

第 52/2010 號案件

刑事司法裁判上訴

上訴人：乙、丁、丙和戊

被上訴人：檢察院

主題：向終審法院提起刑事訴訟程序的上訴·獲認定的事實不足以支持裁判·訴訟標的·理由說明方面不可補救的矛盾·審查證據中的明顯錯誤·刑罰的特別減輕·未滿 18 歲年齡·量刑

裁判日期：2010 年 11 月 24 日

法官：利馬(裁判書制作法官)、岑浩輝和朱健。

摘要：

一、獲認定的事實不足以支持裁判的瑕疵，是指對一恰當的法律決定而言，獲認定的事實顯得不充分。當法院沒有查明為案件做出正確裁判必不可少的事實事宜，而該等事實事宜本應由法院在控訴書和辯護狀界定的訴訟標的範圍內進行調查時，即出現此一瑕疵，但不妨礙《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條規定。

二、理由說明方面不可補救的矛盾是裁判本身的瑕疵，即指事實事宜方面的證據性理由說明中、以及認定的事實之間或認定的事實與未獲認定的事實之間的矛盾。

三、如果在審查證據時從某事實中得出無法接受的結論、如果違反限定或確定證據價值的法律規定或者在審查證據時違反經驗或職業準則，就存在審查證據方面的明顯錯誤。錯誤必須是顯而易見的，明顯到不可能不讓一般留意的人發現。

四、出現《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款所提到的其中一種瑕疵，只會在有關瑕疵導致不能對案件作出裁判時，才會將案件發還重審。

五、罪過或預防犯罪要求的明顯減輕是刑罰特別減輕的實質前提，為此，事發時未滿 18 歲年齡本身不構成那項減輕的依據。

六、只要不存在對法定限制規範——如刑罰幅度——或經驗法則的違反，也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的話，作為以監督法律的良好實施為主旨的終審法院就不應介入具體刑罰的確定。

裁判書制作法官

利馬

## 澳門特別行政區終審法院

### 合議庭裁判

#### 一、概述

透過 2009 年 7 月 17 日的合議庭裁判，初級法院合議庭裁定：

a) 判處第一被告甲為直接正犯、以既遂方式觸犯一項 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定及處罰的不法持有違禁物品以作個人吸食罪，判處 2(貳)個月徒刑；

b) 判處第二被告乙和第四被告丙為直接正犯、以既遂及競合的方式觸犯：

— 一項第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定及處罰的不法持有違禁物品以作個人吸食罪，各判處 2(貳)個月徒刑；

— 一項第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款規定及處罰的少量販毒

罪，各判處 1(壹)年 3(叁)個月徒刑，以及罰金 5,000(伍仟)澳門元或轉為 30(叁拾)日徒刑；及

— 一項《刑法典》第 157 條第 1 款 a 項規定及處罰的強姦罪，各判處 5(伍)年徒刑。

數罪併罰，判處各被告單一刑罰 5(伍)年 6(陸)個月徒刑及罰金 5,000(伍仟)澳門元或轉為 30(叁拾)日徒刑。

c) 判處第三被告丁和第五被告戊為直接正犯、以既遂及競合方式觸犯：

— 一項第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定及處罰的不法持有違禁物品以作個人吸食罪，各判處 2(貳)個月徒刑；及

— 一項《刑法典》第 157 條第 1 款 a 項規定及處罰的強姦罪，各判處 5(伍)年徒刑。

數罪併罰，判處各被告單一刑罰 5(伍)年 1(壹)個月徒刑。

透過 2010 年 4 月 22 日的合議庭裁判，中級法院裁定由第二、第三、第四及第五被告提起的上訴敗訴。

眾被告仍不服，向本終審法院提起上訴，並以下列結論結束上訴陳述：

## 第二、第四及第五被告的上訴

A) 被認定的事實之間互不相容，不允許法院作出現在所作的判決——《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項、第 355 條，經其第 360 條及第 418 條准用；

B) 被認定的事實和支持裁判的證據事宜之間也不相容，不允許得出現在所作的法律解決辦法——《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項、第 355 條，經其第 360 條及第 418 條准用；

C) 很明顯，我們面對的是理由說明方面不可補救的矛盾，該理由的成立將令尊敬的法院開釋上訴人，或者出於代理人之謹慎，導致案件發還以重新審判；

D) 正如本上訴理由中已經闡述的，任何一般的人都可得出結論，尊敬的原審法院沒有正確審查證據，逾越了其必須受到的限制，且明顯違反職業準則。因此可根據對被上訴裁判及卷宗所載要素來補正這個瑕疵，從而應該開釋各被告，或者由於存在被視為不可補

救的瑕疵，閣下們應該下令進行新的鑑定或請求製作鑑定報告的專家們給以解釋，或者將案件發還以便重新審判——《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項、第 355 條，經其第 360 條及第 418 條准用；

E) 存在法律錯誤，因為考慮到已獲認定的事實及不存在對被告，即現上訴人乙和丙的人格和行為的不利預測，以及不存在對他們不利的加重情節，正好相反他們應該受惠《刑法典》第 66 條第 2 款 f 項規定的特別減輕。

G) 原審法院以明顯的形式違反疑點利益歸於被告的原則，因為本應該開釋各上訴人或判處他們觸犯《刑法典》第 166 條第 1 款或第 168 條規定及處罰的犯罪。

H) 用一般經驗及其中所載的要素解釋被上訴裁判本身，發現其沾染了前面所指的各項瑕疵及錯誤適用了不能排除的法律規定，有關規定在這些結論和整個上訴理由說明中有更加詳細的說明。

### **第三被告的上訴**

1— 受害人對與被告們實施性交行為的細節描寫顯現是矛盾的，因為其本人當時處於卷宗內敘述的精神狀態；

2—根據本案所載的客觀資料，存在許多合理疑問和無數矛盾需要解釋清楚，以便查明存有支持所爭議裁判的重要事實，因此該項遺漏導致被上訴裁判存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所指已獲認定事實不足以支持裁判的瑕疵。

3—已經證明被告們吸食了剩下的氯胺酮，而在第四被告進入(受害人的)房間後，喚醒了她，並將粉狀氯胺酮用白色的紙張捲著讓受害人吸入。

4—很明顯在被視為認定的兩個事實之間存在矛盾，因為如果被告們已經吸食了所有剩下的氯胺酮，也就是氯胺酮已被吸食光了，那被害人就不可能有吸入。

5—如此，當互不相容的事實被視為獲證事實時，就存在《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錯誤的瑕疵。

6—上面描寫的情節可訴諸疑點利益歸於被告的原則並導致開釋上訴人。如果不這樣認為，所指出的所有瑕疵應被裁定成立，應導致根據《刑事訴訟法典》第 418 條第 1 款規定的將案件發還以重新審判。

7—卷宗內第 27 頁至第 30 頁所載的鑑定報告不能證明在檢查之前的 24 個小時內受害人發生過性關係行為。

8—但是，法院視為已經認定被告(想說的應為受害人)和各被告上訴人之間發生過未經允許的性行為關係。

9—根據《刑事訴訟法典》第 149 條第 1 款和第 2 款規定，鑑定證據固有之技術、科學或藝術上之判斷推定為不屬審判者自由評價之範圍。如審判者之心證有別於鑑定人意見書所載之判斷，審判者應說明分歧之理由。

10—面對就卷宗內第 27 頁至第 30 頁所載的鑑定報告持有的不同意見，我們在卷宗內未看到上指法律規定所要求的理由，因此對上述法律規定的違反構成根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款規定可以對被上訴裁判及上訴依據進行審理的法律問題，並應該引致開釋上訴人或將案件發還以重新審判。

11—確定量刑必須按照行為人之罪過及一般預防犯罪之要求，法院應該考慮所有對行為人有利的情節。

12—沒有開釋上訴人，沒有裁定前面提出的不足和錯誤之瑕疵

之爭辯的理由成立，除了所指違反《刑事訴訟法典》第 149 條第 1 款和第 2 款規定外，總應該在適用刑罰時考慮上訴人很年輕和有一定工作之事實，以及訂定法定的 3 年最低徒刑，如此可以按照《刑法典》第 48 條規定給予緩期執行。

13—認為違反了下列法律規定：《刑事訴訟法典》第 149 條第 1 款和第 2 款、第 400 條第 1 款和第 2 款 a 項及 c 項及《刑法典》第 48 條、第 65 條第 1 款和第 2 款。

14—上訴人認為，應該按照結論的第 1 點至第 12 點解釋和適用被違反的法律規定。

在對上訴理由陳述所作的回答中，**尊敬的檢察官**認為應裁定上訴敗訴。

而在其意見書中，**尊敬的助理檢察長**維持其在對上訴理由陳述所作的回答中已採取的立場。

## 二、事實

下兩級法院認定和不予認定的事實如下：

— 在 2006 年 10 月，被害人已透過互聯網認識第一被告甲，之後，兩人發展為情侶。

— 在 2007 年 2 月 22 日，晚上約 22 時許，被害人前往第一被告位於[地址(1)]的住所留宿。

— 於翌日(2007 年 2 月 23 日)，早上約 7 時許，被害人隨第一被告筷子基近巴士總站的[網吧(1)]消遣，並遇見第一被告的四名朋友乙(第二被告)、丁(第三被告)、丙(第四被告)和戊(第五被告)。

— 當時，五名被告經商議後，決定合資港幣三百五十圓(HKD\$350.00)購買氫胺酮(俗稱“K 仔”)來吸食。

— 一會兒後，第一被告與被害人先行離開，返回住所休息。

— 之後，第二被告乙便聯絡一名叫“庚”的男子，並從“庚”處以港幣三百五十圓(HKD\$350.00)買得約 1 克重的粉狀氫胺酮回來。

—接著，第二、第三、第四及第五被告便帶著上述氯胺酮前往第一被告的住所。

—在前往第一被告住所的途中，第四被告丙向第二被告乙、第三被告丁和第五被告戊表示覺得被害人很“索”(意即樣子很漂亮)，並提議稍後將大部份的氯胺酮給予第一被告及被害人吸食，導致兩人處於興奮和昏迷狀態下便可趁機輪姦被害人，第四被告丙並表示要第一個強姦被害人，不許其他人爭先。

—於同日(2007年2月23日)，早上約10時許，第二、第三、第四及第五被告到達第一被告位於[地址(1)]的住所，當時，第一被告、被害人、第一被告的妹妹辛和辛的朋友壬均在該住所內。

—接著，第四被告從褲袋內將一包粉狀氯胺酮取出來，然後將部份氯胺酮倒在客廳的飯桌上，再利用一張硬卡將其分成數行，以供五名被告吸食。

—一會兒後，五名被告再以同樣方式兩次吸食剩下的氯胺酮，當各人進入興奮狀態後，在廳間播放音樂及不斷跳舞。

—期間，第一被告曾進入房間內，將一瓶綠茶及吸管遞給被害

人飲用，被害人飲下約四份一瓶後，身體開始變軟，然後睡著了。

— 在熟睡期間，第四被告走進房間內喚醒被害人，並將粉狀氫胺酮以白色紙捲著給被害人用鼻子吸食，由於被害人已失去自制能力，在迷迷糊糊間便吸食了，之後，被害人全身變軟、興奮及產生幻覺，經而漸漸失去意識。

— 在迷迷糊糊中，被害人聽到第二被告乙叫了她一聲，之後，第二被告脫光身上的衣服坐在被害人身旁，並伸手撫摸被害人的身體，包括胸部和陰道，然後將被害人身上的衣服脫去，要求被害人替其口交。

— 一開始時，被害人躺臥在床上，第二被告面向及在被害人上方，並將陰莖插入被害人的口中進行口交，其後，第二被告躺臥在床上，將被害人放在其雙腿上，按下被害人的頭，著被害人再替其口交一段時間，當第二被告射精在被害人的口中後，仍按著被害人的頭部要被害人繼續替其口交。

— 一會兒後，第二被告從被害人口中取出陰莖，把被害人推在床上，然後在被害人上方，在沒有使用避孕套的情況下將陰莖插入被害人的陰道內不斷抽插，期間，第二被告多次轉動被害人的身體，

包括將被害人雙腿彎曲扒在床上，由第二被告從後方將陰莖插入被害人的陰道，及第二被告坐在床上，將被害人放在其雙腿上將陰莖插入被害人陰道內進行性交，當第二被告在被害人體內射精後，便將陰莖取出。

—隨即，被害人失去意識。

—當被害人恢復意識時，聽到第三被告丁說：“輪到我。”，這時，被害人已被脫光衣服躺在床上。

—接著，第三被告脫去自己身上的牛仔褲和內褲，坐在被害人的上方，並按下被害人的頭部，要求被害人替其口交，當時，第四及第五被告均坐在房間的椅子上觀看。

—當被害人替第三被告口交一會後，第三被告將陰莖取出，然後在沒有使用避孕套的情況下將陰莖放進被害人的陰道內不斷抽插，不久，第三被告將陰莖取出並射精在被害人的腹部上。

—之後，被害人再次失去意識。

—被害人再有意識時，發現自己仍然全身赤裸躺在床上，這時，

第四被告丙正面向被害人，及在其上方，在沒有使用避孕套的情況下將陰莖插入被害人的陰道內與被害人發生性行為。

—由於被害人感到頭很暈，故不久又失去意識。

—待被害人再有意識時，第五被告戊已面向被害人，及在其上方，在沒有使用避孕套的情況下將陰莖插入被害人的陰道內與被害人發生性行為。

—同樣地，由於被害人感到頭很暈，故不久又失去意識。

—之後，第二被告乙抱著被害人進入洗手間，並將其放在浴缸內，當時，第四被告及第五被告亦跟隨進入。

—接著，第二被告用水替被害人洗澡及將手指插入被害人的陰道內替其清陰道。

—清洗完畢後，第二被告將被害人抱回睡房，替被害人穿上衣服，並著被害人自己穿上絲襪，之後，被害人再次失去意識。

—據臨床法醫學意見書，雖然被害人經進行婦科檢查後，證實處女膜呈環狀及完整，然而，處女膜為一結締組織，其形態及彈性

的個體差異甚大，陰道被純器進入或初次性交後並不一定造成處女膜破裂，而據醫學記載有婦女的處女膜於陰道分娩後仍為完整的，故即使一婦女既往曾有多次性交史，不能完全排除處女膜有可能仍是完整的。

一經辨認人手續，被害人認出第二被告是當日對其性侵犯、要求其口交及替其洗澡的人；第三被告是當日對其性侵犯及要求其口交的人；第四被告是當日將氫胺酮交予其吸食及對其性侵犯的人；第五被告亦是當日對其性侵犯的人。

一五名被告明知有關藥物是受本澳法例管制的，仍持有並作個人吸食。

一另外，第二、第三、第四及第五被告將受本澳法例管制的藥物交予被害人吸食，將其置於不能抗拒的狀態後，強行輪流與其性交，意圖侵犯被害人性自由。

一五名被告自由、自願及有意識地實施上述行為，且深知其被法律所不容及制裁。

另外認定下列事實：

— 根據刑事紀錄證明，第一被告甲不是初犯。

— 2008 年 9 月 18 日，被告於本院第一刑事法庭 CR1-07-0281-PCC 號合議庭普通刑事案中因觸犯 4 項加重搶劫罪而被判處每項 3 年 3 個月徒刑，以及因觸犯 1 項搶劫罪而被處 1 年 1 個月徒刑，各罪競合，合共判處 4 年 3 個月實際徒刑。被告 2007 年 7 月 25 日觸犯上述罪行。有關判決經上訴至中級法院並於 2009 年 1 月 21 日判決駁回上訴，有關判決於 2009 年 2 月 9 日轉為確定。被告現正於監獄服刑。

— 被告觸犯本案犯罪行為時只有 18 歲。

— 被告稱入獄前為電燈技工，月薪約 13,000 澳門元，並每月給予母親 4,000 澳門元作為家用，被告的父親為建築工人，被告的母親為家庭主婦且有輕度精神問題，被告尚有一名妹妹。被告學歷為中學一年級。

— 根據刑事紀錄證明，第二被告乙是初犯。

— 被告觸犯本案犯罪行為時只有 17 歲。

— 被告現職賭場公關，收入不定，有時月入數千圓，亦曾高達三萬圓，並每月給予母親 3,000 澳門元作為家用，被告的父親為針織廠工人，母親為酒樓洗碗工人，被告有三名同母異父的兄弟姐妹。被告學歷為初中三年級。

— 根據刑事紀錄證明，第三被告丁不是初犯。

— 2008 年 5 月 16 日，被告於本院第二刑事法庭 CR2-06-0136-PCC 號合議庭普通刑事案中因觸犯 1 項搶劫罪而被判處 1 年 6 個月徒刑，徒刑緩期 2 年執行但須附隨考驗制度。被告於 2005 年 10 月 22 日觸犯上述罪行。

— 2008 年 11 月 6 日，被告於本院第三刑事法庭 CR3-08-0131-PCC 號合議庭普通刑事案中因觸犯 1 項少量販毒罪而被判處 1 年 1 個月徒刑，以及罰金 5,000 澳門元或轉為 33 日徒刑。判決 2008 年 11 月 17 日轉為確定。被告於 2007 年 8 月 27 日觸犯上述罰行。被告因羈押期限超過徒刑刑期，有關判刑已服刑完畢。

— 被告觸犯本案犯罪行為時只有 18 歲。

— 被告現職網吧收銀員，月薪 5,000 澳門元，並每月給予母親家

用，被告的父親已去世，被告的母親為洗衣廠工人，被告尚有一名失業的哥哥。被告學歷為小學四年級。

—根據刑事紀錄證明，第四被告丙是初犯。

—被告觸犯本案犯罪行為時只有 16 歲。

—被告聲稱現於廣州某樂園任職駐場魔術師，月薪人民幣 2,000 圓，被告的父母於 2000 年離婚，此後被告便與父母分開居住，被告的母親為地產公司東主，被告尚有一名剛大學畢業的哥哥。被告學歷為初中三年級。

—根據刑事紀錄證明，第五被告戊不是初犯。

—2009 年 1 月 23 日，被告於本院第三刑事法庭 CR3-09-0020-PSM 號簡易刑事案中因觸犯 1 項不法持有毒品以供個人吸食罪而被判處 1 個月徒刑，徒刑緩期 1 年執行但須附隨考驗制度。判決於 2009 年 2 月 9 日轉為確定。被告於 2009 年 1 年 23 日觸犯上述罪行。

—被告觸犯本案犯罪行為時只有 16 歲。

一 被告聲稱現正失業，依靠積蓄維持生活，亦會向父母索取零用錢，被告的父母原為地盤工人，但近來亦同時失業而依靠積蓄生活，被告有一姐三弟，其中兩人待業，而兩名幼弟仍為學生。被告學歷為初中一年級。

未經認定之事實：

一 載於控訴書其餘與已認定事實不符之重要之事實。

### 三、法律

#### 1. 要解決的問題

要審理的問題是與已獲認定的事實事宜不足以支持裁判、理由說明方面不可補救的矛盾和審查證據方面的明顯錯誤等瑕疵相關的問題，還有涉及違反《刑事訴訟法典》第 149 條規定、法定罪狀的定性、刑罰的特別減輕和量刑等法律問題。

## 2. 已獲認定的事實事宜不足以支持裁判·訴訟標的·第三被告的上訴

在諸多合議庭裁判中，尤其是 2002 年 3 月 20 日對第 3/2002 號上訴案、2002 年 10 月 9 日對第 10/2002 號上訴案中本法院已經認定，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定的獲認定的事實不足以支持裁判的瑕疵在下列情況下出現，即“獲認定的事實不足以支持裁判的瑕疵，是指對一恰當的法律決定而言，獲認定的事實顯得不充分。當法院沒有查明為案件做出正確裁判必不可少的事實事宜，而該等事實事宜本應由法院在控訴書和辯護狀界定的訴訟標的範圍內進行調查時，即出現此一瑕疵，但不妨礙《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條規定”。所以，“根據《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條規定，如果在控訴書或起訴書中未描述一些事實，辯護書也未提出這些事實，且從聽證過程中未讓人得出有依據懷疑發生了這些事實，則在該等事實方面不存在獲認定的事實不足以支持裁判的瑕疵”。

第三被告丁提到獲證事實之間的矛盾——這明顯不屬於現正審

查的瑕疵，而是《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項所指的瑕疵——並在結束時指出，必須查明 2007 年 2 月 23 日上午在那個房間裡到底發生了什麼事。

但是，在那個地方和那個期間真正發生的、卷宗內所敘述的事實已經查明。如果上訴人認為還有控訴書或辯護狀中所載的事實未查明，那就應該具體指出來，可惜沒有。

所提瑕疵不成立。

### **3. 理由說明方面不可補證之矛盾·第二、第四和第五被告的上訴**

《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項規定的理由說明方面不可補救之矛盾的瑕疵是裁判本身的瑕疵，即指在事實事宜方面的證據性理據說明中、法院認定的事實之間、或認定的事實與未獲認定的事實之間存在矛盾。

各上訴人的觀點是，認定“……五名被告再以同樣方式兩次吸食

剩下的氯胺酮……” ，後來 “在被害人熟睡期間，第四被告走進房間內喚醒被害人，並將粉末狀氯胺酮以白色紙張捲著給被害人用鼻子吸入。因為被害人已失去自制能力，在無意識的情況下吸入了氯胺酮” 的事實，就存在矛盾。

那麼，的確已經認定五名被告購買 1 克重的氯胺酮，並準備在第一被告住所吸食，後來發生的也是如此。但正如上訴人承認的，不能排除第四被告將少量的——即不屬於剛才購買的那 1 克——給被害人吸入了。

即使不是如此，很明顯所謂矛盾也容易解決，因此不可能導致將案件發還以查明事實事宜。

事實上，無可爭議的是各被告，即現眾上訴人已經計劃好把氯胺酮給第一被告——受害人的男朋友——和被害人，讓他們兩人失去意識，然後他們就可以強姦受害人。

毫無疑問受害人吸入了氯胺酮，並令其完全失去自我控制。

這些就是完全確定了的重要事實，且法院裁判的理由說明是肯定的。

為此，如果有什麼矛盾的話，也是可以消除的，結論是五位被告沒有吸食完所有的氯胺酮，因此後來被害人也吸入了部分這些毒品。

4. 還根據被告們的觀點，認定“在被害人熟睡期間，第四被告走進房間內喚醒被害人，並將粉末狀氯胺酮以白色紙張捲著給被害人用鼻子吸入。因為被害人已失去自制能力，在無意識的情況下吸入了氯胺酮。之後，被害人全身變軟、興奮及產生幻覺，然後漸漸失去意識”的事實，就有矛盾。

這裡沒有任何矛盾。在飲用飲料後，她就已經不能完全自制，但還沒有失去意識，只是她吸入氯胺酮後才失去意識。

5. 根據被告們的觀點，以被害人對事實的細節敘述為依據認定對受害人的強姦是矛盾的。

根據前面我們對瑕疵所作的定義，看不到任何矛盾。

## 6. 審查證據方面的明顯錯誤· 第二、第四和第五被告的上訴

如果在審查證據時從某事實中得出無法接受的結論、如果違反限定或確定證據價值的法律規定或者違反經驗或職業準則，就存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所指的審查證據方面的明顯錯誤。錯誤必須是顯而易見的，明顯到不可能不讓一般留意的人發現。

聲稱存在上指瑕疵，第二、第四和第五被告轉述了此等瑕疵，就已經審查過、具體稱為理由說明方面不可補救矛盾的瑕疵，顯示可能是對提起問題的法律定性存在某些疑問。

屬於理由說明中存在不可補救之矛盾的瑕疵的第一種和第二種情況的陳述，在有關的理由說明中已經正確定性了，因此在這裡再談審查證據方面的明顯錯誤是沒有道理的。

而第三個理由陳述，確定為審查證據方面的明顯錯誤似乎顯示是正確的。要注意我們現在只是確定被告們的理由陳述在法律定性上正確，我們還沒有就瑕疵的存在作出判斷。

似乎不能由於法院相信了——這對查明事實起到了決定作用——被害人的敘述，且因為她曾經失去意識和產生幻覺的事實就認為存在審查證據方面的明顯錯誤。

應該看到，所有事實持續了超過一小時。受害人是逐漸失去意識及產生幻覺的，而沒有任何地方說她完全失去意識。

另一方面，被害人可能產生幻覺，但即便如此她可以後來回憶起所有事實是如何發生的。

最後，氯胺酮的作用與吸入者可以回憶在該毒品作用下所發生的所有事實並非不相容。

提出的問題理由不成立。

## **7. 審查證據方面的明顯錯誤· 第二、第四和第五被告的上訴· 繼續**

各上訴人指出沒有在受害人陰道或嘴內、用來擦身的毛巾及床單上面發現精液的任何殘留物。而且認為婦科檢查沒有認定她在先

前的 24 小時內有過性交行為，以及無法相信她曾在 1 個小時內被 5 個人強姦。

首先，受害人被 4 個人強姦，而不是 5 個人。

其次，沒有任何地方證明這些事實僅僅持續了 1 個小時。

第三，沒有任何地方證明受害人是用那些被檢查的毛巾擦身的。

第四，在發生該等性交行為的床單上未必一定留有精液的殘留物。

第五，各上訴人盡力迴避受害人是在第二天接受檢查，而有關事實是前一天上午 10 點發生的。不知道如何在她嘴內還可能保持精液的殘留物。關於陰道內的精液殘留物，已經認定第 2 被告在發生該等性行為後清洗了受害人的陰道，也不能排除檢查前受害人本人在當天或第二天多次進行過清洗。

這裡沒有任何審查證據方面的明顯錯誤。

## 8. 審查證據方面的明顯錯誤· 第二、第四和第五被告的上訴

各被告認為存在審查證據方面的明顯錯誤，因為法院僅以受害人的證言為依據認定“……第一被告曾進入房間內，將一瓶綠茶及吸管遞給受害人飲用。被害人飲下約四分之一瓶後，身體開始變軟，然後睡著了”，“而卷宗內第 219 頁至第 229 頁所載的法醫鑑定報告卻沒有證明受害人和其男友，即第 1 被告飲食的飲料中存在任何麻醉品”。

雖然不是卷宗內第 219 頁至第 229 頁所載的法醫鑑定報告提及對綠茶瓶中存在物的化驗，反而是載於第 211 頁至第 216 頁的法醫鑑定報告，以及雖然我們不能解釋(i)第一審法院認定被害人在飲用了綠茶後，身體開始變軟，然後睡著了的事實——然而該飲料含有咖啡因，屬一種興奮劑——(ii)還認定被害人已失去自制力並在無意識的情況下吸食了氯胺酮(為什麼?)，這兩項事實沒有絕對的重要性，即使該等事實沒有獲得認定，亦不會妨礙根據其餘事實得出符合眾被告被判刑的犯罪所列的法定罪狀。

事實上，證實了四名上訴人合謀把氯胺酮給予被害人吸食，導致其處於興奮和昏迷狀態下便可趁機與被害人發生性行為。

還證實了眾上訴人確實把氯胺酮給予被害人，令被害人全身變軟、興奮及開始產生幻覺，繼而漸漸失去意識。

在這些事實發生後，眾上訴人與被害人發生性行為。

任何人為進行性交而使婦女喪失意識，或將其置於不能抗拒之狀態後與其性交，根據《刑法典》第 157 條的規定，即觸犯強姦罪並判處 3 至 12 年徒刑。

因此，不論與綠茶瓶內的液體中含有物有關的事實，以及即使這些事實根本沒有發生，又或眾上訴人只是單純將綠茶給予被害人，而對同一被害人在感覺、精神、興奮及其他方面的機能沒有任何影響，可以肯定的是，上述其餘獲認定之事實已經足以作為以強姦罪進行判刑的根據了。

這樣，關於眾上訴人指稱的明顯錯誤對於最後裁判來說是不重要的，因此，不能支持將案件發還重審，因為根據《刑事訴訟法典》第 418 條的規定，只有在當事實事宜的瑕疵不容許對案件作出裁判時才會將案件發還重審。

因此，所提出的問題理由不成立。

## **9. 審查證據方面的明顯錯誤·第三被告的上訴**

關於這方面，上訴人提出其餘上訴人提起的、已經在第 3 點和第 8 點審理了的瑕疵，所以提起之問題理由不成立。

## **10. 違反《刑事訴訟法典》第 149 條規定·所有上訴人的上訴**

眾上訴人指責一審法院作出的合議庭裁判(及因未撤銷此裁判而被上訴的合議庭裁判)違反《刑事訴訟法典》第 149 條規定。此條規定如下：

“第一百四十九條

(鑑定證據之價值)

一、鑑定證據固有之技術、科學或藝術上之判斷推定為不屬審判者自由評價之範圍。

二、如審判者之心證有別於鑑定人意見書所載之判斷，審判者

應說明分歧之理由。”

各被告的觀點為，受害人接受檢查的婦科檢查報告沒有證實在檢查前的 24 小時內受害人受到強暴或者有過任何性交行為。可儘管如此，法院認定了各上訴人和受害人之間發生過未經允許的性交行為，這就構成對相關法律規定違反。

但這是沒有道理的。

首先，沒有歸責各上訴人在對受害人實施性行為時使用暴力。本案中的強姦罪基於各被告使受害人喪失知覺或不能抗拒相關的性交行為(《刑法典》第 157 條)。

這樣，有關檢查不可能發現性交行為中存在暴力，也沒有任何人指控被告們使用了暴力。

而且，第二天才作的檢查。它沒有證實受害人在這之前的 24 小時內有過性交行為，可也沒有否認該等可能。

很顯然，法院認定了這些性交關係，同依據有關檢查得出的科學判斷沒有任何衝突。

提出的問題不成立。

## 11. 強姦的法定罪狀

根據已認定的事實，毋庸置疑該等事實符合《刑法典》第 157 條的規定，正如前面已經闡述。

《刑法典》第 166 條是絕對不可適用的，因為受害人已經超過 14 歲的年齡。

《刑法典》第 168 條規定之情節沒有獲得證明，因為相關性交行為不是因利用受害人無經驗而得手，而是在置其失去意識或不能抗拒的情況下為之的。

## 12. 刑罰的特別減輕

第二和第四被告在事發當時還未滿 18 歲。欲訴諸《刑法典》第 66 條第 2 款 f 項規定獲得對刑罰的特別減輕。

關於對未滿 18 歲的被告給以減輕的可能，本法院已經多次表明立場，其中在 2000 年 9 月 29 日對第 13/2000 號上訴案作出的合議庭裁判中認為：

「根據《刑法典》第 66 條第 1 款規定，“除法律明文規定須特別減輕刑罰之情況外，如在犯罪之前或之後或在犯罪時存在明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過之情節，或明顯減少刑罰之必要性之情節，法院亦須特別減輕刑罰”。

同條第 2 款還規定“為著上款之效力，尤其考慮下列情節：”

在這些情節中，在 f 項列舉：

“行為人在作出行為時未滿 18 歲。”

高等法院的司法見解一直認為第 2 款，尤其是第 f 項所規定的情節不能自動運用<sup>1</sup>。

正如 J. FIGUEIREDO DIAS<sup>2</sup>解釋道，“過錯或預防需要的明顯

---

<sup>1</sup> 見 1998 年 6 月 11 日合議庭裁判，第 851 號上訴案，《司法見解》，1998 年，第一卷，第 485 頁。

<sup>2</sup> J. FIGUEIREDO DIAS 的著作《葡萄牙刑事法、犯罪的法律後果(*Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*)》，1993 年，Aequitas, Editorial Notícias 出版社，第 306 頁。

減輕是特別減輕刑罰的實質性訴訟前提”。

同一學者還認為“來源於減輕情節的事實總體印象表現出一種如此嚴重的減輕，以致可合理地推斷出立法者在為某類行為確定其一般的量刑幅度時，沒有預料到這種情況。只有在這種情況下，才可認為過錯和預防需要的減輕屬於明顯<sup>3</sup>。”」

本法院還在 2002 年 11 月 20 日對第 15/2002 號上訴案作出的合議庭裁判中裁定，“行為人的罪過或預防犯罪的要求明顯減輕，構成刑罰的特別減輕的實質前提要件，因此，在做出事實時未滿 18 歲，僅其本身而言，不能構成上述特別減輕的依據。”

此學說理論已經於 2003 年 7 月 9 日、2003 年 10 月 8 日、2007 年 3 月 21 日及 2009 年 1 月 21 日分別在第 11/2003 號、第 22/2003 號、第 1/2007 號和第 56/2008 號上訴案中得以重申，也必須維持。

各被告既沒有承認事實，也沒有對他們有利的情節。

因此，不能特別減輕相關刑罰。

---

<sup>3</sup> 上指作者、著作和出版地。

### 13. 量刑

還有量刑的問題。

關於在最低和最高幅度之間減輕刑罰的請求，本法院一直認為“只要不存在對法定限制規範——如刑罰幅度——或經驗法則的違反，也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的話，作為以監督法律的良好實施為主旨的終審法院就不應介入具體刑罰的確定。”(2008年9月19日和2008年1月23日分別對第29/2008號及第57/2007號上訴案作出的合議庭裁判)

此項強姦罪中的相關刑罰沒有不成比例，因為有關刑幅是3至12年。

所有上訴人是以團夥形式行動，按照共同策劃的一個計劃，而且還有多項要素表明他們每人以共同犯罪實施了4項強姦罪，因此對每人僅以實施1項強姦罪論處，絕不能抱怨司法嚴懲了。

所有上訴敗訴。

#### 四、決定

綜上所述，駁回所有上訴。

判決各上訴人負擔訴訟費用，司法費訂定為3個計算單位。

訂定1,000.00(壹仟)澳門元代理費予第三被告之指定辯護人。

2010年11月24日，於澳門。

法官：利馬（裁判書制作法官）— 岑浩輝 — 朱健