

上訴案第 1246/2019 號

上訴人：A

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嫌犯 A 為直接正犯，以既遂方式觸犯：

- 《不法賭博制度》第 13 條第 1 款結合第 15 條和《刑法典》第 219 條所規定及處罰的 1 項為賭博的高利貸罪；
- 《刑法典》第 119 條第 4 款 b 項結合第 1 款和第 196 條 b 項所規定和處罰的 1 項信任之濫用罪，

並提請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 CR2-19-0184-PCC 號案件中，經過庭審，最後判決：

1. 嫌犯 A 為直接正犯，其故意及既遂的行為，已觸犯了：
 - 《不法賭博制度》第 13 條第 1 款結合第 15 條和《刑法典》第 219 條所規定及處罰的一項「為賭博的高利貸罪」，判處 9 個月的徒刑，作為附加刑，禁止嫌犯進入本特區各賭場，為期 2 年；
 - 《澳門刑法典》第 199 條第 4 款 b 項結合第 1 款和第 196 條 b 項所規定和處罰的一項「信任之濫用罪」，判處 2 年的徒刑。
2. 兩罪並罰，合共判處嫌犯 2 年 6 個月徒刑的單一刑罰，准予暫緩 2 年執行；維持禁止嫌犯進入本特區各賭場，為期 2 年的附加刑。

3. 判處嫌犯繳納澳門幣 500 元，用於保護暴力犯罪受害人(1998 年 8 月 17 日頒佈的第 6/98/M 號法律第 24 條第 2 款規定)。
4. 判處嫌犯負擔 12 個計算單位 (12UC) 的司法費 (《法院訴訟費用制度》第 71 條第 1 款 a 項) 及負擔本案各項訴訟負擔。
5. 依職權裁定嫌犯 A 須向被害人 B 支付港幣 392,000 元(港幣三十九萬二千元)(執行時應再將該金額港幣 392,000 元扣除犯嫌犯已向被害人償還的人民幣 200,000 元) 的財產損害賠償，並連同由判決作出之日起計算至完全支付為止的法定利息。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起了上訴。¹

¹ 其上訴狀的葡文內容如下：

1. Vem o presente recurso interposto do acórdão proferido que condenou a recorrente pela prática de um crime de usura para jogo e um crime de abuso de confiança.
2. Com óbvia ressalva do muito respeito devido, não podemos aceitar por boa aquela decisão que se impugna, sendo certo que o recorrente está consciente de que não cometera aqueles mesmos crimes.
3. Com efeito, resulta dos documentos juntos aos autos, mormente os extractos dos movimentos de fundos da conta N.º ZZAXXX88, a fls. 40-verso e 41, que todos os dinheiros envolvidos estão contabilizados,
4. E que de uma leitura atenta aos extractos, conjugado com as declarações prestadas pelo recorrente e pela ofendida nos autos, o dinheiro resultante da “comissão” atribuída pelo Casino foi creditado o favor da ofendida.
5. O valor creditado é de HK\$52.000,00.
6. Pelo que o recorrente não obteve qualquer lucro, dinheiro ou benefício patrimonial para si ou terceiro pela concessão do empréstimo de dinheiro \$500.000,00 à ofendida. Ora não demonstrando lucro ou vantagem obtida, não é de proceder a condenação pela crime de usura para o jogo.
7. Agindo diversamente, o acórdão recorrido está eivado do vício de erro notório na apreciação da prova - artigo 4000 n. os 1 e 2, alínea c) do CPPM.

Por outro lado,

8. O acórdão recorrido condenou o recorrente no crime de abuso de confiança fundamentalmente baseando-se na alegação da ofendida de que, nas anteriores situações similares, o recorrente sempre se prontificou a devolver-lhe o dinheiro ganho logo no dia seguinte, em pagamento a ser feito no interior da RPC, mas que, desta vez, no caso “sub judice”, o arguido falhou, razão pela qual cometera o crime de abuso de confiança.
9. Mas essa argumentação e suposto fundamento falham redundantemente em sua lógica intrínseca.
10. A Juíza-Presidente perguntou à ofendida se, neste caso em concreto, o arguido e a ofendida tinham ou não acordado previamente que o pagamento seria logo no dia seguinte? E a ofendida diz que não - vidé gravação audiência supra transcrita.

檢察院就上訴人提出的上訴作出答覆：

- 1) 我們認為，既然上訴人在庭審中承認被害人祇是其朋友的朋友，雙方非親非故，也沒商業上金錢往來，加上上訴人稱被害人尚欠他約港幣 20 萬元的債務，上訴人仍借港幣 50 萬的相當巨額

-
11. Se não houve acordo prévio entre as partes no sentido de proceder ao pagamento da quantia depositada no dia seguinte, assim, não houve violação de qualquer acordo inexistente.
 12. Tal como o arguido explicara, na altura em que a ofendida exigiu logo o pagamento do dinheiro o arguido estava fora em serviço, razão pela qual iria demorar alguns dias no processamento do dinheiro.
 13. A ofendida em plena audiência explica que o facto de repentinamente exigir o pagamento do dinheiro e logo aí em Macau (ao invés do actual pagamento em Cantão, cidade em que vive) se deve ao facto de "amigos" dela terem chegado a Macau nesse dia para se entreterem e daí a necessidade dela ter capital "cash" / numerário para conceder empréstimos.
 14. Essa foi a razão que fez a ofendida exigir logo aí em Macau o dinheiro, e não tal como era "costume" entre eles o dinheiro ser pago em Cantão.
 15. Foi a ofendida quem inverteu o "costume" entre eles, desrazoavelmente, por motivos interesseiros dela.
 16. Pelo que, essa conduta do arguido não foi dolosa.
- E, por outro lado,
17. Diz o acórdão recorrido que o arguido ainda não procedeu à devolução total do dinheiro, apenas confirmando que as quantias de HK\$ 360.000,00, HK\$200.000,00, e Rmb\$200.000,00 (o equivalente a HK\$ 220.343,00) foram devolvidos à ofendida. E que o arguido ainda deve à ofendida a quantia de HK\$ 171.657,00.
 18. O recorrente entregou ao processo em fase anterior - junto aos autos em 02/07/2019, uma declaração de dívida assinada pela ofendida "MARKER" no montante emprestado de HK\$480.000,00. Dessa quantia a ofendida já fez reembolso parcial, restando ainda por pagar a quantia de HK\$200.000,00.
 19. Fazendo assim o rebate, subtraindo $200.000,00 - 171.657,00 = \$28.343,00$.
 20. É a ofendida que ainda deve ao arguido \$28.343,00.
 21. Mesmo que se admita que a existência dessa dívida não seja inabalável, havendo uma declaração de dívida "MARKER" a atestá-la, a sua validade deve ser aferida em acção civil a ser instaurada em Juízo Cível, e não ser fundamento de condenação penal.
 22. Razão pela qual, não se provando a existência do dolo na conduta do arguido, nunca poderia ter sido condenado nos termos em que o foi no acórdão recorrido.
 23. Ao decidir diversamente, o acórdão recorrido, nessa parte, encontra-se eivada do vício de erro notório na apreciação da prova, nos termos do disposto no artigo 400º n.ºs 1 e 2, alínea c) do CPPM.

NESTES TERMOS, nos melhores de Direito) com o sempre mui douto suprimento de V Excia., deve o presente recurso ser admitido) e a final, ser julgado procedente) por provado) e em consequência) ser o recorrente absolvido dos crimes de usura para jogo e de abuso de confiança a que fora condenado) pela verificação do vício de erro notório na apreciação da prova.

籌碼予被害人，且不帶佣金等任何利益，實在令人難以置信。

- 2) 至於信任之濫用罪，根據本案有關聲明、文件書證、證人證言等，證實於 2018 年 8 月 27 號晚上，被害人賭博贏款後，將港幣一百四十萬元籌碼存入上訴人有關貴賓會帳戶內，以便上訴人扣除有關帳項後將之換成人民幣帶回內地給她，當時帳戶內結餘為一百五十四萬零一百五十港元。
- 3) 然而，即使被害人要求上訴人於翌日在澳門交還有關款項給她，於 2018 年 8 月 29 日晚上，上訴人未經被害人同意便自行用微信叫 C 從上述帳戶提取港幣一百五十萬元，其中有港幣九十五萬二千元是屬於被害人的，上訴人卻叫 C 將其中港幣八十萬元支付給 D 貴賓會作還款之用，其餘的港幣七十萬元則全部存入其妻子於 D 貴賓會的帳戶內。
- 4) 即在被害人已請求還款的情況下，上訴人仍不交還屬於被害人的款項予被害人，而是將該款項據為己有，並挪用作其他用途上。因此，上訴人的行為符合《刑法典》第 199 條第 4 款 b) 項結合第 1 款和第 196 條 b) 項所規定及處罰的信任之濫用罪的主觀上及客觀上的構成要件。
- 5) 此外，根據被害人向上訴人發出的催收款項的電話訊息，上訴人也並非及時地、一次性地還清所有款項給被害人。
- 6) 事實上，如前所述，在本案，原審法庭並非祇根據證人證言，便認定上訴人觸犯被指控罪名，而是建基於庭審中所提出的其他證據，包括有關聲明、文件書證等，並作出邏輯分析，從而形成心證。同時，在本案，我們不應質疑原審法庭法官閣下的心證，祇要該心證不違背經驗法則、生活常理及行為邏輯。
- 7) 因此，原審法庭所審查的證據是正確的，沒有明顯的錯誤，即被上訴判決不沾有審查證據明顯錯誤的瑕疵（據《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款 c) 項）。

駐本院助理檢察長提出法律意見書：

2019 年 9 月 25 日，初級法院判處嫌犯 A 以直接正犯、故意及既遂

方式觸犯 1 項《不法賭博制度》第 13 條第 1 款結合第 15 條和《刑法典》第 219 條所規定及處罰之「為賭博的高利貸罪」，判處 9 個月徒刑，和禁止進入本特區各賭場 2 年的附加刑；以及觸犯 1 項《刑法典》第 199 條第 4 款 b 項結合第 1 款和第 196 條 b 項所規定及處罰之「信任之濫用罪」，判處 2 年徒刑；兩罪並罰，合共判處 2 年 6 個月徒刑的單一刑罰，准予暫緩 2 年報行，並維持禁止進入本特區各賭場為期 2 年的附加刑。

嫌犯 A 不服上訴合議庭裁判而向中級法院提起上訴。

在其上訴理由陳述中，上訴人 A 認為被上訴的合議庭裁判違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項的規定，存有審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵，故應開釋上訴人有觸犯為賭博的高利貸罪，此外，上訴人亦指出未能證明其行為存在故意，故不可能因此被定罪有觸犯信任之濫用罪。

對於上訴人 A 的上訴理由，我們認為均不成立。

在其上訴理由中，上訴人 A 認為透過卷宗所載資料顯示，配合上訴人及被害人的聲明，可得知賭場發給的佣金款項已記入被害人方，因此上訴人提供貸款予被害人並沒有為自己或第三人獲得任何利潤、金錢或財產收益。由於沒有顯示獲得任何利益，故此不應被判處「為賭博的高利貸罪」。上訴人因此指稱被上訴的合議庭裁判沾有“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵，違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項之規定。

眾所周知，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定的“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵是指，對於原審法庭所認定的既證事實及未被其認定的事實，任何一個能閱讀原審合議庭判決書內容的人士在閱讀後，按照人們日常生活的經驗法則，均會認為原審法庭對案中爭議事實的審判結果屬明顯不合理，或法院從某一被視為認定的事實中得出一個邏輯上不可被接受的結論，又或者法院在審查證據時違反了必須遵守的有關證據價值的規則或一般的經驗法則，而這種錯誤必須是顯而易見的錯誤（參見中級法院於 2014 年 4 月 3 日在第 602/2011 號上訴案件、於 2014 年 5 月 29 日在第 115/2014 號上訴案件等）。

在本具體個案中，根據已證事實，被害人於 2019 年 8 月 24 日約 8

時 44 分在上訴人 A 的授權下從上訴人 A 的貴賓會帳戶取出港幣 50 萬圓泥碼作賭博，當中貴賓會一方為此給予上訴人帳戶一定的佣金。

的確，倘若嫌犯純粹進行不涉及利息的借貸活動，實談不上涉及利益。但在現實中兌碼賺取佣金活動與借貸活動是緊密關聯的。試問誰人願意在無條件之下（不論是收取利息或從兌碼活動中抽取佣金）向賭客無償地提供大額的賭博資金額度，更甚者，往往這種信貸是缺乏正規的財產擔保，所以，透過向賭客進行借貸（不管有償或無償）續後進行兌碼賺取佣金是常見的活動。上訴人在庭審中承認被害人只是其朋友的朋友，雙方亦無商業金錢往來，上訴人辯稱其是無償借港幣 50 萬的籌碼予被害人賭博，並不帶佣金等任何利益，實在不合符常理。

而事實上，被上訴的合議庭裁判是對所有證據一一進行審查後，才形成心證的，至於原審法院接納或不接納哪些證據並賴以形成其心證及認定事實是法律所賦予的自由，一般情況下，這種心證是不能受到質疑，而且，被上訴的合議庭已載有在審查及調查證據後形成心證的過程（詳見卷宗第 502 頁背頁至第 505 頁）。雖然上訴人聲稱有關碼何會屬被害人所有，但被害人聲稱是與上訴人一同分享，被上訴的合議庭認為被害人的說法更為合理及可信，因而獲得採納。

我們重申，在整份上訴理由陳述中，上訴人 A 似乎只是純粹地以個人意見挑戰法院心證而已，這正正是法律所不容許的。

因此，我們認為被上訴的合議庭裁判不存在“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵，應裁定上訴人嫌犯 A 此部分上訴理由不成立，應予駁回。

就信任之濫用罪方面，上訴人 A 在其上訴理由中，上訴人認為被害人和上訴人之間事先沒有達成協議需在第二天作出涉案屬於被害人款項的支付，故上訴人並沒有違反任何不存在的協議。上訴人亦於上訴狀中解釋了沒有按被害人要求立即作出支付的原因，並聲稱其本人不是故意不作出支付，並認為雙方只是民事債務糾紛，不能因此而就「信任之濫用罪」部份定罪。

在本具體個案中，根據已證事實，被害人於 2019 年 8 月 27 日晚上賭博贏款後，將港幣 140 萬元籌碼存入上訴人的相關貴賓會帳戶內，以便上訴人扣除之前被害人的取款後替被害人將餘款轉換成人民幣及送

回內地。當時上訴人的帳戶結餘為 1,540,150 元。

於 8 月 29 日晚，上訴人 A 以 XX 通知 C 從上述帳戶提款港幣 150 萬元，將當中港幣 80 萬元用作繳付 D 貴賓會的欠款，其餘港幣 70 萬存入上訴人妻子 E 的 D 貴賓會帳戶。當中的港幣 952,000 元其實是屬於被害人，這種做法已明顯是嫌犯在未取得被害人的許可下上訴人擅自使用該筆款項作個人周轉，並意圖據為己有的表現。其後在被害人明確請求還款的情況下，上訴人仍不交還屬於被害人的款項，而繼續將該款項據為己有。

由此可見，上訴人的行為已符合《刑法典》第 199 條第 4 款 b 項結合第 1 款和第 196 條 b 項所規定及處罰的「信任之濫用罪」的主觀及客觀構成要件，上訴人在上訴狀中對其挪用被害人款項作周轉的事實並沒有作出任何合理解釋，上訴人只就其未能還款作出解釋，但有關解釋並不能改變就其挪用款項事實的認定。因此被上訴判決就犯罪的認定並沒有錯誤，所以上訴人的上訴理由並不成立。

綜上所述，應裁定上訴人 A 所提出的上訴理由全部不成立，應予以駁回。

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：

1. 2018 年 8 月中旬，嫌犯 A 向被害人 B 表示可授權其在前者於 F 貴賓會的帳戶內提取港幣籌碼借予她賭博，但條件是賭博過程中其需要將上述提取及擬重新用作投注的贏取籌碼兌換成泥碼，如此貴賓會一方面會支付相應的佣金並存進帳戶內，而該佣金則由嫌犯及 B 所有；另外，被害人贏款後可先將款項存入帳戶內，其會將款項兌換成人民幣後在內地交給她。
2. 被害人接受上述提議，遂於 2018 年 8 月 24 日晚上約 8 時 44

分經嫌犯授權在駐 G 娛樂場的上述貴賓會從他編號為 ZAXXX88 的帳戶內取出港幣五十萬元籌碼開始賭博(見第 42 頁)。

3. 賭博過程中，被害人讓嫌犯派來招待其的一名男子 H 協助進行上述兌換泥碼的操作，貴賓會一方將為此給予嫌犯一定量的佣金(見第 41 頁)。
4. 至 2018 年 8 月 27 日晚上，被害人賭博結束並贏款，並先後將港幣一百四十萬元籌碼存入上述帳戶內，讓嫌犯扣除上述取款後替她將之轉換成人民幣和帶回內地(見第 43 至 66 頁)。完成存入操作後，帳戶結餘為一百五十四萬零一百五十港元。
5. 2018 年 8 月 29 日晚上約 10 時 55 分，嫌犯以「XX」通知一名出 C 之人從上述貴賓會帳戶提取港幣一百五十萬元，將港幣八十萬元用作向 D 貴賓會繳付欠款，其餘的港幣七十萬元存入其妻子 E 於 D 貴賓會的編號為 XX7XXX8 的帳戶內(見第 107 頁)。
6. 晚上約 11 時 12 分，C 在駐 I 娛樂場的上述各貴賓會如上述提取了款項並照嫌犯的囑咐處理(見第 42 頁)。完成提取操作後，帳戶結餘為四萬零一百五十港元。
7. 當時，嫌犯清楚知道上述港幣一百五十萬元有九十五萬二千元屬被害人所有，嫌犯仍在未經她許可的情況使用該筆款項，意圖將之據為己有。
8. 2018 年 8 月 30 日晚上，由於嫌犯仍未交還款項，被害人於是向警方報案。
9. 其後在 2018 年 9 月 27 日前，嫌犯已向被害人歸還了港幣五十六萬元及人民幣二十萬元。
10. 嫌犯在自由、自願和有意識的情況下，為了取得第 3 點和第 7 點所述利益，作出上述行為。
11. 嫌犯清楚知道其行為犯法，會受法律制裁。

此外，還查明：

- 嫌犯表示具有初中二年級的學歷，商人，每月收入為人民幣 10 萬元，與沒有工作的妻子育有一名子女。
- 根據嫌犯的最新刑事記錄顯示，嫌犯屬於初犯。

未能證明的事實：

- 控訴書中與上述已證事實不符的其他事實。

三、法律部份

上訴人 A 在其上訴理由陳述中，認為：

- 透過卷宗所載資料顯示，配合上訴人及被害人的聲明，可得知賭場發給的佣金款項已記入被害人方，因此上訴人提供貸款予被害人並沒有為自己或第三人獲得任何利潤、金錢或財產收益。由於沒有顯示獲得任何利益，故此不應被判處「為賭博的高利貸罪」，因此，被上訴的合議庭裁判沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項規定的“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵，故應開釋上訴人有觸犯為賭博的高利貸罪；

- 就信任之濫用罪方面，認為被害人和上訴人之間事先沒有達成協議需在第二天作出涉案屬於被害人款項的支付，故上訴人並沒有違反任何的協議。上訴人亦於上訴狀中解釋了沒有按被害人要求立即作出支付的原因，未能證明其行為存在故意，故不可能因此被定罪有觸犯信任之濫用罪，並認為雙方只是民事債務糾紛，不能因此而就「信任之濫用罪」部份定罪。

我們看看。

（一）事實瑕疵還是法律問題

眾所周知，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定的“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵是指，對於原審法庭所認定的既證事實及未被其認定的事實，任何一個能閱讀原審合議庭判決書內容的人士在閱讀後，按照人們日常生活的經驗法則，均會認為原審法庭對案中爭議事實的審判結果屬明顯不合理，或法院從某一被視為認定的事實中得出一個邏輯上不可被接受的結論，又或者法院在審查證據時違反了必須遵守的有關

證據價值的規則或一般的經驗法則，而這種錯誤必須是顯而易見的錯誤。

2

從上訴人的上訴理由來看，其主要是質疑原審法院認定其行為構成為賭場的賭博而為的高利貸罪，因為其沒有獲得任何利益，不構成該罪名的客觀構成要素，這是一個純粹的法律問題，而並非一個在事實層面存在的瑕疵的問題。

第 8/96/M 號法律第十三條規定了為賭博的高利貸罪：

“一、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任何其他資源者，處相當於高利貸罪的刑罰。

二、在賭場作出的高利貸或消費借貸，推定是為博彩提供。為着有關效力，所有特別用於經營博彩的附屬設施及其他從事藝術、文化、康樂、商業或與旅業相關的活動的鄰接設施，均視為賭場。

三、消費借貸借用人之行為不受處罰。”

上述法律條文經過澳門政府以第 6/2002 號行政法規(經第 27/2009 號行政法規修改)規定了規範娛樂場幸運博彩的中介業務後，賭場的博彩借貸轉為部分非刑事化，即只有符合資格的博彩承批人以及博彩中介人的借貸不受刑事處罰。

很明顯，本案中並沒有事實顯示上訴人具有此項資格，其在賭場的借貸行為並沒有能夠享受非刑事化的豁免。

而根據第 8/96/M 號法律第 13 條的規定，只要是意圖為自己或為他人謀取財產利益而進行的賭場借貸均構成此項罪名。

在本案中，根據已證事實，被害人於 2019 年 8 月 24 日約 8 時 44 分在上訴人 A 的授權下從上訴人 A 的貴賓會帳戶取出港幣 50 萬圓泥碼作賭博，當中貴賓會一方為此給予上訴人帳戶一定的佣金。無論嫌犯是否收取利息，單憑對受害人的借貸附加的條件“賭博過程中其需要將上述提取及擬重新用作投注的贏取籌碼兌換成泥碼”就可以認定，不管受害人的賭博有沒有贏錢，嫌犯都可以在換成泥碼之後獲取可觀的兌碼佣金。

² 參見中級法院於 2014 年 4 月 3 日在第 602/2011 號上訴案件、於 2014 年 5 月 29 日在第 115/2014 號上訴案件等。

這已經是實際獲得了財產利益，而非僅僅是為了獲得財產利益的意圖。

顯然，上訴人的理由不能成立。

而就原審法院所認定事實時候對證據的審查方面，雖然並非上訴人真正的上訴標的，我們也認為，被上訴的合議庭裁判是對所有證據一一進行審查後，才形成心證的，至於原審法院接納或不接納哪些證據並賴以形成其心證及認定事實是法律所賦予的自由，一般情況下，這種心證是不能受到質疑，而且，被上訴的合議庭已載有在審查及調查證據後形成心證的過程（詳見卷宗第 502 頁背頁至第 505 頁），並不存在“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵。

（二）信任之濫用罪的認定

同樣道理，這個問題上訴人所提出的也是一個法律問題：本人不是故意不作出支付，雙方只是民事債務糾紛，不能因此而就「信任之濫用罪」部份定罪，因為被害人和上訴人之間事先沒有達成協議需在第二天作出涉案屬於被害人款項的支付，故上訴人並沒有違反任何不存在的協議。

《刑法典》第 199 條所規定的信任之濫用罪是將以不移轉所有權的方式交付予自己的動產，不正當據為己有。

那麼，此項罪名的構成要件如下：

- 不移轉所有權方式之動產交付。
- 行為人對此動產予以不正當據為己有；

首先，我們面臨的問題是，本案所涉及的“動產”屬於可替代的金錢。理論上對此簡單的使用已經融入行為人的財產中的可替代物是否可以確認客觀的“據為己有”的要素，有不同的看法。近來被認為可以接受為比較正確的見解是：單純的使用融入自己財產中的可替代物不足以確認客觀上的“據為己有”的要素，關鍵在於是否存在行為人之後以其無正當理由的對替代物的處分或者沒有依時以法律上約束的形式予以返還

這些可以得出不具有返還“意圖”的行為。³

在本具體個案中，根據已證事實，被害人於 2019 年 8 月 27 日晚上賭博贏款後，將港幣 140 萬元籌碼存入上訴人的相關貴賓會帳戶內，以便上訴人扣除之前被害人的取款後替被害人將餘款轉換成人民幣及送回內地。當時上訴人的帳戶結餘為 1,540,150 元。

於 8 月 29 日晚，上訴人 A 以 XX 通知 C 從上述帳戶提款港幣 150 萬元，將當中港幣 80 萬元用作繳付 D 貴賓會的欠款，其餘港幣 70 萬存入上訴人妻子 E 的 D 貴賓會帳戶。雖然，上訴人在其自己的賬號中使用了當中的屬於被害人的 952,000 元港幣，這種做法仍然不足以顯示在未取得被害人的許可下擅自使用該筆款項作個人周轉並意圖據為已有的不法行為，但是，其後在被害人報案明確表示如果還錢就不予以追究的意思，上訴人仍沒有依時將全部（當中為了讓受害人撤案而僅支付 20 萬）屬於受害人的款項歸還，而是繼續將該款項據為已有。

也就是說，嫌犯的這些行為顯示其不具有返還的意圖，而確認了具有將融入其個人財產中的受害人的可替代物（金錢）據為已有的本罪的客觀要件。

其次，關於行為人的故意這個主觀的要素，理論上認為，行為人可以以其返還的意圖排除其“據為已有”的故意。⁴ 但是，普遍認為，這種返還的意圖並非簡單的意圖，而必須是符合法律上要求的時間和條件的返還。很顯然，正如上文所述，上訴人在受害人向警察局報案並答應收到足夠的款項之後不予以追究之後，仍然沒有收到嫌犯的所有屬於受害人的款項，這就足以說明，嫌犯沒有作出具有法律上意義的返還，其據為已有的意圖並沒有得到排除。

由此可見，上訴人的行為已符合《刑法典》第 199 條第 4 款 b 項結合第 1 款和第 196 條 b 項所規定及處罰的「信任之濫用罪」的主觀及客觀構成要件，被上訴判決就犯罪的認定並沒有錯誤。

上訴人這部分的上訴理由也不能成立。

³ 參見 Figueiredo Dias 教授在其主編的《Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial》，第 II 冊，第 104 頁。

⁴ 同上引用的著作，第 107-108 頁。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人的上訴理由不成立，維持原判。

本上訴訴訟費用以及 8 個計算單位的司法費由上訴人支付。

澳門特別行政區，2021 年 2 月 4 日

蔡武彬 (裁判書製作人)

陳廣勝 (第一助審法官)

譚曉華 (第二助審法官)