

上訴案第 528/2013 號

日期：2013 年 10 月 31 日

主題： - 連續犯
- 量刑
- 緩刑

摘要

1. 以連續犯論處犯罪人的真正前提，是奠基於在具體案情內，存在一個可在相當程度上，使行為人在重複犯罪時感到便利、和因此可相當減輕（亦即以遞減方式逐次減輕）其在每次重複犯罪時的罪過程度的外在情況。
2. 嫌犯第一次犯罪成功後，因此產生了“便利感”，感到相關犯罪行為風險少可不斷實施，從而形成了繼後兩次新行為的推動力，我們絕不能把這種“便利感”視作外在客觀誘因，甚至視為一種屬於立法者要求的“可相當減輕罪過”的誘因，而視其為連續化。
3. 《刑法典》第 65 條賦予法官在法定刑幅之內選擇一具體刑法的充分自由，而對於上訴法院來說，只有在量刑出現明顯罪刑不符和明顯過重的情況下才由介入的空間。
4. 若法院能認定不需通過刑罰的實質執行，已能使行為人吸收教訓，不再犯罪，重新納入社會，則可將對行為人所科處的徒刑暫緩執行，即是否將科處之徒刑暫緩執行，必須考慮緩刑是否能適當及充分地實現處罰之目的。

裁判書製作人

蔡武彬

第 528/2013 號刑事上訴卷宗

上訴人：A

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情簡介

2013 年 7 月 8 日，嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR4-13-0106-PCC 號卷宗內被裁定以直接正犯和既遂方式觸犯三項《刑法典》第 198 條第 1 款 h)項規定和處罰的加重盜竊罪，每項被判處一年徒刑，三罪競合處罰，合共被判處兩年實際徒刑。

另外，被判處賠償第一被害人 B 澳門幣六千一百八十圓 (MOP\$6,180.00)，賠償第二被害人 C 澳門幣五千四百五十九圓 (MOP\$5,459.00)，另加本案判決日起計至付清期間的法定延遲利息。

嫌犯對判決不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由：

1. 在第 CR4-13-0106-PCC 號合議庭普通刑事案之被上訴之合議庭裁判中，上訴人被判處以直接正犯和既遂的方式觸犯三項【刑法

典】第 198 條第 1 款 h)項規定及處罰的『加重盜竊罪』，每罪被判處 1 年徒刑，三罪競合處罰，合共被判處 2 年實際徒刑。

2. 在被上訴之合議庭裁判中，提到已證實上訴人在澳門無業且無收入來源— 見該判決書第 5 頁，獲證事實 1.。
3. 然而，上訴人在香港是有職業的，就是商人— 見文件一。
4. 上訴人三次作案的外在方式都是相同的：都是在本澳中區一帶尋找作案目標、所選擇的目標均為僅有一名店員工作的店鋪、都是利用有關店員不察之機、而且所偷取的財物均為店員的手提電話。
5. 上訴人認為，在本案中，存在一個可在相當程度上，使上訴人在重覆犯罪時感到便利、和因此可相當減輕(亦即以遞減方式逐次減輕)其在每次重覆犯罪時的罪過程度的外在情況。
6. 因此，上訴人作出的偷取三部手提電話的事實，應構成一項以連續犯方式實施的犯罪。
7. 對於初級法院第四刑事法庭於 2013 年 7 月 8 日作出之決定，上訴人認為存在【刑事訴訟法典】400 條第 1 款所規定之瑕疵，即上訴所針對之合議庭裁判存在錯誤地對法律作出解釋及適用的瑕疵，理由如下：
8. 在本案中，上訴人在庭審聽證時坦白承認被指控的事實，並且表示悔意。上訴人認為，該情節應被認為是減低其罪過之理由。
9. 此外，上訴人亦已經將其所偷取的其中一部手提電話交還予被害人 D— 見本案卷宗第 113 頁的物件領還筆錄。

10. 上訴人認為，根據【刑法典】第 201 條第 1 款的規定，上述歸還行為是屬於必須將刑罰幅度予以減輕的情節。
11. 因此，上訴人認為被上訴的合議庭裁判在解釋及適用【刑法典】第 29 條第 2 款、第 198 條第 1 款 h)項、第 201 條第 1 款、第 40 條以及第 65 條的規定上存有錯誤。
12. 因此，上訴人現請求尊敬的中級法院法官 閣下撤銷被上訴的合議庭裁判，取而代之，
13. 上訴人認為法院應按照【刑法典】第 40 條以及第 48 條第 1 款的規定，將對上訴人所科處的徒刑暫緩執行。倘若法院不予認同，則
14. 上訴人認為法院應對其科處不超逾 6 個月的實際徒刑，因為這已足以實現刑罰的目的。

綜上所述

請求中級法院宣告本上訴得直，並撤銷被上訴法院即澳門初級法院第四刑事法庭法官於 2013 年 7 月 8 日作出的合議庭裁判，取而代之，在對上訴人作出判罰後，將尚有的徒刑暫緩執行；倘若法院不予緩刑，則上訴人請求法院對其科處不超逾 6 個月的實際徒刑。

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據：

1. 根據《刑法典》第 29 條第 2 款之規定，以及一直以來之司法見解，以連續犯論處犯罪人的真正前提，是奠基於在具體案情內，

存在一個可在相當程度上，使行為人在重複犯罪時感到便利、和因此可相當減輕(亦即以遞減方式逐次減輕)其在每次重複犯罪時的罪過程度的外的情況—“外來誘因”。

2. 連續犯亦要求“存在一整體之故意”。
3. 本案三次犯罪所針對的被害人並不相同。
4. 上訴人成功作出第一次犯罪行為並不能作為認為引致嫌犯作出第二及第三次犯罪行為的“外來誘因”，上訴人每次犯罪均存在獨立之犯罪起意，亦按情況不同而作出不同的行為。客觀上，第一次犯罪行為並不有助於嫌犯作出第二次和第三次犯罪行為。
5. 僅可認定上訴人三次犯罪之選擇方向和基本方式相同。
6. 三次犯罪或三名被害人之間並不存在聯繫，亦沒有一個整體的目的，並不存在“一整體之故意”。
7. 因此，原審法院對三罪不以連續犯方式論處，完全符合《刑法典》第 29 條之規定。
8. 上訴人提交之文件僅能證明其曾經是商人，並不能推翻其在作案時無業及沒有收入來源之事實。此事實在上訴人首次司法訊問及庭審時經由其本人所確認，同時，上訴人亦承認其將犯罪所得用於支持其生活。
9. 原審法院認定其犯罪行為構成《刑法典》第 198 條第 1 款 h)項規定及處罰的加重盜竊罪並不存在任何錯誤。

10. 上訴人本人並沒有作出任何向被害人退還電話之行為，亦沒有作出任何彌補所造成之損失之行為，因此，並不存在《刑法典》第 201 條規定之特別減輕情節。
 11. 上訴人並非澳門居民，專門來澳犯罪，被拘留時正在準備再次犯案。犯案情節嚴重，影響本澳之治安，對市民之財產權及治安形象造成威脅，無論在特別預防或一般預防之要求上，檢察院認同原審法院，認為僅對事實作譴責並以監禁作威嚇並不足以實現刑罰之目的。
 12. 在量刑方面，上訴人屬初犯並自認，在庭上表現有悔意，但除此以外，並沒有其他可考慮將刑罰減輕之情節。上訴人被拘留時可謂人贓並獲，被害人亦認出其為作案人，在此情況下，上訴人的自認對量刑之影響不大。
 13. 在本案中，上訴人所觸犯之加重盜竊罪，每罪可判 1 個月至 5 年徒刑。根據上訴人之性格和犯罪情節，以及被捕時仍在準備作案之事實，可見其如非被拘留，仍有繼續犯罪之可能。
 14. 上訴人每項犯罪被處 1 年徒刑，僅為最高刑罰的五分之一。三罪競合後僅被判處 2 年的單一刑罰，僅為抽象刑幅的十四分之一，並非過重，反而是過輕。
 15. 綜上所述，本院認為原審法院在判刑時，不論在緩刑和量刑上，均沒有違反《刑法典》第 48 條、第 40 條及第 65 條之規定。
- 綜上所述，上訴人提出的請求因缺乏理據，應予駁回。

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱及提交法律意見，同意檢察院司法官在其對上訴理由闡述的答覆中發表的觀點和論據，認為上訴人提出的上訴理由都不成立並應予以駁回。

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、事實部分

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

- 上訴人 A 為哥倫比亞籍人士，其案發期間於澳門無業且無收入來源；為滿足其在本澳及內地生活所需，上訴人利用臨時逗留澳門的機會以取去他人的財物。
- 上訴人具體作案方式為，在澳門新馬路至板樟堂一帶尋找僅有一名店員工作的店舖，並進入店內佯裝選購貨物以分散店員注意力，期間乘店員不備則將放在收銀台的財物取去。
- 2013 年 3 月 10 日，上訴人從關閘口岸入澳並經同鄉介紹，暫住於澳門白鴿巢前地 29 號 XX 花園 4 樓 H 單位。
- 2013 年 3 月 15 日中午約 12 時，上訴人在澳門約翰四世大馬路一帶尋找作案目標；至中午約 12 時 25 分，上訴人發現約翰四世大馬路 13 號“XXX 商業中心”地下 E 舖的“XXX 手袋店”內只有一名女店員即第一被害人 B 工作，於是，上訴人進入店內佯裝選購貨物。

- 期間，利用第一被害人多次按其要求為其拿取貨物且無暇注意之機，上訴人將該被害人放在店內收銀台之上的一部 SAMSUNG 牌的型號 7100 的黑色手提電話取走並立即離開店鋪。
- 上述手提電話屬於第一被害人 B，價值港幣陸仟元 (HKD\$6,000.00)，折合澳門幣陸仟壹佰捌拾元 (MOP\$6,180.00)。
- 2013 年 3 月 16 日，上訴人經關閘口岸離澳進入內地。
- 2013 年 3 月 18 日，上訴人經關閘口岸再次進入澳門。
- 翌日即 2013 年 3 月 19 日下午，上訴人在白馬巷一帶尋找作案目標；下午約 5 時 20 分，上訴人發現白馬巷“XXX”2 樓 AL 舖的“XXX 女士時裝店”內只有一名女店員即 C 第二被害人工作，於是，上訴人進入店內佯裝選購貨物。
- 乘第二被害人 C 按其要求為其拿取貨物且無暇注意之際，上訴人將店內收銀台上的一部 APPLE 牌子和 IPHONE 4 32G 型號的黑色手提電話取去並立即離開店鋪。
- 上述手提電話屬於第二被害人 C，價值港幣伍仟叁佰元 (HKD\$5,300.00)，折合澳門幣伍仟肆佰伍拾玖元 (MOP\$5,459.00)。
- 2013 年 3 月 21 日下午，上訴人再次前往板樟堂一帶尋找作案目標；當日下午約 2 時 10 分，上訴人發現位於板樟堂街“XX 商場”的“XX 時裝店”的店員即第三被害人 D 忙於收拾地上的貨物，於是，上訴人進入店內並乘該被害人不察之機，將收銀台上

的一部 APPLE 牌子和 IPHONE 4 16G 型號的白色手提電話取去並離開店鋪。

- 上述手提電話屬於第三被害人 D，價值澳門幣伍仟元 (MOP\$5,000.00)。
- 2013 年 3 月 22 日下午約 2 時 30 分，在其於大三巴街至耶穌會紀念廣場徘徊以尋找目標店鋪時，上訴人被治安警察局警員截獲。
- 上訴人已將屬於第一被害人 B 和第二被害人 C 的手提電話變賣，並將變賣所得全部用於消費。
- 屬於第三被害人 D 的手提電話在上訴人於白鴿巢前地 29 號 XX 花園 4 樓 H 的臨時居所被尋獲。
- 上訴人在不足半個月的時間內，三次在不同的店鋪取去店鋪職員的財物並據為己有，其以該活動作為收入來源和生活方式。
- 上訴人自由、自願及有意識地作出上述行為。
- 上訴人清楚知道其行為屬法律禁止且受法律制裁。

此外，審判聽證亦證實以下事實：

- 上訴人聲稱入獄前為商人，無收入，中學畢業學歷。
- 刑事紀錄顯示，上訴人在本澳為初犯。

未證事實：

- 上訴人以取去店員財物的活動作為其賺取收入的唯一來源。

三、法律部分

本上訴涉及下列問題：

- 連續犯
- 量刑過重
- 緩刑

1. 連續犯

上訴人認為其犯罪行為存在一個可在相當程度上，使其在重覆犯罪時感到便利和可相當減輕其在每次重複犯罪時的罪過程度的外的情況。因此，上訴人認為其作出的偷取三部手提電話的事實，應構成一項以連續犯方式實施的犯罪

根據《刑法典》第 198 條規定：

“ 一、如屬下列情況，盜竊他人之動產者，處最高五年徒刑，或科最高六百日罰金：

- a) 該動產屬巨額者；
- b) 該動產係由交通工具運送，或係置於用以寄存物件之地方，又或由使用集體運輸工具之乘客攜帶，即使該動產係在車站或碼頭被取去者；
- c) 該動產係在作為崇拜之地方或墳場內，用作宗教崇拜或紀念已死之人者；
- d) 乘被害人特別耗弱，或乘發生禍事、意外、公共災難或公共危險等情況而為之；

e) 該動產係被鎖於設有鎖或特別為其安全而設有其他裝置之抽屜、保險箱或其他容器者；

f) 不正當侵入住宅，即使係可移動之住宅，或不正當侵入商業場所、工業場所或其他封閉之空間而為之，又或意圖盜竊而匿藏於其中而為之；

g) 僭用公務員之資格、制服或標誌，又或訛稱按公共當局之命令而為之；

h) 以盜竊為生活方式；或

i) 使被害人在經濟上陷於困境。

二、如屬下列情況，盜竊他人之動產者，處二年至十年徒刑：

a) 該動產屬相當巨額者；

b) 該動產對科技發展或經濟發展具有重大意義者；

c) 該動產在性質上屬高度危險者；

d) 該動產具有重要學術、藝術或歷史價值，且為公有或公眾可接觸之收藏品，又或公開或公眾可接觸之展覽物；

e) 藉破毀、爬越或假鑰匙侵入住宅，即使係可移動之住宅，又或侵入商業場所、工業場所或其他封閉之空間而為之；

f) 犯罪時攜帶顯露或暗藏之武器；或

g) 身為旨在重複犯侵犯財產罪之集團成員，且係由該集團最少一成員協助而為之者。

三、在同一行為內，如同時符合超逾一個上兩款所指之要件，為著確定可科處之刑罰，僅考慮具有較強加重效力之要件，而對餘下要件則在確定刑罰份量時衡量之。

四、如被盜竊之物屬小額，則不以加重盜竊罪處理。”

根據《刑法典》第 29 條第 2 款對連續犯作出了規定：“數次實現同一罪狀或基本上保護同一法益之不同罪狀，而實行之方式本質上相同，且係在可相當減輕行為人罪過之同一外在情況誘發下實行者，僅構成一連續犯。”

我們不妨引用本院 2011 年 3 月 17 日在第 913/2010 號刑事上訴案判決所做的司法見解：

“而在對這條文的第二款作出準確的法律解釋前，必須重溫葡萄牙科英布拉大學法學院已故刑事法律教授 EDUARDO CORREIA 先生就連續犯這概念所主張、並得到澳門現行《刑法典》第 29 條第 2 款行文實質吸納的權威學說（詳見其書名為‘DIREITO CRIMINAL’的刑法教程，第二冊，科英布拉 Almedina 書局，1992 年再版，第 208 頁及續後各頁的內容）。

根據這學說，以連續犯論處犯罪人的真正前提，是奠基於在具體案情內，存在一個可在相當程度上，使行為人在重複犯罪時感到便利、和因此可相當減輕（亦即以遞減方式逐次減輕）其在每次重複犯罪時的罪過程度的外在情況。

該位著名刑事法律教授在上述刑法教程第二冊第 210 頁中，就列舉了四個典型範例，以確定何謂「外在情況」：

一、如針對 1886 年葡國《刑法典》所指的通姦罪行，倘姦夫甲與情婦乙在實施第一次通姦行為後，兩人同意將來繼續通姦，則針對這兩人的第一次和續後的通姦行為，得以連續犯論處；

二、甲首次發現某住宅有一虛掩暗門，遂決定透過此門入內偷竊。在得手後，日後仍發現該住宅的暗門仍存在，故再以相同手法，多次利用該扇虛門入屋內偷竊；

三、某曾在過去製造假錢幣的技師，被要求再利用在首次鑄假幣時製造的假幣鑄造模具，去再次實施鑄假幣的罪行；

四、某盜賊原祇想入屋盜取特定珠寶，但在完成實施這犯罪計劃後，卻同時發現屋內還有現金，因此臨時決定擴大原先偷竊活動的範圍，把現金也偷去。

在上述四個範例中，行為人在第二次的犯罪行為的過錯程度均在相應的「外在情況」出現下，得到相當的減輕，故基於實質公平原則和過錯原則，應以連續犯論處。

毫無疑問，現行《刑法典》有關規定連續犯概念方面的第 29 條，是深受該權威學說的影響。

另須強調的是，在決定是否以本屬數罪並罰的法定例外處罰機制的連續犯懲罰制度去論處犯罪行為人時，是祇從其過錯層面（或罪狀的主觀要素方面）去考慮（註：而這亦是實質公平原則和過錯原則所使然），而不會考慮犯罪人在第二次和倘有的續後各次重複犯罪中所造成的犯罪後果，因涉及諸如犯罪後果等的客觀情節，祇會在適用澳門《刑法典》第 73 條所指的連續犯法定刑幅內作具體量刑時，才加以考慮。」”

根據原審判決已證事實，上訴人是在自由、自願、有意識的情況下，明知有關物品屬他人所有，仍在不足半個月的時間內，三次在不同的店鋪未經他人同意將他人財物取去據為己有，意圖侵犯他人所有權。

事實上，在三次的犯罪行為中，上訴人在作出第一次犯罪後，可以停止繼續作出其他新的行為。上訴人認為，在得到第一次犯罪成功後，上訴人因此產生了“便利感”，感到相關犯罪行為風險少可不斷實施，從而形成了繼後兩次新行為的推動力。但是，我們絕不能把這種“便利感”視作外在客觀誘因，甚至視為一種屬於立法者要求的“可相當減輕罪過”的誘因。

而根據已證事實及其具體情節，上訴人所實施的盜竊行為，並未出現任何誘發或促使上訴人多次犯罪的外在因素，亦不能得出上訴人的罪過因客觀條件的持續存在而獲得相當減輕從而降低對其行為的譴責程度的結論。即使上訴人以類似的犯罪手法實施了相關犯罪行為，這些因素亦不能起到相當減輕上訴人罪過的作用。

基於此，原審法院以犯罪競合的方式對上訴人所實施的三項犯罪予以處罰並無不當之處。

因此，上訴人的請求以連續犯判處的上訴理由明顯不能成立。

2. 量刑

上訴人認為原審法院判決量刑過重，違反《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定。

《刑法典》第 40 條及第 65 條規定量刑的標準。其中心體現在實現犯罪預防的刑罰的目的之上。這種犯罪的預防分為一般預防和特別預防二種：前者是指通過適用刑罰達到恢復和加強公眾的法律意識，保障其對因犯罪而被觸犯的法律規範的效力、對社會或個人安全所抱有的期望，並保護因犯罪行為的實施而受到侵害的公眾或個人利益的積極作用，同時遏止其他人犯罪；後者則指對犯罪行為和犯罪人的恐嚇和懲戒，且旨在通過對犯罪行為人科處刑罰，尤其是通過刑罰的執行，使其吸收教訓，銘記其犯罪行為為其個人所帶來的嚴重後果，從而達到遏止其再次犯罪，重新納入社會的目的。

另外，《刑法典》第 65 條賦予法官在法定刑幅之內選擇一具體刑法的充分自由，而對於上訴法院來說，只有在量刑出現明顯罪刑不符和明顯過重的情況下才由介入的空間。

上訴人三項《刑法典》第 198 條第 1 款 h)項規定和處罰的加重盜竊罪，每項可被判處一個月至五年徒刑。

本案中，雖然嫌犯有初犯、坦白承認控罪這些有利情節，但是，在近年來非本澳人士在澳從事犯罪活動屢見不鮮而造成的對一般預防的要求相對提高的情況下，原審法院選擇每項加重盜竊罪判處一年，量刑符合犯罪的一般及特別預防要求，並不存在過重的情況。在犯罪競合方面，原審法院對上訴人合共判處二年實際徒刑，也符合《刑法典》第 71 條的相關規定。

因此，上訴人所提出的上訴理由亦明顯不成立。

3. 緩刑

上訴人提出了原審法院沒有對上訴人處以緩刑是違反了《刑法典》第 48 條之規定。

根據《刑法典》第 48 條之規定，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後，認定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，法院得將所科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。

換言之，法院若能認定不需通過刑罰的實質執行，已能使行為人吸收教訓，不再犯罪，重新納入社會，則可將對行為人所科處的徒刑暫緩執行。因此，是否將科處之徒刑暫緩執行，必須考慮緩刑是否能適當及充分地實現處罰之目的。

另一方面，需考慮對犯罪一般預防的要求。與其他犯罪相比，上訴人所觸犯的盜竊罪屬嚴重罪行，侵犯了相關受害人的財產，嚴重影響本澳社會安全以及本澳的旅遊形象。且考慮到這種犯罪為本澳常見犯罪，對澳門社會治安和法律秩序帶來相當嚴峻的挑戰，對社會安寧造成非常嚴重的負面影響。

故此，考慮到本案的具體情況和澳門社會所面對的現實問題，本案對上訴人處以緩刑並不能適當及充分實現刑罰的目的，尤其不能滿足一般預防的需要。

基於此，上訴人所提出的要求緩刑上訴理由也是明顯不能成立的。

四、判決

綜上所述，本合議庭裁定駁回上訴人的上訴。

上訴的訴訟費用由上訴人支付，以及 4 個計算單位之司法費和《刑事訴訟法典》第 410 條第 4 款所規定的相同計算單位的金額。

訂定上訴人辯護人辯護費為澳門幣 2,000 圓，由上訴人支付。

澳門特別行政區，2013 年 10 月 31 日

蔡武彬

司徒民正

陳廣勝