

編號：第 453/2011 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2011 年 11 月 10 日

主 題：

- 刑罰的選擇 / 罰金代替刑罰
- 量刑過重
- 緩刑

摘 要

1. 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，本案對上訴人所科處的徒刑不應以罰金代替。

2. 原審法院裁定上訴人所觸犯的一項違令罪，判處五個月徒刑，低於刑幅的二分之一，考慮上訴人的犯罪紀錄，上述判刑符合犯罪的一般及特別預防的要求，不存在量刑過重的情況。

3. 上訴人數次觸犯同類罪行，從中可以得出以往的判決對上訴人而言仍未能產生足夠的阻嚇作用，不能阻止他再犯相同罪行的結論。上訴人以其實際行動排除了法院再次對其將來行為抱有合理期望、希望他不再犯罪，重新納入社會的可能性。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 453/2011 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2011 年 11 月 10 日

一、 案情敘述

於 2011 年 5 月 5 日，上訴人 A 在初級法院刑事法庭第 CR1-10-0085-PCS 號卷宗內被裁定觸犯一項《刑法典》第 312 條第 1 款 b)項所規定及處罰的違令罪，被判處五個月實際徒刑。

上訴人不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由 (結論部分)：

1. 被上訴之裁判判處上訴人 5 個月實際徒刑；
2. 除了保留應有的尊重態度外，上訴人其個人對被上訴之裁判不服，故提請本上訴；
3. 《刑法典》第 64 條規定：“如對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰，則只要非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰之目的，法院須先還非剝奪自由之刑罰”；
4. 考慮到上訴人之個人狀況；

5. 故法院應先考慮對嫌犯施以非剝奪自由之刑罰；
6. 事實上，上訴人個人認為其亦符合《刑法典》第 45 條之罰金刑罰、又或第 48 條規定之緩刑制度；然而，被上訴之裁判未有給予上訴人非剝奪自由之優惠；
7. 事實事宜與法律之間的涵攝，屬法律上之事宜；
8. 故被上訴之裁判在量刑部份，違反了《刑法典》第 64 條、第 45 條、及第 48 條及續後條文之規定，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款規定之“錯誤適用法律之瑕疵之瑕疵”，故應被宣告廢止。
9. 上訴人其個人認為，在量刑部份，正確適用《刑法典》第 64 條、第 45 條、及第 48 條及續後條文之規定下；
10. 應判處上訴人 2 個月徒刑並以罰金代替；又或准以緩刑以代替徒刑之執行。

最後，上訴人提出下列請求：

1. 接納本上訴陳述書狀；及
2. 宣告被上訴之裁判在量刑部份，違反了《刑法典》第 64 條、第 45 條、及第 48 條及續後條文之規定，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之規定之“錯誤適用法律之瑕疵”，故被宣告廢止；及
3. 宣告根據《刑法典》第 64 條、第 45 條、及第 48 條及續後條文之規定下，以判處上訴人 2 個月徒刑並以罰金代替；又或准以緩刑以代替徒刑之執行。

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 上訴人認為，原審法院的判決違反了《刑法典》第 64 條、

第 45 條及第 48 條的規定，認為應判處其非剝奪自由和較輕的刑罰，又或准其以緩刑代替徒刑之執行。

2. 《刑法典》第 64 條規定：如對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰，則只要非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰之目的，法院須先選非剝奪自由之刑罰。
3. 可見，在剝奪自由的刑罰與不剝奪自由的刑罰之間，選定的標準在於視該刑罰是否適當及足以達到處罰的目的。
4. 經分析本案的有關事實及情節，考慮上訴人數次涉及相同罪行而被判刑，尤其是其亦曾獲判處非剝奪自由的刑罰，卻不繳付有關罰金因而須以服徒刑代替，可以得出對上訴人判處罰金未能使其汲取教訓，銘記其犯罪行為為其個人所帶來的嚴重後果，亦未能達到遏止其再次犯罪的目的，因此，在本案中選擇非剝奪自由之刑罰是不適當亦不足以實現處罰之目的，原審法院判處上訴人徒刑是正確的。
5. 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。
6. 根據該等規定，法院在確定具體刑罰時，須按照行為人之罪過及預防犯罪之要求，在法律所定之限度內為之。此外，亦須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀的情節，尤須考慮犯罪事實的不法程度、實行犯罪事實的方式、犯罪事實所造成後果的嚴重性、行為人對須負之義務的違反程度、犯罪的故意或過失的嚴重程度、犯罪時行為人所表露的情感及犯罪的目的或動機、行為人之個人狀況及經濟狀況，以及犯罪前後的表現。
7. 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 105 頁背頁)。

8. 基於本案所證明的事實和情節，同時考慮上訴人所被指控的罪行的抽象法定刑幅，本院認為原審法院對上訴人所觸犯的違令罪判處 5 個月徒刑，並沒有量刑過重的情況。
9. 《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，法院得將科處不起逾三年之徒刑暫緩執行。
10. 按照該規定，對上訴人給予緩刑，需考慮上訴人是否符合法律所規定的形式前提和實質前提。
11. 誠然，本案中上訴人符合了法律規定給予緩刑的形式前提。
12. 然而，根據原審法院確認的事實可知，上訴人在前數次犯罪時已曾被科處徒刑及獲得緩刑的機會，但仍未引以為誡，不知悔改，反而還在緩刑期間再次實施犯罪行為，那麼我們已經得出之前的判決對上訴人而言都仍未能產生足夠的阻嚇作用，不能阻止他再犯相同罪行的結論。
13. 上訴人以其實際行動排除了法院再次對其將來行為抱有合理期望、希望他不再犯罪重新納入社會的可能性。
14. 因此，上訴人明顯不符合給予緩刑的實質前提。

最後，檢察院懇請尊敬的中級法院法官 閣下維持被上訴判決，一如既往，主持公正！

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱及提交法律意見，同意檢察院司法官在其對上訴理由闡述的答覆中所提出的

觀點，認為上訴人所提出的上訴理由明顯不能成立，應予以駁回。

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

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

I) 在符合法定罪狀的客觀成份方面：

1. 於 2006 年 11 月 20 日，博彩監察協調局發出第 529/2006 號批示，防範性禁止上訴人 A 進入澳門特別行政區各個娛樂場，期限直至 2010 年 12 月 31 日為止(見第 1 頁、11 頁、12 頁)。
2. 於 2007 年 1 月 13 日，上訴人親自簽署及接獲由博彩監察協調局發出通知書，上訴人已清楚知道若其在 2010 年 12 月 31 日前再進入澳門特別行政區各個娛樂場會構成違令罪(見第 1 頁、12 頁)。
3. 於 2009 年 12 月 11 日，上訴人進入“ B 娛樂場”，傍晚約 6 時 45 分，該娛樂場的保安員將上訴人截獲，後將上訴人交由駐該娛樂場的司法警察局偵查員處理(見第 1 頁、第 14 頁翻閱錄影光碟筆錄、第 15 頁照片)。

*

II) 在符合法定罪狀的主觀成份方面：

4. 上訴人不服從有權限當局依規則通知及發出的應當服從的

正當命令，意圖妨害公共當局。

5. 上訴人自願、自由及有意識地作出上述行爲，且深知其被法律所不容及制裁。

*

根據刑事紀錄證明，上訴人的犯罪紀錄如下：

6. 上訴人曾在 2007 年 2 月 27 日，於第 CR3-07-0035-PSM 號卷宗內因觸犯一項違令罪而被判處六十日的罰金，每日罰金額為澳門幣八十圓，合共罰金澳門幣四千八百圓。如不繳付罰金則易科為四十日徒刑。而上訴人因未繳交上述罰金，於 2007 年 6 月 11 日服上述徒刑代替。上訴人於 2007 年 7 月 17 日刑滿出獄。
7. 上訴人曾在 2007 年 4 月 27 日，於第 CR2-07-0057-PSM 號卷宗內因觸犯一項違令罪而被判處四個月徒刑，緩期 18 個月執行，但附隨考驗制度，期間上訴人須要於判決生效後，開始接受社會重返廳跟進。
8. 上訴人曾在 2009 年 6 月 26 日，於第 CR3-09-0202-PSM 號卷宗(現為第 CR4-09-0132-PSM 號卷宗)內因觸犯一項違令罪而被判處五個月徒刑，緩期兩年執行，條件是上訴人須接受精神科醫生之治療，並由社會重返廳作出跟進。於 2010 年 4 月 12 日，法庭作出批示，廢止有關的緩刑，上訴人須服五個月徒刑。
9. 上訴人曾在 2009 年 9 月 21 日，於第 CR1-09-0311-PSM 號卷宗內因觸犯一項違令罪而被判處四個月徒刑，即時執行。上訴人曾上訴，但被中級法院駁回。
10. 上訴人曾在 2010 年 6 月 4 日，於第 CR3-08-0159-PCS 號卷

宗內因觸犯一項違令罪而被判處四個月徒刑，緩期 18 個月執行。

11. 上訴人曾在 2010 年 11 月 30 日，於第 CR4-10-0324-PCS 號卷宗內因觸犯兩項違令罪，每項被判處四個月徒刑，與第 CR3-08-0159-PCS 號卷宗及第 CR3-09-0202-PSM 號卷宗內所判的刑罰競合，合共被判處九個月的單一徒刑。

同時，亦證實上訴人的個人狀況如下：

12. 上訴人現正於澳門監獄服刑。
13. 上訴人無需供養任何人。
14. 上訴人的學歷為初中一年級。

*

未審理查明之事實：沒有。

三、法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 刑罰的選擇 / 罰金代替刑罰
- 量刑過重
- 緩刑

1. 上訴人提出原審判決違反了《刑法典》第 64 條及 45 條的規定，應判處其非剝奪自由的刑罰，並以罰金代替刑罰。

《刑法典》第 64 條規定：“如對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或

非剝奪自由之刑罰，則只要非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰之目的，法院須先選非剝奪自由之刑罰。”

《刑法典》第 44 條的規定：“一、科處之徒刑不超逾六個月者，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，但為預防將來犯罪而有必要執行徒刑者，不在此限；下條第 3 款及第 4 款之規定，相應適用之。二、被判刑者如不繳納罰金，須服所科處之徒刑；第 47 條第 3 款之規定，相應適用之。”。

換言之，即使所處徒刑不超過六個月，只要是出於預防將來犯罪的需要而有必要執行徒刑的，就不應以罰金來代替之。

上訴人在被禁止進入任何娛樂場所期間，於 2009 年 12 月 11 日進入 B 娛樂場，違反了有權限當局依規則發出的正當命令，從上述行為中可顯示上訴人漠視本澳法律，罔顧由有權限當局發出的嚴正命令以及告誡，犯罪故意程度較高，其行為具有相當的不法性。

根據刑事紀錄證明，上訴人並非初犯，且在 2007 年 2 月至 2010 年 11 月期間數次觸犯違令罪而被判刑。

由此可見，上訴人在本案涉及的事實發生前後均觸犯違令罪，可顯示上訴人守法意識薄弱，犯罪故意程度較高，再犯的可能性較大，因此特別預防的要求亦相應提高。

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，本案對上訴

人所科處的徒刑不應以罰金代替。

因此，上訴人所提出的上述上訴理由不成立。

2. 上訴人亦提出其被判處 5 個月實際徒刑量刑不當，認為原審法院沒有充份考慮上訴人之個人狀況，原審判決違反了《刑法典》第 64 條、45 條及 48 條及續後條文的規定，存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所規定的“錯誤理解法律而生之瑕疵”，應改判 2 個月徒刑。

《刑法典》第 40 條及第 65 條規定量刑的標準。

犯罪的預防分為一般預防和特別預防二種：前者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、對社會或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，同時遏止其他人犯罪；後者則指對犯罪行為和犯罪人的恐嚇和懲戒，且旨在通過對犯罪行為人科處刑罰，尤其是通過刑罰的執行，使其吸收教訓，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。

根據原審法院已確認之事實，於 2009 年 12 月 11 日，上訴人進入 B 娛樂場，結果被揭發其在博彩監察協調局於 2006 年 11 月 20 日發出之第 529/2006 號批示中，被禁止進入澳門特別行政區任何娛樂場，期限直至 2010 年 12 月 31 日為止。上訴人於 2007 年 1 月 13 日親自簽署有關通知書。

上訴人所觸犯的一項《刑法典》第 312 條第 1 款 b) 項所規定及處罰的違令罪，可被判處最高一年徒刑或科處最高一百二十日罰金之刑罰。

本案中，原審法院裁定上訴人所觸犯的一項違令罪，判處五個月徒刑，低於刑幅的二分之一，考慮上訴人的犯罪紀錄，上述判刑符合犯罪的一般及特別預防的要求，不存在量刑過重的情況。

因此，上訴人所提出的有關上訴理由亦不成立。

3. 上訴人提出原審法院量刑時不批准緩刑的決定違反了《刑法典》第 64 條及 48 條及續後條文的法律規定的問題。

根據《刑法典》第 48 條之規定，經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節後，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之目的，法院得將所科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。

換言之，法院若能認定不需通過刑罰的實質執行，已能使行為人吸收教訓，不再犯罪，重新納入社會，則可將對行為人所科處的徒刑暫緩執行。因此，是否將科處之徒刑暫緩執行，必須考慮緩刑是否能適當及充分地實現處罰之目的。

本案中，原審法院認為：“...考慮到嫌犯之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，尤其嫌犯雖曾因觸犯相同罪行被判實際徒刑，但仍不能遏止其再次犯罪，故本法院認為現僅對事實作譴責並

以監禁作威嚇並不足以實現處罰之目的，故不予緩刑。”

上訴人數次觸犯同類罪行，從中可以得出以往的判決對上訴人而言仍未能產生足夠的阻嚇作用，不能阻止他再犯相同罪行的結論。上訴人以其實際行動排除了法院再次對其將來行為抱有合理期望，希望他不再犯罪，重新納入社會的可能性。

因此，考慮到本案的具體情況和澳門社會所面對的現實問題，尤其是上訴人過往的犯罪前科，本案對上訴人處以緩刑並不能適當及充分實現刑罰的目的，尤其不能滿足特別預防的需要。

基於上述原因，上訴人所提出的上訴理由不成立。

四、決定

綜上所述，合議庭一致裁定上訴人 A 的上訴理由明顯不成立，予以駁回。

判處上訴人繳付 4 個計算單位之司法費以及上訴的訴訟費用。

訂定上訴人辯護人辯護費為澳門幣 1,000 圓，先由終審法院院長辦公室墊支。

根據《刑事訴訟法典》第 410 條第 4 款所規定，上訴人須繳付 3 個計算單位的懲罰性金額。

著令通知，並交予上訴人本裁判書副本。

2011 年 11 月 10 日

譚曉華 (裁判書製作人)

司徒民正 (第一助審法官)

陳廣勝 (第二助審法官)