

--- 簡要裁判（按照經第 9/2013 號法律修改的《刑事訴訟法典》第 407 條第 6 款規定） -
--- 日期：02/07/2021 -----
--- 裁判書製作法官：蔡武彬法官 -----

上訴案第 552/2021 號

上訴人：A (Peng Hongxia)

澳門特別行政區中級法院裁判書製作人

簡要判決

一、案情敘述

澳門特別行政區檢察院控告嫌犯 A 以直接正犯、既遂方式觸犯一項第 6/2004 號法律第 21 條所規定及處罰的「非法再入境罪」，並提請初級法院以簡易訴訟程序對其進行審理。

初級法院第五刑事法庭在第 CR5-21-0017-PSM 號案件中，經過庭審，最後判決嫌犯觸犯一項第 6/2004 號法律第 21 條所規定及處罰的「非法再入境罪」，罪名成立，判處 4 個月實際徒刑。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起了上訴：

1. 除表示尊重，在此必需指出原審判決違反《刑法典》第 64 條、65 條、第 40 條、第 44 條及第 48 條規定（《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款）為依據而提起本上訴。
2. 事實上，上訴人被治安警察拘留後，均在治安警察局及在庭審上對自己的行為坦白交代，並表示其沉迷賭博才一時產生錯誤的念頭，在禁止入境期間內通過偷渡的方式來澳。

3. 正如上訴人在庭審上作出完全及毫無保留的自認，表示真誠地感到悔悟，其對自己的行為感到後悔，並承諾不會再犯。
4. 上訴人指出其需要供養父母及一名十二歲女兒，而女兒的入學手續一直由上訴人安排辦理，而入獄亦會對家人造成難以承受的負擔。
5. 而原審判決所判處的實際徒刑為期 4 個月，刑期較短，而在此必需指出，短期徒刑並非必然有利於上訴人。
6. 原審法院判處上訴人一個低於六個月的徒刑並需要實際執行徒刑，即《刑事訴訟法典》第 44 條第 1 款的例外情況，但原審法院卻沒有具體指明在什麼條件及情況下不可能達到預防本家中行為人在將來犯罪的目的。
7. 而事實上，在重新納入社會的特別預防方面，短期徒刑很大機會對上訴人造成負面影響，易受惡性之感染，同時沒有施教的充分機會及時間，既無益於改善上訴人惡性，又無威嚇之效果，反而導致上訴人將來再犯之危險更高。
8. 在維護法律秩序的一般預防方面，上訴人對社會所造成的後果亦是輕微的。
9. 故此，上訴人的情況並不符合《刑事訴訟法典》第 44 條第 1 款的例外情況，徒刑之執行並非為預防其將來犯罪屬必要者。
10. 基於上述理由，原審判決違反《刑法典》第 64 條、65 條、第 40 條、第 44 條及第 48 條規定 (《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款)，應予廢止，並以暫緩執行徒刑替代之，期間應在兩年至三年的範圍內定出。

請求部份，請求中級法院尊敬的法官閣下，裁定：

原審判決判處上訴人以直接正犯、故意及既遂方式觸犯第 6/2004 號法律第 21 條所規定及處罰的「非法再入境罪」，被判處 4 個月實際徒刑，違反《刑法典》第 64 條、65 條、第 40 條、第 44 條及第 48 條規定 (《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款)，故此應予廢止，並以暫緩執行徒刑替代之，期間應在兩年至三年的範圍內定出。

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 上訴人提出了原審法院沒有對上訴人被判處之徒刑給予緩刑是違反了《刑法典》第 48 條之規定。
2. 本院不認同有關觀點。
3. 《刑法典》第 48 條第 1 款規定：“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。”
4. 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。
5. 緩刑的給予取決於形式要件及實質要件。
6. 在本案中，上訴人被判處 4 個月徒刑，並不超逾 3 年，符合形式要件。
7. 然而，要對上訴人給予緩刑，還需考慮“是否能適當及充分地實現處罰之目的”。
8. 誠如尊敬的中級法院在第 203/2007 號合議庭裁判指出：“刑罰的目的分為一般預防和特別預防二種，雖然我們不能片面強調一方面的功能和需要，但是只要我們在評估我們的社會所要求的其中的一種預防不能得到滿足的話，就會使我們不能考慮緩刑來達到這個刑罰的目的。”
9. 正如迪亞士教授 (Prof. Figueiredo Dias) 所說道，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。這樣做並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。

10. 上訴人作案時非為初犯，作出了毫無保留的自認，對犯罪表示悔悟，但上訴人在另案緩刑期滿後便偷渡進入澳門，進入本澳的目的僅僅是為了賭博，可見上訴人的守法意識薄弱，再犯機會高。
11. 上訴人所觸犯的非法再入境罪對兩地的邊境管理工作方面造成衝擊，嚴重擾亂本澳的社會秩序及安寧，尤其是現今全球正面對新冠病毒疫情的影響，上訴人的行為不但影響本澳的社會治安，還對本澳的防疫工作造成重大風險。
12. 考慮到本案的具體情況和澳門社會所面對的現實問題，尤其是對上訴人所犯罪行進行特別預防及一般預防的迫切需要，我們認為僅對事實作譴責並以徒刑作威嚇，不能適當及不足以實現處罰之目的，上訴人的刑罰不應暫緩執行。
13. 綜上所述，本院認為上訴人這部份的上訴理由不成立。
14. 上訴人認為被上訴判決違反了《刑法典》第 40 條、第 44 條、第 64 條及第 65 條之規定。
15. 本院不認同有關觀點。
16. 在具體量刑方面，《刑法典》第 40 條及第 65 條確立了量刑應考慮的因素和量刑的標準。
17. 被上訴判決在量刑時指出：

“量刑須根據《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定。
具體刑罰之確定須按照行為人之罪過及預防犯罪的要求為之，同時，亦須考慮不法程度、實行之方式、後果之嚴重性、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、犯罪之動機、嫌犯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。
考慮嫌犯的行為已符合被控事實的主觀及客觀構成要件，本案犯罪事實的不法程度屬一般，嫌犯非為初犯，在 CR4-17-0053-PCC 號卷宗被判處緩刑，仍在該案緩刑期滿後便作出本案所指控之犯罪事實，本院認為就嫌犯所實施的上述犯罪，判處四個月徒刑最為適合。”

18. 根據“自由邊緣理論”，法庭在訂定具體刑幅時會根據抽象刑幅之最低及最高限度之間訂定的。
19. 上訴人觸犯一項第 6/2004 號第 21 條所規定及處罰的「非法再入境罪」，可判處最高 1 年徒刑。
20. 特別預防方面，上訴人作案時非為初犯，作出了毫無保留的自認，對犯罪表示悔悟，但上訴人在另案緩刑期滿後便偷渡進入澳門，進入本澳的目的僅僅是為了賭博，可見上訴人的守法意識薄弱，再犯機會高。
21. 一般預防方面，嫌犯所觸犯的非法再入境罪對兩地的邊境管理工作方面造成衝擊，嚴重擾亂本澳的社會秩序及安寧，尤其是現今全球正面對新冠病毒疫情的影響，上訴人的行為不但影響本澳的社會治安，還對本澳的防疫工作造成重大風險，我們認為一般預防有更高的要求，這也是為了挽回社會大眾對澳門法律制度的信心，不會讓人產生一個錯覺，認為此等行為的嚴重性不大。
22. 原審法院對上訴人觸犯的罪行所判處的刑罰份量，已考慮到一切有利於上訴人之情節，是適量的，並沒有過重的情況，我們認為符合一般預防及特別預防的要求，沒有違反《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定。
23. 考慮到上訴人的守法意識薄弱，再犯機會高，為預防將來犯罪，我們認為不應以罰金代替。
24. 綜上所述，我們認為被上訴判決並沒有違反《刑法典》第 40 條、第 44 條、第 64 條及第 65 條的規定，因此，上訴人這部份的上訴理由不成立，應予以駁回。

駐本院助理檢察長提出法律意見書，認為應裁定上訴人 A 所提出的上訴理由不能成立，予以駁回，並維持原審法院的裁決。

本院接受上訴人提起的上訴後，裁判書製作人在初端批示中認為上訴理由明顯不成立，故運用《刑事訴訟法典》第 407 條第 6 款 b 項規定

的權能，對上訴作出簡要的審理和裁判。

二、事實方面

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

- 2015 年 10 月 19 日，嫌犯 A 因在本澳處於非法入境狀態，被治安警察局作驅逐出境遣返原居地，並被禁止 9 年期間（由 2015 年 10 月 19 日至 2024 年 10 月 18 日）內進入本澳，嫌犯當時在驅逐令通知書上簽名，嫌犯表示清楚知悉該通知書上的內容，如在禁止期間內進入澳門，將會按第 6/2004 號法律第 21 條的規定受到徒刑處罰。
- 2020 年 4 月某天晚上 11 時，亦即嫌犯被禁止進入本澳的期間，嫌犯從珠海市某海岸以乘船的方式偷渡進入澳門。
- 2021 年 5 月 20 日下午 4 時半，嫌犯在澳門廣州街近 XX 酒家附近被警員截獲，從而揭發事件。
- 嫌犯在有意識、自由及自願的情況下，明知在上述驅逐令所指之禁止期間內進入澳門將會構成犯罪，仍故意違反該禁令非法進入本澳，嫌犯清楚知悉此等行為是法律所禁止和處罰。

同時，亦證實嫌犯的個人狀況如下：

- 嫌犯聲稱具有初中二年級學歷，商人，年收入約人民幣 300,000 元，須供養父母及一名女兒。
- 根據刑事紀錄證明，嫌犯非為初犯。

未獲證實的事實：沒有尚待證實的事實。

三、法律部份

上訴人 A 在其上訴理由中，認為其在庭審上作出毫無保留地的自認，已感到後悔，且需供養父母及一名 12 歲女兒，其被判處 4 個月徒刑符合《刑法典》第 44 條第 1 款的情況，但原審法院沒有具體指明在什麼條件及情況下不可能達到預防行為人在將來犯罪的目的；上訴人主

張以其情況，徒刑之執行並非為預防其將來犯罪所必要，因此認為原審法院的判決違反了《刑法典》第 64 條、第 65 條、第 40 條、第 44 條及第 48 條所規定，請求暫緩執行其被判處的徒刑。

上訴理由明顯不能成立。

關於罰金替代刑的適用問題，眾所周知，《刑法典》第 44 條第 1 款規定了倘科處的徒刑不超逾 6 個月，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，然而，為預防將來犯罪而有必要執行者除外。

在本案中，上訴人於 2015 年 10 月 19 日在治安警察局出入境事務廳親身簽署相關驅逐令的通知，同時被清楚告知自實際驅逐之日起計 9 年期間（由 2015 年 10 月 19 日至 2024 年 10 月 18 日）內禁止再次進入本澳，否則將觸犯違反進入澳門禁令罪的處罰。然而，在 2020 年 4 月，上訴人一伺另案的緩刑期屆滿，即以非法途徑進入本澳，而且僅僅為了進入賭場賭博，可見其故意程度高，守法能力低，特別預防的要求較高。

另一方面，上訴人為非本澳居民，且所實施的犯罪行為是在本澳高發，也是要致力打擊的犯罪行為，對社會安寧及法律秩序造成嚴重的負面影響，尤其是上訴人曾經被判處為賭場而實施的高利貸罪所顯示的保護澳門這個以旅遊博彩業為主的社區的社會、法律秩序的需要，一般預防的要求較高。

在綜合考慮犯罪預防（無論是特別預防還是一般預防）的需要，僅對其科處非剝奪自由的刑罰明顯不適當及不足以實現處罰的目的，亦不能忽視其將來再次犯罪的可能性，因此，原審法院對上訴人所觸犯的 1 項「非法再入境罪」選科徒刑的決定，並無違反《刑法典》第 44 條第 1 款的規定。

至於考慮是否適用《刑法典》第 48 條第 1 款之規定時，必須考慮是否滿足了緩刑的形式前提及實質前提。

形式前提是指不超逾 3 年的徒刑，而不可暫緩執行其他非剝奪自由刑。

實質前提是指法院必須整體考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前

後的行為及犯罪情節、僅對事實作譴責並以監禁作威嚇是否可適當及足以實現處罰的目的，即應以特別預防及一般預防作為給予緩刑的界限，具體地說，倘可預見行為人受到刑罰的威嚇和譴責後，即會約束自己日後行為舉止，從而不再實施犯罪，以及即使徒刑被暫緩執行，亦不致動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，無削弱法律的權威和尊嚴。

在本案中，上訴人被原審法院判處 4 個月徒刑，不超逾 3 年徒刑，無疑符合《刑法典》第 48 條第 1 款所規定的形式前提。

就實質前提而言，雖然上訴人對被指控的事實作出毫無保留的自認，但值得一提的是，其在現行犯的情況下被扣留，根本沒有否認的空間。

最重要的是，上訴人並非初犯，其曾觸犯「為賭博的高利貸罪」而被第 CR4-17-0053-PCC 號案判刑，已獲得緩刑機會，但又再次犯罪。可見，上訴人沒有汲取教訓，其守法意識薄弱，漠視本澳的法律。

顯然地，對上訴人而言，僅對事實作譴責並以監禁作威嚇未能適當及不足以實現處罰的目的；換言之，倘上訴人被判處的徒刑被暫緩執行，將會動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，尤其會予人錯覺，在澳門實施此類犯罪的後果不足掛齒，的確是不利整個社會安寧及秩序尤其損害澳門作為國際旅遊城市的形象。

因此，上訴人不符合《刑法典》第 48 條所規定的緩刑的適用的實質前提，被上訴判決沒有任何可以質疑的地方。

四、決定

綜上所述，中級法院裁判書製作人裁定上訴人的上訴理由明顯不成立，予以駁回。

本案訴訟費用由上訴人支付，並應繳納 3 個計算單位的司法稅，還需支付《刑事訴訟法典》第 410 條第 3 款所規定的相同計算單位的懲罰性金額。

確定上訴人的委任辯護人的報酬為 1500 澳門元，由上訴人支付。

澳門特別行政區，2021 年 7 月 2 日

蔡武彬