

上訴案第 200/2014 號

日期：2014 年 5 月 29 日

主題： - 色情卡片
- “色情”
- 量刑

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。
3. 法院在量刑的時候有在法定的刑幅內選擇一個具體的認為合適的刑罰的自由，上級法院自由在原審法院的量刑罪刑不符或者刑罰明顯不當的情況才有介入的空間。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 200/2014 號

上訴人：A (A)

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一.案情敘述

檢察院控告嫌犯 A 為直接正犯，其既遂行為觸犯了一項第 10/78/M 號法律第 4 條第 1 款結合第 1 條所規定及處罰的關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪，並請求初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的獨任庭普通刑事案第 CR3-13-0413-PCS 號案中，經過庭審作出了以下的判決：

- 嫌犯 A 被控觸犯一項第 10/78/M 號法律第 1 條及第 2 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」，罪名成立，判處：
 - 1) 45 日徒刑，該徒刑准以 45 日的罰金代替，罰金金額為每日澳門幣 100 元，合共澳門幣 4,500 元，倘若嫌犯不支付該罰金或不以勞動代替，則須服 45 日徒刑；

- 2) 45 日罰金，罰金金額為每日澳門幣 100 元，合共澳門幣 4,500 元，倘若嫌犯不支付該罰金或不以勞動代替，須服 30 日徒刑。

上訴人 A 不服初級法院所作的判決，向本院提起上訴，其內容如下：

1. 本上訴係針對初級法院刑事法庭第三獨任庭，於 2014 年 2 月 20 日，對上訴人 A 作出的一審有罪判決。透過該判決，上訴人被判處以直接正犯及既遂方式觸犯：一項第 10/78/M 號法律第 1 及第 2 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」，判處 45 日徒刑，該徒刑准以 45 日的罰金代替，罰金金額為每日澳門幣 100 元，合共澳門幣 4,500 元，倘若嫌犯不支付該罰金或不以勞動代替，則須服 45 日徒刑；及 45 日罰金，罰金金額為每日澳門幣 100 元，合共澳門幣 4,500 元，倘若嫌犯不支付該罰金或不以勞動代替，須服 30 日徒刑。
2. 被上訴判決就載於卷宗的扣押物品咭片和警員的證言，認為有關咭片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。
3. 然而；本案中只有證人警員的個人及過往的經驗，從而得出上述的結論。
4. 故被上訴判決就認定有關行為符合一項第 10/78/M 號法律第 2 條色情定義。
5. 上訴人認為被上訴的判決沾染刑事訴訟法典第 400 條規定、違反法律（第 10/78/M 號法律第 1 及第 2 條，結合第 4 條第 1

款) 及罪刑法定原則之瑕疵。

6. 評定是否淫褻物品須考慮的因素包括一般合理的社會人士普遍接受的道德標準、物品整體上產生的顯著效果、發布的對象、展示物品的地點，以及物品是否具有真正目的等因素。
7. 既然大眾均接受和容忍傳媒機構所刊登這些性感的圖片和字句的廣告存在，我們是沒有依據以不同態度去批判本案中上訴人的這些行為是不道德或敗壞風氣？這便會出現雙重的標準。
8. 正如在中級法院第 523/2013 及 612/2013 號刑事上訴案之判決中，指出：“有關咭片上之內容並無直接關於性行為的表演或描述，而有關咭片上之內容，會否讓人聯想到性愛亦需視乎文化背景而定；因此，本法院不能毫無疑問地認定有關咭片上之文字、內容及圖片已完全符合上述規定內所指“有損公德或有傷風化”的範圍，故就「關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪」所要求之客觀要素並不成立。
9. 綜上所述，本案被押扣的相關咭片顯示並不存第 10/78/M 號法律第 2 條所規定色情定義，根據卷宗第 12、13、14 及 18 頁的咭片類型、圖片和內容文字，實沒有任何誘使他人作色情交易的文字和圖像記載，而圖像和文件亦沒有在視覺上有過份刺激的成份或元素，不應被評定含有淫褻物品。
10. 即使不認同上述見解，對於指控上訴人將咭片棄置於地上是法律（第 10/78/M 號法律第 1 條第 1 款）所規定禁止情況，上訴人認為她的行為並不屬於第 10/78/M 號法律第 1 條第 1 款所規定之法律禁止宣傳方式所規定情況。
11. 上訴人認為據第 10/78/M 號法律第 1 條第 1 款規定情況並沒有規定棄置或散落地上也屬禁止情況之一。

12. 被上訴之裁判判處上訴人 45 日徒刑，該徒刑准以 45 日的罰金代替，罰金金額為每日澳門幣 100 元，合共澳門幣 4,500 元，倘若嫌犯不支付該罰金或不以勞動代替，則須服 45 日徒刑；及 45 日罰金，罰金金額為每日澳門幣 100 元，合共澳門幣 4,500 元，倘若嫌犯不支付該罰金或不以勞動代替，須服 30 日徒刑的量刑過重。
13. 上訴人每月均入不敷支，上訴人認為，在量刑部份，正確適用《刑法典》第 64 條、第 65 條、及第 45 條及相關條文之規定下，應判處上訴人不高於 45 日徒刑及罰金，並訂定每日罰金金額不高於 MOP\$50 元，以代替徒刑之執行較為合適。

綜合以上所列舉的法律及事實理由，同時不妨礙尊敬的中級法院合議庭諸位法官 閣下對法律理解的高見，懇請裁定本上訴得直，並作出如下公正裁判：

- 1) 裁定上訴人提出之上訴理由成立、宣告撤銷/廢止被上訴裁判，裁定上訴人無罪開釋。
- 2) 宣告根據《刑法典》第 45 條、及第 65 條及相關條文規定，以判處上訴人不高於 45 日徒刑及罰金，並訂定每日罰金金額不高於 MOP\$50 元，以代替徒刑之執行較為合適。

檢察院就上訴作出答覆，其內容如下：

1. 在庭審過程中，警員證人確實曾聲稱以其過往之經驗，上訴人當時派發咭片是與賣淫活動有關，然而，這並不同於原審法院就按照該名證人的證言而作出判斷，值得注意的是，上訴人的行為僅被判處一項第 10/78/M 號法律第 1 條及第 2 條，結合第 4 條第 1 款所規定之關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳

列及展出罪，而並不是一項第 6/97/M 號第 35 條之賣淫罪，兩者不應混淆，既然原審法院所面對的是查證上訴人的行為有否觸犯關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪，那麼，原審法院便不必要如上訴人所述查證是否有人提供賣淫活動這部份的訴訟標的，同時，根據被上訴的裁判書，原審法院在理由說明部份，已列舉經證明及未經證明的事實，當中，針對涉案咭片是否符合色情，已表明是法律定義，並扼要地列出用作形成心證且經審查及衡量的證據。

2. 在本案中，涉案咭片共有 9 種式樣，其內容已被列舉及經被證明為已證事實，上述涉案咭片符合法律第 10/78/M 號法律第 2 條的色情定義，根據中級法院案件編號 719/2013、23/1/2013 及案件編號 597/2013，23/1/2013。
3. 因此，原審法院的判決，完全符合關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪，並不存在違反罪刑法定原則，故此，上訴人的理據應被否定。
4. 在本案中，根據被上訴的裁判書，理由說明部份：“處理本案的警員對案發經過作出了詳細的描述，該名警員稱在警方巡邏車中兩次目睹嫌犯在案發現場將一些咭片散落地上，當其上前表露身分時，嫌犯即將手上咭片拋進附身旁的垃圾箱及逃跑，事後警方將嫌犯散於地上的咭片及從垃圾箱內的咭片扣押及加以比較，發現屬於相同的式樣。本院認為該等警員誠實可信，因此根據該等證言及綜合分析載於卷宗內的其他書證形成心證而對事實作出認定。”
5. 由此可見，原審法院已細心及謹慎地分析了在地上檢獲的 121 張咭片及在垃圾桶內發現的 66 張由嫌犯所棄置的咭片屬於相同的式樣，全數均是屬於上訴人並由其所派發及散發的，同時，警員證人兩次親眼目睹上訴人在案發現場將一些咭片散落地

上，當警員上前表露身份時，上訴人即時將手上咭片拋進附近身旁的垃圾箱及逃跑，明顯地，上訴人的行為不是如上訴人所述正在作出違反清潔個人及公共衛生的要求的行為說法，而是明顯在挑戰原審法院的自由心證，以表達其對原審法院認定事實的不滿，因此，並不存在獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判的瑕疵，此理據應被否定。

6. 我們完全看不見任何矛盾，不論在已認定的事實中或已認定與未認定的事實中出現，又或在事實部份的證據性理據中出現。
7. 的確，控訴書第 7 點所指的咭片是否存在色情，乃法律定義，不能歸入已證或未證事實，我們完全同意原審法院的分析及表述，而事實上，在整個被上訴的裁判中，原審法院並未將控訴書的第 7 點列入已證事實又或未經查明之事實，而是在理據性說明中分析色情定義的法律問題，因此，並不存在矛盾或衝突，故此，此理據應被否定。
8. 在本案中，原審法院在審查證據方面，已根據各人之證言及綜合分析載於卷宗內的其他書證形成心證而對事實作出認定，而並不如上訴人所指的只考慮涉案警員的部份證言。
9. 在本案中，我們注意到上訴人所觸犯的關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪，可被判處最高六個月監禁及同刑期罰款的處罰，原審法院在量刑時已考慮到上訴人為初犯、過錯程度、不法性一般、後果嚴重程度一般，因而判處其 45 日徒刑，該徒刑准以 45 日的罰金代替，倘若不支付該罰金或不以勞動代替，則須服 45 日徒刑，以及 45 日罰金，倘若不支付該罰金或不以勞動代替，則須服 30 日徒刑，在法律所規定的最高限度和最低限度之間的四分之一，完全合理。
10. 在本案中，上訴人的職業為按摩師，每月收入澳門幣 12000 元，需供養兩名子女，有工作能力及收入，因此，我們認為原審法

院將每日罰金訂為澳門幣壹佰元是合適及平衡的，基於此，原審法院對上訴人判處的刑罰是正確和平衡的，因此，刑罰份量之確定不具任何瑕疵，理應維持原判。

綜上所述，敬請否決本上訴，維持原判。

駐本院助理檢察長提出了法律意見書，其內容如下：

2014 年 2 月 20 日，初級法院判處嫌犯 A 觸犯 1 項第 10/78/M 號法律第 1 條及第 2 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」，處以 45 日徒刑及 45 日罰金（日罰金為 100 澳門元），徒刑得以 45 日的罰金（日罰金為 100 澳門元）或以勞動代替；而不支付罰金刑又不以勞動代替，則須服 30 日徒刑。

被判刑人 A 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，被判刑人 A 指出被上訴之判決違反第 10/78/M 號法律第 1 條及第 2 條（結合第 4 條第 1 款）及罪刑法定原則，並且沾有“獲證明之事實上之事宜不足以支持該裁判”、“在說明理由方面出現不可補救之矛盾”及“審查證據方面明顯有錯誤”之瑕疵，以及量刑過重，因而違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a、b、c 項及《刑法典》第 45 條及第 65 條之規定。

對於上訴人 A 之上訴理由，本院完全不能予以認同。

1. 關於第 10/78/M 號法律第 1 條及第 2 條（結合第 4 條第 1 款）及罪刑法定原則之違反

上訴人 A 認為被扣押的相關卡片“實沒有任何誘使人作色情交易文字記載”，因而不符合第 10/78/M 號法律第 1 條及第 2 條（結合第 4 條

第 1 款) 所規定及處罰之犯罪，故此違反罪刑法定原則。

正如尊敬的檢察官在其上訴答覆中所引述的中級法院第 719/2013 號及第 597/2013 號上訴案件的見解，最近於 2014 年 3 月 20 日，中級法院在第 117/2014 號上訴案件所重申的觀點同樣值得我們在此引用：

“

二. 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。

三. 該法律第 1 條所指的物品或工具中，就包括任何印刷品。

.....

五. 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。

六. 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。

七. 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。”

在本案中，原審法院已在判決中清楚列明其是根據已查明的事實，以及審查了涉案 9 款卡片的實物證據，並根據一般經驗法則而形成自由心證，其認定“上訴卡片上的文字配合形象，使人聯想到有傷風化，有損公德的不正派按摩甚或賣淫活動。”（見卷宗第 70 頁及其背面），從而決定以第 10/78/M 法律第 1 條及第 2 條（結合第 4 條第 1 款）處罰上訴人 A，上訴人 A 不能單純不認同原審法院而以其個人的主觀認定--“實沒有任何誘使他人作色情交易文字記載”作爭辯理由。

基於原審法院上述認定並沒有違反一般經驗和常理，尤其跟上述一眾司法見解所持的重要意見相稱，並且在客觀、主觀上已符合第 10/78/M 號法律第 1 條及第 2 條（結合第 4 條第 1 款）之法定要件，結合考慮到行為人的罪過、行為的不法性、事實的嚴重程度，我們認為被上訴判決並無違反第 10/78/M 號法律第 1 條及第 2 條（結合第 4 條第 1 款）之規定，上訴人 A 的行為構成上述罪行是完全符合罪刑法定原則的。

2. 關於《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a、b、c 項之違反

一如所知，眾多司法見解說《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a、b、c 項所指的瑕疵以及就刑罰裁量的標準已作出過精辟的解讀，包括中級法院第 32/2014 號上訴案件於 2014 年 3 月 6 日作出的裁判，讓我們不得不再表認同：

“1. 所謂的事實不充分的瑕疵僅存在於法院沒有證實必要的可資作出適當法律適用以及決定案件實體問題的事實；法院在審判過程中必

須在該刑事訴訟案件的標的包括控訴書或辯護詞所界定的範圍內，對這些事實作調查。

.....

6. 原審法院在理由說明所陳述的完全是在認定事實時審理證據並形成心證的過程的描述，包括覆述嫌犯在庭審中的陳述內容，不等於法院認定的事實，而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，當然可能與相反的陳述的內容有出入，但是，這完全不是《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b) 所規定的瑕疵。

7. 法院自由審理證據以及自由形成心證，即使這個不是事實的真相，除非有明顯的錯誤，我們也不能質疑，這是法律賦予審判者的權利。

8. 法院的判決書中從總體上考慮第 65 條規定的因素進行量刑，包括不法程度、結果的嚴重性等因素。法律沒有強制要求法院具體地定出每個情節所值的刑罰，而是要求法院在量刑時從總體上考慮所有應該考慮的情節及在刑幅內確定一合適的刑罰。”

在本具體個案中，正如尊敬的檢察官在其上訴理由的答覆中所闡述，被上訴法庭已一一就檢察院控訴書所劃定的訴訟標的作出了必要的調查，尤其是涉及色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出的事實，而被上訴判決書中亦已列載了已證控訴書重要事實及未證事實，配合執行警員目睹現場情況的陳述、對現場的地上及垃圾箱扣押物的對比結果等，作為原審法院形成心證的基礎。因此，我們未能看見法院在調查事實時出現了任何遺漏，故不存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項之違反。

而且，在被上訴的判決書中，我們只看見原審法院選擇了在未經查明事實的位置上，指出檢察院控訴書中第 7 點的事實屬法律事宜不能歸

入已證或未證事實，我實在看不出原審法院是在否定上訴人 A 所散發的卡片屬於色情定義內容的印刷品，因此，完全不存在任何需要去爭論被上訴判決是否沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項的瑕疵。

此外，正如上述中級法院對色情定義的正確理據，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，得出上訴人 A 觸犯了 1 項第 10/78/M 號法律第 1 條及第 2 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」之結論是合理的，上訴人 A 特意附於上訴請求後的報章相片的成功刊登(見卷宗第 96 頁)，並不意味著在這個以中國人占多、中華文化為主的澳門社會中已被廣泛接受為“非色情”的廣告，相反，常居於澳門的市民，甚至旅客，根據一般經驗法則和常理，一看這類型的廣告，心底裡就深明(至少猜度)刊登這些廣告的芬蘭浴、桑拿所經營的所謂“按摩”是否屬於單純的按摩服務，以及跟那些無需以這種相片作招徠的其他按摩、推拿保健中心的按摩活動的分別。

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，致使一般人只要一閱讀都可以發現該錯誤，故此，被上訴的判決亦無違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項之規定。

3. 關於《刑法典》第 45 條、第 65 條之違反

至於“量刑過重”的問題上，我們看見被上訴的判決已充分考慮了《刑法典》第 64 條、第 40 條及第 65 條之規定，尤其已考慮上訴人 A 為初犯，以及實施行為的時間、地點、故意和不法性的程度、扣押品的數量、其人格、生活狀況、犯罪前後的行為、犯罪情節以及刑罰的目的等所有量刑情節(見卷宗第 70 頁背面至第 71 頁)。

我們認為，被上訴的判決已綜合考慮犯罪預防（無論是特別預防還是一般預防）的需要，其對上訴人 A 科處以 45 日徒刑及 45 日罰金（日罰金為 100 澳門元），徒刑得以 45 日的罰金（日罰金為 100 澳門元）或以勞動代替；而不支付罰金刑又不以勞動代替，則須服 30 日徒刑並無過重之嫌，在罪刑相適應的層面上是合符比例原則的。

故此，在量刑方面，我們認為被上訴的判決並未違反任何法律規定，尤其無違反《刑法典》第 45 條及第 65 條的規定。

綜上所述，應裁定上訴人 A 所提出的上訴理由全部不成立，應予以駁回。

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：

經獨任庭對本案進行公開審理，經查明：

- 2013 年 10 月 12 日凌晨約 00 時 25 分，治安警察局警員 B [編號為 1XXXXX] 及 C [編號為 2XXXXX] 在.....街.....酒店附近巡邏時，見到嫌犯將一些咭片散發在地上。
- 二名警員隨即上前查問，嫌犯見狀立即將其手持的咭片棄置在附近的垃圾桶內然後逃跑，二名警員進行追截並在.....街與.....街交界成功將嫌犯截獲。
- 隨後，警員在地上發現 121 張咭片，並在上述垃圾桶內發現 66 張嫌犯所棄置的咭片。

- 上述咭片分別有 9 種式樣：
- 第 1 種式樣的咭片一面印有一名身穿粉紅色底花朵圖案上衣，年約 18 至 25 歲的不知名女子，及印有以下字句：『集美日韓中多國美女推油按摩指壓一條龍服務，電話：63XXXXXX』；咭片的另一面印有一名身穿粉紅色上衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『D 按摩中心，24 小時上酒店服務，電話：63XXXXXX』，合共有 28 張。
- 第 2 種式樣的咭片一面印有一名身穿白色上衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『本公司匯集各國中國、日本、韓國、歐美等，美女服務一流 18-20 歲任君選擇，電話：63XXXXXX』；咭片的另一面印有一名身穿白色上衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『E 按摩中心 24 小時，電話：62XXXXXX』，合共有 27 張。
- 第 3 種式樣的咭片一面印有一名身穿白色內衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『F 按摩中心，24 小時上門服務，電話：63XXXXXX』；咭片的另一面印有一名身穿藍色泳衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『本公司有 18-20 歲美少女學生妹，本地風情萬種，隨心所欲，任君選擇，電話：63XXXXXX』，合共有 22 張。
- 第 4 種式樣的咭片一面印有一名身穿紅色上衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『集美日韓中，多國美女推油按摩指壓一條龍服務，電話：63XXXXXX』；咭片的另一面印有一名身穿藍色花朵圖案上衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『G 按摩中心，24 小時上酒店服務，電話：63XXXXXX』，合共有 6 張。
- 第 5 種式樣的咭片一面印有一名身穿黑白色上衣，年約 18 至

28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『本公司匯集各國中國、日本、韓國、歐美等，美女服務一流 18-20 歲任君選擇，電話：63XXXXXX』；咭片的另一面印有一名身穿藍色泳衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『H 正宗按摩，18-20 歲服務到位，舒筋活絡頂級享受，技術一流，電話：63XXXXXX』，合共有 13 張。

- 第 6 種式樣的咭片一面印有一名身穿紅色上衣及一名身穿白色上衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『美女按摩，年輕漂亮，美麗動人，頂級服務，超級享受，24 小時上門上酒店服務，電話：63XXXXXX』；咭片的另一面印有一名身穿紅色上衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『多國佳麗，韓國妹 18-20 歲，穴位指壓，推油刮痧，舒筋活絡，電話：63XXXXXX』，合共有 28 張。
- 第 7 種式樣的咭片一面印有一名身穿粉紅色泳衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『H 正宗按摩，18-20 歲服務到位，舒筋活絡頂級享受，技術一流，電話：62XXXXXX』；咭片的另一面印有兩名身穿白色上衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『本公司有 18-20 歲美少女，學生妹，本地風情萬種，隨心所欲，任君選擇，電話：62XXXXXX』，合共有 7 張。
- 第 8 種式樣的咭片一面印有一名身穿粉紅色上衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『本公司匯集各國中國、日本、韓國、歐美等，美女服務一流 18-20 歲任君選擇，電話：63XXXXXX』；咭片的另一面印有一名身穿黃色上衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『I 按摩中心，24 小時上酒店服務，電話：63XXXXXX』，合共有 32 張。

- 第 9 種式樣的咭片一面印有一名身穿紅色上衣及一名身穿白色上衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『保健中心，頂級服務，超級享受，穴位指壓，推油刮沙，舒筋活絡，電話：66XXXXX』；咭片的另一面印有一名身穿紅黑色上衣及一名身穿紅色上衣，年約 18 至 28 歲的不知名女子，及印有以下字句：『多國佳麗，美女按摩，電話：66XXXXX』，合共有 24 張。
- 上述的咭片之中，其中一部份咭片上印有的女子衣著過於性感暴露，且帶有挑逗動作。
- 嫌犯清楚知道上述咭片的內容及性質。
- 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，仍然故意將該等咭片以散落在地上的方式宣揚及展示當中的內容。
- 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。

另外，本院亦查明以下事實：

- 根據刑事紀錄證明，嫌犯為初犯。
- 嫌犯具小學二年級學歷，職業為按摩師，每月收入澳門幣 12,000 元，需要供養兩名子女。

未經查明之事實：

- 2013 年 10 月 1 日，嫌犯 A 行經.....街近.....酒店的公園時，有一名不知名男子要求嫌犯協助在.....街一帶棄置咭片，並承諾給予每天澳門幣 50 元作為報酬。為賺取不法利益，嫌犯表示同意。
- 根據第 10/78/M 號法律第 2 條，色情是一法律定義，故控訴書中涉案咭片是否符合色情屬法律事宜，此外，治安警察局的

警員對涉案咭片是否符合色情屬結論性事實，不能歸入已證或未證事實。

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撒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撒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。

故此，原審有關裁定嫌犯罪成的決定完全合法。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，本案所涉及的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。

因此上訴人的行為觸犯了第 10/78/M 號法律的罪名，應該予以懲

罰，原審法院的定罪正確。

最後，上訴人認為在量刑方面，被上訴的判決量刑過重，違反了《刑法典》第 45 條及第 65 條的規定。

我們一直認為，法院在量刑的時候有在法定的刑幅內選擇一個具體的認為合適的刑罰的自由，上級法院自由在原審法院的量刑罪刑不符或者刑罰明顯不當的情況才有介入的空間。

上訴人所觸犯的罪名的最高刑罰為 6 個月的徒刑以及同刑期的罰金，原審法院只選擇了 45 日徒刑和 45 日罰金，而以 45 日的罰金代替徒刑，並確定罰金金額為每日澳門幣 100 元，而根據上訴人為初犯、實施行為的時間、地點、故意和不法性的程度、扣押品的數量、其人格、生活狀況、犯罪前後的行為、犯罪情節以及刑罰的目的等所有量刑情節以及犯罪預防的需要等因素，根本沒有不適當的地方。

因此，上訴人的上訴理由不成立。

四.決定：

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人 A 的上訴理由不成立，維持原判。

由上訴人支付訴訟費用以及 5 個計算單位的司法費。

確定委任辯護人的費用為 2000 澳門元，由上訴人支付。

澳門特別行政區，2014 年 5 月 29 日

(裁判書製作人)

蔡武彬

(第二助審法官)

陳廣勝

(第一助審法官)

司徒民正 (Vencido, mantendo o entendimento que venho assumindo sobre a questão a que hoje consignei nos Acórdãos tirados nos Procs. n.ºs 819/2013, 85/2014 e 164/2014).