

上訴案第 116/2006 號

上訴人：A

澳門特別行政區中級法院判決書

在澳門特別行政區初級法院刑事法庭的獨任庭簡易刑事第 CR1-06-0032-PSM 號案件中，嫌犯 A 因觸犯了 25 項第 6/2004 號法律第 16 條第 1 款所規定及處罰之『非法僱用罪』，每項罪名被判處 3 個月徒刑，25 項罪併罰，合共被判處 2 年零 3 個月徒刑，即時執行。另外根據第 6/98/M 號法律第 24 條的規定，判處嫌犯須繳付澳門幣 500 元給“保護暴力犯罪受害人之用途的基金”。

嫌犯 A 對此判決不服，通過辯護人向本院提起上訴。其上訴的主要理由如下：

第一，於對上訴人的行為應以《澳門刑法典》第 29 條 2 款連續犯處罰，並應考慮給予緩刑：

1. 《澳門刑法典》第 29 條第 2 款規定“數次實現同一罪狀或基本上保護同一法益之不同罪狀，而實行之方式本質上相同，且係在可相當減輕行為人罪過之同一外在情況誘發下實行者，僅構成一連續犯。”一般理論認為，連續犯通常是指行為人出於一個概括的故意，連續數次觸犯了同一罪名的情況。
2. 澳門有一個確定和統一的司法見解（除其他外，參見 1997 年 7 月 9 日高等法院在 704 號上訴案的合議庭裁判、1997 年 10 月

15 日在第 727 號上訴案的合議庭裁判、1997 年 10 月 23 日在第 721 號上訴案的合議庭裁判等）指出了連續犯的要件。這些要件是數次實現同一罪狀（或基本上保護同一法益之不同罪狀）、實行之方式本質上相同、故意的單一性以及誘發實行並因此可相當減輕行為人之罪過的一個外在情況的持續存在。（見中級法院司法見解於 2000 年 1 月 20 日第 1275 號訴訟案）

3. 即一般認為需要存有以下要素：

- 數次實現同一罪狀；
- 實行之方式本質上相同；
- 總體故意；
- 誘發實行並可相當減輕行為人之罪過的一個“外在情況”的持續存在。

4. 本文中，上訴人被判觸犯二十五項第 6/2004 號法律第 16 條第 1 款所規定及處罰之『非法僱用罪』，很明顯，上訴人侵犯的法益是相同，實行犯罪的方式，聘請 25 個非法工作者的方式都是相同的，都是由上訴人負責面試，並作出決定是否錄用，基本的方式同形式都是相同的。

5. 至於總體故意性，根據司法見解，總體故意可根據地點、時間、被害人、行為方式等決定，本案的上訴人是在同一地點【B 夜總會】，於短時間內（大約 1 個月內）聘用 25 個非法工作者，時間上是緊接著的，被害人都是無持有合法工作證件之人仕，行為方式都是相同的，故此，上訴人的行為是具備了“形式要件”。

6. 最重要的討論，是上訴人的行為能否具備實質要件“誘發實行並可相當減輕行為人之罪過的一個“外在情況”的持續存

在”？即“要求相繼實施的行為在時間上和空間上相近，使之重複並引致行為人受譴責的同一外在情況持續存在”（見中級法院司法見解於 2000 年 1 月 20 日第 1275 號訴訟案）

7. 本文中，無論時間上及空間上都是相近，都是發生於同一地點【B 夜總會】，時間上是緊密的，大約於一個內月完成聘請。
8. 再者，上訴人仍工作於【B 夜總會】，工作上仍須服從上司或受上司影響，根據上司指示聘用人員。
9. 無論時間上、空間上、工作上、實行方式上都是相同的；故意性是單一的，就是服從上司的指令；一日仍工作於【B 夜總會】，就仍須服從上司指令繼續聘請無持有合法工作證件之人仕，故此，誘發實行並可相當減輕行為人之罪過的一個“外在情況”就繼續存在。
10. 對於被上訴的判決中所述，.....判處嫌犯二十五項『非法僱用罪』，每項三個月徒刑“辯護人除給予應有尊重外，並不贊成上述判決，因尊敬的法官 閣下，並沒有考慮《澳門刑法典》第 29 條 2 款及《澳門刑法典》第 73 條之適用，給予上訴人一個最高為 2 年的刑罰。
11. 故此，綜括以上所述，上訴人於短時間內連續聘請 25 個無持有合法工作證件之人仕，是符合第 29 條第 2 款所規定之全部構成要件，應以連續犯處罰之。
12. 根據《澳門刑法典》第 73 條之規定“連續犯，以可科處於連續數行為中最嚴重行為之刑罰處罰之”，6/2004 號法律第 16 條第 1 款所規定及處罰之『非法僱用罪』，每項『非法僱用罪』最高可被判處二年徒刑，再根據《澳門刑法典》第 48 條第 1 款之規定，因滿足了緩刑之全部要件，應給予上訴人緩刑。

第二，上訴人應有《澳門刑法典》第 66 條第 2 款 C 項特別減輕情節之適用：

13. 特別減輕情節中，尤須考慮下列情節，《澳門刑法典》第 66 條 2 款 c 項“行為人作出顯示真誠悔悟之行為，尤其係對造成之損害盡其能作出彌補”，本案中的上訴人從一開始，在沒有威迫利誘之下，已主動、自發、坦白及毫無保留地自認，可相而知，上訴人是一個誠實之人，更體現出上訴人勇於承擔責任，有「知錯能改」的精神。
14. 上訴人的自認對本案的迅速破案及能夠被法庭成功審判，實現法律正義，起著關鍵性的作用。
15. 從上訴人從始至終之坦承中，可體現出上訴人對自己的行為是有悔意，而且是真誠的，並對自己所犯之罪行進行彌補---勇於承認所犯之罪行，承擔有關法律責任，接受刑事制裁，這正是上訴人盡其所能作出彌補之最佳方法。
16. 故此，尊敬的法官 閣下在考慮上訴人的刑罰時，應考慮給予上訴人《澳門刑法典》第 66 條 2 款 c 項特別減輕情節之適用。即使，尊敬的法官 閣下不認同具有本條之特別減輕情節，也請求尊敬的法官 閣下考慮有關情況，減低上訴人的刑罰。

第三，上訴人應有《澳門刑法典》第 66 條第 2 款 A 項特別減輕情節之適用：

17. 刑罰之特別減輕尤須考慮下列情節，《澳門刑法典》第 66 條 2 款 a 項“行為人在嚴重威脅之影響下，或在其所從屬或應服從之人之權勢影響下作出行為”。
18. 本案中，上訴人是【B 夜總會】之經理，本身是【B 夜總會】之僱員，每月領取薪金，上訴人與【B 夜總會】建立了勞務關

係，雙方處於不平等的地位，工作上從屬於上司，須服從上司指令，執行上司所交給之工作。

19. 上訴人已經 61 歲高齡，可選擇的工作已不多，上訴人爲了“養家活兒”，在工作與執行違法指令之間須作出選擇。
20. 面對上述“工作與法律”兩難全之情況，上訴人在迫不得已的情況下，選擇工作，繼續工作於【B 夜總會】，都是因爲要供養家庭。
21. 請求尊敬的法官 閣下體諒上訴人在工作與違法之下所出迫不得已之決定，儘管，尊敬的法官 閣下不認上同上訴人的情況符合《澳門刑法典》第 66 條第 2 款 a 項之規定，但上訴人的情況是值得同情的，應可被考慮“減低刑罰”。

第四，被上訴的判決，違反了刑法典第 40 條、第 48 條、第 64 條、第 65 條第 66 條之規定。

22. 嫌犯是初犯，並沒有前科，一直行爲良好，是一個良好市民及一名好丈夫、好父親。
23. 上訴人今年 61 歲，是家中唯一的經濟支柱，有一名女兒 C，今年 11 歲，就讀於泰國寄宿學校，而太太 D 是家庭主婦，女兒及太太仍須上訴人的照顧、供養。
24. 故此，上訴人是家庭中不可缺少的經濟支柱，倘若上訴人要服監禁刑，首先禍害的是家裏的太太及年幼的女兒，他們失去唯一經濟支柱後，將面對的困境是可想而知，亦將對社會帶來負面的影響。
25. 基於刑罰的其中一個目的是使人能重返社會（刑法典第 40 條）。在適用刑罰時，將會顯示出此制度具有使人能重新納入社會（法令第 58/95/M 號）。

26. 於案中，坦白承認一切事實，已充份體現上訴人的悔意，對於個別預防的目的已達到。
27. 上訴人所觸犯的違法行為是罪惡性較輕之刑法規定，與一般生命犯罪或財產犯罪相比，很明顯，罪惡性不大，對社會秩序、公共利益影響有限。
28. 6/2004 號法律第 16 條第 1 款所規定及處罰之『非法僱用罪』所保障的法益是本地居民的工作機會，防止僱用非本澳居民，而損害本澳居民的就業市場。
29. 在本案中，經上訴人所聘用為【B 夜總會】之公關小姐，是澳門居民不熱衷的行業，澳門是一個經濟較富裕的地區，澳門居民不希望，更不願意從事“公關小姐”這種職業。
30. 因此，一般預防的目的在本案中的重要性已大大降低。
31. 總括而言，相對於刑罰的一般預防及特別預防的目的，給予緩刑是適當和足夠的。
32. 在量刑時，法官閣下須先選非剝奪自由之刑罰（刑法典第 64 條）。
33. 在具體量刑方面，根據澳門『刑法典』第六十五條規定，法院得考慮行為人之罪過和預防犯罪之要求，以及不屬罪狀之加重或減輕情節，尤其是：犯罪事實的不法程度、實施犯罪事實的方式、犯罪事實所造成的後果、犯罪故意程度、犯罪時行為人的情緒狀態、犯罪的目的或動機、嫌犯的個人人身及經濟狀況及其犯罪前後的表現等。
34. 監禁刑並非最有效預防犯罪之手段，相反，可能受監獄惡習之影響，令嫌犯更難於重返社會。刑罰之指導方針是儘力避免適用監禁刑（法令第 58/95/M 號後段：當罰金能適當及足以實現

處罰之目的時，須科處罰金，以避免實際科處短期徒刑）。很明顯，立法者已清楚明白短期監禁的壞處。

35. 按司法見解及學說，緩刑的適用應符合 2 個要件：客觀要件----科處不超過三年之徒刑，及主觀要件----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，使之不再犯罪。
36. 上訴人的行為已滿足《澳門刑法典》第 48 條之客觀要件“科處不超過三年之徒刑”。
37. 而主觀要件，上訴人的人格是誠實可信的，在案件，上訴人從始至終坦承，並與警察機關及司法機關充份合作；上訴人之生活狀況是良好及正面，一直行為良好（至 61 歲仍未觸犯任何罪行），是初犯，本身亦是家庭支柱，更是一個好丈夫及好父親；上訴人犯罪前後之行為是正面的，從一開始，已主動、自發、坦白及毫無保留承認有關事實，表現出充份的悔意；犯罪的情節，上訴人所觸犯的違法行為是罪惡性較輕之刑法規定，與一般生命犯罪或財產犯罪相比，很明顯，罪惡性不大，對社會秩序，公共利益之影響並不如生命犯罪或財產犯罪來得嚴重。
38. 上訴人是一個有家庭及負責任之人，相信經過本事件後，上訴人已吸取了教訓，以後都不會再鋌而走險，而且，上訴人已辭去【B 夜總會】之工作，由此可知，本次的經歷已給予上訴人莫大的阻嚇，故此，單純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。
39. 總結而言，上訴人已滿足了《澳門刑法典》第 48 條給予緩刑的主觀要件及客觀要件，應給予上訴人一個重生機會，給予緩刑。
40. 被上訴的判決違反了刑法典第 40 條、第 48 條、第 64 條、第 65 條及第 66 條之規定。

請求：

1. 總結全文所述，被上訴的判決具備了《刑法典》第 48 條緩刑所須之全部要件，為此，請求中級法院尊敬的法官 閣下對被告適用緩刑。
2. 倘若尊敬的法官 閣下不認同緩刑之請求時，請求降低上訴人之刑罰。
3. 承上所述，僅請法官 閣下判本上訴得直。

檢察院就上訴人的上訴理由作出答覆，其主要內容如下：

1. 所有對法律問題的認定都必須從獲證事實為依歸。
2. 一旦超越了獲證事實，所有討論都只能停留在理論上。
3. 根據本案中之獲證事實，根本不能發現有任何條件把上訴人的僱用行為視為在連續犯的情況下發生。
4. 當中缺乏單一故意及存在任何外在因素誘發實行並可相當減輕行為罪過的情節。
5. 只存在一個普通的勞動關係並不能視為可減輕上訴人在事件中的罪過。
6. 因為勞動關係中的從屬義務亦不是絕對的，其程度亦受法律所限制。
7. 就緩刑的問題，必須考慮一般預防及特別預防兩者間的平衡，視線不能只傾斜於任何一方。
8. 只能在兩種預防的前提都同時滿足時，方應對刑罰給予緩刑。

9. 在本案中，即管在特別預防方面滿足條件，並不代表在一般預防中同樣得到滿足。
10. 我們必須注意在本案中的具體情節，當中最突顯的是上訴人觸犯二十五非法僱用罪，從數目上看，已能了解上訴人之行為對法律條文本身的權威帶來嚴重的傷害。
11. 除此之外，不能忘記一般預防的目的並非單單為保障某罪狀背後的法益，而更深遠地是透過刑罰在具體個案的執行，向社會傳達強烈的意識，證明法律的嚴謹性及效力仍然存在。
12. 眾所週知，在澳門的非法僱用現象嚴重影響社會秩序，而不論在經濟低迷期或經濟發展期，這種不法現象都未能歇止。
13. 另外，不能忽視的是在本案中各名非法勞工所從事的工種更會影響我們健康旅遊城市的形象。

綜上所述，我們認為上訴人的上訴不成立，應予駁回及維持原審法院的判罪裁決。

駐本院助理檢察長提交了法律意見書，其內容如下：

“本案被告 A 不服初級法院作出的有罪判決，以違反法律規定為理由提出上訴。

我們完全同意檢察院司法官在其對上訴理由闡述的答覆中就上訴人提出的問題所發表的觀點和意見，認為上訴人的上訴理由缺乏法律依據，不能成立。

首先，根據原審法院認定的、未被上訴人質疑的事實，不存在任何將上訴人以連續犯判處的可能性。

根據《刑法典》第 29 條第 2 款的規定，連續犯的成立除了取決於在短時間內以本質上相同的方式數次實現同一罪狀或基本上保護同一法益的不同罪狀這些條件外，也依賴於作為誘發犯罪的同一外在情況的持續存在，且該情況可“相當減輕行為人的罪過”。

本澳的司法見解也都認為連續犯的成立與否取決於以下幾個前提條件的同時成立：

- 數次實施同一犯罪或基本上保護同一法益的不同犯罪；
- 實施犯罪方式的同一性；
- 犯罪時間比較接近；
- 犯罪故意的單一性；及
- 存在一個可相當減輕行為人罪過的誘發其實施犯罪行為的外在情況。

從案件中查明的事實來看，上訴人以類似的方式實施了二十五項非法僱用罪，符合連續犯的某些前提條件。但我們認為，姑且不論上訴人是否以單一的故意來實施有關行為，至少在本案中根本不在任何同樣的外在因素誘使其數次犯罪從而減輕其主觀罪過。

重要的是，法律將數個犯罪視為連續犯的根本依據在於同一外部因素的持續存在決定了犯罪人重複犯罪從而使其主觀過錯得到相當的減輕。

考慮到本案的具體情節，我們不能得出上訴人的故意程度因客觀條件的持續存在而獲得相當減輕的結論，因此不可能以連續犯來處罰上訴人實施的多個非法僱用行為。我們所面對的是犯罪競合的情況，上訴人應該以實施數罪而被處罰。

上訴人以他為維持與“B 夜總會”所建立的勞務關係而須聽從上司的指示聘用並不持有本澳合法工作證件者為由，認為他是在可相當減輕行為人罪過的同一外在情況的誘發下實施犯罪。

但是即使如判決書所證明的那樣上訴人是“在其僱主...之政策安排及指示下”而與二十五名只持有往來港澳通行證或中國護照的人士建立勞務關係，我們也不能認同上訴人提出的理由。

一方面，原審法院在已證明的事實中也指出，上訴人是“B 夜總會”的經理，主要負責夜總會的管理業務及聘用、安排公關小姐上班等工作，雖然明知上人士並不持有任何許可其在本澳合法工作的證件，但因公司急需人手而仍代表公司加以聘用。

另一方面，案卷中沒有任何資料顯示上訴人是為維持與公司建立的勞務關係而“迫不得已”作出非法僱用的行為；換言之，我們無從得出若他不聘用有關人士就無法繼續公司工作的結論。

本澳中級法院的司法判例也都認為；考慮到有關非法僱用的法律規定及勞務關係的個人性質，行為人非法聘用的人數決定了他實施犯罪行為的罪數(參見 2002 年 5 月 16 日在第 26/2002 號刑事上訴案中作出的判決)。

基於以上原因，我們不能認為本案的情況完全符合法律規定的連續犯的要件。

上訴人認為法院應暫緩執行對其科處的徒刑。

關於緩刑的適用，上訴人的情況毫無疑問地符合給予緩刑的形式要件。

但是，根據《刑法典》第 48 條的規定，緩刑並不是一個只要所處刑罰低於 3 年徒刑就會自動適用的機制，它的採用還取決於法律所規定的其他條件，尤其是實質要件的是否成立：如果法院在考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節等等因素之後認為僅對犯罪事實作出

譴責並以監禁作威嚇即可適當及充份地實現刑罰的目的時才能宣告將所適用的徒刑暫緩執行。

眾所周知，根據《刑法典》第 40 條第 1 款的規定，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。

刑罰目的分為一般預防和特別預防二種：前者不是單指對犯罪行為和犯罪人的恐嚇和懲戒，而是指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、對社會及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的積極作用；後者則旨在通過對犯罪行為人科處刑罰，尤其是通過刑罰的執行，使其吸取教訓，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。

在其上訴理由闡述中，上訴人強調了刑罰在特別預防方面的功能，而忽視了犯罪的一般預防方面的需要。

正如迪亞士教授所說，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（引自 *Direito Penal Português* 一書第 340 頁）。

雖然與其它犯罪相比，上訴人所犯的並不屬嚴重的罪行，但考慮到這種犯罪在本澳較為常見，具有相當的普遍性，同時也考慮立法者以刑罰處罰該等行為所要保護的法益及由此而產生的預防和打擊同類罪行的迫切要求，我們認為有絕對的需要盡量重建人們對被違反的法律規定及正常的法律秩序的信任和尊重。

應該強調的是，盡管行政當局及司法機關做出了長期不懈的努力，仍未能有效打擊該類犯罪，非法僱用現象十分嚴重並且隨著近年來本澳經濟的迅速發展而呈現愈演愈烈之勢，更加突顯一般預防的強烈需要及迫切性。

上訴人指出因為本澳居民不願意以“公關小姐”為職業，而立法懲罰非法僱用行為旨在保障本地居民的工作機會和就業市場，所以一般預防的目的在本案中的重要性已大大降低。

但正如檢察院司法官在其對上訴理由闡述的答覆中所指出的那樣，一般預防的目的除了保護法益之外，也為了透過刑罰在具體個案的執行，向全社會傳達強烈的訊息，喚醒人們，尤其是僱用者的法律意識，證明法律的嚴謹性，保障法律條文本身的效力並重建社會對已被違反的法律的效力所持有的信心。

綜上所述，我們同意原審法院在被上訴判決中的結論，就是僅對上訴人的犯罪事實作譴責並以監禁作威嚇並不適當及不足以實現處罰的目的（尤其是一般預防的目的）。

上訴人還提出《刑法典》第 66 條第 2 款 a 項及 c 項所規定的特別減輕情節的適用問題。

根據上述條款規定，為著特別減輕刑罰的效力，法院尤其應該考慮下列情節：a)行為人在嚴重威嚇的影響下，或在其所從屬或應服從者的權勢影響下作出犯罪行為；b)行為人作出顯示真誠悔悟的行為，尤其是對造成的損失盡其所能地作出彌補。

首先，應該指出的是，在本案中不存在任何上訴人因受嚴重威嚇而實施犯罪行為的跡象。另外，雖然上訴人因公司急需人手和跟從其僱主的政策安排及指示而聘用無合法工作證件的人士，但這並不必然意味著上訴人受到了應服從者的“權勢影響”。而且上訴人提出的“迫不得已”實施相關行為的理由也沒有任何事實依據。

其次，即使並不反對上訴人通過“主動、自發、坦白及毫無保留的自認”而顯示其真誠悔悟的論據，我們也必須指出的是，單憑這一點並不足以達到特別減輕刑罰的目的，因為《刑法典》第 66 條第 2 款所列舉的情節並不必然導致該制度的適用。

根據同條第 1 款的規定，刑罰的特別減輕以“明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過或明顯減少刑罰之必要性”為必然的實質要件。

法律所要求的“明顯減輕”並不是一般或普通程度的減輕。在具體個案中，唯有通過某些情節的存在而反映出事實的不法性、行為人的罪過或刑罰必要性在很大程度上得以減輕才能為特別減輕刑罰提供正當的理由。

在本案中，我們並不認為上訴人所提出的理由符合法律就特別減輕的要求。

在具體量刑方面，原審法院並未違反法律的相關規定，尤其是上訴人指出的《刑法典》第 64 條及第 65 條的規定。

首先，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“對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰”作為前提。如果對有關犯罪只可科處剝奪自由的刑罰，那麼就不存在適用該條法律的問題。

本案上訴人觸犯的是第 6/2004 號法律第 16 條第 1 款規定和處罰的非法僱用罪，可處以最高二年的徒刑。這就意味著原審法院只能對上訴人適用徒刑，不存在選科罰金刑的問題。

其次，在法律規定的不超過二年徒刑的刑幅範圍內，原審法院履行《刑法典》第 65 條的規定，考慮到犯罪後果的嚴重性及其不法程度，（涉及到僱用二十五名非法工作的人士），上訴人的犯罪故意程度（直接故意）以及非法僱用現象的嚴重性及大力打擊的必要性，判處每項非法僱用罪三個月徒刑；數罪並罰，則合共判處二年零三個月的徒刑。

綜合考慮本案的各種情節及所涉及罪名的法定刑幅，我們認為原審法院量刑準確，並無不當之處。

綜上所述，我們認為上訴人所提出的上訴理由均不能成立，應予以駁回。”

經各助審法官檢閱案卷後，合議庭召集了聽證會及進行討論和表決，並作出了以下判決：

一．事實

原審法院證實了以下的事實：

- 嫌犯 A 為位於 XXX 街商場 X 樓之【B 夜總會】之經理，主要負責夜總會之管理業務聘用、安排公關小姐上班等工作。
- 於 2006 年 2 月 23 日晚上 9 時 45 分，警員前往上述【B 夜總會】進行稽查行動，發現 E、F、G、H、I、J、K、L、M、N、O、P、Q、R、S、T、U、V、W、X、Y、Z、AA、BB 及 CC 等人身穿透視式樣的公關制服，正在該夜總會內工作。
- 當警員要求上述二十五名涉案人士出示身人份證明文件時，各人向警員出示了本人未逾期之往來港澳通行證或中國護照。各人均不持有任何許可在澳門合法工作之證件。
- 嫌犯 A 承認，上述二十五名涉案人士是應徵及聘用的，分別安排在【B 夜總會】及聯營之【DD 桑拿】擔任公關小姐，報酬為每小時澳門幣 100 元至 200 元（按「客人具體坐枱」時間計算）。
- 嫌犯 A 明知上述二十五名涉案人只持有內地之旅遊證件，並不持有任何許可在澳門合法工作之證件，但由於公司急需人手及在其僱主 EE 集團負責人 FF 之政策安排及指示下，故以公司經理身份代表公司與她們建立勞務關係。

- 嫌犯在有意識、自由及自願的情況下作出上述的行為的。
- 明知此等行為是法律所禁止和處罰的。
- 同時，亦證實嫌犯的個人狀況如下：
- 嫌犯為【B 夜總會】經理，月入澳門幣 7000 元左右。
- 需供養兩名未成年子女。
- 嫌犯具有初小學歷。
- 根據刑事紀錄證明，嫌犯為初犯。

未獲證實的事實：沒有尚待證實的事實。

根據上訴人提出的上訴理由，有三個問題需要審理：

- 一、 判處上訴人作為連續犯的可能性；
- 二、 存在《刑法典》第 66 條第 2 款 A 項與 C 項的特別減輕的情節；
- 三、 緩刑的適用；
- 四、 減輕刑罰。

首先，上訴人提出判處上訴人作為連續犯的可能性的問題，我們認為這個論點不能成立。而對這個問題尊敬的助理檢察長閣下在她的意見書中已經作了詳盡的論述，在此也不妨作為本判決書的論點。

我們知道，決定是否連續犯，正如我們一貫的司法見解所主張的¹，需要確定以下要素：

- 數次實現同一罪狀；
- 實行之方式本質上相同；
- 總體故意；
- 誘發實行並可相當減輕行為人之罪過的一個“外在情況”的持續存在。

這些要素作為確定連續犯缺一不可要件，尤其是是否能夠確認“持續存在一個可相當地減輕行為人罪過的誘發或者便利其實施犯罪行為的外在因素”。姑且不論在本案的已證事實中沒有認定任何上訴人雇用那些非法工作者的時間方面的事實而使得無從認定上訴人的行為是否符合“犯罪時間比較接近”的考慮因素，我們沒有辦法確認“持續存在一個可相當地減輕行為人罪過的誘發或者便利其實施犯罪行為的外在因素”而不能認為上訴人的行為是一個連續犯。

在現實生活中，像本案那樣的涉及非法雇用的犯罪，我們一向認為被非法雇傭的人數一般來說可以決定犯罪的罪數，因為涉及到每一個被雇傭的工人的具體合同關係²，雖然雇用的行為有可能是一次性地或者像上訴人所說的連續性的進行的，但是，這也不能妨礙我們可以否定上訴人未連續犯的可能。

也就是說，由於上訴人雇用了 25 個非法工人，其行為觸犯了 25 個非法雇用罪。

¹ 見中級法院 2000 年 1 月 20 日第 1275 號上訴案的判決。

² 見中級法院 2002 年 5 月 16 日第 26/2002 號上訴案的判決。

其次，關於特別減輕刑罰的問題，上訴人主張適用《刑法典》第 66 條第 2 款 a 項及 c 項所規定的特別減輕情節。

《刑法典》第 66 條規定：

“一、除法律明文規定須特別減輕刑罰之情況外，如在犯罪之前或之後或在犯罪時存在明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過之情節，或明顯減少刑罰之必要性之情節，法院亦須特別減輕刑罰。

二、為著上款之規定之效力，尤須考慮下列情節：

a) 行為人在嚴重威脅之影響下，或在其所從屬或應服從之人之權勢影響下作出行為；

.....

c) 行為人作出顯示真誠悔悟之行為，尤其係對造成之損害盡其所能作出彌補；

..... .”

根據上訴人的主張，我們認為是明顯不能成立的。一方面，本案中不存在任何上訴人因受嚴重威嚇而實施犯罪行為的事實，即使像已證事實所說的嫌犯“.....由於公司急需人手及在其僱主 EE 集團負責人 FF 之政策安排及指示下，故以公司經理身份代表公司與她們建立勞務關係”，也不能認為嫌犯是在“其所從屬或應服從之人之權勢影響下作出行為”，因為，即使上訴人因公司急需人手和跟從其僱主的政策安排及指示而聘用無合法工作證件的人士，但這並不必然意味著上訴人受到了應服從者的“權勢影響”，而且上訴人提出的“迫不得已”實施相關行為的理由也沒有任何事實依據。所以就不能上述第二款 A 項的適用。

行為人作出顯示真誠悔悟的行為，尤其是對造成的損失盡其所能地作出彌補。

首先，應該指出的是，在已證事實中，並沒有顯示上訴人通過“主動、自發、坦白及毫無保留的自認”，也沒有通過這自認而顯示出真誠悔悟的行為，更不用說對造成的損失盡其所能地作出彌補，而只是嫌犯 A 承認聘用那應徵的二十五名涉案人士。單憑這一點並不足以達到特別減輕刑罰的目的，因為《刑法典》第 66 條第 2 款所列舉的情節並不必然導致該制度的適用。

因此，在本案中，我們認為上訴人並不符合特別減輕的要求。

再次，上訴人認為法院應暫緩執行對其科處的徒刑。

關於緩刑的適用，上訴人的情況毫無疑問地符合給予緩刑的形式要件（2 年零 3 個月徒刑）。

雖然，《刑法典》第 48 條規定的緩刑並不是一個只要所處刑罰低於 3 年徒刑就會自動適用的機制，但是它的適用仍然是依據不同的情況而具體考慮，尤其是取決於法律所規定的要件，包括行為人的人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節等因素並考慮是否能夠認為僅對犯罪事實作出譴責並以監禁作威嚇即可適當及充份地實現刑罰的目的。也就是說，緩刑制度乃從根本上考慮刑罰的目的的刑事制度。

正如尊敬的助理檢察長所指出的，刑罰目的分為一般預防和特別預防二種，不能片面強調一方面的功能和需要。另一方面，我們也理解迪亞士教授所說的，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³。

我們可以看到，上訴人所犯的並不屬嚴重的罪行，在我們的刑事政策中，除了對屢犯規定了較高的刑罰外，並沒有對此施以重刑。也就是說我們的刑法，尤其是第 4/2006 號法律，包括以前的第 2/90/M 號法律，並沒有將其列為重罪而施以重刑。而我們經常看到的現象：這種犯罪在本澳較為常見，具有相當的普遍性，以及社會上要求嚴懲的聲音等，只是刑事政策的外部因素，不能決定性地左右我們應該考慮的刑罰目的。

我們更應該分清楚在懲罰非法雇用罪方面刑罰的責任與社會的責任，包括政府的責任，而不能混為一談。

就本案中，上訴人為初犯，考慮到上訴人在本案中所顯示的人格，生活、家庭狀況，包括受僱于該夜總會的老闆的情節，也考慮上訴人任經理的夜總會的經營規模，這種雇用對澳門勞工市場的影響，尤其是考慮上述的非法雇用法律所體現的刑罰的目的，我們認為僅對上訴人的犯罪事實作譴責並以監禁作威嚇已經足以適當地實現刑罰的目的，可以對其適用緩刑。

而在具體的緩刑期限方面，我們認為 4 年是適當的期限。另外還考慮到所犯罪行的數量，我們覺得有必要對緩刑施以一定的條件，尤其是經濟上的條件。

基於此，上訴人必須在 3 個月內支付與澳門特別行政區 10000 澳門元的款項，否則仍然要執行有關的徒刑。

因此，上訴人的這方面的上訴理由成立。

而決定了這個問題，上訴人提出的減輕具體刑罰的補充請求就沒有必要再予以審理了。

³ 引自 *Direito Penal Português* 一書第 340 頁。

綜上所述，本法院決定上訴人 A 的上訴理由部分成立，判決如下：

- 維持原審法院判處上訴人 A 觸犯 25 項第 6/2004 號法律第 16 條第 1 款所規定的非法雇用罪、每項罪行 3 個月的徒刑以及總共 2 年零 3 個月的徒刑的決定。

- 此徒刑緩期 4 年執行，但是，上訴人必須在 3 個月內向澳門特別行政區支付 10000 澳門元的款項，否則仍然要執行有關的徒刑。

- 維持原審法院的其他決定。

- 本審判程序訴訟費由上訴人支付 1/3。

鑒于本案的已證事實顯示上訴人的僱主 EE 集團負責人 FF 也涉嫌觸犯相同的罪行而沒有被起訴，我們認為必須製作合法的證明書移送檢察院決定是否對該負責人進行刑事檢控。

澳門特別行政區，2007 年 9 月 20 日

Choi Mou Pan

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong