

上訴案第 638/2014 號

日期：2014 年 10 月 30 日

- 主題：
- 刑罰的特別減輕
 - 量刑
 - 罰金
 - 緩刑

摘 要

1. 單純的自認，以致是毫無保留的自認以及承認控告書中的所有事實，只是在無可抵賴的事實面前作出的，並不能明顯減輕其行為的不法性和罪過，不能適用特別減輕情節。
2. 法院在一般的量刑，具有法律所賦予的在最低刑幅及最高刑幅之間選擇一適當的刑罰的自由，以罪過及刑罰目的作出決定。而對於上訴法院來說，只有在量刑出現明顯罪刑不符和明顯過重的情況下才有介入的空間。
3. 作為第二次犯罪，而且還是假釋期間作出的，不但其故意程度高，犯罪的特別預防的考慮因素更高，沒有適用罰金替代刑的決定的空間。
4. 上訴人在假釋期間再次實施犯罪，可見其法律意識薄弱，守法能力低下，特別預防的要求較高，僅以刑罰的執行作為嚴肅警戒並不足以讓上訴人不再實施犯罪，尤其是不再重蹈覆轍地作出涉及毒品的犯罪行為。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 638/2014 號

上訴人：A

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一.案情敘述

檢察院控告嫌犯 A 以直接正犯、故意及既遂方式觸犯第 3/2007 號法律《道路交通法》第 90 條第 2 款所規定及處罰的一項「受麻醉品或精神科物質影響下駕駛罪」，並請求初級法院以庭審程序對其進行審理。在初級法院刑事法庭的簡易刑事案第 CR2-14-0164-PSM 號案件中，經過庭審作出了以下的判決：

- 嫌犯 A 以直接正犯、故意及既遂方式觸犯一項第 3/2007 號法律《道路交通法》第 90 條第 2 款規定及處罰的一項「受麻醉品或精神科物質影響下駕駛罪」，罪名成立，判處四個月十五日實際徒刑。
- 判處嫌犯禁止駕駛，為期一年六個月。根據《道路交通法》第 121 條第 7 款所規定，被判刑人必須在本判決轉為確定起十日內，將駕駛執照或同等效力之文件送交治安警察局，否則構成違令罪；此外，根據《道路交通法》第 92 條的規定，警告被判刑人倘在停牌期間內駕駛，將觸犯《刑法典》第 312 條第 2 款所規定及處罰的加重違令罪，並吊銷駕駛執照。

3. 根據第 6/98/M 號法律第 24 條第 2 款的規定，判處嫌犯向法務公庫繳納澳門幣 500 元的捐獻。
4. 嫌犯需繳付 1/2 個計算單位(1/2 UC)之司法費(已根據《刑事訴訟法典》第 325 條第 2 款 c 項的規定減半)及訴訟費用。
5. 辯護人費用訂定為澳門幣 1,000 元，由嫌犯支付。

上訴人 A 因不服初級法院之判決而向本院提起上訴，其內容如下：

1. 上訴人雖非為初犯，在庭審聽證中自願、完全及毫無保留地承認實施了控訴書所載之犯罪事實。
2. 上訴人坦白地承認曾在服食受管制物質後在公共道路上駕駛，與法庭充分合作並對其所為表現出真誠悔意。
3. 這情節亦應可視為符合《刑法典》第 66 條 2 款 c 項 (行為人作出真誠悔悟之行為) 規定的特別減輕情節，繼而應按《刑法典》第 65 條所規定的在量刑時加以考慮。
4. 但似乎原審法院對此並沒有考慮。
5. 根據《刑法典》第 64 條之規定，如對犯罪可選科剝奪自由之刑罰或非剝奪自由之刑罰，則只要非剝奪自由之刑罰可適當及足以實現處罰之目的，法院須先選擇非剝奪自由之刑罰。
6. 根據《刑法典》第 48 條第 1 款之規定，經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，認為僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的者，法院得將科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。
7. 上訴人為私人司機，每月收入約澳門幣 14,000.00 元。
8. 上訴人有固定工作及穩定的收入，供養及照顧母親。
9. 上訴人被判處 4 個月 15 日之實際徒刑。

10. 上訴人事後表現後悔，承諾痛改前非，重新做人。
11. 上訴人已符合《刑法典》第 48 條第 1 款及《刑法典》第 64 條之規定的要件，因此，應給予上訴人緩刑的機會；或
12. 對上訴人重新量刑，並處以較輕之刑罰，判處 3 個月之徒刑，並以相等日數之罰金或以其他可科處之非剝奪自由之刑罰代替之更為合適。
13. 基於此，應撤銷被上訴之判決，繼而由尊敬的中級法院法官閣下對上訴人之刑罰作出重新考量。

請求

綜上所述，和依賴法官 閣下之高見，應裁定本上訴理由成立，繼而：

- 判處上訴人暫緩執行徒刑，或
- 撤銷被上訴之裁判對上訴人之刑罰，並以新的適度較輕的刑罰取代之。

檢察院就上訴人 A 的上訴作出答覆，理據如下：

1. 本上訴中，上訴人僅針對量刑部分提出爭議，換言之，上訴人並沒有對本案的事實部分提出爭議。
2. 上訴人指出被上訴裁判的量刑過重，應改判為三個月徒刑。然而，我們不能認同。
3. 眾所周知，法院在作出量刑時須遵守《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定。根據原審法院在被上訴裁判的量刑部分中的表述，我們可以清楚知道原審法院在對上訴人進行量刑時，已充分考慮上訴人犯罪時的罪過程度、預防犯罪的要求及所有對上訴人有利或不利而不屬罪狀的情節。
4. 本案中，上訴人是在現行犯的情況下被拘捕的，故此，上訴

人在庭審中所作的自認的減刑價值十分有限，而當中所顯示出的悔意程度更是十分有限，換言之，有關情節不屬可特別減輕的情況。再者，本案中，我們也未發現存有其他可特別減輕的情節。故此，我們認為有關量刑是適當的，實不能謂之過重。

5. 本文中，原審法院決定不以罰金代替上訴人被判處的徒刑的原因是基於“預防犯罪”的考慮。
6. 考慮到澳門現時的社會現實狀況，毒後駕駛的行為在本澳漸見普遍及多發，而且後述行為確實嚴重威脅道路使用者的人身及財產安全，加上儘管行政當局及司法機關不斷作出努力，仍未能切實有效打擊該類犯罪，故此，凸顯了一般預防的強烈需要及迫切性。
7. 為此，本文中，倘若以罰金代替徒刑，將無法重建人們對被違反的法律規定及正常法律秩序的信任和尊重，換言之，至少未能達到一般預防的目的。
8. 基於此，檢察院完全認同原審法院不以罰金代替徒刑的決定。
9. 根據《刑法典》第 48 條第 1 款規定，緩刑的給予，必須同時符合形式要件及實質要件。形式要件是指科處不超過三年之徒刑；實質要件是指經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，認為僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的。
10. 本文中，上訴人被判處四個月十五日徒刑，無疑是符合形式要件。為此，我們現需考慮上訴人的情況是否也同時符合實質要件。
11. 上訴人過去曾因觸犯販毒罪、吸毒罪等被判處實際徒刑，經服刑一段時間後才獲准假釋，可是，上訴人並未珍惜假釋的

機會及從過往的判刑及服刑中吸取教訓而克己守法；相反，上訴人竟然在假釋期間內再次觸犯與毒品有關的犯罪行為，且有關受麻醉品及精神科物質影響下駕駛的行為實已對其他道路使用者的人身安全構成重大威脅。可見，上訴人的守法意識十分薄弱、自控能力極低，同時也體現出上訴人完全漠視他人的人身安全，置本澳的社會及法律秩序於不顧。

12. 本案中，經全面考慮上訴人的人格及其價值觀，本院對上訴人是否真的能從有關暫緩執行徒刑而受到警惕及於日後不再犯罪並可重返社會這一期盼存有極大的疑問，故本院認為暫緩暫行有關徒刑顯然無法達到特別預防的目的。
13. 至於一般預防方面，正如上述曾提及過，針對毒後駕駛的犯罪行為，社會表現出對一般預防的強烈需要，倘若准予暫緩執行有關徒刑，我們相信將不能達到對該類罪行一般預防的要求，亦未能遏止其他人犯罪。
14. 為此，檢察院認為，本案中僅對事實作譴責並以監禁作威嚇，並不足以阻嚇上訴人不再犯罪，也不能達到預防犯罪的需要，更不適當及不足以實現刑罰的目的。可見，上訴人的情況並不符合《刑法典》第 48 條第 1 款規定的實質要件。
15. 基於此，檢察院完全同意原審法院不給予緩刑的決定，故上訴人此部分上訴理由同樣不成立。
16. 綜上所述，本院認為被上訴裁判的量刑是適當的，也未違反任何法律規定，故此，上訴人是次上訴理由明顯不能成立，應予以駁回。

駐本院助理檢察長提出了法律意見書，認為嫌犯的上訴理由明顯不成立，應予駁回。

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，並作出了評議及表決。

二.事實方面：

- 於 2014 年 07 月 27 日約 23 時 20 分，治安警察局警員於馬場東大馬路近國際銀行對出執行截查車輛行動，截查了由嫌犯 A 駕駛編號 CM-XXX 的輕型電單車。
- 期間，警員發覺嫌犯鼻孔有白色粉末及神情呆滯，懷疑其曾服食違禁藥物，故將其送往仁伯爵綜合醫院進行藥物檢驗，檢驗結果證實嫌犯對氫胺酮呈陽性反應。
- 氫胺酮是第 17/2009 號法律表二 C 第 7 項所管制的違法物質。
- 嫌犯明知服用受管制物質後是禁止在公共道路上駕駛，但嫌犯仍在服用上述受管制物質後在公共道路上作出駕駛操作。
- 嫌犯在有意識、自由及自願的情況下作出上述行為。
- 嫌犯明知此等行為是法律所禁止和處罰。
- 同時，嫌犯聲稱其個人狀況如下：
- 嫌犯的學歷為小學畢業，私人司機，每月平均收入為澳門幣 14,000 元，需要供養母親。
- 根據刑事紀錄證明書，嫌犯並非初犯。
- 未獲證實的事實：沒有尚待證實的事實。
- 嫌犯在審判聽證中完全及毫無保留地承認其被指控的犯罪事實，講述其吸食毒品後駕駛的犯罪經過。載於卷宗第 6 及 7 頁的藥物檢驗報告結果顯示嫌犯於事發時對氫胺酮呈陽性反應。

- 本法院認為嫌犯之聲明可信，並經分析本卷宗所載之書證，尤其是載於卷宗第 6 及 7 頁之藥物檢驗報告，從而作出事實的判斷。

三.法律部份：

上訴人 A 對原審法院判處其觸犯 1 項《道路交通法》第 90 條第 2 款所規定及處罰之「受麻醉品或精神科物質影響下駕駛罪」，處以 4 個月 15 日實際徒刑及禁止駕駛 1 年 6 個月判決提起上訴，認為被上訴判決違反《刑法典》第 64 條、第 65 條、第 66 條第 2 款 c 項及第 48 條，請求重新量刑並以非剝奪自由之刑罰代替，又或暫緩執行刑罰。

首先，上訴人認為原審法院在量刑時完全沒有考慮其完全自認的態度而沒有適用《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項的特別減輕情節，並在此基礎上，作出一個具體較低的刑罰。

其次，由於原審法院僅適用低於 6 個月的徒刑，就應該根據《刑法典》第 44 條，將其以罰金代替。

最後，在上面的主張不被採納的時候，希望可以對上訴人所判處的刑罰適用緩刑。

讓我們逐一看看。

第一、 關於刑罰的特別減輕

事實上，在判決書中原審法院明確考慮了上訴人 A 在庭審過程中願意毫無保留地承認控告書中所載的所有事實，只是沒有認定這情節構成《刑法典》第 66 條第 2 款 c 項所規定的特別減輕情節，而只屬《刑法典》第 65 條考慮之列中。

正如我們一直認為的，單純自認事實，僅應當並可以在根據《刑法典》第 65 條的規定進行刑罰量刑時才予以考慮，但不導致刑罰的特

別減輕，因為，僅憑這個情節本身，不容許大大降低認定上訴人行為的不法性、罪過或者處罰的必要性。¹

事實確實如此，上訴人的自認，以致是毫無保留的自認以及承認控告書中的所有事實，只是在無可抵賴的事實面前作出的，並不能明顯減輕其行為的不法性和罪過，不能適用所提到的條文所規定的特別減輕情節。

那麼，其情節只能在進行《刑法典》第 65 條規定具體量刑時作出考慮。

而法院在一般的量刑，具有法律所賦予的在最低刑幅及最高刑幅之間選擇一適當的刑罰的自由，以罪過及刑罰目的作出決定。而對於上訴法院來說，只有在量刑出現明顯罪刑不符和明顯過重的情況下才有介入的空間。

原審法院對嫌犯觸犯的「毒駕罪」，在最高 1 年的刑幅內，僅判處 4 個月零 15 天的徒刑，單就澳門社會越來越多的毒駕犯罪讓社會對於此類的犯罪者的懲罰的要求更高的考慮上，這些量刑絲毫沒有過高之夷，何況上訴人還有相同的犯罪前科。

第二、罰金替代刑

原審法院依照《刑法典》第 44 條規定的條件，基於必須為了預防嫌犯再次犯罪，不能適用此規定。

雖然原審法院在列舉已證事實中沒有提及上訴人的犯罪記錄，但是在理由說明中指出了本案的上訴人在假釋期間實施的，明確載有其犯罪記錄之中，很明顯，作為第二次犯罪，而且還是假釋期間作出的，不但其故意程度高，犯罪的特別預防的考慮因素更高，因此原審法院沒有適用罰金替代刑的決定是無可厚非的。

¹ 參見中級法院 2003 年 3 月 13 日在第 220/2002 號上訴案件中所做的判決。

第三、緩刑的適用

原審法院在確定了 4 個月 15 天的徒刑之後，考慮到了上訴人的犯罪記錄，更是在假釋期間再次觸犯與毒品有關的犯罪，因此在考慮對犯罪的預防的要求尤其是特別預防的要求後，有必要即可執行徒刑。

根據《刑法典》第 48 條的規定，經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節後，認定僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的，法院得將所科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。

《刑法典》第 48 條規定的緩刑並不是一個只要所處刑罰低於 3 年徒刑就會自動適用的機制，它的適用仍然是依據不同的情況而具體考慮，尤其是取決於法律所規定的上述要件以及考慮是否可以因此實現刑罰的目的。

刑罰目的分為一般預防和特別預防兩種，雖然我們不能片面強調一方面的功能和需要，但是只要我們在評估我們的社會所要求的其中的一種預防不能得到滿足的話，就會使我們不能考慮緩刑來達到這個刑罰的目的。正如迪亞士教授(Prof. Figueiredo Dias)所說的，即使單純從重返社會這一特別預防的角度來考慮法院作出了對犯罪人有利的判斷，但是如果違反了譴責犯罪和預防犯罪的需要的話，法院仍然不應該宣告緩刑。這樣做並不是考慮罪過的問題，而是從維護法律秩序的最低和不可放棄的要求來考慮犯罪的一般預防²。

根據卷宗資料，上訴人在假釋期間再次實施犯罪，可見其法律意識薄弱，守法能力低下，特別預防的要求較高，僅以刑罰的執行作為嚴肅警戒並不足以讓上訴人不再實施犯罪，尤其是不再重蹈覆轍地作出涉及毒品的犯罪行為。而其所犯的罪行為在本澳越來越多，其性質、不法性及後果嚴重，其行為對社會安寧及他人的生命、財產安全均帶

² 引自 *Direito Penal Português* 一書第 340 頁。

來極大的危險性，對其行為的一般預防的要求甚高。不符合《刑法典》第 48 條所規定的實質要件，被上訴的法院不予以暫緩執行的決定是正確的。

上訴人的所有上訴理由不能成立。

四.決定：

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人 A 的上訴理由不成立，予以駁回，維持原審法院裁判。

判處上訴人繳付 5 個計算單位的司法費以及上訴的訴訟費用。

確定委任辯護人的費用為 1500 澳門元，由上訴人支付。

澳門特別行政區，2014 年 10 月 30 日

蔡武彬

陳廣勝

司徒民正 (Segue declaração)

Declaração de voto

Vencido.

Como tenho vindo a entender, (cfr., as declarações de voto anexas aos Acs. de 28.01.2014, Proc. n.º 712/2011 e de 15.05.2014, Proc. n.º 219/2014), sou de opinião que para a condenação pela prática do crime de “condução sob influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”, p. e p. pelo art. 90º, n.º 2 da Lei n.º 3/2007, (“Lei do Trânsito Rodoviário”), suficiente não é um mero “exame-rápido com resultado positivo”, (como no caso sucede, cfr., fls. 6-v) para se determinar o “estado de influenciado” (por estupefacientes ou substâncias psicotrópicas) do arguido.

Com efeito, com o crime em questão, pune-se – como a própria epígrafe do art. 90º o diz – não o “*consumo ilícito de estupefaciente*” previsto no art 14º da Lei 17/2009, (também conhecida como a “Lei da Droga”), mas a “*condução sob influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas*”, não se podendo esquecer que o (mero) “resultado positivo”, ainda que de um “exame sanguíneo” – e, como no caso sucede, onde no próprio relatório se afirma tratar-se de um (mero) “exame preliminar e que um outro exame com um método mais específico deve ser efectuado para confirmar o resultado” – não implica, impreterivelmente, o “estado de

influenciado” da pessoa em causa, até porque o “consumo” pode ter ocorrido há vários dias, (e há muito que esgotado se encontra o seu “efeito”, a sua “influência” no consumidor), mantendo-se apenas os seus vestígios no organismo, (por períodos de tempo que, como é sabido, podem variar em conformidade com o tipo e quantidade de produto estupefaciente consumido e alimentação e hábitos de vida do consumidor).

Por sua vez, importa também ter em conta que em matéria de “fiscalização”, (cfr., art. 114º e segs. da Lei n.º 3/2007), previu o legislador “dois regimes” (específicos), um para a “*condução em estado de embriaguez*”, em que o exame de pesquisa de álcool pode ser efectuado por “exame de pesquisa de álcool no ar expirado”, “exame sanguíneo” ou “exame médico para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool”, e, um outro, quanto à “*fiscalização da condução sob influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas*”.

De facto, enquanto no art. 115º regula-se (apenas) o “*exame de pesquisa de álcool*”, a matéria da “*fiscalização da condução sob influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas*” é tratada no art. 118º, onde se prescreve que:

“1. Os agentes de autoridade podem submeter os condutores a exames de detecção de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas cujo consumo seja considerado crime nos termos da lei, quando haja indícios de que os mesmos se encontram sob influência destas substâncias.

2. Quem se recusar injustificadamente a submeter-se aos exames referidos no número anterior é punido pelo crime de desobediência.

3. Nos casos de recusa previstos no número anterior, pode ainda

ser aplicada ao condutor a sanção de inibição de condução pelo período de 2 a 6 meses”.

Porém, importa atentar que prescreve também o (seguinte) art. 119º que:

“1. As condições e os métodos a utilizar na fiscalização de condução sob influência de álcool são determinados por diploma complementar.

2. São fixados por diploma complementar os exames, os métodos e os materiais a utilizar para a determinação do estado de influenciado por estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”; (sub. nosso).

Todavia, quiçá, uma vez que a “condução sob influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas” foi apenas criminalizada com a mesma Lei n.º 3/2007), o “*diploma complementar*” referido no n.º 2 do transcrito art. 119º quanto “*aos exames, métodos e os materiais a utilizar para a determinação do estado de influenciado por estupefacientes ou substâncias psicotrópicas*” ainda não foi publicado, (diversamente do que sucede com o diploma complementar referente à “condução sob influência do álcool”; vd. Portaria n.º 274/95/M, de 16.10).

Nesta conformidade, por falta de previsão legal quanto aos “*exames, métodos e materiais a utilizar para a «determinação do estado de influenciado por estupefacientes ou substâncias psicotrópicas»*”, (cfr., o art. 119º, n.º 2, podendo-se, a título de direito comparado, ver a Lei n.º 18/2007 de 17.05 e a Portaria n.º 902-B/2007 de 13 de Agosto, in D.R., 1ª Série, n.º155, pág. 5266, sobre esta matéria), e visto que o exame(-rápido) ao arguido dos autos efectuado permite apenas dar como assente que o mesmo “*consumiu produto estupefacientes*”, não confirmando que o

mesmo se encontrava (a conduzir) “*sob influência de estupefacientes*”, adequada não nos parece a decisão condenatória prolatada com o douto Acórdão que antecede.

De facto, perante a redacção do comando legal do art. 90º, n.º 2, onde se estatui que comete o crime em causa “*quem conduzir na via pública sob influência de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas...*”, e atento também a que no art. 118º, n.º 1 se preceitua que “*os agentes de autoridade podem submeter os condutores a exames de detecção de estupefacientes...quando haja indícios de que os mesmos se encontram sob influência destas substâncias*”, cremos pois que com o referido art. 90º, n.º 2 não se quis contemplar a (simples) situação estática do (mero) “consumo ilícito de estupefacientes”, (já punido pelo art. 14º da Lei n.º 17/2009, com pena de prisão até 3 meses ou multa até 60 dias), mas sim a (efectiva) “*condução sob influência de estupefacientes*”, em virtude da (comprovada) diminuição da aptidão e capacidade para a condução que aquela mesma “influência” gera, potenciando, naturalmente, riscos acrescidos nesta actividade, (e que, por isso, se terá entendido como justificativa de uma pena de prisão até 1 ano e inibição de condução pelo período de 1 a 3 anos).

Note-se, por fim, que (até) no “Parecer n.º 1/111/2007”, da 3ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa de Macau sobre a (então) proposta de “Lei do Trânsito Rodoviário”, e sobre a redacção do actual art. 119º, n.º 2 se consignou também que:

“*A Comissão recomenda ao Executivo que a concretização do estipulado na norma que agora se acrescentou seja feita no mais curto prazo possível. Isto porque enquanto não forem determinados os métodos para a fiscalização desta conduta, a norma do n.º 2 do artigo 90.º não poderá ser aplicada, assim como todo o artigo 118.º (...)*”; (sobre a matéria, em especial, sobre os exames para a demonstração da

“condução sob influência de substâncias psicotrópicas”, vd., o Ac. do T. R. do Porto de 09.04.2014, Proc. n.º 1328/10, in www.dgsi.pt, aqui citado como mera referência).

Pelo exposto, adequada não nos parece a confirmação da condenação do arguido como autor de 1 crime de “condução sob influência de estupefacientes” do art. 90º, n.º 2, da Lei n.º 3/2007, admitindo, porém, que (se verificados todos os pressupostos processuais e substantivos), possível fosse a sua condenação como autor de 1 crime de “consumo ilícito de estupefacientes”, p. e p. pelo art. 14º da Lei n.º 17/2009.

Macau, aos 30 de Outubro de 2014

José Maria Dias Azedo