

案件編號：第 741/2020 號 （刑事上訴案）

日期：2020 年 10 月 29 日

重要法律問題：

- 刑罰的選擇
- 替代刑
- 緩刑

摘 要

1. 根據《刑法典》第 64 條規定，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。如果法院認為非剝奪自由之刑罰不能滿足處罰的目的，不應強迫選擇之，而應當科處徒刑。
2. 根據《刑法典》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。給予替代刑，須同時滿足形式上的要求和實質上的要求，前者為科處之徒刑不超逾六個月，後者為須滿足刑罰的目的。
3. 在評價上訴人的行為時，不僅要看其對防疫措施違反的程度，亦應分析其對防疫措施之目的侵害的程度。

4. 面對新冠肺炎疫情，無論對於特區政府還是市民，均是一個嶄新的課題。特區政府為著公共健康和安全必須採取適當措施，而市民必須予以配合。有關的判刑已經足以教育上訴人本人以及廣大市民，給予上訴人緩刑並不會導致更多市民效仿。
5. 緩刑是行為人承擔其刑事責任的一種獨立的刑事法律制裁方式，而並非一種放寬處理刑罰責任的措施。在符合法律規定的條件下，對行為人給予刑罰的暫緩執行，可使特別預防及一般預防的法律效果同時得以彰顯。

裁判書製作人

周艷平

澳門特別行政區中級法院 合議庭裁判書

編號：第 741/2020 號(刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2020 年 10 月 29 日

一、 案情敘述

在 CR2-20-0135-PCS 案中，2020 年 6 月 16 日初級法院獨任庭判決裁定：

嫌犯 A（即：上訴人）被指控以直接共同正犯及以既遂方式觸犯一項第 2/2004 號法律第 30 條第 2 項，結合第 14 條第 1 款第 1 項所規定及處罰的違反防疫措施罪，罪名成立，判處 3 個月實際徒刑。

*

嫌犯 A 不服，向本院提起上訴（上訴理由闡述載於卷宗第 109 頁至 126 頁）。

上訴人提出了以下上訴理由（結論部分）：

“1.本上訴是針對澳門初級法院第二刑事法庭編號 CR2-20-0135-PCS 作出之有罪判決;在該有罪判決中上訴人被判處以直接正犯、既遂的方式觸犯一項第 2/2004 號法律第 30 條第 2 項，結合第 14 條第 1 款

第 1 項所規定及處罰的違反防疫措施罪，罪名成立，判處三個月實際徒刑，上訴人對此表示不服並提起上訴。

2.上訴人認為被訴判決中針對上訴人科處實際徒刑三個月之決定中，原審法院從適用判斷罪過、刑罰選擇、徒刑之代替、徒刑之暫緩執行的法律問題上存在錯誤。上訴人認為可針對原審法庭構成被訴判決之裁判之法律問題為依據提出上訴，並符合澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之規定構成之上訴依據。

3.針對嫌犯的行為理應按其罪過而為之，即罪過是刑罰的上限，故此，依據澳門《刑法典》第 40 條第 1 款規定正是反映刑罰的目的，實際上包括了一般預防和特別預防的基本內容；

4.上訴人認為，法院在量刑及選擇刑罰時必須根據澳門《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，除需考慮預防犯罪的要求及所保護的法益之外，亦要考慮上訴人將來能重新納入社會之目的；

5.對於尊敬的原審法庭法官 閣下在被訴判決指出判處實際徒刑的原因(節錄判決書第 7 頁及第 8 頁)，上訴人在此表示不同意；

6.儘管被訴判決認為強調一般預防有其必要性，但是一般預防亦只是刑罰選擇及量刑的其中一項參考指標，在進行刑罰選擇及量刑時，法院同樣須考慮到罪過的程度。

7.有必要指出，上訴人已承認全部指控的事實，而這亦已得到原審法庭所認可，此外，上訴人是初犯，從來沒有在澳門進行審判，過去亦沒有因犯罪而被法庭所譴責、更沒有被科處任何的刑罰，上訴人為澳門居民及有固定職業及家庭負擔，亦為家庭唯一的經濟支柱(見本判決書

第 4 頁及第 5 頁，在此視為全部轉錄);

8.同時，上訴人在接受審判時承認的而且確自願簽署《同意/拒絕接受醫學觀察聲明書》，亦知悉並接受居家醫學觀察須知的條件，亦明白需要配合隔離措施，但事後深表後悔及知錯，並表明不會再犯(見判決書第 4 頁);

9.既然上訴人知道錯誤亦承諾不會再重覆犯錯，顯示其罪過程度明顯較之非為初犯、已接受過法庭審判並且曾被科處刑罰者為輕，但遺憾地，被訴判決依然對上訴人判處實際徒刑三個月;

10.另一方面，上訴人引用同類案件(即第 CR3-20-0116-PCS 號獨任庭普通刑事案)與被訴判決作比較，事實上兩案情節基本相似但而判刑結果卻南轅北轍;

11.考慮到兩案嫌犯所觸犯的法律規定相同、該法律所致力所保護之法益一樣，犯罪預防(一般預防及特別預防)的判別理應皆屬一致;

12.經比較後，兩案嫌犯被判刑的依據都是澳門特別行政區衛生局根據第 2/2004 號法律《傳染病防治法》所訂的防疫措施而構成犯罪，兩者同為澳門居民及初犯;

13.然而，兩者最為不同之處，在於被援引判決(第 CR3-20-0116-PCS 號獨任庭普通刑事案)之嫌犯在主觀面對案件的認錯意識及態度上只是以不知道違反防疫措施後會觸犯刑法，並無主動承擔責任，此客觀狀況明顯相較於上訴人於案中具擔當及承認錯誤的態度大相徑庭;

14.但是，上訴人在毫無保留之自認、承認全部被控訴事實的前提下，所獲得的判刑卻相較於未有作毫無保留自認、在面對案件的態度上存

在明顯落差的另案嫌犯(即第 CR3-20-0116-PCS 號獨任庭普通刑事案)相同法律規定之嫌犯所獲得判刑明顯較重(上訴人被判處三個月實際徒刑，而另案嫌犯被判處兩個月徒刑，緩刑執行，為期一年);

15.那麼，法律明定存在特別減輕情節的原因不就是鼓勵作出犯罪之人勇於認錯及改過嗎?但是，上訴人亦是基此而在本案勇於承認錯誤及多次表明不會再重犯，不明白法庭已認定其不會再犯之前提下列見本判決書第 9 頁)仍對上訴人被判處實際徒刑，相反，另案嫌犯非但沒有承認錯誤，但獲得暫緩刑罰之執行的決定;

16.上訴人不明白，以用一相似之事實適用相同法律但就出現相反的結論?此等兩個判決明顯給予外界信息就承認錯誤者需要接受實際徒刑的處罰，而不承認錯誤且倭過他人者可以得到暫緩執行刑罰的結果，這個結果絕對與刑法最終之目的是完全相反;

17.明顯地，被訴判決對上訴人判處實刑的必要性主要是反映在公共利益及公共安全的問題上，而未就上訴人的罪過、法律對預防犯罪的要求，以及法律的量刑的標準作出進一步說明及解釋，甚至乎完全沒有全面考慮上訴人眾特別減輕情節的內容;

18.通過法院針對上訴人作出處罰而得以認知防疫工作的重要性只是給予社會大眾認知防疫工作的其中一個手段，甚至可說此為最後手段，同時，即使不存在被訴判決，社會大眾亦會對特區政府的防疫工作予以肯定，亦能通過法院對實施者判處具有威嚇性之有罪判決而得到警惕，但有罪判決未必需要以實際徒刑來彰顯法院的威信;

19.有必要在此引用於 2019 年 3 月 28 日中級法院第 291/2019 號合

議庭判決書亦指出犯罪的一般預防的要求不能被過分地強調;

20.綜合上述，除給予被訴判決應有的尊重外，上訴人認為，被訴判決判處上訴人三個月實際徒刑之決定，無論從刑罰選擇和刑量上看，均不是一個適中且恰當的刑罰，上訴人對此刑罰選擇和刑量認為有可非議之處;

21.在考慮行為人的行為罪過程度之後，繼而需要考慮刑罰之選擇，而有關規定見於澳門《刑法典》第 64 條應優先採取非剝奪自由的刑罰，另外，根據《刑法典》第 44 條之規定，原則上倘若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;

22.對於出現《刑法典》第 44 條但書部分指出之“但為預防將來犯罪而有必要執行徒刑者，不在此限”的情況，倘法院適用有關規定時，即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，但作出上述決定前，法院必須作出充分的說理。

23.回歸本案，按照被訴判決書指出:“由於疫情持續，嫌犯的行為確實有可能導致本特區以至全澳市民一直堅持的抗疫工作功虧一簣，倘容許其以罰金代刑，嫌犯極有可能因處罰太輕而再犯，為此，根據《刑法典》第 44 條的規定，法庭決定有關徒刑不能以罰金代替。”(見本判決書第 9 頁)，亦即，被訴判決是從一般預防角度來分析，繼而以結論性內容來說明存在澳門《刑法典》第 44 條但書的情況;

24.上訴人認同被訴判決指出現時新型冠狀病毒肆虐全球的危害性，亦認同澳門特別行政區及衛生局針對上述傳染病的預防性工作所付出

的努力，正因如此，上訴人才深深明白自身的錯誤，希望得以改過自新，然而，上訴人認為被訴判決過度將一般預防的概念投放在本具體個案之內；

25.在未存在被訴判決之前，從主觀而言，上訴人認為自身及其他人根本不再存在再犯的可能，上訴人通過是次經歷已深深明白自身錯誤(而這個錯誤非因出現判決結果才存在，早在庭審階段，上訴人多次表明痛改前非的想法)，亦多次表明不會再犯；

26.另一方面，從客觀上，因應疫情關係，各國亦主動進行完整的封關的措施，並維持相關措施至至今，而此等措施的落實亦通過傳媒向外界作出廣泛宣傳，社會大眾亦因應疫情的嚴重性而得到高度的警惕；

27.要注意的是，社會大眾得到高度的警惕及注意並非通過是次的具體處罰判決，而是疫情本身的性質，然而，上訴人認為原審法庭對上訴人科處有罪判決足以反映法院對防疫工作的高度重視並已達到一般預防的效果；

28.明顯地，過度投放一般預防概念於本具體個案已偏離《刑法典》替代刑罰的目的及原意，此舉已明顯存在錯誤適用法律的情況；

29.此外，優先選擇非剝奪自由之刑罰亦涉及「短期的徒刑之問題」，這也是澳門《刑法典》第 44 條存在之目的-即使在被訴判決中指出“短期徒刑的不良影響”發表意見及表達其立場(見本判決書第 10 頁，相關內容為著一切法律效力在此視為全部轉錄)；

30.事實上，普遍認同的刑法理論認為，「短期徒刑」並沒有任何的好處，亦不利於現行制度，因為短時間的徒刑無法達到適用刑罰的目的；

亦不要忘記，監獄或多或少存在著次文化，短期徒刑可能令上訴人受到其影響；

31.考慮科處實際徒刑也需要結合上訴人的具體情節及事件而訂定，而不是單純考慮一般預防欲達到的效果；

32.現在的具體情況，上訴人承認全部指控的事實，而這一點亦已得到原審法庭所認可(見本判決書第4頁及第5頁)、上訴人只是初犯，從來沒有在澳門進行審判，過去亦沒有因犯罪而被法庭所譴責、更沒有被科處任何刑罰，同時，上訴人為澳門居民及有固定職業及家庭負擔，上訴人亦是家中唯一經濟支柱，同時亦表示後悔、知錯且表明不會再犯；

33.有必要指出，上訴人即使返回中國內地也是獨自留在家中直至被要求至中國內地酒店進行隔離，而最終上訴人亦沒有任何疫症的病徵，凡此種種，都是值得減輕上訴人罪過的情節。

34.最需要注意的是，社會大眾得到高度的警惕及注意已經通過疫情本身達到一般預防的效果，而不需要通過法院以“一般預防”為由，判處上訴人實際徒刑而達至錦上添花的結果；

35.被訴判決只是不斷強調一般預防的重要，但對上訴人所有改過自新的表達、承諾知錯改錯、需要照顧家人、家人因其入獄而面臨破碎等事宜完全忽略，足以表現出被訴判決只是過度考慮一般預防而完全網顧上訴人的情況；

36.現時被訴判決過度考慮一般預防的結果，首當其衝的就是完全地破壞上訴人之家庭完整性，此外，在針對同類型個案的處理存在根本性差異(另一個案對嫌犯科處徒刑暫緩執行的決定)無疑破壞社會大眾

“坦白從寬”的根本性思維，故此，上訴人認為採取科處非剝奪自由刑已可適當及足以滿足處罰的目的；

37.綜合上述，由於被訴判決過度集中一般預防的效果，從而錯誤適用《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款的情況，即錯誤適用澳門《刑法典》第 44 條但書部分的內容，致使被訴判決存在法律適用的瑕疵，理應廢止被訴判決對上訴人判處實際徒刑的判決，並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；

38.眾所周知，徒刑之暫緩執行是針對初犯所適用的制度，徒刑之目的，試圖阻嚇作出犯罪之人以達到刑罰所要保障及履行刑罰，而徒刑之暫緩執行制度目的是給予作出犯罪之人可以在受到刑罰追究的同時，亦給予作出犯罪之人改過自新，重新投入社會的機會，故此，在給予被訴判決應有的尊重外，上訴人認為被訴判決在法律適用方面出現未依法適用徒刑之暫緩執行；

39.正如上述所提及的，「短期徒刑」在事實層面絕對為被判刑人帶來不良結果，徒刑之暫緩執行是既能體現對被判刑人科處具阻嚇刑罰及達到處罰目的，又可免於被判刑人被科處短期或中期的徒刑；

40.所以，徒刑暫緩執行之選用不應僅基於特別預防的理由，也應一併考慮一般預防的因素，換言之，必需兩者兼備及取得平衡，而不應忽視或偏重於任何一方，而事實上遵循《刑法典》第 48 條第 1 及第 2 款之規定所見，當嫌犯符合徒刑之暫緩執行標準，法官可適當地作出判定；

41.有必要指出，我們不能僅以預測有人會挺而走險，為了彰顯法治在具體個案對行為人作出實際徒刑的可能；

42.被訴判決只是不斷強調一般預防的重要，但對上訴人所有改過自新的表達、承諾知錯改錯、需要照顧家人、家人因其入獄而面臨破碎等事宜完全忽略，足以表現出被訴判決只是過度考慮一般預防而完全網顧上訴人的具體情況；

43.最重要注意的是，社會大眾得到高度的警惕及注意已經通過疫情本身達到一般預防的效果，而不需要通過法院以“一般預防”為由，判處上訴人實際徒刑而達至錦上添花的結果，倘若涉及公共利益、公共安全，那怕行為人的認罪態度良好、已知錯改錯的，也會出現實際徒刑的結果，那麼，刑法上之特別預防不具有任何意義-尤其在面對公共利益及公共安全的問題上；

44.針對上訴人在徒刑之暫緩執行所要求之悔意、犯罪前科記錄、上訴人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情況等各因素作綜合考慮後，上訴人認為其狀況，完全符合徒刑之暫緩執行所訂各項條件；

45.綜上所述，上訴人認為由於被訴判決在選擇徒刑之暫緩執行方面過份地偏重一般預防而忽略了特別預防的情況，因而被訴判決存在不合宜及不適當，從而錯誤適用《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款的情況，錯誤適用澳門《刑法典》第 48 條之內容，致使被訴判決存在法律適用的瑕疵，理應廢止被訴判決對上訴人判處實際徒刑的判決，改以由實際徒刑轉為徒刑之暫緩執行。”

*

駐初級法院刑事法庭的檢察官對上訴作出答覆，認為應裁定上訴人之上訴理由不成立並維持原審法院的判決。（詳見卷宗第 128 頁至 131

¹ 檢察院在答覆狀中提出下列理據（結論部分）：

1 - Vem o arguido, na sua motivação apresentada, expor diversos argumentos que lhe levaram a interposição do presente recurso, os quais são: a pena não pode ultrapassar a medida da culpa, escolha da pena e substituição da pena de prisão, bem como a suspensão da execução da pena de prisão.

2 - Relativamente ao argumento de a pena não pode ultrapassar a medida da culpa, invoca o arguido que ele, na audiência de julgamento, fez já uma confissão integral e sem reservas dos factos acusados, contudo, o tribunal não atende à mesma, não atenua a pena que lhe foi aplicada, entende assim que a sentença recorrida violou os artigos 40.º e 65.º do Código Penal de Macau.

3 - Nestes termos, é de salientar que o arguido declarou, na audiência de julgamento, que praticou os factos acusados apenas por negligência, daí o tribunal entende apenas que o arguido confessou os factos postos em causa, mas não considera que se trata duma confissão integral e sem reservas, tal como consta da sentença recorrida “雖然嫌犯在庭上完全承認被控訴事實，但仍避重就輕地表示因疏忽而作出有關行為，並非存心違反相關的居家醫學觀察。”. Ora, não existe, neste caso, uma confissão integral e sem reservas dos factos acusados feita pelo arguido.

4 - E mesmo o arguido tenha feito uma confissão integral e sem reservas, entendemos que, face ao caso, confissão essa também não tem valor relevante para efeitos de pretendida atenuação da pena.

5 - Por outro lado, são elevadas as exigências de prevenção geral do delito penal de infracção de medida sanitária preventiva, por ser potenciador de prejudicar a prevenção e controlo de doenças transmissíveis, com ofensa grave à saúde pública.

6 - Na determinação da medida da pena, prevê o artigo 65.º do Código Penal de Macau que a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, determinados em função da culpa, intervindo os outros fins das penas dentro destes limites.

7 - Tendo em conta os factos que se provou ter praticado, os mesmos consubstanciam um crime de infracção de medida sanitária preventiva e o arguido foi condenado na pena de 3 meses de prisão, entendemos que como o crime em causa foi cometido com dolo directo e intenso, entendemos que motivos não havendo para a sua modificação.

8 - Mais ainda, entendemos que cada caso é um caso, não se pode comparar directamente a pena aplicada no nosso com a pena aplicada noutro.

9 - No que respeita à questão de escolha da pena, entende o arguido que a pena de prisão que lhe foi aplicada deve ser substituída por igual número de dias de multa ou por outra pena não privativa da liberdade aplicável. A seu ver, a sentença recorrida violou o artigo 44.º do Código Penal de Macau.

10 - Sobre argumento esse, é de salientar que o tribunal nunca considerou a declaração do arguido como uma confissão integral e sem reservas, e como as exigências da prevenção geral do crime de infracção de medida sanitária preventiva na RAEM são extremamente prementes, julgamos que a pena de prisão ora aplicada ao arguido não deve ser substituída por multa ou por outra pena não privativa da liberdade aplicável por o presente caso não corresponder ao pressuposto previsto no n.º 1 do artigo 44.º do Código Penal de Macau.

11 - Quanto à concessão de suspensão da execução da pena de prisão, o arguido foi condenado na pena de 3 meses de prisão efectiva pela prática do crime em causa. Pena essa, cuja execução não foi suspensa e pede o arguido também que se suspenda a sua execução.

12 - Provou-se, como consta da sentença, que o arguido é primário e confessa os factos

*

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱並提交了法律意見，認為應裁定上訴人提出的部分上訴理由成立，維持對上訴人選擇徒刑刑罰之決定，但予以易科同等日數之罰金。（詳見卷宗第 139 頁至 141 頁）

*

隨後，裁判書製作人對卷宗作出初步審查，本合議庭的兩名助審法官亦相繼檢閱了卷宗。

本院接受了上訴人提起的上訴，組成合議庭，對上訴進行審理，並

acusados, no entanto, é de notar que a suspensão ou não da execução da pena prevista no artigo 48.º do Código Penal de Macau se trata de um poder-dever, ou seja de um poder vinculado do julgador, que terá que decretar a suspensão da execução da pena, na modalidade que se afigurar mais conveniente para a realização daquelas finalidades, sempre que se verifiquem os pressupostos legalmente previstos para o efeito. Face ao caso, consideramos que não é adequada a concessão de suspensão da sua execução.

13 - Neste caso, a não suspensão de execução da pena foi já ponderada e analisada pelo tribunal, atendendo especialmente o de ser primário, a sua confissão sobre os factos acusados, as exigências de prevenção, tanto geral como especial, o grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste, a intensidade do dolo, bem como a conduta anterior ao facto e a posterior a este, tal como consta da sentença recorrida.

14 - Entendemos assim que a sentença recorrida não padece do vício de erro na aplicação de direito previsto no n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal de Macau pela violação dos artigos 40.º, 65.º, 44.º e 48.º do Código Penal de Macau. ”

作出評議及表決。

二、 事實方面

（一）原審法院經庭審後認定以下事實為獲證明屬實之事實：

為了有效地預防、控制和治療傳染病，保障公共衛生安全，澳門特別行政區衛生局根據第 2/2004 號法律《傳染病防治法》第 14 條的規定，自 2020 年 3 月 17 日 0 時起，所有在入境澳門前 14 天內曾經到中國以外國家或地區的入境人士，入境澳門後需按照衛生局的要求，在指定地點接受為期 14 天的隔離醫學觀察。在醫學觀察期間，不許擅自離開指定的觀察地點，違反者除可能依法承擔相應的刑事責任外，尚可被採取強制隔離的措施。

2020 年 3 月 17 日 3 時 15 分，嫌犯 A 由菲律賓乘坐飛機到達香港，經港珠澳大橋口岸入境澳門。

2020 年 3 月 17 日 3 時許，在衛生局員工 B 的見證下，嫌犯自願簽署《同意/拒絕接受醫學觀察聲明書》，並同意由 2020 年 3 月 17 日 3 時至 2020 年 3 月 31 日 3 時為止，在澳門台山 XX 新邨第 X 座 X 樓 X 室進行醫學觀察。嫌犯在簽署上述聲明書時，已清楚知悉並接受居家醫學觀察須知的條件。其後經衛生局發出第 1843/NDIV/2020 號批示確認。

事實上，嫌犯不接受醫學觀察。根據出入境記錄顯示，嫌犯於 2020 年 3 月 17 日 3 時 15 分入境後，隨即於 4 時 20 分經跨境工業區口岸離開澳門。

2020 年 3 月 24 日 20 時 25 分，治安警察局警員到上址對嫌犯進

行抽查，在嫌犯父親 C 同意後進入上址，確認嫌犯已離開上址。

嫌犯是在自由、自願、有意識的情況下，故意在醫學觀察期間，不遵守第 2/2004 號法律《傳染病防治法》第 14 條第 1 款之規定，擅自離開指定的醫學觀察地點，對公共衛生安全造成危害。

嫌犯清楚知悉其上述行為觸犯法律，會受法律制裁。

*

在庭上還證實：

根據刑事紀錄證明，嫌犯無刑事紀錄。

嫌犯聲稱具高中二年級學歷，賬房員工，每月收入為 23,000 澳門元，需要供養母親、妻子及一名 5 歲的兒子。

於 2014 年 11 月 28 日，嫌犯與其太太 D 在澳門民事登記局登記結婚。

二人婚後育有壹名兒子，現年 5 歲。

嫌犯太太及兒子現居於中國廣州市。

*

（二）原審法院經庭審後認定未查明的事實：

控訴書及答辯狀中與上述已證事實不符的其他事實。

三、法律方面

本上訴涉及之問題為：

- 非剝奪自由之刑罰和剝奪自由之刑罰的選擇
- 徒刑易科罰金或其他非剝奪自由之刑罰

– 緩刑

＊

除了須依職權審理的事宜，上訴法院只解決上訴人具體提出且由其上訴理由闡述結論所界定的問題，結論中未包含的問題已轉為確定。

（參見中級法院第 18/2001 號上訴案 2001 年 5 月 3 日合議庭裁判，中級法院第 103/2003 號上訴案 2003 年 6 月 5 日合議庭裁判。）

＊

上訴人首先概括指出，根據上訴人所作事實，上訴人全部認罪、有悔意，且為家庭支柱，原審法院判處上訴人三個月實際徒刑，超逾了上訴人的罪過程度，過度強調了一般預防犯罪的要求，忽視了特別預防的要求。

接著，上訴人基於上述理據，具體指出，根據《刑法典》第 64 條規定，應優先採取非剝奪自由的刑罰；另外，根據《刑法典》第 44 條之規定，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代替所判的徒刑；最後，如須處以徒刑，上訴人符合《刑法典》第 48 條第 1 款及第 2 款規定徒刑之暫緩執行標準。

＊

《刑法典》第 40 條和第 65 條規定了刑罰的目的以及量刑的準則。

根據《刑法典》第 40 條第 1 款的規定，刑罰之目的旨在保護法益及使行為人重新納入社會，即：從一般預防和特別預防兩個方面作考量。前者，主要從一般預防的積極方面考慮，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，同時遏止其他人犯罪；後者，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。

《刑法典》第 40 條第 2 款規定了刑罰之限度，確定了罪刑相當原則。根據該原則，刑罰的程度應該與罪過相對應，法官在適用刑罰時不得超出事實當中的罪過程度。

《刑法典》第 65 條規定了確定具體刑罰份量的準則，在確定刑罰的份量時，須按照行為人之罪過及預防犯罪的要求為之，同時，亦須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節，尤其是：犯罪行為的不法程度、實行之方式、後果之嚴重性、行為人對被要求須負義務之違反程度、故意之嚴重程度、所表露之情感、行為人之動機、行為人之個人狀況及經濟狀況、事發前後之行為及其他已確定之情節。

按照《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，法院應在法定的最低刑及最高刑刑幅之間，根據行為人罪過及預防犯罪的要求，同時一併考慮所有對行為人有利或不利而不屬犯罪罪狀的情節，作出選擇具體刑罰之決定。

在出現《刑法典》第 64 條規定的需選擇非剝奪自由之刑罰抑或剝奪自由之刑罰之情況時，法院亦需根據刑罰之目的作出選擇。

*

1. 關於非剝奪自由之刑罰和剝奪自由之刑罰的選擇

《刑法典》第 64 條（選擇刑罰之標準）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。

澳門《刑法典》第 64 條內含的規範並不約束法院自動優先選用非剝奪自由刑。因此，如果法院認為不能滿足處罰的目的，就不必（強制性）選擇之，可以（並應當）科處徒刑。（2004 年 9 月 23 日中級法院合議庭裁判，卷宗編號：159/2004，《中級法院裁判摘要》，2003/2004，第 121 頁）

綜合分析本案卷宗資料，根據上訴人的罪過程度以及預防犯罪之需要，毫無疑問，選擇罰金無法達到刑罰之目的，應選擇徒刑。

被上訴判決在選擇刑罰部份指出：“雖然嫌犯為本澳居民，但新型冠狀病毒感染的疫情至今在全球仍沒有明顯放緩的趨勢，在仍未有疫苗之前，有關防疫抗疫工作已成常規化模式持續進行，而刑罰的目的除了是教育犯罪人外，亦有預防犯罪的要求，為防止將來更多人士仿效嫌犯此種不負責任及自私的行為，以致對本特區的公共安全及衛生構成重大的不利後果，因此，法庭認為應採用剝奪自由的刑罰，即徒刑，才足以達到處罰的目的。”

原審法院充分考慮了特別預防和一般預防的需要，其選擇徒刑之決定是正確的，並沒有超越上訴人的罪過程度。

*

2. 關於替代刑

上訴人認為被上訴判決違法《刑法典》第 44 條的規定，沒有以同日數罰金或其他非剝奪自由之刑罰代替所判的徒刑。

《刑法典》第 44 條（徒刑之代替）規定：

一、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。

二、被判刑者如不繳納罰金，須服所科處之徒刑；第四十七條第三款之規定，相應適用之。

原審法院指出“正如上述所言，由於疫情持續，嫌犯的行為確實有可能導致本特區以至全澳市民一直堅持的抗疫工作功虧一簣，倘容許其以罰金代刑，嫌犯極有可能因處罰太輕而再犯，為此，根據《刑法典》第 44 條的規定，法庭決定有關徒刑不能以罰金代替。”

上訴人只是形式上符合了相關替代刑的要求，但並不符合實質要求。在抗擊疫情的情況下，為預防更多的侵害公共健康安全之犯罪，有必要執行徒刑，原審法院的決定是正確的。

*

3. 緩刑

上訴人認為其符合《刑法典》第 48 條第 1 款及第 2 款給予緩刑的形式要件及實質要件。

澳門《刑法典》第 48 條（前提及期間）規定：

一、經考慮行為人之人格、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，法院得將科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。

... ..

＊

給予刑罰的暫緩執行應以對行為人將來的行為作有利的預測為基礎，且令人有信心透過刑罰的威嚇，行為人能從判刑中汲取到教訓，並有理由相信其藉著將來遵守法律及符合法律的生活而不會再次犯罪。²

緩刑是行為人承擔其刑事責任的一種獨立的刑事法律制裁方式，而並非一種放寬處理刑罰責任的措施。在符合法定前提的條件下，法院針對個案“可以”（而並非“必須”）裁定徒刑的暫緩執行。

緩刑的前提要件包括形式要件：針對不超逾三年的徒刑；及實質要件：存在正面的社會期盼。所謂“正面的社會期盼”，或稱為“社會的良好預測”，是指透過分析行為人的人格、生活條件、實施犯罪前及實施犯罪後的行為表現、犯罪情節，判斷暫緩執行徒刑是否足以讓行為人遠離犯罪，及藉此維護社會所保障的法益。對行為人將來行為的預測，需要考慮可預測的風險，且有具體的資料予以支持，令人有理由相信會出現正面的、而非負面的情況。只有當法院考慮到行為人的責任、其生活狀況以及案件顯示的其他情節，認為通過對事實作譴責並以徒刑作威嚇，能適當令行為人遠離犯罪，且法益亦得以獲得維護時，方可適用。

簡言之，在符合緩刑的形式要件前提下，仍須仔細考量相關的實質要件是否得到確認，包括特別預防及一般預防兩個層面。

是否具備給予緩刑所需的有利因素，需綜合考察當事人的人格、生

² 1991年7月10日葡萄牙最高法院合議庭裁判，《司法見解匯篇》，第16期，第4卷，第14頁（摘自《澳門刑法典註釋及評述 第二冊》 盧映霞、陳曉疇 譯 第66頁）

活狀況、犯罪情節等多種因素。

*

本案，上訴人以直接正犯和既遂方式觸犯一項第 2/2004 號法律第 30 條第 2 項、結合第 14 條第 1 款第 1 項所規定及處罰的違反防疫措施罪。

第 2/2004 號法律第 14 條（控制措施）第 1 款第 1 項規定：

一、對感染、懷疑感染傳染病的人或有受到傳染病感染危險的人，衛生當局可採取下列措施，以防止傳染病的傳播：

（一）在指定的時間及地點接受醫學觀察或醫學檢查；

... ..

上述第 2/2004 號法律（違反防疫措施）第 30 條第 2 項規定：

如按其他法律規定不科處更重刑罰，對下列者，處以下刑罰：

（一）... ..

（二）不遵守第十四條第一款（一）項所定措施者，處最高六個月徒刑，或科最高六十日罰金；

.....

根據獲證事實，上訴人犯罪行為的不法程度一般，犯罪故意程度高，上訴人為初犯，在庭上坦白承認指控的事實，承諾不會再犯，存在不再犯罪的可能。

上訴人於 2020 年 3 月 17 日從菲律賓返回澳門，其於凌晨 3 時 15 分進入澳門，隨即在凌晨 4 時 20 分經跨境工業區口岸離開澳門，前往廣州工作及與在廣州居住生活的妻子和兒子相聚，上訴人雖然故意不

遵守防疫措施安排，但從其行為實施的時間和方式來看，沒有發現其有其他故意增加本澳社區傳播風險的舉動，其行為未至惡劣。

特區政府為了抗擊疫情，減低社區傳播的風險，對於進入澳門前 14 日曾到過疫情高危地區的人士實施集中隔離醫學觀察，而對於曾到過非高危地區的人士，實施家居醫學觀察。家居醫學觀察並非限制居民的自由，而是保障其自身和家人的健康，減低社區傳播的風險。我們在評價上訴人的行為時，不僅要看其對防疫措施違反的程度，亦應分析其對防疫措施之目的侵害的程度。

面對新冠肺炎疫情，無論對於特區政府還是市民，均是一個嶄新的課題。特區政府為著公共健康和安全必須採取適當措施，而市民必須予以配合，有關的判刑已經足以教育上訴人本人以及廣大市民，給予上訴人緩刑並不會導致更多市民效仿。

綜合考察上訴人之人格、生活狀況、犯罪事實之情節、犯罪前後之行為，參照特別預防以及一般預防的要求，合議庭認為，可以得出暫緩執行刑罰所需的有利預測，僅對事實作譴責並以徒刑作威嚇足以實現處罰之目的。被上訴判決偏重強調了一般預防的重要性等因素，而相對降低了刑罰“旨在保護法益及使行為人重新納入社會”之目的。

另一方面，正如前述所強調的，緩刑是行為人承擔其刑事責任的一種獨立的刑事法律制裁方式，而並非一種放寬處理刑罰責任的措施。在符合法律規定的條件下，對行為人給予刑罰的暫緩執行，可使特別預防及一般預防的法律效果同時得以彰顯。

*

基於此，綜合考察上訴人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為，結合特別預防以及一般預防的綜合考量，合議庭認為僅對事實作譴責並以徒刑作威嚇足以實現處罰之目的，故此，根據澳門《刑法典》第 48 條之規定，改判：給予上訴人暫緩執行所判之徒刑，為期二年。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人 A 的上訴理由部分成立，改判給予上訴人緩刑二年，即：

上訴人 A 被控以直接正犯及既遂方式觸犯一項第 2/2004 號法律第 30 條第 2 項，結合第 14 條第 1 款第 1 項所規定及處罰的違反防疫措施罪，罪名成立，判處三個月徒刑，緩期二年執行。

*

判處上訴人繳付兩個計算單位之司法費，其他訴訟費用負擔減半。
著令通知。

—*—

澳門，2020 年 10 月 29 日

周艷平（裁判書製作人）

蔡武彬（第一助審法官）

陳廣勝(第二助審法官)(但本人認為根據原審既證事實、並考慮到眾所周知的本澳在今年 3 月的防疫工作所面對的嚴峻情況，上訴庭應對上訴人判處實際徒刑，而刑期則可減至 30 天，同時可根據第 27/96/M 號法令第 27 條第 1 款的規定，決定不把是次判決轉錄於該法令第 21 條所指之凡涉及上訴人的刑事紀錄證明書上)。