

(譯本)

經營麻將罪
“牟利目的”
正犯・共同正犯・從犯

摘要

一、為使 7 月 22 日第 8/96/M 號法律第 12 條規定及處罰的經營麻將罪成立，除其他要素外，只要行為人以牟利意圖作出行為就已足夠，而不需要實際取得財產利益。只要行為人懷著簡單但具體及嚴肅的獲利願望展開行為，即使最後未能獲利，這一要素也應被視作具備。

二、正犯是指實現了構成相關法定罪狀之要素並實施犯罪的不法分子。

三、為了具備共同正犯（或共同犯罪），犯罪行為人須有一個旨在取得特定結果的共同決定，同時共同實施之，即使任何一名共同正犯均沒有參與構成該不法行為的全部行為。

四、而從犯則是在具體犯罪的周圍作出行為者，他在罪行實施的前後作出行為。

在從犯中，存在一項簡單為正犯實施行為提供的協助或便利，並且沒有這項要素，有關行為也將實施，但是時間、地點或情節將不同。因此，在這裏，從犯不屬於典型行為（只有當參與實行——即使是部分實行——犯罪計劃定時並因此具有共犯之“角色”時，才不是這樣）。

2002 年 4 月 11 日合議庭裁判書

第 21/2002 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、嫌犯甲，其身份資料載於卷宗，被控訴觸犯 7 月 22 日第 8/96/M 號法律第 12 條規定及處罰的一項經營麻將罪，在簡易程序中受審。

審判聽證進行後，合議庭裁定該嫌犯被指控觸犯的該項犯罪不成立；（參閱第 31 頁至第 33 頁背頁）。

*

檢察官不服上述裁判，提起上訴。

作出理由闡述，認為其上訴涉及“法律上的事宜”，最後得出如下結論：

“1）‘凡在商業場所、住所或其他場所以牟利目的經營麻將賭博者...’，構成經營麻將罪。

2）“牟利”目的的構成要素，指的是麻將賭博活動的性質。

3）因此當行為人知道這種特徵並且為具體實施該目的而作出行為，就存在行為人的故意。

4）相應地，雖然沒有證實嫌犯獲得財產利益，但在其經營者不在時管理一處打麻將設施之行為，並收取費用（抽水），知道該活動的牟利目的，根據澳門《刑法典》第 25 條之規定仍然以直接正犯的形式構成該犯罪。

5）如果不這樣認為，嫌犯與該犯罪的正犯事先約定，直接參與實行並意識到合作，就符合共同正犯的要件，因此根據澳門《刑法典》第 25 條之規定應當以該身份被判罪。

6) 僅僅出於穩妥起見，即使不這樣認為，那麼嫌犯對於經營者提供物質上的幫助，明知該活動的犯罪性質，因此按照第 26 款第 1 款的規定，至少應被判為該犯罪的從犯。”

請求上訴得直，並相應地判嫌犯作為正犯作出一項“經營麻將”罪，或作為補充，作為該項犯罪的共同正犯對其判罪，如果還不這樣認為，則作為作出該罪的從犯判罪；(參閱第 37-46 頁)。

*

嫌犯答覆，結論如下：

“(i) 檢察院現在提出的上訴，並不涉及法律上的事宜（根據澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款），而只是面對原審法院解釋獲證明的事實的方式表明上訴人之不同意；

(ii) 這項解釋本身是事實上的事宜，因為不涉及有關法律的解釋或適用，或者有關法律推理，也不構成判斷演繹或法律上的結論。

(iii) 嫌犯認為，證明在特定的活動中是否存在“牟利目的”，不能不認為是將在審判聽證中證明的事實上的事宜，而不是像上訴人所期望的那樣，降低為一項簡單的法律解釋，而法律解釋可能是法律上的事宜。

(iv) 無論如何，沒有證明這種“牟利目的”，原審法院就不能以 7 月 22 日第 8/96/M 號法律第 12 條所含罪狀為基礎作出判罪。

(v) 如果上訴被認為涉及事實上的事宜，並且上訴法院如此接受，那麼上訴就不是以澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款及第 3 款規定的任何一項依據為基礎：被上訴的判決不存在獲證明的事實事宜不足以支持裁判，也不包含理由說明中不可補正的矛盾，更不能認為存在著證據審查中的明顯錯誤或者不遵守會導致無效的要件，而該無效不應視為已獲補正者；

(vi) 如果上訴被認為涉及法律上的事宜，其結論亦不符合澳門《刑事訴訟法典》第 402 條第 2 款規定的要件，尤其沒有指明被違反的規範，也未指明被上訴的法院解釋及適用各項規範的含義。”

請求駁回上訴；（參閱第 52-59 頁）。

*

卷宗移送本中級法院，在卷宗的檢閱中，助理檢察長表示上訴理由成立（參閱第 66-68 頁）。

作出了初步批示，助審法官檢閱已畢，完全遵守法律手續舉行了審判聽證——正如有關記錄所記載。

現在應審理及裁判。

理由說明

二、事實

原審法院視為確鑿的事實事宜如下：

“於 2001 年 11 月 13 日晚上 7 時 30 分，治安警察在[地址(1)]，發現嫌犯甲及案中相關人士等八人正在進行麻將耍樂。

當中每四圈抽水澳門幣 30 元，上述賭博活動由本案證人乙經營，但未依法取得任何許可。

由於事發當日乙到中國大陸看病，於是請來嫌犯代其管理上述賭博活動，並代其收取有關抽水所得，所得利潤全數歸乙支配，嫌犯自身從未藉此獲利。

警察在偵查過程中扣押了第 4 頁所指與賭博有關的物件，第 5 頁所指的賭款及第 6 頁所指的抽水所得。

嫌犯是在有意識、自由及自願的情況下作出上述行為的。

同時，亦證實嫌犯的個人狀況如下：

嫌犯甲，地產商人，無固定收入，現依靠丈夫維持生活。

嫌犯須供養一名未成年兒子。

嫌犯具小學四年級學歷。

根據刑事紀錄證明，嫌犯不是初犯。

未獲證實的事實：沒有尚待證實的事實”（參閱卷宗第 31 頁至第 33 頁背頁）。

三、法律

檢察官不服開釋嫌犯／現被上訴人的裁判，主張以正犯，或補充性地以共同正犯或從犯的名義對其判罪。

而嫌犯的意見是，上訴人提出的結論顯示不符合澳門《刑事訴訟法典》第 402 條第 2 款，且正如檢察官／上訴人本人所確認，上訴涉及“法律上的問題”。認為應當駁回上訴，如果不如此裁定，則應當裁定上訴不得直，理由是被上訴的裁判不存在法律定性上的任何錯誤，也不具有澳門《刑事訴訟法典》第 400 條列舉的任何一項瑕疵。

(一) 因此，首先應當（以“先決問題”的名義）審理是否應當因為沒有遵守澳門《刑事訴訟法典》第 402 條第 2 款之規定而駁回上訴。

我們認為似乎不應如此。

我們看看。

該條文規定：

“二、如結論係涉及法律上之事宜，則還須指出下列內容，否則駁回上訴：

a) 所違反之法律規定；

b) 上訴人認為上訴所針對之法院對每一規定所解釋之意思，或以何意思適用該規定，以及其認為該規定應以何意思解釋或適用；及

c) 如在決定適用之規定上存有錯誤，則指出上訴人認為應適用之法律規定。”（底線為我們所加）。

因此，鑑於檢察官／上訴人在提交的上訴理由闡述範圍內作出的結論內容，如何裁判？

正如所知，立法者以上述第 402 條第 2 款規定的要求，希望落實“忠誠訴訟原則”，以此方式阻止上訴人沒有清晰闡述其不同意原判之理由及其訴求的（確切）含義之上訴的繼續進行。

因此，正如 Figueiredo Dias 教授在 1983 年主張，希望“瓦解濫用或不當使用上訴”——參閱《Para uma reforma global do Processo Penal Português》，載於《Para uma Nova Justiça penal》，Aemedina, 1996 年（重印版）第 237 頁起——或者正如 Cunha Rodrigues 在相同意義上指出，“希望上訴不是阻礙司法的方式，一場有多個解釋者的獨腳戲或者一場幸運博彩”；（參閱，《Jornadas de Direito Processual Penal》，《O Novo Código de Processo Penal》，Almedina, 1998 年，第 385 頁）。

因此，上訴人須負責（在理由闡述中）具體指明（其）上訴的依據，並（在該理由闡述中）作出結論。結論中應當概括其請求的理由；（甚至根據忠誠訴訟原則，只有這樣才可以完全行使辯論權力）。

在本案中，在其提交上訴的理由闡述書第一段中，檢察官／上訴人指出，“本上訴限於法律問題，尤其經營麻將罪的構成要件——牟利目的，以及嫌犯在該犯罪活動中的作用——正犯，共同正犯或從犯”；（參閱第 37-38 頁）。

因此，考慮到所提交的理由闡述的全部訴訟文書（其中包括結論），我們相信，現上訴人不同意的（真正）原因是其認為以原審法院視為確鑿之事實為基礎，亦已證實（更準確地說本應被證實）——最多是推論出——嫌犯懷著“牟利目的”作出行為，因此應當以正犯的名義被判罪，或者補充性地以共同正犯的名義被判罪，以及至少以從犯的名義被判罪。

因此，分歧在於原審法院對事實作出解釋並作出刑事法律定性的方式。

因此，我們認為必須上述涉及法律上的事宜，上訴人不僅應遵守第 402 條第 1 款所載的規定，還須遵守（上文轉錄之）該法條第 2 款規定，否則應駁回上訴。

雖然懷著對不同意見的應有尊重，但我們相信上訴人遵守了上述法律規定。

雖然也許可以認為能夠（“豐富”或者）“充實”所作出的結論——必須承認這種“充實”抽象地說如果不是永遠可能的，起碼也是幾乎永遠可能的——但我們應當認為，從根本上說，已經遵守了澳門《刑事訴訟法典》第 402 條規定的“上訴的理由闡述”之要件。

事實上一雖然結論（同樣已轉錄於上）中無明確記載被上訴的裁判“違反了第...條”——我們認為清楚的是，（上訴人）指責原判沒有遵守規定及處罰經營麻將罪的 7 月 22 日第 8/96/M 號法

律第 12 條的規定，（嫌犯因此條文被控訴及審判），（但已經轉錄了該項歸罪規範），並（指責其）違反澳門《刑法典》第 25 條及第 26 條的規定（在以正犯、共同正犯或從犯指控嫌犯時，已經明示引用了這些條文），因此符合該規定第 2 條 a 項的規定。

同樣，我們相信已經遵守第 402 條第 2 款 b 項的規定，因為上訴人雖以略顯單薄的方式為之，仍闡述了該法律所要求的內容。

因此我們不認為應以不遵守澳門《刑事訴訟法典》第 402 條的規定為由而駁回本案上訴。因此，嫌犯／現被上訴人提出的（先決）問題不得直。

我們繼續審理。

（二）現在我們審理上訴人的主張。

上訴人認為，雖然沒有明示證實嫌犯以“牟利目的”作出行為，但由於嫌犯尤其知道乙具有該目的，因此嫌犯不能不被作為正犯、共同正犯或從犯而被判罪（參閱第 4 點）。

應當在此強調，（在本卷宗以及）在現上訴中，只涉及嫌犯甲的行為（而不涉及乙的行為），因此只有前者對於將作出的裁判屬重要，顯然我們也只對於該人士表態。

澳門《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書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”；（底線為我們所加）。

關於“從犯”，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特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。”（底線為我們所加）。

— 面對上述，並考慮到原審法院視為確鑿的事實，我們認為上訴中請求以 7 月 22 日第 8/96/M 號法律第 12 條規定及處罰的犯罪判處嫌犯為正犯的部分不能得直。

眾所周知，“牟利目的”並不意味著——正如上訴人正確指出——“行為人取得財產利益之具體結果”，或者，如助理檢察長在其意見書中所嚴謹的指出，“核心是取得利益的目的，這意味著不要求其具體取得利益，只要行為人本著獲利的願望展開行為就已足夠...”；（參閱第 42-67 頁）。

況且，我們尤其在本中級法院第 10/2002 號案件 2002 年 1 月 31 日合議庭裁判（裁判書製作法官與本案相同）的範圍內已在此意義上作出了裁定。在該裁判中，關於淫媒罪，我們裁定為了將其罪視為成立，“除其他要素外，只要行為人以牟利意圖作出行為就已足夠，而不需要實際取得財產利益。只要行為人懷著簡單但具體及嚴肅的獲利願望展開行為就已足夠，即使最後未能獲利。”

但是，考慮到“正犯是指實現了構成相關犯罪罪狀之要素並實施犯罪的不法分子”；（參閱前澳門高等法院第 1099 號案件 1999 年 9 月 22 日合議庭裁判），在本案中應當考慮到不僅未證實嫌犯的牟利目的，而且“原審法院作為確鑿的事實載明，在作出事實之日，‘由於乙到中國大陸看病，於是請來上述嫌犯代替管理上述賭博活動，並代其收取有關抽水所得，所得利潤全數歸乙支配，嫌犯從未藉此獲利’。”

因此我們應當相信，已排除了嫌犯具有透過其行為（為自己）取得財產利益之任何意圖的可能性。因此，我們認為不應當將其視為有關犯罪的正犯，因為不符合該罪（全部）法定要素。

— 同樣，鑑於為了具備共同正犯（或共同犯罪），犯罪行為人須有一個旨在取得特定結果的共同決定，同時共同實施之，即使任何一名共同正犯均沒有參與構成該不法行為的全部行為——我們相信可作為該罪的共同正犯判處。因此，由於欠缺“牟利意圖”的主觀要素，經適當配合後，我們認為以此追究嫌犯之責任是不可行的，（甚至因為每一名共同正犯必須像作出有關典型行為的單個正犯那樣承擔責任，正如所見，由於欠缺嫌犯的故意——特定故意或者所謂“牟利意圖”而沒有發生）。

— 我們看看是否有可能將他的行為認定為作出一項經營麻將罪的從犯。

已經知道，在從犯中存在一項簡單為正犯實施行為提供的協助或便利，並且沒有這項要素，

有關行為也將實施，但是時間、地點或情節將不同。因此，在這裏，從犯不屬於典型行為（只有當參與實行—即使是部分實行—犯罪計劃時並因此具有共犯之“角色”時才不是這樣）正如 1999 年 9 月 22 日澳門高等法院合議庭裁判中所裁定，“從犯是在具體犯罪的周圍作出行為者，他在犯罪實施的前後作出行為”。

因此我們的結論是，視為確鑿的事實事宜（雖然可能認為略為“簡短”），要求將嫌犯認定為作出有關經營麻將罪的從犯。

事實上，（嫌犯）與已經認定身份的乙合作，代其管理不法經營的活動，“尤其收取有關抽水所得”。

因此，即使沒有證實（其本人）有“牟利意圖”，不可否認的是，從該事實中可以清楚的得出一項推論—可以說，以獲證明的事實為基礎得出推論或結論時，法院沒出有作出任何不當情事（參閱終審法院 2001 年 10 月 31 日第 13/2001 號案件）—她知道這項活動是乙本著獲取財產利益的意圖而經營；因此協助他收取抽水所得，以此“允許”此犯罪的既遂。

因此，我們相信不可質疑的是：以她的行為作為從犯實施了有關犯罪—甚至鑑於“在犯罪正犯未被判罪的情況下可對從犯判罪”（參閱 1995 年 5 月 10 日最高法院第 47706/第三庭之合議庭裁判，由 M. Gonçalves 在其《葡萄牙刑法典》第 13 版，1999 年，第 149 頁中引用）—因此必須以這個身份對她判罪。

行文至此，我們將確定將科處的刑罰。

有關犯罪種類之相應刑幅為最高 1 年監禁或罰金（第 8/96/M 號法令第 12 條），即最低限度為 1 個月的監禁（參閱澳門《刑法典》第 41 條第 1 款），而罰金的最低限度及最高限度為 10 日至 360 日；（參閱澳門《刑事訴訟法典》第 45 條第 1 款）。

面對著澳門《刑法典》第 64 條的規定—“如對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰，則只要非剝奪自由之刑罰可適當及足以實施處罰之目的，法院可先選非剝奪自由之刑罰”—並考慮到嫌犯在 1999 年 5 月 28 日被判作為經營麻將罪的正犯，處以 30 日罰金，日額為澳門幣 70 元罰金已經繳內（參閱第 26 頁至第 28 頁）。我們認為，在本案中，罰金“適當及足以實現處罰的目的”並不可行。

因此必須對嫌犯科處一項監禁—鑑於澳門《刑法典》第 26 條的規定，考慮到實施犯罪中的（共同參與）形式，應當根據該法典第 67 條第 1 款的標準作特別減輕。這等於說，應在 1 個月至 8 個月的刑幅內確定將科處的制裁。根據該法典第 40 條的規定及 65 條的準則，以及上述事實，我們認為 40 日監禁是適當的及平衡的。

然而，考慮到澳門《刑法典》第 48 條的規定—它規定“監禁之暫緩執行”之“前提及期間”以及上引第 67 條第 2 款的規定，我們認為應當得出結論：以執行監禁為威懾可適當及足以實現處罰的目的。

簡而言之，裁定上述 40 日監禁暫緩 2 年執行，作為嫌犯應遵守的行為規則—根據澳門《刑法典》第 48 條第 2 款及第 52 條第 2 款 b 項的規定—規定禁止其在緩刑期間出現在發生本案事實事宜的“場合”。

決定

四、綜上所述並以此為據，合議庭裁判廢止原判，準確按照現在的裁判定處嫌犯。

訴訟費用（只）由嫌犯／被上訴人承擔，司法費定為 4 個計算單位。

公設辯護人的服務費定為澳門幣 1,500 元，由上訴人承擔。

José M. Dias Azedo（司徒民正）（裁判書製作法官）—蔡武彬—賴健雄（具表決落敗聲明）

表決聲明

因下列理由表決落敗：

前文合議庭裁判得出結論認為，嫌犯以從犯形式觸犯 7 月 22 日第 8/96/M 號法律第 12 條規定及處罰的一項經營麻將罪。

本席僅認為，在本案中，就該嫌犯而言，以**從犯形式**指控該罪的前提並不具備。

澳門《刑法典》第 26 條第 1 款規定：“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。”

Figueiredo Dias 教授對從犯的定義為：“**對於正犯作出之事實提供真實幫助者，不論這種幫助的具體種類如何：或者是事實上的建議或協助，或者是心理上的配合或物質上的行動**”。（參閱 Figueiredo Dias 教授《刑法》，科英布拉—1976 年，第 84-85 頁）。

Cavaleiro de Ferreira 教授認為，從犯可細分為直接從犯及間接從犯（參閱 M. Cavaleiro de Ferreira，《Lições de Direito penal》，Editorial VERBO，1992 年，第 492 頁起）。

根據一審視為證實的事實事宜，無疑應當立即排除間接從犯，因為嫌犯既沒有誘發也沒有煽動行為，這些是構成間接從犯概念的要素。

只需查明是否存在直接從犯。

Figueiredo Dias 教授進一步認為，“確認從犯存在的最低標準是：正犯作出的事實因其存在至少必然得到了便利。另一方面，在從犯的概念中，必須包括他人正犯、正犯之事實掌控及其故意等前提。從實踐上講，只能在將一項幫助定性為從犯又或定性為共同正犯方面提出疑問：將協助定性為從犯時，不能超逾參與他人實施犯罪這一範疇。”— Figueiredo Dias 教授，上引著述。

根據這項推理，直接從犯與直接正犯的區別於：

— 從犯的參與限於對他人的實行（犯罪）行為提供便利或準備之行為，沒有這些行為，仍然可以實施該犯罪。

— 直接正犯作出：訂定於澳門《刑法典》第 21 條第 2 款中的實行行為：

a) 符合一罪狀之構成要素之行為；

b) 可適當產生符合罪狀之結果之行為；或

c) 某些行為，除非屬不可預見之情節，根據一般經驗，在性質上使人相信在該等行為後將作出以上兩項所指之行為。

事實事宜載明：“嫌犯甲及案中相關人士等八人正在進行麻將耍樂，當中每四圈抽水澳門幣 30 元，上述賭博活動由本案證人乙經營，但未依法取得任何許可。

由於事發當日乙到中國大陸看病，於是請來嫌犯代其管理上述賭博活動，並代其收取有關抽水所得，所得利潤全數歸乙支配，嫌犯自身從未藉此獲利。”而管理行為（即為維持場所運作而進行的一系列活動）已經超逾了一項為**他人實施行為**作簡單的準備或提供便利之行為。另一方面，在此日，有關活動由嫌犯管理且只由她管理。因此，不存在他人的實施（行為）這項從犯的前提，理由是她是有關行為的唯一的直接實行者。正如上文所見，學說中將從犯的概念定義為共同參與他人的實施（行為），這個“他人”必須是直接正犯而絕不是間接正犯，因為不存在“間接”的實施。在本案中，乙不是直接行為人，因為他不在澳門。如果嫌犯是從犯，試問從犯向其給予事實上協助的直接行為人是誰？

因此不必贅論，本席應得出結論認為，嫌犯沒有作出為他人實施（行為）作簡單的準備或提供便利之行為，而作出了實施行為，從而排除從犯之存在。

因此，我們繼續分析能否按獲證明的事實判嫌犯以正犯形式實際上作出有關犯罪。

雖然嫌犯是有關事實的直接實施者且掌控了事實，我們不能對她判罪，因為欠缺法定要求的意圖（即牟利目的）。直接行為人即乙才有這項意圖。

既然欠缺一項犯罪的構成要素，那麼只能像被上訴的裁判所裁定的那樣開釋嫌犯，別無其他解決辦法。

賴健雄

2002 年 4 月 11 日於澳門特別行政區