

--- 簡要裁判 (按照經第9/2013號法律修改的<<刑事訴訟法典>>第407條第6款規定) ---
--- 日期: 22/02/2022 -----
--- 裁判書製作法官: 蔡武彬法官 -----

上訴案第 100/2022 號

上訴人: A (A)

澳門特別行政區中級法院裁判書製作人

簡要判決

一、案情敘述

澳門特別行政區檢察院控訴嫌犯 A 為直接正犯，其既遂行為觸犯了三項《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a) 項結合第 196 條 b) 項所規定及處罰的巨額詐騙罪，並提請初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR1-21-0201-PCC 號案件中，經過庭審，最後判決嫌犯 A，以直接正犯身分及在犯罪既遂的情況下，以連續犯方式觸犯了《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項結合第 196 條 b 項、第 221 條、第 201 條第 1 款及第 67 條所規定及處罰的一項相當巨額詐騙罪，判處二年實際徒刑。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起上訴：

1. 本上訴是針對原審法院對上訴人判處二年實際徒刑之決定不服。
2. 在上述卷宗中，上訴人被裁定以直接正犯身分及在既遂的情況下，以連續犯方式觸犯了《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項結合第 196 條 b 項、第 221 條、第 201 條第 1 款及第 67 條所規定及處罰之一項「相當巨額詐騙罪」，判處二年實際徒刑。
3. 在尊重原審法院的見解的前提下，上訴人認為被上訴判決違反《刑法典》第 48 條第 1 款之規定，而沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所指的瑕疵。
4. 上訴人認為被上訴判決量刑較重，且超越了量刑應考慮的法定情節的依據，違反罪刑相適應原則。
5. 根據《刑法典》第 48 條第 1 款的規定：「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。」
6. 緩刑的要件有：1)形式要件；2)實質要件。形式要件：不超逾三年之徒刑。實質要件：考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節等等因素之後認為僅對犯罪事實作出譴責並以監禁作威嚇即可適當及充分地實現刑罰的目的。
7. 刑罰的目的，正如《刑法典》第 40 條所作的規定，刑罰的目的在於保護法益及使行為人重新納入社會。
8. 而適用緩刑也正是集中反映在犯罪的預防之上，條件是取決於法院對嫌犯的人格特徵、生活條件以及在犯罪前後的行為和犯罪情節的考量所形成的總體評價。
9. 主流學說上，犯罪預防分為一般預防和特別預防二種。
10. 前者的一般預防不是單指對犯罪行為和犯罪人的恐嚇和懲戒，而是指通過適用刑罰達到恢復和加強公眾的法律意識，保障其

對因犯罪而被觸犯的法律規範的效力、對社會及個人安全所抱有的期望，並保護因犯罪行為的實施而受到侵害的公眾或個人利益的積極作用，同時遏止其他人犯罪。

11. 後者的特別預防則旨在通過對犯罪行為人科處刑罰，尤其是通過刑罰的執行，使其吸取教訓，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。
12. 本文中，上訴人被裁定以直接正犯身份及在既遂的情況下，以連續犯方式觸犯了《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項結合第 196 條 b 項、第 221 條、第 201 條第 1 款及 67 條所規定及處罰之一項「相當巨額詐騙罪」，判處二年實際徒刑，即已符合緩刑之形式要件。
13. 實質要件方面，上訴人認為應從上述第 7 點所指之情況作考慮。
14. 就上訴人的人格方面及生活方面：
15. 上訴人為初犯、上訴人不曾與第三人發生金錢糾紛。
16. 上訴人為人熱衷幫助身邊朋友，是一位樂於助人的人。
17. 即使上訴人為一名退休人士，但一直有兒子供養，有孫兒孫女陪伴，倘上訴人出獄後留在澳門生活，亦有朋友願意照顧上訴人及提供住處給上訴人。
18. 此外，上訴人一直患有高血壓、糖尿病，曾於羈押期間因中風入院。
19. 倘若予上訴人緩刑機會，對上訴人而言，不但可以得到更好的治療，亦可以讓上訴人與家人共聚天倫。
20. 對於現年 73 歲的上訴人來說，這無疑是預防其再次犯罪的一大推動力。
21. 上訴人的犯罪前後的行為方面。
22. 上訴人並非為逃避刑責而長時間不回來澳門。

23. 即使上訴人除了持有澳門居民身份證、香港居民身份證、以及加拿大居留權。
24. 上訴人只是選擇了中國內地為生活重心。
25. 而上訴人的住處，可以透過輔助人於本卷宗內提交的資料得知上訴人一直居住於廣州某一酒店，可見其擁有固定居所。
26. 再者，上訴人是在其居住在廣州的酒店被內地警方帶回澳門時。
27. 內地警方首次到上訴人居住的酒店向上訴人提到將在翌日帶走上訴人並送回澳門。
28. 上訴人於翌日沒有刻意離開該酒店，全程配合內地警方的程序。
29. 在輔助人於本案中的損失問題上。
30. 上訴人於審判聽證前已作出全額的賠償。
31. 於審判聽證前更獲得輔助人的原諒。
32. 從上訴人在犯罪前後之行為可見，上訴人是心存悔意，有悔過之心，其在庭上作出完全毫無保留自認，配合審判，坦誠認罪，更主動在庭上請求法庭批准其向輔助人作當面的道歉。
33. 此外，在判庭聽證當日，因上訴人基於其患病及已向輔助人作出全額賠償為理由向原審法庭聲請變更強制措施。
34. 檢察院亦就上訴人聲請變更強制措施發表了意見，並表示不反對以非羈押的強制措施代替羈押。
35. 由此可見，檢察院亦接納上訴人於犯罪前後的變化，尤其犯罪後彌補其惡害方面。
36. 在本案中，同時符合緩刑之形式及實質要件，在犯罪預防方面，未能預見給予上訴人緩刑必然會動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，不利對法律的權威和尊嚴的維護，而在特別預防上，亦未見僅以監禁作威嚇和譴責不足以令上訴人約束自

己日後行為舉止，從而不再實施犯罪。

37. 在考慮對上訴人之刑罰時，希望法官 閣下不妨再給與上訴人一次機會，以徒刑作威嚇，以致日後能約束其個人行為舉止，從而不再實施犯罪，即使上訴人過往因實施過同類的犯罪而被判刑，法院仍是決定暫緩執行本案所判之徒刑。
38. 因此，在應有的尊重下，懇請判處上訴理由成立，被上訴判決實質違反了《刑法典》第 48 條第 1 款之規定，沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款「錯誤理解法律而生之瑕疵」。
39. 並廢止被訴判決中不予緩刑的決定，建議給予上訴人不多於五年的緩刑期間，以及須於判決確定後兩個月內向澳門特別行政區捐獻澳門幣 100,000 元作為緩刑條件。

請求，綜上所述，請求尊敬的中級法院法官 閣下：

- 1) 接納本上訴及裁定上訴理由成立；
- 2) 根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款規定，裁定被上訴判決沾有“錯誤理解法律”的瑕疵；
- 3) 廢止被上訴裁判關於不給予上訴人緩刑的決定；
- 4) 並隨之給予上訴人不多於五年的緩刑期間，及決定合理的捐獻金額。

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆：

- 1) 上訴人提出了原審法院沒有對上訴人被判處之徒刑給予緩刑是違反了《刑法典》第 48 條第 1 款之規定。
- 2) 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。
- 3) 緩刑的給予取決於形式要件及實質要件。

- 4) 在本案中，上訴人被判處 2 年徒刑，並不超逾 3 年，符合形式要件。
- 5) 然而，要對上訴人給予緩刑，還需考慮“是否能適當及充分地實現處罰之目的”。
6. 雖然上訴人為初犯，自願承認被指控的事實，但本次犯罪故意程度甚高及被騙取的款額十分巨大，以及犯罪持續的時間頗長。上訴人實施的詐騙行為，不單只侵害了被害人的財產，還對在澳門從事投資移民的業界造成負面影響，最終擾亂了社會秩序，具有嚴重的社會危害性，我們認為一般預防有更高的要求。
7. 考慮到本案的具體情況和澳門社會所面對的現實問題，尤其是對上訴人所犯罪行進行特別預防及一般預防的迫切需要，我們認為僅對事實作譴責並以徒刑作威嚇，不能適當及不足以實現處罰之目的，上訴人的刑罰不應暫緩執行。
8. 綜上所述，本院認為上訴人的上訴理由不成立。

駐本院助理檢察長提出法律意見書，認為應該判定上訴人的上訴理由不成立，駁回相關上訴請求，維持原判。

本院接受上訴人提起的上訴後，裁判書製作人在初端批示中認為上訴理由明顯不成立，故運用《刑事訴訟法典》第 407 條第 6 款 b 項規定的權能，對上訴作出簡要的審理和裁判。

二、事實方面

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

1. 2014 年 9 月，嫌犯 A 因一宗民事訴訟認識 B (輔助人，身份資料載於卷宗第 15 頁)，二人繼而成為朋友，雙方一直保持相當友好的關係。期間，嫌犯得悉輔助人有意安排子女到加拿大接受教育。

2. 2016 年初，嫌犯向輔助人表示其認識加拿大某城市的市長，曾成功協助多名親友辦理投資移民加拿大的手續，可以安排輔助人投資移民加拿大，建議輔助人選擇投資於加拿大阿爾伯塔省，因為手續較簡單，費用較便宜，之後可以再轉到溫哥華定居。嫌犯提供的方法是由輔助人向嫌犯交付十五萬加元，嫌犯自己再出資十五萬加元，合共三十萬加元作為輔助人注資於嫌犯在加拿大有份投資經營的輪軸生意公司，嫌犯將該公司的部分股份轉讓予輔助人，輔助人便可以投資為由辦理移民加拿大手續。嫌犯向輔助人表示五年之後會將輔助人投資的款項退還予輔助人。嫌犯稱其視輔助人為家人，故願意無償協助輔助人辦理移民手續，不過，輔助人需要先支付三萬加元作為投資移民的律師費。輔助人信以為真，於 2016 年 5 月 10 日以一張中國銀行澳門分行的本票向嫌犯支付港幣 183,721 元(當時折合三萬加元)，將該本票存入嫌犯於澳門國際銀行開立之帳戶(帳號：10021-*****-8，戶名：A)。
3. 2016 年 11 月下旬，嫌犯要求輔助人支付上述協議的十五萬加元，以便嫌犯為其辦理投資移民之手續。輔助人相信嫌犯，於同年 12 月 1 日購買一張中國建設銀行股份有限公司澳門分行金額為港幣 500,000 元之本票及一張澳門國際銀行金額為港幣 367,000 元之本票，將該兩張本票存入嫌犯上述於澳門國際銀行開立之戶口，合共向嫌犯支付了港幣 867,000 元(當時折合十五萬加元)。
4. 2017 年 2 月 22 日，嫌犯建議輔助人改為投資加拿大不列顛哥倫比亞省，因為該省為溫哥華所屬省，氣候較宜居，手續亦方便，不過為此輔助人需再支付十五萬加元，即合共投資三十萬加元，嫌犯會協助出資五十萬加元，讓投資額達八十萬加元，成功辦理移民後可以退回股份並取回所注資的金錢。輔助人同意，便於 2017 年 3 月 8 日按嫌犯要求，購買一張澳門國際銀行金額為港幣 885,045 元的本票(當時折合十五萬加元)，將之存入嫌犯上述於澳門國際銀行開立之戶口。

5. 2017 年 9 月初，嫌犯又向輔助人表示其在申請移民的五年期間需有兩年時間在加拿大居住，為了使輔助人在該段期間可以繼續在澳門從事律師工作，保持穩定收入，嫌犯可以安排輔助人作為其加拿大公司派駐澳門工作的人員，輔助人便無需在加拿大長期居住亦可取得居留權，但為此需多付十萬加元，嫌犯可以如上所述提供協助，使總投資額高達一百萬加元，這樣，輔助人便可以在成功申請移居後免除長期留於加拿大但仍確保其擁有居留權的身份。輔助人再次相信嫌犯，於 2017 年 9 月 11 日購買一張工銀澳門金額為港幣 633,000 元的本票（當時折合十萬加元），將之存入嫌犯上述於澳門國際銀行開立之戶口。
6. 輔助人存入上述款項之後，嫌犯均確認收到，並聲稱已將該等款項轉到加拿大律師或嫌犯在加拿大的公司，又聲稱有關投資款項在投放公司後約兩年至兩年半便可取回。
7. 大約一年之後，輔助人向嫌犯查問有關投資移民手續的進展，嫌犯訛稱正在為輔助人及其家人辦理中。
8. 2019 年 2 月中旬，嫌犯聯絡輔助人，表示上述投資移民手續已辦妥，要求輔助人於同年 8 月份騰出 14 個工作日，以便與嫌犯一同到加拿大簽署辦理投資移民的文件，輔助人於是與嫌犯相約於 2019 年 8 月 13 日至 28 日到加拿大溫哥華。
9. 2019 年 7 月下旬，嫌犯告知輔助人，由於其在加拿大的公司有一名股東去世，無法簽署相關文件，因此她不會前往溫哥華。輔助人向嫌犯追問其加拿大律師的聯絡方法，以便輔助人直接與該律師商量解決辦法，但嫌犯以其律師不會與輔助人見面為由，拒絕向輔助人提供該律師的聯絡方法。
10. 2020 年 1 月 21 日，輔助人得悉大部分辦理加拿大移民手續只需兩年至兩年半時間，但嫌犯為輔助人辦理相關手續已逾四年，開始感到懷疑，於是再追問嫌犯，要求嫌犯提供加拿大的律師和相關公司的名字、地址等資料，嫌犯只推說移民計劃正在處

理中，暫需再多兩年時間，叫輔助人耐心等待。由於嫌犯以各種藉口拖延，輔助人透過加拿大移民部門的官方網站亦未能找到嫌犯所述的投資移民方法，懷疑受嫌犯欺騙，決定報警求助。

11. 事實上，嫌犯收取輔助人上述所給付的款項後，並沒有將款項匯到加拿大，亦從來沒有為輔助人辦理任何投資移民加拿大的手續，只是將該等款項作為嫌犯本人的生活和消費使用。
12. 輔助人因嫌犯之上述行為合共損失港幣 2,568,766 元，折合約澳門幣 2,645,829 元。
13. 嫌犯 A 是在自由、自願和有意識的情況下故意作出上述行為，為自己取得不正當得利，以協助輔助人辦理投資移民加拿大為由，騙取輔助人向其交付相當巨額金錢，之後又以不同理由騙取輔助人兩次加大投資額，分別再向嫌犯給付相當巨額金錢。實際上，嫌犯並非移民代理，沒有能力亦從來沒有為輔助人辦理任何投資移民加拿大的手續，將其騙取輔助人給付的金錢全部用於其個人生活和消費上。
14. 嫌犯清楚知悉其行為為法律所禁止和處罰。

同時，亦證明下列事實：

- 根據刑事紀錄證明，嫌犯為初犯。
- 嫌犯自願承認被指控的犯罪事實。
- 嫌犯的個人及家庭狀況如下：
- 嫌犯被羈押前為退休人士。
- 無需供養任何人。
- 學歷為初中二年級。

未獲證明之事實：沒有。

三、法律部份

上訴人在其上訴理由中，認為其為初犯、患病、並非為逃避刑責而長時間不回澳門、已於審判聽證前作出全額的賠償和獲得輔助人的原諒、檢察院曾表示不反對以非羈押的強制措施代替羈押以及倘給予其緩刑機會，不但可以令其得到更好的治療，亦可以讓其與家人共聚天倫。

理由明顯不能成立。

我們知道，法院經過庭審以及作出定罪之後，經過量刑而確定了具體的刑罰，就具有權力和義務決定是否適用《刑法典》第 48 條規定的徒刑的緩刑的制度。緩刑的刑罰制度的適用，集中反映在犯罪的預防之上，條件是取決於法院對嫌犯的人格特徵、生活條件以及在犯罪前後的行為和犯罪情節的考量所形成的總體評價。

一般來說，上訴法院對原審法院在訴訟的直接以及口頭原則之下進行的審判活動所形成的對嫌犯的印象的評分難於作出適當的糾正，上訴法院作出介入也僅限於這些評核出現明顯錯誤以及明顯失平衡的情況下。

就緩刑而言，《刑法典》第 48 條規定了緩刑的前提：『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。』

從這個規定我們可以看到，緩刑並不是只要所處刑罰不超逾三年徒刑就會自動適用的機制，它的採用還取決於法律所規定的其他條件，尤其是下列實質要件的是否成立：如果法院在考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節等等因素之後認為僅對犯罪事實作出譴責並以監禁作威嚇即可適當及充分地實現刑罰的目的時才能宣告將所通用的徒刑暫緩執行。具體地說，倘可預見行為人受到刑罰的威嚇和譴責後，即會約束自己日後行為舉止，從而不再實施犯罪，以及即使徒刑被暫緩執行，亦不致動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，無削弱法律的權威和尊嚴，可以給予緩刑。

然而，原審判決認為上訴人不符合給予緩刑的實質要件，並指出：

“同時，根據《刑法典》第 48 條之規定，考慮到嫌犯之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，尤其嫌犯雖為初犯，但考慮到

其犯罪持續的時間頗長、涉案騙款額十分巨大及嫌犯得悉因本案被警方調查後便長時間不返回澳門以圖逃避刑責，本合議庭認為現僅對事實作譴責並以監禁作威嚇並不足以實現對類似犯罪行為的一般預防及特別預防，即難以實現處罰之目的，故不予緩刑。”

首先，在本案中，上訴人的故意程度高及涉案款項數額相當巨大，實際執行徒刑是刑罰必要性的合理且恰當的體現，而緩刑顯然不足以使上訴人從判刑中引以為誡。

其次，上訴人所犯之罪在本澳時有發生，基於一般預防的考慮，倘對上訴人適用緩刑，不僅不利於其真正警醒而不再犯罪，還會向社會發出不良訊息，讓人感覺違法代價低，無形中降低了法律的威懾作用。因此，透過實際執行刑罰強化全社會的守法觀念，藉此實現刑罰的一般預防目的亦在情理之中。

就本案而言，無論是基於上訴的個人情況而引致的特別預防需要，還是基於處罰相關犯罪所固有的一般預防需要，上訴人雖然符合了適用緩刑的形式要件（被判處 2 年徒刑），但是，根據案中的事實並不能顯示其已符合法律所要求的“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”的實質要件。因此，原審法院判處上訴人實際徒刑均並不存在明顯的不合適和罪刑失衡，沒有違反《刑法典》第 48 條的規定，也就決定了不存在上級法院介入的空間。

四、決定

綜上所述，中級法院裁判書製作人裁定上訴人 A 的上訴理由不成立，予以駁回，並維持原判。

判處上訴人繳付 5 個計算單位的司法費以及訴訟費用，以及支付《刑事訴訟法典》第 410 條第 3 款所規定的相同計算單位的懲罰性金額。

澳門特別行政區，2022 年 2 月 22 日

蔡武彬 (裁判書製作人)