(譯本)

“短期徒刑”
“低於 6 個月之徒刑之代替” (澳門《刑法典》第 44 條第 1 款)
“預防將來犯罪的必要性”

摘要

一、立法者以“低於六個月之徒刑之代替”制度(澳門《刑法典》第 44 條第 1 款)擬規定一項“措施”，從而避免短期監禁刑之標誌效果，以及一名偶犯被短期監禁“污染”的效果。

二、鑑於有關規定之內容 — 尤其以“但”一詞為基礎 — 應當認定立法者希望考慮不超逾 6 個月徒刑之“代替”作為“通例”，只是由於“預防將來犯罪的必要性”，才以“不代替”作為其“例外”；(即使在法院在之前面對著科處監禁刑及非剝奪自由刑的選擇情況 — 參閱澳門《刑法典》第 64 條 — 而選定前者的情況中也是如此)。

三、“預防將來犯罪的必要性” — 前述不超逾六個月徒刑之代替之障礙 — 只與犯罪行為人融入社會之特別預防目的、而非與維護社會，即一般預防的目的結為一體。

故應考慮到立法者在第 44 條行文中表示的特定意圖。

事實上，第 40 條宣告“科處刑罰及保安處分旨在保護法益及使得行為人重新納入社會”，(第 43 條規定也然)，而第 44 條對於不超逾 6 個月之徒刑的代替設定的唯一障礙(例外)是：“預防將來犯罪的必要性”。

2003 年 3 月 6 日合議庭裁判書

第 219/2002 號案件

裁判書製作法官：José M. Dias Azedo (司徒民正)

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

概述

一、甲，身份資料載於卷宗，在獨任庭參與的普通程序中受審，最後被判處作為正犯觸犯 7 月 22 日第 8/96/M 號法律第 13 條第 1 款規定的，澳門《刑法典》第 219 條第 1 款處罰的博彩之暴利罪，處以 5 個月徒刑以及該法令第 15 條規定的附加刑 — 禁止進入賭場為期兩年；(參閱第 65 頁至第 67 頁背頁)。

*

嫌犯不服該判處(實際)監禁的裁判，向本院提起上訴。

理由闡述之結論為：

“現行澳門《刑法典》規定，科處之徒刑不超逾 6 個月者，須以相等日數之罰金或以其他可科處的非剝奪自由之刑罰代替之... (第 44 條第 1 款)；

只要可適當及足以實現處罰之目的，該法要求法院優先科處非剝奪自由刑(第 64 條)；

在上訴人看來，原審法院未就否決以罰金或以另一項可科處的非剝奪自由刑代替徒刑專門及充分地說明理由，也沒有考慮緩刑的可能性問題；

同樣，原審法院沒有具體指明在什麼條件及情況下不可能達到預防本案例中行為人在將來犯罪的目的；

事實上，以罰金或其他可科處的非剝奪自由刑代替徒刑以及暫緩執行刑罰並不是獨立地使用的；

以罰金或以其他可科處的非剝奪自由刑代替徒刑的可接納性，以及緩刑的可接納性，須具備有關前提；

在本案中已經具備6個月刑罰—不超逾3年徒刑的首項要件；

第二項要件有兩個因素所限定：保護法律秩序之基本最低要求之維繫（一般預防）以及，防止行為人犯罪（特別預防）；

為了科處緩刑，法院應當審理行為人的人格，生活狀況，犯罪前後的行為以及犯罪情節（第48條）；

這些方面，尤其行為人生活狀況以及犯罪前後之行為及犯罪的情節，沒有被適當及充分地考慮；

上訴人在自由狀態等待審判，嚴格遵守為了維持臨時釋放地位而對他規定的各項條件；

出庭接受審判，聽候法院指示作出答覆，雖然沒有自認事實（他沒有義務自認，更不用說因此而被處罰），沒有以任何形式程序妨礙案件的預審；

在審判之前的這個期間內，上訴人沒有觸犯任何不法事實；

該上訴人在被判處時，有條件證明將來不再犯罪，應予支持及鼓勵；

貴院應當相信上訴人不再犯罪，為此，僅對事實作譴責以及以服被判之刑罰之威懾就足夠；

相應地，應當依上所述暫緩執行（5個月實際徒刑）或以罰金或其他可科處的非剝奪自由刑代替之。

預防將來犯罪因此已經充分被證實，按照現上訴人的人格，最適當的刑罰份量應當是不超逾兩年的徒刑，或者以罰金或其他可科處的非剝奪自由刑代替之”；（參閱第92頁至第102頁）。

*

檢察院司法官答覆如下：

“1—緩刑制度取決於澳門《刑法典》第48條第1款規定的兩項要件之具備：不超逾三年的徒刑；嫌犯的個人條件，例如人格、生活狀況、犯罪前後的行為以及犯罪的情節等，容許認定僅對事實作譴責並以監禁作威懾可適當及足以實現處罰之目的。

2—首項要件為客觀要件，第二項要件則要求基於前述分析對嫌犯將來行為的有利預測；

3—該任務由審判者負責，因為立法者有意將一定的自由賦予法院—按照澳門《刑法典》草案辯論中的會議紀要。

4—在本案中，嫌犯是初犯，從事疊碼工作，沒有自認事實，沒有悔悟，每月收入澳門幣6,000至7,000元，須照顧一名女兒。

5—這是檢察院按照澳門《刑法典》第65條以及澳門法院統一的司法見解傾向於科處緩刑的狀況；”（參閱第104頁至第111頁）。

*

依法接納上訴，卷宗移送本中級法院。

*

在本院，在卷宗檢閱中，助理檢察長的意見是上訴理由成立，堅稱應當以罰金刑替代科處的監禁；（參閱第133頁至第136頁）。

*

作出了初步批示，助審法官檢閱已畢。完全依照法定形式舉行了上訴審判聽證。

*

沒有任何防礙，應予裁判。

理由說明

事實

二、原審法院認為下列事實已獲證實：

“2002年3月26日，在“XXX”賭場，嫌犯甲借給乙港幣2萬元賭博。
當時規定下列借款條件的是嫌犯甲：在賭博中乙每次投注，嫌犯甲收取10%之利息。
嫌犯的行為是自由的、有意識的、自願及故意的。
在賭場借錢給乙賭博時，嫌犯目的是取得財產利益。
嫌犯明知其行為是法律禁止及處罰的。
附於卷宗的刑事記錄證明無犯罪記錄。
嫌犯沒有自認被控訴的事實，也無悔悟表現。
嫌犯聲明是疊碼仔，每月收入澳門幣6,000至7,000元，需要撫養一名5至6歲的女兒”；
(參閱第123頁)。

法律

三、敘述事實後，我們現在審議其法律框架。

對於原審法官作出的決定(部分)提起上訴，該決定判現上訴人作為正犯觸犯博彩的暴利罪，處以5個月(實際)徒刑。嫌犯沒有質疑作出的刑事法律定性，也未質疑裁判中判處禁止進入賭場為期兩年(的部分)。

因此，我們看看，上訴人關於以罰金或者其他非剝奪自由刑代替5個月徒刑，以及緩刑之請求，是否有理。

首先，應當載明，本上訴標的之裁判不沾有所謂無理由說明的瑕疵。因為上訴人堅稱的原審法院未就否決以罰金或以另一項可科處的非剝奪自由刑代替監禁專門及充分地說明理由的斷言不符實情(參閱所遞交的結論)。

確實，這個斷言—如果我們判斷正確—只能是出於上訴人之模糊不清，因為只要閱讀被上訴的判決—第66頁背頁—足以得出結論認為：無論就“代替”，還是“緩刑”，這兩個“問題”均由原審法官在現被上訴的裁判中考慮及明確審理過。

也許可以不同意導致原審法院決定科處實際監禁刑的理由(理由說明)。然而，鑑於有關判決的內容，顯然此部分上訴理由不能成立。

我們繼續審理。

眾所周知，附同主張短期監禁刑之標的效果之絕大多數學說(以及一名偶犯有被短期監禁“污染”的危險)，實體刑事法例轉而規定得以罰金或其他非剝奪自由刑代替監禁(例如以“勞動日數代替”)。

澳門《刑法典》也遵循(至少在本地區有效的兩個相近刑事法律制度)，可稱為“絕大多數”的學說也採納了相近的規定，第44條第1款規定：“科處之徒刑不超逾六個月者，須以相等日數之罰金或以其他可科處之非剝奪自由之刑罰代替之，但為預防將來犯罪而有必要執行徒刑者，不在此限；下條第三款及第四款之規定，相應適用之。”

鑑於有關規定之內容—尤其以“但”一詞為基礎—應當認定立法者希望考慮不超逾6個月徒刑之“代替”作為“通例”，只是由於“預防將來犯罪的必要性”，才以“不代替”作為其“例外”；(即使法院在之前面對著科處監禁刑及非剝奪自由刑的選擇情況—參閱澳門《刑法典》第64條—而選定前者的情況中也是如此)。

因此，考慮到在本案中涉及5個月徒刑—該徒刑份量未受爭執—儘管現上訴人請求以罰金或緩刑代替之，我們認為應當審理是否具備有關請求代替的情節(這甚至因為，除了這是一個“捷徑”以外，還因為該訴求一旦成立，將不必審理後者)。

應當考慮到對上訴人不利的，卷宗載明沒有自認事實及未證明悔悟。

對他有利的方面則應當強調是初犯的事實。

尤其考慮到這些要素後，是否應當認為本文中主張的刑罰之代替不適當？

我們認為，正如助理檢察長的意見所表示，似乎應當適用該“通例”，因為，我們認為其要件已經符合，不應當如所希望的要求那樣考慮(至少目前)預防將來犯罪的緊迫必要性。

不應當忘記現上訴人被判處的博彩暴利罪是澳門特別行政區多發常見的犯罪罪狀。因此，(或

許），包括法院在內的“控制機關”作出更加“堅定的”答覆是更適當的。

但是，應當考慮到立法者在第 44 條行文中顯示的特定意圖。

事實上，第 40 條宣告“科處刑罰及保安處分旨在保護法益及使得行為人重新納入社會”，（第 43 條規定也然），而第 44 條對於不超逾 6 個月之監禁的代替設定的唯一障礙（例外）是：“預防在將來犯罪的必要性”。

關於這個要件，從前（1963 年），E. Correia 教授（在葡萄牙刑法典總則草案修訂委員會範疇內）堅持認為，它與“一般預防”的目的合為一體（參閱第 21 次會議紀要）。

關於這個“問題”，Figueiredo Dias 教授的觀點則是，“執行刑罰必要性的標準排他性地是犯罪預防學中兩個方面：對行為人之具體影響（重新納入社會的特別預防）以及對社會的影響（維護法律秩序的一般預防）；只有當至少其中一個刑罰目的有此要求時，法院方可命令暫緩執行不超逾 6 個月徒刑”；（參閱《Direito Penal Português-As Consequências Jurídicas do Crime》，第 364 頁）。

最近，Odete M. de Oliveira 教授認為“只有重新納入社會的特別預防之排他目的 — 而非保護社會的目的 — 方可要求執行不超逾 6 個月之徒刑”；（刑法研討會，《C.E.J.》，第 2 卷，第 70 頁）。

我們認為應當贊同這個見解。

確實，立法者在規定第 40 條 — “刑罰目的是保護法益及行為人重新納入社會”以及規定第 44 條 — 低於 6 個月的徒刑以罰金代替，但（僅）“預防將來犯罪而有必要”執行徒刑者，不在此限，應當希望有所不同。

因此，應當認為，只有倘有的“重新納入社會的特別預防的排他目的”，方可導致低於 6 個月徒刑之不予替代。我們應當認為，鑑於上訴人是初犯的事實，得以罰金代替 5 個月的徒刑。

行文至此，考慮到第 45 條第 2 款的規定 — 該條規定罰金之日額為澳門幣 50 至 1 萬元，由法院按被判刑者之經濟及財力狀況以及其個人負擔訂定之 — 認為鑑於確鑿的事宜，澳門幣 80 元罰金日額是公正的及平衡的，因此總罰金額為澳門幣 12,000 元，如不繳納或以勞動代替，將服原審法院科處的 5 個月徒刑。

因此，面對載明的解決辦法，無須審理緩刑的請求，茲予裁判。

決定

四、綜上所述並依此為據，合議庭裁判上訴理由成立，嚴格依上文所載以罰金刑代替上訴人被科處的徒刑。

無須繳納訴訟費用。

服務費定為澳門幣 2,000 元，由上訴人之在法院的代理人按比例分配，給予首先參與者澳門幣 1,200 元，給予審判聽證中參與者澳門幣 800 元。

José M. Dias Azedo（司徒民正）（裁判書製作法官）— 蔡武彬 — 賴健雄（具表決落敗聲明）

表決聲明

本席表決落敗因認為：

1.澳門《刑法典》第 44 條第 1 款規定的代替規則，不僅可因為特別預防的準則，還可因為一般預防的理由被排除 — 在此意義上參閱 Figueiredo Dias：《Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime》，第 556 節；及

2.雖然贊同在本案中以非剝奪自由刑罰刑代替徒刑，由於特別預防的理由，5 個月徒刑應當以緩刑代替（正如所知，這是一個真正的替代刑 — 參閱第 508 節），而非像本合議庭裁判所裁定以罰金刑代替。

賴健雄

2003年3月6日於澳門特別行政區