

編號：第 405/2010 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2010 年 7 月 29 日

主 題：

- 在審查證據方面明顯有錯誤
- 量刑過重

摘 要

1. 雖然上訴人在庭審時否認向他人出售或提供毒品，但考慮到其在首次司法訊問中提供的聲明內容以及案中扣押的毒品已被分拆及以多個透明小膠袋包裝的事實，且在上訴人住所亦搜獲多個透明小膠袋，再結合一般經驗法則，原審法院認定上訴人實施了販賣毒品活動並無明顯錯誤之處。

2. 在考慮保護法益及公眾期望的要求時需知道，販毒罪，特別是軟性毒品的不法販賣行為屬當今社會常見的犯罪類型，該類犯罪活動在本澳越來越活躍，行為人亦漸趨年青化，有關犯罪行為亦直接危害到公民，特別是年青一代的身體健康，由此更加突顯預防此類犯

罪的迫切性。

3. 上訴人為提供或出售予他人而持有淨重為 9.121 克的“氯胺酮”，“氯胺酮”是十五日的份量。經分析有關情節，原審法院判處上訴人六年三個月實際徒刑，略高於刑幅的四份之一，量刑符合犯罪的一般及特別預防的基本要求，並不存在過重的情況。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 405/2010 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2010 年 7 月 29 日

一、案情敘述

上訴人 A 在初級法院刑事法庭第 CR3-09-0081-PCC 號卷宗內被裁定觸犯：

- 一項第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款 1)項所規定及處罰的輕微不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，被判處二年九個月徒刑；
 - 一項第 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及精神藥物罪，被判處六年三個月徒刑；
 - 一項第 17/2009 號法律第 15 條所規定及處罰的不當持有吸食麻醉藥品及精神藥物器具罪，被判處四十五日徒刑；
 - 兩項第 5/91/M 號法令第 23 條 a)項所規定及處罰的不法取得或持有毒品作吸食罪，每項被判處四十五日徒刑。
- 五罪競合，被判處七年徒刑之單一刑罰。

上訴人不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結

論部分)：

1. O Acórdão recorrido encontra-se inquinado do vício de erro na apreciação da prova.
2. Nenhum testemunho foi produzido em audiência de julgamento no sentido de afirmar que terá presenciado alguma vez que o arguido ora Recorrente tenha traficado estupefacientes.
3. O Recorrente jamais assumiu que as quantidades apreendidas se destinavam para revenda ou cedência a terceiros.
4. O Recorrente sempre assumiu que os estupefacientes destinavam-se ao seu próprio consumo.
5. Das buscas levadas a cabo pela Polícia Judiciária ao apartamento do arguido não foram encontrados quaisquer utensílios que pudessem indiciar o tráfico desses mesmos produtos, nomeadamente balanças.
6. Do mesmo modo face à prova produzida não pode o Douto Tribunal concluir pelo crime de tráfico ilícito de estupefacientes previsto no artigo 8 n.º1 da lei 17/2009.
7. Devendo a sua condenação ser convolada para a prática de um crime p. e p. pelo artigo 8º n.º1 da Lei 17/2009.
8. A não ser assim, afirmar-se-á que a medida da pena concreta aplicada ao Recorrente é excessiva, devendo esta ser reduzida mais próxima do seu limite mínimo sob pena de violação do artigo 65º do Código Penal de Macau.

Nestes termos e nos melhores de Direito que V. Exas. Doutamente suprirão, deverá a sentença recorrida ser revogada e substituída por outra

que se coadune com a pretensão exposta, assim se fazendo serena Justiça!

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. O recorrente questionou a douta sentença recorrido o vício por erro notório na apreciação da prova.
2. No presente caso, a convicção do Tribunal baseia-se as declarações do recorrente que confessou ser como consumidor e negou ter praticado actos de tráfico ilícito de estupefacientes. Além disso, baseia-se também os depoimentos dos agentes policiais que prestaram claramente e objectivamente como o recorrente fora interceptado e foi encontrada na posse do recorrente e na residência do recorrente os estupefacientes apreendidos nos autos e assim os instrumentos destinados à venda de droga e os utensílios destinados para o consumo. As drogas encontradas na residência do recorrente foram já distribuídas em 12 pacotes e ainda foram ali encontrada números de pacote de plásticos transparentes. Baseia-se também o resultado de análise de estupefacientes, o seu conteúdo e a respectiva quantidade.
3. O Tribunal a quo analisou criticamente as declarações prestada pelo recorrente e as testemunhas, os documentos analisados na audiência e julgamento, os objectos apreendidos nos autos e demais provas, sobretudo a confissão do recorrente e a quantidade de estupefacientes, concluiu que o recorrente praticou os crimes que venham a ser acusados.

4. Como tem sido entendido “O mero acto de detenção de droga em condições expressamente previstas no n.º, 1 do art.º. 8.º do Dec-Lei n.º. 5/91/M, de 28 de Janeiro, já integra perfeitamente uma das actividades ilícitas incriminadas no tipo de crime em causa, não sendo necessário, para o efeito, prova positiva de algum acto concreto de cessão de droga a terceiro, acto de cessão esse que por si só constitui também uma das actividades ilícitas previstas no mesmo tipo legal.” (Acor. do T.S.I. n.º. 260/2007, de 2007/7/6, n.º. 216/2004, de 2004/9/23).
5. No nosso caso concreto, não nos parece verificada situação acima referida que consubstancia o vício suscitado pelo recorrente.
6. O recorrente tente entrar numa matéria que lhe é vetada, ou seja está em causa o princípio de livre apreciação da prova segundo o qual a prova é apreciada segundo as regras de experiência comum e a livre convicção do tribunal (art.º. 114.º do C.P.M.).
7. Pelo que, é manifestamente improcedente esta parte de recurso, pois não se verifica o dito vício.
8. O recorrente põe em causa a doughty decisão do Tribunal a quo argumentando que o Tribunal a quo não considerou todas as circunstâncias que não fazendo parte do tipo de crime, deponham a favor ou contra o agente, as referidas no n.º. 2 do art.º. 65 do C.P.M., entendendo que a medida da pena concreta deveria ter-se aproximado mais da moldura mínima.
9. Como tem sido entendido “Na determinação da medida da pena,

adoptou o Código Penal de Macau no seu artº 65º, a teoria da margem da liberdade, segundo a qual, a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, determinados em função da culpa, intervindo os outros fins das penas dentro destes limites.

A liberdade atribuída ao julgador na determinação da medida da pena não é arbitrariedade, é antes, uma actividade judicial juridicamente vinculada, uma verdadeira aplicação de direito.” (Acórdão do processo 237/2001, 2002/2/7, e acórdão do processo 11/2003, 2003/3/27).

10. Nos presentes autos, o recorrente foi interceptado duas vezes na posse dele e ainda na residência estupefacientes. A intensidade de dolo é bastante alta e o grau de culpa é alto.
11. Não se pode esquecer que o bem jurídico que se procura proteger no tipo de crime de tráfico ilícito de estupefaciente que o recorrente venha a ser condenada é a saúde pública, na dupla vertente física e moral, pelo que, atenta a natureza desse seu bem jurídico, o crime em causa é um crime de perigo abstracto ou presumido, para cuja consumação não se exige a existência de um dano real e efectivo, mas sim basta a simples criação de perigo ou risco de dano para o mesmo bem protegido.
12. In casu, não se vê qual o atenuativo da culpa do recorrente que permite a aplicação do mínimo da culpa.
13. Pelo que, o tal fundamento também deve ser rejeitado.

Nestes termos e nos demais de direito, deve V. Excelências

Venerandos Juízes julgar o recurso improcedente, mantendo o douto acórdão recorrido em íntegra.

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱及提交法律意見，經分析案件的具體情況，同意檢察院司法官在其對上訴理由闡述的答覆中提出的觀點，因此，認為上訴人提出的上訴理由明顯不能成立，應予以駁回。

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。

根據《刑事訴訟法典》第 414 條規定舉行了聽證，並作出了評議及表決。

二、事實方面

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. 上訴人 A 經常在本澳，包括向一名綽號“X”的身份未明男子購買俗稱“K 仔”的毒品，又或從內地，包括向一名綽號“Y”的身份未明男子購得“K 仔”，並將之運來澳門；之後，上訴人 A 會將購得的“K 仔”粉除了作個人吸食之外，還提供予或贈予朋友吸食。
2. 上訴人 A 通常使用其號碼為 66XXXXXX 的手提電話與毒品買家聯絡並約定毒品交易的時間及地點。
3. 2008 年 1 月 5 日 3 時 35 分左右，治安警員在宋玉生廣場與

波爾圖街交界將車牌為 M-XX-XX 的黑色計程車截停檢查；當時，上訴人 A 坐在該車前排乘客位，而證人 B 及 C 則坐在後排乘客位上。

4. 上訴人 A 下車接受警員檢查之前，警員發現其座位右邊的手枕儲物櫃被打開並放有一個裝有 5 包白色粉末的透明膠袋。
5. 經化驗證實，上述白色粉末的總淨重為 5.180 克，含有一月廿八日第 5/91/M 號法令(經五月二日第 4/2001 號法律修改)附表 II-C 所管制之“氯胺酮”；經定量分析後，當中氯胺酮的百分含量為 83.46%，淨重為 4.323 克。
6. 上述毒品是上訴人 A 於 1 月 4 日 23 時左右，在澳門高士德大馬路麥當勞附近，以 1 200 澳門圓向綽號“X”的身份未明男子所購得，其中，最多 1/3 的氯胺酮是供其作個人吸食，另外的 2/3 是準備稍後在皇朝“XX 卡拉 OK”消遣時內出售給他人或者提供其朋友吸食之用，特別是 B 及 C。
7. 2008 年 7 月 22 日 22 時 30 分左右，在位於渡船街的“XX 飯店”附近，司警人員將上訴人 A 截停檢查。
8. 司警人員在上訴人 A 身穿的內褲內搜出 1 包以透明膠袋包裝的白色晶體，並在其右前褲袋內搜出 1 台手提電話、號碼為 66XXXXXX 的電話智能卡及 1,000 澳門圓。
9. 經化驗證實，上述白色晶體的淨重為 1.542 克，含有一月廿八日第 5/91/M 號法令(經五月二日第 4/2001 號法律修改)附表 II-C 所管制之“氯胺酮”；經定量分析後，當中氯胺酮的百分含量為 79.47%，淨重為 1.225 克。
10. 同日，司警人員前往上訴人 A 位於澳門渡船街 XX 號 XX

大廈三樓 C 室之住所內進行搜索，並在其睡房衣櫃一抽屜內搜出一個透明膠袋，內裝有 12 小包用透明膠袋包裹的白色晶體，以及 5 個沾有粉末痕跡的透明膠袋，其中一個又裝有 10 個沾有粉末痕跡的小透明膠袋。此外，亦在客廳一玻璃桌上搜出 1 包用透明膠袋包裹的白色晶體、1 枝沾有粉末痕跡的透明吸管，及一張沾有粉末痕跡的“XXXXXX 會員卡”。

11. 經化驗證實，上述在睡房衣櫃抽屜內搜出的 12 包白色晶體的總淨重為 10.718 克，含有一月廿八日第 5/91/M 號法令（經五月二日第 4/2001 號法律修改）附表 II-C 所管制之“氯胺酮”；經定量分析後，當中氯胺酮的百分含量為 73.67%，淨重為 7.896 克。而上述在客廳玻璃桌上搜出的 1 包白色晶體亦含有“氯胺酮”，重量為 0.833 克；經定量分析後，當中氯胺酮的百分含量為 69.89%，淨重為 0.582 克。
12. 而在上述單位內搜出的 5 個透明膠袋沾有同一法令附表 I-B 及附表 II-C 所管制之“可卡因”及“氯胺酮”成份；而 10 個透明膠袋、1 枝透明吸管及 1 張“網路新幹線會員卡”上沾有的粉末痕跡經化驗證實均含有“氯胺酮”成份。
13. 上述所有毒品是上訴人 A 於被捕前數日在拱北地下商場內向綽號“Y”的身份未明人士，以 500 澳門圓所購得，其中在睡房衣櫃搜出的 12 包晶體是準備出售或者讓予他人；而在客廳玻璃桌上搜出的 1 包白色晶體則是嫌犯用作自己吸食的。另外，司警人員在上訴人 A 身穿的內褲中搜出的毒品則是其在被捕時準備出售予相約在該處交易之身份未明買家的。

14. 上述透明吸管及“XXXXXX 會員卡”是上訴人 A 用作吸食上述毒品的工具。
15. 上述手提電話、電話智能卡及錢款是上訴人 A 從事販毒活動的聯絡工具及所得。
16. 上訴人 A 清楚知道上述毒品的性質及特徵。
17. 上訴人 A 先後兩次購買、取得及持有上述毒品，目的除了供自己吸食，向第三人出售或免費提供。
18. 上訴人 A 明知不可持有上述透明吸管及“網路新幹線會員卡”用作吸食毒品之裝備。
19. 上訴人 A 是在自由、自願及故意的情況下作出上述行為的。
20. 上訴人 A 明知其行為是法律所禁止和處罰的。

另外證明下列事實：

21. 根據刑事紀錄證明，上訴人非為初犯：①於 CR1-07-0111-PCC 號案件中，2008 年 1 月 31 日法院裁定上訴人一項吸毒罪，判處兩個月徒刑，緩期一年執行，該案的犯罪行為發生在 2006 年 9 月 1 日；②於 CR2-06-0169-PCC 案件中，2008 年 5 月 8 日法院裁定上訴人兩項搶劫罪及一項詐騙罪，與 CR1-07-0111-PCC 案所判罪行數罪並罰，合共判處上訴人一年十個月徒刑，緩期三年執行，並附隨考驗制度，該案事實發生在 2005 年 12 月 17 日；本案第二件事實發生在 2008 年 7 月 22 日，於上述案件緩刑期間實施。
22. 上訴人聲稱被羈押前為水電技工，月收入約澳門幣 8000 圓，無家庭負擔；其學歷為初中畢業。

*

未獲證明之事實：

1. 載於控訴書其餘與獲證事實不符之重要之事實尚待證明，特別是，上訴人準備售賣給他人的價格為每包每克 300 至 500 圓。

三、法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 在審查證據方面明顯有錯誤
- 量刑過重

1. 上訴人提出了原審法院在審查證據方面存在明顯錯誤，因為在審判聽證中並沒有證人提及曾目擊上訴人販毒，而上訴人亦只承認持有被扣押的毒品只供自用。

根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定，上訴亦得以審查證據方面明顯有錯誤為依據，只要有關瑕疵係單純出自案卷所載的資料，或出自該等資料結合一般經驗法則者。

終審法院於 2001 年 3 月 16 日，在第 16/2000 號刑事上訴案判決中認定：“審查證據中的明顯錯誤是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現。”

經分析原審判決書內所載的已被證實的事實及未被證實的事實，並未發現互不相容的情況。

審查證據方面，原審法院在事實的判斷中說明：“嫌犯在審判聽證中作出聲明，自由及不受任何脅迫下承認吸毒，但否認售賣或免費向他人提供毒品。

司警人員在審判聽證中作出聲明，清楚及客觀地講述了截查嫌犯及在其等身上搜出扣押於卷宗的毒品的經過以及在嫌犯住所發現毒品、可用於售賣的工具及吸毒工具之經過。

嫌犯家中被發現的毒品被分裝為 12 小包，以及多個透明小膠袋。

卷宗內的化驗報告證實了被扣押物質的毒品含量及相關重量。

本合議庭客觀綜合分析了嫌犯以及各證人在審判聽證所作的聲明，結合在審判聽證中審查的書證、扣押物證及其他證據後，尤其考慮到嫌犯的自認及相關毒品的份量，合議庭認定嫌犯實施了被歸責的事實。”

具體分析上述相關證據，雖然上訴人在審判聽證中否認售賣或免費向他人提供毒品，但根據審判聽證紀錄（載於卷宗第 323 頁至第 324 頁），由於上訴人提供的聲明與其在刑事起訴法庭錄取的口供前後矛盾，合議庭根據《刑事訴訟法典》第 338 條第 1 款 b) 項的規定宣讀了刑事起訴法官對上訴人進行首次司法訊問的筆錄內容。在首次司法訊問中，上訴人承認持有被扣押的毒品目的是向他人出售，亦承認曾經出售毒品（詳見載於卷宗第 32 頁至第 33 頁之筆錄）。

另一方面，原審法院在審判聽證中也聽取了多名參與調查的警

員的聲明，他們確認了在上訴人身上和住所搜獲毒品，而在住所搜獲的毒品被分裝為 12 小包，另外，在上訴人住所亦搜獲多個透明小膠袋。同時，原審法院還分析了載於卷宗的書證及扣押證物等，並在此基礎上形成其心證。

雖然上訴人在庭審時否認向他人出售或提供毒品，但考慮到其在首次司法訊問中提供的聲明內容以及案中扣押的毒品已被分拆及以多個透明小膠袋包裝的事實，且在上訴人住所亦搜獲多個透明小膠袋，再結合一般經驗法則，原審法院認定上訴人實施了販賣毒品活動並無明顯錯誤之處。

因此，法院在審查證據方面並沒有犯下任何明顯的、即使是普通人亦可輕易察覺的錯誤。

上訴人所提出的原審法院在審查證據方面存在明顯錯誤的理由不成立，原審法院判決應予維持。

2. 上訴人提出原審法院所判處的其中一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」六年三個月徒刑的刑期過重，並未考慮所有對上訴人有情節，應改為判處最低的刑罰。

《刑法典》第 40 條及第 65 條規定量刑的標準。

犯罪的預防分為一般預防和特別預防二種：前者是指通過適用刑罰達到恢復和加強公眾的法律意識，保障其對因犯罪而被觸犯的法律規範的效力、對社會或個人安全所抱有的期望，並保護因犯罪行為的實施而受到侵害的公眾或個人利益的積極作用，同時遏止其他人犯罪；後者則指對犯罪行為和犯罪人的恐嚇和懲戒，且旨在通過對犯罪

行為人科處刑罰，尤其是通過刑罰的執行，使其吸收教訓，銘記其犯罪行為為其個人所帶來的嚴重後果，從而達到遏止其再次犯罪，重新納入社會的目的。

上訴人觸犯的一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」，可被判處三年至十五年徒刑。

根據已證事實，2008 年 7 月 22 日，上訴人再次被發現藏有毒品，其身上藏有 1.225 克純淨重的氯胺酮，目的是出售給他人，家中睡房衣櫃的抽屜內藏有純淨重 7.896 克氯胺酮，用於出售或提供給他人。

根據刑事紀錄證明，上訴人並非初犯：

於 CR1-07-0111-PCC 號案件中，2008 年 1 月 31 日法院裁定上訴人一項吸毒罪，判處兩個月徒刑，緩期一年執行，該案的犯罪行為發生在 2006 年 9 月 1 日；

於 CR2-06-0169-PCC 案件中，2008 年 5 月 8 日法院裁定上訴人兩項搶劫罪及一項詐騙罪，與 CR1-07-0111-PCC 案所判罪行數罪並罰，合共判處上訴人一年十個月徒刑，緩期三年執行，並附隨考驗制度，該案事實發生在 2005 年 12 月 17 日；

本案第二件事實發生在 2008 年 7 月 22 日，於上述案件緩刑期間實施。

在量刑時，法院須考慮上訴人是在自由、自願及有意識的情況

下於緩刑期間故意實施販毒行為，其主觀故意程度較高。

上訴人在庭審時沒有交待全部犯罪事實，上訴人對其行為沒有表現出任何悔意。

上訴人該次用以提供或出售予他人的“氯胺酮”份量是 9.121 克（1.225 克+7.896 克），按照第 17/2009 號法律附表中每日用量(0.6 克)參考表所規定計算，是十五日的份量。雖然份量不屬大量，但量亦不少。

另外，在考慮保護法益及公眾期望的要求時需知道，販毒罪，特別是軟性毒品的不法販賣行為屬當今社會常見的犯罪類型，該類犯罪活動在本澳越來越活躍，行為人亦漸趨年青化，有關犯罪行為亦直接危害到公民，特別是年青一代的身體健康，由此更加突顯預防此類犯罪的迫切性。

上訴人觸犯的一項不法販賣麻醉品及精神藥物罪，可被判處最低三年、最高十五年徒刑之刑罰，刑幅達十二年。經分析有關事實及上述所有對上訴人有利及不利的情節，本案中，原審法院判處上訴人六年三個月實際徒刑，略高於刑幅的四份之一，量刑符合犯罪的一般及特別預防要求，並不存在過重的情況。

因此，上訴人上訴理由不成立，原審法院判決應予維持。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人的上訴理由不成立。

判處上訴人繳付 5 個計算單位之司法費，上訴的訴訟費用。

訂定上訴人辯護人辯護費為澳門幣 1,000 圓，先由終審法院院長辦公室墊支。

著令通知，並交予上訴人本裁判書副本。

2010 年 7 月 29 日

譚曉華 (裁判書製作人)

賴健雄 (第一助審法官)

蔡武彬 (第二助審法官)
(附表決聲明)

上訴案第 405/2010 號

表決聲明

本人維持在 2010 年 7 月 22 日第 235/2010 號案中的立場，應將原審法院所判的第 17/2009 法律第 11 條第 1 款規定的輕微不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪視為被所判的同一法律第 8 條第 1 款規定的不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪所吸收，而作出最重的罪狀的定罪並予以處罰。

然後應依此定罪的變更作出相當的量刑。

7 月 29 日

蔡武彬