

上訴案第 291/2019 號

日期：2019 年 3 月 28 日

主題： - 非法再入境罪
 - 刑罰的特別減輕
 - 量刑

摘 要

1. 《刑法典》第 66 條規定的刑罰之特別減輕的前提是，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的罪過的情節，或明顯減少刑罰之必要性的情節，也就是說，不僅要有明顯減輕事實的不法性或行為人罪過的情節，而且還要有明顯減少刑罰的必要性的情節，即明顯減少預防的要求的情節。
2. 嫌犯非自首，而是在被發現處於非法居留狀態的情況下而揭發違反了再入境的禁令，在事實面前無可辯駁的情況下才承認犯罪事實，這種在事發後所表現出的認罪態度，純粹表示後悔及在本案中所能起到的減刑的作用僅屬一般，更談不上滿足到《刑法典》第 66 條第 2 款 d 項所規定可相當減輕其罪過的情節。
3. 法律給予法院在刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由，只有當原審法院明顯違反法律或罪刑相適應原則時，上級法院才有介入原審法院的量刑空間。

裁判書製作人
蔡武彬

上訴案第 291/2019 號

上訴人：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 以直接正犯、故意及既遂的方式觸犯了第 6/2004 號法律第 21 條的規定，構成一項「非法再入境罪」，並請求初級法院以簡易訴訟程序對其進行審理。

初級法院第四刑事法庭在第 CR4-19-0007-PSM 號案件中，經過庭審，最後判決嫌犯 A 以直接正犯、故意及既遂的方式觸犯第 6/2004 號法律第 21 條的規定，構成一項「非法再入境罪」，判處三個月實際徒刑。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起了上訴：

1. 上訴人於 2018 年 12 月 22 日晚上坐船進入本澳時，沒有被當局發現。
2. 上訴人於 2019 年 2 月 8 日以現行犯的方式被拘留，在法庭其對被指控的事實坦白承認，作出毫無保留的自認。
3. 上訴人是初犯，之前沒有在澳門受審。
4. 上訴人承諾日後不會在禁止入境期間來澳。

5. 原審法院判處上訴人三個月實際徒刑。
6. 上訴人的罪過程度明顯較之非為初犯、已接受過法庭審判並且曾被科處刑罰者為輕。
7. 以暫緩執行徒刑作為預防上訴人再次犯罪的手段，已是適當及足以實現刑罰的目的。
8. 驅逐出境是阻止違反入境及逗留規則的人在本澳逗留的最有效辦法。
9. 為了達到一般預防，透過對非法再入境者施以刑罰未必就能奏效，所謂“徒法不足以自行”，更重要的是透過行政上的邊境措施以打擊，這樣更為體現到刑法的謙抑性原則。
10. 被訴判決違反《刑法典》第 40 條第 2 款規定「罪過是刑罰的上限」以及第 64 條規定「優先選擇非剝奪自由刑原則」。

綜上所述，按照有關依據及法律規定，請求尊敬的中級法院各位法官閣下接納本上訴，並裁定所主張之上訴理由成立，廢止原審法庭於 2019 年 2 月 11 日作出之判決，並：裁定對上訴人適用暫緩執行徒刑，或以罰金代刑。

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 根據第 6/2004 號法律第 21 條之規定，非法再入境罪之法定刑為最高處 1 年徒刑。
2. 就本案而言，我們認為，原審判決判處上訴人 3 個月徒刑，無論從刑種和刑量上看，均是一個適中且恰當的刑罰，上訴人本人對此刑種和刑量亦認為“似乎沒有可非議之處”。
3. 此外，考慮到徒刑的威嚇作用明顯大於罰金，為預防犯罪，本案也不宜以罰金代替徒刑。
4. 現在關鍵問題在於是否應實際執行所判處的徒刑。

5. 在本案中，原審法官閣下在決定實際執行徒刑時主要考慮了上訴人的故意程度極高以及一般預防的需要。
6. 本院認為，3 個月的實際徒刑在一般預防方面的確具有極大的警示作用。
7. 但是，就罪而言，在尊重不同見解的情況下，3 個月的實際徒刑則過於嚴厲了，換言之，超過了本案中上訴人的罪過程度。
8. 與法院過往對同類犯罪的判刑相比，本案在事實方面並無明顯差異，而判處實際徒刑卻與過往對同類犯罪的初犯一般判處緩刑形成了令人有些許“震撼”的反差。
9. 儘管個案不同，但就非法再入境罪中行為人本身之罪過程度而言，對於初犯適用實際徒刑似乎應是極個別的嚴重情況下的選擇---即有明顯的依據證明嫌犯不足以受刑罰威嚇達至刑罰目的，而本文中我們尚看不出存在此情況。
10. 在本文中，嫌犯對被指控的事實作出毫無保留的自認，嫌犯聲稱具有初中畢業的學歷，嫌犯聲稱其為商人，每月收入約為人民幣 10,000 元，需供養父親及兩名未成年子女，根據刑事紀錄證明，嫌犯為初犯，結合其具體的犯罪情節，本院認為，整體上仍能夠期待“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”。
11. 《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，法院得將科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。”
12. 據此，本院認為，在本文中，對上訴人適用緩刑或許更為恰當及符合法律對刑罰目的的規定。
13. 當然，我們也注意到，對非法再入境罪的行為人“習慣性”地適用緩刑在維護社會秩序方面有時會顯得不足，從而削弱刑罰一

般預防的功能。

14. 但是，既然立法者在《刑法典》第 40 條第 2 款規定了“在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過之程度。”那麼，刑罰份量之確定便須考慮預防犯罪之要求，但仍要受罪過之程度所限制。
15. 至於上訴人順便引用的康德對刑罰的看法，我們以為，眾所周知，對心中道德律充滿敬畏的康德先生倡導的是“謀殺犯必須處死”的報應刑思想，而當下我們的立法則強調目的刑主義，儘管法律禁止為達目的可以不擇手段。
16. 基於以上理解，就本個案而言，本院認為，實際執行徒刑確屬過度，有違《刑法典》第 40 條第 2 款之規定，因而有必要將所判之實際徒刑改為暫緩執行。

因此，本院認為，上訴人的上訴理由應視為成立，其請求暫緩執行所判之 3 個月徒刑應予支持。

基於維護合法性及客觀原則的要求，茲提請中級法院，判定上訴理由成立，對所判之 3 個月徒刑暫緩執行。

駐本院助理檢察長提出法律意見書：

2019 年 2 月 11 日，初級法院判處嫌犯 A 以直接正犯、故意及既遂的方式觸犯 1 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 3 個月實際徒刑。

上訴人 A 不服上述初級法院裁判而向中級法院提起上訴。

在其上訴理由中，上訴人 A 認為暫緩執行其被判處的 3 個月徒刑已是適當及足以實現刑罰的目的，被上訴判決違反了《刑法典》第 40 條第 2 款及第 64 條之規定，應給予其緩刑或以罰金代刑。

對於上訴人 A 所提出的上訴理由，我們認為全部不能成立。

1. 關於《刑法典》第 40 條第 2 款及第 64 條之違反

上訴人 A 在其上訴理由陳述中指出，其為初犯，在法庭上坦白承認被指控的事實，並作出毫無保留的自認，亦承諾不會再在禁止入境期間來澳；其認為驅逐出境是阻止違反入境及逗留規定的人士在本澳逗留的最有效方式，為了達到一般預防，透過對非法入境者施以刑罰未必能奏效，透過行政上的邊境措施已能體現到刑法的謙抑性原則，因而指責被上訴判決違反了《刑法典》第 40 條第 2 款所規定「罪過是刑罰的上限」及第 64 條所規定「優先選擇非剝奪自由刑原則」，應以罰金代刑。

眾所周知，《刑法典》第 64 條規定了選擇刑罰的標準。根據該條文之規定，當非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰的目的時，法院應先選擇剝奪自由之刑罰。而《刑法典》第 40 條亦規定了刑罰的目的。

《刑法典》第 44 條第 1 款也規定了倘科處之徒刑不超逾 6 個月，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，然而，為預防將來犯罪而有必要執行者除外。

在本具體個案中，上訴人 A 於 2018 年 11 月 19 日在治安警察局出入境事務廳親身簽署相關驅逐令的通知，同時被清楚告知自實際驅逐之日起計 6 年期間（由 2018 年 11 月 20 日至 2024 年 11 月 19 日）內禁止再次進入本澳，否則將受法律制裁。然而，在被驅逐出境後短短一個月，上訴人 A 為了進入賭場賭博，又再次以非法途徑進入本澳境內，可見其故意程度高，守法能力低，特別預防的要求較高。

而事實上，上訴人 A 所實施的犯罪行為是在本澳高發，也是要致力打擊的犯罪行為，對社會安寧及法律秩序造成嚴重的負面影響，一般預防的要求較高。

因此，綜合考慮犯罪預防（無論是特別預防還是一般預防）的需要，僅對其科處非剝奪自由的刑罰明顯不適當及不足以實現處罰的目的，亦不能忽視其將來再次犯罪的可能性，因此，原審法院對上訴人所觸犯的一項「違令罪」選科徒刑的決定，並無違反《刑法典》第 40 條第 1 款、第 44 條第 1 款，以及第 64 條之規定。

2. 關於給予緩刑

在其上訴理由中，上訴人 A 表示，其為初犯，在法庭上坦白承認被指控的事實，並作出毫無保留的自認，暫緩執行其被判處的 3 個月徒刑已適當及足以實現刑罰的目的，認為應給予其緩刑。

在考慮是否適用《刑法典》第 48 條第 1 款之規定時，必須考慮是否滿足了緩刑的形式前提及實質前提。

形式前提是指不超逾 3 年的徒刑，而不可暫緩執行其他非剝奪自由刑。

實質前提是指法院必須整體考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後的行為及犯罪情節、僅對事實作譴責並以監禁作威嚇是否可適當及足以實現處罰的目的，即應以特別預防及一般預防作為給予緩刑的界限，具體地說，尚可預見行為人受到刑罰的威嚇和譴責後，即會約束自己日後行為舉止，從而不再實施犯罪，以及即使徒刑被暫緩執行，亦不致動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，無削弱法律的權威和尊嚴。

在本具體個案中，上訴人 A 被原審法院判處 3 個月徒刑，不超逾 3 年徒刑，無疑符合《刑法典》第 48 條第 1 款所規定的形式前提。

就實質前提而言，雖然上訴人 A 為初犯，亦對被指控的事實作出毫無保留的自認，但值得一提的是，其在現行犯的情況下被拘留，根本沒有否認的空間。

此外，根據卷宗資料，上訴人 A 為非本澳居民，且是在自由、自願及有意識的情況下作出了本案所針對之犯罪。

最重要的是，如第 1 點所述，上訴人 A 於 2018 年 11 月 19 日親身簽署相關驅逐令的通知，同時被清楚告知自 2018 年 11 月 20 日至 2024 年 11 月 19 日的期間內禁止再次進入本澳，否則耐受法律制裁。然而，上訴人 A 被驅逐出境後只是短短一個月，其又再次以非法途徑進入本澳境內，可見其守法意識薄弱，漠視本澳之法律。

顯然地，對上訴人 A 而言，僅對事實作譴責並以監禁作威嚇未能適當及不足以實現處罰的目的；換言之，倘上訴人 A 被判處之徒刑被暫

緩執行，將會動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，尤其會予以錯覺，在澳門實施此類犯罪的後果不足掛牙齒，的確是不利整個社會安寧及秩序尤其損害澳門作為國際旅遊城市的形象。

雖然被上訴判決所判處上訴人 A3 個月徒刑符合《刑法典》第 48 條第 1 款所規定的形式前提，但並不符合該條所規定的實質前提，因為單以監禁作威嚇已不適當及不足以實現處罰的目的了。故此，被上訴判決並沒有違反法律，尤其無違反《刑法典》第 48 條之規定。

綜上所述，應裁定上訴人 A 所提出的上訴理由全部不能成立，予以駁回，並維持原審法院的裁決。

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

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

- 基於嫌犯曾作出非法入境行為，治安警察局對嫌犯作出了禁止入境 6 年的決定。
- 嫌犯於 2018 年 11 月 19 日在治安警察局出入境事務廳親身簽署第 560/2018-P.223 號驅逐令的通知書 (載於卷宗第 5 頁)，同時被清楚告知自實際驅逐之日起計 6 年期間 (由 2018 年 11 月 20 日至 2024 年 11 月 19 日) 內禁止再次進入本澳，否則將受法律制裁。
- 隨後，嫌犯被實際驅逐出境。
- 嫌犯為了進入賭場賺取金錢，再於 2018 年 12 月 22 日晚上，透過一名不知名的男子安排下，在珠海灣仔碼頭，以乘船方式進入本特區，並在本澳氹仔附近一不知名地點上岸，期間一直在本澳賭場流連，直至於 2019 年 2 月 8 日被司法警察局人員

截獲。

- 嫌犯清楚知悉被禁止進入本澳，亦明白在是次進入本澳是法律所不容許，且會受刑事處罰，然而，仍在禁令的期間以非法途徑進入本澳。
- 嫌犯是在有意識、自由及自願的情況下作出上述行為，亦明知此等行為是法律所禁止和處罰的。
- 同時，亦證實：
- 嫌犯對被指控的事實作出毫無保留的自認。
- 嫌犯聲稱具有初中畢業的學歷。
- 嫌犯聲稱其為商人，每月收入約為人民幣 10,000 元，需供養父親及兩名未成年子女。
- 根據刑事紀錄證明，嫌犯為初犯。

未獲證實的事實：沒有。

三、法律部份

上訴人在其上訴理由中，指出其為初犯，在法庭上坦白承認被指控的事實，並作出毫無保留的自認，亦承諾不會再在禁止入境期間來澳；其認為驅逐出境是阻止違反入境及逗留規定的人士在本澳逗留的最有效方式，為了達到一般預防，透過對非法入境者施以刑罰未必能奏效，透過行政上的邊境措施已能體現到刑法的謙抑性原則，因而指責被上訴判決違反了《刑法典》第 40 條第 2 款所規定「罪過是刑罰的上限」及第 64 條所規定「優先選擇非剝奪自由刑原則」，應以罰金代刑。

而作為補充的上訴理由，上訴人認為其為初犯，在法庭上坦白承認被指控的事實，並作出毫無保留的自認，暫緩執行其被判處的 3 個月徒刑已適當及足以實現刑罰的目的，認為應給予其緩刑。

我們看看。

正如《刑法典》第 40 條所作的規定，科處的刑罰除了應該以犯罪的罪過為度外，其目的在於保護法益及使行為人重新納入社會。

首先，法院所選擇的刑罰的份量，在法定刑幅之間選擇以合適的刑罰，取決於法院根據《刑法典》第 65 條的量刑規則和標準所作出的衡量，尤其是體現在以犯罪的罪過為度之上，這就是《刑法典》第 40 條第 2 款所規定的“在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過之程度”的原則。也就是說，只有在決定刑罰份量之時，除了考慮預防犯罪的要求外，仍要受罪過的程度所限制。

那麼，在這層面，原審法院所確定的三個月的徒刑正是體現了犯罪的罪過的程度的考慮上。

其次，確定了具體的刑罰，法院就具有權力和義務決定是否適用《刑法典》第 44 條和第 48 條規定的罰金替代性和徒刑的緩刑的制度，兩者正是集中反映在犯罪的預防之上，條件是取決於法院對嫌犯的人格特徵、生活條件以及在犯罪前後的行為和犯罪情節的考量所形成的總體評價。

一般來說，上訴法院對原審法院在訴訟的直接以及口頭原則之下進行的審判活動所形成的對嫌犯的印象的評分難於作出適當的糾正，上訴法院作出介入也僅限於這些評核出現明顯錯誤以及顯失平衡的情況下。

就罰金替代刑而言，《刑法典》第 44 條第 1 款規定了倘科處的徒刑不超逾 6 個月，須以相等日數之罰金或以其他可科處的非剝奪自由的刑罰代替之，然而，為預防將來犯罪而有必要執行者除外。

在本案中，上訴人 A 於 2018 年 11 月 19 日在治安警察局出入境事務廳親身簽署相關驅逐令的通知，同時被清楚告知自實際驅逐之日起計 6 年期間（由 2018 年 11 月 20 日至 2024 年 11 月 19 日）內禁止再次進入本澳，否則將受法律制裁。然而，在被驅逐出境後短短一個月，上訴人為了進入賭場賭博，又再次以非法途徑進入本澳境內，可見其故意程度高，守法能力低，特別預防的要求較高。

很明顯，原審法院所得出的為了預防將來犯罪有必要執行刑罰的結論沒有任何可以質疑或者不合適的地方，被上訴的決定在這方面並沒有違反《刑法典》第 44 條的規定。

而就緩刑而言，《刑法典》第 48 條規定了緩刑的前提：『一、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，法院得將科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。』

從這個規定我們可以看到，緩刑並不是只要所處刑罰不超逾三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，尤其是下列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分地實現刑罰的目的時才能宣告將所通用的徒刑暫緩執行。具體地說，尚可預見行為人受到刑罰的威嚇和譴責後，即會約束自己日後行為舉止，從而不再實施犯罪，以及即使徒刑被暫緩執行，亦不致動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，無削弱法律的權威和尊嚴，可以給予緩刑。

雖然，我們仍然需要維持實際徒刑在懲罰犯罪，尤其是輕微犯罪之上，但是，對於作為初犯以及毫無保留地對犯罪事實作出自認（雖然在無可辯駁的情況下）的上訴人而言，其行為已經在羈押候審期間得到了一定的“懲罰”，雖然所實施的犯罪行為對澳門社會安寧及法律秩序造成了一定的負面影響而提出的在犯罪的一般預防方面的較高要求，但是，這種對犯罪的一般預防的要求不能被過分地強調，我們認為就上訴人而言，僅對事實作譴責並以監禁作威嚇已經足以適當實現處罰的目的，尚不至於動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心。

因此，上訴人這部分的上訴理由成立，應該給予其所判處的徒刑緩刑，以三年為最合適。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人的上訴理由成立，維持對上訴人的具體刑罰的基礎上，對所判徒刑予以緩刑，為期三年。

無需判處本案訴訟費用。

確定上訴人的委任辯護人的報酬為 1500 澳門元，由終審法院院長辦公室支付。

澳門特別行政區，2019 年 3 月 28 日

蔡武彬

司徒民正

陳廣勝