

上訴案第 717/2018 號

日期：2019 年 6 月 6 日

- 主題：
- 事實不足以作出法律適用的瑕疵
 - 法律問題
 - 從犯
 - 連續犯

摘 要

1. 《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所指的獲證事實不足以支持作出法律的適用的瑕疵所指的瑕疵是指法院在調查事實時出現遺漏，所認定的事實不完整或不充份，以至依據這些事實不可能作出有關裁判中的法律決定。而這個瑕疵所說的是事實不足，不是指證據的不足，另一方面是事實層面的瑕疵，並非指構成犯罪要件的事實的缺乏方面的法律問題。

2. 上訴人所主張的其充其量僅在整個犯罪過程中具有從犯的身份，而不應認定上訴人 A 具有共同正犯的身份進而指責原審法院的判決存在事實不足以支持法律適用的瑕疵的上訴理由，明顯是一個法律問題。
3. 在從犯中，存在著對正犯之行為實施的簡單幫助或便利，沒有這種幫助或便利，正犯之行為也許亦可實施，但時間、地點或情節不同。因此，從犯處於罪狀行為之外(僅當參與實行犯罪計劃 —— 即使屬部分參與時，才不再是從犯，而轉而成為共同正犯之‘角色’)。
4. 已證事實顯示上訴人僅知曉其舅父嫌犯的為賭博的高利貸犯罪意圖和計劃，並作出參與，其參與並非單純的提供幫助和便利，而完全是為實施高利貸的犯罪計劃作出其作為正犯的角色犯罪行為，沒有可以考慮成為從犯的餘地。
5. 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的情況。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 717/2018 號

上訴人：A (A)

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情敘述

澳門特別行政區檢察院控告四名嫌犯分別觸犯了以下犯罪：

- B 及 A 以共同正犯及行為既遂方式觸犯一項由 8/96/M 號法律第 14 條結合第 13 條澳門及《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰的「文件的索取或接受罪」；
- B、A、C 及 D 以共同正犯及行為既遂方式觸犯一項由 8/96/M 號法律第 14 條結合第 13 條澳門及《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰的「文件的索取或接受罪」。

並提請初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR5-17-0292-PCC 號案件中，經過庭審，最後作出了以下的判決：

- 第一嫌犯 C 及第二嫌犯 D 被指控以共同正犯及行為既遂方式觸犯一項由 8/96/M 號法律第 14 條結合第 13 條及澳門《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰的「文件的索取或接受罪」，均罪名不成立；
- 第三嫌犯 B 以共同正犯及行為既遂方式觸犯兩項由 8/96/M 號法律第 14 條結合第 13 條及澳門《刑法典》第 219 條第 1 款所

規定及處罰的「文件的索取或接受罪」，均罪名成立，每項判處兩年六個月徒刑；兩罪競合，合共被判處三年徒刑，並根據澳門《刑法典》第 48 條的規定，暫緩執行上述刑罰，為期三年；根據第 8/96/M 號法律第 15 條的規定，判處第三嫌犯禁止進入本特區所有賭場之附加刑，為期三年；及

- 第四嫌犯 A 被指控以共同正犯及行為既遂方式觸犯兩項由 8/96/M 號法律第 14 條結合第 13 條及澳門《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰的「文件的索取或接受罪」，改判為：兩項由 8/96/M 號法律第 13 條及澳門《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰的「為賭博的高利貸罪」，均罪名成立，每項判處九個月徒刑；兩罪競合，合共被判處一年兩個月徒刑，並根據澳門《刑法典》第 48 條的規定，暫緩執行上述刑罰，為期兩年；根據第 8/96/M 號法律第 15 條的規定，判處第四嫌犯禁止進入本特區所有賭場之附加刑，為期兩年。

第四嫌犯 A 不服判決，向本院提起上訴：

1. 對於被上訴的判決書，出現了獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判及適用法律錯誤問題（連續犯制度的適用），將引致有關判決無效。
2. 透過被上訴的判決書第 2 項的認定的事實，明顯地印證了上訴人 A 在 XXX 娛樂場 XXX 開設一個兌碼戶口，編號（GG）008 組 2XXX。（見判決書中的認定事實第二項、第七項及第十二項）
3. 嫌犯 B 伙同其他在逃人士，包括“傻 X”、“XX 妹”及另一不知名女子，先後兩次向被害人 E 借出款項作賭博。
4. 但是，上訴人 A 從來就沒有參與商討借款的過程，上訴人亦不認識被害人 E，更從來沒有與被害人有任何接觸。
5. 上訴人 A 在嫌犯 B 團伙的借貸行為中，其作用是協助嫌犯 B 而提供其開設的兌碼戶口，以方便嫌犯 B 操控。
6. 除嫌犯 B 外，上訴人 A 並不認識“傻 X”、“XX 妹”或其他共同

正犯。

7. 從被上訴的判決書得悉，涉案的兩次借款予被害人 E 都是由嫌犯 B 致電告訴上訴人 A，要求上訴人透過其兌碼戶口借項予被害人。(見判決書中的認定事實第六項及第十一項)
8. 因此，在被指控的犯罪過程中，上訴人 A 僅擔當着提供兌碼戶口予嫌犯 B 使用，而不存直接的或間接的參與借貸的實施。
9. 更何況，上訴人 A 所提供的方便對以嫌犯 B 團伙是否實施被指控的犯罪事實並沒有任何決定性的作用。
10. 因此，除應有的尊重外，按照題述卷宗內所認定的事實應歸納出上訴人 A 在所被指控的犯罪過程中僅具有從犯的身份，而不應認定上訴人為「共同正犯」。
11. 以致被上訴的合議庭判決沾有[獲證明之事實上之事宜不足支持作出該裁判]的瑕疵而應予以廢止。
12. 此外，上訴人 A 懇請上訴庭法官 閣下，根據被上訴的合議庭判決所認定的事實，並結合原來的判罪標準，裁定上訴人以從犯及行為既遂方式觸犯由 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」。
13. 此外，從判決書中所認定的事實足以印證兩次的借款，都是由被害人 E 主動提出借款的要求；而上訴人 A 則是被動地應另一嫌犯 B 的要求，讓他使用其兌碼戶口作借款之用。
14. 澳門《刑法典》第 29 條第 2 款則規定：“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。”
15. 除非有更充份的依據，否則，根據上指的規定並結合本案所認定事實的具體情節，上訴人 A 的兩次借出其兌碼戶口作借款，應構成一連續犯。
16. 正如，澳門的司法見解亦有相同的解釋，包括中級法院 2000

年1月20日卷宗編號1275、2001年5月17日卷宗編號63/2001、2003年6月14日卷宗編號175/2002、2003年9月18日卷宗編號195/2003、2004年4月22日卷宗編號25/2004、2006年7月27日卷宗編號231/2006等。

17. 綜合上述所指的中級法院合議庭裁決，應裁定上訴人 A 的兩次不法行為構成「連續犯」。
18. 因此，根據《刑法典》第 73 條規定的精神，應以可科處於連續數行為中最嚴重行為的刑罰處罰。
19. 那麼，上訴人 A 認為被訴的合議庭判決遺漏了連續犯制度的適用，應予以廢止。
20. 另外，上訴人 A 亦懇請上訴庭法官 閣下，根據被上訴的合議庭判決所認定的事實，並結合原來的判罪標準，裁定上訴人不高於九個月的徒刑，並根據澳門《刑法典》第 48 條的規定，暫緩執行刑罰，為期不多於兩年。

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

獲證明之事實不足以支持作出裁判

1. 上訴人認為：其不認識被害人，沒有參與商討借款的過程，純粹提供兌碼戶口予第三嫌犯使用，沒有直接或間接參與借貸的實施，按已證事實應認定為「從犯」而非「共同正犯」，因此，被上訴裁判患有題述瑕疵。對此，在充分尊重的前提下，本檢察院不予認同。
2. 區分「共同正犯」及「從犯」的關鍵在於：行為人對能否或如何實現犯罪，是否取決於行為人的支配或貢獻。
3. 本案中，無論是被上訴裁判的已證事實，抑或事實判斷中有關庭上依法宣讀的訊問筆錄內容，均一致反映出，兩次作案中，第三嫌犯均需要致電上訴人並取得同意後，方可借款予被害人賭博。亦即是說，上訴人對是否借出賭資，以及借出的金額，

有絕對的支配權。

4. 上訴人沒有提交答辯狀。
5. 基於此，本檢察院認為，已證事實有關第三嫌犯每次借出賭資均需要取得上訴人同意的事實，足以支持「共同正犯」的結論，同時，庭上依法宣讀的訊問筆錄內容，與上述已證事實一致，在沒有答辯狀提出相關觀點的情況下，看不到被上訴裁判存有題述瑕疵，應予駁回。

連續犯

6. 上訴人認為：兩項控罪構成連續犯，僅應判處不高於 9 個月徒刑，緩刑不多於 2 年。對此，在充分尊重的前提下，本檢察院不予認同。
7. 上訴人沒有具體指出，本案可相當減輕行為人罪過之同一外在情況為何。
8. 本案的作案時間分別為 2016 年 5 月 31 日晚上及 6 月 1 日凌晨；被害人是中國內地居民。
9. 從賭博高利貸犯罪者的角度來看，被害人不可能長時間逗留本澳及賭場，在最短時間內，借出最多賭資，便能獲取最大利益。
10. 亦即是說，上訴人在數小時後再次向被害人借出賭資的行為，惡性及罪過程度都較第一次行為嚴重，這與連續犯的概念背道而馳。
11. 基於此，本檢察院認為，上訴人這方面的理據不足，應予駁回。

駐本院助理檢察長提出法律意見書：

2018 年 6 月 7 日，初級法院裁定嫌犯 A 以共同正犯及既遂方式觸犯了 2 項第 8/96/M 號法律第 13 條及《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰之「為賭博之高利貸罪」，每項判處 9 個月徒刑，兩罪競合，合共判處 1 年 2 個月徒刑，緩刑 2 年執行，並判處嫌犯 A 禁止進入本區所有賭場 2 年的附加刑。

上訴人 A 不服上述令議庭裁判，並向中級法院提起上訴。

在其上訴理由中，上訴人 A 認為被上訴之合議庭裁判沾有獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判及適用法律錯誤(連續犯制度的適用)的瑕疵，然而，雖然上訴人 A 之上訴理由未嚴格滿足《刑事訴訟法典》第 402 條第 2 款 a 項之要求，但根據其上文下理，我們姑且推論其欲指出的是《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項及第 400 條第 1 款、《刑法典》第 29 條第 2 款及第 73 條之違反。

對於上訴人 A 提出的上訴理由，我們認為均不成立，應全部予以駁回。

1.關於《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項之違反

在其上訴理由中，上訴人 A 認為其從來就沒有參與商討供款過程，亦不認識被害人，更從無與被害人有任何接觸，其只是協助嫌犯 B (非上訴人) 而提供其開設的兌碼戶口以方便後者操控，不存在直接或間接參與借貸的實施，控卷宗內所認定的事實，其充其量僅在整個犯罪過程中具有從犯的身份，而不應認定上訴人 A 具有共同正犯的身份，從而指責被上訴的合議庭裁判沾有“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”之瑕疵，違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項的規定。

一如所知，眾多司法見解就《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所指的瑕疵已作出過精辟的解讀，概念性質的表述可見中級法院第 32/2014 號上訴案件於 2014 年 3 月 6 日作出的裁判：

“1.所謂的事實不充分的瑕疵僅存在於法院沒有證實必要的可資作出適當法律適用以及決定案件實體問題的事實；法院在審判過程中必須在該刑事訴訟案件的標的包括控訴書或辯護詞所界定的範圍內，對這些事實作調查。

在本具體個案中，原審法院已一一就檢察院控訴書所劃定的訴訟標的作出了必要的調查，被上訴的合議庭亦明確表明了認定及不認定的立場，並結合嫌犯 A 的聲明、尤其宣讀了在偵查時其所作的聲明、其他嫌犯的聲明、證人證言及卷宗其他證據等，作為原審法院形成心證的基礎，尤其指出“證實嫌犯 A 意圖為自己及他人獲得財產利益，便與他人以共

謀合力及分工合作形式先後兩次借款予涉案證人進行賭博”，從而毫無疑問地認定上訴人 A 的行為符合《刑法典》第 25 條、第 8/96/M 號法律第 13 條及《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰之「為賭博之高利貸罪」的法定罪狀主觀及客觀要件。

在此必須強調，上訴人 A 無疑是將“錯誤適用法律”跟“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”混為一談了。

因此，我們認為，被上訴的合議庭裁判無從沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定之“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”之瑕疵。

鑒於此，應裁定上訴人 A 此部份上訴理由不成立，並予駁回。

2.關於適用法律錯誤（連續犯制度的適用）之違反

在其上訴理由中，上訴人 A 認為又認為其行為構成連續犯,指責被上訴的合議庭裁判違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款、《刑法典》第 29 條第 2 款及第 73 條之規定，認為應判處不高於 9 個月的徒刑，並緩刑不多於 2 年執行。

關於《刑法典》第 29 條第 2 款連續犯之規定，不乏精闢的司法見解指出其前提要件，如中級法院於 2013 年 10 月 31 日在第 528/2013 號上訴案件作出之裁判：

“1.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。

……”

終審法院亦曾於 2014 年 9 月 24 日在第 81/2014 號上訴案件中亦一再提醒我們：

“一、罪行連續性的根本前提是存在一種來自外部並且在相當程度上方便了犯罪活動的再次出現，使得對行為人以不同的方式行事，亦即依法行事的可要求性漸趨減低的關係。

二、法院在審查連續犯罪的要件，尤其是受同一外在情況的誘發使得行為人的罪過得到相當減低這一要件是否得到滿足時應該尤其嚴格。

……”

在本具體個案中，根據第 6 點及第 11 點已證事實可以證實嫌犯 B 每次向被害人借出款項都必須先打電話告知嫌犯 A 借款一事，並取得嫌犯 A 同意後才透過後者的戶口取得款項。

可見，上訴人 A 在實施第一次犯罪隨後的次數的犯罪時，我們未能看見是基於在實施前一次犯罪存在任何能令其感到便利的情節，明顯地，上訴人 A 每作出一次同意行為都是出於獨立的故意，而其故意應備受責備的程度亦沒有可獲相當減輕的餘地。

值得強調的是，上訴人 A 在其上訴理由中，只引用了一些裁判對於連續犯的見解，卻始終沒有明確闡述可相當減輕其罪過的外在情節具體究竟有哪些，足以作為支持認定其行為係屬連續犯，從而應以《刑法典》第 73 條之規定作出處罰的。

因此，可以斷言，上訴人 A 被判罪的事實情節中並不存在《刑法典》第 29 條第 2 款所規定的連續犯的外在情況，可認為上訴人 A 每次重複犯罪時的罪過程度並無以遞減方式逐次減輕，不受惠於連續犯制度，不能適用《刑法典》第 73 條之處罰規定。

鑒於此，被上訴的合議庭判處上訴人 A 以共同正犯及既遂方式觸犯了 2 項第 8/96/M 號法律第 13 條及《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰之「為賭博之高利貸罪」是正確的。

鑒於此，應裁定上訴人 A 此部份上訴理由亦不成立，應予駁回。

綜上所述，應裁定上訴人 A 的上訴理由全部不成立，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

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

- 案發前，嫌犯 B 在澳門娛樂場內認識兩名分別叫“傻 X”及“XX 妹”的女子，三人協議一同在本案娛樂場尋找賭客，擬伺機借款予賭客用作賭博，並從中抽取利息圖利。
- 案發前，嫌犯 A 在其舅父兼嫌犯 B 陪同下在 XXX 娛樂場 XXX 開設編號 008 組 2XXX 的兌碼戶口；當時，嫌犯 B 向嫌犯 A 表示日後會使用該戶口簽借款項供賭客賭博，亦會使用該戶口進行兌碼，並可將兌碼所得的碼佣及從賭客所抽取的利息與嫌犯 A 一起瓜分，兩嫌犯 A 表示同意，之後，該兩名嫌犯便使用該戶口借款予他人賭博圖利。
- 2016 年 5 月 30 日，被害人 E（以下簡稱“被害人”）入境澳門後，其透過一名叫“XX”的女子介紹下聯繫及要求“傻 X”及“XX 妹”借出款項予其進行賭博，之後，“傻 X”便告知嫌犯 B 被害人欲借款賭博。
- 2016 年 5 月 31 日晚上 8 時許，被害人按“傻 X”指示前往 XXX 中心娛樂場 XXX 貴賓會的休息區與嫌犯 B、“傻 X”、“XX 妹”及一名不知名女子會合商議借款賭博事宜。
- 商議借款期間，上述不知名女子表示可以借出港幣二十萬元（HKD\$200,000.00）予被害人作賭博百家樂之用，條件是被害人於每賭局以 8 或 9 點勝出時，須抽取投注額的百分之五十（50%）作為利息，以及須以其中國往來港澳通行證連同入境申報表和中國護照作借款抵押，並簽署借據。被害人表示同意借款條件，便即時簽署一張人民幣十七萬二千元（RMB¥172,000.00）的借據，以及將上述證件交予嫌犯 B 作借款抵押及保管。
- 接著，“傻 X”著嫌犯 B 協助出資借款，嫌犯 B 便致電告知嫌犯 A 被害人借款一事，以及要求嫌犯 A 透過上述戶口借出款項予被害人用作賭博，而嫌犯 A 表示同意，但須收取所抽取的部份

利息作為介紹費。

- 及後，嫌犯 B 透過嫌犯 A 在上述娛樂場的編號 (GG) 008 組 2XXX 的兌碼戶口內以被害人名義簽出借款港幣二十萬元 (參見卷宗第 130 頁)，接著，嫌犯 B 將提取出來的港幣二十萬元 (HKD\$200,000.00) 籌碼交給被害人在上述貴賓會賭博。
- 賭博期間，嫌犯 B、“傻 X”、“XX 妹”及上述不知名女子分別按協議向被害人抽取利息、兌碼及在旁監視賭局。賭博後，被害人贏得金錢，並將港幣二十萬元 (HKD\$200,000.00) 交給嫌犯 B 作還款，並存回嫌犯 A 的上述兌碼戶口內，“傻 X”亦隨即將上述證件歸還被害人及將上述相關借據撕毀，嫌犯 B 等人便離開現場，而被害人則自行在該娛樂場繼續賭博。
- 賭博至 2016 年 6 月 1 日凌晨，被害人在上述娛樂場輸光所有金錢，及後，被害人致電“傻 X”欲再向其借款賭博，接著，被害人按“傻 X”指示前往上述貴賓會與嫌犯 B、“傻 X”、“XX 妹”及上述不知名女子會合商議借款事宜。
- 商議借款期間，上述不知名女子同意再借出港幣二十萬元 (HKD\$200,000.00) 予被害人作賭博百家樂之用，條件是被害人於每賭局以 8 或 9 點勝出時，須抽取投注額的百分之五十 (50%) 作為利息，以及須以其中國往來港澳通行證和中國護照作借款抵押，並簽署借據。被害人同意借款條件及簽署借據後，便即時簽署一張人民幣十七萬二千元 (HKD\$172,000.00) 的借據，之後將上述證件及借據交予嫌犯 B 作借款抵押及保管。
- 接著，嫌犯 B 再致電嫌犯 A 要求協助借出兌碼戶口借取金錢，嫌犯 A 答允。
- 之後，嫌犯 B 將從編號 (GG) 008 組 2XXX 的兌碼戶口提出的港幣二十萬元 (HKD\$200,000.00) 籌碼交給被害人賭博，賭博期間，嫌犯 B、“傻 X”、“XX 妹”及上述不知名女子分別按協議向被害人抽取利息、兌碼及在旁監視賭局。

- 期間，嫌犯 B 等人透過“大 X”召來嫌犯 C 到場陪同被害人，而嫌犯 C 亦透過手提電話取得被害人的證件相片及被害人的片段，以便核對身份。
- 賭博至同日下午約 4 時，被害人輸清借款，其間，被害人合共被抽取了港幣七萬元 (HKD\$70,000.00) 的利息。
- 之後，嫌犯 C 應上述不知名女子要求帶被害人返回 XXX 酒店 2818 號房間，以等候被害人還款。
- 稍後，嫌犯 D 亦來到上述房間與嫌犯 C 一同守候被害人還款。
- 2016 年 6 月 2 日早上約 11 時，警員接報前往上述酒店房間調查，並在上述 XXX 酒店 2818 號房間找到被害人，並當場截獲兩名嫌犯 C 及 D，從而揭發事件。
- 上述嫌犯等人的部份行為被 XXX 中心娛樂場的監控錄像系統所拍攝及紀錄。
- 嫌犯 B 及嫌犯 A 意圖為自己及他人獲得財產利益，便與他人以共謀合力及分工合作形式先後兩次借款予被害人進行賭博，嫌犯 B 與他人向被害人協議借款賭博，並從中抽取利息圖利，又扣留被害人的證件作借款保證，兩名嫌犯 C 及 D 追討相關欠款，嫌犯 A 提供兌碼戶口借款，以獲取碼佣及部份利息，嫌犯 B 與同伙及被害人接洽、抽取利息及扣留證件。
- 嫌犯 B 及嫌犯 A 在自由、自願及有意識的情況下作出上述行為，且清楚知道其行為觸犯法律，會受法律制裁。
- 在庭上還證實：
- 根據刑事紀錄證明，第一嫌犯、第二嫌犯及第三嫌犯均為初犯，第四嫌犯有以下刑事紀錄：於第 CR3-18-0095-PCC 號卷宗，第四嫌犯被指控觸犯一項為賭博高利貸罪，將於 2018 年 7 月 5 日進行宣判。
- 證實四名嫌犯個人及經濟狀況如下：
- 第一嫌犯在檢察院於 2016 年 6 月 3 日報稱具沒有接受教育，

每月收入人民幣四千元，需供養父母及祖父母。

- 第二嫌犯在檢察院於 2016 年 6 月 3 日報稱具有高中畢業的學歷，每月收入人民幣一千五百元，無需供養任何人。
- 第三嫌犯聲稱具有小四年級學歷，靠儲蓄為生，需供養妻子及一名女兒。
- 第四嫌犯聲稱具有初中畢業學歷，已失業 7 至 8 個月左右，當時每月收入約澳門幣一萬一千至一萬二千元，現在沒有收入，需供養一名兒子。
- 經庭審未查明的事實：
- 控訴書第一點：案發前，嫌犯 B、“傻 X”、“XX 妹”約定倘賭客未能還款，則會透過一名叫“大 X”的男子召來包括兩名嫌犯 C 及 D 在內的人士協助看管賭客還款，而兩名嫌犯 C 及 D 均知悉其所需看守的賭客均為欠下賭場高利貸而無力償還的人士。
- 控訴書第十三點：嫌犯 C 到場準備看管被害人。
- 控訴書第十七點：當時，兩名嫌犯 C 及 D 均知悉所追討的欠款為賭博高利貸的欠款。
- 控訴書第二十點：嫌犯 C 及 D 意圖為自己及他人獲得財產利益，便與他人以共謀合力及分工合作形式先後兩次借款予被害人進行賭博。
- 控訴書第二十一點：嫌犯 C 及 D 在自由、自願及有意識的情況下作出上述行為，且清楚知道其行為觸犯法律，會受法律制裁。
- 嫌犯 C、嫌犯 D 及嫌犯 A 共兩次扣留被害人的證件作為借款保證，嫌犯 C、嫌犯 D 及嫌犯 A 知悉嫌犯 B 扣留被害人的證件作借款保證。
- 其他與上述已證事實不相符的事實。

三、法律部份

上訴人 A 在其上訴理由中，認為其從來就沒有參與商討供款過程，亦不認識被害人，更從無與被害人有任何接觸，其只是協助嫌犯 B（非上訴人）而提供其開設的兌碼戶口以方便後者操控，不存在直接或間接參與借貸的實施，按卷宗內所認定的事實，其充其量僅在整個犯罪過程中具有從犯的身份，而不應認定上訴人 A 具有共同正犯的身份，從而指責被上訴的合議庭裁判沾有“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”的瑕疵。

1、獲證明事實的事宜不足以支持作出該裁判的瑕疵

先不論是否存在事實不足的瑕疵，上訴人所主張的其充其量僅在整個犯罪過程中具有從犯的身份，而不應認定上訴人 A 具有共同正犯的身份進而指責原審法院的判決存在事實不足以支持法律適用的瑕疵的上訴理由，明顯是一個法律問題，如果已證事實沒有可以適用犯罪的從犯，這僅僅涉及對事實的解釋和法律適用的問題，而考慮這個問題的時候已經經過了事實的認定階段以及沒有了產生事實的瑕疵的問題的可能條件。因為，如果確認存在事實的不足的瑕疵，其結果將是重新對訴訟標的的審理，以及重新認定事實，而不是作出法律的改判。

其次，獲證事實不足以支持作出法律的適用的瑕疵所指的瑕疵是指法院在調查事實時出現遺漏，所認定的事實不完整或不充份，以至依據這些事實不可能作出有關裁判中的法律決定。¹ 而這個瑕疵所說的是事實不足，不是指證據的不足，² 另一方面是事實層面的瑕疵，並非指構成犯罪要件的事實的缺乏方面的法律問題。

上訴人所指責的事實不足的瑕疵並不存在，因為原審法院所認定的事實，不存在任何審理的遺漏，也不存在任何的漏洞以至於無法作出適當的法律適用。而根據這些事實是否可以像上訴人所主張的那樣認定其沒有參與犯罪或者充其量為從犯則是另外一回事，也是下文需要繼續審

1 中級法院於 2014 年 6 月 26 日在第 748/2011 號上訴案所作的裁判。

2 中級法院於 2014 年 7 月 17 日在 316/2014 號上訴案件中所作的裁判。

理的法律問題之一。

2、從犯

關於從犯，《刑法典》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物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。”

因此，作為從犯，必須滿足下列要件：

- 提供物質上或精神上的幫助；
- 故意作出行為；及
- 幫助的對象是故意作出的一項事實。

Leal-Henriques 及 Simas Santos 認為，“從犯的主觀要素必須包含故意幫助以及正犯作出主要事實”³。

Figueiredo Dias 教授認為，“確保存在從犯的最低標準，是正犯之事實須因此受到便利。對於成為從犯之幫助，不應當超過他人實行犯罪的共同參與狀態。”⁴

1999 年 9 月 22 日前高等法院合議庭裁判中裁定，“從犯必須是那些在具體作出的犯罪的邊際的一項行為，在犯罪實施之前或之後行為中止步的人”。

我們在第 16/2002 號案件的 2002 年 4 月 11 日合議庭裁判中載明：“在從犯中，存在著對正犯之行為實施的簡單幫助或便利，沒有這種幫助或便利，正犯之行為也許亦可實施，但時間、地點或情節不同。因此，從犯處於罪狀行為之外（僅當參與實行犯罪計劃——即使屬部分參與時，才不再是從犯，而轉而成為共同正犯之‘角色’）。”

³ 《Código Penal de Macau anotado》，1997 年，第 79 頁。

⁴ Figueiredo Dias：《Código Penal, Sumários Policopiados》，科英布拉出版，第 85 頁，還可見 Leal-Henriques 及 Simas Santos，上引著述，第 79 頁。

對於從犯來說，故意為他人作出一項故意的不法事實提供幫助是必須的。

在本案中，原審法院僅認定嫌犯上訴人在其舅父即另一嫌犯 B 陪同下在 XXX 娛樂場 XXX 開設編號 008 組 2XXX 的兌碼戶口：當時，嫌犯 B 向嫌犯 A 表示日後會使用該戶口簽借款項供賭客賭博，亦會使用該戶口進行兌碼，並可將兌碼所得的碼佣及從賭客所抽取的利息與嫌犯 A 一起瓜分，而嫌犯 A 表示同意，之後，該兩名嫌犯便使用該戶口借款予他人賭博圖利，並證實在之後的兩次放數之後用該戶口接觸用於賭博的款項以及收取“佣金”的利息的事實，顯示上訴人僅知曉其舅父嫌犯的為賭博的高利貸犯罪意圖和計劃，並作出參與，其參與並非單純的提供方便和便利，而完全是為實施高利貸的犯罪計劃作出其作為正犯的角色犯罪行為，沒有可以考慮成為從犯的餘地。

事實上，上訴人被檢察院控以兩項以共同正犯與既遂方式觸犯兩項由 8/96/M 號法律第 14 條結合第 13 條及澳門《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰的「文件的索取或接受罪」，但是經過庭審，原審法院僅判處上訴人僅觸犯兩項由 8/96/M 號法律第 13 條及澳門《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰的「為賭博之高利貸罪」，適用法律正確，因該予以支持。

3、連續犯

上訴人 A 還在其上訴理由中，認為其行為構成連續犯，應判處不高於 9 個月的徒刑，並緩刑不多於 2 年執行。

關於《刑法典》第 29 條第 2 款連續犯的制度的適用問題，中級法院一直認為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的情況。⁵

終審法院亦曾於 2014 年 9 月 24 日在第 81/2014 號上訴案件中亦

⁵ 於 2013 年 10 月 31 日在第 528/2013 號上訴案件作出的裁判。

一再提醒我們：

“一、罪行連續性的根本前提是存在一種來自外部並且在相當程度上方便了犯罪活動的再次出現，使得對行為人以不同的方式行事，亦即依法行事的可要求性漸趨減低的關係。

二、法院在審查連續犯罪的要件，尤其是受同一外在情況的誘發使得行為人的罪過得到相當減低這一要件是否得到滿足時應該尤其嚴格。

……”

在本具體個案中，根據第 6 點及第 11 點已證事實可以證實嫌犯 B 每次向被害人借出款項都必須先打電話告知嫌犯 A 借款一事，並取得嫌犯 A 同意後才透過後者的戶口取得款項。

可見，上訴人 A 在實施第一次犯罪隨後的次數的犯罪時，我們未能看見是基於在實施前一次犯罪存在任何能令其感到便利的情節，明顯地，上訴人 A 每作出一次同意行為都是出於獨立的故意，而其故意應備受責備的程度亦沒有可獲相當減輕的餘地。

從原審法院的已證事實中，我們始終沒有可以歸納為可相當減輕上訴人罪過的外在情節，足以作為支持認定其行為係屬連續犯的結論，不能適用《刑法典》第 73 條的處罰規定。

上訴人此部份上訴理由亦不成立。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人的上訴理由不成立，維持原判。

本程序的訴訟費用由上訴人支付，以及支付 4 個計算單位的司法費。

澳門特別行政區，2019 年 6 月 6 日

蔡武彬

司徒民正

陳廣勝