

澳門立法會選舉中選票自拍禁令的合憲性分析

牟效波

[摘要] 在澳門立法會選舉中“選票自拍禁令”的合憲性問題上，防止賄選的確是一項令人信服的目的，也是值得保護的迫切的公共利益，但是禁止選票自拍這一手段與防止賄選這一目的之間可能並不存在想像中的匹配關係。實施這一手段的絕大部分甚至全部效果是限制選民的言論自由等正當權利。如果只要規定“買賣選票為非法”即能達到防止賄選的目的，政府就不應過於輕易地為了效率而犧牲自由。鑑於未採取選票自拍禁令的地區也並未出現選票照片買賣市場，特區政府在這個問題上應更加理性。

[關鍵詞] 立法會選舉 選票自拍禁令 賄選 自由權 言論自由

澳門特別行政區第六屆立法會選舉已經塵埃落定。因立法會是澳門最重要的政府機構之一，加上選舉所具有的競賽性質，人們在選舉後對選舉結果進行了多角度的觀察和解讀。作為法律研習者，筆者更多地關注了選舉制度中的規則是否得到各方面的遵守，因此更多的注意到這次選舉中選舉管理委員會和廉政公署對違規行為的巡查和懲處。儘管仍然有民眾對監管的嚴密性存在質疑，但從新聞報導來看，選舉管理委員會和廉政公署對競選和選舉過程中的違規行為的監察還是很細緻的。^①可以說，這次立法會選舉的成功舉行離不開選舉管理委員會和廉政公署的嚴密監察。

然而，在嚴密監察以保證規範選舉的同時，選舉規則也可能過分地限制了選民的自由。在這次選舉中，針對選民的一條禁令引起筆者的注意，該禁令禁止選民拍攝自己的選票（以下簡稱“選票自拍禁令”）。這條禁令被選舉管理委員會嚴格實施。據報導，截至投票結束，共有22宗

作者簡介：牟效波，澳門科技大學法學院助理教授、法學博士。

^① 例如，在投票開始前的冷靜期，兩宗候選人未刪除或隱藏有宣傳資訊的臉書公開帳號，一宗茶樓餐牌夾有宣傳品，都被選管會查處。參見《冷靜期三宗違規涉三組別》，《澳門日報》（澳門）2017年9月17日A02版。另據報導，截止到選舉當天下午三時，廉政公署共巡查670次，440次針對酒樓、餐廳，95宗跟隨接載選民的車輛，135宗市面巡查。參見《張永春：今屆選舉廉潔》，《澳門日報》（澳門）2017年9月18日A06版。廉政公署還在投票日前向主要車輛出租公司索取資料，掌握投票日的租車者、接送地點及終點等資料，並在上落車地點及上車巡查，並無發現違規的拉票行為。參見《張永春：派水送早餐不涉賄選》，《澳門日報》（澳門）2017年9月19日01版。

在票站違規使用手機及拍攝選票者被拘捕，其中15宗涉及拍攝選票，7宗使用手機或自拍。^①另據報導，上屆立法會選舉中，共發現14宗拍攝選票個案，其中有12宗被判刑及留有案底。^②

據稱，該禁令的目的是為了防止賄選發生。在可能發生的違規行為中，賄選是選舉管理委員會重點盯防的對象，而選民如果把已填好的選票拍下來，就可以拿選票照片作為憑證，向特定候選人領取“買票金”，從而完成整個賄選過程。但是，另一方面，這一禁令似乎過多地限制了選民的某些自由。例如，想給自己保存一份行使選舉權利的記錄；將公佈選票作為有力的政治表態形式，事後向他人證明自己的堅定立場，並鼓勵親朋選舉相同的候選人。這些自由並不是毫無價值的，甚至涉及極其重要的言論自由。

那麼，上述禁令是否不當地限制了選民的基本自由、從而違反了《基本法》？這是一個值得細緻分析的問題，也是本文討論的主題。本文第一部分首先說明這一禁令的來源，並分析該禁令是否具有充分的授權法依據；第二部分在閱讀美國一個類似判例的基礎上，結合澳門的實際情況，分析上述禁令的合憲性。本文認為，防止賄選的確是一項令人信服的目的，也是值得保護的迫切的公共利益，但是禁止自拍選票這一手段與防止賄選這一目的之間，可能並不存在想像中的匹配關係。實施這一手段的絕大部分甚至全部效果，是限制選民的言論自由等正當權利。如果只需把買賣選票定為非法即能達到防止賄選目的的話，政府就不應過於輕易地為了效率而犧牲自由。鑑於未採取選票自拍禁令的地區並未出現選票照片買賣市場，澳門特區政府在這個問題上應更加理性，在尚無實際證據的情況下，不應僅憑猜測和想像便採取這種可能沒有實際作用、但過分限制選民自由的手段。

一、“選票自拍禁令”及其效力依據考察

新聞報導中提到的“選票自拍禁令”出自立法會選舉管理委員會的一項指引。該委員會於2017年4月10日通過並公佈了《第1/CAEAL/2017號指引》，該《指引》第5條第（2）項規定，於2017年9月17日選舉當日，在投票站內的所有人士均需遵守以下命令：“不得以拍照或錄影方式獲取或記錄任何屬本人或他人的選票。”

該《指引》第9條還對不遵守該指引的行為規定了加重違令罪：“對於不遵守本具約束力的指引者，適用選舉法第十條第三款的規定。”而其中所說的“選舉法”是指《澳門行別行政區立法會選舉制度》（以下簡稱《立法會選舉制度》）。該法第10條第3款規定，不遵守第1款第（10）項規定的指引者，構成《刑法典》第312條第2款規定的加重違令罪。《澳門刑法典》該條款規定的加重違令罪內容如下：“如有法律規定，告誡在該情況下係以加重違令罪予以處罰者，則刑罰最高為二年徒刑或二百四十日罰金。”在這裏，《立法會選舉制度》是澳門立法會制定的法律，其第10條第3款規定了加重違令罪，因而已經符合《刑法典》關於加重違令罪的規定。也就是說，如果違反立法會選舉管理委員會發佈的《指引》，自然構成加重違令罪，《指引》對加重違令罪的規定只起到“提醒”作用。因此，綜合《指引》、《選舉制度》和《刑法典》的規定，如果選民拍攝自己的選票，將構成加重違令罪，可能會受到最高二年徒刑或二百四十日罰金的懲罰。這項懲罰是相當嚴厲的。

① 《廿二宗拍票用手機》，《澳門日報》（澳門）2017年9月18日A01版。

② 《入票站前關手機免誤墮法網》，《澳門日報》（澳門）2017年9月17日A02版。

那麼，《立法會選舉制度》第10條第1款第（10）項授權立法會選舉管理委員會可以制定哪些指引呢？禁止選民拍攝自己的選票是否在授權範圍之內呢？《立法會選舉制度》第10條第1款規定的是立法會選舉管理委員會的權限，其中第（10）項規定，為執行本法律的規定而需對第57、58、72、74、75-A、75-B、75-C、75-D、78—81、90、95、93及115條所指事宜發出具約束力的指引。其中《立法會選舉制度》第58條的第3款規定，在投票站內，未經選舉管理委員會事先批准，均禁止使用任何電訊設備，或具錄音、拍照或錄影功能的設備。雖然第58條的標題是“執行委員會的運作”，但是我們仍然可以將該條款合理地理解為“不僅禁止執行委員會成員使用上述設備”，而且“執行委員會的職責中包括禁止上述設備在投票站內的使用”，至少後面這種理解是無法絕對排除的。

從上述規定可見，《立法會選舉制度》第58條第3款已經明確禁止在投票站內使用任何具有拍照功能的設備了。因此，立法會選舉管理委員會在禁止選民拍攝自己選票的問題上，其法律授權的方式並不是“授權選舉管理委員會調控電訊設備的使用”這樣的概括授權，而是得到了直接、明確的法律依據。在這種情況下，選舉管理委員會實際上已經沒有再自行制定更多細節的空間，如果仍想對此事項規定指引，要麼重複法律的規定，要麼只是強調禁止這些設備的具體使用方式，例如拍攝自己的選票。不管怎樣，在禁止選民拍攝自己的選票問題上，選舉管理委員會的規定的確有法律依據，並且得到了在這一依據之下“發出具約束力的指引”的授權。可以說，選舉管理委員會的這條禁令得到了法律的授權。

而接下來的問題是，“選票自拍禁令”是否因過分限制選民的基本自由而違憲。

二、“選票自拍禁令”的合憲性分析

（一）個人自由遭遇政府聲稱的“公共利益”

如上文所述，選票自拍涉及多種自由。例如，記錄自己的投票立場，作為自己行使選舉權的備忘錄；再如，在社交媒體上公開自己已圈選候選人的選票，以強有力地表達自己的政治立場，同時為自己支持某特定立場的說法增加可信度。這是選民發表政治言論的行為，因而涉及《基本法》明確保障的言論自由。當然，選民也可能僅僅是為了滿足自己的貪玩心理而為，但我們也不能說這不是一項值得保護的自由，畢竟我們組成政府、制定並實施憲法和法律的根本目的，正是在於讓個人自由自在地生活，不懼怕來自他人和政府的侵犯——即使是一項看起來是對個人來說不那麼重要的自由，也不允許政府施加無理的侵犯，^①或者任意的限制。^②

政府（立法會和立法會選舉管理委員會）當然會提出某些理由，為上述立法或指引辯護。由於澳門目前尚未發生這方面的訴訟，我們不確定政府會提出甚麼理由，但是我們可以借助澳門往屆選舉管理委員會公佈的資料和獲知其他地區類似規則的立法目的，來初步推測政府可能提出的理由。

2013年澳門第五屆立法會選舉後，當時的選舉管理委員會在《選舉活動總結報告》中提到“投票日的違規拍攝選票”問題時明確提及了“保密”這一目的。從該報告的表述來看，“在投

① 參見“藥劑師執照案”（Apothecary Act Case, 7 BVerfGE 377）。本案判決的中譯本，參見張千帆：《法國與德國憲政》，北京：法律出版社，2011年，第314—316頁。

② West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).

票站內禁止使用手提電話等電子通信設備，禁止使用具錄影或拍照功能的手提電話或其他電子媒體方式記錄選民本人或第三人的選票”的目的是“保障選舉投票的保密性，確保選民的投票意向不被窺探”。^①有學者還研究過台灣的類似規定，認為“不准攜帶相機、手機進投票站”的目的是防止選民將已填好的選票拍下，以作為向特定候選人領取“買票金”的憑證。如果劃票是秘密進行，買票者不可能只憑賣票者所言就判斷此人是否將選票投給了指定的投票目標，因“口講無憑”。^②

由此看來，政府可能以選舉的保密性和防止賄選作為禁止選民自拍選票的理由。那麼，這些理由能否為限制選民的上述自由提供辯護呢？在分析這個問題之前，我們先來看一個具有相似案件事實的美國判例，看看在這個案件中，法官使用了何種審查思路以及如何看待其中的各種問題。

（二）州禁選票自拍案^③

禁止選票自拍不只發生在澳門，世界上許多國家和地區也有類似的規定——當然也不是所有國家和地區都有這樣的規定。在美國，曬“選票自拍”近年來漸成一種時尚，美國的紐約、阿拉巴馬、阿拉斯加等18個州禁止選民自拍選票，但哥倫比亞特區、康乃狄克、夏威夷等21個州卻不禁止，另外12個州則規定模糊。^④此外，有的選民認為這項禁止性規定侵犯了他們的自由權，他們近年來開始陸續向法院提起訴訟。2016年10月26日，美國紐約州的三名選民向聯邦法院提起訴訟，主張該州禁止自拍選票的法律規定違反美國憲法第一修正案保障的言論和出版自由，他們的理由是：在社交媒體公開已圈選候選人的選票，是強有力的政治表達方式，同時也對聲稱支持某候選人或對某特定立場的說法增加可信度。^⑤

新罕布什爾州也發生了相同的訴訟，且聯邦法院已經對此作出了判決。^⑥在這個判例中，聯邦上訴法院的法官比較全面地分析了受到爭議的各種問題，這些分析能帶給我們許多啟發。

（1）案件事實與地區法院的判決

2014年，新罕布什爾州增補了一條法律，禁止公民拍攝他們已圈選的選票並公開這些照片，^⑦意在防止賄選和發生恐嚇選民的現象。自拍已圈選選票的行為通常被稱為“選票自拍”（ballot selfie）。這項法律對違反這一禁令者課以最高1,000美元的罰款。三名因違反該法律而受到指控的該州公民，以該州的美國民權聯盟作為代表，挑戰這項法律的合憲性。

① 原文如下：“為保障選舉投票的保密性，確保選民的投票意向不被窺探，選管會在選舉日之前發佈第11/CAEAL/2013號指引，明確規定未經投票站執行委員會事先批准，投票站內禁止使用手提電話等電子通信設備，同時亦禁止使用具錄影或拍照功能的手提電話或其他子媒體方式記錄選民本人或第三人的選票，違者將按《刑法典》第312條第2款規定追究‘加重違令罪’的刑事責任。”立法會選舉管理委員會編：《選舉活動總結報告》，2014年，第25頁。

② 永逸：《台灣公職選舉某些技術規範值得借鑑引進》，《新華澳報》（澳門），<http://waou.com.mo/wa/2012/01/20120116a.htm>，2017年11月17日（最後訪問）。

③ *Rideout v. Gardner*, 838 F.3d 65 (2016).

④ Katie Rogers, “Are Selfies With Your Ballot Legal? Depends on Where You Vote,” *The New York Times*, 8 Nov 2016, <https://www.nytimes.com/2016/11/09/us/politics/ballot-selfies.html>.

⑤ 參見《紐約客提告“不准拿選票自拍”違憲》，<http://www.acliving.net/a/xinwenzonghui/5314.html>。

⑥ 聯邦地區法院的判決，見 *Rideout v. Gardner*, 123 F. Supp. 3d 218 (D.N.H 2015); 聯邦第一巡迴上訴法院的判決，見 *Rideout v. Gardner*, 838 F.3d 65 (2016).

⑦ 參見 N. H. Rev. Stat. Ann. § 659:35, I.

美國新罕布什爾聯邦地區法院（United States District Court for the District of New Hampshire）判決該法律是基於內容對言論的限制，因而違反了第一修正案。^①地區法院認為，新罕布什爾州的法律要求監管者檢查言論的內容以決定它是否包含不被允許的內容，因而是明顯的基於內容對言論的限制。因此，地區法院使用了嚴格審查標準（strict scrutiny），即要求政府證明這項限制手段是為了促進一項迫切利益（compelling interest），並且是一種為了實現這種利益而經過仔細剪裁（narrowly tailored）的手段。^②時任新罕布什爾州的州務卿加德納（Gardner）聲稱，防止賄選和威脅選民是州的迫切利益，能為這項限制提供正當理由。但是地區法院發現，雖然這兩種被聲稱的利益理論上明顯是迫切的，但是立法歷史和州務卿整理的證據記錄都沒有為以下觀點提供任何支援，即：本州存在利用已完成的選票照片為賄選或威脅選民提供便利這一實際或迫在眉睫的問題。而且，地區法院也發現，這項法律並沒有經過仔細剪裁，因為它“嚴重地過多包含”並將“在大多數情況下僅僅懲罰無辜者，卻對實際參與賄選和威脅選民者沒有影響”。^③

（2）上訴法院的判決與理由

新罕布什爾州的州務卿不服地區法院的判決，向聯邦第一巡迴上訴法院（United States Court of Appeals for the First Circuit）提出上訴，主張該法律是一種預防性措施，可防止新技術支持未來的賄選和脅迫選民，因而是有正當理由的。但是，上訴法院判決，該法律未能滿足基於第一修正案的中等審查標準（intermediate scrutiny），而且該法律的目的不能為其對言論施加的限制提供理由。新罕布什爾州再次上訴到聯邦最高法院（Supreme Court of the United States）後，聯邦最高法院拒絕審理，第一巡迴上訴法院的判決在事實上得到維持。^④

由於聯邦地區法院認為新罕布什爾州的法律是基於內容對言論的限制，因而使用了嚴格審查標準，要求政府證明這項限制手段促進一項迫切利益，並且是為了實現這種利益而經過仔細剪裁的。新罕布什爾州的州務卿強烈挑戰這項結論，但是，上訴法院回避了對這一問題的回答，認為沒有必要解決該案中州法是否一種基於內容對言論的限制，因為該法律甚至不能通過中等程度的審查。上訴法院指出，“我們認為，即使僅僅適用中等程度的審查，本案中的系爭法律也明顯違憲”，因為“在新罕布什爾州的目標和禁止選票自拍這一手段之間實際上並不匹配”。^⑤

上訴法院進一步解釋道，為了滿足中等審查標準，系爭法律必須採取經過仔細剪裁的手段來實現一種重要的政府利益（significant governmental interest）。雖然內容中性的法律不必是服務於政府利益限制性最小或侵犯性最小的手段，但是政府仍然不得以下列方式限制表達，即：在對言論施加的負擔裏，其當中有相當大的部分並不能促進政府的目標。顯然地，該法律不能滿足這個標準，雖然上訴法院認可在防止賄選和威脅選民上，該法律無疑“在抽象層面上是迫切的”，但是上訴法院也認為只宣稱抽象利益是不能滿足中等審查標準的。法院指出，“數碼攝影、互聯網和社交媒體並不是未知數，它們已經普遍存在了幾個選舉週期，沒有顯示有助長賄選或威脅選民

① Rideout v. Gardner, 123 F. Supp. 3d 218, 221 (D.N.H. 2015).

② 仔細剪裁，顧名思義，就是指對立法手段進行適當剪切，使之僅僅嚴格適合於實現立法目的，不再保留對於實現立法目的而言多餘的那部分手段，從而避免過於寬泛地限制民眾的自由。我們可以想像，這個過程就像我們在日常生活中使用剪刀剪去某個物體上我們不需要的部分。

③ Id., at 234.

④ 參見 Supreme Court of the United States Blog, <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/gardner-v-rideout/>。

⑤ Rideout v. Gardner, 838 F.3d 65, 72 (2016).

的作用……新罕布什爾州在上述期間沒有發現任何與選民公佈選票照片有關的賄選投訴或威脅選民投訴……如果一州不能提供證據支持其限制措施，那麼政府的舉證負擔就沒有滿足”。^①

新罕布什爾州提出，選票自拍可能通過提供選民實際投票的證據，而使賄選和威脅選民變得更容易。但是上訴法院認為，即使存在這種可能性，“該法律仍然通不過審查，因為該法律沒有仔細剪裁其手段。通過要求目的和手段之間的緊密匹配關係，中等審查標準之下的‘剪裁要求’（tailoring requirement）防止政府過於輕易地為了效率而犧牲言論”。^②法院詳細解釋道：

新罕布什爾州過於輕易地放棄了在不對合法政治言論施加實質負擔的情況下同樣能夠服務於其利益的選擇。至少有兩個不同的理由顯示新罕布什爾州沒有試圖裁剪它應對自己所察覺到的潛在問題的手段。第一，對選票自拍的禁止影響並限制了所有投票者的言論權利，不僅僅那些受非法原因驅使投票給特定候選人的選民。新罕布什爾州這樣做的名義是防止假想中存在的極小一部分選民可能試圖出賣他們的選票。新罕布什爾州承認，事實上沒有出現這樣的選票買賣市場。至於該州假定這將使對某些選民的威脅變得更容易，那也沒有理由侵犯所有選民的權利。第二，該州沒有證明其他州和聯邦禁止投票腐敗的法律仍然不足以應對它所想到的問題。新罕布什爾州提出，它還沒有刑事法律禁止選民出賣選票。這很容易就可以得到補救，不需要像這部法律這樣走那麼遠。該州可以宣佈脅迫或者買賣選票為非法，不必禁止自拍選票。^③

上訴法院還贊同並引用了地區法院的觀察，直接提出了存在一種限制性更小的選擇：“該州有一種明顯限制性更小的途徑來處理關於已圈選選票將被用來為賄選和脅迫選民提供便利的任何擔心：它可以僅僅規定將已圈選選票用於賄選和脅迫選民的行為不合法。”^④

上訴法院注意到，在當今數碼和網絡時代，越來越多的社交媒體和選票自拍服務於選民的政治言論，年輕選民參與到政治過程中，並且通過自拍選票發出聲音。法院還引用了皮尤研究中心（Pew Research Center）的調查資料：“在2012年的選舉中，22%的註冊選民在Facebook或Twitter這樣的社交網絡上公開他們的投票意向，30%的註冊選民受到家人和朋友的鼓勵去投票支持一位特定候選人，而鼓勵的途徑就是在Facebook和Twitter這樣的社交媒體上發帖，而且20%的註冊選民曾經通過在社交網站上發帖的方式鼓勵其他人投票。”^⑤據此，上訴法院認為，禁止選票自拍將壓制大量政治言論，而政治言論正是第一修正案保護的核心。選票自拍已經具有一種特別的交流價值：它們既表達對一位候選人的支持，也告訴別人這位選民事實上已經投了那位候選人的票。^⑥

基於以上分析，上訴法院認為，新罕布什爾州的法律“影響並禁止了選民的無辜政治言論，而這種手段與州防止賄選或威脅選民現象的利益沒有關係”，“就促進政府的合法利益來說，超過了必要的限度，給更多的言論造成了實質負擔”。上訴法院還用其他州的經驗來證明這一結論：“事實上，幾個州已經明確許可選票自拍，而且那些州還沒有報告賄選或威脅選民行為有所

① Id., at 73.

② Id., at 74.

③ Id.

④ Id.

⑤ Id., footnote 9.

⑥ Id., at 75.

增加。”^①

上訴法院最終判決，新罕布什爾州不得通過禁止選票自拍對言論施加寬泛的限制，以防止並非實際存在的假想危險。它還以一句古老的格言結束了判詞：“一張圖片勝過千言萬語。”^②

（三）澳門選票自拍禁令的合憲性分析

美國上述判例的審查思路和討論都給我們提供了思考澳門相同問題的合理視角。由於澳門和美國的實際情況可能不同，面臨的問題可能不完全一樣，爭論各方也會因此不認可美國法官的分析，或者即使認可美國法官的分析，也未必認可這種分析能直接適用於澳門。因此，我們有必要結合上述判例提供的各種角度進一步分析澳門的相關問題。

（1）選舉投票的保密性目的評判

2013年澳門第五屆立法會選舉後，選舉管理委員會在《總結報告》中提到，“在投票站內禁止使用具有拍照功能的手提電話記錄選民本人或第三人的選票”的目的是“保障選舉投票的保密性，確保選民的投票意向不被窺探”。^③但是，我們發現，在美國的上述判例中，新罕布什爾州政府並沒有明確提及這一目的。原因不難想像，即按照通常理解，保障投票的保密性這一目的與禁止選票自拍這一手段之間沒有匹配關係。我們通常理解的投票保密，是指選民的投票意向不得違背自己的意願被他人獲知，目的在於使選民可以按照自己的意願自由選擇自己支持的候選人，不因自己的投票意向而受到他人的威脅或譴責，從而保障選舉反映選民的真正意願。而選票自拍並向他人公開是選民自己的選擇，並不違背他們自己的意願。既然他們敢於並樂於這樣做，便說明了他們不怕他人的威脅，也不在乎他人的眼光。禁止選民記錄並公開自己的選票和秘密選舉這一目的之間沒有關係。既然如此，政府就不能以我們通常理解的投票保密為由，禁止選民拍攝自己的選票。

當然，保障選舉投票的保密性不能排除另一種理解，就是選民也不能自願、主動向他人公開自己的投票意向，即自己的投票意向也要保密。這種要求本身顯然是不合理的，在一般情況下政府沒有理由禁止選民公開自己的投票意向。但是，就通過自拍選票的方式公開自己的選票來說，政府可能聲稱這種公開能夠為賄選提供便利，並且可能導致選民受到威脅。這時，保障投票保密的目的就包含於防止賄選和威脅選民的目的之中了。

（2）自拍選票的權利值得保護的原因

在討論禁止自拍選票是否可以防止賄選之前，首先需要回答的問題是自拍選票的行為是否值得保護。如果這種行為完全沒有保護的價值，就沒有必要繼續討論了。有人可能認為，投票才是選舉中有實際意義的行為，而自拍選票僅僅是後續的無意義舉動，不管是否把選票拍下來，都不會影響個體和整體的投票結果。而且，從報導的違規人數來看，過去的兩屆立法會選舉中，都只有十幾人拍攝選票，與三十多萬登記選民相比，違規者只是極個別的選民，因此，違規者完全可能只是極個別的不守規則或者因貪玩心理而忘掉規則者，他們根本沒有值得保護的目的，因而他們的拍攝選票行為沒有值得保護的價值。

然而，筆者並不贊同這種觀點。拍攝選票能夠記錄自己的投票意向，而這種記錄至少在兩個方面可能對一個人來說很重要：一是有些選民有記錄自己行為的心理需要。他們認為自己在這個

^① Id.

^② Id., at 76.

^③ 立法會選舉管理委員會編：《選舉活動總結報告》，2014年，第25頁。

世界上的經歷構成其人格的一部分，他們需要把自己的一些經歷保存下來，尤其是把一些在他們看來重要的經歷和場合保存下來，這樣才能使一個人的生命更加豐富和飽滿。例如，很多人有寫日記的習慣，他們通過寫日記，把自己的經歷、所見所聞以及因此而產生的想法記錄下來，這種自我記錄和對自己的表達完全不為外界所知，但是如果剝奪他寫日記的自由，他們會覺得自己的人生不再完整，其完整人格將受到極大損害。二是記錄自己的投票意向是後續發表政治言論的重要輔助方式。紐約州選票自拍禁令的挑戰者就宣稱，公開自己的選票是強有力的政治表達方式，能夠對聲稱支援某候選人或對某特定立場的說法增加可信度。正如美國聯邦上訴法院引用的皮尤研究中心的統計資料顯示，選舉中往往有相當比例的選民在社交網絡上公開自己的投票意向，並且往往通過這種方式去鼓勵家人和朋友選擇一位特定的候選人。

可能有人認為，就發表演論的輔助方式來說，那是美國的情況，澳門的選民未必存在這種需要。過去的兩次立法會選舉中，都只有十幾名選民違規拍攝自己的選票，其他選民都沒有這麼做，可見他們通過這種方式表達言論的需求並不普遍和強烈。筆者也不同意這種說法。首先，沒有任何證據證明澳門選民在表達政治言論的欲望方面與美國人有任何不同。澳門居民與美國人在互聯網、社交媒體的使用上沒有甚麼差別，每天都有很多人使用電腦和手機上傳照片以向別人展示自己的行蹤和對這個世界的看法。澳門回歸以來，澳門居民已經歷過幾次直接選舉，立法會選舉的激烈程度也表明了澳門居民已經是相當成熟的選民群體。按照常理推斷，沒有理由認為澳門居民沒有通過公開自己的選票來表達政治偏好的需求，至少沒有證據證明澳門居民在這方面的意願少於美國居民。其次，之所以在前兩屆立法會的選舉中都只有十幾宗拍攝選票的行為被查處，最重要的原因可能是澳門存在禁止自拍選票的禁令，在面臨受到嚴厲懲處的可能性下，絕大部分選民就放棄了這項自由。但是，因恐懼而放棄自由並不意味着人們不需要這種自由，也不意味着這種自由的重要性比不上禁令所保護的利益重要。儘管有此禁令存在，仍然有十幾位選民自拍選票，這並不能全部用“頑劣分子”和“忘記規則”來解釋，畢竟這項禁令得到廣泛宣傳，並且在投票站到處張貼，違規的後果也很嚴重。在被查處的十幾宗自拍選票者中，不排除很多人對記錄自己的選票有強烈的需求。況且，劃票間由半透明布簾遮擋，投票站工作人員也不可能在劃票間的半透明布簾外監視每一位選民，以便及時制止他們自拍選票。可以想像，自拍選票的選民數量可能高於被發現的數量。

因此，筆者認為，自拍選票對澳門選民來說，是一項值得保護的憲法權利，而且沒有證據證明澳門選民不需要這項權利。

（3）審查框架與審查標準

那麼，當政府基於其所宣稱的防止賄選目的而限制這項自由時，我們（或法官）應該從何處入手判斷這種限制是否適當或合憲呢？上述“州禁選票自拍案”給了我們一些提示。

聯邦地區法院認為新罕布什爾州的法律是基於內容對言論的限制，因而使用了嚴格審查標準，要求政府證明這項限制手段促進了一項迫切利益，並且這項手段是為了實現這種利益而經過仔細剪裁的。而聯邦上訴法院則認為新罕布什爾州的法律連中等審查標準都通不過，並對此作了論證。如上文所述，中等審查標準要求政府的法律必須是為了實現一種重要的政府利益，並且手段也是經過仔細剪裁的。中等審查標準之下經過“仔細剪裁”的手段不必是服務於政府利益的限制性最小或侵犯性最小的手段，但是該手段對言論施加的負擔的相當大的部分不能與政府的目標不匹配，政府不能過於輕易地為了效率而犧牲自由。

從中我們可以看出，雖然地區法院和上訴法院使用了不同的審查標準，但是其審查框架是一樣的，即審查州法所使用的手段是否為了實現一項重要或迫切的利益，而這種手段是否與該目的合理相關或者對實現該目的來說必不可少。事實上，這一審查框架是憲政發達國家的法官在自由權保護領域通用的框架。例如，在美國1905年的“洛克納案”（*Lochner v. New York*），多數意見以及哈蘭法官（Justice Harlan）所持的反對意見所回答的問題，都關涉到立法目的和手段之間是否存在實際聯繫這一情況；^①在美國1965年的“州禁避孕案”（*Griswold v. Connecticut*）中，最高法院的多數意見也指出，政府要想控制或禁止在憲法上受制於政府調控的行為時，不能通過不必要寬泛的限制性手段，否則就侵犯了受到保護的自由領域。^②在德國1958年的“藥劑師執照案”（*Apothecary Act Case*）中，憲政法院也指出，“選擇職業的自由只能為了迫切的公共利益而受到限制，而且這項保護之實現，無法通過對選擇自由限制更小的手段來達到。在對職業選擇之侵犯不可避免的情形下，立法者必須永遠使用對基本權利限制最小的調控手段”。^③

這一審查框架無疑能給我們提供分析自由權案件的具體指引，而且筆者認為這一審查框架是符合關於政府存在目的的現代政治哲學觀念的。近代以來，人們不再把政府視為理所當然的存在，而是把它視為保護民眾利益的手段，利用它使共同體成員能夠在不侵犯他人利益的前提下自由自在、平等地生活。由於人類社會的各種利益錯綜複雜，政府有時為了保護某種個人利益或公共利益，可能會限制某些個人的權利甚至共同體全體成員的個人權利。但是，這種限制畢竟是一種手段，是為了保護一種對於民眾來說更重要的利益。因此，這種手段就不能毫無目的地施加，也不能過分地限制個人的自由，甚至在觸及言論自由等這些極其重要的權利時，必須使用所有能達到目的的手段中對自由限制最小的手段。

那麼，在這一審查框架之下，我們（或法官）應該使用何種程度的審查標準呢？如上所述，在自由權案件中，法院往往根據被限制或禁止的自由權的重要程度採取嚴格程度不同的審查標準。如果受到限制的自由權很重要，法院就使用嚴格審查標準，要求政府限制這項權利的目的必須令人信服，或者其所宣稱保護的公共利益必須十分迫切，所使用的手段必須是達到該目的的必要手段，沒有其他限制性更小的手段。而有些權利並非如此基本和重要，這時只要求政府證明其目的合法，立法手段與實現該目的合理相關（rationally related）即可。^④在上述“州禁選票自拍案”中，地區法院使用了嚴格審查標準，而上訴法院則認為州法連中等審查標準也通不過，但是對於究竟應該使用何種審查標準並沒有深入分析。在此，筆者同樣回避這個問題，因為筆者同樣認為，即便使用中等審查標準分析澳門的選票自拍禁令，其所使用的手段與其防止賄選這一目的之間的匹配關係也是令人懷疑的，這一手段的相當部分似乎與防止賄選無關，政府涉嫌過於輕易地為了效率而犧牲了選民的重要自由。

（4）手段與目的之間是否合理相關

按照中等審查標準，政府的立法必須是為了保護一種重要的公共利益，而且所使用的手段必

① *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

② *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485 (1965).

③ *Apothecary Act Case*, 7 BVerfGE 377。此處參考了張千帆教授對本案判決的翻譯，見張千帆：《法國與德國憲政》，北京：法律出版社，2011年，第315頁。

④ 參見 *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 543 (1961); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 497 (1965); *Apothecary Act Case*, 7 BVerfGE 377。

須與該目的合理相關，不能為了效率而過多地限制自由。澳門選票自拍禁令的目的如果是防止賄選，這無疑是一種重要的公共利益，甚至是一種迫切的公共利益。因為賄選如果大量存在，選舉的結果將被不正當地扭曲，無法真正反映選民對不同政策主張的理性判斷，最終選舉結果也會因某些受到金錢或其他好處引誘的選民的短視而變得不公正。

那麼在澳門，禁止自拍選票與防止賄選目的之間是否存在匹配關係呢？基於以下理由，筆者認為，澳門的立法者和選舉組織者要謹慎對待這個問題，需要仔細推敲這個手段的必要性，以免過分地限制選民的自由。

按照上述“州禁選票自拍案”中上訴法院的說法，這種手段沒有經過仔細剪裁，它不僅僅限制那些受非法原因驅使而投票給特定候選人的選民，而且影響並限制了所有投票者的言論權利。筆者認為，這項判斷也許同樣適用於澳門的選民。沒有理由認為澳門選民比美國選民天生有更強的拿選票照片換取“買票金”的動機。由於拍攝的選票有記錄和有效輔助表達的功能，換取“買票金”並不是拍攝選票的唯一可能用途。現實中肯定有很多選民拍攝自己的選票是出於正當原因的。因此，澳門禁止自拍選票的規定實際上是為了防止少數選民可能試圖出賣他們的選票而限制了所有選民的權利。

“州禁選票自拍案”中上訴法院還提到，新罕布什爾州承認，在禁拍選票規定出台之前，本州並沒有出現因拍攝選票行為而催生的選票買賣市場；而且有很多州沒有禁止自拍選票，它們只是禁止用拍攝的選票換取賄金。因此，只要規定買賣選票為非法，即可防止這種形式的買賣選票，不必禁止所有選民的選票自拍行為，否則就是過於輕易地為了效率而犧牲自由。筆者認為，澳門的選票自拍禁令存在的必要性也同樣令人質疑，因沒有證據證明允許自拍選票會出現選票買賣市場，且與其他不禁止自拍選票的地區相比，也沒有理由認為澳門選民有更強的出賣選票照片的傾向。

也許有人會說，這種想法太幼稚了，自拍選票後去換取賄金是偷偷摸摸進行的，政府根本沒有能力查處或制止這種私下交易行為。僅把禁止買賣選票列為非法，根本就不足以成為有效的執法手段，這項禁令只能淪為具文，毫無實際效力。因此，從源頭上禁止自拍選票是迫不得已的，政府這樣做根本不是輕易地為了效率而犧牲自由，這實在是唯一能夠防止這種買賣選票的手段，這種手段不僅與防止賄選的目的合理相關，而且是必不可少的手段。

這種說法看上去似乎很有道理，實際上這也正是“州禁選票自拍案”中法官沒有明確回答的問題，而從該案的判決來看，新罕布什爾州也沒有明確提出這個辯護理由。如果不明確回應這種說法，法院判決就顯得缺乏充分的說服力，對澳門禁令的質疑也就自然顯得幼稚。

事實上，上訴法院雖然看上去沒有明確回答這個問題，但其判決已經通過現實證據否定了這種說法。判決指出，數碼攝影、互聯網和社交媒體已經普遍存在了幾個選舉週期，新罕布什爾州在上述期間也沒有發現選民公佈已圈選選票的照片與賄選有關；在只是禁止投票腐敗而沒有禁止自拍選票的州，也沒有出現這種情況。^①然而，這並不能排除一種可能性，即選民出賣選票的行為完全是在秘密狀態下進行的，外界一無所知，政府自然沒有這方面的證據。

但是，如果我們稍加分析，就會發現這種說法其實似是而非。在直接選舉中，選民的數量往往是很大的。澳門此次立法會選舉的選民總數共305,615人，投票選民共174,872人。如此龐大的

^① Rideout v. Gardner, 838 F.3d 65, 73 (2016).

選民群體，通過賄選影響選舉結果的可能性本來就不大。而且，如果拍攝選票可以換取賄金，那意圖購買選票的候選人便需事先作出明確承諾。這是因為，一方面，如果沒有得到事先承諾，選民拍攝選票時便不太可能有換取賄金的動機，他們知道即使拍下選票也不會有人事後購買；另一方面，候選人也不太可能在沒有事先承諾的情況下事後購買選票，因為這樣做已經沒有意義了。

“事先明確承諾”是選票照片買賣市場形成的決定性因素，在選民群體龐大的直接選舉中，要想通過這種方式影響選舉結果，必須向人數龐大的選民作出這種事先承諾，而這樣做的風險實在太大。如果向幾十人承諾無疑杯水車薪，如果向幾百人承諾往往仍無法影響選舉結果，而且最重要的是，這時已經無法保密了。選民群體中，並不是所有的選民都是貪利之徒，大多數選民都是正直的。雖然很多選民平時積極參加社團組織的各種優惠活動，但是這並不意味着選民在是非原則面前沒有良知。幾百名甚至幾十名選民中，只要有一兩位選民不能容忍這種選舉腐敗行為，就會舉報這種事先承諾購買選票的行為。因此，只要稍微有點理性的候選人就不可能向足以影響選舉結果的選民作出這種事先承諾，購買選票照片的市場就無法形成。

澳門的情況可能有點特殊。在此次立法會選舉中，得票數差距最小的兩位當選議員宋碧琪（10,099票）和吳國昌（10,079票）之間僅差20票，次之的是林玉鳳（9,590票）和黃潔貞（9,494票）之間，差96票。如此小的差距，可能會使候選人產生事前承諾購買選票照片的動機。但是，這種可能性也微乎其微。首先，差20票是事後才知道的結果，事前並不知道差距如此之小，因而候選人不可能僅向二三十人事先承諾購買選票，而承諾的範圍一旦擴大，保密就成了問題。其次，即使候選人想向幾十人事先承諾，他／她也未必敢冒這種風險，畢竟幾十人中也可能存在一兩名不能容忍這種選舉腐敗的選民。一旦這種不光明的行徑敗露，候選人將身敗名裂，而且將遭受牢獄之災，這種風險實在太大。最後，為了扭轉二三十票的劣勢，候選人有各種策略，包括事前給予選民一些正當的好處，得到好處的選民也極有可能因此而支援這位候選人。因此，候選人不太可能選擇冒險和使用不確定的不正當手段扭轉得票差距。

基於以上分析，筆者認為，禁止選票自拍雖然表面上能完全杜絕買賣選票照片的賄選行為，但實際上這一手段與防止賄選這一目的之間並不存在想像中的匹配關係。實施這一手段的絕大部分甚至全部效果，是限制選民的言論自由等正當權利。如果只需規定“買賣選票為非法”就能達到防止賄選的目的，政府就不應過於輕易地為了效率而犧牲自由。

當然，以上分析是基於其他地區的實際經驗和一些邏輯上的判斷。如果澳門的社情、選民等狀況特殊到完全迥異於其他地區，以致於如果不禁止自拍選票就無法避免大量與選票照片有關的賄選行為，那麼禁止選票自拍的禁令也就有了存在的正當性。但是，筆者對此可能性深表懷疑。基於這種懷疑，筆者認為，特區政府在這個問題上應更加理性，在尚無實際證據的情況下，不應僅憑猜測和想像就採取這種可能沒有實際作用但過分限制選民自由的手段。

[責任編輯 陳超敏]