

編號：第 827/2020 號（刑事上訴案）

日期：2021 年 4 月 29 日

重要法律問題：

- 從犯
- 量刑
- 緩刑

裁判書內容摘要

1. “從犯”的行為實際上不能超出物質上或精神上的單純幫助。換言之，從犯只是為他人的行為提供幫助，但並不參與其中。

2. 上訴人在整個犯罪事實的實施過程中，已經不是簡單地應第一嫌犯的要求以“微信”聯繫被害人兌換貨幣。在第三次兌換貨幣時，如首兩次，仍由上訴人聯繫被害人兌換貨幣，上訴人在第一嫌犯收取到相關款項，並收到第一嫌犯指示要求上訴人以“微信”向被害人轉賬後，上訴人卻藉故離開，之後，第一嫌犯也找藉口離開，然後，迅速切斷與被害人的聯繫，可見，上訴人所作的事實已經完全超出了提供物質上或精神上之幫助，而是參與實施了構成詐騙罪罪狀的事實。

3. 根據《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幅之間，以罪過及刑罰目的作出決定，而法律賦予法院在

刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由。上訴法院的審查也僅限於原審法院的最後選擇的刑罰明顯過高或者刑罰不合適的情況。

4. 緩刑的前提要件包括形式要件（針對不超過三年的徒刑）及實質要件（存在正面的社會期盼），具體而言：在符合緩刑的形式要件的前提下，仍須仔細考量相關的實質要件是否得到確認，包括特別預防及一般預防兩個層面。

裁判書製作人

周艷平

澳門特別行政級中級法院 合議庭裁判書

編號：第 827/2020 號（刑事上訴案）

上訴人/第二嫌犯：A

日期：2021 年 4 月 29 日

一、案情敘述

於 2020 年 5 月 21 日，在初級法院刑事法庭第 CR1-19-0421-PCC 號卷宗內，合議庭裁定：

- 第一嫌犯 B 及第二嫌犯 A，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 4 款 a 項配合第 196 條 b 項所規定及處罰的一項詐騙罪，各判處二年九個月實際徒刑。
- 另外，判處兩名嫌犯須以連帶責任方式向被害人 C 賠償港幣 600,000 元；該賠償須附加自本判決日起計至完全繳付有關賠償時的法定利息。

*

第二嫌犯 A 不服，向本院提起上訴。

上訴人的上訴理由闡述載於卷宗第 302 頁至第 322 頁。¹

¹ 上訴人之上訴理由闡述之結論部分如下：

1. Vem a 2.^a arguida condenada pela prática em co-autoria material e na forma consumada de um crime de burla de valor consideravelmente elevado, p. e p. pelos 211.º n.º 1 e 4, al a) e 196.º, al. b) ambos do Código Penal, na pena de 2 anos e 9 meses de prisão efectiva, e solidariamente com o 1.º arguido, a indemnizar a ofendida no valor de HKD\$600.000,00 (seiscentos mil Hong Kong dólares), acrescidos dos respectivos juros legais desde a data da sentença até integral pagamento.
2. Com o devido respeito, por tudo o que se aduziu e de uma análise cuidada dos factos provados e não provados em que se baseou o Acórdão recorrido, podemos concluir que a 2.^a arguida foi punida, em co-autoria material e consumada por um crime de burla (qualificada) no qual apenas participou como cúmplice.
3. Isto porque a decisão recorrida padece do vício de erro de direito previsto no artigo 400.º, n.º 1, do Código de Processo Penal porque, da conjugação dos artigos 25.º e 26.º do Código Penal, o Tribunal a quo deveria ter condenado a 2.^a arguida como mera cúmplice e não como co-autora.
4. Aliás, in casu há razões, por existir documentação da prova produzida em audiência e ser notório e manifesto que os factos aí dados como provados, conjugados com as regras da experiência para crer que não impõem o resultado probatório almejado pelo colectivo a quo, a qual é sindicável pelo Tribunal de Segunda Instância, que deverá assim ajustar a pena aplicada.
5. Acontece que da prova indiciária carreada nos presentes autos e dos depoimentos prestados em audiência e julgamento pelas testemunhas e sem pretender confundir a divergência entre a convicção pessoal da Recorrente sobre a prova produzida em audiência e a convicção que o Tribunal a quo firmou sobre os factos, questão do âmbito da livre apreciação da prova, cumpre contudo realçar o seguinte:

- Os factos dados como provados no Acórdão não se mostram suficientes e firmes para a decisão de direito que condena a Recorrente em co-autoria num crime de burla de valor consideravelmente elevado, o que consubstancia erro de direito por não existirem no Acórdão em causa, motivos de facto e de direito que possam determinar tal condenação.

6. Isto porque não existem nos autos provas suficientes, designadamente testemunhais ... ou outras, para permitir a convicção do Tribunal a quo de que:

"(..) os dois arguidos para conseguirem benefícios patrimoniais ilegais, combinaram entre si dividir tarefas e usando o pretexto da troca de moedas e gozando da confiança da ofendida, por terem já anteriormente efectuado transferências com a mesma, praticaram em co-autoria material e na forma consumada um crime de "burla de valor consideravelmente elevado (...)" (cfr. Acórdão, fls. 286 verso dos autos).

7. O que resulta dos factos é que o 1.º arguido ordenou à 2.ª arguida, que através do WeChat contactasse a ofendida, o que já tinha feito em dezenas de outras ocasiões, para proceder à troca de HKD\$600.000,00 (seiscentos mil Hong Kong dólares).

8. Entre o 1.º e a 2.ª arguida não houve uma actuação concertada, aliás foi através de uma decisão e execução individual do 1.º arguido que o crime se consumou e a forma de cometimento surge em acto de desespero por parte do mesmo, que com vontade de recuperar HKD\$700.000,00 (setecentos mil Hong Kong dólares) que tinha perdido ao jogo, resolve enganar a ofendida (cfr. Acórdão, fls. 285 verso, dos autos).

9. No projecto criminoso encetado pelo 1.º arguido, a 2.ª arguida apenas deveria fazer um telefonema à ofendida, igual aos que dezenas de vezes fez anteriormente, ao longo do ano 2019 e, logo que a ofendida chegasse ao casino, deveria abandonar o local e aguardar pelo marido nas Portas do Cerco.

10. Conforme está provado, o marido não lhe solicitou que procedesse à transferência do montante em causa, ficando assim afastada a simulação de que iria proceder à transferência do

montante a favor da ofendida, que lhe é imputada no artigo 7.º da acusação (cfr. Acórdão, fls. 285 verso, dos autos).

11. A actuação da 2.ª arguida limita-se ao telefonema efectuado à ofendida e há que reconhecer que independentemente das razões que se possam invocar, o cancelamento do WeChat por parte da mesma, em nada contribuiu para a produção do resultado final.

12. A actuação da 2.ª arguida não é essencial, isto é, imprescindível para que o plano gizado pelo 1.º arguido resultasse e se viesse a efectivar, uma vez que o próprio conhecia a ofendida, aliás, a fls. 49 dos autos, a própria ofendida declara que deu o dinheiro antecipadamente ao 1.º arguido por já ter anteriormente ter negociado com ele.

13. A ofendida, após ter chegado ao casino do MGM/COTAI entregou ao 1.º arguido o valor em que se consubstanciou a burla, de HKD\$600.000,00 (seiscentos mil Hong Kong dólares), sendo que o projecto criminoso encetado pelo 1.º arguido, nem sequer previu a partilha, com a 2.ª arguida, do sucesso do resultado produzido.

14. Aliás, o sucesso do resultado produzido durou cerca de duas horas, porque esse valor foi perdido pelo 1.º arguido ao jogo, noutra casino da RAEM, no MGM/Macau, quando a 2.ª arguida já se encontrava nas Portas do Cerco a aguardá-lo, conforme instruções dele recebidas.

15. Mais, ficou provado que o valor apreendido à 2.ª arguida não era proveniente da prática de crime (cfr. Acórdão, fls. 285 verso, dos autos).

16. Da factualidade dada como provada, verifica-se prova insuficiente que permita concluir que a 2.ª arguida tenha agido em co-autoria isto é, que tenha havido "intenção criminosa conjunta", uma vez que a Recorrente actuou sob "instruções do 1.º arguido", dado o ascendente que o cônjuge marido exercia sobre a mesma.

17. Assim, verifica-se conforme acima referido erro de direito, porque a matéria de facto provada não conduziu a uma decisão juridicamente adequada, pois a mesma não permite decidir de direito, que a 2.ª arguida agiu em co-autoria.

18. Isto porque, como consigna o Acórdão de 11.04.2002, Proc. n.º 21/2002, do T.S.I.:

"(...) para haver co-autoria (ou comparticipação) necessário é que tenha havido por parte dos agentes do crime uma decisão conjunta com vista à obtenção de um determinado resultado e uma execução igualmente conjunta, ainda que cada um dos co autores não participe na execução de todos os actos integradores da infracção (...)" e, in casu, constata-se que a matéria de facto provada não permite concluir por essa decisão de direito.

19. A 2.ª arguida é cúmplice porque teve uma actuação à margem do crime concretamente cometido, quedando-se em actos anteriores à sua efectivação, sendo que a cumplicidade se traduziu num mero auxílio ou facilitação à realização do acto praticado pelo 1.º arguido, aliás, o mesmo ter-se-ia realizado de igual forma, sem a ajuda desta.

20. A 2.º arguida não participa na execução, ainda que parcial, do projecto criminoso, fica fora do acto típico e, como resulta nomeadamente, dos Acórdãos de 28.04.2011, processo n.º 415/2010, e do de 29.10.2015, no Processo n.º 751/2015, são requisitos essenciais para que ocorra "comparticipação criminosa" sob a forma de "co-autoria", a existência de decisão e de execução conjuntas.

21. In casu nem tão pouco existiu um acordo tácito, no sentido de ter havido consciência/vontade de colaboração da 2.ª arguida com o 1.º arguido na execução deste crime, quando muito, o que existiu foi uma conformação em face do ascendente que o seu marido ora 1.º arguido tem sobre ela.

22. No que respeita à execução, embora na co-autoria legalmente não seja indispensável que cada um dos agentes intervenha em todos os actos ou tarefas tendentes a atingir o resultado final, importa, no entanto, que a actuação de cada um, embora parcial, se integre no todo e conduza à produção do objectivo em vista.

23. In casu tal não se verificou isto é, não houve uma actuação concertada entre os dois arguidos para que um deles feri-se o bem tutelado isto porque, a actuação da 2.ª arguida não é

essencial, não é imprescindível para que o plano gizado pelo 1.º arguido resultasse e se viesse a efectivar, uma vez que o próprio conhecia a ofendida, aliás, a fls. 49 dos autos a própria declara que lhe deu o dinheiro antecipadamente por já ter anteriormente negociado com ele.

24. Da factualidade resultante dos autos apenas se colhe que a intervenção da 2.ª arguida constitui um auxílio mas que, nem parcialmente se integra no projecto criminoso com o objectivo de produzir o resultado pretendido.

25. Reconhece-se que a situação dos autos tem alguma particularidade, uma vez que o 1.º arguido é o marido da 2.ª arguida, situação que faz toda a diferença, dada a dependência económica e psicológica desta perante aquele.

26. Mas repete-se, a actividade criminal descrita na factualidade provada e que deu lugar à condenação dos dois arguidos pelo crime que lhes é imputado não foi levada a cabo com divisão de tarefas e conjugação de esforços, daí a conduta da 2.ª arguida dever deixar de ser valorada em co- autoria para dever passar a assumir a natureza de cumplicidade.

27. Há assim que alterar a qualificação jurídico-penal operada em conformidade, declarando-se a 2.ª arguida cúmplice do crime pelo qual foi condenada, e, em consequência, fixar-se nova pena.

28. A este propósito atenda-se ao Acórdão de 14.01.2016 no Processo n.º 1053/2015, cujo relator é o Venerando Juiz do T.U.I. Dias Azedo.

"(...)

afigura-se-nos de consignar que, em processo penal, aconselhável, (ou mesmo, imprescindível), é assegurar o "duplo grau de jurisdição", no sentido de se reconhecer a qualquer interveniente processual - desde que lhe assista legitimidade e tenha interesse processual - a faculdade de impugnar a decisão em relação à qual não se conforma e de a submeter a uma reapreciação por um Tribunal (hierarquicamente) superior.

E, nesta conformidade, cremos nós que se deve evitar situações em que o Tribunal (de recurso)

funciona - como se referiu - como "Tribunal da primeira e última condenação".

Outro elemento a ter em conta nesta questão é, sem dúvida, a observância do princípio do contraditório, e, obviamente, a existência ou não nos autos, de todos os elementos necessários à boa decisão da causa, (nomeadamente, quanto à pena a aplicar).

...

Por sua vez - e este é um aspecto com evidente relevo na situação dos autos - atento o estatuído no art. 390.º, n.º 1, al. g) do C.P.P.M., e em face da solução adoptada, do presente aresto deste T.S.I. cabe recurso para o V do T.U.I.

(...)"

29. Dito isto e como no caso dos autos, a 2.ª arguida foi condenada pela prática de crime como co-autora, quando deveria ter sido condenada como cúmplice, tendo presente o que provado está em relação à sua conduta, nomeadamente o seu grau de participação, o seu dolo eventual e o valor em questão e uma vez que se mostram reunidos todos os elementos necessários, deverá ser decida a nova pena a aplicar à mesma.

30. Assim e em harmonia com o estatuído nos artigos 211.º, n.º 4, al. a), 40.º e 65.º, todos do Código Penal, considera-se justo e adequado que o Venerando Tribunal fixe, para a sua participação no crime cometido como cúmplice, uma pena especialmente atenuada, inferior à aplicada em co-autoria, de 2 anos e nove meses de prisão, em conformidade com o preceituado no artigo 26.º, n.º 2, do Código Penal.

Do apreendido

31. Para além do exposto, repita-se, o dinheiro apreendido à 2.ª arguida, no montante de HKD\$34.000,00 (trinta e quatro mil Hong Kong dólares) e de CNY\$3.800,00 (três mil e oitocentos remimbis), não são produto proveniente da prática do crime.

32. Daí que o Tribunal a quo tenha consignado, no Acórdão a fls. 288 dos autos, que se devolva à 2.ª arguida o dinheiro apreendido.

Do enquadramento jurídico-penal dos factos

33. A presente condenação configura erro de direito no enquadramento jurídico-penal dos factos, já que a factualidade provada contém todos os elementos típicos necessários - objectivos e subjectivos - para que a condenação proferida e ora recorrida, no que respeita à forma do seu cometimento, assuma a natureza de cumplicidade e não de co-autoria.

34. Assim deverá o Douto tribunal superior acolher o alegado, no sentido de a 2.^a arguida/Recorrente ser considerada uma mera "auxiliar" e que, da matéria de facto provada, não resulta existir o "conluio dos arguidos", a "união de esforços" e a "partilha de tarefas" para se alcançarem os objectivos traçados pelo 1.^o arguido.

35. Aliás, não chega à 2.^a arguida agir na forma de dolo eventual isto é, representar a possibilidade de que a ofendida poderia vir ser enganada como consequência possível da sua actuação e conformar-se com esse resultado, para ser condenada em co-autoria porque, como consigna o Acórdão de 11.04.2002, proc. n.º 21/2002, "(...) para haver co-autoria (ou comparticipação) necessário é que tenha havido por parte dos agentes do crime uma decisão conjunta com vista à obtenção de um determinado resultado e uma execução igualmente conjunta, ainda que cada um dos co-autores não participe na execução de todos os actos integradores da infracção (...)", o que in casu não se constata.

Da medida da pena à suspensão da sua execução

36. Conforme estipula o artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal: "A aplicação de penas visa a protecção de bens e valores jurídicos e a reintegração do agente na sociedade", pelo que há que procurar um ajustado equilíbrio entre as finalidades supra referidas, podendo uma prevalecer sobre a outra.

37. No caso concreto, mesmo considerando que os bens e os valores jurídicos protegidos e tutelados pelo crime de burla são valiosos, os mesmos podem ficar secundarizados por via de uma eventual supremacia do escopo da ressocialização.

38. O Código Penal consagra, como resulta do disposto nos seus artigos 40.º e 65.º, que a aplicação de uma pena tem como finalidades a protecção do bem jurídico, a prevenção geral e a prevenção especial.

39. Porém in casu e com o devido respeito, é de rejeitar a opinião perfilhada pelo Tribunal a quo a fls. 287 do Acórdão no sentido de que, “(...) casos idênticos de burla têm acontecido com frequência em Macau pelo que há necessidade de se fazer um combate severo a este tipo de crime daí o Colectivo entender não ser suficiente a mera censura para atingir essa finalidade e por isso não suspenda a pena aplicada”.

40. Isto porque, concretizando os vectores enunciados, o n.º 2 do artigo 65.º do Código Penal, quer quanto ao grau de ilicitude do facto, quer ao modo de execução, constata-se que a gravidade das consequências é circunstância atendível que, não fazendo parte do tipo de crime, depõem a favor da 2.ª arguida.

41. Porquanto, no referente à 2.ª arguida,

- Nem a conduta típica se revestiu de forte gravidade, atento o tipo de actos e condutas que lhe são imputadas;
- Nem os factos que lhe são imputados quanto ao modo de execução e à gravidade das consequências se revelam gravosos, comparativamente com os imputados ao 1.º arguido, pois nem tão pouco partilhou do resultado produzido.

42. Assim, tendo em conta que a 2.ª arguida não tem antecedentes criminais e, contrariamente ao 1.º arguido não veio do interior da República Popular da China nem para jogar nem para praticar um crime mas sim para cumprir o seu papel de cônjuge e mostra uma personalidade que se vislumbra ser perfeitamente recuperável, não se justifica que por razões de prevenção especial, lhe seja aplicada uma pena efectiva tanto mais que, se encontra em prisão preventiva há mais de oito meses.

43. Ora, em face do disposto no artigo 48.º do Código Penal, atendendo a que a pena de prisão

*

駐初級法院刑事法庭的檢察院代表作出答覆，認為應裁定上訴人之上訴理由不成立，維持原審法院的判決（詳見卷宗第 333 頁至第 339 頁）。

檢察院的答覆（結論部分）如下：

一、關於上訴人是否應定性為「從犯」並獲特別減輕刑罰的問題

1. 本案上訴人之情況符合澳門《刑法典》第 25 條所規定的「共同直接正犯」之要件，即上訴人是與第一嫌犯(B)透過協議直接共同參與實施詐騙之犯罪事實，屬「共同直接正犯」，而不是如上訴人在其上訴書中所指的僅僅屬於對第一嫌犯故意實施之詐騙事實，故意提供物質上或精神上之幫助的「從犯」。

2. 本案中，上訴人聯同第一嫌犯三次與被害人以人民幣兌換港幣的行為完全是互相關聯的系列行為，三次皆由上訴人透過微信與被害人聯系並提出兌換港幣的要求，且頭兩次基本上由上訴人接收港幣籌碼及負責將人民幣透過中國內地的網上銀行向被害人的內地銀行帳戶

aplicada não é superior a três anos, deverá ser feita uma ponderação pelo Tribunal Superior, porque se afigura ser possível fazer um juízo de prognose favorável e concluir que in casu a suspensão da respectiva execução da pena realiza de forma adequada e suficiente as finalidade da punição.

Nestes termos e pelos fundamentos expostos devem acordar os Venerandos Juizes do Tribunal de Segunda Instância em conceder provimento ao recurso.

轉帳，前兩次的成功兌換贏得被害人的信任，至第三次當被害人交付出港幣 60 萬現金後，上訴人首先借故離開現場，之後第一嫌犯再尋機快步逃離，上訴人隨後迅速在微信中拉黑被害人，令被害人無法聯絡及尋找上訴人及第一嫌犯，從而無法獲得其理應獲得的與兌換 60 萬港幣相對應的人民幣款項，令被害人遭受 60 萬港幣的財產損失。

3. 上述整個實施詐騙犯罪之全過程皆有充分證據予以證實，上訴人並無異言。

4. 因此，完全可以認定，上訴人在整個犯罪事實的實施過程中，絕不是如其在上訴書中所說的，是僅僅起著對第一嫌犯故意作出之詐騙，提供物質上或精神上之幫助而已。

5. 相反，我們認為已證事實顯示上訴人與第一嫌犯明顯是出於共同的意圖和預謀而達成協議，並分工合作，共同直接參與詐騙事實，而且上訴人在整個詐騙活動中的角色及其所起的作用並不比第一嫌犯低。

6. 事實上，三次兌換港幣的要求皆由上訴人直接透過微信向被害人提出，頭兩次的相當巨額的籌碼(分別為 50 萬港幣及 22 萬港幣)皆由上訴人收取，且透過內地網上銀行將兌換港幣相對應之人民幣款項轉給被害人的內地銀行帳戶的事實皆由上訴人實際操作實施，並因此而獲得被害人的信任，令被害人相信上訴人及第一嫌犯的第三次兌換 60 萬港幣要求也真實可信，所以向第一嫌犯交出 60 萬港幣現金，期待上訴人會如之前兩次一樣透過網上銀行系統將兌換港幣相對應的人民幣轉入被害人的內地銀行帳戶。然而最終令被害人的預期落空及受

欺騙，從而遭受港幣 60 萬元的財產損失。

7. 因此，上訴人所實施的行為事實完全符合澳門《刑法典》第 25 條所規定的“...與某人透過協議共同直接參與實事之實行者...”，屬於本案詐騙事實的「共同直接正犯」，而絕不是如其上訴書中所指的「從犯」。

8. 正如「獲證明之事實」第 17 條已清楚表明：「兩名嫌犯共同協議和分工合作，故意以兌換外幣為借口及前兩次成功兌換來取得被害人信任，從而促使被害人將相當巨額款項直接交予兩名嫌犯，目的是將收到的款項不正當據為己有。」

9. 退一步說，如果上訴人真的沒有與其丈夫，即第一嫌犯 B 達成共同協議，其理應執行丈夫(第一嫌犯)指示透過“微信”或如之前兩次一樣透過網上銀行系統向被害人作出轉帳，即使因暫時缺乏足夠資金而沒有能力轉帳，按正常邏輯常理及一般經驗，也應該自己向被害人作出說明或告知第一嫌犯向被害人作出說明，而不是在第一嫌犯還未離開及未有新指示前借故逃離並迅速將被害人從微信中拉黑從而令被害人無從聯絡。

10. 因此，我們不同意上訴人所提出的其僅限於聽從丈夫，即第一嫌犯 B 的指示而致電被害人，沒有參與實施詐騙行為的上訴理由。

11. 綜上所述，檢察院認為，原審判決在裁定上訴人以直接共同正犯的形式觸犯一項詐騙罪的定罪正確，並不存在上訴人所指的沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之“適用法律”瑕疵，沒有違反《刑法典》第 25 條及 26 條之規定。

12. 由此，上訴人也就自然不享有《刑法典》第 26 條第 2 款所規定的比照「正犯」所處刑罰而予以特別減輕。

二、關於是否給予上訴人緩刑的問題

13. 檢察院認為，上訴人在本案例中因觸犯一項詐騙罪而被判處 2 年 9 個月徒刑(為不超逾三年之徒刑)，只是符合了法律所規定的給予緩刑的形式前提。

14. 對上訴人是否給予緩刑，尚需考慮是否符合法律所規定的實質前提，即“經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，認為僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的”。

15. 也就是說，在具體個案中，在考慮是否給予上訴人緩刑時，不僅要考察和評估嫌犯的人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節，尚需顧及刑罰的懲治功能及預防犯罪的功能，即尚需考慮刑罰的一般預防及特別預防的法定需要。

16. 眾所周知，旅遊博彩業為本特區的經濟命脈，但近年來由博彩業所衍生出的各種犯罪包括搶劫、詐騙等等亦有增加趨勢，這些犯罪不僅破壞本澳旅遊博彩業的國際形象，而且嚴重影響社會的安寧和秩序，有必要有針對性地加強打擊，增強對此類犯罪的一般預防。

17. 從刑罰的特別預防的角度考慮，上訴人為中國內地居民，與其丈夫，即第一嫌犯 B 來澳合謀共同作案，且騙取了被害人 C 港幣 60 萬元。雖然上訴人屬初犯，但其實施犯罪並非偶然，而是有事先的預謀策劃，其犯罪的故意程度十分高，且從未向被害人作出任何賠償。

18. 上訴人雖然在庭審中表示後悔，但卻提出取回其在本案被扣押的港幣 3 萬 4 仟元及人民幣 3 仟 8 佰元之請求(參見卷宗第 320 頁)，顯然是不欲將被扣押的款項用作支付被害人的部分賠償(參見卷宗第 288 頁)，足以顯示其仍缺乏真正的悔意。

19. 從上訴人的人格及犯罪前後之行為表現，以及從刑罰之一般預防及特別預防之法定需要來看，就本個案而言，僅僅對事實作出譴責並以監禁作威嚇不足以達到及實現刑罰之目的，故此，上訴人不宜獲得緩刑。

20. 檢察院認為，原審法院合議庭判處上訴人 2 年 9 個月實際徒刑之判決沒有違反《刑法典》第 48 條的規定，不存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所規定之“適用法律”的瑕疵。

*

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，認為應裁定上訴人之上訴理由不成立，駁回上訴及維持原判(詳見卷宗第 355 頁至第 356 頁)。

*

本院接受上訴人提起的上訴後，組成合議庭，對上訴進行審理，各助審法官檢閱了卷宗，並作出了評議及表決。

二、事實方面

原審法院經過庭審確認了以下事實：

(一) 查明屬實之事實：

一、

2019 年 11 月 9 日晚上約 8 時 49 分, B(第一嫌犯)及其妻子 A(第二嫌犯)一起經蓮花口岸進入澳門。之後, 第二嫌犯透過“微信”聯絡之前認識並在娛樂場內從事兌換外幣的 C(女被害人)要求兌換港幣 51 萬元。

二、

同日晚上約 9 時, 被害人安排一名叫“D”的朋友陪同下一起前往兩名嫌犯入住的新濠影匯巨星匯大堂會合。其時, 被害人應第二嫌犯要求將港幣 1 萬元交予第一嫌犯。兩名嫌犯帶同被害人及“D”一起到巨星匯酒店 XXX 號房間(由第一嫌犯登記入住)。

三、

在酒店房間內, 第二嫌犯透過他人的網上銀行將人民幣 461,550 元匯款至被害人在中國內地的工商銀行帳戶(帳戶號碼: 6212263602016306078)。完成匯款後, 被害人隨即將 5 個港幣 10 萬元籌碼交予第二嫌犯。

四、

2019 年 11 月 10 日下午約 3 時, 第二嫌犯透過“微信”聯絡被害人再要求兌換港幣 22 萬元進行賭博。

五、

同日下午約 4 時, 被害人與其朋友 E 一同前往新濠影匯娛樂場高額投注區帳房門口與兩名嫌犯會合。其時, 第二嫌犯透過他人的網上銀行將人民幣 199,100 元匯款至被害人在中國內地的工商銀行帳戶

(帳戶號碼：6212263602016306078)。完成匯款後，被害人分兩次將合共 22 個港幣 1 萬元籌碼交予第二嫌犯。

六、

同日下午約 5 時，第二嫌犯透過“微信”聯絡被害人再次要求兌換港幣 60 萬元，並相約其前往美獅美高梅娛樂場“至尊會”會合。

七、

同日下午約 5 時 40 分，被害人與其朋友 E 一同前往上述娛樂場與兩名嫌犯會合。被害人在“至尊會”將港幣 60 萬元交予第一嫌犯。第一嫌犯隨即要求到場的一名娛樂場公關協助將上述現金兌換成籌碼，並著第二嫌犯透過“微信”對被害人作出轉帳。其時，被害人與第二嫌犯坐在貴賓會休息區內等候。第一嫌犯則在貴賓會內。

八、

未幾，第二嫌犯藉口外出致電，起身離開貴賓會休息區。第一嫌犯上前著被害人放心，並著其提供一個中國內地銀行帳戶，以便其吩咐家人立即對被害人作出轉帳。

九、

被害人取出其本人的一張中國平安銀行的銀行卡予第一嫌犯進行拍照，之後，第一嫌犯假裝外出致電家人進行轉帳，當第一嫌犯步行至貴賓會門口，便快速離開。被害人見狀跑至貴賓會門外時，第一嫌犯不見踪影，之後在貴賓會內也找不到第二嫌犯，且發現其微信帳號已被第二嫌犯拉入黑名單，沒法聯絡。

十、

同日下午約 5 時 45 分，第一嫌犯離開上述娛樂場並登上的士離去。

十一、

同日晚上約 7 時 50 分，被害人要求娛樂場保安員協助報警。

十二、

同日晚上約 8 時 05 分，兩名嫌犯一起經關閘口岸離開澳門返回中國內地。

十三、

2019 年 11 月 11 日下午約 3 時 20 分，兩名嫌犯一同經關閘口岸進入澳門時被警員截獲。

十四、

司警人員在第一嫌犯身上搜獲一部手提電話及港幣 30000 元，該手提電話和現金是第一嫌犯參與本案犯罪活動時的聯絡工具及犯罪所得。

十五、

司警人員在第二嫌犯身上搜獲一部手提電話、港幣 34000 元及人民幣 3800 元，該手提電話是第二嫌犯參與本案犯罪活動時的聯絡工具。

十六、

兩名嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，故意作出上述行為。

十七、

兩名嫌犯共同協議和分工合作，故意以兌換外幣為借口及前兩

次成功兌換來取得被害人信任，從而促使被害人將相當巨額款項直接交予兩名嫌犯，目的是將收到的款項不正當據為己有。

十八、

兩名嫌犯知悉其行為是澳門法律所禁止和處罰的。

*

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。

兩名嫌犯的個人及家庭狀況分別如下：

嫌犯 B—被羈押前為商人，月入人民幣 40,000 元至 50,000 元。

—需供養岳母、妻子及一名成年女兒。

—學歷為初中畢業。

嫌犯 A—被羈押前為無業，靠丈夫生活。

—需供養母親及一名成年女兒。

—學歷為中專畢業。

*

(二) 未獲證明之事實：載於控訴書內的其他事實，尤其：

在第二嫌犯身上搜獲的現金是其參與本案犯罪活動時的犯罪所得。

三、法律方面

本上訴涉及以下問題：

— 從犯

- 量刑
- 緩刑

*

（一）從犯

上訴人認為其行為屬於從犯，並不構成正犯，被上訴判決錯誤適用了《刑法典》第 25 條和第 26 條的規定。上訴人指出，其並沒有與其丈夫（即：第一嫌犯）合謀，只是聽從其丈夫（即：第一嫌犯）的指令聯繫被害人，其行為只是為其丈夫提供了幫助。

*

《刑法典》第 25 條（正犯）規定：

親身或透過他人實行事實者，又或與某人或某些人透過協議直接參與或共同直接參與事實之實行者，均以正犯處罰之；故意使他人產生作出事實之決意者，只要該事實已實行或開始實行，亦以正犯處罰之。

《刑法典》第 26 條（從犯）規定：

一、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。

.....

*

以共同正犯進行的共同犯罪必須具備兩個要件：為達到某一結果的共同決定，以及同樣是共同進行的實施犯罪行為。

對於共同犯罪，在實施犯罪行為時，並非必須每個行為人參與所

有（實施犯罪的）行為，只需要每一行為人的行動構成犯罪整體的部份，以及結果是每一行為人所想要的，即使僅屬於或然故意的形式亦然。

“從犯”的行為實際上不能超出（物質上或精神上的）（單純）幫助。換言之，從犯只是為他人的行為提供幫助，但並不參與其中。

根據本案獲證事實，上訴人和第一嫌犯為夫妻關係，兩名嫌犯三次與被害人以人民幣兌換港幣，三次皆由上訴人透過微信與被害人聯系並提出兌換港幣的要求，首兩次由上訴人接收港幣籌碼及負責將人民幣透過中國內地的網上銀行向被害人的內地銀行帳戶轉帳，前兩次的成功兌換贏得被害人的信任。第三次，當被害人交付港幣 60 萬現金後，第一嫌犯著上訴人“微信”轉賬給被害人，然而，上訴人首先以外出致電為借口離開現場，之後第一嫌犯再尋機快步逃離，上訴人隨後迅速在微信中拉黑被害人，令被害人無法聯絡及尋找上訴人及第一嫌犯，從而無法獲得其理應獲得的與兌換 60 萬港幣相對應的人民幣款項，令被害人遭受 60 萬港幣的財產損失。

可見，上訴人在整個犯罪事實的實施過程中，已經不是簡單地應第一嫌犯的要求以“微信”聯繫被害人兌換貨幣。上訴人與第一嫌犯合謀，以首兩次成功兌換贏得被害人的信任，然而，在第三次兌換貨幣時，仍由上訴人聯繫被害人兌換貨幣，上訴人在第一嫌犯收取到相關款項並收到第一嫌犯指要求上訴人以“微信”向被害人轉賬後，上訴人卻藉故離開，之後，第一嫌犯也找藉口離開，然後，迅速切斷與被害人的聯繫，上訴人所作的事實已經完全超出了提供物質上或精神

上之幫助，而是參與實施了構成詐騙罪罪狀的事實。

基於此，上訴人的上訴理由不成立。

*

(二) 量刑

上訴人指稱，基於上訴人為從犯，其實施犯罪的故意也只是或然故意，以及其願意用被扣押的屬於自己的金錢賠償被害人，且有悔意等情節，應根據《刑法典》第 40 條及第 65 條之規定，改判其一較輕徒刑，並根據《刑法典》第 48 條規定，予以暫緩執行。

*

《刑法典》第 40 條和第 65 條規定了刑罰的目的以及量刑的準則。

根據《刑法典》第 40 條第 1 款的規定，刑罰之目的旨在保護法益及使行為人重新納入社會，即：從一般預防和特別預防兩個方面作考量。前者，主要從一般預防的積極方面考慮，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，同時遏止其他人犯罪；後者，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。

《刑法典》第 40 條第 2 款規定了刑罰之限度，確定了罪刑相當原則。根據該原則，刑罰的程度應該與罪過相對應，法官在適用刑罰時

不得超出事實當中的罪過程度。

《刑法典》第 65 條規定了確定具體刑罰份量的準則，在確定刑罰的份量時，須按照行為人之罪過及預防犯罪的要求為之，同時，亦須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節，尤其是：犯罪行為的不法程度、實行之方式、後果之嚴重性、行為人對被要求須負義務之違反程度、故意之嚴重程度、所表露之情感、行為人之動機、行為人之個人狀況及經濟狀況、事發前後之行為及其他已確定之情節。

按照《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，法院應在法定的最低刑及最高刑刑幅之間，根據行為人罪過及預防犯罪的要求，同時一併考慮所有對行為人有利或不利而不屬犯罪罪狀的情節，作出選擇具體刑罰之決定。

*

《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幅之間，以罪過及刑罰目的作出決定，而法律賦予法院在刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由。既然法律容許法院自由在法定的刑幅之間決定一個合適的刑罰，簡單引用《刑法典》第 65 條的量刑情節，已經足以表明法院確實考慮了這些因素，只不過是在衡平的原則下選擇一個自認為合適的刑罰，而上訴法院的審查也僅限於原審法院的最後選擇的刑罰明顯過高或者刑罰不合適的情況。（中級法院 2019 年 7 月 11 日合議庭裁判，上訴案第 23/2019 號）

*

首先，上訴人以其為從犯為理由要求給予特別減輕刑罰之輕判，

基於上述決定，其理由明顯不成立。

接下來，至於其他理由，上訴人認為其犯罪故意為或然故意，犯罪故意程度不高，有悔意並且願意賠償等。從上訴人參與犯罪的經過和所作事實，顯而易見，兩名嫌犯是事先有計劃及預謀地實施詐騙，上訴人的犯罪故意並非是或然故意，而是主動參與的直接故意。

根據卷宗資料，上訴人非為本澳居民，其與第一嫌犯合謀、分工、協作實施犯罪行為。原審法院的量刑，並不存在違反《刑法典》第 40 條和第 65 條的規定之情況，不存在量刑過重過度。

*

（三）緩刑

上訴人要求給予其暫緩執行所判徒刑。

*

澳門《刑法典》第 48 條（前提及期間）規定：

一、經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，認為僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的者，法院得將科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。

.....

給予刑罰的暫緩執行應以對行為人將來的行為作有利的預測為基礎，且令人有信心透過刑罰的威嚇，行為人能從判刑中汲取到教訓，並有理由相信其藉著將來遵守法律及符合法律的生活而不會再次犯罪。²

² 《澳門刑法典註釋及評述 第二冊》 盧映霞、陳曉疇 譯 第 66 頁，摘自 1991 年 7 月 10 日葡萄牙最高法院合議庭裁判，《司法見解匯篇》，第 16 期，第 4 卷，第 14 頁。

緩刑是行為人承擔其刑事責任的一種獨立的刑事法律制裁方式，而並非一種放寬處理刑罰責任的措施。在符合法定前提的條件下，法院針對個案“可以”（而並非“必須”）裁定徒刑的暫緩執行。

緩刑的前提要件包括形式要件（針對不超過三年的徒刑）及實質要件（存在正面的社會期盼）。所謂“正面的社會期盼”，或稱為“社會的良好預測”，是指透過分析行為人的人格、生活條件、實施犯罪前後的行為表現、犯罪情節，判斷暫緩執行徒刑是否足以讓行為人遠離犯罪，及藉此維護社會所希望保障的法益。對行為人將來行為的預測，需要考慮可預測的風險，且有具體的資料予以支持，令人有理由相信會出現正面的、而非負面的情況。只有當法院考慮到行為人的責任、其生活狀況以及案件顯示的其他情節，認為緩刑能適當令行為人遠離犯罪、且法益得以獲得維護時，方可適用緩刑。

簡言之，在符合緩刑的形式要件的前提下，仍須仔細考量相關的實質要件是否得到確認，包括特別預防及一般預防兩個層面。

*

被判刑人是否認罪及具有悔改之意，是考慮適用緩刑與否的因素之一。本案卷宗資料顯示，上訴人為初犯，否認犯罪，雖然其表示願意以卷宗返還其的金錢賠償被害人，且經過羈押做出反省，然而，未足以顯露其真心悔改之意。

本案，足見上訴人對其行為的負面價值和危害性缺乏認識，未有展現出應有的悔改之意。結合上訴人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，亦可見其守法意識十分薄弱，難以令本合議庭作

出有利的給予其暫緩執行刑罰的預測結論，因此，本案對上訴人處以緩刑並不能適當及充分實現刑罰的目的，尤其不能滿足特別預防的需要。

另一方面，需考慮對犯罪一般預防的要求。

上訴人參與實施的「詐騙罪」行為，目前為多發且日間嚴重的犯罪，相關行為的不法性甚高，嚴厲打擊、遏制該類犯罪的一般預防之要求甚高。雖然上訴人的犯罪故意程度一般，但是，在無其他更為充分的有利情節性，上訴人並無可降低一般預防要求的表現。

*

基於此，上訴人提出的上訴理由不成立，維持實際執行徒刑之決定。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人 A 的上訴理由不成立，維持原判。

*

上訴人須支付本上訴之訴訟費用，其中，司法費定為 4 個計算單位。

著令通知。

—*—

澳門，2021 年 4 月 29 日

周艷平(裁判書製作人)

蔡武彬(第一助審法官)

陳廣勝(第二助審法官)