

上訴案第 920/2021 號

上訴人：A (A)

B (B)

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情敘述

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)項所規定及處罰的電腦詐騙罪，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 CR2-20-0264-PCC(重審)號普通刑事案件中，經過合議庭庭審，最後作出了以下的判決：

- (經重審後)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(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。

上訴人 A 及 B 對上述判決不服，向中級法院提起了上訴：

1. 本上訴是針對原審法院對本案作出重審後的有罪判決。
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 XX 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 XX 香港分公司高級經理 C 於偵查過程中提及過。
6. 但庭審當天，原先作為證人之 C 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。
7. 而作為唯一的司警證人亦只是簡單地就檢察官提問有關 POS 機的收費是否不一致的問題回覆了是，並沒有就其在調查過程中有關 XX 公司的運作及有關收費的問題作一個詳細的描述。
8. 根據卷宗 (卷宗第 139-144 頁) 之資料顯示，當時與證人 C 錄取筆錄之偵查員為 D，而非出庭作證言之 E。
9. 根本不能從庭審的過程中，得出卷宗第 139-144 頁之內容，亦不能得出出庭作證的證人是否真的清楚知悉有關之內容。
10. 原審法庭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實質性的審查，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。

11. 即使法官 閣下認為有關之證言並非屬於上條所規定的間接證言，是屬於該名司警證人在調查工作期間所直接得悉的消息，從而在庭審中描述出來。
12. 但重點是該名證人卻從沒有作出任何描述，亦沒有清楚講述自己是否真的有清楚調查或理解過卷宗第 139-144 頁有關證人 C 之陳述。
13. 而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。
14. 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。」
15. 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。
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裝的 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 XX 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 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 XX 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內容，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 XX 國際在本澳進行交易，使 XX 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 XX 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，並返還案中一切扣押之物件予兩名上訴人。

檢察院對兩名上訴人作出了答覆，並提出理據。¹

¹ 其葡文內容如下：

1. Quanto ao fundamento de recurso invocado pelos Recorrente mormente a violação dos artigos 336º nº 1 e 116º do CPPM, já foi apreciado e decidido pelo douto Tribunal de Segunda Instância por acórdão;
2. A jurisprudência entende que “Em sede de novo julgamento efectuado na sequência de reenvio e em que se delimitou o âmbito deste, não pode o Tribunal a quo exceder-se na sua decisão, (re)apreciando matéria confirmada com o acórdão que decreta o reenvio, incorrendo em nulidade por violação de caso julgado (formal) se o fizer”. (Ac. do TSI de 26/7/2018, Proc. no. 605/2018);

在本上訴審程序中，尊敬的助理檢察長閣下提交了法律意見，認為應裁定兩名上訴人 A 及 B 所提出的上訴理由全部不成立，並應予以駁回。

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

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. XX 國際有限公司（以下簡稱 XX 國際）為中國 XX 股份有限公司（以下簡稱 XX）的子公司，負責經營 XX 卡境外（包括香港及澳門）的業務，而 XX 卡中國境內業務則由 XX 負責經營。
2. XX 國際基於境內 XX 卡在境外交易金額收取收單銀行 1.2% 的服務費用，其中 XX 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 XX 國際收取 1.2% 費用之間的差額。
3. 於 2019 年 9 月 6 日前，XX 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 XX 業務規則 XX 收單機構不能跨區或跨境拓展商戶，XX 商戶也不容許跨區或跨境受理 XX 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

3. In casu, no douto acórdão do TSI decidiu expressamente a improcedência desse fundamento do recurso, passou a ser caso julgado, não podia, nem foi, apreciada novamente pelo douto Tribunal a quo.

4. O douto Tribunal a quo limitou-se a sanar a nulidade cumprindo o âmbito do novo julgamento delimitado pelo Tribunal da Segunda Instância o que é totalmente correcto.

Nesses termos e nos demais de direito, deve Vossas Excelências Venerandos Juízes rejeitar o recurso por ser manifestamente improcedente fazendo a habitual Justiça!

以未能查明的途徑取得收單銀行為「交通銀行」的一部發出予「海口****建材商行」、商戶編號為 3056410.....、型號為 HCD2880(04)TSD_II 的 XX 卡有線 POS 終端機，及收單銀行為「中國建設銀行」的一部發出「鄭州市金水區***建材商行」、商戶編號為 1054101.....、型號為 K508 的 XX 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「交通銀行」及「中國建設銀行」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 XX 國際在本澳進行交易，使 XX 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，金沙城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 XX 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 (現扣押在案)。

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「海口****建材商行」、商戶編號為 3056410.....、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 XX 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「鄭州市金水區***建材商行」、商戶編號為 1054101.....、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 XX 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 的一部紅米手提電話後，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 xx 卡照片。
14. 嫌犯 A 及 B 的上述行為導致 XX 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 XX 國際在本澳進行交易，導致 XX 國際等機構誤以為交易在國內進行而少收服務費，造成 XX 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：

- (就是次重審) 第一嫌犯 A 表示具有本科畢業的學歷，銷售員，每月收入 15,000 澳門元，與在職的妻子育有兩名子女。
- (就是次重審) 第二嫌犯 B 表示具有中專結業的學歷，銷售員，

每月收入 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記錄顯示，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 XX 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、法律方面

在兩名上訴人理由中，第一上訴人 A 及第二上訴人 B 認為：

- 本案之唯一證人(司警證人 E)所作證言是由中國 XX 香港分公司高級經理 C 於偵查過程中提及過，然而原本作為證人之 C 已被檢察院作出放棄且沒有出席庭審，為 C 錄取筆錄的亦非出庭作證之 E，且唯一證人完全沒有就已證事實第 1 至第 4 點作出陳述。由於原審法院沒有在庭審中就該 4 點事實作出任何實質審查，且有關證言屬間接證言，因此兩名上訴人主張第 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 條第 1 款的規定。

- 原審法院認為未足以認定兩名嫌犯所涉及的詐騙金在案發時超逾 30,000 澳門元，另一方面，被上訴判決認為透過對證據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，因此主張上述兩者之間出現了明顯矛盾，陷入了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項規定的瑕疵。

- 卷宗第 18 頁之報告只針對了其中一部 POS 機進行交易測試，並無對兩部 POS 機皆進行測試，且測試中沒有對設備是否進行了改裝作出分析，認為單憑有關報告不能得出 POS 機曾改裝的結論或說明不了導致 XX 造成損失。其次，被上訴判決提及透過兩名上訴人電話資料可以肯定彼等曾成功進行非法刷卡活動，但彼等辯稱資料來源可能是從相

關通訊群組而來，而非兩名上訴人自身擁有。此外，第一上訴人 A 身份之認定是因第二上訴人 B 在聲明中曾提及第一上訴人 A，但基於兩名上訴人行使沉默權，從而主張第一上訴人 A 身份之認定不能基於第二上訴人 B 聲明之內容。由於存有上述的質疑，兩名上訴人指責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《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項的規定。

- 被上訴判決根據已證事實，認定第 59 頁的扣押物與犯罪活動有關，故決定在判決確定後將之充公，但是，上訴人 A 和 B 主張沒有任何足夠證據證明有關之犯罪事實，且透過已證事實或卷宗內經審查的證據，完全沒有明確說明該等扣押物與犯罪活動之關聯，不能只因為是在第二上訴人 B 身上查獲就認為該等物品與犯罪有關。被上訴判決沒有任何理由說明該等扣押物與犯罪有關，因而指責被上訴判決就該等扣押物的處理沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款以及第 400 條第 2 款 a 項的瑕疵。

(一) 間接證言的採用以及既判力判決的遵守

事實上，本案之前的上訴案中，中級法院已就此問題表達了立場，判定原審裁判無違反《刑事訴訟法典》第 116 條及第 336 條之規定，且裁定上訴人 A 及 B 此項上訴理由不能成立(中級法院於 2021 年 6 月 24 日第 76/2021 號刑事上訴卷宗，見第 382 頁背頁至第 383 頁)。

正因為中級法院第 76/2021 號刑事上訴卷宗的裁決，決定將本卷宗發回初級法院補正有關的無效情事，才有了新的審判，並且重新的審判的範圍已被劃定，原審法院不能超越上述上訴案決定，重新考慮已通過該裁決判決確認的事宜，倘這樣做，將因違反形式既判力而導致無效(參見中級法院於第 605/2018 號上訴案件作出的裁判之見解)。

既然，這一上訴理由已在本案之前的上訴案中被審理而被判定不能成立，從而具有既判力，不能也不應在本上訴案中再次被法庭審理。因此，上訴人 A 及 B 此部份上訴理由明顯不能成立。

（二）說明理由方面存在不可補正的矛盾的瑕疵

一如所知，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項規定的理由說明方面不可補正的矛盾的瑕疵是裁判本身的瑕疵，即指在事實事宜方面的證據性理據說明中、法院認定的事實之間、或認定的事實與未獲認定的事實之間存在矛盾。這種矛盾是絕對的，即一方面說“是一”，另一方面又說“不是一”，而不能存在於被指互相矛盾的事實之間各自所表達的意思不同或者各自所證實的內容不同的事實之間。²

在本具體個案中，其實只要細心閱讀被上訴判決，已證事實中第 8 點證明兩名上訴人曾使用涉案的兩台 POS 終端機為客人刷卡套現。而已證事實第 11 點及第 12 點，證明了每台 POS 終端機的多項交易記錄。由於未能證實當中是否所有交易都是在澳門發生，因此原審法院沒有認定 XX 的損失具體金額：“本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（更遑論相當巨額）”（參見第 424 頁）。由此可見，“存疑無罪”的原則於本案中僅適用在無法確定交易的具體金額的事實事宜上，完全沒有影響案中具有足夠證據證實兩名上訴人是有成功於本澳進行非法刷卡的活動。

因此，我們未看見被上訴判決中事實之分析判斷與法律適用之間存在“一方面說是一，另一方面又說不是一”的矛盾，因為已證實了兩名上訴人曾作出非法刷卡的活動，故此，被上訴的合議庭裁判並無陷入《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項規定的瑕疵。

（三）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

2 參見中級法院於第 516/2011 號上訴案件作出的裁判。

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。³

出於相同理由，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款亦明確規定，上訴得以原審法院在“審查證據方面明顯有錯誤”為依據，祇要這涉及事實審的瑕疵“係單純出自卷宗所載之資料，或出自該等資料再結合一般經驗法則者”。

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。

唯有通過法院的這些分析以及對證據的衡量的具體說明發現其存在明顯到一般心智的人就可以發現的錯誤的時候才能確定這項事實認定方面的瑕疵。

從被上訴的合議庭裁判可見，原審法院在事實判斷方面，已經詳細地指出了形成心證的過程（詳見卷宗第 422 頁背頁至第 424 頁），原審法院是經過綜合分析審判聽證中所審查的證據，包括庭上證人的證言、卷宗所載的資料、書證、扣押物等證據，並對所收集到的證據進行簡單但全面的衡量之後，作出了事實認定。

具體來說，就兩名上訴人提出的認定 POS 機是否經改裝的問題，

³ 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。

原審法院其實並不是單憑卷宗第 18 頁和第 19 頁的測試報告來認定兩名上訴人曾使用經改裝的 POS 機於本澳進行非法刷卡活動，還包括警方調查所得的結果、對兩名上訴人所扣押到的物品等等來作出認定。

至於兩名上訴人辯稱的手機刷卡訊息可能是從微信群組而來，其實只是彼等說辭，欠缺實質證據，並不能顯示出原審法院在審查證據方面明顯有錯誤。事實上，兩名上訴人手機相簿內存有大量 XX 卡及客人證件的照片及交易記錄，原審法院認定是與非法刷卡活動有關，是合符邏輯和經驗法則。此外，上訴人 B 的手機內更有涉案兩部 POS 機的照片（詳見卷宗第 163 頁至第 164 頁）。由於有關 POS 機只限國內使用，而兩名上訴人將該兩部 POS 機帶到澳門，要使用則必須非法改裝，亦是在澳門刷卡活動的證據。

此外，根據卷宗第 86 頁及第 101 頁的人之辨認筆錄，顯示兩名上訴人能互相辨認出對方，該等內容是在警方調查期間作出，且不屬兩名上訴人的聲明內容，因此彼等在庭審上行使沉默權並不會影響該等措施的效力。

至於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。關鍵在於原審法院就其心證的形成作出了充分的理由說明，當中並沒有出現明顯的違反證據規則以及一般經驗法則之處，而上訴人的上訴理由也就變成了只是表示其不同意被上訴的合議庭的心證的論述了，這正是法律所不容許的。

基於此，我們並不能發現被上訴的合議庭裁判沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定的“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵。

兩名上訴人此部份上訴理由不能成立。

（四）關於扣押物的決定與事實不足的瑕疵

所謂的事實不充分的瑕疵僅存在於法院沒有證實必要的可資作出適當法律適用以及決定案件實體問題的事實；法院在審判過程中必須在

該刑事訴訟案件的標的包括控訴書或辯護詞所界定的範圍，對這些事實作調查，⁴ 如果法院因沒有對所有的構成訴訟標的的重要事實作出審理，或者所認定的事實事宜出現漏洞一直無法作出合適的法律適用，都是構成此項瑕疵的情況。

也正如我們一直認為的，一方面，這裡所說的事實不足，不是指證據的不足。⁵ 另一方面，根據原審法院所認定的已證事實不能確定某一犯罪的構成要件，屬於一個法律適用層面的問題，而非事實的認定方面出現對事實的審理的遺漏或者在認定的時候造成事實的漏洞以致不能作出合適的法律適用的決定的問題。⁶

在本案中，一方面，被上訴法庭已審理了包括控訴書及答辯狀在內的標的，亦明確表明了認定及不認定的立場，顯示出原審法院對案中須調查的爭議事實已逐一調查，所以無從沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出判決”的瑕疵。另一方面，原審法院所認定的事實並不存在漏洞以致不能作出合適的法律適用，明顯地，上訴人將“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出判決”的瑕疵與根據事實作出合適的法律適用的問題相混淆，因為，要作出充公扣押物的決定如果沒有已證事實支持可以適用《刑法典》第 110 條的規定，那麼，這是一個決定的正確性的法律問題。

而事實上，已證事實第 10 點，已證實第 59 頁的物品當中的現金港幣及籌碼是作為刷卡行為的資金；而兩部 POS 終端機、密碼鍵盤及交易單據、交易打印紙、以及兩部手機是作為犯罪工具。既然原審法院對已認定了相關的事實，其對相關扣押物充公的處分決定並沒有任何可以質疑的地方，更無從審查是否沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定，“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判”的瑕疵。

因此，兩名上訴人此部份的上訴理由也是不能成立的。

⁴ 參見中級法院於 2014 年 3 月 6 日在第 32/2014 號上訴案件作出的裁判。

⁵ 2014 年 7 月 17 日在 316/2014 號上訴案件中所作的裁判。

⁶ 參見中級法院於 2021 年 11 月 11 日在第 932/2020 號上訴案的判決中的見解。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人的上訴理由不成立，維持原判。

本程序的訴訟費用由兩名上訴人共同支付，並分別支付 6 個計算單位的司法費。

澳門特別行政區，2022 年 3 月 31 日

蔡武彬（裁判書製作人）

譚曉華（第一助審法官）

周艷平（第二助審法官）