

(譯本)

事實之法律定性的變更（控罪變更）
澳門《刑事訴訟法典》第 339 條的類推適用
訴訟上的無效

摘要

一、審判者在法院權限範圍內擁有對起訴書或控訴書之事實作出不同於該等文書所作歸納之法律定性之自由。

事實上，法律的確定或者對所查明事實的法律歸納，是司法功能的核心，該項功能不能受不正確的歸納的限制，否則將完全偏離這項功能。

二、但是：

— 當變更意味著科處更高的處罰時，法官必須遵守辯論原則。

— 假如變更導致適用相同於或低於控訴書中的處罰，一般來說必須把該變更告知嫌犯，這是因為，針對某種法律狀況而構思的辯護策略用於另一種法律狀況會失去效力，即使後者為嚴重性較低的違法行為亦然。

— 當法律定性之變更指向比控訴書中所指控者更較輕的違法行為時，或者說，一般而言只要控訴書或起訴書中所指控罪行與被判處的罪行之間存在特別關係或者吸收關係，且法律定性之變更指向較輕罪行時，則不必告知嫌犯。（例如：從巨額盜竊罪變更為普通盜竊罪；從搶劫罪變更為盜竊罪；從故意殺人罪或傷害身體完整性罪變更為過失性的同樣罪行；從強姦罪變更為性脅迫罪；從殺人罪變更為減輕殺人罪，等等）。

三、在欠缺明確的具體規範的情況下——因為澳門《刑事訴訟法典》並未涉及法律定性的變更問題，它只是規範控訴書或起訴書描述的事實是否被實體變更的事宜——且鑑於澳門《刑事訴訟法典》第 4 條之規定，上述見解的法律依據是該法典第 339 條的規定（經類推適用）。

四、原審合議庭沒有告知諸嫌犯控訴書所載的事實事宜以及審判中獲證明的事實事宜有可能被轉而定性為參與騷亂罪，且該等嫌犯被指控的犯罪與參與騷亂罪之間沒有任何的特別關係或吸收關係，因此原審合議庭觸犯了澳門《刑事訴訟法典》第 339 條的規定關於將該等變更告知嫌犯，如提出聲請，給予其必要時間準備辯護之部份——因此犯有該法典等 360 條 b 項規定之無效。

2002 年 1 月 31 日合議庭裁判書

第 131/2001 號案件

裁判書製作法官：José M. Dias Azedo（司徒民正）

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

概述

一、檢察官對下列嫌犯提起控訴：第一嫌犯甲、第二嫌犯乙、第三嫌犯丙、第四嫌犯丁及第五嫌犯戊（身份資料均載於卷宗），指控他們作為直接正犯，以未遂形式觸犯第 6/97/M 號法律第 3 條第 1 款及第 3 款規定及處罰的一項以保護為名的勒索罪，並以既遂形式觸犯第 6/97/M 號法律第 3 條第 4 款規定及處罰的一項報復罪。

還指控第一嫌犯甲作為直接正犯，以既遂形式觸犯澳門《刑法典》第 137 條規定及處罰的一

項普通傷害身體完整性罪。

進行審判聽證後，合議庭最後裁判如下：

— 宣告對嫌犯們作出的控罪不成立，作出控罪變更後裁判如下：

— 判第一嫌犯甲以直接正犯和既遂形式觸犯澳門《刑法典》第 291 條第 1 款及第 2 款規定及處罰的一項參與騷亂罪，處以 20 個月監禁；

— 判第二嫌犯乙、第三嫌犯丙、第四嫌犯丁、第五嫌犯戊作為直接共同正犯以既遂形式觸犯澳門《刑法典》第 291 條第 1 款規定及處罰的一項犯罪，處以 7 個月監禁；（參閱卷宗第 729 頁背頁及 730 頁）。

第一嫌犯甲不服，提起上訴。

理由闡述的結論如下：

“1. 查明的事實事宜不允許將指控上訴人的犯罪變更為參與騷亂罪，因此，此項變更具有純粹違法的特徵；

2. 參與騷亂的不法行為之罪狀，要求行為人參與幾乎由不確定人數參與的公眾騷亂。而本案明顯不是這樣，本案中所見到的是由數位人士所引發的引致毀損的行為；

3. 查明的事實情狀可能只可以歸入參與打鬥罪、恐嚇罪或毀損罪；但是，它們均被排除，因為就第一種情形而言，並不具備犯罪要件；而就其餘兩種情形而言，則欠缺告訴及與之相隨的檢察院進行刑事追訴之正當性；

4. 原審法院在量刑時發生錯誤，因該院將該犯罪之罪狀中的一項情節作為加重情節考慮：即該罪由兩人或多人觸犯。另一方面，沒有重視在理由闡述中適當指明並視為具備的減輕情節；

5. 被上訴的法院沒有說明優先適用剝奪自由刑而不是優先適用非剝奪自由刑之依據。因此違反澳門《刑法典》第 64 條之規定；

6. 被上訴的裁判違反澳門《刑法典》第 291 條第 1 款及第 2 款的規範，該條款應被解釋為一群幾乎無法確立人數的人捲入並參與針對人身或財產的暴力活動，從而違反罪狀法定原則；

7. 還違反澳門《刑法典》第 64 條、第 65 條第 2 款規定的刑罰之適度性原則及澳門《刑事訴訟法典》第 339 條，且由於後項違反的規定，還違反了辯論原則—因未將作出控罪變更理由之改變予以告知，及未向上訴人就被判處的新犯罪之罪狀準備辯護提供的必要時間。”

因此請求廢止被上訴的裁判，並相應地以另一項裁判—宣告上訴人被判處的犯罪不成立之裁判，或作為替代，變更判決並判處上訴人不超逾一年監禁的刑罰之裁判，又或者撤銷審判並將卷宗移送以便作出澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款的告知之裁判—替代；（參閱卷宗第 740 頁至第 848 頁）

檢察官答覆，結論如下：

“— 審判者在法院權限範圍內擁有對起訴書或控訴書之事實作出不同於該等文書所作歸納之法律定性之自由。

— 只要不變更事實事宜，則不過是一項合法的控罪變更（因為不違反澳門《刑事訴訟法典》第 1 條第 1 款 f 項、第 339 條及第 340 條），即使控罪意味著更嚴重的刑事概念，這甚至不是本案情形，因本案與之恰恰相反。

— 可對騷亂作出以下定義：無法逐一系列明的人士聚集於公眾場所，以激烈的方式對人身或財產集體作出暴力行為。因此，它是由一群無法初步予以定性或確定的人組成的一場運動。

— 在控訴書及起訴書已適當對作出事實者作出確定、識別及指明人數，並以構成特定刑事不法行為之事實（以保護及報復為名之勒索罪及普通傷害身體完整性罪）對其逐一歸責的情況下，不能按所述標準，將其控罪變更為參與騷亂罪。

— 在作出這種變更時，被上訴的合議庭裁判存有澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定的瑕疵—獲證明的事實事宜不足以支持裁判—這應當導致廢止該裁判”。

因此主張廢止被上訴的合議庭裁判；（參閱第 781 頁至第 788 頁）。

卷宗移送中級法院，移交駐本院助理檢察長檢閱。

在附於卷宗的意見書中，助理檢察長表示應廢止被上訴的合議庭裁判並開釋所有嫌犯；（參閱第 867 頁至第 876 頁）。

助審法官法定檢閱已畢。因不應駁回上訴，故完全遵守法定程序進行了審判聽證。
茲予裁判。

理由說明

二、事實

原審合議庭以下列事實事宜已告確鑿：

“2000 年 5 月 27 日凌晨 2 時許，嫌犯甲前往 XXX 商業中心 XXX 店，與一名身份不明者發生衝突。

因此，嫌犯甲打電話給嫌犯乙告知他在該店與身份不明者發生衝突，要他召集數人前來協助。

嫌犯乙在知悉該事後立即打電話給嫌犯丙，目的是由丙安排數人協助嫌犯甲。

嫌犯丙陪伴嫌犯戊及一名身份不明的人來到 XXX 商業中心。

同時，嫌犯乙及丁經嫌犯甲的請求來到該商業中心。

當嫌犯甲知道嫌犯丙、戊、乙及丁到達後，帶領他們前往該店，在店裏打聽其負責人的情況。
在店裏打麻將的人因害怕而沒有答覆。

嫌犯甲命令嫌犯丙、戊、乙及丁破壞 XXX 店的店鋪，掀翻數張桌子、打爛門窗玻璃，並恐嚇在店裏打麻將的人將“蕩平”該店。

在該店打麻將的人目睹此情形後立即離開該店。

上述鬧事及破壞行為對 XXX 店之設施的所有權人已造成澳門幣 2,500 元的財產損失。

隨後嫌犯甲帶領嫌犯丙、戊、乙及丁來到 XXX 店，告訴在那裏打麻將的人將“蕩平”該店；
他們打聽該設施的負責人的情況；還命令在場的人離開該處。

嫌犯丙、戊、乙及丁的上述行為造成在上述設施內打麻將的人的恐懼。

嫌犯甲、丙、戊、乙及丁自由及有意識地作出行為。

嫌犯們勾結起來並在嫌犯甲指揮下作出行為。

嫌犯們訴諸恐嚇及暴力，行為的目的是造成上述設施的混亂與破壞。

嫌犯們在作出上述行為時，合力行事，目的是達到實施不法行為的共同目標。

明知其行為是法律所禁止及處罰的。

*

第一嫌犯部分自認事實。

每月收入約澳門幣 1 萬元，需負擔其配偶及一名未成年兒子，沒有接受教育。

第二嫌犯部分自認事實。

每月收入約澳門幣 3,500 元，需負擔其父母，小學學歷。

第三嫌犯部分自認事實。

無業，無人需要負擔，中學學歷。

第四嫌犯部分自認事實。

無業，無人需要負擔，中學肄業。

第五嫌犯部分自認事實。

無業，無人需要負擔，小學學歷。

*

受害人庚是 XXX 商業中心 XXX 店的所有人，不希望刑事追訴及損害賠償。

受害人辛希望對加害人提起刑事追訴及因遭受的損失澳門幣 4,500 元予以損害賠償。

*

附於卷宗的嫌犯們的刑事記錄證明書無犯罪記錄。

*

未證實嫌犯甲自 1999 年底起多次前往黑沙環 XXX 商業中心，以恐嚇要求某些設施的所有人（東主）支付“保護費”，同時對沒有支付“保護費”的設施挑起騷亂及破壞，甚至攻擊設施的經營者；亦未證實嫌犯甲給黑沙環 XXX 商業中心若干設施的經營者造成恐懼且這些經營者認為甲屬於黑社會；也未證實 2002 年 2 月不確定之日，嫌犯甲前往 XXX 商業中心 XXX 店，在那裏以嚴厲的口氣，打聽東主情況並對辛拳打腳踢。

沒有證實控訴書的任何其他事實，以及與上述視為獲證明的事實不符的任何其他事實。

*

法院的心證基於卷宗所載的證據；基於對嫌犯們的聲明的批判性及比較性分析；基於證人 XXX、XXX 及 XXX 按照澳門《刑事訴訟法典》第 253 條作出的並在聽證中宣讀的聲明；基於公正無私的態度作證的被詢問的證人之證言。

在本案中，全部嫌犯自認參與了在該商業中心多家商店之騷亂、攻擊及破壞以及第一嫌犯承認召喚其他人前來幫助的事實，在本案中亦屬重要。

另一方面，上述各店證人/所有人均否認在騷亂中亦或在此之前曾被嫌犯截停以便支付“保護費”。

對於指控第一嫌犯的身體傷害罪，受害人辛說不肯定該嫌犯是否是攻擊者。（參閱第 723 頁起的合議庭裁判第 7 點至 11 點）

三、法律

正如我們一直認為，有待解決的問題由上訴理由闡述書的結論界定。因此，應從結論出發，界定上訴法院的審理權（參閱本中級法院第 1220 號案件 2000 年 1 月 27 日合議庭裁判及第 120/2001 號案件 2001 年 11 月 22 日合議庭裁判）。

因此，鑑於上訴人在提交的理由闡述範疇內提出的結論內容，上訴人指責被上訴的合議庭裁判存有“事實事宜不足以支持裁判”的瑕疵（參閱結論第 1 點至第 3 點），“量刑中的錯誤”（結論中的第 4 點至第 5 點）及“未遵守（違反）澳門《刑事訴訟法典》第 339 條的規定”；（參閱結論第 7 點）。

面對上訴人認為的本上訴標的之裁判的上述瑕疵，可以肯定的是，上訴法院並不受制於按上訴人提出問題的（相同）順序來審理所提出的問題，我們相信首先應當決定其“審理順序”。

因此，面對所提出的問題，立即應得出結論認為，對所指責的“量刑錯誤”之審理應稍後進行，因為只有在上訴人的其他兩項“不同意的理由”成立的情形中，才應對其予以說明。

那麼，面對“事實事宜不足以……”的瑕疵以及“違反第 339 條”的瑕疵，如何裁決？

我們僅認為，應首先審理所謂對澳門《刑事訴訟法典》第 339 條之違反，因為我們的觀點是，應首先審理，原審法院是否可以對事實作出不同的定性，以便在此之後（再）查明作出這種定性是否適當，是否存在“...不足以...”的瑕疵。

因此，在作出上訴澄清後，我們審理所指責的對澳門《刑事訴訟法典》第 339 條之違反。

上訴人認為，原審合議庭“沒有將所作控變更之理由之改變予以告知，未向上訴人就被判處的新犯罪之罪狀準備辯護提供的必要時間”，從而違犯該條規定；（結論第 7 點）。

我們看看。

現上訴人被指控（其他共同嫌犯亦然）以未遂形式觸犯以保護為名的勒索罪及另一項報復罪（既遂），還指控（僅就上訴人而言）觸犯普通傷害身體完整性罪。

在審判聽證中，未證實這此等犯罪的構成要素；（開釋的判決並無不當，況且它也不構成本上訴的標的）。

但是，原審合議庭認為從審判中得出的事實事宜可以納入澳門《刑法典》第 291 條的規定，故判上訴人（及其餘嫌犯們）作為正犯觸犯該條規定及處罰的犯罪：參與騷亂罪。

何以言之？

正如我們一向認為，“審判者在法院權限範圍內擁有對起訴書或控訴書之事實作出不同於該等文書所作歸納之法律定性之自由”；（參閱本中級法院第 200/2000 號案件 2001 年 3 月 15 日合議庭裁判，也為現被上訴的合議庭裁判所引用）。

事實上，法律的確定或者對所查明事實的法律歸納，是司法功能的核心，該項功能不能受不正確的歸納的限制，否則將完全偏離這項功能。

正如 B. Santos 教授所述，“約束法院使之必須根據起訴法官的某種法律解釋作出裁判，這是無道理的、污辱性的”。（參閱《刑事訴訟中的有罪裁決及起訴》，載於《RLJ》，Ano 63，第 385-387 頁）。

但是在本案中，需要解決及現予分析的問題，與原審法院作出不同定性無關，而是與下列問題有關：在作出該定性之前，該合議庭是否採取了作出該不同法律定性之“必要的措施”。

在此，我們相信上訴人有理；（我們堅持我們在 2001 年 3 月 15 日合議庭裁判中的見解，其中寫道—該裁判第 27 頁—必須遵守辯論原則）。

正如 J. S. Moura 所引用的 Nuvolone 所強調，“刑事訴訟程序並不是具有靜止標的的程序，而是具有動態標的的程序：指控因此有受到連續變化、被不斷決定的可能，直至其與嫌犯辯護權相協調為止”（*notas sobre o objecto do processo*，載於《Apontamentos de Direito Processo Penal》，第 2 卷，AAFDL，1993 年，第 21 頁起）。

本案中的問題也是 2001 年 7 月 18 日終審法院（第 8/2001 號案件）合議庭裁判中所審理的標的，其裁判摘要尤其指出：

“三、當變更導致更高的處罰時，法官必須遵守辯論原則。

四、假如變更導致適用等於或低於控訴書的處罰，一般來說必須把該變更告知嫌犯，這是因為，針對一種法律狀況而構思的某個辯護策略用於另一種法律狀況會失去效力，即使後者為嚴重性較低的違法行為亦然。

五、當法律定性變更為比控訴書中所指控的較輕的違法行為時，或者說，只要控訴書或起訴書中所指控罪行與判處的罪行之間存在同類關係，或者後者在前者範圍之內，且法律定性變更為較輕罪行，則不必告知嫌犯。”

該裁判引用 M. Gonçalves 的著述，指出後一種情況的例子：“從巨額盜竊罪變更為普通盜竊罪；從搶劫罪變更為盜竊罪；從故意殺人罪或傷害身體完整性罪變更為過失的同樣罪行；從強姦罪變更為脅迫罪；從殺人罪變更為減輕殺人罪，等等”。（參閱該合議庭裁判第 28 頁背頁及第 29 頁）。

我們僅認為這一見解是適當的，並且在欠缺明確的具體規範的情況下——因為澳門《刑事訴訟法典》並未涉及法律定性的變更問題，它只是規範控訴書或起訴書描述的事實是否被實體變更的事宜——且鑑於澳門《刑事訴訟法典》第 4 條之規定，上述見解的法律依據是該法典第 339 條的規定（經類推適用）。（在此意義上，還可參閱終審法院第 8/2001 號案件 2001 年 7 月 18 日合議庭裁判；卷宗第 867 頁至第 870 頁的檢察官的意見書以及為慶祝司法警察日而出版的《刑事偵察及司法》雜誌特刊中該助理檢察長所著的《刑事訴訟程序中的事實及法律變更》之論文）。

在本案中，原審合議庭雖然提及本中級法院第 200/2001 號案件 2001 年 3 月 15 日合議庭裁判——但沒有遵守辯論原則，沒有告知現上訴人（及其餘嫌犯）控訴書所載的事實事宜以及審判中獲證明的事實事宜有可能被定性為參與騷亂罪。

而在被指控的犯罪與參與騷亂罪之間沒有任何的特別關係或吸收關係，而是完全不同的犯罪罪狀的情況下，無疑本來應當作出上述告知。

由於沒有作出告知，這項“遺漏”的“效果”或“後果”是什麼？

在欠缺有關事宜的專門規章且我們求助於第 339 條的類推適用的情況下，我們相信應當認為觸犯澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項規定的無效（由於適時爭辯而未獲補正）。

因此，所作的控罪變更無效。應當止步於此，因為法院不應當審理存有無效的裁判。

然而，還應當對下述事宜予以考量：

我們認為，從卷宗所作的分析中可見，提出的控訴書中所載的事實以及視為獲證明的事實（以及前文所述之事實）並不構成參與騷亂罪。

因此，是否再無必要審理是否構成該罪，以便特別查明現上訴人作出的開釋請求可能成立呢？

我們相信確實如此。因為考慮到訴訟經濟性原則，我們看不到如此決定有何不方便之處，相反這樣做似乎是有利的。

我們看看：

澳門《刑法典》第 291 條規定，

“一、參加集體作出侵犯人身或所有權之暴力行為之騷亂者，如按其他法律之規定不科處更重刑罰，則處最高 1 年監禁，或科最高 120 日罰金。

二、如行為人引起或指揮騷亂，處最高 3 年監禁或科罰金。

三、如行為人按照當局之命令或勸告退出騷亂，且不曾作出或引起暴力行為，則不予處罰”。

（底線為我們所加）

李殷祺及施正道關於上述條文的注解中寫道：“這種攻擊所可能具有的典型形式之一恰恰是聚眾騷動，刑法上稱之為騷亂，定義為無法列明的人士聚集於公眾場所，以激烈的方式對人身或財產集體作出暴力行為”；（《澳門刑法典注釋》，第 862 頁）。

確鑿的一點（至少我們視之為確鑿），是所參與的人數因初步無法確定，故只能推測是一群人。因此，（人群中）一人的出入並不具重要性。

正如 T. Carvalho 所明確指出，為此效果僅僅“4 人至 5 人並不足夠”；（參閱《刑法典之科英布拉學派評論》，第 2 卷，第 1191 頁）。

在本案中，恰恰見到的是這個數字，（我們重申在本案中“參與人”是五名）。在我們看來，應當立即認為不可能將有關行為定性為觸犯參與騷亂罪。

因此，也不可能（透過控罪變更）視為觸犯（倘有）之恐嚇罪或毀損罪，因為不存在必要的訴訟上的推動力（欠缺受害人的告訴），同樣，以“脅迫”的名義作出指控也不可行（在本上訴審判聽證中，適時進行了適當的提示，但仍未聲請給予額外的辯護時間），因為只是證明“嫌犯的目的只是造成上述設施的騷亂及破壞”，因此並不具備該罪狀之法定要件，必須將現上訴人開釋。

鑑於澳門《刑事訴訟法典》第 392 條第 2 款 a 項的規定，此項結論不能不惠及其餘嫌犯（非上訴人），因此也必須宣告對其餘嫌犯判處的犯罪不成立。

四、決定

綜上所述並以此為據，合議庭裁判廢止被上訴的合議庭裁判。判本卷宗所有嫌犯無罪。無須繳納訴訟費用。

José M. Dias Azedo（司徒民正）（裁判書製作法官）—蔡武彬—賴健雄