

## 上訴案第 95/2010 號

日期：2013 年 11 月 22 日

- 主題：
- 濫用權力罪
  - 緩刑的適用
  - 禁止雙重考量原則
  - 保安處分的適用
  - 禁止從事業務

### 摘 要

1. 在選擇是否緩刑時，如果緩刑違反了譴責犯罪和預防犯罪的需要的話，法院仍然不應該宣告緩刑。這樣做並不是考慮罪過的問題，而是從維護法律秩序的最低和不可放棄的要求來考慮犯罪的一般預防。
2. 同樣，亦要在找到犯罪一般以及特別預防的要求的平衡點的基礎上，充分考慮案件的特殊性，犯罪事實以及情節的差異。
3. 作為公務員身份進行犯罪的情節已經成為被判處的罪名的構成要素，不能再次被考慮而只能考慮犯罪本身對澳門社會法律秩序的衝擊以及損害。
4. 案中事實的發生已過近十年，這種損害肯定隨時間的推移已經慢慢被淡化了，加上兩個嫌犯事後的行為表現，除了他們在一直等待的司法程序的終結過程中得到了反省，他們沒有再犯的情節也充分表

明了我們所堅持的犯罪的特別預防的目的初步達到。從這方面也相對減輕了對一般預防的要求。

5. 適用保安處分的一個重要的必要條件就是符合“危險原則”(princípio da perigosidade)，而這個原則的適用也就是裁判者根據案件的情節得出一個嫌犯極有可能再次犯同一罪行的結論。
6. 事情經過了十年，沒有被發現兩嫌犯有再犯同一罪行的跡象發生，很明顯不存在所指的危險。

**裁判書製作人**

**蔡武彬**

## 上訴案第 95/2010 號

上訴人：檢察院

### 澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

#### 一、案情簡介

第一嫌犯 A 及第二嫌犯 B 在初級法院刑事法庭第 CR4-06-0017-PCC 號卷宗內被裁定各觸犯一項《刑法典》第 347 條所規定及處罰的濫用職權罪，分別被判處九個月及七個月徒刑，緩期三年執行，條件是須於三十天內分別繳交澳門幣 50,000 圓及澳門幣 30,000 圓，以彌補其犯罪行為對澳門特別行政區造成之損害。

檢察院不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結論部分）：

1. 緩刑的適用必須符合形式上的及實質上的要素。
2. 緩刑之採用應結合預防犯罪的目的作考慮。
3. 本案中兩名嫌犯被判處的刑罰均不超逾三年，毫無疑問符合形式上的要件。

4. 至於實質要件，本院認為兩名嫌犯並不符合；
5. 兩名嫌犯並沒有承認犯罪事實亦從未顯示悔意；
6. 兩名嫌犯作為政府監察博彩活動之代表，其行為不單對被害人造成財產損失，影響賭場的正常運作，更損害其所屬部門甚至整個行政當局的可信性和公正性形象；
7. 基於博彩業對本澳經濟具舉足輕重的作用，兩名嫌犯身為公務員，其犯罪行為嚴重，影響到澳門特區政府的廉潔形象及整體經濟；
8. 綜上所述，被訴判決並未考慮暫緩執行刑罰之決定不符合一般預防的目的，違反了《刑法典》第 48 條的規定。
9. 此外，被訴判決遺漏了禁止兩名嫌犯從事賭場監察業務之問題；
10. 我們認為此保安處分之適用前提完全成立；
11. 根據兩名嫌犯在從事監察工作以來一直的行為及其面對本案程序一直持有的態度，兩人的的人格表現，可以有充分理由相信，兩名嫌犯存在極大可能繼續作出類同的犯罪；
12. 為避免此情況之發生，本院認為必須對兩名嫌犯採用禁止從事賭場監察的業務，為期不少於兩年。

最後，檢察院認為本上訴理由充分，應對被訴判決之暫緩執行部分予以撤銷，改以實際徒刑作出處罰，並對兩名嫌犯採用上述禁止從事相關業務之保安處分。

兩名嫌犯的辯護人對上訴作出了答覆，並提出載於第 429 至 438 的理據。<sup>1</sup>：

---

<sup>1</sup> 上訴人提出了以下的上訴理由摘要（葡文）：

1. A finalidade essencial visada pelo instituto da suspensão da execução da pena é a ressocialização do agente, na vertente da prevenção da reincidência, cujas possibilidades de êxito são aferidas, no momento da decisão, em função dos indicadores enumerados no n.º 1 do art. 48.º do Cód. Penal;
2. O Tribunal *a quo*, no seu douto, prudente e superior juízo de prognose, atendeu à personalidade dos Arguidos, à sua condição de vida e conduta anterior e posterior à da prática do crime por que foram condenados, sem excluir liminarmente, como ensina a melhor doutrina, o tipo de crime em apreço do benefício da suspensão da execução da pena;
3. O dever de pagamento de compensações à Região Administrativa Especial de Macau para reparar o mal cometido, como condição de suspensão da execução das penas, não é imutável, uma vez que pode ser modificado até ao termo do período de suspensão, sempre que ocorram circunstâncias relevantes supervenientes ou de que o Tribunal só posteriormente tenha tido conhecimento, o que significa que o conteúdo da pena de suspensão da execução da prisão está sujeito, dentro dos limites legais, mesmo independentemente de incumprimento do condenado, a uma cláusula *rebus sic stantibus*, conforme consta do art. 49.º, n.º 3, do Cód. Penal;
4. Por outro lado, decorrido o prazo da suspensão da execução da pena, a mesma

---

não deve ser declarada extinta sem que previamente se realizem as diligências pertinentes no sentido de saber se existem ou não fundamentos que possam conduzir à revogação da suspensão (*cf.* 54.º e 55.º do mesmo diploma);

5. Acresce que a sujeição da suspensão à condição de os Recorridos pagarem, respectivamente, as quantias de MOP50,000.00 e de MOP30,000.00 é, por si só, um duro castigo e um sacrifício económico, especialmente para quem, como eles, está sem auferir rendimentos de trabalho há cinco anos, sendo certo que a condenação pelo crime de abuso de poder, ainda que com suspensão da execução da pena e pagamento dessas quantias, passará a constar dos seus registos criminais;
6. A execução da pena não garante eficazmente a finalidade de prevenção criminal nem produz o efeito ressocializador do condenado, uma vez que, como punição carcerária, só conduz, inversamente, a um resultado dessocializador, como tem sido defendido pela mais recente doutrina penal;
7. A aplicação de uma medida de segurança não é, como pretende o Ministério Público, automática, pois depende de uma consistente fundamentação que conste expressamente da acusação, de forma a que os arguidos dela se possam oportunamente defender;
8. Ao contrário do que alega o Ministério Público, não é a decisão condenatória que omite a aplicação da medida de segurança, mas sim a própria acusação que apenas pediu a condenação dos Arguidos pela prática do crime de abuso de poder;
9. Por outro lado, ao contrário das penas que têm por pressuposto e por limite a culpa, as medidas de segurança têm por base a perigosidade individual dos

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，經分析案件的具體情況，同意檢察院司法官在其對上訴理由闡述中所提出的觀點和論據，應裁定上訴理由成立。

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。

---

delinquentes, concretamente verificada pelo tribunal de julgamento;

10. O Tribunal de julgamento ponderou a personalidade e conduta dos Arguidos e concluiu que a censura do facto, a ameaça de prisão e as gravosas condições impostas para a suspensão da execução das penas realizavam, de forma adequada e suficiente, as finalidades da política criminal; e
11. Desta forma, o juízo autónomo do Tribunal *a quo* sobre a personalidade e conduta anterior e posterior à prática dos factos pulveriza qualquer possibilidade de, em fase de recurso, se concluir pela necessidade de aplicação de uma medida de segurança que, como se referiu, depende de uma pré-avaliação da perigosidade individual e características pessoais dos Recorridos que ao tribunal *ad quem*, como instância de recurso, já não compete fazer.

Nestes termos, e nos melhores de direito que Vossas Excelências doutamente suprirão, deve ser negado provimento ao recurso e, em consequência, ser o douto Acórdão recorrido mantido, assim se fazendo a devida, habitual e serena JUSTIÇA!

## 二、事實方面

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. 從未能查明之日起，嫌犯 A 及嫌犯 B 開始在當值時要求賭場內的人士向彼等交付金錢，倘不給予就不獲准繼續在賭場內賭博或被干預在賭場內的活動。
2. 兩名嫌犯利用彼等對賭場設備的熟悉，刻意避開攝錄機可以拍攝到的範圍，如洗手間、走廊等，親自或透過第三人收取上述金錢利益。
3. 2004 年 12 月 14 日 19 時至同年 12 月 15 日凌晨 1 時，擔任博彩監察協調局的特級督察的第一嫌犯 A 在 XX 娛樂場值班，負責監管及維持賭場正常經營及運作。
4. 2004 年 12 月 14 日 18 時至 24 時，擔任博彩監察協調局二等督察的第二嫌犯 B 在 XX 娛樂場值班，負責在該賭場內進行稽查工作。
5. 2004 年 12 月 14 日約 22 時 2 分，第二嫌犯 B 看見 D 在 XX 娛樂場 3 樓的“XXX”進行賭博，於是示意該賭廳的公關 C 向 D 索取金錢。
6. 公關 C 於是輕拍了 D 的背部，示意其看場督察 - 第二嫌犯 B 已到場。
7. D 於是將兩個面額為港幣 500 圓的籌碼交予公關 C。
8. 隨後，第二嫌犯 B 在該賭廳門側，從公關 C 的手上接過上述 2 個



面額為港幣 500 圓的籌碼。

9. 第二嫌犯 B 隨即將上述事宜告知第一嫌犯 A。
10. 經 2 人商討後，於同日晚上大約 22 時 10 分，第一嫌犯 A 前往上述賭廳，並示意該賭廳的公關 C 向 D 索取金錢。
11. 公關 C 於是示意 D 看場督察 - 第一嫌犯 A 已到場。
12. D 於是將一個面額為港幣 500 圓的籌碼交予公關 C。
13. 當公關 C 走近第一嫌犯 A 交付時，後者示意公關 C 跟在當時亦在場的第二嫌犯 B 後面。
14. 在該賭廳門側，第二嫌犯 B 從公關 C 的手上接過面額為港幣 500 圓的籌碼。
15. 兩名嫌犯在自願及有意識之情況下故意作出上述行為。
16. 兩名嫌犯濫用了身為公務員職務上固有的權力，以及有意違反與職務有關之義務。
17. 兩名嫌犯作出上述行為的意圖是為自己及第三人獲取不正當的利益，且損害了本特區行政當局的公正性及可信性。
18. 兩名嫌犯清楚知道彼等之行為是法律所禁止及處罰的。

\*

此外，還查明：

19. 根據有關刑事紀錄，兩名嫌犯為初犯。

20. 澳門博彩監察協調局沒有發出任何指令禁止在賭場內進行電話投注賭博(*telebetting*)。

\*

未審理查明之事實：

1. 兩名嫌犯只向“疊碼”收取金錢，每次每人 500 圓。倘不給予，就不准打電話及會被帶往博彩監察協調局駐賭場之督察辦公室內及影印其證件副本備案。
2. 公關 C 拍 D 背部之次數。
3. 公關 C 於 2004 年 12 月 14 日 22 時 10 分左右曾以拍背方式向 D 示意。
4. 其他和已證事實相反之事實。

在本上訴案待決期間，本院去函博彩監察協調局以了解兩個嫌犯的公職現狀，得到的答覆是：A 仍然是該局的第三階首席專業督察，而 B 因自 2005 年 4 月 15 日之後其編制外合同已經不被續期，不再擔任該局的任何公共職務。

### 三、法律方面

本上訴檢察院提出了下列問題：

- 不應該對嫌犯適用緩刑

- 應該對嫌犯使用禁止從事賭場稽查職務的保安處分

## 1. 緩刑

檢察院提出了原審法院判決中，對兩名嫌犯作出暫緩執行刑罰的決定並不能完全實現犯罪預防的目的，因而違反了《刑法典》第 48 條之規定，有關緩刑應予以撤銷，並改以實際執行徒刑。

根據《刑法典》第 48 條的規定，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。

《刑法典》第 48 條規定的緩刑並不是一個只要所處刑罰低於 3 年徒刑就會自動適用的機制，它的適用仍然是依據不同的情況而具體考慮，尤其是取決於法律所規定的上述要件以及考慮是否可以因此實現刑罰的目的。

刑罰目的分為一般預防和特別預防兩種，雖然我們不能片面強調一方面的功能和需要，但是只要我們在評估我們的社會所要求的其中的一種預防不能得到滿足的話，就會使我們不能考慮緩刑來達到這個刑罰的目的。正如迪亞士教授(Prof. Figueiredo Dias)所說的，即使單純從重返社會這一特別預防的角度來考慮法院作出了對犯罪人有利的判斷，但是如果違反了譴責犯罪和預防犯罪的需要的話，法院仍然不應該宣告緩刑。這樣做並不是考慮罪過的問題，而是從維護法律秩序的最低和不可放棄的要求來考慮犯罪的一般預防<sup>2</sup>。

在很多以前的判決中，我們一直堅持體現這種不可放棄的要求，在考

---

<sup>2</sup> 引自 *Direito Penal Português* 一書第 340 頁。

慮對像本案的公務員犯罪行為的懲治時，一般不適用緩刑，因為它無法達到我們的刑事政策所追尋的刑罰的目的。<sup>3</sup>

然而，我們一樣要堅持的是在找到犯罪一般以及特別預防的要求的平衡點的基礎上，充分考慮案件的特殊性，犯罪事實以及情節與上引案件的事實及情節的差異。

就本案來說，兩嫌犯僅僅分別涉及 500 元的非法利益，犯罪事實的違法程度相對較小。而作為公務員身份進行犯罪的情節已經成為被判處的罪名的構成要素，不能再次被考慮（禁止雙重考量原則 -- princípio da proibição de dupla valoração），而只能考慮犯罪本身對澳門社會法律秩序的衝擊以及損害。我們不能不看到，事發已經近十年，這種損害肯定隨時間的推移已經慢慢被淡化了，加上兩個嫌犯事後的行為表現，除了他們在一直等待的司法程序的終結過程中得到了反省，他們沒有再犯的情節也充分表明了我們所堅持的犯罪的特別預防的目的初步達到。從這方面也相對減輕了對一般預防的要求。

從這點上看，原審法院的緩刑的決定應該被維持。

另一方面，考慮到此類犯罪確實對特區政府的形象造成了損害，為了確保澳門法律秩序的彰顯，上述基於其犯罪事實的違法程序較小而適用的緩刑有必要增加條件以對嫌犯作相應的懲誡作用。因此，我們認為將緩刑期限提高至 4 年，及對特區的賠償分別提高 1 倍，即第一嫌犯需支付 MOP\$100,000，第二嫌犯需支付 MOP\$60,000。

因此，檢察院這部分的上訴理由部分成立。

---

<sup>3</sup> 參見中級法院 2008 年 4 月 24 日第 203/2007 號上訴案的判決。

## 2. 禁止從事有關賭場監察職務的保安處分

檢察院提出原審判決中並未對兩名嫌犯判處禁止其從事有關業務，屬遺漏，應根據《刑法典》第 92 條第 1 款的規定，採用禁止從事賭場監察的職務的保安處分，為期不少於兩年。

首先，我們必須強調的是，一個公務員如果被判處任何的故意犯罪，很明顯缺少了作為公務員所要求具有的公民品德，其是否具有繼續適合做公務員的條件已經大打折扣，何況是一項利用公務進行的犯罪。然而，考慮他是否可以繼續從事公職，這是行政機關的職權。而在本案的刑事案件所要考慮的僅僅是根據刑事法律的要求考慮是否適用禁止從事某職業的保安處分。

《刑法典》第 92 條第 1 款的規定，行為人在嚴重濫用從事的職業、商業或工業下，或明顯違反其從事的職業、商業或工業的固有義務下犯罪而被判刑，又或就該犯罪僅因不具可歸責性而被宣告無罪，而按照行為人所作的事實及其人格，恐其將作出其他同類事實屬有依據者，須禁止其從事有關業務。

法院須根據嫌犯是否有充分理由相信其將作出其他同類事實，也就是說，適用保安處分的一個重要的必要條件就是符合“危險原則” (princípio da perigosidade)，而這個原則的適用也就是裁判者根據案件的情節得出一個嫌犯極有可能再次犯同一罪行的結論。<sup>4</sup>

雖然本案中原審法院確認了兩名嫌犯收取籌碼的犯罪事實，但是，一方面案件中並沒有證實嫌犯們不只一次收取不法利益，另一方面，我們更不能確認彼等當然極有可能在被判刑以後再次犯同一罪行。此外，本案中亦沒有任何具體事實可顯示彼等有這樣的危險，而令我們能夠形成此種危險存在

---

<sup>4</sup> Figueiredo Dias 教授的“Direito Penal Português – As consequências Jurídicas do crime”, 1993, 第 440-446 頁。

下結論。

再者，事情經過了十年，沒有被發現兩嫌犯有再犯同一罪行的跡象發生。

因此，檢察院這部分的上訴理由不能成立。

#### 四、決定

綜上所述，合議庭裁定檢察院的上訴理由部分成立，維持原審法院對兩嫌犯所作的定罪量刑及其緩刑和不適用附加保安處分的決定，但緩刑期限提高至 4 年，另外第一嫌犯 A 需支付 MOP\$100,000，第二嫌犯 B 需支付 MOP\$60,000 予澳門特別行政區。

本上訴無需判處訴訟費用。

通知博彩監察協調局本判決。

澳門特別行政區，2013 年 11 月 22 日

蔡武彬

José Maria Dias Azedo

陳廣勝