(譯本)

數罪併罰

摘要

一、第 71 條是處罰犯罪競合的一般規則，而第 72 條是該規則之例外。換言之，第 71 條第 1 款規定審判前已知的犯罪行為的競合情形，至少已知其中一項犯罪的情形；而第 72 條第 1 款規定全部犯罪被審判以後知悉的全部犯罪之競合，條件是其中一項犯罪之刑罰尚未服完，刑罰之時效尚未完成或刑罰未消滅。

二、如果首項判刑先於第二項程序中的事實之作出，則不必與已被暫緩執行之刑罰予以並罰。

三、雖然本卷宗包含在原有判刑日之前作出的被控訴的一項犯罪的相關事實，且該事實本身有條件被予以並罰，但不能作出此項並罰，因為被控訴的該另一項犯罪之作出時間後於前述判刑之日期，且因為對於與本程序真實競合之數罪所科處的刑罰不能不並罰。

2002 年 2 月 7 日合議庭裁判書

第 241/2001 號案件

裁判書製作法官：蔡武彬

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

在前普通管轄法院第 1 庭之第 307/97 號本卷宗中，嫌犯甲因 1996 年 11 月 7 日及 1997 年 11 月 28 日所發生的事實，被 1997 年 12 月 19 日合議庭裁判處作為直接正犯觸犯 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 12 條第 1 款規定及處罰的 2 項犯罪，被判 15 個月監禁（1998 年 7 月 14 日前高等法院合議庭裁判裁定緩期 2 年執行）（參閱卷宗第 93 頁起）。

附上下述證明：

a) 該法院第四庭第 1971/97 號重刑訴訟程序發出的且作於 1997 年 6 月 23 日的判決，其中該名嫌犯因 1996 年 11 月 6 日所發生的事實，被判作為直接正犯觸犯 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 11 條第 1 款及第 3 款規定及處罰的一項犯罪，處以 2 年監禁；該刑罰被暫緩 1 年執行，尚未轉為確定（參閱卷宗第 205 頁起的證明）；

b) 該院第三庭第 43/97/M 號簡易刑事程序發出的且作於 1997 年 1 月 27 日的判決，因 1997 年 1 月 25 日發生的事實，判該名嫌犯作為直接正犯觸犯 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 14 條規定及處罰的一項犯罪，處以 2 個月監禁。該刑罰緩期 1 年執行，於 1997 年 2 月 3 日轉為確定。

合議庭開會並依照澳門《刑法典》第 71 條第 1 款及第 72 條第 1 款對所判處的刑罰作出並罰，對嫌犯科處獨一刑 2 年 2 個月監禁；

合議庭認為緩刑不能達到處罰的目的，因為雖然此嫌犯是初犯，她的人格顯示出連續及重複違反移民法的傾向，因此不予緩刑。

發出了有權限的拘留命令狀；

因為嫌犯身處澳門，遂被拘留並且立即解往澳門監獄服刑，並向其通知了數罪併罰的判決；嫌犯不服該判決，提起上訴，結論如下：

“1. 提起的本上訴針對 1998 年 12 月 2 日合議庭所作的數罪併罰的裁判，該裁判判處上訴人獨一刑 2 年 2 個月監禁；

2. 嫌犯不服未暫緩執行所科處的刑罰這一事實，因嫌犯認為，在本案中具備澳門《刑法典》第 48 條的要件，故暫緩執行刑罰是完全可被證明（屬合理）的；

3. 原審法院沒有適當評價嫌犯是初犯這一事實（正如卷宗第 211 頁原審法院所認定），也沒有適當評價嫌犯一直自認其作出的事實這一事實（正如對嫌犯所作的全部訊問中所顯示，雖然因審判時未到庭而在聽證中沒有提出緩刑的聲請，但這在此等案件中是正常的，因為在此等案件中嫌犯被立即驅逐出澳門）。

4. 上訴人被判刑以後的嗣後行為也沒有被予以應有的重視。應當強調，自從 1997 年 7 月 29 日最後一次被驅逐出澳門之日開始，該嫌犯沒有違法進入澳門特別行政區，也沒有向澳門當局虛報身份，因為嫌犯已經持有卷宗第 125 頁起所載的有效期到 2002 年 1 月 8 日的護照；

5. 原審法院也沒有考慮其職業方面的自我升值以及為了改變個人生活而作出的成功努力，她從事商務，擁有穩定的生活並恪守法律。

6. 嫌犯罪過的程度、人格、現在的行為、其家庭生活以及對其有利的減輕情節、已融入社會、以及眾所周知入監所帶來的諸多不便（在大多數情況下，囚犯出獄時沾有邪惡的習慣及趨勢，比入獄時更傾向於重新犯罪），均足以令審判者使用澳門《刑法典》第 48 條的規定，暫緩執行科處上訴人的刑罰；

7. 不存在阻礙暫緩執行對嫌犯科處之刑罰的加重情節，也沒有再次作出導致其被判刑的行為（累犯）之危險，因其目前擁有有效護照，可以自由進出澳門，應當相信嫌犯不再試圖使用虛假身份或者逃脫警方控制，因為她沒有必要這樣做；

8. 因此在本案中處罰的目的可以透過不必然意味著剝奪自由的措施而確保；

9. 合議庭沒有暫緩對上訴人科處的刑罰，違反澳門《刑法典》第 48 條的規定；

因此請求暫緩執行監禁。

對此上訴，檢察院答覆，贊同上訴人的理由闡述。

在本院，助理檢察長作出意見書，表示上訴得直，暫緩執行所科處的刑罰。

助審法官檢閱已畢。

以評議會形式舉行了審判之聽證。

茲予裁判。

原審法院視為獲證明的事實事宜結論如下：

— 1996 年 11 月 6 日，在澳門治安警察局情報廳，嫌犯自報身份為 XXX，於 XXXX 年 XX 月 XX 日出生於 XXX。

— 出示 XXX 號中華人民共和國護照，一切均相似於中華人民共和國有權限之政府部門發出的護照。

— 然而據新華社的資料，此份護照是偽造的。

— 實際上，這本貼有嫌犯照片的護照，是不明身份的人經嫌犯請求而偽造的。

— 嫌犯的行為是自由的、蓄意的、自願的。

— 明知中華人民共和國護照在法律上被視為公文書。

— （護照的）目的是證明持證人的身份，使中華人民共和國居民可來訪本地區及臨時逗留，並證明其中所載的事實。

— 永遠並完全由中華人民共和國有權限的獲法律授權的政府部門發出；

— 該護照在公共關係中因其固有的真實性及符合性而受到特別的信任；

— 嫌犯知道其持有及出示、據以表明身份的文件內容不符合真實情況，但仍企圖冒充；

— 這是一份可欺騙第三者及令其混淆的真實文件的仿製品；

— 由欠缺製造護照權力的人所製造；

— 此行為已損害本地區；

— 行為的目的是逃避未來有權限的行政及刑事制裁；

— 知道她的行為是法律所禁止及處罰的；

— 還證實嫌犯是初犯，在預審中自認事實，對於所作出的行為有悔悟表現；

— 貧窮、社會條件低下。

卷宗還表明：

— 在前普通管轄法院第 1 庭第 307/97 號本卷宗中，嫌犯甲因 1996 年 11 月 7 日及 1997 年 11 月 28 日發生的事實，被 1997 年 12 月 19 日合議庭裁判裁定作為直接正犯觸犯 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 12 條第 1 款規定及處罰的兩項犯罪，處以 15 個月監禁（1998 年 7 月 14 日前高等法院合議庭裁判裁定緩期 2 年執行）。

— 該院第四庭第 1971/97 號重刑訴訟程序中，因 1996 年 11 月 6 日發生的事實，1997 年 6 月 23 日的判決裁判嫌犯作為直接正犯觸犯 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 11 條第 1 款及第 3 款規定及處罰的一項犯罪，處以 2 年監禁。該刑罰暫緩 1 年執行，尚未轉為確定。

— 在該院第三庭第 43/97 號簡易刑事程序卷宗中，因 1997 年 1 月 25 日所發生的事實，1997 年 1 月 27 日的判決裁判嫌犯作為直接正犯觸犯 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 14 條規定及處罰的一項犯罪，處以 2 個月監禁，該刑罰暫緩 1 年執行並於 1997 年 2 月 3 日轉為確定。

— 2000 年 11 月某日，被治安警察局拘留時，嫌犯持合法及有效證件進入澳門。

上訴人藉本上訴只提出一項法律問題：在數罪併罰後所科處的刑罰暫緩執行的問題。

乍一看，似乎上訴法院只應當審理這一問題。但是，考慮到法院在作出數罪併罰後科處嫌犯一項獨一實際監禁這一事實，因此雖然在有關案件中已暫緩執行單項刑罰，仍提出了一個前提問題：在本案中，原審法院能否作出刑罰的法定並罰；

被上訴的合議庭裁判在進行數罪併罰時裁定：

“鑑於澳門《刑法典》第 71 條及第 72 條之規定，必須對科處的刑罰作出法定並罰。肯定的是，整體考慮到事實及行為人人格，將對嫌犯科處獨一刑罰（澳門《刑法典》第 71 條第 1 款及第 72 條第 1 款）。

考慮到其中一項犯罪的嚴重性及犯罪數量、嫌犯透過重複違反澳門移民法所顯示出來的人格以及卷宗中視為獲證明的其他事實，認為對嫌犯的情形科處 2 年 2 個月的監禁的獨一刑罰是適當的。

...”。

在此事宜上，澳門《刑法典》第 71 條規定：

“一、如實施數犯罪，且該等犯罪係於其中任一犯罪之判刑確定前實施者，僅判處一刑罰；在量刑時，應一併考慮行為人所作之事實及其人格。

二、...”

第 72 條繼續規定：

“一、如在判刑確定後，但在有關之刑罰服完前，或在刑罰之時效完成或刑罰消滅前，證明行為人在判刑前曾實施另一犯罪或數罪，則適用上條之規則。

二、...”

從這些條文的內容中我們可以見到，第 71 條是處罰犯罪競合的一般規則，而第 72 條則是該規則之例外，正如司法見解所認為，“第 71 條第 1 款規定審判前已知的犯罪行為的競合情形，至少已知其中一項犯罪的情形；而第 72 條第 1 款規定全部犯罪被審判以後知悉的全部犯罪之競合，條件是其中一項犯罪之刑罰尚未服完，刑罰之時效尚未完成或刑罰未消滅”¹

這就是說，在此特別情形中，並罰仍然有可能，條件是：在一項已轉為確定的判刑後，但在有關刑罰服完之前、刑罰之時效尚未完成或刑罰未消滅以前，證明嫌犯在此項判刑之前還犯有其他一項或多項犯罪²；換言之，第一項判刑（之日期）後於第二項判決所針對的事實的作出（日期），則必須作出數罪併罰，因為涉及到對犯罪競合的嗣後知悉；

相反，當卷宗中的事實是在以前的判刑之後所作出，則不必進行數罪併罰。

¹ 1990 年 10 月 25 日葡萄牙最高法院合議庭裁判作出了此等意義上的裁定，載於《B.M.J.》，第 400 期，第 331 頁。

² Maia Gonçalves 《葡萄牙刑法典註釋》，1996 年，第 296 頁。

司法見解一向如此認定³。

在單項刑罰暫緩執行的情形中，前澳門高等法院的司法見解裁定“如果首項判刑之時間後於第二項程序所針對之犯罪作出之時間，必須結合已經暫緩執行的刑罰作出並罰⁴；

在我們來說，我們認為這一項司法見解可以適用於本案的裁判。

我們看看。

從卷宗中，從其他案件中發出的證明所見，多個有關程序中所科處的刑罰之執行已被暫緩，且在本案（即最後一次判刑之程序）中記載了所有以前的判刑日期（分別為 1997 年 1 月 27 日及 1997 年 6 月 23 日）之後（在 1997 年 7 月 28 日）作出的行為。

在此點上，我們認為，依照澳門《刑法典》第 71 條及第 72 條的規定，而將本案中所科處的刑罰與其他案件中所科處的刑罰進行法定並罰的前提並不具備；

另一方面，雖然本卷宗中記載了在以前的多次判刑前作出的被控訴的犯罪之一的相關事實，且這一事實本身有條件支持作出並罰，仍不能作出並罰，這是因為被指控的該另一項犯罪是在此等判刑後才作出，且因為對於與本卷宗中真實競合的數罪所科處的刑罰得作出並罰。

這意味著，本案之刑罰不能與以前判刑中的其他刑罰予以並罰。

因此得出結論：應當廢止將本程序中所科處的刑罰與其他程序中所科處的刑罰作出並罰的被上訴的合議庭裁判，並裁定上訴得直（雖然理由與原判之理由不同）；

俱經考量，茲予裁判。

綜上所述，本中級法院合議庭裁判廢止將本案中所科處的刑罰與第四庭第 1971/97 號案件及第三庭第 43/97 號案件中所科處的刑罰作出並罰的合議庭裁判，維持第 307/97 號案件中所科處的刑罰的法定並罰。

立即向嫌犯發出釋放命令狀（按照本中級法院備忘錄所載，已經發出）。

不需要判處訴訟費用。

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

表決落敗聲明

前文的合議庭裁判只是廢止了作出法定並罰的被上訴合議庭裁判，而沒有作出新的並罰，本席不贊同該合議庭裁判。

為了便於作出分析，本席按照時間順序在下文中列舉現上訴人作出的事實以及有關判刑情況。

— 1996 年 11 月 6 日，作出了符合第 2/90/M 號法律第 11 條第 1 款及第 3 款規定及處罰的犯罪罪狀的事實；

— 1996 年 11 月 7 日，作出了符合第 2/90/M 號法律第 12 條第 1 款規定及處罰的犯罪罪狀的事實；

— 1997 年 1 月 25 日，作出了符合第 2/90/M 號法律第 14 條規定及處罰的罪狀的事實；

— 1997 年 1 月 27 日，透過前普通管轄法院第三庭第 43/97 號簡易刑事程序卷宗中作出的判決，現上訴人因作出 1997 年 1 月 25 日的事實，被處以 2 個月監禁，緩期 1 年執行，該判決於 1997 年 2 月 3 日確定；

— 1997 年 6 月 23 日，透過前高等法院第四庭第 1971/97 號重刑訴訟程序中作出的判決，現上訴人因 1996 年 11 月 6 日作出的事實被處以 2 年監禁，緩期 1 年執行；

— 1997 年 11 月 28 日，作出了符合第 2/90/M 號法律第 12 條第 1 款規定及處罰的罪狀的事

³ 前高等法院第 716 號案件 1997 年 10 月 23 日合議庭裁判；葡萄牙最高法院 1994 年 6 月 23 日合議庭裁判，見李殷祺及施正道，《刑法典》1995 年，第 1 卷，第 626 頁。以及葡萄牙最高法院 1994 年 6 月 6 日合議庭裁判，見 Maia Gonçalves，《葡萄牙刑法典註釋》，1996 年，第 301 頁。

⁴ 前高等法院第 716 號案件及 723 號案件 1997 年 10 月 23 日合議庭裁判

實；

— 1997年12月19日，透過第5庭第307/97號合議庭普通程序之本卷宗中的合議庭裁判，判現上訴人因1996年11月7日所作出的事實，處以單項刑罰9個月監禁；因1997年11月28日所作出的事實，處以單項刑罰9個月監禁；合議庭裁判作出法定並罰，處以15個月實際監禁的總刑罰。同樣在本卷宗中，透過1998年7月14日前高等法院合議庭裁判，一審中所科處的實際監禁（15個月總刑罰）透過上訴而被暫緩2年執行。

上文描述的事實經過可以構成澳門《刑法典》第72條所指的事後知悉競合的情形；

澳門《刑法典》第72條第1款及第2款規定：

一、如在判刑確定後，但在有關之刑罰服完前，或在刑罰之時效完成或刑罰消滅前，證明行為人在判刑前曾實施另一犯罪或數罪，則適用上條之規則。

二、上款之規定，亦適用於各犯罪已分別被確定判刑之情況。

根據這些規定，為了具備澳門《刑法典》第72條規定的處罰制度之適用前提，相同行為人作出的多項犯罪的存在**並不足夠**。根據Figueiredo Dias教授所教導（《葡萄牙刑法—犯罪的法律後果》，第396段），**還需要競合犯罪的作出時間先於其中任何一項犯罪之判刑轉為確定之時間**。在此方面，這位刑法學家寫道，“這項要求可被充分理解：即使從犯罪學的角度看繼續存在多項犯罪或犯罪之競合，由於屬於嗣後犯罪，因此對於處罰效果而言，這一情形在作為犯罪競合意義上已不再重要，而只作為累犯的情形有意義”。

因此澳門《刑法典》第71條規定的制度的範圍取決於以下兩項前提：

— **時間前提**（現在知悉的犯罪，必須在以前作出的判刑之前所作出。如早就知悉該犯罪，那麼為著並罰之效果早就會予以考慮—上引著述，第425頁）。

— **原有刑罰尚未消滅**

對於發生在1996年11月6日，1996年11月7日及1997年1月25日的事實已經具備了兩項前提，因為這些事實之作出時間**先於**任何一項判刑時間，且顯示這些判刑中科處的刑罰尚未服完，刑罰之時效尚未完成或刑罰尚未消滅。

因此，現在必須對包含這三項犯罪之競合形成新的總刑。

對於1997年11月28日作出的犯罪，該犯罪不能被包含於競合中以形成總刑，因為，（該犯罪）係兩項判刑以後所作出，不符合上述時間前提，正如上文中有關事實及判刑的時間順序表所見。

這一項結論絲毫不妨礙在第5庭第307/97號合議庭普通程序（本卷宗）中已作出的數罪併罰（其中包括1997年11月28日作出的犯罪以及1996年11月7日作出的犯罪），因為，如果當時的有權限法院已經知悉存在1997年1月27日及1997年6月23日的兩項以前的判刑，肯定將認為不具備競合處罰的前提。

因此，就1997年11月28日作出的事實，第5庭第307/97號合議庭普通程序之判處中所科處的9個月監禁的單項刑罰，不能予以法定並罰以形成總刑罰。

關於嗣後決定競合刑罰，Figueiredo Dias教授教導說“如果因一項單項犯罪而作出先前的判刑，將不產生任何問題：法院根據該項判刑以及以前的犯罪，宣示競合的總刑罰。如果以前的判刑已經科處總刑罰，則法院應廢止該刑罰，並根據其中所載的各具體刑罰以及認為對現在已知的犯罪應處的刑罰，決定一項包含全部競合的新的總刑罰” —參閱上引註述，第429頁。

在以前的判刑中已經科處總刑罰之情形下，如果必須廢止該總刑罰並根據全部單項刑罰確定新的總刑罰，看不到為什麼一旦總刑罰被廢止，就不能從新的並罰中排除因下述犯罪被科處的單項刑罰：雖然該犯罪已被考慮以形成有待廢止的總刑罰，但如果原審法院知道其不屬競合之犯罪，仍然不能作出並罰。

根據Figueiredo Dias教授的見解及澳門《刑法典》第72條的規定，一項總刑罰永遠可以予以撤銷以形成新的總刑罰，只要前者未被消滅。

綜上所述，本席認為應當作出法定並罰，以便確定包含1996年11月6日，1996年11月7日及1997年1月25日所發生的事實之競合的新的總刑罰。

賴健雄

2002年2月7日於澳門特別行政區