

上訴案第 855/2021 號

上訴人：A/嫌犯

被上訴人：B/輔助人

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情敘述

在初級法院刑事法庭第 CR2-21-0116-PCC 號合議庭普通刑事案中，合議庭於 2021 年 9 月 2 日作出判決，裁定：

- 嫌犯 A 為直接正犯，其故意及既遂的行為，已觸犯了：
《澳門刑法典》第 211 條第 3 款結合第 1 款和第 196 條 a 項所規定及處罰的一項「詐騙罪」，判處 2 年的徒刑，准予暫緩 2 年執行，但作為緩刑條件，嫌犯須於判決確定後 3 個月內向本特區政府支付 10,000 澳門元的捐獻及支付本案所判處的賠償（判決第 2 點）。
- 裁定民事請求理由成立，判處嫌犯 A 須向民事請求人「B」合共支付 33,710 澳門元（三萬三千七百一十澳門元），作為本案犯罪行為對被害實體的財產損害賠償，並須連同由判決作出之日起計直至完全付清為止的法定利息。

嫌犯不服，向本院提起上訴，提出了以下的上訴理由（結論部分）：

54.上訴人於初級法院第二刑事法庭合議庭普通刑事案第 CR2-21-0116-PCC 號卷宗內，被裁定：

(a)嫌犯 A 為直接正犯，其故意及既遂的行為，已觸犯了：《澳門刑法典》第 211 條第 3 款結合第 1 款和第 196 條 a 項所規定及處罰的一項「詐騙罪」，判處 2 年的徒刑，准予暫緩 2 年執行，但作為緩刑條件，嫌犯須於判決確定後 3 個月內向本特區政府支付 10,000 澳門的捐獻及支付本案所判處的賠償(判決第 2 點)。

(b)裁定民事請求理由成立，判處嫌犯 A 須向民事請求人「B」合共支付澳門元 33,710(三萬三千七百一十澳門元)，作為本案犯罪行為對被害實體的財產損害賠償，並須連同由判決作出之日起計直至完全為止的法定利息。

(c)(刑事部分)輔助人毋須支付訴訟費用。

(d)判處嫌犯繳納 500 澳門元，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)。

(e)判處嫌犯負擔 15 個計算單位(15UC)的司法費(《法院訴訟費用制度》第 71 條第 1 款 a 項)及支付本案各項訴訟負擔。

(f)民事部分的訴訟費用由敗訴人支付。

55.除給予對初級法院合議庭應有的尊重外，上訴人對被上訴合議庭裁判表示不服，故決定提起上訴；

56.理由是:被上訴合議庭裁判違反了存疑無罪原則及沾有多項《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)所規定的瑕疵。

57.首先，在題述案件中，均是指控及試圖證實上訴人於 2018 年 4 月 1 日實施了相關的犯罪活動；

58.然而，在卷宗內的大部分證據中，均不是指向上訴人於 2018 年 4 月 1 日作出有關行為；

59.而是憑藉上訴人曾於 2018 年 4 月 26 日涉嫌作出類似行為而推斷上訴人也於 2018 年 4 月 1 日作出同樣行為；

- 60.卷宗第 88 頁由 C 簽署的“員工過失報告”雖由 C 簽字描述着 2018 年 4 月 1 日涉及上訴人的某些情事；
- 61.但證人 C 在檢察院及輔助人同意放棄該證人下缺席了案中的庭審聽證；
- 62.而證人 C 亦未曾根據《刑事訴訟法典》第 253 條作成供未來備忘用之聲明以供在聽證中宣讀；
- 63.故此，C 在卷宗第 88 頁的“員工過失報告”內的聲明(包括第 87 頁由 E 簽署的“員工過失報告”)並未經過對質及法庭所直接取證；
- 64.以此卷宗第 88 頁的“員工過失報告”內的聲明作證明 2018 年 4 月 1 日的情事，直接違反了《刑事訴訟法典》第 115 條第 1 款的規定。
- 65.而案中證人 D 作證時關於 2018 年 4 月 1 日的情事全屬於間接證言，不得作為證據方法。
- 66.可見，在案中有效證據均是指向上訴人曾於 2018 年 4 月 26 日作出取走現金並以餐券替代的行為下，原審法庭在考慮上述關於 2018 年 4 月 26 日情事的證據，且僅存在不得視為證據的卷宗第 88 頁“員工過失報告”的情況下而認定上訴人曾於 2018 年 4 月 1 日亦作出取走現金並以餐券替代的行為，明顯是缺乏充分證據，且基於未遵守有關證據價值的規則而沾有《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，違反合法性及存疑無罪的原則。
- 67.再者，即使存在取走現金並以餐券替代的結帳行為，也不會造成輔助人任何財產損失；
- 68.因為，餐飲券是客戶在娛樂場賭博時累積積分而換取的；
- 69.案中的輔助人只是為娛樂場“提供銷售、推廣、宣傳、客戶開發和推薦”的服務，並非該娛樂場的經營者，也非博彩活動的收益人；
- 70.根據一般的經驗法則，娛樂場賭博的收益應屬於娛樂場的經營者

所有，故因博彩收益而反饋的餐飲券成本也應是由娛樂場的經營者從博彩收益中作反饋承擔，因為該餐飲券是因賭博行為而換取的；

71.案中未有充分證據證明因賭博而換取的餐飲券優惠消費是由輔助人承擔，而不是按經驗法則下的博彩行為收益人及娛樂場的經營者。

72.因此，原審法庭在認定上訴人(倘有的)取走現金並以餐券替代的結帳行為導致輔助人存有損失，是有違一般的經驗法則，是一項在邏輯上不可被接受的結論，故被上訴合議庭裁判亦因而沾有《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。

73.此外，被上訴合議庭裁判第 8 頁指出“按照一般的經驗法則，這類以積分換領的餐券理應不允許作轉售之用”，從而推翻上訴人在答辯中提出餐飲券本應可作交易而不對輔助人產生額外不法損失的抗辯；從而推翻上訴人在答辯中提出餐飲券本應可作交易而不對輔助人產生額外不法損失的抗辯；

74.根據卷宗內涉案各餐券的副本，其上均沒有記載禁止轉讓的條款；

75.而根據《商法典》規定，只要法律並無禁止，債權證券是可以移轉的，即使屬於記名式證券的情況亦然(《商法典》第 1128 條)；

76.再根據資料顯示，亦可發現由不同人士所換領的餐券可同時用於單次的餐飲消費中；

77.因此，原審法庭按照“一般的經驗法則”來推斷“以積分換領的餐券理應不允許作轉售之用”是不成立的；

78.餐飲券的換領是合法的，而其移轉亦是合法的；

79.基於餐券其有可移轉的性質，假設存在上訴人曾使用餐券替代現金消費下，其和其他餐券持有人使用餐券替代現金消費的後果是相同的，並不會對任何人士構成額外的不法損失；

- 80.是故，即使存在上訴人取走現金並以餐券替代的結帳行為，因為未有對任何人士造成損失，是不足以構成《刑法典》第 211 條所規定及處罰的「詐騙罪」之全部構成要件。
- 81.可見，根據本上訴狀以上的分析，卷宗內所載的各種證據均不足以認定上訴人觸犯了構成《刑法典》第 211 條所規定及處罰的「詐騙罪」，
- 82.最後，基於未能證明上訴人的任何行為導致輔助人出現任何不法損失，故輔助人的民事請求及被上訴合議庭裁判的全部判決也不應成立。
- 83.此外，原審法庭以上訴人表示行使沉默權為由，而繼續於 2021 年 7 月 22 日進行續審聽證，是違反了《刑事訴訟法典》第 313 條第 1 款，以及同一法典第 314 條對嫌犯缺席的規定，
- 84.使上訴人失去了作出《刑事訴訟法典》第 342 條所規定嫌犯之最後聲明的機會；
- 85.根據《刑事訴訟法典》第 106 條 c 項的規定，有關情況屬於不可補正之無效；
- 86.因此，基於《刑事訴訟法典》第 109 條第 1 款及第 2 款的規定，可裁定被上訴合議庭裁判下的合議庭裁判宣告審判無效，卷宗下發初級法院，以便在初級法院遵守適當的法定手續後重新審判上訴人。

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，並維持原審法院的判決（詳見卷宗第 539 頁至第 541 頁背頁）。¹

¹ 檢察院提出以下葡文版本的答覆理據：

1 - Vem o arguido, na sua motivação ora apresentada, invocar que o acórdão recorrido padece do vício de erro notório na apreciação da prova previsto na al. c) do n.º 2 do artigo 400.º do Código de Processo Penal de Macau e da violação dos princípios in dubio pro reo e de legalidade, bem como

padece do vício de direito previsto no n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal de Macau.

2 - Relativamente ao alegado vício de erro notório na apreciação da prova, pretende o arguido, mediante o presente recurso, demonstrar que está inocente do crime de burla por que é condenado na forma consumada previsto n.º 3 do artigo 211.º, conjugado com o seu n.º 1 e a al. a) do artigo 196.º do Código Penal de Macau. Invoca o arguido que o acórdão recorrido concluiu que o arguido praticou o crime de burla em causa apenas com base no depoimento da testemunha D (enquanto representante da assistente B) e nalgumas imagens dos sistemas de vídeo vigilância e documentos, assim, deve o mesmo ser absolvido do crime de burla ora acusado.

3 - Face a isto, entendemos que, para além do exposto na fundamentação da decisão constante de fls. 442 e ss. dos autos, é de salientar que, no nosso modesto entendimento, não se verifica, neste caso, situação de violação do disposto nos artigos 115.º e 116.º do Código de Processo Penal de Macau, a testemunha D depôs perante o Tribunal as diligências que ele próprio ter procedido para indagar a situação posta em causa.

4 - Acresce que, diz o arguido que não deve o Tribunal atender aos elementos constantes de fls. 71 a 75, fls. 87 a 88 e fls. 106 a 112 dos autos, no entanto, entendemos que elementos esses são aquilo que a testemunha D recolheu durante o procedimento de indagação do caso feita por ele, nada impede que o Tribunal conjuga elementos esses com os demais existentes no caso para chegar a uma conclusão da respectiva condenação.

5 - Quanto à questão de prejuízo causado, a testemunha D explicou perante o Tribunal por que forma os actos praticados pelo arguido causaram prejuízo à assistente e a forma de cálculo do respectivo prejuízo e isto consta também da fundamentação do acórdão recorrido em fls. 442 e ss. dos autos.

6 - No nosso entendimento, conforme a convicção do Tribunal constante do acórdão recorrido, o Tribunal chegou a um entendimento lógico e razoável de que o arguido praticou o crime de burla em autoria material e na forma consumada e julgamos que, neste caso, não há violação dos princípios in dubio pro reo e de legalidade ora invocada.

7 - Nestes termos, não podemos deixar de considerar que a "questão" em causa se nos mostra relacionada com a "convicção" do Tribunal e não com o imputado "erro notório na apreciação da prova".

8 - Neste caso, a convicção do Tribunal assentou no resultado da análise de todos os elementos probatórios disponíveis nos autos e produzidos em julgamento, convicção essa que é livre, está consagrado no artigo 114.º do Código de Processo Penal de Macau.

9 - Vem arguir ainda o arguido, nos termos da al. c) do artigo 106.º do Código de Processo Penal de Macau, a nulidade pela violação do disposto no n.º 1 do artigo 313.º e do artigo 314.º do Código de Processo Penal de Macau.

10 - Compulsados os autos, ao terminar a primeira sessão de julgamento realizada no dia 23 de Junho de 2021, o arguido já foi advertido pelo Tribunal que se ele se ausentar na sessão seguinte (designada para o dia 22 de Julho de 2021), a audiência de julgamento vai ser realizada sob a ausência dele com a respectiva cominação, tal como consta em fls. 437 dos autos.

11 - O arguido requereu depois, no dia 21 de Julho de 2021, o adiamento de julgamento e, afinal, o arguido não compareceu na sessão realizada no dia 22 de Julho de 2021.

12 - Facto é que o defensor constituído pelo arguido, na sessão de julgamento realizada em 22 de Julho de 2021, não manifestou contra sobre a continuação de audiência de julgamento nem requereu a designação duma outra data para efeitos de continuação no sentido de deixar o arguido comparecer e alegar em sua defesa.

13 - Entendemos que o acórdão recorrido não padece do vício de erro notório na apreciação da prova previsto na al. c) do n.º 2 do artigo 400.º do Código de Processo Penal de Macau, não viola o princípio in dubio pro reo e de legalidade nem padece do vício previsto no n.º 1 do artigo 400.º pela

被上訴人/輔助人 B 提交答覆狀，提出了載於卷宗第 504 頁至第 538 頁的上訴理據（結論部分）：

A.關於上訴之依據 A “違反存疑無罪原則”

- 1) 在這部分的上訴依據中，上訴人認為採納卷宗第 87 頁及 88 頁的“員工過失報告”作為證據是違反《刑事訴訟法典》第 115 條的規定。
- 2) 上訴人亦指出“C”(即簽署卷宗第 88 頁的“員工過失報告”之人士)並沒有根據《刑事訴訟法典》第 253 條的規定作成供未來備忘用之聲明，且在卷宗第 87 頁及 88 頁的“員工過失報告”的聲明並未經過對質及法庭所直接取證。
- 3) 在給予適當尊重下，輔助人認為上述依據不應被尊敬的法官閣下採納。
- 4) 根據 2021 年 6 月 23 日及 2021 年 7 月 22 日的審判聽證紀錄，證人“C”及證人“E”均沒有出席庭審，因此，尊敬的初級法院法官 閣下並沒有審查該證據(人證)(詳見卷宗第 399 頁及後續頁和第 437 頁及後續頁)，所以，在給予適當尊重下，輔助人認為不適用《刑事訴訟法典》第 115 條及後續條文(人證)的規定。
- 5) 根據本案卷宗的資料所顯示，證人“C”(即簽署卷宗第 88 頁的“員工過失報告”之人士)並沒有根據《刑事訴訟法典》第 253 條的規定作成供未來備忘用之聲明，因此，尊敬的初級法院法官 閣下並沒有條件尤其根據《刑事訴訟法典》第 337 條第 2 款 a)項的規定審查該證據(尤其宣讀證人的聲明)(詳見卷宗第 399 頁及後續頁和卷宗第 437 頁及後續頁之審判聽證紀錄)。
- 6) 卷宗第 114 頁至 115 頁的“E”(即簽署卷宗第 87 頁的“員工過失報

violação do disposto no n.º 1 do artigo 313.º e do artigo 314.º, todos do Código de Processo Penal de Macau.

告”之人士)之詢問筆錄以及卷宗第 118 頁及其背頁的“C”(即簽署卷宗第 88 頁的“員工過失報告”之人士)之詢問筆錄均屬《刑事訴訟法典》第 89 條所規定的“筆錄”。

- 7) 在聽證中宣讀“筆錄”有嚴重的規定，尤其需要符合《刑事訴訟法典》第 337 條的規定(筆錄及聲明的容許宣讀)。
- 8) 根據本案卷宗的資料所顯示，尊敬的初級法院法官 閣下並沒有宣讀卷宗第 114 頁至 115 頁的“E”及卷宗第 118 頁及其背頁的“C”之詢問筆錄。(尤其詳見卷宗第 399 頁及後續頁和卷宗第 437 頁及後續頁之審判聽證紀錄)。
- 9) 此外，在尊敬的初級法院法官 閣下於 2021 年 9 月 2 日的判決中，尤其在判案理由部分亦沒有提及卷宗第 114 頁至 115 頁和卷宗第 118 頁及其背頁(參考卷宗第 439 頁及後續頁關於該判決的第 9 頁第 2 段及後續段，當中僅提及卷宗第 10 頁、第 11 頁至第 47 頁、第 71 頁至第 86 頁、第 87 頁至第 88 頁、第 106 頁至第 112 頁、第 241 頁至第 242 頁、第 246 頁至第 259 頁和第 262 頁至第 292 頁)。
- 10) 根據卷宗資料所顯示，由於輔助人收到匿名信，因而揭發本案，輔助人隨即進行了一系列的內部調查工作，並尤其於 2018 年 5 月 11 日作成了卷宗第 87 頁及 88 頁的“員工過失報告”(詳見卷宗第 64 頁及後續頁)。
- 11) 之後，證人“D”於 2018 年 5 月 11 日約 16 時 45 分曾向司法警察局報案求助並於同日約 18 時 25 分將卷宗第 87 頁及 88 頁的“員工過失報告”附入卷宗協助偵查。
- 12) 可見，卷宗第 87 頁及 88 頁的“員工過失報告”均在司法警察局立案偵查之前作成。
- 13) 根據《刑事訴訟法典》第 150 條第 1 款結合《刑法典》第 243 條 a)項的規定，卷宗第 87 頁及 88 頁的“員工過失報告”均為“文件”，但並非《刑事訴訟法典》第 89 條所規定的“筆錄”(因為在卷宗第

87 頁及 88 頁的“員工過失報告”的作成之日，仍未有立案及/或進行“訴訟行為”(尤其偵查訴訟行為))。

- 14) 因卷宗第 87 頁及 88 頁的“員工過失報告”均為“文件”，而並非《刑事訴訟法典》第 89 條所規定的“筆錄”，故適用《刑事訴訟法典》第 150 條及後續條文(書證)的規定。
- 15) 卷宗第 87 頁及 88 頁的“員工過失報告”均根據《刑事訴訟法典》第 151 條第 1 款的規定附入卷宗。
- 16) 基於卷宗第 87 頁及 88 頁的“員工過失報告”並非“訴訟行為”之進行情況的“筆錄”，且卷宗第 87 頁及 88 頁的“員工過失報告”是在本案偵查立案之前作成的，因此，針對卷宗第 87 頁及 88 頁的“員工過失報告”適用關於書證的規定(尤其《刑事訴訟法典》第 150 條及後續條文的規定)，且尊敬法官 閣下有權審查及就該證據(書證)價值作衡量。
- 17) 關於上述見解，作為比較法，有以下葡萄牙法院的司法見解支持：

“(...)A nulidade do acórdão por ter valorado prova proibida

*5 - Sustentou também a assistente que aquela peça processual era nula porque tinha valorado prova proibida, tendo indicado como disposições legais violadas os artigos 126.º, 355.º, 356.º, 357.º, 374.º, n.º 2, 379.º, n.º 1, al. c), do CPP. Analisemos também esta questão colocada pela requerente. Se bem vemos as coisas, **toda a sua argumentação assenta no entendimento. de que a indicada “Informação de Serviço”, constante de fls. 45, é um auto que, como tal, não podia ter sido atendido pelo tribunal por a tal obstar o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 356.º do CPP. Um tal ponto de vista parte, a nosso ver, de uma ideia pouco clara e precisa do conceito de prova documental, não a delimitando do conceito de auto, confundindo um documento com a documentação dos actos processuais. Senão vejamos. De acordo com o n.º 1 do artigo 164.º do***

CPP, «é admissível prova por documento, entendendo-se por tal a declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal». A esta luz, reveste, nomeadamente, a natureza de documento toda a declaração corporizada num escrito, inteligível para a generalidade das pessoas, que, permitindo reconhecer o emitente, seja idónea a provar um facto juridicamente relevante. Se para a definição do conceito de documento se atendesse apenas ao indicado n.º 1 do artigo 164.º do CPP e às alíneas a) e b) do artigo 255.º do Código Penal, para que aquele remete, qualquer auto lavrado num processo, contivesse ou não declarações, seria um documento e, como tal, poderia ser valorado para a formação da convicção do tribunal nos termos e nas circunstâncias enunciadas no artigo 355.º daquele Código. Uma tal conclusão entraria em claro confronto, para além do mais, com o disposto nos artigos 356.º e 357.º do CPP, disposições que impedem, por regra, a valoração, para a formação da convicção do tribunal, de diligências de prova realizadas nas fases preliminares do processo, nomeadamente a valoração de autos de inquérito que contenham declarações do assistente.

Para delimitar os conceitos processuais de prova documental e de auto (artigo 99.º do CPP), deve partir-se da ideia, que é aceite noutros ordenamentos jurídicos [Veja-se, nomeadamente, TONINI, Paolo, in «La prova penale», 4.ª edição, Cedam, Padova, p. 189 e ss. e «Manuale di Procedura Penale», 8.ª edição, Giuffrè, Milano, 2007, p. 306 e ss.,] de que o objecto representado pelo documento é necessariamente um acto realizado fora do processo ao qual ele vem a ser junto. Se, pelo contrário, o objecto representado é um acto do processo em causa, qualquer que ele seja, então estamos perante um auto que é nele lavrado e que está sujeito a um regime diferente do

reservado à prova documental. Um auto não pode, nomeadamente, ser valorado para a formação da convicção do tribunal a não ser nos apertados limites traçados pelos artigos 356.º e 357.º do CPP.

6 - Partindo dos indicados conceitos de documento e de acto processual documentado, há que dizer que a citada "Informação de Serviço", embora tenha sido lavrada por um OPC, é um documento e não um auto, não estando, por isso, sujeita ao regime previsto na indicada alínea b) do n.º 1 do artigo 356.º do Código de Processo Penal. Uma tal conclusão baseia-se no facto de essa informação ter sido lavrada no dia 10-04-2007 na sequência de uma deslocação de uma patrulha da GNR a casa da assistente, a pedido dela, 8 dias antes de ter sido instaurado o procedimento criminal, o qual se iniciou na sequência da queixa por ela apresentada no dia 18 de Abril desse mesmo ano. Não sendo essa informação de serviço a documentação de um qualquer acto processual e tendo ela sido junta a um processo que, na altura em que foi elaborada, ainda não existia, não pode deixar de ser qualificada como prova documental pré-constituída cujo regime não está sujeito ao disposto no artigo 356.º do CPP, nomeadamente ao definido na alínea b) do seu número

1. Não impedindo, nem esta nem outra qualquer disposição legal, a sua valoração para a formação da convicção do tribunal, não padece o acórdão recorrido da invocada nulidade. (...) ” (粗體及底線由我方加上) (詳見 “TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA” 第 199/07.5GHSNT.L1-3 號案卷的合議庭裁判，可在以下網址查閱 “ www.dgsi.pt”)

- 18) 上訴人亦認為證人“D”的證言屬於《刑事訴訟法典》第 116 條規定的間接證言。

- 19)在給予適當尊重下，輔助人認為上述依據不應被尊敬的法官 閣下採納。
- 20)根據卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決第 7 頁及第 8 頁所顯示，“(…)證人 D 講述了事件被揭發的經過，當時由於公司收到匿名信，因而揭發事件，經出示卷宗的相關單據後，證人表示倘若用食券付款，單據會有“餐飲券”的字樣，倘若沒有該等字樣，便表明是現金支付，證人表示有關餐飲券是客人用會員積分所換取，當「F」收到客人以餐飲券付費，其公司(輔助人) 會以等額款項交予「F」; 此外，經翻查相關的光碟影像資料後(由於保留時間有限，故只能查獲卷宗所載的片段)，發現嫌犯將餐飲券交予櫃檯職員，職員再將現金交予嫌犯，經其公司向相關客人查證後，該名客人表示當晚其是以現金方式付款，證人也有向涉案員工查證，從他們所交待的事實經過，證人確認嫌犯用餐飲券換取了客人所支付的現金的事實，證人表示其公司在案中的損失與控訴書描述相符(針對有光碟影像所發現的部分); 此外，證人表示，倘若客人換取了餐飲券而沒有使用，有關消耗便由客人承擔。 (…)”
- 21) 可見，證人“D”僅向法院說明了由其負責及知悉的輔助人(在向司法警察局報案求助之前)的內部調查工作之情況，籠統地說，證人“D”僅向法院說明了本案被揭發的經過、解釋了附於卷宗的涉案單據的特徵(尤其指出了“食券付款單據”與“現金支付單據”的區別)、說明了輔助人按“食券付款單據”付費的操作、曾執行的調查工作(尤其翻查光碟影像資料及其發現的事情、向涉案員工查證、向客人查證等)及內部調查的結論。
- 22)上述內容均為證人“D”直接知悉之事實，符合《刑事訴訟法典》第 115 條第 1 款的規定；在給予適當尊重下，上述內容並非《刑事訴訟法典》第 116 條規定的間接證言。
- 23)根據卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決第 9 頁所

顯示，尊敬的初級法院法官 閣下查核了以下書證：“(...) 卷宗第 10 頁載有 I 有限公司集團的架構簡圖。

卷宗第 11 頁至第 47 頁載有力申投資有限公司、B、匯彩控股有限公司之間的服務協議及補充協議。

卷宗第 71 頁至第 86 頁載有涉案的消費單據。

卷宗第 87 頁至第 88 頁載有 E 及 C 所署名的過失報告。

卷宗第 106 頁至第 112 頁背頁載有相關的觀看光碟筆錄。

卷宗第 241 頁至第 242 頁、第 246 頁至第 259 頁、卷宗第 262 頁至第 292 頁載有相關的會員卡資料(...)”；並 “(...) 在對案中的證據作出綜合及邏輯的分析後，考慮到證人 D 清楚及明確地講述了他們認定嫌犯實施案中被指控事實的過程，過程中不但翻查了現場的錄影影像，還向相關的員工進行查問，也向付款的客人進行了解，結合案中的單據資料，有關的客觀調查結果與證人 D 就事件所得出的結論相脗合，也與控訴書的事實相脗合。(...)”；之後， “(...) 本院認為證據充分且足夠，足以認定嫌犯實施了被指控的犯罪事實(...)” (粗體及底線由我方加上)

24) 可見，尊敬的初級法院法官 閣下是透過經驗法則，結合審查卷宗書證以及彼等與相關證言的脗合性等基礎上，作出判決。

25) 關於“間接證言”與“證據之自由評價”之間的適用，作為比較法，有以下葡萄牙法院的司法見解：“

(...) A produção da prova correctora ou confirmativa do depoimento de ouvir dizer que se obtenha pelo funcionamento do art. 129º, nº 1 do CPP (para Macau, art.º 116º, nº 1), do sempre resultará daquilo que o tribunal livremente decida a tal respeito, o que , inequivocamente, decorre da expressão “pode chamar estas a depor”, donde não se impor ao juiz a obrigatoriedade de enviar pela obtenção desses depoimentos.

Verdade é, porém que não sendo legítimo questionar o tribunal por não se ter disposto a exercitar a faculdade em causa, de excluir não será que , mesmo não a exercendo, **o juiz possa considerar, em termos gerais , tudo aquilo que contribua para indentificar a verdade material que se procure, em decorrência do próprio depoimento indirecto,** o que equivale a dizer que tal **depoimento indirecto não deixará de valer eventualmente como meio de prova livremente apreciado ou apreciável no conjunto global de prova** ou nas perspectivas que esta prova ofereça ou propicie.

Sendo certo que o texturado **no citado n.º 1 do art. 129º (para Macau, art.º 116º, n.º 1) não repele todas as virtualidades que possam retirar-se do depoimento indirecto (só a não valer “naquela parte”) toda a problemática do valor das provas se reconduz, afinal, aos princípios da verdade material e da investigação, plasmados no art. 340.º do CPP (para Macau, art.º 321.º) e que , no fundo e em essência, configuram, para o tribunal, o poder-dever de indagar, aprofundadamente, em todas as direcções possíveis, em todas as facetas encaráveis e em todos os camiantes hipotizados o facto sujeito a julgamento e construir, destarte, por si mesmo os alicences e os suportes da sua decisão,** do que resulta, em sede de integralmente se preencher o aludido poder-dever, a conveniência do mesmo tribunal oficiosamente ordenar a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure fundamental à descoberta da verdade e, assim, à boa decisão da causa, não estando, obviamente, espartilhado, nem circunscrito, nesse desiderato, pelos ou aos meios de prova constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação.

O que, tudo, é, de resto, indissociável dos exercícios e uso dos

princípios da livre apreciação da prova e da livre convicção sobre ela adquirida (art. 127.º do CPP- para Macau, art.º 114.º), domínio em que, precisamente a coberto daquelas livre apreciação e convicção, o tribunal do julgamento se assume como árbitro das necessidades, utilidade e pertinência das provas a conhecer.

(Ac.STJ de Portugal, de 09.10.2003. Pro.º nº166/0.-5-º)(...)”(粗體及底線由我方加上) (參閱 ANOTAÇÃO E COMENTÁRIO AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE MACAU VOLUME I (ARTIGOS 1.º A 175.º) , “MANUEL LEAL-HENRIQUES”著，法律及司法培訓中心於 2013 年出版，第 823 頁)

- 26) 為謹慎起見，在不影響以上的理由及依據的陳述之情況下，即使有間接證言，經尊敬的初級法院法官 閣下對涉案證據的仔細及綜合分析，且結合邏輯思維及經驗法則，所作出的判決，與上述的葡萄牙法院之司法見解相符，明顯地屬依法作出的判決。
- 27) 上訴人除提出了法院審查證據的上述問題外，亦指出法院的判決所依靠的證據並不充分，繼而該判決沾有“審查證據方面明顯有錯誤”的情況。
- 28) 終審法院認為，“審查證據方面的明顯錯誤是指已認定的事實互不相容，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，或者違反關於限定證據的價值的規則、經驗法則或職業準則。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。”(參閱終審法院第 16/2003 號合議庭裁判。)
- 29) 在給予適當尊重下，我方認為，在本案中，尊敬的初級法院法官 閣下透過審判聽證，已對相關證據(書證及人證)依法作出了正確的審理，繼而作出的判決，而該判決屬合法公正的判決，沒有存在“審查證據方面明顯有錯誤”的情況。
- 30) 尊敬的初級法院法官 閣下對其心證進行了說明(尤其詳見卷宗第

439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決第 9 頁)。

- 31) 尊敬的初級法院法官 閣下是綜合分析及審查各方面的證據，包括所有證人的證言、已附入卷宗的相關書證等，進行綜合及客觀分析後形成心證；符合《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，並按照經驗法則和自由心證來評價本案的相關證據。
- 32) 根據尊敬的初級法院法官 閣下的說明，我方認為原審法院沒有違反限定或確定證據價值的法律規定，也沒有違反經驗法則或職業準則或邏輯思維；在審查證據方面，對於一般留意的人而言，經審視獲證事實(詳見卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決第 5 頁及第 6 頁)以及審判者在形成心證的過程中所使用的證據方法，均沒有發現任何顯而易見的錯誤。
- 33) 在給予適當尊重下，我方認為上訴人在其上訴中關於“審查證據方面明顯有錯誤”所指出的理據，事實上僅是單純不同意原審法院所認定的事實及所採納的證據。
- 34) 經審閱尊敬的初級法院法官 閣下的判決書(即卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決)可見，原審法院在作出事實之判斷時並非單單採信某證人的證言，而是全面考慮及衡量了本案的具體情節及其他相關證據材料(尤其書證)。
- 35) 在被上訴之上述判決中，尊敬的初級法院法官 閣下分析了本案的所有證據後，可合理地得出原審法院所認定的事實，我方認為沒有上訴人所主張的“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵，且在證據評價方面尤其符合《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，因此不存在任何審查證據方面之錯誤。

B. 關於上訴之依據 B “輔助人不存在損失”

- 36) 上訴人認為尊敬的初級法院法官 閣下的判決沾有“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵並指出了其理據；在給予適當尊重下，在本案中，我方並不認為存在任何構成上述瑕疵的情況。

37) 上訴人在陳述理據時，主要提出了對證據審查及評價上的看法，輔助人認為尊敬的初級法院法官 閣下透過審判聽證，已依法對所有證據作出正確及公正的審查及評價，並因此作出判斷，亦絕非屬“審查證據方面明顯有錯誤”的情況。

38) 尊敬的初級法院法官 閣下對其心證進行了以下說明：“(...) 關於涉案金額的問題，正如上述所指，經過庭審並未能認定案中餐飲券的來源(更未能認定辯方所指的七折的市場價值)，且按照一般的經驗法則，該等以積分換領的餐飲券，一般不允許客人將之作轉讓(倘若可以合法轉讓，嫌犯也無須以案中的方式隱蔽地行事)，在此情況下，便無法認定辯方所指使用這些來歷不明的餐飲券不會對被害實體造成損失(正如證人 D 所指，倘若客人換取了餐飲券而沒有使用，有關消耗便由客人承擔)。

相反，從案中所能認定的事實，嫌犯以不誠實的方式使用案中的餐飲券，導致被害實體錯誤地向「F」進行等額的結算；因此，相關的涉案金額應足以獲得認定，且該結算金額也應作為犯罪定性的依據。

(...) 綜上，控訴書的事實足以獲得證實，根據有關的已證事實，嫌犯 A 在自由、自願及有意識的情況下，為了取得利益，以上述行為作手段，將客人交付予「F」的部份現金款項據為己有，並使「B」遭受財產損失(...)” (詳見卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決第 9 頁及第 10 頁)。

39) 尊敬的初級法院法官 閣下是綜合分析及審查各方面的證據，包括所有證人的證言、已附入卷宗的相關書證等，進行綜合及客觀分析後形成心證；符合《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，並按照經驗法則和自由心證來評價本案的相關證據。

40) 根據尊敬的初級法院法官 閣下的說明，我方認為原審法院沒有違反限定或確定證據價值的法律規定，也沒有違反經驗法則或職業準則或邏輯思維；在審查證據方面，對於一般留意的人而言，

經審視獲證事實(詳見卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決第 5 頁及第 6 頁，尤其獲原審法院查明的第 5 項至第 8 項事實)以及審判者在形成心證的過程中所使用的證據方法，均沒有發現任何顯而易見的錯誤。

41) 在給予適當尊重下，我方認為上訴人在其上訴中關於“審查證據方面明顯有錯誤”所指出的理據，事實上僅是單純不同意原審法院所認定的事實。

42) 另外，在給予適當尊重下，上訴人在其上訴中關於“審查證據方面明顯有錯誤”所指出的理據並未足以改變原審法院就本案以下“未證事實”之裁決：“(...)嫌犯在上述的已證行為中沒有造成 B 的財產有所損失。(...)H 娛樂場或被害實體允許客人轉讓案中以積分兌換的餐飲券。(...)”

(詳見卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決第 6 頁及第 7 頁)

43) 經審閱尊敬的初級法院法官 閣下的判決書(即卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決)可見，原審法院在作出事實之判斷(以及作出未證事實的判斷)時並非單單採信某證人的證言，而是全面考慮及衡量了本案的具體情節及其他相關證據材料(尤其書證)。

44) 在被上訴之上述判決中，尊敬的初級法院法官 閣下分析了本案的所有證據後，可合理地得出原審法院所認定的事實(以及未能認定的事實)，我方認為沒有上訴人所主張的“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵，且在證據評價方面尤其符合《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，因此不存在任何審查證據方面之錯誤。

C. 關於上訴之依接 C “輔助人不存在不法損失”

45) 上訴人認為並沒有構成《刑法典》第 211 條所規定及處罰的“詐騙罪”之其中一項要條：“不法損失”，因此被上訴之相關判決不應成立；上訴人亦認為基於沒有“不法損失”，所以輔助人的民事請

求也不應成立。

- 46) 在給予適當尊重下，我方認為，上訴人在這方面的理據不應被採納。
- 47) 上訴人在其上訴狀第 30 條及第 73 條中引用了原審法院的部分說明，在上述說明之前後有以下用粗體及底線註明的內容，為方便查閱，在此將相關段的內容引述如下：“(...) 此外，關於辯方所指客人 (賭場會員) 可將餐飲券與他人進行交易一事，辯方並未有就此一事實提供足夠的證據，且按照一般的經驗法則，這類以積分換領的餐券理應不允許作轉售之用；因此，辯方所提出的此一論點，也未足以獲得認定。(...)”(詳見卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決第 8 頁及第 9 頁)
- 48) 根據“誰主張，誰舉證”的舉證責任分配之規定及原則，“客人(賭場會員)可將餐飲券與他人進行交易一事”的舉證屬辯方(即上訴人)的責任，沒履行該舉證責任的法律後果應由辯方(即上訴人)承擔。
- 49) 上訴人在陳述理據時，主要提出了對證據審查及評價和適用法律上的看法，輔助人認為尊敬的初級法院法官 閣下透過審判聽證，已依法對所有證據作出正確及公正的審查及評價，並因此作出合法公正的判斷。
- 50) 尊敬的初級法院法官 閣下對其心證進行了以下說明：“(...) 此外，關於辯方所指客人 (賭場會員) 可將餐飲券與他人進行交易一事，辯方並未有就此一事實提供足夠的證據，且按照一般的經驗法則，這類以積分換領的餐券理應不允許作轉售之用；因此，辯方所提出的此一論點，也未足以獲得認定。(...)關於涉案金額的問題，正如上述所指，經過庭審並未能認定案中餐飲券的來源 (更未能認定辯方所指的七折的市場價值)，且按照一般的經驗法則，該等以積分換領的餐飲券，一般不允許客人將之作轉讓 (倘若可以合法轉讓，嫌犯也無須以案中的方式隱蔽地行事)，在此情況下，便無法認定辯

方所指使用這些來歷不明的餐飲券不會對被害實體造成損失(正如證人 D 所指,倘若客人換取了餐飲券而沒有使用,有關消耗便由客人承擔)。相反,從案中所能認定的事實,嫌犯以不誠實的方式使用案中的餐飲券,導致被害實體錯誤地向「F」進行等額的結算;因此,相關的涉案金額應足以獲得認定,且該結算金額也應作為犯罪定性的依據。由於涉案金額在案發時超逾 30,000 澳門元,符合《澳門刑法典》第 211 條第 3 款結合第 1 款和第 196 條 a 項所規定的“巨額”的加重情節,犯罪性質屬公罪;因此,辯方所質疑的告訴權其有效性的問題也無需再作討論。綜上,控訴書的事實足以獲得證實,根據有關的已證事實,嫌犯 A 在自由、自願及有意識的情況下,為了取得利益,以上述行為作手段,將客人交付予「F」的部份現金款項據為己有,並使「B」遭受財產損失,嫌犯清楚知道其行為是違法的,並會受到法律制裁。因此,嫌犯是直接正犯,其既遂及故意的行為,已觸犯了《澳門刑法典》第 211 條第 3 款結合第 1 款和第 196 條 a 項所規定及處罰的一項詐騙罪,判處罪名成立。(...) 正如上文所指,案中未能證明被害實體或相關娛樂場允許客人轉讓案中的餐飲券,且按照一般的經驗法則,這些餐飲券是不可以轉讓的;再者,案中只能認定嫌犯從不明的途徑取得這些餐飲券;因此,案中的餐飲券屬嫌犯在不法的情況下進行“套現”,從而令被害實體在被誤導的情況下向「F」進行等額的結算,因此,嫌犯就該結算金額應負有相關的民事賠償責任。綜上,按照適度原則及合法性原則,本院裁定民事請求的理由成立,並判處嫌犯 A 須向民事請求人 B 合共支付 **33,710 澳門元**,作為本案犯罪行為對被害實體的財產損害賠償,並須連同由判決作出之日起計直至完全為止的法定利息。(...)”(詳見卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決第 8 頁、第 9 頁、第 10 頁、第 12 頁及第 13 頁)。

- 51) 尊敬的初級法院法官 閣下是綜合分析及審查各方面的證據,包括所有證人的證言、已附入卷宗的相關書證等,進行綜合及客觀分析後形成心證;符合《刑事訴訟法典》第 114 條的規定,並按照經驗

法則和自由心證來評價本案的相關證據。

- 52) 根據尊敬的初級法院法官 閣下的說明，我方認為原審法院沒有違反自由心證的法律規定；經審視獲證事實(詳見卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決第 5 頁及第 6 頁，尤其獲原審法院查明的第 5 項至第 8 項事實)以及審判者在形成心證的過程中所使用的證據方法，均沒有發現任何錯誤。
- 53) 在給予適當尊重下，我方認為，關於這方面的上訴理據，事實上僅是上訴人單純不同意原審法院所認定的事實。
- 54) 另外，在給予適當尊重下，上訴人在其上訴中提出的相關理據並未足以改變原審法院就本案以下“未證事實”之裁決：“(...)嫌犯在上述的已證行為中沒有造成 B 的財產有所損失。(...)H 娛樂場或被害實體允許客人轉讓案中以積分兌換的餐飲券。(...)” (詳見卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決第 6 頁及第 7 頁)
- 55) 經審閱尊敬的初級法院法官 閣下的判決書(即卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決)可見，原審法院在作出事實之判斷(以及作出未證事實的判斷)時，已全面考慮及衡量了本案的具體情節及其他相關證據材料(尤其書證)
- 56) 在被上訴之上述判決中，尊敬的初級法院法官 閣下分析了本案的所有證據後，可合理地得出原審法院所認定的事實(以及未能認定的事實)，我方認為上訴人所主張的理據不應成立，且在證據評價方面尤其符合《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，因此懇請尊敬法官 閣下駁回上訴人的相關請求。

D. 關於上訴之依據 D “上訴人缺席聽證而導致審判無效”

- 57) 上訴人認為原審法院在上訴人缺席的情況下，進行了續審程序，違反了《刑事訴訟法典》第 313 條第 1 款及第 314 條的規定，根據同一法典第 106 條 c)項的規定屬不可補正之無效，所以請求根據同一法典第 109 條第 1 款及第 2 款的規定宣告審判無效。

- 58) 在給予適當尊重下，我方並不認為存在上述不可補正之無效。
- 59) 根據 2021 年 6 月 23 日的審判聽證紀錄，上訴人 “A” 已被召集，且在場參與本案審判聽證，並在完成《刑事訴訟法典》第 324 條第 1 款規定的程序後選擇行使沉默權(詳見卷宗第 399 頁及第 400 頁)，因此，符合《刑事訴訟法典》第 313 條第 1 款前部分的規定。
- 60) 根據 2021 年 6 月 23 日的審判聽證紀錄，上訴人 “A” 的辯護人亦有在場(代表嫌犯 “A” 刑事及民事部分)參與本案審判聽證(詳見卷宗第 399 頁)。
- 61) 根據 2021 年 6 月 23 日的審判聽證紀錄，(...)合議庭主席作出下列批示 (...)現決定訂於 2021 年 7 月 22 日(星期四)上午 9 時 30 分繼續審理，屆時將聽取證人 C 的證言(...)上述批示即場通知了所有在場人士，他們都表示清楚明白其內容。(...)” (詳見卷宗第 400 頁背頁及第 401 頁)
- 62) 因此，上訴人 “A” 已被召集參與將於 2021 年 7 月 22 日上午 9 時 30 分進行的續審。
- 63) 根據 2021 年 7 月 22 日的審判聽證紀錄，上訴人 “A” 沒有出席續審程序，並申請改期進行該續審程序(詳見卷宗第 437 頁)。
- 64) 關於上訴人缺席 2021 年 7 月 22 日上午 9 時 30 分的續審，在給予適當尊重下，我方認為並不適用《刑事訴訟法典》第 313 條第 1 款的規定，法院得按照《刑事訴訟法典》第 313 條第 3 款的規定進行該續審程序。
- 65) 關於《刑事訴訟法典》第 313 條第 3 款的規定，有以下學術理論：
“(…)

Manter-se à disposição do tribunal, nos termos em que o exige o nº 2, não conflitua, porém, com a situação em que o arguido, por sua alta recreação, resolva ausentar-se do acto, por exemplo, em seguida a uma interrupção da audiência para almoço ou qualquer outro motivo,

não comparecendo quando os trabalhos forem retomados. Essa ausência não terá quaisquer consequências processuais se o arguido tiver sido já interrogado e o tribunal não considerar a sua presença indispensável, caso em que ficará a ser representado no acto, e para todos os efeitos legais, pelo seu defensor (cfr., neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., em comentário ao artº 332 º), É o que prevê o nº 3. (...)” (粗體及底線由我方加上) (參閱 “ANOTAÇÃO E COMENTÁRIO AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE MACAU VOLUME II (ARTIGOS 176.º A 361.º ” “MANUEL LEAL-HENRIQUES” 著，法律及司法培訓中心於 2014 年出版，第 588 頁”。)

66) 根據 2021 年 7 月 22 日的審判聽證紀錄，上訴人“A”的辯護人有在場(代表嫌犯“A”刑事及民事部分)參與續審程序(詳見卷宗第 437 頁)。

67) 根據 2021 年 7 月 22 日的審判聽證紀錄，“(...)針對辯護人於卷宗第 431 頁所提出的改期申請，合議庭主席表示，由於嫌犯在之前的庭審中表示行使沉默權，法庭在上一次庭審完結時，已告誡嫌犯倘若其缺席，案件仍會在其缺席的情況下繼續進行庭審，且不妨礙對其科處罰款；由於案件現已完成聽取嫌犯聲明(嫌犯當時表示行使沉默權)及證人證言的階段，但為慎重起見，先向辯護人了解嫌犯是否有意改變立場，並要求就審判標的作出聲明?辯護人表示嫌犯仍將繼續行使沉默權。合議庭主席表示，倘若嫌犯仍行使沉默權，案件便沒有改期的必要；因此，詢問檢察院代表、輔助人 / 民事請求人律師及辯護人是否反對進行結案陳詞? 檢察院代表、輔助人 / 民事請求人律師及辯護人均不反對進行最後陳述。

(...)調查證據完結後，合議庭主席根據《刑事訴訟法典》第 341 條之規定，依次讓檢察院代表、輔助人/民事請求人律師及嫌犯之辯護人作出口頭陳述。(...)” (詳見卷宗第 437 頁及其背頁)，因此，在給予適當尊重下，我方認為，上述續審程序是按照並符合《刑事訴

訟法典》第 313 條第 3 款的規定之情況下進行。

68) 上述見解，有以下的中級法院的司法見解支持：

1. *Não padece de nulidade a decisão de prosseguir **(continuar)** com a audiência de julgamento sem a presença do arguido (e sem justificação da falta), se este, prestou declarações em anterior sessão, tendo sido nesta expressamente notificado que a continuação teria lugar na nova data designada mesmo se à mesma faltasse, nada tendo requerido na altura. (...)*

De facto, após início (1^a sessão) da audiência em 24.09.2013, o Tribunal a quo declarou esta suspensa, designando a data de 15.10.2013 para a sua continuação, tendo notificado (pessoalmente) o arguido ora recorrente que a audiência teria lugar mesmo no caso da sua não comparência, o que, como se viu, veio efectivamente a suceder.

E, nesta conformidade, mal se compreende o inconformismo do ora recorrente.

Com efeito, foi o mesmo devida e regularmente notificado de tal possibilidade, nada tendo dito na altura, e, na data designada, não compareceu, sem justificar a sua ausência e com pleno conhecimento que a audiência iria ter lugar sem a sua presença.

Invocar agora "nulidade" em consequência da sua ausência, raia a má fé processual...

*Com efeito, é verdade que nos termos do art. 313º do C.P.P.M, ("é obrigatória a presença do arguido na audiência" (n.º 1), e que ("após a sua comparência não pode afastar-se dela até ao seu termo", (n.º 2), porém, **não se pode olvidar, que se se vier a afastar, "pode esta prosseguir até final se já tiver sido interrogado e o Tribunal não considerar indispensável a sua presença, sendo para todos os efeitos***

representado pelo seu defensor” (n.º 3).

Ora, atento o assim estatuído, interrogado que já tinha sido o ora recorrente, e certo sendo que, na segunda sessão da audiência, em 15.10.2013, declarou até o Defensor do arguido que não se opunha a realização da audiência sem a presença do ora recorrente, bem se vê que mais não é preciso dizer sobre a questão. (...)” (粗體及底線由我方加上)(詳見中級法院第 786/2013 號合議庭裁判書)

69)關於上述見解，作為比較法，有以下葡萄牙法院的司法見解支持：

“(…)

II - O n. 5 do artigo 332 do CPP faculta o prosseguimento da audiência até final, ainda que se prolongue por várias sessões, sem a presença do arguido, desde que verificado o duplo pressuposto de já ter sido interrogado e de o tribunal não considerar indispensável a sua presença. ” (粗體及底線由我方加上，上述 “ n.5 do artigo 332 do CPP”的條文相當於澳門的《刑事訴訟法典》第 313 條第 3 款的條文)(詳見“SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA”第 047001 號案卷的合議庭裁判，可在以下網址查閱 “www.dgsi.pt”

70) 綜上，卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決第 5 頁有以下說明: (...)審判聽證是在嫌犯在場的情況下進行²。(…)

嫌犯缺席了續審的程序(之前已完成聽取嫌犯聲明及證人證言的程序，嫌犯表示行使沉默權)。

(…)”

71) 此外，上訴人亦指出有違反了《刑事訴訟法典》第 342 條(嫌犯之最後聲明)的規定，除此之外，並沒有作出進一步的陳述及請求。

72) 關於《刑事訴訟法典》第 342 條第 1 款的規定，有以下學術理

² 嫌犯缺席了續審的程序 (之前已完成聽取嫌犯聲明及證人證言的程序，嫌犯表示行使沉默權) 。

論：“(...)A omissão desta diligência por parte do tribunal constitui mera irregularidade, a ser arguida de imediato. (...)” (粗體及底線由我方加上) (參閱 “ANOTAÇÃO E COMENTÁRIO AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE MACAU VOLUME II (ARTIGOS 176.º A 361.º)”, “MANUEL LEAL-HENRIQUES” 著，法律及司法培訓中心於 2014 年出版，第 746 頁”。

- 73) 根據 2021 年 7 月 22 日的審判聽證紀錄，“(...)合議庭主席作出決定如下：『訂於 2021 年 9 月 2 日(星期四)下午 2 時 45 分進行宣判』(...)上訴批示即場通知了所有在場人士，他們都表示清楚明白其內容。(...)” (詳見卷第 437 頁背頁)
- 74) 根據 2021 年 9 月 2 日的審判聽證紀錄，上訴人“A”及其辯護人均在場參與本案審判聽證(宣判)(詳見卷宗第 449 頁)·上訴人“A”及其辯護人均沒有提出任何申請(尤其提出任何不當情事以及作出相關請求)。
- 75) 為謹慎起見，在不影響以上陳述的情況下，假設有上訴人所指的違反《刑事訴訟法典》第 342 條(嫌犯之最後聲明)的情況，基於沒有根據《刑事訴訟法典》第 110 條第 1 款的規定適時提出相關不當情事，所以，(倘有)的不當情事已被補正。
- 76) 關於上述見解，作為比較法，有以下葡萄牙法院的司法見解支持：“ (...) As nulidades em processo penal são tabeladas ; Qualquer desvio ao figurino processual ou desrespeito de normas processuais no decurso do processo serão rotuladas de irregularidade se não constarem do elenco das nulidades ; As irregularidades devem ser arguidas no próprio acto se o visado estiver presente ou representado ou nos três dias subsequentes à notificação do acto se não estiver presente, sob pena de sanação. Embora os actos de não audição sejam irregulares, não sendo a irregularidade arguida, fica sanada. (sumário elaborado pelo

relator) (...)”粗體及底線由我方加上)(詳見“TRIBUNAL DA RELAÇÃO) DE LISBOA”第 8152/17.4T9LSB.L1-3 號案卷的合議庭裁判，可在以下網址查閱 “www.dgsi.pt”)。

77) 此外，上訴人亦引用並附上中級法院第 52/2004 號案件合議庭裁判書作為支持上訴人主張其缺席續審而導致審判無效的參考依據。

78)根據中級法院第 52/2004 號案件合議庭裁判書所顯示，在該案件的審判聽證中嫌犯是沒有到場參與該審判聽證，此情節與本案的具體情節不相符，因為，上訴人“A”有在場參與 2021 年 6 月 23 日的審判聽證並選擇行使沉默權、上訴人“A”被召集參與 2021 年 7 月 2 日的續審但當天其並沒有出席該續審、上訴人“A”的辯護人均有在場(代表嫌犯“A”刑事及民事部分)參與本案審判聽證(包括宣判程序)、原審法院按照《刑事訴訟法典》第 313 條第 3 款的規定作出說明並決定進行該續審程序等。

駐本院助理檢察長提出法律意見，認為應裁定上訴人提出的上訴理由不成立 (詳見卷宗第 550 頁至第 553 頁)。

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：

- 案發期間，嫌犯 A 在「G」管理的位於友誼大馬路 H 酒店二樓的「F」任職餐飲總監。

1) 「B」管理的 H 娛樂場會讓已登記會員的客人在娛樂場賭博時累積積分，並可以積分兌換餐飲券，在包括「F」在內的指定餐廳消費使

用，而「B」其後會向餐廳支付等同餐飲券面值的款項。

2) 2018 年 3 月 31 日晚上 10 時許，一名客人在「F」以現金方式支付三萬五千三百四十澳門元的宴會費用。由於已過了當天的帳目結算時間，故餐廳員工依照公司慣常做法，將有關賬單及款項留至翌日才進行結算。

3) 其後，嫌犯知悉上述宴會以現金結賬後，並未有按照公司規定進行結算，反而指示下屬員工先將上述現金款項中的三萬三千七百一十澳門元交給他，待其稍後交付等值的餐飲券代替後，再做電腦收銀結算。稍後，該員工按嫌犯指示將現金款項交給他。

4) 2018 年 4 月 1 日下午 2 時許，嫌犯將 38 張合共等值三萬三千七百一十澳門元的餐飲券交予 C 處理，後者隨後在電腦作收銀結算，並打印一張以餐券方式付款三萬三千七百一十澳門元及以現金方式付款一千六百三十澳門元的付款清單。最終，嫌犯在未經公司同意下，將上述客人支付予餐廳的部份現金款項取走並據為己有。

5) 「G」收到上述付款清單及餐飲券後，誤以為是客人以餐飲券結賬，於是與「B」進行結算。由於收到上述單據，「B」亦誤以為有客人於上述日期在「F」消費，並以會員積分兌換餐飲券抵銷費用，遂按餐飲券上的金額向「F」支付款項。

6) 事實上，從沒有客人在上述時間在「F」消費後使用餐飲券抵銷費用。嫌犯這樣做的目的，是希望透過上述方法讓公司誤信客人以餐飲券方式結賬，從而將等額的現金款項取走並據為己有。

7) 嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，為了取得利益，以上述行為作手段，將客人交付予「F」的部份現金款項據為己有，並使「B」遭受財產損失。

8) 嫌犯清楚知道其行為犯法，會受法律制裁。

此外，還查明：

嫌犯表示具有高中畢業的學歷，自僱，每月收入為 10,000 澳門元，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，嫌犯屬於初犯。

未能證明的事實：

嫌犯在上述的已證行為中沒有造成 B 的財產有所損失。

嫌犯以市價的七成價格向他人購買案中所指價值澳門幣 33,710 元的餐飲券。

H 娛樂場或被害實體允許客人轉讓案中以積分兌換的餐飲券。

控訴書、刑事答辯狀、民事請求狀、民事答辯狀與上述已證事實不符的其他事實。

三、法律方面

上訴人在其上訴理由中認為：

- 原審法庭以上訴人表示行使沉默權為由，而繼續於 2021 年 7 月 22 日進行續審聽證，是違反了《刑事訴訟法典》第 313 條第 1 款，以及同一法典第 314 條對嫌犯缺席的規定，使上訴人失去了作出《刑事訴訟法典》第 342 條所規定嫌犯之最後聲明的機會；根據《刑事訴訟法典》第 106 條 c 項的規定，有關情況屬於不可補正之無效。
- 被上訴判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定的瑕疵，第一，案中的有效證據均是指向上訴人曾於 2018 年 4 月 26 日作出取走現金並以餐券替代的行為；證人 C 缺席審判聽證，也沒有供未來備忘用之聲明以供在聽證中宣讀，其簽署的卷宗第 88 頁“員工過失報告”所記載的其聲明未經對質及法院直接取證；證人 D 的證言屬於間接證言。原審法院在考慮 2018 年 4 月 26 日情事的證據、且僅存在不得視為證據的情況下，認定上訴人於 2018 年 4 月 1 日亦作出取走現金並以餐券替代的行為，明顯缺乏充分證據，有違證據價值的規則以及疑罪從無原則。第二，即使存在取走現金並以餐券替代的結帳行為，也不會造成輔助人任何財產損失。因

為，餐飲券是客戶在娛樂場賭博時累積積分而換取的。案中的輔助人只是為娛樂場“提供銷售、推廣、宣傳、客戶開發和推薦”的服務，並非該娛樂場的經營者，也非博彩活動的收益人。根據一般的經驗法則，娛樂場賭博的收益應屬於娛樂場的經營者所有，故因博彩收益而反饋的餐飲券成本也應是由娛樂場的經營者從博彩收益中作反饋承擔，因為該餐飲券是因賭博行為而換取的。案中未有充分證據證明因賭博而換取的餐飲券優惠消費是由輔助人承擔，而不是按經驗法則下的博彩行為收益人及娛樂場的經營者

- 基於餐券其有可移轉的性質，假設存在上訴人曾使用餐券替代現金消費下，其和其他餐券持有人使用餐券替代現金消費的後果是相同的，並不會對任何人士構成額外的不法損失；是故，即使存在上訴人取走現金並以餐券替代的結帳行為，因為未有對任何人士造成損失，是不足以構成《刑法典》第 211 條所規定及處罰的「詐騙罪」之全部構成要件。
- 基於未能證明上訴人的任何行為導致輔助人出現任何不法損失，故輔助人的民事請求及被上訴合議庭裁判的全部判決也不應成立。

我們看看。

正如我們一直認為的，除了須依職權審理的事宜，上訴法院只解決上訴人具體提出且在其上訴理由闡述的結論中所界定的問題，結論中未包含的問題已轉為確定。³

（一）缺席審判與最後陳述的權利

根據卷宗第 437 頁審判聽證紀錄所載：

³ 參見中級法院第 18/2001 號上訴案 2001 年 5 月 3 日合議庭裁判、中級法院第 103/2003 號上訴案 2003 年 6 月 5 日合議庭裁判。

“針對辯護人於卷宗第 431 頁所提出的改期申請，合議庭主席表示，由於嫌犯在之前的庭審中表示行使沉默權，法庭在上一次庭審完結時，已告誡嫌犯倘若其缺席，案件仍會在其缺席的情況下繼續進行庭審，且不妨礙對其科處罰款；由於案件現已完成聽取嫌犯聲明（嫌犯當時表示行使沉默權）及證人證言的階段，但為慎重起見，先向辯護人了解嫌犯是否有意改變立場，並要求就審判標的作出聲明？辯護人表示嫌犯仍將繼續行使沉默權。

合議庭主席表示，倘若嫌犯仍然維持行使沉默權，案件便沒有改期的必要；因此，詢問檢察院代表、輔助人/民事請求人律師及辯護人是否反對進行結案陳詞？

檢察院代表、輔助人/民事請求人律師及辯護人均不反對進行最後陳述。

此外，辯護人希望法庭可將嫌犯是次的缺席視為合理缺席。

經合議庭商議後，合議庭主席決定先留待稍後由持案法官處理。”

從這些資料可見，嫌犯並沒有缺席第一次的庭審（卷宗第 400 頁），而在第二次庭審之前，嫌犯向法院申請延期庭審，理由是其本人身在珠海市住院不能親往出席庭審。原審法院合議庭在第二次庭審之中對此申請作出了審理，認為，一方面，合議庭已經對嫌犯作出“倘若其缺席，案件仍會在其缺席的情況下繼續進行庭審”的告誡之後，仍然缺席庭審，另一方面，既然嫌犯本人在此選擇行使沉默權，案件便沒有改期的必要。

我們繼續。

《刑事訴訟法典》第 106 條規定：

“第一百零六條（不可補正之無效）

除另有法律規定定為不可補正之無效外，下列情況亦構成不可補正之無效，而此等無效應在程序中任何階段內依職權宣告：

a) 組成有關審判組織之法官人數少於應有數目或違反定出有關組成方式之法律規則；

b) 檢察院無依據第三十七條之規定促進有關訴訟程序，以及在法律要求其到場之行為中缺席；

c) 依法須到場之嫌犯或其辯護人缺席；

d) 法律規定必須進行偵查或預審而無進行偵查或預審；

e) 違反與法院管轄權有關之規則；

f) 在法律規定之情況以外採用特別訴訟形式。”

從中可見，“依法須到場之嫌犯或其辯護人缺席”的情況屬於不可補正的無效。

關於嫌犯必須到場的情況，《刑事訴訟法典》第 313 條第 1 款規定：“嫌犯在聽證時必須在場，但不影響第三百一十四條至第三百一十六條的規定的適用”。也就是說，如果嫌犯缺席審判活動屬於不可補正的無效，除非出現法定的例外情況。

“第 314 條（嫌犯的缺席）

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。

第 315 條（特別情況下嫌犯無出席的聽證）

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。”

“第 103 條（無合理解釋之不到場）

一、依規則被傳召或通知之人，無合理解釋而不在指定之日期、時間到達指定之地點者，法官須判處未到場者繳付 1.5UC 至 8UC 之款項。

二、法官得依職權或應聲請命令拘留無合理解釋而不到場之人，而拘留之時間係實施有關措施所必要之時間，並得判處該人繳付因其不到場而

引致之開支，尤其是與通知、事務處理及各人之往來有關之開支；本款規定不影響上款之規定之適用。

三、如屬嫌犯之不到場，且依法容許採用羈押措施，則法官尚得對其採用羈押措施。

四、如屬檢察院人員之不到場，須讓其上級知悉此情況；如屬在訴訟程序中被委託或被指定之律師之不到場，須讓代表有關職業之機構知悉此情況。

第 104 條（不到場的合理解釋）

一、因不可歸責於不到場之人的事實而導致其不能在傳召或被通知的訴訟行為到場，視為有合理解釋的不到場。

二、不可能到場應按下列情況作出告知：

a) 在可預見的情況下，應最遲提前五日告知，或如此為不可能，則應儘早告知；及

b) 在不可預見的情況下，應在指定作出有關訴訟行為的日期及時間時告知。

三、在上款所指的告知內須指出有關的理由、可找到不到場之人的地方，以及可預見此障礙持續的時間，否則視為無合理解釋的不到場。

四、不可能到場的證據資料應隨第二款所指的告知一併提交，但如屬於訴訟行為當日及時間所告知的不可預見的障礙，則不在此限；屬此情況者可於五日期間內提交有關證據資料。

五、如為着上款規定的效力對人證作出調查，不可指定多於三名證人。

六、如提出之解釋係患病，不到場之人須呈交醫生檢查證明，並指明不可能到場或嚴重不便到場之情況，以及此障礙可能持續之時間；然而，該醫生檢查證明之證據價值得為任何可採納之證據方法所質疑及推翻。

七、如不可能獲得醫生檢查證明，得採納其他證據方法。

八、如證實不到場之人係不可能到場或嚴重不便到場者，得在身處之

地方聽取其陳述，但不影響進行法律在該情況下容許進行之辯論。”

從這些規定可以看到，僅當嫌犯的不到場是依據第 104 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。雖然，原審法院的持案法官並沒有就嫌犯不到場是否屬於合理的請求沒有作出後續的跟進和決定，但是，很明顯，原審法院已經以嫌犯以繼續行使沉默權案件便沒有改期的必要為由對延期審理的請求作出了決定。

這個決定乃基於嫌犯的延期申請而作出的，無論是否正確，在沒有被提起上訴的情況下，已經成為確定的決定了。那麼，必須認為原審法院的第二次的審判活動在沒有嫌犯到場的例外情況屬於合法的，即《刑事訴訟法典》第 313 條第 1 款的規定例外情況得到了滿足而令嫌犯應該到場而沒有到場的瑕疵得到了補正。

而既然嫌犯的不到場的瑕疵得到補正，其行使最後陳述的權利就沒有了存在的基礎，更何況，《刑事訴訟法典》第 342 條並沒有對嫌犯缺乏行使最後陳述的權利規定無效的後果，也僅屬於不規則的情事，嫌犯的辯護人在出席庭審時候沒有對此現場或者在《刑事訴訟法典》第 110 條規定的期間提出爭執，就獲得了補正。

上訴人的無效爭辯理由不成立。

（二） 審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵

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。⁴

同樣我們一貫堅持，事實審理的自由心證是刑事訴訟的核心原則，而作為一個平常的人、一個主觀的人的法官，在運用法律所賦予的審理證據的自由的武器時，需要遵循法律對此自由附加的證據原則和客觀標準，遵守一般的生活經驗法則的義務。在審查證據後對於採信何種證據，是法官形成心證的過程，根據《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，法官在對構成訴訟標的的具爭議事實，在事實審層面上作出認定或不認定時，除了法律對評價證據方面另有事先規定的情況，如《刑事訴訟法典》第 149 條第 2 款所規定的排除法官的自由心證的情況，最終仍須按經驗法則去分析、評價案中所有的證據。

而對於上訴法院來說，對此瑕疵是否存在的審查乃通過審查原審法院的事實認定的理由說明，尤其是從對構成心證所基於形成的證據的列舉以及衡量的過程的審查，確認是否存在違反證據規則以及一般經驗法則的情況。此外的事實認定，包括原審法院接納或不接納哪些證據並賴以形成其心證並認定事實是由法律所賦予的自由，一般情況下，這種心證是不能受到質疑。

原審法院於被上訴判決之“判案理由”部分指出：

“嫌犯 A 表示對被歸責的事實行使沉默權。

證人 D 講述了事件被揭發的經過，當時由於公司收到匿名信，因而揭發事件，經出示卷宗的相關單據後，證人表示倘若用食券付款，單據會有“餐飲券”的字樣，倘若沒有該等字樣，便表明是現金支付，證人表示有關餐飲券是客人用會員積分所換取，當「F」收到客人以餐飲券付費，其公司（輔助人）會以等額款項交予「F」；此外，經翻查相關的光碟影像資料後（由於保留時間有限，故只能查獲卷宗所載的片段），發現嫌犯將餐飲券交予櫃檯職員，職員再將現金交予嫌犯，經其公司向相關客人查證後，該名客人表示當晚其是以現金方式付款，證人也有向

⁴ 參見終審法院於 2001 年 3 月 16 日在第 16/2000 號刑事上訴案的判決，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 號上訴案件等判決。

涉案員工查證，從他們所交待的事實經過，證人確認嫌犯用餐飲券換取了客人所支付的現金的事實，證人表示其公司在案中的損失與控訴書描述相符（針對有光碟影像所發現的部分）；此外，證人表示，倘若客人換取了餐飲券而沒有使用，有關消耗便由客人承擔。

司警證人 J 講述了其所參與的調查工作，經向涉案員工查問後，他 / 她們（查問了大約四至五名員工）所交待的事發經過與光碟的影像內容相吻合。

.....

針對對嫌犯的指控，證人 D 講述了事件被揭發的經過，證人表示曾翻查相關的光碟影像資料，還向相關的客人查證及對涉案的員工進行問話，證人講述了如何根據單據的資料區分以餐飲券還是以現金付款，證人表示其公司在案中的損失與控訴書描述相符。

卷宗第 10 頁載有 I 有限公司集團的架構簡圖。

卷宗第 11 頁至第 47 頁載有力申投資有限公司、B、匯彩控股有限公司之間的服務協議及補充協議。

卷宗第 71 頁至第 86 頁載有涉案的消費單據。

卷宗第 87 頁至第 88 頁載有 E 及 C 所署名的過失報告。

卷宗第 106 頁至第 112 頁背頁載有相關的觀看光碟筆錄。

卷宗第 241 頁至第 242 頁、第 246 頁至第 259 頁、卷宗第 262 頁至第 292 頁載有相關的會員卡資料。

在對案中的證據作出綜合及邏輯的分析後，考慮到證人 D 清楚及明確地講述了他們認定嫌犯實施案中被指控事實的過程，過程中不但翻查了現場的錄影影像，還向相關的員工進行查問，也向付款的客人進行了解，結合案中的單據資料，有關的客觀調查結果與證人 D 就事件所得出的結論相吻合，也與控訴書的事實相吻合。

因此，本院認為證據充分且足夠，足以認定嫌犯實施了被指控的

犯罪事實；然而，控訴書的一些事實細節將因應調查所得的證據作出相應的調整。”

透過分析卷宗資料，本院認為，首先，證人 D 的證言並不屬於《刑事訴訟法典》第 116 條所規定的間接證言，正如輔助人於答覆狀中所言，證人 D 向法庭說明了由其負責及知悉的輔助人（在向司法警察局報案求助之前）的內部調查工作的情況以及內部調查的結論，均為證人直接知悉的事實，並非聽聞某些人所說的事情。

其次，在本案中，餐廳的有關客人飲食消費的原始電腦打印單據、消費翌日的餐券支付電腦打印單據、庭上作證的證人的證言和案中作為書證之一的負責結算的餐廳員工的過失報告等證據的內容，已足以令人根據人們生活日常經驗相信原審所認定的既證事實確實發生了，而原審判決提到的錄像，雖然並不涉及指控事實的案發日，卻仍有助人們知道嫌犯是不止一次作出以餐券換取顧客用以支付用餐消費賬單的現金款項的行為，故原審的自由心證結果並沒有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所指的在審查證據方面的瑕疵。

因此，上訴人的這部分上訴理由不能成立。

（三）詐騙罪的認定

現在我們看看上訴人的“取走現金而以餐券替代的結賬行為並不導致輔助人的財產損失，因而不符合「詐騙罪」的構成要件”的上訴主張。

根據《刑法典》第 211 條規定：

“第 211 條（詐騙）

一、意圖為自己或第三人不正當得利，以詭計使人在某些事實方面產生錯誤或受欺騙，而令該人作出造成其本人或另一人之財產有所損失之行為者，處最高三年徒刑或科罰金。

二、犯罪未遂，處罰之。

三、如因詐騙而造成之財產損失屬巨額，行為人處最高五年徒刑，或科最高六百日罰金。

四、如屬下列情況，則處二年至十年徒刑：

- a) 財產損失屬相當巨額者；
- b) 行為人以詐騙為生活方式；或
- c) 受損失之人在經濟上陷於困境。”

從這條文可知，無論是普通詐騙罪還是加重詐騙罪，都有以下最基本的構成要件：1、以為自己或第三人不正當得利為目的；2、以詭計使他人某些事實方面產生錯誤或受欺騙，而令該人作出某些行為；3、該行為導致其本人或另一人的財產遭受損失。

根據原審既證事實，先不論上訴人取走現金而以餐券替代的結賬行為是否導致輔助人的財產損失的問題，單從嫌犯指示負責結算的下屬作出配合其行徑的行為時已經不能認為對下屬使用詭計而令其作出財產處分的行為，已經不滿足詐騙罪的使用“詭計”這個重要要件了，便無從作出詐騙罪的適用了。

那麼，現在我們需要看看，上訴人所認為的“取走現金而以餐券替代的結賬行為並不導致輔助人的財產損失”的理由是否成立，並且如果不成立，則可以作出怎樣的法律適用。

原審法院認定了以下的事實：

- 「B」管理的H娛樂場會讓已登記會員的客人在娛樂場賭博時累積積分，並可以積分兌換餐飲券，在包括「F」在內的指定餐廳消費使用，而「B」其後會向餐廳支付等同餐飲券面值的款項。
- 2018年3月31日晚上10時許，一名客人在「F」以現金方式支付三萬五千三百四十澳門元的宴會費用。由於已過了當天的帳目結算時間，故餐廳員工依照公司慣常做法，將有關賬單及款項留至翌日才進行結算。

- 其後，嫌犯知悉上述宴會以現金結賬後，並未有按照公司規定進行結算，反而指示下屬員工先將上述現金款項中的三萬三千七百一十澳門元交給他，待其稍後交付等值的餐飲券代替後，再做電腦收銀結算。稍後，該員工按嫌犯指示將現金款項交給他。
- 2018 年 4 月 1 日下午 2 時許，嫌犯將 38 張合共等值三萬三千七百一十澳門元的餐飲券交予 C 處理，後者隨後在電腦作收銀結算，並打印一張以餐券方式付款三萬三千七百一十澳門元及以現金方式付款一千六百三十澳門元的付款清單。最終，嫌犯在未經公司同意下，將上述客人支付予餐廳的部份現金款項取走並據為己有。
- 「G」收到上述付款清單及餐飲券後，誤以為是客人以餐飲券結賬，於是與「B」進行結算。由於收到上述單據，「B」亦誤以為有客人於上述日期在「F」消費，並以會員積分兌換餐飲券抵銷費用，遂按餐飲券上的金額向「F」支付款項。

對此等事實，原審法院在認定時作出了這樣的說明：“(...) 關於辯方所指客人(賭場會員)可將餐飲券與他人進行交易一事，辯方並未有就此一事實提供足夠的證據，且按照一般的經驗法則，這類以積分換領的餐券理應不允許作轉售之用；因此，辯方所提出的此一論點，也未足以獲得認定。(...)關於涉案金額的問題，正如上述所指，經過庭審並未能認定案中餐飲券的來源(更未能認定辯方所指的七折的市場價值)，且按照一般的經驗法則，該等以積分換領的餐飲券，一般不允許客人將之作轉讓(倘若可以合法轉讓，嫌犯也無須以案中的方式隱蔽地行事)，在此情況下，便無法認定辯方所指使用這些來歷不明的餐飲券不會對被害實體造成損失(正如證人 D 所指，倘若客人換取了餐飲券而沒有使用，有關消耗便由客人承擔)。相反，從案中所能認定的事實，嫌犯以不誠實的方式使用案中的餐飲券，導致被害實體錯誤地向「F」進行等額的結算；因此，相關的涉案金額應足以獲得認定，且該結算金額也應作為犯罪定性的依據。(...) 綜上，控訴書的事實足以獲得證實，根據有關的已證事實，嫌犯 A 在自由、自願及有意識的情況下，為了取得

利益，以上述行為作手段，將客人交付予「F」的部份現金款項據為己有，並使「B」遭受財產損失(...)”（詳見卷宗第 439 頁及後續頁的 2021 年 9 月 2 日之判決第 9 頁及第 10 頁）。

這種對“損失”的認定，我們表示完全同意。不然，我們看看。

雖然，娛樂場所發出的每一份“餐飲券”均代表著已登記會員的客人在娛樂場賭博所累積的積分，並承諾如果該客人在與有關娛樂場附屬的餐廳消費時可以使用積分兌換的餐券支付時，支付相同的消費金額，這也是賭場的一種吸引客人的推廣活動，並且作為“回饋客人”的少量經濟利益的付出，但是，在賭場客人沒有以積分兌換餐券的情況下，賭場以及附屬餐廳自然無需作出上述的“回饋”支付。那麼，很顯然，對於並非賭場客人的嫌犯以不明方式（至少不能證明為合法的方式）取得的“餐券”代替沒有使用餐券支付的客人的消費，明顯令輔助人作出了不必要的“回饋”，這自然也構成了其財產上的損失。

而嫌犯的行為明顯構成《刑法典》第 217 條第 1 款所指的背信罪。

《刑法典》第 217 條（背信罪）規定：

“一、基於法律或法律上之行為，受託負起處分、管理或監察他人財產利益之任務之人，意圖使該等利益有重大之財產損失，且在嚴重違反其所負之義務下，造成該等利益有重大之財產損失者，處最高三年徒刑或科罰金。

二、犯罪未遂，處罰之。”

從這條條文的規定可見：

本罪名的客觀要素包括：第一，行為人基於法律或法律上之行為，受託負起處分、管理或監察他人財產利益的任務；第二，行為人嚴重違反所負的義務，而造成所處分、管理或監察的財產利益有重大財產損失。而本罪名的主觀要素僅為故意。⁵

⁵ 參見 Leal-Henriques 所著《Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau》，第 IV 卷，CFJJ，2016，第 304 頁。

這裡的所謂重大財產損失法律上沒有規定一個標準，那麼，根據《刑法典》第 196 條第 a 項所規定的巨額的定義並作為眾多侵犯財產罪或者侵犯所有權罪的“物的價值”的罪名加重標準來看，可以被視為“重大財產損失”的衡量標準。⁶

上訴人在輔助人管理的「F」任職餐飲總監，屬於“受託負起處分、管理或監察他人財產利益之任務之人”，其以不誠實的方式使用案中的餐飲券，導致輔助人錯誤地向「F」進行等額的結算，而這種不誠實的行為明顯屬於違背其受僱實體所委以重任的義務，而造成了其管理實體的重大財產損失。

至於本罪為《刑法典》第 220 條第 1 款作出的非告訴不得進行刑事追究的規定，根據卷宗資料，第 105 頁的輔助人的“授權書”顯示其對嫌犯的行為予以追究刑事責任的意願，這就符合了追訴的條件。

因此，合議庭改判嫌犯是以正犯和既遂方式觸犯《刑法典》第 217 條所規定的背信罪。

而基於本罪的刑幅明顯低於所被判處的罪名，應該予以重新量刑。

根據原審法院所認定的犯罪情節以及上訴人的社會經濟條件，尤其是考慮到上訴人為初犯，我們認為判處罰金刑已經足以達到懲罰的目的，並確定判處 5 個月的罰金，並以每天澳門幣 200 元計算，共澳門幣 30000 元。

上訴人如果不履行罰金刑，將以《刑法典》第 47 條第 1 款的規定予以折算徒刑。

維持民事賠償部分的判決。

四、決定

⁶ 參見上引 Leal-Henriques 所著，第 307 頁。

綜上所述，中級法院合議庭以不同理由裁定上訴人 A 的上訴理由部分成立，作出符合上述決定的改判。

上訴人須支付本案的訴訟費用以及支付 3 個計算單位的司法費。

澳門特別行政區，2023 年 3 月 9 日

蔡武彬
(裁判書製作人)

陳廣勝
(第二助審法官)

周艷平 (附表決聲明)
(原裁判書製作人)

表 決 聲 明

就審查證據明顯有錯誤之問題，本人不同意大多數的意見。

透過分析卷宗資料，可注意到：

- 上訴人被指控的不法事實發生於 2018 年 4 月 1 日；
- 卷宗第 106 頁至第 112 頁背頁的觀看錄影筆錄、錄影內容截圖所顯示的事發時間均為 2018 年 4 月 26 日，而非涉案的 2018 年 4 月 1 日；
- 在輔助人進行的內部調查中，涉案櫃檯職員 E 及 C 簽署了“員工過失報告”，E 描述了 2018 年 4 月 26 日的事件過程（卷宗第 87 頁）；C 描述了 2018 年 4 月 1 日的事件過程；
- 證人 D 於庭審聽證中講述了事件被揭發的經過，其聲稱根據相關的消費單據，經翻查光碟影像資料後（由於保留時間有限，故只能查獲卷宗所載的片段），發現上訴人將餐飲券交予櫃檯職員，職員再將現金交予上訴人。證人經其公司向相關客人查證，也有向其他涉案員工查證，確認上訴人用餐飲券換取了客人所支付的現金的事實。
- 司警證人 J 於審判聽證中講述了相關的調查工作，經查問四至五名員工，其等所交代的事發經過與光碟影像內容相吻合。

必須指出的是，證人 D 所稱的內部調查時翻查的光碟影像資料，司警證人所指的光碟影像，顯然是附入卷宗的記錄了 2018 年 4 月 26 日事實之影像，而非 4 月 1 日的影像。

原審法院指出：“在對案中的證據作出綜合及邏輯的分析後，考慮到證人 D 清楚及明確地講述了他們認定嫌犯實施案中被指控事實的過程，過程

中不但翻查了現場的錄影影像，還向相關的員工進行查問，也向付款的客人進行了解，結合案中的單據資料，有關的客觀調查結果與證人 D 就事件所得出的結論相脗合，也與控訴書的事實相脗合。”

可見，就認定控訴書中的主要事實——上訴人是否以優惠券換取了現金此一事實，原審認定事實的證據依據包括：卷宗第 106 頁至第 112 頁的觀看錄影光碟筆錄；相關涉案員工簽署的“員工過失報告”內容；證人 D 對於事實所作內部調查的結果；司警證人所講述的調查案件之經過。然而，卷宗僅有記錄了 2018 年 4 月 26 日事實的光碟影像，原審法院採信證人 D 的證言的理由之一是其與員工的對話與相關的錄影光碟相符；司警證人在調查過程中，向涉案的四至五名員工查問後，該等員工所交待的事發經過與光碟的影像內容相吻合。

因此，就認定控訴書中的主要事實——上訴人是否以優惠券換取了現金此一事實，錄影光碟的內容起到了十分重要且關鍵的作用，然而，錄影光碟中的事實並不涉及被控告的事實，有關光碟不是相關事實的直接證據，無法從側面輔助證明、亦不能從反面佐證相關的事實，可以說，原審法院考慮了不應考慮的證據作出對事實的認證。因此，不得不說原審法院陷入並沾上了審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵，應發回初級法院重新審理。

澳門，2023 年 3 月 9 日

周艷平

(原裁判書製作人)