

## 上訴案第 140/2022 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下列嫌犯並提請初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理：

第一嫌犯 A 和第二嫌犯 B 為共同直接正犯，以既遂方式觸犯：

- 《刑法典》第 211 條第 4 款 a 項結合第 1 款和第 196 條 b 項所規定和處罰的 1 項詐騙罪；
- 《刑法典》第 211 條第 4 款 a 項結合第 1 款和第 196 條 b 項所規定和處罰的 1 項詐騙罪；

第一嫌犯 A 為直接正犯，以既遂方式觸犯：

- 《刑法典》第 317 條所規定和處罰的 1 項違反判決所定之禁止罪。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR5-21-0207-PCC 號案件中，經過庭審，最後判決：

- 第一嫌犯 A 被指控以共同直接正犯，以既遂方式觸犯《刑法典》第 211 條第 4 款 a 項結合第 1 款和第 196 條 b 項所規定和處罰的一項「加重詐騙罪」，改判為：以共同直接正犯，以既遂方式觸犯《刑法典》第 198 條第 2 款 a) 項結合第 196 條 b) 項所規定和處罰之一項「加重盜竊罪」，罪名成立，判處三年五

個月徒刑。

- 第一嫌犯 A 被指控以直接正犯，以既遂方式觸犯《刑法典》第 317 條所規定和處罰的一項「違反判決所定之禁止罪」，改判為：以直接正犯，以既遂方式觸犯第 10/2012 號法律第 12 條第(2)項，結合《刑法典》第 312 條第 1 款 a)項所規定和處罰之一項「違令罪」，並應裁定罪名成立，判處三個月徒刑；
- 兩罪競合，合共判處第一嫌犯 A 三年六個月實際徒刑的單一刑罰。
- 第二嫌犯 B 被指控以共同直接正犯，以既遂方式觸犯《刑法典》第 211 條第 4 款 a 項結合第 1 款和第 196 條 b 項所規定和處罰的一項「加重詐騙罪」，改判為：以共同直接正犯，以既遂方式觸犯《刑法典》第 198 條第 2 款 a)項結合第 196 條 b)項所規定和處罰之一項「加重盜竊罪」，罪名成立，判處三年實際徒刑；及
- 第一嫌犯 A 和第二嫌犯 B 被以連帶方式向被害人 C 支付財產損害賠償港幣二十九萬四千元 ( HKD294,000.00 )，附加該等金額自判決作出至完全支付賠償之法定利息。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由：

1. 原審法院判處上訴人觸犯一項「加重盜竊罪」和一項「違令罪」，分別判處 3 年 5 個月徒刑和 3 個月徒刑，合共判處 3 年 6 個月單一實際徒刑；

**i.關於違令罪**

2. 從卷宗第 534 至 543 頁可見，於 2020 年 3 月 20 日，上訴人在第 CR3-19-0149-PCC 號案中被判處禁止進入賭場的附加刑，為期三年，該判決於 2020 年 4 月 20 日已轉為確定；然而，需注意的是，從卷宗第 536 背頁可見，該案的審判聽證是在上訴人缺席的情況下按照法定程序公開進行。從卷宗第 544 及背頁的審判聽證紀錄可見，該案的宣判程序亦是在上訴人缺席下

進行；

2. 可見，上訴人根本沒有出席第 CR3-19-0149-PCC 號案的審判聽證及宣判程序；
3. 的確，卷宗第 545 頁顯示於 2020 年 8 月 25 日，初級法院以掛號信形式將該案判決寄予上訴人，然而，卷宗內根本沒資料顯示上訴人本人簽收了該掛號信，且知悉該判決書的內容；
4. 被上訴裁判事實判斷中僅指於“於 2020 年 8 月 25 日，初級法院以掛號信形式將上述判決寄予第一嫌犯( 見卷宗第 545 頁 )。因此，第一嫌犯已收到上述信件，在本案案發前已知悉上述判決的內容。”，繼而抽象地認定“2020 年 12 月 31 日前，第一嫌犯已收到上述信件，知悉上述判決的內容。”；
5. 按照本澳一貫的司法程序可以得知，倘若內地居民涉嫌在本澳犯罪，在檢察院接受偵查期間一般會簽署《刑事訴訟法典》第 315 條所規定的同意缺席受審聲明，完成手續後，檢察院便會將該名內地居民送交警方作適當處理，治安警察局一般會將該名內地居民即時驅逐出境。故此，該名內地居民將來被控訴的話便會在缺席下進行審判聽證及宣判，以及由其辯護人作出代理；
6. 上訴人正正是一名內地居民，亦正正基於以上原因，最終在缺席下進行審判聽證及宣判，儘管上訴人有辯護人進行代理，但需注意的是，上訴人在該案未有自聘辯護人，而是由法院指派的辯護人為其進行代理及辯護，故完成程序後，上訴人亦未有條件通過其辯護人知悉判決內容；
7. 再者，眾所週知，去年內地受到新冠肺炎疫情的影響，內地各市各區的防控政策管理不一，郵遞服務或多或少會受到一定程度的影響，故此，儘管已證事實第 34 條證實於 2020 年 8 月 25 日初級法院以掛號信形式將該案判決寄予上訴人，但基於卷宗內未有資料顯然上訴人本人簽收該掛號信，結合以上分析，根本不能得出 2020 年 12 月 31 日前，上訴人已收到該信件且知悉判決的內容的結論；

8. 上訴人在保持充分尊重下，實在未能認同原審法院認定已證事實第 35 條事實；
9. 上訴人相信任何一個普通人，經分析卷宗內的資料後，均能發現原審法院對已證事實第 34 條中得出在邏輯上不可接受的結論，有關認定亦是違反了一般社會之經驗法則；
10. 此外，基於卷宗內未有資料顯示上訴人本人簽收了該掛號信，原審法院的認定亦顯然違反了疑罪從無原則；
11. 基於此，原審法院就上訴人所觸犯的「違令罪」方面存在審查證據時明顯有錯誤，導致被上訴的判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項規定的審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵，並請求尊敬的法官 閣下重新考慮案件內一切證據及對上訴人有利之情節，繼而宣告開釋上訴人被判處的一項「違令罪」。

## ii.關於加重盜竊罪

- 12.在保持充分尊重下，上訴人並不認同被上訴裁判第 23 至 24 頁的見解，具體如下：

### (i) 錯誤解釋和適用《刑法典》第 29 條第 1 款之規定

- 13.根據已證事實可見，於 2020 年 12 月 31 日、2021 年 1 月 2 日、2021 年 1 月 3 日、2021 年 1 月 4 日和 2021 年 1 月 5 日，分別在星際娛樂場、銀河娛樂場和新濠天地娛樂場內的 XX 貴賓會，上訴人和其他人士多次將被害人的籌碼據為己有，對此，原審法院認為上訴人主觀上僅構成唯一持續犯意；
14. 參考終審法院於第 25/2013 號案件中就《刑法典》第 29 條第 1 款規定所引用的見解，結合已證事實 2 條和第 3 條可見，上訴人並非在持續時間和同一地點持續將被害人的籌碼據為己有，上訴人主觀上亦根本沒有行為持續期間的概念及計劃；
15. 上訴人每次的行為均是基於新的共同犯意和計劃，伺機將被害人交付的籌碼在代賭途中據為己有，而並非要持續地取去被害人的籌碼；
16. 故此，應按照上訴人的每次行為按一個故意計算相關犯罪行

為；

17. 其中，上訴人最嚴重的行為涉及 HKD22,000 的金額，相關金額仍未達至《刑法典》第 196 條 a 項所指的巨額；
18. 在相關金額未達至巨額的情況下，根據《刑法典》第 197 條第 3 款規定，有關犯罪取決於被害人的告訴；
19. 卷宗第 57 背面關於被害人的供未來備忘用聲明中，被害人明確指出不追究上訴人及涉嫌人士的刑事責任；根據《刑法典》第 108 條第 2 款規定，上訴人亦不反對被害人撤回告訴；
20. 換言之，根據《刑事訴訟法典》第 38 條第 1 款規定，尊敬的檢察院應無繼續進行本程序的正當性；
21. 基於此，應開釋上訴人被判處觸犯的一項「加重盜竊罪」。

倘不如此認為，則：

(ii) 錯誤解釋和適用《刑法典》第 29 條第 2 款之規定

22. 倘認為上訴人所作的行為具備時間上的關聯，且同一故意的話，亦應改判上訴人是以連續犯方式觸犯相關犯罪；
23. 在本案中，上訴人的行為均是損害了被害人的財產法益，屬數次觸犯同一罪狀及侵害同一法益；
24. 其次，上訴人所用的手段均為同一種，在代賭期間將由其保管的籌碼據為己有。
25. 最後，上訴人實施有關犯罪是基於被害人與 KK 之間的代賭協議而可以持續使用被害人的籌碼進行賭博，此一情節方便了上訴人的犯罪活動再次出現，對上訴人以不同方式作出符合法律規定的行為之要求亦越來越低；
26. 按《刑法典》第 73 條規定，連續犯係以可科處於連續數行為中最嚴重行為之刑罰處罰之；
27. 正如上述，上訴人最嚴重的行為涉及 HKD22,000 的金額，相關金額仍未達至《刑法典》第 196 條 a 項所指的巨額，故此，在被害人表示不追究的情況下，尊敬的檢察院應無繼續進行本

程序的正當性。

28. 基於此，應開釋上訴人被判處觸犯的一項「加重盜竊罪」。

倘不如此認為，則：

(iii)錯誤解釋和適用《刑法典》第 198 條和第 199 條之規定

29. 上訴人認為根據案中已證事實，有關行為應構成《刑法典》第 199 條所規定及處罰的信任之濫用罪，然而，被上訴裁判卻認為上訴人的行為構成盜竊罪；

30. 事實上，貴院於第 358/2015 號案件中曾就如何區分信任之濫用罪和盜竊罪作出了精辟見解；

31. 在本案中，從卷宗第 101、102、108、109、167、168、223、224、290 的錄影片段可見，被害人在帳房提取籌碼後均將籌碼交予上訴人及其同伙，被害人在帳房提取籌碼後均將籌碼交予上訴人及其同伙代為下注，故存在“動產交付”。

32. 其次，該交付是基於代賭協議而交付，即被害人將屬其所有的籌碼以不移轉所有權的方式交付予第一嫌犯及其同伙代為進行賭博，從已證事實第 4 條、第 7 條、第 9 條、第 12 條、第 14 條、第 17 條、第 19 條、第 22 條、第 24 條可見，上訴人及其同伙獲被害人交付籌碼後亦真的有使用該等籌碼替被害人進行賭博，當中，上訴人及其同伙是獲交付該等籌碼的直接支配權，即其可以自行使用該等籌碼自由投注進行賭博，故存在“合法的交付”；

33. 最後，按照已證事實，上訴人及其同伙正是通過代賭協議（合法途徑）接受該等籌碼（動產），然後通過上訴人及其伙的不正當行為將所保管的籌碼據為己有；

34. 毫無疑問，按照已證事實，上訴人的行為應構成《刑法典》第 199 條第 1 款結合第 4 條 b 項所規定及處罰的信任之濫用罪；

35. 基於此，原審法院錯誤解釋及適用《刑法典》第 196 條和 199 條之規定，應將上訴人被判處觸犯的加重盜竊罪改判為信任之濫用罪，並就此重新進行量刑。

(iv) 量刑過重

36. 在保持充分尊重下，就原審法院在確定「加重盜竊罪」的刑罰份量方面，在保持充分尊重下，上訴人認為是偏高(重)的，其違反了《刑法典》第 40 條、第 65 條及第 201 條之規定；
37. 首先，原審法院證實上訴人已將港幣七萬元籌碼交還給被害人，結合已證事實第 29 條可見，上訴人及第二嫌犯是主動即時將該港幣七萬元籌碼交還給被害人，儘管所返還的金額並非全部，但按《刑法典》第 201 條第 2 款規定，仍可作出特別減輕；
38. 雖然上訴人在庭審中保持沉默，此為上訴人之權利，但上訴人行使沉默權是不會為其帶來不利後果，即法院不能以此來給予上訴人特別減輕此一機會；
39. 的確，上訴人並非初犯，其具備一「文件及索取或接受罪」的刑事紀錄，但該前科與本案的犯罪性質及種類不同；
40. 再次強調，卷宗第 57 背面關於被害人的供未來備忘用聲明中，被害人明確指出不追究上訴人及涉嫌人士的刑事責任；
41. 其次，正如原審法院所言，是次犯罪後果不法性一般；
42. 此外，綜觀整宗案件，上訴人並非主謀，其只是一名“下線”，已證事實中亦沒有指出上訴人在是次事件中獲得了不法利益；
43. 以上種種均顯示上訴人存在明顯減輕事實之不法性及行為人之罪過之情節，就「加重盜竊罪」(或信任之濫用罪)方面，應根據《刑法典》第 201 條第 2 款之規定作特別減輕。
44. 上訴人被判處觸犯的「加重盜竊罪」，其法定刑幅均為 2 年至 10 年徒刑，經特別減輕後，根據《刑法典》第 67 條第 1 款 a 項及 b 項之規定，其刑幅減至 1 個月至 6 年 6 個月徒刑之間，上訴人認為原審法院判處上訴人 3 年 5 個月徒刑，明顯是偏重的，其接近刑幅一半；
45. 基於此，請求 閣下重新考慮上述事實和對上訴人重新量刑，繼而處以較輕的刑罰，應判處少於 2 年徒刑，並給予緩刑機會；

46. 倘認為上訴人不具備特別減輕情節，上訴人仍認為原審法院就「加重盜竊罪」的量刑的是偏重的。
47. 以 貴院第 1114/2019 號案作參考，該案的嫌犯同樣觸犯了一項相當巨額的加重盜竊罪和違令罪，分別被判處 2 年 9 個月徒刑和 4 個月徒刑，兩罪競合後合共判處了 2 年 10 個月單一實際徒刑；
48. 需注意的是，該案的嫌犯在庭審中否認控罪，所盜取的金額為港幣 50 萬籌碼，且該名嫌犯亦非初犯，有高達 13 項前科，包括盜竊罪未遂及加重盜竊罪，曾多次入獄；
49. 與之對比，在本案中，儘管上訴人所取去籌碼同為相當巨額，但合共港幣 364,000 元，並已返還港幣 7 萬元，比上述案件中的港幣 50 萬少；
50. 其次，在本案中，儘管上訴人亦非初犯，但其僅有一項前科，該前科與本案的犯罪性質及種類不同，比上述案件中高達 13 項前科，且包括盜竊罪未遂及加重盜竊罪為輕；
51. 再者，在本案中，上訴人只是行使其沉默權，與上述案件中的嫌犯否認控罪並不相同；
52. 此外，在本案中，上訴人並非主謀，且已返還部份款項予被害人，被害人亦表示不追究上訴人的刑事責任；
53. 然而，在同樣觸犯相當巨額加重盜竊罪的情況下，在上述案件中，該案嫌犯被判處 2 年 9 個月徒刑，在本案中，上訴人卻被判處 3 年 5 個月徒刑；
54. 毫無疑問，原審法院的量刑是偏重的，基於此，請求 閣下重新考慮上述事實和對上訴人重新量刑，繼而處以較輕的刑罰，應判處 2 年 7 個月徒刑。

請求，綜上所述，和依賴 法官閣下之高見，應裁定本上訴理由成立，繼而：

- 開釋上訴人被判處的一項「違令罪」，因被上訴之裁判違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項之規定；

- 開釋上訴人被判處的一項「加重盜竊罪」，因被上訴裁判錯誤解釋及適用《刑法典》第 29 條規定；尚不如此認為，則：
- 將上訴人被判處的一項「加重盜竊罪」改判為「信任之濫用罪」，因被上訴裁判錯誤解釋及適用《刑法典》第 198 條和 199 條之規定；
- 對本案犯罪重新量刑，並判處被指觸犯的「加重盜竊罪」具備特別減輕情節，應判處少於 2 年徒刑，並給予緩刑機會；倘不如此認為，則應判處 2 年 7 個月徒刑。

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆：

1. 上訴人認為該案的審判聽證是在上訴人缺席的情況下按照法定程序公開進行，從卷宗第 544 及背頁的審判聽證紀錄可見，該案的宣判程序亦是在上訴人缺席下進行，可見，上訴人根本沒有出席第 CR3-19-0149-PCC 號案的審判聽證及宣判程序，卷宗第 545 頁顯示於 2020 年 8 月 25 日，初級法院以掛號信形式將該案判決寄予上訴人，然而，卷宗內根本沒資料顯示上訴人本人簽收了該掛號信，且知悉該判決書的內容，原審法院的認定顯然違反了疑罪從無原則，基於此，原審法院就上訴人所觸犯的「違令罪」方面存在審查證據時明顯有錯誤。
2. 本院不認同上訴人的觀點。
3. 原審法院是根據第二嫌犯的訊問筆錄，被害人的聲明筆錄，各證人的證言、並結合在審判聽證中審查的扣押品、書證，以及其他證據後形成心證。
4. 法院是根據《刑事訴訟法典》第 114 條的規定按照經驗法則和自由心證來予以自由評價。
5. 在本案中，根據卷宗資料顯示，於 2020 年 8 月 25 日，初級法院依法根據上訴人所填報的地址透過掛號信將判決通知上訴人，根據《刑事訴訟法典》第 100 條第 2 款的規定，則推定在郵政掛號日之後第三日接獲通知。其後，卷宗內並沒有任何

退回信件의 記錄，亦沒有資料顯示當時澳門與內地之間的郵政服務因新冠疫情影响而停頓，因此，我們認為上訴人已知悉上述判決的內容。

6. 想強調一點，《刑事訴訟法典》並沒有規定，將判決內容通知嫌犯時，必須以具收件回執之掛號信方式作出，因此，在卷宗內沒有上訴人簽收掛號信（通知判決書）的記錄是正常的。
7. 從經驗法則及邏輯的角度考慮，有關的證據可客觀、直接及合理地證明上訴人實施了有關罪行，而原審法院在審查證據方面並不存在上訴人所提出的任何錯誤，更遑論明顯錯誤。
8. 上訴人認為被上訴判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項的瑕疵的理由是不成立的。
9. 上訴人認為上訴人每次的行為均是基於新的共同犯意及計劃，伺機將被害人交付的籌碼在代賭途中據為己有，而並非要持續地取去被害人的籌碼，故此，應按照上訴人的每次行為按一個故意計算相關犯罪行為。
10. 本院不認同上訴人的觀點。
11. 根據已證事實，兩名嫌犯和其指示者的想法是利用上述方法盡可能地不斷從被害人處取得籌碼，並沒有具體要取得的金額或行為持續期間的概念。
12. 上訴人於 2020 年 12 月 31 日至 2021 年 1 月 5 日期間，按照事先的犯罪計劃先後多次從被害人處取得籌碼，根據經驗法則，從其行為中可以看到，上訴人是透過多次的行為盡可能盜取被害人最多的金錢，上訴人在這六天內的多個行為聯繫起來具有時間上的關聯性，亦無須重新形成犯罪動機，我們認為上訴人的多個行為具有同一犯罪故意，應以一罪論處，原審法院對上訴人所判處的一項「加重盜竊罪」並無不妥。
13. 因此，上訴人這部分的上訴理由並不成立。
14. 上訴人又認為上訴人所作的行為具備時間上的關聯，且同一故意的話，亦應改判上訴人是以連續犯方式觸犯相關犯罪。

15. 由於我們認為上訴人的行為應僅構成一項「加重盜竊罪」，故不會構成連續犯。
16. 因此，上訴人這部分的上訴理由並不成立。
17. 上訴人認為是基於代儲協議而交付，即被害人將屬其所有的籌碼以不移轉所有權的方式交付予第一嫌犯及其同伙代為進行賭博，上訴人及其同伙獲被害人交付籌碼後亦真的有使用該等籌碼替被害人進行賭博，當中，上訴人及其同伙是獲交付該等籌碼的直接支配權，即其可以自行使用該等籌碼自由投注進行賭博，故存在“合法的交付”，根據案中已證事實，有關行為應構成《刑法典》第 199 條所規定及處罰的信任之濫用罪。
18. 本院不認同上訴人的觀點。
19. 雖然上訴人與被害人之間存有“代賭協議”，但我們認為不能因此認定被害人已經將該筆籌碼已經以不移轉所有權的方式交付給上訴人，我們應該將“代賭協議”限於合法的投注之中去理解，上訴人有權使用籌碼自由作出投注，但無權暗地裏取去籌碼，因此，不能將本案的情況理解為存在“合法的交付”。
20. 反而，我們認為上訴人意圖取去被害人的籌碼，藉着賭博活動令被害人交出籌碼，並伺機取去籌碼據為己有，上訴人的行為符合「加重盜竊罪」的構成要件。
21. 因此，上訴人這部分的上訴理由並不成立。
22. 上訴人認為本案的量刑過重。
23. 在具體量刑方面，《刑法典》第 40 條及第 65 條確立了量刑應考慮的因素和量刑的標準。
24. 根據“自由邊緣理論”，法庭在訂定具體刑幅時會根據抽象刑幅之最低及最高限度之間訂定的。
25. 上訴人觸犯一項《刑法典》第 198 條第 2 款 a 項結合第 196 條 b 項所規定及處罰的「加重盜竊罪」，可判處 2 年至 10 年徒刑。
26. 特別預防方面，上訴人並非初犯，在庭上保持沉默，雖然已向

被害人返還部份籌碼，但僅屬小部分，本次犯罪後果嚴重，故意程度屬高，行為不法性屬中等。

27. 一般預防方面，上訴人實施的加重盜竊行為性質惡劣，事先經過策劃，情節嚴重，侵犯了相關被害人的財產，嚴重影響娛樂場的運作及澳門博彩業的形象，有關罪行對社會安寧及法律秩序造成負面沖擊，對澳門的社會治安情況帶來威脅，我們認為一般預防有更高的要求。
28. 原審法院對上訴人觸犯的罪行所判處的刑罰份量，是適量的，並沒有過重的情況，本院認為符合一般預防及特別預防的要求，沒有違反《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定。
29. 因此，沒有違反《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定。
30. 上訴人認為應按照《刑法典》第 201 條第 2 款的規定給予特別減輕。
31. 根據已證事實，上訴人向被害人返還籌碼是因為已被他人揭發事件，而且所返還的籌碼相對已盜取的籌碼來說金額太小，我們認為按照本案的情節不足以給予上訴人特別減輕刑罰。
32. 因此，上訴人這部份的上訴理由不成立，應予以駁回。

駐本院助理檢察長提出法律意見書，認為上訴人的上訴理由部份成立，改判上訴人觸犯《刑法典》第 199 條第 1 款結合第 4 款 b 項所規定及處罰的信任之濫用罪，並重新量刑。至於其他的上訴理由不應成立，並予以駁回。

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

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

1. 2020 年 12 月 30 日前，被害人 C 與一名自稱「KK」的男子達成代賭博議，即由被害人出資，「KK」派其同伙代被害人賭博。
2. 達成協議後，第一嫌犯 A、第二嫌犯 B 接到「KK」的指示，要求兩人聯同其他同伙陪同被害人前往娛樂場按上述的方式代被害人賭博，但伺機將被害人的籌碼取走。
3. 兩名嫌犯和其指示者的想法是利用上述方法盡可能地不斷從被害人處取得籌碼，並沒有具體要取得的金額或行為持續期間的概念。
4. 於是，12 月 31 日下午，第一嫌犯、第二嫌犯和一名不明男子在星際娛樂場 XX 貴賓會使用被害人提供的籌碼代其賭博。當時，第一嫌犯負責記錄賭博的情況和保管籌碼，第二嫌犯在旁觀看。
5. 期間，第一嫌犯在被害人不知情的情況下，先後於下午約 2 時 47 分、約 3 時 21 分、約 4 時 05 分、約 5 時 46 分和約 6 時 54 分，5 次每次分別均將由其保管的至少港幣一萬元籌碼藏進隨身衣服裏（見第 88-99、107-138 頁）。
6. 在上一點所述過程中，第二嫌犯知悉第一嫌犯取走和藏起籌碼的行為，但基於第 2 點所述的指示而配合裝作不知情並放任為之。
7. 2021 年 1 月 2 日下午約 3 時 07 分，第一嫌犯和一名不明男子在銀河娛樂場 XX 貴賓會使用被害人提供的籌碼代其賭博。當時，第一嫌犯負責記錄賭博的情況和保管籌碼。
8. 期間，第一嫌犯在被害人不知情的情況下，於下午約 3 時 37 分將由其保管的至少港幣一萬元籌碼進隨身衣服裏。
9. 下午約 4 時 22 分，仍然在使用被害人提供的籌碼之下，第一嫌犯轉往另一張賭檯，與第二嫌犯一起代被害人賭博。當時，第二嫌犯負責投注，第一嫌犯負責記錄賭博的情況和保管籌碼。
10. 期間，第一嫌犯在被害人不知情的情況下，先後於下午約 4 時

50 分、約 4 時 59 分、約 5 時 52 分，3 次每次分別均將由其保管的至少港幣一萬元籌碼藏進隨身衣服裏（見第 266-268、277-290 頁）。

11. 在上一點所述過程中，第二嫌犯知悉第一嫌犯取走和藏起籌碼的行為，但基於第 2 點所述的指示而配合裝作不知情並放任為之。
12. 2021 年 1 月 2 日晚上約 8 時 46 分，第一嫌犯和一名不明男子在新濠天地娛樂場 XX 貴賓會使用被害人提供的籌碼代其賭博時，第一嫌犯在被害人不知情的情況下，將由其保管的籌碼中的至少一個港幣一萬元籌碼放入褲袋裏。
13. 晚上約 9 時 01 分，第一嫌犯離開貴賓會時，將上一點所述的籌碼交給第二嫌犯保管（見第 308-310 頁），而第二嫌犯亦知悉上述籌碼是由第一嫌犯私下從被害人處取走。
14. 2021 年 1 月 3 日下午，第一、第二嫌犯和一名不明男子在新濠天地娛樂場 XX 貴賓會使用被害人提供的籌碼代其賭博。當時，第一嫌犯負責記錄賭博的情況和保管籌碼，第二嫌犯在旁觀看。
15. 期間，第一嫌犯在被害人不知情的情況下，先後於下午約 3 時 03 分、約 4 時 24 分、約 5 時 11 分和約 5 時 21 分，4 次每次分別均將由其保管的至少港幣一萬元籌碼藏進隨身衣服裏，另外還先後於下午約 4 時 23 分和 5 時 12 分，2 次每次分別均將由其保管的至少港幣一千元籌碼藏進隨身衣服裏（見第 308-316 頁）。
16. 在上一點所述過程中，第二嫌犯知悉第一嫌犯取走和藏起籌碼的行為，但基於第 2 點所述的指示而配合裝作不知情並放任為之。
17. 2021 年 1 月 3 日晚上，第一嫌犯、一名叫「阿 Y」的男子和一名不明男子在星際娛樂場 XX 貴賓會使用被害人提供的籌碼代其賭博。當時，第一嫌犯負責記錄賭博的情況和保管籌碼。

18. 期間，第一嫌犯在被害人不知情的情況下，先後於晚上約 8 時 32 分、約 9 時 38 分和約 10 時 38 分，3 次每次分別均將由其保管的至少港幣一萬元籌碼藏進隨身衣服裏（見第 88-99、143-163 頁）。
19. 2021 年 1 月 4 日下午，第一嫌犯和一名不明男子為一組，第二嫌犯和「阿 Y」為一組，在星際娛樂場 XX 貴賓會使用被害人提供的籌碼代其賭博。當時，兩名嫌犯在其各自的組中負責記錄賭博的情況和保管籌碼。
20. 期間，第一嫌犯在被害人不知情的情況下，先後於下午約 4 時 56 分、約 5 時 18 分、約 6 時 53 分和約 8 時 02 分，4 次每次分別均將由其保管的至少港幣一萬元籌碼藏進隨身衣服裏。
21. 第二嫌犯也在被害人不知情的情況下，先後於下午約 4 時 55 分、約 5 時 08 分、約 6 時 19 分、約 6 時 48 分、約 7 時 36 分和約 7 時 46 分，6 次每次分別均將由其保管的至少港幣一萬元籌碼藏進隨身衣服裏（見第 88-99、164-219 頁）。
22. 2021 年 1 月 4 日晚上，第一嫌犯、第二嫌犯和一名不明男子在銀河娛樂場 XX 貴賓會使用被害人提供的籌碼代其賭博。當時，第一嫌犯負責記錄賭博的情況和保管籌碼。
23. 期間，第一嫌犯在被害人不知情的情況下，先後於翌日凌晨約 0 時 06 分和約 0 時 14 分，2 次每次分別均將由其保管的至少港幣一萬元籌碼藏進隨身衣服裏（見第 266-268、290-294 頁）。
24. 2021 年 1 月 5 日下午，第一嫌犯和一名男子 D 為一組，第二嫌犯和「阿 Y」為一組，在星際娛樂場 XX 貴賓會使用被害人提供的籌碼代其賭博。當時，兩名嫌犯在其各自的組中負責記錄賭博的情況和保管籌碼。
25. 期間，第一嫌犯在被害人不知情的情況下，先後於下午約 2 時 47 分、約 3 時 25 分和約 4 時 13 分，3 次每次分別將由其保管的港幣一萬元、至少二萬二千元和一萬元籌碼藏進隨身衣服裏。

26. 下午約 5 時 20 分，賭博結束，被害人清點賭檯上的籌碼後，由貴賓會職員協助存入帳戶（見第 88-99、221-262 頁）。
28. 同日稍晚，星際娛樂場 XX 貴賓會職員告知被害人於 1 月 5 日的賭博活動中，結存的金額較實際金額為少，被害人遂向在場眾人及透過手機向「KK」追問，才揭發事件，但當時仍未知悉當天前亦曾被取走籌碼一事。
29. 在「KK」透過手機與在場嫌犯一伙討論後，第一、二嫌犯按其指示分別將當天取走當中的四萬和三萬港元籌碼拿出，交由第二嫌犯歸還被害人（見第 13 頁）。
30. 不論是「KK」或兩名嫌犯，均並非欲真誠地履行上述代賭協議。事實上，彼等只是藉着上述賭博活動，讓被害人交出籌碼，意圖並實際地再伺機將上述取走、收藏的籌碼據為己有。
31. 第一、二嫌犯知道上述取走的所有籌碼屬被害人所有，仍與他人共同決意，分工合作，透過上述代賭協議和行為作為手段，令被害人誤以為彼等會單純地代替自己賭博獲利而將上述籌碼交給他們，進而因彼等的行為造成相應的財產損失。
32. 另一方面，2020 年 3 月 20 日，第一嫌犯被初級法院判處禁止進入博彩娛樂場所，為期三年（見第 535 至 543 頁）。
33. 2020 年 4 月 20 日，上述判決轉為確定。
34. 2020 年 8 月 25 日，初級法院以掛號信形式將上述判決寄予第一嫌犯（見第 545 頁）。
35. 2020 年 12 月 31 日前，第一嫌犯已收到上述信件，知悉上述判決的內容。
36. 然而，第一嫌犯至少於 2020 年 12 月 31 日至 2021 年 1 月 5 日的期間內如上述進入娛樂場賭博。
37. 第一嫌犯和第二嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，作出上述行為。
38. 第一嫌犯和第二嫌犯清楚知道其行為犯法，會受法律制裁。

**答辯狀中尤其以下事實獲證明：**

兩名嫌犯所實施的行為方式及日期如下：

**日期：2021 年 12 月 31 日（主要見控訴書第 5 條）**

| 時間      | 籌碼        | 地點           | 行為人  |
|---------|-----------|--------------|------|
| 下午 2:47 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 3:21 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 4:05 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 5:46 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 6:54 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |

**日期：2021 年 1 月 2 日（主要見控訴書第 8、10、12 條）**

| 時間      | 籌碼        | 地點             | 行為人  |
|---------|-----------|----------------|------|
| 下午 3:37 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會   | 第一嫌犯 |
| 下午 4:50 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會   | 第一嫌犯 |
| 下午 4:59 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會   | 第一嫌犯 |
| 下午 5:52 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會   | 第一嫌犯 |
| 下午 8:46 | HKD10,000 | 新濠天地娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |

**日期：2021 年 1 月 3 日（主要見控訴書第 15、18 條）**

| 時間      | 籌碼        | 地點             | 行為人  |
|---------|-----------|----------------|------|
| 下午 3:03 | HKD10,000 | 新濠天地娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 4:23 | HKD10,000 | 新濠天地娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |

|          |           |                |      |
|----------|-----------|----------------|------|
| 下午 4:24  | HKD10,000 | 新濠天地娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 5:11  | HKD10,000 | 新濠天地娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 5:15  | HKD10,000 | 新濠天地娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 5:21  | HKD10,000 | 新濠天地娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 8:32  | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會   | 第一嫌犯 |
| 下午 9:38  | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會   | 第一嫌犯 |
| 下午 10:38 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會   | 第一嫌犯 |

日期：2021 年 1 月 4 日 ( 主要見控訴書第 20、21、23 條 )

| 時間      | 籌碼        | 地點           | 行為人  |
|---------|-----------|--------------|------|
| 下午 4:55 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第二嫌犯 |
| 下午 4:56 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 5:08 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第二嫌犯 |
| 下午 5:18 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 6:19 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第二嫌犯 |
| 下午 6:48 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第二嫌犯 |
| 下午 6:53 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 7:36 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第二嫌犯 |
| 下午 7:46 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第二嫌犯 |
| 下午 8:02 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |

日期：2021 年 1 月 5 日 ( 主要見控訴書第 23、25 條 )

| 時間      | 籌碼        | 地點           | 行為人  |
|---------|-----------|--------------|------|
| 上午 0:06 | HKD10,000 | 銀河娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 上午 0:14 | HKD10,000 | 銀河娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 2:47 | HKD10,000 | 銀河娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 3:25 | HKD22,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 4:13 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第一嫌犯 |
| 下午 4:14 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第二嫌犯 |
| 下午 4:27 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第二嫌犯 |
| 下午 4:42 | HKD10,000 | 星際娛樂場 XX 貴賓會 | 第二嫌犯 |

### **在庭上還證實：**

上述嫌犯已將港幣七萬元籌碼交還給被害人。

根據刑事紀錄證明，第一嫌犯並非初犯，有以下刑事紀錄：

- 於 2020 年 3 月 20 日，於第 CR3-19-0149-PCC 號卷宗內，因第一嫌犯觸犯一項文件的索取或接受罪，判處 1 年 6 個月徒刑，暫緩 2 年執行；以及禁止嫌犯進入本特別行政區所有賭場的附加刑，為期 3 年。判決已於 2020 年 4 月 20 日轉為確定。

根據刑事紀錄證明，第二嫌犯為初犯。

證實兩名嫌犯個人及經濟狀況如下：

- 第一嫌犯聲稱具有大專的學歷，每月收入人民幣五千元，需供養奶奶、父母及一名兒子。
- 第二嫌犯在 2021 年 1 月 6 日向檢察院報聲稱具有大專畢業的學歷，每月收入人民幣五千元，無需供養任何人。

### **經庭審未查明的事實：**

- 其他與上述已證事實不相符的事實。

### 三、法律部份

上訴人 A 在其上訴理由中，認為：

- 其為內地居民，缺席進行 CR3-19-0149-PCC 號案的審判聽證及宣判，其辯護人亦是被告指派的。雖然被上訴合議庭裁判中第 34 點已證事實證實初級法院以掛號信形式將判決寄予上訴人 A，基於卷宗內未有資料顯示其有簽收該信，因此認為不能得出 2020 年 12 月 31 日前其已收到該信的結論，主張原審法院就第 35 點已證事實的認定沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項的瑕疵，應不獲證實，請求開釋相關的違令罪。
- 就加重盜竊罪部份則錯誤解釋和適用《刑法典》第 29 條第 1 款或第 2 款，因為嫌犯們每次將籌碼據為己有的行為是基於新的共同犯意及計劃，故此應按照上訴人 A 每次行為按一個故意計算相關犯罪行為。此外，若認為其行為具備時間上的關聯，且同一故意的話，其行為應符合《刑法典》第 29 條第 2 款連續的規定。因為其行為屬數次觸犯同一罪狀及侵害同一法益，且手段均為同一種，犯罪情節亦方便了上訴人 A 的犯罪活動再次出現。因此，不論是適用第 29 條第 1 款或第 2 款，由於最嚴重的行為未達巨額，且被害人不追究，應開釋其被判處的加重盜竊罪。
- 根據已證事實足以證明嫌犯 A 的行為符合《刑法典》第 199 條所規定及處罰之「信任之濫用罪」的主客觀構成要件，原因是從錄影片段可見被害人在帳房提取籌碼後交予上訴人 A 及其同伙代為下注，故存在“動產交付”，而該交付是基於代賭協議。即是說，上訴人 A 及其同夥是透過代賭協議（合法途徑）接受該等籌碼（動產），然後通過不正當行為將所保管的籌碼據為己有，主張其行為應構成《刑法典》第 199 條第 1 款結合第 4 款 b 項所規定及處罰的信任之濫用罪，並請求重新量刑。
- 最後，作為補充上訴理由，上訴人認為被上訴合議庭量刑過重，

因為，一方面，上訴人已將 70,000 港元籌碼交還被害人，原審法院應按《刑法典》第 201 條第 2 款規定作出特別減輕；另一方面，上訴人雖非初犯，但前科與本案犯罪性質不同，且被害人已聲明不追究本案的刑事責任，以及上訴人 A 在案中非主謀，因此主張若能適用特別減輕，應改判處不高於 2 年的徒刑，或在無特別減輕的情況下應改判處 2 年 7 個月的徒刑，並予以緩刑。

我們看看。

### （一）審查證據方面的明顯錯誤的瑕疵

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裁判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。<sup>1</sup>

就上訴人所提出的問題的內容來看，實際上包含著兩個方面的問題：第一是原審法院認定其收到通知判決書的信件的時間的事實的程序上的意義，即確定第 35 條已證事實是否存在審查證據的明顯錯誤；第二則是原審法院確認上訴人受到判決書的信件通知的事實所形成的實體法上的意義，即是否可以得出就有關違犯法院判決罪的先決條件的事前收到法院判決而拒不執行的結論，這是一個確定結論性事實的一個步驟，即使已證事實沒有予以認定，也可以通過已證事實進行推論，然後得出結論。

那麼，我們繼續。

---

<sup>1</sup> 參見中級法院於 2014 年 6 月 19 日在第 191/2014 號上訴案件、於 2014 年 6 月 19 日在第 116/2012 號及第 65/2012 號上訴案件、於 2014 年 6 月 5 日在第 623/2013 號上訴案件、2014 年 5 月 29 日在第 115/2014 號上訴案件等。

上訴人所指責的第 35 點已證事實為：“2020 年 12 月 31 日前，第一嫌犯已收到上述信件，知悉上述判決的內容。”這點事實構成了可以判處上訴人被控告的罪名的事實基礎。

在此，原審法院明顯適用了法律上容許的推定的證據方法，並且是法律的推定方法。

我們知道，雖然《刑事訴訟法典》在有關證據方法的規定部分，沒有直接規定推定的方法，但是在有關“通知”的規定部分明文規定了推定的制度，即第 100 條第 2 款的法定推定（《民法典》第 343 條）。

這裡原審法院分別使用了兩種推定方法認定第 35 條的兩項事實。第一項事實：2020 年 12 月 31 日前，第一嫌犯已收到上述信件；第二項事實是“知悉上述判決的內容”。

關於第一項事實，原審法院沒有直接適用《刑事訴訟法典》第 100 條第 2 款的推定，而是變通地適用了此項法律推定，也就是說，沒有嚴格按照該條的三天收到信件的推定，而是擴大至事實判決書中所禁止的行為的實施之前的時刻。這種適用方式可以理解，因為信件是寄往在中國內地的上訴人的住址，原審法院靈活地適用了《民事訴訟法典》第 95 條第 2 款所規定的“中間期間”。然而，無論這種適用方式是否正確，原審法院的通知並沒有嚴格按照《刑事訴訟法典》第 100 條第 2 款的通知程序辦，因為作出通知司法文員並沒有“在通知行為中載明有關告誡”，即沒有告誡被通知者有關中間期間推定事宜。我們從第 34 條事實所引用的卷宗第 545 頁的通知事項可看到，原審法院僅在第 4 點通知事項載明“判決內容，其副本附於本件”。

此項告誡的缺乏，並沒有構成法定的“無效”情事，而僅僅是一項不當情事，原則上利害關係人須在第 110 條所規定的期間提出質疑，但是，由於此項不當情事直接影響到後來的行為的價值，即原審法院基於有關的不規則行為得出一個法律所規定的效果，即確定了被通知者違反不規則通知的客體所載的禁令，並作出刑事的懲罰。

那麼，應該視上訴人適時提出質疑，法院在知悉此項不規則情事之後予以糾正（《刑事訴訟法典》第 110 條第 2 款）。也就是說，原審法院不應該認定上訴人知悉判決內容的事實，一方面由於上述所提到的不當

事情的存在，基於沒有載明法定的告誡事宜而不能得出具有告誡事宜的結論；另一方面，原審法院在認定此項事實明顯使用了二次推定，而且僅屬於“事實推定”的證明方法，即單純以文件證據予以證明的情況下，不當地使用了“事實推定”（《民法典》第 344 條——規定僅在採納人證的情況及條件下方予採納），而認定上訴人知悉判決的內容的事實。

因此，可以確認，上訴人所指責的原審法院就已證事實第 35 條的認定，由於違反了一般的證據規則而存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定的在審查證據方面的明顯錯誤的瑕疵。

另一方面，我們知道，上訴人缺席第一審的審判活動，原審法院在認定有關判決的通知的事實在程序上的意義是一回事，而認定該事實在實體法方面的意義則是另外一回事。那麼，很顯然，原審法院基於上述的確定上訴人的犯罪的客觀要素的事實存在錯誤，進而在得出上訴人的犯罪故意方面的事實結論的推定過程中也自然陷入的事實前提的錯誤。由於上訴法院沒有條件補正原審法院就有關《刑法典》第 317 條的罪名的判決方面的事實瑕疵，不得已依照《刑事訴訟法典》第 418 條的規定，將此部分發回原審法院由沒有介入的法官組成新的合議庭，進行重新審理，認定事實後作出新的判決。

## （二）關於加重盜竊罪

雖然我們決定了發回重審，但是上訴人以下的上訴理由因涉及獨立的罪名，本院的審理並沒有受到阻礙，仍然可以繼續。

### 2.1. 犯意的確定

上訴理由明顯不能成立。

被上訴的合議庭裁判已證事實顯示，上訴人 A 和同夥實施犯罪計劃時，是盡可能地不斷將被害人籌碼私下取走，並沒有具體要取得的金額或行為持續期間的概念。因此，上訴人 A 在代賭期間每次將籌碼私自據為已有的行為，均是按照上訴人 A 及同夥原先的單一相同犯罪決意為之，而不是在每一次將籌碼私下取走後，再就下一次取去籌碼的行為達

成新的犯罪決意或更新犯罪故意。因此，原審法院以犯罪故意層面以唯一持續犯意而決定判處上訴人觸犯 1 項相當巨額盜竊罪的法律適用並沒有任何可以質疑的地方，應該予以維持。

而就第 29 條第 2 款的適用問題，如之前所述，由於上訴人只有單一犯罪決意，其行為僅構成一項犯罪，因此並不能適用存在不同犯意而基於可以明顯減輕罪過的外部因素而以一項犯罪作出處罰的連續犯的規定。因此，上訴人此部份的上訴理由不能成立。

## 2.2. 加重盜竊罪還是加重濫用信用罪？

《刑法典》第 199 條第 1 款和第 4 款 b 項規定，將以不移轉所有權之方式交付予自己之動產，不正當據為己有者，為信任之濫用罪；屬相當巨額者，行為人處一年至八年徒刑。此外，同一法典第 198 條結合第 197 條規定，存有將他人屬相當巨額之動產據為己有或轉歸另一人所有之不正當意圖，而取去此動產者，為加重盜竊罪，處二年至十年徒刑。

對於《刑法典》第 199 條所規定及處罰的「濫用信任罪」，Jorge Figueiredo Dias 強調此犯罪的要點是，將以他人名義持有或擁有屬於他人動產不正當地據為己有，是透過不影響持有狀態的方法來侵犯他人的財產；因此，「濫用信任罪」在某些國家地區的法律秩序中被稱為「不當據有罪 ( Apropriação indevida )」<sup>2</sup>，行為人在起初時是合法有效地收下他人交來的財產，使其得以他人的名義臨時地擁有或持有該不動產，之後，卻改變成以所有人方式 ( "*ut dominus*" ) 繼續擁有或持有該財產。<sup>3</sup>

我們也曾經於第 385/2015 號刑事上訴卷宗中談到，「在濫用信用罪中，沒有盜竊罪的構成要素的“取去 ( *subtracção* )”，而是通過合法的途徑接受該動產 ( *recebimento* )，然後通過嫌犯的不正當轉移佔有物或持有物而事實 ( 在這裏並不是民法裡面的佔有或者持有的法律概念，而僅僅是對物的實際控制狀態 )。在這方面，最大的區別還在於兩

<sup>2</sup> 參見 Jorge e Figueiredo Dias 教授主編的《Comentário Conimbricense do Código Penal-Parte Especial》，第二冊，第 94 頁。

<sup>3</sup> M. Leal Henriques 及 M. Simas Santos 所著《澳門刑法典註釋》，葡文版，第 550 頁。

個罪名對“據為己有”的概念的適用範圍不同：盜竊罪裡面的“據為己有”是在主觀要素裡面的“將他人的動產據為己有或轉歸另一人所有之不正當意圖”，而在濫用信用罪裡面的“據為己有”是犯罪的客觀構成要素」。

在本案中，從原審法院所認定的已證事實可見，被害人基於代賭協議，將涉案的籌碼交予上訴人代為賭博，而上訴人為了不法利益，而在賭博過程中多次將部分籌碼在被害人不知情的情況下據為己有。在此，應該注意的是，儘管本案涉及可替代物——等同現金的賭場籌碼——，正如民法典第 1132 條中所規範的不規則寄託以及適用的第 1071 條借貸的制度一樣，但是，只要此交付令接受人產生返還的義務時，就同樣沒有以移轉所有權的方式交付，因為接收人在這些法律關係中仍然需要返還相同金額的籌碼或者現金，而只是不要求返還那些交付的籌碼本體而已。故仍然可以成為濫用信用罪行為所針對的客體。<sup>4</sup>

那麼，依此可以認為，上訴人已獲直接“交付”涉案籌碼（動產）的支配權，且是合法及正當的不移轉所有權的方式的交付與接收，並不存在盜竊罪構成要素的“取去”的前提，上訴人等的行為並不屬於盜竊行為。

基於此，除了對不同的法律見解表示應有的尊重外，我們認為上訴人此部分的上訴理由成立，原審法院的法律適用確實存有錯誤，並改判處其以直接共同正犯及既遂行為觸犯一項《刑法典》第 199 條第 1 款和第 4 款 b 項規定及處罰的信任之濫用罪（相當巨額）。

作出了定罪的改判，依照終審法院於 2020 年 4 月 3 日在第 130/2019 號非常上訴卷宗中所做出的統一司法見解（載於 2020 年 4 月 27 日第 17 期《澳門特別行政區公報》第一組第二副刊），本院必須重新予以量刑。

因此，我們繼續。

首先，我們仍然需要考慮上訴人最後的補充上訴理由中有關其已經

---

<sup>4</sup> 參見中級法院於 2022 年 3 月 21 日在第 759/2020 號上訴案中的司法見解，當中也引用了葡萄牙最高司法法院於 2006 年 1 月 11 日在第 2407/2003-3 號卷宗的司法見解。

將 7 萬港幣的籌碼交還予受害人的事實適用《刑法典》第 201 條第 2 款的規定的特別減輕的問題。

原審法院認定了“上述嫌犯已將港幣七萬元籌碼交還給被害人”為已證事實，但是在判決中卻遺漏了對此情節作出任何的決定，上訴法院可以直接予以考慮。

《刑法典》第 201 條第 2 款規定了如果嫌犯對受害人作出了部分的賠償或者補償，可以予以刑罰的特別減輕。由於第 2 款所規定的任意性制度，法律賦予法院自由予以裁量的決定空間。那麼，仍然需要衡量嫌犯在犯罪中的各種情節，尤其是考慮是否存在明顯減輕罪過或者不法性的情節。

根據卷宗資料，上訴人的犯罪行為令被害人承受相當巨額的財產損失，達 294,000 元港幣，雖然其彌補行為只補償了被害人的 1/4 不到的損失(HKD70,000)的等碼，但是也不妨礙考慮是否可以適用《刑法典》第 201 條第 2 款的規定。

我們看到，上訴人非為本澳居民，在庭審時保持沉默，有預謀地和同夥共同犯案，犯罪行為的不法性程度中等，犯罪後果嚴重，故意程度屬高。此外，上訴人沒有坦白認罪，未見其有悔改之心，因此，不適宜適用該條文所規定的特別減輕。

另一方面，由於上訴人的犯罪情節並不存在明顯減輕罪過或者不法性的情節，更沒有適用《刑法典》第 66 條所規定的特別減輕的空間。

那麼，就本院重新定罪的罪名的量刑方面而言，考慮到本案的所有犯罪事實以及實施的情節，根據《刑法典》第 40 條及第 65 條所規定及的量刑原則，結合考慮卷宗所顯示上訴人的罪過程度，犯罪的具體情節以及上訴人個人狀況及經濟狀況，以及作出事實前後的行為等情節，我們認為，對上訴人在 1 項「相當巨額信任之濫用罪」中，於 1 年至 8 年的刑幅間，選判一個 2 年 6 個月的徒刑的刑罰比較合適。

至此，基於此項改判，原審法院在重新審理之後，需要對倘有的判刑與此刑罰進行並罰，以及審理上訴人所提出的是否予以緩刑的請求。

#### 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，作出符合上述決定的改判，並將卷宗發回原審法院，由沒有介入的法官組成的合議庭對上訴人涉及觸犯《刑法典》第 317 條的罪名重新進行審理，然後作出決定，並將倘有的判刑與本院的改判進行並罰。

本程序的訴訟費用由上訴人支付 1/3，並支付 3 個計算單位的司法費。

澳門特別行政區，2022 年 4 月 21 日

---

蔡武彬 (裁判書製作人)

---

譚曉華 (第二助審法官)

---

陳廣勝 (第一助審法官)

(但本人僅同意本上訴判決中有關濫用信用罪的判處決定和依據，至於原審判決的其餘判處部份，則應予以維持。)