

上訴案第 120/2018 號

日期：2018 年 5 月 31 日

- 主題：
- 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判的瑕疵
 - 法律問題
 - 信任之濫用罪
 - 交付
 - 詐騙罪
 - 量刑

摘 要

1. 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”，一如眾多司法見解所理解的，僅存在於法院沒有證實必要的可資作出適當法律適用以及決定案件實體問題的事實；法院在審判過程中必須在該刑事訴訟案件的標的包括控訴書或辯護詞所界定的範圍內，對這些事實作調查。這一瑕疵不同於或者不是指證據的不足，後者在對證據的審理沒有明顯的錯誤之時是不可以作為上訴的理由的，也將因質疑法院的自由心證而成為明顯不成立的上訴理由。
2. 決定是否存在相當巨額之信任之濫用罪中的“交託 (entrega)”的要素的事實以及承諾退回款項卻沒有退回的行為屬於民事糾紛，是以經過對這些事實的分析所得出來的結論，即使所認定的事實沒有明確寫明這個結論，法院也可以憑藉其他事實作出推論，這基本上是一個法律適用方面的問題，並不存在於事實審理層面的問題。
3. 信任之濫用罪的組成客觀要素為行為人將以不轉移所有權方式交付予其的動產不正當據為己有，而主觀要素則容許任一故意的種類。

4. 嫌犯向被害人聲稱嫌犯有能力為中國內地居民申請香港居留權，條件是每個申請家庭須要合共向嫌犯支付約港幣六萬元。經被害人轉告後，被害人在中國內地的七個親友家庭有意申請香港居留權，彼等協議先被害人為前述七個家庭支付相關手續費。在此，的支付並不是排除履行以及沒有轉移所有權的交付，不能成為濫用信用罪的客觀要件。
5. 雖然，原審法院沒有認定為得到證實，上訴人沒有能力為中國內地居民申辦香港居留權，但是，基於原審法院所證實的“由於嫌犯會成功為被害人以投資移民的方式申請來澳定居，因此被害人相信嫌犯所言，並認為嫌犯有能力為中國內地居民申請香港居留權”的事實，基於嫌犯的承諾申請不成功就退回款項，受害人相信了嫌犯的“詭計”，才得以讓他們的“交易”繼續下去。其行為構成了詐騙罪的罪名。
7. 關於量刑，我們一直認為，法律給予法院在刑法規定的刑幅間依此原則及標準選一合適刑罰的自由，只要沒有明顯“罪刑不符”及“刑罰明顯”過重的情況，上訴法院是儘量不介入審查的。尤其是，上訴法院對原審法院在訴訟的直接以及口頭原則之下進行的審判活動所形成的對嫌犯的印象的評分難於作出適當的糾正，上訴法院作出介入也僅限於這些評核出現明顯錯誤以及顯失平衡的情況下。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 120/2018 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，其以既遂方式觸犯了六項澳門《刑法典》第 211 條第 1 款及第 3 款結合第 196 條 a)項所規定及處罰的「詐騙罪」，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 CR2-17-0302-PCC 號普通刑事案件中，經過庭審最後作出了以下的判決：

1. 指控嫌犯 A 以直接正犯、既遂及故意的方式所觸犯的《澳門刑法典》第 211 條第 1 款及第 3 款結合第 196 條 a)項所規定及處罰的六項「詐騙罪」(巨額)，改判嫌犯以直接正犯、既遂及故意的方式觸犯了《澳門刑法典》第 199 條第 4 款 b 項結合第 196 條 b)項所規定及處罰的一項「相當巨額之信任之濫用罪」，判處 3 年 6 個月的實際徒刑。
2. 本案與第 CR4-17-0143-PCC 號卷宗 (當中已競合了第 CR2-16-0441-PCC 號卷宗對嫌犯所判處的刑罰) 對嫌犯所判處的刑罰作競合，合共判處嫌犯 17 年 6 個月實際徒刑的單一刑罰。

上訴人 A 不服判決，向本院提起上訴，並提出了上訴理由：

- A. 尊敬的初級法院法官閣下 (Tribunal “a quo”) 於 2017 年 12 月 5 日作出判決，判處上訴人以直接正犯、既遂及故意的方式觸犯了《刑法典》第 199 條第 4 款 b)項結合第 196 條 b)項所規定及處罰的一項「相當巨額之信任之濫用罪」，判處 3 年 6 個月的實際徒刑；並與第 CR4-17-0143-PCC 號卷宗 (當中已競合了第 CR2-16-0441-PCC 號卷宗對上訴人所判處的刑罰) 對上訴人所判處的刑罰作競合，合共判處上訴人 17 年 6 個月實際徒刑的單一刑罰。
- B. 在尊重初級法院法官閣下 (Tribunal “a quo”) 的前提下，上訴人認為被訴決定沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款、第 400 條第 2 款 a)項所規定之瑕疵、以及違反了《刑法典》第 64 條、第 65 條、第 71 條及第 72 條之規定。
- C. 關於被訴判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判的瑕疵，即初級法院法官閣下 (Tribunal a quo) 在認定的事實上不充分以至錯誤適用法律。
- D. 被訴判決在獲證事實方面認定了上訴人收取了被害人所交付之辦理申請香港居留權之手續費，另一方面，又認定了上訴人承諾倘若未能辦理有關的居留權，將會全數將款項退回予被害人。
- E. 被訴判決中未有就上訴人所收取之手續費是用於作為申請居留權所須繳付予相關部門之費用，抑或是作為上訴人代為辦理手續而給予上訴人之一項“報酬”作出審查。
- F. 要知道「相當巨額之信任之濫用罪」之前提要件為：被害人將財物交給上訴人，其目的並非送給上訴人，而是希望上訴人暫時託管又或協助將有關財物轉交給另一人，但上訴人卻利用被害人對自己的這種信任，將不屬於自己的財物據為己有時，方構成信任之濫任罪。
- G. 上述的審查對於判定上訴人是否觸犯了《刑法典》第 199 條第 4

款 b)項結合第 196 條 b)項所規定及處罰的一項「相當巨額之信任之濫用罪」尤為重要。

- H. 被訴判決未有任何事實予以證明被害人是將“手續費”暫時交託予上訴人。
- I. 按照一般常理，案中手續費在未能辦妥居留權申請將退回予被害人時，則該款項不會是交予政府或辦理證件的費用，而是屬於嫌疑犯的報酬。
- J. 上訴人對被害人所作出之因未能辦理有關的居留權，將會全數將款項退回予被害人，有關的事實亦未能穩妥地認定上訴人之行為符合《刑法典》第 199 條第 4 款 b)項結合第 196 條 b)項所規定及處罰的一項「相當巨額之信任之濫用罪」之前提要件。
- K. 在對不同的理解給予尊重的前提下，上訴人認為其與被害人之關係單純是屬於民事上的責任問題。
- L. 上訴人所收取的款項，是作為其協助辦理居留權的報酬時，這是被害人自願將金錢款項的所有權已交予上訴人的行為。對此等款項，上訴人擁有絕對的處分權，不存在「挪用」。
- M. 在辦理居留權不成功時而未有按協定去退回費用的情況下，上訴人與被害人之間只是一個民事關係，屬債務不履行，而非犯罪。
- N. 在欠缺被害人所交付予上訴人之款項是供其託管之前提下，被訴判決是沒有足夠的證據予以認定上訴人所實施之行為符合《刑法典》第 199 條第 4 款 b)項結合第 196 條 b)項所規定及處罰的一項「相當巨額之信任之濫用罪」之前提要件。
- O. 被訴判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判的瑕疵並應予以撤銷，並應開釋對上訴人所處之一項「相當巨額之信任之濫用罪」。
- P. 倘若上訴法院法官閣下 (Tribunal ad quem) 認為上述所陳述之瑕疵不成立，亦請求法官閣下 (Tribunal ad quem) 考慮判決所載之量刑過重，因而違反了《刑法典》第 64 條、第 65 條、第

71 條及第 72 條之規定。

- Q. 被訴判決判處上訴人因觸犯：《刑法典》第 199 條第 4 款 b)項結合第 196 條 b)項所規定及處罰的一項「相當巨額之信任之濫用罪」，判處 3 年 6 個月的實際徒刑；並與第 CR4-17-0143-PCC 號卷宗（當中已競合了第 CR2-16-0441-PCC 號卷宗對上訴人所判處的刑罰）對上訴人所判處的刑罰作競合，合共判處上訴人 17 年 6 個月實際徒刑的單一刑罰。
- R. 對於判處上訴人須實際服刑之刑罰實為過重，有關的決定與刑罰目的相違背的。
- S. 根據《刑法典》第 71 條第 2 款之規定“可科處之刑罰之最高限度為具體科處於各罪之刑罰之總和……”，即在刑罰競合方面，應在 4 年徒刑至 30 年徒刑之間對上訴人作出處罰。
- T. 在作出決定前須考慮上訴人之人格及所實施之事實。
- U. 被訴判決就判處上訴人須服 17 年 6 個月實際徒刑之決定，違反了《刑法典》第 64 條、第 65 條、第 71 條及第 72 條之規定，在量刑方面未有作全面考慮引致量刑過重，故請求 法官閣下撤銷被訴判決，並作出判處上訴人十六年實際徒刑的單一刑罰決定。

請求：綜上所述，倘若有所遺漏，懇請 尊敬的法官閣下按照有關法律之規定指正補充，並接納本聲請，裁定上訴理由成立，因而

- 撤銷初級法院所作出之判決；
- 並由中級法院作出開釋上訴人 1 項第 199 條第 4 款 b)項結合第 196 條 b)項所規定及處罰的一項「相當巨額之信任之濫用罪」。

倘若 尊敬的法官閣下不認同上述的理解，亦請求：

- 撤銷初級法院所作出之判決；
- 並由中級法院作出判處上訴人十六年實際徒刑之單一刑罰決定。

檢察院就上訴人 A 所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 根據澳門終審法院裁決，要出現該瑕疵，“必須在調查為做出適當的法律決定必不可少的事實時出現漏洞，或者因為該等事實阻礙作出法律決定，或者因為沒有該等事實就不可能得出已得出的法律方面的結論，從而對已作出的裁判來說，獲證明之事實事宜顯得不充分、不完整。”(參閱終審法院第 17/2000 號、第 14/2000 號、第 16/2000 號合議庭裁判，以及其他更多的裁判)
2. 事實上，在本案審判聽證中，原審法庭已查明做出正確裁判所必不可少的事實。
3. 在庭審中，嫌犯承認實施大部分對其所歸責的事實，但解釋只是擅自挪用被害人的金錢，並不是一開始便打算騙取其金錢，嫌犯已著手為被害人及其親友辦理手續，只是最終因政策有變而未有完成或成功辦妥有關居港權；此外，嫌犯表示當時向被害人承諾，倘若未能成功辦理相關居港權，將會全數退回所支付的款項。
4. 被害人 B 確認與控訴書描述相符的交款予嫌犯的經過，也確認案中所指的交付金額；此外，卷宗中載有嫌犯所署名的收據。
5. 在庭審期間，宣讀了嫌犯之前在檢察院所作的聲明，當中嫌犯承認沒有能力為被害人及其親友辦理澳門及香港移民的手續，雖然嫌犯在庭審上又改稱具有相關能力，但承認因染有賭癮而擅自挪用被害人所交付的金錢，因而無力退還款項相關款項。
6. 因此，根據有關既證事實，嫌犯在自由、自願及有意識之情況下，未能成功為被害人及其親友辦理香港居留權，且未有履行承諾將被害人所支付的港幣二十八萬元 (HKD\$280,000.00) 退還予被害人，而是擅自將之據為己有，從而造成被害人的財產損失，嫌犯清楚知道其行為違法，會受法律制裁。
7. 由於從已證事實當中反映嫌犯僅有單一的犯罪故意，因此，我們認為，指控嫌犯以直接正犯、既遂及故意的方式所觸犯的《澳門刑法典》第 211 條第 1 款及第 3 款結合第 196 條 a) 項所規定及處罰的六項詐騙罪 (巨額)，原審法庭改判嫌犯以直接正犯、既

遂及故意的方式觸犯了《澳門刑法典》第 199 條第 4 款 b 項結合第 196 條 b)項所規定及處罰的一項相當巨額之信任之濫用罪，判處罪名成立是合理的。

8. 在具體的量刑方面，根據《澳門刑法典》第 40 條及第 65 條規定，法院得考慮行為人的罪過和預防犯罪的要求，以及不屬罪狀的加重或減輕情況，尤其是：犯罪事實的不法程度、實施犯罪事實的方式、犯罪事實所造成的後果、犯罪的故意程度、犯罪時行為人的情緒狀態、犯罪的目的或動機、嫌犯的個人及經濟狀況和犯罪前後的表現等。
9. 在本案，犯罪事實的不法程度及嫌犯犯罪的故意程度甚高，以及考慮了與本案有關的其他情節，尤其是相關的涉案金額。嫌犯並非初犯，已在多宗案卷被判有罪。
10. 在本案，原審法庭針對嫌犯所觸犯的一項相當巨額之信任之濫用罪，判處 3 年 6 個月的徒刑。根據《澳門刑法典》第 71 條及第 72 條的規定，針對嫌犯本案與第 CR4-17-0143-PCC 號卷宗(當中已競合了第 CR2-16-0441-PCC 號卷宗對嫌犯所判處的刑罰)對嫌犯所判處的刑罰符合刑罰競合的前提。
11. 因此，根據有關規定，競合刑罰的刑幅為 4 年的徒刑至 30 年的徒刑之間(根據《澳門刑法典》第 41 條第 2 款及第 3 款的規定)，考慮到嫌犯的人格及其所實施的事實，數罪並罰，原審法庭合共判處嫌犯 17 年 6 個月徒刑的單一刑罰是恰當的、合理的，沒有違反了《刑法典》第 64 條、第 65 條、第 71 條及第 72 條之規定，沒有量刑過重。

基於此，檢察院建議判處上訴人上訴理由不成立，應予駁回，並維持原審法庭的決定。

駐本院助理檢察長提出法律意見書，認為上訴人提出的上訴理由均不成立，應全部予以駁回。

本院接受上訴人提起的上訴後，裁判書製作人提出了有可能改判上訴人觸犯詐騙罪的情況，並遵守了辯論原則，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：

- 2009 年年初，嫌犯 A 向被害人 B 聲稱嫌犯有能力為中國內地居民申請香港居留權，條件是每個申請家庭須要合共向嫌犯支付約港幣六萬元 (HKD\$60,000.00) 的手續費，當中港幣四萬元 (HKD\$40,000.00) 至港幣五萬元 (HKD\$50,000.00) 不等的上期款項必須於提交申請時向嫌犯支付，而餘下的港幣一萬元 (HKD\$10,000.00) 至港幣二萬元 (HKD\$20,000.00) 不等的尾期款項則待有關居留權成功批核後再向嫌犯支付，有關申請的批核時間約一年。
- 由於嫌犯曾成功為被害人以投資移民的方式申請來澳定居，因此被害人相信嫌犯所言，並認為嫌犯有能力為中國內地居民申請香港居留權。
- 其後，被害人將上述申請香港居留權的消息告知予其國內的親友。
- 經被害人轉告後，被害人在中國內地的七個親友家庭有意申請香港居留權，彼等協議先被害人為前述七個家庭支付相關手續費。
- 分別於 2009 年 1 月 17 日、2009 年 3 月 21 日、2009 年 3 月 24 日、2009 年 3 月 31 日、2009 年 4 月 13 日、2009 年 4 月 20 日及 2011 年 11 月 13 日，被害人在澳門某地點分別向嫌犯支付了港幣四萬元 (HKD\$40,000.00)、港幣四萬元 (HKD\$40,000.00)、港幣四萬元 (HKD\$40,000.00)、港幣四萬元 (HKD\$40,000.00)、港幣五萬元 (HKD\$50,000.00)、港幣二萬元 (HKD\$20,000.00) 及港幣五萬元 (HKD\$50,000.00)，作為被害人在中國內地的七個親友家庭申請香港居留權的手續費的上期款項 (參閱卷宗第 34 至 40 頁的收據)。

- 在上述七次支付手續費上期款項之時，被害人也向嫌犯交付了相應七個申請家庭的成員身份資料，嫌犯向被害人承諾倘若未能功辦理有關的居留權，將會全數將款項退回予被害人。
- 直至 2014 年，嫌犯未能為被害人的中國內地親友成功辦理任何香港居留權的申請，亦沒有將上述款項退還予被害人，並將有關款項據為己有。其後被害人更聯繫不上嫌犯，於 2016 年 4 月，被害人透過新聞得知嫌犯以協辦投資移民為藉口而騙取他人款項，其亦懷疑被騙，於是報警求助。
- 事件中，嫌犯的行為令到被害人合共損失了港幣二十八萬元 (HKD\$280,000.00)。
- 嫌犯是在自由、自願、有意識的情況下故意作出上述行為。
- 嫌犯未能成功為被害人及其親友辦理香港居留權，但未有履行承諾將被害人所支付的港幣二十八萬元 (HKD\$280,000.00) 退還予被害人，而是擅自將之據為己有，從而造成被害人的財產損失。
- 嫌犯清楚知道其行為是違法的，並會受到法律制裁。

此外，還查明：

- 嫌犯表示具高中畢業的學歷，無業，育有兩名子女。
 - 根據嫌犯的最新刑事記錄顯示，嫌犯並非初犯。
- 1) 嫌犯曾因觸犯《澳門刑法典》第 199 條第 1 款結合第 4 款 a 項所規定及處罰的 21 項信任之濫用罪(巨額)、《澳門刑法典》第 199 條第 1 款結合第 4 款 b 項所規定及處罰的 10 項信任之濫用罪(相當巨額)、《澳門刑法典》第 211 條第 1 款結合第 3 款所規定及處罰的 7 項詐騙罪(巨額)、《澳門刑法典》第 211 條第 1 款結合第 4 款 a 項所規定及處罰的 4 項詐騙罪 (相當巨額)，於 2017 年 4 月 21 日被第 CR2-16-0441-PCC 號卷宗 21 項信任之濫用罪(巨額)，每項判處 2 年徒刑，10 項信任之濫用罪(相當巨額)，每項判處 3 年 6 個月徒刑、7 項「詐騙罪」(巨額)，每項判處 2 年 6

個月徒刑，4 項詐騙罪（相當巨額），每項判處 4 年徒刑，數罪並罰，合共判處嫌犯 15 年實際徒刑的單一刑罰，判決於 2017 年 5 月 11 日轉為確定。

2) 嫌犯又因觸犯《澳門刑法典》第 199 條第 4 款 a)項結合第 196 條 b)項所規定及處罰之一項相當巨額之信任濫用罪，於 2017 年 10 月 27 日被第 CR4-17-0143-PCC 號卷宗判處 2 年 9 個月的實際徒刑，該案與第 CR2-16-0441-PCC 號卷宗所判處的刑罰作出競合，合共判處嫌犯 15 年 6 個月實際徒刑的單一刑罰，判決於 2017 年 11 月 16 日轉為確定。

- 此外，嫌犯還有以下待決卷宗：

(1) 嫌犯現被第 CR3-17-0295-PCC 號卷宗指控其觸犯《澳門刑法典》第 211 條第 3 款所規定及處罰的一項加重詐騙罪《澳門刑法典》第 211 條第 4 款 a 項所規定及處罰的一項加重詐騙罪，案件訂於 2018 年 10 月 29 日進行審判聽證。

未能證明的事實：

- 事實上，嫌犯沒有能力為中國內地居民申辦香港居留權。
- 控訴書與上述已證事實不符的其他事實。

三、法律部份

上訴人在上訴理由中質疑被訴判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判的瑕疵，因為在欠缺被害人所交付予上訴人之款項是供其託管之前提下，被訴判決是沒有足夠的證據予以認定上訴人所實施之行為符合《刑法典》第 199 條第 4 款 b)項結合第 196 條 b)項所規定及處罰的一項「相當巨額之信任之濫用罪」之前提要件，並應予以撤銷，並應開釋對上訴人所處之一項「相當巨額之信任之濫用罪」。然後，在補充性的上訴理由中，認為原審法院的量刑過重。

我們看看。

關於《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定的“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”的瑕疵，

關於事實不足以作出法律適用的瑕疵，僅存在於法院沒有證實必要的可資作出適當法律適用以及決定案件實體問題的事實；法院在審判過程中必須在該刑事訴訟案件的標的包括控訴書或辯護詞所界定的範圍內，對這些事實作調查。¹ 倘原審法院在審理事實問題時沒有調查全部載於訴訟標的（控訴書、起訴書、自訴書、答辯狀等）中的待證事實，由此而產生的獲證事實不足，導致一審法院作出的有罪或無罪判決欠缺足夠的事實基礎，就是沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所指的“事實不足”的瑕疵。

終審法院於 2009 年 7 月 15 日，在第 18/2009 號刑事上訴案判決中認定：“被認定的事實不足以支持裁判就是在案件標的範圍內查明事實時存在漏洞，以致在作為決定依據的被認定事實存在不足或不完整。”

我們也一直強調，這種瑕疵並不是指法院所認定的事實缺乏任何可以歸罪的要件，也不同于認定事實所基於的證據不足。²

上訴人主張“被訴判決未有任何事實予以證明被害人是將手續費暫時交託予上訴人。而上訴人對被害人所作出之因未能辦理有關的居留權，將會全數將款項退回予被害人的承諾亦未能穩妥地認定上訴人之行為符合《刑法典》第 199 條第 4 款 b) 項結合第 196 條 b) 項所規定及處罰的一項「相當巨額之信任之濫用罪」之前提要件，單純是屬於民事上的責任問題”的理由，正是這種瑕疵所不同的。決定是否存在“交託 (entrega)”的事實以及承諾退回款項卻沒有退回的行為屬於民事糾紛，是以經過對這些事實的分析所得出來的結論，即使所認定的事實沒有明確寫明這個結論，法院也可以憑藉其他事實作出推論，這基本上是一個法律適用方面的問題，并不存在於事實審理層面的問題。

我們看看上訴人實際上所提出的法律問題，即上訴人的行為是否構成濫用信用罪。

¹ 參見中級法院於 2014 年 3 月 6 日在第 32/2014 號上訴案件作出的裁判。

² 參見中級法院於 2017 年 3 月 30 日在第 853/2016 號刑事上訴案的司法見解。

第一百九十九條（信任之濫用）規定：

“一、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，處最高三年徒刑或科罰金。

二、犯罪未遂，處罰之。

三、非經告訴不得進行刑事程序。

四、如第一款所指之物：

a) 屬巨額者，行為人處最高五年徒刑，或科最高六百日罰金；

b) 屬相當巨額者，行為人處一年至八年徒刑。

五、如行為人因工作、受僱或職業之緣故，又或以監護人、保佐人或司法受寄人之身分，接收法律規定須予寄託之物，而將之據為己有者，處一年至八年徒刑。”

信任之濫用罪的組成客觀要素為行為人將以不轉移所有權方式交付予其的動產不正當據為己有，而主觀要素則容許任一故意的種類。³

罪名構成要件的重點在於嫌犯將被“交付(entrega)”—沒有轉移所有權的動產據為己有。在這裡，動產的交付可以不是物理的交付，但一定必須是直接的交付，也就是說嫌犯所據為己有的所有物動產必須是交付的客體，而不是沒有交付過的動產，或者所交付的權力沒有包含的動產。如嫌犯單純侵犯交付一物的債權的行為不能成為構成濫用信用罪的客觀要素。

另外，這種交付也必須是合法的交付。如犯罪所得物的交付並沒有合法的前提，故不能構成此項罪名的要件。

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

³ Paulo Pinto de Albuquerque 《Comentário de Código Penal》 Universidade Católica Editora, pág. 566 e 568, nos 4 e 18.

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個罪名對“據為已有”的概念的適用範圍不同：盜竊罪裡面的“據為已有”是在主觀要素裡面的“將他人的動產據為已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“據為已有”是犯罪的客觀構成要素⁴。

上訴人的上訴理由集中在認為已證事實之中不存在符合《刑法典》第 199 條規定的「信任之濫用罪」將以不移轉所有權的方式將該動產“交付”的行為。

原審法院認定的事實顯示：

- 2009 年年初，嫌犯 A 向被害人 B 聲稱嫌犯有能力為中國內地居民申請香港居留權，條件是每個申請家庭須要合共向嫌犯支付約港幣六萬元（HKD\$60,000.00）的手續費，當中港幣四萬元（HKD\$40,000.00）至港幣五萬元（HKD\$50,000.00）不等的上期款項必須於提交申請時向嫌犯支付，而餘下的港幣一萬元（HKD\$10,000.00）至港幣二萬元（HKD\$20,000.00）不等的尾期款項則待有關居留權成功批核後再向嫌犯支付，有關申請的批核時間約一年。
-
- 經被害人轉告後，被害人在中國內地的七個親友家庭有意申請香港居留權，彼等協議先被害人為前述七個家庭支付相關手續費。
- 被害人在澳門某地點分別向嫌犯支付了港幣四萬元（HKD\$40,000.00）、港幣四萬元（HKD\$40,000.00）、港幣四萬元（HKD\$40,000.00）、港幣四萬元（HKD\$40,000.00）、港幣五萬元（HKD\$50,000.00）、港幣二萬元（HKD\$20,000.00）及港幣五萬元（HKD\$50,000.00），作為被害人在中國內地的七個親

⁴ 參見 J. Figueiredo Dias 在其主編的《Comentário Conimbricense do Código Penal》第 2 卷，第 103 頁。

友家庭申請香港居留權的手續費的上期款項。

- 在上述七次支付手續費上期款項之時，被害人也向嫌犯交付了相應七個申請家庭的成員身份資料，嫌犯向被害人承諾倘若未能功辦理有關的居留權，將會全數將款項退回予被害人。

根據上述的事實，不難發現，確實受害人向嫌犯“支付”了現金，但是從第一點的事實可以看出，他們之間的交易是受害人付錢，嫌犯為他們辦理居港申請。也就是說，受害人所支付的現金不能排除作為履行的標的的性質而使得其外部化而可以成為本罪名所謂的動產，也存在轉移所有權的交付，所以，先不論嫌犯的收取行為是否合法（需要證明嫌犯是否具有代理人的資格），本案不存在本罪名所要求的交付的行為存在。所以，不能以濫用信用罪對嫌犯作出判處。

然而，正如裁判書製作人在對控辯雙方的發表意見邀請所提到的，本合議庭有可能改判檢察院所控告的罪名——詐騙罪。實際上，嫌犯的行為，即使面對未證事實，其行為也構成此罪名。

我們看看。

根據《刑法典》第 211 條規定，詐騙罪，首先必須滿足一個上訴人實施了詭計令受害人陷入錯誤，另外就是上訴人具有犯罪的故意。

檢察院控告的事實陳述中列舉了嫌犯適用詭計的兩方面事實：第一，上訴人有能力為中國內地居民申辦香港居留權，由於嫌犯曾成功為被害人以投資移民的方式申請來澳定居，因此被害人相信嫌犯所言，並認為嫌犯有能力為中國內地居民申請香港居留權；第二，在受害人向嫌犯支付手續費上期款項以及身分資料之時，嫌犯向被害人承諾倘若未能功辦理有關的居留權，將會全數將款項退回予被害人。得到了嫌犯的保證，受害人相信了嫌犯。這更具有讓受害人支付下一期款項的詭計的性質。

雖然，原審法院沒有認定為得到證實，上訴人沒有能力為中國內地居民申辦香港居留權，但是，基於原審法院所證實的“由於嫌犯曾成功為被害人以投資移民的方式申請來澳定居，因此被害人相信嫌犯所言，並認為嫌犯有能力為中國內地居民申請香港居留權”的事實，基於嫌犯的承諾申請不成功就退回款項，受害人相信了嫌犯的“詭計”，才得以讓他們的“交

易”繼續下去。

很明顯，嫌犯使用的這些“詭計”，令受害人相信並作出了上述的支付行為之後，嫌犯就在得到這些款項之後，除了沒有為他們申請居港權，也沒有依照承諾退回款項，使受害人受到了相當巨額的財產損失。其行為構成了檢察院控告的罪名，應該依照《澳門刑法典》第 211 條第 1 款及第 3 款結合第 196 條 a) 項所規定及處罰的「詐騙罪」予以判處，但維持原審法院所認定的嫌犯的同一犯意的解決方法。

《澳門刑法典》第 211 條第 1 款及第 3 款規定，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。我們認為，考慮到所詐騙的受害者眾多，維持原審法院的 3 年 6 個月的徒刑是合適的。

最後，在補充性上訴理由中，上訴人認為原審法院的量刑過重，包括與第 CR4-17-0143-PCC 號卷宗（當中已競合了第 CR2-16-0441-PCC 號卷宗對上訴人所判處的刑罰）對上訴人所判處的刑罰作競合合共 17 年 6 個月實際徒刑的單一刑罰的判處，認為作出判處上訴人十六年實際徒刑的單一刑罰決定比較合適。

關於量刑，我們一直認為，法律給予法院在刑法規定的刑幅間依此原則及標準選一合適刑罰的自由，只要沒有明顯“罪刑不符”及“刑罰明顯”過重的情況，上訴法院是儘量不介入審查的。尤其是，上訴法院對原審法院在訴訟的直接以及口頭原則之下進行的審判活動所形成的對嫌犯的印象的評分難於作出適當的糾正，上訴法院作出介入也僅限於這些評核出現明顯錯誤以及顯失平衡的情況下。

根據本案的所有犯罪情節，上訴人的犯罪紀錄，原審法院的量刑，雖然經過我們的改判，沒有任何的過重之夷。

上訴人的上訴理由不成立。

四、決定

綜上所述，中級法院以不同的理由裁定上訴人的上訴理由不成立。但依職權改判，嫌犯以直接正犯、既遂及故意的方式所觸犯的《澳門刑法

典》第 211 條第 1 款及第 3 款結合第 196 條 a)項所規定及處罰的一項「詐騙罪」(巨額)，維持原審法院的量刑。

本程序的訴訟費用由上訴人支付，以及 5 個計算單位的司法費。

確定委任辯護人的報酬為 2500 澳門元，由上訴人支付。

澳門特別行政區，2018 年 5 月 31 日

(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)

陳廣勝