

上訴案第 15/2017 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控告嫌犯 A 觸犯一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪以及該法第 14 條所規定及處罰的吸食毒品罪，並請求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 CR2-16-0266-PCC 號案件中，經過庭審，最後判決：

1. 指控嫌犯 A 以直接正犯、故意及既遂的方式所觸犯的 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰的一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，改判為以直接正犯、故意及既的方式觸犯了上述同一法典第 11 條第 1 款（一）項所規定及處罰的一項較輕的生產和販賣罪，判處 4 年的徒刑。
2. 嫌犯 A 為直接正犯、其故意及既遂的行為已構成：8 月 10 日第 17/2009 號法律第 14 條所規定及處罰的一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，判處 2 個月的徒刑。
3. 兩罪並罰，合共判處嫌犯 4 年 1 個月實際徒刑的單一刑罰。

嫌犯 A 不服判決，向本院提起了上訴，在其上訴理由中作了以下的簡要陳述：

- 上訴人認為原審法院合議庭對其所判處之一項「較輕的生產

和販賣罪」4 年的實際徒刑，以及一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」2 個月的實際徒刑，兩罪並罰後，合共判處上訴人 4 年 1 個月實際徒刑的單一刑罰，當中上訴人認為原審法院針對其被判處之一項「較輕的生產和販賣罪」之 4 年的實際徒刑在量刑方面是偏高(重)的。

- 原審法院根據第 17/12009 號法律第 11 條的規定第 1 款(一)項的規定，針對上訴人在一年至五年的法定刑幅內進行量刑，即徒刑之最低限度為一年，最高限度為五年。
- 根據澳門《刑法典》第 65 條之規定，在刑罰份量之確定方面須按照行為人之罪過及預防罪之要求，在法律所定之限度內為之，同時也須考慮所有對為人有利或不利而不屬罪狀之情節。
- 原審法院在判決查明之事實，無論從毒品罪案調查處接獲之情報、司法警察局之檢查電話筆錄、上訴人所作之聲明以及證人之證言，均沒有任何證據或事實證明上訴人持有毒品之目的為將毒品出售予他人圖利。
- 因此，原審法院完全未有考慮上述對上訴人有利之情節，繼而推斷上訴人會將部份毒品提供予他人而判處上訴人觸犯了一項較輕的生產和販賣毒品罪罪成，並判處 4 年的實際徒刑，故上訴人認為原審法院針對該罪的徒刑在量刑方面明顯是過高的。
- 原審法院對上訴人判處高達有關犯罪的法定刑幅之五分之四之實際徒刑，此量刑標準明顯是違反一般的客觀量刑準則。
- 明顯地，原審法院在量刑時僅考慮了涉案毒品之份量，而對本案犯罪事實不法程度及上訴人犯罪故意程度之判斷卻完全缺乏任何事實依據及支持，且沒有考慮案中任何對上訴人有利之事實。

- 另外，上訴人在本澳只是屬於初犯而且亦是家庭之唯一經濟支柱，需要照顧及供養其子女。
- 根據澳門《刑法典》第 40 條第 1 款之規定，科處刑罰旨在保護法益及使行為人重新納入社會。
- 因此，原審法院對上訴人科處那麼重的刑罰，不但嚴重影響上訴人的家庭生活，同時亦影響上訴人重新投入社會。
- 上訴人認為原審法院合議庭僅考慮了毒品之份量，而在沒有充份考慮本案對上訴有利之情節及刑罰之目的情況下，因而作出判處上訴人一項「較輕的生產和販賣罪」，科處四年的實際徒刑。
- 故此，上訴人認為針對其判處之一項「較輕的生產和販賣罪」，向其科處三年之徒刑已達至一般及特別預防之效果。

總結全部所述，請求上級法院宣告：

懇請各尊敬的法官 閣下宣告原審法院合議庭之裁判違反了澳門《刑法典》第 65 條及第 66 條之規定；並考慮到上述對上訴人所有有利的情節，改為判處其所觸犯的一項「較輕的生產和販賣罪」，判處 3 年的徒刑及一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」，判處 2 個月的徒刑，兩罪並罰後，合共判處上訴人 3 年 1 個月實際徒刑的單一刑罰最為適當。

檢察院就上訴人 A 所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 原審合議庭對事實之判斷主要建基於所有於審判聽證中提供之證據進行整體之積極分析及比較後而得出，尤其是嫌犯所作的聲明、證人證言，以及在庭上對載於本卷宗內所有書證，包括司法鑑定化驗所之報告及扣押物之審閱。
2. 原審法院合議庭對上訴人量刑時沒有違反《刑法典》第 40

條，對上訴人作出量刑時沒有超逾上訴人作出事實時之罪過。

3. 原審法院合議庭已充分考慮對上訴人有利之事實，對上訴人作出量刑時沒有違反《刑法典》第 65 條及第 66 條，屬適當的量刑。
4. 毒品犯罪嚴重禍害國家社會，在全球大力打擊背景下，澳門原審法院合議庭的裁決已非過重，而是依法在有關犯罪刑幅偏低準線。

基於此，檢察院建議判處上訴人上訴理由不成立，應予駁回，並維持原審法庭的決定。

駐本院助理檢察長提出法律意見書。¹

¹ 其葡文內容如下：

Na Motivação (cfr. fls.189 a 195 dos autos), O recorrente pediu a redução da pena de 4 anos de 4 anos de prisão aplicada, no Acórdão em escrutínio, ao recorrente por prática do crime de tráfico de droga, assacando-lhe a violação do disposto nos arts. 65º e 66º do Código Penal de Macau, consubstanciada em se terem desatendido às circunstâncias atenuantes constantes destes autos, nomeadamente a de não haver prova ou facto que pudesse seguramente demonstrar a intenção lucrativa do recorrente

Antes de mais, impende-se apontar acentuadamente que, na nossa óptica, a subsunção jurídica operada pelo douto Tribunal a quo é exacta e correcta. Deste modo, toma-se sólido que o recorrente cometeu o crime de tráfico de menor gravidade p.p. pelo disposto na alínea 1) do n.º 1 do art.11º da Lei n.º 17/2009, e a moldura penal deste crime consiste na pena de 1 a 5 anos de prisão.

De jure condito e no mundo doutrinal e jurisprudencial, é adquirido que não havendo a atenuação especial, a pena aplicada em cada caso é determinada de acordo com os critérios definidos no n.º 1 do art. 65º do H CPM, e com as circunstâncias exemplificadas no n.º 2 do mesmo artigo.

No caso sub iudice, acontece que o Tribunal a quo deu como não provada a intenção lucrativa do recorrente. Sendo assim e chamando à colação a fundamentação processada no aresto em crise, afigura-se-nos que não é forte o dolo do recorrente no crime de tráfico de droga, nem é grave a correlativa consequência, apesar de ser em massa a quantidade dos materiais estupefacientes em sua posse.

Nesta linha de ponderação, e com todo o respeito pela posição da ilustre Colega na douta Resposta (vide. fls. 199 a 204 dos autos), inclinamos à opinião da viabilidade da equitativa redução da pena parcelar de 4 anos de prisão imposta no aresto em questão,

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：

- 2016年3月6日下午約6時，司警偵查員根據情報到澳門國際機場等待中國國際航空公司 NX1xx 號航班從成都飛抵澳門。當日下午約6時的分，嫌犯A進入澳門，偵查員對嫌犯進行監視。
- 嫌犯拿取行李後準備離開機場時被偵查員截停。
- 在司法警察局駐澳門國際機場辦事處內，偵查員對嫌犯進行搜查，並檢查其攜帶的行李箱。
- 偵查員在嫌犯左褲袋搜獲一盒印有“555”字樣的煙盒，內裝有10支卷煙，而每支卷煙紙內均裝有植物碎片，連卷煙紙分別約重1.28克、1.23克、1.13克、1.54克、1.17克、1.15克、1.02克、1.12克、1.17克、1.06克，合共約重11.87克（現扣押於本案，見卷宗第6頁及背頁）。
- 偵查員在嫌犯右褲袋搜獲一盒印有“DUNHILL”字樣的煙盒，內裝有8支卷煙，而每支卷煙紙內均裝有植物碎片，連卷煙紙分別約重0.78克、0.64克、0.79克、0.75克、0.78克、0.76克、0.74克、0.72克，合共約重5.96克（現扣押於本案，見卷宗第6頁及背頁）。
- 偵查員在嫌犯的行李箱內搜獲3盒印有“NESCAFE 雀巢咖啡”

ao recorrente por ter praticado o crime de tráfico de droga de menor gravidade.

Por todo o expendido acima, propendemos pela procedência do presente recurso.

字樣的紙盒 (現扣押於本案，見卷宗第 6 頁及背頁):

- 第一盒印有“NESCAFE 雀巢咖啡”字樣的黃色紙盒，盒內裝有 8 條印有“NESCAFE 雀巢咖啡”字樣的沖劑袋，而其中一包已打開檢查，沖劑內裝有白色粉末，分別約重 14.3 克、12.9 克、11.2 克、13.6 克、13.2 克、13 克、15.6 克及 25.3 克，合共約重 119.1 克。
- 第二盒印有“NESCAFE 雀巢咖啡”字樣的紅色紙盒，盒內裝有 7 條印有“NESCAFE 雀巢咖啡”字樣的沖劑袋，而其中一包已打開檢查，沖劑內裝有白色粉末，分別約重 13.2 克、12.3 克、13.45 克、13.7 克、14.9 克、14.7 克及 13.75 克，合共約重 96 克。
- 第三盒印有“NESCAFE 雀巢咖啡”字樣的紅色紙盒，盒內裝有 7 條印有“NESCAFE 雀巢咖啡”字樣的沖劑袋，而其中一包已打開檢查，沖劑內裝有白色粉末，分別約重 14 克、12.7 克、15 克、12.7 克、14.6 克、14 克及 11.8 克，合共約重 94.8 克。
- 偵查員還在嫌犯身上發現兩部手提電話(牌子均為 APPLE)、一張嫌犯的來澳登機票及港幣一萬八千元(HKD18,000)(現扣押於本案，見卷宗第 11 頁)。
- 上述植物碎片和白色粉末是嫌犯在中國四川成都市少陵路的“xxxxx”酒吧內以人民幣二萬多元向一名叫“xxx”的身份不明男子購買。
- 經化驗證實，上述以“555”字樣煙盒裝載的 10 支卷煙內的植物碎片含有第 17/2009 號法律附表 I-C 所管制之“大麻”成份，淨重合共 9.041 克。上述 3 個紙盒內 22 包沖劑內的白色粉末含有第 17/2009 號法律附表 II-C 所管制之“氯胺酮”成份，淨重合共 288.791 克，經定量分析，“氯胺酮”的百分含量為

78.1%，含量為 226 克。

- 嫌犯明知上述植物碎片和白色粉末的毒品性質和特徵，仍故意將之取得、收藏及持有，並運送入澳門特區，目的是將上述的“大麻”植物碎片作個人吸食；並將上述的“氯胺酮”粉末當中的部分作個人吸食²，另一部分的“氯胺酮”則提供予他人。
- 上述兩部手提電話是嫌犯購買毒品時所使用的通訊工具。
- 嫌犯自由、自願及有意識地作出上述行為，知悉其行為是被法律禁止及處罰。
- 此外，還查明：
- 嫌犯表示具有初中畢業的學歷，之前經營投資業務，每月收入人民幣 10 萬元以上，育有一名子女(成年)，並跟隨嫌犯生活。
- 根據嫌犯的最新刑事記錄顯示嫌犯屬於初犯。
- 未能證明的事實：
- 嫌犯將上述植物碎片和白色粉末分拆為小包，目的是全部用作向他人出售圖利。
- 卷宗扣押的登機票和現金是嫌犯從事該活動的工具及酬勞。
- 控訴書中與上述已證事實不符的其他事實。

三.法律部份：

上訴人認為被上訴的合議庭裁判量刑過重，就所判的罪名的法定刑幅 1 - 5 年來說，判處 4 年徒刑明顯過重，並請求減輕處罰，予以

² 就所增加的吸食事實，庭審期間已通知控辯雙方(詳見相關的庭審筆錄)。

緩刑。

在分析上訴人的上訴理由之前，我們首先發現，原審法院對上訴人被控告的罪名的做出了改判：面對警察所搜到的毒品，除了用於自己吸食的大麻以外，上訴人所持有的氯胺酮的份量（純量 226 克）以及部分用於個人吸食和部分提供予他人的事實，就改判上訴人觸犯較輕生產和販毒罪。

正如一貫之見解，對於為事實作法律定性和具體量刑而言，對麻醉品物質進行定量是首要的，或者說，對於納入第 17/2009/M 號法律第 8 條還是第 11 條規定的罪行而言，是具決定性的，否則就會陷入事實事宜不足以支持法律裁判的瑕疵。³

根據上述條款的規定，我們認為要得出如原審法院所承認的法律定性（基於持有毒品的事實，判嫌犯同時觸犯了販毒罪和吸毒罪），似乎首要的是要確定個人在 5 日內用來吸食的毒品數量。

法院可以使用毒品法第 11 條規定的附表的標準，確定少量即是“違法者支配之物質或製劑之總數量不超過個人 5 日內所需之吸食量”。如此一來，面對獲證明的事實事宜，其中沒有具體載明分別用於個人吸食和讓予第三人之毒品份量的證明事實，故裁判存在如下選擇：

A) “少量”的部分用於嫌犯個人吸食，而另一部分用於“販毒（廣義）”；或

B) “少量”的部分用於“販毒（廣義）”，而另一部分用於嫌犯個人吸食。

如上文所述，扣押了 2 種麻醉品——大麻和氯胺酮數量分別如下：

— 大麻（附表二 B）：9.041 克

³ 在眾多裁判書中，尤其引述第 41/2002 號案件的 2002 年 5 月 16 日合議庭裁判。

- 氯胺酮，合共 288.791 克，經定量分析，“氯胺酮”的百分含量為 78.1%，含量為 226 克

原審法院認定，嫌犯將大麻用於個人吸食，而我們不知道其中氯胺酮用於吸食的份量。

對於吸毒罪（第 14 條）判刑來說，沒有數量上的限制，而販毒罪（第 8 條）是要處罰第 14 條規定情況之外的不當持有麻醉品，如果持有的數量屬少量，那麼就依據第 11 條進行處罰。

根據法律所規定的標準，似乎無法只基於獲證事實而作出確定的裁判。

從原審法院的改判的思路，在結合第 17/2009 號法律第 11 條所規定及處罰之較輕生產和販毒罪規定的精神看，原審法院認為嫌犯所持有的 226 克純量的氯胺酮，至少有 223 克用於個人吸食！

原審法院沒有進行其應該作出的調查，也沒有解釋為何無法查明用於個人吸食和提供給第三人的準確數量。

正如我們經常所說，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定之事實事宜不足的瑕疵是指法院因沒有查明為案件做出正確裁判必不可少的事實事宜，使得法院認為獲證實或/和不獲證實的事實不足以支持法律決定，或者說事實足以確定作出法律決定，而該等事實事宜本應由法院在控訴書和辯護書界定的訴訟標的範圍內進行調查。

只有當法院進行了應有的調查並且說明了為何法院無法查明用於吸食和出售的數量時，才不會產生事實事宜不足。終審法院第 10/2002 號案件的 2002 年 10 月 9 日合議庭裁判書和本法院第 4/2003 號案件的 2003 年 3 月 20 日合議庭裁判書正是採用的這個意思。

所以，應該將案卷發還重審，從而確定分別用於嫌犯個人吸食和用於出售或讓予第三人之數量的證明事實，如果無法查明的話，那麼須依據《刑事訴訟法典》第 418 條進行解釋。

那麼，我們依職權作出這樣的發回重審的決定。

無需審理上訴人提出的上訴理由。

四.決定：

綜上所述，中級法院合議庭依職權決定將卷宗發回原審法院，由沒有介入的法官組成的合議庭對整個訴訟標的作出審理，並在遵守禁止上訴加刑的原則上，重新作出決定。

無需作出訴訟費用的判決。

澳門特別行政區，2017年1月26日

蔡武彬

司徒民正

陳廣勝（但本人認為《刑事訴訟法典》第400條第2款所指的任一瑕疵並非可被法庭在上訴程序中依職權審理的對象，因此，即使本人認為原審庭在審理案中入罪事實的證據時明顯出錯（的確，對任何一個旁觀者而言，根據經驗法則，嫌犯是沒有可能把其所持有的大量毒品的當中大部份拿來自用，故原審法庭理應至少認定嫌犯是想把所持的大量毒品的當中部份提供予別人），上訴庭僅可就嫌犯提出的量刑問題作出審理，而就此問題，本人認為嫌犯的上訴請求是完全不成立的。）