

(譯本)

為賭博的高利貸罪 “死碼”

摘要

立法者希望藉為賭博的高利貸罪，避免圍繞博彩開展意在向博彩提供借款而牟利的其他活動。

只要借款非用於博彩，提供借款者亦無牟利意圖（即使其目的是用於博彩），便無意以此犯罪要求提供借款之行為人負擔刑事責任（即使以牟利為意圖提供借款）。所懲處的，是那些向他人提供“財務手段”進行博彩並使之成為一種牟利活動的人。

2003年11月6日合議庭裁判書

第224/2003號案件

裁判書製作法官：José M. Dias Azedo（司徒民正）

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

概述

一、甲，其餘身份資料載於卷宗，在初級法院受審並判處作為正犯觸犯第8/96/M號法律第13條及澳門《刑法典》第219條第1款規定及處罰的為賭博的高利貸罪，被科處7個月徒刑，緩期1年執行及禁止進入賭場，為期2年的附加刑；（參閱第137頁及其背頁）。

嫌犯不服該裁判，提起上訴，理由闡述結論如下：

“1.現上訴人指責原判存有事實法律定性方面的錯誤 — 審判錯誤，因此請貴院法官閣下審查法律事宜。

2.上訴人還強調原判中的兩項其他瑕疵，即a)理由說明中不可補正的矛盾，及b)獲證明的事實事宜不足以支持裁判。

3.7月22日第8/96/M號法律第13條訂定了構成要素很難理解的一項犯罪，因為將向他人借出金錢的簡單行為（只要用於博彩）予以歸罪，而沒有規定（給予及索取之）給付之不相稱，也沒有規定債務人須屬澳門《刑法典》第219條規定的情形之一。

4.但是，有一項構成有關犯罪之要素，排除將一個普通市民向友人借出金錢供後者賭博之行為納入該規範之中的可能性。這個要素就是：為本人或第三人取得財產利益之意圖，在此罪狀中，故意具體指要求具有‘取得財產利益的意圖’。

5.現上訴人僅認為，立法者使用的這一表達的含義是：行為人試圖為自己或第三人取得不正當得益（即主客觀上均與任何權利不相符合的得益）。作為該罪的構成要素，只有不法得利（而非行為人有權循合法途徑取得之任何其他財產利益）方屬重要。

6.原審法官認為第8/96/M號法律規定的主客觀要素（尤其“取得財產利益的意圖”）均已具備；認為在本案中，財產利益表現為現上訴人從STDM（賭彩特許經營人）收取的佣金，同時判定該特許經營人支付的佣金為合法。

7.原審法官認為已證實：上訴人是碼疊仔；在STDM開立從事活動的帳戶；收取STDM的佣金；就這個報酬向澳門特別行政區納稅。但在此情況下，最後又在現被上訴的判決所作的理由說明中表現出一種不可補正且無法縮減的矛盾，因為該判決同時將一項行為視為合法及不合法。

8.另一方面，原審法官判處現上訴人時，將其個人心證基於簡單推定，因在未將現上訴人以

某一途徑將死碼轉換為現金視為獲證明之情況下，認為存在這樣的可能性：‘嫌犯可以將活碼轉換為現金，因為活碼可以在 STDM 的出納櫃檯自由兌換’，而肯定的是，除澳門立法者在刑事訴訟法規定的這些推定之外（第 8/96/M 號法律第 13 條第 1 款及第 2 款），法律的適用者不能將其心證基於簡單的推定。

9. 為了可以將現上訴人旨在取得不法財產利益或不法得利視為證實，被上訴的法院本來必須證明現上訴人除了收取 STDM 支付的佣金外，還旨在取得其他利益。因此，由於沒有這樣做，必須認為現上訴人的行為合法，應予開釋。

10. 獲證明的事實事宜中沒有任何可構成不法得利之要素，因此必須認為審判法院的調查權沒有終結，由此得出，判決中存有獲證明的事實事宜不足以支持法律上的裁判之瑕疵，因此，貴院應當移送卷宗以擴大事實事宜從而確定在本案中，現上訴人在向賭客交出等值於港幣 3 萬元的死碼時，除了特許經營人（STDM）支付的前述佣金及應向澳門特區納稅的收益外，在從事豐碼活動中旨在取得的具體利益是什麼。

11. 原審法官對於 7 月 22 日第 8/96/M 號法律第 13 條規定作了不正確適用，因為沒有證實現上訴人在進行豐碼活動、交出等值於港幣 3 萬元的死碼時，其目的是取得任何不法得利，而只知道透過交換等值於 1 萬港幣的活碼，可取得 STDM 支付的 900 港幣的佣金。

12. 因此，原審法官在本案審判中適用之，故違反該規範。

13. 原審法官在查明的事實事宜中納入一項法律概念，正如從下列句子中得出：‘在賭場內，嫌犯向乙借出賭資，目的是使自己獲得金錢利益’，這個法律概念顯示對嫌犯罪過的先入之見及上訴人一開始就被定罪；

14. 現上訴人被判處禁止進入賭場為期 2 年，相應地被判處為賭博的高利貸罪之正犯，如這項犯罪被開釋，就應當廢止進入賭場的禁令。”

最後請求：

“a) 認為查明的事實事宜足以（原文如此）支持法律上的裁判，即原判文本所載的資料中已經不具備為賭博的高利貸罪的要件，相應地廢止第一審法院作出的裁判，開釋現上訴人；如不這樣認為，則：

b) 認為理由說明中不可補正的矛盾瑕疵以及事實事宜不足的瑕疵已經具備，決定移送卷宗重新審判，以補正此等瑕疵；”（參閱第 143 頁至第 157 頁）。

檢察院對此上訴答覆，主張維持原判；（參閱第 157 頁至第 167 頁）。

依法接納上訴，卷宗移送本院。

檢察院代表在檢閱中作出的意見書中，認為上訴理由不成立；（參閱第 173 頁至第 174 頁背頁）。

作出了初步批示，助審法官檢閱已畢，移交卷宗作上訴之審判聽證。

應予審理及裁判。

理由說明

事實

二、原審法院認為下列事實已告證實：

“經辯論案件，下列事實已獲證實：

2001 年 10 月 14 日凌晨，在葡京賭場內，嫌犯甲向乙借出港幣 3 萬元，供乙賭博。

嫌犯向乙，借出的港幣 3 萬元是死碼。

嫌犯是豐碼仔，每次以港幣 10 萬元現金換取等額死碼，有權收取 STDM 公司的佣金港幣 900 元。

在賭博過程中，嫌犯以乙贏取的活碼交換嫌犯持有的死碼。

嫌犯甲是在自由、自願和有意識的情況下故意作出上述行為的。

其在賭場內向乙借出賭資，目的是使自己獲得金錢利益。

其明知法律禁止和處罰上述行為。

嫌犯在澳門STDM公司開有疊碼戶口，並就收取之佣金向澳門特區納稅。

刑事記錄證明無污點。但嫌犯1993年在香港因傷害身體罪被判處罰金。

未獲證明的事實：

當時，嫌犯甲與乙商定的貸款條件是，乙每投注一次，嫌犯甲均要從中抽取10%作為借款的利息。

在乙用上述款項賭博過程中，嫌犯甲總共抽取了港幣約2萬元。（參閱第135頁及其背頁）。

法律

三、嫌犯／現上訴人不服原判，指責判處其作為正犯觸犯為賭博的高利貸罪的裁判，存有“理由說明中不可補正的矛盾”，“獲證明的事實事宜不足以支持法律上的裁判”以及“事實的法律定性錯誤”等瑕疵。

本上訴應予審理，我們看看上訴是否得直。

鑑於遞交的理由闡述及結論，我們認定對原判指責的三項瑕疵有內在聯繫，因為都基於相同的前提，即上訴人藉作出被判之罪而取得的財產利益是不合法的。

無論如何，按照提出問題的順序，我們首先審理所述稱的“矛盾”。

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，向人提供用於博彩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。為著有關效力，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。”

鑑於這個規定，嫌犯認為“僅不法得利”而非“透過行為人有權經合法途徑取得的任何財產利益，對於此罪之構成方屬重要”（參閱理由闡述第10點及結論5）。

從這個前提出發，應當認為，原審合議庭存有“不可補正的矛盾”的瑕疵，因為，“如果被上訴的法院認為以死碼借出的港幣3萬元及以現金港幣1萬元交換等值籌碼已獲證實，現上訴人就有權並可以”收取STDM（博彩經營被特許人）港幣900元的佣金，一就不能“隨後認定這筆佣金是向賭客乙交付死碼時，現上訴人意圖獲得的（不法）財產利益”；（參閱理由闡述第15點及結論6及7）。

我們認為他不持理據。

我們認為，財產利益的“合法”或“不法”性質並不是構成有關犯罪罪狀的要素。

“借款”本身是“不合法的”，正如從第8/96/M號法律第13條所在的第4章標題——“不借款”中所得出。

正如所知，一般而言，“借款”不能不是“消費借貸合同”（澳門《民法典》第1070條之定義為：“消費借貸為一合同，透過該合同，一方將金錢或其他可代替物借予他方，而他方則有義務返還同一種類及品質之物。”）。

（為著依照第8/96/M號法律第13條視為“刑事不法行為”）賦予其“刑事上重要性”者，正是屬於“為賭博給予的借款”這一事實——（因此，第13條的標題是“為賭博的高利貸”）——條件是有牟利目的。

作為澳門《民法典》第1070條規範之消費借貸合同，簡單的借款無違法可言。在自由市場經濟體制中，禁止從意思自治原則（民法中債法部門之指導原則）絕對容許及保護的合意中產生的簡單消費借貸，毫無道理。

按照澳門《民法典》第1073條規定，當這種“消費借貸”，（例如，）高於法定利息三倍時，方具（民法效力的）“暴利”性質；按照澳門《刑法典》第219條，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，則構成（刑事）“暴利”罪。

第 8/96/M 號法律第 13 條之規定，不處罰澳門《民法典》第 1070 條及第 1073 條規定的（民事）“消費借貸”或“暴利”，立法者關注的動機也非制裁澳門《刑法典》第 219 條的消費借款人。立法者希望的是只處罰那些“意圖獲得財產利益，向人提供賭資或任何其他賭博資源”者。

因此，我們認為，似乎沒有必要像在諸如盜竊罪（第 197 條）、濫用信任罪（第 199 條）、搶劫罪（第 204 條）、詐騙罪（第 211 條）、暴利罪（第 219 條）等（典型的）侵犯財產罪中所發生的一樣（這些條文中使用了諸如“以據為己有之不正當意圖”或“意圖取得不正當得利”等措詞），在第 219 條之條文中涉及“意圖”或“利益”之“不法性”或“不正當性”。

立法者不希望的是，在博彩方面開展意在向博彩提供借款而牟利的其他活動。

雖然似乎並非如此，但第 8/96/M 號法律第 13 條規範的目的已經明確限定。

只要借款非用於博彩，提供借款者亦無牟利意圖（即使其目的是用於博彩），便無意以此犯罪要求提供借款之行為人負擔刑事責任（即使以牟利為意圖提供借款）。所懲處的，是那些向他人提供“財務手段”進行博彩並使之成為一種牟利活動的人。

因此，只要行為人的行為符合這兩個要素 — 透過為博彩提供借款而取得財產利益之意圖 — 便構成第 13 條所規定者，相應地應在刑事上追究責任，而關於該財產的“合法性”或“不合法性”問題，（姑且言之）則是“虛假問題”。

現在應當研究這樣做的理由。

我們認為（在此只是一種研究上的嘗試），答案與“要求博彩在本地區起到的經濟發展及旅遊功能”有關；（參閱第 8/96/M 號法律之“理由闡明”，載於《澳門特區立法會單行刑事法律彙編》），並與下列事實有關：此乃黑社會“典型”實施之罪（參閱舊《博彩法》序言，載於 1977 年 8 月 25 日第 35 期《澳門政府公報》）。

事實上，一項明顯的事實是：為賭博的高利貸罪是黑社會或與之有關的人士觸犯的典型不法行為（《有組織犯罪法》第 1 條 j 項規定，作出為賭博的高利貸罪，是顯示黑社會存在的例子之一）。在此情況下，立法者試圖打擊其財務手段之一，從而嘗試“抵銷”甚至消滅之。同時，避免因所給予的“借款”而給消費借貸借用人帶來的災難性後果，試圖提供最宜於發展及經營上述博彩活動之“環境”。

因此，我們認為，儘管隨著舊《博彩法》之引入，有關制度變得“冷酷”（參閱第 9/77/M 號法律序言）人們已感覺到需要“簡化”規定有關犯罪的規範，使它“更有效力”，因為其以前的版本中，訴諸的是“有償之消費借貸”及“利息”的概念（參閱第 13 條及第 14 條），而在現行版本中則使用更為包容的提法 — “為博彩提供款項或任何其他資源，意圖取得財產利益。”

行文至此，鑑於上文所述，我們相信應當認定不存在上訴人指責原判的所謂“不可補正的矛盾”。

確實，從根本上來說，上訴人認為具備這種“矛盾”，因法院認為收取的佣金 — 並據以納稅 — 是合法的，就不能同時認為向乙借出金錢，有取得“不正當”或“不法利益”的意圖。

上文已經載明財產利益的“不法性”，對於將其行為定性為觸犯為賭博的高利貸罪無關緊要。

因此，（並基於此），上訴人／嫌犯希望據以證實所謂矛盾的依據，並不成立。

但在不妨礙前述的情況下，認為還宜載明下列內容：

判決中認為獲證實及已付之佣金，與（倘有的）已經或將要借出之款無關。

正如原判中所解釋，這種佣金起源於將一筆現金“交換”（或購買）“死碼” — 死碼不再是“可融通物”，參閱澳門《民法典》第 197 條 — 而是用於“推動博彩”的工具，因為死碼不能用於換取現金或其他籌碼 — 活碼可以換取現金 — 而只能被持有人用於投注）。

因此，購買死碼（死碼肯定將被用於投注），將被付給“佣金”（或其他利益，例如前往澳門的車船票、住宿等等），顯然它構成一種“收益”，應予納稅。

在本案情形中，只要不以牟利為目的，如嫌犯只是“出售”前述港幣 3 萬元的死碼，甚至借出這些籌碼或其現金，則不構成任何違法。

然而，實情並非如此。

嫌犯向乙“借出”港幣 3 萬元“死碼”用作賭博，隨著後者不斷賭贏並以活碼收取下注得到的獎金，嫌犯將此等活碼換成死碼，這允許他收回“本金”並在用該等活碼購買新的死碼時收取（新的）佣金。

因此得出，正如充分可見，不存在任何“矛盾”及事實事宜不足以支持判處作為正犯觸犯有關犯罪的瑕疵，因為事實事宜足以支持作出的裁判，還應當認定原審法院沒有任何法律定性錯誤，因為據以對現上訴人的行為作出刑事 — 法律定性的不法行為 — 為賭博的高利貸罪的罪狀要素已經符合。

最後，上訴人不服作出的裁判，堅稱原審法官在查明的事實事宜中納入一項法律概念，正如從下列句子中得出：“在賭場內，嫌犯向乙借出賭資，目的是使自己獲得金錢利益’，這個法律概念顯示對嫌犯罪過的先入之見及上訴人一開始就被定罪”；（參閱結論 13）。

在這裏，我們認為他似乎不持理據。

我們並不認為，有關表達方式 — “金錢利益” — “顯示嫌犯罪過的先入之見”。這是一個經過審判洗禮的事宜，嫌犯在審判中行使了辯護權，曾獲機會爭執之。

即使認為此事乃“法律概念”，因其通常及慣常的用法，絲毫不妨礙充分理解被上訴的判決，此部分上訴理由也不成立。

據此，誠然，期望的廢止禁止進入賭場的附加刑，是一項取決於對上訴人開釋的請求，容易理解不存在作出廢止的理據。

決定

四、據上所述並依此為據，合議庭裁判否決上訴理由成立，全部維持原判。

上訴人應繳納司法費 6 個計算單位。

José M. Dias Azedo（司徒民正）（裁判書製作法官）— 陳廣勝 — 賴健雄