

(譯本)

違反判決所定的禁止罪（澳門《刑法典》第 317 條）
選擇刑罰之標準
徒刑及非剝奪自由刑罰

摘要

事實上，澳門《刑法典》第 64 條內含的規範並不約束法院自動優先選用非剝奪自由刑。因此，如果法院認為不能滿足處罰的目的，就不必（強制性）選擇之，可以（並應當）科處徒刑。

2004 年 9 月 23 日合議庭裁判書

第 159/2004 號案件

裁判書製作法官：José M. Dias Azedo（司徒民正）

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

概述

一、嫌犯甲，其餘身份資料載於卷宗，在初級法院受審，被判處作為正犯觸犯澳門《刑法典》第 317 條規定及處罰的違反判決所定之禁止罪，被處以 5 個月徒刑。

嫌犯不服該裁判提起上訴。

理由闡述結論如下：

“（一）按照《刑法典》第 317 條之規定，對嫌犯觸犯的違反判決所定之禁止罪應處以最高 2 年徒刑，或最高 240 日罰金之替代性；

（二）按照《刑法典》第 64 條（該條文確立了選擇刑罰之指導標準），立法者優先選用非剝奪自由刑，由此建議審判者：對於可替代性處以剝奪自由刑或非剝奪自由刑的犯罪，如可適當及足以確保處罰的目的，則優先選用非剝奪自由刑。

（三）換言之，尤其當可在短期徒刑與其他非拘留的刑罰之間作選擇時，保護法益及行為人重新融入社會也可以透過或可以主要透過非剝奪自由刑達到。（Germano Marques da Silva 教授：《Direito Penal Português, Part Geral》，第 3 卷，《Teoria das Penas e das Medidas de Segurança》，第 124 頁）

（四）按照《刑法典》第 40 條規定的規範：標題為“刑罰及保安處分之目的”，科處刑罰及保安處分旨在保護法益及使行為人重新納入社會（第一款），在任何情況下，刑罰均不得超過罪過之程度（第二款）。

（五）按照 Figueiredo Dias 教授支持的見解，（《Direito Penal Português, Parte Geral》，第 2 卷，《As Consequências Jurídicas do Crime》，Aequitas-Editorial Notícias，1993 年，第 454 頁），正如（正面的一般預防或者容入社會）的集體意識所銘記的那樣，對法律秩序的保護乃首要目的，即在抽象刑罰幅度範疇內，在下限（具體而言，指社會對於被違反規範之有效性之的最起碼期望），與上限（即行為人被確認的罪過）之間謀求這一目的，且應當在此上下限度內盡可能滿足特別預防的需要或納入社會的需要。

（六）在本案中對現上訴人採取科處非剝奪自由刑（參閱《刑法典》第 317 條規定的罰金刑之可替代性）可適當及足以滿足處罰的目的，無論從特別預防的角度還是從納入社會的一般要求考慮，看不到如實際科處的那樣科處實際徒刑的必要性。

（七）事實也確實如此，因為須考慮到以下情節第 18/98 號合議庭普通程序卷宗中被判處的

主刑已被宣告消滅，（見卷宗第 52 頁所附刑事記錄表內容）；且沒有消息顯示此人在緩刑期間作出與常至賭場相聯繫的、與為賭博的暴利罪、勒索罪有關的違法行為（從上訴人個人以及以前的判決的角度看）。

（八）違反以附加刑名義所定之義務的事實，發生於禁止常至賭場期間最後三分之一，具體屆滿日是 2002 年 4 月 5 日。

（九）無論從特別預防角度，還是從重新納入社會的一般預防方面，均可以認定有必要減少實際徒刑。同時還應當考慮到，一般預防的強度的高低不只應犯罪性質而定，而且還應因罪行產生的具體情節而定。因此，從這一角度上講，處以非剝奪自由刑也不危及社會對被具體違反的規範之有效性的期望。

（十）因此，因觸犯《刑法典》第 317 條之犯罪對上訴人科處徒刑，沒有選擇其中規定的罰金這一替代刑，現被上訴判決就違反了《刑法典》第 64 條。

（十一）即使承認 — 但我們並不認同 — 應當在本案中排除科處罰金這一替代刑，現被上訴的有罪判決沒有以相同日數的罰金或者其他非剝奪自由刑，替代對上訴人科處的 5 個月徒刑，此舉違反了《刑法典》第 44 條之規範。

（十二）確實，澳門《刑法典》第 44 條第 1 款規定：“科處之徒刑不超過六個月者，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。”立法者希望考慮不超過 6 個月徒刑之“代替”作為“通例”，只是由於“預防將來犯罪的必要性”，才以“不代替”作為其“例外”；（即使在法院在之前面對著科處徒刑及非剝奪自由刑的選擇情況而選定前者的情況中也是如此）。（參閱中級法院第 219/2002 號案件的 2003 年 3 月 6 日合議庭裁判）。

（十三）正如 Figueiredo Dias 教授所指出“執行刑罰必要性的標準排他性地是犯罪預防學中兩個方面：對行為人之具體影響（重新納入社會的特別預防）以及對社會的影響（維護法律秩序的特別預防）；只有當至少其中一個刑罰目的有此要求時，法院方可命令暫緩執行不超過 6 個月徒刑”（載於《Direito Penal Português-As Consequências Jurídicas do Crime》，第 363 頁起及續後數頁）。只有在執行徒刑對於預防這一排他理由所必需時才可以命令執行，不超過 6 個月的徒刑。

（十四）行為人的罪過在此不具任何作用，在法院開始量刑程序，並認定出的徒刑不應當超過 6 個月時，罪過之功能已終止。

（十五）具備這種情況後，法院只可以依據必須予以特別論證的下述兩個理由之一，命令執行徒刑：根據與預防累犯嚴格相關的特別預防的理由（尤其重新納入社會）；或根據另一理由，即執行徒刑是維護法律秩序不可放棄的要求（重新納入社會的一般預防）所強制要求的。

（十六）必要性的嚴格標準在此生效，法院必須證實只有執行徒刑方可滿足預防的要求，否則就沾有不可逃脫的法律上的錯誤（以學說參考的名義，請參閱科英布拉中級法院的 2002 年 1 月 30 日合議庭裁判，載於《司法見解匯編》，第 27 期，2002 年，第 1 卷）。

（十七）正如本中級法院的 2003 年 3 月 6 日合議庭裁判中所載 — 在此亦以學說參考名義而引用 — 助理檢察長指出，Odete Maria de Oliveira：《Jornadas de Direito Criminal》，Centro de Estudos Judiciários，第 2 卷，第 70 頁起及續後數頁。在葡萄牙《刑法典》第 44 條（對應於澳門《刑法典》第 44 條）中，“立法者之所以沒有以‘刑罰目的’（其中包括了一般預防及特別預防兩個方面）作統一表述，是為了婉轉指出（這完全符合其清晰贊同的以重新納入社會為目的的刑事政策）只有重新納入社會的特別預防之排他目的（而非保護社會這一目的），方可要求執行不超過最高 6 個月之徒刑。按照 Costa Andrade 教授觀點，在 1982 年《刑法典》範疇內，葡萄牙立法者已經贊同這一見解，正如上述著作所闡述的那樣。

（十八）現被上訴的判決針對上訴人已經被判處觸犯為賭博的暴利罪以及勒索罪，並因此被判處獨一刑 15 日徒刑，緩期 3 年執行，以及在相同期間內禁止進入賭場的附加刑等情節，指出了一系列不以罰金或其他非剝奪自由刑替代刑罰的理由闡述或依據。

（十九）但是儘管如此，在第五庭第 18/98 號案件的 2003 年 2 月 18 日合議庭普通程序卷宗

中作出的批示宣告該主刑已經消滅（正如第 52 頁的刑事記錄表中的內容所示）；而且上訴人在緩刑期間沒有作出任何涉及為賭博的暴利罪、勒索罪或任何其他與常至賭場相關的不法行為（從上訴人個人角度及之前對其的判罪角度上看）。

（二十）而且，前引卷宗中以附加刑名義所定的違反所定義務的情節（該情節是上訴人被判處現被審查的實際徒刑的決定性情節），發生在有關禁止的有效期間已經過了三分之一（具體屆滿日期為 2002 年 4 月 5 日）的情況下。

（二十一）上述兩點所述的各項事實，構成了降低重新納入社會之特別預防要求以及/或保護法律秩序的一般預防要求（按照此等要求，或許必須對上訴人科處 5 個月徒刑）的因素。

（二十二）因此，鑑於緩刑是真正的替代刑之性質，且本案中已具備《刑法典》第 48 條的前提，應當以相同期間的罰金或非剝奪自由刑（尤其是緩刑）替代該 5 個月徒刑。

（二十三）因此，由於原判未作出所主張的替代，故違反《刑法典》第 44 條；”（參閱第 121 頁至第 125 頁）。

檢察官適時答覆，主張維持原判；（參閱第 137 頁至第 141 頁）。

上訴獲接納，具適當的上呈效果及方式，卷宗移送本中級法院。

在檢閱範疇內，助理檢察長的意見是上訴理由不成立；（參閱第 171 頁至第 175 頁）。

製作了初步批示，助審法官檢閱已畢，應予審理。

理由說明

事實

二、原審法院認為獲證實的事實事宜如下：

“嫌犯於 1999 年 12 月 7 日初級法院合議庭第五庭第 18/98 號普通訴訟程序卷宗之判決中被法院以附加刑方式禁止進入本澳娛樂場所，為期三年。

嫌犯於 2000 年 1 月 8 日獲正式通知該判決之內容。

2002 年 4 月 5 日，嫌犯進入澳門葡京娛樂場，並於 12 時 25 分被司法警察局警員發現。

嫌犯在自願、故意及有意識情況下實施上述行為。

嫌犯完全知悉其行為觸犯法律、會受法律制裁。

另外，還查明以下事實：

嫌犯有刑事罪行記錄，其於第 5 庭第 18/98 號案件合議庭普通訴訟程序中，1999 年 12 月 7 日之判決，裁定嫌犯犯下一項賭博高利貸及一項勒索罪，合共判處 15 個月徒刑，緩刑三年執行，同時科處附加刑，禁止進入澳門任何一間賭場，為期三年。該徒刑已於 2003 年 2 月 18 日獲宣佈消滅。

在執行附加刑時，2000 年 1 月 18 日再次通知了嫌犯上述法院判決的內容，並告知了嫌犯如違反命令則構成違令罪。

嫌犯的社會及經濟狀況較差。”（參閱第 160 頁至第 162 頁）

法律

三、正如前文闡述中得出，本卷宗中嫌犯針對其 5 個月徒刑的判決提起上訴，只請求為其定出非剝奪自由刑替代該項實行。

我們看看上訴是否得直。

現上訴人觸犯的犯罪 — 違反判決所定之禁止罪 — 可處以“最高 2 年徒刑或最高 240 日罰金”；（見第 317 條）。

澳門《刑法典》第 64 條確定了選擇刑罰之標準：

“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。”

考慮到前述第 64 條的規範，原審法院認為非剝奪自由刑不足以實現刑罰的目的，因此選擇剝奪自由刑。

我們認為如此裁定是正確的。

事實上，第 64 條內含的規範並不約束法院自動優先選用非剝奪自由刑。因此，如果法院認為不能滿足處罰的目的，就不必（強制性）選擇之，可以（並應當）科處徒刑。

在本案中，在一般預防範疇內，必須確保社會對於被違反的規範有效性的期望和信任，（不應當忘記諸如本案的有關行為，當然影響到法院及其裁判的尊嚴）。

在特別預防層面上必須考慮到本卷宗犯罪發生的時刻：現上訴人先前被判處的徒刑之緩期 15 個月執行期間。我們可本著合理的明確性認為，此乃顯示出（對事實作譴責以及）“徒刑的威懾”並不足夠。

充分可見，原審法院選擇剝奪自由刑是正確。

但是，正如遞交的結論中所見，上訴人明確指出（原判）違反了澳門《刑法典》第 44 條。正如所知，該條文規定：“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；下條第三款及第四款之規定，相應適用之。

二、被判刑者如不繳納罰金，須服所科處之徒刑；第四十七條第三款之規定，相應適用之。”（底線為我們所加）

如何裁判？

有關刑罰為 5 個月徒刑，是否應被替代？

正如檢察院在答覆及意見書中所稱，本文中根本沒有理由以罰金替代 5 個月徒刑。因為不論在所謂“預防未來犯罪必要性”方面作何理解 — 即其中包括“一般及特別預防”還是只包括“特別預防”（參閱本中級法院第 219/2002 號案件的 2003 年 3 月 6 日合議庭裁判） — 顯然在本文中，正如上文所述，無論是否剝奪自由刑（就特殊預防及一般預防的必要性而言），都阻礙這種希望的替代。

因此，無需贅述，本上訴理由不成立。

決定

四、綜上所述並依此為據，合議庭裁判上訴理由不成立。

上訴人應繳納司法費 4 個計算單位。

José M. Dias Azedo（司徒民正，裁判書製作法官） — 陳廣勝 — 賴健雄