編號：第 735/2017 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2017 年 9 月 28 日

主要法律問題：

- 特別減輕
- 量刑
- 緩刑

摘 要

1. 原審法院根據《刑法典》第 40 條、64 及 65 條的規定的相關標準，考慮個案中的所有情節對上訴人作出具體量刑。上訴人所提及的《刑法典》第 66 及 67 條條文是對有關罪行的刑幅產生改變，而原審法院在前述「定罪」章節中已對刑幅作出界定，而在「量刑」章節中沒有再引述有關第 66 及 67 條條文亦不表示原審法院沒有考慮有關未遂的情況，況且，原審法院在量刑中亦特別提及上訴人對被害人造成的損失是因非己願而不能達到目的。明顯地，原審法院是在未遂詐騙罪的刑幅內對上訴人作出量刑。

2. 經分析有關事實及上述所有對上訴人有利及不利的情節，本案例中，原審法院裁定上訴人以直接共犯和未遂行為方式觸犯一項《刑法典》第 211 條第 1 款和第 4 款 a) 項、第 196 條 b) 項、第 21 條及第 22 條規定及處罰的詐騙罪，判處三年六個月徒刑約達刑幅一半，略為過重；以直接共犯和既遂方式觸犯一項《刑法典》第 244 條第 1 款規定及處罰的偽造文件罪，判處七個月的量刑則符合犯罪的一般及特別預防最基本的要求。

本院認為上訴人觸犯的一項詐騙罪(未遂)判處二年三個月徒刑已能符合犯罪的一般及特別預防要求。

3. 與其他犯罪相比，上訴人所觸犯的詐騙罪及偽造文件罪雖然不屬嚴重罪行，但有關行為侵犯了相關受害人的財產，亦影響本澳社會安全，對澳門社會治安和法律秩序帶來嚴峻的挑戰，對社會安寧造成一定的負面影響。

考慮到本案的具體情況和澳門社會所面對的現實問題，本案對上訴人處以緩刑並不能適當及充分實現刑罰的目的，尤其不能滿足一般預防的需要。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 735/2017 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2017 年 9 月 28 日

一、案情敘述

於 2017 年 6 月 9 日，第一嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR4-16-0400-PCC 號卷宗內被裁定：

- 以直接共犯和未遂行為方式觸犯一項《刑法典》第 211 條第 1 款和第 4 款 a)項、第 196 條 b)項、第 21 條及第 22 條規定及處罰的詐騙罪，被判處三年六個月徒刑；
- 以直接共犯和既遂方式觸犯一項《刑法典》第 244 條第 1 款規定及處罰的偽造文件罪，被判處七個月徒刑；
- 二罪並罰，第一嫌犯合共被判處三年九個月實際徒刑。

第一嫌犯 A 不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結論部分）：

1. 本案例中，被上訴裁判以上訴人因觸犯《刑法典》第 211 條第 1 款和第 4 款 a 項、第 196 條 b 項、第 21 條及第 22 條規定及處罰

的一項詐騙罪，而被判處三年六個月徒刑；

2. 就本上訴之提起，茲歸納為以下依按：被上訴裁判沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款規定之“理解法律錯誤”而違反《刑法典》第 22 條第 2 款、第 40 條、第 48 條、第 66 條及第 67 條規定的瑕疵；
3. 本上訴針對以下兩個問題：(1)特別減輕及量刑；(2)緩刑的給予；
4. 被上訴裁判就上訴人以未遂方式所觸犯之一項詐騙罪，並沒有依法適用刑罰之特別減輕，顯然違反《刑法典》第 22 條第 2 款規定；為此，經刑罰之特別減輕而根據同法第 66 條及第 67 條規定，考慮有利及不利情節而重新作出量刑下，不應就上訴人以未遂方式所觸犯之詐騙罪科處多於兩年的實際徒刑；
5. 另外，上述經重新作出量刑之一項詐騙罪之犯罪未遂及一項偽造文件罪，二罪並罰下，應根據《刑法典》第 48 條規定給予上訴人一次緩刑機會；
6. 最後，上訴人茲向尊敬的中說法院法官閣下聲請審查本卷宗內，一切可依職權審理之法定瑕疵，並裁定本上訴得直及一如既往地作出公正裁法。

請求

綜上所述：

1. 接納本上訴陳述書狀；
及，由尊敬的中級法院法官閣下裁定如下：
2. 宣告被上訴裁判對上訴人作出之有罪判決存存《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款規定之“理解法律錯誤”而違反《刑法典》第 22 條第 2 款、第 40 條、第 48 條、第 66 條及第 67 條規定的瑕疵；

3. 基於以上瑕疵，就上訴人以未遂方式所觸犯的一項詐騙罪，依法應適用刑罰之特別減輕；
4. 上述犯罪與所觸犯的一項偽造文件罪二罪並罰下，應根據《刑法典》第 48 條規定，給予上訴人緩刑；及
5. 接納上訴人向尊敬的中級法院法官閣下聲請審查本案卷宗內，一切可依職權審理之法定瑕疵，並裁定本上訴得直，以及一如既往地作出公正裁決！

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 上訴人指出被上訴裁判有兩方面的瑕疵，一是原審法院並沒有依法對嫌犯觸犯的一項「(相當巨額)詐騙罪」的刑罰作出特別減輕，二是原審法院對嫌犯以未遂方式觸犯一項「(相當巨額)詐騙罪」科處的刑罰(三年六個月徒刑)過重。
2. 在本案，原審法院認定上訴人是以未遂方式觸犯《刑法典》第 211 條第 1 款和第 4 款 a 項、第 196 條 b 項、第 21 條及第 22 條所規定及處罰的一項「詐騙罪」(見卷宗第 63 頁背頁，被上訴裁判法律部分第一點定罪方面)。
3. 為此，根據《刑法典》第 22 條第 2 款的規定，法官須對上訴人被裁定成立的一項「(巨額)詐騙罪」的刑罰作出特別減輕。
4. 然而，在被上訴裁判關於量刑的部分(即法律部分第二點)，原審法院僅列出《刑法典》第 40 條、第 64 條以及第 65 條的規定，並沒有列出《刑法典》第 22 條第 2 款、第 66 條及第 67 條所規定刑罰之特別減輕的條文。
5. 而透過原審法院針對具體量刑所作出的理由說明(“按照上述的量刑標準，同時考慮到本個案中的具體情節，尤其第一嫌犯為

初犯，本案中，犯罪後果嚴重程度一般，犯罪故意程度一般，行為不法性程度亦一般等，以及考慮同類犯罪之預防需要等因素，以及其犯罪行為對社會秩序和對被害人之財產造成的損失程度(只是因非己願而不能達到目的)，按照上述量刑標準，本庭認為，案中適用非剝奪自由的罰金將未能適當地達到刑罰之目的。按照上述量刑標準，合議庭認為，本案應對第一嫌犯 A 的具體量刑如下：以直接共犯和未遂行為方式觸犯澳門《刑法典》第 211 條第 1 款和第 4 款 a 項、第 196 條 b 項、第 21 條及第 22 條規定及處罰的一項詐騙罪，應判處三年六個月徒刑。”可以見到，原審法院除了沒有列出《刑法典》第 22 條第 2 款、第 66 條及第 67 條的規定外，亦沒有適用有關規定針對(相當巨額)詐騙罪的減輕刑罰先計算出抽象刑幅，再在該抽象刑幅中進行具體量刑。這是因為原審法院僅依據之前提及的量刑標準(即《刑法典》第 40 條、第 64 條以及第 65 條)作出具體量刑，從沒有提及《刑法典》第 67 條。

6. 經適用《刑法典》第 67 條及同一法典第 41 條的規定可知，(相當巨額)詐騙罪的減輕刑罰為 1 個月至 6 年 8 個月。
7. 本文中，原審法院就上訴人以未遂方式觸犯(相當巨額)詐騙罪科處三年六個月徒刑。我們認為，倘原審法院有先根據《刑法典》第 67 條的規定計算出有關抽象刑幅，按照原審法院主要考慮的因素(“上訴人是初犯，犯罪後果嚴重程度一般，犯罪故意程度一般，行為不法性程度一般，同類犯罪之預防需要，犯罪行為對社會秩序的影響，被害人的損失程度”)，原審法院應該是不會對上訴人科處三年六個月徒刑，因為由其考慮因素可以看到原審法院並不認為上訴人的犯罪的嚴重性有超越一般的程度。

8. 為此，我們認同上訴人此部分的上訴理由，即被上訴裁判沾有違反《刑法典》第 22 條第 2 款、第 66 條及第 67 條的規定的瑕疵，故應裁定上訴人此部分的上訴理由成立，並在(相當巨額)詐騙罪的減輕刑罰的抽象刑罰(1 個月至 6 年 8 個月)重新作出具體量刑。
9. 重新作出具體量刑方面，考慮到上訴人是初犯，犯罪後果嚴重程度一般(雖然上訴人欲透過與同伙分工合作向娛樂場貴賓會的帳房職員假扮是被害人，從而從被害人的戶口內提取高達港幣四百八十五萬元的現金籌碼，但最終沒有對被害人造成實質損失)，實行事實的方式具可譴責性(透過佯裝是被害人提取被害人存放在娛樂場的款項)，犯罪故意程度一般，行為不法性程度一般，犯罪的嚴重程度並非十分嚴重，我們認為應判處上訴人不多於(相當巨額)詐騙罪的減輕刑罰抽象刑幅的最高限度的二分之一的刑罰(即不多於 3 年 4 個月)。
10. 上訴人指出，原審法院除了沒有適用刑罰特別減輕的規定，還沒有考慮對上訴人有利的兩個情節，一是上訴人在羈押期間，表現良好，上訴人為家中重要經濟支柱，須扶養父母、太太及兩名未成年子女，故原審法院不應就未遂方式所觸犯之詐騙罪科處多於兩年的實際徒刑。
11. 按照本澳一貫的司法見解(如終審法院第 29/2008 號、第 57/2007 號案件和第 9/2015 號案，以及中級法院第 143/2015 號、第 230/2015 號案及第 757/2011 號案)，倘下級法院所作之量刑決定沒有違反法律規定的刑幅或沒有顯示出完全不適度時，上級法院不應介入具體刑罰的確定。
12. 本案中，考慮到按前所述原審法院並沒有根據《刑法典》第 67

條的規定對(相當巨額)詐騙罪的刑罰進行減輕，並在經減輕的抽象刑罰中進行具體量刑，我們認為在此再考慮原審法院判處的刑罰有否過重或不適當已沒有意義。

13. 此外，考慮到上訴人是初犯且犯罪情節不算十分嚴重，我們認為僅對事實作譴責並以監禁作威嚇已可適當及足以實現處罰之目的，因此，倘中級法院法官閣下認為上訴人關於特別減輕的上訴理由成立，且經競合重新量刑的(相當巨額)詐騙罪的刑罰以及偽造文件罪(7個月)的刑罰後科處的單一刑罰不超逾3年，我們認為應可給予上訴人緩刑的機會。
14. 綜上所述，本院認為上訴人關於刑罰特別減輕部分的理由成立，故應裁定上訴理由成立，並對上訴人觸犯《刑法典》第211條第1款和第4款a項、第196條b項、第21條及第22條所規定及處罰的一項「詐騙罪」重新進行具體量刑，以及倘重新量刑後，競合重新量刑的(相當巨額)詐騙罪的刑罰以及偽造文件罪(7個月)的刑罰後科處的單一刑罰不超逾3年，考慮給予上訴人緩刑。

基於此，檢察院認為上訴人提出的上訴理由成立，請求尊敬的中級法院法官閣下一如既往作出公正的裁決，裁定上訴理由成立，廢止被上訴裁決，對上訴人觸犯的一項「(相當巨額)詐騙罪」重新進行具體量刑，以及倘重新量刑後，競合重新量刑的(相當巨額)詐騙罪的刑罰以及偽造文件罪(7個月)的刑罰後科處的單一刑罰不超逾3年，考慮給予上訴人緩刑。

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱及提交法律意見，認為上訴人提出的上訴理由不成立，及駁回上訴。

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. 2008 年至 2016 年 3 月期間，被害人 B 是 XX 娛樂場「C 貴賓會」的股東。
2. 「C 貴賓會」為了讓該貴賓會的客人可以更方便的在該貴賓會內進行賭博，設有一制度，讓客人可以在貴賓會內開設自己的戶口，讓客人將現金或籌碼存入此戶口內，客人日後隨時可以從自己的戶口內提取現金或籌碼進行賭博。倘若取款時非戶主本人，該貴賓會賬房職員會先要求提款者提供自己的身份證明文件影印本及資料，然後賬房職員會透過戶主的資料打電話給戶主。

在電話中，賬房職員會先核實對方是否戶主本人，核實資料包括：戶主姓名、證件號碼、電話號碼等資料。經戶主在電話中確認及表示同意後，賬房職員才會從戶主的戶口中取款(現金或籌碼)交給該名非戶主的提款者。

3. 被害人在該貴賓會內開設有一個上述戶口(編號 LXX)，且留在該貴賓會的聯絡電話是+853-628XXXXX。
4. 第一嫌犯 A 為了取得不正當的利益，與身份不明的同伙，達成協議，分工合作，從不明途徑和地方偽造了一張虛假的、持證人為「B」的澳門居民身份證和一張偽造的授權書，並作出下述

連串行為。

5. 2016年3月8日，早上約11時13分，在在地烏街的澳門電訊有限公司的門市內，第一嫌犯A按照與上述同伙的協議向該店職員出示了一張持證人是「B」的偽造澳門居民身份證的影印本、一張偽造的授權書、一張第一嫌犯本人的證件影印本、一張第一嫌犯本人的證件正本，並要求該店職員補發屬於手提電話628XXXXX的SIM咭。最後，第一嫌犯因此而獲發屬於手提電話628XXXXX的SIM咭（參見載於卷宗第101頁至第103頁的翻閱錄像光碟筆錄，其內容視為完全轉錄至本控訴書）。
6. 第一嫌犯向澳門電訊有限公司提出上述補發手提電話628XXXXX的SIM咭的申請，是在未經被害人B知悉及表示同意下而作出的。
7. 第一嫌犯A的上述行為直接及必要地導致被害人B手上所持有及使用的原來手提電話628XXXXX的SIM咭便無發繼續使用，即無法接收到任何打來的電話。
8. 另外，第一嫌犯A向上述澳門電訊有限公司出示上述一張持證人是「B」的澳門居民身份證的影印本、一張偽造的授權書時，清楚知道這兩份文件內載有虛假的資料，但仍然將之當作載有真實資料的文件來使用（參見載於卷宗第109頁至第111頁的對比分析報告，其內容視為完全轉錄至本控訴書）。
9. 第一嫌犯在故意、自願、有意識之情況下，經與其他同伙協議，向澳門電訊有限公司職員使用上述載有虛假資料的兩份文件，意圖欺騙他人及澳門政府。
10. 第一嫌犯的行為亦意圖影響該類證件的公信力及其在一般關係中所傳遞的安全及信心，並損害澳門特別行政區及第三人的利

益。

11. 第一嫌犯明知其行為是法律不容許，且會受法律所制裁。
12. 第一嫌犯取得上述補發的 SIM 咭後，第一嫌犯在關閘岸口附近將之轉交一名不知名人士。
13. 2016 年 3 月 8 日中午 1 時許，第一嫌犯 A 向當時在上述貴賓會賬房當值的 D 表示，要求在被害人 B 的上述戶口內提取面值合共港幣四百八十五萬元的現金籌碼。
14. 賬房職員 D 按照正常程序，先要求第一嫌犯提供自己的身份證明文件影印本及聯絡電話，之後 D 透過被害人 B 留下手提電話號碼（+853-628XXXXX）致電給被害人。
15. 當時，接聽由賬房職員 D 打給被害人 B 留給該貴賓會的手提電話號碼（+853-628XXXXX）的人便是嫌犯的上述同伙。在此電話通話中，第一嫌犯的上述同伙假扮是被害人 B 在通話並向職員 D 聲稱同意嫌犯在被害人 B 的上述戶口中提出上指金額的籌碼。
16. 職員 D 在電話的對話中認出對方的聲音與被害人 B 的聲音有差別，所以即使對方在電話中表示同意嫌犯在被害人 B 的戶口中提取上指款項，但職員 D 並沒有將款項交給第一嫌犯，並將此事通知上司，然後再向警方報案。
17. 2016 年 3 月 10 日，澳門電訊向本案提供了嫌犯於同月 3 日要求澳門電訊的職員補發屬於手提電話 628XXXXX 的 SIM 咭時所出示的上述文件。這些文件現在扣押在本案(參見載於卷宗第 104 頁至第 108 頁的扣押筆錄，其內容視為完全轉錄至本控訴書)。
18. 經對比由被害人 B 提供自己的澳門居民身份證影印本及由嫌犯於 2016 年 3 月 8 日向澳門電訊有限公司所提交的持證人是「B」

的澳門居民身份證的影印本，得悉兩份身份證影印本在多個方面(包括簽發日期、持證人的身高、持證人相片尺寸、背面編碼、簽名式樣等)都不相同(參見載於卷宗第 109 頁至第 111 頁的對批分析報告，其內容視為完全轉錄至本控訴書)。

19. 2016 年 3 月 8 日，司警人員在第一嫌犯 A 所提使用的手提電話內的通訊錄中，發現了第一嫌犯在案發前後時間內與其他同伙進行通訊的內容。此外，尚發現第一嫌犯與第二嫌犯 E 所使用兩個電話號碼(+853-66844461、+86-13672XXXXXX)的通話訊記錄(參見載於卷宗第 33 頁至第 39 頁的翻閱流動電話內之通話記錄筆錄，其內容視為完全轉錄至本控訴書)。
20. 第一嫌犯 A 為了自己取得不正當的利益，與其他身份不明的同伙合作，使用詭計，由同伙向上述娛樂場貴賓廳的賬房職員假扮是被害人，並訛稱授權第一嫌犯從被害人戶口內提取款項，目的是使有關職員相信第一嫌犯真的獲得了被害人的授權，以便有關職員作出使被害人受損失的行為。
21. 第一嫌犯 A 是在自由、有意識及故意的情況下，作出上述違法行為，且清楚知道其行為違法，會受法律制裁。
此外，庭審聽證亦證實以下事實:
22. 刑事紀錄證明顯示，二名嫌犯在本澳均為初犯。
23. 第一嫌犯在羈押前擔任貨車司機，每月賺取澳門幣 4500 至 6000 元，須扶養父母、太太及二名未成年子女，具初中程度學歷。
24. 第二嫌犯從事水客，每月賺取澳門幣 3000 至 4000 元，無家庭負擔，具小學二年程度學歷

未證事實

經庭審聽證，本庭認為控訴書存在未能證明的事實：

1. 第二嫌犯 E 在故意、自願、有意識之情況下，經與其他同伙（包括第一嫌犯）協議，向澳門電訊有限公司職員使用上述載有虛假資料的兩份文件，意圖欺騙他人及澳門政府。
2. 第二嫌犯 E 的行為亦意圖影響該類證件的公信力及其在一般關係中所傳遞的安全及信心，並損害澳門特別行政區及第三人的利益。
3. 第二嫌犯 E 明知其行為是法律不容許，且會受法律所制裁。
4. 第二嫌犯 E 為了取得不正當的利益，與身份不明的同伙，達成協議，分工合作，從不明途徑和地方偽造了一張虛假的、持證人為「B」的澳門居民身份證和一張偽造的授權書，並作出下述連串行為。
5. 第一嫌犯取得上述補發的 SIM 咭後，第一嫌犯在關閘岸口附近將之轉交第二嫌犯。
6. 然後，第二嫌犯 E 按照與上述其他同伙的協議，將上述新補發的手提電話 628XXXXXX 的 SIM 咭再轉交其他同伙，由其他同伙插入另一部手提電話來使用。
7. 第二嫌犯 E 為了自己取得不正當的利益，與其他身份不明的同伙合作，使用詭計，由同伙向上述娛樂場貴賓廳的賬房職員假扮是被害人，並訛稱授權第一嫌犯從被害人戶口內提取款項，目的是使有關職員相信第一嫌犯真的獲得了被害人的授權，以便有關職員作出使被害人受損失的行為。
8. 第二嫌犯 E 是在自由、有意識及故意的情況下，作出上述違法行為，且清楚知道其行為違法，會受法律制裁。

三、 法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 特別減輕
- 量刑
- 緩刑

1. 上訴人認為原審法院雖然在法律定性上認為上訴人的行為構成《刑法典》第 22 條所規定之以未遂行為方式而觸犯一項詐騙罪，但在量刑上則僅適用《刑法典》第 40 條、第 64 條及第 65 條所規定的量刑標準，卻沒有考慮因犯罪未遂而構成刑罰之特別減輕之適用，因此，根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款規定之“理解法律錯誤”為由，原審判決違反了《刑法典》第 22 條第 2 款、第 40 條、第 48 條、第 66 條及第 67 條規定。

關於定罪及量刑方面，原審法院說明如下：

“法律適用

(一)定罪

關於詐騙罪，《刑法典》第 211 條規定：

一、意圖為自己或第三人不正當得利，以詭計使人在某些事實方面產生錯誤或受欺騙，而令該人作出造成其本人或另一人之財產有所損失之行為者，處最高三年徒刑或科罰金。

二、犯罪未遂，處罰之。

三、如因詐騙而造成之財產損失屬巨額，行為人處最高五年徒刑，或科最高六百日罰金。

四、如屬下列情況，則處二年至十年徒刑：

- a) 財產損失屬相當巨額者；
- b) 行為人以詐騙為生活方式；或
- c) 受損失之人在經濟上陷於困境。

同時，《刑法典》第 196 條 b) 項規定：

為著本法典之規定之效力，下列各詞之定義為：

- a) 巨額：在作出事實之時超逾澳門幣三萬元之數額；
- b) 相當巨額：在作出事實之時超逾澳門幣十五萬元之數額；

.....

《刑法典》第 21 條規定：

一、行為人作出一已決定實施之犯罪之實行行為，但犯罪未至既遂者，為犯罪未遂。

二、下列行為為實行行為：

- a) 符合一罪狀之構成要素之行為；
- b) 可適當產生符合罪狀之結果之行為；或
- c) 某些行為，除非屬不可預見之情節，根據一般經驗，在性質上使人相信在該等行為後將作出以上兩項所指之行為。

《刑法典》第 22 條規定：

一、有關之既遂犯可處以最高限度超逾三年之徒刑時，犯罪未遂方予處罰，但另有規定者除外。

二、犯罪未遂，以可科處於既遂犯而經特別減輕之刑罰處罰之。

三、行為人採用之方法係明顯不能者，或犯罪既遂所必要具備之對象不存在者，犯罪未遂不予處罰。

關於偽造文件罪，《刑法典》第 244 條第 1 款規定：

一、意圖造成他人或本地區有所損失，又或意圖為自己或他人獲得不正當利益，而作出下列行為者，處最高三年徒刑或科罰金：

a) 製造虛假文件，偽造或更改文件，又或濫用他人之簽名以製作虛假文件；

.....

*

首先，本案審理獲證事實表明，第一嫌犯 A 為了自己取得不正當的利益，與其他身份不明的同伙合作，使用詭計，由同伙向上述娛樂場貴賓廳的賬房職員假扮是被害人，並訛稱授權第一嫌犯從被害人戶口內提取款項，目的是使有關職員相信第一嫌犯真的獲得了被害人的授權，以便有關職員作出使被害人受損失的行為。為此，第一嫌犯之行為明顯以直接共犯和未遂行為方式觸犯了澳門《刑法典》第 211 條第 1 款和第 4 款 a 項、第 196 條 b 項、第 21 條及第 22 條所規定及處罰的一項詐騙罪。

此外，本案審理獲證事實表明，第一嫌犯在故意、自願、有意識之情況下，經與其他同伙協議，向澳門電訊有限公司職員使用上述載有虛假資料的兩份文件，意圖欺騙他人及澳門政府。為此，第一嫌犯之行為明顯以直接共犯和既遂方式觸犯了澳門《刑法典》第 244 條第 1 款所規定及處罰的一項偽造文件罪。

第二，根據已審理查明之事實，由於未能證實第二嫌犯 E 為了自己取得不正當的利益，與其他身份不明的同伙合作，使用詭計，由同伙向上述娛樂場貴賓廳的賬房職員假扮是被害人，並訛稱授權第一嫌犯從被害人戶口內提取款項，目的是使有關職員相信第一嫌犯真的獲得了被害人的授權，以便有關職員作出使被害人受損失的行為。為此，檢察院指控第二嫌犯之行為明顯以直接共犯和未遂行為方式觸犯了澳門《刑法典》第 211 條第 1 款和第 4 款 a 項、第 196 條 b 項、第 21 條及第 22 條所規定及處罰的一項詐騙罪，判處控罪理由不成立。

另外，根據已審理查明之事實，由於未能證實第二嫌犯 E 在故意、

自願、有意識之情況下，經與其他同伙（包括第一嫌犯）協議，向澳門電訊有限公司職員使用上述載有虛假資料的兩份文件，意圖欺騙他人及澳門政府。為此，檢察院指控第二嫌犯之行為明顯以直接共犯和既遂方式觸犯了澳門《刑法典》第 244 條第 1 款所規定及處罰的一項偽造文件罪，判處控罪理由不成立。

*

(二) 量刑

《刑法典》第 40 條規定：

- 一、科處刑罰及保安處分旨在保護法益及使行為人重新納入社會。
- 二、在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過之程度。
- 三、保安處分僅在其與事實之嚴重性及行為人之危險性相適應時，方得科處之。

同時，《刑法典》第 64 條列明：

如對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰，則只要非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰之目的，法院須先選非剝奪自由之刑罰。

根據澳門《刑法典》第 65 條規定，量刑應按照行為人的罪過和預防犯罪的要求予以確定，同時，量刑也需考慮不屬罪狀的對行為人有利或不利的所有情節，其中包括：

- 1) 事實之不法程度、實行事實之方式、事實所造成之後果之嚴重性，以及行為人對被要求須負之義務之違反程度；
- 2) 故意或過失之嚴重程度；
- 3) 在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；
- 4) 行為人之個人狀況及經濟狀況；
- 5) 作出事實之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之

行為；

6) 在事實中顯示並無為保持合規範之行為作出準備，而欠缺該準備係應透過科處刑罰予以譴責者。

*

根據刑事紀錄，第一嫌犯為初犯，在庭上否認被指控之事實。

按照上述的量刑標準，同時考慮到本個案中的具體情節，尤其第一嫌犯為初犯，本案中，犯罪後果嚴重程度一般，犯罪故意程度一般，行為不法性程度亦一般等，以及考慮同類犯罪之預防需要等因素，以及其犯罪行為對社會秩序和對被害人之財產造成的損失程度(只是因非己願而不能達到目的)，按照上述量刑標準，本庭認為，案中適用非剝奪自由的罰金將未能適當地達到刑罰之目的。

按照上述量刑標準，合議庭認為，本案應對第一嫌犯 A 的具體量刑如下：

以直接共犯和未遂行為方式觸犯澳門《刑法典》第 211 條第 1 款和第 4 款 a 項、第 196 條 b 項、第 21 條及第 22 條規定及處罰的一項詐騙罪，應判處三年六個月徒刑；

以直接共犯和既遂方式觸犯澳門《刑法典》第 244 條第 1 款規定及處罰的一項偽造文件罪，應判處七個月徒刑；

二罪並罰，合共應判處三年九個月徒刑。”

從上述的判決說明中可以看到，原審法院在「定罪」的章節裡將上訴人的行為定性為一項未遂的詐騙罪和一項偽造文件罪，並引用了《刑法典》第 211 條、第 21 條、第 22 條及第 244 條第 1 款的條文。

有關的定罪必然界定了相關罪行的刑幅，即是說，上訴人面對一項

《刑法典》第 211 條第 1 款和第 4 款 a)項、第 196 條 b)項、第 21 條及第 22 條所規定及處罰的未遂詐騙罪，可判處一個月至六年八個月徒刑的刑幅；以及一項《刑法典》第 244 條第 1 款所規定及處罰的已遂偽造文件罪，可被判處一個月至三年徒刑或罰金。

在上述的刑幅範圍內，原審法院根據《刑法典》第 40 條、64 及 65 條的規定的相關標準，考慮個案中的所有情節對上訴人作出具體量刑。上訴人所提及的《刑法典》第 66 及 67 條條文是對有關罪行的刑幅產生改變，而原審法院在前述「定罪」章節中已對刑幅作出界定，而在「量刑」章節中沒有再引述有關第 66 及 67 條條文亦不表示原審法院沒有考慮有關未遂的情況，況且，原審法院在量刑中亦特別提及上訴人對被害人造成的損失是因非己願而不能達到目的。明顯地，原審法院是在未遂詐騙罪的刑幅內對上訴人作出量刑。

另一方面，原審法院對上訴人所作出的具體量刑三年六個月及七個月徒刑亦在定罪的刑幅內，根本並不存在上訴人所提出的遺漏了考慮犯罪未遂的特別減輕情節。

因此，上訴人這一上訴理由並不成立。

2. 上訴人認為原審法院量刑過重，應判處上訴人不超逾二年徒刑的刑罰。

《刑法典》第 40 條及第 65 條規定量刑的標準。

犯罪的預防分為一般預防和特別預防二種：前者是指通過適用刑罰達到恢復和加強公眾的法律意識，保障其對因犯罪而被觸犯的法律規範的

效力、對社會或個人安全所抱有的期望，並保護因犯罪行為的實施而受到侵害的公眾或個人利益的積極作用，同時遏止其他人犯罪；後者則指對犯罪行為和犯罪人的恐嚇和懲戒，且旨在通過對犯罪行為人科處刑罰，尤其是通過刑罰的執行，使其吸收教訓，銘記其犯罪行為為其個人所帶來的嚴重後果，從而達到遏止其再次犯罪，重新納入社會的目的。

上訴人以直接共犯和未遂行為方式觸犯一項《刑法典》第 211 條第 1 款和第 4 款 a) 項、第 196 條 b) 項、第 21 條及第 22 條規定及處罰的詐騙罪，可被判處一個月至六年八個月徒刑；以直接共犯和既遂方式觸犯一項《刑法典》第 244 條第 1 款規定及處罰的偽造文件罪，可被判處最高三年徒刑或科罰金。

根據原審法院認定的事實，上訴人為了自己取得不正當的利益，與其他身份不明的同伙合作，使用詭計，由同伙向上述娛樂場貴賓廳的賬房職員假扮是被害人，並訛稱授權上訴人從被害人戶口內提取款項，目的是使有關職員相信上訴人真的獲得了被害人的授權，以便有關職員作出使被害人受損失的行為。案中涉及的金額達到四百八十五萬港元，只是因非己願而上訴人未能達到目的。

另一方面，需考慮對犯罪一般預防的要求。

另外，在考慮保護法益及公眾期望的要求時需知道，詐騙罪屬本澳常見犯罪，上訴人有計劃地伙同他人犯罪，顯示其犯罪故意程度甚高，情節嚴重，對社會安寧及法律秩序造成十分嚴重負面影響。

而對上訴人有情節是其為初犯，沒有其他刑事紀錄。

經分析有關事實及上述所有對上訴人有利及不利的情節，本案中，原審法院裁定上訴人以直接共犯和未遂行為方式觸犯一項《刑法典》第 211 條第 1 款和第 4 款 a) 項、第 196 條 b) 項、第 21 條及第 22 條規定及處罰的詐騙罪，判處三年六個月徒刑約達刑幅一半，略為過重；以直接共犯和既遂方式觸犯一項《刑法典》第 244 條第 1 款規定及處罰的偽造文件罪，判處七個月的量刑則符合犯罪的一般及特別預防最基本的要求。

本院認為上訴人觸犯的一項詐騙罪(未遂)判處二年三個月徒刑已能符合犯罪的一般及特別預防要求。

按照《刑法典》第 71 條第 2 款規定，犯罪競合 可科處的刑罰最低限度為各罪刑罰中最重者，而最高限度為各罪刑罰中之總和，因此，上訴人兩罪競合，可判處二年三個月徒刑至二年十個月徒刑的刑罰。根據《刑法典》第 71 條之規定，判處上訴人二年六個月徒刑的單一刑罰。

因此，上訴人提出的上述上訴理由部分成立。

3. 上訴人亦提出了如上述理由成立，給予緩刑。

根據《刑法典》第 48 條之規定，經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節後，認定僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的，法院得將所科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。

根據《刑法典》第 48 條之規定，經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節後，認定僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的，法院得將所科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。

換言之，法院若能認定不需通過刑罰的實質執行，已能使行為人吸

收教訓，不再犯罪，重新納入社會，則可將對行為人所科處的徒刑暫緩執行。因此，是否將科處之徒刑暫緩執行，必須考慮緩刑是否能適當及充分地實現處罰之目的。

另一方面，需考慮對犯罪一般預防的要求。

與其他犯罪相比，上訴人所觸犯的詐騙罪及偽造文件罪雖然不屬嚴重罪行，但有關行為侵犯了相關受害人的財產，亦影響本澳社會安全，對澳門社會治安和法律秩序帶來嚴峻的挑戰，對社會安寧造成一定的負面影響。

故此，考慮到本案的具體情況和澳門社會所面對的現實問題，本案對上訴人處以緩刑並不能適當及充分實現刑罰的目的，尤其不能滿足一般預防的需要。

基於上述原因，上訴人的刑罰必須實際執行。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人 A 的上訴理由部分成立。

本院改判上訴人觸犯一項《刑法典》第 211 條第 1 款和第 4 款 a) 項、第 196 條 b) 項、第 21 條及第 22 條規定及處罰的詐騙罪(未遂)，判處二年三個月徒刑；結合原審法院裁定上訴人所觸犯一項《刑法典》第 244 條第 1 款規定及處罰的偽造文件罪，判處七個月徒刑；兩罰並罰，合共判處兩年六個月實際徒刑之單一刑罰。

判處上訴人繳付 6 個計算單位之司法費以及三分之二上訴的訴訟費用。

訂定上訴人辯護人辯護費為澳門幣 2,500 圓。

著令通知。

2017 年 9 月 28 日

譚曉華 (裁判書製作人)

蔡武彬 (第一助審法官)

司徒民正 (第二助審法官)