

澳門特別行政區賭場的小費庫問題：（錢呢？）

Hugo Luz dos Santos*

一、簡要地描述有關澳門特別行政區（澳門特區）賭場的小費庫問題，以及美國司法見解中有關問題的情況

兩年前，內華達高等法院 [Wynn Las Vegas, LLC v. Baldonado, 311 P. 3d 96 (2013) 案中] 作出一個典型的司法假扣押，其中涉及到我們要討論的主題：小費庫。

那到底甚麼是小費庫？

在絕大多數賭場中，給莊荷的小費會被收集起來。這一做法是為了某一賭客（或賭場的顧客）與其他賭客相比不會存有競爭優勢。因此，小費被收集再平分使得所有莊荷收取到一樣份額，同時，不會因“偏好”某豪客而產生偏見。

也就是說，小費庫就是為了在賭場所有的員工中重新進行分配，其中會出現一個時間差；由賭場實現的小費再分配遵循僱員和僱主之間協議規定的規則。

美國賭場和澳門賭場以入庫的形式收集、儲存以及再分配這些小費，是否被認為是一種佔有（取得），以及是否合法，這是該範疇內急切需要解決的問題。後面我們會討論這一問題。

具體到澳門特區的賭場的情況，亟需弄清楚賭場為所有員工（莊荷、發牌員、樓層經理、賭區主任、監視員、箱長、賬房及其他構成賭場人力資源的員工）作出的小費再分配是否披上一層透明的公平分配的

* 葡萄牙亞速爾自治區柯爾塔法區檢察院法官。

外衣；這裡的核心的問題是除了每月的工資，賭場發牌員每年會賺取成千上萬的小費，這也是他們在這間或另一間賭場工作的根本原因。

那麼，這筆錢是否應該先被賭場收集入庫，之後再分配給澳門特區賭場的其他員工？

美國學說方面在永利小費庫政策的案例中，提及到“根據內華達州第608.160號修訂法案，僱主佔有員工的小費是非法的。拉斯維加斯永利的小費分配，或者稱為小費入庫，這個有爭議的新政策引發了對小費政策以及法律體系在強制小費政策方面的作用¹的極大關注和討論。由於涉及金錢數額巨大以及關於賭場小費的爭議，內華達州博彩管制局和內華達州博彩委員會應制定規章管理小費庫，特別是對發牌員和可能參與小費庫的其他職位的員工。如果缺少這些規章，糟糕的政策可能引發博彩行業賭場員工之間的偏袒和行賄，也可能導致僱主不當及非法“取得”賭場員工的小費，在第608.160號法案這是被禁止的”。^{2 3}

對於有關問題，內華達最高法院在Moen v. Las Vegas International Hotel, Inc, 1975案件的合議庭判決中只是認為賭場所有人佔有（取

-
1. 參見美國的學說，Chris Sieroty：“永利的小費政策被視為違反法律”，載於《拉斯維加斯觀點報》，內華達，2011年，文中多處出現；Liz Benston：“凱撒宮考慮改變發牌員小費制度”，載於《拉斯維加斯太陽報》，2010年6月14日；Kevin Blackwood：《賭場博彩懶人包》，2006年，第76頁。
 2. 有關內容參見美國學說Kandis McClure：“內華達賭場的小費庫—永利案以及為何內華達州博彩委員會應制定嚴格的有關小費庫的規章來保護莊荷的權利、賭場以及內華達博彩業的聲譽”，載於《拉斯維加斯內華達州博彩法律報》第5卷(2014年春季刊)，第81頁，2014年，第82頁，本文緊隨此文。
 3. 我們知道賭場中有兩種小費。關於這一點，美國學說指出“給發牌員小費有兩種方式。第一種是在賭局中在對方的賭注前或直接在對方的賭注裡放置額外的賭注。另外一種是就坐於賭桌旁時或離開時直接將籌碼作為禮物送給發牌員。在賭局結束時玩家可能讓發牌員換不同顏色籌碼，或者說用一些小面額換大面額籌碼，這也是常見的打賞發牌員小費的時刻。書中列出給發牌員的標準小費為\$2至\$10，而豪客給出的小費為\$25至\$100。這是明確被建議的而且賭客一般認為合適的數額。書中也提醒賭場新手不要打賞過多小費，有時賭客打賞的小費會超過他們所贏取的”；參見Kevin Blackwood：《賭場博彩懶人包》，同上，第76至78頁；Kandis McClure：“內華達賭場的小費庫”，同上，參見第83頁。

得)小費是非法的,這並不意味僱主收集(入庫)及之後在員工間重新分配是被禁止的。⁴

在 *Alford v. Harolds Club*, 669 P. 2d 721, 722 (Nev. 1983) 案件中,內華達最高法院討論了(由賭場)強制建立小費庫(強制性小費入庫)的問題。關於這一問題,該法院認為賭場對其員工實施的小費入庫政策並不違反內華達第608.160號修正法,因為賭場沒有佔有(取得)屬於員工的任何小費。⁵

在 *Wynn Las Vegas, LLC v. Baldonado*, 311 P.3d 96 (2013) 案件中,內華達最高法院根據 *Moen* 與 *Alford* 案件的判決理由,判決“僱主某種程度的受益並不必然地構成取得;因為永利將所有小費支付給小費庫包含的員工,而沒有扣留任何小費,因此,不存在任何取得”。

但是,如果(強制)小費庫的設立是合法的,那麼根據入庫規定將小費再分配給賭場其他員工(包括發牌員)是否受到分配正義的保護,這一問題在 *Wynn Las Vegas, LLC v. Baldonado*, 311 P.3d 96 (2013) 這個重要案件的判決中沒有得到解決。本文將在以下章節進行討論。

二、司法上將小費庫定義為信託？

在回答上述問題之前,首先要展開討論另一問題,就是小費庫是否在司法上應被定義為一種信託呢？

4. 內華達最高法院 (*Moen v. Las Vegas International Hotel, Inc.*, 1975) 指出“法庭敘述了內華達第608.160號修訂製定法背後的立法史,根據該法律僱主佔有員工的小費之後使用小費來滿足最低工資的要求是不合法的”(法庭在此案中決定內華達第608.160號修訂製定法並不是規定小費入庫不合法,而是使公眾及僱主意識到小費是屬於收到小費的員工,而不是賭場的管理層。法庭判決指內華達立法機關通過內華達第608.160號修訂製定法使僱主不能再佔有員工的小費,並認為只有這樣公眾才能得到保護而不受舞弊。而且,法庭認為立法機關通過該修訂製定法是為了保證小費不會被沒收而被用來支付員工最低工資)。

5. 所以,內華達高等法院在 *Alford v. Harolds Club*, 669 P. 2d 721, 722 (Nev. 1983) 案件中認為“內華達第608.160號修訂製定法的目的不是確定小費入庫非法,也不是阻止僱主制定自己的公司政策,而是確保僱主不會侵佔小費庫,或者為僱主的利益取得僱員的小費”。

換一種說法，就是要先確定小費庫的法律定義。

在我們看來，認為小費庫司法上應被定義為信託的觀點免除了其創設行為⁶的書面要求：這是因為推定信託⁷的重要性在於它不缺少特別程序而且是按照體系要求被創建的^{8 9}，我們主張此觀點適用於小費庫的情況，下文將詳細展開。

涉及到受益人對於已設立信託的財產的利益，小費庫應被司法上定性為固定信託。¹⁰

傳統上，信託內部包含三方面的結構：1) 委託人；2) 受託人；3) 受益人。一般來說，委託人（賭客）是設立信託財產所有權的原持有人；受託人（澳門賭場）為設立信託財產的保管人；而發牌員為財產及相關權利的最終受益人。¹¹

那麼，如果認為小費庫是固定信託，在滿足創設行為（入庫協議）的客觀條件下，受託人只需要將設立信託的財產分配給指定的受

-
6. 相關內容參見Randall v Morgan (1805) 12 Jun 67-75, (W.Grant Mr) 74案件：“信託並不一定通過書面形式來設定。”；相同內容參見António Barreto Menezes CordeiroAnt：“民法裡的信託問題”，《學位論文集》，博士學位論文，科因布拉，Almeida出版社，2014年，第430頁，本文緊隨此著作。
 7. 目的論的合法化在於受託人的不牟利原則，以及“在違背了不牟利原則的情況下，所有直接或間接取得的利益及收益都歸受益人”的重要理念；相關內容參見António Barreto Menezes Cordeiro：《民法裡的信託問題》，第536頁。
 8. 英國法庭的司法見解也是同樣觀點；參見Carl Zeiss Stiftung v Herbert Smith (No 2) (1969) 2 Ch, 第281至296頁；Nino Battery Manufacturing Co v Milestone Trading Ltd (2002) 2 All ER (Common), 第711至735頁。
 9. 英國學說參見A. J. OAKLEYOakley, Constructive Trusts, Sweet & Maxwell, London, 1999年，文中多處出現。
 10. 相關內容參見美國學說George P. Costigan, J.R.：“The Date and Authorship of the Statute of Frauds”，載於Harvard Law Review, (1913), 329-346, Crawford D. Hening, The Original Drafts of the Statute of Frauds (29. Car. II c. 3), and Their Authors, 61 U Pa L Ver, (1913), 第283至316頁。
 11. 相關內容參見António Barreto Menezes Cordeiro：《民法裡的信託問題》，第430頁；參見德國學說Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Auflage, Beck, München, (2012), 文中多處出現；參見英國學說Stephen N. Subrin, How Equity Conquered Common Law. The Federal Urles of Civil Procedure in Historical Perspective, 載於《U Pa Law Review》，1987年，第926至952頁。

益人；委託人主要是要打賞賭桌發牌員，而受益人的利益完全由委託人決定。¹²

反過來講，法律上受託人是被禁止以其面對委託人及受益人的（單純的保管人）身份謀取任何好處，除非經過應有的許可¹³；在這種主張下，小費庫被認為是一種消極信託，只要求受託人保管設立信託的財產¹⁴；根本上講是履行受託人法律地位所要求的忠誠義務。

如此可認為，作為信託義務其中一種的忠誠義務是受託人法律地位的核心，在英國法律中規定了兩大原則，不衝突原則和不牟利原則。¹⁵ 不衝突原則禁止受託人任何可導致受益人利益與其私人利益發生衝突的行為^{16 17}，而不牟利原則禁止該等受託人通過其受託人地位謀取利益或好處¹⁸，除非有入庫協議規定或得到受益人許可。^{19 20}

在現實情況中這很容易理解。

-
12. 相關內容參見António Barreto Menezes Cordeiro：《民法裡的信託問題》，同上，第423頁。
 13. 相關內容參見António Barreto Menezes Cordeiro：《民法裡的信託問題》，同上，第420頁。
 14. 相關內容參見António Barreto Menezes Cordeiro：《民法裡的信託問題》，同上，第421頁。
 15. 英國法庭司法見解認為“受託人以及董事應遵守不衝突原則和不牟利原則”；O Donnell v Shanahan (2008) EWHC 1973 (Ch), (RIMER LJ) (37)；還有兩個判決提出管理人（董事）的信託義務，Parker v McKenna (1874) LR 10 Ch App 96-127, (Sir W. M. James LJ), 124; Bray v Ford (1896) AC 44-56 (Lord Herschell)；同樣觀點的還有Re, Macadam Dallow (1945), 2 All ER 664-679, (Lord Cohen), 672; Guinness v Saunders (1990) 1 All ER 652-668 (Lord Templeman)。
 16. António Barreto Menezes Cordeiro：“公司機會的教義—上部”，載於《公司法雜誌》第5年(2014年第3期)，科因布拉，Almedina出版社，第623頁，本文緊隨其行文。
 17. Industrial Development Consultants v Cooley (1972) 2 All ER 162-176 (Roskill J)，第171頁及後頁；Bhullar v Bhullar (2003), EWCA Civ 424, (Jonathan Parker LJ)，第27至42頁。
 18. 相關內容參見António Barreto Menezes Cordeiro：《民法裡的信託問題》，第420頁。
 19. Boardman v Phipps (1966), 3 All ER , 721-762 (Lord Hodson)。
 20. 與不牟利原則不同的是，不衝突原則如今已被寫入《公司法2006》第175節第（1）條：“公司董事必須避免發生取得或者可能取得與公司利益相衝突的利益的情況”；關於《公司法2006》以及相關英國學說中受託義務，可參見Andrew Keay：《董事的義務》，Jordans, Bristol, 2009年，第264至278頁。

事實上，信託義務²¹，更準確的說，受託人的信託義務^{22 23} 是一種在公司行為中的角色責任²⁴，意味着在一個公司組織（賭場）中賦予擁有特別身份的人員履行滿足他人福祉的特別義務的責任²⁵，這種角色責任也被稱為作為美德的責任，或者責任—美德²⁶，正如應然（Sollen），違背這種責任會被視為一種法律後果（非法行為的後果）的“事實情況”²⁷，也就是說，在分配公平的要求下，設立一個推定信託。

但是甚麼是推定信託呢？

如上所述，受託人因違反不牟利原則而取得的所有財產將為了受益人的利益而被設立信託。^{28 29}

-
21. 在美國司法見解中，關於信託義務中的忠誠義務，可見美國高等法院合議庭判決，*Kmmg Llp v. Robert Cochi et alii*, de 07 de Novembro de 2011，參見<http://www.supremecourt.gov>。
 22. 關於信託義務教理上的深入分析，可參見德拉瓦州最高法院司法見解，Mohsen Manesh：“What is the practical importance of default rules under Delaware LLC and LP Law”，載於《哈佛商業法觀點報》第2卷，2012年，第121至129頁。
 23. 相關內容參見António Barreto Menezes Cordeiro：“不競爭及不使用屬於公司財產的義務”，載於《公司法雜誌》第7年（2015）第1期，私法研究中心，總監António Menezes Cordeiro，科因布拉，Almedina出版社，2015年，第184頁。
 24. 有關公司行為，參見德國學說Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5. Auflage, Tübingen, 2002年，第11頁及續頁。
 25. 關於角色責任，參見H. L. Hart：“責任的種類”，載於《The Law Quarterly Review》第83卷，1967年，第346至364頁。
 26. 參見意大利學說，Guido Gorgoni：“La Responsabilità come progetto. Primi Elementi per un'Analisi dell'Idéia Giuridica di Responsabilità Prospettica”，載於《Diritto e Società》第2期，2009年，第243至292頁。
 27. 這一觀點暗含在作為“事實—條件”與“法律後果”可能存在關聯的規範性歸責；參見奧地利學說Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911年，第7頁以及後續頁。
 28. 相關內容參見António Barreto Menezes Cordeiro：《民法裡的信託問題》，第420頁。
 29. 在這方面典範的例子有A-G for Hong Kong v Reid (1994), 1 AC 324-329；相同內容，關於無權受託人，Mara v Browne (1896), 1 Ch 199-214, (Smith LJ) 209：“如果有人並非受託人或沒有受託人的許可，自行介入信託事務或以受託人名義行事，他會因此成為法律上的不當受託人，也就是，無權受託人，或者也被稱為推定信託”；相關內容參見António Barreto Menezes Cordeiro：《民法裡的信託問題》，第421頁，注釋1566及1567。

因此，推定信託是適用衡平法根本原則的結果。根本上講，是遵循體制精神的一種解決辦法；³⁰是對違反體制（受託人的）行為的回應。³¹

這種規範性的解釋，也是最基本的解釋³²，是出於總體的考慮³³，即使可能出現法律上的錯誤^{34 35}，我們認為應以司法權適用的公正為優先。³⁶

三、受託人的忠誠義務以及小費庫受益人的財產權問題

忠誠義務是一種不確定的法律概念，通過賦予法官形成法律的權力，使得法律中接納了道德規範。³⁷

在澳門的法律體系中，受託人（澳門特區賭場的經營者）對小費庫受益人的忠誠義務應被視為一種信託義務。信託義務與信託的出現

-
30. 相關內容參見António Barreto Menezes Cordeiro：《民法裡的信託問題》，同上，第418頁。
31. 相關內容參見António Barreto Menezes Cordeiro：《民法裡的信託問題》，同上，第419頁。
32. 相關內容，參見美國學說Andrew Trutt：“Interpretation Step Zero: A Limit on Methodology as Law”，載於《耶魯法律報》，2013年，第2055至2067頁。
33. 關於全面考量的實際的判決，參見Aleksander Peczenik：《On Law and Reason》，Kluwer, Dordrecht, 1989年，第76至77頁。
34. 根據葡萄牙學說，對於法律領域中波普爾證偽理論的適用存在有理據的保留，參見Alexandre Mota Pinto：“司法‘證偽’？波普爾提出的偽證方法模型在法律上適用”，載於《向António Castanheira Neves教授致敬的研究》；Ars Ivdicandi：《科因布拉大學法學院學報》，Studia Ivridica, Ad Honorem – 3, 第1卷：哲學、理論與方法論，科因布拉，科因布拉出版社，2008年，第919頁及後續頁、963及966頁。
35. 關於卡爾·波普爾證偽理論在法律範疇的適用，參見德國學說Claus Wilhelm Canaris：“Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien”，載於《Juristischen Zeitung (JZ)》，1993年，第378頁及後續。
36. Jürgen Habermas：“Between Facts and Norms: an Author’s Reflections”，載於《Denver University Law Review(DULR)》第76卷，1999年，第939頁。
37. 傳統上，一般條款或者不確定的法律概念包含三個功能，包括接納社會規範、改造社會規範以及授予法官形成法律的權力；參見Gunther Teubner：“Standards und Directiven in Generalklauseln: Möglichkeit und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht”，Frankfurt am Main, 1971年，第89至110頁；Anne Röthel：《Normkonkretisierung im Privatrecht》，Tübingen, Mohr Siebeck, 2004年，第23至27頁；Franz Bydlinski：“Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff”，2. Auflage, Wien/New York, Springer, 1991年，第581頁。

及發展相關聯。在信託關係中，財產由委託人（賭客）轉移給受託人（賭場的經營者），但是要送給受益人（賭場員工）。³⁸ 在原本的狀態下，普通法制度沒有提供給受益人應有的法律保護，以致平衡法庭對受託人施加對受益人的信託責任。³⁹ 與信託的類比導致信託責任的適用於其他種類的關係—信託關係—比如代理與合夥。⁴⁰ 因此也就可以理解美國司法見解對受託人適用信託責任。^{41 42 43 44 45}

這意味着忠誠和謹慎義務是針對小費庫受益人⁴⁶；信貸義務亦是被認為針對其等人^{47 48}的為了小費庫整體財產安全的道德責任。^{49 50}

-
38. Pedro Caetano Nunes：「關於董事忠誠義務的司法見解」，載於《第二屆公司法大會雜誌》，科因布拉，Almedina出版社，2013年，第184頁，本文緊跟其行文。
 39. Pedro Caetano Nunes：「關於董事忠誠義務的司法見解」，同上，第185頁。
 40. Pedro Caetano Nunes：「關於董事忠誠義務的司法見解」，同上，第185頁。
 41. 相關問題，參考美國學說John C. Shepherd：《The Law of Fiduciaries》，The Carswell Company，Toronto，1981年，文中多處出現；John C. Shepherd：「Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships」，載於《LQR》第97期，1813年，第51至79頁。
 42. 參考James Sheedy：「Civil Law Jurisdictions and the English Trust Idea: Lost in Translation」，載於《Denning Law Journal》第20期，2008年，第175及後續頁。
 43. Magdolna Sic：「Fiducia and Pignus in Sources of Post-Classical Roman Law – Synonyms or Terms Utilized for Different Kinds of Pledges?」，載於《Zb Radova》第42期，2008年，第483至491頁。
 44. Steven L. Schwarcz：「The Commercial Trusts as Business as Business Organisations: an Invitation to Comparatists」，載於《Duke J Comp & Int'L》第13期，2003年，第325至331頁。
 45. 英國學說Stuart Ritchie/Andrew Stafford：《Fiduciary Duties: Directors and Employees》，Jordans，Bristol，2008年，文中多處出現。
 46. 葡萄牙學說Maria Elisabete Gomes Ramos：「董事民事責任的保險」，《學位論文集》，博士學位論文，科因布拉，Almedina出版社，2011年，第116頁。
 47. 西班牙學說參見V. J. Alfaro Águila-Real：「La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales」，載於《RDS》第18期，2002/1，第59頁；德國學說參見W. GROSS：「Deliktische Aussenhaftung des GmbH-Geschäftsführers」，載於《ZGR》第3期，1999年，第553至557頁；葡萄牙學說參見Vânia Filipe Magalhães：「公司股東的行為：一般義務與社會利益」，載於《公司法雜誌》第1期，科因布拉，Almedina出版社，2009年，第399至400頁
 48. 英國學說參見Larry E. Ribstein：「Fiduciary Duty Contracts in Unincorporated Firms」，載於《54 Wash & Lee Law Review》，1997年，第566至572頁。
 49. 葡萄牙學說參閱M. Nogueira Serens：《企業社會責任：舊酒新瓶》，第87頁；德國學說Clausdieter Schott：《Kindesannahme – Adoption-Wahlkindsschaft: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschichten》，Metzner，Frankfurt，2009年，文中多處出現。
 50. 澳大利亞學說參見Harles E. F. Rickett：「Equitable Compensation: towards a Blueprint」，載於《25 Sydney Law Review》，2003年，第43至51頁。

對於德國聯邦憲法法庭⁵¹，小費庫的受惠人被賦予財產權，作為制度保障⁵²，這是為了不只保障現有的私法的法律地位，而且（特別是）保障賦予他們（現在或將來的）可能的相關法律地位。⁵³

如此，存在一種信託（小費庫）受益人可以享有小費庫內財產的主觀權利（澳門《民法典》第1229條）。

與所有權不同（澳門《基本法》第6條及第13條，澳門《民法典》第1226條第1款），所有權是為了保持主觀法律地位的權利並假設為永久的保障⁵⁴，這種財產權是小費庫受益人的主觀權利，是一種對享有的期望和可能性^{55 56}；被視為由小費庫財產完整性（澳門《民法典》第1229條）而產生的可能享有財產的法律—事實上的具體化。⁵⁷

-
51. 參見《Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts》第93期，第137頁（Einheitswertbeschluss）。
52. “制度保障禁止剝奪在財產法領域基本權利受到保護的活動中的主要當事人的私法體系下的支配權，進而禁止剝奪或削減基本權利保護的自由支配”，參見德國學說Jochen Rozek：“Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung: Eine Bestandaufnahme zur dogmatischen Struktur des Art” ，14 GG nach 15 Jahren ，《Nassauskiesung》，Mohr Siebeck，1998年，第29頁。
53. 德國學說Michael Kloefer, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München,(1970)，第24至50頁。
54. 葡萄牙學說參見Miguel Nogueira De Brito：“憲制民主下私產的正當性”，《學位論文集》，博士學位論文，科因布拉，Almedina出版社，2012年，第734至800頁。
55. 參見德國學說Markus Appel, Entstehungsschäche und Bestandsstärke des verfassungsrechtlichen Eigentums. Eine Untersuchung des Spannungsverhältnisses zwischen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG auf Basis der Eigentumsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Duncker & Humblot, Berlin, (2004)，第218頁。
56. “對實現主張的合法期望應受到《歐洲人權公約》附加第1號協議書第1條的保護（……）以及尊重其財產的權利，這並不只是尊重所有權的擁有。除此之外，所有人行使這種權利固有的能力也應得到保障，比如使用、支配或從中得利的能力”，參見Tiago Macieirinha：“《歐洲人權公約》中的所有權”，載於《法律雜誌》第146年，2014年第1期，科因布拉，Almedina出版社，2014年，第76至77頁；相關內容參見歐洲人權法庭判決Pressos Compania Naviera S. A., n.º 31; Gratzinger e Gratzingerova, n.º 73, Jantner, n.º 29-33, Marckx, n.º 63, Kotov, n.º 90, Stran Greek Refineries and Straits Andreasidis, n.º 61。
57. 參見德國學說Robert Alexy：《Theorie der Grundrechte》，Suhrkamp，1994年，第178頁，注釋170；相關內容參見Frank Raue, Die Zwangsvollstreckung als Nagelprobe für der modernen Enteignungsbegriff. Die enteignungsdefinition des Bundesverfassungsgerichts, kritisch hinterfragt anhand der Eigentumsübertragung nach § 817 abs. 2 ZPO – Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 14 GG, Duncker & Humblot, Berlin, (2006)，第104頁。

因此，在經濟自由的體系下，小費庫受益人的財產權保護屬於其自由意志以及其（獨有的）經濟處置和利用的支配範疇。⁵⁸

如此，小費庫受益人的財產權作為實際支配被歸入財產憲法法律概念，因為使制度保障（財產權）與支配保障（小費庫的金錢）的區分辨認得以實現。

這個觀點正確的話，（專門）賦予小費庫受益人的事實法律意義上的支配保障是通過澳門賭場的經營者（受託人）來行使的，由於受益人與受託人之間建立的信託關係—以及對其特別的信任，在法律範疇上導致遵循其（保管的）目的的要求，也是作為取得這一目的和滿足小費庫受益人共同利益的工具。

因此，小費庫受益人（澳門賭場的員工）的事實法律意義上的支配保障構成獨有的影響範圍，即使是由受託人所“支配”；也就是說小費庫的安全客觀上意味着一方面信託管理模式的特點要以受益人利益為目標的，另一方面，主觀上也是要規範澳門賭場經營者成為規範有序的受託人的模式。

四、澳門特區賭場裡小費庫的設立：不合法的佔有（取得）？因介入而不當得利（澳門《民法典》第467條第1、2款，以及第473條第1款） 和目的內容理論：簡要的注釋

闡明了小費庫有關的目的方法論意義後，需要回答的另外一個問題就是小費庫的設立是否代表一種澳門特區賭場的不合法的佔有（取得）。

（可能的）不合法佔有（取得）問題與小費庫作為信託的法律定義之間有着密不可分的關係。

58. 參見《Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts》第24期，第389至390頁（Einheitswertbeschluss）。

如果認為小費庫是一種信託，問題就變得完全沒有意義（不構成取得），那麼，澳門特區的賭場只是作為小費庫的保管人（澳門《民法典》第1111條），因此只需履行“看護”被託付物（小費）的義務（澳門《民法典》第1113條a）項）並將之返還給小費庫的受益人（澳門《民法典》第1113條a）項）。

反過來講，如果認為小費庫不是一種信託，那麼就會出現不當得利其中的因介入而得利的問題（澳門《民法典》第467條第1和第2款；第473條第1款）。

因此，小費這筆錢是受益人（獨有的）財產，也因此是小費庫的組成部份；它屬於賭場所有員工（莊荷、發牌員、樓層經理、賭區主任、監視員、箱長、賬房及其他構成賭場人力資源的員工）；同時他們也是公司結構的一部份，這種組織以一種物質及非物質的途徑⁵⁹介入而影響對特定目的的履行⁶⁰；澳門特區賭場公司行為帶來的利潤空間。

然而，儘管員工與賭場間一般來說對於取得上述利潤空間存在一種完美的合作關係，這種協同作用並沒有減少打賞小費行為的贈與/給予的意向（澳門《民法典》第948條a）項），比如打賞給發牌員的，是他直接為澳門賭場的顧客及一些豪客提供服務。^{61 62 63}

59. 相關問題，德國學說在提到組織框架時指出“在無數的人類的利益中，不只有個人的利益；其滿足要求其他人員的協同與合作；（.....）因此，通過組織遵循的目的，存在個體意願與權能的集合”，見Ludwig Enneccerus/Theodor Kipp/Martin Wolff, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, (1926), § 926；參見意大利學說Antônio Tarantino, *La Teoria della necessità nell'ordinamento giuridico – Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, 第2版，1980年，文中多處出現。

60. 相關內容參見葡國學說Diogo Costa Gonçalves：“法人和公司，私法上擬人化的系統整理及疑問”，《學位論文集》，博士學位，科因布拉，Almedina出版社，2015年，第312頁。

61. 關於中國大陸的豪客，參見X. Gu, G. Li & P. S. Tam：“Casino Tourism, Social Costs and Tax Effects”，載於《國際博彩研究》第13冊第2期，2013年，第222頁及後續。

62. 關於中國大陸的豪客更詳細的內容，參見Z. Zeng & D. Forrest：“High Profile Rollers from Mainland China: A Profile Based on 99 cases”，載於《UNLV Gaming Research & Rev. Journal》第13(1)期，2009年，第33至37頁。

63. 關於貴賓廳的合約人，參見C. Wang：“Licensing VIP-Room Contractors or Gaming Promoters in Macao; The Status Quo Improvement”，載於《UNLV Gaming Research & Rev. Journal》第18(2)期，第107至108頁，2014年。

因此說，這些打賞（小費）是賭場客人為了所享受的服務表示感謝的一種特別意願，一方面是為了發牌員，另一方面是為了賭場所有員工（莊荷、發牌員、樓層經理、賭區主任、監視員、箱長、賬房及賭場服務團隊組長）⁶⁴提供的服務；因為他們優質的服務滿足了澳門特區賭場客人娛樂的意願。⁶⁵

反過來講，如果正如有時也會發生的情況那樣，賭場只給員工（莊荷、發牌員、樓層經理、賭區主任、監視員、箱長、賬房及賭場服務團隊組長）提供最低工資，之後再分配小費庫裡的財產假裝作為工資性補貼，那就構成隱蔽的非法佔有（取得）。

因此，在這些賭場中，賭場無期限地只發放給小費庫受益人最低工資（結果因不調整工資而累積巨額積蓄），而用分配小費庫裡的金錢來作為工資的補貼：小費庫受益人減少的財產也就是賭場直接按比例的不當得利。

這裡講到的不當得利，解釋學意義上稱其為因介入而得利（Eingriffskondiktion），因為在這樣的情況下澳門的賭場確實介入了小費受益人的財產。

64. 很明顯，這並不意味賭場任何職位的員工（比如監視員和賭區主任）都會直接收到客人的打賞，也不意味他們因此會被排除在小費庫以外。很容易理解，這是為了防止違法的情況以及對某些賭客的偏好，使得他們可以“買到”賭場主任的“好感”，從而使他們的違法行為得到縱容。拉斯維加斯永利曾發生過這樣的情況，結果這些職位（如賭區主任和監視員）被取消，而引入了賭場服務團隊組長（CSTL）。相關內容，美國學說指出“傳統上監視員是為了防止作弊或其它問題，處理與顧客的爭執，保證賭區的正常運作。如果監視員的作用是針對荷官，那麼賭區主任就是賭區的頭兒，當出現更嚴重的爭執或糾紛時，就需要他們到場處理。這些是制度化的典型的賭場職位，他們也是賭場運作不可分割的一部份，而他們並不會被打賞小費。給賭區監視員打賞小費可能是違法行為，這很容易理解，因為小費可能被認為是一種行賄，或收買以便縱容其在賭場作出不受歡迎的行為。這也解釋了為甚麼在永利的手冊中，有兩個職位是被禁止接收小費的”；見Kandis McClure：“內華達賭場的小費庫”，第88頁。

65. 相關內容參見Hugo Luz Dos Santos：“The contracts for gaming and betting in Macau and the credit for gaming: the issue of ‘walking’”，載於《Gaming Law Review and Economics (GLR&E)》第19(8)期(2015年10月)，2015年，文中多處出現。

這種得利，學說上稱之為因介入而得利，是一種自發性得利，其中可能不存在“財產減少一方”財產的損失^{66 67}，因為既然它的東主⁶⁸沒有從這些財產得到任何好處，特別是在使用他人財產的情況下，那麼“介入人”不當的從中得到好處⁶⁹，因此有義務要作出賠償，返還其“被剝奪的價值”。⁷⁰

針對小費庫受益人的法律層面上他人的介入或干涉，根據澳門《民法典》第477條規定的一般情況下，可以作為民事責任的構成要

-
66. 相關內容，參見葡國學說著作Luís Manuel Teles De Menezes Leitão：“民法中的不當得利，針對不同類型的不當得利的比較而進行的系統統一概括的可行性的學理研究”，《學位論文集》，博士學位論文，科因布拉，Almedina出版社，2005年，第740至741頁。
67. 表面上看，對於小費庫受益人會發生這樣的情況，因為（很多情況下）他們並沒有（直接地）察覺到他們財產的減少；而事實上當這種財產的減少在法律層面發生在小費庫受益人一方時，在我們看來卻是真實的；但是它是由賭場以一種隱蔽的方式作出，沒有（直接和即刻地）從得利一方（賭場）向受損害一方（小費庫受益人）作出的財產轉移。這種財產轉移以溫和的方式以及三個連續的步驟作出：1)設立小費庫（為了所標榜的透明的目的而自行發起的），2)無期限的只發放最低工資，以及3)將小費庫的財產當做（無期限不進行調整的）工資的補貼：這構成賭場的“取得”。
68. 相關內容，葡國學說提到東主的規定“卻是超越了財產本身，包括任何獨有的權利，賦予其所有人獨佔利用某財物的權利，而排除其他人。因此，使用‘東主’這個詞時，應作寬泛概念的理解（.....）對東主更簡單的規定就是禁止和授權。東主有權力禁止他人對其財物有所作為”；參見PEDRO MÚRIAS：“東主的規定”，載於《向Isabel Magalhães Collaço 致意的研究》第2卷，科因布拉，Almedina出版社，2002年，第270頁。
69. 關於不當得利，參見美國學說Dan B. Dobbs：《Law of Remedies: Damages-Equity-Restitution》ch 4，第2版，1993年，第550至776頁；Goff & Jones：《The Law of Unjust Enrichment》，第8版，2011年，第3至54頁；關於返還，遵循美國學說關於以增益為基礎的損害的原則，也就是說，根據美國學說Andrew Kull：“Restitution’s Outlaws”，載於《Chicago-Kent Law Review》第87期，2003年，第19頁，其中提到“道德風險意味著，如果你減輕了壞行為的後果，那你是鼓勵了那種壞行為”，與這種道德風險緊密關聯的一種原則就是“違法者需將其恢復原狀”原則；Tom Baker：“On the Genealogy of Moral Hazard”，載於《Texas Law Review》第75(2)期，1996(12月)，1996年，第238頁；Reiner H. Kraakman：“Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls”，載於《Yale Law Journal》，1984年第857、873-874頁(business law and moral hazard)；Howell E. Jackson：“The Expanding Obligations of Financial Holding Companies”，載於《Harvard Law Review》，1994年，第509及512頁(銀行業規則及道德風險)；正因此，美國學說容許在合同法範疇稱為“最基本的美德”；Seana Valentine Shiffrin：“The divergence of contract and promise”，載於《Harvard Law Review》第120(3)期，2007(1月)，2007年，第718頁。
70. 相關內容參見葡萄牙學說Joel Timóteo：“不當得利：總會導致財產的減少麼？”，《律師雜誌》第35期，2003(9月)，2003年，文中多處提到。

素。當有人通過使用、享有、消費、處置的方式干涉他人財產而得利，造成因介入而得利，這是一種自發性不當得利。⁷¹ 即使在沒有發生干涉與介入的情況下東主也不會從這些財產收益，但介入者仍應當賠償其因該等財產取得⁷² 的益處⁷³，或使用該等財產而產生的價值⁷⁴，也就是返還其^{75 76 77} 因利用而產生的價值。^{78 79}

根據目的內容理論，小費庫內組成部份的財產的受益人享有的專屬權主要來自任何絕對主觀權利賦予其所有人獨自⁸⁰ (*ius excludendi*

-
71. 相關內容參見Luís Manuel Teles de Menezes Leitão：“民法中的不當得利”，第662頁。
 72. 近似內容參見美國學說，George P. Roach：“How Restitution and Unjust Enrichment Can Improve Your Corporate Claim”，載於《Re. Litig》第26期，2007年，第265頁及後頁。
 73. 相關內容參見Júlio Gomes：“不當得利的概念，被迫的得利及不當得利的幾種範例”，博士學位論文，波爾圖，天主教大學出版社，1998年，第759頁及後頁；Manuel Carneiro da Frada：《民法—民事責任，案例教學法》，科因布拉，Almedina出版社，2005年，第69及後頁。
 74. 參見意大利學說Rodolfo Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, UTET, Torino, (1959), 第32及後頁。
 75. 相關內容，參見美國學說Jack Beatson：“Restitution and Contract: Non-Cumul”，載於《Theoretical Inquiries in Law》第1期，2000年，第89至91頁。
 76. 相關內容，參見美國學說David Dittfurth：“Restitution in Texas: Civil Liability for Unjust Enrichment”，載於《Texas Law Review》第54期，2012年，第266至274頁。
 77. 根據美國學說Eric J. Konopka：“Hey, That’s Cheating! The Misuse of the Irreparable Injury as a Shortcut to Preclude Unjust Enrichment Claims”，載於《Columbia Law Review》第114期，2014年，第2049頁。
 78. 相關內容參見德國學說，關於非物質財產消費，Bolze：“Gibt es einen Anspruch auf Schadensersatz oder Herausgabe der gezogenen Nutzung wegen einer Patentverletzung, die weder wissentlich noch grobfahrlässig begangen ist?”，載於《AcP》第92期，1902年，第324及後頁。
 79. Joel Timóteo：“不當得利：總會導致財產的減少麼？”，同上。
 80. 理論上強調保護合同自由的必要性，也就是保護財產所有人只為自己獲益而使用其財產的權利，以及按自己意願使用的預期；對此，在懲罰性賠償的範疇參見Allan Schwartz：“The Myth That Promises Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damages Measures”，載於《Yale Law Journal (YLI)》第100(2)期，1990(11月)，第375及後頁；法國學說參見Catherine Thibier Ge：“Libres propôs sur l’évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile)?”，載於《Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDC)》第3期，Juillet-Septembre, 1999年，第574至579頁；意大利學說參見Giulio Ponzanelli：“I Punitive Damages Nell’esperienza Nordamericana”，載於《Rivista di Diritto Civile (RDC)》Anno XXIX, Parte Prima, 1992年，第365至472頁；葡萄牙學說相關內容參見Paula Meira Lourenço：“民事責任的懲罰性功能”，博士學位論文，科因布拉，科因布拉出版社，2006年，第181頁。

alios) 享有財產經濟用途的理論。⁸¹ 這種專屬性是財產的法律特性，如果在專屬權利所有人的範疇因他人介入而被侵害，可以提起不當得利的訴訟（澳門《民法典》第467條第1款）。^{82 83 84 85}

五、澳門特區賭場的小費庫及名譽損失： 相互關聯的關係？—極簡要的注釋。

我們知道無論是澳門特區，還是美國內華達州，特別是拉斯維加斯，（幾乎完全）依賴博彩業及其高額利潤回報。^{86 87}

-
81. 近似內容參見美國學說，Eric J. Konopka：“Hey, That’s Cheating! The Misuse of the Irreparable Injury as a Shortcut to Preclude Unjust Enrichment Claims”，同上，第2045頁及後頁。
82. 相關內容參見Luís Manuel Teles de Menezes Leitão：“民法中的不當得利”，同上，第772頁。
83. 一個非法行為的行為人不應該因該行為受益，這是不容置疑的；對此，美國學說提到“Favoring gain-based awards are strong ethical intuitions that promises should be kept and those who breach their contracts should not profit from their wrongs”，見Ernest W. Weinrib：“Punishment and Disgorgement as Contract Remedies”，載於《Chicago-Kent Law Review》第78期，2003年，第70至74頁；William S. Dodge：“The Case for Punitive Damages in Contracts”，載於《Duke Law Journal》第48期，1999年，第629頁及後頁；相關內容有葡萄牙學說Henrizue Sousa Antunes：“合同外民事責任後果中包含的非法得利和懲罰性效果：損害的正當性”，博士學位論文，科因布拉出版社，Grupo Wolters Kluwer，2011年，第287至288頁。
84. 美國司法見解對不當得利訴訟受理採取越來越限制的態度，採用“不可恢復的損害規定”的要求；相關內容請見United States v. Bame, 2012-2 U.S. Tax Cas. (CCH) §50, 528, at 86, 491 (D. Minn. 2012)。
85. 關於不當得利返還的司法措施輔助性的要求（澳門《民法典》第468條），根據美國學說，以“不可恢復的損害規定”的要求為背景；參見Kelley v. Coll. of St. Benedict, 901 F. Supp. 2d 1123, 1132 (D. Minn) (denying unjust-enrichment claim when plaintiff could have obtained relief under fraudulent-transfer statute)。
86. 根據權威資料，“2014年澳門酒店業貢獻了幾乎澳門GDP的90%。而這一貢獻幾乎全部來源於博彩業”；相關內容參見Glenn McCartney：“When the Eggs in One Basket All Cracked: Addressing the Downturn in Macau’s Casino VIP Junket System”，載於《Gaming Law Review and Economics (GLR&E)》第19(7)期，2015(9)月，2015年，第527頁。
87. 關於上條注釋相近的內容參見美國學說Kate O’Keeffe：“Macau Gambling Revenue Suffers First Full-Year Fall: China’s Antigraft Campaign Blamed for Macau’s First Recorded Full-Year Decline in Gambling Revenue”，載於《Wall Street Journal (WSJ)》，2015年，文中多處提到。

而這樣對博彩業財政經濟的依賴⁸⁸使作為一個整體的澳門承受着建立博彩業良好社會形象的艱巨責任。

反過來講，小費庫規定/定義的不確定性，會動搖建立這種博彩業社會形象的基礎（眾所周知，那是一種特權，而不是一種權利），澳門特區賭場與員工之間的司法訴訟會為澳門博彩業的名譽造成令人失望的損失。

因此，小費庫規定的缺失與澳門博彩業名譽的損害存在相互的關聯。

那麼，名譽的損害意味着甚麼呢⁸⁹？

博彩業社會形象的損害⁹⁰意味着以娛樂為主的環境製造者受到直接影響，繼而該產業共同體的質押保險也受到影響。

也許正因此，有學說認為會“對國家造成損失”⁹¹；也為了同樣的原因，德國學說提出“間接財產損失”⁹²，而葡萄牙學說中也有“間接或連帶損失”⁹³。

間接財產損失對於博彩業名譽損失⁹⁴來說，主要是澳門特區的名

88. 參見Glenn McCartney：“When the Eggs in One Basket All Cracked: Addressing the Downturn in Macau’s Casino VIP Junket System”，同上，第529頁。

89. 本人在“Credit for Gaming in the Casinos of the Special Administrative Region of Macau. Contribution for the Resolution of the issue of ‘Side-Betting’”有非常近似的表述，文中多處提到。

90. Kandis McClure：“內華達賭場的小費庫”，同上，第96頁。

91. 關於國家的名譽損失寫到“我們認為，事實上，國家作為一個國族的組織形式，可能受到實際的形象損害(.....)至少是對‘國族’的損害”；Manuel Carneiro da Frada：“社會損害與社會治理(corporate governance)”，載於《私法雜誌》2012(12月)，第二屆《私法雜誌》研討會，Cejur, Braga, 2012年，第17至29頁。

92. 參見德國學說Wolfgang Grunsky, *Aktuell probleme zum begriff des vermögensschadens*, Beck, München, 2. Auflage, (2008), 第10頁。

93. Adelaide Menezes Leitão：“董事因違反保護規則而對公司及公司債權人負上的責任”，載於《公司法雜誌》第1年第1期，總監António Menezes Cordeiro，科因布拉，Almedina出版社，2009年，第647至679頁。

94. 關於間接財產損失，參見意大利學說Renato Scognamiglio：“Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale”，載於《Rivista de Diritto Civile》，Cedam, Padova, 1957年，第283至285頁。

譽^{95 96}、信譽⁹⁷、博彩業的社會反響^{98 99 100}；這種博彩業名譽損害，除了本身有財產性質的考量，也完全違背財產所有人的目的^{101 102}：為賭場客人製造娛樂環境，而不是造成社會的不穩定。

豐沙爾（葡萄牙馬德拉，可望到德賽拉群島），於2015年10月9日。

-
95. 縱使屬一個議題的範圍，在因對法人造成非財產損害的功能意義的量度作出深入分析，參見Maria Manuel Veloso：“對公司造成非財產損失？—科因布拉中級法院2004年4月20日合議庭裁判，上訴案第430/04號”，載於《私法雜誌》第18期，總監Luís Couto Gonçalves，Cejur, Braga, 2007年，其中提到“非財產損失的表述比精神損失更寬闊，因不受到道德情感範圍的限制”，第34至35頁。
 96. 上條注釋的相關內容參見Maria Manuel Veloso：“非財產損失”，載於《〈民法典〉35週年及1977年修改20週年特刊》，第III卷《義務法》，科因布拉，科因布拉出版社，2007年，文中多次提到。
 97. Jónatas Machado：“榮耀、榮譽與權力—民主制度中的新聞自由研究”，《法律與司法見解雜誌》第143年第3984期(2014年1月至2月)，總監António Pinto Monteiro，科因布拉，科因布拉出版社，2014年，第179頁。
 98. 相關內容的著作Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos：“因侵害信用或名譽而產生的民事責任”，《學位論文集》，博士學士論文，科因布拉，Almedina出版社，2011年，第380頁。
 99. 美國學說參見Toni Massaro/Robin Stryker：“Political Discourse, Civility, and Harm: Freedom of Speech, Liberal Democracy, and Emerging Evidence on Civility and Effective Democratic Engagement”，載於《Arizona Law Review》第54期，2012年，第374頁。
 100. 一些葡萄牙學說人提到在法人範疇的“社會面貌”相關內容，Jorge Sinde Monteiro/Almeno de Sá：“法人因代理人行為而負上的責任—最高法院1998年6月25日合議庭判決評註”，載於《法律及司法見解雜誌》第140年第3956號(2011年1月-2月)，總監António Pinto Monteiro，科因布拉，科因布拉出版社，2011年，第188至199頁。
 101. 德國學說參見Mertens, Köllner Kommentar zum Aktiengesetz, 2/1, 3.Auflage, (2010), § 93, nota 59.
 102. 參見“(.....)一個原本的目的，亦是旨在對個體的保護”，Jorge Sinde Monteiro：“因顧問、勸諭或提供信息而產生的責任”，《學位論文集》，博士學位論文，科因布拉，Almedina出版社，1989年，第249頁。

