

案件編號: 631/2022

合議庭裁判書日期: 2023 年 1 月 19 日

主題:

非法拍攝罪

核酸採樣站

《民法典》第 80 條第 2 款

裁判書內容摘要

一、 在本案中，受害人當時在核酸採樣站為嫌犯的兒子檢查鼻內流血情況，嫌犯卻有針對性地對受害人的醫療檢查行為作出攝錄，因此《民法典》第 80 條第 2 款結尾部份有關「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」的規定，無論如何也不能套用在本案案情內。

二、 嫌犯如想對核酸採樣員和受害人的行為作出投訴，應祇把拍攝所得的內容交予依法有權審查投訴的當局，而非擅自把之放在社交應用程式平台上供其他人觀看，因此上訴人的攝錄行為也不能受惠於上述第 80 條第 2 款所指的「基於司法方面之要求」的情況。

三、 嫌犯的行為觸犯了非法拍攝罪。

裁判書製作人

陳廣勝

澳門特別行政區中級法院

合議庭裁判書

上訴案第 631/2022 號
(刑事上訴案)

上訴人(嫌犯): A

上訴所針對的法院: 初級法院第四刑事法庭獨任庭

一、案情敘述

澳門初級法院第四刑事法庭審理了第 CR4-22-0115-PCS 號獨任庭普通刑事案, 裁定案中嫌犯 A 是以正犯身份和既遂方式觸犯了一項《刑法典》第 191 條第 2 款 a 和 b 項及第 11/2009 號法律第 12 條第 2 款所聯合規定懲處的不法之錄製品及照片罪, 對其處以四個月徒刑, 暫緩一年零六個月執行, 但作為緩刑義務, 其須在判決確定後 60 天內向澳門特別行政區捐獻澳門幣 2000 元、並在 30 天內向被害人支付澳門幣 10000 元賠償(另加由該判決日起計至完全清付日止的法定利息), 和將手機中及在網絡上的所有涉案相片和錄像刪除(詳見載於本案卷宗第 170 頁至第 177 頁背面的判決書原文)。

嫌犯不服, 透過辯護人向本中級法院提出上訴, 在上訴狀內尤其是

發表了以下內容和請求（詳見卷宗第 188 至第 199 頁的上訴狀內容）：

「.....

I. 欠缺主觀故意

- b) 涉案罪狀所保護之法益為肖像權，此罪狀之構成要件為：
- (1) 違反他人意思，且在非屬法律容許之情況下；
 - (2) 以相機攝取他人、或拍攝他人，即使行為人係在其本身正當參與之事件中為之者；或使用或容許他人使用上項所指之照片或影片，即使照片或影片係合乎規範獲得者；及
 - (3) 主觀上之犯罪故意。
- c) 誠如被上訴法院所認定之已證事實第 2、3 點（見被上訴判決第 4 頁）所指，上訴人是因其兒子在進行鼻咽拭子測試採樣過程中鼻腔流血受傷，為著紀錄是次事件之發生及其兒子的情況，上訴人方使用其手提電話的錄影功能就其兒子的實況、出現突發事件（採樣過程中上訴人兒子鼻腔受傷流血）時現場人員之處理及現場環境作紀錄。
- d) 事實上，上訴人確實對被害人進行了攝錄，但需要重申的是，從卷宗第 52-53 頁之涉案影片節錄中可以清晰見到，上訴人拍攝之範圍並非單一地針對被害人，而是在拍攝其兒子的止血情況及記錄場館內的實況時，將被害人攝錄進畫面內。
- e) 同樣地，就如上訴人在訊問筆錄中所指的那樣，其將涉案影片發布在其朋友圈中，其明白在疫情期間進行全民核酸檢測，醫護人員的工作量十分巨大及進度相當緊湊，但作為醫護人員，應秉持著一如既往之專業性，不應以此作為潦草行事之藉口。為此，上訴人只是希望將當時之真實狀況向公眾公開，希望政府能夠正視並關注相關問題。
- f) 涉案罪狀《刑法典》第 191 條第 2 款 a)、b) 項結合第 192 條 b) 項及第 11/2009 號法律第 12 條第 2 款所規定的不法之錄製品及照片罪僅處罰故

意犯罪。

- g) 綜上所述，鑑於上訴人並未存有侵害被害人肖像權之一般故意，懇請法官閣下裁定上訴理由成立，撤銷被上訴判決，裁定上訴人全部罪名不成立，予以開釋。

倘法官閣下並不認同上述觀點，則為著謹慎之見，發表意見如下：

II. 法律適用錯誤

- h) 首先，須明確的是，上訴人被指控的觸犯的罪名為《刑法典》第 191 條第 2 款 a) 項和 b) 項結合第 192 條 b) 項及第 11/2009 號法律第 12 條第 2 款所規定及處罰的「不法之錄製品及照片罪」。
- i) 上述罪狀被立法者納人在《刑法典》之“侵犯其他人身法益罪”的章節內，並非在“侵犯名譽罪”及“侵犯受保護之私人生活罪”的章節中。從《刑法典》編制的角度，足以顯示，涉案罪狀保護的並非是名譽權及隱私權，而是《民法典》第 80 條所規範之肖像權。
- j) 對此持相同見解的學者 Jorge de Figueiredo Dias 指出⁸：「第 199 條⁹（即：不法之錄製品及照片）包含兩個獨立的罪狀，旨在保護兩種不同的法益：言論權及肖像權。這兩種罪狀類似但並非完全相同，兩者之間確實有可能存在一些差異，而總體上對肖像的符合罪狀的保護範圍是狹窄的，且相對地是較少及不連貫的。首先，必須強調，未經同意而對言論進行錄音是不法的，但拍攝照片僅在違反他人意願下才是不法。此外《民法典》第 79 條第 2 款（肖像權）¹⁰還規定了“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，或為著學術，教學或文化之目的，而有正當原因者，則無須肖像人同意；如該肖像係在

⁸ 《刑法典評註》〔1〕，Jorge de Figueiredo Dias，2015，

⁹ 對應《刑法典》第 191 條。

¹⁰ 對應《民法典》第 80 條。

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。”這條文明顯地將罪狀減少，或者至少將侵犯肖像行為的不法性程序降低。然而，在不法的言詞錄音中並沒有出現相同的規定。」¹¹

- k) 被上訴判決指出：「在案中，已證實嫌犯在自由、自願和有意識的情況下，未經被害人同意且明知違反被害人的意願，仍利用手提電話的錄影功能對被害人進行錄影，並將該錄影片段透過微信朋友圈在互聯網上作廣泛傳播。微信朋友圈具廣泛傳播的功能，正因為此，被害人亦知悉嫌犯將影片發放到互聯絡一事。因此，嫌犯的行為符合上述法律規定中對加重刑罰要件（“以互聯網作為廣泛傳播工具而實施相關事實”）的要求。」
- l) 一如前述，上訴人是因其兒子在進行鼻咽拭子測試採樣過程中鼻腔流血受傷，且前述鼻咽拭子測試採樣過程中，有兩名醫護人員分別按壓著上訴人兒子的雙手及雙腳，而 B 亦在其詢問筆錄中指出，其在男童沒有激烈抵抗且明確獲上訴人告知不需要其固定男童頭部進行採樣的情況下，仍以雙手施力固定男童頭部。
- m) 因此，上訴人方指責該名替其兒子進行採樣之醫護人員採樣失當。同時，為著紀錄是次事件之發生，上訴人使用其手提電話的錄影功能就其兒子的實況、出現突發事件（採樣過程中上訴人兒子鼻腔受傷流血）時現場人員之處理及現場環境作紀錄（案發地點內沒有任何閉路電視及/或監控錄影設備）。（見卷宗第 20、52 – 52 及 67 頁）
- n) 而涉案影片中，拍攝到其兒子、被害人、B、倘有之在場人士及進行全民核酸檢測之場地，並非僅僅針對被害人進行攝錄。從涉案影片中可見，被害人除了曾指出：「呢度（核檢站）唔比錄影，去叫保安啦」。被害人未曾向上訴人表示諸如「不要對我錄影」或「不要對我拍攝」等等的表

¹¹ 文中粗體及底線由我方加上。

明其自身意願的字句。

- o) 被害人在接受詢問時，當被問：「你有否向作案人表述過自己的意願？」，其亦回應：「無，我當時只有叫B幫忙叫佢唔好再錄影，同埋叫B叫保安」。
（見卷宗第31頁）簡而言之，被害人向第三人所表達及/或表明的僅僅是案發檢測站內不可以進行錄影。
- p) 然而，不論是案發檢測站內張貼之“禁止攝影”之告示（事實上，上訴人事發時並未留意到該等告示），抑或是被害人向第三人所表達及/或表明的案發檢測站內不可以進行錄影，都不具備法律上之約束力及/或拘束力。
- q) 另一方面，自2021年9月25日下午三點起，澳門進行第二次全民核酸檢測，持續72小時。案發地點為52個檢測站其中之一，24小時開放予全澳居民及所有在澳逗留人士，且第二次全民核酸並沒有實行分區檢測，換言之，所有在澳人士均可自由地選擇並進入上述任一檢測站。
- r) 承上點所指，在第二次全民核酸檢測期間，案發地點屬於一個公開場合及/或公眾地方，且全民核酸檢測是一個公開進行之事實及與公共利益有關之事實。
- s) 一如前述，涉案罪狀所保護的是《民法典》第80條保護的肖像權，根據該條第2款所指，基於肖像人所擔任之職務（替上訴人兒子進行緊急止血之醫生）、且案發地點並沒有任何閉路電視及/或監控錄影設備，上訴人進行攝錄的目的為著保障其兒子之合法權益及記錄事況；同時，該肖像出現在公眾地方，或出現在與公共利益有關之事實中，或出現在公開進行之事實中，據此，對該肖像進行攝取並不侵犯肖像人之權利。
- t) 換句話說，基於上點所指之情況，涉案肖像並非《民法典》第80條及《刑法典》第191條第2款所擬保護之法益。
- u) 另一方面，須指出的是，在現今社會中，手提電話是人們生活必不可少的工具，有時甚至是人們取證維權乃至“保命”的唯一途徑。

- v) 一如 2014 年太原警察暴力執法事件¹²，2020 年非洲裔男子喬治·弗洛伊德遭白人警察暴力執法窒息死亡事件、南京 3 名城管當街打人事件¹³等等，該等事件無一不是發生於公眾場合，亦無一不是經由在場人士進行攝錄該等情況並發布於網絡，方引起社會關注該等問題及得以保障受法律保護之權利。
- w) 倘該等影像會因侵犯肖像權，而導致構成《刑法典》第 191 條不法之攝錄品及照片罪，繼而不能作為證據¹⁴，豈不是以「肖像權」作為迴避公民監督或社會參與的免死金牌？！
- x) 綜上所述，懇請 法官閣下，裁定上訴理由成立，被上訴判決錯誤適用法律，撤銷被上訴判決，裁定上訴人全部罪名不成立，予以開釋。
- 倘 法官閣下不認同上述觀點，則為著謹慎之見，發表意見如下：

III. 量刑過重 – 特別減輕情節

- y) 審判聽證過程轉錄如下（見附件 Doc. No. 1 庭審錄音光碟 -3TXEOP2103120121_join-Part1.mp3）：「

10:09 – 14:26

法官：你係咪都要追究翻呢一個嫌犯嘅刑事同埋民事責任啊？

被害人：係。

法官：你要求佢賠償比你嗎？賠錢啊，要唔要求佢賠錢比你啊？

被害人：唔洗。

法官：咁但係你係咪要求佢要幫你登報啊？頭先你地傾完。

被害人：係。

法官：你要求佢登兩日比你啊？

¹² <http://zh.wikipedia.org/zh-tw/2014年太原警察暴力執法事件#轰动网络>

¹³ <https://web.archive.org/web/20210523031143/http://m.bjnews.com.cn/detail/160297887815615.html>

¹⁴ 《刑事訴訟法典》第 113 條第 4 款。

被害人：係。

法官：因為你個個登報係捌仟蚊，同埋個個排版個度呢，我地法庭會睇情況去判，但係唔一定賠...判到按你所要求嘅咁大個排版同埋個價錢。你明我意思嗎？

被害人：Um...

法官：我地法庭會按翻一般我地做開的標準去做。

被害人：但係如果我唔同意呢？

法官：如果你唔同意嘅話，都無辦法，因為呢一個係，法律係交比我地去做。咁當然，當然，你可以咁樣要求，我會記低，咁係判罰上面呢，我地都會適當去考慮，咁就算登報個方面未必滿足到你個要求，但係刑事責任個方面呢我地會照樣去判處呢個嫌犯負上相關嘅刑事責任，明白嗎？

被害人：嗯，明白。

法官：姐係你唔要求賠錢，咁但係你就要求佢登報，係咪啊，咁我會將呢個視為你嘅一個民事損害賠償嘅要求黎嘅，到時我地按翻一般標準啦，唔一定滿足到你，但係都唔...唔一定滿足唔到。OK，明白啦係咪。呃...你有啲咩民...你有無啲名譽上嘅受損啊你覺得呢件事？

被害人：無。

法官：或者精神上受損啊？

被害人：無。

法官：無啊係咪，但係都想要求佢賠償翻比你，係咪啊？

被害人：嗯。

法官：控辯雙方有無問題問？

檢察官：無問題。呃...你嘅意思係你覺得你想去登報係道歉，因為...因為你覺得...唔係...頭先法官閣下問你有無名譽受損窩，姐係...你...你...

你明唔明佢講咩啊？姐係你覺得你自己嘅名譽受到損害，所以先要登報窩。

被害人：哦...

法官：咁樣，你作為被害人呢？你可以要求佢賠錢比你嘅，姐係你如果覺得你因為比佢影相，放左上網呢件事有啲咩精神上嘅損害又或者名譽上嘅損害，你可以要求佢賠錢嘅，呢個係你嘅權利，咁但係頭先你話你唔要求佢賠錢，要求佢登報，係咪？

被害人：嗯。

法官：或者我問清楚你，你要求佢登報做咩啊？道歉？

被害人：道歉。

法官：吶，如果我地法庭無權利要求佢道歉，我地法庭可以將個判決，有罪嘅判決，如果有罪嘅話，登載翻係我地嘅...其實都唔得，因為呢個未必得嘅，未必得嘅，未必得嘅。因為呢一個係一個...呃...唔係話法律要求可以登報嘅情況，你明白嗎？咁所以我只能盡量係刑法...刑罰我地做到嘅方面去做咯，但係唔一定就話可以幫你登到報。

被害人：嗯。

法官：咁如果登唔到報你會唔會要求佢賠錢比你啊？但係當然登唔報嘅話，你可以自己擺去登嘅，即係我無話排除呢樣野。你明唔明白我意思啊？你未明白我意思係咪啊，即係你，我講多次啊，你要求佢道歉呢，我地唔可以強制要求佢道歉，所以呢我地做唔到話要求佢道歉呢樣野，因為宜家你無告到佢一個誹謗罪，如果你告佢誹謗罪嘅話我地可以做，咁但係你而家無做。

被害人：嗯。

法官：吶我地可以要求佢賠償比你。

被害人：嗯

法官：係啦，個情況就係咁啦，你會唔會要求佢賠償比你？

被害人：即係如果意思係登唔到報嘅話就賠償？

法官：即係我會問你啦，如果法律上我地做唔到登報，你會唔會要求佢賠錢比你？

被害人：如果登唔到報嘅話。

法官：如果登唔到報，你會係咪啊。

被害人：嗯。

法官：你係覺得呢件事對你有啲咩受損啊？

被害人：咁當然係佢將我個樣 po 左上網啦，令我有一段時間係兒科門診嘅時候都唔係咁願意睇嘅。

法官：嗯。

被害人：我會要求話唔睇兒科門診住嘅。」

- z) 由上述庭審過程轉錄可見，被害人一開始在不受任何因素影響的情況下，自由、自願及清晰地指出是次事件其並無名譽上的受損，亦無精神上的受損，且不需要金錢上的賠償。
- aa) 然而，被害人在得知其要求無法被滿足時，突然推翻其前述證言，指責上訴人的行為影響其生活，繼而要求金錢賠償。由此可見，被害人的證言前後矛盾甚多，且其並沒有提供任何書證以證實其在事發後一段時間沒有出任兒科門診之醫生及/或其不出任兒科門診與涉案影片存在任何直接因果關係。
- bb) 另一方面，如卷宗資料所示，上訴人收入每月約澳門幣壹萬叁仟捌佰元（MOP13,800.00），從其帳戶流水可見其無甚積蓄，且須供養三名子女。（見卷宗第 157 - 162 頁）案發後，上訴人已將涉案影片從手機中刪除，並將涉案朋友圈貼文調較為私密狀態（即第三人不能閱覽）。（見卷答辯狀附件 Doc. No.3）

- cc) 同時，上訴人亦接納被害人所提出之和解條件（親身向被害人道歉、在澳門日報上連續刊登兩日道歉聲明及在朋友圈連續張貼道歉聲明兩個月）（見卷宗第 105 頁被害人之詢問筆錄）
- dd) 可惜被害人於本案進行審判聽證當日再另提出要求上述道歉聲明須刊登於其指定之澳門日報的版面及其指定之大小（整個版面的八分之一，兩日之刊登費用約為澳門幣壹萬陸仟元）（見附件 Doc. No.1 庭審錄音光碟 - 3TXEOP2103120121_join-Part.mp3）
- ee) 儘管如此，上訴人希望能盡力達到被害人之要求，但上述刊登費用顯然已高於上訴人一個月之薪酬，並非上訴人之經濟能力得以負擔。
- ff) 被上訴判決未有考慮上述情節，據此，懇請 法官閣下裁定上訴理由成立，被上訴判決錯誤適用法律，撤銷被上訴判決，考慮到上訴人作出顯示真誠悔悟之行為，尤其係對造成之損害而竭盡所能地彌補及提出彌補的方案，根據《刑法典》第 66 條第 1 款及第 2 款 c) 項、第 67 條第 1 款 a) 及 b) 項之規定，經特別減輕後，判處上訴人一個月徒刑，並根據《刑法典》第 48 條第 1 款之規定暫緩執行，而緩刑義務之一的損害賠償，則懇請 法官閣下按照一般經驗法則及衡平原則，尤其考慮到被害人曾清晰地指出其名譽及精神均未受損的情況下，訂定為不超過澳門叁仟元為宜。
- gg) 倘 法官閣下不認同上述觀點及/或立場，則懇請 法官閣下考慮到上訴人之經濟能力，根據《刑法典》第 45 條第 3 款之規定，批准上訴人以分期支付之方式支付相關罰金及賠償。

綜上所述，懇請 法官閣下裁定上訴人上訴理由成立，
並：

- (1) 裁定上訴人並未存有侵害被害人肖像權之一般故意，撤銷被上訴判決，裁定上訴人全部罪名不成

立，予以開釋；

倘 法官閣下不認同前述上訴理據及觀點，則補充請求法官閣下裁定：

(2) 基於涉案肖像並非法律所擬保護之法益，被上訴判決錯誤適用法律，撤銷被上訴判決，裁定上訴人全部罪名不成立，予以開釋；

(3) 基於被上訴判決未考慮案中存在特別減輕情節，撤銷被上訴判決，改為判處上訴人一個月徒刑，並予以暫緩執行，而緩刑義務之一的損害賠償，則訂定為不超過澳門叁仟元；或

(4) 倘 法官閣下擬維持被上訴判決，則懇請考慮上訴人之經濟能力，根據《刑法典》第 45 條第 3 款之規定，批准上訴人以分期支付之方式支付相關罰金及賠償。」

駐原審法庭的檢察官對上訴作出答覆，主張維持原判，並為此尤其是發表了以下結語（詳見卷宗第 203 頁至第 208 頁背面的上訴答覆狀內容）：

- 「1. 上訴人認為其行為欠缺「不法之錄製品及照片罪」的主觀故意。對此，本檢察院不予認同。
2. 本案中，上訴人親身出席庭審聽證，在庭上承認所有控訴事實，作出了完全及毫無保留的自認，結合案中所存在的其他證據，原審法庭不懷疑上訴人所自認的事實之真實性。因此，根據《刑事訴訟法典》第 325 條第 2 款 a 項的規定，致使法庭放棄就所歸責之事實之證據調查，以及視全部事實因此被視作已獲證實。

3. 根據第 3 點及第 6 點已證事實，上訴人已承認其故意在未經被害人同意且明知違反被害人的意願，仍利用手提電話的錄影功能對被害人進行錄影，並將該錄影片段透過微信朋友圈在互聯網上作廣泛傳播的事實。
4. 上訴人並沒有要求在庭上宣讀在偵查階段的訊問筆錄，為此，原審法院作出審判時並不會考慮有關訊問筆錄內容，此外，上訴人現主張的理由亦未曾在庭審上提出。上訴人當時未有就原審法庭視上訴人作出了完全及毫無保留的自認的決定提出任何爭議下，上訴人實不能出爾反爾地說其沒有主觀侵害被害人肖像權的意圖，有違當初所作出的自認。
5. 卷宗第 51 至 53 頁視像筆錄及截圖已清楚顯示，上訴人以手提電話對被害人及其兒子進行拍攝，其間不斷指罵醫護採樣失當，縱使多人前來向其告知不可以拍攝，但其仍不予理會，繼續把鏡頭對著被害人及其兒子，斥責醫護採樣失當。雖然錄影片段出現多人，但明顯地，上訴人的目的是對被害人進行攝錄，且明知不可而為之。
6. 另外，從上訴人在其微信的朋友圈上發佈的標題已充份反映出，上訴人欲透過微信朋友圈廣泛傳播有關片段，在無任何理由下藉此對被害人進行公審。
7. 為此，本檢察院認為，上訴人這方面理據明顯不成立。
8. 上訴人認為被害人的肖像並非《民法典》第 80 條及《刑法典》第 191 條第 2 款所擬保護之法益。對此，本檢察院不予認同。
9. “違反他人意思”為澳門《刑法典》第 191 條第 2 款的客觀不法構成要件之一，正如上訴人所引用敬佩的 Jorge de Figueiredo Dias 教授指出，“只要有關行為抵觸肖像權的具體擁有人的推定意願，就足以成為符合罪狀的行為。”在此，法律並不沒有要求被害人須直接對上訴人說出表達意願的字語，只要上訴人違反被害人的推定意願便符合罪狀構成要件。
10. 根據第 3 點已證事實，被害人的反應已清楚表達出，上訴人的攝錄行為違

反了其意願。再加上 B 隨之的舉動及言詞，上訴人無可能不知道其行為正侵犯被害人的肖像權。故此，即使被害人沒有向上訴人直接表示諸如「不要對我錄影」或「不要對我拍攝」等等的字句，但上訴人的行為已構成「不法之錄製品及照片罪」。

11. 被害人作為醫生替留有小量血跡的 C 進行檢查及簡單治療，被害人整個過程並沒有過錯，在沒有任何基於安全的要求下，上訴人不具有對被害人進行攝錄的合理理由，上訴人的行為顯然不符合《民法典》第 80 條第 2 款的規定。
12. 縱使被害人處於全民核酸檢測站的公開地方，但其並非因此而偶爾被上訴人攝得之影像之一部分。上訴人是故意利用手提電話的錄影功能對著被害人進行錄影，並將該錄影片段透過微信朋友圈在互聯網上作廣泛傳播，藉此途徑發泄自己的不滿及達到譴責被害人之目的。
13. 上訴人認為原審法院量刑偏重，違反《刑法典》第 40 條、第 66 條第 1 款及第 2 款 c 項、第 67 條第 1 款 a 及 b 項的規定，認為經特別減輕後，應判處上訴人 1 個月徒刑，並根據《刑法典》第 48 條第 1 款之規定暫緩執行，而緩刑義務為訂定不超過澳門叁仟元的損害賠償。對此，本檢察院不予認同。
14. 上訴人主張其已接納被害人所提出之和解條件，然而，上訴人認為被害人所要求的條件刊登費用高於上訴人一個月之薪酬，因此，上訴人從沒有對被害人作出任何補償，未能顯示上訴人就其作出的犯罪行為有真誠悔悟，明顯不符合《刑法典》第 66 條第 2 款 c) 項所規定的特別減輕的情節。
15. 在庭審過程中，顯示出被害人初時未能充分理解名譽上的受損及精神上的受損之定義，經原審法官 閣下解釋後，被害人才能明白，因此，並沒有出現上訴人所指被害人的證言前後矛盾。倘被害人沒有名譽上的受損，那為何要求上訴人在澳門日報上連續刊登兩日道歉聲明及在朋友圈連續張

貼道歉聲明兩個月？另外，即使被害人沒有提出民事損害賠償請求，亦不妨礙原審法官 閣下根據《刑事訴訟法典》第 74 條的規定依職權裁定給予彌補所造成之損害。

16. 上訴人在本案案發時為初犯。上訴人作出犯罪時的故意程度及不法性甚高，犯罪後更沒有對其行為作出彌補。
17. 上訴人所觸犯的「不法之錄製品及照片罪」愈趨嚴重，對社會秩序和對受害人造成相當負面的影響，為阻嚇及遏制“網絡公審”的情況滋生蔓延，對於打擊該類犯罪的一般預防方面要求較高。
18. 綜合分析本案的犯罪情節、上訴人的罪過程度、行為的不法性及預防犯罪的要求以及罪狀刑幅，我們認為，原審法院對上訴人所判處的刑罰份量並無不適當之處，實未能調之過重。
19. 本檢察院認為，上訴人的所有理據不成立，應予駁回。」

案件卷宗經移交予本中級法院後，助理檢察長對之作出檢閱，並發表了以下意見書（見卷宗第 217 頁至第 220 頁背面的內容）：

「意見書

本案嫌犯 A（以下稱為上訴人）不服初級法院所作出的判決，現向中級法院提起上訴。

在初級法院所作的判決中，裁定上訴人以直接正犯及既遂方式觸犯《刑法典》第 191 條第 2 款 a 項和 b 項及第 11/2009 號法律第 12 條第 2 款所規定及處罰的一項**不法之錄製品及照片罪**，判處四個月徒刑，緩刑一年六個月執行，作為緩刑義務，上訴人需於判決轉為確定後六十日內向特區支付 2,000 元的捐獻、在判決確定後三十日內向被害人支付本案所裁定的損害賠償以及將手機中及網絡上所有涉案相片及錄影刪除。

在上訴狀理由闡述中，上訴人首先指，其欠缺所被判處的不法之錄製品及照

片罪的主觀故意，應開釋其所被判處的罪名；其次指，涉案肖像並非法律所擬保護的法益，被上訴法院錯誤適用《刑法典》第 191 條的規定，同樣應開釋其所被判處的罪名；最後指，原審法院未考慮案中存在特別減輕情節，應改判其一個月徒刑，並訂定不超過 3,000 澳門元的損害賠償作為緩刑義務，即使維持原審判決的決定，考慮到其經濟能力，也應根據《刑法典》第 45 條第 3 款的規定，批准其分期支付有關罰金及賠償。

經閱讀上訴人的上訴狀理由闡述及被上訴判決，我們認為，上訴人的上訴理由均不能成立。

首先，關於欠缺主觀故意方面

在上訴狀理由闡述中，上訴人指，其拍攝的範圍並非單一地針對被害人，而是為記錄是次採樣事件及現場人員的處理與環境實況，就如其在檢察院所作聲明中所指，其將影片發佈朋友圈只是希望將真實狀況向公眾公開，希望政府正視及關注相關問題。因此，其並未存有侵害被害人肖像權的一般故意，請求撤銷被上訴判決，並開釋其所被判處的罪名。

《刑法典》第 192 條第 2 款 a 項和 b 項規定，違反他人意思，且在非屬法律容許之情況下，以相機攝取他人、或拍攝他人，即使行為人係在其本身正當參與之事件中為之者；或使用或容許他人使用上項所指之照片或影片，即使照片或影片係合乎規範獲得者，構成不法之錄製品及照片罪。

可見，該條所規定的不法之錄製品及照片罪，要求行為人在主觀方面是故意為之，即行為人明知違反他人意思仍為之。至於行為人作出行為的動機或目的為何，並不影響故意的成立。

根據案中的已證事實，上訴人帶同兒子 C 到案發地進行全民核酸檢測，在兒子完成採樣後，現場護士 B 發現採樣試紙上有少量血跡，喚來在場醫生 D（即被害人）為 C 檢查，期間，上訴人不停指責意醫護人員採樣失當，並以手提電話錄影功能對被害人及 B 錄影，被害人立即向 B 表示“呢度唔比錄影，去叫保安啦”，

B 隨即伸手阻擋上訴人的電話鏡頭並表示不可影相，但上訴人沒有理會，繼續錄影。此外，在案發的核酸檢測站的門口、登記處及排隊等候處等均張貼有“禁止攝影”的告示。其後，上訴人還將所拍攝到有被害人容貌的影片發佈到朋友圈，配以文字“聖六做核酸一啲專業線都無嘅，扑街做核酸晒流鼻血，離晒譜架，明知小朋友對撩鼻哥有陰影仲撩到流晒血……痴線”。可見，上訴人是在自由、自願及有意識的情況下，未經被害人同意且明知違反被害人意願，使用手提電話錄像功能對被害人進行錄影，並將影片透過微信朋友圈在網上作廣泛傳播。

此外，在庭審中，法官根據《刑事訴訟法典》第 324 條第 1 款的規定作出告知後，上訴人自願且主動對訴訟目標作出聲明，並對其在控訴書中所被指控的犯罪事實作出毫無保留的自認。換言之，上訴人在庭審中，毫無保留地承認了其明知違反被害人的意願，仍對被害人錄影及在未經被害人同意下將錄影片段在網上傳播。

正如本院司法官在其就上訴所作答覆中指，上訴人並沒有在庭上要求宣讀其在偵查階段的訊問筆錄內容，其主張亦未曾在庭上提出，且其未曾就原審法院視其作出了完全及毫無保留的自認的決定提出任何爭議，其不能出爾反爾，違反當初所作的自認，並在上訴狀中改口指其沒有主觀侵害被害人肖像權的意圖。

因此，上訴人關於欠缺主觀故意的上訴理由明顯不能成立。

其次，關於法律適用錯誤方面

在上訴狀理由闡述中，上訴人還指，其所被判處的不法之錄製品及照片罪被納入《刑法典》“侵犯其他人身法益罪”章節，涉案罪狀保護的是《民法典》第 80 條所規定的肖像權。案中，其所拍攝的影片並非僅針對被害人，而且，被害人未曾向其作出表明意願的字句，僅向第三人表達案特地為檢測站不可以錄像，因此，不論是檢測站內張貼“禁止攝影”的告示，抑或是被害人向第三人表達檢測站不可錄像，都不具備法律上的約束力。此外，案發地是一個公開場合及/或公眾地方，進行的是與公共利益有關的核酸檢測，其進行拍攝是為保障兒子合法權益及記

錄實況，對出現在公眾地方、與公共利益有關的事實中或公開進行的事實中的肖像進行拍攝，並不侵犯《民法典》第 80 條及《刑法典》第 191 條第 2 款所擬保護的法益。因此，被上訴判決錯誤適用法律，應裁定其所被判處的罪名不成立。

對於上訴人的這一上訴理由，我們同樣不能予以認同。

首先，從法典的編排上看，在葡國《刑法典》中，與上訴人所觸犯的不法之錄製品及照片罪相同的條文，的確被編排在「侵犯其他人身法益罪」的章節中，然而，在澳門《刑法典》中，該罪則被納入「侵犯受保護之私人生活罪」一章節內，該罪所保護的直接法益是肖像權。

根據《刑法典》第 191 條第 2 款 a 項及 b 項的規定，不法之錄製品及照片罪的客觀構成要件之一是行為人違反肖像人意思，這種違反只要是符合肖像人的推定意願即已足夠，法律並無沒有要求肖像人須直接向行為人表達意願。

而《民法典》第 80 條劃定了一條合法與不法的基本界線，該條第 2 款規定：“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，或為著學術、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。”

如前所述，根據案中的已證事實，上訴人以手提電話對被害人及 B 進行拍攝時，被害人已清楚表示“呢度唔比錄影”及示意 B 叫保安來協助，而 B 已即時伸手阻擋上訴人的手提電話鏡頭及告知“呢度唔比錄影”，只是上訴人不予理會、繼續錄影而已。從現場的情景來看，上訴人正陪同其兒子接受被害人的檢查，雖然被害人不是親口對其表示不能錄影的情況，但其當時正身處被害人近旁，必然已聽到被害人真實意願的表達，而且，結合 B 對其拍攝行為作出的一連串阻止行為，上訴人不可能不知道其所進行的拍攝行為明顯違反被害人的意願。

此外，雖然案發地為全民核酸檢測站，是公開場合、公眾地方，但從上訴人所作行為來看，其由於不滿意核酸站工作人員為其兒子採樣的動作，在被明示告

知不能錄影之下仍然進行拍攝及將影片透過朋友圈在網上傳播，再結合其發佈錄像的貼文內容可見，上訴人的拍攝目的已經超越了單純記錄事件的目的，而是藉此發洩自己對事件的不滿及達到在網絡上譴責被害人的目的。因此，其行為也不應視為《民法典》第 80 條第 2 款規定無須肖像人同意的情況。

故此，上訴人的這一上訴理由同樣不能成立。

最後，關於量刑方面

上訴人還指，被害人在庭審中所作證言前後矛盾，在不受任何因素影響的情況下，被害人清晰指出在是次事件中沒有名譽上、精神上受損，且不需要金錢賠償，之後又推翻前述證言，指責上訴人行為影響其生活及需要金錢賠償，但卻沒有提供任何書證證實涉案影片對其工作安排有影響。此外，其已接納被害人提出的和解條件，只是被害人又於庭審中提出非其經濟能力所能負擔的要求。因此，被上訴法院未有充分考慮其已作出真誠悔悟，並對所造成之損害盡可能彌補，應根據《刑法典》第 66 條第 1 款及第 2 款 c 項、第 67 條第 1 款 a 及 b 項的規定，經特別減輕後改判其一個月徒刑，並根據該法典第 48 條第 1 款規定暫緩執行，緩刑義務之一的損害賠償應訂定為不超過 3,000 澳門元為宜。即使不認同應對其作出改判，亦應根據《刑法典》第 45 條第 3 款的規定，批准其以分期支付方式支付相關罰金及賠償。

關於刑罰特別減輕的部分，《刑法典》第 66 條第 1 條規定了刑罰特別減輕的實質要件，而同條第 2 款則列舉了第 1 款規定衡量是否予以特別減輕刑罰時尤其需要考慮的各類情節，其中包括行為人在嚴重威脅之影響下，或在其所從屬或應服從之人之權勢影響下作出行為（同款 a 項）；以及行為人作出顯示真誠悔悟之行為，尤其係對造成之損害盡其所能作出彌補（同款 c 項）。

然而，眾所周知，即使存在《刑法典》第 66 條第 2 款所列舉的情節，也不必然導致刑罰的特別減輕。

根據同條第 1 款的規定，刑罰的特別減輕是以“明顯減輕事實之不法性或行為

人之罪過，或明顯減少刑罰之必要性”為必然的實質要件。

翻閱卷宗資料，雖然上訴人表示願意與被害人達成和解，但就被害人要求在澳門日報刊登道歉及在微信朋友圈公開道歉事宜仍未能達成共識，而且，卷宗內沒有任何資料顯示，直至提起上訴時，其已對被害人作出任何彌補。我們認為，上訴人單純在庭審中承認犯罪的行為不符合《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項規定特別減輕的情節，也不符合第 66 條第 2 款規定的其他任一情況。

此外，卷宗中亦無其他資料顯示可“明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過，或明顯減少刑罰之必要性”。

因此，上訴人指應對其適用刑罰之特別減輕的主張並無理據。

至於量刑方面，上訴人所觸犯的不法之錄製品及照片罪，處最高二年徒刑，或科最高二百四十日罰金。

《刑法典》第 40 條及第 65 條確立了量刑應考慮的因素及量刑的標準，並賦予法院在法定刑幅內的司法決定權。根據該等條文規定，法院在確定具體刑罰的時候必須按照行為人的罪過及預防犯罪的要求，在法律所定的限度內為之，同時亦須考慮所有對行為人有利或不利的情節。

本案中，上訴人為初犯，在庭審中作出毫無保留的自認，但除此之外，卷宗中並無任何其他對其有利的量刑情節。根據卷宗資料，上訴人明知案發地張貼有“禁止攝影”告示、被害人亦表達不能攝影及有在場同事作出阻止攝影的行為，其仍選擇不予理會繼續對被害人錄影，並在未經被害人同意之下，將所拍攝的錄影發佈在朋友圈，在網絡上廣泛傳播，上訴人的犯罪故意程度及不法性明顯相對較高，對其特別預防的要求理應相對提高。

從一般預防來講，上訴人所觸犯罪行在當今社會趨於多發，透過“網絡公審”的情況亦更加常見，對被害人的私人生活造成困擾，並影響社會安寧和法律秩序。因此，加強對此類犯罪的一般預防要求毋庸置疑。

考慮到上訴人的罪過程度、所犯罪行的性質及嚴重性、可適用的刑罰幅度、

上訴人的個人狀況、案件的具體情節，並綜合考慮犯罪預防的需要，我們認為，原審法院判處上訴人四個月徒刑僅為法定刑幅上限的六分之一，是適宜的，符合《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定，不存在量刑過重之虞。

至於上訴人認為原審法院判處其向被害人賠償 10,000 澳門元的損害賠償作為緩刑義務之一的判處金額，過高，我們認為，根據案中的事實和情節，特別是上訴人的經濟狀況，並結合犯罪預防的需要，法院依職權訂定的損害賠償並沒有不合理之處，無下調空間。

而考慮到上訴人的經濟狀況，包括其聲明月收入達 13,800 澳門元及卷宗內並沒有資料顯示其處於經濟困難的狀況，我們認為，原審法院沒有對其所被判處的罰金及賠償作出分期支付的決定，亦沒有任何不妥。

故此，上訴人這一上訴理由亦不能予以成立。

.....」。

之後 裁判書製作人對卷宗作出審查，組成本院合議庭的兩名助審法官亦隨之相繼檢閱了卷宗。

現須對本上訴案作出裁決。

二、 上訴裁判的事實依據說明

本院透過審查案卷內的資料，得知原審判決的內容如下（見卷宗第 170 頁至第 177 頁背面的判決書內容）：

「《判決書》

卷宗編號：CR4-22-0115-PCS

1. 案件敘述：

嫌犯 A，女，.....，.....年.....月.....日在.....出生，父親.....，母親.....，.....，持編號為.....的澳門居民身份證，居於澳門.....，電話：.....。

1.1 控訴事實：

澳門特別行政區檢察院針對嫌犯提出控訴，控訴事實如下：

一、

2021 年 9 月 27 日晚上，嫌犯 A 帶同兒子 C 前往青洲聖若瑟教區中學第六校進行全民核酸檢測。

二、

同日晚上約 9 時 30 分，護士 E 替 C 進行鼻咽拭子測試採樣，B 在旁協助 C 仰高頭部並固定頭部，當完成採樣後，B 發現該拭子樣本上留有少量血跡，便安排嫌犯與 C 到觀察區作觀察，並召喚在場的醫生 D（被害人）前來替 C 檢查。

三、

經檢查後，被害人用手指替 C 按壓鼻樑位置及提供冰袋予 C 作冰敷之用，其間，嫌犯不停指責醫護人員採樣失當及使用其手提電話的錄影功能對被害人及 B 進行錄影，被害人立即向 B 表示“呢度唔比錄影，去叫保安啦”，B 隨即將手伸向嫌犯的手提電話以阻擋鏡頭，並向嫌犯表示“呢度唔可以影相”，但嫌犯沒有理會，且繼續進行錄影（見卷宗第 51 至 53 頁視像筆錄及截圖）。

四、

上述核酸檢測站內的門口位置、登記處附近及排隊等候處附近位置均張貼有“禁止攝影”的告示（見卷宗第 15 至 20 頁圖片）。

五、

同日晚上約 9 時 55 分，嫌犯在其微信（用戶名：...，ID：...）的朋友圈上發佈上述攝錄到被害人容貌的錄影片段，標題為“聖六做核酸一啲專業線都無嘅，

扑街做核酸晒流鼻血，離晒譜㗎，明知小朋友對撩鼻哥有陰影仲撩到流晒血……
痲線”（見卷宗第73頁搜查及扣押筆錄及卷宗第76至83頁翻閱手機筆錄及截圖）。

六、

嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，未經被害人同意且明知違反被害人的意願，仍利用手提電話的錄影功能對被害人進行錄影，並將該錄影片段透過微信朋友圈在互聯網上作廣泛傳播。

七、

嫌犯清楚知道其行為是法律所不容，且會受法律制裁。

*

基於上述理由，檢察院控告嫌犯 A 為直接正犯，其既遂行為觸犯一項《刑法典》第 191 條第 2 款 a) 項和 b) 項及第 192 條 b) 及第 11/2009 號法律第 12 條第 2 款所規定及處罰的「不法之錄製品及照片罪」。

1.2 答辯狀：

嫌犯提交的答辯狀載於卷宗第 157 至 162 頁，在此視為全部轉錄。

1.3 審判聽證：

本案中不存在無效、抗辯或妨礙審理本案實體問題且依職權須即時解決的其他先決問題。

審判聽證在嫌犯出席的情況下按照法定程序公開進行。

訴訟前提維持不變。

2. 理由說明：

2.1 事實部份理由說明：

2.1.1 本法院依法由法庭對本案進行公開審理，經查明下列之事實：

(1) 2021 年 9 月 27 日晚上，嫌犯 A 帶同兒子 C 前往青洲聖若瑟教區中學第六校進行全民核酸檢測。

(2) 同日晚上約 9 時 30 分，護士 E 替 C 進行鼻咽拭子測試採樣，B 在旁協助 C

仰高頭部並固定頭部，當完成採樣後，B 發現該拭子樣本上留有少量血跡，便安排嫌犯與 C 到觀察區作觀察，並召喚在場的醫生 D（被害人）前來替 C 檢查。

- (3) 經檢查後，被害人用手指替 C 按壓鼻樑位置及提供冰袋予 C 作冰敷之用，其間，嫌犯不停指責醫護人員採樣失當及使用其手提電話的錄影功能對被害人及 B 進行錄影，被害人立即向 B 表示“呢度唔比錄影，去叫保安啦”，B 隨即將手伸向嫌犯的手提電話以阻擋鏡頭，並向嫌犯表示“呢度唔可以影相”，但嫌犯沒有理會，且繼續進行錄影（見卷宗第 51 至 53 頁視像筆錄及截圖）。
- (4) 上述核酸檢測站內的門口位置、登記處附近及排隊等候處附近位置均張貼有“禁止攝影”的告示（見卷宗第 15 至 20 頁圖片）。
- (5) 同日晚上約 9 時 55 分，嫌犯在其微信（用戶名：...，ID：...）的朋友圈上發佈上述攝錄到被害人容貌的錄影片段，標題為“聖六做核酸一啲專業線都無嘅，扑街做核酸晒流鼻血，離晒譜㗎，明知小朋友對撩鼻哥有陰影仲撩到流晒血.....痴線”（見卷宗第 73 頁搜查及扣押筆錄及卷宗第 76 至 83 頁翻閱手機筆錄及截圖）。
- (6) 嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，未經被害人同意且明知違反被害人的意願，仍利用手提電話的錄影功能對被害人進行錄影，並將該錄影片段透過微信朋友圈在互聯網上作廣泛傳播。
- (7) 嫌犯清楚知道其行為是法律所不容，且會受法律制裁。

同時證實：

- (8) 被害人因嫌犯不得其同意下進行錄影及將影片發佈在互聯絡的行為而在精神上受到困擾及折磨。
- (9) 嫌犯之學歷程度為中學二年級。
- (10) 嫌犯月入約澳門幣 13,800 元。

(11) 除本案外，本案嫌犯並沒有其他刑事記錄。

未獲證明事實：

本案不存在未證控訴內容。未被列為已證的答辯狀內容視為未證實。

2.1.2 事實之判斷：

在認定事實及形成心證的過程中，本法庭考慮了卷宗內所有合法證據。本法庭對事實之判斷，尤其建基於以下證據：

- (1) 嫌犯聲明的部份內容；
- (2) 被害人 D 的證言；
- (3) 卷宗第 14 頁至第 20 頁的照片；
- (4) 卷宗第 28 頁至第 29 頁、第 52 頁至第 53 頁及第 74 頁至第 83 頁的手機截圖；
- (5) 卷宗第 48 頁至第 50 頁的錄像截圖；
- (6) 卷宗內扣押光碟及閃存。

分析過程：

嫌犯對檢察院控訴事實依據《刑事訴訟法典》第 325 條規定，作出完全及毫無保留之自認。結合案中所存在的其他證據，法庭不懷疑嫌犯所自認的事實之真實性。因此，按照《刑事訴訟法典》第 325 條 2 款 a 項規定，案中控訴事實視為真實。

另根據被害人的陳述，可以知道被害人因嫌犯不得其同意下進行錄影及將影片發佈在互聯絡的行為而在精神上受到困擾及折磨。

答辯狀內的部份內容因證據不足而視為未證。

除此以外，透過刑事記錄證明，法庭視嫌犯的犯罪記錄及背景資料等獲得證實。

2.2 法律部份理由說明：

2.2.1 罪名及刑罰：

關於《刑法典》第 191 條第 2 款 a) 項和 b) 項結合第 192 條 b) 項及第 11/2009 號法律第 12 條第 2 款所規定及處罰的一項不法之錄製品及照片罪：

第一百九十一條

(不法之錄製品及照片)

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。

二、違反他人意思，且在非屬法律容許之情況下，作出下列行為者，處相同刑罰：

a) 以相機攝取他人、或拍攝他人，即使行為人係在其本身正當參與之事件中為之者；或

b) 使用或容許他人使用上項所指之照片或影片，即使照片或影片係合乎規範獲得者。

第一百九十二條

(加重)

如屬下列情況，則第一百八十四條至第一百八十九條及上條所規定之刑罰，其最低及最高限度均提高三分之一：

a) 為使行為人或他人獲得酬勞或得利，或為造成他人或本地區有所損失而作出該事實；或

b) 透過社會傳播媒介作出該事實。

第 11/2009 號法律第 12 條之規定：

第十二條

刑罰的加重

一、如本法律規定的犯罪的標的為下列實體或機構在其業務中所使用的電腦數據資料或電腦系統，則刑罰的最低限度及最高限度均加重三分之一：

(一) 第 13/2019 號法律《網絡安全法》所規定的關鍵基礎設施營運者；

(二) 第 22/2000 號行政法規《中央人民政府駐澳機構履行職責的保障及有關豁免》第一條所訂定的中央人民政府駐澳機構。

二、《刑法典》第一百七十七條第二款及第一百九十二條 b 項的規定，適用於以互聯網作為廣泛傳播工具而實施的該等條文所指的犯罪。

該罪的犯罪構成要件為¹：

- (1) 在違反他人意思，且在非屬法律容許之情況下；
- (2) 以相機攝取他人、或拍攝他人，或使用或容許他人使用上項所指之照片或影片
- (3) 存有相應的故意。
- (4) 透過社會傳播媒介作出上述事實或以互聯網作為廣泛傳播工具而實施相關事實（作為一百九十二條刑罰加重的要件）。

本文中，已證實嫌犯在自由、自願和有意識的情況下，未經被害人同意且明知違反被害人的意願，仍利用手提電話的錄影功能對被害人進行錄影，並將該錄影片段透過微信朋友圈在互聯網上作廣泛傳播。

微信朋友圈具廣泛傳播的功能，正因為此，被害人亦知悉嫌犯將影片發放到互聯網一事。因此，嫌犯的行為符合上述法律規定中對加重刑罰要件（“以互聯網作為廣泛傳播工具而實施相關事實”）的要求。

綜上所述，控訴書的指控內容成立，嫌犯以直接正犯及既遂行為觸犯一項《刑法典》第 191 條第 1 款 a) 和 b) 項結合第 192 條 b) 項及第 11/2009 號法律第 12 條第 2 款所規定及處罰的不法之錄製品及照片罪。可處一個月十日至最高二年八個月徒刑，或科最十三日罰金至最高三百二十日罰金。

2.2.2 量刑：

¹ 見 Paulo Pinto de Albuquerque 所著的《Comentário do Código Penal》第 535 至 539 頁，以及 Leal - Henriques 所著的《Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau – Volume III》第 541 頁至 545 頁。

根據《刑法典》第 40 條及 65 條的規定，量刑須按照行為人的罪過及預防犯罪的要求而為之，同時亦須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀的情節，尤其是：

- a) 事實之不法程度、實行事實之方式、事實所造成之後果之嚴重性，以及行為人對被要求須負之義務之違反程度；
- b) 故意或過失之嚴重程度；
- c) 在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；
- d) 行為人之個人狀況及經濟狀況；
- e) 作出事實之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為；
- f) 在事實中顯示並無為保持合規範之行為作出準備，而欠缺該準備係應透過科處刑罰予以譴責者。

另一方面，按照《刑法典》第 64 條，如對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰，則只要非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰之目的，法院須先選非剝奪自由之刑罰。

考慮到案中所有情節，法庭認為案中情節惡劣，嫌犯因其兒子在進行鼻咽拭子測試採樣過程中流鼻血，而怪責在相關過程中沒有過錯的被害人，並將案中影片發佈到互聯絡，從而發泄自己的不滿及達到譴責被害人之目的。嫌犯之行為使被害人遭受到精神上受到困擾及折磨。

有鑑於現今在未得他人同意進行攝影及進行“網絡公審”的情況日普遍及有日益嚴重之趨勢，法為認為判罰應當嚴厲才能起阻嚇作用，因此，僅對嫌犯科處罰金已不適當及不足以實現處罰之目的。

按照上述法律要求並結合案中具體情節，尤其行為人犯罪動機、犯罪行為之故意程度、不法程度、實行之方式、是否認罪、犯罪後果之嚴重性輕微，法庭量刑如下：

嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯一項《刑法典》第 191 條第 2 款 a) 項和 b)

項結合第 192 條 b) 項及第 11/2009 號法律第 12 條第 2 款所規定及處罰的不法之錄製品及照片罪，處四個月徒刑。

上述徒刑不按《刑法典》第 44 條之規定以罰金進行代替，因為如前所述，現今在未得他人同意進行攝影及進行“網絡公審”的情況日普遍及有日益嚴重之趨勢，處以罰金難以起阻嚇性，難以實現刑罰之目的

另根據《刑法典》第 48 條規定：

第四十八條

(前提及期間)

一、經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，認為僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的者，法院得將科處不超過三年之徒刑暫緩執行。

二、如法院認為對實現處罰之目的為合宜及適當者，須在暫緩執行徒刑時依據以下各條之規定要求履行某些義務或遵守某些行為規則，又或作出暫緩執行徒刑而附隨考驗制度之命令。

三、義務、行為規則及考驗制度，得一併命令之。

四、在有罪裁判內必須詳細列明暫緩執行徒刑之依據，以及就暫緩執行徒刑所定條件之依據。

五、暫緩執行徒刑之期間須在一年至五年之範圍內定出，自裁判確定時起計。

根據《刑法典》第 48 條的規定，經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，本庭認為現階段僅對事實作譴責並以監禁作威嚇仍適當及不足以實現處罰之目的，故此本庭決定給予緩刑，為期一年六個月。另外，依據《刑法典》第 49 條第 1 款之規定，作為緩刑義務，嫌犯需 (1) 於判決確定後六十日內向特區支付澳門幣二千元的捐獻、(2) 在判決確定後三十日內向被害人支付本案判決所裁定的損害賠償，及 (3) 將手機中及網絡上所有涉案相片及錄影刪除，以體現嫌犯改過及彌補自己所造成的惡害的決心。

2.3 民事部份：

按照《民法典》第 477 條規定：“因故意或過失不法侵犯他人權利或違反旨在保護他人利益之任何法律規定者，有義務就其侵犯或違反所造成之損害向受害人作出損害賠償。”。

《民法典》第 489 條第 1 款及第 3 款規定：“一、在定出損害賠償時，應考慮非財產之損害，只要基於其嚴重性而應受法律保護者。三、損害賠償之金額，由法院按衡平原則定出，而在任何情況下，均須考慮第四百八十七條所指之情況；如屬受害人死亡之情況，不僅得考慮受害人所受之非財產損害，亦得考慮按上款之規定享有賠償請求權之人所受之非財產損害。”。

《民法典》第 556 條規定：“對一項損害有義務彌補之人，應恢復假使未發生引致彌補之事件即應有之狀況。”。

《民法典》第 560 條第 1 款規定：“一、如不能恢復原狀，則損害賠償應以金錢定出。”。

《民法典》第 80 條規定如下：

第八十條

(肖像權及言論權)

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。

而《刑事訴訟法典》第 74 條之規定：

第七十四條

(依職權裁定給予彌補)

一、如無依據第六十條及第六十一條之規定在有關刑事訴訟程序中或透過獨立之民事訴訟提出民事損害賠償請求，則當出現下列情況時，即使有關判決為無罪判決，法官亦須在判決中裁定給予一金額，以彌補所造成之損害：a) 該金額係為合理保護受害人之利益而須裁定者；b) 受害人不反對該金額；及 c) 從審判中得到充分證據，證明依據民法之準則而裁定給予之彌補之前提成立及應裁定給予有關金額。

二、在上款所指之情況下，就調查證據方面，法官須確保尊重辯論原則。三、上條之規定，相應適用於裁定有關彌補之判決。

本文中，已證實嫌犯違反他人意思，且在非屬法律容許之情況下，以具拍照功能的手提電話以視頻方式拍攝他人的影像，並透過微信社交軟件將偷拍的視頻發佈到微信的朋友圈內。嫌犯的行為已侵犯被害人的肖像權，同時，嫌犯的行為使被害人在精神上受到困擾及折磨。

按照《刑事訴訟法典》第 74 條規定，應依職權裁定嫌犯需向被害人作出賠償。

按照衡平原則，法庭訂定嫌犯需向被害人賠償澳門幣一萬元 (MOP10,000 元)，作為補償被害人肖像權所受到的侵害。

除此以外，按照《民法典》第 795 條規定，被害人有權收取有關賠償而生的法定利息。按照終審法院第 69/2010 號統一司法見解，有關法定利息自本判決日起計。

故此，本法庭裁定嫌犯需向被害人賠償澳門幣一萬元（MOP10,000 元），並需支付由本判決作出日起計直至完全支付為止的法定利息作為損害賠償。此一賠償作為本案緩刑的緩刑義務之一。

*

3. 決定：

綜上所述，法庭現認定控訴書控訴部份成立，並裁定如下：

- (1) 嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯一項《刑法典》第 191 條第 2 款 a) 項和 b) 項及第 11/2009 號法律第 12 條第 2 款所規定及處罰的不法之錄製品及照片罪，處四個月徒刑，並暫緩執行，為期一年六個月。另外，作為緩刑義務，嫌犯需 (1) 於判決確定後六十日內向特區支付澳門幣二千元（MOP2,000 元）的捐獻、(2) 在判決確定後三十日內向被害人支付本案判決所裁定的損害賠償，及 (3) 將手機中及網絡上所有涉案相片及錄影刪除。
- (2) 嫌犯需向被害人賠償澳門幣一萬元（MOP10,000 元），並需支付由本判決作出日起計直至完全支付為止的法定利息作為損害賠償。此一賠償作為本案緩刑的緩刑義務之一。

其他：

- (3) 判處嫌犯需繳納一點五個計算單位的司法費及其餘的刑事訴訟費用（已按《刑事訴訟法典》第 325 條 2 款 C 項減半）。
- (4) 判處嫌犯，根據第 6/98/M 號法律第 24 條第 2 款規定，向特區繳納澳門幣 500 元捐獻，納入保護暴力犯罪受害人基金。
- (5) 判處嫌犯向辯護人支付澳門幣 1,300 元的辯護人費用。
- (6) 把嫌犯手機內所有涉案相片及錄影刪除後，返還予嫌犯。卷宗內光碟和閃存附卷。

*

根據《刑事訴訟法典》第 198 條第 1 款 d 項之規定，本案對嫌犯所實施的強

制措施於本判決確定之時消滅。

*

著令登錄及存放，並將本判決依法通知本案各訴訟主體。

移送嫌犯的刑事記錄登記表予身份證明局。

*

如不服本判決，可於二十日內向澳門特別行政區中級法院提出上訴，而相關上訴狀向本院遞交。

……」。

三、 上訴裁判的法律依據說明

上訴庭除了須依職權審理的事項外，祇須解決上訴人在上訴狀的總結部份所具體提出和框劃的問題，而毋須分析上訴人在提出這些問題時所主張的每項理由(此一見解尤可見於本中級法院第 47/2002 號案 2002 年 7 月 25 日合議庭裁判書、第 63/2001 號案 2001 年 5 月 17 日合議庭裁判書、第 18/2001 號案 2001 年 5 月 3 日合議庭裁判書、第 130/2000 號案 2000 年 12 月 7 日合議庭裁判書，和第 1220 號案 2000 年 1 月 27 日合議庭裁判書內)。

在一審庭上已毫無保留地承認被指控的所有事實的嫌犯 A 今在上訴狀內首先力指其並無犯罪的故意，並以此為由請求上訴庭改判其無罪。

然而，從第 6 和第 7 點既證事實（這兩點事實均來自第 6 和第 7

點指控事實)可見,上訴人是故意犯罪的(見《刑法典》第13條第1款的規定)。

上訴人在上訴狀中,又指受害人D未曾向她說過諸如不要對我錄影或不要對我拍攝等話語。上訴人欲以此為由力陳受害人從未對其明確表示反對進行攝錄行為。

然而,上訴人既然在一審庭上已毫無保留地承認所有原被指控的事實(當中包括有關她自己「未經被害人同意」這指控情節),現在焉能出爾反爾地否定第6點既證事實中的「未經被害人同意」這既證情節?再者,對任何一個識聽廣東話的人而言,受害人當時在事發現場說的「呢度唔比錄影,去叫保安啦」這句說話的意思是最明顯不過了:就是反對進行任何錄影行為。

在另一方面,本案的既證案情也並不符合《民法典》第80條第2款所指的任一可排除被攝錄的肖像人對攝錄行為的同意的必要性的情況。這是因為受害人當時僅是到場為嫌犯的兒子檢查鼻內流血情況的醫生,受害人當時的醫療檢查行為並非為學術、教學或文化的目的而作出的,而上訴人當時是有針對性地對受害人的醫療檢查行為作出攝錄(因此第80條第2款結尾部份有關「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」的規定,無論如何也不能套用在本案案情內),另上訴人如想對核酸採樣和相關醫療行為作出投訴,應祇把拍攝所得的內容交予依法有權審查投訴的當局,而非擅自把之放在社交應用程式平台上供其他人觀看(因此,上訴人的攝錄行為也不能受惠於第80條第2款所指的「基於安全或司法方面之要求」的情況)。

最後，就上訴人所指的量刑過重和刑罰特別減輕的問題，本院認為，考慮到預防犯罪的需要，對本案案情實不得適用《刑法典》第 66 條第 1 款所指的刑罰特別減輕機制。另外，經綜合衡量原審已查明的所有既證情節，原審對上訴人所具體科處的徒刑刑期已是很輕了。

至於賠償金金額減輕的請求，由於原審判處的澳門幣壹萬元金額並不超過初級法院在民事事宜的澳門幣壹拾萬元法定上訴利益限額（見《司法組織綱要法》第 18 條第 1 款的規定），本院是不得審理有關減少該賠償金額的請求的（見《刑事訴訟法典》第 390 條第 2 款的規定）。

然而，由於原審庭把判出的賠償金額的支付設定為暫緩執行徒刑的其中一項條件，上訴人是可以就該筆賠償金的支付方式提出上訴的。

根據原審既證事實，上訴人月入澳門幣 13800 元。原審要求她須在 30 天內向受害人支付澳門幣壹萬元賠償，本院認為得改判她須在三個月內付清該筆賠償金，但在這三個月內，每月至少須支付澳門幣叁仟元。

而澳門幣貳仟元捐獻金的 60 天支付期限，已是適中，本院毋須更改之。

四、 裁判

綜上所述，中級法院刑事合議庭裁定嫌犯 A 的上訴理由僅部份成立，因而把嫌犯向受害人 D 支付澳門幣壹萬元賠償金的期限由 30 天改為三個月（但在這三個月內，每月至少須支付澳門幣叁仟元），原審判

決的其餘部份則維持不變。

嫌犯須負擔上訴的敗訴部份的訴訟費，和因敗訴的部份支付陸個訴訟費用計算單位的司法費。至於嫌犯的辯護人應得的澳門幣貳仟壹佰元上訴服務費，嫌犯須支付當中的澳門幣壹仟捌佰元，餘下的叁佰元則由終審法院院長辦公室支付。

把本判決的內容(連同原審判決的副本)告知澳門衛生局局長和受害人D。

澳門，2023年1月19日。

裁判書製作人
陳廣勝

第一助審法官
譚曉華

第二助審法官
周艷平