狀況；作出事實之前及之後之行為，以及查明的其他情節。

嫌犯是初犯，但未自認事實。

因此，加重淫媒罪判處 2 年 6 個月徒刑，取去文件罪判處 7 個月徒刑是公正的。

數罪並罰，判處 2 年 9 個月徒刑。

俱經檢閱，應予裁判。

IV—決定

據上所述並以此為據，判控訴部分成立。作出控罪變換後，法院開釋嫌犯甲被控訴的勒索罪；判其作為直接正犯以既遂形式觸犯澳門《刑法典》第 163 條及第 164 條規定及處罰的一項加重淫媒罪，處以 2 年 6 個月徒刑；以直接正犯及既遂形式觸犯澳門《刑法典》第 248 條第 1 款規定及處罰的一項取去文件罪，處以 7 個月徒刑。

數罪並罰，判處嫌犯獨一總刑 2 年 9 個月徒刑。

將被扣押物品（第 228 頁背頁）交還其正當所有權人。

還判令嫌犯繳納 3 個計算單位的司法費及訴訟費用，並依照 8 月 17 日第 6/98/M 號法律第 24 條之規定繳納澳門幣 500 元。

[...]”；（參閱卷宗第 258 頁至第 261 頁內容原文）。

二、獲通知該裁判後，嫌犯向本中級法院提起上訴，理由闡述結論如下：

“[...]

1. 本卷宗針對原審法院合議庭裁判提起，該裁判判其以直接正犯及既遂形式觸犯《刑法典》第 163 條及第 164 條規定及處罰的一項加重淫媒罪，處以 2 年 6 個月徒刑；以直接正犯及既遂形式觸犯《刑法典》第 248 條第 1 款規定及處罰的一項取去文件罪，處以 7 個月徒刑。數罪並罰，處以獨一刑罰 2 年 9 個月實際徒刑；

2. 上訴人指責原判存有獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵及證據審查中的明顯錯誤 — 參閱《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項及 c 項 — 以及法律上的錯誤；

3.經簡略研究原判據以認定存在加重淫媒罪要素的事實，使我們可以得出結論認為，上訴人因一項未作出的犯罪，被以直接正犯及既遂形式處罰；

4.確實，受害人從來沒有在桑拿工作過，也從來沒有從事過賣淫或任何重要性慾行為，按照“不希望”一詞的過去式，可以如此理解；

5.在使用邏輯推理過程中，從視為獲證實的事實中得出一項不合理、不合邏輯、任意擅斷或明顯違反一般經驗法則的結論，就存在著明顯錯誤；

6.查明的事實不足以支持判處現上訴人觸犯既遂的加重淫媒罪；

7.視為確鑿的只是現上訴人利用他人陷於困厄之狀況，試圖促成、幫助或便利他人賣淫；

8.澳門《刑法典》第 21 條第 1 款以“犯罪未遂”為標題規定：“行為人作出 — 已決定實施之犯罪之實行行為，但犯罪未至既遂者，為犯罪未遂。”

9.簡而言之，現上訴人應被判處以未遂形式觸犯普通淫媒罪，因為澳門《刑法典》第 164 條規定及處罰的犯罪罪狀要素尚不具體符合，相應地應降低數罪並罰中科處的刑罰份量；

10.原判在此部分存有證據審查中的明顯錯誤之瑕疵，該瑕疵出自獲證明事實的錯誤定性及法律納入；

11.綜上所述，我們可以認為鑑於獲證明的事實，即刻開釋現上訴人的既遂加重淫媒罪並根據《刑法典》第 163 條，第 21 條及第 22 條判處對其更有利的犯罪，即未遂淫媒罪是充分及適當的；

12.因此，根據《刑法典》第 22 條第 2 款及第 67 條，判處不超過一年徒刑，並在認為與犯罪事實相適應的期間內暫緩執行是適當的；

13.理由闡述必要性之最初特徵是，它構成免受法官權力任意妄為之害的一種保障，希望使法律適用中司法職能行使之合理化。隨著證據自由審查原則或自由證據制度在各法律秩序之證據範疇中被規定下來，這個保障或控制功能得到進一步加強。

14.理由說明藉提供一項‘合乎邏輯的’、‘有理由的’、及‘可說明依據的’裁判而達成目的，對於因主觀性可引發的任意或非理性方面產生減輕效果。

15.一方面，只有具體列舉獲證實的及未獲證實的事實方可保障在此領域內作為任何嗣後控制措施前提的司法安全性及確定性，另一方面，儘管扼要但盡可能完整闡述理由，是真正的事實上及法律上理由說明，便於上級法院對裁判作邏輯推理審查並鞏固據此確保最大透明度之司法可信性；

16.學說中一致認為，簡單列舉辯論審判聽證中的調查證據之方式不能滿足這種理由說明之要求；

17.因此澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款要求形成的心證須有一項合理的理由闡述；

18.要求判決中指明事實事宜及法律事宜中法官的理由闡述，以便上級法院可以審查裁判的合法性；

19.原判在此點上是一份失衡的文書，顯示明顯不充分的理由闡述；

20.在諸如本案的程序中，要求在獲證明的事實作出刑事法律定性時謹慎行事，分析控訴書歸責於現上訴人的兩種法定罪狀，確定其適用範圍和要件，嗣後面對著獲證明的事實，比較這種要件是否符合；

21.但應注意，原判卻漠視了絕對必要的手續：導致對於嫌犯判處各項犯罪的法律理由；

22.根據澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 a 項及第 105 條第 1 款，這種瑕疵引致判決無效；

23.宣告該行為無效的效果是重新作出該行為 — 澳門《刑事訴訟法典》第 109 條第 2 款；

24.原審法院沒有對於調查的證據作出必要的批判性分析，這導致明顯不充分的法律上理由說明；

25.原判未提及科處的制裁份量及選擇的依據。不存在哪怕扼要的理由闡述，絕對欠缺理由說明；

26.除了這些不可克服的瑕疵，原判沒有具體指明主導對於上訴人被判處的各項犯罪科處的刑罰之選擇及其份量的依據，這構成澳門《刑事訴訟法典》第 356 條第 1 款的不當情事；

27.原審法院的遺漏，造成不能就裁判中如何衡量下述要素作出批判性判斷：行為人罪過、預防犯罪的要求、不法程度、實行方式、後果嚴重性、對被要求須負之義務的違反程度、故意的強烈程度、表露的情感、犯罪之目的與動機、個人及經濟狀況，犯罪前後的行為以及查明的其他情節；

28.上訴人則認為緩刑的法定前提均已具備；

29. “永遠應當認為，徒刑，尤其短期刑罰 — 具有極有害的效果，因此，只有大大超越這種惡害的理由，法官方可援用以支持不使用第 86 條賦予的權力”（Eduardo Correia：《Direito Criminal》，第 2 卷，重印本，Almedina，2000 年，第 394 頁）；

30. “無人不承認，矯正型的徒刑以其服刑方式，不能遏制、教育、威嚇，而是貶低、墜落、污染。這是一種真正的道德淪喪的實習過程。因此必須少用這一刑罰，以免在衝動或脆弱的時刻初次犯法的犯罪者，即以前未被科處刑罰者，接觸到監獄之中的卑鄙小人，並無論在身體上還是在精神上均身陷於一個惡劣的環境之中”。

“有條件的判刑不過是以懲罰及預防的效力，而作為一種刑罰而運作。

實際上，經查明事實及科處刑罰，行為人永遠清醒地意識到（犯罪）事實應得之譴責，將在現在已經具體並因此更為鮮明的判刑之威嚇下生活”（同上書，第 396 頁至第 397 頁）

31.上訴人被判處 2 年 9 個月徒刑，面對 i)無犯罪前科；ii)犯罪人是初犯；iii)其家庭狀況，因需負擔重病的母親及未成年女兒，現在兩人都被遺棄在中國內地 — 皆因現上訴人是家庭的唯一財務支持，應當期望緩刑；

32.故現上訴人認為《刑法典》第 48 條被違反；

33.在本上訴中，根據《刑法典》第 64 條規定的一般原則，完全沒有理由將上訴人從他穩定紮根的、以其工作為之作出貢獻的社會中移除，並切斷他的家庭聯繫，使之與從精神上和物質上寄託於他的母親及兩個未成年女兒的情感生活中分離。

因此，[...]，應當判本上訴理由成立，廢止原判，只判現上訴人觸犯未遂淫媒罪，處以不超過 1 年徒刑，在視為適當的期間內暫緩執行；並開釋現上訴人觸犯的未遂加重淫媒罪，或因無理由說明而撤銷該裁判。

[...]”（見卷宗第 282 頁至第 288 頁原文）。

三、駐上訴法院檢察院作出反駁性陳述，其結論如下：

“[...]

1.犯罪之定性及法律納入（現上訴標的）是澳門《刑法典》第 163 條及第 164 條規定及處罰的未遂加重淫媒罪。

2.淫媒罪未能實現，故定性為未遂淫媒罪，因為受害人尚未開始從事任何賣淫活動。

3.定性為加重淫媒罪，是因為獲證明之事實符合該罪全部法定要件。

4.原判無獲證明之事實事宜不足以支持裁判之瑕疵。因欠缺犯罪實現方式，不必然意味獲證明之事實事宜不足以支持裁判，因為在此具備適當法律裁判必需的獲證明之事實。

5.只要原判中獲證明之事實相互兼容，未從視為獲證明的事實中得出一項邏輯上不可接受的結論，原判無證據審查中的錯誤的瑕疵。

6.如存在裁判依據之事實事宜及法律事宜（獲證實事實之法律框架）之理由闡述，原判有充分的理由說明。

7.按照司法見解，澳門刑事訴訟法不同於葡國刑事訴訟法或澳門民事訴訟法，不要求證據之批判性審查，即不要求法院批判性審查證據。

8.當合議庭查明具體刑罰，考慮了澳門《刑法典》第 65 條要求的全部情節，並在有關判決中表明之，就不應認為欠缺現上訴人被歸責之犯罪刑罰份量之理由說明。

9.因上訴人之淫媒罪以未遂方式實施，應認為其有減輕刑罰的後果。

10.根據澳門《刑法典》第 163 條、第 164 條、第 22 條第 2 款、第 66 條及第 67 條，我們認為此罪具體量刑不宜低於 1 年徒刑。

11.上訴人是初犯，需負擔母親及未成年女兒，這形成有利於上訴人之社會預測，給出融入社會之特別預防的正面考量。

12.上訴人未向司法當局自認事實、並顧及罪狀，犯罪性質，犯罪實行方式及澳門社會現實，我們相信上訴人不齊備犯罪一般預防之要求。

13.即使滿足融入社會之特別預防之要求，只要不滿足犯罪譴責及一般預防之需要，也不應命令採用緩刑制度，同樣不可緩刑。

因此，認為上訴理由部分成立，將既遂加重淫媒罪變換為未遂淫媒罪，面對前述犯罪變換，建議減刑，但我們的意見是維持實際刑。

[...]”（參閱卷宗第 298 頁背頁至 299 頁背頁原文）。

四、卷宗上呈本中級法院，助理檢察長在檢閱範疇內作出有權限的意見書，主張上訴理由部分成立（參閱卷宗第 308 頁至第 309 頁背頁）。

五、隨後作出了初步審查，法定檢閱已畢。根據《刑事訴訟法典》第 414 條，適時舉行了審判聽證。

六、因為不存障礙，應對上訴作出裁判。

七、為此效果，應當事先指出，本中級法院作為上訴法院，在解決上訴人實質提出的，並由作為上訴標的之上訴理由闡述結論界定的下列具體問題時（我們按其重要性為序重新排列），只有義務對這些問題作裁判，而不必審理上訴人據以支持其主張成立而陳述的全部論據或理由（在此意義上，參閱本中級法院下列刑事案件中的合議庭裁判：第 186/2003 號案件的 2003 年 9 月 25 日合議庭裁判、第 125/2002 號案件的 2002 年 7 月 18 日合議庭裁判、第 242/2001 號案件的 2002 年 6 月 20 日合議庭裁判、第 84/2002 號案件的 2002 年 5 月 30 日合議庭裁判、第 63/2001 號案件的 2001 年 5 月 17 日合議庭裁判及第 130/2000 號案件的 2000 年 12 月 7 日合議庭裁判）。

—1) 關於違反《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款，第 356 條第 1 款而引致合議庭裁判無效（尤其因為該裁判沒有就嫌犯被判處之每一項犯罪的事實 — 法律上的理由闡述，調查的證據之批判性分析，刑罰的選擇及科處的制裁份量等作出充分的理由說明）；

—2) 關於證據審查中的明顯錯誤；

—3) 關於獲證明的事實事宜不足以支持裁判；

—4) 關於將加重淫媒罪變換為未遂普通淫媒罪，相應地降低數罪並罰得出的獨一刑罰；

—5) 因未予緩刑而違反《刑法典》第 48 條。

八、具體審理如下：

關於前述第一個問題，應當首先重溫我們在本中級法院第 106/2003 號刑事上訴案件的 2003 年 6 月 26 日中已經闡述的下列考慮，因為它也適用於本案：

“[...]

— 人們期望在以民主價值為指導的刑事訴訟制度中，裁判之約束力不僅來自作出裁判者的權威，而且來自其合理性，在這個領域中理由說明發揮基本的作用。

— 但是，必須在有關判決理由說明的規定的範圍內，排除一種極端觀點：在大多數案件中，只需指明獲證實及未獲證實的事實，就足以構成理由說明，只有不是直接及即刻將事實納入適用的法律中時，才要求對論證既定法律解決辦法的其他考慮展開論述。”

經閱讀有關合議庭裁判，容易發現該裁判包含了上訴人援用的司法裁判理由說明要求方面法條所要求的全部要件 — 無論是列舉獲證實的及未獲證實的事實，闡述事實上或法律上的理由，還是指明用於形成心證的證據，因此現被爭執的裁判儘管扼要但依法作了理由說明。

事實上，我們認為，在司法裁判理由說明範疇內，在現在有關的《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款、第 356 條第 1 款及《刑法典》第 65 條第 3 款規範之解釋及適用中，應排除一種極端主義觀點。因此，上訴在此部分不能成功。

我們現在審理第二個問題。按照卷宗所載的資料以及其中產生的資料分析原判認為確定的事實事宜後，我們認為原審法院在證據審查中無任何明顯錯誤，因為看不到違反人類生活經驗法則或者在該司法任務範圍內有效的職業準則，因此，此部分上訴理由也不成立。

關於前述第三個問題，經仔細閱讀原判文本中關於視為獲證明及未獲證明的事實部分，並將其與歸根結底（顯然並當然在對上訴人不利的一切方面），由公訴書描述及歸責的事實事宜界定的訴訟標的相對照（公訴書中文原件載於卷宗第 201 頁至第 202 頁背頁，葡文譯本載於第 244 頁至第 245 頁），應當認定原審法院已經調查了全部訴訟標的，其中不留任何漏洞，因此根本不能說存在著《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定的獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵，因此，應當判定此點上的上訴理由不成立（因為本案中至多只存在著事實的法律定性方面的審判錯誤，見下文之研究）。

然而，關於前述界定的第四項問題，應當即刻在此採納助理檢察長在意見書審慎闡述的精闢及公正的分析，內容如下：

上訴人認為，面對著的獲證明之事實，她不應當被判作以既遂形式觸犯《刑法典》第 163 條及第 164 條規定及處罰的加重淫媒罪，而應判處一項未遂普通淫媒罪”。

問題在於，一方面，查明淫媒罪的實行過程的方式 — 普通形式還是加重形式，另一方面，查明該犯罪是否既遂。

面對著原審法院視為確鑿的事實事宜，不能不認定上訴人的行為應當被定性為加重淫媒罪，因已經證實上訴人命令受害人從事賣淫，並使用威脅及詭計的手段，理由是當受害人表示無意賣淫時，立即扣留受害人的護照，並以嚴厲的口氣要求受害人選擇賣淫或者即刻交還兩萬元，否則將撕毀其護照，使得受害人被迫同意上訴人的要求而賣淫，因此，符合《刑法典》第 164 條的構成要素。

從確鑿的事實整體中似乎不能得出下列結論：受害人確實從事賣淫，與嫖客發生性關係，因為沒有這方面的事實依據。換言之，基於獲證明的事實，不清楚受害人是否作出性行為。

因此，根據有疑義時利益歸於被告原則，必須得出對上訴人有利的結論。

儘管有人力主淫媒罪的形式性質（參閱 Manuel Leal-Henriques 及 Manuel Simas Santos：《Código Penal de Macau》，第 446 頁至第 447 頁），我們認為似乎應當選擇 Anabela Miranda Rodrigues 表達的見解，（載於《Comentário Conimbricense do Código Penal, Part Especial》），認為該犯罪只能被視為結果犯，希望如願保護人的性自由及性自決之法益。

事實上，對於淫媒罪所保護的法律價值方面，觀點分歧。

我們認為似乎正確的是，淫媒罪處罰中涉及到兩個方面：其一，個人在性自由方面的人身利益；其二，占主導地位的社會道德觀及社會價值，因此，所保護的法益是複合的。

由於將個人性自由及性自決視為有關價值之一，可為之辯護的觀念似乎是，對於認定既遂犯罪而言，實際作出賣淫是重要的。

因此，必須將第一審法院判處上訴人的加重既遂淫媒罪，變換為加重未遂淫媒罪，因為我們也認為，原判中視為獲證實的事實事宜，確實不能將嫌犯的行為在刑事上定性為《刑法典》第 163 條及第 164 條規定及處罰的既遂加重淫媒罪的直接正犯，而只能定性為未遂形式犯罪的直接正犯，因為不能將卷宗中受害人確實賣淫或從事重要性慾行為視為獲證實。而受害人確實作出這些行為對於符合《刑法典》第 163 條基本規定的既遂淫媒罪屬重要。

考慮到按《刑法典》第 163 條、第 164 條、第 21 條、第 22 條第 1 款、第 2 款、第 67 條 a 項及 b 項處罰的，可適用於未遂加重淫媒罪的刑罰幅度為 1 個月至 5 年 4 個月徒刑，鑑於按該法典第 40 條第 1 款、第 2 款及第 65 條規定的法定標準，原判中對於刑罰份量效果屬重要的視為證實的全部事實，我們認為對嫌犯／現上訴人以直接正犯形式觸犯未遂加重淫媒罪科處 1 年徒刑是平衡的及公正的。

將這個單項刑罰與原審法院按《刑法典》第 248 條第 1 款規定及處罰的取去文件之既遂犯罪所科處的 7 個月單項刑罰作必要的數罪並罰（我們根據《刑法典》第 71 條第 1 款及第 2 款，透過整體考慮原判中視為確鑿的事實以及從中反映的嫌犯/行為人的人格而作出），應當將嫌犯處以 1 年 2 個月徒刑之獨一刑罰，因我們認為，在本案中，該刑罰是公正及適當的，這項總刑罰不能被暫緩執行，因為根據《刑法典》第 48 條第 1 款，及為著該條款之效力，我們不可能形成有利於緩刑的預測判斷，這是因為，嫌犯在原審法院在審判聽證中沒有自認事實，因此，關於希望的緩刑部分的上訴，應當被裁定理由不成立。

九、簡而言之，上訴按照上文所述部分成立，應當變更 2003 年 7 月 29 日第一審法院合議庭裁判在淫媒罪方面的法律定性。據此，應當將第一審法院對嫌犯／上訴人甲所判處的、以直接正犯及既遂形式觸犯《刑法典》第 163 條及第 164 條的加重淫媒罪，改判為以直接正犯及未遂形式觸犯《刑法典》第 163 條及第 164 條、第 21 條、第 22 條第 1 款及第 2 款、第 67 條第 1 款及第 2 款 a 項及 b 項規定及處罰的加重淫媒罪，在 1 個月至 5 年 4 個月刑幅中處以 1 年徒刑。根據《刑法典》第 71 條第 1 款及第 2 款，將該單項刑罰與第一審法院判處嫌犯以直接正犯及既遂形式觸犯《刑法典》第 248 條第 1 款規定及處罰的取去文件罪而科處的 7 個月徒刑重新作數罪並罰，最後判處獨一刑罰 1 年 2 個月實際徒刑，維持原判主文的其餘部分。

十、綜上所述，合議庭裁定上訴理由部分成立，相應地嚴格按照本裁判第 9 點歸納的前述內容變更原判的主文部分。

敗訴部分的訴訟費用由嫌犯／上訴人承擔，司法費定為 7 個計算單位（澳門幣 3,500 元）——根據《法院訴訟費用制度》第 69 條第 1 款及第 72 條第 1 款確定。

命令透過澳門監獄長通知上訴人本人。

陳廣勝（裁判書製作法官）— José M. Dias Azedo（司徒民正）— 賴健雄