

編號：第 33/2019 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

B

日期：2019 年 2 月 28 日

主要法律問題：

- 審查證據方面明顯有錯誤
- 在說明理由方面出現不可補救之矛盾
- 禁用證據
- 判決無效
- 法律定性 犯罪未遂
- 罪數的認定

摘 要

1. 雖然四名海關關員沒有“直接”指出上訴人為案發時舢舨的駕駛員，可是，其他在同一舢舨上的多名非法入境人士在聲明中均指出了上訴人的身份及在偷渡過程上的參與，原審法院客觀分析上述種種證據，並根據自由心證原則對上訴人實施了有關罪行的事實做出判斷。

經分析上述的證據，並結合一般經驗法則，可合理且顯而易見地得出原審法庭認定上訴人實施了協助罪並無明顯錯誤之處，亦沒有違反“存疑無罪”原則。

2. 本案中，根據整體的已證事實，兩名嫌犯共同準備了舢舨，在舢舨上亦輪流駕駛，以上行為可以顯示兩人是以共犯的方式實施協助他人非法入境的行為，而兩人分工合作，雖然在不同時段接觸各偷渡人士，但亦不排除兩人均知悉有關偷渡費用的事宜。

原審法院在說明理由部分已說明其形成心證的過程，並清楚、客

觀及合理地說明了不採納上訴人的陳述的理由。其後，分析原審法院所認定的事實、未經法院認定的事實以及相關的判決及理由說明，原審法院在說明理由方面並未出現不可補救之矛盾。

3. 《刑事訴訟法典》第 134 條規定的“人之辯認”措施的實施需要與否，全屬司法機關，以至刑事警察當局的自由裁量範圍，法律並沒有任何規定並要求在特定情況下必須實施“人之辯認”的措施。

事實上，上訴人與另一嫌犯是在一個“現行犯”的情況下被警方截獲，且當時與三名證人(非法入境人士)一起。在此情況下，並沒有進行人之辯認的強烈需求，相反，“人之辯認”主要是針對非現行犯的情況，以作為確認行為人與事後被認定之嫌犯是否同屬一人。

4. 經審判聽證後，原審裁判中被認定的事實與起訴書內的事實的確存在一些不同，經分析比較起訴事實第 2 項，以及已證事實第 2、3 項，原審法院只是將起訴事實第 2 項拆分為已證事實第 2、3 項，而只在協定及收取偷渡費方面按照證據顯示作出了些少的更改，而這些差異只是輔助性的。

另一方面，關於控罪的改變，原審法院在庭審開始之際已根據類推適用《刑事訴訟法典》第 339 條之規定，讓控辯雙方都預知了一個在適用法律時，可能出現及不同於起訴批示的可能(見卷宗第 180 頁背頁)，並且辯方亦沒有表達反對，這樣，一個潛在的程序爭議問題亦已得到解決。

5. 根據第 6/2004 號法律第 14 條第 1 款及第 2 款的規定，關於證人 C 部分而言，上訴人的行為已完全符合上述條文第 1 款及第 2 款規定，

並且協助行為已處既遂階段。

而就證人 D 及 E 部分，上訴人的行為從滿足第 1 款的角度來說已經處於行為既遂階段，但相對第 2 款而言，仍然處於未遂階段，因為當中所描述的加重情節(收取利益)仍未得到完整的落實。

當一個犯罪行為同時符合兩條的條文時，應優先選擇其中對法益作出最完善保護的條文來加以實施。

6. 在認定犯罪行為的次數時必須考慮在不同條件下所引致出現的協助行為，以及法益因應涉及偷渡人數的多少而造成不同程度的侵害，即管有關行為發生於同一個時間及地點亦然。因此，協助罪的犯罪數目應該按照非法入境者人數計算。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 33/2019 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

B

日期：2019 年 2 月 28 日

一、 案情敘述

於 2018 年 11 月 21 日，第一嫌犯 A 及第二嫌犯 B 在初級法院刑事法庭第 CR2-18-0320-PCC 號卷宗內被裁定以直接共同正犯、故意及既遂方式觸犯三項 8 月 2 日第 6/2004 號法律第 14 條第 2 款所規定及處罰的「協助罪」(共犯)，每項各被判處六年的徒刑。

數罪並罰，兩名嫌犯合共各被判處八年實際徒刑的單一刑罰。

第一嫌犯 A 不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由(結論部分)：

(i) 審查證據方面存在明顯錯誤

1. 原審法院稱已證明“兩名嫌犯駕駛舢舨到達澳門 XX 大橋對開海面時被海關關員發現”的這一事實，明顯犯有普通人亦會馬上留意到的證據審查錯誤。
2. 因為，作證的四名海關關員中的其中兩名表示不知道誰人在

駕駛船隻，另外兩名則表示只見證人 C 在船上，以及在船尾開船，按一般經驗法則和邏輯，上述的已證事實無可能獲得證實。

3. 所以，就這一部分的事實認定，原審法院是違反了《刑事訴訟法典》第 114 條、第 149 條第 1 款的規定，並構成同一法典第 400 條第 2 款 c 項所指的在審查證據方面存在明顯錯誤的瑕疵。

(ii) 禁用證據

4. 在卷宗內從未看到海關人員有按《刑事訴訟法典》第 134 條規定，對上訴人及另一嫌犯進行人之辨認程序。退一步而言，卷宗內亦未載有兩人的相片(包括樣貌、髮型、衣著打扮等)，以供上述三名證人作出辨認。
5. 然而，原審法院在評價三名證人(透過訊問筆錄)作出的辨認時，並無留意這一點，並以此辨認為據，認定上訴人為協助偷渡者，這樣，顯然違反了《刑事訴訟法典》第 134 條的規定。
6. 根據《刑事訴訟法典》第 134 條第 4 款的規定，由三名證人所作出的辨認，屬禁用證據，不具有作為證據的價值。
7. 故上訴人駕駛舢舨將 D、C 及 E 載往澳門的事實，不應該獲得證實。

(iii) 疑罪從無原則

8. 在三人證人的供未來備忘用之聲明筆錄中，有互相矛盾的地方，尤其是表現在船隻之駕駛方面，究竟是上訴人在先，另一嫌犯在後，抑或相反，即另一嫌犯在先，上訴人在後。
9. 事實上，作為更客觀的證人，四名海關關員就從未指出上訴

人就是駕駛船隻及將之駛進澳門特別行政區水域範圍之人，反而其中兩名海關關員清楚指出，在調查時，證人 C 在船上及開船。

10. 面對兩組互相衝突的證言，原審法院不能單憑三名證人被分開錄取口供，便必然得出他們未有串供或誣告兩名嫌犯的結論，因為有關串供的行為，可以在錄取口供前的任何時刻發生。
11. 因此，這裏足以構成一項合理的事實疑問—究竟何人才是協助偷渡者，何人才是偷渡者？
12. 所以，我們應該運用疑罪從無原則，開釋上訴人被判處的三項第 6/2004 號法律第 14 條第 2 款所規定及處罰的「協助罪」。
- (iv)說明理由方面出現不可補救的矛盾
13. 根據已證事實第 2 條至第 4 條的描述，在事件發生的先後順序上，原審法院一方認定是第二嫌犯將三人帶到岸邊登船，另一方面，又同時認定上訴人是在岸邊等候，待四人抵達岸邊後才開船。
14. 這樣，我們便無法理解靜態地在岸邊等候的上訴人，會與動態地帶領三名偷渡者前往岸邊的第二嫌犯，一起同意當中兩人的偷渡費。
15. 此外，有關的偷渡費如果是由上訴人與第二嫌犯一起同意的話，原審法院就根本無需要運用一般經驗法則，以事實推定的方式稱上訴人理應知悉 D、C 及 E 在是次的偷渡中需要付費。
16. 因此，被上訴的判決也存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項所指的在說，明理由方面出現不可補救之矛盾的瑕疵。

(v)判決無致

17. 在庭審中，原審法院通知控辯雙方的變更，只是涉及法律方面的變更，而不是涉及事實方面的變更。
18. 將原審法院認定的第 3 條及第 6 條事實與起訴批示的第二條及第五條事實對比可以得知，原審法院的確作出了事實變更，並且稱：“儘管證人 D 及 E 的未支付有關的偷渡費用，但根據第 6/2004 號法律第 14 條第 2 款的規定：”‘行為人直接或透過居中人為本人或第三人取得財產利益或物質利益，作為實施上款所指犯罪的酬勞或報酬的，……’，從中所見，立法者並未有將是否已取得財產利益作為構成上述規定所指的協助罪的構成要件。”
19. 這樣，被上訴的判決無疑是違反了《刑事訴訟法典》第 340 條第 1 款的規定。
20. 因為，原審法院將一些在起訴批示中沒有描述的、對案件審判而言屬實質變更的事實，適用在判處上訴人罪名成立之上，而事前係從未按《刑事訴訟法典》第 340 條第 1 款的規定，通知上訴人。
21. 所以，根據《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 b 項規定，屬判決無效。

(vi)犯罪未遂

22. 按中級法院在第 548/2009 號及第 795/2018 號刑事上訴案中作出的司法見解，第 6/2004 號法律第 14 條第 2 款之所以構成加重犯，是因為其構成要件要求行為人因實施不法行為而實際獲得酬勞。
23. 此外，獲證的事實雖然指出“兩名……並已透過同伙收取 C 的

偷渡費”，但就沒有證明或證實這名同伙與上訴人組成共同正犯的事實。

24. 因此，不能將這名同伙所收到的金錢，按共同正犯中的直接交互歸責原則，也視作上訴人已經收到。
25. 所以，原審法院的判決未有按《刑法典》第 21 條規定，對上訴人所觸犯的三項「協助罪」判處犯罪未遂，是錯誤解釋及適用第 6/2004 號法律第 14 條第 2 款的規定。

(vii) 罪數之認定

26. 分析「協助罪」保護的法益，大家一致認同的是要維護國家或地區對自身出入境管理秩序的利益。故法益指向的對象，從來都不是人身性或個人的利益，而是一種公共利益。
27. 另外，「協助罪」處罰的重點或禁止的對象，是協助他人進入澳門的行為，而不是進入澳門人數的數目，所以，不可憑人數的多寡來判斷法益被破壞或侵犯的次數，而應該以行為作出的次數，來斷定法益被破壞或使犯的次數。
28. 因此，當協助偷渡的不法行為在不同的時間、地點、方式實施時，屬逐次破壞「協助罪」之法益；相反，在同一時間、地點及方式，一次性地運載數人時，則只是破壞了一次「協助罪」之法益。
29. 本案屬後者的情況，因此，請求中級法院改判上訴人僅觸犯一項「協助罪」，否則，便有違一事不二審原則。

(viii) 重新量刑

30. 一旦犯罪未遂或僅判處一罪的上訴理由成立，均導致上訴人的刑罰幅度有所改變，因此，中級法院應根據《刑法典》第 22 條第 2 款、第 67 條、第 40 條及第 65 條的規定，重新對上

訴人的刑罰作出裁量。

31. 在量刑上，敬請中級法院判處一中等較輕的刑罰，具體而言，上訴人認為判處 4 年實際徒刑已最為適合，足以令上訴人承受犯罪所帶來的後果，以及回復了社會大眾對法律秩序的信心。

綜上所述，和依賴法官閣下之高見，敬請裁定上訴理由成立，廢止原審法院的判決，並：

1. 開釋上訴人所被判處的三項由第 6/2004 號法律第 14 條第 2 款所規定及處罰的「協助罪」；將本案發回初級法院，由另一合議庭重新審理；
2. 宣告原審法院之判決無效；或
3. 改判上訴人以犯罪未遂的方式，觸犯一項由第 6/2004 號法律第 14 條第 2 款所規定及處罰的「協助罪」，以及根據《刑法典》第 22 條第 2 款、第 67 條、第 40 條及第 65 條的規定，重新對上訴人的刑罰作出裁量。

第二嫌犯 B 不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結論部分）：

1. 上訴人 B 被控以直接共同正犯方式實施及觸犯了第 6/2004 號法律第 14 條第 2 款規定及處罰的三項協助罪，每項各判處 6 年徒刑，數罪並罰，合共判處 8 年之實際徒刑的單一刑罰；
2. 上訴人不服有關裁決，理由是量刑過重及未完全依據《刑法典》第 65 條的規定，僅考慮對嫌犯不利的犯罪行為及情節；
3. 法庭在量刑時未完全考慮對嫌犯有利的因素，包括嫌犯對於此等犯罪性質及不法性的認知程度之不足；

4. 法庭判處上訴人 8 年之實際徒刑，量刑略重；

5. 因此，上訴人認為 8 年之實際徒刑為不適度。

綜上所述，按照有關依據及法律規定，懇請尊敬的中級法院各位法官閣下判處上訴人所提起之上訴理由成立，且適度地對上訴人的判刑重新作出考慮。

請求作出一如既往公正審理！

檢察院對二名嫌犯的上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 原審法庭在審查證據方面存在明顯錯誤。
2. 本案由三名證人所作的人之辨認，屬禁用證據，不具有作為證據的價值。
3. 本案存有疑點，未能釐清誰是真正的協助偷渡者，誰是真正的偷渡者，故應按罪疑從無原則，開釋兩名嫌犯。
4. 被上訴判決存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款的項所指的在說明理由方面出現不可補救的矛盾的瑕疵。
5. 原審法庭對本案有關事實作出了事實的實質變更，而事前未按《刑事訴訟法典》第 340 條第 1 款的規定，通知上訴人，故據《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款的項規定，屬判決無效。
6. 原審法庭的判決未有按《刑法典》第 21 條規定，對其所觸犯的三項“協助罪”判處犯罪未遂。
7. 在同一時間、地點及方式，一次性地運載數人時，則只是破壞了一次“協助罪”之公共法益，非人身法益，故第一上訴人僅觸犯一項“協助罪”。
8. 一旦犯罪未遂或僅判處一罪的上訴理由成立，將引致上訴人

的刑罰幅度有改變，在量刑上，第一上訴人是初犯，故中級法院可考慮判處中等較輕的刑罰。

9. 至於第二上訴人(第二嫌犯)B，在罪數認定方面，其和第一上訴人作為共同正犯應被判處僅一項的協助罪，同時屬於未遂犯，加上第二上訴人也是初犯，故中級法院可考慮重新對其刑罰作出裁量，並判處中等較輕的刑罰，已達一般預防及特別預防目的。

基於此，檢察院建議判處兩名上訴人上訴理由成立。

敬請尊敬的法官閣下，一如既往作出公正審判！

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱及提交法律意見，認為兩名上訴人提出的所有上訴理由均不成立，但考慮其他不同及依職權所能決定的理由，應調整其中兩項罪名的法律定性，從原來的加重協助罪既遂改判協助罪既遂，每罪處以 4 年徒刑，而在與另外一項加重協助罪競合後，處以不低於 7 年徒刑的單一處罰。

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

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. D、C 及 E 均為中國內地居民，三人均不持有合法進入及逗留澳門的證件，但有意以不經澳門出入境檢查站的方式偷渡進

入澳門，因此，2018 年 6 月，三人分別與身份不明的中介人聯絡相關偷渡事宜。

2. 2018 年 6 月 20 日凌晨時份，D、C 及 E 分別接獲通知於 XX 百貨門口集合以偷渡前往澳門，三人於同日凌晨約 1 時 30 分至 1 時 50 分之間先後抵達該集合地點，同日凌晨約 3 時 20 分，第二嫌犯 B 帶領 C、D 及 E 一同至岸邊登船。
3. D 及 E 與嫌犯等人約定人民幣壹萬肆仟圓（CNY14,000.00）的偷渡費於抵達澳門後由朋友協助支付，嫌犯等人同意；同時，第二嫌犯確認已收取 C 支付的人民幣貳萬陸仟圓（CNY26,000.00）的偷渡費。
4. 此時，第一嫌犯 A 已於岸邊等候。當第二嫌犯、D、C 及 E 均抵達岸邊後，眾人登上由兩名嫌犯準備的舢舨，並由兩名嫌犯輪流駕駛該舢舨將 D、C 及 E 載往澳門。
5. 同日凌晨約 4 時 20 分，兩名嫌犯駕駛舢舨到達澳門 XX 大橋對開海面時被海關關員發現，當海關關員駕駛快艇駛近時，兩名嫌犯、D 及 E 隨即跳船逃走，其後，C 在舢舨上被海關關員截獲，兩名嫌犯及 D 以游泳方式抵達澳門融和門附近岸邊後被海關關員截獲，E 則在海中被海關關員救起。
6. 兩名嫌犯為取得不法財產利益，明知 D、C 及 E 為不具有合法進入及逗留澳門證件的人士，且 D、C 及 E 均需要支付偷渡的費用，兩名仍故意以駕駛舢舨的方式將 D、C 及 E 載往澳門，並已透過同伙收取 C 的偷渡費，兩名作出上述行為意圖為自己及他人獲得不法財產利益。
7. 兩名嫌犯自由、自願和有意識的情況下作出上述行為，且明知其上述行為是澳門法律所禁止及處罰的。

此外，還查明：

8. 第一嫌犯表示沒有接受過教育，貨車司機，每月收入為人民幣 5,000 元，與沒有工作的妻子育有三名子女。
9. 根據第一嫌犯的最新刑事記錄顯示，第一嫌犯屬於初犯。
10. 第二嫌犯表示沒有接受過教育，裝修工人，每月收入為人民幣 8,000 元，育有三名子女。
11. 第二嫌犯表示 2015 年曾在中國內地因走私被監禁 1 年。
12. 根據第二嫌犯的最新刑事記錄顯示，第二嫌犯在本澳屬於初犯。

未能證明的事實：

1. 第二嫌犯親自收取 C 所支付的金錢。
2. 起訴批示及答辯狀中與上述已證事實不符的其他事實。

原審法院判案理由如下說明：

“第一嫌犯 A 表示對被歸責的事實行使沉默權。

第二嫌犯 B 否認實施被起訴的事實，表示自己當時也是偷渡來澳的，並需支付人民幣 14,000 元的偷渡費，船上所有的人其都不認識，不認識第一嫌犯，不知悉由誰來開船，不知悉其他人是否需要付費。

庭審期間依法宣讀了證人 D 所作的供未來備忘用的聲明（為此，卷宗第 46 頁至第 47 頁結合第 7 頁及其背頁證人的聲明內容在此視為完全轉錄）；當中，證人講述了偷渡來澳的過程，當時由第二嫌犯帶領他們上船，並由第一嫌犯開船，偷渡費為人民幣 14,000 元，但尚未支付。

庭審期間依法宣讀了證人 C 所作的供未來備忘用的聲明（為此，卷宗第 48 頁至第 49 頁結合第 8 頁及其背頁證人的聲明內容在此視為完

全轉錄)；當中，證人講述了偷渡來澳的過程，當時由第二嫌犯帶領他們上船，並由第一嫌犯開船，並已支付了人民幣 26,000 元的偷渡費；此外，證人表示年輕短髮的駕駛者曾問證人是否已支付了偷渡費，經與中介溝通後，該年輕短髮的駕駛者才表示已收到有關費用並讓證人上船。

庭審期間依法宣讀了證人 E 所作的供未來備忘用的聲明（為此，卷宗第 50 頁至第 51 頁結合第 9 頁及其背頁證人的聲明內容在此視為完全轉錄)；當中，證人講述了偷渡來澳的過程，當時由第二嫌犯帶領他們上船，並由第一嫌犯開船，偷渡費為人民幣 14,000 元，但尚未支付。

（海關關員）證人 01971 講述了其所參與的調查工作，表示到場時未有見到兩名嫌犯，只見證人 C 在船上，在截獲證人 D、C 及 E 後，該三名人士均被分開錄取口供。

（海關關員）證人 07901 講述了其所參與的調查工作，表示當時船隊的同事負責追截舢舨，有些人已跳進水中，並游向海邊，但證人未能看見誰人開船。

（海關關員）證人 57981 講述了其所參與的調查工作，當時已有些人跳下海中，證人已無法辨認兩名嫌犯，證人未有看見誰人開船。

（海關關員）證人 16151 講述了其所參與的調查工作，其當時負責追截身材較高瘦且有頭髮的人士，證人目睹證人 C 當時在船尾開船，有些人則在海中。

8 月 2 日第 6/2004 號法律第 14 條規定：

“一、故意運載或安排運載、提供物質支援或以任何其他方式，協助他人於第二條所規定的情況進入澳門特別行政區者，處二年至八年徒刑。

二、行為人直接或透過居中人為本人或第三人取得財產利益或物質利益，作為實施上款所指犯罪的酬勞或報酬的，處五年至八年徒刑。”

根據卷宗調查所得的證據，經作出綜合的分析後，考慮到第二嫌犯的聲明，結合證人的證言及卷宗的資料，基於第一嫌犯對被指控的事實行使沉默權，故案中源於第一嫌犯的聲明，在未允許宣讀的情況下，不能作為心證的依據。

第二嫌犯否認控罪，表示自己也為偷渡人士，且需支付偷渡費。

根據證人 D、C 及 E 的證言，他們是先後到達偷渡的地點，關員證人 01971 表示他們三人在被截獲後便被分開聽取其聲明，考慮到證人 D、C 及 E 均異口同聲地表示兩名嫌犯便是負責駕駛船隻接載他們偷渡前往澳門的駕駛者，反而第二嫌犯被問到船上的其他人士是否要一同偷渡前往澳門，第二嫌犯則表示不知道他們要做什麼（但第二嫌犯表示自己當時正在偷渡前往澳門）；此外，證人 D、C 及 E 均能辨認出有關船隻的駕駛者，但第二嫌犯卻不知悉誰是駕駛者（卷宗第 12 頁載有涉案船隻的相片，船隻體積細小，證人 D、C 及 E 均表示海上航程約有 20 分鐘，時間相對充裕，且沿途有燈光），因此第二嫌犯表示未能認出駕駛者是誰的說法令人難以信服。

雖然各名關員證人均未有目睹兩名嫌犯駕駛案中的船隻，更有關員證人目睹證人 C 當時在船尾駕駛船隻離開，但證人 C 在其聲明中已表示因當時被發現，其他人均跳船逃走，他因不懂游泳而留在船上。

經結合各名關員證人的證言後，證人 C 所作的解釋並未足以受到質疑，因此，仍不影響該名證人證言的可信性。

考慮到證人 D、C 及 E 均一致及清晰地指出兩名嫌犯便是案中駕駛船隻運載他們偷渡來澳的人士，經調查後，該三名證人均為非本地居民；該三名證人均表示是次偷渡需要支付費用，根據第二嫌犯的聲明，也反映其知悉是次偷渡需要付費，第一嫌犯作為與第二嫌犯共同駕駛船隻之人，按照一般的經驗法則，第一嫌犯理應知悉證人 D、C 及 E 在是

次的偷渡中需要付費。

基於證人 D、C 及 E 未有串供或誣告兩名嫌犯的跡象，證言的可信性也未有受質之處；因此，本院認為證據充分且足夠，足以認定兩名嫌犯伙同他人，以共同合作的方式，實施了本案所指的協助上述三名證人偷渡來澳的事實。

然而，起訴批示當中的一些事實細節，需因應庭審調查所得的證據需作出相應的調整，且結論性的事實也須因應原起訴批示已獲證的事實而作出相應的調整。

此外，在犯罪定性方面，儘管證人 D 及 E 仍未支付有關的偷渡費用，但根據第 6/2004 號法律第 14 條第 2 款的規定：“二、行為人直接或透過居中人為本人或第三人取得財產利益或物質利益，作為實施上款所指犯罪的酬勞或報酬的……”，從中所見，立法者並未有將是否已取得財產利益作為構成上述規定所指的協助罪的構成要件。

情況就好比 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所指的收容罪，立法者也沒有以被收容人是否已支付租金或財產利益作為犯罪既遂的要件。

因此，在對不同理解給予應有的尊重的情況下，由於案中三名證人 D、C 及 E 是次偷渡均屬需要付費的性質，不論他們是否已支付相關金錢，又或者是否由兩名嫌犯親自收取有關金錢（上級法院多個裁判也持相同的見解），有關的犯罪行為均告既遂。

在罪數方面，按照本澳法院長久以來主流的司法見解，均認為應以偷渡的人數來訂定犯罪的罪數（其中可參見中級法院第 791/2017 號裁判）。

綜上，起訴批示中的大部分事實均獲得證實，根據有關的已證事實，第一嫌犯 A 及第二嫌犯 B 在自由、自願及有意識的情況下，為取得不法財產利益，明知 D、C 及 E 為不具有合法進入及逗留澳門證件的人

士，且 D、C 及 E 均需要支付偷渡的費用，兩名仍故意以駕駛舢舨的方式將 D、C 及 E 載往澳門，並已透過同伙收取 C 的偷渡費，兩名作出上述行為意圖為自己及他人獲得不法財產利益，兩名嫌犯知道其行為觸犯澳門法律，會受法律制裁。

因此，兩名嫌犯是直接共同正犯，其既遂及故意的行為，已觸犯了 8 月 2 日第 6/2004 號法律第 14 條第 2 款所規定及處罰的三項協助罪（共犯），均判處罪名成立。”

三、法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 審查證據方面明顯有錯誤
- 在說明理由方面出現不可補救之矛盾
- 禁用證據
- 判決無效
- 法律定性 犯罪未遂
- 罪數的認定
- 量刑

1. 上訴人 A 指出，基於出席庭審的四名海關關員證人無一能直接指認上訴人本人為事發時“舢舨的駕駛員”，因此，認為原審法院認定上訴人與第二嫌犯輪流駕駛舢舨的判決患有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵，也違反了“存疑無罪”原則。

根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項規定，上訴亦得以審查證據方面明顯有錯誤為依據，只要有關瑕疵係單純出自案卷所載的資料，或出自該等資料結合一般經驗法則者。

終審法院於 2001 年 3 月 16 日，在第 16/2000 號刑事上訴案判決中認定：“審查證據中的明顯錯誤是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現。”

雖然四名海關關員沒有“直接”指出上訴人為案發時舢舨的駕駛員，可是，其他在同一舢舨上的多名非法入境人士在聲明中均指出了上訴人的身份及在偷渡過程上的參與，原審法院客觀分析上述種種證據，並根據自由心證原則對上訴人實施了有關罪行的事實做出判斷。

經分析上述的證據，並結合一般經驗法則，可合理且顯而易見地得出原審法庭認定上訴人實施了協助罪並無明顯錯誤之處，亦沒有違反“存疑無罪”原則。

從經驗法則及邏輯的角度考慮，上述的證據可客觀、直接及合理地證明上訴人實施了有關罪行，而原審法院在審查證據方面並不存在上訴人所提出的任何錯誤，更遑論明顯錯誤。

事實上，上訴人是在質疑原審法院對事實的認定，以表達他對合

議庭所認定的事實的不同意見來試圖質疑法官的自由心證，這是法律所不允許的。

當然，不受質疑的自由心證必須是在以客觀的、合乎邏輯及符合常理的方式審查分析證據的基礎上所形成的心證。

但在本案中，原審法院在審查證據方面並未違背以上所提到的任何準則或經驗法則，因此，上訴人不能僅以其個人觀點為由試圖推翻原審法院所形成的心證。

故此，上訴人提出的上述上訴理由並不成立。

2. 上訴人 A 亦認為在已證事實第 2、3 及 4 點中顯示第二嫌犯將偷渡者帶到岸邊登船，而第一嫌犯(上訴人)是在岸邊等候他們，然後才開船；另一方面，原審法院卻在說明理由中指出按照一般的經驗法則，第一嫌犯理應知悉各證人在是次偷渡中需要付費，而認定兩名嫌犯一起同意相關人士的偷渡費。在上述事實與理由說明中，原審法院的判決患有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b)項規定的在說明理由方面出現不可補救之矛盾之瑕疵。

根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b)項規定，上訴亦得以在說明理由方面出現不可補救之矛盾為依據，只要有關瑕疵係單純出自案卷所載的資料，或出自該等資料結合一般經驗法則者。

終審法院於 2001 年 3 月 16 日，在第 16/2000 號刑事上訴案判決中認定：“理由說明中不可補救的矛盾之瑕疵，指事實部分的證據性理據中的矛盾，以及已認定的事實中或已認定的與未認定的事實之間的矛盾。

矛盾必須是不可補正、不可克服的，也就是說，依靠被上訴的判決的整體內容和一般經驗法則不能克服。”

本文中，根據整體的已證事實，兩名嫌犯共同準備了舢舨，在舢舨上亦輪流駕駛，以上行為可以顯示兩人是以共犯的方式實施協助他人非法入境的行為，而兩人分工合作，雖然在不同時段接觸各偷渡人士，但亦不排除兩人均知悉有關偷渡費用的事宜。

原審法院在說明理由部分已說明其形成心證的過程，並清楚、客觀及合理地說明了不採納上訴人的陳述的理由。其後，分析原審法院所認定的事實、未經法院認定的事實以及相關的判決及理由說明，原審法院在說明理由方面並未出現不可補救之矛盾。

因此，上訴人提出的上述上訴理由亦不成立。

3. 上訴人 A 又認為，卷宗內海關並未對三名偷渡者證人針對上訴人的指認採取根據《刑事訴訟法典》第 134 條的規定的“人之辯認”措施，因此，原審法院根據三名證人的指認認為上訴人為協助偷渡者的認定建基於禁用證據。

《刑事訴訟法典》第 112 條規定：

“凡非為法律所禁止之證據，均為可採納者。”

《刑事訴訟法典》第 113 條規定：

“一、透過酷刑或脅迫，又或一般侵犯人之身體或精神之完整性而獲得之證據，均為無效，且不得使用。

二、利用下列手段獲得之證據，即使獲有關之人同意，亦屬侵犯人之身體或精神之完整性：

- a) 以虐待、傷害身體、使用任何性質之手段、催眠又或施以殘忍或欺騙之手段，擾亂意思之自由或作出決定之自由；
- b) 以任何手段擾亂記憶能力或評估能力；
- c) 在法律容許之情況及限度以外使用武力；
- d) 以法律不容許之措施作威脅，以及以拒絕或限制給予依法獲得之利益作威脅；
- e) 承諾給予法律不容許之利益。

三、在未經有關權利人同意下，透過侵入私人生活、住所、函件或電訊而獲得之證據，亦為無效，但屬法律規定之情況除外。

四、如使用本條所指獲得證據之方法係構成犯罪，則該等證據得僅用以對該犯罪之行為人進行追訴。”

本文中，經分析原審判決的理由說明部分，原審法院在認定兩名嫌犯犯罪事實的問題上是採納了另外三名證人(非法入境人士)的證言，當中均一致及清晰地指出兩名嫌犯便是案中駕駛舢舨運載證人來澳的人士。

另一方面，《刑事訴訟法典》第 134 條規定的“人之辯認”措施的實施需要與否，全屬司法機關，以至刑事警察當局之自由裁量範圍，法律並沒有任何規定並要求在特定情況下必須實施“人之辯認”的措施。

事實上，上訴人與另一嫌犯是在一個“現行犯”的情況下被警方截獲，且當時與三名證人(非法入境人士)一起。在此情況下，並沒有進行人之辯認的強烈需求，相反，“人之辯認”主要是針對非現行犯的情況，以作為確認行為人與事後被認定之嫌犯是否同屬一人。

《刑事訴訟法典》第 113 條之規定，當中並沒有把“不採取人之辯認”視為任何一種禁用證據，因為禁用證據所針對的，是一些獲得證據的手段被視為不法，而不是使用或不使用某種證據方法。

因此，本案中並未發現原審法院採用了禁用證據而上訴人提出的上述上訴理由亦不成立。

4. 上訴人 A 指出原審法院是將一些在起訴批示中沒有描述的、對案件審判而言屬實質變更的事實，適用在判處上訴人罪名成立之上，而事前係從未按《刑事訴訟法典》第 340 條第 1 款的規定，通知上訴人，因此，原審判決違反了《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 b) 項的規定，因而產生了判決無效的瑕疵。

《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。

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。”

《刑事訴訟法典》第 340 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構成實質變更者，則主持審判之法官將該等事實告知檢察院，該告知之效力等同於提出檢舉，以便檢察院就新事實進行追訴；在正進行之訴訟程序之判罪上，不得考慮該等事實。

二、如檢察院、嫌犯及輔助人同意就新事實繼續進行審判，且該等事實並不導致法院無管轄權，則上款之規定，不適用之。

三、在上款所指之情況下，應嫌犯之聲請，主持審判之法官給予嫌犯不超過十日之期間以準備辯護，並在有需要時將聽證押後。”

《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。”

中級法院於 2002 年 5 月 2 日製作之第 32/2002 號刑事上訴案判決中提到：“法院根據澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款的規定以及辯論原則，不需將控訴書或起訴書所載的事實的任何變更或改變告知嫌犯，只是當這種變更或改變涉及‘對裁判屬重要的事實’時才需要告知。”¹

¹ Com efeito, não é qualquer modificação ou alteração dos factos constantes na acusação ou na pronúncia que faz com que tenha o Tribunal – em observância ao disposto no dito artº 339º, nº 1 do C.P.P.M. e ao princípio do contraditório – de comunicá-la ao arguido, mas sim, apenas, quando tal modificação ou alteração incida sobre “factos com relevo para a decisão”

另外，中級法院亦在 2008 年 6 月 5 日第 248/2008 號刑事上訴案判決中亦認定：“《刑事訴訟法典》第 339 和 340 條的規定，祇是針對所有不利嫌犯(而非對其有利)的事實變更(這立法精神尤見於《刑事訴訟法典》第 339 條第 2 款的規定)。”

本案兩嫌犯被起訴以直接共同正犯、彼等既遂行為以實質競合方式觸犯第 6/2004 號法律第 14 條第 1 款所規定及處罰的「協助罪」及一項同一法律第 14 條第 2 款所規定及處罰的「協助罪」(詳見卷宗第 109 至 113 頁起訴批示)。

而在審判聽證中，原審法院通知控辯雙方，有可能改為起訴兩嫌犯三項第 6/2004 號法律第 14 條第 2 款所規定及處罰的「協助罪」。

檢察院代表及兩辯護人均表示不反對，聲稱無須中止庭審給予額外的時間(詳見第 180 背頁審判聽證筆錄)。

經審判聽證後，原審裁判中被認定的事實與起訴書內的事實的確存在一些不同，經分析比較起訴事實第 2 項，以及已證事實第 2、3 項，原審法院只是將起訴事實第 2 項拆分為已證事實第 2、3 項，而只在協定及收取偷渡費方面按照證據顯示作出了些少的更改，而這些差異只是輔助性的。

另一方面，關於控罪的改變，原審法院在庭審開始之際已根據類推適用《刑事訴訟法典》第 339 條之規定，讓控辯雙方都預知了一個在適用法律時，可能出現及不同於起訴批示的可能(見卷宗第 180 頁背頁)，並且辯方亦沒有表達反對，這樣，一個潛在的程序爭議問題亦已得到解決。

因此，原審判決並不存在上訴人所指判決之無效的情況。

故此，上訴人提出的上述上訴理由同樣不成立。

5. 上訴人亦提出其被判處的三項協助罪，不論其本人或同夥均未真正收取報酬，所以在性質上該等犯罪行為應以犯罪未遂的方式論處。

第 6/2004 號法律第 14 條規定：

“一、故意運載或安排運載、提供物質支援或以任何其他方式，協助他人於第二條所規定的情況進入澳門特別行政區者，處二年至八年徒刑。

二、行為人直接或透過居中人為本人或第三人取得財產利益或物質利益，作為實施上款所指犯罪的酬勞或報酬的，處五年至八年徒刑。”

這一問題，本院同意助理檢察長在意見書中的見解：

“比較第 1 款和第 2 款的關係，不難發現兩者在犯罪構成要件上的要求基本一致，而第 2 款中只是加入了一個“加重情節”--即關於行為人或第三人取得財產利益--。

而從第 2 款對加重情節的描述，“取得財產利益”的含意應該是指實際取得利益而非簡單的承諾利益。這是因為從第 1 款的基本罪狀規定中可見，立法者已把“協助”罪定性為一個“結果犯”而非“形式犯”，而在這基礎下，第 2 款所加設的加重情節同樣是在這基礎下的一個“結果延伸”，這是因為倘若不要求加重情節實際出現而仍視為犯罪行為完成的話，不但會令第 1 款及第 2 款的適用變得困難，同時也不合理，並造成適用上很大的盲點。因為在實際中絕大部分發生的協助行為都是涉及金

錢利益的，如果不以是否實際收取金錢利益來作為加重情節的前提的話，在十居其九的個案中不是扼殺第 1 款的適用空間，就是無限擴大第 2 款的適用範圍，情況就正如本案發生的一樣。”

根據已證事實，在上訴人 A 與另一上訴人 B 接受三名非法入境人士關於提供偷渡協助時，當中的其中一人(C)在舢舨起航前已實際支付了人民幣 26,000.00 元，而另外兩名人士(D 及 E)的部分，雖然雙方已經協商偷渡費用的具體金額，可是，有關費用僅會在二人成功進入澳門後由第三人支付，即代表著雙方僅作出支付費用的承諾及條件。

根據第 6/2004 號法律第 14 條第 1 款及第 2 款的規定，關於證人 C 部分而言，上訴人的行為已完全符合上述條文第 1 款及第 2 款規定，並且協助行為已處既遂階段。

而就證人 D 及 E 部分，上訴人的行為從滿足第 1 款的角度來說已經處於行為既遂階段，但相對第 2 款而言，仍然處於未遂階段，因為當中所描述的加重情節(收取利益)仍未得到完整的落實。

當一個犯罪行為同時符合兩條的條文時，應優先選擇其中對法益作出最完善保護的條文來加以實施。

第 6/2004 號法律第 14 條第 1 款所規定及處罰的「協助罪」(既遂)，可被判處兩年至八年徒刑；同一法律第 14 條第 2 款所規定及處罰的「協助罪」(未遂)，則可被判處一年至五年四個月徒刑。

因此，從第 14 條第 1 款行為既遂所規定的抽象刑幅，對比同條第

2 款行為未遂的抽象刑幅，就是基於第 1 款的規定的處罰，刑幅相對第 2 款(以未遂考慮)而言都來得重，因此，對法益提供的保護亦更大，應優先適用。

因此，應該改判上訴人觸犯一項第 6/2004 號法律第 14 條第 2 款所規定及處罰的“加重”協助行為及兩項相同法律第 14 條第 1 款的“普通”協助行為，且三者均為既遂。

《刑事訴訟法典》第 392 條規定：

“一、對一判決提起之上訴，其效力及於該裁判之整體，但不影響下條之規定之適用。

二、a) 在共同犯罪之情況下，任一嫌犯所提起之上訴惠及其餘嫌犯；

b) 嫌犯所提起之上訴惠及應負民事責任之人；

c) 應負民事責任之人所提起之上訴惠及嫌犯，即使在刑事效力上亦然；

但以純屬個人之理由為依據提起上訴者除外。

三、在共同犯罪的情況下，對任一共同犯罪人提起的上訴不對其餘的嫌犯造成損害。”

上述對上訴人 A 的上訴決定惠及其餘同案嫌犯。

故此，上訴人的上訴理由部分成立，同時根據《刑事訴訟法典》第 392 條第 2 款 a) 項規定惠及另一嫌犯 B。

6. 上訴人 A 主張雖然本案涉及多名偷渡人士，但應以行為發生的次數來認定犯罪次數，所以應以一罪論處。

在認定犯罪行為的次數時必須考慮在不同條件下所引致出現的協助行為，以及法益因應涉及偷渡人數的多少而造成不同程度的侵害，即管有關行為發生於同一個時間及地點亦然。因此，協助罪的犯罪數目應該按照非法入境者人數計算。²

因此，原審法院判處上訴人觸犯三項協助罪的決定正確。

故此，上訴人提出的上述上訴理由亦不成立。

7. 兩上訴人亦認為原審法院的量刑過重，違反《刑法典》第 40 條及第 65 條之規定。

《刑法典》第 40 條及第 65 條規定量刑的標準。

犯罪的預防分為一般預防和特別預防二種：前者是指通過適用刑罰達到恢復和加強公眾的法律意識，保障其對因犯罪而被觸犯的法律規範的效力、對社會或個人安全所抱有的期望，並保護因犯罪行為的實施而受到侵害的公眾或個人利益的積極作用，同時遏止其他人犯罪；後者則指對犯罪行為和犯罪人的恐嚇和懲戒，且旨在通過對犯罪行為人科處刑罰，尤其是通過刑罰的執行，使其吸收教訓，銘記其犯罪行為為其個人所帶來的嚴重後果，從而達到遏止其再次犯罪，重新納入社會的目的。

²同樣判決可見中級法院 2017 年 9 月 28 日第 812/2017 號裁判書、2018 年 1 月 11 日第 701/2017 號裁判書及 2018 年 2 月 8 日第 791/2017 號裁判書號合議庭裁判當中都持有如上的立場。

在量刑時，法院須考慮兩上訴人擁有正當收入，但卻在自由、自願及有意識的情況下故意實施犯罪行為，其主觀故意程度較高。另外，卷宗內亦沒有兩上訴人對自己所實施的犯罪行為有反省和後悔的減輕情節。

另一方面，需考慮對犯罪一般預防的要求。

兩上訴人所觸犯的協助非法入境罪屬於嚴重的罪行，對社會秩序帶來相當嚴重的負面影響，另外，考慮到本澳長期以來一直面對非法移民及非法入境者在澳門從事犯罪行為所帶來嚴峻挑戰，非法入境問題對澳門當局維護社會治安和法律秩序帶來相當的困難，對社會安寧亦造成相當的負面影響。

然而，由於更改了對兩上訴人 A 及 B 的判罪，並需對兩上訴人重新量刑及競合。

合議庭改判兩上訴人觸犯的二項 6/2004 號法律第 14 條第 1 款，每項可被判處二年至八年徒刑。

在本案中，考慮上訴人之過錯，亦考慮到上訴人的行為對社會治安和法律秩序所帶來的負面影響，因此，本合議庭認為兩上訴人觸犯二項第 6/2004 號法律第 14 條第 1 款所規定及處罰的協助罪，每項判處四年徒刑最為適合。

故此，合議庭亦改判兩上訴人觸犯的兩項第 6/2004 號法律第 14 條第 1 款所規定及處罰的協助罪，每項判處四年徒刑。

現對兩上訴人的量刑重新競合。

原審法院裁定兩上訴人觸犯一項第 6/2004 號法律第 14 條第 2 款所規定及處罰的「協助罪」(共犯)，被判處六年的徒刑。

合議庭改判兩上訴人觸犯的二項第 6/2004 號法律第 14 條第 1 款所規定及處罰的協助罪，每項判處四年徒刑。

根據《刑法典》第 71 條的規定，兩上訴人三罪競合，每人合共判處七年六個月實際徒刑。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人 A 上訴理由部分成立，上訴人 B 的上訴理由不成立。

合議庭改判兩上訴人觸犯的二項第 6/2004 號法律第 14 條第 1 款所規定及處罰的協助罪，每項判處四年徒刑。

結合原審法院裁定兩上訴人觸犯一項第 6/2004 號法律第 14 條第 2 款所規定及處罰的「協助罪」(共犯)，被判處六年的徒刑。

兩上訴人三罪競合，每人合共判處七年六個月年實際徒刑。

判處上訴人 A 繳付 12 個計算單位之司法費，以及四分之三上訴的訴訟費用。

判處上訴人 B 繳付 3 個計算單位之司法費，以及上訴的訴訟費用。

訂定上訴人 B 辯護人辯護費為澳門幣 2,500 圓。

著令通知。

2019 年 2 月 28 日

譚曉華 (裁判書製作人)

蔡武彬 (第一助審法官)

司徒民正 (第二助審法官)

(Vencido. Mantenho o meu entendimento no sentido de que em “situação” como a dos autos – “vários imigrantes num barco” – comete o arguido um só crime de “auxílio”; cfr., v.g., declaração de voto que anexei aos Acs. de 20.07.2017 e de 31.01.2019, Procs. n.ºs 570/2017 e 1083/2018).