

編號：第 342/2021 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2022 年 7 月 28 日

主要法律問題：

- 辯論原則
- 法律定性
- 緩刑

摘 要

1. 根據卷宗資料，原審法官閣下在聽證中已就可能出現的法律定性變更在審判聽證前告知了控辯雙方。儘管這一告知並不確定(如上訴人所指“或一地”)，但是這已顯示原審法院已履行了遵從辯論原則的法律義務。換言之，控訴中(雖經改判)已指出(告知)了可能適用之法律規定，因而也就為嫌犯之辯護指明了標的，使其有可能對相關指控作出辯護。

基於有關分析，原審判決作出之改判並未違反辯論原則，而控訴(經改判)中也不存在未指出適用之法律規定之無效。

2. 事實上，在《刑法典》第 317 條及第 10/2012 號法律第 12 條(二)項配合《刑法典》第 312 條第 1 款 a)項，這兩條條文的規範中實有重疊的部分，因兩者都針對不服從透過司法判決所作出之禁止，而不同之處則在於第 10/2012 號法律僅適用於與進入娛樂場有關的事宜上，因此，已明確收窄了其適用範圍及所針對的標的。

所以，兩條處罰條文之間確處在“*lex specialis derogat legi generali*”，

即特別法優先適用關係，而第 10/2012 號法律第 12 條規定則是特別法。

3. 上訴人在觸犯本案犯罪事實時已多次觸犯罪行而被判緩刑的前科，但其仍未引以為誡，不知悔改，本案更在緩刑期間發生，從中可以得出以前的案件及判決對上訴人而言仍未能產生足夠的阻嚇作用，不能阻止他再次犯罪的結論。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 342/2021 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2022 年 7 月 28 日

一、 案情敘述

於 2021 年 3 月 9 日，嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR2-21-0020-PCS 號卷宗內被指控以直接正犯及既遂方式觸犯一項《刑法典》第 317 條所規定及處罰的「違反判決所定之禁止罪」，改判嫌犯以直接正犯、故意及既遂方式觸犯一項第 10/2012 號法律第 12 條(二)項配合《刑法典》第 312 條第 1 款 a)項所規定及處罰的「違令罪」，被判處四個月實際徒刑。

本案刑罰與第 CR1-19-0180-PCS 號案的刑罰競合，嫌犯合共被判處七個月實際徒刑。

嫌犯不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由(結論部分)：

上訴人對原審判決，除了應有的尊重之外，有以下的意見：

違反辯論原則

1. 在本案控訴書中，檢察院對上訴人提出控訴，指控上訴人觸犯一項「違反判決所定之禁止罪」。
2. 在卷宗第 86 頁背頁之批示中，原審法院曾通知控辯雙方倘上訴人被指控事實獲證明屬實，可能認定上訴人的行為構成第

10/2012 號法律第 12 條(二)項結合澳門刑法典第 312 條第 1 款所規定及處罰的一項「違令罪」。

3. 最後，在被上訴判決中，原審法院改判上訴人觸犯上述卷宗第 86 頁背頁之批示中提及第 10/2012 號法律第 12 條(二)項配合澳門刑法典第 312 條規定及處罰的一項「違令罪」。
4. 在保持充分尊重的前提下，上訴人認為，即使原審法院已作出通知(上述卷 宗第 86 頁背頁之批示)，仍然違反辯論原則。
5. 這是因為，雖然上訴人已獲通知，但是同時對上訴人來說，原審法院的通知是使上訴人同時被或一地控告兩項罪名：要不是澳門刑法典第 317 條規定及處罰的一項「違反判決所定之禁止罪」；要不是第 10/2012 號法律第 12 條(二)項配合澳門刑法典第 312 條規定及處罰的一項「違令罪」。
6. 假如原審法院直接更改指控的法律定性並適當地通知上訴人，那麼上訴人認同是合適的。
7. 然而，根據澳門刑事訴訟法典第 265 條第三款 c 項規定，控訴書中針對嫌犯適用的法律規定一指出適用之法律規定，上訴人認為，此規定使控訴指控的罪名應只有一種，因為這方能夠使嫌犯針對被指控的罪名準備適當的辯護。
8. 現上訴人同時面對兩項罪名(或一地)的指控，這無疑違反了上述澳門刑事 訴訟法典第 265 條第三款 c 項規定，亦使上訴人的辯護權受削弱。
9. 故此，上訴人認為被上訴判決違反了辯論原則，應類推適用澳門刑事訴訟法典第 360 條第 1 款 b 項及第 339 條條規定，請求尊敬的法官閣下裁定被上訴判決屬無效。

量刑過重

10. 倘若尊敬的法官閣下不認同上述理由，以下提出其他上訴理由如下。
11. 原審法院合議庭在確定刑罰份量方面，在保持充分尊重的前提下，上訴人認為被處四個月之實際徒刑，並與第 CR1-19-0180-PCS 號案的刑罰競合，合共判處上訴人七個月實際徒刑，原審法院合議庭在確定刑罰份量方面是偏高(重)的。
12. 對於上訴人的認罪態度，透過本上訴判決第 4 頁第二段內容，顯示上訴人在庭審中已基本承認指控事實，在庭上的陳述屬於坦白講出了自己在案發時的行為及心態。
13. 另一方面，對於上訴人已被判處的犯罪前科(初級法院編號 CR4-16-0384-PCC 案件及編號 CR1-19-0180-PCS)中，編號 CR1-19-0180-PCS 案件與本案性質類似；編號 CR 4-16-0384- PCC 案件於 2016 年 5 月 19 日發生，距今接近 5 年，故此，這接近 5 年期間內，上訴人未有被證實作出其他具體及直接地損害他人法益的犯罪行為，顯示上訴人自編號 CR4-16-0384-PCC 案件後，其反社會人格未有負面發展。
14. 同時，在本案中，上訴人進入賭場後，其行為只是觀看別人賭博及吸煙(當然室內吸煙屬違法行為)，沒有滋擾其他賭客，故上訴人在本案的犯罪後果屬輕微。
15. 當然這不是可以阻卻上訴人的行為不法性的理由或是能夠被容忍，但是，對於上訴人的人格方面，我們可以觀察到，上訴人的犯罪行為均是源於賭場，並傾向財產性犯罪行為，但是，上訴人沒有被證實在賭場以外為了財產而作出的犯罪行為(比如盜竊或搶劫)。
16. 因此，假設禁止上訴人長時間進入賭場，以及給予上訴人最長

期間的緩刑期用以警戒，以觀察上訴人是否守法，那麼應足以實現刑罰的目的。

17. 法院在確定刑罰之份量時，須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節，對上訴人作出特別減輕情節及輕判的處罰。故應對上訴人重新量刑，請求給予不低於五年的緩刑期，同時禁止上訴人進入賭場為附加刑，更為合適。

綜上所述，和依賴法官閣下之高見，應裁定本上訴理由成立，繼而：
-重新科處對上訴人的刑期作出量刑，並給予暫緩執行。
並請求尊敬的中級法院法官閣下一如既往地作出公正裁決。

檢察院對上訴作出了答覆，並提出有關理據。¹

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院司法官作出檢閱及提交法律意見，認為上訴人提出的上訴理由不成立，並認為原審判決存在《刑事

¹其葡文結論內容如下：

1. São realidades totalmente distintas factos e qualificação do crime;
2. Não havendo alteração de factos não se pode dizer que houve violação do princípio do contraditório;
3. Para além de o douto Tribunal a quo teve o cuidado de avisar a possível alteração da qualificação do crime;
4. Por outro, a nova qualificação implica uma pena mais baixa o que é favorável ao Recorrente;
5. Pelo que nada prejudicou os direitos do Recorrente;
6. Na determinação da pena há que considerar a circunstâncias previstas nos art. 40º nos. 1 e 2, e 65º nos. 1 e 2 do CPM;
7. A medida da pena concreta é proporcional e adequada por o Recorrente já tinha sido condenado 3 vezes além da condenação dos presentes autos sendo uma condenação por crime idêntico aos presentes autos;
8. Há de ter em consideração as necessidades de prevenção geral e especial;
9. A jurisprudência entende que o Tribunal de condenação deve dotar de liberdade na determinação da pena excepto casos de manifesta injustiça.

Nesses termos e nos demais de direito deve Vossas Excelências rejeitar o recurso por ser manifestamente improcedente.

Porém Vossas Excelências farão a habitual JUSTICA!!!

訴訟法典》第 400 條第 1 款規定之法律適用錯誤，予以廢止，並將卷宗發回初級法院，指令判定檢察院控訴的罪名成立，並依法重新作出量刑。

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：

1. A(上訴人)於 2017 年 9 月 8 日因觸犯高利貸犯罪，而被澳門特別行政區初級法院判處禁止進入澳門特別行政區任何娛樂場之附加刑，為期兩年六個月。上訴人當日在法院簽署通知證明，獲悉有關判決。
2. 2019 年 9 月 8 日凌晨約 1 時 40 分，上訴人進入澳門 X 娛樂場觀看賭局及因在場內吸煙而被當值稽查員檢控時被截獲。
3. 上訴人是在自由、自願及有意識之情況下，故意違反刑事判決所定之禁止，並清楚知道其行為觸犯法律，會受法律制裁。

另外亦證實下列事實：

4. 根據刑事紀錄證明：
 - 上訴人曾因觸犯一項「以索取文件作保證為手段的賭博高利貸罪」，而在第 CR4-16-0384-PCC 號案內被判處兩年三個月徒刑，暫緩執行，為期兩年，以及禁止進入本特區所有賭場兩年六個月。上述裁判於 2017 年 9 月 28 日轉為確定。隨後，上訴人因在緩刑期內實施第 CR1-19-0180-PCS 號案的犯罪事實而的

被延長緩刑一年。

➤上訴人曾因觸犯一項「違反判決所定之禁止罪」，而在第 CR1-19-0180-PCS 號案內被判處五個月徒刑，暫緩執行，為期兩年，緩刑條件為須於判決確定後二十日內向聯合國難民基金捐獻 3,000 澳門元。上述判決於 2019 年 7 月 30 日作出，並於 2019 年 9 月 19 日轉為確定。上訴人已作出上述捐獻。

此外，上訴人尚有以下待判案件：

➤上訴人於第 CR5-19-0152-PCC 號案內被指控觸犯一項「詐騙罪」(巨額)，有關案件已指定於 2021 年 4 月 15 日宣讀裁判。

5. 上訴人在審判聽證中聲稱具有初中二年級的教育程度，無業，沒有收入，須供養妻子(沒有工作)及三名子女。

未獲證明的事實：沒有載於控訴書的事實有待證明。

三、法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 辯論原則
- 法律定性
- 量刑
- 緩刑

1. 上訴人提出檢察院指控其觸犯一項《刑法典》第 317 條所規定及處罰的「違反判決所定之禁止罪」，雖然上訴人已獲原審法院通知，可能

認定上訴人的行為構成第 10/2012 號法律第 12 條（二）項結合《刑法典》第 312 條第 1 款所規定及處罰的一項「違令罪」，但是其認為，原審法院的通知是使上訴人同時被或一地控告兩項罪名，然而，根據《刑事訴訟法典》第 265 條第三款 c) 項規定，控訴書中針對嫌犯適用的法律規定---指出適用之法律規定，上訴人認為，此規定使控訴指控的罪名應只有一種，現上訴人同時面對兩項罪名（或一地）的指控這無疑違反了上述《刑事訴訟法典》第 265 條第三款 c) 項規定亦使上訴人的辯護權受削弱。因此，原審判決違反了辯論原則。

《刑事訴訟法典》第 265 條規定：

“一、如偵查期間收集到充分跡象，顯示有犯罪發生及何人為犯罪行為人，則檢察院須對該人提出控訴。

二、充分跡象，係指從該等跡象能合理顯示出嫌犯可能最終在審判中被科處刑罰或保安處分者。

三、控訴書須載有下列內容，否則無效：

a) 指出認別嫌犯身分之資料；

b) 敘述或扼要敘述能作為對嫌犯科處刑罰或保安處分之依據之事實，儘可能載明犯罪實施之地方、時間及動機，行為人對事實之參與程度，以及任何對確定應科處行為人之制裁屬重要之情節；

c) 指出適用之法律規定；

d) 指出將調查或聲請之證據，尤其是將在審判中作證言之證人及作陳述之鑑定人之名單及其身分資料；

e) 日期及簽名。

四、如屬案件相牽連之情況，則僅提出一控訴。

五、第二百五十九條第三款及第一百條第一款 a 與 b 項之規定，相

應適用之；如該兩種通知方式使用後顯得無效，則訴訟程序繼續進行。”

《刑事訴訟法典》第 308 條規定：

“一、就聽證過程中出現之附隨問題，由法院在聽取就該等問題有利害關係之訴訟主體陳述後作出裁判。

二、在聽證過程中提出證據必須遵從辯論原則。”

根據《刑事訴訟法典》第 339 條規定：

“一、如在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生一些事實，其係對案件之裁判屬重要，但在起訴書中未描述，又或無起訴時，在控訴書中未描述，而對起訴書或控訴書中所描述之事實不構成實質變更者，則主持審判之法官依職權或應聲請將該變更告知嫌犯，並在嫌犯提出聲請時，給予其確實必需之時間以準備辯護。

二、如變更係因辯方所陳述之事實而產生，則上款之規定，不適用之。”

根據《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款規定：

“一、屬下列情況的判決無效：

a) 凡未載有第三百五十五條第二款及第三款 b 項所規定載明之事項者；或

b) 在非屬第三百三十九條及第三百四十條所指之情況及條件下，以起訴書中，或無起訴時，以控訴書中未描述之事實作出判罪者。”

中級法院於 2002 年 5 月 2 日製作之第 32/2002 號刑事上訴案判決中提到：“法院根據澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款的規定以及辯論原

則，不需將控訴書或起訴書所載的事實的任何變更或改變告知嫌犯，只是當這種變更或改變涉及‘對裁判屬重要的事實’時才需要告知。”²

另外，中級法院亦在 2008 年 6 月 5 日第 248/2008 號刑事上訴案判決中亦認定：“《刑事訴訟法典》第 339 和 340 條的規定，祇是針對所有不利嫌犯(而非對其有利)的事實變更(這立法精神尤見於《刑事訴訟法典》第 339 條第 2 款的規定)。”

本文中，檢察院控訴上訴人以直接正犯及既遂方式觸犯一項《刑法典》第 317 條所規定及處罰的「違反判決所定之禁止罪」。

原審法院第 86 頁背頁作出如下批示：

“.....

通知控辦雙方倘嫌犯被控訴的事實獲證明屬實，法庭可能認定嫌犯的行為構成第 10/2012 號法律第 12 條(二)項結合《刑法典》第 312 條第 1 款所規定及處罰的一項「違令罪」。

作出通知及採取必要的措施。”

而在判決中，原審法院改判上訴人以直接正犯、故意及既遂方式觸犯一項第 10/2012 號法律第 12 條(二)項配合《刑法典》第 312 條第 1 款 a) 項所規定及處罰的「違令罪」

² Com efeito, não é qualquer modificação ou alteração dos factos constantes na acusação ou na pronúncia que faz com que tenha o Tribunal – em observância ao disposto no dito artº 339º, nº 1 do C.P.P.M. e ao princípio do contraditório – de comunicá-la ao arguido, mas sim, apenas, quando tal modificação ou alteração incida sobre “factos com relevo para a decisão”

上訴人的上訴理由涉及的是法律定性變更應否通知控辯雙方(特別是嫌犯)，並遵守辯論原則的問題。

根據卷宗資料，原審法官閣下在聽證中已就可能出現的法律定性變更在審判聽證前告知了控辯雙方。儘管這一告知並不確定(如上訴人所指“或一地”)，但是這已顯示原審法院已履行了遵從辯論原則的法律義務。換言之，控訴中(雖經改判)已指出(告知)了可能適用之法律規定，因而也就為嫌犯之辯護指明了標的，使其有可能對相關指控作出辯護。

基於以上分析，原審判決作出之改判並未違反辯論原則，而控訴(經改判)中也不存在未指出適用之法律規定之無效。

因此，上訴人的上述上訴理由並不成立。

2. 現在分析助理檢察長在意見書中提出的問題。

助理檢察長認為本案獲證實之事實是應按照檢察院的控訴罪名定罪(適用《刑法典》第 317 條)，而不應該按照原審改判之罪名定罪(適用的第 10/2012 號法律第 12 條(二)項配合《刑法典》第 312 條第 1 款 a)項)。

10/2012 號法律第 12 條規定：

“以下的人按《刑法典》第三百一十二條第一款的規定，以普通違令罪處罰：

(一) 不服從博彩監察協調局的督察或有關主管人員、治安警察局或司法警察局人員發出或確認的驅逐令的人；

(二) 不服從禁止進入娛樂場的司法裁判或行政決定的人；

（三）不遵守第十一-A 條規定的人。”

《刑法典》第 312 條：

“一、不服從由有權限之當局或公務員依規則通知及發出之應當服從之正當命令或命令狀者，如符合下列情況，處最高一年徒刑，或科最高一百二十日罰金：

- a) 有法律規定，告誡在該情況下係以普通違令罪予以處罰者；或
- b) 雖無法律規定，但該當局或公務員有作出相應告誡者。

二、如有法律規定，告誡在該情況下係以加重違令罪予以處罰者，則刑罰最高為二年徒刑或二百四十日罰金。”

《刑法典》第 317 條規定：

“違反刑事判決所定作為附加刑或非剝奪自由之保安處分之禁止者，處最高二年徒刑，或科最高二百四十日罰金。”

根據原審法院已證事實：

1. “A(上訴人)於 2017 年 9 月 8 日因觸犯高利貸犯罪，而被澳門特別行政區初級法院判處禁止進入澳門特別行政區任何娛樂場之附加刑，為期兩年六個月。上訴人當日在法院簽署通知證明，獲悉有關判決。
2. 2019 年 9 月 8 日凌晨約 1 時 40 分，上訴人進入澳門 X 娛樂場觀看賭局及因在場內吸煙而被當值稽查員檢控時被截獲。
3. 上訴人是在自由、自願及有意識之情況下，故意違反刑事判決所定之禁止，並清楚知道其行為觸犯法律，會受法律制裁。”

從對第 10/2012 號法律作出分析後，立法者清楚表達藉該法律希望調整進入本澳娛樂場及博彩條件的法律制度，而當中更包括了處罰規定，特別是在《刑法典》的基礎下，新增設了第 12 條的違令罪，主要針對一些已被適當地通知禁止進入娛樂場的司法裁判或行政決定，但不服從有關司法裁判或行政決定的人，而罰則方面則援引《刑法典》第 312 條第 1 款之規定。

另一方面，《刑法典》第 317 條所針對的標的卻相對較為廣闊，泛指針對一切違反刑事判決中透過附加刑或保安處分所實施的禁止，全都適用該第 317 條。

事實上，在上述兩條條文的規範中實有重疊的部分，因兩者都針對不服從透過司法判決所作出之禁止，而不同之處則在於第 10/2012 號法律僅適用於與進入娛樂場有關的事宜上，因此，已明確收窄了其適用範圍及所針對的標的。

所以，兩條處罰條文之間確處在“*lex specialis derogat legi generali*”，即特別法優先適用關係，而第 10/2012 號法律第 12 條規定則是特別法。

基於此，在本案中應優先選擇適用第 10/2012 號法律第 12 條第 2 款結合《刑法典》第 312 條第 1 款所規定及處罰之違令罪。³

3. 上訴人認為原審法院量刑過重，違反《刑法典》第 40 條及第 65 條之規定。

《刑法典》第 40 條及第 65 條規定量刑的標準。

³ 同樣判決可參看本院 2018 年 4 月 4 日第 195/2018 號合議庭裁判書及 2019 年 4 月 5 日第 72/2019 號合議庭裁判書。

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。

上訴人觸犯的一項第 10/2012 號法律第 12 條(二)項配合《刑法典》第 312 條第 1 款 a)項所規定及處罰的「違令罪」，可被處以最高一年徒刑，或科最高一百二十日罰金。

根據原審法院已確認之事實，上訴人清楚知道自己仍然處於禁止進入本澳娛樂場的期間，亦清楚知道在禁止期間內進入本澳娛樂場會觸犯違令罪，仍然在有意識、自由及自願的情況下作出上述行為，且明知此等行為是法律所禁止和處罰的。

根據刑事紀錄證明，上訴人並非初犯，過往已曾屢次犯罪而被判刑，且本案的犯罪事實發生於其前科案件的緩刑期內，此外，上訴人於本案實施的行為顯示其明知故犯，漠視法院判決，守法意識薄弱，因此對上訴人的犯罪特別預防的要求亦相對提高。

經分析有關事實及所有對上訴人有利及不利的情節，本案中，原審法院對上訴人以直接正犯、故意及既遂方式觸犯一項第 10/2012 號法律第 12 條(二)項配合《刑法典》第 312 條第 1 款 a 項所規定及處罰的「違令罪」，

判處四個月徒刑，量刑並不過重。

因此，上訴人提出的上述上訴理由亦不成立。

4. 上訴人認為其已符合《刑法典》第 48 條所規定的要件，因此，應給予上訴人緩刑的機會。

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，上訴人在觸犯本案犯罪事實時已多次觸犯罪行而被判緩刑的前科，但其仍未引以為誡，不知悔改，本案更在緩刑期間發生，從中可以得出以前的案件及判決對上訴人而言仍未能產生足夠的阻嚇作用，不能阻止他再次犯罪的結論。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，本案中對上訴人所科處的徒刑暫緩執行不能使行為人吸收教訓，不再犯罪，重新納入社會，亦未能適當及充分地實現處罰之目的。

考慮到澳門社會的現實情況，同時也考慮立法者以刑罰處罰違令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，需要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。

因此，對具有犯罪前科的行為人再次給予緩刑的機會將不能達到對該類罪行一般預防的要求，亦未能遏止其他人犯罪。

故此，上訴人提出的上述上訴理由亦不成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人的上訴理由不成立，維持原審裁判。判處上訴人繳付 9 個計算單位之司法費，以及上訴的訴訟費用。著令通知。

2022 年 7 月 28 日

譚曉華 (裁判書製作人)

周艷平 (第一助審法官)

蔡武彬 (第二助審法官)