

上訴案第 808/2016 號

上訴人：A

B

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兩名嫌犯 A 及 B 為共同直接正犯，其既遂行為分別觸犯一項由澳門《刑法典》第 211 條第 1 款結合第 4 款 a) 項及第 196 條 b) 項所規定及處罰的「詐騙罪」，並請求初級法院以合議庭普通程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR1-15-0065-PCC 號普通刑事案件中，經過庭審最後判決嫌犯 A 及 B，以直接共犯身分及在犯罪既遂的情況下觸犯了《刑法典》第 211 條第 1 款結合第 4 款 a) 項及第 196 條 b) 項所規定及處罰的一項「詐騙罪」，各判處三年三個月實際徒刑。

兩名嫌犯 B 及 A 不服判決，分別向本院提起上訴，並提出了上訴理由：

上訴人 B

1. 於 2016 年 9 月 2 日作出的被上訴判決，其內容為：

“(四)

判決：

綜上所述，本合議庭現裁定控訴事實基本上獲證明屬實且控訴理由成立，判決如下：

嫌犯 A 及 B，以直接共犯身分是在犯罪既遂的情況下觸犯《刑法典》第 211 條第 1 款結合第 4 款 a) 項及第 196 條 b 項所規定及處罰的一項「詐騙罪」，各判處三年三個月實際徒刑。

- 2) 上訴人 B 因不服上指之裁決，遂提出本上訴，認為被上訴判決存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款及第 2 款 c 項規定所指的瑕疵，包括在「審查證據方面明顯有錯誤」方面、存在法律適用錯誤方面及存在量刑不適當作出的瑕疵。
- 3) 首先，披上訴判決所載的【已證事實】第三條至第六條的內容，都沒有提及上訴人 B 知悉嫌犯 A 的「犯罪計劃」及「先期之準備過程」，更不談上上訴人 B 作出了任何實質性的參與行為；
- 4) 根據卷宗第 77 頁及第 78 頁的書證內容，顯示上訴人 B 曾於 2014 年 1 月 30 日在【XXX 貴賓會】，以其名義開設了戶口，編號為 XXX，該戶口完完全全基於嫌犯 A 請求而開立，且嫌犯 A 有完全處分該戶口的權力；
- 5) 根據該「開設戶口申請表」中，聯絡電話登錄為：「XXX」；
- 6) 因為該「開設戶口申請表」所登錄的聯絡電話號碼「XXX」是屬於嫌犯 A 所擁有及持有的，故該戶口的往來訊息僅透過聯絡電話號碼「XXX」發送；
- 7) 簡單地說，雖然【XXX 貴賓會】戶口編號 XXX 在名義上是屬於上訴人 B，但實質上則是嫌犯 A 所擁有的，且並非為看作出本案被指控的行為罪行而做的。
- 8) 然而，被上訴判決所載的『已證事實』第八條、第十二條、第十四條及第十五條部份，從而構成有罪判決中關於「直接共犯身份」的事實依據；

- 9) 可是在庭審中，第一嫌犯 A 至少有 2 次明確表示，在其犯罪行為過程中，兩次的轉帳 (由被害人 C 的【XXXXX】戶口(XXX)轉賬到上訴人 B 的【XXX 貴賓會】戶口編號 XXX) 合共 HKD4,000,000.00，均沒有“事前通知”上訴人 B，亦沒有徵得上訴人 B 的“同意”，也無須向上訴人 B 作出任何交待；
- 10) 在已證事實第六條指出，第一嫌犯 A 於 2014 年 1 月上旬已知悉及記住了被害人 C 的【XXXXX】戶口(XXX)的“密碼”；
- 11) 那麼，第一嫌犯 A 在 2014 年 2 月 4 日及 2 月 10 日分別作出兩次轉賬合共 HKD\$6,200,000.00 的行為不就可以以“密碼”作出改變提取款項已收取訊息的行為，並藉此逃避賭廳向被害人 C 的原有登記的聯繫電話作出發放訊息。
- 12) 難度這兩次轉賬與 2014 年 2 月 12 日及 2 月 13 日的轉賬合共 HKD\$4,000,000.00 有所區別嗎？
- 13) 根據第一嫌犯在庭上的聲明，2014 年 2 月 12 日及 13 日的提款也是由其作出，那麼，在 2014 年 2 月 4 日及 2 月 10 日轉賬到上訴人 B 的【XXX 貴賓會】戶口編號 XXX 合共 HKD\$6,200,000.00 的款項是由誰取走呢？
- 14) 若果是由第一嫌犯 A 取走該 HKD\$6,200,000.00 時，則有理由相信，於 2014 年 2 月 12 日及 13 日提走的 HKD\$4,000,000.00 亦僅僅由第一嫌犯作出。
- 15) 根據【XXX 貴賓會】賬房經理 D 多次作出的訊問筆錄及書證，顯示第一嫌犯 A 將被害人 C 的【XXXXX】戶口(XXX)的款項 (HKD\$2,000,000.00)於 2014 年 2 月 12 日轉入上訴人 B 的【XXX 貴賓會】戶口(編號 XXX)提款人並不是上訴人 B，而且，該款項被提走後沒有進行任何賭博-卷宗第 209 頁及第 214 頁至第 220 頁。
- 16) 在上述訊問筆錄及書證中，亦顯示第一嫌犯 A 將被害人 C 的

【XXXXX】戶口(XXX)的款項(HKD\$2,000,000.00)於 2014 年 2 月 13 日轉入上訴人訴人 B 的【XXX 貴賓會】戶口(編號 XXX)提款人並不是上訴人 B，但款項 HKD\$2,000,000.00 被提走後有進行任何賭博，並最終贏得 HKD\$600,000.00 - 見卷宗第 209 頁及第 214 頁至第 220 頁。

- 17) 根據書證顯示，上訴人 B 的【XXX 貴賓會】戶口(編號 XXX)於 2014 年 2 月 13 日 22:30，顯示存入了 HKD\$600,000.00，並隨後將原有的款項 HKD\$2,000,000.00 加上剛存的款項 HKD\$600,000.00，以“存 130，袋 130”標示，根據 D 的訊問筆錄指出，當時“B”是存回 HKD\$1,300,000.00 及提走現金 HKD\$1,300,000.00 - 見卷宗第 214 頁至第 220 頁。
- 18) 然而，基於卷宗已有載有其訊問筆錄及由 D 提供涉及上訴人 B 的【XXX 貴賓會】戶口(編號 XXX)於 2014 年 2 月份的帳戶往來紀錄，卻發現僅僅只有 2014 年 2 月 13 日有一筆款項 HKD\$2,000,000 的出入及轉碼紀錄 - 見卷宗第 216 頁至第 219 頁。
- 19) 換言之，從上述重要人士提供之證言，以及由其提供之書證，其內容明顯與『已證事實』第十一條及第十二條所指之內容存在不一致及矛盾。

另外，

- 20) 被上訴判決僅僅以第一嫌犯 A 的庭上聲明表示上訴人是“事前”已知悉，在再沒有其他佐證的事實支持下 (尤其是沒有證實上訴人 B 與第一嫌犯 A 如何在“事前”共同作出了何種行為，以實現隨後由第一嫌犯 A 獨自作出的 2 次轉賬行為)，就認定了上訴人 B 是與第一嫌犯 A 以「直接共犯身份」作出了相當巨額詐騙行為，是沾有「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵。
- 21) 一如被上訴判決所指出，本案的犯罪過程中，一直僅由第一嫌犯

A 主宰整個事件，包括知悉被害人 C 的【XXXXX】戶口(XXX)的密碼 (而案中從沒有查問過上訴人是否知悉該密碼？！)、知悉被害人 C 的【XXXXX】戶口(XXX)何時才有巨額款項、對被害人 C 的【XXXXX】戶口(XXX)巨額款項作出轉賬、僅由第一嫌犯 A 可獲得上訴人 B 的【XXX 貴賓會】戶口編號 XXX 到賬款項的信息 (因為聯絡手提電話號碼 XXX 僅由第一嫌犯 A 持有(見卷宗第 77 頁)，第一嫌犯 A 亦可對上訴人 B 的【XXX 貴賓會】戶口編號 XXX 作出提款。

22) 相對地，上訴人 B 僅僅是為第一嫌犯 A 開立戶口 (但該戶口並非針對本案犯罪目的而開設，且該戶口一切操作僅由第一嫌犯 A 掌控)，以及應第一嫌犯 A 的通知出現在賭廳現場及陪賭而已，再沒有其他行為參與。

23) 從而可得出結論，上訴人 B 並沒有與第一嫌犯 A 以「直接共犯身份」作出了被指控的相當巨額詐騙行為。

再者，

24) 要判斷 B 有沒有與第一嫌犯 A 以「直接共犯身份」作出了被指控的相當巨額詐騙行為，就要證明兩人有「共同犯罪的決意」且作出了隨後的行為。

25) 這種「共同犯罪的決意」必須包含兩人“在主觀上”有共同決意作出犯罪行為。

26) 本案中，一直只有第一嫌犯 A 的庭上“證言”(因為第一嫌犯 A 的其他司法訊問的聲明均不是這個版本，見卷宗第 90 頁) 指控上訴人 B 知悉犯罪計劃，並僅僅由此而獲法庭判斷為『已證事實』第八條。

27) 由於本文中，對於整個犯罪過程並未顯示上訴人 B 作出了何種行為，尤其是如何按犯罪計劃作出了行為，或者簡單地說，從第一嫌犯 A 知悉被害人 C 的【XXXXX】戶口(XXX)的“密碼”開始，至

2014年2月13日第二筆 HKD\$2,000,000.00 轉到上訴人 B 的【XXX 貴賓會】戶口編號 XXX 之時，上訴人 B 都沒有參與或作出任何行為！

28) 相反，就只有第一嫌犯 A 參與及作出行為，那麼，就沒有客觀事實可作證明 B 與第一嫌犯 A 存在「共同犯罪的決意」的事實。

最後，

29) 即使有證據證明上訴人 B 在獲得第一嫌犯 A 通知有巨額款項已轉到了其名義的【XXX 貴賓會】戶口(編號 XXX)內，但該情節對於上訴人 B 而言並不能指控上訴人 B 的行為構成以「相當巨額詐騙罪」；

30) 因為，一方面，上訴人 B 並沒有作出任何“詭計行為”，另一方面，即使上訴人 B 沒有出現在賭廳內，第一嫌犯 A 仍會按其意志提取涉案款項及作出賭博行為；

31) 從『詐騙罪』的犯罪構成要素中，「詐騙罪」為一“行為犯”，且不理會結果是否成功或失敗，只要行為一經作出，不論是“既遂”或“未遂”的情況，均應作出處罰。

32) 上訴人 B 一直堅稱其“知悉”是在收到第一嫌犯 A 的通知有巨額款項到賬之時，那麼，被指控的「詐騙罪」是否已屬於既遂狀態？此時，上訴人 B 的介入或參與已不屬於『詐騙罪』的範疇了。

33) 雖然，第一嫌犯 A 在庭上聲明上訴人 B 在轉賬行為作出前已“知悉”，但從未透露過或表述過上訴人 B 作出了何種涉及「詐騙罪」罪狀的行為，何況，對於第一嫌犯黃智的庭上聲明，亦與其在司法訊問的內容出現了矛盾，並於庭上宣讀了相關訊問內容，這就顯示了第一嫌犯 A 的證言並不可信。再者，眾多的司法實踐表明，單憑第一嫌犯 A 的證言，而在缺乏其他的客觀事實協助佐證下，難以支持法庭僅採信某一涉案人士的證言而判斷另一人作出了，或共同作出了被指控的詐騙罪。

34) 所以，現有的事實僅能證實上訴人 B 自獲得第一嫌犯 A 通知其賬戶有款項到賬之時刻，才介入本案的犯罪過程中的某個情節階段，故其行為並不涉及違法性，亦不構成『詐騙罪』的犯罪要件，更不存在以「直接共犯身份」作出了定罪的犯罪行為。

35) 以上種種情節，被上訴判決對這個情節沾有「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，應宣告撤銷涉及上訴人的有罪判決部份。

關於在法律適用方面的瑕疵：

36) 上訴人 B 認為，本案所載有的已證事實，並不構成「詐騙罪」的罪狀，相對而言，有關行為應屬於《刑法典》第 198 條規定及處罰的「加重盜竊罪」罪狀。

37) 根據第一嫌犯 A 的庭上證言，並結合卷宗存有的書證，造成被害人 C 的「財產損失」，乃因第一嫌犯 A 於 2014 年 1 月上旬已知悉及記住了被害人 C 的【XXXXX】戶口(XXX)的“密碼”。

38) 第一嫌犯 A 借助這個“密碼”的要件，藉此改動被害人 C 的【XXXXX】戶口(XXX)的“聯繫電話號碼”，以規避貴賓廳客戶在其賬戶取款時收發的訊息，以及處分有關戶口內的款項。

39) 換言之，第一嫌犯 A 的行為完全不涉及被害人 C 的參與，而被害人 C 在整個犯罪的過程中，沒有因為第一嫌犯 A 的行為而造成在某方面產生錯誤或受欺騙，繼而令被害人造成其本人或另一人之財產損失 - 見《刑法典》第 211 條第 1 款。

40) 相對地，第一嫌犯 A 的行為較切合《刑法典》第 197 條規定及處罰的「盜竊罪」罪狀。

41) 因為，第一嫌犯 A 借助這個“密碼”的事實，就正如取得了被害人 C 的【XXXXX】戶口(XXX)的“閉門匙”，第一嫌犯 A 可以不使用該“閉門匙”作犯罪行為，但他選擇使用，其情形就如使用該“閉門匙”進入了被害人 C 的家門入內盜竊財物，並為了防止“防盜鈴”響起，於是先行拔走“電源”，等待完成盜竊過程後，再重新

為“防盜鈴”接回“電源”，整個過程不需要被害人 C 的介入及被誤導，有關的犯罪已構成。

42) 這裏必須強調，第一嫌犯 A 的犯罪意圖，是“盜竊”被害人 C 賭廳內戶口的金錢，而非“詐騙”被害人 C，並使其作出錯誤的行為並引致金錢的損失，兩者的“分別”正正是區別本案的具體情節應適用的法律規定。

43) 所以，本案應屬於《刑法典》第 198 條規定及處罰的「加重盜竊罪」罪狀，而不是《刑法典》第 211 條第 1 款結合第 4 款 a 項及第 196 條 b 項所規定及處罰的一項「詐騙罪」。

44) 被上訴判決是沾有錯誤適用法律並作出定罪量刑的瑕疵。

關於在量刑不適當問題：

45) 本案中，被上訴判決的「定罪部份」及『量刑部份』均表述，第一嫌犯 A 在整個過程中起「主導地位」，另外，在『已證事實』中，僅僅只有第八條及第十二條載有上訴人 B 作出的具體行為 - 一個「商議行為」及一個「取款行為及賭博行為」。

46) 然而，正如上訴人 B 一直強調，轉賬與上訴人 B 的【XXX 貴賓會】戶口(編號 XXX)的管理權均由第一嫌犯 A 所掌控，本案的犯罪行為根本不取決於上訴人 B 參與的「商議行為」及「取款行為及賭博行為」。

47) 再者，上訴人 B 亦一直強調，第一嫌犯 A 作出犯罪的過程中，從沒有獲得任何利益，而第一嫌犯 A 的庭上聲明亦沒有明確指出會給與上訴人 B 何種利益及如何分配利益。

48) 為此，在這個基礎上，第一嫌犯 A 與上訴人 B 的刑罰應有所不同。

49) 否則，被上訴判決在量刑方面，明顯違反了【適度原則】及【公正原則】，出現了【行為與結果不符合因果相適應原則】。

50) 那麼，當第一嫌犯 A 被判處三年三個月實際徒刑時，則上訴人 B 所被科處的刑罰應少於三年三個月。

51) 根據具體的情節，並結合一般司法實踐的經驗，上訴人 B 所被科處的刑罰不應多於一年，並考慮到初犯，應給與「緩刑」。

基於此，懇請上級法院法官閣下考慮上述所闡述之法律觀點及事實，對於初級法院合議庭法官閣下於 2016 年 9 月 2 日作出之第一審判決，根據上級法院法官權限作出宣告無效或予以撤銷，又或發回重審（針對在上訴狀提出的部份），以便再次進行調查證據。

倘沒有出現上述任一情況，還請法官閣下審理量刑部份提出之爭議，並在上訴得直的情況下，對上訴人科處的刑罰進行降低及給與緩刑。

上訴人 A

1. 就原審法院合議庭對於上訴人所犯的一項「詐騙罪」，判處三年三個月實際徒刑，上訴人認為其量刑是偏高（重）的。
2. 理由是原審法院合議庭在刑罰份量之確定方面，未有根據澳門《刑法典》第 65 條之規定，考慮所有對行為人有利之情。
3. 同時，原審法院合議庭亦未有根據上訴人已部份返還及彌補被害人損失的情節、上訴人對本案之犯罪行為已感到真誠悔悟之行為及上訴人在拮据的經濟狀況下已盡其所能向被害人作出彌補的等情節，因而未有根據澳門《刑法典》第 221 條及第 211 條第 1 款配合適用第 201 條第 1 及第 2 款之規定、以及澳門《刑法典》第 66 條第 2 款 c) 項之規定向上訴人科處特別減輕刑罰。
4. 再者，須指出根據澳門《刑法典》第 477 條及 490 條之規定，被害人之損失應由兩名嫌犯按過錯比例共同承擔連帶責任，故雖然從法律上被害人可向任一嫌犯追討全數損失，但考慮到原審法

院於定罪中將兩名嫌犯定為共謀合力及分工合作之共犯，可預見二人過錯比例不會相差太大，因此從實際層面出發，上訴人近半數之還款其實已近乎全數履行其個人部分之賠償責任。

5. 另外，原審法院合議庭未有考慮有關有利情節作出之裁判，嚴重影響上訴人重新投入社會，令上訴人不能繼續供養父母親及未成年女兒，同時亦嚴重阻礙及拖延上訴人續後繼續彌補被害人之損失，對被害人亦構成不利，違反澳門《刑法典》第 40 條第 1 款之規定，科處刑罰旨在保護法益及使行為人重新納入社會之原意。
6. 考慮到上述對上訴人有利的情節，上訴人認為改為判處其一項特別減輕之「詐騙罪」，並向其科以兩年之徒刑已達至一般及特別預防之效果。
7. 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，上訴人同意以每月向被害人償還澳門幣叁仟圓正 (MOP3.000.00) 至伍仟圓正 (MOP5.000.00) 作為緩刑條件。
8. 再者，即是在法理上，上訴人認為現代的刑事訴訟制度規範了幾項刑罰的重大原則，包括有：法定原則、平等原則、刑罰個人負責刑罰、刑罰適度及必需原則、過錯原則、及最後的刑罰之人道原則。
9. 故此，上訴人希望上級法院以法理及人道的立場考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為、有利之情節，慎重考慮其個人狀況而給予科以兩年之徒刑，並給予上訴人緩刑的機會，上訴人同意以每月向被害人償還澳門幣叁仟圓正 (MOP3.000.00) 至伍仟圓正 (MOP5.000.00) 作為緩刑條件。

總結全部所述，請求上級法院宣告：

- 1) 懇請各尊敬的法官 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、第 66 條第 2 款 c)項、及第 221 條及第 211 條第 1 款配合適用第 201 條第 1 及第 2 款之規定；並考慮到上述對上訴人所有有利的情節，改為判處其一項經特別減輕之「詐騙罪」，並向其科以兩年之徒刑最為適當。
- 2) 同時，考慮到刑罰低過三年及僅對事實作譴責並對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，上訴人同意以每月向被害人償還澳門幣叁仟圓正 (MOP3.000.00) 至伍仟圓正 (MOP5.000.00) 作為緩刑條件。

檢察院就上訴人 A 所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 上訴人認為對其量刑偏高，並認為原審法院合議庭未有根據上訴人已部份返還及彌補被害人損失的情節、上訴人對本案之犯罪行為已感到真誠悔悟及上訴人在拮据的經濟狀況下已盡其所能向被害人作出彌補等情節，對上訴人科處特別減輕刑罰，因而違反了澳門《刑法典》第 211 條及第 211 條第 1 款配合適用第 201 條第 1 及第 2 款之規定、以及澳門《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項之規定。
2. 上訴人還認為應改判其一項經特別減輕之「詐騙罪」，並向其科處兩年之徒刑最為適當。同時認為應給予上訴人緩刑機會，並同意以每月向被害人償還澳門幣 3,000 至 5,000 元作為緩刑條件。
3. 對此，本院未能予以認同。
4. 本案中，上訴人是在周密的預謀及策劃下實施犯罪，其 (犯罪) 故意的程度相當高，且是與另一同案犯串謀作案，而上訴人並為主謀，因此犯罪情節嚴重。
5. 參照澳門《刑法典》所規定的刑罰之目的、量刑的原則及應考慮

的情節因素，檢察院認為原審判決在對上訴人確定刑罰及量刑時並沒有違反任何法律規範，不存在適用法律方面的瑕疵。

6. 事實上，原審法院在量刑時已經全面衡量了對上訴人有利及不利的相關因素，在被上訴的判決中已清楚地指出了量刑的依據及具體情節的考量。
7. 關於是否對上訴人適用刑罰特別減輕方面，本案涉案金額高達港幣 400 萬元，而上訴人返還給被害人的港幣 184 萬元中，首次作出返還的港幣 146 萬元之部份是上訴人著另一被判刑人 B 從涉案戶口中提出，其後兩人將有關款項匯給被害人（參見卷宗第 30 頁倒數第 3 段）。由此可見，上述返還給被害人的款項絕大部分皆為贓款，並不是上訴人的個人彌補，更不能理解為上訴人已近乎履行其個人部分之賠償責任，更重要的是，被害人尚有超過一半的損失未能獲得補償。此外，上訴人曾有五次違反定期報刑之強制措施的不良記錄（參見卷宗第 163、235、263、266 及 451 頁），即行為人在實施犯罪後未能長期保持良好行為，未能讓人感到上訴人已真誠悔悟，顯示其欠缺守法意識，甚至漠視澳門的法律。故上訴人所提出的刑罰特別減輕的請求明顯站不住腳，而其向本案所作出的返還及彌補行為只能作為一般減輕情節。
8. 根據《刑法典》第 211 條第 4 款 a 項之規定，（相當巨額）詐騙罪可被科處二年至十年徒刑，而原審法院對上訴人所觸犯的一項（相當巨額）詐騙罪判處三年三個月徒刑，約為該罪抽象法定刑幅的三分之一以下。而在本案的犯罪計劃中，上訴人起着主導作用，原審法院判處上訴人三年三個月徒刑顯然並不為重。
9. 綜合案情而言，檢察院認為原審法院對上訴人所判處的徒刑，以其罪過的嚴重程度及情節之嚴重性而言，應屬適當，絕不為重，故原審法院的判決並沒有違反《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定。

10. 關於是否對上訴人適用緩刑方面，檢察院認為上訴人之個案情況未能符合法律規定給予緩刑的實質要件。
11. 從一般預防的角度考慮，博彩業為本特區的經濟命脈，而博彩從業員的操守將直接影響娛樂場的正常營運及澳門的經濟收益，但近年來屢次揭發娛樂場職員騙取客人帳戶金錢的案件，他們的行為對有關娛樂場的正常營運及本地區的經濟利益造成一定破壞，實有必要加強打擊以強化一般預防，倘若不對行為人判處較為嚴厲的刑罰，將無法重建人們對被違反的法律規定及正常法律秩序的信任和尊重，容易成為他人仿效的“模榜”，衝擊法律的權威。而從特別預防的角度考慮，唯一對上訴人有利的情節僅僅是上訴人作出了部份自認及其為初犯，但是單憑這兩點難以推翻一般預防的強烈訴求。故此，上訴人不宜獲得緩刑。
12. 綜上所述，檢察院認為被上訴的裁判沒有違反《刑法典》第 65 條、第 66 條第 2 款 c)項、及第 211 條及第 211 條第 1 款配合適用第 201 條第 1 及第 2 款之規定，不存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所規定的瑕疵，應駁回上訴人之上訴。

檢察院就上訴人 B 所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 上訴人質疑原審法院的心證，認為被上訴判決沾有審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵，要求補充詢問 XXX 貴賓會賬房經理 D 及訊問另一被判刑人 A。本院對此不予認同。
2. 首先必須指出，檢察院在審判聽證放棄聽取證人 D 之聲明時，上訴人之辯護人沒有提出反對（參見卷宗第 372 頁），這是因為上訴人知悉 D 之證言雖然可以核實本案的部分事實，但其證言並不能排除上訴人 B 亦是本詐騙犯罪案之共謀者身份。根據司法警察局之詢問筆錄，D 不是上訴人犯案有關娛樂場的當值職員，只是作為解釋賬戶內之記錄及運作之證人，其根據報表可以十分肯定

上訴人是本人或授權他人前往取款提取港幣 400 萬元籌碼(參見卷宗第 209 頁背面)。而根據上訴人 B 的口供，其在有關 XXX 貴賓會開賬戶時雖然沒有授權予另一被判刑人 A 自行從上述戶口提取款項，但其賬戶所登記的聯絡電話(XXX)是屬於 A 的，故 A 亦可透過說出及確認電話號碼的方式在有關 XXX 貴賓會賬房提取籌碼或現金。

3. 本案的關鍵問題，並非在於要證明兩名被判刑人誰人是實際的轉款或提款人，而是在於需證明兩名被判刑人在作案前或作案時是否達成共同犯罪的共識。而關於這一點，另一被判刑人 A 在庭審聽證過程中說得很清楚，其確認控訴書的內容基本與事實相符，但表示其所開立的涉案 XXX 號賬戶是在作案時已由 B 為其開立，當時是為方便其工作而開立，當得知被害人密碼後，其便將詐騙計劃告知 B，B 亦同意其計劃。
4. 上訴人指出上述 A 的庭上聲明，沒有其他佐證的事實支持，不足以判定上訴人 B 亦為本案共犯。對此檢察院不表讚同。檢察院認為，雖然卷宗的部分證據似乎證實另一被判刑人 A 是主宰整個犯罪過程，上訴人除了提供涉案賬戶給另一被判刑人 A 使用外，另一被判刑人 A 幾乎可自行犯案而無需上訴人的參與。但值得注意的是，上訴人案發時同樣任職賭場公關，清楚知道賬戶借予他人使用的潛在危險，故如果不是串謀共犯，而輕易及隨意地到 XXX 貴賓會開立賬戶予另一被判刑人 A 自由使用的可能性極低。同樣道理，如果不是共同串謀及共謀不正當利益，另一被判刑人 A 亦不會貿然將冒險所得的相當巨額金錢轉入上訴人賬戶，因為同樣會面臨被上訴人“正當及正常”提取而獨自占有的風險。
5. 從卷宗的已證事實可知，另一被判刑人 A 於 2014 年 1 月上旬偶然聽到被害人的 XXX 貴賓會賬戶密碼，隨後上訴人於 2014 年 1 月 30 日以其名義到 XXX 貴賓會開立賬戶，接著另一被判刑人 A 於 2014 年 2 月 12 日實施餘下的犯罪行為。上述過程緊湊相連，

串謀明顯，判定上訴人與另一被判刑人 A 共謀犯案，符合一般經驗判斷，實無上訴人所指之審查證據方面之瑕疵。

6. 本案的另一個關鍵事實在於司警人員在獲得另一被判刑人 A 的同意後翻閱後者的手提電話，發現 A 與上訴人曾在案發後互相通話，但並沒有發現案發期間之通話記錄（參見卷宗第 39 頁及其背面）；在隨後的調查中，司警人員在獲得上訴人的同意後翻閱後者的手提電話，發現上訴人與另一被判刑人 A 之通話記錄及微信記錄已全數刪除，故無法獲悉上訴人之通話內容（參見卷宗第 55 頁）。上訴人解釋是另一被判刑人 A 著前者刪除所有聯絡紀錄，包括通話、信息及 WECHAT 通訊紀錄全部刪除。此等解釋從另一方面證明若非該等訊息與本案無關，上訴人不可能刻意刪除該等通訊記錄。此等刪除記錄行為明顯是為了銷毀兩人共同作案之部分客觀證據，以達到逃避追查之目的。凡此種種皆可以判定上訴人亦是本案的其中一名共同犯罪人。
7. 最後，經審閱原判決書可知，原審法院在作出事實之判斷時並非單單採信另一被判刑人 A 的聲明，而是全面考慮及衡量了本案的具體事實及其它相關的證據材料，在被上訴的判決中清楚地指出了其判斷依據。因此，並不存在如上訴人所指出被上訴判決沾有「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵。
8. 上訴人認為本案的犯罪事實並不構成「詐騙罪」的罪狀，相對而言，有關行為應屬於《刑法典》第 198 條所規定及處罰的「加重盜竊罪」罪狀。這是因為被害人 C 在整個犯罪的過程中，沒有因為另一被判刑人 A 的行為而造成在某方面產生錯誤或受欺騙，繼而令被害人造成其本人或另一人之財產損失。對此，本院不予認同。
9. 因為很明顯，根據澳門《刑法典》第 211 條第 1 款之規定，「詐騙罪」的構成並非單指作案人以詭計令他人（被害人）造成錯誤或受欺騙從而造成他人（被害人本人）之財產有所損失之情況；

而是在作案人以詭計使人（非被害人）在某些事實方面產生錯誤或受欺騙，而令該人（非被害人）造成另一人（被害人）之財產有所損失的情況下，亦可構成詐騙。

10. 從卷宗的已證事實第十五條可知（參見卷宗第 377 頁），本案的犯罪事實完全符合「詐騙罪」的構成要件，而被上訴的判決不存在法律適用方面的瑕疵。
11. 上訴人指出被上訴判決的「定罪部分」及「量刑部分」均表述，第一嫌犯 A 在整個過程中起「主導地位」，為此第一嫌犯 A 與上訴人的刑罰應有所不同。否則，被上訴判決在量刑方面，明顯違反了“適度原則”及“公正原則”，出現了“行為與結果不符合因果相適應原則”。上訴人認為，當第一嫌犯 A 被判處三年三個月實際徒刑時，則上訴人所被科處的刑罰應少於三年三個月。上訴人又認為，應判處上訴人不多於一年的刑罰，並考慮到初犯，應給予“緩刑”。
12. 對於此最後部分之上訴理由，檢察院認為上訴人有一定的合理及合法依據。因為經綜合判斷案情，第一被判刑人 A 在本案的共同詐騙犯罪過程中確實起“主導地位”及起主要作用，而 B 在共同詐騙中的角色、地位及作用略低，但亦起關鍵的輔助作用，亦為共同直接正犯。因此，如果判處 A 三年三個月的實際徒刑，則應判處 B 略低於三年三個月的實際徒刑。而檢察院認為，綜合案情，應判處上訴人 B 三年的實際徒刑較為適合。很顯然，上訴人要求判處他不多於一年的刑罰及給予他緩刑的請求並不適當，應不予採納。
13. 綜上所述，被上訴之判決並不存在「審查證據方面明顯有錯誤」及「法律適用方面有錯誤」之瑕疵，應予以駁回；而關於在「量刑不適當」之上訴理由，應判定其部分得直，檢察院並認為應判處上訴人三年實際徒刑較為合適，同時駁回其要求判處其不多於一年的刑罰及給予緩刑的請求。

駐本院助理檢察長提出法律意見書，其內容如下：

2016年9月2日，嫌犯B及A被初級法院合議庭判以直接共犯及既遂方式觸犯1項《刑法典》第211條第1款及第4款a項結合第196條b項所規定及處罰之「相當巨額詐騙罪」，各處3年3個月實際徒刑。

嫌犯B及A均不服初級法院上述裁判，並分別向中級法院提出上訴。

嫌犯B在其上訴理由中，指責上述合議庭裁判沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款c項所規定之“審查證據方面明顯有錯誤”之瑕疵，又或違反《刑法典》第211條第1款及第4款a項結合第196條b項之規定，並在量刑上違反了適度原則、公正原則及罪刑相適應原則。

嫌犯A則在其上訴理由中，認為其已歸還部份款項，符合特別減輕情節，指責被上訴的合議庭裁判違反了《刑法典》第65條、第66條第2款c項、第221條及第211條第1款配合第201條第1、2款之規定，同時請求緩刑。

對於上訴人A之上訴理由，本院認為不成立；而對於上訴人B之上訴理由，本院認為應部份成立。

1.關於上訴人B之上訴理由：

a.“審查證據方面明顯有錯誤”之瑕疵

在其上訴理由中，上訴人B辯稱其不知道另一嫌犯A所實施的行為過程，包括取得被害人C的賭場帳號密碼、轉帳錢款到上訴人B的賭場帳戶等過程，因為上訴人B無對其作出事先通知，因此，上訴人B指責被上訴的合議庭在審查證據上出現明顯錯誤，令被上訴的合議庭裁判沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款c項所規定之“審查證據方面明顯有錯誤”之瑕疵。

眾所周知，《刑事訴訟法典》第400條第2款c項的正確理解是，只

要涉及事實審的瑕疵係“單純出自卷宗所載之資料，或出自該等資料再結合一般經驗法則者”，就可以原審法院沾有該條文的瑕疵作為上訴的依據。

從中級法院於 2013 年 1 月 24 日在第 477/2012 號上訴卷宗中已再一次作了詳細的解讀：

“就《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所指的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵而言，本院得指出，根據此法典第 114 條的規定，「評價證據係按經驗法則及有權限實體之自由心證為之，但法律另有規定者除外」。

換言之，法官在對構成訴訟標的的具爭議事實，在事實審層面上作出認定或不認定時，除了法律對評價證據方面另有事先規定的情況，最終仍須按經驗法則去分析、評價案中的所有證據材料，從而判斷哪些事實屬實、哪些不屬實。

當法官對事實審的最終判斷結果尤其違反了人們日常生活的經驗法則時，便是在審議證據上犯下明顯錯誤。……”

具體地說，就是原審法庭所認定的既證事實及未被其認定的事實後，任何一個能閱讀原審判決書內容的人士在閱讀後，按照人們日常生活的經驗法則，均會認為原審法庭對案中爭議事實的審判結果屬明顯不合理，或法院從某一被視為認定的事實中得出一個邏輯上不可被接受的結論，又或者法院在審查證據時違反了必須遵守的有關證據價值的規則或一般的經驗法則，而這種錯誤必須是顯而易見的錯誤(參見中級法院於 2012 年 3 月 15 日在第 789/2011 號刑事上訴案的合議庭裁判書)。

在本具體個案中，我們十分認同尊敬的助理檢察長閣下在其上訴理由答覆中有關此部份的闡述，根據一般經驗法則和常理，如果上訴人 B 不是事先已經跟另一上訴人 A 達成實施本案所針對的犯罪計劃的共識，根本解釋不了另一上訴人 A 會在未取得上訴人 B 的同意下，貿然作出有關錢款轉入，亦解釋不了為何在事發後上訴人 B 要將所有跟另一上訴人 A 曾經作出過的所有通訊記錄刪除。

因此，我們認為，被上訴的合議庭在審查證據後而形成心證，從而認定上訴人 B 跟另一上訴人 A 是共同正犯的關係是正確的，完全符合一般經驗法則，並符合《刑法典》第 114 條之規定，並無沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定之“審查證據方面明顯有錯誤”之瑕疵。

鑒於此，應裁定上訴人 B 此部份上訴理由不成立。

b. 法律定性問題

在其上訴理由中，上訴人 B 認為彼等嫌犯所實施的行為並沒有誤導被害人 C，故更符合《刑法典》第 198 條第 2 款 a 項所規定及處罰之「加重盜竊罪」，故指責被上訴的合議庭錯誤適用法律，違反《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項結合第 196 條 b 項之規定。

正如 Paul Pinto de Albuquerque 在《Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem》，第二版，第 678 頁所教導：

“.....

2. 本犯罪所要保護的法益是他人的財產而非交易的真實性.....

3. 在詐騙罪中的被害人必須是其財產被窮化了的人，其可以不是被欺騙的人，亦可以是自然人或法人（公法人或私法人）.....

4. 詐騙罪是一個損害性犯罪（就被保護的法益而言），是一個結果犯（就行為標的所侵害的完成形式而言）..... 因此，必須討論結果是否可以客觀歸責予行為的問題。

5. 客觀要件是要證實一個人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。

6. 而財產損失的構成要件是以財產法益的功能而定義的。財產損失是指扣除因行為人作出的行為而獲得的收益之後，被害人所有被窮化了的財產。

.....”

在本具體個案中，我們看見有關賭場貴賓會並沒有因著上訴人 B 及另一上訴人 A 的行為而被窮化，因為該貴賓會的存在只負有交易的功能，所以，其在本案中絕不會成為《刑法典》第 211 條所規定的「詐騙罪」的被害人，因為在因著上訴人 B 及另一上訴人 A 的行為而被窮化的是本案惟一一個被害人 C。

行為人透過取得他人的帳戶密碼，從而在未經帳戶所有人的同意下，將帳戶內的存款取走或轉走，並據為己有，這種行為是典型的盜用他人存款帳戶（無論是金融機構抑或賭場的）的情況。

在本案中，上訴人 B 及另一上訴人 A 透過取得被害人 C 的帳戶密碼，而進入被害人 C 的賭場帳戶內修改了當中的資料，彼等之目的是為了方便日後取走或轉走存款，可見，彼等之修改行為只是彼等實施盜竊行為的手段而已；換言之，即使認為這種修改資料的行為存在令人產生錯誤的效果，亦只是將有關帳戶內的錢款據為己有的盜竊行為的手段與方法而已。

即使認為上訴人 B 及另一上訴人 A 這些修改資料的行為似乎符合《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項結合第 196 條 b 項所規定之構成要件，亦應視為已被同一法典第 198 條第 2 款 a 項所規定及處罰之「加重盜竊罪」所吸收的犯罪行為。

因此，在充分尊重的前提下，我們認同上訴人 B 此部份上訴請求，認同被上訴的合議庭確實錯誤適用法律。

故此，應裁定上訴人 B 此部份上訴理由成立，應改判上訴人 B 及另一上訴人 A 以共同正方及既遂方式，觸犯 1 項《刑法典》第 198 條第 2 款 a 項所規定及處罰之「加重盜竊罪」。

c. 量刑

在其上訴理由闡述中，上訴人 B 沒有直接參與另一上訴人 A 所作出的具體犯案行為，被上訴的合議庭判處彼等二人以相同的刑罰是違反適度原則、公正原則及罪刑相適應原則的。

眾所周知，《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，具體刑罰應在最低刑

幅及最高刑罰之間，以罪過及刑罰目的作出決定。

在本具體個案中，被上訴的合議庭裁判中的已證事實，證實了在整個犯罪行為實施的過程中，上訴人 B 除了負責提供賭場帳戶，用以接收由另一上訴人 A 盜竊他人賭場帳戶的錢款之外，亦曾從自己的賭場帳戶中將該等贓款提取出來，並兌換成籌碼後用於賭博(詳見卷宗第 376 頁背面)。

因此，在充分尊重的前提下，我們看不見上訴人 B 跟另一上訴人 A 的主觀罪過，以及對彼等之行為所必須之預防程度有合不同。

考慮到上訴人 B 是在自由、自願及有意識的情況下，跟另一上訴人 A 以共同正犯方式作出了符合《刑法典》第 198 條第 2 款 a 項所規定及處罰之「加重盜竊罪」所規定的客觀構成要件的行為，亦考慮到彼等行為不法性，犯罪的故意程度及罪過程度，以及犯罪預防的要求，且對被害人 C 造成相當巨額的財產損失的結果，彼等之行為對社會安寧亦帶來負面的影響，侵犯了澳門刑法擬保護之法益。

我們認為，被上訴的合議庭在量刑時，判處上訴人 B 及另一上訴人 A 以相同的刑罰是正確的，並沒有違反適度原則、公正原則及罪刑相適應原則。

因此，應裁定上訴人 B 此部份上訴理由不能成立。

2.關於上訴人 A 之上訴理由：

在其上訴人理由中，上訴人 A 認為其已經向被害人 C 返還了港幣 184 萬元，其行為已符合特別減輕情節，指責被上訴的合議庭裁判違反了《刑法典》第 65 條、第 66 條第 2 款 c 項、第 221 條及第 211 條第 1 款配合第 201 條第 1、2 款之規定，同時請求緩刑。

《刑法典》第 201 條第 2 款規定，在第一審之審判聽證開始前，返還部分盜竊或不正当據為己有之物，得(pode)特別減輕刑罰。

在本具體個案中，正如上訴人 A 自己所承認，彼等嫌犯並未向被害人 C 全數歸還彼等非法據為己有之錢款，因此，根據上述刑法規定，法官可以給予特別減輕的優惠；然而，這種優惠非屬強制性。

雖然我們看不見被上訴的合議庭有將上訴人 A 及另一上訴人 B 的返還行為考慮進《刑法典》第 201 條第 2 款所規定的特別減輕的可能性，但並不意味著被上訴的合議庭就完全沒有考慮這一個情節，因為，合議庭仍然可以將之考慮進《刑法典》第 64 條及第 65 條的量刑標準之中。

我們看見，被上訴的合議庭判處上訴人 A 及另一上訴人 B 以 1 項《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項結合第 196 條 b 項所規定及處罰之「相當巨額詐欺罪」，在 2 年至 10 年徒刑的抽象刑幅（刑幅跟同一法典第 198 條第 2 款 a 項之「加重盜竊罪」相同）中，選擇了僅判處兩名上訴人以 3 年 3 個月徒刑，可見該合議庭確實已經將對被害人 C 作出的返還的行為，在考慮《刑法典》第 40 條及第 65 條時一併考慮在內了。

因此，我們認為，在面對被害人 C 所承受的財產損失達相當巨額的程度，被上訴的合議庭判處上訴人 A 及 B 以 3 年 3 個月徒刑的相同刑罰的決定，是符合比例原則，且輕無可輕的了！

鑒於此，應裁定上訴人 A 的上訴理由不成立，並予以駁回。

綜上所述，應裁定上訴人 A 所提出的上訴理由不成立並予以駁回，並裁定上訴人 B 提出的上訴理由部份成立，應改判嫌犯 B 及 A 以共同正方及既遂方式，觸犯 1 項《刑法典》第 198 條第 2 款 a 項所規定及處罰之「加重盜竊罪」。

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。

二、事實方面：

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

- 兩名嫌犯 A 及 B 曾於同一娛樂場工作，並因此而成為好朋友。
- 其後，兩名嫌犯先後離職，而嫌犯 A 於 2013 年 6 月份轉至 XX

國際貴賓會任職公關，日常工作是接待賭客、跟進客人的賭博、出行及住宿等事務。

- 其後，被害人 C 到永利娛樂場的 XX 國際貴賓會賭博，由嫌犯 A 負責跟接待及跟進被害人的事務，故每次被害人來澳到該貴賓會賭博時，嫌犯 A 便會為其打點一切。
- 被害人在 XX 國際貴賓會賭博期間，開立了一個編號為 XXX 的貴賓會帳戶，聯絡電話為其使用的 XXX，並設立了一個密碼作確認之用。
- 當時，上述貴賓會要求客人自訂一個密碼作交易之用，而該貴賓會容許客人不在場的情況下，透過使用登記的電話致電貴賓會，並道出密碼確認，便可以動用帳戶內的金錢或轉至其他帳戶。
- 至 2014 年 1 月上旬，嫌犯 A 陪同被害人到上述貴賓會的賬房櫃檯辦理手續期間，偶然聽到被害人向賬房職員道出其帳戶的密碼，嫌犯 A 隨即記住該密碼。
- 於 2014 年 1 月 30 日，嫌犯 B 以其名義到 XXX 貴賓會開立了一個帳戶，編號為第 2 組 XXX。(參見卷宗第 77 及 78 頁)
- 其後，兩名嫌犯在閒談期間，嫌犯 A 告知嫌犯 B 一名叫 C 的客人對其十分信任，且知道 C 在 XX 國際貴賓會的帳戶密碼，經商議後，兩名嫌犯便決定藉着由嫌犯 B 開立的上述帳戶，並趁機冒充被害人 C 及使用其密碼將被害人帳戶登記的電話更改，再用更改後的電話致電該貴賓會將被害人的金錢轉致 B 的帳戶，從而獲取該等金錢。
- 2014 年 2 月 12 日上午約 9 時，嫌犯 A 致電新葡京 XX 貴賓會賬房，並向該賬房職員說其是 XXX 號帳戶的 C，並說出了該帳戶的密碼成功確認，職員便按嫌犯 A 的要求將該帳戶的登記電話更改為 XXXX。
- 同日下午約 2 時，嫌犯 A 利用 XXXX 電話致電新葡京 XX 貴賓會

帳房，並向該帳房職員說其是 XXX 號帳戶的 C，並說出了該帳戶的密碼成功確認，嫌犯 A 便要求將該帳戶內的港幣四百萬元 (HKD\$4,000,000) 轉賬到嫌犯 B 的 XXX 貴賓會第 2 組 XXX 號的帳戶內。

- 為此，XX 貴賓會於 2014 年 2 月 12 日 14 時 28 分及同年 2 月 13 日 16 時 41 分分別兩次將港幣二百萬元 (HKD\$2,000,000) 轉賬到嫌犯 B 的 XXX 貴賓會第 2 組 XXX 號的帳戶內。(參見卷宗第 64、75 及 76 頁)
- 在嫌犯 B 的帳戶獲得上述兩次轉帳後，兩名嫌犯便從 B 開設的帳戶內提取了上述從被害人帳戶轉帳而來的金錢，並將之兌換成籌碼，兩名嫌犯便使用該等籌碼進行賭博，最後輸掉了部份籌碼。
- 同年 2 月 20 日，被害人發現其 XX 國際貴賓會的帳戶內無故少了四百萬港幣，便即時致電該貴賓會查詢，經該貴賓會翻聽有關交易對話後，懷疑嫌犯 A 冒充被害人進行交易，從而揭發事件及報警處理。
- 兩名嫌犯的上述行為導致被害人 C 損失港幣四百萬元 (HKD\$4,000,000)。
- 兩名嫌犯共謀合力及分工合作地，以冒充被害人、利用擅自取得屬被害人的貴賓會帳戶資料及密碼更改被害人帳戶的登記電話、再以該更改的電話號碼致電貴賓會冒充被害人將款項轉帳至事先開設的帳戶內作為詭計，使該貴賓會錯誤以為要求轉帳的嫌犯便是被害人，並將款項轉帳至嫌犯的帳戶內，最終對被害人造成相當巨額的財產損失。
- 兩名嫌犯在自願、自由及有意識的情況下實施上述行為，並清楚知道其行為違法，會受法律制裁。
- 同時，亦證明下列事實：
- 根據刑事紀錄證明，兩名嫌犯均為初犯。

- 嫌犯 A 已向被害人償還了 184 萬港幣。
- 兩名嫌犯的個人及家庭狀況分別如下：
- 嫌犯 A - 售貨員，月入平均澳門幣 13,000 元。
 - 需供養父母親及一名未成年女兒。
 - 學歷為高中畢業。
- 嫌犯 B - 現為無業。
 - 無需供養任何人。
 - 學歷為高中畢業。
- 未獲證明之事實：載於控訴書內的其他事實。

三、法律部份：

本案需要審理的是兩嫌犯 B 及 A 對初級法院合議庭判以直接共犯及既遂方式觸犯 1 項《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項結合第 196 條 b 項所規定及處罰之「相當巨額詐騙罪」，各處 3 年 3 個月實際徒刑的判決提起的上訴。

嫌犯 B 在其上訴理由中，指責上述合議庭裁判沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定之“審查證據方面明顯有錯誤”之瑕疵，又或違反《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項結合第 196 條 b 項之規定，並在量刑上違反了適度原則、公正原則及罪刑相適應原則。

嫌犯 A 則在其上訴理由中，認為其已歸還部份款項，符合特別減輕情節，指責被上訴的合議庭裁判違反了《刑法典》第 65 條、第 66 條第 2 款 c 項、第 221 條及第 211 條第 1 款配合第 201 條第 1、2 款之規定，同時請求緩刑。

我們逐一看看

(一) B 的上訴

1、關於審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵

上訴人 B 在其上訴理由中，辯稱其不知道另一嫌犯 A 所實施的行為過程，包括取得被害人 C 的賭場帳號密碼、轉帳錢款到上訴人 B 的賭場帳戶等過程，因為上訴人 B 無對其作出事先通知，因此，上訴人 B 指責被上訴的合議庭在審查證據上出現明顯錯誤，令被上訴的合議庭裁判沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定之“審查證據方面明顯有錯誤”之瑕疵。

實際上，上訴人所提出的問題應該分兩個層次來看：

第一、上訴人針對原審法院認定兩嫌犯有共同的犯意方面的事實認定表示不同意，認為這方面的事實的審理出現錯誤；

第二、上訴人所提出的理由在於另一嫌犯的行為在他本人不知道的情況下，不應該對其以共犯作出判決。那麼，這就不是一個事實審理的瑕疵問題，而是一個真正的法律問題，是對事實的解釋以及進行法律適用的問題。那麼，雖然原審法院在認定事實中，對上訴人所提到的“包括取得被害人 C 的賭場帳號密碼、轉帳錢款到上訴人 B 的賭場帳戶等過程”沒有交代是否與上訴人 B 商議，但是，只要上一個理由不成立，就完全可以憑原審法院所認定的其他事實，最重要的是在嫌犯 A 在偶然聽到受害人的帳戶密碼之後與上訴人商量並作出了共同犯罪的計劃起，他們的任何有關盜取受害人帳戶金額而實施的行為都是共同犯罪

眾所周知，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所指的「*審查證據方面明顯有錯誤*」的瑕疵就是原審法庭所認定的既證事實及未被其認定的事實後，任何一個能閱讀原審判決書內容的人士在閱讀後，按照人們日常生活的經驗法則，均會認為原審法庭對案中爭議事實的審判結果屬明顯不合理，或法院從某一被視為認定的事實中得出一個邏輯上不可被接受的結論，又或者法院在審查證據時違反了必須遵守的有關證據價值的規則或一般的經驗法則，而這種錯誤必須是顯而易見的錯誤（正如尊敬的助理檢察

長在意見書所引用的中級法院於 2012 年 3 月 15 日在第 789/2011 號刑事上訴案的合議庭裁判書)。

一方面，法院對證據的審理乃根據刑事訴訟法典第 114 條所賦予的“評價證據係按經驗法則及有權限實體之自由心證”為之。而在具體的審理案件中，法官在對構成訴訟標的的具爭議事實作出認定或不認定時，除了法律對評價證據方面另有事先規定的情況，最終仍須按經驗法則去分析、評價案中的所有證據材料，從而判斷哪些事實屬實、哪些不屬實，也就是說，如果法官對事實審的最終判斷結果尤其違反了證據規則或者違反人們日常生活的經驗法則時，便是在審議證據上犯下明顯錯誤。

具體地說，正如尊敬的助理檢察長閣下在其上訴理由答覆中所闡述的，根據一般經驗法則和常理，如果上訴人 B 不是事先已經跟另一上訴人 A 達成實施本案所針對的犯罪計劃的共識，根本解釋不了另一上訴人 A 會在未取得上訴人 B 的同意下，貿然作出有關錢款轉入，亦解釋不了為何在事發後上訴人 B 要將所有跟另一上訴人 A 曾經作出過的所有通訊記錄刪除。另外，上訴人案發時同樣任職賭場公關，清楚知道賬戶借予他人使用的潛在危險，故如果不是串謀共犯，而輕易及隨意地到 XXX 貴賓會開立賬戶予另一被判刑人 A 自由使用的可能性極低。同樣道理，如果不是共同串謀及共謀不正當利益，另一被判刑人 A 亦不會貿然將冒險所得的相當巨額金錢轉入上訴人賬戶，因為同樣會面臨被上訴人“正當及正常”提取而獨自占有的風險。

上訴人所說的，單純依據嫌犯 A 的庭上聲明，沒有其他佐證的事實支持，不足以判定上訴人 B 亦為本案共犯，這個理由不能成立。

一方面，正如終審法院於 2001-02-21 在第 1/2001 號上訴案中所作的統一司法見解 (公布於 2001 年 3 月 12 日第 11 期《澳門特別行政區公報》第一組) 所得出的結論，“《澳門刑事訴訟法典》第 120 條第 1 款 a) 項的禁止作證是指同一案件或有牽連案件中的任一被告，以證人身份提供證言，但並不妨礙眾被告以被告身份提供陳述，亦不妨礙法院在自由心證原則範圍內，利用該等陳述去形成其心證，即使針對其他共同被告亦然。”

另一嫌犯 A 在庭審聽證過程中說得很清楚，其確認控訴書的內容基本與事實相符，但表示其所開立的涉案 XXX 號賬戶是在作案時已由 B 為其開立，當時是為方便其工作而開立，當得知被害人密碼後，其便將詐騙計劃告知 B，B 亦同意其計劃。

另一方面，上訴人的上訴理由實際上是在質疑法院審理事實的證據不足，這是法律不容許的，因為是在質疑法院審理證據的自由以及自由心證。關鍵在於原審法院的所有形成心證的過程從其理由說明來看，不存在任何違反一般生活經驗以及違反證據規則的情況，其自由心證就沒有任何明顯的瑕疵。

因此，顯然被上訴的合議庭在審查證據後而形成心證，從而認定上訴人 B 跟另一上訴人 A 是共同正犯的關係是正確的，完全符合一般經驗法則，並符合《刑法典》第 114 條的規定，並無沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定的“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵。

上訴人 B 此部份上訴理由不成立。

2、共犯

審理完關於事實審理方面的問題，就應該審理上訴人提出的第二層的意思：關於是否構成共同犯罪的問題。

實際上，審理完事實的審理問題，確定了可以認定上訴人與另一嫌犯具有共同犯罪的故意的事實，適用法律就沒有任何的問題了。這方面，上訴人的上訴理由也不攻自破，無需作出更多的分析，原審法院以共同犯罪判處上訴人，沒有任何的錯誤。

3、加重盜竊罪還是詐騙罪

上訴人在其上訴理由中提出了另外一個法律問題，他認為兩嫌犯所實施的行為並沒有使用詭計而誤導被害人 C，其行為比較符合《刑法典》

第 198 條第 2 款 a 項所規定及處罰的「加重盜竊罪」，故指責被上訴的合議庭錯誤適用法律。

我們知道，詐騙罪所保護的法益是他人的財產，是一個損害性犯罪（就被保護的法益而言），是一個結果犯（就行為標的所侵害的完成形式而言），受害人必須是其財產受到犯罪行為損害的人。¹

詐騙罪的客觀要件是要行為人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其他人的財產有所損失的行為。也就是說，受害人不一定是被使用詭計的對象，但是可以通過對第三人使用詭計而受到財產損害的人，正如本案的情況：雖然有關賭場貴賓會並沒有因著上訴人 B 及另一上訴人 A 的行為而受損而成為犯罪的受害人，然而，正因為該貴賓會的存在具有居中交易的功能，所以，其在本案中因貴賓會受到詭計的誤導而陷入錯誤，作出了令第三人（貴賓會的客戶）受損的結果。雖然，貴賓會不會成為被害人，但是因為其受矇騙的令第三人受損的客觀事實，而使得《刑法典》第 211 條所規定的「詐騙罪」的客觀要件得到確認。

也就是說，雖然對於因著上訴人 B 及另一上訴人 A 的行為而所有物受到損害本案唯一受害人 C 來說，嫌犯的行為可以滿足判處盜竊罪的條件，但是，由於這些損害正是通過嫌犯們使用詭計使第三人陷入錯誤而完成犯罪行為的實施，已證事實首先符合了詐騙罪的可觀要件，原審法院的定罪沒有錯誤。

另一方面，如果可以說兩罪存在想像競合的情況，由於兩罪的法定刑罰都是一樣的（同是 2 - 10 年徒刑），選擇詐騙罪予以處罰更加正確。

因此，上訴人 B 此部份上訴理由也是不成立的。

4、量刑

¹ 參見 Paul Pinto de Albuquerque 所著的《Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem》，第二版，第 678 頁。

在其上訴理由闡述中，上訴人 B 沒有直接參與另一上訴人 A 所作出的具體犯案行為，被上訴的合議庭判處彼等二人以相同的刑罰是違反適度原則、公正原則及罪刑相適應原則的。

眾所周知，《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，具體刑罰應在最低刑幅及最高刑罰之間，以罪過及刑罰目的作出決定，並且法院具有選擇一合適刑罰的自由，上訴法院的介入僅限於刑罰出現明顯的不合適和明顯的罪刑不對稱的情況。

在本案中，原審法院所認定的已證事實中，證實了在整個犯罪行為實施的過程中，上訴人 B 除了負責提供賭場帳戶，用以接收由另一上訴人 A 盜取他人賭場帳戶的錢款之外，亦曾從自己的賭場帳戶中將該等贓款提取出來，並兌換成籌碼後用於賭博。因此，上訴人 B 跟另一上訴人 A 的主觀罪過，以及對彼等的行為所必須的預防程度沒有任何的明顯差別。

我們認為，被上訴的合議庭在量刑時，判處上訴人 B 及另一上訴人 A 以相同的刑罰是正確的，並沒有違反適度原則、公正原則及罪刑相適應原則。

因此，上訴人部份上訴理由也是不能成立的。

(二) A 的上訴

在其上訴人理由中，上訴人 A 認為其已經向被害人 C 返還了港幣 184 萬元，其行為已符合特別減輕情節，指責被上訴的合議庭裁判違反了《刑法典》第 65 條、第 66 條第 2 款 c 項、第 221 條及第 211 條第 1 款配合第 201 條第 1、2 款之規定，同時請求緩刑。

《刑法典》第 201 條規定

一、如在第一審之審判聽證開始前，返還盜竊或不正當據為己有之物，又或行為人彌補所造成之損失，且未對第三人構成不正當之損害者，則特別減輕刑罰。

二、如返還部分或彌補部分者，得特別減輕刑罰。

也就是說，在第一審之審判聽證開始前，返還部分不正當據為己有之物或者行為人彌補部分損失者，得對其特別減輕刑罰。法院基於這個情況可以考慮也可以不予以考慮特別的減輕。

我們看到，原審法院在量刑時特別指出，受害人被騙取的金額十分巨大且尚有超過一半的損失沒有得到補償，也正是這個原因，面對對於受害人來說那種補償僅僅是杯水車薪的事實，原審法院選擇不考慮適用刑法典第 201 條第 2 款的特別減輕是有道理的。

雖然如此，並不意味著被上訴的合議庭就完全沒有考慮這一個情節，因為，合議庭仍然將之考慮進《刑法典》第 64 條及第 65 條的量刑標準之中：被上訴的合議庭判處上訴人 A 及另一上訴人 B 以 1 項《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項結合第 196 條 b 項所規定及處罰之「相當巨額詐欺罪」，在 2 年至 10 年徒刑的抽象刑幅中，選擇了僅判處兩名上訴人以 3 年 3 個月徒刑，可見該合議庭確實已經將對被害人 C 作出的返還的行為，在考慮《刑法典》第 40 條及第 65 條時一併考慮在內了。

因此，我們認為，在面對被害人 C 所承受的財產損失達相當巨額的程度，被上訴的合議庭判處上訴人 A 及 B 以 3 年 3 個月徒刑的相同刑罰的決定，是符合比例原則，沒有任何過重之衷。

由於不符合適用緩刑的形式要件，無需考慮緩刑的上訴理由，都是不能成立的。

上訴人 A 的上訴理由不成立。

四、決定：

綜上所述，中級法院合議庭裁定兩上訴人的上訴理由不成立，維持原判。

本案訴訟費用由上訴人共同支付，並且分別支付司法費，上訴人 B8

個計算單位，A 為 5 個計算單位。

澳門特別行政區，2017 年 1 月 26 日

蔡武彬

司徒民正

陳廣勝