

上訴案第 707/2022 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指控嫌犯 A 為直接正犯，其以既遂方式觸犯了一項澳門《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「相當巨額詐騙罪」。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 CR5-21-0304-PCC 號案件中，經過庭審，最後判決：

嫌犯 A 被指控以直接正犯，其以既遂方式觸犯了一項澳門《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「相當巨額詐騙罪」，罪名成立，判處兩年六個月實際徒刑。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起上訴：

1. 嫌犯 A，現為上訴人，針對 2022 年 6 月 16 日合議庭作出之有罪判決，即“被上訴判決”，其內容如下：

“四、判決：

綜合所述，根據上述內容及依據，本院裁定如下：

- 嫌犯 A 被指控以直接正犯，其以既遂方式觸犯了一項澳門《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「相當巨額詐騙罪」，罪名成立，判處兩年

六個月實際徒刑。”

- 見本案被上訴判決。
- 2. 綜合庭審上訴人(嫌犯)及其他證人之口供筆錄，載於卷宗內的監聽筆錄，比較被上訴判決所持之依據及所載之內容，上訴人認為現被上訴判決存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款及第 2 款 c 項之審查證據方面明顯有錯誤及其他法律問題的瑕疵。
- 3. 首先，涉及證人 B 部份，i)上訴人認為被上訴判決有下列的瑕疵：根據上述的庭審記錄，證人 B 在被上訴判決中定為“被害人”，但其本人卻完全不覺在本案中存有“被害”的情況，而多次的詢問中，證人 B 亦多次聲明不存在任何損失。
- 4. 那麼，在被上訴判決的已證事實方面，記載“事件中，嫌犯的行為令 B 損失合共港幣二十一萬二千五百元(MOP\$212,500.00)” (見已證事實第十四條)，以及在所依據的事實中，認定“造成有關被害人相當巨額財產損失”，顯然與證人 B 的聲明表述不一致。
- 5. 上訴人認為，本案中，證人 B 自 2020 年 3 月 26 日開始至庭審結束，從不知悉案情，至基本知悉案情下，都明確表示不存在任何財產損失。
- 6. 因此，這裏出現了「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，並將直接影響了被上訴判決所依據事實的可援用事實，而基於“詐騙罪”的成立必須的一個重要要件 - “侵害的法益為財產法益”(見《澳門刑法各論》(上)，趙國強 著，社會科學文獻出版社/澳門基金會 出版 2013 年版，第 438 頁)，就是被害人存在被侵害的財產損失，尚不存在財產損失，就不存在侵害法益的事實，故請求上級法院廢止被上訴判決。
- 7. 同樣地，上述的陳述，亦足以顯示已證事實第十四條的內容，存有「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，因為證人 B 自 2020

年 3 月 26 日開始至庭審結束，從不知悉案情，至基本知悉案情下，都明確表示不存在任何財產損失。

8. 同樣地，上述的陳述，亦足以顯示已證事實第十四條的內容，存有「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，因為證人 B 自 2020 年 3 月 26 日開始至庭審結束，從不知悉案情，至基本知悉案情下，都明確表示不存在任何財產損失。
9. ii) 另一方面，除了考慮到證人 B 在庭審的證言外，卷宗內亦存有其於 2020 年 3 月 26 日在澳門廉政公署進行的聲明筆錄（見卷宗第 84 頁至第 85 頁），以及其助手證人 C 亦於 2020 年 3 月 26 日在澳門廉政公署進行的聲明筆錄（見卷宗第 87 頁至第 88 頁），對比已證事實第十一條：“2020 年 3 月 31 日，「D 發展股份有限公司」作為上述單位的土地承批人與 E 在「歐安利律師事務所」簽署一份關於上述單位的買賣預約合同，同時，B 與 E 亦簽署了一份合同地位轉讓合同（參閱卷宗第 343 至 345 頁）。”所載的事實，上訴人認為，證人 B 及其助手證人 C 基於曾前往澳門廉政公署，即 2020 年 3 月 26 日，就本案事件進行詢問，已明顯知悉曾有客戶提出過購買涉案單位價金港幣八百二十八萬七千五元（HKD\$8,287,500.00）的事宜。
10. 這一點可從本案於 2020 年 5 月 3 日進行的庭審證言中獲得證實，存在這個事實下，證人 B 仍願意於 2020 年 3 月 31 日，與證人 E 簽署相關合同，就足以證明證人 B 是接受及同意以 HKD\$6,500/呎出售涉案單位，且不認為存有財產損失，否則，倘證人 B 認為有所損失時，她有絕對理據及可以主張於 2020 年 3 月 31 日不簽署相關合同的，法律上亦不會追究其賠償責任，可是，她最終確實簽署全部文件，尤其是在簽署合同地位轉讓合同時，必然地可與證人 E 碰面，或者更簡單的說，於 2020 年 3 月 31 日證人 B 與證人 E 就涉案單位的簽署合同的行為，已具備法律上承認以價金港幣八百二十八萬七千五元

(HKD\$8,287,500.00)，即 HKD\$6,500/呎計算作為涉案單位的最終交易金額。

11. 此事件可以證實證人 B 是接受以價金港幣八百二十八萬七千五元 (HKD\$8,287,500.00) 出售涉案單位予證人 E，證人 B 的行為已令上訴人的被指控的行為產生了「阻卻不法性」的情況 (見澳門《刑法典》第 30 條第 2 款 d)項、第 37 條及第 38 條規定)，故被上訴判決仍認定“事件中，嫌犯的行為令 B 損失合共港幣二十一萬二千五百元 (MOP\$212,500.00)”及“造成有關被害人相當巨額財產損失”，這裏出現了「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，並將直接影響了被上訴判決所依據事實的可援用事實，故請求上級法院廢止被上訴判決此部份的內容。
12. 同樣地，上述的陳述，亦足以顯示已證事實第十三條的內容，存有「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，因為證人 B 不是“從不知道”，至少，在 2020 年 3 月 26 日在澳門廉政公署進行的聲明筆錄之日，就已知悉，且繼續願意於 2020 年 3 月 31 日在律師樓簽署涉案單位的合同地位轉讓合同。
13. 這裏出現了「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，並將直接影響了被上訴判決所依據事實的可援用事實，故請求上級法院廢止被上訴判決此部份的內容。
14. iii)再者，就前面出現的事件，上訴人認為，被上訴判決在此部份也遺漏記載內容，包括證人 B 及證人 C 在廉政公署詢問後，就已知悉整個事件，沒有提出終止買賣交易、沒有要求追究任何人士賠償，且仍願意繼續相關交易，此時，就已不存在隱瞞事實或使他人產生錯誤認識，以及在此等情況下自願作出處分財產行為，且聲明不存在財產損失的內容。
15. 這些內容有助於支持上訴人認為其行為不存在刑事不法性的主張。繼而損害上訴人未能援引可載於被上訴判決內的“該等內容”而提出的上訴申駁。

16. 所以，被上訴判決存有損害上訴人提出上訴申駁的事實依據，因其遺漏載入被上訴判決中，應予廢止被上訴判決，以便發回第一審法院重新審理及作出公正及公平的記載。
17. 涉及上訴人的行為定性：i) 上訴人一直認為其在本案所作出的行為，並不構成詐騙犯罪，不論自在廉政公署作出訊問開始，直至本案庭審結束前，上訴人都是配合偵查及在庭審中毫無保留的回答任何詢問，為此，上訴人認為可在兩個方面陳述其行為在「客觀上」既不屬詐騙行為，在「主觀上」也不存在犯罪意圖。
18. 首先，上訴人是知悉證人 B 透過證人 C 向其表述過涉案單位的出售價金的上限價金，即\$6,800/呎，但可以還價-“根據主任檢察官詢問：“開頭同佢講話六仟八蚊一呎，咁有無同嫌犯講話最平可以接受幾多錢啊？”，而證人 C 回答：“都無講，淨係咁即我哋開高咗個價，準備人哋會還價。”。
19. 換言之，上訴人是知悉出售涉案單位存在上限售價的，但可以還價，而證人 B 的助理證人 C 亦向上訴人表示靜待買家“還價”。
20. 事實上，根據證人 C 於廉政公署所作出的詢問，其中就曾表述：“聲明人補充表示 XX 是最快尋找到有合理開價的買家，除此之外，其他的地產中介人的還價金額不高於每呎港幣 6,500 元，由於相關價格並不合理，因此沒有理會其他地產的報價。”-見卷宗第 87 頁背頁第 17 行至第 19 行。
21. 雖然，證人 E 透過證人 F 向上訴人表示，口頭上以總價 HKD\$8,500,000.00 購買涉案單位，但這一口價是否最終落實成交，根本是未獲證實，而且，上訴人並未能直接與證人 E 接洽的，上訴人僅向證人 F 表示買家是否願意在給付兩個佣金為條件下得以港幣 828.75 萬價金承購涉案不動產，所以，上述的口頭出價 HKD\$8,500,000.00 仍屬於不確定的，案中也

沒有更多的資訊可證明證人 E 已確立了出價 HKD\$8,500,000.00 承購涉案單位，例如，已就出價 HKD\$8,500,000.00 而發出訂金支票或書面出價文件作為證明。

22. 既然只能證明證人 E 曾透過證人 F 向上訴人表示過口頭出售金額 HKD\$8,500,000.00 購買涉案單位，卻沒有實質證據可證明證人 E 最終必然會以 HKD\$8,500,000.00 購買涉案單位的事實，就不存在證明上訴人“以給付兩個佣金為條件下得以港幣 828.75 萬價金承購涉案不動產”的行為存在「刑事不法性」。
23. 正如上訴人的辯護人在第一審作出的結案陳詞中表述，這種做法確實存在“不道德”感覺，但“不道德”不等於屬刑事違法的情況，或者說，僅受行政違法所規限，而非刑事制裁！
24. 所以，本案中沒有令人更信服的事實可證明上訴人具有作出詐騙的主觀意圖。
25. 上訴人認為，被上訴判決在認定被指控的行為屬於犯罪行為屬性，明顯出現了「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，並將直接影響了被上訴判決所依據事實的可援用事實，故請求上級法院廢止被上訴判決此部份的內容。
26. 又或是，上述的情況，顯示上訴人的行為出現了「對事實情節之錯誤」(見《刑法典》第 15 條規定) 或「對不法性之錯誤」(見《刑法典》第 16 條規定)，因為已證實證人 C 向上訴人作出的出售涉案單位的意向價金是可以還價的，故上訴人認為只要還價被接受，就可繼續進行相關交易。
27. 若被證實屬於這種情況，則上訴人的行為阻卻故意，又或是得特別減輕刑罰。但被上訴判決未有注視出現這一情況，故出現了「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，故請求上級法院廢止被上訴判決此部份的內容。

28. ii)就上述的情況，還可延伸至另一層面，現行澳門《刑法典》第 211 條第 1 款規定的[詐騙罪]構成要件為：“*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。*”
29. 被上訴判決所依據的事實中(包括已證事實第 4 條及第 16 條的部份內容)，認定上訴人為地產中介人或地產經紀，清楚知道自己具有義務向委託其促成買賣不動產的客戶如實地反映有關不動產的市場價格等義務。
30. 被上訴判決所依據的事實中(包括已證事實第 4 條及第 16 條的部份內容)，認定上訴人為地產中介人或地產經紀，清楚知道自己具有義務向委託其促成買賣不動產的客戶如實地反映有關不動產的市場價格等義務。
31. 然而，本案中已經證實，上訴人作出行為期間並不是地產中介人或地產經紀，而卷宗第 80 頁「服務費 (佣金) 確認書」是屬於證人 B 與 [G 置業投資有限公司] 之間的“合同關係”，而第 81 頁「合作協議書」是屬於[G 置業投資有限公司]與[H 地產]之間的“合同關係”，且兩份文件均不是上訴人簽署的，那麼，對於上訴人而言，這一地產中介人或地產經紀義務便不構成法律規定的強制遵守。
32. 亦因為如此，沒有“如實反映買家曾作出的口頭出價金額”，上訴人認為僅屬於不忠誠行為，僅屬於道德層面，而非刑法層面，這亦是上訴人一直在庭審中多次作出的聲明的主張意志。
33. 回到本部份，上訴人認為，被上訴判決一直以上訴人為地產中介人或地產經紀身份而存有法定義務，故認定其行為構成詐騙罪狀中所要求的詭計情節，才認定其行為構成犯罪，顯然地，這一認定明顯出現了「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，並將直接影響了被上訴判決所依據事實的可援用事實，故請求上

級法院廢止被上訴判決此部份的內容。

34. 同樣地，上述的陳述，亦足以顯示已證事實第九條的內容，存有「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，因為上訴人並沒有與證人 F 簽署第 81 頁之「合作協議書」。
35. 這裏出現了「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，並將直接影響了被上訴判決所依據事實的可援用事實，故請求上級法院廢止被上訴判決此部份的內容。
36. iii)最後，還得就犯罪行為“既遂”或“未遂”的情況，作為本部份的總結陳述。
37. 被上訴判決認定上訴人作出的詐騙行為已構成既遂階段，並以既遂作為定罪量刑的基礎。
38. 本案中，根據上訴人及各證人之證言，包括已證實的事實，上訴人在整個發生過程，根本沒有獲得任何“不法利益”，事實上，在證人 B 聲明沒有任何財產損失，且在知悉曾出現的“一口價 HKD\$8,500,000.00”承購涉案單位時，亦願意繼續以 HKD\$8,287,500.00 的價金與證人 E 繼續完成有關交易的事件，以及在證人 E 沒有支付已同意給予證人 F 的佣金的事件，相關情節及事實就不能滿足詐騙罪既遂的全部要件。
39. 正如刑法專家趙國強教授對於澳門《刑法典》第 211 條規定[詐騙罪]行為未遂的表述：“關於“詐騙罪”未遂，值得注意的是未遂的標準問題。如前所述，構成“詐騙罪”既遂，應以欺詐行為人是否實際取得被害人財產為標準，只有在欺詐行為人已實際取得被害人財產的情況下，方能構成“詐騙罪”既遂，言外之意，凡未實際取得被害人財產的，都屬於“詐騙罪”未遂。”（見《澳門刑法各論》（上），趙國強著，社會科學文獻出版社/澳門基金會 出版 2013 年版，第 445 頁第 10 行至 13 行）
40. 按上訴人所理解，以趙國強教授提出的法律觀點，結合本案情況，一來證人 B 及證人 C 在廉政公署詢問後，就已知悉整個

事件，沒有提出終止買賣交易、沒有要求追究任何人士賠償，且仍願意繼續相關交易，此時，就已不存在隱瞞事實或使他人產生錯誤認識，以及在此等情況下自願作出處分財產行為；另一方面，整個卷宗或已證事實中，都沒有證明上訴人在事件中取得了證人 B 的財產金錢。

41. 根據澳門《刑法典》第 21 條[犯罪未遂]第 1 款規定：“行為人作出一已決定實施之犯罪之實行行為，但犯罪未至既遂者，為犯罪未遂。”
42. 所以，詐騙罪作為一種「結果犯」，上訴人的行為極其量僅構成“詐騙罪未遂”的後果。
43. 根據澳門《刑法典》第 22 條[犯罪未遂]第 2 款規定：“犯罪未遂，以可科處於既遂犯而經特別減輕之刑罰處罰之。”及第 3 款規定：“行為人採用之方法係明顯不能者，或犯罪既遂所必要具備之對象不存在者，犯罪未遂不予處罰。”
44. 本案中，根本不存在“被害人”的對象，誰人有財產損失？！案中證人 B 不論在不知悉事件始末，又或在已知悉事件之始末，都聲明不存在財產損失，亦不會追究案中任何人士，包括上訴人及證人 E (是否存有不當得利？！)，由於欠缺這一必要對象，故犯罪未遂不予處罰。
45. 又或者，基於犯罪未遂的情況，依法得以可科處於既遂犯而經特別減輕之刑罰處罰，根據澳門《刑法典》第 67 條[特別減輕之規定]規定得對現依據澳門《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a)項結合第 196 條 b)項的[相當巨額詐騙罪]作出的定罪量刑，可是，被上訴判決沒有作出這樣的判決，而是以“既遂”法律效果作出定罪量刑為「兩年六個月實際徒刑」。
46. 所以，這裏出現了「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，並將直接影響了被上訴判決所依據事實的可援用事實，可令被上訴判決被廢止。

47. 關於「許可緩刑」：在不考慮前面提出多個上訴依據是否成立的前提下，上訴人認為上述“不應暫緩執行徒刑”的認定，存有違反[適度及適當原則]方面的情況。
48. 在作出量刑時，法律明確規定需要考慮的事實及程序 - 見《刑法典》第 65 條。
49. 毫無疑問，我們必須承認，在作出定罪量刑時，被上訴判決已考慮到本案多個情節，但不夠全面，尤其部份情節對於上訴人的可處罰性及刑罰性質的採用是非常重要的，但在判決中卻沒有反映出來。
50. 先，“不應暫緩執行徒刑”的認定所依據內容已考慮上訴人的人格、生活狀況犯罪前後及犯罪情節，以及因上訴人並非初犯，有兩個非屬同類案件被判刑且獲得緩刑機會，但認為上訴人在緩刑期間犯案，認定上訴人存有漠視法律，守法意識十分薄弱，認為僅對該事實作出譴責及監禁作威嚇並不足以適當地實現懲罰的目的，故判處不給予緩刑。
51. 可是，上述的認定並未考慮有利於上訴人在量刑時給予可緩刑的情節及因素，包括：A)在庭審中作證的態度，上訴人明顯表現出如實回答所有詢問，在卷宗內，亦可證明上訴人一直配合偵查工作，從沒有任何隱瞞情況，這有利本案的偵本及審判；B)案中雖已載明上訴人有兩名女兒需要供養，但並未詳細考慮到該兩名女兒年幼情況，尤其是只有幾歲而已，需要父愛親身照顧；C)沒有考慮到本案證人都表示沒有財產損失，亦沒有追究上訴人任何責任；D)沒有考慮到事件的發展中，上訴人沒有獲得任何不法財產利益；E)雖然已就上訴人的兩個刑事案件獲刑作出表述，但並未詳細分析案件的種類及不同點，因卷宗 CR1-17-0041-PCC 號是一宗發生在 2018 年 1 月 5 日的交通意外事件，被判 1 年 9 個月徒刑的過失嚴重傷害身體完整性罪，緩刑 2 年；而卷宗 CR2-18-0318-PCC 號是一宗發生在

2018 年 11 月 14 日的破壞受公共權力拘束之物件罪，被判 9 個月徒刑；兩罪刑罰競合，合共判處 2 年 3 個月徒刑的單一刑罰，暫緩 2 年執行，並由 2018 年 1 月 25 日起計，即至 2020 年 4 月 25 日止。雖然，上訴人作出本案之行為時，仍在緩刑期內尚有 3 個月，但觀乎兩個已判刑的性質，一個屬於過失，另一個屬於故意，但判刑都不是很嚴重，當然，守法並不應以程度來區分高低，但至少各個事件的不一樣性，未必能令上訴人知悉該行為的不法性，又或是存在嚴重性問題，故本案認定上訴人的守法意識十分薄弱，是違反了適度及適當原則，而且，可以透過解說或其他非實際徒刑措施，增加對上訴人的守法知識，相較要令上訴人囚於監獄中感受守法的重要性，來得人性化及善意化。

52. 以上種種情節，相信本案與一般的累犯事件有所不同，亦是辯護人認為可提出給予暫緩執行的事實依據。
53. 同樣地，上指的各項條件，也符合《刑法典》第 48 條規定的要件。
54. 所以，被上訴判決在判處上訴人兩年六個月的實際徒刑，沾有違反適當及適度原則的瑕疵，故應予廢止並給予緩刑。

綜上所述，現上訴之裁決在事實陳述及法律依據上亦存有瑕疵 - 《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款及第 2 款 c 項審查證據方面明顯有錯誤及其餘相關法律問題 - 應對被上訴判決作出廢止，並按上述各種情節及上訴請求作出公正裁決，又或是針對可予審理的部份，發回重審。

檢察院對上訴人所提出的上訴作出答覆：

1. 根據卷宗資料，被害人 B 及證人 C 於 2020 年 3 月 26 日接受廉政公署詢問時，可能基於保密原則，廉政公署沒有向她們透露買方的出價是港幣 850 萬元的事實，故被害人於 2020 年 3

月 31 日與買方 E 簽署相關合同時，被害人仍不知道買方原本真正的出價是港幣 850 萬元的事實。

2. 證人 C 在 2020 年 9 月 18 日接受司法警察局詢問之前，被害人是不知道買方的出價是港幣 850 萬元，故其一直不知道自己遭受了財產損失。
3. 此外，被害人在庭審回答檢察院的詢問時，已清楚表示倘知道買方出價港幣 850 萬元購買涉案的單位，她是不會同意只收取港 828.75 萬元的。
4. 換言之，被害人之前是不知道自己遭受了財產損失，並非認為自己沒有損失，且客觀上確是因為上訴人的犯罪行為導致被害人遭受了港幣 212,500 元的財產損失。
5. 根據經驗，正常的交易方法是：當賣方經紀得知買方出價為港幣 850 萬元，屬賣方先前向其透露可接受的售價範圍內，不管最終成交的價格是多少，必須如實告訴賣方，由其決定是否接受。
6. 上訴人的行為明顯是違反一般正常的交易方法，他隱瞞買方真實的出價，並誤導被害人稱買方的出價是每呎港幣 6,500 元，總價港幣 828.75 萬元，令被害人產生錯誤，同意以該較低的價格出售涉案單位，而上訴人則企圖將差價中的港幣 165,750 元以佣金的名義據為己有，從而令被害人遭受港幣 212,500 元的財產損失。
7. 上訴人的行為明顯是有策略地故意为之，不存在《刑法典》第 15 條及第 16 條規定的情況。
8. 根據卷宗資料，案發時，上訴人為 G 置業投資有限公司的股東，而 G 置業投資有限公司是註冊的房地產中介人。
9. 上訴人於 2015 年 9 月 21 日至 2018 年 9 月 20 日是註冊的房地產經紀。

10. 雖然案發時，上訴人的房地產經紀資格因沒有續期而失效，但上訴人曾經參加考試而取得房地產經紀的資格，清楚知悉作為房地產經紀應有的義務。
11. 既然上訴人在案發過程中以房地產經紀的身份從事，促成交易，並因此收取佣金，客觀上，其只是沒有如期續領房地產經紀准照的經紀，不能因此而免除承擔有關義務。
12. 因此，從本案整體的證據考慮，獲證的事實內容均有足夠的客觀事實支持，原審法庭作出有罪的裁判，不存在審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵。
13. 根據學理及司法裁判的一貫理解，詐騙罪保護的法益是公民的合法財產權，是一個結果犯，當受騙者因行為人的詭計而使其在某些事實方面產生錯誤或受騙，從而作出造成其本人或另一人之財產有所損失的行為，也就是產生了犯罪的最終結果，犯罪就既遂。
14. 本案中，上訴人為取得不法的財產利益，使用詭計令被害人產生錯誤，以比買方 E 實際出價（港幣 850 萬元）較低的價格（港幣 828.75 萬元），將涉案不動產的權利轉讓予買方，從而遭受相當巨額的財產損失。
15. 當被害人於 2020 年 3 月 31 日與買方 E 簽署相關合同，將涉案不動產的權利轉讓予買方名下時，犯罪就已既遂。
16. 上訴人觸犯的《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項結合第 196 條 b 項所規定及處罰的相當巨額詐騙罪的刑幅為 2 年至 10 年徒刑。
17. 被上訴的法庭在量刑時，已根據《刑法典》第 40 條及 65 條的規定，考慮了案中對上訴人有利及不利情節，尤其上訴人非為初犯、犯罪故意及不法的程度、後果的嚴重程度以及預防犯罪的需要等的情節，判處上訴人 2 年 6 個月實際徒刑，僅為最高刑罰的四分之一，屬合理的範圍之內。

18. 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。”
19. 法庭除了從特別預防的角度去考慮，亦須考慮譴責犯罪及預防犯罪的需要，倘暫緩執行徒刑與譴責犯罪及預防犯罪的需要相矛盾時，法庭也不應作出暫緩執行徒刑的決定。
20. 在特別預防方面，上訴人過往曾兩次實施犯罪而被判徒刑及獲暫緩執行，而上訴人在暫緩執行徒刑期間再次觸犯本案的犯罪，可見其守法意識薄弱，僅對事實作譴責並以監禁作威嚇並不足以實現處罰的目的。
21. 在一般預防方面，近年來房地產經紀利用促成買賣不動產的機會「食價」，詐騙他人財產的案件偶有發生，對澳門特別行政區的不動產交易及社會秩序造成嚴重的負面影響。
22. 因此，無論從特別預防或一般預防方面去考慮，原審法庭不暫緩執行上訴人被判處的徒刑的決定是正確及合理的。
23. 基於此，被上訴的合議庭裁判裁定上訴人以直接正犯及既遂的方式觸犯了 1 項《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項結合第 196 條 b 項所規定及處罰的相當巨額詐騙罪，並判處其 2 年 6 個月實際徒刑的裁判是合法、有依據、公正及合理的。

基於此，檢察院認為上訴人提出的上訴理由並不成立，請尊敬的中級法院法官 閣下一如既往作出公正的裁決。

駐本院助理檢察長提出法律意見書，認為應裁定上訴人 A 所提出的上訴理由全部不成立，予以駁回，並維持原審法院的裁決。

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

原審法院對案件經庭審辯論後，認定了以下的已證事實：

1. 本澳房地產中介人及房地產經紀均有義務從與其訂立合同又或者以口頭方式直接或間接透過第三人委託其促成不動產買賣的客戶取得關於不動產的資訊，尤其該不動產的法律狀況、特徵、價格及付款條件，並將有關資訊以清楚、客觀及適當的方式提供予其他客戶及利害關係人。同時，亦應將其他客戶及利害關係人對不動產的回應，尤其價格及付款條件等資訊，如實地匯報給與其訂立合同又或者以口頭方式直接或間接透過第三人委託其促成不動產買賣的客戶。
2. 2011年3月8日，B與「D發展股份有限公司」簽署了為購買位於路環金峰南岸(地段5)御領峰xx樓xx室的買賣預約合同，並於2014年5月21日在物業登記局進行登記（參閱卷宗第5及343頁）。
3. 2019年11月（具體日期不詳），B指示其助理C出售其位於路環金峰南岸(地段5)御領峰xx樓xx室且總面積為1275呎的單位。同時，經B與C商討後，定明上述單位的出售價格為每呎港幣六千八百元(HKD\$6,800)，而底價則為每呎港幣六千五百元(HKD\$6,500)。
4. 隨後，C在朋友介紹下認識了當時據稱是從事地產中介人或地產經紀的嫌犯A，之後C委託嫌犯以每呎港幣六千八百元(HKD\$6,800)[即港幣八百六十七萬元(HKD8,670,000.00)]出售上述單位。
5. 其後，「H地產」的地產經紀F知悉嫌犯被委託出售上述單位，故向E作出介紹。之後，E向F表示欲以港幣八百五十萬元

(HKD8,500,000.00)購買上述單位，為此，F 將上述價格轉告嫌犯。

6. 接著，嫌犯並沒有如實將 E 所定的價格透過 C 告知 B，而是向 C 訛稱有客人欲以每呎港幣六千五百元)(HKD\$6,500) [即港幣八百二十八萬七千五元(HKD8,287,500.00)]購買上述單位。
7. B 透過 C 知悉嫌犯就出售上述單位所報稱的價格後，認為有關價格仍在其可接受的最低價格範圍內，故同意以該價格出售上述單位。之後，C 將有關況告知嫌犯 (參閱卷宗第 89 頁的截圖)
8. 接著，嫌犯透過 F 向 E 表示已向上述單位的業主還價，並爭取到能以港幣八百二十八萬七千五元(HKD\$8,287,500.00)購買該單位，但 E 需額外向嫌犯支付樓價的 2% (俗稱“兩個佣”) 作為佣金[即港幣十六萬五千七百五十元(HKD\$165,750.00)]。
9. 經 E 考慮後，由於支付樓價連同額外支付給嫌犯的佣金合計後的總金額為港幣八百四十五萬三千二百五十元 (HKD\$8,453,250.00)[即港幣八百二十八萬七千五元 (HKD\$8,287,500.00)+ 港幣十六萬五千七百五十元 (HKD\$165,750.00)]，與 E 預期所定之價格港幣八百五十萬元 (HKD\$8,500,000.00)仍要低，故同意嫌犯提出的價格及支付佣金的方式，並與 F 簽署一份《支付佣金承諾協議》。同時，嫌犯亦與 F 簽署一份《合作協議書》(參閱卷宗第 81 及 135 頁)。
10. 2019 年 12 月 30 日，E 與 B 簽署一份關於上述單位的臨時買賣合約，相關售價為港幣七百七十五萬(HKD\$7,750,000.00)。此外，除上述合約內所指的價金，E 尚需向 B 支付港幣五十三萬七千五百元(HKD\$537,500.00)。所以，上述單位實際價格為 E 與 B 已意定好的港幣八百二十八萬七千五元

(HKD\$8,287,500.00) (參閱卷宗第 134 頁)。

11. 2020 年 3 月 31 日，「D 發展股份有限公司」作為上述單位的土地承批人與 E 在「歐安利律師事務所」簽署一份關於上述單位的買賣預約合同，同時，B 與 E 亦簽署了一份合同地位轉讓合同 (參閱卷宗第 343 至 345 頁)。
12. 事件中，嫌犯意圖透過隱瞞 B 有關 E 原先的真實還價而不當收取 E 港幣十六萬五千七百五十元(HKD\$165,750.00)。
13. 事實上，B 從不知道 E 願意以港幣八百五十萬元(HKD\$8,500,000.00)購買上述單位。否則，B 不會以港幣八百二十八萬七千五百元(HKD\$8,287,500.00)出售上述單位。
14. 事件中，嫌犯的行為令 B 損失合共港幣二十一萬二千五百元(MOP\$212,500.00)。
15. 嫌犯是在自由、自願、有意識的情況下故意作出上述行為。
16. 嫌犯作為地產中介人或地產經紀，清楚知道自己具有義務向委託其促成買賣不動產的客戶如實地反映有關不動產的市場價格，尤其是買家實際願意支付的價格，但嫌犯意圖為自己取得不正當得利，尤其意圖將有關差價不正當據為己有，明知不可仍向委託其出售樓宇之被害人提供不實資料，尤其是沒有向被害人如實告知買家願意實際支付的購入價格，令委託其出售樓宇之被害人對有關樓宇的出售價格產生錯誤，因而按非實際買家願意支付的買入價格出售樓宇，最後造成有關被害人相當巨額財產損失。
17. 嫌犯清楚知道行為是違法的，並會受到法律制裁。

在庭上還證實：

根據刑事紀錄證明，嫌犯並非初犯，有以下刑事紀錄：

- 於 2018 年 1 月 5 日，於第 CR1-17-0041-PCC 號卷宗內，因觸犯一項過失嚴重傷害身體完整性罪，判處一年九個月徒刑，暫

緩兩年執行。另判禁止駕駛為期一年六個月，嫌犯須於判決確定日起計的五日內將駕駛執照交予治安警察局以便執行該禁止駕駛的決定。判決已於 2018 年 1 月 25 日轉為確定。嫌犯的刑罰已被第 CR2-18-0318-PCC 號卷宗競合。

-於 2018 年 11 月 14 日，於第 CR2-18-0318-PCC 號卷宗內，因觸犯一項破壞受公共權力拘束之物件罪，判處 9 個月徒刑，暫緩 2 年執行。該案與第 CR1-17-0041-PCC 號(原第 CR1-16-0557-PCS 號) 卷宗進行刑罰競合，合共判處 2 年 3 個月徒刑的單一刑罰，暫緩 2 年執行。維持禁止駕駛為期 1 年 6 個月，並由第 CR1-17-0041-PCC 號卷宗判決確定之日(即 2018 年 1 月 25 日) 起計算。判決已於 2018 年 12 月 4 日轉為確定。

-證實嫌犯個人及經濟狀況如下：

-嫌犯聲稱具有中學畢業的學歷，每月收入約為澳門幣四千至六千元，需供養父母及兩名女兒。

經庭審未查明的事實：

-沒有。

三、法律部份

上訴人 A 在其上訴理由中，認為：

- 被上訴的判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款以及第 2 款 c 項的瑕疵，首先，就涉及證人 B 部份，其在庭審中多次聲明不存在任何損失，與已證事實第 14 條認定上訴人 A 行為引致 B 有相當巨額財產損失不符；證人 B 及助手 C 於 2020 年 3 月 26 日接受廉政公署詢問時已明顯知悉有客戶提出價金為港幣 828.75 萬元，但於 2020 年 3 月 31 日 B 仍願意與證人 E 簽署相關合同，足以證明 B 接受以該價金出售涉案單位，主張不存有財產損失；案中產生了《刑法典》第 30 條第 2 款 d 項、

第 37 條及第 38 條規定的“阻卻不法性”情況。其次，已證事實第 13 條亦有同樣的瑕疵，因為 B 不是從來不知道 E 的真正出價，其於 2020 年 3 月 26 日已知悉。基於存在此項瑕疵，請求開釋上訴人或發回重審；

- 其在本案中充分配合調查，並需供養兩名未成年女兒，而且被害人亦沒有任何財產損失及上訴人 A 沒有獲得任何不法利益。同時，上訴人 A 的兩項前科並不嚴重，主張可透過非實際徒刑增加上訴人 A 守法意識，認為僅對事實作出譴責並以監禁作威嚇已可適當及足以實現處罰之目的，故被上訴的合議庭裁判不給予緩刑是違反了《刑法典》第 48 條之規定，請求給予緩刑。

我們看看。

（一）在審查證據方面的明顯錯誤

眾所周知，審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵是指，對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判決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。¹

同樣我們一貫堅持，事實審理的自由心證是刑事訴訟的核心原則，而作為一個平常的人、一個主觀的人的法官，在運用法律所賦予的審理證據的自由的武器時，需要遵循法律對此自由附加的證據原則和客觀標準，遵守一般的生活經驗法則的義務。在審查證據後對於採信何種證據，是法官形成心證的過程，根據《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，法官在對構成訴訟標的的具爭議事實，在事實審層面上作出認定或不

¹ 參見中級法院於 2014 年 4 月 3 日在第 602/2011 號上訴案件、於 2014 年 5 月 29 日在第 115/2014 號上訴案件等。

認定時，除了法律對評價證據方面另有事先規定的情況，如《刑事訴訟法典》第 149 條第 2 款所規定的排除法官的自由心證的情況，最終仍須按經驗法則去分析、評價案中所有的證據。

而對於上訴法院來說，對此瑕疵是否存在的審查乃通過審查原審法院的事實認定的理由說明，尤其是從對構成心證所基於形成的證據的列舉以及衡量的過程的審查，確認是否存在違反證據規則以及一般經驗法則的情況。此外的事實認定，包括原審法院接納或不接納哪些證據並賴以形成其心證並認定事實是由法律所賦予的自由，一般情況下，這種心證是不能受到質疑。

首先，就上訴人所質疑原審法院認定本案被害人存有損失的問題，對於本案所涉及的詐騙罪來說，屬於一個法律問題，一個需要確認的是否存在犯罪的客觀要件的一個法律適用的問題，對此要件的確認是通過對法院所認定的已證事實進行解釋，以得出受害人基於行為人的詭計而作出財產的處分的損失的結論。因此，這是一個應該放入法律層面予以分析的問題。

其次，若要分析比較符合題述的瑕疵的問題的話，就是涉及可以顯示受害人存在損失的事實事宜，尤其是第 13、14 點的已證事實，其中包括賣方從不知道買方的原本真正出價，而令上訴人有機會通過“食差價”方式獲取不法利益及使賣家蒙受損失。

從原審法院的理由說明部分可見，原審法院是通過對案件所涉及的買賣雙方的聲明以及證人的陳述的分析，進行衡量，然後認定有關的獲證事實，從中看不到有明顯違背自由心證原則以及一般經驗法則之處，故不能確認原審法院在審查證據方面有明顯錯誤的情況。

實際上，上訴人所主張純粹就是上述提到的是否存在“損失”的認定的問題，這屬於法律層面的問題，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。”

詐騙罪所要保護的法益是他人的財產而非交易的真實性。而從這條文可知，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、以詭計使他人在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。

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該行為的問題。也就是說，只要被害人的財產被行為人的行為所侵害，則已為既遂。

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。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。而財產被窮化了的受害人，可以不是被欺騙的人，而其犯罪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的財產有所損失的行為。²

上訴人辯稱，一方面，案中只有證據證明 E 透過證人 F 向上訴人 A 口頭以港幣 850 萬元購買涉案單位，但主張此口頭出價為不確定，沒有實質證據證明證人必然會以該價格購買，故不能證明上訴人 A 以給付兩個佣金為條件下得以港幣 828.75 萬價金承購的行為存在不法性；另一方面，上訴人亦沒有作出詐騙的主觀意圖，因為證人 C 的意向價金是可以還價，只要還價被接受就可進行交易，其行為也阻卻故意的存在。同時，其行為出現《刑法典》第 15 條“對事實情節之錯誤”或第 16 點“對不法性之錯誤”。

我們認為，上訴人 A 此部份的上訴內容其實是質疑原審法院就詐騙罪的犯罪構成的認定。事實上，根據案中的證據，在案中上訴人 A 一直向賣方（被害人）隱瞞買方的真正出價港幣 850 萬元；同時，上訴人 A 向買方表示可以港幣 828.75 萬元買得涉案單位，但要多付額外 2% 佣金予上訴人 A，最後導致賣方無法以較高的出價港幣 850 萬元出售該單位，只能以港幣 828.75 萬元賣出，令賣方損失了相關差價。在此交易中，上訴人 A 是主動實施詭計（向賣方隱瞞買方真正出價），令賣方產生錯誤以較低價格出售該單位，使其遭受差價的財產損失（港幣 21.25 萬元），我們認為上訴人 A 的行為已完全滿足《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「相當巨額詐騙罪」，被上訴裁判認定存在“實際損失”以及這損失基於行為人與買家的“合計”而令他人（受害人）遭受不應該的損失的認定，不存在法律適用方面的瑕疵，上訴人 A 此部份的上訴理由不能成立。

² Paulo Pinto de Albuquerque 在《Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem》，第三版，第 847 頁至第 848 頁。

另一方面，上訴人 A 指出已證事實第 4 條及第 16 條認定上訴人 A 為地產中介人或地產經紀，但事實上訴人 A 在行為期間並不是地產中介人或地產經紀，其不需強制遵守地產中介人或地產經紀的義務，因此，上訴人 A 沒有如實反映買家曾作出的口頭出價金額僅屬道德層面的不忠誠行為而非刑事層面，故被上訴判決認定上訴人 A 存有法定義務而出現了審查證據方面明顯有錯誤。同樣地，已證事實第 9 條亦存有錯誤因為上訴人 A 並無與證人 F 簽署第 81 頁之合作協議書。

然而，在本案中，上訴人 A 是 G 置業投資有限公司的股東，該公司是註冊的房地產中介人；而上訴人 A 本人曾是註冊房地產經紀，只是因沒有續期而失效。在案發過程中，上訴人 A 一直是以房地產經紀身份促成交易，並收取佣金。正如上文所說，上訴人 A 為取得不法利益（額外的佣金），故意使用詭計，使賣家遭受到相當巨額的損失，其行為已完全滿足《刑法典》第 211 條第 1 款及第 4 款 a 項結合第 196 條 b 項所規定的罪名。

3.1. 詐騙罪的未遂

上訴人主張其行為為未遂，原因是其在整個過程沒有獲得任何不法利益，因為已證事實中沒有證明上訴人 A 在事件中取了證人 B 的財產金錢，詐騙罪為結果犯，其行為應僅構成未遂。

正如上文所述，被害人 B 於 2020 年 3 月 31 日與買方 E 簽署合同，將涉案不動產權利轉讓時，被害人已遭受了差價（港幣 21.25 萬元）的損失，詐騙罪的犯罪已為既遂，上訴人所提出的法律問題並不存在，這部分的上訴理由也是不能成立的。

（四）緩刑的決定

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、儘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。

在本案中，原審法院判處上訴人 A 2 年 6 個月徒刑，在形式上是符合了《刑法典》第 48 條第 1 款所規定的要件。

在實質要件方面，上訴人 A 造成被害人港幣 212,500 元的損失，所犯之罪非屬輕微。更重要的是，上訴人 A 並非初犯，其因涉及兩宗案件而被本澳法院判刑，該兩宗案件均已給予上訴人 A 緩刑，加上，本案的犯罪行為是上訴人於緩刑期間實施，可見上訴人一而再、再而三實施犯罪，反映其守法意識極為薄弱，且未能從過往的審判以及刑罰當中吸取教訓。

因此，原審法院所認定的僅對事實作譴責並以監禁作威嚇並未能適當及不足以實現處罰的目的的結論，沒有任何可以質疑的地方，否則，予以緩刑的處罰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，這樣，的確是違背了社會大眾對透過刑罰的實施而重建法律秩序的期望。被上訴的合議庭不給予緩刑的決定並無違反《刑法典》第 48 條的規定。

上訴人的這部分上訴理由不能成立。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人 A 的上訴理由不成立，維

持原判。

本程序的訴訟費用由上訴人支付，包括支付 5 個計算單位的司法費。

澳門特別行政區，2023 年 4 月 27 日

蔡武彬
(裁判書製作人)

陳廣勝
(第一助審法官)

譚曉華
(第二助審法官)