

案件編號：138/2004

合議庭裁判書日期：2004 年 7 月 8 日

主題：

駁回上訴

裁 判 書 摘 要

當上訴的理由明顯不成立時，中級法院應予以駁回。

裁判書製作人

陳廣勝

澳門特別行政區中級法院

合議庭裁判書

上訴案第 138/2004 號

上訴人(原審嫌犯): 甲
被上訴人(原審公訴人): 澳門檢察院
上訴所針對的法院: 澳門初級法院第五庭
案件在原審法院的編號: 刑事案第 PCS-087-03-5 號

一、敘述及原審的事實和判決法律依據

在澳門檢察院提出公訴下，澳門初級法院第五庭獨任庭法官審理了第 PCS-087-03-5 號刑事案，並已於 2004 年 4 月 28 日對案中嫌犯甲作出了如下一審裁判：

「判決書」

卷宗編號：PCS-087-03-5

一. 指控事實

澳門特別行政區檢察院對嫌犯：

甲，女，離婚，髮型師，持有編號為 XXX 之澳門居民身份證，1972 年 7 月 5 日在中國廣東省中山市出生，父親 XXX，母親 XXX，居住在澳門 XXX 座，電話：XXX 及 XXX。

*

提出以下指控：

2003 年 9 月 4 日上午約 11 時 15 分，治安警員聯同勞工暨就業局人員到位於 XXX 之「XXX 髮型及美容中心」進行調查時，在店內發現乙、丙以及嫌犯的胞妹丁。

乙、丙及丁當時分別持有編號為 XXX、XXX 及 XXX 之中華人民共和國往來港澳通行證，均不具有任何允許其在澳門工作的合法證件。

然而，嫌犯甲分別於 2003 年 8 月 17 日、2003 年 8 月 24 日及 2003 年 8 月 26 日開始僱用丁、乙及丙在上述店鋪內為顧客洗頭或染髮。嫌犯以提供膳宿作為支付予丁的酬勞，而對乙和丙則以每替一位顧客洗頭得澳門幣三元或染髮得澳門幣十五元的方式計算薪酬。

嫌犯在僱用乙、丙及丁時，已清楚瞭解她們是持中華人民共和國往來港澳通行證之人士，亦清楚知道她們並不具備任何允許其在澳門工作的合法證件。

嫌犯是在自願、有意識及故意的情況下，與非法律要求僱員所必需的文件之權利人之人士建立勞務關係。

嫌犯知道其行為觸犯澳門法律，會受法律制裁。

*

因此，嫌犯為直接正犯，在犯罪既遂的情況下犯了三項非法僱用罪(據第二/九零/M 號法律第九條第一款規定)。

*

二. 庭審認定事實

2003 年 9 月 4 日上午約 11 時 15 分，治安警員聯同勞工暨就業局人員到位於 XXX 之「XXX 髮型及美容中心」進行調查時，在店內發現乙、丙以及嫌犯的胞妹丁。

乙、丙及丁當時分別持有編號為 XXX、XXX 及 XXX 之中華人民共和國往來港澳通行證，均不具有任何允許其在澳門工作的合法證件。

然而，嫌犯甲於 2003 年 8 月 24 日開始僱用乙及丙在上述店鋪內為顧客洗頭或染髮，以每替一位顧客洗頭得澳門幣三元或染髮得澳門幣十五元的方式計算薪酬。

嫌犯僱用乙及丙時，已清楚瞭解她們是持中華人民共和國往來港澳通行證之人士，亦清楚知道她們並不具備任何允許其在澳門工作的合法證件。

嫌犯在自願、有意識及故意的情況下，與並不持有允許在本地區工作的合法證件的人士建立勞務關係。

嫌犯知道其行為觸犯澳門法律，會受法律制裁。

根據刑事紀錄，嫌犯並非初犯。

*

經審理未查明之事實：嫌犯雇用其胞姐丁並對之提供膳宿以作報酬。

*

上述事實，有嫌犯對犯罪事實的自願及毫無保留的供認及丙的證言及本卷宗內的有關文件為證，證據充分，足以認定。

*

三. 法律適用

第二/九零/M 號法律第九條第一款規定如下：

『一. 與非法律要求雇員所必需的文件的權利人之任何人士建立勞務關係者，不論合約性質及形式、報酬或回報的類別為何，處二年以下監禁；如係再犯，處二年以上八年以下重監禁。』

*

本法庭認為，根據已審理查明的事實，嫌犯明知乙及丙並不持有允許她們在澳門工作的合法證件但仍聘請她們，且有關聘請行為在極短時間內，即 2003 年 8 月 24 日及 26 日分別於同一場所聘請上述兩名非法勞工，為此，本法庭認為，嫌犯以連續犯(Crime Continuado)之形式觸犯控訴書指控的一項僱傭非法罪。

*

根據澳門《刑法典》第六十五條規定，量刑須按照行為人的罪過和預防犯罪的要求加以確定，同時亦須考慮對行為人有利或不利而不屬罪狀的所有情節，包括：

- 1) 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；
- 2) 故意或過失之嚴重程度；
- 3) 在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；
- 4) 行為人之個人狀況及經濟狀況；
- 5) 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；
- 6) 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。

*

本案刑事紀錄表明嫌犯曾在 2000 年 3 月 1 日因三項非法僱傭罪被判三個月徒刑，該刑罰以罰金澳門幣肆仟伍佰元代替；在 2002 年 4 月 11 日因一項非法僱傭罪被判徒刑一年二個月，緩刑三年。

然而，嫌犯在緩刑期間並不吸取教訓，再次觸犯同一性質之罪行，其行為顯示其無視緩刑警戒及其主觀故意之嚴重性，為此，按照上述量刑標準，法庭

認為對嫌犯甲之合適刑罰為八個月徒刑，且基於預防犯罪的需要，法庭不予緩刑且不以罰金代替。

*

四. 判決

綜合所述，判決如下：

嫌犯甲觸犯了三項第二/九零/M 號法律第九條一款規定和處罰的非法僱用罪，為此，法院判處嫌犯甲八個月徒刑。

*

嫌犯須繳交有關訴訟費用和 1UC 的司法費。

辯護人費用為澳門幣肆佰圓正，由嫌犯甲承擔。

根據第六/九八/M 號法律第二十四條第二款的規定，判處嫌犯繳付澳門幣壹仟元正(MOP\$1,000.00)予澳門司法、登記暨公證公庫作為刑事案件受害人的賠償基金。

將本判決登錄於嫌犯的刑事記錄及作相應通知。

將嫌犯押送予監獄執行有關刑罰。

.....」(見載於案件卷宗第 113 至 115 頁的判決原文)。

嫌犯不服，現透過其辯護律師人向本中級法院提出上訴，並在以葡文書寫的(今載於卷宗第 127 至 141 頁的)上訴理由闡述書的總結部份，主要實質認為如下：

- 從卷宗內所證明的事實顯示，嫌犯基於符合澳門《刑法典》第 48 條所規定的條件，故應對其作出暫緩執行徒刑的決定；
- 短期的徒刑不利於嫌犯重返社會；
- 根據澳門《刑法典》第 64 條的規定，當符合有關的前提條件時，法院應先選擇非剝奪自由的刑罰；

- 在被上訴的判決中，法官並沒有具體指出選擇實際徒刑的依據，而僅簡單指出非剝奪自由的刑罰不足以對上訴人產生阻嚇作用；
- 不適用累犯的制度；
- 對嫌犯本人所判處的實際徒刑與其罪過程度不相符；
- 故此，被上訴的判決違反澳門《刑法典》第 40 條第 1 和第 2 款，及第 64 條的規定。

為此，嫌犯請求廢止被上訴判決中關於對其判處實際徒刑的部分，並進而在刑罰的選擇上作出暫緩執行徒刑的決定；但如法院認為有必要時，其人亦接受科處附加刑；此外，亦提出處以盡可能接近刑幅下限的刑罰作為其補充請求(見載於卷宗第 138 至 141 頁的上訴理由總結部份的葡文原文有關內容)。

就嫌犯的上訴，駐原審法院的助理檢察長依照《刑事訴訟法典》第 403 條第 1 款的規定，作出了如下答覆：

「.....

嫌犯甲針對 2004 年 4 月 28 日初級法院在第 PCS-087-03-5 號卷宗內作出的一審判決(載於卷宗第 113 至 115 頁)提出上訴。

在被上訴的判決中，裁定嫌犯甲觸犯了 3 項第 2/90/M 號法律第 9 條第 1 款規定和處罰的非法僱用罪，被法院判處 8 個月的實際徒刑。

.....

*

一、上訴的理據

上訴人以被上訴判決沒有遵守《澳門刑法典》第 48 條的規定，暫緩執行對嫌犯所判處的徒刑作為其上訴標的。

然而，在上訴的結論部分，上訴人則指稱被上訴的判決違反了《澳門刑法典》第 40 條第 1、2 款，及第 64 條的規定。

上述所指的第 48 條，其內容主要是規範徒刑暫緩執行的前提及期間，該條文的第 1 款載道：

“經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節，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，法院得將科處不超過三年之徒刑暫緩執行。”

此外，上條條文第 2 及第 3 款還對暫緩執行徒刑時所要遵守的義務、行為規則及附隨的考驗制度作出規定。

而《澳門刑法典》第 40 條第 1、2 款有如下規定：

“1. 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。

2. 在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過之程度。”

在《澳門刑法典》第 64 條中則規定：

“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，法院須先選非剝奪自由之刑罰。”

然而，上訴人卻請求廢止被上訴判決中關於對其判處實際徒刑之部分，並應在刑罰的選擇上作暫緩執行徒刑的決定。

雖然上訴人在其上訴標的中表明是以被上訴判決沒有按照《澳門刑法典》第 48 條的規定暫緩執行有關徒刑，且與其請求亦相一致；然而，在上訴的結論部分，上訴人卻沒有直接了當地指出被上訴的判決違反了上訴的規定，而僅指稱在符合上述規定的緩刑前提時，被上訴法院沒有作出暫緩執行徒刑的決定。

此外，上訴人認為被上訴的判決違反了《澳門刑法典》第 40 條第 1、2 款及第 64 條的規定；然而，從有關規定的內容可見，即使違反了有關條文的

規定，並不是必然令上訴人關於“廢止被上訴判決中關於對其判處實際徒刑之部分，並應在刑罰的選擇上作暫緩執行徒刑的決定”的請求成立。

因為無論是《澳門刑法典》第 48 條還是第 64 條的規定，在刑罰的選擇上，雖然立法者規定了一般的原則；然而，對於預防犯罪的需要，審判者仍然不需受有關原則的約束，所以兩者沒有必然的關係，後述條文亦不能作為違反前述條文的結論。故此，上訴人現所指出被違反條文的結論，並不能視為等同指出違反《澳門刑法典》第 48 條的規定，基於此，上訴人違反了《澳門刑事訴訟法典》第 402 條第 2 款 a) 項的規定，並導致上訴應被駁回。

另一方面，倘若上訴人要質疑被上訴法官沒有適用上述規定中的一般原則，那麼，上訴人應針對被上訴法官在同一法典第 65 條中就“刑罰份量之確定”所列的量刑依據提出異議；然而，在有關的上訴狀中，上訴人並未有就被上訴判決中刑罰的量的方面提出質疑。

上訴人現以被上訴的判決違反《澳門刑法典》第 40 條第 1、2 款及第 64 條的規定作為結論，提出廢止被上訴判決中關於科處實際徒刑的部分，改審為徒刑的暫緩執行的請求，及盡可能從輕判處的補充請求。

基於根據上述條文的規定看來，很明顯，即使被認同存在違反上述條文的情況，亦不能令有關的請求成立，因為有關規定的不遵守並不導致作出緩刑的決定。

此外，因上訴人並未就被上訴判決中對刑罰的“量”提出異議，故應視之同意被上訴法院將刑罰定量為 8 個月；故此，對於上訴人所提出“判處盡可能接近刑幅下限的刑罰”的補充請求，即使在結論中上訴人提出被上訴的判決違反《澳門刑法典》第 40 條第 2 款的規定，但基於上訴狀中沒有任何的事實或法律依據予以支持；所以，有關補充請求亦基於理由明顯不成立而應被駁回（《澳門刑事訴訟法典》第 410 條第 1 款）。

綜上，就上訴人所提出的主請求，基於其並未在上訴狀的結論部分人指出被上訴的判決違反《澳門刑法典》第 48 條的規定；因此，有關上訴違反了《澳門刑事訴訟法典》第 402 條第 2 款a)項的規定，此，上訴應予駁回。

此外，上訴人所指的違反同一法典第 40 條第 1、2 款及第 64 條規定的結論，即使理據成立，亦不會導致“廢止被上訴判決中關於對其判處實際徒刑之部分，並應在刑罰的選擇上作暫緩執行徒刑的決定”或“判處盡可能接近刑幅下限的刑罰”請求的成立；因此，有關上訴違反了《澳門刑事訴訟法典》第 410 條第 1 款的規定，應駁回有關上訴。

倘若上訴理據不獲接納，檢察院繼續陳述如下依據。

*

二、刑罰的目的

立法者就每一犯罪行為都會訂出相應的懲罰性後果，從而達到預犯犯罪的目的。故此，刑罰是作為刑事法律制度中的懲罰性手段，並具有作為法律保障工具的性質（參見 Leal-Henriques e M.Simas Santos, *Código Penal de Macau, Anotado*, p.170-171）。

刑罰並不是單純對犯罪行為人給予的一種懲戒，學理上認為，刑罰當中包含了三個層面的意義，分別為：1)對行為人的懲戒；2)特別預防；3)一般預防（參見 Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português*, 1997, vol.-I, p.61-67）。

“對行為人的懲戒”的意義在於通過刑罰，作為犯罪行為人所犯過錯的一種“報應”，是其作出犯罪行為後所要承受的的一種相對應的懲罰。對犯罪行為人施加刑罰，讓其直接感受到犯罪後需要承擔的相應刑事譴責，自吃其苦果。

“特別預防”與“對行為人的懲戒”均是針對犯罪行為人的本人而言，後者是要讓行為人受有實質的教訓，而前者則是透過施加刑罰，令行為人銘記其

行為為其所帶來負面的後果，使其對刑事後果感到害怕，不敢再重蹈覆轍，從而達到遏止行為人日後再次犯罪的目的。

至於“一般預防”，其主要考慮的是社會安寧的層面，即透過刑罰，令社會大眾知悉犯罪行為所帶來的後果。而透過處以與犯罪行為嚴重程度相適應的刑罰，可體現出刑罰措施的有效性。從正面而言，令社會大眾知道有關的刑法制度能有效地保障社會利益及財產，因而信任法律制度的效能；從反面而言，當社會大眾知道犯罪者會受到刑罰的制裁時，亦會對此產生恐懼，不敢作出犯罪行為，從而亦達到另一層預防犯罪的目的。

因此，在量刑時，除要考慮有關的刑罰能否對行為人達到懲戒的作用外，還要考慮有關的刑罰會否因為力度不足而對社會引致不安或無法產生阻嚇作用。

*

三、刑罰的選擇

《澳門刑法典》第 64 條對於選擇刑罰的標準有如下的規定：

“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，法院須先選非剝奪自由之刑罰。”

立法者就每一犯罪事實，訂出抽象的刑罰幅度，目的是讓審判者根據行為人的過錯程度、犯罪情節的嚴重性及實行事實的方式等，從有關的刑幅中訂出與有關犯罪情節的嚴重程度相一致的具體刑罰。

按照上述的量刑原則，倘若在可選擇非剝奪自由的前提下，審判者應優先選擇非剝奪自由的刑罰。而是否應選擇非剝奪自由的刑罰，審判者還必須考慮刑罰的目的能否達到，即是否已足以達到上述所提及的：1)對行為人的懲戒、2)特別預防，及 3)一般預防等目的。

從嫌犯的刑事記錄(卷宗第 106 至 110 頁)中，我們得知：

- 上訴人在第 PSM-020-00-5 號卷宗內，因觸犯 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 9 條第 1 款所規定及處罰的 3 項非法僱用罪，而被 2000 年 3 月 1 日的判決判處 3 個月的徒刑，有關刑罰獲准予以相同期間、每日 50 元，共 4.500,00 的罰金代替之；

- 上訴人在第 PSM-037-02-6 號卷宗內，因觸犯 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 9 條第 1 款所規定及處罰的 1 項非法僱用罪，而被 2002 年 4 月 11 日的判決判處 1 年 2 個月的徒刑，但獲准暫緩 3 年執行有關刑罰；

- 上訴人在第 PCS-087-03-5 號卷宗內，即被上訴判決，再次因觸犯 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 9 條第 1 款所規定及處罰的 3 項非法僱用罪，而於 2004 年 4 月 28 日被判處 8 個月的實際徒刑。

5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 9 條第 1 款規定：

“與非法律要求僱員所必需的文件之權利人之任何人士建立勞務關係者，不論合約性質及形式、報酬或回報的類別為何，處最高二年徒刑；如係再犯，處二年至八年徒刑。”

由此可見，嫌犯(即上訴人)在被上訴判決中已是第三次實施犯罪行為，且各犯罪行為在時間上的差距相若，而犯罪的種類亦相同，可見之前兩次的判決中對行為人處以罰金或徒刑的暫緩執行，對嫌犯個人而言並不能達到預防犯罪(特別預防)的目的。故此，令我們無法相信對嫌犯再一次處以非剝奪自由的刑罰能足以對其產生阻嚇作用，更莫論能否達到預防犯罪的目的。

雖然上訴人在其上訴案中再一次強調其已為被判刑而感到後悔，然而，我們不要忘掉刑罰還有其他目的，包括對行為人的懲戒作用及一般預防的目的。

從上訴人屢次觸犯同一犯罪行為而言，倘若其真的為其所作出的行為感到後悔，有關的悔罪表現僅能作為法官酌定從寬的因素，而不是法定從寬的因素，因此，在此情況下法官仍能權衡上訴人是否能酌情判刑。

但從卷宗的事實看來，對於上訴人是次及之前所實施的犯罪行為，同樣的刑罰（非剝奪自由的刑罰或暫緩執行徒刑）似乎均不能與其在被上訴的判決中所犯行為的故意及惡意程度相適應。

顯然，之前對嫌犯所判處的刑罰並未能對其達到阻嚇的作用，故此，在本案中，經考慮嫌犯的犯罪記錄的時間及類型後，基於時間相近且類型相同，檢察院認同只有採取更嚴厲的懲罰手段方能達到到罰的目的及對行為人產生更有效的阻嚇作用。

此外，對於社會的安寧而言，倘若在法律規定了對有關的刑罰是可處以徒刑時，而在行為人屢犯的情況下仍給予其從寬的懲處，那麼，對於公眾而言，法律及刑罰的規定不但失去效用，而且有關的刑罰更是形同虛設，令社會大眾對我們的刑事法律制度失去信心，甚至會為失去積極效用的司法體系而感到不安。

基於此，審判者並不能僅憑犯罪行為人個人悔意的意思表示便自動適用非剝奪自由的處罰或暫緩執行有關的徒刑，而是應從上述所提及到的刑罰的三個目的而作出權衡；而能否達到特別預防的目的，往往是要根據行為人犯罪後的態度，尤其是被判刑後的態度來進行考慮。如單從犯罪後、判刑前的行為態度作考慮時，很可能會出現待判刑人為求獲判較輕的刑罰而刻意遵守行為規則。故此，在考慮犯罪的特別預防時，尤應考慮行為人被判刑後，甚至已服刑後的態度，作為再次犯罪時的量刑依據。

＊

四、短期徒刑

檢察院認同上訴人所指出的關於短期徒刑不利於嫌犯從返社會這一觀點。

顯然，對於上述理論，體現在《澳門刑法典》第44條第1款的規定中：

“科處之徒刑不超逾六個月者，須以相等日數之罰金或其他可科處之非剝奪自由之刑罰代替……”

然而，在上述規定的後半部分又載道：

“...但為預防將來犯罪而有必要執行徒刑者，不在此限...”

首先，對於《澳門刑法典》第 44 條第 1 款前半部分所指的情況，法律訂有例外的規定。從上述規定的但書中，所考慮的亦是預防犯罪的需要。言即是，原則上當所科處的徒刑不超逾六個月時，應採用相同日數的罰金代替之，此情況正好反映在嫌犯(上訴人)在其第一次的犯罪記錄中(第 PSM-020-00-5 號卷宗)，其先被判處 3 個月的徒刑，但基於當時的審判者認為符合上述規定，故准予其以由相等日數的罰金代替之。

由此可見，當符合上述的規定時，原則上應適用罰金或非剝奪自由的刑罰來代替剝奪自由的刑罰。然而，當審判者認為從寬的懲處無法達到預防犯罪的目的時，即使是短期的徒刑，亦得判處之。

此外，在本案中，上訴人被判處了八個月的實際徒刑，而上述的規定是針對判處六個月以下徒刑的情況；因此，在本案中，上述《澳門刑法典》第 44 條第 1 款的規定並不適用於本個案；故此，亦不存在對於短期徒刑的爭議。

顯然，就上訴人對短期徒刑所提出的理據在本上訴中理由並不成立。

*

五、被上訴的判決

被上訴判決的量刑依據如下：

“根據澳門《刑法典》第六十五條規定，量刑須按照行為人的罪過和預防犯罪的要求加以確定，同時亦須考慮對行為人有利或不利而不屬罪狀的所有情節，包括：

1) 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；

2) 故意或失之嚴重程度；

3) 在犯罪時表露之情感及犯罪之目的或動機；

- 4) 行為人之個人狀況及經濟狀況；
- 5) 作出事車之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為；
- 6) 在事實中顯示並無為保持合規範之行作出準備，而欠缺該準備係應透過科處刑罰予以譴責者。

*

本案刑事紀錄表明嫌犯曾在 2000 年 3 月 1 日因三項非法僱傭罪被判三個月徒刑，該刑罰以罰金澳門幣肆仟伍佰元代替；在 2002 年 4 月 11 日因一項非法僱傭罪被判徒刑一年二個月，緩刑三年。

然而，嫌犯在緩刑期間並並不吸取教訓，而再次觸犯同一性質之罪行，其行為顯示其無視緩刑警戒及其主觀故意之嚴重性，為此，按照上述量刑標準，法庭認為對嫌犯陳少鳳之合適刑罰為八個月徒刑，且基於預防犯罪的需要，法庭不予緩刑且不以罰金代替。”

從上述的量刑依據可見，在被上訴的判決中已考慮到《澳門刑法典》第六十五條中所規定的量刑情節。

此外，審判者亦考慮到嫌犯載於卷宗內的刑事記錄，並指出嫌犯在緩刑期間並沒有吸取教訓，其行為顯示其無視緩刑警戒及其主觀故意之嚴重性，故對之科處實際徒刑。

從被上訴判決的量刑依據可見，有關判決已明確指出有關的判刑理由，顯然符合《澳門刑事訴訟法典》第 356 條第 1 款中關於說明理由的規定。

此外，在被上訴的判決中，審判者並不是以累犯的情況對嫌犯科處刑罪，理由在於：

- 1) 在被上訴的判決中並沒有提及以累犯的方式進行量刑；
- 2) 根據 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 9 條第 1 款關於非法僱用罪的規定，在累犯的情況中，有關的抽象刑幅為 2 至 8 年的徒刑，換言之，根據

該規定，一但以累犯方式觸犯非法僱用罪的罪名成立時，最少也可被判處 2 年的徒刑，而不會是被上訴判決中所處的 8 個月實際徒刑；

- 3) 在控訴書中已明確指出嫌犯被指控的事實並不構成《澳門刑法典》第 69 條所規定累犯的前提，故不以非法僱用罪的累犯對嫌犯提出控訴。

綜上，檢察院認為被上訴的判決符合法律的規定，且對有關的量刑亦已適當說明理由；故此，檢察院認為上訴的理由並不成立。

*

六、結論

1) 上訴人以沒有按《澳門刑法典》第 48 條的規定暫緩執行為關徒刑為上訴標的，亦提出廢止被上訴判決中關於科處實際徒刑的部分，改審為徒刑的暫緩執行的請求；然而，在上訴的結論部分中並未有指出被上訴判決違反上述條文，基於此，本上訴違反《澳門刑事訴訟法典》第 402 條第 2 款a)項的規定，有關的上訴應被駁回。

2) 上訴人以被上訴的判決違反《澳門刑法典》第 40 條第 1、2 款及第 64 條的規定作為結論，提出廢止被上訴判決中關於科處實際徒刑的部分，改審為徒刑的暫緩執行的請求，及盡可能從輕判處的補充請求；基於即使被認同存在違反上述條文的情況，亦不能令有關的請求成立；此外，由於上訴人並未質疑所科處刑罰的定量，亦沒提出相關理據，故此，其補充請求亦明顯不能成立；基於有關的上訴違反了《澳門刑事訴訟法典》第 410 條第 1 款的規定，有關上訴應予駁回。

3) 即使符合所規定的暫緩執行徒刑的前提條件時，亦不構成適用緩刑制度的充要條件，當採用緩刑並不足以對事實作譴責及不足以實現處罰的目的時，審判者可處以實際徒刑，即使符合緩刑的條件亦然；故此，上訴人的有關理據不成立。

4) 對於刑罰的選擇，根據《澳門刑法典》第 64 條的規定，當非剝奪自由的刑罰能適當及足以實現處罰的目的時，應先選擇非剝奪自由的刑罰，故此，當無法達到上述目的時，審判者仍得適用剝奪自由的刑罰；故此，上訴人的有關理據不成立。

5) 上訴就短期徒刑所提出的理論，該原則體現在《澳門刑法典》第 44 條第 1 款的規定中；然而，有關規定是適用於科處不超逾六個月徒刑的情況，對於本案並不適用；故此，上訴人的有關理據不成立。

*

基於上述的理據，檢察院認為有關上訴違反了《澳門刑事訴訟法典》第 402 條第 1 款a)及第 410 條第 1 款的規定，導致有關上訴應被駁回。

即使檢察院所提出的上述理由不獲接納，本院仍認為上訴人的所提出的理據並不成立，且認同被上訴法院所作出的判刑決定；故此，應裁定上訴的理由不成立。

.....」(見載於本案卷宗第 144 至 150 頁的答覆書原文的主要內容)。

案件卷宗移交予本上訴審級後，駐本中級法院的尊敬的女助理檢察長依照《刑事訴訟法典》第 406 條的規定，對之作出了檢閱，並發表了意見書，認為本院應駁回上訴(見載於本案卷宗第 161 至 163 頁的意見書內容)。

隨後，本上訴案的裁判書製作人依照《刑事訴訟法典》第 407 條第 3 款的規定，對本案卷宗作出了初步審查。而本合議庭的其餘兩名助審法官亦相繼依照同一法典第 408 條第 1 款的規定，對本案卷宗作出了檢

閱。

現須具體處理本上訴。

二、 本上訴裁判書的判決依據說明

首先，本上訴法院祇解決上訴人在其上訴理由闡述書的總結部份內所具體提出和框劃的問題，而無需分析上訴人在提出這些問題時所主張的每項理由(此一見解尤其已載於本中級法院第 47/2002 號案的 2002 年 7 月 25 日的裁判書、第 63/2001 號案的 2001 年 5 月 17 日的裁判書、第 18/2001 號案的 2001 年 5 月 3 日的裁判書、第 130/2000 號案的 2000 年 12 月 7 日的裁判書，和第 1220 號案的 2000 年 1 月 27 日的裁判書內)。

如此，針對上訴人所實質提出的各種問題，本院在研究原審裁判的內容和案卷相關材料後，認為可在此完全採納尊敬的女助理檢察長，在其意見書中所發表的如下精闢分析和見解，以具體解決本上訴：

「本案上訴人甲就原審法院認定其觸犯了第 2/90/M 號法律第九條第一款規定和處罰的非法雇用罪并判處八個月徒刑的判決提出上訴，認為應暫緩執行該刑罰。

我們完全同意檢察院司法官在其對上訴理由陳述的答覆中對緩刑問題所提出的理由和觀點，認為上訴人所提出的上訴理由完全不能成立。

儘管我們一點也不否認短期徒刑的執行在達至被判刑者重返社會這一目的方面所存在的缺點，也完全了解本澳的立法者在訂立選擇刑罰的標準時要求法院在非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰的目的的情況下應該優先選擇非剝奪自由之刑罰，但在具體分析了本案的案情後，我們並不認為原審法院的判決有不當之處。

首先，根據《刑法典》第六十四條的規定，法院對非剝奪自由刑罰的優先選擇是以“對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰”作為前提。如果對有關犯罪只可科處剝奪自由的刑罰，那麼就不存在適用該條法律的問題。

本案上訴人觸犯的是第 2/90/M 號法律第九條第一款規定和處罰的非法雇用罪，可處以二年以下徒刑。對該條罪名，立法者並不允許以非剝奪自由的刑罰來處罰，這就意味著原審法院只能對上訴人適用徒刑。

其次，根據《刑法典》第四十八條的規定，緩刑並不是一個只要所處刑罰低於 3 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，尤其是實質要件的是否成立：法院在作出是否宣告徒刑的暫緩執行之前，必須要考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節等，如果法院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。

換言之，如果在整體考慮了上述所列的各項情節後仍不能確信行為人在將來不再犯罪（也即反映了簡單的刑罰威嚇不足以避免重新犯罪）從而實現刑罰目的的話，法院不應該宣告緩期執行所判處的徒刑。

可以看到，在上述規定中，是否能適當及充分地實現處罰之目的是解決問題的關鍵。

眾所周知，根據刑法典第 40 條的規定，科處刑罰的目的在於保護法益及使行為人重新納入社會。

那么，在本案中如果對上訴人適用緩刑能否適當及充分地實現上述兩個目的呢？

本案上訴人并不是初犯，從其刑事犯罪紀錄可以看到：

--上訴人曾因犯三項非法雇用罪於 2000 年 3 月 1 日被判三個月徒刑，該刑罰獲準以相同時間的罰金代替，每日罰金為 50 元，即合共 4.500,00 元。

--上訴人因犯一項非法雇用罪於 2002 年 4 月 11 日被判處 1 年零 2 個月的徒刑，緩期三年執行。

本案卷所審理的事實是在上訴人獲得緩期執行刑罰的期間發生的。

從以上資料我們可以知道，上訴人會因觸犯第 2/90/M 號法律第九條所規定的非法雇用罪而兩次被處罰，法院曾以罰金代替徒刑，也曾暫緩執行徒刑，但上訴人并未引以為誡，反而還在緩刑期間再次實施同樣的犯罪行為，可見雖然上訴人曾被處以罰金及徒刑的暫緩執行，這兩次的判決對上訴人而言都仍未能產生足夠的阻嚇作用，不能阻止他再犯相同罪行。

另一方面，在決定是否將徒刑緩期執行的時候，我們也不能不考慮譴責和預防犯罪的需要。

正如迪亞士教授所說，即使單純從重返社會這一特別預防的角度來考慮法院作出了對犯罪人有利的判斷，但是如果違反了譴責犯罪和預防犯罪的需要的話，法院仍然不應該宣告緩刑。這樣做并不是考慮罪過的問題，而是從維護法律秩序的最低和不可放棄的要求來考慮犯罪的一般預防（引自 *Direito Penal Português* 一書第 340 頁）。

眾所周知，在本澳預防和打擊同類犯罪的要求極重，有絕對的需要去盡量重建人們對在本案中被違反的法律規定及正常的法律秩序的信任和尊重，保障合法勞動者的工作權利。本澳有權限的機構為此作出了大量努力，採取強有力的措施去打擊和控制同類型的犯罪。

如果行為人在不長的時間內至少三次實施了同樣的犯罪行為却仍可以獲得緩刑的話，那麼對同類行為的預防和打擊工作又從何談起呢？

再次，雖然《刑法典》第四十四條第一款規定當所科處之徒刑不超過六個月時，應以相等日數之罰金或以其他可科處之非剝奪自由之刑罰來代替，“但為預防將來犯罪而有必要執行徒刑者，不在此限”。

一方面對於超過六個月的徒刑，立法者并未強制要求以罰金或其他可科處之非剝奪自由刑罰來代替；另一方面，即使所處徒刑不超過六個月，只要是出於預防被判刑者將來犯罪的需要而有必要執行徒刑的，就不應以罰金來代替之。

在本案中，我們已經看到，曾經以罰金來代替徒刑上處罰上訴人并未能使其不再犯同樣罪行，沒有產生任何作用。因此應以更嚴厲的手段加以處罰。

綜上所述，基於犯罪預防(特別預防和一般預防)的需要，不應以罰金代替上訴人被判處的八個月徒刑，并且該刑罰也不應被暫緩執行，對上訴人所處徒刑的實際執行是絕對有必要的。

也正因為如此，原審法院認為上訴人“在緩刑期間并不吸取教訓，而再次觸犯同一性質之罪行，其行為顯示其無視緩刑警戒及其主觀故意之嚴重性，為此，……，法庭認為……合適刑罰為八個月徒刑，且基於預防犯罪的需要，法庭不予緩刑且不以罰金代替”。

上訴人也提出對其所處刑罰過重的問題，認為應以儘可能接近刑幅最低限度的刑罰來處罰之。

我們也不能認同這種觀點。

從被上訴的判決中可以看到，原審法院在量刑時已經考慮了《刑法典》第六十五條的有關規定。

除了自認之外，上訴人并不具備其他任何可從輕量刑的情節。

在其上訴理由陳述中，上訴人認為，由於不存在累犯的問題，所以不能說上訴人無視法院之前作出的警戒；另一方面，上訴人的經濟狀況是導致其實施違法犯罪行為的根本原因，因此原審法院所適用的刑罰與其主觀過錯程度不相適應。

但是，我們認為上訴人在提出這些上訴理由時完全忽視了適用緩刑的意義之一是通過對犯罪事實的譴責和以監禁作威嚇來達致處罰的目的，這種監禁的威嚇無形中成為對被判刑者的警戒，希望其不再犯罪；如果被判刑者再次犯罪的話法院就有可能廢止對徒刑的暫緩執行而令被判刑者需實際服刑。

至於上訴人的犯罪動機，本案中并未證明上訴人是因為其薄弱的經濟能力而不得不非法聘用不具在澳工作資格的人士。而且，在本案中上訴人已是第三次因實施同類性質的犯罪行為而被判刑，從而也反映了其主觀故意的嚴重性。

綜合考慮本案的各種情節及所涉及罪名的法定刑幅，我們認為原審法院量刑準確，並無不當之處。

基於以上理由，應裁完上訴人提出的上訴理由明顯不成立，予以駁回。

.....」（見載於本案卷宗第 161 至 163 頁的意見書內容）。

如此，根據檢察院的上述法律意見書的分析，嫌犯的上訴理由是明顯不成立的，故本院應在此駁回其上訴。

最後，考慮到原審裁判書的上文下理，本院得應尊敬的女助理檢察長的建議，按照澳門《刑事訴訟法典》第 361 條第 2 款有關糾正筆誤的規定，對原審裁判書中的判決正文的第二段文字中有關指出「嫌犯甲觸犯了三項.....非法僱用罪」的地方，在此更正為「嫌犯甲觸犯了一項.....非法僱用罪」。

三、 判決

基於上述的依據，本合議庭決定駁回上訴，因而維持原審判決。

上訴人須繳付訴訟費，當中包括 4 個訴訟費用計算單位(亦即澳門幣貳千圓)的司法費(見《法院訴訟費用制度》第 72 條第 1 款和第 69 條第 1 款的規定)。此外，根據《刑事訴訟法典》第 410 條第 4 款及核准《法院訴訟費用制度》的 10 月 25 日第 63/99/M 號法令第 4 條第 1 款 g 項的聯合規定，上訴人還因上訴被駁回而須被判處繳付一筆為數相等於 3 個訴訟費用計算單位(即澳門幣壹千伍百圓)的款項。

命令對上訴人發出拘留令狀，以執行原審法院所科處的徒刑。

澳門，2004 年 7 月 8 日。

裁判書製作法官 陳廣勝

第一助審法官 José Maria Dias Azedo (司徒民正)

第二助審法官 賴健雄