

上訴案件編號：548/2009

合議庭裁判日期：二零零九年七月二十八日

主題：

表面競合（法條競合）

事實的法律定性

裁判書內容摘要：

1. 如認定事實既構成犯罪的基本犯的既遂犯亦同時構成加重犯的未遂犯，則以抽象刑幅較重者論處。
2. 只要不違反《刑事訴訟法典》第三百九十九條規定的「禁止上訴加重原則」，上訴法院得依職權對一審法院就認定事實的法律定性作出變更。

裁判書製作法官

賴健雄

澳門特別行政區中級法院
刑事上訴卷宗第 548/2009 號
合議庭裁判

一、序

A，其身份資料已載於卷宗，就澳門特別行政區初級法院刑事法庭對其作出的一審有罪裁判不服，向本中級法院提起平常上訴。

根據原審法院的有罪裁判，上訴人 A 被判處與另一沒有提起上訴的共同嫌犯，以共犯及未遂方式實施一項八月二日第 6/2004 號法律第十四條第二款規定的「加重協助他人非法入境罪」，並處以四年徒刑，另以直接正犯及既遂方式實施一項第 6/2004 號法律第二十一條規定的非法再入境罪，被處以六個月徒刑，兩罪併罰，處以四年零三個月徒刑的單一刑罰。

同案另一非上訴人嫌犯 B 則被一審判處以共犯及未遂方式實施一項八月二日第 6/2004 號法律第十四條第二款規定的「加重協助他人非法入境罪」，並處以三年三個月徒刑。

根據上訴狀結論部份，上訴人提出以下的上訴理由：

- 1.) 在判處上訴人觸犯一項**協助他人非法入境罪**判處四年徒刑，判刑過重，而有關量刑應低於四年的實際徒刑才較為適合。故此；
- 2.) 合議庭法官閣下在判決書內判處上訴人兩罪並罰應低於四年三個月的實際徒刑。

- 3.) 以未遂的方式實施一項協助他人非法入境罪的犯罪行為是不完整的，因未達到既遂的法律效果，相對地刑罰的惡害理應較為輕。
- 4.) 判上訴人四年三個月的監禁，法官閣下沒有考慮《刑法典》第 40 條、第 65 條之規定。
- 5.) 在本案，建議對嫌犯採用之量刑為三年五個月之徒刑，相信已能產生一般預防和特別預防之刑罰目的。
- 6.) 上訴人自己作出的違法行為已深感悔意，並希望中級法庭法官能從輕處理。

懇請尊敬的中級法院合議庭 法官閣下考慮上訴人具有上述之理由，重新對上訴人訂出適合之刑罰。

綜合所述，請求法官閣下接納上訴，並按澳門《刑事訴訟法典》之規定，廢止合議庭之裁判，並以較輕之裁判判處上訴人。

請求法庭一如既往作出公正審訊。

檢察院就上訴依法提交答覆，主張雖然上訴人並非初犯，但考慮到其實施事實被判定為未遂犯，且因應未遂犯的刑幅為一年至五年零四個月，故原審法院具體裁量為四年徒刑的刑期有過重之虞，應予以裁減至約三年的徒刑，因此結論裁定上訴理由成立。（見卷宗第 267 頁至 269 頁）

隨後上訴連同原卷宗上呈至本中級法院，駐本院的助理檢察長依法作出檢閱，並就上訴人提出的上訴理由提出其法律意見，認為本案一審認定的事實符合第 6/2004 號法律第十四條第一款的基本犯的既遂犯，亦符合第二款加重犯的未遂犯，因此出現法條競合，故應以第一款基本犯的既遂犯論處。

如以第一款基本犯的二年至八年的刑幅而言，四年徒刑的具體量

刑在考慮本案的具體情節後，沒有過重之虞。（見卷宗第 286 頁至 287 頁）

鑑於檢察官在檢閱時提出法律定性的變更的問題，故上訴人及非上訴人的另一嫌犯根據《刑事訴訟法典》第四百零七條第二款通過其辯護人獲通知檢察院就事實法律定性變更的意見書。

經兩位助審法官依法檢閱後，依法開庭進行聽證，在庭上裁判書製作法官就上訴人是次犯罪事實可能被裁定為《刑法典》第六十九條的累犯的問題，告知檢察院及上訴人和另一非上訴人的嫌犯的辯護人以便彼等能就這一可能法律定性問題進行辯論。隨後合議庭表決作出如下的裁判。

二、理由說明

根據原審法院的一審裁判，下列者為獲證事實：

2007 年 11 月 25 日，嫌犯 A 被治安警察局驅逐出境並清楚被告知如在八年內（即 2007 年 11 月 26 日至 2015 年 11 月 25 日止）再次進入本地區，將會受刑事制裁，嫌犯 A 在有關文件上簽署確認（參見卷宗第 13 頁之驅逐令）。

2008 年 4 月中旬，兩名嫌犯 A 及 B 在珠海斗門接受兩名不知名男子（蛇頭）的委託，協助四名女子偷渡前來澳門，事後嫌犯 A 可得人民幣五百元，而嫌犯 B 可取得人民幣二百元作報酬。

2008 年 4 月 15 日晚上約七時，兩名嫌犯在上述蛇頭的安排下，在珠海橫琴一處偏僻海邊協助四名女子（C、D、E 及 F）登上一艘停泊於岸邊的橡皮艇，兩名嫌犯亦登上該橡皮艇並合力划艇，然後操縱該橡皮艇由珠海橫琴前往澳門。

進入澳門境內後，兩名嫌犯將橡皮艇靠近氹仔利萊德人廈的岸邊，此時，一艘海關巡邏快艇在附近出現，兩名嫌犯隨即捨棄該橡皮艇及艇上四名女子，涉水到岸上並逃跑離去，但不久在東亞運大馬路近賽馬場的岸邊被海關關員 G 及 H 截獲。

上述四名女子 C、D、E 及 F 並沒有任何允許其進入及逗留澳門的身份證明文件。其中 C 在兩名嫌犯棄艇逃走時失足從橡皮艇上跌進海中，被巡邏快艇上的兩名關員 I 及 J 救起；而 D、E 及 F 則趁 C 被兩名關員營救時逃到岸上並迅速離開，稍後在氹仔童軍總會旁的碼頭公園外被海關關員 G、K 及 L 截獲。

兩名嫌犯明知上述四名女子並不持有允許進入及逗留澳門的身份證明文件，卻共同合力、合謀、合意協助該等人士在不經過出入境檢查站的情況下進入本澳境內，意圖獲取報酬。

嫌犯 A 明知不能違反驅逐令，即自 2007 年 11 月 26 日至 2015 年 11 月 25 日不能進入本地區，但仍在禁止入境期內進入本澳。

兩名嫌犯在自由、自願及有意識的情況下故意實施上述行為，且清楚知道其行為是法律所不容，會受法律之相應制裁。

第一嫌犯入獄前為漁民，年薪約人民幣 30,000 至 40,000 元。

嫌犯離婚，需供養一名兒子。

嫌犯承認部份事實，並非初犯。

2006 年 6 月 22 日，嫌犯於 CR3-06-0005-PCC 號合議庭普遍刑事案中因觸犯第 6/2004 號法律第 14 條第 1 款所規定及處罰之一項協助偷渡罪，被判處三年之實際徒刑。

第二嫌犯為漁民，月薪為人民幣 600 元。

嫌犯已婚，無需供養任何人。

嫌犯不承認有關事實，為初犯。

就上訴狀結論部份所主張的內容而言，上訴人對一審法院認定的事實，「協助非法入境罪」判罪及「非法再入境罪」的判罪及判刑均無異議，而是僅針對「協助非法入境罪」的判刑提出質疑有過重之虞，並請求本上訴法院把「協助非法入境罪」的個別判刑減至不超逾三年的徒刑。

然而，檢察院在其法律意見書中指出，一審獲認定的事實應法律定性為 11 月 2 日第 6/2004 號法律第十四條第一款所規定既遂「協助他人非法入境罪」，而非同一條第二款規定同一犯罪的加重犯的未遂罪。

此外，根據獲證事實，上訴人曾於二零零六年六月二十二日基於二零零五年十一月二十四日實施的事實被裁定有實施一項第 6/2004 號法律第十四條第一款的「協助他人非法入境罪」，被判處三年實際徒刑。

因此，除檢察院提出的法律定性問題外，在信守《刑事訴訟法典》第三百九十九條規定禁止上訴加重原則的前提，本上訴法院亦應依職權審查上訴人是次實施的事實是否根據《刑法典》第六十九條作累犯處理。

鑑於具體量刑的問題是取決於事實的法律定性及是否存在累犯這一特別加重刑罰的情節，因此，以下讓我們先審查後兩者，繼而查究一審法院的量刑是否適當。

1. 獲證事實的法律定性問題

第 6/2004 號法律第十四條規定：

一、故意運載或安排運載、提供物質支援或以任何其他方式，協助他人於第二條所規定的情況進入澳門特別行政區者，處二年至八年徒刑。

二、行為人直接或透過居中人為本人或第三人取得財產利益或物質利益，作為實施上款所指犯罪的酬勞或報酬的，處五年至八年徒刑。

根據第一款及第二款的罪狀表述，第一款規定者是基本犯而第二款是加重犯，第二款之所以構成加重犯是因為其構成要件是要求行為人本人或第三人因行為人實施的事實而獲酬勞，而第一款則沒有規定這一構成要件。

原審法院在其合議庭裁判的理由說明部份指出：「考慮到兩名嫌犯犯罪之情節，還未收到有關金錢，合議庭認為兩名嫌犯符合《澳門刑法典》第二十一條及第二十二條之要件，因此，兩名嫌犯之行為應改判以未遂方式觸犯一項協助他人非法入境罪。」

原審法院是基於兩名嫌犯（包括上訴人）存有獲取報酬的意圖但最終未收到金錢而認為第 6/2004 號法律第十四條第二款所規定的「為本人取得財產利益作為實施協助他人非法進入澳門特別行政區」的要件在本個案中不成立，故以未遂犯論處。

然而，單憑行為人實施且已被一審法院認定的事實，即使不考慮有否酬勞的事實，已足以裁定上訴人及另一嫌犯所實施的事實構成第一款規定基本罪狀的既遂犯。

第一款基本犯的既遂實施的抽象刑幅為二年至八年的徒刑，而

第二款規定加重犯的未遂實施的相應抽象刑幅為一年至五年零四個月（見《刑法典》第二十一條、第二十二條、第六十七條規定）。

鑑於上訴人及另一沒有提起上訴的嫌犯所實施事實完全符合第一款規定的構成要件的全部，故不可能基於同時符合第二款規定加重犯的未遂犯構成要件，而對彼等以低於第一款既遂的相應抽象刑幅論處，否則該抽象刑幅的量便不能達致保護第一款擬保護的法益的功能。

因此，連同上訴人的兩行為人所實施的事實應以第十四條第一款的既遂犯論處，故本上訴法院應在不加刑的情況下依職權變更兩人判罪的罪名。

2. 累犯

根據終審法院於二零零五年四月十三日第 4/2005 號裁判及中級法院二零零二年十二月十二日第 146/2002 號裁判，我們認為單純以犯罪記錄，沒有具體證實先前判決不足以防止嫌犯再次犯罪的事實不能視嫌犯為累犯。

3. 具體量刑

基於以上兩點陳述的理由，上訴人應以第 6/2004 號法律第十四條第一款規定的「協助他人非法入境罪」論處。

第 6/2004 號法律規定的相應抽象刑幅為二年至八年的徒刑。

原審法院就這一犯罪的具體量刑為四年徒刑。

經整體考慮上訴人實施事實的情節，和根據《刑法典》第六十四條和第六十五條的規定，我們看不見四年的徒刑有過重之虞，故應予維持，而兩罪併罰的單一刑罰亦無須變更。

三、裁判

綜上所述，中級法院合議庭通過表決，裁定上訴人 A 的上訴理由不成立，並依職權改判上訴人 A 以既遂方式實施一項第 6/2004 號法律第十四條第一款規定的「協助他人非法入境罪」，但維持原審法院對 A 就這犯罪的個別判刑和兩罪併罰的單一刑罰。另基於同樣理由，依職權改判另一非上訴人嫌犯 B 以既遂方式實施一項第 6/2004 號法律第十四條第一款規定的「協助他人非法入境罪」，但維持其被一審法院所判的刑罰。

由上訴人支付訴訟費用當中包括 6 個計算單位的司法稅。

由上訴人支付的辯護費用定為澳門幣壹仟圓正，由終審法院院長辦公室墊支。

通知各訴訟主體。

二零零九年七月二十八日，於澳門特別行政區

賴健雄 (具表決聲明)

蔡武彬

José Maria Dias Azedo (司徒民正)

(nos termos das declarações de voto que
anexei ao Ac. de 18-09-2003 e de
13-01-2005, Procs. N.º 158/2003 e
322/2004)

第 548/2009 號卷宗

表決聲明

雖然本人為撰寫本合議庭的裁判，但就本案上訴人不應以累犯論處的主張是本合議庭其餘兩位法官的理解，而本人是對此不予認同。

事實上，累犯的實質前提是行為人沒有尊重先前判決內所包含的嚴肅警戒，因而決意再次犯罪時顯示出較無前科的人的罪過程度較高，故應予加重處罰。

基此，本人現轉錄原載於本人提交的合議庭裁判草案就這一部份理由陳述：

累犯

《刑法典》第六十九條第一款及第二款規定：

一、因故意犯罪而被確定判決判處超逾六個月之實際徒刑後，如單獨或以共同犯罪之任一方式，實施另一應處以超逾六個月實際徒刑之故意犯罪，且按照案件之情節，基於以往一次或數次之判刑並不足以警戒行為人，使其不再犯罪，故應對其加以譴責者，以累犯處罰之。

二、如行為人被判刑之前罪之實施距後罪之實施已逾五年，則該前罪不算入累犯；行為人因法院之裁判而被剝奪自由之時間，不算入該五年期間內。

因此，根據第六十九條規定，累犯的前提可分為形式前提及實質前提：

a) 形式前提

- i) 前罪和後罪必須是故意犯罪。
- ii) 前罪和後罪（不考慮累犯的加重情節）的具體刑罰均為超逾六個月的實際徒刑。
- iii) 前罪的判刑在後罪實施前已確定。
- iv) 後罪的實施時間在前罪實施後的五年內，但其間如行為人因法院裁判而被剝奪自由的時間不計算在內。

此外，《刑法典》第六十九條沒有規定要求行為人曾全部或最低限度部份服前罪的刑罰。這一刻意的「遺漏」的其中一個考慮因素是避免出現可能的相對不公平情況：曾服刑者須面對加重的刑罰，相反，逃獄者或以任何方式逃避刑罰的行為人卻不受累犯加重的處罰！

b) 實質前提

根據《刑法典》第六十九條第一款的規定，累犯的（實質）前提是「按照案件的情節，基於以往一次或數次的判刑並不足以警戒行為人，使其不再犯罪」。

第六十九條的這一段文字表述清楚顯示出澳門現行刑法典規定並非單純基於涉及犯罪的嚴重程度、性質、刑罰的種類和相隔的時間使自動地構成累犯的加重情節，而是要求法官在具體個案中審查行為人在實施後罪時，有否不尊重前罪判刑的判決中所包含的嚴肅警戒。如屬此情況，則表示行為人實施後罪時顯露出較無前科的行為人為高的罪過程度，故處罰亦相應加重之。

就前罪而言，根據本卷宗所載和上文轉錄的資料看來，上訴人過往一次的犯罪完全符合《刑法典》第五十六條的形式要件。

至於是次犯罪的形式前提，似乎亦完全符合。

事實上，根據上文第一點就本個案上訴人的實施的事實的法律定性看來，其抽象刑幅為二年至八年的徒刑，且考慮行為人的犯罪情節，根據《刑法典》第四十條，第六十四條及第六十五條的規定，上訴人應處以不少於二年的實際徒刑（二年刑期是抽象刑幅的下限，不予緩刑是案件的預防犯罪的需要以及澳門法院就「協助他人非法入境罪」的一貫司法見解均不予緩刑），以及前罪實施時為二零零五年十一月，即使至今相距亦不足五年。

因此，前罪和後罪的嚴重程度及兩罪實施的時間均符合《刑法典》第六十九條的形式前提。

就實質前提，基於上訴人先前的犯罪與是次應判罪成的犯罪具有相同性質，再結合行為人的犯罪動機，行事方式和其對前次判刑的態度等，我們可合理地結論前次判刑是不足以警戒上訴人，使其不再犯罪，而其是次犯罪顯然是不尊重其前次犯罪的判罪中的嚴肅警戒，因此是次犯罪的罪過程較高，應以累犯論處。

具體量刑

基於以上兩點陳述的理由，上訴人應以第 6/2004 號法律第十四條第一款規定的「協助他人非法入境罪」和結合《刑法典》第六十九條和七十條規定的累犯加重情節論處。

第 6/2004 號法律規定的相應抽象刑幅為二年至八年的徒刑。

《刑法典》第七十條規定，累犯的加重情節成立時，抽象刑幅的下限提高三分之一，上限維持不變。

因此，本個案中上訴人實施的「協助他人非法入境罪」的適用刑幅為二年八個月至八年的徒刑。

原審法院就這一犯罪的具體量刑為四年徒刑。

經整體考慮上訴人實施事實的情節，和根據《刑法典》第六十四條和第六十五條的規定，我們實看不見四年的徒刑有過重之虞，故應予維持，而兩罪併罰的單一刑亦無須變更。

裁判

綜上所述，中級法院合議庭通過評議會表決，裁定上訴人 A 的上訴理由不成立，並依職權改判上訴人 A 以既遂方式實施一項經《刑法典》第六十九條及第七十條加重處罰的第 6/2004 號法律第十四條第一款規定的「協助他人非法入境罪」，但維持原審法院對 A 就這犯罪的個別判刑和兩罪併罰的單一刑罰。另基於同樣理由，依職權改判另一非上訴人嫌犯 B 以既遂方式實施一項第 6/2004 號法律第十四條第一款規定的「協助他人非法入境罪」，但維持其被一審法院所判的刑罰。

因此，如不考慮累犯的加重情節，即認為上訴人所實施的「協助他人非法入境罪」的抽象刑幅為二年至八年的徒刑，則四年的具體判刑可減刑為三年零九個月。

二零零九年七月二十八日

賴健雄