

編號：第 238/2018 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2019 年 4 月 4 日

主要法律問題：緩刑

摘 要

考慮到澳門社會的現實情況，同時也考慮立法者以刑罰處罰公務上之侵佔罪行為所要保護的法益及由此而產生的預防和打擊同類罪行的要求，需要重建人們對被違反的法律規定及正常的法律秩序的信任和尊重。

因此，考慮到本案的具體情況和澳門社會所面對的現實問題，本院同意原審法院判決，雖然上訴人是初犯，但是，本案對上訴人處以緩刑並不能適當及充分實現刑罰的目的，尤其不能滿足特別預防的需要。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 238/2018 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2019 年 4 月 4 日

一、 案情敘述

於 2017 年 11 月 28 日，第二嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR2-17-0235-PCC 號卷宗內被控訴以直接共同正犯、故意及既遂方式觸犯的六項《刑法典》第 340 條第 1 款配合第 336 條第 2 款 c)項所規定及處罰的「公務上之侵佔罪」(共犯)，改判為第二嫌犯以直接共同正犯、故意及既遂方式觸犯一項《刑法典》第 340 條第 1 款配合第 336 條第 2 款 c)項所規定及處罰的「公務上之侵佔罪」(共犯)，被判處兩年六個月的實際徒刑。

第二嫌犯不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結論部分）：

1. 尊敬的初級法院法官閣下(Tribunal “a quo”)於 2017 年 11 月 28 日作出判決，判處上訴人以直接共同正犯、故意及既遂方式觸犯了《刑法典》第 340 條第 1 款配合第 336 條第 2 款 c 項所規定及處罰的一項「公務上之侵佔罪」(共犯)，判處 2 年 6 個月的實際徒刑。

2. 在尊重初級法院法官閣下(Tribunal “a quo”)的前提下，上訴人認為被訴決定量刑過重，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所指之瑕疵，違反了《刑法典》第 43 條、第 64 條及第 65 條之規定。
3. 根據《刑法典》第 43 條之規定，刑罰的目的是旨在保護法益及使行為人重新納入社會。
4. 關於保護法益方面是為了使法益不再遭受侵害，有必要通過適用刑罰來對未來的犯罪加以警戒和扼制，這實際上體現的是刑罰一般預防的要求。
5. 上訴人所觸犯的行為雖然嚴重影響本澳博彩業的正常運作，然而，有關的犯罪情節並不常見，且要同時具備博彩從業員的配合下方能實施，因而，有關的法益被再次侵害的可能性低。
6. 結合卷宗內之資料及判決內之已證事實，有關犯罪行為所涉及之金額僅為港幣陸萬柒仟圓整，所遭受的大部份損失亦能夠透過卷宗內所扣押之籌碼予以彌補。
7. 上訴人為非本地居民，於實施上述所指控之犯罪行為時以旅客身份進入並於澳門特別行政區內逗留。
8. 上訴人因作出與旅客身份不符之行為，被有關當局根據第 6/2004 號法律第十一條之規定，對上訴人實施禁止進入澳門境內之限制，因而上訴人再次於澳門特別行政區內實施犯罪以影響本澳的秩序可能性低。
9. 關於科處刑罰之另一個目的，是為通過適用刑罰使行為人悔過自新，重新做人。
10. 根據《刑法典》第 64 條有關選擇刑罰之標準的規定，只要非剝奪自由的刑罰可適當及足以實現處罰的目的，法院應先還非剝

奪自由的刑罰。

11. 根據卷宗上的資料顯示(見第 36 頁至第 37 頁背頁、第 82 頁至第 83 頁背頁的嫌犯聲明內容)，上訴人於逮捕時已坦白承認被指控的犯罪事實，並清楚交代事件經過。
12. 透過卷宗第 109 頁及第 109 頁背頁之刑事紀錄證明書顯示，上訴人為初犯。
13. 礙於上訴人被禁止進入澳門特別行政區內，故上訴人無法親身前往法院。
14. 上訴人已反省有關犯罪行為所帶來的不良後果，並對自己曾作出的行為感到後悔(見文件 1)。
15. 在決定所科處的刑罰時亦須考慮上訴人之罪過程度—所涉及之犯罪行為情節並非嚴重、涉及的金額不高且大部分已獲彌補，因而在決定科處刑罰方面—處以實際徒刑已超逾罪過的程度。
16. 對上訴人而言，將所科處之徒刑暫緩執行已經可以達到刑罰之目的，即已滿足社會上的一般預防之要求，作出阻嚇的作用，且已使上訴人作出自我反省，往後會以負責任之方或生活。
17. 被訴判決判處上訴人須服 2 年 6 個月的實際徒刑之決定，違反《刑法典》第 43 條、第 64 條及第 65 條之規定，請求 法官閣下撤銷被訴判決，並作出暫緩執行上訴人徒刑之決定。

請求：

綜上所述，倘若有所遺漏，懇請 尊敬的法官閣下按照有關法律之規定指正補充，並接納本聲請，裁定上訴理由成立，因而

- 撤銷初級法院所作出之判決；
- 並由中級法院作出暫緩執行上訴人所判處之徒刑的決定。

請求作出公正裁判！

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 上訴人提出被上訴裁判沒有考慮的情節(初犯、坦白承認並交代事件經過等)，實際上已在被上訴裁判中提及，並在量刑時已經全面衡量了相關的因素，不存在上訴人主張的遺漏。
2. 對於上訴人指出：涉及的金額不高—僅為港幣陸萬柒仟圓整，以及輔助人遭受的大部份損失亦能夠透過卷宗內所扣押之籌碼予以彌補的理據，本院亦不予認同。
3. 雖然《刑法典》第 340 條第 1 款所規定及處罰的「公務上之侵占罪」並沒有如其他財產性犯罪一樣，按照「巨額」或「相當巨額」而加重處罰，但當我們將這些法律概念類比時，可得知本案涉及的金額已屬於「巨額」。
4. 上訴人從來沒有主動彌補損失，相關籌碼是案發後警方當場截獲上訴人，並從其身上扣押的。
5. 因止，本檢察院認為，在充分尊重的前提下，上訴人這方面的理據，從質疑被上訴裁判是否量刑過重的問題上，是沒有幫助的。
6. 《刑法典》第 340 條第 1 款所規定及處罰的「公務上之侵占罪」，可處以 1 年至 8 年徒刑。
7. 本案中，上訴人被判處 2 年 6 個月的徒刑，量刑為刑罰約五分之一，考慮到涉案金額，以及上訴人為本案最終的受益者，實在看不到有充分理據再件下調。
8. 至於上訴人指出本案犯罪情節不常見，本檢察院只能指出，在司法實務中，也不乏相同類型的案件。
9. 同時，在平衡一般及特別預防方面，上訴人的犯罪行為嚴重影

響本澳博彩行業的正常運作，上訴人的犯罪不單使其須受徒刑處罰，還對他人、本澳經濟發展、以至社會安寧構成負面影響。因此，在量刑時，必須考慮此類犯罪對個人及社會所造成的深遠後果。

10. 基於此，本檢察院認為，被上訴裁判對上訴人觸犯的罪行所作出的量刑，並無過重，因此，上訴理由不足，應予駁回。

綜上所述，本檢察院認為上訴人提出的上訴理據不足，應予全部駁回，並維持被上訴裁判。

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱及提交法律意見，認為上訴人所提出的上訴理由全部不成立，應駁回上訴及維持原判。

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. 第一嫌犯 B 於 2009 年開始在本澳美高梅娛樂場任職莊荷，負責處理賭檯上籌碼等工作。
2. 約於 2016 年 10 月份（具體日期不詳），第一嫌犯在上述娛樂場當值期間認識第二嫌犯 A 及第三嫌犯 C，三人互相交換“微信”聯絡並成為朋友。
3. 2017 年 3 月 22 日，第一嫌犯在美高梅娛樂場中場第 PIT17PB09

號免佣百家樂賭檯當值期間，由於第二嫌犯在本澳賭博期間輸掉大量金錢，故向第一嫌犯提議不論其投注賭局“輸”或“贏”，均向其發出派彩，第一嫌犯同意，為此，第一嫌犯不論賭局的狀況多次向第二嫌犯發出派彩，具體情況如下：

1. 早上約 8 時 41 分，第二嫌犯投注港幣 4,000 元籌碼在“庄”位置，該賭局結果為“閒”贏，但第一嫌犯沒有收取該注碼，並將本金連派彩合共港幣 8,000 元籌碼給予第二嫌犯；
2. 隨即，第二嫌犯投注港幣 6,000 元籌碼在“庄”位置，該賭局結果為 6 點“庄”贏，按規定，只須賠投注額的一半（即港幣 3,000 元），但第一嫌犯將港幣 3,000 元籌碼多給予第二嫌犯；
3. 早上約 8 時 45 分，第二嫌犯投注港幣 8,000 元籌碼在“閒”位置，該賭局結果為“庄”贏，但第一嫌犯沒有收取該注碼，並將本金連派彩合共港幣 16,000 元籌碼給予第二嫌犯；
4. 早上約 8 時 53 分，第三嫌犯來到上述賭檯陪同第二嫌犯賭博。第二嫌犯投注港幣 6,000 元籌碼在“閒”位置，該賭局結果為“庄”贏，但第一嫌犯沒有收取該注碼，並將本金連派彩合共港幣 12,000 元籌碼給予第二嫌犯，而第三嫌犯一直在賭檯旁邊；
5. 早上約 8 時 57 分，第二嫌犯投注港幣 9,000 元籌碼在“庄”位置，該賭局結果為“閒”贏，但第一嫌犯沒有收取該注碼，並將本金連派彩合共港幣 18,000 元籌碼給予第二嫌犯，而第三嫌犯一直在賭檯旁邊；
6. 早上約 8 時 58 分，第二嫌犯投注港幣 5,000 元籌碼在“閒”位置，該賭局結果為“庄”贏，但第一嫌犯沒有收取該注碼，並將本金連派彩合共港幣 10,000 元籌碼給予第二嫌犯，而第三嫌犯一直在賭檯旁邊，第二嫌犯及第三嫌犯隨即離開。

4. 同日早上 10 時 17 分，第二嫌犯於另一賭檯將一個港幣一萬元的籌碼交予第三嫌犯。
5. 嫌犯等之上述犯罪行為已被賭場保安錄影系統拍攝，詳情可觀看載於卷宗第 10 至 18 頁之翻閱錄像光碟筆錄。
6. 第一嫌犯及第二嫌犯之上述行為令澳門美高梅娛樂場損失合共港幣 67,000 元（港幣陸萬柒仟元）。
7. 美高梅娛樂場監控部主任 D 透過閉路電視系統發現三名嫌犯行為有異，遂報警求助，適時，警員到達並當場截獲三名嫌犯。
8. 第二嫌犯明知第一嫌犯為博彩專營公司的職員，仍與第一嫌犯達成共識，共同合意、合謀、合力、分工合作地利用第一嫌犯工作之便，在同一當值時段內六次在違反物主的意願下，將上述動產取去並據為己有。
9. 三名嫌犯是在自由、自願及有意識的情況下，故意實施上述行為。
10. 第一嫌犯及第二嫌犯清楚知道其行為是法律所不容，會受相應法律之制裁。
11. 民事請求人在澳門特別行政區內經營幸運博彩業務，是澳門美高梅娛樂場的所有人。
12. 第一嫌犯於 2017 年 3 月 22 日終止在民事請求人的職務。
此外，還查明：
13. 第一嫌犯 B 表示具有中專畢業的學歷，快餐店兼職工作，每月收入為澳門幣 7,000 元，需要照顧父母。
14. 第二嫌犯 A 表示具有大學學歷，商人，每月收入為人民幣 50,000 元，需要照顧父母。
15. 第三嫌犯 C 表示具有中學學歷，僱員，每月收入為人民幣 15,000

元，毋須供養任何人。

16. 根據三名嫌犯的最新刑事記錄顯示，三名嫌犯均屬於初犯。

未能證明的事實：

1. 第三嫌犯與第一嫌犯達成共識，共同合意、合謀、合力、分工合作地利用第一嫌犯工作之便，在違反物主的意願下，將上述動產取去並據為己有。
2. 第三嫌犯清楚知道其行為是法律所不容，會受相應法律之制裁。
3. 控訴書及民事請求狀當中與上述已證事實不符的其他事實。

三、法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 量刑
- 緩刑

1. 上訴人認為原審法院量刑過重，違反了《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，故應改判較輕的刑罰。

《刑法典》第 40 條規定：

“一、科處刑罰及保安處分旨在保護法益及使行為人重新納入社會。

二、在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過之程度。

三、保安處分僅在其與事實之嚴重性及行為人之危險性相適應時，方得科處之。”

《刑法典》第 65 條規定：

“一、刑罰份量之確定須按照行為人之罪過及預防犯罪之要求，在律所定之限度內為之。

二、在確定刑罰之份量時，法院須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節，尤須考慮下列情節：

a)事實之不法程度、實行事實之方式、事實所造成之後果之嚴重性，以及行為人對被要求須負之義務之違反程度；

b)故意或過失之嚴重程度；

c)在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；

d)行為人之個人狀況及經濟狀況；

e)作出事實之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為；

f)在事實中顯示並無為保持合規範之行為作出準備，而欠缺該準備係應透過科處刑罰予以譴責者。

三、在判決中須明確指出量刑之依據。”

犯罪的預防分為一般預防和特別預防二種：前者是指通過適用刑罰達到恢復和加強公眾的法律意識，保障其對因犯罪而被觸犯的法律規範的效力、對社會或個人安全所抱有的期望，並保護因犯罪行為的實施而受到侵害的公眾或個人利益的積極作用，同時遏止其他人犯罪；後者則指對犯罪行為和犯罪人的恐嚇和懲戒，且旨在通過對犯罪行為人科處刑罰，尤其是通過刑罰的執行，使其吸收教訓，銘記其犯罪行為為其個人所帶來的嚴重後果，從而達到遏止其再次犯罪，重新納入社會的目的。

上訴人觸犯的一項《刑法典》第 340 條第 1 款配合第 366 條第 2 款

c)項所規定及處罰的『公務上之侵占罪』，可被判處一年至八年徒刑。

上訴人明知第一嫌犯為博彩專營公司的職員，仍與第一嫌犯達成共識，共同合意、合謀、合力、分工合作地利用第一嫌犯工作之便，在同一當值時段內六次在違反物主的意願下，將籌碼據為己有。

另一方面，在考慮保護法益及公眾期望的要求時需知道，公務上之侵占行為屬當今社會常見的犯罪類型，該類犯罪活動在本澳非常活躍，有關犯罪行為亦直接侵犯有關行業的所有權，上訴人所犯罪行無疑對該行業的正常運作帶來負面的影響，由此更加突顯預防此類犯罪的迫切性。

而對上訴人有情的情節是其為初犯，及承認犯罪事實。

經分析有關事實及所有對上訴人有利及不利的情節，本案中，原審法院裁定上訴人觸犯一項《刑法典》第 340 條第 1 款配合第 336 條第 2 款 c)項所規定及處罰的「公務上之侵佔罪」(共犯)，判處兩年六個月的徒刑，接近最低刑幅，並不存在過重情況。

故此，上訴人上述部分的上訴理由不成立。

2. 上訴人提出了原審法院沒有對上訴人處以緩刑是違反了《刑法典》第 48 條之規定。

根據《刑法典》第 48 條之規定，經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節後，認定僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適

當及足以實現處罰之目的，法院得將所科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。

換言之，法院若能認定不需通過刑罰的實質執行，已能使行為人吸收教訓，不再犯罪，重新納入社會，則可將對行為人所科處的徒刑暫緩執行。因此，是否將科處之徒刑暫緩執行，必須考慮緩刑是否能適當及充分地實現處罰之目的。

根據原審法院判決中指出：“考慮到嫌犯犯罪前後的表現、犯罪的情節，雖然第二嫌犯屬於初犯，但考慮到相關的犯罪行為嚴重影響本澳博彩行業的正常運作，且第二嫌犯作為案中最終的得益者，故本院認為僅對事實作譴責並以監禁作威嚇未能適當且未足以實現處罰之目的，現決定實際執行對其所判處的徒刑。”

另一方面，需考慮對犯罪一般預防的要求。

上訴人所觸犯的公務上之侵佔罪屬於嚴重罪行，對社會秩序帶來一定的負面影響，所以，必須透過刑罰的執行來向社會發出正面訊息。

考慮到澳門社會的現實情況，同時也考慮立法者以刑罰處罰公務上之侵佔罪行為所要保護的法益及由此而產生的預防和打擊同類罪行的要求，需要重建人們對被違反的法律規定及正常的法律秩序的信任和尊重。

因此，考慮到本案的具體情況和澳門社會所面對的現實問題，本院同意原審法院判決，雖然上訴人是初犯，但是，本案對上訴人處以緩刑並不能適當及充分實現刑罰的目的，尤其不能滿足特別預防的需要。

故此，上訴人提出的上述上訴理由亦不成立。

四、決定

綜上所述，合議庭決定判處上訴人 A 的上訴理由不成立，因而維持原審法院的裁決。

判處上訴人繳付 6 個計算單位之司法費，上訴的訴訟費用。

訂定上訴人辯護人辯護費為澳門幣 2,500 圓。

著令通知。

2019 年 4 月 4 日

本人具如下表決聲明：

根據已經證明之事實，上訴人明知第一嫌犯身為博彩專營公司的職員，仍要求第一嫌犯在派彩時，以不論輸贏均派彩給上訴人的方式，將籌碼不正當據為己有。

按照《刑法典》第 336 條第 2 款 c) 項的規定：“公營企業、公共資本企業、公共資本占多數出資額之企業，以及公共事業之特許企業、公共財產之特許企業或以專營制度經營業務之公司等之行政管理機關、監察機關或其他性質之機關之據位人，以及該等企業或公司之工作人員。”等同於公務員。上述的以專營制度經營業務之公司是指在該業務範圍單一經營的公司。

根據第 16/2001 號法律第 7 條第 2 款配合第 26/2002 號行政長官批示，自 2002 年 2 月 8 日起，經營娛樂場幸運博彩已批給予三間公司。因此，威尼斯人娛樂場並非經營娛樂場幸運博彩之單一經營的公司，不符合《刑法典》第 336 條第 2 款 c) 項的專營公司概念，而博彩公司的職員亦並不符合《刑法典》第 336 條所規定的公務員的概念。

因此，上訴人及第一嫌犯之行為應改判為以直接共同正犯、故意及既遂方式觸犯一項第 199 條第 4 款 a) 項所規定及處罰的信任之濫用罪，並判處一年九個月實際徒刑的刑罰。

譚曉華 (裁判書製作人)

蔡武彬 (第一助審法官)

司徒民正 (第二助審法官)