

上訴案第 570/2014 號

日期：2014 年 11 月 27 日

- 主題：
- 事實審的瑕疵
 - 詐騙罪
 - 受害人的財產損失

摘 要

1. 詐騙罪是一個典型的結果犯，正是以受害人受到實際的物質損失為代價而使得嫌犯獲得不正當的利益為構成要件的。
2. 被上訴的合議庭裁判一方面在第 14 點及第 15 點證實了彼等嫌犯所獲得的不當利益的金額是確定的，且已“直接”造成被害人（即賭場或民事損害賠償請求人）受到相當巨額的財產損失；然而，另一方面，卻又否定彼等嫌犯的行為“直接必然”導致被害人（即賭場或民事損害賠償請求人）的實際財產損害金額為港幣貳佰玖拾萬元（HKD\$2,900,000.00），這個已證事實的認定及未獲證實的事實之間確實看到了顯然易見的矛盾，而且是不可補正、不可克服的矛盾。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 570/2014 號

上訴人：A (A)

B (B)

C 娛樂場股份有限公司 (C Casino, S.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第一嫌犯 A 及第二嫌犯 B 是直接共犯，其既遂之行為均已觸犯了《刑法典》第 211 條第 1 款、第 4 款 a 項之規定，構成 1 項詐騙罪（相當巨額），並請求初級法院對其進行審理。

輔助人針對兩名嫌犯提出民事損害賠償請求，請求狀載於卷宗第 1256 至 1260 頁，其理據在此視為全部轉錄。

民事損害賠償請求人要求判令兩名民事損害賠償被請求人（即：兩名嫌犯）支付其澳門幣 3,487,062.19 元財產及非財產損害賠償，附加自傳喚之日至完全支付為止之法定利息。

根據卷宗第 1436 頁批示，超出本案訴訟標的部份不予接納。

初級法院刑事法庭合議庭在第 CR3-14-0036-PCC 號案件中，經過庭審，最後作出了以下的判決：

1. 第一嫌犯 A 及第二嫌犯 B 為直接共犯，以既遂之行為觸犯了《刑法典》第 211 條第 1 款、第 4 款 a 項所規定及處罰的一項詐騙罪（相當巨額）。
 - 判處第一嫌犯 A 三年六個月實際徒刑；
 - 判處第二嫌犯 B 四年實際徒刑。
2. 合議庭裁定民事損害賠償請求之訴訟事實未獲證明，訴訟請求不成立，駁回民事損害賠償請求人的訴訟請求。

上訴人 B 不服初級法院的判決而向本院提起上訴。¹

¹ 其葡文內容如下：

1. Em sede de convicção do Tribunal Colectivo, com relevância para o objecto do recurso, escreveu-se que (...) De acordo com os factos provados, o 1º e o 2º arguidos, bem sabiam e, na circunstância, conscientemente, por mútuo acordo e em distribuição de tarefas, participaram directamente em acto fraudulento e através de conhecimento prévio da ordem das cartas ou organizar essa ordem no casino para obter o conhecimento prévio do resultados dois jogos com o objectivo de obter indevidamente benefício avultado para si e terceiros, causando a sua conduta avultado prejuízo ao casino.
2. E que enquanto os parceiros dos dois arguidos ganharam HK\$2,900.000.00, o que constitui um crime de burla, mesmo que, depois, não interesse porque razão ou objecto os outros parceiros perderam deliberadamente para o casino um montante equivalente ou mesmo superior ao montante por eles antes ganho ao jogo, o que não alterou a natureza do crime de burla.
3. Não se vislumbra, porém, da factualidade apurada pelo Ilustre Colectivo, em que medida pôde o recorrente ser considerado co-autor (porque não, por hipótese, cúmplice?) do referido D (contra o qual consta dos autos ter havido um outro procedimento criminal separado do destes autos).
4. Problema ainda mais complexo e que torna mais difícil de perceber a condenação do aqui recorrente (como co-autor material; porque não cúmplice, por hipótese, do D?) do crime imputado (nestes autos) ao 1º arguido é o que decorre do facto de ter sido provada a inexistência de qualquer prejuízo para o casino, uma vez que o D ganhou ao jogo HK\$2,900,000.00 mas a seguir apareceu o F, pertencente ao mesmo grupo de acordo com a sentença, que veio a perder HK\$3,200.000.00, pelo que ficaram nos cofres do casino, como lucro do jogo desenvolvido por tal grupo de indivíduos, uma importância global de HK\$300,000.00.
5. Da decisão recorrida decorre uma dúvida razoável e inultrapassável quanto a saber se, efectivamente, o 2º arguido, aqui recorrente, estava a par do envolvimento na burla imputada, em primeira mão, a D (que ganhou ao jogo) e a F (que perdeu ao jogo).

-
6. E isso porque o simples acto de se dar como provado que “o D foi acompanhado pelo 2º arguido, que o ajudou a guardar as fichas” não implica necessariamente que este último tivesse conhecimento do que se estava a passar e que o referido D estivesse a actuar fraudulentamente, pelo que a culpabilidade deste arguido, aqui recorrente, se afigura resultante de uma mera presunção.
 7. O prejuízo material – inexistente, como resulta de quanto se deixou exposto e foi dado por inverificado pelo Tribunal Colectivo – constitui um elemento essencial delimitador do tipo legal do art.º 211º do Código Penal, pelo que, sem prejuízo, não pode dar-se por verificado o preenchimento do tipo pelo menos na forma consumada.
 8. A explicação a esse propósito oferecida pelo Colectivo de Juízes foi a de que a perda ao jogo de bacará por parte do referido F constituiu uma compensação decorrente de perda deliberada ao jogo que se seguiu a jogo fraudulento.
 9. Não se percebe, percorrendo o texto do aresto, porquê ou a que título, por se tratar de questão da qual o Ilustre Colectivo de Juízes se desintessou mas cujo esclarecimento se afigura teria sido essencial à compreensibilidade dos factos e se impunha à exacta compreensão da condenação dos arguidos pelo imputado crime de burla.
 10. Nada apurou o Tribunal Colectivo sobre as razões desse acto deliberado de perda ao jogo, o que se afigura seria absolutamente essencial à completa compreensão da factualidade para a poder integrar no apontado crime de burla e, sobretudo, burla na forma consumada, sendo que o acórdão recorrido não logrou atingir uma compreensão integral dos factos que permitissem a conclusão de direito que veio a atingir e a lei não permite uma condenação fundada em meras presunções.
 11. Constitui jurisprudência uniforme dos nossos Tribunais Superiores que existe contradição insanável na fundamentação quando se verifica uma incompatibilidade entre factos dados como provados e factos não provados, como entre os factos provados e não provados e a fundamentação probatória da matéria de facto, desde que se apresente insanável ou irreduzível.
 12. O recorrente imputa ao douto Ac. recorrido falta de harmonia e de coerência, assim como uma clara violação do princípio in dubio pro reo na medida em que o quadro que se deixou exposto, não se afigura passível da ultrapassagem de uma dúvida razoável sobre as conclusões atingidas pelo tribunal recorrido quanto às principais questões que se deixaram expostas.
 13. A burla constitui um crime de dano, que só se consuma com a ocorrência de um prejuízo efectivo no património do sujeito passivo da infracção ou de terceiro, tratando-se de um requisito que decorre da própria letra do nº 1 do art.º 211º do CP.
 14. A consumação do crime não deriva apenas do resultado consistente na saída de bens ou valores da esfera de disponibilidade fáctica do legítimo titular, exigindo-se, ademais, a verificação de um efectivo prejuízo patrimonial do burlado ou de terceiro.
 15. Em consequência de quanto se deixa exposto, afigura-se-nos, em primeira linha, existente uma dúvida razoável insusceptível de ser esclarecida com recurso ao texto integral do aresto, quanto ao preenchimento do tipo legal do crime de burla em relação ao aqui recorrente, por não terem sido apurados, de modo concludente, os factos integradores da sua actuação ou participação nos factos – quer enquanto autor quer enquanto cúmplice.
 16. Quando assim se não entenda, afigura-se imperiosa a conclusão da inverificação, ao menos no que ao recorrente respeita, do crime de burla na forma consumada, antes devendo concluir-se que se mostraria preenchido, tão só, o crime na forma tentada.

上訴人 C 娛樂場股份有限公司不服初級法的判決而向本院提起上訴。²

-
17. E, de todo o modo, que o comportamento do recorrente, a partir do próprio texto do duto acórdão condenatório, não permite, em qualquer caso, o seu envolvimento no crime enquanto co-autor material mas tão só como cúmplice, importando, nessa hipótese de participação criminosa, a procedência do presente recurso, nessa medida, com a sua condenação nessa forma de participação criminosa, com as devidas consequências legais.
 18. Sendo o crime dos autos o de burla qualificada, punido abstractamente com pena que oscila entre o mínimo legal de 2 anos e o máximo legal de 10 anos, a punição da tentativa implica uma atenuação especial nos mesmos termos da punição do cúmplice, implicando, em qualquer uma das situações, a redução do escalão penal concretamente aplicável a uma pena que oscila entre o mínimo legal de um mês e um máximo legal de 6 anos e 8 meses, o que situaria o meio da pena, sensivelmente, nos 3 anos e 3 meses.
 19. Justificando-se uma punição não superior a 2 anos de prisão, abrindo, eventualmente, a porta a uma suspensão da respectiva execução fundada na delinquência primária e na existência de dois factores distintos justificativos da atenuação especial que, embora insusceptíveis de cumulação, são indiciadores de mitigação da culpa.
 20. A decisão recorrida violou a norma do art.º 211º, nºs 1 e 4 al. a) ao fazer a sua aplicação num quadro que implicava a sua desaplicação e as normas dos art.s 22º, nº 2, 26º, nºs 1 e 2 e 67º do CP num quadro que implicava essa aplicação.
 21. Violou, ainda, o princípio in dubio pro reo.

Nos termos e com os fundamentos expostos e contando com o indispensável suprimento de Vossas Excelências, deve ser concedido provimento ao recurso e, na procedência dos apontados vícios, (a) revogado o duto Ac. recorrido e absolvido o recorrente do crime por que foi condenado; ou (b) condenado, tão só, como cúmplice de um crime na forma tentada numa pena não superior a dois anos de prisão suspensa na sua execução.

Procedendo de um dos modos como se requer, na modesta mas firme convicção da recorrente, fariam Vossas Excelências boa e sã Justiça.

² 其葡文內容如下：

1. A decisão recorrida enferma do vício previsto na alínea c) do nº 2 do artigo 400º do Código de Processo Penal.
2. Atenta a matéria de facto provada, haveria fundamento para ter sido julgado procedente o pedido cível formulador;
3. O Tribunal a quo considerou que “O 1º arguido e o 2º arguido actuaram de forma consciente, praticando directamente, em co-autoria, um crime de burla no casino, uma vez que conheciam antecipadamente o resultado do jogo, em virtude de saberem previamente a ordem de cartas ou de as terem colocado previamente numa ordem especial, a fim de alcançar os seus objectivos ilícitos e de ganhar lucros de valor consideravelmente elevado para si próprio e para terceiro, o que provocou directamente ao casino prejuízo patrimonial de valor consideravelmente elevado.”;

-
4. Com base nisso, foram os arguidos condenados pela prática, em co-autoria material e por forma consumada, de um crime de burla (de valor consideravelmente elevado), previsto e punido pelo art.º 211º, nº 1 e nº 4, alínea a) do Código Penal;
 5. O Tribunal fundamenta a decisão de improcedência do pedido cível afirmando que: “No presente processo, os actos dos dois arguidos causaram realmente o prejuízo patrimonial à demandante da indemnização civil, no entanto, o prejuízo patrimonial referido na constituição do crime de burla não pode ser reconhecido, directa, simples e equivalentemente, ao prejuízo indicado na indemnização civil, designadamente, no contrato de jogos aleatórios. Dado que existem ganhos e perdas nos jogos, não se pode considerar os prémios que os arguidos ganharam como os danos reais, além disso não se provou que existam outros factos para fixar o valor de reparação. Dado que não foi provado que os actos dos dois arguidos provocaram à vítima os danos reais no valor de HKD\$2.900.000,00, e os factos provados não determinam o valor do prejuízo patrimonial que a vítima sofreu, nem comprovam que a vítima sofreu dano não patrimonial, o pedido de indemnização é rejeitado.”;
 6. Ora, salvo o devido respeito, que é muito, a consideração destes factos na fundamentação resulta de uma errada apreciação da prova;
 7. Efectivamente, conforme consta a fundamentação da decisão relativa à prática do crime pelos arguidos, a burla existe a partir do momento em que, utilizando meios fraudulentos, como, in casu, o pré-conhecimento da ordem das cartas, estes conseguiram auferir ganhos avultados para si ou para terceiros, prejudicando, em consequência, o património da aqui Recorrente, prejuízo esse que terá de ser equivalente aos ganhos obtidos até ao D sair da mesa, pois todos eles foram auferidos de forma fraudulenta;
 8. Por outro lado, o Tribunal não deu como provado, nem isso resulta do depoimento da testemunha ouvida, que existisse qualquer ligação entre os arguidos e o jogador F, que apareceu posteriormente e apostou com o remanescente das cartas do mesmo shoe, tendo perdido HKD\$3.200.000,00;
 9. Acresce que, ao contrário do alegado pelo Tribunal, não estamos perante um jogo aleatório, onde não se consegue aferir directamente o prejuízo auferido;
 10. De acordo com os factos provados e com os elementos constantes dos autos, o jogo aleatório apenas existiu, na melhor das hipóteses, até à jogada 61, altura em que o jogador apostou HKD\$200.000,00;
 11. As últimas 6 jogadas, todas ganhas e onde foi apostado o valor máximo permitido na mesa, não se podem considerar jogo aleatório uma vez que o jogador e os arguidos tinham conhecimento das cartas, utilizando esse mesmo conhecimento para obter o ganho de HKD\$2.900.000,00;
 12. Álea significa sorte, risco ou acaso. Ora, de acordo com a factualidade dada como provada, nada disto teve lugar aquando das últimas apostas efectuadas pelo jogador na companhia dos arguidos. Antes o seu contrário;
 13. O jogador e os arguidos, graças ao “conhecimento privilegiado” que tinham da ordem das cartas, sabiam que as suas apostas, pelo menos naquela altura, não tinham qualquer risco nem estavam sujeitas à sorte ou ao acaso;
 14. Ao terem acabado o jogo e saído da mesa com um ganho de HKD\$2.900.000,00, prejudicaram, no mesmo valor, o património da Recorrente, devendo esta ser ressarcida por esse dano;
 15. Ao não ter assim decidido, o Tribunal errou na apreciação feita à prova produzida sem julgamento;

上訴人 A 不服初級法院的判決而向本院提起上訴。³

16. Ainda que assim não se entenda, o que não se concede, nunca o Tribunal poderia ter decidido da improcedência total do pedido cível como o fez;
17. Na verdade, estatui o número 1 do artigo 71º do Código de Processo Penal que “Se não dispuser de elementos bastantes para fixar a indemnização, o juiz condena no que se liquidar em execução de sentença.”, podendo, nos termos do nº 3 do mesmo artigo, estabelecer oficiosamente uma indemnização provisória se dispuser de elementos bastantes;
18. No caso, ao condenar os arguidos pela prática de um crime de burla de valor consideravelmente elevado, o Tribunal entendeu que o prejuízo (elemento essencial do tipo legal do crime de burla) era, pelo menos, de MOP\$150.000,00, pelo que, nessa medida, ao invés de indeferir totalmente o pedido cível formulado, podia e devia ter estabelecido esse montante como o valor a pagar à Recorrente por cada um dos arguidos;
19. Por outro lado, ainda que o Tribunal entendesse que as questões suscitadas pelo pedido de indemnização cível inviabilizam uma decisão rigorosa, sempre deveria, nos termos do nº 4 do artigo 71º do Código de Processo Penal, remeter oficiosamente as partes para acção cível separada.

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 na parte em que julga improcedente o pedido de indemnização cível, substituindo-se a mesma por uma decisão que, além de condenar os arguidos como autores de um crime de burla de valor consideravelmente elevado, os condene também no pagamento à Recorrente do valor petitionado, acrescidos dos juros legais.

Caso assim não se entenda, o que apenas se admite por mero dever de patrocínio, sempre deverá esse Tribunal, nos termos do artigo 71º do Código de Processo Penal, (i) condenar os arguidos no que se liquidar em execução de sentença ou (ii) remeter as partes para acção cível separada.

³ 其葡文內容如下：

1. O acórdão do TJB de que ora se recorre condenou o recorrente pela prática de um crime de burla de valor consideravelmente elevado, na pena de 3 anos e seis meses de prisão efectiva.
2. Não havendo logrado o douto tribunal a quo quantificar qualquer prejuízo efectivamente produzido na esfera jurídica da assistente, não deveria ter sido o recorrente condenado.
3. A ausência de prejuízo na esfera jurídica do assistente obsta, prima facie, a que se verifiquem todos os elementos objectivos integradores do tipo do crime de burla.
4. Ademais, o tipo qualificado pelo qual o recorrente veio a ser condenado dependia inelutavelmente do apuramento do prejuízo que veio o assistente a sofrer.
5. A pena aplicada ao recorrente sempre deveria ser contemplada por uma atenuação especial, nos termos melhor previstos pelos art.º 26º, 66º, 67º e 201º do CP.
6. Este processo encontra-se inquinado pelo facto de não estarem a ser julgados conjuntamente todos os intervenientes nos factos que constituem o substrato criminal que originou o presente procedimento legal, o que reflecte negativamente nos que aqui estão.
7. Sendo o recorrente julgado ao lado de outro arguido que pouco ou nada tem a ver com o caso sob apreço, mais preponderância aos seus actos se dá, quando não passou de um mero instrumento de outros agentes que perpetraram de facto o delito pelo qual está a ser julgado.

-
8. O verdadeiro crime e burla, tal como resulta da descrição fáctica acusatória, foi perpetrado por G, o apostador devidamente identificado nos autos e na própria acusação.
 9. Um enquadramento fáctico-jurídico adequado dos comportamentos sob escrutínio permitem enquadrar a participação do recorrente na forma de cumplicidade, nos termos do art.º 26º do CP, o que implica necessariamente uma atenuação especial da pena.
 10. O recorrente prestou auxílio material à prática por outrem de um facto doloso, pelo que deve ser punido tão só na medida dos seus actos, conferindo actualidade ao brocardo clássico “nulla poena, sine culpa”, nos termos preconizados pelo art.º 40º, nº 2 do CP.
 11. O recorrente em audiência de discussão e julgamento, como decorre do acórdão recorrido e também da transcrição dos depoimentos que se anexa, optou por pronunciar-se sobre os factos constantes da acusação, designadamente confessando-os na medida do seu conhecimento e do seu envolvimento.
 12. O recorrente revelou ao tribunal sem quaisquer reservas a sua versão dos acontecimentos, na medida do seu conhecimento, tendo o seu depoimento incidido sobre todos os factos que foram dados como provados e que resultaram na sua condenação.
 13. O douto colectivo no acórdão recorrido entendeu que o recorrente confessou apenas os seus próprios actos e que não desvendou na íntegra o corpus delicti.
 14. O recorrente não tem obrigação nem a possibilidade de apreender factos que não presenciou, nem tem, conseqüentemente, a capacidade para depor sobre eles, pelo que obviamente a sua confissão só se poderá limitar ao que emanar do seu conhecimento.
 15. Nem tampouco se poderia admitir que uma pronúncia sobre factos que lhe são estranhos pudessem de alguma forma ser utilizados para formar a convicção do tribunal.
 16. O meritíssimo colectivo do douto tribunal a quo deveria ter valorado positivamente e na íntegra a confissão apresentada pelo recorrente, como expressão máxima do seu arrependimento, nos termos elencados pelo art.º 66º, nº 2, al. c) do Código Penal.
 17. Ainda que não se entenda que tal confissão deva ser enquadrada na referida especificação legal, deve isolada ou conjuntamente ser valorada para produzir o mesmo efeito.
 18. Consta dos factos provados no acórdão recorrido que o recorrente, antes do início da audiência de discussão e julgamento, depositou junto do tribunal a quantia de MOP\$100,000.00 a título de antecipação de pagamento de eventual montante indemnizatório civil em que viesse a ser condenado.
 19. Tal montante foi fruto de um esforço considerável não só do próprio recorrente como da sua família, já que a sua esposa necessita de dedicar-se exclusivamente à guarida da criança, na ausência da presença da figura paternal.
 20. Nos termos do art.º 201º e do art.º 66º, nº 2, al. c) do Código Penal, visto que reparou, até onde lhe era possível, os danos que viessem a ser apurados, deveria ter sido a sua pena especialmente atenuada.
 21. Deu como provado o douto tribunal a quo no acórdão recorrido que “[o]s 1º e 2º arguidos, bem sabendo que o seu acto causaria um considerável prejuízo ao casino, pelo modo de distribuição de tarefas, participaram directamente no jogo, colocando as caras numa ordem pré-determinada, conheciam já o resultado prévio e cometeram em cooperação com outros a fraude numa tentativa de obterem para si e terceiro um elevado benefício.”
 22. Não resulta de facto ou acto algum que o recorrente e o co-arguido tenham de qualquer modo agido em consonância, até porque não se imputa ao co-arguido qualquer acto que implique a sua participação no crime.

檢察院就上訴人 A 所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

首先，根據被上訴之合議庭判決書，控訴書所載之全部內容獲得證實（法官閣下根據卷宗之事實情節、嫌犯的口供、證人的證言以及視像光碟等作為證據，經自由心證認定之事實無可爭議），上訴人被判以共同正犯及既遂方式觸犯澳門《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項所規定及處罰的一項詐騙罪，被判處 3 年 6 個月實際徒刑。

-
23. Não resulta do elenco probatório carreado aos autos, nem tampouco foi feita qualquer alusão a uma relação entre os dois arguidos em toda a documentação produzida em audiência.
 24. O douto tribunal a quo, sem base ou indício alguns, concluiu que existiu uma actividade concertada entre ambos os arguidos, pelo que se verifica o vício de erro na apreciação da prova.
 25. O douto despacho determinou no dispositivo, genericamente, a perda a favor do Território de todos os objectos apreendidos, nos termos do art.º 101º, n.º 1 do Código Penal.
 26. Tal determinação está eivada do vício de falta de fundamentação, nesta parte violando o disposto no art.º 87º, n.º 4 do Código de Processo Penal.
 27. A fls. 152 e 153 dos autos relata-se a apreensão de um relógio de sua pertença, da marca Luminor Panerai, que foi encontrado e apreendido após a primeira revista que lhe foi efectuada pelos agentes da Polícia Judiciária que o confrontaram.
 28. Tal relógio foi adquirido anos antes da ocorrência de quaisquer dos factos constantes da acusação, pelo que não se pode aceitar que seja determinada a sua perda, por não consubstanciar qualquer dos fundamentos elencados no dispositivo legal a que genericamente se aludiu.
 29. O mesmo se diga do montante de HKD\$130,000.00 que foi apreendido em sua casa, como melhor se encontra relatado no relatório de apreensão elaborado pelos agentes da Polícia Judiciária a fls. 154-157.
 30. O montante de HK\$125,000.00 foi levantado da conta bancária pertencente a si e à sua mulher H a 6 de Maio de 2013, poucos dias antes de tal montante ser apreendido.
 31. Nos meses que antecederam a apreensão não deu entrada na mesma conta montante relevante que se possa presumir como sendo proveito do crime.
 32. Tal montante foi levantado da conta bancária titulada conjuntamente pelo recorrente e pela sua esposa para fazer face ao nascimento do filho de ambos, facto que ocorreu a 14 de Junho de 2013, para poderem fazer face às contas hospitalares em que inelutavelmente incorreriam.
 33. A esposa, uma vez dada a entrada no hospital, não se poderia deslocar ao banco conjuntamente com o marido para proceder ao levantamento dos montantes necessários, uma vez que deveria ficar internada.
 34. O acórdão recorrido violou, nos termos expostos, o disposto no art.º 211º, n.º 4, al. a), no art.º 66º e 201º e 221º, no art.º 101º, n.º 1, todos do Código Penal, o disposto no art.º 87º, n.º 4 do Código de Processo Penal e incorreu no vício de erro notório da apreciação da prova.

Termos em que, contando com o douto suprimento de Vossas Excelências, deve o recorrente ser alternativamente absolvido ou deve ser a sua pena especialmente atenuada, devendo de todo o modo serem restituídos ao recorrente os objectos apreendidos acima identificados, pela sua perda em favor da RAEM ser sido inadmissivelmente determinada.

上訴人提出被害人無金錢損失，不構成詐騙罪此一論點，我們完全不認同，根據本案第 14 點之已證事實：“D 等人以此方法總共贏得港幣 290 萬元”。明顯上訴人與其他嫌犯及涉嫌人的犯罪行為已成功及取得不法金錢利益，毫無疑問是既遂行為，至於事後上訴人的同黨輸掉贏得的金錢，以致賭場（被害人）方面沒有金錢損失，並不影響上訴人犯罪既遂的法律定性。

其次，上訴人認為其行為只是從犯，被上訴之判決不應將之以共同犯論處。讓我們參看澳門《刑法典》第 26 條第 1 款關於從犯之規定：“對他人故意作出之事實，故意以任何方式提供物質上或精神上之幫助者，以從犯處罰之”。然而，我們根據卷宗已證明之事實，明顯地，本案之詐騙行為必須是有計劃，有組織，多人分工行事才能成功的犯罪行為。上訴人與另一嫌犯 B 及涉嫌人 D 等在博彩的詐騙行為中分擔不同工作，其中上訴人負責操控莊荷所使用的撲克牌，而嫌犯 B 及涉嫌人 D 則負責博彩，在詐騙賭場的過程中，上訴人負責的工作是至關重要的，是另一嫌犯 B 及 D 贏取賭局的關鍵，因此，上訴人在案中參與的行為絕對不是單純的提供物質或精神上之幫助，而是共同故意分工行事的犯罪行為，因此，上訴人的行為不可能定性為《刑法典》第 26 條所規定之從犯行為。

至於上訴人爭議的另一問題 - 存在特別減輕之情節，應予減刑。上訴人認為其本人在庭審時承認作出的犯罪事實，且在庭審前已將澳門幣 10 萬元存於法院作為民事賠償之用，顯示出上訴人對犯罪的悔意，應適用澳門《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項有關刑罰之特別減輕之規定。但我們不認同此一論點，因為被上訴法庭在判決書中已作出理由陳述，表示上訴人雖然在庭上承認犯罪事實，但對於其他同黨的犯罪行為卻不願坦白相告，未能完全顯示上訴人的犯罪悔意，故被上訴法庭認為上訴人並不適用刑罰之特別減輕之規定。

至於上訴人爭議被扣押之手錶及港幣 13 萬元被充公一事，上訴人在上訴狀中說明理由及附交有關證據，且被上訴合議庭判決書的已證事

實中，未能證明上訴人取得的財產或金錢利益的金額，加以被上訴判決書對扣押物充公的決定沒有充份說明理由，故此部份上訴應予成立。

綜上所述，懇請中級法院法官 閣下以上訴狀逾期提交為由，不接納上訴。倘認為上訴應被接納，就上訴狀的多個請求中，請判決有關返還扣押物的請求成立，其餘請求應予駁回。

檢察院就上訴人 B 所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

首先，根據被上訴之合議庭判決書，控訴書所載之全部內容獲得證實（法官閣下根據卷宗之事實情節、嫌犯的口供、證人的證言以及視像光碟等作為證據，經自由心證認定之事實無可爭議），上訴人被判以共同正犯及既遂方式觸犯澳門《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項所規定及處罰的一項詐騙罪，被判處 4 年實際徒刑。

上訴人認為其行為只是從犯，被上訴之判決不應將之以共同犯論處。讓我們參看澳門《刑法典》第 26 條第 1 款關於從犯之規定：“對他人故意作出之事實，故意以任何方式提供物質上或精神上之幫助者，以從犯處罰之”。然而，我們根據卷宗已證明之事實，明顯地，本案之詐騙行為必須是有計劃，有組織，多人分工行事才能成功的犯罪行為。上訴人與另一嫌犯 A 及涉嫌人 D 等在博彩的詐騙行為中分擔不同工作，其中嫌犯 A 負責操控莊荷所使用的撲克牌，而上訴人及涉嫌人 D 則負責博彩，在博彩過程中，上訴人更負責保管贏得之籌碼，絕對不是單純的提供物質或精神上之幫助，而是共同故意分工行事的犯罪行為，因此，上訴人的行為不可定性為《刑法典》第 26 條所規定之從犯行為。

至於上訴人爭議的另一問題 - 犯罪未遂，認為被害人既然沒有金錢損失，上訴人的犯罪行為便應視之為犯罪未遂。我們完全不認同此一論點，根據本案第 14 點之已證事實：“D 等人以此方法總共贏得港幣 290 萬元”。明顯上訴人的犯罪行為已成功及取得不法金錢利益，毫無疑問是既遂行為，至於事後上訴人的同黨輸掉贏得的金錢，以致賭場（被害

人) 方面沒有金錢損失，並不影響上訴人犯罪既遂的法律定性。

綜上所述，被上訴的判決完全符合澳門《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項之規定，不存在上訴人所提出的瑕疵。

基此，懇請法官 閣下駁回上訴，維持被上訴法院之決定。

上訴人 A 就 C 娛樂場股份有限公司所提出的上訴作出答覆。⁴

⁴ 其葡文內容如下：

1. O Tribunal a quo concluiu acertadamente que a recorrente não sofreu qualquer prejuízo.
2. Os elementos carreados nos autos permitem evidenciar a ligação óbvia entre os jogadores que ganharam no jogo e os jogadores que perderam no jogo.
3. A fls 683-685 dos autos, encontramos fotografias de I (um dos dois jogadores que perderam o dinheiro, ao lado de F) e de G (o jogador que ganhou dinheiro) a entrarem conjuntamente em Macau, vindos da China, um dia antes dos factos terem ocorrido.
4. Se o douto tribunal colectivo deu como provado que o co-arguido J teve qualquer intervenção nos autos simplesmente por se ter sentado ao lado do jogador G, forçosamente terá de concluir também que os jogadores que perderam tinham conhecimento do vício do jogo quando apostaram, porque o co-arguido tanto se sentou ao lado do jogador que apostou como se sentou ao lado dois jogadores que perderam o dinheiro, como se pode constatar pelas fotografias de fls. 858 e 869 dos autos.
5. A testemunha oferecida pela recorrente, K, que desempenha as funções de “corporate operations manager” do casino, indicou que a mesa onde decorreram as apostas do baralho viciado estava reservada; apenas um grupo de amigos (ou conhecidos) podia nela apostar.
6. A recorrente, desde a sua primeira intervenção que legitimou a promoção do procedimento criminal por parte do Ministério Público, designadamente a queixa-crime que apresentou a fls 117 e ss. dos autos, referiu-se especificamente aos agentes que “devolveram” o dinheiro ao casino, referindo-se especificamente a F como um dos participantes da burla.
7. F perdeu propositadamente a quantia de HK\$3,200,000,00 (três milhões e duzentos mil dólares de Hong Kong), desta forma devolvendo os lucros obtidos pelos demais intervenientes e assegurando que a recorrente não sofreria qualquer prejuízo.
8. Oportunamente, e para todos os efeitos legais, o recorrido aceitou na contestação que ofereceu ao pedido de indemnização civil apresentado a confissão de tais factos, nos termos prescritos pelo art.º 80º do CPC, aplicável ex vi do art.º 4º do CPP.
9. A supra mencionada testemunha K foi também inultrapassavelmente elucidativa quando, indagada pelo mandatário da assistente se “[d]esconsiderando outras situações, e outros pormenores, o casino sai ou não sai prejudicado desta situação?”, afirmou que “[n]o ponto de vista do casino não houve prejuízo.”
10. A recorrente não se pode fazer valer da multiplicidade de processos que desencadearam os factos sob escrutínio para se fazer valer das versões parcelares da verdade oferecidas e aqui salientar apenas a parte negativa que proveio dos actos do recorrido.

上訴人 B 就 C 娛樂場股份有限公司所提出的上訴作出答覆。⁵

11. Se a prática do crime implicou o conluio de vários agentes, a verdade é que a reparação do dano efectuada por um deles liberou os demais, nos termos dos art.ºs 505º, nº 1 e do art.º 516º do Código Civil.
12. De resto, sempre se deveria impor que a recorrente reclamasse qualquer crédito eventual do jogador que ganhou nos jogos de fortuna e azar, e não do recorrido, mero elemento acessório do crime.
13. O recorrido é transformado injustamente num bode expiatório pelo sucedido ao ser julgado autonomamente.
14. O facto de ter depositado uma quantia de MOP\$100,000.00 no sentido de reparar, sem conceder, eventuais danos que fossem apurados na esfera jurídica da recorrente resulta mais de uma admissão da culpa própria pelos actos que praticou do que da constatação de que a recorrente efectivamente terá sofrido um prejuízo, e muito menos que o recorrente terá obtido tal benefício.

Termos em que, contando com o muito douto suprimento de Vossas Excelências, deve improceder o recurso da parte cível apresentado pela assistente C Casino, S.A.

⁵ 其葡文內容如下：

1. No acórdão condenatório, foi dado por não provado que “o comportamento dos arguidos tenha causado, directa e necessariamente, ao assistente, um prejuízo de HK\$2,900.000”, conclusão resultante do facto de haver o tribunal recorrido considerado que houve ganhos e que houve perdas ao jogo na actuação dos apostadores entre os quais se incluem os arguidos destes autos e outros indivíduos sujeitos a procedimento criminal separado.
2. Sem o apuramento de dano, (a) não pode haver lugar a condenação em indemnização civil, sendo que, por outro lado, (b) a liquidação em execução de sentença ou o reenvio das partes para acção cível separada só pode ocorrer nas situações em que o tribunal haja concluído pela existência de dano mas não disponha de meios para fixar imediatamente o seu valor, como resulta da mera leitura do texto do art.º 71º do CPP.
3. Compreende-se que a leitura do acórdão recorrido tenha deixado dúvidas a todas as partes, a começar pelos próprios arguidos e a terminar na própria assistente mas a factualidade apurada não oferece qualquer base de sustentação a qualquer dos pedidos alternativamente formulados pelo casino recorrente.
4. É manifesto que o aresto recorrido padece do vício do erro notório na apreciação da prova invocado pela aqui recorrente como do vício da contradição insanável na fundamentação que lhe foi imputado pelo aqui respondente no seu recurso, mas o vício imputado pelo casino não pode ser examinado parcialmente em termos de vir a permitir a sua superação pelo Venerando TSI de tal sorte que permanecesse a condenação dos arguidos, por um lado, e se viesse a fixar uma indemnização civil à assistente, por outro.
5. Existe, no Ac. recorrido, uma dúvida razoável e inultrapassável quanto a saber se, efectivamente, o 2º arguido, aqui recorrente, estava a par do envolvimento na burla imputada, em primeira mão, a D e a F porque o simples acto de se dar como provado que “o D foi acompanhado pelo 2º arguido, que o ajudou a guardas as fichas” não implica necessariamente que este último tivesse conhecimento do que se estava a passar e que o referido D estivesse a actuar fraudulentamente.
6. O prejuízo material – inexistente, como resulta de quanto de deixou exposto e foi dado por inverificado pelo Tribunal Colectivo – constitui um elemento essencial delimitador do tipo

C 娛樂場股份有限公司就 A 及 B 的上訴分別作出答覆。⁶

legal do art.º 211º, pelo que, sem prejuízo, não pode dar-se por verificado o preenchimento do tipo pelo menos na forma consumada.

7. O vício imputado pelo casino recorrente, como, aliás, quaisquer dos vícios previstos no art.º 400º, nº 2 do C.P.Penal titulam a presença do ilógico num acto processual onde deve dominar a harmonia e a coerência, e põem a descoberto, relevando pela negativa, o absurdo que representaria esse ilogismo na sentença, a qual viola flagrantemente o disposto no art.º 355º, nº 2, do C.P.P.

Nos termos e com os fundamentos exposto e contando com o indispensável suprimento de Vossas Excelências, deve ser negado provimento ao recurso do casino.

⁶ 其葡文內容如下：

Recurso interposto pelo arguido A:

Vem este arguido recorrer do douto acórdão que o condenou na pena de 3 anos e 6 meses de prisão efectiva, alegando os seguintes vícios: i) violação de lei; ii) atenuação especial do crime; iii) erro notório na apreciação da prova e iv) falta de fundamentação dos apreendidos perdidos.

Dos vícios supra indicados apenas os elencados sob i) e iii) afectam a aqui assistente, pelo que a sua resposta apenas incidirá sobre estes.

a) Da violação de lei

Alega o arguido que não deveria ter sido condenado pela prática de um crime de burla de valor consideravelmente elevado uma vez que o Tribunal a quo não quantificou qualquer prejuízo produzido na esfera da assistente e demandante cível, citando, em abono da sua tese, o depoimento da testemunha arrolada pela assistente que afirmou que “[n]o ponto de vista do casino não houve prejuízo.”

Refira-se que inexistência de prejuízo e impossibilidade de quantificação do prejuízo são coisas bem distintas.

Em parte alguma do acórdão recorrido é dado como provado que a assistente não teve prejuízo. Antes pelo contrário.

Na fundamentação da sua decisão, o Tribunal a quo é claro quando diz que “O 1º arguido e o 2º arguido actuaram de forma consciente, praticando directamente, em co-autoria, um crime de burla no casino, uma vez que conheciam antecipadamente o resultado do jogo, em virtude de saberem previamente a ordem de cartas ou de as terem colocado previamente numa ordem especial, a fim de alcançar os seus objectivos ilícitos e de ganhar lucros de valor consideravelmente elevado para si próprio e para terceiro, o que provocou directamente ao casino prejuízo patrimonial de valor consideravelmente elevado.

O facto de os outros consócios dos dois arguidos ganharem o valor de HKD\$2.900.000,00, diminuindo o património do casino, constitui burla na forma consumada. Posteriormente, mesmo que os outros consócios, por qualquer motivo ou objecto, perdessem, de propósito, valor igual ou superior à quantia ganha, tal facto em nada alterava o crime de burla consumado.”

Acontece que, infelizmente, esta acertada fundamentação da decisão penal não teve, salvo melhor opinião e com o devido respeito, em virtude de erro na apreciação da prova, reflexos na decisão relativa ao pedido de indemnização cível, o que leva a que os arguidos se agarrem a este facto para defenderem que, como não foi quantificado qualquer prejuízo, não deveriam ser punidos.

No caso, toda a factualidade dada como provada conduz à prática do crime de burla pelos arguidos, tendo existido um prejuízo correspondente ao valor do ganho auferido pelos jogadores.

Por outro lado, o depoimento referido no recurso do arguido é retirado do contexto. Efectivamente, ao longo de todo o julgamento, os arguidos pugnaram pela tese da compensação, alegando que o valor ganho foi compensado posteriormente pelo valor perdido por um terceiro jogado.

Acontece que o Tribunal a quo não deu como provado que existisse qualquer ligação entre os arguidos e o jogador F que apareceu posteriormente e apostou com o remanescente das cartas do mesmo shoe, tendo perdido HKD\$3.200.000,00.

Bem pelo contrário.

De acordo com o depoimento desta testemunha não existe nem nunca existiu qualquer relação entre ela e os arguidos.

Assim, tendo sido dado como provado, que os arguidos, em conluio e utilizando meios fraudulentos, conseguiram auferir indevidamente HKD\$2.900.000,00, diminuindo na mesma proporção o património da assistente, praticaram efectivamente um crime de burla devendo, por isso, ser condenados, como o foram.

b) Do erro notório na apreciação da prova

Sob este ponto alega o arguido recorrente que o Tribunal a quo não fundamenta o conluio do recorrente com o outro co-arguido uma vez que “não se imputa ao co-arguido qualquer acto que implique a sua participação no crime”.

Não obstante ser verdade o que o recorrente alega nos artigos 11º e 12º da sua motivação, quando refere que a decisão do Ministério Público em separar os processos, impedindo o julgamento em conjunto de todos os intervenientes, não abona em favor da descoberta da verdade material, sempre se dirá que este vício, a existir, beneficia o outro arguido e não o recorrente.

No entanto, atenta a factualidade dada como provada, dúvidas não restam que ambos os arguidos deste processo tinham perfeita noção do que se estava a passar e dos seus actos, nomeadamente o recorrente, que os confessou.

Recurso interposto pelo arguido J:

No recurso deste arguido é apontado o vício de contradição insanável na fundamentação da decisão que o condenou a 4 anos de prisão efectiva uma vez que, além de não existirem factos imputados ao recorrente que integrem o crime de burla, não foi apurado qualquer prejuízo.

Tal como acontece no recurso interposto pelo arguido A, não é verdade que não se tenha provado a inexistência de qualquer prejuízo.

Efectivamente, o que o acórdão recorrido refere é que, dada a circunstância de se estar perante jogos aleatórios, não foi possível determinar em concreto o prejuízo da assistente, facto com o qual a assistente não se pode conformar, tendo interposto recurso quanto a esta parte da decisão.

Por outro lado, mais uma vez este arguido volta a referir a tese da compensação, chegando até a afirmar que a assistente ainda lucrou HK\$300.000,00.

Conforme supra referido, esta tese não pode ser aceite uma vez que não existem quaisquer factos que a consubstanciem, nem foi dado como provado qualquer ligação entre os arguidos e o jogador que apareceu depois e veio a perder HKD\$3.200.000,00. Aliás, este jogador, testemunha no presente processo, afirmou estar a jogar sozinho e não ter qualquer relação com os arguidos.

駐本院助理檢察長提出了法律意見書，其內容如下：

“2014年7月9日，嫌犯A及B被初級法院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項所規定及處罰之「相當巨額詐騙罪」，判處嫌犯A以3年6個月徒刑，判嫌犯B以4年實際徒刑。

嫌犯A及B不服初級法院上述裁判而分別向中級法院提出上訴。

在其上訴理由中，嫌犯A認為上述裁判違反《刑法典》第211條第1款及第4款a項、第201條、第221條、第66條第2款c項及第101條之規定，以及《刑事訴訟法典》第87條第4款之規定，並沾有《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。

在其上訴理由中，嫌犯B認為上述合議庭裁判違反《刑法典》第211條第1款及第4款a項、第22條第2款、第26條第1、2款、第67條之規定，並沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款b項所規定之“獲證明之事實事宜不足以支持該裁判”之瑕疵。

對於上訴人A及B之上訴理由，我們認為應裁定成立。

無論從下述哪一個角度對被上訴的合議庭裁判進行審查，我們均認為應根據《刑事訴訟法典》第418條之規定，將卷宗發回重審。

1. 從違反《刑事訴訟法典》第400條第2款b項之角度

嫌犯B認為上述合議庭裁判沾有“理由說明方面出現不可補正的矛盾”之瑕疵，違反了《刑事訴訟法典》第400條第2款b項之規定。

一如所知，眾多司法見解就《刑事訴訟法典》第400條第2款b項所指的瑕疵

Por fim, em lado algum da decisão recorrido existe contradição insanável na fundamentação.

Como já se referiu por diversas vezes, a decisão afirma peremptoriamente que houve prejuízo, razão pela qual condenou os arguidos pelo crime de burla. No entanto, entendeu o Tribunal que, não obstante haver prejuízo, não se conseguiu apurar o valor do mesmo, razão pela qual absolveu, salvo o devido respeito, erradamente, os arguidos do pedido cível.

Termos em que e nos mais de Direito, que V. Exas. doutamente suprirão, devem os vícios invocados nos respectivos recursos, aos quais aqui se responde, improceder, no mais se fazendo a habitual e serena Justiça!

以及就刑罰裁量的標準已作出過精辟的解讀，包括中級法院第 516/2011 號上訴案件於 2014 年 6 月 12 日作出的裁判，叫讓我們不得不表認同：

“1.《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項規定的理由說明方面不可補正的矛盾的瑕疵是裁判本身的瑕疵，即指在事實事宜方面的證據性理據說明中、法院設定的事實之間、或認定的事實與未獲認定的事實之間存在矛盾。這種矛盾是絕對的，即一方面說“是—”，另一方面又說“不是—”，而不能存在於被指互相矛盾的事實之間各自所表達的意思不同或者各自所證實的內容不同的事實之間。”

此外，又正如中級法院第 585/2009 號上訴案件於 2009 年 10 月 22 日、第 79/2003 號上訴案件於 2003 年 7 月 24 日、第 141/2004 號上訴案件於 2004 年 7 月 22 日所作之裁判所認為，在既證事實與既證事實之間、既證事實與不獲證事實之間、和認定的事實事宜與法院敘述其心證形成的理由說明之間所發生的矛盾，倘表現為不可補正或不可克服時；換言之，不能通過訴諸被上訴裁判總體和一般經驗法則去解決的不相容情況，被上訴的裁判就是沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項所規定的“在理由說明方面出現不可補救之矛盾”了。

在本具體個案了，被上訴的合議庭裁判第 14 點、第 15 點已證事實跟未證事實之間如下（見卷宗第 1566 頁背面及第 1567 頁）：

“14. D 等人以此方法總共贏得港幣貳佰玖拾萬元（HKD\$2,900,000.00）。”

“15. 第一嫌犯及第二嫌犯...其行為直接導致娛樂場蒙受到相當巨額之財產損失。”

“未獲證明：上述行為直接必然導致民事損害賠償請求人的實際財產損害金額為港幣貳佰玖拾萬元（HKD\$2,900,000.00）。”

被上訴的合議庭裁判一方面在第 14 點及第 15 點證實了彼等嫌犯所獲得的不當利益的金額是確定的，且已“直接”造成被害人（即賭場或民事損害賠償請求人）受到相當巨額之財產損失；然而，另一方面，卻又認定彼等嫌犯之行為“直接必然”導致被害人（即賭場或民事損害賠償請求人）的實際財產損害金額為港幣貳佰玖拾萬元（HKD\$2,900,000.00）。

在充分尊重不同意見的前提下，我們從上述已證事實的認定及未獲證實的事實之間確實看到了顯然易見的矛盾，而且是不可補正、不可克服的矛盾。

如在原審法庭認定和不認定的具體指控犯罪事實之間存在著明顯無可補救的相互矛盾關係，中級法院不可能對原審就上訴所觸犯的犯罪在法律上作出判斷，因不能根據如此相互矛盾的已證事實和未證事實去判案。

我們認同被上訴的合議庭裁判沾有“理由說明方面出現不可補正的矛盾”，違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項之規定。

在這情況下，我們認為只能按照《刑事訴訟法典》第 418 條第 1 款的規定，以被上訴的合議庭裁判沾有同一法典第 400 條第 2 款 b 項所指的“在說明理由方面出現不可補救之矛盾”的瑕疵為理由，命令將本案發回初級法院，以便根據第 418 條第 3 款之規定另組合議庭重新審判整個訴訟標的。

2. 從違反《刑事訴訟法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項之角度

上訴人 A 及 B 均認為彼等之行為並未造成輔助人有所損失，因此，並不符合《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項之構成要件，原審法院不應以此罪歸責彼等上訴人。

正如上訴人 B 所引用的學說見解（見宗第 1603 頁及第 1604 頁），以及 Paulo Pinto de Albuquerque 在《Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Home》，第二版，第 678 頁所教導；

“……

1. 本犯罪所要保護的法益是他人的財產而非交易的真實性……
2. 在詐騙罪中的被害人必須是財產被窮化了的人，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）……
3. 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。

4. 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。

5. 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。

.....”

在本案中，被上訴的合議庭裁判認定了第 14 點、第 15 點的已證事實（見卷宗第 1566 頁背面及第 1567 頁）：

“14. D 等人以此方法總共贏得港幣貳佰玖拾萬元（HKD\$2,900,000.00）。”

“15. 第一嫌犯及第二嫌犯...其行為直接導致娛樂場蒙受到相當巨額之財產損失。”

同時，就民事損害賠償請求狀及答辯狀中其他獲證明屬實之事實，亦認定了：

“稍後，F 出現...F 輸去港幣叁佰貳拾萬元（HKD\$3,200,000.00）。”

由於彼等嫌犯贏得的金額跟 F 輸回給被害人（即賭場或民事損害賠償請求人）的金額並不相應，因此認定下述事實未獲證實：

“未獲證明：上述行為直接必然導致民事損害賠償請求人的實際財產損害金額為港幣貳佰玖拾萬元（HKD\$2,900,000.00）。”

在充分尊重的前提下，就犯罪的客觀構成要件而言，儘管被上訴的合議庭在理由說明中特別強調（見卷宗第 1569 頁背面）：

“本案，兩名嫌犯的行為確實對民事損害賠償請求人造成財損失，但是，構成詐騙罪所指的財產損失與民事損害賠償所指的損害不能以直接和簡單的等同方式等認定，特別是在賭博合同中，賭博有輸贏，不能簡單以嫌犯所贏取的彩金作為賭場的實際損害，此外，本案亦未證明存有其他事實可以裁定一彌補金額”。

我們認為，《刑法典》第 211 條所規定及處罰之『詐騙罪』的客觀構成要件中的損害結果並未確定下來，或者說，本案被害人是否已處於一個扣除因行為人作出的行為而獲得的收益之後，其財產已被窮化了的狀態，從而可以認定其財產法益已

被彼等嫌犯所侵害？被上訴的合議庭似乎並未具體進行審判。

更何況，在未能將有關被侵害的財產金額確定下來之前，又如何確定其已符合《刑法典》第 196 條 b 項所規定的相當巨額？又如何能確定應以《刑法典》第 211 條第 4 款 a 項所規定及處罰之「相當巨額詐騙罪」對彼等上訴人進行歸責？

此外，在被上訴的合議庭裁判中，我們亦未能看見 F 的行為跟本案究竟有何具體關係，以及其輸掉的金額跟本案有哪些具體的關係的說明，以致可以藉此等事實，去認定上訴人 A 及 B 的行為（尤其是彼等所贏取的金額）是否直接、必然地侵犯了被害人的財產。

因此，為著作出公正且合法的裁判，我們認為，有必要重新上述事宜進行審查及彌清。

在充分尊重的前提下，倘不重新進行審判，我們只能認同上訴人 A 及 B 的上訴理由，認為被上訴的合議庭裁判確實違反了《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項之規定。

因此，我們認為，應根據《刑事訴訟法典》第 418 條之規定，命令將本案發回初級法院，以便根據該條第 3 款之規定另組合議庭重新審判整個訴訟標的。

綜上所述，應根據《刑事訴訟法典》第 418 條第 1 款之規定，將卷宗發回重審。”

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：

- 2013 年 5 月 13 日下午四時三十三分左右身為 C 娛樂場股份有限公司區域經理的第一嫌犯從設於該娛樂場 M 層“XX 貴賓會”3 號 VIP 房內一個“存牌櫃”中取出 10 靴撲克違反公司規定未經電子掃描紀錄取走時間就拿著該等撲克走到該貴賓會 4 號

VIP 房走廊位置，將其中一靴撲克交給早已在此等候的一名身份不確定女子，該女子立即拿著該靴撲克回到“YY 酒店”2236 號房內。

- 當日下午五時左右上述不知名女子返回 4 號房走廊位置與第一嫌犯匯合並將先前取走的一靴撲克交還給該嫌犯。
- 第一嫌犯回到“XX 貴賓會”假裝靴牌封條損毀用膠紙將上述身份不確定女子交回給他的撲克牌的膠拿封好。第一嫌犯再將該副牌進行掃描，以掩蓋其取走牌的真正時間，之後第一嫌犯將其擺放在 MD7515 號百家樂賭檯下方。
- 第一嫌犯清楚知道他的行為嚴重違反娛樂場規定，會導致其他人預先知道被取走撲克牌的排列順序或將撲克牌預先擺放成特別順序而因預先知道開牌結果達到在賭博中成功贏出的目的。
- 第一嫌犯以上違規行為全為“ZZ 娛樂場”內所設的監控錄像設備拍攝下來。
- 當日下午五時六分，第二嫌犯伙同 D (另案處理) 和另一身份不明男子進入“XX 貴賓會”並坐在 MD7515 號賭檯旁。
- 六分鐘後第一嫌犯回到 MD7515 號賭檯要求該檯當值莊荷取出之前經他手用膠紙封住的撲克牌，違反娛樂場規定的正常程序，直接將其撕開後取出里面的撲克交給該檯當值莊荷，要求他直接使用里面撲克牌進行派牌。
- 由於第二嫌犯等人沒有即時進行賭博，所以當值莊荷只是將撲克牌取出放在賭檯上。
- 直至當日下午六時二十五分第二嫌犯、D 和另外一名身份不明男子再次回到 MD7515 號賭檯，並由 D 切牌但要求莊荷不進行洗牌就開始賭博。

- 第一嫌犯在知悉有關情況後並未依程序將之通知監控部以防止監控部人員發現之後發生的異常賭博情況。
- 第一嫌犯清楚知道 D 等人的要求在於避免他們已預先知悉的撲克牌排列順序被打亂而無法在賭博中贏出。
- D 在當值莊荷將牌放入牌靴後所開出的第一、二局中並沒有下注，直至當日晚上七時三十分，D 共投注 48 次，最後 9 次投注時全部贏出，且在當日傍晚七時二十五分至七時二十九分的四分鐘時間內所作的最後 6 次投注中全部以該檯最高投注額一港幣捌拾萬元進行投注，顯示出他預先已經知悉開彩結果。
- 在 D 投注期間，第二嫌犯一直坐在 D 身旁負責保管所贏得的現金籌碼，並多次接聽電話。
- D 等人以此方法總共贏得港幣貳佰玖拾萬元 (HKD\$2,900,000.00)。
- 第一嫌犯及第二嫌犯在明知和有意識的情況下，以分工配合的方式直接參與實施了在本澳娛樂場內以透過預先知道撲克牌的排列順序或以將撲克牌預先擺放成特別順序的手段提前獲知開問彩結果的欺詐性行為，達到為自己及第三人謀取不當相當巨額利益之非法目的，其行為直接導致娛樂場蒙受到相當巨額之財產損失。
- 第一、第二嫌犯清楚知道其行為是法律所禁止，會受到法律之相應制裁。

輔助人控訴書中上述事實之外其他事實中以下事實獲證明屬實：

- 在賭博過程中，第 3 號 VIP 房內聚集了約 45 人。

另外，獲證明：

- 根據刑事紀錄證明，兩名嫌犯均為初犯。

- 第一嫌犯在審判聽證中聲稱具初中三年級學歷，任職賭場區域經理，月收入月澳門幣 32,000 元，需供養父母、太太和一名女兒。
- 第二嫌犯在審判聽證中聲稱具初中二年級學歷，任職裝修經歷及從事疊碼，月收入月人民幣 50,000 元，須撫養三名子女。
- 在審判聽證開始之前，第一嫌犯提存了澳門幣 100,000 元作為賠償輔助人的賠償金。(卷宗第 1516 頁)

民事損害賠償請求狀及答辯狀中其他獲證明屬實之事實：

- 稍後，F 出現，接著投注同靴牌的其餘撲克牌，F 輸去港幣叁佰貳拾萬元 (HKD\$3,200,000.00)。

未獲證明之事實：

- 控訴書中無尚待證明事實。
- 民事損害賠償請求狀、民事損害賠償答辯狀中其餘與上述獲證事實不符之重要事實未獲證明屬實，特別是：
- 未獲證明：上述行為直接必然導致民事損害賠償請求人的實際財產損害金額為港幣貳佰玖拾萬元 (HKD\$2,900,000.00)。
- 未獲證明：兩名嫌犯的行為損害了民事賠償請求人的良好聲譽。

三.法律部份：

本案有三個上訴，由兩嫌犯以及輔助人分別提起的上訴。

嫌犯 A 在其上訴理由中，首先同樣認為被上訴裁判沒有確認受害人的實際損失這個在詐騙罪裏面最根本的構成要素，即不能判處上訴人以正犯也不能判處嫌犯以從犯方式初犯詐騙罪，應該予以開釋。在此要的理由中，認為上訴人所在犯罪事實中的角色以及對控告的事是的是完全

自認都構成了特別的減輕情節，甚至對受害人的損失作出了部分的補償可以適用《刑法典》第 201 條予以特別的減輕處罰，最後認為原審法院在認定“第一嫌犯及第二嫌犯在明知和有意識的情況下，以分工配合的方式直接參與實施了在本澳娛樂場內以透過預先知道撲克牌的排列順序或以將撲克牌預先擺放成特別順序的手段提前獲知開問彩結果的欺詐性行為，達到為自己及第三人謀取不當相當巨額利益之非法目的，其行為直接導致娛樂場蒙受到相當巨額之財產損失”這個事實時沾有《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，因為沒有任何事實支持這個結論。

嫌犯 B 在其上訴理由中認為被上訴裁判沒有確認受害人的實際損失這個在詐騙罪裏面最根本的構成要素，即不能判處上訴人以正犯也不能判處嫌犯以從犯方式初犯詐騙罪，應該予以開釋。作為次要的理由，上訴人認為其行為僅僅構成以從犯方式觸犯的未遂詐騙罪。

而輔助人在上訴中認為原審法院在判處嫌犯構成相當巨額詐騙罪成立的同時未能確定嫌犯造成了受害人實際的經濟損失，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。認為即使原審法院不能作出確定的判決，也應該依照《刑事訴訟法典》第 71 條第 4 款的規定，將案件轉至民事法庭繼續進行獨立的審理。

首先我們看看本案的事實問題。

原審法院在被認定為已證事實的第 14 點、第 15 點(見卷宗第 1566 頁背面及第 1567 頁) 是這樣寫的：

“14. D 等人以此方法總共贏得港幣貳佰玖拾萬元 (HKD\$2,900,000.00) 。”

“15. 第一嫌犯及第二嫌犯....其行為直接導致娛樂場蒙受到相當巨額之財產損失。”

而在未證事實部分是這樣寫的：

“未獲證明：上述行為直接必然導致民事損害賠償請求人的實際財產損害金額為港幣貳佰玖拾萬元 (HKD\$2,900,000.00) 。”

我們知道，在本案嫌犯被控告的 (相當巨額) 詐騙罪，是一個典型的結果犯，正是以受害人受到實際的物質損失為代價而使得嫌犯獲得不正當的利益為構成要件的。

被上訴的合議庭裁判一方面在第 14 點及第 15 點證實了彼等嫌犯所獲得的不當利益的金額是確定的，且已“直接”造成被害人 (即賭場或民事損害賠償請求人) 受到相當巨額的財產損失；然而，另一方面，卻又否定彼等嫌犯的行為“直接必然”導致被害人 (即賭場或民事損害賠償請求人) 的實際財產損害金額為港幣貳佰玖拾萬元 (HKD\$2,900,000.00) 。

在充分尊重不同意見的前提下，我們從上述已證事實的認定及未獲證實的事實之間確實看到了顯然易見的矛盾，而且是不可補正、不可克服的矛盾。

雖然，這個瑕疵不是上訴人所提出的《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定的審理證據上明顯的錯誤的瑕疵，法院可以依職權審理事實審的所有其他瑕疵。

正如我們一直認為的，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項所指的理由說明方面不可補正的矛盾的瑕疵是裁判本身的瑕疵，即指在事實事宜方面的證據性理據說明中、法院設定的事實之間、或認定的事實與未獲認定的事實之間存在矛盾。這種矛盾是絕對的，即一方面說“是一”，另一方面又說“不是一”，而不能存在於被指互相矛盾的事實之間各自所表達的意思不同或者各自所證實的內容不同的事實之間。⁷

此外，又正如所作的裁判所認為，在既證事實與既證事實之間、既證事實與不獲證事實之間、和認定的事實事宜與法院敘述其心證形成的

⁷ 參見中級法院第 585/2009 號上訴案件於 2009 年 10 月 22 日、第 79/2003 號上訴案件於 2003 年 7 月 24 日、第 141/2004 號上訴案件於 2004 年 7 月 22 日的判決。

理由說明之間所發生的矛盾，倘表現為不可補正或不可克服時；換言之，不能通過訴諸被上訴裁判總體和一般經驗法則去解決的不相容情況，被上訴的裁判就是沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項所規定的“在理由說明方面出現不可補救之矛盾”了。

如在原審法庭認定和不認定的具體指控犯罪事實之間存在著明顯無可補救的相互矛盾關係，中級法院不可能對原審就上訴所觸犯的犯罪在法律上作出判斷，因不能根據如此相互矛盾的已證事實和未證事實去判案，法院因此互相矛盾的事實而無法確定受害人是否真正存在損失和嫌犯獲得不法利益而沒有辦法判處詐騙罪罪名成立或者不成立，並在確定有罪的前提下，確定損害賠償的金額。

在這情況下，我們只能按照《刑事訴訟法典》第 418 條第 1 款的規定，命令將本案發回初級法院，以便根據第 418 條第 3 款的規定另組合議庭重新審判有關上述互相矛盾的事實，並作出新的決定。

審理並決定了這個問題，上訴人所提出的所有其他問題就因為受到阻礙而沒有再審理的必要了。

四.決定：

綜上所述，中級法院合議庭依職權決定將本案發回初級法院，以便根據第 418 條第 3 款的規定另組合議庭重新審判有關上述互相矛盾的事實，並作出新的決定。

上訴人無需支付訴訟費用。

澳門特別行政區，2014 年 11 月 27 日

(裁判書製作人)

蔡武彬

(第一助審法官)

陳廣勝

(第二助審法官)

譚曉華