

(譯本)

降低司法費 事實的法律定性

摘要

一、如果原審法院據以對嫌犯加判控訴書最初未指控的一項犯罪（但未事先警告可能判處此罪）、所依據的最終視為獲證明的事實，與該公訴書描述者相同，上訴法院也得以檢察院未控訴的其他犯罪判處該嫌犯，只要在上訴審級中將這種不同法律定性告知該嫌犯／上訴人，且該嫌犯對此行使了辯護權。

二、不論嫌犯／現上訴人是否有自發的悔悟、全部及無保留自認，在本案中不能對其適用《刑事訴訟法典》第 325 條第 2 款 c 項規定的司法費減半，理由恰恰是至少涉及可處以最高限度超逾三年徒刑的一項加重搶劫的既遂犯罪。

2003 年 7 月 17 日合議庭裁判書

第 131/2003 號案件

裁判書製作法官：蔡武彬

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

一、甲（身份資料載於卷宗），在第 PCC-072-02-6 號合議庭普通刑事案中被初級法院第六庭透過 2003 年 4 月 4 日的裁判（第 132 頁至第 141 頁）判處：

— 以直接正犯及既遂方式，及在符合第 198 條第 1 款 f 項及第 2 款所指之要件的情況下，實施澳門《刑法典》第 204 條第 2 款 b 項規定和處罰的一項加重搶劫罪，判處 4 年徒刑；

— 以直接正犯及未遂方式實施《刑法典》第 204 條第 2 款 b 項和第 198 條第 1 款 f 項和第 2 款 f 項規定和處罰的一項加重搶劫罪，判處 1 年徒刑；

兩罪並罰，被判處單一刑罰 4 年零 3 個月徒刑。

嫌犯不服判決，向中級法院提起上訴。

為了希望上訴理由成立，在卷宗第 158 頁至第 168 頁遞交的理由闡述結論部分，實質性提出了下列問題：

— 關於《刑法典》第 198 條第 2 款 f 項所指的攜帶顯露或暗藏武器之加重既遂搶劫罪方面，獲證明的事實事宜不足以支持裁判（因其觀點是，經閱讀卷宗以及控訴書，“其中無提及嫌犯在進入房間時攜帶顯露或暗藏之武器，只是使用拾來的筷子伸入鐵閘大門，拔開門扣”）；

— 被上訴的合議庭裁判因違反澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項而無效（因他還被判處一項最初在公訴書中沒有控訴的未遂搶劫罪）；

— 違反無罪過不受罰原則（因為他不應當被判處並未實施的該未遂搶劫罪，理由是沒有證實其搶劫企圖）；

— 刑罰份量的復核（因其認為，為著《刑法典》第 64 至 67 條的效果，本來應當考慮他的悔悟自認事實、合作及無犯罪前科等情節）；

— 違反澳門《刑事訴訟法典》第 325 條第 2 款 c 項之規定（因為被上訴的法院沒有將司法費減半，儘管其在審判聽證中完全及無保留地自認事實）；

駐被上訴法院之檢察院代表，對於上訴人理由闡述作出答復，理由如下（卷宗第 175 頁至第

177 頁內容原文)：

“[...]

從根本上說，上訴人不同意裁判兩處地方：

- 判處其沒有被控訴的未遂搶劫罪；
- 判處既遂的加重搶劫罪，但沒有證實有關加重情節。

我們看看他是否有理。

首先，

應承認事實上沒有被控訴未遂搶劫罪，而案件的標的已經在控訴書或者倘有的控訴書中確定。

確實，

刑事訴訟是一個控訴架構，嫌犯須知道被控訴或被起訴之犯罪，並根據辯護原則對其作出自辯。

然而，

如果在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生一些事實，這些事實對於控訴書或起訴書描述的事實構成實質性或實質性變更者，鑑於《刑事訴訟法典》第 339 條及第 340 條之規定，如具備第 340 條第 2 款規定等要件，得以這些事實或其他犯罪而作出有罪裁判。

無論如何，

只要按照辯論原則，嫌犯必須面對這些事實以及預計的可能的法律定性。

這並非從第 129/131 頁有關聽證記錄中得出的結果。

而是，

該記錄中載明的是，嫌犯自願、完全及無保留地自認了對其指控的事實，這導致放棄調查證據。

因此，

我們贊同嫌犯的下列觀點：不應當判處未被指控的未遂搶劫罪。

至於，

判處觸犯一項加重及既遂搶劫罪 — 《刑法典》第 204 條第 2 款 b 項，第 198 條第 1 款 f 項及第 2 款 f 項規定及處罰的犯罪，我們只能同意法院所作的刑事法律定性。

確實，

上訴人作出了構成一項搶劫罪的事實：‘侵入住宅’且‘攜帶顯露或暗藏之武器’。

事實上，

搶劫的既遂暫態的 — 在被據為己有之財物從物主那裏奪走並納入嫌犯財產範疇的那一刻 — 故重要者乃攜帶武器。

在本案中，毫無疑問確實如此。我們認為，在進入房間以前不持武器的事實似乎並不重要。

因為，

正如所述，重要的是在犯罪時隨身攜帶武器 — 甚至使用武器。

因此，按照宣導的含義，我們建議上訴理由部分成立。

[...]”

上訴上呈本上訴法院，助理檢察長在檢閱範疇內發出第 186 頁至第 189 頁的意見書，內容如下(原文)：

“[...]

上訴人指責原判判處其作出兩項搶劫罪，其中一項為未遂搶劫罪。

我們看看。

在本上訴範疇內初端提出的一項問題與判處嫌犯未遂搶劫罪有關。

事實上，該犯罪並沒有載於控訴書中，控訴書中只是指控其一項既遂搶劫罪。

正如所知，在判決書中變更控訴書中的法律定性的問題，《刑事訴訟法典》未作明確規範。

但正如我們一向認為，鑑於《刑事訴訟法典》第 4 條的規定，應當將該法典第 339 條的規定

類推適用於這種變更（參閱澳門終審法院第 8/2001 號案件的 2001 年 7 月 18 日，中級法院第 131/2001 號案件的 2002 年 1 月 31 日合議庭裁判）。

按照首份合議庭裁判所強調 — 並由第二份合議庭裁判重申 — 當然只須強調這種情形：“當法律定性變更為比控訴書中所指控的較輕的違法行為時，或者說，只要控訴書或起訴書中所指控罪行與判處的罪行之間存在同類關係，或者後者在前者範圍之內，且法律定性變更為較輕罪行，（則不必告知嫌犯）”。

正如該裁判所指出，透過第 92 頁之批示，嫌犯還被控觸犯一項未遂搶劫罪，因存有兩名被害人”。

但是沒有證實該批示已經通知上訴人，儘管批示中命令作出該項通知。

在聽證中，在此方面沒有採取任何措施。

因此本案中構成《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項的無效，因為沒有遵守前述第 339 條第 1 款的規定。

因此，在我們看來，上訴理由闡述中視為已對此作了爭辯。

嫌犯還闡述到“在分析事實及法律，作出刑事法律定性時，除了贊同嫌犯以直接正犯形式觸犯第 204 條第 2 款 b 項及第 198 條第 1 款及第 2 款 f 項規定及處罰的一項搶劫罪，**（合議庭裁判）還判嫌犯第二項犯罪，即以直接正犯及未遂形式觸犯第 204 條第 2 款 b 項，第 198 條第 1 款 f 項及第 2 款 f 項規定及處罰的一項加重搶劫罪。**

此外，“經仔細閱讀控訴書全文後，未發現存在未遂搶劫罪”。“僅指控其觸犯第 204 條第 2 款 b 項及第 198 條第 1 款 f 項第 2 款 f 項規定及處罰的既遂搶劫罪”。

稍後還堅稱“不贊同指控的未遂搶劫罪”。

最後在結論中，載明“判決無效 — 因違反澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項”。

可以說上訴人提出了**控罪變換問題**。

綜上所述，應依上文所指，宣告被上訴的合議庭裁判無效。

[...]

隨後，裁判書製作法官作出了初步審查，2003 年 6 月 19 日初步批示中考慮並確定的內容包括（參閱卷宗第 190 頁及其背頁）：

“[...]

不論上訴合議庭就本上訴作出的裁判如何，我們認為，為創造條件以便本上訴案中多個可取的法律解決辦法之共存，為著訴訟快捷原則，宜立刻透過其公設辯護人告知嫌犯／現上訴人並且警告：當時檢察院針對其提起的控訴中所描述的、原審法院審定為獲證實的事實事宜，本上訴法院可能將其定性為也構成澳門《刑法典》第 204 條第 2 款 d 項，第 21 條第 22 條第 1 款、第 2 款，結合該法典第 198 條第 1 款 f 項及第 2 款 f 項規定及處罰（的針對受害人乙的）未遂加重搶劫罪（除了公訴書唯一指控的針對受害人丙之既遂加重搶劫罪 — 澳門《刑法典》第 204 條第 2 款 b 項規定及處罰之犯罪，因具備該法典第 198 條第 2 款 f 項及第 1 款 f 項所指的要件），以便嫌犯在連續計算的 10 日期間內，根據辯論之基本原則，對於未遂加重搶劫罪部分可能的法律定性變更行使其辯護權。

[...]

按照上述命令作出這項告知 — 警告後，上訴人由其公設辯護人所代表，於 2003 年 7 月 3 日透過下列結論請求伸張正義（卷宗第 197 頁至第 198 頁內容原文）：

“[...]

正如一開始所指出的，上訴人不知道為何被判處以未遂形式實施加重搶劫罪。

之所以這樣，

1) 是因為，上述以未遂方式實施的加重搶劫罪未見諸公訴書。

2) 是因為，除控訴書所載證據外，沒有評估其他證據。“第 336 條第 1 款規定的關於審判聽證中調查證據的所有規則之指導原則為：‘**未在聽證中調查或審查之任何證據，在審判中，尤其在法院形成心證上均無效力**’。

這一規則是絕對的，概莫能外。所有證據必須在審判聽證中調查或審查，否則就不能被考慮，就屬無效。（見 Germano Marques da Silva，上引著述，第 3 卷，第 241 頁）。

3) 是因為已完全和無保留地自認，這是不進行證據調查之原因。

作為上述一切的基石，在一個法治國家，出於法律上的安全性，唯有如此方能使任何市民在來到法院時能為其權利辯護。

因此，[...]按照上述理由，應當如願伸張正義，恢復真相及法律...”。

[...]”

在此以後，助審法官法定檢閱已畢。

遵照《刑事訴訟法典》第 414 條規定的適當形式舉行了審判聽證，現在應當對本案作出裁判。

二、為此效果，必須立即轉錄原判，因其與上訴的審理有關（參閱卷宗第 132 頁至第 141 頁內容原文）：

“[...]

I.組成初級法院合議庭的法官們作出合議庭裁判如下：

檢察院司法官控訴嫌犯：

甲，男，未婚，無業，XXXX 年 XX 月 XX 日出生於 XXX，XXX 國籍，父親 XXX，母親 XXX，現羈押於澳門監獄。

現查明：

一

2002 年 8 月 29 日約凌晨七時，嫌犯前往[地址(1)]，用拾來的筷子伸入該單位的鐵閘大門，推開門扣，開門進入上述住宅單位，意圖找尋有價值物品並將之據為己有。

二

嫌犯進入上述單位逗留約 10 分鐘後，乙（身份資料載於第 47 頁）開門進入上述單位，嫌犯聞聲即進入廚房躲避，並毀壞廚房鋁窗。

三

當乙進入廚房時發現嫌犯，嫌犯當時頭帶浴帽，用衣服遮掩面容，拿著原置於該廚房內的一把菜刀指向乙胸前，聲稱“打劫”。該等物品檢驗於本卷宗第 65 頁，作為本控訴書的組成部分。

四

此時，丙（身份資料載於第 51 頁）開門進入上述住宅單位，嫌犯即用刀脅持乙出廚房，再用上述菜刀指向丙，聲稱“打劫”；乙此時趁機逃入房間，並與在房間內的丁（身份資料載於第 49 頁）一同用身體頂著房門，不讓嫌犯進入。

五

嫌犯將刀架在丙的頸部，同時用腳狂踢房門，使其損毀，力抗期間，乙被房門的邊緣擦傷左手手臂，其傷勢載於本卷宗第 8 頁及第 64 頁，作為本控訴書的組成部分。

六

嫌犯無法進入房間，便取去屬於丙的一個杏色手袋，然後奪門而出，沿樓梯逃走。

七

嫌犯出門後，將上述作案用的菜刀及掩面用的衣物拋入在梯間的垃圾桶。

八

當逃走至 7 樓時，嫌犯從其奪取得來的手袋內取出港幣 2,200 元，澳門幣 500 元及人民幣 100 元，將之據為己有，然後將該手袋拋入梯間垃圾桶，繼續沿樓梯逃走，最後被警員發現，並在嫌犯身上搜出上述金錢。

九

嫌犯並沒有允許其合法進入及逗留澳門的身份證明文件，僅持有一個往來港澳通行證的副本。

十

嫌犯損毀上述住宅單位的廚房鋁窗及房門，使戶主損失澳門幣 700 元。

十一

嫌犯在自願、故意及有意識的情況下作出上述行為，不正當侵入住宅，向受害人顯露武器，施以暴力，以生命及身體完整性有迫在眉睫之危險相威脅，取去受害人的財物，意圖違反物主之意願，將明知屬他所有之財物據為己有。

十二

嫌犯知悉此乃犯法行為，為法律不容並受法律制裁。

因此，檢察院指控並控訴嫌犯以直接正犯及既遂形式觸犯：

— 澳門《刑法典》第 204 條第 2 款 b 項、第 198 條第 1 款 f 項及第 2 款 f 項規定及處罰的一項搶劫罪。

卷宗第 90 頁至第 91 頁確定的訴訟前提維持不變，遵照適當程序進行了審判。

透過第 92 頁的批示，指控嫌犯未遂搶劫罪。因為存在著兩名受害人。

II.事實

經辯論案件，下列事實已獲證實：

- 1.2002 年 8 月 29 日約早晨 7 時，嫌犯前往[地址(1)]，用拾來的筷子伸入該單位的鐵閘大門，推開門扣，開門進入上述住宅單位，意圖找尋有價值物品並將之據為己有。
- 2.嫌犯進入上述單位逗留約 10 分鐘後，乙（身份資料載於第 47 頁）開門進入上述單位，嫌犯聞聲即進入廚房躲避，並毀壞廚房鋁窗。
- 3.當乙進入廚房時發現嫌犯，嫌犯當時頭帶浴帽，用衣服遮掩面容，拿著原置於該廚房內的一把菜刀指向乙胸前，聲稱“打劫”。該等物品檢驗於本卷宗第 65 頁，作為本控訴書的組成部分。
- 4.此時，丙（身份資料載於第 51 頁）開門進入上述住宅單位，嫌犯即用刀脅持乙出廚房，再用上述菜刀指向丙，聲稱“打劫”；乙此時趁機逃入房間，並與在房間內的丁（身份資料載於第 49 頁）一同用身體頂著房門，不讓嫌犯進入。
- 5.嫌犯將刀架在丙的頸部，同時用腳狂踢房門，使其損毀，力抗期間，乙被房門的邊緣擦傷左手手臂，其傷勢載於本卷宗第 8 頁及第 64 頁，作為本控訴書的組成部分。
- 6.嫌犯無法進入房間，便取去屬於丙的一個杏色手袋，然後奪門而出，沿樓梯逃走。
- 7.嫌犯出門後，將上述作案用的菜刀及掩面用的衣物拋入在梯間的垃圾桶。
- 8.當逃走至七樓時，嫌犯從其奪取得來的手袋內取出港幣 2,200 元，澳門幣 500 元及人民幣 100 元，將之據為己有，然後將該手袋拋入梯間垃圾桶，繼續沿樓梯逃走，最後被警員發現，並在嫌犯身上搜出上述金錢。
- 9.嫌犯並沒有允許其合法進入及逗留澳門的身份證明文件，僅持有一個往來港澳通行證的副本。
- 10.嫌犯損毀上述住宅單位的廚房鋁窗及房門，使戶主損失澳門幣 700 元。
- 11.嫌犯在自願、故意及有意識的情況下作出上述行為，不正當侵入住宅，向受害人顯露武器，施以暴力，以生命及身體完整性有迫在眉睫之危險相威脅，取去受害人的財物，意圖違反物主之意願，將明知屬他所有之財物據為己有。
- 12.嫌犯知悉此乃犯法行為，為法律不容並受法律制裁。

III.刑事法律定性

現在應當分析事實並適用法律。

澳門《刑法典》第 204 條規定：

“一、存有據為己有或轉歸另一人所有之不正當意圖，對人施以暴力，以生命或身體完整性有迫在眉睫之危險相威脅，又或使之不能抗拒，而取去他人之動產或強迫其交付者，處一年至八年徒刑。

二、如屬下列情況，則處三年至十五年徒刑：

- a)任一行為人使他人生命產生危險，或最少係有過失而嚴重傷害他人身體完整性；或
- b)符合第一百九十八條第一款及第二款所指之任一要件；該條第四款之規定，相應適用之。

三、如因該事實引致他人死亡，行為人處十年至二十年徒刑。”

按照上文所述，為了具備搶劫的法定罪狀，嫌犯的行為必須符合下列要件：

- a.行為人有特定故意，表現為將他人動產據為己有；
- b.對人施以暴力，以生命或身體完整性有迫在眉睫之危險相威脅，又或使之不能抗拒，而取去他人之動產或強迫其交付；

面對著前述獲證明的事實，必須查明這些事實事宜是否足以作出有關指控。

經適當評估卷宗所載全部資料以及聽證中調查的證據，鑑於嫌犯完全自認公訴書指控的事實，惟有判控訴理由成立，別無其他解決辦法。因為：

- a.嫌犯確實用暴力奪走受害人丙的手袋，明知該物品屬於第三者，並且沒有權力處置之；
- b.嫌犯藉此行為欲犧牲他人、在無許可的情況下取得財產利益；
- c.已經具備了刑事法律指控必須的主客觀要件，行為已經既遂。

關於未遂搶劫罪，毫無疑問，嫌犯觸犯了該不法行為。因為用一把菜刀指向受害人乙，儘管未能從受害人取得任何物品，這一行為已經透過澳門《刑法典》第 198 條第 1 款 f 項及第 2 款 f 項而加重。

因此，同樣具備了刑事法律指控所需要的主客觀要件。

在作出刑事法律定性並作出若干考慮後，我們現在審理刑罰的具體份量。

關於刑罰的選擇，Eduardo Correia 教授寫道：

“...學說一向將該問題視為真正顯示刑事法官審判藝術的要素。事實上，在其中調校刑罰目的的全部細微差別及特別含義；在其中必須運用刑事政策及犯罪法的全部思想；在其中查明導致犯罪分析之多個時刻的全部要素”（《Direito Criminal》，第 2 卷，第 317 頁）。

這是一項非機械的而是個別化的作業，剎那間努力就此打碎，在現今刑法制度，刑罰從固定離開走向多變。

傳召犯罪者到法官面前，以個案逐個審理，查明刑罰的份量。

根據澳門《刑法典》第 65 條，刑罰份量之確定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。

尤須考慮下列情節：事實之不法程度、實行事實之方式、事實所造成之後果之嚴重性，以及行為人對被要求須負之義務之違反程度；故意或過失之嚴重程度；在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；行為人之個人狀況及經濟狀況；作出事實之前及之後之行為，以及查明的其他情節。

法院應考慮所有對行為人有利或不利，而不屬罪狀之情節，尤其澳門《刑法典》第 65 條第 2 款列舉的情節。

在本案中，嫌犯被指控的犯罪不法性程度普通。

直接故意程度也普通。

未遂搶劫罪的刑罰幅度，按照澳門《刑事訴訟法典》第 67 條特別減輕。

經考慮本案的全部情節，認為觸犯未遂搶劫罪之 1 年徒刑以及既遂搶劫罪 4 年徒刑是公正的。

經數罪並罰，對嫌犯科處 4 年 3 個月徒刑的獨一總刑是公正及適度的。

按照澳門《刑法典》第 48 條所載的規範，經考慮行為人的人格及生活條件，犯罪前後的行為以及與犯罪有關的全部情節，透過卷宗所載資料的批判性及衡量性分析，認為對於嫌犯來說，僅對事實作譴責及以徒刑作為威嚇，不可適當及足以實現處罰的目的。因此，不暫緩執行對其科處的刑罰。

俱經檢閱，應予裁判。

IV. 決定

按照上文所述及理由說明，合議庭裁判公訴獲證實而成立，相應地作出下述裁判：

1—判嫌犯甲以直接正犯及既遂形式觸犯澳門《刑法典》第 204 條第 2 款 b 項，第 198 條第 1 款 f 項及第 2 款 f 項規定及處罰的一項加重搶劫罪，處以 4 年徒刑。

2—判嫌犯甲以直接正犯及未遂形式觸犯澳門《刑法典》第 204 條第 2 款 b 項，第 198 條第 1 款 f 項及第 2 款 f 項規定及處罰的加重搶劫罪，處以 1 年徒刑。

(**A**) 數罪並罰，判處嫌犯獨一總刑 4 年 3 個月實際徒刑。

3—判令嫌犯繳納 3 個計算單位的司法費及訴訟費用（10 月 25 日第 63/99/M 號法令核准之《法院訴訟費用制度》第 71 條第 1 款 a 項）。

4—判令嫌犯向司法、登記暨公證公庫繳納澳門幣 500 元的金額 — 根據 8 月 17 日第 6/98/M 號法律第 24 條第 2 款。

5—還判令嫌犯向參與審判聽證的辯護人支付服務費澳門幣 750 元（8 月 1 日第 41/94/M 號法令第 29 條，結合 10 月 28 日第 265/96/M 號訓令 — 附表第 9 點）。

命令通知。

製作登記表供身份證明局作刑事記錄（6 月 3 日第 27/96/M 號法令第 3 條）。

及時銷毀第 88 頁背頁的扣押物品。

將合議庭裁判作出存放（澳門《刑事訴訟法典》第 353 條第 5 款）。
[...]"

三、在法律層面上，應當事先抽象指出，本上訴法院只解決上訴人具體提出、上訴理由闡述中界定的問題，此乃一方面。另一方面，我們只負責就上述界定的問題作出裁判，而不審理上訴人據以支持其主張的全部理由和依據，但顯然不妨礙在我們認為適宜的情況下就理由闡述中提出的任何理由表態。

我們現在具體審理嫌犯提出且本裁判文本第 1 點中指出的問題：

關於獲證明的事實事宜不足以支持裁判：

嫌犯主張，關於既遂搶劫罪，不具備《刑法典》第 198 條第 2 款 f 項規定的情節，故不能因該情節而判處其加重搶劫罪，由此指責獲證明的事實事宜不足以支持裁判。

關於《刑法典》第 198 條第 2 款 f 項所指的情節，以下列方式明文及清楚地訂定了罪狀：“犯

罪時攜帶顯露或暗藏之武器”。

因此，鑑於被上訴的合議庭裁判中視為獲證實的事實事宜（尤其獲證明的事實第四項，被上訴的合議庭裁判第 7 頁所描述者，現載於卷宗第 135 頁），毫無疑問，嫌犯／現上訴人在針對受害人丙作出既遂搶劫罪時，確實隨身攜帶著“武器”，即一把菜刀。

因此，有關上訴理由不成立。因為原審法院視為確鑿的事實可十分充分地判嫌犯／現上訴人以直接正犯及既遂形式，以原判描述之方式觸犯一項加重搶劫罪。（即使不這樣理解，在本案中 also 具備“不正當侵入住宅”的情節 — 《刑法典》第 198 條第 1 款 f 項所指者 — 僅憑此就足以將加重搶劫的既遂犯罪視為成立）。

關於違反《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項造成被上訴的合議庭裁判的無效：

嫌犯主張不具備這種無效，因其認為亦被判處公訴書最初沒有指控的一項未遂搶劫罪。

儘管第一審法院負責刑事卷宗的法官在 2002 年 11 月 1 日批示中命令（卷宗第 92 頁）通知嫌犯：鑑於控訴書所載的事實，嫌犯有可能被“多判處一項加重搶劫罪”，事實上，有關程序科從未作出這一項通知 — 警告（參閱直至原審合議庭審判聽證進行之前的嗣後訴訟行為），也沒有在審判聽證本身範疇內作出（可以從卷宗第 129 頁至第 131 頁的相應記錄內容中看到）。

然而，由於被上訴法院據以判處嫌犯的獲證明的事實基本上是描述於公訴書的事實，我們認為，顯然本案不屬公訴書描述及指控的事實之變更，而只是不同於當時針對該嫌犯提起的公訴書所指控之事實的法律定性，由此顯示，指出按《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項，被上訴合議庭裁判無效，此說並無依據（按照該條文，以控訴書，或者無控訴時，以起訴書未描述的事實作出判處之判決無效...），這正是因為，在本案中 — 正確地而適當地講 — 沒有以控訴書未描述的事實作出判處。

我們只需要研究是否應當也處罰嫌犯／現上訴人觸犯未遂搶劫罪，在控訴書中最初未對其作此指控，第一審法院“嗣後的訴訟行為中”未予指控。

關於此點，在本卷宗初步審查範疇內，為著辯論原則，裁判書製作法官在最初作出的初步批示中，已就有關事實的法律定性作出告知 — 警告，且該嫌犯亦行使了辯論權，現在看不到有任何法律障礙，阻止亦以直接正犯及未遂形式在刑法上追訴該嫌犯觸犯《刑法典》第 204 條第 2 款 b 項、第 21 條、第 22 條第 1 款及第 2 款，結合第 198 條第 1 款 f 項及第 2 款 f 項規定及處罰的一項加重搶劫罪，理由是從被上訴法院視為獲證明的事實事宜中清楚地得出，嫌犯不正當侵入卷宗所指的房間，“意圖尋找有價值物品並據為己有”而在該房間逗留，並將菜刀指向受害人乙的胸前，聲稱“打劫”，自由、有意識及自願地作出行為，儘管因為這位女士設法逃走，針對其的搶劫沒有得逞（尤其參閱被上訴合議庭裁判文本第 6、7、9 頁描述的第 1、2、3、4、11 及 12 點獲證明的事實，現載於卷宗第 134 頁背頁至第 135 頁及第 136 頁）。

因此，根據我們（現在合法）作出的事實的法律定性，嫌犯也應當被處以一項加重搶劫之未遂犯罪。

關於違反無罪過不受罰原則：

關於這個問題，上訴人認為他不應當被判處未遂搶劫罪，理由是沒有證實上訴人試圖作出該犯罪。

但是，正如上文結論，被上訴的合議庭裁判視為確鑿的事實事宜（尤其參閱獲證明的事實第 1、2、3、4、11 及 12 點），可以確認嫌犯也針對受害人乙作出了加重搶劫之未遂犯罪。因此，根本沒有違反無罪過不受罰原則。

因此，此部分上訴理由不成立。在此部分上訴中，上訴人只是希望將其個人觀點強加於被上訴法院依照《刑事訴訟法典》第 114 條規定的證據自由審查原則而審判的事實事宜。

關於刑罰份量的復核：

關於這個問題，應當立即指出，《刑法典》第 66 條一般及核心規定的刑罰特別減輕，不應當自動適用，即使發生該條第 2 款尤其所指的任何一項情節也然。因為一切取決於具體案件中是否具備該條第一款最後部分訂定之實體標準。

為著《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款的效果，考慮被上訴的合議庭裁判查明的不構成有

關加重搶劫罪罪狀的全部情節後，我們確實認為，被上訴法院對於針對受害人丙的加重既遂搶劫罪所定的刑罰份量是公正的（對於針對受害人乙的加重搶劫罪同樣可以這樣講），我們還認定，在嫌犯的具體案件中，所陳述的悔悟、自認、合作以及無犯罪前科等情節，不能如願大大降低作出的事實之高度不法性，罪過程度以及刑罰的必要性，從而不能對其啟動刑罰特別減輕機制。

因此，此部分上訴理由也不成立。

關於違反《刑事訴訟法典》第 325 條第 2 款 c 項之規定：

關於這個最後問題，我們認為上訴理由顯然也不能成立。因為不論嫌犯/現上訴人是否有自發的悔悟、全部及無保留自認，由於該條第 3 款 c 項之明文規定，在本案中不能對其適用《刑事訴訟法典》第 325 條第 2 款 c 項規定的司法費減半，理由恰恰是至少涉及可處以最高限度超逾三年徒刑的一項加重搶劫的既遂犯罪。

因此，必須確實判本上訴理由不成立。

四、依上所述，儘管以略為不同於原審法院關於未遂搶劫罪所堅持的理由說明，合議庭裁判上訴理由不成立，全部維持現被上訴的合議庭裁判所載的主文部分。

訴訟費用由嫌犯／現上訴人承擔，司法費定為 5 個計算單位。

嫌犯的公設辯護人應得服務費澳門幣 1,200 元，由嫌犯承擔。

命令透過澳門監獄長通知嫌犯本人。

陳廣勝（裁判書製作法官）— 賴健雄 — José M. Dias Azedo（司徒民正，按下文聲明表決落敗）

表決聲明

本人表決落敗，聲明如下：

正如前文裁判中所見，在嫌犯／上訴人提出的問題中，提出了“被上訴的合議庭裁判違反澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項而無效”的問題。

在上訴人看來，這個瑕疵之所以產生，是由於：儘管（只）被控訴觸犯（加重）搶劫罪，但（原審法院）審判完後被判處以真實競合觸犯此罪及另一項未遂犯罪（分別處以 4 年及 1 年徒刑），而沒有給他機會對於這種“變更”表態。

因此，作為該問題理由不成立的依據。現在作出的裁判中寫道，“由於被上訴法院據以判處嫌犯的獲證明的事實基本上是描述於公訴書的事實，我們認為，顯然本案不屬公訴書描述及指控的事實之變更，而只是不同於當時針對該嫌犯提起的公訴書所指控之事實的法律定性，由此顯示，指出按《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項，被上訴合議庭裁判無效，此說並無依據（按照該條文，以控訴書，或者無控訴書時，以起訴書未描述的事實作出判處之判決無效...），這正是因為，在本案中 — 正確地而適當地講 — 沒有以控訴書未描述的事實作出判處。”

本人僅認為，即使認為所發生的是（簡單的）“事實的法律定性之變更”（而非事實的變更），本人亦不同意如此判決，（儘管往往被採納，我們認為似乎遠遠不能取得司法見解及學說之支持）。

正如本中級法院曾經有機會堅稱 — 第 131/2001 號案件的 2002 年 1 月 31 日合議庭裁判，本人為該案的裁判書製作法官 — 審判者在法院權限限度內有自由以不同於控訴書或起訴書作出納入之方式對於此等文書中的事實作出司法定性。

確實，法律的確定或者查明的事實的法律定性，是司法職能的核心，不能受制於錯誤的法律定性產生的限制，否則將使這個職能完全落空。

但是，不論其他，當變更意味著科處更高的刑罰時，法官應當遵守辯論原則；（在此意義上，還可參閱本中級法院第 158/2000 號案件的 2000 年 12 月 14 日合議庭裁判）。

這一見解 — 欠缺明確的具體規範，因為澳門《刑事訴訟法典》不涉及“法律定性的變更”，而只是具體規範控訴書或起訴書描述的事實是否實質性變更事宜，並鑑於其第 4 條的規定 — 以

（類推適用）該法典第 339 條第 1 款作為法律依據；（參閱，在相同意義上，終審法院第 8/2001 號案件的 2001 年 7 月 18 日合議庭裁判；第 6/2003 號案件的 2003 年 4 月 23 日合議庭裁判以及最近第 11/2003 號案件的 2003 年 7 月 9 日合議庭裁判；在學說上，除了 2001 年 7 月 18 日合議庭裁判所引用者以外，還可參閱 G. Marques da Silva 論文：《O direito de defesa em processo penal》，載於《Direito e Justiça》，葡國天主教大學，第 13 卷，第 2 冊，第 293 頁，關於這個主題，還可以參閱 Ivo M. Barroso 最近的論文：《Estudos Sobre o Objecto do Processo Penal》，Vislis 出版社，2003 年）。

我們應當認為，經類推適用澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款，原審法院必須將所作的“變更”告知嫌犯／現上訴人，如其如此請求，應給予必要的時間供其準備有關辯護（具體就有關“問題”而言，現行葡萄牙《刑事訴訟法典》在 8 月 25 日第 5/98 號法律引進的第 358 條第 3 款中明文規定，“在控訴書或起訴書描述事實之法律定性變更”的情形中，應當作出這種“告知”）。

我們認為，唯有這個立場符合訴訟誠實原則及“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”嫌犯之訴訟權利（參閱澳門《刑事訴訟法典》第 50 條第 1 款 b 項）。

確實，從刑事訴訟的本身性質確保嫌犯全部的辯護保障，並因此確保其必要的（及適當的）訴訟工具及全部權利，目的是可以辯護其立場，並反駁可能對其不利的立場。

這種辯護權（聽證權）要求透過“訴訟辯論”的適當運作，使雙方處於完全（工具）平等地位，因為，（正如中級法院第 83/2001 號案件的 2001 年 6 月 14 日合議庭裁判所載明），刑事訴訟程序應當表現為一種“正當法律程序”，應當將引致不可接納地削弱嫌犯的辯護可能之全部程序視為不正當。

簡而言之，要求一種“公平審判”或“誠實程序”。

在本卷宗的狀況中 — 應當表明，儘管是因為部門疏漏 — 並沒有做到這一點。因為前述情形的類推性，犯有澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項的無效，該無效是適時提起的，在我們看來必須宣告之，相應並裁定本上訴理由成立。

José M. Dias Azedo（司徒民正）

2003 年 7 月 17 日於澳門