

第 59/2023 號案

刑事上訴

上訴人：甲

被上訴人：檢察院

日期：2023 年 7 月 21 日

法官：宋敏莉(裁判書制作法官)、司徒民正和岑浩輝

主 題：

- 對無能力抗拒者之性侵犯
- 禁用證據
- 影像資料

摘 要

1. 根據《刑事訴訟法典》第 113 條的規定，立法者對禁用證據作出了絕對不可接納的證據及相對不可接納的證據的區分。前者指通過酷刑、脅迫或侵犯人的身體或精神完整性而獲得的證據，後者則包括通過侵入私人生活、住所、函件或其他通訊方法而取得的證據，

相關權利人的同意或司法機關的批准可以避免對權利的侵犯。

2. 對私人生活、住所、函件等的保護並非是絕對的，需要在具體個案中對涉案的不同權利和利益進行權衡，作出整體的考慮。

3. 在本案中，考慮到案件的具體情況，兩名被害人的母親在她們的房間安裝錄影監控設備的動機是正當的，並非為窺探和侵犯上訴人的隱私。

4. 考慮到上訴人作案的時間和方式以及兩名被害人的健康狀況（有輕度智力障礙，需服用抗精神病藥物及睡眠藥物），以涉案影像資料作為證據從司法方面的要求來說無疑是必要的，有合理的理由。

5. 從法律秩序的整體加以考慮，涉案影像資料並非《刑事訴訟法典》第 113 條第 3 款規定的透過侵入私人生活、住所而獲得之證據，不屬法律禁止之證據。

裁判書制作法官

宋敏莉

澳門特別行政區終審法院裁判

一、概述

在編號為 CR2-22-0078-PCC 的合議庭普通刑事案件中，初級法院合議庭認定本案被告甲以直接正犯和既遂方式觸犯了兩項《刑法典》第 159 條第 1 款配合第 171 條第 1 款 b 項所規定及處罰的對無能力抗拒之人之性侵犯罪，每項判處 3 年徒刑；數罪並罰，合共判處被告 4 年 6 個月徒刑的單一刑罰。

被告不服裁判，向中級法院提起上訴(第 588/2022 號案件)，該院裁判上訴理由不成立，維持原判。

被告現向終審法院提起上訴，並在其上訴理由陳述中提出以下結論：

I. 被上訴合議庭裁判裁定上訴人的上訴理由不成立，維持一審判處兩項「對無能力抗拒之人之性侵犯罪」，針對每項犯罪，各判處 3 年的徒刑，數罪並罰，合共判處嫌犯 4 年 6 個月實際徒刑的單一刑罰，當中被上訴合議庭裁判否決上訴人提出使用禁用證據，而且原審法

庭的決定沾有審查證據方面明顯有錯誤，以及存有罪刑不符及量刑過重的情況。

II. 被上訴合議庭裁判對於上訴人提出「使用禁用證據」否決理由為有關錄影行為是符合《民法典》第80條第2款關於無須同意的規定，且有關內容並非專門侵犯上訴人個人隱私，以及為搜集證據為目的而應受到正當防衛的保護。

III. 錄影工具作保安用途或監察非法行為越趨普及，但因錄影可能侵犯當事人的肖像、隱私等權利，所以錄影監視技術的發展與應用，應兼顧對個人隱私的保護。

IV. 為對將來有可能出現的犯罪行為準備證據，就可以免除對身處非公眾地方之被拍攝人的同意，甚至通過以秘密的手段對其進行拍攝，等同可以無視現時對安裝攝錄系統的規範及指引。

V. 上訴人並非反對採用攝錄工具作為預防犯罪的手段，但在兼顧盡量減少對人格權影響的前提下，便要注意錄影監察的合理性和公開性。

VI. 被上訴法庭認為錄影行為受正當防衛的保護。

VII. 是否符合正當防衛，要求同時滿足三個要件：(1) 行為人本人或第三人受法律保護的利益正遭受不法侵犯，該侵犯必須是正在實施或迫在眉睫的侵犯；(2) 為擊退不法侵害所使用的方法，必須是必要且合理的；(3) 行為人必須具有防衛的意圖。

VIII. 證人乙的錄影行為並非在上訴人進入房間的一刻才開始實施。

IX. 正當防衛是針對的不法侵犯行為必須是正在實施或迫在眉睫的侵犯，而非為著“可能”作出的不法行為，所以證人乙的錄影行為並不符合正當防衛的要求。

X. 卷宗內的錄影內容不符合《民法典》第80條第2款所規定的情況不單違反了證據合法性原則，更違反了《刑事訴訟法典》第113條關於禁用取證方法的規定。

XI. 基於原審法庭在形成心證時，明確採用了屬於無效的載於卷宗第113頁至第146頁的錄影，明顯存有錯誤認定證據的情況，懇請終審法院各法官閣下因認定原審判決沾有《刑事訴訟法典》第400條2款c)項之瑕疵，且於不可能對案件作出裁判之情況下，命令將卷宗移送第一審法院另一合議庭以便重新作出審判。

XII. 至於上訴人提出「原審合議庭審查證據方面明顯有錯誤」，被上訴合議庭裁判對於否決理由為在本案第一審聽證中，原審合議庭實際上已傳召及聽取了第一被害人的證言，作為間接證言的警員證言可以作為證據方法，且第一審合議庭不存在審查證據明顯錯誤。

XIII. 面對間接證言，立法者要求傳召最初之證人作證，目的在於確認有關證言的真確性。

XIV. 第一審合議庭雖然已傳召及聽取了第一被害人的證言，但該被害人在該聽證中，並沒有聲明該名警員證人所聲明之內容(嫌犯曾拍第一被害人胸及捉住第一被害人的手摸他的陽具)，而只聲明上訴人沒有摸過她。

XV. 第一審法院不單未有就警員證人的間接證言內容再向最初之證人(第一被害人)作出詢問，且第一被害人在作證時亦沒有表達該間接證言的內容，因此，警員證言不能作為證據方法。

XVI. 卷宗內沒有確實客觀證據能夠證明上訴人對兩名被害人實施觸摸行為，而第一審法院僅以監控影像資料及DNA鑒定報告作為證據認定上訴人有對兩名被害人實施觸摸行為的行為，但卷宗中的監控錄影無法證明上訴人是否對兩名被害人實施觸摸行為，兩名

被害人的鑒定結果也顯示無異樣，而第一審法院亦無法完全排除日常生活整理衣物而留有上訴人的DNA。

XVII. 故上訴人認為被上訴判決沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款c)規定“審查證據方面明顯有錯誤”之瑕疵，其行為並沒有實施和構成對無能力抗拒之人之性侵犯罪的犯罪要件。

XVIII. 被上訴合議庭裁判否定上訴人提出「量刑過重應重新量刑及給予緩刑機會」，理由是認為有關判刑符合犯罪的一般及特別預防的最基本要求，不存在過重的情況，毫無減刑的空間。

XIX. 上訴人認為原審裁判是以嚴苛的角度適用該法律，在量刑部份未有考慮和列入將其他有利於上訴人的情節考慮。

XX. 上訴人經過是次事件的刑事程序，因禁止離境及禁止接觸兩名被害人，已得到沉重的教訓，感到非常後悔。

XXI. 根據上訴人的社會報告內容，上訴人與其配偶都希望一家早日團聚，期待上訴人能回內地探望年老的母親，雙方亦就照顧兩名被害人之安排達成共識，上訴人必定會以負責的態度在社會上生活。

XXII. 社會報告書正面描述上訴人之生活狀況及重新與家庭建

立照顧方式，可得出結論認為，對上訴人有利的預測。

XXIII. 刑罰是要讓行為人承擔其所實施的犯罪行為所帶來的後果，同時對其所作出的行為重新思考，給予其重返正途、重過新生的機會。

XXIV. 給予刑罰暫緩執行應以對行為人將來的行為作有利的預測為基礎，且令人有信心透過刑罰的威嚇，行為人能從判刑中汲取到教訓，並有理由相信其藉著將來遵守法定及符合法律的生活而不會再次犯罪。

XXV. 上訴人認為當全面考慮到上訴人的犯罪情節之嚴重性、上訴人之故意程度、有罪犯罪行為對社會帶來之影響、上訴人的犯罪前科後，在針對上訴人的行為作出量刑時理應判處較被上訴裁判所科處的刑罰為輕的處罰，並結合上訴人之事實，數罪並罰對上訴人科處數罪並罰後不超過三年的刑罰最為適合，並對被科處之刑罰適用暫緩執行制度，方能符合罪刑相適應的原則。

檢察院提交了對上訴理由陳述的答覆，主張廢止中級法院確認原判刑罰之部分，並在不考慮“嫌犯未有表現出任何悔意”之情節的前

提下對嫌犯重新量刑；或廢止中級法院確認原判刑罰之部分，將卷宗發回，指令在不考慮“嫌犯未有表現出任何悔意”之情節的前提下，重新量刑；倘不如此認為，建議駁回上訴，並維持被上訴之裁判。(詳見卷宗第 551 頁至第 560 頁背面)。

在本審級，檢察院助理檢察長重申其在對上訴理由陳述作出的答覆中所持的理據及立場。

已作出檢閱。

二、事實

中級法院確認了初級法院認定的以下事實：

1. 自 2018 年起，上訴人甲與其妻子乙，以及乙的兩名女兒丙(第一被害人)及丁(第二被害人)，共同居住於[地址(1)]。

2. 上址單位為兩房一廳間隔，上訴人甲與乙居於其中一個房間，第一、第二被害人居於另一個房間。第一、第二被害人居住的房內，設有一張上下格的睡床。

3. 第一被害人有輕度智能障礙，長期服用抗精神病藥物，用於穩定情緒，同時亦服用睡眠藥物。第二被害人有輕度智慧障礙，服用抗精神病藥物，用於穩定情緒，同時亦服用睡眠藥物。

4. 乙在上訴人開設之食店(位於[地址(2)]之“XXXXXX”)工作，協助上述食店之營運。上訴人為家庭經濟支柱，第一、第二被害人在經濟上依賴於上訴人之供養。

5. 2021年9月初，乙在上述第一、第二被害人居住的房間牆身上，設置了一個錄影監控儀器(包括有鏡頭、記憶卡等)，並用物品遮掩機身，僅露出儀器上的鏡頭部分，目的為觀察第一、第二被害人房內的情況。同月7日，乙在其使用的手機內下載軟件，將前述儀器拍攝到的影像連接至其手機，可通過手機查看第一、第二被害人房內情況，包括前述房間內睡床上的情況。

6. 同日(2021年9月7日)晚間，乙在上訴人所開設之上述食店內工作。上訴人則與第一、第二被害人在上址單位內休息。

7. 同日晚上約10時41分，第一、第二被害人在兩人所居住之房間內，準備上床睡覺，第二被害人隨即關燈。

8. 上訴人亦在上述房間內，詢問兩名被害人是否已服藥，兩名

被害人均表示已服藥。

9. 第一、第二被害人其後並排躺臥於上述房間內睡床的下格，第一被害人睡在該大床上近牆壁之裡側，第二被害人則睡在靠門口之外側。

10. 此時，第一、第二被害人均穿著一件上衣、一條長褲、一條內褲。

11. 第一、第二被害人在睡床上交談至同日晚上約 11 時 08 分，其後兩人在上述第三點所指藥物的幫助下進入熟睡狀態。

12. 翌日(2021 年 9 月 8 日)凌晨約零時 13 分 12 秒，已離開第一、第二被害人房間的上訴人，在知悉第一、第二被害人已入睡的情況下，返回前述房間，隨即爬上第一、第二被害人所躺臥的睡床。

13. 上訴人隨即靠近第一被害人所躺臥之位置，伸手觸摸第一被害人的身體，直至同日凌晨約零時 14 分 52 秒。

14. 上訴人隨後懷疑房間內設置有監控儀器，於是下床尋找該儀器。同日凌晨約零時 15 分 02 秒，上訴人開啓房間內的房燈，繼續尋找但不果。

15. 上訴人回頭望向睡床，查看第一、第二被害人的情況。

16. 其時，第一被害人全身沒有覆蓋棉被，其所穿著長褲之褲頭，布料整齊，褲頭被其所穿著上衣的下擺覆蓋。第二被害人則全身連頭，被一條棉被所包裹。

17. 上訴人見第一、第二被害人沒有醒來，隨即於同日凌晨約零時 15 分 06 秒，又將房燈關上，再次爬回床上，靠近第一、第二被害人所躺臥之位置。

18. 上訴人隨即趁第一被害人熟睡的情況，伸手拉開第一被害人的上衣、長褲、內褲，觸摸第一被害人胸部、下體等部位，以及趁第二被害人熟睡的情況，拉開第二被害人的棉被及上衣，觸摸第二被害人的胸部等部位。

19. 同日凌晨，在店舖內工作的乙查看監控資料後，發現上訴人身處第一、第二被害人所在的房間，於是立即返回家中，並於同日凌晨約零時 19 分 44 秒，打開上述房間的房燈。

20. 此時，上訴人身處上述房間睡床上，靠近第一被害人的腿部位置，身體前傾，並使用雙手撐在床上。上訴人其後下床。

21. 第一被害人仍躺臥於床上，其所穿著長褲的褲頭位置，布料呈凌亂狀態，褲頭亦不再被其所穿著上衣的下擺覆蓋。

22. 乙隨即指責上訴人，說出：“你今次人賊並獲，你做咩要上我個女張床”、“我報警！我報警！你搞我兩個女”等的說話。

23. 其時，第一、第二被害人仍繼續入睡，沒有起身。

24. 同日凌晨約零時 20 分 57 秒，乙對著第一被害人說出：“呀，家姐，家姐你做咩唔出聲呀”。第一被害人仍沒有任何反應。

25. 乙繼續指責上訴人，並使用手提電話致電報警，上訴人見狀從後攬著乙，並欲搶去乙之電話。

26. 直至同日凌晨約零時 22 分 26 秒，第一被害人從床上起身，坐於床上，神情呆滯。

27. 同日凌晨約零時 23 分，上訴人發現前述錄影監察儀器，隨即將其從牆上扯落，其後再將該儀器，從上址單位之窗戶拋至單位外之街道上。

28. 同日，司警人員在上址單位外之街道(XXXX 街)檢獲上述錄

影監察儀器，內有一張記憶卡。(現扣押於本案)

29. 經檢驗發現：

1) 第一被害人所穿著的一條內褲之外表面正面上痕跡、內表面正面上痕跡、內表面背面上痕跡，檢出的 DNA 的檢驗結果均為混合分型，且均有可能是來自第一被害人本人及上訴人，即均有“極強力”證據支持“在第一被害人是檢樣上檢出的 DNA 的其中一個供體的情況下，上訴人有可能是檢樣上檢出的 DNA 的另一供體”；

2) 第一被害人所穿著的一件上衣之內表面胸部位置上痕跡，檢出的 DNA 的檢驗結果為混合分型，且有可能是來自第一被害人本人及上訴人，即均有“極強力”證據支持“在第一被害人是檢樣上檢出的 DNA 的其中一個供體的情況下，上訴人有可能是檢樣上檢出的 DNA 的另一供體”；

3) 第一被害人所穿著的一條長褲之外表面襠部上痕跡、內表面襠部上痕跡，檢出的 DNA 的檢驗結果均為混合分型，且均有可能是來自第一被害人本人及上訴人，即均有“極強力”證據支持“在第一被害人是檢樣上檢出的 DNA 的其中一個供體的情況下，上訴人有可能是檢樣上檢出的 DNA 的另一供體”；

4) 第二被害人所穿著的一件上衣之內表面胸部位置上痕跡，檢出的 DNA 的檢驗結果為混合分型，且有可能是來自第一被害人本人及上訴人，即均有“極強力”證據支持“在第二被害人是檢樣上檢出的 DNA 的其中一個供體的情況下，上訴人有可能是檢樣上檢出的 DNA 的另一供體”。

30. 第一、第二被害人在經濟上依賴於上訴人，並與上訴人共同居住於一個居所內，上訴人利用上述情況，明知第一、第二被害人已入睡且處於無能力抗拒的情況下，仍觸摸第一被害人的胸部及下體，以及觸摸第二被害人的胸部，目的為滿足其個人性慾。

31. 上訴人在自由、自願、有意識的情況下，故意作出上述行為。

32. 上訴人清楚知悉其行為觸犯法律，會受法律制裁。

此外，還查明：

33. 上訴人表示具有小學四年級的學歷，商人，每月收入為 1 萬澳門元至 2 萬澳門元，育有三名子女(均已成年)。

34. 根據上訴人的最新刑事記錄顯示，上訴人並非初犯。

1) 上訴人曾因觸犯第 3/2007 號法律《道路交通法》第 89 條所規定及處罰的一項逃避責任罪，於 2018 年 11 月 6 日被第 CR2-18-0285-PCS 號卷宗判處 45 日罰金，每日 200 澳門元，合共 9,000 元，可易科為 30 日徒刑，禁止駕駛為期 6 個月，判決於 2018 年 11 月 26 日轉為確定；上訴人已繳納所被判處的罰金。

35. 此外，上訴人確認其在第 PSM-098-00-4 號卷宗的判刑記錄，根據上訴人的最新刑事記錄顯示，該項前科案件資料已沒有顯示在其最新的刑事記錄當中。

三、法律

在其提交的上訴理由陳述中，上訴人提出以下問題：

- 使用禁用證據；
- 審查證據方面明顯有錯誤；以及
- 量刑過重。

以下我們逐一分析上訴人提出的問題。

(一) 關於使用禁用證據

在被上訴裁判中，中級法院就上訴人提出的使用禁用證據的問題作出了如下分析：

「1. 上訴人指出，根據證人乙在審判聽證中就安裝監控鏡頭的原因所作之陳述，以及原審法庭所認定的事實中，均可穩妥地得出上訴人是在不知情和非自願情況下被錄製在家中活動的影像之結論，繼而可認定有關錄影內容因未經上訴人同意而屬於無效之證據；並指出原審合議庭使用該錄影內容不單違反了證據合法性原則，更違反了《澳門特別行政區基本法》第30條和《刑事訴訟法典》第113條關於禁用取證方法的規定。

《澳門特別行政區基本法》第30條規定：

“澳門居民的人格尊嚴不受侵犯。禁止用任何方法對居民進行侮辱、誹謗和誣告陷害。

澳門居民享有個人的名譽權、私人生活和家庭生活的隱私權。”

《刑事訴訟法典》第112條規定：

“凡非為法律所禁止之證據，均為可採納者。”

《刑事訴訟法典》第 113 條規定：

“一、透過酷刑或脅迫，又或一般侵犯人之身體或精神之完整性而獲得之證據，均為無效，且不得使用。

二、利用下列手段獲得之證據，即使獲有關之人同意，亦屬侵犯人之身體或精神之完整性：

a) 以虐待、傷害身體、使用任何性質之手段、催眠又或施以殘忍或欺騙之手段，擾亂意思之自由或作出決定之自由；

b) 以任何手段擾亂記憶能力或評估能力；

c) 在法律容許之情況及限度以外使用武力；

d) 以法律不容許之措施作威脅，以及以拒絕或限制給予依法獲得之利益作威脅；

e) 承諾給予法律不容許之利益。

三、在未經有關權利人同意下，透過侵入私人生活、住所、函件或電

訊而獲得之證據，亦為無效，但屬法律規定之情況除外。

四、如使用本條所指獲得證據之方法係構成犯罪，則該等證據得僅用以對該犯罪之行為人進行追訴。”

《刑事訴訟法典》第 153 條規定：

“一、以攝影、錄影、錄音或以電子程序複製之物，以及一般而言，任何機械複製物，僅當依據刑法其非為不法時，方得作為證明事實或證明被複製之物之證據。

二、為着上款之規定之效力，遵照本卷第三編規定之機械複製物尤其不視為不法。

三、如不能將文件之原本附於或繼續存於筆錄，而只能將其機械複製物附於或繼續存於筆錄，則只要其在同一或另一訴訟程序中已被認定為與原本相同，即具有與原本相同之證據價值，但不影響以上兩款之規定之適用。”

經分析上述第 113 條條文，立法者對證據上禁用的方法規定了兩個方面的禁止：首先，根據第 1 款規定，透過酷刑或脅迫，又或一般侵犯人的身體或精神完整性而獲得的證據，屬絕對性質的無效；其二，根據第 3 款

規定，除法律規定之情況外，在未經有關權利人同意下，透過侵入私人生活、住所、函件或電訊而獲得之證據，屬相對性質之無效。

《民法典》第 80 條規定：

“一、未經本人同意，不得對其肖像或其他在視覺上能認別本人之標誌進行攝取、展示、複製、散布或作交易之用；肖像人死後，則由第六十八條第二款按順序所指之人給予許可。

二、基於肖像人之知名度或擔任之職務，或基於安全或司法方面之要求，或為着學術、教學或文化之目的，而有合理理由者，則無須肖像人同意；如該肖像係在公眾地方、與公共利益有關之事實或公開進行之事實當中所攝得之影像之一部分，亦無須經肖像人同意。

三、然而，肖像之複製、展示或作交易之用，按照第七十三條之規定可能侵犯肖像人之名譽權時，即不得為之。

四、在公眾地方為着安全或司法方面之目的而攝取之肖像僅得用於該等目的上，且在無需要時應立即銷毀。

五、以上各款之規定，經作出必要配合後，適用於錄取、複製及散布某人言詞之情況。”

根據上述法律規定，攝取他人肖像並非絕對需要取得肖像權人的同意；在法律規定的情況下，個人的肖像權可讓位於特定的利益。

相同問題可以參考終審法院在 2022 年 3 月 16 日第 134/2019 號裁決書作出的如下裁決：

“作為人格權，言論權是通過《民法典》第 80 條及《刑法典》第 191 條的具體規定予以保障。

根據《民法典》第 80 條的規定，未經本人同意，不得對其言詞進行錄製、複製及散佈，否則構成對言論權利的侵犯。

《刑法典》第 191 條第 1 款則處罰那些未經同意而將他人所述的並非以公眾為對象的言辭錄音或使用(或容許他人使用)該等錄製品的行為。

一般認為，對言論權的保護並不以保障私人生活的保留為目的。相對於保留私人生活隱私的權利而言，言論權具有自主性。¹

另一方面，《澳門特別行政區基本法》第 36 條規定了澳門居民享有的另一項基本權利，即“澳門居民有權訴諸法律，向法院提起訴訟，得到律

¹ 參閱 Paulo Mota Pinto 所著：《O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada》，Boletim da Faculdade de Direito，Vol. LXIX，第 529 頁；Manuel da Costa Andrade 所著：《Sobre a Reforma do Código Penal Português》，Revista Portuguesa de Ciência Criminal，Ano 3，2.º e 4.º，第 470 頁至第 474 頁。

師的幫助以保障自己的合法權益，以及獲得司法補救。澳門居民有權對行政部門和行政人員的行為向法院提起訴訟”。該基本權利明確包含了訴諸法律、訴諸法院、獲得律師援助及獲得司法補救等多項權利。

訴諸法律，向法院提起訴訟是澳門居民的基本權利，也是澳門居民保護自己合法權益的法律手段。

在此應該指出的是，從上述法律規定中必然引申出居民享有的有關證據的權利，居民有權在法院提交證據，有權在獲取證據方面得到協助，因為訴諸法院就意味著需要在法院舉證。

當然，提交證據及獲取證據的權利並非不受限制，當該權利與其他基本權利產生衝突的時候，則需要在兩者之間作出權衡。

而言論權的情況也是如此，因為所有的權利和自由都因對他人權利和自由的尊重而受到限制。

而在對不同的權利和利益進行權衡時，應遵循廣義的適度原則，禁止過度，對某一權利的限制應是必要、適當和適度的²，不可能將其中一種權利和利益“最擴大化”，而不整體考慮產生衝突的其他權利和利益。

² Carlos Lopes do Rego 著：《Comentários ao Código de Processo Civil》，1999 年，第 362 頁。

在理論界對證據的可採納性有很多討論，並嘗試排除一些證據的不法性，認為如果行為人的目的僅僅是為了證明某些很難通過其他方法證明的事實，而且僅僅是為了舉證的目的而使用相關證據，那麼可以排除取得證據的不法性。在這種情況下，取得證據行為倘有的刑事不法性可由於刑法典所規定的從法律秩序的整體加以考慮的任何阻卻不法性事由而予以排除。³

而對絕對不可接納的證據及相對不可接納的證據加以區分是有必要的。前者指的是通過酷刑、脅迫或侵犯人的身體或精神完整性而獲得的證據，因為完全無法接受在這種情況下取得證據的權利優於對身體或精神完整性的權利；後者則包括通過侵入私人生活、住所、函件或其他通訊方法而取得的證據，相關權利人的同意或司法機關的批准可以避免對權利的侵犯，而這正是我們可以衡量和考慮有關證據是否非法、涉及到的基本權利的種類以及作出侵權行為的環境的原因所在。

對一些權利(如肖像權、言論權、函件保密等)毫無限制的保護在很多情況下會導致訴諸法院的權利失去確實的保障，為反對舉證而引用這些權利會妨礙正當的法律程序，最終淪為濫用法律。⁴

³ Miguel Teixeira de Sousa 著：《As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa》，第 231 頁。

⁴ José de Salazar Casanova Abrantes 著：《Provas Ilícitas em Processo Civil: Sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares》，Direito e Justiça，

排除證據的標準是什麼呢？只要使用證據導致侵犯言論權，法官就必須予以排除嗎？

Isabel Alexandre 認為，應該採用在涉及侵入私人生活、住所、函件或其他通訊方法的情況下所採用的標準，如果在法庭使用相關的錄音證據會導致不正當地侵犯(*lesão abusive*)利害關係人的言論權，則證據為無效。這種不正當(*abuso*)即使是在排除了刑事不法性的情況下也可能存在，因為對言論權造成不適度或毀滅性的損害。⁵

在葡萄牙，司法見解採用了權衡不同利益並以適度為標準的解決辦法，決定接納那些第一眼看來似乎是非法的證據。

在此我們從比較法的角度引用一個葡萄牙法院在與本案有些類似的案件中作出的判例。在該案中，A 將一定金額的款項借予另一方，但 B 隨後聲稱無需歸還該筆款項，因為事屬贈與，而非借貸；為證明事實並非如此，A 決定致電 B，並將電話的音量調大，以便證人可以聽見。法院認為，對某些權利毫無限制的保護在很多情況下導致訴諸法院的權利失去確實的保障，基本權利可被明顯地濫用。考慮到當事人所享有的有關證據的權利以及發現事實真相的利益，應該接納有關證據為有效證據。有關的證據

Vol. XVIII, 2004, Tomo I, 第 125 頁至第 128 頁。

⁵ *Isabel Alexandre* 著：《*Provas Ilícitas em Processo Civil*》，第 277 頁及第 278 頁。

方法是人證，而非聲音的記錄或播放。法院還指出，相關人士並不因此而被刑事處罰，而通話內容亦不涉及談話雙方的核心隱私範圍，故有關證據是有效的，可被法院考慮和衡量。即使認為有關證據須獲得通話雙方的同意方為有效，亦應由 B 承擔相應的舉證責任。⁶”

終審法院上述判決分析了對言論權、隱私權和獲取證據權、提交證據權之間的權利和利益進行權衡。

本案中，相關的資料是否能作為證據則需要分析相關的錄影影像是否在合法下取得。

正如助理檢察長在意見書中所分析：

“本案資料顯示，兩名被害人的母親乙主要是基於照顧其有智力障礙的兩名女兒的生活需要而在彼等房間內安裝錄影監控設備的。與此同時，其安裝錄影監控設備亦為“解開心中的疑慮”(因為第一被害人曾有提到嫌犯用手拍她的胸部)。

因此，本院認為，整體上講，乙安裝錄影監控設備的動機均是基於保護兩名女兒的人身安全，應視為有合理之理由。那麼應當認為本案之情形

⁶ 葡萄牙基馬拉斯中級法院(Tribunal da Relação de Guimarães)於 2014 年 11 月 24 日在 29/13.9TBPCR.G1 號案件中作出的裁判。

符合上述《民法典》第 80 條第 2 款關於無須同意的規定，即相關的拍攝無須肖像人(本案嫌犯)的同意。質言之，從法律秩序的整體上加以考慮，乙安裝錄影監控設備進行拍攝的行為不應視為具有不法性。

從另一角度看，錄影監控設備拍攝到的內容(上訴人在被害人房間內乃至被害人卧床上的舉止)，實屬上訴人“偶然”且無合理理由的情況下進入被害人房間而又被“偶然”拍攝到的情況，這與專門為侵犯上訴人個人隱私而拍攝其行為有雲泥之別。

基於以上分析，本院認為，相關之影像資料並非《刑事訴訟法典》第 113 條第 3 款規定的透過侵入私人生活、住所而獲得之證據。上訴人所質疑的監控影像資料不屬法律禁止之證據，可以被原審法院採納。原審法院採納前述證據並未違反《刑事訴訟法典》第 113 條之規定，更談不上違反《澳門特別行政區基本法》第 30 條的規定。”

事實上，兩名被害人的母親安裝錄影監控設備進行拍攝的目的為搜集證據以阻止惡意及對其女兒可能作出的不法的行為，應受到正當防衛的保護。

因此，相關錄影資料非為不法，不屬禁用證據，而上訴人提出的上述上訴理由並不成立。」

經考慮和分析本案的具體情況，我們認為被上訴法院的決定是正確的，應予以肯定(有關正當防衛的保護的理由除外)。

我們維持被上訴法院援引的本院在第134/2019號合議庭裁判中所表明的立場，認為應該視乎具體案件的情況並以合理適度為標準來判斷是否可以接納那些第一眼看來似乎是非法的證據，以尋求不同利益之間的平衡。

事實上，兩名被害人的母親在她們的房間安裝錄影監控設備的動機——無論是為保障被害人的人身安全還是為解開心中有關被害人是否被上訴人觸摸身體的“疑惑”——是正當的，並非為窺探和侵犯上訴人的隱私。

同時，考慮到上訴人作案的時間和方式以及兩名被害人的健康狀況(有輕度智力障礙，需服用抗精神病藥物及睡眠藥物)，以涉案影像資料作為證據從司法方面的要求來說無疑是必要的，有合理的理由。

概而言之，我們所面對的並非《刑事訴訟法典》第113條第3款所規定的禁用證據，初級法院使用涉案影像資料作為形成其心證的依據之一並未違反證據的合法性原則以及《刑事訴訟法典》第113條關

於禁用取證方法的規定。

上訴人提出的有關禁用證據的上訴理由不成立。

無需就有關錄影行為是否受正當防衛的保護的理由作出分析。

(二) 關於審查證據方面的明顯錯誤

上訴人指出存在上述瑕疵的理由是，在庭審時作證的警員提供的是間接證言，雖然初級法院傳召及聽取了第一被害人的證言，但並未就警員的間接證言內容再次向第一被害人作出詢問，況且第一被害人在作證時亦沒有確認間接證言的內容，故警員提供的證言不能作為證據方法；卷宗內沒有確實客觀的證據能夠證明上訴人對兩名被害人實施觸摸行為，因為卷宗中的監控錄影無法證明上訴人是否對兩名被害人實施觸摸行為，兩名被害人的鑒定結果也顯示無異樣，而第一審法院亦無法完全排除日常生活整理衣物而留有上訴人的DNA。

根據《刑事訴訟法典》第116條第1款的規定，“如證言之內容係來自聽聞某些人所說之事情，法官得傳召該等人作證言；如法官不傳

召該等人作證言，則該部分證言不得作為證據方法，但因該等人死亡、嗣後精神失常或未能被尋獲而不可能對其作出詢問者，不在此限”。

簡言之，間接證言是指證人作證的內容並非其親身所經歷之事，而是間接來源於他人的描述/轉述。如果證人所提供證言的內容是來自聽聞他人所說的事情，則法官應傳召該人作證，否則法院不能接納該部分證言作為證據。

一般認為，對間接證言的排除及採納訂立規則體現了作為刑事訴訟基本原則的直接原則及辯論原則，旨在保障該等原則在具體訴訟程序中的遵守。

雖然有觀點認為，在間接證言及其直接來源者的證言(直接證言)相互矛盾的情況下，根據直接原則，法院應優先考慮後者，但是，直接原則的適用並不意味著某一證據優於其他證據；事實上，可能間接證言在其他證據材料的配合與協助之下比直接證言更為可靠更能令人信服，在這種情況下，賦予直接證言“自動的可信性”無疑有礙查明事實真相。如已傳召直接來源者作證，則法院可自由評價證據，包括直接證據及見解證據，並在自由評價所有已調查及審查的證據的基

礎上形成其心證。⁷

在本案中，上訴人指稱警員提供的證言屬間接證言。

在初級法院的審判聽證記錄中可見，法院聽取了包括兩名被害人及治安警察局警員在內的證人所提供的證言(詳見卷宗第 412 頁至第 415 頁)。

關於上述治安警察局警員，初級法院在其作出的合議庭裁判中指出，該名證人“講述了其所參與的調查工作，證人表示其曾向第一被害人了解事件的經過，第一被害人表示曾被嫌犯觸摸胸部，及被嫌犯捉著手來摸嫌犯的陽具，第一被害人還透過動作示範，所以證人認為第一被害人明白這些動作的意思，且證人相信嫌犯曾實施被指控的犯罪事實。”

從以上描述可知，該名證人在庭審時提供的證言至少有部分內容是來自其親身經歷，因為證人親眼見到第一被害人“透過動作示範”上訴人的舉動。

即使認為證人的所有證言均為間接證言，我們也不能認同上訴

⁷ António Henriques Gaspar 等人合著：《Código de Processo Penal Comentado》，Almedina，2014 年，第 486 頁至第 488 頁。

人提出的該等證言不能作為證據方法的觀點。

如前所述，間接證言是否可以作為證據方法取決於法官是否傳召有關證言的直接來源者作證。

在本案中，初級法院在庭審時也聽取了第一被害人的聲明。雖然該被害人是在治安警察局警員之前作證，並且表示“沒有講過被嫌犯摸胸”，否認上訴人曾觸摸其胸部，但並不妨礙法院接納警員的證言作為證據，並且對該等證言(以及被害人的證言及其他證據)按照自由心證原則作出評價。

因此，初級法院在客觀綜合地分析包括警察及第一被害人證言在內的所有證據材料的基礎上形成其心證，並未違反《刑事訴訟法典》第116條的規定。

另一方面，審查證據中的明顯錯誤是指法院在分析證據並認定事實時明顯有違經驗法則和常理，違反限定證據價值的規則或職業準則，被法院認定或未認定的事實與實際上應被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實得出在邏輯上不可接受的結論。該錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不察覺。⁸

⁸ 終審法院於 2003 年 1 月 30 日、2003 年 10 月 15 日及 2004 年 2 月 16 日分別在第 18/2002

在本案中，除了播放扣押在案的錄影光碟以及聽取兩名被害人和治安警察局警員的證言之外，初級法院在審判聽證中還聽取了兩名被害人母親的聲明，並基於該證人所作的聲明與其在檢察院提供的聲明“存有重大分歧”而依法宣讀了該聲明中有矛盾的部分(主要涉及安裝監控鏡頭的原因)。案中亦載有 DNA 的鑒定報告。

初級法院合議庭在其裁判書中就其對上訴人現正質疑的事實所作的判斷及其心證的形成作出了詳細具體的說明，解釋其認定事實的理由，當中包括對錄影光碟的內容、DNA 鑒定報告以及各位證人所提供證言作出的分析(詳見卷宗第 428 頁背面至第 431 頁背面)。

初級法院是在綜合客觀地分析證人證言、錄影光碟的相關內容及DNA報告的基礎上形成其心證。

有關上訴人就兩名被害人衣服上留有其DNA是基於上訴人平常替被害人整理衣物所致的解釋，初級法院認為，“在未有犯罪跡象的情況下，辯方的這種考慮是合理的；然而，從案中目前的種種犯罪跡象所見，尤其是現場錄影光碟所反映的內容，案中的DNA鑒定結果便成為支持嫌犯曾實施犯罪行為的有力證據”。

號、第 16/2003 號及第 3/2004 號案件中所作的合議庭裁判，以及其他更多的裁判。

在證人證言方面，必須指出的是，在刑事訴訟程序中採用證據的自由評價原則，除非法律另有規定，在庭審中調查的證據均由法院按照經驗法則及其自由心證進行評估。一般情況下，法院在審查案中所載的所有證據的基礎上形成的心證是不應受到質疑的，除非出現上述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等情況。

在本案中，所有證人提供的證言均屬法院自由評價其證據價值的範圍之內，法院完全可以根據一般經驗法則及其自由心證就該等證言作出不同於上訴人的評價。

雖然扣押在案的錄影光碟由於光線及角度的原因而無法清晰顯現上訴人具體的行為，醫生對兩名被害人進行的檢查結果也顯示無異常，但是，考慮到涉案行為僅為觸摸行為，而非更進一步的性行為，因此被害人的檢查結果無異樣是正常的情況，不能排除上訴人作出觸摸行為；另一方面，將錄影影像顯示的內容—包括上訴人在兩名被害人的床上，用手支撐著身體在第一被害人的身體上方，而被害人的褲頭位置與之前上訴人進入被害人房間時的影像所示明顯不同—與DNA鑒定報告相結合，足以證明上訴人實施了被指控的不法行為。

值得強調的是，審查證據方面的錯誤必須是顯而易見的明顯錯

誤，以至於一般普通人人都可以察覺到該錯誤的存在。

但是無論是在初級法院還是中級法院的合議庭裁判中均未見上述顯而易見的明顯錯誤，未見兩級法院對證據的審查有違任何限定證據價值的規則或者違反經驗法則及職業準則。

因此，不存在上訴人所指的瑕疵。

(三) 具體刑罰

上訴人認為被上訴法院量刑過重，沒有考慮對其有利的情節，要求全面考慮犯罪情節的嚴重性、上訴人的故意程度、犯罪行為對社會帶來的影響以及上訴人的犯罪前科，對其科處較輕刑罰，同時在數罪並罰時科處不超過3年徒刑的單一刑罰，並予以緩期執行。

經第 8/2017 號法律修改的《刑法典》第 159 條規定如下：

第一百五十九條

(對無能力抗拒的人的性侵犯)

一、乘他人喪失意識之狀態，或乘他人因其他原因而無能力抗拒，與之為重要性慾行為者，處一年至八年徒刑。

二、如以上款規定的方式作出的重要性慾行為是性交、肛交或口交，又或是以身體某部分或物件插入陰道或肛門的行為，則行為人處二年至十年徒刑。

同時，根據《刑法典》第171條第1款b項的規定，“如果被害人在等級關係或勞動關係上從屬行為人，或在經濟關係上依賴行為人，而犯罪係利用此等關係而實施者”，則第159條(及其他一些條文)所訂定刑罰的“最低及最高限度均加重三分之一”。

對上訴人所實施的犯罪每項可處以1年4個月至10年8個月徒刑；上訴人因兩項犯罪而分別被判處3年徒刑。

由此可見，上訴人被判處的個別刑罰較接近法定最低刑，單一刑罰則處於法定最低刑及最高刑的中間。

根據《刑法典》第40條第1款的規定，科處刑罰的目的不單只是為了要使行為人重新納入社會，還要保護法益。

按照《刑法典》第65條的規定，刑罰的確定須“在法律所定之限

度內”及“按照行為人之罪過及預防犯罪之要求”(無論是一般預防還是特別預防之要求)來作出，並要考慮所有在卷宗內查明的對行為人有利或不利的相關情節，尤其是那些於該條文第 2 款所列明的情節，當中包括事實的不法程度、實行事實的方式、事實所造成後果的嚴重性、故意或過失的嚴重程度、行為人在犯罪時所表露的情感及犯罪目的或動機、行為人的個人狀況及經濟狀況以及作出事實之前及之後的行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為等等。

在本案中看不到任何對上訴人有利的量刑情節。

上訴人並非初犯，在審判聽證中表示對被歸責的事實行使沉默權。

如果說保持沉默是上訴人依法享有的權利，不應對其量刑造成不利的後果(《刑事訴訟法典》第 50 條第 1 款 c 項及第 324 條第 1 款)，但也絕對不能成為對其有利的情節。

上訴人的犯罪故意程度高，不法性程度也不低。

上訴人聲稱因禁止離境及禁止接觸兩名被害人而“得到沉重的教訓，感到非常後悔”，但其聲稱的後悔卻並未在案中反映和表現出來。一如被上訴法院所言，悔過或後悔“必然要表現為一定的行為舉止。

上訴人在本​​案中未有認罪表現，亦無其他例如賠償等可顯示其悔過的情節”。

至於上訴人指出的家庭狀況、家人團聚的願望及其“必定會以負責的態度在社會上生活”的承諾，考慮到本案的具體情況，我們認為均非確定具體刑罰的決定性因素。

法院認定的事實顯示，上訴人正是利用兩名被害人與其共同生活並對其在經濟上有所依賴的狀況，明知她們服藥熟睡後無能力抗拒而作出性侵行為。

就刑罰的目的而言，無論是一般預防還是特別預防的要求均十分迫切。

綜合考慮《刑法典》第 40 條及第 65 條的相關規定以及本​​案中查明的具體情節，尤其是上訴人的犯罪故意程度、實施犯罪的方式、不法行為的嚴重性以及犯罪預防的要求等等，本院認為被上訴裁判對上訴人實施的兩項犯罪分別處以 3 年徒刑並無量刑過重之嫌。

在數罪並罰方面，亦未見違反《刑法典》第 71 條所訂定的相關處罰規則。

本院一直認為，“只要不存在對法定限制規範—如刑罰幅度—或經驗法則的違反，也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的話，作為以監督法律的良好實施為主旨的終審法院就不應介入具體刑罰的確定”⁹，因此，如果我們所面對的並不屬於該等情況，一如現正審理的個案那樣，終審法院便不應介入具體刑罰的訂定。

上訴人並沒有提出法院違反了法定限制規範或經驗法則的情況，事實上也確實沒有違反。

因此，對上訴人提出的減刑主張不予支持。

基於上訴人被判處 4 年 6 個月徒刑的單一刑罰，顯然不符合《刑法典》第 48 條所訂定的緩刑的前提條件，故上訴人提出的緩刑要求亦明顯不成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴敗訴，維持被上訴裁判。

⁹ 見終審法院於 2008 年 1 月 23 日、2008 年 9 月 19 日、2009 年 4 月 29 日及 2011 年 9 月 28 日分別在第 57/2007 號、第 29/2008 號、第 11/2009 號及第 35/2011 號案件中所作的合議庭裁判。

訴訟費用由上訴人承擔，司法費訂為 8 個計算單位。

宋敏莉

司徒民正

岑浩輝

2023 年 7 月 21 日