

## 上訴案第 605/2023 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合議庭普通訴訟程序審理嫌犯 A 為直接正犯，其既遂行為以實質競合方式觸犯澳門《刑法典》第 198 條第 1 款 b) 項結合第 197 條第 1 款規定及處罰的四項「加重盜竊罪」。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR4-23-0028-PCC 號案件中，經過庭審，最後判決嫌犯 A 被指控以直接正犯和既遂行為觸犯澳門《刑法典》第 198 條第 1 款 b) 項結合第 197 條第 1 款規定及處罰的四項「加重盜竊罪」，每項判處十個月徒刑；數罪並罰，合共判處二年實際徒刑；並判處嫌犯 A 須向下列被害人之賠償，另加自本案判決日起計至付清的法定延遲利息：

- 向第二被害人賠償港幣叁仟圓 ( HKD3,000.00 )。
- 向第三被害人賠償港幣伍仟圓 ( HKD5,000.00 )。
- 向第四被害人賠償澳門幣貳仟肆佰圓 ( MOP2,400.00 ) 及人民幣肆佰貳拾圓 ( CNY420.00 )。

另外，由於卷宗內扣押了部份現金，將之平均交予上述被害人，作為扣減償還被害人之部份賠償。此後，上述賠償額得予適當扣減。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起上訴，提出了以下的上訴理由：

- A. 上訴人認為原審法院的合議庭裁判錯誤理解《刑法典》第 29 條有關連續犯的法律規定、以及忽略考慮上訴人所觸犯的四項「加重盜竊罪」中的三項應按《刑法典》第 21 條以犯罪未遂論處，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款法律適用錯誤的瑕疵。

#### **I.針對連續犯的認定**

- B. 原審法院不認同上訴人有關其所觸犯的四項「加重盜竊罪」符合《刑法典》第 29 條連續犯規定之主張，認為本案中上訴人只是於飛行的短時間內盜取了不同的被害人之財物，不符合連續犯之要件，尤其不符合“在可相當減輕行為人罪過之同一外在情況誘發下實行”的情節。
- C. 除了表示應有的尊重外，上訴人不能認同原審法院上述觀點。
- D. 本案中，四名被害人均把其裝有涉案財物的行李放到座位上方的行李儲物櫃中。
- E. 按照常理，坐在座位中的乘客是無法在維持坐姿的情況下，以抬頭直視方式看到其座位上方的行李儲物櫃的狀況的。
- F. 根據葡萄牙科英布拉大學法學院已故刑事法律教授 EDUARDO CORREIA 先生就連續犯這概念的權威學說，以連續犯論處犯罪人的真正前提，是奠基於在具體案情內，存在一個可在相當程度上，使行為人在重複犯罪時感到便利、和因此可相當減輕（亦即以遞減方式逐次減輕）其在每次重複犯罪時的罪過程度的外在情況。
- G. 機艙空間設計的限制，正正提供予上訴人一個便於於其實施盜竊行為的條件，使其得以一次又一次在飛行的短時間內成功盜

取了不同的被害人之財物。

- H. 上述情節符合《刑法典》第 29 條第 1 款的規定，由於存在使上訴人的罪過程度得以被相應地減輕的情況，上訴人四次的盜竊行為應以連續犯論處。
- I. 原審法院錯誤理解《刑法典》第 29 條有關連續犯的規定，應改判上訴人以連續犯方式觸犯《刑法典》第 198 條第 1 款 b) 項結合第 197 條第 1 款規定及處罰的「加重盜竊罪」，並重新作出量刑。

## **II. 應認定四項「加重盜竊罪」，其中三項「加重盜竊罪」為犯罪未遂**

- J. 除了表示應有的尊重外，上訴人亦不能認同原審法院認定上訴人觸犯的四項「加重盜竊罪」其中三項「加重盜竊罪」以既遂形式實施的觀點。
- K. 《刑法典》第 197 條第 1 款所規定及處罰之盜竊罪的罪狀要件包括：“竊取”、“占有的不法意圖”以及“他人的動產”。
- L. 普遍司法見解認為，「盜竊罪」為侵犯所有權法益之犯罪，為結果犯；也就是說，即使實施的行為滿足了此等罪狀的主、客觀構成要件，但罪狀的結果一侵犯他人對財產的所有權的結果並未發生，而未發生的結果並非出於行為人本身的意願，則符合《刑法典》第 21 條所規定的犯罪未遂的情況。
- M. 本案中，上訴人取去第二被害人、第三被害人及第四被害人的財物的盜竊行為並未能完全符合“竊取”的罪狀要件，根據《刑法典》第 198 條第 1 款 b) 項結合第 197 條第 1 款及第 21 條第 1 款，僅構成三項加重盜竊未遂罪。
- N. 卷宗第 77 頁至第 78 頁由司法警察局警員制作的報案記錄指出，嫌犯在盜取多名被害人的財物後，被第二被害人、第三被害人

及第四被害人在飛機內截停。

- O. 上述報案記錄內容對應控訴書中已證第八條及第九條事實，庭審聽證時，上訴人就被指控的之事實作出了毫無保留的自認，第二被害人 B、第三被害人 D 及治安警察局警員蕭國強之證言與控訴書已證事實吻合。
- P. 關於如何認定盜竊罪的竊取行為已告完成，終審法院於 2018 年 4 月 25 日第 84/2017 號案的統一司法見解訂定：「竊取行為只有在違法行為人對物的控制處於一個相對穩定的狀態，即當行為人躲過了受害人、當局或者幫助受害人的第三人的反應的即時風險時才算完成。」
- Q. 本案中，上訴人在取去第二被害人、第三被害人及第四被害人的財物後維持攜帶在身上，並未能放置到其隨行的背包中。及後，由於第二被害人 B 在飛行的航程中曾目睹上訴人曾翻弄過她的行李背包，在發現財物不見後，聯同其他兩名被害人將上訴人截停在 26A 座位，上訴人繼而將贓物放置在身處的 26A 座位左側。
- R. 由此可以得出的是，本案中的上訴人於取去第二被害人、第三被害人及第四被害人的財物後，對贓物的實際控制並未達到最起碼的穩定狀態，案中上訴人對於贓物的控制狀況僅屬“持有”。
- S. 與本案事實情節相近的中級法院於 2018 年 6 月 21 日上訴案第 114/2018 號合議庭裁判中，經適用上述具有普遍的約束力的統一司法見解，認定原審法院不能因該案嫌犯在盜竊過程中一直持有盜竊之物而認定其所實施的「盜竊罪」的結果已產生，最終改判該案嫌犯觸犯 1 項《刑法典》第 197 條第 1 款所規定及處罰之「盜竊未遂罪」。
- T. 本案中即使上訴人成功取去第二被害人、第三被害人及第四被害人的財物，但上訴人在翻弄第二被害人的行李背包經已使他

人察覺其有盜竊的嫌疑，及後更在飛機上為上述被害人所截停，上訴人根本未能將涉案財物脫離被害人的控制。

U. 由於上訴人對涉案第二被害人、第三被害人及第四被害人財物的控制尚未達到最低程度的穩定，上訴人的行為並未能完全符合“竊取”的罪狀要件，根據《刑法典》第 198 條第 1 款 b)項結合第 197 條第 1 款及第 21 條第 1 款，僅構成三項加重盜竊未遂罪。

39. 根據《刑法典》第 22 條第 2 款、第 198 條第 1 款 b)項、第 197 條第 1 款及第 67 條第 1 款 a 項及 b 項，針對上訴人所觸犯的三項加重盜竊罪未遂罪，應於 1 個月至 3 年 4 個月徒刑的法定刑幅中重新作出量刑。

### **III. 量刑過重**

V. 為著謹慎辯護之目的，即使尊敬的上級法院法官 閣下不認同上訴人所提出未遂及連續犯理由，上訴人仍然希望指出被上訴判決中所判處的刑罰過重。

W. 上訴人為初犯，上訴人在審判聽證中完全坦白承認所有犯案事實。

X. 上訴人尚有父母和一名未成年子女，是家庭的經濟支柱。

Y. 在損失方面，上訴人造成的損失合共不超過澳門幣壹萬伍仟圓整(MOP15,000.00)，犯罪後果嚴重程度一般。

Z. 上訴人未有從其後悔的犯罪行為中獲利到一分一毫，沒有對被害人造成實際損害。

AA. 考慮到本案中的具體情節、上訴人的生活狀況、案發前後的行為及情節，原審法院在作出上述量刑時，應作出適當地減輕。

BB. 基於此，即使尊敬的上級法院法官 閣下不認同上訴人所提出連續犯及未遂理由，為足以並平衡地達到特別預防和一般預防

的目的，亦應對上訴人重新量刑，並處以較輕之刑罰，並給予緩刑機會，或轉為罰金最為適合。

綜上所述和依賴中級法院法官閣下之高見，請求裁定原審法院合議庭裁判因沾有澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所指之瑕疵。

- 1) 改判上訴人以連續犯方式觸犯《刑法典》第 198 條第 1 款 b)項結合第 197 條第 1 款規定及處罰的四項「加重盜竊罪」，重新作出量刑；
- 2) 改判上訴人觸犯《刑法典》第 198 條第 1 款 b)項結合第 197 條第 1 款規定及處罰的四項「加重盜竊罪」其中三項「加重盜竊罪」為犯罪未遂，重新作出量刑；

倘若 尊敬的法官閣下不認同上述請求，則補充請求：

- 3) 裁定原審法院合議庭裁判量刑過重，對上訴人重新量刑，並處以較輕之刑罰，並給予緩刑機會，或轉為罰金刑。

檢察院對上訴人所提出的上訴作出答覆：

1. 被上訴的裁判判處嫌犯 A 以直接正犯和既遂行為觸犯澳門《刑法典》第 198 條第 1 款 b)項結合第 197 條第 1 款規定及處罰的四項「加重盜竊罪」，每項判處十個月徒刑；數罪並罰，合共判處二年實際徒刑。
2. 上訴人 A 不服，認為原審法院的合議庭裁判錯誤理解《刑法典》第 29 條有關連續犯的法律規定、以及忽略考慮上訴人所觸犯的四項「加重盜竊罪」中的三項應按《刑法典》第 21 條以犯罪未遂論處，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款法律適用錯誤的瑕疵，上訴人並認為應對其重新量刑，並處以較輕之刑罰，並給予緩刑機會，或轉為罰金最為適合。

3. 本案嫌犯只是在飛行的短時間內盜取了四名不同的被害人的財物。原審法院已清楚指出本案之情節不符合連續犯之要件，尤其不符合“在可相當減輕行為人罪過之同一外在情況誘發下實行”的情節，為此，應以競合犯罪作處罰。
4. 設置連續犯罪這一制度的理由在於，行為人在同一外在情況誘發下實施犯罪，以致其罪過得到了相當減輕。
5. 本案中，上訴人的行為不符合“連續犯”的規定。因此，上訴人對四名被害人實施的各項犯罪，不能構成“連續犯”。
6. 此外，在本案中，嫌犯 A 在飛機航行期間，離開其被安排乘坐的 28D 號座位，走到四名被害人座位附近徘徊及停留，並曾坐在 26F 號及 26A 號座位，期間，嫌犯乘第一被害人睡覺之際，打開第一被害人座椅上方的行李櫃，再打開上述屬於第一被害人的背包翻弄，將置於背包內的保鮮袋內的一對紅寶石耳環及一個木製紅色圓形掛件取走並放進自己的背包內據為己有；嫌犯乘第二被害人睡覺之際，打開第二被害人座椅上方的行李櫃，再打開上述屬於第二被害人的背包，並取走置於該背包透明文件夾內的現金；嫌犯乘第三被害人睡覺之際，打開第三被害人座椅上方的行李櫃，再打開上述屬於第三被害人的背包，並取走置於上述銀包內的現金；嫌犯乘第四被害人睡覺之際，打開第四被害人座椅上方的行李櫃，再打開上述屬於第四被害人的背包，並取走置於上述兩個信封內的現金。
7. 由此可見，上訴人 A 取去屬於第一被害人、第二被害人、第三被害人及第四被害人的財物後，將該等財物原被放置的位置作出轉移，使相關被害人不能取回自己的財物，故上訴人已對有關財物達到實際控制，而非單純持有。因此，A 的相關犯罪行為已達既遂。
8. 根據《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定，法院在確定具體刑

罰時，須按照行為人之罪過及預防犯罪之要求，在法律所定之限度內為之。此外，亦須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀的情節，尤須考慮犯罪事實的不法程度、實行犯罪事實的方式、犯罪事實所造成後果的嚴重性、行為人對須負之義務的違反程度、犯罪的故意或過失的嚴重程度、犯罪時行為人所表露的情感及犯罪的目的或動機、行為人之個人狀況及經濟狀況，以及犯罪前後的表現。

9. 在本案中，嫌犯 A 就被指控之事實作出了完全及毫無保留的自認。嫌犯承認在飛機上趁四名被害人不注意下，盜取了屬於四名被害人之財物。
10. 原審法院亦已考慮了本個案的具體情節，尤其嫌犯為初犯，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等，以及考慮同類犯罪之預防需要等因素，並考慮嫌犯觸犯之罪行對社會安寧和對被害人財產帶來的負面影響，作出本案的量刑，沒有違反《刑法典》第 40 條及第 65 條關於量刑的規定。
11. 在本案中，雖然嫌犯 A 被科處不超逾三年徒刑之可被暫緩執行之形式要件，但原審法院已清楚指出雖然嫌犯為初犯，但考慮嫌犯之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節，原審合議庭認為，尤其嫌犯的行為對澳門旅遊城市的影像造成的負面影響，僅對事實作譴責並以徒刑作威嚇未能足以實現處罰之目的，因此，合議庭決定本案科處之徒刑，不予緩刑。
12. 綜上所述，原審法庭對上訴人 A 作出本案之量刑以及決定不予緩刑，是根據案件實際情況以及其罪過定出，完全符合《刑法典》關於量刑的規定，尤其沒有違反《刑法典》第 40 條、第 48 條、第 64 條及第 65 條的規定。

綜上所述，檢察院認為上訴人 A 提出的上訴理由不成立。



駐本院助理檢察長提出法律意見書,認為應裁定上訴人 A 所提出的所有上訴理由不成立，並予以駁回。

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

原審法院對案件經庭審辯論後，認定了以下的已證事實：

1. 2022 年 11 月 18 日下午約 4 時 10 分，嫌犯 A、第一被害人 C、第二被害人 B、第三被害人 D 及第四被害人 E 乘搭 XX 航空 NX001 號航班由北京飛往澳門。
- 1-A. XX 航空公司用於上述航班編號 NX001 之航空器的註冊地為“澳門特別行政區”(見卷宗第 67 頁)。
2. 第一被害人被安排坐在 26C 號座位，登機後，其將一個黑色行李背包放在其座椅上方的行李櫃內，該背包內有一個保鮮袋，該保鮮袋內裝有一對紅寶石耳環(價值約人民幣壹仟貳佰圓(CNY1,200.00))及一個木製紅色圓形掛件(價值約人民幣壹佰圓(CNY100.00))。
3. 第二被害人被安排坐在 27B 號座位，登機後，其將一個黑色背包放在其座椅上方的行李櫃內，該背包內的一個透明文件夾內放有現金港幣叁仟圓(HKD3,000.00)。
4. 第三被害人被安排坐在 27A 號座位，登機後，其將一個黑色背包放在其座椅上方的行李櫃內，該背包內放有一個銀包，該銀包內放有現金港幣伍仟圓(HKD5,000.00)。

5. 第四被害人被安排坐在 23A 號座位，登機後，其將一個黑色條紋背包放在其座椅上方的行李櫃內，該背包內放有兩個信封，該兩個信封分別裝有現金澳門幣貳仟肆佰圓(MOP2,400.00)及人民幣肆佰貳拾圓(CNY420.00)。
6. 在飛機航行期間，嫌犯離開其被安排乘坐的 28D 號座位，走到四名被害人座位附近徘徊及停留，並曾坐在 26F 號及 26A 號座位，其間，嫌犯乘第一被害人睡覺之際，打開第一被害人座椅上方的行李櫃，再打開上述屬於第一被害人的背包翻弄，將置於背包內的保鮮袋內的一對紅寶石耳環及一個木製紅色圓形掛件取走並放進自己的背包內據為己有；嫌犯乘第二被害人睡覺之際，打開第二被害人座椅上方的行李櫃，再打開上述屬於第二被害人的背包，並取走置於該背包透明文件夾內的現金港幣叁仟圓(HKD3,000.00)；嫌犯乘第三被害人睡覺之際，打開第三被害人座椅上方的行李櫃，再打開上述屬於第三被害人的背包，並取走置於上述銀包內的現金港幣伍仟圓(HKD5,000.00)；嫌犯乘第四被害人睡覺之際，打開第四被害人座椅上方的行李櫃，再打開上述屬於第四被害人的背包，並取走置於上述兩個信封內的現金澳門幣貳仟肆佰圓(MOP2,400.00)及人民幣肆佰貳拾圓(CNY420.00)。
7. 及後，嫌犯用白色紙巾包裹上述其取去的部分現金。
8. 當飛機到達澳門機場後，第二被害人及第三被害人在取回行李時發現背包內的物件被人移動，故立即檢查背包，二人發現各自背包內的現金不見了，於是通知機組人員，此時，第四被害人檢查其背包內的財物時，亦發現背包內的現金不見了，該三名被害人要求機組人員協助報警。
9. 當時，為恐事情敗露，嫌犯將上述用白色紙巾包裹著的現金港幣伍仟圓(HKD5,000.00)、澳門幣伍仟肆佰圓(HKD5,400.00)及人民幣肆佰貳拾圓(CNY420.00)放置在 26A 座位左側 (見卷宗

第 120 至 121 頁扣押筆錄)。

10. 翌日，第一被害人在家中整理行李時，發現其背包內的一對紅寶石耳環及一個木製紅色圓形掛件不見了，於是報警求助。
  11. 調查期間，警員在嫌犯的背包袋內搜獲上述屬第一被害人的紅寶石耳環及木製紅色圓形掛件（見卷宗第 10 至 12 頁搜索及扣押筆錄）。
  12. 嫌犯明知上述財物屬四名被害人所有，但仍在四名被害人不知悉且明知其不會同意的情況下，在集體運輸工具內取去屬於四名被害人的上述財物並據為己有。
  13. 嫌犯在自由、自願及有意識的情況下故意作出上述行為，且清楚知悉其行為是被法律禁止及處罰。
- 刑事紀錄證明顯示，嫌犯在本澳為初犯。
  - 嫌犯聲稱為商人，月入人民幣 5,000 至 7,000 元，需供養父母及一名未成年子女，具初中畢業學歷。

**未證事實：**

- 聽審判聽證，本案存在與獲證事實不相符合的未證事實：
- 嫌犯盜取了第三被害人之現金為港幣 1.5 萬元。

**三、法律部份**

上訴人 A 在其上訴理由中，認為：

- 其行為應構成連續犯，因為有關航班機艙空間設計的限制，坐在座位中的乘客是無法在維持坐姿的情況下，以抬頭直視方式看到其座位上方的行李儲物櫃的狀況的，這正提供予上訴人 A 一個便利於其實施盜竊行為的條件，使得其以一次又一次在飛行的短時間內成功盜取了不同的被害人之財物，情節符合《刑

法典》第 29 條有關連續犯之規定，由於存在使上訴人 A 的罪過程度得以被相應地減輕的情況。

- 四項「加重盜竊罪」其中三項應屬犯罪未遂，根據終審法院第 84/2017 號案的統一司法見解，表示其雖然成功取去第二至第四被害人的財物，但上訴人 A 在翻弄第二被害人的行李背包已經使他人察覺其有盜竊的嫌疑，及後更在飛機上為第二被害人所截停，故上訴人 A 根本未能將涉案財物脫離被害人的控制，上訴人 A 對第二至第四被害人財物的控制尚未達到最低程度的穩定，所以僅構成三項加重盜竊未遂罪，根據《刑法典》第 22 條第 1 款規定在量刑方面應將刑罰給予特別減輕，並重新量刑。
- 上訴人為初犯，在審判聽證中完全坦白承認所有犯罪事實，其為家庭的經濟支柱，涉案金額不超過澳門幣壹萬伍仟圓 (MOP\$15,000.00)，上訴人 A 最後未有從犯罪行為中獲取任何利益，沒有對被害人造成實際損失，犯罪嚴重程度一般，認為應處以較輕之刑罰並給予緩刑機會或科處罰金。

我們看看。

### (一) 連續犯還是同一犯意？

關於《刑法典》第 29 條第 2 款規定的連續犯制度，正如一直的司法見解所認同的，以連續犯論處犯罪人的真正前提，是奠基於在具體案情內，存在一個可在相當程度上，使行為人在重複犯罪時感到便利、和因此可相當減輕（亦即以遞減方式逐次減輕）其在每次重複犯罪時的罪過程度的外在情況。<sup>1</sup>

我們知道，連續犯也是屬於行為人作出多個犯意的犯罪行為，只是在每次重新實施行為的時候存在可以明顯減輕其罪過程度的外在因素。

---

<sup>1</sup> 參見中級法院於 2013 年 10 月 31 日在第 528/2013 號上訴案件作出的裁判。

但還有一種不同特點的犯罪是，行為人雖然實施了數次的行為，但是這些行為都是在同一個犯意的指引下進行的，每次的行為並沒有構成犯意的重新形成。

在本案中，已證事實顯示：上訴人在飛機航行期間，離開其被安排乘坐的 28D 號座位，走到座號分別為 26C、27B、27A 及 23A 的四名被害人座位附近徘徊及停留，並曾坐在 26F 號及 26A 號座位，並乘四名被害人睡覺之際，打開四名被害人被安排的不同座位的上方行李櫃，並進行偷竊。

雖然，已證事實時這樣描述的：

“其間，嫌犯乘第一被害人睡覺之際，打開第一被害人座椅上方的行李櫃，再打開上述屬於第一被害人的背包翻弄，將置於背包內的保鮮袋內的一對紅寶石耳環及一個木製紅色圓形掛件取走並放進自己的背包內據為己有；嫌犯乘第二被害人睡覺之際，打開第二被害人座椅上方的行李櫃，再打開上述屬於第二被害人的背包，並取走置於該背包透明文件夾內的現金港幣叁仟圓(HKD3,000.00)；嫌犯乘第三被害人睡覺之際，打開第三被害人座椅上方的行李櫃，再打開上述屬於第三被害人的背包，並取走置於上述銀包內的現金港幣伍仟圓(HKD5,000.00)；嫌犯乘第四被害人睡覺之際，打開第四被害人座椅上方的行李櫃，再打開上述屬於第四被害人的背包，並取走置於上述兩個信封內的現金澳門幣貳仟肆佰圓(MOP2,400.00)及人民幣肆佰貳拾圓(CNY420.00)。”

乍一看似乎應該是嫌犯在對每一個受害人的財物進行盜竊的時候，重新形成了犯意，但是，有一點不清楚的是，嫌犯在實施對位於同一排以及其座位上方同一個行李櫃的第二、第三受害人 ( 27B、27A ) 的財物的盜竊行為時候，是同時進行的還是分別進行的，因為，很顯然，對於嫌犯來說，在飛機上打開同一個行李櫃進行盜竊時，更方別的方式是一起實施，除非其兩名並排座位的受害人的行李放於不同的行李櫃。

還有，位於 26C 號作為的第一受害人也是在第二、第三受害人的

相鄰一排，也有可能同用一個行李櫃，也就是說，第一、第二、第三受害人的行李有可能在同一個行李櫃，而嫌犯在實施盜竊的時候，更方便的實施方式明顯是一次性完成。如果是一次性完成的行為就應該這樣陳述事實：嫌犯乘第二、第三（或第一、第二、第三）受害人睡覺之際，打開其等被安排的座位上方的行李櫃，再打開屬於.....的背包，取走.....。

所以，原審法院在認定這些事實的時候，存在了漏洞，以致我們無法知道嫌犯是在同一犯意還是不斷更新犯意的情況下實施盜竊行為。

雖然，我們理解，原審法院已經認定了檢察院在控訴書所有陳述的事實，但是，這也不妨礙法院在作出澄清以上明顯沒有超出訴訟標的事實陳述，以避免出現所認定的事實總體的漏洞。

這種漏洞的存在正是《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定的事實瑕疵。

出現了這個事實瑕疵，上訴法院沒有條件依照《刑事訴訟法典》第 415 條所規定的證據的重新調查，不得已按照第 418 條的規定，將卷宗發回原審法院，由沒有介入的法官組成的新的合議庭對整個訴訟標的重新進行審理，並在重新認定事實後，作出決定，尤其應該在決定中考慮上訴人在上訴中提出其行為構成未遂的實施方式的主張是否成立的問題。

審理了這個問題，對上訴人的其他上訴問題的審理受到了妨礙。

#### 四、決定

綜上所述，中級法院合議庭以不同的理由裁定上訴人 A 的上訴理由成立，將卷宗發回原審法院，由沒有介入的法官組成的新的合議庭對存在上述瑕疵的事實部分重新進行審理，並在重新認定有關部分的事實後，作出決定。

無需判處本程序的訴訟費用的支付。

確定上訴人的委任辯護人的費用為 2500 澳門元，由終審法院院長辦公室支付。

澳門特別行政區，2023 年 11 月 16 日

---

蔡武彬  
(裁判書製作人)

---

譚曉華  
(第二助審法官)

---

陳廣勝 (但本人認為應維持原判)  
(第一助審法官)