

(譯本)

案件編號：第 8/2001 號

案件類別：行政方面的司法裁判的上訴

會議日期：2001 年 7 月 18 日

上訴人：保安司司長

被上訴人：甲

主 題

法律定性之變更

犯罪類型

違紀行爲

因未聽取嫌疑人的聲明而造成的不可補救的無效

摘 要：

一、 對於刑事程序的判決中變更控訴書法律定性的問題，《刑事訴訟法典》未作明確規定。

二、 對於法律定性的變更，應類推適用《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款的規定，法官應把該變更告知嫌犯，並在嫌犯提出聲請時，給予其確實必須的時間，以準備辯護。

三、 當變更導致更高的處罰時，法官必須遵守辯論原則。

四、 假如變更導致適用等於或低於控訴書中的處罰，一般來說必須把該變更告知嫌犯，這是因為，針對一種法律狀況而構思的某個辯護策略用於另一種法律狀況會失去效力，即使後者為嚴重性較低的違法行爲亦然。

五、 當法律定性變更為比控訴書中所指控的較輕的違法行爲時，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。

六、 刑法的立法技術採用法定罪狀，體現為嚴格而準確地提出被禁止的行爲，從而產生了法定違法類別，該等類別之外的任何行爲均不得處罰，而在紀律程序中，行爲人違反職務義務觀念的任何行爲均屬違紀。

七、 違紀行爲不具典型性，被違反的義務確定違紀行爲。

八、 上述第一、二、三、四和五條中的規定經必要的配合後適用於紀律程序。

九、 在紀律程序中，作出最後裁決之前未就違反義務的法律定性與控訴書指控的不同聽取嫌疑人的聲明，引致該程序出現《澳門公共行政工作人員通則》第 298 條第 1 款所指的因無聽取嫌疑人聲明而不可補正的無效。

裁判書製作法官：利馬

(譯本)

澳門特別行政區終審法院裁判：

一、概述

甲，司法警察局編制內確定委任二等文員，對保安司司長 2000 年 7 月 6 日的批示提起撤銷性司法上訴，該批示對其科處停職 210 天的處分。

中級法院通過 2001 年 2 月 22 日的合議庭裁判，裁定上訴理由成立，撤銷上述行為。

在對這一合議庭裁判提起的本司法上訴中，保安司司長在理由陳述的最後提出以下結論：

a) 根據《澳門公共行政工作人員通則》第 333 和 334 條以及《行政程序法典》第 97 條的規定，變更嫌疑人被指控的離開澳門特別行政區而未進行告知的事實之法律定性，沒有違反保障嫌疑人辯護的一般原則，就具體而言，也沒有違反其聽證權。

b) 《澳門公共行政工作人員通則》第 298 條第 1 款關於“未聽取嫌疑人之聲明導致不可補救的無效”的規定不適用於本案，因為他的辯護的權利和保障均得到尊重，沒有任何削弱，從而遵守了辯論原則。

c) 懲罰性批示中的法律定性變更不是將其定為更加嚴重的違紀行為，而是以同樣的事實為根據作出與控訴書原來所作的不同的法律評價，因此，聽取嫌疑人的聲明不具強制性。

d) 被上訴的合議庭裁判不正確地適用了實體法、紀律方面的程序法以及補充適用的刑事訴訟法。

本案的被上訴人作出答辯，提出的結論如下：

1. 現上訴實體在理由陳述中基本上沿用了在本案整個過程中一直使用的錯誤思維方法。

2. 實際上已構成未履行主要手續的形式瑕疵，但現上訴實體卻頑固堅持，拒不承認。

3. 未保證和維護辯論原則，未向現被上訴人提供保障其行使辯護權的必要手段。

4. 對於辯論原則，在紀律程序中必須加以重視，以使辯方固有的根本權利得以維護。

5. 中級法院的合議庭裁判正確地認為，在懲罰性批示中把法律定性變更為更加嚴重的違紀行為，構成了整個程序的瑕疵，應重新聽取嫌疑人的聲明，但在本案例中確實未這樣做。

6. 未聽取嫌疑人的聲明導致產生不可補正的無效，造成未履行主要手續的形式瑕疵。

助理檢察長出具了詳細的意見書，其主要意見是：

——被上訴的合議庭裁判無可指責之處；

——澳門《刑事訴訟法典》中沒有任何條款限制法院進行法律定性。其確實關心的僅僅是限制法官在事實方面的審理權；

——具體地說，第 360 條對判決無效作了規定，但未涉及對控訴書或起訴書中的法律定性進行簡單修改的情況，僅僅提到以“在起訴書中未描述，又或無起訴書時，在控訴書中未描述的事實”進行判決（適用第 339 及 340 條的情況除外）；

——《基本法》第 83 條規定，澳門特別行政區法院“只服從法律”，這就是說，在程序進行中其他主體所作的法律定性對法院均無約束力；

——據此，必須得出結論，對於由其審理的事實，法院可自由進行法律定性；
——但是，應提醒嫌疑人注意法律定性的變更；
——因此，如果變更法律定性，必須給予嫌疑人準備辯護的補充時間，並且，根據《刑事訴訟法典》第 4 條規定，在審判中應類推適用第 339 條；
——只有這樣，才能真正、切實地維護其辯護權；
——顯然，不論屬於加重還是屬於維持或減輕處分的情況，均應給予這一辯護的機會；
——在本案中，出現了定性變更，必須聽取卻未聽取嫌疑人聲明，雖然案中的違紀嚴重程度未變；
——但這一次缺聽證實際上構成該紀律程序不可補救的無效；
——綜上所述，應駁回上訴。

二、事實

已認定的事實如下：

上訴人是司法警察局編制內確定委任二等文員；
於 2000 年 4 月 20、23、25、26 和 29 日離開澳門特別行政區到香港特別行政區，事先未告知其直接上級；
也未申請相關批准；
4 月 25 日離開的時間是從 13 時 24 分至 16 時 53 分；
為了對 4 月 25 日下午的缺勤作合理解釋，上訴人呈交一份文件，在文件中表示從 14 時 30 分至 17 時 30 分他在塔石衛生中心；
應上訴人請求，牙科醫生乙在文件上簽了名；
上訴人清楚地知道該證明書與真實情況不符；
是上訴人說服了醫生，讓其相信他在那裏；
在紀律程序中供認了事實；
在對嫌疑人提起的紀律程序中，對其提出以下控告：

第 1

2000 年 4 月 20、23、25、26 和 29 日，嫌疑人在未把其離開之事告知其直接上級、更未申請必要批准的情況下，離開本地區。

第 2

不僅如此，
根據第 12 頁所載文件，在上述 4 月 25 日那天，嫌疑人從 13 時 24 分至 16 時 53 分不在本地區。

第 3

因此，下午上班時沒有打咭（第 17 頁文件）。

第 4

但是，

為了對缺勤作合理解釋，呈交了一份文件，以證明於 14 時 30 分至 17 時 30 分他身處塔石衛生中心（第 18 頁文件）。

第 5

根據牙科醫生乙的聲明（第 50 頁），該文件是這位醫生應嫌疑人請求簽署的。

第 6

為了取得這份為缺勤作合理解釋的文件，嫌疑人有意識地作出虛偽聲明，因為他清楚地知道在所指時間內離開了本地區，沒有在塔石衛生中心。

第 7

這樣，

上述第 18 頁的文件是一份虛假文件——即所謂“**理解虛假**”——因為其內容與事實情況不符。

第 8

根據上述行為：

——關於第一點所列事實，嫌疑人違反了《澳門司法警察局內部規章》第 18 條第 1 款的規定；

——關於其餘所列事實，嫌疑人在為缺勤作合理解釋時作出了虛假聲明。

第 9

根據《澳門公共行政工作人員通則》第 313 條第 2 款 e) 項規定，第一項違紀行為，即**違反熱心義務**，可科處罰款處分。

第 10

根據《澳門公共行政工作人員通則》第 314 條第 2 款 g) 項及第 3 款規定，第二項違紀行為——**虛偽聲明**——，可科處停職一百二十一日至二百四十日的處分。

第 11

根據《澳門公共行政工作人員通則》第 283 條第 1 款 h) 項和第 5 款規定，有不利於嫌疑人的加重情節——**違紀行為之合併**。

被上訴行為的內容如下：

“保安司司長批示

第 XX/XX/XXXX 號

司法警察局紀律程序第 XX/XXXX 號

嫌疑人：甲（二等文員）

本案卷宗充分證明，嫌疑人、司法警察局二等文員甲於今年 4 月 20、23、25、26 及 29 日曾離開澳門特別行政區，而事先未將此事實告知其上級。此外，還證明，4 月 25 日，他在工作時間內離開本地區，為合理解釋其在 14 時 30 分至 17 時 30 分這段時間的缺勤，他提供了一份醫生聲明，證明他這段時間一直在塔石衛生中心口腔科候診，這份聲明是他說服了醫生，使其相信他確實整個下午一直在那裏之後才得到的。

離開本地區須告知的義務主要根據是 12 月 21 日第 87/98/M 號法令核准的《澳門公共行政工作人員通則》第 83 條第 3 款的規定，該義務旨在維護便於與公共行政工作人員聯絡的法益，且該義務僅為**告知性**，與《基本法》第 33 條規定的澳門特別行政區居民享有遷徙和旅行自由的權利並不相抵觸。

還已認定，嫌疑人的行為是自願的，有意識的，他完全了解其行為會對本部門及其威信、尊嚴和運作造成的損失，並且確實造成了上述損失。

嫌疑人的上述行為違反了第 279 條第 2 款 b) 項及第 4 款所指的**熱心義務**（離開本地區沒有作出告知），根據第 313 條第 2 款 e) 項的規定應科以**罰款處分**；另

外還違反了第 279 條第 2 款 d)項和第 6 款所指的忠誠義務(為缺勤作合理解釋中出現虛假),根據第 314 條第 2 款 g)項和第 3 款的規定可科以停職處分——以上引用的均為《澳門公共行政工作人員通則》中的條款。

考慮到違反義務行為的嚴重性、嫌疑人的人格、過錯程度之高(為缺勤作合理解釋時作虛假聲明以欺詐為特點)和對所屬部門造成的損失,還出現上述《澳門公共行政工作人員通則》第 283 條第 1 款 h)項(參考同條第 5 款)所指違紀行為之合併的加重情節,本人行使 12 月 20 日第 6/1999 號行政法規第 4 條第 2 款附件四第 3 項所規定的職權。

另根據上述通則第 316 和 322 條的規定,並根據司法警察局代局長的建議,本人對二等文員甲科以停職 210 天的處分。

把本批示內容通知嫌疑人,並通知他,可以在法定期限內依法對本批示向中級法院提起司法上訴。

澳門特別行政區保安司司長辦公室,2000 年 7 月 6 日。

保安司司長
張國華”

三、法律

待解決的問題

1. 審議的中心問題是,如果在紀律程序的決定中出現對控訴書作法律上的變更,但事實保持不變,那麼,在作出決定之前是否必須就該變更聽取嫌疑人的聲明。

《澳門公共行政工作人員通則》(以下簡稱《通則》)在與關於紀律制度部分(第 276 至 358 條)沒有對這一問題作出明確規定。

這樣,就必須在刑事訴訟中尋求解決辦法,這是因為,根據《通則》第 293 條第 4 款體現的原則,刑事訴訟程序可補充適用於紀律訴訟程序,本法院在 2000 年 2 月 16 日的第 5/2000 號案件的合議庭裁判中就是依此作出裁決的。

面對以上有待解決的問題,應當採取排除法加以界定。

我們要研究的只是法律定性的變更,因此,在裁決中變更控訴書內的事實不在我們分析的範圍之內。

在法律定性變更這一題目內,我們也無須面面俱到地加以探討,例如控訴書和預審聲請書(《刑事訴訟法典》第 285 條)或起訴書的變更。鑒於刑事程序中的審判(和判決)與紀律程序中的裁決之間存在對應性,我們將只研究控訴與審判中變更法律定性的問題。

1929 年《刑事訴訟法典》中的法律定性的變更

2. 1929 年《刑事訴訟法典》在澳門生效至 1997 年 3 月 31 日(9 月 2 日第 48/96/M 號法令第 6 條),但不妨礙其繼續適用於當時待決的案件;在葡萄牙生效至 1987 年 5 月 31 日,並具上述繼續適用的保留(2 月 17 日第 78/87 號法令第 7 條)。對於我們討論的問題,該法典在第 447 條規定:

“第 447 條
(改變控訴書之控罪)

法院可以以與被告被控之違法行為不同的違法行為進行判決，即使後者更為嚴重亦然，只要其構成要件是起訴批示或同等文件所載事實。

§ 1º.....

§ 2º.....”

較為一致認同的解釋是¹，只要事實沒有變更，法院便有法律定性的自由，可以以比控訴書中的罪名更嚴重的罪行判決。

關於這一法律規定所依據的思想，Beleza dos Santos² 作了如下解釋：

“最終判決可獨立地對起訴狀或同等書狀中的事實進行法律定性，其中的道理不難理解。

只要這些事實包括在針對被告提出的控訴書內，被告便有可能針對該等事實組織辯護：他不會被突如其來的控訴書中沒有載明和意想不到的事實弄得措手不及，從而不能及時進行答辯。

至於法律定性——即法律的適用與解釋——，被告顯然不能指望是起訴批示所採用的那一種。

法律定性顯然可以變更，只要不損害被告的正當利益，使其一定有途徑對事實的法律定性自由地進行爭論和對其認為錯誤地審查或解釋法律的判決提起上訴。

如果讓被告從起訴批示或等同文件所作法律審定中的任何錯誤中獲益，那將是過分和不合理的。同樣，如果限定進行審判的法院只能遵循提出起訴的法官的某種法律解釋，那將是不合理和帶有污辱性的。”

這一規定在“理想法律”³ 層而遭到各種意見的抨擊，並因違憲性受到質疑，被認為違反了被告的辯護保障，使被告對新的法律定性缺乏準備，不能得到辯護的機會⁴。

1987 年葡萄牙《刑事訴訟法典》中的法律定性變更

3. 1987 年葡萄牙新《刑事訴訟法典》和 1996 年澳門新《刑事訴訟法典》均沒有與 1929 年《刑事訴訟法典》第 447 條相似的條款。

關於這一問題的法律規定如下。

1996 年澳門《刑事訴訟法典》：

“第一條⁵

(定義)

一、為著本法典之規定之效力，下列各詞之定義為：

.....

¹而 CASTANHEIRA NEVES 主張對所引用的第 447 條作狹義的理解，見《刑事訴訟簡介》，科英布拉，1968 年，第 262 頁及續後各頁。

² BELEZA DOS SANTOS，《刑事程序中的有罪判決與起訴書》，見《法例與司法見解》年刊第 63 期，第 385 頁及續後各頁。

³例如，SILVA E SOUSA，《意外的刑事判決》，見《法院》年刊第 67 期，第 322 頁；EDUARDO CORREIA，《確定判決與法官的審理權》，見《刑法競合理論》，科英布拉，1983 年，第 398 頁及續後各頁。

⁴在這方面，見（澳門）高等法院於 1996 年 10 月 23 日、1997 年 4 月 9 日、1997 年 4 月 30 日和 1998 年 10 月 29 日分別在第 518、638、461 和 903 號案件中作出的合議庭裁判，在《司法見解》中分別為 1996 年第二卷、1997 年第一卷第 400 頁和 517 頁、1998 年第二卷第 599 頁。

⁵與 1987 年的葡萄牙《法典》第 1 條 f) 項相似。

f) 事實之實質變更：引致將一不同之犯罪歸責於嫌犯或引致可科處之制裁之最高限度加重之事實變更；

……”

“第三百三十九條⁶

(控訴書或起訴書中所描述事實之非實質變更)

一、如在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生一些事實，其係對案件之裁判屬重要，但在起訴書中未描述，又或無起訴時，在控訴書中未描述，而對起訴書或控訴書中所描述之事實不構成實質變更者，則主持審判之法官依職權或應聲請將該變更告知嫌犯，並在嫌犯提出聲請時，給予其確實必需之時間以準備辯護。

二、如變更係因辯方所陳述之事實而產生，則上款之規定，不適用之。

第三百四十條

(控訴書或起訴書中所描述事實之實質變更)

一、如在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生一些事實，其係在起訴書中未描述，又或無起訴時，在控訴書中未描述，而對起訴書或控訴書中所描述之事實構成實質變更者，則主持審判之法官將該等事實告知檢察院，該告知之效力等同於提出檢舉，以便檢察院就新事實進行追訴；在正進行之訴訟程序之判罪上，不得考慮該等事實。

二、如檢察院、嫌犯及輔助人同意就新事實繼續進行審判，且該等事實並不導致法院無管轄權，則上款之規定，不適用之。

三、在上款所指之情況下，應嫌犯之聲請，主持審判之法官給予嫌犯不超過十日之期間以準備辯護，並在有需要時將聽證押後。”

現在面臨的問題是，根據與上述規定類似的 1987 年葡萄牙《刑事訴訟法典》第 358 條第 1 款 f) 項和 359 條的規定，法院在審判中是否可以自由變更控訴書中的法律定性。

A) 一些人認為，這裏指的是變更事實，可以是實質性變更或非實質性變更，因此絕不可變更法律定性。

G. MARQUES DA SILVA 就屬於這種情況⁷。

這位作者在其教科書中認為，從前，法院在法律定性方面的自由建立在精通法律這一顛撲不破的推定之上。進行變更不僅突顯出控訴與審判分離原則，而且要求嫌犯罪意識到不法性，這正是現在的《刑法典》的特點。對此，作者補充說，“在某些情況下，如果嫌犯也應了解規定事實有罪的法律條款，則該條款必須見之於控訴書，以便嫌犯為自己辯護；換言之，不能容忍這樣的情況：嫌犯對某一法定罪狀一無所知，必須對其有所了解才能意識到事實的不法性，但卻在毫無準備的情況下以該罪狀被判決”。

該作者僅把以下情況視為例外：定性變更不是實質性的，且歸罪於嫌犯的事實並不重大，不至於影響嫌犯罪意識到其行為的不法性。

對於這些情況——以各法律規定之間有屬同一類別的關係為例——，任何定性變

⁶第 339 和 340 條相當於 1987 年葡萄牙《法典》第 358 和 359 條的原文本，但稍有改動。

⁷ G. MARQUES DA SILVA，《刑事訴訟教程》，Verbo 出版社，1994 年，第三卷，第 269 頁及續後各頁。

更，哪怕是非實質變更，均應告知嫌犯，並根據《刑事訴訟法典》第 358 條的規定，對於事實的非實質變更，給予嫌犯準備辯護的時間⁸。

B) 另外一些作者，例如 FREDERICO ISASCA⁹ 或者 A.Q. DUARTE SOARES¹⁰，則遵循最高司法法院的某些司法見解，認為新的《刑事訴訟法典》對這一問題不置一詞，因此對事實作任何變更均無不當，故法院可根據 1929 年《刑事訴訟法典》的類似規定，自由確定法律定性。

C) 介乎於兩者之間的第三個流派認為，新的《刑事訴訟法典》沒有提及這一問題，即同意對事實作任何變更均無不當。但是，與前者的主張相反，MARIA JOÃO ANTUNES¹¹ 等作者認為，為確保嫌犯的辯護權，應以類推適用關於事實的非實質變更的規定來填補這一空白，至少在“事實方面的法律定性變更導致加重可科處的刑罰”時應當如此，使嫌犯對新的法律定性有所準備，得以為自己辯護。

同樣，TERESA BELEZA¹² 解釋說，現在的《刑事訴訟法典》規定，事實變更與法律定性變更兩者之間有所不同，這是合乎邏輯的。作者接着說，鑒於 Beleza dos Santos 所主張的嫌犯主要在事實方面而不是在法律定性方面進行辯護，這種意見今天已不攻自破，因此建議《刑事訴訟法典》應當對第 358 條中的種類作出規定，故該條應可以類推適用。

然而，葡萄牙立法者通過 8 月 25 日第 59/98 號法律對《刑事訴訟法典》作了修改，在第 358 條中增加了一個第 3 款，該款規定，“當法院變更控訴書或起訴書中所描述的事實的法律定性時，第 1 款相應適用”，這樣就解決了法學理論和司法見解方面的這一論戰。

1996 年澳門《刑事訴訟法典》中的法律定性變更

4. 現在我們來看一看，根據澳門《刑事訴訟法典》，應如何解決這一問題。

我們認為，對變更法律定性的問題，法典未作明確規定。實際上，事實的實質性或非實質性變更與法律定性變更是兩回事。

但是，如果因為法典未提及這一問題，便主張法院可以自由變更法律定性，尤其是變更為更嚴重的違法行為時，這種主張是站不住腳的。

一方面，立法者知道，在 1929 年《刑事訴訟法典》第 447 條生效的最後幾年，法學理論界達成了共識，即自由變更法律定性，而又不給予嫌犯對該變更表示看法的機

⁸同一作者在這方面的論述，見載於《法與司法》（葡萄牙天主教大學法學院院刊），1994 年，第八卷，第一冊，第 91 至 116 頁，“刑事訴訟對象：事實的法律定性，評 1993 年 1 月 27 日第 2/93 號判例”。

⁹ FREDERICO ISASCA，《事實的實質變更與其在葡萄牙刑事訴訟中的作用》，Almedina 書店出版，科英布拉，1995 年，第 100 至 110 頁。

¹⁰ A.Q. DUARTE SOARES，《控罪變更》，見《高等法院司法見解集》年刊，第二期，第三卷，第 20 頁。

¹¹ MARIA JOÃO ANTUNES，《嚴重性較低的毒品販賣——事實的法律定性變更——辯護權》，見《1993 年一審法院判決及評論》，司法部反毒品計劃及協調辦公室出版，里斯本，1995 年，第 297 和 298 頁。

¹² TERESA BELEZA，“刑事訴訟的標的：1987 年《刑事訴訟法典》中的事實非實質變更的觀念與制度”，見《刑事訴訟法筆記》，AAF DL 出版，1995 年，第三卷，第 88 至 106 頁，以及“澳門《刑事訴訟法典》中訴訟標的的變化”，見《澳門法律雜誌》，1997 年，第四卷，第一冊，第 45 頁。

會，是違反保障嫌犯辯護原則的。

正如 G. MARQUES DA SILVA¹³ 所說，“法院擁有定性自由，意味着對控訴和辯論原則的嚴重違反，因為被控違反某法律規定的嫌犯會由於以違反另一法律規定被判罪而感到意外，沒有機會就對其適用的法律規定陳述其事實和法律上的理由”。

人們會無法理解，既然控訴書必須載有“指出適用之法律規定，否則無效（《刑事訴訟法典》第 265 條第 3 款 c)項），為什麼該“指出”卻對法院無任何約束力¹⁴。

更無須說嫌犯主要是在事實方面而不是在法律定性方面為自己辯護了。

“只有參照某項法律規定才能確定有意義的事實要件的客觀輪廓，因此，證明有意義的事實要件須事先參照確定該不法行為種類的法律規定”¹⁵。

我們舉以下例子說明：嫌犯被控犯有《刑法典》第 152 條第 1 款規定和處罰的簡單剝奪他人行動自由罪，而控訴書中陳述的卻是扣留發生在某月 3 日至 6 日（即持續超逾兩日）。

鑒於罪行的構成要件是拘留或剝奪他人自由，嫌犯可能僅僅設法收集旨在表明其未剝奪受害人行動自由的證據，而不關心如何證明剝奪自由的時間少於兩日，甚至因為承認剝奪他人行動自由的指控而沒有收集任何證據，但未承認剝奪他人行動自由持續超逾上述時間。

如果在判決書中判處嫌犯犯有《刑法典》第 152 條第 2 款 a)項規定的加重罪（剝奪他人行動自由超逾兩日），那麼這就是一個出人意料的判決，因為在控訴書的委罪中，剝奪他人行動自由的時間不是起作用的因素，而在判決的定罪中卻成了起作用的因素，而且作用很大：適用的刑罰從 1 至 5 年徒刑變為 3 至 12 年徒刑！這樣的例子可能層出不窮。

在事實方面的辯護中，委罪的變化給辯護策略造成損害，關於這一點，上面的例子已清楚地說明。此外，嫌犯在答辯和庭審口頭陳述中還進行（或者可以進行）法律方面的辯護（《刑事訴訟法典》第 297 條和 341 條第 1 款）。

當然，在這些訴訟文書中，嫌犯的辯護人要伏案研究針對嫌犯提出的控訴書的法律架構。如果判決書中根據另一種法律架構作出判決，則整個辯護策略會由於這一出人意料的變化而受到損害，甚至完全落空。

由此得出結論，法律定性變更的問題在法典中沒有明確規定，法院不得自由變更法律定性。

5. 眾所周知，法律未規定的情況，由適用於類似情況的法律規定加以規範，而法律規範某一情況所依據的理由，在法律未規範的情況中亦成立時，該兩情況為類似（《刑事訴訟法典》第 4 條和《民法典》第 10 條第 1 款和第 2 款）。

與法律定性的變更有某些對應性的情況是《刑事訴訟法典》第 339 條和 340 條規定的在控訴書中描述的事實的變更。

¹³ G. MARQUES DA SILVA，〈……教程〉，第 270 頁。

¹⁴ G. MARQUES DA SILVA，〈……教程〉，第 271 頁。

¹⁵ G. MARQUES DA SILVA，〈……教程〉，第 270 頁註 2。

如果出現事實的**實質變更**，主持審判的法官將該等事實告知檢察院，該告知的效力等同於提出檢舉，以便檢察院就新事實進行追訴；在正進行的訴訟程序的判罪上，不得考慮該等事實（《刑事訴訟法典》第 340 條第 1 款）。

在法學理論和司法見解中，確定不能獨立的事實這類情況的解決方法不是一帆風順的¹⁶，這是因為，有人主張法院應駁回起訴，以便檢察院對新事實進行專案調查，並提出包括所有事實的控訴書；或者法院應命令中止程序，待對新的事實進行調查並確定新的共同控訴書所針對的內容之後再行審判；或者審判繼續進行，把刑罰加重至最大法定限度，對新的事實則單獨審判。¹⁷

而如果出現事實的**非實質變更**，則主持審判的法官依職權或應聲請將變更告知嫌犯，並在嫌犯提出聲請時，給予其確實必須的時間以準備辯護（《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款）。

由此看來，與法律定性的變更類似的只能是事實的**非實質變更**。這一方面是因為，法律定性的變更是對狀況的**非實質變更**；另一方面，為事實的**實質變更**規定的解決辦法完全不適用於法律定性的單純變更，而法律給事實的**非實質變更**開出的藥方適合於法律定性變更相關的病症。

因此，《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款的規定類推適用於法律定性的變更。

另外，還要補充說明，今天，根據《民事訴訟法典》第 3 條第 3 款，“在整個訴訟過程中，法官應遵守以及使人遵守辯論原則；在當事人未有機會就法律問題或事實問題作出陳述時，法官不得對該等問題作出裁判，即使屬依職權審理亦然，但明顯無需要當事人作出陳述之情況除外。”

通過雙重補充，即民事程序對刑事程序的補充（《刑事訴訟法典》第 4 條），和根據以上所述及我們在 2000 年 2 月 16 日合議庭裁判中指出的刑事程序對紀律程序的補充，應當認為這一法律規定適用於紀律程序。

關於法官是否必須把任何法律定性變更告知嫌犯的問題

6. 回到本案。現在需要確定，在進行任何法律定性變更時¹⁸，法官是否都必須將該變更告知嫌犯，並在嫌犯提出聲請的情況下給予其準備辯護的時間。

假如變更導致處以更高的處罰，顯然法官必須遵守辯論原則。

假如變更導致處以等於或低於控訴書中所載的處罰，則我們必須區別對待。

一般來說，必須將變更告知嫌犯，這是因為，針對某種法律狀況構思的辯護策略用於另一種法律狀況會失去效用，即使後者就適用的法定處罰而言違法行為較輕亦然。

例如，嫌犯被控犯有《刑法典》第 197 條第 1 款規定並處罰的盜竊罪，而在判決書中卻以《刑法典》第 211 條第 1 款規定並處罰的詐騙罪判決，儘管兩種罪行的處罰相同，但對嫌犯來說卻是完全突如其來的。

¹⁶如果新的事實獨立於構成程序標的事實，則必須另立新程序，原待決的程序繼續進行。

¹⁷關於這一問題，見 ROBALO CORDEIRO，《審判聽證》，見司法研究中心“新《刑事訴訟法典》、刑事訴訟法研討日”，Almedina 書店出版，科英布拉，1995 年，第 305 至 308 頁；FREDERICO ISASCA，上著第 194 至 210 頁；TERESA BELEZA，《……的標的》第 92 頁和第 102 至 104 頁、《……的變化》，第 45 頁、第 46 頁及 61 至 63 頁。

¹⁸從辯護陳述的事實產生的變更除外，在這種情況下，應適用《刑事訴訟法典》第 339 條第 2 款。

同樣，如果嫌犯被控犯有盜竊罪（處最高 3 年徒刑或科罰金——《刑法典》第 197 條第 1 款），卻以勒索文件罪判決（處最高 2 年徒刑或科最高 240 日罰金——《刑法典》第 216 條），也屬這種情況。

MAIA GONÇALVES¹⁹ 指出的情況則不然，他說，“當法律定性變更為一個比控訴書或起訴書中指控的較輕的違法行為時，無須告知嫌犯，這是因為，嫌犯已經了解其中所有的構成要件，已有對其反駁的機會。這裏可以舉出一些此類控罪轉換的情況，例如，從盜竊罪或任何其他加重罪變更為簡單犯罪；從故意犯罪變更為過失犯罪，總之，只要控訴書或起訴書中所指罪行與判處的罪行之間存在同類關係或後者在前者範圍之內的關係²⁰，並且是法律定性變更為較輕罪行²¹，尤其是從特別罪或加重罪變更為簡單罪或低於控訴書或起訴書所控罪行，均屬這種情況。這樣的例子不勝枚舉：從巨額盜竊罪變更為簡單盜竊罪；從搶劫罪變更為盜竊罪；從故意殺人罪或傷害身體完整性罪變更為因過失的同樣罪行；從強姦罪變更為性脅迫罪；從殺人罪變更為減輕殺人罪，等等”。

法定罪狀與違紀行為

7. 刑法的立法技術採用法定罪狀，在各法定罪狀中“立法者以其標準描述人類生活中那些否定刑法的價值、從而侵害刑法上的法益或利益的種種表現。

法律把其評價性判斷像倒入模子裏一樣放進各個法定罪狀之中，並分門別類地指出其違法性，即刑事不法性。法定罪狀形成之後，要求法官應當像填寫表格一樣把生活中的事件納入其中，以賦予該等事件刑事法律性質的地位”²²。這就是所謂典型性，與《基本法》第 29 條第 1 段規定的“Nullum crimen sine lege”（法無規定，不為罪）原則相關的典型性。

正如 MARCELLO CAETANO²³ 所說，“刑事不法性體現在嚴格而準確地提出被禁止的行為上，從而產生了法定違法類型，該等類型之外的任何行為均不得處罰，而違紀行為則指行為人違反對其地位與行動的具體條件有效的職務義務觀念的行為。

一般來說，行為人任何可納入法律定義的行為均可稱為違紀行為：違紀行為不具典型性。只有在某些情況下法律才規定違紀行為存在的條件，建立一種類型”²⁴。違紀行為為是以被違反的義務本身確定的。

這就是說，在紀律懲戒法中，違反職務義務的嫌疑人應被追究，而職務義務體現的是與刑法中的法定罪狀類似的法律含意。

本案

8. 在控訴書中載有：

¹⁹ MAIA GONÇALVES，《刑事訴訟法典評註》，Almedina 出版社，科英布拉，第 11 版，1999 年，第 647 和 648 頁。

²⁰ 似乎與 G. MARQUES DA SILVA 的見解相反，見《……教程》第 272 頁。

²¹ 底線是我們加上的。

²² EDUARDO CORREIA，《刑法》，Almedina 出版社，科英布拉，1968 年，第一卷，第 275 和 276 頁。

²³ MARCELLO CAETANO，《行政法教程》，Almedina 書店出版，科英布拉，第 9 版，1980 年，第二卷，第 810 頁。

²⁴ 在這方面，見 L. VASCONCELOS DE ABREU，《現行葡萄牙行政法中的紀律程序研究：與刑事訴訟的關係》，Almedina 書店出版，科英布拉，1993 年，第 30 頁。

“第 8

根據上述行為：

——關於第 1 點所列事實，嫌疑人違反了澳門司法警察局內部規章第 18 條.....

第 9

根據《通則》第 313 條第 2 款 e)項，第一個違紀行為，即**違反熱心義務**，可科處罰款處分”。

第 1 點所列事實是，“2000 年 4 月 20、23、25、26 和 29 日，嫌疑人在未把其離開之事告知其直接上司、更未申請必要的批准的情況下離開本地區”。

在決定中：

“離開本地區須告知的義務主要根據是 12 月 21 日第 87/98/M 號法令核准的《澳門公共行政工作人員通則》第 83 條第 3 款的規定，該義務旨在維護便於與公共行政工作人員聯絡的法益，且該義務僅為告知性，與《基本法》第 33 條規定的澳門特別行政區居民享有遷徙和旅行自由的權利並不相抵觸。

.....

嫌疑人的上述行為違反了第 279 條第 2 款 b)項和第 4 款所指的**熱心義務**(未作告知離開本地區)，根據 313 條第 2 款 e)項的規定，應科以**罰款處分**”。

我們由此得知，在控訴書中，嫌疑人被指違反了《司法警察局內部規章》²⁵第 18 條第 1 款，亦即違反了熱心義務，根據《通則》第 313 條第 2 款 e)項的規定，可科以罰款處分。

在決定中，嫌疑人被指違反了《通則》第 83 條第 3 款的規定，即違反了第 279 條第 2 款 b)項和第 4 款的規定，根據《通則》第 313 條第 2 款 e)項的規定，可科以罰款處分。

《司法警察局內部規章》第 18 條第 1 款規定，“司法警察局的工作人員離開本地區，改由各附屬單位負責人控制，但必須留有至少百分之六十的人員”。

然而，《通則》第三編第二章第 83 條第 3 款關於年假的規定是，“工作人員在本地區內或外享受年假，應預先向其所屬部門提供資料，以便部門能在其享受年假期間隨時與其聯絡”。

與被上訴的合議庭裁判及現被上訴人的意見相反，被上訴的實體即現上訴人指出，在本案的控訴書和決定中，對該違紀行為的處罰完全相同，即科以罰款。這種看法不無道理。

另一方面，無論在控訴書中還是在決定中，嫌疑人均被指違反熱心義務，而對違反熱心義務的處罰是科以罰款。

但是，法律定性的部分被變更了，並且變更正是出現在表明違紀特點的要素上：關於離開澳門必須告知其上司的規定。

雖然法律定性未被變更為更加嚴重的違紀行為，但未就被上訴的行政行為認定嫌疑人違反了的其中一個法律規定的法律定性變更聽取嫌疑人的聲明。

本應聽取嫌疑人的聲明。

²⁵該內部規章未在《政府公報》公佈（第 3/1999 號法律第 3 條第 2 和第 5 款），且似乎其制定者（見第 115 至 135 頁）不具制定法規的權限（《基本法》第 50 條第 5 款和第 64 條第 5 款，因此不能作為違紀行為組成部分為違反職務義務提供理據。

如上所述，關於刑事程序適用於紀律程序的問題，假如變更導致處以等於或低於控訴書中請求的處罰，一般來說必須將變更告知嫌疑人，這是因為，針對某種法律狀況構思的辯護策略用於另一種法律狀況會失去效用，即使後者就適用的法定處罰而言違法行為較輕亦然。

在控訴書中，嫌疑人被控違反了關於司法警察局工作人員的離開由各附屬單位負責人控制的規定²⁶。

在最後決定中，上述規定被另一規定所取代，即工作人員在本地區內或外享受年假必須向其所在部門提供資料，以便部門能在其享受年假期間隨時與其聯絡。

在紀律程序中，嫌疑人沒有機會就其行為是否違反了《通則》第 83 條第 3 款的規定進行爭辯，但可以肯定，由於嫌疑人當時的情況不是在享受年假，看來這一法律規定是類推適用，這就增加了聽取受這一解釋損害者的聲明的必要性。

本應就這一問題聽取嫌疑人的聲明，這是因為，如上所述，在紀律懲戒法中，違反職務義務的嫌疑人應被追究，而職務義務體現的是與刑法中的法定罪狀類似的法律含意。

由於未聽取嫌疑人的聲明，出現了《通則》第 298 條第 1 款所指的因無聽取嫌疑人聲明而引致的不可補正的無效。

四、決定

綜上所述，駁回上訴。

無需交付訴訟費。

二零零一年七月十八日於澳門

法官：利馬（裁判書製作法官）－ 岑浩輝 – 朱健

²⁶離開澳門必須申請是在該條第 2 款中規定的。