

上訴案第 231/2020 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，其既遂行為觸犯了澳門《刑法典》第 211 條第 1 款、第 4 款 a)項配合第 196 條 b)項所規定及處罰的一項相當巨額詐騙罪。並請求初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR2-17-0012-PCC 號案件中，經過庭審，最後判決嫌犯：

1. 嫌犯 A 被控告為直接正犯，其既遂行為觸犯了澳門《刑法典》第 211 條第 1 款、第 4 款 a)項配合第 196 條 b)項所規定及處罰的一項相當巨額詐騙罪，罪名成立，判處三年實際徒刑。
2. 判令嫌犯支付輔助人財產損害賠償，合共人民幣肆佰萬元 (RMB\$4,000,000.00)財產損害賠償，於支付時作澳門幣結算，並附加自本判決作出之日起直至完全支付時之法定利息。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起了上訴：

1. 上訴人認為被上訴判決中在定罪方面存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項的審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵。
2. 在本案中，上訴人在聲明中稱曾於 2014 年（具體日期不詳）

向被害人 B 表示其持有澳門合法之博彩中介人牌照以及在 XX 娛樂場二樓設有 XXX 金殿賭廳。

3. 然而，這只是上訴人面對初認識的被害人將自己的能力誇大的表述，而且根據卷宗資料並未能顯示上述誇大能力的表述是於雙方合作磋商的階段發生。
4. 由於未能排除以上誇大能力的表述是於雙方初認識的閒談中發生，不能顯示誇大能力是上訴人設計的詐騙金錢的圈套。
5. 本案的重點，應在於上訴人與被害人所達成的合作協議以及後續上訴人是否積極履行協議當中。
6. 按照合作協議，被害人如經營無業務擴展，可獲年分紅原股本金的 20%，以及根據被害人運營的業績及貢獻來決定是否能成為 XXX 賭牌的分牌權。
7. 根據 XXX 娛樂管理有限公司的商業登記證明資料，上訴人於 2015 年 3 月 16 日將股額澳門幣 1,000 元的一股轉讓予被害人，並於 2015 年 3 月 20 日申請登記。
8. 被害人分別於 2015 年 2 月 16 日、3 月 19 日及 4 月 2 日將合共人民幣四百萬元匯款予上訴人。
9. 根據證人 C 以及證人 D 的證言，上訴人一直有意在 XX 廣場設立“XXX 金殿”賭廳，並曾到 XX 廣場視察以及到“XX 會貴賓廳”詢問開設賭廳的事宜。
10. 根據獲證明的事實第 12 點，配合上訴人的聲明及證人 C 的證言，能顯示上訴人在得悉澳門博彩經營權不易取得後，於 2015 年 4 月 26 日曾透過律師樓打算將金錢退還予被害人，但被害人因未明之原因而不同意收取款項。
11. 如此，可以充分顯示上訴人履行協議的積極性，以及後來得悉澳門博彩經營權不易取得，亦在收取最後一次匯款後不足一個的短時間內主動將金錢退還予被害人。

12. 以上情節未能顯示上訴人曾有詐騙金錢以獲取不正當利益的意圖，被上訴判決存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，應將獲證明之事實第 9 至 11 點列為未能證實。
13. 根據《刑法典》第 211 條第 1 款所規定的罪狀，詐騙罪在主觀要素方面要求為自己或第三人不當得利的特定意圖，屬於“意圖犯”(*delito de intenção*)。
14. 正如上文所述，被上訴判決中的獲證明的事實第 9 點至 11 點關於上訴人主觀方面的事實應為不獲證實。
15. 上訴人在案中的行為並不符合《刑法典》第 211 條第 1 款所規定的詐騙罪的罪狀要件。
16. 基於此，針對有關指控的詐騙罪(相當巨額)，應予開釋上訴人。
17. 若不認同上述觀點，仍然認同上訴人觸犯了有關罪名，有關量刑亦是不適度的，存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之瑕疵。
18. 如上述所述，上訴人曾主動向被害人退款，而且這個退款的行為是於最後一次收到匯款後不足一個月之內發生。
19. 可以顯示，上訴人符合《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項所規定的對損害盡力作出彌補的特別減輕情節。
20. 上訴人為初犯，配合以上主動退款的特別減輕情節，所顯示的惡性相對較低。
21. 細看被上訴判決的量刑的理由說明部份，並沒有考慮到上訴人主動退款的特別減輕情節。
22. 因此，除了表示應有的尊重外，根據《刑法典》第 40 條、65 條以及第 66 條 2 款 c 項之規定，被上訴判決中所判處的三年實際徒刑刑罰過重，存有減刑的空間。
23. 被上訴判決在量刑上違反《刑法典》第 40 條、65 條以及第 66

條 2 款 c 項之規定，存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所規定之違反法律的瑕疵。

24. 關於上訴人觸犯的一項相當巨額的詐騙，應對其判處不高於二年三個月徒刑較為適宜。

25. 另外，上訴人在本案發生時為 70 歲，而現年近 75 歲。

26. 上訴人具有大學的教育水平，為一間公司的負責人，月入港幣 128,000 元，沒有家庭負擔。

27. 根據上文所提及的一切有利情節，尤其是上訴人主動在短時間內還款、刑事紀錄為初犯、年事已高、教育水平及經濟能力良好，可見其再次犯罪的機會極微，故僅對事實所譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的。

28. 基於此，根據《刑法典》第 48 條第 1 款，謹請 法官閣下在具體刑罰上能給予上訴人徒刑暫緩執行的機會。

綜上所述，謹請尊敬的 中級法院法官閣下裁定：

- 1) 上訴人提出的第一個上訴理由成立，針對上訴人被指控的《刑法典》第 211 條第 1 款、第 4 款 a) 項、配合第 196 條 b) 項所規定及處罰的一項相當巨額詐騙罪，開釋上訴人；或
- 2) 若不認同上述主張，關於上訴人所觸犯的上述犯罪，改判不高於二年三個月徒刑，並在具體刑罰上給予徒刑暫緩執行的機會。

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆：

- 1) 在尊重不同觀點下，我們認為，本案的重點應是：上訴人（嫌犯）是否曾向被害人說上訴人持有澳門合法博彩仲介人牌照？同時，是否有向被害人說上訴人在澳門 XX 娛樂場二樓開設 XXX 金殿賭廳？同時，以上內容是否真實存在的？
- 2) 在今次重審，上訴人缺席審判，經宣讀其同意宣讀的聲明，上訴人事實上是承認了有向被害人說以上的說話內容。但今次重

審，證人均表示上訴人有意在澳門 XX 娛樂場二樓開賭廳，但都沒有成功。

- 3) 另一方面，在今次重審中，證實了“XXX 娛樂管理一人有限公司”或“XXX 娛樂管理有限公司”事實上並沒有經營娛樂場的資格，祇是有經營娛樂管理及餐飲管理服務資格而已；同時，也證實了上訴人在邀請輔助人（被害人）投資時，上訴人並沒有賭場中介人牌照，上訴人向被害人說其有該牌照及在澳門開設賭廳，令被害人對上訴人產生信心，從而付款投資，並先後給予上訴人總數為人民幣四百萬元的投資款項。
- 4) 因此，經過重審，毫無疑問，我們可足以認定上訴人的行為在客觀上及主觀上符合了《刑法典》第 211 條第 1 款、第 4 款 a) 項結合第 196 條 b) 項所規定及處罰的罪狀，對被害人觸犯了一項相當巨額詐騙罪，被上訴判決沒有沾有審查證據有錯誤的瑕疵。
- 5) 在量刑方面，上訴人表示願意退還人民幣四百萬元給被害人，且曾主動聯絡被害人，祇是被害人最後不同意。在今次重審中，證人 C 表示，曾陪同上訴人去...律師樓，將所有資料留下，以便簽退股協議，但後來又不能簽了。
- 6) 由此顯示，上訴人在早期已努力想退還款項，以彌補被害人的損失，並有悔改之意。上訴人屬初犯，是年過七十多歲的老人家，具大學教育水平，經濟能力良好，相信再次犯罪的機會不高，故在量刑上可考慮判處不多於 3 年的徒刑，並根據《刑法典》第 48 條給予緩刑機會。

基於此，檢察院建議判處上訴人上訴理由部份成立。

輔助人 B 就上訴人 A 所提出的上訴作出答覆：

- 1) 根據本案的已證事實可見，上訴人在輔助人面前明確聲明自己在澳門有經營賭廳的業務及持有作為博彩中介人的准照。

- 2) 更甚者，上訴人向輔助人展示卷宗第 45 至 46 頁的虛假博彩中介人准照。
- 3) 上述由上訴人所作出的行為無疑已經是正在實際一系列的詭計，從而令輔助人信以為真上訴人真是已經正在從事及經營博彩中介活動。
- 4) 再者，上訴人面對輔助人相信其言詞繼而欲作出相關投資時，上訴人不但沒有立即指出其言詞僅屬“誇大”；反之，上訴人繼續接受輔助人的投資款項。
- 5) 上訴人此等行為無疑就是令輔助人一步一步地跌入上訴人的騙局之中。
- 6) 顯然而見，上訴人的行為已經完全符合《刑法典》第 211 條第 1 款所規定的所有客觀構成要件。
- 7) 至於主觀特定故意方面，讓我們回想到中級法院曾於 2019 年 3 月 28 日第 1049/2017 號合議庭裁判就本案此一具體問題作出了精闢的見解。
- 8) 最後，上訴人表示其曾嘗試申請開設博彩貴賓廳，以及其收取輔助人最後一期款項後的一個月已打算向輔助人退還款項；然而，需指出的是，不論嘗試申請開設博彩貴賓廳的行為，抑或退款行為均非必然顯示到嫌犯在作案時不存在為自己不當得利的意圖；反之，最多只能證明嫌犯作案後，即犯罪既遂後，“有可能”出於己意而令受害人的損失得以減少或彌補。
- 9) 當然，若果上訴人力指自己真是沒有任何將輔助人所支付的款項據為己有的意圖，敢問為何在整個訴訟過程中上訴人均沒有將該等款項提存入法院以便作為彌補呢？
- 10) 顯而易見，上訴人根本由始至終都是想將涉案款項不當地據為己有。
- 11) 因此，毫無疑問，原審法院裁定控訴書第 9 條事實屬實不存在

明顯審查證據錯誤。

- 12) 基於此，有關部分的上訴理由應裁定為不成立。
- 13) 根據已證事實，上訴人僅打算退還款項予輔助人。
- 14) 輔助人必須指出的是，實情是上訴人當日根本就沒有準備將相關款項還予輔助人。
- 15) 更甚者，若果上訴人真是希望向輔助人作出還款，其大可以要求其辯護人協助將有關款項提存入法院。
- 16) 但事實上，上訴人在整個訴訟程序中均沒有還款的意圖。
- 17) 試問，單憑上訴人僅打算退還款項予輔助人此等行為怎能顯示其已真誠悔悟??? 怎能上訴人認為有關“打算還款”的想法已經盡其所能向輔助人作出彌補??? 以及怎可能認為有關“打算還款”的想法已經明顯減輕事實之不法性呢???
- 18) 由於上訴人所提出的事實根本不符合《刑法典》第 66 條第 2 款 c) 項的情節，以及亦不合同一條文第 1 款之規定，因此原審法院從未考慮特別減輕上訴人的刑罰之決定並沒有不妥之處。
- 19) 基於此，有關部分的上訴理由同樣地應裁定為不成立。
- 20) 根據《刑法典》第 211 條第 1 款結合第 4 款 a) 項之規定，相當巨額詐騙罪的描象刑幅為 2 至 10 年。
- 21) 因此，原審法院考慮到涉案金額龐大判處上訴人三年實際徒刑並沒有不妥之處。需強調的是，原審法院所定的判刑已經非常接近法定下限。
- 22) 再者，根據被訴合議庭裁判可見，原審法院在量刑方面，對刑罰選擇及具體量刑方面亦作出說明，除了指出《刑法典》第 40 條及第 65 條的基本考慮因素以外，更強調具體量刑的決定，是結合案中具體情節，尤其行為人犯罪動機、犯罪行為之不法程度、實行之方式、後果之嚴重性影響大、犯罪故意高、不認

同其行為屬犯罪、以及犯罪前科等因素而作出的。

23) 更甚者，原審法院亦同時指出基於上訴人的行為對社會安寧造成的負面影響大，故作出不予緩刑的決定。

24) 基於此，原審法院的量刑決定並沒有違反任何法律規定，而且所訂的刑罰亦不存在明顯過量，所以原審法院的量刑決定應不被上級法院所動搖及更改。

25) 故此，此一部分的上訴理由亦應裁定為不成立。

基於上述所有事實及法律理由，懇求尊敬的法官 閣下裁上訴人所提出的所有上訴理由均不成立，維持被訴合議庭裁決。

駐本院助理檢察長提出法律意見書：¹

¹ 其葡文內容如下：

Ao abrigo do disposto no artigo 406.º do Código de Processo Penal (CPP) vem o Ministério Público junto do Tribunal de Segunda Instância pronunciar-se nos termos que seguem:

1. Inconformado com o douto acórdão proferido nos presentes autos pelo Tribunal Colectivo do 2.º Juízo do Tribunal Judicial de Base que o condenou pela prática de um crime de burla, previsto e punido pelo artigo 211.º, n.ºs 1 e 4, alínea a), em conjugação com o artigo 196.º, alínea b) do Código Penal, na pena de 3 anos de prisão efectiva, veio o Arguido, A, melhor identificado nos autos, dele interpor recurso.

Da leitura das conclusões da douta motivação do recurso resulta que nele são colocadas, em síntese, duas questões:

- A de saber se a decisão recorrida enferma de erro notório na apreciação da prova, uma vez que, segundo alega o Recorrente, não se provaram os elementos subjectivos do crime de burla, nomeadamente, os pontos 9 a 11 da matéria de facto prova e, como tal, impunha-se a absolvição;
- Para o caso de se manter a condenação, a de saber se a pena de devia ter sido especialmente atenuada e se devia ou não ser suspensa na sua execução.

2.

2.1. Quanto à primeira das questões colocadas no recurso, parece-nos que o Recorrente não tem razão.

Vejamos porquê.

Os vícios da decisão recorrida elencados no n.º 2 do artigo 400.º do CPP, só podem constituir fundamento de recurso se os mesmos resultarem dos elementos constantes dos autos (leia-se: da decisão recorrida - neste mesmo sentido, sobre este específico ponto, MANUEL LEAL-HENRIQUES, Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau, Volume III, CFJJ, 2014, p. 224) por si só ou conjugados com as regras da experiência comum.

Assim, no que concerne ao erro notório na apreciação da prova, que vem invocado pelo Recorrente, é pacífico, cremos, que a apreciação de tal vício tem de ser feita através do mero confronto com a decisão recorrida, eventualmente em conjugação com as regras da experiência comum e não através da reapreciação feita pelo Tribunal ad quem da prova produzida no processo. Quer isto dizer que, da decisão recorrida tem de emergir de forma ostensiva e evidente que, na parte atinente à matéria de facto, o tribunal recorrido operou de forma arbitrária, contrariando a lógica ou as regras da experiência comum ou, então, violou vinculação legal de direito probatório ou as chamadas *legis artis*.

Portanto, o referido erro, tal como está configurado na alínea c) do n.º 2 do artigo 400.º do CPP, único que, entre nós, constitui fundamento de recurso, não se confunde com o erro na apreciação da prova, isto é com erro na forma como o tribunal formou a sua convicção com base na qual proferiu a decisão sobre a matéria de facto. O erro notório é aquele que ressalta evidente da mera leitura do texto da decisão, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum. E apenas esse. Não o que possa resultar da reapreciação pelo tribunal de recurso dos concretos meios de prova tidos em conta pelo tribunal recorrido.

Ora, ao contrário do que alega o Recorrente, não se vislumbra que da leitura da decisão recorrida resulte que, na parte atinente aos elementos subjectivos do crime de burla, nomeadamente no que concerne aos pontos 9 a 11 da matéria de facto provada, tenha a mesma incorrido em erro na apreciação da prova, tal como acima esse vício ficou caracterizado.

Se bem entendemos a alegação do Recorrente, o que nela se sustenta é que ele não teve intenção de enriquecer ilegitimamente à custa do Assistente. Tanto assim, que, quando teve conhecimento de que não era fácil obter a licença para operar como intermediário de jogo, quis devolver o dinheiro ao Assistente, o qual no entanto, recusou.

No entanto, o facto de o Recorrente, num momento posterior à disposição patrimonial efectuada pelo Assistente, ter pretendido devolver o montante por este entregue, não afasta, à luz das regras da experiência comum, a conclusão, a que chegou o Tribunal recorrido, de que, num primeiro momento, o Recorrente tenha tido a intenção de enriquecer à custa do Assistente. Daí que não possa falar-se, nesta situação, de um erro notório na apreciação da prova.

Deste modo, deve improceder, parece-nos, o primeiro dos fundamentos do recurso interposto.

2.2. A segunda questão que é colocada é a de saber se a douda decisão recorrida incorreu em erro de julgamento em matéria de direito na medida em que, (i) por um lado, não atenuou especialmente a pena e, (ii) por outro lado, não suspendeu a execução da pena de prisão aplicada ao Recorrente.

2.2.1. Quanto à pretendida atenuação especial da penal, estamos em crer que a pretensão do Recorrente é destituída de fundamento que a sustente.

Estabelece-se no artigo 66.º, n.º 1, do Código Penal que «o tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena» .

Depois, na alínea c) no número seguinte desse mesmo artigo, preceitua-se que, para efeitos do disposto no nº 1, são consideradas, entre outras, a circunstância de ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados.

Ora, na situação em apreço, ficou provado que o Recorrente, cerca de um mês depois da última entrega de dinheiro que lhe foi

efectuada pelo Assistente, quis devolver a este todo o dinheiro que dela havia recebido (RMB\$4.000.000,00), tendo sido a vítima que não aceitou tal devolução.

De acordo com a melhor doutrina, a diminuição da culpa ou das necessidades de prevenção só é acentuada, tal como a lei exige para ter lugar a atenuação especial da pena, quando «a imagem global do facto, resultante da actuação da(s) circunstância(s) atenuante(s), se apresente com uma gravidade tão diminuída que possa razoavelmente supor-se que o legislador não pensou em hipóteses tais quando estatuiu os limites normais da moldura cabida ao tipo de facto respectivo». Daí que a atenuação especial esteja reservada para casos extraordinários ou excepcionais (neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra, 2009, pp. 306-307. O *italico* consta do original).

Quanto a nós, esta circunstância, embora reveladora de arrependimento por parte do Recorrente, não deve, no entanto conduzir à atenuação especial da pena, uma vez que não se mostra preenchido o respectivo pressuposto material, qual seja, o da acentuada diminuição da culpa ou das exigências da prevenção.

O douto acórdão recorrido, ao não atenuar especialmente a pena não incorreu em erro de julgamento e por isso deve improceder, nesta parte, o recurso.

2.2.2. A última questão suscitada prende-se com a suspensão da execução da pena de prisão.

Nesta parte, parece-nos, salvo o devido respeito, que a razão está do lado do Recorrente, no que acompanhamos, assim, a douta resposta ao recurso apresentada pelo nosso Ilustre Colega.

Pelo seguinte.

Preceitua-se na norma do artigo 48.º do Código Penal:

«o tribunal pode suspender a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição» .

No caso, a pena aplicada ao Arguido não é superior a 3 anos de prisão, mostrando-se, assim, preenchido o pressuposto formal da suspensão da execução da pena de prisão.

Resta saber se o mesmo sucede relativamente ao pressuposto substancial referido na citada norma legal, ou seja, o de que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

De acordo com o n.º 1 do artigo 40.º do Código Penal, as finalidades das penas são «a protecção de bens jurídicos» (prevenção geral positiva) e a reintegração do agente na sociedade (prevenção especial).

Por outro lado, constitui princípio incontornável do programa político-criminal inscrito no nosso Código Penal, o da preferência das penas não privativas sobre as penas privativas da liberdade (cfr. artigos 44.º, n.º 1 e 64.º do Código Penal).

Feito este breve enquadramento legal da questão, vejamos então se as referidas finalidades da punição se opõem à suspensão da execução da pena de prisão, sendo certo que, neste particular, a lei manda atender às seguintes circunstâncias: (i) personalidade do agente, (ii) às condições da sua vida, (iii) à sua conduta anterior e posterior ao crime e (iv) às circunstâncias deste.

Quanto à personalidade do Recorrente, o que resulta da matéria de facto provada é que, manifestamente, não estamos perante alguém que revele uma qualquer tendência criminosa ou uma reiterada indiferença por bens juridicamente protegidos.

Por outro lado, tratando-se de uma pessoa, com idade superior a 70 anos, com formação superior, com um emprego estável e muito bem remunerado, as condições de vida do Recorrente favorecem, claramente, a substituição da pena de prisão.

Finalmente, em relação à conduta do Recorrente anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, a matéria de facto provada permite uma imagem global do facto que não é particularmente grave, tendo em conta, especialmente, que o Recorrente procurou reparar o prejuízo causado, mostrando, assim, arrependimento pelo que fez e que, por outro lado, o Assistente revelou uma negligência que também, de alguma forma, contribuiu para a consumação do crime, ainda que não tenha por efeito afastar a responsabilidade criminal do Recorrente

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

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

[como se sabe, o crime de burla constitui exemplo de um crime com participação da vítima, em que, portanto, à semelhança do que sucede nas situações de autoria mediata, o domínio-do-facto (Tatherrschaft) do chamado homem de trás (autor mediato) deriva do estado de erro do homem da frente ou executor. cabendo falar, portanto, de um domínio-do-erro (Irrtumherrschaft) por parte do homem de trás. Assim, ANTÓNIO MANUEL ALMEIDA COSTA, in Comentário Conimbricense, Parte Especial, Tomo II, Coimbra, 1999, pp. 298-299. De acordo com a melhor doutrina comparada, o chamado domínio-do-erro existe nos casos em que o homem de trás explora uma actuação em que o homem da frente ou instrumento (Werkzeug) leva a cabo uma determinada conduta com mera negligência inconsciente. Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo 1, 2.º edição, Coimbra, 2007, p. 780 e HANS-HEINRICH JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin, 1988, p. 607 da tradução castelhana].

Por tudo isto nos parece que de todo se justifica a suspensão da execução da pena de prisão aplicada ao Recorrente.

Todavia, em nosso modesto entendimento, a suspensão da execução da pena deve ser sujeita ao cumprimento de deveres, nomeadamente, o pagamento ao Assistente da indemnização em que o Recorrente foi condenado [cfr. artigo 48.º, n.º 2 e 49.º, n.º 1, alínea a) do Código Penal].

3. Assim, face ao exposto, é nosso parecer, salvo melhor opinião:

Deve ser concedido parcial provimento ao recurso, revogando-se, em consequência, o douto acórdão recorrido, que deverá substituído por outro que suspenda a execução da pena de prisão com sujeição ao cumprimento de deveres nos termos antes expostos.

1. 2014 年 (具體日期不詳)，B (被害人) 透過一名同鄉認識嫌犯 A。
2. 閒談間，嫌犯對 B 表示，嫌犯為“XXX 娛樂管理一人有限公司”的唯一股東，擁有澳門合法博彩中介人牌照並向其展示 (相關文件參見卷宗第 45 至 46 頁)。嫌犯亦對 B 表示其在本澳 XX 廣場二樓開設“XXX 金殿”賭廳。
3. 該公司的營運資金為港幣叁億元，若被害人認購 2% 股份 (即港幣陸佰萬元) 成為股東及經營無業務擴展，每年可獲最少分紅原股本金 20% 且可獲賭牌分牌的優先權，被害人不虞有詐，同意上述計劃。
4. 2015 年 2 月 3 日，嫌犯與被害簽署“合作協議”(參見卷宗第 19 至 20 頁合作協議書之認證繕本)。按約定，被害人需支付港幣 6,000,000 元作為投資金額，但由於被害人資金不足，故嫌犯同意被害人只需繳付人民幣 4,000,000 元(人民幣肆佰萬元)。
5. 被害人三次在內地以匯款方式於 2 月 16 日，3 月 19 日將人民幣壹佰萬元及人民幣貳佰萬元及 4 月 2 日透過其朋友人 E 之帳戶將人民幣壹佰萬元轉帳到嫌犯之 XX 銀行賬號...內 (參見卷宗第 23、25 及 27 頁之轉帳紀錄)。
6. 3 月 20 日，嫌犯與被害人前往商業及動產登記局辦理公司轉股手續，但由於該公司的註冊資本為澳門幣叁萬元，故嫌犯按法律規定之最低要求將股額澳門壹仟元 (澳門幣 1,000 元) 轉予被害人，並將公司名稱更改為“XXX 娛樂管理有限公司”(參見卷宗第 10 至 16 頁之商業登記證明書)。
7. 事實上，在轉讓股份協議時，“XXX 娛樂管理一人有限公司”或“XXX 娛樂管理有限公司”仍然只經營娛樂管理及餐飲管理服務，嫌犯沒有在 XX 廣場設立“XXX 金殿”賭廳，也無經營任何賭廳。
8. 在轉讓股份協議時，“XXX 娛樂管理一人有限公司”及嫌犯並不

持有法人或自然人博彩中介准照。嫌犯亦非持有法人博彩中介人准照公司的股東或董事，也不是博彩中介人的主要僱員及合作人（參見卷宗第 49 頁）。

9. 嫌犯意圖為自己或第三人不正當得利，以言詞訛稱於本澳開設賭廳並以可獲得賭牌分牌的優先權及分紅利潤誘使被害人投資，藉此令被害人作出對其本人或他人財產有所損失之行為。
10. 嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，故意作出上述行為。
11. 嫌犯清楚知道其行為是法律所不容，會受法律之相應制裁。
12. 嫌犯於 2015 年 4 月 26 日曾透過律師樓打算將金錢退還予被害人，但被害人後來因未明之原因而不同意收取該款項。

另外證明下列事實：

- 根據刑事紀錄證明，嫌犯在澳門無犯罪記錄。
- 嫌犯在檢察院被訊問是表示具有大學的教育水平，為 XX 投資集團有限公司負責人，每月收入為港幣 128,000 元，沒有家庭負擔。

未獲證明之事實：

- 控訴書中及答辯狀中其他與上述獲證事實不符之事實未獲證明屬實，特別是：
- 未獲證明：嫌犯從沒有打算在 XX 廣場設立“XXX 金殿”賭廳。
- 未獲證明：嫌犯收取被害人上述款項後已全數花掉。

三、法律部份

上訴人在其上訴理由中，提出了以下的上訴問題：

第一，上訴判決中在定罪方面存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項的審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵，因為：

上訴人在聲明中稱曾於 2014 年（具體日期不詳）向被害人 B 表示

其持有澳門合法之博彩中介人牌照以及在 XX 娛樂場二樓設有 XXX 金殿賭廳，這只是上訴人面對初認識的被害人將自己的能力誇大的表述，而且根據卷宗資料並未能顯示上述誇大能力的表述是於雙方合作磋商的階段發生，而由於未能排除以上誇大能力的表述是於雙方初認識的閒談中發生，不能顯示誇大能力是上訴人設計的詐騙金錢的圈套。

上訴人在與被害人所達成的合作協議以後積極履行協議，於 2015 年 3 月 16 日將股額澳門幣 1,000 元的一股轉讓予被害人，並於 2015 年 3 月 20 日申請登記，被害人也分別於 2015 年 2 月 16 日、3 月 19 日及 4 月 2 日將合共人民幣四百萬元匯款予上訴人。根據獲證明的事實第 12 點，配合上訴人的聲明及證人 C 的證言，能顯示上訴人在得悉澳門博彩經營權不易取得後，於 2015 年 4 月 26 日曾透過律師樓打算將金錢退還予被害人，但被害人因未明之原因而不同意收取款項。所有這些情節未能顯示上訴人曾有詐騙金錢以獲取不正當利益的意圖，被上訴判決存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，應將獲證明之事實第 9 至 11 點列為未能證實。

第二，根據《刑法典》第 211 條第 1 款所規定的罪狀，詐騙罪在主觀要素方面要求為自己或第三人不當得利的特定意圖，屬於“意圖犯”(delito de intenção)。被上訴判決中的獲證明的事實第 9 點至 11 點關於上訴人主觀方面的事實應為不獲證實，故上訴人在案中的行為並不符合《刑法典》第 211 條第 1 款所規定的詐騙罪的罪狀要件。

第三，若不認同上述觀點，仍然認同上訴人觸犯了有關罪名，有關量刑亦是不適度的，存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款的瑕疵。

首先，上訴人曾主動向被害人退款，而且這個退款的行為是於最後一次收到匯款後不足一個月之內發生，這顯示，上訴人符合《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項所規定的對損害盡力作出彌補的特別減輕情節。

上訴人為初犯，配合以上主動退款的特別減輕情節，所顯示的惡性相對較低關於上訴人觸犯的一項相當巨額的詐騙，應對其判處不高於二年三個月徒刑較為適宜。

其次，上訴人在本案發生時為 70 歲，而現年近 75 歲。上訴人具有大學的教育水平，為一間公司的負責人，月入港幣 128,000 元，沒有家庭負擔。根據上文所提及的一切有利情節，尤其是上訴人主動在短時間內還款、刑事紀錄為初犯、年事已高、教育水平及經濟能力良好，可見其再次犯罪的機會極微，故僅對事實所譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的。基於此，根據《刑法典》第 48 條第 1 款，謹請法官閣下在具體刑罰上能給予上訴人徒刑暫緩執行的機會。

我們看看。

（一）事實瑕疵還是法律問題

根據上訴人所提出的第一個上訴理由，雖然認為原審法院的判決陷入了審查證據方面的明顯錯誤的瑕疵，但是，上訴人所提出的問題實際上是一個法律適用的問題，因為，《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”的瑕疵是指，對於原審法庭所認定的既證事實及未被其認定的事實，任何一個能閱讀原審合議庭裁判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，² 而上訴人所提出的問題主張，首先，其僅僅是在協商階段誇大能力而已，並不能顯示上訴人設計的詐騙金錢的圈套，其次，上訴人積極履行協議，已證事實，尤其是第 12 點已證事實所認定的情節，這些都未能顯示上訴人曾有詐騙金錢以獲取不正當利益的意圖。也就是與上訴人所提出的第二個問題一樣，力主其犯罪意圖不應該得到確認（第 9-11 點已證事實），並開釋其被控告的罪名。

² 參見中級法院於 2014 年 6 月 19 日在第 191/2014 號上訴案件、於 2014 年 6 月 19 日在第 116/2012 號及第 65/2012 號上訴案件、於 2014 年 6 月 5 日在第 623/2013 號上訴案件、2014 年 5 月 29 日在第 115/2014 號上訴案件等。

因此，我們繼續。

（二）詐騙罪的認定

根據《刑法典》第 211 條規定：

“第 211 條（詐騙）

一、意圖為自己或第三人不正當得利，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者，處最高三年徒刑或科罰金。

二、犯罪未遂，處罰之。

三、如因詐騙而造成之財產損失屬巨額，行為人處最高五年徒刑，或科最高六百日罰金。

四、如屬下列情況，則處二年至十年徒刑：

- a) 財產損失屬相當巨額者；
- b) 行為人以詐騙為生活方式；或
- c) 受損失之人在經濟上陷於困境。”

從這條文可知，無論是普通詐騙罪還是加重詐騙罪，都有以下最基本的構成要件：1、以為自己或第三人不正當得利為目的；2、以詭計使他人某些事實方面產生錯誤或受欺騙，而令該人作出某些行為；3、該行為導致其本人或另一人的財產遭受損失。

在審理上訴人的上訴理由之前，我們先看看中級法院合議庭在發回再重審的裁定的理由（第 325 頁）：

“原審法院在“推測”嫌犯邀約被害人投資過程中誇大自己的能力，這便造成與已證事實第 2 點及第 7 點產生矛盾。因為一方面指出嫌犯向受害人表示擁有澳門合法博彩中介人牌照及在 XX 廣場開設賭廳；另一方面，卻接受“可能”是嫌犯誇大自己的能力令被害人感到嫌犯有

十分的把握成功開設賭廳。明顯地，以上這兩種說法是自相矛盾的，而已證事實第 2 點、第 7 點及未證事實之間亦產生了不可補正的矛盾。

因為僅依據已證事實，可以說所有屬於詐騙罪的主客觀犯罪構成要件都應該得到證實。同時，亦看不到合理理由為何唯獨屬於該罪的主觀特定故意的事實未獲證明。”

新的合議庭在重審之時，將第 9-11 點的事實認定為獲得證實，也就是確定了嫌犯存在犯罪的主觀故意，並在確定了犯罪的主客觀要件的基礎上對嫌犯作出了有罪的判決。

然而，我們不能不注意到，被上訴合議庭在審查原合議庭認定為未證的事實“事實上，XXX 娛樂管理一人有限公司或 XXX 娛樂管理有限公司只經營娛樂管理及餐飲管理服務，且嫌犯從沒有打算在 XX 廣場設立 XXX 金殿賭廳。嫌犯收取被害人上述款項後已全數花掉。”認定了“XXX 娛樂管理一人有限公司或 XXX 娛樂管理有限公司只經營娛樂管理及餐飲管理服務”為已證事實，而維持認定了“嫌犯從沒有打算在 XX 廣場設立“XXX 金殿”賭廳。嫌犯收取被害人上述款項後已全數花掉”為未證事實。

那麼，根據原審法院的有罪判決的理由，在證實控訴書的指控事實：

- 嫌犯對 B 表示，嫌犯為“XXX 娛樂管理一人有限公司”的唯一股東，擁有澳門合法博彩中介人牌照並向其展示。嫌犯亦對 B 表示其在本澳 XX 廣場二樓開設“XXX 金殿”賭廳。”

- 聲稱若被害人認購 2%股份（即港幣陸佰萬元）成為股東及經營無業務擴展，每年可獲最少分紅原股本金 20%且可獲賭牌分牌的優先權。

- 被害人同意上述計劃，並決定與其簽訂股權轉讓協議。

- 事實上，XXX 娛樂管理一人有限公司”或“XXX 娛樂管理有限公司”仍然只經營娛樂管理及餐飲管理服務，嫌犯沒有在 XX 廣場設立“XXX 金殿”賭廳，也無經營任何賭廳。

也就是說，原審法院所認定的嫌犯所使用的“詭計”為讓受害人陷入“分紅圈套”，受害人的錯誤在於相信嫌犯所展示的擁有澳門合法博彩中介人牌照，在本澳 XX 廣場二樓開設“XXX 金殿”賭廳的文件，因為，在轉讓股份協議時，“XXX 娛樂管理一人有限公司”及嫌犯並不持有法人或自然人博彩中介准照，嫌犯亦非持有法人博彩中介人准照公司的股東或董事，也不是博彩中介人的主要僱員及合作人，那麼，即使原審法院認定“嫌犯從沒有打算在 XX 廣場設立“XXX 金殿”賭廳”為未證事實，也只能解讀為上訴人有可能在 XX 廣場設立“XXX 金殿”賭廳，並申請中介人准照，然而上訴人直接向受害人出示具有中介人資格的准照文本這個虛假行為(這明顯已經不是誇大能力的事情了)，使得受害人陷入了錯誤之中，並作出了令其財產受損的處分行為。

因此，上訴人的行為符合詐騙罪的罪狀，原審法院的定罪決定沒有任何可以質疑的地方。

二、刑罰的特別減輕以及緩刑

關於特別減輕刑罰的問題，《刑法典》第 66 條列舉了各種可以予以特別減輕刑罰的情況，但無論屬於那種“法定”的情況，都必須符合第一款所規定的“明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過之情節，或明顯減少刑罰之必要性之情節”。

《刑法典》第 66 條第 2 款 c) 項規定：

第六十六條（刑罰之特別減輕）

一、除法律明文規定須特別減輕刑罰之情況外，如在犯罪之前或之後或在犯罪時存在明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過之情節，或明顯減少刑罰之必要性之情節，法院亦須特別減輕刑罰。

二、為著上款之規定之效力，尤須考慮下列情節：

a) ;

b) ;

c) 行為人作出顯示真誠悔悟之行為，尤其係對造成之損害盡其所能作出彌補；

..... 。”

這些情節，正如尊敬的主任檢察官的意見所引用迪亞士教授的教導的那樣，“在這些減輕的情節的作用下所形成的對事實的總體印象呈現出如此低的效果，以至於可以合理地假設立法者在建立對應於這些罪名的刑幅的最低限度時候也沒有考慮這些情況。因此，特別減輕制度僅在特別的情況下才予以適用”。³

很明顯，雖然上訴人意圖退還受害人的金額，並顯示一定的悔過之意，但是，單純這種情況仍然不足以顯示“明顯減輕事實的不法性以及行為人的罪過的程度”並足夠予以特別減輕處罰的情節。原審法院沒有給予特別減輕處罰的決定並不存在任何違反法律規定的情況，應該予以維持。

同樣的道理，原審法院判處上訴人三年的徒刑，充分考慮了上訴人年齡，對事實的承認以及對受害人退還金額的意圖等情節，按照上訴人所實施的行為所顯示出的罪過程度及行為的不法性，在 2-10 年的刑幅之間僅選擇了略高於刑幅的最低刑的刑罰，我們認為被上訴的合議庭在上述刑罰裁量跟上訴人應受譴責的程度相適應，量刑並無逾越上訴人的罪過程度，並無違反罪刑相適應原則。加上，一如我們所堅持認為的，法律給予法院在刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由，只有當原審法院明顯違反法律或罪刑相適應原則時，上級法院才有介入原審法院的量刑空間。

被上訴的合議庭裁判無量刑過重，尤其無違反了《刑法典》第 64 條及第 65 條的規定，其所被判處的三年徒刑沒有減輕的空間。

³ 參見，JORGE DE FIGUEIREDO DIAS 教授著作《葡萄牙刑法，犯罪的法律後果》，科英布拉，2009 年，第 306-307 頁。）

關於緩刑的適用問題，上訴人在考慮是否適用《刑法典》第 48 條第 1 款之規定時，必須考慮是否滿足了緩刑的形式前提及實質前提。

形式前提是指不超逾 3 年的徒刑，而不可暫緩執行其他非剝奪自由刑。

實質前提是指法院必須整體考慮行為人的人格、生活狀況、犯罪前後的行為及犯罪情節、僅對事實作譴責並以監禁作威嚇是否可適當及足以實現處罰的目的，即應以特別預防及一般預防作為給予緩刑的界限，具體地說，尚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。

雖然，上訴人被判處三年徒刑，並沒有超過三年，滿足了可給予緩刑的形式條件。而實質條件呢？

根據卷宗資料，上訴人雖為初犯，但是，其行為對受害人造成了相當巨額的損失，加上行為人的行為涉及到以賭場的利益為誘餌而事實的詐騙行為，這對於澳門這個依賴旅遊博彩業的城市的社會法律秩序的保護上，顯示出特別高的懲罰要求，充分顯示出單純對事實作譴責並以監禁作威嚇未能適當及不足以實現處罰的目的。換言之，倘上訴人被判處的徒刑被暫緩執行，將會動搖人們對法律的有效性及法律秩序的信心，尤其會予人錯覺，在澳門實施此類犯罪的後果不足掛齒，的確是不利整個社會安寧及秩序尤其損害澳門作為國際旅遊城市的形象。

因此，上訴人尚不符合適用緩刑的實質前提，其此部份的上訴理由也不能成立。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人的上訴理由不成立，維持被上訴的判決。

判處上訴人繳付 6 個計算單位的司法費以及訴訟費用。
澳門特別行政區，2021 年 11 月 25 日

蔡武彬 (裁判書製作人)

陳廣勝 (第一助審法官)

賴健雄 (第二助審法官)