

編號：第 1311/2019 號（刑事上訴案）

日期：2020 年 7 月 30 日

*

重要法律問題：

- 說明理由方面不可補救之矛盾
- 審查證據方面明顯錯誤
- 加重違令罪
- 量刑

摘 要

1. 涉案之 FACEBOOK 個人專頁係參選團隊的工作人員開設並維護上訴人常居於內地、內地禁止使用 FACEBOOK 等事實，均與上訴人是否有使用 FACEBOOK 的習慣以及能否熟練使用 FACEBOOK 不存在必然的因果關係。

2. 不論是上訴人能否熟練使用 FACEBOOK，抑或是其因身處內地而無法使用 FACEBOOK，均不表示上訴人在案發時缺乏作出被要求的刪除帖文行為的能力，亦不構成阻卻不法性及罪過之事由。

3. 當因出現技術或地理因素而無法自身切實履行的情況下，當事人仍應窮盡一切辦法，包括尋求他人的協助，並最終確保法律義務得到切實的履行，否則，將承擔相應的法律責任。

4. 上訴人完全應當預見到工作人員可能因為某些原因而沒有及時完成受託任務，但卻未盡到充分注意的義務，進行最終的結果確認，對於可能出現的競選宣傳資訊在互聯網社交平台上繼續流傳的情況抱持接受的態度。上訴人的心理符合《刑法典》第 13 條第 3 款規定之或然故意。

5. 原審法院依照澳門《刑法典》第 64 條、第 40 條、第 64 條和第 65 條的規定，在量刑時依據上訴人的罪過及預防犯罪的要求，判處上訴人四個月徒刑，暫緩一年執行，符合一般預防和特別預防的要求，不存量刑過重、量刑失衡的錯誤。

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 1311/2019 號（刑事上訴案）

上訴人：A

日期：2020 年 7 月 30 日

一、案情敘述

於 2019 年 11 月 1 日，嫌犯 A（即：上訴人）在初級法院刑事法庭第 CR3-19-0216-PCS 號卷宗內被裁定：

嫌犯 A 以直接正犯及既遂方式觸犯經第 11/2008 號法律、第 12/2012 號法律及第 9/2016 號法律修改並由第 21/2017 號行政長官批示重新公佈的第 3/2001 號法律通過之《澳門特別行政區立法會選舉法》第 10 條第 3 款，以及於 2017 年 7 月 19 日所通過之第 2/CAEAL/2017 號選管會指引第一節第 2 點及第二節第 4 點配合澳門《刑法典》第 312 條第 2 款所規定及處罰的一項「加重違令罪」，判處四個月徒刑，緩刑執行，為期一年。

*

嫌犯 A 不服，向本院提起上訴，並提出以下上訴理由（結論部分）：

一、上訴人沒有使用“FACEBOOK”的習慣，亦不懂得使用“FACEBOOK”

1. 原審法庭將答辯狀中第 3 點的事實，即「上訴人從來都沒有使用“FACEBOOK”的習慣，亦不知道“FACEBOOK”如何操作」，列作未經證明之事實，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項的審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵。

2. 首先，嫌犯長期居於不能使用“FACEBOOK”的中國內地。

3. “FACEBOOK”作為網上社交媒體，在上訴人常居的中國內地，身邊的每個人都沒有且不能使用“FACEBOOK”的情況下，上訴人自然不可能有使用“FACEBOOK”的習慣，亦不會有學習使用“FACEBOOK”的動機。

4. 第二，涉案的“FACEBOOK”帳戶為 2017 年 9 月才開設的。

5. 從該“FACEBOOK”帳戶的貼文時間、回應及點讚(Like)數目來看，都顯示出涉案的“FACEBOOK”帳戶在案發時為一個新開設的帳戶。

6. 第三，涉案的“FACEBOOK”帳戶是在當屆立法會參選團隊的工作人員提議下才開設的。

7. 倘上訴人有使用“FACEBOOK”的習慣，則為著宣傳的目的，理應使用「上訴人慣常使用的“FACEBOOK”帳戶，而毋須開設一個新的“FACEBOOK”帳戶，因為「上訴人慣常使用的“FACEBOOK”帳戶」累積的人氣應會更高，亦更有利於宣傳活動。

8. 第四，涉案的“FACEBOOK”帳戶一直都是由參選團隊的工作

人員操作。

9. 在涉案的“FACEBOOK”帳戶內除了第十二組“XX 力量”的相片及影片等宣傳資訊以外，再無其他資訊，而上述的宣傳資訊均由參選團隊的工作人員上載。可見，上訴人從未操作涉案的“FACEBOOK”帳戶。

10. 第五，在互聯網社交平台“FACEBOOK”一直被中國內地禁止使用的情況下，認定一位常居於中國內地的中年婦人，能夠熟悉使用近幾年才興起的“FACEBOOK”，明顯違反一般經驗法則。

二、「是否有能力作出被要求之行為」屬重要事實

11. 原審法庭在說明理由的最後一段中，指出「嫌犯是否真的不懂使用 Facebook 屬不重要的事實」。

12. 同時，原審法庭認定「上訴人未採取一切有效之措施確保資訊被刪除」，而非認定「上訴人作出任何行為使資訊沒有被刪除」。

13. 因此，上訴人應被認定為以不作為犯的方式觸犯「加重違令罪」。

14. 不論是純正不作為犯抑或是不純正不作為犯，不作為犯的其中一項客觀不法構成要件，是犯罪者必須要有作出被要求之行為的能力。如果不作為者不能作出行為，則不作為不但不是非法，甚至更不用說符合罪狀。

15. 不論是上訴人從來沒有使用“FACEBOOK”的習慣而使其不知道如何操作“FACEBOOK”，抑或是上訴人在案發時身處無法使用“FACEBOOK”的中國內地，均顯示上訴人在案發時沒有作出被要求之行為的能力的。

16. 鑑於沒有作出被要求之行為的能力，其不作為不能構成《刑法典》第 312 條第 2 款的「加重違令罪」，應被開釋。

17. 因此，原審法庭的決定存在著違反《刑事訴訟法典》第 400 第 1 款規定的適用法律錯誤。

三、上訴人沒有以或然故意的方式觸犯「加重違令罪」

18. 原審法庭裁定上訴人以《刑法典》第 13 條第 3 款規定之或然故意的方式觸犯一項加重違令罪。

19. 其理據是原審法庭已認定的起訴批示第 6 點的事實，指出上訴人清楚知道自己在社交平台“FACEBOOK”個人專頁內有關第十二“XX 力量”參選團隊的相關宣傳資訊在 2017 年 9 月 15 日晚上 12 點前有可能仍未被刪除，但其未採取一切有效之措施確保資訊被刪除，對該等宣傳資訊在互聯網社交平台上繼續流傳抱接受態度。

20. 但上述事實僅為結論性事實，且有關結論的背後並沒有任何具體事實支持，分析如下。

(一)上訴人拒絕接受在互聯網社交平台上的宣傳資訊繼續流傳

21. 上訴人在收悉即將進入禁止宣傳期的通知後，立即刪除了其日常習慣使用的通訊軟體 Wechat 朋友圈內有關立法會競選活動的貼文。

22. 由此可見，上訴人對在互聯網社交平台(包括 Wechat 朋友圈及“FACEBOOK”)的宣傳資訊的繼續流傳，並沒有抱接受態度。

23. 對於其有能力處理的 Wechat 朋友圈的宣傳資訊，上訴人立即親自作出了刪除;而對於其無能力處理的“FACEBOOK”帳戶的宣傳資訊，上訴人在進入冷靜期前向參選團隊的工作人員作出了刪除的要

求。

24. 因此，對於有關的宣傳資訊最終沒有被刪除之事實，上訴人之行為僅構成《刑法典》第 14 條之有意識過失或無意識過失，而「加重違令罪」並不處罰過失形式犯罪。

25. 鑑於原審法庭一方面認定上訴人對於互聯網社交平台上的宣傳資訊的繼續流傳抱接受態度，但另一方面卻認定上訴人積極刪除了 Wechat 朋友圈的宣傳資訊，由此顯示出上訴人對宣傳資訊在互聯網社交平台上繼續流傳抱拒絕接受的態度，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項的在說明理由方面出現不可補救之矛盾。

(二) 上訴人相信受託的工作人員已為其刪除宣傳資訊

26. 上訴人對宣傳資訊繼續在互聯網社交平台上流傳抱拒絕接受的態度，但由於其不知道如何操作“FACEBOOK”，所以致電之前為其操作“FACEBOOK”帳戶的參選團隊工作人員 B 為其刪除“FACEBOOK”帳戶上的宣傳資訊，符合一般經驗法則。

27. 證人 B 及證人 C 在庭上作證時均有確認致電一事。

28. 證人 B 確認收到上訴人的刪除要求，但忘記了如何回覆其要求。

29. 按照一般經驗法則，證人 B 在明知“FACEBOOK”帳戶一直都不是由上訴人本人自行操作的情況下，是沒理由拒絕上訴人的刪除要求的；而倘若 B 拒絕了上訴人的刪除要求的話，上訴人為著刪除有關資訊，亦會尋求其他工作人員的幫助。

30. 證人 B 之所以沒有刪除涉案“FACEBOOK”帳戶上的宣傳資訊，是由於冷靜期前最後一天(即 2017 年 9 月 15 日)要抓緊時間作出宣

傳活動，無暇顧及其他事情，因此忘記了為上訴人作出刪除。

31. 在這一情況下，身處中國內地的上訴人根本不知道有關的宣傳資訊“有可能”未被刪除。

32. 而原審法庭認為上訴人當時應馬上回澳刪除有關宣傳資訊，是沒有考慮到上訴人不懂得操作“FACEBOOK”的事實，即使其身處澳門，亦無法自行作出刪除。

33. 因此，不能因為上訴人當時沒有回澳，便認定其對案發結果抱有接受的態度。更何況，上訴人的確已委託參選團隊的工作人員為其作出刪除。

34. 由於對有關的宣傳資訊最終未被刪除一事缺乏認知要素，因此上訴人之不作為不構成《刑法典》第 13 條第 3 款之或然故意。

35. 至於原審法庭在說明理由中指出參選團隊的其他候選人或工作人員沒有人犯規，實際上僅是原審法官的主觀猜想，卷宗內沒有任何證據佐證此一事實。

36. 鑑於原審法庭對於上訴人“回澳即能刪除貼文”的事實作出錯誤評價，而且錯誤認定上訴人未有委託參選團隊的工作人員刪除有關宣傳資訊，因此，被上訴之裁判分別存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項及 c 項所指的在說明理由方面出現不可補救之矛盾及審查證據方面出現明顯錯誤。

四、量刑過重

37. 如尊敬的法官 閣下不同意上述見解，則請考慮以下意見。

38. 上訴人為初犯，之前從未因觸犯刑事法律而接受審判。

39.從涉案的“FACEBOOK”帳戶的貼文數量、點讚數量及留言數量，均顯示本案的違令事實所產生的不法結果屬於非常輕微。

40.案發時上訴人身處未能使用“FACEBOOK”的中國內地，客觀上不能夠、親身作出被要求的行為，亦顯示出較低的罪過程度。

41.根據《刑法典》第44條第1款的規定，“一、科處之徒刑不超過六個月者，須以相等日數之罰金或以其他可科處之非剝奪自由之刑罰代替之，但為預防將來犯罪而有必要執行徒刑者，不在此限；下條第三款及第四款之規定，相應適用之。”

42.考慮到徒刑的必要性原則、適度性原則及補足性原則，請求科處罰金刑以替代剝奪自由之刑罰。

*

檢察院對上訴人A的上訴作出了答覆，並提出以下理據（結論部分）：

1. 上訴人認為，答辯狀所載“嫌犯從來都沒有使用 FACEBOOK 的習慣，亦不知道 FACEBOOK 如何操作”被列作「未經證明之事實」，原審法庭在審查證據方面明顯有錯誤。

2. 實際上，“嫌犯從來都沒有使用 FACEBOOK 的習慣”，對本案並不重要。重要的是，其清楚知悉自己手機已開設 FACEBOOK 帳戶，並已上載了競選宣傳資料。至於其是否 FACEBOOK 慣常用戶，並不重要。

3. 嫌犯…不知道 FACEBOOK 如何操作”，除了嫌犯本人這樣陳述之外，沒有任何證據支持這一說法。

4. 相反，嫌犯是一名地產公司東主，每月收入約二至三萬元，具有大學專科畢業學歷，報住的居住地址位於澳門。嫌犯在澳門從事地產交易工作，年近五十歲，以其閱歷及生活接觸面，對於操作其手提電話已開設的 FACEBOOK 帳戶，應不會是困惑的事情。加上嫌犯有使用 Wechat 及 QQ 的經驗。

5. 因此，原審法庭認定“嫌犯...不知道 FACEBOOK 如何操作”未獲證明。原審法庭的判斷，完全符合經驗法則。上訴人所提出的在審查證據方面明顯有錯誤，並無出現。

6. 上訴人又認為，其從來沒有使用 FACEBOOK 的習慣，不知道 FACEBOOK 如何操作，且案發時身處無法使用 FACEBOOK 的中國內地。因此，其於案發時是沒有作出被要求之行為的能力。

7. 正如前面所述，“嫌犯從來都沒有使用 FACEBOOK 的習慣，亦不知道 FACEBOOK 如何操作”已被列作「未經證明之事實」。至於案發時嫌犯身處無法使用 FACEBOOK 的中國內地，此點毫無重要性。嫌犯 FACEBOOK 的競選宣傳資料，在任何時間均可進行刪除操作。嫌犯絕對可以在其進入國內之前，確定先完成相關操作。因此，嫌犯在宣傳期終結時身處國內，是嫌犯自主決定的行為，不可能構成其所述的“沒有作出被要求之行為的能力”。

8. 上訴人又認為，原審法庭一方面認定獲證明，“上訴人在收悉即將進入禁止宣傳期的通知後，嫌犯立即刪除了其日常習慣使用的通訊軟體 Wechat 朋友圈內有關立法會競選活動的貼文。”另一方面又認定獲證明，“上訴人清楚知道自己在社交平台“FACEBOOK”個人專頁內有關

第十二組“XX 力量”參選團隊的相關宣傳資料在 2017 年 9 月 15 日晚上 12 點前有可能仍未被刪除，但其未採取一切有效之措施確保資訊被刪除，對該等宣傳資訊在互聯網社交平台上繼續流傳抱接受態度。”因此，原審法庭在說明理由方面出現不可補救之矛盾。

9. 嫌犯知道需要刪除競選宣傳資料，並自行刪除其 Wechat 朋友圈內有關立法會競選活動的貼文。

10. 嫌犯知道其個人 FACEBOOK 帳戶也上載了競選宣傳資料，又知道需要刪除。嫌犯絕對可以在其進入國內之前，確定先完成刪除其 FACEBOOK 帳戶內競選宣傳資料的操作，但是，嫌犯沒有這樣做。直至選舉宣傳期終結的來臨，嫌犯當刻身處國內，嫌犯未能登入其 FACEBOOK 帳戶。此時，嫌犯仍有時間返回澳門，進行刪除操作，但是嫌犯仍然沒有這樣做，而只是要求他人代勞。而且未能證明有人承諾替嫌犯刪除其 FACEBOOK 帳戶內的競選宣傳資料。由此可見，嫌犯明知其個人 FACEBOOK 帳戶仍載有競選宣傳資料的情況下，未有採取有效措施確定相關資料被刪除，任由該等資料繼續在其個人 FACEBOOK 帳戶內公開展示。故此，上訴人對於其競選宣傳資料在互聯網社交平台上繼續流傳，抱接受態度。

11. 因此，上訴人所提出的，在說明理由方面出現不可補救之矛盾，並無出現。

12. 上訴人又提出，原審法庭錯誤地認為上訴人“回澳即能刪除貼文”，而且錯誤地認定上訴人未有委託參選團隊的工作人員刪除有關宣傳資訊。對此，上訴人認為原審法庭在說明理由方面出現不可補救之矛盾。

盾及在審查證據方面明顯有錯誤。

13. 上訴人雖然提出原審法庭在說明理由方面出現不可補救之矛盾，但是，實質上是質疑原審法庭對獲證明事實的認定，而所依據的理由全屬上訴人對事實的個人評價。

14. 上訴人意欲爭執的是審查證據的錯誤，但是，原審判決並無出現這方面的瑕疵。

15. 上訴人又認為，原審判決對其適用之徒刑應轉換為罰金。

16. 在量刑時，原審法庭認為“考慮本卷宗有關的犯罪情節，為廣泛預防犯罪，法庭認為對嫌犯採用罰金不足以實現處罰的目的。”

17. 在本案，上訴人所提及的情節，原審法庭在量刑時已經考慮，同時，亦考慮到罰金不足以實現刑罰的目的，才判處目前的刑罰。原審法庭的決定符合法律的要求。

*

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，認為上訴人提出的上訴理由明顯不成立，應駁回上訴請求及維持原判。

*

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

（一）、原審法院經庭審確認以下事實獲證明屬實：

A（嫌犯）為澳門第六屆立法會選舉第十二組“XX 力量”參選團隊的第二候選人。

根據第 3/2001 號法律《澳門特別行政區立法會選舉法》及於 2017 年 7 月 19 日所通過之第 2/CAEAL/2017 號選舉會指引，候選名單的受託人、候選人及提名委員會的受託人，在 2017 年 9 月 15 日晚上 12 時或之前，必須移除或刪除競選活動期內放在任何地方，包括網上平台，內容能引起公眾注意某一或某些候選人，且以明示或暗示方式建議選民投票或不投票予此一或此等候選人的所有訊息或資訊。如不遵守該指引者，將按澳門《刑法典》第 312 條第 2 款的規定，構成加重違令罪。

2017 年 9 月 16 日，治安警員在網上瀏覽及巡查過程中，發現嫌犯的社交平台“FACEBOOK”個人專頁內貼有澳門第六屆立法會選舉第十二組“XX 力量”參選團隊的相片及影片等宣傳資訊（參見卷宗第 10 頁）。

事實上，上述屬嫌犯之社交平台“FACEBOOK”的個人專頁是其參選團隊的工作人員按照嫌犯要求而開設的，而在該個人專頁內有關第十二組“XX 力量”的相片及影片等資訊亦是工作人員在嫌犯同意下而上載的。

嫌犯的目的是為其所屬之參選團隊作競選宣傳，透過於互聯網社交平台發參選團隊的相片及影片等資訊，引起澳門特別行政區居民注意第十二組“XX 力量”的候選人，以及以明示方式建議選民投票予該組別的候選人。

嫌犯作為立法會候選名單的候選人，明知 2017 年 9 月 16 日及 9 月 17 日為澳門第六屆立法會選舉的禁止宣傳期，並清楚知悉違反有關禁止宣傳規定的刑事法律後果，其清楚知道自己在社交平台“FACEBOOK”個人專頁內有關第十二組“XX 力量”參選團隊的相關宣傳資訊在 2017 年 9 月 15 日晚上 12 點前有可能仍未被刪除，但其未採取一切有效之措施確保資訊被刪除，對該等宣傳資訊在互聯網社交平台上繼續流傳抱接受態度。

嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，故意作出上述行為。

嫌犯清楚知悉其行為是澳門法律所禁止，且會受法律制裁。

嫌犯具有大學專科畢業學歷，地產公司東主，每月收入約人民幣 20,000-30,000 元，須供養兩名子女。

*

答辯狀上之已證重要事實：

事發前，嫌犯長期居住於中國內地。

內地政府當局禁止居民使用 Facebook。

嫌犯日常習慣使用的社交平台為通訊軟體 Wechat。

嫌犯是在參選團隊的工作人員（工作人員包括 B 及 D）的提議下，才以自身名義開設 Facebook 的帳戶。

嫌犯在收悉即將進入禁止宣傳期的通知後，嫌犯立即刪除了 Wechat 朋友圈內有關立法會競選活動的貼文。

而且，在禁止宣傳期（即 2017 年 9 月 16 日及 9 月 17 日），嫌犯身處中國內地，身處中國內地的用戶不能夠登入 Facebook。

*

(二)、原審法院經庭審確認以下事實未獲證明屬實：

嫌犯 A 為澳門第六屆立法會選舉第十二組“XX 力量”參選團隊的受託人。

嫌犯從來都沒有使用 Facebook 的習慣，亦不知道 Facebook 如何操作。

但該 Facebook 帳戶的開設、日常操作及管理，包括上載競選資訊等均是由工作人員 B 所負責，有關操作毋須嫌犯本人同意，因工作人員擁有關的帳戶資訊及密碼，而嫌犯本人從未登錄及使用該 Facebook 帳戶。

同時，由於 Facebook 帳戶由 B 負責管理，嫌犯不懂得如何操作，因此嫌犯馬上聯絡 B，而求其刪除嫌犯 Facebook 帳戶內有關競選活動的所有資訊。

嫌犯與 B 以電話聯絡期間，嫌犯的女兒 C 與嫌犯身處同一房間內，因此能夠到嫌犯的對話內容。

B 向嫌犯承諾會在禁止宣期前刪除相關資訊。

嫌犯一直真誠地相信 B 的承諾。

嫌犯既不懂得使用 Facebook，亦因身處中國內地而無法使用 Facebook，因此並不能核實 B 是否按照承諾為其刪除 Facebook 上的相關資訊。

由於 B 本人的原因，有關的資訊最終沒有被刪除，而嫌犯對此並不知情。

在本案中，嫌犯並非故意觸犯法律，相反，嫌犯在獲通知即將進入禁止宣傳期後，已經即時對Facebook帳戶的實際持有人B作出提醒要求其刪除有關資訊，可見，嫌犯是積極地遵守有關指示，但礙於嫌犯並不懂亦不能夠操作 Facebook，所以無法作出核實有關資訊已遭刪除。

三、法律方面

本上訴涉及以下問題：

- 原審法院是否於說明理由方面出現不可補救之矛盾及在審查證據方面出現明顯錯誤
- 原審法院是否錯誤適用法律
- 是否量刑過重

*

上訴人提出，被上訴裁判存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b) 項及 c) 項所指的在說明理由方面出現不可補救之矛盾及審查證據方面出現明顯錯誤。

上訴人的理據可以概括為：

首先，涉案的 FACEBOOK 帳戶是 2017 年 9 月在當屆立法會參選團隊的工作人員提議下才開設的，一直都是由參選團隊的工作人員操作；FACEBOOK 在中國內地被禁止使用，而上訴人常居於中國內地，原審法院判定上訴人能夠熟悉使用 FACEBOOK，明顯違反一般經驗法則；原審法院將答辯狀中第 3 點的事實，即「上訴人從來都沒有使用“FACEBOOK”的習慣，亦不知道“FACEBOOK”如何操作」，列作未經證明之事實，存

在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項的審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵。

其次，不論是上訴人從來沒有使用 FACEBOOK 的習慣而使其不知道如何操作，抑或是上訴人當時身處中國內地而無法使用 FACEBOOK，均顯示上訴人在案發時沒有作出被要求之行為的能力。鑑於上訴人沒有作出被要求之行為的能力，其不作為不能構成《刑法典》第 312 條第 2 款的「加重違令罪」，應被開釋。故此，原審法院的決定存在著適用法律錯誤的瑕疵。

再者，上訴人在收悉即將進入禁止宣傳期的通知後，對於其有能力處理的 Wechat 朋友圈的宣傳資訊，立即親自作出了刪除；而對於其無能力處理的 FACEBOOK 帳戶的宣傳資訊，上訴人在進入冷靜期之前已向參選團隊的工作人員作出了刪除的要求，對此，相關證人的證言均提供了佐證。原審法院一方面認定上訴人對於互聯網社交平台上的宣傳資訊的繼續流傳抱持接受態度，但另一方面卻認定上訴人積極刪除了 Wechat 朋友圈的宣傳資訊、由此顯示出上訴人對宣傳資訊在互聯網社交平台上繼續流傳抱拒絕接受的態度，而且，身處中國內地的上訴人根本不知道有關的宣傳資訊“有可能”未被刪除。由於對有關的宣傳資訊最終未被刪除一事缺乏認知要素，因此，上訴人之不作為不構成《刑法典》第 13 條第 3 款之或然故意。故此，原審法院分別存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b) 項和 c) 所指在說明理由方面出現不可補救之矛盾以及審查證據方面出現明顯錯誤。

最後，上訴人提出對其量刑過重。

*

（一）關於“在說明理由方面出現不可補救之矛盾”及“審查證據方面出現明顯錯誤”

終審法院於 2001 年 3 月 16 日，在第 16/2000 號刑事上訴案裁判中指出：

“理由說明中不可補救的矛盾之瑕疵，指事實部分的證據性理據中的矛盾，以及已認定的事實中或已認定的與未認定的事實之間的矛盾。矛盾必須是不可補正、不可克服的，也就是說，依靠被上訴的判決的整體內容和一般經驗法則不能克服。

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。”

*

關於如何進行證據評價，根據《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，當由法院在經驗法則的基礎上，通過“自由心證”進行自由評價，從而決定證據的分析、判定、採納，但法律另有規定者除外。具體而言，當事人不能以其個人對證據之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。須知，只有審判法院才是法律規定的“有權限實體”；審判法院對於構成訴訟標的的具爭議事實，在事實層面作出認定或不認定，又或者從認定事實中推導出某一結

論 只要不存在已認定或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，又或者結論違反邏輯與常理的情形，即不構成“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵。

Wechat 與 FACEBOOK，均為互聯網社交平台工具，在一般的社交溝通功能之外，行為人亦可透過上載相片、影片、文字文件等多種方式，引起潛在受眾的關注，從而達到為特定組織進行推介與宣傳的目的。

卷宗資料顯示，上訴人具有使用 Wechat 的習慣；上訴人開設了 FACEBOOK 的個人專頁，發放相關的相片及影片等資訊，為所屬之參選團隊進行競選宣傳。至於涉案之 FACEBOOK 個人專頁係參選團隊的工作人員開設並維護，上訴人常居於內地，內地禁止使用 FACEBOOK 等事實，均與上訴人是否有使用 FACEBOOK 的習慣以及能否熟練使用 FACEBOOK 不存在必然的因果關係。原審法院將「上訴人從來都沒有使用“FACEBOOK”的習慣，亦不知道“FACEBOOK”如何操作」列作未經證明之事實，並不違反一般經驗法則，亦不因此而構成《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定的審查證據方面明顯有錯誤之瑕疵。而且，縱觀被上訴裁判，其中也不存在認定上訴人“能夠熟悉使用近幾年才興起的 FACEBOOK”的內容。

*

澳門《刑法典》第 12 條（故意及過失）規定：

出於故意作出之事實，或法律有特別規定時，出於過失作出之事實，方予處罰。

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。

依照通常的法律註釋以及司法實踐，根據行為人的意識組成要件或心理，“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）。在實踐中，準確區分或然故意與有意識的過失尤其顯得重要。

“倘若行為人已認真注意到其行為有可能對法律所保護的利益造成損害，但仍不加以拒絕，反而決意實施有關事實，並接受所可能引致的結果，這樣，便構成或然故意（預見其欲作出的行為所引致的後

果)。……”¹

*

結合本案，上訴人聲稱，在收悉即將進入禁止宣傳期的通知後，立即刪除了 Wechat 朋友圈的宣傳資訊；而對於其無能力處理的 FACEBOOK 帳戶的宣傳資訊，在進入冷靜期之前已向參選團隊的工作人員作出了刪除的要求。

但是，上訴人身處內地沒有回澳，在受技術或地理因素約束的情況下，向他人尋求了協助，卻沒有對相應的結果予以最終的確認。作為參選人，同時也是 FACEBOOK 個人專頁的所有人，上訴人完全應當預見到工作人員可能因為某些原因而沒有及時完成受託任務，但卻未盡到充分注意的義務，進行最終的結果確認，對於可能出現的競選宣傳資訊在互聯網社交平台上繼續流傳的情況抱持接受的態度。上訴人的心理符合《刑法典》第 13 條第 3 款規定之或然故意。

同時，原審法院認定上訴人對於互聯網社交平台 FACEBOOK 上的宣傳資訊的繼續流傳抱持接受態度，此認定與上訴人及時刪除了 Wechat 朋友圈的宣傳資訊之事實之間，並不存在矛盾。

*

綜上，根據本案卷宗資料，未發現原審法院存在任何違反一般經驗法則、限定證據價值之規則的情形。被上訴裁判不存在上訴人指稱的適用法律錯誤、審查證據方面明顯有錯誤、在說明理由方面出現不可補救之矛盾的瑕疵。故此，上訴人基於《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款

¹ Leal-Henriques 《澳門刑法培訓教程》 P121

b) 項及 c) 項之規定請求撤銷被上訴判決，相關上訴理由不成立。

*

（二）關於是否錯誤適用法律

根據《澳門特別行政區立法會選舉法》以及相關指引的規定，候選名單的受託人、候選人及提名委員會的受託人，在指定時間之前，必須移除或刪除競選活動期內放置在任何地方，包括網上平台，內容能引起公眾注意某一或某些候選人，且以明示或暗示方式建議選民投票或不投票予此一或此等候選人的所有訊息或資訊。如不遵守該指引者，將按澳門《刑法典》第 312 條第 2 款的規定，構成加重違令罪。

本案，不論是上訴人能否熟練使用 FACEBOOK，抑或是其因身處內地而無法使用 FACEBOOK，均不表示上訴人在案發時缺乏被要求之行為的能力，亦不構成阻卻不法性及罪過之事由。

上訴人作為立法會選舉之候選人，有義務嚴格遵守相關法律及指引的規定，於指定時間之前移除或刪除放置在互聯網社交平台上的一切選舉關聯訊息。當因出現技術或地理因素而無法自身切實履行的情況下，仍應窮盡一切辦法，包括尋求他人的協助，並最終確保法律義務得到切實的履行，否則，將承擔相應的法律責任。

*

（三）關於量刑過重：

上訴人主張，其為初犯；本案的違令事實所產生的不法結果屬於非常輕微；考慮到徒刑的必要性原則、適度性原則及補足性原則，請求科處罰金刑以替代剝奪自由之刑罰。

*

《刑法典》第 40 條和第 65 條規定了刑罰的目的及量刑的準則。

刑罰之目的旨在保護法益及使行為人重新納入社會，即：從一般預防和特別預防兩個方面作考量。罪刑相當原則要求刑罰的程度應該與罪過相對應，法官在適用刑罰時不得超出事實當中的罪過程度。在確定刑罰的份量時，須按照行為人之罪過及預防犯罪的要求為之，同時，亦須考慮犯罪行為的不法程度、實行之方式、後果之嚴重性、行為人對被要求須負義務之違反程度、故意之嚴重程度、所表露之情感、行為人之動機、行為人之個人狀況及經濟狀況、事發前後之行為及其他已確定之情節。

《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，而法律賦予法院在刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由。既然法律容許法院自由在法定的刑幅之間決定一個合適的刑罰，簡單引用《刑法典》第 65 條的量刑情節，已經足以表明法院確實考慮了這些因素，只不過是在衡平的原則下選擇一個自認為合適的刑罰，而上訴法院的審查也僅限於原審法院的最後選擇的刑罰明顯過高或者刑罰不合適的情況。（中級法院 2019 年 7 月 11 日合議庭裁判，上訴案第 23/2019 號）

換言之，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，上訴法院不應介入具體刑罰的確定。

原審法院於被上訴裁判中指出，“根據澳門《刑法典》第 64 條規

定，在選擇刑罰方面，應先採取非剝奪自由之刑罰，除此刑罰屬不適當或不足以實現處罰之目的，考慮本卷宗有關的犯罪情節，為廣泛預防犯罪，法庭認為對嫌犯採用罰金不足以實現處罰之目的。”

的確，立法會選舉是一項十分嚴肅的社會事務，任何澳門居民，特別是符合選舉和被選舉資格的居民必須認真看待，基於澳門整體的利益，不應有任何懈怠，更不允許有任何違法情事。對於有關立法會選舉中的犯罪，普遍預防要求高。

綜合考察卷宗資料，上訴人觸犯一項「加重違令罪」，原審法院依照澳門《刑法典》第 64 條、第 40 條、第 64 條及第 65 條的規定，在量刑時依據上訴人的罪過及預防犯罪的要求，選擇剝奪自由之刑罰，並判處上訴人四個月徒刑，暫緩一年執行，符合一般預防和特別預防的要求，不存量刑過重、量刑失衡的錯誤。

鑒於此，上訴人請求以罰金刑替代剝奪自由之刑罰，上訴理由不成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人的上訴理由均不成立，維持原審判決。

*

本上訴之訴訟費用由上訴人負擔，其中司法費定為六個計算單位。
著令通知。

—*—

澳門，2020 年 7 月 30 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)