

上訴案第 201/2018 號

日期：2018 年 7 月 26 日

主題： - 法律問題  
- 扣押物的沒收

摘 要

1. 上訴人的上訴所提出的問題實質上指責的是被上訴的合議庭裁判針對上述扣押物充公及銷毀的決定錯誤適用法律，違反了《刑法典》第 101 條第 1 款的規定，與獲證明的事實事宜不足以支持作出裁判的瑕疵毫無關係。
2. 《刑法典》第 101 條第 1 款之適用是要因應有關扣押物的性質及案件情節的考量，只要能顯示出其係對人身安全、公共道德或公共秩序構成危險，或極可能有用於再作出符合罪狀之不法事實之危險者，須宣告喪失而歸本地區所有。
3. 原審法院的確在被上訴裁判中，並未提及曾審查及調查上述扣押物是與犯罪事實有關或曾經用於犯罪，由於缺乏認定相關事實，以致不符合適用《刑法典》第 101 條而將扣押物充公的前提，應該將其返還。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 201/2018 號

上訴人：A

C

## 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第一嫌犯 A、第二嫌犯 B、第三嫌犯 C、第四嫌犯 D、第五嫌犯 E 及第六嫌犯 F 為直接共同正犯，以連續犯、既遂行為的形式觸犯了一項第 11/2009 號法律第 11 條第 1 款第(四)項及第 3 款第(一)項所規定及處罰的電腦詐騙罪，並請求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 CR2-16-0353-PCC 號案件中，經過庭審，最後作出了以下的判決：

1. 指控第一嫌犯 A 及第三嫌犯 C 以直接共同正犯、故意、既遂及連續犯的方式所觸犯的第 11/2009 號法律第 11 條第 1 款第(四)項及第 3 款第(一)項所規定及處罰的一項「電腦詐騙罪」(共犯)，改判為以直接共同正犯、故意、未遂及連續犯的方式觸犯了第 11/2009 號法律第 11 條第 1 款第(四)項及第 2 款所規定及處罰的一項「電腦詐騙罪」(共犯)(連續犯)(未遂)。根據第 11/2009 號法律第 11 條第 4 款及《澳門刑事訴訟法典》第 38 條的規定，鑑於案中欠缺有效的刑事告訴，故宣告本案

對第一嫌犯 A 及第三嫌犯 C 的刑事追訴權終止。

2. 指控第二嫌犯 B、第四嫌犯 D、第五嫌犯 E 及第六嫌犯 F 以直接共同正犯、故意、既遂及連續犯的方式所觸犯的第 11/2009 號法律第 11 條第 1 款第(四)項及第 3 款第(一)項所規定及處罰的一項「電腦詐騙罪」(連續犯)(共犯)，均判處罪名不成立。

最後裁定，根據上述已證事實，由於與犯罪活動有關，故於判決確定後，將卷宗的扣押物充公，並將當中無特殊經濟價值的物品銷毀（參見第 101 頁、第 115 頁至 117 頁、第 177 頁、第 212 頁、第 257 頁、第 267 頁至第 269 頁、第 273 頁及第 381 頁）

第一嫌犯 A 及第三嫌犯 CA 及 C 對兩部手提電話、港幣共 708,730 元、澳門幣共 100 元及兩個籌碼這些扣押物作出充公及銷毀的決定不服判決，向本院提起上訴：

1. 被上訴之判決就扣押物方面判處“根據上述已證事實，由於與犯罪活動有關，故於判決確定後，將卷宗的扣押物充公，並將當中無特殊經濟價值的物品銷毀（參見第 101 頁、第 115 頁至 117 頁、第 177 頁、第 212 頁、第 257 頁、第 267 頁至第 269 頁、第 273 頁及第 381 頁）”
2. 故此，上訴人針對被上訴之判決，對以下扣押物（即兩部手提電話、港幣共 708,730 元、澳門幣共 100 元及兩個籌碼）作出充公及銷毀之決定不服，並提出本上訴。
  - 卷宗第 115 頁至 117 頁第 8 及第 9 項、第 14 至第 20 項、第 22 項、第 24 至 39 項、及第 41 項之扣押物；
  - 卷宗第 267 頁至 269 頁第 8 及第 9 項、第 14 至第 20 項、第 22 項、第 24 至 39 項、及第 41 項之扣押物；
  - 卷宗第 273 頁之扣押物。

3. 根據法院過往之判決，指出作為一般規則，“與犯罪有關之物之喪失”制度被規範於《刑法典》第 101 條、第 102 條及第 103 條中，其中實質性地包括工具與贓物喪失的兩個要件是 1)符合罪狀的不法事實；2)危險性。前者是指基於物件的性質，有可能對人身安全、公共道德或公共秩序構成危險；後者是基於案件的情節，極有可能存在再用作符合罪狀的不法事的危險者。
4. 於本案中，並沒有任何已證之事實指出上述扣押物（即兩部手提電話、金錢、兩個籌碼）是與本案犯罪有關。
5. 亦沒有任何已證事實，指出上述之扣押物（即兩部手提電話、金錢、兩個籌碼）是用於犯罪工具、或是屬於犯罪之所得及產物。
6. 而根據上述之扣押物（即兩部手提電話、金錢、兩個籌碼）之性質，按一般社會經驗法則地判斷，這不會對人身安全、公共道德或公共秩序構成危險。
7. 另外，根據被上訴之判決已獲證明事實內容，顯示上訴人並沒有成功使用 POS 機為賭客刷卡套現。
8. 綜上所述，被上訴之判決對本案之扣押物方面，缺乏事實證明與犯罪有關，故出現事實上之事宜不足以支持作出該裁判，患有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)規定之瑕疵”，應被廢止。
9. 反之，應根據《刑事訴訟法典》第 171 條將扣押物（即卷宗第 115 頁至 117 頁及第 267 頁至 269 頁內第 8 及第 9 項、第 14 至第 20 項、第 22 項、第 24 至 39 項、及第 41 項扣押物，以及卷宗第 273 頁之扣押物）返還給上訴人。

請求：基於上述的事實及法律規定下，在此請求法院：

- 1) 接納本上訴；及

- 2) 被上訴之判決對本案之扣押物方面，缺乏事實證明與犯罪有關，故出現事實上之事宜不足以支持作出該裁判，患有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)規定之瑕疵”，應被廢止。
- 3) 應根據《刑事訴訟法典》第 171 條將扣押物 ( 即卷宗第 115 頁至 117 頁及第 267 頁至 269 頁內第 8 及第 9 項、第 14 至第 20 項、第 22 項、第 24 至 39 項、及第 41 項扣押物，以及卷宗第 273 頁之扣押物 ) 返還給上訴人。

檢察院就兩名上訴人所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 上訴人僅不服被上訴裁判中有關充公扣押物的部份，認為原審法院充公卷宗第 115 頁至 117 頁及第 267 頁至 269 頁內第 8 及第 9 項、第 14 至第 20 項、第 22 項、第 24 至 39 項、及第 41 項扣押物的決定，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項的瑕疵。對此，本檢察院基本認同。
2. 因為被上訴裁判的已證事實中，並未提及上訴人上述扣押物是與犯罪事實有關或曾用於犯罪，據此，原審法院充公相關扣押物的決定，缺乏已證事實支持，患有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 所指的瑕疵。

綜上所述，本檢察院認為，上訴人提出的上訴理由成立。

駐本院助理檢察長提出法律意見書，認為上訴人 A 及 C 提出的上訴理由成立。

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：

- 中國 XX 股份有限公司為世界主要銀行卡組織之一，現時在世界超過 140 個國家或地區有發行或受理 XX 品牌的銀行卡。
- XX 國際有限公司為中國 XX 股份有限公司的全資子公司，兩者都為在中國上海註冊成立的獨立法人。現時，XX 卡中國境內業務由中國 XX 股份有限公司負責經營，XX 卡境外業務則由 XX 國際有限公司負責經營。XX 香港分公司則為 XX 國際屬下負責港、澳業務的經營管理。
- XX 的業務模式如 VISA、MASTERCARD 等其他世界主要卡組織一樣，XX 負責制訂業務及風險規則，建立全球性的交易轉接、清算及風險監控系統，通過拓展不同的銀行作為 XX 卡的發卡銀行及受理銀行（行業一般稱為“收單銀行”）。發卡銀行向其客戶發行 XX 品牌的銀行卡；“收單銀行”則負責拓展商戶推廣 XX 卡的受理，為商戶提供及安裝 XX 卡受理 POS 機（Point of Sales）終端，使持卡人可以在不同的 XX 卡特約商戶處以 XX 卡進行消費交易支付，在中國境外市場，XX 會基於交易金額，收取“收單銀行”1.2%的服務費用，XX 國際有限公司將收取其中的 0.2%，餘下 1%分配給發卡銀行作為收益。“收單銀行”方面的收益則為“收單銀行”收取其拓展的商戶實際服務費用與 XX 收取 1.2%費用之間的差額。
- 根據 XX 業務規則，由於 XX 境內商戶支付給收單機構的服務費用與境外市場的收費標準有分別，有關費率是按照商戶類別而有所不同，費率由 0%至 1.25%不等，XX 收單機構不能跨區或跨境拓展商戶，XX 商戶也不容許跨區或跨境受理 XX 卡交易。

- 以中國民生銀行樂收銀業務協議書為例，其中條款 1.19 指出“違規移機”是指特約商戶未經收單機構許可，擅自將樂收銀終端從約定終端使用地址轉移至另一地址，包括但不限於以下情形：移機後地址與約定終端使用地址的省市、區縣、鄉鎮等行政區域，或與約定終端使用地址的道路名稱、門牌號碼、樓層、房間號、攤位號等不一致；同一商戶在多家分店之間自行調換終端機具；使用固定終端機具進行上門或流動收款等業務。3.2.14 指出擅自轉移樂收銀終端設備到非約定終端使用地點受理銀行卡交易的視作違約、協議的終止（第 293 至 296 頁）。
- 由於中國境內與境外 XX 卡受理成本之差異，誘使不法份子將境內 XX 卡 POS 受理終端跨境移至澳門進行交易。有關行為會將原發生在澳門地區的交易繞過 XX 國際進行，該行為造成 XX 國際直接經濟損失。
- 除以上經濟損失外，由於交易發生地的扭曲，也使 XX 及發卡銀行在風險監控系統內設置的監控參數發揮不了應有的作用，提高交易風險。
- 2012 年 9 月 11 日，G 以個人企業主身分，在澳門...街...號 XX 商業中心地下 1R/C 經營一間“XX 珠寶錶飾金行”店舖，第一嫌犯 A 在上述店舖工作（第 334 至 338 頁）。
- 2014 年 2 月 18 日，司警人員在上述店舖扣押了以下的 POS 機：
  - 1) 一部 POS 機，型號：SPP-100，機身編號為 ( S/N ): ... 。
- 2014 年 2 月 18 日，司警人員在澳門 XX 酒店...號房間扣押了以下的 POS 機：
  - 1) 一部 POS 機，機身編號為 ( S/N ): ... ；
  - 2) 一部 POS 機，型號：K370，機身編號為 ( S/N ): ... ；

- 3) 一部 POS 機，型號：E550，機身編號為 ( S/N ): ... ；
  - 4) 一部 POS 機，型號：E550，機身編號為 ( S/N ): ... ；
  - 5) 一部 POS 機，機身編號為 ( S/N ): ... ；
  - 6) 一部 POS 機，型號：FOR810，序號 ( S/N ): ... 。
- 上述其中六部 POS 機屬中國大陸境內收單機構“工商銀行”、“中國銀行”、“通聯”屬下的商戶，包括“個體戶...” ，商戶代碼：... ，三部終端機機身編號分別為... 、... 、... 、一部屬“... 鞋類商行” ，商戶銀行：... ，一部屬“... 配件” ，商戶代碼：... ，一部屬“... 建材商行” ，商戶代碼：... ，該些 POS 機只可在中國內地使用(第 126 至 127 頁)。
  - 已證事實第 9 點及第 10 點第 1 及 6 項的 POS 機屬固定電話網絡 POS 機，需要綁定商戶登記使用地址的電話號碼，如非該號碼撥出的交易，收單行將拒絕相關交易，第一嫌犯 A 及第三嫌犯 C 使用了電話號碼模擬器( 第 115 頁第 6、45 及 46 項 ) 連接上述 POS 機，通過電話號碼模擬器連接無線電話網絡上網器( 第 115 頁第 7 項 )，並透過互聯網將交易轉到原登記商戶地址的電話號碼，將交易資料傳送到收單行，以此瞞騙收單行系統使在本澳發生的交易能成功完成。
  - 已證事實第 10 點第 5 項的 POS 機，本為固定終端機，需連接固定電源才能使用並進行交易，第一嫌犯 A 及第三嫌犯 C 加裝上一個外置儲電池提供電力，使其能以移動的方式進行交易。
  - 已證事實第 10 點第 2、3 及 4 項的 POS 機，第一嫌犯 A 及第三嫌犯 C 透過安裝具漫遊功能的內地電話卡實現其在澳門以移動方式進行交易。
  - 2013 年 12 月 26 日開始，第一嫌犯 A 在 xx 酒店租了... 號房間，第三嫌犯 C 也在場協助，以便等待客人前來刷卡套現( 第

33 頁 )。

- 2014 年 2 月 16 日，內地居民 H 經邊境站入境本澳( 第 4 頁 )
- 2014 年 2 月 17 日，H 在 XX 娛樂場閒逛期間透過朋友得知，介紹客人到上述酒店房間刷卡套現能從中獲利，H 得知一名賭客欲刷卡套現，遂帶領該名賭客至上述酒店房間，當時，第一嫌犯 A 及第三嫌犯 C 在房間內。
- H 帶來的賭客進入房間後，第一嫌犯 A 及第三嫌犯 C 使用 POS 機為賭客嘗試刷卡套現港幣陸仟元 ( HKD\$6,000 )，但因餘額不足失敗。
- 之後，第一嫌犯 A 及第三嫌犯 C 再次使用 POS 機為該名賭客嘗試刷卡套現港幣叁仟元( HKD\$3,000 )，但再次因餘額不足失敗，H 未能賺取佣金。
- 事件被 XX 城娛樂場執勤人員發現而揭發。
- 經 XX 國際有限公司查證，在 2013 年 12 月 26 日至 2014 年 2 月 18 日期間，三部屬“個體戶...” ( 終端編號...、...、... )，商戶代碼:...的 POS 機共 63 次為的客人進行刷卡套現活動，交易總額為人民幣壹佰玖拾捌萬肆仟陸佰陸拾元貳角 ( RMB\$1,984,660.20 )；一部屬“...鞋類商行”，商戶代碼:...的 POS 機共 150 次為的客人進行刷卡套現活動，交易總額為人民幣壹仟壹佰貳拾玖萬捌仟玖佰柒拾元陸角叁分 ( RMB\$11,298,937.63 )；一部屬“...配件”，商戶代碼:...的 POS 機共 101 次為的客人進行刷卡套現活動，交易總額為人民幣陸佰玖拾玖萬捌仟肆佰玖拾肆元貳角貳分 ( RMB\$6,998,494.22 )；一部屬“...建材商行”，商戶代碼:...的 POS 機共 29 次為的客人進行刷卡套現活動，交易總額為人民幣玖拾萬零伍仟伍佰玖拾捌元肆角肆分 ( RMB\$905,598.44 ) ( 第 128 至 147 頁 )。

- 所有刷卡套現總額共人民幣貳仟壹佰壹拾捌萬柒仟陸佰玖拾元伍角壹分 ( RMB\$21,187,690.51 )。
- 第一嫌犯 A 及第三嫌犯 C 在自由、自願、有意識的情況下，達成協議，共同合作，利用祇可在中國內地使用的 XXPOS 機，裝上具漫遊功能的電話卡或電話號碼模擬器，連接無線電話網絡上網器，干預電腦系統的運作，將交易地設定為中國內地，為獲得不正當利益，第一嫌犯 A 及第三嫌犯 C 為 H 所帶來的賭客在境外提供境內刷卡套現，但最終因該客人的餘額不足而失敗。
- 第一嫌犯 A 及第三嫌犯 C 均清楚知道其行為是法律所不容，且會受法律制裁。
- 此外，還查明：
- 第二嫌犯 B 表示具有中學一年級的學歷，地盤雜工，每月收入為澳門幣 13,000 元，與沒有工作的丈夫育有兩名子女。
- 第三嫌犯 C 表示具有小學六年級的學歷，測量員，每月收入為澳門幣 16,800 元，與沒有工作的妻子育有兩名子女。
- 第四嫌犯 D 表示具有高中二年級的學歷，的士司機，每月收入為澳門幣 20,000 元，與在職的妻子育有一名子女。
- 第五嫌犯 E 表示具有高中( 職業學校 )畢業的學歷，泊車員，每月收入為澳門幣 16,800 元，與在職的妻子育有兩名子女。
- 根據嫌犯的最新刑事記錄顯示，六名嫌犯均屬於初犯。
- 未能證明的事實：
- 2013 年 10 月，第三嫌犯 C、第四嫌犯 D、第五嫌犯 E 入職為“XX 珠寶錶飾金行”的營業員；2013 年 11 月，第六嫌犯 F 入職為“XX 珠寶錶飾金行”的營業員。
- 由於店舖的生意未如理想，第一嫌犯 A 透過幾個內地朋友“X”、

“X”及“X”申請了案中所扣押的 7 部 POS 機。

- 第二嫌犯 B、第四嫌犯 D、第五嫌犯 E 及第六嫌犯 F 使用了案中所扣押的 7 部 POS 機。
- 2013 年 12 月 26 日開始，第一嫌犯 A 安排了第四嫌犯 D、第五嫌犯 E 及第六嫌犯 F 在 XX 中心 XX 酒店...號房間負責日班（早上 9:00 至晚上 9:00）駐守該房間待客人前來刷上套現，第二嫌犯 B 負責晚班（晚上 9:00 至翌日早上 9:00）駐守該房間待客人前來刷上套現。
- 各名嫌犯先向娛樂場內的“扒仔”介紹及派發店舖卡片，再由“扒仔”在娛樂場內向人詢問是否需要刷卡套現服務，找到客人後便由“扒仔”領客人到上述酒店房間，進行刷卡套現程序後，“扒仔”每次可賺取港幣數佰元佣金。
- 第二嫌犯 B、第四嫌犯 D、第五嫌犯 E 及第六嫌犯 F 在自由、自願、有意識的情況下，與他人達成協議，共同合作，利用祇可在中國內地使用的 XXPOS 機，裝上具漫遊功能的電話卡或電話號碼模擬器，連接無線電話網絡上網器，干預電腦系統的運件，將交易地設定為中國內地，為他人在境外提供境內刷卡套現，支付 XX 中國境內商戶較便宜服務收費，從而獲得不正當利益，令 XX 國際有限公司損失境外結算的服務費用共人民幣肆萬貳仟叁拾柒拾伍元叁角捌分（RMB\$42,375.38），折合澳門幣伍萬零陸佰零叁元伍角壹分（MOP\$50,603.51）。
- 第二嫌犯 B、第四嫌犯 D、第五嫌犯 E 及第六嫌犯 F 均清楚知道其行為是法律所不容，且會受法律制裁。
- 控訴書及答辯狀中與上述已證事實不符的其他事實。

### 三、法律部份

上訴人在其上訴理由中，認為原審法院針對卷宗內扣押的兩部手提電話、港幣合共 708,730 元、澳門幣 100 元及兩個 XX 中心面值 1,000 元的籌碼（詳見卷宗第 115 頁至第 117 頁第 8 項、第 9 項、第 14 項至第 20 項、第 22 項、第 24 項至第 39 項及第 41 項之扣押物；卷宗第 273 頁之扣押物）的決定，在沒有任何已證事實指出上述扣押物是用於本案的犯罪工具，或是透過符合罪狀得不法事實直接取得之物，又或是極可能用於再作出符合罪狀的不法事實的危險者，且有關扣押物也不會對人身安全、公共道德或公共秩序構成危險的情況下，明顯沾有“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”的瑕疵，請求廢止被上訴決定，將扣押物返還上訴人。

我們看看。

無需贅述上訴人所主張的事實的瑕疵的法律概念，很明顯，上訴人的上訴所提出的問題實質上指責的是被上訴的合議庭裁判針對上述扣押物充公及銷毀的決定錯誤適用法律，違反了《刑法典》第 101 條第 1 款的規定。

根據《刑法典》第 101 條規定：

*“第一百零一條（物件之喪失）*

*一、用於或預備用於作出一符合罪狀之不法事實之物件，或該不法事實所產生之物件，如基於其性質或案件之情節，係對人身安全、公共道德或公共秩序構成危險，或極可能有用於再作出符合罪狀之不法事實之危險者，須宣告喪失而歸本地區所有。*

*二、即使無任何人可因該事實而受處罰，上款之規定，亦適用之。*

*三、對於依據以上兩款之規定宣告喪失之物件，如法律未訂明特別用途，法官得命令將之全部或部分毀滅，或使之不能融通。”*

我們一直認為，法律賦予法官且只賦予法官/法院許可物件喪失之權。...作為一般規則，物件之喪失制度由《刑法典》第 101 條、102 條及 103 條調整，其中實質性地包括工具與贓物喪失的兩個要件：a)

符合罪狀的不法事實；b)危險性(著眼於預防)。.....如果沒有顯示任何此等違法行為，且不被認為存在“極可能有用於再作出符合罪狀之不法事實”之危險，則不能宣告此等被扣押物件之喪失。<sup>1</sup>

因此，《刑法典》第 101 條第 1 款之適用是要因應有關扣押物的性質及案件情節的考量，只要能顯示出其係對人身安全、公共道德或公共秩序構成危險，或極可能有用於再作出符合罪狀之不法事實之危險者，須宣告喪失而歸本地區所有；而“極可能...危險”這一短語意味著“強烈可能性”而非“簡單可能性”的(客觀)判斷。<sup>2</sup>

在本案中，原審法院認定了嫌犯 A 及 C 實施了 1 項第 11/2009 號法律第 11 條第 1 款(4)項及第 2 款所規定及處罰的「電腦詐騙罪」，且上述犯罪行為因欠缺有效的刑事告訴而被宣告刑事追訴權終止；然而，原審法院的確在被上訴裁判中，並未提及曾審查及調查上述扣押物是與犯罪事實有關或曾經用於犯罪，由於缺乏認定相關事實，以致不符合適用《刑法典》第 101 條而將扣押物充公的前提，上訴人的上訴理由成立，應該將其返還。

綜上所述，應裁定上訴人 A 及 C 的上訴理由成立。

#### 四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定兩名上訴人的上訴理由成立，撤銷被上訴的決定，原審法院應該將有關扣押物返還上訴人。

無需判處本程序的訴訟費用。

澳門特別行政區，2018 年 7 月 26 日

蔡武彬

---

<sup>1</sup> 參見中級法院於 2004 年 1 月 15 日在第 82/2003 號上訴案件的判決。

<sup>2</sup> 參見中級法院於 2003 年 7 月 17 日第 119/2003 號上訴案件、2002 年 11 月 21 日第 182/2002 號上訴案件。

陳廣勝

司徒民正 (Nos termos do que venho entendendo sobre a questão da “declaração de perda de bens”; cfr., v.g., os Acs. de 21.11.2002, Proc. n.º 182/2002, de 19.04.2018, Proc. n.º 155/2018 e declarações de voto anexas aos Acs. de 17.07.2003, Proc. n.º 119/2003 e 25.07.2013, Proc. n.º 439/2013).