

編號：第 705/2012 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2013 年 12 月 12 日

主要法律問題：

- 詐騙罪構成要件
- 量刑

摘 要

1. 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。

另一方面，《刑法典》第 211 條第 3 點及第 4 點 a) 項的加重情節則按照行為人令受害人所遭受的財產損失金額而訂定，而並非根據行為人所得的不正當利益而訂定。

2. 考慮有關情節及上訴人之過錯，上訴人擁有正當職業和收入，但卻在自由、自願及有意識的情況下故意實施犯罪行為，有計謀地利用受害人對其的信任作出詐騙行為，其主觀故意程度較高，不法行為亦是嚴重，對社會秩序和安寧以及受害人財產帶來的嚴重負面影響。因此，本合議庭認為上訴人觸犯一項《刑法典》第 211 條第 3 款所規定及處罰的加重詐騙罪，判處一年六個月徒刑最為適合。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 705/2012 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2013 年 12 月 12 日

一、案情敘述

2012 年 6 月 6 日，上訴人 A 在初級法院刑事法庭第 CR1-10-0194-PCC 號卷宗內被指控觸犯一項《刑法典》第 211 條第 4 款 a)項配合第 196 條 b)項所規定及處罰之相當巨額詐騙罪，被判處四年六個月實際徒刑。

上訴人不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結論部分）：

1. Entende a Recorrente que o acórdão condenatório sofre do vício previsto na alínea b) do n.º 2 do artigo 400.º do Código de Processo Penal, bem como de erro nos pressupostos de facto e de direito que fundamentaram a decisão recorrida, o que - conduziu à errada qualificação do crime praticado pela Recorrente, bem como que se mostra violado o artigo 65.º do Código Penal;

2. Os factos indicados nos artigos 17.º e 18.º da matéria dada por assente em nada relevam para a boa decisão da causa, não podendo sequer ser tidos em conta, como foram, para a boa decisão da causa, pois, em sede de inquérito, pois o Digno Procurador-adjunto arquivou a parte dos factos relacionados com o alegado recebimento de comissões, por os mesmos não constituírem crime à data da sua prática, uma vez que a Lei n.º 19/2009 (lei da prevenção e repressão da corrupção no sector privado) só entrou em vigor em 1 de Março de 2010;
3. Assim, o Tribunal a quo, não podia, como fez, utilizar esses factos, e valorar documentos (fls. 49, 552 e 553) com eles relacionados, como factor agravamento da pena a aplicar à arguida, nem como elementos do tipo que o levaram a considerar estar perante um crime de burla de valor consideravelmente elevado;
4. O Tribunal deu como não provado o artigo 17.º da pronúncia, facto que era imprescindível para a qualificação do crime como burla de valor elevado, uma vez que continha o valor do prejuízo que supostamente agravava e qualificava o acto praticado pela arguida;
5. Não tendo tal facto sido provado, nunca o Tribunal, na fundamentação da decisão, o podia ter considerado, pelo que existe uma contradição insanável entre a fundamentação e a factualidade provada, vício descrito na alínea b) do n.º 2 do artigo 400.º do Código de Processo Penal;

6. Existe contradição insanável da fundamentação quando os factos provados estão em oposição ou quando os fundamentos de facto justificam decisão contrária àquela a que chegou o julgador, o que acontece no presente caso;
7. Existe erro nos pressupostos de facto e de direito, pois cotejando a factualidade dada como provada em sede de audiência de discussão e julgamento, nomeadamente o descrito nos artigos 15.º e 16.º da matéria dada como assente, constatamos que a Recorrente apenas ganhou, em virtude da sua actuação, 6.000USD e 1.536USD;
8. Tendo em consideração que a taxa média de câmbio anual Dólar NorteAmericano/Pataca foi, em 2004, de 8,0226 e, em 2005, de 8,0109, obtemos uma taxa média de câmbio (taxa de valor médio que resulta da indexação monetária que é do conhecimento público), para estes dois anos de 8,01675, pelo que, aplicando esta taxa ao valor dos ganhos auferidos pela Recorrente e provados em sede de julgamento chegamos a um valor correspondente a MOP60,414.23 (sessenta mil quatrocentas e catorze patacas e vinte e três avos);
9. Nos termos da alínea b) do artigo 196.º do Código Penal, considera-se valor consideravelmente elevado o que exceder 150,000 patacas no momento da prática do facto;
10. No presente caso, a factualidade provada contradiz a decisão, uma vez que, o prejuízo monetário sofrido pela vítima, ao contrário do alegado na decisão não é “de valor

consideravelmente elevado”, mas, atendendo aos factos provados e à alínea a) do artigo supra citado, apenas de valor elevado, uma vez que excede as 30.000 patacas, mas não ultrapassa as 150.000 patacas;

11. Pelo que o Tribunal violou o n.º 4 do artigo 211.º do Código Penal, errando ao qualificar os factos dados como provados como prática de um crime de burla de valor consideravelmente elevado, devendo, pelo contrário, tê-los qualificado apenas como prática de um crime de burla de valor elevado, nos termos do n.º 3 do artigo 211.º do Código Penal;
12. Nunca poderia a Recorrente, atendendo aos factos provados, ser condenada pela prática do crime por que foi, mas apenas pelo crime de burla de valor elevado, pelo que se requer a alteração da decisão condenatória nesse sentido, bem como da pena aplicada uma vez que a moldura penal abstracta para o crime em questão é de prisão até 5 anos ou multa até 600 (seiscentos) dias;
13. No presente caso, não obstante estarmos perante um vício referido no n.º 2 do artigo 400.º do Código de Processo Penal, o Tribunal ad quem dispõe de todos os elementos necessários para decidir da causa, pelo que deverá esse Douto Tribunal proferir decisão final em conformidade, alterando a decisão e a pena aplicada à Recorrente, em vez de proceder ao seu reenvio, nos termos do artigo 418.º do Código de Processo Penal;
14. O Tribunal também errou na determinação da medida da pena, uma vez que não observou, como devia, o disposto no artigo

65.º do Código Penal, preceito que se mostra, igualmente, violado;

15. Para aplicar a pena que aplicou, o Tribunal afirma que o dolo é elevado e que o acto praticado é muito grave, fundamentando tal juízo no facto de a arguida ter negado os factos de que vem acusada, nos impactos negativos à paz e tranquilidade da sociedade e património da vítima resultantes do crime cometido pela arguida (o que quer que queira dizer com isto) e nos prejuízos monetários de valor bastante elevado sofridos pela vítima (que não foram provados);
16. No caso em apreço, atendendo às circunstâncias concretas da Recorrente (prevenção especial), nomeadamente ao facto de ser primária, de ter filhos a cargo e de estar integrada na sociedade e de não haver risco de continuação da actividade criminosa uma vez que a Recorrente já não trabalha para a assistente, sempre pena aplicada deveria ser próxima do mínimo legal e nunca superior a três anos, pelo que, nos termos do artigo 48.º do Código Penal, poderia a execução da mesma ser suspensa, pois a ameaça de prisão realizaria de forma adequada e suficiente as finalidades da punição;
17. Mais, de lado algum da factualidade provada se retira que o prejuízo causado foi de valor consideravelmente elevado, sendo ainda certo que o valor já foi tido em conta pelo legislador para efeitos de qualificação do tipo, aumentando a moldura penal abstracta aplicável, pelo que a sua utilização em sede de

determinação da medida concreta da pena, sempre terá de ter uma relevância inferior à dos outros elementos, sob pena de ser duplamente considerado, nunca podendo ser utilizado como único ou principal critério, como foi (mal) feito;

18. A sentença é completamente omissa no que se refere às exigências de prevenção geral e especial, positiva e negativa que levaram à determinação da pena aplicada à Recorrente, não tendo o Tribunal cumprido com o estipulado no número 3 do artigo 65.º do Código Penal, uma vez que o ponto 5, na página 17, do acórdão recorrido é de tal forma vago, não explicando quais os impactos negativos que refere, nem qual o valor do prejuízo que considera, que não pode considerar-se como referindo expressamente os fundamentos da determinação da pena;
19. Assim, independentemente da qualificação jurídica do crime, deve o Tribunal no cumprimento da vinculação e obediência que deve à lei, aplicar à Recorrente uma pena, determinando a sua medida concreta com base no artigo 65.º do Código Penal, pena esta que deverá, atendendo aos restantes factos provados, ser sempre inferior a 3 anos, o que permitirá a suspensão da sua execução.

Termos em que e nos mais de Direito, que V. Exas. doutamente suprirão, deverá ser dado provimento ao presente recurso, revogando-se a decisão recorrida e a pena aplicada e alterando-se a condenação da

Recorrente, em conformidade com a factualidade provada, para prática de um crime de burla de valor elevado e em pena de prisão inferior a três anos, permitindo, nos termos do artigo 48.º do Código Penal, a suspensão da mesma.

Caso assim não se entenda o que apenas se admite por mero dever de patrocínio, sempre a pena aplicada à Recorrente deverá ser próxima do mínimo legal e inferior a três anos, com a suspensão da sua execução, uma vez que o Tribunal a quo não considerou, como devia e estava vinculado, os elementos previstos no artigo 65.º do Código Penal.

Assim, mais uma vez, será feita a habitual e serena JUSTIÇA!

檢察院對上訴人上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 上訴人認為被上訴判決的第 17 及 18 項「已證事實」不應被本案中被考慮，因為在偵查階段中檢察院已就此部份的事實作出歸檔處理，而且，原審法院亦不得利用卷宗的第 49、552 及 553 頁之書證作為被上訴裁判的事實之判斷的依據，而原審法院亦將起訴批示的第 17 項「起訴事實」視為「未經證明之事實」，故此，上訴人認為被上訴裁判中的「已證事實」與「理由說明」之間存有「在說明理由方面出現不可補救之矛盾」的瑕疵。
2. 根據被上訴裁判第十七項及第十八項的「已證事實」的內容及卷宗第 1484 頁之歸檔批示，可見承辦檢察官就嫌犯多次向相關公司收取回佣之事作歸檔處理，原因是有關行為

雖構成私營部門的賄路行為，然而，考慮到第 19/2009 號法律的生效日期，嫌犯的作出上述行為日仍不屬犯罪之故。

3. 上述事實〔嫌犯在被害人公司不知情下收受回佣〕雖不構成受賄罪，但不妨礙構成詐騙罪，故此，在歸檔批示中，檢察院只是因為有關事實不可構成私營部門的賄路行為而作出「不控訴」的決定，但不妨礙檢察院可視有關的事實構成詐騙罪〔例如實質競合的情況〕，從而連同其他事實一併進行控訴，因而在控訴書繼續保留相關的「控訴事實」。
4. 而為著證明有關的「控訴事實」，當然可以繼續利用卷宗內的相關書證〔如第 49、552 及 553 頁之書證〕為之。
5. 上訴人又認為被上訴裁判中的第六部份與「未證事實」之間存有矛盾。
6. 原審法院在被上訴裁判第六部份僅存在筆誤，這是因為，由於原審法院已將起訴批示第十八項「起訴事實」視為「未經證實之事實」，故此該金額〔約澳門幣 642 萬〕不會計算在內，然而僅計算「已證事實」第十五至十七項所指之詐騙金額〔約澳門幣 385 萬〕，足以認定上訴人的行為是觸犯一項《刑法典》第 211 條第 4 款 a) 項的「詐騙〔相當巨額〕罪」，而非同條第 3 款的「詐騙〔巨額〕罪」。
7. 另一方面，倘原審法院將有關「未經證實之事實」之金額計入有關詐騙罪的金額之內，即有關的詐騙金額超過澳門幣一千萬，則有關判刑亦不會僅僅的 4 年 6 個月徒刑，而將會是更重的判刑。
8. 故此，被上訴裁判中的「已證事實」與「理由說明」之間不存有任何「在說明理由方面出現不可補救之矛盾」的瑕

疵。

9. 除了被上訴裁判第十五及十六項的「已證事實」所指詐騙的金額僅為美金 6000 元及 1,536 元外，亦應計算第十七項「已證事實」中所指之詐騙金額〔約澳門幣 379 萬〕，故此，有關詐騙的總金額超過澳門幣 385 萬，即符合《刑法典》第 211 條第 4 款 a)項有關「詐騙〔相當巨額〕罪」中有關詐騙金額的規定。
10. 因此，被上訴裁判沒有沾有法律適用的瑕疵，也沒有沾上《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款的規定，則無需根據同一法典第 418 條的規定對有關事實重新審理。
11. 《刑法典》第 40 條及第 65 條確立了量刑時應考慮的因素和量刑的標準。
12. 針對具體量刑部份，有關詐騙被害人 C 國際有限公司的一項「詐騙罪〔相當巨額〕」而言，其詐騙金額約為澳門幣 385 萬元，其抽象刑幅為徒刑 2 至 10 年，而被上訴裁判所判處的為 4 年 6 個月徒刑，則其具體刑幅低於抽象刑幅的三分之一。
13. 考慮到被詐騙的金額數目、有關案件的情節〔尤其是上訴人身為受害人公司要員，卻利用其職務之便實施詭計，及在受害人不知情下收受巨額回佣〕，上訴人亦否認控罪，被上訴裁判作出最終判處 4 年 6 個月的單一徒刑刑罰的適當的，並沒有違反《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定。
14. 上訴人所要求低於三年徒刑刑罰及適用緩刑的請求亦不符合本案中有關一般預防的刑罰目的，故此，上訴人的理由亦明顯不成立。

綜上所述，本檢察院認為由於上訴理由明顯不成立，應予之駁回。

輔助人對上訴人上訴作出了答覆，並提出下列理據：

1. 嫌犯 A 於 2012 年 6 月 6 日被裁定有罪，觸犯一項《澳門刑法典》第 211 條第 4 款 a) 項配合第 196 條 b) 項所規定及處罰的【相當巨額詐騙罪】，判處四年六個月徒刑。
2. 除非有更好的法律解釋，被上訴的判決已非常清晰及明確指出判決所依據的事實及法律適當，尤其是結合所有卷宗書證及證人在庭上的聲明，從而作出了『公正』及『不偏不倚』的裁決。
3. 從整個被上訴判決所闡述的資料及決定，不論是形式上或是實質上，均未有出現如《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款及第 2 款所指的情況。
4. 被上訴的判決更未有出現違反《刑事訴訟法典》第 355 條及出現如第 360 條所指之情況。
5. 所以，被上訴判決是合乎了法律的規定，應予支持。
6. 然而，嫌犯 A(現為上訴人)不服有關判決，按輔助人理解，其上訴內容主要有下列各點：
 - 上訴人認為被上訴的判決沾有『在說明理由方面出現不可補救之矛盾』，並以檢察院就涉案部份事實作歸檔處理的同時，又記載於控訴書中作出詐騙事實的支持；及
 - 科處上訴人的犯罪定性存有事實及法律上的前提錯誤；及
 - 上訴人認為被證明之事實不應被裁定超逾三年的刑罰。(見上訴狀第 10 頁及隨後頁數)

7. 其結論是指被上訴判決存有違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項-『在說明理由方面出現不可補救之矛盾』。
8. 除了對上訴人應有的尊重外，也對不同的法律意見表示重視外，輔助人不能認同上訴狀提出的上訴理據。
9. 以下提出對上訴狀內容的答覆：
 - 首先，對於檢察院就本案發生犯罪之時仍未生效的私貪法規定，而決定對部份事實予以歸檔是表示尊重及同意；
 - 但是，正如檢察院履行法律的公正性，僅針對上訴人的行為以詐騙罪予以規範及適用，從而引述有關事實載於控訴書內；
 - 為此，我們看不到這種編排有何不當之處；
 - 再者，即使如上訴人所指存在這方面的問題，也不是在上訴階段提出；
 - 應在提出預審期間提出其觀點，又或是，在初級法院答辯期間提出其觀點及請求；
 - 可是，上訴人並沒有這樣做；
 - 被上訴判決已於 2012 年 6 月 6 日作出，對於非屬實質無效的事宜，並不影響第一審判決的效力，又或阻礙其作出，更不會對其產生無效的情況；
 - 所以，上訴人僅僅在上訴階段在提出這個問題，輔助人是表示尊重，但應予駁回其主張及請求。
 - 再者，在檢察院作出控訴書前對未能符合當時的刑法規定予以歸檔，與其他適用的一直生效的刑法，並予以證實，兩者間並無衝突。
 - 何況，輔助人不能認同上訴人將檢察院對某部份內容歸檔

等同為未證事實，明顯存在認定事實方面有所錯誤。

-另一部份，關於對事實所造成輔助人的損失方面存在偏差，輔助人亦認為其上訴理由不成立。

-因為本案所涉及侵害行為，明顯已超逾刑法典第 196 條規定的相當巨額的訂定。

-上訴人所爭論的僅僅只是相當巨額的程度，但這事實並不是單純影響被上訴裁決定罪量刑的因素。

-相反，被上訴裁決是考慮到上訴人的行為的預謀性、有計劃性及籌劃性等，並藉著的手段及行為多次重複性而作為判刑的依據。

-所以，對上訴人科處徒刑四年六個月是適當的。

-我們看不見有過重的情況。

-其次，輔助人認為被上訴的判決並沒有存在如上訴狀所指的違反法律的瑕疵；

-尤其是被上訴判決所載明的『經證明之事實』、『未經證明之事實』、『事實之判斷』及『法律適用的闡述』四方面，均清晰及無誤，且未發現任何涉及《刑事訴訟法典》第 400 條 2 款所列舉之判決瑕疵。

10. 另一方面，上訴狀請求重新審查部份嫌犯及證人之證言，輔助人是表示尊重的，但認為沒有此需要。
11. 因為，輔助人認為有關請求只是衝擊被上訴合議庭判決的法官所採用的『法院自由心證原則』所賦予的權力而已一見《刑事訴訟法典》第 114 條規定。
12. 但是，上訴狀並未具體指出合議庭法官 閣下在判斷何種證據時，出現了錯誤的情況，也未有指出應糾正的事實及結

果。

13. 在澳門司法裁決中，差不多對『審查證據方面明顯有錯誤』已有一致的共識—“如果在審查證據時從某事實中得出的結論無法接受、如果違反限定或確定證據價值的法律規定或者違反經驗或職業準則，就存在審查證據方面的明顯錯誤”—見《澳門特別行政區終審法院裁判匯編 2004》所載第 3/2004 號刑事上訴案第 374 頁。
14. 本文中，被上訴的合議庭判決不存在這種情況。
15. 因為，被上訴判決已衡量了所有考慮的情節而作出被上訴的判決，不存在上訴狀所指存有違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項規定的瑕疵問題。
16. 所以，現上訴的請求應被駁回，予以維持原判。
17. 另外，上訴人自判決之日(2012 年 6 月 6 日)至簽署複授權書之日(2012 年 6 月 21 日)，至遞交上訴狀之日(2012 年 7 月 4 日)，歷時 28 天。
18. 雖然，這並非本上訴所考慮的問題所在，然而，對於上訴人是否已透過被上訴判決而有所悔改及意識自身行為的不法性，在此未能體現。

總結

19. 被上訴判決並未發現如上訴人提出被上訴的合議庭裁決違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項規定的法律問題；及
20. 在被上訴的判決中，亦未發現任何未考慮的情節及因素而作出判決；
21. 所以，請求上級法院駁回上訴人提出的上訴，維持原審判

決。

綜上所述，基於被上訴的判決不存在上訴狀所指的違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項規定及其他的法律問題引致的瑕疵，應駁回上訴人提出之上訴，維持原判。

請求作出公正裁決！

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，認為上訴人提出的上訴理由部分成立。

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。

根據《刑事訴訟法典》第 414 條規定舉行了聽證，並作出了評議及表決。

二、 理由說明

原審法院經庭審後作出如下判決：

1. 1999 年，B(身份資料載於卷宗第 1443 頁)在澳門 XXXXXX 設立 C 國際有限公司 (輔助人)，從事進口韓國手提電話並在香港批發出售。
2. 2003 年 8 月 27 日，B 在韓國開設一所研發公司 D，由 D 負責研發新型手機。C 國際有限公司負責在澳門按照生產計劃向中國內地、台灣、香港等地採購手機零件及配件，隨

後委託內地加工廠進行組裝，並將製成品投放香港市場批發出售。

3. 基於業務擴展的需要，2003 年 10 月 10 日，C 國際有限公司聘請 A(上訴人)出任公司的採購經理。
4. 上訴人負責物色及聯絡在中國內地、香港、台灣等地的手機電子零件及配件生產商或零售商，以便為公司利益搜尋在型號、種類、質量及價格上均符合公司生產需要的電子零件或配件(包括電池、充電器、轉換器及其他電子零件等)。上訴人將生產商或供應商的報價資料向公司提交報告及建議，在公司負責人 B 根據上訴人交來的資料作出採購決定後，由上訴人按決定具體落實訂購的程序。
5. 上訴人入職時每月薪酬為澳門幣 8,000 元，2004 年 2 月起月薪獲調升至澳門幣 12,000 元，同年 4 月起月薪再調升至澳門幣 15,000 元(參閱卷宗第 1268 頁至第 1278 頁)。
6. 入職時，上訴人清楚獲告知不得以公司名義或利用工作之便在採購或洽商生意時私下收取供應商回佣或賺取中間差價。
7. 上訴人任職 C 國際有限公司後，憑藉採購經理的身份，知悉公司手機生產計劃所需的電子零配件的質量、數目及價格的要求，同時發現 B 獲悉上訴人已為手機研發計劃所需的電子零件或配件物色了合適的供應商後，基於對上訴人的信任，B 會決定選用上訴人建議的供應商。於是，上訴人決定利用代表 C 國際有限公司的名義獲得生產商或供應商的報價資料後，刻意隱瞞這些生產或供應商，再透過安排與其有密切關係的第三公司(向該等生產商或供應商取

得貨源)提出較高的報價與 C 國際有限公司進行交易，藉此賺取中間差價。

8. 2004 年 7 月 26 日至 2005 年 6 月 14 日，上訴人以其本人及其父親 B 名義，先後在香港及澳門開設八間公司，以利用作為物料供應的第三公司。
9. 上訴人在香港獨資開設了四間公司：E(香港)有限公司 E (Hong Kong) Co., Limited 於 2004 年 10 月 20 日成立，公司註冊編號 XXXX(參閱卷宗第 1184 頁及第 88 頁)；F 電子科技有限公司 F Electronics Technology Limited 於 2005 年 3 月 23 日成立，公司註冊編號 XXXX(參閱卷宗第 1184 頁)；G Electronics Technology Company 於 2005 年 3 月 19 日成立，商業登記編號 XXXX，作為 E 集團(香港)有限公司之子公司(參閱卷宗第 1185 頁)；G 香港半導體公司 G Profit Semicon Devices H.K. Co.於 2005 年 6 月 14 日成立，商業登記編號 XXXX，作為 E 集團(香港)有限公司之子公司(參閱卷宗第 1185 頁及第 1186 頁)。
10. 上訴人利用其父親 B 名義在香港開設了兩間公司：H 電子元件公司 H Electronics Components Company 於 2004 年 7 月 26 日成立，公司商業登記編號 XXXX，公司董事 B，上訴人為總經理(參閱卷宗第 55 頁)；J 實業(香港)有限公司 J(Hong Kong) Company Limited 於 2004 年 10 月 6 日成立，公司註冊編號 XXXX，公司董事 B(參閱卷宗第 1185 頁、第 69 頁及第 70 頁)；
11. 上訴人以其本人及父親 B 名義在澳門開設了兩間公司：J 國際貿易投資有限公司 Companhia de Comércio e

Investimento Internacional J Lda.於 2004 年 9 月 22 日成立，商業登記編號 XXXX，公司董事 B，上訴人為總經理(參閱卷宗第 1062 頁至 1063 頁及第 1066 頁至第 1073 頁)；K 有限公司 Companhia de K Lda 於 2004 年 12 月 6 日成立，公司註冊編號 XXXX，行政管理機關成員為上訴人及 B(參閱卷宗第 1074 頁至第 1083 頁)。

12. H 電子元件公司、I 實業(香港)有限公司、J 國際貿易投資有限公司及 K 有限公司實際由上訴人本人操控，其父親 B 對上述四公司的日常業務及運作不知情。
13. 上訴人還利用其堂兄長 C 及堂兄嫂 L 在香港開設的兩間公司作為上訴人向 C 國際有限公司推薦的供應商：M 電子國際 M Electronics Co.，商業登記編號 XXXX，公司董事 C(參閱卷宗第 1186 頁)；N 電子有限公司 N Electronics Company Limited，公司註冊編號 XXXX，公司董事 C 及 L(參閱卷宗第 1184 頁)。
14. 上訴人從未向 B 及 C 國際有限公司透露開設了上述公司或與該等公司的持牌人存在親屬關係。
15. 當中一項利用 F 電子科技有限公司 F Electronics Technology Ltd 充作供應商，但實際由 O 科技股份有限公司 O Technology Co. Ltd 供應物料的過程為：
上訴人以 C 國際有限公司採購經理身份獲悉生產商 O 可為 C 供應型號 LH-0603-4P1-B2-A01-01 物料的價格為每件 0.037 美元後，但上訴人沒有如實將報價告知 C，而上報的是由上訴人操控的 F 公司以便為 C 供應上述物料，訂價每件 0.043 美元。

上訴人隨即以 C 名義向 O 發出購貨單，並指示 O 將貨物赴運至 K Internacional Co.Ltd.，但貨物實際是送往 C 屬下的香港 P Technology Company LTD.(參閱卷宗第 1017 頁)。

對於上訴人透過公司名義向 O 訂貨及送貨一事，B 及 C 全不知情。

2005 年 5 月 13 日，原生產商 O 按購貨單將貨送到 C 屬下的香港 P Technology Company LTD.。上訴人隨即以 F 名義將貨物轉送至 C。因此，C 按 F 發票向後者支付貨款 43,000 美元(參閱卷宗第 1022 頁、1024 頁及 1025 頁)。收款後，上訴人操控的 F 向原生產商 O 支付了貨款 37,000 美元(參閱卷宗第 1019 頁)，從中賺取差價 6,000 美元。

16. 另一宗上訴人藉 G Electronics Technology Company 充作供應商，實際為 Q Devices HK Limited 供貨的交易過程為：

2005 年 5 月 11 日，上訴人在採購過程中獲悉 Q 可為 C 提供型號 K9K1208U0C-DIB00 物料的來價為每件 7.5 美元後，但沒有如實將報價上報，而安排上訴人操控的香港 G 公司充作供應商報價，每件 7.8 美元。

當 B 採取上訴人提供的報價資料作出採購決定後，上訴人一方面以 C 名義向 G 以價格每件 7.8 美元訂購相同數量的配件(參閱卷宗第 816 頁)。另一方面，上訴人又以 C 名義向生產商 Q 發出編號 PM01110505/ES802 的購貨單，以每件 7.5 美元訂購型號 K9K1208U0C-DIB00 的手機配件 5,120 件，並於 2005 年 5 月 12 日著生產商將貨物送往 C 屬下的香港 P Technology Company LTD.(參閱卷宗第 812 頁、第 813 頁及第 814 頁)。

對於上訴人透過公司名義向 Q 訂貨及送貨一事，B 及“C”全不知情。

2005 年 5 月 13 日，原生產商 Q 按購貨單將貨送至 C 屬下的香港 P Technology Company LTD.，C 以每件 7.8 美元的價格給付與上訴人在香港開設的 G 公司，上訴人從交易中獲取差價達 1,536 美元(參閱卷宗第 815 頁及第 818 頁)。

17. 另外，上訴人自 2004 年 6 月至 2005 年 3 月期間，在 C 國際有限公司不知情的情況下，藉透過向公司找尋 R 精密工業(深圳)有限公司作為零配件的供應商，從 R 精密工業(深圳)有限公司收取了共約澳門幣 1,525,619 元作回佣。2004 年 5 月至 2005 年 5 月期間，藉向 C 國際有限公司物色知音配件作為零配件的供應商，從知音配件收取了共約澳門幣 2,265,625 元作回佣。
18. 2005 年 7 月，C 國際有限公司收到由台灣 S 科技股份有限公司寄來的一份文件，內容是請求上訴人提供 J 國際貿易投資有限公司 Companhia de Comércio e Investimento Internacional J Lda.的帳戶，以便存入佣金(參閱卷宗第 49 頁、第 552 頁及第 553 頁)。C 國際有限公司負責人 B 於 2005 年 7 月 4 日報警追究。
19. 上訴人 A 作為 C 國際有限公司的採購經理，清楚其履行職務時有義務負起維護公司財產利益之責任，但上訴人為自己謀取不正當的利益，憑藉工作之便獲悉公司採購需求，並利用公司負責人 B 對其的信任和依賴，在履行採購職務過程中，以原生產商/供應商缺貨或貨價較高，又或隱瞞原生產商/供應商的報價資訊等詭計方式作為手段誤導 B 作

出向上訴人操控的多間公司採購的決定，導致被害公司作出額外的貨款給付，令被害公司財產上造成重大損失。

20. 上訴人在自由、自願及有意識的情況下實施上述行為。

21. 上訴人知悉其行為是法律所不容，會受法律制裁。

另外，亦證明下列事實：

22. 上訴人為商人，月薪為澳門幣 50,000 元。

23. 上訴人已婚，需供養三名子女。

24. 上訴人否認被指控之事實，為初犯。

未經證明之事實：載於控訴書及答辯書其餘與已證事實不符之重要之事實，具體如下：

1. 2004 年 7 月至 2005 年 6 月期間，上訴人透過上述行為導致 C 國際有限公司作出額外貨款的支付達 822,702.5 美元，折合港幣約 6,425,306.5 元(參閱卷宗第 1448 頁至第 1482 頁的明細表)。

三、 法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 詐騙罪構成要件
- 量刑

1. 上訴人認為被上訴判決的第 17 及 18 項「已證事實」不應在本案中被考慮，因為在偵查階段中檢察院已就此部份的事實作出歸檔處理，而且，原審法院亦不得利用卷宗的第 49、552 及 553 頁之書證

作為被上訴裁判的事實之判斷的依據，而原審法院亦將起訴批示的第 17 項「起訴事實」視為「未經證明之事實」，故此，上訴人認為被上訴裁判中的「已證事實」與「理由說明」之間存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b) 項規定「在說明理由方面出現不可補救之矛盾」的瑕疵。

根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b) 項規定，上訴亦得以在說明理由方面出現不可補救之矛盾為依據，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：“理由說明中不可補救的矛盾之瑕疵，指事實部分的證據性理據中的矛盾，以及已認定的事實中或已認定的與未認定的事實之間的矛盾。矛盾必須是不可補正、不可克服的，也就是說，依靠被上訴的判決的整體內容和一般經驗法則不能克服。”

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

首先，關於檢察院已作出歸檔處理的事實是否可在本案中被考

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

慮的事情，本院同意助理檢察長在意見書中的見解：

“上訴人提出的第一個理由，指出因為在偵查階段時檢察院曾就相同事實作出歸檔批示。原因是這些事實在第 19/2009 號法律生效前並未構成刑事犯罪行為，因此這些事實不應再次被原審法院考慮。這觀點是錯誤的，其實，在歸檔批示中只是指出相關事實不符合預防及遏止私營部門賄賂法律的規定。但是，從來沒有排除觸犯其他罪狀的可能，因此，在之後的控訴以至庭審當中對這部分事實進行審理亦無可厚非。”

故此，上訴人的上述上訴理由並不成立。

根據已證事實第 17 及 18 點，上訴人在受害人不知情的情況下，私自向配件供應商收取“回佣”，原審法院認定當中的款項是上訴人從事詐騙行為所得到的不正當利益，而金額達 379 萬多澳門元，屬於《刑事訴訟法典》第 196 條 b)項所規定的相當巨額的金額。

我們看看是否這樣理解。

《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。

另一方面，上述條文的第 3 點及第 4 點 a)項的加重情節則按照行為人令受害人所遭受的財產損失金額而訂定，而並非根據行為人所得的不正當利益而訂定。

本案例中，上訴人所收取的“回佣”是第三方公司向上訴人作出之給付，而並不必定是受害人所受到的財產損失。因此，相對於受害人來說，第 17 點及 18 點已證事實，實難說完全符合詐騙罪的要件。因為從已證事實第 17 及 18 點中，未能證實上訴人於收受回佣的活動中導致受害人的財產損失。

另一方面，根據已證事實第 15 及 16 點，上訴人的詐騙行為中對受害公司造成了相關貸款的差價的損失，金額為 7,536 美元(6,000 美元加 1,536 元)，折合約澳門幣 6 萬多元，而這筆款項則為受害人的財產損失金額。而根據《刑法典》第 196 條 a)項所規定，有關金額只屬於巨額的金額。

因此，上訴人的行為只觸犯一項《刑法典》第 211 條第 3 款所規定及處罰的具財產損失金額屬巨額的加重情節的詐騙罪。

故此，原審判決將已證事實中的“回佣”金額亦考慮為詐騙罪行的加重情節實際上是出現了法律適用錯誤的瑕疵。

而根據已證事實，本院可依職權改判上訴人觸犯一項《刑法典》第 211 條第 3 款所規定及處罰的加重詐騙罪，可被判處最高五年徒刑或科處最高六百日罰金。

2. 上訴人亦提出原審判決量刑過重的問題，但由於本院依職權對上訴人作出改判，亦需對上訴人重新量刑。

《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。

在本案中，考慮有關情節及上訴人之過錯，上訴人擁有正當職業和收入，但卻在自由、自願及有意識的情況下故意實施犯罪行為，有計謀地利用受害人對其的信任作出詐騙行為，其主觀故意程度較高，不法行為亦是嚴重，對社會秩序和安寧以及受害人財產帶來的嚴重負面影響。因此，本合議庭認為上訴人觸犯一項《刑法典》第 211

條第 3 款所規定及處罰的加重詐騙罪，判處一年六個月徒刑最為適合。

根據《刑法典》第 48 條之規定，考慮上訴人生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節後，尤其考慮到上訴人在受害人的信任下作出詐騙行為，犯罪後果嚴重，未能認定僅對事實作譴責並以徒刑作威嚇已適當及足以實現處罰之目的，因此，本案並沒有緩刑的空間。

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，改判上訴人觸犯一項《刑法典》第 211 條第 3 款所規定及處罰的加重詐騙罪，判處一年六個月實際徒刑。

維持原審判決其餘裁決。

判處上訴人繳付 2 個計算單位之司法費，以及上訴二分之一的訴訟費用。

著令通知，並交予上訴人本裁判書副本。

2013 年 12 月 12 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)

Declaração de voto

Com o douto Acórdão que antecede deu-se parcial provimento ao recurso pela arguida dos autos interposto, alterando-se a qualificação jurídico-penal pelo T.J.B. operada e condenando-se a ora recorrente pela prática de 1 crime de “burla”, p. e p. pelo art. 211º, n.º 3 – e não do n.º 4 – do C.P.M., na pena de 1 ano e 6 meses de prisão (efectiva).

Sem embargo do muito e devido respeito pelo assim entendido, não subscrevo a supra referida decisão no que toca à pena decretada.

Com efeito, tendo em conta a factualidade dada como provada nos presentes autos, e em especial, visto que o prejuízo causado com o crime cometido é (apenas) de cerca de MOP\$60.000,00, que os factos ocorreram em Maio de 2005, (há mais de 8 anos), e sendo também a arguida, (nascida em 1970), primária e mãe de 3 filhos, afigura-se-me mais adequada (e suficiente) a suspensão da execução da mencionada pena, que até podia ser por um período de 4 (ou 5) anos e condicionada ao cumprimento de deveres e regras de conduta, nos termos dos artºs 48º a 50º do C.P.M., pois que, em nossa opinião, não deixaria de “realizar, de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição”.

Na verdade, a “suspensão da execução da pena” não deixa de ser uma

“verdadeira pena”; (cfr., v.g., A. Rodrigues in “Critério de Escolha das Penas de Substituição” in Estudos em Homenagem ao Prof. E. Correia, B.F.D. (número especial), Coimbra, 1984, pág. 33; F. Dias in, “Dto Penal Português Parte Geral. As Consequências Jurídicas do Crime”, 1993, pág. 90, e ainda, sobre a questão e sua evolução, o Ac. da Rel. Évora de 26.11.2009, Proc. n.º 54/99).

E, não sendo de olvidar que (uma actual visão das coisas aconselha o entendimento segundo o qual) a “prevenção geral” não significa “pura intimidação”, mas intimidação limitada ou conforme ao sentimento jurídico comunitário que confere à pena uma função também socialmente estabilizadora ou integradora, é de concluir que, se o exige o caso concreto, a suspensão da execução da pena condicionada ao cumprimento de deveres ou regras de conduta - artºs 49º e 50º do C.P.M. – como forma de reparar o mal do crime (encarado, unicamente, na sua dimensão social) restabelece a confiança geral na validade da norma violada e, nessa medida, assegura tal necessidade (de prevenção geral).

De facto, a “suspensão condicionada” não deixa de ser um meio razoável e flexível para exercer uma influência ressocializadora sobre o agente, sem privação da liberdade, permitindo potenciar as virtualidades do instituto de suspensão da execução da pena, que não se limita a confiar na ideia da (mera) ameaça da pena e do seu efeito intimidativo, sendo antes integrado pela imposição ao agente de deveres e regras de conduta que reforçam, tanto a socialização do delinquente como a reparação das

consequências do crime; (cfr., F. Dias, ob. cit., 2005, reimpressão, pág. 339).

Nesta conformidade, ponderando tudo o que se tentou deixar explicitado, julgava parcialmente procedente o recurso, concedendo a peticionada suspensão da execução da pena, (admitindo que o fosse pelo período máximo de 5 anos) na condição de pagar a arguida uma indemnização à ofendida.

Dias Azedo