

## 上訴案第 98/2024 號

日期：2024 年 3 月 21 日

主題： - 從犯的認定  
- 量刑過重的審查空間  
- 緩刑的適用

### 摘 要

1. 要知道某一共同犯罪是否可以納入正犯的概念，首先必須查清楚如果沒有他的參與，犯罪事實是否就不會發生。另一方面還需要表現出行為人間接或直接的行為對實施犯罪的必要性：行為人是否不知道如果沒有他的幫助犯罪就不會被實施的情況，那樣我們面對的就僅僅是一種從犯或過失正犯的情況。
2. 法律賦予法院在法定的刑幅之內選擇一合適的刑罰的自由，上級法院只有在刑罰明顯違反罪刑不適應或者不合適的情況下才有介入的空間。
3. 形式前提是指不超逾 3 年的徒刑，而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，即以特別預防及一般預防作為給予緩刑的界限，具體地說，倘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。

裁判書製作人

蔡武彬

## 上訴案第 98/2024 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並提請初級法院以合議庭普通訴訟程序審理三名嫌犯 B、A 及 C 為直接共同正犯，彼等之既遂行為各自觸犯第 16/2021 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第 78 條所規定及處罰的二項「為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為罪」。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR2-23-0214-PCC 號案件中，經過庭審最後判決：

1. 指控第一嫌犯 B 以直接共同正犯、故意及既遂的方式所觸犯的第 16/2021 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第 78 條所規定及處罰的兩項「為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為罪」(共犯)，合共改判為第一嫌犯以直接共同正犯、故意、既遂及連續犯的方式觸犯了第 16/2021 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第 78 條所規定及處罰的一項「為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為罪」(共犯)(連續犯)，判處 2 年 6 個月的徒刑，准予暫緩 3 年執行。
2. 指控第二嫌犯 A 以直接共同正犯、故意及既遂的方式所觸犯的第 16/2021 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第 78 條所規定及處罰的兩項「為取得許可而虛偽作出並主張

某些法律行為罪」(共犯)，合共改判為第二嫌犯以直接共同正犯、故意、既遂及連續犯的方式觸犯了第 16/2021 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第 78 條所規定及處罰的一項「為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為罪」(共犯)(連續犯)，判處 2 年 6 個月的實際徒刑。

3. 指控第三嫌犯 C 以直接共同正犯、故意及既遂的方式所觸犯的第 16/2021 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第 78 條所規定及處罰的兩項「為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為罪」(共犯)，合共改判為第三嫌犯以直接共同正犯、故意、既遂及連續犯的方式觸犯了第 16/2021 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第 78 條所規定及處罰的一項「為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為罪」(共犯)(連續犯)，判處 2 年 3 個月的徒刑，准予暫緩 2 年執行，作為緩刑義務，第三嫌犯須於判決確定後 1 個月內向本特區政府支付 20,000 澳門元(兩萬澳門元)的捐獻。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起了上訴：

1. 原審法庭於 2023 年 11 月 29 日作出判決，當中裁定上訴人因以直接共同正犯、既遂及連續犯的方式觸犯了一項第 16/2021 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第 78 條所規定及處罰的「為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為」罪，對上訴人判處二年六個月的實際徒刑；
2. 在保持應有的尊重下，上訴人不服上指判決，認為該判決存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所指的“適用法律的錯誤”瑕疵；
3. 原審法庭認定上訴人與第一及第三嫌犯以共謀合力及分工合作的形式，由上訴人作為第一及第三嫌犯的中介人，透過虛假的勞動關係為第一嫌犯取得在澳門特別行政區的逗留許可，第

一嫌犯向上訴人支付金錢作為報酬，上訴人再向第三嫌犯支付金錢作為報酬；

4. 然而，根據本案卷宗內的一切證據，包括第一嫌犯在刑事警察機關及檢察院中曾作出的訊問筆錄內容，以及上訴人、第三嫌犯及證人於庭審上的解釋及證言，均沒有存在證據可直接或間接地證明上訴人曾收取第一嫌犯向其支付的報酬，以共謀合力的形式幫助第一嫌犯取得在澳門特別行政區的逗留許可；
5. 相反，上訴人已於庭審上解釋沒有從中獲得過任何利益，甚至有不時還替第一嫌犯向第三嫌犯支付相應的報酬，但第一嫌犯從沒有向上訴人支付過任何金錢，而第三嫌犯亦於庭審上承認收取了其要求的報酬；
6. 再者，上訴人在被指控之虛構勞動關係的整個過程中所擔任的角色只是一個“介紹人”，其所作出的行為僅是把第一嫌犯介紹給第三嫌犯，但其從沒有實質參與過、接觸過、甚至了解過虛構勞動關係的過程及結果，因為上述的虛構勞動關係對上訴人來說並不會及從沒有為其帶來任何利益；
7. 在被指控之虛構勞動關係中，唯一得益者是第一嫌犯及第三嫌犯，上訴人幫助第一嫌犯聯絡第三嫌犯只出於幫人的考慮，並不是為了收取或得到任何利益，故此其對於為第一嫌犯取得外地僱員逗留許可的申請過程及結果是毫不知情的；
8. 上訴人的行為，即在沒有任何利益的情況下替第一嫌犯向第三嫌犯支付相應的報酬，及幫助第一嫌犯聯絡第三嫌犯，僅是對他人故意作出之事實，故意以任何方式提供精神上之幫助；
9. 結合卷宗內所載的及於庭審上得出的所有證據，可以得出上訴人從沒有向第一嫌犯或第三嫌犯提供過任何他們不易訴諸的缺少的東西以幫助有關被指控的犯罪；
10. 故此，根據《刑法典》第 26 條的規定，上訴人的行為僅符合以從犯、既遂及連續犯的方式觸犯了一項「為取得許可而虛偽作

出並主張某些法律行為」罪；

11. 在保持應有的尊重下，原審法庭在無法證實上訴人確實有為第一嫌犯或第三嫌犯在被指控的犯罪上提供過任何實質及他們不易訴諸的缺少的東西，不應以《刑法典》第 25 條的規定，認定上訴人是以直接共同正犯參與被指控的犯罪，並以該法律定性考慮上訴人的量刑判定；
12. 根據《刑法典》第 26 條第 2 款的規定，科處於從犯之刑罰，為對正犯所規定之刑罰經特別減輕者；
13. 在此情況下，原審法庭對上訴人所判處的 2 年 6 個月實際徒刑過重；
14. 案中第一嫌犯及第三嫌犯，即本案犯罪的主要正犯們、犯罪的唯一得益者，分別被判處 2 年 6 個月及 2 年 3 個月徒刑，且均獲原審法庭暫緩執行有關刑罰；
15. 對上訴人科處的刑罰，在結合分析上訴人的參與程度及故意程度後，不應與第一嫌犯及第三嫌犯所被判處刑罰相同及較重；
16. 原審法庭在確定上訴人的刑罰份量時應考慮其在庭審上顯示真誠悔悟之行為、實行事實之方式、故意或過失之嚴重程度及其個人狀況及經濟狀況；
17. 上訴人在庭審上承認大部份被指控的事實，在被指控的犯罪中僅向主要正犯們提供精神上之幫助，從沒有參與過、接觸過、甚至了解過虛構勞動關係的過程及結果，對於為第一嫌犯取得外地僱員逗留許可的申請過程及結果是毫不知情的；
18. 上訴人僅具有初中三年級的學歷，須供養沒有工作的妻子及兩名未成年子女，根據《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定，科處刑罰及保安處分的目的，旨在保護法益及使行為人重新融入社會，除了要考慮到一般預防的功能外，亦應考慮積極的特別預防，使其改過及不再作出犯罪，上訴人認為現時的具體量刑違反了上述兩條規定所確立的原則；

19. 綜上所述，上訴人認為就其被指控以共犯方式觸犯的一項「為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為」罪，應改為以從犯方式觸犯的一項「為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為」罪，以及應改為判處其不超過一年六個月的徒刑；
20. 在符合《刑法典》第 48 條所規定要件的情況下，懇求尊敬的中級法院法官 閣下給予上訴人緩刑，並根據《刑法典》第 49 條的規定，對上訴人規定履行一定的緩刑義務，以彌補其行為所造成的惡害。

請求：基於以上依據及法律規定，在此請求尊敬的中級法院法官 閣下接納本上訴，並作出如下之裁定：

1. 請求裁定本上訴理由成立，改為判處上訴人以從犯、既遂及連續犯的方式觸犯了一項第 16/2021 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第 78 條所規定及處罰的「為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為」罪，從而在量刑方面改為判處其不超過一年六個月的徒刑；
2. 並考慮一切有利於嫌犯的情節，在適宜的情況下，給予上訴人緩刑。

檢察院對上訴人 A 提出的上訴作出了答覆：

1. 就適用法律錯誤，上訴人認為其只是中介人、介紹人、行為中沒有獲得任何利益，沒有接觸虛構勞動關係的過程，應屬從犯，並應給予特別減輕。
2. 從中級法院 72/2022 及 230/2022 裁判書的精闢見解所見，釐定正犯與從犯，主要區別在於行為人是否對犯罪行為有支配性的作用，以及其介入是否影響犯罪的發生。
3. 本案已證事實中，雖然上訴人沒有參與後期編製假聘用的文件程序，但實際上其沒有需要參與其中，但是否代表其可置身事

外？這是否定的。

4. 我們從判決中引述以下重要的已證事實：

- 第一嫌犯得悉 A(第二嫌犯)可協助其透過虛構的勞動關係的方式取得澳門外地僱員身份認別證，於是與第二嫌犯取得聯絡。
- 經與第二嫌犯商議後，第二嫌犯向第一嫌犯承諾可協助其以虛構勞動關係的方式向當局申辦澳門外地僱員身份認別證，條件為第一嫌犯須支付報酬。第一嫌犯同意上述條件。
- ...第二嫌犯得悉“XX 珠寶金行”有閒置的勞工配額，故向第三嫌犯建議以“XX 珠寶金行”名義聘用第一嫌犯，以便該金行可保留相關勞工配額，並承諾會向第三嫌犯支付虛假聘用第一嫌犯的報酬。
- 第三嫌犯認為第二嫌犯的上述建議有利可圖，於是同意以“XX 珠寶金行”的名義虛假聘用第一嫌犯。隨後...
- ...過程中，第二嫌犯協助第一嫌犯向第三嫌犯交付了不少於 20,000 澳門元，作為第三嫌犯作出上述僱用行為的報酬。

5. 從上述事實清楚可見，上訴人受第一嫌犯的青睞，繼而與第一嫌犯商議及計劃如何進行虛假的聘用程序，又建議第三嫌犯接納其提議，足見上訴人有份共謀商議作案計劃；接著，上訴人親自利用其人脈關係替第一嫌犯尋找第三嫌犯借用商號的名額進行假聘用的操作，其角色是假僱主及假僱員的重要橋樑角色，處支配地位，可說是關鍵的。試想想，如非上訴人懂門路、有人脈，順利拉上了第一和第三嫌犯，本案就根本不可能發生。

6. 從上可見，上訴人的角色不可或缺，並非單純的協助或提供幫助，而是與另外兩名嫌犯共謀實施犯罪，再成功將兩名不認識的嫌犯拉攏在一起，成功作案，故此，上訴人在本案的角色，即使其未必在行為中收受到具體利益，但不影響其以共犯身份作出犯罪行為。

7. 量刑過重及給予緩刑方面，上訴人認為在參與程序及故意程度上不應與另外兩位嫌犯相同或較重，又表示應考慮其真誠悔悟行為，以及闡述了其家庭經濟狀況，認為原審法庭量刑過重，並應給予緩刑。
8. 就量刑及緩刑考量方面，原審法庭作出以下分析：「根據嫌犯的**最新刑事記錄顯示，第一嫌犯及第三嫌犯均屬初犯，第二嫌犯於 2020 年 2 月 6 日有確定性的判刑記錄。**」、「考慮到嫌犯犯罪前後的表現、犯罪的情節，**第二嫌犯並非初犯，且於前科案件的緩刑期間實施本案的犯罪行為，由此可見，第二嫌犯並未有從前科案件的刑罰當中汲取足夠的教訓，且本案屬於本澳高發性的犯罪**；因此，本院認為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之目的，現決定實際執行對第二嫌犯所判處的刑罰。」(粗體及底線為本答辯狀所加)
9. 而具體量刑方面，《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，且需整體考量上訴人的罪過及預防犯罪的要求。
10. 罪過方面，上訴人非為初犯，其有預謀地聯同另外兩名嫌犯作案，為協助他人獲得不法的外勞資格及不法利益，且其角色具有不可或缺，主動協助兩名嫌犯計劃及穿針引線，故難言有可再減低罪過的情節。
11. 就特別預防方面，上訴人為求不法利益，協助他人進行虛假聘用，具相當的預謀性，雖然上訴人承認指控，但上訴人非初犯，且在緩刑期間作案，可見上訴人守法意識十分之薄弱，人格偏差較大，明顯地僅以刑罰作威嚇對其未能起正面作用，故有必要透過足夠的刑罰對其人格作出矯治。
12. 就一般預防方面，而涉及非法逗留及入境的相關犯罪與日俱增，當中涉及偽造文件罪行，在疫情過後未見減退，尤其是關於虛假僱用關係的犯罪，更是禁而不止，故實有必要加強打擊相關

犯罪，以防止有關犯罪的蔓延，以及確保本澳國際旅遊城市及法治之都的形象，以免市民及外界質疑特區對打擊相關犯罪的決心，故實有預防相關犯罪的需要。

13. 回看判刑，上訴人非初犯，緩刑期作案，實難以再予上訴人輕判，原審法庭判處上訴人 2 年 6 個月徒刑，以最低兩年起計，該刑罰僅為刑幅幅度的約十二分之一，即比最低刑期僅高出 6 個月，按上述分析上訴人在罪過及犯罪預防方面考慮，此判刑已是非常之輕。
14. 因此，根據自由邊緣理論，以及原審法庭已就量刑情節作出全面的考量下，檢察院認為原審法庭的量刑沒有過重，亦沒有違反《刑法典》第 40 第 65 條之規定。
15. 而緩刑方面，上訴人在緩刑期犯本案，浪費了法庭給予其改自新的機會，明顯可見僅以刑罰作威嚇未能對上訴人起有效作用，故並不適用緩刑的規定。
16. 因此，本院認為上訴人的理據不成立，應維持原判。

綜上所述，檢察院認為上訴人的上訴理由及請求明顯不成立，應予駁回，並維持被上訴的判決。(《刑事訴訟法典》第 410 條第 1 款)

在本上訴審程序中，尊敬的助理檢察長閣下提交了法律意見：

澳門檢察院現根據《刑事訴訟法典》第 406 條規定，就上訴人/第二嫌犯 A不服澳門初級法院第二刑事法庭合議庭在第 CR2-23-0214-PCC 號合議庭普通刑事案中作出之判決提出的上訴，發表檢閱意見。

上訴的基本事由：

2023 年 11 月 29 日，在第 CR2-23-0214-PCC 號合議庭普通刑事案中，澳門初級法院第二刑事法庭合議庭判決如下：

“指控第二嫌犯 A 以直接共同正犯、故意及既遂的方式所觸犯的第

16/2021 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第 78 條所規定及處罰的兩項「為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為罪」(共犯)·合共改判為第二嫌犯以直接共同正犯、故意、既遂及連續犯的方式觸犯了第 16/2021 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第 78 條所規定及處罰的一項「為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為罪」(共犯)(連續犯)·判處 2 年 6 個月的實際徒刑。”( 詳見卷宗第 200 至 207 頁 )

上訴人不服上述判決·於 2023 年 12 月 15 日向中級法院提起上訴·認為原審判決：1)不應認定其以直接共同正犯參與犯罪·其行為僅符合有關從犯之規定；2)量刑過重。據此·請求中級法院：a)改為判處其從犯方式犯罪·並改判不超過 1 年 6 個月的徒刑；b)給予緩刑。( 詳見卷宗第 216 至 227 頁 )

檢察院在上訴答覆中認為上訴人的上訴理由不成立。( 詳見卷宗第 239 至 243 頁 )

本案上訴標的合法、上訴人具有上訴正當性及利益、上訴適時。

我們來看看上訴人的上訴理由是否成立·其請求應否予以支持？

#### (一) 關於從犯的問題。

上訴人認為·其只是第一及第三嫌犯的介紹人·行為中沒有獲得任何利益·亦沒有實質接觸虛構勞動關係的過程·卷宗中無法證實其確實有向彼等提供過任何實質及不易訴諸的缺少的東西·原審法院不應指控其為直接共同正犯·應改判其屬《刑法典》第 26 條所規定之從犯·並為此應給予刑罰的特別減輕。

根據《刑法典》第 26 條第 1 款規定·對他人故意作出的事實·故意以任何方式提供物質上或精神上之幫助者·以從犯處罰之。

由此可見·構成從犯必須符合以下特定的條件：

- 1.行為人主觀上是出於故意·從犯是故意為他人的犯罪提供幫助。
- 2.行為人是故意幫助他人實施故意犯罪·從犯的成立以他人故意犯

罪為前提。

3.從犯提供的是幫助行為，即從犯的行為本身並非犯罪實行行為，而是對犯罪實行行為提供便利和促進作用的行為。

4.從犯的成立以正犯實施實行行為為前提。<sup>1</sup>

對於從犯的成立，終審法院過往曾指出，“從犯的行為實際上不能超出(物質上或精神上的)(單純)幫助。換言之，從犯只是為他人的行為提供幫助，但並不參與其中。”<sup>2</sup>

中級法院亦認為，“從犯是次要的參與者，因為他的參與在實施犯罪中不是實質性的，即沒有他的參與，相關犯罪依然會發生，儘管時間、地點或條件不同。”<sup>3</sup>

《刑法典》第 25 條對於正犯則規定：

“親身或透過他人實行事實者，又或與某人或某些人透過協議直接參與或共同直接參與事實之實行者，均以正犯處罰之；故意使他人產生作出事實之決意者，只要該事實已實行或開始實行，亦以正犯處罰之。”

刑法理論認為，澳門刑法在正犯問題上採用的是“擴張的正犯說”。<sup>4</sup>根據上述法條的規定，正犯包括以下幾種：

一、直接正犯，指親自實施犯罪構成要件行為的人，即法律所指“親身實行事實者”。

二、間接正犯，是指透過他人實施自己意圖實施的犯罪的行為人，即法律所指“透過他人實行事實者”。

三、教唆犯，指故意使他人產生犯罪決意的人。

在本案中，從原審已證事實中可見(第 2、3、5 以及 6 條)，第三

---

<sup>1</sup> 徐京輝：《澳門刑法總論》，社會科學文獻出版社及澳門基金會出版，2017 年版，第 376 頁至第 378 頁。

<sup>2</sup> 參見澳門終審法院在第 127/2020 號案中作出之裁判。

<sup>3</sup> 參見澳門中級法院在第 461/2023 號案中作出之裁判。

<sup>4</sup> 徐京輝《澳門刑法總論》，社會科學文獻出版社及澳門基金會出版，2017 年版，第 364 頁。

嫌犯是在上訴人的“建議”下“同意”作出本案所指之犯罪行為的。質言之，第三嫌犯的犯意和行為是上訴人引致的。由此，本院認為，在本案中，上訴人實施上是故意使第三嫌犯產生犯罪決意，且後者業已付諸實施。據此，很明顯，上訴人之行為已符合《刑法典》第 25 條所規定的教唆犯的規定，應以正犯處罰。

更何況，上訴人所稱的“中介”行為，對於第一嫌犯和第二嫌犯完成彼等之行為是必不可少的。正如本院司法官在上訴答覆中所指，倘非其引介擬締結虛假的勞動關係之第一嫌犯予第三嫌犯進行假聘用，本案就根本不可能發生。

可見，在本案中，無論從教唆的角度講，還是從實際參與的角度講，上訴人均實施了正犯行為，絕非單純為便利他人犯罪而提供幫助的從犯行為。

質言之，上訴人所作出的事實已經完全超出了提供物質上或精神上之幫助，其恰恰是以正犯角色教唆、乃至與他人共同直接、分工合作實施了本案所指犯罪。

原審認定之獲證實之事實已充分顯示，上訴人所實施的行為完全符合澳門《刑法典》第 25 條所規定的“親身或透過他人實行事實者，又或與某些人透過協議直接參與或共同直接參與事實之實行者，均以正犯處罰之；故意使他人產生作出事實之決意者，只要該事實已實行或開始實行，亦以正犯處罰之。”

故此，本院認為，原審判決認定上訴人為共同正犯有事實根據，且適用法律正確。上訴人認為其為從犯的上訴理由不成立。

## **(二) 關於量刑過重的問題。**

上訴人指出原審法庭量刑過重，認為經比對另外兩位嫌犯的判刑，在參與程度及故意程度上不應與另外兩位嫌犯相同或較重，並且法院應考慮其個人以及家庭經濟狀況。

對於量刑，我們一向主張，其輕重是相對而言的，因此，判斷量刑的輕重應從比較的角度作出審視。

除非有更好的比較方法，本院主張從以下兩個方面作出審視，藉以判斷具體的刑罰是過輕還是過重，抑或適中。

其一為，根據具體個案實際情況結合法定刑進行審視。

其二為，結合過往已決之類似案件中定出之刑罰進行審視。

我們首先結合法定刑分析一下本案的具體情況。

在本案中，原審判決認定上訴人以直接共同正犯、故意、既遂及連續犯的方式觸犯了第 16/2021 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第 78 條所規定及處罰的一項「為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為罪」(共犯)(連續犯)，判處 2 年 6 個月的實際徒刑。

上述罪名之法定刑為 2 至 8 年徒刑。

原審判決在量刑時指出：

“考慮到本案犯罪事實的不法程度屬中等、三名嫌犯犯罪的故意程度較高，以及考慮了與本案有關的其他情節，尤其是三名嫌犯的認罪態度良好，第三嫌犯在庭審前已以賠償名義向卷宗存放了 20,000 澳門元。

根據嫌犯的最新刑事記錄顯示，第一嫌犯及第三嫌犯均屬於初犯，第二嫌犯於 2020 年 2 月 6 日有確定性的判刑記錄。

.....。

針對第二嫌犯 A 所觸犯的：

- 一項為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為罪(共犯)(連續犯)，判處 2 年 6 個月的徒刑。” (詳見卷宗第 205 至 206 頁)

根據《刑法典》第 65 條的規定，審判者在量刑時，必須考慮特別預防及一般預防之需要，以及對嫌犯有利和不利之一切不屬罪狀之情節。

在本案中，上訴人非為初犯，在前科案件 (巨額詐騙罪與詐騙罪) 的緩刑期間作出本案犯罪行為。原審合議庭考慮到本次犯罪不法性程度中等、嫌犯犯罪故意程度較高及有前科後，定出相應的刑量。綜合考慮本案量刑情節 (包括嫌犯之前科所體現之人格)，本院認為，原審判定之

刑量不存在畸重情形，並與嫌犯之罪過程度相符合。

此外，考慮到上訴人所實施的犯罪對本澳出入境管理秩序具有不可忽視的負面影響，本院認為，原審判定之刑罰亦符合一般預防的要求，且整體量刑在特別預防和一般預防之間達成了合理的平衡。

概言之，根據本案的具體情節，結合法定刑的幅度，本院認為，原審判定之刑量在法定刑幅度內並不存在明顯偏重的問題。

從另一角度看，經審視過往已決之類似案件中定出之刑罰，我們注意到，儘管各個案件情節不盡相同，但在犯罪情節（特別是同為虛偽訂立勞動合同之犯罪情節及有無犯罪前科方面）方面，初級法院第 CR4-22-0148-PCC 號案、第 CR4-23-0015-PCC 號案以及第 CR5-23-0174-PCC 號案與本案仍具有一定的可比性。

在第 CR4-22-0148-PCC 號案中，三名嫌犯均為初犯，彼等以直接共同正犯、連續犯和既遂行為觸犯第 16/2021 號法律第 78 條所規定及處罰的一項為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為罪，被判處 2 年 3 個月徒刑，緩刑 2 年執行；

在第 CR4-23-0015-PCC 號案中，三名嫌犯均為初犯，彼等以直接共同正犯和既遂行為觸犯第 16/2021 號法律第 78 條所規定及處罰的一項為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為罪，第一及第二嫌犯被判處 2 年 6 個月徒刑，第三嫌犯被判處 2 年 3 個月徒刑，均為緩刑 2 年執行；

在第 CR5-23-0174-PCC 號案中，兩名嫌犯均為初犯，彼等以直接共同正犯和既遂行為觸犯第 16/2021 號法律第 78 條所規定及處罰的一項為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為罪，被判處 2 年 3 個月徒刑，緩刑 2 年 6 個月執行。

回到本案，本院認為，考慮到本案獲證事實及具體量刑情節（上訴人非為初犯），相比之下，原審法院就上訴人涉案行為判處 2 年 6 個月徒刑，該刑罰之強度並不存在畸重問題。

#### （四）關於暫緩執行刑罰的問題。

上訴人在其上訴理由中亦提出請求考慮適用《刑法典》第 48 條規定，給予其緩刑。

根據《刑法典》第 48 條第 1 款規定，適用緩刑須同時具備形式和實質要件。

在本案中，上訴人被判處的徒刑在刑量上符合了暫緩執行刑罰的形式要件。然而，原審判決認為上訴人不符合給予緩刑的實質要件。該判決指出：

“考慮到嫌犯犯罪前後的表現、犯罪的情節，第二嫌犯並非初犯，且於前科案件的緩刑期間實施本案的犯罪行為，由此可見，第二嫌犯並未有從前科案件的刑罰當中汲取足夠的教訓，且本案屬於本澳高發性的犯罪；因此，本院認為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之目的，現決定實際執行對二嫌犯所判處的刑罰。”( 詳見卷宗第 206 頁 )

對於原審判決不給予上訴人緩刑的理據本院持贊同立場。

在此，本院欲強調的是，緩刑並非一項對罪行較輕的行為人( 所判刑罰不超過 3 年徒刑的情形 ) 當然適用的制度。除了符合刑期限制的形式要件外，法律更注重的是對事實作出譴責並以徒刑作為威嚇能適當實現處罰之目的這一實質要件，而此要件須綜合考慮案件各有利於和不利於嫌犯的因素作出判斷。

上訴人雖然符合了適用緩刑的形式要件( 被判處 2 年 6 個月徒刑 )，但就實質要件而言，本院認為，並沒有資料顯示其已符合法律所要求的“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”。

分析卷宗資料，本院認為，上訴人在緩刑期間犯罪，表明其具有較為明顯的犯罪人格，人格矯正具有一定難度。僅透過刑罰的宣告顯然難以使上訴人引以為誡，而實際執行徒刑是刑罰必要性的合理且恰當的體現。

其次，基於一般預防的考慮，對於像上訴人這樣在緩刑期間觸犯新罪行的人仍適用緩刑，不僅不利於其真正警醒而不再犯罪，還會向社會

發出不良訊息，使人有樣學樣。因此，透過實際執行刑罰強化全社會的守法觀念，藉此實現刑罰的一般預防目的亦在情理之中。

據此，本院認為，無論是基於上訴人的個人情況而引致的特別預防需要，還是基於處罰相關犯罪所固有的一般預防需要，判處上訴人實際徒刑均應視為是適當的，並不顯得完全不適度及失衡，符合罪刑相適應原則及《刑法典》第 48 條和第 65 條之規定。

相反，倘不對上訴人適用實際徒刑，我們倒是擔心對刑罰的特殊預防和一般預防效果會產生不利影響。

基於以上分析，本院認為，上訴人提出應給予其緩刑的上訴理由並不成立。

上級法院一直認為，在最終的量刑結果不存在對法定限制規範—如刑罰幅度—或經驗法則的違反，具體刑罰也未顯示出完全不適度的情況下，作為以監督法律良好實施作為主旨的上級法院就不應介入具體刑罰的確定。<sup>5</sup>

考慮到本案量刑不存在上述司法見解中提及之介入理由，故原審判定之刑罰應予以維持。

綜上所述，在此上訴階段，本院的意見是：

上訴人的上訴理由不成立，應駁回上訴，維持原判。

基於維護合法性及客觀原則的要求，茲提請中級法院，判定上訴人的上訴理由不成立，駁回上訴，維持原判。

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

---

<sup>5</sup> 參見澳門終審法院在第 36/2011 號上訴案中作出之裁判。

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

1. 2021 年下旬，B ( 第一嫌犯 ) 擬透過與他人締結虛假的勞動關係以取得澳門外地僱員身份認別證，藉此方便進出澳門及在澳門從事冷氣安裝的工程。
2. 第一嫌犯得悉 A ( 第二嫌犯 ) 可協助其透過虛構的勞動關係的方式取得澳門外地僱員身份認別證，於是與第二嫌犯取得聯絡。
3. 經與第二嫌犯商議後，第二嫌犯向第一嫌犯承諾可協助其以虛構勞動關係的方式向當局申辦澳門外地僱員身份認別證，條件為第一嫌犯須支付報酬。第一嫌犯同意上述條件。
4. 案發時，D 在澳門 XXX 開設 “XX 珠寶金行”，C ( 第三嫌犯 ) 全權負責上述金行的實際營運，包括聘用員工、安排工作及發放薪酬等。
5. 案發時，第二嫌犯及第三嫌犯為朋友關係，第二嫌犯得悉 “XX 珠寶金行” 有閒置的勞工配額，故向第三嫌犯建議以 “XX 珠寶金行” 名義聘用第一嫌犯，以便該金行可保留相關勞工配額，並承諾會向第三嫌犯支付虛假聘用第一嫌犯的報酬。
6. 第三嫌犯認為第二嫌犯的上述建議有利可圖，於是同意以 “XX 珠寶金行” 的名義虛假聘用第一嫌犯。  
隨後，為達到上述目的，第一嫌犯明知與第三嫌犯的外地僱員關係屬虛假，仍在本澳向勞務機關提供了自己的個人身份資料及相片，以便將該等資料及相片載於所獲發的外地僱員身份認別證上。
7. 為此，第三嫌犯向治安警察局提交「僱員身份的逗留許可」申請表，並在該申請表上以 “XX 珠寶金行” 作為聘用實體簽署，以為第一嫌犯申請外地僱員逗留許可。
8. 2021 年 12 月 17 日，當局在三名嫌犯的瞞騙下，向第一嫌犯發出編號 XXX 的外地僱員身份認別證，聘用實體為 “XX 珠寶金行”，職務為店務員。

上述的外地僱員證載有第一嫌犯所提供的上述個人身份資料及相片，且第一嫌犯知悉該外地僱員證上所載的僱用關係屬虛假。

9. 其後，第三嫌犯向治安警察局提交「僱員身份的逗留許可」的續期申請表，並在該申請表上以“XX 珠寶金行”作為聘用實體簽署，以為第一嫌犯的外地僱員逗留許可申請續期。
10. 當局在三名嫌犯的瞞騙下，批准第一嫌犯的外地僱員逗留許可續期至 2023 年 7 月 20 日。
11. 實際上，第一嫌犯從沒有與第三嫌犯或“XX 珠寶金行”建立勞動關係，其亦從沒有向第三嫌犯或“XX 珠寶金行”提供店務員的工作或任何勞動服務。
12. 直至 2023 年 2 月 5 日，治安警員因接獲勞工事務局的個案轉介資料，繼而對“XX 珠寶金行”及第一嫌犯的僱用關係開展調查，從而揭發事件。  
過程中，第二嫌犯協助第一嫌犯向第三嫌犯交付了不少於 20,000 澳門元，作為第三嫌犯作出上述僱用行為的報酬。
13. 為了第一嫌犯能在澳門逗留、自由地進出本特區以及在澳門從事冷氣安裝的工程工作，三名嫌犯以共謀合力及分工合作形式，由第二嫌犯作為第一嫌犯與第三嫌犯的中介人，為第一嫌犯取得在澳門特別行政區的僱員身份的逗留許可，當中，第一嫌犯向第二嫌犯支付金錢作為報酬，第二嫌犯再向第三嫌犯支付金錢作為報酬，由第三嫌犯為第一嫌犯以“XX 珠寶金行”名義在沒有實際建立勞動關係的情況下，向澳門當局藉虛假的勞動關係申辦外地僱員之逗留許可及相關續期，從而使第一嫌犯獲發外地僱員身份認別證，以蒙騙執法當局而令他們達到上述目的。
14. 三名嫌犯的上述行為還影響外地僱員身份認別證的公信力及其在一般關係中所傳遞的安全及信心，並損害澳門特別行政區

及第三人的利益。

15. 三名嫌犯均在自由、自願及有意識的情況下，故意作出上述行為，且清楚知道彼等的行為觸犯法律，會受法律制裁。

**此外，還查明：**

- 庭審前，第三嫌犯已以賠償名義向卷宗存放了 20,000 澳門元。
- 第一嫌犯 B 表示具有小學的學歷，冷氣技工，每月收入為 8,000 澳門元，需要照顧父母、妻子及一名子女。
- 根據嫌犯的最新刑事記錄顯示，第一嫌犯屬於初犯。
- 第二嫌犯 A 表示具有初中三年級的學歷，無業，無收入，與無業的妻子育有兩名未成年子女。
- 根據嫌犯的犯罪記錄顯示，第二嫌犯有以下犯罪前科記錄：
  - 1) 第二嫌犯曾因觸犯《澳門刑法典》第 211 條第 3 款所規定及處罰的一項巨額詐騙罪（特別減輕刑罰情節）、《澳門刑法典》第 211 條第 1 款所規定及處罰的一項詐騙罪，於 2020 年 1 月 10 日被第 CR3-19-0034-PCC 號卷宗分別判處 1 年 9 個月的徒刑、5 個月的徒刑，兩罪競合，合共判處嫌犯 2 年徒刑的單一刑罰，准予暫緩 3 年執行，判決於 2020 年 2 月 6 日轉為確定。
- 此外，第二嫌犯有以下待決卷宗：
  - (1) 第二嫌犯現被第 CR5-23-0173-PCC 號卷宗指控其觸犯《澳門刑法典》第 211 條第 1 款、第 4 款及第 196 條 b 項所規定及處罰的一項詐騙罪及《澳門刑法典》第 211 條第 1 款、第 3 款及第 196 條 a 項所規定及處罰的兩項詐騙罪，案件訂於 2023 年 11 月 20 日進行審判聽證。
- 第三嫌犯 C 表示具有高中畢業的學歷，售貨員，每月收入為 25,000 澳門元，與分居的未婚夫育有兩名未成年子女，子女們現由第三嫌犯照顧。

- 根據嫌犯的最新刑事記錄顯示，第三嫌犯屬於初犯。

**未能證明的事實：**

- 控訴書及答辯狀中與上述已證事實不符的其他事實。

### **三、法律部份**

上訴人在其上訴理由中，認為：

- 其只是中介人、介紹人、行為中沒有獲得任何利益，沒有接觸虛構勞動關係的過程，應屬從犯，並應給予特別減輕；

- 在參與程序及故意程度上不應與另外兩位嫌犯相同或較重，又表示應考慮其真誠悔悟行為，以及闡述了其家庭經濟狀況，認為原審法庭量刑過重，並應給予緩刑。

我們看看。

#### **(一) 從犯的認定**

眾所周知，正犯和從犯是參與犯罪的兩種行為。正犯是共同犯罪中的主要參與者，而從犯是起次要或輔助作用的參與者。<sup>6</sup>

正如 EDUARDO CORREIA 所教導的，“要知道某一共同犯罪是否可以納入正犯的概念，首先必須查清楚如果沒有他的參與，犯罪事實是否就不會發生。另一方面還需要表現出行為人間接或直接的行為對實施犯罪的必要性：行為人是否不知道如果沒有他的幫助犯罪就不會被實施的情況，那樣我們面對的就僅僅是一種從犯或過失正犯的情況”。<sup>7</sup>

據此理論，從犯是次要的參與者，因為他的參與在實施犯罪中不是實質性的，即沒有他的參與，相關犯罪依然會發生，儘管時間、地點或

---

<sup>6</sup> 參見終審法院於 2007 年 7 月 18 日在第 31/2007 號上訴案的判決。

<sup>7</sup> EDUARDO CORREIA 著：《Direito Criminal》，科英布拉 Almedina 出版社，1968 年，第二卷，第 260 頁。

條件不同，也就是說，相對於正犯來說，從犯對犯罪行為不存在支配性的作用，其介入不能影響犯罪的發生。<sup>8</sup>

從原審法院所認定的已證事實可見：

- 第一嫌犯得悉 A(第二嫌犯)可協助其透過虛構的勞動關係的方式取得澳門外地僱員身份認別證，於是與第二嫌犯取得聯絡。
- 經與第二嫌犯商議後，第二嫌犯向第一嫌犯承諾可協助其以虛構勞動關係的方式向當局申辦澳門外地僱員身份認別證，條件為第一嫌犯須支付報酬。第一嫌犯同意上述條件。
- ...第二嫌犯得悉“XX 珠寶金行”有閒置的勞工配額，故向第三嫌犯建議以“XX 珠寶金行”名義聘用第一嫌犯，以便該金行可保留相關勞工配額，並承諾會向第三嫌犯支付虛假聘用第一嫌犯的報酬。
- 第三嫌犯認為第二嫌犯的上述建議有利可圖，於是同意以“XX 珠寶金行”的名義虛假聘用第一嫌犯。隨後...
- ...過程中，第二嫌犯協助第一嫌犯向第三嫌犯交付了不少於 20,000 澳門元，作為第三嫌犯作出上述僱用行為的報酬。

上訴人認識第一嫌犯繼而一同商議及計劃實際上並不想結成的聘用關係的程序，然後尋找到第三嫌犯並說服其接納其等已經計劃好的提議，從而開始了三名嫌犯共同犯罪的犯罪實施計劃，直至最後第一嫌犯成功取得擬通過虛簽勞動合同而獲取的澳門外地僱員身份認別證。很顯然，上訴人(第二嫌犯)的角色不可或缺，並非單純的協助或提供幫助，而是與另外兩名嫌犯共謀實施犯罪，其行為明顯影響著犯罪的成功實施，即使上訴人在本案例中沒有收受具體利益，亦不影響其共同正犯的身份。

上訴人這部分的上訴理由不能成立。

---

<sup>8</sup> 參見中級法院第 72/2022 及第 230/2022 號案件中的裁判。

## (二) 量刑過重及給予緩刑的適用

關於一般量刑的問題，我們知道，法律賦予法院在法定的刑幅之內選擇一合適的刑罰的自由，上級法院只有在刑罰明顯違反罪刑不適應或者不合適的情況下才有介入的空間，正如終審法院在 2014 年 9 月 30 日所作的第 74/2014 號案的司法見解中認為：

“一、根據澳門《刑法典》第 65 條規定，刑罰的確定須“在法律所定之限度內”及“按照行為人之罪過及預防犯罪之要求”來作出，無論是一般預防還是特別預防之要求，並要考慮所有在卷宗內查明的相關因素，尤其是該條第 2 款所列明的因素。

二、只要不存在對法定限制規範——如刑罰幅度——或經驗法則的違反，也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的話，作為以監督法律的良好實施為主旨的終審法院就不應介入具體刑罰的確定。”

刑罰之目的不是懲罰和報應，而是預防犯罪。不論是一般預防還是特殊預防（教化罪犯）都要求罪行相當（罪行相稱）。質言之，刑罰足以抵消犯罪帶給罪犯的收益和犯罪對社會產生的惡害，否則，刑罰不僅不能實現犯罪預防之目的，反而有可能成為犯罪的誘因與刺激。無論如何，立法者在《刑法典》第 65 條明確要求量刑符合犯罪預防，而且列舉了法官必須考量的因素。

上訴人所觸犯而被判處的第 16/2021 號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第 78 條所規定及處罰的一項「為取得許可而虛偽作出並主張某些法律行為罪」的法定刑幅為 2-8 年徒刑。

在本案中，上訴人非為初犯，在前科案件（巨額詐騙罪與詐騙罪）的緩刑期間作出本案犯罪行為。原審合議庭綜合考慮本案量刑情節，包括本次犯罪不法性程度中等、嫌犯犯罪故意程度較高、三名嫌犯的認罪態度良好及有前科等情節，而定出的 2 年 6 個月的徒刑，沒有明顯的過高，應該予以維持。

至於上訴人主張適用的緩刑的問題，我們知道，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，即以特別預防及一般預防作為給予緩刑的界限，具體地說，倘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。

在本案中，從上述所改判上訴人的 2 年 6 個月徒刑的單一刑罰，已符合《刑法典》第 48 條第 1 款所規定的形式要件。

而在實質要件方面，上訴人非為初犯，並在它案中正在服刑，而在本案中的犯罪行為是之前的其中一個案件中被判處緩刑之後實施的犯罪行為，雖然在本案中認罪態度較好，但是在具有犯罪前科面前以及在緩刑期間再次實施犯罪行為，已經很難得出結論，在本案中僅對事實作譴責並以監禁作威嚇足以適當實現處罰的目的，適用緩刑並不會動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心及違背社會大眾對透過刑罰的實施而重建法律秩序的期望。很明顯，原審法院選擇不適用緩刑的決定是沒有明顯可以質疑的，應該予以維持。

上訴人這部分的上訴理由也是不能成立的。

#### 四、決定

綜上所述，澳門特別行政區中級法院合議庭判處上訴人的上訴理由不成立，予以駁回。

上訴人需支付本案訴訟費用，並且支付 6 個計算單位的司法費。

確定上訴人的委任辯護人的報酬為澳門幣 2000 元，由上訴人支付。

澳門特別行政區，2024 年 3 月 21 日

---

蔡武彬  
(裁判書製作人)

---

陳廣勝  
(第一助審法官)

---

譚曉華  
(第二助審法官)