

上訴案第 771/2019 號

上訴人：A

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情敘述

澳門特別行政區檢察院控告嫌犯 A 以直接正犯及既遂方式觸犯《刑法典》第 191 條第 2 款 a 項之一項「不法之錄製品及照片罪」，並提交初級法院以普通訴訟程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的獨任庭在第 CR2-19-0108-PCS 號案件中，經過庭審，最後判決：

1. 嫌犯 A 以直接正犯、故意及既遂方式觸犯《刑法典》第 191 條第 2 款 a 項所規定及處罰的一項「不法之錄製品及照片罪」，判處五個月徒刑；暫緩執行，為期兩年，在緩刑期內須附隨考驗制度。
2. 判處 A 向 B 支付 5,000 澳門元 (伍仟澳門元) 的賠償，並加上相關的遲延利息，此利息按終審法院第 69/2010 號統一司法見解所定的方法計算。

嫌犯不服判決，向本院提起了上訴，現提出了上訴理由：

刑事部份：

1. 上訴人認為原審裁判沒有充份考慮存在任何對上訴人科處刑

罰作特別減輕的情節，便裁定對上訴人判處非剝奪自由的刑罰屬不適當且不足以實現處罰的目的。

2. 在本案中，上訴人的心智仍未成熟，社會經驗尚淺，致使其未能控制自己的慾望，故作出有關犯罪行為。
3. 然而，原審法院在選科刑罰時欠缺考慮上述之個人狀況，因此在給予充份尊重下，上訴人認為原審裁判違反了第 65 條第 2 款 d)項、第 66 條第 1 款以及第 67 條之規定。
4. 經結合上訴人憶述案發時之心理及精神狀況以及社工局對其之心理評估後可以得知，上訴人並非存心犯案，而是受其本身的心理疾病影響下才作出本案之犯罪行為。
5. 但原審法院在對上訴人量刑時並無考慮上訴人本身所存在之心理問題且其是在受心理疾病影響下才犯案之情節，因此在給予充份尊重下，上訴人認為原審法院違反了《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款 b)及 d)項、第 66 條第 1 款以及第 67 條之規定。
6. 於庭審上，上訴人就控訴書所載之事實作出完全及毫無保留的自認，其為自己所作的行為感到非常後悔。
7. 然而，原審法院在對上訴人量刑時並無考慮上訴人真誠悔悟的態度，從而無在具體量刑時適用刑罰特別減輕的制度，導致原審裁判違反了《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款、第 66 條第 1 款及第 2 款 c)項以及第 67 條之規定。
8. 上訴人在本案中僅屬於初犯，以往從未因為觸犯刑法而被判刑，至今一直保持良好行為。
9. 但原審法院在對上訴人進行量刑時並無考慮該等有利情節，在此情況下，上訴人認為原審法院裁判違反了《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款、第 66 條第 1 款以及第 67 條之規定。
10. 除應有尊重外，上訴人認為原審裁判欠缺充分衡量上訴人在本案中的罪過程度及個人狀況，便作出“認為須科處徒刑方可適當及足以達到處罰之目的”之裁定。(見卷宗第 127 頁)
11. 此外，原審裁判未有深究上訴人作出偏差行為的最主要成因是

基於受到心理疾病影響的情況下無法控制自身行為所導致，因此上訴人的罪過程度明顯低於一般人作出普遍犯罪行為的情況。

12. 上訴人認為原審法院對本案作出量刑時欠缺考慮一切已載於卷宗且對上訴人屬利的情節，尤其是上訴人的罪過程度以及其具體個人狀況，因此導致被上訴裁判違反了《刑法典》第 40 條第 1 款及第 2 款、第 64 條以及第 65 條第 1 款之規定。
13. 即使不認同上述，上訴人認為從預防犯罪之需要的角度考慮，經結合上述之上訴人的人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，我們應優先選科較輕微之罰金刑，則這樣才可達至刑罰“警誡”及“教化”之雙重目的。
14. 然而，原審裁判欠缺充分考慮上述有利情節，便對上訴人作出科處五個月徒刑且不得以罰金代替其徒刑的決定，因此，除應有尊重外，上訴人認為原審裁判違反了《刑法典》第 64 條及第 44 條第 1 款之規定。
15. 另外，關於判處在緩刑期內附隨考驗制度方面，上訴人認為原審法院之上述決定違反了《刑法典》第 51 條第 1 款以及第 3 款之規定。
16. 上訴人認為，倘若未達《刑法典》第 53 條第 3 款關於設立考驗制度之一般前提，則為經法院審視有關具體個案之犯罪情節以及上訴人的個人及生活狀況，顯示有必要在緩刑期內為被判刑人設立考驗制度時，法院方可依據《刑法典》第 51 條第 1 款之規定作出命令，但必須在有關判決內作出適當之理由說明。
17. 然而，原審法院在依據《刑法典》第 51 條第 1 款之規定命令設立考驗制度時並無為此說明理由，且上訴人之刑罰亦未達到同條第 3 款之要求。
18. 因此在給予充份尊重下，上訴人認為原審法院就此部份之決定違反了《刑法典》第 51 條第 1 款及第 3 款、《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款之規定。

民事部份：

19. 在本案中，雖然已證實上訴人的行為損害了被害人的個人隱私及肖像權，上述權利被規範於《民法典》第 74 條及 80 條，均在人格權範圍以內。
20. 倘若該等權利因某行為而被侵犯，則正如尊敬的終審法院（參見第 20/2007 號裁判案）以及中級法院（參見第 454/2011 號裁判案）一貫的司法見解，基於行為人之行為直接侵害了被害人的人格權，所造成之損失可由法院以衡平原則進行金錢評估，因此屬可獨立請求之財產性損失。
21. 然而，原審裁判並無就上訴人之有關侵害行為裁定任何“財產損害性賠償”，而僅裁定上訴人須為其行為而對被害人支付“精神性損害賠償”。
22. 除給予應有尊重外，就精神性損害賠償部份，上訴人認為原審法院除須認定上訴人之行為侵害了被害人之權利，還必須認定被害人因上訴人之行為而導致其產生了精神方面之損害。
23. 但在本案中，基於欠缺充份證據證明被害人因上訴人之行為而引致之精神損失，因此原審法院不可依據《民法典》第 489 條第 1 款及《刑事訴訟法典》第 74 條裁定上訴人為被害人作出精神損害賠償。
24. 原審裁判在裁定上訴人須向被害人作出澳門幣 5,000 元之精神損害賠償時，僅提及上訴人之行為侵害了被害人之個人隱私及肖像權，而欠缺指出其行為為被害人所帶來之任何精神或心理損害，而且卷宗亦無充份證據證明被害人因上訴人之行為而產生的精神傷害。
25. 因此，除應有尊重外，上訴人認定原審裁判沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”以及 b) 項“在說明理由方面出現不可補救之矛盾”之瑕疵。

綜上所述，按照以上依據及倘適用的補充法律規定，懇請尊敬的中級法院各位法官 閣下裁定本上訴理由成立，廢止或

撤銷被上訴裁判，並作出判定如下：

關於刑事部份：

- 1) 基於存在刑罰之特別減輕以及其他對減輕上訴人罪過屬有利的情節，因此改判對上訴人科處罰金；及
- 2) 基於原審裁判判處上訴人之緩刑期內設立考驗制度時並無說明理由，不符合《刑法典》第 51 條第 1 款及第 3 款之可設立考驗制度之情況，為此請求廢止該部份之決定。

關於民事部份：

基於原審裁判就上訴人須對被害人支付澳門幣 5,000 元之精神損害賠償部份沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”以及 b) 項“在說明理由方面出現不可補救之矛盾”之瑕疵，因而撤銷該部份裁判。

檢察院對上訴人的上訴作出了答覆：

1. 上訴人稱其符合《刑法典》第 66 條第 2 款 c) 項的規定而獲得刑罰的特別減輕。然而，我們還未看到上訴人顯示真誠悔悟的具體行為，尤其是對造成被害人的損害盡其所能作出彌補。因此，上訴人不可能因符合《刑法典》第 66 條的規定而獲得刑罰的特別減輕。
2. 然而，原審法庭已基於上訴人認罪態度良好、屬於初犯、案發時心理疾病及精神狀況以及社工局對其之心理評估，而已作出刑罰的一般減輕，被上訴裁判不沾有認定法律問題的瑕疵。
3. 在本案，上訴人心智仍未成熟，社會經驗尚淺，致使其未能控制自己的慾望，故作出有關犯罪行為。原審法庭已充分考慮對上訴人有利之事實，對上訴人作出量刑時沒有違反《刑法典》第 40 條及第 65 條，即並非偏重，而是在上述刑幅的偏低準線，屬適當的量刑。
4. 亦因此，原審法庭對第上訴人(嫌犯)A 以直接正犯、故意及既

遂方式觸犯《刑法典》第 191 條第 2 款 a 項所規定及處罰的一項「不法之錄製品及照片罪」，判處五個月徒刑；暫緩執行，為期兩年，在緩刑期內須附隨考驗制度，是恰當的、合理的，遵守了罪刑法定原則及罪刑相稱原則。

5. 至於附隨考驗制度方面，我們認為，原審法庭在依據《刑法典》第 51 條第 1 款之規定命令設立考驗制度時已為此說明理由，且符合同條第 3 款之要求。因此，原審法庭就此部份沒有違反了《刑法典》第 51 條第 1 款及第 3 款、《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款之規定。

基於此，檢察院建議判處上訴人上訴理由不成立，應予駁回，並維持原審法庭的決定。

駐本院助理檢察長提出法律意見書，認為應裁定上訴人 A 所提出的上訴理由全部不能成立，並予駁回。

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

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

1. 2018 年 11 月 6 日晚上約 8 時，當被害人 B 前往澳門 X 學院 1 樓，體育館 102 號室旁的女廁如廁時，嫌犯 A 脫去穿著的波鞋，偷偷尾隨被害人進入女廁。
2. 當被害人進入女廁的廁格內如廁時，嫌犯偷偷進入旁邊的廁格，並使用其黑色手提電話從廁格的上方伸進被害人所在的廁格拍攝被害人如廁，之後，再使用其黑色手提電話從廁格的下方伸進被害人所在的廁格拍攝被害人如廁。期間，嫌犯的拍攝行為被被害人發現，於是立即逃離現場。
3. 經司法警察局電腦法證處對嫌犯的手提電話進行檢驗鑑定後，

發現內存有拍攝被害人如廁的片段。

4. 嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，在被害人不知悉且違反其意願的情況下，以手機拍攝被害人如廁。
5. 嫌犯清楚知道其行為是法律所不容，且會受法律制裁。

另外亦證實下列事實：

- 嫌犯在澳門沒有犯罪紀錄。
- 嫌犯在庭審中完全及毫無保留地承認被指控的事實，並聲稱現為大學四年級學生，沒有收入，不需供養任何人。
- 被害人 B 在審判聽證中表示要求嫌犯對其作出賠償，並接受法庭為其裁定的賠償金額。

未獲證明的事實：

- 沒有其餘載於控訴書的事實有待證明。

三、法律部份

上訴人 A 在其上訴理由中，分刑事以及損害賠償兩方面提出上訴理由。

在刑事方面針對原審法院的量刑提出了上訴理由。首先，認為原審法院沒有充分考慮存在任何對上訴人 A 科處刑罰作特別減輕或其他屬有利的情節，包括上訴人的心智仍未成熟、社會經驗尚淺、是受其本身的心理疾病影響下才犯案、作出毫無保留的自認及顯示出真誠悔悟的態度、屬初犯且至今一直保持良好行為，從而認為被上訴的判決欠缺充分衡量上訴人 A 在本案中的罪過程度及個人狀況，便作出“認為須科處徒刑方可適當及足以達到處罰之目的”的裁定，是量刑過重。其次，倘本院不認同，則認為被上訴的判決不得以罰金代刑是違反了《刑法典》第 64 條及第 44 條第 1 款的規定。最後，認為被上訴的判決關於在緩刑期內須附隨考驗制度的部分欠缺理由說明，因而違反了《刑法典》第 51 條第 1 款及第 3 款及《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款之規定。

在損害賠償方面，上訴人認為原審裁判在裁定上訴人須向被害人作出澳門幣 5,000 元之精神損害賠償時，僅提及上訴人之行為侵害了被害

人之個人隱私及肖像權，而欠缺指出其行為為被害人所帶來之任何精神或心理損害，而且卷宗亦無充份證據證明被害人因上訴人之行為而產生的精神傷害。依此，基於欠缺充份證據證明被害人因上訴人之行為而引致之精神損失，因此原審法院不可依據《民法典》第 489 條第 1 款及《刑事訴訟法典》第 74 條裁定上訴人為被害人作出精神損害賠償，否則，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”以及 b)項“在說明理由方面出現不可補救之矛盾”的瑕疵。

我們看看。

1、特別減輕情節的考量

上訴人首先訴諸刑法的特別減輕情節。

我們知道，澳門《刑法典》第 66 條規定的刑罰的特別減輕的前提是，在犯罪之前或之後或在犯罪時存在明顯減輕事實的不法性或行為人的罪過的情節，或明顯減少刑罰的必要性的情節，也就是說，不僅要有明顯減輕事實的不法性或行為人罪過的情節，而且還要有明顯減少刑罰的必要性的情節，即明顯減少預防的要求的情節。

本澳的司法見解一向認為，減輕情節的多寡絕對不能必然導致特別減輕，而是必須表明事實的不法性、行為人的罪過或刑罰的必要性明顯減輕。也就是說，只有在評價具體案件中出現的所有情節之後，如果事實的整體形象產生了事實不法性、行為人罪過和刑罰的必要性明顯減輕的結果，才應使用刑罰的特別減輕。¹

可見，《刑法典》第 66 條第 2 款所規定的特別減輕情節也非屬法律明確規定必須減輕的情節，而是需要透過審判者在每一具體個案中進行評定；換言之，法官需評價有關情節的價值，判定是否存在足以明顯減輕其不法性、罪過或刑罰的必要性情節。

在充份尊重其他意見的前提下，我們認為，雖然嫌犯 A 在庭上作出毫無保留的自認，但其非自首，而是警方透過觀看有關光碟後到涉案

¹ 參見終審法院於 2001 年 9 月 26 日在第 14/2001 號上訴案件中所作的判決。

學校將其拘捕，因此，在有利評價上其自認行為能起到的作用一般。

正如我們一直認為的，單純自認事實，僅應當並可以在根據《刑法典》第 65 條的規定進行刑罰量刑時才予以考慮，但不導致刑罰的特別減輕，因為，僅憑這個情節本身，不容許大大降低認定上訴人行為的不法性、罪過或者處罰的必要性。²

也就是說，上訴人 A 的自認並不能構成《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項所規定的特別減輕情節，而只屬《刑法典》第 65 條考慮之列。

至於上訴人 A 所指的其他符合《刑法典》第 66 條第 1 款所指的特別減輕情節，包括其心智仍未成熟、社會經驗尚淺、是受其本身的心理疾病影響下才犯案，我們認為，上訴人 A 作案時已年滿 21 歲，並為一名大學四年級學生，其有足夠的言的能力去判斷其行為的不法性；加上，正如其在庭上的聲明，在本案發生之前亦曾發生類似事故，但上訴人 A 僅聽過一些講座，並沒有積極尋求專業的醫學治療，足見其從沒決心要矯正其在性方面的心理問題，並持放任及僥倖的心態去繼續犯案，因此，由於未能看見本案存在明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過之情節，或明顯減少刑罰之必要性之情節，並談不上滿足到《刑法典》第 66 條第 1 款所規定可相當減輕其罪過的情節。

2、一般的量刑的考量

眾所周知，《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，具體刑罰應在最低刑幅及最高刑幅之間，以罪過及刑罰目的作出決定。法律賦予法院在法定刑幅中選擇一合適的刑罰的自由，上訴法院的介入僅限於原審法院的量刑存在明顯的錯誤或者罪刑不相適應或者刑罰明顯的不合適的情況。

在本案中，在考慮到嫌犯 A 在庭上已經承認其在本案發生之前亦曾發生類似事故，其不但沒有積極尋求專業的醫學治療去矯正其在性方面的心理問題，反而更趁被害人進入女廁廁格如廁時，偷偷進入旁邊的廁格，並使用其黑色手提電話先後從廁格上方及下方伸進被害人所在的廁格拍攝被害人如廁，可見，嫌犯 A 是在自由、自願及有意識的情況下

² 參見中級法院於 2003 年 3 月 13 日在第 220/2002 號上訴案件中所作的判決。

實施本案的犯罪行為，其實施有關犯罪行為的故意及不法程度高，守法意識十分薄弱。雖然嫌犯 A 為初犯，但是在社會報告中承認在高中時候偷窺女生如廁被捕，但後來被判無罪，這說明上訴人過往的行為顯示對此類的行為的懲罰的需要，尤其是犯罪的特別預防方面的不利因素的考量上。

事實上，我們已經看見被上訴裁判在量刑部分已根據《刑法典》第 40 條及第 65 條規定考慮了必須的事實及其他節，當中尤其指出“考慮到本案的具體情況及其個人狀況，嫌犯所觸犯的犯罪不法性及犯罪後果一般，但其犯罪故意程度較高，顯示其守法意識薄弱，同時考慮嫌犯的個人狀況，嫌犯為初犯”，才會在“不法之錄製品及照片罪”的 1 個月至 2 年徒刑的抽象刑幅中還判了 5 個月徒刑的單一刑罰，少於抽象刑幅的四分之一，對嫌犯 A 的量刑已經是輕無可輕了，因此，原審法院對嫌犯 A 的刑罰是合適的。

3、罰金刑的適用

至於上訴人 A 指責被上訴的判決不得以罰金代刑是違反了《刑法典》第 64 條及第 44 條第 1 款之規定，也是無道理的。

雖然《刑法典》第 44 條第 1 款規定所科處的徒刑不超過六個月時，應以相等日數之罰金或以其他可科處之非剝奪自由之刑罰來代替，“但為預防將來犯罪而有必要執行徒刑者，不在此限”。

由此可知，作為一個強制性的一般規則³，對於超過六個月的徒刑，立法者強制要求以罰金或其他可科處之非剝奪自由刑罰來代替，而作為一個例外的情況，並強制法官在說明理由的前提下，只要是基於預防將來犯罪的需要而有必要執行徒刑的，就可以不以罰金來代替徒刑。

在這個問題上，立法者考慮的和法院不能忽視的正是對嫌犯的特別預防犯罪的需要以及保護法律秩序，恢復嫌犯的罪過所對法律秩序造成損害。⁴

³ 參見 Figueiredo Dias 教授所著《Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime》1993 年版，第 359-362 頁。

⁴ 參見 Figueiredo Dias 教授上引著作，第 363 頁。

在本案中，原審法院尤其應該考慮一般預防的需要，而這正正符合其在判決書中的所述“雖然嫌犯在本澳沒有犯罪紀錄，但為預防其將來犯罪，亦為預防更多人利用日益普及的科技來實施侵害他人隱私及肖像權的犯罪”從而作出不適用罰金代刑的決定。

很明顯，法院所期待的通過刑罰的適用達到阻嚇威懾犯罪的目的，而徒刑的暫緩執行與罰金相比，前者毫無疑問更能發揮刑罰在這方面的作用，因此，被上訴判決並無違反《刑法典》第 64 條及第 44 條第 1 款的規定。

4、關於緩刑期內須附隨考驗制度的部分欠缺理由說明

首先，我們在此必須重申一貫的理解，只有在法院絕對缺乏對事實或者法律方面的判決作出理由說明的情況下才有《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款所指的無效，而說明理由不完善的情況，而非第 355 條第 2 款的絕對缺乏，這種不足亦不會導致判決的無效。⁵

《刑法典》第 51 條第 1 款規定的“如法院認為暫緩執行徒刑而附隨考驗制度對便利被判刑者重新納入社會為合宜及適當者，得作出該命令。”，是指只要法院認為有利於被判刑者重新納入社會為“合宜”及“適當”，就可以在緩刑期內對被判刑者設定附隨考驗制度。

首先，我們可以看到，設定附隨的考驗制度是緩刑的當然結果，並非一項單獨的決定，原審法院在考量採用緩刑的要素時候已經充分衡量了犯罪的預防以及重返社會的需要作出了理由說明，指責原審法院作出決定缺乏說明的上訴理由完全是無中生有。

其次，即使是屬於單獨的決定，也僅僅屬於量刑方面的決定，其決定的內容也是《刑事訴訟法典》第 356 條第 1 款所規定的，原審法院按照這項法律規定的判決書的要求作出，當中不但沒要求需要理由說明，而且理由的說明的缺乏並沒有被視為一種無效（見《刑事訴訟法典》第 360 條的規定）。

上訴人這部分的上訴理由也是不能成立的。

⁵ 參見中級法院於 2013 年 12 月 12 日在第 610/2011 號上訴案件所作出的裁判。

5、依職權確定損害賠償的事實前提

關於民事賠償方面，上訴人認為缺乏作出根據《刑事訴訟法典》第 74 條的規定依職權作出裁定的實質的前提條件，原審法院在缺乏認定受害人收到精神方面的損害的事實的情況下確定予以受害人賠償陷入了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a、b 項的事實瑕疵。

首先，上訴人這部分的上訴理由純粹屬於一個法律適用的問題，是法院根據認定的事實作出法律的適當適用的問題，尤其是根據《刑事訴訟法典》第 74 條作出依職權的決定的前提問題，這並不屬於實施層面的認定方面的任何瑕疵的問題。

也就是說，上訴人根據已證事實是否應該對受害人作出精神賠償。

我們知道，《刑法典》第 121 條也規定，因犯罪而產生的民事責任由民事法律規定。而因犯罪而產生的民事責任的要件屬於民法中的侵權行為方面的損害賠償責任的要件：包括不法損害的事實，行為人的過錯以及損害於行為之間存在合適的因果關係。

上訴人所爭議的是受害人遭受精神方面的損害的具體事實。

雖然，因犯罪而產生的民事責任由民事法律規定，但是，我們也不能忘記，有關的損害的事實的確定仍然由刑事方面的犯罪的事實以及刑法所保護的法益的受害人遭受犯罪行為的傷害的事實所決定。

嫌犯的犯罪行為侵犯了受害人的隱私和肖像權，這種權利屬於無形的，屬於精神方面的受到法律保護的法益。嫌犯被原審法院判處罪名成立，這個事實本身就是構成了構成民事損害的事實——令行為人承擔責任的客觀要素。

根據庭審記錄，受害人明確表示希望得到應有的賠償（第 143 背頁），原審法院完全依照《刑事訴訟法典》第 74 條所規定的程序進行“依職權”裁定賠償，該決定沒有任何可以質疑的地方。

因此，上訴人認為原審法院確定賠償缺乏上述條文規定的事實前提的理由不能成立。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人的上訴理由不成立，維持被上訴的判決。

判處上訴人繳付 6 個計算單位的司法費以及訴訟費用。

澳門特別行政區，2020 年 3 月 26 日

蔡武彬（裁判書製作人）

周艷平（第一助審法官）

陳廣勝（第二助審法官）