

--- 簡要裁判（按照經第 9/2013 號法律修改的《〈刑事訴訟法典〉》第 407 條第 6 款規定）-

--- 日期：04/03/2015 -----

--- 裁判書製作法官：譚曉華法官 -----

編號：第 204/2013 號（刑事上訴案）

上訴人：A

日期：2015 年 3 月 4 日

主要法律問題：

- 從犯
- 執行附加刑
- 緩刑執行附加刑

摘 要

1. 雖然最初從事該活動的主意及必要賭資並不是由上訴人提出及提供，然而，上訴人對賭客的陪同，實際上是一種監視及保管賭資，方能造就非法借貸罪得以實現。

因此，上訴人的行為足已構成正犯參與了犯罪行為。

2. 根據第 8/96/M 號法律第 15 條的法律可見，“附加刑”的實施是取決於一個前提，就是犯罪得到證實及對行為人實施了主刑。“附加刑”的實施為著更全面實施處罰的目的，因此，附加刑的適用是不能爭議的，而法庭只能在附加刑的處罰幅度作出釐定。

3. 在本案中由於涉及禁止進入賭博場所的附加刑不適用於《刑法典》第 48 條所規範的緩刑制度，本案中並無適用暫緩執行附加刑。

裁判書製作人

譚曉華

簡要裁判

編號：第 204/2013 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2015 年 3 月 4 日

一、案情敘述

於 2013 年 2 月 20 日，上訴人 A(第二嫌犯)在初級法院刑事法庭第 CR3-12-0152-PCC 號卷宗內被控告以共同正犯及既遂方式觸犯一項七月二十二日第 8/96/M 號法律第 14 條(配合同一法律第 13 條第 1 款結合《刑法典》第 219 條第 1 款)所規定及處罰的「文件的索取或接受」罪，改判：

以共同正犯及既遂方式觸犯一項七月二十二日第 8/96/M 號法律第 13 條第 1 款、結合《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰的「為賭博的高利貸」罪，被判處九個月徒刑，以及禁止進入本澳博彩娛樂場所為期二年之附加刑；所判徒刑緩期二年執行，附加刑不予緩刑。

上訴人不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結論部分）：

(i)上訴人應為從犯

1. 從既證事實第 1、2 條可以得知，上訴人和另一嫌犯的約定是由上訴人協助陪同賭客賭博，和因此而收取一定的報酬。
2. 陪同賭客賭博的這一事實應該不符合第 8/96/M 號法律第 13 條第 1 款結合《刑法典》第 219 條第 1 款所規定和處罰的「為賭博的高利貸」罪，因為該罪狀要求：“凡意圖為自己或他人獲得財產利益，向人提供用於賭博的款項或任何其他資源者，處相當於高利貸罪的刑罰。”
3. 從既證事實第 1、2 條可以得知，上訴人的工作是陪同賭客賭博，沒有和另一嫌犯約定向他人提供賭博的款項和抽取利息，這樣，便不能判處上訴人以共同正犯形式觸犯了「為賭博的高利貸」罪。
4. 此外，既證事實第 1 條指上訴人和另一嫌犯約定由上訴人陪同賭客的這一事實亦和既證事實第 12 條互相抵觸。
5. 上訴人參與了既證事實第 3 至 6 條是基於陪同賭客的這一約定去作出。
6. 上訴人作出上述事實不是基於和另一嫌犯 B 一同向賭場人士借出賭資的這一決定而作出。
7. 當然，既證事實第 1 條指上訴人的參與是陪同賭客，亦和既證事實第 6 條指上訴人在賭場內監視賭博這一事實互相矛盾，因為在賭場內陪同賭客意味著其必須出現在賭客的身邊，然而，監視 C 賭博意味著上訴人直接參與了非法借出賭資的這一活動。
8. 應該把保管籌碼和監視受害人賭博的行為視為「為賭博的高利貸」罪的輔助性行為，視為該罪狀以外的一種提供合作的行為，故應以從犯處罰上訴人的行為。

9. 這樣，有關的已證事實根本是無法反映出上訴人主觀上是與嫌犯 B 彼此有共同借出賭資予 C 賭博的決意。
10. 另外，已證事實第 3 條至第 6 條亦只是證實到，上訴人在旁監視賭客賭博及保管一個由嫌犯 B 交予其保管的籌碼，而有關借款條件的商議、簽署借據的要求、賭資的給予，以及利息的抽取等一系列行為，均是由另一嫌犯 B 所作出。
11. 換言之，作出符合「為賭博的高利貸」罪的罪狀構成要件行為的人是嫌犯 B，而當 B 將賭資借出予 C 一刻，「為賭博的高利貸」罪已經既遂。上訴人只是作出罪狀構成要件以外的行為罷了。
12. 因此，上訴人在整個“放數”過程中僅充當邊緣角色，因如無上訴人的幫助，有關的犯罪仍可被嫌犯 B 自己所實施，即上訴人的行為根本可有可無。
13. 故此，原審法院所證實到的主觀事實，尤其是共同合意及彼此分工這一部分，因欠缺了客觀事實的支持，而使之淪為結論性事實。根據《刑事訴訟法典》第 4 條補充適用《民事訴訟法典》第 549 條第 4 款的規定，合議庭對結論性事實的答覆視為不存在。
14. 所以，在去除了上指的結論性事實後，客觀上所獲證的只是上訴人在旁監視賭客賭博及保管一個由嫌犯 B 交予其保管的籌碼，主觀上頂多只能說上訴人知道嫌犯 B 正實施「為賭博的高利貸」罪，而上訴人對之提供物質上的幫助。
15. 因此，原審法院未以從犯來判處上訴人觸犯「為賭博的高利貸」罪是違反了《刑法典》第 26 條的規定。

(ii) 不應對上訴人科處附加刑

16. 由於上訴人已被法院判處九個月暫緩執行的徒刑，根據《刑法典》第 40 條及第 48 條的規定，這一刑罰已足以實現處罰之目的，因此，倘再加上原審法院所判處的附加刑以補充上述主刑的效力的話，便有違了刑罰中的尚需設定有利條件以便讓行為人受刑後能重新融入社會，重新做人的這一理念。
17. 事實上，上訴人在本案中並非實現「為賭博的高利貸」罪罪狀構成要件的行為人、為初犯、對社會安寧帶來的負面影響未至惡劣、案發距今差不多有五年的时间、違法的後果隨時間經過而逐漸為社會所淡忘、案發後再無其他犯罪、尤其是與賭博有關的犯罪、且上訴人再無從事“扒仔”的工作，以及上訴人現職澳門 D 莊荷(見附件一) 需供養父母和撫養三名子女，倘判處上訴人禁止進入本澳博彩娛樂場所為期二年之附加刑的話，便意味着上訴人將不能繼續在娛樂場工作，使上訴人失去維持生計的能力。
18. 根據《刑法典》第 60 條第 1 款的規定：“任何刑罰均不具有喪失民事權利、職業權利或政治權利之必然效力。”
19. 此外，《基本法》第 35 條保障了居民可根據自己的意願或能力、專長選擇謀生的方式，以實現自己的生存權。因此，判處上訴人附加刑便等同否定了上訴人從事莊荷這一職業自由的權利。
20. 所以，在衡量過本案的一切犯罪情節，犯罪的不法性及行為人的罪過後，實不應對上訴人科處附加刑之處罰，否則便是違反了《刑法典》第 40 條、第 60 條及第 65 條及《基本法》第 35 條的規定。

(iii) 暫緩執行附加刑

21. 倘出現不同見解，則上訴人請求暫緩執行所判處的附加刑。
22. 為著附加刑之效果並非必然的這一理念的實行，法律除應規定法官需要在具體案件中考慮是否對犯罪者科處附加刑外，還應為被科處附加刑者設立緩刑制度，這樣，才能將上指的理念全面發揮。
23. 作為對附加刑施予緩刑的例子，我們可以參考現行《道路交通安全法》第 94 條和第 109 條的規定。
24. 但在現行的不法賭博(即第 8/96/M 號法律)法律制度中，立法者並未為禁止進入賭場這一附加刑設立好像上述一樣的暫緩執行制度。
25. 在此，我們有必要重申，對被科處附加刑者施予緩刑是一種對嫌犯有利的制度設置和安排。然而，立法者卻沒有在上指的法律制度中對這一問題作出規範，便屬於法律漏洞。
26. 為解決上述問題，上訴人主張應類推適用《刑法典》第 48 條及《道路交通安全法》第 109 條的規定，以暫緩執行禁止進入賭場這一附加刑。
27. 正如上述，上訴人的行為未對社會安寧帶來惡劣的負面影響、案發距今差不多已有五年的時間，違法的後果隨時間經過而逐漸為社會所淡忘，因此，刑罰的一般預防需要已經得到相當的緩減。
28. 此外，還考慮到上訴人自是次違法後再無其他犯罪、尤其是與賭博有關的犯罪、且上訴人再無從事“扒仔”的工作，以及上訴人現在有正當職業，在澳門 D 從事莊荷。我們實在看不到上訴人的人格中有再次犯罪的欲望。所以，刑罰

的特別預防需要亦已得到充分的效用。

29. 最後，上訴人所被科處的附加刑在三年以下，故上訴人已經完全符合《刑法典》第 48 條所規定的緩刑要件，亦即是說，謹對上訴人執行附加刑的威嚇已經能夠完全實現附加刑所要達到的目的。
30. 此外，我們還不應忘記這一理由：倘不對上訴人的附加刑施予緩刑的話，便會使上訴人失去莊荷的工作，令上訴人無能力供養父母和撫養三名子女，以及失去維持生計的能力。
31. 基於此，敬請 閣下類推適用《刑法典》第 48 條及《道路交通法》第 109 條的規定，暫緩執行為期二年禁止進入本澳博彩娛樂場所之附加刑；又或者，在不影響上訴人正常上班的情況下，執行前述之附加刑。

綜上所述，應裁定本上訴訴訟理由成立，繼而：

改判上訴人以從犯方式觸犯一項第 8/96/M 號法律第 13 條第 1 款結合《刑法典》第 219 條第 1 款所規定和處罰的「為賭博的高利貸」罪；及

撤銷原審法院對上訴人所科處的禁止進入本澳博彩娛樂場所為期二年之附加刑；或

暫緩執行為期二年禁止進入本澳博彩娛樂場所之附加刑；又或者，在不影響上訴人正常上班的情況下，執行前述之附加刑。

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 在本案，上訴人的上訴理由為從犯的問題、科處禁止進入賭場附加刑的問題以及暫緩執行禁止進入賭場附加刑的問

題。

2. 關於從犯的問題，本院並不同意在被上訴裁判中第 1 點、第 6 點及第 12 點已證事實之間存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項所規定的不可補救之矛盾：一方面，任何人士(包括上訴人)可以在陪伴另一人賭博的同時監視該人在賭博期間所作出的活動；另一方面，我們可從其包括第 1 點及第 6 點在內其他的已證事實合理推斷上訴人故意(參與)向 C 借出賭資的事實。
3. 此外，根據《刑法典》第 25 條、第 26 條及第 219 條規定，若行為人(上訴人)與其他行為人共同決定且共同實施有關犯罪行為，即構成(共同)正犯而非從犯。
4. 關於共同實施犯罪行為方面，學說及司法見解均認為，只要行為人(共同)決定著有關犯罪的實施，即使有關行為人的分工沒有涉及符合罪狀的行為，仍然會符合上述的條件，並且在符合共同決定的條件下足以構成共犯。
5. 案中，根據有關已證事實，上訴人陪同、監視 C 賭博，並且保管嫌犯 B 從 C 抽取的部份利息 5 千港元的行為，能確保嫌犯能從 C 身上實際獲得本息，故上訴人“為賭博的高利貸”罪的實施具有支配或共同支配的地位，因而被上訴裁判以共犯判處上訴人並沒有違反《刑法典》第 26 條規定。
6. 關於科處禁止進入賭場附加刑的問題，本院認為，根據《刑法典》第 40 條、第 65 條、第 60 條第 2 款以及第 8/96/M 號法律第 15 條規定，有關附加刑是法律就“為賭博的高利貸”罪所自然施加的刑罰，其施加與否並不屬於法院量刑的範疇。

7. 另一方面，雖然根據《基本法》第 35 條規定，澳門居民有選擇職業和工作的自由，但被上訴裁判對上訴人實施禁止進入賭場的附加刑並沒有違反這條規定。首先，上訴人仍然可以選擇不同的職業與工作，且亦可以在有關附加刑消滅後選擇莊荷的工作。其次，根據《基本法》第 40 條第 2 款規定，上述的工作自由得依法合理地受限制。即使認為有關附加刑限制了上訴人短暫的工作自由，但這一限制卻是依法及合理的限制。
8. 因此，被上訴裁判符合第 8/96/M 號法律第 15 條規定，且沒有違反《刑法典》第 40 條、第 60 條及第 65 條及《基本法》第 35 條規定。
9. 關於暫緩執行禁止進入賭場附加刑的問題，本院認為，一方面，上訴人沒有根據《刑事訴訟法典》第 402 條第 2 款規定指出被上訴裁判所違反的法律規定，另一方面，上訴人以《道路交通法》第 94 條和第 109 條存在暫緩執行的機制而認定不容許附加刑緩刑的常規規則存在法律漏洞的說法並沒有法律依據，因此，應予以駁回有關的理由。

綜上所述，上訴人提出之理由並不成立，應駁回上訴。

懇請尊敬的中級法院法官 閣下，一如既往作出公正裁決！

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，同意檢察院司法官在其對上訴理由闡述的答覆中所提出的觀點和論據，認為上訴人提出的上訴理不成立，上訴應予駁回。

本院接受上訴人提起的上訴後，裁判書製作人認為上訴理由明

顯不能成立，並運用《刑事訴訟法典》第 407 條第 6 款 b) 項所規定的權能，對上訴作簡單的裁判。

二、事實方面

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. 2008 年 8 月，在澳門賭場從事“扒仔”活動的上訴人 A 認識了在賭場從事非法借貸的嫌犯 B，嫌犯 B 表示日後會找上訴人 A 協助陪同賭客賭博，並會給予上訴人 A 報酬。
2. 2008 年 10 月 7 日約 14 時，在 E 酒店內，C 向涉嫌人“F”表示想借款賭博，於是“F”致電告知了嫌犯 B，而嫌犯 B 就致電予上訴人 A 相約在 E 酒店會合，並承諾事成後會給予上訴人 A 5 百港元報酬。
3. 嫌犯 B 與上訴人 A 到達上述酒店後，經嫌犯 B 與 C 商議，嫌犯 B 表示可以向 C 借出 3 萬港元作賭博之用，借款條件是要先抽出其中 3 千港元，而在 C 賭博時每次下注不論輸贏都要被抽取投注額的百分之十五作為利息，並要簽署以其往來港澳通行證影印件製作的借據。
4. C 同意上述借款條件後，按嫌犯 B 的要求將其編號 WXXXXXXXX 往來港澳通行證交給嫌犯 B，之後，簽署了一份印有上述通行證的借據。
5. 同日約 18 時，嫌犯 B 將 2 萬 7 千港元籌碼交予 C 在 G 娛樂場內賭博，而“F”從嫌犯 B 取得 3 千港元籌碼作介紹費後便自行離去。

6. C 賭博期間，由嫌犯 B 負責收取約定的利息，上訴人 A 則在旁監視 C 賭博，期間，嫌犯 B 將 C 的通行證交予 H，另外亦將一個 5 千港元籌碼交予上訴人 A 保管。
7. 之後，司警人員對 C、嫌犯 B 及上訴人 A 進行調查，直至 C 停止賭博，C 合共被抽取了 8 千 5 百港元籌碼作為利息。
8. C 自行交出賭檯上合共值 19,565 港元的現金籌碼，是 C 上述借取用作賭博的餘資。
9. 嫌犯 B 自行交出合共值 3 千 5 百港元的現金籌碼，是嫌犯 B 在 C 賭博期間抽取的部份利息；司警人員亦對嫌犯 B 進行搜查，並在其身上搜獲 3 千 2 百港元現金及一部手提電話，分別是嫌犯 B 從上述借貸獲得的犯罪所得及作出上述犯罪行為的通訊工具。
10. 司警人員對上訴人 A 進行搜查，並在其身上搜獲一個面值 5 千港元的現金籌碼，是嫌犯 B 在 C 賭博期間抽取的部份利息。
11. 之後，按嫌犯 B 的要求，H 將 C 的上述通行證交予司警人員。
12. 嫌犯 B 及上訴人 A 是在自由、自願及有意識的情況下，與不知名涉嫌人共同合意及彼此分工，故意向 C 借出賭資，目的是為自己或他人從上述借貸中獲取金錢利益。
13. 兩名嫌犯知悉其行為為法律所禁止及處罰。
另外證明下列事實：
14. 根據刑事紀錄證明，兩嫌犯均無犯罪記錄。
15. 第一嫌犯在檢察院被訊問時聲稱為成衣批發商，平均月收入約港幣一萬元，需照顧外母，撫養子女，其學歷程度為

小學程度。

16. 上訴人聲稱任職莊荷，月收入澳門幣 15900 元，需供養父母，撫養三名子女，其學歷程度為高中畢業。

未獲證明之事實：

1. 未能證明：兩嫌犯要交 C 交出往來港澳通行證作為借貸條件。
2. 未獲證明：嫌犯 B 扣留了 C 上述通行證。
3. 未獲證明：嫌犯 B 將 C 的通行證交予 H 的目的是讓後者保管。
4. 未獲證明：兩嫌犯以扣留 C 的身份證明文件作為保證。

三、 法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 從犯
- 執行附加刑
- 緩刑執行附加刑

1. 上訴人認為原審法院未以從犯判處上訴人觸犯「為賭博的高利貸罪」是違反《刑法典》第 26 條的規定。

《刑法典》第 25 條規定：

“親身或透過他人實行事實者，又或與某人或某些人透過協議直

接參與或共同直接參與事實之實行者，均以正犯處罰之；故意使他人產生作出事實之決意者，只要該事實已實行或開始實行，亦以正犯處罰之。”

《刑法典》第 26 條規定：

“一、對他人故意作出之事實，故意以任何方式提供物質上或精神上之幫助者，以從犯處罰之。

二、科處於從犯之刑罰，為對正犯所規定之刑罰經特別減輕者。”

根據已證事實：

1. “2008 年 8 月，在澳門賭場從事“扒仔”活動的上訴人 A 認識了在賭場從事非法借貸的嫌犯 B，嫌犯 B 表示日後會找上訴人 A 協助陪同賭客賭博，並會給予上訴人 A 報酬。
2. 2008 年 10 月 7 日約 14 時，在 E 酒店內，C 向涉嫌人“F”表示想借款賭博，於是“F”致電告知了嫌犯 B，而嫌犯 B 就致電予上訴人 A 相約在 E 酒店會合，並承諾事成後會給予上訴人 A 5 百港元報酬。
.....
6. C 賭博期間，由嫌犯 B 負責收取約定的利息，上訴人 A 則在旁監視 C 賭博，期間，嫌犯 B 將 C 的通行證交予 H，另外亦將一個 5 千港元籌碼交予上訴人 A 保管。
7. 之後，司警人員對 C、嫌犯 B 及上訴人 A 進行調查，直至 C 停止賭博，C 合共被抽取了 8 千 5 百港元籌碼作為利息。
.....
10. 司警人員對上訴人 A 進行搜查，並在其身上搜獲一個面值

5 千港元的現金籌碼，是嫌犯 B 在 C 賭博期間抽取的部份利息。”

在上述事實中，已清楚顯示上訴人已經實際地參與了陪伴受害人賭博並保留犯罪所得的行為，其已經直接地作出一系列為達致非法借貸的必要客觀行為。

在犯罪過程中，主犯為著成功完成有關犯罪行為，必要時需要實施一系列屬於罪狀以外的輔助行為。所以，構作犯罪的行為，不但是具體罪狀中的客觀行為，還有其他帶有輔助性及能對實現罪狀作出的客觀行為。

雖然最初從事該活動的主意及必要賭資並不是由上訴人提出及提供，然而，上訴人對賭客的陪同，實際上是一種監視及保管賭資，方能造就非法借貸罪得以實現。

因此，上訴人的行為足已構成正犯參與了犯罪行為。

故此，上訴人的上訴理由明顯不成立。

2. 上訴人認為原審法院在衡量過一切犯罪情節，犯罪的不法性及上訴人的罪過後，不應對上訴人科處附加刑之處罰，原審判決違反《刑法典》第 40 條、第 60 條及第 65 條及《基本法》第 35 條的規定。

《基本法》第 35 條的規定：

“澳門居民有選擇職業和工作的自由。”

第 8/96/M 號法律第 15 條規定：

“因第十三條所規定的犯罪而被判罪者，處以禁止進入賭博場地的附加刑，為期二至十年。”

《刑法典》第 60 條規定：

“一、任何刑罰均不具有喪失民事權利、職業權利或政治權利之必然效力。

二、對於某些犯罪，法律得規定禁止行使某些權利或從事某些職業。”

根據上述法律可見，“附加刑”的實施是取決於一個前提，就是犯罪得到證實及對行為人實施了主刑。“附加刑”的實施為著更全面實施處罰的目的，因此，附加刑的適用是不能爭議的，而法庭只能在附加刑的處罰幅度作出釐定。

另外，就附加刑的設置與《基本法》第 35 條的規定有抵觸的主張更是毫無道理，附加刑的法律只是對被判刑人的人身自由作出一個有期限的限制，而不是對工作權的剝奪，更不是一種永久不變的狀態，因此，不能說因著執行附加刑的關係就必然地損害了被判刑人的工作權利。

故此，上訴人提出的上述上訴理由亦明顯不成立。

3. 最後，上訴人認為應類推適用《刑法典》第 48 條及《道路交通法》第 109 條的規定，暫緩執行為期二年禁止進入本澳博彩娛樂場之附加刑。

根據《刑法典》第 48 條之規定，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。

換言之，法院若能認定不需通過刑罰的實質執行，已能使行為人吸收教訓，不再犯罪，重新納入社會，則可將對行為人所科處的徒刑暫緩執行。因此，是否將科處之徒刑暫緩執行，必須考慮緩刑是否能適當及充分地實現處罰之目的。

現在看看本案附加刑是否適用《刑法典》內的相關規定。

《刑法典》在第三編《事實之法律後果》的第二章《主刑》內第二節規定了徒刑之暫緩執行。

另外，在《刑事訴訟法典》則在第 473 條至 476 條規定了緩刑之執行。

然而，上述刑罰暫緩執行的規定只適用於主刑中的徒刑的暫緩執行，並不適用於附加刑，同樣判決可參看中級法院 2003 年 10 月 30 日第 226/2003 號裁判書以及 2004 年 3 月 4 日第 46/2004 號裁判書。

對於《刑法典》中規定的附加刑，在《刑法典》中有獨立章節規範相關刑罰的執行(見第 60 至 63 條)。

另一方面，《刑事訴訟法典》第 473 條至 476 條的相關緩刑規

定亦只適用於暫緩執行徒刑之判決。

因此，在本案中由於涉及禁止進入賭博場所的附加刑不適用於《刑法典》第 48 條所規範的緩刑制度。

另外，根據第 8/96/M 號法律第 15 條所規定的附加刑中，沒有如《道路交通法》般規定附加刑的緩刑制度，即時執行附加刑是立法者透過實施第 8/96/M 號法律希望達到的目的。因此，不能在一個不屬於法律漏洞的情況下援引一個與本案毫無關係的法律規定，並以類推方式適用到本文中。

因此，本文中並無適用暫緩執行附加刑。

故此，上訴人所提出的上述上訴理由亦明顯不成立。

四、 決定

綜上所述，裁判書製作人裁定上訴人的上訴理由明顯不成立，予以駁回。

判處上訴人繳付 6 個計算單位之司法費，上訴的訴訟費用。

根據《刑事訴訟法典》第 410 條第 3 款所規定，上訴人須繳付 4 個計算單位的懲罰性金額。

著令通知。

2015 年 3 月 4 日

譚曉華 (裁判書製作人)