

摘要

一、在確定刑罰份量時，澳門《刑法典》在第 65 條中採納了自由空間理論，根據該理論，具體刑罰就是在最低限度和最高限度之間確定，按照行為人之罪過及考慮該限度內刑罰的其他目的。

二、賦予審判者確定刑罰份量的該種“自由”並不構成武斷，相反是一種“受法律規範的司法活動”、一種“法律上真正適用”。

2005 年 6 月 9 日合議庭裁判書

第 50/2005 號案件

裁判書製作法官：João A. G. Gil de Oliveira (趙約翰)

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

一、概述

在簡易訴訟程序中，法院對在卷宗中作出答辯、被控觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 9 條 1 款所規定及處罰的一項少量之販賣罪的嫌犯甲作出有罪判決，當中嫌犯被判處 4 個月徒刑及澳門幣 5,000 元罰金，上述徒刑暫緩 18 個月執行，尊敬的檢察院司法官對此不服，針對該判決提起本上訴。

為此，在其上訴理由闡述中提出如下結論：

在審判聽證中，由於嫌犯否定了其持有的毒品供個人吸食，在審判聽證過程中，被認定了有依據地懷疑嫌犯觸犯第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款所規定及處罰的一項少量之販賣罪（因有關毒品是附表二 A 所管制的物質）。

鑑於該改判則意味著適用更重的刑罰，為了保障嫌犯的申辯，既對檢察院，也對嫌犯及其辯護人作出通知，讓所有人士具備時間作出答辯。

進行審判後，嫌犯因觸犯第 5/91/M 號法令第 9 條 1 款所規定及處罰的一項少量之販賣罪而被法院判處 4 個月徒刑及罰款澳門幣 5,000 元，上述徒刑暫緩 18 個月執行，緩刑不適用於罰金。

並不能認同在本案中具體對嫌犯科處的刑罰，因為第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款規定的抽象刑幅為 1 至 2 年徒刑，澳門幣 2,000 至 22,5000 元罰金。

在確定刑罰份量時，澳門《刑法典》在第 65 條中採納了“自由空間理論”，根據該理論，具體刑罰就是在最低限度和最高限度之間確定，按照行為人之罪過及考慮該限度內刑罰的其他目的。

賦予審判者確定刑罰份量的該種“自由”並不構成武斷，相反是一種“受法律規範的司法活動”、一種“法律上真正適用”。

在本案中，不能證實存在任何的減輕情節，也沒有其他法定適用於本案的相同性質的原因。確實地，對嫌犯實施少於第 5/91/M 號法令第 9 條 1 款相關規定之刑期。

因此，該裁判違反了第 5/91/M 號法令第 9 條 1 款、澳門《刑法典》第 1 條（罪行法定原則），以及澳門《刑法典》第 65 條條 1 款的規定。

基於此，應判處檢察院提起的上訴理由成立，撤銷被上訴裁決中關於嫌犯因觸犯第 5/91/M 號法令第 9 條 1 款所規定及處罰的一項罪行而被判處的 4 個月徒刑，並根據第 9 條 1 款所規定的刑幅以另一適合於本案的判刑代替，繼而在認為需要的情況下同樣代替緩刑期限。

助理檢察長發表意見，主要闡述以下內容：

有關的裁決應該或者是基於審判者的純粹疏忽所致。

從理由闡述及相關的結論可以得知被質疑只是對嫌犯施加的具體量刑。

確定刑罰任務的標準由《刑法典》第 65 條第 1 款規範，其背景是“行為人之罪過”及“犯罪之要求”。

確定罪過以及預防的各種原因的強烈程度顯然必須透過“所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節...”予以確定（參見第 65 條第 2 款）。

在被調查的情節中，必須特別指出嫌犯的自認（根據筆錄中所載的內容），以及其所持有的毒品為少量。

全部經考慮後，我們最後認為較為公正及平衡的刑罰應該為該刑罰的最低抽象刑罰限度或稍高於該限度。

關於其他的內容，考慮到爭執的範圍，我們認為應維持被上訴的裁決。

綜上所述，得出的結論應該是上訴理由成立。

## 二、事實

因具關切性，從卷宗中得知：

在審判聽證中，在第 PSM-107-04-6 號的簡易訴訟程序中，嫌犯否定了其持有的毒品供個人吸食，在審判聽證過程中，被認定了有依據地懷疑嫌犯觸犯同一法令第 9 條第 1 款所規定及處罰的一項少量之販賣罪，因有關毒品是附表二 A 所管制的物質。

之後，法院對嫌犯被歸責的罪行改判為第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款所規定及處罰的罪行。

進行了審判後，嫌犯因觸犯第 5/91/M 號法令第 9 條 1 款所規定及處罰的一項少量之販賣罪而被判處 4 個月徒刑及澳門幣 5,000 元罰金，上述徒刑暫緩 18 個月執行，緩刑不適用於罰金。

在該聽證中，檢察院根據澳門《刑事訴訟法典》第 370 條第 3 款的規定，宣讀進行拘留的當局所作的實況筆錄，控訴嫌犯以直接正犯、故意及既遂的方式，觸犯第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項所規定及處罰的一項持有毒品供個人吸食罪，該項犯罪可被科處最高 3 個月以下的徒刑或科澳門幣 500 至 1 萬元罰金。

所作出的裁判內容如下：

檢察院控告嫌犯甲以直接正犯、故意及既遂的方式觸犯了第 5/91/M 號法令第 9 條 1 款所規定及處罰的一項持有少量毒品罪。

事實：

本院經公開審理後，實況筆錄中所載的事實均已獲得證實，尤其是：

2004 年 11 月 25 日，15 時 30 分，嫌犯甲自珠海經關開進入本澳時，關員在其手提行李箱的拉鏈內發現一粒橙色及兩小顆紫色懷疑“搖頭丸”。上述物品經化驗證實為“二甲（甲烯二氧）笨乙胺”，淨重量分別為 0.344 克（一粒橙色藥丸）及 0.213 克（兩粒紫色藥丸碎片）（見卷宗第 16 頁），上述物質是受第 5/91/M 號法令附表二 A 所管制。

嫌犯清楚知道上述藥丸的性質，亦知道是受本澳法律所管制的藥物製劑。

嫌犯是在自願、自由及意識清醒的情況下做出上述行為，完全明白該行為是法律禁止的。

同時，亦證實嫌犯的個人狀況如下：

嫌犯甲，餐廳服務員，每月平均收入約人民幣 1,300 元，無須供養任何人。

嫌犯之學歷：初中畢業。

未獲證的事實：

嫌犯持有上述藥物製劑的目的是用作個人吸食。本院在綜合分析了嫌犯的聲明及案卷內的有關書證等證據後，對上述事實作出認證。

判案理由：

根據上述事實，本院認為嫌犯甲的行為是以直接正犯、故意及既遂的方式第 5/91/M 號法令第 9 條 1 款所規定及處罰的一項少量之販賣罪。

根據澳門《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，法院在確定具體刑罰的時候應考慮行為人的過錯及刑事預防犯罪之要求，此外，還有犯罪事實的非法的程度、實施犯罪事實的方式、犯罪事實所造成的後果之嚴重性、犯罪的故意程度、犯罪時行為人的情緒狀態、犯罪的目的或動機、嫌犯的個人及經濟狀況和犯罪前後的表現。本案犯罪事實的非法程度中等，其後果不很嚴重，嫌犯的故意程度屬一般，嫌犯是初犯。

鑑於上述事實，根據第 5/91/M 號法令第 9 條 1 款所規定及處罰的一項**少量之販賣罪**，**罪名成立，處以 4 個月徒刑及罰款澳門幣 5,000 元**最為適合。

考慮到嫌犯犯罪前後的表現、犯罪的情節，尤其是嫌犯最新刑事記錄中所顯示的犯罪記錄，以及有關的實施時間；本院認為，緩期執行有關的徒刑足以獲得阻嚇犯罪的作用，達到懲罰的目的（澳門《刑法典》第 48 條）。故准予**暫緩 18 個月執行**上述所判處的徒刑；緩刑不適用於所判處的罰金。**判決：**

綜上所述，本院根據《澳門刑事訴訟法典》第 353 條、355 條及 356 條的規定，對嫌犯甲作出如下的判決：

嫌犯觸犯第 5/91/M 號法令第 9 條 1 款的規定，構成一項**少量之販賣罪**，**判處 4 個月徒刑及澳門幣 5,000 元罰金**。

根據澳門《刑法典》第 48 條規定，上述徒刑暫緩 18 個月執行（緩刑不適用於罰金）。

判處嫌犯繳納澳門幣 500 元作為終審法院院長辦公室的收入，用於保護暴力犯罪受害人（1998 年 8 月 17 日頒佈的第 6/98M 號法律第 24 條第 2 款規定）。

判處嫌犯負擔四分之三個計算單位（澳門幣 375 元）之司法費及其它訴訟費用。

嫌犯須負擔辯護人辯護費澳門幣 100 元，但鑑於嫌犯非本澳居民，故有關費用先由終審法院院長辦公室墊支。

將嫌犯釋放。

填寫刑事紀錄登記表並送交身份證明局登記。

待本判決確定後，按第 5/91/M 號法令第 40 條的規定作出通知。

待本判決確定後，將扣押之毒品充公並銷毀（第 5/91/M 號法令第 33 條）。”

### 三、理由說明

（一）本上訴的標的只是要分析關於對嫌犯施加具體刑罰的問題。

在簡易訴訟程序中，嫌犯甲被控觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項所規定及處罰的一項少量之販賣罪，對其歸責的該項犯罪被改判為同一法令第 9 條第 1 款所規定及處罰的一項少量之販賣罪，因有關毒品是附表二 A 所管制的物質。

程序按照訴訟規則進行，該改判尤其意味著保障嫌犯的申辯及答辯權。

進行了審判後，嫌犯因觸犯第 5/91/M 號法令第 9 條 1 款所規定及處罰的一項少量之販賣罪，法院對其判處**4 個月徒刑及澳門幣 5,000 元罰金**，上述徒刑暫緩 18 個月執行，緩刑不適用於罰金。

檢察院司法官不服該刑罰並對之提起上訴。

證實有理由的。

（二）第 5/91/M 號法令第 9 條 1 款所規定：

“（少量之販賣）

一、如上條所指行為之對象為表一至表三所包括之物質或製劑，且為少量者，則處一年以上兩年以下之監禁，並科澳門幣二千元至二十二萬五千元之罰金。

二、如為表四所包括之物質或製劑，則處一年以下之監禁，並科澳門幣一千元至七萬五千元之罰金。

三、為着本條規定之效力，少量即指違法者支配之物質或製劑之總數量不超過個人三日內所需之吸食量。

四、為着本條規定之效力，經聽取衛生司意見，總督得透過法令對各種在販賣中較常見之物

質及產物，訂出少量之具體數量。

五、上款所指之具體數量，是由有權限之實體，根據憑經驗制定之規則及自由判斷作出審議。”

根據有關規範第 1 款的規定，抽象刑幅為處 1 年至 2 年徒刑，並科澳門幣 2,000 至 225,000 元罰金。

《刑法典》第 65 條第 1 款規定：“*刑罰份量之確定須按照行為人之罪過及預防犯罪之要求，在法律所定之限度內為之*”，這說明了法官必須在法定的刑幅中作出界定，除非有一些特別減輕的原因，更何況有關情況不能以公式計算。在抽象刑罰幅度中，最高限度將透過行為人罪過所允許之最高點予以確定，最低限度則由維護法益以及公眾期望（“預防幅度”）所必須之刑罰份量得出。並應在此預防幅度內進行特別預防方面之考量（社會化職能、個人警告或保安）。<sup>1 2</sup>就確定刑罰分量方面，《刑法典》第 65 條第 2 款引領著作出：“*在確定刑罰之份量時，法院須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節*”，並隨後列舉了一些有關不法程度、行為人之罪過以及刑罰對罪犯之影響的情節。將考慮的情節包括：

“a) 事實之不法程度、實行事實之方式、事實所造成之後果之嚴重性，以及行為人對被要求須負之義務之違反程度；

b) 故意或過失之嚴重程度；

c) 在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；

d) 行為人之個人狀況及經濟狀況；

e) 作出事實之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為；

f) 在事實中顯示並無為保持合規範之行為作出準備，而欠缺該準備係應透過科處刑罰予以譴責者。”

（三）一如檢察院司法官所說：“在確定刑罰份量時，澳門《刑法典》在第 65 條中採納了‘自由空間理論’，根據該理論，具體刑罰就是在最低限度和最高限度之間確定，按照行為人之罪過及考慮該限度內刑罰的其他目的。

賦予審判者確定刑罰份量的該種‘自由’並不構成武斷，相反是一種‘受法律規範的司法活動’、一種‘法律想真正適用’。”<sup>3</sup>

被證實的是對嫌犯科處的徒刑是低於第 5/91/M 號法令第 9 條 1 款所規定最低限度，而並沒有任何的理由可以解釋刑罰的特別減輕，該刑罰絕對不能放進其法定的限度範圍。

基於此，檢閱了上述的標準，根據被查明的事實，並考慮到相關的元素，例如嫌犯的在學培訓、自決能力、經濟、職業及家庭狀況，融入社會的元素、特別是一如卷宗所載嫌犯的自認，為初犯，所持的毒品為少量等因素，我們認為接近抽象刑罰最低限度，即 13 個月的徒刑最為適合。

四、現被考慮的徒刑應與有罪判決的其餘部份在整體中作出協調配合。

因此，關於其他內容，無須對之前科處的罰金作出反駁，因為我們認為《刑法典》第 48 條的關係標準已被考慮，那就是行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，從而得出嫌犯納入社會及捍衛本具體個案刑罰目的對嫌犯的有利判斷，因此以相同時期暫緩執行徒刑較為適合。

## 五、裁決

鑑於上述各項原因，本合議庭裁定上訴理由成立，廢止原審裁決中關於判處嫌犯 4 個月徒刑並獲准緩刑 18 月的部份，現對其科處 13 個月徒刑，並獲准相同時期的緩刑，維持被上訴裁決的其他內容。

訴訟費用由被上訴人承擔。

<sup>1</sup>Figueiredo Dias：《Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime》，參照並引用第 238 頁及第 242 頁。

<sup>2</sup>最高法院的 1988 年 2 月 24 日合議庭裁判，《司法部公報》，第 374 期，第 229 頁。

<sup>3</sup>本中級法院第 246/2003 號案件的 2003 年 11 月 13 日合議庭裁判。

辯護人的服務費定為澳門幣 1,000 元，由嫌犯承擔。

João A. G. Gil de Oliveira (趙約翰，裁判書製作法官) — 陳廣勝 — 賴健雄