

案卷編號：13 / 2005

案卷類別：刑事訴訟程序上訴

會議日期：2005 年 6 月 8 日

上訴人：甲

主要法律問題：

- 加重販毒罪
- 共同正犯
- 量刑

摘 要

當存在一個為達到某一犯罪結果的共同決定時，各個參與實施構成罪行要件的行為的參與者，無論其所作行為是這要件範圍內的哪一部份，均以正犯處之。

製作裁判書法官：朱健

澳門特別行政區終審法院裁判

刑事訴訟程序上訴
第 13 / 2005 號

上訴人：甲

一、概述

上訴人甲與另外兩名同案被告乙和丙在初級法院第 CR1-04-0245-PCC 號合議庭普通刑事案中，同被檢察院控告觸犯一項加重販毒罪。經審判聽證，初級法院合議庭於 2005 年 2 月 18 日作出裁判，裁定被告甲以共同正犯和既遂方式，觸犯一項第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款及第 10 條 g 項規定和處罰的加重販毒罪，判處 11 年徒刑和 15,000 澳門元罰金，如不繳交罰金或不以勞動代替時，該罰金轉為 100 日徒刑。另外兩名被告亦因觸犯販毒罪而被判以徒刑和罰金。

隨後，被告甲就此裁判向中級法院提起上訴，指另外兩名被告參與犯罪的形式不是正犯，所以不應加重上訴人的刑罰，以及認為量刑過重。

2005 年 4 月 25 日，中級法院在第 74/2005 號刑事上訴案中作出裁判，以上訴理據明顯不成立為由，拒絕有關上訴。

對中級法院的裁判，被告甲現向終審法院提起上訴，提交與前上訴相同的理由闡述，當中作出如下總結：

1. 現由被上訴合議庭裁判維持的第一審有罪合議庭裁判對上訴人援引並適用 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 10 條 g 項所載的加重處罰，並因裁定控罪成立而判處上訴人 11 年徒刑的監禁。

2. 該裁判認為存在由兩人或兩人以上共同實施犯罪計劃。

3. 但對我們來講，這是錯誤的——當然維持必要之尊重。

4. 的確，儘管其他被告共同參與了違法行為，但他們的參與程度沒有嚴重到可以共犯的身份追究其刑事責任。

5. 其他被告之參與充其量構成犯罪活動中的從犯。

6. 因此，在缺乏刑法意義上的真正共同實施時，不應對上訴人判處之刑罰予以加重。

7. 現被上訴的決定維持第一審有罪合議庭裁判不這樣認定時，違反了第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款、第 10 條 g 項以及現行《刑法典》第 26 條第 1 款。

8. 所判處的具體刑罰亦不恰當，因為太重。

9. 即使假設存在多人共犯，具體判處之刑罰亦應更接近最低刑期，即 10 年實際監禁，而不是如已判處的 11 年徒刑那樣。

10. 當原審法院在維持第一審有罪合議庭裁判中選擇具體判處之刑罰部分時，沒有這樣做，即違反了現行《刑法典》第 65 條第 2 款 a 項和第 3 款的規

定。

請求撤銷被上訴的裁判，改為僅以第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款判處上訴人觸犯販毒罪，排除該法令第 10 條 g 項規定的加重處罰，或判處上訴人接近或等於最低法定刑幅的刑罪。

檢察院在回應中總結如下：

1. 《澳門刑法典》第 25 條規定了多種正犯：直接正犯、間接正犯、共犯和教唆犯，共犯為“透過協議直接參與或共同直接參與事實之實行者”。

2. 共同正犯之構成要件為二：存在與他人之協議和行為人與他人共同直接參與實施有關事實。

3. 另外，如對他人故意作出之事實，故意以任何方式提供物質上或精神上之幫助者，視為從犯〔《澳門刑法典》第 26 條〕。

4. 根據卷宗內已認定之事實，完全應總結出，事實上被告乙和丙直接參與了非法事實之實施，而且與現上訴人一起實行了那些構成販賣麻醉品罪行的事實。

5. 他們對事實方面的幫助並不限於對上訴人提供單純的協助，而是直接參與和實施了行為。

6. 因此，在本案中，構成了第 5/91/M 號法令第 10 條 g 項所指的加重情節。

7. 根據上述條文規定，當由兩人或兩人以上共同實施同一法令第 8 條規定和處罰的販賣麻醉品罪時，相應 8 至 12 年刑罰之最低刑和最高刑增加四分之一，因此，適用於上訴人之刑罰幅度為 10 至 15 年徒刑。

8. 還要考慮到上訴人參與的程度，他在販賣麻醉品中擔當了關鍵的角色，沒有坦認事實，除了初犯外，也沒有其他減輕情節。

9. 衡量了卷宗內的所有材料，考慮到《澳門刑法典》第 65 條之規定以及一般和特別預防犯罪之要求，我們認為對上訴人判處 11 年徒刑是恰當和合理的。

因此，因上訴理由明顯不成立而應拒絕本上訴。

駐終審法院檢察官維持其在回應中表達的意見。

經助審法官檢閱。

二、理據

(一) 初級法院和中級法院認定事實如下：

“2004 年從未能查明之日起，嫌犯甲透過嫌犯乙及丙將俗稱“K 仔”及“搖頭丸”之毒品出售予在本澳夜店消遣的人士，以賺取金錢利益。

彼等之販毒形式是先由嫌犯乙在的士高內結識一些需要購買毒品之人士，之後嫌犯乙便致電嫌犯甲之手機（號碼為 XXXXXXXX），並向嫌犯甲表示需要購買毒品之份量；之後，嫌犯甲著嫌犯丙（持手機號碼為 XXXXXXXX）致電嫌犯乙（持手機號碼為 XXXXXXXX），相約將毒品交予嫌犯乙，以使其出售予第三人。

嫌犯乙成功售出一粒“搖頭丸”或一包“K 仔”，均會獲得嫌犯甲之報酬，分別為澳門幣伍拾元及壹佰元；當出售毒品數量較多時，嫌犯甲會與嫌犯乙平分有關收益。

在 2004 年 6 月某日，當丁與嫌犯甲及嫌犯乙在的士高消遣時，嫌犯甲將一粒“搖頭丸”給予丁服食，同時向後者聲稱日後需要“搖頭丸”或“K 仔”，可透

過嫌犯乙向其購買；售價為一粒“搖頭丸”澳門幣壹佰伍拾元，一包“K 仔”售價不詳。

在 2004 年 6 月某日，當戊、丁與嫌犯乙在的士高消遣時，碰上嫌犯甲，其從褲袋內取出兩粒“搖頭丸”及兩包“K 仔”給與戊服食，同時向其聲稱日後需要“搖頭丸”或“K 仔”，可透通嫌犯乙向其購買。

在 2004 年 6 月下旬，當嫌犯甲及嫌犯乙一同在的士高消遣時，嫌犯乙收到需要毒品的不知名人士來電，要求購買價值貳仟元的“K 仔”；嫌犯甲聽後，就從手中煙盒內取出四包“K 仔”，著嫌犯乙前往的士高交予該名人士。之後，嫌犯甲給予嫌犯乙澳門幣壹佰伍拾元作報酬。

2004 年 7 月 2 日凌晨二時許，嫌犯乙接到一名叫“己”的來電，表示訂購八粒“搖頭丸”及貳仟元“K 仔”，於是嫌犯乙便將有關事實告知嫌犯甲，嫌犯甲回覆稍後會派其“手下”一嫌犯丙一將有關毒品帶到嫌犯乙工作之“咖啡美食”。

同日凌晨三時許，嫌犯丙受到嫌犯甲之指派，來到“咖啡美食”，並將上述毒品交予嫌犯乙，嫌犯丙同時向嫌犯乙聲稱翌日嫌犯甲會親自向其收取有關貨款。

接著嫌犯乙便帶同有關毒品前往的士高售予上述名叫“己”之人士，但途中被司警人員截獲；且當場被發現在其身穿牛仔褲右前袋內有一個萬寶路煙盒，內裝有五小包用透明膠袋包著的白色粉末、八粒表面印有“辣椒圖案”的綠色藥丸、一個牌子為 NOKIA 的手提電話、港幣貳仟壹佰元正及澳門幣伍佰元正（見第 8 頁的扣押筆錄）。

經化驗證實，上述五包白色粉末之總重量為 4.514 克；含有第 5/91/M 號法令附表二 C 中所列之“氯胺酮”成份，其成份淨重 2.115 克；上述八粒印有“辣椒圖案”的綠色藥丸之重量為 2.261 克；含有同一法令附表二 A 所列之“二甲（甲

烯二氧) 苯乙胺”、“甲烯氧苯丙胺”及附表二 B 中所列之“甲基苯丙胺”，其成份之淨重分別為 0.330 克、0.285 克及 0.021 克。

上述毒品是嫌犯乙經嫌犯丙從嫌犯甲處所取得，目的是出售予“己”之人士。

上述手提電話是嫌犯乙用作交易毒品之聯絡工具（見第 39 頁至第 44 頁），而上述金錢是嫌犯乙販毒所賺取之款項。

同日凌晨四時許，嫌犯乙致電嫌犯丙（手機號碼為 XXXXXXXX），目的是透過嫌犯丙向嫌犯甲購買“搖頭丸”及“K 仔”，並相約稍後於南灣湖公園附近進行毒品交易。

同日凌晨四時二十五分，嫌犯丙在上述交易地點出現，並隨即被司警人員截獲，當時司警人員在嫌犯丙所穿著的西裝右褲袋搜獲兩個透明膠袋，其中一個膠袋內裝有三小袋白色粉末及六粒表面印有“辣椒圖案”的綠色藥丸，另一膠袋內裝有九小袋白色粉末及三粒表面印有“辣椒圖案”的綠色藥丸；以及港幣伍佰元、澳門幣貳仟陸佰元、人民幣壹佰元；兩部牌子分別為 NOKIA 及 MOTOROLA 之手提電話及一串鑰匙（見第 17 頁之扣押筆錄）。

經化驗證實，上述十二包白色粉末之總重量為 5.687 克；含有第 5/91/M 號法令附表二 C 中所列之“氯胺酮”成份，當中氯胺酮成份淨重 2.613 克；上述九粒印有“辣椒圖案”的綠色藥丸之重量為 2.540 克；含有同一法令附表二 A 所列之“二甲（甲烯二氧）苯乙胺”、“甲烯氧苯丙胺”及附表二 B 中所列之“甲基苯丙胺”，其成份之淨重分別為 0.403 克、0.346 克及 0.024 克。

同日早上七時三十分，司警人員在的士高內發現嫌犯甲，且在其身上搜獲一隻勞力士手錶、一張由“成發行”發出之單據、澳門幣壹仟元、港幣貳佰元及人民幣叁佰元、一串鑰匙及一部牌子為 SONY ERICSSON 的手提電話（見第

25 頁之扣押筆錄)。

上述在嫌犯丙及嫌犯甲身上扣押之手提電話是彼等作交易毒品之聯絡工具（見第 39 頁至 44 頁），上述兩串鑰匙當中均包括彼等位於〔地址〕同住居所之鑰匙。

嫌犯甲、乙及丙清楚認識上述毒品的性質及特徵。

彼等運載、售賣、持有上述毒品均非為自身服食而是要將之全部出售及讓予第三人，以便獲得或企圖獲得金錢報酬。

上述行為由彼等三人共同實施。

嫌犯乙主動自願與司警人員合作，向其提供了必要之幫助及決定性之資料，以至能成功認別及拘捕嫌犯丙及甲。

嫌犯甲、乙及丙是在自由、自願及故意、且共同合意、共謀合力的情況下作出上述行為。

彼等明知其行為是法律所處罰和禁止的。

第一嫌犯入獄前為賭場疊碼，月薪為澳門幣 7000 元。

嫌犯已婚，需供養妻子。

嫌犯不承認有關事實，在澳門為初犯。

第二嫌犯入獄前為咖啡室侍應，月薪為澳門幣 4000 元。

嫌犯未婚，無需供養任何人。

嫌犯承認有關事實，為初犯。

第三嫌犯入獄前為工廠主管，月薪為人民幣 1600 元。

嫌犯未婚，需供養母親。

嫌犯承認部份事實，為初犯。

未經證明之事實：控訴書的其餘事實。”

(二) 同案被告參與犯罪的形式。對販毒罪的加重處罰。

上訴人質疑原審法院把同案各被告之間的聯系定性為共同實施，並根據第 5/91/M 號法令第 10 條 g 項的規定對上訴人加重處罰，認為其他兩被告只是以從犯方式參與犯罪，所以不符合該規定的適用條件。

上訴人觸犯了第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的販毒罪，對此裁定上訴人沒有提出異議。有關刑罰是由於該法令第 10 條 g 項的規定被加重的。

該項規定為：

“如屬下列情形，則將第八條及第九條所指之刑罰之最低及最高度加四分之一：違法行為由兩人或兩人以上共同實施。”

刑法典第 25 條對正犯作了定義：

“親身或透過他人實行事實者，又或與某人或某些人透過協議直接參與或共同直接參與事實之實行者，均以正犯處罰之；故意使他人產生作出事實之決意者，只要該事實已實行或開始實行，亦以正犯處罰之。”

而該法典第 26 條第 1 款則把從犯規定為犯罪行為的次要參與者：

“對他人故意作出之事實，故意以任何方式提供物質上或精神上之幫助者，以從犯處罰之。”

共同犯罪是多人相互合作的結果。因為多個行為人力量的聯合和分工，使犯罪變得更為容易。

共同正犯的要素是，參與犯罪者在互相協議的情況下聯合行動，分別實施可構成罪行要件的部份或全部行為，以達到同一個犯罪目的。

“共同正犯的要求是存在主觀元素（一個為了達到某一犯罪結果的共同決

定)和客觀元素(一個同樣是共同的實施,然而,並不一定要每個行為人均參與所有要實施的行為。)。 ”¹

在出現這個主觀要素的前提下,各個參與實施構成罪行要件的行為的參與者,無論其所作行為是這要件範圍內的哪一部份,均以正犯處之。

從本案兩原審法院所認定的事實中可以看到:

自 2004 年某段時間開始,上訴人與案中另外兩名被告乙和丙合謀販賣毒品以獲取金錢利益,方式是先由乙物色欲購買毒品的人士並通知上訴人,然後上訴人指使丙把毒品交給乙,再由乙把毒品出售給有關人等。

根據這一約定,在 2004 年 6 月下旬,當上訴人和乙一同在的士高消遣時,乙收到需要毒品的不知名人士來電,要求購買價值 2000 澳門元的“K 仔”(氯胺酮);上訴人聽後,就從手中煙盒內取出四包“K 仔”,著乙前往的士高交予該名人士。之後,上訴人給予乙 150 澳門元作報酬。

此外,2004 年 7 月 2 日凌晨二時許,乙接到一名叫“己”的來電,表示訂購八粒“搖頭丸”及 2000 元“K 仔”,於是乙便將有關事實告知上訴人;上訴人回覆稍後會派丙將有關毒品帶到乙工作的“咖啡美食”。

同日凌晨三時許,丙受到上訴人之指派,來到“咖啡美食”,並將上述毒品交予乙,同時向乙聲稱翌日上訴人會親自向其收取有關貨款。

接著乙便帶同有關毒品前往的士高售予上述名叫“己”之人士,但途中被司警人員截獲;且當場在其身上發現五包氯胺酮粉末和八粒含有違禁毒品成份的藥片等物品。

¹ 參見 Código Penal,第一卷,第二版,Manuel de Oliveira Leal-Henriques 和 Manuel José Carrilho de Simas Santos 合著,里斯本 Rei dos Livros 出版社,1995,第 259 頁。

案中兩名被告乙和丙所作出的行為，包括接觸購買者、提取毒品、以及毒品和貨款的交收，完全包含在第 5/91/M 號法令第 8 條規定的“未經許可而……提供、出售、分銷、購買、讓予，或以任何名義接受、向他人供應、運載、進口、出口、使之轉運及不屬第 23 條所指之情形下，不法持有表一至表三所包括之物質及製劑”的販毒行為之內。所以該兩名被告與上訴人均屬共同正犯，而不僅僅是為上訴人的販毒活動提供“物質或精神上的協助”的從犯。

因此，原審法院根據第 5/91/M 號法令第 10 條 g 項的規定，以販毒行為由多人實施而對上訴人加重處罰的決定沒有違反法律。

（三）量刑

關於量刑的問題，上訴人提出，根據第 5/91/M 號法令第 10 條 g 項加重刑罰後，有關販毒罪的刑幅為 10 至 15 年徒刑，由於沒有其他加重情節，上訴人的刑罰應定為接近甚至等於最低的 10 年徒刑，否則就違反了刑法典第 65 條第 2 款 a 項和第 3 款的規定。

刑法典第 65 條第 1 款和第 2 款規定，具體刑罰是經考慮過罪行要件以外所有對被告有利及不利的情節，根據行為人的罪過和預防犯罪的要求確定的。

初級法院量刑時除考慮了上述法律規定外，還注意到上訴人“為整個案件的關鍵人物並由其主導策劃販賣毒品”，其“犯罪性質亦較其餘兩人嚴重”。這些都在被認定事實中得到證實。

在本案中，單是上訴人在被證實的販毒活動中的主導角色已不可能把他的刑罰定在最低的 10 年徒刑。此外，亦無承認犯罪事實或表示悔意。綜合上訴人實施販毒活動的所有情節及其個人狀況，原審法院判處上訴人的 11 年徒刑

及罰金並沒有不當。

因此，由於上訴理據明顯不成立，本上訴應被拒絕。

三、決定

綜上所述，合議庭裁定拒絕本上訴。

根據刑事訴訟法典第 410 條第 4 款規定，判處上訴人繳付 4 個計算單位之金額。

另須繳付 4 個計算單位的司法費和其它訴訟費用。

法官：朱健（裁判書制作人）

Viriato Manuel Pinheiro de Lima（利馬）

岑浩輝

2005 年 6 月 8 日。