

上訴案第 410/2018 號

日期：2019 年 3 月 28 日

主題： - 詐騙罪的詭計
- 量刑

摘 要

1. 「詐騙罪」，作為一個實害犯的罪名，其客觀構成要件具有雙重相關客觀歸責 (duplo nexo de imputação objectiva) 的特點，不但需要確認行為人“以詭計使人在某些事實方面產生錯誤或受欺騙”，而且要確認因此行為而導致“該人作出造成其本人或另一人之財產有所損失的行為”。
2. 至於上訴人與受害人的和解以及退回獲取的不法所得，屬於是否可以適用《刑法典》第 201 條以及作為一個情節在量刑中得到考慮的問題。
3. 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。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 410/2018 號

上訴人：A (A)

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情敘述

澳門特別行政區刑事起訴法庭起訴嫌犯 A 為直接正犯，其既遂行為觸犯一項澳門《刑法典》第 211 條第 3 款所規定及處罰的「加重詐騙罪」，並移送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 CR4-16-0385-PCC 號案件中，經過庭審，最後判決嫌犯 A 以直接正犯和既遂方式觸犯《刑法典》第 211 條第 3 款配合第 196 條 a) 項所規定及處罰的一項加重詐騙罪，並具《刑法典》第 201 條第 1 款所規定的特別減輕情節，判處一年徒刑，緩刑一年六個月執行。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起了上訴，在其上訴理由中作了簡要陳述：

1. 被上訴判決錯誤適用了澳門《刑法典》第 211 條第 3 款的規定，本案中上訴人的行為不符合澳門刑法典第 211 條的構成要件。
2. 經查看案中有關事實，可得出的結論是，事實上上訴人當作出上述行為時，可能曾作出不實的聲明，然而，單憑上訴人之上述“謊言”並不足以構成被指控的詐騙罪。
3. 見案中獲證事實第 13 條可知被害人清楚知悉有關單位價金為

港幣 175 萬元正，有關買賣合同亦清楚寫明售價為港幣 175 萬元正，只是被害人清楚知悉自己購買了合意及售價較低的單位，是因為上訴人的努力而得出，而自願給予較高的酬金。

4. 這種因為購買了“合心水”的價格而給予較高的酬金，是在地產市場很平常及合理的。
5. 另外，根據證人 B 及 C 之證言，他們亦認為本案所述之交易對 D 所收取之九萬元為“佣金”。
6. 根據第 16/2012 號法律澳門房地產中介業務法第 18 條及以往地產中介的行規、習慣，雙方可協商收取的佣金數目，有時會低於 1%，有時會以 1% 為準，亦有時會收取更高的佣金，無論如何收取，都建基於雙方的同意及協議。
7. 因此，法律是允許收取超過 1% 佣金的。
8. 有一點不能否認的是，上訴人可能用了比較誇張的手法，而令被害人相信自己儘最大的努力而令業主以港幣 175 萬出售單位。
9. 事實上，業主是以港幣 175 萬出售單位，合同內亦清楚寫明售價為港幣 175 萬元正，上訴人並沒有用“詭計”而令被害人誤信售價為港幣 184 萬元正，從卷宗及被害人的證言可得知，被害人一直都知悉單位售價為港幣 175 萬元正，為何多付港幣 9 萬元正？被害人知悉及明白這 9 萬元是給予地產作為酬金，是因他們在議價方面作出了努力而令到單位最終以港 175 萬元正出售。
10. 故此，被害人的主觀(思想)上是沒有錯誤，對於多付的港幣 9 萬元正是沒有主觀上的錯誤，他完全知悉這多付的 9 萬元正是給予上訴人及地產作為酬金的，清楚知悉不是給予業主的。
11. 如果上述情況是正確的，這樣為何被害人後來不同意呢？
12. 可以合理推測的，是由於被害人知悉了原來上訴人在議價方面並沒有作出他想像中的努力，而後悔給予這麼多的報酬而產生問題。

13. 縱使上訴人的銷售手法是有爭議的地方，但，是否嚴重至觸犯了澳門《刑法典》第 211 條的構成要件？其用誇張的方式表達自己的功勞，是否就屬於“詭計”？被害人是否就因上訴人的“誇張的表達方式”是否就令被害人產生“錯誤或受欺騙”？
14. 從卷宗及被害人的證言可得知，被害人一直都知道單位售價為港幣 175 萬元正，為何多付港幣 9 萬元正，被害人知悉及明白這 9 萬元是給予地產作為酬金，是因他們在議價方面作出了努力而令到單位最終以港 175 萬元正出售。
15. 故此，被害人並沒有因上訴人的“誇張的銷售手法”產生“錯誤或受欺騙”。
16. 另外，根據一般的學說或理論，上訴人除了上述手法之外，還須從行為人之行為是由於其所製造之假象使被害人相信其謊言屬實，而因此使被害人之財產受到損失，在這樣之嚴重性刑法才會介入。
17. 即為構成該罪狀，行為人的行為須具特別技巧，手段或詭計。即應可視為一“加重之假話”-“mentira qualificada”。
18. 事實上，每個人為着維護其利益均應與別人相處時採取必需之審慎行為，而當對方的行為存有特別技巧或詭計時令一般之審慎未能足以防禦時，在這情況下才應受到刑法之保護。
19. 在本案中，以上所述一切要件均不存在，只能證實上訴人的行為屬一非常不誠實的銷售手法，且在道德上應受到嚴厲的譴責，因此，由於並未存在詐騙罪所有要件，故不應起訴或判處上訴人。
20. 故此，上訴人的行為絕對不構成澳門刑法典第 211 條第 1 款的規定，有關控訴及判決不能成立，應開釋上訴人。
21. 第二，本案應屬於第 211 條第 1 款的規定，上訴人與被害人 D 已達成和解，被害人已聲明放棄刑事追究，應根據法律將有關案件歸檔。
22. 見卷宗資料可清楚得知，案中涉及被害人的損失港幣

90,000.00 元正，並非完全由嫌犯一人取得或收取，根據獲證事實第十八及第十九條，上訴人收到被害人的港幣 90,000 元後將之據為己有，並將其中的港幣 30,000 元分給 E。

23. 根據載於卷宗 18 及第 19 頁 D 之聲明筆錄及其證言，其講述將港幣 90,000.00 元交予上訴人後，於 E 之 XX 地產內，D、上訴人及 E 共同簽署一張港幣伍萬元之收據（編號 4***3）及 D 與嫌犯共同簽署一張收據（編號 4***4）。

24. 事實上，港幣 90,000.00 是付給上訴人、E 及其他利害關係人作為佣金。

25. 而根據 D、上訴人、E 及其他利害關係人於 2016 年 8 月 19 日提交了檢察院之和解及撤訴之文件顯示，嫌犯及其他利害關係人各自退回佣金港幣 20,000.00 予 D（合共港幣 60,000.00），而 E 則退回佣金港幣 30,000.00 予 D。（見卷宗內的和解協議正本）

26. 庭審時，E、B 及 C 亦講述及交待了有關事實，亦得出上訴人分得的利益確實不多於港幣 30,000.00 元正。

27. 依上所述，可合理推論上訴人可以取得的利益也只有港幣 20,000.00 元正以下。

28. 為此，有關上訴人的行為應屬於澳門刑法典第 211 條第 1 款，根據《澳門刑法典》第 220 條第 1 款的規定，屬於“半公罪”，即非經告訴不得進行刑事程序之情況。

29. 被害人已清楚表明撤回告訴權。（見卷宗內的和解協議正本）

30. 故此，有關控訴及判決不能成立，應開釋上訴人。

31. 在案中得以證實上訴人具有特別減輕情節，仍而，上訴人認為被上訴法庭在判刑方面過重，違反了《刑法典》第 40 條、第 45 條、第 65 條及第 66 條的規定，應對上訴人適用科罰金的處罰最為恰當。

32. 根據澳門《刑法典》第 40 條第一款之規定“科處刑罰及保安處分旨在保護法益及使行為人重新納入社會”之規定。

33. 即是，刑法之目的旨在保護法益（通過一般預防及特別預防）及使人能重返社會。
34. 一般預防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的積極作用，同時遏止其他人犯罪。
35. 特別預防指對犯罪行為和犯罪人的恐嚇和懲戒，且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。（參見中級法院第 507/2011 號判決）
36. 從卷宗可得知，被害人已與上訴人和解，及已原諒了上訴人，上訴人亦於被害人不滿意上訴人的行為時，馬上退回有關已收的佣金港幣 90,000.00 元正。
37. 卷宗第 130 頁，載有一份聲明書，當中上訴人等人已於庭審開始前向被害人全數支付賠償金，被害人聲明放棄追究之民事及刑事責任。（見判決書第 12 頁後部份及卷宗文件 130 頁）
38. 上訴人是初犯（見判決書第 19 頁）。
39. 上訴人是家庭中不可缺少的經濟支柱，現正從事地產中介的工作，倘若失去工作，亦將對家庭及社會帶來負面的影響。
40. 於案中，已得到被害人完全原諒及已完全彌補被害人的，已充份體現被告的悔意，對於個別預防的刑罰的已達到。
41. 上訴人所觸犯的違法行為是罪惡性較輕之刑法規定，與一般生命犯罪或其他犯罪相比，很明顯，罪惡性不大，對社會秩序、公共利益影響有限。
42. 因此，一般預防的目的在本案中的重要性已大大降低。
43. 總括而言，相對於刑罰的一般預防及特別預防的目的，綜合考慮本案的情節後給予罰金刑是適當和足夠的。
44. 上訴人的人格是誠實可信的，在案件，上訴人從始至終已儘力

彌補過錯；上訴人之生活狀況是良好及正面，是初犯，本身亦是家庭支柱，更是一個好丈夫及好父親；上訴人犯罪前後之行為是正面的，表現出充份悔意；具有減輕情節。

45. 上訴人是一個有家庭及負責任之人，相信經過本事件後，上訴人已吸取了教訓，以後都會慎言謹行，而於案發至今已接近 6 年，上訴人亦沒有因為佣金之事件而與客人出現糾紛或有任何之刑事紀錄。

46. 本案中，上訴人是初犯具有減輕情節，故此，單純僅對事實作譴責並以罰金作威嚇可適當及足以實現處罰之目的。

請求，承上所述，僅請法官 閣下判本上訴得直：

- 以被上訴的判決錯誤適用法律或其他更有利的法律依據，廢止初級法院合議庭裁判及開釋上訴人；或
- 倘若尊敬的法官 閣下不認同上述請求時，請求降低上訴人之刑罰至罰金刑；或
- 以其他更好的理據開釋上訴人或判處上訴一個較輕（較有利）的刑罰。

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 本院認為，原審判決對於上訴人是否使用“詭計”欺騙被害人進行了充分的理由說明。而該理由說明客觀、合理，符合經驗法則。就本案而言，原審判決所認定的事實有足夠的證據予以支持。
2. 本院完全認同原審判決的事實認定及法律適用。
3. 毫無疑問，身為地產中介的上訴人在本案所指之房屋買賣中，虛構成了“賣方要求被害人支付港幣 90,000 元予代理作為交易條件”這樣一個事實，令被害人產生錯誤而向其交付該筆費用，從而使被害人的財產受到損失。
4. 上訴人的行為已符合《刑法典》第 211 條第 3 款配合第 196

條 a)項所規定及處罰的一項加重詐騙罪的罪狀要求 — 特別是犯罪手段的要求，即以“詭計”使他人產生錯誤或受欺騙。

5. 上訴人在上訴理由中辯稱其使用的是“誇張的銷售手法”。然而，其手法卻誇張過了頭。
6. 對於原審判決認定的加重詐騙罪，上訴人還指出，上訴人最終得到的利益不多於港幣三萬元。由於被害人已撤回告訴，故同樣應開釋上訴人。
7. 本院認為，《刑法典》第 211 條第 3 款配合第 196 條 a)項所規定及處罰的加重詐騙罪，對金額的要求是指被害人實際損失的金額，而非嫌犯實際得到的利益。因此，上訴人指其最終得到的利益不多於港幣三萬元並不能改變其所犯之加重詐騙罪的公罪性質。
8. 據此，本院認為，上訴人此上訴理由明顯不成立。
9. 至於上訴人提出的量刑偏重，應判處罰金的問題，本院亦不認同。
10. 《刑法典》第 211 條第 3 款配合第 196 條 a)項所規定及處罰的加重詐騙罪的法定刑為處最高五年的徒刑，或科最高六百日罰金。
11. 根據《刑法典》第 65 條規定，量刑應按照行為人的罪過和預防犯罪的要求予以確定，同時，量刑也需考慮不屬罪狀的對行為人有利或不利的所有情節。
12. 在此，本院首次認同原審判決對刑種的選擇。上訴人乃地產中介，其利用熟悉行業運作的條件，欺騙客戶，謀取不法利益，具有較高的可譴責性，預防犯罪的要求亦較高。原審判決選用徒刑正是回應了這一要求。
13. 其次，從原審判決對量刑的理由說明中可以看出，原審判決是在考慮了所有對上訴人有利和不利的不屬罪狀的情節基礎上定出的刑量，該刑量屬適中，並無明顯失衡，因而符合罪刑相適應原則。

14. 概言之，本案最終的量刑結果不存在對法定限制規範－如刑罰幅度－或經驗法則的違反，具體刑罰也未顯示出完全不適度。既然如此，作為以監督法律良好實施作為主旨的上級法院就不應介入具體刑罰的確定。

15. 因此，上訴人認為量刑偏重及應判罰金的理由亦不成立。

16. 基於以上分析，本院認為，被上訴之判決並不存在上訴人所指之瑕疵，其上訴理由均不成立，其上訴請求應予駁回。

基於維護合法性及客觀原則的要求，茲提請中級法院，判定上訴理由均不成立，駁回上訴，維持原判。

駐本院助理檢察長提出法律意見書：

2018 年 3 月 9 日，初級法院合議庭判處嫌犯 A 以直接正犯及既遂方式觸犯 1 項《刑法典》第 211 條第 3 款配合第 196 條 a 項所規定及處罰之「加重詐騙罪」，並具同一法典第 201 條第 1 款所規定之特別減輕情節，判以 1 年徒刑，緩刑 1 年 6 個月。

嫌犯 A 不服上述初級法院合議庭裁判，因而向中級法院提起上訴。

在其上訴理由闡述中，上訴人 A 認為被上訴之合議庭裁判適用法律錯誤，違反了《刑法典》第 211 條第 3 款，並認為自己有特別減輕情節，指責量刑過重，亦違反了《刑法典》第 40 條、第 45 條、第 65 條、第 66 條之規定，應科處罰金最為恰當。

我們認為上訴人 A 的上訴理由應全部不成立。

1.關於《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款及《刑法典》第 211 條第 3 款之違反

上訴人 A 在其上訴理由中，指出被害人（買家）F 及 G 是自願給予較高的酬金，以購買合心意及售價較低的單位的，因此不存在《刑法典》第 211 條第 3 款構成要件中所規定的“詭計”，從而指責被上訴的合議庭裁判適用法律錯誤，違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款及《刑法典》第 211 條第 3 款之規定。

而且，上訴人 A 認為其已收到被害人（買家）所給付的 9 萬元報酬中的其中 3 萬元，其返還後被害人（買家）表示放棄追究，故應予以開釋。

眾所周知，《刑法典》第 211 條第 1 款規定及處罰之「詐騙罪」的主觀構成要件是“意圖為自己或第三人不正當得利”；而客觀構成要件是“以詭計使人在某些事實方面產生錯誤或受欺騙”，並導致“該人作出造成其本人或另一人之財產有所損失”。

讓我們看，在本具體個案中，正如被上訴的合議庭裁判及檢察院上訴答覆中都有提及，對於地產中介人可收受的佣金一向有行規限制的（大約合同價金的 1%），且一般都明文載於臨時買賣合同中，而事實上，涉案的地產公司--「YY 置業投資有限公司」在本案中已收取了港幣 17500 元作為佣金（見卷宗第 23 頁）；因此，可以肯定，在主觀層面上，上訴人 A 分明知道其向被害人（買家）收取的額外港幣 9 萬元是不合符常理的要求，否則，其大可大大方方向被害人（買家）提出其所付出的“努力”而應得的報酬，而無須借用賣家的名義下。

至於客觀構成要件，上訴人 A 在其上訴理由中一直迴避提及其向被害人（買家）要求給付上述港幣 9 萬元的藉口是“賣家要求”此一事實，而之所以認定其行為是“訛稱”（見被上訴的裁判中第 24 點已證事實），是因為“賣家要求”此一事實與真實不符，是上訴人 A 捏造的，亦正正是此捏造行為，在客觀上就已經是一般人所認知的“詭計”，目的是要使被害人（買家）對有關事實產生錯誤，然後因為此事實而作出財產處分。

因此，無論是主觀抑或客觀構成要件，上訴人 A 的行為都是完全滿足的。

加上，正如檢察院在上訴答覆中所闡述，無論上訴人 A 真正獲得的金錢利益有多少，其實施的“詭計”已為被害人（買家）造成超過《刑法典》第 196 條 a 項所規定的巨額的金額，屬公罪之「巨額詐騙罪」不取於告訴。

鑒於此，必須認定，被上訴的合議庭以《刑法典》第 211 條第 3 款配合第 196 條 a 項所規定及處罰之「加重詐騙罪」對上訴人 A 在本案中所作出的行為予以歸責，是完全符合法律的，上訴人 A 指責被上訴

的合議庭錯誤適用法律是毫無道理的。

應裁定上訴人 A 此部份上訴理由不成立，予以駁回。

2.關於《刑法典》第 40 條、第 45 條、第 65 條、第 66 條之違反

在其上訴理由中，上訴人 A 認為被上訴的合議庭沒有考慮其犯罪後馬上退回有關款項而屬特別減輕之情節，並指責被上訴的合議庭對其量刑過重，違反了《刑法典》第 40 條、第 45 條、第 65 條、第 66 條之規定，應科處罰金最為恰當。

我們只消閱讀載於卷宗第 219 頁背面第 2 段及第 3 段法律適用的內容，以及卷宗第 220 頁至第 221 頁背面對於上訴人 A 作出的量刑及判罪內容，都可以清楚看見被上訴的合議庭已經全面考慮了上訴人 A 在作出本案之犯罪行為後已向被害人（買家）返還款項的事實，並已明確適用了《刑法典》第 66 條及第 67 條之特別減輕之制度。

根據《刑法典》第 211 條第 3 款配合第 196 條 a 項所規定及處罰之「加重詐騙罪」，配合同一法典第 201 條第 1 款所規定之特別減輕情節，可對上訴人 A 作出判處的抽象刑幅為 3 個月至 6 年 8 個月的徒刑，被上訴的合議庭同時考慮了《刑法典》第 40 條、第 45 條之後，只對上訴人 A 選科了 1 年的徒刑，完全符合罪刑相適應原則及比例原則。

而且，被上訴的合議庭亦不忘考慮了《刑法典》第 48 條之前提要件後，給予上訴人 A 以 1 年 6 個月緩刑。

因此，我們認為，上訴法院對被上訴的合議庭沒有明顯違反法律及不能接受的量刑決定不應予以介入。

同時，應裁定上訴人 A 就量刑部份對被上訴的合議庭作出的指責理由明顯不成立，即予駁回。

綜上所述，我們認為，應裁定上訴人 A 所提出的上訴理由全部不成立，應予駁回。

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：

- 約於 2012 年 8 月，嫌犯 A 在.....大馬路.....花園地舖...號開設了“YY 置業投資有限公司”。
- 2012 年 10 月初，F 及 G 委託 ZZ 地產負責人 H 將位於.....街.....大廈...樓...單位以港幣 175 萬元出售，並將該單位的鑰匙交給 H 及授權 H 收取訂金。
- 其後，由於 H 外出，F 又委託位於.....街...號...的 XX 地產負責人 E 協助對出售單位進行估價及出售。
- 2012 年 10 月中旬，被害人 D 委託嫌犯為其物色單位購買。
- 嫌犯獲悉 E 正放售.....大廈...樓...單位，於是與 E 聯系，表示有買家想購買。
- 其後，E 致電 I 表示有買家出價港幣 175 萬元購買.....大廈...樓...單位。
- F 同意出售。
- 2012 年 10 月 30 日，嫌犯告知被害人為其找到適合的單位。
- 2012 年 10 月 31 日，被害人在嫌犯、E 及 H 的陪同下到.....大廈...樓...單位看看。
- 當時，嫌犯向被害人表示該單位的售價為港幣 175 萬元。
- 被害人考慮後同意購買。
- 嫌犯向被害人表示交易後將收取佣金港幣 15,000 元。
- 同時，嫌犯為了賺取不法的利益，向被害人訛稱賣方本打算以港幣 184 萬元出售.....大廈...樓...單位，但認為以港幣 175 萬元出售已有盈餘，故以港幣 175 萬元出售，但賣方要求被害人將差價港幣 90,000 元付給嫌犯、H、E 作為酬金。
- 被害人當時察覺可疑，於是要求嫌犯提供賣方的聯繫方式，以

便向賣方核實。

- 嫌犯當時以客戶私隱及地產業行規為由拒絕被害人的要求。
- 被害人信以為真，表示同意。
- 2012 年 10 月 31 日，被害人在 XX 地產內將港幣 90,000 元交給嫌犯。
- 嫌犯當時向被害人簽署一張港幣 50,000 元及港幣 40,000 元的收據（現扣押在案，參閱卷宗第 24 頁）。
- 嫌犯收到被害人的港幣 90,000 元後將之據為己有，並將其中的港幣 30,000 元分給 E。
- 2012 年 12 月 6 日，被害人與 G 在律師樓簽署正式的買賣合約後，又向嫌犯支付了港幣 15,000 元的佣金，嫌犯並簽署收據（現扣押在案，參閱卷宗第 24 頁）。
- 2012 年 12 月下旬，被害人在馬路上遇到 H，獲悉嫌犯從無將港幣 30,000 元酬金交給 H。
- 其後，被害人就港幣 90,000 元酬金問題透過 H 向 F 核查，獲悉賣方並未要求被害人支付相關費用。
- 嫌犯的上述行為令被害人損失港幣 90,000 元。
- 嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，為獲得不正當利益，向被害人銷售單位時訛稱賣方要求被害人支付港幣 90,000 元予代理作為交易條件，令被害人產生錯誤而向嫌犯交付該筆費用，然後將被害人的屬巨額的金錢不正當據為己有，令被害人遭受巨額的財產損失。
- 嫌犯清楚知道其行為是法律所不容，且會受法律制裁。
- 此外，庭審聽證亦證實以下事實：
- 刑事紀錄證明顯示嫌犯在本澳為初犯。
- 嫌犯聲稱為地產公司負責人，月入澳門幣 15,000，需供養二名未成年人，具初中程度學歷。

- 未證事實：經庭審聽證，本案不存在與控訴書已證事實不符之其他事實。

三、法律部份

上訴人在其上訴理由中，指出受害人（買家）F 及 G 是自願給予較高的酬金，以購買合心意及售價較低的單位的，因此不存在《刑法典》第 211 條第 3 款構成要件中所規定的“詭計”，從而指責被上訴的合議庭裁判適用法律錯誤。另外，其僅收到被害人（買家）所給付的 9 萬元報酬中的其中 3 萬元，其返還後被害人（買家）表示放棄追究，故應予以開釋。而在補充性的上訴理由中，認為被上訴的合議庭沒有考慮其犯罪後馬上退回有關款項而屬特別減輕的情節，指責被上訴的合議庭對其量刑過重，應科處罰金。

我們看看。

1、詐騙罪的詭計

上訴人的上訴理由集中在主張其行為不能被歸結為符合《刑法典》第 211 條第 1 款規定及處罰的「詐騙罪」的客觀要件。

我們知道，《刑法典》第 211 條第 1 款規定及處罰的「詐騙罪」，作為一個實害犯的罪名，其客觀構成要件具有雙重相關客觀歸責(*duplo nexo de imputação objectiva*) 的特點，不但需要確認行為人“以詭計使人在某些事實方面產生錯誤或受欺騙”，而且要確認因此行為而導致“該人作出造成其本人或另一人之財產有所損失的行為”。¹

很明顯，關鍵在於必須確認，受害人的錯誤必須是嫌犯的詭計所造成的。在本案中，涉案的地產公司--「YY 置業投資有限公司」在本案中已收取了港幣 17500 元作為佣金（見卷宗第 23 頁）。上訴人在其上訴理由中一直迴避提及其向被害人（買家）要求給付上述港幣 9 萬元的藉口是“賣家要求”此一事實，而之所以認定其行為是“訛稱”（見被上訴的裁

¹ 參見 Figueiredo Dias 教授所主編的《Comentário Conimbricense do Código Penal》，分則，第 2 卷，第 293 頁。

判中第 24 點已證事實)，是因為“賣家要求”此一事實與真實不符，是上訴人捏造的，亦正正是此捏造行為，在客觀上就已經是一般人所認知的“詭計”，目的是要使被害人（買家）對有關事實產生錯誤，然後因為此事實而作出財產處分。

另外，可以肯定，上訴人分明知道其向被害人（買家）收取的額外港幣 9 萬元是不合符常理的要求，並非其所付出的推銷的“努力”而應得的報酬，此價值是因其實施的“詭計”造成被害人（買家）的損失的價值，並且超過了《刑法典》第 196 條 a 項所規定的巨額的金額，屬公罪的「巨額詐騙罪」，不取決於告訴。

至於上訴人與受害人的和解以及退回獲取的不法所得，屬於是否可以適用《刑法典》第 201 條以及作為一個情節在量刑中得到考慮的問題。

因此，被上訴的合議庭以《刑法典》第 211 條第 3 款配合第 196 條 a 項所規定及處罰的「加重詐騙罪」對上訴人在本案中所作出的行為予以歸責，沒有任何的錯誤。

上訴人此部份否認上訴理由不能成立。

2、**■** 量刑

作為補充的上訴理由，上訴人認為雖然在案中得以證實上訴人具有特別減輕情節，甚至已經適用了緩刑，被上訴法庭在判刑方面仍然過重。

《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，只有當原審法院明顯違反法律或罪刑相適應原則時，上級法院才有介入的空間。

原審法院依照《刑法典》第 211 條第 3 款配合第 196 條 a 項所規定及處罰的「加重詐騙罪」，配合同一法典第 201 條第 1 款所規定的特別減輕情節，在可判處 3 個月至 6 年 8 個月的徒刑的抽象刑幅中，只對上訴人選科 1 年的徒刑，並給予 1 年 6 個月的緩刑，很明顯，原審法院

的量刑，包括不選擇僅為了犯罪的特別預防的目的的罰金刑的決定，已經再沒有任何過重之夷。

上訴人這部分的上訴理由也是不能成立的。

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，2019 年 3 月 28 日

(裁判書製作人)

蔡武彬

(第一助審法官)

司徒民正

(第二助審法官)

陳廣勝