

## (譯本)

### 等同於公務員 博彩公司 特別減輕

#### 摘要

一、獲給予賭牌經營者數目變多的事實並非博彩業牌照開放的決定性標誌。只要在經營賭場方面還是存在限制，其餘人士不得涉足此業務，則博彩業就還是“專營”的。

二、經證實嫌犯已經賠償賭場的損失，完全承認對其歸責的事實並表現出悔意，加之他為初犯，並無前科，我們就可以說這些情節在極大程度上減輕了事實的不法程度，削弱了處分的必要性，在量刑上應當進行特別減輕。

2005 年 10 月 13 日合議庭裁判書

第 145/2005 號案件

裁判書製作法官：蔡武彬

#### 澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

在初級法院第 CR2-04-0171-PCC 號卷宗中，嫌犯甲就檢察院的指控進行了回覆。檢察院指控甲觸犯一項《刑法典》第 340 條第 1 款並結合同一法典第 336 條第 2 款 c 項所規定及處罰的公務上之侵占罪。

在審判後，法院認為，根據第 16/2001 號法律第 7 條第 2 款的規定以及第 26/2002 號行政長官批示內容，澳門旅遊娛樂股份有限公司不再是《刑法典》第 336 條第 2 款 c 項中提到的以專營制度經營業務的公司，因此，將被指控的罪名改判為一項澳門《刑法典》第 199 條第 4 款 a 項結合同一法典第 196 條 a 項所規定及處罰的信任之濫用罪，並具第 201 條第 1 款及第 67 條所規定的減輕處罰情節，判處 1 年 4 個月徒刑，徒刑緩期 18 個月執行。

此外，還判嫌犯繳納司法費並支付其他報酬。

檢察院不服上述判決，因此提出上訴，陳述內容總結如下：

1. 根據刑法在時間上的適用的一般原則，適用法律為在作出事實的時刻正在實施的法律；
2. 只有在出現刑法在時間上的接續的特殊情況時，上條中所述的情況才不會發生；
3. 如果發生刑法在時間上的接續，則審判者應當比較兩種制度，從中選出顯示對行為人較有利的制度；
4. 然而，並不是任何的立法修改都可以允許審判者運用澳門《刑法典》第 2 條第 4 款的規定。要運用此項規定，無論是新法律還是舊法律所針對以及所規範的事宜必須是相應的；
5. 在本案中，這些法律前提沒有得到滿足；
6. 因此，對事實的正確定性應當是《刑法典》第 340 條第 1 款所規定及處罰的公務上之侵占罪，而並非是《刑法典》第 199 條第 1 款以及第 4 款 a 項所規定及處罰的信任之濫用罪；
7. 我們應當試圖理解刑法立法者將任職於以專營制度經營業務的公司的工作人員視為等同於公務員者的邏輯原因 — 載於《刑法典》第 336 條第 2 款 c 項；
8. 由於博彩業在本地經濟中扮演者重要的角色，且對澳門特別行政區的收入影響重大，顯然有必要保證此經濟領域的健康經營；
9. 博彩業的重要性不但沒有因壟斷的終止而被削弱，反而近幾年有增無減；

10.與此同時，整個社會對博彩業的經濟依賴也同樣與日俱增；

11.此外，博彩業是由壟斷制度變為寡頭壟斷制度，而絕非可以自由入行的行業，因為它還是受嚴格的法律條件限制；

12.從本質上講，鑑於博彩業為澳門特別行政區的命脈，立法者於是決定在處分方面，將博彩業工作人員視為等同於公務員者；

13.《刑法典》第 336 條第 2 款 c 項對於現今的情況依然適用；

14.原審法院違反了《刑法典》第 2 條第 4 款、第 336 條第 2 款 c 項、第 340 條第 1 款、第 199 條第 1 款以及第 4 款 a 項的規定；

15.需要進行改正；

16.因此，也應當變更原審法院訂立的具體刑罰，因為原刑罰是以一項錯誤的法律前提為基礎的；

17.考慮到公務上之侵占罪的刑罰幅度、本案的具體情節、對事實的完全自認、行為人的人格以及在審判之前就已經賠償了造成的損失這一事實，根據《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項的規定，毫無爭議，應當特別減輕刑罰；

18.因此，我們認為衡平的判法應當為：將具體刑罰定為 2 年徒刑，同樣徒刑緩期不少於 2 年執行。

基於此，應裁定本上訴理由成立，並依此重新作出有罪裁判。

嫌犯甲對檢察院的上訴作出了回應，陳述內容總結如下：

1.並不存在從本意上的刑罰接續。

2.第 16/2001 號法律生效使得第 336 條第 2 款 c 項的“內容減損”，賭場工作人員不再等同於公務員。

3.因此，對於輔助人的工作人員來講，公務上之侵占罪的罪狀要素便不復存在。

4.較有利的法律原則可以為不對嫌犯判公務上之侵占罪進行合理解釋。

5.對第 336 條進行擴張解釋的意圖會影響制度的確定性及穩固性。

基於此，考慮到觸犯罪名的刑罰幅度、嫌犯的悔過、其為初犯並且已經自願彌補損失的事實，我們認為具體判處的刑罰是正確的，並請求判檢察院提出的上訴理由不成立，確認原審合議庭裁判。

輔助人澳門旅遊娛樂股份有限公司並未回應。

在本審級中，助理檢察長提交了意見書，現轉錄如下：

“我們認同事進行的明智解釋，認為在本案中並無《刑法典》第 2 條第 4 款中要求的情況。實際上，對此再補充任何內容都會陷於無益，無所受用。

上述條款規定：

— “如作出可處罰之事實當時所生效之刑法規定與之後之法律所規定者不同，必須適用具體顯示對行為人較有利之制度，但判刑已確定者，不在此限。”

因此，顯然，要適用此項規定就必須有“刑法規定”的接續。

此外，在此方面，專門學說也一直有其論點：

— “刑法的時間衝突問題顯然以刑法接續為前提，換言之，即為刑事立法修改”（參見 Américo Taipa de Carvalho：《Sucessão de Leis Penais》，第 2 修訂版，第 109 頁 – 下畫線由我們所加予以強調）。

在聲請的變更方面，關於徒刑以及緩刑，我們也同樣同意上訴理由闡述中的立場。

鑑於此，應當裁定上訴理由成立。”

現應進行審理。

收集了法定檢閱。

**以下事實被認為已確定事實：**

— 在 2000 年 7 月 16 日以前，嫌犯甲原在前澳門旅遊娛樂股份有限公司屬下的賭場內工作，其工作內容是在櫃檯內協助賭客透過賭客本身的信用卡提取款項並換成賭博所使用的籌碼。

— 在 2000 年 7 月 16 日 23 時 30 分，嫌犯甲在前澳門旅遊娛樂股份有限公司屬下的新世紀賭場內擔任上述工作期間，為了取得不正當的利益，利用在工作時可以接觸大量籌碼的機會，趁其他賭場工作人員及賭客沒有留意他的機會，將其因工作而接觸的屬於賭場的 8 個總面值為港幣 8 萬元的籌碼悄悄地取走，目的是在其他人不發覺的情況下將不屬於自己的籌碼據為己有。

— 取得上述籌碼後，嫌犯用上述籌碼在賭場內的第 14 號百家樂賭枱進行賭博，但最後將上述 8 個籌碼全部輸掉。

— 嫌犯是在自由、有意識及故意的情況下，利用自己在賭場內工作的便利，在未得到賭場方面的知悉及同意的情況下，將所負責的屬於賭場的籌碼據為己有。

— 嫌犯清楚知道其上述行為是違法的，並會受法律所制裁。

另外證明下列事實：

— 在審判聽證前，嫌犯已賠償賭場的損失。

— 嫌犯完全承認被歸責之事實，並表現出悔意。

— 根據刑事紀錄證明，嫌犯為初犯。

— 當時嫌犯在澳門旅遊娛樂股份有限公司工作已有 5 年的時間，事發後已離職。

— 嫌犯現在為粉麵送貨工人，月入約澳門幣 5,000 元。

— 嫌犯與父母共同居住。

— 嫌犯具初中學歷。

未經證明之事實：沒有重要事實有待證明。

法院稱其自由心證以下列證據為基礎而形成：

— 在綜合分析了嫌犯在審判聽證中在自由自願的情況下對被歸責的事實毫無保留及完全的自認，對賭場的代表在審判聽證所作聲明，在審判聽證中審查的書證、扣押物證及其他證據之後，法院認定了上述事實。

現進行審理。

檢察院的上訴認為，儘管第 16/2001 號法律已經核准，但為了《刑法典》第 336 條第 2 款 c 項規定之效力並根據此法條的規定，賭場的僱員依然是等同於公務員的。在此並無立法修改，不應適用《刑法典》第 2 條第 4 款的規定。

檢察院提出的上訴中的所有問題都以以下問題為前提：要知曉為了《刑法典》第 336 條第 2 款 c 項規定之效力並根據此法條的規定，第 16/2001 號法律的核准是否會使在輔助人公司工作的僱員不再等同於公務員。

且看看。

《刑法典》第 336 條規定了一項解釋性規範，其標題為公務員之概念：

“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。”（下畫線由我們所加予以強調）

確切地說，本案事實發生在 2000 年 7 月 16 日，當時 9 月 24 日第 16/2001 號法律還未生效，此法律的第 7 條規定：

“（批給制度）

一、澳門特別行政區保有幸運博彩之經營權，僅可由在特區成立並獲得批給之股份有限公司從事，而有關批給係按照本法律規定以行政合同為之。

二、經營娛樂場幸運博彩之批給至多為三個。”

原審法院認為，由於此項新法律，原澳門旅遊娛樂股份有限公司不再專營其業務，因此，根據《刑法典》第 336 條的規定，其僱員不再具有等同於公務員的身份。

然而，我們確認為並非如此。

我們可以看到，並不僅只有新法律才規定了博彩批給的最多數目為 3 個。相反，規範“幸運博彩”的 5 月 29 日第 6/82/M 號法律已經規定了准照最多數目為 4 個，9 月 22 日第 10/86/M 號法律的修正使得此數目減至 3 個。

此法律已經規定了博彩批給中的專營制度。其中規定：

“第五條（制度）

一、幸運博彩的經營，其批給得以專利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、每一特別准照應與劃定的地理區相符。

四、澳門市及其水域公有範圍組成上款所指的一個區域。”

數目變多並非博彩業“開放”的決定性標誌。所謂的賭權“開放”僅是澳門特別行政區政府因 2001 年博彩批給合同“續期”而採取的政策。

我們說，在實行賭權“開放”政策之前，博彩業是壟斷行業，僅批給一家公司。但是這項事實不能被解讀成具有經博彩法採納的、包含在《刑法典》第 336 條之中的“專營”的真實全部的意義。

我們應當客觀地理解博彩業“專營”的意義。

此處涉及的並非是真正的賭權“開放”，博彩經營仍然是有限制的，僅是增加了兩個牌照而已，因此其他人士還是不能涉足此項經營領域的。

如此，博彩經營領域就不是可以自由進入的行業，屬同樣情況的還有電力、水和電信行業。本地區的經濟嚴重依賴這些行業，政府近來對這些行業的運營及健康發展也愈加重視。

的確，經濟財政司司長在立法會引介新博彩法律時說明：“[在]這法律制度其中有一個革新，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”。<sup>1</sup>我們相信，司長當時想指出的僅是“終止壟斷”，他中文原文中的“專營”並不可能是刑罰中定義的、嚴格法律意義上的“專營”。

《刑法典》第 336 條的解釋性規定中提到的“專營”是澳門的一項特殊情況。在此情況下，此部門等同於“公營企業”——通過特許的方式從事與公共利益相關的業務。

由此，公務員就不是從當局權利而是從公職這一概念中衍生出的概念。對於公職的理解應當是，以直接滿足公眾的需要或為公眾提供便利為目的的任何國家活動。<sup>2</sup>

儘管博彩業本身與公共利益聯繫甚微，但這是澳門政府的一項特殊的政策選擇，其目的在於突出博彩業在本地區行業中的龍頭地位。

因此，在存在此項政策指引的情況下，儘管關於博彩的新法律得到了核准，但立法者也不主張更改等同於經營專營業務的公司僱員的工作人員的權利。因此，《刑法典》第 336 條的解釋性規定引用第 340 條對於本案依然適用。

檢察院司法官在其意見書中適當地引述了 Taipa Carvalho 的觀點，指出：法律在時間上的適用或刑法的接續以立法修改為前提；若不存在立法修改，則不能進行法律在時間上的更改。因此，原審判決在此部分的内容並不正確，應當進行修正。

因此，在事實的法律架構方面就不存在任何困難。《刑法典》第 336 條第 2 款的規定依然保持適用，嫌犯的行為依然構成《刑法典》第 340 條第 1 款中規定及處罰的公務上之侵佔罪。

<sup>1</sup> 《澳門特別行政區立法會會刊》，第一組，第 16/2001 期，第 10 頁。

<sup>2</sup> Nelson Hungria：《Comentários ao Código Penal Brasileiro》：第九卷，第 401 頁；Leal-Henriques 及 Simas Santos：《Código Penal de Macau Anotado》，第 944 頁。

在量刑方面，檢察院也提到了對嫌犯有利的《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項中的特別減輕的問題。

這是正確的。

第 66 條規定：

“一、除法律明文規定須特別減輕刑罰之情況外，如在犯罪之前或之後或在犯罪時存在明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過之情節，或明顯減少刑罰之必要性之情節，法院亦須特別減輕刑罰。

二、為著上款之規定之效力，尤須考慮下列情節：

- a) 行為人在嚴重威脅之影響下，或在其所從屬或應服從之人之權勢影響下作出行為；
- b) 行為人基於名譽方面之原因，或因被害人本身之強烈要求或引誘，又或因非正義之挑釁或不應遭受之侵犯而作出行為；
- c) 行為人作出顯示真誠悔悟之行為，尤其係對造成之損害盡其所能作出彌補；
- d) 行為人在實施犯罪後長期保持良好行為；
- e) 事實所造成之後果特別對行為人造成損害；
- f) 行為人在作出事實時未滿十八歲。

三、……”

經證實嫌犯已經賠償賭場的損失，完全承認對其歸責的事實並表現出悔意，並且他是初犯，並無前科。

考慮實施犯罪的情節，以下說法是合法的：對造成損失的賠償、誠懇的自認以及悔過的事實明顯減輕了事實的不法性並降低了刑罰的必要性。因此，我們認為（在最高至 5 年 4 個月徒刑的法定刑幅之內 — 《刑法典》第 67 條第 1 款以及第 340 條第 1 款）將刑罰定為 1 年 9 個月徒刑是衡平的。

考慮載於卷宗中的情節以及《刑法典》第 48 條的規定，將現科處的刑罰暫緩 2 年執行是適當的。

如此，判上訴理由成立。

綜上所述，本中級法院合議庭裁定檢察院提起的上訴理由成立，因此，嫌犯因觸犯一項《刑法典》第 340 條第 1 款所規定及處罰的公務上之侵占罪而被判 1 年 9 個月徒刑，緩期 2 年執行。

費用由被上訴人承擔。

蔡武彬（裁判書製作法官）— João A. G. Gil de Oliveira（趙約翰）— 賴健雄（附表決落敗聲明）

### 表決落敗聲明

基於以下理由，本人的理解與以上合議庭裁判不同。本人認為，不應當通過分析根據《刑法典》第 336 條的規定並為著此條規定的效力，新的擁有幸運博彩特許經營權的賭場員工是否等同於公務員的問題來對本上訴作出決定，因為分析此問題是毫無必要的：

●本卷宗中的標的事實的作出時間是在第 16/2001 號法律生效之前，也是在根據此項法律、經行政長官批示作出在三項賭場幸運博彩特許經營權判給之前；

●當時所有的法律見解都一致認為澳門旅遊娛樂股份有限公司的工作人員等同於公務員；

●此新法律以及隨後的判給並不具追溯效力，沒有改變也沒有收回嫌犯“等同於公務員”的身份，這是因為他在作出事實的時刻具有此種身份，這是不可否認的；

●於是，無論根據新的博彩經營法律架構擁有特許權的三家公司的性質為何，本案中的嫌犯作出事實時的“等同於公務員”的身份都絲毫不受影響；

●換言之，就算是我們假設擁有特許權的三家公司再不可能被評定為“以專營制度經營業務的公司”，本案中的嫌犯也並不會因此而不受到因觸犯公務上之侵占罪而應得處罰；

●因為無論是在罪狀訂定還是在相應的懲罰方面，被本案嫌犯的行為侵害的法益依然受刑法相同的規定保護；

●如果我們的刑法仍然是通過一特定罪名分類來特別保護以專營制度經營業務的公司，那麼本案中的嫌犯就還是會因犯公務上之侵占罪而受到懲罰；

●換句話說，對於由等同於公務員者作出的行為，既不存在免除懲罰也不存在免除罪行；

●在本案中，嫌犯之所以應當因犯公務上之侵占罪而受到懲罰是由於在作出事實的時刻他“等同於公務員”，而不是因為新擁有特許權的公司是“以專營制度經營業務的公司”；

●僅做一假設：第 16/2001 號法律生效以及隨後的特許批給至多僅可能意味著這三家擁有特許權的工作人員失去了其“等同於公務員”的身份；

●然而，這絕不會導致免除對本案嫌犯行為進行懲罰的情況，這是因為此特定罪名分類仍然完好地存在於我們的刑法之中；另外

●最後，由於無論是第 16/2001 號法律還是隨後的批給都不可能影響在作出行為之時本案嫌犯“等同於公務員”的身份，因此面對第 336 條第 2 款 c 項中規定的等同，以上的合議庭裁判中對新擁有特許權的三家公司的性質問題進行的分析便顯得毫無必要。

除此保留外，本人同意以上合議庭裁判的其他內容。

澳門特別行政區，2005 年 10 月 13 日

賴健雄