

(譯本)

收留無證未成年女兒
5月3日第2/90/M號法律第8條第1款
義務之衝突
澳門《刑法典》第35條第1款
不可期待性
澳門《刑法典》第34條第1款

摘要

父母在澳門收留無證未成年女兒之行為，應按5月3日第2/90/M號法律第8條第1款處罰，因其行為不屬澳門《刑法典》第35條第1款的義務之衝突，也不存在該法典第34條第1款規定之不可期待狀況。

2004年3月25日合議庭裁判書
第38/2004號案件
裁判書製作法官：陳廣勝

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

一、甲，身份資料詳見卷宗，針對初級法院第三庭 PCC-044-03-3 號合議庭普通程序範圍內作出的終局合議庭裁判，向本中級法院提起上訴。終局裁判（以第二嫌犯的身份與第一嫌犯（姓名為乙）合併受審），判其觸犯5月3日第2/90/M號法律第8條第1款規定及處罰的一項收留罪，處以7個月徒刑，緩刑2年6個月執行，條件是在2個月內向澳門特別行政區繳付澳門幣1萬元。

為了希望開釋前述收留罪，上訴理由闡述結論如下：

“[...]

1.根據犯事之日生效的1966年葡萄牙《民法典》第1878、1879及1885條（對應於1999年現行《民法典》第1733、1734及1737條），現上訴人對其未成年女兒負有協助、教育、輔助及提供居所的法定義務。

2.根據現行澳門《刑法典》第35條第1款，當行為人之行為須履行一項價值等於或高於被犧牲者之義務時，義務之衝突乃阻卻不法性之原因。

3.現上訴人為其未成年女兒協助、教育、輔助及提供居所的法定義務的價值遠遠高於阻止收留無證者的價值。

4.原判在此部分作出不同的裁判，違反了法律，尤其違反現行澳門《刑法典》第35條第1款。

5.根據澳門《刑法典》第34條第1款的規定：作出可適當排除危險之不法事實者，如該危險屬威脅行為人本人或第三人生命、身體完整性、名譽或自由之正在發生而不能以他法避免之危險，且按照案件之情節，期待作出其他行為屬不合理者，其行為無罪過。

6.現上訴人將孤身在澳門的7歲的無證未成年女兒收留在自己家裏，其行為無罪過。因為不能要求其冒著未成年人身心完整性及生命受害的危險作出其他行為。

7.原判此部分作出不同的裁判違反了法律，尤其現行澳門《刑法典》第34條第1款所載的規範”。（參閱卷宗第175頁至第176頁內容原文）。

二、在上訴的答覆中，駐原審法院檢察院代表認為：

“按照前高等法院一慣思路，我們贊同當行為人之行為須服從刑事犯罪以履行一項價值等於或高於被犧牲者之義務時，義務之衝突乃阻卻不法性之原因。現上訴人為其未成年女兒協助、教育、輔助及提供居所的法定義務的價值遠遠高於阻止收留無證者的價值。

肯定的是，這種義務的衝突，以及倘有的不可要求性，需要面對每個具體的行為人個案評估。在上訴人的情形中，沒有證實對於其女兒來到澳門提供協助或辦理虛假文件供其使用（或其妻子知道這一點），只能期待其作出收留獨處澳門的 7 歲未成年女兒的行為，況且其身心完整性面臨危險，因此，應當認為行為無罪過。

因此，無須贅述，我們在本案中贊同上訴人之立場。

因此，依照法律應廢止原判中判處上訴人觸犯收留罪的部分並開釋此罪。

從而[...]伸張正義！”（參閱卷宗第 180 頁至第 182 頁內容原文）。

三、上訴上呈本院，助理檢察長在卷宗檢閱範疇內發出下列：

“意見書

我們贊同我的同事的審慎考量。

事實上無須增加任何內容。

此外，此等考量符合上訴理由闡述所載內容。

按照檢察院答覆中所強調，本案中沒有證實上訴人“為女兒來到澳門提供協助或者辦理虛假文件供其使用（或者其妻子知悉此事）...。”

已知葡萄牙學說中的立場是：義務的衝突只能用於“作為之義務”衝突的情形中（參閱理由闡述中所引用的 Eduardo Correia：《Direito Criminal》，第 2 卷，第 93 頁，以及 Germano Marques da Silva：《Direito Penal》，第 2 卷，第 124 頁）。

該問題仍有疑問。確實，德國學說中似乎持不同立場（在此方面，參閱 Jescheck：《Tratado de Dere Cho Penal, Parte General, Comares - Granada》，1993 年，第 328 頁）。

在本案中，涉及一項作為的義務以及一項不作為的義務。因為 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 8 條第 1 款不當然構成一項純粹不作為的犯罪。

因此，如果採納葡萄牙學者主張的觀點，有關問題應當在罪過範疇內定位 — 即在《刑法典》第 34 條第 1 款規定的緊急避險範疇內定位。

是為我們的意見”（參閱卷宗第 188 頁至第 190 頁內容原文）。

四、作出了初步審查，法定檢閱已畢，遵照澳門《刑事訴訟法典》第 414 條規定的手續舉行了審判聽證。

五、應予裁判。

六、應當即刻重溫現被上訴的合議庭裁判中的理由說明及主文：

“[...]

2.舉行了辯論聽證及審判

程序仍維持合規範性。

經辯論案件，下列事實獲證實：

嫌犯是未成年人丙（身份資料見 74 頁）的父母。丙於 XXXX 年 XX 月 XX 日出生於中國內地，1999 年 12 月獲准在澳門居住。

1994 年某日（具體日期未能查明），未成年人丙從邊檢站之外坐船進入澳門。第一嫌犯向蛇頭支付港幣 3,000 元，（蛇頭身份資料不明）。

自來到澳門後，丙在嫌犯家裏生活，嫌犯們提供照料及膳食，並在[學校(1)]註冊，該校是唯一一間接受在澳門違法逗留者的學校。

當這個學校結業時，在 1996 年不確定的某一天，第一嫌犯在中國內地向一個叫吳生的人付了港幣 5,000 元，為其女兒丙辦了一張澳門居民身份證。為此給了 10 張丙的照片，並提供了未成年人丙的身份資料。

以這種假的身份證（編號為 XXX，影印本見第 14 頁），第一嫌犯為其女兒於 1996 年 1 月份在澳門[學校(2)]註冊，並在澳門非法逗留期間被要求出示證件的時候，持有及使用該證件證明丙的身份。

事實上，未成年人丙沒有任何可資進入及在本地區逗留的文件。

直至 1999 年 12 月底，丙獲准在澳門定居。由於該未成年人已經在澳門，第一嫌犯安排丙從邊檢站以外偷渡送回內地，隨後透過合法途徑，憑定居許可來到澳門。

當使用發給丙的單程通行證在一間學校註冊時(卷宗第 15 頁及第 16 頁)向丙發出的單程證，被揭發 1996 年使用假證件的事實。

嫌犯自由、有意識及故意地，合意及合力作出行為。明知丙自 1994 年到 1999 年 12 月 27 日之間無權在澳門合法居留，即使這樣，仍然收留在家中。第一嫌犯還幫助她來到澳門。

第一嫌犯明知澳門居民身份證是法律上視為公文書的文件，目的是證實持證人的身份，據以在澳門逗留及定居，並證實其中所載的事實。

其行為的意圖是影響這種文件的公信力，在公共關係中傳遞的安全及信任，從而損害本地區持有依法發出的真實身份證之第三者。

嫌犯們明知行為是法律禁止及處罰的。

第一嫌犯是家庭主婦，是第二嫌犯之妻，需負擔兩名子女。

自認事實，是初犯。

第二嫌犯是商人，每月平均收入澳門幣 8,000 元。

是第一嫌犯之夫，需負擔妻子及三名子女。

部分自認事實，不是初犯。

下列事實未獲證實：控訴書的其餘事實，尤其第二嫌犯協助丙來澳門並辦理虛假證件供其使用。

指明用於形成法院心證的證據：

聽證中嫌犯的聲明

製作卷宗報告書的司警人員的聲明。

調查中收集的多份文件的分析及評估。

3. 確鑿的事宜中證實，兩名嫌犯將女兒收留在家，明知其不持在澳門逗留或居留的合法文件。

還證實第一嫌犯協助其女兒來到澳門並辦理虛假的澳門居民身份證供其使用，明知該文件是被視為公文書，為此繳費並交出其女兒的照片，目的是掩蓋其女兒在澳門違法逗留的狀況，目的是避免被驅逐。其行為危及對這種文件內在的合法性及真實性的信任，損害澳門特別行政區及第三者的利益。

4. 1995 年《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款規定：

“一、刑罰份量之確定須按照行為人之罪過及預防犯罪之要求，在法律所定之限度內為之。

二、在確定刑罰之份量時，法院須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節，尤須考慮下列情節：

a) 事實之不法程度、實行事實之方式、事實所造成之後果之嚴重性，以及行為人對被要求須負之義務之違反程度；

b) 故意或過失之嚴重程度；

c) 在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；

d) 行為人之個人狀況及經濟狀況；

e)作出事實之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為；

f)在事實中顯示並無為保持合規範之行為作出準備，而欠缺該準備係應透過科處刑罰予以譴責者。”

經考慮行為人之性格、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及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3年之徒刑暫緩執行（《刑法典》第48條第1款）。

認為應當暫緩執行對嫌犯們判處的刑罰，條件是依照澳門《刑法典》第49條向澳門特別行政區作損害賠償。

5.綜上所述，合議庭裁判控訴理由部分成立並：

A.開釋第二嫌犯5月3日第2/90/M號法律第7條第1款及第11條第3款規定及處罰的一項犯罪；

B.判嫌犯乙以直接正犯及既遂形式觸犯第2/90/M號法律第7條第1款規定及處罰的犯罪，處以2年6個月徒刑；觸犯該法律第8條第1款規定及處罰的犯罪，處以7個月徒刑；觸犯該法律第11條第3款規定及處罰的犯罪，處以9個月徒刑；

C.數罪並罰，判獨一總刑3年徒刑，緩期3年6個月執行，條件是在2個月期間內向澳門特別行政區繳納2萬澳門元的損害賠償；

D.判令嫌犯甲以直接正犯及既遂形式觸犯5月3日第2/90/M號法律第8條第1款規定及處罰的犯罪，處以7個月徒刑，緩期2年6個月執行，條件是在2個月期間內向澳門特別行政區繳付1萬澳門元損害賠償。

訴訟費用由嫌犯們承擔，司法費定為4個計算單位，並且依8月17日第6/98/M號法律第24條繳納澳門幣500元。

著製作刑事記錄表。

[...]”（參閱卷宗第129頁至第131頁背頁內容原文）。

七、回到本上訴案的核心，應當事先指出，本中級法院作為上訴審法院，只有義務裁判上訴人作為上訴標的在上訴理由闡述結論中提出的有補充關係的兩個具體問題，其一，即主要問題，乃違反澳門《刑法典》第35條第1款（該條規定了作為在澳門收留其未成年女兒的不法性阻卻原因的衝突制度）；另一問題，即補充問題，乃違反《刑法典》第34條第1款，該條文規定了作為收留其女兒之行為罪過阻卻原因之不可期待狀況，而不必評議上訴人為支持其主張成立而提出的全部論據的公正性（在此方面，可特別參閱中級法院在下列刑事案件中作出之裁判：第303/2003號案件的2004年3月18日合議庭裁判、第44/2004號案件的2004年3月4日合議庭裁判、第300/2003號案件的2004年2月12日合議庭裁判、第225/2003號案件的2003年11月20日合議庭裁判、第215/2003號案件的2003年11月6日合議庭裁判、第226/2003號案件的2003年10月30日合議庭裁判、第201/2003號案件的2003年10月23日合議庭裁判、第186/2003號案件的2003年9月25日合議庭裁判、第125/2002號案件的2002年7月18日合議庭裁判、第242/2001號案件的2002年6月20日合議庭裁判、第2002/84號案件的2002年5月30日合議庭裁判、第63/2001號案件的2001年5月17日合議庭裁判及第130/2000號案件的2000年12月7日合議庭裁判）。

現在我們首先研究所謂本案中已經具備“義務之衝突”之主要問題，該問題一旦成立將因無效用而不必研究上訴人指責原審法院違反《刑法典》第34條第1款規定的補充問題。

（一）關於澳門《刑法典》第35條第1款規定的義務衝突。

為了請求開釋被判處的收留罪，上訴人指出具備了澳門《刑法典》第35條第1款的義務衝突（因在澳門收留其無證未成年女兒的行為而適用於本案，儘管事發於1994年末查明之日，事實上一直逗留到1999年12月底《刑法典》完全生效期間），為此效果，所陳述的核心內容是其承擔向未成年女兒提供教育、輔助、幫助以及住房的法定義務，大大高於拒絕在澳門收留（收容

或安置)無證女兒的法定義務。

因此,僅認為,面對著初級法院視為確鑿的事實事宜,不能將現上訴人提出的義務之衝突視為具備。因為:

嫌犯/現上訴人的行為無疑應予刑罰制裁,因為已具備了5月3日第2/90/M號法律(《非法移民法》)第8條第1款規定罪狀的全部主客觀要素,該條文規定:

“運載或即使臨時收受、庇護、收容、安置處於非法狀態人士者,處最高二年徒刑。”(底線為我們所加)。肯定的是,非法狀態訂明於該法第1條第1款中:

“一、在下列任何情況進入澳門地區的人士,未獲許可逗留或居住,視為處於非法狀態:

- a) (...);
- b) 非法律規定的任何文件的權利人;
- c) (...).”

另一方面,應當排除作為阻卻不法性的原因之一而將本案情形納入義務衝突制度之任何判斷(《刑法典》第30條第1款、第2款c項首部,第35條第1款),這是因為:

儘管嫌犯/現上訴人同時負有兩項義務:對該未成年女兒的親權中產生的照料的法定義務(教育、協助等);以及另外一項法定義務—像其他澳門居民一樣—不收留在澳門處於非法狀態的人士(5月3日第2/90/M號法律第8條),我們相信在本案中前項義務的價值低於後者。

不履行照料未成年女兒的義務,首先並直接反應在—如果認為“家庭是社會的細胞”以及“兒童是社會的未來棟樑”—女兒與父親的關係範疇,只是非常間接地反應在社會總體上。而不收留非法移民的義務將即刻使得澳門全社會受損,尤其引致打擊犯罪和違法僱用方面的社會問題,使社會基礎設施及社會機構不勝負荷。

此外,如果希望其未成年女兒(當時是內地居民)可以來澳門居住以在此接受教育等等,嫌犯本來可以透過合法途徑來達到這一目的,例如申請中國內地有權限當局為其女兒發出單程通行證以合法地來澳門定居(這種合法途徑在本案中沒有發生—見被上訴法院確定的事實事宜)。

另一方面,其未成年女兒當時身處中國內地,這一事實並不妨礙嫌犯/現上訴人履行其照料其女兒的義務,因為上訴人本來可以透過在中國內地居住的其他家庭成員或者朋友關心並妥善照料其生活。沒有顯示其女兒在中國內地得不到良好的培養和教育。

按這一思路,應確實認為《刑法典》第35條第1款訂定之“義務衝突”前提並不具備:“在履行法律義務時出現衝突情況,或在遵從當局之正當命令時出現衝突情況,而行為人履行之義務之價值相等或高於被犧牲而不履行者,又或遵從之命令之價值相等或高於被犧牲而不遵從者,所作之事實非屬不法。”

道理是簡單的,有其他多種途徑供嫌犯妥善照料其未成年女兒。但履行不收留非法狀態者的義務只有一個途徑,這就是不收留這些人。因此,我們甚至認為,如果考慮到嫌犯本來可以通過適當的方式同時履行兩項法定義務,本案甚至不屬真正的義務衝突。

面對上文所述,上文分析之上訴主要問題的上訴理由不成立,現在必須裁判上訴人也提出的補充問題。

(二)關於澳門《刑法典》第34條第1款規定的不可期待的狀況。

關於這個問題,上訴人在力主涉的核心觀點是,根據《刑法典》第34條第1款尾部規定,面臨著阻卻行為之罪過之清楚情形,因為“有一個未滿7歲之女兒(非常年幼),無人適當輔助之,也不可期待不收留之”。理由是,“面對一名幾乎孤立無援,身心完整性面臨危險的女兒,不能要求一個正常的父親作出其他行為”(參閱上訴理由闡述結論,尤其第166頁)。

再次僅認為上訴人不持理據,因為,按照我們對有關事物的解釋,根本不存在《刑法典》第34條第1款規定的不可期待狀況:“作出可適當排除危險之不法事實者,如該危險屬威脅行為人本人或第三人生命、身體完整性、名譽或自由之正在發生而不能以他法避免之危險,且按照案件之情節,期待作出其他行為屬不合理者,其行為無罪過。”

不能認為,面臨著初審法院已查明的情節總體,卷宗中證實的收留行為,是嫌犯可以排除在澳門危及其女兒身心完整性的或有危險的唯一行為,故不能合理地期望嫌犯不在澳門收留(即使

違法收留)其未成年女兒。

經正確審視有關事物可見,述稱的“目前不可消除的危險”不過是可以透過其他合法途徑消除的危險(例如嫌犯可以改在中國內地居住,便可以與女兒共同生活),因此我們必須再次認定,嫌犯履行對其女兒之親權中產生的教育、輔助(包括共同居住)義務有多個途徑,而履行不收留處於非法狀態者義務的途徑僅有一條:不予收留。

因此,此部分上訴理由必然不成立。

(三)簡而言之,必須全部駁回本上訴並準確維持原審法院全部原判。在現上訴人為了嫌犯/現非上訴人的狀況,所作的任何陳述清楚明了的情況下應當認為上述所有考慮經必要配合後對於該嫌犯被判處5月3日第2/90/M號法律第8條第1款的規定及處罰之收留罪的判處同樣有效。

八、綜上所述,合議庭裁判否決上訴理由成立,本法院訴訟費用由上訴人承擔,司法費定為8個計算單位(根據《法院訴訟費用制度》第69條第1款、第72條第1款及第3款確定)。

陳廣勝(裁判書製作法官) — 賴健雄(第二助審法官) — José M. Dias Azedo(司徒民正)
(首席助審法官 — 附具表決落敗聲明)

表決聲明

正如前文的合議庭裁判中得出,下列見解勝出:“應當排除將本案情形納入義務衝突制度的任何判斷”,並且“不可期待的狀況也不具備”。

我不敢認同該見解。

正如面對相似情形並且在相同法律框架中當時的澳門高等法院多次表態(參閱第642號及第643號案件的1997年4月16日合議庭裁判、第660號案件的1997年5月14日合議庭裁判、第675號案件的1997年5月21日合議庭裁判以及第703號案件的1997年9月18日合議庭裁判),我們的觀點是:現上訴人協助並收留(未成年)女兒的法定義務高於因係無證人士而阻止其行為的法定義務。毫無疑問,在一般情形中,“公共利益”應當優先於“私人利益”。我們無意顛倒該狀況。但是,在本案中涉及到“未成年人的身心完整性”一此乃在本案中適用的1967年《民法典》第1878條要求嫌犯特別承擔的義務,因此,鑑於有關價值,我們相信應當賦予此等價值“特權”。

同樣,我們認為本案情形似乎應當納入澳門《刑法典》第35條規定的“義務衝突”,因為正如所解釋,我們不應當認為“嫌犯有多個途徑履行其照料女兒的義務”。

按照獲證明的事實事宜,嫌犯沒有“鼓勵”(或合作)接女兒到澳門,而是認定在此“面對”其存在(即使透過其妻子採取的措施使然,顯然不能歸責於嫌犯)。

因此,我們認為要求他並向有權限當局作出舉報或者“採取措施”送回中國內地是不合理的。

因此,應當指出,根本無意表示(同時為無證者之)未成年人在澳門入境及逗留為合法,但應當認為嫌犯的行為“有正當理由”,這是在本上訴範疇內應當審議的獨一問題,故裁定上訴理由成立。

2004年3月25日於澳門
José M. Dias Azedo(司徒民正)