

上訴案第 1129/2017 號

日期：2019 年 7 月 25 日

- 主題：
- 職務之僭越罪
 - 共同犯罪中的公務員身份
 - 「職務之僭越罪」及「濫用職權罪」的競合關係
 - 量刑
 - 緩刑

摘 要

1. 一般而言，犯罪之成立，與行為人的身份無關，但在若干情況下，法律將“身份”或其他特定關係規定為犯罪構成的主體要件，但是，在共同犯罪中，因身份或其他特定關係成立之罪，即使其中一人或多人本身不具備該等特別身份或特定關係，仍以身份犯的共犯論處。
2. 以身份犯的共犯論處的關鍵在於以該等“身份”進行犯罪活動存在於彼等的犯罪意圖之中，並不存在行為人“另有意圖”。
3. 《刑法典》第 64 條對選擇刑罰種類作出了規定。按照該條文規定，僅當非剝奪自由之刑罰未可適當或不足以實現處罰的目的時，法院方可選擇剝奪自由的刑罰。而具體量刑方面，《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，具體刑罰應在最低刑幅及最高刑幅之間，以罪過及刑罰目的作出決定。按照該等條文規定，法院在確定具體刑罰的時候必須按照行為人的罪過及刑事預防犯罪的要求，在法律所定的限度內為之，同時亦須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀的情節。法律給予法院在刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由，只有當原審法院明顯違反法律或罪刑相適應原則時，上級法院才有

介入原審法院的量刑空間。

4. 根據《刑法典》第 48 條第 1 款的規定，經考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，認為謹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。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 1129/2017 號

上訴人：A (A)

B (B)

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情敘述

澳門特別行政區檢察院控告兩名嫌犯 A 及 B 為直接共同正犯，其倆以既遂方式觸犯了：

- 一項由澳門《刑法典》第 211 條第 1 款及第 3 款，結合同一法典第 196 條 a) 項所規定及處罰的「鉅額詐騙罪」；
- 一項由澳門《刑法典》第 211 條第 1 款所規定及處罰的「詐騙罪」；
- 一項由澳門《刑法典》第 322 條第 a 款所規定及處罰的「職務之僭越罪」；及
- 一項由澳門《刑法典》第 347 條所規定及處罰的「濫用職權罪」。

並提請初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR2-15-0427-PCC 號案件中，經過庭審，最後作出判決：

1. 指控第一嫌犯 A 及第二嫌犯 B 以直接共同正犯、既遂及故意的方式所觸犯的《澳門刑法典》第 211 條第 1 款及第 3 款，結合同一法典第 196 條 a 項所規定及處罰的一項「鉅額詐騙罪」(共

犯)，改判為兩名嫌犯以直接共同正犯、既遂及故意的方式觸犯了《澳門刑法典》第 211 條第 1 款所規定及處罰的一項「詐騙罪」(共犯)，由於被害人 C 在庭審前撤回告訴，故宣告針對該項犯罪的刑事追訴權終止。

2. 第一嫌犯 A 及第二嫌犯 B 以直接共同正犯、既遂及故意的方式觸犯了《澳門刑法典》第 211 條第 1 款所規定及處罰的一項「詐騙罪」(共犯)，由於被害人 D 在庭審前撤回告訴，故宣告針對該項犯罪的刑事追訴權終止。
3. 指控第一嫌犯 A 以直接共同正犯、故意及既遂的方式所觸犯的《澳門刑法典》第 347 條所規定及處罰的一項「濫用職權罪」(共犯)，判處罪名不成立。
4. 第一嫌犯 A 作為直接共同正犯、其故意及既遂的行為已構成：《澳門刑法典》第 322 條 a 項所規定及處罰的一項「職務之僭越罪」(共犯)，判處 1 年的實際徒刑。
5. 第二嫌犯 B 作為直接共同正犯、其故意及既遂的行為已構成：《澳門刑法典》第 322 條 a 項所規定及處罰的一項「職務之僭越罪」(共犯)，判處 1 年的徒刑。
6. 第二嫌犯 B 作為直接正犯、其故意及既遂的行為已構成：《澳門刑法典》第 347 條所規定及處罰的一項「濫用職權罪」，判處 1 年 6 個月的徒刑。
7. 並兩罪並罰，合共判處第二嫌犯 2 年實際徒刑的單一刑罰。

第一嫌犯 A 不服判決，向本院提起了上訴：

1. 被上訴的裁判的部分內容如下：

“綜上所述，本院根據《澳門刑事訴訟法典》第 353 條、第 355 條（經第 9/2013 號法律所修改）及第 356 條的規定，作出如下判決：

1.....。

2.....。

3.....。

4.第一嫌犯 A 作為直接共同正犯,其故意及既遂的行為已構成:
《澳門刑法典》第 322 條第 a 項所規定及處罰的一項「職務之
潛越罪」(共犯),判處 1 年的實際徒刑。”

2. 原審法院在考慮了“已經證明之事實”及“另外證明下列事實”,仍判處上訴人 1 年實際徒刑,不給予緩刑優惠。
3. 上訴的裁判中的判案理由部分已經指出,上訴人承認實施了對其所歸責的事實,上訴人表示已知錯。
4. 在本案審判之前,上訴人與第二嫌犯已向兩名被害人作出賠償,而兩名被害人亦因著上訴人及第二嫌犯的賠償行為而向法院提出撤回針對上訴人及第二嫌犯的刑事告訴。
5. 從上述上訴人在犯罪前後的表現,所顯露出的良好態度及行為,以及在人格的轉變,可足以證明上訴人的真誠悔意。
6. 根據《刑法典》第 48 條及第 64 條對選科徒刑的規定,以及刑罰的目的後,法院在考慮、上訴人的上述有利行為應給予緩刑優惠。
7. 但被上訴的裁判僅考慮到因著第二嫌犯的身份(紀律部隊成員)問題,且知法犯法,因而拖連加重了上訴人在犯罪時的嚴重性。
8. 而被上訴的裁判亦未能證明緩刑是否對上訴人起著作用的審查或能確切無誤地證明緩刑對上訴人起不到威嚇的作用,以及未能證明僅對事實作譴責並以監禁作威嚇並不能適當及足以實現處罰之目的依據。
9. 相反,從上訴人犯罪前後的表現,以及上訴人在庭審中的認罪態度,其態度亦足已證明上訴人已悔改及存有真誠悔意,這樣,已經可符合僅對事實作譴責並以監禁作威嚇並能適當及足以實現處罰之目的這一實質要件的結論,故給予上訴人緩刑機會。
10. 但被上訴的裁判沒有完全考慮上訴人的上述有利因素及上訴

人已滿足了緩刑的實質要件。

11. 故被上訴的裁判在選科刑罰部份，違反了《刑法典》第 40 條、第 48 條、第 64 條及第 65 條之規定，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之“錯誤理解法律之瑕疵”，應宣告廢止。

12. 上訴人認為，在選科刑罰方面，正確適用《刑法典》第 48 條及第 64 條之規定下，應判處上訴人 1 年徒刑，緩刑 3 年。

請求，請求綜上所述，現向法院請求如下：

- 1) 接納本上訴陳述書狀及所有附件；及
- 2) 宣告被上訴的裁判在選科刑罰部份，違反了《刑法典》第 40 條、第 48 條、第 64 條、第 65 條之規定，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之規定之“錯誤理解法律之瑕疵”，故應被宣告廢止。

第二嫌犯 B 不服判決，向本院提起了上訴。¹

¹ 其葡文內容如下：

1. Imputa o ora recorrente à decisão recorrida, com a ressalva do muito respeito devido pelo Ilustre Colectivo, os vícios de erros de direito integrado no fundamento indicado no artº. 400º, nº.1, do Código de Processo Penal - “quaisquer questões de direito de que pudesse conhecer a decisão recorrida” - no que concerne sobre sujeito não activo do crime de usurpação de funções; no que concerne vício de não aplicação do concurso aparente de subsidiaridade aos crimes condenados; vício por não aplicação da pena de multa do artigo 64.º do Código Penal; no que concerne sobre vício na dosimetria da pena condenada; e no que concerne sobre a suspensão da execução da pena de prisão.
2. Resulta do acórdão condenatório relativo ao processo supra identificado a condenação do ora recorrente pela prática, como co-autoria material de um crime de usurpação de funções previsto pelo artigo 322.º alínea a) do Código Penal.
3. O duto acórdão padece do vício de violação da lei.
4. Conforme comprovado nos autos, o ora recorrente era na altura dos factos agente no activo da Polícia de Segurança Pública.
5. O crime de usurpação de funções é um crime que pode cometer por maior parte de pessoas, mas excluído aqueles que exercem funções de funcionários públicos.
6. São pressupostos desse crime: “Quem sem para tal estar autorizado, exercer funções ou praticar actos próprios de funcionário ou de força de segurança pública, arrogando-se, expressa ou tacitamente, essa qualidade.”
7. O recorrente era na altura agente da polícia e estava legalmente autorizado a exercer funções de polícia. Se o recorrente desempenhou mal as funções ou abusou os deveres ou poderes não deixa de ser um polícia de facto.

-
8. Perante a autorização legal e competência atribuída, é nítido e claro que o recorrente nunca pode cometer o tal crime, mas ao invés poderia cometer o crime de abuso de poder.
 9. De outro sentido, o crime de usurpação de funções não é bem um crime comum, porque apenas “particular” é sujeito activo do crime, como no caso sub judice o 1.º arguido A.
 10. O recorrente era na perpetração dos factos, agente da PSP investindo-se com título legítimo o exercício de agente autoridade, pelo que os factos praticados pelo mesmo, não constituam a prática do crime de usurpação de funções, uma vez que apenas é punível os particulares que não estão autorizados a exercer funções e no caso do recorrente, para o crime de usurpação de funções, não é um sujeito activo, e portanto, destarce, é impunível.
 11. Entende também o recorrente que o crime de abuso de poder absorveu o crime de usurpação de funções por estarem numa situação de concurso aparente de subsidiariedade.
 12. Da factualidade apurada, o recorrente violou os deveres funcionais por ele incumbido, porque abusou os poderes, utilizando os poderes conferidos legalmente para causar prejuízos às lesadas.
 13. Aparentemente, o recorrente, na prática dos factos, convergem duas disposições legais, contudo na verdade só uma se lhe aplica, afastando a outra.
 14. Existe uma intersecção de duas normas, cada norma pode ter um âmbito de aplicação autónoma, mas há também uma sobreposição, tomando-se uma subsidiária de outra, com aquela que tem a pena mais leve absorvida pela que tem a mais grave.
 15. No caso, o crime de abuso de poder é uma norma primária que absorverá o crime de usurpação de funções (a subsidiária), tendo em vista que, esta “cabe” dentro da primeira.
 16. O crime de abuso de poder assume-se na própria letra da lei com carácter residual, sendo aplicável “fora dos casos previstos nos artigos anteriores” e punido nos termos neles cominados “se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal”.
 17. A opinião é pois a de que esta se refere a todo o campo de previsão pena que constitua um delito específico de abuso de poder, qualquer que seja a sua caracterização e designação.
 18. Opinião essa que também foi adoptada pelo recente acórdão nº 60/2015 do TUI de 14/7/2017, pago 1306 “考慮到濫用職權罪的補充性質，並結合本案的具體情況，合議庭認為被告觸犯的相當巨額加重詐騙罪、巨額加重詐騙罪、在法律行為中分享經濟利益罪和詐騙罪與濫用職權罪之間存在表面競合關係。如果被告就上述有關事實被起訴的相當巨額加重詐騙罪、巨額加重詐騙罪、在法律行為中分享經濟利益罪和詐騙罪成立，則應只以該等罪名進行處罰；相反情況下則以濫用職權罪論處。”
 19. Uma vez o crime de abuso de poder é punível até 3 anos e o crime de usurpação de funções apenas punível até 2 anos, devendo assim, o recorrente ser condenado apenas pelo crime de abuso de poder.
 20. Resulta do acórdão condenatório relativo ao processo supra identificado a condenação do ora recorrente pela prática, como co-autor material, por um crime de usurpação de funções previsto no art.º 322.º a) do Código Penal, na pena de 1 ano de prisão; por um crime de abuso de poder no art.º 347.º do Código Penal, na pena de 1 ano e 6 meses de prisão e, em cúmulo jurídico condenado na pena de prisão efectiva e global de 2 anos.
 21. O duto acórdão padece do vício de violação da lei por não ter aplicado a pena de multa e aplicou uma pena de prisão efectiva ao ora recorrente.
 22. O Código Penal de Macau, no seu art.º 40.º determina que: “a aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade; a pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa; a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente”.

-
23. Nos termos do disposto no art.º 65.º do Código Penal, “Se ao crime foram aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de foma adequada e suficiente as finalidades da punição”.
24. Dos dois crimes condenados a ora recorrente, ambos, são aplicáveis, alternativamente, em penas de multa: “Artigo 322.º do Código Penal”: “Quem a) sem para tal estar autorizado, exercer funções ou praticar actos próprios de funcionário ou de força de segurança pública, arrogando-se, expressa ou tacitamente, essa qualidade, b) exercer profissão para a qual a lei exige título ou preenchimento de certas condições, arrogando-se, expressa ou tacitamente, possuí-lo ou preenchê-las, quando o não possui ou as não preenche, ou c) continuar no exercício de funções públicas depois de lhe ter sido oficialmente notificada demissão ou suspensão de funções, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.”
- Artigo 347.º do Código Penal “O funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou de causar prejuízo a outra pessoa, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”
25. O Tribunal a quo decidiu aplicar a pena de prisão efectiva e não de multa levando em consideração do recorrente ser agente de autoridade e a conduta afectou gravemente a imagem da Polícia.
26. Na realidade, o recorrente para além de ter considerado pelo Tribunal a quo que confessou as imputações, e sentiu-se muito arrependido, e ainda é primário.
27. Entendemos, portanto, estarem verificados os pressupostos para que a pena encontrada seja de pena de multa, conforme dispõe o art.º 64.º n.º 1 do Código Penal, norma que foi violada pelo Tribunal a quo, pois, atendendo à personalidade do agente, suas condições de vida pessoal e familiar, sua conduta anterior (sem antecedentes criminais), e posterior ao crime (o recorrente nunca procurou fugir à justiça) e as circunstâncias destes, ponderado com o grau da gravidade da consequência, sendo de concluir, assim, que a pena de multa realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.
28. Aplicando os mesmos critérios da medida da pena pelo Tribunal recorrido, embora o recorrente não conforma e vai expor no capítulo a seguir, a pena parcelar para o crime de usurpação de funções, uma pena parcelar de 120 dias de multa; em relação ao crime de abuso de poder deverá a ser modificada a pena parcelar para 180 dias de multa.
29. E em cúmulo jurídico, nos termos do art.º 71.º n.º 1 e 2 do Código Penal, devendo aplicar uma pena de multa compreendido de 180 a 300 dias de multa. Aplicando os critérios de escolha do ponto da moldura penal da pena aplicada ao recorrente pelo Tribunal recorrido, entende-se que usando os mesmos critérios que deveria ser aplicada uma pena de 240 dias de multa, e deverá ser fixada nos termos do art.º 45.º do Código Penal a cada dia de multa não superior a Mop100.00 considerando a situação económica do arguido, já comprovado no douto acórdão.
30. Por outro lado, afigura-se desproporcionada as penas concretas aplicadas aos referidos crimes de usurpação de funções e abuso de poder. Tratam-se de crimes punidos, respectivamente, com penas abstractas parcelares que tem como escalão abstracto aplicável no crime de usurpação de funções até 2 anos de prisão e no crime de abuso de poder na pena até 3 anos de prisão.
31. Código Penal de Macau, no seu art.º 40.º determina que: a aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade; a pena

-
- não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa; a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.
32. O art.º 65.º n.º 2 do mesmo diploma legal determina que o Tribunal, na medida da pena, atenda todas as circunstâncias que depuserem a favor ou contra do agente, considerando nomeadamente: o grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente; a intensidade do dolo ou da negligência; os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; as condições pessoais do agente e a sua situação económica; a conduta anterior ao facto e posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime; a falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifesta no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.
33. Não pode deixar de manifestar a sua discordância em relação à decisão da condenação da pena e pelas razões já devidamente exposto no capítulo anterior.
34. O recorrente confessou os factos, é primário e já está arrependido.
35. O arguido é uma pessoa nascida e criada, fixado profissional e familiarmente, na RAEM e tem como encargos um filho.
36. Ponderado com o grau da gravidade da consequência, propugna-se uma pena parcelar para o crime de usurpação de funções, uma pena parcelar de 9 meses de prisão.
37. E em relação ao crime de abuso de poder, deverá a ser modificada a pena parcelar, para 1 ano e 3 meses de prisão;
38. E em cúmulo jurídico, aplicando os critérios de escolha do ponto da moldura penal da pena aplicada ao recorrente pelo Tribunal recorrido, entende-se que usando os mesmos critérios que deveria ser aplicada uma pena de 1 ano e 7 meses de prisão.
39. Se o Tribunal ad quem não concordar aplicar a pena de multa ao recorrente, devendo também aplicar a suspensão da pena de prisão acima exposta também.
40. Ao critério da escolha da pena, a tendência na doutrina e jurisprudência vai no sentido de que os Tribunais Superiores devem, em sede de recurso, sindicar as operações de determinação ou a aplicação dos princípios gerais de determinação da pena e a falta de indicação de factores relevantes para esta, por parte dos tribunais.
41. Na determinação da pena que definitivamente deve ser aplicada do delinquente, o Tribunal, após identificar a moldura penal abstracta e verificar a moldura penal encontrada para cada um dos crimes tem que ser modificada devida a existência de uma circunstância modificativa atenuante ou agravante aplicando a pena em sentido restrito, tem que forçosamente confrontar-se com a escolha da espécie da pena a aplicar seguindo o critério que a lei lhe dá.
42. Prescreve o art.º 48.º do Código Penal “O tribunal pode suspender a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.
43. O recorrente é primário, e confessou os factos e já está arrependido.
44. Não parece, em conformidade, que o sancionamento do agente com uma pena efectiva de prisão possa ser consequência da prática dos referidos crimes.
45. Perante assim especialmente as condições da sua vida, é adequada à culpa do agente e suficiente para realizar a tutela dos bens jurídicos protegidos, crendo-se que seja suspensa a execução da pena de prisão agora proposta modificada (1 ano e 7 meses) por um período de 3 anos.

Pedido:

Termos em que, e contando o doutro suprimento de Vossas Excelências, deve ser:

檢察院就上訴人 A 及 B 提出的上訴作出答覆：

1. 雖然上訴人 B 本身為警務人員，但本案中是指控上訴人 B 以共犯的方式作出「職務之僭越罪」的行為。上訴人 A 並非警務人員，而上訴人 B 當時正在處於休班的期間。
2. 兩名上訴人早已商討好計劃，並達成協議由上訴人 B 預先將出其警員證交予上訴人 A，讓上訴人 A 到達單位在兩名被害人面前冒充正在執行職務的警務人員，並要求兩名被害人向其出示身份證明文件。其後，上訴人 B 便前來接應，兩名上訴人更以自己是正在執行職務的警務人員身份，要求兩名被害人交出所有財物，最終令他們造成損失。
3. 本案中，沒有上訴人 B 的協助，兩名被害人亦未必會相信他們二人是正在執行職務的警員。
4. 因此，原審法院判處上訴人 B 因觸犯一項《刑法典》第 322 條第 a 款所規定及處罰的「職務之僭越罪」(共犯)，並無違法之處。

-
- a) Dados por verificados os imputados vícios de violação de lei, e julgado procedente o presente recurso, e condenado o recorrente pelo crime de abuso de autoridade na pena de 180 dias de multa e deverá ser fixada nos termos do art.º 45.º do Código Penal a cada dia de multa não superior a Mop100.00; e se assim não entender a pena de prisão de 1 ano e 3 meses prisão, suspensa a sua execução por 3 anos;
 - b) E se o Tribunal ad quem não assim entender, condenar o arguido pelos crimes a pena parcelar para o crime de usurpação de funções, uma pena parcelar de 120 dias de multa; em relação ao crime de abuso de poder deverá a ser modificada a pena parecelar para 180 dias de multa, e em cúmulo jurídico, nos termos do art.º 71.º n.º 1 e 2 do Código Penal, devendo aplicar uma pena de multa compreendido de 180 a 300 dias de multa. Aplicando os critérios de escolha do ponto da moldura penal da pena aplicada ao recorrente pelo Tribunal recorrido, entende-se que usando os mesmos critérios que deveria ser aplicada uma pena de 240 dias de multa, e deverá ser fixada nos termos do art.º 45.º do Código Penal a cada dia de multa não superior a Mop100.00;
 - c) E se assim também não entender condenar uma pena parcelar para o crime de usurpação de funções, uma pena parcelar de 9 meses de prisão e em relação ao crime de abuso de poder, deverá a ser modificada a pena parcelar, para 1 ano e 3 meses de prisão; e em cúmulo jurídico, aplicando os critérios de escolha do ponto da moldura penal da pena aplicada ao recorrente pelo Tribunal recorrido, entende-se que usando os mesmos critérios que deveria ser aplicada uma pena de 1 ano e 7 meses de prisão, e suspensa a sua execução por 3 anos.

Procedendo de um dos modos por que se requer, farão V. Ex^o.s, no entendimento do recorrente, boa e sã Justiça!

5. 另外，上訴人 B 先後作出了兩個行為：協助上訴人 A 冒充正在執行職務的警務人員並要求兩名被害人出示身份證明文件；以及利用警務人員的身份要求檢查兩名被害人的隨身物品，著令兩名被害人交出財物並將之據為己有，最終令兩名被害人有所損失。因此，但上訴人 B 的兩個行為理應分別構成「職務之僭越罪」及「濫用職權罪」。
6. 再者，兩罪所保護的法益不同，「職務之僭越罪」所保護的法益是職務，而「濫用職權罪」所保護的法益是公共行政當局的公正無私及市民對行政當局公正無私的信任。
7. 綜上所述，本院認為上述兩項罪名是實際的競合關係，而非吸收的關係。
8. 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。原審法院在量刑時已經全面衡量了相關的因素，在被上訴的裁判中也清楚地指出了量刑的依據（見卷宗第 470 背頁至第 471 頁）。
9. 雖然上訴人 B 為初犯，但其在庭上並沒有完全承認所有的事實，其否認使用塑膠帶將兩名被害人的姆指相互扣上。而且，上訴人 B 作為警務人員，知法犯法，將警員證件交予另一名上訴人 A 以進行冒警行為，之後兩名上訴人更利用警員的身份要求兩名被害人交出財物並將之據為己有，情節十分惡劣，行為屬嚴重，故意程度甚高，罰金刑根本並不能適當及足以實現，處罰之目的。
10. 考慮到本案的具體情節，尤其是上訴人 B 為警務人員的身份及其對被害人所造成的損失，原審法院就上訴人 B 所觸犯的「職務之僭越罪」及「濫用職權罪」分別判處其 1 年及 1 年 6 個月徒刑，不能謂之過重；兩罪並罰後合共判處上訴人 B 2 年徒刑也是合適的，有關量刑符合犯罪的一般及特別預防要求。
11. 緩刑方面，上訴人 A 並非初犯，其於第 CR2-14-0077-PSM 號卷宗因為觸犯一項「吸毒罪」而被判處 1 個月徒刑，暫緩執行，為期 1 年。其於 2015 年至 2016 年先後因為違反緩刑的義務而

被延長緩刑期，法院已給予多次的機會，將緩刑期延長至 5 年，但上訴人 A 依然沒有珍惜機會，繼續違反緩刑的義務，最終法院廢止了他的緩刑。由此可見，上訴人 A 守法的意識十分薄弱，即使給予其多次改過的機會，但其沒有好好將行為改正過來。上訴人 B 的行為更加值得譴責！

12. 兩名上訴人的犯罪行為使兩名被害人的財產有所損失，他們的犯罪行為亦對警察的形象受損，影響警察職務的執行。
13. 兩名上訴人冒認警察身份以達到取得不法利益的目的，案件的具體情況顯示其犯罪故意程度較高，不法行為較為嚴重。此外，亦顯示出兩名上訴人守法意識薄弱，對澳門法律秩序及社會安寧造成相當的負面影響。
14. 考慮到本案的具體情況和澳門社會所面對的現實問題，尤其是對兩名上訴人所犯罪行進行特別預防及一般預防的迫切需要，本院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，兩名上訴人的刑罰不應暫緩執行。
15. 綜上所述，本院認為，兩名上訴人的上訴理由不成立，應予以駁回。

駐本院助理檢察長提出法律意見書，認為應裁定兩名上訴人的上訴理由不成立，並維持原審法院所作的判決。

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、事實方面

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

- 嫌犯 B 是治安警察局警員，2015 年 3 月 24 日下午約 5 時，其正於休班期間，因知悉位於……街……大廈第…座…樓…室的單位為一從事賣淫工作的場所，於是，嫌犯 B 便與相約而來的友

人即嫌犯 A 經協商後達成協議，共謀前往上述單位向單位內的兩名內地女子冒充為正在執行職務的警員，要求彼等交出財物，以圖將該等女子在不虞有詐的情況下交出之財物據為己有。

- 同日晚上約 6 時，嫌犯 A 首先按計劃來到上址敲門，當時，單位內的兩名內地被害人 C 及 D 以為其是嫖客，故便開門讓其進內，隨即，嫌犯 A 便向該兩名被害人出示由嫌犯 B 預先交予其之警員委任證並將之掛在胸前，同時向其倆自稱是警員和要求彼等出示身份證明文件。
- 接著，當兩名被害人 C 及 D 向嫌犯 A 出示證件後，嫌犯 A 便召來前來接應的嫌犯 B，隨即，嫌犯 B 便要求檢查兩名被害人的隨身物品，並要求彼等交出貴重物品由其保管。
- 隨即，被害人 C 便拿出屬其本人所有的下列財物：
 - 1) 不少於一部牌子為「APPLE」的流動電話；
 - 2) 澳門幣現金 19,000 元及港幣現金 6,000 元。
- 被害人 D 則拿出屬其本人所有的下列財物：
 - 1) 不少於一部牌子為「APPLE」的流動電話；
 - 2) 一部牌子為「VIVO」、型號不詳，顏色為白色的流動電話；
 - 3) 澳門幣現金 10,000 元。
- 接著，嫌犯 B 便著令兩名被害人 C 及 D 將上述屬於其倆的財物裝入一個印有“萬寧”字樣的塑膠袋內。
- 緊接著，嫌犯 B 便將上述載有兩名被害人的財物的塑膠袋交予嫌犯 A 並著其打電話召警車前來，嫌犯 A 聽後便攜著載有上述財物的塑膠袋逃離上址。接著，嫌犯 B 利用塑膠帶將兩名被害人的拇指相互扣上，並著令其倆向牆站著以待警車的到來，其間，嫌犯 B 更向其倆聲稱自己已在警隊工作五年。
- 隨後，嫌犯 B 在單位內以小刀將上述扣著兩名被害人拇指的塑膠帶割斷，並假裝帶向兩名被害人前往大廈旁邊的巷子以等待“警車”，其後又將該兩名被害人帶回上址，且尚向其倆訛稱要前往購買飲料，故便留下一部屬警方交予其工作時使用的黑色

手提電話，並稱警車抵達時會以該電話與她們兩人聯繫，接著，嫌犯 B 便自行借故離開單位逃去無蹤。

- 在離開後不久，時間約為同日晚上 7 時許，嫌犯 B 便與嫌犯 A 在街上會合，其間，嫌犯 B 從上述載有兩名被害人財物的塑膠袋內取出澳門幣 2,000 元交給嫌犯 A，餘下者則歸嫌犯 B 所有。
- 兩名嫌犯 B 及 A 假裝為執行職務的警員，使兩名被害人均誤信其倆為正在執行職務的警務人員，並將自己所攜有的財物一一交出，而兩名嫌犯就詐騙得逞地將全數財物拿走並據為己有。
- 兩名嫌犯 B 及 A 的上述不法行為分別對兩名不虞有詐的被害人 C 造成總值不少於澳門幣 19,000 元及港幣 6,000 元的損失，及對 D 造成總值不少於澳門幣 10,000 元的損失。
- 兩名嫌犯 B 及 A 明知屬在未經許可的情況下執行保安部隊之職務和作出公共保安部隊警員本身之行為，仍向兩名被害人明示自己具有公共保安部隊警員之身份，令彼等誤信其倆真的其有上述身份且屬正在執行上述職務和作出警員本身之行為。
- 嫌犯 B 身為治安警察局警員，意圖為自己及第三人獲得不正當利益而在明知非屬執行職務的情況下，濫用其職務上固有之權力和違反其職務上固有之義務，藉著偽裝執行職務的詭計方式，著令兩名被害人交出所攜帶的財物並將之據為己有，損害了特區行政當局的公正性及可信性。
- 兩名嫌犯 B 及 A 共同合意，彼此分工，為獲取不正當利益而向兩名被害人訛稱是正在執行警察職務，使其倆產生錯誤並將自己所攜帶的財物交予兩名嫌犯取走，從而遭受財產損失。
- 兩名嫌犯 B 及 A 是在自由、自願及有意識的情況下，故意實行上述行為，且是清楚知道上述行為屬違法，會受到法律制裁。
- 此外，還查明：
- 第一嫌犯 A 表示具有初中一年級的學歷，地盤工人，每月收入約為澳門幣 10,000 元，每月需要給予父母親澳門幣 5,000 元的生活費。

- 根據嫌犯的最新刑事記錄顯示，第一嫌犯並非初犯。
- 第一嫌犯曾因觸犯第 17/2009 號法律第 14 條規定和處罰的一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，於 2014 年 4 月 4 日被第 CR2-14-0077-PSM 號卷宗判處 1 個月徒刑，暫緩執行 1 年，條件為緩刑期間需接受社工跟進，並不得再接觸毒品，判決於 2014 年 5 月 9 日轉為確定；因嫌犯緩刑義務，於 2015 年 1 月 26 日所作出的批示中，決定將嫌犯的緩刑期延長 1 年，維持該案緩刑的條件，該批示於 2015 年 2 月 25 日轉為確定；其後，因嫌犯再次違反緩刑義務，於 2015 年 7 月 20 日所作出的批示中，決定將被判刑人的緩刑期延長 1 年，該批示於 2015 年 9 月 14 日轉為確定；由於嫌犯再違反緩刑義務，於 2016 年 2 月 1 日所作的批示中，決定將被判刑人的緩刑期延長 1 年，該批示於 2016 年 2 月 29 日轉為確定；由於嫌犯再違反緩刑義務，於 2016 年 7 月 11 日所作的批示中，再延長緩刑 1 年，條件為 30 日內提交人住戒毒院舍的證明；由於嫌犯再次違反緩刑義務，故案件於 2016 年 10 月 17 日決定廢止嫌犯的緩刑，判決於 2016 年 11 月 9 日轉為確定，嫌犯已服滿所判處的徒刑。
- 第二嫌犯 B 表示具有大專畢業的學歷，治安警察局警員，每月收入約為澳門幣 30,000 元，育有一名子女。
- 根據嫌犯的最新刑事記錄顯示，第二嫌犯屬於初犯。

未能證明的事實：

- 兩名嫌犯的上述行為對被害人 C 造成總值為澳門幣 34,480 元的損失，及對被害人 D 造成總值為澳門幣 22,800 元的損失。
- 起訴批示及答辯狀中與上述已證事實不符的其他事實。

三、法律部份

本程序需要審理兩名嫌犯 A (以下稱為第一上訴人) 及 B (以下稱為第二上訴人) 對原審法院作出的有罪判決所提起的上訴。

在被上訴的判決中，原審法院裁定：

- 第一上訴人 A 以直接共同正犯，故意及既遂方式觸犯澳門《刑法典》第 322 條 a 款所規定及處罰的一項「職務之僭越罪（共犯）」，判處 1 年實際徒刑；

- 第二上訴人 B 以直接共同正犯，故意及既遂方式觸犯澳門《刑法典》第 322 條 a 款所規定及處罰的一項「職務之僭越罪（共犯）」，以及澳門《刑法典》第 347 條所規定及處罰的一項「濫用職權罪」，合共判處 2 年實際徒刑。

第一上訴人在上訴狀理由中，認為原審法院應給予其緩刑。

而第二上訴人在上訴理由中，認為：

- 案發時為警員，「職務之僭越罪」只通用於非公務員，原審法院判處其以共犯方式觸犯一項「職務之僭越罪」違反了《刑法典》第 322 條第 a 款的規定；

- 「濫用職權罪」與「職務之僭越罪」之間存在吸收關係，應只判處其一項「濫用職權罪」。

- 上訴人指原審法院沒有考慮對其有利的因素，對其科處徒刑而非罰金，違反了《刑法典》第 64 條的規定，且對其量刑過重，應合共判處不超逾 1 年 7 個月徒刑，並給予緩刑。

（一）職務之僭越罪的實施主體

關於《刑法典》第 322 條所規範的「職務之僭越罪」是否僅適用於非公務員的問題，我們認為其上訴理由不能成立。

《刑法典》第 322 條對職務之僭越罪作出了規定：

“作出下列行為者，處最高二年徒刑，或科最高二百四十日罰金：

a) 明示或默示自己具有公務員或公共保安部隊成員之身分，而在未經許可下，執行公務員或公共保安部隊之職務，或作出公務員或公共保安部隊成員本身之行為；

b) 不擁有或不具備法律要求從事某一職業所須擁有或具備之某一資格或某些條件，明示或默示自己擁有或具備此資格或條件，而從事該

職業；或

c) 獲正式通知被撤職或停職後，繼續執行公共職務。”

我們知道，一般而言，犯罪之成立，與行為人的身份無關，但在若干情況下，法律將“身份”或其他特定關係規定為犯罪構成的主體要件，但是，在共同犯罪中，因身份或其他特定關係成立之罪，即使其中一人或多人本身不具備該等特別身份或特定關係，仍以身份犯的共犯論處。這一點在《刑法典》第 27 條就有明確規定，關鍵在於以該等“身份”進行犯罪活動存在於彼等的犯罪意圖之中，並不存在該第 27 條最後的除外但書所指的“另有意圖”。²

根據原審法院所認定的事實，兩名上訴人經過協商後達成協議，合謀作出本案之犯罪行為。在其中，第二上訴人將其警員委任證交予第一上訴人，以便第一上訴人可冒充警員，第一上訴人之後先行進入案發單位，並以該警員證冒充警員執法。及後，第二上訴人到達案發現場假裝支援，並利用其作為警員的知識作出一系列行為以令兩名被害人相信他們是正在執行職務的警員，使兩名被害人在毫無疑問的情況下交出財物。可見，對於第一上訴人所作出的僭越職務的行為中，第二上訴人的參與不可或缺。因此，原審法院判處第二上訴人以共犯方式觸犯一項「職務之僭越罪」並無不當之處。

（二）「職務之僭越罪」及「濫用職權罪」的競合關係

「職務之僭越罪」及「濫用職權罪」所保護的法益各有不同，「職務之僭越罪」保護的法益是公權力及相關職務的行使，該權力或職務因僭越而受損；而「濫用職權罪」所保護的法益是公權力的依法行使。故此，兩罪之間並不存在吸收關係。

（三）量刑及其緩刑

² 參見 Leal-Henriques 所著《Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau》第 I 冊 2013，CFJJ，第 353-354 頁。

第二上訴人指其為初犯，承認控罪，並已真誠悔悟，而原審法院沒有考慮對其有利的因素，對其科處徒刑而非罰金違反相關法律規定，同時指原審法院對其量刑過重，就一項「職務之僭越罪（共犯）」及一項「濫用職權罪」，應分別判處 9 個月徒刑及 1 年 3 個月徒刑，兩罪競合後，應合共判處 1 年 7 個月徒刑。

《刑法典》第 64 條對選擇刑罰種類作出了規定。按照該條文規定，僅當非剝奪自由之刑罰未可適當或不足以實現處罰的目的時，法院方可選擇剝奪自由的刑罰。

而具體量刑方面，《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，具體刑罰應在最低刑幅及最高刑幅之間，以罪過及刑罰目的作出決定。按照該等條文規定，法院在確定具體刑罰的時候必須按照行為人的罪過及刑事預防犯罪的要求，在法律所定的限度內為之，同時亦須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀的情節。法律給予法院在刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由，只有當原審法院明顯違反法律或罪刑相適應原則時，上級法院才有介入原審法院的量刑空間。

第二上訴人雖為初犯，但根據原審法院所認定的事實，其為了獲取不法利益，身為警員，主動相約第一上訴人共同商議合謀冒充正在執行職務的警員，以便使案中兩名被害人在不虞有詐的情況下交出財物，然後兩名上訴人將之據為己有。第二上訴人事先將自己的警員委任證交予第一上訴人，第一上訴人到達有關單位後隨即出示上述警員委任證，兩名被害人便相信第一上訴人為警員並向其交出財物。及後，第二上訴人到達上述單位，著令第一上訴人攜著相關財物離開並召警車前來支援。期間，第二上訴人利用塑膠帶將兩名被害人的拇指相互扣上，最後借故逃去無蹤。從兩名上訴人周詳的犯案計劃可知，他們的犯罪故意程度極高，行為屬非常嚴重，尤其是第二上訴人身為公務人員而實施本案的犯罪行為，反映出特別預防方面的強烈需要。

考慮到上訴人的罪過程度、所犯罪行的性質及其嚴重性、案件的具體情節，並綜合考慮犯罪預防的需要，僅對其處以非剝奪自由的刑罰明顯不適當及不足以實現處罰的目的，故原審法院選科徒刑的決定，完全符合《刑法典》第 64 條的規定。

在具體的量刑方面，原審法院在量刑時已全面考慮應予考慮的各因

素，對第二上訴人所觸犯的一項「職務之僭越罪（共犯）」及一項「濫用職權罪」，分別被初級法院判處1年徒刑及1年6個月徒刑，均低於有關罪法定抽象刑幅上下限的1/2沒有明顯的過重或者刑罰不合適。

我們知道，第二上訴人所觸犯的「職務之僭越罪（共犯）」及「濫用職權罪」屬於較為嚴重的罪行，對社會安寧及法律秩序帶來相當的負面影響，故對相關犯罪的特別預防和一般預防的要求都相對較高。

因此，考慮到第二上訴人的罪過程度、所犯罪行的性質及其嚴重性、可適用的刑罰幅度、其個人狀況、案件的具體情節，尤其是第二上訴人為警務人員，並綜合考慮犯罪預防的需要，我們認為，原審法院對第二上訴人所觸犯的一項「職務之僭越罪（共犯）」及一項「濫用職權罪」，分別被初級法院判處1年徒刑及1年6個月徒刑，以及兩罪並罰後，合共判處2年實際徒刑的單一刑罰，均屬適當的，衡平的，符合《刑法典》第40條、第65條及第71條的規定。

兩名上訴人均認為應給予他們緩刑。

根據《刑法典》第48條第1款的規定，經考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，認為謹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。

無疑，本案中，第一上訴人被原審法院判處1年徒刑，而第二上訴人被合共判處2年徒刑，然而，這僅僅符合法律規定給予緩刑的形式前提。

眾所周知，科處刑罰的目的在於保護法益及使犯罪行為人重新納入社會。（《刑法典》第40條第1款）

在決定是否將所科處的徒刑暫緩執行，我們必須考慮譴責犯罪和預防犯罪的需要。

關於第一上訴人，根據卷宗資料，其非為初犯，曾因觸犯一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」而被第CR2-14-0077-PSM號案判處1個月徒刑，暫且1年執行，條件為緩刑期間而接受社工跟進，並不得再接觸毒品。然而，在不足兩年內，第一上訴人因多次違反緩刑義務而先後被四次延長緩刑期，最終因再次違反緩刑義務而被廢止其緩刑。可見，

第一上訴人沒有珍惜法院所給予的機會，還故意實施本案所被指控的罪行。由此觀之，第一上訴人的犯罪故意程度非常高，守法意識極為薄弱、自我約束及控制能力低，對法律秩序抱漠視的態度，因而對其的特別預防的要求無疑需要相應提高。

至於第二上訴人方面，如前所述，其雖為初犯，但身為執法人員，以身試法，主動與第一上訴人聯絡並合謀作出本案之犯罪，反映出其犯罪故意程度相當高，行為屬非常嚴重，人格存在嚴重偏差，對其特別預防的要求亦無疑需要相應提高。

事實上，兩名上訴人以他們的實際行動排除了法院對他們將來的行為抱有合理期望、希望他們不再犯罪，重新納入社會的可能性。顯然，在本案中，透過給予兩名上訴人緩刑的機會並不能達到對他們科處的刑罰的目的。

因此，應實際執行所判處的徒刑。

綜上所述，我們認為應裁定兩名上訴人的上訴理由不成立，並維持原審法院所作的判決。³

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定兩名上訴人的上訴理由不成立，維持原判。

兩上訴人必須共同支付本程序的訴訟費用以及分別支付，第一上訴人 4 個計算單位，第二上訴人 6 個計算單位的司法費。

澳門特別行政區，2019 年 7 月 25 日

(裁判書製作人)

蔡武彬

³ 裁判書製作人曾經在審理上訴之前的初端批示中認為上訴法院有可能就嫌犯的行為改判構成兩項勒索罪。合議庭基於原審法院因受害人放棄追究嫌犯的刑事責任，將被控告的詐騙罪宣告刑事程序消滅，故我們不宜就此問題再行作出改判，尤其是基於檢察院沒有對此決定作出上訴的情況下。

(第一助審法官)
陳廣勝

(第二助審法官)
譚曉華