上訴案第 174/2015 號

日期：2015 年 10 月 8 日

主題： - 事實不足

摘 要

雖然控訴書的事實不足，法院也有責任在不違反控訴原則或者審檢分立的原則下將認定的事實調查清楚（《刑事訴訟法典》第 321 條），而不能在事實存在漏洞的情況下作出判決。

裁判書製作人

(蔡武彬)

上訴案第 174/2015 號

上訴人：A

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一.案情敘述：

澳門特別行政區檢察院控告嫌犯 A 為直接正犯，其既遂之故意行為觸犯《刑法典》第 211 條第 1 款、第 4 款 a 項、第 3 款，結合第 196 條第 b)項及 a)項規定，構成一項相當巨額詐騙罪和一項巨額詐騙罪，並請求初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭在第 CR4-14-0165-PCC 號合議庭普通程序案中，經過庭審，最後作出了以下的判決：

檢察院的控訴理由部份成立，並宣告對檢察院控訴嫌犯 A 以直接正犯和既遂方式觸犯《刑法典》第 211 條第 1 款、第 4 款 a 項、第 3 款和第 196 條第 b)項及 a)項規定及處罰的一項相當巨額詐騙罪和一項巨額詐騙罪的控罪更改定性，改為判處以直接正犯和既遂方式觸犯《刑法典》第 199 條第 4 款 b)項規定及處罰的一項相當巨額的濫用信任罪（涉款港幣三十萬元）和《刑法典》第 199 條第 4 款 b)項規定及處罰的一項巨額濫用信任罪（涉款港幣五萬元）並判決如下：

1. 對嫌犯 A 以直接正犯和既遂方式觸犯《刑法典》第 199 條第 4 款 b)項規定及處罰的一項相當巨額的濫用信任罪（涉款港

幣三十萬元)，判處一年六個月徒刑；

2. 對嫌犯 A 以直接正犯和既遂方式觸犯《刑法典》第 199 條第 4 款 a)項規定和處罰的一項相當巨額的濫用信任罪 (涉款港幣五萬元)，判處九個月徒刑；
3. 兩罪競合處罰，合共判處嫌犯 A 兩年徒刑，緩刑三年執行，緩刑條件為，嫌犯需在判決生效日起計的一年期間內履行本案判處其對受害人訂定的賠償責任。
4. 本案判處嫌犯 A 須向受害人 B 支付澳門幣三十六萬零五百元 (MOP\$360,500.00) 的損害賠償，另加自本案判決日起計至付清之法定延遲利息，其中，具體結算賠償數目按本案對被扣押金錢作出扣除為準。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起上訴，其內容如下：

- A. 上訴人被判處《刑法典》第 199 條第 4 款 b 項與第 199 條第 4 款 a 項所規定及處罰的一項相當巨額的濫用信用罪及一項巨額濫用罪，當中事實之判斷部份，出現了明顯錯誤。
- B. 而被上訴裁判中事實之分析判斷部份，即第 6 頁最後一段中，上述之證言被理解為“該證人亦聲稱，事件發生後，由於被害人的一名朋友虧欠嫌犯的款項，為此，其與嫌犯約定，由被害人向被害人的朋友取回虧欠嫌犯的款項以作抵償……”。
- C. “事件發生後方約定有關款項相互抵償”之講法，無論在卷宗以及審判過程中從未有人提出或有證據能顯示出。
- D. 故此，沾有《刑事訴訟法典》第四百條第 2 款 c 項之審查證據有明顯錯誤之瑕疵，該判決應被廢止。
- E. 而既然已有事前協議，因此嫌犯亦不存在不正當據為己有之

意圖，應不構成《刑法典》第 199 條巨額及相當巨額信任之濫用罪。

- F. 故此，應開釋嫌犯之巨額及相當巨額信任之濫用罪。
- G. 載於卷宗第 87 頁，受害人已透過明示意思表示放棄針對嫌犯民事責任之追究。
- H. 故此，有關裁決部份違反《刑法典》第 74 條 1 款 b 項之規定，應被廢止。

請求：綜上所述，請求尊敬的中級法院合議庭作出公正裁決。

檢察院就上訴人 A 所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 上訴人認為原審法院錯誤理解被害人證言，導致被上訴裁判存有在審查證據方面出現明顯錯誤的瑕疵。
2. 原審法院在事實分析判斷部份對被害人的證言轉述如下：“該證人亦聲稱，事件發生後，由於被害人一名朋友虧欠嫌犯的款項，為此，其與嫌犯約定，由被害人向被害人的朋友取回虧欠嫌犯的款項以作抵償……”。
3. 根據庭審錄音資料，原審法院對被害人證言的轉述與被害人庭審時的陳述有不相符之處，庭審時，被害人表示上述約定在事發前已達成。
4. 經閱讀被上訴裁判的事實分析判斷部份，我們不能肯定這不相符只是單純的筆誤還是原審法院對該名證人證言的理解有誤。
5. 倘真的是理解出現錯誤，而被上訴裁判是基於相信其轉述的被害人證言，即認為被害人與上訴人的抵償協議於上訴人取去屬於被害人的款項後方達成，則該心證形成明顯是有瑕疵

的。

6. 我們不能清楚知道該名證人的證言對於原審法院的心證形成的影響有多大，也不知道倘更正上述不相符之處後原審法院會否對事實作不同的認定。因此，在對不同見解保持應有尊重的前提下，我們認為原審法院的心證存有可被質疑的瑕疵，而且該瑕疵是不能被彌補的。

綜上所述，本院認為應裁定上訴理由成立，將案件發還重審。

駐本院助理檢察長提出法律意見書，其內容如下：

2014年12月5日，初級法院判處嫌犯A分別以直接正犯及既遂方式觸犯1項《刑法典》第199條第4款b項所規定及處罰之「相當巨額濫用信任罪」，處以1年6個月徒刑，以及1項同一法典第199條第4款a項所規定及處罰之「巨額濫用信任罪」，處以9個月徒刑；兩罪競合處罰，判以2年徒刑之單一刑罰，緩刑3年；緩刑條件是須在判決生效日起計一年內向被害人履行賠償。

嫌犯A不服上訴合議庭裁判而向中級法院提起上訴。

在其上訴理由陳述中，上訴人A認為被上訴的合議庭裁判違反《刑事訴訟法典》第400條第2款c項之規定。

對於上訴人A提出的上訴理由，我們認為明顯不成立。

上訴人A在其上訴理由陳述中，指責被上訴的合議庭將被害人B的庭上證言，尤其是涉及其多次承認在其容許上訴人A在其賭廳帳戶中提款的約定，是在上訴人A提款之前作出的，被上訴的合議庭卻錯誤理解成是在上訴人A提款之後才作出，因而認為被上訴的合議庭在審查證據上出現明顯錯誤，沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款c項所規定之瑕疵。

一如所知，眾多司法見解就《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所指的瑕疵已作出過精辟的解讀，包括中級法院最近於 2015 年 1 月 29 日在第 854/2014 號上訴案件及於 2015 年 1 月 22 日在第 837/2014 號上訴案件作出的裁判，讓我們不得不再表認同：

“《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所述及的在審查證據方面的明顯錯誤，是指法院在認定事實方面出現錯誤，亦即被法院視為認定或未認定的事實與實際在案件中應被認定或不應被認定的事實不相符，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。”

在本具體個案中，被上訴的合議庭裁判在作出事實分析判斷時的確記載著（見卷宗第 138 頁背面至第 139 頁）：

“庭審聽證時，證人即受害人 B 發表陳述，其聲稱於 2013 年 2 月期間曾指示嫌犯前往 C 娛樂城的“D 貴賓會”提取“碼糧”（即兌碼報酬），但其與嫌犯約定提款後必須透過電話向其作出通知，但是，其在本案事實發生後知悉嫌犯私下提款但並無向其作出通知；此外，該證人亦聲稱，事件發生後，由於被害人的一名朋友虧欠嫌犯的款項，為此，其與嫌犯約定，由被害人向被害人的朋友取回虧欠嫌犯的款項以作抵償，但是，因被害人的朋友不承認虧欠嫌犯的款項，故此，其只好躲避被害人，最終，被害人因無法取回相關款項而報警求助。”

不得不承認，任何一般的人在閱讀被上訴的合議庭裁判後，都必定能看得出裁判中的上述表述所反映出來的事實，跟上訴人 A 在其上訴理由中所列載的庭上錄音內容並不一致。

換言之，倘查證上訴人 A 所列載的庭上錄音內容屬實，則被上訴的合議庭所認定的事實就跟實際在案件中應被認定的事實不相符，從而出現在審查證據上的明顯錯誤的瑕疵了。

因此，在充分尊重的前提下，我們認同尊敬的檢察官閣下在其上訴理由答覆中之立場，認為被上訴的合議庭裁判確實沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項之瑕疵。

我們認為上訴人 A 之上訴理由成立，根據《刑事訴訟法典》第 418 條第 1 款之規定，將案件發回重審。

另外，在充分尊重的前提下，我們認為原審法院將檢察院的控罪由 1 項「巨額詐騙罪」及 1 項「相當巨額詐騙罪」變更為 1 項「巨額濫用信用罪」及 1 項「相當巨額濫用信用罪」之決定是不妥當的。

對於《刑法典》第 199 條所規定及處罰之「濫用信用罪」，Jorge de Figueiredo Dias 強調此犯罪的要點是，將以他人名義持有或擁有屬於他人動產不正當地據為己有，是透過不影響持有狀態的方法來侵犯他人的財產；因此，「濫用信用罪」在某些國家地區的法律秩序中被稱為「不當據有罪 (Apropriação indevida)」(見《Comentário Conimbricense do Código Penal-Parte Especial》，Jorge de Figueiredo Dias 第二冊，第 94 頁)。

同時，Jorge de Figueiredo Dias 亦教導，《刑法典》第 211 條所規定及處罰之「詐騙罪」所著重的是透過令他人產生錯誤的手段，使他人因著這種手段原因而處分財產，導致他人自己或第三人造成財產上的損失，意圖從中為行為人自己或他人獲得不正當財富。

此外，Jorge de Figueiredo Dias 重申「濫用信用罪」所擬保護的法益是所有權，而「詐騙罪」要保護的法益則是財產本身 (見《Comentário Conimbricense do Código Penal-Parte Especial》，Jorge de Figueiredo Dias 第二冊，第 275 頁)。

M. Leal Henriques 及 M. Simas Santos 為《刑法典》第 199 條所規定及處罰之「濫用信用罪」進行註釋時，指出行為人在起初時是合法有效地收下他人交來的動產，使其得以他人的名義臨時地擁有或持

有該動產，之後，卻改變成以所有人方式（“ut dominus”）繼續擁有或持有該動產（見《澳門民法典註釋》，M. Leal Henriques 及 M. Simas Santos，第 550 頁）。

在本具體個案中，被上訴的合議庭裁判所載的已證事實中並未看見被害人 B 將錢款交給上訴人 A，讓後者以其名義臨時持有的事實。

相反，上訴人 A 在其上訴理由中所提及的“跟被害人之間的約定”毫無疑問是存在的，要爭議的只是這個約定的訂立時刻而已；換句話說，被害人 B 交在上訴人 A 手上的涉案金額，或者說，上訴人 A 從被害人 B 的賭廳帳戶中提取的涉案金額，目的是當成債務抵銷而落入上訴人 A 手上的，即可確定目的是為了讓上訴人 A 以所有人方式（“ut dominus”）所擁有（見卷宗第 138 頁背面）。

在充分尊重的前提下，我們認為並不存在侵犯所有權的行為，因此，我們認為應維持檢察院控訴書對上訴人 A 所檢控的罪名，即控訴上訴人 A 以直接正犯及既遂方式觸犯 1 項《刑法典》第 211 條第 1 款、第 3 款及第 196 條 a 項所規定及處罰之「巨額詐騙罪」，以及 1 項同一法典第 211 條第 1 款第 4 款 a 項及第 196 條 b 項所規定及處罰之「相當巨額詐騙罪」。

綜上所述，應裁定上訴人 A 之上訴理由成立，應根據《刑事訴訟法典》第 418 條第 1 款之規定，將案件發回重審。

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：

經庭審聽證，原審法庭認定控訴書控訴的以下事實得以證實：

- 約在 2011 年年底，被害人即內地居民 B 與嫌犯 A 相識，之後，其要求嫌犯為其接待來澳賭博的朋友並協助彼等進行兌碼，為此，被害人每月予嫌犯港幣貳萬伍仟元作為報酬。
- 同時，被害人亦授權嫌犯可從其在“E 娛樂場”D 貴賓會內開設的第 XXXXX 號兌碼戶口提取現金和簽借免息信貸額（俗稱“MARKER”）以及買碼，但規定嫌犯事前須經賬房職員以電話通知被害人以取得其確認和同意。
- 自 2013 年 1 月份後，被害人不再要求嫌犯為其工作，為此，嫌犯知悉其已無權處理被害人的上述戶口。
- 但同 2013 年 2 月 5 日上午十時五十一分及 2013 年 3 月 6 日下午六時三十四分，嫌犯前往上述貴賓會帳房並以被害人僱員身份要求從被害人的兌碼戶口中提取款項，基於對嫌犯的信任，帳房職員分別從前述兌碼戶口提取港幣叁拾萬元及伍萬元交予嫌犯。
- 隨後，嫌犯將上述款項借予朋友進行賭博以及將之用於其個人消費。
- 嫌犯在明知、自願和有意識的情況下，利用他人對其身份的錯誤認識並違反被害人的意願，兩次將被害人存放於貴賓廳兌碼戶口的數額達相當巨額及巨額的款項取走以將之據為己。
- 嫌犯知悉其行為屬法律禁止且被法律制裁。
- 此外，審判聽證亦證實以下事實：
- 被害人於 2013 年 2 月曾指示嫌犯向“D 貴賓會”提取兌碼報酬（“碼糧”）。
- 刑事紀錄證明顯示，嫌犯為初犯。

- 嫌犯 A 聲稱職業為地產經紀，每月收入澳門幣六千五百元，具大學二年級學歷，需贍養母親。

未證事實：

經庭審聽證，本庭認為控訴書描述的以下事實未能得以證明：

- 於 2013 年 2 月 5 日上午十時五十一分及 2013 年 3 月 6 日下午六時三十四分，由帳房職員 F 從被害人的兌碼戶口提取港幣叁拾萬元及伍萬元交予嫌犯。

三.法律部份：

上訴人 A 在其上訴理由陳述中，指責被上訴的合議庭將被害人 B 的庭上證言，尤其是涉及其多次承認在其容許上訴人 A 在其賭廳帳戶中提款以及有關受害人的朋友欠嫌犯錢並用於抵債的約定，是在上訴人 A 提款之前作出的，被上訴的合議庭卻錯誤理解成是在上訴人 A 提款之後才作出，因而認為被上訴的合議庭在審查證據上出現明顯錯誤，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定之瑕疵。

在審理上訴人所指責的瑕疵之前，我們先看看原審法院所認定的事實，是否可以清楚理解事實原委：

嫌犯被判處兩項濫用信用罪名，分別是 2013 年 2 月 5 日和 3 月 6 日利用他人對其身份的錯誤認識並違反被害人的意願，兩次將被害人存放於貴賓廳兌碼戶口的數額達相當巨額及巨額的款項取走以將之據為己。因為自 2013 年 1 月份後，被害人不再要求嫌犯為其工作，為此，嫌犯知悉其已無權處理被害人的上述戶口。

然而，事實又證明：(雖然，嫌犯已經不再為其工作，但是)被害人於 2013 年 2 月曾指示嫌犯向“D 貴賓會”提取兌碼報酬(“碼糧”)。受害人，後來因為收不回這些金額而報警，似乎仍然認為其之前與嫌犯的約定“嫌犯事前須經賬房職員以電話通知被害人以取得其確認和同意”。

我們不能明白：

一者,2013年2月曾指示嫌犯向“D 貴賓會”提取兌碼報酬(“碼糧”)是否之前在嫌犯為受害人工作時所說的“被害人授權嫌犯可從其在“E 娛樂場”D 貴賓會內開設的第XXXXX號兌碼戶口提取現金和簽借免息信貸額(俗稱“MARKER”)?似乎不是,因為一者為兌碼報酬,一者為簽借免息信貸額(俗稱“MARKER”)。

二者,2013年2月5日上午十時五十一分嫌犯前往上述貴賓會帳房並以被害人僱員身份要求從被害人的兌碼戶口中提取款項港幣叁拾萬元是否在2013年2月曾指示嫌犯向“D 貴賓會”提取兌碼報酬(“碼糧”)的情況下進行?如果是,為何還要收回?如果不是,那就是法院所認定的事實不清楚,讓人難以理解實施的前因後果。

三者,既然嫌犯已經不再為受害人工作了,為何還要“指示嫌犯向“D 貴賓會”提取兌碼報酬(“碼糧”)”?

四者,受害人要求“嫌犯事前須經賬房職員以電話通知被害人以取得其確認和同意”,後來是因為嫌犯沒有經過賬房打電話,還是嫌犯經過了賬房,而賬房沒有打電話?

我們理解,這些事實都是控訴書所載,也已經全部得到證實。然而,雖然控訴書的事實不足,法院也有責任在不違反控訴原則或者審檢分立的原則下將認定的事實調查清楚(《刑事訴訟法典》第321條),而不能在事實存在漏洞的情況下作出判決。如此這般,原審法院確實陷入《刑事訴訟法典》第400條第2款a的規定的事實審理方面的瑕疵。

這些也僅僅是從原審法院所認定的事實表面來看的。

事實上,上訴人所提出的事實審理的瑕疵是對證據的審理的瑕疵,我們看看。

《刑事訴訟法典》第400條第2款c項所述及的在審查證據方面的明顯錯誤,是指法院在認定事實方面出現錯誤,亦即被法院視為認定

或未認定的事實與實際在案件中應被認定或不應被認定的事實不相符，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。

在本案中，被上訴的合議庭裁判在作出事實分析判斷時的確記載著（見卷宗第 138 頁背面至第 139 頁）：

“庭審聽證時，證人即受害人 B 發表陳述，其聲稱於 2013 年 2 月期間曾指示嫌犯前往 C 娛樂城的“D 貴賓會”提取“碼糧”（即兌碼報酬），但其與嫌犯約定提款後必須透過電話向其作出通知，但是，其在本案事實發生後知悉嫌犯私下提款但並無向其作出通知；此外，該證人亦聲稱，事件發生後，由於被害人的一名朋友虧欠嫌犯的款項，為此，其與嫌犯約定，由被害人向被害人的朋友取回虧欠嫌犯的款項以作抵償，但是，因被害人的朋友不承認虧欠嫌犯的款項，故此，其只好躲避被害人，最終，被害人因無法取回相關款項而報警求助。”

然而，正如上訴人 A 在其上訴理由中所列載的庭上錄音內容卻顯示事件發生之前，已經有因“被害人的一名朋友虧欠嫌犯的款項而與嫌犯約定，由被害人向被害人的朋友取回虧欠嫌犯的款項以作抵償”。不論如何，這些證據已經成為原審法院形成心證的基礎，而且是重要的事實，可以幫助澄清事實真相，原審法院卻沒有認定這些事實，因為這些事實也不僅僅是起到幫助法院理解其他事實的作用的證據。

由於原審法院並沒有認定這方面已經作出分析的證據作為已證事實，我們不能認為原審法院陷入被指責的瑕疵，而是因為這些重要的事實沒有被認定，陷入了上文所指的事實不足一樣的瑕疵。

確定了這個瑕疵，應該將卷宗發回原審法院，由沒有介入的法官組成的新的合議庭進行重審，彌補事實的漏洞，然後作出合適的決定，包括重新可考慮尊敬的助理檢察長在意見書中所提出的“原審法院將檢察院的控罪由 1 項「巨額詐騙罪」及 1 項「相當巨額詐騙罪」變更為 1 項

「巨額濫用信用罪」及 1 項「相當巨額濫用信用罪」的決定不妥”的意見。

四.決定：

綜上所述，中級法院裁定上訴人 A 的上訴理由成立，以不同的理由，根據《刑事訴訟法典》第 418 條第 1 款的規定，將案件發回原審法院，由沒有介入的法官組成的新的合議庭進行重審，彌補事實的漏洞，然後作出合適的決定，包括可重新考慮尊敬的助理檢察長在意見書中所提出的“原審法院將檢察院的控罪由 1 項「巨額詐騙罪」及 1 項「相當巨額詐騙罪」變更為 1 項「巨額濫用信用罪」及 1 項「相當巨額濫用信用罪」的決定不妥”的意見。

本程序無需支付訴訟費用。確定嫌犯的委任辯護人的報酬為 3000 元，由終審法院院長辦公室支付。

澳門特別行政區，2015 年 10 月 8 日

蔡武彬

José Maria Dias Azedo

陳廣勝

(但本人認為上訴庭不得依職權審查《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所指的問題)。