

第 470/2017 號上訴案

上訴人：A (A)

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嫌犯 A 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」。並請求初級法院以庭審程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的獨任庭第 CR3-17-0047-PSM 號簡易刑事案件中，經過獨任庭庭審，最後作出了以下的判決：

裁定嫌犯 A 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。

上訴人 A 對此判決不服，向本院提起上訴：

1. 本上訴係針對初級法院刑事法庭第三庭獨任庭，於 2017 年 4 月 19 日，對上訴人 A 作出的一審有罪判決。透過該裁判，上訴人被指觸犯一項第 6/2004 號法律第 21 條所規定及處罰之非法再入境罪，判處四個月徒刑。
2. 被上訴判決沾有刑事訴訟法典第 400 條第 1 款，違反《刑法典》第 40 條 第 48 條 第 64 條及第 65 條規定之瑕疵，理據如下：
3. 除應有之尊重外，上訴人認為原審法院在適用《刑法典》第 48 條之規定上，僅著重於上訴人的刑事犯罪紀錄，並沒有充分地考慮上訴人符合徒刑之暫緩執行制度的其他實質前提要件。

4. 首先，上訴人在庭審中坦白承認其被指控的犯罪，可見其對於自己所作之行為已作出反省，並知悉及明白其行為錯誤且會觸犯澳門法律。
5. 而且，原審法院亦認為對於上訴人因是次犯罪而產生之犯罪後果的嚴重性僅屬一般，可見上訴人因犯罪而對社會造成的危害並不至於惡劣或不可彌補的程度。
6. 上訴人在中國內地主要是務農為生，雖然收成勉強可以維持日常生活，但無利可圖，故上訴人的家庭經濟環境較差，如上訴人與丈夫離異，現時需要獨力照顧一僅八歲大的小孩，同時又需要照顧家中的兩名年逾八十歲的老人家。
7. 所以，家中全部生活開支的重擔落在上訴人身上，單憑上訴人一人之力實難以維持，故上訴人在一時糾結下，才鋌而走險借錢到澳門賭一把，祈可以獲取金錢解決家庭困難，最後犯下本案被指控的行為。
8. 況且，上訴人在本案中僅被判處 4 個月徒刑，眾所周知，監獄中匯聚了曾觸犯不同犯罪的被判刑人，短期徒刑不但未必對上訴人起到教化作用，反而容易使上訴人沾染監獄內之次文化。
9. 尊敬的 Dr. Manuel Leal-Henriques 亦曾經指出：
“...新的澳門法典須遵守特定的指導性原則，相關內容已載於序言法當中，包括：
...
強化教育方面的意義及體現為具重返社會意義的刑事制度 – 尊重被判刑者的權利及人格，並勸導其遵守法律規範；
...
今日，普遍認同“基於徒刑所帶來的負面效果，應謹慎適用該種制裁方式，且應嚴加限制其適用的必要性及只作為最後手段，即僅當其他較為溫和的措施及非剝奪自由的措施未足以遏止所實施的不法事實引致的社會不安時”。
...
事實上，當我們再看看《刑法典》的內容，便會從稱之為非建

構性的刑罰中體會到立法者的寬容對待，因為，立法者設置了替代徒刑的刑罰，只要該等替代刑能達到處罰的目的，且不會產生適用剝奪自由的刑罰時所帶來的不便。”¹

10. 為此，徒刑應作為最後的刑罰手段，倘能夠以其他方式替代，且又不為上訴人帶來負面效果時，應優先採用該等刑罰方式。
11. 實際上，不論是保護法益及使行為人重新納入社會之目的，關鍵亦是取決於上訴人的行為，基於上訴人是次犯罪的原因主要為照顧家庭，而上訴人在認知其過錯後亦願意承擔責任。
12. 在本案中，即使對上訴人的刑事記錄作出考慮，但透過犯罪情節、及上訴人之生活及家庭狀況顯示，且按照上訴人現時之態度，相信是有依據地支持認定上訴人能改過自身的，同時為了落實刑罰的目的，以及避免徒刑帶來的負面效果，有理由相信給予緩刑仍可達至刑罰之目的。
13. 為此，之上訴人應被視為已符合《刑法典》第 48 條所規定的實質要件，僅對事實作譴責並以監禁作威嚇是適當及足以實現處罰的目的，故應對其在本案中所判處之徒刑適用徒刑之暫緩執行。
14. 綜上所述，被上訴判決對上訴人科處實際執行 4 個月徒刑，違反《刑法典》第 40 條、第 48 條、第 64 條及 65 條規定，懇請尊敬的中級法院合議庭判處本上訴得直，准許給予上訴人緩刑。

請求，綜合以上所列舉的法律及事實理由，同時不妨礙尊敬的中級法院合議庭諸位法官 閣下對法律理解的高見，懇請裁定本上訴得直，並作出如下公正裁判：

基於被上訴判決對上訴人科處實際執行 4 個月徒刑的刑罰，根據《刑法典》第 40 條、第 48 條、第 64 條及 65 條規定，符合徒刑暫緩執行的前提，准許給予上訴人緩刑。

¹ 澳門刑法培訓教程第二版中文版，Manuel Leal-Henriques 著，盧映霞譯，法律及司法培訓中心 2011 年版，第 7、173 及 174 頁

同時，請求命令將本案所月有庭審錄音上呈予尊敬的中級法院，以便審理本上訴。

承上所述，及有賴尊敬的中級法院法官 閣下對法律理解的高見，裁定本上訴得直，並一如既往地作出公正裁判！

檢察院就上訴人 A 所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 上訴人並非初犯，已有刑事紀錄並且曾被判處徒刑。
上訴人承認控罪，經庭審聽證已審查卷宗資料，上訴人在不具備身份證明文件，是在現行犯情況下被拘留，有關事實不容上訴人之否認。
2. 上訴人在 2014 年 6 月被驅逐出境，2016 年 7 月 1 日在 CR4-15-0365-PCC 號卷宗，因觸犯一項「偽造文件罪」罪名成立，判處 2 年 3 個月徒刑，暫緩執行 2 年。
3. 對於所科處的徒刑是否可以暫緩執行，取決於是否符合法律《刑法典》第 48 條第 1 款所規定的要件，包括形式要件和實質要件。其中，形式要件是指所科處的刑罰為不超過三年之徒刑。
4. 本案中上訴人被判處 4 個月徒刑，並不超逾三年。這只是法律規定給予緩刑的形式要件。對上訴人給予緩刑，尚需考慮是否符合法律所規定的實質要件，即是否「能適當以足以實現處之目的」。除了考慮上訴人過往的行為紀錄外，還必須考慮上訴人犯罪的情節及其嚴重性等因素。
5. 在考慮保護法益方面，上訴人已非第一次非法進入澳門，本案前已曾被驅逐出境，而係一故意度極高行為。非法入境實為近年社會常見現象，是一項影響生活安寧和破壞秩序之犯罪，因此，一般預防要求亦要提高。
6. 基於未能顯示上訴人不會再犯類似行為，故無法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目的之結論。上訴人應為自己所作出的違法行為承擔相應的代價。

7. 上訴人認為監獄不收教化作用故應對其採徒刑暫緩執行，此乃上訴人片面否定現代教化原則可在監獄實現成果，屬上訴人主觀看法。
8. 綜上所述，本院認為，上訴人的上訴理由不成立，應予駁回。

駐本院助理檢察長提出法律意見書，其內容如下：

2017 年 4 月 20 日，初級法院判處被判刑人 A 觸犯一項第 6/2004 號法律第 21 條所規定及處罰之「非法再入境罪」，處以 4 個月實際徒刑。

上訴人 A 不服上述判決而提起上訴。

在其上訴理由中，上訴人 A 認為被上訴的判決不給予緩刑，是違反了《刑法典》第 40 條、第 48 條、第 64 條及第 65 條之規定。

對於上訴人 A 所提出的上訴理由，我們認為不能成立，應予駁回。

根據《刑法典》第 64 條的規定，法院對非剝奪自由刑罰的優先選擇是以該刑罰“可適當及足以實現處罰之目的”為前提條件。

《刑法典》第 48 條同樣也是以僅對事實作譴責並以監禁作威嚇罰“可適當及足以實現處罰之目的”作為緩期執行徒刑的前提條件。

而《刑法典》第 40 條第 1 款則明確規定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。

在具體刑罰的確定方面，法院應遵守《刑法典》第 65 條的規定，按照行為人的過錯及預防犯罪的要求，在法律所定的限度內量刑。

考慮到具體情節，我們認為上訴人 A 對其犯罪行為無可抵賴，故此其自認行為能起到的減刑作用十分有限。

從被上訴的判決中可以看到，在確定適用於上訴人的具體刑罰時，原審法院確實考慮了《刑法典》第 64 條、第 40 條及第 65 條第 1 款及第 2 款的相關規定，並無不當之處。

我們一直認為，徒刑-作為剝奪人身自由的工具，必須適用謹慎，才能達到刑法的目的-保護法益和預防犯罪，因此，減少短期徒刑的適用，以免行為人因服短期的徒刑而沾染了監獄的次文件，這是今天緩刑制度

在澳門《刑法典》中被設立的原始精神。

而根據《刑法典》第 48 條第 1 款之規定，在一定的形式及實質前提之下，法官得暫緩執行具體量刑不超逾三年的徒刑。這個決定應建基於對行為人有利的社會評價之上，即法院要冒一個險，期待行為人將因受制於有關刑罰的威嚇而不再實施犯罪；當然，對於行為人是否會珍惜這個有利其重返社會的緩刑決定，倘法院存有嚴重的質疑的話，就等於否定了上述有利行為人的社會評價。

顯然地，在本案中，法院無法對上訴人得出有利的社會評價以致不能冒這個險，期待上訴人將因受制於有關刑罰的威嚇而不再實施犯罪。正如被上訴的判決中所列，以及尊敬的檢察官在其上訴理由答覆中所述，上訴人 A 並非初犯，甚至在第 CR4-15-0365-PCC 號案件中被判暫緩執行徒刑期間又實施本案所針對之犯罪行為，可見前次判罪所包含的嚴肅警戒並不足以讓上訴人 A 汲取教訓，不再實施犯罪，尤其是不再重蹈覆轍地作出涉及非法移民的犯罪行為。

因此，雖然被上訴判決所判處上訴人 A 4 個月徒刑不超逾 3 年徒刑，符合《刑法典》第 48 條第 1 款所規定的形式要件，但並不符合該條件所規定的實質要件，因為單以監禁所威嚇已不適當及不足以實現處罰的目的了。

綜上所述，上訴人 A 指責被上訴的判決違反了《刑法典》第 40 條、第 48 條、第 64 條及第 65 條之規定是不成立的，應裁定，上訴人 A 所提出的上訴理由不成立。

二、事實方面

原審法院認定了以下的已證事實：

- 於 2014 年 6 月 1 日嫌犯 A 被驅逐出境，並簽署了有關驅逐令通知書，編號 613/214/C.I.，內容為禁止嫌犯進入本澳，為期 5 年(由 2014 年 6 月 1 日至 2019 年 5 月 31 日)，其清楚明白自己於 5 年內禁止進入本澳。
- 於 2017 年 4 月 18 日 02 時 00 分，嫌犯在中國珠海某不知名海邊以游泳方式進入本澳，隨後便獨自前往本澳各大娛樂場進行賭博，同日約 17 時 00 分，其行經至澳門友誼巷近國際中心

附近便被警員截查。

- 嫌犯在有意識、自由及自願的情況下作出上述行為。明知此等行為是法律所禁止和處罰。
- 嫌犯對被控訴事實作出完全及毫無保留的自認。
- 同時，亦證實嫌犯的個人狀況如下：
- 嫌犯 A，沒有接受教育。
- 嫌犯聲稱無業，無人須其供養。
- 而根據刑事紀錄證明，嫌犯並非初犯。
- 於 2016 年 7 月 1 日，在 CR4-15-0365-PCC 號卷宗因觸犯一項「偽造文件罪」，罪名成立，判處 2 年 3 個月徒刑，暫緩 2 年執行。
- 未獲證明的事實：沒有尚待證實的事實。

三、法律部份

上訴人在其上訴理由中認為被上訴的判決面對上訴人坦誠犯罪的事實，對自己的行為作出的反省的情節，以及犯罪所產生的後果的嚴重性一般的情況下仍然不給予緩刑，是違反了《刑法典》第 40 條、第 48 條、第 64 條及第 65 條的規定。

我們知道，法院在量刑時對“所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節”進行綜合分析和考慮，不能僅側重於考慮對行為人有利（或不利）的因素，並嚴格遵守《刑法典》第 65 條的規定，按照行為人的過錯及預防犯罪的要求，在法律所定的限度內量刑。

法院無論在對非剝奪自由刑罰的優先選擇上，還是考慮是否給予緩刑的問題上，都將注重考慮對犯罪的預防方面的需要的因素上，衡量該刑罰是否可適當及足以實現處罰的目的。

我們可以看到，上訴人清楚知悉過往於 2014 年已涉嫌觸犯偽造文件罪而以嫌犯的身份被拘留，然後被驅逐出境，並禁止 5 年之內再次進入澳門，而在其所涉及的案件中，初級法院於 2016 年 7 月裁定其所觸

犯的偽造文件罪罪名成立被判處 2 年 3 個月徒刑緩刑 2 年執行。

雖然，我們在量刑時不能再次考慮上訴人違反進入澳門的禁令的事實（刑法典第 65 條的禁止雙重衡量原則），但是，上訴人在第 CR4-15-0365-PCC 號案件中因比本案的罪名更嚴重的偽造文件罪被判緩刑，在緩刑期間仍然實施犯罪行為，顯示上訴人守法意識薄弱，再犯可能性極高，可見該命令所包含的嚴肅警戒並不足以讓上訴人汲取教訓，不再實施犯罪，同時也讓人們對其將來行為不再抱有任何期望，故此暫緩執行徒刑根本不能適當及足以實現處罰的目的。

更重要的是，原審法院在遵循直接以及口頭原則的進行審理活動情況下，而得出對上訴人的人格以及其他社會生活條件的總體印象的結論並以此作出刑罰的決定，對於上訴法院來說，在原審法院的結論不存在明顯的不恰當之處時，沒有任何理由質疑這種印象以改變對其的刑罰的選擇。

因此，上訴人的上訴理由不能成立，為上訴的判決應該予以維持。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人的上訴理由不成立，維持被上訴判決。

本程序的訴訟費用的由上訴人支付，以及支付 4 個計算單位的司法費。

確定其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，2017 年 6 月 8 日

(裁判書製作人)

蔡武彬

(第一助審法官)

司徒民正

(第二助審法官)

陳廣勝