

上訴案第 73/2019 號

日期：2019 年 2 月 21 日

- 主題：
- 錯誤理解法律的瑕疵
 - 緩刑
 - 犯罪預防

摘 要

1. 上訴人辯解其非法偷渡來澳的目的是為了陪伴其懷孕的妻子求診，即使不考慮這個事實沒有得到原審法院的認定，這種辯解也是毫無說服力的。一個是偷渡的目的，其對於犯罪的主觀罪過的減輕沒有任何的作用，另一個則是在緩刑期間仍然實施相同的犯罪行為，這個情節則相當地增加犯罪的罪過程度。
2. 緩刑並不是只要所處刑罰不超逾三年徒刑就會自動適用的機制，它的採用還取決於法律所規定的其他條件，尤其是下列實質要件的是否成立：如果法院在考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節等等因素之後認為僅對犯罪事實作出譴責並以監禁作威嚇即可適當及充分地實現刑罰的目的時才能宣告將所適用的徒刑暫緩執行。

裁判書製作人

上訴案第 73/2019 號

上訴人：A

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情敘述

澳門特別行政區檢察院控告嫌犯 A 以直接正犯、故意及既遂方式觸犯了第 10/2012 號法律第 12 條結合《刑法典》第 312 條第 1 款所規定及處罰的一項「違令罪」，並請求初級法院以簡易訴訟程序對其進行審理。

初級法院第四刑事法庭在第 CR4-18-0066-PSM 號案件中，經過庭審，最後判決嫌犯 A 以直接正犯、故意及既遂方式觸犯了第 10/2012 號法律第 12 條第 2 款結合《刑法典》第 312 條第 1 款 a 項所規定及處罰的一項「違令罪」(符合第 6/2004 號法律第 22 條所規定的加重情節作出處罰)，判處四個月實際徒刑。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起了上訴，其上訴其內容如下。

1. 被上訴的裁判的部分內容如下：

“嫌犯 A 以直接正犯、故意及既遂方式觸犯第 10/2012 號法律第 12 條第 2 款結合《刑法典》第 312 條第 1 款 a 項所規定及處罰的一項「違令罪」(符合第 6/2004 號法律第 22 條所規定的加重情節作出處罰)，判處四個月實際徒刑。”

2. 被上訴的裁判違反了《刑法典》第 40 條、第 48 條及第 64 條

之規定，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之“錯誤理解法律之瑕疵”。

3. 本文中，確實上訴人之違令罪於緩刑期間所觸犯，上訴人亦非初次觸犯本案的犯罪事實，在客觀上看似緩刑已對其起不著威嚇作用。
4. 但是，從上訴人非法偷渡進入本澳的目的是為了陪伴身體不適的懷孕妻子看病、上訴人主動、完全及毫無保留地承認控訴書中所載的事實及上訴人在庭上的表現；
5. 從主觀上，上訴人已存在悔意，在客觀上考慮，可以預見上訴人不會再次犯罪，並且緩刑的威嚇已對上訴人起著作用及有良好的效果。
6. 根據《刑法典》第 48 條及第 64 條之相關規定，在選科刑罰時需考慮非剝奪自由之刑罰是否可適當及足以實現處罰的目的，且考慮到僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的者，並在同時符合緩刑的形式條件時，法院必須選擇非剝奪自由之刑罰。
7. 而被上訴的裁判中未能完全確切無誤地證明緩刑對上訴人起不到威嚇的作用，以及未能證明僅對事實作譴責並以監禁作威嚇並不能適當及足以實現處罰之目的。
8. 相反，從上訴人犯罪前後的表現，以及上訴人在庭審中作出完全及毫無保留的自認，其態度亦足已證明上訴人已悔改及存有悔意。
9. 這樣，已經可符合僅對事實作譴責並以監禁作威嚇並能適當及足以實現處罰之目的這一實質要件的結論，故給予上訴人緩刑機會。
10. 被上訴的裁判在選科刑罰部份，違反了《刑法典》第 40 條、第 48 條及第 64 條之規定，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之“錯誤理解法律之瑕疵”，應宣告廢止。

11. 上訴人認為，在選科刑罰方面，正確適用《刑法典》第 48 條及第 64 條之規定下，應判處上訴人 4 個月刑，緩刑 2 年。

請求，綜上所述，現向法院請求如下：

- 1) 接納本上訴陳述書狀及所有附件；及
- 2) 宣告被上訴的裁判在選科刑罰部份，違反了《刑法典》第 40 條、第 48 條、第 64 條之規定，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之規定之“錯誤理解法律之瑕疵”，故應被宣告廢止；及
- 3) 從而更改判處上訴人 4 個月刑，緩刑 2 年。

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆，其內容如下。

1. 上訴人以其在庭審中自認控罪、非法偷渡進入本澳的目的是為了陪伴身體不適的懷孕妻子看病為由，因而認為原審法院判處上訴人四個月實際徒刑的刑罰量刑過重，違反刑法典第 40 條、第 48 條及第 64 條結合刑事訴訟法典第 400 條第 1 款之規定，認為應先選擇非剝奪自由之刑罰或僅對事實作譴責並以監禁作威嚇已適當及足以實現處罰之目的，將徒刑暫緩執行。
2. 本院並不認同。
3. 的而且確根據《刑法典》第 64 條之規定，如對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰，則只要非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰之目的，原審法院應優先選科非剝奪自由之刑罰，然而，根據原審法院判決書內所載的已證事實，在本案中上訴人已非為初犯，雖坦白承認控罪，但其行為顯示的罪過程度亦不低，因此不論從特別預防還是一般預防的角度而言，均有必要對上訴人處以徒刑，再者，上訴人在卷宗 CR5-17-0349-PCS 已實施過同一犯罪行為違令罪，雖然在該案中給予上訴人暫緩執行徒刑的機會，但上訴人沒有好好珍惜，更在該案的緩刑期間內偷渡來澳實施本案的違令罪，在此情況

下，可見對上訴人選科非剝奪自由之刑罰不能適當及足以實現處罰之目的，因此，原審法院選擇對上訴人剝奪自由之刑罰是絕對正確的，完全沒有存在任何瑕疵。

4. 而根據刑法典第 48 條第一條之規定 (前提及期間): “經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，認為僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的者，法院得將科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。”
5. 眾所周知，緩刑的暫緩執行只可在符合形式要件及實質要件的前提下才可作出頒佈。
6. 在本案中，符合形式要件的前提，因徒刑不超逾 3 年，但並不存在實質要件的前提。
7. 根據已證事實，上訴人已非初犯，且在緩刑期間非法進入本澳繼續犯罪，顯示出上訴人守法意識極低，極不尊重澳門法律，上訴人在審判聽證中，雖然承認控罪，但在整體考慮上述所列的各項情節，令人不能確信上訴人在將來不再犯罪，因此，顯而易見，僅對事實作譴責並以監禁作威嚇並不可適當及足以實現處罰之目的，因此，上訴人不應獲徒刑之暫緩執行。
8. 就像 Figueiredo Dias 的教導，即使按照徒刑的執行之特別考慮所得之徵兆有利於罪犯，但如果緩刑與譴責和預防犯罪的需要相違背，則不應命令暫緩執行徒刑。(參見葡萄牙刑法的第 344 頁, 在高等法院 1998 年 3 月 31 日第 807 號訴訟案的合議庭裁判中被提及)
9. 基此，此理據應被否定。

綜上所述，敬請否決本上訴，維持原判。

駐本院助理檢察長提出法律意見書：

2018 年 11 月 23 日，初級法院判處嫌犯 A 以直接正犯、故意及既遂及方式觸犯 1 項第 10/2012 號法律第 12 條第 2 款結合《刑法典》第

312 條第 1 款 a 項所規定及處罰之「違令罪」(符合第 6/2004 號法律第 22 條所規定的加重情節作出處罰)，處以 4 個月實際徒刑。

上訴人 A 不服上述初級法院裁判而向中級法院提起上訴。

在其上訴理由中，上訴人 A 認為被上訴判決違反了《刑法典》第 40 條、第 48 條，以及第 64 條之規定，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之“錯誤理解法律之瑕疵”，不應選科徒刑，或應給予緩刑 2 年。

對於上訴人 A 所提出的上訴理由，我們認為全部不能成立，應予以駁回。

1. 關於《刑法典》第 40 條及第 64 條之違反

上訴人 A 在其上訴理由陳述中指出，其確實在他案的緩刑期間內實施本案之犯罪事實，但其非法偷渡來澳的目的是為了陪伴其懷孕的妻子求診，而且其主動、完全及毫無保留地承認被指控的犯罪事實，存有悔意，根據《刑法典》第 64 條之規定，應先考慮非剝奪自由之刑罰，被上訴判決違反了《刑法典》第 40 條及第 64 條之規定，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之“錯誤理解法律之瑕疵”。

眾所周知，《刑法典》第 64 條規定了選擇刑罰的標準。根據該條文之規定，當非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰的目的時，法院應先選擇剝奪自由之刑罰。而《刑法典》第 40 條亦規定了刑罰的目的。

根據原審法院所認定的事實，博彩監察協調局局長於 2017 年 1 月 9 日透過等 44/2017 號批示，決定對其採取禁止進入澳門任何娛樂場的防範性措施，直至有關程序作出最後決定為止。上訴人 A 於 2017 年 1 月 22 日收到上述批示的通知，並被清楚告知上述防範性措施，倘違反將受法律制裁，上訴人在該通知書上親身簽名（詳見卷宗第 3 頁、第 5 頁至第 6 頁）。然而，上訴人 A 在該禁令仍在生效期間，在自由、自願及有意識地故意進入 XX 娛樂場內；此外，上訴人 A 非為初犯，曾因觸犯與本案相同之罪行而被第 CR5-17-0349-PCS 號判刑，且獲得緩刑的機會，但其不知悔改，反而在該案的緩刑期間內再次實施本案所被指控的罪行，顯示出其犯罪故意程度高，法律意識薄弱，守法能力低，特別預防的要求較高。

此外，上訴人所觸犯的違令罪屬本澳常見的罪行，有關罪行屢禁不止，對社會安寧、法律秩序，以及對博彩業的發展造成負面影響，一般預防的要求較高。

因此，綜合考慮犯罪預防(無論是特別預防還是一般預防)的需要，同時考慮到上訴人的犯罪前科，僅對其科處非剝奪自由的刑罰明顯不適當及不足以實現處罰的目的，因此，原審法院對上訴人所觸犯的一項「違令罪」選科徒刑的決定，並無違反《刑法典》第 40 條及 64 條之規定。

2. 對《刑法典》第 48 條之規定的違反

上訴人 A 在其上訴理由陳述中亦指出，其主動、完全及毫無保留地承認被指控的犯罪事實，存有悔意，可預見其不會再次犯罪，根據《刑法典》第 48 條之規定，其已符合僅對事實作譴責並以監禁作威嚇已能適當及足已實現處罰的目的，故應給予其緩刑的機會，因而認為被上訴判決違反了《刑法典》第 48 條之規定，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之“錯誤理解法律之瑕疵”，應改判 4 個月徒刑，緩刑 2 年。

在考慮是否適用《刑法典》第 48 條第 1 款之規定時，必須考慮是否滿足了緩刑的形式前提及實質前提。

形式前提是指不超逾 3 年的徒刑，而不可暫緩執行其他非剝奪自由刑。

實質前提是指法院必須整體考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後的行為及犯罪情節、僅對事實作譴責並以監禁作威嚇是否可適當及足以實現處罰的目的，即應以特別預防及一般預防作為給予緩刑的界限，具體地說，尚可預見行為人受到刑罰的威嚇和譴責後，即會約束自己日後行為舉止，從而不再實施犯罪，以及即使徒刑被暫緩執行，亦不致動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，無削弱法律的權威和尊嚴。

根據卷宗資料，上訴人 A 為非本澳居民，且是在自由、自願及有意識的情況下作出了本案所針對之犯罪。

最重要的是，上訴人 A 並非初犯，且之前所涉及與本案相同的犯罪而被第 CR5-17-0349-PCS 號案判刑，更獲得緩刑的機會，於該案的緩刑期間實施本案所針對的犯罪行為。

顯然地，對上訴人 A 而言，僅對事實作譴責並以監禁作威嚇未能適當及不足以實現處罰的目的；換言之，倘上訴人 A 被判處之徒刑被暫緩執行，將會動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，尤其會予人錯覺，在澳門實施此類犯罪的後果不足掛齒，的確是不利整個社會安寧及秩序尤其損害澳門作為國際旅遊城市的形象。

雖然被上訴判決所判處上訴人 A 以 4 個月徒刑不超逾 3 年徒刑，符合《刑法典》第 48 條第 1 款所規定的形式前提，但並不符合該條所規定的實質前提，因為單以監禁作威嚇已不適當及不足以實現處罰的目的了。故此，被上訴判決並沒有違反《刑法典》第 48 條之規定。

因此，上訴人 A 此部份的上訴理由也不能成立。

綜上所述，應裁定上訴人 A 所提出的上訴理由全部不成立，予以駁回，並維持原審法院的裁決。

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：

- 2018 年 11 月 23 日約晚上 22 時 33 分，司法警察局刑事偵查員於 XX 娛樂場內執勤時接獲娛樂場保安員通知，在該娛樂場內發現一名懷疑禁止進入賭場人士 A(本案嫌犯)。
- 博彩監察協調局局長於 2017 年 1 月 9 日透過第 44/2017 號批示，決定防範性禁止嫌犯進入澳門任何娛樂場，期限直至有關處罰程序的最終決定作出為止(載於卷宗第 3 頁)。
- 嫌犯於 2017 年 1 月 22 日接獲博彩監察協調局的通知，並知悉上述禁令的期限及後果，並在博彩監察協調局發出的通知書上親身簽署(載於卷宗第 5 至 6 頁)，同時被清楚告知於處罰程序的最終決定作出前被防範性禁止進入澳門任何娛樂場，否則將

受法律制裁。

- 嫌犯清楚知道有關禁令的內容及違反禁令的後果，然而，仍在被防範性禁止進入澳門任何娛樂場期間進入 XX 娛樂場，目的是為了觀看他人賭博。
- 嫌犯是在有意識、自由及自願的情況下作出上述行為，亦明知此等行為是法律所禁止和處罰的。
- 同時，亦證實：
- 嫌犯對被指控的事實作出完全及毫無保留的自認。
- 嫌犯聲稱具有初中畢業學歷，商人(塑膠廠東主)，需要供養父母、妻子(懷孕約一至兩個月)及兩名未成年女兒。
- 根據刑事紀錄證明，嫌犯並非初犯：
 1. 嫌犯曾於 2017 年 9 月 14 日因觸犯第 10/2012 號法律第 12 條第 2 項配合《刑法典》第 312 條第 1 款 a 項所規定及處罰的一項「違令罪」，於 2018 年 2 月 9 日被第 CR5-17-0349-PCS 號卷宗判處三個月徒刑，暫緩執行該徒刑，為期一年；該案判決於 2018 年 3 月 8 日轉為確定。
- 未獲證實的事實：沒有。

三、法律部份

上訴人 A 在其上訴理由中指出，一方面，而雖然，而上訴人確實在他案的緩刑期間內實施本案的犯罪事實，但其非法偷渡來澳的目的是為了陪伴其懷孕的妻子求診，而且其主動、完全及毫無保留地承認被指控的犯罪事實，存有悔意，根據《刑法典》第 64 條的規定，應先考慮非剝奪自由的刑罰，被上訴判決違反了《刑法典》第 40 條及第 64 條的規定，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款的“錯誤理解法律的瑕疵”。另一方面，而亦指出，其主動、完全及毫無保留地承認被指控的犯罪事實，存有悔意，可預見其不會再次犯罪，根據《刑法典》第 48 條之規定，其已符合僅對事實作譴責並以監禁作威嚇已能適當及足已實現處罰

的目的，故應給予其緩刑的機會。

1、 錯誤理解法律的瑕疵

我們知道，上訴人所質疑原審法院所違反的《刑法典》第 40 條以及第 64 條，其分別規定了選擇刑罰的目的以及刑罰的標準。根據第 40 條的規定，科處刑罰及保安處分旨在保護法益及使行為人重新納入社會。在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過之程度。而根據第 64 條的規定，當非剝奪自由的刑罰可適當及足以實現處罰的目的時，法院應先選擇剝奪自由的刑罰。

首先我們需要指出的是，上訴人辯解其非法偷渡來澳的目的是為了陪伴其懷孕的妻子求診，即使不考慮這個事實沒有得到原審法院的認定，這種辯解也是毫無說服力的。一個是偷渡的目的，其對於犯罪的主觀罪過的減輕沒有任何的作用，另一個則是在緩刑期間仍然實施相同的犯罪行為，這個情節則相當地增加犯罪的罪過程度。

根據原審法院所認定的事實，上訴人曾在第 CR5-17-0349-PCS 號因觸犯第 10/2012 號法律第 12 條第 2 項配合《刑法典》第 312 條第 1 款 a 項所規定及處罰的一項「違令罪」(與本案相同的罪名)被判刑，且獲得緩刑的機會，但在該案的緩刑期間內再次實施本案所被指控的罪行，單憑這情節就顯示出其犯罪故意程度高，法律意識薄弱，守法能力低，特別預防的要求較高。

那麼，即使原審法院充分考慮上訴人在無可辯駁的情況下對犯罪事實的供認不諱，因上訴人的犯罪行為所提出的對犯罪行為的懲罰要求以及對犯罪的預防的要求的提高也不能使得上訴人被判處的處罰明顯偏離刑法的目的，原審法院並沒有陷入適用法律的錯誤的瑕疵，並無違反《刑法典》第 40 條及 64 條的規定。

2、 緩刑的適用

正如《刑法典》第 40 條所作的規定，科處刑罰的目的在於保護法

益及使行為人重新納入社會，而適用緩刑也正是集中反映在犯罪的預防之上，條件是取決於法院對嫌犯的人格特徵、生活條件以及在犯罪前後的行為和犯罪情節的考量所形成的總體評價。

《刑法典》第 48 條規定了緩刑的前提：

『一、經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，認為僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的者，法院得將科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。』

從這個規定我們可以看到，緩刑並不是只要所處刑罰不超逾三年徒刑就會自動適用的機制，它的採用還取決於法律所規定的其他條件，尤其是下列實質要件的是否成立：如果法院在考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節等等因素之後認為僅對犯罪事實作出譴責並以監禁作威嚇即可適當及充分地實現刑罰的目的時才能宣告將所通用的徒刑暫緩執行。具體地說，倘可預見行為人受到刑罰的威嚇和譴責後，即會約束自己日後行為舉止，從而不再實施犯罪，以及即使徒刑被暫緩執行，亦不致動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，無削弱法律的權威和尊嚴。

一般來說，上訴法院對原審法院在訴訟的直接以及口頭原則之下進行的審判活動所形成的對嫌犯的 impressions 的評分難於作出適當的糾正，上訴法院作出介入也僅限於這些評核出現明顯錯誤以及顯失平衡的情況下。

雖然被上訴判決所判處上訴人 A 以 4 個月徒刑不超逾 3 年徒刑，符合《刑法典》第 48 條第 1 款所規定的形式前提，但是上訴人明顯不符合緩刑的實質要素。根據卷宗資料，上訴人 A 為非本澳居民，亦非初犯，且在被判處相同罪名的緩刑期間實施本案的犯罪行為，這情節明顯顯示僅對事實作譴責並以監禁作威嚇未能適當及不足以實現處罰的目的，否則將會動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，不利整個社會安寧及法律秩序的穩定，更將損害澳門作為國際旅遊城市的形象。

因此，原審法院沒有對上訴人適用緩刑的決定沒有任何可以質疑的地方。

因此，上訴人 A 此部份的上訴理由也不能成立。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人的上訴理由不成立，維持原判。

本程序的訴訟費用以及 5 個計算單位的司法費由上訴人支付。

澳門特別行政區，2019 年 2 月 21 日

蔡武彬

José Maria Dias Azedo (司徒民正)

陳廣勝