

合議庭裁判書

編號：第 789/2010-I 號 (刑事上訴案)

上訴人： A (A) 及

B (B)

日期：2010 年 12 月 16 日

一、 案情敘述

在初級法院刑事法庭第 CR3-09-0230-PCC 號卷宗內，初級法院合議庭在 2010 年 9 月 10 日作出的判決書內作批示，根據《刑事訴訟法典》第 188 條、第 196 條及第 197 條之規定，決定對上訴人 A(第一嫌犯)及 B(第二嫌犯)採取羈押措施。同日，在宣讀判決後，初級法院合議庭主席作出批示，根據《刑事訴訟法典》第 188 條、第 196 條及第 197 條之規定，決定在上訴期間對上訴人 A(第一嫌犯)及 B(第二嫌犯)採取羈押措施。

上訴人 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. Acusada e levada a julgamento como co-autora material de um crime de abuso de confiança previsto no art.º 199.º, n.º 1 e 4, alínea b) do CP e ali punido abstractamente com pena que oscila

entre o 1 ano e os 8 anos de prisão e condenada, **por tribunal colectivo**, na pena concreta de 4 anos e 3 meses de prisão, **foi decretada a sua prisão preventiva no próprio acórdão condenatório.**

2. É incompreensível e duplamente indiciador de falta de fundamentação a invocação do art.º 196.º, **o qual tem a ver com a revogação e substituição das medidas de coacção em sentido favorável ao arguido.**
3. É, também, incompreensível e elemento indiciador de deficiência na fundamentação a invocação do art.º 197.º, **o qual regula o reexame dos pressupostos da prisão preventiva.**
4. A mera invocação do art.º 188.º é feita sem qualquer fundamentação concreta, **traduz a mais absoluta falta de fundamentação, sendo uma decisão inadmissível e ilegal.**
5. Conforme resulta dos art.ºs 355.º e 356.º do CPP, a lei não prevê que a sentença se pronuncie ou altere as medidas de coacção.
6. **A sentença é, nessa parte, inexistente por invadir um terreno que lhe estava vedado**, tendo de se ter por não escrito o segmento que decretou, **sem qualquer base de fundamentação ou sequer qualquer base legal** a prisão preventiva da arguida ora recorrente.
7. Havendo sido decretada a prisão preventiva no acórdão condenatório estava esgotado o poder jurisdicional do juiz (singular) para proferir o segundo despacho - com diferente fundamentação mas, apesar disso, totalmente insuficiente e

errada - pelo que tal despacho de um juiz singular contradizendo uma decisão de três juízes tem de se ter, igualmente, por inexistente juridicamente.

8. A decisão recorrida violou os princípios da necessidade e da proporcionalidade e da presunção da inocência.
9. As medidas de coacção são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e depois do inquérito mesmo oficiosamente, ouvido o Ministério Público e não houve promoção do Ministério Público.
10. Não admite a lei, mesmo depois do inquérito, a aplicação de uma medida de coacção pelo juiz **sem audição prévia do Ministério Público**.
11. A prisão preventiva foi decretada sem essa audição prévia e sem requerimento do Ministério Público, no próprio Ac. condenatório **(subscrito por tribunal colectivo)** com uma determinada fundamentação e, depois, decretada uma segunda vez num despacho **(subscrito por juiz singular)**, com distinta, errónea e ilegal fundamentação.
12. **O despacho de um juiz singular não pode substituir nem sobrepôr-se a uma decisão colectiva tomada por três juízes (mau grado ambas gravemente censuráveis).**
13. **A recorrente cumpriu rigorosa e estritamente as medidas de coacção que lhe foram impostas e se prolongou por um período de 18 meses, nada fazendo prever, dada a inverificação ou, sequer, identificação, de qualquer motivo**

de suspeição concreto, que viesse a haver qualquer violação de tais medidas pela arguida ora recorrente até à decisão do recurso por si interposto.

14. Para além da condenação em pena de prisão efectiva, nenhum outro facto **novo** é apontado para fundamentar a decisão de alterar as medidas de coacção anteriormente impostas.
15. Na decisão recorrida, **não se apontam violações das obrigações impostas pelas anteriores medidas de coacção, não se invoca a violação de qualquer dever processual, não se indicam quaisquer factos que tivessem chegado ao conhecimento do tribunal no sentido de, por exemplo, a arguida ora recorrente estar a preparar a sua fuga.**
16. A decisão recorrida pressupõe o entendimento de que a condenação da arguida em prisão efectiva implica uma alteração e desactualização das circunstâncias anteriores que haviam permitido a manutenção de um regime menos gravoso.
17. Tal este entendimento esbarra com a norma do art.º 187.º do CPP.
18. Na decisão recorrida refere-se a circunstância de ter passado a ser maior o perigo de fuga, **não bastando, porém, a mera afirmação da probabilidade de fuga deduzida de abstractas e genéricas presunções feitas á margem do comportamento processual da arguida.**
19. Nos termos da decisão recorrida, **o perigo de fuga resulta de**

meras conjecturas que não são assentes em quaisquer factos concretos, para além da própria condenação em 1.^a instância.

20. O princípio de que o arguido deve presumir-se inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, enfaticamente consagrado no **art.º 29.º da Lei Básica**, vincula estritamente a exigência de que **só sejam aplicadas as medidas que se mostrem comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente.**
21. A presunção de inocência é uma garantia de natureza geral e preliminar do exercício dos direitos do processo, consagrada no art.º 6.º, n.º 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
22. É **manifesto o excesso, a desnecessidade e a desproporcionalidade que se observa na aplicação da medida de coacção ora sob impugnação.**
23. O despacho recorrido exprime uma pouco compreensível ideia de antecipação do cumprimento de pena efectiva que se afigura, de todo, irrazoável.
24. O princípio da fundamentação das sentenças penais e o grau de exigência delas impõem, na sua aplicação adaptada ao caso e na correspondente articulação com o disposto no art.º 186.º do mesmo código, a enumeração dos factos indiciariamente e a exposição sucinta mas completa dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão.
25. A decisão recorrida violou, nomeadamente, a norma dos arts.º

187.º (por não aplicação), 188.º, 196.º e 197.º (ao proceder à sua aplicação num caso a que não deveriam ter sido aplicados), os art.ºs 355.º e 356.º (na parte em que excede o âmbito da sentença) e mostra-se totalmente infundamentada.

26. Violou ainda os princípios da presunção da inocência e da necessidade e da proporcionalidade das medidas cautelares.

TERMOS EM QUE, e contando com o indispensável suprimento de Vossas Excelências, deve ser dado provimento ao recurso e revogado o despacho recorrido, revogando-se a prisão preventiva aplicada à arguida.

上訴人 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) 違反《刑事訴訟法典》第 50 條第 1 款 b 項
1. 當上訴人於 2010 年 9 月 10 日出席宣判時，法官宣讀了有罪判決，同時宣讀了如下的強制措施：“根據《刑事訴訟法典》第 188、196 及 197 條規定以及按照依法、合理及適當的原則，決定對兩名嫌犯採取羈押措施，等待判決的確定並且服刑”。
 2. 檢視了上述判決書之後，發現向上訴人適用羈押措施之決定載於判決書的最後兩段。換言之，當法庭宣讀判決的同時，宣讀了向上訴人適用羈押措施之決定。
 3. 《刑事訴訟法典》第 50 條第 1 款 b 項規定：一、除法律規定之例外情況外，嫌犯在訴訟程序中任何階段內特別享有下列權利：
a)；

b)在法官應作出裁判而裁判係對其本人造成影響時，由法官聽取陳述；

4. 這樣，被上訴的法庭對上訴人作出適用羈押措施之前沒有聽取檢察院和上訴人的意見，故向上訴人適用羈押措施之決定違反了《刑事訴訟法典》第 50 條第 1 款 b 項之規定，亦即違反了 O direito de audição ou de audiência。
5. 由於向上訴人適用羈押措施之決定違反了《刑事訴訟法典》第 50 條第 1 款 b 項之規定，故應被宣告無效。

(ii) 欠缺說明理由之要件

6. 在本上訴中，向上訴人適用羈押措施之決定不屬《刑事訴訟法典》第 196 條規定的廢止或代替情況，故法院不能依職權為之。
7. 另外，在本上訴中，向上訴人適用羈押措施之決定載於判決書內。
8. 根據《刑事訴訟法典》第 87 條第 4 款之規定，作出決定之行為必須說明理由。
9. 向上訴人適用羈押措施之決定單純地列舉了相關的法律條文規定，並沒有指出上訴人的行為符合了前述的法律前提，故適用羈押措施之決定違反了說明理由之義務。
10. 說明理由的義務可以在卷宗第 192 頁的批示及合議庭主席在卷宗第 996 頁背面作出維持適用羈押措施之批示內找到。
11. 相反，在判決書內向上訴人適用羈押措施之決定時，卻沒有如上述批示般履行了說明理由的義務。
12. 由於向上訴人適用羈押措施之決定載於判決書內，且欠缺

理由之說明，故該決定違反了《刑事訴訟法典》第 87 條第 4 款及第 360 條第 1 款 a 項之規定，應宣告該決定無效。

(iii) 違反《刑事訴訟法典》第 106 條 b 項

13. 參考中級法院第 218/2001 號合議庭裁判，其中一段講到：

“Quando o novo Código de Processo Penal transfere a fase de instrução preparatória, que anteriormente era dirigida pelo juiz de instrução criminal, para a fase de inquérito dirigida pelo Ministério Público, o juiz de instrução criminal é envolvido passivamente no processo de inquérito. Qualquer função que o juiz de instrução criminal desempenhe na fase de inquérito, seja de competência exclusiva ou não, não pode ser exercida a não ser a requerimento do Ministério Público, sob pena de nulidade insanável do acto do juiz (art. 106.º, alínea b).”

14. 然而，本案中，檢察院沒有向法院建議向上訴人適用羈押措施，法院依職權向上訴人適用羈押措施，這樣適用羈押措施之決定便違反了《刑事訴訟法典》第 106 條 b 項之規定，應被宣告無效。

(iv) 違反適當及適度原則

15. 正如刑事起訴法庭法官 閣下向上訴人適用四項強制措施時講到：“通知兩名嫌犯如違反對其採用之強制措施所定之義務，將對其採用更嚴厲之其他強制措施，包括羈押措施”。

16. 直至宣判前，上訴人一直遵守上述四項之強制措施，這說明四項強制措施符合《刑事訴訟法典》第 178 條所規定的適當及適度原則。

17. 在上訴人沒有違反向其適用四項強制措施的前提下，向其適用羈押措施之決定是違反了適當及適度原則。
18. 此外，上訴人任職澳門海關關務監督，擁有固定的職業和長俸，豈能懷疑其輕易放棄在澳門擁有的生活，而棄保潛逃。
19. 由於案件已經作出宣判，不存在上訴人有擾亂訴訟程序進行之危險，尤其是對證據之取得、保全或真實性構成危險。
20. 上訴人的行為顯示其沒有符合《刑事訴訟法典》第 188 條 c 項的情況：基於犯罪之性質與情節或嫌犯之人格，有擾亂公共秩序或安寧之危險，或有繼續進行犯罪活動之危險。
21. 上訴人找不出向其適用羈押措施的理由，因為有關決定沒有講明適用羈押措施的理由，可能是擔心上訴人面對判刑四年三個月的決定會棄保潛逃，但這一擔心是沒有理由的，因為上訴人依時出席宣判，這表明了上訴人會承擔判決的一切後果。
22. 還有，上訴人需要強調一點，按照以往法庭的經驗，只有小部分被判處履行徒刑的人會逃避刑罰的執行，大部分被判處履行徒刑的人會自願履行刑罰。
23. 不能基於小部分人會逃避刑罰的情況，而向所有被判處徒刑的人立即適用羈押措施，這未免有以偏概全的情況。
- (v) 廢止適用羈押措施之決定導致隨後維持同一措施之決定被廢止
24. 由於法庭向上訴人適用羈押措施之前，沒有聽取上訴人的立場，故上訴人在知道前述之強制措施之後，立即向法庭聲請變更前述之強制措施；

25. 面對上述聲請，合議庭主席在卷宗第 996 頁背面作出維持適用羈押措施之批示。
26. 維持向上訴人適用羈押措施之批示同樣沾有向上訴人適用羈押措施之決定的如下瑕疵：違反適當及適度原則。
27. 倘若上訴審法院廢止向上訴人適用羈押措施之決定，亦應廢止維持前述決定之批示，法律依據在於《刑事訴訟法典》第 109 條第 1 款。

(vi) 無權限

28. 此外，向上訴人適用羈押措施之決定是三位法官通過合議庭裁判作出，該合議庭裁判可以根據《刑事訴訟法典》第 361 條被更正，但更正應由合議庭三位法官作出，合議庭主席不能通過批示去變更合議庭裁判。
29. 本案中，合議庭主席通過批示去維持合議庭作出羈押措施之決定屬無權限的情況，故應被宣告無效，法律依據在於《刑事訴訟法典》第 106 條 a 項之規定。

最後，上訴人認為應裁定上訴理由成立，廢止向上訴人適用羈押措施之決定和維持前述決定之批示。

檢察院對上述兩份上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 上訴人 A 認為原審法庭在判決書中對上訴人適用羈押之強制措施前沒有聽取檢察院和上訴人的意見，是違反《刑事訴訟法典》第 50 條第 1 款 b 項之規定，該決定無效。
2. 根據《刑事訴訟法典》第 179 條第 1 及 2 款規定，在偵查終結後，法官可依職權以批示採用強制措施及財產擔保措

施，但須先聽取檢察院之意見。同時，如有可能且屬適宜時，則先聽取嫌犯陳述。由此可見，適用強制措施前先聽取嫌犯之陳述，並不是強制性規定。基此，上訴人之理由，不能成立。

3. 另一方面，關於須先聽取檢察院意見之規定，基於上訴人即時在庭上申請變更已適用之羈押強制措施，最終聽取了檢察院之意見。故此，就相關違反而出現的不當情事，已獲補正。
4. 上訴人 A 認為原審法庭在判決書中對上訴人適用羈押之強制措施時沒有說明理由，是違反《刑事訴訟法典》第 87 條第 4 款之規定，根據同一法典第 360 條第 1 款 a 項，該決定無效。就同一問題，上訴人 B 則認為是違反《刑事訴訟法典》第 355 及 356 條之規定，應視為不存在。
5. 根據《刑事訴訟法典》第 87 條第 1 款規定，僅在對訴訟程序之標的作出最後認定時，方以判決作出；而適用強制措施之決定，則以批示作出。同樣理由，《刑事訴訟法典》第 355 條關於判決書要件之規定，並無強制措施之規定。因此，原審法庭在判決書中對上訴人適用羈押強制措施時未有說明理由，只違反《刑事訴訟法典》第 87 條第 4 款之規定，並不適用同一法典第 360 條第 1 款 a 項之規定。基此，上訴人之理由，不能成立。
6. 另一方面，就上訴人即時在庭上申請變更已適用之羈押強制措施，最終以批示作出決定，並說明理由。基此，就相關違反而出現的不當情事，已獲補正。
7. 上訴人 A 認為原審法庭在檢察院未建議下對上訴人適用羈

押之強制措施，是違反《刑事訴訟法典》第 106 條 b 項之規定，該決定無效。

8. 關於此一問題，適用前面第 2 點之回應。
9. 上訴人 A 認為，合議庭在判決書中決定對上訴人適用羈押之強制措施後，合議庭主席就上訴人即時在庭上之申請再以批示決定適用同一強制措施，是無權限。就同一問題，上訴人 B 則認為應視為不存在。
10. 關於此一問題，適用前面第 5 及第 6 點之回應，強制措施之決定，應以批示作出。與此同時，法律並無規定適用強制措施屬合議庭權限，因此，合議庭主席以批示作出強制措施之決定，並非無權限。基此，上訴人之理由，不能成立。
11. 上訴人 A 及 B 均認為原審法庭對上訴人適用羈押之強制措施，是違反《刑事訴訟法典》第 178 條規定的適當及適度原則，應予以廢止。
12. 參閱中級法院 2001 年 3 月 15 日第 39/2001 號刑事上訴案的合議庭判決，適當原則要求對嫌犯所採用的任何強制措施是能滿足有關情況的防範需求，因而須按防範、擬達成的目的選用強制措施。適度原則規定有關措施應對犯罪的嚴重性及對嫌犯因在訴訟案中有跡象犯有的罪行可預計科處的刑罰等屬適度。
13. 在本案兩名上訴人以直接正犯既遂方式觸犯《刑法典》第 199 條第 1 款及第 4 款 b 項規定及處罰之一項信任之濫用罪，可處以一年至八年徒刑。被取去之金額達港幣 5,381 萬多，而直至目前，能尋回的只有 2,813 萬，尚有 2,568 萬下落不

明。案發後兩名上訴人即時逃離澳門，最後在國內內陸被發現。兩名上訴人承認提取相關金額，但是，解釋涉案之金額是其於案發當日與他人進行非法賭博所贏得。

14. 雖然兩名上訴人一直被適用身份資料書錄、擔保金、定期報到及禁止離境之強制措施，但是，目前其向法庭提供的辯解未被採信、此刻面對四年三個月之實質徒刑，以及對被害人之巨額賠償，因此，強制措施之前提已經發生變化，必須根據適當及適度原則就其適用之強制措施作出檢討。
15. 考慮案件之犯罪，性質嚴重，行事迅速，涉及之金額龐大，現時尚有巨額款項下落不明，澳門與外界之交通便捷，尤其是上訴人 A 為海關關務監督，熟悉澳門的水上途徑；兩名上訴人曾逃離澳門，目前面對四年三個月之實質徒刑及對被害人之巨額賠償，有逃走危險，原先之強制措施明顯不適當及不足夠，只有羈押之強制措施才能在目前情況滿足所需之防範。基此，對兩名上訴人適用羈押強制措施的決定，並無違反適當及適度原則。

最後，檢察院認為上訴應理由不成立，被上訴之決定應予維持，請求法官閣下作出公正裁決。

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表對兩上訴人就決定採用羈押措施的批示的上訴作出檢閱及提交法律意見，同意檢察院司法官在其對上訴理由闡述的答覆中所提出的觀點，認為兩名上訴人提出的上訴理由均不能成立，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。

隨後合議庭對由裁判書製作法官提交的合議庭草案進行評議。

然而，草案未能獲合議多數表決通過，因此，主案法官表決落敗，而根據《中級法院運作規章》第十九條，本合議庭裁判由第一助審法官按合議庭的多數表決結果撰寫。

二、理由說明

案中的資料顯示，下列事實可資審理本上訴提供事實依據：

1. 2009年6月19日，因涉及2009年2月4日在皇冠娛樂場九樓的晉盈貴賓廳，將須交到金鼎貴賓廳的HK\$53,819,640圓據為已有的案件，兩名上訴人被檢察院控訴觸犯一項《刑法典》第199條第1款及第4款b)項結合第196條b)項所規定及處罰的信任之濫用罪。(詳見第687至688頁批示)
2. 卷宗轉送初級法院後，根據2009年7月15日批示，刑事法庭法官分別對上訴人A及B維持採用下列非剝奪自由的強制措施：提供身份資料及居所書錄；每15日到司法警察局報到；禁止離開澳門特別行政區；以及提供澳門幣拾萬圓擔保金的措施。(詳見第705頁及其背頁批示)
3. 根據2010年9月10日判決，初級法院合議庭判處兩名上訴人均因觸犯一項《刑法典》第199條第1款及第4款b)項，結合第196條b)項所規定及處罰的信任之濫用罪，分別被判處四年三個月實質徒刑。(詳見第994背頁判決書)

4. 同時，合議庭在判決書內作出如下批示：

“根據《刑事訴訟法典》第 188、196 及 197 條規定以及按照依法、合理及適當的原則，決定對兩名嫌犯採取羈押措施，等待判決的確定並且服刑。”

5. 2010 年 9 月 10 日，初級法院合議庭主席在宣判後作出如下批示：

“本案，兩名嫌犯被裁定一項濫用信用罪，並被判處四年三個月徒刑。

構成濫用信用罪之行為可被判處一年至八年的徒刑，根據《刑事訴訟法典》第 186 條第 1 款 a 項規定，對行為人可採取羈押措施。

考慮到兩名嫌犯實施之行為的嚴重程度，相關罪行對公共秩序和社會安寧造成的負面影響，兩名嫌犯完全否認控罪，澳門與外界交通聯繫的便捷，法庭認為，面對被判之徒刑，兩名嫌犯有逃走、影響本案之後進程的危險，可見，本案原來對兩名嫌犯採用的非剝奪自由的強制措施已經不適宜。

鑒於此，根據《刑事訴訟法典》第 188、196 及 197 條規定以及按照依法、合理及適當的原則，決定對兩名嫌犯採取羈押措施。”

縱觀上訴人 B 及 A 在其上訴狀中所陳述的各項上訴理由，兩人均同樣認為原審法院在合議庭裁判中，決定對兩人在案件待決期間改為採用羈押強制措施的裁判有違《刑事訴訟法典》第五十條第一款 b 項及第一百七十九條第一款規定的辯論原則。

鑑於兩嫌犯的辯護人均在合議庭裁判宣讀後立即就這一變更提出上訴，故屬適時提出——見《刑事訴訟法典》第一百一十條第一款。

雖然，原則上，遇有無效情事和不當情事，有利害關係的訴訟主體應先向原審法院提出爭議，如對原審法院就無效情事或不當情事爭議的裁決不服方可提起上訴。

然而，本個案的情況有別於一般情況，上訴人所爭議的不當情事是載於一審終局的合議庭裁判內，故本院得接納嫌犯可通過上訴方式向上訴法院直接就不當情事提出爭議。

根據《刑事訴訟法典》第一百七十九條規定，在偵查後的審判階段，法官在聽取檢察院的意見後，得對嫌犯採用或變更已採用的強制措施。

兩上訴人通過上訴所爭議的首個標的是原審法院合議庭裁判中着令兩上訴人於訴訟待決期間受制於羈押強制措施的部份，由於這一部份的裁決已載於書面裁判和在開庭後馬上宣讀，毫無疑問原審法院是未有遵守《刑事訴訟法典》第一百七十九條第一款和第五十條第一款 b 項規定的辯論原則。

申言之，原審法院沒有先聽取檢察院意見或嫌犯的陳述便變更了兩上訴人在案件待決期間應受制的強制措施。

因此，違反了《刑事訴訟法典》第一百七十九條第一款及第五

十條第一款 b 項的規定。

《刑事訴訟法典》第一百零五條的規定：

「一、違反或不遵守刑事訴訟法之規定，僅在法律明文規定訴訟行為屬無效時，方導致有關訴訟行為無效。

二、如法律未規定訴訟行為屬無效，則違法之訴訟行為屬不當之行為。

三、本編之規定不影響適用本法典關於證據上之禁止之規定。」

鑑於法律未有就違反《刑事訴訟法典》第一百七十九條規定的情事定為無效情事，故根據第一百零五條第一款的規定，原審法院在未經聽取檢察院的意見便依職權就強制措施作出變更的決定構成不當情事。

因此，根據《刑事訴訟法典》第一百一十條的規定，本院應撤銷載於合議庭裁判書中着令兩嫌犯在訴訟待決期間受羈押的裁判，以及一切與兩人應受的強制措施相關的續後行為，包括合議庭主席就兩人提出變更強制措施後再次採用羈押的批示。

既然已撤銷一切關於強制措施的續後行為，故無需審理兩上訴人就強制措施提出其餘問題。

三、 裁判

綜上所述，中級法院合議庭議決撤銷原審法院於二零一零年九月十日合議庭裁判內作出的批示，及宣判後合議庭主席再作出對兩上訴人採用羈押強制措施的批示。

為確保兩上訴人就其應受的強制措施享有兩審保障的權利，本院不取代原審法院就強制措施作裁判。

發出押送命令以便將兩上訴人押送原審法院主案法官，以便法官在履行辯論原則後，就兩上訴人在上訴待決期間所應受制的強制措施作決定。

開具本卷宗全部作副本證明書並移送予原審法院主案法官作採用強制措施之用。

上訴人無需就強制措施上訴部份支付訴訟費用。

通知原審法院主案法官及各訴訟主體。

二零一零年十二月十六日，於澳門特別行政區

賴健雄（第一助審法官）

蔡武彬（第二助審法官）（僅同意決定）

譚曉華（裁判書製作人）（附表決聲明）

編號：第 789/2010-I 號 (刑事上訴案)

上訴人： A (A) 及
B (B)

表決聲明

本人不同意上述合議庭判決，並認為兩名上訴人的上訴理由不成立，應維持原審法院對兩名上訴人採用羈押措施的裁決，理由如下：

上訴人 B 的上訴涉及的問題：

- 合議庭判決作適用羈押措施之決定欠缺說明理由
- 違反《刑事訴訟法典》第 355 及 356 條規定
- 裁判權終止
- 違反適當及適度原則

1. 上訴人 B 提出了原審法院在判決書內對上訴人採取羈押措施之決定欠缺理由之說明，違反了《刑事訴訟法典》第 87 條第 4 款之規定。

《刑事訴訟法典》第 87 條第 4 款規定：“作出決定之行為必須說明理由。”

原審法院在合議庭判決書內作出如下批示：“根據《刑事訴訟法

典》第 188、196 及 197 條規定以及按照依法、合理及適當的原則，決定對兩名嫌犯採取羈押措施，等待判決的確定並且服刑。”

原審法院在上述對上訴人採取羈押措施之決定中列舉了《刑事訴訟法典》的三條條文，雖然其中第 196 條規定可能並不完全適用本案對上訴人採用更嚴厲強制措施的情況，但第 188 條規定了採用強制措施的一般要件，而第 197 條規定了法官須依職權複查羈押前提的程序，均適用於本案情況。

儘管原審法院在作出上述決定時在說明理由方面仍可以更加完善，但在批示中列舉了相關條文，已基本履行了說明理由的義務，並未違反《刑事訴訟法典》第 87 條第 4 款的規定。

2. 上訴人 B 亦提出根據《刑事訴訟法典》第 355 及 356 條規定，原審法院不可在判決書內對上訴人作出採用較審判聽證前更嚴厲的強制措施。

《刑事訴訟法典》第 355 條規定，“一、判決書以案件敘述部分開始，當中載有下列內容：a) 認別嫌犯身分之說明；b) 認別輔助人及民事當事人身分之說明；c) 指出根據起訴書，或無起訴時，根據控訴書對嫌犯歸責之犯罪；d) 如有提出答辯，則摘要指出載於答辯狀之結論。二、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之事實，以及闡述即使扼要但儘可能完整、且作為裁判依據之事實上及法律上之理由，亦指明用作形成法院心證之證據。三、判決書以主文部分結尾，當中載有下列內容：a) 適用之法律規定；b) 有罪決定或無罪決定；c) 說明與犯罪有關之物或物件之處置；

d) 送交登記表作刑事紀錄之命令；e) 日期及各法官之簽名。四、判決須遵從本法典及有關訴訟費用之法例中關於司法稅、訴訟費用及服務費之規定。”

《刑事訴訟法典》第 356 條規定，“一、有罪判決內須指出選擇所科處之制裁及其份量之依據，有需要時尤其須指出履行制裁之開始時間、命令被判刑者履行之其他義務及其存續期間，以及被判刑者重新適應社會之個人計劃。二、有罪判決宣讀後，主持審判之法官如認為適宜，則向嫌犯作出簡短之訓諭，勸其改過自新。三、為著本法典之規定之效力，宣告免除刑罰之判決亦視為有罪判決。”

《刑事訴訟法典》第 355 及 356 條規定了判決書的要件。雖然上述條文並未就法院在判決中決定採用或變更強制措施作出任何規定，但並不妨礙法院根據需要在判決書中就強制措施的問題作出決定，該決定屬於判決書中的獨立部分，並不影響判決書的有效性。

另一方面，《刑事訴訟法典》第 179 條第 1 款規定，“採用強制措施及財產擔保措施，在偵查期間須應檢察院之聲請，由法官以批示為之，而在偵查終結後，法官亦可依職權以批示為之，但須先聽取檢察院之意見。”

在審判階段，推動訴訟程序的主動權已由檢察院過渡到法院，因此，原審法院是可以依職權以批示對嫌犯採用強制措施。

3. 上訴人 B 再提出既然原審法院在合議庭判決書內已作出對上訴人採取羈押措施之決定，原審法院的裁判權已終止，合議庭主席

在宣判後再次作出採取羈押措施的決定應視為不存在。

然而，本案並非法院裁判權終止的情況。

在宣讀判決後，上訴人向法院聲請對其採用非剝奪自由的強制措施，因此，合議庭主席根據《刑事訴訟法典》第 196 條第 4 款的規定，再次對上訴人採用強制措施作出審理。雖然該決定與合議庭在判決書內的決定相同，都是對上訴人採用羈押措施，但不能認為合議庭主席的決定只是單純附和及維持合議庭的決定。

如果上訴人不向法院聲請採用非剝奪自由的強制措施，合議庭主席根本無須對相關問題作出新的審理及決定。

合議庭主席的上述決定詳盡地說明了對上訴人採用羈押措施的理由，充分履行了《刑事訴訟法典》第 87 條第 4 款的規定。另外，上述決定具有變更之前採取的非剝奪自由的強制措施的性質，而合議庭主席亦聽取了上訴人及檢察院就採取強制措施所發表的意見，履行了《刑事訴訟法典》第 196 條第 4 款的規定。

因此，合議庭主席採用羈押措施的決定是獨立的，亦是有效的。即使在判決書內對上訴人採用羈押措施的決定沾有瑕疵，亦不影響合議庭主席所作批示的有效性。

4. 上訴人 B 認為原審法院對上訴人適用羈押之強制措施，是違反《刑事訴訟法典》第 178 條規定的適當及適度原則，亦違反了無罪推定原則，應予以廢止。

《刑事訴訟法典》第 178 條作出如下規定：“一、具體採用之強制措施及財產擔保措施，對於有關情況所需之防範要求應屬適當，且對於犯罪之嚴重性及預料可科處之制裁應屬適度。二、強制措施及財產擔保措施之執行，不應妨礙與有關情況所需之防範要求不相抵觸之基本權利之行使。三、僅當其他強制措施明顯不適當或不足夠時，方得採用羈押措施，但不影響第 193 條之規定之適用。”

《刑事訴訟法典》第 188 條作出如下規定：“除非具體出現下列情況，否則不得採用前章所規定之任何措施，但第 181 條所載之措施除外：a) 逃走或有逃走之危險；b) 有擾亂訴訟程序進行之危險，尤其是對證據之取得、保全或真實性構成危險；或 c) 基於犯罪之性質與情節或嫌犯之人格，有擾亂公共秩序或安寧之危險，或有繼續進行犯罪活動之危險。”

兩名上訴人在 2010 年 9 月 10 日被初級法院合議庭判處觸犯一項《刑法典》第 199 條第 1 款及第 4 款 b) 項，結合第 196 條 b) 項所規定及處罰的信任之濫用罪，分別被判處四年三個月實質徒刑。

經過審判聽證，兩名上訴人所參與的犯罪事實已經獲得證實，且被原審法院判處四年三個月實際徒刑，故此，原先所適用的強制措施的前提已經明顯出現變化。

審判後，兩名上訴人已由被控訴者變為被判刑者，訴訟地位已有所改變。原審法院作出的有罪判決即肯定了有關犯罪的“強烈跡象”以及關於兩名上訴人實施犯罪的“合理可能”。這樣的理解並不違反上訴人所提出的無罪推定原則。

兩名上訴人被處以長期實際徒刑的事實令法院更有理由認定兩名上訴人存有逃跑的具體危險，另外，不能忘記的是兩名上訴人在2009年2月4日實施有關犯罪行為後馬上離開本澳進入中國內地，直至同年3月12日被內地公安部門查獲才移交本澳相關部門。

因此，在審判聽證前對兩名上訴人所採用的非剝奪自由的強制措施已顯得不適當，而有必要對兩名上訴人採用羈押措施，因為羈押以外的強制措施不足以滿足本案所需要的防範要求。

基此，上訴人B之理由，應不能成立。

上訴人A的上訴涉及下列問題：

- 合議庭判決作適用羈押措施之決定違反《刑事訴訟法典》第50條第1款b)項規定
- 決定欠缺說明理由
- 違反《刑事訴訟法典》第106條b)項規定
- 違反適當及適度原則
- 《刑事訴訟法典》第109條第1款
- 合議庭主席權限

5. 上訴人A提出了原審法院對上訴人採取羈押措施前沒有聽取檢察院和上訴人的意見，違反了《刑事訴訟法典》第50條第1款b)項之規定。

根據《刑事訴訟法典》第 50 條第 1 款 b)項的規定，“除法律規定之例外情況外，嫌犯在訴訟程序中任何階段內特別享有下列權利：在法官應作出裁判而裁判係對其本人造成影響時，由法官聽取陳述”。

本案例中，原審法院首先是在合議庭判決中決定對上訴人採取羈押措施，該決定是在審判聽證後作出的，雖然審判聽證並非專為採取強制措施的目的而進行，但在審判聽證中法院聽取了上訴人提供的聲明以及其他證人證言，法院具足夠條件查明有關上訴人犯罪的事實真相，亦查明了採取強制措施的事實基礎。

因此，原審法院在合議庭判決所作的決定並未違反《刑事訴訟法典》第 50 條第 1 款 b)項所規定的“辯論原則”。

6. 上訴人 A 亦認為原審法院在判決書內對上訴人採取羈押措施之決定，且欠缺理由之說明，違反了《刑事訴訟法典》第 87 條第 4 款及第 360 條第 1 款 a)項之規定。

上述事宜正如在第 1 點所作出的審理結論，由於在有關決定中，原審法院已列舉了相關條文，已基本履行了說明理由的義務。

7. 上訴人 A 認為原審法院在檢察院未建議下對上訴人適用羈押之強制措施，是違反《刑事訴訟法典》第 106 條 b)項之規定，該決定無效。

上述問題，本人同意助理檢察長在其法律意見中的見解：“上訴

人在其上訴理由闡述中所引用的中級法院判決僅涉及案件的偵查階段，檢察院在該訴訟階段起主導作用，刑事預審法官的介入具有‘被動’的性質，任何屬於（無論是否專屬）預審法官的權限和職能非經檢察院提請不能主動行使。

但在本案中我們面對的訴訟階段完全不同，法院在審判階段的參與由‘被動’一變而為‘主動’，立法者在《刑事訴訟法典》第 179 條第 1 款明確賦予法官在偵查終結後依職權採用強制措施的權力”。

另外，《刑事訴訟法典》第 106 條 b) 項只規定檢察院促進訴訟程序的情況，並不適用於在審判階段法院主動採用強制措施的情況，因此，有關批示並不構成無效。

8. 上訴人 A 認為原審法院對上訴人適用羈押之強制措施，是違反《刑事訴訟法典》第 178 條規定的適當及適度原則，應予以廢止。

有關羈押措施是否適當及適度的事宜，已在第 4 點作出審理，在此不再重複。

9. 上訴人 A 亦提出，根據《刑事訴訟法典》第 109 條第 1 款之規定，倘若上訴法院廢止向上訴人適用羈押措施的決定，亦應廢止維持前述決定之批示。

《刑事訴訟法典》第 109 條規定：“一、無效使當中出現瑕疵之行為成為非有效行為，亦使依附於該行為之各行為及可能受該無效影響之各行為成為非有效行為。二、在宣告無效時，須規定何行為方視為非有效行為，且在必要時及在可能範圍內須命令重新作出該等行為，

而有關開支由因過錯而導致該等無效之嫌犯、輔助人或民事當事人負責。三、無效之宣告不妨礙對所有不受該宣告之效力影響而仍能保留之行為加以利用。”

根據前述各點的分析，並不存在廢止向上訴人適用羈押措施的決定。

另外，根據《刑事訴訟法典》第 109 條的規定，宣告無效除了使出現瑕疵的行為本身成為非有效行為外，其效力亦延伸至那些“依附於該行為之各行為及可能受該無效影響之各行為”。

本案中，法院作出的兩個向上訴人適用羈押措施的決定無疑是互相獨立的。

首先，合議庭在判決書內作出向上訴人適用羈押措施的決定。

在宣讀判決後，上訴人向法院聲請對其採用非剝奪自由的強制措施，因此，合議庭主席根據《刑事訴訟法典》第 196 條第 4 款的規定，再次對上訴人採用強制措施作出審理。

雖然該決定與合議庭在判決書內的決定相同，都是對上訴人採用羈押措施，但不能認為合議庭主席的決定只是單純附和及維持合議庭的決定。

如果上訴人不向法院聲請採用非剝奪自由的強制措施，合議庭主席根本無須對相關問題作出新的審理及決定。

因此，合議庭主席的決定並不依附於合議庭在判決書內的決定，亦不受判決書內的決定是否無效的影響。

另外，正如在第 3 點所闡述，由於合議庭主席採用羈押措施的

批示履行了《刑事訴訟法典》第 87 條第 4 款及第 196 條第 4 款的規定，屬於有效裁決。

10. 最後，上訴人 A 亦提出原審法院合議庭主席通過批示去維持合議庭作出羈押措施之決定屬無權限的情況，根據《刑事訴訟法典》第 106 條 a) 項之規定，應被宣告無效。

正如在第 2 點所分析的情況，根據《刑事訴訟法典》第 179 條第 1 款規定，在審判階段，法院可依職權以批示形式對嫌犯採用強制措施。

另外，法律並沒有規定適用強制措施屬於合議庭權限，因此，合議庭主席以批示作出強制措施之決定，並非無權限。

另一方面，原審法院合議庭主席在宣讀判決後因應上訴人提起上訴並要求對其採用非剝奪自由的強制措施的情況下再對有關問題進行審理，在經聽取檢察院意見後決定採取羈押措施，並非單純附和及維持合議庭的決定，而是一獨立的裁決行為。

基此，上訴人 A 之理由，亦應不能成立。

2010 年 12 月 16 日

譚曉華 (裁判書製作人)