

編號：第 79/2021 號 (刑事上訴案)

上訴人：A (A)

B (B)

C (C)

日期：2022 年 3 月 24 日

主要法律問題：嫌犯聲明的宣讀

摘 要

辯護人在訴訟中，尤其是在嫌犯缺席審判的情況下，是以最大程度保障及維護嫌犯訴訟利益的，因此，正如在中級法院第 455/2016，697/2017 及 240/2018 號合議庭裁判中，提及既然辯護人能有權利“代表”嫌犯要求宣讀聲明(所指的是終審法院第 13/2000 及第 8/2005 號合議庭裁判所涉及的情況)，理應同樣有權要求“不宣讀”聲明。

第一助審法官

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 79/2021 號 (刑事上訴案)

上訴人：A (A)

B (B)

C (C)

日期：2022 年 3 月 24 日

一、 案情敘述

於 2020 年 11 月 24 日，初級法院刑事法庭第 CR4-20-0264-PCS 號卷宗審判聽證中，原審法官根據《刑事訴訟法典》第 338 條第 1 款 a) 項規定，決定駁回辯護人以三名嫌犯 A、B 及 C 的名義而作出的請求(聲請不宣讀三名嫌犯在司法警察局及檢察院所作聲明)。

於 2020 年 12 月 15 日，三名嫌犯 A、B 及 C 在初級法院刑事法庭第 CR4-20-0264-PCS 卷宗內被裁定以共同正犯、故意及既遂方式觸犯一項第 11/2009 號《打擊電腦犯罪法》第 10 條第 1 款所規定和處罰「電腦偽造罪」，各被判處一年徒刑，緩期兩年六個月執行。

三名嫌犯對原審法院作出的批示不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結論部分）：

1. 原審法院就辯護人聲請不宣讀第三名嫌犯之前在檢察院及刑事警察機關所作的聲明的請求，作出不批准請求的批示。

2. 即使三名嫌犯各自簽署了第 113 至 115 頁之請求書，不能理解為符合《刑事訴訟法典》第 337 條第 1 款 a) 項提到的“應嫌犯本人之請求的情況下”的條件。
3. 在嫌犯缺席的情況下，根據《刑事訴訟法典》第 315 條第 3 款之規定，嫌犯的訴訟權利由辯護人代理行使，且在本案中，沒有任何跡象顯示，辯護人的反對違背了嫌犯本人的意願。
4. 因而被上訴批示屬錯誤適用法律。

請求

綜上所述，和依賴尊敬的法官閣下之高見，應裁定本上訴理由成立，
繼而：

裁定被上訴批示屬錯誤適用法律，並廢止被上訴的批示，批准辯護人所提出之請求：

並請求尊敬的中級法院法官 閣下一如既往地作出公正裁決。

檢察院對三名嫌犯就原審批示之上訴作出了答覆，並提出下列理據
(結論部分)：

1. 三名上訴人提出原審法院就辯護人聲請不宣讀三名嫌犯 A、B 及 C 之前在檢察院及刑事警察機關所作的聲明，作出不批准請求的批示，存在違反刑事訴訟法第 315 條第 3 款結合第 400 條第 1 款之錯誤適用法律之瑕疵，指出辯護人的反對沒有違背三名嫌犯本人的意願，這是因為三名嫌犯作出預先同意時處於不能自由決定的位置，很多時候還不知道發生什麼事情，這無疑是一種要挾，請求廢止上訴的批示，批准辯護人所提出之不宣讀請求。
2. 本院未能認同。

3. 本案中，根據卷宗資料，第一嫌犯 A、第二嫌犯 B 及第三嫌犯 C 在檢察院親自以書面作出同意，根據刑事訴訟法典第 338 條第 1 款 a)項的規定，請求在庭上宣讀他們在檢察院所作的訊問筆錄(卷宗第 115 頁、第 113 頁及第 114 頁)。值得注意，不論在刑事警察機關又或在檢察院進行偵查時，上述三人是以嫌犯身份作出聲明，換言之，已存在強烈、重要及明顯的跡象顯示三名嫌犯參與了犯罪行為，因此，我們並不能認同上訴人所指三名嫌犯在不知道發生什麼事情的情況下簽署同意書。
4. 另一方面，按照刑事訴訟法典第 338 條第 1 款 a)項之規定，就是賦予嫌犯享有特別權利，給予嫌犯決定是否希望將先前階段在任何實體作出的聲明在庭審中宣讀出來，從而成為可供法庭評價之證據，宣讀之前聲明與否，完全是出於嫌犯的自由意願，在嫌犯沒有作出新的意思表示之前，有關的意願不應被違反。
5. 亦快說，宣讀先前聲明與否，是嫌犯的專屬權利及行使個人權利的行為，正如在 Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau vol. II Pago 701, Dr. Manuel Leal-Henriques 寫道“ É óbvio que o exercício deste direito constitui acto pessoal do arguido, que o afecta directamente, e, por isso, só por ele próprio pode ser implementado ou porventura pelo defensor com poderes especiais para o efeito (cfr., neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op,cit., em comentário ao art.º 357.º e Ac. STJ de Portugal de 29.01.92, Col. Jur. XVII, 1, pág. 20) ”。
6. 既然同意宣讀先前聲明屬嫌犯專屬權利及行使個人權利的行為，那麼撤回同意必然地需要嫌犯本人親自作出又或賦予特別授權之辯護人代為之。

7. 因此，在不符合上述規定的情況下，原審法院駁回上訴人的請求批示，沒有違反任何法律瑕疵。基此，上訴人的上訴理據應被否定。

綜上所述，敬請否決本上訴，維持原審法院的決定，深信閣下定能一如既往，作出公正的判決。

三名嫌犯對原審判決不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結論部分）：

錯誤適用法律規定

1. 原審法院就辯護人聲請不宣讀三名嫌犯之前在檢察院及刑事警察機關所作的聲明的請求，作出不批准請求的批示。
2. 即使三名嫌犯各自簽署了第 113 至 115 頁之請求書，不能理解為符合《刑事訴訟法典》第 337 條第 1 款 a) 項提到的”應嫌犯本人之請求的情況下”的條件。
3. 在嫌犯缺席的情況下，根據《刑事訴訟法典》第 315 條第 3 款之規定，嫌犯的訴訟權利由辯護人代理行使，且在本案中，沒有任何跡象顯示，辯護人的反對違背了嫌犯本人的意願。
4. 有關不批准不宣讀三名嫌犯所作聲明之批示，已由三名嫌犯向法庭提交上的中間上訴中提及。
5. 基於此，三名嫌犯於檢察院及司法警察局所作之訊問筆錄則不應被原審法庭用作形成心證的證據。
6. 故此，應裁定被上訴判決屬錯誤適用法律，繼而開釋三名上訴人被判處的第 11/2009 號《打擊電腦犯罪法》第 10 條第 1 款所規定和處罰一項「電腦偽造罪」；抑或是根據《刑事訴訟法典》第 418 條的規定命令將案件發回重審。

審查證據方面有明顯錯誤

7. 對不同見解保持充分尊重的前提下，上訴人還認為被上訴判決存有在審查證據方面有明顯錯誤的瑕疵。
8. 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。
9. 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。”
10. 首先，被害人中國銀聯香港分公司代表並沒有出席本次審判聽證，僅有到場之警員作出證詞(見被上訴判決第 20 頁第三段內容，其內容在此視為完全轉錄)。
11. 透過上述證人之證詞，可以發現其內容明顯地轉述中國銀聯香港分公司代表之表達。
12. 根據《刑事訴訟法典》第 116 條第 1 款之規定，“如證言之內容係來自聽聞某些人所說之事情，法官得傳召該等人作證言；如法官不傳召該等人作證言，則該部分證言不得作為證據方法，但因該等人死亡、嗣後精神失常或未能被尋護而不可能對其作出詢問者，不在此限”，由於中國銀聯香港分公司代表並未出席是次庭審，未有親身確認上述內容及描述本案中 POS 機的具體詳情。
13. 因此上述警員之證詞違反間接證言之制度，原審法庭法官閣下

不得將此作為證據方法。

14. 此外，根據卷宗第 88 頁所顯示，中國銀聯香港分公司代表在回覆專案調查處之電郵時僅單純提及“…交易筆數：12 筆；銀聯國際損失：2299.48 人民幣”，有關文件未能詳細地反映銀聯國際如何計算其等損失及收費明細、如何判斷本案中 POS 機的運作及改裝結構，以及未有解釋相關內地 POS 機之所以可以澳門使用是否為其本身機器包含之功能。(下劃線由本人所加)
15. 根據第 11/2009 號法律《打擊電腦犯罪法》第 10 條第 1 款之規定，“意圖使人在法律關係中受欺騙而輸入、更改、刪除或消除可作為證據方法的電腦數據資料，又或以其他方式介入該等數據資料的電腦處理程序，使該等數據資料偽造成在視覺上與真實文件有相同的效果，又或將該等偽造的數據資料用於上述目的，行為人處最高三年徒刑或科罰金”。
16. 為著證實本案中是否存在上述條文規定的情況，因由專業的技術人員作出一份技術報告或者親身作證，而非憑藉一名身份為前往現場的司警證人之口供及銀聯國際簡單的電郵回覆便認定三名嫌犯觸犯上述罪名。
17. 綜上所述，基於違反證據制度以及證據不足的前提，請求尊敬的法官閣下 開釋三名上訴人被判處的第 11/2009 號《打擊電腦犯罪法》第 10 條第 1 款所規定和處罰一項「電腦偽造罪」。
既證事實不符合「電腦偽造罪」的構成要件
18. 此外，第 11/2009 號法律《打擊電腦犯罪法》第 10 條第 1 款規定「電腦偽造罪」：“意圖使人在法律關係中受欺騙而輸入、更改、刪除或消除可作為證據方法的電腦數據資料，又或以其他方式介入該等數據資料的電腦處理程序，使該等數據資料偽造

成在視覺上與真實文件有相同的效果，又或將該等偽造的數據資料用於上述目的，行為人處最高三年徒刑或科罰金”。

19. 那麼，有必要從既證事實中篩選出符合「電腦偽造罪」構成要件的事實，經過篩選之後，既證事實中只包含如下的犯罪事實：
20. 獲證明事實第六點指出：2015 年 12 月之前，嫌犯 B 與嫌犯 A 及嫌犯 C 計劃利用中國大陸境內收單銀行提供的 POS 終端帶到澳門為持中國內地銀行發出的銀聯卡客人刷卡套現，以規避“銀聯國際”的監控，藉此賺取所刷交易款項扣除支付予收單銀行的服務費用後的自設手續費及兌換貨幣的差額。三名嫌犯共同合意地集資了人民幣 800,000 元作營運成本，嫌犯 B 並在網上透過他人以人民幣 2,000 元租用了經改裝之可攜式的一部交通銀行的移動支付終端(SN：DIJ8190J0****)及經改裝之可攜式的一部百利通有線 POS 持端(SN：0337****)，此外，三名嫌犯透過朋友在國內開設多張涉案銀行卡以便帶同上述物品來真進行刷卡活動。
21. 其後，獲證明事實第七點至第八點闡述有關 POS 機的改裝原理和運作過程。
22. 正如被上訴判決在說明理由部分所述，“根據已獲證明的事實，三名嫌犯 A，B 及 C 為了自己或他人取得不法利益，共同合意及分工合作地在澳門使用一部本應只允許在中國大陸境內使用的 POS 將端為他人進行刷卡套現，而該 POS 終端是經過改裝，且該已改裝的 POS 終端能營造在澳門的刷卡交易均是在中國大陸境內進行的假象，使有關 POS 終端的收單實體對刷卡交易的確實地點產生錯誤，從而使交易成功通過收單銀行或“銀聯”系統的驗證”(見被上訴判決第 21 頁)。

23. 必須指出，根據上述事實指出，三名嫌犯所使用的經改裝之移動支付終端及 POS 機乃透過何他人租用所得，並非由其三人進行改裝。
24. 故此，根據上述條文所規定罪名之最起碼之文意解釋，三名嫌犯之行為並未有符合“輸入、更改、刪除或消除可作為證據方法的電腦數據資料”、“介入該等數據資料的電腦處理程序”及“將該等偽造的數據資料用於上述目的”所規定之構成要件。
25. 因為，上述電腦偽造罪與刑法典第 244 條規定的偽造文件罪有所不同，後者條文的第 1 款 c)項規定：“c)使用由他人製造、偽造或更改之以上兩項所指之文件”，其直接規定使用他人製造、偽造或更改之文件亦屬於偽造文件罪。
26. 然而，第 11/2009 號法律第 10 條第 1 款規定的電腦偽造罪並沒有明文規定使用他人製造品偽造或更改之 POS 機非法進行牟利亦屬於電腦偽造罪。
27. 綜上所述，根據罪行法定之原則，請求尊敬的法官閣下開釋三名上訴人一項第 11/2009 號《打擊電腦犯罪法》第 10 條第 1 款所規定和處罰的「電腦偽造罪」。

綜上所述，和依賴法官閣下之高見，應裁定本上訴理由成立，繼而：

- 宣告開釋三名上訴人被判處的一項第 11/2009 號《打擊電腦犯罪法》第 10 條第 1 款所規定和處罰的「電腦偽造罪」；或
- 命令將案件發回重審。

並請求尊敬的中級法院法官 閣下一如既往地作出公正裁決。

檢察院對三名嫌犯的上訴作出了答覆，並提出下列理據(結論部分)：

1. 三名上訴人再次質疑原審法院就辯護人在庭審聽證中聲請不宣

讀三名嫌犯 A、B 及 C 之前在檢察院及刑事警察機關所作的聲明，作出不批准請求的批示，質疑原審法院以該等權利為嫌犯等個人行為，必需得到嫌犯的親身同意或特別授權予辯護人為由，所作的不予批准批示，違反刑事訴訟法典第 315 條第 3 款結合第 400 條第 1 款之錯誤適用法律，請求開釋三名上訴人又或按照刑事訴訟法典第 418 條的規定，將案件發回重審。

2. 本院未能認同。
3. 正如在前述的中間上訴答覆中，三名上訴人是親身以書面作出同意，請求在庭上宣讀他們在檢察院所作的訊問筆錄，他們在作出聲明時是以嫌犯身份為之，換言之，已存在強烈、重要及明顯跡象顯示三名嫌犯參與了犯罪行為，因此，我們不能認同三名嫌犯在不知道發生什麼事情的情況下簽署同意書的說法。
4. 另一方面，按照刑事訴訟法典第 338 條第 1 款 a) 項之規定，就是賦予嫌犯享有特別權利，給予嫌犯決定是否希望將先前階段在任何實體作出的聲明在庭審中宣讀出來，從而成為可供法庭評價之證據，宣讀之前聲明與否，完全是出於嫌犯的自由意願，在嫌犯沒有作出新的意思表示之前，有關的意願不應被違反。
5. 亦即是說，宣讀先前聲明與否，是嫌犯的專屬權利及行使個人權利的行為，正如在 Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau vol. II Pago 701, Dr. Manuel Leal-Henriques 寫道“ É óbvio que o exercício deste direito constitui acto pessoal do arguido, que o afecta directamente, e, por isso, só por ele próprio pode ser implementado ou porventura pelo defensor com poderes especiais para o efeito (cfr., neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op,cit., em comentário ao art.º 357.º e Ac. STJ de

Portugal de 29.01.92, Col. Jur. XVII, 1, pág. 20)”.

6. 既然同意宣讀先前聲明屬嫌犯專屬權利及行使個人權利的行為，那麼撤回同意必然地需要嫌犯本人親自作出又或賦予特別授權之辯護人代為之。
7. 因此，在不符合上述規定的情況下，原審法院駁回上訴人的請求批示，沒有違反任何法律瑕疵。基此，上訴人的上訴理據應被否定。
8. 上訴人質疑原審法院採立了間接證言，指出中國銀聯香港分公司代表 D 沒有親身出庭作證，單憑偵查警員 E 的證言，複述上述代表對 POS 機的描述及具體詳情，便認定三名上訴人觸犯了電腦偽造罪，存在審查證據方面明顯有錯誤之瑕疵。
9. 本院未能認同。
10. 根據中級法院的理解“所謂審查證據方面明顯有錯誤是指法院在認定事實時明顯有違經驗法則和常理或明顯違反法定證據法則，而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。”
11. 在本案中，確實，中國銀聯香港分公司代表 D 是香港居民，因應新冠病毒疫情的影有而無法來澳出席庭審，然而，這並無對原審法院在事實的判斷認定方面存有任何錯誤，根據偵查員證人 E 在審判聽證中的證言，其是接報到現場進行搜查及搜索，對三名嫌犯進行初步訊問，對犯罪工具進行扣押，換言之，該名證人正是到達現場，對證據進行保全及警察措施之要員(刑事訴訟法典第 232、233、234 條之規定)，其證言是可信的。另一方面，原審法院在事實之判斷方面，除分析了該名偵查員證人的證言外，還考慮了三名嫌犯在聲明中承認作出本案的犯罪事

實，結合卷宗書證及扣押物證等證據後形成心證，從而對控訴書的事實作出認定。

12. 基此，並不存在審查證據方面明顯有錯誤之瑕疵，此理據庭被否定。
13. 三名上訴人又質疑原審法院的裁判，認為根據已證事實第六、七、八點，未能證明所使用的 POS 機由其三人進行改裝，因此，並不符合電腦偽造罪之入罪要件。
14. 本院未能認同。
15. 在本案中，從已證事實第六、七、八點，可知三名上訴人是利用一部改裝的 POS 終端機為他人進行刷卡套現，該 POS 終端機只允許在中國大陸境內使用，且該已改裝的 POS 終端機能營造在澳門的刷卡交易均是在中國大陸境內進行的假象。我們認為，從三名上訴人將經改裝後的百利通有線 POS 終端接駁電話號碼模擬轉撥器及移動無線上網路由器後，該路由器會連接上互聯網，使 POS 終端與中國大陸境內收單銀行的系統連接。一般的刷卡機在中國大陸境內使用是必須以申請時所登記的電話號碼撥號至收單銀行進行驗證才可進行交易，否則相關交易會被拒絕。但上述經改裝後的百利通有線 POS 終端接駁電話號碼模擬轉撥器及移動無線上網路由器後，該路由器會連接上互聯網，使上述 POS 終端與中國大陸境內收單銀行的系統連接，而該電話號碼模擬轉撥器則將撥出時使用的電話號碼模擬為申請時所登記的電話號碼，令交易成功通過中國大陸境內收單銀行的驗證，使刷卡交易成功進行。該等行為，已符合偽造電腦罪的入罪要件。
16. 基此，此理據應被否定。

綜上所述，敬請否決本上訴，維持原判，深信閣下定能一如既往，作出公正的判決。

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院司法官作出檢閱及提交法律意見，認為上訴人提出的所有上訴理由均不成立。

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。

由於裁判書製作人提交予合議庭評議的上訴解決方案在表決時落敗，本合議庭現須根據 2022 年 3 月 24 日的評議表決結果，透過本份由第一助審法官依照《刑事訴訟法典》第 417 條第 1 款末段規定編寫的裁判書，對上訴人提起的上訴作出判決。

二、 事實方面

於 2020 年 11 月 24 日，在審判聽證中，原審法院作出批示，內容如下：

“辯護人聲請不宣讀三名嫌犯之前在刑事警察機關及檢察院所作的訊問筆錄，檢察院對此表示反對，經考慮雙方意見後，本法庭認為，三名嫌犯已親身簽署第 113 至 115 頁之聲明書，要求根據《刑事訴訟法典》第 338 條第 1 款 a) 項規定，宣讀在刑事警察機關及檢察院所作的訊問筆錄，嫌犯們表達了彼等的個人意願。考慮到該等聲明在檢察院作出，符合法律規定，亦考慮到相關行為屬於嫌犯們各自的個人行為，對彼等嫌犯該等個人行為作相反的意思表示，必須由彼等嫌犯本人親自作出聲明，又或以書

面提交賦予「特別授權」的授權書予辯護人並向本案卷提交。由於三名嫌犯辯護人只僅僅認為辯護人聲請不宣讀三名嫌犯的聲明是為著該三名嫌犯的訴訟利益，因此辯護人具有權力代理彼等嫌犯聲請不宣讀聲明，可是，辯護人卻並未能向本案卷證明具備上述的「特別授權」這個重要的元素。因此，本法庭根據《刑事訴訟法典》第 338 條第 1 款 a) 項規定，決定現階段駁回辯護人的請求，並將會繼續按照三名嫌犯的聲明意願，宣讀彼等在刑事警察機關及檢察院所作的訊問筆錄。”

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. 中國銀聯為世界主要銀行卡組織之一，現時在世界超過 150 個國家或地區有發行或受理銀聯品牌的銀聯卡。“中國銀聯股份有限公司”為“銀聯國際有限公司”（以下簡稱“銀聯國際”）的母公司，銀聯卡中國大陸境內業務由“中國銀聯股份有限公司”負責經營，銀聯卡境外業務則由“銀聯國際有限公司”負責經營，而“銀聯國際香港分公司”為上述銀聯國際屬下負責港澳業務等中國大陸境外地區的經營管理。
2. “銀聯”通過拓展不同的銀行作為銀聯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銀聯品牌的銀行卡；收單銀行則負責拓展商戶推廣銀聯卡的受理，為商戶提供及安裝銀聯卡 POS 終端，使持卡人可以在不同的銀聯卡特約商戶處以銀聯卡進行消費交易支付。在中國大陸境外市場，“銀聯”會基於交易金額，收取收單銀行 1.2% 的服務費用，其中“銀聯”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“銀聯”收取 1.2% 費用之間的差額。

3. 中國大陸境內與境外銀聯卡受理成本具差異，“銀聯”的中國大陸境內商戶支付給收單機構的服務費用比境外市場的收費標準便宜，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。但根據“銀聯”業務規則“銀聯”收單機構不能跨區或跨境拓展商戶，“銀聯”商戶也不可跨區或跨境受理銀聯卡交易。
4. 由於中國大陸境內外銀聯卡受理成本之差異，故誘使不法份子將中國大陸境內銀聯卡 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“銀聯國際”進行。
5. 嫌犯 A、嫌犯 B 及嫌犯 C 為朋友關係。
6. 2015 年 12 月之前，嫌犯 B 與嫌犯 A 及嫌犯 C 計劃利用中國大陸境內收單銀行提供的 POS 終端帶到澳門為持中國內地銀行發出的銀聯卡客人刷卡套現，以規避“銀聯國際”的監控，藉此賺取所刷交易款項扣除支付予收單銀行的服務費用後的自設手續費及兌換貨幣的差額。三名嫌犯共同合意地集資了人民幣 800,000 元作營運成本，嫌犯 B 並在網上透過他人以人民幣 2,000 元租用了經改裝之可攜式的一部交通銀行的移動支付終端（S/N：D1J8190J0****）及經改裝之可攜式的一部百利通有線 POS 終端（S/N：0337****），此外，三名嫌犯透過朋友在國內開設多張涉案銀行卡以便帶同上述物品來澳進行刷卡活動。
7. 上述的百利通有線 POS 終端為一部原本需要配合固定電源及連接固定電話網絡並使用已綁定之固定電話號碼電話線才能進行交易的銀聯 POS 終端。然而，該 POS 終端經改裝後變成將固定電話網絡 POS 終端連接一台電話號碼模擬轉撥器，通過將電話號碼模擬轉撥器連接上無線上網路由器再接連上互聯網，使原來使用固定電話網絡 POS 終端改裝為可通過互聯網進行交易的

POS 終端，使該台 POS 終端可在澳門模擬由本來綁定之固定電話號碼線路撥出的交易在澳門進行刷卡交易，將原來只可在中國大陸境內使用的固定 POS 終端變為能在澳門使用並進行交易，令“銀聯”POS 終端所設定的交易發生地產生錯誤，干預電腦系統的運作，使之能在中國大陸境外交易而支付中國大陸境內較便宜的交易費，從而獲得不正當利益。

8. 一般的刷卡機在中國大陸境內使用是必須以申請時所登記的電話號碼撥號至收單銀行進行驗證才可進行交易，否則相關交易會被拒絕。但上述經改裝後的百利通有線 POS 終端接駁電話號碼模擬轉撥器及移動無線上網路由器後，該路由器會連接上互聯網，使上述 POS 終端與中國大陸境內收單銀行的系統連接，而該電話號碼模擬轉撥器則將撥出時使用的電話號碼模擬為申請時所登記的電話號碼，令交易成功通過中國大陸境內收單銀行的驗證，使刷卡交易成功進行。
9. 上述一部經改裝的品牌 LANDI、型號 E530 (S/N: 0337****) 的 POS 終端於中國大陸境內的收單機構為“興業銀行”，發出予商戶“XX 服裝”，商戶代碼為 309003951370****。
10. 2015 年 12 月 23 日，三名嫌犯從中國內地來澳，他們先後在娛樂場內自行派發電話卡片尋找刷卡套現的客人，當有客人聯絡時，嫌犯等人帶同上述經改裝的 POS 終端及現金前往客人房間，為該收單銀行或“銀聯”系統誤以為交易是在中國大陸境內及在商戶“XX 服裝”內作出從而批准有關交易，嫌犯等人利用上述經改裝的 POS 終端連接電話模擬轉撥器，並將之連接無線電話網絡上網器連接互聯網，通過互聯網將交易信息傳送到中國大陸境內，模擬中國大陸境內綁定之電話號碼撥出之交易以瞞

騙收單銀行或“銀聯”系統，使本來只可在中國大陸境內通過綁定固定電話號碼進行交易的 POS 終端可在澳門透過互聯網使用，嫌犯等人以平均匯率 1.18 為客人進行刷卡套現的交易，並收取自訂的手續費。

11. 2016 年 1 月 18 日及 2016 年 1 月 19 日，三名嫌犯使用上述一部經改裝的品牌 LANDI、型號 E530 (S/N: 0337****) 的有線銀聯 POS 終端至少為客人進行了兩宗刷卡套現交易，具體的交易資料（見卷宗第 36 頁）如下：
 1. 交易日期及時間為 2016 年 1 月 18 日下午 3 時 19 分，刷卡金額為人民幣 430,500 元；
 2. 交易日期及時間為 2016 年 1 月 19 日早上 9 時 55 分，刷卡金額為人民幣 190,000 元；
12. 2016 年 3 月 14 日及 15 日，三名嫌犯欲再次來澳繼續作案，並於 2016 年 3 月 18 日向他人租住了喜來登酒店皓天樓***號房間，但於 2016 年 3 月 19 日，酒店職員在清潔上述房間時發現客房內有大量銀行卡、現金及一部 POS 終端，於是通知上級報警求助。
13. 司警人員在嫌犯 A 身上扣押了現金人民幣 47,800 元、現金港幣 53,000 元、21 張銀行卡及 18 個銀行 U 盾，是其作出上述行為的犯罪工具（見卷宗第 23 頁的搜索及扣押筆錄）。
14. 司警人員在三名嫌犯所租住的喜來登酒店皓天樓***號房間內發現了一部 POS 終端連一個外置的數字鍵盤、三部灰色終端機、兩個白色移動 WIFI、兩本筆記簿、一疊卡片、八隻網上銀行 U 盾及一個 E 令寶、716 張銀行卡、一部 S/N: D1J8190J0**** 的黑色交通銀行的移動支付終端、兩張 POS 機交易單據、66 張

銀行卡及十個 U 盤，是三名嫌犯作出犯罪行為的犯罪工具（見卷宗第 35 頁及第 48 頁的搜索及扣押筆錄）。

15. 三名嫌犯在自由、自願及有意識的情況下作出上述行為。
16. 嫌犯 A、嫌犯 B 及嫌犯 C 為了自己或他人取得不法利益，共同合意及分工合作地在澳門使用一部本應只允許在中國大陸境內使用的 POS 終端為他人進行刷卡套現，而該 POS 終端是經過改裝，且該已改裝的 POS 終端能營造在澳門的刷卡交易均是在中國大陸境內進行的假象，使有關 POS 終端的收單實體對刷卡交易的確實地點產生錯誤，從而使交易成功通過收單銀行或“銀聯”系統的驗證。
17. 三名嫌犯清楚知道其行為是法律所不容，且會受法律制裁。
另外亦證實下列事實：
18. 三名嫌犯在澳門均沒有犯罪紀錄。
19. 第一嫌犯 A 具有高中畢業教育程度，無業，沒有收入，沒有人須供養。
20. 第二嫌犯 B 具有小學教育程度，無業，沒有收入，須供養父母親。
21. 第三嫌犯 C 具有高中一年級教育程度，無業，沒有收入，須供養父母親、妻子及兩名未成年兒子。

未獲證明的事實： 沒有其餘載於控訴書的事實有待證明。

三、 法律方面

三名上訴人提出的中間上訴涉及下列問題：

- 嫌犯聲明的宣讀

三名上訴人提出的終局上訴涉及下列問題：

- 審查證據方面明顯有錯誤
- 電腦偽造罪 構成要件

1. 三名上訴人指，雖然彼等簽署了卷宗第 113 頁至 115 頁之聲明書，但不能理解為符合《刑事訴訟法典》第 338 條第 1 款 a) 項“應嫌犯本人之請求”的情況下。此外，在彼等缺席庭審的情況，根據同一法典第 315 條第 3 款規定，上訴人的訴訟權利由辯護人代理行使，本案中，辯護人的反對沒有違背上訴人的意願。因此，原審批示錯誤適用法律，應廢止該批示並批准辯護人不宣讀有關筆錄之聲請。

本案三名嫌犯簽署書面請求，請求宣讀其本人在刑事警察機關及檢察院所作的訊問筆錄。

宣判聽證中，三名嫌犯辯護人聲請不宣讀相關嫌犯之訊問筆錄。

原審法院認為相關行為需嫌犯本人親自撤回，又或以書面提交賦予「特別授權」的授權書予辯護人，但卷宗內缺乏相關授權書，因此，駁回了相關聲請。

《刑事訴訟法典》第 336 條規定：

“一、未在聽證中調查或審查之任何證據，在審判中均無效，尤其是在法院形成心證上為無效力。

二、上款之規定，不適用於依據以下各條之規定容許在聽證中宣讀

之訴訟文件中所載之證據。”

《刑事訴訟法典》第 337 條規定：

“一、在聽證中僅得宣讀下列筆錄：

a) 關於依據第三百條及第三百零一條之規定作出之訴訟行為之筆錄；或

b) 未載有嫌犯、輔助人、民事當事人或證人之聲明之預審或偵查筆錄。

二、輔助人、民事當事人及證人向法官作出之聲明，僅在下列情況下方得宣讀：

a) 如該等聲明係依據第二百五十三條及第二百七十六條之規定而聽取者；

b) 如檢察院、嫌犯及輔助人同意將該等聲明宣讀；或

c) 如屬透過法律所容許之請求書而獲取之聲明。

三、亦得在下列情況下宣讀先前向法官或檢察院作出之聲明：

a) 聽證中作出聲明之人記不起某些事實時，宣讀使該人能記起該等事實所需之部分；或

b) 如該等聲明與聽證中所作聲明之間，存有矛盾或分歧。

四、如有關之聲明人因死亡或嗣後精神失常而不能到場，或由於使之長期不能到場之原因而不能到場，則亦得宣讀該等人已向法官或檢察院作出之聲明。

五、如第二款 b 項之前提成立，即使屬向檢察院或刑事警察機關作出之聲明，亦得將之宣讀。

六、聽證中曾有效地拒絕作證言之證人於偵查或預審時所作之證言，在任何情況下均禁止宣讀。

七、曾接收不可宣讀之聲明之刑事警察機關，以及曾以任何方式參與收集該等聲明之任何人，均不得就該等聲明之內容以證人身分接受詢問。

八、宣讀之容許及其法律依據須載於紀錄，否則無效。”

《刑事訴訟法典》第 338 條規定：

“一、僅在下列情況下，方得宣讀嫌犯先前作出之聲明：

a) 應嫌犯本人之請求，不論該等聲明係向何實體作出者；或

b) 如該等聲明是向法官或檢察院作出，且與聽證中所作聲明之間，存有矛盾或分歧。

二、上條第七款及第八款之規定，相應適用之。”

首先，無論從理論層面又或司法見解層面，都認為《刑事訴訟法典》第 338 條第 1 款 a) 項的規定，都是法律給予嫌犯的一種“權利與保障”，由其本人因應多種原因的考慮，最後作出選擇宣讀或不宣讀其在偵查階段所作出之聲明。

然而，問題的關鍵是在於嫌犯在同意缺席審判中應如何衡量及評價何之為嫌犯之意願。

而究竟法律是否容許辯護人在嫌犯缺席審判的情況下，能代替嫌犯作出與之前嫌犯本人在卷宗內所表達之意願相反或相違背的另一意思表示，特別是關於宣讀與否嫌犯之前所作之聲明。

《刑事訴訟法典》第 314 條規定：

“一、如嫌犯依規則被通知後，在指定的聽證開始時不在場，主持聽證的法官則採取必需且為法律所容許的措施，使嫌犯到場，而僅當嫌犯的

不到場是依據第一百零四條的規定有合理解釋，或當法官認為為發現事實真相嫌犯的在場屬絕對必要，聽證方可押後。

二、即使依據上款的規定有理由押後聽證，如可預見在場的人因患重病、前往外地或欠缺在澳門特別行政區居住的許可，而不能在另一日期到場，則僅在按第三百二十二條 b 項及 c 項所指的次序對上述的人進行詢問或聽取其聲明後，方予押後聽證。

三、如聽證押後，主持聽證的法官則須依據第二百九十五條第二款及第三款的規定通知嫌犯新指定的聽證日期；如屬第二次押後，該通知亦須告誡如嫌犯再次缺席則聽證在其無出席的情況下進行。

四、如屬案件相牽連：

a) 上款所指的新指定聽證日期及告誡亦須告知在場的嫌犯；

b) 須對在場及不在場的嫌犯一併審判，但如法院認為將訴訟程序分開處理更適宜除外。

五、如在嫌犯無出席的情況下進行聽證，則嫌犯由辯護人代理。

六、一旦嫌犯被拘留或自願向法院投案，判決須立即通知嫌犯；判決亦須通知其辯護人，而其辯護人可以嫌犯的名義提起上訴。

七、提起上訴的期間自該判決通知辯護人起計，或如辯護人沒有提起上訴，則自該判決通知嫌犯之日起計。

八、第一百零三條第一款至第三款之規定，相應適用之。”

《刑事訴訟法典》第 315 條規定：

“一、當有關案件原應採用最簡易訴訟程序審理，但已移送卷宗以採用其他訴訟形式審理時，如未能將指定聽證日期的批示通知嫌犯，或嫌犯無合理解釋而在聽證時缺席，則法院可決定在嫌犯無出席的情況下進行聽證。

二、如嫌犯不可能到場出席聽證，尤其是基於年齡、嚴重疾病或在澳門特別行政區以外居住之理由者，得聲請或同意聽證在無其出席之情況下進行。

三、在第一款所指的情況下，上條第五款至第七款的規定相應適用；在上款所指的情況下，為着一切可能發生的效力，嫌犯均由辯護人代理。

四、在第一款及第二款所指的情況下，如法院其後認為嫌犯的到場屬絕對必要者，則命令其到場，有需要時將聽證中斷或押後。

五、第一百零三條第一款至第三款及上條第四款 b 項的規定，相應適用。”

根據上述第 314 條第 5 款及第 315 條第 2 及 3 款規定，當嫌犯缺席聽證時，則由辯護人代理。

辯護人在訴訟中，尤其是在嫌犯缺席審判的情況下，是以最大程度保障及維護嫌犯訴訟利益的，因此，正如在中級法院第 455/2016，697/2017 及 240/2018 號合議庭裁判中，提及既然辯護人能有權利“代表”嫌犯要求宣讀聲明(所指的是終審法院第 13/2000 及第 8/2005 號合議庭裁判所涉及的情況)，理應同樣有權要求“不宣讀”聲明。

本院繼續上述見解，因此，三名上訴人的上訴理由成立，應裁定原審法院否決辯護人不宣讀申請並命令宣讀相關聲明的批示無效，並撤銷隨後的審判。

故此，三名上訴人提出的中間上訴理由成立，且免除本院審理上訴人對一審有罪裁判的上訴理由。

四、 決定

綜上所述，合議庭裁定三名上訴人提出的中間上訴理由成立，裁定原審法院否決辯護人不宣讀申請並命令宣讀相關聲明的批示無效，並撤銷隨後的審判。

合議庭免除本院審理三名上訴人對一審有罪裁判的上訴理由。

本上訴不科處訴訟費用。

訂定三名上訴人辯護人辯護費為澳門幣 3,000 圓，由終審法院院長辦公室支付。

著令通知。

2022 年 3 月 24 日

譚曉華（第一助審法官）

周艷平（第二助審法官）

陳廣勝（原裁判書製作人）
(附上不同意見書)

**Declaração de voto ao Acórdão do Processo n.º 79/2021 do
Tribunal de Segunda Instância da
Região Administrativa Especial de Macau**

1. Por sentença proferida a fls. 208 a 221 do Processo Comum Singular n.º CR4-20-0264-PCS do 4.º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Base, ficaram condenados os três arguidos chamados A (A), B (B) e C (C), aí julgados todos na sua ausência (como tal previamente consentida por eles próprios), pela co-autoria material, na forma consumada, de um crime de falsificação informática, p. e p. pelo art.º 10.º, n.º 1, da Lei n.º 11/2009, na pena igual de um ano de prisão, suspensa na sua execução pelo período igual de dois anos e seis meses.

Inconformados, vieram os três arguidos interpor recurso ordinário dessa decisão condenatória para este Tribunal de Segunda Instância (TSI), para além de terem impugnado antes a decisão judicial, tomada na audiência de julgamento realizada em primeira instância, de leitura das declarações então prestadas por eles três na fase de inquérito, em sede de respectivos interrogatórios pela Polícia Judiciária e pelo Ministério Público.

Pretenderam, pois, os três arguidos a revogação da decisão de leitura das suas declarações anteriores (por entenderem, no seu essencial, que sendo os seus direitos processuais na audiência, então realizada na sua ausência, exercidos pelo respectivo defensor nos

termos do art.º 315.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (CPP), e não decorrendo dos autos quaisquer indícios de que a oposição manifesta pelo seu defensor na audiência contra a leitura das ditas declarações tenha violado a vontade dos próprios arguidos, o Tribunal recorrido não deve ter procedido à leitura das mesmas declarações – cfr. a motivação una deles três apresentada a fls. 200 a 202 dos presentes autos correspondentes), bem como a invalidação daquela decisão condenatória final da Primeira Instância, com consequente absolvição penal deles, ou, pelo menos, reenvio do processo para novo julgamento (por opinarem, e sobretudo, que houve, por parte desse mesmo Tribunal, erro notório na apreciação da prova incriminatória (por ter existido, aliás, violação do n.º 1 do art.º 116.º do CPP), e também erro de subsunção de factos à norma incriminatória em causa – cfr. a motivação una apresentada a fls. 231 a 236v dos autos).

Como relator dos presentes autos recursórios, fico vencido na decisão de recurso tomada no Acórdão de hoje do TSI.

Passo a expor o meu ponto de vista.

2. Com pertinência, é de considerar os seguintes elementos, coligidos do exame dos autos:

Em 19 de Março de 2016, os três ora recorrentes A, B e C assinaram os autos de constituição de arguido preparados pela Polícia Judiciária (a que aludem, respectivamente, as fls. 15, 27 e 41 dos autos), de acordo com os quais lhes foram indicados e explicados os direitos e deveres processuais referidos no art.º 50.º do CPP.

No dia 27 de Março de 2016, e depois de terem sido todos interrogados pelo Ministério Público, os três arguidos preencheram e assinaram as respectivas declarações (de fls. 115, 113 e 114) de consentimento da realização da audiência de julgamento na sua ausência, bem como o requerimento (feito nas mesmas fls. 115, 113 e 114) da leitura, na audiência, das suas declarações prestadas ao Ministério Público em sede de interrogatório.

Dos autos de interrogatório deles três pelo Ministério Público (exarados respectivamente a fls. 106 a 107, a fl. 105, e a fls. 103 a 104), assinados também por eles próprios, consta que eles prescindiram de defensor e que confirmaram materialmente as suas declarações então prestadas à Polícia Judiciária em interrogatório.

A sentença ora recorrida ficou proferida a fls. 208 a 221, cujo teor (incluindo a sua fundamentação fáctica e probatória) se dá por aqui integralmente reproduzido.

Os detalhes da inspecção então feita pela entidade representante da UnionPay sobre as máquinas de P.O.S. em causa nos autos já constaram do auto de fls. 122 a 125.

3. Ante os elementos processuais acima referidos, entendo que há que improceder os recursos intercalares interpostos pelos três arguidos, da decisão judicial de leitura, na audiência de julgamento, das declarações deles três prestadas em interrogatório pela Polícia Judiciária e pelo Ministério Público na anterior fase de inquérito.

Na verdade:

– e desde logo, como aos três ora recorrentes, aquando da sua

constituição como arguidos na Polícia Judiciária, foram indicados e explicados os seus direitos e deveres nos termos do art.º 50.º do CPP (cfr. o que resulta do teor dos respectivos autos de constituição de arguido, assinados por eles três), e constando dos subsequentes autos de interrogatório pelo Ministério Público que eles três prescindiram de defensor, e sendo certo que segundo o estatuído no art.º 129.º, n.º 2, do CPP não é legalmente obrigatória a assistência por defensor no interrogatório não judicial, não seria de considerar que eles três, no acto de assinatura dos requerimentos da leitura, na ulterior audiência de julgamento, das suas declarações prestadas ao Ministério Público em sede de interrogatório (as quais incorporaram as declarações anteriormente prestadas à Polícia Judiciária), não se tenham inteirado do sentido deste tipo de requerimento ou que não tenham exercido livremente a vontade deles próprios.

– outrossim, os requerimentos assim assinados pelos próprios três arguidos já implicaram necessariamente a renúncia antecipada deles ao seu direito processual ao silêncio na audiência de julgamento, material e naturalmente incluído no âmbito do art.º 50.º, n.º 1, alínea c), do CPP, e expressamente referido no art.º 324.º, n.º 1, do mesmo CPP (neste sentido, cfr. o acórdão de 27 de Outubro de 2011 do Processo n.º 69/2011 do TSI);

– e, assim, sendo concreta e perfeitamente aplicável *in casu* o art.º 338.º, n.º 1, alínea a), do CPP, foi perfeitamente legal a leitura então feita na audiência de julgamento em primeira instância, das declarações prestadas por eles três à Polícia Judiciária e ao Ministério Público.

E agora a respeito dos recursos finais interpostos pelos mesmos três arguidos, da sentença condenatória penal em primeira instância:

Os três recorrentes imputaram ao Tribunal recorrido o cometimento do erro notório na apreciação da prova, como vício aludido na alínea c) do n.º 2 do art.º 400.º do CPP.

Sempre se diz que há este vício, referido na alínea c) do n.º 2 do art.º 400.º do CPP, quando o tribunal sentenciador, de forma patente, tiver violado normas jurídicas sobre o valor legal da prova, ou violado regras da experiência da vida humana em normalidade de situações, ou ainda violado as *leges artis* a observar no julgamento da matéria de facto.

No caso concreto dos autos, após vistos, em global e de modo crítico, os elementos probatórios referidos na fundamentação probatória da decisão recorrida, não se vislumbra que seja manifestamente desrazoável o resultado do julgamento da matéria de facto feito pelo Tribunal recorrido, pelo que é de respeitar o julgado desse Tribunal sentenciador.

De salientar que o facto de a testemunha policial investigadora ter deposto na audiência de julgamento com referência inclusiva ao resultado de inspecção então levada a cabo sobre as máquinas de P.O.S em causa nos autos pela entidade representante da UnionPay não obsta à valoração desse todo o depoimento pelo Tribunal recorrido em sede de livre apreciação das provas, sob aval do art.º 114.º do CPP. A não presença dessa entidade representante da UnionPay na audiência de julgamento não pôde tornar ilegal a valoração daquele depoimento policial na parte referente ao resultado da dita inspecção sobre as máquinas de P.O.S.. Com efeito, a mesma testemunha policial prestou

depoimento sobre aquilo que ele sabia do resultado da inspecção em questão, sendo certo que os detalhes dessa inspecção também já constavam do auto de fls. 122 a 125, como parte integrante da prova documental dos autos. Daí que improcede a tese da Defesa de valoração ilegal, pelo Tribunal recorrido, de “depoimento indirecto”, precisamente porque, ao contrário do defendido pela Defesa, não houve qualquer depoimento indirecto em sentido próprio deste termo.

Por fim, no tocante à subsidiária questão de subsunção dos factos ao Direito:

A norma incriminadora em causa (ou seja, o art.º 10.º, n.º 1, da Lei n.º 11/2009) dispõe, sob a epígrafe de “Falsificação informática”, o seguinte: “Quem, com intenção de provocar engano nas relações jurídicas, introduzir, alterar, suprimir ou eliminar dados informáticos ou, por outra forma, interferir num tratamento informático de dados, quando esses dados sejam susceptíveis de servir como meio de prova, de tal modo que a sua visualização produza os mesmos efeitos de um documento falsificado, ou bem assim, os utilize para os fins descritos, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

No caso dos autos, é certo que da matéria de facto provada não resulta que as máquinas de P.O.S. tenham sido forjadas ou falsificadas materialmente pelos três arguidos, mas a conduta praticada por estes três, de comum acordo, em conjugação de esforços e com divisão de tarefas, e como tal descrita sobretudo nos factos provados 6, 10 e 11, constituiu autêntica actuação de interferência no tratamento informático de dados de transacção pecuniária através das ditas máquinas de P.O.S., dados esses usados como meios de prova das

transacções respectivas, simuladas, deste modo, como feitas no Interior da China (mas, na realidade, feitas fisicamente em Macau) (cfr. também os factos provados 4, 7, 8 e 9, e também 16).

A matéria de facto provada suporta cabalmente a decisão jurídica condenatória penal tomada na sentença recorrida.

4. Pelo exposto, devem improceder todos os recursos intercalares e finais em questão.

Macau, 24 de Março de 2022.

O relator vencido,

Chan Kuong Seng