

(譯本)

在說明理由方面出現不可補救之矛盾
在審查證據方面明顯有錯誤
已認定之事實不足以支持裁判
暫緩執行徒刑

摘要

一、一如我們理解，只有當視為獲證實的事實之間，視為獲證實的與未獲證實的事實之間，以及事實事宜之證據性理由說明與裁判之間有不相容時，方存在不可補正之矛盾。換言之，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款規定的說明理由方面出現矛盾的瑕疵，在對一獲證明之事實與一未獲證明之事實兩者之間的互不相容作考慮時，必須是明顯和大量的。

二、當視為獲證明或未獲證明的事實與實際獲證明的或未獲證明的事實不符，或者從視為獲證明之事實中得出一項邏輯上不可接受的結論時，且這種情況是明顯的，普通人可覺察的，方存在證據審查方面明顯有錯誤。

三、獲證明的事實事宜不足以支持作出該裁判的瑕疵，是指獲證明之事實事宜不足以說明所作出的法律上的裁判為合理，它不包括證據不足以支持裁判，即僅當法院在查明法律上的裁判必不可少的事實事宜方面存有漏洞時方出現這種瑕疵。

四、事實不充分不應與證據不足相混淆，後者是不可被審查的。

五、當經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，認為僅對事實作譴責並以監禁作威脅可適當及足以實現處罰之目的者，澳門《刑法典》第 48 條賦予了審判者暫緩執行所適用之不超逾 3 年之徒刑的權力和義務。

2005 年 9 月 29 日合議庭裁判書

第 108/2005 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

檢察院在第 CR1-05-0065-PSM 號簡易訴訟程序中針對嫌犯甲及乙，以他們觸犯第 8/96/M 號法律第 12 條所規定及處罰的一項不法經營麻將罪向初級法院提出控訴。

經審判後，法院作出以下有罪判決：

第 1 嫌犯甲，以正犯及犯罪既遂的形式觸犯第 8/96/M 號法律第 12 條所規定及處罰的一項不法經營麻將罪，被判處兩個月徒刑。

第 2 嫌犯乙，以正犯及犯罪既遂的形式觸犯第 8/96/M 號法律第 12 條所規定及處罰的一項不法經營麻將罪，被判處一個半月徒刑。

另判處兩名嫌犯繳付最低的司法費及其他費用。

將本案例中扣押的麻將、麻將枱、椅子、信箱、鎖連鎖匙充公及銷毀，將本案例中扣押的抽水及賭款合共澳門幣 690 元充公及撥歸給本特區。

只有嫌犯甲不服上述判決，提起上訴並在其陳述中提出以下的結論：

“一 上訴所針對的裁判一方面認定上訴人在[地址(1)]經營非法麻將，從而牟取私利。但另

一方面又認定上訴人從賭客中抽得的款項全部入進一寫有[社團(1)]的箱內。

— 上訴所針對的裁判沒有認定[地址(1)]是[社團(1)]法人住所／會址。亦沒有認定上訴人與[社團(1)]、上訴人與上指場所、以及[社團(1)]與上指場所之間的關係。

— 理據中不可補正的矛盾是指在事實部分的證據性理據中出現矛盾，或在被認定的事實中存在矛盾，或在被認定的事實與沒有被認定的事實間出現矛盾。這種矛盾應表現為不可補正或克服的，也就是說，不能根據被上訴決定的整體內容和一般經驗規則予以解決的。（請參見終審法院第 17/2000 號刑事上訴案 2000 年 11 月 22 日摘要／裁判書製作法官：朱健）

— 上訴所針對的裁判一方面認定上訴人牟取私利，但另一方面又認定上訴人將抽取的金錢放進[社團(1)]錢箱內，這裏明顯出現了在被認定的事實中存在矛盾。

— 上訴所針對的裁判認定上訴人在[地址(1)]非法經營麻將，而沒有認定犯罪場所是[社團(1)]的會址，這裏出現了在被認定的事實與沒有被認定的事實間出現了矛盾。

— 上指有關矛盾導致出現了到底何人從中牟取利益的疑問，是上訴人抑或[社團(1)]。亦導致出現到底誰支配著[地址(1)]，是上訴人抑或[社團(1)]。

— 上指矛盾直接涉及到，到底犯罪行為人是上訴人抑或[社團(1)]。亦直接涉及到只有確定利益誰屬（構成有關犯罪的要件）才可追究行為人的刑事責任。

— 上指矛盾是不可以補正的，因而上訴所針對的裁判構成上指理據中不可補正的矛盾之瑕疵。

— 上訴所針對的裁判指上訴人在[地址(1)]經營非法麻將，從而牟取私利。但事實是有關款項並不屬於上訴人所有，而是被放進[社團(1)]錢箱內，由該社團支配。

— 上指事實互不相容，因為，要麼是上訴人牟取私利，要麼是該社團牟取私利。

— [地址(1)]是[社團(1)]法人住所／會址。上訴人自己（個人）在[社團(1)]法人住所／會址內非法經營麻將。這些事實互不相容，因為，是上訴人支配該場所，或該場所該社團從事其活動之處。

— 審查證據方面的明顯錯誤是指被認定的事實互不相容，也就是被認定或沒有被認定的事實與實際上被認定或沒有被認定的事實不符，或者是從一認定的事實中得出一邏輯上不可接受的結論。當違反有關限定證據價值的規則或職業準則時也屬錯誤。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現，也就是說，受過中等教育的人也很容易察覺到的。（請參見終審法院第 17/2000 號刑事上訴案的 2000 年 11 月 22 日摘要／裁判書製作法官：朱健）

— 上指事實互不相容，是不可以接受的，因為，具中等教育的人也很容易察覺到的。因此，上訴所針對的裁判沾有審查證據方面的明顯錯誤的瑕疵。

— 上訴所針對的裁判要裁定上訴人經營非法麻將罪名成立，其一要件是必須要證明得到該場所內有賭具，而且該等賭具是可以供賭客賭博。

— 上訴所針對的裁判指卷宗內已扣押了一些物件，有抬、椅和麻將。表面看來似乎已符合了上指要件。但是，

— 誠然，正常情況下，一副麻將要有 144 隻牌以及最少一粒骰子才可以供人們耍樂，少一不可。

— 原審法院無證實被扣押的麻將數目是完整無缺，因此，其根本無法證實得到賭客可以用該些麻將進行賭博。

— 而原審法院亦無證實賭客們是在麻將數目不齊的情況下進行麻將耍樂。

— 為證明已認定的事實不足以支持裁判，必須因在調查必要的事實以便作出一適當的法律決定中出現遺漏，從而對已作出的決定來說，已認定的事實是不足夠、不完整的。對於正確地得出被上訴的決定中所裁定的法律上的解決辦法來說，如法院認定的事實不完整時，即出現上述的瑕疵。（請參見終審法院第 17/2000 號刑事上訴案 2000 年 11 月 22 日摘要／裁判書製作法官：朱健）

— 原審法院遺漏了調查被扣押的麻將數目是完整無缺這必要事實，出現遺漏，對裁定上訴人經營非法麻將來說，已認定的事實是不足夠、不完整的，出現已認定的事實不足以支持裁判的

瑕疵。

— 自由刑中受到批評最多的是短期自由刑，有的學者甚至主張完全廢除短期自由刑。

— 關於“短期”的概念，從 1872 年召開的第一次國際監獄會議以來，已經爭論了一個多世紀。有力的主張是三個月說、六個月說與一年說，此外還有一週說、二週說、六週說（Liszt）、四個月說（Carofalo）、九個月說等等，最極端的主張是短期自由刑最下限應為 6 小時或 12 小時。

— 短期自由刑具有弊害，這一點都是給予肯定的。Baumann 與 Quensel 的弊害論可以代表前者，其主張廢除短期自由刑的理由主要有：（1）沒有講究教育、改善手段的餘地，或者說沒有足夠的時間去教育、改善受刑人，且因為時間短、嚴厲性弱而沒有威脅力；（2）短期拘禁只能給受刑人的家族帶來物質上、精神上的貧窮，受刑者被釋放後難以重返社會；（3）由於執行場所太多設施不齊備，不可能有合格的監獄官指導，受刑者反而會感染惡習，使其人身危險性增大；（4）由於這種刑罰的受刑者大多數是初犯，故適用這種刑罰會使他們喪失對拘禁的恐懼感，也做成他們的自尊心低下，不利於防止他們再次犯罪；（5）短期自由刑的受刑者大多屬於下層階級的人，上層階級的犯罪人往往只被處以罰金，這恐怕加深了不公正處；（6）短期自由刑的受刑者過多地占用了監獄設施，給行刑實務造成了過大的負擔；如此等等。

— 基於上指弊害，有的國家的刑法明確規定，只在不可避免的特殊情況下才能宣告短期自由刑。例如德國刑法第 47 條第 1 項規定：法院之科處不滿 6 個月的短期自由刑，只在依犯罪或犯罪人的性格所具特別情況，堪認為科處自由刑對犯罪人之影響作用及法律秩序之維護確不可少時，始得為之。

— 由於特殊情況科處短期自由刑實屬必要的，可例外地科處短期自由刑，也就是說，如果沒有其他與罪責相適應的制裁方式能實現預防性的刑罰目的時，始可科處短期自由刑。因為這裏只可將“對行為人的影響”和“維護法秩序”作為處罰之目的來考慮，因此，自由刑的科處不能僅依據“罪責特別嚴重”，或者甚至依據行為人政治避難申請來進行。

— “特殊情況”可能首先存在於行為之中，比如存在於損害的嚴重程度之中或存在於違背義務之中。能夠構成必須科處短期自由刑的行為人人格的特殊情況，主要是指累犯或具有實施特定犯罪的明顯的傾向。但德國一些高等法院的裁判不無道理地強調指出，單純的數次重新犯罪的事實並不是應當科處短期自由刑的理由，如果在此期間行為人的生活情況發生了有利的變化，則更不能科處短期自由刑。

— 起決定性作用是其他一些先決條件，即科處短期自由刑是為影響行為人所必需。為確認之，必須將短期自由刑對行為人的預期效果與罰金刑的效果相比較。只有當罰金刑確實不能阻止行為人繼續實施犯罪行為，始可考慮科處短期自由刑。

— 科處短期自由刑未因特別預防原因而被允許的，只能以“維護法秩序”思想為依據。這裏主要是出於這樣的考慮，科處短期自由刑是為維持居民的法忠誠所必需的；如果居民對“法的不可侵犯性”產生了動搖，在特別例外之情況下可科處無特殊預防效果的嚴厲的刑罰，此等前提條件只在極少的情況下被允許。

— 短期自由刑之弊處已被學說及司法實踐所認同，這是順應潮流之社會防衛論所主張的刑事政策學的一項重要內容。而各國對短期自由刑弊害的看法與對適用短期自由刑的做法並不相同。但有一點是可以肯定的，即必須採取有效措施防止短期自由刑的弊害。

— 對短期自由刑的刑事政策評價取決於以何種選擇來對其進行比較。相對於非徒刑措施（如罰金刑或緩刑交付考驗）而言，短期地在刑罰執行機關逗留並沒有可測量的特別預防效果，相反，由於行為人在職業、家庭或熟人圈的社會聯繫受到干擾，可能會減少其再社會化的機會。

— Eduardo Correia 曾指出，“現規定緩刑制度的基本觀點是使罪犯避免較短刑罰，因為它包括不良因素及一個高度的傳染危險性很大，並使社會條件改良無望的人受到負面影響，因為正是因刑期較短失去了使罪犯受到再教育的機會。”（參見《Direito Criminal》，第 2 卷，Almedina 出版社，1998 年，第 396 頁）。況且，“目前普遍接受的觀點，亦是不同學派與學術見解的一致觀點是，刑期短暫的徒刑的無效性及危險效果是顯而易見的。”（參見《Instituto de Reinserção Social – Trabalho a Favor da Comunidade》，Almedina 出版社，1998 年，第 25 頁）。參見前高等

法院第 059 號訴訟案的 1993 年 11 月 17 日合議庭裁判。

— 《刑法典》第 44 條之立法原意就是為了避免短期徒刑之負面後果。

— 原審法院科處上訴人 2 個月徒刑無論對社會或上訴人均是弊多利少，要達到特別預防之後果，應將 2 個月徒刑以緩刑進行，在緩刑期間內規定上訴人遵守為其制定的個人計劃，不可以前往某些地方或接觸某些人（根據《刑法典》第 50 條之規定），定期向社工報到並由社工跟進。

— 適度原則的規範性核心表現為禁止過度，它意味若在方法和目的之間應有適當的關係。此核心含義體現出適度原則的三大要素：適當、必需和平衡。為達到某一目的，所使用的方法相對於該目的來說應為適當；在所有適合的方法中，應選擇對合法權益損害最少的；對相衝突的利益以合理的尺度來平衡，用公共利益作為取捨的標準。

— 適度原則是運用自由決定機制中應該遵守的基本原則，當這項原則被明顯違背時，有關行為應被撤銷。（請參見終審法院第 6/2000 號上訴案的 2000 年 4 月 27 日裁判書）

— 按前述學說（在何種情況下才應適用短期徒刑），以及結合案中事實及上訴人的具體情況，原審法院為了預防上訴人再犯罪，而科處上訴人 2 個月短期徒刑，在手段與目的間不吻合，從而違反適當原則。

請求裁定上訴人提出之上訴理由成立，由於上訴所針對的裁判存有在說明理由方面出現不可補救之矛盾、審查證據方面有明顯錯誤及已認定的事實不足以支持裁判，因此，撤銷上訴所針對的裁判。

並補充請求科處上訴人 2 個月的徒刑改為緩刑執行。

檢察院針對該上訴作出答覆，並提出以下結論：

1. 將金錢“放入某會捐款箱”與“作為某人利潤”並無矛盾，以民法角度而言，前者為“持有權”，後者為“物權”；就性質而言，前者為“手段”，後者為“目的”。本質不同之事物不能比較，無矛盾之前提；

2. 故無說明理由方面出現不可補救之矛盾；

3. 同樣地，亦無審查證據方面之明顯錯誤，因存放金錢於寫有[社團(1)]字樣之信箱內，並不立即且必然地排除金錢歸某自然人所有；

4. 非法經營麻將罪之要件載於第 8/96/M 號法律第 12 條，當中並無數麻將隻數，況且被上訴人在現行犯下被拘留，故不存在已認定之事實不足以支持判決；

5. 不主張短期自由刑之說，已為澳門《刑法典》所採納，體現於不超 6 個月之徒刑期以罰金代替（第 44 條）、非自由刑優先原則（第 64 條）及緩刑（第 48 條）等；

6. 上訴人已有了 3 次犯罪紀錄，最後一次亦為非法經營麻將罪，難以滿足上述 3 條之要件，尤指緩刑，因不能得到其未來行為良好之預測，基此，徒刑無可避免地亦是最後手段。

在本審級，助理檢察長出具意見書，現轉錄如下：

“本案被告甲不服初級法院對其作出的有罪判決而提出上訴，認為該判決在說明理由方面出現不可補救的矛盾，在審查證據方面有明顯錯誤，已認定的事實也不足以支持判決，並且在量刑方面違反了適當原則。

針對以上的上訴依據，檢察院司法官已在其對上訴理由的答覆中一一加以分析，認為這些上訴理由都不能成立，我們對此表示贊同。

眾所周知，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項所指的瑕疵是指在案件的事實方面，已認定的事實之間或已認定的事實與未獲認定事實之間，存在矛盾。

“這種矛盾應表現為不可補正或克服的，也就是說，不能根據被上訴決定的整體和一般經驗規則予以解決的”（參見終審法院於在第 17/2000 號刑事上訴案 2000 年 11 月 22 日中所作的判決）。

上訴人指出，上訴所針對的裁判一方面認定上訴人牟取私利，但另一方面又認定上訴人將抽取的金錢放進[社團(1)]的錢箱內，因此在被認定的事實中明顯存在矛盾。

另外，上訴所針對的裁判認定上訴人在[地址(1)]非法經營麻將，但沒有認定該犯罪場所是[社團(1)]的會址，在被認定的事實與沒有被認定的事實之間也出現了矛盾。

我們不能同意這種觀點。

事實上，在上訴人所指出的已證事實間並不存在必然的矛盾，將有關的款項放在寫有“[社團(1)]捐款箱”的信箱中，並不意味著該筆款項會交予[社團(1)]而不屬上訴人的利潤。

相反，在已證事實中清楚載明：有關的款項雖然是被放進上述信箱中，但是“作為第 1 嫌犯甲的利潤”。有關款項並不屬於上訴人，而是因為被放進上述社團的錢箱內而由該社團支配的主張純屬上訴人的個人意見，並未得以證實。

另一方面，我們也不明白上訴人為何認為在其指出的被認定的事實與沒有被認定的事實間出現矛盾。

上訴人指出原審法院沒有認定[地址(1)]是[社團(1)]的會址，但這個事實並未包括在未獲法院認定的事實中。

我們認為，上述店舖是否[社團(1)]的會址對上訴人的判罪並不是那麼重要。而且在法院已認定的事實中寫明上述店舖是上訴人“租用來經營麻將賭博的”，這已明確表明了上述店舖是由何人實際支配，目的為何。

綜合分析本案中的事實材料，我們認為在被上訴的判決中並不存在上訴人所指出的矛盾或不相容之處。

上訴人提出的審查證據方面的明顯錯誤也是以以上提到的事實之間的互不相容作為基礎，因此，這個上訴依據因上面已陳述的理由而同樣不能成立。

上訴人還認為法院已認定的事實不足以支持作出有關判決，其理由是：非法經營麻將罪罪名成立的其中一個要件是“必須要證明得到該場所內有賭具，而且該等賭具是可以供賭客賭博”，但是在本案中，原審法院並沒有證實被扣押的麻將數目是完整無缺的，因此，根本無法證實賭客可以用這些麻將進行賭博。

顯而易見的是上訴人提出的這個上訴理由是沒有任何依據的。

首先，我們不能認同上訴人關於非法經營麻將罪構成要件的看法，因為根據第 8/96/M 號法律第 12 條的規定，“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”，觸犯了非法經營麻將罪，由此可見，立法者將“牟利目的”和“經營麻將賭博”視為該罪必不可少的構成要件。

當然，經營麻將賭博必須要有賭具（麻將等）供賭客使用，但這並不會令其成為有關犯罪的構成要件，更不意味著有關麻將的數目等等直接影響到法院已認定的事實是否充分。

其次，上訴人提出的問題應該是一個證據是否充分的問題，因為他認為原審法院並未調查被扣押的麻將數目是否完整無缺，因此不能證實賭客可以用這些麻將進行賭博，從而導致不能認定上訴人經營麻將的事實。

但是，上訴人經營麻將並不是只能通過麻將的數目來加以證明。

本案例中，原審法院以六名證人的證言以及卷宗所載的書證為依據作出事實的判斷，證實於 2005 年 4 月 12 日 12 時 30 分，當警員前往[地址(1)]進行調查發現有人正在進行麻將耍樂之且上訴人在該地址經營麻將已有一個月。

警方也在案發地點扣押了相關賭博工具，包括兩副麻將牌及兩張麻將枱。雖然並未說明有關麻將牌的具體數目，但這並不影響原審法院在綜合分析了所有的證據材料後得出上訴人經營麻將賭博的結論。

最後，上訴人還認為原審法院判處其兩個月的短期徒刑違反了適當原則。

首先應該指出的是，我們毫不置疑適用短期徒刑會帶來的弊病，也清楚了解很多國家為限制適用短期徒刑及防止其弊害所作出的努力。

根據澳門《刑法典》的有關規定，非剝奪自由的刑罰應優先適用於剝奪自由的刑罰；不超過 6 個月的徒刑應以罰金或其他可科處的非剝奪自由的刑罰來代替；不超過 3 年的徒刑也可暫緩執行。（澳門《刑法典》第 64 條、第 44 條及第 48 條）。

但值得注意的是，以上提到的原則及制度都有一個共同的前提條件，就是非剝奪自由的刑罰、以其他刑罰代替徒刑及緩刑能夠適當及足以實現處罰的目的，包括一般預防及特別預防的目

的。

在以其他刑罰代替徒刑的制度中，如果是為預防將來犯罪而有必要執行徒刑者，則不受此規定的限制。

在其上訴理由闡述中，上訴人片面強調刑罰在特別預防方面的目的，而忽視了一般預防的要求。

從上訴人的刑事犯罪紀錄得知，上訴人並非初犯，除其他犯罪外，也曾於 2001 年 7 月因非法經營麻將而被判處罰金刑。

由此可知，罰金刑並未能阻止上訴人再犯同樣罪行。

上訴人主張應將對其適用的 2 個月徒刑緩期執行，以達到特別預防的效果。

但考慮到上訴人的犯罪前科，我們對緩刑能否適當及足以實現該目的持懷疑態度。

從對同類犯罪的一般預防的角度出發，我們也認為上訴人的情況並不符合澳門《刑法典》第 48 條所規定的條件，不應將對其適用的徒刑緩期執行。

原審法院對上訴人所判刑罰並未違反適當原則。

綜上所述，應駁回上訴人所提出的上訴，維持原判。”

茲予審理。

各助審法官的法定檢閱已完成。

在事實事宜中以下事實視為確鑿：

— 2005 年 4 月 12 日中午 12 時 30 分，當警員奉命到[地址(1)]進行偵查時，發現相關人仕 XXX、XXX、XXX、XXX、XXX、XXX、XXX 及 XXX 正在進行麻將耍樂，經調查後，發現在上述店舖內進行麻將耍樂，每次自摸需抽水澳門幣 10 元，而每四圈則抽水澳門幣 40 元，而有關水款需放進店內一個寫有“[社團(1)]捐款箱”的信箱中，作為第 1 嫌犯甲的利潤。

— 警員在上述信箱中檢獲澳門幣 320 元及在麻將檯的抽屜內檢獲澳門幣共 370 元之賭款(參見本案第 5 頁及第 6 頁)。同時，警員亦扣押了本案第 4 頁所指的賭博工具，第 6 頁及第 7 頁所指的信箱及鎖連鎖匙。

— 第 1 嫌犯在上述店舖內經營麻將已有一個月，每天約可收取澳門幣 200 元的“抽水”利潤。

— 上述店舖是第 1 嫌犯租用來經營“麻將”賭博的，月租澳門幣 1,000 多元。

— 第 2 嫌犯負責協助第 1 嫌犯看管上述店舖及接待到來進行麻將耍樂的人仕。

— 第 1 嫌犯在有意識、自由及自願的情況下作出上述行為，明知未獲許可不能經營上述麻將賭博，但仍經營。

— 第 2 嫌犯在有意識、自由及自願的情況下作出上述行為的，明知第 1 嫌犯非法經營麻將賭博，但仍協助其進行經營。

— 兩名嫌犯明知此等行為是法律所禁止和處罰的。

— 同時，亦證實嫌犯的個人狀況如下：

— 第 1 嫌犯為管理員，月入澳門幣 4,500 元，需供養兩名未成年兒子及母親。

— 嫌犯具小學四年級學歷。

— 根據刑事紀錄證明，嫌犯並非初犯，曾因不法經營麻將罪被判罰金。

— 第 2 嫌犯無業，靠社工局援助金每月澳門幣 1,500 元為生，無人需供養。

— 嫌犯具小學二年級學歷。

— 根據刑事紀錄證明，嫌犯並非初犯，曾兩次因不法經營麻將罪被判緩刑。

— 未獲證實的事實：沒有。

審理如下：

在上訴結論中，提出下列的問題：

一、在說明理由方面出現不可補救之矛盾；

二、在審查證據方面明顯有錯誤；

三、已認定之事實不足以支持裁判；

四、違反量刑的適當及適度原則。

一、在說明理由方面出現不可補救之矛盾

為此，陳述指稱：“上訴所針對的裁判一方面認定上訴人牟取私利，但另一方面又認定上訴人將抽取的金錢放進[社團(1)]錢箱內，這裏明顯出現了在被認定的事實中存在矛盾”，還有“上訴所針對的裁判認定上訴人在[地址(1)]非法經營麻將，而沒有認定犯罪場所是[社團(1)]的會址，這裏出現了在被認定的事實與沒有被認定的事實間出現了矛盾”。

一如我們理解，只有當視為獲證實的事實之間，視為獲證實的與未獲證實的事實之間，以及事實事宜之證據性理由說明與裁判之間有不相容時，方存在不可補正之矛盾。¹

換言之，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款規定的說明理由方面出現矛盾的瑕疵，在對一獲證明之事實與一未獲證明之事實兩者之間的互不相容作考慮時，必須是明顯和大量的。²

顯然上訴人是沒有理由的。

在第一組事實中，經證明的事實是“上訴人從賭客中抽得的款項全部入進一寫有[社團(1)]的箱內”，一方面並不表示該箱是屬於[社團(1)]，另一方面上訴人把上述金額交給該會。

相反，毫不含糊經證明的是“有關水款需放進店內一個寫有“[社團(1)]捐款箱”的信箱中，作為第 1 嫌犯甲的利潤”，這看來是明顯符合在比較中的事實 — 上訴人牟取私利。

關於第二組事實，對經證明及未經證明的事實作比較，上訴人忘記了法院沒有把該被指出的事實 — 犯罪場所是[社團(1)]的會址 — 未包括在“未獲證實的事實”中。

我們不明白為何上訴人以被視為獲證明的事實與在未獲證實的事實中沒有載明的事實作出比較。在此處是沒有可比較的事實，沒有事實方面的矛盾。

因此，該部分的上訴理由不成立。

二、在審查證據方面明顯有錯誤

陳述指出“上訴所針對的裁判指上訴人在[地址(1)]經營非法麻將，從而牟取私利。但事實是有關款項並不屬於上訴人所有，而是被放進[社團(1)]錢箱內，由該社團支配”。

眾所周知，本法院的合議庭裁判一直認定：當視為獲證明或未獲證明的事實與實際獲證明的或未獲證明的事實不符，或者從視為獲證明之事實中得出一項邏輯上不可接受的結論時，且這種情況是明顯的，普通人可覺察的，方存在在證據審查方面明顯有錯誤。³

上訴人對下列已獲證明的事實作出反駁，即第 1 嫌犯租用上述店舖來經營“麻將”賭博的，月租澳門幣 1,000 元，在店舖內經營麻將已有一個月，每天約可收取澳門幣 200 元的“抽水”利潤，而有關水款需放進店內一個寫有“[社團(1)]捐款箱”的信箱中，作為第 1 嫌犯甲的利潤，上訴人只表示不同意法院所作出的事實事宜的裁決，並以此質疑法院的自由心證，但根據《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，這是不可被審查的。

因此，顯然從卷宗中載明了所有元素，尤其證人在聽證中作出的證言，從而證實有關事實。上訴人此部分的上訴理由也不成立。

三、已認定之事實不足以支持裁判

上訴人認為“原審法院無證實被扣押的麻將數目是完整無缺，因此，其根本無法證實得到賭客可以用該些麻將進行賭博”以及“而原審法院亦無證實賭客們是在麻將數目不齊的情況下進行麻將耍樂”。

關於不充足的問題，無論是前高等法院，還是澳門特別行政區的中級法院，都作出了一致的司法見解，那就是獲證明的事實事宜不足以支持作出該裁判的瑕疵，是指獲證明之事實事宜不足以說明所作出的法律上的裁判為合理，它不包括證據不足以支持裁判，即僅當法院在查明法律上

¹ 參見 Germano Marques da Silva：《Curso de Processo Penal》，第 3 卷，第 325 頁。

² 本中級法院第 132/2000 號案件的 2000 年 9 月 14 日合議庭裁判。

³ 參閱高等法院的合議庭裁判：第 847 號案件的 1998 年 6 月 11 日、第 895 號案件的 1998 年 9 月 24 日、第 1111/99 號案件的 1999 年 9 月 29 日、第 1263 號案件的 2000 年 2 月 3 日及第 1267 號案件合議庭裁判。

的裁判必不可少的事實事宜方面存有漏洞時方出現這種瑕疵。⁴

歸根結底，上訴人提出證據不足的問題，但這問題不應與事實不足相混淆，再一次質疑法院的自由心證。

獲證實的是：

— “2005年4月12日中午12時30分，當警員奉命到[地址(1)]進行偵查時，發現相關人仕XXX、XXX、XXX、XXX、XXX、XXX、XXX及XXX正在進行麻將耍樂，經調查後，發現在上述店舖內進行麻將耍樂，每次自摸需抽水澳門幣10元，而每四圈則抽水澳門幣40元。”

另一方面，在審判聽證後，法院尤其考慮了六名證人的供詞而形成心證。不可以這個心證提起申駁。

我們認為，從卷宗中不能證實存在事實事宜的遺漏，從被視為證實的事實足以作出法律上清楚的裁決，因為根據第8/96/M號法律第12條的規定，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，可被判處...”，上訴人的行為構成該罪行。

基於此，不能證實存在上訴人指出的各種瑕疵。

現在我們開始分析法律問題。

四、違反量刑的適當及適度原則

上訴人在本案中認為不應適用剝奪短期自由的刑罰，因為如果沒有其他與罪責相適應的制裁方式能實現預防性的刑罰目的時，始可科處短期自由刑。因為這裏只可將“對行為人的影響”和“維護法秩序”作為處罰之目的來考慮，因此剝奪短期自由的刑罰不可基於特別預防而被適用，而只可以訴諸“維護法秩序”的理據。這樣就應暫緩執行徒刑。

本案中，裁判作出了兩個階段的考慮：選擇徒刑及不暫緩執行徒刑。

在選擇徒刑時，原審法院考慮嫌犯再一次觸犯同一罪行，從而顯示其犯罪程度高，且罰金並不足以達到處罰之目的。

另一方面，原審法院在考慮嫌犯的人格、其生活狀況、犯罪前後之行為，認為徒刑暫緩執行不能產生阻止繼續犯罪及滿足處罰目的的效果。

一如所知，法院就非剝奪自由刑罰之確定在量刑方面有三個時刻：（一）在選擇徒刑與罰金兩者之間，先選罰金（《刑法典》第64條）；（二）被具體科處之徒刑不超過六個月者，須以罰金代替之（《刑法典》第44條）；（三）被科處的具體徒刑不超過三年者得暫緩執行（《刑法典》第48條）。

上訴人只要求暫緩執行被科處的刑罰，那麼讓我們看看該問題。

眾所周知，當經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，認為僅對事實作譴責並以監禁作威脅可適當及足以實現處罰之目的者，澳門《刑法典》第48條賦予了審判者暫緩執行所適用之不超過3年之徒刑的權力和義務。

換言之，要暫緩執行不超過三年之徒刑，即現在的情況，審判者須考慮作出裁判時而非實施犯罪時嫌犯的行為，以作出有利於嫌犯的預期的判斷，從而使刑罰的威脅適當及足以實現處罰之目的。⁵

經證實的是：

— “第1嫌犯為管理員，月入澳門幣4,500元，需供養兩名未成年兒子及母親。

— 嫌犯具小學四年級學歷。

— 根據刑事紀錄證明，嫌犯並非初犯，曾因不法經營麻將罪被判罰金。”

上訴人基於同一罪行而被判刑是發生在2001年7月，他被判處支付50日罰金，每日澳門幣

⁴ 參閱高等法院的合議庭裁判：第847號案件的1998年6月11日、第895號案件的1998年9月24日、第973號案件的1999年2月3日、第1026號案件的1999年4月21日、第1052號案件的1999年5月19日、第1073號案件的1999年6月2日、第1078號案件的1999年6月9日、第1090號案件的1999年6月23日、第1107號案件的1999年10月6日、第1263號案件的2000年2月3日及第1267號案件合議庭裁判。

⁵ Maia Gonçalves：《Código Penal Português, anotado e comentado》，第10版次，1996年，第233頁，當中引述葡萄牙最高法院第47577/3^a號案件的1995年5月11日合議庭裁判。

60 元的刑罰，該刑罰因為上訴人於 2001 年 12 月 3 日支付所有罰金而被消滅。

考慮到時間的過去、不法程度屬一般，所犯罪行對社會帶來的後果，我們認為根據澳門《刑法典》第 48 條規定暫緩執行刑罰已適當地及足以達到處罰的目的。

基於此，決定暫緩執行 2 個月的徒刑，為期 3 年，按照澳門《刑法典》第 48 條第 2 款及第 50 條第 2 款 b 項的作為對嫌犯採取的行為規則，在刑罰暫緩執行期間，必須禁止其在發生本案事實事宜的“場所”出現。

綜上所述，本中級法院合議庭裁定上訴理由部分成立，撤銷被上訴裁決中關於刑罰份量的部分，並根據現被確定的準確條文對嫌犯判刑。

訴訟費用按 3/4 的比例由上訴人承擔，司法費定為 3 個計算單位。

蔡武彬（裁判書製作法官，於 2005 年 9 月 28 日表決及簽署）— João A. G. Gil de Oliveira
（趙約翰）— 賴健雄