

編號：第 823/2011 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2012 年 7 月 26 日

主要法律問題：

- 間接證言
- 量刑過重
- 扣押物

摘要

1. 從有關描述中可得知，兩名證人在審判聽證中所作證言均源自親身經歷，包括應朋友要求撥打電話以便取得毒品，駕駛車輛接送朋友取毒品及被朋友告知已取得毒品等等，有關的事宜均非源於聽聞他人所述。因此，有關證言並非《刑事訴訟法典》第 116 條規定的間接證言。

2. 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，原審法院對上訴人所觸犯的一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，判處六年徒刑，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，亦沒有違反罪刑相適應原則和平等原則。

3. 雖然上訴人在案中被扣押了三部手提電話，但僅有一部電話被認定為“用於販毒”，因此被宣告充公；其餘兩部則未被宣告充公，故此上訴人提出的改判要求並無道理。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 823/2011 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2012 年 7 月 26 日

一、案情敘述

於 2011 年 10 月 28 日，上訴人 A 在初級法院刑事法庭第 CR4-11-0164-PCC 號卷宗內被裁定以直接正犯及既遂方式觸犯一項第 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品罪，被判處六年徒刑；以共同正犯及既遂方式觸犯一項第 17/2009 號法律第 14 條所規定及處罰的不法吸食麻醉藥品及精神藥品罪，被判處四十五天徒刑；兩罪競合，合共被判處六年三十天徒刑。

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. 上訴人雖然在庭審中沒有直接認罪販賣毒品，但其在庭審中和之前檢察院筆錄均顯示他有交代案發和事實經過，尤其上訴人表示將其購買回來的一萬六圓的可卡因出售一半份量給予其同房(第二嫌犯)B 的事實。(參見卷宗第 390 頁至 391 頁內容)
2. 可見，上訴人並沒有隱瞞和虛構事實，只是上訴人認知

上構成錯誤，其未能認清將持有之毒品一半讓予其同房好友的行為也構成販毒罪，他是有交代事實經過，而並非拒絕承認責任。

3. 至於，判決書指上訴人也有出售毒品予其他人之事實，上訴人認為不論從證人 C 和 D，均沒有直接指出上訴人有出售毒品予他人，正如在被上訴判決中的事實之分析判斷內容中，雖然上訴人手機 6XXXXXX1 的電話號碼有 C 和 D 電話，而 D 也僅表示其替朋友撥打，而其朋友阿 E 有否向上訴人購買毒品，也只是透過別人轉述，證人 D 根本沒有親眼看到整個交易過程和是否已交易毒品，因此，應根據《刑事訴訟法典》第 116 條第 1 款規定視為間接證言，不應被採納作為證據方法。
4. 因此，上訴人僅曾出售毒品予第二嫌犯，而沒有出售予其他人。
5. 故此，被上訴判決裁定上訴人觸犯了一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的一項不法販賣麻醉藥品及精神藥品罪，而判處六年實際徒刑的量刑過重。
6. 在本案中，上訴人的確曾有交代案發經過，雖則沒有直接認罪，但不應構成加重其量刑標準，毫無疑問，過錯也是刑罰份量中作出量刑標準，而且首要的量刑標準，也就是《刑法典》第 65 條第 1 款前部份的規定，這就是我們所奉行的罪刑相適應原則。
7. 上訴人認為被上訴判決違反了“刑罰與具體事實、事實的違法性及其後果的適度性原則...”，上訴人認為應對其科處不高於 5 年的實際徒刑。

8. 被上訴判決的最後部份決定，關於案中第 401 頁及背面描述之扣押品，將由第一嫌犯之處扣押之涉及販毒之金錢和用於販毒之手提電話充公歸本地區所有，上訴人認為被上訴判決這樣的決定和理解存有眾多矛盾和瑕疵，當中也沒有說明理由為何認定這些物品是為犯罪工具。
9. 尤其在認定作為犯罪通訊工具中，在被上訴判決之獲證明事實中第 14 條和第 15 條事實，也只認定一部號碼為 6XXXXXX1 之手提電話為販毒時使用之通訊工具，並沒有其他電話，而在被上訴判決的事實分析判斷中內容，上訴人與其他人作通訊用途也只會出現 6XXXXXX1 之電話號碼，並沒有涉及上訴人其他電話的使用行為。
10. 因此，載於卷宗第 401 頁中上訴人的三部電話中，只有一部藍灰 NOKIA 手提電話、型號：1209、電話號碼：6XXXXXX1、機身編號：XX、一張編號為 XX 的 CTM 電話卡和一枚電池為犯罪工具。
11. 沒有任何事實依據可以認定其餘兩部均是與販賣毒品有關，即載於卷宗第 401 頁第一項扣押物(apple 手提電話，型號 ipone 4、電話號碼：6XXXXXX7、機身編號：XX.)和第三項扣押物(一部灰色 nokia 手提電話、型號：1616、電話號碼 6XXXXXX6、機身編號 XX.)。
12. 根據《刑法典》第 101 條第 1 款規定“用於或預備用於作出一符合罪狀之不法事實之物件，或該不法事實所產生之物件，如基於其性質或案件之情節，係對人身安全、公共道德或公共秩序構成危險，或極可能有用於再作出符合罪狀之不法事實之危險者，須宣告喪失而歸本地區

所有。”

13. FIGUEIREDO DIAS 主張把物之喪失定性為“具有類似於保安處分措施性質的懲罰性措施”，因此，正如真正的保安處分措施，喪失措施是以符合罪狀的不法事實及危險性為依據，儘管所針對的是物件本身的危險性，但亦是基於此而須就有關的危險性作出預防。⁵
14. 根據《澳門刑法典》第 101 條的規定，下列物品將宣告喪失而歸澳門特區所有：1).用於或預備用於作出一符合罪狀的不法事實的物件〔稱之為犯罪工其(instrumenta sceleris)〕；2).不法事實所產生或衍生的物件〔稱之為犯罪產物或犯罪所得(product sceleris)〕。
15. 而根據⁶ Manuel de Oliveira Leal - Henriques 及⁷ Manuel José Simas Santos 認為澳門刑法典沒收不法物件(即犯罪工具)必須符合以下三個要件：
 - 第一，必須有犯罪的事實存在，未遂犯罪已足夠；
 - 第二，這些物件必須是犯罪行為的產物(producta sceleris)或曾被用於或作為犯罪的工具(instrumenta sceleris)；
 - 第三，這些物件依其本身性質或依具體的情況而具有被再用以犯罪的危險或將危害社會。⁸
16. 載於卷宗第 401 頁第一項和第三項扣押物，並沒有任何事實依據曾用於作販毒通訊用途，且也不構成上述第三項

⁵ 《Direito Penal Portugues- As Consequencias Juridicas do Crime》，第 635 頁

⁶ 前澳門高等法院法官

⁷ 前葡萄牙最高法院刑事分庭之共和國助理總檢察長之職務

⁸ 在 Manuel de Oliveira Leal-Henriques 及 Manuel José Simas Santos 的著作《澳門刑法典註譯》，1997 年版(葡文)，第 247 頁。

有被再用以犯罪之危險。

17. 被上訴判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”及 c)項規定“審查證據方面明顯有錯誤”之瑕疵。
18. 因此，載於卷宗第 401 頁第一項和第三項扣押物(兩部電話)應歸還給予上訴人，而不應充公歸特區所有。

綜上所述，請求中級法院合議庭接納本上訴，並裁定上訴人提出之上訴理由成立，改判上訴人兩罪競合下，處罰五年或以下徒刑；並改判載於卷宗第 401 頁中扣押物的第一項和第三項並非用於作販毒通訊工具，適時歸還給予上訴人。

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 沒有跡象顯示被訴裁判以上訴人否認犯罪事實而加重其刑罰。
2. 上訴人認為其將一半的毒品分予另一嫌犯不構成販毒罪，因此否認控罪。但除此之外，上訴人亦否認其有將其他毒品售予他人。因此，上訴人只是承認部分事實。
3. 上訴人雖然在澳門沒有犯罪記錄，但並非初犯，只承認部分犯罪事實，原審法院根據上訴人持有毒品之種類及數量，以及根據有關犯罪的可判處刑幅作出量刑，量刑時已全面衡量了上訴人的具體情況，包括上訴人所提及之情況，並無不合理之處，亦符合《刑法典》第 65 條及第 66 條之規定。
4. 至於在扣押物之處分問題，檢察院根據《刑法典》第 101 條第 1 款及《刑事訴訟法典》第 171 條之規定，同意將未

能證實為犯罪工具的兩部電話歸物主。

綜上所述，上訴人在量刑上提出的請求因缺乏理據，應予駁回；但就扣押物的處分上，因有關請求合法，應予以批准。

請中級法院法官閣下作出公正裁決！

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，認為上訴人提出的上訴理由不能成立，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. 從未查明之日起，上訴人 A 開始在本澳從事販毒及吸毒活動。
2. 2011 年 2 月 18 日零時 50 分，司警人員在 XX 圓形地 XX 花園 XX 閣附近將上訴人 A 截停。
3. 隨後，司警人員帶同上訴人 A 前往其與嫌犯 B 共同居住的位於氹仔 XX 街 XX 號 XX 閣 XX 樓 XX 座單位進行搜索，當時，嫌犯 B 身處該單位的客廳。
4. 司警人員在上述單位的客廳茶几上搜獲 1 包白色粉末，1

個黑色電子磅及 1 個透明膠袋(內有 75 個小透明膠袋)。

5. 經化驗證實，上述 1 包白色粉末含有第 17/2009 號法律附表 II-C 所列之“氯胺酮”成份，淨重為 1.780 克(經定量分析，“氯胺酮”百分含量為 72.88%，重量為 1.297 克)；上述電子磅沾有第17/2009號法律附表I-B所列之“可卡因”及附表 II-C 所列之“氯胺酮”的痕跡；上述 75 個小透明膠袋沾有“可卡因”的痕跡。
6. 上述毒品是上訴人 A 從身份不明之人士處所取得，目的是供其自己和嫌犯 B 吸食。
7. 上述電子磅及 75 個膠袋是上訴人 A 持有之毒品秤量和包裝工具。
8. 司警人員在上述單位上訴人 A 的睡房衣櫃內搜獲 1 包白色粉末。
9. 經化驗證實，上述白色粉末含有第17/2009號法律附表 II-C 所列之“氯胺酮”成份，淨重為 27.274 克(經定量分析，“氯胺酮”百分含量為 62.01%，重量為 16.913 克)。
10. 上述毒品是上訴人 A 從身份不明之人處所取得，目的是伺機將其中大部分出售予他人，其自己與嫌犯 B 亦會吸食其中部分。
11. 在嫌犯 B 於上述單位的睡房床頭櫃的第一個抽屜內，司警人員搜獲 3 個大透明膠袋(其中兩袋分別裝有 10 包乳酪色顆粒，另一袋中裝有 4 包乳酪色顆粒)及在床頭暗格中搜獲 1 個大透明膠袋，內裝有乳酪色顆粒；此外，在嫌犯 B 身上搜獲現金港幣 20,000 圓及澳門幣 4,800 圓。
12. 經化驗證實，上述 24 包乳酪色顆粒及 1 袋乳酪色顆粒均

含有第17/2009號法律附表I-B所列之“可卡因”成份，其中24包乳酪色顆粒共淨重為6.589克(經定量分析，10包中“可卡因”百分含量為79.27%，重量為2.171克；10包中“可卡因”百分含量為78.17%，重量為2.154克；4包中“可卡因”百分含量為77.99%，重量為0.853克)；1袋乳酪色顆粒淨重為11.410克(經定量分析，“可卡因”百分含量為77.83%，重量為8.880克)。

13. 上述毒品是上訴人 A 從身份不明之人處購得，並交給嫌犯 B 保管；上訴人 A 取得上述毒品，目的是伺機將其中超出一半之部分出售予他人，其自己亦會吸食其中一部分。
14. 同日，在司法警察局內，司警人員在上訴人 A 身上扣押一部號碼為 62655831 之手提電話、現金港幣 9,700 圓及澳門幣 2,200 圓。
15. 上述電話是上訴人 A 販毒時使用之通訊工具。
16. 司警人員在上訴人 A 身上搜獲之上述錢款是其販毒所獲之利潤。
17. 上訴人 A 和嫌犯 B 明知上述毒品的性質。
18. 上訴人 A 和嫌犯 B 在自由、自願和有意識的情
19. 彼等上述行為未獲得任何法律許可。
20. 彼等明知法律禁止和處罰上述行為。

庭審期間亦證明以下事實：

21. 刑事紀錄證明顯示上訴人 A 和嫌犯 B 均為初犯。
22. 上訴人 A 聲稱羈押前從事疊碼，每月收入約三萬圓，學

歷為中學三年級，無家庭負擔。

23. 嫌犯 B 聲稱羈押前為商人，每月收入約兩萬圓，學歷為中學二年級，需供養兩名兒子。

經庭審聽證，本庭認為控訴書指控之以下事實未能獲得證明：

1. 從未查明之日起，嫌犯 B 開始在本澳從事販毒活動。
2. 上述電子磅及 75 個膠袋是嫌犯 B 持有之毒品秤量和包裝工具。
3. 嫌犯 B 幫助上訴人 A 保管毒品，目的是伺機將其中大部分出售予他人。
4. 司警人員在嫌犯 B 身上搜獲之錢款是其販毒所獲之利潤。

三、法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 間接證言
- 量刑過重
- 扣押物

1. 上訴人提出，兩名證人 C 及 D 均沒有直接指出上訴人有出售毒品予他人，他們的證言只是間接證言，不應被採納為證據方法。

《刑事訴訟法典》第 116 條第 1 款規定：“如證言之內容係來自聽聞某些人所說之事情，法官得傳召該等人作證言；如法官不傳召該等人作證言，則該部分證言不得作為證據方法，但因該等人死

亡、嗣後精神失常或未能被尋獲而不可能對其作出詢問者，不在此限。”

上述條文規定，若果證人所作證的內容是來源於聽聞他人所說，並非其親身經歷，則有關的證言是間接證言不得作為證據。

本案中，原審法院在事實分析判斷中描述：

“證人 C 在庭審聽證時聲稱，其曾按朋友“阿 F”要求，用自己手提電話撥打一個其忘記的手提電話號碼，再由朋友自己通話以取得毒品；但其不知朋友“阿 F”最終是否取得毒品。

警方根據卷宗第 178 頁對由第一嫌犯 A 身上搜獲的 6XXXXXX1 號電話號碼的分析找到證人 C。

由警方根據卷宗第 178 頁對由第一嫌犯 A 身上搜獲的 6XXXXXX1 號電話號碼的分析找到的證人 D 在庭審聽證時聲稱，其曾在 2011 年 1 月和 2 月之間，兩次將自己的 6XXXXXX7 號手提電話借予一名叫“阿 B”或“阿 E”的朋友撥打 6XXXXXX1 號電話以取得毒品，但其不知對方是否成功取得毒品與否；其曾有一次應“阿 E”要求，在“阿 E”用其電話撥打 6XXXXXX1 後，開車送“阿 E”到氹仔市區取毒品“可樂”即可卡因，“阿 E”下車稍後回來稱已取得“可樂”。

從上述描述中可得知，兩名證人在審判聽證中所作證言均源自親身經歷，包括應朋友要求撥打電話以便取得毒品，駕駛車輛接送朋友取毒品及被朋友告知已取得毒品等等，上述的事宜均非源於聽聞他人所述。

因此，有關證言並非《刑事訴訟法典》第 116 條規定的間接證言，上訴人這部分的上訴理由並不成立。

2. 上訴人提出原審法院判決的量刑過重，違反了“刑罰與具體事實、事實的違法性及其後果的適度性原則...”，認為應對其科處不高於 5 年的實際徒刑。

《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 款及第 14 條所規定及處罰的不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪及不法吸食麻醉品及精神藥物罪，分別可被判處三年至十五年徒刑及最高三個月徒刑。

根據已證事實，於 2011 年 2 月 18 日，上訴人在其居住的單位內被搜出：

- 1 包含純淨重 1.297 克“氯胺酮”成份的白色粉末；1 個沾有“可卡因”及“氯胺酮”痕跡的黑色電子磅以及 1 個透明膠袋（內有 75 個沾有“可卡因”痕跡的小膠袋）。上述毒品是上訴人從身份不明人士取得，目的是供自己和嫌犯 B 吸食。
- 1 包含純淨重 16.913 克“氯胺酮”成份的白色粉末。上述毒品是上訴人從身份不明人士取得，目的是伺機將其中大部分出售予他人，其自己與嫌犯 B 亦會吸食其中部分。
- 24 包含純淨重 5.178 克“可卡因”成份的乳酪色顆粒(2.171 克+2.154 克+0.853 克)；1 袋含純淨重 8.880 克“可卡因”成份的乳酪色顆粒。上述毒品是上訴人從身份不明之人處購得，目的是伺機將其中超過一半之部份出售予他人，其自己亦會吸食其中之一部分。

對上訴人有利的情節是上訴人在本澳為初犯，但在其犯罪紀錄聲明中，其在香港曾因觸犯搶劫和販毒罪行履服徒刑。

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。此外，近年來非本澳人士在澳從事販毒活動屢見不鮮，因此一般預防的要求亦須相對提高。

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，原審法院對上訴人所觸犯的一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，判處六年徒刑，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，亦沒有違反罪刑相適應原則和平等原則。

在犯罪競合方面，原審法院亦遵守《刑法典》第 71 條的規定，對上訴人所科處的單一刑罰亦屬適當。

因此，上訴人這部份的理由亦不成立。

3. 上訴人認為原審法院在處分扣押物上沾有“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”及“審查證據方面有明顯錯誤”，應將載於卷宗第 401 頁第一項和第三項扣押物(兩部電話)歸還予上訴人。

關於扣押物，原審判決所載如下：

“關於案中第 401 頁及背面描述之扣押品，茲決定如下：

1. 將由第一嫌犯之處扣押之涉及販毒之金錢和用於販毒之手提電話充公歸本地區所有；
2. 將由第二嫌犯之處扣押之金錢和手提電話適時歸還；
3. 將案中被扣押之鑰匙適時歸還；
4. 將案中扣押的磁碟附卷；
5. 將由於案中被扣押之毒品連同化驗袋適時銷毀。”

然而，本院同意助理檢察長在其意見書中所指出：“關於扣押物的處理問題，我們認為上訴人的要求毫無道理，原因很簡單：在被上訴判決中，原審法院決定將由上訴人處扣押的涉及販毒之金錢和“用於販毒之手提電話充公歸本地區所有”，而根據原審法院

認定的事實，法院僅認定司警人員在上訴人身上扣押的號碼為6XXXXXX1的手提電話是其販毒時使用的通訊工具。

換言之，雖然上訴人在案中被扣押了三部手提電話，但僅有一部電話被認定為“用於販毒”，因此被宣告充公；其餘兩部（即載於卷宗第401頁的第一項和第三項扣押物）則未被宣告充公，故此上訴人提出的改判要求並無道理。”

基於上述原因，上訴人所提出的上訴理由均不成立，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A的上訴理由不成立，維持原審法院判決。

判處上訴人繳付6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1,200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。

2012年7月26日

譚曉華（裁判書製作人）

司徒民正 (第一助審法官)

陳廣勝 (第二助審法官)

(本人同意應裁定嫌犯的上訴理由不成立，因為原審判決除了並無嫌犯所指的違法瑕疵外，原審法庭的量刑其實已屬輕無可輕了)。