

上訴案第 175/2012 號

日期：2014 年 7 月 10 日

- 主題：
- 受賄作非法行為
 - 《刑法典》第 336 條
 - 公共行政職能
 - 袒護他人罪
 - 實施犯
 - 連續化

摘 要

1. 在《刑法典》第 336 條第 1 款使用的“公共行政職能”指那些追求公共利益作為其最終目標而向社會提供服務的工作，並且，在實現這一利益過程中，政府不可避免地具有主權地位，不可能與個人站在平等的位置。

2. 《刑法典》第 336 條第 1 款 C) 項的規定，決定公務員的身份的標準並不取決於任何形式的要求，而是取決於公務員事實上和實質上所行使的公共管理職能。
3. 作為廚師的上訴人的任務，乃建基於其公司與澳門政府簽訂的供應監獄獄警膳食的服務合同，無論在行使職務內在本質，還是在其外部所體現的利益的追求上，都不可能併入公共行政機關的職能的活動之中而屬於行政職能範圍。
4. 《刑法典》第 331 條規定的袒護他人罪具有兩種犯罪形態，第一種就是第一款規定的表現為結果犯的形態。
5. 對於第二款來說，沒有可以區分既遂、未遂的問題，因為一旦實施，就構成犯罪。
6. 嫌犯利用進入監獄送餐之便，將監獄違禁品帶給囚犯，將會產生影響執行刑罰部分效力，即對外通訊受到控制的效力，很明顯觸犯了《刑法典》第 331 條規定的袒護他人罪。
7. 由於每次攜帶電話入監獄的客觀環境均是不同，包括不同的獄警在場、避開保安監察設備、廚房內在場的不同人士等因素，沒有出現連續犯的外部因素。

裁判書製作人
蔡武彬

上訴案第 175/2012 號

上訴人：A

B

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：

第一嫌犯 A 為實行正犯、及既遂的方式觸犯了《澳門刑法典》第 337 條第 1 款所規定及處罰之五項受賄作不法行為罪；

第二嫌犯 B 為實行正犯、及既遂的方式觸犯了《澳門刑法典》第 339 條第 1 款所規定及處罰之五項行賄罪，

並請求初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR1-10-0033-PCC 號普通刑事案件中，經過庭審作出了以下的判決：

- 第一嫌犯 A 為實行正犯及既遂方式觸犯《澳門刑法典》第 337 條第 1 款所規定及處罰的兩項受賄作不法行為罪，均判處罰名不成立；

- 第二嫌犯 B 為實行正犯及既遂的方式觸犯《澳門刑法典》第 339 條第 1 款所規定及處罰的兩項行賄罪，均判處罰名不成立；
- 第一嫌犯 A 為實行正犯及既遂方式觸犯《澳門刑法典》第 337 條第 1 款所規定及處罰的三項受賄作不法行為罪，分別判處七個月徒刑，另外兩項每項判處一年三個月徒刑；
- 三罪並罰，合共判處兩年三個月實際徒刑；
- 第二嫌犯 B 為實行正犯及既遂方式觸犯《澳門刑法典》第 339 條第 1 款所規定及處罰的三項行賄罪，判處每項十個月徒刑；
- 三罪並罰，合共判處一年九個月實際徒刑。

上訴人第一嫌犯 A 及第二嫌犯 B 不服初級法院之判決而向本院提起上訴，其內容如下：

第一嫌犯 A：

- 被上訴判決在認定上訴人具有《刑法典》第 336 條第 1 款 c 項規定之公務員身份上存在判斷錯誤。
- 上訴人的情況並不符合上指條款規定之公務員身份，故並不符合《刑法典》第 337 條第 1 款規定的其中一個犯罪構成要件，即犯罪主體（行為人）需為公務員，因此，不構成犯罪。
- 被上訴判決違反《刑法典》第 336 條第 1 款 c 項及第 337 條第 1 款之規定。

- 在罪數及連續犯及犯罪既遂與未遂上，被上訴判決違反了《刑法典》第 29 條第 2 款及第 73 條、以及第 22 條，基於此，亦必然引致違反公正原則及有關刑罰的種類和份量之選定的有關法律規定。
- 被上訴判決科處上訴人二年三個月實際徒刑並且不給予緩刑，違反了《刑法典》第 48 條、《刑事訴訟法典》第 351 條、《刑法典》第 65 條、第 40 條第 1 款及第 2 款、第 64 條等之規定。及
- 最後，被上訴判決亦違反了一些刑法的基本原則，它們包括：罪刑相適當原則、刑罰目的原則、刑罰裁量原則、再社會化原則、比例原則和慎刑原則。

請求上訴庭裁定上訴人主張的事實及法律依據成立，並產生其相應的法律效果，撤銷 / 廢止被上訴判決，並改判如下：

1. 宣告上訴人不具有刑法上公務員身份，因此不能構成被判處之犯罪，開釋上訴人。
2. 倘不認為如下，裁定上訴人的三個行為屬以連續犯方式實施，並依一罪處罰，同時給予上訴人緩刑，即使緩刑期長達五年亦然。及
3. 倘不認為如此，即若認同原審法院科處的罪數為三項，刑罰亦應為實際徒刑二年三個月的情況下，亦認為上訴人的情況符合《刑法典》第 48 條之規定，從而將實際徒刑改判給予緩刑，即使其緩刑期長達五年亦然。

第二嫌犯 B : ¹

¹ 其葡文內容如下 :

- a. Foi o arguido recorrente,(B), condenado na pena de 1 ano e 9 meses de prisão pela prática, em cúmulo jurídico, de três crimes (10 meses por cada crime) de corrupção activa, p. e p. pelo art.º 339º do C.P.;
- b. Não se conforme o recorrente com a pena que lhe foi aplicada, porquanto, salvo o devido respeito, o 1º arguido não é funcionário, nem equiparado, conseqüentemente, não se poderá falar do crime de corrupção (passiva ou activa) crime que, aliás, a conduta deste também não tipifica; quando assim se não entenda, os factos constantes da acusação – e aqueles que ficaram assentes – não tipificam a prática de três crimes de corrupção (passiva ou activa); estar-se-ia na presença não de três crimes, mas de um só crime na forma continuada; e, finalmente, quando tudo acima se não entenda, face às penas parciais ou àquela em cúmulo, não se justifica uma medida de prisão efectiva;
- c. Da leitura do acórdão recorrido, sendo certo que o 1º arguido não é um funcionário público, ressalta que o Tribunal “a quo”, conquanto não faça referência expressa ao respectivo comando jurídico, qualificou o 1º arguido como um equiparado a funcionário, porquanto este seria trabalhador de uma empresa privada “... concessionária de serviços ou bens públicos ou de sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo”;
- d. Ora, dos autos não resulta, terminantemente, que o estabelecimento de comidas “C” fosse concessionário de um serviço público – no sentido de prossecução de um interesse colectivo – e, muito menos, que o fizesse em regime de exclusividade;
- e. Por outro lado, o 1º arguido era um simples trabalhador de cozinha e a sua alegada conduta não violou o bem jurídico protegido pelo crime de corrupção;
- f. O bem jurídico em causa “... consiste na autonomia intencional do Estado ...” afigurando-se óbvio ao recorrente que uma actividade de cozinha nunca poderá violar este bem;
- g. Manifestamente, um trabalhador de uma empresa que fornece refeições ao Estabelecimento Prisional não abusa da posição que ocupa – seja ela a de cozinheiro ou de mero servente de cozinha ... - quando, em violação do Regulamento Interno do Estabelecimento Prisional, faz transportar para o interior do mesmo, telemóveis que se destinavam a um indivíduo que aqui cumpre pena de prisão;
- h. Mesmo que se entendesse que o 1º arguido estava equiparado a funcionário, o que se admite sem conceder, os seus “poderes funcionais” seriam aqueles que se circunscreviam a uma actividade de cozinha;
- i. Porque assim não foi, o 1º arguido violou, tão somente, o Regulamento Interno do Estabelecimento Prisional, tendo ficado, com a sua alegada conduta, sob a alçada desse regulamento e das eventuais consequências aí previstas para a sua violação;
- j. Aliás, a conduta do 1º arguido teve consequências por parte da sua entidade patronal; e a conduta do 2º arguido – como a seguir se referirá – teve consequências disciplinares que, por sua vez, se repercutiram na negação da concessão da sua liberdade condicional; Por outro lado,
- k. A acusação que foi movida aos arguidos não especifica os factos que se subsumem a cada um dos crimes que aí se imputam aos arguidos;

-
- l. Na verdade, a referência à aceitação “por quatro vezes”, entre os meses de Dezembro de 2007 e Março de 2008, de uma recompensa de HKD\$4,000.00 do 2º arguido, para que o 1º arguido trouxesse para o interior do Estabelecimento Prisional quatro telemóveis, é uma referência genérica que não permitiu aos arguidos o exercício efectivo do seu direito de defesa em audiência;
- m. A referência geral, no nº 3 da acusação, a “quatro factos”, alegadamente violadores de uma norma, com uma data de ocorrência indeterminada – entre Dezembro e Março – não permitiu aos arguidos um entendimento perfeito do que se lhe imputava, sendo certo que a referência ao modelo dos quatro telemóveis não teve o condão de especificar o dia, hora e demais circunstâncias, em que tal entrega se terá concretizado;
- n. Entende, por isso, o recorrente que os únicos factos concretos que se imputam aos arguidos são aqueles que se descrevem nos nºs 4 a 8 da acusação e que o Tribunal “a quo” deu como assentes em audiência;
- o. Em suma, se, como se disse, a conduta dos arguidos se subsume ao crime de corrupção, o que se admite sem conceder, então, os arguidos, apenas poderiam ser condenados pela prática de um crime de corrupção, passiva para o 1º arguido (art.º 337º nº 1 do C.P.) e activa para o 2º arguido (art.º 339º do C.P.);
Por outro lado, ainda,
- p. Entende o recorrente, sem conceder, que os factos que lhe são imputados em cada uma das situações da alegada corrupção terão sido executados de uma forma contínua e homogénea, num período de tempo limitado, traduzidos apenas numa solicitação do 2º arguido, aceite pelo 1º arguido, mediante uma peita, de lhe fazer a entrega, por três vezes, de telemóveis no Estabelecimento Prisional;
- q. Os factos, genéricos como se disse, descrevem situações em que existe um alegado acordo entre os arguidos e uma repetição de oportunidades, no curto espaço de apenas 3 meses, favorável à prática dos crimes, situação que já havia sido aproveitada na primeira das condutas criminosas;
- r. O crime continuado conduz a que várias condutas criminosas, no caso, iguais, que deveriam constituir uma pluralidade de infracções, sejam unificadas num único crime, para efeitos punitivos, por força da diminuição da culpa do agente.
- s. É, desse modo, inegável a diminuta culpa dos arguidos em nome de uma exigibilidade sensivelmente diminuída, pelo que a sua conduta, procedendo a acusação do crime de corrupção dos arguidos, não poderia deixar de ser subsumida à figura do crime continuado, nos termos do artº 29º nº 2 do C.P.;
- t. A pena aplicada aos arguidos recorrentes deveria ter sido subtraída às regras do concurso de penas, previstas no art.º 71º, aplicando-se a regra prevista no art.º 73º, ambos do C.P.;
Finalmente,
- u. O Tribunal “a quo” justificou a aplicação de uma pena de prisão efectiva ao arguido recorrente porque ele não terá confessado os factos que lhe foram imputados; tem antecedentes criminais (tendo sido condenado e cumprido pena de prisão efectiva em 2002); e a sua conduta é grave e o dolo elevado, pelo que, “a contrario” do disposto no art.º 48º do C.P., se impõe a não suspensão da pena aplicada;
- v. É salvo o devido respeito, descabida a posição assumida pelo Tribunal “a quo”;
- w. O arguido recorrente terá cometido os crimes por que foi condenado quando se encontrava a cumprir pena de prisão.
A situação que terá motivado a prática do crime, teve, assim, como “palco” o Estabelecimento Prisional;

檢察院就上訴人 A 及 B 所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 按《刑法典》第 336 條第 1 款 c 項的規定，公務員的範圍亦包括在收取報酬或無償下，因己意或因有義務，而不論係臨時或暫時從事、參與從事或協助從事屬公共行政職能或審判職能之活動之人。

2. 根據有關的定義及學說上的理解，刑法上的「公務員」的概

-
- x. Por simples palavras, o Tribunal “a quo” não admite a reabilitação do arguido recorrente, nem lhe dá a hipótese se reabilitar ...;
- y. Se o arguido tivesse voltado a delinquir, após a sua libertação, o Tribunal “a quo” teria toda a razão na aplicação de uma pena de prisão efectiva.
Mas não foi o caso...
- z. A pena de 1 ano e 9 meses de prisão, para quem já esteve preso 8 anos, é uma pena de curta duração e no, tocante a estas – sobretudo no que ao recorrente diz respeito – os seus inconvenientes superam, e muito, as vantagens que lhe podem estar associadas;
- aa. Julga a recorrente, pois, que a ameaça da execução da pena de prisão cumpriria plenamente o escopo de prevenção geral e especial, permitindo ainda salvaguardar o recorrente e a sua família – agora recomposta – dos nefastos efeitos de uma nova pena de prisão;
- bb. Nada justifica que se remova novamente o recorrente da comunidade onde voltou a estar inserido, para a qual tem contribuído com o seu trabalho, quebrando outra vez, as suas ligações familiares, retirando-o do convívio afectivo da família que dele precisa espiritualmente, mas acima de tudo, materialmente;
- cc. Mas há também um facto que o Tribunal “a quo”, salvo sempre o devido respeito, não curou de indagar convenientemente.
É que o arguido recorrente cumpriu integralmente a anterior pena que lhe foi aplicada, exactamente porque, pelos factos dos presentes autos, não lhe foi concedida a liberdade condicional;
- dd. Dir-se-á que o arguido sofre os efeitos de uma dupla valoração dos mesmos factos; no cumprimento da pena, a negação da concessão da sua liberdade condicional; nos presentes autos, uma nova pena a cumprir;
- ee. Também aqui, quanto mais não fosse, se justificaria a suspensão da execução da pena ora lhe foi aplicada.
Termos em que, como se peticiona, deverá ser dado provimento ao presente recurso.
Assim se fazendo Justiça!
Protesta juntar aos autos certidão da ficha individual do recorrente no E.P.M., para prova dos factos referidos no nº 14 da presente motivação.

念不再奠基於當事人實際從事活動的性質，不存在僱傭關係並不重要，只要當事人單純在事上從事公共職能或提供公共服務便足夠。公共行政職能，實質上就是藉着提供財貨和服務、每日持續地滿足集體的需要。

3. 根據第 25/2000 號行政法規《澳門監獄組織架構》第 11 條第 2 款的規定，澳門監獄獄警隊伍人員受其專有的權利與義務制度及紀律制度規範。
4. 另根據第 7/2006 號法律《獄警隊伍職程人員通則》第 2 條的規定：「獄警隊伍人員負責維持監獄設施內的秩序及安全，監察對監獄規章的遵守，妥善執行剝奪自由的刑罰、羈押及剝奪自由的保安處分。」故此，獄警符合刑法上的「公務員」的概念。
5. 又根據同一法律第 18 條的規定：「獄警隊伍人員有權根據規定收取增補性報酬及膳食補助。」，故此，獄警的膳食補助是獄警的特別權利，亦是澳門監獄行使公共行政職能的其中一部份，亦是澳門監獄所應履行的法務義務之一。
6. 在此援引廉政公署就有關問題的法律意見：『在具體操作上，澳門監獄此項法定義務[公共職能]，即為獄警隊伍人員提膳食補助[實物]，乃透過獄警隊伍人員提供免費膳食的方式履行，而此項為澳門監獄獄警供應膳食的服務最終又透過判給合同轉由「新峰美食」代為履行；如為澳門監獄獄警供應膳食的服務出現任何問題，均視為澳門監獄在履行上法定義務上的問題。申言之，「新峰美食」乃因上述判給合同的關係而取代了澳門監獄履行此項法定義務，而「新峰美食」的工作

人員在履行為澳門監獄獄警供應膳食服務時，便符合了《刑法典》第 336 條第 1 款 c 項的規定，屬於刑法意義上的公務員。』

7. 故此，考慮到上訴人 A 在事實上替代了澳門監獄履行其法定義務，而該法定義務又明確地列明在法律中，即屬於監獄的公共職能之一部份，故此，上訴人 A 符合刑法上「公務員」的概念。
8. 無論是控訴書的第三點控訴事實〔見第 305 頁背頁〕，抑或〔已證事實〕的第三點〔見第 307 頁〕，都是明確地載有犯罪的時間〔2007 年 12 月至 2008 年 3 月〕、地點、人物、犯罪過程及犯罪所得利益，故此，有關的「已證事實」均符合犯罪構成要件的必要事實，而非上訴人所指的「一般性的敘述 (referência genérica)」。因此，原審法院因而認定兩名上訴人在此期間內分別觸犯兩項的受賄罪及行賄罪的決定是正確的。
9. 在本案中，根據已證事實第三、四至八項〔見卷宗第 307 頁及其背頁〕，上訴人 A 為收取上訴人 B 的報酬，故利用其工作的便利，把有關的監獄違禁品〔手提電話〕帶入監獄內其工作之地方，以便上訴人 B 取得有關的電話及充電器。
10. 表面看來，上訴人的確是在同一外在情況下而被誘發實行下一次的罪行，然而，透過細心分析被上訴裁判及結合一般經驗法則，上訴人的行為尤其是不符合「同一外在情況」及「減輕罪過」的規定。

11. 為了維護監獄的保安，監獄內實施了一套嚴格的規定，例如禁止監獄內的工作人員替囚犯攜帶物作，亦設定了囚犯的違禁品清單 [包括作通訊用途的手提電器及配件] 等，而當有關的工作人員每次進入監獄工作之前，亦需經過保安監察設備，以檢查其是否已攜帶了違禁的物品進入監獄。
12. 根據「已證事實」第四點〔見第 307 頁〕，上訴人 B 是先以手提電話聯絡另一上訴人 A 以安排 A 取得欲偷運的物品。然而，手提電話是監獄的違禁品之一，則上訴人 B 每次均需避開獄警的監視下才能聯絡到 A 以實行其犯罪計劃。
13. 由於上訴人 B 不是每日均有機會進入廚房，故此，上訴人 A 需事前與 B 協商有關的放置手提電話的合適時間，以便被其他人意外發現手提電話的存在。而且，就每次攜帶電話入監獄 [即作出違背職務上之義務之作為] 的客觀環境均是不同，例如每次進入監獄時均有不同的獄警在場，需要逃避保安監察設備的監察，直到進入有關的監獄廚房時，廚房內亦有其他人士在場，其需要乘該等人士的不注意的情況下把手提電話放入廚房的廚櫃內，以便上訴人 B 以修理廚房的名義進入廚房以取去該等物品。
14. 上訴人 B 每次取去手提電話的客觀環境也是不同，首先，由於監獄廚房內在其他人士在場，其每次也需要乘該等人士的不注意的情況下把手提電話放在自己身上及帶出廚房，事後亦需將手提電話收藏在隱蔽的地方 [見第 307 頁背頁「已證事實」第九點及第十點]，以免被獄警發現。
15. 這種偷運物品的模式，正正能反映並不存在連續犯的法律制

度中的「同一外在場況」，由於監獄的保安嚴密，犯罪者是不能輕易取到違禁品，相反，犯罪者需要某些特定的犯罪方法及有第三者的協助下才能順利完成。而最重要的是，即使犯罪者重覆地使用同一套犯罪方法，犯罪者也不可避免地在每次犯罪時均要留意犯罪現場的環境，從而判定是次的環境是否適宜其進行犯罪、是否不容易被人發現等。

16. 可見每次的偷運手提電話行動需要經過兩名上訴人的周密的思考方可順利完成，而兩名上訴人在每次的行動中亦需面對多重風險，各自需要克服不同的困難。這也正正解釋到為什麼上訴人無法在每個工作天均偷運手提電話，而每次僅能偷運兩個手提電話。
17. 正如每一種犯罪手法均有其特定模式，但我們不可以說這些模式均符合連續犯的「外在情況」的情況，而本案的情節就不符合「連續犯」的規定。
18. 就「受賄罪」及「行賄罪」而言，其欲保障的是執行公共職務時的合法性²。
19. 在本案中，上訴人 A 並沒有完全承認犯罪事實，考慮到社會大眾對執行公務的人員的公正公平的訴求不斷提高，以及建設廉潔社會對澳門發展的重要性，故此，考慮到一般預防及特別預防的需要下，以及經考慮上訴人 A 的人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節，即使上訴人陳建光為初犯，但僅對事實作出譴責並以監禁作威嚇並不適當及不足以實現處

² 見中級法院合議庭第 330/2004 號裁判，原文為：Com o crime de “corrupção” protegé-se a legalidade no exercício de funções públicas.

罰的目的，故此，上訴人陳建光應被判處的 2 年 3 個月的實際徒刑，也就是說，上訴人陳建光的情況不符合適用同一法典第 48 條的緩刑制度的前提。

20. 至於另一名上訴人 B 方面，其在庭上否認控罪，顯示出其毫無悔過之心；而且，在案發期間，其正因卷宗第 CR2-02-0107-PCC 被判處 6 年 6 個月實際徒刑而獄中服刑。然而，其在獄中不但沒有好好反省自我及改過自新，反而在明知獄規的情況下多次以金錢利誘上訴人陳建光以便獲得手提電話，可見其守法意識薄弱、其人格亦有缺陷，亦顯示前次的判刑及監禁並不能阻止上訴人繼續犯罪。可見上訴人 B 的情況亦不符合適用同一法典第 48 條的緩刑制度的前提。
21. 即使 CR2-02-0107-PCC 的徒刑執行卷宗以本案的事實作為否決上訴人的假釋理由，這只是代表上訴人並不符合該案的假釋制度的實際要件，亦即是說，該卷宗法官認為有關的刑罰並不能達到其應有的目的而否決之。故此，其否決假釋的決定及理由與本卷宗無關，因為本卷宗的目的是僅審理上訴人是否曾觸犯控訴書所控告的事實及罪名，及有肯定的情況下科處適當的刑罰，因此，並不存在所謂的「雙重衡量有關的犯罪事實 (dupla valoração dos mesmo factos)」。
22. 即使中級法院根據《刑法典》第 29 條第 2 款及第 73 條的規定作出判刑時，由於兩名上訴人的故意程度甚高及行為屬嚴重，考慮到一般預防及特別預防的需要，有關的具體判刑亦應至少為有關抽象刑幅的三分之一或以上；同時，考慮到上訴人 B 有刑事記錄前科，以及兩名上訴人有關的人格及犯罪

情節等要素，本院亦認為兩名上訴人的情況不符合適用同一法典第 48 條的緩刑制度的前提。

綜上所述，本檢察院認為由於所有上訴理由不成立，應予之駁回。

駐本院助理檢察長提出了法律意見書。³

³ 其葡文內容如下：

No que se concerne aos presentes recursos interpostos pelos arguidos A e B, pensamos que a questão essencial e até é prejudicial de outras é definir se a função que o recorrente A se exercia (cozinheiro num estabelecimento que fornecia refeições aos funcionários do E.P.M.) podia ou não ser integrada no conceito de “funcionário público” para efeitos penais, previsto no art.º 336º do C.P.M., uma vez que tal qualidade é exigido como pressuposto necessário do tipo de ilícito respectivo.

Evidentemente, temos de resolver, em primeiro lugar, se a qualidade do empregado dum estabelecimento de comida privado pode ser entendida como uma das formas de prestação de actividade de função pública administrativa, tal e qual como se prevê no art.º 336, nº 1, al. c) do C.P.M..

Ora, a dita questão é colocada com uma condicionante, é que entre a Administração (Estabelecimento Prisional) e o particular (empresário que explora o estabelecimento de comida) tinham celebrado um contrato administrativo e através do qual a Administração se transfere ao particular o seu dever de prestação de abono de alimentação aos seus próprios funcionários mediante uma contrapartida patrimonial.

E uma coisa é certa, o vínculo jurídico que foi estabelecido entre as partes é um contrato normal de prestação de serviço, com carácter oneroso.

Na verdade, neste tipo de situação contratual, as partes estão em pé de igualdade em termos de direitos e deveres, mesmo que um dos sujeitos seja um ente público. Ou seja, a Administração não goza de “ius imperi” num contrato administrativo desta natureza.

Por outro lado, nos termos do art.º 336, nº 1, al. c) do C.P.M., está enunciado claramente que o critério de qualificação do funcionário não depende de nenhum requisito formal, por exemplo, um vínculo formal de relação de trabalho, mas sim de relação fáctica e material de função pública administrativa que o agente exerce.

Se assim é, afigura-se-nos importante a análise da verdadeira natureza das tarefas que foram constituídas como objecto do contrato de prestação de serviço, pois, só assim se consegue decifrar se tais tarefas estão ou não integrados numa actividade que se compreende na função pública administrativa.

Salvo o devido respeito pela opinião diversa, entendemos que a natureza intrínseca das tarefas do recorrente (cozinheiro) em nada se pode integrar no âmbito da função administrativa.

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。

在上訴待決期間，我們通知了控辯雙方對法院可能改判嫌犯 A 觸犯《刑法典》第 331 條第 2 款所規定及處罰的袒護他人罪，但是法

Acresce que a própria prestação de abono de alimentação aos funcionários do estabelecimento prisional constitui só como uma obrigação legal da Administração para com os seus próprios funcionários, obrigação essa que decorre da especificidade da função (vigilância permanente no estabelecimento prisional) que estes se desempenham, contudo, não é capaz de retirar a conclusão de que a prestação de alimentação aos funcionários do estabelecimento prisional se constitui como um interesse colectivo da sociedade que a Administração está incumbida de realizar.

Conjugado estes dois motivos, podemos afirmar que tanto do ponto de vista interno (a natureza da tarefa em si) como do ponto de vista externo (os interesses prosseguidos), não se descortina que o recorrente A possa ser qualificado como funcionário público por causa da actividade que exercia no E.P.M.

Do nosso ponto de vista, o termo de “função pública administrativa” empregue no art.º 336, n.º 1, al. c) do C.P.M. tem em vista aquela actividade que é prestada a favor da comunidade, prossequindo o interesse público como o seu objectivo último, acresce que no processo de realização deste interesse a Administração dota, inevitavelmente, o “ius imperi”, com o qual é impossível de estar em pé de paridade com os particulares.

E no âmbito de contrato administrativo, só o contrato administrativo de atribuição é capaz de levar os seus empregados ao conceito de funcionário público nos termos do art.º 336, n.º 1, al. c) do C.P.M., enquanto que um contrato administrativo normal de prestação de serviço, como o do caso, não possui esta aptidão.

Com tudo acima ficou exposto, concluímos que a qualidade de empregado do estabelecimento de comida que o recorrente detinha não o torna como funcionário público.

Conclusão essa que gera, naturalmente, as suas devidas consequências.

Com efeito, tanto no disposto no art.º 337, n.º 1 do C.P.M. como no disposto no art.º 339 do C.P.M., nos tipos respectivos exigem a verificação de um pressuposto material, que é a qualidade de funcionário público do agente (no caso de corrupção passiva) ou do sujeito visado (no caso de corrupção activa), significa que a não verificação desta qualidade torna absolutamente inoperantes destas duas normas incriminadoras por as mesmas não estão totalmente preenchidas nos seus elementos típicos objectivos.

É exactamente assim que se sucedeu no presente caso.

Fazendo com que o acórdão recorrido precise de ser reparado, modificando a decisão condenatória para uma decisão absolutória.

Pelo que se torna inútil de discutir outras questões invocadas nos recursos.

Eis o nosso parecer.

院沒有收到任何答覆。

二.事實方面：

經庭審聽證，本庭認為控訴書中控訴的以下事實得以證實：

- 自 1999 年 11 月起，為向澳門監獄獄警提供膳食補助，澳門監獄“C”簽署了為澳門監獄獄警供應膳食服務的合同，“C”因此承包了在澳門監獄職員食堂澳門監獄獄警供應早午晚三餐的膳食服務。
- 2003 年 3 月，為履行上述合同，“C”指派其員工嫌犯 A 到澳門監獄職員食堂擔任廚師，嫌犯 A 因此獲澳門監獄發給非職員工作證，並可持該證出入澳門監獄。
- 2007 年 12 月至 2008 年 3 月期間，嫌犯 A 利用其在澳門職員食堂擔任廚師可進出澳門監獄的工作便利，先後兩次應在澳門監獄服刑的嫌犯 B 要求，將四部手提電話（其中兩部為“NOKIA N73”，兩部為“NOKIA N70”連同電池和充電器）和四張電話卡帶進澳門監獄交予嫌犯 B，並因此收取了嫌犯 B 給予之報酬，合共港幣肆仟圓。
- 2008 年 3 月 13 日 13 時 41 分，嫌犯 B 以電話（號碼為 XXXX）發訊息給嫌犯 A（號碼為 XXXX），並著後者到指定地方（即“D”電話舖）取兩部手提電話，以便伺機帶入澳門監獄。
- 為此，嫌犯 B 承諾會給嫌犯 A 一定金額的錢款作為報酬。
- 嫌犯 A 於是按嫌犯 B 吩咐，於當晚 8 時許前往“D”電話舖，

領取了兩部“NOKIA N73”手提電話 (連同電池、記憶卡、充電器及兩個電話耳筒), 準備於 2008 年 3 月 14 日前往澳門監獄上班時交給嫌犯 B。

- 嫌犯 A 按嫌犯 B 的吩咐領取上述兩部“NOKIA N73”手提電話 (連同電池和充電器), 並準備帶入澳門監獄交給嫌犯 B , 意圖收取嫌犯 B 支付之金錢報酬。
- 2008 年 3 月 14 日 9 時許, 在澳門監獄門口, 廉政公署人員將準備進入澳門監獄上班的嫌犯 A 截停, 並在其身上發現了上述兩部“NOKIA N73”手提電話 (連同電池、記憶卡、充電器和兩個耳筒)(見卷宗第 72、105 及 108 頁)。
- 同日, 澳門監獄在對嫌犯 B 所在第六座二樓六倉及電工房進行搜查時, 在該倉之廁所地磚暗格內及電工房廁所門暗格內搜獲屬於嫌犯 B 所藏有的兩部“NOKIA N73”手提電話(連同電池、記憶卡及智能卡)(見卷宗第 80 頁)。
- 上述電話 (連同電池、記憶卡及智能卡) 是嫌犯 A 按嫌犯 B 之要求於 2007 年 12 月至 2008 年 3 月期間帶進澳門監獄交給後者的。
- 嫌犯 A 和 B 明知不可以將上述物品私自帶入澳門監獄交給囚犯。
- 嫌犯 B 給予及承諾給予嫌犯 A 錢款, 目的是要嫌犯 A 在擔任為澳門監獄獄警提供膳食之廚師職務時, 違反《澳門監獄規章》及《獲判給之實體及其工作人員於監獄設施內須遵守之規則》之規定, 將上述手提電話非法帶入澳門監獄。

- 嫌犯 A 明知其乃參與及協助屬公共行政職能活動之人，其在擔任上述職務時，違反《澳門監獄規章》及《獲判給之實體及其工作人員於監獄設施內須遵守之規則》之規定，將手提電話非法帶入澳門監獄，目的是收取嫌犯 B 提供之錢款作為回報。
- 嫌犯 A 及 B 是在自由、自願和有意識的情況下故意作出上述行為的。
- 嫌犯 A 及 B 明知法律禁止和處罰上述行為。

另外，亦證明下列事實：

- 第一嫌犯為雜工，月薪為澳門幣 9,000 元。
- 嫌犯已婚，需供養父母、兩名子女及妻子。
- 嫌犯承認部份被指控之事實，為初犯。
- 第二嫌犯為司機，月薪為澳門幣 8,000 元。
- 嫌犯離婚，需供養父母及一名兒子。
- 嫌犯否認被指控之事實，並非初犯。
- 2003 年 3 月 7 日，第二嫌犯於 CR2-02-0107-PCC 號合議庭普通刑事案中因觸犯《澳門刑法典》第 204 條第 1 款及第 2 款 b)項配合第 198 條第 2 款 f)項及第 69 及 70 條所規定及處罰的一項加重搶劫罪，被判處四年九個月徒刑，以及觸犯《刑法典》第 262 條第 1 款配合第 77/99/M 號法令第 6 條第 1 款及第 69 及 70 條所規定及處罰的一項持有禁用武器罪，被判處三年六個月徒刑，兩罪並罰，合共判處六年六個月實際

徒刑。該案於 2003 年 3 月 25 日轉為確定。嫌犯已服滿有關刑罰。

- 未經證明之事實：載於控訴書其餘與已證事實不符之重要之事實。
- 事實之判斷：本院在綜合分析了兩名嫌犯在審判聽證所作之聲明，第一嫌犯承認部份被指控之事實，第二嫌犯否認被指控之事實、證人 XXX、XXX、XXX、XXX 及屬第一嫌犯之證人在審判聽證所作之證言、一名負責調查案件的廉政公署人員在審判聽證中清楚及客觀地講述了調查的經過及結果以及監聽電話之內容、以及卷宗內之其他書證（其中包括監聽電話之報告及購買電話之單據（卷宗第 63 頁及 69 頁））等證據後對上述事實作出認證。

三.法律部份：

上訴人所提出的主要問題，甚至是先前問題，是上訴人 A 所行使的職能（提供澳門監獄的公務員膳食的機構得廚師）是否可以在刑法上併入《刑法典》第 336 條規定的“公職人員”的概念中，因為這種身份是構成所控告的犯罪行為的一個必要前提。

顯然，我們必須首先要解決作為在一個私營食品的機構的員工的身份是否可以被理解為《刑法典》第 336 條規定提供公共管理活動的。

構成這個問題的一個條件是：當局（監獄）和個人（運行食品場所企業主）之間訂立的行政合同，而通過該合同，政府通過物質報酬

的方式將其供應給自己的員工的膳食福利責任轉移到私人機構（參見卷宗第 32-36 頁的合同副本）。

首先我們可以肯定，雙方之間建立的法律關係是一個有償提供服務的正常的合同。事實上，在這種類型的合同中，即使一方是一個公共實體，當事人也處於權利和義務方面平等的地位。也就是說，政府並沒有在這種性質的行政合同中享受主權地位。

我們知道，在《刑法典》第 336 條第 1 款使用的“公共行政職能”一詞，乃用於指那些追求公共利益作為其最終目標而向社會提供服務的工作，並且，在實現這一利益過程中，政府不可避免地具有主權地位，不可能與個人站在平等的位置。

另一方面，根據《刑法典》第 336 條第 1 款 C) 項的規定，很明確，決定公務員的身份的標準並不取決於任何形式的要求，例如，一個正式的僱傭關係，而是取決於公務員事實上和實質上所行使的公共管理職能。而在本案中，作為廚師的上訴人的任務，乃建基於其公司與澳門政府簽訂的供應監獄獄警膳食的服務合同，無論在行使職務內在本質，還是在其外部所體現的利益的追求上，都不可能併入公共行政機關的職能的活動之中而屬於行政職能範圍。

因此，上訴人 A 因為在監獄所進行的合同所確定的工作而不能被定性為公務員。這也將產生相應的法律效果：即根據《刑法典》第 337 條也好，第 339 條也好，都因沒有確認被控的犯罪的客觀要素，不能判處兩上訴人構成被控告的罪名。

然而，嫌犯 A 的行為構成了另外一個罪名：《刑法典》第 331 條第 2 款所規定及處罰的袒護他人罪。

《刑法典》第 331 條規定：

“一、意圖使已實施犯罪之人免受刑罰或保安處分，而阻止有權限當局進行全部或部分之證明活動或預防活動，或使該等活動全部或部分不能產生效果，或對全部或部分活動作出欺騙行為者，又或明知如作出上述行為會使已實施犯罪之人免受刑罰或保安處分，而仍為之者，處最高三年徒刑或科罰金。

二、意圖阻止對他人已科處之刑罰或保安處分全部或部分之執行，或使該執行全部或部分不能產生效果，或對全部或部分執行作出欺騙行為，而對該人提供幫助者，又或明知如對該人提供幫助會使該執行出現上述情況，而仍為之者，處相同刑罰。

三、依據以上兩款判處行為人之刑罰，不得超逾法律對因所作出之行為而得益之人，其所作事實而規定之刑罰。

四、犯罪未遂，處罰之。

五、對作出下列行為之人，得特別減輕或免除刑罰：

a) 藉著該事實，同時尋求自己免被科處或執行刑罰或保安處分；

b) 為使配偶、由自己收養之人、收養人、二親等內之血親或姻親、又或與自己在類似配偶狀態下共同生活之人得益，而作出行為。

在這裡，法律區分兩種犯罪形態，第一種就是第一款規定的表現為結果犯的形態，第二種則表現為單純的實施犯的形態。其意義在於確定第四款所懲罰的未遂的情況，而對於第二款來說，沒有可以區分

既遂、未遂的問題，因為一旦實施，就構成犯罪。⁴

根據過於規範執行剝奪自由刑罰的第 40/94/M 號法令，囚犯的對外通訊屬於受規範的範圍，必須在固定的時間以及在監獄方的監控之下進行的有限制的活動（第 92 條第一款 k）。

這種對外界的通訊的控制屬於執行刑罰的部分，而嫌犯利用進入監獄送餐之便，將監獄違禁品帶給囚犯，將會產生影響執行刑罰部分效力，即對外通訊受到控制的效力，而嫌犯 A 明知如對該人提供幫助會使該執行出現上述情況，而仍為之，很明顯觸犯了這條罪狀。

另外，很明顯，沒有出現連續犯的外部因素。

由於上訴人 B 不是每日均有機會進入廚房，故此，上訴人 A 需事前與 B 協商有關的放置手提電話的合適時間，以便被其他人意外發現手提電話的存在。而且，就每次攜帶電話入監獄的客觀環境均是不同，包括不同的獄警在場、避開保安監察設備、廚房內在場的不同人士等因素。

相反，犯罪者需要某些特定的犯罪方法及有第三者的協助下才能順利完成。而最重要的是，即使犯罪者重覆地使用同一套犯罪方法，犯罪者也不可避免地在每次犯罪時均要留意犯罪現場的環境，從而判定是次的環境是否適宜其進行犯罪、是否不容易被人發現等。

因此，應該對上訴人、嫌犯 B 作出開釋的判決，而對上訴人、嫌犯 A 應該改判觸犯《刑法典》第 331 條第 2 款所規定及處罰的罪名。

為了保障上訴人的兩審程序，應該將卷宗發回同一原審法院進行

⁴ 參見 A. Medina de Seïça 在 Figueiredo Dias 主編的《Comentário Conimbricense do Código Penal, Part especial》Tomo III, 第 579-580 頁。

具體量刑，並且在不超過原來判刑為限度。

四、決定：

綜上所述，中級法院裁定：

- 上訴人 B 的上訴理由成立，撤銷被上訴的判決，開釋其被控告的罪行；
- 上訴人 A 的上訴理由部分成立，將對其所判處的觸犯《刑法典》第 337 條第 1 款所規定及處罰的三項受賄作不法行為罪改判為觸犯《刑法典》第 331 條第 2 款所規定及處罰的三項袒護他人罪，並將卷宗發回原審法院，並在不超過原來的判刑的基礎上，進行具體量刑。

B 無需支付兩審級訴訟費用，而本審級的訴訟費用的 1/3 由上訴人 A 支付以及 3 個計算單位的司法費。

澳門特別行政區，2014 年 7 月 10 日

蔡武彬

José Maria Dias Azedo

陳廣勝