

(譯本)

第 720/2018 號案

日期：2019 年 1 月 31 日

(刑事上訴)

主題：違令罪

非法集會及示威罪

控訴

不當

刑法定性之變更

辯論原則

無效

摘要

1. 控訴書須載有澳門《刑事訴訟法典》第 265 條第 3 款所指的全部內容。
2. 不遵守上述規定將導致“無效”，由於不屬於澳門《刑事訴訟法典》第 106 條所(盡數)列出的任何一種“不可補正之無效”的情況，因此它取決於爭辯，即如未能適時提出爭辯，則有關無效應視為獲補正。
3. 審判者在法院權限範圍內擁有對控訴書或起訴書的事實作出不同於該等文書所作之法律定性的自由。

法律的確定或者對所查明事實的法律歸納實際上是司法功能的核

(譯本)

心，該項功能不能受不正確定性的限制，否則將完全扭曲這項功能。

但是：

- 當變更將導致科處更高的處罰時，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是沒有用的，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，且法律定性是變為較輕罪行時，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以過失性觸犯的同樣罪行；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)。

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發生實質性變更的事宜——且鑒於澳門《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)。

(譯本)

4. 鑒於原審法院作出了“刑法定性之(實際)變更”，但並未給予嫌犯就這項變更行使辯論權的機會，所以違反了澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款的規定，構成該法典第 360 條 b 項規定之“無效”。

裁 判 書 制 作 法 官

司 徒 民 正

(譯本)

第 720/2018 號案

(刑事上訴)

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判：

概述

1. 根據初級法院的判決，裁定：

— 第一嫌犯鄭明軒(身份資料載於卷宗)以直接正犯觸犯經第 16/2008 號法律修改及重新公布的第 2/93/M 號法律(《集會權及示威權》)第 14 條第 1 款以及《刑法典》第 312 條第 2 款所規定和處罰的一項“非法集會及示威罪”，判處一百二十日罰金，每日罰金額澳門幣 230 元，總共為澳門幣 27,600 元，並可以八十日徒刑替代；及

(譯本)

— 第二嫌犯蘇嘉豪(身份資料載於卷宗)以直接正犯觸犯經第16/2008 號法律修改及重新公布的第 2/93/M 號法律(《集會權及示威權》)第 14 條第 1 款以及《刑法典》第 312 條第 2 款所規定和處罰的一項“非法集會及示威罪”，判處一百二十日罰金，每日罰金額澳門幣 340 元，總共為澳門幣 40,800 元，並可以八十日徒刑替代；(判決詳見第 522 頁至第 554 頁背頁，有關內容在此視為完全轉錄)。

*

在法院確認了第二嫌犯蘇嘉豪提出的撤訴請求後，卷宗應第一嫌犯鄭明軒提起的上訴移送至本中級法院作出審理，而在其提交的(大量)上訴陳述及結論部分，嫌犯提出了多個問題，分列如下：

“一、 控訴不當

二、 因更改法律定性而導致審判及判決無效

三、 因侵犯豁免權而導致判決及審判無效

四、 基本權利

五、 定性錯誤：示威和鼓動

(譯本)

六、第 14 條欠缺作為罪狀的獨立性

七、第 14 條作為獨立罪狀因違反罪刑法定原則而違憲

八、違反處分原則：沒有指控實施任何罪行

九、欠缺法律理據

- 不存在違反第 2/93/M 號法律的情況

十、預告：第 5 條

十一、自發示威：預告不具強制性質

十二、改變路線：不構成犯罪

十三、第 2/93/M 號法律第 2 條、第 3 條、第 4 條、第 7 條及第 8 條

十三、中斷示威(第 11 條)和命令的非正當性

十四、聽從警方命令

十五、擲紙飛機不屬犯罪和遞交信件亦不被禁止

(譯本)

十六、違反送交筆錄副本的義務

十七、對禁止的認識錯誤和對不法性的認識錯誤

十八、慎刑原則和刑法最低參與原則”(見第 672 頁至第 746 頁)

*

尊敬的助理檢察長提交了意見書，完全認同一審判決的內容(見第 837 頁至第 846 頁背頁)。因此，應對上訴作出審理，現在讓我們看上訴理由是否成立。

*

現對上訴進行審理。

理由說明

事實事宜

2. “獲認定的事實”和“未獲認定的事實”詳載於第 525 頁至第

(譯本)

528 頁的被上訴判決中，相關內容在此視為完全轉錄。

法律

3. 第一嫌犯鄭明軒現就判決提起上訴，該判決裁定其以直接正犯觸犯經第 16/2008 號法律修改及重新公布的第 2/93/M 號法律(《集會權及示威權》)第 14 條第 1 款以及《刑法典》第 312 條第 2 款所規定和處罰的一項“非法集會及示威罪”，判處一百二十日罰金，每日罰金額澳門幣 230 元，總共為澳門幣 27,600 元，並可以八十日徒刑替代。

—考慮到現上訴人所提出的問題，以及該等問題相對“被上訴判決”而言所具有的“性質”和“效力”，我們首先對其提出“控訴不當”的問題作出審理。

針對這一問題，上訴人(主要)提到“控訴書所描述的事實並非那些構成犯罪的事實，從而違反法律安定性原則、審檢分立原則、辯護原則、以及具體地違反《刑法典》第 264 條第 3 款 b 項的規定。這樣，根據提出控訴的內容，因控訴不當而構成無效，不能進行審判以及對任何人作出判罪”；(見結論第 3 點)。

上訴人所擬提出的一我們認為—實際上應該是《刑事訴訟法典》第 265 條第 3 款 b 項—肯定是因為筆誤才提到了“《刑法典》第 263

(譯本)

條第 3 款 b 項” — 在此有必要引用該條規定的內容：

第二百六十五條

(檢察院提出之控訴)

“一、如偵查期間收集到充分跡象，顯示有犯罪發生及何人為犯罪行為人，則檢察院須對該人提出控訴。

二、充分跡象，係指從該等跡象能合理顯示出嫌犯可能最終在審判中被科處刑罰或保安處分者。

三、控訴書須載有下列內容，否則無效：

a) 指出認別嫌犯身分之資料；

b) 敘述或扼要敘述能作為對嫌犯科處刑罰或保安處分之依據之事實，儘可能載明犯罪實施之地方、時間及動機，行為人對事實之參與程度，以及任何對確定應科處行為人之制裁屬重要之情節；

c) 指出適用之法律規定；

(譯本)

d) 指出將調查或聲請之證據，尤其是將在審判中作證言之證人及作陳述之鑑定人之名單及其身分資料；

e) 日期及簽名。

四、如屬案件相牽連之情況，則僅提出一控訴。

五、第二百五十九條第三款及第一百條第一款 a 與 b 項之規定，相應適用之；如該兩種通知方式使用後顯得無效，則訴訟程序繼續進行。”(下劃線由我們所加)

考慮到相關規定—第 3 款 b 項—的內容，我們認為上訴人的理由不能成立。

主要是基於以下原因。

我們來看。

上訴人於 2017 年 3 月 16 日接獲了檢察院對其提起“控訴”的通知，(見卷宗第 129 頁)，從這一刻起，他便可以提出(現在才提出)的

(譯本)

問題，就其認為存在的無效提出爭辯。

先不考慮其他問題，我們都知道，嫌犯可以使用多種方法對一份控訴書作出“應對”，尤其是申請展開預審(見《刑事訴訟法典》第269條第1款a項)，這是一個旨在對提出控訴……之決定作出司法核實的訴訟階段;(《刑事訴訟法典》第268條第1款)。

然而在本案中嫌犯並沒有這樣做。

針對這份控訴書，上訴人選擇了遞交答辯狀(見卷宗第171頁至第176頁)，而從答辯狀的內容來看，上訴人完全理解了對其提起之控訴的(全部)含義。

面對這種情形，我們要考慮以下的問題：上訴人可以直到現在——在代理人的輔助之下參加了多次庭審(參閱卷宗第428頁、第507頁和第518頁)，在最終裁決作出之後——才在上訴中提出一個他(曾經)完全有機會提出，但卻——完全基於其自身的原因而——沒有提出的“問題”嗎？

簡而言之，(因為多說無益)，我們認為，即便存在所指控的無效(對此我們並不認同)，這個無效也已經(必然)被補正，由此不能產生任何後果。

(譯本)

實際上，鑒於在無效的問題上奉行“合法性原則”(見《刑事訴訟法典》第 105 條)，而所提出的“無效”又不屬於前述法典第 106 條所(盡數)列舉的任何一種“不可補正”之無效，該無效必然是一種取決於(及時)爭辯的“無效”(見第 107 條)，也正是出於這個原因它是可以“補正”的(見第 108 條)，考慮到從接獲通知之日起已經過去的時間以及沒有及時提出爭辯，相關的無效肯定已經被補正；【關於這個問題，參閱葡萄牙最高司法法院 93 年 5 月 5 日第 42290 號案的合議庭裁判—該裁判被 M. Leal-Henriques 在《刑事訴訟法典注釋及評註》一書第二卷第 400 頁中所引用—當中指出，“因不履行《刑事訴訟法典》第 283 條第 3 款(對應澳門《刑事訴訟法典》第 265 條第 3 款)—在控訴書中欠缺對控訴事實的敘述—所引致的無效並不是不可補正的無效，因此必須在自其接獲收到控訴書或等同於控訴書的批示的通知之日起計的 5—目前為 10—日期間內提出爭辯”】。

即便不這樣認為(在此重申，我們對此並不認同)，上訴人也還是沒有道理。

實際上，我們認為，所提出的“列出構成犯罪之事實”的(必要性)，從(上訴人所提出的)《刑事訴訟法典》第 265 條第 3 款 b 項的行文(它只提及“扼要敘述能作為對嫌犯科處刑罰……之依據之事實”)來看，並不具備(法律上的)可要求性。

(譯本)

我們承認—而且也顯而易見—如果在某個訴訟程序中有一份“冗長的控訴書”，當中包含了數十甚至數百個條文，對多名嫌犯提出了一單獨或共同—實施多項犯罪的指控，這樣做是有“好處”的。

在這樣的程序中，一如前述(而且我們也認為是顯然的)，可以理解這樣做的好處。

但在本案中並沒有發生這樣的“情況”。

檢察院提起的控訴書有“23條”，共6頁紙，(僅)指控實施了一項犯罪；(見第120頁背頁至第123頁背頁)。

這樣，基於以上所述，我們認為所提之問題的解決方法呼之欲出，無需贅言。

*

—繼續—先要指出，沒看到任何“因侵犯豁免權而無效”的情況，因為，且不論其他，上訴人並不具有這種“身份”，在我們看來這屬於“個人”且“不可移轉”的“身份”—接下來應當審理“變更法律定性”的問題，針對此問題，現上訴人稱“檢察院指控兩嫌犯實施了一項《刑法典》第312條結合第2/93/M號法律第14條所規定

(譯本)

及處罰的犯罪，即不服從當局之正當命令罪。然而，被上訴判決顯示，控訴書所載的法律定性被變更為判決書所載的另一法律定性，很明顯，兩嫌犯被指控的是一項罪狀，而被判處的是另一項罪狀”（結論第4點）。

我們來看。

從檢察院提出的上述控訴中可以看到，嫌犯，即現上訴人，被指控觸犯一項“（加重）違令罪”；（見第123頁，其原文載有如下內容：

“綜上所述，嫌犯鄭明軒及嫌犯蘇嘉豪作為直接正犯，他們的既遂行為各觸犯一項澳門《刑法典》第312條第2款結合經第16/2008號法律修改之第2/93/M號法律（《集會權及示威權》）第14條所規定及處罰之加重違令罪”）。

而正如現被上訴的有罪判決中載明的，現上訴人被裁定以正犯觸犯一項“非法集會及示威”罪；（見第553頁至第553頁背頁，同樣其原文載有如下內容：“綜上所述，根據《刑事訴訟法典》第353條、第355條及第356條的規定，本法院現因控訴書內容已獲證實而裁定如下：

a) 第一嫌犯鄭明軒 (CHIANG MENG HIN) 被指控以直接正犯

(譯本)

及既遂方式觸犯的《刑法典》第312條第2款結合經第16/2008號法律修改的第2/93/M號法律第14條所規定及處罰的一項加重違令罪，改判為以直接共同正犯及既遂方式觸犯了經第16/2008號法律修改的第2/93/M號法律第14條第1款所規定，結合《刑法典》第312條第2款所處罰的一項非法集會及示威罪，判處一百二十日罰金，每日罰金額澳門幣230元，總共為澳門幣27,600元，若不繳納罰金或不以勞動代替，則須服八十日徒刑；”)。

我們認同——並給予尊重——所作出的僅僅是一項“形式上的變更”，只是對相關“罪狀”的“法律名稱”作出變更的觀點，因為，說到底，提出“控訴”所依據的法律規定(見澳門《刑事訴訟法典》第265條第3款c項)和現被上訴判決所基於的法律規定是相同的。

因此，屬於一項“不具重要性的變更”。

但我們認為不應這樣做。

針對現正審議的問題，中級法院曾就相類似問題作出如下見解：

「審判者在法院權限範圍內擁有對控訴書或起訴書的事實作出不同於該等文書所作之法律定性的自由。

(譯本)

法律的確定或者對所查明事實的法律歸納實際上是司法功能的核心，該項功能不能受不正確定性的限制，否則將完全扭曲這項功能。

但是：

— 當變更將導致科處更高的處罰時，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是沒有用的，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，且法律定性是變為較輕罪行時，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以過失性觸犯的同樣罪行；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)。

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

(譯本)

是否發生實質性變更的事宜—且鑒於澳門《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)。」(參見2002年1月31日第131/2001號案的合議庭裁判，相同見解，參見2012年11月22日第707/2012號案以及2016年5月5日第269/2016號案的合議庭裁判)。

沒理由改變上述觀點，解決方法顯而易見，況且被上訴判決自身也已(明確)指出，針對獲認定事實而作出的正確刑事法律定性並非如在控訴中所指出那樣，還稱所觸犯的罪行並非“(加重)違令罪”，而是“非法集會及示威罪”，這裡還要指出的是，上述情況亦是由於部分控訴被視為“未獲證明”的決定，從而妨礙了將獲認定的事實定性為觸犯一項“違令罪”；(見第528頁)。

《刑事訴訟法典》第339條規定：

“一、如在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生一些事實，其係對案件之裁判屬重要，但在起訴書中未描述，又或無起訴時，在控訴書中未描述，而對起訴書或控訴書中所描述之事實不構成實質變更者，則主持審判之法官依職權或應聲請將該變更告知嫌犯，並在嫌犯提出聲請時，給予其確實必需之時間以準備辯護。

(譯本)

二、如變更係因辯方所陳述之事實而產生，則上款之規定，不適用之。”

而正如《刑事訴訟法典》第 360 條規定：

“一、屬下列情況的判決無效：

a) 凡未載有第三百五十五條第二款及第三款 b 項所規定載明之事項者；或

b) 在非屬第三百三十九條及第三百四十條所指之情況及條件下，以起訴書中，或無起訴時，以控訴書中未描述之事實作出判罪者。

二、判決的無效須在上訴中爭辯或審理，法院亦可對有關無效作出補正，並經作出必需的配合後，適用第四百零四條第二款的規定。”

本案中，存在所指稱的“刑法定性之變更”，但上訴人並未被給予機會就這項變更行使辯論權，提出其認為適當的聲請為自己辯護，所以違反了澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款的規定，構成該法典第 360 條 b 項規定之“無效”。

這樣，同時考慮到上述無效將導致(適時)遵守第 339 條第 1 款的規定，我們認為無須再審理本上訴中提出的其餘問題。

*

(譯本)

最後說明一點。

如前所述，“現被上訴的初級法院判決”裁定兩名嫌犯有罪。

儘管在決定部分沒有明確指出，但已認定的事實將上述嫌犯的行為描述為“共同行動”，如認為該行為構成“共同正犯”，則應“適用澳門《刑事訴訟法典》第 392 條第 1 款及第 2 款的規定”，從而將現所作裁判的效力延伸至非上訴人嫌犯(第二嫌犯)。

然而，考慮到第二嫌犯撤回了其所提起的上訴，且確認撤訴的決定已轉為確定，所以我們認為該“問題”應視為已被排除。

決定

4. 綜上所述並基於以上所闡述的理據，合議庭通過評議會裁定上訴理由成立。

無須繳納訴訟費用。

登錄及作出通知。

(譯本)

如無其他事宜，待裁判轉為確定後，將卷宗發回初級法院，並作出必要附註。

2019年1月31日，於澳門

(裁判書制作法官)

司徒民正

(第二助審法官)

譚曉華

(第一助審法官)

陳廣勝【聲明：在本合議庭裁判中作出的，基於《刑事訴訟法典》第339條第1款規定的適用(類推適用—在本人看來)，命令重新履行辯論原則的決定，不能被視為對另一嫌犯有利，因此，且不論其他，《刑事訴訟法典》第392條第2款a項的規定對另一嫌犯不適用。】