

上訴案件編號：1050/2009

合議庭裁判日期：二零一零年二月十一日

主題：

證人證言

作證能力

裁判書內容摘要：

即使證人患有精神病或年幼，如證人作證時其作證能力未被法院依職權或應聲請質疑和否定時，則根據自由心證原則，法官得採信彼等的證言作為認定事實的證據。

裁判書製作法官

賴健雄

澳門特別行政區中級法院
刑事上訴卷宗第 1050/2009 號
合議庭裁判

一、序

A，其身份資料已載於卷宗，就澳門特別行政區初級法院刑事法庭對其作出的一審有罪裁判不服，向本中級法院提起平常上訴。

根據原審法院的有罪裁判，上訴人 A 被判處以直接正犯及既遂方式實施了 1 項《刑法典》第 166 條第 1 款結合同一法典第 171 條第 1 款 a) 項所規定及處罰的對兒童的性侵犯罪，具有被害人係行為人之直系血親卑親屬的加重處罰情節，判處 2 年徒刑，徒刑得緩期 3 年執行，但須附隨考驗制度並接受心理輔導。

根據上訴狀結論部份，上訴人提出以下的上訴理由：

尊敬的法官 閣下：

上訴人 A(其身份資料已在卷宗中敘及)，基於不認同合議庭的裁判，按照澳門刑事訴訟法典 389 條規定，向中級法院提起上訴。

按照澳門刑事訴訟法典第 391 條第 1 款 b) 項、396 條第 1 款、397 條第 1 款和 398 條第 1 款 b) 項規定，上訴人具有正當性及利益、連同卷宗上呈、上訴立即上呈和上訴具中上效力。

並依照澳門刑事訴訟法典第 400 條，401 條和 402 條之規定，向澳門中級法院闡述上訴理由。

尊敬的中級法院法官閣下：

上訴人 A，謹向 閣下提起上訴，理據如下：

1. 合議庭在卷宗 206 頁中作出事實之判斷。
2. 以 5 歲未成年被害人 B 在審判中作出的聲明，雖然年幼，但能清楚講述曾被父親撫摸屁股及陰部。
3. 被害人的母親 C 在審判聽證中作出聲明，清楚講述了女兒向其表示不想與父親同睡及被父親撫摸的經過。
4. 有關的社工在審判聽證中作出聲明，清楚及客觀地分析了被害人的心理情況，亦從被害人的表現分析被害人所述是事實的事情。
5. 多名司警偵查員在審判聽證中作出聲明，清楚及客觀地講述了案件調查的經過及結果。
6. 合議庭認為，客觀綜合分析了嫌犯、被害人及各證人在審判聽證所作的聲明，結合在審判聽證中審查的書證，扣押物證後，考慮到社工的聲明及被害人的表現，合議庭採信了被害人的聲明。
7. 上訴人認為合議庭的裁判違反了澳門刑事訴訟法典第 105 條第 1 款、第 106 條 d)項、第 112 條、114 條、116 條、118 條和 145 條之規定。
8. 首先，嫌犯在卷宗 206 頁中解釋在審判聽證中作出聲明，否認控罪，並向法庭解釋案發當日妻子因精神問題而誣告自己。
9. 而卷宗第 205 頁中亦指出另外證明下列事實：嫌犯的同居女友(即被害人母親)失業並患有精神病，每月收取政府發放的經濟援助金澳門幣 4,000 多元。
10. 既然合議庭證明受害人的母親 C 患有精神病，其證言可信程度令人質疑。應交由有關法醫為鑑定人鑑定，以確定其作證能力。但合議庭並沒有採取此措施，令人質疑其證言之可信性。
11. 按照澳門刑事訴訟法典第 145 條規定，與法醫為問題有關之鑑定，經交由法醫為鑑定人進行，如此為不可能或適當，則交由任何專科醫生或相關專科之醫務所進行。
12. 按照澳門刑事訴訟法典第 118 條規定，受害人的母親 C 是否有作證能力，應由與法醫為問題有關之鑑定，經交由法醫為鑑定人進行，如此為不可能或適當，則交由任何專科醫生或相關專科之醫務所進行。

13. 但由司法警察局、澳門檢察院和合議庭均沒有按照澳門刑事訴訟法典第 118 條和 145 條規定要求法醫鑑定受害人的母親 C 是否有作證能力。
14. 按照澳門刑事訴訟法典 112 條，凡非為法律所禁止之證據，均可採納，但受害人的母親 C 可否作證，令人產生疑問。
15. 此外，多名司警偵查員的證言均是間接證言，來自於受害人的母親 C，按照澳門刑事訴訟法典第 116 條之規定，其證言亦受質疑。
16. 至於有關社工的證言，與第 15 條之所述一樣。
17. 至於 5 歲未成年的證言，由於與其母親關係密切，是否由於母親的精神問題影響，也是成疑。
18. 而卷宗 206 頁亦指出，現時被害人與父親關係依然良好。
19. 合議庭之自由心證表現為兩個方面：①客觀方面：以事實為依據，使一般人可信。②主觀方面：法官按經驗法則，常理之推測，憑個人經驗去決定。
20. 原則上，澳門刑事訴訟法典第 114 條之證據之自由評價不受質疑，除非存在矛盾、不足或卷宗載有引致結論改變之要素或按材料，顯然為另一答案。
21. 我們知道，自由心證之例外為間接證言，不可採納為證據，無自由心證，多名司警的證言和社工的證言。
22. 自由心證之限制：鑑定證據方面，由於合議庭沒有這方面的知識，要借助鑑定人去了解，故不屬於自由心證之範圍，但合議庭沒有交由法醫鑑定受害人的母親 C 是否有作證能力。
23. 既然司法警察局、澳門檢察院和合議庭沒有鑑定受害人母親 C 的作證能力，按照澳門刑事訴訟法典第 106(d)法律規定必須進行偵查而無偵查，和澳門刑事訴訟法典 105/1 之規定，有關行為為不可補正之無效。
24. 上訴人應被判無罪。

結論

1. 合議庭在判詞中證明下列事實：嫌犯的同居女友（即被害人母親）失業並患有精神病。

2. 合議庭沒有按照澳門刑事訴訟法典第 118 條和 145 條規定要求法醫鑑定受害人的母親 C 是否有作證能力。
3. 司法警察局和澳門檢察院沒有按照澳門刑事訴訟法典第 118 條和 145 條規定要求法醫鑑定受害人的母親 C 是否有作證能力。
4. 按照澳門刑事訴訟法典 112 條，凡非為法律所禁止之證據，均可採納，但受害人的母親 C 可否作證，令人產生疑問。
5. 多名司警偵查員和社工的證言均是間接證言，來自於受害人的母親 C，按照澳門刑事訴訟法典第 116 條之規定，其證言亦受質疑。
6. 5 歲未成年的證言，由於與其母親關係密切，是否由於母親的精神問題影響，也是成疑。
7. 合議庭證實時被害人與父親關係依然良好。
8. 合議庭之自由心證受質疑。
9. 既然司法警察局、澳門檢察院和合議庭沒有鑑定受害人母親 C 的作證能力，按照澳門刑事訴訟法典第 106/d) 法律規定必須進行偵查而無偵查，和澳門刑事訴訟法典 105/1 之規定，有關行為為不可補正之無效。

綜合上述所述，請求法官 閣下接納上訴，並按澳門刑事訴訟法典規定，廢止合議庭裁判並判上訴人無罪。

檢察院就上訴依法提交答覆，認為上訴應被判理由不成立，維持原判。

隨後上訴連同原卷宗上呈至本中級法院，駐本院的助理檢察長依法作出檢閱，並就上訴人提出的上訴理由提出其法律意見，並結論主張上訴的理由明顯不成立，應予駁回。

經裁判書製作法官依法作出初步審查，當中指出上訴理由明顯不成立，應予駁回，並決定以評議會方式審理。

經兩位助審法官依法檢閱後，本上訴提交評議會審理。

二、理由說明

根據原審法院的一審裁判，下列者為獲證事實：

B(被害人)出生於 2003 年 12 月 13 日，父親為嫌犯 A，母親為 C。

因 C 喜歡在廳間看電視，為免影響女兒，平日晚間由嫌犯陪同被害人在房間睡覺。

2008 年 4 月初，B 向母親 C 表示不欲與嫌犯同睡，因嫌犯撫摸被害人的屁股。

2008 年 4 月 3 日晚上，嫌犯與被害人同睡，期間，嫌犯用手撫摸被害人下體。

2008 年 4 月 4 日，C 打完通宵麻將回家，B 再次向其表示不欲與父親，即嫌犯同睡。

嫌犯於 2008 年 4 月 5 日前，曾在床上用手掌撫摸 B 的屁股，同時手指從上往下隔著褲子按壓 B 的陰部。

B 稱陰部為“雞雞”，清楚知道該處是不能予人撫摸的，因此對嫌犯的行為反感，並要求嫌犯停止，睡到另外的地方，但嫌犯沒有理會。

嫌犯在自由、自願及有意識之情況下，作出上述行為。嫌犯為滿足其個人淫慾，作為被害人的父親，數次對其四歲女兒作出重要性慾行為，影響了被害人身心的健康成長。

嫌犯清楚知悉此乃犯法行為，為法律所不容及會受法律的制裁。

*

另外證明下列事實(Mais se provou)：

根據刑事紀錄證明，嫌犯並非初犯。

2002 年 10 月 10 日，嫌犯於本院第二庭 PSM-106-02-2 號簡易刑事案中因觸犯 1 項盜竊罪被判處 45 日罰金，罰金日額澳門幣 60 圓，合共罰金澳門幣 2,700 圓或轉為 30 日徒刑。嫌犯於 2002 年 10 月 8 日觸犯有關罪行。嫌犯已

服刑完畢。

2003年4月1日，嫌犯於本院第四庭 PCS-104-02-4 號獨任庭普通刑事案中因觸犯 1 項盜竊罪被判處 5 個月徒刑，徒刑緩期 1 年執行。嫌犯於 2002 年 4 月 8 日觸犯有關罪行。

2003年9月29日，嫌犯於本院第二庭 PCS-014-03-2 號獨任庭普通刑事案中因觸犯 1 項盜竊罪被判處 5 個月實際徒刑。嫌犯於 2002 年 2 月 8 日觸犯有關罪行。

2003年11月21日，嫌犯於本院第一庭 PCS-086-02-1 號獨任庭普通刑事案中因觸犯 1 項盜竊罪被判處 4 個月徒刑，徒刑緩期 1 年執行。

2004年4月28日，嫌犯於本院第五庭 PCS-019-03-5 號獨任庭普通刑事案中因觸犯 1 項非法持有毒品作個人吸食罪被判處 1 個月徒刑，因觸犯 1 項少量販毒罪被判處 1 年 2 個月徒刑，以及罰金澳門幣 3,000 圓或轉為 20 日徒刑，兩罪競合，合共判處 1 年 3 個月徒刑，以及罰金澳門幣 3,000 圓或轉為 20 日徒刑。

2004年7月23日，嫌犯於本院第三庭 PCC-087-03-3 號合議庭普通刑事案(今 CR3-03-0068-PCC)中因觸犯 3 項盜竊罪而合共判處 1 年 3 個月實際徒刑;其後根據 2004 年 10 月 7 日的批示，競合嫌犯於 CR2-03-0119-PCS (PCS-019-03-5)、CR1-02-0021-PCS (PCS-086-02-1)、CR1-02-0079-PCS (PCS-104-02-4)及 CR3-03-0025-PCS (PCS-104-03-2) 號卷宗內的判刑，合共判處嫌犯 2 年 6 個月實際徒刑，以及罰金澳門幣 3,000 圓或轉為 20 日徒刑。

2006年6月1日，嫌犯於本院第一刑事法庭 CR1-05-0001-PCC 號合議庭普通刑事案中因觸犯 2 項盜竊罪而合共判處 5 個月實際徒刑;其後根據 2006 年 10 月 26 日的批示，競合嫌犯於 CR3-03-0068-PCC (PCC-087-03-3) 號卷宗內的判刑，合共判處 2 年 9 個月實際徒刑，以及罰金澳門幣 3,000 圓或轉為 20 日徒刑。

2006年12月19日，嫌犯於本院第一刑事法庭 CR1-05-0506-PCS 號獨任庭普通刑事案中因觸犯 1 項盜竊罪被判處 5 個月實際徒刑，其後根據 2007 年 1 月 25 日的批示，競合嫌犯於 CR1-05-0001-PCC 號卷宗內的判刑，合共判處 3 年實際徒刑，以及罰金澳門幣 3,000 圓或轉為 20 日徒刑。

嫌犯為送貨員，月薪澳門幣 9,000 圓，嫌犯的同居女友（即被害人母親）失業並患有精神病，每月收取政府發放的經濟援助金澳門幣 4,000 多圓，兩

人育有一名女兒(即被害人)，嫌犯現時與母親同住。嫌犯學歷為小學程度。

上訴人提出的唯一問題是原審法院沒有因被害人母親患有精神病而先審查其作證能力便讓其作證並取信之為由，質疑原審法院的形成的心證。

澳門現行的刑事上訴第二審制度，是以糾正審判錯誤為上訴目的，並非以完全重新審理作複審為目的。只有當一審法院違反程序法的規定，或犯有事實或法律錯誤時，且由訴訟主體或其他利害關係人提起上訴時，上訴法院方得根據上訴固有的移審效力，有權對被爭議的違法或錯誤部份，或依職權可主動審理的違法部份作出複審。

就審查證據以認定事實的方面而言，澳門現行的刑事訴訟的第一審制度奉行法官直接審理主義和口頭言詞辯論主義。

根據這兩項原則，一審法院的法官是親身直接審查卷宗內存有的證據，和在庭審時須會集訴訟主體及其他包括證人在內的訴訟參與人，經由彼等在庭上公開和口頭方式調查和辯論各種證據，以便讓一審法官評價這些證據的證明力並用以引為事實問題裁定的依據。

而上訴法院的法官沒有參與庭審的言詞辯論證據，只能以卷宗內所存在的材料來審理上訴提出的事實問題。

是故一審法院的法官被視為具最佳條件認定事實問題，而上訴法院僅在一審法院在認定事實時犯有明顯錯誤時方可通過上訴的機制予以糾正，廢止和變更一審法院的判決或命令發回重審。

根據《刑事訴訟法典》第一百一十四條規定，法官根據自由心證原則，按一般經驗法則和常理來評價各種被審查及被調查證據的證明力，以認定或否定待證事實。

而本案的上訴人的主張是認為被害人母親患有精神病，和五歲的被害人的證言可能受其患有精神病的母親所影響，故結論為不可信來質疑和否定一審法院合議庭法官的內心確信。

然而，結合上述的條文及立法理由，僅當有資料顯示出一審法院在審查證據以形成其內心確信時犯有明顯錯誤時，上訴法院方可通過上訴機制介入對之審查，否則一審法院內心確信不受上級法院的審查。

此乃澳門現行法律所規定的刑事上訴原則。

此外，患有精神病和年僅五歲的證人不就等於欠缺作證能力，就這一點，似乎根據直接、口頭言詞原則在庭上調查證人證言的一審法院法官是最具條件根據《刑事訴訟法典》第一百一十八條第二款來判斷被害人及其母親的有否作證的能力。

根據庭審筆錄，兩人的作證能力未被法院依職權或應聲請質疑和否定，故上訴人單憑被害人母親患有精神病和被害人可能受其母親影響下作證不可信的主張不能成立。

三、裁判

綜上所述，中級法院合議庭通過評議會表決，基於上訴理由明顯

不成立，裁定駁回上訴人 A 的上訴。

由上訴人支付訴訟費用當中包括四個計算單位的司法稅及根據《刑事訴訟法典》第四百一十條第四款規定處以四個計算單位的制裁。

由上訴人支付的辯護費用定為澳門幣壹仟貳佰圓正，由終審法院院長辦公室墊支。

通知各訴訟主體。

二零一零年二月十一日，於澳門特別行政區

賴健雄

蔡武彬

José M. Dias Azedo (司徒民正)