

第 69/2022 號案

統一司法見解的非常上訴

上訴人：檢察院

會議日期：2023 年 2 月 15 日

法官：宋敏莉(裁判書制作法官)、司徒民正、岑浩輝、唐曉峰
及蔡武彬

主 題： — 刑事訴訟中統一司法見解的非常上訴
— 在本澳經營娛樂場幸運博彩的公司
— 以專營制度經營業務之公司
— 公務員

摘 要

根據《刑事訴訟法典》第 427 條的規定，訂定如下對澳門特別行政區法院具強制力的司法見解：

「根據第 16/2001 號法律(以及相關之行政長官批示及批給合同)，獲批在澳門特別行政區娛樂場內經營幸運博彩活動的公司並

非《刑法典》第 336 條第 2 款 c 項中所指之“以專營制度經營業務之公司”，該等公司的工作人員不等同於公務員。」

裁判書制作法官

宋敏莉

澳門特別行政區終審法院裁判

一、概述

檢察院針對中級法院在第 248/2021 號刑事上訴案件中作出的合議庭裁判向終審法院提起統一司法見解的非常上訴，理由是該合議庭裁判在同一法律範疇內就同一法律問題與中級法院在第 580/2013 號刑事上訴案中所作的合議庭裁判互相對立。

檢察院認為，中級法院在上述兩宗案件中均就在本澳經營娛樂場幸運博彩的公司是否屬於《刑法典》第 336 條第 2 款 c 項中所指的“以專營制度經營業務之公司”及其工作人員是否等同於公務員的問題表明了立場，作出了明顯對立的裁決。

透過 2022 年 6 月 8 日的合議庭裁判，本終審法院決定上訴程序繼續進行，因為已具備終審法院作出統一司法見解裁判的所有前提條件。

檢察院根據《刑事訴訟法典》第 424 條第 1 款的規定遞交理由陳述，認為應定出如下統一之司法見解：

「根據第 16/2001 號法律、相關之行政長官批示及批給合同，澳門經營娛樂場幸運博彩的公司非為《刑法典》第 336 條第 2 款 c) 項中所指之“以專營制度經營業務之公司”，其工作人員不等同於公務員。」

本院按照《司法組織綱要法》第 46 條第 2 款所指的方式組成合議庭，並已作出檢閱，現予以審理及裁決。

二、理據

(一) 本案卷中載有如下內容：

- 在第 248/2021 號刑事上訴案件中，被告因觸犯《刑法典》第 340 條第 1 款結合第 336 條第 2 款 c 項所規定及處罰的公務上之侵佔罪而被初級法院判處 3 年 6 個月徒刑。被告向中級法院提起上訴，經審理，該院認為不應適用公務員的概念，故不以公務

上之侵佔罪作出處罰，改判被告觸犯了濫用信任罪。

在現被上訴的合議庭裁判中，中級法院指出：“根據第 16/2001 號法律第 7 條第 2 款配合第 26/2002 號行政長官批示，自 2002 年 2 月 8 日起，經營娛樂場幸運博彩已批給予三間公司。因此，甲股份有限公司並非經營娛樂場幸運博彩之單一經營的公司，不符合《刑法典》第 336 條第 2 款 c) 項的專營公司概念，而博彩公司的職員亦並不符合《刑法典》第 336 條所規定的公務員的概念”。

- 在第 580/2013 號刑事上訴案中，檢察院指控被告觸犯了《刑法典》第 340 條第 1 款及第 336 條第 2 款 c 項所規定及處罰的公務上之侵佔罪，初級法院則判其觸犯了《刑法典》第 199 條所規定及處罰的濫用信任罪。案件上訴至中級法院，該院認為，“像在賭場做莊荷的本案的上訴人，根據《刑法典》第 336 條的規定，應該被列入準公務員的行列，那麼，其所實施的在賭場的盜竊行為屬於檢察院所控告的《刑法典》第 340 條第 1 款及第 336 條第 2 款 c 項所規定及處罰的公務上之侵佔罪”，故依職權改判被告觸犯了公務上之侵佔罪。

在作為本上訴理據的合議庭裁判(第 580/2013 號案件)中，中

級法院引用了該院2013年11月22日在第260/2010號合議庭裁判中發表的見解，並在裁判摘要中寫到：“第16/2001號法律規定的博彩制度仍然維持原有法律(第6/82/M號法律)所規定的博彩專營制度，其職員就符合《刑法典》第336條所指的準公務員”。

由此可見，關於在澳門娛樂場內經營幸運博彩的公司是否屬《刑法典》第336條第2款c項所指的專營公司以及相關公司職員是否符合該條款所規定的公務員概念的問題，涉案的兩個中級法院裁判作出了截然不同的決定，採用了互相對立的解決辦法。

(二) 本上訴案要解決的問題是，在澳門娛樂場內經營幸運博彩的公司是否屬於《刑法典》第336條第2款c項所指的專營公司，該等公司的工作人員是否應被視為該條款所述的公務員。

《刑法典》第336條規定如下：

“第三百三十六條

(公務員之概念)

一、為著本法典之規定之效力，「公務員」一詞包括：

a) 公共行政工作人員或其他公法人之工作人員；

b) 為其他公共權力服務之工作人員；

c) 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。

二、下列者等同於公務員：

a) 總督及政務司、立法會議員、諮詢會委員、法院及檢察院之司法官、反貪污暨反行政違法性高級專員及市政機關據位人；

b) 本地區官方董事及政府代表；

c) 公營企業、公共資本企業、公共資本占多數出資額之企業，以及公共事業之特許企業、公共財產之特許企業或以專營制度經營業務之公司等之行政管理機關、監察機關或其他性質之機

關之據位人，以及該等企業或公司之工作人員。”

顯而易見，《刑法典》第 336 條所規定的公務員的概念是為刑法效力而特別訂定的，並非普通的公共行政部門公務員的概念，兩者並不相同；前者比後者所涵蓋的範圍更廣，包括了“公共行政工作人員或其他公法人之工作人員”以及法律明文規定的其他人員。

按照現行《澳門公共行政工作人員通則》第 2 條第 1 款的規定，“為本法規之效力，公務員及服務人員均視為公共行政工作人員”。

從《刑法典》第 336 條第 2 款 c 項的規定可知，“以專營制度經營業務之公司”的行政管理機關、監察機關或其他性質機關的據位人以及工作人員“等同於公務員”。

關於刑法上的公務員概念，理論學說認為它具有“單純規範性，顯然區別於非刑法規範為行政法目的而採用的概念，極大地超越了這個特定範疇”。同時還指出，“為刑法目的而擴張公務員的概念與職務的理念密切相關，而非與行政人員的身份這種形式

性密切相關，因為——例如根據 NÉLSO HUNGRIA 的觀點——‘公務員的概念並非衍生自當局的概念，而是衍生自公共職務的概念，而公共職務應該是指任何旨在直接滿足一項公共需求或需要的國家活動’……”。¹

在本案中爭議的焦點是，根據第 16/2001 號法律及相關補充法規(尤其是第 26/2001 號行政法規)而獲得在澳門娛樂場內經營幸運博彩批給的公司是否仍屬“以專營制度經營業務之公司”。如是，則該等公司的工作人員“等同於公務員”，反之則不然。

(三) 眾所周知，澳門的娛樂場幸運博彩活動由來已久。

澳門政府於 1961 年 7 月頒佈第 1496 號立法性法規，決定將已合法化的幸運博彩經公開競投方式批給專人承辦。當時由港澳商人組成的新公司參與競投並獲得經營娛樂場(和鋪票、山票及白鴿票)的專營權。該新專營公司於 1962 年註冊並取名為「澳門旅遊娛樂有限公司」(簡稱「澳娛」)。「澳娛」的第一間娛樂場「新

¹ Manuel Leal-Henriques 著《Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau》，第六冊，2018 年，第 392 頁。

花園娛樂場」於同年開幕，從此展開長達 40 年的幸運博彩專營事業。

「在回歸之前，澳門社會已對回歸後實行賭權開放的可行性作了多次不同層面的討論及研究。事實上，澳葡政府也曾為打破幸運博彩的專營局面作過考慮和準備。其中立法會於 1986 年通過的第 10/86/M 號法律中已規定“按照特別准照制度批給的最多數目為 3 個”。

.....

2001 年 8 月，澳門立法會通過開放博彩業的第 16/2001 號法律，即《娛樂場幸運博彩經營法律制度》，就批給制度、經營條件、競投及承批公司的經營模式、股東與管理人員資格、博彩稅等主要項目作出了原則性的規定。澳門特區政府決定待「澳娛」的幸運博彩專營合約於 2001 年 12 月 31 日期滿後，批出 3 份承批合約，為澳門經濟發展注入新的動力及長遠持續發展打下堅固基礎，貫徹澳門特區政府“以博彩旅遊業為龍頭、以服務業為主體，其他行業協調發展”的施政方向。

.....

作為對第 16/2001 號法律的補充，於 2001 年 10 月 26 日行政長官何厚鏸簽署了第 26/2001 號行政法規，即《規範經營娛樂場幸運博彩的公開競投、批給合同，以及參與競投公司和承批公司的適當資格和財力要件》，具體地規定了整個競投程序。

2001 年 12 月 31 日，由於未能如期批出 3 份博彩批給合約，澳門唯一持有博彩專營權的「澳門旅遊娛樂有限公司」，於午夜 12 時後，獲延續經營期 3 個月。

2002 年 2 月 8 日，澳門特區政府宣佈競投結果，將娛樂場幸運博彩經營權批給原「澳門旅遊娛樂有限公司」新組成的「澳門博彩股份有限公司」(簡稱「澳博」)、「銀河娛樂場股份有限公司」(簡稱「銀河」)及「永利渡假村(澳門)股份有限公司」(簡稱「永利」)。特區政府分別於 2002 年 3 月 28 日、6 月 24 日及 6 月 26 日與「澳博」、「永利」及「銀河」簽署《澳門特別行政區娛樂場幸運博彩或以其他方式的博彩經營批給合同》。於同年 12 月，特區政府與「銀河」就雙方所簽的合約進行了修改。主要是就「銀河」與「威尼斯人集團」(簡稱「威尼斯人」)的合作關係起了變化及

「威尼斯人」獲准以「銀河」旗下的“轉批給”方式在澳門經營幸運博彩業進行修改。其後，「澳博」及「永利」亦先後於 2005 年 4 月 20 日及 2006 年 9 月 8 日各自與「美高梅金殿超濠股份有限公司」（簡稱「美高梅」）及「新濠博亞博彩(澳門)股份有限公司」（簡稱「新濠博亞」）簽訂了轉批給合同。」²

簡言之，自 1962 年開始，在長達 40 年的時間裡，在澳門娛樂場內的幸運博彩業務一直由「澳門旅遊娛樂有限公司」以專營方式經營。

2002 年 2 月 8 日，澳門特區政府宣佈競投結果，將娛樂場內幸運博彩經營權批給三間公司（其後擴大至六間公司），結束了一間公司獨家經營的局面。

（四）目前在澳門特別行政區經營娛樂場幸運博彩之法律制度由第 16/2001 號法律予以規範，該法律廢止了訂立在澳門地區經營幸運博彩之批給的法律制度的第 6/82/M 號法律（經第

² 參閱博彩監察協調局網頁所載有關“澳門博彩業歷史”的資料，當中就“博彩專營制度”及“回歸後之賭權開放”作了介紹。

10/86/M 號法律修改)。

根據第 6/82/M 號法律第 3 條的規定，“幸運博彩的經營永遠事先受批給的限制”，並且只允許在與經營有關的地方及場所進行幸運博彩。

關於批給制度，第 5 條有如下規定：

“一、幸運博彩的經營，其批給得以專營制度或特別准照制度行之。

二、按照特別准照制度批給的最多數目為三個。

三、……。

四、……。”

同時，“批給係以合約方式為之”(第 6 條第 1 款)。

由此可見，經第 10/86/M 號法律修改的第 6/82/M 號法律規定了兩種不同的批給制度，一為專營制度，二為特別准照制度，按

照該制度批給的最多數目為三個³。

應該指出的是，澳門政府從未按照特別准照制度作出批給，而是按照專營制度將幸運博彩業務的經營權批給了「澳門旅遊娛樂有限公司」，該公司為唯一持有博彩經營權的公司。

另一方面，根據經第 7/2022 號法律修改的第 16/2001 號法律第 3 條第 1 款的規定，“澳門特別行政區保有娛樂場幸運博彩的經營權，其他實體經營該博彩，必須經事先批給”。

第 16/2001 號法律第 7 條則規定：

“第七條

批給制度

一、澳門特別行政區保有娛樂場幸運博彩的經營權，僅可由在澳門特別行政區設立並獲得批給的股份有限公司行使，而有關批給按照本法律規定以行政合同訂定。

³ 按照未經修改的第 6/82/M 號法律的規定，最多數目為四個。

二、經營娛樂場幸運博彩的批給數目最多為六個。

三、禁止以任何名義將娛樂場幸運博彩的經營權設定負擔、全部或部分移轉或讓與第三人，又或將構成承批公司與娛樂場幸運博彩有關的法定權利和義務或批給合同地位部分移轉或讓與第三人。”

從上述不同的法律規定中可以看到，無論是新制度還是舊制度，在娛樂場內幸運博彩的經營權均是由澳門政府以批給的方式交由在澳門設立的公司行使，但有關批給制度方面的規定則不同。

與第 6/82/M 號法律有別，第 16/2001 號法律並未明確規定不同的批給制度，既未提及專營制度，亦未提及特別准照制度，僅指出在娛樂場內經營幸運博彩的批給按照第 16/2001 號法律的規定以行政合同訂定，且批給數目最多為六個⁴。

那麼，在有關經營娛樂場幸運博彩的新制度中，是否仍沿用之前的專營批給這一傳統模式呢？

關於第 16/2001 號法律，特區政府在提交法律草案的理由陳

⁴ 按照未經修改的第 16/2001 號法律的規定，“經營娛樂場幸運博彩之批給至多為三個”。

述中指出：

「在制定第6/82/M號法律之前，經營幸運博彩的批給法律制度主要是載於一九六一年七月四日第1496號立法性法規，該法規對於在澳門開設幸運博彩作了規範。該法規其後於一九六四年十二月五日經第1649號立法性法規修訂。

上述一九六一年七月四日第1496號立法性法規第五條規定，“幸運博彩的經營視乎是否對旅遊業及本省的利益更為有利而透過有限制或無限制的公開競投，以專營制度批給依法成立且具信用保證的企業或被認為有足夠償付能力的實體”。

根據上述法規第五條及同一法規的第二條，“自一九六五年一月一日起只允許在本省開設的娛樂場內進行幸運博彩，但在該日之前，如經省總督核准，亦可在承批人作相同用途的樓宇或場地內進行”。這明確了幸運博彩的批給在本地法律體系中的性質。第6/82/M號法律對此亦予以確認及重申予以肯定。

換言之，經營幸運博彩業務並非是視為私人經濟活動，而是公共經濟範疇內一項有所保留的活動，但這只是一種相對的保留，

因為幸運博彩的經營可以透過批給行政合同制度由私人開展。

一九六一年的立法者還訂定了經營幸運博彩法律制度的另一個核心問題，“就是經營幸運博彩的批給須透過專營制度作出”。

第6/82/M號法律仍維持上述制度，但允許以特別准照制度批給幸運博彩的經營，不過，實際上在執行中從未採用過這種方式。因此，自第1496號立法性法規生效後，在澳門經營幸運博彩均以專營制度批給。

鑑於目前以專營制度經營幸運博彩的批給合同期間將屆滿，政府考慮到特區在該範疇的最大利益，認為須修訂有關的法律規定，引入一些修改以確保未來博彩業在特區能持續穩健發展。

這正是特區政府建議及提交這個新法律制度的目的。

經營幸運博彩新法律制度的其中一個革新之處，就是終止了在澳門經營幸運博彩業一直所採用的專營制度，而引入市場的開

放。」⁵

在立法會引介該法案時，時任經濟財政司司長亦表示，在新的法律制度中“有一個革新，就是對幸運博彩將會終止專營而且會引入一個市場開放的概念”。⁶

審議《幸運博彩經營法律制度》法案的臨時委員會出具了意見書，表示“接納政府所提出的修改幸運博彩經營法律制度的理由”，指出“本地的博彩業正處於一個轉變的關鍵時刻，導致博彩業轉變的因素有許多”，其中之一是“以專營方式經營的該行業的傳統模式已是不合時宜”，重申“經營幸運博彩新法律制度的其中一個變革之處，就是終止了在澳門經營幸運博彩業一直所採用的專營制度(自一九六一年起)，而引入市場的開放”。

由此可見，立法者通過第 16/2001 號法律就在澳門娛樂場內幸運博彩業務的經營制定新的法律制度，對之前生效的法律框架進行更新並使之現代化，旨在改變已不合時宜的以專營方式經營的傳統模式，開放市場，引入競爭，以確保博彩業的持續穩健發

⁵ 詳見澳門特別行政區立法會網站登載的第 16/2001 號法律的理由陳述。

⁶ 《澳門特別行政區立法會會刊》，第一組，第 16/2001 期，第 9 頁及第 10 頁。

展。

立法者明確指出，新法律制度的變革之一，就是終止在澳門經營幸運博彩業一直所採用的專營制度。

值得注意的是，在之前與澳門旅遊娛樂股份有限公司所簽訂的合同中，一直沿用幸運博彩“專營”批給的表述，明確該公司是以“專營制度”在澳門經營博彩業。⁷

但在澳門特別行政區分別於 2002 年 3 月及 6 月與獲得批給的三間公司（「澳博」、「銀河」及「永利」）所簽訂的博彩經營批給合同中，已不再使用“專營”的用語，也未見有關“專營”的條款。⁸

另一方面，在澳門特別行政區與澳門賽馬股份有限公司及澳門逸園賽狗股份有限公司簽訂的相關合同中，則一直沿用專營批給合同的表述⁹，顯示在賽馬及賽狗方面，有關的經營權仍是以專

⁷ 參見刊登於《澳門政府公報》1976 年 4 月 28 日第 17 期第二副刊、1983 年 1 月 15 日第 3 期、1986 年 10 月 13 日第 41 期、1987 年 1 月 19 日第 3 期、1997 年 7 月 30 日第 31 期第二組及《澳門特別行政區公報》2000 年 1 月 12 日第 2 期第二組的澳門政府與澳門旅遊娛樂有限公司簽訂的幸運博彩專營之修改或/及附加合同。

⁸ 參見刊登於《澳門特別行政區公報》2002 年 4 月 3 日第 14 期第二組副刊及 2002 年 7 月 3 日第 27 期第二組副刊的澳門特別行政區與承批公司簽訂的博彩經營批給合同。

⁹ 詳見相關的批給及延長批給期限合同，其中在刊登於《澳門特別行政區公報》2017 年 2 月 8 日第 6 期第二組的延長經營賽狗專營批給合同的修改公證合同的摘錄中明確寫明澳門特別行政區與澳門逸園賽狗股份有限公司同意延長澳門逸園賽狗股份有限公司經營賽狗專營批給合同期限，由 2017 年 1 月 1 日開始至 2018 年 7 月 20 日止；刊登於

營的方式批出。

由此可知，在澳門特別行政區進行的博彩經營(賽馬及賽狗)仍然存在專營批給的方式，專營制度會在相關合同中明確載明。

那麼，在娛樂場內之幸運博彩方面的情況又是如何呢？

(五) 在現被上訴的第 248/2021 號合議庭裁判中，中級法院認為，在新的法律框架下，由於娛樂場幸運博彩的經營已批給予三間公司，故有關承批公司“並非經營娛樂場幸運博彩之單一經營的公司，不符合《刑法典》第 336 條第 2 款 c 項的專營公司概念”。換言之，專營意味著“單一經營”，即由一間公司專門經營。

而在作為上訴依據的第 580/2013 號合議庭裁判(以及檢察院指出的持相同司法見解的中級法院第 260/2010 號及第 1009/2018 號合議庭裁判)中，中級法院則持不同見解，認為博彩經營批給牌照的數量並非判斷承批公司是否專營公司的決定性因素，發出多

2019 年 1 月 16 日第 3 期第二組、2018 年 4 月 11 日第 15 期第二組、2017 年 9 月 6 日第 36 期第二組、2015 年 9 月 30 日第 39 期第二組、2005 年 9 月 7 日第 36 期第二組、2004 年 9 月 8 日第 36 期第二組的延長及/或修改經營賽馬專營批給合同。

於一個的牌照並不等於博彩業經營已經進入了真正的自由化；既然不是自由化，那麼還是保留了專營的性質。

首先，有必要清晰專營的概念。

問題是，使用“專營”一詞是否就意味著相關批給是一項適用法律上的獨家經營制度的批給。

在 Diogo Freitas do Amaral¹⁰ 看來，“(……) 博彩經營是某個公法人所作批給的標的。私人有權從事其之前被禁止從事的某項活動，即成為某項專營權的主人。(……)”

因此，從這個意義上說，與可由私人自由從事和開展的經濟活動相反，專營所涉及的是一項依法只能由國家從事的活動。

Oliveira Ascensão 及 Menezes Cordeiro 亦持相同觀點：“國家之所以保有幸運博彩的專營權，然後再將其批給具備適當資格的公司，並從中獲得各種好處，是因為這種經營模式具有公共利益，

¹⁰ 見 Diogo Freitas do Amaral 著：《*Estudos de Direito Público e Matérias Afins*》，第一冊，《*O Caso do Tamariz*》，第 418 頁。

旨在實現一項公共目標或在公共實體的職責範圍之內。(……)”¹¹

由此可以得出結論，只要私人被允許從事其之前被禁止從事的某項活動，那麼便構成專營，但不妨礙相關批給可能會具有或多或少的特殊性。

這種解釋最終實際上將“專營制度”歸結及弱化為技術上的批給的概念，即私人被授予暫時從事某項公共利益活動的資格。¹²

概而言之，就刑事效力而言，(通過批給)經營一項主要謀求公共利益的業務的公司的工作人員等同於公務員。

這或許是最為符合立法者制定《刑法典》第 336 條第 2 款 c 項的規定時的意圖的解釋，因為通常而言涉及較大“公共利益”的批給都是通過專營制度作出¹³。

¹¹ 見 Oliveira Ascensão 及 Menezes Cordeiro 合著：《Das Concessões de Zonas de Jogo》，第 64 頁，轉載自 Diogo Freitas do Amaral 及 Lino Torgal 合著《Estudos sobre Concessões e outros Actos da Administração, Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato》，第 534 頁。

¹² 見 Diogo Freitas do Amaral 與 Lino Torgal 合著：《Estudos sobre Concessões e outros Actos da Administração, Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato》，第 533 頁及第 534 頁。

¹³ 在澳門特別行政區，這種情況可以在第 3/90/M 號法律第 2 條及第 23 條或第 28/81/M 號法令(現已廢止)第 1 條第 1 款中得到驗證。Marcello Caetano 也持相同的觀點，他指出：“批給行為通常包括給予承批人專營被批給活動的保證”。(見 Marcello Caetano 著：《Manual de Direito Administrativo》，第二冊，第 1121 頁)。

但是，鑒於合法性原則和罪刑法定原則，我們對這種解釋的可接受性持有嚴重保留。

誠然，可以說 Marcello Caetano 與 Diogo Freitas do Amaral 相似，將服務專營¹⁴(因涉及一項由國家保有的經濟活動)與法定獨家經營或法律上的獨家經營予以區別對待¹⁵。

然而，不能忽視的是，Marcello Caetano 在不排除有更好理解的前提下，對在另一個層面提出的問題作出了審視：與受自由競爭規則約束的活動相反，可由國家(或政府)提供的經濟服務一般而言是基於法律而構成國家(或政府)的專營項目，但並不妨礙政府將其經營權批給第三方。

¹⁴ Marcello Caetano 提及的是公共服務，但亦可完全適用於其他批給。

¹⁵ Marcello Caetano 說：“關於經濟服務，最常見的是賦予服務專營權，也就是說，禁止私人經營同類型的業務。

當公共服務處於競爭中時，私人主動從事相同的業務是合法的。(...)

嚴格來講，專營與法定獨家經營或法律上的獨家經營不同，後者包括對某些商品的生產或貿易的絕對專營權，以及禁止壟斷者以外的任何人出於任何目的進行相同的生產或商業活動，否則將處以刑事處罰。(...)

一般來說，法定獨家經營是概括性的，包括開展獨家經營活動的所有過程，以及在開展獨家經營活動時的所有領域。

與之相反，一般規則是，專營是特定的：公共鐵路運輸服務只包括這種運輸工具(鐵路軌道)，儘管它可以使使用任何發動機(蒸汽機、重油機、電動...)，不包括其他集體運輸工具，而個人運輸工具範圍則很自由。而且專營還可以更加特定 – 只包括使用電動發動機的鐵路運輸 – 不包括其他形式的動力。”(見 Marcello Caetano 著《Manual de Direito Administrativo》，第二冊，第 10 版，第 1075 頁、第 1077 頁及第 1078 頁)

這並不是一個真正意義上的批給的經濟法律制度的問題。

這就解釋了為什麼該作者認為給予專營制度必然意味著在法律上獨家經營某項經濟活動。

實際上，Marcello Caetano 在“專營批給”的問題上明確指出，“一般而言，批給行為中包含了給予承批人專營被批給活動的保證。這種保證在形式上表現為批給人負有不允許其他任何人從事已被批給之活動的義務。”¹⁶（下劃線由我們所加）

Marcello Caetano 以一種更為清晰且不存任何疑問的方式指出，“批給的經濟法律制度就是（在我們的行政法以及專營合同中被稱為專營，或特許專營）法律上的獨家經營”¹⁷（下劃線由我們所加）

因此，不能將某項經濟活動的經營權通過法律保留給國家（或政府）——專屬國家（或政府）的活動——與國家（或政府）批准“以專營制度”經營某項經濟活動混為一談。

¹⁶ Marcello Caetano 著《Manual de Direito Administrativo》，第二冊，第 10 版，第 1121 頁。

¹⁷ Marcello Caetano 著《Estudos de Direito Administrativo, O Exclusivo da Carris de Ferro de Lisboa e as Cooperativas de Transportes Urbanos》，第 56 頁。

經引用並考慮以上學者的不同意見，以及中級法院就相關問題的不同見解，我們傾向於認為，在澳門娛樂場內之幸運博彩業的“專營”意指獨家經營。

根據維基百科所載，專營一般是指由政府授權商人獨家經營某些業務，在相關範疇內政府以立法或行政等方法確保沒有競爭者加入，條件是業者服務及利潤水平由政府管制。

即使有人認為專營是指須經政府批給，可由多間公司專門經營，但是從澳門博彩業的發展歷史來看，娛樂場內幸運博彩之經營在長達 40 年的期間內一直以專營的方式由一間公司獨家經營，故在一般人的眼中，在娛樂場內幸運博彩業的專營意味著獨家經營。

根據《民法典》第 8 條(法律解釋)第 3 款的規定，“在確定法律之意義及涵蓋範圍時，解釋者須推定立法者所制定之解決方案為最正確，且立法者懂得以適當文字表達其思想”。

基於上述考慮，我們認為，第 6/82/M 號法律中所述的“專營”

是指一間公司的獨家經營，而非多家公司經過政府的特別批准而在娛樂場內經營幸運博彩的情況。

同時，在提交和審議第 16/2001 號法律草案的過程中，無論是政府代表還是立法會議員在提到終止專營(尤其是終止“在澳門經營幸運博彩業一直所採用的專營制度”)時，均清楚了解“專營”的含義，結束專營即意味著結束獨家在娛樂場內經營幸運博彩業的局面，引入競爭，以適應社會的變革，確保博彩業在澳門特別行政區的持續穩健發展。

另一方面，在舊的法律框架下，第 6/82/M 號法律第 5 條規定了兩種不同的批給制度，分別為專營制度及特別准照制度；如果按特別准照制度，則批給的數目最多為三個。

由此可知，專營制度有別於特別准照制度。

如果立法者規定了按特別准照制度批給牌照的最多數目，而對專營則未做任何規定，並且長期以來澳門政府僅批准一間公司在娛樂場內專營幸運博彩業務，那麼應該得出的結論是，立法者和政府所理解的並且在澳門長期沿用的專營模式即為獨家經營。

如果認為批給數目的多少對於界定是否專營並非決定性的因素，或者說，將在娛樂場內之幸運博彩經營權批給多於一間公司並不影響其專營性質，那麼立法者在第 6/82/M 號法律第 5 條規定兩種不同的批給制度就變得沒有實際意義了，因為在專營制度下也可以將經營權批給不同的公司，制定特別准照制度毫無意義。

根據第 14/96/M 號法律第 1 條的規定，“公共工程、公共服務、博彩經營、即發彩票及以專營制度經營活動的承批公司”每年必須公佈資產負債表、行政或管理報告及監事會或核數師的意見書。

我們認為，立法者將“博彩經營”及“以專營制度經營活動”的承批公司並列，正是因為第 6/82/M 號法律第 5 條規定了兩種不同的批給制度，如果以特別准照制度作出批給則必然排除專營制度。

雖然澳門政府從未以特別准照制度就娛樂場幸運博彩的經營權作出批給，但從法律層面來看，立法者提供了這樣的可能性，政府可以採用這種方式，而非採用專營制度。

與之相類似，如果法律規定即發彩票的經營“得以專營制度批給”(第 12/87/M 號法律第 3 條第 2 款)，並在序言中稱通過該法，“即發彩票的經營改為得以專營制度或非該制度的批給，以往只規定第一個方式的批給”，那麼認為相關活動因需要批給而屬於“專營制度”的說法就自相矛盾了。¹⁸

確立澳門公共工程及公共服務批給制度之基礎的第 3/90/M 號法律第 2 條在定義以下模式的批給時也提到了批給的經濟法律制度：

“a. 公共工程的批給——將不動產或供公眾使用的設施的建造權，透過給予專營權利，移轉與個別法人，由其自行負責及承擔風險；

b. 公共服務的批給——將滿足每人感受到的公共需要的適當工具，以專營方式移轉與個別法人，由其自行負責及承擔風險。”

在所有這些情況中，法律所指的都是批給在經濟法律上的經

¹⁸ 要注意的是，澳門特別行政區政府近期還根據批給合同和上述第 13/92/M 號法令的規定委任了一名駐榮興彩票有限公司的代表(第 10/2022 號行政長官批示)，同樣的情況並沒有發生在幸運博彩承批公司身上。

營：即是否給予法律上的獨家經營。

另外可以說，將“專營制度”弱化為批給的概念無法完美地回應澳門特區的批給中所呈現出的各種不同情況。

例如，在政府和澳門逸園賽狗股份有限公司之間簽訂的舊《澳門賽狗專營批給合同》第一條第一款中規定，“澳門逸園賽狗股份有限公司……根據於一九八六年一月開始生效的本合同的規定並按照其中確立的條件，維持以彩票及互相博彩方式的澳門賽狗經營權以專營制度的批給”。

與之相類似，在政府和澳門賽馬股份有限公司簽訂的批給合同中也可以看到，“澳門地區向澳門賽馬股份有限公司批給按照本合同確立的條件和規定經營賽馬的專營權”。

同樣，在政府與榮興彩票有限公司之間簽訂的批給合同第一條也規定，“榮興彩票有限公司按照本合同確立的條件和規定維持在澳門地區以專營制度批給中式彩票的經營權”¹⁹。

而在澳門特區和澳門彩票有限公司簽訂的公司的第一條第

¹⁹ 詳見刊登於《澳門公報》1990年9月24日第39期的修改專營批給合同摘要。

一款中則規定，“澳門特別行政區透過本合同以非專營制度方式向承批公司批給即發彩票及體育彩票—足球博彩及籃球博彩的組織及經營權”²⁰。

如果認為專營所涉及的是保留予政府並需要批給的活動，那麼只能得出在刑事效力方面以專營制度批給和以非專營制度批給之間不存在實質區別的結論，而這可能會損害《民法典》第 8 條第 1 款所要求的在解釋法律時必須遵守的法律制度一致性原則。

Manuel Leal-Henriques 沒有對此進行深入展開，但注意到了這兩種批給在經濟法律制度上的不同，認為法律規定“以專營制度經營”旨在保護消費者的利益，保證有關業務的良好經營或保障公共利益，並最終指出“經營彩票或賽狗”正是《刑法典》第 336 條第 2 款 c 項結尾部分所規定情況的例子，但卻絲毫沒有提及幸運博彩承批公司。²¹

²⁰ 詳見刊登於《澳門特別行政區公報》2021 年第 23 期第二組的修改即發彩票經營批給公證合同。最初是“以專營制度方式”批給，通過在 1989 年 2 月 21 日所簽訂的合同第一條第一款可以證明，其中規定“澳門地區以專營制度方式向承批公司批給即發彩票的組織及經營權”。

²¹ Manuel Leal-Henriques 著《Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau》，第六冊，2018 年，第 400 頁及第 401 頁。

經綜合考慮，我們認為立法者通過第 16/2001 號法律對澳門娛樂場幸運博彩制度進行修改，其中之一項重大變革便是結束“專營”的傳統模式，故在該法律(及其他相關法例)的框架下，在娛樂場內之幸運博彩經營權不再是以專營的方式批出，而獲得批給的承批公司也不再是以專營的方式進行經營，不再屬於《刑法典》第 336 條第 2 款 c 項所指“以專營制度經營業務之公司”。

因此，承批公司的工作人員已不再具有等同於公務員的身份。

(六) 本具體案件

在現被上訴的第 248/2021 號合議庭裁判中，經審理被告提起的上訴，中級法院認為不應適用公務員的概念，對被告的行為不能適用《刑法典》第 340 條第 1 款結合第 336 條第 2 款 c 項所規定的公務上之侵佔罪作出處罰，依職權改判其觸犯了兩項《刑法典》第 199 條第 4 款 b 項所規定及處罰的相當巨額信任之濫用罪

及兩項《刑法典》第 199 條第 4 款 a 項所規定及處罰的巨額信任之濫用罪，但維持初級法院對被告判處的 3 年 6 個月徒刑。

對上述有關不法行為的法律定性應予以維持。²²

三、決定

綜上所述，合議庭決定：

A) 裁定上訴勝訴，根據《刑事訴訟法典》第 427 條的規定，訂定如下對澳門特別行政區法院具強制力的司法見解：

「根據第 16/2001 號法律(以及相關之行政長官批示及批給合同)，獲批在澳門特別行政區娛樂場內經營幸運博彩活動的公司並非《刑法典》第 336 條第 2 款 c 項中所指之“以專營制度經營業務之公司”，該等公司的工作人員不等同於公務員。」

B) 維持被上訴的合議庭裁判。

²² 有關具體判處的刑罰，本院不予審理(《刑事訴訟法典》第 390 條第 1 款 f 項)。

C) 命令執行《刑事訴訟法典》第 426 條的規定。

無須繳納訴訟費用。

宋敏莉

司徒民正

[本人之前簽名同意了中級法院在第 580/2013 號刑事上訴案的合議庭裁判中所採納的觀點。
經重新考慮各方就相互對立的觀點所提出的論據，同時結合相關“問題”的性質和效果，本人認同本合議庭裁判所作的裁決。]

岑浩輝

唐曉峰

蔡武彬

[本人雖然曾經持有所簽署的作為上訴理據的判決的立場，但經過對上訴的問題的重新考慮後，現決定改變原立場而讚同本判決所確定的司法見解。]

2023 年 2 月 15 日