

上訴案第 391/2015 號

上訴人：A (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，其行為各自觸犯了經 12 月 13 日第 97/99/M 號法令核准之《工業產權法律制度》第 292 條所規定及處罰的一項將假冒馳名商標產品出售、流通或隱藏罪，以及第 7/2005 號法律第 28 條第 1 款 a 項及 b 項所規定及處罰的一項貨物欺詐罪，並請求初級法院以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 CR3-14-0034-PCC 號案件中，經過庭審，最後作出了以下的判決：

- 嫌犯被控告為直接正犯，以既遂行為觸犯了經 12 月 13 日第 97/99/M 號法令核准之《工業產權法律制度》第 292 條所規定及處罰的一項將假冒馳名商標產品出售、流通或隱藏罪，罪名不成立。
- 嫌犯被控告為直接正犯，以既遂行為觸犯 7 月 15 日第 6/96/M 號法律第 28 條第 1 款 a 項 (經 2 月 11 日第 2/2002

號法律及 8 月 22 日第 7/2005 號法律修改) 所規定及處罰之一項貨物欺詐罪，罪名成立，判處一年六個月徒刑，緩期二年執行。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起上訴，其內容如下：

I. 無效

1. 檢察院的控訴書提到：嫌犯 A 是“M 貿易”的負責人，其承認上述所有帶有假造及仿造商標的藥物的外盒印刷是由一間珠海之印刷公司提供外盒印刷，及每瓶藥物內粒數與包裝上所述之粒數不同。
2. 經過庭審之後，上段提到的事實獲得如下證明：嫌犯 A 是“M 貿易”的負責人，其知悉每瓶藥物內粒數與包裝上所述之粒數不同。
3. 被上訴的合議庭裁判第 14 頁提到：“根據獲證事實，嫌犯明知其向其他藥房提供的上述藥物的瓶內粒數與包裝上所述之粒數不同，即數量短少的情況，且缺少的程度屬於嚴重，卻不採取任何措施以保障其貨物的數量，仍然予以出售，欺騙消費者，賺取金錢利益。嫌犯明知其行為違法且受法律制裁。”
4. 從上述可以得知，被上訴的合議庭裁判認為嫌犯明知瓶內藥物的粒數少於包裝上所指的粒數，仍然將藥物出售，故認定其觸犯一項貨物欺詐罪。
5. 然而，控訴書中欠缺下列事實：“……即數量短少的情況，且缺少的程度屬於嚴重，卻不採取任何措施以保障其貨物的數量，仍然予以出售，欺騙消費者，賺取金錢利益。”前述之事

實亦未能在既證事實中找到。

6. 基於此，被上述的合議庭裁判沾有《刑事訴訟法典》第 360 條 b)項所指之無效--屬下列情況之判決無效：在非屬第三百三十九條及第三百四十條所指之情況及條件下，以起訴書中，或無起訴時，以控訴書中未描述之事實作出判罪者。

II. 獲證明之事實不足以支持作出裁判

7. 當面對貨物之欺詐罪時，必須符合如下兩個構成要件：

客觀構成要件：

- 為出售而展示或出售假造、偽造之貨物；
- 為出售而展示或出售價值已降低之貨物；或
- 為出售而展示或出售未經變更或完好之貨物。

主觀構成要件：在交易關係上存有欺騙消費者的意圖。

8. 可見，本罪的目的主要是保護在買賣關係中消費者的合法權益，懲治和預防以假充真、以次充好、缺斤短兩的欺詐行為。
9. 那麼，在認定上訴人觸犯貨物之欺詐罪時，必先證實上訴人在經營 M 貿易時，曾實施了將不符合衛生標準的貨物出售給公眾的欺詐行為，和存有欺騙消費者的意圖。
10. 在本案中，上訴人認為其行為沒有符合貨物之欺詐罪的主觀和客觀構成要件。
11. 首先，在客觀構成要件方面，回看本案中相關的獲證明事實和未獲證明事實：

獲證明事實：

- i. 另外，由於藥品必須先在香港完成包裝工序才能進口澳門，

在供貨的初期，所有藥物的外盒設計，印刷和包裝的工程都是在香港進行的。

- ii. 最終嫌犯將完成印制的外盒寄回香港，交給「H 公司」進行藥品外盒包裝。
- iii. 卷宗內第 151 頁的藥物檢驗結果顯示，本案中所搜獲的「ARA」和「ARB」是符合生產商所採用的企業質量標準。(以上的底線是上訴人所加上的)

未獲證明之事實

- i. 經專家鑑定後，上述藥物全屬假造及仿造上述商標的藥物，而且均是由 M 貿易進貨。
 - ii. 嫌犯承認上述所有帶有假造和仿造的藥物的外盒印刷是由一間珠海之印刷公司提供外盒印刷。
 - iii. 嫌犯故意向本澳門的藥方銷售大量帶有假造及模仿已在澳門特別行政區申請註冊之商標的藥物。
12. 縱觀上述的事實，可以肯定的說，上訴人所出售的涉案藥物全部都是向一家在香港成立的 H 公司購買的。
13. 對此，輔助人--H 公司的負責人--在初級法院的審判聽證中作出聲明，確認藥物是由韓國製造，進口至香港時，全部是瓶裝的且全部封瓶，外盒包裝在香港包裝和裝瓶之後，再進口澳門。(見事實之判斷第二段)
14. 換言之，上訴人從沒有售賣仿制的藥物或售賣假冒商標的藥物。
15. 其餘的獲證明之事實也未能證實上訴人曾出售價值已降低、未經變更或完好之貨物。

16. 這樣，根本未能證實上訴人曾施第 6/96/M 號法律第 28 條第 1 款 a 項所規定和處罰的任何一種犯罪行為。
17. 再者，在主觀構成要件方面，被上訴的裁判僅是空範和抽象地在獲證明的事實中指出：“i) 嫌犯 A 是 M 貿易”的負責人，其知悉每瓶藥物內粒數和包裝上所述之粒數不同。ii) 嫌犯在自由、自願及有意識之情況下做出上述行為。Iii) 嫌犯清楚知道其行為是法律所禁止，會受到法律制裁。
18. 然而，上訴人認為這些都是結論性事實，單純說上訴人知悉瓶藥物內粒數和包裝上所述之粒數不同是足夠的。
19. 因為事實是脫離主觀的客觀存在，即作為已發生案件中的事實，都是客觀存在的。
20. 當這種客觀存在未能查明，即對其各樣的具體情況如何存在無具體的認識，便不可能對其作出任何有意義的評價，更勿論是有罪或無罪的判斷。
21. 須知道，刑事訴訟直接聯系到公民的基本權利，其證明原則上必須高標準、嚴要求。對嫌犯作出有罪判決須做到犯罪事實清楚，證據確實充分。
22. 那麼，本案中，必須證明的是可以從中得出上述結論的事實，為此需要查明：
 - 本案中搜獲的藥物中，有多少瓶藥物內粒數是不足的；
 - 倘有不足的情況，每瓶缺的具體粒數；
 - 在市場上，上訴人出售的涉案藥品中，有多少瓶粒數是不足的；
 - 在上訴人所擁有的涉案物品中，存有多少藥物內粒數是不

足的貨物；

- 在出售涉案貨品前，上訴人曾打開藥瓶點算藥物粒數，知悉瓶內藥物粒數是不足的；
- 在出售涉未貨品前，上訴人向曾向他人表示知悉每瓶內粒數是不足的，但依然執意出售；或
- 上訴人是經過不正當的途徑，向生產商以外的人士購買瓶內藥物粒數不足的貨品等事實。

23. 遺憾的是，本案除了將 31 瓶的涉案藥物扣押和進行藥物檢測外，在本卷宗內，並沒有進行進一步調查，去查明和證實上述的關鍵事實。

24. 事實上，在向藥房出售藥物前，上訴人根本不知道、也不可能知道瓶內有藥物粒不足的情況。

25. 因為前述的部份經已指出，涉案的藥物全部是由韓國的生產商生產，經全部封瓶後連同外盒包裝進口澳門。

26. 上訴人從未有參與涉案藥物的生產或包裝程序，僅僅是以分銷商的身份購入完好包裝的藥物再轉售予澳門的藥物獲利。

27. 上訴人是獲 H 藥房和 I 藥房通知後，才知悉有瓶內有藥物粒數不足的情況出現，上訴人也隨即馬上作出更換和退貨的安排。(見卷宗第 58 頁和 60 頁)

28. 至此，從上訴人立即更換和退貨的行為，可以顯示其絕對不具有判決書內所指控的“.....不採取任何措施以保障其貨物數量，依然予以出售，欺騙消費者，賺取金錢利益”的主觀意圖。

29. 即使在刑事訴訟中，無法要求澈底查明每一事實，但在審判

及聽證中始終不能放棄以“最大限度貼近客觀事實”為要求的衡量尺度。

30. 被上訴法庭在未查明上主觀和客觀事實以前，明顯不具有充分的客觀資料邏輯地重組案發經過，排除所有合理疑問，對本案裁定確鑿的、雖一的結論。
31. 基於此，在本案之中，當除去上訴判決所載的結論性事實後，是未能證實上訴人在經營 M 貿易時，曾實施了將不符合衛生標準的貨物出售給公眾的欺詐行為，上訴人的行為是無法構成貨物之欺詐罪。
32. 綜上所述，被上述的判決是違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項之規定，從而沾有非有效的瑕疵以及違反了同一法典第 114 條規定的疑點利益歸被告原則。
33. 倘若尊敬的法官 閣下未能認同上述的法律理解，上訴人仍然會繼續提出如下上訴理由：

III. 量刑過重

34. 根據原審法院確定之事實，上訴人各被判一年六個月之徒刑，緩期兩年執行，上訴人認為，原審法院合議庭在確定刑罰的份量方面是偏高（重）的，違反了《刑法典》第 40 條的法律規定。
35. 敬請尊敬的法官 閣下考慮以下情節：
 - 上訴人沒有前科；
 - 本案例中，僅僅從澳門各藥房中搜獲出 31 瓶的涉案藥物；
 - 澳門衛生局對扣押的藥品作出檢驗後，未發現屬於偽劣的產品，藥物是符合生產商所採用的企業質量標準；

- 消費者在服用後沒有感到身體不適；
 - 涉案藥物沒有對消費者造成身體傷害；
 - 上訴人獲 H 藥房和 I 藥房通知瓶內有藥物粒不足後，已即時作出更換和退貨的安排。(見卷宗第 58 頁和 60 頁)
36. 另外，儘管澳門的司法制度否認法官有創制法律的權力和否認「遵從前例」的判案原則。然而，為了貫徹平等適用法律的原則、維護司法職業的尊嚴、由整個司法界分擔判例之責任及符合當時人根據判例而產生的期盼。在實踐上，法院的判決亦應遵從判例。
37. 從這一意義上，法院在對上訴人作出量刑時，可參考同類型之案件，以追求平等的價值。
38. 在中級法院案件編號 659/2010 之判決中，犯罪行為人為獲得不正當利益將一般金屬飾物及乾螺類製品充當乾鮑片銷售給消費者，以直接正犯及既遂的方式觸犯了一項『貨物之欺詐罪』。
39. 該名行為人亦僅被判 6 個月的徒刑，暫緩徒刑執行一年六個月。
40. 顯然，在將原審法院判決內的已證事實和本上訴所提及之量刑情節與上述判例比較後，可獲得的客觀結論是，現上訴人不論罪過程度及行為不法性都低於上述同類型之終審法院案件。
41. 請求 貴院能重新考慮上述事實和對上訴人重新量刑，繼而處以較輕之刑罰。
42. 為此，上訴人認為對其判處罰金的刑罰，已能達到《刑法典》

第 40 條及第 65 條所規定的刑罰之一般預防和特別預防的要求。

綜上所述，應裁定本上訴訴訟理由成立，繼而：

- 宣告被上述的合議庭裁判沾有《刑事訴訟法典》第 360 條 b) 項所指之無效；
- 宣告開釋上訴人被判處的一項“貨物之欺詐罪”；或
- 對上訴人重新量刑，並應科處罰金的刑罰。

輔助人 B 對上訴人提出的上訴作出答覆：

1. 上訴人針對本案第一審判決提出的上訴，主要包括三個部份；
2. 從上訴人的上訴書狀第 I 部份，其辯稱第一審判決，現為被上訴判決出現了《刑事訴訟法典》第 360 條 b) 項所指之無效 - “然而，控訴書中欠缺……前述之事實亦未能在既證事實中找到。”
3. 被上訴人不能認同，甚至認為上訴人出現疏忽審查控訴書、指控變更及判決書相關內容。
4. 首先，控訴書記載下列內容：“嫌犯 A 是“M 貿易”的負責人，其承認上述所有帶有假造及仿造商標的藥物的外盒印刷是由一間珠海之印刷公司提供外盒印刷，及每瓶藥物內粒數與包裝上所述的粒數不同。”
5. 繼而，檢察院作出增加指控控罪的建議，法院則於 2014 年 1 月 29 日作出批示：“...基於上指之情況適用澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款規定(見終審法院第 6/2003 號裁判)，

不屬於澳門《刑事訴訟法典》第 340 條之情況，故無須嫌犯同意，僅需給予時間辯護，基於此，接納檢察院申請改控(見第 583 頁第 1 部份)，並根據澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款規定作出通知。”

6. 而被上訴判決第 8 頁第六行記載已證事實，如下：“嫌犯 A 是“M 貿易”的負責人，其知悉每瓶藥物內粒數與包裝上所述之粒數不同。”
7. 另外，被上訴判決第 10 頁倒數第一行記載已證事實，如下：“卷宗內第 151 頁的藥物檢驗結果顯示，本案中所搜獲的「ARA」和「ARB」是符合生產商所採用的企業質量標準。”
8. 最後，被上訴判決第 8 頁第 8 行記載已證事實，如下：“嫌犯在自由、自願及有意識之情況下做出上述行為。嫌犯清楚知道其行為是法律所禁止，會受到法律制裁。”
9. 基於上述的記載，被上訴判決不存在上訴人在上訴狀第 I 部份所陳述的判決瑕疵(無效)，尤其是上訴人誤將已載之指控事實與判斷而獲得的事實依據相混淆。
10. 所以，上訴狀這部份的上訴請求應予駁回。
11. 關於另一上訴依據 II 部份：獲證明之事實不足以支持作出裁判的主張，被上訴人也不能認同，並認為上訴人在此部份的引述出現了觀點及判斷的錯誤。
12. 被上訴判決從沒有指出，由海關從澳門搜獲的涉案藥物，包括從“J 藥房”、“K 藥房”、“L 藥房 III”及“M 藥房”的「ARA」和「ARB」，是屬於被上訴人 B 從韓國引進的原產品。
13. 被上訴判決只確認上述“J 藥房”、“K 藥房”、“L 藥房 III”及“M

藥房”的「ARA」和「ARB」是由嫌犯，即上訴人所提供的。

14. 被上訴判決針對第一項指控[假冒馳名商標產品出售、流通或隱藏罪]，基於被上訴人曾作出印刷包裝盒的授權，以及欠缺質量比對而裁定不成立，但卻沒有指出被扣押的藥品是來自於韓國生產商。
15. 然而，上訴人亦承認是其向上述藥房提供已被海關扣押的「ARA」和「ARB」，而這些藥品被證實出現大量情況的“粒數不符”。
16. 上訴人承認是知悉的，且是在“交易過程”中出現，但上訴人仍然不作處理，且繼續作出銷售予上述藥房，直至被一名香港消費者投訴後始被揭發。
17. 其目的顯然是不法的，旨在取得銷售利益，且損害了消費者對於藥房購買藥物的信心。
18. 這些已證事實已符合以既遂方式觸犯第 6/96/M 號法律第 28 條第 1 款 a 項(經第 2/2002 號法律及第 7/2005 號法律修改)所規及處罰之一項[貨物欺詐罪]的犯罪構成要件，當中包括「主觀要件」及「客觀要件」。
19. 可是，上訴人卻於上訴狀質疑被上訴判決對於此部份事實的“判斷”及“認定”，明顯毫無道理。
20. 所以，上訴狀第 II 部份的請求是不能成立的，應予駁回。
21. 關於量刑問題，根據司法實踐，由於輔助人並沒有提出上訴，也從未在審判聽證的過程中要求對於被判刑者作出過任何刑罰上的主張，由此，輔助人欠缺當性對於上訴人就判刑的量刑問題作出表達意見 – 見終審法院刑事上訴案第 45/2013

號的法律依據部份。

22. 然而，不代表輔助人同意其陳述，但相信由尊敬的中級法院法官閣下依職權審理有關上訴請求。

檢察院就上訴人 A 所提出的上訴作出答覆：

1. 上訴人以原審判決在「定罪與量刑」中提及：“根據獲證事實，嫌犯明知其向其他藥房提供的上述藥物的瓶內粒數與包裝上所述之粒數不同，即數量短少的情況，且缺少的程度屬於嚴重，卻不採取任何措施以保障其貨物的數量，仍然予以出售，欺騙消費者，賺取金錢利益。嫌犯明知其行為違法且受法律制裁。”而有關“即數量短少的情況，且缺少的程度屬於嚴重，卻不採取任何措施以保障其貨物的數量，仍然予以出售，欺騙消費者，賺取金錢利益”這一部份的內容，未載於控訴書，亦未載於既證事實。因此，認為原審判決沾有《刑事訴訟法典》第 360 條 b) 項所指之無效。
2. 原審法庭在「定罪與量刑」中提及以上內容，只是總結了在聽取各證人聲明之後所得出的評價，旨在對「獲證明之事實」：“嫌犯知悉每瓶藥物內粒數與包裝上所述之粒數不同”作出說明，而不是指該段內容是「獲證明之事實。」因此，上訴人所述瑕疵，並無出現。
3. 上訴人認為原審判決存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項所述瑕疵 - 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判。
4. 根據原審判決，除了未獲證明涉案藥物為假造及仿造註冊商標產品之外，其餘事實均獲得證實，特別是上訴人向澳門各

藥房批發之瓶裝藥物，實際粒數少於包裝上所描述的數量。

因此，就上訴人觸犯第 6/96/M 號法律第 28 條第 1 款 b) 項所規定及處罰之一項貨物欺詐罪，足以作出有罪判決。

5. 上訴人認為原審判決在量刑方面過重，應予以減輕，並適用罰金刑。

6. 上訴人觸犯的一項貨物欺詐罪，按照第 6/96/M 號法律第 28 條第 1 款 b) 項所規定及處罰，可處最高五年徒刑或科最高六百日罰金，現時被判處一年六個月徒刑，暫緩執行為期二年，亦屬適當。

基此，上訴人應理由不成立，原審法庭之判決應予維持，請求法官閣下作出公正判決。

駐本院助理檢察長提出法律意見書，其內容如下：

2015 年 1 月 14 日，初級法院判處嫌犯 A 以直接正犯及既遂方式觸犯 1 項第 6/96/M 號法律第 28 條第 1 款 a 項(經 2 月 11 日第 2/2002 號法律及 8 月 22 日第 7/2005 號法律修改)所規定及處罰之「貨物詐騙罪」，處以 1 年 6 個月徒刑，緩刑 2 年。

嫌犯 A 不服上述合議庭判決而向中級法院提起上訴。

在其上訴理由陳述中，上訴人 A 認為上述判決違反《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 b 項之規定而無效，並沾有同一法典第 400 條第 2 款 a 項之瑕疵及違反第 6/96/M 號法律第 28 條第 1 款之規定，或違反《刑法典》第 40 條及第 65 條之規定量刑過重，從而應選用罰金刑。

對於 A 的上訴理由，我們完全不能予以認同。

1) 關於《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 b 項之違反

上訴人 A 認為被上訴的合議庭在裁判第 14 頁提到：“.....即數量短少的情況，且缺少的程度屬於嚴重，卻不採取任何措施以保障其貨物的數量，仍然予以出售，欺騙消費者，賺取金錢利益。.....”的事實未見載於控訴書內，亦未能在既證事實中找到，故認為沾有《刑事訴訟法典》第 360 條第 1 款 b 項所指之無效，即在非屬第 339 條及第 340 條所指之情況下，以起訴書中或無起訴時，以控訴書中未描述之事實作出判罪者。

在本具體個案中，一如上訴人 A 所言，上述事實確非載於檢察院控訴書之事實，亦非本案既證事實。

然而，我們卻完全同意尊敬的檢察官在其上訴理由答覆中所持的觀點，原審法院在被上訴之合議庭裁判中定罪與量刑之部份提及前述內容，只是在審查各樣證據後作出的總結，對“嫌犯知悉每瓶藥物內粒數與包裝上所述之粒數不同”，此項已證事實適用法律說明理由，而不是指該段內容是獲證明之事實。

加上，在具體案件中，沒有出現過事實變更的情況，只是出現了法律定性變更的事宜，即庭審間加控一項第 9/96/M 號法律第 28 條第 1 款 a 及 b 項所規定及處罰之「貨物詐騙罪」。

原審法院已經遵守了《刑事訴訟法典》第 4 條類推適用同一法典第 339 條之規定，給予上訴人 A 辯護的時間（詳見卷宗第 583 頁及第 591 頁及其背面）；因此，不存在同一法典第 360 條第 1 款 b 項所規定之無效。

正正就是原審法院根據已證事實而適用法律的過程中必須地提及前述內容，作為作出裁判的理由陳述的依據及說明，當中並無任何不妥及錯誤之處，尤其拿違反上指規定而導致判決無效。

故此，應認為上訴人 A 此部份上訴理由不成立。

2) 關於《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項之瑕疵及第 6/96/M 號法律第 28 條第 1 款之違反

上訴人 A 認為被上訴之合議庭裁判中所載的已證事實中，未有證明其行為已符合第 9/96/M 號法律第 28 條第 1 款 a 及 b 項所規定及處罰之「貨物詐騙罪」的主、客觀構成要件，並認為上訴人 A 單純知悉藥物內粒數和包裝上所述的粒數不同，屬於結論性事實，而除去此事實外，未能證實上訴人 A 的行為構成了「貨物詐騙罪」。

然而，根據第 9/96/M 號法律第 28 條第 1 款(經第 7/2005 號法律修改)之規定：

“第二十八條”

(貨物欺詐)

一、在不影響貿易習慣及常規下，為出售而展示或出售下列貨物者，倘在交易關係上存有欺騙消費者的意圖，處最高五年徒刑或科最高六百日罰金：

- a) 將假造、偽造或價值已降低之貨物作為真實、未經變更或完好之貨物；
- b) 與所聲稱之貨物具有或外顯之性質、質量及數量相比，性質不同、質量較次或數量較少之貨物；或
- c) 以可使消中負者產生混淆的方式表示價格或計量單位之貨物。

二、屬過失之情況，處最高一年徒刑或最高六十日罰金。”

在本具體個案中，根據已證事實，上訴人 A 實施的行為所觸犯的應該是第 9/96/M 號法律第 28 條第 1 款 b 項所規定及處罰之「貨

物詐騙罪」，而非該條第 1 款 a 項所規定及處罰之犯罪，我們認為，這只是原審法庭的筆誤，故根據《刑事訴訟法典》第 4 條類推適用《民事訴訟法典》第 570 條作出更正足矣。

而被上訴的合議庭裁判中所載的已證事實顯示，上訴人 A 向澳門各藥房批發的瓶裝藥物，除了粒數少於包括所載的粒數之外，其亦承認是清楚知悉此等供貨的粒數有出入的情況；此外，被上訴的裁判亦描述了各藥行代表在庭上作證時均指出，對於上訴人 A 提供的藥物粒數與包括標示的粒數不符的情況，上訴人 A 是知悉的，但是上訴人 A 一直無主動作出回收，只待買家發現及投訴時才作出更換（詳見卷宗第 672 頁）。

我們認為原審法院將第 9/96/M 號法律第 28 條第 1 款 b 項所規定及處罰之「貨物詐騙罪」歸責予上訴人 A 是正確的，其行為已符合此犯罪的主、客觀構成要件。

另外，上訴人 A 以此指責被上訴的合議庭裁判沾有“獲證明之事實上之事實不足以支持作出該裁判”之瑕疵也是無道理的，尤其是《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項之理解是指，法院在審判的過程中必須在有關訴訟案件的標的（包括控訴書及答辯狀所界定的）範圍內，查明並證實必要之事實，用以作為適當的法律適用及決定案件客體問題。

在本具體個案中，被上訴的合議庭已審理了包括控訴書及答辯狀在內的標的（見卷宗第 669 頁至第 672 頁），從而作出決定；因此，我們實在無法認為被上訴的合議庭裁判沾有遺漏審查或事實不充分瑕疵的瑕疵。

因此，上訴人 A 指責被上訴的合議庭裁判違反第 9/96/M 號法律第 28 條第 1 款之規定，並沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a

項之瑕此是不成立的，應予駁回。

3) 量刑過重

上訴人 A 認為被上訴的合議庭裁判對其判處的刑罰，跟其他類似個案的判刑相比，存在量刑過重之嫌，認為其只應判處以 6 個月徒刑，且應將徒刑轉換為罰金。

首先，必須強調，我們一向認同，法律給予法院在刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由，只要沒有明顯罪刑不符或刑罰明顯過重的情況，上訴法院就盡可不介入審查量刑。

《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。

本具體個案的資料題示，上訴人 A 是在自由、自願及有意識的情況下作出本案所針對之犯罪行為的。

根據被上訴合議庭裁判所載，原審法院在量刑方面已根據《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，充分考慮了上訴人 A 的主觀罪過程度；然而，其雖承認事實，但卻無顯出悔意，加上其所犯罪行的性質及嚴重性、可適用的刑罰幅度；案件的具體情況，並行為對社會安寧所帶來的負面影響，涉及行為僅屬藥物粒數問題，未造成人體傷害及藥物質量的問題（詳見卷宗第 673 頁及其背面），我們認為，被上訴的合議庭裁判對上訴人 A 所判處的刑罰並無量刑過重之嫌，而對上訴人 A 所適用的徒刑亦不符合《刑法典》第 44 條之可以罰金替代徒刑的機制的前提。

因此，上訴人 A 指責被上訴的合議庭裁判違反了《刑法典》第 40 條及第 65 條之規定是完全不成立的。

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，各助審法官檢閱了卷宗，對上訴進行審理，並作出了評議及表決。

二.事實方面：

原審法院經庭審辯論後，認定了以下已證事實和未證事實：

- 2012 年 11 月 7 日，海關關員到達位於 XXXXX 大馬路 X 號 XX 工業大廈第 X 期 X 樓 X 座及在本地市面藥房，包括“J 藥房”、“K 藥房”、“L 藥房 III”、“M 藥房”進行懷疑侵犯商標權產品的調查。
- 關員在上述的店舖內發現帶有已在本特區登記註冊的“AR”商標標記的懷疑侵犯商標權藥物。
- 在位於澳門 XXXX 街 X 號地下 X 座的“J 藥房”內搜獲的藥物分別為：
 - 5 瓶“ARA”（標示 60 錠裝）；
 - 10 瓶“ARB”（標示 60 錠裝）；
- 在位於澳門 XXXX 第 X 街 X 號 XX 樓（第 X 期第 X 座）X 座地下連閣樓的“K 藥房”內搜獲的藥物為：
 - 5 瓶“ARB”（標示 60 錠裝）；
- 在位於澳門 XXXX 馬路 X 號 XXXX 地下 X 座的“L 藥房 III”內搜獲的藥物為：
 - 2 瓶“ARB”（標示 60 錠裝）；

- 在位於澳門 XXXX 馬路 X 號地下 X 座的“M 藥房”內搜獲的藥物為：
 - 9 瓶“ARB”（標示 60 錠裝）；
- 關員即時扣押了上述店舖所有懷疑侵犯商標權的藥物。
- 嫌犯 A 是“M 貿易”的負責人，其知悉每瓶藥物內粒數與包裝上所述之粒數不同。
- 嫌犯在自由、自願及有意識之情況下做出上述行為。
- 嫌犯清楚知道其行是法律所禁止，會受到法律制裁。
- B 是「H 公司」的負責人；同時，也是「ARA」、「ARC」、「ARB」、「ARD」、「ARE」及「ARF」等種品牌藥物的權利人。
- 嫌犯是「M 貿易」的企業負責人。
- 「AR」品牌藥物是由韓國生產的保健藥品，進口香港時藥粒已入樽及封妥，而外盒的設計、印刷和包裝工序則在香港進行。
- 於 2005 年，嫌犯為了在澳門代理出售「AR」品牌藥物，便開始與「H 公司」的負責人 B 洽談。
- 經協商後，B 與嫌犯達成口頭協議，合作方式為：由永 H 公司首先將「AR」品牌藥物從韓國的生產商輸入香港，再將藥物以一定價格批給 M 貿易獨家代理批發給澳門各藥房。
- 此外，B 亦簽立了授權書予嫌犯，目的是讓嫌犯負責出資和代表 B 向澳門經濟局知識產權廳申請註冊各類「AR」藥物的商標，並交由嫌犯處理繼後與藥品商標相關的事務。
- 在 2006 年，嫌犯成功替 B 註冊了「ARA」、「ARC」、「ARB」、「ARD」、「ARE」及「ARF」等 6 個藥品的商標。

- 直至 2009 年末，B 正式開始向屬嫌犯所有的「M 貿易」供給上述 6 種藥品。
- 在合作的過程中，B 沒有親自處理向「M 貿易」供貨的文書通訊程序，事實上，B 是交由所僱用的工作人員“C”透過電郵方式與嫌犯確定訂單、貨運、出口和付款等細節。
- 在上述的往來電郵內，“C”會使用 XXXX@XX.com.hk 作為通訊電郵地址，而嫌犯則會使用名為 XXXXXXXXXXXX@qq.com 通訊電郵地址。
- 另外，由於藥品必須首先在香港完成包裝工序才能進口澳門，在供貨的初期，所有藥物的外盒設計、印刷和包裝的工序都是在香港進行的。
- 上條所述的外盒設計、印刷和包裝費用最終將會連同貨款、佣金和運費轉嫁到嫌犯向「H 公司」的取貨的貿易成本中。
- 及後，為了有助嫌犯減低貿易成本，B 同意交由嫌犯負責委託中國珠海的印刷公司印製外盒，再由嫌犯將印製好的外盒寄回香港，交給「H 公司」進行包裝。
- 「AR」藥品後期的外盒印刷程序一般如下：
 - 嫌犯會收到 B 的僱員“C”的電郵，告知須印制藥品的批次序號和藥物有效日期；
 - 嫌犯便會將批次序號和藥物有效日告知珠海印刷公司，並由印刷公司製作圖稿；
 - 嫌犯將圖稿電郵給 B 的僱員“C”，以便「H 公司」確認外盒圖稿無誤；
 - 嫌犯接著便可指示珠海印刷公司按圖稿印製外盒；

- 最終嫌犯將完成印製外盒寄回香港，交給「H 公司」進行藥品外盒包裝。
- 起初，嫌犯與 B 一直合作順利，直至 2012 年 10 月，B 將上述藥品交另一間名為「XX 行」的貿易公司代理，B 便沒有再向嫌犯供貨。
- 嫌犯最後一次向「H 公司」購買「AR」品牌藥品的日期為 2011 年 12 月，故「M 貿易」現在只存有 2011 年 12 月時購進的小量餘貨。
- 卷宗內第 151 頁的藥物檢驗結果顯示，本案中所搜獲的「ARA」和「ARB」是符合生產商所採用的企業質量標準。

另外證明下列事實：

- 根據刑事紀錄證明，嫌犯無犯罪記錄。
- 嫌犯聲稱為商人，月收入約澳門幣 30,000 元，無家庭經濟負擔，其學歷程度為中學三年級。

未獲證明之事實：

- 控訴書及答辯狀中其他與上述獲證事實不符之重要事實未獲證明屬實，特別是：
- 未獲證明：經專家鑑定後，上述藥物全屬假造及仿造上述商標的藥物，而且均由“M 貿易”進貨。
- 未獲證明：嫌犯承認上述所有帶有假造及仿造商標的藥物的外盒印刷是由一間珠海之印刷公司提供外盒印刷。
- 未獲證明：嫌犯故意向本澳的藥房銷售大量帶有假造及模仿已在澳門特別行政區申請註冊之商標的藥物。

三.法律部份：

上訴人提出了三個問題：

首先是判決書由於判處了控訴書沒有載明的事實而陷入了刑事訴訟法典第 360 條 b 項的無效。

其次，原審法院所認定的事實不足以作出合適的法律適用的無效。

最後，在上述理由不成立的前提下，認為原審法院的量刑過重。

我們看看。

關於判決書的無效，上訴人所依據的理由是原審法院在對事實的分析適用法律時指出“根據獲證事實，嫌犯明知其向其他藥房提供的上述藥物的瓶內粒數與包裝上所述之粒數不同，即數量短少的情況，且缺少的程度屬於嚴重，卻不採取任何措施以保障其貨物的數量，仍然予以出售，欺騙消費者，賺取金錢利益。嫌犯明知其行為違法且受法律制裁”，明顯根據控訴書中沒有載明的事實作出了判罪而無效。

實際上，原審法院經過庭審之後，獲得證明：“嫌犯 A 是 M 貿易的負責人，其知悉每瓶藥物內粒數與包裝上所述之粒數不同”的事實之後，在適用法律的時候作出了以上的分析，並通過對此事實的分析而得出“嫌犯……卻不採取任何措施以保障其貨物的數量，仍然予以出售，欺騙消費者，賺取金錢利益”的結論，這不能屬於根據控訴書沒有載明的事實而作出判罪的情況。至於是否適當，則是屬於法律適用是否正確的問題，屬於本刑事訴訟的標的問題，與這個判決書的形式瑕疵沒有觀係。

這方面的上訴理由不能成立。

關於事實不足的瑕疵，我們認為上訴人的上訴理由成立。

我們一直認為，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所指“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判”的瑕疵是指法院在調查事實時出現遺漏，所認定的事實不完整或不充份，以至依據這些事實不可能作出有關裁判中的法律決定。這是事實問題，而不是法律層面的問題，也還沒有到達對事實的的法律適用的時候。而上訴人所提出的問題恰恰是根據事實沒有能夠確認上訴人觸犯被判處的罪名，也就是說缺少某些構成要素，這是一個法律的問題。

在本案，嫌犯被檢察院控以觸犯經 12 月 13 日第 97/99/M 號法令核准之《工業產權法律制度》第 292 條所規定及處罰的一項將假冒馳名商標產品出售、流通或隱藏罪，以及第 7/2005 號法律第 28 條第 1 款 a 項及 b 項所規定及處罰的一項貨物欺詐罪，初級法院判決第一項罪名不成立，但被控的觸犯 7 月 15 日第 6/96/M 號法律第 28 條第 1 款 a 項（經 2 月 11 日第 2/2002 號法律及 8 月 22 日第 7/2005 號法律修改）所規定及處罰之一項貨物欺詐罪，罪名成立。

對於開釋判決，由於非上訴標的，我們不予以討論。

而原審法院在判處嫌犯罪名成立時僅僅在認定以下的事實：

- 海關在澳門的部分藥店搜到““ARA”(標示 60 錠裝)”的藥物。
- 「AR」品牌藥物是由韓國生產的保健藥品，進口香港時藥粒已入樽及封妥，而外盒的設計、印刷和包裝工序則在香港進行。
- 於 2005 年，嫌犯為了在澳門代理出售「AR」品牌藥物，便開始與「H 公司」的負責人 B 洽談。

- 經協商後，B 與嫌犯達成口頭協議，合作方式為：由永 H 公司首先將「AR」品牌藥物從韓國的生產商輸入香港，再將藥物以一定價格批給 M 貿易獨家代理批發給澳門各藥房。
- 此外，B 亦簽立了授權書予嫌犯，目的是讓嫌犯負責出資和代表 B 向澳門經濟局知識產權廳申請註冊各類「AR」藥物的商標，並交由嫌犯處理繼後與藥品商標相關的事務。
- 在 2006 年，嫌犯成功替 B 註冊了「ARA」、「ARC」、「ARB」、「ARD」、「ARE」及「ARF」等 6 個藥品的商標。
- 直至 2009 年末，B 正式開始向屬嫌犯所有的「M 貿易」供給上述 6 種藥品。
- 在合作的過程中，B 沒有親自處理向「M 貿易」供貨的文書通訊程序，事實上，B 是交由所僱用的工作人員“C”透過電郵方式與嫌犯確定訂單、貨運、出口和付款等細節。
- 在上述的往來電郵內，“C”會使用 XXXX@XX.com.hk 作為通訊電郵地址，而嫌犯則會使用名為 XXXXXXXXXX@qq.com 通訊電郵地址。
- 另外，由於藥品必須首先在香港完成包裝工序才能進口澳門，在供貨的初期，所有藥物的外盒設計、印刷和包裝的工序都是在香港進行的。
- 上條所述的外盒設計、印刷和包裝費用最終將會連同貨款、佣金和運費轉嫁到嫌犯向「H 公司」的取貨的貿易成本中。
- 及後，為了有助嫌犯減低貿易成本，B 同意交由嫌犯負責委託中國珠海的印刷公司印製外盒，再由嫌犯將印製好的外盒寄回香港，交給「H 公司」進行包裝。

- 「AR」藥品後期的外盒印刷程序一般如下：
 - 嫌犯會收到 B 的僱員“C”的電郵，告知須印制藥品的批次序號和藥物有效日期；
 - 嫌犯便會將批次序號和藥物有效日告知珠海印刷公司，並由印刷公司製作圖稿；
 - 嫌犯將圖稿電郵給 B 的僱員“C”，以便「H 公司」確認外盒圖稿無誤；
 - 嫌犯接著便可指示珠海印刷公司按圖稿印製外盒；
 - 最終嫌犯將完成印製外盒寄回香港，交給「H 公司」進行藥品外盒包裝。
- 起初，嫌犯與 B 一直合作順利，直至 2012 年 10 月，B 將上述藥品交另一間名為「XX 行」的貿易公司代理，B 便沒有再向嫌犯供貨。
 - 嫌犯最後一次向「H 公司」購買「AR」品牌藥品的日期為 2011 年 12 月，故「M 貿易」現在只存有 2011 年 12 月時購進的小量餘貨。
 - 卷宗內第 151 頁的藥物檢驗結果顯示，本案中所搜獲的「ARA」和「ARB」是符合生產商所採用的企業質量標準。
 - 嫌犯 A 是 M 貿易”的負責人，其知悉每瓶藥物內粒數和包裝上所述之粒數不同。
 - 嫌犯在自由、自願及有意識之情況下做出上述行為。
 - 嫌犯清楚知道其行為是法律所禁止，會受到法律制裁。”

我們先不說最後的關鍵事實均是結論性事實，至少我們不知道所

扣押的藥物的每一瓶裡面分別裝有的“粒數”，單純說上訴人知悉瓶藥物內粒數和包裝上所述之粒數不同是足夠的。

也就是說，本案為了能夠從事實中得出上述結論的事實，還需要查明：

- 本案中搜獲的藥物中，有多少瓶藥物內粒數是不足的；
- 倘有不足的情況，每瓶缺的具體粒數；
- 在市場上，上訴人出售的涉案藥品中，有多少瓶粒數是不足的；
- 在上訴人所擁有的涉案物品中，存有多少藥物內粒數是不足的貨物；
- 在出售涉案貨品前，上訴人曾打開藥瓶點算藥物粒數，知悉瓶內藥物粒數是不足的；
- 在出售涉未貨品前，上訴人向曾向他人表示知悉每瓶內粒數是不足的，但依然執意出售；或
- 上訴人是經過不正當的途徑，向生產商以外的人士購買瓶內藥物粒數不足的貨品等事實。

在本卷宗內，並沒有進行進一步調查，去查明和證實上述的關鍵事實，認定的事實明顯存在遺漏。

我們理解，檢察院的控告事實並沒有載明，原審法院要麼在審檢分離原則下增加對事實的細化調查，要麼不接受控告書，而不是在事實明顯存在遺漏的情況下強行作出判決。原審法院沒有這樣做，令判決書在認定有關檢察院控告的嫌犯觸犯 7 月 15 日第 6/96/M 號法律第 28 條第 1 款 a 項(經 2 月 11 日第 2/2002 號法律及 8 月 22 日第 7/2005 號法律修改)所規定及處罰之一項貨物欺詐罪部分陷入了認定的事實不足的

瑕疵(刑事訴訟法典第 400 條第 2 款 a 項), 就此部分, 撤銷原審法院的事實審理, 將卷宗發回原審法院, 對整個訴訟標的, 由沒有介入的法官組成的合議庭重新進行審理, 然後作出判決。

上訴人的這方面的上訴理由成立, 而上訴的其餘問題由於此決定, 沒有再審理的必要。

四.決定：

綜上所述, 中級法院合議庭裁定上訴人的上訴理由部分成立, 撤銷原審法院的認定有關檢察院控告的嫌犯觸犯 7 月 15 日第 6/96/M 號法律第 28 條第 1 款 a 項(經 2 月 11 日第 2/2002 號法律及 8 月 22 日第 7/2005 號法律修改) 所規定及處罰之一項貨物欺詐罪部分的事實審理, 將卷宗發回原審法院, 對整個訴訟標的, 由沒有介入的法官組成的合議庭重新進行審理, 然後作出判決, 不審理上訴人所提出的其他上訴問題。

上訴人需要支付本案 1 / 3 訴訟費用以及 1 個計算單位的司法費。

澳門特別行政區, 2015 年 12 月 15 日

蔡武彬

司徒民正

陳廣勝(但本人認為應維持原判)