

## (譯本)

### 法院心證 指出被違反的規定 量刑

#### 摘要

一、就心證而言，上訴人的意見或對證據的解釋以及自己得出的結論毫不重要。重要的是法院在《刑事訴訟法典》第 114 條的規定下形成的心證，它只有在違反法律確定的證據規則或一般經驗法則時，存在裁判無效的錯誤或瑕疵，才可被推翻。

二、當沒有在上訴理由闡述中指出被違反的規定時，上訴應被駁回。

三、根據《刑法典》第 64 條，應該優先選擇非剝奪自由的刑罰，只要它可適當及足以實現處罰之目的。

2006 年 7 月 27 日合議庭裁判書

第 291/2005 號案件

裁判書製作法官：João A. G. Gil de Oliveira (趙約翰)

### 澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

#### 一、概述

上訴人(A)被判以共同直接正犯及既遂方式觸犯一項第 8/96/M 號法律第 12 條規定及處罰的不法經營「麻將」罪，處以 4 個月徒刑，緩刑 1 年。上訴人不服該判決，提起上訴，陳述總結如下：

綜上所述，上訴人(A)不服初級法院獨任庭的判決，認為 2002 年 1 月 16 日 15 時 30 分，司法警察局偵查員前往上址調查，在該店舖內發現並扣押了 2 副「麻將」、4 張「麻將」枱及 16 張椅子，此處只有一些賭博工具而已，但在店舖中玩麻將的三個人卻沒有被發現。

根據「有疑義時為自由」原則和《基本法》第 29 條，「澳門居民在被指控犯罪時，享有盡早接受法院審判的權利，在法院判罪之前均假定無罪」，請求法官受理本上訴並根據刑事訴訟法的規定撤銷初級法院獨任庭的判決，宣告上訴人(A)無罪。

最後，根據《基本法》第 36 條，本人接受初級法院法官的委任，作為上訴人(A)的代理提出上述請求。

主張上訴理由成立。

上訴人(B)被判以共同直接正犯及既遂方式觸犯一項第 8/96/M 號法律第 12 條規定及處罰的不法經營「麻將」罪，處以 3 個月徒刑，緩刑 1 年。

不服該判決，提起上訴，陳述如下：

原審法院沒有遵守《刑事訴訟法典》第 325 條第 1 款，所以應認定原審法院的看法，即據此形成了上訴人的自認不產生任何法律效果的心證無效。

在沒有證明於店舖中玩「麻將」的任何具體行為時，存在經營「麻將」的空泛結論缺少理據，不足以支持作出被上訴的判決。

即使認為上訴人作出了被控訴的事實且得被科處徒刑或罰金，但非剝奪自由的刑罰——罰金——適當及足以實現處罰目的，不應科處徒刑。

請求裁定上訴理由成立。

檢察院司法官作出答覆，理由陳述如下：

在(B) (原文) 的上訴理由闡述總結的兩點中，沒有指出被違反的法律規定，根據第 402 條第 2 款 a 項，總結第 2 及 3 點應該被駁回。

即使在審判中存在第 325 條第 1 款所指的無效，它也不屬於第 106 條所指不可補正之無效。所以根據第 107 條第 3 款 a 項，應該在行為完結前提出爭辯。

「獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判」和「證據不足以支持得出獲證事實」並不相同。上訴人不服法院的自由心證，而根據第 114 條，該心證除非發生極端特殊的情況（第 400 條第 2 款 a 項規定的審查證據方面明顯有錯誤），否則不受質疑。

當非剝奪自由的刑罰更加適當及足以實現處罰目的時，優先選擇之（《刑法典》第 64 條）。本案中(B) (原文) 有刑事紀錄，至少表明之前的刑罰未能實現特別預防的目的，所以不應優先選擇非剝奪自由的刑罰，科處徒刑並緩刑更加適當。

在理由闡述的總結中，(A) 僅一般性引述《基本法》的一條條款，但並沒有指出被上訴的判決違反的刑法或刑事訴訟法的任何具體規定，所以法院無法分析這些依據，對方當事人無法答覆。根據《刑事訴訟法典》第 402 條第 2 款 a 項，應駁回上訴。

在提及有疑義時為自由原則時，(A) 實際上表明不服被上訴的判決的自由心證，而該心證受到第 114 條的保護，除非發生極端特別的情況，否則不受質疑。

綜上所述，請求中級法院法官維持原審判決並如慣常一樣主持正義。

助理檢察長出具意見：

同意相關同事的見解。

上訴人(B) 以提出違反《刑事訴訟法典》第 325 條第 1 款開始。

但我們認為上訴人沒有道理。

這條規定所指的聲明其實必須在聽證的最初聲明中作出，即嫌犯作出的最先的聲明（參見 *Maia Gonçalves*：《Código de Processo Penal, Anotado e Comentado》，第 15 版，2005 年，第 673 頁）。

本案中根據所作記錄，嫌犯最初否認作出了控訴書中指控的事實。

接下來根據《刑事訴訟法典》第 338 條第 1 款 b 項，宣讀嫌犯先前向檢察院作出的聲明。

在這之後上訴人才自認。

在我們看來，這種情況下不得稱為「最先的聲明」。

即使不這樣認為，提出的無效也應被視為可補正，因為沒有適時提出爭辯。

這體現在對理由闡述的答覆中。

嫌犯之後稱，判決沾有獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判的瑕疵。

但是在提出這個瑕疵時僅表示不同意對事實事宜的審理，這違反該法典第 114 條保護的證據自由評價原則。

眾所周知，不得明目張膽地如此對待我們的司法官同事。

上訴人最後主張用罰金代替暫緩執行的徒刑。

但在總結中沒有指出被違反的法律規定。

根據檢察院在答覆中的立場，我們也認為這一主張應被駁回。

如果不這樣認為，也應維持刑罰。

參見本法院最近在嫌犯沒有前科的情況下作出的決定，「儘管有關緩刑的判斷是在選擇具體刑罰和量刑之後，但無論再怎麼不願意，對它的採用也必然平衡最初選擇的刑罰，而不是核對和規範；這是立法者的選擇所導致的困難，很遺憾他們為某些正犯選擇了一個混合罪過和預防的標準」（參見第 290/2005 號案件的 2006 年 2 月 23 日合議庭裁判）。

上訴人(A) 在理由闡述中援引《基本法》第 29 條。

但卻不具適當性或關聯性。

正如前一個上訴人一樣，實際上也還是質疑《刑事訴訟法典》第 114 條所指的規則。

上訴人被禁止這樣做，確定被判觸犯之犯罪的元素構成既證事實。

綜上所述，應駁回上訴（根據《刑事訴訟法典》第 407 條第 3 款 c 項、第 409 條第 2 款 a 項及第 410 條）。

法定檢閱已畢。

## 二、事實

因具關切性，從被上訴的判決中摘錄以下事實：

『本法院依法由獨任庭對本案進行公開審理，經查明：

嫌犯(B)於 2001 年 10 月以每月澳門幣 3,000 元租用位於[...]舖，專門用於經營「麻將」賭博，營業時間由 20 時至凌晨 3 時。

嫌犯(A)受聘於嫌犯(B)在上述店舖工作，日薪澳門幣 40 元，協助經營上址之賭博活動，並在三缺一的情況下參與賭博「麻將」。

任何人士在該店舖賭博「麻將」，嫌犯會以「抽水」方式收取費用，每四個圈收取澳門幣 40 元。

2002 年 1 月 16 日 15 時 30 分，司法警察局偵查員前往上址調查，在該店舖內發現並扣押了 2 副麻將、4 張麻將枱及 16 張椅子。

兩名嫌犯均在自由、有意識之情況下故意作出上述行為，在商業場所以牟利目的經營「麻將」賭博，從中取得不法利益。

兩名嫌犯清楚知道其行為非法，會受法律制裁。

嫌犯(B)自願承認控罪；嫌犯(A)否認控罪。

根據刑事紀錄證明，兩名嫌犯均非為初犯。

同時，亦證實兩名嫌犯的個人狀況如下：

嫌犯(B)—— 家庭主婦，靠女兒供養。

—— 有三名子女。

—— 學歷為小學五年級。

嫌犯(A)—— 無業。

—— 需供養妻子和四名未成年子女。

—— 學歷為中學畢業。

\*

未查明之事實：沒有。

\*

本法院根據兩名嫌犯所作的聲明、證人證言及本卷宗內的有關文件而作出事實的判斷。

……』

## 三、理由說明

(一) 1. 有必要在(A)的上訴中指出具體被提出的問題並審理上訴狀的形式的合規性。

2. 上訴人主要反對一個事實，即已經證明受聘於嫌犯(B)在上述店舖工作，日薪澳門幣 40 元，每日收取費用澳門幣 40 元，由此看出後者作出的事實更嚴重（上訴人稱是十分強烈的故意）。還稱有罪判決中沒有說明向何人收取費用且目的為何，所以不滿足 7 月 22 日第 8/96/M 號法律第 12 條的要件，其中規定：「凡在商業場所、住所或其他場所以牟利目的經營「麻將」賭博者，處最高一年徒刑或罰金」。

此外，司法警察局偵查員前往上址調查，在該店舖內發現並扣押了 2 副麻將、4 張麻將枱及 16 張椅子。沒有指出玩「麻將」之人數，亦沒有指出這些所謂的賭博者正在交談或玩「麻將」，而兩名嫌犯並不在場，且在司警調查時嫌犯(A)並非工作於該店舖。

還稱，《基本法》第 29 條宣告了嫌犯接受法院審判的權利和被假定無罪的權利。

3. 就上訴人所述，其實很難發現他指責被上訴的判決哪些具體瑕疵有，所以檢察院司法官主張因未有指出被違反的規定而駁回上訴，上訴法院無法分析理據，對方當事人無法答覆。

根據《刑事訴訟法典》第 402 條第 2 款 a 項，當上訴人沒有在理由闡述中指出被違反的法律規定時駁回上訴。

4.然而，本案中儘管上訴理由闡述有缺失，但總還能儘量發現到上訴人所不同意的是被上訴的法院就確定獲證事實而得出的結論，因他認為既證事實並不構成被判處之罪行的罪狀，並提及 7 月 22 日第 8/96/M 號法律第 12 條。

這種說法必然被視為不成立。

5.就第一點而言，上訴人的意見或對證據的解釋和自己得出的結論並不重要。重要的是法院在《刑事訴訟法典》第 114 條的規定下形成的心證，它只有在違反法律確定的證據規則或一般經驗法則時，存在裁判無效的錯誤或瑕疵，才可被推翻。

6.至於第一點不構成犯罪的法定要件則更加明顯，根據既證事實它被證明存在。所以上訴人是在那裡工作，受聘於嫌犯(B)在上述店舖工作，日薪澳門幣 40 元，協助經營上址之賭博活動，並在三缺一的情況下參與賭博「麻將」，從賭博者收取佣金，蓄意且以牟利為目的作為，非法獲利。

符合犯罪的所有要件。

所以上訴理由明顯不成立。

(二) 嫌犯(B)的上訴。

1.以下問題被提出：

—— 不遵守《刑事訴訟法典》第 325 條第 1 款，由此應認為上訴人的自認不產生任何法律效果。

—— 沒有發現在店舖中玩「麻將」的任何具體行為，所以不可以得出存在經營「麻將」這一空泛結論。

—— 具體科處的刑罰不適當。

2.但是存在著一個先決問題，即沒有指出被違反的規定，如前文所見這會導致上訴被駁回。

《刑事訴訟法典》第 402 條第 2 款規定：

「如結論涉及法律上的事宜，則還須指出下列內容：

a) 所違反之法律規定；

b) ……

c) ……」

(B)僅在上訴理由闡述的第一個問題中指出被違反的規定 —— 第 325 條第 1 款，出於其他原因上訴被駁回，在此不審理。

3.還要分析有關自認無效的問題。

上訴人稱她在審判中自認後，原審法官沒有如第 325 條第 1 款要求的那樣詢問她是否基於自由意思及在不受任何脅迫下作出自認。

事實上，這並沒有載入相關紀錄中。本案中的自認並非自發且直接，嫌犯並沒有在庭上願意自發且毫無保留地完全自認。在這一種自認的情況下可省卻證據調查，立法者和審判人採取必要措施來保全自認的純正性和對證據的調查。

嫌犯僅在提出某些證明 —— 即宣讀筆錄聲明 —— 後才自認，必然繼續作出如紀錄中得出的證明。

所以有關這個唯一證據的程序並不被視作必要。

總之主張的無效必然被視為獲補正。《刑事訴訟法典》第 106 條中列出了不可補正之無效，其中不包括上訴人主張的無效。這是一個可補正的無效，根據《刑事訴訟法典》第 107 條第 3 款，應該在審判中提出爭辯。

故此，上訴人的陳述理由不成立。

4.至於獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判的說法，儘管沒有指出被違反的規定，但也知道所指的是甚麼，也要作出答覆。

在證明不充分和缺少構成罪狀的事實或沒有澄清對於構成罪狀真實性的理解不可或缺的要

素之間有一個巨大的混淆。

上訴人主張的是，只有當有人正在玩「麻將」且正在經營時才可以證明犯罪。大錯特錯。幸好犯罪的大部分可以無需訴訟人親眼目睹便可證明。如果為證明犯罪而視現行犯才有證明力的話，社會就無法運轉了！

顯然，上訴人被判罪是基於法官根據《刑事訴訟法典》第 114 條從不同證據出發而得出的自由心證。

就此提出的理由也不成立。

5.就刑罰的選擇而言，上訴人稱法院應該對她科處非剝奪自由的刑罰以代替儘管被暫緩執行的徒刑。

根據《刑法典》第 64 條，應該優先選擇非剝奪自由的刑罰，只要它可適當及足以實現處罰之目的。

本案中，上訴人不是初犯，憑這一點並鑑於上述目的就看不出判決有任何可指正之處。

所以上訴人的理由不成立。

上訴明顯理由不成立，因此應根據《刑事訴訟法典》第 407 條第 3 款 c 項、第 409 條第 2 款 a 項及第 410 條駁回。

所以裁定嫌犯的上訴理由不成立。

#### **四、裁決**

綜上所述，合議庭因理由明顯不成立而駁回上訴。

上訴人支付訴訟費用，司法費訂定為 10 個計算單位，還應根據《刑事訴訟法典》第 410 條第 4 款支付澳門幣 1,500 元金錢處罰。

訂定辯護人服務費為澳門幣 1,200 元，由終審法院院長辦公室墊支。

João A. G. Gil de Oliveira (趙約翰，裁判書製作法官) —— 蔡武彬 —— 賴健雄