

## 上訴案第 571/2010 號

日期：2010 年 10 月 7 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

蔡武彬

上訴案第 571/2010 號

上訴人：A

## 澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

A，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 被判處以直接正犯及既遂方式實施了 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款所規定及處罰的一項販毒罪，判處十年六個月徒刑及罰金澳門幣 20,000 元，如不繳交或不以勞動代替有關罰金，則轉為監禁 133 日。

根據上訴狀結論部份，上訴人提出以下的上訴理由：

1. 《刑法典》第 2 條第 4 款規定：“如作出可處罰之事實當時所生效之刑法規定與之後之法律所規定者不同，必須適用具體顯示對行為人較有利之制度，但判刑已確定者，不在此限。
2. 這樣必須比較以上兩法例針對上訴人的犯罪行為所具體顯示處罰的制度；
3. 第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的刑幅是 8 年至 12 年徒刑，而第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款的刑幅是 3 年至 15 年徒刑；
4. 鑒於第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的刑幅過於刻板，欠缺針對不同個案的具體情節科處不同刑罰的靈活性，現時禁毒法

立法者的立法意圖是透過第 17/2009 號法律的相關規定讓審判者面對具體的案件的事實和情節在 3 年至 15 年徒刑刑幅之間裁定相應適度、公正的刑罰；

5. 本案，上訴人在審判聽證中毫無保留地承認全部犯罪事實，並表示真誠的悔悟，且為初犯；
6. 上訴人在過程中將整個犯罪過程、前因後果及犯罪背景和動機向原審法庭表白，並指因為在家鄉當地家窮、生活困難才作出有關犯罪行為，現時深感後悔，並向原審法庭承諾將會重新做人，不再犯罪；
7. 雖然原審裁判沒有記載上訴人真誠悔悟的事實，但確實上訴人已從犯罪中吸取教訓、決心改過；不然，上訴人在本案的審判聽證中不會完全及毫無保留地承認所有犯罪事實，包括控訴書沒有載明的犯罪原因；
8. 此外，本案有關毒品因被查獲而沒有流入不法市場或其他犯罪份子手上，隨著上訴人被查獲，有關不法事實所造成之後果相對不嚴重；
9. 考慮到事實所造成之後果之嚴重性、在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機、行為人之個人狀況及經濟狀況、作出事實後之行為，科處上訴人的徒刑屬過重；
10. 面對新舊法律適用時按照《刑法典》第 2 條第 4 款規定必須配合同一法典第 65 條之規定確定刑罰份量，以得出具體顯示對行為人較有利之制度之結論；
11. 在本案，上訴人認為應適用第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定和處罰之犯罪，其體對其有利；
12. 倘若各位法官 閣下不如此認同，則即使過用第 5/91/M 號法

令第 8 條第 1 款之規定，上訴人認為其被科處之刑罰應在 8 年至 10 年徒刑之間訂定；

13. 因此，原審裁判違反《刑法典》第 2 條第 4 款、第 65 條及第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款之規定。

綜上所述，應判處上訴人所提起之上訴理由成立，按照本案的具體實際情況下調原審法庭所科處上訴人的刑罰，並在 8 年至 10 年徒刑之間處罰之。

檢察院就上訴依法提交答覆，認為上訴應明顯沒有法律依據，應予駁回。

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，並結論主張上訴的理由成立，應予減刑。

經裁判書製作法官依法作出初步審查，當中指出上訴理由明顯不成立，應予駁回，並決定以評議會方式審理。

由於評議會的投票結果沒有的到一致意見，故本院對嫌犯的上訴進行庭審，而作出了以下判決：

事實部份：

- 2008 年 11 月 4 日 15 時 20 分，在澳門國際機場行李提取區內，司警人員將乘搭馬來西亞航空公司 MH362 號航班於當日

14 時 45 分飛抵澳門國際機場的嫌犯 A 截停檢查。

- 由於懷疑嫌犯 A 體內藏有毒品，司警人員遂將嫌犯 A 送往仁伯爵綜合醫院進行檢查。
- 經對嫌犯 A 進行腹平片及腹部盆腔 CT 檢查，發現其腸道內藏有眾多橢圓形異物。
- 2008 年 11 月 4 日 21 時許，在上述醫院內，嫌犯 A 從其體內排出 75 粒以膠紙包裹的橢圓形塊狀物。
- 經化驗證實，上述 75 粒塊狀物含有第 5/91/M 號法令附表一 A 中所管制之海洛因，共淨重為 743.164 克。
- 上述毒品是嫌犯 A 從身份不明之人處所取得並藏於體內帶入澳門的，目的是將之交給身份不明之人，以賺取 30 萬至 40 萬巴基斯坦幣的酬勞。
- 此外，司警人員在嫌犯 A 身上還搜獲 1 部手提電話、1000 美元、1000 港元、970 元馬幣、1 張電子機票、2 張機票票尾及一份共五頁之飛機票。
- 上述手提電話、錢款、電子機票等是身份不明之人交給嫌犯 A 用於上述運毒活動的聯絡工具、費用及機票。
- 嫌犯 A 是在自由、自願和有意識的情況下故意作出上述行為的。
- 嫌犯 A 明知上述毒品之性質和特徵。
- 嫌犯 A 上述行為未獲得任何法律許可。
- 嫌犯 A 明知法律禁止和處罰其作出之上述行為。
- 嫌犯入獄前為司機，月薪為巴基斯坦幣 500 元。
- 嫌犯已婚，需供養父親、妻子及一名女兒。

- 嫌犯毫無保留地承認全部事實，為初犯。

上訴人對一審認定的事實及其法律定性沒有異議，僅就以下兩方面對判刑有所爭議：

### **1. 新舊法適用問題**

上訴人主張鑑於第 5/91/M 號法令第八條第一款的刑幅過於刻板，欠缺針對不同個案的具體情節科處不同刑罰的靈活性，現時禁毒法立法者的立法意圖是透過第 17/2009 號法律的相關規定讓憲制者面對具體的案件的事實和情節在三年至十五年徒刑刑幅之間裁定相應適度、公正的刑罰。

### **2. 量刑過重問題**

上訴人認為其毫無保留的認罪態度，毒品未有流入市場及其個人經濟、社會狀況等，原審法院具體裁量的十年六個月徒刑及罰金澳門幣二萬圓過重，應減為介乎八年至十年徒刑之內的具體刑量。

在審理上訴的實體問題之前，我們面對一個必須解決的事實認定的瑕疵的問題，而對此問題，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<sup>1</sup>，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

---

<sup>1</sup> 見終審法院在 2002 年 5 月 30 日第 7/2002 號案的判決。

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<sup>2</sup>、2002 年 10 月 9 日<sup>3</sup>以及 2003 年 12 月 10 日<sup>4</sup>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---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爲，根據第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款和第 3 款的規定並且爲著該規定的效力，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，則行爲人的行爲可根據情況納入該法令第 9 條或者第 8 條的

---

<sup>2</sup> 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。

<sup>3</sup> 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。

<sup>4</sup> 第 28/2003 號案件。

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，例如在本法院 2010 年 5 月 27 日的第 206/2010 號上訴案的判決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%），而在今天（2010 年 10 月 7 日）審理的第 531 號上訴案中可以看到更低濃度的海洛因（為 33.25%），那麼，這必將造成對涉及不同物質含量的毒品的販賣行為作出不同的懲罰。

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 10 月 7 日

蔡武彬

司徒民正

賴健雄 (本人表決落敗，並附表決聲明)

# 刑事上訴卷宗第 571/2010 號

## 表決聲明

作為裁判書製作法官，本人在初端批示中明言上訴理由明顯不成立，應予駁回。

隨後提交下列內容的合議庭裁判草案予評議會表決：

上訴人對一審認定的事實及其法律定性沒有異議，僅就以下兩方面對判刑有所爭議。

### 1. 新舊法適用問題

上訴人主張鑑於第 5/91/M 號法令第八條第一款的刑幅過於刻板，欠缺針對不同個案的具體情節科處不同刑罰的靈活性，現時禁毒法立法者的立法意圖是透過第 17/2009 號法律的相關規定讓憲制者面對具體的案件的事實和情節在三年至十五年徒刑刑幅之間裁定相應適度、公正的刑罰。

誠然，《刑法典》第二條第四款規定：

「如作出可處罰之事實當時所生效之刑法規定與之後之法律所規定者不同，必須適用具體顯示對行為人較有利之制度，但判刑已確定者，不在此限。」

法律所指是法院應根據新法及舊法先作具體量刑，繼而比較兩者哪一刑量對行為人有利。

上訴人僅主張不同意原審法院分別以舊法及新法量刑後裁量出的具體量刑和作比較後認定適用舊法對上訴人較有利而適用之，和抽象地指出新法較為靈活而舊法過於刻板，而結論主張適用新法對上訴人較有利，但未有如原審法院般先適用舊法和新法分別作具體量刑後，再作刑量的比較而結論適用哪一法律屬較有利，此舉明顯未能符合《刑事訴訟法典》第四百零二條第二款 b 項的後半部份的規定。

因此，根據同一條第二款的規定，這一部份的上訴應予駁回。

## 2. 量刑過重問題

上訴人認為其毫無保留的認罪態度，毒品未有流入市場及其個人經濟、社會狀況等，原審法院具體裁量的十年六個月徒刑及罰金澳門幣二萬圓過重，應減為介乎八年至十年徒刑之內的具體刑量。

首先我們必須指出，上訴人是在吞下大量海洛英在腹中入境時被截查發現的，屬現行犯情況下被拘留的，因此，證據清楚，其承認與否的取態對發現事實真相毫無幫助，且面對證據確鑿，上訴人實難以否認，認罪幾乎別無他選的取態。故即使是承認控罪，其減刑作用亦有限。

經分析原審判決的理由說明，一審法院有提及上訴人有毫無保留的自認，故一審確有考慮上訴人毫無保留的自認而量刑。

此外，經分析獲證事實的一切可資量刑的情節，尤其是上訴人由外地取道國際航班經澳門國際機場運入海洛英的實施事實的方式，涉及毒品的性質及其數量之大，原審法院具體裁量的十年六個月及貳萬圓澳門幣的罰金明顯未見有過重之虞。

## 三、裁判

綜上所述，中級法院合議庭通過評議會表決，基於上訴理由明顯不成立，裁定駁回上訴人 A 的上訴。

但未獲一致表決通過，因此經庭審後合議庭多數表決認為原審法院沒有查明上訴人所實施事實所涉的毒品的純品淨重量，故認為應依職權撤銷一審審判，發回原審法院重審。

對此，本人維持本人就這一問題上的一貫立場，不予認同。

不認同的理由有二，一是原審法院認定的事實足以對上訴人判罪，二是即使存在事實不足以支持裁判的瑕疵，上訴法院也只能在上訴人有提出爭議的情況下方可審理之。

二零一零年十月七日

法官

---

賴健雄