

上訴案號： 307/2004

合議庭裁判書日期：2004 年 12 月 14 日

**主題：**

- 上訴法院的審判義務範圍
- 澳門《刑法典》第 129 條第 2 款 h 項
- 澳門《刑法典》第 129 條第 2 款 f 項
- 未遂加重殺人罪
- 持槍指嚇警員
- 持有禁用武器罪
- 澳門《刑法典》第 262 條第 1 款

## 裁判書內容摘要

當訴訟當事人向法院提出某一問題時，必在每一處借助多種理由或理據以支持其觀點的有效性；對法院而言，所須做的是要對所提出的問題作出決定；法院並無責任去審議當事人賴以支持其請求的所有理據或理由。如此，上訴法院祇解決上訴人在其上訴理由闡述書的總結部份所具體提出和框劃的問題。

雖然嫌犯在破門盜竊失敗後祇想透過拉下其當時所持手槍的扳機來

指嚇有關警員而達到逃走和拒捕的目的，但由於其持槍指向警員頭部的指嚇手法，對具有一般正常理解能力且假設身處那千鈞一髮的具體情況的人來說，實在有可能導致該警員死亡的結果，故嫌犯的這一犯罪行為應以未遂加重殺人罪論處(見《刑法典》第 129 條第 1 款和第 2 款 h 項的有關規定)，即使他原先的用意祇想拒捕逃走亦然，因為根據人們的一般經驗法則，並不能完全排除嫌犯當時真的突然想起(至少以必然故意)殺掉該名警員，以利其逃離作案現場。

然而，其持槍行為的不法性在這具體案情中應被視為已吸納於有關加重殺人罪狀中(見《刑法典》第 129 條第 2 款 f 項末段所亦指的加重情節)，因此法院不應再以《刑法典》第 262 條第 1 款尤所指的持有禁用武器罪的罪名獨立論處。

裁判書製作人

陳廣勝

# 澳門特別行政區中級法院

## 合議庭裁判書

上訴案第 307/2004 號  
(刑事上訴案)

上訴人(原審嫌犯): (甲)  
被上訴人(原審公訴人): 澳門檢察院  
上訴所針對的法院: 澳門初級法院第一庭  
案件在原審法院的編號: 第 PCC-043-04-1 號刑事案

### 一、案情敘述

在澳門檢察院提出公訴下，澳門初級法院第一庭的合議庭審理了屬刑事普通訴訟程序的第 PCS-043-04-1 號案，並已於 2004 年 9 月 17 日根據下列的獲證和未獲證事實，對案中被審的嫌犯(甲)作出了一審裁判，判其一項未遂的澳門《刑法典》第 198 條第 2 款 e 項所規定的加重盜竊罪罪名成立，處以 3 年零 3 個月的有期徒刑，一項《刑法典》第 311 條所規定的抗拒罪罪名成立，處以 3 年零 6 個月的有期徒刑，一項由《刑法典》第 262 條第 1 款與 11 月 8 日第 77/99/M 號法令所核准的《武器及

彈藥規章》第 1 條第 1 款 a 項和 e 項及第 6 條第 1 款聯合規定及處罰的持有禁用武器罪罪名成立，處以 4 年的有期徒刑，及一項未遂的《刑法典》第 128 條和第 129 條第 2 款 h 項所規定及處罰的加重殺人罪罪名成立，處以 9 年的有期徒刑，並在合併這四項刑期下，一共處以 15 年的單一有期徒刑(見一審葡文判決書的內容)：

經庭審獲證的事實：

2003 年 11 月，準確日期不詳，嫌犯(甲)偷渡來澳，然後一直非法逗留澳門。

2004 年 1 月 26 日，約凌晨 3 時許，嫌犯帶備上述曲尺手槍、一把黑色剪刀、一個羊角鎚、一個 YUQUIER 牌黑色袋、一個 ERENA 牌黑色袋、一個螺絲批、一排三張 BANITORE 牌膠布、一卷膠紙、一個手扣及一支藍色手電筒等工具(參見卷宗第 3 及 4 頁)，往本澳營地大街 X 號 XX 商業大廈 XX 超級市場，目的是進行爆竊。

嫌犯用螺絲批撬開 XX 超級市場的後木門，隨即進入該超市內欲搜掠有價值物品，但突然聽到防盜警鐘響起，於是便試圖逃走。

然而，嫌犯見外邊有人，難以逃離，故迅速躲進該超市五樓的廁所內。

此時，正在營地大街 XX 商業大廈附近執行反爆竊行動的數名治安警員聽到防盜警鐘的響聲，立即走近 XX 商業大廈進行調查，並發現該大廈位於公局市西街一邊的 XX 超級市場後門閣樓之窗口有被毀損之痕跡，故懷疑有人進入該超市盜竊。

於是，警員們便進入 XX 商業中心接觸當值管理員(乙)(身份資料參見卷宗第 1 頁)，並由(乙)帶領警員到位於該商業中心之 XX 超級市場內進行搜查。

警員在 XX 超級市場後門發現有被爆格毀損之痕跡，遂懷疑嫌犯仍然逗留在超級市場內，於是警員繼續在超級市場內搜查，隨後搜獲一把黑色剪刀、一個羊角鎚、兩枝綠色手柄的螺絲批等作案工具(參見卷宗第 3 頁)。

之後，警員繼續在管理員(乙)的帶領下在該超級市場內逐層搜查。

在搜查至五樓時，管理員(乙)首先發現嫌犯右手持有一枝黑色曲尺手槍躲藏在男廁內，於是管理員立即退開，讓在場警員進內捉拿嫌犯(參見卷宗第 23 頁之現場繪圖)。

基於嫌犯持有手槍，所以警員們便拔出配槍戒備並喝令嫌犯放下手持的黑色曲尺手槍。

此時，嫌犯衝出廁所試圖逃走，並持手槍指向警員(丙)及按動手槍之扳機企圖射向該名警員。

但嫌犯之手槍當時並沒能發射出子彈。

與此同時，警員(丙)向天鳴槍一響示警，但嫌犯並沒有理會該名警員之警告，並再次用手槍指向警員(丙)，意圖再次射擊。

基於警員(丙)感到自己有生命危險，所以向嫌犯正面發射第二槍，但並沒有擊中嫌犯(參見卷宗第 24 頁之現場繪圖)。

此時，嫌犯再一次衝出廁所，撲向另一名在門外戒備之警員(丁)。

警員(丁)被嫌犯撞致失去重心並被嫌犯從後用左手勒著頸項，同時嫌犯用右手所持之手槍指向警員(丁)右邊前額頭，意圖挾持警員。

與此同時，警員(丁)立刻用右手之食指按著嫌犯手上持有手槍之撞鎚，企圖制止該手槍之機械運作。

在糾纏期間，嫌犯曾嘗試按動手槍之扳機，但由於嫌犯之手槍被警員(丁)之右手手指按著手槍之撞鎚，所以未能成功發射。

及後，嫌犯成功把警員(丁)之右手手指拔開。

基於現場情況危急及警員(丁)面臨生命危險，故警員(戊)立即用配槍向嫌犯腹部開槍。

嫌犯被擊中腹部後，仍嘗試作出反抗，但最終被警員制服。

嫌犯持槍以暴力對上述警員的拘留行動作出反抗過程中，共造成五名警員身體多處受傷。

警員(戊)的直接檢驗報告及法醫學鑑定書載於本卷宗第 7 頁及 95 頁，在此被視為全部轉錄。

警員(丙)的直接檢驗報告及法醫學鑑定書載於本卷宗第 8 頁及 94 頁，在此被視為全部轉錄。

警員(丁)的直接檢驗報告及法醫學鑑定書載於本卷宗第 9 頁及 93 頁，在此被視為全部轉錄。

警員(己)的直接檢驗報告及法醫學鑑定書載於本卷宗第 10 頁及 92 頁，在此被視為全部轉錄。

警員(庚)的直接檢驗報告及法醫學鑑定書載於本卷宗第 11 頁及 91 頁，在此被視為全部轉錄。

根據載於本案卷第 95 頁之臨床法醫學意見書，警員(戊)之傷患需 3 日康復，期間喪失工作能力，屬身體完整性受普通傷害。

根據載於本案卷第 94 頁之臨床法醫學意見書，警員(丙)之傷患需 3 日康復，期間喪失工作能力，屬身體完整性受普通傷害。

根據載於本案卷第 93 頁之臨床法醫學意見書，警員(丁)之傷患需 3 日康復，期間喪失工作能力，屬身體完整性受普通傷害。

根據載於本案卷第 92 頁之臨床法醫學意見書，警員(己)之傷患需 1 日康復，期間喪失工作能力，屬身體完整性受普通傷害。

根據載於本案卷第 91 頁之臨床法醫學意見書，警員(庚)之傷患需 1 日康復，期間喪失工作能力，屬身體完整性受普通傷害。

嫌犯在進入 XX 超級市場過程中，毀壞了該超級市場的木門，損失價值約澳門幣 3,500 元。

嫌犯如果成功爆竊該超級市場及其寫字樓夾萬內之現金，將至少損失澳門幣 76,000 元。

嫌犯在自由、有意識的情況下，故意實施上述行為。

嫌犯存有將他人之動產據為己有之不正當意圖，以破毀之方式，侵入他人之商業場所，目的是取去他人之動產，但是，由於嫌犯意志以外的原因，致使其目的未能得逞。

嫌犯明知有關警員正在執行職務，但是，為反抗該等警員作出與執行職務有關的行為，對該等警員施以暴力並造成他們身體受傷。

明知不符合法定條件，持有及隨身攜帶禁用武器，而該武器可被用作攻擊他人身體之工具。

嫌犯在持槍對抗警員及拒捕過程中，多次用槍指向警員並多次按動手槍之扳機，意圖殺害有關警員，但是，由於嫌犯意志以外的原因，其殺害有關警員之目的或意圖未能得逞。

嫌犯完全知悉其行為是本澳法律所禁止和處罰的。

嫌犯在內地無業。

已婚，並需負責妻子和一名兒子的生活。

嫌犯自認部份的指控事實，並屬初犯。

XX 超級市場希獲賠償其損失。

XX 超級市場。

經庭審後仍未獲證的指控事實：

2003 年 12 月，準確日期不詳，嫌犯在本澳東望洋一空置樓房單位拾獲一支曲尺手槍(參見卷宗第 4、第 124 至 128 頁)。

至中國農曆春節期間，嫌犯因沒有錢回家，於是萌生盜竊念頭。

嫌犯不服上述一審有罪判決，現透過其義務辯護人向本中級法院提出平常上訴，並在其提交的上訴理由闡述書中作出如下總結：

「.....

1. 上訴人(甲)被原審法院合議庭判處其以直接正犯及未遂的情況下觸犯了一項澳門<<刑法典>>第 198 條第 2 款 e)項規定及處罰之犯罪，判處三年三個月徒刑；以直接正犯及既遂的情況下觸犯了一項澳門<<刑法典>>第 311 條規定及處罰之犯罪，判處三年六個月徒刑；及以直接正犯及未遂的情況下觸犯了一項澳門<<刑法典>>第 262 條第 1 款規定及處罰之犯罪，判處四年徒刑；及以直接正犯及未遂的情況下觸犯了一項澳門<<刑法典>>第 128 條及第 129 條第 2 款 h)項規定及處罰之犯罪，判處九年徒刑。**在併合後，上訴人被判處十五年徒刑。**。由於上訴人不認同有關裁判，故提起本上訴予以針對該裁決。
2. 上訴人認為合議庭在形成心證時違反經驗法則(澳門刑事訴訟法典第 114 條)，在認定事實方面存有瑕疵(澳門刑事訴訟法典第 400 條第 2 款)以，在適用法律方面之問題，以及量刑過重為依據。
3. 上訴人一認為，即使認定其有按動手槍之板機，但其確沒有殺人之意圖，其只是欲對警員作出威嚇而已，並不存在殺人之目的，明顯地，一個人的思想及意圖，只有當時人最為清楚，而外人只可以從行為人之實質行為中推斷而得知，在這，從上訴人已被合議庭視為證實之事實中，嫌犯曾多次開槍，分

別於衝出廁所時，面向警員(丙)及與警員(丁)糾纏時，但在三次被視為按動手槍扳機之行爲中，並沒有一次是直接說明嫌犯有殺害警員之意圖，其目的只爲逃離現場。

4. 同時，在上訴人之手槍上只有一發子彈，且手槍是已生鏽，這是在卷宗內有所記載的，雖然現場執行職務之五名警員都不知道這一事實，但是，持手槍的上訴人毫無疑問是很清楚這一點的，上訴人亦知道該手槍是不能順利發射，爲何其仍有殺害五名持有手槍之警員的意圖，這明顯地違反了一般人之意想，亦並非一個普通之人會做出這一行爲，因爲上訴人清楚知道，即使其手槍內之子彈可以發射，其可以傷害或殺害之警員，最多只有一人，但當真的是這樣，當第一名警員被擊中後，其餘四名警員必須地向其開槍，屆時其必會中槍而死亡或受傷，試問他又怎會這樣愚蠢呢!
5. 另外，意圖(intenção)在法律上解釋，應是行爲人明顯地存有一個詳細之計劃，在合議庭之裁判中說明上訴人有殺害警員之意圖，即說明上訴人一早已已有殺害警員之計劃，但從客觀事實來看，上訴人到超級市場之目的，目的爲盜竊，並非爲了殺害警員，很自然地，或者是按照經驗法則，當行爲人遇見警員時，其都會千方百計逃離現場，而並不是留在現場與警員發生正面衝突，相信這是所有犯罪者的想法，亦很自然地，上訴亦會如過一般行爲人般，只存有逃離現場之意圖，即上訴人早已計劃，當其到超級市場盜竊被發現後，其會千方百計逃離現場，而共不會有計劃與警員發生衝突及殺害警員，因此，按照經驗法則、過往之習慣及犯罪者慣常之心理，很容易便會推定出上訴人當時只存有逃走之意圖，而並非存有殺害警員之意圖。而故合議庭法官在形成心證時，從上訴人之客觀行爲，推斷上訴人是有殺害警員之意圖，明顯地違反了常理及、生活之經驗法則及犯罪者慣常之心理。

6. 在認定行為人存有殺人之故意時，必須要證明一點，便是其真的有計劃去殺害他人，即使是偶然之故意，亦不可以單單從其客觀行為而推定其存有殺人之意圖，而合議庭只從其客觀行為就作出其有殺人意圖之認定，這明顯違反了傳統學說之見解，如德國學者 Hans-Heinrich Jescheck 及 Thomas Weigend 著作。
7. 按照德國學者 Hans-Heinrich Jescheck 及 Thomas Weigend 著作之例子，結合上訴人當時之情況，其手持武器，根本自己都不能清楚地知道自己正在想做什麼，到底是想用槍威嚇從而達到逃走之目的，還是殺害阻止其逃走之人，故應視上訴人沒有殺人之故意，而原審法院合議庭並沒有這樣認為，違反了傳統之經驗法則。
8. 綜上所述，上訴人認為原審法院合議庭之裁判違反了《澳門刑事訴訟法典》第 114 條之規定，因此，應視上訴人存有殺害警員意圖之事實未能證實，從而未能證實上訴人具有殺人之意圖，因欠缺殺人罪之犯罪要件，故應開釋上訴人未遂之加重殺罪。
9. 即使尊敬的合議庭法官不認同上訴人上述見解，上訴人仍認為原審法院合議庭裁判方面存有一項獲證事實不足以支持裁判之瑕疵。
10. 在整個案件中，從已獲證之事實中，得知上訴人曾多次向警員開槍，但每次對象及情況都不一樣，而在最終，合議庭認為上訴人有意圖要殺害所有警員“com intenção de matá-los”，而在事實之描寫中，亦沒有明確表明上訴人究竟有意圖殺害誰人。
11. 在殺人罪內，為保護之法益為人之生命權，而此生命權是每一個人都有的，而當行為人侵害了受害人之生命權時，其將會被處以殺人罪，但問題在於這生命權是每一個人都有的，而在被視為證實之事實中，從未有指明上訴人到

底是侵害那一位警員之生命權，因此，上訴人認為在合議庭必須在既證之事實中，**明確表明其所殺害之人到底是誰**，否則，應視原審法院合議庭裁判未能完全符合未遂殺人罪之要件 **一行為人對犯罪特定客體之決意及行為人開始實行其決意之行爲**，從而視上訴人**未遂之加重殺人罪**未得以成立。

12. 另外，在被視為證實之事實中，尚有一個很大之疑問，就是原審法院合議庭在認定事實“**嫌犯在持槍對抗警員及是拒捕過程中，多次用槍指向警員並多次按動手槍之扳機，意圖殺害有關警員**，但是，由於嫌犯意志以外之原因，**其殺害有關警員之目的或意圖未能得逞**”時，只證明了上訴人有殺害警員之意圖，但在殺人罪當中，尤其是未遂之殺人罪，按照傳統之學說見解，必須要求具有直接或必然故意，才可以被處以未遂之殺人罪，但在既證事實中，只證明了上訴人有意圖殺害警員，但從沒有說明上訴人是符合澳門刑法典第13條中之那一款，到底是直接故意、必然故意，還是偶然故意？
13. 上述之故意，可以從被證實之事實中按邏輯推出，從而應被為偶然故意(dolo eventual)，若不這樣理解，將原審法院之合議庭裁判理解為直接故意或必然故意，即上訴人在行為時明知會導致死亡結果之發生，即在被視為證實之事實中，可能存有明顯之矛盾，因上訴人在第一次按動扳機時，明顯地表示其**試圖逃走**，逃走之目的明顯地殺人之直接或間接故意存有矛盾，而在第二次按動扳機時，其亦**在糾纏間**，在混亂之情況，同時又證明其有殺人之直接或間接故意，這亦明顯地存有矛盾之地方。
14. 從葡國終審法院合議庭裁判中及其他著名學者之見解中，都明確表明了偶然故意與犯罪未遂是不可以同一時間出現的。亦有學者認為，如犯罪未遂之情況，必須證明行為人已有一個完全符合罪狀之計劃，並開始實行，才可以處自以犯罪未遂。

15. 上訴人十分認同上述學者之見解終審法院裁判之見解，關於犯罪之未遂行為，必須是行為人在實施犯罪行為之前，已有一個符合罪狀之計劃，而當行為人開始實施其符合罪狀之計劃時，只要非因其己意而未能達致其想達致之結果，則無論因何原因而未能達致犯罪既遂時，其行為已視為該罪狀之未遂情況，但在既證事實中，並未能證實上訴人有殺害警員之計劃，亦無明確表明上訴人如何實行其殺害警員之計劃，只是抽象地證明了上訴人具有殺害警員之意圖，這明顯地未能符合上述學者之見解。
16. 在刑法典第 21 條規定之犯罪未遂，其中一個要件為行人為必須有犯罪決意，而且雖開始執行該決意，但在執行中未因其己意而未能達致既遂，即行為人之犯罪為未遂，在這，必須強調的是行為人必須具有決意，即行為人必須有詳細計劃如何實行該犯罪決意。
17. 然而，在偶然故意中，行為人根本並沒有犯殺人罪之決意，只是其客觀行為可能會產生符合殺人罪狀之結果，而行為人並沒有因避免該結果之發生而中止其行為，從而接受有可能發生之後果，這明顯地，行為人在接受該可能符合殺人罪罪狀之結果時，其並沒有任何決意要實施符合殺人罪罪狀之犯罪，更談不上其有計劃去實施其犯罪決意，基於此，上訴人認為被視為獲證之事實，並不足以構成未遂之加重殺人罪。
18. 綜上所述，原審法院合議庭違反了澳門《澳門刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 的項之規定，請求尊敬的中級法院合主議庭法官 閣下開釋上訴人未遂之加重殺人罪，或根據第 418 條第 1 款之規定，將卷宗發還重審。
19. 即使尊敬的合議庭法官不認同上訴人上述見解，上訴人仍認原審法認定上訴人觸犯了一項未遂之加重殺人罪，一項持有禁用武器罪及一項抗拒反脅迫罪，之裁判在適用法律時存有瑕疵。

20. 上訴人認為，如原審法院合議庭認為實施了一項未遂之加重殺人罪，而其在適用法律時，是引用了澳門刑法典第 129 條第 2 款 h)項之規定，予以加重情節，在這一項所指的是，行為人殺害之對象為公務員，且是在其執行職務期間或因其執行職務之原因而作出，在本案之既證事實中，毫無疑問上訴人確曾對在執行職務之警員有所襲擊，但上訴人因在這一次襲擊行為，被判處一項抗拒及脅迫罪及用作殺人罪之加重情節，這應違反了一事不二審之大原則。
21. 在刑法典第 129 條第 2 款 h)項中，立法者之所以訂定這一加重情節，是認為行為人對執行職務之公務員作出襲擊時，明顯是為了對抗公務員執行職務作出反抗，並導致死亡，很自然地，其必須對執行職務之公務員使用武力或威嚇才可以符合這條 h)項之加重情節，在這，立法者訂定這加重情節時，已充分考慮了行為人將會違反公共當局的法益，而具體地用條文表現出來。
22. 另外一個值得注意的是，上訴人持有手槍之禁用武器，且被原審法院合議庭認為符合刑法典第 262 條第 1 款之規定。在這，上訴人則認為原審法院合議庭無將該事實適用澳門刑法典第 129 條第 2 款。項之規定，在這，明顯地提到“顯現出實施公共危險罪之方法”，而在 M.Legal-Henriques e M.Simas Santos 亦認為應包括刑法典第 262 條之情況。
23. 上訴人亦認同上述作者之見解，持有禁用武器，很明顯地是被編排在公共危險罪之編幅內，這是毫無疑問的。這一項犯罪是公共危險之犯罪，立法者在訂定刑法典第 129 條第 2 款 f)時，所用之字句如下，“顯現出實施公共危險罪之方法”，這很明確地表示了只有行為人在實施殺人罪時，使用了任何關於澳門刑法典第 262 條及續後數條規定之方法，或同時符合了公共危險罪之犯罪要素，即可被處以加重情節，但基於一事于二審之原則，沒有可能當行

爲人只作也一個行爲，但其行爲同時被處以一犯罪及另一犯罪之加重情節，這明顯地違反了一事不二審之原則。

24. 而在傳統之學理上，包括葡國及德國之著名學者，均認爲這些是表象競合的特別關係，應適用特別法優於一般法之適用(*lex specialis derogat legi generali*)之原則，從而將較輕之犯罪包含在既有之犯罪中。
25. 綜上所述，上訴人認爲原審法院合議庭違反了競合犯罪之表象競合，違反了傳統之學理見解，違反了刑事訴訟法典第 400 條第 1 款之規定。原審法院合議庭應把持有禁用武器罪、抗拒及脅迫罪納入未遂之加重殺人罪，而前兩者之刑罰亦因吸收而不再存在。即原審法院合議庭應開釋上訴人觸犯單項持有禁用武器罪反抗拒及脅迫罪。
26. 即使中級法院合議庭認同上述全部或部份見解，上訴人仍認爲原審法院合議庭在確定刑罰份量方面是偏高(重)的。
27. 原審法院合議庭之裁判之既證書實中，認爲“嫌犯是初犯及部份承認事實。”
28. 根據澳門刑法典第 40 條之規定，科處刑罰旨在保護法益及使行爲人重新納入社會及根據澳門刑法典第 65 條之規定在刑罰份量之確定方面，上訴人有如下認爲。
29. 針對第一項犯罪，爲未遂之加重盜竊罪，就此條控罪，嫌犯毫無保留的自認了，而按照刑法典第 198 條第 2 款 e)項之規定，刑幅爲二至十年，但由於是行爲未遂，根據刑法典第 22 條引用第 67 條之規定，按照第 67 條第 1 款 a) 項及 b)項之規定，刑幅應改爲一個月至六年八個月，根據刑法典第 65 條之規定，尤其是上訴人已承認有關事實，在本案中，未能嚴重之後果，上訴人

為初犯等情況，判處上訴人三年三個月之徒刑，明顯是較重之刑罰，基於此，上訴人認為，**判處其兩年六個月之刑罰**，應已相當合適。

30. 關於上訴人被處以之一項抗拒及脅迫罪，刑幅為一個月至五年，按照刑法典第 65 條之規定，尤其是上訴人已承認有關事實及為初犯，在本案中，未達致嚴重之後果，而抗拒對警員亦未造成嚴重之損害，判處上訴人三年六個月之徒刑，明顯為過重之刑罰，基於此，上訴人認為，**判處一年九個月之刑罰已相當適合**。
31. 關於上訴人被處以之一項持有禁用武器罪，刑幅為二個月至八年，按照刑法典第 65 條之規定，尤其是上訴人已承認有關事實及為初犯，在本案中，未達嚴重之後果，雖然其所持之為槍械，但明顯已運作不能，這可以從卷宗第 124-128 頁之鑑定報告中得知，再者，其所持有之槍械，雖然表上具有高度危險性，但實質上已基本不能運作，故其對公共社會安全帶來之危險性是非常之輕微的，況且，事實上，該槍械確因機件問題而從未對任何人產生危險。故此，判處上訴人四年之徒刑，明顯為過重之刑罰，基於此，上訴人認為，**判處兩年九個月之刑罰已相當適合**。
32. 關於未遂之加重殺人罪，根據刑法典第 129 條第 2 款 h)項之規定，刑幅為十五至二十五年，但由於是行為未遂，根據刑法典第 22 條引用第 67 條之規定，按照第 67 條第 1 款 a)項及 b)項之規定，刑幅應改為三年至十六年八個月，按照刑法典第 65 條之規定，其故意程度應為較低，同時，上訴人在現場之情緒，只想逃離現場，而作出了一些過當之行為，故在情節上應為相當輕微。故此，判處上訴人九年之徒刑，明顯為過重之刑罰，基於此，上訴人認為，**判處六年之刑罰已相當適合**。

33. 根據經合刑法典第 71 條作合併後，刑幅應為六年至十三年之徒刑，而在重新按照上訴人在本案之態度，其並沒有造成任何嚴重之後果，除未遂之加重殺人罪外，承認其餘犯罪，整體故意程度亦不算高，因此，判處上訴人八年三個月之徒刑應已相當適合。
34. 合議庭無充份考慮上述情況，故此，除獲給予應有之尊重外，上訴人認為原審法院合議庭無充份考慮上訴人的現況而在確定刑罰份量方面偏重，故此，合議庭之裁判違反了澳門刑法典第 40 條及第 65 條的規定。」

（見載於案件卷宗第 243 至 250 頁的內容原文）。

就嫌犯的上訴，檢察院行使了澳門《刑事訴訟法典》第 403 條第 1 款所賦予的權利，在對上訴作出答覆時，反對上訴人的大部份主張，而祇認同有減刑的空間（見載於案件卷宗第 256 至 260 頁的葡文上訴答覆書的內容）。

案件卷宗被移交予本中級法院後，駐本審級的尊敬的助理檢察長依照《刑事訴訟法典》第 406 條的規定，對之作出了檢閱，表示維持當初由其擬就的上訴答覆書的立場。

隨後，本上訴案的裁判書製作人依照《刑事訴訟法典》第 407 條第 3 款的規定，對卷宗作出了初步審查，認為本院可對上訴的實質問題作出審理。而本合議庭的其餘兩名助審法官亦相繼依照《刑事訴訟法典》第 408 條第 1 款的規定，對卷宗作出了檢閱。及後，合議庭依照《刑事訴訟法典》第 411 和第 414 條的規定，對本案舉行了聽證，其間檢察院

和上訴人即嫌犯的各自代表均有對上訴的標的作出口頭陳述（見載於卷宗的是次聽證紀錄）。

現須於下文具體處理本上訴。

## 二、 本上訴裁判書的判決依據說明

首先，須在此指出：本上訴法院祇解決上訴人在其上訴理由闡述書的總結部份所具體提出和框劃的問題（此一見解尤其已載於本中級法院第 58/2004 號案的 2004 年 3 月 25 日的裁判書、第 33/2004 號案的 2004 年 3 月 4 日的裁判書、第 297/2003 號案的 2004 年 2 月 12 日的裁判書、第 266/2003 號案的 2003 年 12 月 11 日的裁判書、第 214/2003 號案的 2003 年 10 月 23 日的裁判書、第 130/2002 號案的 2002 年 10 月 24 日的裁判書、第 47/2002 號案的 2002 年 7 月 25 日的裁判書、第 63/2001 號案的 2001 年 5 月 17 日的裁判書、第 18/2001 號案的 2001 年 5 月 3 日的裁判書、第 130/2000 號案的 2000 年 12 月 7 日的裁判書和第 1220 號案的 2000 年 1 月 27 日的裁判書內），以及即使在刑事性質的上訴案中，亦得適用 JOSÉ ALBERTO DOS REIS 教授在其 Código de Processo Civil Anotado, Vol. V (reimpressão), Coimbra Editora, 1984 (民事訴訟法典註釋，第五冊(再版)，葡萄牙科英布拉出版社，1984 年) 一書中第 143 頁所闡述的如右學說：“當訴訟當事人向法院提出某一問題時，必在每一處借助多種理由或理據以支持其觀點的有效性；對法院而言，所須做的是要對所提出的問題作出決定；法院並無責任去審議當事人賴以支持其請求的所有理據或理由。”（原著

葡文為：“Quando as partes põem ao tribunal determinada questão, socorrem-se, a cada passo, de várias razões ou fundamentos para fazer valer o seu ponto de vista; o que importa é que o tribunal decida a questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão.”）（此一見解尤其已載於本中級法院第 58/2004 號案的 2004 年 3 月 25 日的裁判書、第 33/2004 號案的 2004 年 3 月 4 日的裁判書、第 297/2003 號案的 2004 年 2 月 12 日的裁判書、第 266/2003 號案的 2003 年 12 月 11 日的裁判書、第 214/2003 號案的 2003 年 10 月 23 日的裁判書、第 130/2002 號案的 2002 年 10 月 24 日的裁判書、第 47/2002 號案的 2002 年 7 月 25 日的裁判書、第 84/2002 號案的 2002 年 5 月 30 日的裁判書、第 87/2002 號案的 2002 年 5 月 30 日的裁判書、第 63/2001 號案的 2001 年 5 月 17 日的裁判書和第 130/2000 號案的 2002 年 12 月 7 日的裁判書內，當然同一見解並不妨礙上訴法院在認為適宜時，就上訴人在其理由闡述書總結部份所主張的任何理由發表意見的可能性）。當然，如上訴最終被裁定為成立時，本法院還得按照《刑事訴訟法典》第 393 條第 3 款的規定，對原審判決依法作出相應和必要的改動。

經研究一審判決的事實和法律依據及載於卷宗內的相關材料後，現在就讓本院逐一解決上訴人所提的種種問題。

上訴人首先指責原審法院在審議證據時犯下明顯的錯誤，因一審的合議庭在認定其具殺人意圖時，明顯違反了人們在這方面的經驗法則。

好了，在分析一審判決內所列明的獲證事實，本院認為嫌犯當時確實祇想透過拉下扳機的手槍指嚇有關警員而達到逃走和拒捕的目的。

然而，由於其第一次的持槍（註：而該槍亦非人們一看便知的玩具槍）指向警員（丙）頭部的指嚇手法，對具有一般正常理解能力且假設身處那千鈞

一髮的具體情況的人來說，實在有可能導致該警員死亡的結果，故嫌犯的這一犯罪行為應以未遂的加重殺人罪論處(見《刑法典》第 129 條第 1 款和第 2 款 h 項的有關規定)，即使他“原先”的用意祇想拒捕逃走亦然，因為根據人們的一般經驗法則，並不能完全排除嫌犯當時真的突然想起(至少以必然故意)殺掉該名警員，以利其逃離作案現場。如此，我們實不能認為原審合議庭在認定嫌犯有殺警意圖時犯下明顯的錯誤。

此外，根據一審判決書內所指的獲證事實的上文下理，嫌犯祇成功地針對(丙)警員拉下手槍的扳機，而未能亦針對(丁)警員拉下手槍扳機，因此有關“意圖殺害有關警員”的既證事實的文字表述應便理解為意圖殺害(丙)警員。如此，原審判決並未犯下“獲證事實不足支持殺警未遂罪罪名被裁定成立”的毛病。

至於上訴人所持的另一個有關原審法院違反“一事不二審”原則的上訴理據，本院認為其持槍的行為的不法性(註：持有禁用的槍支在刑法學說來說，屬實施公共危險罪的行為)在本案的案情中應被視為已吸納於有關意圖殺害正在執行職務的(丙)警員的加重殺人罪狀中(見《刑法典》第 129 條第 2 款 f 項末段所亦指的加重情節)。因此法院不應再以持有禁用武器的罪名論處嫌犯。

至於有關抗拒罪是否亦應被視為已吸納於《刑法典》第 129 條第 2 款 h 項所指的構成加重殺人罪的犯罪情節的問題，我們所持的立場是否定的，這是因為根據原審所認定的獲證事實，嫌犯亦有以暴力方式抗拒(丙)以外的另四名警員的拘捕行為。如此，嫌犯實應獨立地亦被判以一項抗拒罪罪名成立。

最後，我們還需處理量刑的問題。由於基上所述持有禁用武器的罪名已不再成立，故祇須在此考慮其他三項已被原審法院裁定成立的罪行的刑罰的合理性。

為此，本院經衡量一審判決書內的有關情節，尤其考慮到嫌犯是以非法移民身份犯下有關罪行(註：按照5月3日第2/90/M法律(即澳門《非法移民法》)第14條第2款的規定，對以非法移民身份在本地犯有澳門一般刑事法例所規定罪行的人士，法院應從重量刑)，認為尤其根據《刑法典》第40條第1和第2款及第65條第1和第2款a項和b項的規定，原審法院就加重盜竊未遂罪、抗拒罪和加重殺人未遂罪的量刑至為適當不過。然而，在這三項罪行依照同一法典第71條第1和第2款的規定並罰下，本院認為嫌犯仍需服11年的單一有期徒刑。

### 三、 判決

綜上所述，本合議庭裁定嫌犯(甲)的上訴理由部份成立，因而廢止初級法院一審判決內有關判其以正犯身份犯有的一項《刑法典》第262條第1款尤其所指的持有禁用武器罪罪名成立的部份，改判嫌犯原被檢察院指控的這項罪名不成立，另在維持其他罪名和相關刑罰下，改判對嫌犯(甲)處以拾壹年的單一有期徒刑。

對本上訴案嫌犯須負責與其上訴理由不成立部份相應的訴訟費用，當中包括3個訴訟費用計算單位(即澳門幣壹仟伍佰圓)的司法費。

嫌犯的義務辯護人應得澳門幣壹仟貳佰圓的辯護費，一半由嫌犯負責，另一半則由終審法院院長辦公室支付。

澳門，2004 年 12 月 14 日。

裁判書製作人 陳廣勝

第二助審法官 賴健雄

第一助審法官 José Maria Dias Azedo（司徒民正） - vencido nos termos de declaração de voto que segue em anexo.

**Declaração de voto**

Por maioria de votos e entendendo-se que o crime de “homicídio qualificado” consumia o crime de “detenção de arma proibida”, decidiu-se absolver o arguido ora recorrente do referido crime de “detenção de arma proibida”, (p. e p. pelo artº 262º nº 1 do C.P.M., pelo qual tinha sido o dito arguido também condenado pelo Colectivo do T.J.B.).

Sem embargo do muito respeito devido ao douto entendimento assim assumido pelos meus Exmºs Colegas, (e como tenho vindo a entender em situações análogas; cfr. a Decl. de voto que anexeï ao Ac. de 11.09.2003, Proc. nº 154/2003, e cujo teor aqui dou como reproduzido), sou de opinião que se devia confirmar (“in totum”) a decisão recorrida, mantendo-se a condenação do arguido ora recorrente como autor da prática em concurso de ambos os mencionados crimes, (aliás, tal como se decidiu, v.g., nos Acórdãos do S.T.J. de 08.02.1984, e, mais recentemente, de 14.11.2002 e de 16.11.2003, Procs. nº 37241, 02P3316 e 03P3180, in B.M.J. 334º-258 e “www.dgsi.pt/jtsj”, e, no mesmo sentido, E. Correia in B.M.J. nº 285º-10).

Importa ter presente que o crime de “homicídio” e o de “detenção de arma proibida” tutelam “interesses jurídicos distintos”, e que este crime de “detenção de arma proibida”, como “crime de perigo” que é, consuma-se

logo que o agente detem a arma, sendo um crime permanente, punindo-se a guarda, detenção e porte da arma, não se exigindo o seu efectivo emprego ou utilização, e não existindo um crime dessa espécie em cada utilização da arma pelo agente.

Para além e sem prejuízo do que se deixou consignado, mostra-se de ponderar ainda que o crime de “homicídio” não é qualificado em resultado da utilização de arma proibida no seu cometimento, mas sim pela “especial censurabilidade ou perversidade” revelada pelo seu agente, certo sendo também que as circunstâncias exemplificativamente enunciadas nas diversas alíneas do artº 129º nº 2 do C.P.M., são meros elementos da culpa (e não do tipo), não funcionando automaticamente, mas apenas se no caso concreto revelarem “especial censurabilidade ou perversidade do agente”, o que, por sua vez, quer dizer que desde que se verifique tal “circunstância”, está-se perante um crime de “homicídio qualificado” mesmo que não se verifique qualquer dos “indicadores” ínsitos no nº 2 do citado artº 129º.

Na verdade, visando os crimes de perigo comum uma pluralidade indeterminada de bens jurídicos, a efectiva lesão de um (no caso, a vida) não apaga o perigo a que estiveram expostos, (por via da arma), os restantes, nomeadamente, a vida, a integridade física, a tranquilidade, a liberdade e até o património de muitas outras pessoas.

Macau, aos 14 de Dezembro de 2004

***José Maria Dias Azedo***