Proc. nº 405/2019

(Pedido de declaração da nulidade do acórdão)

*

ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA RAEM:

I – Introdução

Na sequência da prolação do acórdão constante de fls. 163 a 177, que confirmou a decisão recorrida do TJB na sua íntegra, discordando dela, veio primeiro o arguido próprio, depois, mediante o patrono, novamente nomeado por este TSI, a arguir a nulidade do acórdão com os seguintes argumentos:

"I. 遺漏審理

1. 在被爭辯的合議庭裁判中，裁定上訴人/嫌犯的上訴理由不成立，維持原審法庭之判決。

2. 然而，上訴人認為，被爭辯的合議庭裁判存在遺留審理的情況。

3. 根據《刑事訴訟法典》第 4 條規定，被《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 c 項規定的遺漏審理瑕疵，可以在刑事案件提出。

4. 在上訴人的上訴結論 d 點、n 點、ab 點及 as 點中，均明確指出被上訴的判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定的獲證明之事實不足以支持裁判的瑕疵，以及同一條文 c 項所規定的審查證據方面有明顯錯誤的瑕疵。

5. 縱觀上訴人的上訴結論內容，其實是將 a 項及 c 項所指的瑕疵一起陳述(現將上訴結論在此視為完全轉錄)，尤其是凸出原審法院並沒有對上訴人所寫的檢舉書內容作出考慮，從而犯上這方面的事實瑕疵。

6. 然而，在被爭辯的合議庭裁判中，只是對上指 c 項的瑕疵作出審理，而沒有審理 a 項的瑕疵問題。

7. 這樣，被爭辯的合議庭裁判便存在遺漏審理的瑕疵，導致無效。

8. 至於被爭辯的合議庭裁判稱上訴人無指出具體哪些事實是被原審法院錯誤地審理的問題，會在 III 點闡述。

II. 因遺漏審理而引致錯誤判斷不符合《刑法典》第 16 條

9. 事實上，遺漏審理 a 項的瑕疵問題，亦會引致錯誤判斷上訴人情況是不符合《刑法典》第 16 條的規定。

10. 上訴人在上訴結論 r 點就指出："……本人認為《刑法典》第 191 條不法錄製品及照片罪在於《刑法典》第七章侵犯受保護之私人生活罪中，故認為此條文所保護的法益是保護私人生活不受非法侵害。同時，認為被害人在執行警務培訓活動的過程中並非私人生活，所以在當中所作出的言論不符合法律所保護的法益，所以作出錄音行為並不會觸犯該條法律。"

11. 另外，在引發本案的檢舉書中，上訴人有查閱法律條文及法律學說，以顯示其作出案中的行為時，對行為的合法性方面作出了積極和努力的了解。

12. 從而亦顯示出，上訴人是對法律有忠誠及服從的態度，真誠地相信本身作出的行為，是合法行為。

13. 案中的檢舉書可以作為證據，證明上訴人在作出行為時，對其行為屬性屬合法的判斷。

14. 然而，被爭辯的合議庭裁判似乎對這部分的內容並沒有作出討論和審理。

15. 上述的觀點其實在上訴結論 y 點至 ab 點已經被明確提出：

"y. 經考慮卷宗內的檢舉書及上訴人之檢舉行為，如果上訴人明知自己的錄音屬違法，還要以此檢舉被害人，但又同時要在檢舉書中表達其行為合法的觀點，這是自相矛盾，且完全違反一般人應有的邏輯，更是一般人不能理解的；反之，上訴人當時在未有任何人知悉該段錄音或指責上訴人之前，上訴人已經發表自己對行為合法性的意見並附同眾多相關的學說上的依據，應該認為這個時候上訴人是真誠、由衷地表達其對其行為的合法性的理解，及認定其行為非為不法的想法。

z. 事實上，上訴人當時在上課期間進行錄音後，基於認為自己身為警務人員有檢舉義務，繼而將自己上課的錄音用作檢舉的證據，並在檢舉書中提及自己的行為的合法性及相關依據。這才符合上訴人的初衷，並在綜合對所有證據作整體考量後，所得出符合常理的判斷。

aa. 上訴人對於不法性的意識是本案中關鍵的事實，卷宗第 42 頁的檢舉書載有這些事實可用的證據。然而，原審法官並沒有調查這些非常重要的事實。

ab. 因獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判及審查證據方面明顯有錯誤，被上訴判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項及 c 項規定的瑕疵。上訴得以此為依據，只要有關瑕疵係單純出自卷宗所載之資料，或出自該等資料再結合一般經驗法則。”

16. 因此，被爭辯的合議庭裁判應該對之作出審理。

17. 對於《刑法典》第 16 條的最直接明瞭的理解，就是行為人錯誤地相信自己的行為屬合法。在本案中，有關的錯誤肯定是存在的。只不過，要分辨這種錯誤是不可譴責，還是可譴責。

18. 在是否屬可譴責的問題上，學說指出：“是基於行為人的堅持，儘管其道德意識存在錯誤，但持有對法律忠誠一般態度，使對不法性的欠缺意識不可譴責……而在證明方面，法官可以透過行為人的本質所給予的印象予以認定。……法律忠誠的證明“不僅須透過在事實當中所刻畫的內在行為予以認定，而且還要證明行為人曾為確保其行為具(合法性)法律性質而作出了努力，而其所作的努力，顯示出具一種存在的方式。”

19. 正如上述，上訴人作出行為前，已查閱法律條文及參考了眾多學說，這顯示出上訴人對確保其行為合法性作出了努力。只是最後仍然存在錯誤而已。

20. 故上訴人的罪過應該因為存在着不可譴責的對不法性的錯誤而被阻卻。

21. 由於遺漏審理上指之問題，被爭辯的合議庭裁判在判斷上訴人不符合《刑法典》第 16 條規定時，亦犯有錯誤。

III. 誤寫及澄清

22. 另外，被爭辯的合議庭裁判的以下內容，應該存在着誤寫(載於第 27 頁)：

“Por outro lado, é de recordar-se o que está fixado no artigo 5º (Ignorância ou má interpretação da lei) do CPM que estabelece:

A ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas.”

23. 但是，有關的內容，應該是載於《民法典》第 5 條，而不是《刑法典》第 5 條。所以，存在着誤寫。

24. 另一方面，被爭辯的合議庭裁判稱：

"No caso dos autos, não foram indicados concretamente qual ou quais factos que foram erradamente apreciados pelo Tribunal a quo, que fundamentou a sua decisão da matéria de facto nos seguintes termos:....."(載於第 22 頁)

25. 然而，從上訴結論 a 點至 c 點及第 e 點至 o 點，以及從整個結論部分去理解，應該可以得知上訴人其實是不同意原審法院在主觀事實—嫌犯清楚知道其上述行為是法律所禁止和處罰的—這方面的認定。

26. 所以，上訴人是有提及(儘管需要從結論中抽出核心意思)不認同原審法院對主觀事實的認定，以及在認定事實上患有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定的獲證明之事實不足以支持裁判的瑕疵，以及同一條文 c 項所規定的審查證據方面有明顯錯誤的瑕疵。

27. 所以，就這方面，被爭辯的合議庭裁也應該作出更正。

綜上所述，敬請法官 閣下裁定爭辯理由成立，並宣告被爭辯的合議庭裁判無效，開釋嫌犯的「不法錄製品罪」；以及對裁判作出更正。"

Por outro lado, dada a divergência da posição entre o Ilustre Patrono e o arguido, veio aquele a pedir escusa mediante o requerimento de fls. 231 a 232 dos autos.

*

Notificado, o Digno. Magistrado do MP emitiu o douto parecer constante de fls. 244 a 245, pugnando pelo indeferimento do pedido, quer quanto ao pedido de escusa, quer no que se refere ao pedido da declaração da nulidade do acórdão reclamado.

*

Cumpre analisar e decidir.

*

II – **Apreciando**

Ora, a propósito das questões levantadas pelo arguido, mediante o seu patrono (em rigor, este limitou-se a subscrever e reproduzir os argumentos apresentado pelo arguido), o Digno. Magistrado do MP teceu as seguintes considerações:

"澳門檢察院現就中級法院第 450/2019 號刑事上訴卷宗(初級法院第 CR2-18-0398-PCS 號獨任庭普通刑事案)中，上訴人 A 提出之判決無效爭辯，作出如下答覆。

*

<u>爭辯之基本事由：</u>

上訴人對初級法院第 CR2-18-0398-PCS 號獨任庭普通刑事案於 2019 年 2 月 26 日作出之判決不服，於 2019 年 3 月 19 日向中級法院提出上訴。

2021 年 7 月 12 日，中級法院合議庭裁定上訴理由不成立。(詳見卷宗第 163 頁至第 177 頁)。

2021 年 9 月 13 日，上訴人向中級法院提出判決無效的爭辯，指中級法院合議庭裁判：1.存在遺漏審理之情況；2.因遺漏審理導致錯誤判斷不適用《刑法典》第 16 條的規定；3.存在誤寫之情況。據此，請求宣告被爭辯之裁判無效，開釋嫌犯及對裁判作出更正。(詳見卷宗第 227 頁至第 229 頁)。

*

本爭辯的標的合法、上訴人具有爭辯正當性及利益、爭辯適時。

*

現在我們來看看上訴人的爭辯理由是否成立，其請求應否予以支持?

《刑事訴訟法典》第 360 條對刑事訴訟中的判決無效作出了明確規定。如果我們理解正確，本爭辯提出的是該條第 1 款 a 項規定之無效情形，即"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"。

《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款規定：

“緊隨案件敘述部分之後為理由說明部分，當中列舉經證明及未經證明的事實，以及闡述即使扼要但儘可能完整、且作為裁判依據的事實上及法律上的理由，並列出用作形成法院心證且經審查及衡量的證據。”

該條第三款 b 項規定：判決書主文結尾部分應載有罪決定或無罪決定。

分析爭辯之人之理由，其主要認為被爭辯之判決遺漏審理了其在上訴結論 a 點中提及之事實，並由此引致錯誤判斷其不符合《刑法典》第 16 條。

爭辯人的上述理由明顯不在理。

分析本爭辯所針對的裁判，特別是其理由說明部分，我們姑且不考慮其中的葡文內容，僅從其僅有的二小段中文中(特別是第一小段—詳見卷宗第 173 頁背頁最後兩段。)也足以看到，該裁判審查了爭辯人提及的上訴結論 a 點的內容。

據此，再結合上述裁判中的葡文理由說明部分的內容，本院認為，該裁判並非沒有依照《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款規定作出理由說明。因此，爭辯人指該裁判存在“判決無效”與事實不符。

事實上，本院認為，通觀上訴人提出的爭辯，可以發現，上訴人實際上是在爭辯本案事實的認定，即對原審及上訴審中未認定其屬不法性認識錯誤提出質疑。

然而，根據本院的理解，《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 a)項規定之“判決無效”並非指判決對事實的認定與不認定。因此，我們有理由懷疑，上訴人的爭辯已經離題，更有“偷梁換柱”之嫌。

應指出的是，法律規定對判決無效的爭辯是有其特定的目的的。我們認為，該機制旨在解決的是判決本身的問題(或稱形式瑕疵)，而非事實認定及刑罰確定問題(或稱實體瑕疵)。對於後者中出現的瑕疵只能透過上訴機制(平常上訴)予以消除(儘管隨之亦可提出無效爭辯)，而不能獨立地透過判決無效的爭辯而消除之。這我們從法律對啟動兩種機制規定了不同的依據中便可得知。

對於無效爭辯與上訴的關係，中級法院過往曾提出過值得認同的如下司法見解：“提出無效爭議是在不能對判決提起平常上訴的情況下，法律給予的一種爭論機制。那麼，很明顯，異議人不能以此機制試圖使法院再次啟動對其上訴理由的審理，尤其是用於質疑法院的裁判的正確性，而變相增加一個“上訴”的機制。”[1]

[1] 參見中級法院在第 243/2019 號案(無效爭辯)中作出之判決。

概言之，對法院的決定不能再提起平常上訴時，上訴人不能通過無效的爭辯避開不能上訴的障礙，企圖讓已經終止了審判權的合議庭對其上訴標的再次作出審理，甚至在濫用無效爭辯的機制，透過此機制藉以拖慢該判決成為一個確定判決。[2]

退一步講，倘若案件已不可提出平常上訴(如本案)，那麼在本澳的法律制度中仍有再審機制提供糾錯機會。當然，這要看裁判中存在的瑕疵是否符合再審的條件。但不管怎麼說，它都不是透過判決無效的爭辯能夠解決的。

回到本案，本院認為，上訴人實際上是不認同中級法院合議庭對原審判決定罪與量刑作出的上訴審實體裁判，這不屬於可引致《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 a)項規定之"判決無效"的事由。換言之，即使該裁判中真的存在應透過上訴審查的《刑事訴訟法典》第 400 條第 1、2 款規定的實體瑕疵，也不構成判決無效的爭辯理由。

至於爭辯中提及的誤寫問題，經比對相關法典條文，我們認為的確如爭辯人所言，判決中存在誤寫，即葡文的 CPM 應該是 CCM。但此瑕疵並不導致判決無效，而應根據《刑事訴訟法典》第 361 條之規定作出更正。

綜上所述，本院的意見是:

上訴人提出的判決無效爭辯理由不成立，其請求應予以駁回。但鑒於判決中存在誤寫，應根據《刑事訴訟法典》第 361 條之規定作出更正。

基於維護合法性及客觀原則的要求，茲提請中級法院，判定上訴人提出的判決無效爭辯理由不成立，駁回其相關請求，並根據《刑事訴訟法典》第 361 條之規定對判決中存在誤寫作出更正。

請求依法作出公正裁判!

*

二零二一年九月二十四日"

[2] 參見中級法院在第 486/2017 號案(聲明異議)中作出之判決。

Subscrevemos sem reserva este douto parecer acima transcrito, entendemos que **os argumentos invocados pelo Requerente são manifestamente infundados, e como tal indefere-se o pedido.**

Relativamente ao pedido da escusa, por os motivos invocados não serem justificativos (*alegando que ele tem leitura própria dos factos e da decisão, enquanto o arguido mantém a sua posição, o que origina divergência, mas o patrono acabou por vir a "aceitar" a posição do arguido e assim actuou em conformidade com o sugerido do arguido*), o que determina é razão bastante para indeferir o pedido.

*

III – **Decidindo**

Face ao exposto, e decidindo, **acordam em julgar improcedente o pedido da declaração da nulidade do acórdão**.

*

Proceda-se à rectificação do erro ortográfico (fls. 176: onde se lê "artigo 5º do CPM" deve ler-se "*artigo 5º do CCM*"**).**

Custas incidentais pelo Requerente/arugido, que se fixam em 6 UCs (não isentas, por considerar o rendimento que o arguido tem, enquanto agente da PSP e ter apresentado um pedido manifestamente infundado).

T.S.I., 15 de Outubro de 2021.

Fong Man Chong

Chao Im Peng

Choi Mou Pan