

(刑事上訴)

主題：刑事訴訟程序上訴

“不法販賣麻醉藥品”罪

在兩宗案件中獨立判罪

“同類事實”及“時間上的聯繫”

同一“犯罪決意”

“數罪併罰”

犯罪(實質)競合的嗣後審理

類推(“有利類推”)

摘要

一、上訴人在“兩宗獨立案件”內分別被判處觸犯一項“不法販賣麻醉藥品”罪，根據其中一宗案件(第 CR2-20-0187-PCC 號案)所載其“作出的事實”，在(現正審理所提出的上訴)訴訟程序的實體問題上已“構成”犯罪，因此適當的做法是衡量作出這樣“重複的訴訟程序和判罰”是否正確。

二、澳門《刑法典》第1條第3款明確指出了刑法中“禁止類推”的限制(不容許——單純——為了“將某事實定性為犯罪或訂定某個危險狀態”而使用類推，“亦不容許通過類推去確定與某項犯罪或危險狀態相應之刑罰或保安處分”)，換言之，禁止只延伸至所謂的“不利類推”領域，也就是對有關規定的相對人不利的類推，而不包括有利類推(“in bonam partem”)，所以應認為後者是被完全容許的。

“類推”是解釋者藉以彌補成文法的漏洞，用在法律本身中找到的有用資料來填補漏洞的“手段的總和”，由此看來，類推的依據是不存在規範相關具體情況的精確法律規定。

換言之，使用類推這一方法的理由是：如某項規定就某一情況作出特別規範，那麼對於與此相同的情況，在沒有任何法律條文規範的情況下，理應按照與前一情況相同的方式予以解決，只要對現行規定所針對的情況作出規範的實質依據或理由成立即可。

因此，類推遵循一種“片面性的邏輯”：運用類推填補漏洞的方法在本質上體現為將某一具體情況與另一情況“進行對比的操作”，其目的在於找出二者的“差別”和“相似之處”，並判斷這些“相似之處”是否足夠重要(因而比二者的差別更為強烈)，從而使得上述法律無規定的情況可以被歸入或列入規範類似情況的規定中。

從根本上講，法律的類推適用建立在以下推定之上，即：如果法律規定了某個情況並對其作出特定規範，那麼對於同樣適用此規範所基於之理由的其他情況，法律會以相同方式作出規範，從而藉此防止出現“法律制度內部不一致”的情況(眾所周知，法律的解釋者和適用者應根據澳門《民法典》第 8 條第 1 款的規定尊重並確保法律制度的“整體一致性”)。

三、在我們看來，本案中存在“法律空白”，而我們認為藉助現有的(類推適用)澳門《刑法典》第 72 條第 2 款有關“犯罪競合之嗣後知悉”這一情況的規範來填補此項法律空白(亦)屬合理，因此，恰當的做法是對上述情況採用同一規定(的理由)作為解決辦法，即忽略在第 CR2-20-0187-PCC 號案件內作出的裁判已轉為確定的事實，以便將上訴人在該案內被判刑時所基於的(於 2019 年 12 月 27 日發生的)事實視為其於本案中所實施之行為和犯罪的組成部分(如前所述，涵蓋了從 2019 年 9 月某個未查明的日期起至 2019 年 12 月 29 日為止的時間段)。

裁判書制作法官

司徒民正

第 66/2021 號案
(刑事上訴)

澳門特別行政區終審法院合議庭裁判

概述

一、甲(A)，(第一)被告，其餘身份資料詳見卷宗，針對中級法院於 2021 年 2 月 25 日(在第 72/2021 號案內)作出的合議庭裁判提起上訴，相關合議庭裁判確認了初級法院此前裁定其以直接共同正犯方式觸犯一項經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的“不法販賣麻醉藥品”罪，判處八年徒刑的裁判(見第 539 頁至第 544 頁和第 552 頁至第 558 頁，連同將在下文提及的頁碼，相關內容為所有法律

效力在此視為已轉錄)。

*

檢察院作出回應，認為應完全確認相關裁判(見第 594 頁至第 596 頁)，之後案卷被送呈至本法院，檢察院代表在檢閱卷宗後出具意見，同樣認為應駁回上訴(見第 616 頁)。

*

經適當進程序，接下來應予以裁決。

理由說明

二、現上訴人認為對其科處的刑罰(八年徒刑)“過重”，僅主張減輕該刑罰。

鑒於初級法院(和中級法院)合議庭裁判作為已認定“事實”列出及載明的事實未受質疑且無任何理由予以變更，故相關事實已經確定，在此將其視為完全轉錄(見第 479 頁至第 481 頁背頁，以及第 540 頁背頁至第 542 頁背頁，並將在後文中適時對其作適當引述)。

對上訴人所觸犯的上述“不法販賣麻醉藥品”罪可科處 5 年至 15 年徒刑的(抽象)刑罰(見經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款)。

眾所周知，在“確定刑罰的具體份量”時，須進行多方面的考量。

首先要考慮到，根據澳門《刑法典》第 40 條的規定：

“一、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。

二、在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過之程度。

三、保安處分僅在其與事實之嚴重性及行為人之危險性相適應時，方得科處之。”

就這一問題，該法典第 65 條亦規定：

“一、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。

二、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，尤須考慮下列情節：

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、在判決中須明確指出量刑之依據。”

在本案中，結合前文所述，同時考慮到從已認定“事實”中——主要——可以看到，現上訴人在香港出生，為香港居民，按照預先制定的計劃從事向澳門及在澳門“販賣”毒品的活動(從香港將“可卡因”運送至澳門交貨，以換取錢財)，另外，如被上訴裁判一般考慮到“預防犯罪”之需求(以及現上訴人曾因觸犯同類犯罪而在另外一宗案件中被判刑的事實)，我們認為，顯而易見，在本案中所科處的現被質疑的刑罰並沒有(或者準確說，不應有)任何可指責之處。

確實，正如我們一貫認為的那樣，由於完全沒有任何“情節”能夠令目前所討論的情形被視為“例外”或“特別”情況，所以沒有理由根據澳

門《刑法典》第 66 條的規定給予任何“刑罰之特別減輕”(同時還要指出的是，第 17/2009 號法律第 18 條就特別減輕所規定的必要法定前提同樣不成立，因為正如我們一貫裁定的：“只有行為人在收集證據方面提供具體幫助，而該等證據對識別或逮捕其他對販賣毒品應負責任的人尤其是屬販毒團夥、組織或集團的情況起著決定性作用，或者說，該等證據應屬非常重要，能識別或促使逮捕具一定組織結構的販毒團夥的負責人，使有關組織可能被瓦解時，這些幫助才具有第 17/2009 號法律第 18 條規定的特別減輕刑罰的效力。”；見本終審法院 2015 年 7 月 30 日第 39/2015 號案、2018 年 5 月 30 日第 34/2018 號案、2020 年 9 月 23 日第 155/2020 號案、2020 年 10 月 30 日第 165/2020 號案、2020 年 11 月 27 日第 193/2020 號案以及 2021 年 6 月 23 日第 84/2021 號案的合議庭裁判)。

另外，一如我們歷來所強調的，上訴的目的並非消除在量刑方面被認可的自由評價空間，如果證實在確定刑罰的份量時遵守了應予考慮的法定標準，那麼相關刑罰應被確認(見本終審法院 2014 年 12 月 3 日第 119/2014

號案、2015 年 3 月 4 日第 9/2015 號案、2020 年 4 月 3 日第 23/2020 號案、2021 年 5 月 5 日第 40/2021 號案以及 2021 年 6 月 23 日第 72/2021-I 號案的合議庭裁判)。

這樣，考慮到前文所述，現上訴人所觸犯的“不法販賣麻醉藥品”罪的上述刑罰幅度—5 年至 15 年徒刑—再結合以上轉錄的澳門《刑法典》第 40 條和第 65 條所規定的確定刑罰份量的標準，以及澳門法院在類似案件的量刑方面一直以來所持的立場，我們認為必須確認對現上訴人所科處的八年徒刑(比刑罰的最低限度高三年，比最高限度低七年)。

不過，在本案中，還有一個方面需要考慮。

具體如下：

- 在本案中，已確定被告/現上訴人“自 2019 年 9 月起開始從事不法販賣毒品的活動，最終於同年 12 月 29 日在現行犯情況下被拘留”(見初

級法院 2020 年 11 月 27 日的合議庭裁判，載於第 476 頁至第 487 頁背頁，以及中級法院 2021 年 2 月 25 日的合議庭裁判，載於第 539 頁至第 544 頁，如上文所述，相關事實未受質疑且不應變更)；

- 另外，同樣亦已認定，被告/現上訴人因“2019 年 12 月 27 日—即在其被拘留兩日前—所發生的事實”，在第 CR2-20-0187-PCC 號案內同樣以“不法販賣麻醉藥品”罪被(控訴及)審判，並(同樣)被裁定觸犯(另)一項“不法販賣麻醉藥品”罪，判處 9 年 6 個月徒刑（見初級法院 2020 年 9 月 10 日作出的已轉為確定的合議庭裁判，載於上述卷宗第 378 頁至第 390 頁，相關卷宗應請求被送呈至本院，現為本案附卷）。

根據前文所述，因認為本院在本上訴程序中可以—且應當—審查對現上訴人在“兩宗(不同)案件”中作出的這種“獨立判罪”正確與否，同時衡量該判罪對現上訴人產生的後果(因為，在我們看來，將上訴法院轉化為或變成與上述“情況及其後果”無關的“單純的觀眾”是無法接受的，

更何況歸根結底這裡所涉及的個案是“刑罰是否恰當”的問題)，所以接下來就讓我們來看。

經作出盡可能周全的考量，我們認為必須首先指出的是，之前所進行的“程序步驟”(相當)不理想，針對現上訴人進行了兩次偵查，提出雙重控訴，之後又進行了兩次審判並作出兩項“獨立的有罪裁判”(特別是在上述兩宗案件的卷宗都載有對前述“雙重性”的描述，因此當時可以發現此情況，並可以(也應當)以此為據按照澳門《刑事訴訟法典》第 15 條及後續數條的規定適時“將兩案的卷宗合併”的情況下)。

確實(暫且不論其他)，既然知道在“不法販賣麻醉藥品”罪中應考慮被告在某時間段內所販賣的毒品總量(見 Helena Moniz 所著《Crime de Trato Sucessivo》，載於《Julgar》雜誌，2018 年，亦可參閱本終審法院最近於 2021 年 7 月 23 日在第 67/2021 號案內作出的合議庭裁判)—且無論最終被裁定為正確的刑法定性是什麼—那麼我們認為，更為合理和恰當的

做法是在(單獨)“一”宗訴訟程序內對現上訴人的“全部行為”進行(整體)審理並作出裁決。

然而事實卻並非如此，因此現在必須裁定這種“事情狀況”是否能夠(或應當)予以維持—並產生相應法定後果，因為倘若維持此狀況，則上訴人將(繼續)在兩宗(獨立)案件內被判處兩項單項刑罰—必須在適當時刻(如果沒有發生其他問題)根據澳門《刑法典》第 71 條和第 72 條所規定的“(犯罪實質)競合之處罰規則”作出“數罪併罰”。

此外，(在對不同見解表示高度尊重的前提下)，本案卷宗和前述第 CR2-20-0187-PCC 號案卷宗內所載的事實資料顯示出，現上訴人是“出於同一犯罪決意作出行為”(他無差別地從事“不法販賣麻醉藥品”的活動，以便盡可能地獲取最大的財產利益)，以及(嚴格來講)第 CR2-20-0187-PCC 號案所審理的“2019 年 12 月 27 日發生的事實”屬於上訴人在本案所實施之“行為”的組成部分—要注意，從時間上來講，其行為始於 2019

年 9 月，並於 2019 年 12 月 29 日(因其被拘留而)結束—根據上述事實資料，我們認為對上訴人被科處的兩項單項刑罰作“併罰”是一種與刑事訴訟程序(本身)目的不相容的解決辦法(甚至與刑事訴訟法中“不得重複審理”的基本原則相悖；關於此問題，見本終審法院最近於 2021 年 6 月 3 日在第 16/2021 號案內作出的合議庭裁判)。

然而，如前文所述，考慮到該第 CR2-20-0187-PCC 號案的判刑已轉為確定，而(前述)澳門《刑法典》第 72 條第 2 款中關於已確定裁判的規範僅涉及對嗣後知悉的“犯罪—實質—競合”的處罰(而澳門《刑法典》中沒有與葡萄牙《刑法典》第 79 條第 2 款相同的規定—見第 59/2007 號法律—該條款規定了“連續犯的判處不構成既決案件”的理論，對於新的事實是否屬於此前所裁定的連續犯的一部分應作重新審理)，那麼應採取何種解決辦法？

在我們看來，如果一個刑事訴訟制度不能夠推動(或促成)實現(眾所期

望的)“實質公正”，那麼即便它高度完善、結構(及構思)精良，也毫無價值，因此必須面對這個問題，並(試著)為本案情況找到公正合理的解決辦法。

事實上，考慮到刑法和刑事訴訟法具有“公法性質”，與“單純的形式公正”相比，“實際而真正的實質公正”顯得更為重要。

有鑒於此，要注意澳門《刑法典》第 1 條第 3 款明確指出了刑法中“禁止類推”的限制(不容許——單純——為了“將某事實定性為犯罪或訂定某個危險狀態”而使用類推，“亦不容許通過類推去確定與某項犯罪或危險狀態相應之刑罰或保安處分”)，換言之，禁止只延伸至所謂的“不利類推”領域，也就是對有關規定的相對人不利的類推，而不包括有利類推(“in bonam partem”)，所以應認為後者是被完全容許的(此一觀點，尤見於 L. Henriques 所著《Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau》，第一卷，第 75 頁；關於該問題，亦可參見 M. C. Ferreira 所著《Lições de Direito Penal,

Parte I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982》，第 193 頁；C. Andrade 所著《O princípio constitucional «nullum crimen sine lege» e a analogia no campo das causas de justificação》，載於《Revista de Legislação e Jurisprudência》雜誌，第 134 年度，第 3924 期，第 72 頁至第 77 頁，以及第 3926 期，第 130 頁至第 138 頁；M. Miguez Garcia 和 J. M. Castela Rio 合著《Código Penal. Parte geral e especial》第 29 頁；P. P. de Albuquerque 所著《Comentário do Código Penal》，第 53 頁)。

此外，亦不能忽視，“類推”——在拉丁語中表述為格言“ubi eadem ratio ibi idem jus”，即“哪裡有相同的理據，哪裡就有相同的法律”，或是“ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositivo”，“若存在相同的理由，則應作出相同的決定”——是解釋者藉以彌補成文法的漏洞，用在法律本身中找到的有用資料來填補漏洞的“手段的總和”，由此看來，類推的依據是不存在規範相關具體情況的精確法律規定。

換言之，使用類推這一方法的理由是：如某項規定就某一情況作出特別規範，那麼對於與此相同的情況，在沒有任何法律條文規範的情況下，理應按照與前一情況相同的方式予以解決，只要對現行規定所針對的情況作出規範的實質依據或理由成立即可。

澳門《民法典》第 9 條對以上述“類推”方式“填補漏洞”作出了規範(我們認為這項規定的基礎是“法律秩序的完全性原則”，根據該原則，法律沒有“遺漏的情況”，任何“法律問題”都應當在法律中找到解答，無論它有多麼不尋常)。

澳門《民法典》第 9 條第 1 款規定了對類推的使用，它指出：“法律無規定之情況，受適用於類似情況之規定規範。”

根據同一條第 2 款的規定：“法律規範某一情況所依據之理由，於法律未規範之情況中亦成立時，該兩情況為類似。”

而其第 3 款則規定：“無類似情況，則以解釋者本人定出之規定處理有關情況；該規定係解釋者假設由其本人根據法制精神立法時，即會制定者。”

因此，類推遵循一種“片面性的邏輯”：運用類推填補漏洞的方法在本質上體現為將某一具體情況與另一情況“進行對比的操作”，其目的在於找出二者的“差別”和“相似之處”，並判斷這些“相似之處”是否足夠重要(因而比二者的差別更為強烈)，從而使得上述法律無規定的情況可以被歸入或列入規範類似情況的規定中(關於此問題，見 Manuel de Andrade 所著《Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis》；José de Oliveira Ascensão 所著《A Integração das Lacunas da Lei e o Novo Código Civil》和《Interpretação das Leis. Integração das Lacunas. Aplicação Analógica》；A. Castanheira Neves 所著《Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais》載於《Stvdia Ivridica》雜誌第一期；以及 H. L. André Cambinda 所著《A «Integração Constitutiva» do Direito》)。

實際上，當要裁決的具體案件面臨規範層面上的漏洞時(換言之，遇到規範空白或者因規範有缺陷而導致的遺漏情況)，通過規範類似情況的某一現有規定來彌補或填補此漏洞，即為“法律之類推”。

從根本上講，法律的類推適用建立在以下推定之上，即：如果法律規定了某個情況並對其作出特定規範，那麼對於同樣適用此規範所基於之理由的其他情況，法律會以相同方式作出規範，從而藉此防止出現“法律制度內部不一致”的情況(眾所周知，法律的解釋者和適用者應根據澳門《民法典》第8條第1款的規定尊重並確保法律制度的“整體一致性”)。

因此，鑒於已遵守辯論原則(已給予檢察院和上訴人適當機會就涉案問題表明各自所持有的見解)，且我們認為“對法律的良好解釋及適用”並不僅僅是從“解釋—詮釋學”的角度(正確地)確定相關規定的文意，而是從“實踐—規範”的角度妥善地適用有關規定，作為裁決具體問題的標準(此刻要回到“案內的實際情況”)，在我們看來，本案中存在“法律空

白”，而我們認為藉助現有的(類推適用)澳門《刑法典》第 72 條第 2 款有關“犯罪競合之嗣後知悉”這一情況的規範來填補此項法律空白(亦)屬合理，因此，本院認為恰當的做法是對上述情況採用同一規定(的理由)作為解決辦法——葡萄牙《刑法典》第 79 條第 2 款也採取了這種解決辦法——忽略在第 CR2-20-0187-PCC 號案件內作出的裁判已轉為確定的事實，以便將上訴人在該案內被判刑時所基於的(於 2019 年 12 月 27 日發生的)事實視為其於本案中所實施之行為和犯罪的組成部分(如前所述，涵蓋了從 2019 年 9 月某個未查明的日期起至 2019 年 12 月 29 日為止的時間段)，在此基礎上，考慮到澳門《刑法典》第 73 條的規定，裁定上訴人觸犯一項經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的“不法販賣麻醉藥品”罪，判處其 9 年 6 個月徒刑(正如在第 CR2-20-0187-PCC 號案件中已經裁決的)，並扣除其現時已服徒刑的時間。

*

考慮到第 CR2-20-0187-PCC 號案件中還有其他正在服刑的被告，因而現上訴人要維持自身(相對於其他被告)的獨立性，所以須就初級法院 2020 年 9 月 10 日在該案中作出的合議庭裁判發出證明書並將其附入本案卷宗，然後將該卷宗與上述程序之卷宗分開並送回。

經審查所有問題，現作出以下裁決。

決定

三、綜上所述，同時根據前文所載的理由，基於現上訴人在第 CR2-20-0187-PCC 號案件和在本案中所實施的行為，合議庭裁定其觸犯一項(經第 10/2016 號法律修改的)第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的“不法販賣麻醉藥品”罪，判處其 9 年 6 個月徒刑(扣除已服徒刑的時間)，上訴人改為按照本案的命令服刑，並為此效力適時發出相應轉押

令。

無須繳納訴訟費用。

辯護人的服務費訂為 3,500.00 澳門元。

作出登記及通知。

如果沒有新的問題，在本裁判轉為確定之後，將卷宗送回初級法院，
並作出必要附註。

澳門，2021 年 9 月 24 日

法官：司徒民正（裁判書制作法官）

岑浩輝

宋敏莉