

第 84/2013 號案

刑事上訴

上訴人：甲

被上訴人：檢察院

會議日期：2014 年 3 月 5 日

法官：宋敏莉（裁判書制作法官）、岑浩輝和利馬

主題：— 強姦罪

— 暴力

— 量刑

摘 要

一、根據澳門《刑法典》第 157 條第 1 款 a 項的規定，以暴力或嚴重威脅之手段與婦女性交，又或為進行性交而使婦女喪失意識後，或將之置於不能抗拒之狀態後，與之性交者，觸犯強姦罪。

二、而要確定“暴力”的概念，所使用的武力無須重大或嚴重，

但在任何情況下都必須結合案件的具體情況，根據我們所熟知的適當性理論來加以判斷，對為制服由被害人作出的實際或預計出現的反抗而言為合適的手段。

三、要判斷是否存在暴力，必須考慮具體案件的情節，只要行為人所使用的武力能夠並適當制服被害人的反抗即可。

四、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。

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

初級法院透過 2012 年 9 月 14 日的合議庭裁判，宣告本案被告甲被指控的澳門《刑法典》第 157 條第 1 款 a 項結合第 171 條第 2 款及第 4 款所規定和處罰的強姦罪罪名不成立，判處被告以正犯及既遂的方式觸犯一項澳門《刑法典》第 166 條第 3 款規定和處罰的性侵犯兒童罪，處以 4 年徒刑。

檢察院不服裁判，向中級法院提起上訴，該院決定撤銷被上訴的合議庭裁判，改判被告觸犯一項澳門《刑法典》第 157 條第 1 款 a 項結合第 171 條第 4 款所規定和處罰的加重強姦罪。

被告甲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. 獲證明之事實上之事宜不足支持作出該裁判—基於罪疑從無而開釋有關強姦罪

1. 根據主流甚至沒爭議的學說及司法見解(見中級法院152/2006號裁判)，《刑事訴訟法典》第400條第2款a項的「事實不足」瑕疵的成立前提是一審法院審理事實問題時沒有調查全部載於訴訟標的中的待證事實，由此而產生剩下的獲證事實不足，導致有關法院作出的有罪或無罪判決欠缺足夠的事實基礎。

2. 針對被上訴判決所述：“因此，從上述第11-19條已證事實中可明顯地得出，受害女童對被告的性侵犯行為曾表現出不同意的抗拒行動。我們理解她的抗拒行為的時候，切勿忘記了她是一個年僅13歲的從來沒有性經驗的女童，甚至我們可以認為可能對性為何物尚不知曉，何況要抵禦成年的男被告的強大力量。當被告用力捉住受害女童的腰部然後推向面對牆壁，再大力按住背部，被告的力量使女童極難反抗，即使未能形成明顯外傷，亦足以證明暴力的存在，至少我們可以說她的抗拒被制服了。我們完全同意助理檢察長在其意見書中所認為的“原審判決中的確忽略了對強姦罪中使用暴力手段這一客觀要素的一個正確理解。因為錯誤地把重點放到暴力手段的一個純粹外觀表現，以及未夠全面考慮因應受害人的自身情

況的不同而可以引發不同程度的使用暴力手段需要”。甚至可以說，對於一個根本缺乏性經驗的認識的13歲的小童來說，面對一個從來沒有接觸過的男女私欲行為，除了表現出的不知道如何是好之外，而單獨處在比自己大的成年男人面前，表現更多的是恐懼，這就使我們完全可以接受在實際的情況下她的心理上被制服的事實存在，而成為強姦罪的客觀罪狀之一的“暴力”。故此，被告的行為已經構成了《刑法典》第157條第1款a項所規定及處罰的強姦罪，應予改判。”

3. 除了應有的尊重外，上訴人對此不能認同。

4. 本案中，假如能夠充分證明上訴人曾以暴力或嚴重威脅手段與被害人性交、又或當被害人曾明顯表現出抗拒與上訴人性交之意願而上訴人仍然強迫其性交時，則上訴人屬觸犯有關強姦罪。

5. 必須指出，近年隨著網路及各種媒體的迅速發展，訊息的傳播十分快速，被害人案發時年齡雖只有13歲，但其案發前已經結識一名男朋友，從經驗法則及一般邏輯可顯示，被害人應已至少對性具有一定了解，並應大致知悉性行為是如何發生的。

6. 原審法院之未證事實指出：“案發時，在[大廈]第3座平台上一個

光線較暗的轉角處，被告強行從後用手捉住被害人的腰部，並將被害人推向牆壁，接著用右手強行將被害人的走光褲拉至被害人的膝蓋位置；被害人當時不敢反抗，只好不斷哀求被告不要侵犯自己及放過自己；在被告將已勃起的陽具在被害人的陰部附近摩擦時，被害人不斷扭動身體防止被告將其陽具插入自己的陰道內，被告於是非常兇惡地命令被害人「彎低腰」，並用手大力按下被害人的背部；被害人害怕遭到被告的毆打，於是不敢抗拒；被害人不斷哀求被告放過自己；被告在自由、自願及有意識的情況下，為滿足個人的性慾，對被害人使用暴力，並在被害人不願意的情況下，將陽具強行插入被害人的陰道內與其進行性行為，並因此使被害人感染藉性行為傳播的疾病。”

7. 上述未證事實均為構成上訴人對被害人實施強姦行為之重要事實，其指出被害人明確遭受上訴人暴力威脅下被後者實施強姦行為，因此只有上述事實視為獲證後，才能完全並毫無疑問證實上訴人觸犯強姦罪行。

8. 原審法院在審查卷宗全部資料及證據後，透過經驗法則及一般邏輯作出心證，以得出上述未證事實，並認為不應判處上訴人觸犯強姦罪，換言之，原審法院認為僅憑有關獲證事實是不足以完全證實上訴人實施了

強姦罪。

9. 然而被上訴法院在沒有改判上述任一未證事實為獲證事實，僅僅單憑全部獲證事實改判上訴人觸犯強姦罪。

10. 這樣，正如尊敬的原審法院所理解的，僅僅憑全部已證事實並不足以毫無疑問地證實上訴人觸犯強姦罪，否則將存在合理疑問，故原審法院之判決是良好地遵守了疑罪從無原則，而被上訴法院之理解則違反了此原則。

11. 從已證事實第4點至第10點中可知，上訴人從[大廈]地下平台將被害人帶到[大廈]第3座平台亦即兩人發生性關係之地點前，上訴人曾對被害人作出用左手大力攬著被害人的腰部、強行吻被害人的嘴巴、用右手伸入被害人的短裙內，撥開被害人的緊身褲(俗稱“走光褲”)及內褲，接著用手指插入被害人的陰道內蠕動以及上訴人用手指插入被害人的陰道內數下等行為。

12. 對被害人來說，上訴人並非相熟朋友，而僅僅是剛透過朋友而結識的近乎陌生的人。

13. 然而，根據已證事實第十一點結合卷宗第65頁之照片1及照片2

可知，即使剛曾被上訴人施以有關行為，被害人還是在沒有任何威脅的情況自願跟隨上訴人到達有關地點。

14. 當時時間為晚上九點左右，天色已黑，有關地點之現場燈光亦較昏暗，同時被害人在案發前經常與朋友在[遊樂場]流連，不可能不知悉該地點之燈光昏暗及路過途人較少之情況。

15. 根據一般邏輯、經驗法則及從第三人角度出發，被害人已對性具備了初步了解，她亦知悉上訴人對她所作之上述行為屬性方面的行為，假如被害人真的對上訴人本人及其行為十分反感及抗拒的話，還會因為上訴人的三言兩語而主動陪伴上訴人走進上述地點嗎？這是存在合理疑問的。

16. 從已證事實第十五點至第十九點描述了有關上訴人與被害人發生性行為的過程。

17. 從上述事實可知，上訴人與被害人發生性行為時是以站立式、前者在後者背後進入其體內，整個過程上訴人沒有毆打被害人，而只用手按著被害人的背部，被害人身體亦沒有任何被上訴人毆打的傷痕。

18. 從經驗法則可知，當兩者擬以此體位進行性行為，如被害人不願配合而用力扭動身體以避免上訴人進入其體內時，上訴人單單以手按著被

害人的背部是不足以強行壓制後者並進入其體內，原因為上訴人單純以手按其背所產生的力的方向不足以控制被害人身體或其臀部的擺動。

19. 同時，被害人在發生性行為的整個過程沒有作出任何喊救行為。

20. 在編號 Recorded on 06-Sep-2012 at 11.11.57 (0H1-8X#G02811270)庭審錄音第36:05中所述：“檢察官：點解你唔嘗試大聲叫？始終哥度民居，會有人行過，咁大聲叫，叫救命咪可以甩身。被害人：哥陣完全冇諗過可以用叫呢個方法。”

21. 正如上述檢察官所言，案發地點離民居非常接近，亦由於近年社會環境之防性犯罪宣傳及學校教育推廣甚為廣泛，從一般邏輯而言，假如被害人被強姦卻沒有想過透過喊叫求救是不合常理的。

22. 而在已證事實第19點所述：被害人感到非常驚慌及痛楚，其向被告表示自己為處女及非常痛楚，但被告沒有理會，繼續將陽具在被害人的陰道內抽插。

23. 假如被害人真的正在被上訴人實施強姦行為，且沒有被後者掩住口，而當時正如上述已證事實所言，前者以言語聲音方式向上訴人講話，但同時卻完全沒有想過以向他人大聲呼叫求救，根據一般邏輯，這個兩個

現象是矛盾的，且存在合理疑問的。

24. 另外，在已證事實第20點所述：期間，有一名中年女子路過現場，被告害怕，於是停止性行為，並與被害人一同離開現場。

25. 根據卷宗第71頁之照片13及照片14亦可顯示，上訴人與被害人在發生性行為後一同離去，值得注意的是，被害人並沒有在上訴人的威迫下與後者一同離去，而是自願在陪伴在旁邊一同步行離去。

26. 同時，根據原審判決第11頁中指出：“證人乙在庭審聽證時聲稱，案發當日晚上其到[遊樂場]找被告宵夜，當時，證人在約20米處見被告與被害人在街邊拖手摟腰，其後，該證人與被告乘出租車離開；在車上該證人曾問被告是否與被害人“拍拖”，當時被告笑而不答。”

27. 透過上述證言，證人乙清楚見到上訴人與被害人在發生性行為後以拖手摟腰的方式相處。

28. 根據經驗法則及一般邏輯，並從一般第三人角度出發，假如被害人真的被上訴人實施強姦行為後，是不會自願跟隨這個對自己施暴的男人一同離去的，更不會跟施暴男子相處於拖手摟腰這樣的親密行為，故這裏亦是存在合理疑問的。

29. 最後，原審法院之未證事實中所指出：“被告在自由、自願及有意識的情況下，為滿足個人的性慾，對被害人使用暴力，並在被害人不願意的情況下，將陽具強行插入被害人的陰道內與其進行性行為，並因此使被害人感染藉性行為傳播的疾病。”

30. 由於在整個卷宗均無法證實上訴人與被害人發生性行為前已染上性病，故有關使被害人感染藉性行為傳播的疾病之事實被原審法院視為未證事實，從而不能適用《刑法典》第171條第2款的加重情節。

31. 綜上所述，到底上訴人有否曾以暴力或嚴重威脅手段與被害人性交、又或被害人有否曾明顯表現出抗拒與上訴人性交之意願，都是存在合理疑問。

32. 根據疑罪從無原則，並一如尊敬的原審法院所作之理解，基於存在合理疑問，請求 貴院作出公正裁決並判處上訴人被指控實施的《刑法典》第157條第1款a項配合第171條第4款規定及處罰之加重強姦罪不成立。

II. 關於量刑

33. 被上訴判決第25頁指出：“我們認為確定了被告觸犯強姦罪以及第4款的加重情節，是否存在第2款的加重情節已經沒有顯得很重要，極其

量也是給適用第65條的一般量刑時增加情節罷了。何況檢察院在起訴書中沒有羅列這個情節(源於在偵查階段沒有做出適當的調查)，原審法院也沒有審理被告是否患有皰疹的疾病的事實，而僅僅憑起訴書提出的受害人感染了陰部皰疹的疾病的事實審理是否可以對被告使用加重情節，因為條文很明確：“如行為人患可藉性關係傳染之疾病”，第157條等的罪名的最高刑和最低刑都增加三分之一。”

34. 換言之，被上訴判決在考慮量刑時是將上訴人藉性行為將性病傳染予被害人一事視為已證事實並將之納入量刑考慮之中，從而判處上訴人八年徒刑。

35. 為此，須先引述原審法院之未證事實中所指出：“被告在自由、自願及有意識的情況下，為滿足個人的性慾，對被害人使用暴力，並在被害人不願意的情況下，將陽具強行插入被害人的陰道內與其進行性行為，並因此使被害人感染藉性行為傳播的疾病。”

36. 首先，在被上訴判決中之事實審層面上並未將上述未證事實改判為已證事實，故有關事實仍為未證事實。

37. 其次，亦正如被上訴判決所述，原審法院也沒有審理被告是否患

有疱疹的疾病的事實，同時結合根據原審法院判決第12頁：“證人即法醫丙在庭審時對被害人感染陰部疱疹病毒一事發表專業意見，其中提及該病毒感染絕大多數由不潔性行為傳播，亦可透過其他途徑感染，目前相關病毒無法根治，如感染者體內具足夠抗體或可自愈。”，從而可知，有關性病除了可由不潔性行為傳播，還可透過其他途徑傳播，在本案卷宗內，由於沒有證據證實上訴人與被害人發生性行為前已患有該性病，故被害人感染性病是否基於上訴人之行為而導致，是存在合理疑問的。

38. 由於不能證實被害人感染性病是基於上訴人之行為而導致，因此被上訴判決根據《刑法典》第65條規定考慮一般量刑時，不應考慮有關情節。

39. 在本案中，事發時被害人身體沒有遭受任何毆打、虐待或其他傷害，被實施行為之時間亦屬短暫，顯示上訴人實施有關行為時之不法性程度不高，而有關加重強姦罪的法定刑幅為4至16年徒刑，針對被上訴判決判處8年徒刑之決定，這一判處明顯超越了對犯罪的一般及特別預防的要求。換言之，被上訴的合議庭裁判是違反了《刑法典》第65條所規定的量刑標準。

40. 基於此，請求 貴院能對上訴人重新量刑，並處以較輕之刑罰；

同時，上訴人認為四年至五年的實際徒刑是最為適合。

檢察院作出了回答，並以下列結論結束其答覆：

1. 被上訴裁判是根據原審法院所認定的事實基礎來作出不同的法律解釋，不涉及任何事實瑕疵問題。

2. 從已證事實中分析，已可表現出上訴人的確在作出犯罪行為時曾向受害人使用了暴力手段。

3. 暴力手段的內涵是相對的，因應不同的受害人可以有不同的演繹。

4. 相對一個未滿十四週歲的女孩來說，在面對上訴人所使用的暴力手段，最後導致受害人在客觀上不能或主觀上失去反抗的意志是可以理解的。

5. 在量刑時必須注意《刑法典》第171條第5款之規定。

6. 被上訴法院亦只根據其中一項加重情節來確定新的加重刑幅。

7. 在考慮上訴人具體的罪過程度、行為的不法性以至強烈的預防犯罪的要求，被上訴裁判中所作出的具體處罰仍屬合理及適度。

在本上訴審，檢察院維持在對上訴理由陳述所作的答覆中已表明的立場。

已作出檢閱。

二、事實

案中被認定的事實如下：

1. 2011年9月6日約17時至19時，被害人丁與朋友在澳門連勝街[遊樂場]附近玩耍時認識被告甲。

2. 其後，被害人與被告在[遊樂場]聊天並在[遊樂場]兒童天地玩耍。

3. 期間，被害人曾告知被告其年齡為13歲。

4. 同日2011年9月6日約20時43分，經被告要求，被害人陪同被

告到[遊樂場]門外等候的士。

5. 候車期間，被告於接聽來電的同時，其忽然用左手將被害人拉到[遊樂場]附近的[大廈]地下平台。

6. 結束通話後，被告突然用左手大力攬著被害人的腰部，同時強行吻被害人的嘴巴，並表示想做被害人的男朋友。

7. 被害人立即拒絕，並表示自己已有男朋友。

8. 當時，被告向被害人表示並不介意，其繼續以左手攬著被害人的腰部，同時用右手伸入被害人的短裙內，撥開被害人的緊身褲(俗稱“走光褲”)及內褲，接著用手指插入被害人的陰道內蠕動。

9. 被害人感到痛楚，隨即用雙手嘗試推開被告，但由於被告強壯有力，被害人無法掙脫。

10. 被告用手指插入被害人的陰道內數下，因接聽電話而停止相關動作。

11. 其後，被告向被害人說：「過黎先啦，我唔會搞你」，被害人信以為真，在沒有防備之下跟隨被告到達[大廈]第3座平台上一個光線較暗

的轉角位。

12. 當時，被告突然從背後抱著被害人及用左手攬著被害人的腰部。

13. 被害人隨即向被告表示其不會做他的女朋友，但被告沒有理會，並用力攬著被害人的腰部及不斷向被害人說：「只插一下、只係插一下」。

14. 被害人即時作出拒絕，並向被告表示其為處女。

15. 然而，被告沒有理會，其從後用手捉住被害人的腰部，並將被害人按向牆壁，接著用右手將被害人的緊身褲(俗稱“走光褲”)及內褲拉至被害人的膝蓋位置。

16. 被害人當時感到非常害怕，但被告不斷向被害人表示「只係插一下」。

17. 其後，被告將已勃起的陽具在被害人的陰部附近摩擦，其指示被害人「彎低腰」，並用手大力按下被害人的背部。

18. 隨即，被告在沒有使用避孕套的情況下，直接將陽具插入被害人的陰道內並不斷抽插。

19. 被害人感到非常驚慌及痛楚，其向被告表示自己為處女及非常痛楚，但被告沒有理會，繼續將陽具在被害人的陰道內抽插。

20. 期間，有一名中年女子路過現場，被告害怕，於是停止性行為，並與被害人一同離開現場。

21. 期間，為安撫被害人，被告不斷表示要給予被害人金錢，並表示其對每一個女朋友都是如此，當時，被告聲稱：「就當我借比你先啦」，並接著取出銀包。

22. 被害人堅決拒絕收取被告的金錢，並隨即返回[遊樂場]尋找其朋友。

23. 由於找不到其朋友且感到自己十分污穢，被害人立即回家洗澡，但不敢將事件告知父母。

24. 其後，被害人得知其朋友仍在[遊樂場]，於是返回[遊樂場]向朋友哭訴，並於 2011 年 9 月 7 日約零時 30 分向警方報案求助。

25. 在與被告發生性行為前，被害人是處女。

26. 2011 年 9 月 7 日約 7 時 20 分，被害人在仁伯爵綜合醫院婦科接

受檢驗時，檢見其處女膜 4 至 5 點處新鮮裂傷，符合勃起的陰莖或類似物體進入陰道所致；損傷處檢見少量滲血，可推定成傷時間不超過 24 小時。

27. 在與被告發生性行為後，被害人感到陰部疼痛及有尿頻跡象，並因此於 2011 年 9 月 18 日前往仁伯爵綜合醫院檢查；婦科檢驗後發現被害人的陰部出現典型生殖器皰疹及潰瘍，有關情況被診斷為感染第一階段陰部皰疹。

28. 陰部皰疹是透過性行為傳播的疾病，第一階段發病一般於感染病毒的兩星期內發生。對於陰部皰疹，現時並無根治的治療方法，且有可能會於患者懷孕後期，令嬰兒受到致命性感染。

29. 被告滿足其個人的性慾，在自由、自願及有意識的情況下，明知被害人為未滿 14 歲的女童，將陽具強行插入被害人的陰道內與其進行性行為。

30. 被告清楚知道其行為屬法律禁止且受法律制裁。

庭審期間亦證明以下事實：

被告稱現任旅行社兼職文員，每月收入一萬澳門元，初中畢業，需

供養祖父。

刑事紀錄證明顯示，被告為初犯。

未獲認定的事實：

1. 案發時，在[大廈]第3座平台上一個光線較暗的轉角處，被告強行從後用手捉住被害人的腰部，並將被害人推向牆壁，接著用右手強行將被害人的走光褲及內褲拉至被害人的膝蓋位置。

2. 被害人當時不敢反抗，只好不斷哀求被告不要侵犯自己及放過自己。

3. 在被告將已勃起的陽具在被害人的陰部附近摩擦時，被害人不斷扭動身體防止被告將其陽具插入自己的陰道內，被告於是非常兇惡地命令被害人「彎低腰」，並用手大力按下被害人的背部。

4. 被害人害怕遭到被告的毆打，於是不敢抗拒。

5. 被害人不斷哀求被告放過自己。

6. 被告在自由、自願及有意識的情況下，為滿足個人的性慾，對被

害人使用暴力，並在被害人不願意的情況下，將陽具強行插入被害人的陰道內與其進行性行為，並因此使被害人感染藉性行為傳播的疾病，

三、法律

上訴人指被上訴的合議庭裁判存在獲認定事實不足以支持裁判的瑕疵以及違反了疑點利益歸被告原則，主張其強姦罪罪名不成立。

此外上訴人還對具體量刑提出了質疑。

3.1. 獲認定的事實不足以支持裁判

眾所周知，本終審法院一直認為，只有當出現“在調查做出適當的法律決定必不可少的事實時出現漏洞，或者因為該等事實阻礙作出法律裁判，或者因為沒有該等事實就不可能得出已得出的法律方面的結論，從而對已作出的裁判來說，獲證明之事實事宜顯得不充足、不完整”的情況

時，才存在獲認定的事實不足以支持裁判的瑕疵。¹

在本案中，第一審法院所認定的事實並沒有被質疑。

上訴人贊同第一審法院的觀點，聲稱僅憑案中獲得認定的事實並不足以判定其觸犯強姦罪，被上訴法院以該罪對其進行處罰，違反了疑點利益歸被告原則。

事實上，從第一審法院的合議庭裁判中可以看到，該院之所以宣告上訴人強姦罪不成立是因為認為未能認定上訴人是在使用暴力或威脅致被害人無法或不敢反抗的情況下與未滿 14 歲的未成年人進行性交。

而按中級法院的觀點，從已認定的第 11 點至第 19 點事實中可明顯看到，被害人對上訴人的性侵犯行為曾表現出抗拒，因為不能忘記被害人是一個年僅 13 歲且從來沒有過性經驗的女童，而上訴人是成年人，力量較強大，他用力捉住被害人的腰部然後推向面對牆壁，再大力按住其背部，使女童難以反抗，這足以說明暴力的存在，或至少可以說被害人的反抗被制服了，而且被害人在心理上也因為恐懼而被制服。

¹ 終審法院 2000 年 11 月 22 日第 17/2000 號案的合議庭裁判、2001 年 2 月 7 日第 14/2000 號案的合議庭裁判、2001 年 3 月 16 日第 16/2000 號案的合議庭裁判以及 2002 年 3 月 20 日第 3/2002 號案的合議庭裁判。

由此得出結論認為，強姦罪中“暴力”這一客觀要件已經成立。

上訴人所提出的問題似乎與獲認定事實不足以支持裁判的瑕疵無關。

所探討的問題是，面對獲認定的事實，是否應認為相關犯罪中“暴力”這一構成要件已告成立，這涉及到對已認定事實的法律定性的問題。

根據澳門《刑法典》第 157 條第 1 款 a 項的規定，以暴力或嚴重威脅之手段與婦女性交，又或為進行性交而使婦女喪失意識後，或將之置於不能抗拒之狀態後，與之性交者，處 3 年至 12 年徒刑。

為確定“暴力”的概念，我們認為非常有必要在此引述Figueiredo Dias教授所作的一段闡述，雖然有關內容是針對性脅迫罪的，但是對於強姦罪同樣成立。他指出“所使用的武力無須重大或嚴重，但在任何情況下都必須結合案件的具體情況，根據我們所熟知的適當性理論來加以判斷，對為制服由被害人作出的實際或預計出現的反抗而言為合適的手段。在某些具體情況下，尤其是考慮到被害人在身體或心理方面的弱勢以及她所感受到的恐懼和驚嚇，單純一個耳光、或者強行將其鎖在房間或車內、又或者將其從某處帶到另一處的行為本身可能已經足以構

成暴力：這裏具有決定性的因素是被害人的感受。暴力可以與性行為同時發生。被害人實際的反抗並非必不可少，只要可以預期被害人會作出反抗，而所使用的暴力正是為了制服該反抗即可”²。

也就是說，要判斷是否存在暴力，必須考慮具體案件的情節，只要行為人所使用的武力能夠並適當制服被害人的反抗即可。

在本案中，上訴人聲稱在發生性行為的整個過程中，他並沒有毆打被害人，只是用手按著她的背部，而且被害人的身體上也並沒有任何遭到毆打的痕跡。另外，上訴人按著被害人背部的行為並不足以強行壓制被害人並將陽具插入其體內，而被害人在發生性行為的整個過程中也沒有作出任何呼救行為。

在上訴人看來，只有存在毆打才能認為存在暴力，而其使用的武力並不足以制服被害人的反抗。

我們認為這一觀點是不能成立的。

從已經認定的事實，尤其是第 5 點至第 25 點的事實中可以看到，被

² Jorge Figueiredo Dias 著：《*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*》，第一卷，第 454 頁。

害人當時年僅 13 歲，而且是沒有性經驗的處女，而上訴人則是身體強壯的成年人。

上訴人和被害人在一起時總是對其實施帶有一定武力的行為，例如“忽然將被害人拉到……”、“突然用左手大力攬著被害人的腰部，同時強吻被害人的嘴巴”、“用右手伸入被害人的短裙內，撥開被害人的緊身褲(俗稱‘走光褲’)及內褲，接著用手指插入被害人的陰道內蠕動”、“突然從背後抱著被害人及用左手攬著被害人的腰部”、“用力攬著被害人的腰部”、“從後用手捉住被害人的腰部，並將其按向牆壁”、“指示被害人彎低腰，並用手大力按下被害人的背部”等等。

同時，案中已查明的情節還顯示被害人拒絕作上訴人的女朋友，拒絕與其發生性行為，而且感到十分害怕、恐懼以及痛楚，並且曾經嘗試用手推開被告，只是由於被告強壯才未能掙脫。除此之外，她還堅決拒絕收取被告的金錢，在見到自己的朋友之後便向他們哭訴了事情的經過，並在約零時 30 分向警方報案。

綜合分析以上所有這些情節，我們認為上訴人是在違背被害人意願的情況下強行與其性交，而考慮到雙方的年齡、身體和心理狀況以及性經驗，上訴人使用的武力應該被定性為“暴力”，因為他所使用的力量足以

適合及適當地制服來自被害人(一個年僅13歲且因為當時感到十分害怕而導致反抗能力自然降低的處女)的實際或預期出現的反抗。

而且也看不出如何違反了疑點利益歸被告原則。

因此，上訴人的這一理由不成立。

3.2. 具體量刑

上訴人還對中級法院所作的具體量刑提出質疑，聲稱澳門《刑法典》第 171 條第 2 款規定的加重情節並不成立，因為未能認定上訴人將可藉性關係傳染的疾病傳染給了被害人。

上訴人認為，中級法院在判處其 8 年徒刑時，不但考慮了澳門《刑法典》第 171 條第 4 款的規定，還考慮了該條第 2 款所規定的情節。

被告因觸犯澳門《刑法典》第 157 條第 1 款 a 項結合第 171 條第 4 款所規定及處罰的加重強姦罪而被判刑。

只要認真地閱讀被上訴的合議庭裁判便會得出一個與上訴人所主張

的完全相反的結論。

事實上，中級法院的觀點是，由於確定存在第 171 條第 4 款所規定的被害人未滿 14 歲這一加重情節，因此，是否存在第 171 條第 2 款的加重情節已經沒有那麼重要，該情節充其量只能在根據澳門《刑法典》第 65 條的規定具體量刑時予以考慮。

上述判斷源自第 171 條第 5 款所規定的內容。根據該款規定，如同時出現不止一個加重情節，為確定可科處的刑罰，僅考慮具有較強加重效力的情節，而對餘下情節則在確定刑罰分量時予以衡量。然而，這並不等於說原審法院在確定具體量刑時考慮了第 171 條第 2 款所規定的情節。

恰恰相反，從被上訴的合議庭裁判中可以也應該推斷出中級法院認定並不存在相關情節的結論，因為其在裁判書中指出，檢察院並沒有在控訴書中羅列這個情節，而第一審法院也沒有審理被告是否患有疱疹的事實，甚至對能否僅憑控訴書中所載的被害人感染了陰部疱疹的事實對被告適用加重情節提出了疑問，因為條文很明確：將“如行為人患可藉性關係傳染之疾病”定為加重情節。

因此，必須裁判上訴人的這一理由不成立。

上訴人還要求減輕處罰。

根據澳門《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。

按照澳門《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相關因素，尤其是那些於本條文第 2 款所列明的因素。

在現正審理的個案中，對上訴人被判處的澳門《刑法典》第 157 條第 1 款 a 項結合第 171 條第 4 款所規定及處罰的加重強姦罪可處以 4 年至 16 年徒刑。

除上訴人為初犯以外，看不到卷宗內載有任何對其有利的情節。

上訴人否認強姦了被害人，並且聲稱不清楚被害人的年齡。

上訴人的故意程度較高，且不法事實屬嚴重。

就刑罰的目的而言，一般預防犯罪的要求十分緊迫，有必要預防涉案的威脅性自由的犯罪發生。

經考慮所有因素，判處上訴人 8 年徒刑的具體刑罰並不屬過重。

正如本法院所一直認為的，“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”³，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。

因此，上訴人的請求明顯不能成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定駁回上訴。

根據澳門《刑事訴訟法典》第 410 條第 4 款的規定，判處上訴人支

³ 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 29/2008 號、第 57/2007 號、第 11/2009 號及第 35/2011 號案件中所作的合議庭裁判。

付 4 個計算單位的款項。

訴訟費用由上訴人承擔，司法費訂為 3 個計算單位。

澳門，2014 年 3 月 5 日

法官：宋敏莉（裁判書制作法官）—岑浩輝—利馬