

上訴案第 701/2017 號

日期：2018 年 1 月 11 日

- 主題：
- 事實的（非）實質變更
 - 審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵
 - 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判的瑕疵
 - 法律問題
 - 量刑

摘 要

1. 原審法院僅僅作出了法律定性的變更，沒有出現過事實變更的情況，既沒有出現《刑事訴訟法典》第 339 條的適用前提，更沒有第 340 條的適用前提，那麼，原審法院錯誤引用了《刑事訴訟法典》第 340 條的規定通知控辯雙方提出法律意見並不能導致確實存在這一條文的適用前提的情事，更不能導致陷入《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 b 項的無效。
2. 《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項規定，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。
3. 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，除了需要極大的勇氣之外，也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。
只有這樣，上訴法院才可能對是否存在事實審理的無效情況作出
審理。

4. 《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項的理解是指，法院在審
判的過程中必須在有關訴訟案件的標的（包括控訴書及答辯狀
所界定的）範圍內，查明並證實必要的事實，用以作為適當的
法律適用及決定案件客體問題。
5. 上訴人認為行為只是未遂，其刑罰應按《刑法典》第 22 條規
定得予以特別減輕。這是一個法律問題，並不存於事實審理層
面的問題，而是根據事實作出法律適用的問題。如果沒有證實
有關罪名的要素，就屬於一個純粹的法律問題。
6. 《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，具體刑罰應在最低刑幅及
最高刑幅之間，以罪過及刑罰目的作出決定，法律給予法院在
刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由，只要沒有明顯罪刑
不符或刑罰明顯過重的情況，上訴法院就盡可能不介入審查量
刑。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 701/2017 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控告嫌犯 A 作為直接正犯，其以既遂行為觸犯了 8 月 2 日第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的一項收容罪，並請求初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR4-15-0225-PCC 號案件中，經過庭審，最後作出了以下的判決：

- 檢察院指控嫌犯 A 指控嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯了 8 月 2 日第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的一項收容罪，改變法律定性，改為判處嫌犯以直接（共同）正犯及既遂方式觸犯了 8 月 2 日第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的二項收容罪，每項判處二年三個月徒刑；二罪並罰，合共判處二年六個月，所科處之徒刑緩刑三年執行。

- 本案判處的刑罰與第 CR3-15-0138-PCC 號卷宗所判處的刑罰作出競合，合共判處嫌犯三年三個月實際徒刑。

上訴人 A 不服判決，向本院提起上訴：

1. 被上訴的合議庭判決在庭審聽證中將本案指控嫌犯以直接正

犯及犯罪既遂方式觸犯之第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的一項收容罪，改變法律定性，改為指控嫌犯觸犯了第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的兩項收容罪。

2. 然而，就上述合議庭要求增加多一項收容罪，檢察院表示是一次行為中的數個行為（數個非法移民），認為應指控嫌犯一項收容罪（見文件 1 及翻聽庭審錄音第 38:42 至 41:35）。
3. 換言之，檢察院不認同以二項收容罪來控告。
4. 根據《刑事訴訟法典》第 1 條 1 款 f 項及 340 條第 1 款及第 2 款規定，在構成實質變更的事實，倘若檢察院不同意就新事實繼續進行審判，則法院在正在進行之訴訟程序之判罪上，不得考慮該等事實。
5. 根據《刑事訴訟法典》第 9 條、第 10 條第 1 款及《刑事訴訟法典》第 42 條第 2 款之規定，法院僅具就檢察院提出控訴之刑事案件作出裁判，至於作出控訴，是檢察院之特別及專屬權限。
6. 正如上述第 1 至第 3 條所述，作為行使控訴專屬權限的檢察院並不認為以二項收容罪來控告，故被上訴之議庭不得超越其審判職能，而行使檢察院之控訴專屬權限，進而改為指控上訴人觸犯了兩項收容罪。
7. 故被上訴之合議庭在庭審聽證中決定改變法律定性，單方面改為指控上訴人觸犯了 8 月 2 日第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的兩項收容罪是違反了《刑事訴訟法典》第 9 條、第 42 條第 2 款以及第 340 條之規定以及違反了審檢分立原則，該指控之兩項收容罪之決定應宣告無效。
8. 眾所周知，澳門刑事訴訟法典賦予法官審理證據之自由，也賦予法官形成心證的自由，為此，當上訴針對法官的自由心證或審查證據之自由，上訴法院不接受審查的。
9. 然而，正如眾多司法見解所認為，法官之自由心證並非完全不受上訴法院的審查，因為只要通過卷宗存在的材料或將之結合經驗法則，人們能輕易地察覺法官通過自由心證審查之證據以

判斷事實是錯誤時，則上訴法院是可以完全對其作出審查。

10. 有關被上訴合議庭判決的獲證明之事實的第 2 條，在庭上並沒有任何證人或者卷宗資料得以證實。
11. 因為，法庭上嫌犯並沒有指出“阿榮”在 2013 年 11 月 28 日下午約 4 時 30 分致電給他時就已經說晚上協助 B、C 二人偷渡由澳門返回中國內地，而是在晚上到達案發地點（龍爪角）時，榮哥才告知他需協助二名內地人偷渡返回大陸。
12. 並且，唯一一名控方證人海關關員在庭上作證時表示其只是在案發現場做簡單的身份確認，其他的調查他沒有參與也不知悉（見附件 2 及翻聽庭審錄 25:56 至 31:34）。
13. 換言之，唯一一名控方證人沒有調查亦不知悉“阿榮”有否在 2013 年 11 月 28 日下午約 4 時 30 分致電給嫌犯，以及當時是否已經說晚上協助 B、C 二人偷渡由澳門返回中國內地。
14. 雖然庭上宣讀之 B 及 C 的證言，均指在 2013 年 11 月 28 日下午約 4 點 30 分 B 致電 A 要求安排偷渡返回大陸（見卷宗第 29 頁及第 9 頁以及第 31 頁），然而透過卷宗第 6 頁得知，在嫌犯 A 之手提電話 IPHONE 5 內發現一個 B 之電話號碼...；另外在 B 之 HUAWEI 手提電話內發現 A 之電話號碼 63197700，通話時間：2013 年 11 月 28 日晚 21H51、22H20、22H26、22H31 及 23H11。
15. 換言之，在 B 的電話號碼...與上訴人所持有之電話號碼...之間，並沒有發現存在二人曾在 2013 年 11 月 28 日下午的 4 時 30 分之電話紀錄，同時亦沒有發現 A 與 C 有任何通話紀錄。
16. 故沒有任何證據證明兩名證人 B 及 C 在 2013 年 11 月 28 日下午的 4 時 30 分致電上訴人要求協助二人偷渡返回大陸，更沒有任何證據，包括人證及書證給予合議庭進行認定“2013 年 11 月 28 日下午約 4 時 30 分，嫌犯 A 接到“阿榮”之電話，在電話中“阿榮”要求嫌犯提供協助，以便 B、C 二人偷渡由澳門返回中國內地”，故被上訴之合議庭在審查證據方面明顯有錯誤。

17. 有關被上訴合議庭判決的獲證明之事實的第 3 條，在庭上並沒有任何證人或者卷宗資料得以證實。
18. 正如被上訴之判決在事實分析判斷中記載，“榮哥致電給他說晚上有工作做並會給他報酬，嫌犯答應，但當時不知道是甚麼工作。在晚上榮哥帶他坐的士前往案發地點（龍爪角），到達現場後，榮哥告知他需協助二名內地人偷渡返回大陸。由於阿榮安撫他，因此嫌犯留在現場……”。
19. 因而可以合理地知悉，利用一部的士將 B、C 送到路環龍爪角並非嫌犯的主意，而是“榮哥”的指示，因為嫌犯當時根本就不知道是幹甚麼的，又怎會知道去那裡。
20. 故並沒有任何證據顯示嫌犯伙同二名身份不明人士利用一部的士將兩名涉案人送至路環龍爪角。
21. 有關被上訴合議庭判決的獲證明之事實的第 4 條，在庭上並沒有任何證人或者卷宗資料得以證實。
22. 正如以上所述般，嫌犯於事前僅是知悉晚上有工作，但卻不知道“榮哥”所指之工作內容為何，故根本不可能提前作出任何安排，更沒可能準備一艘機動快艇。
23. 故並沒有任何證據顯示嫌犯安排 B、C 準備上一艘機動快艇，以便偷渡返回中國內地。
24. 有關被上訴合議庭判決的獲證明之事實的第 5 條，在庭上並沒有任何證人或者卷宗資料得以證實。
25. 然而，在庭審聽證時，被上訴之合議庭依法宣讀了二名證人 B 及 C 在刑事起訴法庭的供未來備忘筆錄，證人 C 及 B 均講述是 C 分別向嫌犯與另外兩名陌生男子每人支付人民幣伍佰元便離去（見卷宗 29 頁及第 9 頁背頁以及第 31 頁及第 10 頁背頁）。
26. 故可知並沒有任何證據顯示嫌犯從 B 手上收取了人民幣伍佰元。
27. 但被上訴的合議庭判決却認定“嫌犯等人從 B 及 C 手上分別收取了人民幣五百元”是明顯的在審查證據方面明顯有錯誤。

28. 有關被上訴合議庭判決的獲證明之事實的第 6 條，在庭上並沒有入任何證人或者卷宗資料得以證實。
29. 根據兩名證人講述，其當時支付完金錢後便離去，而沒有說是由嫌犯陪同離去，更沒有指出嫌犯有作出準備將兩名證人送回澳門之行為，因為兩名證人拒絕登船，並沒有離開過澳門（見卷宗 29 頁及第 9 頁背頁以及第 31 頁及第 10 頁背頁）。
30. 明顯地被上訴的合議庭判決認定“嫌犯等人同意陪同 B、C 沿龍爪角的健康徑離開海邊，準備將他們送回澳門”是在審查證據方面明顯有錯誤。
31. 有關被上訴合議庭判決的獲證明之事實的第 7 條，在庭上並沒有任何證人或者卷宗資料得以證實。
32. 正如以上第 10 至 30 條所述，並不足以認定上訴人清楚知道 B、C 都是偷渡來到澳門的中國內地居民，為了庇護上述兩人，不讓澳門警方發現，故協助他們偷渡返回中國內地。
33. 所以被上訴法院的裁判存在【刑事訴訟法典】400 條第 2 款 C) 項所載之瑕疵，即審查證據方面明顯有錯誤。
34. 故此，應撤銷被上訴的裁判，繼而應該對上訴人作出無罪宣告。
- 倘不這樣認為，則
35. 在被上訴的合議庭判決認定上訴人以直接（共同）正犯及既遂方式觸犯了 8 月 2 日第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的二項收容罪。
36. 綜觀獲證明之事實，主要是指“阿榮”要求嫌犯提供協助，以便 B 及 C 二人偷渡由澳門返回中國內地。之後嫌犯伙同二名身份不明人士利用一部的士將 B、C 送到路環龍爪角，並安排 B、C 準備上一艘機動快艇，以便偷渡返回中國內地，因不明原因，B 及 C 拒絕上船。
37. 也就是說，“阿榮”要求嫌犯提供協助的目的是讓 B 及 C 二人偷渡由澳門返回中國內地，然而 B 及 C 並沒有成功偷渡返回中國

內地，可見，上訴人的行為也只是未遂。

38. 但被上訴的合議庭判決認定上訴人以既遂方式觸犯了二項收容罪，因此，上訴人認為被上訴的合議庭判決存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項所載之瑕疵，即獲明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判，以及違反《刑法典》第 22 條之規定，故應撤銷被上訴的裁判。
39. 正如以上所述，基於上訴人之行為只是未遂，根據《刑法典》第 22 條第 2 款規定，犯罪未遂，以可科處於既遂犯而經特別減輕之刑罰處罰。
40. 第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款規定的收容罪，處二年至八年徒刑，故此，在未遂情況下得特別減輕，根據《刑法典》第 67 條第 1 款 a)及 b)項之規定，該罪可處以一個月至五年四個月徒刑。
41. 被上訴之合議庭判決在量刑時表示：“嫌犯於案發時仍為初犯，本案中，犯罪後果嚴重程度一般，犯罪故意程度一般，行為不法性程度亦一般”。
42. 故合議庭在既遂情況下判處上訴人二年三個月，即比最低的二年徒刑高出三個月，並給予緩刑，按此比例計算，在未遂情況下，上訴人認為科處五個月以下徒刑，並給予緩刑最為適合，並足以達到刑罰的目的。
43. 即使認為是二項收容罪，合議庭在既遂情況下判處上訴人二年三個月，二罪合併，判處二年六個月徒刑，即比最低的二年徒刑高出六個月，並給予緩刑，按此比例計算，在未遂情況下，二罪合併，上訴人認為科處八個月以下徒刑，並給予緩刑最為適合，並足以達到刑罰的目的。
44. 因此，被上訴判決裁定上訴人以直接（共同）正犯及既遂方式觸犯了 8 月 2 日第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的二項收容罪，每項科處二年三個月徒刑；二罪並罰，合共判處二年六個月，所科處之徒刑緩刑三年執行，是違反了《刑法典》第 22 條第 2 款、第 65 條以及第 67 條第 1 款 a)及 b)項之

規定。

45. 正如以上所述，上訴人之行為極其量只構成一項收容罪之未遂，故應判不高於五個月最為適合。
46. 在與第 CR3-15-0138-PCC 號卷宗判處的、且經中級法院改判下之刑罰（改判該嫌犯觸犯一項相當巨額之濫用信用罪，判處二年徒刑之單一刑罰，緩期三年執行），作出競合處罰之最高刑罰應不超過二年五個月；
47. 倘不這樣認為，而認為是二項收容罪之未遂，如前所述，其亦應判處不高於八個月徒刑。
48. 故在與第 CR3-15-0138-PCC 號卷宗判處的、且經中級法院改判下之刑罰（改判該嫌犯觸犯一項相當巨額之濫用信用罪，判處二年徒刑之單一刑罰，緩期三年執行），作出競合處罰之最高刑罰應不超過二年八個月。
49. 在考慮是否給予緩刑時，正如被上訴之合議庭法官閣下所認為：“僅對事實作出譴責並以徒刑作為威嚇已可適當及足以實現處罰之目的，故此，合議庭決定將科處之徒刑緩刑三年執行”。
50. 因此應給予上訴人一個緩刑的機會。
51. 倘不這樣認為，而認為本案有關之二項收容罪，應維持每項判處二年三個月徒刑，二罪並罰，合共判處二年六個月徒刑，然而，在作出與第 CR3-15-0138-PCC 號卷宗判處的二年徒刑之刑罰競合後，亦不應判處上訴人三年三個月徒刑。
52. 因為本案中的二項收容罪，每項判處二年三個月徒刑，二罪並罰，合共判處二年六個月徒刑，亦即兩項合併後所判之刑罰亦只是比每項所判處之二年三個月徒刑高出三個月。
53. 換言之，按此比例計算，在與第 CR3-15-0138-PCC 號卷宗判處的二年徒刑之刑罰競合後，上訴人之罰刑亦不應判處比二年六個月之徒刑高出九個月之多，因為兩項收容罪都判處二年三個月徒刑，二罪並罰後才比二年三個月徒刑增加多三個月，而第 CR3-15-0138-PCC 號卷宗只判處二年徒刑，故其合併後之

刑罰也不應比二年六個月多出三個月。

54. 故此，原審法院在作出與第 CR3-15-0138-PCC 號卷宗判處的二年徒刑之刑罰競合後，亦不應判處上訴人三年三個月徒刑，上訴人認為判處不高於二年九個月徒刑最為適宜。
55. 並且，考慮到兩個案件均是認為僅對事實作出譴責並以徒刑作為威嚇已可適當及足以實現處罰之目的而給予了上訴人一個緩刑，故在刑罰競合後亦應給予上訴人一個緩刑的機會。
56. 因此，被上訴之合議庭判決在作出競合處罰後，判處上訴人三年三個月實際徒刑是刑罰過重及違反《刑法典》第 65 條、67 條、第 22 條、第 71 條第 2 款以及第 48 條第 1 款之規定。第 2 款、第 65 條以及第 67 條第 1 款

基於上述的理由，按照有關依據及法律規定，懇請 尊敬的法官閣下裁定：

1. 宣告被上訴之裁判指控兩項收容罪之決定無效；
倘不如此認為，則
2. 本上訴理由成立，撤銷或廢止被上訴的裁判，並開釋上訴人；
3. 請求認定上訴人僅以未遂方式觸犯一項收容罪，在與第 CR3-15-0138-PCC 號卷宗所判處的刑罰作出競合後，判處不高於三年的徒刑，並給予緩刑機會。
4. 請求認定與第 CR3-15-0138-PCC 號卷宗所判處的刑罰競合過重，判處不高於三年的徒刑，並給予緩刑機會。

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 對第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的收容罪的罪數認定理論上和實務中均存在不同見解。本院支持的見解是以行為人一次行為符合構成要件的個數為標準，而不考慮被收容者的人數（人數只在量刑時考慮）。另一種見解也就是被上訴之判決採用的見解可以稱之為“人頭標準，即以被收容者的人數為標準認定罪數。在本案中，上訴人收容了兩名非法移民。

按本院觀點應定一罪，但按被上訴之判決採用了觀點應定二罪。

2. 面對理論觀點的分歧，在尊重不同見解的前提下，我們只是想重申：第 6/2004 號法律第 15 條規定及處罰的收容罪所保護的法益乃公法益，並不涉及具體的個人權益（人身或財產）。因此，嫌犯的一次行為不管涉及多少被收容者，認定為一罪為妥，否則有過度評價之嫌。這樣理解亦符合《刑法典》第 29 條第 1 款關於罪數認定標準的規定。
3. 雖然如此，並不意味著被上訴之判決違反了審檢分立的原則及《刑事訴訟法典》第 340 條的規定。這是因為，原審合議庭仍是在檢察院控訴的事實基礎上進行的審判，只不過得出了與檢察院不同的法律（罪數）認定結論。嚴格講，這也不是事實變更，儘管認定上訴人實施了兩項犯罪加重了刑罰。畢竟，原審合議庭的這一法律定性變更也遵守了辯論原則。
4. 據此，本院仍堅持“一罪論”立場（這一立場將直接影響本案的最終量刑），並希望獲得上級法院的認同，同時亦認為上訴人認為被上訴之判決違反了審檢分立的原則及《刑事訴訟法典》第 340 條的規定的上訴理由並不成立。
5. 中級法院過往的見解認為：“審查證據中的明顯錯誤是指已認定的事實互不相信，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。”
6. 上訴人認為被上訴之判決認定的第 2、3、4、6、7 條事實因欠缺證據不應視為獲得證實。
7. 本案獲證實之事實表明，上訴人是受一名叫“阿榮”的身份不明之人指使實施收容行為的。原審合議庭對於上述事實的認定建基於對嫌犯聲明及證人聲明的綜合分析。
8. 分析被上訴之判決，我們未發現該判決認定的事實之間以及認

定的事實與未認定的事實之間存在互不相容的情況，亦不存在從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論的情況。同時，合議庭對證據的審查亦符合限定證據的價值的規則，或職業準則。本院認為，原審判決所認定的事實是有經過庭審辯論的相關證據予以佐證且進行了適當的理由說明的。

9. 除非有更準確的見解，本院認為，上訴人實際上是對原審合議庭法官閣下審查證據後得出的認定結論不滿，旨在質疑法官心證形成的過程。
10. 根據《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，評價證據係按經驗法則及有權限實體之自由心證為之，但法律另有規定者除外。換言之，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，最終仍須按經驗法則去分析、評價案中的所有證據材料，從而判斷哪些事實屬實、哪些不屬實。當法官對事實審的最終判斷結果尤其違反了人們日常生活的經驗法則時，才會講成在審議證據上的明顯錯誤。
11. 就本案而言，本院認為，原審合議庭法官閣下對事實審的結果所發表的判案理由說明，對任何一個能閱讀原審判決書內容的人士，均會在閱讀後，按照人們日常生活的經驗法則，認為原審的事實審結果並非不合理。如此，被上訴之判決定罪證據和事實皆符合邏輯，不違反自由心證原則和疑點利益歸被告原則。
12. 上級法院的司法見解認為，在原審法院分析審查證據不存在明顯的錯誤的情況下，原審法院的自由心證是不能受到質疑，上訴法院更不能以自己的心證代替原審法院的心證。
13. 因此，上訴人指稱被上訴之判決存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項規定的“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵的理由並不成立。
14. 被上訴之判決認定上訴人實施的是第 6/2004 號法律第 15 條對收留罪。

15. 在本案中，儘管上訴人等人的最終目的是將兩名非法移民偷運回內地（未成功），但是，上訴人在澳門聯繫兩名非法移民 B 和 C，“利用一部的士將 B、C 送到路環龍爪角”，且“清楚知道 B、C 都是偷渡來到澳門的中國內地居民”等事實已表明其為了庇護上述兩名非法移民，不讓澳門警方發現。此等事實已充足了第 6/2004 號法律第 15 條規定的收留罪的罪狀，因此應認定為既遂。
16. 獲證明之事實事宜不足以支持作出裁判“係指法院未查明作出正確的法律決定必不可少的事實這一法院應在訴訟標的範圍內調查的事宜，從而使已獲認定的事實顯得不足以支持適當的法律裁判，而其中的訴訟標的由控訴書和辯護書界定，但不妨礙《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條的規定。”換言之，僅當法院在查明法律上的裁判必不可少的事實事宜方面存有漏洞時方出現這種瑕疵。在查明事實事宜中發現妨礙法律上的裁判的漏洞時，或當可得出結論認為捨此就不可能得出已經得出的法律結論時，方有獲證明之事實事宜不足以支持裁判之瑕疵，該瑕疵與簡單的證據不足無關。
17. 對照審視被上訴之判決，本院認為，該判決所認定的事實足以支持得出判決的結論，並不存在事實缺漏。
18. 故此，上訴人認為原審判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項規定之“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”的瑕疵的上訴理由也不成立。
19. 至於上訴人提出的最後理據，由於其建基於認為上訴人屬犯罪未遂，故已不攻自破。質言之，在本案中，上訴人並不具備犯罪未遂這一法定的減輕處罰情節。
20. 本院認為，如果建基於被上訴之判決所作之法律罪數認定，比較各罪之法定刑，原審所判之各單罪的具體刑罰並不存在過重問題，而數罪並罰後的單一刑罰--3 年 3 個月徒刑亦是一個適中的刑罰。
21. 基於此，本院認為，上訴人認為量刑偏重的理由亦不成立。

22. 然而，如同本院一開始就表明的立場，在本案中，應認定上訴人實施了一項第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的收容罪。在此前提下，量刑的結果顯然就不會是現被上訴之結果了。

23. 面對這一情況，本院認為，有必要在認定上訴人實施了一項第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的收容罪的基礎上重新量刑。

基於維護合法性及客觀原則的要求，茲提請中級法院，判定上訴理由不成立，但依據本院提出之理據，改判上訴人實施了一項第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的收容罪，並在此基礎上進行量刑，或將本案發回，指令改判上訴人實施了一項第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的收容罪，並在此基礎上進行量刑。

駐本院助理檢察長提出了法律意見書，其內容如下：

2017 年 6 月 9 日，初級法院判處嫌犯 A 以共同正犯及既遂方式觸犯了 2 項第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款規定及處罰之「收容罪」，每罪處以 2 年 3 個月徒刑，兩罪並罰，合共處以 2 年 3 個月徒刑（緩刑 3 年）；另與 CR3-15-0138-PCC 號案件之刑罰競合，判處 3 年 3 個月實際徒刑。

嫌犯 A 不服上述合議庭裁判而向中級法院提起上訴。

在其上訴理由陳述中，上訴人 A 認為上述裁判違反審檢分立原則及《刑事訴訟法典》第 340 條之規定而無效，並沾有同一法典第 400 條 a) 項及 c) 項及違反《刑法典》第 22 條、第 56 條及第 67 條之規定，從而應開釋上訴人或判處不高 3 年徒刑及應選用緩刑。

對於 A 的上訴理由，我們完全不能予以認同。

1) 關於違反審檢分立原則及違反《刑事訴訟法典》第 340 條之規定而《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 b 項之無效

上訴人 A 認為被上訴的合議庭在裁判第 3 頁提到：“於庭審聽證中，

因應被收容之數目為兩人，故合議庭依據《刑事訴訟法典》第 340 條之規定，通知檢察院及辯護人，按照已起訴之事實，將本案指控嫌犯以直接正犯及犯罪既遂方式觸犯之第 6/2007 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的一項收容罪，改變法律定性，改為指控嫌犯觸犯了第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的兩項收容罪。已適時通知及給予雙方當事人時間辯護。”(底線是我們加上的)，認為沾有《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 b 項之無效，即尤其沒有檢察院及辯方的同意下，違反第 340 條所指之情況以及違反審檢分立原則，被上訴的合議庭將檢察院控訴書指控上訴人 A 實施了 1 項第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的「收容罪」，而被上訴之判決改變法律定性，認定上訴人實施了 2 項「收容罪」。

《刑事訴訟法典》第 340 條的適用前提是在審判聽證過程中出現新的事實而該等事實對起訴書或控訴書中所描述的事實構成實質變更。

根據《刑事訴訟法典》第 1 條第 1 款 f) 的規定，事實的實質變更是指“引致將一不同之犯罪歸責於嫌犯或引致可科處之制裁之最高限度加重之事實變更”。

顯而易見的是在本案中我們所面對的並不是這種情況。

一如上訴人 A 所認同般，當中沒有出現過事實變更的情況，只是出現了法律定性變更的事宜，即庭審間加控 1 項第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款規定及處罰之「收容罪」。

在本具體個案中，是被上訴的合議庭就本案對上訴人 A 被控以第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰之「收容罪」的罪數提出的質疑，認為應判處其觸犯 2 項「收容罪」，而非僅為 1 項「收容罪」。

必須指出的是，我們認同被上訴合議庭上述的決定，因為第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰之「收容罪」，所處罰的是收留、庇護收容或安置非法入境者的行為，因此，應該認為，每收容一個非法入境者就對立法者擬保護澳門入境及逗留的良好監控及治安的法益受到一次侵害。

這確實對上訴人 A 帶來了有別於原先所指控的由一罪變成二罪，

產生了不利的後果。

然而，原審法院已經謹慎地遵守了《刑事訴訟法典》第 4 條類推適用同一法典第 340 條之規定，給予上訴人 A 辯護的時間(詳見卷宗第 228 頁)；因此，不存在同一法典第 360 條第 1 款 b 項所規定之無效。

正正就是原審法院根據獲得證實的已起訴事實適用法律而發生罪數的變更，當中並無任何不妥及錯誤之處，尤其違反《刑事訴訟法典》第 340 條之規定而導致判決無效。

故此，上訴人 A 此部份上訴理由不應認為成立。

2)關於《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項及 c 項之瑕疵

上訴人 A 以此指責被上訴的合議庭裁判沾有“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”之瑕疵也是無道理的，尤其是《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項之理解是指，法院在審判的過程中必須在有關訴訟案件的標的（包括控訴書及答辯狀所界定的）範圍內，查明並證實必要之事實，用以作為適當的法律適用及決定案件客體問題。

在本具體個案中，被上訴的合議庭已審理了包括控訴書及答辯狀在內的標的（見卷宗第 227 頁至第 228 頁），從而作出決定；因此，我們實在無法認為被上訴的合議庭裁判沾有遺漏審查或事實不充分的瑕疵。

至於上訴人 A 認為依據庭上審查過的證據，尤其上訴人 A 向兩名非法入境者提供協助的目的是為了讓二人偷渡返回中國內地，後者由於不知明的原因拒絕上船，以致上訴人 A 也沒有成功協助他們偷渡返回中國內地，上訴人 A 的行為只是未遂，其刑罰應按《刑法典》第 22 條規定得予以特別減輕。在此藉得強調，明顯地，上訴人 A 將“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”與“錯誤適用法律”混為一談了！

一如前述，上訴人 A 是當場被海關人員發現在澳門收留、庇護收容及安置了非法入境者，「收容罪」犯罪既遂已經是不爭的事實，因此根本沒有犯罪未遂可言。

因此，上訴人 A 指責被上訴的合議庭裁判沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項之瑕疵是不成立的，應予駁回。

至於上訴人認為被上訴判決違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項之規定而沾有“審查證據方面明顯有錯誤”之瑕疵，指責被上訴裁判所認定的第 2、3、4、6 及 7 條事實因欠缺證據不應視為獲得證實。

正如尊敬的助理檢察長閣下亦已在其上訴理由答覆中詳細列出庭審中審查及調查過的證據，事實上，我們亦看見，被上訴的合議庭裁判詳細載述了嫌犯自認之聲明內容、證人包括海關關員之證言內容，乃至庭審過程曾宣讀的供未來備忘用之聲明筆錄內容，亦一一指出了曾審查的卷宗資料（詳見卷宗第 231 頁背面至第 232 頁）。

再而，從被上訴的合議庭裁判在分析判斷事實的總結部份，可以看見該合議庭在評價證據方面並未有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；故此，上訴人 A 其實只是純粹地不同意被上訴的合議庭的心證而已，並非被上訴的合議庭裁判沾有“審查證據上出現明顯錯誤”之瑕疵。

3) 量刑過重

上訴人 A 認為被上訴的合議庭裁判對其判處的刑罰，存在量刑過重之嫌，認為其只應判處 3 年以下的徒刑，且應給予緩刑。

首先，必須強調，我們一向認同，法律給予法院在刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由，只要沒有明顯罪刑不符或刑罰明顯過重的情況，上訴法院就盡可能不介入審查量刑。

《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，具體刑罰應在最低刑幅及最高刑幅之間，以罪過及刑罰目的作出決定。

就量刑過重的問題，被上訴的合議庭已經充分考慮並列出了對上訴人 A 量刑的因素及理由（卷宗第 233 頁背頁），尤其是在 2 項「收容罪」的 2 年 3 個月至 4 年 6 個月之抽象刑幅中只選判 2 年 6 個月徒刑，僅稍高於量低刑幅，因此，我們認為對上訴人 A 的量刑已經是輕無可輕的了。

至於被上訴合議庭裁判依照《刑法典》第 72 條第 1 款及第 2 款之規定，將上述刑罰與第 CR3-15-0138-PCC 號卷宗作出競合，在 2 年 6 個月至 6 年 6 個月中刑幅中選判 3 年 3 個月徒刑，也是適中及沒有過重之嫌。

基於被上訴的合議庭裁判沒有明顯違反法律或罪刑相適應原則，亦沒有違反《刑法典》第 65 條、第 67 條及第 71 條第 2 款之規定，被上訴的合議庭判處上訴人 A 3 年 3 個月實際徒刑，並不符合同一法典第 48 條之規定，沒有緩刑的適用空間，故上訴人 A 此部份上訴理由亦是不成立的。

因此，上訴人 A 指責被上訴的合議庭裁判量刑過重及沒有選用緩刑是完全不成立的。

綜上所述，應裁定上訴人 A 所提出的上訴理由全部不成立，應予以駁回。

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

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

- B、C 是中國內地居民，二人於 2013 年 11 月 27 日凌晨一起坐船偷渡到了澳門。
- 2013 年 11 月 28 日下午約 4 時 30 分，嫌犯 A 接到“阿榮”之電話，在電話中“阿榮”要求嫌犯提供協助，以便 B、C 二人偷渡由澳門返回中國內地。
- 嫌犯答應後，於 2013 年 11 月 29 日凌晨零時 30 分前後，嫌犯伙同二名身份不明人士利用一部的士將 B、C 送到路環龍爪角。
- 然後，嫌犯等人安排 B、C 準備上一艘機動快艇，以便偷渡返回中國內地。
- 因不明的原因，B、C 拒絕上船。於是，嫌犯等人與 B、C 便發生爭執。最後，嫌犯等人從 B 及 C 手上分別收取了人民幣五百元。

- 之後，嫌犯等人同意陪同 B、C 沿龍爪角的健康徑離開海邊，準備將他們送回澳門。
- 嫌犯等人作出上述安排時，清楚知道 B、C 都是偷渡來到澳門的中國內地居民，嫌犯等人為了庇護上述兩人，不讓澳門警方發現，故協助他們作出上述行為。
- 當嫌犯等人、B、C 走在龍爪角的健康徑上，準備離開龍爪角時，在路中遇到海關關員的截查，並被帶返海關協助調查。
- 嫌犯是在自願及有意識之情況下，故意伙同二名身份不明人士作出上述作為，且從中獲利。
- 嫌犯知悉此乃犯法行為，會受法律制裁。
- 此外，審判聽證亦證實以下事實：
- 嫌犯現職廚師，每月賺取澳門幣 12,000 元，須供養父母，具初中三年程度學歷。
- 刑事紀錄證明顯示嫌犯在澳門非為初犯，紀錄如下：
- 於 2016 年 5 月 6 日，因觸犯九項公務上之侵占（既遂）及三項公務上之侵占罪（未遂），被初級法院第 CR3-15-0138-PCC 號卷宗改判為：觸犯六項信任之濫用罪，每項判處五個月徒刑；觸犯三項信任之濫用罪未遂，每項判處四個月徒刑；觸犯三項信任之濫用罪（巨額），每項判處一年徒刑；十二罪競合，合共判處三年徒刑之單一刑罰，緩期三年執行。另判處嫌犯與該案其他嫌犯以連帶責任方式支付輔助人相關之賠償金，該金額附加自本判決作出之日起直至完全支付時之法定利息。//嫌犯不服判決上訴至中級法院，於 2017 年 1 月 16 日中級法院作出裁判，改為合共判處嫌犯二年徒刑，緩刑三年；該判決於 2017 年 2 月 16 日轉為確定。
- 未證事實：
- 本案不存在與控訴書已證事實不符之其他未證事實。

三、法律部份

本程序是嫌犯對原審法院的終局裁判提起的上訴，上訴提出了三個問題：

1、上訴人 A 認為被上訴的合議庭在裁判第 3 頁提到：“於庭審聽證中，因應被收容之數目為兩人，故合議庭依據《刑事訴訟法典》第 340 條之規定，通知檢察院及辯護人，按照已起訴之事實，將本案指控嫌犯以直接正犯及犯罪既遂方式觸犯之第 6/2007 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的一項收容罪，改變法律定性，改為指控嫌犯觸犯了第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的兩項收容罪。已適時通知及給予雙方當事人時間辯護。”，認為沾有《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 b 項之無效，即尤其沒有檢察院及辯方的同意下，違反第 340 條所指之情況以及違反審檢分立原則，被上訴的合議庭將檢察院控訴書指控上訴人 A 實施了 1 項第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的「收容罪」，而被上訴之判決改變法律定性，認定上訴人實施了 2 項「收容罪」。

2、沒有任何證據證明控告書的第 2、3、4、5、6、7 條的事實，被上訴之合議庭《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 C)項所載的審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵，故應撤銷被上訴的裁判，繼而應該對上訴人作出無罪宣告。

3、上訴人 A 認為被上訴的合議庭裁判對其判處的刑罰，存在量刑過重之嫌，認為其只應判處 3 年以下的徒刑，且應給予緩刑。

我們看看。

1) 檢察院控告事實的（非）實質變更

上訴人針對原審法院在裁判第 3 頁提到：“於庭審聽證中，因應被收容之數目為兩人，故合議庭依據《刑事訴訟法典》第 340 條之規定，通知檢察院及辯護人，按照已起訴之事實，將本案指控嫌犯以直接正犯及犯罪既遂方式觸犯之第 6/2007 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的一項收容罪，改變法律定性，改為指控嫌犯觸犯了第 6/2004 號法律第 15 條第 2 款所規定及處罰的兩項收容罪。已適時通知及給予雙方當事人時間辯護”的描寫而指責原審法院違反了《刑事訴訟法典》第 340 條而陷入了《刑事

訴訟法典》第 360 條第 1 款 b 項的無效之中。

我們知道，《刑事訴訟法典》第 340 條第一款規定：

“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。”

問題在於，《刑事訴訟法典》第 340 條的適用前提是在審判聽證過程中出現新的事實而該等事實對起訴書或控訴書中所描述的事實構成實質變更，而本案確實發生了事實的實質變更嗎？所謂的事實的實質變更，根據《刑事訴訟法典》第 1 條第 1 款 f) 的規定，是指“引致將一不同之犯罪歸責於嫌犯或引致可科處之制裁之最高限度加重之事實變更”。

事實上，檢察院確實控告了嫌犯非法收容了兩個非法入境者，祇是根據法院本身對法律的理解而控告嫌犯觸犯一項非法收容罪。這種法律的理解正是兩種不同的理解之中的一個：一種是根據收容的對象個體的所侵犯的法益決定罪名的數量，另一種是根據犯罪的意圖的單一化決定罪名之說。

很明顯，原審法院僅僅作出了法定性的變更，沒有出現過事實變更的情況，既沒有出現《刑事訴訟法典》第 339 條的適用前提，更沒有第 340 條的適用前提，那麼，原審法院錯誤引用了《刑事訴訟法典》第 340 條的規定通知控辯雙方提出法律意見並不能導致確實存在這一條文的適用前提的情事，更不能導致陷入《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 b 項的無效。

故此，上訴人 A 此部份上訴理由不成立。

2) 審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵

上訴人指責被上訴的合議庭裁判沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 C) 項所載的審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵也是無道理的。

關於審查證據方面明顯有錯誤，正如一貫的司法見解所認定的，

“《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項規定，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。”¹

正如我們一貫的司法見解所認定的，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，上訴就得以審查證據方面明顯有錯誤為依據。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，除了需要極大的勇氣之外，也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。只有這樣，上訴法院才可能對是否存在事實審理的無效情況作出審理。法律也不期望上訴法院以其心證代替原審法院所形成的心證，更不容許上訴人以己心證去質疑法律所保護的自由心證。如果僅僅不同意原審法院的審理而以此質疑法院的自由心證，則是明顯不能成立的上訴理由。

很明顯，上訴人認為原審法院的事實裁決沒有證據證實第 2、3、4、5、6、7 條的事實，正是以此質疑法院對證據的自由審理以及以此所形成的自由心證，也就是說，上訴人僅僅不同意原審法院的事實的認定，或者單純作出對事實的否認。

事實上，原審法院在判決書中詳細載述了嫌犯自認的聲明內容、證人包括海關關員之證言內容，乃至庭審過程曾宣讀的供未來備忘用之聲明筆錄內容，亦一一指出了曾審查的卷宗資料（詳見卷宗第 231 頁背面至第 232 頁）。而在分析判斷事實的總結部份，可以看見原審法院合議庭在評價證據方面並未有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。

上訴人這部分的上訴理由也是不能成立的。

3、獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判的瑕疵

我們知道，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項的理解是指，法院在審判的過程中必須在有關訴訟案件的標的（包括控訴書及答辯狀所

¹ 終審法院於 2001 年 3 月 16 日，在第 16/2000 號刑事上訴案判決。

界定的)範圍內，查明並證實必要的事實，用以作為適當的法律適用及決定案件客體問題。而在本具體個案中，被上訴的合議庭已審理了包括控訴書及答辯狀在內的標的(見卷宗第227頁至第228頁)，從而作出決定；因此，我們實在無法認為被上訴的合議庭裁判沾有遺漏審查或事實不充分的瑕疵。

同樣很明顯，上訴人認為行為只是未遂，其刑罰應按《刑法典》第22條規定得予以特別減輕。因為依據庭上審查過的證據，尤其上訴人A向兩名非法入境者提供協助的目的是為了讓二人偷渡返回中國內地，後者由於不知明的原因拒絕上船，以致上訴人A也沒有成功協助他們偷渡返回中國內地，上訴人將“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”與“錯誤適用法律”混為一談了。

這是一個法律問題，並不存於事實審理層面的問題，而是根據事實作出法律適用的問題。如果沒有證實有關罪名的要素，就屬於一個純粹的法律問題。

實際上，根據已證事實顯示，上訴人當場被海關人員發現在澳門收留、庇護收容及安置了非法入境者，「收容罪」明顯已經既遂，根本沒有犯罪未遂可言。

那麼，上訴人這部分的上訴理由也是不成立的。

3) 量刑過重

上訴人A認為被上訴的合議庭裁判對其判處的刑罰，存在量刑過重之嫌，認為其只應判處3年以下的徒刑，且應給予緩刑。

我們一向強調，《刑法典》第40條及第65條規定，具體刑罰應在最低刑幅及最高刑幅之間，以罪過及刑罰目的作出決定，法律給予法院在刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由，只要沒有明顯罪刑不符或刑罰明顯過重的情況，上訴法院就盡可能不介入審查量刑。

就量刑過重的問題，被上訴的合議庭已經充分考慮並列出了對上訴人量刑的因素及理由(卷宗第233頁背頁)，尤其是在2項「收容罪」的2年3個月至4年6個月之抽象刑幅中只選判2年6個月徒刑，僅稍高於量低刑幅，因此，我們認為對上訴人A的量刑已經是輕無可輕的

了。

至於被上訴合議庭裁判依照《刑法典》第 72 條第 1 款及第 2 款之規定，將上述刑罰與第 CR3-15-0138-PCC 號卷宗作出競合，在 2 年 6 個月至 6 年 6 個月中刑幅中選判 3 年 3 個月徒刑，也是適中及沒有過重之嫌。

最後，由於上訴人被判處 3 年 3 個月實際徒刑，並不符合刑法典第 48 條的規定，沒有緩刑的適用空間，故上訴人 A 此部份上訴理由亦是不成立的。

因此，上訴人這部分的上訴理由也是不成立的。

四、決定

綜上所述，中級法院裁定上訴人的上訴理由不能成立，維持原判。

上訴人必須支付本程序的訴訟費用，以及支付 8 個計算單位的司法費。

澳門特別行政區，2018 年 1 月 11 日

蔡武彬

陳廣勝

司徒民正 (segue declaração)

Processo nº 701/2017

(Autos de recurso penal)

Declaração de voto

Tendo presente a “matéria de facto dada como provada” e ponderando nos “valores tutelados” pela norma do art. 15º da Lei n.º 6/2004, não enfocado no interesse pessoal/particular do “imigrante/acolhido”, mas antes, no interesse geral da comunidade, traduzido em que a imigração e permanência na R.A.E.M. se processe de forma regular e de acordo com as normas de interesse público que a regula, tendo em vista “*a inerente necessidade de efectivo controle de entrada e permanência no território e a salvaguarda da segurança de Macau*”, (cfr., o recente Ac. do V^{do} T.U.I. de 06.12.2017, Proc. n.º 78/2017), entendo que em causa está apenas (1) um (só) crime de “acolhimento”.

Macau, aos 11 de Janeiro de 2018

José Maria Dias Azedo