

編號：第 104/2023 號(刑事上訴案)

日期：2024 年 6 月 20 日

重要法律問題：

- 「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」
- 「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」與「詐騙罪」之實質競合
- 特別減輕刑罰情節
- 量刑

摘要

1. 第 97/99/M 號法令核准之《工業產權法律制度》第 289 條、第 290 條及第 291 條分別對侵犯專利權或半導體產品拓撲圖、侵犯設計或新型之專屬權以及假造、模仿及違法使用商標的犯罪行為作出規範，重點在於處罰“以從事企業活動之方式”進行製造(包括製造、複製、模仿、進口或分銷等)的源頭犯罪行為；相對的，第 292 條則針對將上指產品或物品出售、流通或隱藏的犯罪行為予以規範，旨在杜絕侵犯工業產權的產品在商品市場中的流通，藉此使工業產權獲得保護。

2. 行為人為自己或他人獲得不正當利益，明知相關產品係《工業產權法律制度》第 289 條至第 291 條所規定的侵犯工業產權產品，而仍作出出售、流通或隱藏行為，即構成第 292 條規定及處罰的「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」。上述第 291 條所指的是“以從事企業活動之方式”，而非“以企業名義”，實際上，為了賺取利潤而作出商品流通

環節的任何一環節的行為，包括購入、隱藏、出售或流通，均符合“以從事企業活動之方式”。

2. 上訴人為取得利益，購入假冒產品，並透過網絡公開向他人出售，該行為已經構成「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」。隨後，上訴人向第二被害人出售假冒品牌商標的手提包時，謊稱所出售的手提包為正品，令第二被害人信以為真而向上訴人作出金錢給付，造成第二被害人的財產損失，其行為符合《刑法典》第 211 條規定及處罰的「詐騙罪」之構成要件。

上訴人觸犯的「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」與「詐騙罪」所侵害的法益不同，且不存在一犯罪事實是另一犯罪事實的必要且唯一手段而應以一罪論處的情形。因此，上訴人所觸犯的「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」與「詐騙罪」是各自獨立的犯罪事實，之間不存在吸收關係，為實質競合。

3. 特別減輕刑罰情節是針對具體的犯罪作出的認定，認定之後果是降低了相關犯罪的法定刑幅，且所有特別減輕刑罰情節僅得考慮一次。而在競合量刑中，根據《刑法典》第 71 條規定的競合量刑規則，不允許再度重複認定並作特別減輕刑罰，案中所有對行為人有利的因素可作為其人格特徵表現予以考慮。

裁判書製作人

周艷平

澳門特別行政區中級法院 合議庭裁判書

編號：第 104/2023 號（刑事上訴案）

上訴人：(A)

日期：2024 年 6 月 20 日

一、案情敘述

在初級法院第 CR3-21-0285-PCC 號合議庭普通刑事案中，合議庭於 2022 年 12 月 9 日作出判決，裁定：

- a) 嫌犯(A)以直接正犯及既遂方式觸犯的《刑法典》第 211 條第 1 款所規定及處罰的一項詐騙罪，但因第一被害人(B)撤回告訴，本法院對此作出認可，並宣告本案此部份的刑事訴訟程序消滅；
- b) 嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯了第 97/99/M 號法令核准之《工業產權法律制度》第 292 條結合第 291 條 f 項所規定及處罰的兩項將假造之產品出售、流通或隱藏罪，判處每項三個月徒刑；
- c) 嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯了《刑法典》第 211 條第 1 款結合第 66 條第 1 款和第 2 款 c 項所規定及處罰的一項詐騙罪，判處三個月徒刑（涉及第二被害人(C)）；

- d) 三罪並罰，合共判處六個月徒刑的單一刑罰，暫緩執行該徒刑，為期兩年；
- e) 本案與第 CR5-20-0183-PCC 號卷宗及第 CR1-20-0290-PCC 號卷宗的刑罰競合，三案四十三罪並罰，合共判處三年三個月實際徒刑的單一刑罰。

*

嫌犯不服，向本院提起上訴（上訴理由闡述載於卷宗第 511 頁至第 520 頁）。

上訴人(A)提出以下理據（結論部分）：

1. 本上訴是針對初級法院第三刑事法庭對上訴人作出有罪判決的決定而提起的。
2. 本上訴是以被上訴之判決沾染《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款的規定，因沾染法律適用錯誤及量刑過重的瑕疵而提起。
3. 針對被判刑之兩項「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」，從《工業產權法律制度》第 292 條配合第 291 條 f)項的文意可見，構成有關犯罪的其中一個要件為「以從事企業活動之方式」。
4. 根據本案的已證事實，卷宗內欠缺事實和證據顯示上訴人是從事企業活動的人士，其所作的兩次犯罪行為屬個別及偶然的出售行為，沒有一定的持續性和一個固定的從事經濟活動之生產要素之組織，並不符合法律上對「企業」的定義。

5. 綜上所述, 懇請尊敬的法官 閣下裁定被上訴的判決錯誤適用《工業產權法律制度》第 292 條結合第 291 條 1 條 f) 項的規定, 開釋上訴人有關部份的刑罰。

6. 倘尊敬的法官 閣下不同意上述見解時, 上訴人仍補充針對被判刑之一項「詐騙罪」提出不同意。

7. 參照尊敬的中級法院第 710/2020 號刑事上訴案中指出, 《工業產權法律制度》第 292 條的規定和《刑法典》第 211 條的規定, 兩間之間屬於特別法與一般法的關係, 因此, 應優先適用特別法的規定。

8. 根據卷宗的資料及已證事實, 案中並無證實上訴人曾使用詭計使第二被害人產生錯誤或受欺騙。

9. 事實上, 上訴人把涉案的名牌包包以澳門幣壹仟捌佰元 (MOP\$1,800.00) 發佈到社交平台出售, 第二被害人主動聯絡上訴人有意購買, 本身就存在一定的風險, 再者, 案中並無證實上訴人曾進一步使用詭計等方式導致被害人產生錯誤。

10. 綜上所述, 倘尊敬的法官 閣下不同意上述對《工業產權法律制度》第 292 條結合第 291 條 1 條 f) 項錯誤適用的見解時, 則懇請法官 閣下考慮到特別法優於一般法的規定, 裁定被上訴的判決錯誤適用《刑法典》第 211 條的規定, 開釋上訴人有關部份的刑罰。

11. 此外, 上訴人認為被上訴的判決裁定上訴人兩項「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」, 判處每項三個月徒刑的部份量刑過重。

12. 按照確定刑罰的一般規定及《刑法典》第 40 條第 2 款的規定, 量刑時所考慮之罪過應為上訴人作出有關犯罪時之罪過為之。

13. 參照上述中級法院第 710/2020 號刑事上訴案，案中的嫌犯非為初犯，但僅被判處 2 個月的徒刑，暫緩執行，為期 1 年。

14. 本案中，上訴人於作出本案的犯罪事實時為初犯（本案的犯罪事實發生於 2019 年 2 月至 3 月），作出毫無保留的自認，已全數彌補被害人的損失，案中的這些有利情節應反映在量刑上。

15. 因此，被上訴的判決裁定上訴人觸犯《工業產權法律制度》第 292 條結合第 291 條 f 項所規定及處罰的兩項「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」，判處每項三個月徒刑的部份明顯過重，應改為判處每項不多於兩個月的徒刑，暫緩執行該徒刑。

16. 針對被上訴的判決在犯罪競合中作出的量刑，除了應有的尊重外，上訴人認為有關刑罰的量刑過重。

17. 上訴人於第 CR5-20-0183-PCC 號卷宗及第 CR1-20-0290-PCC 號卷宗被判刑的犯罪行為兩者相差僅半年，前者之犯罪行為發生於 2019 年 2 月至 8 月期間，後者之犯罪行為發生於 2020 年 1 月至 4 月期間。

18. 而本案所審理的犯罪行為更是發生於 2019 年 2 月至 3 月期間，即與第 CR5-20-0183-PCC 號卷宗所作之犯罪事實的時間相若。

19. 換言之，是次的犯罪行為為一嗣後知悉的犯罪行為，並不屬於上訴人於緩刑期間因再次犯罪而被判刑的情況。

20. 因此，被上訴的判決不應直接適用犯罪競合的一般量刑規則，單純以“經考慮嫌犯的人格及其各案所作的事實後，尤其嫌犯在數年間不斷作出同類罪行”的說明作為量刑依據，忽略了上訴人現時的實際情況。

21. 事實上,自上訴人的犯罪行為被揭發後,已對產生一定的威嚇作用,而上訴人除了上述兩段期間曾作出犯罪行為外,已無作出任何相同類型或不同類型的犯罪行為。

22. 從嫌犯的聲明、審判聽證中作出毫無保留的自認、涉及的金額及獲益金額不多、以及已向被害人積極作出彌補(已全數賠償被害人損失)等有利情節,可見上訴人已感到十分後悔,反省自己,以此彌補對被害人及社會造成的影響,符合《刑法典》第 66 條第 2 款 c)項的規定。

23. 此外,上訴人自 2020 年 1 月至 4 月作出犯罪行為後,至今一直奉公守法,且遵照法庭的命令,每星期前往接受社工輔導和跟進,可見其的確已真心悔悟且在實施犯罪後長期保持良好行為,在這兩年間之生活長期符合法律和社會規範,符合《刑法典》第 66 條第 2 款 d)項的規定。

24. 因此,被上訴的判決應同時考慮上訴人在這兩年間的決心和努力,認定其已真心悔改,於量刑時對上訴人作出特別減輕。

25. 根據《刑法典》第 40 條第 1 款、第 60 條及第 48 條的規定,刑罰的目的旨在保護法益及使行為人重新納入社會,因此,於量刑時應優先選用非剝奪自由之刑罰及在適當時給予暫緩執行。

26. 就一般預防而言,上訴人被判處徒刑,已足以給予大眾強烈的阻嚇作用及本澳絕不姑息任何犯罪行為的信息,故對大眾來說,有關一般預防的目的已達到。

27. 就特別預防而言,上訴人自 2020 年 4 月最後一次作出犯罪行為起,至今一直奉公守法,可見上訴人已從前述被判處之暫緩執行徒刑的

刑罰中吸取教訓，並明白到只有遵守法律及努力生活，方能體現新的人生。

28. 因此，考慮到上訴人現時任職飲食店店長，有固定的職業，其已重新投入新的生活，而且努力工作，可見社會大眾已重新接納上訴人，並願意給予上訴人重新做人的機會。

29. 為此，倘對上訴人科處實際徒刑，可能會影響上訴人未來重新投入社會的信心，以及失去現時與社會的良好鏈結。

30. 綜上所述，懇請尊敬的法官 閣下於量刑時考慮《刑法典》第 40 條、第 64 條、第 65 條、第 66 條第 2 款 c) 項及 d) 項的規定，應優先採用非剝奪人身自由的刑罰，對上訴人科處不高於 3 年的徒刑，暫緩執行該刑罰，並附隨考驗制度。

*

駐初級法院刑事法庭的檢察院代表作出答覆，認為應裁定上訴人之上訴理由不成立（詳見卷宗第 522 頁至第 526 頁背頁）。

檢察院在答覆中提出下列理據（結論部分）：

1. 在本案，上訴人被法院裁判觸犯兩項第 97/99/M 號法令核准之《工業產權法律制度》第 292 條結合第 291 條 f 項所規定及處罰的兩項「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」，罪名成立。

2. 我們認為，上訴人將「企業」和「以從事企業活動之方式」作出等同，這是兩不同的概念，「企業」簡單言之為一個組織或稱為系統，從法律規範來定義則是由眾多元素所組成，以靜態形式存在。

3. 「以從事企業活動之方式」係指一個有形的動態行為，是透過日常的商業交往來進行交易，以動態形式存在。

4. 第 97/99/M 號法令核准之《工業產權法律制度》第 291 條係指一個動態的行為，上訴人在案中係以動態形式觸犯這一法律規定。

5. 倘不如此認定，我們可以繼續以下陳述。

6. 在《商業登記法典》中設有個人企業主法律規定，該法第一條規定：「商業登記之目的，為公開商業企業主及企業之法律狀況，以保障受法律保護之交易」。

7. 從《商業登記法典》第一條規定可見，為保障社會上的貿易和商業往來，從事商業活動者應向主管機關作出登記，如非以公司形式存在者則可以個人企業主形式作出登記，作出登記後即可以個人名義（自然人）從事商品交易或商業往來，這種存在形式即屬於廣義上的企業，並受到一定規範。

8. 然而，自然人從事商品交易而不作出登記，並非不受規範，只是以違反法定形式存在，有關存在仍被視之為企業。在本案，嫌犯正是以沒有向主管機關作出登記而從事商品出售行為；我們認為不因嫌犯不作登記而不受《商業登記法典》第一條規定約束和不視為企業。

9. 另一方面，我們可以比較《工業產業法律制度》第 292 條的入罪要件和量刑。首先第 292 條的入罪要件不應將第 289 條、第 290 條及第 291 條所指任一方式理解為必須從事企業活動之方式，否則便重覆了該三條條文有關犯罪的獨立法定罪狀。

10. 此外，我們也應注意到第 292 條的罰則較第 289 條、第 290 條及第 291 條為輕。這樣，上訴人顯然是符合第 292 條的入罪要件，係以從事企業活動之方式觸犯該罪名。

11. 針對上訴人所指特別法與一般法關係，以及沒有使用詭計令第二被害人受騙部分。

12. 案中，上訴人實施了兩個獨立的犯罪行為，侵害兩個不同的法益。

13. 根據原審法院已證事實，上訴人先是在內地購買一個假冒“LOUIS VUITTON”品牌商標手提包，以價格遠低於正品約人民幣二百元至三百元購入。隨後在“FACEBOOK”的一個購物群內以廣告形式上載該手提包並公開出售，並對有意購買正品貨的第二被害人聲稱該“LOUIS VUITTON”為正品貨，此後為掩飾身份在交付手提包時假稱為出售者的弟弟，並以高於購入價約 6 至 7 倍價格成功售予第二被害人。

14. 上訴人一系列行為顯示以詭計方式向第二被害人實施詐騙，符合《刑法典》第 211 條的詐騙罪構成要件。

15. 在本案，原審法院根據《刑法典》第 66 第 1 款及第 2 項 c 項規定，針對嫌犯一項「詐騙罪」已作出特別減輕，非如上訴人所言沒有作出特別減輕。

16. 針對上訴人所指的刑罰競合和《刑法典》第 66 條第 2 款 d) 項問題。

17. 原審法院就本案根據《刑法典》第 71 條規定進行的犯罪競合，是針對本案嫌犯觸犯的兩項「將假造之產品出售、流通或隱藏罪，判處

每項 3 個月徒刑, 以及觸犯的一項「詐騙罪」, 判處 3 個月徒刑, 以及第 CR5-20-0183-PCC 及 CR1-20-0290-PCC 兩案的定罪判刑。

18. 本案事實發生日期於 2019 年 2 月及 3 月, 卷宗第 CR5-20-0183-PCC 嫌犯觸的 10 項「詐騙罪」事實發生於 2019 年 2 月至 8 月期間, 裁判於 2021 年 5 月 20 日轉為確定; 卷宗 CR1-20-0290-PCC 觸犯共 30 項「詐騙罪」事實發生於 2020 年 1 月至 4 月期間, 裁判於 2021 年 10 月 11 日轉為確定。

19. 根據嫌犯犯罪實施時間和前兩案判決轉為確定日期, 完全符合《刑法典》第 71 條規定。

20. 此外, 從事實發生期間可見, 上訴人在作出本案犯罪事實後, 再次接二連三作出犯罪性質相同的 40 項「詐騙罪」, 然而上訴人卻輕描淡寫並以接近無辜者態度認為被競合的案件和本案只不過相差 6 個月左右而已, 由於時間短促, 仍屬於行為人在實施犯罪後長期保持良好行為, 我們對此上訴理據實感差異, 上訴人更是不符合《刑法典》第 66 條第 2 款 d) 規定。

21. 綜合而言, 原審法院已遵守《刑法典》第 40 條和第 65 條規定以及第 66 條規定, 就嫌犯觸犯兩項「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」, 判處每項 3 個月徒刑; 另一項「詐騙罪」, 判處 3 個月徒刑(涉及第 2 被害人(C)); 三罪並罰, 合共判處 6 個月徒刑的單一刑罰, 暫緩 2 年; 本案與第 CR5-20-0183-PCC 號卷宗及第 CR1-20-0290-PCC 號卷宗的刑罰競合, 三案四十三罪並罰, 合共判處 3 年 3 個月實際徒刑的單一刑罰。

22. 綜上所述, 本院認為上訴人理據不成立。

*

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱並提交了法律意見，認為應裁定上訴人提出的上訴理由均不成立，並維持原判（詳見卷宗第 537 頁至第 540 頁）。

*

本院接受了上訴人提起的上訴，組成合議庭，對上訴進行審理，兩名助審法官亦相繼檢閱了卷宗，並作出評議及表決。

二、事實方面

原審法院經庭審後認定的事實

（一）已獲證明的事實：

1. 2019 年 2 月至 3 月期間，嫌犯(A)在內地以低價購買假造及仿冒商標之貨品，再透過網絡平台發佈廣告尋找買家，以正品二手價出售，從中賺取差價。

2. 2019 年 2 月 17 日，第一被害人(B)透過手機應用程式“澳門二手市場”看到嫌犯發布的一則廣告，內容為“男裝黑色手提包（牌子：BOTTEGA VENETA）出售，價值澳門幣貳仟叁佰元（MOP\$2,300.00）”。第一被害人相信嫌犯出售的是正品手提包，於是透過“澳門二手市場”之內部信息功能聯絡嫌犯表示有意購買，並向嫌犯提供了自己的手提電話號碼，但雙方因價格不合未能成交。2019 年 2 月 23 日，嫌犯以手提電話號碼 xxxxx 聯絡第一被害人，雙方討價還價後，最後以澳門幣壹仟叁佰元（MOP\$1,300.00）達成交易協議。

3. 2019年2月26日約19時，嫌犯與第一被害人在關閘麥當勞餐廳門外進行交易，嫌犯將一個黑色手提包（牌子：BOTTEGA VENETA，現扣押於本案）交給第一被害人，第一被害人將澳門幣壹仟叁佰元（MOP\$1,300.00）現金交給嫌犯作為購買上述手提包的款項，之後，雙方還互留了微信號，嫌犯的微信名為“XXX”，賬號為：XXX號。

4. 2019年3月10日，嫌犯透過“微信”聯絡第一被害人，稱其有其他款式的名牌手提包可向其出售。第一被害人感到可疑，立即檢查其購買的上述黑色手提包，發現該手提包手工粗糙，懷疑是贗品，隨即追問嫌犯在何處購買，嫌犯訛稱上述手提包為正品，在新濠購買，並向第一被害人提供一張POS簽購單的相片作證明。第一被害人對嫌犯的回覆存疑，於是在2019年3月21日攜帶上述黑色手提包向治安警察局報案求助。

5. 經專家鑑定，證實上述被扣押之標示有“BOTTEGA VENETA”商標的黑色手提包是假冒之產品。

6. 2019年3月初，第二被害人(C)在“FACEBOOK”的一個購物群內，看到嫌犯以網名“XX”發佈出售一個灰色二手手提包（牌子：LOUIS VUITTON）的廣告。第二被害人聯絡嫌犯表示有意購買，嫌犯聲稱該手提包為正品，第二被害人信以為真，雙方以澳門幣壹仟捌佰元（MOP\$1,800.00）達成交易協議，嫌犯向第二被害人提供了聲稱是其弟弟的手提電話號碼 xxxxx 以便交易時與其聯絡。

7. 2019年3月18日下午，嫌犯與第二被害人在雅廉訪大馬路翡翠茶餐廳門外進行交易，嫌犯自稱是XX的弟弟YY，並將一個灰色手提包

連一個黃色紙盒及黃色防塵袋（牌子：LOUIS VUITTON，現扣押於本案）交給第二被害人，第二被害人隨即透過 XX 銀行的網上銀行（賬戶編號：00181xxxxxx）將澳門幣壹仟捌佰元（MOP\$1,800.00）轉賬到嫌犯提供的 XX 銀行賬戶（賬戶編號：0018xxxxxx）作為購買上述手提包的款項。

8. 翌日，第二被害人將上述向嫌犯購買的灰色手提包帶到位於仙德麗街永利度假村酒店內的“LOUIS VUITTON”專門店作鑑定，被告知該手提包為贗品，第二被害人隨即撥打上述手提電話號碼，但已無法聯絡嫌犯。第二被害人懷疑受騙，於同日下午到治安警察局報警求助。

9. 經專家鑑定，證實上述被扣押之標示有“LOUIS VUITTON”商標的灰色手提包是假冒之產品。

10. 上述手提電話號碼 xxxxx 是嫌犯於 2018 年 11 月 27 日在和記電話（澳門）有限公司登記使用，並於 2019 年 4 月 10 日停止服務。

11. “BOTTEGA VENETA”及“LOUIS VUITTON”品牌商標已在澳門特別行政區經濟及科技發展局進行了註冊登記。

12. 上述由嫌犯出售的“BOTTEGA VENETA”及“LOUIS VUITTON”品牌商標手提包是嫌犯於內地購買，每個購買價約為人民幣二百元至三百元。

13. 嫌犯清楚知道該等手提包是假冒產品，在未經商標權利人同意之情況下，透過網絡將上述假冒之產品冒充正品向公眾出售，目的為自己獲得不正當利益；兩名被害人因被嫌犯誤導，相信嫌犯出售的手提包為正品，因而向嫌犯作出金錢給付，造成財產損失。

14. 嫌犯是在自由、自願及有意識的情況下故意實施上述行為，並

知道其行為違犯澳門法律，會受法律制裁。

*

另外證明以下事實：

嫌犯於 2022 年 11 月 23 日已在本案中存放了澳門幣 1,800 元，作為向第二被害人(C)支付的賠償。

~

嫌犯現為**店長，每月入澳門幣 14,000 元。

嫌犯未婚，需供養父母親。

嫌犯學歷為高中三年級。

嫌犯完全承認被指控的事實。

根據刑事紀錄證明，嫌犯並非初犯（作出本案犯罪事實之時仍為初犯）。

- 嫌犯曾於 2019 年 2 月至 8 月期間因觸犯《刑法典》第 211 條第 4 款 b 項及第 1 款結合第 221 條、第 201 條第 1 款、第 66 條第 2 款 c 項及第 67 條第 1 款 a 項和 b 項所規定及處罰的十項「詐騙罪」，而於 2021 年 4 月 29 日被第 CR5-20-0183-PCC 號卷宗判處每項七個月徒刑，數罪並罰，合共判處兩年六個月徒刑，暫緩執行該徒刑，為期三年，條件為附隨考驗制度及接受社工跟進的緩刑義務。該案裁判於 2021 年 5 月 20 日轉為確定。
- 嫌犯曾於 2020 年 1 月至 4 月期間因觸犯《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 b 項結合第 221 條、第 201 條第 1 款及第 67 條所規定及處罰的一項「詐騙罪」及《刑法典》第 211 條第 1 款及第

4 款 b 項結合第 66 條第 1 款及第 2 款 c 項以及第 67 條所規定及處罰的二十九項「詐騙罪」，而於 2021 年 5 月 28 日被第 CR1-20-0290-PCC 號卷宗判處每項三個月徒刑，數罪並罰，合共判處兩年三個月徒刑，暫緩執行該徒刑，為期三年。該案裁判於 2021 年 6 月 17 日轉為確定。其後，該案與第 CR5-20-0183-PCC 號卷宗的刑罰競合，合共判處三年徒刑的單一刑罰，暫緩執行該徒刑，為期三年，並附隨考驗制度，須接受社工跟進。該刑罰競合裁判於 2021 年 10 月 11 日轉為確定。

*

(二) 未獲證明的事實：

尚沒有其他載於控訴書及答辯狀的重要事實有待證明。

三、法律方面

本上訴涉及之問題為：

- 法律適用錯誤
 - 將假造之產品出售、流通或隱藏罪]
 - 「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」與「詐騙罪」之競合
- 量刑
 - 特別減輕刑罰
 - 刑罰過重
 - 緩刑

*

(一) 關於“法律適用錯誤”

上訴人認為，構成「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」的其中一個要件為“以從事企業活動之方式”，而上訴人的兩次犯罪行為屬個別及偶然的出售行為，沒有一定的持續性和一個固定的從事經濟活動之生產要素之組織，並不符合法律上對“企業”的定義，原審法院錯誤適用《工業產權法律制度》第 292 條結合第 291 條 1 條 f) 項的規定，請求開釋相關部份的刑罰。

上訴人還提出，《工業產權法律制度》第 292 條與《刑法典》第 211 條之間屬於特別法與一般法的關係，應優先適用特別法。案中並無證實上訴人曾使用詭計使第二被害人產生錯誤或受欺騙，故此，原審法院錯誤適用《刑法典》第 211 條的規定，請求開釋其有關部份的刑罰。

*

第 97/99/M 號法令核准之《工業產權法律制度》第 291 條（假造、模仿及違法使用商標）規定：

以從事企業活動之方式，旨在為自己或第三人獲得不正當利益，在未經工業產權之權利人同意下作出下列任一行為者，處最高三年徒刑或科九十日至一百八十日罰金：

- a) 全部或部分假造又或以任何方法複製一項註冊商標；
- b) 模仿一項註冊商標之全部或部分特徵；
- c) 使用假造或模仿之商標；
- d) 使用假造或模仿已在澳門申請註冊之馳名商標；

e) 使用體現與在澳門享有聲譽並已在澳門申請註冊之先前商標之商標，又或與該先前商標相同或相似之商標，即使用於非相同或類似之產品或服務上亦然，只要使用之後之商標係為了在無合理理由下謀求從先前商標之識別性或聲譽中取得不當利益，又或使用之後之商標係會令先前商標之識別性或聲譽受損；

f) 在其產品、服務、營業場所或企業上使用一項屬於他人之註冊商標。

同法第 292 條（將產品或物品出售、流通或隱藏）規定：

以第 289 條至第 291 條所指之任一方式並在該等條文所指之情況下，將假造之產品出售、流通或隱藏，而明知該情況者，處最高六個月徒刑或科三十日至九十日罰金。

本院認為，第 97/99/M 號法令核准之《工業產權法律制度》第 289 條、第 290 條及第 291 條分別對侵犯專利權或半導體產品拓撲圖、侵犯設計或新型之專屬權以及假造、模仿及違法使用商標的犯罪行為作出規範，規定了最高二年徒刑或科六十日至一百二十日罰金、最高三年徒刑或科九十日至一百八十日罰金的刑罰幅度，重點在於處罰“以從事企業活動之方式”進行製造（包括製造、複製、模仿、進口或分銷等）的源頭犯罪行為；相對的，第 292 條則針對將上指產品或物品出售、流通或隱藏的犯罪行為予以規範，規定了最高六個月徒刑或科三十日至九十日罰金的較輕之刑幅，旨在杜絕侵犯工業產權的產品在商品市場中的流通，藉此使工業產權獲得保護。

而在犯罪構成層面，行為人為自己或他人獲得不正當利益，明知相關產品係《工業產權法律制度》第 289 條至第 291 條所規定的侵犯工業產權產品，而仍作出出售、流通或隱藏行為，即構成第 292 條規定及處罰的「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」。第 291 條所指的是“以從事企業活動之方式”，而非“以企業名義”，實際上，為了賺取利潤而作出的商品流動環節的任何一環節的行為，購入、隱藏、出售或流通，均符合“以從事企業活動之方式”。

本案，上訴人清楚知道涉案的“LOUIS VUITTON”及“BOTTEGA VENETA”手提包是假冒產品，而仍在內地以低價購買並帶入本澳，繼而透過網絡向他人出售，原審法院裁定上訴人以直接正犯及既遂方式觸犯第 97/99/M 號法令核准之《工業產權法律制度》第 292 條結合第 291 條 f 項所規定及處罰的兩項「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」，適用法律正確，上訴人的相關上訴理由不成立。

*

承上，上訴人明知涉案手提包係假冒產品，而仍在內地以低價購買並帶入本澳，繼而透過網絡向他人出售，觸犯第 97/99/M 號法令核准之《工業產權法律制度》第 292 條結合第 291 條 f 項所規定及處罰的兩項「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」。

另外，上訴人透過網絡向他人出售假冒產品，在向第二被害人出售假冒“LOUIS VUITTON”品牌商標的手提包時，謊稱該手提包為正品，且在交付手提包時假稱自己是出售者的弟弟，第二被害人信以為真，最

終透過 XX 銀行的網上銀行將澳門幣 1,800 元轉賬到上訴人的 XX 銀行賬戶作為購買該手提包的款項。

顯見地，上訴人為獲得不正當利益，明知相關手提包係假冒產品，仍謊稱正品賣予第二被害人，使第二被害人信以為真而向上訴人作出金錢給付，造成第二被害人的財產損失。上訴人的行為符合《刑法典》第 211 條規定及處罰的「詐騙罪」之構成要件。

本院認為，本案，上訴人獨立實施了兩項「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」以及二項「詐騙罪」，侵犯不同的法益，且不存在一犯罪事實是另一犯罪事實的必要且唯一手段而應以一罪論處的情形，上訴人觸犯的「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」與「詐騙罪」之間並不存在吸收關係，亦不存在優先適用專門法的問題。原審法院裁定上訴人以直接正犯及既遂方式觸犯第 97/99/M 號法令核準之《工業產權法律制度》第 292 條結合第 291 條 f 項所規定及處罰的兩項「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」及《刑法典》第 211 條第 1 款所規定及處罰的兩項「詐騙罪」（其對第一被害人實施的詐騙犯罪，因被害人撤回告訴，原審法院宣告相關刑事訴訟程序消滅），適用法律正確，被上訴判決並不沾有上訴人指稱的瑕疵。

藉此，上訴人的相關上訴理由不成立。

*

（二）關於量刑

上訴人認為，原審法院裁定其觸犯的兩項「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」每項三個月徒刑，量刑過重。其作出本案的犯罪事實時為

初犯，已作出毫無保留的自認及全數彌補被害人的損失，這些有利情節應反映在量刑上。請求改判為每項犯罪不多於兩個月的徒刑，暫緩執行該徒刑。

上訴人還提出，原審法院對犯罪競合作出的量刑過重。其於本案的犯罪行為是一嗣後知悉的犯罪行為，並不屬於緩刑期間的再次犯罪。從上訴人的庭審聲明、毫無保留的自認、涉案金額、已向被害人作出彌補以及犯罪後一直守法等有利情節，可認定其已真心悔改，於量刑時應作出特別減輕。請求依據《刑法典》第 40 條、第 64 條、第 65 條、第 66 條第 2 款 c) 項及 d) 項的規定，優先採用非剝奪人身自由的刑罰，改判為不高於 3 年的徒刑，准予暫緩執行該刑罰，並附隨考驗制度。

*

《刑法典》第 40 條、第 64 條和第 65 條規定了刑罰的目的、選擇刑罰之標準以及確定具體刑罰份量的準則。

根據《刑法典》第 40 條第 1 款規定，刑罰之目的旨在保護法益及使行為人重新納入社會，即：從一般預防和特別預防兩個方面作考量。前者，主要從一般預防的積極方面考慮，通過適用刑罰達到恢復和加強公眾的法律意識，保障其對因犯罪而被觸犯的法律規範的效力、對社會或個人安全所抱有的期望，並保護因犯罪行為的實施而受到侵害的公眾或個人利益的積極作用，同時遏止其他人犯罪；後者，旨在通過對犯罪行為人科處刑罰，尤其是通過刑罰的執行，使其吸取教訓，銘記其犯罪行為為其個人所帶來的嚴重後果，從而達到遏止其再次犯罪，重新納入社會的目的。

《刑法典》第 40 條第 2 款規定了刑罰之限度，確定了罪刑相當原則。根據該原則，刑罰的程度應該與罪過相對應，法官在適用刑罰時不得超出事實當中的罪過程度。

《刑法典》第 65 條規定了確定具體刑罰份量的準則，在確定刑罰的份量時，須按照行為人之罪過及預防犯罪的要求為之，同時，亦須考慮犯罪行為的不法程度、實行之方式、後果之嚴重性、行為人對被要求須負義務之違反程度、故意之嚴重程度、所表露之情感、行為人之動機、行為人之個人狀況及經濟狀況、事發前後之行為及其他已確定之情節。

在具體量刑時，《刑法典》第 64 條規定了選擇刑罰之標準，規定：如對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰，則只要非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰之目的，法院須先選非剝奪自由之刑罰。

按照《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，法院應在法定的最低刑及最高刑刑幅之間，根據行為人罪過及預防犯罪的要求，同時一併考慮所有對行為人有利或不利而不屬犯罪罪狀的情節，作出選擇具體刑罰之決定。

《刑法典》第 71 條規定了犯罪競合之規則，二項以上犯罪實質競合者，僅科處一單一刑罰，可科處的刑罰最低限度為各罪刑罰中最重者，而最高限度為各罪刑罰之總和，在量刑時，應一併考慮行為人所作事實及其人格。

所有競合之犯罪事實均一併作為行為人被歸責之犯罪行為進行審查，考慮其整體程度與嚴重性、違反所保障法益的程度、當中是否存在

共通或關聯性，以及藉此所反映的行為人之人格、個性及其生活模式。

*

《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，具體刑罰應在最低刑幅及最高刑幅之間，以罪過及刑罰目的作出決定，而法律賦予法院在刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由。既然法律容許法院自由在法定的刑幅之間決定一個合適的刑罰，簡單引用《刑法典》第 65 條的量刑情節，已經足以表明法院確實考慮了這些因素，只不過是在衡平的原則下選擇一個自認為合適的刑罰，而上訴法院的審查也僅限於原審法院的最後選擇的刑罰明顯過高或者刑罰不合適的情況。（中級法院 2019 年 7 月 11 日合議庭裁判，上訴案第 23/2019 號）

換言之，對於量刑時需考慮的情節，判決書可作重點闡述，並無需逐一系列明，只要不存在對法定限制規範，如刑罰幅度或經驗法則的違反，也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的話，上訴法院不應介入具體刑罰的確定。

*

針對本案犯罪之量刑，原審法院於被上訴判決的「定罪」及「量刑」部分指出：

考慮到嫌犯於 2022 年 11 月 23 日已在本案中存放了澳門幣 1,800 元，作為向第二被害人(C)支付的賠償，且嫌犯在審判聽證中亦坦白交待案情，認罪態度良好，顯示嫌犯現已有相當程度的悔意，本法院認為，嫌犯現時在犯罪後存在可明顯減少刑罰必要性的情節，故根據《刑法典》

第 66 條第 1 款及第 2 款 c 項的規定，本法院認為，嫌犯在本案中尚餘的一項詐騙罪（涉及二被害人(C)）符合特別減輕刑罰的情況。

根據《刑法典》第 64 條的規定，如對犯罪可選科剝奪自由的刑罰或非剝奪自由的刑罰，則只要非剝奪自由的刑罰可適當及足以實現處罰的目的，法院須先選非剝奪自由的刑罰。

根據《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定，量刑須按照行為人的罪過及預防犯罪的要求而為之，同時亦須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀的情節，尤其是：

- a) 事實的不法程度、實行事實的方式、事實所造成的後果的嚴重性，以及行為人對被要求須負的義務的違反程度；
- b) 故意或過失的嚴重程度；
- c) 在犯罪時所表露的情感及犯罪的目的或動機；
- d) 行為人的個人狀況及經濟狀況；
- e) 作出事實之前及之後的行為，尤其系為彌補犯罪的後果而作出的行為；
- f) 在事實中顯示並無為保持合規範的行為作出準備，而欠缺該準備系應透過科處刑罰予以譴責者。

《刑法典》第 67 條（特別減輕之規定）規定：

『一、如有特別減輕刑罰之情況，在可科處之刑罰之限度方面，須遵守下列規定：

- a) 徒刑之最高限度減三分之一；
- b) 徒刑之最低限度為三年或超逾三年者，減為五分之一；少於三

年者，減為法定之最低限度；

c) 罰金之最高限度減三分之一，而最低限度則減為法定之最低限度；

d) 徒刑之最高限度不超逾三年者，得在第四十五條第一款所指之限度內，以罰金代替徒刑。

二、特別減輕之刑罰經具體定出後，可依據一般規定代替及暫緩執行之。』

經特別減輕後，對嫌犯所判處的上述詐騙罪的法定刑幅為一個月至兩年徒刑或十日至二百日罰金。

依照上述選擇刑罰的標準，考慮到本案的犯罪事實和具體情節，尤其嫌犯並非初犯及預防犯罪的需要，本法院認為須對嫌犯科處剝奪自由的刑罰（徒刑）才可適當及足以實現處罰的目的。

在確定刑罰份量方面，根據本案中的具體情節，尤其考慮到嫌犯所觸犯的罪行的不法性程度普通、所造成後果嚴重程度不太高、嫌犯的罪過程度高，同時考慮到嫌犯並非初犯（作出本案犯罪事實之時仍為初犯，但本案發生後再作出同類犯罪）、完全承認控罪、涉案假冒品牌商標產品數量不多、本案所涉及的金額及獲益金額不太多、已對相關被害人作出賠償或已存放賠償金，以及為着預防犯罪的需要（包括一般預防及特別預防），因此，本法院認為針對上述的兩項將產品或物品出售、流通或隱藏罪，判處嫌犯每項三個月徒刑最為適合；針對上述的一項詐騙罪，判處嫌犯三個月徒刑最為適合。

鑒於本案的情況屬於犯罪競合，根據《刑法典》第 71 條的規定，在刑罰競合的情況下，嫌犯可被科處三個月至九個月徒刑。考慮到嫌犯所作出的事實及其人格，本法院認為，應判處嫌犯六個月徒刑的單一刑罰最為適合。

根據《刑法典》第 48 條的規定，經考慮嫌犯的人格、生活狀況、犯罪前後的行為及犯罪的情節，尤其嫌犯作出本案犯罪事實之時仍為初犯，且嫌犯在本案中獲益金額不太多，其表現悔意，故本法院認為，按照本案的具體情節，尚且可給予嫌犯多一次機會，在本案中僅對事實作譴責並以監禁作威嚇在現階段應尚可適當及足以實現處罰的目的，因此，決定暫緩執行上述徒刑，為期兩年。

*

本案，上訴人於卷宗中提存給予第二被害人 1,800 澳門元損害賠償金的時間已是原審法院審判聽證結束之後，就其本案之「詐騙罪」，此舉不構成《刑法典》第 201 條的特別減輕刑罰之規定。

另外，就上訴人本案的「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」，考慮到該罪的犯罪性質、所侵犯的法益，雖然上訴人坦白認罪、於審判聽證結束之後提存賠償金，但是，面對證據確鑿及所侵犯的法益，其認罪和賠償情節不足以明顯減輕其行為的不法性及其罪過，亦不足以明顯減少刑罰之必要性，故上訴人未能符合《刑法典》第 66 條 c 項規定的情節。原審法院沒有給予上訴人特別減輕刑罰，未見有任何違法之處。

由被上訴判決可見，原審法院根據《刑法典》第 66 第 1 款及第 2 款 c) 項、第 67 條的規定，針對上訴人觸犯的一項「詐騙罪」已作出特

別減輕，並依照《刑法典》第 40 條、第 65 條及第 71 條的規定，綜合考慮了案中所有對上訴人有利及不利的量刑情節，以及預防犯罪的需求，認為須對上訴人科處剝奪自由的刑罰才可適當及足以實現處罰的目的，針對上訴人觸犯的兩項「將假造之產品出售、流通或隱藏罪」，每項判處三個月徒刑，針對一項「詐騙罪」，判處三個月徒刑，數罪並罰，合共判處上訴人六個月徒刑的單一刑罰，並根據《刑法典》第 48 條的規定決定暫緩執行上述徒刑，為期兩年。

本院認為，原審法院的量刑並未違反法定之刑罰幅度，符合一般預防和特別預防的要求，不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的情形。故此，本院沒有介入確定具體刑罰的空間。

*

關於本案犯罪與他案犯罪的競合量刑，原審法院於被上訴判決中的量刑部分指出：

嫌犯曾於 2019 年 2 月至 8 月期間因觸犯《刑法典》第 211 條第 4 款 b 項及第 1 款結合第 221 條、第 201 條第 1 款、第 66 條第 2 款 c 項及第 67 條第 1 款 a 項和 b 項所規定及處罰的十項「詐騙罪」，而於 2021 年 4 月 29 日被第 CR5-20-0183-PCC 號卷宗判處每項七個月徒刑，數罪並罰，合共判處兩年六個月徒刑，暫緩執行該徒刑，為期三年，條件為附隨考驗制度及接受社工跟進的緩刑義務。該案裁判於 2021 年 5 月 20 日轉為確定。

嫌犯曾於 2020 年 1 月至 4 月期間因觸犯《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 b 項結合第 221 條、第 201 條第 1 款及第 67 條所規定及處

罰的一項「詐騙罪」及《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 b 項結合第 66 條第 1 款及第 2 款 c 項以及第 67 條所規定及處罰的二十九項「詐騙罪」，而於 2021 年 5 月 28 日被第 CR1-20-0290-PCC 號卷宗判處每項三個月徒刑，數罪並罰，合共判處兩年三個月徒刑，暫緩執行該徒刑，為期三年。該案裁判於 2021 年 6 月 17 日轉為確定。其後，該案與第 CR5-20-0183-PCC 號卷宗的刑罰競合，合共判處三年徒刑的單一刑罰，暫緩執行該徒刑，為期三年，並附隨考驗制度，須接受社工跟進。該刑罰競合裁判於 2021 年 10 月 11 日轉為確定。

根據《刑法典》第 72 條及第 71 條規定，鑒於在第 CR5-20-0183-PCC 號卷宗及第 CR1-20-0290-PCC 號卷宗判刑確定後但在該等案件刑罰消滅前，發現嫌犯在該等案件判刑前實施本案的犯罪事實，因此，本案與第 CR5-20-0183-PCC 號卷宗及第 CR1-20-0290-PCC 號卷宗所判處的刑罰符合刑罰競合的前提。

因此，根據上述規定，三案四十三罪競合，有關刑幅為七個月至十四年一個月徒刑，經考慮嫌犯的人格及其在各案所作的事實後，尤其嫌犯在數年間不斷作出同類罪行，本案與第 CR5-20-0183-PCC 號卷宗及第 CR1-20-0290-PCC 號卷宗的刑罰競合，合共判處三年三個月實際徒刑的單一刑罰最為適合。

*

根據已證事實及卷宗資料，上訴人於本案的犯罪事實屬於初犯，事實發生在 2019 年 2 月至 3 月，兩名被害人分別於 2019 年 3 月 19 日和 21 日對其作出檢舉。被檢舉前後，於 2019 年 2 月至 8 月間，上訴人於

CR5-20-0183-PCC 號案實施詐騙行為，以代購貨品、代轉賬至香港銀行戶口、出售低價的迪士尼門票為藉口犯下十項詐騙罪。之後，於 2020 年 1 月至 4 月間，趁新冠疫情爆發口罩供不應求之際，訛稱有口罩出售欺騙他人，於第 CR1-20-0290-PCC 號卷宗被裁定觸犯三十項詐騙罪。

上訴人認為被上訴裁判不應直接適用犯罪競合的一般量刑規則，而忽略其符合《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項及 d 項的規定。

關於上訴人的《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項之情節，已經於每個案件的相關具體犯罪中作出了考慮，在競合量刑時，根據競合量刑規則，不允許重複考慮。

至於《刑法典》第 66 條第 2 款 d 項的情節，本案及另外兩個競合案件均沒有認定上訴人具備該特別減輕刑罰情節。

根據上訴人的三個卷宗所作的事實，結合上訴人最後一次實施犯罪至被上訴判決作出的不足三年時間的表現，本案無法令法院認定上訴人在相當長的時間保持良好的表現，其不具備《刑法典》第 66 條第 2 款 d 項規定的“行為人在實施犯罪後長期保持良好行為”的特別減輕刑罰的情節。

我們須強調，特別減輕刑罰情節是針對具體的犯罪作出的認定，認定之後果是降低了相關犯罪的法定刑幅，且所有特別減輕刑罰情節僅得考慮一次。而在競合量刑中，根據《刑法典》第 71 條規定的競合量刑規則，不允許再度重複認定並作特別減輕刑罰，案中所有對行為人有利的因素可作為其人格特徵表現予以考慮。

根據案中所顯示的上訴人三案的犯罪事實，相關事實整體上的嚴重

程度，所反映的上訴人之人格、個性及其生活模式，原審法院依據《刑法典》第 71 條的規定，對三個卷宗的刑罰作出競合，三案四十三罪並罰，在七個月徒刑至十四年一個月徒刑的競合刑幅間，判處上訴人三年三個月實際徒刑的單一刑罰，不存在量刑明顯過重、量刑失衡的錯誤，沒有減輕的空間。

相應的，由於上訴人被判處的徒刑超過三年，不符合《刑法典》第 48 條給予緩刑的形式要件。

藉此，上訴人的上訴理由不成立。

四、決定

綜上所述，本院裁定上訴人(A)的上訴理由均不成立，維持原審判決。

*

本上訴之訴訟費用由上訴人負擔，其中，司法費定為 5 個計算單位。委任辯護人的辯護費定為澳門幣 2,500 元。

著令通知。

—*—

澳門，2024 年 6 月 20 日

周艷平

(裁判書製作人)

蔡武彬

(第一助審法官)

陳廣勝

(第二助審法官)