

上訴案第 115/2018 號

上訴人：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，以既遂的方式觸犯了：

- 一項澳門《刑法典》第 200 條所規定及處罰的將拾得物不正當據為己有罪；
- 四項澳門《刑法典》第 218 條第 1 款所規定及處罰的濫用擔保卡或信用卡罪。

並請求初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR4-17-0267-PCC 號普通刑事案件中，經過庭審最後作出了以下的判決：

- 檢察院指控嫌犯以直接正犯、犯罪既遂方式觸犯一項澳門《刑法典》第 200 條所規定及處罰的將拾得物不正當據為己有罪，判處罪名不成立；
- 本案對嫌犯以直接(共同)正犯和既遂方式觸犯澳門《刑法典》第 218 條第 1 款所規定及處罰的四項濫用擔保卡或信用卡罪，依次判處七個月徒刑（於 XX 訊刷卡）、五個月徒刑（於 XX 刷卡）、七個月徒刑（於 XX 刷卡）、九個月徒刑（於 XX 刷卡）；

- 數罪並罰，合共判處一年七個月實際徒刑；
- 本案對嫌犯判處的刑罰和第 CR2-16-0390-PCC 號卷宗各自判處的刑罰競合處罰。二案並罰，合共應判處嫌犯五年六個月實際徒刑；
- 判處嫌犯向被害人 B 支付澳門幣 29,767.00 元之財產損失，另加該等數額自本案判決日起計至付清之法定延期利息。

上訴人 A 不服判決，向本院提起上訴，並提出了上訴理由：

1. 初級法院第四刑事法庭合議庭於普通訴訟程序第 CR4-17-0267-PCC 號卷宗的被上訴判決，判處上訴人以正犯及既遂行為實施了 4 項第《刑法典》第 218 條規定及處罰之四項“濫用擔保卡或信用卡罪”，罪名成立。
2. 上訴人認為被上訴之合議庭判決存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款及第 2 款規定的如下瑕疵：違反控訴及審判獨立之法律原則以及有關控訴書中所描述事實之實質變更的限制規定。審查證據方面有明顯錯誤（尤其違反一般經驗法則）及違反證據審查的規則；在確定犯罪形式方面錯誤適用法律，尤其是有關“連續犯”的規定；在量刑方面，違反適當及適度原則，沒有充份考慮案件及上訴人的具體狀況，準確適用《刑法典》第 40 條及 65 條等相關規定；
3. 根據控訴書第“一、”條描述，“嫌犯 A 於 2016 年 3 月 31 日 18 時許，與被害人 B 一同乘坐……，嫌犯在巴士內拾獲屬於被害人的壹個黑色卡片套……。”有關控訴書內，沒有任何描述嫌犯以“偷竊”方式取得有關黑色卡片套的事實，僅描述了嫌犯是以拾得遺失物方式取得有關卡片套。
4. 甚至，被害人在報案時亦是聲稱“懷疑有人拾獲”有關卡片套，並作出報失及報警處理，可見其根本不知悉自己的卡片套在什麼地方及什麼時間以什麼形式失去。（卷宗第 2 頁及背頁）

5. 然而，根據被上訴之判決的“獲證事實”部份第“1.”條事實，“嫌犯 A 於 2016 年 3 月 31 日 18 時許，……，嫌犯伙同其他涉嫌人在巴士內盜取屬於被害人的壹個黑色卡片套……。”
6. 原審合議庭對有關獲證事實的描述超逾了控訴書的範圍，其中伙同其他涉嫌人盜取被害人黑色卡片套的事實，根據《刑事訴訟法典》第 1 條 f) 項的規定，有關事實會導致另一不同的犯罪（加重盜竊罪）歸責於嫌犯，屬於事實的實質變更。
7. 雖然，本案嫌犯在庭審中誠實交待了有關卡片套是其盜取所得，但根據刑事法律的基本原則，我們不能要求嫌犯自證其罪，更不能僅僅依據其自認便作出事實的認定。
8. 即使嫌犯在庭上自認可對其予以刑事歸責之事實，但基於刑事法律上的控訴審判分立原則、程序法定原則、辯論原則以及對基本人權的保護，法庭不能輕率地對於在庭上發現的可構成事實實質變更的新事實作出審理及判斷。
9. 尤其，根據《刑事訴訟法典》第 340 條第 1 款的明文規定，在正進行之訴訟程序之判罪上，不得考慮該等在控訴書上未描述構成事實實質變更的事實。按照法定程序，原審合議庭法官應將有關事實告知檢察院，以另行立案處理，而不應在本案中審理有關事實。
10. 基於此，上訴人認為被上訴之判決不應考慮及審理上述控訴書未描述的可構成事實實質變更的事實。
11. 根據本案卷宗證據資料，能夠證明嫌犯親自參與作出盜刷涉案信用卡的交易，只有嫌犯於 2016 年 3 月 31 日 20 時 15 分在澳門廣場的“XX”分店以被害人的中國銀行信用卡購買一部 IPHONE 6S PLUS 128GB 和一隻 APPLE WATCH 的交易。
12. 除此之外，本案沒有任何證據證明嫌犯參與了控訴書第二、第三及第四條事實，幾乎在相同的時間內，被害人的大西洋銀行信用卡分別於氹仔“XX”、“XX”及“XX”被他人盜刷，並購買了 2 部同型號 IPHONE。而且，本案亦沒有任何證據證明嫌犯與使用被害

人大西洋銀行信用卡的人士有任何盜刷被害人信用卡的或者分享盜刷信用卡的利益的協議。

13. 雖然，嫌犯承認了伙同其他偷取了偷取了被害人之卡片套，但是他們僅在偷竊行為上有犯罪的共同合意，卻不能毫無疑問證明或推斷出在濫用信用卡方面有共同的犯罪協議或合意。
14. 根據卷宗資料，嫌犯所使用的信用卡為被害人的中國銀行信用卡（卡號：4709-4188-XXXX-XXXX），而另外三宗在氹仔的交易則為被害人的澳門大西洋銀行信用卡（卡號：4511-8802-XXXX-XXXX），與嫌犯不同。
15. 按照一般生活經驗法則，如另外三宗交易與嫌犯是有關聯或利益關係，嫌犯根本無需要與其他涉嫌人分頭行事，甚至在不同的電舖購買 IPHONE。相反，如嫌犯與另外三人一開始已有意盜用被害人的信用卡，更為合理的做法是在同一間店舖內購買所有的 IPHONE，並用儘有關信用卡的信用額度。
16. 而不是像本案一樣，如此多次盜用信用卡行為在行為時間及地點上較為分散，似乎是沒有預謀及計劃，更可能像是持卡者的臨時起意。
17. 因此，可以推斷出本案對於另外持有被害人大西洋銀行信用卡的涉嫌人盜刷有關信用卡的行為是不知情及沒有利益關係的，至少程度上嫌犯與該等涉嫌犯人沒有犯罪上的分工或合作。
18. 綜上所述，本案根本沒有足夠的證據證明本案嫌犯伙同他人、分工合作地故意濫用屬於被害人的信用卡，尤其是有關大西洋銀行信用卡，因此，有關控訴嫌犯的三項濫用擔保卡或信用卡罪應予以開釋。
19. 此外，即使閣下不認同上述理解，則根據已獲證的事實及證據資料，本案牽涉的4項濫用擔保卡或信用卡的行為不應獨立判處，而應根據《刑事訴訟法典》第29條第2款的規定以連續犯判處。
20. 事實上，有關4次盜刷被害人信用卡的行為均為構成《刑法典》第218條規定的“濫用擔保卡或信用卡”的犯罪。

21. 雖然有關 4 次盜刷信用卡的地方及時間不同，但有關信用卡均屬於同一名被害人，侵犯的是同一被害人的同一法益。而且，有關 4 次盜刷行為是在同一日內發生，每次相隔只有幾十分鐘。犯罪的形式亦相同，都是假冒假主使用有關信用卡進行消費，以取得經濟上的利益。
22. 因此，有關 4 次濫用信用卡的行為存有緊密的聯繫，每一次的盜刷行為都沒有任何阻礙，無需另外作出方便犯罪的行為或準備，有關信用卡長期持有在嫌犯及涉嫌人手中，令嫌犯及其他涉嫌人盜刷變得容易，且容易誘使他們持續多次地盜刷有關信用卡。所以，對於本案嫌犯及其他涉嫌人同時存在一可相當減輕行為人罪過的同一外在情節。
23. 基於此，針對有關 4 項濫用信用卡應以一連續犯論處。
24. 另一方面，除了對初審之判決表示尊重外，考慮到《刑法典》第 40 條及 65 條的規定，上訴人認為原審法院在量刑時明顯地沒有考慮上述有關事實，犯罪前後的人格及就該等事實沒有適用特別減輕刑罰，然而對上訴人科處了過重的刑罰。
25. 上訴人考慮到其過錯以及本案犯罪行為嚴重程度，尤其是對被害人造成的經濟損失不大，就每一項濫用信用卡罪應處予不高於 5 個月徒刑，並予以暫緩執行。

請求：基於以上所述，請求中級法院裁定上訴理由成立，並：

- 1) 接納本上訴；
- 2) 判處上訴人上訴理由成立；
- 3) 修改對上訴人的判刑及量刑。

檢察院就上訴人 A 所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 根據《刑事訴訟法典》第 340 條第 1 款之規定，在出現事實之實質變更時，在正在進行之訴訟程序之判罪上，不得考慮該等事實。

2. 在尊重不同見解的前提下,本院認為,對於構成實質變更的事實,法律只是禁止在正在進行的訴訟程序上作出判罪,但並不禁止作為“背景事實”的認定。
- 3.在本案中,由於上訴人在庭審中承認其伙同他人共同盜竊信用卡,這一事實作為加重盜竊罪的基礎事實雖然不得在本案中考慮(判罪),但這並不影響對該事實作出認定,以使其他被審理之事實之來龍去脈顯得更為清晰。
4. 因此,本院認為,原審判決認定該事實並不違反《刑事訴訟法典》第 340 條第 1 款規定之禁止。
5. 關於“審查證據方面明顯有錯誤”,中級法院過往的見解是:“審查證據中的明顯錯誤是指已認定的事實互不相容,也就是說,已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符,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。錯誤還指違反限定證據的價值的規則,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。”
6. 經分析被上訴之判決認定的事實以及事實認定說明,我們未發現被上訴之判決認定的事實及未認定的事實之間存在互不相容的情況。同時,原審判決所認定的事實也是有經過庭審辯論的相關證據予以佐證的。
7. 本院認為,在本案中,根據已認定的事實能夠合理地得出被上訴之判決所認定的結論。就證據審查及認定而言,我們也看不出原審法官閣下違反了自由心證原則和經驗法則。相反,原審判決的認定結論恰恰是在遵循竹自由心證原則和經驗法則的前提下得出的合理的結論。
8. 應該說,原審合議庭就其對事實審的結果所應發表的判案理由說明,對任何一個能閱讀原審判決書內容的人士,均會在閱讀後,按照人們日常生活的經驗法則,認為原審的事實審結果並非不合理。
9. 對於人訴人提出的理據,我們覺得,上訴人實際上是對原審法官

閣下審查證據後得出的認定結論不滿，旨在質疑法官心證形成的過程。

10. 然而，根據《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，評價證據係按經驗法則及有權限實體之自由心證為之，但法律另有規定者除外。換言之，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，最終仍須按經驗法則去分析、評價案中的所有證據材料，從而判斷哪些事實屬實、哪些不屬實。當法官對事實審的最終判斷結果尤其違反了人們日常生活的經驗法則時，才會構成在審議證據上的明顯錯誤。
11. 上級法院過往多次表示，在原审法院分析審查證據不存在明顯的錯誤的情況下，原审的法院的自由心證是不能受到質疑，上訴法院更不能以自己的心證代替原审法院的心證。
12. 因此，本院認為，上訴人指稱被上訴之判決存在《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”的瑕疵及違反證據審查規則的理由不能成立。
13. 關於連續犯，通行的司法見解認為，構成連續犯應符合以下前提：
 - 數次實現同一罪狀或基本上保護同一法益之不同罪狀；
 - 實行之方式本質上相同；
 - 相關行為在時間上相近；
 - 可相信減輕行為人罪過並誘發犯罪的同一外在情況持續；
 - 故意是整體的，換言之，每一行為均由一個決議產生，而非參考最初形成的、透過連續行為欺騙受害人的意圖而實施。
14. 在連續犯的認定上，數罪是在“可相當減輕行為人罪過的同一外在情況誘發下實行的”這一前提很多時是認定連續犯的關鍵所在。
15. 從文字上看已經很清楚，“可相當減輕罪過的同一外在情況”說的

是可相當減輕罪過必須是同一外在情況的固有屬性。因此，不具有這一屬性的，即使外在情況相同，也不應認定或推定為可減輕罪過。立法者對“同一外在情況”做如此限定(可相當減輕罪過)，實際上是為將連續犯按一罪處罰(本應數罪並罰)尋找依據，而這個依據就是行為人的主觀罪過程度低。

16. 本院始終認為，引致行為人主觀罪過程度低的原因不是他所面臨的便利其多次犯罪的同一外在情況，而是其首次犯罪時就已面臨的具有相當減輕其罪過屬性的同一外在情況。
17. 據此，我們不能同意那種將可相當減輕行為人罪過的同一外在情況理解或解釋為存在著一種這樣的關係：它從外部明顯地有助於重複犯罪活動，從而使要求行為人以不同方式(即依法)作出行為的要求日益降低的觀點。這種觀點顯然曲解了法律精神。
18. 在本案中，雖然上訴人的行為數次實現同一罪狀、實行之方式本質上相同，相關行為在時間上相近且故意具有一定整體性，但是，並不符合“可相當減輕行為人罪過並誘發犯罪的同一外在情況持續”這一法定要件。因此，不能認為其是連續犯，而應認定為實質數罪。
19. 比照《刑法典》第 218 條第 1 款規定的刑種及刑幅，並結合本案量刑情節，本院認為，原審合議庭對上訴人所犯四罪分別判處的七個月徒刑(於 XX 刷卡)、五個月徒刑(於 XX 刷卡)、七個月徒刑(於 XX 刷卡)、九個月徒刑(於 XX 刷卡)以及合併判處的一年七個月徒刑均屬適中，並無明顯失衡情況。其後之數罪並罰也不存在畸重情形。
20. 根據《刑法典》第 65 條的規定，審判者在量刑時，必須按照行為人的罪過及預防犯罪的要求。應該說，原判之量刑正是建基於上訴人之罪過。至於預防犯罪，合議庭判定之刑罰且同樣應認為是在綜合考量一般預防和特別預防的需要後得出的恰當結論。
21. 總之，本案最終的量刑結果不存在對法定限制規範---如刑罰幅度---或經驗法則的違反，具體刑罰也未顯示出完全不適度。既然如

此，作為以監督法律良好實施作為主旨的上級法院就不應介入具體刑罰的確定。

22. 基於此，本院認為，上訴人認為量刑偏重的理由亦不成立。

綜上所述，本院認為，上訴人的上訴理由均不成立，其上訴請求不應予以支持，上訴所針對之判決應予維持。

基於維護合法性及客觀原則的要求，茲提請中級法院，判定上訴理由均不成立，駁回上訴，維持上訴所針對之判決。

駐本院助理檢察長提出法律意見書：

經分析由上訴人提出的上訴理由後，我們認為全部上訴理由均不成立，原因如下：

上訴人在其上訴理由中，主要針對以下幾個方面問題提出異議，包括，在被上訴裁判中是否違反了《刑事訴訟法典》第 340 條關於事實實質變更之規定、在審查證據方面是否存有明顯錯誤、犯罪行為的法律定性反具體量刑等四大問題。

接下來，我們開始對各問題進行分析。

首先，就原審法院是否違反《刑事訴訟法典》第 340 條規定的問題，不難發現，上訴人的主張是完全不成立的。

從卷宗第 227 頁背頁的審判聽證記錄可以發現，因在聽審期間發現足夠跡象顯示上訴人曾作出符合加重盜竊罪的犯罪行為，鑑於此乃不在控訴書當中曾作“描述”的新事實，因此，駐原審助理檢察長提出開立證明書為這問題另立新案及作出新的偵查，而此請求亦得到上訴人辯護人之同意及獲得原審法庭的接納。

再者，在被上訴裁判中亦再次強調及說明上述事宜（見卷宗第 236 頁背頁），而在最終決定中原控訴書指控上訴人的“將拾得物不正當據為己有罪”亦得到了開釋。

由此可見，《刑事訴訟法典》第 340 條已經得到嚴格的執行。

然而，有一點必須承認，透過在被上訴裁判中對於已證事實的表述方式，尤其是第一點的內容，我們發現當中可能存在一點錯誤或含糊之處。原文如下：

“嫌犯 A 於 2016 年 3 月 31 日 18 時許，與被害人 B 一同乘坐 XX 酒店的發財巴士，由關閘前往 XX 酒店。期間，嫌犯伙同其他涉嫌人在巴士內盜取屬於被害人的壹個黑色卡片套（牌子：MONT BLANC，價值澳門幣伍仟元），內有下列物品：

1. 壹張澳門居民身份證，編號：15XXXXXX(3)；
2. 壹張澳門中國銀行信用卡，卡號：4709-4188-XXXX-XXXX；
3. 壹張澳門大西洋銀行信用卡，卡號：4511-8802-XXXX-XXXX；”
4. 壹張澳門大西洋銀行銀聯卡；
5. 壹張 XX 酒店房卡。”

從上述已證事實的表述，的確，原審法院好像已經把上訴人的行為定性為盜竊行為，所以，對於將來可能就加重盜竊方面的審理而言，確實可能會帶來影響。

因此，不能說，上訴人的質疑全無道理。雖然在本案的審理過程上，以至最後判決上，上訴人的權利都沒有因存在事實實質變更而受到任何傷害或影響。但是，對於上訴人而言，原審法院在被上訴裁判已證事實中的描述方式，會為將來可能出現的新程序，尤其是新審判帶來一些“困擾”。

需知道，在被上訴裁判第一點已證事實中所提及的“嫌犯伙同其他涉嫌人在巴士內盜取屬於被害人的壹個黑色卡片套”，嚴格來說，因應事實實質變更及開立證明書之關係，這部分事實已並不屬於本案審理的範圍。

然而，倘若在已證事實中作出如上的客觀事實描述，對於將來對加重盜竊行為進行審理的法院而言，是否會產生一個潛在事實審方面矛盾的可能？同時，在該已證事實中使用的字眼“盜取”亦未必是最理想的做法，除了當中含有強烈的法律定性的性質以外，更會令人產生錯覺（正

如上述人般)，誤以為這部分已經正式得到審理並已定性為盜竊行為，甚至已變成了“確定”的事實。

在此情況下，倘若將來真正為實質變更事實提起控訴及進行審判，會否侵犯“一事不二審”的基本原則？又或在將來審判中法院未能認定上訴人曾作出盜竊行為時，是否已觸犯了本案中的已定案事實？

雖然在第一點已證事實中沒有對該“盜取”行為再作深入具體的描述，但是，我們認為原審法院對該事實的認定及評價已超越了作為“背景事實”的認定，並已觸及到關於加重盜竊行為的實質變更內容了。

基於此，為著不對將來的審訊造成任何不利影響，我們認為上級法院應透過，《刑事訴訟法典》第 361 條第 1 款 b) 項的機制，對被上訴裁判中第一點已證事實作出更正，理由是當中存在錯誤及含糊的地方，並應把該事實修改如下：

“嫌犯 A 於 2016 年 3 月 31 日 18 時許，與被害人 B 一同乘坐 XX 酒店的發財巴士，由關閘前往 XX 酒店。期間，透過不明（或未獲查明）的方式，嫌犯伙同其他涉嫌人在巴士內取去屬於被害人的壹個黑色卡片套（牌子：MONT BLANC，價值澳門幣伍仟元），內有下列物品：

1. 壹張澳門居民身份證，編號：15XXXXXX(3)；
2. 壹張澳門中國銀行信用卡，卡號：4709-4188-XXXX-XXXX；
3. 壹張澳門大西洋銀行信用卡，卡號：4511-8802-XXXX-XXXX；”
4. 壹張澳門大西洋銀行銀聯卡；
5. 壹張 XX 酒店房卡。”

透過上述的修改，我們認為，這樣便能夠補正了原審判決中的一些細微瑕疵，既能夠確保本案中所有已證事實及法律適用的合理性，又不會影響將來開立的新卷宗的正常處理。

至於在所謂的“審查證據明顯有錯誤及違反證據審查規則”方面，從上訴理由中的說明可以得知，其實上訴人不服的，是關於原審法院認定了其本人與其他不知名人士以共同犯罪方式犯案及未能證實各人之間의共同犯罪協議。

我們認為，透過對所有已證事實的整體分析及關於心證形成的理由說明，當中可以說不存在任何互不相容的情況，甚至從經驗法則的角度及邏輯的角度考慮，原審法院對於構成共同犯罪的事實判定都是非常清楚及合理的，絕無半點含糊或前後矛盾之處。

的確，上訴人如能合理地回答及反駁以下問題，才有資格對法院的心證提出質疑。首先，什麼叫做在“偷竊”行為上有犯罪的共同合意，卻不能證明或推斷在濫用信用卡方面同樣有共同犯罪協議？我們試問，所謂共同合意進行“偷竊”的最終目的何在？是為著被盜的卡片套本身的價值？還是為著當中存放著的信用卡及透過信用卡之使用而能夠獲得的經濟利益？在共同決意及犯罪計劃中只為著卡片套本身的價值而不涉及當中載有的其他東西是否合理？

而各共犯在成功獲得信用卡不足一個半小時之內，上訴人便與其他人拿著不同的信用卡分別到澳門半島及氹仔進行刷卡消費，難道不屬於實現盜竊最終目的的一部份過程？難道分開在不同地點刷卡的做法不會比在同一地點多次使用不同信用卡刷卡來得更隱蔽？更安全？更容易成功？更反映出各人之間的犯罪意圖？

事實上，上訴人正在嘗試的，只不過是在挑戰原審法院已形成的心證，但僅以其個人主觀不合理的判斷作為其立場的基礎，是一種法律也不認同的，對“自由心證”原則的一種侵犯。

基於此，這部分上訴同樣不成立。

就行為的法律定性方面。

上訴人主張，基於4次濫用信用卡的行為存有緊密的聯繫，以及存在一個可相當減輕行為人罪過的同一外在情節，應以連續犯的方式論處。

對此，我們同樣持有反對意見。

我們認為，作為構成連續犯的必要前提，“相當減輕罪過的同一外在情況”在本案中根本無從談起。

正如我們前述，上訴人以及其他同案在拿取屬於受害人的卡片套的

目的，並不是僅為著卡片套本身的價值，而是卡片套內的信用卡能帶來的不法經濟利益。當然，各人是希望把該等不法利益最大化，即盡量作出越多越好的刷卡行為，從而獲得最大及最多的不法利益。我們試問，從中又如何體現能減輕罪過的外在情況？相反，我們能發現的，是各行為人的貪婪，而且是越來肆無忌憚的一種貪婪，只顧及個人及同伙的不法經濟得益，但卻完全沒有考慮受害人所承擔的，越來越大的經濟損失。也就是說，隨著每次獨立的濫用信用卡行為的發生，上訴人的罪過程度只會有增無減！

所以，上訴人主張適用連續犯方式進行論處的說法不正確，不應採納。

最後，在具體量刑方面。

在這問題上，上訴人只是籠統地指出原審法院沒有考慮其他尤如連續犯等問題、犯罪前後的人格及沒有給予特別減輕等原因，導致量刑過重。

其實，只要細心分析原審判決，可以說法院已非常認真及謹慎地就每項獨立罪名作出恰當的量刑，當中很明顯是因應具體造成受害人損失價值的多少而作出不同的處理，實是一個非常適當及合理的做法，因為衡量了在不同行為之間所產生的不法性程度亦有不同。

同時，在作出刑罰競合時，原審法院亦嚴格遵守了《刑法典》第71條的標準，所作出的1年7個月實際徒刑處罰完全在抽象刑幅中的一個適當區間當中，沒有任何過重之嫌。

綜上所述，我們認為所有上訴理由均不成立，但應依據職權對載於被上訴裁判中的第1點已證事實中的部分表述作出修正，尤其是提及“上訴人伙同其他涉嫌人在巴士內盜取……”，應改為“在不知明（或未能查明）的情況下，上訴人伙同其他涉嫌人在巴士內取去……”。

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。

二、事實方面

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

- 嫌犯 A 於 2016 年 3 月 31 日 18 時許，與被害人 B 一同乘坐 XX 酒店的發財巴士，由關閘前往 XX 酒店。期間，嫌犯伙同其他涉嫌人在巴士內盜取屬於被害人的壹個黑色卡片套 (牌子：MONT BLANC，價值澳門幣伍仟元)，內有下列物品：
 1. 壹張澳門居民身份證，編號：15XXXXXX(3)；
 2. 壹張澳門中國銀行信用卡，卡號：4709-4188-XXXX-XXXX；
 3. 壹張澳門大西洋銀行信用卡，卡號：4511-8802-XXXX-XXXX；”
 4. 壹張澳門大西洋銀行銀聯卡；
 5. 壹張 XX 酒店房卡。
- 2016 年 3 月 31 日 19 時 22 分，與嫌犯同伙之涉嫌人來到「XX」的 XX 分店，成功使用屬於被害人的澳門大西洋銀行信用卡 (卡號：4511-8802-XXXX-XXXX)，購買了一部玫瑰金色的 IPHONE 6S PLUS 64G，造成被害人損失澳門幣柒仟伍佰捌拾捌元 (MOP:7,588) (參閱卷宗第 80 至 81 頁會計發票及刷卡憑證，並視為完全轉錄至本控訴書)。
- 2016 年 3 月 31 日 19 時 43 分，與嫌犯同伙之涉嫌人來到金沙城的「XX」，成功使用屬於被害人的澳門大西洋銀行信用卡 (卡號：4511-8802-XXXX-XXXX) 進行消費，造成被害人損失澳門幣貳佰壹拾伍元 (MOP:215) (參閱卷宗第 85 頁刷卡憑證，並視為完全轉錄至本控訴書)。
- 2016 年 3 月 31 日 19 時 48 分，與嫌犯同伙之涉嫌人來到金沙城的「XX」，成功使用屬於被害人的澳門大西洋銀行信用卡 (卡號：4511-8802-XXXX-XXXX)，購買了一部玫瑰金色的 IPHONE 6S PLUS 64G，造成被害人損失澳門幣柒仟伍佰捌拾捌元

(MOP:7,588)(參閱卷宗第 77 頁鎖售發票及刷卡憑證，並視為完全轉錄至本控訴書)。

- 2016 年 3 月 31 日 20 時 15 分，嫌犯來到「XX」的 XX 分店，成功使用屬於被害人的澳門中國銀行信用卡（卡號：4709-4188-XXXX-XXXX），購買了一部 IPHONE 6S PLUS 128G（價值：MOP:8,688）和一隻 APPLE WATCH（價值：MOP:5,688），造成被害人合共損失澳門幣壹萬肆仟叁佰柒拾陸元（MOP:14,376），（參閱卷宗 57 頁至 59 頁現鎖發票及刷卡憑證，並視為完全轉錄至本控訴書），嫌犯實施犯罪的部份過程，被「XX」監控系統拍下（有關翻看視像筆跡載於卷宗第 33 至 38 頁，並視為完全轉錄至本控訴書）。
- 嫌犯是在自由、自願、有意識的情況下，伙同他人、分工合作地故意濫用屬於被害人的信用卡，且造成被害人或發卡者損失澳門幣貳萬玖仟柒佰陸拾柒元（MOP:29,767）。
- 嫌犯清楚知道其上述行為的違法性，並會受法律所制裁。
- 此外，審判聽證亦證實以下事實：
- 刑事紀錄證明顯示嫌犯案發時仍為初犯，於 2017 年 3 月 3 日，因觸四項「加重盜竊罪」、三項「濫用擔保卡或信用卡罪」，被初級法院第 CR2-16-039-PCC 號卷宗判處四年六個月實際徒刑。嫌犯不服上訴至中級法院，於 2017 年 6 月 15 日中級法院裁定嫌犯上訴理由不成立。有關判決於 2017 年 6 月 29 日轉為確定。
- 嫌犯聲稱無業，需供養母親及妹妹，具中二程度學歷。
- 未證事實：
- 經庭審聽證，本案存在與控訴書已證事實不符的其他未證事實：
- 嫌犯是在自由、自願、有意識及故意的情況下，將拾得屬於他人之物不正當據為己有。

三、法律部份

上訴人在其上訴理由中，認為：

- 被上訴之合議庭判決違反控訴及審判獨立之法律原則以及有關控訴書中所描述事實之實質變更的限制規定；

- 在本案根本沒有足夠的證據證明本案嫌犯伙同他人、分工合作地故意濫用屬於被害人的信用卡，尤其是有關大西洋銀行信用卡的情況下，存在審查證據方面有明顯錯誤（尤其違反一般經驗法則）及違反證據審查的規則，因此，有關控訴嫌犯的三項濫用擔保卡或信用卡罪應予以開釋；

- 在確定犯罪形式方面錯誤適用法律，尤其是有關“連續犯”的規定；

- 在量刑方面，違反適當及適度原則，沒有充份考慮案件及上訴人的具體狀況，準確適用《刑法典》第 40 條及 65 條等相關規定。

我們逐一看看。

（一）檢察院控告書的事實的實質變更應遵守的程序

《刑事訴訟法典》第 340 條（控訴書或起訴書中所描述事實之實質變更）規定：

“一、如在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生一些事實，其係在起訴書中未描述，又或無起訴時，在控訴書中未描述，而對起訴書或控訴書中所描述之事實構成實質變更者，則主持審判之法官將該等事實告知檢察院，該告知之效力等同於提出檢舉，以便檢察院就新事實進行追訴；在正進行之訴訟程序之判罪上，不得考慮該等事實。

二、如檢察院、嫌犯及輔助人同意就新事實繼續進行審判，且該等事實並不導致法院無管轄權，則上款之規定，不適用之。

三、在上款所指之情況下，應嫌犯之聲請，主持審判之法官給予嫌犯不超過十日之期間以準備辯護，並在有需要時將聽證押後。”

從卷宗第 227 頁背頁的審判聽證記錄可以發現，因在聽審期間發現足夠跡象顯示上訴人曾作出符合加重盜竊罪的犯罪行為，鑑於此乃不在控訴書當中曾作“描述”的新事實，因此檢察院代表提出開立證明書為這問題另立新案及作出新的偵查，並在上訴人辯護人不予以反對的情況下，獲得

原審法庭的接納。

另外，在被上訴裁判中亦再次強調及說明上述事宜（見卷宗第 236 頁背頁），而在最終決定中原控訴書指控上訴人的“將拾得物不正當據為己有罪”亦得到了開釋。

然而問題在於原審法院在發現出現檢察院控告的事實的實質變更的情況時，是否已經嚴格遵守了《刑事訴訟法典》第 340 條的規定。

原審法院除了將發現的新的事實製作證明書以另立新案之外，卻將檢察院說控告的事實改為：

“嫌犯 A 於 2016 年 3 月 31 日 18 時許，與被害人 B 一同乘坐 XX 酒店的發財巴士，由關閘前往 XX 酒店。期間，嫌犯伙同其他涉嫌人在巴士內盜取屬於被害人的壹個黑色卡片套（牌子：MONT BLANC，價值澳門幣伍仟元），內有下列物品：

1. 壹張澳門居民身份證，編號：15XXXXX(3)；
2. 壹張澳門中國銀行信用卡，卡號：4709-4188-XXXX-XXXX；
3. 壹張澳門大西洋銀行信用卡，卡號：4511-8802-XXXX-XXXX；”
4. 壹張澳門大西洋銀行銀聯卡；
5. 壹張 XX 酒店房卡。”

在這裏，原審法院在已經出具證明書以另立他案進行調查的情況下，第一，能否對該新的事實作出認定，儘管沒有作出判決？第二，能否就檢察院說控告的拾遺行為作出開釋判決？

我們知道，《刑事訴訟法典》第 340 條第 1 款的規定是一個事實的實質改變應該遵循的一般原則，即對起訴書或控訴書中所描述之事實構成實質變更者，控辯雙方有沒有對繼續對新的事實進行審理的協議，法院在正進行之訴訟程序之判罪上，不得考慮該等事實，而向檢察院作出的知會僅僅具有刑事訴訟的告訴的功能，¹ 也不意味著正在進行的刑事程序的終止。

¹ M. L. Maia Gonçalves 所著 Código de Processo Penal, anotado, 1996, 7ª edição, Almedina Coimbra, 第 529 頁; Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques 所著 Código de Processo Penal de Macau, 第 716 頁。

很明顯，既然原審法院已經就在庭審中發現的所謂的“新事實”命令出具證明書以作出另案調查，那麼就不應該就這部分事實作出任何的審理，包括認定事實和判決。然而，無論原審法院在這兩方面的作法是否正確，原審法院已經對上訴人涉及這部分事實的檢察院所控告的罪名作出了開釋判決，上訴人就失去了上訴的利益（《刑事訴訟法典》第 391 條第 1 款 b 項）。

至於是否可能產生將來的一事不兩審的問題，並非本案需要考慮的問題。

因此，對這部分的上訴理由不予以審理。

（二）審查證據方面明顯有錯誤

關於“審查證據方面明顯有錯誤”是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，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。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，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。

很明顯，上訴人所提出的理據，實際上是對原審法官閣下審查證據後得出的認定結論不滿，旨在質疑法官心證形成的過程。

根據《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，評價證據係按經驗法則及有權限實體之自由心證為之，但法律另有規定者除外。換言之，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时，除了法律對評價證據方面另有事先規定的情況，最終仍須按經驗法則去分析、評價案中的所有證據材料，從而判斷哪些事實屬實、哪些不屬實。當法官對事實審的最終判斷結果尤其違反了人們日常生活的經驗法則時，才會構

² 參見 José Manuel Saporiti Machado da Cruz Bucho, ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DOS FACTOS EM PROCESSO PENAL, apresentadas no Colóquio “Questões Práticas na Reforma do Código Penal”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários e realizado em Lisboa no dia 13 de Março de 2009 no Fórum Lisboa, e no Tribunal da Relação de Guimarães, no dia 2 de Abril de 2009, no 7º aniversário deste Tribunal.

成在審議證據上的明顯錯誤。

在原審法院分析審查證據不存在明顯的錯誤的情況下，原審的法院的自由心證是不能受到質疑，上訴法院更不能以自己的心證代替原審法院的心證。

事實上，被上訴的判決就有關上訴人與“嫌犯同伙之涉嫌人”存在共同合意方面的事實的認定以及事實認定的說明，對任何一個能閱讀原審判決書內容的人士，均會在閱讀後，按照人們日常生活的經驗法則，認為原審的事實審結果並非不合理，所認定的事實及未認定的事實之間並沒有像上訴人所說的存在互不相容的情況，相反，原審判決的認定結論也是有經過庭審辯論的相關證據予以佐證的，恰恰是在遵循自由心證原則和經驗法則的前提下得出的合理的結論，指責其違反自由心證原則和經驗法則是無稽之談。

因此，上訴人的這部分上訴理由也是不能成立的。

（三）連續犯

依據《刑法典》第 29 條第 2 款所規定的連續犯，其判處的*真正前提*，是奠基於在具體案情內，存在一個可在相當程度上，使行為人在重複犯罪時感到便利、和因此可相當減輕（亦即以遞減方式逐次減輕）其在每次重複犯罪時的罪過程度的外在情況。³

終審法院亦曾於 2014 年 9 月 24 日在第 81/2014 號上訴案件中亦作出以下的司法見解：

“一、罪行連續性的根本前提是存在一種來自外部並且在相當程度上方便了犯罪活動的再次出現，使得對行為人以不同的方式行事，亦即依法行事的可要求性漸趨減低的關係。

二、法院在審查連續犯罪的要件，尤其是受同一外在情況的誘發使得行為人的罪過得到相當減低這一要件是否得到滿足時應該尤其嚴格。

³ 參見中級法院於 2013 年 10 月 31 日在第 528/2013 號上訴案件作出的裁判。

.....”

在本案中，從已證事實可見，上訴人每一次刷卡都是經過不同的商家，面對不同的店員的確認以及不同的消費條件，在實施第一次犯罪隨後的次數的犯罪時，我們未能看見是基於在實施前一次犯罪存在任何能令其感到便利的情節，明顯地，上訴人每次行為的故意應備受責備的程度亦沒有可獲相當減輕的餘地。很明顯，上訴人被判罪的事實情節中並不存在《刑法典》第 29 條第 2 款所規定的連續犯的外在情況，可認為上訴人每次重複犯罪時的罪過程度並無以遞減方式逐次減輕，不受惠於連續犯制度，不能適用《刑法典》第 73 條的處罰規定。

（四）量刑

上訴人指責原審法院沒有考慮有關連續犯的事實，犯罪前後的人格及就該等事實沒有適用特別減輕刑罰，然而對上訴人科處了過重的刑罰。

由於上訴人的連續犯的上訴理不能成立，量刑過重的上訴理由也大打折扣。

關於一般量刑的問題，我們知道，法律賦予法院在法定的刑幅之內選擇一合適的刑罰的自由，上級法院只有在刑罰明顯違反罪刑不適應或者不合適的情況下才有介入的空間。

終審法院最近在 2014 年 9 月 30 日所作的第 74/2014 號案的司法見解中認為：

“一、根據澳門《刑法典》第 65 條規定，刑罰的確定須“在法律所定之限度內”及“按照行為人之罪過及預防犯罪之要求”來作出，無論是一般預防還是特別預防之要求，並要考慮所有在卷宗內查明的相關因素，尤其是該條第 2 款所列明的因素。

二、只要不存在對法定限制規範 - 如刑罰幅度 - 或經驗法則的違反，也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的話，作為以監督法律的良好實施為主旨的終審法院就不應介入具體刑罰的確定。”

首先，對於嫌犯來說，其所觸犯的澳門《刑法典》第 218 條第 1 款所規定及處罰的四項濫用擔保卡或信用卡罪，在法定刑幅為最高三徒刑的情況下，依次判處七個月徒刑（於 XX 刷卡）、五個月徒刑（於 XX 刷卡）、七個月徒刑（於 XX 刷卡）、九個月徒刑（於 XX 刷卡），以及數罪並罰，合共判處一年七個月實際徒刑，在所證實的犯罪情節以及嫌犯的人格條件下，罪刑沒有明顯不平衡和不適當，應該予以維持。

至於要求緩刑，雖然上訴人沒有就要求緩刑提出具體的上訴理由，尤其是原審法院所作決定違反法律的規定，但是，依據上訴人的具體犯罪情節，尤其是涉及的受害商家的數量以及犯罪的一般預防的要求，祇有實際徒刑方能實現懲罰的目的。

四、決定

綜上所述，中級法院裁定上訴人的上訴理由不成立，維持原判。

本案的訴訟費用由上訴人支付，以及 6 個計算單位的司法費。

確定委任辯護人的報酬為 1,500 澳門元，由上訴人支付。

澳門特別行政區，2018 年 4 月 19 日

蔡武彬

陳廣勝

José Maria Dias Azedo (司徒民正)

(Segue declaração)

Processo nº 115/2018

(Autos de recurso penal)

Declaração de voto

Não subscrevo o douto Acórdão que antecede pelos motivos que – abreviadamente – passo a expor. Vejamos.

Perante uma acusação pública que imputava ao arguido a prática de 1 crime de “apropriação ilegítima de coisa achada” e 1 outro de “abuso de cartão de crédito”, p. e p. pelos artºs 200º e 218º do C.P.M., e verificando-se em audiência de julgamento que indiciada tinha ficado a prática de 1 crime de “furto qualificado”, (e não de – mera – “apropriação ilegítima ...”, perante requerimento do Exmo. Magistrado do Ministério Público e sem oposição do Defensor do arguido decidiu o T.J.B. assim fazer constar em acta, ordenando a remessa de sua certidão aos Serviços do Ministério Público para prossecução pelos “novos factos”; (cfr., fls. 227-v).

Realizado o julgamento, profere o Tribunal a quo o Acórdão objecto do presente recurso, fazendo constar na matéria de facto dada como provada que o arguido “subtraiu” – e já não, como constava da acusação, que “apanhou” – a carteira do ofendido, (de onde, posteriormente, retirou vários cartões de crédito que utilizou), acabando, a final, e em sede do dispositivo, por o absolver em relação ao imputado crime de “apropriação ...” e condenando-o pela prática de 4 crimes de “abuso de cartão de crédito”.

Inconformado com o decidido veio o arguido recorrer, afirmando – entre o

demais, e no que para aqui interessa, – que incorreu o T.J.B. em violação do art. 340º do C.P.P.M., vindo-se a considerar no douto Acórdão que antecede que, nesta parte, não lhe assistia legitimidade para recorrer dado que tinha sido absolvido do crime de “apropriação ...” pelo qual estava acusado, não sendo de se considerar que a decisão lhe era prejudicial.

Sem embargo do muito respeito por este entendimento dos meus Ex^{mos} Colegas, não se me parece o melhor.

É que embora se tenha absolvido o arguido do crime de “apropriação ...” pelo qual estava inicialmente acusado, e ainda que a matéria referente ao crime de “furto qualificado” tenha que ser (agora) objecto de 1 outro processo (a instaurar pelo Ministério Público), deu-se (já) como provado (nestes autos) que o arguido “subtraiu a carteira do ofendido”.

E, em nossa opinião, se é que tal “matéria” vai ser objecto de 1 novo processo por decisão entretanto transitada em julgado, (e, independentemente da bondade do assim decidido), adequado não é que, em simultâneo e no mesmo processo, se venha dar por “provado” que o arguido, (por assim dizer, já), “cometeu o crime de furto”, afigurando-se-nos que, aqui, incorre o Tribunal em frontal colisão com o que antes – em acta de audiência – decidiu, e, assim, em patente violação de “caso julgado material”, (evidente sendo ainda que no dito “novo processo” se irá colocar a questão da violação do princípio ne bis in idem).

Atente-se, aliás, que (tanto) no art. (339º e) 340º do C.P.P.M., onde é tratada a matéria da “alteração substancial, (ou não), dos factos”, se prescreve que “*se no decurso*

da audiência resultar fundada suspeita da verificação de factos ...”, referindo-se, como se vê, a uma mera “suspeita”; (sobre a questão pode se ver, F. Isasca, in “Alteração Substancial dos Factos e a sua Relevância no Processo Penal”, pág. 200 e segs; G. M. Silva, in “Do Processo Penal Preliminar”, pág. 368 e, José M. S. M. da Cruz Bucho, in “Alteração Substancial dos Factos em Processo Penal”, na Revista Julgar, n.º 9, pág. 43 e segs.).

Nesta conformidade, para além de nos parecer que a “decisão” de se dar (já) como “provado” que “o arguido «subtraiu» a carteira do ofendido” é-lhe (evidentemente) “prejudicial”, o que, logo por aí, se nos apresenta bastante para lhe conferir legitimidade e interesse em agir para dela recorrer – isto, sem contar que tal matéria foi também objecto de ponderação em sede de fixação da pena em relação aos 4 crimes de “abuso de cartão de crédito” pelos quais foi condenado – importa ter em conta que, dada sua a “natureza”, sobre a mesma também não devia este T.S.I. omitir pronúncia; (cfr., o art. 413º, al. j) e 414º, do C.P.C.M., aqui aplicável por força do art. 4º do C.P.P.M.).

Daí, a presente declaração.

Macau, aos 19 de Abril de 2018

José Maria Dias Azedo