(譯本)

詐騙罪 作為“生活方式”的犯罪之加重 (澳門《刑法典》第 211 條第 4 款 b 項)

摘要

一、裁定是否應該把行為人實施犯罪的次數、形式及情節視為是以“生活方式”作出該等犯罪全憑法院的良好判斷。

二、嫌犯們籌劃及決定來到澳門(純為)作出“詐騙”，並確實為之。在澳門逗留的 12 日左右期間內，他們以共犯及既遂形式觸犯上述不法行為中的六項及以未遂形式觸犯一項不法行為，並事先明知其無其他謀生手段。在此情況下，為著澳門《刑法典》第 211 條第 4 款 b 項的效果，應當認為他們乃是將所觸犯的犯罪作為“生活方式”。

2003 年 7 月 24 日合議庭裁判書
第 138/2003 號案件

裁判書製作法官：José M. Dias Azedo (司徒民正)

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

概述

一、初級法院以合議庭聽證形式審判(第一)嫌犯甲及(第二)嫌犯乙，身份資料載於卷宗。舉行審判後，合議庭裁判針對他們所作的控訴成立，判處兩名嫌犯觸犯澳門《刑法典》第 211 條第 4 款 b 項規定及處罰的一項詐騙罪，(第一)嫌犯甲被處以 4 年 3 個月徒刑，(第二)嫌犯乙被處以 3 年 6 個月徒刑。

嫌犯不服，提起上訴。

(第一)嫌犯甲結論如下：

“1. 在得出加重詐騙罪的定性結論時，法院超逾了獲證明的事實，其裁判抵觸法律精神。事實上，在本案中，獲證明的事實事宜明顯不足以支持裁判。

2. 立法者無意在以連續犯形式觸犯詐騙罪的全部及任何情形中，即刻及自動適用第 211 條第 4 款 b 項。因此，原判不當適用了該法律規定。

3. 學說及司法見解求諸‘多次累犯’、‘行為人以前的判罪’、‘警務資料內容及所有其他人證及書證資料’、‘多次盜竊(顯然就以前而言)’、‘賦予生活方式以實質內容之意圖(以普遍市民之審查標準)’等表述來填補“生活方式”這一不確定概念。

4. 普通詐騙罪是在本卷宗中其要件已告具備的唯一罪狀。

5. 即使對此不表贊同，並可以認為嫌犯的行為顯示一種‘生活方式’之跡象，亦永遠可以說具體科處的刑罰是不適度的，因為視為獲證明的事實不能要求作出如此嚴厲的處罰。

6. 不適度的刑罰嚴厲性將比不法行為本身觸響更多的‘社會警報’(具不信任司法的相應後果)。

7. 前述依據應當視為足以支持廢止現被上訴的判決，以另一項更適當、更適度、且不超逾處罰及預防不法行為的法律意圖的判決替代之。

8. 尤其是，鑑於嫌犯已經服了約 10 個月的羈押，本來可以對他科處徒刑(不超過三年)後予以緩期執行，同時決定禁止在緩刑期內重新進入本地區，以此滿足處罰的目的”；(參閱第

401 頁至第 409 頁)。

(第二) 嫌犯乙結論如下：

- “1. 法院一方面認定嫌犯無業，另一方面認為每月收入港幣 1 萬元獲得證實。
2. 因此，此點上顯示理由說明中有不可補正的矛盾。因為每月收取工資者不可能無業！！
3. 在得出加重詐騙罪的定性結論時，法院超逾了獲證明的事實，其裁判抵觸法律精神。事實上，在本案中，獲證明的事實事宜明顯不足以支持裁判。
4. 立法者無意在以連續犯形式觸犯詐騙罪的全部及任何情形中，即刻及自動適用第 211 條第 4 款 b 項。因此，原判不當適用了該法律規定。
5. 學說及司法見解求諸‘多次累犯’、‘行為人以前的判罪’、‘警務資料內容及所有其他人證及書證資料’、‘多次盜竊(顯然就以前而言)’、‘賦予生活方式以實質內容之意圖(以普遍市民之審查標準)’等表述來填補“生活方式”這一不確定概念。
6. 普通詐騙罪是在本卷宗中其要件已告具備的唯一罪狀。
7. 即使對此不表贊同，並可以認為嫌犯的行為顯示一種‘生活方式’之跡象，亦永遠可以說具體科處的刑罰是不適度的，因為視為獲證明的事實不能要求作出如此嚴厲的處罰。
8. 不適度的刑罰嚴厲性將比不法行為本身觸響更多的‘社會警報’(具不信任司法的相應後果)。
9. 前述依據應當視為足以支持廢止現被上訴的判決，以另一項更適當、更適度、且不超逾處罰及預防不法行為的法律意圖的判決替代之。
10. 尤其是，鑑於嫌犯已經服了約 10 個月的羈押，本來可以對他科處徒刑(不超過三年)後予以緩期執行，同時決定禁止在緩刑期內重新進入本地區，以此滿足處罰的目的”；(參閱第 410 頁至第 418 頁)。

在答覆中，檢察院法官主張維持原判；(參閱第 421 頁至第 433 頁)。

上訴獲接納，具適當訂定的上呈方式及效力，卷宗移送本中級法院。

在檢閱範疇內，助理檢察長的意見是上訴理由不成立；(參閱第 448 頁至第 456 頁)。

作出了初步批示，助審法官檢閱已畢，應予裁判。

理由說明

事實

二、原審合議庭查明的事實事宜確定如下：

“(第 1) 嫌犯甲為 XXX 公民，(第 2) 嫌犯乙為 XXX 公民，兩人於 2002 年 6 月底在 XXX 相識，並於 2002 年 7 月初協商、預謀和策劃以騙取他人銀行提款卡及其密碼的方法，非法獲取他人的金錢，並以此為他們的生活方式。

所商定的具體方法是：

首先，由第 1 嫌犯將附有膠帶並黏有雙面膠紙的膠片(中間中空)黏在銀行櫃員機的提款卡入口處，中間中空部位與櫃員機之提款卡入口處吻合；

當有人前往該櫃員機，插入提款卡並輸入密碼準備提款時，由於提款卡被膠帶黏住，櫃員機便會出現故障；

而第二嫌犯會預先站在提款人身後，偷看提卡人的輸入密碼並將它記住，若看不清，則假意幫忙，告知提款人只要再按一次密碼，櫃員機便會回復正常，若提款人按第 2 嫌犯的建議再輸入密碼，第 2 嫌犯便可看清並記住密碼；

因提款卡被膠紙黏住，所以不能取出，而待卡主以及其提款卡被櫃員機沒收而離去後，第一嫌犯便從櫃員機的卡入口處抽取出膠片，連帶被 U 形膠片黏住的提款卡則一併被抽取出；

然後，第 2 嫌犯將窺覷得來的提款卡密碼告知第 1 嫌犯，而第 1 嫌犯就持他人之提款卡到其他的銀行櫃員機進行提款。

共同擬定上述行為計劃後，第一嫌犯還設計和製作了作案工具。

於 2002 年 8 月 19 日，兩嫌犯經香港來到澳門，入住 XXX 酒店 XXX 號房間。

於2002年8月20日，約下午8時19分，被害人丙（身份資料參見卷宗第97頁）到本澳水坑尾XXX銀行門口之櫃員機提款，當被害人將其提款卡放進櫃員機準備提款時，該櫃員機顯示幕顯示“此機暫停服務”。

此時，站在被害人身後的第2嫌犯即上前以英語對被害人表示，其之前也遇到相同的情形，並對被害人說只要輸入密碼便會回復正常及可取回提款卡。

被害人覺得可疑，便沒有理會第2嫌犯。

隨後，被害人致電XXX銀行電腦部查詢，得到的回應為該櫃員機運作正常，但被害人未能取回其提款卡，於是自行離去。

站在附近的第1嫌犯立即走近該櫃員機，抽取出被害人丙之提款卡，但因未得知被害人提款卡之密碼而未能提取任何款項。

2002年8月20日，約下午18時30分，被害人丁（身份資料參見卷宗第17頁）到本澳水坑尾XXX銀行門口之櫃員機提款，當被害人將其編號為XXX之提款卡放進櫃員機準備提款時，該櫃員機顯示幕顯示“此機暫停服務”。

此時，站在被害人身後的第2嫌犯即上前以英語對被害人表示，其之前也遇到相同的情形，並對被害人說只要輸入密碼便可取回提款卡，且叫被害人嘗試以上方法。

於是，被害人便鍵入密碼，但該櫃員機仍沒有反應。

隨後，被害人致電XXX銀行諮詢，得到的回應為四天後可往提款卡所屬銀行取回該卡，於是被害人自行離去。

站在附近的第1嫌犯立即走近該櫃員機，抽取出被害人丁之提款卡。

然後，第1嫌犯持被害人丁之提款卡前往水坑尾附近XXX側之“XXX銀行”及XXX側之“XXX銀行”之櫃員機分別提取了澳門幣400元及港幣1,000元（參見卷宗第71頁）。

2002年8月21日，晚上約20時30分，被害人戊（身份資料參見卷宗第129及133頁）持XXX銀行之提款卡到本澳羅保博士街之XXX銀行總行門口之櫃員機提款，當被害人將其編號為XXX之提款卡放進櫃員機準備提款時，該櫃員機顯示幕顯示“此機暫停服務”。

於是，被害人戊嘗試鍵入密碼以取回提款卡，但該櫃員機仍沒有反應，被害人以為櫃員機發生故障，隨後在附近逗留了一陣才自行離開。

其時，站在被害人戊身後的第2嫌犯在被害人輸入密碼時，已偷看到並暗記住被害人之提款卡密碼。

當被害人自行離去後，站在附近的第1嫌犯立即走近該櫃員機，抽取出被害人之提款卡。

然後第1嫌犯於同晚21時持被害人戊之提款卡前往本澳之XXX銀行總行之櫃員機分三次共提取了港幣6,770元（參見卷宗第133頁）。

2002年8月24日，約17時40分，被害人己（身份資料參見卷宗第145頁或153頁）到本澳國際機場迎接其女兒。

其間，被害人使用機場XXX銀行之櫃員機提款，當被害人將其提款卡放進櫃員機準備提款時，該櫃員機未能提供正常服務。

此時，站在被害人身後的第2嫌犯即上前以英語對被害人說，只要輸入密碼便可取回提款卡，且叫被害人嘗試以上方法。

於是，被害人便按照第2嫌犯所述之方法鍵入密碼，但該櫃員機仍沒有反應。

被害人隨即致電XXX銀行諮詢，得到的回應為幾天後可往提款卡所屬銀行取回該卡，於是被害人便自行離去。

此時，站在附近的第1嫌犯很快走近該櫃員機，抽取出被害人己之提款卡。

然後，第1嫌犯於同日下午17時50分，持被害人己之提款卡在澳門國際機場之XXX銀行

之櫃員機，分兩次共提取了現金港幣2,900元（參見卷宗第153頁）。

2002年8月24日，晚上約21時，被害人庚（身份資料參見卷宗第195、213或240頁）到本澳XXX銀行賣草地街支行之櫃員機提款，當被害人將其編號為XXX之提款卡放進櫃員機準備提款時，該櫃員機之顯示幕沒有任何提示。

此時，站在附近的第2嫌犯走近，並以不流利的英語對被害人表示只要輸入密碼就可取回提款卡。

於是，被害人便照著第2嫌犯的建議而鍵入密碼，但該櫃員機仍沒有反應。

因此，被害人誤以為“食卡”，於是透過櫃員機上的緊急求助電話號碼詢問有關事件，得到的回應是，如果被“食卡”，則該卡將會於三、四天內被寄回發卡銀行，於是被害人只好離去。

其時，站在附近的第一嫌犯立即走近該櫃員機，抽取出被害人庚之提款卡。

然後，第一嫌犯持被害人庚之提款卡前往本澳之其他銀行櫃員機提取了港幣4,100元（澳門幣4,229.15元）—參見卷宗第195頁及第213頁。

2002年8月26日，約21時，被害人辛（身份資料參見卷宗第163頁）到本澳XXX銀行賣草地街分行之櫃員機提款，當被害人將其提款卡放進櫃員機準備提款時，該櫃員機顯示幕顯示“此機暫停服務”。

此時，站在附近的第2嫌犯手持一張提款卡走近，以英語與被害人交談，並對被害人表示鍵入取消鍵，然後再鍵入密碼便可取回提款卡，且叫被害人嘗試以上方法。

於是，被害人便依照第2嫌犯所述之方法鍵入密碼，但該櫃員機仍沒有反應。

之後，第2嫌犯離去，被害人再繼續嘗試，但仍不能取回提款卡，於是被害人亦自行離去。

此時，站在附近的第一嫌犯立即走近該櫃員機，抽取出被害人辛之提款卡。

然後，於同晚約22時，第一嫌犯持被害人辛之提款卡前往XXX銀行之板樟堂支行之櫃員機提取了現金港幣1,000元（參見卷宗第163頁）。

2002年8月29日，約19時，被害人壬（身份資料參見卷宗第216頁）到本澳門XXX銀行荷蘭園馬路分行之自動櫃員機提款，當被害人將其提款卡（參見卷宗第93頁之影印件）放進櫃員機、輸入密碼準備提款時，該櫃員機未能提供正常服務。

此時，站在被害人身後的第2嫌犯即上前，並以英語對被害人說，只要按取消鍵，然後再輸入密碼便可回提款卡。

於是，被害人便依照第2嫌犯的建議鍵入密碼，但經多次嘗試仍未能取回提款卡。

被害人唯有離開上址，並致電XXX銀行要求取消該提款卡。

此時，站在附近的第一嫌犯立即走近該櫃員機，抽取出被害人壬之提款卡。

然後第1嫌犯持該被害人之提款卡前往水坑尾附近之XXX銀行、XXX銀行及XXX銀行之櫃員機分六次共提取了澳門幣19,300元（參見卷宗第71頁）。

兩嫌犯乙及甲在自由、有意識之情況下共同故意實施上述行為。

兩嫌犯意圖為自己不正當得利，共同協議並分工合作，七次以在銀行櫃員機之提款卡入口處黏膠片之詭計手段，並七次使七名不同的被害人受到欺騙，使他們誤以為櫃員機發生故障或“食卡”，兩嫌犯並進一步以詭計誤導他人再輸入密碼（其中有一次未得逞，而有六次成功令他人再輸入密碼），從而騙得他人（六名被害人）之提款卡及其密碼，並利用騙得的提款卡及其密碼提取他人之金錢，從而造成他人（六名被害人）之財產有所損失。

兩嫌犯皆無業，他們皆以詐騙為生活方式。

兩嫌犯完全知悉他們的行為是本澳法律所禁止和處罰的。

嫌犯甲是初犯：

- 部分自認事實，為其行為作辯解；
- 無家庭負擔；
- 就讀了中學課程。

嫌犯乙是初犯。

- 完全及無保留地自認事實；
- 每月收入約港幣1萬元；
- 無家庭負擔；
- 就讀過高等課程；（參閱第377頁至第383頁）。

法律

三、本卷宗的（兩名）嫌犯不服原審法院作出的裁判，該裁判判兩名嫌犯作為正犯，觸犯澳門《刑法典》第211條第1款、第4款b項規定及處罰的（加重）詐騙罪。

（第一）嫌犯甲認為事實事宜不足以支持該裁判，他的觀點是只應當被判處一項普通詐騙罪。相應地，認為對其科處的4年3個月徒刑太高，還請求暫緩執行。

（第二）嫌犯乙也持這一見解，在有關部分還堅稱原審合議庭沾有理由說明中“不可補正矛盾”之瑕疵。

— 但是，在開始審理如此提出的、上訴人在上訴理由闡述範疇內作出的結論中得出的問題之前（沒有納入結論的其他任何問題不屬重要，即使載於有關理由闡述中）— 應當說，檢察院司法官在答覆中主張的且與不遵守澳門《刑事訴訟法典》第402條第2款規定相關的“先決問題”不成立。

確實，上訴人指明了澳門《刑法典》第211條第4款b項，指出違反了該規範並且簡要地闡述了原審法院採納的見解以及在其看來按此應當採納的觀點。

因此，肯定的是，不應當以“過度形式”解釋澳門《刑事訴訟法典》第400條第2款。我們看看，上訴人是否有理。

— 經考慮帶給本院審理及裁判的問題，應以下列順序審理：

（一）“事實事宜不足以支持”判處兩名嫌犯作為共同正犯以連續犯形式觸犯（加重）詐騙罪的裁判；

（二）上訴人乙提起的“不可補正的矛盾的瑕疵”；

（三）科處的刑罰份量以及緩刑問題。

（一）關於“不足以...”問題

眾所周知，如果因適當的法律裁判所必需的事實事宜查明中存有漏洞，致使獲證明的事實事宜不充足、不完整，不能支持作出的裁判，方具備“事實事宜不足以支持裁判”的瑕疵；（參閱第117/2003號案件的2003年7月10日合議庭裁判）。

在本案中，上訴人認為不存在獲證明的事實事宜據以判處他們以共同正犯形式觸犯澳門《刑法典》第211條第1款及第4款b項規定的（加重）詐騙罪。

鑑於沒有在答辯中指出其行為可被納入上引條文第1款的普通詐騙罪，因此只涉及查明使詐騙成為生活方式一節（第4款b項）。

我們相信，他們不持理據。我們認為，事實事宜足以支持作出的裁判。

首先看看前述事實情狀第一段，其中載明：兩名上訴人於2002年6月底在XXX相識，“協商、預謀和策劃以騙取他人銀行提款卡及其密碼的方法，非法獲取他人的金錢，並以此為他們的生活方式”。

因此，我們認為，顯然他們決定以“該活動”作為“獲取他人金錢供自己花費及生活的方式”。

即使不這樣理解 — 我們不相信如此 — 全部已獲證明的事實事宜顯示，他們按照所作出的

決定，在約 12 天的相對較短期間內，作出了七項詐騙的不法事實（其中一項未遂），我們並不認為在此期間內 — 請注意：他們在第 10 天已被司法警員截查 — 他們沒有將所作出的詐騙作為生活方式。這甚至是因為，事實事宜顯示他們來到澳門的目的正是詐騙並且事先知道澳門沒有其他的謀生方式。

確實，立法者沒有訂明“生活方式”的概念。

鑑於 1886 年《刑法典》第 430 條以及其第三段所載的“慣常”性之概念，我們認為此概念之前提是重複作出相同性質的不法行為，旨在將犯罪所得作為行為人生活的來源；（在此意義上參閱 Victor Faveiro de Silva Araújo：《Código Penal Português》，第 7 版，第 743 頁）。

正如 Maia Gonçalves 在對第 430 條的註釋中所強調 — 其中引用了波爾圖中級法院的 1967 年 12 月 15 日合議庭裁判 — 應由“審判者的常識來決定：不法行為的數量是否是那樣頻繁，以至於應當視之為一個習慣（此處所指的習慣乃取其道德 — 社會含義）”；（在相近含義上，最高法院第 42722 號案件的 1992 年 6 月 17 日合議庭裁判中也如此裁判）。

目前，我們認為並不需要“慣常性”，更不需要“職業化”。

正如最高法院的 2002 年 1 月 24 日合議庭裁判所寫，關於盜竊罪，“只要證明存在著少量次數的盜竊（在嚴格技術意義上而言，兩次盜竊已經構成慣竊罪）且按照普通市民的審查標準，其中含有賦予生活方式以實質內容之意圖，便告足夠。”（載於《司法見解匯編》第 10 年度，第 1 卷，第 188 頁起及續後數頁；與此相關，還可參閱中級法院第 32/2003 號案件的 2003 年 4 月 10 日合議庭裁判）。

我們完全贊同這個概念定性，正如檢察院在答覆及意見書中所認為，本案中具備了這種情節，因此，不必贅述，應當認為不存在任何不充足，作出的此部分裁判並無不當。

我們繼續審理。

（二）關於“不可補正的矛盾”

上訴人乙堅稱原審合議庭觸犯該瑕疵，因為在認為“兩名嫌犯處於無業狀態”獲證實之後，又作為獲證明的事實堅稱，現上訴人“每月收入約港幣 1 萬元”；（參閱第 382 頁背頁及第 383 頁）。

乍一看，似乎存在著矛盾。但是我們不相信如此。

我們看看。

前項事實（關於失業狀況）載於控訴中，原審法院對其作了表態，並在本案中將其視為獲證實（因為在澳門，事實上兩名嫌犯沒有任何職業），這是正確的。

確實，按照原判的邏輯，必須承認這種“狀況”是嫌犯在澳門逗留期間所處的狀況。因此，這個事實包含在控訴書中，恰恰是為了“強調”嫌犯以“詐騙”作為“生活方式”。

關於“每月工資港幣 1 萬元”，它所指的是現上訴人來到澳門之前的狀況，這符合原審法院根據澳門《刑事訴訟法典》第 323 條規定而查明之事宜。

況且，只要看看“每月工資”（這一措詞）就足以知道 — 這與上訴人本人在偵查範圍內第 264 頁至第 266 頁作出的聲明相符，嫌犯在其中聲明在 XXX 從事寫字樓文員職務，每月有此收入 — 肯定的是，她在澳門只逗留了“約 12 天”。

因此，顯示不存在所指稱的瑕疵，因此，（上訴人乙）此部分上訴理由也不成立。

（三）關於刑罰份量及緩刑

有關犯罪可處以 2 年至 10 年徒刑

考慮到“上訴人甲的主導作用”，原審合議庭對其確定 4 年 3 個月徒刑，對上訴人乙確定 3 年 6 個月徒刑。

該項刑幅有無不當？

正如我們一向所認為，“在確定刑罰份量時[澳門《刑法典》在此部分採用了‘自由邊際理論’，根據該理論，‘具體刑罰在最低限度和最高限度之間，並在該等限度內考慮刑罰的其他目

的，按照行為人之罪過確定。

但是，這種‘自由’並不是‘隨心所欲’的，相反，是一種‘受法律約束的司法行為’、一種‘對法律的真正適用’，”（參見本中級法院第 2/2000 號案件的 2000 年 2 月 3 日合議庭裁判及最近於第 107/2003-I 號案件的 2003 年 7 月 10 日合議庭裁判）。

在本案中，對兩名上訴人有利的只有自認事實，而上訴人甲部分自認事實，上訴人乙全部及無保留地自認事實。

儘管如此，未證實這種自認對於發現事實真相有任何幫助（鑑於上訴人被司法警員截獲）。

此外，必須考慮到在很早以前就預謀策劃的作出不法事即時所指的直接故意 — 我們認為故意程度很高。

上訴人述稱詐騙所得總金額大大低於“相當巨額”（即高於澳門幣 15 萬元的）定性。

確實，只構成“巨額”（澳門幣 36,575 元）。

然而，刑罰目的之一的預防理由在此屬重要，應予維護。

考慮到有關犯罪刑罰的抽象幅度，我們認為確定的具體刑罰無可非議。因此，鑑於澳門《刑法典》第 48 條對於暫緩執行規定之前提（不超逾 3 年徒刑的刑罰），必須認為這個主張不可行。

因此，上訴理由不成立。

決定

四、綜上所述並依此為據，合議庭裁判上訴理由不成立，維持原判。

嫌犯／上訴人應繳納司法費，甲的司法費定為 4 個計算單位，乙的司法費定為 6 個計算單位。

代理他們的公設辯護人服務費定為澳門幣 1,000 元，在本中級法院審判聽證中之代任辯護人服務費定為澳門幣 800 元，由兩名上訴人承擔（每名承擔澳門幣 900 元）。

José M. Dias Azedo（司徒民正）（裁判書製作法官）— 陳廣勝 — 賴健雄