

編號：第 496/2015 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2017 年 4 月 20 日

主要法律問題：

- 審查證據方面出現明顯錯誤
- 說明理由方面出現不可補救之矛盾
- 再次調查證據
- 緩刑執行附加刑

摘 要

1. 具體分析相關的證據，原審法院除了聽取了上訴人在審判聽證中以及在審判聽證中宣讀的聲明，亦在審判聽證中聽取了案中證人包括被害人的證言，審查了案中的文件等。原審法院客觀分析上述種種證據，並根據自由心證原則對上訴人實施了為賭博的高利貸罪的事實做出判斷。

2. 雖然最初從事該活動的必要賭資並不是由上訴人提出及提供，然而，上訴人提出從事該活動的主意，另外，亦對賭客的陪同，這實際上是一種監視及保管賭資，上訴人的行為造就非法借貸罪得以實現。

3. 由於在原審判決中並未發現《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款所指之任何瑕疵，無需按照第 415 條規定再次調查證據。

4. 在本案中由於涉及禁止進入賭博場所的附加刑不適用於《刑法典》

第 48 條所規範的緩刑制度。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 496/2015 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2017 年 4 月 20 日

一、 案情敘述

於 2015 年 3 月 19 日，嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR1-14-0476-PCS 號卷宗內被控告以直接正犯及既遂方式觸犯一項七月二十二日第 8/96/M 號法律第 13 條第 1 款結合《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰的「為賭博的高利貸罪」罪，被判處七個月徒刑，緩期一年執行。

另外，被判處禁止進入本澳所有賭場為期二年之附加刑。

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. 針對初級法院刑事法庭第一庭獨任庭於 2015 年 3 月 19 日就刑事訴訟程序 CR1-14-0476-PCS 所作之判決，判處嫌犯：
 - 以直接正犯及既遂行為觸犯一項第 8/96/M 號法律第 13 條第 1 款結合澳門《刑法典》第 219 條第 1 款規定及處罰的「為賭博的高利貸罪」，罪名成立，判處 7 個月徒刑；
 - 上述徒刑緩刑執行，為期 1 年；
 - 根據第 8/96/M 號法律第 15 條的規定，判處嫌犯禁止進入本特區所有賭場附加刑，為期 2 年。
2. 首先，上訴人認為初級法院在審查有關證據上明顯有錯誤。根

據審判聽證上所得到的證據，尤其是被害人的證言，是無法認定被害人向上訴人作出承諾或負有義務的事實。

●問題的焦點所在是，承諾或負有義務的事實是應該有對象的。但根據被害人的證言得悉，上訴人至多只是介紹人，而不是高利貸借貸關係中被承諾或享受被給付的對象。

●根據庭審的錄音紀錄，應只能認定上訴人只是介紹人的身份。

15.3. 12 CR1-14-0476-PCS#3 \Tranlator2\ Recorded on 12-Mar-2015 at 12.16.27(1B91DZI101311270).WAV

時段 02：59 至 05：34

檢察官：除左佢之外呢，當時候咪仲有啲你唔識嘅人都係企係佢隔離咁樣架

被害人：係...佢嘅朋友黎嘅.....

檢察官：幾多個呀？

被害人：兩個

檢察官：有兩個係咪呀，咁傾左條件之後呢，有冇叫你簽借據呀？

被害人：有...簽左...簽左張借據

.....

被害人：攤左錢囉

檢察官：就攤左錢啦，咁你知唔知道其實，唔知你記唔記得係兩萬蚊定三萬蚊呀？

被害人：兩萬蚊

檢察官：但你報案個陣時候話三萬嫁喔？

被害人：兩萬蚊

檢察官：而家記得係兩蚊？

被害人：係呀

檢察官：應該係兩蚊，好啦，咁果兩萬蚊係邊個交啲籌碼畀你嫁？

被害人：佢個朋友

檢察官：佢個朋友，就唔係佢交畀你嘅？就唔係 A 交畀你嘅，係 A 的朋友交畀你

檢察官：知唔知個啲朋友係啲乜野人呀？大陸人呀？香港人呀？定係澳門人呀？

被害人：我唔知呀，我淨係識佢嫁咋

檢察官：但係講廣東話嘅？

.....

檢察官：講廣東話嘅，淨取識佢

檢察官：好啦，你簽左張借據，跟住果個男人就交咗兩萬蚊，泥碼黎嘅？

被害人：呀

檢察官：泥碼黎嘅，畀你去賭啦，咁佢有咩野著數呀？

被害人：我唔知佢有冇著數嫁？!佢朋友畀我既，佢係咁抽成數

檢察官：咁你有冇應承佢話，如果我攤左兩萬蚊賭贏左之後，我會打賞畀你，或者畀啲茶錢你呀？你有冇咁樣應承佢呀？

被害人：咁呀...贏左呀打賞啦，咁亦都輸左囉

檢察官：我明，你當時借錢嘅時候有冇同佢咁樣講先？

檢察官：即係同佢講就話，呀，筆錢都係你介紹我嘅，如果我贏左就畀啲茶錢你啦!你有冇咁同佢講過？

被害人：...都唔記得左囉

檢察官：你諗清楚，如果唔係點解要介紹啲人畀你呀？你都無

著數畀佢

被害人：我唔知呀，但我識得佢先借，我唔識佢我唔會借

檢察官：係囉，呢個係一件事啦，你識得佢先至借呀！你都知啲錢都唔係佢攤出黎嫁啦？！係咪！啫佢朋友攤出黎嫁嘛，係咪？！

檢察官：...咁你有冇了解過佢有乜野得益呀？

被害人：我唔知佢有冇得益呀

檢察官：你唔知呀，過程中佢啲朋友有行話畀住幾錢蚊佢做報酬咁樣講呀？！

被害人：我唔知嫁

檢察官：咁你呢，你有講話，你係賭嘅過程中有冇講話會畀一千蚊佢？

被害人：無，無講過畀佢，我贏左係會醒畀佢嘅，輸左囉

●另外，根據判決書「事實判斷」中，

「證人 B 於審判聽證中作證，稱於 C 娛樂場賭敗後遇上嫌犯，嫌犯表示其可向在場的兩名不知名男子借款繼續賭博，條件為不論輸贏均抽 10% 作為利息，其稱從沒主動提出借款條件，不知嫌犯有沒有從該兩名男子處獲得利益，自己承諾會勝出後作出打賞，由於沒有勝出，故沒有向嫌犯作出打賞，至今亦沒有還款，雖然知悉嫌犯代其還款，但認為借款是向兩名男子相借，故沒有打算向嫌犯還款。」

●所以，在相關證據作為前提下，法院不應認定被害人向上訴人作出承諾或負有義務的事實。

●上述證據方面的錯誤是明顯的。

●上述的內容構成刑事訴訟法第 400 條第 2 款 c 項所規定的上訴依據

3. 另外，上訴人亦質疑，法院認定上訴人與他人共同決意，分工合作進行本案所涉的事實，但根據審判聽證上的證據，是不應該作出有關的事實認定。

●問題的焦點在於，要在本案中認定上訴人與他人共同決意，分工合作作出本案行為，在證據上就應該要充份，而且證據之間要具有一定的連繫。

●但是，我們尤其注意下述內容，便只能得到相反的結果：

1. 上訴人否認其借錢予被害人進行賭博。
2. 本案中，涉案的兩名借錢予被害人的男子，在本案卷宗內並沒有任何聲明。
3. 被害人作證亦指出只是跟該兩名男子借錢進行賭博，參閱本上訴狀第 7 點的庭審錄音紀錄。

15.3. 12 CR1-14-0476-PCS#3 \Tranlator2\ Recorded on
12-Mar-2015 at 12.16.27(1B1DZII01311270).WAV

時段 02：59 至 05：34

●在這些證據作為前提下，法院根本不應認定上訴人與他人共同決意，分工合作下作出的本案所涉的事實。因此，初級法院刑事法庭第一庭獨任庭不應將有關事實列為「庭審認定事實」。

●上述證據方面的錯誤是明顯的。

●綜上所述，由於被上訴的判決在審查有關證據上明顯有錯誤，有關的事實應被重新的認定。

●針對判決書「庭審認定事實」中關於「嫌犯向被害人表示可以借出港幣 30,000 圓予被害人作賭博之用，....」的事實，中級法院應改判有關事實為未查明的事實。

●針對判決書「庭審認定事實」中關於「嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，與他人共同決意，分工合作，意圖為自己及他人獲得不法的財產利益，故意向被害人提供籌碼作賭博之用」的事實，中級法院應改判有關事實為未查明的事實。

●上述的內容構成刑事訴訟法第 400 條第 2 款 c 項所規定的上訴依據

4. 為了查明有關的事實真相，請求中級法院根據刑事訴訟法第 415 條及相關條文，再次調查證據，以審理上訴人上述所提出的相關事實，上訴人亦請求中級法院聽取本案初審之庭審錄音，尤其本上訴狀所引述的錄音部份，以建立所需之心證。

5. 鑑於上述兩項重要事實都應被認定為未查明的事實，所以在罪疑無罪的原則下，中級法院應撤銷初級法院刑事法庭第一庭獨任庭所作的判決內容，並改判處開釋上訴人。另外，為了追求開釋本案上訴人的結果，上訴人亦不反對中級法院判處將本案發還重審，以查明有關的事實。

6. 上訴人認為被上訴的判決在說明理由方面出現不可補救之矛盾。

●根據判決書「事實判斷」中，法院指出被害人作出以下證言：

「證人 B 於審判聽證中作證，稱於 C 娛樂場賭敗後遇上嫌犯，嫌犯表示其可向在場的兩名不知名男子借款繼續賭博，條件為不論輸贏均抽 10%作為利息，其稱從沒主動提出借款條件，不知嫌犯有沒有從該兩名男子處獲得利益，自己承諾會勝出後作出打賞，由於沒有勝出，故沒有向嫌犯作出打賞，至今亦沒有還款，雖然知悉嫌犯代其還款，但認為借款是向兩名男子相借，故沒有打算向嫌犯還款。」

●但另一方面，根據判決書「事實判斷」的最後一段指出：

「經分析上述嫌犯的陳述以及證人的證言，審查的書證以及其他證據後，本院認為雖然嫌犯否認有從借貸行為中得益，但根據庭上宣讀的聲明內容、證人的證言、第 66 至 69 頁的翻閱流動電話的通話筆錄、第 15 至第 17 頁的觀看錄像筆錄，根據經驗法則，法庭認為嫌犯確有為著令自己及他人獲得金錢利益為目的，向證人 B 借款賭博，由此，綜合全部庭審證據形成心證，作出上述事實的認定。」

●兩段內容中最大的矛盾是，既然被害人指出借款是其向兩名男子相借，那又怎能最終認定上訴人向被害人 B 借款賭博。

●上述的內容構成刑事訴訟法第 400 條第 2 款 b 項所規定的上訴依據

7. 由於說明理由方面出現上述的瑕疵，故中級法院應撤銷初級法院刑事法庭第一庭獨任庭所作的判決。在罪疑無罪的原則下，並改判處開釋上訴人。另外，為了追求開釋本案上訴人的結果，上訴人亦不反對中級法院判處將本案發還重審，以查明有關的事實。

8. 上訴人認為初級法院刑事法庭第一庭獨任庭決定適用的規定存有錯誤。被上訴判決根據第 8/96/M 號法律第 15 條的規定，判處上訴人禁止進入本特區所有賭場附加刑，為期 2 年。但上訴人認為，雖然法律上沒有明確規定，但本案判決應對其附加刑適用暫緩執行的制度。

●首先我們看看關於附加刑的規定，其規範於《刑法典》第 60 條至第 63 條，及《刑法訴訟法典》第 477 條至第 478 條，當中沒有提及暫緩執行的內容。

- 至於暫緩執行的制度，主要規範於《刑法典》第 48 條至第 55 條，及《刑法訴訟法典》第 473 條至第 476 條，其內容則更是針對徒刑而言。
- 有見解認為，從法典的章節角度出發，附加刑是不應適用暫緩執行的制度的。
- 當然我們也不能忽視，中級法院也有裁判認為附加刑不能適用緩刑制度，如中級法院刑事上訴案第 306/2012 號等。
- 但是，這就是最終答案嗎？上訴人認為應該有另一種的見解。
- 《刑法典》第 1 條規定了罪刑法定原則，該條文第 3 款更規定了不可類推的制度：

「

第一條

(罪刑法定原則)

.....

三、不容許以類推將一事實定為犯罪或訂定一危險性狀態，亦不容許以類推確定與一犯罪或危險性狀態相應之刑罰或保安處分。

」

- 該條文所規範的不可類推性，是針對行為人屬於「不利」的規範或條文而言，諸如「將一事實定為犯罪」、「訂定一危險性狀態」、「確定與一犯罪或危險性狀態相應之刑罰或保安處分」
- 但是，暫緩執行制度對行為人而言，是不利的制度嗎？
- 不是，甚至應理解為，它是使被定罪的行為人受惠的制度。
- 既然如此，我們就不應被罪刑法定原則和章節制度的套牢。

- 再來，我們從立法精神的角度去剖析。第 8/96/M 號法律是一部頒佈於上世紀九十年代中的法律，並生效至今。
 - 多年的過去，澳門特別行政區已經產生很大的變化。
 - 不言自明的是，在賭場或相關範疇從事正當職業的人士，已大幅增加。
 - 此時，若仍根據第 8/96/M 號法律第 15 條的規定，判處一名在賭場從事正當職業的行為人禁止進入本特區所有賭場，其結果很可能就是使該人失業。
 - 上訴人的職業是賭場保安。(附件 1 及判決書 p1 和 p3)
 - 對上訴人判處禁止進入本特區所有賭場的附加刑，即使一般人亦能預見得到，上訴人將可能面臨失業。
 - 所以，若認為第 8/96/M 號法律第 15 條的規定，在面對今時今日的社會而言已出現有漏洞的情況，則補充適用《刑法典》第 48 條則是可行的方法。
 - 上述的內容構成刑事訴訟法第 400 條第 1 款所規定的上訴依據。
9. 因此，中級法院應認為，本案被上訴判決直接適用第 8/96/M 號法律第 15 條的規定，即禁止上訴人進入本特區所有賭場為期 2 年，是違反《刑法典》第 48 條及相關條文。為此，中級法院應改判處，針對上訴人的附加刑，得根據或類推適用《刑法典》第 48 條及相關條文，准予暫緩執行。
10. 綜上所述，為了查明有關的事實真相，從而能確定能開釋上訴人的相關事實，請求中級法院根據刑事訴訟法第 415 條及相關條文，再次調查證據，以審理上訴人上述所提出的相關事實。上訴人亦請求中級法院聽取本案初審之庭審錄音，尤其本上訴

狀所引述的錄音部份，以建立所需之心證，以查明本上訴狀結論部份第 2 點和第 3 點所指出的重要事實。

11. 鑑於本上訴狀結論部份第 2 點和第 3 點所指出的重要事實，因審查證據方面明顯有錯誤而被列為認定事實，因此，中級法院應再次調查證據，並將有關事實認定為「未查明的事實」。在罪疑無罪的原則下，中級法院應撤銷初級法院刑事法庭第一庭獨任庭所作的判決內容，並改判處開釋上訴人。另外，為了追求開釋本案上訴人的結果，上訴人亦不反對中級法院判處將本案發還重審，以查明有關的事實。
12. 由於說明理由方面出現上述的瑕疵，故中級法院應撤銷初級法院刑事法庭第一庭獨任庭所作的判決。在罪疑無罪的原則下，並改判處開釋上訴人。另外，為了追求開釋本案上訴人的結果，上訴人亦不反對中級法院判處將本案發還重審，以查明有關的事實。
13. 中級法院應認為，本案被上訴判決直接適用第 8/96/M 號法律第 15 條的規定，即禁止上訴人進入本特區所有賭場為期 2 年，是違反《刑法典》第 48 條及相關條文。為此，中級法院應改判處，針對上訴人的附加刑，得根據或類推適用《刑法典》第 48 條及相關條文，准予暫緩執行。
14. 另外，亦請求中級法院接納由上訴人提供的文件(附件 1)，以證明其職業及相關狀況，並批准有關文件附入卷宗內。
15. 謹請中級法院判處本上訴得值。

請求中級法院作出公正裁決

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 上訴人認為，根據被害人的證言是無法認定被害人向上訴人作

出承諾及負有義務之事實，且上訴人只是介紹人，而不是高利貸借貸關係中被承諾或享受被給付的對象。

2. 上訴人認為原審法院只能認定被害人曾向兩名男子商借金錢，而非向上訴人借款賭博，所以，原審法院不能認定上訴人向被害人借款賭博的事實，故此原審法院的判決存有「審查證據方面出現明顯錯誤」，以及該「已證事實」與「理由說明」中存有不可補救之矛盾。
3. 其實，上訴人欲爭議的，是上訴人只是作為借款賭博的介紹人，其非為借款人，而其亦沒有向被害人收取利益，故此，其行為不構成犯罪。
4. 根據本案的「已證事實」〔第 172 頁背頁及第 173 頁〕證明了：上訴人與兩名男子在場下，上訴人於案發當日遊說被害人借款賭博，上訴人更負責與被害人商討借款條件〔借款港幣 30,000 圓，賭博百家樂期間不論輸贏均抽取 10%利息。〕，隨後，上訴人與另外兩名男子帶被害人到 D 娛樂場賭博，而港幣 30,000 圓泥碼是其中一名男子交予被害人；在整個賭博期間，其中一名男子負責抽取利息，共抽取了港幣 20,000 圓的利息，而上訴人一直在旁觀看。
5. 而根據第 8/96/M 號法律第 13 條的規定，「凡意圖為自己或他人獲得財產利益，向人提供用於賭博的款項或其他任何資源者，處相當於高利貸罪的刑罰。」
6. 結合本案的已證事實，兩名男子方為正式借款予被害人的人士，而事後又抽取/獲得了被害人的利息，故此，該兩名不知名男子已觸犯了上述罪行。作為介紹人的上訴人，即使本身沒有收取任何報酬，但其行為就是為了該兩名男子的利益而作出，

則本身就是上述罪行之共犯；而且，根據上訴人在檢察院的聲明筆錄〔第 78 頁背頁援引第 56 頁背頁第 4 段〕，其中上訴人承認收取了港幣 1,000 圓的報酬，也就是說，上訴人作為兩名男子的同伙，其作出犯罪行為也是為了自身的利益，則上訴人的行為也符合有關罪行的定義。

7. 另外，上訴人在本案的角色非常重要，上訴人在整個犯罪行為中起牽頭作用，倘上訴人沒有介紹被害人予兩名男子，則兩名男子也就不會，亦不能借錢予被害人，則整個犯罪不會發生！
8. 而且，上訴人在庭上也表示已替被害人還款，根據一般經驗法則，倘上訴人在本次賭博借款的行為中無所得益，又何需作為被害人的「擔保人」？唯一合理的解釋是，兩名男子借款予被害人的條件便是上訴人需為該債務作出擔保，最終上訴人為了收取兩名男子的利益而為之，而事後被害人不肯還錢及報警，才導致上訴人要一力承擔有關的借款！
9. 所以，原審法院認定上訴人向證人/被害人借款賭博是基於上訴人作為兩名不知名男子的同黨之故，而該兩名不知名男子事後亦向被害人借出錢款用作賭博，其中亦抽取了利息，且上訴人亦在是次借貸中獲得了不知名男子的利益，則原審法院的判決沒有違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b) 及 c) 項的規定，亦沒有違反第 8/96/M 號法律第 13 條的法律解釋。
10. 正如多個中級法院的合議庭裁判的司法見解：有關附加刑的決定並不違反《刑法典》第 60 條第 1 款的規定，因為上述規定是針對「刑罰的效果」，而有關的「禁止」則是屬「判刑的效果」，且屬《刑法典》第 60 條第 2 款的規定所容許之，以及第 8/96/M 法律第 15 條的有關附加刑的規定中，並沒有有關特別減輕或緩

刑的法定依據。

11. 由於有關附加刑並沒有緩刑及特別減輕的制度法定依據，換言之，上訴人任職某一賭場保安的事實，不能使法院作出附加刑的緩刑或給予條件之附加刑的決定。

綜上所述，本檢察院認為由於上訴理由不成立，應予之駁回。

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，同意檢察院司法官在其對上訴理由闡述的答覆中所提出的觀點和論據，認為上訴人提出的上訴理不成立，上訴應予駁回。

本院接受檢察院提起的上訴後，組成合議庭，對上訴進行審理，各助審法官檢閱了卷宗。

二、 事實方面

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. 2013 年 4 月 14 日下午約 4 時，被害人 B 在 C 娛樂場遇見上訴人 A 及兩名不知名男子，當時上訴人遊說被害人借錢賭博。
2. 上訴人向被害人表示可以借出港幣 30,000 圓予被害人作賭博之用，條件是賭博百家樂期間不論輸贏需被抽取投注額的 10%作為利息。
3. 被害人同意條件後，上訴人及該兩名男子帶被害人到 D 娛樂場，並要求被害人簽下一張借據。
4. 之後，其中一名男子將港幣 30,000 圓泥碼交予被害人作賭博之用。

5. 在賭博期間被害人及該兩名男子輪流投注，其中一名男子負責抽取利息，上訴人在旁觀看。
6. 直至同日下午約 6 時，被害人輸光所有借款，當時該名男子已經抽取了約港幣 20,000 圓利息。之後，其中一名男子要求被害人於一星期內還款。
7. 2013 年 4 月 21 日晚上，當被害人返回住所時發現大門鐵閘鎖匙孔被人毀損，懷疑與高利貸事件有關，故報警求助。
8. 上訴人在自由、自願及有意識的情況下，與他人共同決意，分工合作，意圖為自己及他人獲得不法的財產利益，故意向被害人提供籌碼作賭博之用。
9. 上訴人清楚知道其行為是法律所不容，且會受法律的制裁。
在庭上還證實下列事實：
10. 根據刑事紀錄證明，上訴人無犯罪紀錄。
11. 上訴人具初中三學歷，保安人員，月入約澳門幣 11,300 圓，須供養母親。
12. 賭博期間，上訴人在旁觀看被害人、兩名男子輪流下注，以及其中一男子抽取利息。

經庭審未查明的事實：

1. 賭博期間，嫌犯與被害人、兩名男子輪流投注。

三、 法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 審查證據方面出現明顯錯誤
- 說明理由方面出現不可補救之矛盾

- 再次調查證據
- 緩刑執行附加刑

1. 上訴人認為根據審判聽證中所得證據，尤其是被害人的證言，無法認定被害人向上訴人作出承諾或負有義務的事實；另外，亦不應認定上訴人與他人共同決意，分工合作進行本案所涉的事實，原審法院判決存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵。

根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定，上訴亦得以審查證據方面明顯有錯誤為依據，只要有關瑕疵係單純出自案卷所載的資料，或出自該等資料結合一般經驗法則者。

終審法院於 2001 年 3 月 16 日，在第 16/2000 號刑事上訴案判決中認定：“審查證據中的明顯錯誤是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。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。”

審查證據方面，原審法院在事實的判斷中作出如下說明：

“審判聽證中，嫌犯自願作出聲明，承認在 C 娛樂場遇上證人 B，因被害人賭敗輸光款項，故介紹兩名香港男子予證人借款賭博，由他們自行商討借款條件，且是被害人先提出借款條件，嫌犯否認有參與其中，賭博期間沒有協助抽取利息，其聲稱只替另外兩名男子向證人追討欠款，自

己沒有收到任何回報，且是被害人的擔保人，最終亦已為被害人還清了借款，而被害人卻沒有向其還款。

證人 B 於審判聽證中作證，稱於 C 娛樂場賭敗後遇上嫌犯，嫌犯表示其可向在場的兩名不知名男子借款繼續賭博，條件為不論輸贏均抽 10% 作為利息，其稱從沒主動提出借款條件，不知嫌犯有沒有從該兩名男子處獲得利益，自己則承諾會在勝出後作出打賞，由於沒有勝出，故沒有向嫌犯作出打賞，至今亦沒有還款，雖然知悉嫌犯代其還款，但認為借款是向兩名男子相借，故沒打算向嫌犯還款。

負責本案調查的司法警察局偵查員在審判聽證中作證。

經分析上述嫌犯的陳述以及證人的證言，審查的書證以及其他證據後，本院認為雖然嫌犯否認有從借貸行為中得益，但根據庭上宣讀的聲明內容、證人的證言、第 66 至 69 頁的翻閱流動電話的通話記錄筆錄、第 15 至 17 頁的觀看錄像筆錄，根據經驗法則，法庭認為嫌犯確有為著令自己及他人獲得金錢利益為目的，向證人 B 借款賭博，由此，綜合全部庭審證據形成心證，作出上述事實的認定。”

具體分析相關的證據，原審法院除了聽取了上訴人在審判聽證中以及在審判聽證中宣讀的聲明，亦在審判聽證中聽取了案中證人包括被害人的證言，審查了案中的文件等。原審法院客觀分析上述種種證據，並根據自由心證原則對上訴人實施了為賭博的高利貸罪的事實做出判斷。

上述的證據，尤其是被害人的聲明結合電話通話記錄，可客觀、直接及合理地證明上訴人實施了有關行為，而原審法院在審查證據方面並不存在上訴人所提出的任何錯誤，更遑論明顯錯誤。

經分析上述的證據，並結合一般經驗法則，可合理且顯而易見地得出原審法院認定上訴人實施相關行為並無明顯錯誤之處。

故此，上訴人的上訴理由並不成立。

2. 上訴人亦認為既然被害人指出是向兩名男子借款，但事實中卻認定上訴人向被害人借出款項賭博，因此，原審法院判決存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b) 項規定在說明理由方面出現不可補救之矛盾的瑕疵。

根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b) 項規定，上訴亦得以在說明理由方面出現不可補救之矛盾為依據，只要有關瑕疵係單純出自案卷所載的資料，或出自該等資料結合一般經驗法則者。

終審法院於 2001 年 3 月 16 日，在第 16/2000 號刑事上訴案判決中認定：“理由說明中不可補救的矛盾之瑕疵，指事實部分的證據性理據中的矛盾，以及已認定的事實中或已認定的與未認定的事實之間的矛盾。矛盾必須是不可補正、不可克服的，也就是說，依靠被上訴的判決的整體內容和一般經驗法則不能克服。”

同樣理解可見於 Germano Marques da Silva 教授所著的“刑事訴訟課程 III”¹。

¹ “A contradição insanável da fundamentação respeita antes de mais à fundamentação da matéria de facto, mas pode respeitar também à contradição na própria matéria de facto (fundamento da decisão de direito). Assim, tanto constitui fundamento de recurso ao abrigo da alínea *b*) do n.º 2 do art. 410.º a contradição entre a matéria de facto dada como provada ou como provada e não provada, pois pode existir contradição insanável não só entre os factos dados como provados, mas também entre os dados como provados e os não provados, como entre a fundamentação probatória da matéria de facto. A contradição pode existir também entre a fundamentação e a decisão, pois a fundamentação pode apontar para uma dada decisão e a decisão recorrida nada ter com a fundamentação apresentada.” – Prof. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, III, ed. VERBO, pág.340 a 341

根據已證事實：

1. “2013 年 4 月 14 日下午約 4 時，被害人 B 在 C 娛樂場遇見上訴人 A 及兩名不知名男子，當時上訴人遊說被害人借錢賭博。
2. 上訴人向被害人表示可以借出港幣 30,000 圓予被害人作賭博之用，條件是賭博百家樂期間不論輸贏需被抽取投注額的 10%作為利息。
3. 被害人同意條件後，上訴人及該兩名男子帶被害人到 D 娛樂場，並要求被害人簽下一張借據。
4. 之後，其中一名男子將港幣 30,000 圓泥碼交予被害人作賭博之用。
5. 在賭博期間被害人及該兩名男子輪流投注，其中一名男子負責抽取利息，上訴人在旁觀看。”

在上述事實中，已清楚顯示上訴人遊說被害人借錢賭博及參與了陪伴被害人賭博，其已經直接地作出一系列為達致非法借貸的必要客觀行為。

在犯罪過程中，主犯為著成功完成有關犯罪行為，必要時需要實施一系列屬於罪狀以外的輔助行為。所以，構作犯罪的行為，不但是具體罪狀中的客觀行為，還有其他帶有輔助性及能對實現罪狀作出的客觀行為。

雖然最初從事該活動的必要賭資並不是由上訴人提出及提供，然而，上訴人提出從事該活動的主意，另外，亦對賭客的陪同，這實際上是一種監視及保管賭資，上訴人的行為造就非法借貸罪得以實現。

因此，上訴人的行為足已構成正犯參與了犯罪行為。

故此，原審法院在說明理由方面並未出現不可補救之矛盾，而上訴人提出的上述上訴理由亦不成立。

3. 上訴人亦提出申請，要求中級法院根據《刑事訴訟法典》第 415 條規定，進行再調查證據。

根據《刑事訴訟法典》第 415 條第 1 款之規定：“在曾將以口頭向獨任庭或合議庭作出之聲明予以記錄之情況下，如發現有第四百條第二款各項所指之瑕疵，且有理由相信再次調查證據可避免卷宗之移送者，則高等法院容許再次調查證據。”

然而，由於在原審判決中並未發現《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款所指之任何瑕疵，無需按照第 415 條規定再次調查證據。

因此，上訴人上述部分的請求應予否決。

4. 最後，上訴人認為應類推適用《刑法典》第 48 條的規定，暫緩執行為期二年禁止進入本澳博彩娛樂場之附加刑。

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。

現在看看本案附加刑是否適用《刑法典》內的相關規定。

《刑法典》在第三編《事實之法律後果》的第二章《主刑》內第二節規定了徒刑之暫緩執行。

另外，在《刑事訴訟法典》則在第 473 條至 476 條規定了緩刑之執行。

然而，上述刑罰暫緩執行的規定只適用於主刑中的徒刑的暫緩執行，並不適用於附加刑，同樣判決可參看中級法院 2003 年 10 月 30 日第 226/2003 號裁判書；2004 年 3 月 4 日第 46/2004 號裁判書；2012 年 1 月 7 日第 306/2012 號裁判書以及 2014 年 7 月 17 日第 336/2014 號裁判書。

對於《刑法典》中規定的附加刑，在《刑法典》中有獨立章節規範相關刑罰的執行(見第 60 至 63 條)。

另一方面，《刑事訴訟法典》第 473 條至 476 條的相關緩刑 規定亦只適用於暫緩執行徒刑之判決。

從中可見，在本案中由於涉及禁止進入賭博場所的附加刑不適用於《刑法典》第 48 條所規範的緩刑制度。

因此，本案中不存在適用暫緩執行附加刑的法定依據，而上訴人所提出的上述上訴理由亦不成立。

四、 決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人 A 的上訴理由不成立，維持原審判決。
否決再調查證據申請。
判處上訴人繳付 8 個計算單位之司法費，上訴的訴訟費用。
著令通知。

2017 年 4 月 20 日

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)