

上訴案第 556/2022 號

上訴人：A

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情敘述

澳門特別行政區檢察院指控並提請初級法院以普通訴訟程序審理嫌犯 A 為直接正犯，其既遂行為觸犯了《刑法典》第 191 條第 1 款 a 項所規定及處罰的兩項「不法之錄製品及照片罪」。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR2-22-0066-PCC 號案件中，經過庭審，最後判決：

1. 嫌犯 A 是直接正犯，其故意及既遂的行為已構成《澳門刑法典》第 191 條第 1 款 a 項所規定及處罰的兩項「不法之錄製品及照片罪」，針對每項犯罪，判處 7 個月的徒刑。
2. 兩罪並罰，合共判處嫌犯 9 個月徒刑的單一刑罰，准予暫緩 2 年執行，作為緩刑義務，嫌犯須於判決確定後 1 個月內向本特區政府支付 10,000 澳門元的捐獻，以彌補其行為所造成的惡害。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起上訴：

1. 根據原審法院經公開審理查明之事實（參見被上訴判決第 4 頁及第 5 頁，在此視為完全轉錄），原審法院判處上訴人 A 以直接正犯，故意及既遂方式觸犯了《澳門刑法典》第 191 條第 1

款 a 項所規定及處罰的兩項「不法之錄製品及照片罪」，針對每項犯罪，判處 7 個月的徒刑，數罪並罰，合共判處嫌犯 9 個月徒刑的單一刑罰，准予暫緩 2 年執行。

2. 然而，除應有之尊重外，上訴人並不同意被上訴判決之內容，以下將逐一進行論述。

I 事實方面

a) 獲證明之事實之事宜不足以支持作出該裁判

3. 原審法院經公開審理查明第 6 條及第 8 條事實分別指出：6) 早上約 10 時 13 分，嫌犯被要求提供其所使用的手提電話作查閱，嫌犯隨即暫停上述手提電話的錄音功能，並從其手袋中取出該手提電話。兩名被害人發現上述手提電話停留在錄音程式的界面，而該程式處於暫停狀態，故懷疑嫌犯使用手提電話對詢問過程進行錄音，從而揭發事件。8) 廉政公署人員在上述手提電話發現上述詢問過程的錄音（於 2021 年 10 月 28 日早上 9 時 33 分 41 秒開始錄製，錄音長度為 39 分 34 秒）。上述手提電話及手袋為嫌犯的作案工具。
4. 首先，綜觀整個卷宗所載之資料、書證、扣押物及光碟，均不存在上述經證明事實第 8 條所指的錄音（檔案）亦即是說，並不存在任何可以被收聽的錄音。
5. 這是由於，根據題述卷宗第 19 頁的“電子設備法證報告”，當中明確指出：透過 Oxygen 對手機 G 的備份進行分析，在路徑 /private/var/mobile/Media/Recordings/ 下尋獲 1 個錄音檔數據庫文件 Recordings.db，此文件用於儲存手機內置錄音軟件的錄音檔案相關資訊，在 Recordings.db 內發現共 5 次錄音記錄，對應的錄音檔案當時已被刪除，軟件未能將 5 個對應錄音檔案回復，但成功由 Recordings.db 讀取到 5 次錄音的相關信息，其中 1 次錄音於 2021 年 10 月 28 日 09 時 01 分 26 秒開始錄製，錄音長度為 8 秒，已被刪除的錄音檔案名稱為「20211028090126.m4a」，另 1 次於 2021 年 10 月 28 日 09 時

33 分 41 秒開始錄製，錄音長度為 39 分 34 秒，已被刪除的錄音檔案名稱為「20211028093341.m4a」。

6. 必須指出的是，雖然上述“電子設備法證報告”使用了“刪除/被刪除”等具有結論性質的表述，上訴人認為，有關分析充其量僅能說明上訴人的手提電話的錄音功能於 2021 年 10 月 28 日 9 時 33 分 41 秒被啟動，錄音長度為 39 分 34 秒，但在上訴人的手提電話並無法回復涉案的錄音檔案，且涉案的錄音檔案已無法被儲存或播放。
7. 由於涉案的錄音檔案並無法被儲存或播放，因此無法證實 B（第一被害人）及 C（第二被害人）的言詞是否被上訴人的手提電話所錄製，亦無法證實彼等的何種言詞被上訴人的手提電話所錄製，更遑論彼等的言詞能透過相關的錄音檔案在隨後可以被收取聽的可能性。
8. 再者，不論是證人 B 抑或是 D 均在審判聽證中表示「(涉案的錄音檔案) 已無法播放有關內容」及/或「涉案的錄音已刪除而無法還原」。
9. 那麼，明顯地，應認為涉案的錄音檔案 [倘若能夠成功錄製 B（第一被害人）及 C（第二被害人）的言詞] 已無法被儲存，且不僅從未被重新聽取，亦不存在重新聽取的可能性。
10. 更甚者，根據題述卷宗第 33 頁的“測試報告”（以與涉案 XX 手機的同型號手機進行的錄音測試），當中僅指出廉政公署人員以一部與上訴人的手提電話相同型號的手機進行錄音效果測試；但有關測試並不能證實上訴人的手提電話成功錄製了 B（第一被害人）及 C（第二被害人）的言詞，亦無法證實彼等的何種言詞被上訴人的手提電話所錄製。
11. 另一方面，就上訴人被控訴的《刑法典》第 191 條規定的「不法之錄製品及照片罪」，Dr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS 對於構成「不法之錄製品及照片罪」的客觀罪狀的罪狀行為要件方面解釋道：「錄音是指將說話以技術記錄於載體（磁帶、磁

盤、錄音帶等)而使之其後可以被收聽。」

12. 事實上，不論是原審法院經公開審理查明之事實，抑或是整個卷宗所載之資料、書證、扣押物及光碟，均無任何事實或證據能夠足以顯示出上訴人的手提電話成功錄製了 B(第一被害人)及 C(第二被害人)的言詞，亦無法顯示彼等的何種言詞被上訴人的手提電話所錄製，且不存在任何其後可以被收聽及/或被重新聽取的錄音檔案。
13. 為此，由於原審法院欠缺查明上指應屬於構成客觀罪狀要件的事實，因此而裁定上訴人以故意及既遂的方式觸犯《澳門刑法典》第 191 條第 1 款 a 項所規定及處罰的兩項「不法之錄製品及照片罪」的判決便沾有獲認定事實不足以支持裁判的瑕疵。

b)在說明理由方面出現不可補救的矛盾

14. 原審法院經公開審理查明之第 8 條事實指出：「廉政公署人員在上述手提電話發現上述詢問過程的錄音(於 2021 年 10 月 28 日早上 9 時 33 分 41 秒開始錄製，錄音長度為 39 分 34 秒)。上述手提電話及手袋為嫌犯的作案工具。」
15. 同時，不論是證人 B 抑或是 D 均在審判聽證中表示「(涉案的錄音檔案)已無法播放有關內容」及/或「涉案的錄音已刪除而無法還原」。
16. 然而，原審法院在理由說明部份中則指出：「(…)根據廉政公署對案中手提電話所進行的調查，當中發現一段長度約為 39 分鐘的錄音，未見案中的電話存在功能上的缺損，因此，按照一般的經驗法則，足以認定嫌犯成功進行了錄音(且在此之前還發現一段數秒鐘疑似是測試的錄音記錄)。倘若辦方主張沒有成功錄音，便應進行相關的舉證(反證)，惟案中的證據(涉案的錄音)已被嫌犯親手刪除。」
17. 亦即是說，原審法院一方面認定了「廉政公署人員在上述手提電話發現上述詢問過程的錄音」，另一方面卻說明了「案中的證據(涉案的錄音)已被嫌犯親手刪除」，即不存在有關錄音。

18. 上訴人認為，既然構成「不法之錄製品及照片罪」的客觀罪狀的罪狀行為要件方面要求“錄音是指將說話以技術記錄於載體（磁帶、磁盤、錄音帶等）而使之其後可以被收聽”，那麼，上訴人的手提電話是否成功錄製了 B（第一被害人）及 C（第二被害人）的言詞以及是否存在其後可以被收聽及/或被重新聽取的錄音檔案的認定便對能否作出穩妥的裁判具有重要性。
19. 由於原審法院一方面認定了「廉政公署人員在上述手提電話發現上述詢問過程的錄音」，另一方面卻說明了「案中的證據（涉案的錄音）已被嫌犯親手刪除」，即不存在有關錄音，因此而裁定上訴人以故意及既遂的方式觸犯《澳門刑法典》第 191 條第 1 款 a 款所規定及處罰的兩項「不法之錄製品及照片罪」的判決便沾有在說明理由方面出現不可補救的矛盾的瑕疵。

c) 審查證據方面明顯有錯誤

i) 上訴人的主觀罪狀

20. 原審法院在理由說明部份中指出：「關於嫌犯的主觀故意，雖然嫌犯表示不知道電話為何開啟了錄音鍵，但經廉政公署的人員進行調查後，涉案的手提電話沒有直接錄音的快捷鍵，也沒有發現被搖距操控的情況，且需要透過幾個界面才能啟動錄音功能，結合嫌犯在到達廉政公署前 45 秒錄音功能便啟動、涉案電話是嫌犯當日故意攜同的後備電話、嫌犯當日作證的案件的一名嫌犯與其有親密的男女朋友關係、嫌犯被要求交出手提電話時隨即表示要去洗手間；從以上種種的行為反應所見，本院認為嫌犯所作的解釋難以令人信服，並足以認定嫌犯具有實施本案犯罪行為的動機及故意。」
21. 誠如上訴人在審判聽證中所作的聲明已指出：「不清楚為何手提電話處於錄音模式，嫌犯表示當日先回公司開會，期間發現電話震動，錄音模式被開啟了，其後再到廉政公署錄取口供，知悉不可以進行錄音，但廉署人員要求其交出手提電話期間，

其發現電話開啟了錄音模式，且一發現(嫌犯)已將錄音刪除，該電話只是一部後備電話，由於不知道是否有需要提供電話予嫌犯廉政公署扣查，所以帶了涉案的電話作後備之用，該電話已爆裂，有可能是機件故障所致，嫌犯表示當時是自願交出手提電話予廉署人員助查，但在較後的時間他們才拿同意書給她簽署。」

22. 事實上，根據 B (第一被害人) 在審判聽證中所作的證言中指出：「(...) 要求本案被告提供慣常用嘅手提電話去比我做一個調查，去睇下有冇同個調查案件相關的資料，當時佢聽到我呢個要求之後就隨即話要去廁所 (...) [見審判聽證錄音 3SS%COL100720121 - Part 時間 10'40 至 10'55] 對佢個電話做一個簡易嘅調查時候發現之後就唔似佢一個平常日常使用慣常用嘅電話，因為電話入邊嘅資料比較少，都係冇乜資料係入邊 (...) [見審判聽證錄音 3SS%COL100720121 - Part 時間 11'18 至 11'30]

於是就向佢提出你身上係咪仲有一部慣常用嘅電話，如果有嘅都可以提供比我，佢聽到我呢個要求之後呢，咁就係佢個袋到好似停一停頓，然後就擺個電話出黎 (...) [見審判聽證錄音 3SS%COL100720121 - Part 時間 11'35 至 12'00]」

23. 亦即是說，上訴人並非一如原審法院在理由說明部份中指出，在被要求交出 (涉案的) 手提電話時隨即表示要去洗手間，而是早於被要求交出其常用的電話 (XX) 時隨即表示要去洗手間！
24. 為此，「嫌犯被要求交出手提電話時隨即表示要去洗手間」並不應作為考慮上訴人的主觀故意時所依據的內容。
25. 另一方面，雖然題述卷宗第 28 至 32 頁的“分析報告 (查核涉案 XX 手機的錄音程式所在位置及開啟方式)”，當中指出：「經檢查上述 XX 手機，確認手機內確裝有內置程式「語音備忘錄」，有關程式被置於手機主畫面第 2 版內的「附加程式」檔案夾內，如需啟動錄音程式需進行一連串操作，且手機內並沒有連接任

何藍牙觸發設備或設有快捷錄音鍵，因此不可能因一般操作錯誤觸發手機的錄音程式。」

26. 事實上，上述分析報告是以涉案手機處於主頁面的前提下進行操作，故才需要經過幾個界面才能啟開錄音功能，然而，不論是上述分析報告，抑或是原審法院，均忽略了涉案手機原本已經處於錄音界面的前提。
27. 這是由於，上訴人當日先回公司開會期間發現話震動，且錄音模式被開啟後，只是簡單地刪除了該段只有數秒鐘的錄音，並未退出錄音程式的界面及回到手機主頁面，同時亦未有考慮過涉案電話內建的 iOS 系統中的人工智能助理軟體 Siri (Speech Interpretation and Recognition Interface，即語音解析及辨識介面)；因此，並非一如原審法院在理由說明部份中指出，需要透過幾個界面才能啟動錄音功能。
28. 此外，廉政公署人員以一部與上訴人的手提電話相同型號的手機進行錄音效果測試，但有關測試並不能證實上訴人的手提電話成功錄製了 B (第一被害人) 及 C (第二被害人) 的言詞，亦無法證實彼等的何種言詞被上訴人的手提電話所錄製。
29. 更甚者，上訴人早在未被成為嫌犯前已主動向 B (第一被害人) 及 C (第二被害人) 出示其常用的電話 (XX) 外，亦主動出示了涉案的電話 (XX)。
30. 試問倘若上訴人故意錄製 B(第一被害人) 及 C(第二被害人) 的言詞，為何仍要主動出示一個作為備用的電話——一個根本無人知悉存在的電話，更甚者，一個正在進行錄音的電話？難道上訴人之目的就是為了自認其作出了犯罪行為嗎？
31. 為此，明顯地，只有在上訴人不知悉其手提電話正在進行錄音的情況下，其才會主動向 B(第一被害人) 及 C(第二被害人) 提及並出示涉案的電話！

ii) 間接證言

32. 同時，原審法院在被上訴判決中指出：「廉政公署證人 D 講述

了案發的經過 (...) 根據資料，本案嫌犯當時與另一個案件的嫌犯有親密的關係 (兩人同租住在一個房間)。 」

33. 然而，根據證人 D 在審判聽證中所作的證言中指出：「(檢察官：嫌犯 A 其實在另一個案件是證人身份，該案件內是否有調查過其與嫌犯之間是否有一啣關係？) 無錯，在另一個案件，透過另一個案卷的負責人得知到，嫌犯 A 與其中一名 E 姓嫌犯的關係是非常親密，比如話佢地曾經外出是住在同一客房的。[見審判聽證錄音 3SS%COL100720121 - Part 時間 30'08 至 30'40]」
34. 必須指出的是，綜觀整個卷宗所載之資料、書證、扣押物及光碟，均不存在上述與另案中 E 姓嫌犯相關的記載及/或調查內容 [事實上，僅在 B (第一被害人) 在廉政公署的證人詢問筆錄曾提及一名 F 姓嫌犯]，先不論另案是否仍然處於司法保密階段，證人 D 所謂的調查內容尚未經法院透過公開審理查明，更甚者，證人 D 並非另案的案卷負責人，其只是透過另案的案卷負責人得悉有關內容。
35. 不論證人 D 證言中所述的另案的案卷負責人是如何總結並認為上訴人與其中一名 E 姓嫌犯的關係是非常親密，或只是透過訂房記錄得悉彼等曾租住同一客房，抑或是由彼等的工作機關安排彼等入住同一客房，甚至於彼等是否確實入住了同一客房；在本案中均無任何相關資料！
36. 為此，由於證人 D 只是透過另一個案卷的負責人得知到上述內容，其證言之內容明顯屬間接證言，故該部分證言不得作為證據方法！
37. 明顯地，原審法院在審查證據，尤其考慮了不得作為證據方法的間接證言，同時以明顯與證言不符的內容作成了有關的理由說明，存在明顯的錯誤，故被上訴判決沾有審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵。
38. 綜上所述，由於被上訴判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款規定的瑕疵，故應予撤銷或廢止。

II 法律方面

a) 違反“存疑無罪”原則

39. 原審法院在理由說明部份中指出：「在對案中的證據作出綜合及邏輯的分析後，雖然辯方曾質疑嫌犯的手提電話是否能成功錄音；然而，本院認為，根據廉政公署對案中手提電話所進行的調查，當中發現一段長度約為 39 分鐘的錄音，未見案中的電話存在功能上的缺損，因此，按照一般的經驗法則，足以認定嫌犯成功進行了錄音（且在此之前還發現一段數秒鐘疑似是測試的錄音記錄）。

倘若辯方主張沒有成功錄音，便應進行相關的舉證（反證），惟案中的證據（涉案的錄音）已被嫌犯親手刪除。」

40. 誠如上訴人在審判聽證中所作的聲明已指出：「（...）該電話只是一部後備電話，由於不知道是否有需要提供電話予廉政公署扣查，所以帶了涉案的電話作後備之用，該電話已爆裂，有可能是機件故障所致（...）」

41. 根據題述卷宗第 64 頁由初級法院作出之註錄 INQ.10775/2021，當中顯示：「於 8/3/2022，本人發現上述第 37 頁第 1 的手機型號應為“XX”，且機身已爆開。除此之外，其餘物品與移送書上所載者一致，並已存放於本院證物室。」

42. 必須指出的是，亦即是距今 10 年前的手機型號。

43. 同時，根據題述卷宗第 33 頁的“測試報告（以與涉案 XX 手機的同型號手機進行的錄音測試）”，當中僅指出廉政公署人員以一部與上訴人的手提電話相同型號的手機進行錄音效果測試；但綜觀整個卷宗所載之資料、書證、扣押物及光碟，均無任何證據顯示涉案手機的爆裂等可能影響功能的情況。

44. 事實上，倘若涉案手機的錄音功能在案發時運作正常，那麼根本可以直接以該涉案手機進行錄音測試，而毋須一如廉政公署人員般以相同型號的手機進行錄音測試。

45. 綜合上述情況，考慮到該測試報告並未能反映出涉案手機的錄

音功能能否正常運作，題述卷宗內亦沒有其他證據能夠證明涉案手機是否尚有錄音功能，又或其錄音功能能否正常運作，故上訴人的手提電話是否成功錄製了 B (第一被害人) 及 C (第二被害人) 的言詞，以及彼等的何種言詞被上訴人的手提電話所錄製等方面，存有相當的疑問。

46. 那麼，亦即是說，根據澳門《基本法》第 29 條及《刑事訴訟法典》第 49 條第 2 款確立的「無罪推定原則」，應由作為控方的檢察院方面舉證上訴人已透過涉案手機成功錄製了 B (第一被害人) 及 C (第二被害人) 的言詞，且該等言詞的錄音仍有條件被重新播放及/或收聽，而並非由作為辯方的上訴人方面反證涉案手機未能成功錄製了彼等的言詞。
47. 同時，基於「“存疑無罪”原則」，原審法院在無法確定涉及的手提電話是否具有完全的錄音功能的前提下，在無法確定涉案手機已成功將 B (第一被害人) 及 C (第二被害人) 的言詞轉錄並儲存於涉案手機內，且在無法重新播放及/或收聽相關言詞的情況下，應基於存疑無罪原則，對存疑的事實視為不存在，且因此而產生的利益應惠及上訴人。
48. 為此，被上訴判決明顯違反了「無罪推定原則」及「“存疑無罪”原則」，故應被撤銷或廢止，並同時開釋上訴人被判處罪名成立的兩項「不法之錄製品及照片罪」。

b) 犯罪未遂

49. 上訴人在審判聽證中所作的聲明已指出：「不清楚為何手提電話處於錄音模式，嫌犯表示當日先回公司開會，期間發現電話震動，錄音模式被開啟了，其後再到廉政公署錄取口供，知悉不可以進行錄音，但廉署人員要求其交出手提電話期間，其發現電話開啟了錄音模式，且一發現 (嫌犯) 已將錄音刪除，該電話只是一部後備電話，由於不知道是否有需要提供電話予廉政公署扣查，所以帶了涉案的電話作後備之用，該電話已爆裂，有可能是機件故障所致，嫌犯表示火當時是自願交出手提電話

- 予廉署人員助查，但在較後的時間他們才拿同意書給她簽署。」
50. 同時，原審法院在理由說明部份中指出：「(...) 案中的證據(涉案的錄音) 已被嫌犯親手刪除。」
51. Dr. Jorge de Figueiredo Dias 在評註葡萄牙《刑法典》第 199 條規定的「不法之錄製品及照片罪」之犯罪的特別形式(犯罪未遂) 時指出：「犯罪未遂不受處罰。行為人雖然具備了必要的技術設備且已運用，但如最終未能將言論錄音或拍攝肖像，就是犯罪未遂。也就是說，未能將言論“保存”而可以重新聽取，又或何以將肖像重新展示或公開。」
52. 綜觀整個卷宗所載之資料、書證、扣押物及光碟，上訴人的聲明以及多名證人的證言，涉案的錄音已被上訴人(在未曾被重新播放及/或聽取前) 主動刪除而無法還原，且無法播放有關內容。
53. 需要強調的是，題述卷宗第 19 頁的“電子設備法證報告”所附呈的兩張光碟，名稱分別為“F013_2021_01”及“ F013_2021_02” ，均非錄製了 B (第一被害人) 及 C (第二被害人) 的言詞的錄音檔案，而僅僅是涉案手機進行備份的電子報告。
54. 上訴人認為，根據 Dr. Jorge de Figueiredo Dias 的理解，既然構成「不法之錄製品及照片罪」的客觀罪狀的罪狀行為要件方面要求“錄音是指將說話以技術記錄於載體(磁帶、磁盤、錄音帶等) 而使之其後可以被收聽”，那麼，上訴人在發現手提電話處於錄音模式時已主動將錄音刪除的行為便應具有上述所指的額外價值。
55. 鑑於上訴人因己意而令 B (第一被害人) 及 C (第二被害人) 的言詞未能被“保存”而可以重新聽取，因而令有關行為處於未遂狀態，不論是否構成《刑法典》第 23 條規定之犯罪中止，亦應根據同一法典第 22 條第 1 款之規定不予處罰。

c) 取證的不法性

56. 經公開審理，原審法院查明了以下事實：7) 廉政公署人員扣押

了以下物品：1.一部手提電話（牌子：XX，型號：XX，IMEI：013553000931918）；2.一個灰色手袋（印有“XX”字樣）。8)廉政公署人員在上述手提電話發現上述詢問過程的錄音（於2021年10月28日早上9時33分41秒開始錄製，錄音長度為39分34秒）。上述手提電話及手袋為嫌犯的作案工具。

57. 綜觀整個卷宗所載之資料、書證、扣押物及光碟，整個偵查程序〔由B（第一被害人）及C（第二被害人）向上級行使告訴權、對涉案手機的資料進行查閱、扣押涉案手機及灰色手袋、直至作成偵查終結報告〕均由廉政公署自主完成，而檢察院作為具權限領導偵查的主體，則從未參與其中。
58. 不論是根據卷宗內所載之資料，抑或是原審法院經公開審理查明之事實，檢察院在題述卷宗內僅扣押了兩張光碟（光碟上分別載有“F013_2021_01”及“F013_2021_02”字樣），而從未宣告廉政公署所執行之扣押〔不論是涉案手機，抑或是灰色手袋，均是由助理專員於案發4天後，即2022年11月1日進行的〕。
59. 事實上，在題述卷宗內，檢察院從未命令進行或領導進行任何的偵查！
60. 廉政公署的職責及權限分別被規定於（經第4/2012號法律修改）第10/2000號法律《澳門特別行政區廉政公署組織法》第3條第1款及第4條第(二)項。
61. 亦即是說，僅在第10/2000號法律《澳門特別行政區廉政公署組織法》第3條第1款規定之職責範圍內，廉政公署方具有權限進行調查及偵查行為；同時，根據同一法律第11條第3款及第4款之規定，廉政專員及助理專員在其權限內的刑事訴訟行為方面，具有刑事警察當局地位；而在此情況下，由廉政專員領導的偵查包括按照刑事訴訟法規定的一切屬刑事警察局及刑事警察機關權限的訴訟行為及措施，以及屬檢察院權限的搜查、搜索及扣押。
62. 必須指出的是，題述卷宗所涉及的是兩項「不法之錄製品及照

片罪」，屬《刑法典》規定的「半公罪」，當中可能侵犯的法益是屬於 B (第一被害人) 及 C (第二被害人) 的言論權。

63. 亦即是說，由於題述卷宗所涉及的犯罪行為並非「貪污犯罪及與貪污相關聯的欺詐犯罪」，故並非廉政公署的職責範圍。
64. 為此，由於非屬廉政公署的職責範圍，故其並無權限進行任何題述卷宗內已作出的調查及偵查行為，同時，廉政專員亦無權限領導廉政公署實際任何屬刑事警察當局及刑事警察機關權限的訴訟行為及措施，亦無權限作出屬檢察院權限的搜查、搜索及扣押的命令或許可。
65. 換言之，在欠缺檢察院行使任何實質及法定的調查處分權的前提下，廉政公署不但無權限命令扣押涉及手機及/或灰色手袋，亦無權限對任何涉及題述卷宗的犯罪行為進行調查及偵查，包括對涉案手機的資料進行查閱。
66. 更甚者，根據題述卷宗第 18 頁的註錄內容，D 作為廉政公署內部指定的卷宗負責人，僅收到了該公署法證人員對涉案的手提電話 (iPhone5) 進行的電子資料備份及分析報告，並將有關報告載於卷宗內。
67. 亦即是說，D 作為卷宗負責人，從未命令及批准對涉案手機的資料進行讀取及複製，亦未有追認有關搜證行為。
68. 事實上，根據卷宗內所載之資料，尤其是題述卷宗第 1 頁及第 2 頁由 B (第一被害人) 及 C (第二被害人) 作為的報告，僅能得出以下結論，即 B 及 C 作為被害人，不僅向上訴人要求提供涉案手機，同時在應迴避但未有迴避的情況下，未經任何上級同意及/或批准 (由於卷宗內並未載有任何資料)，自行要求該公署法證人員以電子法證方式對涉案手機進行分析。
69. 因此，上訴人認為，即使不認為廉政公署無權限對任何涉及題述卷宗的犯罪行為進行調查及偵查，包括對涉案手機的資料進行查閱，至少應認為由 B (第一被害人) 及 C (第二被害人) 在未經任何上級同意及/或批准自行要求該公署法證人員以電

子法證方式對涉案手機進行分析而取得的證據屬於《刑事訴訟法典》規定之禁用證據，一如上訴人在調查證據完結後所作之口頭陳述中所指出者，原審法院不應採納該等禁用證據。[見審判聽證錄音 3SS%COL100720121-Part 時間 52'15 至 53'20]

70. 鑑於原審法院採納了上述禁用證據，其尤其證實了控訴書第 7 條及第 8 條之事實，違反了《刑事訴訟法典》規定之合法性原則。

d)刑罰的選擇

71. 在刑罰的選擇方面，原審法院指出：「根據嫌犯的犯罪記錄，雖然嫌犯屬於初犯，但考慮到嫌犯由始至終沒有任何悔意，且身為公務員仍然知法犯法，因此，本院認為採用非剝奪自由的刑罰，即罰金，並不足以達到處罰的目的，故此，應選擇剝奪自由的刑罰，即徒刑。」

72. 上訴人認為，雖然原審法院並不取信其在審判聽證所作之聲明，但同時亦未有考慮到上訴人在作出事實之後之行為，尤其是係為彌補犯罪之後果而作出之行為。

73. 這是由於，在事發之同時，上訴人（在未曾被重新播放及/或聽取前）已立即自主及主動地將涉案的錄音刪除，同時，一直配合廉政公署人員的搜證工作，包括但不限於主動地向該署人員交代有關案情，同時自主及主動地將涉案電話，包括 XX 及 XX，以及印有“XX”字樣的灰色手袋提供予該署人員（而非由於扣押而被迫提供！）

74. 然而，原審法院在刑罰的選擇方面，並未有考慮上訴人這方面的行為。

75. 事實上，上訴人認為，經考慮上訴人已立即自主及主動地將涉案的錄音刪除，同時，一直配合廉政公署人員的搜證工作，罰金已足以達到處罰之目的。

76. 鑑於原審法院在選擇刑罰時，未有考慮到上訴人在作出事實之後之行為，違反了《刑法典》之相關規定。

綜上所述，請求尊敬的法官 閣下接納本陳述書之理由，並判處：

- 1) 基於原審法院違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款之規定，撤銷或廢止被上訴判決；
- 2) 基於原審法院違反了「無罪推定原則」及「“存疑無罪”原則」，撤銷或廢止被上訴判決，並同時開釋上訴人被判處罪名成立的兩項「不法之錄製品及照片罪」；
- 3) 基於上訴人因己意而令 B (第一被害人) 及 C (第二被害人) 的言詞未能被“保存”而可以重新聽取，因而令有關行為處於未遂狀態，不論是否構成《刑法典》第 23 條規定之犯罪中止，亦應根據同一法典第 22 條第 1 款之規定不予處罰；
- 4) 基於原審法院採納了部份屬禁用之證據，違反了「合法性原則」，撤銷或廢止被上訴判決；
- 5) 基於原審法院在選擇刑罰時，未有考慮到上訴人在作出事實之後之行為，違反了《刑法典》之相關規定，撤銷或廢止被上訴判決，並選擇非剝奪自由之刑罰。

檢察院對上訴人 A 所提出的上訴作出答覆。¹

¹ 其葡文內容如下：

1. Não se mistura os *factos provados* com a *prova apresentada* na audiência do julgamento;
2. Como também não se mistura a *insuficiência da prova* que tem a ver com a *convicção do Tribunal* se o vício de *insuficiência para a decisão da matéria de facto provada*;
3. A convicção do douto Tribunal a quo sobre o facto de gravação baseou-se em prova testemunha e pericial é totalmente *lógica e razoável e nada tem a ver* com o vício de *insuficiência para a decisão da matéria de facto provada*;
4. Não há qualquer *contradição insanável* entre o facto de ter gravado determinada conversa e posteriormente ter a apagada;
5. Não houve *erro notório na apreciação da prova*, por o douto Tribunal a quo tinha analisado todas a provas e chegou a conclusão lógica e razoável no exercício do poder de *livre apreciação da prova*;
6. Os factos constantes dos alegados *depoimento indirecto* não consta nem na *acusação* nem nos factos provado do *acórdão recorrido* pelo que é irrelevante;
7. A aplicação do princípio *in dubio pro reo* só se verifica quando o julgador haja uma dúvida - “*non-liquet*”, que não se verificou nos presentes autos perante prova testemunhal e pericial;

駐本院助理檢察長提出法律意見書，認為應該裁定上訴人 A 全部的上訴理由不能成立。

本院接受上訴人提起的上訴後，組成合議庭，對上訴進行審理，各助審法官檢閱了卷宗，並作出了評議及表決。

二、事實方面

原審法院對案件經庭審辯論後，認定了以下的已證事實：

1. 案發前，嫌犯 A 被通知於 2021 年 10 月 28 日早上 9 時 30 分到澳門皇朝廣場十四樓廉政公署，就一宗案件以證人的身份接受詢問。
2. 2021 年 10 月 28 日早上 9 時 33 分，嫌犯在抵達上址前開啟其手提電話（牌子：XX，型號：XX）的錄音功能，並將該正進行錄音的手提電話放入其手持的一個灰色手袋內。
3. 早上 9 時 34 分，嫌犯抵達廉政公署接待處。
4. 早上 9 時 43 分，廉政公署調查員 B（第一被害人）帶領嫌犯進入廉政公署 5 號口供房，以接受其及調查員 C（第二被害人）的詢問。

8. Sendo o crime de gravação e fotografia ilícita nos termos da al. a) do art. 191º do CPM, um crime de *natureza formal*, a consumação do crime não depende da audição ou uso da gravação, pelo que os factos provados nos presentes autos *não se podem subsumir na forma tentada*;

9. Tendo a Recorrente assinado uma declaração de consentimento de entrega do telemóvel, a apreensão *não carece de validação* pelo Ministério Público;

10. O crime em causa está relacionado com a prossecução dos fins da CCAC, nomeadamente da *prevenção e investigação do crime de corrupção*, por se tratar de um acto *contra a investigação*, está enquadrada no conceito do 2) do art. 4º da Lei Orgânica do CCAC;

11. A escolha de uma pena privativa de liberdade, suspensa na execução, satisfaz as *finalidades de punição*, por o crime cometido reveste de gravidade e intensidade no dolo.

Nesses termos e nos demais de direito, deve Vossas Excelências, Venerandos Juízes julgar improcedente o recurso fazendo a habitual Justiça!

5. 詢問期間，上述手提電話一直進行錄音，嫌犯錄音的行為未經調查員兩名被害人的同意。
6. 早上約 10 時 13 分，嫌犯被要求提供其所使用的手提電話作查閱，嫌犯隨即暫停上述手提電話的錄音功能，並從其手袋中取出該手提電話。兩名被害人發現上述手提電話停留在錄音程式的界面，而該程式處於暫停狀態，故懷疑嫌犯使用手提電話對詢問過程進行錄音，從而揭發事件。
7. 廉政公署人員扣押了以下物品：
 - 1) 一部手提電話（牌子：XX，型號：XX，IMEI：013553000931918）；
 - 2) 一個灰色手袋（印有“XX”字樣）。
8. 廉政公署人員在上述手提電話發現上述詢問過程的錄音。（於 2021 年 10 月 28 日早上 9 時 33 分 41 秒開始錄製，錄音長度為 39 分秒）。上述手提電話及手袋為嫌犯的作案工具。
9. 嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，故意在未經同意的情況下，以手提電話錄取兩名被害廉政公署調查員對其的詢問過程。
10. 嫌犯清楚知道其行為是法律所不容，且會受法律制裁。

此外，還查明：

- 嫌犯表示具有大學畢業的學歷，公務員（統計暨普查局），每月收入為 28,000 澳門元，暫未育有子女。
- 根據嫌犯的最新刑事紀錄顯示，嫌犯屬於初犯。

未能證明的事實：

- 沒有。

三、法律部份

上訴人 A 在其上訴理由中，認為：

- 就第 8 條已證事實，卷宗內沒有任何證據證明該錄音存在，亦無任何事實或證據證明上訴人 A 手機成功錄製了兩名被害人的言詞，主張第 19 頁的電子設備法證報告只能證明當時上訴人 A 手機錄音功能曾啟動，但涉案的錄音檔案已無法播放。因此，上訴人 A 指責原審法院沒有查明構成客觀罪狀要件的事實，被上訴裁判沾有“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”的瑕疵，違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項的規定。
- 原審法庭就第 8 條事實認定“廉政公署人員在上述手提電話發現上述詢問過程的錄音”，另一方面卻說明“案中的證據（涉案的錄音）已被嫌犯親手刪除”，即不存在有關錄音，最後原審法院判處上訴人 A 兩項「不法之錄製品及照片罪」罪名成立，因此認為被上訴的判決沾有“在說明理由方面出現不可補救的矛盾”的瑕疵。
- 被上訴的合議庭裁判存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項的瑕疵，首先，其在庭審中表示不清楚為何手機處於錄音模式，此外，在廉政公署接受詢問時，其交出常用手機前已表示要去洗手間並非原審法院認定的在被要求交出手機時隨即要求去洗手間。另一方面，在當日到廉政公署前曾先回公司開會，當時發現錄音模式被開啟，但並未退出錄音程式界面，故在廉政公署接受詢問時涉案手機非處於主頁面狀態。最後，廉政公署人員使用涉案手機相同型號手機作測試並不能證實上訴人 A 的手機有成功錄音，且上訴人 A 在未成為嫌犯前已向廉政公署人員主動出示作備用的電話，認為種種證據顯示上訴人 A 不知悉當時其手機正在錄音，其沒有犯罪故意。
- 另外，廉政公署第 33 頁的測試報告僅以一部與涉案電話相同型號的手機進行錄音效果測試，但涉案手機機身已爆開，案中沒有任何證據顯示涉案手機的爆裂可能影響功能的情況，主張該測試報告未能反映涉案手機的錄音功能是否正常，認為上訴人 A 手機是否成功錄製了兩名的被害人的言詞是存有疑問。上訴人 A 主張原審法院在無法確定涉案手機是否具有完全錄音功能

的前提及無法確定該手機是否已成功將被害人言詞儲存於涉案手機內，且有關言詞無法重新播放的情況下，基於存疑無罪原則應開釋上訴人 A。

- 證人 D 在庭審中講述上訴人 A 與另一案件的嫌犯有親密關係，但案中無任何資料證實有關內容，該證人只是透過另一案卷負責人得知有關內容，明顯屬間接證言，不得作為證據方法。
- 本案的偵查由廉政公署進行，卷宗內檢察院從未命令或領導進行任何偵查。上訴人 A 認為本案的「不法之錄製品及照片罪」並非“貪污犯罪及與貪污相關聯的欺詐犯罪”，故非廉政公署的職責範圍，該署無權限進行本案的偵查，亦無權限作出屬檢察院權限的搜查、搜索及扣押。因此，上訴人 A 主張廉政公署無權於本案命令扣押涉案手機及手袋，以及查閱手機的資料。此外，本案兩名被害人在未經上級同意或批准自行要求該署法證人員對涉案手機進行分析，上訴人 A 認為該等證據屬《刑事訴訟法典》規定之禁用證據，不能採納。
- 其在庭審中表示發現電話開啟了錄音模式後已將錄音刪除，由於涉案音在未曾被重新播放或聽取前被刪除而且無法還原。鑑於上訴人 A 因已意令兩名被害人言詞未能被保存及重新聽取，主張該犯罪行為未遂，應根據《刑法典》第 22 條第 1 款之規定不予處罰。
- 量刑過重，因為在事發時上訴人已立即主動將涉案錄音刪除，並配合廉政公署人員的搜證，主動交代案情及將其手機提交，認為原審法院在判刑時沒有考慮此等行為，主張罰金已能達到處罰目的，原審法院的決定違反了《刑法典》的相關規定。。

我們看看。

(一) 事實不充分的瑕疵

關於《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所指的所謂的事實不

充分的瑕疵僅存在於法院沒有證實必要的可資作出適當法律適用以及決定案件實體問題的事實；法院在審判過程中必須在該刑事訴訟案件的標的包括控訴書或辯護詞所界定的範圍內，對這些事實作調查。²

然而我們一直強調此項事實的瑕疵是法院在認定事實過程中因遺漏審理屬於訴訟標的的事實而出現的事實事宜的漏洞，以致不能作出合適的法律適用的情況，而並非指法院所認定的事實依據的證據不足，也並非指法院所認定的事實不能確定有關的罪名的構成要件的情況，因為後者屬於一個法律適用的問題，而非事實層面的問題。

在本案中，被上訴法庭已審理了包括控訴書及刑事答辯狀在內的訴訟標的，亦明確表明了認定及不認定的立場，顯示出原審法院對案中須調查的爭議事實已逐一調查，所以無從沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出判決”的瑕疵。

事實上，上訴人 A 此部份上訴內容其實是質疑原審法院就已證事實第 8 點的認定，其將“審查證據方面明顯有錯誤”跟“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出判決之瑕疵”混為一談。

因為，一者，這個瑕疵所指的事實不足並不意味法院所認定的事實所依據的證據不足，因為採納任何證據與否正是法院的自由心證的範疇，以證據不足為由的上訴理由是明顯不能成立的。

再者，上訴人的上訴理由的重點在於原審法院所認定嫌犯作出了不法錄音的事實所依據的證據乃是不存在的錄音資料。但是，這不是題述的事實不足的問題，因為，所謂的證據不足是指法院所認定的事實總體存在漏洞以致不能作出合適的法律適用。那麼，我們從原審法院的理由說明部分可以看到，雖然，上訴人 A 主張涉案作為證據的錄音並不存在，但是，兩名被害人均在庭審中指出當時發現上訴人 A 的手機啟動了錄音功能，而且第 19 頁的電子設備發證報告顯示，涉案手機的錄音記錄顯示有 5 次被刪除的錄音記錄，而當中一次與兩名被害人詢問上訴人 A 的時間吻合，因此原審法院認定當時上訴人 A 曾以手機作錄音是有客觀證

² 中級法院第 32/2014 號上訴案件於 2014 年 3 月 6 日作出的裁判。

據佐證。原審法院審查相關證據後所形成的心證，我們認為符合邏輯，在審查證據方面並無明顯錯誤，既不存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項的瑕疵，也不存在 a 項所指“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出判決”的瑕疵。

因此，上訴人此部份的上訴理由不能成立。

(二) 說明方面不可補正的矛盾的瑕疵

《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項規定的理由說明方面不可補正的矛盾的瑕疵是裁判本身的瑕疵，即指在事實事宜方面的證據性理據說明中、法院認定的事實之間、或認定的事實與未獲認定的事實之間存在矛盾。這種矛盾是絕對的，即一方面說“是一”，另一方面又說“不是一”，而不能存在於被指互相矛盾的事實之間各自所表達的意思不同或者各自所證實的內容不同的事實之間。³

其實只需按一般邏輯分析被上訴裁判的行文，已可知道上訴人 A 所指的矛盾根本不存在，因為錄音被刪除不代表不曾存在。廉政公署人員在涉案手機發現錄音，但有關錄音事後被刪除，不等於上訴人 A 的手機沒有在案發時曾錄音。事實上，原審法院在被上訴裁判書中已清楚解釋，根據被害人手機的錄音記錄，發現兩名被害人在詢問上訴人 A 時手機作出了錄音的操作，但有關錄音檔案在廉政公署人員發現後被上訴人 A 刪除，因此，我們認為被上訴裁判並沒有存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項規定的說明理由部分不可補救的矛盾的瑕疵。

上訴人此部份的上訴理由不能成立。

(三) 審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵

眾所周知，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定的“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵是指，對於原審法庭所認定的既證事實及未被其認定的事實，任何一個能閱讀原審合議庭判決書內容的人士在閱

³ 中級法院於第 516/2011 號上訴案件作出的裁判。

讀後，按照人們日常生活的經驗法則，均會認為原審法庭對案中爭議事實的審判結果屬明顯不合理，或法院從某一被視為認定的事實中得出一個邏輯上不可被接受的結論，又或者法院在審查證據時違反了必須遵守的有關證據價值的規則或一般的經驗法則，而這種錯誤必須是顯而易見的錯誤。⁴

同樣我們一貫堅持，事實審理的自由心證是刑事訴訟的核心原則，而作為一個平常的人、一個主觀的人的法官，在運用法律所賦予的審理證據的自由的武器時，需要遵循法律對此自由附加的證據原則和客觀標準，遵守一般的生活經驗法則的義務。在審查證據後對於採信何種證據，是法官形成心證的過程，根據《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，法官在對構成訴訟標的的具爭議事實，在事實審層面上作出認定或不認定時，除了法律對評價證據方面另有事先規定的情況，如《刑事訴訟法典》第 149 條第 2 款所規定的排除法官的自由心證的情況，最終仍須按經驗法則去分析、評價案中所有的證據。

而對於上訴法院來說，對此瑕疵是否存在的審查乃通過審查原審法院的事實認定的理由說明，尤其是從對構成心證所基於形成的證據的列舉以及衡量的過程的審查，確認是否存在違反證據規則以及一般經驗法則的情況。此外的事實認定，包括原審法院接納或不接納哪些證據並賴以形成其心證並認定事實是由法律所賦予的自由，一般情況下，這種心證是不能受到質疑。

在本案中，原審合議庭在判決書的事實之分析判斷部份，已作出詳細的理由說明，就其心證之形成及其依據作出了符合邏輯的交代(第 96 頁至第 98 頁)。就上訴人否認原審法院所認定的足以證明存有罪過的故意錄音的事實的主張，我們可以清楚看到原審法院並沒有接納上訴人 A 的解釋，並指出“雖然嫌犯表示不知道電話為何開啟了錄音鍵，但經廉政公署的人員進行調查後，涉案的手提電話沒有直接錄音的快捷鍵，也沒有發現被遙距操控的情況，且需要透過幾個界面才能啟動錄音功能，結合嫌犯在到達廉政公署前 45 秒錄音功能便啟動、涉案電話是嫌犯當

⁴ 參見中級法院於 2014 年 4 月 3 日在第 602/2011 號上訴案件、於 2014 年 5 月 29 日在第 115/2014 號上訴案件等。

日故意攜同的後備電話、嫌犯當日作證的案件的一名嫌犯與其有親密的男女朋友關係、嫌犯被要求交出手提電話時隨即表示要去洗手間；從以上種種的行為反應所見，本院認為嫌犯所作的解釋難以令人信服，並足以認定嫌犯具有實施本案犯規行為的動機及故意”（第 97 頁背頁）。這些心證的過程並不存在任何的不符邏輯以及違反一般生活經驗法則之處。

具體來說，一方面，上訴人主張在被要求交出手提電話時隨即表示要去洗手間不應作為考慮上訴人 A 的主觀故意時所依據的內容，原因是其要求洗手間時是被要求交出手機時而不是被要求交出常用手機時。我們認為，其在廉政公署人員要求交出手機時隨即要求往洗手間，已顯示出當時其行為有異樣，不論是在被要求交出哪一部手機。

另一方面，上訴人主張在其當時手機於案發前未有退出錄音程式而界面並非在主頁而是停在錄音界面。但是這個解釋只是上訴人單方的片面說法而已，也缺乏客觀依據的支持。

再一方面，就上訴人質疑廉政公署使用相同型號手機作錄音測試是無法證實被害人的言詞有被上訴人錄製的主張，我們認為也是不能支持的。根據卷宗第 33 頁的測試報告是使用了相同型號的手機作效果測試，結論是使用同型號手機放在涉案手袋內，是可清楚錄取房間內人員對話，有關測試是客觀及可作為可信的證據以供原審法院作參考，而且此報告只是案中眾多的證據之一，被上訴法院也非單單使用了該證據就認定上訴人故意錄音的事實。

最後，至於上訴人所質疑的間接證言的問題，我們同樣可以在原審法院的理由說明中看到，證人 B 在庭審中表示，其在調查一宗案件時需要對本案上訴人 A 進行詢問，並指出該案的嫌犯與本案上訴人 A 有親密的關係，B 為該案的負責偵查人員，親身參與了該案偵查，原審法院所基於形成心證的證據乃證人在作出調查親身經歷的客觀事實，並不是對嫌犯的陳述的內容的轉述，完全不存在間接證言的問題，其證言可合法地供原審法院作為形成心證的依據之一。

總之，我們可以看到，原審法院是經過對比不同證據作綜合分析而

得出的一個關於事實方面的客觀判斷，當中並不存於評價證據方面明顯違反一般經驗法則及常理，以致讓一般人一看就可以察覺的錯誤，其心證也沒有任何的合理疑問，何況法院接納或不接納哪些證據並賴以形成其心證並認定事實是由法律所賦予的自由，一般情況下，這種心證是不能受到質疑。

明顯地，上訴人只是表示其不同意被上訴的合議庭的心證而已，這正是法律所不容許的。上訴人此部分上訴理由亦不成立。

(四) 犯罪未遂的認定

在其上訴理由中，上訴人 A 指出其在庭審中表示發現電話開啟了錄音模式後已將錄音刪除，由於涉案音在未曾被重新播放或聽取前被刪除而且無法還原。鑑於上訴人 A 因己意令兩名被害人言詞未能被保存及重新聽取，主張該犯罪行為未遂，應根據《刑法典》第 22 條第 1 款之規定不予處罰。

區別未遂犯與既遂犯的關鍵是犯罪是否已完成，而判斷犯罪是否已完成的標準只能以法律的規定為依據，如果行為人的行為未完全具備法律所規定的某種犯罪的構成要件，而是只具備其中的一部分要件，就是未完成犯罪，應視為犯罪未遂。

《刑法典》第 191 條（不法之錄製品及照片）第 1 款規定：

“一、未經同意，作出下列行為者，處最高二年徒刑，或科最高二百四十日罰金：

a) 將他人所述而非以公眾為對象之言詞錄音，即使該等言詞係對錄音之人所述者；或

b) 使用或容許他人使用上項所指之錄製品，即使錄製品係合乎規範製作者。

..... ”

由此可見，當行為人未經他人的事先同意而將非向公眾公開的言詞錄音，犯罪已是既遂。事實上，條文所規定的「不法之錄製品及照片罪」

是行為犯⁵，也就是說，一旦作出錄音的行為即構成犯罪。

本案已證事實第 2 點，證實上訴人到廉政公署前已開啟了手機的錄音功能；已證事實第 5 點，證實上訴人 A 的手機於詢問期間一直進行錄音，且錄音行為未經兩名廉政公署公務員的同意，而已證事實第 6 點，上訴人在被要求提供手機作查閱時暫停了錄音功能，並從手袋取出手機，兩名公務員發現該手機停在錄音程式界面，該程式處於暫停狀態。

根據被上訴之裁判中所載之上述已證事實，我們認為上訴人的行為已完全滿足《刑法典》第 191 條第 1 款 a 項的主、客觀構成要件，並為既遂狀態。即使上訴人 A 事後將有關錄音刪除，不代表其錄音行為為未遂。刪除行為與錄音行為是兩個行為，上訴人 A 的錄音行為已於手機內生成錄音檔，其後刪除該檔案恰恰是佐證錄音檔曾經存在。

再者，嫌犯作出刪除檔案的行為並不是《刑法典》第 23 條所指的犯罪中止的問題，一者，刪除檔案乃是嫌犯的行為被發現後作出的，並非出於己意而為，二者，嫌犯的行為已經既遂，也就不存在因其中止犯罪而令未遂不予以懲罰的前提。

因此，上訴人此部份的上訴理由不能成立。

(五) 不法取證

上訴人提出題述的問題不單是涉及不法取證的問題，更涉及廉政公署是否具有權限進行調查的問題。

根據經第 4/2012 號法律修改的第 10/2000 號法律《澳門特別行政區廉政公署組織法》第 2-A 條第 1 款及第 4 條第 2 款，廉政公署的工作範圍包括針對在公共部門及私營部門活動範圍內的貪污犯罪及與貪污相關聯的欺詐犯罪進行防止及調查的行動，進行履行其職責所需的一切調查及偵查行為。

⁵ Paulo Pinto de Albuquerque 著《Comentário do Código Penal》，Universidade Católica Editora, 3ª Edição, 第 777 頁第 4 點,原文為：“Os crimes de gravações e fotografias ilícitas são crimes de dano e de mera atividade.”

廉政公署正是在調查一件公務員的職務犯罪的程序中需要對本案的嫌犯以證人身份進行詢問過程中，發現了其作出了觸犯一般刑事犯罪的行為，也就是說，上訴人的不法錄音的行為屬該署調查上述犯罪時發現存在的其他犯罪。

根據上述的第 10/2000 號法律《澳門特別行政區廉政公署組織法》第 4 條第 6 款、第 7 款、第 11 條 3 款，以及《刑事訴訟法典》第 42 條第 2 款 a 項、b 項及第 3 款、第 245 條第 2 款、第 246 條，以及《司法組織網要法》第 56 條第 2 款第 4 項的規定，並考慮到訴訟經濟原則，廉政公署在依職權調查期間，並不妨礙該署倘發現其他犯罪存在，得一併進行必要的調查工作及證據搜集，將該等犯罪分開不同部門進行偵查明顯是不適宜的，只要廉政公署依法定程序對檢察院作出檢舉後，由檢察院審查卷宗證據並將之宣告有效，然後根據《刑事訴訟法典》第 265 條之規定對上訴人 A 提起控訴即可。

就廉政公署有否權限偵查如本案的問題，中級法院的判決也一直持著肯定的立場。⁶

在本案中，依卷宗第 8 頁及第 9 頁所載，上訴人 A 在案發當日已簽署了聲明書，自願將涉案的兩部手機及一個手袋提交予廉政公署，而根據卷宗第 36 頁，廉政助理專員根據第 36/2020 號廉政專員批示、《刑事訴訟法典》第 163 條第 1 款及第 3 款，配合經第 4/2012 號法律修改的第 10/2000 號法律第 11 條第 4 款的規定，命令將相關手機及手袋扣押，並於 2021 年 11 月 3 日對上訴人 A 作出扣押通知（參見卷宗第 45 頁），因此完全不存在扣押不合法的問題。

因此，上訴人質疑廉政公署的權限是否涉及本案犯罪，作為提出該署所搜集的證據無效的理由是不能成立的。

（六）罰金刑的適用

《刑法典》第 64 條規定了量刑的一般規則：

⁶ 參見中級法院於 2014 年 3 月 13 日在第 670/2012 號上訴案件的合議庭裁判。

“如對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰，則只要非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰之目的，法院須先選非剝奪自由之刑罰。”

對本案涉及的《刑法典》第 191 條此犯罪，規定了最高 2 年監禁或罰金的刑幅。對於替代性法定刑罰，法院應根據澳門《刑法典》第 64 條的規定，首先審理刑罰選擇的問題。法律是清楚的：選擇非剝奪自由之刑罰需要對可適當及足以實現處罰目的予以論證。

如果審判者認為科處罰金可充分及適當實現處罰的目的，則應選擇罰金，即優先科處非剝奪自由刑。對此問題，中級法院的司法見解一直有統一的想法。⁷

在本案中，根據被上訴裁判書所載，原審法院在量刑方面已根據《刑法典》第 64 條之規定，就不採用罰金刑而選擇決定科徒刑的決定作出了理由陳述（詳見卷宗第 98 頁）。

的確，正如《刑法典》第 64 條所規定的“可適當及足以實現處罰之目的”，當中保護法益是刑罰的其中一個重要目的，可以說，倘若在一個不符合預防犯罪的情況下選擇罰金刑，不但達不到刑罰的目的，甚至會給予行為人，以至社會一個錯誤的訊號，誤把金錢（罰金）作為一個犯罪的經濟成本一般看待。因此，原審法院決定選擇徒刑而非罰金，並沒有違反《刑法典》第 64 條的規定。

上訴人此部份的上訴理由不能成立。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人的上訴理由不成立，維持原判。

本程序的訴訟費用由上訴人支付，包括支付 6 個計算單位的司法費。

⁷ 參見中級法院於 2000 年 11 月 30 日在第 173/2000 號上訴案以及於 2002 年 3 月 7 日在第 24/2002 號上訴案的判決。

澳門特別行政區，2023 年 3 月 28 日

蔡武彬
(裁判書製作人)

陳廣勝
(第一助審法官)

譚曉華
(第二助審法官)