

澳門特別行政區終審法院裁判

一、概述

在編號為 CR2-18-0404-PCC 的合議庭普通刑事案件中，初級法院經過審理，認定本案第一被告甲被指控以直接正犯和既遂方式觸犯的《刑法典》第 157 條第 2 款所規定及處罰的強姦罪罪名不成立，無罪釋放。

檢察院不服裁判，向中級法院提起上訴，該院裁判上訴理由部分成立，決定廢止初級法院的判決，以甲以直接正犯方式觸犯《刑法典》第 159 條第 2 款所規定和處罰的對無能力抗拒的人的性侵犯罪而作出改判，判處 6 年徒刑，並依照《刑事訴訟法典》第 74 條的規定，依職權判處其必須向受害人支付 10 萬澳門元的精神損害賠償。

被告甲現向終審法院提起上訴，並在其上訴理由陳述中提出以下結論：

一、本上訴之標的是針對中級法院於 2021 年 1 月 14 日作出的判決，

“基於此，本合議庭決定廢止原審被上訴開釋判決，改判第一嫌犯甲以直接正犯方式觸犯《刑法典》第159條第2款所規定和處罰的對無能力抗拒的人的性侵犯罪；...

根據已證事實所顯示的犯罪情節，尤其是第一嫌犯的身份，與受害人的關係以及作出犯罪行為的場所以及因此對社會帶來的消極的感官衝擊，嫌犯們的社會和經濟條件，個人品格以及犯罪前後的表現，依照《刑法典》第65條所規定的量刑標準，我們認為：

- 判處第一嫌犯甲6年徒刑；

- 依照《刑事訴訟法典》第74條的規定，依職權決定判處第一嫌犯必須向受害人乙支付10萬澳門元的精神損害賠償；...”

二、除應有的尊重外，對於被上訴判決出奇不意的決定(decisao-surpresa)，在沒有通知上訴人發表意見的情況下，基於假設及推論，在被上訴判決直接作出事實及法律定性的變更並改判上訴人罪名成立、以及直接判處向被害人支付精神損害賠償，上訴人表示非常遺憾和無奈。

三、值得指出的是，檢察院最初以《刑法典》第157條第2款規定及處罰的一項「強姦罪」控告上訴人，經過進行審理後，原審法

院作出無罪的裁判，檢察院對該裁判不服，遂決定提出平常上訴。

四、經審理後，被上訴判決改判了上訴人觸犯了《刑法典》第159條第2款規定及處罰的「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」罪名成立，判處6年徒刑，以及依職權判處上訴人必須向受害人支付MOP\$100,000.00的精神損害賠償。

五、而改判理由主要是：原審法院的合議庭裁判沾有法律適用錯誤的瑕疵、原審法院對錄像的分析屬主觀、被害人處於因醉酒而無能力抗拒的狀態、上訴人利用無能力抗拒的狀態對被害人作出性侵犯。

六、然而，除應有的尊重外，上訴人認為被上訴判決構成了判決無效的情況，且沾有《刑事訴訟法典》第400條第1款及第2款規定的瑕疵，包括對於適用法律方面存在錯誤，獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判、在說明理由方面出現不可補救之矛盾以及審查證據方面明顯有錯誤。

七、首先，基於中級法院在作出被上訴判決時就“刑法定性之變更”及“依職權裁定給予彌補”的問題上，從未給予上訴人機會就上述問題行使辯論權，基於此，被上訴判決出現了無效之判決的情況。

八、另一方面，由於被上訴判決對歸責於上訴人的事實出現錯誤的判斷，被上訴判決違反了疑罪從無(in dubio pro reo)的原則，這樣，被上訴判決沾有違反法律規定的瑕疵。

九、再者，卷宗所載之資料及/或結合一般經驗法則，不支援被上訴判決的大部份結論。事實上，被上訴判決沒有對本案的事實進行審查證據及衡量其價值(exame crítico de prova)。

十、被上訴判決的結論是根據一些假設和推論而得出結論性事實，而這些結論性事實並沒有實質事實或證據支持。

十一、相反，上訴人認為在卷宗內，有更多客觀證據(包括：案發卡拉OK的錄像監控、被害人的證言、案發在場的其他嫌犯的聲明、卡拉OK證人的證言)顯示被害人在案發時並非處於喪失意識或不能抗拒的狀態，可見被上訴判決對於事實認定是存有明顯錯誤的，

十二、首先，關於被上訴判決出現「判決之無效」的瑕疵，被上訴判決指出“雖然檢察院沒有對嫌犯控以此項罪名(指《刑法典》第159條第2款所規定和處罰的「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」)，但是考慮到此項罪名與檢察院所控告的罪名所侵犯的法益一致，且法定刑罰明顯更輕，這種屬於法律適用的問題，上訴法院可以直接依

職權予以改變，也並不導致對辯論原則的違反。”(括號內容為上訴人後加的)

十三、除了應有的尊重外，上訴人對被上訴判決的見解並不認同。

十四、最初，檢察院以《刑法典》第157條第2款規定及處罰的「強姦罪」控告上訴人，經原審法院進行審理後判處有關罪名不成立，檢察院不服原審法院的判決，向中級法院提出了上訴。

十五、檢察院的主要上訴理據都是圍繞著「強姦罪」作出爭議，而上訴人在上訴理由闡述答覆中，亦是針對「強姦罪」的犯罪構成要件作出辯護。

十六、現在，被上訴判決改變了控訴的罪名，在沒有通知控辯雙方的前提下，此舉無疑是嚴重地侵犯「審檢分立原則」，以及嚴重地剝奪了上訴人的辯護權。

十七、誠然，我們亦知道「審檢分立原則」有例外情況，而對於法律定性方面，審判者在法院權限範圍內擁有對控訴書或起訴書的事實作出不同於該等文書所作之法律定性的自由。

十八、但是，這種例外情況也不能剝奪了上訴人的辯護權，法律亦規定在例外情況下，需要給予嫌犯辯護及陳述的機會，詳見《刑事訴訟法典》第339條及第340條之規定。

十九、對於法律定性方面，雖然沒有像事實變更的情況般作出明確規定，但是在《刑事訴訟法典》第50條第1款b)項之規定，已經明確保障了上訴人作為撤嫌犯在訴訟上的權利—「辯護權」，很明顯地，法官在作出影響嫌犯的裁判時，需要確保嫌犯有陳述及辯護的機會。

二十、回到本卷宗而言，被上訴判決在作出法律定性變更的裁判前，在沒有聽取上訴人陳述的情況下便作出了變更罪名的被上訴合議庭裁決，這是嚴重剝奪了上訴人的「辯護權」。

二十一、另外，被上訴判決認為“考慮到此項罪名與檢察院所控告的罪名所侵犯的法益一致，且法定刑罰明顯更輕，這種屬於法律適用的問題，上訴法院可以直接依職權予以改變，也並不導致對辯論原則的違反。”

二十二、對於被上訴判決的見解，上訴人僅認同法定刑罰明顯更輕的部分。

二十三、但上訴人絕對不認同被上訴判決對於兩罪所侵犯的法益一致，...，上訴法院可以直接依職權予以改變，也不導致對辯護原則的違反的見解，具體而言：

二十四、首先，被上訴判決排除了上訴人的行為符合《刑法典》第157條第2款所規定及處罰的「強姦罪」，

二十五、繼而從原審法院已證明的事實基礎上，通過其自己的解釋改變了原審法院對事實的認定，直接改判為上訴人以直接正犯方式觸犯《刑法典》第159條第2款所規定和處罰的「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」。

二十六、需要指出的是，雖然「強姦罪」與「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」都是保護被害人的性自由法益，但是不能將保護同一法益的所有犯罪一概而論，導致凡出現改判法定刑罰較輕的犯罪就剝奪上訴人的辯護權。

二十七、《刑法典》關於侵犯性自由犯罪部分規範了10項罪名，立法者對於各項犯罪規定了不同的犯罪構成要件和處罰後果，因此，對於各罪的犯罪構成要件的論證要求和重點各有不同。

二十八、《澳門基本法》及《公民權利和政治權利公約》也規定，

需要保護所有人得到公平和公開審判權利，無罪推定權利，被詳細告知其指控的性質和原因的權利，有時間準備和便利準備抗辯的權利，被上訴判決在改判上訴人一項「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」前，上訴人沒有被告知任何資訊，且沒有被給予機會作出抗辯的權利，這顯然違反了《公民權利和政治權利公約》的規定。

二十九、現在，我們就「強姦罪」與「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」的犯罪構成要件作出分析。

三十、對於「強姦罪」而言，該罪狀的法定構成要件是“在違反被害人意願的情況下侵害被害人的性自由”，而「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」的法定構成要件是“行為人利用被害人處於無能力抗拒的狀態”。

三十一、兩者比較起來，前者要求的是行為人主觀上違反被害人意願實施侵犯行為，而後者則要求行為人主觀上知悉並利用被害人已處於無能力抗拒的狀態作出侵犯行為，且需要證明被害人處於無能力表達其性自由意願狀態。

三十二、面對截然不同的犯罪構成要件，理所當然地上訴人在辯護時提出的策略和依據的證據也是截然不同的。

三十三、這樣，被上訴判決在改判上訴人被控告的罪名前，沒有通知控辯雙方就法律定性變更問題發表意見，這必然違反了「審檢分立原則」、「司法中立」、「辯論原則」，且嚴重剝奪了上訴人的辯護權。

三十四、縱使，被上訴判決認為“雖然檢察院沒有對嫌犯控以此項罪名，但是考慮到此項罪名與檢察院所控告的罪名所侵犯的法益一致，且法定刑罰明顯更輕，這種屬於法律適用的問題，上訴法院可以直接依職權予以改變，也並不導致對辯論原則的違反。”

三十五、針對被上訴判決提出的上述問題，中級法院在第131/2001號案的合議庭裁判、第707/2012號案、第269/2016號案的合議庭裁判、以及第720/2018號刑事上訴案有這樣的見解，即使「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」比「強姦罪」的處罰較低，但兩罪的辯護策略卻是截然不同，且兩罪之間沒有任何的特別關係或吸收關係，法官必須遵守辯論原則。

三十六、因此，中級法院在被上訴判決直接改判上訴人的行為符合《刑法典》第159條第2款所規定及處罰的罪名部分，是違反了澳門《刑事訴訟法典》第339條第1款或340條第1款的規定，構成同一法典第360條第一款b)項規定之“判決的無效”。

三十七、另一方面，對於被上訴判決在改判及其重刑部分，“依職權決定判處第一嫌犯必須向受害人乙支付10萬澳門元的精神損害賠償；...””，上訴人亦認為此部分亦違反「辯論原則」，

三十八、具體而言，根據《刑事訴訟法典》第74條第2款及第3款之規定，對於依職權裁定給予彌補的證據調查方面，以及裁定有關判決時，法官須確保尊重辯論原則。

三十九、綜觀被上訴判決在審理本上訴卷宗的過程中，除了檢察院提交的上訴理由闡述，以及上訴人提交的對上訴理由闡述的答覆，再沒有其他關於審理上訴標的的訴辯書狀。

四十、被上訴判決更從來沒有通知上訴人就「法律定性變更」及「依職權裁定給予彌補」的事宜發表意見。

四十一、加上，受害人乙從來沒有聲明要求原審法院或中級法院依職權裁定給予彌補。

四十二、卷宗內無資料證據顯示受害人受侵害的程度、嚴重性等等，被上訴判決亦無就依職權裁定精神損害賠償金額作出詳細的理由說明。

四十三、這樣，就被上訴裁判關於依職權裁定的精神損害賠償部分亦違反了「辯論原則」，以及構成了《刑事訴訟法典》第355條第2款及第360條第1款a)項之“判決的無效”的情況。

四十四、綜觀被上訴判決，上訴人認為該裁決不僅僅是對法律問題作出審理，相反，被上訴判決改變了原審法院對於某部分的事實認定，並試圖質疑並取代原審法院對已證事實及未證事實的認定，

四十五、現在，我們將對於原審法院已證明的事實是否符合「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」的犯罪構成要件作出分析。

四十六、首先，從被上訴判決得知，中級法院對於原審法院的事實認定部分是完全認同的，且將所有原審法院的已證事實及未證事實，完全轉錄至被上訴判決當中作為審判依據。

四十七、事實上，「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」的法定構成要件包括，“行為人利用被害人處於無能力抗拒的狀態”以及“行為人作出使他人忍受被身體某部分插入陰道的行為”，被上訴判決著於前者。

四十八、對於第一個要件“行為人利用被害人處於無能力抗拒的狀態”，原審法院的合議庭裁判第25頁至第26頁的內容，已經能夠合

理並詳細地認定被害人在案發期間具有足夠的意識及行為能力。

四十九、然而，中級法院在被上訴判決的第61頁至第67頁中，很大篇幅地推測式地認定了事發時受害人正處於無能力抗拒的情況，上訴人並利用了此情況對受害人作出了侵犯行為。

五十、讓我們先討論原審法院在認定事實時，相關理據有沒有沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款c)項所指的“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵。

五十一、正如上訴法院引用多個中級法院多個裁判的見解(第602/2011 號上訴案件、第115/2014號上訴案件)，原審法院法官是根據《刑事訴訟法典》規定的證據規則和自由心證原則，審查了各種被審查及被調查證據的證明力，認定或否定相關事實。

五十二、只有在原審法院在認定事實時出現明顯不合理或明顯錯誤時，或其認定缺乏法律所要求的理由時，其認定的事實方能被挑戰和改變。

五十三、被上訴判決並未指出原審法院判決出現了哪些明顯不合理及錯誤之處，也沒有指出哪部分缺乏法律所要求的理由說明。

五十四、被上訴判決只是依據《心經》的“色不異空，空不異色，色即是空，空間是色”的禪理，通過因為主觀意志左右檢察院和原審法庭對同一表像作出不同解釋的現象，得出了原審法庭解釋的事實受其主觀意志影響的結論，這樣是缺乏法律和法理依據。

五十五、基於被上訴判決並未根據檢察院上訴理由推翻原審法庭判決的事實，上訴人認為原審法院的事實認定部分是毋庸置疑的。

五十六、因此，上訴人並不認為原審法院在認定事實時存在任何錯誤，或者存在違反自由心證原則的情況。

五十七、這樣被上訴判決不能以其對事實的主觀及無依據的評價，用以質疑原審法庭對上述未獲證明事實的認定，從而將原審法院的未證事實變更為已證事實，作為改判罪名成立的事實依據。

五十八、被上訴判決更加不能以《心經》禪理，推論出原審法庭事實認定(或者事實解釋)受到其主觀意志影響，用以質疑原審法庭對未獲證明事實的認定，從而將原審法院的未證事實變更為已證事實，作為改判罪名成立的事實依據。

五十九、基於此，由於原審法院的事實認定不足以認定上訴人的行為符合《刑法典》第159條第2款所規定和處罰的「對無能力抗

拒的人的性侵犯罪」的犯罪構成要件，因此，上訴法院直接改判該罪罪名成立是錯誤的。

六十、即使認為被上訴判決有依據改變上述事實的認定，僅為著辯護的假設，上訴人認為該事實變更會導致上訴人被指控其他與控訴書不同的犯罪，且由無罪判決變更為有罪判決，亦應按照「辯論原則」，給予上訴人機會對不利變更作出辯護。

六十一、事實上，在庭審過程中，檢方和辯方當然可以提出其對庭審事實的不同解讀。在庭審結束時，法庭也可能得出與檢方不同的事實解讀和結論。這種差別和結論存在於檢察院起訴書指控罪名和條款範圍內，則不會出現法律錯誤和對被告的不公平。

六十二、但是，被上訴判決將需要變更一些原審法院已認定的事實，且有關事實會導致上訴人被控告與檢察院控告的不同罪名，這種情況應類推適用事實實質性變更的情況，即《刑事訴訟法典》第340條所規定的情況。

六十三、就本案件而言，「強姦罪」和「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」的犯罪構成要件不同。檢察院就控罪提出的舉證，以及嫌犯提出辯護策略必然不同。

六十四、然而，被上訴判決只是透過其對事實的主觀及無依據的評價，將原審法院的未證事實變更為已證事實，得出上訴人的行為符合「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」的犯罪構成要件，並且在沒有按照《刑事訴訟法典》第340條通知檢察院和上訴人，更加沒有給予上訴人合理的時間作出辯護，這樣也構成《刑事訴訟法典》第360條規定無效之判決的情況。

六十五、接著，關於「強姦罪」的認定，被上訴判決在強姦罪認定的部分引述《心經》的“色不異空、空不異色，色即是空、空即是色”來闡述上述問題，對此上訴人感到莫名其妙。

六十六、首先，《心經》是佛教的經典著作之一，涉及深奧宗教思想和哲學，即使是佛教徒都要很長時間參透和領悟。

六十七、要求上訴人理解及對此作出辯護及反駁是超越一般經驗法則。再者，實際上，被上訴判決並未給予上訴人對此深奧佛理任何辯護的機會，便將該佛理適用於本案更是對上訴人的不公平。

六十八、除應有的尊重外，上訴人認為在刑事訴訟的審判過程中，應以事實為基本及以法律為依歸，而不應考慮任何哲學或宗教的道理和價值觀，否則違反《民法典》第7條“遵守法律義務”及第8

條“法律解釋”的規定。

六十九、因此，對於被上訴判決引述心經這部分上訴人無法作出進一步回應。

七十、退一步而言，如果被上訴判決有自由心證權力考慮和適用該禪理或宗教價值觀的話，被上訴判決也不能僅以此認定原審法院的事實認定受到其主觀意志影響。被上訴判決也必須說明它的事實認定沒有受到其主觀意志影響。遺憾的是，被上訴判決對此未作說明。

七十一、另外，關於卷宗內的視頻錄像證據，被上訴判決指出：
“就本案來說，原審法院所扣押的視頻錄像的資料本來就應該是反映事情的發生的全部過程，即使由於介入了人的行為所基於的主觀意志而可能不像行為人的主觀的意志的願望的方向發展，而經過原審法院被上訴合議庭的主觀解釋和闡釋，也有可能已經不是視頻錄像所載明的事情發生的真正過程，至少檢察院和原審法院對相同的東西作出了不同的解讀。”

七十二、從上述可看到，被上訴判決認為原審法院作出了主觀分析和解讀本案的視頻錄像，而根據上訴人的理解，上訴法院是認

為原審法院在形成自由心證時出現明顯錯誤，然而，上訴人認為被上訴判決的理據是毫無根據的。

七十三、首先，從被上訴判決中，被上訴判決沒有指出中級法院有否看過有關視頻錄像，也沒有指出在分析及解讀視頻時，原審法院在哪些部分作出了主觀解釋和闡釋。原審法院主觀與否，必須根據案件庭審涉及事實和結論之間的差異論證或者證實，而不能僅憑《心經》的禪理推斷。

七十四、事實上，本文中，有案發地點[卡拉OK]的監控錄像光碟作為證據，可讓我們客觀瞭解事實真相，透過庭審記錄可以清楚看到，視頻錄像在初級法院審判時是反覆及重複播放，並需要強調的是，根據檢察院和三名嫌犯辯護律師的要求，審判期間對視頻錄像的每一個重要部分重複播放及進行分析及辯論，有關分析都是很仔細、充分、客觀、全面和正確的。

七十五、相反，除了按照《心經》推論出每個人對現象/外相的解釋都可能受其主觀意志影響外，被上訴判決沒有指出任何具體的理由質疑原審法院對視頻錄像的分析。

七十六、因此，上訴人並不認為原審法院在認定事實時存在任

何錯誤，或者存在違反自由心證原則的情況，這樣，上訴法院不能以其對事實的個人評價，用以質疑原審法庭對上述未獲證明事實的認定。

七十七、綜上而言，原審法院判決並沒有沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款c所規定的“審查證據方面明顯有錯誤”和“在說明理由方面出現不可補救之矛盾”的瑕疵。

七十八、關於改判上訴人觸犯一項「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」，根據《刑法典》第159條規定，「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」的犯罪構成要件包括：

- d. 被害人處於喪失意識或無能力抗拒之狀態；
- e. 上訴人利用被害人喪失意識或無能力抗拒的狀態；及
- f. 上訴人與被害人發生重要性慾行為者。

七十九、上訴人認為，除了上述c.項所指行為人與他人發生重要性慾行為曾經發生外，上述a.項和b.項所指的犯罪構成要件均沒有發生。

八十、關於a.項被害人處於喪失意識或無能力抗拒之狀態，被上訴判決是透過以下方式認定被害人處於喪失意識或無能力抗拒的狀態：

vi. 轉載從網上維基百科內的兩份圖表；

vii. 憑卷宗內的相片假設及推測被害人的身高及體重；

viii. 憑被害人自述其喝過的酒量，假設及推論被害人吸入的酒精份量；

ix. 憑被害人的性別及推論出的體重及推論出的酒精吸收量，計算被害人的血液酒精濃度；

x. 繼而推論出被害人在案發時正處於無能力抗拒的狀態。

八十一、除應有的尊重外，上訴人認為被上訴判決的上述認定犯了嚴重錯誤，違反邏輯和一般經驗法則、缺乏科學性、準確性，相關理據是站不住腳的。

八十二、在法律容許的情況下，法官可以根據證據同一般經驗法則下去推論出“事實事宜”是否獲證實，並根據已證事實來適用法

律。

八十三、但不得由“事實事宜”再去推論出另一個或一些已證事實，然後再去適用法律，這是屬於“雙重推論”，違反刑法基本原則。

八十四、需要指出的是，任何人都可以在維基百科上載資料、修改資料等，有關圖表僅只有參考作用，由於該等資料並不權威、不科學，沒有任何法律價值，因此，維基百科的“醫學聲明”對此作出特別說明。

八十五、作為定罪的標準和準則，不應隨便以網上資料作依據。即使被上訴判決有需要以網上資料作為判案依據，至少要給上訴人一個公平合法的質疑和抗辯的機會，並且說明其合法合理的理由後方可能使用。

八十六、退一步而言，即使被上訴判決按照經驗法則判斷的話，也必須依據一般經驗法則所需要依據的各種表像/事實/行為，即通常被視為喪失意識的特徵，例如，昏迷，對外界無反應，不能言語，癱倒，不能行走等現實生活中常見的嚴重醉酒狀態。

八十七、刑法是一個非常嚴肅的法律部門，在判定一個人作出的行為是否屬於犯罪行為時，必需基於準確、科學、明文規定的事

實。

八十八、關於被上訴判決單憑目測被害人的相片而假設及推論出被害人的身高及體重，這是違反一般經驗法則，被上訴判決只是根據卷宗的相片假設受害人處於45-55公斤之間，那麼如何得出有關結論，被上訴判決並沒有作出詳細解釋，需要知道的是，照片的拍攝角度亦會影響到視覺上的判斷，在刑事訴訟程序中，我們不能以假設、推測出來的事實作為判罪依據。

八十九、關於被上訴判決對被害人飲用酒精多少的認定，被上訴判決只引用被害人的供未來備忘聲明作為其喝過酒量的唯一依據，用作假設及推論被害人吸入的酒精分量，此舉無疑是對上訴人不公，也違反了經驗法則。

九十、第一，被上訴判決僅憑一個孤證就認定了被害人當晚飲入的酒精含量，進而推論出被害人處於喪失意識狀態、構建了認定上訴人犯罪成立的基礎是對上訴人極大不公。

九十一、第二，被害人的證言，如果合法有效的話，是一個完整的整體。被害人證言中對當晚場景和事發過程，特別是對上訴人的指控，其提供了詳細陳述，這不是一個喪失意識的被害人能夠提

供的。

九十二、按照一般經驗法則，被上訴判決不能僅將被害人自述的飲酒量作為判斷上訴人有罪的依據；反之，被上訴判決至少必須平衡和比較被害人的全部證言以確定其當時是否真的失去意識。

九十三、另外，關於單憑被害人的性別及推論出的體重及推論出的酒精吸收量，計算被害人的血液酒精濃度極不科學，亦是違反一般經驗法則。

九十四、眾所周知，能夠影響一個人是否醉酒的因素包括：年齡，性別，身高，體重，遺傳基因，飲酒經歷或歷史，身體健康程度(是否有病)，個體肝功能分解酒精能力的差異，個體脂肪厚度的差別，體內水分含量，心情，飲酒時食用的食物種類和量等。

九十五、然而，被上訴判決並沒有考慮這些因素，也沒有通過任何事實證據的佐證就推斷出被害人血液酒精濃度是不科學的，缺乏事實和法律依據。

九十六、尤其是在沒有對受害人進行酒精血液測試的情況下，認定受害人因處於醉酒而處於不能抗拒的狀態，這是嚴重違反「無罪推定原則」。

九十七、再者，上訴人認為卷宗內沒有任何直接證據或者間接證據證明被害人處於不能抗拒的狀態。除了維基百科資料和被害人部分證言外，被上訴判決沒有參考、比對或者論證過卷宗內其他事實證據。

九十八、同時，被上訴判決亦忽略了很多客觀因素，就本卷宗而言，上訴人與受害者及其他出席飯局的人士喝酒間距時間多久、進食食物的數量、喝酒期間有沒有喝水中和酒精濃度等等...這些喝酒場合經常發生的情形都未被被上訴判決考慮和證實，很明顯地，被上訴判決在認定有關事實是違反了一般經驗法則。

九十九、即使根據被上訴判決的圖表，也只能估算出峰值血液酒精濃度，有關參數需要考慮的因素包括：血液中水的百分比、標準飲酒數量、身體內水分含量、體重、新陳代謝常數、以及飲酒後時間。

一百、而該圖表只是假設了性別、體重、杯數作為估算血液酒精濃度的參數，事實上，還有血液中水的百分比、身體內水分含量、新陳代謝常數、以及飲酒數時間作為估算參數。

一百零一、因此，不能如被上訴判決般單憑指出受害人的性別、

體重及喝酒量，來判斷其在案發時是否處於不能抗抵的狀態，這判斷根本不準確及不科學的！

一百零二、綜上而言，被上訴判決在認定上訴人的行為是否構成「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」的犯罪構成要件時，以一些無依據的假設及推論，這是不符合刑事法律的基本原則，澳門刑法及刑事訴訟法不能接受以假設及推論事實繼而定罪。

一百零三、另外，我們從已證事實第6點、第7點、第9點至第12點、以及第34點可以反映出由飯局到離開卡拉OK的時間段，事實上，在這段時間過去令受害人的估算峰值血液酒精濃度下降，然而，被上訴判決也沒有考慮這個因素。

一百零四、需要知道的是，澳門法律制度中，刑事訴訟程式必須以維護合法性原則為大前提，同時，為著尋找事實真相實事求是，理應以全面及客觀和批判的思維去分析每個案件，而不應以主觀及對嫌犯不利的判斷作出審判，否則會違反「疑罪從無原則 *in dubio pro reo*」。

一百零五、關於推論被害人無意識及能力抗拒方面，需要受害人達至深度酒醉(*coma alcohólica*)，而不是部分或不完整的酒醉，並

需要導致被害人無法明白和反抗才能符合上述要件，相關見解可參見上述上訴理由闡述的內容。

一百零六、被上訴判決單靠假設及推論得出受害人喪失意識的結論，然而，被上訴判決並沒有證實被害人是否深度酒醉，也沒有列舉被害人深度酒醉症狀。

一百零七、反之，被上訴判決認為原審法庭認定的受害人互動、主動或者配合的事實完全不能視為受害人主觀所控制的行為。這樣的做法未免過於主觀。

一百零八、假設根據上述無依據的假設及推論能夠成立，這是為著辯護的假設，那麼亦可以假設及推論出上訴人也是處於因醉酒而喪失意識的狀態！

一百零九、按照上訴判決以性別、體重、杯數作為估算血液酒精濃度參數的假設和推論，上訴人體重有77公斤，當晚喝了400ml的高達53度的烈酒，其血液酒精含量最少是5.1的程度，上訴人的血液酒精濃度比被害人高約一倍！

一百一十、為何被上訴判決沒有認定上訴人在案發時因為醉酒而喪失意識的狀態？這是否只考慮對上訴人不利的情節，而忽略了對

其有利的因素？

一百一十一、更加需要指出的是，倘若如被上訴判決假設及推論所指，受害人因完全醉酒而不能抗拒，處於“任人擺佈”的狀態，為何受害人可以作出配合上訴人的行為？

一百一十二、到底受害人作出上述配合上訴人的行為是否受害人主觀所控制，我們需要更多客觀的事實來佐證。

一百一十三、卷宗並無任何酒精測驗報告顯示受害人在案發時處於不能抗拒的狀態，根據「疑罪從無原則」，針對有關事實應作出對上訴人有利的認定，

一百一十四、另外，上訴人認為卷宗內有更多客觀事實來認定原審法院的事實認定，尤其是“未能證實被害人在案發時正處於因醉酒而不能抗拒的狀態。”，並且能夠反證被上訴判決所指的被害人處於因醉酒不能抗拒的狀態並不成立。

一百一十五、包括被害人供未來備忘用聲明、其他嫌犯及在場證人的口供、錄像片段等等...相關內容不在結論部分逐一系列，詳細內容可參見上述上訴理由闡述的內容。

一百一十六、但是，被上訴判決似乎並沒有考慮該等客觀事實，且沒有對該等客觀事實作出進行審查證據及衡量其價值(exame crítico de prova)。

一百一十七、那麼，上訴人認為原審法院採納案發卡拉OK監控錄影片段、另外兩名嫌犯的聲明(根據終審法院第1/2001的統一司法見解，同案其他嫌犯的聲明也可以被考慮成為心證的一部份)、以及案發卡拉OK的東主及職員的證供，從而認定未能證實上訴人利用被害人受酒精影響且沒有足夠力量反抗的身體狀況，以暴力強迫被害人忍受其兩次將身體某部份插入被害人陰道的行為，是毫無疑問且完全正確的!

一百一十八、倘若被害人在案發時處於失去意識的狀態，她是如何在司法警察局作訊問時，可以將所謂的被侵犯過程完整描述出來，

一百一十九、雖然被害人的證言忽略了很多其與上訴人配合及互動的情節，可能是被害人選擇性地陳述對其有利的事實，且選擇性的忘記了對其不利事實，從而捏造或誤導部分重要的事實，但是這些被忽略的情節都能從[卡拉OK]的監控錄像片段反映出來的。

一百二十、事實上，被害人在案發時是處於清醒的狀態，當面對其所謂的侵犯行為，為何不逃離現場、或向在場人士求救？

一百二十一、正如上訴人一直的辯護主張，案發時，被害人並非處於不能抗拒或喪失意識的狀態，被害人從來沒有用語言或行動表示不願意。

一百二十二、而且上訴人也從被害人的言行中無法知道、明白到、感覺到等被害人是不願意與其發生親熱行動，

一百二十三、由此可見，即使按照「強姦罪」的推論，第一嫌疑的行為也無法構成「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」的犯罪構成要件。

一百二十四、綜上而言，上訴人認為被上訴判決卻只憑藉兩個從網上取得的圖表，結合一些假設和推論出的數據，試圖推翻原審法院對事實的認定，似乎過於草率及武斷。

一百二十五、被上訴判決作出認定被害人“處於喪失意識或不能抗拒的狀態結論時，有義務考慮到所有對上訴人有利和不利的證據，且必須在毫無疑問的情況下才作出認定，因此，必須嚴格遵循「無罪推定原則」及「疑罪從無原則」以履行審判職責。

一百二十六、綜合以上分析，即使假定被上訴判決能夠適用以「強姦罪」的依據作出裁判，但基於未能證實「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」的犯罪構成要件，即在未能毫無疑問認定被害人處於喪失意識或無能力抗拒的狀態下，理應按照「疑罪從無原則」，將被上訴判決改判上訴人一項「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」罪名成立的判決廢止，並維持原審法院無罪的決定。

一百二十七、可以理解的是，同一片段對於不同觀者有不同理解，但是，中級法院作為法律賦予澳門行使審判職能的機關，理應以客觀標準，在刑事訴訟程式尋找事實真相原則對待本次案件，

一百二十八、被上訴判決有義務考慮到所有對上訴人犯所有有利和不利的證據，必須嚴格遵循「無罪推定原則」及「疑罪從無原則」以履行其職責，不得以假設、推論的數據來推斷上訴人的行為是犯罪行為。

一百二十九、根據《刑事訴訟法典》第114條規定，法官是根據自由心證原則，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。

一百三十、不論是上訴人的辯護人，亦或三位尊敬的原審法院

合議庭法官閣下，在判斷被害人是否處於因醉酒而不能抗拒的狀態，以及是否自願地與上訴人發生親密行為的看法是一致的。

一百三十一、因此，上訴人並不認為原審法院在認定事實時存在任何錯誤，或者存在違反自由心證原則的情況。

一百三十二、相反，從以上大量客觀證據足以證明，上述假設僅屬於被上訴判決的主觀判斷，並且嚴重違反了「無罪推定原則」和「疑罪從無原則」，因此，被上訴判決認定被害人在案發時因醉酒處於喪失意識或不能抗拒的狀態是明顯錯誤的。

一百三十三、關於上訴人利用被害人喪失意識或無能力抗拒的狀態，被上訴判決並沒有具體指出基於那些事實認定上訴人符合“利用”這個犯罪構成要件，另外，“利用”的前提是，上訴人知悉被害人處於無能力抗拒的狀況。

一百三十四、事實上，在案發時上訴人也處於酒醉狀況，因此，即使按照「強姦罪」的客觀犯罪要件判斷，上訴人也沒有能力判斷被害人是否處於喪失意識或無能力抗拒狀態，即無法形成“利用”的犯罪動機。

一百三十五、再次強調，被害人並非處於喪失意識或不能抗拒

的狀態，相反，在整個親熱過程中有作出互相配合的動作，這些都能從上述客觀證據得出的結論。

一百三十六、最後，被上訴判決提出了一些存在嚴重錯誤，且欠缺客觀事實所支持的事實結論，具體而言，被上訴判決將被害人的主動和互動行為視為被害人主觀不能控制的行為，然而，被上訴判決沒有提出實質理據支持其說法。

一百三十七、首先，本家中沒有酒精檢測報告，也沒有專家或法醫對被害人的精神狀態評估。可見，被上訴判決的上述結論完全沒有科學依據，純屬個人主觀判斷，故此存在程序和實體性的錯誤。

一百三十八、對於案發時被害人是否處於喪失意識或不能抗拒的狀態，應在事發後立即對其作出相關法醫學鑑定，同時，檢察院作為控訴方亦應就此問題進行舉證。

一百三十九、然而，案件至今發生已有2年以上，即使案件被發回重審，現在還有條件對被害人在案發時的狀態作出鑑定嗎？

一百四十、既然無法對被害人的狀態作出鑑定，理應從案件的其他客觀資料來判斷被害人在案發時的狀態。

一百四十一、事實上，透過卷宗的錄像顯示，結合上文的分析，可見被害人的行為並非一些自然反射行為，而是主動、有意識的才可以做出的行為，這樣的結論才符合一般經驗法則，相反，如被害人處於因醉酒而不能抗拒的狀態下，根本無法作出上述的行為。

一百四十二、因此，被上訴判決認為被害人抱著上訴人的胸部及腰部、坐在上訴人的大牌上、交換坐姿等行為並非被害人主觀能夠控制的行為，這是嚴重違反邏輯及一般經驗法則的。

一百四十三、即使假設被害人在“完全醉酒而不能抗拒的狀態”作出以上行為，上訴人面對被害人如此舉動，根據一般經驗法則，上訴人根本無理解這是由一名喪失意識或不能抗拒的被害人能夠作出的行為，而且，站在一般人的立場來看，這完全是願意並配合上訴人作出親熱行為，更加與一般人所認知的“喪失意識”存在極大反差！

一百四十四、這樣，上訴人在主觀層面上，根本無法知悉被害人在案發時，正處於因醉酒而不能抗拒或喪失意識的狀態。

一百四十五、綜上所述，上訴人認為被上訴判決直接改判上訴人的行為符合《刑法典》第159條第2款所規定及處罰「對無能力抗

拒的人的性侵犯罪」的部分，以及依職權裁定的精神損害賠償的部分，違反了「辯論原則」且嚴重剝奪上訴人的辯護權，因而違反了《刑事訴訟法典》第339條第1款的規定，構成同一法典第360條第一款b)項規定“判決的無效”的情況；

一百四十六、另一方面，被上訴判決從原審法院認定的事實，不足以被上訴判決作出改判上訴人觸犯一項《刑法典》第159條第2款規定及處罰的「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」罪名成立的判決，因而沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款a)項的瑕疵；

一百四十七、同樣地，被上訴判決在變更原審法院的事實認定時，沒有給予上訴人辯護的機會，這樣，因違反《刑事訴訟法典》第340條第1款的規定，也構成《刑事訴訟法典》第360條規定無效之判決的情況。

一百四十八、再者，從上述客觀證據分析，上訴人的行為未能符合《刑法典》第159條第2款規定及處罰的「對無能力抗拒的人的性侵犯罪」的犯罪構成要件，基於「罪刑法定原則」及「疑罪從無原則」，被上訴判決改判上訴人罪名成立的裁判亦沾有《刑事訴訟法典》第400條第1款的瑕疵；

一百四十九、最後，由於被上訴裁判沾有上述多項瑕疵及構成判決無效的情況，懇請尊敬的終審法院法官閣下廢止被上訴判決，並維持原審法院的無罪判決。

檢察院司法官提交了對上訴理由陳述的答覆，認為上訴理由不成立。

在本審級，檢察院重申其在對上訴理由陳述所作的答覆中已表明的立場，認為應裁定上訴敗訴。

已作出檢閱。

二、事實

2.1. 案件經開庭審理，初級法院認定了以下事實：

1. 第一被告甲案發時為[大學(1)]法學院教授，任法學院研究生院院長。

2. 被害人乙為內地居民，其於 2015 年來澳攻讀[大學(2)]心理學系博士課程，2018 年 05 月底完成有關課程，並擬離澳返回內地。

3. 第二被告丙為[大學(3)]計算機學碩士研究生。

4. 第三被告丁案發時為[大學(1)]法律系博士二年級學生，現時為三年級學生。

5. 第一被告甲在得知被害人即將離開澳門之後，在案發前一個月開始，偶爾會以被害人將離開澳門為由，主動邀請被害人出席第一被告與其學生和朋友的聚餐，同時，第一被告亦透過“微信”與被害人相互聯絡，閒聊餐聚和球賽等生活瑣事。

6. 2018 年 06 月 23 日晚約 19 時，被害人應約前往澳門北京街[菜館]，與第一被告甲、第二被告丙及第三被告丁等人一同聚餐。期間，第一被告甲與被害人均有飲用酒精飲料，被害人也有向在場人士敬酒，為此，被害人與多名在場人士共同飲完四瓶白酒，三名被告和被害人當時仍然清醒，且有足夠的行為能力。

7. 聚餐結束後，三名被告與被害人一同前往他處消遣，為此，當日(即 2018 年 06 月 23 日)約 22 時許，第一被告甲、第二被告丙及第三被告丁和被害人一起搭乘的士，前往第二被告丙預訂的畢仕達

大馬路[卡拉 OK]繼續消遣。

8. [菜館]的監控系統曾拍下三名被告和被害人進入及離開該菜館的情況。

9. 2018年06月23日約22時45分(監控時間約為22時37分)，第一被告甲、第二被告丙及第三被告丁及被害人相繼步入[卡拉 OK]。其後，彼等在5號枱卡位的一張曲尺型梳化座位坐下。

10. 2018年06月23日約22時45分(監控時間約為2018年06月23日22時50分)，被害人因胃部不適，便在第三被告丁陪同下，離開座位前往卡拉 OK 的衛生間嘔吐。途中，雖然被害人步履有點不穩，期間手部曾扶了欄杆，但被害人能夠自行前往洗手間，且未見被害人需要他人攙扶。

11. 2018年06月23日約23時30分(監控時間約為2018年06月23日23時38分)，被害人與第三被告丁返回卡位。

12. 由於嘔吐後感到頭痛及頭暈，被害人顯得有點疲倦，被害人返回卡位並坐於第二被告丙右側梳化座位休息，當時，第一被告甲伸出雙手，要求被害人坐到其身邊位置。

13. 2018 年 06 月 23 日約 23 時 31 分(監控時間約為 2018 年 06 月 23 日 23 時 39 分)，在第三被告丁離開不久，當時被害人已閉上雙眼，為此，第一被告甲直接走到被害人身邊，使用雙手擁抱被害人，不斷吸吻被害人的嘴唇。

14. 之後，第一被告甲仍不斷用嘴吸啜被害人的頸部及嘴唇，並撫摸被害人的胸部，以及隔著被害人的牛仔褲持續觸摸被害人下體及臀部位置。

15. 期間，被害人也抱著第一被告甲的腰部、扶著第一被告甲的手臂，並將手放在第一被告甲的胸部及腰部之間的位置。

16. 至 2018 年 06 月 23 日約 23 時 45 分(監控時間約為 2018 年 06 月 23 日 23 時 53 分)，第三被告丁返回並坐於第二被告丙左側梳化座位後，第一被告甲慢慢鬆開被害人，並與第二被告丙交談，當時，第二被告丙望著第一被告甲，並四次作出 OK 手勢。

17. 在第一被告甲對被害人作出上述親密行為時，坐在旁邊的第二被告丙不時觀看有關情況，期間也與第一被告甲進行語言交流，且多次向第一被告甲作出 OK 等手勢，但卻沒有對第一被告甲上述的親密行為作出勸阻或制止。

18. 隨後，第三被告丁走到被害人旁邊拉著被害人的手，並陪同被害人離開座位並前往衛生間。

19. 在被害人與第三被告丁離開後，第二被告丙開始在梳化位置尋找其手提電話，並在其西裝外套袋內尋回其手提電話。之後，第二被告丙簽署該店服務員拿來的結賬單，當時，第二被告丙有意識、清醒，且有足夠的行為能力。

20. 2018年06月23日約23時56分(監控時間約為2018年06月24日零時02分)，被害人與第三被告丁返回卡位，當時，第一被告甲立刻拉起被害人一隻手，被害人便自己走到第一被告甲身旁坐下，並坐在第一被告甲的腿上(監控時間約為2018年06月24日零時02分25秒)。被害人與第一被告甲緊貼的坐姿持續逾17分鐘期間(約至監控時間為2018年06月24日零時19分41秒)，被害人不時轉換腿姿。

21. 於監控時間2018年06月24日零時19分41秒，第一被告甲將手伸入被害人的褲內，不斷撫摸被害人的陰部並將手指插入被害人陰道作出抽插動作。期間，被害人將坐姿改為躺臥的姿勢，為此，被害人自主地將腳放置在梳化上(由監控時間2018年06月24日零時23分44秒開始)。

22. 第一被告甲撫摸被害人的陰部並將手指插入被害人陰道作出抽插動作一直持續至監控時間 2018 年 06 月 24 日零時 27 分 50 秒。第一被告甲將右手從被害人的褲內抽回。

23. 第一被告甲與被害人上述的行為在 U 型梳化的右端發生，其時，第二被告丙與第三被告丁則坐在同一梳化的左端交談和喝酒。

24. 約至 2018 年 06 月 24 日零時 19 分(監控時間約為 2018 年 06 月 24 日零時 28 分 18 秒)，第一被告甲拉開被害人上衣至胸圍位置，且伸手進被害人的衣服內撫摸被害人的胸部。

25. 在第一被告甲對被害人作出上述親密行為期間，坐在對面的第二被告丙至少十二次望向被害人，同時，第三被告丁也曾多次望向被害人。

26. 當時，第二被告丙和第三被告丁清楚知悉被害人正與第一被告甲有上述的親密行為，但是，第二被告丙和第三被告丁並沒有作出任何勸阻或制止行為。

27. 2018 年 06 月 24 日約零時 20 分 17 秒(監控時間約為 2018 年 06 月 24 日零時 28 分 17 秒)，第一被告甲再次親吻躺臥在梳化上的被害人。之後，其用右手抓起被害人的上衣，並隔着胸圍搓揉被害

人的胸部。

28. 2018年06月24日約零時38分31秒(監控時間約為2018年06月24日零時48分31秒)，第一被告甲再次用右手伸入被害人內褲，並將手指插入被害人陰道作抽插動作長達約5分鐘。

29. 在第一被告甲上述多次將手伸進被害人的陰部及用手指插入被害人陰道期間，被害人曾多次用手拉著第一被告甲的右手。

30. [卡拉OK]的水吧職員戊在接到4號枱卡位人士投訴及目睹上述情況後，認為第一被告甲的動作十分不雅，故此，其前往酒吧辦公室向老闆已反映，已得知相關情況即前往察看。

31. 2018年06月24日約零時52分(監控時間約為2018年06月24日零時01時00分)，[卡拉OK]的老闆已來到5號枱卡位，當時，其見到被害人躺臥在梳化上，上衣拉高至肚臍位置，同時，第一被告甲則摟抱被害人的上半身，頭部靠向被害人頸部，為此，其上前拍打第一被告甲後背，要求該被告行為檢點，以免影響其他客人，但是，該被告僅回望已一眼且不作理會，其仍繼續與被害人作出上述行為。

32. 為此，已走到第二被告丙旁邊，要求第二被告丙勸阻第一被

告甲行為檢點，當時，第二被告丙用右手指向被害人，回應稱“唔知佢地啲”且無作出勸阻。

33. 隨即，第二被告丙將己拉到身邊，向其介紹第三被告丁，兩名被告並一同向己敬酒。

34. 2018年06月24日約01時10分，己再次前來，由於第一被告甲繼續與被害人公然作出親熱的行為，己認為其不雅的行為會影響其他客人，故其走近第一被告甲要求其不要在店內親熱，至此，第一被告甲也停止了與被害人的親密行為。

35. 隨後，為免被害人與第一被告甲繼續作出上述不雅行為，己從梳化上拉起被害人，並著第三被告丁帶同被害人離開。

36. 其後，第三被告丁帶同被害人搭乘的士離開[卡拉OK]的。

37. 同日(即2018年06月24日)約01時38分(監控時間約為2018年06月24日01時46分)，第一被告甲與第二被告丙相繼離開[卡拉OK]。

38. 在被害人離開[卡拉OK]後，第一被告甲自2018年06月24日約01時14分起，曾多次透過微信，詢問被害人身處何處，並聲

稱要去找尋被害人，亦曾向被害人發出多次微信訊息。

39. 卷宗所扣押光碟的影像內容在此視為完全轉錄。

40. 第一被告甲在自由、自願及有意識的情況下，作出上述行為。

41. 第二被告丙及第三被告丁在自由、自願及有意識的情況下，作出上述行為。

42. 案發後，警方對從被害人雙手手掌、指甲、頸部，以及被害人提供的短袖上衣胸部位置的內表面及外表面、胸圍內表面及外表面、牛仔褲褲襠外表面和牛仔褲臀部外表面提取的擦拭物進行 DNA 檢驗，並證實相關擦拭物檢出第一被告甲的 DNA(參閱卷宗第 523 頁至 536 頁鑑定報告，相關檢驗結果在此視為完全轉錄)。

此外，還查明：

- 第一被告甲表示具有博士的學歷，大學教授，每月收入為澳門幣 10 萬元，與沒有工作的妻子育有三名子女，子女們均在學。

- 根據被告的最新刑事紀錄顯示，第一被告屬於初犯。

- 第二被告丙表示具有大學畢業的學歷，商人，每月收入為澳門

幣 30,000 元，與在職的未婚妻育有兩名子女。

- 根據被告的最新刑事紀錄顯示，第二被告並非初犯。

1) 第二被告丙曾因觸犯第 3/2007 號法律《道路交通法》第 90 條第 1 款所規定及處罰的一項醉酒駕駛罪，於 2012 年 9 月 17 日被第 CR3-12-0167-PSM 號卷宗判處 3 個月徒刑，准以 90 日的罰金代替，每日罰金為澳門幣 100 元，合共澳門幣 9,000 元，倘若不支付該罰金或不以勞動代替，則須執行 3 個月徒刑，作為附加刑，禁止被告駕駛，為期 1 年，判決於 2012 年 9 月 27 日轉為確定，被告已繳納所被判處的罰金。

2) 第二被告又曾因觸犯第 3/2007 號法律《道路交通法》第 121 條第 7 款結合《澳門刑法典》第 312 條第 1 款 a 項所規定及處罰的一項違令罪，於 2016 年 4 月 14 日被第 CR3-15-0653-PCS 號卷宗判處 2 個月徒刑，准予暫緩 1 年 6 個月執行，判決於 2016 年 5 月 4 日轉為確定，刑罰於 2018 年 3 月 13 日所作批示中宣告消滅。

- 第三被告丁表示現就讀博士課程，無收入，毋須供養任何人。

- 根據被告的最新刑事紀錄顯示，第三被告屬於初犯。

2.2. 未能證明的事實：

- 案發過程中，被害人欠缺對第一被告之行為作出反抗的能力。
- 被害人清楚及明確地向第一被告表示不願意與其作出已證事實中的親密行為。
- 第二被告及第三被告知悉被害人遭受侵害。
- 被害人用踢腳第二被告的身體以示求助。
- 第三被告清楚看到及聽到被害人受到侵害。
- 當時，第二被告和第三被告明知第一被告正在對被害人作出性侵行為，仍故意分散己的注意力，該兩名被告的行為直接使第一被告在作出上述性侵行為時得到彼等精神上及實質上的支持。
- 第二被告和第三被告明知第一被告當時作出侵犯被害人性自由及性自決的行為，也沒有親身或透過他人為被害人作出促成救援而排除危險的必需幫助。
- 第一被告違反被害人意願，利用被害人受酒精影響且沒有足夠力量反抗的身體狀況，以暴力強迫被害人忍受其兩次將身體某部分

插入被害人陰道的行為。

- 第二被告及第三被告在自由、自願及有意識的情況下，明知第一被告侵犯被害人的性自由及性自決，但是，該兩名被告仍在精神上作出支持第一被告的行為。

- 控訴書中與上述已證事實不符的其他事實。

三、法律

在其提交的上訴理由陳述中，上訴人提出以下問題：

- 被上訴裁判以不同於上訴人被控告的罪名作出改判，但沒有通知控辯雙方就法律定性變更的問題發表意見，違反了審檢分立原則、司法中立和辯論原則，並嚴重剝奪了上訴人的辯護權，而且也違反了《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款或第 340 條第 1 款的規定，構成同一法典第 360 條第 1 款 b 項規定的判決無效的瑕疵；

- 被上訴裁判決定依職權判處上訴人向受害人支付精神損害賠償，但同樣沒有給予上訴人行使辯護權的機會，而且沒有就裁定的

賠償金額作出詳細的理由說明，違反了辯論原則，也構成《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款及第 360 條第 1 款 a 項規定的判決無效的情況；

- 審查證據方面明顯有錯誤；
- 法院認定的事實不足以支持作出裁判；以及
- 適用法律方面存在錯誤。

下面我們將從有關精神損害賠償的決定開始，逐一對以上問題進行分析。

3.1. 關於精神損害賠償的上訴

上訴人針對中級法院依職權裁定精神損害賠償的決定提起上訴，認為中級法院既沒有給予其行使辯護權的機會，也沒有就裁定的賠償金額作出詳細的理由說明，違反了辯論原則，同時構成《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款及第 360 條第 1 款 a 項規定的判決無效。

根據《刑事訴訟法典》第 390 條第 2 款的規定，“對判決中關於民事損害賠償之部分得提起上訴，只要上訴所針對之裁判對上訴人之不利數額高於上訴所針對之法院之法定上訴利益限額之半數”。

在本案中，中級法院依職權判處上訴人必須向被害人支付精神損害賠償 10 萬澳門元。

根據《司法組織綱要法》第 18 條第 1 款的規定，中級法院的法定上訴利益限額為 100 萬澳門元。

雖然第 18 條第 4 款作出了“中級法院作為第一審法院審理案件時，該法院的法定上訴利益限額為第一審法院的法定上訴利益限額”的規定¹，但該規定顯然不適用於本案，因為中級法院是在上訴審程序中作出有關精神損害賠償的決定。

基於以上理由，本院決定不受理就中級法院依職權裁定精神損害賠償的決定所提起上訴。

3.2. 有關判決無效的問題

¹ 經第 4/2019 號法律修改後的內容。

中級法院審理了檢察院針對初級法院作出的無罪判決所提起的上訴，裁判上訴理由部分成立，廢止了初級法院的判決，認為現上訴人觸犯了《刑法典》第 159 條第 2 款所規定和處罰的犯罪（“對無能力抗拒的人的性侵犯”），改判其 6 年徒刑。

上訴人則認為，中級法院以不同於上訴人被控告的罪名作出改判，但沒有作出預先通知以便其可就法律定性變更的問題發表意見，違反了審檢分立原則、司法中立、辯論原則以及《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款或第 340 條第 1 款的規定，導致被上訴裁判無效。

關於審檢分立，簡單來說就是偵查和控訴職能與審判職能相分離，分別由不同的司法機關來行使，旨在實現刑事審判的獨立、客觀和公正。

在澳門刑事訴訟制度中，檢察院行使領導偵查和控訴職能，法院則負責就檢察院作出的控訴進行審判；檢察院在偵查完結後提起的控訴原則上構成法院審判的標的，檢察院控訴的事實界定並限制了法院在審判階段審理事實的範圍。

在本案中，檢察院指控上訴人為直接正犯，以既遂方式觸犯了

一項《刑法典》第 157 條第 2 款所規定及處罰的強姦罪；經開庭審理，初級法院合議庭作出無罪釋放的裁判。

中級法院則改判上訴人觸犯了《刑法典》第 159 條第 2 款所規定和處罰的犯罪，判處其 6 年徒刑。

一如上訴人所述，中級法院在以不同罪名作出改判之前確實沒有預先聽取上訴人的意見，但該“遺漏”是否必然產生上訴人所指的裁判無效的後果呢？

我們所面對的並非《刑事訴訟法典》第 339 條或第 340 條所規定的事實變更的問題，而是中級法院以不同於上訴人被指控的罪名對其作出判處的情況，即法律定性變更的問題。

《刑事訴訟法典》第 339 條及第 340 條規定如下：

第三百三十九條

(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逾十日之期間以準備辯護，並在有需要時將聽證押後。

根據《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 b 項的規定，如果法院在非屬第 339 條及第 340 條所指的情況及條件下，以起訴書或控訴書中未描述的事實作出判罪，則判決無效。

眾所周知，就檢察院起訴的事實，法院可以作出與起訴書所載不同的法律定性，就下級法院認定的事實，上訴法院亦可以不同於下級法院判處的罪名作出改判，此為法律定性的變更。

本終審法院一直認為，就刑事判決中變更起訴書或控訴書所載法律定性的問題，雖然《刑事訴訟法典》未作明確規定，但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，法官應該將有關變更告知被告，並在被告提出聲請時，給予其確實必須的時間，以準備辯護；當變更導致可處以更高的刑罰時，法官必須遵守辯論原則。

但是，“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，則不必告知被告”。²（下劃線為我們所加）

² 詳見終審法院 2001 年 7 月 18 日、2003 年 4 月 23 日及 7 月 9 日在第 8/2001 號、第 6/2003 號及第 11/2003 號上訴案件中作出的合議庭裁判。

在第 8/2001 號上訴案中，本終審法院明確指出：

「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。

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 GONÇALVES³ 指出的情況則不然，他說，“當法律定性

³ 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。

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⁴，並且是法律定性變更為較輕罪行⁵，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”。」

分析本案涉及的兩個罪名及相關的法律規定，毫無疑問的是上訴人被判處的犯罪與其被指控的犯罪屬於同類犯罪，且前者比後者的處罰更輕，故在維持上述見解的情況下，我們認為就法律定性的變更作出預先告知以便上訴人發表意見並非必須，因此中級法院“遺漏”作出告知並不必然導致合議庭裁判的無效。

當然，我們認為一般情況下應該把相關變更告知嫌犯，以便其

⁴ 似乎與 G. MARQUES DA SILVA 的見解相反，見《……教程》第 272 頁。

⁵ 底線是我們加上的。

更好及更準確地行使其辯護權，因為針對兩種法律狀況而構思的辯護策略可能會有所差異。但是否導致裁判無效則是另一個問題。

經第 8/2017 號法律修改的《刑法典》第 157 條及第 159 條規定如下：

第一百五十七條

(強姦)

一、以暴力或嚴重威脅，又或為作出以下行為的目的而使他人喪失意識後，或將之置於不能抗拒的狀態後，強迫他人忍受與行為人或第三人性交、肛交或口交，或強迫他人與行為人或第三人進行該等行為者，處三年至十二年徒刑。

二、以上款規定的方式強迫他人忍受被身體某部分或物件插入陰道或肛門者，處相同刑罰。

第一百五十九條

(對無能力抗拒的人的性侵犯)

一、乘他人喪失意識之狀態，或乘他人因其他原因而無能力抗

拒，與之為重要性慾行為者，處一年至八年徒刑。

二、如以上款規定的方式作出的重要性慾行為是性交、肛交或口交，又或是以身體某部分或物件插入陰道或肛門的行為，則行為人處二年至十年徒刑。

第 157 條及第 159 條均被規定於《刑法典》第二卷（分則）第一編（侵犯人身罪）第五章（侵犯性自由及性自決罪）第一節中，同屬於侵犯性自由罪的類別，顯然為同類犯罪，兩者擬保護的法益皆為他人的性自由。

Manuel Lopes Maia Gonçalves 認為，相對於強姦罪來說，第 159 條所處罰的行為的範圍較小，因為在該條規定中，並非是行為人將被害人置於無意識或無能力抗拒的狀態，行為人僅僅是利用了這種狀態，也不存在第 157 條所述的暴力或嚴重威脅。⁶

另一方面，上訴人被指控觸犯《刑法典》第 157 條第 2 款所規定的強姦罪，可處以 3 年至 12 年徒刑；對上訴人被判處的《刑法典》第 159 條第 2 款的犯罪則可處以 2 年至 10 年徒刑。從法定刑幅來看，無論是法定最高刑還是法定最低刑，對後者的處罰顯然皆輕於前者。

⁶ Manuel Lopes Maia Gonçalves 所著《Código Penal Português Anotado e Comentado – Legislação Complementar》，2007 年，第 18 版，第 636 頁。

在《刑法典》所規定及處罰的所有侵犯性自由的犯罪（第 157 條至第 165 條）中，對強姦罪的處罰最重。

而從與本案相關的具體犯罪行為來看，第 157 條第 2 款及第 159 條第 2 款皆處罰將“身體某部分或物件插入陰道或肛門”的行為。這是經第 8/2017 號法律而增加的處罰。

基於以上理由，尤其是法定性的變更所涉及的犯罪屬於同類犯罪、上訴人被指控的犯罪被變更為處罰較輕的罪行以及上面引述並應予以維持的終審法院的司法見解，應該認為中級法院的“遺漏”並不會導致上訴人所想要的裁判無效的後果。

案中未見上訴人所指違反審檢分立原則、司法中立、辯論原則以及《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款或第 340 條第 1 款規定的瑕疵。

3.3. 審查證據方面明顯有錯誤

上訴人認為中級法院在審查證據方面存在明顯錯誤。

眾所周知，“如果在審查證據時從某事實中得出的結論無法接

受、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”就存在審查證據方面的明顯錯誤。“該錯誤必須是顯而易見的，明顯到不可能不被一般留意的人所發現”。⁷

但在本案中，毫無疑問不存在上訴人所指的瑕疵，原因很簡單：中級法院並沒有對證據進行重新審查，而是完全確認了初級法院在事實方面所作的認定，沒有作出更改。既然沒有審查證據，當然不存在審查證據方面的明顯錯誤。

在其提交的上訴理由陳述中，上訴人一方面肯定“中級法院對於原審法院的事實認定部分是完全認同的，且將所有原審法院的已證事實及未證事實，完全轉錄至被上訴判決當中作為審判依據”（結論第 46 點），同時又批評被上訴裁判“以其對事實的主觀及無依據的評價，用以質疑原審法院對上述未獲證明事實的認定，從而將原審法院的未證事實變更為已證事實，作為改判罪名成立的事實依據”（結論第 57 點及 58 點），實為前後矛盾之舉。

上訴人還辯稱，“上訴法院是認為原審法院在形成自由心證時出現明顯錯誤”（結論第 72 點），但明顯與事實不符。

⁷ 參閱終審法院於 2003 年 1 月 30 日、2003 年 10 月 15 日及 2004 年 2 月 16 日分別在第 18/2002 號、第 16/2003 號及第 3/2004 號案件中所作的合議庭裁判，以及其他更多的裁判。

實際上，在向中級法院提起的上訴中，檢察院不認同初級法院有關“本院無法認定被害人是在不自願的情況下與第一嫌犯發生案中所指的親密行為，過程中被害人沒有明確向第一嫌犯表示其不自願、沒有受委屈而嚎啕大哭的表現，也未見第一嫌犯使用了令被害人屈服的暴力手段，被害人更非處於無法抵抗的狀態”的立場，認為初級法院在審查證據方面明顯有錯誤。

在被上訴裁判中，中級法院審議了檢察院提出的問題，認為審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵“屬於法院在認定事實層面所出現的審查證據方面的瑕疵，並不是法院在認定事實之後就已證事實和未證事實作出解釋以及作出法律適用層面的問題，……；也不是法院就所認定的客觀事實通過邏輯推論而得出的一個結論性的事實所出現的瑕疵，也就是說，即使法院沒有認定這些結論性的事實，也可以通過其他的客觀事實作出推論並認定結論性的事實，尤其是在認定顯示嫌犯的罪過方面的事實，或者就構成犯罪的要素的事實的推論時候出現的情況”。

在中級法院看來，上述被檢察院質疑的初級法院的觀點“正是一個結論性事實，並且屬於構成犯罪客觀要件‘喪失意識’或者‘不能抗拒的狀態’的事實。對它的認定無疑是通過對其他客觀事實的解釋或者

作出推論而得出結論，而無需明確地認定或者敘述這個結論性的事實”。

最後，中級法院判斷不存在檢察院所指的審查證據方面的瑕疵，從而在檢察院上訴的這個部分作出了有利於上訴人的裁判—詳見被上訴裁判第三部分（“法律部分”）第二點（“是認定事實的瑕疵還是法律問題”）的內容，卷宗第 1545 頁及背頁。

換言之，中級法院認為檢察院提出的並非事實審理錯誤的問題，而是是否“對事實的解釋出現錯誤，進而作出了錯誤的法律適用”問題，而作為上訴法院，中級法院可以依據已證事實作出新的法律適用。

簡而言之，既然中級法院完全確認了初級法院在事實方面所作的認定，沒有對證據進行重新審查，那麼不會存在上訴人所指審查證據方面的明顯錯誤。

3.4. 法院認定的事實不足以支持作出裁判以及適用法律方面存在錯誤

上訴人認為，被上訴裁判沒有變更初級法院認定的事實，該等事實不足以支持改判上訴人觸犯了《刑法典》第 159 條第 2 款所規定和處罰的犯罪。

眾所周知，本澳司法見解一直認為，只有當出現“在調查做出適當的法律決定必不可少的事實時出現漏洞，或者因為該等事實阻礙作出法律裁判，或者因為沒有該等事實就不可能得出已得出的法律方面的結論，從而對已作出的裁判來說，獲證明之事實事宜顯得不充足、不完整”⁸的情況時，才存在法院認定的事實不足以支持裁判的瑕疵。

“獲認定事實不足以支持裁判的瑕疵，是指對於做出適當的法律決定來說已獲得認定的事實不充分，也就是說，法院沒有查明做出正確裁判所必不可少的事實，而在不妨礙《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條規定的情況下，這些事實應由法院在控訴書和辯護狀限定的訴訟標的範圍內加以調查。”⁹

必須指出的是，“事實不足”與支持或者應當支持事實事宜的證據不足無關，不能將兩者混為一談。

⁸ 終審法院 2000 年 11 月 22 日第 17/2000 號、2001 年 2 月 7 日第 14/2000 號、2001 年 3 月 16 日第 16/2000 號及 2002 年 3 月 20 日第 3/2002 號案件的合議庭裁判。

⁹ 終審法院 2014 年 3 月 26 日第 4/2014 號、2015 年 3 月 4 日第 9/2015 號及 2017 年 3 月 24 日第 6/2017 號案件的合議庭裁判。

經分析本案的具體情況，我們認為不存在上訴人所指的瑕疵。

如前所述，由《刑法典》第 159 條第 1 款的規定可知，對於“乘他人喪失意識之狀態，或乘他人因其他原因而無能力抗拒，與之為重要性慾行為者”，可處 1 年至 8 年徒刑。

根據同條第 2 款的規定，如上述“重要性慾行為”是性交、肛交或口交，又或者行為人以身體某部分或物件插入他人陰道或肛門，則可被處以 2 年至 10 年徒刑。

因此，第 159 條第 2 款所規定及處罰的犯罪的構成要件包括：

- 被害人處於喪失意識或因其他原因而無能力抗拒的狀態；
- 行為人利用被害人所處的喪失意識或無能力抗拒的狀態；
- 行為人與被害人性交、肛交或口交，又或者以身體某部分或物件插入被害人的陰道或肛門；以及
- 行為人故意作出上述行為。

第 159 條有別於第 157 條（強姦罪）之處在於，行為人沒有制服被害人的抗拒，而是利用已經存在的被害人無能力抗拒的狀況。

被害人可能是因喪失意識而無能力，也可能是存在其他原因而導致被害人無抗拒能力。被害人無抗拒能力的原因有很多種，喪失意識只是其中之一。重要的是，無論是被害人無能力形成其意思還是無能力表達其意思，兩者皆符合第 159 條犯罪的罪狀。至於被害人的無能力是基於精神原因還是身體原因，則無關緊要。

對於“利用”這個客觀構成要件，通常的理解是：它不要求行為人因被害人處於無意識或無能力抗拒的狀態產生放任自己做出行為的動機，也不要求行為人必須認知這種狀態；相反，只要上述無意識或無能力抗拒使行為人可以進行性侵犯或明顯地使其更容易進行性侵犯即可。

在犯罪故意方面，行為人可僅以或然故意行事，法律並不要求直接故意的存在。¹⁰

Manuel Leal-Henriques 也認為，在強姦罪中，為達到進行性行為的目的，行為人首先要通過暴力、嚴重威脅、使他人喪失意識或將他人置於不能抗拒狀態等方式“戰勝”被害人作出的抗拒，而在第 159 條的犯罪中，行為人無須制服被害人的任何抗拒，因為被害人已因無能力而處於“虛弱”狀態，行為人只是利用被害人的無能力而對

¹⁰ 詳見 Jorge de Figueiredo Dias 主編的《*Comentário Conimbricense do Código Penal*》，分則，第一冊，第 477 頁至第 480 頁；鄧志強譯，第 405 頁至第 407 頁。

其作出重要性慾行為。在這裡，被害人的無能力是已經存在的，而非行為人造成的。

關於被害人所處的狀態，無論是無意識還是無抗拒能力，兩者的區別只是形式上的區別，其效果都是阻止被害人自由地行使其性自由權利。

造成被害人無意識的原因可以有多種：飲用酒精飲料、吸食毒品、癲癇發作、喪失記憶及昏迷等等，而被害人無能力抗拒則可源於精神原因（精神失常）和身體原因（癱瘓，年齡等等）。重要的是，在任何情況下，被害人的無能力阻止其有意識及自由地就行為人的舉動作出有效的意思表示。¹¹

在本上訴中，需要知道經中級法院確認的初級法院認定的事實是否足以構成上訴人被判處的對無能力抗拒者的性侵犯罪，是否足以支持中級法院作出的有罪裁判。

在事實層面，眾所周知的是，根據《刑事訴訟法典》第 4 條而

¹¹ Manuel Leal-Henriques 所著《Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau》，第三冊，第 349 頁至第 350 頁。

類推適用的《民事訴訟法典》第 549 條第 4 款的規定，合議庭對結論性事實的答覆視為不存在。¹²

換言之，合議庭就結論性事實的（肯定或否定的）認定不應被上級法院考慮，即使原審法院將結論性的判斷納入有關事實事宜的決定當中，對法律定性的效果來說也並非重要。

另一方面，關於推斷在刑事訴訟程序中的運用，本終審法院的一貫見解為：在確定事實事宜之後，中級法院完全可以對其作出解釋和澄清，以及得出對事實進行補充說明的推斷和結論。¹³

在本案中，中級法院完全可以從已認定的事實事宜中作出推斷，解釋和補充說明相關事實事宜。

本案的爭議焦點在於，案發時被害人是否處於無能力抗拒的狀態。

我們無意忽略初級法院在“未能證明的事實”中指出：“案發過程中，被害人欠缺對第一被告之行為作出反抗的能力”。

¹² 終審法院 2008 年 10 月 15 日於第 35/2008 號案件中作出的合議庭裁判。

¹³ 見終審法院 2001 年 10 月 31 日在第 13/2001 號案中所作的合議庭裁判、2003 年 5 月 28 日在第 8/2003 號案中所作的合議庭裁判、2006 年 12 月 15 日在第 40/2006 號案中所作的合議庭裁判，以及 2012 年 5 月 16 日在第 20/2012 號案中所作的合議庭裁判。

這是一個結論性事實，屬於初級法院對其認定事實的結論性判斷。

如前所述，既然是結論性事實及判斷，則應被視為“不存在”，上訴法院並不必然受制於該事實及判斷，完全可以在初級法院所認定的具體事實的基礎上，從這些事實出發，就被害人是否有能力抗拒作出自己的、有別於甚至與初級法院截然相反的推斷和結論。

在被上訴裁判中，中級法院認為，基於初級法院認定的事實，從該等事實“所顯示的被害人的行為反應情況，尤其是‘任人擺佈’的狀態，根據經驗法則，必然客觀地認定其處於因醉酒而不能抗拒的狀態”。也就是說，中級法院作出了被害人處於無能力抗拒狀態的推論。

下面我們將從法院認定的事實出發，根據犯罪的構成要件來具體分析上訴人的行為是否構成其被判處的犯罪。

我們可以將法院認定的事實簡述如下（為方便起見，仍保留相關事實的序號）：

1. 上訴人案發時為[大學(1)]法學院教授，任法學院研究生院院長；

2. 被害人為內地居民，其於 2015 年來澳攻讀[大學(2)]心理學系博士課程，2018 年 05 月底完成有關課程，並擬離澳返回內地。

5. 上訴人在得知被害人即將離開澳門之後，在案發前一個月開始，偶爾會以被害人將離開澳門為由，主動邀請被害人出席上訴人與其學生和朋友的聚餐，同時，上訴人亦透過“微信”與被害人相互聯絡，閒聊餐聚和球賽等生活瑣事。

6. 2018 年 06 月 23 日晚約 19 時，被害人應約前往澳門北京街[菜館]，與上訴人、第二被告及第三被告等人一同聚餐。期間，上訴人與被害人均有飲用酒精飲料，被害人也有向在場人士敬酒，為此，被害人與多名在場人士共同飲完四瓶白酒，三名被告和被害人當時仍然清醒，且有足夠的行為能力。

7. 聚餐結束後，三名被告與被害人一同搭乘的士前往卡拉 OK 繼續消遣。

9. 2018 年 06 月 23 日約 22 時 45 分(監控時間約為 22 時 37 分)，四人相繼步入卡拉 OK，在 5 號枱卡位的一張曲尺型梳化座位坐下。

10. 2018 年 06 月 23 日約 22 時 45 分(監控時間約為 2018 年 06 月 23 日 22 時 50 分)，被害人因胃部不適，便在第三被告陪同下，離

開座位前往衛生間嘔吐。途中，雖然被害人步履有點不穩，期間手部曾扶了欄杆，但被害人能夠自行前往洗手間，且未見被害人需要他人攙扶。

11. 2018年06月23日約23時30分(監控時間約為2018年06月23日23時38分)，被害人與第三被告返回卡位。

12. 由於嘔吐後感到頭痛及頭暈，被害人顯得有點疲倦，被害人返回卡位並坐於第二被告右側梳化座位休息，當時，上訴人伸出雙手，要求被害人坐到其身邊位置。

13. 2018年06月23日約23時31分(監控時間約為2018年06月23日23時39分)，在第三被告離開不久，當時被害人已閉上雙眼，為此，上訴人直接走到被害人身邊，使用雙手擁抱被害人，不斷吸吻被害人的嘴唇。

14. 之後，上訴人仍不斷用嘴吸啜被害人的頸部及嘴唇，並撫摸被害人的胸部，以及隔著被害人的牛仔褲持續觸摸被害人下體及臀部位置。

15. 期間，被害人也抱著上訴人的腰部、扶著上訴人的手臂，並將手放在上訴人的胸部及腰部之間的位置。

18. 隨後，第三被告走到被害人旁邊拉著被害人的手，並陪同被害人離開座位並前往衛生間。

20. 2018年06月23日約23時56分(監控時間約為2018年06月24日零時02分)，被害人與第三被告丁返回卡位，當時，上訴人立刻拉起被害人一隻手，被害人便自己走到第一被告甲身旁坐下，並坐在第一被告甲的腿上(監控時間約為2018年06月24日零時02分25秒)。被害人與上訴人緊貼的坐姿持續逾17分鐘期間(約至監控時間為2018年06月24日零時19分41秒)，被害人不時轉換腿姿。

21. 於監控時間2018年06月24日零時19分41秒，上訴人將手伸入被害人的褲內，不斷撫摸被害人的陰部並將手指插入被害人陰道作出抽插動作。期間，被害人將坐姿改為躺臥的姿勢，為此，被害人自主地將腳放置在梳化上(由監控時間2018年06月24日零時23分44秒開始)。

22. 上訴人撫摸被害人的陰部並將手指插入被害人陰道作出抽插動作一直持續至監控時間2018年06月24日零時27分50秒。上訴人將右手從被害人的褲內抽回。

23. 上訴人與被害人上述的行為在U型梳化的右端發生，其時，

第二被告與第三被告則坐在同一梳化的左端交談和喝酒。

24. 約至 2018 年 06 月 24 日零時 19 分(監控時間約為 2018 年 06 月 24 日零時 28 分 18 秒)，上訴人拉開被害人上衣至胸圍位置，且伸手進被害人的衣服內撫摸被害人的胸部。

25. 在上訴人對被害人作出上述親密行為期間，坐在對面的第二被告至少十二次望向被害人，同時，第三被告也曾多次望向被害人。

27. 2018 年 06 月 24 日約零時 20 分 17 秒(監控時間約為 2018 年 06 月 24 日零時 28 分 17 秒)，上訴人再次親吻躺臥在梳化上的被害人。之後，其用右手抓起被害人的上衣，並隔着胸圍搓揉被害人的胸部。

28. 2018 年 06 月 24 日約零時 38 分 31 秒(監控時間約為 2018 年 06 月 24 日零時 48 分 31 秒)，上訴人再次用右手伸入被害人內褲，並將手指插入被害人陰道作抽插動作長達約 5 分鐘。

29. 在上訴人上述多次將手伸進被害人的陰部及用手指插入被害人陰道期間，被害人曾多次用手拉著上訴人的右手。

30. 卡拉 OK 的職員在接到 4 號枱卡位人士投訴及目睹上述情況

後，認為上訴人的動作十分不雅，故此，其前往酒吧辦公室向老闆已反映，已得知相關情況即前往察看。

31. 2018年06月24日約零時52分(監控時間約為2018年06月24日零時01時00分)，已來到5號枱卡位，當時，其見到被害人躺臥在梳化上，上衣拉高至肚臍位置，同時，上訴人則摟抱被害人的上半身，頭部靠向被害人頸部，為此，其上前拍打上訴人後背，要求上訴人行為檢點，以免影響其他客人，但是，上訴人僅回望已一眼且不作理會，其仍繼續與被害人作出上述行為。

34. 2018年06月24日約01時10分，已再次前來，由於上訴人繼續與被害人公然作出親熱的行為，已認為其不雅的行為會影響其他客人，故其走近上訴人要求其不要在店內親熱，至此，上訴人也停止了與被害人的親密行為。

35. 隨後，為免被害人與上訴人繼續作出上述不雅行為，已從梳化上拉起被害人，並著第三被告帶同被害人離開。

36. 其後，第三被告帶同被害人搭乘的士離開卡拉OK的。

37. 同日(即2018年06月24日)約01時38分(監控時間約為2018年06月24日01時46分)，上訴人與第二被告相繼離開卡拉OK。

38. 在被害人離開[卡拉 OK]後，上訴人自 2018 年 06 月 24 日約 01 時 14 分起，曾多次透過微信，詢問被害人身處何處，並聲稱要去找尋被害人，亦曾向被害人發出多次微信訊息。

首先，毫無爭議的是上訴人確實對被害人作出了重要性慾行為，包括“吸啜被害人的頸部及嘴唇，並撫摸被害人的胸部，以及隔著被害人的牛仔褲持續觸摸被害人下體及臀部位置”，並且“將手指插入被害人陰道作抽插動作”等等。上訴人對此並未提出任何質疑。其行為完全符合第 159 條第 2 款有關行為人“以身體某部分插入被害人陰道”的描述。

其次，上訴人對中級法院就被害人處於無能力抗拒狀態所作的認定提出了強烈的反對。

經分析法院認定的事實，並結合案發時的整體環境以及一般經驗法則，我們認同中級法院就被害人在案發時不具有抗拒能力所作的推論。

從上面轉錄的事實可見，在案發前，上訴人與被害人之間並沒有很親密的私人關係，至少沒有很私密的關係。他們之間的聯繫在於偶爾與朋友一起的聚餐以及有關閒聊餐聚和球賽等生活瑣事的微

信聯絡。

在案發前的聚餐期間，被害人飲用了酒精飲料，也向在場人士敬酒。被害人與多名在場人士共同飲完四瓶白酒。

雖然被害人“當時仍然清醒，且有足夠的行為能力”，可以步行進入卡拉 OK，並在梳化座位坐下，但隨即在第三被告的陪同下離開座位前往衛生間嘔吐，途中雖然被害人步履不穩，手部曾扶持欄杆，但能夠自行前往洗手間，未見需要他人攙扶，直至約 45 分鐘後才與第三被告一起返回卡位（2018 年 06 月 23 日約 22 時 45 分至約 23 時 30 分）。當時被害人感到頭痛及頭暈，顯得有點疲倦，並閉上眼睛。約 23 時 45 分後，第三被告走到被害人旁邊拉著被害人的手，並陪同被害人離開座位並前往衛生間，約 23 時 56 分被害人與第三被告返回卡位。由此可知，被害人因飲酒而須兩次在第三被告的陪同下前往衛生間，第一次有嘔吐，且為時約 45 分鐘，第二次是由第三被告拉著手並陪同離開座位前往衛生間。由此我們可以對被害人飲酒後的狀態及酒精對被害人的影響作出一定判斷，尤其是其第一次在衛生間的時間很長，而第三被告一直陪同，沒有自行先返回座位。

被害人兩次返回座位後，上訴人隨即對其作出法院認定的事實中所描述的並導致其被判罪的親密行為。該等行為全部都是上訴人

作出的，在法院認定的事實中未見被害人曾主動作出任何諸如親吻和撫摸上訴人等重要性慾行為。

有必要重申的是，案中未見上訴人與被害人之間存在可以令上訴人認為或推測被害人同意或至少接受其作出重要性慾行為，尤其是導致其被判處的行為的私密關係，案發過程中上訴人也未有任何允許或接受被害人如此行為的意思表示。

值得留意的還有案發時的周圍環境。上訴人是在涉案卡拉 OK 的公眾地方（而非包間等相對隱蔽之處）作出上述親密行為，當時除第二被告及第三被告之外，還有其他人士在場。上訴人的行為引起了其他人的注意，他們甚至向卡拉 OK 職員投訴，以至卡拉 OK 老闆兩次前往察看，要求上訴人行為檢點，第二次甚至直接從梳化上拉起被害人，讓第三被告帶同被害人離開。其後，第三被告帶同被害人搭乘的士離開了卡拉 OK。

卡拉 OK 老闆直接拉起被害人並讓第三被告帶同被害人離開，而被害人確實是由第三被告帶同離開的事實也從另一個角度反映了被害人當時醉酒的狀態。

考慮到案件發生於公眾場所，眾目睽睽之下，而被害人來自中

國內地，而且中國女性在性方面一般較為保守，法院可以作出以下合理的推測：如果被害人當時有足夠能力形成有效的意思並且能對上訴人的行為表示抗拒，那麼至少會作出躲避等行為，斷然不會在大庭廣眾之下任由上訴人在不短的時間內重複作出法院認定的事實中所描述的行爲！

因此，在綜合考慮法院認定事實的基礎上，同時結合一般經驗法則，我們認為案發時被害人處於《刑法典》第 159 條所規定的“無能力抗拒的狀態”。

顯然，被害人飲酒過量，但並未因飲酒而完全處於絕對無意識或絕對無能力的狀態。

上訴人指稱，“需要受害人達至深度酒醉(*coma alcohólica*)，而不是部分或不完整的酒醉，並需要導致被害人無法明白和反抗才能符合上述要件”。對此我們不能予以認同。

我們認為，性侵犯無能力抗拒者罪的構成要件並不要求被害人完全或絕對喪失意識或完全或絕對處於無能力抗拒的狀態，不必然排除部分無意識或部分無能力的情況。關鍵在於在具體個案中釐清被害人在面對侵犯行為時是否有足夠能力形成意思或自由地作出有

效的意思表示，對上訴人的行為作出抗拒，由此而反映其受法律保護的性自由是否受到侵犯。只要上訴人無能力的狀態達到相當的程度，以至其對性的自由決定受到實質的限制和阻礙，則應認為符合了相關犯罪構成要件。換言之，無需被害人處於完全喪失神志的狀態，只要其不能正常判斷相關行為的意思，無法作出抗拒即可，也無需被害人竭盡所能進行抗拒¹⁴。

事實上，並非必須達到上訴人在其上訴理由陳述中所指的諸如“昏迷、對外界無反應、不能言語、癱倒、不能行走等現實生活中常見的嚴重醉酒狀態”才符合上述犯罪構成要件。當然，上訴人所述為最明顯的例子，但現實生活中不乏其他並非如此嚴重的真實個案，一如我們在本案所面對的情況。

在法院認定的事實中，我們看到被害人也曾作出一些動作，諸如抱著上訴人的腰部、扶著上訴人的手臂、將手放在上訴人胸部及腰部之間的位置、坐在上訴人的腿上並不時轉換腿姿，在上訴人不斷撫摸被害人的陰部並將手指插入被害人陰道作出抽插動作的期間將坐姿改為躺臥的姿勢，並將腳放置在梳化上等等。

上訴人辯稱，被害人的上述行為是“配合上訴人的行為”。中級

¹⁴ Manuel Lopes Maia Gonçalves 所著《Código Penal Português Anotado e Comentado – Legislação Complementar》，2007年，第18版，第636頁至第637頁。

法院則認為，在上訴人不能抗拒的狀態下，該等行為不能被視為被害人“主觀所控制的行為”。

考慮到被害人當時因飲酒過量所處的狀態，即使並非完全無意識，但可以肯定地說，被害人的神志已經模糊不清，已經沒有足夠的能力去形成或自由表達其意思，抗拒上訴人的侵犯。

在這樣的情況下，本院實無法將被害人的行為如上訴人所聲稱的那樣視為其有意識作出的配合上訴人的行為。以一般常理來說，在飲酒過量又受到性刺激的時候，任何人都可能作出一些屬於自然反應的行為，例如在親吻時抱住對方的頸部或腰部，在對方撫摸陰部並將手指插入陰道期間將坐姿改為臥姿等等。但這些動作不應被視為願意或至少接受性慾行為的有意識行為。

即使被害人作出了上述舉動，但考慮到被害人當時醉酒以至神志模糊不清的情況，被害人的上述舉動並不意味著被害人有意識地通過這些動作表示其同意或至少接受上訴人的行為。

上訴人還以案中沒有任何關於被害人的酒精測試報告，也沒有專家或法醫對被害人的精神狀態作出評估為由質疑中級法院作出的有關被害人無能力抗拒的推論。

必須指出的是，酒精測試並非唯一能夠證明被害人處於上述狀態的方式，即使酒精測試顯示某一人士血液中的酒精含量較高，也並不意味著該人必然處於不能抗拒的狀態，因為眾所周知的是，酒精對身體的影響因人而異。

同時，沒有對被害人的精神狀態作出評估也不妨礙法院根據認定的事實以及一般經驗法則就被害人當時的狀況作出判斷，得出被害人處於無能力抗拒狀態的結論。

上訴人還就有關犯罪的第二個構成要件—即利用被害人所處的喪失意識或無能力抗拒的狀態—提出質疑，辯稱其“沒有能力”判斷被害人是否處於該狀態，無法形成“利用”的犯罪動機。

我們完全不明白上訴人的“沒有能力”，因為法院認定的事實顯示上訴人是有能力作出相關判斷的。

如前所述，案發前上訴人與被害人之間沒有任何私密關係，作為法律學者及[大學(1)]法學院教授，上訴人完全清楚需要獲得被害人的同意才可以作出重要性慾行為，尤其是導致其被判刑的行為。但在法院認定的事實中未見上訴人與被害人之間曾進行交談，包括在

上訴人作出親密行為之前。被害人當時已經處於醉酒狀態，需要在第三被告陪同下兩次前往衛生間，甚至在衛生間停留較長時間，在場的上訴人不可能不知道這種情況。從衛生間返回後，被害人已閉上雙眼，上訴人直接走到被害人身邊，隨即開始主動並持續作出涉案行為。在案發期間內，上訴人曾數次與第二被告交談，並在被害人離開卡拉 OK 不久後多次向被害人發出微信訊息，詢問被害人身在何處，並聲稱要去找尋被害人。

試問，在正常情況下，並無私密關係的一方會直接親吻撫摸對方嗎？在本案中，如果被害人的情況正常，上訴人會在沒有預先交流的情況下直接作出親密行為嗎？這種行為顯然有違常理。

由此可知，上訴人明顯不處於其聲稱的“因醉酒而喪失意識的狀態”，並非“沒有能力”判斷被害人所處的狀況。

相反，從法院認定的事實所反映的具體情節來看，應該得出上訴人明知被害人當時所處的狀態，但決定利用該狀態，以達到其目的的結論。

即使不如此認為，我們也可以肯定地說，上訴人的行為完全符合其被判處的犯罪的構成要件。

如前所述，立法者並不要求行為人必須認知被害人的無能力狀態，只要這種狀態使行為人可以進行性侵犯或明顯地使其更容易進行性侵犯即可。

同時，在犯罪故意方面，只要行為人有或然故意便足矣。

眾所周知，按照故意程度的不同，立法者將故意分為三種類型，分別為直接故意、必然故意及或然故意，或然故意為強度最弱的一種。

根據《刑法典》第 13 條第 3 款的規定，“明知行為之後果係可能使符合一罪狀之事實發生，而行為人行為時係接受該事實之發生者，亦為故意。”

本終審法院認為，“構成以或然故意觸犯罪行，要求行為人意識到或預料到非法事實的實現是其行為的可能結果，以及其接受或同意實現該事實的意願，達致不放棄實現其最終意圖，儘管其目的不是實施有關罪行。¹⁵”¹⁶

在本案中，綜合分析法院認定的事實並結合一般經驗法則，應

¹⁵ 參閱 Manuel Cavaleiro de Ferreira 著，《*Lições de Direito Penal*》，里斯本／聖保羅，VERBO 出版社，1992 年版，第 295 至 298 頁。

¹⁶ 終審法院 2006 年 5 月 24 日在第 14/2006 號上訴案件中作出的合議庭裁判。

該說一般人即使沒有明確知道被害人已處於無能力抗拒的狀態，也至少能夠意識到她極可能處於該狀態，並在接受該狀態為事實的情況下仍作出不法行為。

基於以上理由，我們認為上訴人的行為符合其被判處的第 159 條第 2 款所規定及處罰的犯罪的全部構成要件。

不存在上訴人所指責的法院認定的事實不足以支持作出裁判、被上訴法院違反無罪推定原則及疑罪從無原則的瑕疵，也未見中級法院在適用法律方面出現錯誤。

因此，上訴人提出的上訴理由不能成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定如下：

- 不受理上訴人就中級法院依職權裁定精神損害賠償的決定所提起的上訴；

- 上訴人針對中級法院合議庭裁判的刑事部分提起的上訴敗訴，維持被上訴裁判。

訴訟費用由上訴人承擔，司法費訂為 12 個計算單位。

宋敏莉

岑浩輝

司徒民正

[Considerando – especialmente – que o arguido tinha sido absolvido da imputada prática do crime de “violação”, p. e p. pelo art. 157º, n.º 2 do C.P.M., e que no recurso do assim decidido pedia o Exmo. Magistrado do Ministério Público o “reenvio dos autos para novo julgamento” em virtude da assacada existência de vícios – de “erro notório” e “insuficiência” – da decisão da matéria de facto, não devia o Tribunal de Segunda Instância efectuar uma “alteração da qualificação jurídico-penal da matéria de facto”, e, assim, decidir pela (imediata) condenação do arguido como autor da prática de um crime de “abuso sexual de pessoa incapaz de resistência”, p. e p. pelo art. 159º, n.º 2 do C.P.M., sem antes observar o contraditório e o notificar (previamente) para se pronunciar sobre tal possibilidade de “requalificação” oficiosa da factualidade dada como provada no Acórdão absolutório do Tribunal Judicial de Base.]

2022 年 7 月 27 日