

編號：第 602/2013 號 (刑事上訴案)

上訴人：檢察院

日期：2016 年 1 月 28 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，才滿足上述法律第 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 602/2013 號 (刑事上訴案)

上訴人：檢察院

日期：2016 年 1 月 28 日

一、案情敘述

於 2013 年 7 月 5 日，嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR1-13-0123-PSM 號卷宗內被指控觸犯一項第 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』，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. 第 10/78/M 號法律第 2 條所保護的法益是性道德及良好的風俗。
2. 我們認為有關的咭片內容符合色情定義的軟蕊範圍 (soft core)，即上述法律第 2 條第 1 款所指，屬「有損公德及有傷風化」的物品。
3. 嫌犯所派發的咭片共四款，咭片的正面及背面各有 1 至 2 名身穿內衣、比堅尼或衣衫不整的女性照片，有的袒露胸

部，有的搔首弄姿，充滿性挑逗之意味。

4. 在評價上述咭片是否有損公德或有傷風化時，應考慮相關的社會風俗、人文價值觀、多數人普遍認同的性道德觀念、接受者的個人價值定向以及客觀的外在環境。
5. 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，引起羞恥感或厭惡感，所以並不會被定義為色情或猥褻物品。
6. 本澳近十年來博彩娛樂發展蓬勃，娛樂場周邊的色情事業亦稍有抬頭。嫌犯在娛樂場及酒店附近派發的咭片除了包括衣著過份暴露或性感的女性照片外，亦含有電話號碼、「本公司集中日韓美俄多國美女！按摩指壓推油全套服務！」、「24 小時上門上酒店服務」、「韓國妹 18-25 歲」及「日本妹 18-25 歲」、「集美日韓中多國美女推油按摩指壓一條龍服務」等字眼，容易令人聯想到性愛場面甚至性服務。
7. 有關咭片的意識大膽，將咭片派發或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。基於此，嫌犯所派發的咭片應被認定為色情或猥褻的物品。
8. 雖然「色情」及「猥褻」等字眼是日常生活用語，但有關的字眼是結論性的法律概念，而不是事實。
9. 被上訴判決並非不能認定嫌犯作出派發咭片行為的主觀要素，而是錯誤適用（了「色情」及「猥褻」的概念。事實上，嫌犯在派發有關咭片時必然知咭片上的女性照片及內容，但依然決意公開派發。
10. 原審法院違反了第 10/78/M 號法律第 2 條第 1 款的規定，

因而存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所提及的違反法律的瑕疵。

綜上所述，本院認為被上述裁判中沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款的錯誤適用法律瑕疵，因此，請求中級法院裁定上訴理由成立，廢止被上訴裁判，並作出一如既往的公正裁決！

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. 誠如檢察院所指，第 10/78/M 號法律核准的《關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出》擬保護的法益乃善良風俗，同時，考慮到對青少年人身心健康的保護。
2. 原審法院並無錯誤適用有關不確定概念，也沒有違反法律：原審法院正正是在適用第 10/78/M 號法律第 2 條第 1 款的過程中，利用經庭審質證的證據得出來的事實去分析及理解涉案的宣傳品是否「有損公德及有傷風化」；
3. 該法律立法之始至今一直保留著「有損公德及有傷風化」這個不確定概念是為著執法者及司法機關在適用有關法律時，能以立法宗旨為本，隨社會發展、風俗及價值觀變異，酌具體案情，以判別各個案是否已達「有損公德及有傷風化」；
4. 正如原審法院在其判決的說理中所指“在本案中，會否讓人聯想到性愛亦需視乎文化背景而定；因此，本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”(粗體及底線為加)，當中已涉及了原審法院在法律及相關「有損公德及

有傷風化」概念適用的分析及判斷。

5. 檢察院認為“判決並非不能認定嫌犯作出派發咭片行為的主觀要素，而是錯誤適用了「色情」及「猥褻」的概念。事實上，嫌犯在派發有關咭片時必然知悉咭片上的女性照片及內容，但依然決意公開派發”似乎捉錯用神，
6. 原審法院在判決理據重點一直落於該法律的核心——是否「有損公德及有傷風化」，也就是該法律所保護的法益；
7. 「有損公德及有傷風化」是判斷屬否「色情」及「猥褻」物品的標準，恰如該法律第二條第一款的規定“…有損公德或有傷風化者，即為色情或猥褻…”
8. 又結合該法律第一及二條規定，「色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪」的要件為：
 - a)主觀過錯
 - b)內容涉及色情或猥褻的物品或工具，
 - c)公開販賣、陳列、展出、派發及宣揚，
 - d)有損公德及有傷風化
9. 我們在判別是否「有損公德及有傷風化」、「色情」及「猥褻」方面，除了客觀上考慮是否足以刺激或滿足性慾，也應考慮有關宣傳物品當中是否存有讓社會多數人普遍感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒的猥褻資訊；
10. 當中，「客觀上足以刺激或滿足性慾」限於與性行為有關的資訊；
11. 而「讓社會多數人普遍感覺不堪呈現於眾或不能忍受」則涉及性言論及資訊之流通，以及社會多數人普遍認同(非以特別敏感或道德高尚者之感覺判斷)之性觀念或性道德情

感，這總隨社會發展及風俗演變而異；

12. 內容涉及衣著暴露圖片，載有“日、越、歐、韓、台 青春、妖艷、靚模、索爆駐場”“一條龍服務包括檯街鐘 1 小時 酒店短房 小姐一切代支”該等更甚於本案宣傳物品及直接令人聯想起性愛的桑拿浴室及按摩廣告在本澳最高銷量的華語報章上一一直持續刊載(Doc.1)，當中不難反映社會多數人普遍認同之性觀念或性道德情感；
 13. 顯然，涉案宣傳物品沒有任何涉及性愛及性行為的字詞及圖像，更非至於讓社會多數人普遍感覺不堪呈現於眾或不能忍受；
 14. 因此，即使客觀看畢涉案宣傳品，綜觀宣傳品的整體特性及目的，涉案宣傳物品也不能被毫無疑問被認定為「有損公德及有傷風化」；
 15. 本案所涉情況對社會的負面影響，以及是否至於罪刑的層面應分別而論，並確相，就本案，上訴法院確實得持平及公正地認定因未能完全滿足「色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出罪」的要件而維持原審法院的開釋決定。
- 在予檢察院之上訴應有的尊重下，懇請判處駁回檢察院的上訴。

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7月4日晚上約11時30分，治安警察局警員在新口岸高美士街附近進行反罪惡巡邏行動時，發現嫌犯A左手持著一個灰色膠袋且不時向途經的男途人派發卡片，因此，治安警察局警員將嫌犯截停，並在嫌犯自願及同意下查看該灰色膠袋內的物品，結果在該膠袋發現下列咭片：
2. 第一種樣式之咭片【一面印有兩名年約20至30歲的不知名女子的相片，其中一名女子身穿比堅尼泳衣，且在兩名女子旁分別印有“日本妹18-25歲”、“韓國妹18-25歲”及一個聯絡電話...；咭片另一面印有一名年約20至30歲的不知名女子的相片，印有“XX按摩中心”、“本公司集中日韓美俄多國美女！按摩指壓推油全套服務！”、“24小時上門上酒店服務”及聯絡電話...】，合共600張。
3. 第二種樣式之咭片【一面印有兩名年約20至30歲的不知名女子的相片，其中一名女子身穿比堅尼泳衣，且在兩名女子旁分別印有“日本妹18-25歲”、“韓國妹18-25歲”及一個聯絡電話...；咭片另一面印有一名身穿比堅尼泳衣，年約20至30歲的不知名女子的相片，印有“XX按摩中心”、“本公司集中日韓美俄多國美女！按摩指壓推油全套服務！”、“24小時上門上酒店服務”及聯絡電話...】，合共800張。
4. 第三種樣式之咭片【一面印有一名年約20至30歲的不知名女子的相片，在該女子旁印有“日本妹18-25歲”、“集美

日韓中多國美女推油按摩指壓一條龍服務”及一個聯絡電話...；咭片另一面印有一名年約 20 至 30 歲的不知名女子的相片，印有“XX 按摩中心”、“24 小時上酒店服務”及聯絡電話 63914596】，合共 800 張。

5. 第四種樣式之咭片【一面印有一名年約 20 至 30 歲的不知名女子的相片，在該女子旁印有“歐洲妹 18-25 歲”、“集美日韓中多國美女推油按摩指壓一條龍服務”及一個聯絡電話...；咭片另一面印有一名身穿比堅尼泳衣，年約 20 至 30 歲的不知名女子的相片，印有“XX 按摩中心”、“24 小時上酒店服務”及聯絡電話...】，合共 100 張。

同時，嫌犯聲稱其個人狀況如下：

6. 嫌犯 A，派傳單工人，每月獲特區政府發放養老金約澳門幣 2,000 元及每次派傳單可獲澳門幣 100 元收入，需供養患病的丈夫。
7. 嫌犯從未接受教育。
8. 根據刑事紀錄證明書，嫌犯無刑事紀錄。

未獲證實的事實：

1. 有關咭片符合第 10/78/M 號法律第 2 條（色情定義）的規定。
2. 嫌犯在明知有關咭片含有色情及猥褻內容仍然公開派發。
3. 嫌犯是在自由、自主及有意識的情況下故意實施上述行為，亦明知此等行為是法律所禁止和處罰的。

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，咭片上印有身穿比堅尼泳衣女子，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：

“在本案中，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，則需視乎社會文化背景而定；由於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。因此，『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。”

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

故此，檢察院的上訴理由並不成立。

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。”

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。

著令通知。

2016年1月28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)

表決聲明

本人不同意大多數的意見，維持本人在 2015 年 5 月 28 日在 295/2015，2015 年 7 月 23 日在第 507/2015 號等案中所持的觀點。

蔡武彬