

上訴案件編號：496/2009

合議庭裁判日期：二零零九年七月二十三日

主題：

刑罰的特別減輕

法律定性變更

裁判書內容摘要：

1. 只有當行為人是因為其年齡未滿十八歲而導致其實施事實時的罪過程度明顯減低時，方可在量刑時對之作特別減輕。
2. 即使屬由嫌犯提起的上訴，上訴法院得依職權按一審法院認定的事實重新作出法律定性，即使由基本犯變更為加重犯亦然，但基於禁止上訴加重原則，不得加重原審法院已作出的具體量刑。

裁判書製作法官

賴健雄

澳門特別行政區中級法院
刑事上訴卷宗第 496/2009 號
合議庭裁判

一、序

A 及 B，其身份資料已載於卷宗，就澳門特別行政區初級法院刑事法庭對其作出的一審有罪裁判不服，向本中級法院提起平常上訴。

根據原審法院的有罪裁判，上訴人 A 及 B 被判處以共同正犯及既遂方式實施一項第 5/91/M 號法令第八條第一款所規定的販毒罪，各處以八年三個月徒刑及罰金澳門幣 6,000 圓，如不繳付或不以勞動代替則轉為四十天徒刑。

上訴人 A 提出的上訴狀的結論部份理由如下：

- 1- O acórdão recorrido errou na aplicação da lei dado que não atenuou especialmente a pena aplicada ao recorrente. (artº 400 nº 1 do C.P.P.M.)
- 3- De acordo com o previsto na alínea f) do nº 2 do artº 66º do Código Penal a menoridade é, *de per si*, uma das circunstâncias que determina a atenuação especial da pena.
- 4 - O recorrente considera que basta o facto do agente ter menos de 18 anos ao tempo da prática do crime, para que lhe seja aplicado o dispositivo da atenuação especial da pena.
- 5- A análise das “circunstâncias anteriores ou posteriores” ao crime que diminuem a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena mencionadas no nº 1 do artº 66º do Código Penal apenas se justificam se se tratar da análise das circunstâncias previstas nas alíneas a) a e) do nº 2 do artigo acima mencionado. Aí,

sim, é necessário analisar o comportamento do agente para poder concluir se o mesmo diminuiu a ilicitude do facto, da sua culpa ou a necessidade da pena. Apenas neste caso é necessário haver uma ACTUAÇÃO do agente.

6- Porém, no que diz respeito à menoridade, dado que a mesma não depende de nenhum “comportamento” do agente e existe de “per si” não se pode admitir que a mesma tenha que ser conjugada com algum dos outros comportamentos do agente, pois, caso assim fosse a lei estaria a ser mais exigente com os menores do que com os agentes maiores de idade a quem, para obter a atenuação especial da pena, bastaria demonstrarem através de algum comportamento anterior, posterior ou contemporâneo do crime que havia uma “diminuição acentuada da ilicitude, da culpa ou da necessidade da pena”.

7- No caso vertente o recorrente apenas tinha 16 anos quando cometeu o crime por que foi condenado, o que só por si denota a sua imaturidade. e a falta de interiorização da gravidade do crime e reforça a necessidade de se lhe aplicar o regime de atenuação especial da pena previsto nos artigos 66º e 67º do Código Penal.

NESTES TERMOS, nos melhores de Direito e sempre com o Mui Douto suprimento de Vossas Excelências, deve, pelas apontadas razões, ser julgado procedente o presente recurso, e o acórdão proferido revogado nos termos acima expostos, sendo substituído por outro no qual se atenue especialmente a pena aplicada ao recorrente.

Assim se fará a esperada e sã

而上訴人 B 提出的上訴狀的結論部份理由如下：

1ª. A decisão recorrida é ilegal, pois, não respeitou o **dever** de atenuar especialmente a pena de prisão aplicada em concreto ao Recorrente, de acordo com os artigos 66.º n.º 2 al. f) e artigo 67.º n.º 1 al. a) e b) ambos do Código Penal de Macau.

2ª. Na presença dos pressupostos previstos no artigo 66.º do CPM, a consequência jurídica da atenuação especial não depende do arbítrio ou da discricionariedade livre do tribunal, encontra-se antes vinculada à observância de tais pressupostos nos casos em concreto.

3ª. Tendo o Recorrente a idade de 17 anos no momento da prática dos factos porque foi sentenciado, de acordo, com o artigo 66.º, nº 2 al. f) do CPM, deveria ter visto a sua pena atenuada nos termos previstos no artigo 67.º, nº 1 al. a) e b) ambos do CPM.

4ª. A não observância das regras *supra* referidas, faz a decisão de que se recorre incorrer no vício de violação de Lei, devendo por isso, ser revogada e substituída por outra que observe a Lei.

Nestes termos e sempre com o Mui Douto suprimimento de Vossas Excelências, deve, pelas apontadas razões, ser

julgado procedente o presente recurso, e o acórdão recorrido revogado nos termos expostos, sendo substituído por outro,

no qual se atenua especialmente a pena aplicada ao Recorrente.

檢察院就上訴依法提交答覆，認為上訴應被判理由不成立，維持原判，並應根據本中級法院一貫的司法見解，對犯罪事實的法律定性依法變更為加重販毒罪，但維持原判刑罰。

隨後上訴連同原卷宗上呈至本中級法院，駐本院的助理檢察長依法作出檢閱，並就上訴人提出的上訴理由提出其法律意見，維持檢察院答覆的內容，即主張兩上訴理由均不成立。

經兩位助審法官依法檢閱後，依法開庭進行聽證，隨後合議庭表決作出裁判。

二、理由說明

根據原審法院的一審裁判，下列者為獲證事實：

在 2007 年 9 月 26 日、9 月 29 日、10 月 5 日以及 10 月 7 日，**嫌犯 A** 與 **嫌犯 B** 四次一同前往珠海，而每次均以人民幣 1000 元的價格向一名“**C**”的男子購買 10 克“**K 粉**”；彼等將之帶回澳門後，會用透明膠袋將之分裝成 13 至 15 包，再以每一包“**K 粉**”售價澳門幣 250 元出售予在本澳夜場（尤其“**D 金殿卡拉 OK**”）玩樂的人士；之後，彼等將扣除成本的所得之利潤平均分攤。

嫌犯 A 及 **B** 在取得“**K 粉**”後會一同到夜場（尤其“**D 金殿卡拉 OK**”）兜售；通常會由前者聯絡購買者，並收取價金，而後者身上則藏有“**K 粉**”，以便隨時取出交前者，再由前者交給購買者。

購買“**K 粉**”的人士亦會透過**嫌犯 A** 之手提電話，號碼為 XXXX 與彼等嫌犯聯絡，並約定交易地點。

於 2007 年 9 月尾，**嫌犯 E** 一名在其任職之“**D 金殿卡拉 OK**”玩樂的人士的要求，以其手提電話，號碼為 XXXX 致電**嫌犯 A**，以澳門幣 250 元購買了一包“**K 粉**”，並由**嫌犯 E** 親自接收後，將該包“**K 粉**”交給該名人士。

在 2007 年 10 月 4 日凌晨約 6 時，**嫌犯 E** 在下班後到新口岸“**F 卡拉 OK**”，內耍樂時，又應一名叫“**G**”之人士，致電**嫌犯 A** 以澳門幣 250 元購買了一包“**K 粉**”，亦是由其親自接收該包“**K 粉**”後再提供給“**G**”。

於 2007 年 10 月 7 日早上 11 時 30 分，**嫌犯 A** 與 **B** 一起到珠海拱北地下商場公廁內向“**C**”，以人民幣 1000 元購入 10 克“**K 粉**”，是次是由**嫌犯 A** 出資購買的，而由**嫌犯 B** 將“**K 粉**”藏於內褲內將之運回澳門；之後，再由**嫌犯 A** 將“**K 粉**”分拆成 15 包，目的是將之出售圖利。

2007 年 10 月 8 日凌晨零時 30 分，**嫌犯 A** 相約**嫌犯 B** 出外夜宵，並將上述 15 包“**K 粉**”交予**嫌犯 B** 保管。

2007 年 10 月 8 日約凌晨 2 時許，**嫌犯 A** 接到**嫌犯 E** 以其手提電話，號碼為 XXXX 的來電，表示有一名客人欲購買 2 包“**K 粉**”，於是**嫌犯 A**

及 **B** 便於 XXX 街「XXX 花園」門外乘搭一部黑色的士 (M-XX-XX) 前往約定之交易地點“**D** 金殿卡拉 OK”。

在的士內，**嫌犯 A** 向**嫌犯 B** 取回 2 包“K 粉”，目的是出售及交予**嫌犯 E**；而其餘 13 包“K 粉”彼等決定將之藏在**嫌犯 B** 所穿著的黑色短襪內，目的是方便隨時可將之出售給其他人士。

2007 年 10 月 8 日凌晨 2 時 35 分，治安警員在羅理基博士大馬路近 **H** 酒店外將**嫌犯 A** 及 **B** 所乘坐的上述的士截停檢查；**嫌犯 A** 即時將上述 2 包“K 粉”從其褲袋內取出棄於其當時坐著的後排的座位上。治安警員當場在該後排座位上搜獲上述 2 包內裝有白色粉末的透明膠袋（見卷宗第 5 頁之扣押筆錄）。

經化驗證實，上述 2 包白色粉末之總淨重為 1.873 克；含有第 5/91/M 號法令（經五月二日第 4/2001 號法律條改）附表二 C 中所列之“氯胺酮”成份，當中“氯胺酮”成份淨重 1.113 克。

同時，治安警員亦即場在**嫌犯 B** 穿著的黑色短襪內一包紙巾袋內一個透明膠袋中，檢獲另外 13 包內裝有白色粉末的透明膠袋（見卷宗第 6 頁至第 7 頁之扣押筆錄）。

經化驗證實，上述 13 包白色粉末之總淨重為 10.493 克；含有第 5/91/M 號法令（經五月二日第 4/2001 號法律修改）附表二 C 中所列之“氯胺酮”成份，當中“氯胺酮”成份淨重 6.315 克。

嫌犯 A、B 及 E 是在自由、自願及有意識的情況下故意作出上述行為的。

嫌犯 A、B 及 E 清楚知道上述毒品的性質及特徵。

嫌犯 A 及 B 取得、運載、出售、保管或持有毒品，目的是在共同合意、共謀合力的情況下，將之出售或提供予第三人，以便獲得或企圖獲得金錢報酬。

嫌犯 E 取得毒品，目的是將之提供予第三人。

嫌犯 A、B 及 E 明知上述行為是法律所處罰和禁止的。

第一嫌犯 A 入獄前為無業、未婚，無需供養任何人。

嫌犯不承認有關事實，為初犯。

第二嫌犯 B 入獄前為網吧職員，月薪為澳門幣 6,000 元。嫌犯未婚，無需供養任何人。

嫌犯不承認有關事實，為初犯。

第三嫌犯 E 為時裝店售貨員，月薪為澳門幣 6,000 元。嫌犯未婚，無需供養任何人。

嫌犯承認有關事實，為初犯。

1. 刑罰特別減輕

從上文轉錄的上訴狀結論部份的理由陳述而言，上訴人就一審法院的事實認定部份沒有異議，僅基於上訴人實施犯罪事實時未滿十八歲，故原審法院應根據《刑法典》第六十六條及第六十七條予以特別減輕刑罰。

因此，上訴人認為基於上述的理由，原審法院在量刑方面違反了《刑法典》第六十六條的規定。

兩上訴人均認為兩人實施事實時均未滿十八歲，原審法院必須依法根據第六十六條第二款 f 項及第六十七條規定作特別減輕。

以下讓我們分析其主張是否成立。

第六十六條第一款以概括和抽象方式定出可作特別減輕的情況，當中的文字表述用上了法律概念和判斷性的用語，由法官面對具體個案時加以分析具體情節，以決定是否存在能相當減輕行為人

的罪過的情節、或能相當減低犯罪事實的不法程度的情節、或能相當降低刑罰的必要性的情節。

第六十六條第二款就第一款規定的三種分別與行為人罪過(見 a、b 及 f 項)、行為的不法性(見 c 項)及刑罰的必要性(見 d 及 e 項)以例列方式規定較第一款表述更為具體的情節。

雖然第一款規定法院須特別減輕刑罰，但不可忘記這裏規定者屬實質前提而非單純形式前提。例如即使成立第二款各項任一情況，也並不表示必然產生第一款所指的相當減輕罪過、不法性或刑罰必要性的作用，法院還須審查和判斷該形式上符合的情節在實質上是否能真正產生可相當減輕罪過、不法性或降低刑罰必要性的作用。

就本個案而言，上訴人形式上是符合第二款 f 項規定的前提。立法者之所以規定未滿十八歲的行為人可獲得特別減輕刑罰的理由是因為行為人可能因年紀小而未具足夠成熟以分辯是非的能力。然而法官還須先考究一個未年滿十八歲的行為人是否因為少不更事和判斷是非能力不足而導致實施事實時罪過程度較低，才可作出特別減輕的決定。

從本個案中的上訴人的個人條件實施犯罪的方式，例如多次從中國內地購買毒品回澳，分拆出售圖利和案中第三嫌犯多次向兩人介紹購買者等情節看來，我們實不見有任何事實或情節顯示出上訴

人因為心智未成熟而導致其實施犯罪，因而不成立第六十六條第一款規定的任一實質前提，易言之，可相當減輕行為罪過的情節不存在，故不可能獲特別減輕。

再者，根據原審裁判中量刑部份的理由陳述，兩上訴人即使在庭審時亦不承認控罪事實，足見兩人並非因年少無知而犯罪，而是在審判時仍堅持沒有實施控罪事實的取態。

因此，兩上訴人提出應予特別減輕的上訴理由均不成立。

2. 犯罪行為的法律定性變更

檢察院在其答覆中提出，根據一審法院獲證實的事實，兩名上訴人是共同決意和共同實施販賣毒品，因此應將之法律定性為第5/91/M 號法令第十條 g 項的加重販毒罪。

雖然檢察院沒有就一審法院的判決提起上訴，但根據本中級法院的一貫司法見解，即使僅由嫌犯提起上訴時，上訴法院只要不加重一審法院的判刑，可依職權變更犯罪事實的法律定性，即使變更結果使罪狀變更為加重犯亦然。

事實上，根據一審法院認定的事實，兩名上訴人是共同決意和共同實施彼等協定的犯罪計劃。

根據第5/91/M 號法令第十條 g 項規定，如實施該法令第八條規定的販賣罪者是由兩人或兩人以上共同實施者，則其相應刑幅的上、下限均提高四分之一。

鑑於本案的兩上訴均由兩名嫌犯提起，根據《刑事訴訟法典》第三百九十九條規定，上訴法院不能加重一審法院的具體量刑。

然而，一如上文所述的司法見解，本上訴法院得依法變更有關獲證事實的法律定性。

因此，應改判兩上訴人以共同正犯方式實施第 5/91/M 號法令第十條 g 項的「加重販賣毒品罪」，但一審法院的判刑則予以維持。

三、裁判

綜上所述，中級法院合議庭通過庭審及表決，裁定上訴人 A 及 B 上訴理由不成立，並依職權改判兩人有實施第 5/91/M 號法令第十條 g 項的「加重販賣毒品罪」，但維持原審法院的具體判刑。

由上訴人支付當中包括 4 個計算單位的司法稅。

二零零九年七月二十三日，於澳門特別行政區

賴健雄

蔡武彬

José M. Dias Azedo (司徒民正)