

編號：第 1061/2018 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2019 年 7 月 18 日

主要法律問題：附加刑

摘 要

本文中，原審法院並未通知辯方附加刑處罰的可能，由於沒有事實上的變更，不屬於《刑事訴訟法典》第 340 條規定的情況，然而，有關的處罰條文上的增加，則可類推適用第 339 條事實非實質變更的規定。

因此，本院需根據《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 b) 的規定，廢止原審判決，將卷宗發回原審法院，以便原審法院告知控辯雙方增加第 8/96/M 號法律第 15 條的處罰，並給予雙方準備辯護的時間。

第一助審法官

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 1061/2018 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2019 年 7 月 18 日

一、 案情敘述

於 2018 年 10 月 10 日，第一嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR3-17-0218-PCC 號卷宗內被控告以直接正犯（共犯）及既遂方式觸犯三項第 8/96/M 號法律第 13 條第 1 款（配合《刑法典》第 219 條第 1 款）規定及處罰的「為賭博的高利貸罪」；被判處如下：

一項：罪名不成立；

二項：罪名成立，被判處七個月徒刑，並禁止進入澳門各賭博場地為期二年之附加刑。

第一嫌犯兩罪競合，合共被判處十個月徒刑之單一刑罰，緩期兩年執行，同時，被判處禁止進入澳門各賭博場地為期四年之附加刑，該附加刑不予緩刑。

第一嫌犯不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結論部分）：

1. 在本案中，原審法院裁定上訴人觸犯二項為賭博之高利貸罪，合共判處 1 年 4 個月徒刑，緩刑 2 年，同時，判處上訴人禁止進入賭場為期 4 年的附加刑。

2. 上訴人不認同原審法庭所作的判決，認為判決違反辯論原則。
3. 上訴人所收悉由 檢察官所作出的控訴書，其所被控的僅為第 8/96/號法律第 13 條第 1 款規定及處罰的三項為賭博的高利貸罪，其後進行了審判聽誼，被上訴法庭未有在庭審中增加控罪。
4. 基於此，按控訴書之內容而言，上訴人審判前並不知悉其被控之事實是涉及禁止進入賭場的部份。
5. 雖然原審法院判決的罪名檢察院控訴書的罪名為一樣，在控訴書調查基礎內事實亦沒有事實事宜上的變化，但具體適用的刑罰方面卻產生了變化，而這個變化明顯是較上訴人原本期望的刑罰更多(高)。
6. 上訴人在沒有相關準備的情況下接受審判，這不單超越控訴範圍而且亦違反了刑事訴訟控訴原則及辯論原則，是對上訴人明顯不利的。
7. 上訴人認為，按《刑事訴訟法典》第 339 條之規定，應給予被告時間準備辯護以面對變更後的控訴內容。
8. 而中級法院第 79/2017 號合議庭裁判中亦具同樣的司法見解。
9. 基於此，請求尊敬的上級法院法官閣下命令廢止原審判決，將卷宗發回回原審法院，以便原審法院告知控辯雙方增加禁止進入賭場的附加刑處罰，並給予雙方準備辯護的時間。

綜上所述，請求 閣下接納本上訴理據陳述書中的全部事實及法律理由，並在此基礎上，裁定全部上訴理由成立！

請求閣下作出公正裁決！

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 上訴人認為，原審法庭在沒有通知的情況下對其適用禁止進入

賭場的附加刑，是違反辯論原則。

2. 本案上訴人(即第一嫌犯)被控告三項「為賭博的高利貸罪」，控訴書未有指出適用附加刑的法律規定。經過審判聽證，上訴人其中兩項「為賭博的高利貸罪」罪名成立。原審法庭對其科處主刑及禁止進入澳門各賭博場地的附加刑。
3. 該附加刑的增加，屬於法律變更。
4. 因此，應類推適用《刑事訴訟法典》第 339 條的規定，作出通知。

基此，上訴人應理由成立，請求法官閣下作出公正判決。

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，認為上訴人提出的上訴理由成立。

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。

由於裁判書製作人提交予合議庭評議的上訴解決方案在表決時不獲通過，本合議庭現須根據 2019 年 7 月 11 日的評議表決結果，透過本份由第一助審法官依照《刑事訴訟法典》第 417 條第 1 款末段規定編寫的裁判書，對上訴人提起的上訴作出判決。

二、事實方面

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. 於未確定之時間，B 透過朋友的介紹下認識了第二嫌犯 C，閒聊期間，B 要求第二嫌犯介紹他人借款予其賭博，第二嫌犯答應。
2. 2013 年 11 月 21 日，B 致電第二嫌犯要求借款賭博，經第二嫌犯詢問第一嫌犯後，第一嫌犯同意借出港幣伍萬圓予 B 賭博，借貸條件為：每當賭局勝出時，均須抽取投注額 15%的款項作利息，其後雙方相約於 XX 娛樂場二樓會合。
3. 第三嫌犯按第一嫌犯指示取出現金港幣伍萬圓後到上述娛樂場與第二嫌犯及 B 會合，並將賭款交予 B 賭博。
4. 賭博過程中，第三嫌犯按借款協定抽取及保管利息，第二嫌犯則在旁監視賭局，最後，B 輸清所有賭款。賭博過程中，B 被抽取約港幣叁萬圓利息。
5. 及後，B 再次向第二嫌犯要求借款賭博，經第二嫌犯詢問第三嫌犯後，第三嫌犯表示可借出港幣叁萬圓，借款條件與之前兩次相同，B 同意。
6. 於上述娛樂場二樓，第三嫌犯將港幣叁萬圓泥碼交給 B 賭博。
7. 賭博過程中，第三嫌犯負責按借款協定抽取及保管利息，第二嫌犯則在旁監視賭局，最後，B 輸清所有賭款。賭博過程中，B 被抽取約港幣壹萬伍仟圓利息。
8. 在第三次輸清賭款後，第一嫌犯到場與他們會面，嫌犯等人將 B 帶到上述娛樂場休息區繕立借據，一張金額為港幣伍萬圓借據，該筆賭款需於 2013 年 12 月 5 日還清，另一張金額為港幣叁萬圓借據，需於 2013 年 12 月 15 日還清，簽完上述兩張借據後，各人離開。
9. 上述二次借款的賭資由第一嫌犯出資。

10. 直至 2013 年 12 年 5 日，B 無能力償還上述欠款，第一嫌犯及第二嫌犯不斷致電及發短訊予 B 要求還款，並表示每延遲 10 日需加收港幣捌仟圓利息，直至還清欠款為止，若 B 不從，則將其證件複印本及借據貼街追收款項。
11. 由於 B 無法還清上述賭款，故於 2013 年 12 月 8 日前往司法警察局報警求助。
12. 司警人員對第一嫌犯進行搜查，在其身上搜出一張持證人 B 的澳門居民身份證複印本、一張寫有 B 借款港幣叁萬圓的借據及現金港幣壹萬伍仟圓，是其作出上述行為犯罪工具及所抽取的部份利息（見卷宗第 47 頁第 1 項至第 4 項的扣押筆錄）。此外，司警人員在第一、第二及第三嫌犯身上各自搜出一部手提電話，是他們作出上述行為的通訊工具（見卷宗第 63 頁及第 141 頁的扣押筆錄）。
13. 三名嫌犯是在自由、自願和有意識的情況下共同合意及彼此分工三次透過向 B 提供貸款賭博，藉此為自己及他人獲得法律不允許的金錢利益。
14. 三名嫌犯知悉其行為是澳門法律所禁止和處罰的。
另外證明下列事實：
15. 根據刑事紀錄證明，三名嫌犯均沒有犯罪記錄。
16. 第一嫌犯聲稱其受教育程度為中學二年級，為莊荷，月收入約澳門幣 19,000 元，需供養三名孩子。
17. 第二嫌犯聲稱其受教育程度為初中二年級，為售貨員，月收入為澳門幣 12,000 元至 13,000 元，需供養父母及兩名未成年子女。
18. 第三嫌犯在檢察院被訊問時聲稱其受教育程度為初中，為焊工，月收入為港幣貳萬伍仟元，需供養一名成年女兒及兩名未

成年子女。

未獲證明之事實：

控訴書中其他與上述獲證事實不符之事實未獲證明屬實，特別是：

1. 未獲證明：2013 年 11 月 20 日，同日傍晚約 6 時，第二嫌犯致電 B 表示已找到人可借款賭博，並相約 B 到“X 茶餐廳”與第一嫌犯 A 及第三嫌犯 D 見面以便商討借款條件。
2. 未獲證明：在上述茶餐廳內，第一嫌犯同意借出港幣叁萬圓予 B 賭博，條件是每當賭局勝出時，均須抽取投注額 15%的款項作為利息，賭博期間須替 B 兌碼及保管 B 之編號...的澳門居民身份證複印本。
3. 未獲證明：B 同意上述的借款條件後，第二嫌犯複印上述證件並將複印本交予第一嫌犯保管，其後，三名嫌犯帶 B 到 XX 娛樂場二樓賭博。
4. 未獲證明：當到達上述娛樂場後，嫌犯等人將港幣叁萬圓泥碼交予 B 賭博。
5. 未獲證明：賭博期間，B 由第一嫌犯、第二嫌犯及第三嫌犯陪伴賭博及兌碼，每當賭局勝出時，三名嫌犯輪流向 B 抽取約定利息。
6. 未獲證明：賭博約數小時後，B 贏取了港幣數萬元後要求停止賭博，並將上述賭款還清後離開娛樂場。
7. 未獲證明：賭博過程中，B 被抽取約港幣叁萬圓利息。
8. 未獲證明：第一嫌犯與第二嫌犯早前已約定倘若第二嫌犯成功介紹客人借款賭博，第二嫌犯將取得 1/3 之報酬，故在 B 暫停賭博後，第一嫌犯給予第二嫌犯港幣玖仟圓作為報酬。

9. 未獲證明：第三嫌犯是到第一嫌犯住所取出上述現金港幣伍萬圓。
10. 未獲證明：由於 B 第二及第三次借款後沒有還款，故第二嫌犯未能收取報酬。
11. 未獲證明：三名嫌犯作出上述第一次借款。

三、法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 附加刑

上訴人提出，在控訴書中未載有針對上訴人控以禁止進入澳門各賭場之附加刑，原審法院判處附加刑是在具體適用刑罰方面產生了變化，因而影響了上訴人的辯護權，認為原審法院違反了《刑事訴訟法典》第 399 條及辯論原則。

上訴人被控告以直接正犯（共犯）及既遂方式觸犯三項第 8/96/M 號法律第 13 條第 1 款（配合《刑法典》第 219 條第 1 款）規定及處罰的「為賭博的高利貸罪」。

原審法院判處如下：

一項：罪名不成立；

二項：罪名成立，判處七個月徒刑，並禁止進入澳門各賭博場地為期二年之附加刑。

兩罪競合，合共判處十個月徒刑之單一刑罰，緩期兩年執行，同時，

判處禁止進入澳門各賭博場地為期四年之附加刑，該附加刑不予緩刑。

第 8/96/M 號法律第 13 條規定：

“一、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。

二、在賭場作出的高利貸或消費借貸，推定是為博彩提供。為着有關效力，所有特別用於經營博彩的附屬設施及其他從事藝術、文化、康樂、商業或與旅業相關的活動的鄰接設施，均視為賭場。

三、消費借貸借用人之行為不受處罰。”

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 219 條第 1 款：

“一、意圖為自己或他人獲得財產利益，利用債務人之困厄狀況、精神失常、無能力、無技能、無經驗或性格軟弱，又或利用債務人之依賴關係，使之不論在任何方式下作出承諾或負有義務，將金錢利益給予自己或他人者，而按照事件之情節，該金錢利益明顯與對待給付不相稱，處最高三年徒刑。”

本文中，上訴人觸犯二項第 8/96/M 號法律第 13 條所規定及處罰的為賭博之高利貸罪，是屬於同一法條第 15 條可判處禁止進入賭博場的罪行。

然而，控訴書中對嫌犯的控罪指控只寫了第 8/96/M 號法律第 13 條第 1 款(配合《刑法典》第 219 條第 1 款)，缺乏了第 8/96/M 號法律第 15 條的標示。(詳見卷宗第 197 頁)

《刑事訴訟法典》第 265 條規定：

“一、如偵查期間收集到充分跡象，顯示有犯罪發生及何人為犯罪行為人，則檢察院須對該人提出控訴。

二、充分跡象，係指從該等跡象能合理顯示出嫌犯可能最終在審判中被科處刑罰或保安處分者。

三、控訴書須載有下列內容，否則無效：

a) 指出認別嫌犯身分之資料；

b) 敘述或扼要敘述能作為對嫌犯科處刑罰或保安處分之依據之事實，儘可能載明犯罪實施之地方、時間及動機，行為人對事實之參與程度，以及任何對確定應科處行為人之制裁屬重要之情節；

c) 指出適用之法律規定；

d) 指出將調查或聲請之證據，尤其是將在審判中作證言之證人及作陳述之鑑定人之名單及其身分資料；

e) 日期及簽名。

四、如屬案件相牽連之情況，則僅提出一控訴。

五、第二百五十九條第三款及第一百條第一款 a 與 b 項之規定，相應適用之；如該兩種通知方式使用後顯得無效，則訴訟程序繼續進行。”

的確，檢察院在控訴書中缺乏了指出所有適用的法律規定，尤其是附加刑處罰的條文。

而在審判聽證中，原審法院亦沒有通知辯方，將會對其採用附加刑的處罰，最後在判決中卻引用了第 8/96/M 號法律第 15 條規定，判處禁止進入賭場為期四年的附加刑，明顯剝弱了上訴人的辯護權。

接下來要解決的問題是，要分析這情況是否類推適用《刑事訴訟法典》第 339 或 340 條之事實之實質變更。

《刑事訴訟法典》第 339 條規定：

“一、如在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生一些事實，其係對案件之裁判屬重要，但在起訴書中未描述，又或無起訴時，在控訴書中未描述，而對起訴書或控訴書中所描述之事實不構成實質變更者，則主持審判之法官依職權或應聲請將該變更告知嫌犯，並在嫌犯提出聲請時，給予其確實必需之時間以準備辯護。

二、如變更係因辯方所陳述之事實而產生，則上款之規定，不適用之。”

《刑事訴訟法典》第 340 條規定：

“一、如在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生一些事實，其係在起訴書中未描述，又或無起訴時，在控訴書中未描述，而對起訴書或控訴書中所描述之事實構成實質變更者，則主持審判之法官將該等事實告知檢察院，該告知之效力等同於提出檢舉，以便檢察院就新事實進行追訴；在正進行之訴訟程序之判罪上，不得考慮該等事實。

二、如檢察院、嫌犯及輔助人同意就新事實繼續進行審判，且該等事實並不導致法院無管轄權，則上款之規定，不適用之。

三、在上款所指之情況下，應嫌犯之聲請，主持審判之法官給予嫌

犯不超過十日之期間以準備辯護，並在有需要時將聽證押後。”

《刑事訴訟法典》第 360 條規定：

“一、屬下列情況的判決無效：

a) 凡未載有第三百五十五條第二款及第三款 b 項所規定載明之事項者；或

b) 在非屬第三百三十九條及第三百四十條所指之情況及條件下，以起訴書中，或無起訴時，以控訴書中未描述之事實作出判罪者。

二、判決的無效須在上訴中爭辯或審理，法院亦可對有關無效作出補正，並經作出必需的配合後，適用第四百零四條第二款的規定。”

本文中，原審法院並未通知辯方附加刑處罰的可能，由於沒有事實上的變更，不屬於《刑事訴訟法典》第 340 條規定的情況，然而，有關的處罰條文上的增加，則可類推適用第 339 條事實非實質變更的規定。

因此，本院需根據《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 b) 的規定，廢止原審判決，將卷宗發回原審法院，以便原審法院告知控辯雙方增加第 8/96/M 號法律第 15 條的處罰，並給予雙方準備辯護的時間。

故此，上訴人的上訴理由成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人 A 的上訴理由成立，廢止原審判決，並將卷宗發回，以便原審法院作出相關告知。

本上訴不科處訴訟費用。
著令通知。

2019 年 7 月 18 日

譚曉華 (第一助審法官)

蔡武彬 (第二助審法官)

陳廣勝 (原裁判書製作人)

(但本人根據中級法院第 294/2003 號上訴案 2004 年 2 月 19 日合議庭裁判書所發表的法律見解，認為嫌犯 A 的上訴理由不成立。)