

第 61/2010 號案件

刑事司法裁判上訴

上訴人：甲

被上訴人：檢察院

主題：毒品·販毒罪·共犯

裁判日期：2010 年 11 月 24 日

法官：利馬(裁判書制作法官)、岑浩輝和朱健。

摘要：

如兩名行為人每人各出一定金額，以取得某一份量的毒品並將該毒品作為單一整體帶回澳門，且存在合謀將毒品分拆、包裝及販賣的意圖，即出現以共同犯罪的方式觸犯一項藏毒罪。

裁判書制作法官

利馬

澳門特別行政區終審法院

合議庭裁判

一、概述

透過 2010 年 6 月 10 日的合議庭裁判，初級法院合議庭裁定被告甲(第一被告)及乙(第二被告)為共同實質正犯，以既遂方式觸犯了一項 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定和處罰的販毒罪，各判處 6(陸)年零 9(玖)個月徒刑。

透過 2010 年 10 月 7 日的合議庭裁判，中級法院裁定由兩被告提起的上訴敗訴。

被告甲仍不服，向本終審法院提起上訴，並以下列有用之結論結束上訴陳述：

已獲認定及在第 a), b), c), d), e), g), h), i), j), l), m), n), p)項中所提到之事實並不足以達致原審法院得出的結論，因為，該等事實與第 f)及 o)項已獲認定之事實相互矛盾。

除對不同意見應有之尊重外，每一被告只是各出資 150.00 澳門元購買毒品，卻被認為兩人均要對所購買毒品的全部負責會否過分牽強。

每一被告應負有販賣 2.559 克的氯胺酮的過錯，而不是被扣押毒品的全部即 5,118 克。

考慮到每一被告的份量為 2.559 克，我們必須認定該等份量是低於第 17/2009 號法律第 11 條規定的少量。

附於上述法律且屬其組成部分的每日用量參考表，對氯胺酮的用量規定為 0.6 克，將有關用量乘以 5(伍)倍之後即為最高 3 克氯胺酮，事實的不法性則表現為相當輕。因此，符合所提到的、第 17/2009 號法律第 11 條所規定和處罰的較輕販毒罪，可判處的刑罰為 1 年至 5 年徒刑。

在本案中，除應有之尊重外，該等標準應反映在一項絕不超過 3 年徒刑的刑罰上。

如不接納上述意見，上訴人要說的是不認同原審法院法官們對其行為所判處的 6 年零 9 個月的實際徒刑，根據法律規定該處罰屬不適度、不合適及過重，應在具體訂定單一刑罰時重新考量。

對現上訴人判處一項實際徒刑，該徒刑比抽象刑罰最高幅度的

1/4 為高。

原審法院認為，如更為有利的法律並沒有生效的話，上訴人應被裁定觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定和處罰的罪行，判處 8 年零 9 個月徒刑及罰金 15,000.00 澳門元，即 1 項其抽象刑罰幅度為最低的 8 年徒刑及最高的 12 年徒刑的罪行，原審法院認為應對兩被告判處 1 項 8 年零 9 個月徒刑的具體刑罰，即很接近最低刑罰。

奇怪的是，在適用新法，其抽象刑罰幅度為最低的 3 年徒刑及最高的 15 年徒刑，原審法院認為應對被告判處一項具體刑罰為 6 年零 9 個月，亦即比最低的刑罰高出 3 年零 9 個月。

因此，上訴人之愚見為，如原審合議庭所考慮到的因由及處罰的條件，無論在一個又或另一個刑事制度中——即新法及舊法——是完全一樣的話，對上訴人適用的刑罰絕不能高於 3 年零 9 個月的徒刑。

在對上訴理由陳述所作的回答中，**尊敬的助理檢察長**認為應駁回上訴。

而在其意見書中，**尊敬的助理檢察長**維持其在對上訴理由陳述所作的回答中已採取的立場。

二、事實

下兩級法院認定和不予認定的事實如下：

1. 從 2009 年 2 月份起，被告甲與乙合資在珠海向身份不明的人士購買一定份量之“K 仔”，經重新分拆包裝後再出售或提供予在卡拉 OK、的士高及網吧等場所玩樂的人士。

2. 兩名被告會平均分攤販毒所得之利潤。

3. 2009 年 3 月 9 日下午，司警人員接獲情報指被告甲於當天 18 時 56 分將前往珠海取得毒品並將之偷運回澳。

4. 為此，同日 20 時 20 分左右，司警人員在關閘廣場牌坊附近截查剛從入境口岸大樓步出的被告甲及乙，並將彼等帶返氹仔司法警察分局進行調查。

5. 當司警車輛抵達司警分局一樓停車場後，被告甲從其右邊褲袋取出一個裝有白色粉末及兩粒橙色藥丸的透明膠袋並將之丟棄在地上。

6. 經化驗證實，上述白色粉末之淨重為 8.479 克，含有第 5/91/M

號法令附表二 C 中所列之“氯胺酮”成份(經定量分析，當中“氯胺酮”成份的百分含量為 60.36%，含量為 5.118 克)；上述橙色藥丸之淨重為 0.378 克，含有同一法令附表四中所列之“硝基去氯安定”成份。

7. 上述毒品是被告甲及乙於 2009 年 3 月 9 日 18 時 56 分一起前往珠海向“丙”以 300.00 澳門元購得的，其中每人出資 150.00 澳門元，之後由被告甲負責將上述毒品藏在身上偷運回澳。

8. 被告甲及乙共同取得上述毒品，目的是經分拆包裝後交由被告甲稍後在[的士高(1)]及[卡拉 OK(1)]出售予 4 至 5 名人士，藉此獲利約 1500.00 澳門元(每克“K 仔”獲利 250.00 至 300.00 澳門元)。

9. 在司法警察局調查期間，司警人員在被告乙的右邊衣袋內搜獲 16 個透明小膠袋。

10. 另外，司警人員在被告甲身上搜獲一部手提電話。

11. 上述電話是被告甲從事販毒活動之通訊工具。

12. 上述膠袋是被告甲及乙用作分拆及包裝毒品的工具。

13. 被告甲及乙是在自由、自願及有意識的情況下，彼此合意共謀合力地故意作出上述行為的。

14. 彼等清楚知道上述毒品的性質及特徵。

15. 彼等共同取得、運載或持有上述毒品，目的是出售或提供予第三人，以便獲得或企圖獲得金錢報酬。

16. 彼等明知上述行為是法律所處罰和禁止的。

*

另外認定下列事實：

根據刑事紀錄證明，第一被告非為初犯：① 2008 年 4 月 24 日，第一被告被發現持有毒品供個人吸食，此行為於 CR1-08-0103-PSM 簡易刑事案件中由 2008 年 4 月 25 日之判決裁定為 1 項持有違禁物質作個人吸食罪，第一被告被處 1 個半月徒刑，緩刑 1 年執行。緩刑期間，被告實施了本案犯罪行為。② 於 CR2-09-0273-PCS 獨任庭普通刑事案件中，第一被告被控告 1 項逃避交通事故責任罪，正待審理。③ 於 CR3-08-1286-PCT 交通輕微違反案，第一被告被裁定 6 項輕微違反，判處合共罰金 13,500.00 澳門元，可以 90 日徒刑代替，第一被告要求以徒刑代罰金，現第一被告正在服此案所判之徒刑。

第一被告被羈押前從事燈飾裝修，月收入 7,000.00 餘澳門元，無家庭經濟負擔；其學歷為初中畢業。

根據刑事紀錄證明，第二被告非為初犯，① 於 CR3-07-0540-PCS 獨任庭普通刑事案中，2008 年 11 月 21 日判決裁定第二被告 2007 年 7 月 1 日之行為構成 1 項少量販毒罪及 1 項藏毒罪，兩罪競合，合共判處 1 年 1 個月 15 日徒刑及罰金 6,000.00 澳門元，罰金可轉為 40 日徒刑，所判處徒刑暫緩 2 年執行並附加不再吸毒之緩刑條件及附隨考驗制度。此緩刑期間，被告實施了本案犯罪。

第二被告被羈押前為廚房學徒，月收入約 5,500.00 澳門元，無家庭經濟負擔；其學歷為小學畢業。

*

未獲認定之事實：

控訴書中其他與獲證明事實不符之事實未獲認定，具體主要為：

從 2009 年 2 月份起，被告甲與乙至少已三次合資在珠海向一名叫“丙”的男子以 300.00 澳門元至 400.00 澳門元購買一定份量之“K 仔”；

被告甲負責聯絡賣家及買家，及出售毒品之活動；而被告乙則是協助被告甲將毒品偷運回澳；其中一人偷運毒品，而另一人則負責偷運用作分拆包裝毒品之小膠袋。

*

事實之判斷：

第一被告在審判聽證中作出聲明，其否認販賣毒品，聲稱有關毒品是與第二被告一人一半合資購買的，用於自吸；扣押的其內地流動電話是用來與女朋友聯絡的。

第二被告在審判聽證中作出聲明，其否認販賣，聲稱有關毒品是與第一被告一人一半合資購買的，用於自吸。

第一被告在審判聽證中指出，之前在司警和刑事起訴法庭承認販賣毒品是在司警人員威逼利誘下承認的。

兩名被告非首次涉及毒品案件程序，第一被告曾因為吸毒罪、第二被告因為吸毒罪及小量販賣罪而被判刑。

司警人員在審判聽證中作出聲明，其等指出，司法警察局收取到關於第一被告販賣毒品的情報；當日，司警得到第一被告會運送毒品的情報，故採取行動，成功截查到了兩名被告。

在第二被告身上發現了 16 個透明小膠袋。

卷宗內的化驗報告證實了被扣押物質所含毒品的性質及重量。

兩名被告所持物質含有的氯胺酮之純重量為 5.118 克，在實施犯罪時，氯胺酮三天的參考用量為 1 克，每日為 0.333 克（參見終審法院第 23/2003 上訴案件 2003 年 3 月 5 日之裁判），兩名被告所持之氯胺酮用量超過 15 天，按照現行的第 17/2009 號法律之每日用量參考表，氯胺酮的每日參考用量為 0.6 克，被告所持之氯胺酮超過 8 天用量。

對於事實的判斷，合議庭必須客觀、綜合、批判地分析案中所有證據，不可以偏信某一證據，更不會只因被告承認或否認來判斷事實。

本案，兩名被告所持毒品是否用於自吸，須以客觀證據為依據。本案除了兩名被告的聲明，並無其他證據表明兩名被告所有持有毒品用於個人吸食，即使是吸毒者，也不能簡單推斷吸毒者所持的毒品必定用於自吸。獲證事實表明，由兩被告處檢獲的毒品數量較大，且另檢獲 16 個用於分裝毒品之透明膠袋。在沒有其他客觀證據佐證的情況下，合議庭認定：相關毒品係用於提供給他人，而非兩被告自吸之用。

本合議庭客觀綜合分析了審判聽證中兩名被告及各證人作出之聲明，結合在審判聽證中審查的書證、扣押物證及其他證據後，尤其考慮到兩名被告所持毒品的份量、分裝毒品的膠袋，合議庭認定：兩名被告所持有的毒品是用來提供給他人的，並非用於自吸。

*

第二被告的證人就第二被告的人格作出聲明。

兩名被告的社會報告書概述了其等的成長環境和經歷。

三、法律

1. 要解決的問題

基本上要審理的問題有三個。

第一個問題涉及理由說明方面不可補正的矛盾的瑕疵，在本案中，指已認定的事實之間。

然後，要查明的是，每一名被告是否僅應對持有被扣押毒品的一半負責，針對這一份量，那他們每人所觸犯的罪行，是否為第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款第 1 項所規定和處罰的較輕販毒罪，還要確定的是，在這一情況下，對被告判處的合適的刑罰是否應為 3 年徒刑。

如不這樣認為的話，便要衡量，比照法院根據舊法判處 8 年零 9 個月的徒刑來看，6 年零 9 個月的徒刑是否屬不適度，被告認為應根據新法判處一項 3 年零 9 個月的徒刑。

2. 理由說明方面不可補正的矛盾

被告提出理由說明方面不可補正的矛盾的瑕疵，在本案中，指已認定的事實之間。

可是，除應有之尊重外，看不到在已認定的事實中出現任何邏輯上的矛盾，因此，所提出的問題明顯不成立。

3. 共犯或觸犯兩項罪行

上訴人的論據為：由於兩名被告每人出資一定金額以購買毒品，其每人觸犯了一項藏毒罪——即兩項罪行——而非一項共同犯罪的罪行。

我們明白上訴人的觀點。上訴人希望將被扣押的毒品一分為二，以便考慮到每半份重量的毒品只符合一項較輕販毒罪。

只是，已獲認定之事實並不支持上訴人的觀點。

如其每人出一定金額(那麼在被告之間便形成了一種不規範的團體)，僅取得一定份量的毒品並將該毒品以單一整體帶回澳門，同時存在合謀將毒品分拆、包裝及販賣的意圖的話。

這樣，由兩個行為人以共同犯罪的方式觸犯了一項藏毒罪。

所提出的問題不成立。

4. 量刑・適用更為有利的法律

法院認為根據在事實發生之日生效的法律應判處的刑罰為：以共同實質正犯方式觸犯了一項 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定和處罰的罪行，判處 8 年零 9 個月徒刑及 15,000.00 澳門元。

根據已認定之事實及《刑法典》第 65 條規定的標準，我們對判處這一刑罰沒有異議。

可是我們認為就新法而言，所判處的刑罰則顯得不適度，儘管不似上訴人所述那樣，因為一如上訴人所指，根據舊法所判處的刑罰並不接近最低刑幅。

事實上，根據舊法，刑幅為 8 至 12 年徒刑，所判處的刑罰接近上下刑幅之間的 1/4 為 9 年，但略低了一點。

然而，新法中刑罰上下限之間(3 至 15 年徒刑)接近 1/4 的刑罰應為 6 年，因此，所判處的刑罰遠比這一刑罰點為高。

我們認為合適的刑罰應為 5(伍)年零 9(玖)個月的徒刑，而根據《刑法典》第 4 條第 2 款的規定，判處這一刑罰對被告來說更為有利。

上訴部份成立。

因以純屬個人之理由為理據提起之上訴，故不惠及另一共犯(《刑事訴訟法典》第 392 條第 2 款 a 項)。

四、決定

綜上所述，裁定上訴部份勝訴，並裁定第一被告甲為共同實質正犯，以既遂方式觸犯了一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定和處罰的販毒罪，判處 5(伍)年零 9(玖)個月徒刑。

訴訟費用由上訴人負擔，司法費訂為 2 個計算單位。

訂定壹仟伍澳門元代理費予被告之指定辯護人。

2010 年 11 月 24 日，於澳門。

法官：利馬（裁判書制作法官）— 岑浩輝 — 朱健