

編號：第 761/2017 號 (刑事上訴案)

上訴人：A(A)

日期：2017 年 11 月 9 日

主要法律問題：

- 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判
- 審查證據方面明顯有錯誤
- 法律定性
- 量刑
- 緩刑

摘 要

1. 本案中，透過被害人聲明、證人 D 在庭上的聲明以及卷宗第 190 頁的借據作為證據，當中多次提及涉事玉器的價值，原審法官採納上述證據從而得出涉事玉器價值屬相當巨額的結論，並沒有錯誤的地方。

2. 具體分析相關的證據，原審法院在審判聽證中聽取了案中證人的證言，審查了案中的文件等。原審法院客觀分析種種證據，並根據自由心證原則對上訴人實施了有關罪行的事實做出判斷。

3. 根據已證事實，上訴人假借向被害人購買相關玉器的理由取得該批價值不菲的玉器，然後在未支付價金下逃去無踪，雖然關於上訴人所行使的詭計方面可以作更具體細緻的描述，但是，上訴人虛構一個買賣，在

收取相關玉器後逃去無跡，這一事實已是詭計，而亦能滿足詐騙罪的罪狀構成要素。

因此，原審法院判處上訴人詐騙罪的裁決沒有需要修改的地方，應予維持。

4. 經分析有關事實及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觸犯的一項相當巨額詐騙罪，判處三年徒刑，量刑符合犯罪的一般及特別預防最基本的要求，並不存在過重的情況。

5. 考慮到本案的具體情況，尤其是上訴人過往的犯罪前科，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，尤其不能滿足特別預防的需要。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 761/2017 號 (刑事上訴案)

上訴人：A(A)

日期：2017 年 11 月 9 日

一、 案情敘述

於 2015 年 6 月 26 日，嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR4-15-0038-PCC 號卷宗內以直接正犯及既遂方式觸犯一項《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a)項，配合同一法典第 196 條 b)項所規定及處罰之相當巨額詐騙罪，被判處三年實際徒刑。

嫌犯不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由(結論部分)：

1. 首先，除應有的尊重外，上訴人認為原審法院在“上訴人故意將玉器據為己有”及“詐騙屬相當巨額”之判案依據認定上並不充份且缺乏已證事實支持，故原審法院裁判屬沾有《刑事訴訟法典》第 400 條 2 款 a)項所指“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”之瑕疵。
2. 在針對認定“上訴人故意將玉器據為己有”方面，上訴人認為由於有關事實屬主觀事實，故僅能透過客觀事實加以判斷。
3. 而能夠用作判斷上訴人存在詐騙主觀意圖之客觀已證事實僅為“上訴人沒有按照借據期限歸還有關玉器及拖延且沒有支付貨

款，且其後無法聯絡上訴人”。

4. 但上訴人認為僅憑如此簡單而表面的事實，並不能得出“上訴人故意將玉器據為己有”之主觀結論。
5. 理由一，上訴人沒有歸還玉器或支付貨款，並不能就此簡單地判斷上訴人存有主觀詐騙意圖，因為亦可能僅為一合同不履行或遲延履行的民事責任。
6. 理由二，B 無法聯絡上訴人是基於無法聯絡中間人 C，但這並不是上訴人能控制的事情。
7. 因此，上訴人認為有關事實不能得出“上訴人故意將玉器據為己有”之主觀結論，否則只會混淆民事不履行責任與刑事犯罪之區別。
8. 另外，在針對“詐騙屬相當巨額”之認定方面，上述人認為本案不是民事爭議，不能僅從已證事實中根據當事人之主觀意願判斷便得出玉器的實際價值(即使雙方已同意買賣償金)。
9. 此外，原審法院亦欠缺其他針對有關玉器之真實價值所進行之客觀鑑定或評估措施。
10. 因此，上訴人認為有關事實不能得出“詐騙屬相當巨額”的結論。
11. 故原審法院裁判屬沾有《刑事訴訟法典》第 400 條 2 款 a)項所指“獲證明之事實之事宜不足以支持作出該裁決”的瑕疵，因此，理應裁定上訴人觸犯一項相當巨額之詐騙罪罪名不成立；又或倘若認為有關瑕疵不可能對案件作出裁判時，根據《刑事訴訟法典》第 418 條之規定，將案件發還重審。
12. 而倘若尊敬的法官閣下認為裁判書已證事實中有關“上訴人故意將玉器據為己有”之事實並不是結論性事實，而是透過卷宗證據及資料因而得出之已證事實，那麼，上訴人認為原審法院在

審查證據方面明顯有錯誤。

13. 在針對上訴人詐騙主觀故意方面，經分析證人證言及載於卷宗之資料，能夠被原審法院用作形成認定“上訴人故意將玉器據為己有”心證之客觀依據，主要為針對與“阿孝”有關之事實的調查。
14. 有關調查可總結為：“上訴人私自將有關玉器交予一名叫“阿孝”的朋友，並透過“阿孝”以有關玉器向他人抵押貸款二十萬，其後更表示“阿孝”可將有關玉器直接售他人，而“阿孝”亦已將有關玉器出售故無法尋回。”
15. 然而，上訴人認為有關依據明顯有違一般經驗法則及常理。
16. 理由一，已證事實中被認定之玉器價值(雖然上訴人仍對玉器實際價值存疑)用與卷宗中抵押及斷當的價值相差近二十多倍，故“阿孝”的說法明顯有違一般經驗法則及常理。
17. 理由二，“阿孝”的聯絡方式為上訴人自動給予警方，故倘若“阿孝”的說法為真實，上訴人之行為便有如將對其極為不利之事實主動告知警方，這顯然亦是極為不合常理的。
18. 理由三，倘若該批玉石真的如“阿孝”所述般已被出售且無法尋回，那麼 上訴人是如何取回有關玉器並向 B 全數返還？
19. 因此，上訴人認為原審法庭以此認定“上訴人將玉器據為己有”明顯存有 錯誤，屬沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項之瑕疵。
20. 因此，理應裁定上訴人觸犯一項相當巨額之詐騙罪罪名不成立。
21. 倘若尊敬的法官 閣下仍未認同上述理由，上訴人認為原審法院在量刑方面仍存在量刑過重的問題。
22. 案件中，上訴人已向被害人返還所有玉器，B 亦表示並無任何

損失，且表示明示放棄追究上訴人之民事、刑事責任及請求撤回告訴。

23. 另外，上訴人認為在犯罪主觀意圖認定上仍存有疑問，然而原審法院量 刑時亦未有考慮有關情節。
24. 因此，考慮到案中所有有利情節，且抽象刑幅已被特別減輕至一個月至六年零八個月徒刑之情況下，原審法院仍向上訴人判處高達三年的實際徒刑明顯是過高的。
25. 此外，原審法院過重之刑罰，亦嚴重影響上訴人重新投入社會。
26. 故此，上訴人認為向上訴人科處兩年之徒刑已達至一般及特別預防之效果。
27. 同時，考慮到刑罰低過三年及僅對事實作譴責並以監禁已具足夠的威嚇作用，故懇請尊敬的法官 閣下根據《刑法典》第 48 條之規定給予上訴人緩刑的機會。

基於上述的理由，懇請各尊敬的法官閣下作出如下裁決：

1. 裁定上訴人提出原審法院獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判的理由成立，因而裁定上訴人觸犯一項相當巨額之詐騙罪罪名不成立；或尊敬的法官閣下認為有關瑕疵不可能對案件作出裁判時，根據《刑事訴訟法典》第 418 條之規定，將有關案件發還重審裁定；
2. 假如上述理由不獲接納，則請求法官 閣下裁定上訴人提出原審法院裁決在審查證據方面明顯有錯誤的理由成立，因而裁定上訴人觸犯一項相當巨額之詐騙罪罪名不成立；
3. 最後，假如上述理由仍不獲接納，則請求法官閣下宣告原審法院合議庭之裁判違反了澳門《刑法典》第 65 條及第 66 條之規定，並考慮到案中所有有利情節，改為向上訴人科處兩年之徒

刑，並根據《刑法典》第 48 條之規定給予上訴人緩刑的機會。
懇請作出一如既往的公正裁法！

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1.-獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判

1. 上訴人認為，原審法院僅以“上訴人沒有按照借據期限歸還有關玉器及拖延且沒有支付貨款，且其後無法聯絡上訴人”之客觀事實成立不足以用作證明上訴人存在故意將玉器據為己有之主觀詐騙意圖。
2. 除了充分的尊重外，本院不予認同。
3. 原審法院不是如上訴人所主張的單純以“上訴人沒有按照借據期限歸還有關玉器及拖延且沒有支付貨款，且其後無法聯絡上訴人”之客觀事實成立就認定存在主觀詐騙意圖，而是還有“從此不再聯絡被害人，也不容許被害人可以聯絡到嫌犯”這一已證事實。
4. 根本不是上訴人與被害人或另一中介人 D 彼此之間有無聯絡方法的問題，而是上訴人自從向被害人借出涉案玉器三天(即 2014 年 5 月 28 日至 2014 年 5 月 31 日)一刻起，除了第二天(2014 年 5 月 29 日)與被害人及兩名中介人(分別是 C 和 D)在 XX 酒樓商談涉案玉器的價格外，從此帶同玉器失去行蹤，並自此不再聯絡被害人，也不容許自己可被聯絡上。
5. 倘如真是如上訴人所主張般，已證事實不足以得出有有罪判決，後果應只是合同不履行或遲延履行的民事責任，上訴人應該在有關借據的期限屆滿前主動聯絡其熟悉的中介人(即 C)，作出積極的行為嘗試聯絡被害人(歸還或表示延遲歸還)，而不是消

極地等待別人聯絡自己取回涉事玉器，更不應是刻意讓別人聯絡不上自己！

6. 既然上訴人當初可透過 C，認識另一中介人 D 從而成功聯絡上被害人表示有意購買玉器，那為何現在卻以“互相沒有對方的聯絡方法”為由主張自己並沒有主觀詐騙意圖的理據？
7. 明顯地，從原審法庭認定的已證事實可以得出上訴人存有主觀詐騙意圖，亦即故意將玉器據為己有的意圖。
8. 上訴人又認為，原審法院認定的已證事實(“借據中列明之玉器價值”及“雙方買賣玉器約定的價金”的事實(見卷宗第 601 背頁之原審法院判決書已證事實部分))不能得出涉事玉器價值屬相當巨額的結論，理由是本案不是民事爭議，雙方的合意不足以界定玉器的價值，從而可被界定罪狀及相應刑罰，而是應該透過作出客觀鑑定或其他的評估措施為之。
9. 本院認為上訴人實際上是質疑原審法院經評價各種證據對已證事實所形成的自由心證。
10. 亦即上訴人實際上是以被上訴判決沾有由刑事訴訟法典第 400 條第 2 款 c 項規定的審查證據方面的明顯錯誤提出質疑。
11. 原審法院在作出事實判定時具備自由心證評價各種證據(根據同一法典第 114 條規定)，而只有在出現明顯錯誤或違反必須遵守的有關證據價值的規則時，上級法院才有推翻已證事實的可能。
12. 本案中，被害人聲明、證人 D 在庭上的聲明以及卷宗第 190 頁的借據作為證據，當中多次提及涉事玉器的價值，原審法官採納上述證據從而得出涉事玉器價值屬相當巨額的結論，做法並無不妥。

2-審查證據方面明顯有錯誤

13. 上訴人認為，原審法院用作形成認定“上訴人故意將玉器據為己有”心證之客觀依據是針對“阿孝”有關事實之調查，亦即“上訴人私自將有關玉器交給一名叫“阿孝”的朋友，並透過“阿孝”以有關玉器向他人抵押貸款二十萬，其後更表示“阿孝”可將有關玉器直接轉售他人，而“阿孝”亦已將有關玉器出售故無法尋回。”這一部分。
14. 正如上訴人所述，這一部分的事實是出自卷宗第 103、131 及 467 至 468 之偵查報告，有關的事實最終並未被寫入控訴書內。
15. 眾所周知，刑事訴訟的審判中，控訴書的內容就是訴訟標的。
16. 基於審檢分立原則，法院審理事實的範圍是受先前調查階段所查明的事實所限制。換言之，審判法院審理的事實範圍不能對調查階段的法定(檢察院的控訴或預審法官的起訴)所載及已劃定的事實構成變更，但屬刑事訴訟法典第 339 條或第 340 條分別所規定的事實之非實質變更或事實之實質變更情況除外。
17. 既然針對“阿孝”的事實部分不屬控訴書內容，原審法院根本不會審理有關事實，更遑論評價有關事實是否不合常理或違反一般經驗法則的可能。

3-量刑過重

18. 上訴人認為，既然原審法院已考慮被害人最終無任何損失以及被害人明示放棄追究上訴人之民事及刑事責任等有利情節，並已按照刑法典第 66 條及第 67 條對可科處的抽象刑罰作出特別減輕，即由原來的兩年至十年徒刑減至一個月六年八個月徒刑，亦應該考慮本案不存在犯罪主觀意圖，理由是被害人無法聯絡上訴人是基於無法聯絡 C 而不是上訴人刻意逃避，以及上

訴人是否私自押運玉器之事宜仍存有眾多疑點，故此，認為原審法院在量刑時未有考慮有關情節。

19. 我們認為，事實上，原審法院在量刑時已經考慮了上訴人最終把涉事玉器歸還被害人的有利情節並已對可科處的抽象刑罰按刑法典第 66 條及第 67 條作出特別減輕，原因是原審法院最終只認定上訴人最終把涉事玉器歸還被害人的情節(見卷宗第 602 背頁合議庭事實裁判部分)，故此，上訴人主張的屬可特別減輕刑罰的情節只會在上述上訴人主張的兩項上訴理據成立時才會被考慮。
20. 關於量刑過高的問題，上訴人認為在抽象刑幅已被特別減輕至一個月至六年零八個月徒刑之情況下，原審法院仍判處三年的徒刑明顯是過高的，希望改為判處兩年徒刑之單一刑罰，並准予緩刑執行。
21. 原審法院在量刑時已經全面衡量了相關的因素，在被上訴的裁判中也清楚地指出了量刑的依據(見卷宗第 604 頁至第 606 頁)。
22. 本案中，上訴人並非初犯，之前涉及多項的同類型侵犯財產罪，且目前仍然在逃，顯示出上訴人的行為的不法性程度甚高。
23. 考慮到本案的具體情況和澳門社會所面對的現實問題，尤其是對上訴人所犯罪行進行特別預防及一般預防的迫切需要，上訴人就其所觸犯的一項「相當巨額詐騙罪」，合共被判處三年徒刑，不能謂之過重，有關量刑符合犯罪的一般及特別預防要求。
24. 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，因此沒有違反《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定。
25. 由此可見，所科處的徒刑是否可以暫緩執行，取決於是否符合

法律(澳門《刑法典》第 48 條第 1 款)所規定的要件，包括形式要件和實質要件。其中，形式要件是指所科處的刑罰為不超過三年之徒刑。

26. 誠然，本案中上訴人被判處三年徒刑，符合上述法律條文後半部分的規定。然而，這只是法律規定給予緩刑的形式要件。
27. 對上訴人給予緩刑，尚需考慮是否符合法律所規定的實質要件，即是否“能適當及足以實現處罰之目的”。
28. 根據原審法院確認的事實可知，上訴人在前幾次犯罪時已曾獲得緩刑的機會，但仍未引以為誡，不知悔改，反而還在緩刑期間再次實施犯罪行為，那麼我們已經得出之前的判決對上訴人而言都仍未能產生足夠的阻嚇作用，不能阻止他再犯相同罪行的結論。上訴人以其實際行動排除了法院再次對其將來行為抱有合理期望、希望他不再犯罪重新納入社會的可能性。
29. 另外，與其他犯罪相比，上訴人所觸犯的罪行屬嚴重，對澳門社會治安、法律秩序及社會安寧造成相當的負面影響。
30. 考慮到本案的具體情況和澳門社會所面對的現實問題，尤其是對上訴人所犯罪行進行特別預防及一般預防的迫切需要，本院認為僅對事實作譴責並以徒刑作威嚇，不能適當及不足以實現處罰之目的，上訴人的刑罰不應暫緩執行。

認為，上訴人的上訴理由不成立，應予以駁回。

懇請尊敬的中級法院 法官閣下，一如既往，作出公正裁決！

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，認為上訴理由不成立，但不妨礙依職權地對行為的法律定性作出更改，改判上訴人觸犯一項《刑法典》第 199 條第 1 款及第 4 款，配合第 201

條所處罰的信任之濫用罪，並處以 2 年 6 個月至 2 年 9 個月的徒刑處罰。

本院通知上訴人助理檢察長的上述意見，即上訴人的行為可能觸犯一項《刑法典》第 199 條第 1 款及第 4 款，配合第 201 條所規定及處罰的信用之濫用罪。

上訴人對上述問題提交了書面陳述(詳見第 715 至 716 頁)。

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. 2014 年 3 月，上訴人 A 在朋友 C 的介紹下認識了香港居民 D，並知道 D 可以作為中間人介紹上訴人向中國內地的玉器商人購買玉器。
2. 2014 年 4 月，上訴人透過 C 向 D 表示想購買玉器，詢問 D 是否可以介紹玉器商。
3. 當時，D 將中國內地居民 B(即被害人)手上所持有的玉器貨物的照片透過 C 給上訴人看。上訴人看了這些玉器照片後表示想購買 B 手上的玉器貨物。
4. 2014 年 4 月 23 日，在 C 的安排下，被害人 B 及 D 來到了澳門並入住 XX 酒店的 1016 號房間。

5. 當天晚上約 9 時，上訴人、C 與被害人 B 及 D 在該 1016 號房間會面。
6. 當時，上訴人要求被害人將上述玉器拿出來觀看。於是被害人便將一對玉手鐲及十個玉吊墜交給了上訴人。
7. 上訴人表示需要將該批玉器帶到賭廳讓其他客人檢驗。
8. 為此，被害人要求上訴人寫下借據，上訴人亦答應了及簽下了一份借據。此借據現正被扣押在本案(見載於卷宗第 52 頁的扣押筆錄)。
9. 該借據內容大致如下：
 - A 向 B 借取價值柒佰萬元人民幣的壹對玉手鐲，價值壹佰壹佰萬元人民幣掛件若干，限期三天(28/05/2014 至 31/05/2014)；
 - 借貸人：A(證件編號...)；
 - 擔保人：D(證件編號...)。
10. 被害人相信了上訴人所說的上述內容，及相信了上訴人會按照上述借據內容會將所借的上述玉器交還，故將上述玉器全交給了上訴人。
11. 翌日(即 2014 年 5 月 29 日)，上訴人、C 與被害人及 D 在 XX 酒樓再次會面並商討上述玉器的價錢。
12. 最後，被害人同意以人民幣五佰六拾萬元將上述玉器賣給上訴人 A。
13. 上訴人 A 亦承諾會於稍後時間將貨款人民幣五佰六拾萬元支付給被害人。
14. 這樣，上訴人及 C 便離開了，而被害人及 D 則回到上述 XX 酒店房間等待上訴人前來支付貨款。
15. 結果，上訴人帶着上述玉器離開後，並沒有按照上述說話內容

向被害人支付上述貨款，亦沒有按照上述借據內容會將所借的上述玉器交還給被害人，反而將上述玉器全部據為己有。

16. 自此，上訴人故意以不同借口拖延不將錢支付給被害人，之後更加不再聯絡被害人，亦不讓被害人找到他。
17. 事實上，上訴人利用上述詭計使被害人將上述玉器交到上訴人手上，最後上訴人不支付貨款的情況下將全部玉器據為己有，再逃去無踪，使被害人受到經濟損失。
18. 上訴人是在自由、有意識的情況下故意下作出上述行為。
19. 上訴人清楚知道其行為的違法性，且會受法律所制裁。

另外證明下列事實：

20. 上訴人後來將有關玉器交還予被害人。
21. 於 2009 年 10 月 28 日，在初級法院 CR2-08-0024-PCC 號卷宗內，上訴人 A 因觸犯一項《刑法典》第 202 條第 1 款所規定及處罰的竊用車輛罪，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(相當巨額)，以及《刑法典》第 211 條第 3 款結合第 196 條 a) 項被所規定及處罰的詐騙罪(巨額)，分別被判處四個月徒刑，兩年六個月徒刑及九個月徒刑，三罪競合，合共被判處兩年十一個月徒刑，暫緩執行該徒刑，為期三年，但條件為須於緩刑期間支付賠償金。有關判決於 2009 年 11 月 9 日轉為確定。
22. 於 2014 年 10 月 8 日，在初級法院 CR1-13-0172-PCC 號卷宗內，上訴人 A 因觸犯一項《刑法典》第 211 條第 4 款 a) 項所規定及處罰的詐騙罪(相當巨額)，被判處五年實際徒刑。隨後，該卷宗輔助人於 2014 年 11 月 26 日提起上訴。

未獲證明之事實：

1. 被害人以人民幣伍佰七十萬元出售有關玉器。
23. 嫌犯 A 承諾向被害人支付人民幣五佰七十萬元有關玉器的貨款。

三、法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判
- 審查證據方面明顯有錯誤
- 法律定性
- 量刑
- 緩刑

1. 上訴人認為原審法院在“上訴人故意將玉器據為己有”及“詐騙屬相當巨額”之判案依據認定上並不充份且缺乏已證事實支持，原審法院裁判患有《刑事訴訟法典》第 400 條 2 款 a) 項“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”之瑕疵。

根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項規定，上訴亦得以獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判為依據，只要有關瑕疵係單純出自案卷所載的資料，或出自該等資料結合一般經驗法則者。

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。”

同樣理解可見於 Germano Marques da Silva 教授所著的“刑事訴訟課程 III”^[1]。

本案中，原審法院已經對控訴書內的事實作出調查，而上訴人亦沒有在答辯書中提出任何新事實需要法院予以審查，因此，沒有存在查明事實的漏洞。

上訴人認為，原審法院僅以“上訴人沒有按照借據期限歸還有關玉器及拖延且沒有支付貨款，且其後無法聯絡上訴人”之客觀事實成立不足以用作證明上訴人存在故意將玉器據為己有之主觀詐騙意圖。

然而，上訴人所提出的不屬於事實瑕疵問題，而是對有關事實的法律定性的問題。關於這點，本院將在第3點法律定性中處理。

上訴人又認為，原審法院認定的已證事實(“借據中列明之玉器價值”及“雙方買賣玉器約定的價金”的事實(見卷宗第601背頁之原審法院判決書已證事實部分))不能得出涉事玉器價值屬相當巨額的結論，理由是本案不

[1] “A contradição insanável da fundamentação respeita antes de mais à fundamentação da matéria de facto, mas pode respeitar também à contradição na própria matéria de facto (fundamento da decisão de direito). Assim, tanto constitui fundamento de recurso ao abrigo da alínea b) do n.º 2 do art. 410.º a contradição entre a matéria de facto dada como provada ou como provada e não provada, pois pode existir contradição insanável não só entre os factos dados como provados, mas também entre os dados como provados e os não provados, como entre a fundamentação probatória da matéria de facto. A contradição pode existir também entre a fundamentação e a decisão, pois a fundamentação pode apontar para uma dada decisão e a decisão recorrida nada ter com a fundamentação apresentada.” – Prof. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, III, ed. VERBO, pág.340 a 341

是民事爭議，雙方的合意不足以界定玉器的價值，從而可被界定罪狀及相應刑罰，而是應該透過作出客觀鑑定或其他的評估措施為之。

上訴人實際上是質疑原審法院經評價各種證據對已證事實所形成的自由心證。

本案中，透過被害人聲明、證人 D 在庭上的聲明以及卷宗第 190 頁的借據作為證據，當中多次提及涉事玉器的價值，原審法官採納上述證據從而得出涉事玉器價值屬相當巨額的結論，並沒有錯誤的地方。

故此，原審判決所依據的事實充足，不存在上訴人所提出《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。

上訴人的上述上訴理由並不成立。

2. 上訴人認為原審法院判決沒有仔細客觀審查關於上訴人在獲得涉案的玉器後，是如何把該批玉器再轉交給一個名叫“阿孝”的人士的部分，故原審法院判決患有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項規定審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵。

根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項規定，上訴亦得以審查證據方面明顯有錯誤為依據，只要有關瑕疵係單純出自案卷所載的資料，或出自該等資料結合一般經驗法則者。

終審法院於 2001 年 3 月 16 日，在第 16/2000 號刑事上訴案判決中認

定：“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。”

審查證據方面，原審法院在事實的判斷中作出有關說明。¹

本案中，上訴人提出關於“阿孝”的部分並未被納入在本案的訴訟標的之內。而在原審判決中的理由說明部分，同樣沒有提及法院心證的形成曾經是依據於上述與這名為“阿孝”的人士有關的任何證據。因此，上訴人就這部分的質疑根本是沒有意義，對審理本案更是毫無作用的。

具體分析相關的證據，原審法院在審判聽證中聽取了案中證人的證言，審查了案中的文件等。原審法院客觀分析上述種種證據，並根據自由心證原則對上訴人實施了有關罪行的事實做出判斷。

從經驗法則及邏輯的角度考慮，上述的證據可客觀、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。

事實上，上訴人是在質疑原審法院對事實的認定，以表達他對合議

¹其葡文內容如下：

“A convicção do tribunal relativamente aos factos dados por assentes resultou da apreciação crítica das provas, nomeadamente, as declarações das testemunhas B e D os quais foram a primeira quem forneceu as peças de jade e a 2ª testemunha assistiu a todas as negociações entre arguido e ofendido, bem como, do documento de fls. 190 quanto à devolução.”

庭所認定的事實的不同意見來試圖質疑法官的自由心證，這是法律所不允許的。

當然，不受質疑的自由心證必須是在以客觀的、合乎邏輯及符合常理的方式審查分析證據的基礎上所形成的心證。

但在本案中，原審法院在審查證據方面並未違背以上所提到的任何準則或經驗法則，因此，上訴人不能僅以其個人觀點為由試圖推翻原審法院所形成的心證。

故此，上訴人提出的上述上訴理由並不成立。

3. 現在，我們需看看原審法院所認定的事實是符合《刑法典》第 199 條第 1 款及第 4 款 b) 項所規定及處罰的信任之濫用罪，還是《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a) 項，配合同一法典第 196 條 b) 項所規定及處罰之相當巨額詐騙罪。

《刑法典》第 199 條規定：

“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。²

本文中，原審法院在第 7 至 15 點已確認之事實如下：

7. “上訴人表示需要將該批玉器帶到賭廳讓其他客人檢驗。
8. 為此，被害人要求上訴人寫下借據，上訴人亦答應了及簽下了一份借據。此借據現正被扣押在本案(見載於卷宗第 52 頁的扣押筆錄)。
9. 該借據內容大致如下：
 - A 向 B 借取價值柒佰萬元人民幣的壹對玉手鐲，價值壹佰壹佰萬元人民幣掛件若干，限期三天(28/05/2014 至 31/05/2014)；
 - 借貸人：A(證件編號...)；
 - 擔保人：D(證件編號...)。
10. 被害人相信了上訴人所說的上述內容，及相信了上訴人會按照上述借據內容會將所借的上述玉器交還，故將上述玉器全交給了上訴人。
11. 翌日(即 2014 年 5 月 29 日)，上訴人、C 與被害人及 D 在 XX 酒樓再次會面並商討上述玉器的價錢。
12. 最後，被害人同意以人民幣五佰六拾萬元將上述玉器賣給上訴人 A。

² Paulo Pinto de Albuquerque 《Comentário de Código Penal》 Universidade Católica Editora, pág. 566 e 568, nºs 4 e 18.

13. 上訴人 A 亦承諾會於稍後時間將貨款人民幣五百六拾萬元支付給被害人。
14. 這樣，上訴人及 C 便離開了，而被害人及 D 則回到上述 XX 酒店房間等待上訴人前來支付貨款。
15. 結果，上訴人帶着上述玉器離開後，並沒有按照上述說話內容向被害人支付上述貨款，亦沒有按照上述借據內容會將所借的上述玉器交還給被害人，反而將上述玉器全部據為己有。”

根據已證事實上訴人借假買賣的名義取得了被害人的玉器，在沒有支付價金便逃去無踪。雖然在上訴人與被害人開始接觸時，上訴人與被害人簽下有關借條後，上訴人從被害人手中取得到相關玉器。但是，隨後被害人是以為上訴人會以人民幣 5,600,000 圓購買有關玉器而讓上訴人繼續持有該批玉器。從這刻開始，上訴人並非以借取相關玉器為理由，而是以一個虛構的買賣關係而持有相關玉器，即是，持有玉器的方式已經不是“不轉移所有權”方式。

因此，上訴人的行為並不符合《刑法典》第 199 條信任之濫用罪的犯罪構成要件。

現在看看詐騙罪方面。

《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。”

詐騙罪的構成要件為兩客觀要素：以詭計使人產生錯誤或受欺騙；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；以及一主觀要素：意圖為自己或第三人不正當得利。

根據已證事實，上訴人假借向被害人購買相關玉器的理由取得該批價值不菲的玉器，然後在未支付價金下逃去無踪，雖然關於上訴人所行使的詭計方面可以作更具體細緻的描述，但是，上訴人虛構一個買賣，在收取相關玉器後逃去無踪，這一事實已是詭計，而亦能滿足詐騙罪的罪狀構成要素。

因此，原審法院判處上訴人詐騙罪的裁決沒有需要修改的地方，應予維持。

4. 上訴人又認為原審法院對其判處三年實際徒刑的量刑過重，原審判決違反《刑法典》第 40 條及第 65 條之規定，認為應判處兩年徒刑已達至一般及特別預防效果。

《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。

上訴人觸犯的觸犯一項《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a)項，配合同一法典第 196 條 b)項，結合《刑法典》第 66 及 67 條所規定及處罰之相當巨額詐騙罪，具返還財物的特別減輕情節，可科處一個月至六年八個月徒刑。

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觸犯的一項相當巨額詐騙罪，判處三年徒刑，量刑符合犯罪的一般及特別預防最基本的要求，並不存在過重的情況。

5. 上訴人亦提出應該給予其緩刑的機會。

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，上訴人所觸犯的相當巨額詐騙罪雖然不屬極其嚴重罪行，但有關行為侵犯了相關受害人的財產，雖然後來被害人已取回有關財產。另外，上訴人的行為亦影響本澳社會安全，對澳門社會治安和法律秩序帶來挑戰，對社會安寧造成一定的負面影響。

因此，考慮到本案的具體情況，尤其是上訴人過往的犯罪前科，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，尤其不能滿足特別預防的需要。

基於上述原因，上訴人的刑罰必須實際執行，上訴人的上訴理由並不成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人 A 的上訴理由不成立，維持原審裁決。

判處上訴人繳付 9 個計算單位之司法費以及上訴的訴訟費用。

訂定辯護人代理費澳門幣 2,500 圓。

著令通知。

2017 年 11 月 9 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)