

上訴案第 188/2014 號

日期：2015 年 6 月 4 日

- 主題：
- 濫用職權罪
 - 無私義務
 - 洩露機密罪
 - 實質競合
 - 量刑
 - 緩刑
 - 公務員犯罪

摘 要

1. 上訴人在入職後，上訴人夥同另外二人合資成立工程公司，並且成立的目的正正是為著承接由上訴人所屬部門負責的“低層樓宇資助計劃”所批出的工程。上訴人多次以審批部門的公職人員身份直接參與有關該公司的工程審批工作，沒有因涉及私人利益而宣告迴避有關工作的參與。這已經明顯地違反了公務員地無私義務。破壞了法律要求公務員應該做到的尊重市民間的平等的規則，此行為構成濫用職權罪。
2. 上訴人被判處濫用職權罪的違反公務員義務的行為並非單純因上訴人在未經須獲之許可下，洩漏在擔任職務時所知悉之秘密而違反保密義務，而是上文所說的違反無私的義務的

行為。很顯然，這兩項罪名是實際的競合關係，而沒有吸收的關係。

3. 審判法院在法定刑幅之內有相當的自由決定空間，尤其是根據《刑法典》第 65 條考慮所列舉的情節進行，並選擇一個法院覺得比較合適的具體刑罰。上訴法院對原審法院的量刑的審查通常是以顯失輕重或明顯不適當為介入標準，在確認了這兩種情況或其中一種是才加以糾正。
4. 我們面對的是法律以及整個社會所要追尋的公共利益，而要實現這種利益乃通過賦予公務員合法的職權而完成的。但是，出現了像本案一樣的腐敗行為，不僅僅使得我們的社會所追求的公共利益受到損害，而且這個社會所給與公務員的公信力也極大地受到損害。這種行為不僅僅是嫌疑人獲得某些非法利益，更重要的是它帶來了對這個社會的核心價值的傷害。單憑這點，我們沒法確認緩刑的實質要件。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 188/2014 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：

檢察院指控嫌犯 A 為直接正犯及既遂行為觸犯一項由澳門《刑法典》第 347 條所規定及處罰的“濫用職權罪”和一項由澳門《刑法典》第 348 條第 1 款所規定及處罰的“違反保密罪”，並請求初級法院對其進行審理。

在初級法院刑事法庭的刑事案第 CR3-13-0109-PCC 號案件中，經過合議庭庭審，最後作出了以下的判決：

1. 嫌犯 A 為直接正犯，其既遂行為分別觸犯：
 - 澳門《刑法典》第 347 條所規定及處罰的一項「濫用職權罪」，判處一年徒刑。

- 澳門《刑法典》第 348 條第 1 款所規定及處罰的一項「違反保密罪」，判處九個月徒刑。
- 2. 嫌犯上述兩罪競合，兩罪合併處罰，判處一年三個月實際徒刑之單一刑罰。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起上訴，其內容如下：

1. 濫用職權罪的構成要件除了要求行為人須具有公務員身份之外，在客觀上還要求行為人濫用其職務上之權力或違反其職務上之義務，以及在主觀上要求行為人意圖為自己或第三人或第三人獲得不正當利益或造成他人有所損失。
2. 上訴人沒有違反『無私之義務』及收取不正當利益或造成他人有所損失，沒有觸犯『濫用職權罪』。
3. 上訴人於 2009 年『XX 公司』成立初期在房屋局的工作僅是負責『低層樓宇共同設施維修臨時資助計劃』的文件處理及撰寫意見書，然而上訴人僅在公務員工作以外的時間以兼職身份協助 XX 公司填寫房屋局的格式化申請文件。只不過因為上訴人對於有關表格較為熟悉，『XX 公司』才聘請上訴人在空閒時間製作及遞交有關申請文件，相關的行為僅是一系列簡單的遞交及填寫資料的事實行為，不涉及上訴人公務上之職權。而且，填寫表格及遞交文件只屬等同一般『文員』的工作，沒有涉及上訴人作為公務員的任何職權。實踐上，即使在一般政府部門的前線公務員遇到不熟悉任何申請表格的私人，亦會協助私人填寫，我們認為，這並非是違反法律

的行為。

4. 第二方面，上訴人因其職務負責撰寫了涉及『XX公司』承攬的108項工程中的34項的報告書，而且均建議上級批准有關的申請，以及就其24份報告書，建議上級發放有關申請資助的款項，以及上訴人在擔任房屋局稽查時，亦曾巡查由『XX公司』承攬的工程15次。但是，上訴人是以客觀的態度及客觀之事實為基礎撰寫有關的報告書及巡查工程施工。閱讀所有已獲證之事實，可以發現沒有任何的證據證明其因為私心而在撰寫報告及巡查工程時有任何的虛報及隱瞞真實的情況，亦沒有因對象的不同而有區別對待，尤其是優待『XX公司』。
5. 事實上，在申請資助方面，根據獲證事實第10點，申請房屋局的『低層樓宇資助計劃』僅需在形式上符合三個要件，(1)樓齡達30年或以上；(2)樓宇層數為7層或以下；(3)附有由超過百分之五十的業權人簽署同意申請資助的聲明書。根據57/2009號行政長官批示的第4條，資助的批給權限屬於樓宇維修基金，即由該基金的行政管理委員會審批，且有關的審批亦只屬形式性的審批，有關的權限在法律上屬於羈束權限，在符合法定要件下，有權限機關只能作出批准的決定。
6. 在實踐上除非樓宇申請不符合基本條件，或業主沒有遞交足夠文件或不足樓宇50%份額的業主簽名才會導致申請不獲批准。而且在程序中有關的資助是由大廈的業主去申請的，由他們去選擇工程公司施工。
7. 在巡查工程方面，第一，巡查何間工程公司的工程項目並非

由上訴人所決定，所有的巡查都是因為由樓宇組織支援處的要求以文件方式指定抽查對象；第二，房屋局的稽查人員是按照房屋局技術支援處處長指示的標準分配稽查人員去巡查，上訴人只是按照上級安排工作；第三，技術支援處有具體的巡查方面的工作指引及規定。

8. 對於涉及『XX 公司』的低層樓宇資助申請的批給及工程施工的查驗，上訴人是並不能以其主觀意願左右申請個案獲批准或不獲批准的最終結果。
9. 另一方面，上訴人收取『XX 公司』每項獲批工程的澳門幣 1500 元『文件費』，乃是因其負責為『XX 公司』製作有關申請文件。另上訴人亦因為是有關公司的股東才有權收取『股權分紅』。以上所述的經濟利益都屬於上訴人合法的勞動成果及投資回報，是法律所承認的合法權利及利益。
10. 至於原審法院認為上訴人違反《澳門公共行政工作人員通則》規範公務員的一般義務中的『無私之義務』，其並沒有指出明確的因果關係，只是在定罪時籠統地寫到：『根據上述獲證明的事實，嫌犯……，罔顧其他市民的利益，傷害市民對公共當局無私行政的信任。』
11. 通過閱讀裁判書，可以發現除了獲證事實的第 28、29 點的結論性事實外，原審法院根本沒有說明清楚上訴人填寫申請資料、撰寫建議書及巡查有關工程時，如何以權謀私，如何將公共利益和私人利益混在一起，如何影響房屋合法、公平無私行政，如何傷害市民利益及對房屋局的信任。

12. 根據《澳門公共行政工作人員通則》第 279 條第 2 款，無私之義務是指不因執行職務而直接或間接收取非法律賦予之金錢或其他利益，持公正無私及獨立之態度對待任何性質之私人利益及壓力，以尊重市民間之平等。
13. 在本案中，上訴人在為房屋局撰寫建議書及巡查有關工程時，並無因履行此兩項職務而直接或間接收取非法律賦予之金錢或其他利益。其次，沒有任何證據顯示上訴人在執行上述兩項職務時不以客觀態度行事，區別對待『泰安公司』及其他承攬工程公司或任何其他不公正的行為導致公眾利益受損。
14. 因此，上訴人並沒有違反所謂的『無私義務』，所以並不符合『濫用職權』的客觀構成要件；
15. 至於上訴人沒有迴避有關涉及自己公司的工作方面，本案沒有直接證據顯示，上訴人是因有意圖取得任何不正當的利益而不作迴避，亦沒有證據顯示上訴有具體取得任何不正當的利益，因此亦不符合該罪的主觀構成要件。
16. 即使法院另有理解，上訴人認為在本案的具體情況不存在實質“犯罪競合”，所以應僅在『濫用職權罪』或『違反保密罪』中二擇其一以予以定罪。
17. 上訴人於原審法院進行的庭審中已經承認其將房屋局內部及非公開的文件資料拷貝並帶離房屋局的辦公室，並存入『XX 公司』的電腦內。上訴人的上述行為確實違反了公務員的『保密義務』。

18. 通過分析第 347 條的『濫用職權罪』的構成要件可以發現其規範的情況包括公務員違反其職務上固有之義務，其中當然地包括《澳門公共行政工作人員通則》規定的『保密義務』。
19. 然而，第 348 條的『違反保密罪』則特別規範了公務員違反『保密義務』的情況，因此相對地『違反保密罪』屬於特別規定，而『濫用職權』罪則屬於一般規定。
20. 所以依據特別法優於一般法原則，在犯罪的表面競合的情況下特別規定取代一般規定，因此對於上訴人之行為應僅以《刑法典》第 348 條的『違反保密罪』定罪處罰之。
21. 倘法院另有理解，認為上述理據未能成立，為着謹慎履行訴訟代理，上訴人還須指出，按照澳門《刑法典》第 65 條的規定，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”（無論是一般預防還是特別預防之要求）來作出，並要考慮所有卷宗內查明的相關因素，尤其是那些於該條文第 2 款所列明的因素。
22. 上訴人為初犯，任職房屋局職員以來表現良好，在本案前沒有犯過其他錯誤，在事發後的調查過程中積極配合“廉政公署”及“檢察院”的工作，在庭審中亦坦承其洩漏房屋局非公開文件的行為，對於有關的行為上訴人在情感上感到悔疚。
23. 上訴人之行為引致的後果嚴重程度低，其洩漏的相關文件並非機密之文件，有關的內容只是某些處於特定狀況之大廈的名單，其實每間大廈的入伙時間及具體位置等詳細資料都載於“物業登記局”，相關的資料是公開的，所以知悉有關大廈

名單並不對社會及公眾產生特別不利的影響。

24. 而且，有關的文件內的內容繁雜，對於『XX 公司』並沒有什麼實質用處及得益，即使在宣傳方面，透過常識及肉眼已經可以尋找到合適的目標進行派發傳單的行為（此乃是證人所指出）。
25. 另外，原審法院在量刑的說明理由提及『嫌犯雖然口頭表示認罪，……，並不是真心認識到自己行為的過錯，並無真心的反省和悔悟。』。原審法院一方面提及上訴人認罪的表現，一方面卻認為上訴人沒有悔罪。
26. 本案的控訴書中針對上訴人一共有兩項控罪，一個為『濫用職權罪』，另一個為『違反保密罪』，正如獲證事實第 16、17 點所述，上訴人在庭審中對於有關洩漏非公開文件的行為並沒有反對，而是坦承錯誤。一個沒有法律知識的普通人很難理解自己一個洩漏文件的行為會引致觸犯兩個犯罪，尤其是被指違反無私義務而觸犯的『濫用職權罪』，因此，上訴人是有必要陳述其在履行職務時撰寫建議書及巡查工程報告的行為是符合規範的，這是嫌犯最基本的自辯的權利，所以，原審法院不能如此簡單認定上訴人無認識自己的過錯及反省和悔悟。
27. 基於以上所述，考慮到《刑法典》第 40 條及 65 條的規定，原審法院對其科處的刑罰過重，實存有減刑的空間。
28. 而根據《刑法典》第 64 條之規定：『如對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰，則只要非剝奪自由之刑罰可

適當及足以實現處罰之目的，法院須先選非剝奪自由之刑罰。』

29. 按照《刑法典》第 347 條及 348 條之規定，『濫用職權罪』及『違反保密罪』之處罰都為“則處最高三年徒刑或科罰金”。考量案件的具體情況，應該優先判處上訴人罰金刑，或者容許其在符合同一法典第 44 條的情況下以罰金代替徒刑。
30. 倘若必須判處徒刑，則根據《刑法典》第 48 條，在本案中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，法院應判處上訴人一定期限之緩刑。
31. 基於此，被上訴之判決亦似違反了上述的法律規範。上訴人請求法院給予其一個緩刑的機會。

基於以上所述，請求中級法院裁定上訴理由成立，並

- 廢止被上訴的判決；
- 改判上訴人只觸犯一項濫用職權罪或違反保密罪；
- 對獲判犯罪之行為重新量刑，並對有關刑罰改判為罰金刑；但如中級法院另有見解，認為有判處徒刑為之需要，則後補請求判處徒刑暫緩執行。

檢察院就上訴人 A 所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 根據已證事實，上訴人是房屋局技術輔助員，在樓宇組織支援處工作，其後被調往房屋局技術支援處工作，主要負責低層樓宇共同設施維修臨時資助計劃工程及抽樣調查申請個案

的工作，因此，上訴人具備公務員身份。

2. 根據已證事實，上訴人身為公務員，一方面在房屋局擔任低層樓宇資助計劃工程撰寫建議書及抽樣調查申請個案的工作，另一方面卻主動與 B 及 C 合資成立 XX 建築工程有限公司，主要目的是以該公司的名義承接房屋局推出的低層樓宇資助計劃工程，且由上訴人負責為 XX 公司製作向房屋局提交的申請文件（包括輸入及製作 XX 公司向房屋局遞交的聲明書資料，報價單等文件），且還負責整理及製作 XX 公司的收支財務表等會計資料，並管有該公司於中國銀行澳門分行開設的帳戶之交易密碼，支配該帳戶，調動資金以支付工程款項、股東及職員的報酬，上訴人在 XX 公司的職務明顯與其在房屋局擔任的公務員職務存在利益衝突，上訴人沒有作出迴避。
3. 上訴人主動成立 XX 公司及介入涉案公司承接房屋局推出的低層樓宇資助計劃工程，違反了公職人員有關應避免在直接或間接牽涉其個人利益的事宜上作出決策的無私義務及不從事不得兼任之活動義務，根據澳門公共行政工作人員通則第 279 條第 2 款，下列者亦視為一般義務：a)無私；i)不從事不得兼任之活動。三、無私之義務，係指不因執行職務而直接或間接收取非法律賦予之金錢或其他利益，持公正無私及獨立之態度對待任何性質之私人利益及壓力，以尊重市民間之平等。十一、不從事不得兼任之活動之義務，係指不擔任及停止從事與所擔任職務不相容之活動。
4. 上訴人的行為，明顯違反該等義務。

5. 上訴人所組成的 XX 公司，承攬了 108 項低層樓宇資助計劃工程，當中上訴人收取了 XX 公司給付的約澳門幣 100,000 元的報酬及 XX 公司分發的花紅共計約澳門幣 560,000 元。
6. 明顯地，上訴人的行為的目的是為自己及其公司獲得不正當利益。
7. 同時，我們認為，上訴人運用其於公職工作中對相關工程計劃的了解所得到之便利，令其涉案 XX 公司較容易獲承攬低層樓宇資助計劃的工程，違反市場上之公平競爭原則，造成他人有所損失，從而獲得不正當利益。
8. 因此，上訴人的行為完全符合一項刑法典第 347 條所規定及處罰之濫用職權罪，原審法院已查明相關事實，而獲證明的事實事宜符合被指控的罪狀的客觀及主觀要素。
9. 基於此，此理據應被否定。
10. 濫用職權罪和違反保密罪，雖然兩罪均規範在刑法典第五編（妨害本地區罪），第五章之執行公共職務時所犯之罪，然而，兩者所保護的法益有所不同，當中在第 4 節（濫用當局權力）第 347 條規範濫用職權罪而在第 5 節（違反保密及棄職），第 348 條規範違反保密罪。
11. 刑法典第 347 條濫用職權罪立法者是希望通過上述條文，禁止公務員在執行職務時濫用其職務上固有之權力，違反職務所固有之義務，意圖為自己或第三人獲得不正當利益或造成他人有所損失，濫用職權罪所保護的法益是公共行政當局的公正無私及市民對行政當局公正無私的信任。

12. 刑法典第 348 條違反保密罪立法者是希望通過上述條文阻止公務員在未經獲許可下，洩漏在擔任職務時所知悉之秘密，或洩漏因獲信任而被告知之秘密，又或洩漏因其擔任之官職之便而知悉之秘密，意圖為自己或他人獲得利益，或明知會造成公共利益或第三人有所損失，違反保密罪所保護的法益是公共利益。
13. 在本卷中，根據已證事實，上訴人的行為不僅構成違反保密罪，而且還觸犯濫用職權罪，完全符合客觀和主觀的犯罪要素，並不存在任何的表面競合，因此，此理據應被否定。
14. 對於澳門刑法典第 347 條濫用職權罪及第 348 條第 1 款違反保密罪，刑幅均為最高三年徒刑或科罰金。
15. 在本案中，上訴人為初犯，在審判聽證中口頭承認控罪，除此之外，上訴人並不具有其他任何對其有利的從輕處罰的情節。
16. 就過錯而言，上訴人為房屋局公職人員，有較好及穩定的收入，但卻在自由、自願及有意識的情況下觸犯本案罪行，顯示其主觀故意程度高。
17. 從預防犯罪的角度來看，上訴人所犯罪行嚴重危害公共當局的依法、公正、公平、無私行政，動搖大眾對公共當局的信任，嚴重影響社會安寧，對社會秩序和公平帶來負面影響，因此，一般預防的要求極高。
18. 明顯地，上訴人在本案的犯罪情節，直接影響原審法庭在量刑及刑罰選擇的考慮。我們認為刑罰必須反映法律對一般預

防及特別預防的要求。

19. 在具體量刑方面，原審法院已遵守刑法典第 40 條、第 44 條、第 64 條及第 65 條的規定，我們認為原審法院判處上訴人濫用職權罪 1 年徒刑及違反保密罪 9 個月徒刑並無明顯過重。
20. 在犯罪競合方面，原審法院亦遵從了刑法典第 71 條所訂立的處罰規則，兩罪並罰，判處上訴人 1 年 3 個月實際徒刑亦屬合理。
21. 而根據判決書的內容，我們觀察得到原審法庭在量刑及選擇刑罰時，已全面考慮了刑法典第 40 條、第 44 條、第 48 條、第 64 條及第 65 條的規定，完全不存在瑕疵，基此，此理據應被否定。

綜上所述，敬請否決本上訴，維持原判，深信閣下定能一如既往，作出公正的判決。

駐本院助理檢察長提出了法律意見書，其內容如下：

經分析上訴人提出的上訴理由後，我們認為上訴理由部份成立，原因如下：

本上訴的核心問題分別有四個，包括濫用職權罪的罪狀問題，違反保密罪的罪狀問題，兩罪之間的競合問題及具體量刑問題。

現在，我們先從第一個問題開始分析。

上訴人主要認為，本案的已證事實未能完全符合“濫用職權罪”的客觀組成要件。為著支持其觀點，提出沒有客觀事實來認定作為公職

人員的「無私義務」被違反，並分別從所謂“關於填寫及遞交申請資料的行為”；“撰寫建議書及巡查工程行為”；“上訴人沒有意圖收取任何不正當利益”等幾方面來嘗試否定原審法院的歸罪決定。

首先，我們認為上訴人的上述所有主張都犯上同一錯誤，就是只列舉了已證事實當中的部分來作考量，並加以借題發揮，完全屬於一種斷章取義的做法。

的確，在上訴人提出的理據中，從來沒有提及或刻意迴避第 2、第 4、第 5、第 6、第 8、第 11 至 19 及第 22 至 27 等多項已證事實。

相反，上訴人只是從其他已證事實來引證其本人沒有違反無私義務。

試問，在這樣的情況下，如何能完全客觀公正地分析上訴人的行為到底是否符合濫用職權罪的罪狀？

而我們認為上訴人的這種做法是值得商榷的，因為被上訴人所“刻意迴避”的事實正正是判斷的關鍵事實。

事實上，要判斷公務員有否違反在公務上之固有義務，必先弄清“濫用職權”罪背後所保障的法益為何，因為，整個罪狀的設定都是為著實踐保護該等法益為目的的。

正如 Dra. Paula Ribeiro de Farta 在 “Comentário à Conimbrincense do Código Penal” 第 774 頁中所言：“Está em causa a autoridade e credibilidade da administração do Estado.”

也就是說，是行政當局面對社會大眾時所應當具備的權威及應得之信任。

因此，當公務員違反作為公務員法定最起碼及最基本的義務，例如無私之義務時，勢必傷害行政當局應有的權威及應獲市民信任的形象。再者，從罪狀性質角度考慮，“濫用職權罪”屬行為犯，代表著其犯罪計劃的實施及完成並不取決於其他客觀因素。

我們發現，上訴人所“違漏”援引的已證事實，正正是那些能真正反映上訴人作為公務員應具備的固有義務被違反的事實。

包括，在入職後，上訴人夥同另外二人合資成立工程公司，並且成立的目的是為著承接由上訴人所屬部門負責的“低層樓宇資助計劃”所批出的工程。

更甚者，把屬於部門內部的機密資料外洩，讓該公司擁有比其他公司更優越的資訊來承投工程。甚至為了不讓人發現上訴人為該公司股東，上訴人刻意沒有出面登記，而是背後參與公司的運作。

然後，上訴人在毫不迴避的情況下多次以公職人員身份參與有關該公司的工程審批工作。（這已是明顯一種違反無私義務的表現）‘

接下來，更從多項由該公司所投得的工程項目中，獲得總數達六十多萬元（已證事實第 23 及 24 頁）的公司分紅及報酬。

從上述的行為，已反映出一種毫無保留的，及作為公務員固有義務之違反，主要反映在上訴人利用其工作崗位之便利，再透過一些與作為公務員理應遵守之義務相違反之行為，致使由其本人及第三人所開設之公司在競投工程時處於比別的公司更優越之位置，從而獲得工程項目，甚至上訴人直接在沒有向上級申報利益衝突時，主動參與由該公司承投工程的審批工作，最後，從中獲取不法利益。

因此，上訴人說“濫用職權罪”方面所作出的陳述，可以說是一文

不值，根本不值得上級法院的考慮。

第二個提出的問題是“濫用職權罪”及“違反保密罪”之間的關係，到底兩罪之間存在的是實際競合還是想像競合的問題。

要回答這個問題，必須從兩罪狀所追求保護的法益開始分析。

首先，雖然，“濫用職權罪”被歸納在“濫用當局權力”，即《刑法典》第五章第四節；而“違反保密罪”則被安排在“違反保密及棄職”，即《刑法典》第五章第五節中。從中看來兩者所追求保護的法益不盡相同，但是，不能否定的一點是兩罪都同時屬於“執行公共職務時所犯之罪”的這一章中，所以，從廣義上考慮，兩者最終追求的目標都是一致的，只是在具體描述犯罪行為時有所不同。

另一方面，根據已證事實，可以發現上訴人透過實施“違反保密”罪狀的犯罪行為，從而讓其有份參與的公司獲取了一些不該獲取的資訊，最後從中再獲得不法利益。也就是說，上訴人違反了作為公務人員一個最起碼及最基本的保密義務，而這也是一種“濫用職權”罪當中所描述的違反其職務所固有之義務的一種體現。可以說，在本案中上訴人的違反保密行為亦成為了濫用職權的一種手段或方式。

從這個角度看來，兩個罪狀之間確實存有一種補充關係。而當行為人的行為同時符合兩個罪狀的要件時，應以保障範圍更廣的那個(在本案中即濫用職權罪)來吸收保障範圍較窄的另一個(即違反保密罪)。

正如 Prof. Paulo Pinto de Albuquerque 在其著作“Comentário do Código Penal”中，第 905 頁第 11 段及 908 頁第 15 段中所言：

“Há uma relação de concurso aparente (subsidiariedade) entre

o crime de abuso de poder e os crimes de favorecimento pessoal praticado por funcionário, violação de segredo por funcionário, recusa de cooperação, abandono de funções, uma vez que todas estas condutas consubstanciam violação de deveres funcionais (de isenção, de sigilo, de obediência e de zelo).”

“Há uma relação de concurso aparente (subsidiariedade) entre o crime de abuso de poder e os crimes de violação de segredo por funcionário (violação de deveres funcionais).”

因此，我們認為原審判決未就這問題進行考慮就認定兩罪之間存在實際競合的決定錯誤，應予以修正。

最後，就具體量刑問題，上訴人認為原審法院量刑過重，當中的原因包括沒有認真考慮上訴人對犯罪行為存有悔悟及反省。

我們認為，原審法院在這問題的判斷正確。的確，從卷宗第 622 頁中的理由說明可以看到，上訴人所謂的認罪真不屬於《刑事訴訟法典》第 325 條所規定的完全及毫無保留的自認，因此，不視上訴人對事件存有任何悔悟及反省是理所當然的。

再者，上訴人所主張的犯罪後果嚴重程度低也是不成立的，只要細心觀察已證事實，及考慮到由上訴人精心策劃的犯罪計劃，違反公務員固有義務之程度及從犯罪行為中所獲取的豐厚不法所得等，都充分顯示出上訴人行為的不法程度相當不輕，罪過程度相當嚴重，以至對行政當局應有的公信力影響之深遠。

在這前提下，我們實未能同意原審法院在具體量刑方面有任何過重之嫌。

另一方面，從刑罰的目的考慮，本案都有著強烈的預防犯罪需要，尤其是一般預防方面，絕不能縱容任何有損行政當局在公眾心中應有的信任，否則，會造成極為不良的社會風氣。因此，原審法院決定不給予暫緩執行刑罰的決定正確。

最後，鑑於前述所認定的，存在於兩罪狀之間的想像競合問題，有必要就具體刑罰作出調整。

就一項“濫用職權”罪而言（當中應視違反保密罪已經被吸收），有必要給予一個不低於一年徒刑的實際監禁處罰方為合適。

綜上所述，我們認為除了在兩罪之競合問題外，上訴人所提出其餘的上訴理由均不成立。

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。

二.事實方面：

- 2008年9月1日，嫌犯A入職房屋局，擔任樓宇組織支援處技術輔導員（至2010年4月12日，嫌犯A被調往房屋局技術支援處工作），主要負責「低層樓宇共同設施維修臨時資助計劃」（下稱「低層樓宇資助計劃」）的文件處理和撰寫建議書，以及協助監督「低層樓宇資助計劃」工程及抽樣調查申請個案的工作。
- 2009年初，嫌犯A找到B及C，並與彼等商定成立一間公司，

承攬「低層樓宇資助計劃」的工程，藉此謀取利益。

- 2009年2月17日，嫌犯A、B及C合資成立了「XX建築工程有限公司」（下稱「XX公司」）。
- 嫌犯A在「XX公司」所占股權份額為三分之一。
- 嫌犯A、B及C成立「XX公司」的主要目的是，以該公司的名義承接房屋局推出的「低層樓宇資助計劃」工程。
- 為避免讓人發現嫌犯A是上述公司的股東，彼等只以B及C之名義登記為「XX公司」的股東，嫌犯A本人沒有出面登記成為「XX公司」的股東。
- 「XX公司」成立後，由於嫌犯A任職房屋局，熟悉房屋局對申請「低層樓宇資助計劃」的文件格式要求，因此，通常由其負責為「XX公司」製作向房屋局提交的申請文件（包括輸入及製作「XX公司」向房屋局遞交的聲明書資料、報價單等文件）。
- 此外，嫌犯A還負責整理及製作「XX公司」的收支財務表等會計資料，並管有該公司於中國銀行澳門分行開設的帳戶（帳號：XXX）之交易密碼，支配該帳戶，調動資金以支付工程款項、股東及職員的報酬。
- 嫌犯A與B及C商定，嫌犯A每成功幫「XX公司」獲批一項「低層樓宇資助計劃」工程，便可收取「XX公司」支付的澳門幣1,500.00元“文件費”，此外，嫌犯A作為「XX公司」的實際股東之一，其還可獲該公司帳戶結餘扣除營運資金後餘額的三分之一的“花紅”。

- 2009 年 2 月，房屋局開始接受「低層樓宇資助計劃」申請，有關審批的標準基本上僅需符合 30 年或以上的樓齡、樓宇層數為 7 層或以下，以及附有由超過百分之五十的業權人簽署同意申請資助的聲明書。
- 為便利處理「低層樓宇資助計劃」的申請，房屋局製作了四個電腦檔案，分別為“79 年或以前入伙之分層建築物(1).xls”、“83 年或以前入伙之分層建築物.xls”、“~3426005.xls”及“低層樓宇申請個案金額統計表.xls”（詳見卷宗第 253、第 263 頁及第 264 頁）。
- 上述“79 年或以前入伙之分層建築物(1).xls”及“83 年或以前入伙之分層建築物.xls”檔案分別記錄了澳門 1979 年及 1983 年之前入伙的大廈名稱、地址及所屬區域等資料，是供房屋局作為對建議推行「資助計劃」前的評估、統計及設定資助條件用途。
- “~3426005.xls”檔案記錄了申請低層樓宇維修資助大廈的名單，當中亦記錄了房屋局內部處理的審閱建議書編號等資料。
- “低層樓宇申請個案金額統計表.xls”檔案詳細記錄申請維修資助大廈名單、承攬工程的公司、房屋局批准及發放金額等詳細記錄資料。
- 上述四個檔案屬於房屋局內部非公開的文件資料電腦檔案。
- 嫌犯 A 因職務關係獲得上述檔案，並知悉檔案中的內容。
- 為了便於「XX 公司」提出申請及獲得批准，嫌犯 A 於未查明之日複製了上述電腦檔案資料，並將之存入「XX 公司」辦

公室的電腦內，供該公司其他股東及職員使用。

- 借藉上述資料，「XX 公司」可以輕易找到本澳達至 30 年樓齡的低層樓宇集中的區域，從而有方向性地在該等樓宇較集中的區域上門張貼「XX 公司」的宣傳廣告及派發傳單，以推銷「XX 公司」承接政府資助的「低層樓宇資助計劃」工程的業務。
- 2009 年 2 月 10 日至 2010 年 12 月，房屋局收到的「低層樓宇資助計劃」申請個案中，共有 108 個申請個案是由「XX 公司」承攬的，當中有 102 個申請個案為上述“79 年或以前入伙之分層建築物(1).xls”檔案中所記錄之大廈。
- 上述由「XX 公司」承攬的 108 項「低層樓宇資助計劃」的工程中，嫌犯 A 因其職務負責撰寫了其中 34 份報告書，均建議上級批准有關申請，以及就其中 24 份報告書，建議上級發放有關申請資助的款項。
- 2009 年 10 月至 2010 年 4 月期間，嫌犯 A 還以房屋局稽查人員身份參與巡查由「XX 公司」承攬的「低層樓宇資助計劃」工程共 15 次，並製作檢查記錄及簽署。
- 「XX 公司」承接的上述 108 宗「低層樓宇資助計劃」工程，涉及預算資助金額約澳門幣 13,310,000.00 元，並已獲支付的金額約澳門幣 10,700,000.00 元。
- 2009 年 5 月至 2011 年 12 月，嫌犯 A 利用其職務關係，透過填寫及提交申請幫「XX 公司」承攬了約 60 至 70 宗維修工程，並收取了「XX 公司」給付的約澳門幣 100,000.00 元的報酬。

- 此外，嫌犯 A 分別於 2009 年 9 月 23 日、2010 年 2 月 10 日、2010 年 4 月 8 日、2010 年 5 月 6 日、2010 年 8 月 26 日、2010 年 10 月 12 日及 2010 年 10 月 20 日收取了「XX 公司」分發的“花紅”，共計約澳門幣 560,000.00 元（詳見卷宗第 269、274、275、276、279、280、281 頁）。
- 通常，當房屋局將相關資助金轉帳入「XX 公司」的銀行戶口後，嫌犯 A 便會利用中國銀行澳門分行的網上銀行服務，將 C 及 B 應得之收益轉存入 C 及 B 的私人帳戶，之後，C 或 B 會以現金方式向嫌犯 A 支付上述“文件費”。
- 嫌犯 A 明知其因工作而獲知之上列房屋局的檔案資料屬於房屋局內部非公開資料，不得外洩。
- 嫌犯 A 將上述屬房屋局內部非公開的文件資料外洩，未獲得任何許可。
- 嫌犯 A 作出上述行為目的是為其自己及「XX 公司」獲得不正當利益。
- 嫌犯 A 明知其無權作出上述行為，其行為違反了公務員之無私和迴避義務。
- 嫌犯 A 在自由、自願及有意識之情況下，故意作出上述行為。
- 嫌犯 A 明知法律禁止及處罰上述行為。

另外獲證明：

- 根據嫌犯的刑事紀錄，嫌犯無犯罪前科。
- 房屋局針對嫌犯提出刑事告訴，追究嫌犯違反保密義務的刑

事責任及因此而造成的損失。(見卷宗第 451 頁)。

- 嫌犯現任職工程師，每月收入為澳門幣 35,000 元，需供樓，其學歷程度為大學畢業。

未獲證明之事實：

- 起訴書中其他與上述獲證事實不符之重要事實尚未證明屬實：

未獲證明：由於掌握了上述資料，令到「XX 公司」可直接到具體樓宇上門張貼「XX 公司」的宣傳廣告及派發傳單。

事實之判斷：

- 嫌犯在審判聽證中作出聲明，嫌犯承認其在房屋局任職之後成立了「XX 公司」，在工作中沒有履行迴避的義務是錯誤的，然而，嫌犯解釋：其沒有迴避只是擔心失去房屋局的工作。嫌犯聲稱其幫助「XX 公司」製作和提交工程申請書，「XX 公司」並沒有因此而得到好處，因為，申請書是表格式的，而且，工程公司能否獲得工程，取決於相關大廈超過半數的業主是否聘請該工程公司，不存在工程公司之間向房屋局競爭申請同一單工程的情況。此外，其在房屋局的工作只是撰寫報告，並無批核權力；其每一份報告都是客觀公正撰寫的，並沒有弄虛作假；嫌犯巡視工程之後的每一份評估報告也是客觀的。嫌犯承認帶走房屋局的文件離開意圖讓「XX 公司」使用，嫌犯承認這是觸犯法律的，但同時卻強調「XX 公司」並沒有使用過相關的文件資料。
- 廉政公署人員在審判聽證中作出證明，清楚客觀講述了發現

嫌犯上述行為以及調查案件之經過。

- 證人 C、D、E、F 在審判聽證中作出聲明。
- 證人 C 在審判聽證中作出聲明，其聲稱嫌犯的資料對「XX 公司」並無任何作用，因證人熟悉新橋區，故此，「XX 公司」決定在新橋區作推廣，公司派發推廣宣傳單張時，派發給一條街道上所有的大廈，嫌犯的資料並不能讓「XX 公司」可以輕易找到本澳達至 30 年樓齡的低層樓宇的具體地點及所屬區域，並進行針對性推銷。該證人的證言並不足以採信，作為三十歲的年輕人，且是剛剛接觸這一行業，即使再熟悉某一地方的環境，其知悉結構中並無相關資訊的日常積累和沉澱，如不是簡單瀏覽了嫌犯提供的資料，完全不可能輕鬆決定推廣的目標。
- 證人 F 聲稱在「XX 公司」見過嫌犯提供的資料，但對於公司無任何用，然而，關於在什麼情況下，為何見到有關資料，該名證人未能說清楚。
- 在客觀綜合分析了嫌犯和證人在審判聽證所作的證明，結合在審判聽證中審查的書證、扣押物及其他證據後，本合議庭認定上述事實。

三.法律部份：

本上訴的問題有：

第一、嫌犯的行為不構成濫用職權罪的罪狀問題，因為本案的已證事實未能完全符合“濫用職權罪”的客觀組成要件，沒有客觀事實來

認定作為公職人員的「無私義務」被違反；

第二、第 348 條的『違反保密罪』則特別規範了公務員違反『保密義務』的情況，因此相對地『違反保密罪』屬於特別規定，而『濫用職權』罪則屬於一般規定。所以依據特別法優於一般法原則，在犯罪的表面競合的情況下特別規定取代一般規定，因此對於上訴人之行為應僅以《刑法典》第 348 條的『違反保密罪』定罪處罰之；

第三、上訴人的承認犯罪和積極配合調查，以及初犯的情節，足以減輕刑罰，也應該獲得要麼適用罰金刑要麼緩刑。

我們看看。

第 347 條規定了濫用職權罪：

公務員意圖為自己或第三人獲得不正當利益，或造成他人有所損失，而在以上各條所規定之情況以外，濫用其職務上固有之權力，或違反其職務所固有之義務者，如按其他法律之規定不科處更重刑罰，則處最高三年徒刑或科罰金。

上訴人所主張的其沒有違反作為公務員無私的義務是完全沒有理由的。

《澳門公共行政工作人員章程》第 279 條第二款規定的公務員的首要義務就是無私的義務。並在第 3 款解釋“無私之義務，係指不因執行職務而直接或間接收取非法律賦予之金錢或其他利益，持公正無私及獨立之態度對待任何性質之私人利益及壓力，以尊重市民間之平等。”

原審法院認定的已證事實顯示：

上訴人在入職後，上訴人夥同另外二人合資成立工程公司，並且

成立的目的是正正是為著承接由上訴人所屬部門負責的“低層樓宇資助計劃”所批出的工程。為了不讓人發現上訴人為該公司股東，上訴人刻意沒有出面登記，而是背後參與公司的運作。

然後，上訴人多次以審批部門的公職人員身份直接參與有關該公司的工程審批工作，沒有因涉及私人利益而宣告迴避有關工作的參與。這已經明顯地違反了公務員地無私義務。

無論上訴人是否有權利審批有關工程的權力，將與其個人有關的公司利益混入行政程序之中，令應該已中立的公共機構置於為其個人利益服務的地步，不但違反了無私義務，而且其故意程度極高，簡直到了令人髮指的地步。如果上訴人面對這樣的事實，仍然說沒有違反無私的義務，那至少他本人就沒有做人的基本品格。

更甚者，還利用工作之便，將屬於部門內部的機密資料外洩，讓該公司擁有比其他公司更優越的資訊來承投工程（這又在另一方面觸犯特別的罪名，下文會講述），破壞了法律要求公務員應該做到的尊重市民間的平等的規則。

在獲得不法利益方面，上訴人因為其公司從多項所投得的工程項目中，獲得總數達六十多萬元（已證事實第 23 及 24 頁）的公司分紅及報酬。

很明顯，上訴人的行為（除了構成特別的罪名的洩露機密罪外）違反了作為公務員理應遵守的義務，並從中為自己 and 他人獲取了相當巨額的不法利益，因為《刑法典》沒有其他的獨立罪名以及已更高的刑罰處罰，就構成被控告的濫用職權罪的罪名。

關於與違反保密罪的競合的問題，我們認為上訴人也沒有道理。

關《刑法典》第 348 條規定了違反保密罪：

“一、公務員意圖為自己或他人獲得利益，或明知會造成公共利益或第三人有所損失，在未經須獲之許可下，洩漏在擔任職務時所知悉之秘密，或洩漏因獲信任而被告知之秘密，又或洩漏因其擔任之官職之便而知悉之秘密者，處最高三年徒刑或科罰金。

二、非經監管有關部門之實體或被害人告訴，不得進行刑事程序。”

我們同意，這項罪名是特別規定，上一罪名則是一般的規定，但是，在這裏，上訴人被判處濫用職權罪的違反公務員義務的行為並非單純的違反保密義務，而是上文所說的違反無私的義務的行為。很顯然，這兩項罪名是實際的競合關係，而沒有吸收的關係。

上訴人的上訴理由明顯不能成立。

最後，關於量刑方面的問題，上訴人認為其犯罪情節具有減輕刑法的空間，然後適用罰金刑，或者適用緩刑。

我們知道，《刑法典》對濫用職權罪的最高刑罰是三年有期徒刑，而原審法院考慮到嫌犯們均為初犯，承認部分事實，但本次犯罪後果嚴重，行為不法性高，犯罪故意程度高等因素以及犯罪的一般預防及特別預防的需要，判處各嫌犯一年有期徒刑，緩刑兩年執行。

我們先說具體刑罰。

正如我們一直的司法見解所理解的，有關量刑的問題，審判法院在

法定刑幅之內有相當的自由決定空間，尤其是根據《刑法典》第 65 條考慮所列舉的情節進行，並選擇一個法院覺得比較合適的具體刑罰。上訴法院對原審法院的量刑的審查通常是以顯失輕重或明顯不適當為介入標準，在確認了這兩種情況或其中一種是才加以糾正。

同時，也正如我們經常理解到的那樣，在庭審中與被告的直接對話接觸也向法官提供了更直接更深入更完整地瞭解被告的人格的機會，以便能更準確地量刑。¹

另外一方面，在量刑的過程中，法院要考慮的除了嫌犯的罪過之外，也將同樣地考慮對犯罪的預防的需要。而對像本案所發生的公務員濫用職權案件的犯罪預防的（包括特別預防以及一般預防）的要求相對性地的要比一般的犯罪為高。

而對本案的判決而言，雖然嫌犯都是初犯，也承認了部分事實，但是基於犯罪的預防的因素（下文會更詳細地講），原審法院在兩項罪名的法定刑幅均為最高三年徒刑，並在其範圍內分別選擇了接近最低刑的一年和 9 個月徒刑刑罰，我們沒有理由認為這個量刑明顯不當。因此，原審法院的量刑不能被改變，而嫌犯上訴人的理由是不成立的。

對此兩項罪名法律度沒有規定選擇性的罰金刑，所以沒有可以適用有限選擇罰金刑的條件，而刑罰超過 6 個月的徒刑，也沒有適用罰金替代刑的條件。

關於上訴人希望判處的緩刑，我們也認為其理由不成立。

適用緩刑是《刑法典》賦予法院的義務性權力，通過考慮行為人的

¹ 見本院的 2006 年 1 月 13 日的在 341/2005 號上訴案判決，亦見 Figueiredo Dias, *Directo Penal Português, As Consequência Jurídicas do Crime*, 1993, 第 518 - 519 頁.

人格、生活狀況、犯罪前後的行為及犯罪情節，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的目的時，將科處不超過三年的徒刑暫緩執行。

在這裡，緩刑的適用必須符合形式上的以及實質上的要素。形式上的要件就是所判處的具體刑罰不超過 3 年，那麼上訴人的情況毫無疑問地符合給予緩刑的這個形式要件（一年三個月的單一徒刑）。

實質要件呢？

《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要件，包括行為人的人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節等因素並考慮是否能夠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份地實現刑罰的目的。也就是說，緩刑制度乃從根本上考慮刑罰的目的的刑事制度。

刑罰目的分為一般預防和特別預防二種，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²。

也正是這種不可放棄的要求，我們在考慮對象本案的公務員的腐敗

² 引自 *Direito Penal Português* 一書第 340 頁。

行為的懲治時，緩刑是無法達到我們的刑事政策所追尋的刑罰的目的的。

《聯合國反腐敗公約》開宗明義就說到“腐敗對社會穩定與安全所造成的問題和構成的威脅的嚴重性，它破壞民主體制和價值觀、道德觀和正義並危害着可持續發展和法治 ……，還銘記公共事務和公共財產妥善管理、公平、盡責和法律面前平等各項原則以及維護廉正和提倡拒腐風氣的必要性，……。”

我們面對的是法律以及整個社會所要追尋的公共利益，而要實現這種利益乃通過賦予公務員合法的職權而完成的。但是，出現了像本案一樣的腐敗行為，不僅僅使得我們的社會所追求的公共利益受到損害，而且這個社會所給與公務員的公信力也極大地受到損害。這種行為不僅僅是嫌疑人獲得某些非法利益，更重要的是它帶來了對這個社會的核心價值的傷害。

在本案之中，上訴人身為監管低層樓宇共同設施維修臨時資助計劃工程投標的房屋局的代表，毫無疑問，其腐敗行為不但在本案中被發現的多次獲得的不法利益相當巨額，更重要的是令特區的威信蒙受極大的損害，損害了作為政府官員所代表的機構的中立角色，也損害了這個機構的公信力。這種損害是深遠的，甚至單純使嫌犯服罪也難於彌補這樣的損害。何況嫌犯本人利用職務之便而獲利是以破壞特區政府機構的中立角色以及使公信力的降低為代價。而憑這些，我們就認為不能確信“僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰的目的”，適用緩刑達不到維護這個社會的法律秩序的目的，也就是說，我們沒法確認緩刑的實質要件。因此，原審法院的沒有適用緩刑的決定完全符合《刑法典》第 48 條的規定，應予以維持。

四.決定：

綜上所述，中級法院裁定上訴人的上訴理由不成立，維持原判。

訴訟費用由上訴人支付，以及 8 個計算單位的司法費。

澳門特別行政區，2015 年 6 月 4 日

蔡武彬

司徒民正

陳廣勝