

案件編號：910/2020

日期：2021年5月13日

重要法律問題：

- 審查證據方面明顯有錯誤
- 「不法之錄製品及照片罪」
- 「不法之錄製品及照片罪」的「故意」與「過失」

裁判書內容摘要

一、審查證據方面明顯有錯誤，是指法院分析判斷證據並認定事實時，明顯有違經驗法則和常理，或明顯違反法定證據價值規則，或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現。

二、「不法之錄製品及照片罪」的犯罪構成要件為：未經他人同意；將他人所述而非以公眾為對象之言詞錄音；存有相應的故意。

三、「不法之錄製品及照片罪」要求行為人具有犯罪的故意，不論直接故意、必然故意或或然故意，行為人以其中一種故意形態實施了犯罪行為，都應受到刑事處罰。

四、故意與過失的區別在於意志方面的特徵，是行為人在意志上對犯罪結果的接受與否。

五、上訴人自知其在警方辦事處的房間內、將被害人為其製作詢問筆錄的內容進行隱蔽錄音，是不被允許的；此外，上訴人是對其報案過程進行錄音，作為普通市民，其完全能意識基於刑事調查的保密性，即使作為被害人的報案人，未經允許亦不能作任何形式的記錄；可見，上訴人是明知其行為是符合犯罪的。即使是香港、澳門的法律不同，但是，根據普通人的認知，上訴人也完全意識到其在未取得被害人同意的前提下進行錄音，極有可能構成犯罪，並且對可能構成犯罪抱持放任接受的心態，存有接納其行為構成犯罪之意志，此種情況仍然符合故意犯罪。因此，上訴人的行為並非過失。

六、上訴人以其錄音非作不法用途為辯解，主張其無犯罪故意。上訴人這一主張實際上是混淆了犯罪目的和犯罪故意的界線。

裁判書製作人

周艷平

澳門特別行政區中級法院 合議庭裁判書

編號：第 910/2020 號(刑事上訴案)

上訴人：A (A)

日期：2021 年 5 月 13 日

一、 案情敘述

在初級法院刑事法庭第 CR4-20-0037-PCS 號獨任庭普通刑事案中，於 2020 年 7 月 7 日之判決，嫌犯 A (即：上訴人) 被裁定：

以直接正犯及既遂行為觸犯一項《刑法典》第 191 條第 1 款 a 項所規定及處罰的不法之錄製品及照片罪，判處 90 日罰金，每日訂為澳門幣二百元(MOP200)，即合共罰金澳門幣一萬八千元(MOP18,000)的罰金。另按照《刑法典》第 47 條規定，倘若不繳納罰金，或不獲准以勞動代替，則易科 60 日的徒刑。

*

嫌犯 A 不服，向本院提起上訴（上訴理由闡述載於卷宗第 123 頁至第 132 頁）。

上訴人提出以下理據（結論部分）：

1. 原審法庭判處上訴人以直接正犯及既遂行為觸犯一項《刑法典》

第 191 條第 1 款 a) 項所規定及處罰的「不法之錄製品及照片罪」，判處 90 日罰金；罰金每日訂為 200 元，合共為澳門幣壹萬捌仟圓整 (MOP\$18,000.00)。

2. 司警辦事處在牆壁上貼有相關禁止拍攝錄影的標語。

3. 根據判決書內未獲證明的事實：「…未被列為已證的控訴內容、與已證事實不符的控訴內容視為未證，當中尤其包括：(a) 被害人警告嫌犯上述辦公室範圍內不准進行拍攝及錄影，並告知在牆壁上已貼有告示表明，嫌犯表示明白，訛稱沒有錄音及錄影。

4. 僅憑辦事處牆壁上貼有未經許可禁止拍攝或錄音的標語，並不能證實上訴人是在自願及有意識的情況下，故意在未經被害人 D 同意的情況下，向被害人進行錄音。

5. 卷宗內亦沒有任何客觀證據可以證明上訴人曾經看到及知悉在牆壁張貼禁止標語。

6. 被上訴判決卻認定上訴人是在自由、自願及有意識之情況下，在未經被害人 D 同意的情況下，向被害人進行錄音。

7. 比對兩者立即可以發現得出一個邏輯上不可接受的結論。

8. 上訴人是香港居民及居於香港，只是偶爾來澳門旅遊消遣，深信每個旅客不會清楚每個地方具有不同的法律制度是十分正常的事。

9. 根據香港法律，僅僅存在未經他人同意擅自錄音的行為並不獨立構成犯罪，只有結合香港《刑事罪行條例》第 200 章第 161 條規定的不確定概念要件方可能構成違法。在香港，上訴人未經他人同意擅

自進行錄音並不一定構成犯罪。

10. 原審法庭根本不可能把上訴人清楚知悉其行為乃犯法行為，會受法律的制裁而獲得證實，這部份明顯沒有任何證據支持及不合邏輯。

11. 除卻應有之尊重外，原審法庭認定上訴人是在明知會違反澳門法律的情況下故意未經被害人同意而進行錄音，即使是一名具中等教育的人、也可立即察覺到這一判斷明顯錯誤及不合理。

12. 基於被上訴判違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項的規定而沾上瑕疵，應撤銷被上訴判決。

13. 該罪的犯罪構成要件為：(1) 未經他人同意；(2) 將他人所述而非以公眾為對象之言詞錄音；(3) 存有相應的故意。

14. 根據《刑法典》第 12 條及第 191 條第 1 款 a) 項規定的「不法之錄製品及照片罪」之罪狀構成要件，只有存在故意犯罪才違反該條文之規定。

15. 而上訴人錄音的目的是為了記錄報案的過程，並非作不法用途。

16. 卷宗內亦沒有任何客觀證據可以證明上訴人曾經看到及知悉在牆壁上張貼禁止標語。

17. 單靠在牆壁上張貼禁止未經許可禁止拍攝或錄音的標語的情況下，並不能證實上訴人是在自願及有意識之情況下，故意在未經被害人 D 同意的情況下，向被害人進行錄音。

18. 基於上訴人在本案例中沒有故意的主觀要素，充其量只存在過

失，並不符合《刑法典》第 191 條第 1 款 a) 項所規定及處罰的「不法之錄製品及照片罪」之處罰前提。

19. 被上訴判決錯誤適用《刑法典》第 191 條第 1 款 a) 項的規定，應予撤銷，並開釋上訴人。

*

基於此，上訴人請求如下：

綜上所述及有賴尊敬的 中級法院法官閣下對法律理解的高見，本上訴應被視為理由成立而被判得直，並請求作出如下裁決：

1.) 上訴人不具備犯罪故意的構成要件，繼而判處上訴人觸犯《刑法典》第 191 條第 1 款 a) 項所規定及處罰的一項「不法之錄製品及照片罪」罪名不成立；

2.) 倘若尊敬的 閣下不如此認為，應基於被上訴判決違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定而沾有瑕疵，應予撤銷；並根據《刑事訴訟法典》第 418 條的規定將卷宗發回，以便重新作出審理；或

具備條件再次調查證據可避免卷宗之移送，則根據《刑事訴訟法典》第 415 條的規定重新作出調查證據及裁決。

*

駐初級法院刑事法庭的檢察院代表作出答覆，認為應裁定上訴人之上訴理由不成立，維持原審法院的判決（詳見卷宗第 134 頁至第 138 頁）。

檢察院在答覆中提出下列理據（結論部分）：

1. 應指出，本案的關鍵在於上訴人是否知悉未經同意進行錄音違法？

2. 經分析卷宗資料，本院認同原審判決所作之分析及認定。

3. 應指出，通行的刑法理論認為，對於行為不法性的認識，並不要求行為人具體認識到其違反的是何種法律規定，只要行為人認識到其行為不被法律允許的性質即足矣。

4. 在本案中，從上訴人錄音的方式可以判斷到其有意掩飾其進行錄音行為。換言之，其已意識到其行為非為“光明正大”之合法行為，並有意使之不為人所知。原審判決認定其明知行為不法符合一般經驗法則及邏輯規則。

5. 關於“審查證據方面的明顯錯誤”，中級法院過往的見解認為：“是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現。”

6. 終審法院也一直認為：“如果在審查證據時從某事實中得出的結論無法接受、如果違反限定或確定證據價值的法律規定或者違反經驗或職業準則，就存在審查證據方面的明顯錯誤的瑕疵。該錯誤必須是顯而易見的，明顯到不可能不被一般留意的人所發現。”

7. 本院不認為原審判決在認定上訴人明知不法時存在上述司法見解中所指之任一情形。

8. 根據《刑事訴訟法典》第 114 條規定，評價證據係按經驗法則及有權限實體之自由心證為之，但法律另有規定者除外。換言之，法官在對構成訴訟標的的具爭議事實，在事實審層面上作出認定或不認定時，除了法律對評價證據方面另有事先規定的情況，最終仍須按經驗法則去分析、評價案中的所有證據材料，從而判斷哪些事實屬實、哪些不屬實。

9. 在本案中，原審判決建基於聽證中審查的各類證據，得出上訴人明知其行為不法性的結論並不違反一般經驗法則邏輯規則。

10. 上訴人對此提出質疑，實際上是質疑原審法官的心證，欲以自己之心證代替法官之心證。

11. 中級法院一貫認為，在原審法院在分析對證據的審理過程中不存在明顯的錯誤的情況下，原審法院的自由心證是不能受到質疑，上訴法院更不能以自己的心證代替原審法院的心證。

12. 基於以上分析，本院認為，上訴人指稱被上訴之判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項的瑕疵的理由並不成立。

13. 鑑於原審判決不存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款規定的瑕疵，故根據該法典第 415 條之規定，便無須去上訴人所要求再次調查證據。

*

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱並提交了法律意見，認為上訴人提出的上訴理由均不成立，應駁回上訴及維持原判（詳見卷宗第 147 頁及第 148 頁）。

*

本院接受了上訴人提起的上訴，組成合議庭，對上訴進行審理，合議庭兩名助審法官相繼檢閱了卷宗，並作出評議及表決。

二、事實方面

原審法院經庭審後認定以下事實：

（一）獲證明屬實之事實：

- (1) 2019年6月15日，嫌犯A經邊境站進入澳門。
- (2) 嫌犯到美獅美高梅娛樂場內，就2019年5月13日於該娛樂場遺失手機一事向保安部保安主任B查詢。
- (3) B查核資料後，向嫌犯表示沒有接獲相關投訴，相關錄影片段已超越保存時間，嫌犯堅決要求報警求助。
- (4) 晚上約10時40分，嫌犯在保安部副經理C陪同下到司法警察局駐美獅美高梅娛樂場辦事處向當值刑事偵查員、被害人D報案。
- (5) 在上述辦事處內，司法警察局人員已在牆壁上張貼禁止未經許可禁止拍攝或錄音的告示。
- (6) 被害人為嫌犯製作關於嫌犯遺失手機詢問筆錄期間，嫌犯將一部白色手機，牌子：華碩，型號：ZENFONE4放在座位旁的藍色座椅上。
- (7) 之後，被害人感到嫌犯動作有異，懷疑嫌犯手機已開啟錄音功能，正對詢問筆錄過程進行錄音。

- (8) C 在旁目睹案發經過。
- (9) 經翻查嫌犯手機內，發現內存兩段詢問期間的錄音，分別為 2019 年 6 月 15 日晚上 10 時 49 分，時長 10 分 56 秒及同日晚上 11 時 18 分，時長 29 分鐘 17 秒(第 27 至 28 頁)。
- (10) 嫌犯 A 在自由、自願及有意識之情況下，在未經被害人 D 同意的情況下，向被害人進行錄音。
- (11) 嫌犯清楚知悉其行為乃犯法行為，會受法律的制裁。

*

同時證實：

- (12) 除本案外，本案嫌犯並沒有其他刑事記錄。
- (13) 嫌犯聲稱具大學本科畢業的教育水平，現時為教師，每月收入約為港幣 28,000 元，需供養父母。

*

(二) 未獲證明事實：

未被列為已證的控訴內容、與已證事實不符的控訴內容視為未證當中尤其包括：

- (a) 被害人警告嫌犯上述辦公室範圍內不准許進行拍攝及錄影，並告知在牆壁上已貼有告示表明，嫌犯表示明白，訛稱沒有錄音及錄。(控訴事實第 6 條部份內容)

三、法律方面

本上訴涉及之問題：

- 審查證據方面明顯有錯誤
- 「不法之錄製品及照片罪」之「故意」和「過失」

*

上訴法院只解決上訴人具體提出的並且由其上訴理由闡述結論所界定的問題，結論中未包含的問題轉為確定。在結論中未有提及的任何問題，雖然曾在上述理由闡述內探討或在隨後的陳述內發揮，但仍是毫無重要的。（參見中級法院第 18/2001 號上訴案 2001 年 5 月 3 日合議庭裁判，中級法院第 103/2003 號上訴案 2003 年 6 月 5 日合議庭裁判。）

*

上訴人認為，被上訴判決存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項的“審查證據明顯有錯誤”之瑕疵，以及錯誤適用《刑法典》第 191 條第 1 款 a) 項法律規定之瑕疵。

上訴人指出，其沒有被任何人告知不能進行錄音，僅憑辦事處牆壁上貼有未經許可禁止拍攝或錄音的標語，且在沒有任何客觀證據可以證明上訴人曾經看到及知悉在牆壁張貼的禁止標語的情況下，不能證實上訴人是在未經被害人同意的情況下，向被害人進行錄音；因此，被上訴判決一方面認定被害人沒有告知上訴人不能錄音，一方面認定上訴人是在自由、自願及有意識的情況下，在未經被害人同意的情況下，向被害人進行錄音，對比兩者，立即可以發現存在邏輯上不可接受的結論。此外，上訴人不知其行為構成犯罪；在香港，上訴人如果未經他人同意擅自進行錄音並不一定構成犯罪；上訴人是香港居民及

居於香港，深信每個旅客不會清楚每個地方具有不同的法律制度是十分正常的事；原審法庭根本不可能把上訴人清楚知悉其行為乃犯法行為，會受法律的制裁而獲得證實，這部份明顯沒有任何證據支持及不合邏輯。

上訴人亦指出，根據《刑法典》有關「不法之錄製品及照片罪」之罪狀構成要件，只有存在故意犯罪才違反該條文之規定。上訴人錄音的目的是為了記錄報案的過程，並非作不法用途；上訴人在本案中沒有故意的主觀要素，充其量只存在過失，並不符合《刑法典》有關「不法之錄製品及照片罪」之處罰前提。

上訴人請求裁定其不具備犯罪故意的構成要件，開釋其被控告之一項「不法之錄製品及照片罪」；或基於被上訴判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定之瑕疵，予以撤銷，並根據《刑事訴訟法典》第 418 條的規定將卷宗發回，以便重新作出審理；或具備條件再次調查證據，由上訴法院根據《刑事訴訟法典》第 415 條的規定重新作出調查證據及裁決。

*

（一） 關於“審查證據方面明顯有錯誤”

針對“審查證據方面明顯有錯誤”的問題，終審法院於 2001 年 3 月 16 日在第 16/2000 號刑事上訴案的判決中指出：“審查證據中的明顯錯誤是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，

或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現。”

換言之，審查證據方面明顯有錯誤，是指法院分析判斷證據並認定事實時，明顯有違經驗法則和常理，或明顯違反法定證據價值規則，或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現。

*

《刑法典》第 191 條（不法之錄製品及照片）規定：

一、未經同意，作出下列行為者，處最高二年徒刑，或科最高二百四十日罰金：

a) 將他人所述而非以公眾為對象之言詞錄音，即使該等言詞係對錄音之人所述者；或

b) 使用或容許他人使用上項所指之錄製品，即使錄製品係合乎規範製作者。

.....

「不法之錄製品及照片罪」的犯罪構成要件為：

- 未經他人同意；
- 將他人所述而非以公眾為對象之言詞錄音；
- 存有相應的故意。

*

上訴人是否未經他人同意錄音？

具體到本案，被害人（當值刑事偵查員）的明確警告，並不是法

定之“未經同意”的必須且唯一的要件，即：被害人未對上訴人作出禁止錄音之警告，不等同於上訴人的錄音行為獲得了同意或准許。

告知的方式有多種，證明以張貼告示的方式做出告知，而未證明以親身口頭方式做出告知，兩者之間並不存在邏輯上的不相容或矛盾。

原審法院根據卷宗的資料、上訴人和各證人之證言，特別是考慮到有關禁止告示張貼之明顯、上訴人掩飾其錄音的情形，認定上訴人未經他人同意而進行錄影，並無違反一般經驗法則。

*

根據澳門《刑事訴訟法典》第 114 條規定的自由心證原則，法官在不受任何外力干擾下自主判斷，評價證據，認定事實，但不能違反一般生活經驗法則、常理、邏輯定律及法定證據規則。

法院以客觀的、合乎邏輯及符合常理的方式審查分析證據，在此基礎上所形成的心證是不應被質疑的。上訴人不能以其個人之事實評價強加於審判法院，更不能要求審判法院必須作出與其個人價值判斷相一致的心證。

綜合審查卷宗內的所有證據，依照經驗法則及邏輯分析，足以認定上訴人實施了被指控之「不法之錄製品及照片罪」罪行。

在被上訴判決中，未見已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，亦未發現從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受之結論，同時，也不存在任何違反一般經驗法則和限定證據價值的規則之情形。原審法院在審查證據方面不存在上訴人指稱的《刑事訴

訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項之瑕疵。

藉此，上訴人該部分上訴理由不成立，毋需發回初級法院重審，亦無須根據《刑事訴訟法典》第 415 條之規定再次調查證據。

*

(二) 關於「故意」與「過失」

上訴人以其並未獲告知不能錄音以及其錄音並非作不法用途為由，主張其於本案中沒有故意的犯罪主觀要素，充其量只存在過失。

*

如上所述，「不法之錄製品及照片罪」的犯罪構成要件為：未經他人同意；將他人所述而非以公眾為對象之言詞錄音；存有相應的故意。

「不法之錄製品及照片罪」要求行為人具有犯罪的故意，不論直接故意、必然故意或或然故意，行為人以其中一種故意形態實施了犯罪行為，都應受到刑事處罰。

*

澳門《刑法典》第 13 條（故意）規定：

一、行為時明知事實符合一罪狀，而有意使該事實發生者，為故意。

二、行為時明知行為之必然後果係使符合一罪狀之事實發生者，亦為故意。

三、明知行為之後果係可能使符合一罪狀之事實發生，而行為人行為時係接受該事實之發生者，亦為故意。

澳門《刑法典》第 14 條（過失）規定：

行為人屬下列情況，且按情節行為時必須注意並能注意而不注意者，為過失：

a) 明知有可能發生符合一罪狀之事實，但行為時並不接受該事實之發生；或

b) 完全未預見符合一罪狀之事實發生之可能性。

根據行為人意識上的組成要件或心理，“故意”可以表現為三種形式，即：直接故意（對應《刑法典》第 13 條第 1 款）、必然故意（對應《刑法典》第 13 條第 2 款）、或然故意（對應《刑法典》第 13 條第 3 款）；“過失”可分為兩種：有意識的過失（對應《刑法典》第 14 條 a 項）、無意識的過失（對應《刑法典》第 14 條 b 項）。

故意與過失的區別在於意志方面的特徵，是行為人在意志上對犯罪結果的接受與否。

具體到本案，司法警察局駐相關娛樂場辦事處的牆壁上張貼著未經許可禁止拍攝或錄音的告示；上訴人在沒有得到被害人（當值刑事偵查員）的同意下對被害人進行錄音；根據證人 C 指出的上訴人擺放電話的位置、錄音方式，可以判斷出上訴人有意掩飾其進行錄音的行為。

由此可見，上訴人自知其在警方辦事處的房間內、將被害人為其製作詢問筆錄的內容進行隱蔽錄音，是不被允許的；此外，上訴人是對其報案過程進行錄音，作為普通市民，其完全能意識基於刑事調查的保密性，即使作為被害人的報案人，未經允許亦不能作任何形式的

記錄；可見，上訴人是明知其行為是符合犯罪的。即使是香港、澳門的法律不同，但是，根據普通人的認知，上訴人也完全意識到其在未取得被害人同意的前提下進行錄音，極有可能構成犯罪，並且對可能構成犯罪抱持放任接受的心態，存有接納其行為構成犯罪之意志，此種情況仍然符合故意犯罪。因此，上訴人的行為並非過失。

*

上訴人以其錄音非作不法用途為辯解，主張其無犯罪故意。

上訴人這一主張實際上是混淆了犯罪目的和犯罪故意的界線。

此外，上訴人所聲稱的目的或原因，不構成阻卻其行為不法性的合理理由。就此問題，被上訴人判決亦清楚並且正確地做出決定：

“……儘管假設嫌犯錄音之目的是為其報案作備案，但其錄音的理由並不符合《民法典》第 80 條第 2 款所指的合理進行錄音的要求，因為本個案中，並沒有任何事宜妨礙嫌犯從正常途徑獲取報案記錄。因此，其錄音行為的不法性不會被排除。”

藉此，原審法院裁定上訴人以直接正犯及既遂行為觸犯一項《刑法典》第 191 條第 1 款 a 項所規定及處罰的「不法之錄製品及照片罪」，適用法律正確。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人 A 的上訴理由不成立，維持原審判決。

*

本上訴之訴訟費用由上訴人負擔，其中，司法費定為 4 個計算單位。

著令通知。

—*—

澳門，2021 年 5 月 13 日

周艷平（裁判書製作人）

蔡武彬（第一助審法官）

陳廣勝（第二助審法官）