

上訴案第 919/2018 號

日期：2019 年 5 月 2 日

- 主題：
- 在審查證據方面的明顯錯誤的瑕疵
 - 自由心證
 - 煽動以暴力變更已確立之制度
 - 慫恿他人不法使用麻醉藥品及精神藥物
 - 抽象危險犯
 - 量刑

摘 要

1. 《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項規定，審查證據中的明顯錯誤是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。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。
2. 事實審理的自由心證是刑事訴訟的核心原則，而作為一個平常的人、一個主觀的人的法官，在運用法律所賦予的審理證據的自由的武器時，需要遵循法律對此自由附加的證據原則和客觀標準，遵守一般的生活經驗法則的義務。
3. 法律也不期望上訴法院以其心證代替原審法院所形成的心證，更不容許上訴人以己心證去質疑法律所保護的自由心證，但要求法院在審理證據的時候必須對證據作出批判性分析，尤其是指指出作為心證所依據的證據。只有這樣，上訴法院才可能對是否存在事實審理的無效情況作出審理。只要不存在違反一般生活常理，所得出的結論完全是法官的自由心證的範圍，不能成為上訴的標的。如果僅僅不同意原審法院的審理而以此質疑法院的自由心證，則是明顯不能成立的上訴理由。

4. 被上訴的合議庭對有關鑑定報告作出質疑，而經過分析之後根據《刑事訴訟法典》第 149 條的規定，全然接納有關鑑定證據的價是合法、合理的。
5. 《刑法典》第 297 條所規定及處罰之「暴力變更已確立之制度罪」屬行為犯、危險犯，其主觀構成是破壞、變更或顛覆已在澳門確立的政治、經濟或社會制度的特定意圖，而不包括犯罪結果。
6. 第 17/2009 號法律第 12 條第 1 款規定的犯罪構成要件中，係行為犯、抽象危險犯，一旦作出有關慫恿行為，就應備受此罪刑罰處罰。
7. 《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，法院應在法定的最低刑幅及最高刑幅之間，根據罪過及預防犯罪的要求而作出選擇具體刑罰決定的。一般來說，上訴法院的介入僅限於存在明顯的錯誤或者罪刑不相應的情況。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 919/2018 號

上訴人：A (A)

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情敘述

澳門特別行政區刑事起訴法庭對嫌犯 A 提出了以下罪名，並提請初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理：

1. 《刑法典》第 298 條第 1 款所規定及處罰的一項「煽動以暴力變更已確立之制度罪」；
2. 第 17/2009 號法律第 12 條第 1 款之規定，構成一項「慫恿他人不法使用麻醉藥品及精神藥物罪」。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR2-18-0140-PCC 號案件中，經過庭審，最後作出了以下的判決：

1. 嫌犯 A 為直接正犯，其故意及既遂的行為已構成：
《澳門刑法典》第 298 條第 1 款所規定及處罰的一項「煽動以暴力變更已確立之制度罪」，判處 2 年 9 個月的徒刑；
第 17/2009 號法律第 12 條第 1 款所規定及處罰的一項「慫恿他人不法使用麻醉藥品及精神藥物罪」，判處 1 年的徒刑。
2. 兩罪並罰，合共判處嫌犯 3 年 3 個月實際徒刑的單一刑罰。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起了上訴，其上訴其內容如下：

(i) 錯誤解釋及適用《刑法典》第 298 條第 1 款

1. 根據案中的已證事實及視頻片段內容，我們不認同上訴人的言詞或言語，已達到罪狀所要求的行為---“煽動”。
2. 所謂煽動，是指挑起他人實施不法行為的決定，而在此之前，他人並未產生該決定的意思。
3. 因此，煽動如同教唆一樣，即行為人係透過各式各樣的手段，以適當地影響他人的精神或心理，使之產生實施不法行為的決意；只不過，教唆的對象係限於特定之人，而煽動則指向不特定的群眾。
4. 換言之，判斷某行為是否符合煽動，除需要有積極行為作出之外，還需要探究有關的手段能否適當地影響他人的精神或心理，對他人建立起一個堅決的決定。
5. 在本案中，上訴人在 2017 年 5 月 15 日至 17 日期間，使用其 Facebook 帳戶發佈了多份帖文和視頻，其內容除原審法院特別提到的“刺殺特首”外，更多的是一些狗屁不通及語無倫次的說話及文句。
6. 以整體及連續的方式去理解上訴人所表達的內容後，我們認為，在適當因果關係學說下，有關的言論根本不會影響到不特定群眾的心理，使之產生破壞、變更及顛覆已在澳門確立之政治和社會制度的情緒。
7. 由始至終，在社會上，任何一個具有中等智力的一般人，都只會把上訴人看作小丑，將其言行當作鬧劇般看待。
8. 所以，在尊重原審法院的法律理解下，上訴人認為，被上訴的判決在裁定「煽動以暴力變更已確立之制度罪」成立之部分，是錯誤解釋及適用《刑法典》第 298 條第 1 款的規定。

(ii) 錯誤解釋及適用第 17/2009 號法律第 12 條第 1 款

9. 在「慫恿他人不法使用麻醉品及精神藥物罪」的客觀構成要

件上，“慫恿”（行為）成為關鍵。

10. 對於慫恿的理解，我們認為與上述的煽動或教唆無異。
11. 與上述所持之理據相同，在適當因果關係學說下，上訴人作出的毫無條理及顛三倒四的表述，根本不會影響到不特定群眾的心理，使之產生不法使用麻醉品及精神藥物的想法。
12. 因此，在尊重原審法院的法律理解下，上訴人亦認為，被上訴的判決在裁定「慫恿他人不法使用麻醉品及精神藥物罪」成立之部分，是錯誤解釋及適用第 17/2009 號法律第 12 條第 1 款的規定。

(iii) 審查證據方面存在明顯錯誤

13. 事實上，賴以支持上訴人非屬不可歸責者的精神鑑定報告，在內容上，是存有矛盾的。
14. 因為，為上訴人進行鑑定的精神科醫生已明確指出，上訴人於犯罪事實發生時之精神狀態是無法確知的。
15. 但是，鑑定報告最後又自相矛盾地認為，上訴人的情況係不符合《刑法典》第 19 條的規定。而且，我們還應該注意，在作出前述結論前，報告上使用了不肯定的文句，即“可推測其原有之精神疾病並無影響其自主行為之能力。”
16. 精神鑑定報告既然作為一項限定證據，則必須以清晰、連貫、明確及肯定的方式表達。
17. 因此，在同一份鑑定報告中，對上訴人的精神狀態作出兩種截然不同的評判時，根本係無法令法院判斷哪一種立場屬於正確。
18. 另一方面，在刑事訴訟中，並不實行因辯方未能舉證成功而需承受不利後果的舉證責任分配問題。
19. 對於上訴人是否有精神病患，以致能否成立不可歸責者，其決定依據永遠是按《刑事訴訟法典》第 145 條規定的鑑定報

告為標準。所以，必須排除以一般經驗法則作判斷。

20. 因此，正如上面所指，在無法確知上訴人於犯罪事實發生時的精神狀態下，我們應該運用疑點利益歸於被告原則，以對上訴人有利的角度來考慮其當時的精神狀況。
21. 然而，原審法院卻作出相反的認定，證實上訴人為具有刑事責任能力之人，這樣，在審查證據的問題上，便違反了證據價值的規則，構成《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 C 項所指的瑕疵，以及違背了疑點利益歸於被告原則。

(iv) 量刑及緩刑

22. 即使認為上訴人非為不可歸責者，我們仍然不可以忽視其的確係有精神病患。
23. 而且，上訴人所公開發佈的內容多為胡言亂語的文句，案中亦無發現能夠顛覆本澳現行制度的暴力性武器、設備，故有關言論的實行性幾近乎零。
24. 此外，在搜索上訴人的住所中，也沒有發現毒品，尤其是在視頻中宣稱的冰毒及大麻。
25. 因此，在考慮以上這些非屬罪狀情節的因素下，原審法院的量刑顯得過重，有違《刑法典》第 65 條的規定。
26. 此外，雖然上訴人有犯罪前科，但前科的犯罪性質與本案不同，故難以判定上訴人是否未能從前科之刑罰中得到教訓。
27. 再者，對於一名作出犯罪事實的精神病患者，我們不應該過份期望他能夠時時刻刻控制其精神情緒，不招惹事端。
28. 因此，我們認為適當的做法是判處上訴人緩刑，以讓其在緩刑期間內，由家人陪同下，接受醫院的精神科治療，令其在治療的過程中學習遵守社會秩序，尊重現行的制度，摒棄自身的歪理行徑，不再重犯。

綜上所述，和依賴法官 閣下之高見，應裁定上訴理由成立：

- 1) 開釋上訴人所被判處的「煽動以暴力變更已確立之制度罪」及「慫恿他人不法使用麻醉品及精神藥物罪」；或
- 2) 將本案發回初級法院由另一合議庭重新審理，因原審法院的判決患有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項的瑕疵；或
- 3) 對「煽動以暴力變更已確立之制度罪」及「慫恿他人不法使用麻醉品及精神藥物罪」重新量刑，並判處暫緩執行上訴人的單一徒刑。

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

- 1) 根據普遍司法見解，如果在審查證據時從某事實中得出的結論無法接受，又或者違反限定或確定證據價值的法律規定，又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，但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。
- 2) 在本案，上訴人 A 罹患雙極性躁狂症 (Bipolar Disorder)，並曾於 2015 年 12 月 31 日至 2016 年 1 月 29 日及 2016 年 8 月 4 日至 2016 年 10 月 25 日因 Bipolar II Disorder 住仁伯爵綜合醫院精神科急性病房治療 (見案卷第 589 背頁精神科報告)。
- 3) 我們需要留意的是，有關精神科報告指的“原有的精神疾病並無影響其自主行為的能力”僅是“推測”，且並非發生在案發期間，即 2017 年 5 月份期間。因此，對於上訴人是否有自主能力實施有關犯罪行為仍存有疑問，不排除有別有用心的人，利用上訴人精神病發期間所錄下的私人影片發到網上，藉以攻擊澳門特區政府及製造惡作劇，擾亂社會治安。
- 4) 在本案庭審中，精神科醫生證人也再一次表示，2018 年 2 月 9 日下午 15:00，上訴人 A 沒有到仁伯爵綜合醫院大樓二樓門診接受精神科司法鑑定評估，同時 2017 年 2 月 16 日至

2017年5月底(即案發期間)為止,並沒有住院或門診記錄、因此,無法確知其於犯罪事實發生之時的精神狀態。

- 5) 因此,在本案,經庭審後,未能使人消除合理懷疑,被上訴裁判沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款c項所指的在審查證據方面明顯錯誤的瑕疵,基於此,根據存疑從無原則,應開釋上訴人所被指控的罪名。

基於此,檢察院建議判處上訴人有關審查證據方面明顯錯誤的上訴理由成立,並給予開釋。

駐本院助理檢察長提出法律意見,認為應裁定上訴人A所有上訴理由均不成立,全部予以駁回。

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:

- 嫌犯A在Facebook社交網站中持有一個用戶名為“A”的帳戶,任何已註冊並登錄Facebook帳號的人均可自由進入其Facebook頁面及看到有關頁面內的帖文。
- 2017年5月15日嫌犯利用Facebook用戶名“A”發佈一帖文,該帖文內容為“顛覆澳門特別行政區政府。成立新政府。澳門復國運動。A”,嫌犯還在該帖文後上載了一段視頻,嫌犯在視頻中聲稱「我要同大家講,我地一定要顛覆澳門特別行政區政府,呢個政府簡直像一個垃圾,我已經忍在呢個政府好耐,首先由我刺殺特首開始先。我像一個佛教徒,我相信大家都係佛教徒,由呢一間房開始,我要成立一個戰基地,長

期同澳門特別行政區政府作戰，我要顛覆呢個澳門特別行政區政府，我相信大家都明白呢個政府有幾垃圾。」(參見卷宗第 171 及 172 頁，此處視為全文轉載)

- 同月 16 日凌晨 2 時左右嫌犯利用 Facebook 用戶名“A”發佈一帖文，該帖文內容為“推翻澳門特別行政區政府，運作，核心，司法系統，治安系統，社會工作價值系統。成立新政府，澳門人自治澳門人，拒絕所有勞工。澳門只有澳門人和賭客。A”，此外嫌犯還在該帖文後上載了 38 張照片及一段視頻，嫌犯在視頻中聲稱「我喺度話俾大家聽，呢個特別行政區政府，我哋一定要推翻，呢個輕軌用咗 300 億定 500 億，我哋每個人平均可以派錢 20 萬 1 年或者 30 萬 1 年，我哋起個輕軌做咩？返工？唔好起輕軌，派 20 萬、30 萬，每年盈餘有 300 億到 5 億，我哋每人派錢 10 講到 20 萬咪重好，咪社會福利啫，派錢 20 萬咪得，我哋澳門人唔駛做野喇，重有 D 勞工比例，有咩理由 50 個澳門人 300 個勞工，成個澳門都像勞工，呢個澳門特別行政區，我哋一定要推翻佢成立 1 個新政府，我哋有賭場，錢方面我負責，每人每年派 20 萬，大把大陸客過黎賭錢，我哋唔起輕軌，起豪宅，全部澳門人免費，呢個特首係 1 個垃圾，我做特首。」(參見卷宗第 176 和 177 頁，此處視為全文轉載)
- 同日嫌犯再次利用 Facebook 用戶名“A”發佈另一帖文，該帖文內容為“A 出現了，民不聊生，百姓怨聲載道。我是，上天神授予榮譽皇帝一職，專門挑戰垃圾，核突，扮認真。法老的屍在大英博物館，法老告訴我他需要回到埃及自治區。澳門特區政府失去民心士氣低迷時。”，嫌犯還隨此帖文上載了一段視頻，嫌犯在視頻中聲稱「大家好，我想同大家講下，就澳門特別行政區喪失言論自由，好似基本法咁保障我哋言論自由、集會自由，點解你唔可以講顛覆呢兩個字，你唔可以講偷、呃、拐、騙，偷呃拐騙尼幾個字你都唔可以講，毒

品呢兩個字都唔可以講,我地喪失左言論自由,你講呢 D 字,司法會捉你去坐監或者羈押你,懷疑你同犯罪有關係,司法警察局像一堆垃圾,專係保護政權而設,好似澳門通尼間垃圾公司咁樣,佢地電子貨幣唔普及化,好似微信支付,或者香港 credit card 咁樣可以無線支付,有關澳門通事件,我諗住果間公司告曬我一個人,我負曬賠償責任賠比間公司,點知司法警察局 XXX、特首、澳門通一齊慫恿 32 個證人檢舉我一個,點解會咁嘅,澳門喪失在言論自由,仲有一大堆果 D 利益輸送關係,全部建築、民政總署、特首及包辦工程的全部都係識既,你外行人無機會插手。仲有呢個檢察院 ZZZ 都係一個垃圾,特首 YYY 亦都係垃圾,仲有司法警察局 XXX 都係一個垃圾,大把垃圾。我哋成員有好多人,由我刺殺特首開始,我像一個先行, ..., 我要顛覆澳門特別行政區這垃圾政府,恢復言論自由,你係澳門人,你就唔得顛覆澳門政府,你係美國人你就可以顛覆澳門政府啲,點解,咁係咪澳門人失去顛覆澳門的言論自由?總之我係一個佛教徒,我為左普渡眾生,我一定同特區政府作戰到底。根據基本法條例,我哋享有言論及集會自由,佢犧牲左哦咁言論自由,你都見啦,我一言論出位少少,司法就留意我啦,我都留意左司法好耐,你司法警察局入邊都有我既線人,治安警察局都有,社會工作局都有,反正我哋有人係到,遲 d 話你聽佢地係做咩野,亦都歡迎其他人加入我哋尼個組織,遲 d 我會公佈加入方法或都具體點樣識別自己人的關係,總之有三種人,敵人、中立及自己人,好簡單中立的係自己人,自己人你自己人,敵人就係一群垃圾,有權力係垃圾,有錢都係垃圾, ..., 特首每日返工做咩?食飯同痾屎,開會對住份文件讀,邊個唔識讀,你識唔識做特首?澳門 50 萬人對位份文件讀都識做特首, ..., 所以我做特首,我做完特首再到你地做。」。(參見卷宗第 180 和 182 頁,此處視為全文轉載)

- 同日,嫌犯再次利用 Facebook 用戶名“A”發佈了一帖文,該

帖文內容為“有一段影片上傳不了”，在此帖文後嫌犯還上載了一段視頻，嫌犯在視頻中聲稱「我地近期會沖擊澳門總部，沖擊社工局，沖擊勞工局，由於我係一個黑客，電子野都係難唔到我，大家都知道我破解澳門通咭啦，我之前人過暑期活動的單位，據左仟幾人名單出黎，司法警察局沒收我的電腦，當時我 13 歲，我 10 歲偷人 account 上網，電腦野我最另，我就係想試下得唔得，每次我唔認真的時候，司法警察局就認真，都唔知佢認真咩，澳門通咭我諗住賠錢，都唔洗坐監，整口咩電腦犯罪出黎，又話我詐騙，張咭又用得，總之我地近期會沖擊澳門總部，聽日 3 點鐘威尼斯集合，我會偷渡返去在威尼斯 3 點鐘集合，我帶頭。」(參見卷宗第 180 和 182 頁，此處視為全文轉錄)。

- 同月 17 日凌晨 2 時左右嫌犯利用 Facebook 用戶名“A”發佈了一帖文，該帖文內容為“澳門自治國的成立和取名，“西包樹給孤獨園”。請各位市民取代舊有。“在此帖文後嫌犯上載了 25 張照片和一段視頻，嫌犯在視頻中聲稱「各位澳門市民，我向大家講一下，我地澳門自治國已經成立左，個名改左為孤獨國，好簡單，我希望澳門市民都出一分力，將舊人趕走晒，排除異己，好簡單，我地澳門自治國成立左，我地國家名叫做孤獨園，好簡單，我係一個佛教徒，首先排除異己，啱唔啱？清除左特狗 (即舊有特首)、舊司法、舊社會福利機構、舊勞工局，我地將 D 舊野全部趕走晒，我地國家成立左，我再講多次，我地國家成立左，我再講多次，我地要清走舊人、舊事、舊野、好簡單。」。(參見卷宗第 184 和 186 頁，此處視為全文轉錄)。
- 同日嫌犯利用 Facebook 用戶名“A”發佈了一帖文，其內容為：「面包樹給孤獨園的都是真男人，A 宣佈澳門改名為面包樹給孤獨園，你們都是真男人，要保護你們所愛的事物，事由，事情。為了保護你們需要顛覆一切垃圾的人和事。當你得不

到好處的時候。她/他就是垃圾人。舊有 YYY。XXX。ZZZ。澳門通。檢察院。法院。民政總署。工作。社會局。房屋局。全部為行政垃圾及行政不作為。所有人都得人人得而誅之人人得而誅之。他們不會讓你見到他們，因為他們是垃圾，一定要呢埋，逃避，躲避任何市民及任何人。誰人見到他們我重重有賞，我降頭術他們及她們。A。」上帖文後還上載了 8 張照片和一段視頻，嫌犯在視頻中聲稱「係呢度同大家講多樣野，好簡單，我地係男人都好需要一個國家，以後澳門個名叫孤獨園，係一個國家黎，好簡單，然後每個人都有一間屋，啱唔啱？啱。每個人都有一間屋，每間屋入面都有一個國家，你可以係度做自己的法律，定自的野，每個男人都係國家的主人，好簡單，這是一個新概念，係男人就要顛覆澳門特別行政區政府，我地人民生活係水深火熱之中，你教我可以點樣做澳門做得更加差，像咪挖路再挖多 D，定派錢再派少 D，澳門可以點樣更加差，澳門已經唔可以再差，即佢地的做法已經做到最差，已經唔可以再差落去，你話比我聽，澳門可以點樣再差 D，我真係唔識澳門點樣可以再差 D，證明現在已經係最差，我希望每個男人都一齊顛覆澳門特別行政區政府，每個男人都係一個國家的主人，好簡單，跟住每個人係澳門都有自己的土地，自己的屋，反正澳門人都有屋住，我擔保的，澳門呢個孤獨園呢個國家已經成立左，我們要排除舊有的特首、舊有的制度、舊有的司法系統、哥 D 垃圾舊有檢察院、垃圾舊有的法院、垃圾社會機構，個堆垃圾垃圾的人，大家都知道勞工局有幾垃圾，成個澳門都係垃圾黎，一個部門開 10 個部門，10 個部門再開 10 個部門，夾埋成百個部門，個個就係食飯痾屎，日日就係度扮玩電腦，扮有會開，邊個唔識做佢地 D 位，你地唔識做官咩？有邊個唔識做官的？」(參見卷宗第 185 頁和 186 頁，此處視為全文轉錄)

- 嫌犯於 2017 年 5 月 15、16 及 17 日所發佈的多份帖文和視

頻截至到同年 7 月 11 日被點擊瀏覽不少於二萬次。

- 同年 5 月 21 日嫌犯利用 Facebook 用戶名“A”上載一段視頻，嫌犯在視頻中聲稱「由於時間關係，我已經組合左一個樽啦，呢個係給冰毒火麻仁或者其他大麻使用的工具，草藥都可以使用嘅，冰毒都係咁吸，大麻都係咁吸」，其後，嫌犯在視頻中使用打火機點燃該組裝水樽，並吸着組裝火樽的吸管約十二秒後，從其口中吐出白煙，隨即，嫌犯在視頻中聲稱「嗱咁樣樣呢就像正確既吸毒啦，火麻仁大麻他草本草藥都可以咁樣吸，冰毒都係咁樣吸嘅，世界各地都禁止呢種最便宜的方法去過最舒適嘅生活，你吸唔吸毒係你嘅自由，喺唔喺，點解要禁止你嘅自由，你嘅生命係你自己自由，喺唔喺，點解佢唔俾你生命有吸毒嘅自由，因為佢唔想人吸毒唔做野，點解佢要迫啲人做嘢。我嘅世界係返工返一日放六日，點解佢迫啲人每日去做野，呢個係一個問題，我哋佛教徒遲 D 解決佢，我哋教徒好簡單，只要你成為佛教徒，你有奴隸，喺唔喺，我哋男人一定需要奴隸，喺唔喺，我哋男人一定要有毒品，喺唔喺，我哋男人一定要有女人，喺唔喺，所以我奉勸大家各位成為一個佛教徒，同我一齊普渡眾生，改善世人，要有慈悲心同情動物，同情其他人嘅遭遇，幫助佢哋，教佢哋做好人。」(參見卷宗第 199、200 頁，此處視為全文轉載)。
- 案中之上述錄影片段內容在此視為完全轉錄。¹
- 冰毒(甲基苯²丙胺)和大麻均是受第 17/2009 號法律所管制的物質。
- 上述物質(甲基苯丙胺及大麻)分別屬第 17/2009 號法律附表二 B 及附表一 C 所管制的物質。³

¹ 就有關事實的增加，詳見相關的庭審筆錄。

² 起訴批示此處存有筆誤，故依職權作出更正。

³ 就有關事實的增加，詳見相關的庭審筆錄。

- 嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，利用社交網站多次以文字和語言公然煽動他人破壞、變更及顛覆已在澳門確立之政治和社會制度。
- 嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，利用社交網站公開慫恿他人不法使用受法律管制的麻醉品及精神藥物。
- 嫌犯清楚知道其行為是法律所禁止，會受到法律之相應制裁。

此外，還查明：

- 根據嫌犯的最新刑事記錄顯示，嫌犯並非初犯。
 - 1) 嫌犯曾因獨犯第 11/2009 號法律第 11 條第 1 款第 2 項以及第 3 款第 1 項所規定及處罰的一項巨額電腦詐騙罪，於 2013 年 3 月 22 日被第 CR4-12-0240-PCC 號卷宗判處 2 年 9 個月實際徒刑，判決於 2013 年 4 月 2 日轉為確定，嫌犯於 2013 年 12 月 29 日獲准予假釋，並於 2014 年 11 月 29 日獲確定性自由。

此外，嫌犯還有以下待決卷宗：

- 1) 嫌犯現被第 CR3-18-0185-PCS 號卷宗指控其觸犯《澳門刑法典》第 206 條第 1 款所規定及處罰的一項毀損罪，因嫌犯缺席原訂的庭審，故案件更改至 2018 年 10 月 4 日進行審判聽證。

未能證明的事實：沒有。

三、法律部份

上訴人 A 認為：

第一，其發表的涉案言論並不能真正產生效果，具體地說，就是不屬於能產生適當因果關係的煽動或教唆他人作出有關不法行為的手段，只屬於語無倫次的說明或文句而已，一般人只會視之為小丑及鬧

劇，指出被上訴的合議庭以「煽動以暴力變更已確立之制度罪」及「慫恿他人不法使用麻醉藥品及精神藥物罪」，係錯誤適用《刑法典》第 298 條第 1 款及第 17/2009 號法律第 12 條第 1 款之規定。

第二，精神科鑑定報告中一方面指出，上訴人 A 在犯罪事實發生時的精神狀態是無法確知的，另一方面又確定上訴人 A 原有之精神疾病並無影響其自主行為之能力，並不符《刑法典》第 19 條所規定不可刑事歸責之情形（見卷宗第 590 頁），認為有關鑑定報告是自相矛盾的，且應使用清晰、連貫、明確及肯定的方式表達，指責被上訴的合議庭仍採信此鑑定報告作為證據，是在審查證據上出現明顯錯誤，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 C 項所規定的瑕疵。

第三，作為候補請求，上訴人質疑被上訴的合議庭量刑過重，從而違反了《刑法典》第 65 條的規定。

我們逐一看看，並根據上訴的問題的邏輯關係，我們認為應該先審理所提出的有關事實事宜的問題，即第二個問題。

（一）、在審理證據方面的明顯錯誤的瑕疵

上訴人認為精神科鑑定報告中一方面指出，上訴人 A 在犯罪事實發生時的精神狀態是無法確知的，另一方面又確定上訴人 A 原有之精神疾病並無影響其自主行為的能力，該報告是自相矛盾的，且應使用清晰、連貫、明確及肯定的方式表達，指責被上訴的合議庭仍採信此鑑定報告作為證據，是在審查證據上出現明顯錯誤。

《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 C 項所規定的關於審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵，正如一貫的司法見解所認定的，“是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。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。”⁴

出於相同理由，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款亦明確規定，上訴得以原審法院在“審查證據方面明顯有錯誤”為依據，祇要這涉及事實審的瑕疵“係單純出自卷宗所載之資料，或出自該等資料再結合一般經驗法則者”。

同樣我們一貫堅持，事實審理的自由心證是刑事訴訟的核心原則，而作為一個平常的人、一個主觀的人的法官，在運用法律所賦予的審理證據的自由的武器時，需要遵循法律對此自由附加的證據原則和客觀標準，遵守一般的生活經驗法則的義務。

法律也不期望上訴法院以其心證代替原審法院所形成的心證，更不容許上訴人以己心證去質疑法律所保護的自由心證，但要求法院在審理證據的時候必須對證據作出批判性分析，尤其是指出作為心證所依據的證據。只有這樣，上訴法院才可能對是否存在事實審理的無效情況作出審理。只要不存在違反一般生活常理，所得出的結論完全是法官的自由心證的範圍，不能成為上訴的標的。如果僅僅不同意原審法院的審理而以此質疑法院的自由心證，則是明顯不能成立的上訴理由。

在本案中，從被上訴的合議庭裁判的判案理由中，已清楚載明鑑定人 B 醫生已確認了上訴人 A 患有燥鬱症的情緒疾病。

眾所周知，一如抑鬱症，燥鬱症等由於腦部傳導物（尤其是血清素）錯亂而影響的精神反應及情緒反應失序，無疑係需要接受精神科治療及心理治療；但一般醫學知識亦告訴我們，患有此種疾病的人士並不必然是喪失理智及意識的精神錯亂病患者。

在本案中，我們看見，被爭議的精神科鑑定報告中清楚分析了上訴人 A 的臨床症狀（見卷宗第 590 頁）：

- “於本院精神科強制性評估期間，A 先生完全不配合評估”；
- “對於心理及職療等方面的評估，一概不合作”；

⁴ 終審法院於 2001 年 3 月 16 日，在第 16/2000 號刑事上訴案判決。

- “曾多次拒絕心理及職療等之評估”；
- “並曾出現“The patient avoid the therapist when he saw the therapist”之有意行為；
- “九月十八日於病房會談時，曾謊稱“我不識字，無法配合”等一連串有意識的行為。

而負責鑑定的醫生是根據上訴人 A 上述一連串有意識的行為，從而作出：“可見其原有之精神疾病並無影響其自主行為之能力，並不符《刑法典》第 19 條所規定不可刑事歸責之情形”之結論（見卷宗第 590 頁）。

而《刑法典》第 19 條規定：

“第十九條

（因精神失常之不可歸責性）

一、因精神失常而於作出事實時，無能力評價該事實之不法性，或無能力根據該評價作出決定者，不可歸責。

二、患有非偶然之嚴重精神失常之人，如精神失常之後果不受其控制，且不能因此而對其加以譴責者，即使其於作出事實時有明顯低弱之能力評價該事實之不法性，或有明顯低弱之能力根據該評價作出決定，得宣告為不可歸責。

三、行為人經證實無能力受刑罰影響，可作為上款所規定之情況之參考依據。

四、行為人意圖作出事實，而造成精神失常者，不阻卻可歸責性。”

精神失常至無能力評價所作出的行為屬不法，又或無法自控，無法作出合法、合理的決定及行為時，方屬法律排除不法性的事由，而不是凡需要接受精神科治療的病患都可列入不可刑事歸責之列。

既然精神科鑑定報告上述分析完全符合一般知識及經驗法則，配合鑑定人 B 醫生對上訴人 A 所患的燥鬱症的病症交待，我們認為，被上訴的合議庭對有關鑑定報告作出質疑，而經過分析之後根據《刑事

訴訟法典》第 149 條的規定，全然接納有關鑑定證據的價是合法、合理的。

綜上所述，被上訴的合議庭在審查有關精神科鑑定報告時並不存在任何錯誤，上訴人指出被上訴的合議庭裁判沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定的瑕疵，顯然是無道理的。

因此，上訴人此部份上訴理由不成立。

(二) 適用法律錯誤的瑕疵

上訴人認為原審法院的定罪在沒有證實上訴人的言論真正產生效果的事實的情況下作出，錯誤地適用了《刑法典》第 298 條第 1 款及第 17/2009 號法律第 12 條第 1 款的規定。

《刑法典》第 297、298 條第 1 款規定：

“第 297 條

(暴力變更已確立之制度)

一、以暴力或以暴力相威脅，試圖破壞、變更或顛覆已在澳門確立之政治、經濟或社會制度者，處三年至十年徒刑。

二、如以暴力作出上款所敘述之事實，而其中係有使用武器者，行為人處五年至十五年徒刑。

三、在上款所規定之情況下，如行為人無擔任指揮職務，且在當局作出警告前或緊接在作出警告後，不反抗而投降又或交出或拋棄武器，得特別減輕刑罰，或得不處罰該事實。

第 298 條

(煽動以暴力變更已確立之制度)

一、公然煽動作出上條所指之行為者，處一年至八年徒刑。

……”

與之同時，立法者在《刑法典》第 305 條亦制定了上述犯罪行為

的預備行為亦受制裁：

“第 305 條
(預備行為)

第二百九十七條至第二百九十九條所指之罪，其預備行為處最高三年徒刑。”

可見，《刑法典》第 297 條所規定及處罰之「暴力變更已確立之制度罪」的主觀構成要求是破壞、變更或顛覆已在澳門確立的政治、經濟或社會制度的特定意圖，而不包括犯罪結果，故此犯罪屬行為犯、危險犯。配合同一法典第 305 條之規定，有關行為即使在預備階段，包括為此目的而集會、派發單張文件、給予參與者利益、鼓吹或發動第三人實施不法行為等⁵，刑法亦予以處罰，故屬抽象危險犯。

而公然煽動實施《刑法典》第 297 條所規定及處罰的犯罪，屬抽象危險犯罪，則處以《刑法典》第 298 條第 1 款所規定的刑罰；換言之，行為人的煽動行為必須是具體的，而煽動行為所涉及或所擬實施的犯罪行為卻只需是抽象危險即可，無須具體危險或結果的存在。

因此，上訴人 A 在其上訴理由中爭議其行為有否真的令他人實施予有關犯罪行為是毫無意義的，因為從被上訴的合議庭裁判的已證事實及判案理由中，對於未能證實上訴人 A 在作出行為係處於《刑法典》第 19 條所規定的不可歸責的精神失常狀態的情況下，明確且具體地公然張貼了涉案言論，因而必須認定其在 Facebook 這個社交平台上公開發表的言論，尤其是當中表述諸如“刺殺特首”、“長期同澳門特別行政區政府作戰”、“我要顛覆呢個澳門特別行政區”、“呢個澳門特別行政區，我哋一定要推翻佢成立”、“我要顛覆澳門特別行政區這垃圾政府”、“歡迎其他人加入我哋呢個組織，遲 d 我會公佈加入方法或者具體點樣識別自己人的關係，總之有三種人，敵人、中立及自己人..... 敵人就係一群垃圾，有權力係垃圾.....”、“我地近期會沖擊澳門總部，

⁵ 參見《澳門刑法註釋》，M.Leal-Henriques 及 M. Simas Santos，1997 年版，第 872 頁至第 873 頁。

“沖擊社工局，沖擊勞工局”、“總之我地近期會沖擊澳門總部，聽日 3 點鐘威尼斯集合...我帶領”等多個類似意思的內容，一般具有正常閱讀能力的人，在閱讀上訴人 A 發表的上述文字內容之後，都能夠理解到這些文字內容並非純粹的展示不滿情緒的表達，而是具備積極的煽動意識的言論，明顯具有鼓吹他人作出激烈的反對澳門特區已確立的制度的行為。

儘管最終未有跡象或證據顯示有人已聽從這些煽動言論而作出有關不法行為的結果產生，但是，這個結果並非此罪名的犯罪構成要件，而上訴人的上述煽動行為已足以為澳門特區社會及制度的安全帶來了抽象的危險，從而符合了《刑法典》第 298 條第 1 款（配合同一法典第 297 條）所規定的構成要件。

另一方面，第 17/2009 號法律第 12 條第 1 款規定：

“第 12 條

懲罰他人不法使用麻醉藥品及精神藥物

一、公開或私人懲罰他人不法使用表一至表三所列植物、物質或製劑者，處最高三年徒刑，或科罰金。

二、對他人不法用表一至表三所列植物、物質或製劑給予方便者，處與上款相同的刑罰。

.....”

同樣地，從上述條文所規定的犯罪構成要件中，未見立法者有要求犯罪結果的產生，加上倘若實質提供方便予他人吸毒，上述第 12 條第 2 款另有明確的處罰規定，因此，上述第 12 條第 1 款所規定的懲罰他人吸毒的犯罪行為，係行為犯、抽象危險犯、一旦作出有關懲罰行為，就應受此罪的刑罰處罰。

在面對已證事實中所證實的，在有關錄像中，上訴人 A 如此具體地向觀看者展示吸毒的方法，並輔以語言說明吸毒方式及鼓吹人吸毒，

所使用的表述包括“呢個係給冰毒火麻仁或者其他大麻使用的工具”、“冰毒都係咁吸，大麻都係咁吸”、“咁樣樣呢就像正確既吸毒啦”、“點解唔俾你生命有吸毒嘅自由”、“我哋男人一定要有毒品”等，一般人在觀看上訴人 A 發表的上述言論之後，都能夠理解到這些係具備積極的煽動意識的言論，明顯具有鼓吹他人作出或嘗試作出吸毒的行為，而其使用的吸毒工具及明確指出其鼓吹他人吸食毒品，正正是屬於第 17/2009 號法律附表二 B 及附表一 C 所管制之甲基苯丙胺(俗稱“冰”)及大麻。

儘管最終未有跡象或證據顯示有人已聽從這些煽動言論而作出有關不法行為的結果產生，在現今全球反毒的趨勢下，絕不能以寬容的態度對待上訴人 A 所作出的慫恿他人吸毒的行為，心須以第 17/2009 號法律第 12 條第 1 款所規定及處罰的「慫恿他人不法使用麻醉藥品及精神藥物罪」定罪判刑。

司法警察局在偵查過程中扣押了屬於上訴人 A 的兩部手提電腦及一部平板電腦；經法證檢驗，發現只有必須輸入上訴人 A 的密碼才能登入的 Facebook 社交平台中，才載有涉案帖文的客觀事實(詳見卷宗第 219 頁、第 222 頁及第 223 頁、第 831 頁至第 833 頁)，結合司警人員在庭審中的清楚交待。可見，原審法院在未發現上訴人 A 在案中的 Facebook 帳號被他人盜用的前提下，認定有關言論是由上訴人 A 親自以密碼登入其自己的 Facebook 帳號並張貼出來的，沒有任何的錯誤可言。

因此，上訴人指責被上訴的合議庭裁判錯誤適用《刑法典》第 298 條第 1 款及第 17/2009 號法律第 12 條第 1 款的規定毫無道理，此部份上訴理由不成立。

(三) 量刑

我們知道，《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，法院應在法定的最低刑幅及最高刑幅之間，根據罪過及預防犯罪的要求而作出選擇具

體刑罰決定的。一般來說，上訴法院的介入僅限於存在明顯的錯誤或者罪刑不相應的情況。

從原審法院的判決可見，確實經過考慮《刑法典》第 64 條、第 40 條、第 65 條及第 71 條規定量刑和處罰標準，綜合分析了上訴人犯案行為所表現的罪過，不屬罪狀的加重或減輕情節，尤其是犯罪事實的不法程度、犯罪方式、犯罪後果、犯罪目的或動機、嫌犯的個人狀況及經濟狀況等，尤其考慮了並非初犯(曾在第 CR4-12-0240-PCC 號被定罪及判處實際徒刑，亦在現為中級法院第 1157/2018 號上訴案的第 CR3-18-0185-PCS 號案件被判處緩刑)，無任何悔過表現，以及預防犯罪的要求，更考慮了在沒有任何資料明顯顯示上訴人 A 的精神狀態已無能力評價所作出的行為屬不法，又或無法自控，無法作出合法、合理的決定及行為時，以致可適用《刑法典》第 19 條的規定排除不法性的情況下，決定判處上訴人 A 所實施的「煽動以暴力變更已確立之制度罪」，於 1 年至 8 年的抽象刑幅中選判 2 年 9 個月徒刑，以及對其所實施的「慫恿他人不法使用麻醉藥品及精神藥物罪」的最高 3 年的抽象刑幅中選判 1 年徒刑；二罪並罰，在 2 年 9 個月至 5 年 9 個月的抽象刑幅中，選科 3 年 3 個月徒刑的單一刑罰。

然而，在本案中，雖然上訴人的精神狀態不被接受為《刑法典》第 19 條所指的不能歸罪的狀態，但是其被精神科醫生確實被診斷為燥鬱症的情緒疾病，所實施的兩項煽動類型的犯罪行為並沒有得到任何的回應，不能說已經造成了嚴重的後果，因此，上述刑罰顯得明顯過重。我們認為，對所實施的「煽動以暴力變更已確立之制度罪」選判 1 年 9 個月徒刑，以及對其所實施的「慫恿他人不法使用麻醉藥品及精神藥物罪」選判 8 個月徒刑的刑罰，而二罪並罰，選科 2 年徒刑的單一刑罰已經足夠。

另外，考慮到上述的情節以及犯罪的預防的要求，僅以徒刑作威嚇足以合適實現懲罰的目的，應該予以緩刑，為期三年。

因此，上訴人此部份補充的上訴理由成立。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人的上訴理由部分成立，作出符合上述決定的改判。

上訴人必須支付本程序的訴訟費用的一半以及 4 個計算單位的司法費。

確定上訴人的委任辯護人的報酬 2500 澳門元，由終審法院院長辦公室支付。

澳門特別行政區，2019 年 5 月 2 日

(裁判書製作人)

蔡武彬

(第一助審法官)

司徒民正

(第二助審法官)

陳廣勝