

編號：第 881/2022 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2023 年 6 月 7 日

主要法律問題：

- 連續犯
- 附加刑競合

摘 要

1. 上訴人每次向被害人借出賭款的行為並非是在“可相當減輕罪過的同一外在情況”下作出的，反而是在遞進增加其罪過程度的情況下實施的。上訴人在每一次借出賭款，並利用自己名下帳戶“轉碼”，從借貸中獲利的行為，可見，上訴人每次借款與被害人交易的行為均是獨立的犯罪行為，前一次犯罪的成功雖便利彼等之後的行為，但絕未減輕彼等之罪過程度，遑論相當減輕。

2. 本案嫌犯所被判處的附加刑規定在《不法賭博制度》(第 8/96/M 號法律)內，而該法並未規定附加刑可以並罰，更未規定並罰之規則。在此情況下，應補充適用《刑法典》的一般規定。

由於《刑法典》和《不法賭博制度》中均未規定在犯罪競合時所判處的多項附加刑可以/應當並罰判定一單一附加刑，故原審判決以實際併合，判定上訴人三項附加刑(每項 2 年)，合共為期 6 年在邏輯上並無不妥，也未違反任何法律規定。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 881/2022 號 (刑事上訴案)

上訴人：A(A)

日期：2023 年 6 月 7 日

一、 案情敘述

於 2022 年 11 月 3 日，嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR2-22-0163-PCC 號卷宗內被裁定以直接（共同）正犯、故意及既遂方式觸犯三項《不法賭博制度》第 13 條第 1 款配合第 15 條和《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰的「為賭博的高利貸罪」（共犯），每項被判處九個月的徒刑，作為附加刑，針對每項犯罪，禁止嫌犯進入本特區各賭場，各為期兩年。

數罪並罰，嫌犯合共被判處一年六個月徒刑的單一刑罰，准予暫緩三年執行；維持禁止嫌犯進入本特區各賭場的附加刑，三罪合共為期六年。

嫌犯 A 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. 就本案的具體情節而言，上訴人被控告及被判處的犯罪均完全相同為「為賭博的高利貸罪」。
2. 根據已證事實第 4 條可見，上訴人向被害人作出三次借貸的目的均是為了使用上訴人自己的戶口「轉碼」，從而獲得相關之佣金利益。因此，毫無疑問，上訴人實施涉案的三次犯罪的方式是完全相同的。

3. 根據已證事實第 2 及第 3 條就可以見到，實際上，上訴人與被害人於第一次聯絡後就已經就借款達成合意。
4. 在 12 月 15 日晚上約 7 時 43 分、12 月 18 日下午約 6 時 03 分及 12 月 20 日晚上約 8 時 27 分，上訴人三次借款給被害人的時間相距很近，三次行為都具有時間上的直接連繫。
5. 而且三場賭博均是於 XX 貴賓會內進行。
6. 上訴人與被害人一開始在作出第一項借貸時已經訂定好了借款條件，因此使到上訴人與被害人之間在續後的借貸中無需再次洽談借貸條件。
7. 另一方面，上訴人借貸予被害人的目的就是為了賺取因被害人賭博而生的轉碼佣金。
8. 事實上，就本案的情節而言，被害人每次都是前往 XX 貴賓會賭博的，而且上訴人在該貴賓會是用同一帳戶操作轉碼程序及收取相關的佣金，因此該等事實情節亦是便利上訴人重覆犯罪的。
9. 基於此，懇求尊敬的法官 閣下裁定此一部分的上訴理由成立，因而僅判處上訴人以連續犯的方式觸犯一項《不法賭博制度》第 13 條第 1 款配合第 15 條和《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰的為博賭的高利貸罪，以及就量刑作出相關的改判。
10. 由於附加刑為一種真正之刑罰，根據過錯原則，對被判刑人不進行刑罰競合會令到被判刑人的罪過被重覆評價，因而相關刑罰就會被不合理地提高了。
11. 倘若第一項上訴理由不成立時，上訴人針對其所判處的三項禁止進入本特區各賭場的附加刑，應根據《刑法典》第 71 條第 2 款之規定作出法律併合。

12. 綜上所述。懇求尊敬的法官 閣下裁定此一部分的上訴理由成立，因而改判僅判處上訴人禁止進入本特區各賭場 3 年的單一附加刑。

基於上述所有事實及法律理由，現懇求各尊敬的法官閣下作出如下裁決：

1. 裁定上訴人第一項的上訴理由成立，因符合《刑法典》第 29 條第 2 款關於連續犯之規定，因而改判上訴人僅觸犯一項《不法賭博制度》第 13 條第 1 款配合第 15 條和《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰的為賭博的高利貸罪；或
2. 僅裁定第二項的上訴理由成立，因而改判禁止上訴人進入本特區各賭場為期 3 年的單一附加刑。

檢察院對上訴人的上訴作出了答覆，並提出有關理據：¹

¹ 其葡文結論內容如下：

1. Vem o arguido expor os argumentos de crime continuado e de cúmulo das penas acessórias de proibição de entrar nos casinos que lhe levaram a interposição do presente recurso.
2. Relativamente à alegada questão de crime continuado e concurso de crimes, face aos três crimes de usura para jogo ora acusados e condenados, entende o arguido que se parece afigurar que para o Tribunal poderia estar em causa um conjunto de factos merecedores de uma unificação de condutas através do instituto jurídico-penal do “crime continuado”. Entende o arguido que existe, pois, um erro de direito quanto à qualificação dos factos não como crime continuado mas como concurso de crimes.
3. Em relação aos três crimes de usura para jogo ora praticados e condenados, julgamos que, face ao caso, não houve uma única resolução criminosa. O arguido tomou várias vezes tal resolução, quando teve a ideia de prática dos factos.
4. O pressuposto fundamental da continuação criminosa é a existência de uma relação que, de for a, e de maneira considerável, facilite a repetição da actividade criminosa, tomando cada vez menos exigível ao agente que se comporte de maneira diferente, isto é, de acordo com o direito.
5. No caso dos autos não detectamos a diminuição sensível da culpa do arguido com fundamento em situação exterior, que é pressuposto da figura do crime continuado.
6. No que concerne à sanção acessória, entende o arguido é aplicável ao caso o regime de cúmulo.
7. Nestes termos, aderimos ao entendimento do Tribunal e consideramos que o presente caso não pertence ao previsto na jurisprudência n.º 160/2021 do Tribunal de Última Instância,

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院司法官作出檢閱及提交法律意見，認為上訴人提出的上訴理由均不成立，其上訴請求應予駁回，應維持原判。

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。

二、 事實方面

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. 2021 年 12 月 8 日，被害人 B 來澳門賭博，其後將帶來的款項輸光。
2. 於是，被害人與上訴人 A 聯繫，向後者借款賭博。
3. 經商議，上訴人同意借給被害人港幣二百萬元賭博。
4. 上訴人貸款予被害人的目的是為了在其賭博期間，由其或指定的人士利用他的貴賓會帳戶進行「轉碼」，以獲取佣金利益。
5. 2021 年 12 月 15 日晚上約 7 時 43 分，被害人在由上訴人事先安排的兩名男子 A 和男子 B 的陪同下在 Y 娛樂場 XX 貴賓會，使用由男子 B 提供的港幣二百萬元籌碼賭博。
6. 賭博過程中，上述兩名男子在被害人附近使用上訴人於該貴賓會

julgamos assim que o arguido deve ser proibido de entrar nos casinos da RAEM por 6 anos.

8. Entendemos que o acórdão recorrido não viola os artigos 29.º, n.º 2, e 71.º, n.º 2, do Código Penal de Macau.

Nestes termos, e nos demais de direito deve julgar o recurso improcedente.

Assim se fazendo a habitual justiça!

開設的帳戶「轉碼」及監視情況。

7. 直至晚上約 11 時 21 分，是次賭博結束。
 8. 2021 年 12 月 18 日下午約 6 時 03 分，被害人在男子 B 的陪同下來到 Z 娛樂場 XX 貴賓會，向上訴人借款賭博。
 9. 下午約 6 時 31 分，被害人從男子 B 處取得一定量的籌碼開始賭博。
 10. 輾轉至 2021 年 12 月 19 日凌晨約 4 時 02 分，是次賭博結束。
 11. 賭博過程中，上訴人聯同男子 B 等人在被害人附近使用上訴人的上述帳戶「轉碼」，其中上訴人負責監視情況和扣起部份被害人的籌碼保管。
 12. 2021 年 12 月 20 日晚上約 8 時 27 分，被害人在男子 B 和一名男子 D 的陪同下來到 Z 娛樂場 XX 貴賓會，向上訴人借款賭博，並從男子 B 處取得一定量的籌碼開始賭博。
 13. 賭博過程中，男子 B 和男子 D 在被害人附近使用上訴人上述帳戶「轉碼」及監視情況。
 14. 直至 2021 年 12 月 21 日凌晨約 1 時 27 分，賭博結束。
 15. 在上述數天的賭博過程中，上訴人通過在其帳戶兌碼，賺取了一定數量的碼佣。
 16. 上訴人在自由、自願和有意識的情況下，與他人共同協議，分工合作，作出上述行為，意圖為自己及同伙獲取財產利益。
 17. 上訴人清楚知道其行為犯法，會受法律制裁。
- 此外，還查明：
18. 上訴人表示具有大學畢業的學歷，無業，無收入，育有一名未成年子女。
 19. 根據上訴人的最新刑事記錄顯示，上訴人並非初犯。

1) 上訴人曾因觸犯第 8/96/M 號法律第 13 條、第 15 條結合《澳門刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰的一項為賭博的高利貸罪，於 2020 年 9 月 25 日被第 CR3-19-0162-PCC 號卷宗判處 1 年 3 個月的徒刑，准予暫緩 2 年執行，作為附加刑，禁止上訴人進入本特區所有賭場，為期 3 年，判決獲中級法院所確認，並於 2022 年 5 月 5 日轉為確定。

未能證明的事實：沒有。

三、法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 連續犯
- 附加刑競合

1. 上訴人 A(嫌犯)提出，本案的情節符合《刑法典》第 29 條第 2 款所規定之所有要件，因此其行為僅應以一項連續犯論處。

根據《刑法典》第 29 條第 2 款對連續犯作出了規定：“數次實現同一罪狀或基本上保護同一法益之不同罪狀，而實行之方式本質上相同，且係在可相當減輕行為人罪過之同一外在情況誘發下實行者，僅構成一連續犯。”

中級法院於 2011 年 3 月 17 日第 913/2010 號刑事上訴案判決中指出：

“而在對這條文的第二款作出準確的法律解釋前，必須重溫葡萄牙科英布拉大學法學院已故刑事法律教授EDUARDO CORREIA先生就連續犯這概念所主張、並得到澳門現行《刑法典》第29條第2款行文實質吸納的權威學說（詳見其書名為‘DIREITO CRIMINAL’的刑法教程，第二冊，科英布拉Almedina書局，1992年再版，第208頁及續後各頁的內容）。

根據這學說，以連續犯論處犯罪人的真正前提，是奠基於在具體案情內，存在一個可在相當程度上，使行為人在重複犯罪時感到便利、和因此可相當減輕（亦即以遞減方式逐次減輕）其在每次重複犯罪時的罪過程度的外在情況。

該位著名刑事法律教授在上述刑法教程第二冊第210頁中，就列舉了四個典型範例，以確定何謂「外在情況」：

一、 如針對1886年葡國《刑法典》所指的通姦罪行，倘姦夫甲與情婦乙在實施第一次通姦行為後，兩人同意將來繼續通姦，則針對這兩人的第一次和續後的通姦行為，得以連續犯論處；

二、 甲首次發現某住宅有一虛掩暗門，遂決定透過此門入內偷竊。在得手後，日後仍發現該住宅的暗門仍存在，故再以相同手法，多次利用該扇虛門入屋內偷竊；

三、 某曾在過去製造假錢幣的技師，被要求再利用在首次鑄假幣時製造的假幣鑄造模具，去再次實施鑄假幣的罪行；

四、 某盜賊原祇想入屋盜取特定珠寶，但在完成實施這犯罪計劃後，卻同時發現屋內還有現金，因此臨時決定擴大原先偷竊活動的範圍，把現金也偷去。

在上述四個範例中，行為人在第二次的犯罪行為的過錯程度均在相應的「外在情況」出現下，得到相當的減輕，故基於實質公平原則和過錯原則，應以連續犯論處。

由此可見，現行《刑法典》有關連續犯概念方面的第 29 條上述行文，是深受該權威學說的影響。

另須強調的是，在決定是否以本屬數罪並罰的法定例外處罰機制的連續犯懲罰制度去論處犯罪行為人時，是祇從其過錯層面（或罪狀的主觀要素方面）去考慮（註：而這亦是實質公平原則和過錯原則所使然），而不會考慮犯罪人在第二次和倘有的續後各次重複犯罪中所造成的犯罪後果，因涉及諸如犯罪後果等的客觀情節，祇會在適用澳門《刑法典》第 73 條所指的連續犯法定刑幅內作具體量刑時，才加以考慮。」”

上訴人先後三次向被害人借出賭款，意圖為自己及同伙獲取財產利益。上訴人在不同的時日(分別為 2021 年 12 月 15 日、2021 年 12 月 18 日及 2021 年 12 月 20 日)，三次向被害人借出賭款，並利用自己名下帳戶“轉碼”，從借貸中獲利的行為，從相關情節中並未發現具有明顯減輕罪過的屬性。

在本案中，上訴人雖然犯罪手法相同，侵犯的法益相同，甚至故意也可以概括為一個整體故意，但卻未見符合法定的特別減輕罪過的外在情節。相反，上訴人其實僅僅是利用了相同的外在“便利條件”，有恃無恐地重複涉案行為。可見其故意(罪過)程度是逐次提高。

總而言之，上訴人每次向被害人借出賭款的行為並非是在“可相當減輕罪過的同一外在情況”下作出的，反而是在遞進增加其罪過程度的情況下實施的。上訴人在每一次借出賭款，並利用自己名下帳戶“轉碼”，從借貸中獲利的行為，可見，上訴人每次借款與被害人交易的行為均是獨立的犯罪行為，前一次犯罪的成功雖便利彼等之後的行為，但絕未減輕彼等之罪過程度，遑論相當減輕。

由此不能得出上訴人的故意程度因客觀條件的持續存在而獲得相當減輕從而降低對其行為的譴責程度的結論，其行為不屬於連續犯。

故此，上訴人上述部分的上訴理由並不成立。

2. 上訴人認為，雖然被上訴之判決認為本案的附加刑不屬於終審法院第 160/2021 號裁判所指的同一情況，然而該裁判針對附加刑競合之論述就本案而言亦極具參考意義。從立法的演變上，1982 年葡萄牙《刑法典》的最初版本並無此項規定，由此可見，立法者在現時生效的《刑法典》加入第 60 條第 2 款的條文立法者是有意為之，從中可以得悉立法者認為附加刑不再只是一種刑罰的效果，而是一種真正的刑罰。由於附加刑為一種真正之刑罰，根據過錯原則，對被判刑人不進行刑罰競合會令到被判刑人的罪過被重覆評價，因而相關刑罰就會被不合理地提高了。故此，應根據《刑法典》第 71 條第 2 款之規定作出法律併合。

《刑法典》第 71 條規定：

“一、如實施數犯罪，且該等犯罪係於其中任一犯罪之判刑確定前實施者，僅判處一刑罰；在量刑時，應一併考慮行為人所作之事實及其人格。

二、可科處之刑罰之最高限度為具體科處於各罪之刑罰之總和。如為徒刑，不得超逾三十年；如為罰金，不得超逾六百日。可科處之刑罰之最低限度則為具體科處於各罪之刑罰中最重者。

三、如具體科處於競合之犯罪之刑罰中某些為徒刑，某些為罰金，則依據以上兩款所定之標準僅科處徒刑，在此情況下，須將罰金轉換為徒刑，時間為原來罰金時間之三分之二。

四、即使在各適用之法律中，僅有一法律有科處附加刑及保安處分之規定，仍須對行為人科處附加刑及保安處分。”

《不法賭博制度》(第 8/96/M 號法律)第 15 條(附加刑)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。”

本案嫌犯所被判處的附加刑規定在《不法賭博制度》(第 8/96/M 號法律)內，而該法並未規定附加刑可以並罰，更未規定並罰之規則。在此情況下，應補充適用《刑法典》的一般規定。

由於《刑法典》和《不法賭博制度》中均未規定在犯罪競合時所判處的多項附加刑可以/應當並罰判定一單一附加刑，故原審判決以實際併合，判定上訴人三項附加刑(每項 2 年)，合共為期 6 年在邏輯上並無不妥，也未違反任何法律規定。²

因此，上訴人提出的上述上訴理由亦不成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人的上訴理由均不成立，維持原審裁決。
判處上訴人繳付 6 個計算單位之司法費，上訴的訴訟費用。

² 同樣判決可參看 2022 年 1 月 20 日中級法院第 953/2021 合議庭裁判。

著令通知。

2023 年 6 月 7 日

譚曉華

(裁判書製作人)

周艷平

(第一助審法官)

蔡武彬

(第二助審法官)