

第 74/2012 號案

刑事上訴

上訴人：甲

被上訴人：檢察院

會議日期：2012 年 12 月 14 日

主題：— 販毒罪

— 預備行為

— 不能未遂

— 具體量刑

摘 要

一、預備行為指的是那些在整個實施犯罪的過程中，已經超出了決意作出罪狀中所規定的不法行為的階段，但又尚不屬於澳門《刑法典》第 21 條第 2 款所規定的情況的那些行為。

二、根據澳門《刑法典》第 21 條第 1 款的規定，行為人作出一已決定實施的犯罪之實行行為，但犯罪未至既遂者，為犯罪未遂。

三、從案中所查明的事實來看，我們認為，毫無疑問上訴人的行為已經超越了預備行為的範疇，因為她並不僅限於來到澳門並寄宿於酒店，還遠不止這些：她去與第一被告見面，與其聯繫並從他那裏取走了一個原本藏有毒品的行李箱，所有這一切都是事先約定並且經過周密計劃的。

四、需要強調的是，上訴人的故意行為是在不同國家和地區之間所展開的、由一夥相互之間直接或間接聯繫的人士所操控的整個跨境販毒交易中的一環。

五、這樣也就符合了相關行為應被定性為實行行為、而非單純預備行為的其中一個情況，也就是澳門《刑法典》第 21 條第 2 款 c 項所規定的情況。

六、只有在行為人採用之方法屬明顯不能達至犯罪或者犯罪既遂所必要具備之標的物明顯不存在時，不能未遂才不應被處罰，因此，方法的不當以及對象的欠缺除非屬顯而易見，否則並不妨礙未遂行為的可處罰性。

七、方法的不當以及標的物的欠缺不應以行為人的想法為出發點來加以判斷，而應通過一般的經驗法則或者適當因果關係的規則

來予以判定，也就是說，要依一般人的標準來進行客觀判斷。

八、所謂的“一般人”指的不應是處於正常情況並且對於具體情節沒有任何瞭解的普通人，而應是那些處於和上訴人同等狀況、清楚自己將收取一個內藏毒品的行李箱的人。

九、事實上，本案的所有情節都顯示，依照預判可以合理地得出存在上訴人收取並持有毒品、從而完成犯罪既遂的可能性。

十、根據《刑法典》第 65 條的規定，刑罰的確定須“在法律所定之限度內”及“按照行為人之罪過及預防犯罪之要求”（無論是一般預防還是特別預防之要求）來作出。

十一、只要不存在對法定限制規範——如刑罰幅度——或經驗法則的違反，也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的話，作為以監督法律的良好實施為主旨的終審法院就不應介入具體刑罰的確定。

裁判書制作法官

宋 敏 莉

澳門特別行政區終審法院裁判

一、概述

透過 2012 年 5 月 11 日的初級法院合議庭裁判，本案被告乙及甲因以既遂方式觸犯了一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定和處罰的販毒罪而分別被判處 7 年 6 個月徒刑及 8 年徒刑。

兩被告不服裁判，向中級法院提起上訴。被告乙提起的上訴被裁定敗訴，而被告甲提起的上訴則被裁定部分勝訴，轉而因以直接正犯和未遂的方式觸犯一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定和處罰的販毒罪而被判處 4 年徒刑。

現被告甲向終審法院提起上訴，並在其上訴理由陳述中提出以下結論：

第一、上訴人指被上訴的合議庭裁判存有法律錯誤，而本上訴

的理由陳述主要圍繞對上訴人的行為所作的法律定性展開；認為其行為僅構成單純的預備行為，不能被裁判為以正犯及未遂的方式觸犯了一項販毒罪。

第二、第 17/2009 號法律第 8 條所規定的刑事違法行為在理論學說上被稱為“舉動犯”、“即時犯”或“着手犯”，是指行為人一經着手實施正常的犯罪實行過程，符合罪狀之結果即告達成的犯罪。該罪所涉及的毒品並非僅供個人吸食，條文中規定了從單純的持有直到出售行為本身的種種不同行為。

第三、為滿足該罪狀，並不要求行為人作出其所計劃的所有行為；然而犯罪既遂要求至少證實條文中所描述的多項情節中的一項。

第四、根據庭審中所查明的、載於第一審法院合議庭裁判“獲認定事實”部分、而現被上訴的中級法院合議庭裁判也沒有對其作出變更的事實，上訴人所作出的僅僅是其迫於一位當時身處中國大陸的身份不明人士的壓力而決定實施犯罪行為之前的單純的預備行為。

第五、正如第一審法院的法官們以及中級法院所認定的那樣，上訴人被判觸犯的販毒罪不可能已經既遂，因為：(1) 在本案的共犯交給上訴人的行李箱中並沒有毒品，因此，上訴人也就未曾收到(或

持有)過毒品；(2) 上訴人不可能將並不含有毒品的行李箱運往中國大陸，因為她已被警方截獲。

第六、我們承認第 17/2009 號法律第 8 條所規定的犯罪的抽象危險罪的特徵體現為對所涉及的多項法益(均可歸納為“公共健康”這一法益)的提前保護，不論相關法益是否確實遭到侵犯，行為人一經開始實施犯罪的起始行為便要受處罰，或者說，為滿足該罪的罪狀，並不要求行為人作出其所計劃的所有行為，然而犯罪既遂要求至少證實條文中所描述的多項情節中的一項。

第七、從這個意義上來講，在本案中，即使上訴人未能(按其與丙之間的計劃)將毒品從澳門運往中國內地，也只有在其確實曾在澳門收到毒品並且即便是在短暫的時間內持有毒品的情況下才算是以既遂的方式觸犯了販毒罪。

第八、雖然上訴人的目的是將毒品運往中國內地，但如果她確實在澳門曾經收到(並且非法持有)過毒品，那麼販毒罪才應被視為既遂。

第九、考慮到販毒罪的抽象危險罪特徵，以及由於在該制裁條文中規定了從單純持有到出售行為本身的種種不同行為，我們認

為，販毒罪不存在犯罪未遂的問題，因為犯罪未遂要求存在犯罪實行行為，而根據《刑法典》第 21 條第 2 款的幾項規定，實行行為指的是符合一罪狀之構成要素的行為。

第十、根據兩級法院所認定的事實，上訴人不能被判以正犯和未遂方式觸犯一項販賣麻醉藥品及精神藥物罪，因其並沒有送贈、準備出售、出售、分發、讓與、購買或以任何方式收受、運載、進口、出口、促成轉運或不法持有第 17/2009 號法律表一至表三所列的植物、物質或製劑。

第十一、要想說明存在犯罪未遂，上訴人的行為必須外化表現為本身存在不法性的行為，然而上訴人的行為卻並不具適當性及顯然性，而可以肯定的是預備行為——來到澳門並寄宿於澳門一間酒店——本身並不可被處罰；同樣，從本案第一被告——上訴人並不是其共犯，因為兩人之間並沒有任何事先約定——那裏接收行李箱的事實並不能導致其行為被歸為可處罰的不能未遂的情況。

第十二、我們並非不尊重偵查人員竭盡全力截斷第一被告所運送的毒品的流通渠道的這一做法，但是，應該說他們的行動是有些草率、而且沒有道理的，因為上訴人身處酒店，而在場的偵查人員

不止一人，即便是擔心上訴人會逃走也沒有理由做出如此草率的行為，而這也導致了法律後果：使得上訴人無法被判以未遂方式觸犯一項販毒罪，因為欠缺標的物。

第十三、對於一般人來說，上訴人收取一個內裝衣物但卻不含有任何精神藥物的行李箱的行為明顯不可能構成對毒品的持有。

第十四、如果貴院認為，儘管在本案中不存在犯罪標的物，但是未遂行為仍要被處罰的話，那麼上訴人不得不請求貴院減輕中級法院所訂定的刑罰，因為該刑罰極為不適度。

第十五、司法見解一致認為，只要不存在對法定限制規範——如刑罰幅度——或經驗法則的違反，也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的話，作為以監督法律的良好實施為主旨的終審法院就不應介入具體刑罰的確定，而本案所發生的正是具體刑罰完全不適度的情況。

第十六、根據《刑法典》第 65 條的規定，具體的司法量刑應該按照行為人的罪過而作出，並考慮預防未來犯罪的要求以及該條第 2 款中所規定的其他對行為人有利或不利而不屬罪狀的情節，應該肯定的是刑罰的最低限額由一般預防的要求確定，最高限額則由罪過

確定，而在這個刑幅範圍之內，還要體現特別預防或者令行為人重新納入社會的要求。

第十七、被上訴的合議庭裁判在作出具體的司法量刑之時，並沒有考量任何的一般減輕情節。

第十八、上訴人請求將具體刑罰改為不高於1年6個月徒刑。

第十九、被上訴的合議庭裁判違反了以下規定：(1) 判處上訴人以未遂方式觸犯販賣麻醉藥品及精神藥物罪的做法違反了第17/2009號法律第8條以及《刑法典》第22條第3款的規定；(2) 由於沒有適用《刑法典》第20條從而違反了該條的規定；(3) 違反了刑罰的適度原則。

檢察院作出了回答，並以下列結論結束其答覆：

1. 根據《刑法典》第20條及第21條規定，已經為實施犯罪作出相應的準備行為但尚未開始作出第21條第2款所指的任何實行行為，則為預備行為。換言之，預備行為是指為準備實施犯罪而在實

行行為階段前作出的行為。該等行為，按第20條規定，除另有規定者外，不予處罰。

2. 根據原審法院所認定的事實，上訴人按一名身處內地的被稱為“丙”的人士指使，從內地前來澳門等候提取由本案另一嫌犯乙從馬來西亞帶進澳門的毒品，以帶回內地交給“丙”；2011年5月1日，上訴人按丙的指示到達涉案酒店大堂，並從同案另一嫌犯處取走經司警人員扣押、原載有涉案毒品的銀灰色行李箱。

3. 我們知道，跨境販毒行為往往涉及多人且由多個不同環節組成的行為鏈條。上訴人在自由、自願和有意識的情況下，與本案另一嫌犯同其他身份不明人士彼此透過合意並通過通訊聯絡，共同實施並實際參與整個跨境運毒計劃，彼等的行為早非預備行為，已經實施具體的販毒行為。

4. 即使認為按照原審法院所認定的事實並不能認定上訴人與他人存在共同犯罪協議，單純就上訴人的行為而言，其在明知所提取的行李箱內藏有毒品，依然提取該行李箱的行為並非僅為將來實施犯罪而作出準備，該行為本身已符合所被指控的罪狀之構成要素，毫無疑問屬實行行為；而僅僅是由於警方的介入和當中的毒品已被

警方事先抽出，上訴人才未能實際取得有關毒品，因此，其行為符合犯罪未遂的狀況。

5. 上訴人從本案另一嫌犯處所提取走的原載有大量毒品的行李箱已沒有毒品的情況並非屬於一般人明顯及合理可預見的情況，因此，並不屬於不可能之未遂。

6. 上訴人在向終審法院提出上訴時，尚提出了一個新的問題——量刑問題，對該問題不應予以審理；即使認為應該審理量刑問題，無論如何，被上訴判決對以販毒罪(未遂)判處上訴人4年徒刑，不存在違反法定限制規範或明顯不適度的情況，應予維持。

在本上訴審，檢察院維持其在對上訴理由陳述所作的答覆中已表明的立場。

已作出檢閱。

二、事實

從卷宗認定的事實概括如下：

—2011年5月1日約20時30分，剛剛乘坐AK56次航班由馬來西亞吉隆坡來到澳門的第一被告在澳門國際機場行李提取區被司警截查，經搜查後，在被告的行李箱內搜獲總重達479.64克的海洛因，該毒品是在馬來西亞由一名人稱“丁”的身份不明人士交予被告，以便其將毒品帶入澳門交給由“丁”所指定的另外一名人士；

—在被警察拘捕以後，被告與澳門警方合作，通過手機短訊與“丁”取得聯繫，“丁”要求被告前往一家酒店，將該行李箱交給一位名為“戊”的女士(後來成為第二被告)；

—第二被告按照中國內地一名人稱“丙”的身份不明人士的指示，於2011年4月30日來到澳門，以便去上述酒店收取相關毒品，並將其在中國內地交給“丙”；

—2011年5月1日23時許，司警將第一被告帶到上述酒店的大堂，以便按“丁”的指示將毒品交給第二被告；

—同日23時14分，第二被告按“丙”的指示來到了酒店的大堂，並從第一被告那裏取走了上述行李箱(當時行李箱中已沒有毒品，因為毒品事先已被警方取出)，之後被司警截查；

— 兩名被告是在自由、自願、有意識及不被法律允許的情況下作出上述行為，明知其行為被法律禁止及處罰；

— 兩名被告在澳門均為初犯；

— 第一被告聲稱職業為建築工人，每月賺取五百美元，學歷為大學畢業，需供養父母；

— 第二被告聲稱職業為出納，每月賺取三千元人民幣，學歷為高中畢業。

— 兩名被告均不是澳門居民。

三、法律

在本案中，上訴人提出以下問題：

— 是否應將上訴人的行為定性為實施販毒罪前的單純預備行為，從而不應被處罰；

— 是否應該將上訴人的行為歸為不能未遂的情況，因明顯不存

在犯罪既遂所必需具備之標的物而不予處罰；以及
一是否應對具體刑罰予以減輕。

1. 預備行為及實行行為

上訴人認為，根據卷宗中查明的事實，她所作出的僅僅是實施被歸責的犯罪之前的單純預備行為，不可能存在犯罪既遂，因為在第一被告交給她的行李箱裏並沒有毒品。

眾所周知，1886年的《刑法典》在其第14條中將預備行為定義為“旨在為實施犯罪提供便利或作出準備，但尚未構成實行之開始的外部行為”，然而對於實行行為卻沒有定義。

而澳門現行刑法則沒有給出預備行為的概念，相反，卻對實行行為加以規定(《刑法典》第21條第2款)。

因此，預備行為的概念現在是以排除法的方式來界定的，應該認為預備行為指的是那些在整個實施犯罪的過程中，已經超出了決意作出罪狀中所規定的不法行為的階段，但尚不屬於第21條第2款

所規定的情況的那些行為。第 21 條第 2 款的規定如下：

第二十一條

(犯罪未遂)

一、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。

二、下列行為為實行行為：

a) 符合一罪狀之構成要素之行為；

b) 可適當產生符合罪狀之結果之行為；或

c) 某些行為，除非屬不可預見之情節，根據一般經驗，在性質上使人相信該等行為後將作出以上兩項所指之行為。

本文中，從獲得認定的事實事宜可以得出以下內容：

已被拘捕的第一被告乙與澳門警方合作，與之前把毒品交給他並讓他將毒品帶到澳門交給指定人士的“丁”取得了聯繫。

“丁”要求被告前往一家酒店，將藏有毒品的行李箱交給一位名為“戊”的女士。後經查明，該名女士即本案第二被告，現上訴人。

而第二被告又按照中國大陸一位名為“丙”的人士的指令，於2011年4月30日來到澳門，以便於上述酒店接收毒品，並將其運往中國大陸交給“丙”。

2011年5月1日23時許，司警將第一被告連同上述行李箱帶往酒店大堂，以便按“丁”的指示將毒品交給第二被告。

同日23時14分，第二被告按“丙”來到酒店大堂，從第一被告處接收了上述行李箱，此時行李箱中已不再藏有毒品，因為毒品事先已被警方取走。

從以上描述的事實來看，我們認為，毫無疑問上訴人的行為已經超越了預備行為的範疇，因為她並不僅限於來到澳門並寄宿於酒店，還遠不止這些：她去與第一被告見面，與其聯繫並從他那裏取走了一個原本藏有毒品的行李箱，所有這一切都是事先約定並且經過周密計劃的。

事實上，如果不是警方的介入，拘捕了第一被告並從行李箱中

取出了毒品，上訴人所提取的行李箱裏面本應是藏有毒品的。

而上訴人根據“丙”的指示行事的目的是在於接收由第一被告帶入澳門的毒品，並將其帶往中國內地。

需要強調的是，上訴人的故意行為是在不同國家和地區之間所展開的、由一夥相互之間直接或間接聯繫的人士所操控的整個跨境販毒交易中的一環。

即便是沒有證實在上訴人與第一被告之間存在事前協議，上訴人也肯定是按照團夥的事先計劃而行事，其行為構成整個行動的一個部分，其目的只有一個，那就是販運毒品。

這樣也就符合了相關行為應被定性為實行行為、而非單純預備行為的其中一種情況，也就是澳門《刑法典》第 21 條第 2 款 c 項所規定的情況。

上訴人的行為使人相信，如不發生那些不可預見的情況，上訴人已經接收到了毒品，而一切也將會按照非法計劃的那樣進行。

原審法院所作的法律定性並無不妥之處。

2. 不能未遂

根據澳門《刑法典》第 22 條第 3 款的規定，“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”。

這便是所謂的不能未遂的概念。

要注意的是，只有在行為人採用之方法屬明顯不能達至犯罪或者犯罪既遂所必要具備之標的物明顯不存在時，才構成不予處罰的不能未遂的情況，因此，方法的不當以及標的物的欠缺除非屬顯而易見，否則並不妨礙未遂行為的可處罰性。

同時，方法的不當以及標的物的欠缺不應以行為人的想法為出發點來加以判斷，而應通過一般的經驗法則或者適當因果關係的規則來予以判定，也就是說，要依一般人的標準來進行客觀判斷。¹

換句話說，只有在一般人都可以清楚及明顯地察覺到方法的不

¹ Maia Gonçalves 著：《Código Penal Português Anotado e Comentado》，第十六版，第 125 頁及第 126 頁。

當以及標的物的不存在時，未遂行為才不應被處罰。

按照 Figueiredo Dias 教授的說法，“從以上引述的條文可以確鑿無疑地得出，我們的法律一般以及原則上來講將方法適當的未遂等同於方法不適當的未遂：除非方法的不當或標的物的欠缺屬顯而易見，否則未遂行為仍要被處罰，儘管其目標無可避免地註定不能實現”。

而“如果根據案件的情節以及依照預判可以合理地得出不能未遂從表面上來看仍是可能的又或者並非明顯不可能的結論，那麼該未遂行為仍要被處罰”。²

根據 Faria Costa 的看法，判斷未遂行為是否可被處罰的真正關鍵在於衡量對法益所造成的危險性，而可以肯定的是，在這種情況下，法益其實是不存在的：所存在的只是法益的表象，而從這個意義上來講，似乎即便標的物的不存在並非顯而易見，不能未遂亦不應被處罰，因為不存在法益。然而在這個問題上，必須——根據表象——作出一個基於事後預判的常態判斷。因為，考慮到行為人作出行為的具體情形，即便不存在法益，行為的失德也理應被處罰，原因

² J. Figueiredo Dias 著：《Direito Penal, Parte Geral》，第一卷，第二版，第 713 頁至第 716 頁。

在於它對某一法益造成了危險，雖然該法益只是以表象的形式存在。即便不這樣認為，也應該要說的是，雖然刑法的首要目的在於追求保護法定罪狀中所涉及的法益，亦不應忘記歸罪條文——從其涵蓋範圍上來講——同樣禁止那些可能會導致該等法益受到侵犯或有受到侵犯之危險的行為。³

現在讓我們回到本案。

上訴人認為，由於行李箱內並沒有毒品，因此明顯不存在販毒罪既遂所必要具備之標的物，並稱對於一般人來講，收取一個內裝衣物但卻不含有任何精神藥物的行李箱的行為明顯不可能構成上訴人對毒品的持有。

我們不認同這種觀點。

應該注意的是，所謂的“一般人”指的不應是處於正常情況並且對於具體情節沒有任何瞭解的普通人，而應是那些處於和上訴人同等狀況、清楚自己將收取一個內藏毒品的行李箱的人。

³ 見 Faria Costa, *Jornadas do CEJ*, 第 165 頁。

事實上，本案的所有情節都顯示，依照預判可以合理地得出存在上訴人收取並持有毒品、從而完成犯罪既遂的可能性。

並非明顯可令人察覺不存在標的物。

因此，上訴人提出的這個問題也不成立。

3. 具體量刑

上訴人還對具體量刑表示不認同，請求將刑罰減輕為不高於 1 年 6 個月徒刑。

根據《澳門刑法典》第 40 條第 1 款的規定，科處刑罰的目的不單只是為了要使行為人重新納入社會，還要保護法益。

按照《澳門刑法典》第 65 條的規定，刑罰的確定須“在法律所定之限度內”及“按照行為人之罪過及預防犯罪之要求”(無論是一般預防還是特別預防之要求)來作出，並要考慮所有在卷宗內查明的相關因素，尤其是那些於本條文第 2 款所列明的因素。

在現正審理的個案中，對上訴人實施的未遂罪行，可處以 7 個月 6 日至 10 年的徒刑。

除上訴人為初犯以外，看不到卷宗內載有任何對其有利的情節。

上訴人否認作出犯罪事實，聲稱不清楚在她所收到的行李箱中藏有毒品。

值得強調的是本案所查獲的海洛因數量以及從上訴人實施犯罪的方式且每一步都經過精心策劃所反映出來的犯罪故意程度及事實的不法性。

上訴人作為中國內地居民，來到澳門的目的在於收取大量的海洛因(純重量達 479.64 克)，以便之後將其運往中國內地。

所有這些都顯示出上訴人的犯罪故意程度很高，且事實的不法性嚴重。

就刑罰的目的而言，一般預防犯罪的要求十分緊迫，有必要預防發生類似現所涉及的、具跨境性質的、對公共健康及社會安寧帶來影響的罪行。

經考慮所有因素，判處上訴人四年徒刑的具體刑罰並不屬過重。

正如本法院所一直認為的，“只要不存在對法定限制規範——如刑罰幅度——或經驗法則的違反，也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的話，作為以監督法律的良好實施為主旨的終審法院就不應介入具體刑罰的確定”⁴，因此，如果我們所面對的並不屬於該等情況，一如現正審理的個案那樣，終審法院便不應介入具體刑罰的訂定。

因此，上訴人的請求明顯不能成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴理由明顯不成立，駁回上訴。

根據澳門《刑事訴訟法典》第 410 條第 4 款的規定，判處上訴人支付 4 個計算單位的款項。

⁴ 見終審法院於 2008 年 1 月 23 日、2008 年 9 月 19 日、2009 年 4 月 29 日及 2011 年 9 月 28 日分別在第 29/2008 號、第 57/2007 號、第 11/2009 號及第 35/2011 號案件中所作的合議庭裁判。

訴訟費用由上訴人負擔，司法費訂為 4 個計算單位。

澳門，2012 年 12 月 14 日

法官：宋敏莉（裁判書制作法官）—岑浩輝—利馬