

編號：第 501/2015 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 501/2015 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 3 月 27 日，嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR4-15-0064-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 4 條第 1 款結合第 1 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。

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，主要是有關咭片的內容不符合上述法律所規定的色情定義。
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 項所例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. 本案涉案的咭片共兩款，咭片上印有年輕且身穿性感或僅穿內衣褲、神情挑逗的女子相片，也印有聯絡電話號碼，還印有 XX 按摩中心、24 小時上酒店服務、本公司有日本、韓國、大陸、幼師、賭場白領、跳舞模特歐美等美女和帥哥、猛男等字句，加上嫌犯在 XX 酒店附近散發有關的咭片，自然會令人聯想到此乃宣傳隱含“性服務”的按摩。
7. 而在澳門社會一般大眾的眼裡，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；有關咭片的意識大膽，將咭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，而從檢察院的訊問筆錄可見，嫌犯自身亦認為該等咭片為色情咭片且應有提供“性服務”。
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，涉案咭片應被視為

屬於色情或猥褻的物品，從而判處嫌犯觸犯了三項第 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」。

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. 嫌犯被檢察控告觸犯一項第 10/78/M 號法律第 1 條第 1 款、2 款結合第 4 條第 1 款所規定及處罰的“關色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪”。
2. 經過庭審後，原審法院認為因未符合該第 10/78/M 號法律所指的色情及猥褻物品的含義，所以客觀歸罪要素不成立，而判處嫌犯罪名不成立(參見“被上訴判決”)
3. 然而，上訴人不服被上訴判決，認為當中涉案的咭片符合了第 10/78/M 號法律第 2 條規定之色情定義，而指被上訴判決出現《刑事訴訟法典》400 條第 2 款 c 項的情況。
4. 上訴人主要以即使涉案的咭片不帶有明顯屬色情的情事，但意識上大膽，自然會令人聯想到此乃宣傳隱含“性服務”的按摩。
5. 上訴人單憑以涉案的咭片存在性感照片，結合“按摩中心”等字句，而認為應視作有損公德及有傷風化的物品。
6. 除了給予應有的尊重外，上訴人的理據只是其主觀的認定。

7. 嫌犯認為，評定是否淫褻物品須考慮的因素主要反映在色情的界定範圍。
8. 只有涉案的咭片能定義為“有損公德或有傷風化”的色情或猥褻物品，才能夠適用相關的罪刑法定。
9. 事實上，涉案的咭片並沒有明確的性成份，就刑法中不法罪狀而言，根本不足以構成犯罪要件。
10. 而上訴人指出被上訴判決存在這方面審查證據的瑕疵，亦只是質疑被上訴判決的自由心證而已。
11. 綜上所述，本涉案的咭片顯示並不存第 10/78/M 號法律第 2 條所規定色情定義，有關咭片類型、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。不存在上訴狀所指出違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款第 c 項規定的瑕疵，被上訴判決應予以維持。

最後，懇請尊敬的中級法官閣下一如既往秉公辦理，裁定上訴人提出上訴理由不成立，駁回上訴，並維持原判。

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. 於 2015 年 1 月 2 日，嫌犯 A 與一名不知名男子達成協議，嫌犯負責每天在新口岸一帶將一些按摩宣傳卡片撒落在地上，而該名男子承諾向其支付每天港幣 400 元作為報酬，連同飲食及住宿津貼共約港幣 750 元。
2. 嫌犯分別於 2015 年 1 月 3 日及 4 日下午約 5 時，在新口岸一帶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按摩服務。
3. 2015 年 1 月 5 日下午約 5 時，嫌犯再次在新口岸一帶沿途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。
4. 直至同日晚上約 7 時 50 分，嫌犯途經 XX 渡假村門外時，被警員截停調查。
5. 嫌犯帶同警員前往 XX 渡假村噴水池附近時，在地上發現嫌犯所撒落的按摩宣傳卡片(見卷宗第 19 頁)。
6. 警員在嫌犯隨身攜帶的啡色手袋內搜出 136 張按摩宣傳卡片，並在地上檢獲嫌犯所撒落的 18 張宣傳卡片(現扣押在案，見卷宗第 3 至 4 頁)。
7. 經對比，從嫌犯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及內容相同。
8. 上述被扣押的按摩宣傳卡片共有 2 款，全部以彩色及雙面印製。該等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“XX 按摩中心”、“XX 按摩中心”、“24 小時上酒店服務”、“本

公司有日本、韓國、大陸、幼師、賭場白領、跳舞模特歐美等美女和師哥、猛男”等字句（見卷宗第 11 頁）。

9. 嫌犯於 2015 年 1 月 3 日及 1 月 4 日所撒落的按摩宣傳卡片與被扣押的卡片款式及內容相同。
10. 警員對嫌犯進行搜查，在其身上搜出一個啡色手袋、一台手提電話、澳門幣 510 元及港幣 40 元，是其作出上述行為的犯罪工具及所獲取的利益（現扣押在案，見卷宗第 5 至 6 頁）。

另外，還證明下列事實：

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

未經證明之事實：

1. 卡片上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。
2. 嫌犯在自由、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。
3. 嫌犯知悉其上述行為是本澳法律所禁止和處罰的。
4. 其他事實不獲證實。

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。

但是，正如原審法官所認定：

“本案被扣押的卡片印有衣著性感年輕女子的圖像，及印有“按摩中心”等字樣。從一般經驗法則，單憑上述圖案及按摩中心的字樣確實未能帶出“明確的性成分內容”，極其量，只能夠顯示存在性感照

片和為按摩服務作宣傳的內容。

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，不能夠貿然單憑存卡片或單張上印有性感圖案而推定為從事不正派色情服務（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。

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)

本人不同意大多數意見，仍維持本人在 2015 年 7 月 28 日的第 625/2015 號案同類卷宗的見解。

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。”