

上訴案第 430/2019 號

上訴人：檢察院

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情敘述

澳門特別行政區檢察院控告嫌犯：

- 第一嫌犯 AXX 為直接正犯，其以既遂方式觸犯《刑法典》第 157 條第 2 款規定及處罰的一項強姦罪。
- 第二嫌犯 BXX 以從犯和既遂方式觸犯《刑法典》第 26 條第 1 款和第 157 條第 2 款規定及處罰的一項強姦罪，其行為以競合方式觸犯《刑法典》第 194 條第 1 款及第 2 款所規定及處罰的一項幫助之不作為罪。
- 第三嫌犯 CXX 以從犯和既遂方式觸犯《刑法典》第 26 條第 1 款和第 157 條第 2 款規定及處罰的一項強姦罪，其行為以競合方式觸犯《刑法典》第 194 條第 1 款及第 2 款所規定及處罰的一項幫助之不作為罪。

並請求初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR2-18-0404-PCC 號案件中，經過庭審，最後作出了以下的判決：

- 指控第一嫌犯 AXX 以直接正犯、故意及既遂的方式所觸犯的《澳門刑法典》(經第 8/2017 號法律所修改)第 157 條第 2 款

所規定及處罰的一項「強姦罪」，判處罪名不成立。

2. 指控第二嫌犯 BXX 及第三嫌犯 CXX 以從犯、故意及既遂的方式所觸犯的《澳門刑法典》第 26 條第 1 款和 (經第 8/2017 號法律所修改) 第 157 條第 2 款所規定及處罰的一項「強姦罪」(從犯)，及以從犯、故意及既遂的方式所觸犯的《澳門刑法典》第 194 條第 1 款及第 2 款所規定及處罰的一項「幫助之不作為罪」(從犯)，均判處罪名不成立。
3. 三名嫌犯無訴訟費用的負擔。

檢察院不服判決，向本院提起了上訴：

1. 在本案中，檢察院控訴第一嫌犯 AXX 為直接正犯，以既遂方式觸犯《刑法典》第 157 條第 2 款規定及處罰的一項「強姦罪」。
2. 檢察院控訴第二嫌犯 BXX 及第三嫌犯 CXX 以從犯和既遂方式觸犯《刑法典》第 26 條第 1 款和第 157 條第 2 款規定及處罰的一項「強姦罪」，其行為以競合方式 (直接正犯方式) 觸犯《刑法典》第 194 條第 1 款及第 2 款所規定及處罰的一項「幫助之不作為罪」。
3. 經庭審後，原審法庭裁定上述三名嫌犯的所有控罪均不成立。
4. 就本案三名嫌犯均被判處罪名不成立的決定，檢察院提出以下兩個方面的上訴理由，分別是“原審法院對未證事實的認定存在瑕疵”及“原審法院變更、增加及刪除控訴書的指控事實但並無作出相應通知，且沒有就控訴書第 28 條及第 33 條的控訴事實作認定”。
5. 對此，我們認為，被上訴判決違反了《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項所列的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，以及違反了《刑事訴訟法典》第 339 條的規定及沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項所列之「獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判」的瑕疵。
6. 關於第一嫌犯 AXX，檢察院認同原審法庭認定第一嫌犯於案發

期間具有充足的意識及行為能力；同時，本院亦認同原審法庭認定第一嫌犯案發時確有將手指插入被害人的陰道（不管是否有隔著內褲），並作抽插動作。

7. 對於被上訴判決羅列的“判案理由”，尤其是“原審法庭認定被害人在案發期間具有足夠的意識及行為能力”，以及“原審法庭認為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”（見卷宗第 942 頁背面至第 948 頁），在對不同法律（理解表示充分尊重的前提下，檢察院就原審法院作出的與客觀事實不符的判案理由提出質疑。
8. 分析案發過程和案中所含證據，除了應有的尊重以外，我們認為，原審法庭認定被害人在案發期間具有足夠的意識及行為能力的該一判斷應該存在錯誤，相反，案中以下事實證明，被害人在案發期間並不具有足夠的意識及行為能力。
9. 需考慮的第一項事實是：被害人離開「D 菜館」時已呈醉酒意識不清的狀態。根據「D 菜館」提供的監控錄像可見，被害人於飯局結束之後，在離開菜館時需由他人攙扶進入升降機。由此可見，被害人離開菜館時已呈醉酒狀態（見卷宗第 293 頁，監控時間為 2018 年 6 月 23 日的 22 時 26 分 11 秒；為上訴之效力，。扣押在本案的涉事光碟的內容，以及載於卷宗第 72 及 73 頁，第 103 至 129 頁，第 281 至 294 頁及第 426 至 465 頁的觀看光碟筆錄，其內容在此視為完全轉錄）。
10. 需考慮的第二項事實是：被害人對 2018 年 6 月 23 日 23 時 38 分 19 秒至 23 時 45 分 52 秒的時段內發生過的事情毫無記憶。客觀的錄像記錄顯示，在該 23 時 38 分 19 秒至 23 時 45 分 52 秒的時段之內，被害人完全沒有自主的反應，其閉著眼睛、目無表情且身體表現僵硬，該等跡象表明，被害人當時明顯處於失去意識的狀態。另一方面，參閱被害人的供未來備忘用之聲明內容（見卷宗第 14 及的頁，以及第 153 及 154 頁，其內容在此視為完全轉錄），被害人對該一時段之內發生的事情毫無記憶（被害人敘述的嘔吐後發生的侵犯是發生在第二時段內（即 2018 年 6 月 24 日監控時間的 00 時 02 分 28 秒至 01 時

20 分 19 秒)，為此，生活經驗告訴我們，被害人當時實因酒醉致處於無意識的狀態。

11. 需考慮的第三項事實是：被害人在離開 5 號卡位時需卡拉 OK 東主 EX 協助下才成功穿上拖鞋。根據被害人的證言描述，被害人在卡拉 OK 嘔吐之後仍有頭痛頭暈，以及四肢乏力的情況。由被害人進入卡拉 OK 至其離開之時，時間已經超過兩個小時，期間，被害人曾前往洗手間嘔吐，為此，其酒醉狀況可能隨著嘔吐以及經過的時間致有所緩和但仍處於酒醉迷糊狀態下，因為，在被害人離開酒吧之時，其需經卡拉 OK 東主 EX 多次拍打被害人的腳部作出協助，被害人才可成功穿上拖鞋離開 5 號卡位。
12. 需考慮的第四項事實是：被害人的供未來備忘用的聲明內容合理可信。對於案發過程的最初時段，即 2018 年 6 月 23 日監控時間的 23 時 38 分 19 秒至 23 時 45 分 52 秒期間，被害人無法記起第一嫌犯對其作出的侵犯行為，為此，在其供未來備忘使用的聲明筆錄之中，被害人沒有提及相關內容，然而，原審法庭仍然認為，被害人“能夠詳細憶述出案發當日的事實經過”。對此，我們重申對原審法庭的理解表示應有的尊重，但是，我們不得不強調，原審法庭的上指判斷明顯地與事實不符。分析被害人的供未來備忘用的聲明內容，我們可以成受到被害人已盡其所能進行回憶以將事發經過告知警方及司法當局。另外，根據卷宗第 3 頁的資料，被害人在 2018 年 6 月 24 日上午 8 時前往治安警察局第一警司處報稱被人性侵，倘若被害人在案發期間其有足夠的意識及行為能力，其無需報案期間，為確定事發地點而假借與第三嫌犯 CXX 透過「微信」對話，以確定誰人將被害人送至卡拉 OK 門口，以藉此確定其被侵犯的事發地點及案發期間的在場人士（見卷宗第 883 至 889 頁）。
13. 故此，基於以上這四個方面的事實，除了應有的尊重以外，我們認為，原審法庭確信“足以認定被害人在案發期間具有足夠的意識及行為能力”的此一立場並不成立，相反，被害人在案發期間並不具有足夠的意識及行為能力。

14. 關於事發期間被害人的意願，原審法庭認為“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”。針對原審法庭就被害人意願的主觀因素所作的判斷，除了應有的尊重以外，檢察院客觀上無法認同，並重點分析案件之中值得特別思考的以下事實的問題。
15. 需考慮的第一個事實問題是：被害人沒有主動對第一嫌犯作出撫摸行為。錄像記錄中可看到，被害人的左手曾經放在第一嫌犯的右手臂之上，但是，這一情況是基於第一嫌犯的右手撥到被害人的左手，相關行為並非被害人主動親密地作出撫摸第一嫌犯的行為。故此，原審法庭認為，“……被害人在第一嫌犯親吻她的過程中，自主地將左手放在第一嫌犯的右手臂上輕扶著”，此一認定應與客觀事實並不相符。
16. 需考慮的第二個事實問題是：原審法庭明顯錯誤理解被害人的供未來備忘用聲明的內容。原審法庭將被害人在供未來備忘用的聲明提及的在第二時段（即 2018 年 6 月 24 日監控時間的 00 時 02 分 28 秒至 01 時 20 分 19 秒）發生的行為視為亦在上述第一時段（即 2018 年 6 月 23 日監控時間約 23 時 38 分 19 秒至當晚的 23 時 45 分 52 秒）發生的行為，對此，我們不得不遺憾地指出，基於對不同時段發生的侵犯行為的認定發生錯誤，原審法庭因此對被害人的所謂自願配合問題也作出不符實際的判斷（見卷宗第 14 頁背面及第 15 頁）。
17. 需考慮的第三個事實問題是：被害人並非自願坐在第一嫌犯的大腿上。根據被害人所言，其在前往洗手間嘔吐後，仍有意識迷糊不清的情況。檢察院認為，在被害人被侵犯的過程之中，被害人並非自主地坐在第一嫌犯的大腿之上，因為，根據監控錄像顯示的 2018 年 6 月 24 日 00 時 02 分 25 秒的片段（即 ch12 之片段），第一嫌犯及被害人兩人當時相隔一段距離（因第二嫌犯坐於兩人之間的卡位），第一嫌犯拉動被害人的手，該一行為致使被害人跌坐在第一嫌犯的大腿之上。
18. 需考慮的第四個事實問題是：被害人未能預料在其嘔吐並返回卡位之後，其會被第一嫌犯用手指插入陰道作出性侵之事。正

如我們所述，在第一時段（2018年6月23日監控時間約23時38分19秒至當晚的23時45分52秒），被害人處於酒醉不清的狀態，在第一嫌犯吻向被害人並隨後將手放在被害人腰間，隔著被害人的牛仔褲持續觸摸被害人下體、臀部和左胸等位置的時候，被害人因酒醉導致在此段時間沒有被侵犯的記憶，被害人因不知道該一時段發生的被侵犯事件致其在供未來備忘用的聲明中完全沒有提及該一時段發生的事情。在2018年6月23日監控時間的23時56分，被害人與第三嫌犯離座嘔吐。在2018年2月24日監控時間的00時02分被害人返回該5號卡位，即發生第二時段的性侵。被害人如何能夠預料第一嫌犯將會使用手指插入其陰道的性侵行為？

19. 需考慮的第五個事實問題是：被害人在第二時段被侵犯時，曾不斷作出大力蹬腳及大幅度擺動身體的反抗，其多次反抗行為甚至導致其下半身跌入卡位與枱桌之間的空隙。案中監控片段顯示，在卡拉OK的U型卡座與擺放飲料的枱桌之間存在空間，在第一嫌犯將手伸入被害人褲內撫摸被害人陰部並用手指插入被害人陰道作出抽插動作的期間，被害人曾不斷作出大力蹬腳及大幅度擺動身體的抵抗，該等反抗動作曾導致受害人的下半身跌入卡位與枱桌之間的空隙。在此，我們實在未能理解，在被害人已採取盡其所能的方法作出反抗之時，為何原審法庭還要理想地認為，被害人當時仍可用腳掃走檯面的物品才可視為反抗？

20. 需考慮的第六個事實問題是：被害人兩次大聲發出“呀”的聲音。根據身為卡拉OK侍應的證人FXX的庭審聲明，其於案發時段在卡拉OK的水吧工作，期間，其耳聽到身處5號卡位的被害人有發出“呀”的聲音，其第一次聽到該“呀”的聲音持續發出約十多分鐘，另一次其聽到該“呀”的聲音持續發出幾分鐘，雖然證人FXX稱無法判斷該聲音的意思，但是，倘若被害人“自願”地接受並且有意識地配合第一嫌犯撫摸其陰部及用手指插入其陰道不斷抽插的動作，那麼，在眾目可見的卡位和在店內有播放音樂的環境之下，根據一般的經驗判斷，被害人應未致於因興奮而發出令站在相距被害人所在的5號卡位約8米處的證

人 FXX 可聽到的“呀”的聲音。值得注意的是，至少在第一嫌犯兩次將手伸入被害人身穿的牛仔褲並用手指插入被害人陰道分別作出長約 8 分鐘及約 5 分鐘的抽插期間，第一嫌犯均強吻被害人並用嘴堵住被害人的嘴，試問，根據經驗法則，在這樣的情況下，被害人除了盡其所能發出“呀”的聲音之外，我們還能合理地要求被害人喊出更多的呼救字句？

21. 需考慮的第七個事實問題是：被害人在 2018 年 8 月 24 日 01 時 00 分 33 秒至 01 時 19 分 34 秒監控時段曾雙臂緊抱頭面致手肘交疊作阻擋及遮掩並持續哭泣。本案錄像記錄顯示，2018 年 6 月 24 日監控時間的 01 時 00 分 33 秒，卡拉 OK 東主即證人 EX 拍了第一嫌犯的背部四次之後，第一嫌犯才由地上坐回梳化，當時，被害人即時拉好上衣並將其雙臂緊抱頭面致手肘交疊；同時，錄像亦顯示，由監控時間的 01 時 00 分 33 秒開始，除了將雙臂緊抱頭面致手肘交疊放在自己頭面作阻擋及遮掩，被害人亦不時把口張大並伴有胸口抽動起伏的表現，相關行為明顯是持續哭泣的動作；此外，錄像亦可顯示被害人表情痛苦及不開心，其哭泣的情況持續至同日監控時間的 01 時 19 分 34 秒，期間更加可見，在 01 時 19 分 34 秒之時，被害人坐在 5 號卡位並用雙手作出抹眼淚的動作（見卷宗第 123 頁背面至第 127 頁背面和第 456 至 463，以及相關的錄像）。另外，在 2018 年 6 月 24 日 01 時 00 分 33 秒至 01 時 19 分 34 秒的監控時段之內，尤其在監控時間的 01 時 00 分 44 秒，01 時 02 分 57 秒及 01 時 03 分 57 秒的錄像可見（見卷宗第 124 及 125 頁，以及相關的錄像），被害人曾以其雙手阻擋並用手推開第一嫌犯，以阻止第一嫌犯繼續對其作出侵犯動作，對此，我們不妨冷靜地考慮，如果被害人對第一嫌犯的性慾行為持自願接受的態度，為什麼被害人不緊抱第一嫌犯的頭頸位置以便第一嫌犯可以更加方便地緊貼被害人以進行接吻？

22. 需考慮的第八個事實問題是：案中無任何資料顯示被害人為避免家人知道其與其他男子作出親密行為而作出報案的動機。對此，檢察院認為，本案沒有任何資料顯示被害人是出於為免家人知道其與其他男子作出親密行為而報案的動機，相反，卷宗

資料顯示，被害人的丈夫及家人均非在本澳居住，由事發至被害人前往治安警察局報案亦只相隔數小時，案中並無資料顯示被害人的丈夫及家人當時已知悉是次性侵事件並向被害人施壓的情況；此外，根據被害人的供未來備忘用聲明的內容，被害人在回到宿舍並待意識清醒後，其將事件告知室友相征，並在朋友勸喻下在 2018 年 6 月 24 日上午 8 時前往治安警察局報案求助（見卷宗第 15 及 3 頁）。

23. 基於上述提及的八個事實問題，除了應有的尊重以外，我們認為，根據生活法則，原審法庭認為“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、沒有受委屈而嚎陶大哭的表現，也未見第一嫌犯使用了令被害人屈服的暴力手段，被害人更並非處於無法抵抗的狀態”的立場並不成立。
24. 總體分析案件錄影資料所載的影像並結合被害人的聲明陳述，在對原審法庭表示應有尊重的前提下，本案判決令人大惑不解的是，為什麼原審法院在被上訴判決中認定被害人一直有自主反應？被害人未見出現喪失意識且“自願”與第一嫌犯在卡位內“配合”作出相關的親吻？被害人“自願”且“配合”讓第一嫌犯撫摸胸部、臀部及下體，並讓第一嫌犯將手伸入其身穿的牛仔褲並用手指插入其陰道不斷作出抽插的一連串動作？
25. 根據經驗法則：檢察院不得不提出案中存在以下三個未能合理解釋的疑問：1)如果案中所述的親密行為是被害人與第一嫌犯在“自願”的情況下發生，彼等兩人為何不前往卡拉 OK 所在的酒店或者附近的酒店租用房間，在酒店房間內不受任何打擾且在其他人士不知情的情況下兩人作出相關的連串行為（第一嫌犯及被害人均已在本澳生活一段頗長的時間，理應知道涉事卡拉 OK 附近有多家酒店）？2)甚或第一嫌犯與被害人“自願”但不想前往酒店房間，那麼，兩人仍可在卡拉 OK 的洗手間或者其他非公開的隱蔽場所進行相關的連串動作，為何作為年青高級知識份子的被害人沒有保持按照傳統或者經驗法則應該持有的羞恥心，要在卡拉 OK 的公共卡位的公開場所與第一嫌犯

作出可供在場的熟識及不熟識的人士“坦蕩蕩”地觀看的性慾行為的整個過程？3)對於性侵案件，按照一般的經驗法則，被害人報警將承受較大的壓力，本案沒有資料顯示被害人和第一嫌犯之間存在私人之間的矛盾；同時，案中亦無法表明被害人報警的目的在於排除家人對其與其他男子存在親密關係的壓力，如此，如被害人不是因為性侵事件對其構成真正的侵害和傷害，如何能夠解釋被害人在事發後報警的動機？

26. 對此，我們認為，被上訴判決的此一部分違反了《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項所列的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵。
27. 至於第二嫌犯 BXX 及第三嫌犯 CXX，檢察院未能認同原審法庭對第二嫌犯 BXX 及第三嫌犯 CXX 的開釋理由。檢察院不認同原審法庭裁定關於第二嫌犯及第三嫌犯被控事實屬於未能獲得證實的事實，被上訴判決的此一部分違反《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項所列的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵。
28. 因為，檢察院認同原審法庭的判斷，即事發時，第二嫌犯及第三嫌犯並不存在意識不清或行為能力不足的情況。
29. 然而，檢察院認為，被上訴判決就開釋第二嫌犯及第三嫌犯的“判案理由”並不符合對證據進行自由心證所依賴的一般經驗法則。
30. 根據卷宗所載的客觀證據資料（包括監控錄影片段），第二嫌犯及第三嫌犯在 2018 年 6 月 23 日晚上與第一嫌犯及被害人一同到達案發的卡拉 OK，彼等四人同坐於上述的 5 號枱卡座，彼此之間沒有任何視線遮擋，當時，第二嫌犯及第三嫌犯亦無出現意識不清的情況。
31. 另一方面，在 2018 年 6 月 23 日監控時間的 23 時 38 分 19 秒至 23 時 45 分 54 秒的第一時段，監控片段拍得第一嫌犯對被害人作出本案被指控的侵犯行為之時，正如被上訴判決的第 16) 及 25)點已證事實所言，第二嫌犯曾四次對第一嫌犯作出 OK 手勢，並且，在第一嫌犯的整個作案過程之中，第二嫌犯至少

曾十二次望向被害人，同時，第三嫌犯也曾多次望向被害人；甚至，有關的錄像也顯示，被害人曾多次用單腳或雙腳踢向第二嫌犯求助，但是，第二嫌犯均只是望一下被害人但並無向被害人施以援手或者對第一嫌犯侵犯被害人的行為作出勸解或者阻止。

32. 另一方面，在案發時段內，站在與 5 號枱卡位相距約 8 米的證人 FXX 在水吧工作時，即使在店內開播音樂的情況下，其亦聽到身處 5 號枱卡位的被害人發出“呀”的聲音，其中，該證人第一次聽到該“呀”聲約在十餘分鐘持續發出，其第二次聽到該“呀”聲音約持續數分鐘發出，如此，為何事發時與被害人坐在同一卡位的第二嫌犯和第三嫌犯卻沒有反應，讓第一嫌犯繼續侵犯被害人？該兩名同在現場的嫌犯期間居然沒有了解被害人與第一嫌犯之間發生何事？
33. 此外，分析第二嫌犯及第三嫌犯的庭審聲明，該兩名嫌犯案發時知道第一嫌犯和被害人之間只屬普通的前輩及晚輩關係，倘若，基於第二嫌犯及第三嫌犯對作為師長的第一嫌犯的尊敬及愛護，何解第二嫌犯和第三嫌犯在事發現場沒有即時向第一嫌犯作出了解、勸導及阻止，從而避免為人師表的第一嫌犯於公共場合作出醜行？
34. 按照普通人均能理解的經驗法則，在對原審法庭表示應有的尊重的基礎上，面對案件存在的客觀證據，我們無法不提出以下疑問：1)原審法庭怎麼能夠認定“第二嫌犯及第三嫌犯知悉被害人遭受侵害”為未能證明的事實？2)原審法庭怎麼能夠認定“被害人用踢腳第二嫌犯的身體以示求助”為未能證明的事實？3)原審法庭怎麼能夠認定“第三嫌犯清楚看到及聽到被害人受到侵害”為未能證明的事實？4)原審法庭怎麼能夠認定“當時，第二嫌犯和第三嫌犯明知第一嫌犯正在對被害人作出性侵行為，仍故意分散 EX 的注意力，該兩名嫌犯的行為直接使第一嫌犯在作出上述性侵行為時得到彼等精神上及實質上的支持”為未能證明的事實？5)原審法庭怎麼能夠認定“第二嫌犯和第三嫌犯明知第一嫌犯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”為未能證明的事實？6)原審法庭怎麼能夠認定“第二嫌犯及第三嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，明知第一嫌犯侵犯被害人的性自由及性自決，但是，該兩名嫌犯仍在精神上作出支持第一嫌犯的行為”為未能證明的事實？

35. 為此，經審慎分析並在對原審法庭表示充分尊重的前提下，檢察院認為，原審法庭就以上關於第二嫌犯及第三嫌犯的事實認定均違反經驗法則。
36. 《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項列明的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵是指，對於原審法庭所認定的既證事實及未被其認定的事實，任何一個能閱讀原審法庭判決書內容的人士在閱讀後，按照人們日常生活的經驗法則，均會認為法庭對案中爭議事實的審判結果屬明顯不合理，或法院從某一被視為認定的事實中得出一個邏輯上不可被接受的結論，又或者法院在審查證據時違反了必須遵守的有關證據價值的規則或一般的經驗法則，而這種錯誤必須是顯而易見的錯誤（可參見中級法院第 826/2018 號及第 637/2016 號裁判書）。
37. 基於上述的各項理據，檢察院認為原審法庭判決書之內關於第一嫌犯、第二嫌犯及第三嫌犯的“未獲證明的事實”應完全獲證明。
38. 被上訴判決違反了一般的經驗法則，違反一般生活常理，違反了《刑事訴訟法典》第 114 條規定的法官自由心證。
39. 基於此，檢察院現請求尊敬的中級法院法官閣下根據《刑事訴訟法典》第 415 條的規定再次調查證據，重新審查被害人的供未來備忘用的聲明及播放本案的錄影光碟，以查明上述未獲證明的事實，尤其被害人對第一嫌犯的侵犯無反抗能力，認定被上訴判決違反了《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，並沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項所規定的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，裁定本上訴理由成立，廢止原審判決中的瑕疵部分，並根據《刑事訴訟法典》第 418 條之規定，將本案發回初級法院進行重審，由另一合議庭重新審理。

40. 本案的另一上訴理由為“原審法院變更及增加控訴書的指控事實但並無作出相應通知，且沒有就控訴書第 28 條及第 33 條的控訴事實作認定”。
41. 檢察院將本案的控訴書所載之控訴事實與被上訴判決的“已查明事實”及“未能證明的事實”作對此，發現原審法庭自行將本案控訴書內載的控訴事實，作出了重要的變更，變更了檢察院控訴書的第 5 條、第 6 條、第 7 條、第 10 條、第 12 條、第 13 條、第 14 條、第 16 條、第 17 條、第 19 條、第 20 條、第 21 條、第 22 條、第 23 條、第 24 條、第 25 條、第 27 條、第 30 條、第 34 條、第 35 條、第 36 條及第 39 條控訴事實的內容，繼而將該等經變更的內容認定為被上訴判決的“已查明事實”（見卷宗第 654 至 659 頁，以及第 933 至 949 頁，其內容在此被視作完全轉錄）。
42. 此外，檢察院亦發現原審法庭自行在被上訴判決的“已查明事實”增加了第 15)點所述的內容（見卷宗第 939 頁背面）。
43. 然而，該等對本案的判決屬重要的變更及增加，原審法庭完全沒有根據《刑事訴訟法典》第 339 條的規定向作為控訴方之檢察院作出通知，違反了《刑事訴訟法典》第 339 條的規定。
44. 另外，原審法庭沒有就控訴書第 28 條及第 33 條的控訴事實作認定，該兩條控訴事實對本案的判決屬重要，故檢察院認為被上訴判決的此部分沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項所列之「獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判」的瑕疵（見卷宗第 657 頁及其背面）。
45. 因此，檢察院請求尊敬的中級法院法官 閣下基於被上訴判決違反《刑事訴訟法典》第 339 條的規定，命令將對於控訴書的第 5 條、第 6 條、第 7 條、第 10 條、第 12 條、第 13 條、第 14 條、第 16 條、第 17 條、第 19 條、第 20 條、第 21 條、第 22 條、第 23 條、第 24 條、第 25 條、第 27 條、第 30 條、第 34 條、第 35 條、第 36 條及第 39 條控訴事實的經變更內容作剔除，亦命令將被上訴判決的“已查明事實”的第 15)點所增加的內容作剔除，亦命令法庭須就控訴書第 28 條及第 33 條的事

實作認定。

綜上所述，檢察院請求尊敬的中級法院法官 閣下在重新審查本案的所有證據(包括被害人的供未來備忘用之聲明及一同呈上的涉案光碟)後，認定被上訴判決違反了《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，並沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項所列的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，裁定本上訴理由成立，廢止原審判決中的瑕疵部分，並根據《刑事訴訟法典》第 418 條之規定，將本案發回初級法院進行重審，由另一合議庭重新審理。

檢察院亦請求尊敬的中級法院法官 閣下裁定原審判決違反了《刑事訴訟法典》第 339 條的規定及沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項所列的「獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判」的瑕疵，並將對於控訴書的第 5 條、第 6 條、第 7 條、第 10 條、第 12 條、第 13 條、第 14 條、第 16 條、第 17 條、第 19 條、第 20 條、第 21 條、第 22 條、第 23 條、第 24 條、第 25 條、第 27 條、第 30 條、第 34 條、第 35 條、第 36 條及第 39 條控訴事實的經變更內容作剔除並將被上訴判決的“已查明事實”的第 15)點所增加的內容作剔除，以及命令法庭須就控訴書第 28 條及第 33 條的事實作認定。

第二嫌犯 BXX 就檢察院所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 上訴人檢察院提出兩個方面的上訴理由，第一是上訴人認為原審法院對未證事實的認定存在瑕疵，第二是上訴人認為原審法院變更及增加控訴書的指控事實但並無作出相應通知，且沒有就控訴書第 28 條及第 33 條的控訴書作認定。
2. 上訴人檢察院認為被上訴判決違反了《刑事訴訟法典》第 144 條的規定，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 C)項所列的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕，以及違反了《刑事訴訟法典》第 399 條的規定及沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項所列的「獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判」的瑕疵。

3. 上訴人指出被害人離開「D 菜館」時已呈醉意不清的狀態以及根據被害人在刑事起訴法庭所作的供未來備忘用之聲明 (該聲明已在庭審時宣讀)，以被害人稱以往不飲酒、不清楚自己酒量、出席第一嫌犯飯局才飲酒、飲四、五杯白酒就會有酒意等理由質疑原審法院認定之事實。
4. 被上訴人表示不認同的，被害人在刑事起訴法庭所作的供未來備忘用之聲明 (見卷宗 143 頁及第 15 頁) 所述，“被害人喝了約十杯白酒，每杯約 20-30 毫升...，聲稱見涉嫌人是清醒的。”倘若被害人已呈醉酒意識不清，如何能確定或預估喝酒的數量和每杯酒之份量？如何能確定或認定第一嫌犯是清醒的？
5. 上訴人亦指出根據「D 菜館」提供的監控錄像可見，被害人於飯局結束之後，在離開菜館時需由他人攙扶進入升降機 (見卷宗第 293 頁)。被上訴人根據卷宗同一頁之監控錄像認為被害人當時的神情及步履平穩自如，不存在醉酒意識不清的狀態。
6. 上訴狀中第 6 版，上訴人指出被害人對 2018 年 6 月 23 日 23 時 38 分 19 秒至 23 時 45 分 52 秒的時段內發生過的事情毫無記憶，指透過錄像觀看到被害人當時雙眼閉上且沒有反應、被害人當時目無表情，身體僵硬的說法。被上訴人亦是不認同的，根據被害人在刑事起訴法庭所作的供未來備忘用之聲明 (見卷宗第 153 頁之背頁)，其稱“之後在酒吧內沒有再喝酒”，試問被害人在「D 菜館」沒有醉酒，在酒吧也沒有喝酒，如何能得出俗稱“斷片”的說法？而該段時間只是短短 7 分多鐘。
7. 按照經驗法則，要達到“斷片”的情況，必要先呈醉酒失去意識的狀態，而且失去記憶的時間段也絕非只有幾分鐘那麼短。
8. 顯然被害人對 2018 年 6 月 23 日 23 時 38 分 19 秒至 23 時 45 分 52 秒的時段內發生過的事情毫無記憶的說法是不成立的。
9. 上訴人於上訴狀第 7 頁指出被害人在離開 5 號卡位時需卡拉 OK 東主 EX 協助下才成功穿上拖鞋，指卡拉 OK 東主 EX 拍打腳部作出協助，被害人才可成功穿上拖鞋離開 5 號卡位。被上訴人表示不認同，根據卷宗第 463 頁之背頁及 464 頁之錄像資料顯示，被害人能獨自穿上拖鞋並步履平穩地步出卡拉 OK，

更好地印證了被害人沒有呈酒醉狀態。

10. 而關於被害人的供未來備忘用的聲明內容可信性的問題，被上訴人是完全認同原審法庭及第一嫌犯辯護人之理解及論據，針對被害人對案情憶述的細緻度，實在難以認定被害人在案發期間呈醉酒意識不清的狀態。被上訴人認為被害人在案發期間具有足夠的意識及行為能力。
11. 上訴人指被害人沒有主動對第一嫌犯作出撫摸行為，被上訴人認為需留意的是原審判決書中第 27 頁中，原審法院只認定了“...被害人在第一嫌犯親吻她的過程中，自主地將左手放在第一嫌犯的右手臂上輕扶着。”並沒有於該部份載明認定是被害人“撫摸”第一嫌犯。
12. 上訴人指出原審法庭明顯錯誤理解被害人的供未來備忘用聲明的內容，理由是上述曾提到的被害人對 2018 年 6 月 23 日 23 時 38 分 19 秒至 23 時 45 分 52 秒的時段內發生過的事情毫無記憶以及被害人於去洗手間前後之時段而作出錯誤認定。被上訴人亦是不認同上訴人之理由，當中第一個理由被上訴人已於本答覆 10 至 12 條作回應，而第二個理由則被上訴人認為在整個案法時段中，無論時第一時段還是第二時段，均能認定被害人是自願配合，未見被害人有任何反抗或不情願的表現。
13. 關於上訴人於上訴狀第 15 版指出第一嫌犯拉動被害人的手，致使被害人跌坐在第一嫌犯大腿上，而不是原審法院認定的自願坐在第一嫌犯的大腿。當中上訴人又再次引用被害人對 2018 年 6 月 23 日 23 時 38 分 19 秒至 23 時 45 分 52 秒的時段內發生過的事情毫無記憶的理由去提出質疑，以及稱根據 2018 年 6 月 24 日 00 時 02 分 25 秒的片段（即 ch12 之片段）監控錄像確認是第一嫌犯拉動被害人的手，致使被害人跌坐在第一嫌犯大腿上。被上訴人對此亦不能認同，這裡要留意的是根據 2018 年 6 月 24 日 00 時 02 分 27 秒至 33 秒的片段（卷宗第 564 頁）所顯示，監控錄像根本拍攝不到第一嫌犯拉動被害的動作，更不是跌坐在第一嫌犯大腿上。
14. 上訴人提出為什麼在被上訴判決描述的激動的雙方擁吻的情

況下，只有被害人的上下嘴唇腫脹隆起致一個極不正常的“受傷”狀態？顯然在卷宗內並無第一嫌犯之驗傷報告，如何能認定第一嫌犯並無受傷？案件中被害人與第一嫌犯擁吻留下吻痕並不代表被害人沒有愛美之心，根據生活經驗知識，在當時昏暗的燈光下加上酒精作催化劑，並不難理解雙方的激烈擁吻會合理地產生痕跡。

15. 接著，上訴人認為被害人未能預料其嘔吐並返回卡位之後，其會被第一嫌犯用手指插入陰道作出性侵之事，其理由又再提及被害人酒醉沒有被侵犯的記憶，未能預料到第二時段的性侵。被上訴人亦未能認同上訴之見解，首先被上訴人對被害人酒醉沒有被侵犯的記憶之立場已於上文表明，其次是被上訴人質疑為何被害人於第一時段被作出所謂的“侵犯”而不趁機離開，反而於嘔吐後再回到卡位，這麼短的過程也說因酒醉而沒有記憶，未免過於牽強。
16. 再來就是上訴人認為被害人在第二時段被侵犯時，曾不斷作出大力蹬腳及大幅度擺動身體的反抗，其多次反抗行為甚至導致其下半身跌入卡位與枱桌之間的空隙。經被上訴人再三觀看錄像，仍只能得出與原審法院一樣之見解，未能發現被害人曾作出大力的蹬腳，更沒有大幅度的擺動身體作擺脫的動作，理解不出有任何反抗或抵抗之意思表示動作。
17. 上訴人認為原審法庭對證人 FXX 和 EX 之證言進行自由心證時偏離了經驗法則，其認為被害人應未致於因興奮而發出令站在相距被害人所在的 5 號卡位約 8 米處的證人 FXX 可聽到“呀”的聲音，以及第一嫌犯均強吻被害人並用嘴堵住被害人的嘴，被害人盡其能只能發出“呀”的聲音。而被上訴人對上訴之觀點則持雙反意見，在庭審中，證人 EX 清楚客觀地表述當時的情況和其感覺，證人只以為第一嫌犯與被害人是一對正在親熱的情侶，沒有發現被害人有掙扎及求救的情況，而證人聽到被害人“呀”聲的距離和是否應被認定為求救並沒有關聯。
18. 在尊重上訴人的前提下，被上訴完全無法認同第一嫌犯用嘴堵住被害人的嘴的說法，按照經驗法則，從來只有用手掩、用手

搗嘴又或用比嘴面積更大的物件掩蓋封住嘴，從來沒有用嘴堵住嘴的說法，倘若被害人想要掙脫，其實只要當下用力撕咬第一嫌犯的嘴，更能達到該效果並發出其他呼救字句。

19. 再來就是上訴人指出被害人在 2018 年 8 月 24 日 01 時 00 分 33 秒至 01 時 19 分 34 秒監控時段曾雙臂緊抱頭面致手肘交疊作阻擋及遮掩並持續哭泣。基於不同人對監控錄像有不一樣的見解，從客觀角度分析監控錄像及卷宗第 456 頁，被上訴人無法看出當時被害人處於持續哭泣的情況，相信上訴人是根據卷宗第 456 頁中之錄像截圖下由司法警察作出分析的句子“被害人即時拉好上衫，右手壓着雙眼疑似哭泣狀態”從而主觀認為被害人在哭泣。因此根本不能對應到被害人之供未來備忘用之聲明之內容，即使被害人沒有與第一嫌犯同時離開卡拉 OK，亦不表示就能認定被害人當時對第一嫌犯存有極大的抗拒反應。
20. 上訴人指出案中無任何資料顯示被害人為避免家人知道其與其他男子作出親密行為而作出報案的動機。其實根據一般經驗法則、卷宗內之種種證據和跡象（包括但不僅限於第一嫌犯與被害人之微信記錄、被害人之供未來備忘用聲明、在事件發生後不立即通知家人丈夫，而是先告知室友，再告知朋友並在朋友勸喻下報案求助的舉動），不難理解原審法院得出或認定被害人有可能是因為為免家人知道與其他男子作出親密行為，因而報案並指受到性侵的事實。
21. 在上訴狀第二部份之最後總結部份，上訴人提出了三個問題，第一及第二個問題指出為何第一嫌犯及被害人不選擇酒店、卡拉 OK 洗手間或其他非公開的隱蔽場所進行相關的連串動作？這裡被上訴人認為當時第一嫌犯與被害人均已攝取適量酒精、情到濃時以及沒有提前預謀或安排，因此發生上述情況亦實屬合理。
22. 第三個問題與本答覆狀第 36 點所指的情況相若，因此被上訴人不再重新論述。
23. 關於在原審法庭上裁定於上訴狀第 27 版事實為未能獲得證實

的事實，上訴人認為被上訴判決在此部份沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 C)項所規定的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵。

24. 上訴人認為被上訴判決開釋第二嫌犯及第三嫌犯的判案理由並不符合對證據進行自由心證所依賴的一般經驗法則。
25. 上訴人指出在案發過程中，第二嫌犯至少曾十二次望向被害人，同時，亦透過錄像顯示出被害人曾多次用單腳或雙腳踢向第二嫌犯求助，但是，第二嫌犯均只是望一下被害人但並無向被害人施以援手或者對第一嫌犯侵犯被害人的行為作出勸解或者阻止。首先被上訴人必須指出，案發時段長達 2 個多小時，地點處於大廳位置，四處張望中會有 12 次眼神掠過第一嫌犯及被害人實屬合理。其次正如被上訴判決所述，未能證明第二嫌犯知悉被害人遭受侵害、未能證明被害人用腳第二嫌犯的身體以示求助，被害人根本沒有被侵害，怎能夠說第二嫌犯沒有向被害人施以援手？
26. 回應上訴人提出為何第二及第三嫌犯對被害人發出“呀”的聲音沒有反應，同樣道理，第二嫌犯及第三嫌犯根本不認為被害人正被侵害。
27. 還要澄清的是，上訴人已於庭上聲明得非常清晰，上訴人當時只覺得尷尬，且被害人沒有任何不情願或求救的表現，沒有發現侵犯行為，以為只是一般男女的親密行為，所以便不好意思阻止，並不是如上述人所述，被上訴人不認為第一嫌犯是在公共場所作出醜行。
28. 此外，上訴人認為於案發期間，為阻止該卡拉 OK 東主 EX 了解第一嫌犯在 5 號枱卡座的行徑，第二嫌犯曾將 EX 拉到身邊並向 EX 介紹第三嫌犯，當時，第二嫌犯及第三嫌犯曾為此一同向 EX 敬酒。以被上訴人之觀點而論，上述介紹引荐及敬酒行為，是符合經驗常理的社交行為及禮貌之舉，難以推論得出上訴人所述之“為阻止該卡拉 OK 東主 EX 了解第一嫌犯在 5 號枱卡座的行徑”之目的。
29. 終審法院認為：“審查證據方面的明顯錯誤是指被認定的事實

互不相容，也就是被認定或沒有被認定的事實與實際上被認定或沒有被認定的事實不符，或者是從一認定的事實中得出一邏輯上不可接受的結論。當違反有關限定證據價值的規則或職業準則時也屬錯誤。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現，也就是說，受過中等教育的人也很容易察覺到的。”（見終審法院第 7/2000 號判決）

30. 基於此部分，被上訴人認為原審判決沒有沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項所規定的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，應維持上述事實為未獲證明的事實的決定，駁回上訴人要求另一合議庭進行重審的請求。
31. 上訴人指出原審法庭變更了上訴人於上訴狀第 31 頁指出的控訴事實的內容，繼而將該等經變更的內容認定為被上訴判決的“已查明事實”及在被上訴判決的“已查明事實”增加了第 15) 點所述的內容（見卷宗第 939 頁背面），沒有對上訴人作出通知，違反了《刑事訴訟法典》第 339 條的規定。
32. 被上訴人不認為如此，根據《刑事訴訟法典》第 339 條的規定：“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。”
33. 條文中已明確指出，“...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...”即出現上述情況時，法官僅應告知嫌犯，並未有規定必須通知上訴人檢察院。
34. 因此被上訴人認為被上訴判決沒有違反《刑事訴訟法典》第 339 條的規定。
35. 上訴人指出原審法庭沒有就控訴書第 28 條及第 33 條的控訴事實作認定，認為被上訴判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第

2 款 a)項所規定的「獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判」的瑕疵。

36. 終審法院認為：“《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項所規定的獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判的瑕疵，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...”(見終審法院第 3/2002 號判決)，出現該瑕疵，“為證明已認定的事實不足以支持裁判，必須因在調查必要的事實以便作出一適當的法律決定中出現遺漏，從而對已作出的決定來說，已認定的事實是不足夠、不完整的。”(見終審法院第 7/2000 號判決)
37. 而在本案中，根據庭審記錄及被上訴判決所示，控訴書第 28 條 (見被上訴判決書第 7 頁) 之重要部份，已透過庭審審查，並已列入“未能證明事實”，未能證實被害人用腳踢第二嫌犯的身體以示求助 (見被上訴判決書第 19 頁)；而第 33 條的控訴事實，原審法庭已於其他已證事實作回應，如上訴判決書第 16 頁 29) 後半部份，“被害人曾多次用手拉著第一嫌犯 AXX 的右手。”，意即未能證明第 33 條控訴事實的其餘部份。再者，案中已獲證明之事實已完全充分足夠支持作出原審裁判，上訴人不認為控訴書第 28 條及第 33 條對案中最後裁判具有重要影響性，未見有出現《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項所規定的「獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判」的瑕疵的情況。
38. 綜上所述，被上訴判決沒有違反了《刑事訴訟法典》第 144 條的規定，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 C)項所列的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，亦沒有違反《刑事訴訟法典》第 399 條的規定及沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項所列的「獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判」的瑕疵，因此上訴人之上訴理由不成立，應予駁回。

請求，現向尊敬的法官 閣下請求如下：

- 1) 接納本答覆及附入卷宗；及
- 2) 裁定上訴人的上訴理由均不成立，駁回上訴。

第一嫌犯 AXX 就檢察院所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 檢察院指控被上訴人為直接正犯，以既遂方式觸犯一項《刑法典》第 157 條第 2 款規定及處罰的一項「強姦罪」，經過進行審理後，原審法院認為“未能證明案發過程中，被害人欠缺對第一嫌犯之行為作出反抗的能力。”、以及“被害人清楚及明確地向第一嫌犯表示不願意與其作出已證事實中的親密行為”，因此，裁定被上訴人被指控的罪名不成立。
2. 檢察院對上述合議庭裁判不服，遂提出平常上訴，其上訴理由主要包括：1)、原審法院對未證事實的認定存在瑕疵；2)、原審法院變更及增加控訴書的指控事實但並無作出相應通知，且沒有就控訴書第 28 條及第 33 條的控訴事實作認定。
3. 首先，本案中，有案發地點 G 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。
4. 第一嫌犯被指控觸犯一項「強姦罪」，該罪名的犯罪構成要件之一是“在違反被害人意願的情況下侵害被害人的性自由”，因此，被害人的主觀證言固然是其中一個考慮因素，但是，亦不得忽略一些客觀的環境因素，尤其是本卷宗的三名嫌犯的聲明、案發卡拉 OK 的東主及職員的證供、以及案發卡拉 OK 的監控錄像片段。
5. 正如原審法院在被上訴判決中強調，“本卷宗的整個案發時間接近兩小時，觀看光碟筆錄只能有限度地反映案發經過；因此，原審法院必須對整個錄影的影像內容進行審查，方能更詳細及更客觀地瞭解整個案發經過。為此，在審查證據的過程中，合議庭看了案中所有光碟影像的內容，並對與本案有關的內容作出了反複的審查。”
6. 本案中，難得的是有監控錄像光碟作為證據，雖然只有錄像而沒有錄音，但可讓我們直接及客觀瞭解事發經過。事實上，被上訴法庭的三名法官對光碟影像的分析是很仔細、充分、客觀、全面和正確。

7. 然而，從卷宗資料顯示，檢察院自調查階段至審判時，沒有重視光碟影像這個重要的證據，也沒有利用這個證據發現事實的真相，檢察院一直只是重視司法警察局的視像截圖筆錄，以及根據有關的圖片的分析報告作出舉證及指控，這些截圖和相關的報告都是片面和不反映事實的全部真相。
8. 需要指出的是，早在被害人進行供未來備忘用之聲明時，第一嫌犯為著證明自己沒有犯罪及尋找事實真相，當時曾向在刑事起訴法庭提出播放上述監控錄像光碟，然而卻遭檢察院的反對，因此，最後刑事起訴法庭法官也沒有批准播放光碟錄像，這樣，在事實未能完全呈現在檢察院及法院的情況下，導致第一嫌犯被採用最嚴厲的羈押措施。
9. 不要忘記的是，與歐美法系的檢控不同，澳門法律制度中，檢察院面對犯罪除了需要作出控訴之外，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檢控。
10. 在本案中，不論在原審的庭審過程，抑或現在所提起的上訴中，未能見到檢察院以客觀及批判性思維分析案情，這樣實在令人失望。
11. 比如就被害人的酒醉程度及是否有行為能力，檢察院只是以主觀角度來判斷被害人是否酒醉及不清醒，但是，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，卻被檢察院忽略了，這都能結論出檢察院的分析是不夠全面及不夠客觀。
12. 事實上，為著發現事實真相，檢察院應以客觀及全面的情況下作出舉證，並不能單純從被害人的聲明作為定罪量刑的依據，更不能只憑藉某幾個主觀認為是“非自願”的行為及監控片段，試圖推翻第一嫌犯與被害人在整個親密行為中的互動過程。
13. 然而，縱觀檢察院的上訴理據，當中所提出的理解是缺乏邏輯，甚至是從控方的主觀判斷來詮釋被害人的證言及錄像監控片段，這些都是違反刑法的根本原則 - 「疑罪從無原則」。

14. 另一方面，案發的經過發生在一間卡拉 OK 的大廳，現場必然是人來人往，需要指出的是，在場人士，包括其餘兩名嫌犯，以及兩名酒吧證人，均一致表示第一嫌犯不是在性侵被害人，只是一對情況般在親熱，客觀來說，第一嫌犯與被害人在整個親密行為並不是在被害人不情願的情況下進行。
15. 再者，根據卷宗資料所得，第一嫌犯與被害人的親熱行為沒有涉及暴力，也沒有對任何人造成受傷，(在被害人嘴巴和脖子留下的吻痕，不屬於受傷)，至少在卷宗內沒有相關驗傷報告及法醫學定報告，由此可見，有關親熱行為沒有涉及暴力成份，不論是被害人或嫌犯，身體都沒有任何痕傷。
16. 根據一般經驗法則，倘若第一嫌犯對被害人施以暴力對待，必然令被害人身體出現傷痕，而被害人作出反抗行為時，也必然令被害人身體出現傷痕，以及令第一嫌犯的身體出現傷痕，然而，被害人的嘴巴和脖子的痕跡只是吻痕，而不是傷痕。
17. 這些都能反映出，第一嫌犯是自願地與被害人進行整個親密行為。
18. 關於檢察院針對原審法院對於“被害人在案發期間具有足夠的意識及行為能力”，以及“無法認定被害人是在自願的情況下與第一嫌犯發生案中所指的親密行為”此兩項事實的認定提出質疑。
19. 首先，關於“原審法院認定被害人在案發期間具有足夠的意識及行為能力”的問題，檢察院認為原審法院的判斷是錯誤的，並指出以下事實來證明被害人在案發期間不具有足夠的意識及行為能力。
20. 關於第一點的內容，檢察院提出根據被害人在刑事起訴法庭所作的供未來備忘用的聲明，結合「D 菜館」提供的監控錄像拍攝到被害人在離開菜館時需由人攙扶進入升降機，可見被害人離開菜館時已呈醉酒意識不清的狀態。
21. 事實上，被害人在供未來備忘用聲明中亦沒有提及自己在離開菜館時已處於醉酒態，試問檢察院從何得出被害人在離開菜館

時已處於醉酒意識不清的結論？

22. 另一方面，根據「D 菜館」及「G 卡拉 OK」提供的監控錄像，被害人是有意識地離開菜館，以及自行進入案發的卡拉 OK，需要強調的是，醉酒狀態與意識不清並不能混為一談，事實上，監控錄像所反映的是，被害人是有意識，但不至於處於醉酒及 / 或意識不清的狀態。
23. 因此，結合被害人的供未來備忘用聲明，以及「D 菜館」及「G 卡拉 OK」提供的監控錄像，可見檢察院所指被害人在離開菜館已呈醉酒狀態的結論並不成立。
24. 關於第二點的內容，檢察院認為在 2018 年 6 月 23 日 23 時 38 分 19 秒至 23 時 45 分 52 秒的時段內，被害人沒有自主的反應、閉著眼睛、目無表情及身體表現僵硬，都可表現出被害人當時明顯處於失去意識的狀態，並且在其供未來備忘用的聲明對該時段所發生之事情毫無記憶。
25. 需要指出的事，被害人的供未來備忘用聲明並無指出自己曾經失去事發時間的記憶，另一方面，從卷宗第 428 頁至第 432 頁的截圖可見，。三名嫌犯與被害人的座位位置，與被害人的供未來備忘用聲明是一致的，檢察院怎樣可以認定一樣連被害人自己也沒有陳述的情況？實在令人費解。
26. 根據一般經驗法則，不可能記得整個案發過程，但只在某段時間失去記憶，難道被害人將一些對其不利的情節選擇性忘記？況且，在被害人的供未來備忘用聲明中沒有提及的內容，也不代表被害人在某段時間失去記憶，或許其只是在有關聲明中故意不提及。
27. 至於檢察院所提出被害人僵硬、無反應、沒有互動等，都並非如實反映錄像監控片段的內容，從監控錄像片段中，多次可以看到第一嫌犯與被害人之間有交流。
28. 那麼，檢察院所提出被害人在 2018 年 6 月 23 日 23 時 38 分 19 秒至 23 時 45 分 52 秒的時段所發生的事情毫無記憶，以及被害人當時失去意識的說法並不能成立。

29. 關於第三點的內容，檢察院認為被害人在離開酒吧時仍處於酒醉迷糊的狀態，因此，需由卡拉 OK 東主協助下才能成功穿上拖鞋離開酒吧。
30. 從證人 EX (卡拉 OK 東主) 的證言可以得知，其為著不影響卡拉 OK 其他客人，所以“驅趕”第一嫌犯與被害人離開酒吧，然而，其沒有提及被害人需要其協助才能成功穿上拖鞋離開酒吧，檢察院從哪裡得出被害人需要其協助才能成功穿上拖鞋離開酒吧的結論？
31. 另一方面，從卷宗第 464 頁的截圖可見，被害人是在沒有其他人攙扶的情況下離開卡拉 OK，過程中未見被害人有站立不穩的情況，而且，被害人在離開卡拉 OK 時已開始使用手機。
32. 那麼，檢察院所指的被害人在離酒吧時，需要由卡拉 OK 東主協助下才能成功穿上拖鞋，顯示出被害人當時仍處於酒醉迷糊的狀態的說法並不成立。
33. 關於第四點的內容，檢察院認為被害人無法記起在 2018 年 6 月 23 日 23 時 38 分 19 秒至 23 時 45 分 52 秒的時段所發生的事情，因此，無法認同原審法院認定被害人能夠詳細憶述出案發當日的事實經過的判斷。
34. 從上文描述中，可以得知被害人並不是無法記起在 2015 年 6 月 23 日 23 時 38 分 19 秒至 23 時 45 分 52 秒的時段所發生的事情。
35. 結合被害人的供未來備忘用的聲明，對比「G 卡拉 OK 的監控錄像光碟內容，，被害人能夠清楚表達案發時的情節，因此，原審法院指出被害人能夠詳細憶述出案發當日的事實經過的判斷是毫無疑問的。
36. 正就是被害人當時意識是清晰的，其方向在司法警察局及刑事起訴法庭所作的詢問筆錄中，將案發過程重新演繹出來。
37. 換言之，當時被害人在意識清醒的情況下，倘若不情願地與第一嫌犯發生親熱行為，那麼被害人不作出任何反抗？抑或在案發時被害人是清醒的，但卻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，從而捏造或誤導部份重要的事實。

38. 雖然，第一嫌犯被指控的「強姦罪」的犯罪構成要件之一是“在違反被害人意識的情況下侵害被害人的性自由”，被害人的主觀證言固然是其中一個考慮因素，但是，亦不得忽略一些客觀的環境因素，尤其是本卷宗的三名嫌犯的聲明、案發卡拉 OK 的東主及職員的證件、以及案發卡拉 OK 的監控錄像片段。
39. 從上述客觀聲明及證言可以得知，當時，被害人處於清醒的狀態，在其與第一嫌犯的親熱過程中，其未有表現出任何反抗或拒絕的行為。
40. 根據終審法院第 1/2001 的統一司法見解，認為其他嫌犯的聲明也可以被考慮成為心證的一部份，那麼，原審法院採納另外兩名嫌犯的聲明，以及案發卡拉 OK 的東主及職員的證供，從而作出被上訴判決並無不妥。
41. 再者，第一嫌犯一直認為被害人的供未來備忘用聲明根本不能自圓其說，而且，檢察院根本無法提出證據支持被害人的版本。
42. 需要強調的是，被害人的供未來備忘錄聲明只有在與卷宗內的監控錄像和現場其他證人的證言相符時，方能構成有效的判案依據，現行法律並沒有賦予供未來備忘用之聲明任何排他性法律效力，特別是第一嫌犯曾經更求刑事起訴法庭播放錄影，用作向被害人提出澄清性問題，最終但被拒絕。
43. 因此，在本案中，原審法院以客觀事實採納各名嫌犯及酒吧證人證言是完全正確的。
44. 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詢問時，可以將所謂的被侵犯過程完整描述出來，但其詢問內容卻忽略了很多其與第一嫌犯配合及互動的情節，這些被忽略的情節都能從 G 卡拉 OK 的監控錄像片段反映出來的。
45. 相反，倘若被害人在案發時處於清醒的狀態，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？

46. 另一方面，檢察院在其上訴理由闡述提出，被害人在 2018 年 6 月 24 日早上 8 時前往治安警察局第一警司處報稱被人性侵，倘若被害人在案發期間具有足夠的意識及行為能力，其無需在報警期間，為確定案發地點而假借與第三嫌犯 CXX 透過「微信」對話，以確定誰人將被害人送至卡拉 OK 門口，以藉此確定其被侵犯的事發地點及案發期間的在場人士（見卷宗第 883 至 889 頁）。
47. 事實上，被害人在 2018 年 6 月 24 日早上 8 時前往治安警察局第一警司處報案時，聲稱並不知悉事發地點在哪裡，而在稍後時間的「微信」對話中（見卷宗第 883 至 889 頁）亦從來沒有提及過事發地點，但後來，被害人卻可以由司法警察局人員陪同下，到達事發地點，「G 卡拉 OK」進行調查工作（見卷宗第 2 頁）。
48. 到底被害人在案發時是清晨還是失去意識？她是如何確定事發地點？這不禁讓人感到疑惑。
49. 接著，關於“原審法院認為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”，檢察院不認同原審法院對被害人意願的主觀因素的判斷，並指出需注意以下事實來作出判斷：
50. 在針對檢察院所提出的理據進行答覆前，有必要再次重申第一嫌犯的辯論觀點，從客觀的 G 卡拉 OK 監控錄像片段可以得知，第一嫌犯與被害人的親熱時間長達兩小時，當中不少片段拍攝到第一嫌犯與被害人有交談、有互動，而被害人亦顯露配合及享受的表情。
51. 倘若正如檢察院所主張，被害人並非自願與第一嫌犯發生案中的親熱行為，在長達兩小時的時間很長，被害人並非完全失去行動自由的情況下，為什麼不給第一嫌犯一個耳光？拉扯第一嫌犯的頭髮？在二人互吻時咬他的舌頭？或用指甲爪傷嫌犯的身體等等，又或為何不大叫求救？不踢身旁放於枱上的玻璃杯踢跌來引人注意？
52. 在卡拉 OK 東主 EX 到 4 號枱著二人離開時，為何不馬上向 EX

求助，並要求 EX 協助報警處理？

53. 正如第一嫌犯一直的辯護主張，案發時，被害人從來沒有用語言或行動表示不願意，而且第一嫌犯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為，由此可見，第一嫌犯的行為無法構成「強姦罪」的犯罪構成案件。
54. 綜觀以上疑問，檢察院在原審聽證中亦未能反駁辯方所提出的眾多問題及疑點，舉證責任在於檢察院，在未能毫無疑問認定被害人不自願與第一嫌犯作出案中的親熱行為，理應按照「疑罪從無原則」，判處第一嫌犯被指控的「強姦罪」罪名不成立。
55. 再者，檢察院不應在上訴階段提出新的指控事實、推測、以及主觀判斷，試圖補足在原審階段未能舉證的控訴事實。
56. 根據《刑事訴訟法典》之規定，程式上檢察院是有權對被上訴決定提出上訴，但不代表檢察院可以在上訴理由闡述中提出在原審審判過程中未出提出的事宜，例如上訴理由闡述第 26 頁至第 27 頁的無理推斷。
57. 然而，檢察院的上訴理據是缺乏邏輯，甚至是從有罪推定的角度提出是次上訴。
58. 關於第一點的內容，檢察院提出從錄像記錄可以看到被害人雖曾將其左手放在第一嫌犯的右手臂之上，但只是基於第一嫌犯的右手撥到被害人的左手所致，並非被害人主動親密地作出撫摸第一嫌犯的行為，然而，檢察院只是片面地從某一段錄影中得出上述結論。
59. 事實上，從第一嫌犯的答辯狀中，已經列出多段第一嫌犯與被害人互動親熱的時間段，這都能反映出在第一嫌犯與被害人的親密行為過程中，的確存在互動親密的情況，但是檢察院卻只憑藉一個“非自願”的行為，試圖推翻整個親密行為中的互動過程，似乎只是出於片面及主觀的判斷。
60. 檢察院對“非自願”的說法是一種缺乏事實依據的抽象結論，作為控方是有義務證明被害人非自願的事實，而不是僅提出一個

抽象的結論。

61. 在舉證被害人“非自願”的結論時，檢察院有義務考慮到所有對第一嫌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。
62. 關於第二點的內容，檢察院指出原審法院對事實認定的時間出現錯誤，並指出被害人的供未來備忘用之聲明所指的時間段應為 2018 年 6 月 24 日監控時間 00 時 02 分 28 秒之後發生的事情。
63. 首先，檢察院再次假設被害人在 2018 年 6 月 23 日 23 時 38 分 19 秒至 23 時 45 分 52 秒的時間段失去記憶，但事實並非如此，理由可詳見上述理解。
64. 在對比被害人在供未來備忘用的聲明，與 G 卡拉 OK 的監控錄像光碟，可見被害人當時意識是清晰的，其可以在詢問筆錄中表達出監控錄像時間 2018 年 6 月 23 日 23 時 54 分 27 秒至往後時間所發生的事情，但似乎選擇性的忘記了一些對其不利事實。
65. 再者，原審法院是客觀地從 G 卡拉 OK 的監控錄影片段中，認定被害人自願與第一嫌犯作出案中的親熱行為，而並非單純基於被害人上述的供未來備忘用聲明來作出有關認定。
66. 因此，檢察院所提出原審法院錯誤地引用被害人的供未來備忘用聲明，來認定被害人是自願地與第一嫌犯發生親熱行為，有關理據並不成立。
67. 關於第二點的內容，檢察院對於原審法院認定被害人自願坐在第一嫌犯的大腿上存有錯誤，反映被害人不自願與第一嫌犯發生案中所指的親密行為，從而質疑原審法院的判斷。
68. 檢察院指出，根據監控錄像中 2018 年 6 月 24 日 00 時 02 分 25 秒的片段，第一嫌犯拉動被害人的手，該一行為致使被害人「跌坐」在第一嫌犯的大腿之上。
69. 特別要注意的是，被害人在「跌坐」，其腿部一直還是放在嫌犯的腿上，且維持一段頗長的時間，要是被害人不願意與第一

嫌犯發生親熱行為，被害人不是應當馬上更換坐姿，將腿放回適當的位置嗎？

70. 很遺憾地，檢察院再次試圖以一個片面的，“非自願”行為，試圖推翻整個親密行為中的互動過程。
71. 可以理解的是，同一片段對於不同觀者有不同理解，但是，檢察院作為法律賦予澳門唯一行使檢控職能的機關，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。
72. 檢察院有義務考慮到所有對第一嫌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，不得以片面及主觀判斷來推斷第一嫌犯的行為是犯罪行為。
73. 正如原審法院在被上訴判決的判案理由部分所述，“整個案發的時間接近兩小時，觀看光碟筆錄只能有限度地反映案發經過；因此，法庭有必須對整個錄影的影像內容進行審查，方能更詳細及更客觀地瞭解整個案發經過。為此，在審查證據的過程中，合議庭看了案中所有光碟影像的內容，並對與本案有關的內容作出了反複的審查。”
74. 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。
75. 不論是第一嫌犯的辯護人，亦或三位尊敬的原審法院合議庭法官閣下，在判斷被害人是否自願坐在第一嫌犯的大腿上的看法是一致的，因此，第一嫌犯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。
76. 另一方面，檢察院認為如果第一嫌犯與被害人是在自願的情況下發生親熱行為，為何被上訴判決描述雙方的激動互動擁吻的情況下，只有被害人的上下嘴唇腫脹，而致一個極不正常的“受傷”狀態，而第一嫌犯的嘴唇卻沒有腫脹損傷的情況。
77. 不能否認的是，從監控錄像片段可見第一嫌犯與被害人的親熱時間接近兩小時，在雙方的激動互動擁吻的情況下，出現嘴唇

腫脹的情況並不為奇，而且亦會因個人體質而異，腫脹消退的情況亦有不同。

78. 被害人在 2018 年 6 月 24 日早上 8 時報案，而第一嫌犯在 2018 年 6 月 25 日早上 10 時 15 分被宣告成為嫌犯，事隔超過 24 小時，二人嘴唇腫脹消退情況必然有所差異，那麼，檢察院如何推斷第一嫌犯的嘴唇沒有出現腫脹的情況。
79. 需要指出的是，要是被害人在親熱過程中作出反抗，其可以輕易地用力咬第一嫌犯的嘴唇及舌頭，這必然令第一嫌犯的嘴唇及舌頭出現損傷，但事實上，檢察院亦認為第一嫌犯的嘴唇沒有出現腫脹的情況，且卷宗內沒有相關的傷勢檢驗資料，這更能反映出二人親熱過程中，被害人沒有明顯的反抗動作。
80. 再者，檢察院提出被害人的上下嘴唇出現極不正常“受傷”的狀態，僅屬於檢察院的假設，且缺乏實質證據支持，檢察院並未就被害人的所謂不正常“受傷”進行檢查，那麼，如何認定被害人的上下嘴唇出現受傷的情況，另外，檢察院並未對第一嫌犯的身體受傷狀況作檢查，檢察院是如何認定第一嫌犯未有受傷的結論，進而推定第一嫌犯在侵犯被害人，而不是與被害人互吻？
81. 上述假設僅屬於控方的主觀判斷，並且嚴重違反了「無罪推定原則」和「疑罪從無原則」，因此，檢察院認為被害人並非自願坐在第一嫌犯的大腿上，以及並非自願與第一嫌犯接吻的認定是錯誤的。
82. 關於第四點的內容，檢察院認為被害人未能預料在其嘔吐並返回卡位後，其會被第一嫌犯用手指插入陰道作出性侵之事，反映被害人不自願與第一嫌犯發生案中所指的親密行為，從而質疑原審法院的判斷。
83. 在此再次強調，被害人 2018 年 6 月 23 日 23 時 38 分 19 秒至 23 時 45 分 52 秒期間並沒有處於失去意識的狀態，在被害人的供未來備忘用聲明中亦無提及自己失去意識一事，即使其在聲明沒有提及上述時間段的事情，也不代表被害人在該期時段失去意識。

84. 事實上，正如上文所提到的，被害人在案發時一直處於清醒的情況，而透過監控錄像片段可見二人親熱行為過程中的確存在互動的行為，在被害人在嘔吐後返回卡位後，二人曾分開坐，在後期才同坐一起，根據正常邏輯及一般經驗法則來看，被害人一直在清醒的情況與第一嫌犯發生親熱行為，如果被害人是_不情願的話，理應馬上作出強烈反抗，以及向在場人士求救，甚至逃離現場。
85. 再者，關於檢察院認為被害人未能預料在其嘔吐並返回卡位後，其會被第一嫌犯「性侵」一事，僅屬於檢察院主觀方面的推測，卷宗內未有實質證實支持這個說法。
86. 首先，從被害人的供未來備忘用之聲明從來沒有提及此事，卷宗內更沒有其他客觀證據證明被害人未能預料在其返回卡位後，其會被第一嫌犯「性侵」一事，因此，檢察院的假設再次違背了檢察院的職能，並違反了「無罪推定原則」和「疑罪從無原則」。
87. 因此，在被害人一直清醒，且有意識的情況下與第一嫌犯發生親熱行為，檢察院所提出的理據並不成立。
88. 關於第五點的內容，檢察院認為被害人在第二時段被侵犯時，曾不斷作出大力蹬腳及大幅度擺動身體的反抗，其多次反抗行為甚至導致其下半身跌入卡位與枱桌之間的空隙，反映被害人不自願與第一嫌犯發生案中所指的親密行為，從而質疑原審法院的判斷。
89. 檢察院指出原審法院認定“被害人自發地由坐姿改為臥姿以配合第一嫌犯的前述抽插行為”令人難以置信。
90. 除了應有的尊重外，第一嫌犯對檢察院的理解不予以認同。
91. 事實上，根據一般經驗法則，倘若女性不願被他人觸碰或插入其下體部位，理應將雙腳夾緊以防止繼續他人觸碰或插入下體，或者轉身背向嫌犯、或者將身體滑到地上以防止他人作出侵犯，但是，被害人的行為剛好相反，被害人由坐姿轉換成躺臥的姿態，這是無疑令第一嫌犯更容易將手指插入被害人的陰部位置。

92. 期間，被害人更自行慢慢地脫鞋將腳輕放在沙發上，並翹腳躺平躺，再者，從監控錄像可以看到被害人的下半身滑到地上後，其自主地將雙腳放回梳化上，這完全是自願作出親熱行為的表現。如果被害人是自願與第一嫌犯發生親熱行為，被害人的行為會這樣嗎？
93. 從以上被害人的種種舉動，都能顯示出被害人與第一嫌犯的親熱過程中，二人有互相配合的情況。
94. 至於，檢察院所主張被害人被「侵犯」時，曾不斷作出大力蹬腳及大幅度擺動身體的反抗，事實上，從監控錄像片段中未有看到被害人大力蹬腳的情況，需要注意的是，第二嫌犯與被害人的距離很接近，如被害人大力蹬腳時，必定會令梳震動，導致第二嫌犯身體出現搖晃的動作，但監控錄像片段中未有出現上述情況。
95. 而且，所謂的大幅度擺動身體，只是在長達兩小時的親熱過程中，間斷出現過，如被害人不願意與第一嫌犯作出親熱行為，有關行為應無間斷地作出，而並非只有一小段時間段出現所謂的大幅度擺動身體的情況。
96. 雖然，檢察院多次指出被害人曾經作出反抗的動作，詳見檢察院上訴理由闡述第 20 頁第二段的內容，但不得不再次重申，第一嫌犯與被害人的親熱行為長達兩小時，檢察院不能以某段所謂“非自願”行為來否定被害人是出於自願而作整個親熱行為。
97. 檢察院有義務考慮到所有對第一嫌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，不得以片面及主觀判斷來推斷第一嫌犯的行為是犯罪行為。因此，第一嫌犯認為在整個親熱過程中，未有作出反抗性的擺動，從而作出被上訴裁決這是毫無疑問的。
98. 關於第六點的內容，檢察院認為被害人兩次大聲發出“呀”的聲音，反映被害人不自願與第一嫌犯發生案中所指的親密行為，並認為原審法庭偏離經驗法則對證人 FXX 及 EX 的證言的解讀，從而質疑原審法院的判斷。

99. 首先，「G 卡拉 OK」的監控錄像片段中，只有錄像但沒有錄音，因此，只有現場的其他人士，其餘兩名嫌犯和酒吧證人能夠聽到案發時的聲音。
100. 正如其餘兩名嫌犯和上述兩名證人的聲明均指出，當時沒有聽被害人發出求救或不願意的信號，只是呻吟聲，即使經過檢察官的反復提問，有關證人都再次確定有關聲音並不是求救聲、不是反抗聲，只是一些親熱的呻吟聲，需要指出的是，聲音大和持續代表被害人是享受過程和自願的，而並非不自願的。
101. 當然，檢察院可以提出上述質疑，但第一嫌犯絕不認同檢察院所提出的主觀判斷及推測。
102. 進一步而言，連被害人在供未來備忘用之聲明中，都沒有提及過錯曾經透過“呀”聲求救，事實上，第一嫌犯與被害人的親熱過程長達兩小時，從監控錄像片段中可見，整個過程中，第一嫌犯並非全程親吻，即用檢方或者被害人的說法：即用嘴堵著被害人的嘴部，期間是有停止親吻、有交談、有互動的情況，難道被害人沒有一息間機會呼喊「救命」二字嗎？
103. 再者，根據監控錄像片段中可見，證人 EX 是扶起被害人並著其離開，二人曾經有對話的交流，被害人的供未來備忘用的聲明曾經提及該名證人，倘若被害人當時並非自願與第一嫌犯作出親熱行為，那麼，在證人 EX 出現時，被害人不是應當立即向證人 EX 求救嗎？
104. 因此，檢察院認為被害人兩次大聲發出，“呀”的聲音屬於求救聲僅屬於其主觀判斷，檢察院不能隨便以主觀判斷去質疑原審法院的被上訴判決。
105. 關於第七點的內容，檢察院認為被害人在 2018 年 6 月 24 日 01 時 00 分 33 秒至 01 時 19 分 34 秒監控時段曾雙臂緊把頭面致手肘交疊作阻擋並持續器泣，反映被害人不自願與第一嫌犯發生案中所指的親密行為，從而質疑原審法院的判斷。
106. 檢察院且認為被害人沒有與第一嫌犯同時離開於卡拉 OK，可以客觀地反映出被害人當時對第一嫌犯存有極大的抗拒反

應。

107. 對於檢察院的理據並不予認同，事實上，被害人沒有與第一嫌犯一同步出卡拉 OK，與被害人是否抗拒第一嫌犯似乎沒有必然的關聯，倘若被害人抗拒第一嫌犯的行為，此時不是被害人報警求救的好時機嗎？檢察院似乎再次以片面及主觀的推測來詮釋被害人的行為。
108. 另一方面，雖然在被害人的供未來備忘用聲明中曾提及其在哭泣，但從客觀的監控錄像片段，似乎未能拍攝到被害人雙臂緊把頭面致手肘交疊時，是否在哭泣的情況。
109. 再者，在證人 EX 阻止第一嫌犯與被害人的親熱行為，並著其離開卡拉 OK 時，證人 EX 親自接觸被害人，如果被害人當時真的哭泣的話，根據一般經驗法則，證人 EX 會感到驚訝，但是，從監控錄像片段中未能反映上述情況。
110. 那麼，檢察院是根據什麼來認定被害人當時在哭泣？以及根據什麼來認定被害人哭的原因，就是其遭第一嫌犯侵犯呢？檢察院無疑從對第一嫌犯不利的角度作出有關判斷，這是嚴重違反了「無罪推定原則」和「疑罪從無原則」。
111. 關於第八點的內容，檢察院認為案中無任何資料顯示被害人為避免家人知道其妻子與其他男子作出親熱行為而作出報案的動機。
112. 需要指出的是，原審法院並非因為證明被害人為避免家人知道其妻子與其他男子作出親密行為而作出報案的動機，從而判處第一嫌犯被指控的一項「強姦罪」罪名不成立，原審法院指出有關觀點只是曾經有案例如此發生，用以質疑被害人的證言的可信性。
113. 正如上文所述，從客觀的事實可見，被害人有主動配合與第一嫌犯發生親熱行為，而其餘兩名嫌犯、卡拉 OK 職員及東主，在客觀的角度來看，亦不覺得第一嫌犯曾向被害人作出侵犯的行為，也不察覺到被害人曾發出反抗及求救的信號。
114. 原審法院是基於客觀的環境證據作出被上訴判決，而非基於

因為證明被害人為避免家人知道其妻子與其他男子作出親密行為而作出報案的動機，從而判斷第一嫌犯被指控的一項「強姦罪」罪名不成立。

115. 再者，被害人在供未來備忘用聲明提到。“曾聽到第三嫌犯說過由老師（即第一嫌犯）送被害人回家”，更加印證到，從第三嫌犯的認知層面，第一嫌犯與被害人的行為屬於親熱行為，二人在離開卡拉 OK 後，可能其他安排，這樣能夠反映出第三嫌犯未有察覺被害人被侵犯的跡象。
116. 而被害人的證言與監控錄像拍攝所得的情況完全不同，這樣反映出被害人的證言為不可信。
117. 最後，檢察院亦主張由事發至被害人前往治安警察局報案只相隔數小時，而被害人的丈夫及家人均非在本澳居住，案中並無資料顯示被害人的丈夫及家人當時已知悉是次性侵事件並向被害人施壓的情況，事實上，這都是檢察院單方面的憑空假設。
118. 而且，檢察院忽略了一樣重要的情節，在卷宗第 18 頁可以看到，被害人向員警當局表示，希望有關案件不被公開，聲稱避免讓其他朋友或親人知悉自己遭受性侵犯，令其受到二次傷害，明顯地，被害人是擔心其與他男子公然發生親密行為的事讓家人或朋友知悉，即使事件曝光，其亦可自稱其不是自願與其他男子親密行為，由此可見，原審法院提出有關觀點並不無道理。
119. 而事實上，上述報案動機只是判決的解釋一部分，原審法院並沒有因為證明被害人為避免家人知道其妻子與其他男子作出親密行為而作出報案的動機，從而判處第一嫌犯被指控的一項「強姦罪」罪名不成立，原審法院是根據卷宗內的客觀證據，作出無罪判決，這是符合一般經驗法則及常理。
120. 因此，檢察院質疑原審法院以被害人為避免家人知道其妻子與其他男子作出親密行為而作出報案的動機作為判案依據是沒有道理的。

121. 最後，檢察院在此部分的結尾提出一些令人費解的事實推斷，檢察院指出“如果案中所述的親密行為是被害人與第一嫌犯在“自願”的情況下發生，二人為何不前往卡拉 OK 所在的酒店或附近的酒店租用房間，在不受任何打擾且在其他人不知道的情況下作出相關的連串行為？甚至第一嫌犯與被害人可以到卡拉 OK 的洗手間或其他非公開的隱蔽場所進行相關連串行為。”
122. 那麼，按照檢察院的邏輯，二人到酒店、卡拉 OK 洗手間、或其他非公開的隱蔽場所作出親熱行為，就等同於二人在自願的情況下發生親熱嗎？答案當然是否定的。
123. 事實上，第一嫌犯與被害人在公開場合作出案中的親熱行為，極其量只是受到道德倫理所批判，但有關行為並不構成犯罪。相反，檢察院的假設不僅有選擇錯誤，也缺乏事實依據，檢察院不能因為當時的卡拉 OK 不夠私密，就推斷出被害人並非自願與第一嫌犯發生親熱行為的結論。
124. 而且，被害人的供未來備忘用聲明並未作出上述陳述，是否自願發生親熱行為必須與當時發生的事實為依據，而當時發生的事實已經監控錄像和各名證人的證言所證明。
125. 再者，如果檢察院的假定成立，難道在二人到酒店房間或者去了洗手間就不會發生性侵害行為嗎？無論經驗法則還是法律理論法律條文都不支持檢察院的假定。
126. 要將有關行為定性為犯罪行為，作為控方的檢察院必須舉證第一嫌犯的行為符合「強姦罪」的犯罪構成要件，作為控方的檢察院必須從客觀及全面角度作出舉證，而非如本案中只挑選一些對嫌犯不利的情節來進行舉證。
127. 綜上所述，第一嫌犯認為檢察院提出對“原審法院認定被害人在案發期間具有足夠的意識及行為能力”和“原審法院認為無法認定被害人是在自願的情況下與第一嫌犯發生案中所指的親密行為”的質疑是毫無道理的，理應全部駁回上訴理據。
128. 關於“原審法院變更及增加控訴書的指控事實但並無作出相應通知，且沒有就控訴書第 28 條及第 33 條的控訴事實作認定。”

的問題。

129. 檢察院認為原審法院將控訴書第 5 條、第 6 條、第 7 條、第 10 條、第 12 條、第 13 條、第 14 條、第 16 條、第 17 條、第 19 條、第 20 條、第 21 條、第 22 條、第 23 條、第 24 條、第 25 條、第 27 條、第 30 條、第 34 條、第 35 條、第 36 條及第 39 條的內容變更，成為被上訴判決的「已查明事實」。
130. 另外，檢察院亦認為原審法院自行在被上訴判決的「已查明事實」增加了第 15 點的內容，上述內容對本卷宗的判決屬重要的變更及增加，但是沒有根據《刑事訴訟法典》第 339 條的規定向檢察院作出通知，違反了上述規定。
131. 首先，原審法院經過庭審後將部分控訴事實作出認定，並將部分從庭審過程得知的事實作出認定，並無任何不妥之處。
132. 另一方面，「已查明事實」第 15 點的內容對於判斷被害人與第一嫌犯發生親熱行為時的意願具有相當重要性，第一嫌犯亦認同這是對控訴事實作出了非實際變更，而從有關事實可見，被害人的確在親熱過程中，與第一嫌犯經常有互動的情況，反映出當時被害人是自願及情願地與第一嫌犯發生親熱行為。
133. 《刑事訴訟法典》第 339 條主要體現在於確保「審檢分立原則」得以實現，且重點在於保障嫌犯的辯護權，理由在於儘管事實的變更不會令嫌犯被控告一項其他犯罪或不致令相應刑幅上限提高，但畢竟對嫌犯的辯護準備有所影響。
134. 我們看到的是，上述條文並沒有規定出現事實非實際變更的時候，需要向作為控方的檢察院作出通知，再者，上述事實的變更並非構成實際變更，因此，亦不需按照《刑事訴訟法典》第 340 條的規定，向檢察院作出通知。
135. 因此，第一嫌犯認為檢察院認為原審法院違反《刑事訴訟法典》第 339 條的規定是毫無道理可言的。
136. 再者，檢察院指出原審法庭沒有對控訴書第 28 條及第 30 條的控訴事實作認定，從而沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項所規定的「獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁

判」的瑕疵。

137. 需要注意的是，在被上訴判決中的「事實和證據」部分，已明確指明“控制書與上述已證事實不符的其他事實”屬於「未能證明事實」。
138. 而事實上，控訴書第 28 條的內容指控第二嫌犯及第三嫌犯的控訴事實，對於第一嫌犯而言，似乎沒有需要作出評價。
139. 至於，控訴書第 33 條的內容，檢察院是透過上述控訴事實，用作舉證被害人是在不自願的情況下與第一嫌犯發生親熱過程。然而，原審法院已對上述事實作判斷，且判定為「未能證明事實」，而且，本案的重點在於案發的親熱行為是否在違反被害人的意願情況下進行。
140. 正如上文所述，原審法院已認定被害人與第一嫌犯的親熱過程中相互有配合，根本不存在被害人不情願與第一嫌犯發生親熱行為的說法。
141. 因此，並不存在檢察院所言，原審法院沒有對第 28 條及第 30 條控訴事實作認定的情況。
142. 綜上所述，基於檢察院提出的全部上訴理由均不成立，因此，請求上級法院維持原審法院所作出的合議庭裁判，確認維持對被上訴人所指控的以直接正犯，以既遂方式觸犯《刑法典》第 157 條第 2 款所規定及處罰的一項「強姦罪」，罪名不成立。

駐本院助理檢察長提交了法律意見書。¹

¹ 其葡文內容如下：

Vem questionado, no presente recurso penal, o acórdão de 15 de Fevereiro de 2019, do 2º Juízo Criminal, que absolveu os arguidos AXX, BXX e CXX dos crimes de violação e de omissão de auxílio pelos quais o Ministério Público havia deduzido acusação.

Entende o Ministério Público em primeira instância que há erros notórios na apreciação da prova; que houve alteração e ampliação dos factos vertidos na acusação, sem que fosse cumprido o inciso que obriga à prévia comunicação aos sujeitos processuais; e que não foram objecto de pronúncia os factos insertos nos artigos 28º e 33º da acusação, o que redundou em insuficiência da matéria de facto para a decisão.

Por seu turno, os dois arguidos que responderam à motivação do recurso pronunciam-se pela improcedência das questões suscitadas pelo Ministério Público.

Antes de nos debruçarmos sobre a matéria tratada na motivação do recurso, temos por bem suscitar a seguinte questão, que, por entendermos respeitar a matéria de conhecimento oficioso, colocamos à consideração do douto tribunal de recurso:

Na peça de acusação, sob o nº 39, o Ministério Público articulou o seguinte facto, imputando-o ao arguido AXX:

Depois de a ofendida ir embora do Karaoke G, a partir das 1:14 horas do dia 24/06/2018, o 1º arguido, AXX, enviou várias mensagens WeChat à ofendida, perguntando como estava, que queria ir à procura dela, e, através do WeChat, pediu, várias vezes, desculpa e perdão. E logo aí, após o articulado, o Ministério Público remeteu para o texto fotografado de tais mensagens, conforme reprodução nos autos.

Constata-se que, quanto ao assunto, o tribunal colectivo deu como provado que *depois de a ofendida ir embora do Karaoke G, a partir das 1:14 horas do dia 24/06/2018, o 1º arguido, AXX, através do WeChat chegou a enviar várias mensagens à ofendida, a perguntar onde ela estava e que queria ir à procura dela, bem como enviou muitas mensagens WeChat à ofendida.*

Conjugando o teor deste facto, tal como o colectivo o julgou provado, com os factos não provados e, em especial, com o teor da última asserção relativa aos factos não provados, ou seja, que não resultaram provados outros factos imputados na acusação que não correspondam com os factos provados, tempo que concluir que o acórdão deu como não provado que o arguido AXX haja pedido desculpa e perdão à ofendida através de mensagens enviadas pelo WeChat.

É, porém, inofismável que, nas mensagens em causa, provenientes do arguido AXX e dirigidas à ofendida, constam três pedidos de desculpa e um pedido de perdão. Com efeito – e ressaltando qualquer lapso da versão traduzida a que tivemos acesso –, cerca das 14 horas e 13 minutos do dia 24 de Junho de 2018, tal arguido enviou à ofendida mensagem do seguinte teor: *Bebi demais ontem à noite, se aconteceu algo que não te faz feliz, peço desculpa! Podemos conversar?* E, na mesma data, pelas 14 horas e 52 minutos, enviou ele, para a ofendida, outra mensagem com o seguinte conteúdo: *Penso que somos bons amigos, se aconteceu algo que não te faz feliz, peço desculpa! Espero poder conversar contigo. E ainda no mesmo dia, desta feita por volta das 15 horas e 30 minutos, escreveu assim o mesmo arguido, em mensagem novamente dirigida à ofendida: Tens tempo para te encontrar e falar? Ou falar ao telefone? Não somos bons amigos? Se eu te fiz algo que não te faz feliz, peço desculpa com sinceridade e peço que me perdoes!*

Com é bem de ver, há aqui três pedidos de desculpa e um pedido de perdão.

Estes textos estão reproduzidos no processo, são claros e inequívocos quanto ao sentido das ideias aí expressas e constituem prova válida que não foi impugnada ou posta em xeque.

Posto isto, apresenta-se óbvio e notório o erro na apreciação dessa prova, na medida em que, contra a evidência do seu teor, se deu como não provado que o arguido tenha pedido desculpa e perdão à ofendida. Deve acrescentar-se que a fundamentação do acórdão é omissa quanto a qualquer indicação ou análise crítica que nos elucide sobre a razão de assim ter decidido o tribunal colectivo.

Se porventura se entender que este erro não existe e que a falta de alusão aos pedidos de desculpa e de perdão deve ser levada à conta de omissão, então estaremos perante insuficiência da matéria de facto provada.

Trata-se, na verdade, de elementos factuais importantes para ajudar a sondar e compreender o sentido da conduta anterior do arguido AXX, o dolo dessa conduta, e a própria consciência do desvalor da acção e da não aprovação dessa conduta por parte da ofendida. E estes elementos adquirem especial relevância face ao posicionamento processual do arguido A, que tem sustentado e intentado convencer que tudo se desenrolou num quadro

de conjunção e interacção de vontades. Porquê os pedidos e de perdão pela infelicidade que a sua conduta pudesse ter causado à ofendida?

Temos por óbvia a importância desta matéria, a qual, nesta possível visão das coisas, teria sido omissa pelo tribunal, com o conseqüente vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

Concluindo, existe erro notório na apreciação da prova, quanto à parte da matéria do artigo 39º da acusação considerada não provada, ou, noutra hipotética perspectiva, há insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

Avancemos agora para as questões e argumentos do recurso, começando pela matéria relativa a alteração e ampliação dos factos.

Sustenta-se, na motivação do recurso, que, por confronto com a acusação, foram alterados e ampliados vários factos, o que traduz uma alteração não substancial, relativamente à qual não foi dado cumprimento à comunicação prevista no artigo 339º, nº 1, do Código de Processo Penal.

É certo que ocorreu a apontada alteração e ampliação. Vejamos se se impunha a referida comunicação.

Socorrendo-nos da respectiva acta, verificar-se que, logo no início da audiência, a Exm.^a presidente do colectivo fez exarar o seguinte: “... para descrever mais detalhadamente a ocorrência do crime, o colectivo entendeu haver necessidade de adicionar no espaço posterior ao ponto 39 da acusação: *dá-se aqui por integralmente reproduzido o conteúdo do vídeo apreendido no processo*”, o que mereceu a aquiescência de todos os demais sujeitos processuais.

É obvio que, apesar da anunciada intenção de *descrever mais detalhadamente a ocorrência do crime*, isto não pode ter o condão de acrescentar à acusação factos que dela não consta. O vídeo constitui um documento de prova, que, podendo retratar ou reproduzir situações e aspectos da vida que encerram factos, não é, ele próprio, um facto.

Portanto, tudo quanto de factual possa retirar-se do vídeo não fica a fazer parte do objecto do processo só porque o tribunal fez consignar que se dava por integralmente reproduzido o conteúdo do vídeo apreendido no processo. No mesmo sentido vai a jurisprudência, como o atestam, por exemplo, os acórdãos do STJ de Portugal, de 01/02/95, in CJ/STJ 1995, tomo I, a pgs. 264, e de 18/01/96, in BMJ nº 453, a pgs 444, bem como o recente acórdão de 10/10/2019, do Tribunal de Segunda Instância, proferido no processo 160/2016.

Do que vem de dizer-se pode concluir-se que aquele acrescento exarado em acta não é bastante para legitimar a observada ampliação e alteração da matéria de facto.

Constata-se, no entanto, que o arguido AXX apesentou uma extensa contestação, na qual trouxe para a discussão os inúmeros factos aí alegados, entre os quais pontua a matéria do ponto 15 dos factos provados e outros que acabariam por redundar em julgamentos do que fora alegado na acusação.

Pois bem, esta contestação (fls. 810 e seguintes), que como tal foi considerada e tratada até final da produção de prova, foi então convertida em exposição do tipo previsto no artigo 88º do Código de Processo Penal, a pretexto de celeridade, no que todos os sujeitos processuais anuíram. O processo deixou assim de ter contestação para passar a ter uma mera exposição do arguido.

Posto isto, cabe perguntar se a exposição em que se converteu aquela contestação pode continuar a ser tratada como alegação em sentido técnico, nomeadamente para os fins do artigo 339º, nº 2, do Código de Processo Penal.

Temos para nós que, tendo aquela conversão da contestação em exposição merecido a concordância de todos os sujeitos processuais, e tendo na altura ficado assente e acordado que o tribunal ponderaria o respectivo conteúdo para proferir a decisão, nada impede que a tal

documento seja atribuído o efeito substancial de contestação como articulado de defesa do arguido AXX.

E sendo assim, a comunicação acerca da alteração estava dispensada nos termos do nº 2 do referido artigo 339º do Código de Processo Penal, pois resulta de alegação da defesa do próprio arguido, que, como tal, passa a integrar o objecto de processo, sendo certo que o Ministério Público dela teve conhecimento em devido tempo.

Inclinamo-nos, pois, para a inverificação de qualquer irregularidade relevante em matéria de alteração não substancial de factos.

Vem também suscitada a questão da supressão dos factos insertos nos artigos 28º e 33º da acusação.

Sustenta o Ministério Público que, tratando-se de factos importantes para a decisão, a sua não consideração redundaria em vício de insuficiência da matéria provada para a decisão.

Conjugando o teor daqueles factos da acusação com o acervo de factos dados como provados e não provados, nomeadamente com a última asserção relativa aos factos não provados, segundo a qual não resultaram provados outros factos imputados na acusação que não correspondam com os factos provados, temos que concluir que o acórdão deu como não provada a matéria daqueles dois artigos 28º e 33º da acusação.

Tendo esses factos sido considerados não provados, o que pressupõe que o tribunal os ponderou e avaliou, fica excluída a possibilidade de ocorrência do suscitado vício de insuficiência da matéria de facto para a decisão.

Resta abordar a problemática dos erros notórios na apreciação da prova.

Nesta matéria, temos por bem acompanhar integralmente a posição assumida pelo Ministério Público na sua motivação do recurso, permitindo-nos dar aqui por reproduzida a sua pertinente e acertada argumentação.

Crê-se, na verdade, que o tribunal errou ao julgar que a ofendida esteve sempre de posse de suficientes faculdades, capacidades e consciência.

A visualização do vício induz-nos a mesma leitura que a recorrente exterioriza nas alegações de recurso. Já à saída do restaurante a ofendida aparenta estar sob o efeito do álcool. Mas isso torna-se particularmente visível e impressivo no Karaoke G, a partir das 23:38 horas. A ofendida não reage, permanece inerte, inanimada, e os escassos gestos que esboça não são articulados, assim continuando sensivelmente até ser espevitada pela arguida CXX, cerca das 23:53 horas.

Creemos, pois, que, neste entretanto, a ofendida permaneceu inconsciente por via da embriaguez motivada pelo manifesto excesso de álcool ingerido.

Haverá, assim, que ler e valorar o seu depoimento para memória futura à luz da manifesta incapacidade de perceber e sentir o que se passava à sua volta nesse período temporal inicial assinalado pelo Ministério Público. Assim, quando a ofendida reporta os episódios de abuso do arguido A não está a escamotear as primeiras investidas do arguido – que dessas ela naturalmente não se pode lembrar –, está simplesmente a relatar aquilo que os seus sentidos conseguiram perceber, sendo que só mais tarde, após haver regressado da casa de banho, a ofendida começa a dar mostras de alguma capacidade de percepção do que acontecia.

Contrariamente ao que o tribunal considerou, as declarações para memória futura prestadas pela ofendida apresentam-se credíveis e verosímeis, não havendo elementos ou dados objectivos que justifiquem a sua desvalorização/descrédibilização. A doutrina e a jurisprudência convergem em conferir ao testemunho dos ofendidos, nos chamados crimes sexuais, importância fundamental no apuramento dos factos. Ponto é – evidentemente – que o testemunho se mostre verosímil e ofereça credibilidade. Pois bem, à parte o episódio já

referido, que não se mostra devidamente relatado nas declarações para memória futura, o que é explicável pela manifesta inanimação e inconsciência da ofendida, todo o depoimento da ofendida é normal, escoreito e consistente, não enfermando de incongruências, anomalias de discurso ou desfasamentos justificativos da sua descredibilização ou desvalorização. Diremos, até, que o seu depoimento encontra acentuado respaldo nas imagens oferecidas pelo vídeo.

Estamos, pois, com a motivação do recurso quando sustenta que houve erro notório na apreciação da prova (depoimento para memória futura e vídeo) conducente ao juízo sobre a suficiente consciência e capacidade de exercício da ofendida, no que toca ao primeiro momento das investidas libidinosas do arguido A sobre a ofendida.

De igual forma comungamos dos considerandos e argumentos alinhados para rebater o juízo inerente à absolvição decretada, segundo o qual tudo se teria resumido a uma troca consentida de carícias e condutas íntimas.

Salvo melhor juízo, o vídeo não demonstra isso, o depoimento da ofendida afasta peremptoriamente uma tal hipótese, e nem mesmo o depoimento do empregado do Karaoke legitima aquela conclusão a que o acórdão chegou quanto à livre anuência da ofendida.

Como já referimos supra, o depoimento da ofendida apresenta-se suficientemente claro quanto à ocorrência e aos factos que se sucederam após o regresso da ofendida à cabine, depois de ir ao WC para vomitar, ocasião em que começa a dar mostras de algum discernimento e alguma capacidade de percepção do que acontece, como se consegue constatar através do vídeo. Contrariamente ao que sucedeu em momento anterior, durante o qual a ofendida se encontrava totalmente inerte e inanimada, são visíveis agora passagens de manifesta oposição da ofendida à actuação do arguido A. O constante espernear e as várias tentativas de se desembaraçar do artigo Mo e de o afastar, que são bem notórias, por exemplo, entre as 00:35 horas e as 00:42 horas, deparam com uma constante arremetida do arguido, que além de neutralizar a ofendida com o peso do seu corpo sobre o tronco daquela, ainda lhe manietava os movimentos do braço esquerdo, com o qual ela tentava afastá-lo. Aliás, pelas 00:43 horas, o arguido A chega a neutralizar o braço esquerdo da ofendida algo violentamente, aparentando ela sucumbir, cerca das 00:44 horas, altura em que a perna direita chega a cair-lhe do sofá. Ainda assim, pelas 00:48 horas, a ofendida consegue reunir forças para voltar a empurrar o braço do arguido, mas este rapidamente volta à carga, manietando a ofendida e permanecendo sobre o busto dela e não deixando de continuamente a beijar e apalpar. Neste entretanto, são visíveis inúmeros gestos de oposição da ofendida, traduzidos em tentativas infrutíferas de afastar de si o arguido.

É claro que uma mulher que estivesse de posse plena de todas as suas faculdades poderia adoptar formas de oposição mais eficazes, tais como agredir o arguido, mordendo-o com vigor, ou varrer os copos que estavam sobre a mesma, como se sugere no acórdão. Mas isso não é exigível de uma pessoa de compleição franzina como a ofendida, que, além de estar severamente atordoada pelo álcool, tinha a cabeça e o tronco completamente manietados e ate sufocados pelo arguido, de compleição física inegavelmente superior à da ofendida.

Por outro lado, não é despicienda e desvalorizável a circunstância de o empregado do estabelecimento ter ouvido gritos de senhora, encontrando-se a uma distância de cerca de 8 metros da cabine onde estava a ofendida, num ambiente de Karaoke, necessariamente barulhento, o que aliás condiz com as queixas dos utentes da cabine 4, queixas estas formuladas devido ao barulho proveniente da cabine 5.

E também não se coaduna com as regras da experiência comum o juízo do acórdão que concluiu pela troca consentida de carícias e condutas íntimas entre a ofendida e o arguido, quando é seguro que ambos saíram separadamente do estabelecimento de Karaoke e que, no

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，並作出了評議及表決。

二、事實方面

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

dia seguinte, o arguido pediu desculpa e perdão à ofendida pelo que sucedera na noite anterior.

Também nesta parte temos por procedente o erro notório na apreciação da prova alegado na motivação do recurso, sendo que o erro tanto sé operante para a absolvição do arguido A, como o é para a absolvição dos demais arguidos, dada a conexão íntima e incindível dos factos pelos quais estavam acusados.

Procedem pois os invocados vícios de erro notório na apreciação da prova.

E, dito isto, coloca-se a questão de saber se a supressão desses vícios e a decisão da causa pode ser operada nesta instância de recurso, por via de renovação da prova, como se chega a sugerir na motivação de recurso, ou se é preciso reenviar o processo para novo julgamento.

O nosso parecer vai inequivocamente neste último sentido, parecendo-nos óbvia a necessidade do reenvio.

Não é de excluir, desde logo, que venha a mostrar-se necessário produzir outros meios de prova ao abrigo do artigo 321º do Código de Processo Penal. Estamos a lembrar-nos, por exemplo, da inquirição dos clientes da cabine 4 – os tais que estavam contíguos ao lugar em que se desenrolaram os factos e que se queixaram do barulho que se fazia sentir na cabine 5 -, cuja identificação pode vir a revelar-se possível através do meio de pagamento usado, sabido que, hoje em dia, a maioria dos pagamentos é feita mediante cartões de crédito e outros meios automáticos, tais como aplicações do tipo WeChat.

Depois, é de toda a conveniência fazer a projecção do vídeo, na sua integralidade, em audiência. O vídeo não foi integralmente exibido em audiência e só assim teria sido possível detectar e colocar à apreciação de todos os sujeitos processuais pormenores que muitas vezes escapam ao observador solitário, explicar pontos duvidosos, contraditar interpretações... Como o próprio arguido A refere na sua contraminuta de recurso, o vídeo, quando visto separadamente por diferentes observadores, pode sugerir interpretações diversas para uma mesma realidade. Além disso, a partir da acta, nem sequer é possível saber que fragmentos do vídeo foram exibidos, apenas se dizendo que, aquando das declarações dos arguidos foi mandado exibir a respectiva parte do vídeo. Ora, sem se saber o que foi visto em audiência, não pode o tribunal superior, em bom rigor, fazer a respectiva renovação da prova.

Acresce que, contra o que é legal e desejável, houve uma total inversão da produção da prova testemunhal, tendo primeiro sido inquiridas todas as testemunhas presentes da defesa e só depois as testemunhas de acusação, por uma não compreensível razão de ausência das testemunhas de acusação e permanência das testemunhas de defesa no intervalo para o almoço.

Em suma, deve conceder-se provimento ao recurso, revogando-se o douto acórdão recorrido e reenviando-se o processo, nos termos do artigo 418º do Código de Processo Penal, para novo julgamento relativamente à totalidade do objecto do processo.

1. 第一嫌犯 AXX 案發時為澳門大學法學院教授，任法學院研究生院院長。
2. 被害人 HXXX 為內地居民，其於 2015 年澳攻讀澳門城市大學心理學系博士課程，2018 年 05 月底完成有關課程，並擬離澳返回內地。
3. 第二嫌犯 BXX 為吉林大學計算機學碩士研究生。
4. 第三嫌犯 CXX 案發時為澳門大學法律系博士二年級學生，現時為三年級學生。
5. 第一嫌犯 AXX 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嫌犯與其學生和朋友的聚餐，同時，第一嫌犯亦透過“徵信”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 D 菜館，與第一嫌犯 AXX、第二嫌犯 BXX 及第三嫌犯 CXX 等人一同聚餐。期間，第一嫌犯 AXX 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，三名嫌犯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，三名嫌犯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，第一嫌犯 AXX、第二嫌犯 BXX 及第三嫌犯 CXX 和被害人一起搭乘的士，前往第二嫌犯 BXX 預訂的畢仕達大馬路 G 卡拉 OK 繼續消遣。
8. D 菜館的監控系統曾拍下三名嫌犯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），第一嫌犯 AXX、第二嫌犯 BXX 及第三嫌犯 CXX 及被害人相繼步入 G 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 日約 22 時 50 分），被害人因胃部不適，便在第三嫌犯

CXX 陪同下，離開座位前往卡拉 OK 的衛生嘔吐。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 日約 23 時 38 分)，被害人與第三嫌犯 CXX 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，被害人返回卡拉並坐於第二嫌犯 BXX 右側梳化座位休息，當時，第一嫌犯 AXX 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 日約 23 時 39 分)，在第三嫌犯 CXX 離開不久，當時被害人已閉上雙眼，為此，第一嫌犯 AXX 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，第一嫌犯 AXX 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，被害人也抱著第一嫌犯 AXX 的腰部、扶著第一嫌犯 AXX 的手臂，並將手放在第一嫌犯 AXX 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 日約 23 時 53 分)，第三嫌犯 CXX 返回並坐於第二嫌犯 BXX 左側梳化座位後，第一嫌犯 AXX 慢慢鬆開被害人，並與第二嫌犯 BXX 交談，當時，第二嫌犯 BXX 望著第一嫌犯 AXX，並四次作出 OK 手勢。
17. 在第一嫌犯 AXX 對被害人作出上述親密行為時，坐在旁邊的第二嫌犯 BXX 不時觀看有關情況，期間也與第一嫌犯 AXX 進行語言交流，且多次向第一嫌犯 AXX 作出 OK 等手勢，但卻沒有對第一嫌犯 AXX 上述的親密行為作出勸阻或制止。
18. 隨後，第三嫌犯 CXX 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. 在被害人與第三嫌犯 CXX 離開後，第二嫌犯 BXX 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，第二嫌犯 BXX 簽署該店服務員拿來的結賬單，當時，第二嫌犯 BXX 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 日約零時 02 分)，被害人與第三嫌犯 CXX 返回卡拉，當時，第一嫌犯 AXX 立刻拉起被害人一隻手，被害人便自己走到第一嫌犯 AXX 身旁坐下，並坐在第一嫌犯 AXX 的腿上 (監控時間約為 2018 年 06 月 24 日零時 02 分 25 秒)。被害人與第一嫌犯 AXX 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，第一嫌犯 AXX 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. 第一嫌犯 AXX 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。第一嫌犯 AXX 將右手從被害人的褲內抽回。
23. 第一嫌犯 AXX 與被害人上述的行為在 U 型梳化的右端發生，其時，第二嫌犯 BXX 與第三嫌犯 CXX 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)，第一嫌犯 AXX 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. 在第一嫌犯 AXX 對被害人作出上述親密行為期間，坐在對面的第二嫌犯 BXX 至少十二次望向被害人，同時，第三嫌犯 CXX 也曾多次望向被害人。
26. 當時，第二嫌犯 BXX 和第三嫌犯 CXX 清楚知悉被害人正與第一嫌犯 AXX 有上述的親密行為，但是，第二嫌犯 BXX 和第三嫌犯 CXX 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 日約零時 28 分 17 秒), 第一嫌犯 AXX 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 日約零時 48 分 31 秒), 第一嫌犯 AXX 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. 在第一嫌犯 AXX 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嫌犯 AXX 的右手。
30. G 卡拉 OK 的水吧職員 FXX 在接到 4 號枱卡位人士投訴及目睹上述情況後, 認為第一嫌犯 AXX 的動作十分不雅, 故此, 其前往酒吧辦公室向老闆 EX 反映, EX 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 日約零時 01 時 00 分), G 卡拉 OK 的老闆 EX 來到 5 號枱卡拉, 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, 第一嫌犯 AXX 則摟抱被害人的上半身, 頭部靠向被害人頸部, 為此, 其上前拍打第一嫌犯 AXX 後背, 要求該嫌犯行為檢點, 以免影響其他客人, 但是, 該嫌犯僅回望 EX 一眼且不作理會, 其仍繼續與被害人作出上述行為。
32. 為此, EX 走到第二嫌犯 BXX 旁邊, 要求第二嫌犯 BXX 勸阻第一嫌犯 AXX 行為檢點, 當時, 第二嫌犯 BXX 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, 第二嫌犯 BXX 將 EX 拉到身邊, 向其介紹第三嫌犯 CXX, 兩名嫌犯並一同向 EX 敬酒。
34. 2018 年 06 月 24 日約 01 時 10 分, EX 再次前來, 由於第一嫌犯 AXX 繼續與被害人公然作出親熱的行為, EX 認為其不雅的行為會影響其他客人, 故其走近第一嫌犯 AXX 要求其不要

在店內親熱，至此，第一嫌犯 AXX 也停止了與被害人的親密行為。

35. 隨後，為免被害人與第一嫌犯 AXX 繼續作出上述不雅行為，EX 從梳化上拉起被害人，並著第三嫌犯 CXX 帶同被害人離開。
36. 其後，第三嫌犯 CXX 帶同被害人搭乘的士離開 G 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 日約 01 時 46 分），第一嫌犯 AXX 與第二嫌犯 BXX 相繼離開 G 卡拉 OK。
38. 在被害人離開 G 卡拉 OK 後，第一嫌犯 AXX 自 2018 年 06 月 24 日約 01 零時 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. 第一嫌犯 AXX 在自由、自願及有意識的情況下，作出上述行為。
41. 第二嫌犯 BXX 及第三嫌犯 CXX 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嫌犯 AXX 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：

- 第一嫌犯 AXX 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。
- 根據嫌犯的最新刑事紀錄顯示，第一嫌犯屬於初犯。

- 第二嫌犯 BXX 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。
- 根據嫌犯的最新刑事紀錄顯示，第二嫌犯並非初犯。
 - 1) 第二嫌犯 BXX 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，禁止嫌犯駕駛，為期 1 年，判決於 2012 年 9 月 27 日轉為確定，嫌犯已繳納所被判處的罰金。
 - 2) 第二嫌犯又曾因觸犯第 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。
- 第三嫌犯 CXX 表示現就讀博士課程，無收入，毋須供養任何人。
- 根據嫌犯的最新刑事紀錄顯示，第三嫌犯屬於初犯。

未能證明的事實：

- 案發過程中，被害人欠缺對第一嫌犯之行為作出反抗的能力。
- 被害人清楚及明確地向第一嫌犯表示不願意與其作出已證事實中的親密行為。
- 第二嫌犯及第三嫌犯知悉被害人遭受侵害。
- 被害人用踢腳第二嫌犯的身體以示求助。
- 第三嫌犯清楚看到及聽到被害人受到侵害。
- 當時，第二嫌犯和第三嫌犯明知第一嫌犯正在對被害人作出性侵行為，仍故意分散 EX 的注意力，該兩名嫌犯的行為直接使

第一嫌犯在作出上述性侵行為時得到彼等精神上及實質上的支持。

- 第二嫌犯和第三嫌犯明知第一嫌犯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。
- 第一嫌犯違反被害人意願，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份插入被害人陰道的行為。
- 第二嫌犯及第三嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，明知第一嫌犯侵犯被害人的性自由及性自決，但是，該兩名嫌犯仍在精神上作出支持第一嫌犯的行為。
- 控訴書中與上述已證事實不符的其他事實。

三、法律部份

檢察院的上訴理由提出了以下兩個方面問題：

第一，原審法院對未證事實的認定存在瑕疵，被上訴判決違反了《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項所列的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵；

第二，原審法院變更、增加及刪除控訴書的指控事實但並無作出相應通知，違反了《刑事訴訟法典》第 339 條的規定。

第三，沒有就控訴書第 28 條及第 33 條的控訴事實作認定，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項所列的「獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判」的瑕疵。

我們逐一看看。

(一) 《刑事訴訟法典》第 339 條規定的事實變更

在這個問題上，檢察院認為原審法院在認定事實的時候，對控訴書的第 5 條、第 6 條、第 7 條、第 10 條、第 12 條、第 13 條、第 14 條、

第 16 條、第 17 條、第 19 條、第 20 條、第 21 條、第 22 條、第 23 條、第 24 條、第 25 條、第 27 條、第 30 條、第 34 條、第 35 條、第 36 條及第 39 條控訴事實的內容，作出了變更，但在之前並沒有遵循《刑事訴訟法典》第 339 條的規定的程序為之。

我們看看原審法院認定的事實作了哪些改變。

控訴書的事實	原審法院所認定的事實
<p>5、第一嫌犯 AXX 在得知被害人即將離開澳門之後，於案發前一個月開始，每周均以被害人將離開澳門為由，主動邀請被害人出席第一嫌犯 AXX 與其學生和朋友的聚餐，同時，第一嫌犯亦透過“微信”與被害人相互聯絡，閒聊餐聚和球賽等生活瑣事。</p>	<p>5、第一嫌犯 AXX 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嫌犯與其學生和朋友的聚餐，同時，第一嫌犯亦透過“微信”與被害人相互聯絡，閒聊餐聚和球賽等生活瑣事。</p>
<p>6、2018 年 06 月 23 日晚約 19 時，被害人應約前往澳門北京街 D 菜館，與第一嫌犯 AXX、第二嫌犯 BXX 及第三嫌犯 CXX 等人一同聚餐。期間，第一嫌犯 AXX 曾多次與被害人飲酒，也多次要求被害人向在場人士敬酒，為此，被害人與在場人士共同飲完四瓶白酒，但三名嫌犯和被害人當時均無飲醉。</p>	<p>6、2018 年 06 月 23 日晚約 19 時，被害人應約前往澳門北京街 D 菜館，與第一嫌犯 AXX、第二嫌犯 BXX 及第三嫌犯 CXX 等人一同聚餐。期間，第一嫌犯 AXX 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，三名嫌犯和被害人當時仍然清醒，且有足夠的行為能力。</p>
<p>7、聚餐結束後，第一嫌犯 AXX 提議去看球賽，為此，當日（即 2018 年 06 月 23 日）約 22 時許，第一嫌犯 AXX、第二嫌犯 BXX、第三嫌犯 CXX 和被害人一起搭乘的士，前往第二嫌犯 BXX 預訂的畢仕達大馬路 G 卡拉 OK 繼續消遣。</p>	<p>7、聚餐結束後，三名嫌犯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，第一嫌犯 AXX、第二嫌犯 BXX、第三嫌犯 CXX 和被害人一起搭乘的士，前往第二嫌犯 BXX 預訂的畢仕達大馬路 G 卡拉 OK 繼續消遣。</p>
<p>10、2018 年 06 月 23 日約 23 時 03 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，便在第三嫌犯 CXX 陪同下，離開座位前往卡拉 OK 的衛生間嘔吐。途中，被害人步履不穩，需手扶欄杆才能站穩（參閱卷宗第 108 頁圖片九至圖片十，並視為完</p>	<p>10、2018 年 06 月 23 日約 23 時 03 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，便在第三嫌犯 CXX 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</p>

全轉錄至本控訴書)。	見被害人需要他人攙扶。
12、由於嘔吐後感頭痛及頭暈，四肢乏力，被害人返回卡位並坐於第二嫌犯 BXX 右側梳化座位休息，當時，第一嫌犯 AXX 伸出雙手，要求被害人坐到他身邊位置(參閱卷宗第 108 頁背頁圖片十二、第 429 頁圖 14，並視為完全轉錄至本控訴書)。	12、由於嘔吐後感頭痛及頭暈，被害人顯得有點疲倦，被害人返回卡位並坐於第二嫌犯 BXX 右側梳化座位休息，當時，第一嫌犯 AXX 伸出雙手，要求被害人坐到他身邊位置
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)，在第三嫌犯 CXX 離開不久，第一嫌犯 AXX 發覺被害人已閉上雙眼且無反應，為此，其直接走到被害人身邊，使用雙手擁抱被害人，不斷大力吸吻被害人的嘴唇。	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)，在第三嫌犯 CXX 離開不久，當時被害人已閉上雙眼，為此，第一嫌犯 AXX 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、期間，在被害人無力反抗的情況下，第一嫌犯 AXX 尚不斷用嘴用力吸吮被害人的頸部，其將手伸入被害人的胸圍之內撫摸被害人的乳房，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。	14、之後，第一嫌犯 AXX 仍不斷用嘴吸吮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，被害人也抱著第一嫌犯 AXX 的腰部、扶著第一嫌犯 AXX 的手臂，並將手放在第一嫌犯 AXX 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)，第三嫌犯 CXX 返回並坐於第二嫌犯 BXX 左側梳化座位後，第一嫌犯 AXX 慢慢鬆開被害人，並與第二嫌犯 BXX 交談，當時，第二嫌犯 BXX 望著第一嫌犯 AXX，並四次作出 OK 手勢
16、在第一嫌犯 AXX 對被害人作出上述不法行為時，坐在旁邊的第二嫌犯 BXX 不時觀看有關情況，期間也與第一嫌犯 AXX 進行語言交流，且多次向第一嫌犯 AXX 作出 OK 等手勢，但卻沒有對第一嫌犯 AXX 上述不法行為作出勸阻或制止。	17、在第一嫌犯 AXX 對被害人作出上述親密行為時，坐在旁邊的第二嫌犯 BXX 不時觀看有關情況，期間也與第一嫌犯 AXX 進行語言交流，且多次向第一嫌犯 AXX 作出 OK 等手勢，但卻沒有對第一嫌犯 AXX 上述的親密行為作出勸阻或制止

<p>17、隨後，第三嫌犯 CXX 走到被害人旁邊拉醒被害人，並陪同被害人離開座位並前往衛生間（參閱卷宗第 112 頁及背頁圖片二十六至圖片二十七、第 433 頁背頁至 434 頁背頁圖 30 至圖 33，並視為完全轉錄至本控訴書）。</p>	
	<p>19、在被害人與第三嫌犯 CXX 離開後，第二嫌犯 BXX 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，第二嫌犯 BXX 簽署該店服務員拿來的結賬單，當時，第二嫌犯 BXX 有意識、清醒，且有足夠的行為能力</p>
<p>19、2018 年 06 月 23 日約 23 時 56 分（監控時間約為 2018 年 6 月 24 日約零時 02 分），被害人與第三嫌犯 CXX 返回卡位，當時，第一嫌犯 AXX 立刻拉著被害人坐在其身旁，第二嫌犯 BXX 與第三嫌犯 CXX 則坐在第一嫌犯 AXX 及被害人對面的梳化上交談和喝酒（參閱卷宗第 113 頁及背頁圖片二十九、第 435 頁背頁至 436 頁圖 36 至圖 41，並視為完全轉錄至本控訴書）。</p>	<p>20、2018 年 06 月 23 日約 23 時 56 分（監控時間約為 2018 年 6 月 24 日約零時 02 分），被害人與第三嫌犯 CXX 返回卡位，當時，第一嫌犯 AXX 立刻拉起被害人一隻手，被害人便自己走到第一嫌犯 AXX 身旁坐下，並坐在第一嫌犯 AXX 的腿上（監控時間為 2018 年 6 月 24 日零時 02 分 25 秒）。被害人與第一嫌犯 AXX 緊貼的坐姿持續逾 17 分鐘期間（約至監控時間為 2018 年 6 月 24 日零時 19 分 41 秒），被害人不時轉換腿姿</p>
<p>20、之後，第一嫌犯 AXX 繼續擁抱被害人，其不斷強吻及以左手伸入被害人牛仔褲內撫摸被害人左側臀部。</p>	
<p>21、2018 年 6 月 24 日約零時 11 分 44 秒（監控時間約為 2018 年 6 月 24 日約零時 19 分 44 秒），第一嫌犯 AXX 以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 8 分鐘。期間，被害人曾多次蹬腳及擺動身體作出反抗，但均未獲得成功（參閱卷宗第 113 頁至 116 頁及背頁圖片二十九至四十四、第 436 頁背頁至 443 頁圖 42 至圖 69，並視為完全轉錄至本控訴書）。</p>	<p>21、於監控時間 2018 年 6 月 24 日零時 19 分 41 秒，第一嫌犯 AXX 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 6 月 24 日零時 23 分 44 秒開始）</p>
	<p>22、第一嫌犯 AXX 撫摸被害人的陰部並將手</p>

	指插入被害人陰道作抽插動作一直持續至監控時間 2018 年 6 月 24 日零時 27 分 50 秒。 第一嫌犯 AXX 將右手從被害人褲內抽回
	23、第一嫌犯 AXX 與被害人上述的行為在 U 型梳化的右端發生，其時，第二嫌犯 BXX 與第三嫌犯 CXX 則坐在同一梳化的左端交談和喝酒
22、約至 2018 年 6 月 24 日零時 19 分(監控時間約為 2018 年 6 月 24 日約零時 28 分 18 秒)，第一嫌犯 AXX 將右手從被害人褲內抽回，並拉開被害人上衣至胸圍低位置，且伸手進被害人的衣服內摸被害人胸部(參閱卷宗第 117 頁及背頁圖片四十五至四十四八、第 443 頁背頁圖 70，並視為完全轉錄至本控訴書)。	24、約至 2018 年 6 月 24 日零時 19 分(監控時間約為 2018 年 6 月 24 日約零時 28 分 18 秒)，第一嫌犯 AXX 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
23、在第一嫌犯 AXX 對被害人作出上述不法行為期間，坐在對面的第二嫌犯 BXX 至少十二次望向被害人，同時，第三嫌犯 CXX 也曾多次望向被害人。	25、在第一嫌犯 AXX 對被害人作出上述親密行為期間，坐在對面的第二嫌犯 BXX 至少十二次望向被害人，同時，第三嫌犯 CXX 也曾多次望向被害人
24、當時，第二嫌犯 BXX 和第三嫌犯 CXX 清楚知悉被害人正受到侵害，但是，該兩名嫌犯並沒有作出任何勸阻或制止行為(參閱卷宗第 436 頁背頁至 443 頁圖 43、45、47、48、49、50、59、63、66 及 68，並視為完全轉錄至本控訴書)。	
25、2018 年 6 月 24 日約零時 20 分 17 秒(監控時間約為 2018 年 6 月 24 日約零時 28 分 17 秒)，第一嫌犯 AXX 再以上半身壓著被害人上半身，令被害人橫躺在梳化之上，之後，其用右手掀起被害人的上衣，並隔着胸圍搓揉被害人胸部，期間，被害人曾數次嘗試用手掙扎及推開第一嫌犯 AXX 的手，但均不成功(參閱卷宗第 117 頁至 120 頁及背頁圖片四十五至六十、第 443 頁背頁至 448 頁背頁圖 71 至圖 91，並視為完全轉錄至本控訴書)。	27、2018 年 6 月 24 日約零時 20 分 17 秒(監控時間約為 2018 年 6 月 24 日約零時 28 分 17 秒)，第一嫌犯 AXX 再次親吻躺臥在梳化上的被害人。之後，其用右手掀起被害人的上衣，並隔着胸圍搓揉被害人的胸部

<p>27、期間，被害人曾用左手不斷嘗試將第一嫌犯 AXX 的右手從其褲內拉出，但不成功，當時，第一嫌犯 AXX 曾將被害人用作掙扎的左手壓在梳化之上，令被害人無法反抗(參閱卷宗第 121 頁至 122 頁及背頁圖片六十二至六十八、第 449 頁至 452 頁圖 92 至圖 105，並視為完全轉錄至本控訴書)。</p>	
<p>30、2018 年 6 月 24 日約零時 52 分 (監控時間約為 2018 年 6 月 24 日約 01 時 00 分)，G 卡拉 OK 的老闆 EX 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，第一嫌犯 AXX 則摟抱被害人的上半身，頭部靠向被害人頸部，為此，其上前拍打第一嫌犯 AXX 後背，要求該嫌犯行為檢點，以免影響其他客人，但是，該嫌犯僅回望 EX 一眼且不作理會，其仍繼續對被害人作出上述行為 (參閱卷宗第 123 頁及背頁圖片六十九至七十二、第 455 頁背頁至 456 頁圖 118 至圖 121，並視為完全轉錄至本控訴書)。</p>	<p>30、G 卡拉 OK 的水吧職員 FXX 在接到 4 號枱卡位人士投訴及目睹上述情況後，認為第一嫌犯 AXX 的動作十分不雅，故此，其前往酒吧辦公室向老闆 EX 反映，EX 得知相關情況即前往察看</p>
<p>34、至 2018 年 6 月 24 日約 01 時 10 分，EX 再次前來，其走近第一嫌犯 AXX 對其作出嚴肅喝止，至此，第一嫌犯 AXX 才停止對受害人作出的上述性侵行為。</p>	<p>34、至 2018 年 6 月 24 日約 01 時 10 分，EX 再次前來，由於第一嫌犯 AXX 繼續與被害人公然作出親熱的行為，EX 認為其不雅的行為會影響其他客人，故其走近第一嫌犯 AXX 要求其不要在店內親熱，至此，第一嫌犯 AXX 也停止了與被害人的親密行為</p>
<p>35、隨後，EX 從梳化上將一直哭泣且不能自行站立的被害人拉起，並陪同被害人及第三嫌犯 CXX 走出店外 (參閱卷宗第 126 頁至 128 頁圖片八十二至九十、第 462 頁至 464 頁背頁圖 144 至圖 155，並視為完全轉錄至本控訴書)。</p>	<p>35、隨後，為免被害人與第一嫌犯 AXX 繼續作出上述不雅行為，EX 從梳化上拉起被害人，並著第三嫌犯 CXX 帶同被害人離開</p>
<p>36、其後，第三嫌犯 CXX 陪同被害人搭乘的士離開 G 卡拉 OK 的。</p>	<p>36、其後，第三嫌犯 CXX 帶同被害人搭乘的士離開 G 卡拉 OK 的</p>
<p>39、在被害人離開 G 卡拉 OK 後，第一嫌犯</p>	<p>38、在被害人離開 G 卡拉 OK 後，第一嫌犯</p>

<p>AXX 自 2018 年 6 月 24 日約 01 零時 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，亦曾多次透過微信向被害人道歉及請求原諒。(參閱卷宗第 38 頁至 40 頁之圖片，並視為完全轉錄至本控訴書)</p>	<p>AXX 自 2018 年 6 月 24 日約 01 零時 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。</p>
	<p>39. 卷宗所扣押光碟的影像內容在此視為完全轉錄</p>

2

從這些事實的陳述以及原審法院所作出的事實陳述的改變可見，所有的事實均節錄於已經被原審法院視為全文轉錄的所有扣押的視頻資料經過重新播放之後的觀後解釋性節錄。那麼，很明顯，原審法院是在檢察院的事實陳述的基礎上，對事實的陳述作出了比較詳細或者比較清晰的敘述而已，一方面並沒有超出檢察院控告的事實的範圍，另一方面所認定的已證事實與控告的事實不同也說明，原審法院所證實的事實與檢察院控告的事實不同，也僅表現在對視頻內容的不同解讀而已，也沒有超出訴訟標的的審理範圍。

因此，檢察院所質疑的原審法院作出的事實的不同認定的部分不存在任何的不合法之處。至於原審法院對視頻內容作出的不同於檢察院的解讀是否正確，則是本上訴需要解決的問題。

事實上，檢察院對原審法院的事實認定所不同意的集中在原審法庭確信“足以認定被害人在案發期間具有足夠的意識及行為能力”的結論，認為根據所有的事實，不能支持此一立場的成立，相反，堅持主張被害人在案發期間並不具有足夠的意識及行為能力。然而我們必須看到，“足以認定被害人在案發期間具有足夠的意識及行為能力”的確是僅僅是一個結論性的事實，即使沒有明文陳述，法院也完全可以通過其他事實通過合理的推論，然後得出是否支持這個確信的結論。

至於檢察院指出的原審法庭自行在“已查明事實”增加了第 15) 點所述的內容，該等事實對本案的判決屬重要的變更及增加，但是，原審法庭完全沒有根據《刑事訴訟法典》第 339 條的規定向作為控訴方之檢

² 就有關事實的增加，詳見相關的庭審筆錄。

察院作出通知，違反了《刑事訴訟法典》第 339 條的規定。

原審法院新增的第 15 點事實是：“期間，被害人也抱著第一嫌犯 AXX 的腰部、扶著第一嫌犯 AXX 的手臂，並將手放在第一嫌犯 AXX 的胸部及腰部之間的位置”。

同樣道理，原審法院在認定了第 39 點（39、卷宗所扣押光碟的影像內容在此視為完全轉錄）的事實的基礎上，對屬於訴訟標的的視頻的內容作了補充陳述，也應該被視為在原來的訴訟標的的基礎上作出的更加清晰的事實敘述，並沒有出現事實的實質或者非實質的變更，沒有適用《刑事訴訟法典》第 339 條的規定的前提。

因此，檢察院這部分的上訴理由不能成立。

（二）是認定事實的瑕疵還是法律問題

檢察院在這部分的上訴理由，詳盡地列舉了八個事實力陳其不能認同原審法庭所認為的“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、沒有受委屈而嚎陶大哭的表現，也未見第一嫌犯使用了令被害人屈服的暴力手段，被害人更並非處於無法抵抗的狀態”的立場，並指責原審法院的事實認定違反了《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項所列的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵。同時也對原審法庭對第二嫌犯 BXX 及第三嫌犯 CXX 的開釋理由所基於的有關第二嫌犯及第三嫌犯被控事實屬於未能獲得證實的事實部分以相同的瑕疵提出上訴理由，認為被上訴判決的此一部分也違反《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項所列的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵。

我們知道，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定的“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵是指，對於原審法庭所認定的既證事實及未被其認定的事實，任何一個能閱讀原審合議庭判決書內容的人士在閱讀後，按照人們日常生活的經驗法則，均會認為原審法庭對案中爭議事實的審判結果實屬明顯不合理，或法院從某一被視為認定的事實中得出一個邏輯上不可被接受的結論，又或者法院在審查證據時違反了必須遵守的有

關證據價值的規則或一般的經驗法則，而這種錯誤必須是顯而易見的錯誤。³

根據《刑事訴訟法典》第 114 條規定，法官根據自由心證原則，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。這種自由心證基本是不能對抗的，除非出現法律規定的瑕疵，如《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款所規定的瑕疵。而上訴法院進行這些瑕疵的存在的確認，除了通過對比已證事實和未證事實本身外，主要是通過原審法院的理由說明，從中確認是否在認定事實過程中存在有關的事實瑕疵。

這個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，因為，這已經進入了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。

很明顯，檢察院所質疑的原審法院所得出的結論，正是一個結論性事實，並且屬於構成犯罪客觀要件“喪失意志”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。

檢察院在上訴理由中羅列了八大事實以闡述其上訴所主張的不認同原審法院所得出的結論，也正是為了這個目的。

那麼，也就是說，如果檢察院的主張的八大事實可以得出其意圖得出的結論，法院所認定的結論就可以予以推翻，不是因為事實審理的錯誤，而是對事實的解釋出現錯誤，進而作出了錯誤的法律適用，上訴法院也可以依據已證事實作出新的法律適用。

我們繼續。

³ 參見中級法院於 2014 年 4 月 3 日在第 602/2011 號上訴案件、2014 年 5 月 29 日在第 115/2014 號上訴案件等。

(三) 強姦罪的認定

《般若波羅蜜多心經》里面所說的“色不異空，空不異色，色即是空，空即是色”很適合引用來闡述今天我們面對的上訴問題。

《心經》裡面所描述的“空”與“色”是以深奧的禪義揭示著物質的基本形態及其表現形態，如果用通俗的語言來說，就是分別表示萬物本身的面貌和萬物所表現出來的面貌。一般來說，萬物本身的面貌和萬物所表現出來的面貌本來就是一樣的，不會相異，也就是上述四句話的意思。

那麼，我們權且用《心經》裡面所闡述的物質的“空”與“色”來比喻人的行為，我們就可以發現，由於介入了具有主觀意志的人這個因素之後，上述的定論就可能改變，而且也會因介入的人的不同而有所不同。也就是說，人的行為本來就已經受到其主觀的意志所支配，而其所表現出來並且讓人們可以看見的行為形態，是否真正展現其本來的主觀意志的原意，不但因行為人的行為方式、行為特點以及習慣等因素而有所不同，而且也會因不同的人對其行為所表現出來的形態所作出的觀察以及主觀的解讀而有所不同。

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。

那麼，我們今天要解決的就是為何“色異於空，色已非空”的問題。

首先，我們要明白的是，解決本案的法律問題，法院需要認定哪些事實。

檢察院對嫌犯被上訴人控以《刑法典》第 157 條第 2 款所規定及處罰的強姦罪，該條文（經第 8/2017 號法律修改）規定：

“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。”

檢察院以新修改的《刑法典》對嫌犯提出控告。首先所確認的是嫌犯用手指多次強行插入受害人的陰道的而行為，完全符合上述條文第二款所規定的使“他人忍受被身體某部分插入陰道”的行為。在此我們先撇開“強迫”一詞，因為這隱含著違背受害人的意志的意思，與我們下文要討論的問題不相容。對這一點控辯雙方都毫無爭議。

其次，檢察院所認定的事實是嫌犯在受害人失去意識而不能抗拒的狀態下，多次將手指插入受害人的陰道的行為。很明顯，單純像檢察院所認定的事實，並不能符合《刑法典》第 157 條第一款所規定的客觀要件“為此目的而使他人喪失意識後，或將之置於不能抗拒之狀態後”（當然本案並沒有陳述嫌犯“以暴力或嚴重威脅”的客觀行為），我們先不理會受害人是否真的“失去意識而不能抗拒的狀態”，單就原審法院所認定的事實甚至檢察院所陳述的事實來看，並沒有顯示嫌犯主動“使”受害人“失去意識而不能抗拒的狀態”，比如用暴力灌酒而令對方喝醉。因此，即使受害人屬於“失去意識而不能抗拒的狀態”，也並非嫌犯為了實施第二款所規定的行為的目的而使其處於那種狀態的。

作出這種區別所決定的因素是行為人“故意”所出現的時刻：如甲使乙飲下酒精飲料或服用毒品而使其置於喪失意識或無能力抗拒的狀態後，強迫被害人忍受其身體的某部分插入陰道的行為，這就符合強姦的罪狀（手段 / 目的關係）；如甲因尋求快樂而將乙置於上述狀況後，才決定利用被害人所處的狀態以達到手指插入式的性交行為的目的，則符合對無能力抗拒之人之性侵犯的罪狀（《刑法典》第 159 條第二款）。

甚至，也沒有事實顯示嫌犯在獲得被害人同意後使其飲下會引致反映遲鈍的飲料，但目的（被害人並不知悉）為強迫被害人忍受其手指插入陰道的行為這種也符合強姦罪的罪狀的行為。而事實上，很明顯，嫌犯與受害人等是為了師生聚會而進行的慶祝活動。

因此，嫌犯既無使用暴力強迫受害人忍受其手指插入受害人的陰道

的行為，也沒有顯示嫌犯為了使受害人忍受其手指插入受害人的陰道的目的而令受害人出於失去意識或者令其出於不能抗拒的狀態的行為，嫌犯的行為不能被認定為符合《刑法典》第 157 條第 2 款所規定的強姦行為。

同樣道理，嫌犯的行為也不符合《刑法典》第 158 條所規定的“性脅迫”的罪狀，因為，這條也要求確認行為人為了性慾目的而使受害人出於失去意識或者不能抗拒的狀態。

（四）對無能力抗拒的人的性侵犯

那麼，在假設受害人處於“失去意識或不能抗拒的狀態”的情況下，嫌犯對受害人作出事實所陳述的行為，只符合《刑法典》第 159 條第二款（也經過第 8/2017 號法律修改）所規定的對無能力抗拒之人之性侵犯的罪狀。Figuereido Dias 教授認為只有從這思路才能理解刑法典為何將這種脅迫手段作獨立化處理，否則，這種手段將完全包括在以“暴力”脅迫的手段內而它則變得無用。⁴

經過第 8/2017 號法律修改的《刑法典》第 159 條規定：

“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。”

在此必須強調的是，本條文也像第 157 條第 2 款那樣加入了“以身體某部分或物件插入陰道或肛門的行為”這種等同於性交的行為形態，並且也無需要求行為人強迫受害人忍受該行為，因為受害人已經處於喪失意識之狀態或者因其他原因而無能力抗拒的狀態，在規定強迫已經顯得毫無意義。如此，原審法院所認定的事實顯示嫌犯用手指插入受害人陰

⁴ 參見 Figueredo Dias 教授主編的《Comentário Conimbricense ao Código Penal Português, Parte Especial》第二冊，第 456 頁。

道的行為的事實符合《刑法典》第 159 條第二款所規定的使“身體某部位插入陰道的行為”的客觀要素。

這一條文的其中一項客觀不法罪狀的要素指行為人“利用”被害人處於無能力抗拒的狀態。這也是本條的不法性內容的特別之處。行為人沒有制服被害人的抗拒--如第 157 條及第 158 條所發生的--而是利用其已存在的無能力抗拒，與其為重要性慾行為（第 1 款），甚至性交、肛交或口交或者忍受身體其他部位插入陰道的行為（第 2 款）

4.1. 利用無意識狀態或無能力抗拒等情況

對於“利用”的理解，通常是，一方面，它並不要求行為人因被害人處於無意識狀態或無能力抗拒等情況而產生放任自己作出行為的動機，另一方面，亦不要求行為人必須認知這些情況。它只需要上述無意識狀態或無能力抗拒使行為人可以進行性侵犯或明顯地可使其更容易進行性侵犯即可。這樣，便能解釋，有關罪狀並無排除患有精神失常的被害人可與他人進行任何性慾活動的意思：只要被害人有能力作出及表達同意這種活動的意願，或甚至有能力主動參與時，則不存在產生罪狀效力的利用。⁵

條文首先在形式上區分兩類被害人：一類是處於喪失意識之狀況的被害人，而另一類是因其他原因而無能力抗拒之被害人。可是，這種形式上的區分並不等於在實質上有任何不同，兩者之間並不是兩個相交圓圈而是同心圓的關係：無能力抗拒是發生在被害人身上的所有情況的共同罪狀，而喪失意識只是其中一種，其在客觀不法性上不具任何刑事法律重要性的特點。相反，必須考慮的是，不論是被害人無法形成意思，還是被害人無能力表達意思，兩者情況均符合罪狀。而無能力是基於精神原因還是身體原因，均無差別。

4.2. 醉酒狀態與無意識狀態

至於像本案那樣的受害人處於“喝多了”的狀態能否等同於無能力抗拒的狀態，或者僅僅表現為部分無能力抗拒的狀態（如傳統上所謂之處於部分或不完全醉酒狀態⁶），就成為本上訴需要解決的關鍵問題。

⁵ 參見 Figueiredo Dias 教授主編的上引著作，第 479-480 頁。

⁶ 參見 EDUARDO CORREIA 《Direito Penal》I，第 364 頁及續後頁。

在比較法領域，MAIA GONÇALVES 在其刑法典的注釋中支持葡萄牙一直以來的司法見解，認為對醉酒者作出性慾行為或者在其處於同等狀態時做出性交或肛交的行為者觸犯此項對無能力抗拒的人的性侵犯的罪名⁷，並為此引用了葡萄牙最高司法法院於 1967 年 11 月 8 日以及 1996 年 5 月 18 日的司法見解。

從科學的角度看，酒精確實對人的行為的影響隨受酒精的程度而不同，參見以下圖表。

血液酒精圖表⁸

酒精的效應		
BAC (%/體積)	行為	損害
0.010–0.029	<ul style="list-style-type: none"> • 個體平均感覺正常 	<ul style="list-style-type: none"> • 特殊試驗可探測到些微效應
0.030–0.059	<ul style="list-style-type: none"> • 溫和欣快感 • 鬆弛 • 快樂 • 多語 • 抑制力下降 	<ul style="list-style-type: none"> • 專注力
0.06–0.09	<ul style="list-style-type: none"> • 感覺變得麻木 • 去抑制 • 外向 	<ul style="list-style-type: none"> • 推理 • 深度感知 • 周邊視覺 • 眩光視覺恢復

⁷ 參見 Maia Gonçalves 所著《Código Penal Português, Anotado e Comentário》，10ª Edição, Coimbra Almedina, 第 556 頁。

⁸ A hybridizing of effects as described at *Alcohol's Effects* [互联网档案馆的存档](https://www.flightphysical.com/), 存档日期 2007-05-05. from Virginia Tech and Federal Aviation Regulation (CFR) 91.17: *Alcohol and Flying* (hosted on FlightPhysical.com), 引自維基百科 <https://zh.wikipedia.org/wiki/%E8%A1%80%E6%B6%B2%E9%85%92%E7%B2%BE%E6%BF%83%E5%BA%A6>

0.10–0.19	<ul style="list-style-type: none"> • 過表達 • 情緒波動 • 憤怒或悲傷 • 喧鬧 • <u>力比多</u>下降⁹ 	<ul style="list-style-type: none"> • 條件反射 • 反應時間 • 粗略運動控制 • 蹣跚 • 口齒不清 • 暫時陽痿 • 可能暫時性酒精中毒
0.20–0.29	<ul style="list-style-type: none"> • 目光呆滯；恍惚 • 失去理解力 • 感知受損 • 可能陷入昏迷 	<ul style="list-style-type: none"> • 嚴重的運動能力受損 • 失去意識 • 記憶空白
0.30–0.39	<ul style="list-style-type: none"> • 嚴重的<u>中樞神經系統抑制</u> • 不省人事 • 可能致死 	<ul style="list-style-type: none"> • 膀胱功能 • 肺換氣不足 • <u>平衡失調</u> • <u>心動過緩</u>
0.40–0.50	<ul style="list-style-type: none"> • 失去行為能力 • 昏迷 • 可能致死 	<ul style="list-style-type: none"> • 呼吸 • 心率 • <u>體位性酒精性眼球震顫</u>
>0.50	<ul style="list-style-type: none"> • 很高風險中毒 • 致死可能 	

澳門的法律對於醉酒者的定義僅見於《道路交通法》中所作的受酒精影響下駕駛以及醉酒駕駛的規定。

對於前者，《道路交通法》第 96 條第一款規定了受酒精影響下駕

⁹ 力比多來自英語 Libido 的譯音，意為欲力，早期音譯為力必多，該術語由西格蒙德·佛洛伊德提出，欲力是身體內部的興奮狀態的本能，其慾念、動機的來源或力量。常指性慾。指人或某些動物見到、摸到、想到或聽到與性相關的事物或聲音，令人有一種興奮的感官刺激，不能自制，嘗試發生性行為。一些強迫性衝動有很多是與暴力、性相關的。但是事實上指一切源自於本我的慾望。原由可以心理學、生理學等多方面解說其原理。例如性衝動是一種條件反射。榮格認為原欲不僅僅是性衝動，而且也是生命心靈中的一種類似氣的力量，除表現在生長及生殖方面外，也表現在其他活動。

駛的行為的標準：“…… 為適用本法律的規定，「受酒精影響下」是指駕駛員的每公升血液中的酒精含量等於或超過 0.5 克，又或根據本法律或補充法規的規定進行測試後按醫生的報告，駕駛員被視為受酒精影響。”然後分別對血液的酒精含量的不同程度作出不同的處罰，以至於第 90 條規定了醉酒駕駛罪的處罰。

對於後者，《道路交通法》規定了血液中含酒精的量超過 1.2 克為醉酒駕駛。也就是說，行為人的血液酒精含量達到 1.2 克以上時，就在法律上認定其處於醉酒狀態，其行為就在法律上被認定為不能支配自己的行為的狀態。而法律並不考慮行為人實際的能力支配狀態，或者因個人的消化酒精的能力大小而產生的影響程度不同的因素。

那麼，從上述的圖表可見，在澳門被視為醉酒駕駛的程度在第 4 階中的行為表現為：過表達、情緒波動、憤怒或悲傷、喧鬧、力比多下降等，並影響行為人的條件反射、反應時間、粗略運動控制的能力以及造成蹣跚、口齒不清、暫時陽痿、可能暫時性酒精中毒等後果。如果再進一階達到 2.0 的話，將使行為人嚴重的運動能力受損、失去意識、記憶空白等。

然而，我們現在面臨的困難就是，在對受害人沒有進行酒精測試的情況下，如何衡量受害人的受酒精影響的狀態以及支配自己行為的能力。

我們不妨參考網上所找到的有關人體重量與酒精對其身體的影響的係數資料。(每一個的數據上面為男性的數據，下面為女性的數據)

男性 女性	近似血液酒精濃度 (百分比/體積) ¹⁰ 一杯有 0.5 US fl oz (15 ml) 酒精/體積								
	體重								
杯數	40 kg	45 kg	55 kg	64 kg	73 kg	82 kg	91 kg	100 kg	109 kg
	90 lb	100 lb	120 lb	140 lb	160 lb	180 lb	200 lb	220 lb	240 lb
1	-	0.04	0.03	0.03	0.02	0.02	0.02	0.02	0.02

¹⁰ BAC Charts [互聯網檔案館的存檔](#)，存檔日期 2007-06-30. from [Virginia Tech](#)，也引自維基百科。

	0.05	0.05	0.04	0.03	0.03	0.03	0.02	0.02	0.02
2	- 0.10	0.08 0.09	0.06 0.08	0.05 0.07	0.05 0.06	0.04 0.05	0.04 0.05	0.03 0.04	0.03 0.04
3	- 0.15	0.11 0.14	0.09 0.11	0.08 0.10	0.07 0.09	0.06 0.08	0.06 0.07	0.05 0.06	0.05 0.06
4	- 0.20	0.15 0.18	0.12 0.15	0.11 0.13	0.09 0.11	0.08 0.10	0.08 0.09	0.07 0.08	0.06 0.08
5	- 0.25	0.19 0.23	0.16 0.19	0.13 0.16	0.12 0.14	0.11 0.13	0.09 0.11	0.09 0.10	0.08 0.09
6	- 0.30	0.23 0.27	0.19 0.23	0.16 0.19	0.14 0.17	0.13 0.15	0.11 0.14	0.10 0.12	0.09 0.11
7	- 0.35	0.26 0.32	0.22 0.27	0.19 0.23	0.16 0.20	0.15 0.18	0.13 0.16	0.12 0.14	0.11 0.13
8	- 0.40	0.30 0.36	0.25 0.30	0.21 0.26	0.19 0.23	0.17 0.20	0.15 0.18	0.14 0.17	0.13 0.15
9	- 0.45	0.34 0.41	0.28 0.34	0.24 0.29	0.21 0.26	0.19 0.23	0.17 0.20	0.15 0.19	0.14 0.17
10	- 0.51	0.38 0.45	0.31 0.38	0.27 0.32	0.23 0.28	0.21 0.25	0.19 0.23	0.17 0.21	0.16 0.19
飲酒後每 40 分鐘下降 0.01									

注：估算峰值血液酒精濃度 (estimated peak blood alcohol concentration EBAC) 的公式是：

$$EBAC = \frac{0.806 \cdot SD \cdot 1.2}{BW \cdot Wt} - (MR \cdot DP)$$

其中 0.806 是血液中水的百分比 (即 80.6%)，SD 是標準飲酒 (standard drink，單位為 10g 酒精) 數量，1.2 是酒精的克數的轉換係數，BW 是身體內水分含量 (body water，男性為 0.58，女性為 0.49)，Wt 是體重 (千克)，MR 是新陳代謝常數 (0.017)，DP 是飲酒後時間 (drinking period，單位為小時)。

雖然卷宗中沒有受害人的體重的資料，但是根據其相片的身高以及體型的情況，大約處於 45-55 公斤之間。那麼，按照上圖所表示的飲下 4 杯每杯有 15 ml 酒精的酒水，就可以達到血液酒精 1.2 克含量。

我們看看，受害人出事當晚喝了多少酒。

按照受害人的陳述 (其在警察局的陳述成為了為未來備忘的聲明的

一部分，並在庭審中被宣讀了，可以成為形成心證的基礎——《刑事訴訟法典》第 336、337 條），她平時很少喝酒，最近出席嫌犯的飯局是才會飲酒，大約 4、5 杯就會有醉意。當天晚上出席飯局共 7 個人，消耗了 4 瓶白酒，為 53 度的五糧液和國窖 1573。由於該次飯局為嫌犯 AXX 以受害人畢業離開澳門而召集的，按照中國人的習慣，自然少不了需要“主角”為客人敬酒。而作為主角的受害人也聲稱也有兩三次向在座的客人敬酒，當晚約喝下 10 杯每杯 20-30ml 的酒。

一個體重最多 55 公斤的女子一下子飲下了 10 杯至少每杯 20 毫升的而且是酒精含量高達 53 度的烈酒，遠遠可以達到血液酒精含量高於 3.1 克的程度。而如果受害人的體重可以達到 64 公斤，其喝下 10 杯每杯 15ml 酒精含量一般的酒血液酒精含量也足以到達 2.7 克的程度。

雖然這些都是我們根據科學數據的一般估計，但是，要知道，這些科學數據並沒有考慮部分中國人喜歡的高達 53 度的高度數的烈酒的因素。可想而知，對於一個女子的受害人來說，在當晚喝下的 10 杯烈酒對其意志的控制能力的影響有多大，並從上文所引述的原審法院所認定的事實所顯示的受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。

那麼，在完全醉酒而不能抗拒的狀態下，其一些反應的行為，如原審法院所重視的“期間，被害人也抱著第一嫌犯 AXX 的腰部、扶著第一嫌犯 AXX 的手臂，並將手放在第一嫌犯 AXX 的胸部及腰部之間的位置”的行為，甚至坐在嫌犯的大腿上，交換坐姿等行為已經不重要，因為這完全不能視為受害人主觀所控制的行為。

因此，無需更多的闡述，嫌犯 AXX 的行為完全符合《刑法典》第 159 條第 2 款所規定和處罰的罪名。

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。

(五) 共同犯罪的認定

檢察院的控訴書認為，對於第二、第三嫌犯來說，其行為構成第一嫌犯的¹¹共同犯罪行為，並其行為以競合方式觸犯《刑法典》第 194 條第 1 款以及第二款所規定及處罰的一項幫助之不作為罪。

原審法院對第二、第三嫌犯予以開釋的基礎就是第一嫌犯的行為不構成犯罪。那麼，現在上訴法院認定其行為構成了犯罪，雖然構成了新的罪名，但也不能排除其所構成犯罪的不法行為。

《刑法典》第 194 條第 1 款在保護“其他的人身法益”的標題下規定了旨在懲罰違反人的社會互助義務的行為 (*dever de solidariedade social*)，其構成要素主要有：¹¹

- 某人處於生命、身體完整性或者自由受到嚴重緊急狀態；
- 行為人 (不作為) 具有必須親身提供幫助或者促成救援而排除上述危險的義務，而沒有予以幫助或促成救助；

第二款規定了因危險由不作為人引起的加重犯罪。

很明顯，受害人在其性自由受到第一嫌犯的嚴重侵犯的時候，處於即時需要得到援助的狀態，而與其一起聚會的¹²第二、第三嫌犯，具有必須予以幫助或者促成幫助的義務，卻沒有施以援手，將受害人的性自由受到嚴重“緊急狀態”中解救出來。

否則我們看看。

根據已證事實以及卷宗所載的客觀證據資料(包括監控錄影片段)，第二嫌犯及第三嫌犯在 2018 年 6 月 23 日晚上與第一嫌犯及被害人一同到達案發的卡拉 OK，彼等四人同坐於上述的 5 號枱卡座，彼此之間沒有任何視線遮擋，當時，第二嫌犯及第三嫌犯亦無出現意識不清的情況。

正如被上訴判決的第 16)及 25)點已證事實所顯示的，在第一嫌犯對被害人作出本案被指控的侵犯行為之時，第二嫌犯曾四次對第一嫌犯作出 OK 手勢，並且，在第一嫌犯的整個作案過程之中，第二嫌犯至少曾十二次望向被害人，同時，第三嫌犯也曾多次望向被害人；甚至，有關的錄像也顯示，被害人曾多次用單腳或雙腳踢向第二嫌犯求助，但是，

¹¹ 參見 Leal-Henriques 所著《Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau》，第 III 冊，第 556-557 頁。

第二嫌犯均只是望一下被害人但並無向被害人施以援手或者對第一嫌犯侵犯被害人的行為作出勸解或者阻止。

另一方面，在案發時段內，站在與 5 號枱卡位相距約 8 米的證人 FXX 在水吧工作時，即使在店內開播音樂的情況下，其亦聽到身處 5 號枱卡位的被害人發出“呀”的聲音，其中，該證人第一次聽到該“呀”聲約在十餘分鐘持續發出，其第二次聽到該“呀”聲音約持續數分鐘發出，如此，事發時與被害人坐在同一卡位的第二嫌犯和第三嫌犯卻沒有反應。

可見，雖然三名嫌犯共同決定前往卡拉 OK 消遣，但是從其行為的方式來看，即使在第一嫌犯對受害人作出性侵行為的時候，第二嫌犯對其作出 OK 的手勢，這也不能說明什麼，尤其是不能得出第二、第三嫌犯面對第一嫌犯的性侵行為時作出主動協助的結論，因此難以認定第二、第三嫌犯的行為存在與第一嫌犯的性侵行為的共同犯意，其行為也僅僅表現為面對受害人受到性侵時候的不作為，無視第一嫌犯繼續侵犯被害人，對處以被侵害的受害人的狀態而需要幫助的時候沒有予以幫助，違反了法定的幫助的作為的義務。

另外，也由於沒有事實證明此狀態由其等引起（如上文所述，並沒有共同犯意），第二與第三嫌犯的行為不具有第二款所規定的加重情節，而僅僅共同以直接正犯的方式觸犯了《刑法典》第 194 條第 1 款所規定的罪名。

（六）改判及其量刑

基於此，本合議庭決定廢止原審被上訴開釋判決，裁定檢察院所控告的三名嫌犯，改判為：

- 第一嫌犯 AXX 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；
- 第二嫌犯 BXX 和第三嫌犯 CXX 以直接共同正犯方式觸犯《刑法典》第 194 條第 1 款所規定和處罰的幫助之不作為罪。

而根據終審法院於 2020 年 4 月 3 日在第 130/2019 號非常上訴案中所做的統一司法見解（刊登於 2020 年 4 月 27 日第 17 期《澳門特別行政區公報》第一組第二副刊），“在審理就第一審無罪判決提起的上訴

中，如果中級法院改判被告有罪，則應該直接作出量刑。為此目的，中級法院可在認為必要時類推適用《刑事訴訟法典》第 352 條第 1 款和第 2 款的規定重開聽證，並在對相關證據進行調查的基礎上科處刑罰”，我們認為，本院可以而且必須直接量刑。

原審法院認定：

- 第一嫌犯 AXX 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。
- 根據嫌犯的最新刑事紀錄顯示，第一嫌犯屬於初犯。
- 第二嫌犯 BXX 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。
- 根據嫌犯的最新刑事紀錄顯示，第二嫌犯並非初犯。
 - 1) 第二嫌犯 BXX 曾因觸犯第 3/2007 號法律《道路交通安全法》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，禁止嫌犯駕駛，為期 1 年，判決於 2012 年 9 月 27 日轉為確定，嫌犯已繳納所被判處的罰金。
 - 2) 第二嫌犯又曾因觸犯第 3/2007 號法律《道路交通安全法》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。
- 第三嫌犯 CXX 表示現就讀博士課程，無收入，毋須供養任何人。
- 根據嫌犯的最新刑事紀錄顯示，第三嫌犯屬於初犯。

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 AXX6 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 HXXX 支付 10 萬澳門元的精神損害賠償；
- 判處第二嫌犯 5 個月的徒刑。考慮到犯罪的預防的需要，尤其是考慮到嫌犯的犯罪前科，單純以實際執行徒刑作威嚇足以達到懲罰的目的的理由，予以 3 年的緩刑，條件是在三個月之內向澳門特區支付 5 萬澳門元的捐獻以彌補其犯罪行為所帶來的惡果；
- 判處第三嫌犯 30 天的罰金，每天 100 元，合 3000 澳門元的罰金。如果不支付罰金或者沒有以勞動代替，則必須服 20 天的徒刑。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭以不同的理由裁定檢察院的上訴理由部分成立，作出符合以上決定的改判。

判處被上訴嫌犯共同支付本程序的訴訟費用，並分別支付，第一嫌犯 10 個計算單位，第二嫌犯 4 個計算單位，第三嫌犯 3 個計算單位的司法費。

澳門特別行政區，2021 年 1 月 14 日

蔡武彬 (裁判書製作人)

周艷平 (第一助審法官)

賴健雄 (第二助審法官)