

上訴案第 76/2021 號

上訴人：A

B

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 及 B 為直接共同正犯，兩人的既遂行為以連續犯¹的方式觸犯了第 11/2009 號法律第 11 條第 1 款第(4)項及第 3 款第(2)項所規定及處罰的一項「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 CR2-20-0264-PCC 號案件中，經過庭審，最後判決：

指控第一嫌犯 A 及第二嫌犯 B 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(4)項及第 3 款第(2)項所規定及處罰的一項「電腦詐騙罪」(連續犯)(共犯)，改判為兩名嫌犯以直接共同正犯、故意及既遂的方式觸犯了第 11/2009 號法律第 11 條第 1 款第(4)項所規定及處罰的一項「電腦詐騙罪」(共犯)，每人各判處 7 個月的徒刑，准予暫緩 2 年執行，作為緩刑條件，兩名嫌

¹ 庭審期間已告知控辯雙方，倘若控訴事實獲得證實，本院將有可能按單一犯罪作定性並會考慮涉案的總詐騙金額，詳見相關的庭審筆錄。

犯須於判決確定後 1 個月內向各本特區政府支付 10,000 澳門元 (壹萬澳門元) 的捐獻。

嫌犯 A 及 B 不服判決，向本院提起了上訴：

1. 本上訴是針對原審法院對本案作出的一審有罪判決。
2. 兩名上訴人被裁定以直接共同正犯、故意及既遂之方式觸犯了第 11/2009 號法律第 11 條第 1 款第(4)項所規定及處罰的一項「電腦詐騙罪」(共犯)，每人各被判處 7 個月的徒刑，准予暫緩 2 年執行；
3. 兩名上訴人認為被上訴判決違反了《刑事訴訟法典》第 116 條、336 條及 339 條之規定以及存有同一法典第 400 條第 1 款及第 2 款 a)項、b)項及 c)項之瑕疵。
4. 本案中，有關被上訴判決中判定為已證明的第 1-4 點事實是有關於 C 國際有限公司的運作及有關的服務收費內容，本案之唯一證人完全沒有就有關之內容作出陳述，且其亦不具有任何專業資格或身份對有關之內容作證言。
5. 其只是表示有關之內容是由中國 C 香港分公司高級經理 D 於偵查過程中提及過。
6. 相關之內容曾顯示於卷宗第 139-144 頁，中國 C 香港分公司高級經理 D 之詢問筆錄之中。
7. 庭審當天，原先作為證人之 D 已被檢察院作出放棄且從沒有於庭審上就相關之內容作出任何之陳述。
8. 原審法院在庭審過程中亦沒有就上指第 1-4 點之事實內容作出任何的審查，且根據《刑事訴訟法典》第 116 條規定，證人對有關之部分作出之提及是屬於間接證言的部分。
9. 但有關之事實卻在被上訴判決中視為得到證實，且在被上訴

判決的判案理由當中亦完全沒有提及是如何對相關之事實作出認定及有關之心證如何形成。

10. 根據《刑事訴訟法典》第 336 條第 1 款之規定：「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。」
11. 為此，已證事實第 1-4 點是在沒有任何依據的情況下作出認定，有關之判定違反了上指之規定。
12. 而針對已證事實第 6 點，有關之事實於控訴書或被上訴判決內之指控事實內容從沒有出現，卻於被上訴判決中出現且被認定。
13. 上指事實從沒有在控訴書中作出描述，但被上訴判決卻以有關之事實對兩名上訴人作出判罪，有關事實之增加明顯屬於《刑事訴訟法典》第 339 條所規定的非實質事實變更。
14. 原審法院從沒有就有關事實的增加按照有關條文告知兩名上訴人而直接作出判決，從而兩名上訴人未能就有關變更要求給予必需之時間以準備辯護，完全有違辯論原則的核心價值。
15. 而被上訴判決正正是符合了《刑事訴訟法典》第 339 條之規定，即非屬第三百三十九條所指之情況及條件下，以控訴書中未描述之事實作出判罪；因此，根據《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 b 項之規定，有關之判決為一無效判決。
16. 另外，根據被上訴判決之判案理由中，針對原審法院在認定本案扣押之 POS 機是否改裝之部分，除了提到是因司警證人表示第二被上訴人被發現的背包內裝有明顯經改第 POS 機外，尚有提及載於卷宗第 18 頁至 19 頁警方就有關的 POS 機所進行的測試報告。
17. 但同樣地，有關卷宗第 18 頁及 19 頁的報告，原審法院在庭

審過程中並沒有對其作出任何調查或審查，且作出有關測試之刑事偵查員亦沒有被列為證人對此作出證言，而出庭作證之偵查員則表示自己並不是負責有關測試之部分。

18. 單憑一張顯示了刷卡記錄的憑據並不能說明有關之設備已被改裝又或有關之記錄的確已導致了 C 造成了損失。
19. 有關之認定違反了《刑事訴訟法典》第 336 條第 1 款及第 116 條之規定。
20. 且再細心分析，卷宗第 18 頁之報告只是針對了涉案的一部 POS 機進行交易測試，而非針對案中所扣押的兩部 POS 機皆有進行測試。
21. 有關之測試結果只陳述了成功進行了\$1 元人民幣之交易，但並沒有對有關之設備是否進行了改裝或有關成功進行交易之原理作出分析及解釋，因此，單憑有關之報告根本說明不了有關 POS 機曾經作出改裝的結論又或說明不了已導致了 C 造成損失。
22. 為此，原審法院根本不可能引用有關之證據從而獲得心證以認定案中兩部扣押之 POS 機是經過改裝。
23. 亦無法得出有關之事實是符合第 11/2009 號法律第 11 條第 1 款第(4)所規定之犯罪構成要件，因而亦無法判定兩名上訴人罪名成立。
24. 而針對已證事實其餘事實之認定，在被上訴判決之判案理由中可以看到很大程度上都是建基於案中的扣押物、兩名上訴人於電話中所載有的一些資料配合原審法院主觀認定之經驗法則而去斷定兩名上訴人作出了案中的違法事實。
25. 但經細心分析後，根本不難發現當中根本不具有任何實質又或明確具體的證據指向兩名上訴人的確作出過有關之犯罪事實，且在庭審上亦沒有針對卷宗內的所有資料作審查。

26. 甚至在庭上經過審查的證據，包括唯一證人之證言以及在庭上曾提及載於卷宗的一些列表皆沒有任何內容能直接指明兩名上訴人曾作出過被上訴判決所指的犯罪。
27. 被上訴判決曾提到透過兩名上訴人電話的資料可以肯定他們曾成功進行非法刷卡活動。
28. 但庭上證人作證時已清楚回答辯護人並沒有詳細偵查有關資料及其來源，且兩名上訴人加入眾多的通訊群組，當中並非只有兩名上訴人的存在，而資料來源有可能是從有關通訊群組得來，而非兩名上訴人自身擁有。
29. 在存有此疑點的情況下，原審法院不但沒有考慮證人就這一方面的陳述，甚至沒有遵從疑罪從無的原則，繼而認定了有關之事實。
30. 對於第一上訴人身份之認定，由於兩名上訴人於庭審時已行使沉默權，而被上訴判決中亦清楚指出案中源於兩名上訴人的聲明，在未被允許的情況下，不能作為心證的依據。
31. 第一上訴人之所以會作為第一嫌犯之身份出現，全因第二上訴人於聲明中曾提及第一上訴人，而按被上訴判決所言，上訴人基於行使沉默權，其聲明之內容應當不能考慮。
32. 為此，第一上訴人身份之認定並不能是建基於第二上訴人之聲明內容，同樣地亦不能建基於司警證人所表示透過第二上訴人之提及因而斷定第一上訴人之身份及斷定其為本犯罪行為之共犯身份。
33. 被上訴判決針對上指部分的内容，明顯存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項之瑕疵。
34. 再者，被上訴判決在最後定罪時指出由於案中所指的刷卡記錄其發生地均為內地，案中未能核實當中所指的數百宗刷卡

行為均由兩名嫌犯所實施或共同實施，正如檢察院在其控訴書當中是提到“倘上述交易在本澳進行”；因此，基於“存疑無罪”的原則，原審法院認為未足以認定兩名嫌犯所涉及的詐騙金額在案發時超逾 30,000 澳門元。

35. 這裡有關訂定罪狀時所說明之理由無疑與被上訴判決中認定了兩名上訴人作出了犯罪事實之內容相矛盾。
36. 因被上訴判決一方面認為透過對證據的綜合分析後可以認定兩名上訴人作出犯罪事實；但卻認為未能證實有關之交易是在本澳發生，那麼到底是如何認定兩名上訴人曾作出了有關之犯罪事實？
37. 又或如何認定到有關之行為真的正如控訴書所言，兩名上訴人令本來只可在國內通過綁定固定電話進行交易的 POS 終端機能在澳門使用，繞過 C 國際在本澳進行交易，使 C 國際等機構誤以為有關交易在國內進行而按國內標準收取服務費，從而賺取差價利益？
38. 針對這一部分，被上訴判決在說明理由上明顯存有矛盾，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項之瑕疵。
39. 而正如被上訴判決所言，案中根本未能證實到有關之交易發生於澳門，且被上訴判決亦指明未能證實兩名上訴人的行為導致 C 國際損失了的金額，而已證事實中亦沒有針對兩名上訴人所造成之損失是什麼的認定。
40. 在這個情況下，有關之事實根本不符合第 11/2009 號法律第 11 條第 1 款電腦詐騙之犯罪構成要件。
41. 為此，原審法院根本不能以此判定兩名上訴人罪名成立，而應基於疑罪從無的原則判處兩名上訴人罪名不成立。
42. 最後，有關被上訴判決指出“根據上述的已證事實，由於與犯

罪活動有關，故於判決確定後，將卷宗第 59 頁的扣押物充公”。

43. 首先，兩名上訴人認為被上訴判決作出了錯誤之認定，根本沒有任何足夠證據證明有關之犯罪事實，因此不能以此認定有關之扣押物與犯罪活動有關。
44. 其次，透過已證事實或卷宗內經審查的證據，完全沒有任何一部分有明確說明或指出卷宗內第 59 頁之扣押物與犯罪活動是有任何的關聯？
45. 案中沒有任何證據顯示有關之有價物為犯罪所得或是犯罪工具，所謂的關聯只是在第二上訴人身上查獲，但這並不能理所當然地認為就是與犯罪有關。
46. 不可能以嫌犯被拘留時在身上所搜獲的一切物件皆認為與犯罪有關，原審法院必須清楚指出有關之依據及說明有關之理由才能對此作出判定。
47. 被上訴判決中作出有關之決定是在沒有任何已證事實及證據支持，亦沒有說明任何理由認定有關之扣押物與犯罪有關的情況下作出，因此兩名上訴人認為有關之決定明顯是在缺乏依據的情況下作出處分。
48. 為此，有關之決定沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款及第 2 款 a 項之瑕疵。
49. 綜上所述，被上訴判決違反了《刑事訴訟法典》第 116 條、336 條及 339 條之規定以及存有同一法典第 400 條第 1 款及第 2 款 a)項、b)項及 c)項之瑕疵，原審法院根本不具備任何充足證據認定兩名上訴人作出了控訴書所指控的犯罪事實。
50. 為此，懇請尊敬中級法院法官 閣下判定兩名上訴人之上訴理由成立，並判處兩名上訴人之罪名不成立，並返還案中一切扣押之物件予兩名上訴人。

請求，綜上所述，按照以上依據及倘適用之補充法律的規定，現向法官 閣下請求如下：

- 接納本上訴。
- 裁定本上訴訟理由成立。
- 裁定上訴人罪名不成立。

檢察院就兩名上訴人所提出的上訴作出答覆。²

駐本院助理檢察長提出法律意見書：

2020 年 11 月 11 日，初級法院合議庭裁定嫌犯 A 及 B 以直接共犯、故意及既遂方式觸犯 1 項第 11/2009 號法律第 11 第 1 款第 4 項所規定及處罰之「電腦詐騙罪」，各判處 7 個月徒刑，緩刑 2 年，作為緩刑條件，兩名嫌犯須於判決確定後 1 個月內各向特區政府支付 10,000 澳門元的捐獻。

嫌犯 A 及 B 不服初級法院上述判決，向中級法院提起上訴。

在其上訴人理由中，上訴人 A 及 B 認為被上訴的合議庭裁判違反了《刑事訴訟法典》第 116 條、336 條及 339 條之規定，以及存有同一法典第 400 條第 1 款及第 2 款 a)項、b)項及 c)項之瑕疵。

² 其葡文內容如下：

1. Não tendo a testemunha comparecido no julgamento nem consta de prova documental para confirmar as regras de funcionamento dos cartões de C, não se deve considerar como provado os factos respectivos mormente sobre as taxas das comissões das transacções fixadas para o interior e exterior da RPC;
2. Ainda que não foram registadas na acta, as alterações não substanciais dos factos foram comunicadas à defesa;
3. Não há qualquer erro notório na apreciação da prova no em relação as operações ilegais praticadas pelos Recorrentes, pois, para além da abundância da prova, o art. 114º do CPPM atribui o poder de livre apreciação da prova ao julgador.

Nesses termos e nos demais de direito, deve improceder a maioria dos fundamentos do recurso.

1.關於《刑事訴訟法典》第 116 條及第 336 條之違反

在其上訴人理由中，上訴人 A 及 B 認為本案之唯一證人 (司警證人)所作證言是由中國 C 香港分公司高級經理 D 於偵查過程中提及過，然而，原先作為證人之 D 已被檢察院作出放棄且沒有出席庭審，故有關證言屬間接證言，第 1 點至第 4 點的已證事實是在沒有任何依據的情況下作出認定的，從而指責被上訴的合議庭裁判違反了《刑事訴訟法典》第 116 條及第 336 條之規定。

根據《刑事訴訟法典》第 115 條及第 116 條的規定：

“ 第一百一十五條

(證言之標的及範圍)

一、須向證人詢問其直接知悉且為證明對象之事實。

.....

第一百一十六條

(間接證言)

一、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獲而不可能對其作出詢問者，不在此限。

.....”

而且，我們完全同意中級法院於 2019 年 4 月 25 日在第 175/2019 號刑事上訴案中所作之司法見解：

“ 警方證人所作出是屬於其正在履行職務期間而獲得的消息，包括其本人亦曾親身參與調查措施，或在其領導指揮下進行了調查工作。該證人在審判聽證期間所作之證言，並非來自聽聞他人所說的。”

這樣，司警證人在庭上表示關於 C 國際有限公司的運作及有關服務收費的內容是由中國 C 香港分公司高級經理 D 於偵查過程中提及過，

無疑是在將其履行職務期間得悉的消息，作為證人的身份在庭審中客觀描述出來而已。

因此，司警證人所作證言，並非如兩名 A 及 B 所指屬間接證言，而是其親身參與調查的經過，是合法的證據方法，原審法院可以採納有關證言並以此作為形成心證的依據，從而認定第 1 點至第 4 點的已證事實。

基於此，我們認為，被上訴的合議庭裁判無違反《刑事訴訟法典》第 116 條及第 336 條之規定。

2.關於《刑事訴訟法典》第 339 條之違反

在其上訴人理由中，上訴人 A 及 B 認為原審法院新增之第 6 點已證事實從未在控訴書中作出描述，明顯屬於《刑事訴訟法典》第 339 條規定之事實之非實質性變更，而原審法院沒有就有關事實的增加而按上述條文定告知兩名上訴人 A 及 B 而直接作出判決，使彼等未能就有關變更要求給予必需之時間以準備辯護，違反辯論原則，從而指責被上訴的合議庭裁判因違反《刑事訴訟法典》第 339 條之規定而屬於同一法典第 360 條第 1 款 b 項規定之無效判決。

根據《刑事訴訟法典》第 339 條的規定：

“第三百三十九條

(控訴書或起訴書中所描述事實之非實質變更)

一、如在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生一些事實，其係對案件之裁判屬重要，但在起訴書中未描述，又或無起訴時，在控訴書中未描述，而對起訴書或控訴書中所描述之事實不構成實質變更者，則主持審判之法官依職權或應聲請將該變更告知嫌犯，並在嫌犯提出聲請時，給予其確實必需之時間以準備辯護。

二、如變更係因辯方所陳述之事實而產生，則上款之規定，不適用之。”

再者，正如中級法院於 2002 年 5 月 2 日在第 32/2002 號刑事上

訴案中所持之司法見解：

“法院根據澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款的規定以及辯論原則，不需將控訴書或起訴書所載的事實的任何變更或改變告知嫌犯，只是當這種變更或改變涉及“裁判屬重要的事實”時才需要告知。”

此外，又正如中級法院於 2011 年 3 月 31 日在 445/2010 號刑事上訴案中引述檢察院代表在所提交的法律意見中所述：

“對案件之裁判屬重要是包括多種情形，其中一些對刑罰具體份量有影響或加重所科處的處罰的下限，另一些情形則沒有上述影響，但總能損害嫌犯的辯護保障。”

在本具體個案中，原審法院將原控訴書中第 6 段的控訴事實由“.....嫌犯 A 透過他人對上述兩部台收單銀行為「D 銀行」及「E 銀行」的 POS 終端機進行改裝.....”變更為第 7 點已證事實“.....兩名嫌犯使用上述經改裝的、收單銀行為「D 銀行」及「E 銀行」的 POS 終端機.....”，並為此而新增了第 6 點已證事實：“嫌犯 A 與嫌犯 B 在取得上述的兩部 POS 終端機時，已清楚知悉該等 POS 終端機已被改裝。”。

經細心分析，雖然第 6 點及第 7 點當中屬於嫌犯 A 所記載及描述的事實，與原控訴書中第 6 段的控訴事實不完全一致，但亦屬於檢察院關於嫌犯 A 使用改裝的 POS 終端機的指控範圍，間接證明嫌犯 A 是知悉有關 POS 終端機已被改裝的事實，因此，原審法院僅是針對事實作出其更具體的敘述及認定而已，然而當中新增的嫌犯 B 的個人部分，卻從未出現在有關的控訴事實範圍以內，顯然已經超出了原先的控訴事實範圍，即使此條事實的新增並不必然導致對刑罰具體份量有影響或加重所科處的處罰的下限，但確實是損害了嫌犯 B 可就其未預見的關於其是否知悉有關 POS 終端機已被改裝的事實進行的辯護保障。

我們認為，由於有關變更屬於對裁判屬重要的，有必要根據《刑事訴訟法典》第 339 條的規定依職權將該變更告知嫌犯，並在嫌犯提出聲請時，給予其確實必需之時間以準備辯護。

因此，由於欠缺適時告知嫌犯有關變更，被上訴的合議庭裁判因違反《刑事訴訟法典》第 339 條之規定而屬於同一法典第 360 條第 1 款 b 項規定之無效判決，應將本卷宗發回原審法院。

基於此，至於上訴人 A 及 B 提出的其餘上訴理由，在此，已沒有再繼續進行討論及分析的必要了。

綜上所述，應裁定上訴人 A 及 B 所提出的上訴理由部分成立，應將本卷宗發回原審法院。

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. C 國際有限公司（以下簡稱 C 國際）為中國 C 股份有限公司（以下簡稱 C）的子公司，負責經營 C 卡境外（包括香港及澳門）的業務，而 C 卡中國境內業務則由 C 負責經營。
2. C 國際基於境內 C 卡在境外交易金額收取收單銀行 1.2% 的服務費用，其中 C 國際收取當中的 0.2%，餘下 1% 分配給收單銀行。而收單銀行的收益則為收單銀行收取其拓展的商戶實際服務費用與 C 國際收取 1.2% 費用之間的差額。
3. 於 2019 年 9 月 6 日前，C 中國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，有關服務費用為按照商戶類別而有所不同，費率由 0% 至 1.25% 不等。
4. 根據 C 業務規則 C 收單機構不能跨區或跨境拓展商戶，C 商戶也不容許跨區或跨境受理 C 卡交易。
5. 在 2016 年 10 月 14 日前的未能查明的日期，嫌犯 A 與嫌犯

B 以未能查明的途徑取得收單銀行為「D 銀行」的一部發出予「F 行」、商戶編號為 30XXXXX9C002、型號為 HCD2880(04)TSD_II 的 C 卡有線 POS 終端機，及收單銀行為「E 銀行」的一部發出予「G 行」、商戶編號為 10XXXXX90661、型號為 K508 的 C 卡有線 POS 終端機。

6. 嫌犯 A 與嫌犯 B 在取得上述的兩部 POS 終端機時，已清楚知悉該等 POS 終端機已被改裝。
7. 由於在國內使用上述 POS 終端機進行交易所支付的服務費用遠較澳門為低，為了取得不法利益，兩名嫌犯使用上述經改裝的、收單銀行為「D 銀行」及「E 銀行」的 POS 終端機，通過連接電話模擬轉播器，再將模擬轉播器接駁無線網絡路由器，把交易數據從模擬格式轉為數碼格式，並透過連接網絡將交易數據發送至國內收單行系統，瞞騙國內收單行的交易系統，令本來只可在國內通過綁定的固定電話進行交易的 POS 終端機能在澳門使用，繞過 C 國際在本澳進行交易，使 C 國際等機構誤以為有關交易在國內進行而按國內標準收取服務費，從而賺取差價利益。
8. 在 2016 年 4 月 22 日至 2016 年 10 月 14 日期間的不確定日期，嫌犯 A 及 B 曾使用上述兩部 POS 終端機，為客人刷卡套現，並從中不當地獲得上述所指刷卡差額的利益。
9. 2016 年 10 月 14 日中午約 1 時 30 分，金沙娛樂場的保安員懷疑嫌犯 B 進行不法刷卡套現活動，故將該嫌犯截停並通知司警到場處理。
10. 當時司警刑事偵查員在嫌犯 B 隨身的紫黑色背包及身上搜獲上述兩部作為犯罪工具的 C 卡 POS 終端機連上網器、一部多功能密碼鍵盤及插頭、三張交易單據、一卷交易打印紙、一部牌子為 Apple 的手提電話、一部牌子為小米的手提電話，以及作為上述刷卡行為資金的現金港幣 881,480 元及十個、

每個面額 100,000 元的威尼斯人娛樂場籌碼(現扣押作案)。

11. 經查核，於 2016 年 4 月 22 日至 2016 年 9 月 1 日期間，上述發出予「F 行」、商戶編號為 30XXXXX9C002、型號為 HCD2880(04)TSD_II 的 POS 終端機成功進行了 781 筆刷卡交易，總交易金額為人民幣 143,521,522.8 元。倘上述交易在本澳進行，以 C 國際收取當中的 0.2%作收益來計算，行為人可賺取約人民幣 287,043.04 元。
12. 經查核，於 2016 年 9 月 30 日至 2016 年 10 月 14 日期間，上述發出予「G 行」、商戶編號為 10XXXXX90661、型號為 K508 的 POS 終端機成功進行了 110 筆刷卡交易，總交易金額為人民幣 19,681,068.02 元。倘上述交易在本澳進行，以 C 國際收取當中的 0.2%作收益來計算，行為人可賺取約人民幣 39,362.14 元。
13. 司警檢查嫌犯 A 的一部 XX 手提電話後，發現內存有一些關於營運非法刷卡活動的賬目資料、多張客人的證件及 C 卡照片。
14. 嫌犯 A 及 B 的上述行為導致 C 國際遭受了損失。
15. 兩名嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，共同決意，分工合作，意圖為自己及他人取得不正當的利益，藉改裝案中的兩部 POS 終端機，干預國內收單行系統對資料處理的結果，令本來只可在國內通過綁定的固定電話進行交易的 POS 終端機能在澳門使用，並曾繞過 C 國際在本澳進行交易，導致 C 國際等機構誤以為交易在國內進行而少收服務費，造成 C 國際遭受財產損失。
16. 兩名嫌犯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：

- 第一嫌犯 A 表示具有本科畢業的學歷，銷售員，每月收入為

10,000 至 15,000 澳門元，與在職的妻子育有兩名子女。

- 第二嫌犯 B 表示具有中專畢業的學歷，銷售員，每月收入為 10,000 至 15,000 澳門元，與在職的妻子育有一名子女。
- 根據嫌犯的最新刑事紀錄顯示，兩名嫌犯均屬於初犯。

未能證明的事實：

- 兩名嫌犯在案中的刷卡行為導致 C 國際損失了合共人民幣 326,405.18 元。
- 控訴書與上述已證事實不符的其他事實。

三、法律部份

上訴人 A 及 B 在其上訴人理由中，均認為：

- 本案的唯一證人（司警證人）所作證言是由中國 C 香港分公司高級經理 D 於偵查過程中提及過，然而，原先作為證人的 D 已被檢察院作出放棄且沒有出席庭審，故有關證言屬間接證言，第 1 點至第 4 點的已證事實是在沒有任何依據的情況下作出認定的，從而指責被上訴的合議庭裁判違反了《刑事訴訟法典》第 116 條及第 336 條的規定。

- 原審法院新增的第 6 點已證事實從未在控訴書中作出描述，明顯屬於《刑事訴訟法典》第 339 條規定的“事實之非實質性變更”，而原審法院沒有就有關事實的增加而按上述條文定告知兩名上訴人 A 及 B 而直接作出判決，使彼等未能就有關變更要求給予必需的時間以準備辯護，違反辯論原則，從而指責被上訴的合議庭裁判因違反《刑事訴訟法典》第 339 條的規定而屬於同一法典第 360 條第 1 款 b 項規定的無效判決。

我們看看。

（一）間接證言及其採用

我們知道，法院在庭審中對證人詢問的內容均必須是證人直接知悉的作為訴訟標的事實（《刑事訴訟法典》第 115 條），而如果證言的內容為來自聽聞某些人所說的事情，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，除非該等人死亡、嗣後精神失常或未能被尋獲而不可能對其作出詢問（《刑事訴訟法典》第 116 條的規定）。

關於警察機關作為證人以及就可以作證的內容的問題，《刑事訴訟法典》第 337 條第 7 款明確禁止“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”就該等聲明內容以證人身分接受詢問。

而很明顯，在本案中，既不存在涉及宣讀沒有出席聽證的證人的證言的宣讀，也不涉及在聽證中保持緘默的嫌犯的聲明的宣讀的問題，也沒有涉及作為證人的司法警察局警員需要就證人的證言的內容部分作出證言，而是其本人在進行刑事調查中所見所聞的陳述，正如中級法院曾於 2019 年 4 月 25 日在第 175/2019 號刑事上訴案中所作的見解那樣，如果警方證人所作出是屬於其正在履行職務期間而獲得的消息，包括其本人亦曾親身參與調查措施，或在其領導指揮下進行了調查工作，則該證人在審判聽證期間所作的證言，並非來自聽聞他人所說的。

那麼，即使司警證人在庭上表示關於 C 國際有限公司的運作及有關服務收費的內容是由中國 C 香港分公司高級經理 D 於偵查過程中提及過，這也是在將其履行職務期間直接得悉的消息，作為證人的身份在庭審中客觀描述出來而已。其證言不但構成合法的證據，而且可以成為形成法院心證的基礎，並依此認定第 1 點至第 4 點的已證事實。

被上訴的合議庭裁判並無違反《刑事訴訟法典》第 116 條及第 336 條的規定。

（二）事實的非實質變更

根據《刑事訴訟法典》第 339 條的規定：

“第 339 條（控訴書或起訴書中所描述事實之非實質變更）

一、如在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生一些事實，其係對案件之裁判屬重要，但在起訴書中未描述，又或無起訴時，在控訴書中未描述，而對起訴書或控訴書中所描述之事實不構成實質變更者，則主持審判之法官依職權或應聲請將該變更告知嫌犯，並在嫌犯提出聲請時，給予其確實必需之時間以準備辯護。

二、如變更係因辯方所陳述之事實而產生，則上款之規定，不適用之。”

發生在本案中的情況是：原審法院將原控訴書中第 6 段的控訴事實由“.....嫌犯 A 透過他人對上述兩部台收單銀行為「D 銀行」及「E 銀行」的 POS 終端機進行改裝.....”變更為第 7 點已證事實“.....兩名嫌犯使用上述經改裝的、收單銀行為「D 銀行」及「E 銀行」的 POS 終端機.....”，並為此而新增了第 6 點已證事實：“嫌犯 A 與嫌犯 B 在取得上述的兩部 POS 終端機時，已清楚知悉該等 POS 終端機已被改裝。”

關鍵在於法院在改變控告書的事實陳述是否構成對控告書的事實作出新的改變以及這種改變也構成對裁判書屬重要的事實。

就這方面的問題，中級法院曾於 2002 年 5 月 2 日在第 32/2002 號刑事上訴案認為：“法院根據澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款的規定以及辯論原則，不需將控訴書或起訴書所載的事實的任何變更或改變告知嫌犯，只是當這種變更或改變涉及“裁判屬重要的事實”時才需要告知”，也曾於 2011 年 3 月 31 日在 445/2010 號刑事上訴案中認為：“對案件之裁判屬重要是包括多種情形，其中一些對刑罰具體份量有影響或加重所科處的處罰的下限，另一些情形則沒有上述影響，但總能損害嫌犯的辯護保障。”

從原審法院所作出的上述變更來看，對於嫌犯 A 來說，並沒有任何的改變，因為，控告書在第 6 點陳述到，嫌犯 A 透過他人對兩部 POS 機進行改裝，並與嫌犯 B 進行使用。這種事實陳述的變更仍然屬於檢察

院關於嫌犯 A 使用改裝的 POS 終端機的指控範圍，間接證明嫌犯 A 是知悉有關 POS 終端機已被改裝的事實，因此，原審法院僅是針對事實作出其更具體的敘述及認定而已。

然而，對於嫌犯 B 來說，檢察院的控告書從來沒有提到其在使用有關的 POS 機之前已經知悉 POS 機被改裝的事實，那麼，原審法院在認定事實的時候，改變了原來的事實陳述，當中新增的嫌犯 B 的個人部分，顯然已經超出了原先的控訴事實範圍，即使此條事實的新增並不必然導致對刑罰具體份量有影響或加重所科處的處罰的下限，但確實是損害了嫌犯 B 可就其未預見的關於其是否知悉有關 POS 終端機已被改裝的事實進行的辯護保障。

由於有關變更屬於對裁判屬重要的，有必要根據《刑事訴訟法典》第 339 條的規定依職權將該變更告知嫌犯，並在嫌犯提出聲請時，給予其確實必需之時間以準備辯護。

因此，由於欠缺適時告知嫌犯有關變更，被上訴的合議庭裁判因違反《刑事訴訟法典》第 339 條的規定而屬於同一法典第 360 條第 1 款 b 項規定的無效判決，應將本卷宗發回原審法院，由原來的合議庭補正這個無效。

決定了這個問題，上訴人 A 及 B 提出的其餘上訴理由，已沒有再繼續進行討論及分析的必要了。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人 A 及 B 所提出的上訴理由部分成立，將本卷宗發回原審法院，由原來的合議庭補正上述的無效情事，然後再作出的判決。

本程序的訴訟費用由兩名上訴人共同支付 1/2 的訴訟費用，並支付各自支付 3 個計算單位的司法費。

澳門特別行政區，2021 年 6 月 24 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)