

上訴案第 264/2010 號

日期：2010 年 5 月 27 日

- 主題：
- 獲認定事實不足以支持裁判的瑕疵
 - 依職權作出審理
 - 毒品的淨重
 - 事實的非實質性變更

摘 要

- 一. 在上訴程序中，上訴法院在依職權審理原審法院沒有查明被扣押的毒品的純度及淨重而陷入《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款的事實不足以作出法律適用的瑕疵的問題前，應該遵守辯論原則。
- 二. 這個瑕疵涉及對事實的審判，本法院有管轄權進行審理（《司法組織綱要法》第 39 條）。而對《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款所涉及的瑕疵，法院可以依職權作出審理，即使上訴人沒有提出這個問題。
- 三. 獲認定事實不足以支持裁判的瑕疵，係指法院未查明作出正確的法律決定必不可少的事實這一法院應在訴訟標的範圍內調查的事宜，從而使已獲認定的事實顯得不足以支持適當的法律裁判，而其中的訴訟標的由控訴書和辯護書界定，但不妨礙《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條的規定。
- 四. 法院依職權查明其淨重並沒有超出控訴書所載事實的範圍，不違

反起訴原則（**Princípio de acusação**）；而增加這方面的事實並沒有使得審理的事實有實質的變更。

- 五. 更重要的是只有確認了有關毒品的淨重的事實，法院才可以適當地進行法律的適用，並進而作出正確的量刑。

裁判書製作人

上訴案第 264/2010 號

上訴人：A

被上訴決定：初級法院有罪判決

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

澳門特別行政區檢察院控訴嫌犯 A 以正犯及既遂方式觸犯一項第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定和處罰之「販毒罪」。

初級法院合議庭經過庭審，作出了以下的判決：

- 嫌犯 A 因觸犯一項第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪，判處 10 年 6 個月徒刑，並科澳門幣 30,000 元（澳門幣三萬元）罰金，倘不繳交或不以社會工作代替，則需另服 3 個月徒刑。

嫌犯 A 不服判決，對此提起了上訴，認為：

1. 上訴人 A 於 2010 年 02 月 05 日被初級法院合議庭裁定因觸犯一項第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪，判處 10 年 6 個月徒刑，並科澳門幣 30,000 元（澳門幣三萬元）罰金，倘不繳交或不以社會工作代替，則需服 3 個月徒刑。

2. 上訴人認為原審法院在量刑時，實質違反了《刑法典》第 40 條及 65 條之規定，因此，上訴人認為歸責於其之一項犯罪，在量刑時明顯過重，應改判較短之刑期及科較少之罰金。

綜上所述，請求法官 閣下接納上訴，並按《澳門刑事訴訟法典》規定，廢止上述判決，及改判上訴人較短之刑期及科較少之罰金。

檢察院對嫌犯 **A** 的上訴作出了答覆，其內容如下：

1. 本案例中，嫌犯 **A** 被原審法院裁定觸犯一項第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款所規定及處罰的販毒罪，判處 10 年 6 個月徒刑，並科澳門幣 30,000 元（澳門幣三萬元）罰金，倘不繳交或以社會工作代替，則需另服 3 個月徒刑。
2. 上訴人（即嫌犯）不服原審法院的判決，指有關判決違反了《刑法典》第 40 條及 65 條的規定，因此，應判較輕的刑罰。
3. 我們認為原審法院的量刑是依決做出的，是與上訴人的罪過相符的。
4. 原審法院根據已證事實，充分考慮了對上訴人有利的情節，包括為初犯且主動承認控罪，同時亦衡量了其行為的不法性及嚴重性，比較新舊法律，從而做出有關判決。
5. 澳門《刑法典》第 40 條規定，量刑必須以預防犯罪為目的，且不得超過其罪過程度。
6. 本案的已證事實表明，上訴人將淨重約 2 公斤的海洛因藏於行李箱底部偷運入澳，儘管上訴人在庭審期間承認了大部分控罪事實（僅否認其身上之金錢為販毒所得），且屬初犯，但考慮到上訴人販毒的途徑（本身為菲律賓人，從馬來西亞

乘飛機來澳)，毒品的數量，在自願的情況下故意做出犯罪行為，顯示其罪過程度高，從刑罰的目的而言，針對這類跨境販毒活動，重建社會對法治的信心，恢復大眾對法制的期盼，顯得尤其重要。

7. 原審法院按照上訴人的罪過程度，衡量預防犯罪的需要，比較新舊法律，按照第 5/91/M 號法令所定的 8 至 12 年刑幅內，判處其 10 年 6 個月徒刑，並科澳門幣三萬元罰金並不為過。
8. 所以，原審法院的判決並沒有違反《刑法典》有關量刑方面的規定，亦非過重，是在充分考慮了上訴人的人格、生活狀況、犯罪前後的行為及犯罪情節的情況下做出的。

綜上所述，上訴人的上訴理由不能成立，應判處上訴人不得值，維持原審法院的判決。

在本上訴審程序中，駐本院檢察長提出了法律意見。¹

¹ 其法律意見如下：

A única questão suscitada pela Recorrente é a medida da pena, que, a Digma. Colega junto da Primeira Instância tinha manifestado a sua posição ao qual aderimos.

Efectivamente, como se refere a jurisprudência que a determinação da pena opera em função da culpa. (Ac. do TSI de 2004/12/9, proc. no. 293/2004)

Mais especificadamente, a jurisprudência entende que “as balizas da tarefa da determinação da medida da pena estão desenhadas no no. 1 do art. 65º do CPM, tendo como pano de fundo a “culpa do agente” e as “exigências de prevenção criminal”, certo sendo também a quantificação da culpa e a intensidade das razões de prevenção têm de determinar-se através de “todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele”. (Ac. do TSI de 2007/7/26, proc. no. 362/2007)

In casu, a culpa da Recorrente é elevada nomeadamente na questão da quantidade da heroína a traficar com o peso líquido de 2 kilogramas e todas as circunstâncias revelam um dolo elevado.

Pelo exposto entendemos que a pena concreta a aplicar é proporcional e adequada.

Termos que é manifestamente improcedente o recurso.”

本院接受了嫌犯的上訴後組成合議庭進行審理，經過各助審法官的閱卷並召開了評議會，一致作出以下判決：

一、事實部份

原審法院認定了以下事實：

- 2009年3月8日15時許，在澳門國際機場入境大堂行李提取區內，司警人員將剛乘搭馬來西亞航空公司MH362號航班，於14時48分飛抵澳門國際機場的嫌犯A截停，並將其帶往司警在澳門國際機場的辦公室進行檢查。
- 在澳門國際機場的司警辦公室內，司警人員在嫌犯A攜帶的一個行李箱的底部夾層內，搜獲一包以錫紙包裝的乳酪色粉末；並在嫌犯A身上搜獲800美元、4,000港元、1部Nokia手提電話、1部Motorola手提電話、3張SIM卡、2枚電池、1張機票票尾及1份電子機票文件（詳見卷宗第24頁之扣押筆錄）。
- 經化驗證實、上述乳酪色粉末含有第5/91/M號法令附表一A中管制之“海洛因”成份，淨重為1973.46克。
- 上述毒品是身份不明之人放於上述行李箱底部夾層內，並交予嫌犯A，讓其帶入澳門及轉交給他人。
- 嫌犯A明知上述行李箱底部夾層內藏有毒品，其將上述毒品帶入澳門，目的是將之交予身份不明之人。
- 嫌犯A明知上述行為未得到任何法律許可。
- 上述手提電話（含卡）和電子機票是身份不明之人給予嫌犯A從事上述販毒活動的聯絡工具及機票。
- 嫌犯A是在自由、自願及有意識的情況下故意作出上述行

為。

- 嫌犯 **A** 明知法律禁止及處罰上述行為。
- 上述手提電話（含卡）和電子機票是身份不明之人給予嫌犯 **A** 從事上述販毒活動的聯絡工具及機票。

此外，還查明：

- 根據有關刑事紀錄，嫌犯為初犯。

未審理查明之事實：

- 嫌犯身上的金錢是犯罪所得。
- 其他和已證事實相反之事實。

上述事實，有嫌犯 **A** 出於自願及毫無保留的大部分自認（僅否認其身上之金錢為販毒所得）、司法警察局人員 **B** 及 **B** 的證言，此外，還有未卷宗內的有關文件，特別是有關毒品的檢驗報告，證據充分，足以認定。

二.判決理由：

在本上訴程序的庭審中，通知檢察院以及上訴人的辯護人就本院有可能因此原審法院沒有查明被扣押的毒品的純度及淨重而陷入《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款的事實不足以作出法律適用的瑕疵的問題發表了意見，遵守了法定的辯論原則。

這個問題涉及事實審判，本法院有管轄權進行審理（《司法組織綱要法》第 39 條）。而對《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款所涉及的瑕疵，

法院可以依職權作出審理²，即使上訴人沒有提出這個問題。

獲認定事實不足以支持裁判的瑕疵，係指法院未查明作出正確的法律決定必不可少的事實這一法院應在訴訟標的範圍內調查的事宜，從而使已獲認定的事實顯得不足以支持適當的法律裁判，而其中的訴訟標的由控訴書和辯護書界定，但不妨礙《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條的規定。

不論是第 5/91/M 號法令還是第 17/2009 號法律均在其第 8 條規定了對所有不屬個人吸食的持有、運送、出售、讓與表一至表三所包含的麻醉品物質等行爲作出處罰。

而在 17/2009 號法律更對海洛英的個人吸食量在附表列明，並指明是海洛英的每日服量爲 0.25 克純重。

就確定麻醉品物質的純重的重要性問題，終審法院在 2005 年 12 月 15 日第 33/2005 號案中作了以下簡述：

“少量即指不超過個人三日所需的吸食量，顯然，只要能對其進行適當的化驗，原則上需要了解被繳獲的產品中所含麻醉物質的量，所以“少量”可能因案件不同而不同。

正因如此，本終審法院一直透過如 2002 年 5 月 30 日³、2002 年 10 月 9 日⁴以及 2003 年 12 月 10 日⁵的合議庭判的多次司法見解爲，原則上，爲了確定被繳獲的麻醉品是否應定爲第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款和第 3 款規定的“少量”，應當查明---如果在技術上可行的話---被繳獲的產品中所含麻醉物質的重量，不論該產品是何種狀態。

而在上述提到的 2002 年 10 月 9 日合議庭裁判中，本法院認爲如果

² 見終審法院在 2002 年 5 月 30 日第 7/2002 號案的判決。

³ 2002 年澳門特別行政區終審法院裁判匯編，第 7/2002 號案件，第 218 頁。

⁴ 2002 年澳門特別行政區終審法院裁判匯編，第 10/2002 號案件，第 250 頁。

⁵ 第 28/2003 號案件。

---中於程序、技術或其他原因---不能查明麻醉物質的重量，只證明該產品中含有麻醉物質，那麼，審理法院或上訴法院應當考慮是否可以得出結論認為，根據第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款和第 3 款的規定並且為著該規定的效力，含有麻醉品的物質的重量是否屬於“少量”。如果可以得出結論，則行為人的行為可根據情況納入該法令第 9 條或者第 8 條的罪狀。如果法院不能得出可靠的結論，則必須根據“疑點利益歸被告”原則，以第 5/91/M 號法令第 9 條規定的罪狀判處行為人。

直至不久前，司法鑑定化驗所還不具備查明被繳獲的這種麻醉品中所含海洛因的淨重的手段，而現在則可以做了。”

當然，這是在第 5/91/M 號法令的基礎上進行分析的。在第 17/2009 號法律中，規定了“少量”為每人每日的服食量的五倍，即 1.25 克純重的服食量。法律一直是以毒品的“物質”（*Substância*）為標準定罪量刑的。雖然，檢察院的控訴書僅寫明所扣押的乳酪色粉末的淨重的事實（當然這裡所說的淨重乃不含包裝材料的重量，但相對於法律所懲罰的販毒行為的“物質”來說，仍然是含有海洛英的毛重），沒有載明海洛英物質的含量。一方面，在現有技術上已經可能作定量分析；另一方面，法院依職權查明其淨重並沒有超出控訴書所載事實的範圍，不違反起訴原則（*Princípio de acusação*）；再一方面，增加這方面的事實並沒有使得審理的事實有實質的變更。

更重要的是只有確認了有關毒品的淨重的事實，法院才可以適當地進行法律的適用，並進而作出正確的量刑。我們知道，不同種類毒品以及相同種類的毒品的物質含量均不同，例如在上週本法院第 206/2010 號上訴案中見到所涉及的含海洛英的毒品毛重為 495.29 克，而純海洛英的重量僅 251.89 克（純度 50.96%），對涉及不同物質含量的毒品的販賣行為的懲罰自然會不同。

因此，基於這部份事實的缺乏使得已證事實有個漏洞，以致於不能作出完整的合適的法律適用，尤其是在確認嫌犯行為不法性的程度以及以資作量刑的標準的情節沒有正確地完整地反映事實的真相。而這種表

現為事實不足的瑕疵而引致的不可補救的無效的事實漏洞沒法由上訴法院填補，必須由原審法院其他沒有參與過審判的法官重新審理，經填補事實漏洞後，在不妨礙證據的有效性的前提下，再作判決。

而上訴的其它問題就沒必要再審理了。

綜上所述，本院依職權撤銷原審法院的審判，必須依《刑事訴訟法典》第 418 條的規定由其他沒有參與過審判的法官重新審理，填補事實漏洞後再作出判決。

上訴人無需支付訴訟費用。

確定委任辯護人的代理費 1500 澳門元，由終審法院院長辦公室支付。

澳門特別行政區，2010 年 5 月 27 日

蔡武彬

José M. Dias Azedo (司徒民正)

陳廣勝

(本人認為上訴庭依法不能裁定把案件發回初級法院重審，因為上訴人從未在上訴狀內提出過任何可導致案件被發回重審的瑕疵，更何妨在案中根本並無此種瑕疵)。