

第 57/2013 號案件

刑事訴訟程序上訴

上訴人：甲

被上訴人：檢察院

主題：強姦罪·重要之性侵犯罪·吸收·《刑法典》第 166 條第 3 款·《刑法典》第 157 條第 1 款·連續犯罪·可相當減輕行為人罪過的同一外在情況的誘發

裁判日期：2013 年 11 月 13 日

法官：利馬(裁判書制作法官)、宋敏莉和岑浩輝

摘要：

一、以暴力方式實施的《刑法典》第 166 條第 3 款所規定和處罰的對未滿 14 歲之人的性侵犯(性交)罪被《刑法典》第 157 條第 1 款規定和處罰的強姦罪所吸收。

二、罪行連續性的根本前提是存在一種來自外部並且在相當程度上方便了犯罪活動的再次出現，使得對行為人以不同的方式行事，亦即依法行事的可要求性漸趨減低的關係。

三、法院在審查連續犯罪的要件，尤其是受同一外在情況的誘發使得行為人的罪過得到相當減低這一要件是否得到滿足時應該尤其嚴格。

裁判書制作法官

利 馬

澳門特別行政區終審法院

合議庭裁判

一、概述

初級法院合議庭透過 2013 年 3 月 8 日的合議庭裁判，裁定被告甲為實質正犯，以既遂和競合的方式觸犯了：

— 5 項《刑法典》第 146 條第 1 款 a 項規定和處罰的虐待未成年人罪，每項判處 3(叁)年徒刑；

— 1 項《刑法典》第 166 條第 3 款及第 171 條第 1 款 a 項規定和處罰的對兒童之性侵犯罪(加重)，判處 9(玖)年徒刑；

— 2 項《刑法典》第 166 條第 3 款及第 171 條第 1 款 a 項規定和處罰的對兒童之性侵犯罪(加重)，每項判處 6(陸)年徒刑；

— 1 項《刑法典》第 157 條第 1 款 a 項及第 171 條第 1 款 a 項規定和處罰的強姦罪(加重)，判處 9(玖)年徒刑；

— 1 項《刑法典》第 158 條及第 171 條第 1 款 a 項規定和處罰的 (加重)性脅迫罪，判處 5(伍)年徒刑。

數罪併罰，判處被告 24(貳拾肆)年的單一徒刑，並向被害人乙(輔助人及民事賠償請求人)支付一筆 900,000.00(玖拾萬)澳門元的賠償金。

中級法院透過 2013 年 7 月 18 日的合議庭裁判裁定被告的上訴理由不成立。

被告仍不服，向本終審法院提起上訴，提出了以下有用結論：

被上訴判決中，上訴人對第一被害人實施了為 1 項“對兒童之性侵犯”和 1 項“強姦罪”。

基於原審判決中與第一被害人相關之已證事實，可以顯示出行為時，第一被害人並非自願的。

在法律定性上，應將“對兒童之性侵犯罪”改變法律定性為“強姦罪”。

多年來，上訴人對第一被害人作出了多次性侵犯。

該犯罪一直是基於一個獨立之犯意所支配。

針對該 2 項“強姦罪”應基於均屬由同一個獨立犯意所支配，而獲改判為僅 1 項之“強姦罪”，並重新量刑。

倘 尊敬的合議庭，不認為如此時，上訴人亦需提出如下上訴理由。

《刑法典》第 157 條所規定的“強姦罪”與第 166 條所規定的“對兒童之性侵犯罪”分別保護的法益都是廣義上的性自由。

兩罪所保護的法益是相同的，或至少屬基本相同。而且被害人同為一人。

透過原審判決及被上訴判決之事實部分可見，該等實施犯罪方式都是相同的、犯罪時間比較接近、犯罪行為全部均屬故意。

案發時，上訴人為第一被害人之父親及唯一親權行使者，並與第一被害人一同居住。

其親屬身份為上訴人實施犯罪提供了相當之便利，這是無可否認的。

其身份性質令上訴人能輕易接觸第一被害人，這是一種的獨特便利。

這種性質更為上訴人提供了實施犯罪之相當便利，此更誘使上訴人犯罪並繼而再多次犯罪。

故此，上訴人對第一被害人所實施之多次犯罪行為之罪過程度，是獲得逐漸之相當遞減，屬《刑法典》第 29 條第 2 款規定之連續犯，僅以一罪論處。

故此，被上訴判決違反《刑法典》第 29 條第 2 款之規定，屬《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款規定之違反法律的瑕疵，構成上訴依據。

被上訴判決的量刑部分僅考慮到上訴人的惡劣主觀過錯和對各被害人的身心利益帶來的嚴重負面影響等不利情節，無考慮被上訴人之有利情節。

故此，被上訴判決違反《刑法典》第 65 條第 2 款之規定，屬《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款規定之違反法律的瑕疵，構成上訴依據。

根據《刑事訴訟法典》第 390 條第 2 款規定，基於本民事損害賠償對上訴人不利數額為澳門幣 90 萬元，高於終審法院之法定上訴利益限額之半數，故此針對民事損害賠償之裁判具有可上訴性。

該民事損害賠償涉及非財產性損害，依據《民法典》第 489 條

第 3 款及第 487 條規定，訂定該賠償應適用衡平原則，並以低於所生損害之金額定出損害賠償，以及考慮按行為人之過錯程度、行為人與受害人之經濟狀況及有關事件之其他情況。

在被上訴裁判中，在訂定該民事指害賠償時，未有指出已援用衡平原則及其過程。

尤其無考慮上訴人與受害人之經濟狀況差距，是少是大。

被上訴裁判所定出之澳門幣 90 萬元，並非一個低於上訴人對被害人所造成之損害之金額。

按本案之情況，有關之民事損害賠償金額應減至不多於澳門幣 600,000 元正。

被上訴判決違反《民法典》第 489 條第 3 款及第 487 條之規定，屬《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款規定之違反法律的瑕疵，構成上訴依據。

在對上訴理由陳述所作的回應中，**助理檢察長**認為上訴理由明顯不成立。

在其意見書中，**助理檢察長**維持在對上訴理由陳述所作的回應

中已採取的立場。

二、事實

獲認定的事實如下：

1.

2003 年年中某一晚上十時左右，被告甲要求當時只有 9 歲多的大女兒乙(即第一被害人)進入其房間進行體能訓練，在第一被害人無法達到被告要求時，被告即用衣架毆打該名被害人，其後，被告強行將第一被害人的衣服扯開並在該被害人反抗的情況下，將其陽具插入第一被害人的陰道內抽插直至射精。

2.

此後至 2007 年 4 月，被告每星期都以同樣方式，在違反第一被害人意願的情況下與該被害人發生性關係。

3.

自 2007 年 5 月至 2011 年 1 月，被告以相同方式并違反第一被

害人的意願，每星期三與該被害人發生性關係。

4.

從 2011 年 1 月至同年 11 月第一被害人向治安警察局作出檢舉前，被告違反第一被害人意願，幾乎每天均強行該被害人發生性關係。

5.

2011 年 11 月 6 日上午約七時十五分，被告對按其要求進入被告房間的第一被害人聲稱“唔使做運動啦”，并隨即自行脫掉其本人的短褲；當時，第一被害人因害怕被被告毆打而自行脫掉將其鑷的褲子並在被告的床上躺下，隨後，被告將其陽具插入第一被害人的陰道抽插。

6.

2004 年 10 月 17 日晚上，因五名子女即第一被害人乙(時年 10 歲)、第二被害人丙(時年 9 歲)、第三被害人丁(時年 7 歲)、第四被害人戊(時年 5 歲)和第五被害人己(時年 11 歲)在家頑皮，被告使用麻繩毆打五名被害人，該等行為直接導致第一被害人上背部、雙臂及雙大腿多處軟組織挫瘀傷；第二被害人上腰背部、臀部、左肘、雙小

腿及雙足部多處軟組織挫瘀傷；第三被害人胸腹部、臀部、雙臂及雙小腿多處軟組織挫瘀傷，第四被害人背部、雙前臂及左下肢多處軟組織挫瘀傷；第五被害人腰背部及雙臂多處軟組織挫瘀傷，彼等均需三日時間康復(參見卷宗第 372 頁、373 頁、371 頁、374 頁和 375 頁的臨床法醫學意見書)。

7.

2005 年 1 月或 2 月某日，五名被害人乙、丙(時年 9 歲)、丁、戊和己被被告毆打，之後，在學校注射預防針時，醫務人員和學校工作人員發現五人背部有被打痕跡，彼等肩部、上半臂有多處瘀傷。

8.

2006 年 4 月 13 日晚上約十一時，被告因第五被害人己在家頑皮，即用一繩子毆打該被害人，其行為直接導致第五被害人背部及肢體多處軟組織挫傷，需 10 日時間康復(參見卷宗第 459 頁之臨床法醫學意見書)。

9.

2006 年 9 月 13 日，因第一被害人乙在學校的中文默書成績僅取得五十多分，被告為此對該被害人進行責打。

10.

2006年11月20日下午約六時，因第五被害人己不用心學習，被告使用一個掛衣架毆打該被害人，直接導致其背部、肩膊及四肢多處軟組織挫瘀傷，需11日時間康復(參見卷宗第471頁臨床法醫學意見書)。

11.

2011年6月，因被被告毆打，第五被害人己只得入住教育青年局安排的院舍。

12.

從2005年某一時段開始，被告多次藉口第二被害人即其二女兒丙(時年10歲)成績差而命令該被害人在其房內接受體能處罰，期間，被告曾將手伸入第二被害人的衣服撫摸其身體。

13.

2007年某一晚上，被告爬到第二被害人的床上，其強行脫去正在休息的該一被害人的衣服并撫摸該被害人身體。

14.

此後至 2010 年年中，被告至少二十多次以上述方式向第二被害人作出同樣行為。

15.

從 2007 年 7 月中旬開始，被告要求其所有子女早上起床後須單獨進入其房間進行體能訓練；當第二被害人某日按被告要求入內進行訓練時，被告不顧該被害人的反對，強行脫下其衣服并撫摸該被害人的胸部以及咬其乳頭。

16.

2011 年 10 月 23 日，被告再次對第二被害人作出同樣行為。

17.

從 2009 年 3 月開始，被告利用第三被害人即其小女兒丁(時年 12 歲)單獨進入其房間進行體能訓練之機，最少四次不顧其反對、強行脫下第三被害人的衣服并撫摸其身體。

18.

2011 年 11 月 6 日上午十時左右，因不滿第一被害人和第三被害人在家中閒聊，被告將兩人帶到其房中，並用一衣架擊打該兩被害

人的身體，其行為直接導致第一被害人四肢軟組織挫瘀傷，導致第三被害人左前臂及右大腿軟組織挫傷，該兩被害人分別需 3 日和 2 日時間康復(參見卷宗第 154 頁和 153 頁的臨床法醫學意見書)。

19.

被告長期多次侵害其各未成年子女的身體完整性，該等行為對彼等的身心發展和正常的生活學習造成不良影響。

20.

被告利用其個人在家中的權威，長期多次違反其未滿十四歲女兒的意願并與之發生性關係或對彼等作出重要性慾行為；

21.

被告利用其個人在家中的權威，多次違反其已滿十四歲女兒的意願并強行與之發生性關係。

22.

被告利用其個人在家中的權威，多次違反其已滿十四歲女兒的意願并強迫其忍受重要性慾行為。

23.

被告清楚知道其行為屬法律禁止，且受法律的相應制裁。

庭審期間亦證明以下事實：

1. 2003年11月10日，被告因違反《道路法典》第67條第1款和第2款和第71條規定的無證駕駛被PCT-391-03-2號輕微違反卷宗判處4個月徒刑，緩期一年執行，并判罰金澳門幣\$6,000圓，該罰金可易科32天徒刑；2012年2月17日，該一徒刑被宣告消滅。

2. 2013年1月22日，被告因觸犯《道路交通法》第89條規定及處罰之一項責任之逃避罪，被CR4-12-0384-PCS號卷宗判處2個月徒刑，緩期一年執行，另加處禁止駕駛兩個月的附加刑，該案判決於2013年2月1日轉為確定。

被告聲稱入獄前為無業，無接受正規教育，需撫養五名子女。

*

(二) 民事爭議方面的獲證事實

經庭審聽證，除與刑事控訴書內之獲證事實相符的事實視為獲證之外，本庭認為民事請求人乙在民事請求書提出的以下事實得以證實：

1. 被告的行為扭曲被害人乙的心靈發展和成長，使其對父女關係和家庭生活產生負面想法，並影響其今後的學習、社交和生活，令其失去信心和希望。

2. 被害人乙因被被告性侵而感到自己污穢不潔，其經常自我封閉，不願結識朋友和不會與人交談。

3. 被害人乙因被告的行為感到恐懼致經常半夜惡夢驚醒，其無法集中精神學習致成績變差且放學後不願回家。

4. 被害人乙的母親於 2008 年 5 月 27 日因病去世。

(三) 未證事實

經庭審聽證，本案控訴書並不存在未能證實的事實。

民事請求書內與獲證事實不相符合的事實均視為未能得以證實。

三、法律

1. 要解決的問題

上訴人辯稱，在法律定性上，應將對兒童之性侵犯罪改為強姦罪，因為從獲認定之事實顯示，在實施行為時，第一被害人是被強迫的。

此外還認為，就這兩項強姦罪而言，應當認為他是受同一個犯意所支配，因此其行為僅構成一項強姦罪。

若這一理由不獲支持，上訴人還認為他對第一被害人所實施的強姦罪和對兒童之性侵犯罪所保護的是相同的法益，因此其行為僅構成一項以連續犯罪的形式觸犯的強姦罪。

最後，他還提出了量刑的問題。

2. 法律定性·連續犯罪

要查明的問題是，被告對第一被害人實施了哪些性犯罪。

第一審法院的合議庭裁判認為，被告實施了一項《刑法典》第

157 條第 1 款 a 項及第 171 條第 1 款 a 項規定和處罰的強姦罪(加重)，以及一項《刑法典》第 166 條第 3 款及第 171 條第 1 款 a 項規定和處罰的對未滿 14 歲之人實施重要之性侵犯罪(加重)。

然而我們認為，被上訴的合議庭裁判的觀點是更為嚴謹的，該裁判指出，被告並不是實施了五項性犯罪，而是他被認定實施了多少次行為，就犯了多少項罪，也就是說，被告其實觸犯了數百項罪。

另一方面，不能說被告只有一個犯罪決意，因為根據《刑法典》第 29 條第 1 款的規定，犯罪的數目係以實際實施之罪狀個數，或以行為人之行為符合同一罪狀之次數確定。

要知道，被告從 2003 年年中到 2007 年 4 月，每週都在違背第一被害人意願的情況下與其發生性關係。由 2007 年 5 月至 2011 年 1 月，每週三次在違背第一被害人意願的情況下與其發生性關係。而從 2011 年 1 月直到同年 11 月第一被害人向治安警察局報案時為止，被告幾乎每天都在違背第一被害人意願的情況下，強迫其與自己發生性關係。

上訴人認為，他對第一被害人所實施的、被定性為《刑法典》第 166 條第 3 款及第 171 條第 1 款 a 項規定和處罰的對未滿 14 歲之人實施重要之性侵犯罪(加重)的行為其實應被定性為《刑法典》第 157

條第 1 款 a 項及第 171 條第 1 款 a 項所規定和處罰的強姦罪(加重)，因為該等行為是以暴力作出，這一觀點是正確的。對未成年人的性侵犯罪被強姦罪所吸收(PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE 著：《Comentário do Código Penal》，里斯本，天主教大學出版社，第二版，2010 年，第 539 頁)。而且，在本案中，以強姦罪處罰被告會更好地保護被侵害的利益，因為強姦罪的處罰高於對未滿 14 歲之人實施重要之性侵犯罪(加重)的處罰。

然而對這一定性不能加重刑罰，因為並沒有按照類推適用的《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款的規定作出處理，而檢察院也沒有以此為由對第一審法院的裁判提出上訴。

更何況上訴人還分別對第二和第三被害人實施了至少二十次和四一次性犯罪(相關事實記載於獲認定的事實事宜中)。

另一方面，也看不出存在可相當減輕被告罪過的同一外在情況的誘發，而這是《刑法典》第 29 條第 2 款所要求的連續犯罪的構成要件。

針對這個問題，我們曾在 2013 年 1 月 16 日於第 78/2012 號案件中作出的合議庭裁判中提到：

「如EDUARDO CORREIA¹教授所說：“……就像KRAUSHAAR在其首創的理論中所明確指出的那樣，應當從行為的外在方面和事物的外部表現上去尋找罪過之減輕的理據。因此，犯罪連續性的真正前提存在一種來自外部的、並且在相當程度上方便了犯罪活動的再次出現，使得對行為人以不同的方式行事，亦即依法行事的可要求性漸趨減低的關係²”。

而在列舉了四個屬於前文所描述的外在情況的例子之後，該教授總結道：

“然而不能忽略的一點是，以上所列舉的情況一方面並不意味著連續犯罪僅限於以上情形，另一方面也不能認為只要發生以上情形便構成連續犯罪：要對連續犯罪的範圍作出擴大或變更，必須像我們在一開始時所強調的那樣，求助於一個最終令連續犯制度得以立足的根本理念：行為人罪過的相當減輕”。

J. FIGUEIREDO DIAS³也持相同的論調：“§45 因此，正如第30條第2款所規定的那樣，不論是在行為人一系列的行為背後存在

¹ EDUARDO CORREIA 著：《Direito...》，第二卷，第209頁。

² 當然，至關重要的一點是——正如我們在總括性地探討不可要求性的問題時所強調的：參見本書第一卷，第455頁及後續頁——行為人不能是那種對外界的壓力極為敏感的人。

³ J. FIGUEIREDO DIAS 著：《Direito Penal, Parte Geral》，第一卷，科英布拉出版社，第二版，2007年，第1031頁。

整體故意或連續故意的情況，還是存在多項犯罪決意的情況⁴，都是與連續犯罪的概念不相衝突的。這並不是法律所強調的重點，重點是一跟隨從Kraushaar一直沿承到Eduardo Correia⁵的思路—該犯罪必須是在‘可相當減輕行為人罪過’的同一外在情況的驅使之下所實施的：這裡涉及到一個必須貫穿整個連續關係的‘主觀’要素”。

就有關連續犯罪中所必須滿足的罪過之減輕這一要件，MANUEL CAVALEIRO FERREIRA⁶說道：“外在情況被視為行為人犯罪動機的根源。因此，法律的意圖是解釋罪過之減輕的原因，從決意的動機入手去找尋其根本理據，而這個動機則客觀體現為誘發該動機的‘事實情形’。因此，Eduardo Correia才說，‘在某些重複作出犯罪行為的情況中，行為人罪過的減輕是我們賴以界定連續犯之範圍的根本理念’⁷。

因此，第 30 條第 2 款並不是在嚴格規定連續犯罪的客觀要件，

⁴ 在有關多項犯罪決意的這個問題上，Eduardo Correia 在其著作第二卷第 209 頁中似乎限制了這個概念，認為其包含“某些符合同一罪狀又或者，雖然符合了多個罪狀，但實際上不同的條文所保護的是同一法益——的行為，其背後又存在多項犯罪決意(因而原則上來講屬於多項違法行為的情況)”。然而，如果我們觀察某些被該作者指為連續犯的例子(上著，第 210 頁，註釋 2 及 3，以及下文§46)，便會發現這個存在“多項犯罪決意”的情況與事先存在連續故意甚至是整體故意的情況是不矛盾的。

⁵ KRAUSHAAR 著：《Beitrage zur Lehre von dem fortgesetzten Verbrechen》；《Der Gerichtssaal 12》，1860 年，第 258 頁及後續頁，EDUARDO CORREIA，註釋 2，第 283 頁及後續頁，以及第二卷，第 209 頁及後續頁。

⁶ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA 著：《Lições de Direito Penal, Parte Geral》，第一卷，里斯本/聖保羅，Verbo 出版社，第四版，1992 年，第 552 頁及第 553 頁。

⁷ 上述著作之再版，第 271 頁。

而是在告訴我們如何去發現罪過的輕微或極其輕微性。

從上述著作中可以看出這種對比：‘因此，只要發生行為人侵犯某一法益或法律價值的情況，我們便必須要置身於行為人形成犯罪動機的具體情形之中，去調查在導致其接受相關侵犯事實的價值觀框架之下是否並沒有出現一個比被侵犯的價值更高或與其處於同等地位的價值，迫使行為人作出相關行為……’⁸。」

在本案中，犯罪事實並不是在可相當減輕行為人罪過的同一外在情況的誘發下作出的。恰恰相反，事情一直都在被告的掌控之中，他可以隨時以任何方式實施強姦。

因此，不能僅以一項對第一被害人實施的連續性犯罪對被告作出論處。

3. 量刑

在這個問題上，我們不是很清楚上訴人所指的是哪項量刑，是針對每項可上訴的犯罪，即《刑法典》第 166 條第 3 款及第 171 條第 1 款 a 項(對第二和第三被害人所實施的犯罪)和《刑法典》第 157

⁸ 同上，第 234 頁至第 235 頁。

條第 1 款 a 項及第 171 條第 1 款 a 項規定和處罰的犯罪的量刑，還是數罪併罰後的量刑。

但不管怎樣，我們都認為，考慮到獲認定的事實和刑罰的幅度，所科處的刑罰並沒有不適度，而在數罪併罰中也遵守了《刑法典》第 71 條第 1 款和第 2 款的規定。

4. 民事賠償

至於民事賠償方面，我們知道被告之所以被判向第一被害人支付 900,000.00(玖拾萬)澳門元是基於案中獲得認定的事實，簡要概括如下：被告在女兒 9 歲的時候第一次將其強姦，之後更將其當成自己的性奴長達 8 年之久，直到女兒向警方報案後其行為才終止。

由於被告的行為，被害人整個個人及社會生活都受到了影響，而且這種影響有可能會伴隨被害人的一生。

出於以上的原因，再考慮到被告的行為屬於故意行為而非過失行為，我們認為應維持賠償金的數額(《民法典》第 489 條及第 487 條)。

四、決定

綜上所述，駁回上訴。

訴訟費用由上訴人承擔，司法費訂為 5 個計算單位，此外再因上訴被駁回而判處上訴人支付 2,000.00 澳門元。

指定辯護人的服務費訂為 4,000.00(肆仟)澳門元。

2013 年 11 月 13 日，於澳門。

法官：利馬（裁判書制作法官）— 宋敏莉 — 岑浩輝