

上訴案第 833/2014 號

日期：2015 年 1 月 22 日

主題： - 禁止證據方法
- 引誘犯罪
- 量刑

摘 要

1. 上訴人認為如果沒有證人以還錢為釣餌佯稱想從上訴人那裏取得毒品，上訴人必定不會來澳門向證人提供毒品，這明顯是一個引誘犯罪的做法，但是，我們所看到的並不是像上訴人所說的那樣，上訴人所主張的事實並沒有得到原審法院的認定。
2. 使從已證事實中的“司警人員在證人的協助及經調查後”作為其主張的為一事實依據的話，“上訴人在被警方拘留之前已經在進行販毒活動，而上訴人在被警方拘捕時準備與證人的毒品交易只是上訴人販賣毒品這一犯罪行為的繼續”，並沒有成為刑事訴訟法典第 113 條第 1 款就規定禁止的證據。
3. 在一般的量刑中，法律賦予法院在法定的刑幅之內選擇一合

適的刑罰的自由，上級法院只有在刑罰明顯違反罪刑不適應或者不合適的情況下才又介入的空間。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 833/2014 號

上訴人：A (A)

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一.案情敘述

澳門特別行政區檢察院控告嫌犯 A 為直接正犯及既遂行為方式觸犯了一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰的「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」,並請求初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR3-14-0129-PCC 號案件中,經過庭審,最後判決嫌犯 A 觸犯第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰的「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」,並科以七年三個月實際徒刑。

嫌犯 A 不服判決,向本院提起了上訴,在其上訴理由中作了以下的簡要陳述:

1. 依據被上訴的判決認為控訴書中對上訴人所歸責之事實得以證實。

2. 從而觸犯一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰之不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪的罪名成立。
3. 然而；即使證人 B 佯稱要購買毒品，上訴人亦已經三番兩次拒絕。
4. 因為 B 欠上訴人二萬多元的債務，試問有誰願意舊債未償，又再向其提供新債？
5. 證人 B 知道上訴人不會再向其提供毒品，且其亦不想償還二萬多元的欠款。
6. 便想盡辦法，無論如何也要引上訴人將毒品帶來澳門，以便澳門警方在澳門將上訴人逮捕。
7. 因此；證人 B 知道上訴人很想收回二萬多元的欠款，最後就編出還款的理由來引出上訴人。
8. 但其從沒有打算還款給上訴人，即便是今次佯稱要購買毒品，以還款的藉口也只是為了引上訴人將毒品帶來澳門而已。
9. 而上訴人過來澳門的更主要目的，是欲收回款項。
10. 假如沒有證人 B 佯稱要還款，上訴人必定不會將毒品帶來澳門，也不會向其提供毒品。
11. 在保留應有尊重的前提下，我們認為，本案件為一宗引誘犯罪的案件。
12. 根據終審法院第 6/2002 號合議庭裁判指出：根據第 5/91/M 號法令第 36 條第 1 款的規定，在進行刑事調查時，偵查人員可以假裝與犯罪者合作，直接或透過第三者收取其提供的毒

品，從而收集販毒罪行的證據。這是專為有效撲滅毒品犯罪而制訂的規範，但在該規範訂定的範圍內執行有關行為時不應違反刑事訴訟法典第 113 條規定的禁止採用的取證方法的規定。

13. 根據同一裁判同時指出，這種調查行為可以是對一個已在進行的犯罪活動提供協助，從而知悉有關行為的情況，但不能變成推動或慫恿犯罪活動的進行。要嚴格區分提供機會以發現已經存在的犯罪和誘發一個還不存在的犯罪意圖兩種情況。
14. 被第 17/2009 號法律廢止的第 5/91/M 號法令第 36 條允許利用可靠之人，但這僅僅用於為了達到預防的目的而認定不論可靠之人是否參與，行為人均會自發作出的事實。
15. 顯然本案件違反了刑法典第 113 條關於禁用取證方法的規定。
16. 這些證據不能被使用，因為該等證據無效，該等無效因其嚴重性而不可補正。
17. 而出現這種不可補正的無效可在訴訟的任何時間提出，由上訴法院依職權審理。
18. 即使上訴人供認了其在中國內地販賣毒品，但澳門法院不具有管轄權。
19. 證人 B 無法指出上訴人曾在何年何月何日何時將毒品帶來澳門，和卷宗中上訴人的出入境紀錄，顯示上訴人甚少來澳門，案發時是上訴人唯一一次帶毒品來澳門。

20. 證人在宣誓作證前，表示其與上訴人是朋友關係，他與上訴人應該彼此互相認識，也可以認為互相信任。
21. 同時，卷宗中的證據性材料本身和/或結合一般經驗法則證明這一點---根據刑事訴訟法典之規定，記錄聽證中調查的證據的錄音光碟也是卷宗的組成部分，所以，有罪裁判的這一部分有審查證據方面的明顯錯誤的瑕疵。
22. 關於本案的被扣押物部分：當時，根據上訴人的出入境紀錄，上訴人剛進入澳門，卷宗並沒有任何獲證明次事實證明上訴人曾與其他人進行毒品交易。
23. 在上訴人身上搜到的現金，是幫親戚朋友幫忙買生活用品，沐浴露，洗頭水，在澳門現在的情況，內地人自由行來澳門購買那些物品是很正常的。
24. 因此，被扣押的現金毫無證據是犯罪所得，應返還給上訴人。

請求：

承上所述，懇請尊敬的中級法院合議庭裁定本上訴得直，並作出如下公正裁判：

按照違反刑法典第 113 條關於禁用取證方法的規定，廢止被上訴的裁判，從而開釋上訴人被判處的一項第 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；或

因為被上訴的合議庭裁判沾上獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判，在說明理由方面出現不可補救之矛盾，及審查證據方面明顯錯誤的瑕疵，按照刑事訴訟法典第 418 條第 1 款規定，命令移送卷宗作出重新審判；又或

按照第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款或第 11 條第 1 款(1)項及第 2 款，結合刑法典第 65 條、第 40 條及第 48 條規定，作出對上訴人科處三年以下徒刑及予以緩刑的公正裁判替代之。

最後，由於被扣押的款項並未證實為犯罪所得，應返還與上訴人。

檢察院就上訴人 A 所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 上訴人提出的所謂誘捕偵查源自司法警察局在另一案件拘留了本案的證人 B 後，他表示願意與警方合作，為着查明事實，根據警方的指示，與上訴人聯繫，佯稱欲再次購買平日份量的澳門幣 2600 元毒品氯胺酮，在約定的地點，上訴人被司警拘捕並在其身上發現一袋淨重 25.494 克的氯胺酮及四部手提電話和現金，有關事實載於獲證明事實第 4、5、6 點及成為指控上訴人的其中一個證據。
2. 在本案中，根據已證事實，上訴人早於至少自 2012 年月上旬起，一直在珠海及澳門兩地從事販毒活動，出售的毒品包括有氯胺酮、可卡因及搖頭丸等，即上訴人被司警拘留之前已經在進行販毒活動，而上訴人在被司警拘捕時準備與證人 B 進行的毒品交易只是上訴人販賣毒品這一犯罪行為的繼續，司警安排的交易僅僅為了讓上訴人實施犯罪的資料得以暴露，而不是為了誘使上訴人實施其無意進行的犯罪行為，再者，上訴人是在完全自主的情況下，決定再一次作出違反法律的行為，因此上訴人提出的瑕疵理由不成立。

3. 姑勿論上訴人以何種原因答應帶毒，上訴人在審判聽證中，承認作出了本案的犯罪行為，並在獲證明之事實上第 9 點證實“A 在自由、自願和有意識的情況下故意作出上述行為。”再者，原審法院在事實的判斷上，除了依據上訴人的聲明外，還根據證人 B 的聲明，司警偵查人員亦在審判聽證中客觀講述了事情之經過，除此之外，還考慮了司警人員的調查經過及其它證據，作出分析及判斷，觀乎上訴人的說法，明顯是對原審法院審查證據方面的不滿，上訴人真正欲質疑的是原審法院對事實所作出的認定，而這屬於審查證據的問題。在證據的審查方面，刑事訴訟法典第 114 條奉行的是自由心證原則。
4. 在具體量刑方面，原審法院已遵守刑法典第 40 條及第 65 條的規定，我們認為原審法院以不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪判處七年三個月實際徒刑，量刑並無過重。
5. 在整個審判聽證中，上訴人從未提及在其身上搜出的現金是受託於親戚朋友幫忙購買生活用品的金錢，相反，根據已證事實第 8 點“隨後，司警人員在 A 身上搜獲四部手提電話、人民幣 1900 元、港幣 5500 元及澳門幣 6600 元；上述電話是 A 作出上述行為的通訊工具，該錢款是其作出上述行為的資金及所得（詳見卷宗第 14 頁之扣押筆錄。”，由此可見，該錢款應按刑法典第 101 條宣告歸特區所有。
6. 因此，我們並無發現任何瑕疵。

綜上所述，敬請否決本上訴，維持原判，深信閣下定能一如既往，作出公正的裁決。

駐本院助理檢察長提出法律意見書，其內容如下：

經分析卷宗資料，尤其是原審法院的裁判書，上訴人 A 的上訴詞，我們完全認同駐初級法院檢察官的意見。

就上訴人聲稱警方以干預精神自由權的方式，誘發上訴人做出販毒行為，因此而取得的證據應屬無效。同時，無論是證人的證言，還是卷宗資料都沒有顯示上訴人在澳門從事販毒活動，原審法院在審查證據時出現明顯錯誤。

我們認為都不能成立。

根據證人 B, 也就是與上訴人進行毒品交易人士在檢察院的證言，自事發兩年前開始，上訴人曾 20 多次向證人出售毒品，交易地點包括澳門及珠海，在澳門交易時由證人及上訴人通過電話相談交易金額及數量後，多由上訴人指派第三者向證人交“貨”（第 36 頁，第 19 至 20 頁）。

雖然上訴人與證人在兩年間於澳門的毒品交易並非由上訴人親自交“貨”，但這並不妨礙原審法院將“至少自 2012 年上旬起，A 一直在珠海及澳門兩地從事販毒活動...”列為已證事實，因為作為犯罪行為人，並不要求其參與犯罪活動的所有實施行為，本案上訴人在此兩年期間均直接與證人交易，議價及商討交易地方，顯然，上訴人是一名販毒慣犯，且為販毒活動的主腦，毫無疑問地直接從事了珠澳兩地的販毒活動，原審法院在對該項事實的認定方面並沒有任何違反常理之處，亦無明顯過錯可言。

亦正是因為上訴人為一名販毒慣犯，是次證人主動協助警方行動，在販毒過程中將之拘捕，正如我們同事所言，並不屬於“從無到有”的

誘發或教唆犯罪，上訴人的是次行為僅屬其長期犯毒活動中的一項，符合第 17/2009 號法律第 31 條第 1 款的規定。

至於上訴人指在澳門進行交易屬違反其意願、強迫做出的行為，且其目的在於收回證人的欠款，警方如此收集證據的方法有違一般證據原則，我們同樣不敢苟同。

縱觀卷宗，尤其是證人 B 的證言，我們找不到任何資料或證據顯示存在任何人以任何方式或形式強迫上訴人在澳門進行是次販毒活動，充其量只是上訴人在表不因人手安排困難，要求證人 B 待待，而在證人表示願意返還欠款之後，上訴人即應允在澳門成交，期間，並沒有強迫或要脅，販毒行為全屬上訴人自由自願的行為，這一犯罪主觀要素亦已被證實並羅列在原審法院裁判書的已證事實中。

因此，我們認為，應駁回上訴人的上訴，維持原審法院的判決。

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：

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

- 至少自 2012 年上旬起，A 一直在珠海及澳門兩地從事販毒活動，出售的毒品包括有“氯胺酮”、“可卡因”及“搖頭丸”等。
- A 通常使用電話號碼 008X-137XXXXXXXXX 及 008X-134XXXXXXXXX 從事上述販毒活動。

- A 採用的販毒方式包括：當 A 收到購買毒品的要求後，由 A 與毒品購買者在珠海約定的地點接觸及交收毒品、或由 A 指派同伙到澳門與毒品購買者接觸及交收毒品、又或當未能找到協助運送毒品的同伙時，A 便會親自到澳門與毒品購買者接觸及交收毒品；A 每次出售毒品所收取的價金由數佰至數仟元人民幣或澳門幣不等。
- 2013 年 11 月 21 日，司警人員在證人的協助及經調查後，在同日約 21 時 40 分，到位於關閘附近的信達廣場地下的“麥當勞”餐廳內對 A 進行截查。
- 司警人員當場在 A 手持的印有“好知味”字樣的膠袋內搜獲一大包用透明膠袋及紙巾包裹的白色晶體(詳見卷宗第 13 頁扣押筆錄)。
- 經化驗證實，上述白色晶體含有第 17/2009 號法律附表二 C 所列的“氯胺酮”成份，淨重 25.494 克，經定量分析，當中，“氯胺酮”的百分含量是 86.08%，含量為 21.945 克。
- 上述毒品是 A 於未查明日期在珠海從不知名人處取得，並在被捕同日較早時候將之從珠海帶到澳門(參見卷宗第 9 頁及第 10 頁資料)；A 取得及持有上述毒品並帶到澳門，目的是將該毒品用作出售予他人。
- 隨後，司警人員在 A 身上搜獲四部手提電話、人民幣 1900 元、港幣 5500 元及澳門幣 6600 元；上述電話是 A 作出上述行為的通訊工具，該錢款是其作出上述行為的資金及所得(詳見卷宗第 14 頁之扣押筆錄)。

- A 在自由、自願和有意識的情況下故意作出上述行為。
- 其明知上述毒品的性質及特徵。
- 其上述行為未得到任何合法許可，亦明知法律禁止和處罰上述行為。

另外證明下列事實：

- 根據刑事紀錄證明，嫌犯無犯罪記錄。
- 嫌犯聲稱具初中二年級學歷程度，任職司機，每月收入為人民幣 7,000 至 8,000 元，需供養祖父母、父親及一名女兒。

未獲證明之事實：

- 無對裁判重要之事實尚待證明。

三.法律部份：

上訴人在上訴中提出了三個問題：首先是原審法院採用了禁止採用的取證方法；其次是在審理證據上存在明顯的錯誤，再次是量刑過重。

我們看看。

在第一和第二個問題中，上訴人認為如果沒有證人以還錢為釣餌佯稱想從上訴人那裏取得毒品，上訴人必定不會來澳門向證人提供毒品，這明顯是一個引誘犯罪的做法，是一種欺騙手段，屬《刑事訴訟法典》第 113 條第 2 款 a 項規定的禁止採用的取證方法；或者說原審法院對證人的證言的審理存在明顯的錯誤。

從已證事實可見：

- 至少自 2012 年上旬起，A 一直在珠海及澳門兩地從事販毒活動，出售的毒品包括有“氯胺酮”、“可卡因”及“搖頭丸”等。
- A 通常使用電話號碼 008X-137XXXXXX 及 008X-134XXXXXX 從事上述販毒活動。
- A 採用的販毒方式包括：當 A 收到購買毒品的要求後，由 A 與毒品購買者在珠海約定的地點接觸及交收毒品、或由 A 指派同伙到澳門與毒品購買者接觸及交收毒品、又或當未能找到協助運送毒品的同伙時，A 便會親自到澳門與毒品購買者接觸及交收毒品；A 每次出售毒品所收取的價金由數佰至數仟元人民幣或澳門幣不等。
- 2013 年 11 月 21 日，司警人員在證人的協助及經調查後，在同日約 21 時 40 分，到位於關閘附近的信達廣場地下的“麥當勞”餐廳內對 A 進行截查。
- 司警人員當場在 A 手持的印有“好知味”字樣的膠袋內搜獲一大包用透明膠袋及紙巾包裹的白色晶體（詳見卷宗第 13 頁扣押筆錄）。

嫌犯的犯罪方式屬於第三種：親自到澳門交運毒品。

我們所看到的並不是像上訴人所說的那樣，上訴人所主張的事實並沒有得到原審法院的認定。上訴人在接到控訴書的時候雖然提出答辯，但也只是要求法院作出公平的審理的簡單辯護方法(第 293 頁)，而現在提出來這些事實也不可能被審理，否則有違起訴原則。

也就是說，一方面，上訴人所提出的主張並沒有事實依據；另一

方面，即使上訴人可以已證事實中的“司警人員在證人的協助及經調查後”作為其主張的唯一事實依據的話，這也只是符合上訴人所引用的終審法院的第 6/2002 號案件的判決所提出的“上訴人在被警方拘留之前已經在進行販毒活動，而上訴人在被警方拘捕時準備與被告乙進行的毒品交易只是上訴人販賣毒品這一犯罪行為的繼續”見解，而並沒有成為《刑事訴訟法典》第 113 條第 1 款就規定禁止的證據。

還有，上訴人提出質疑，證人無法證明上訴人何年何月何日到澳門“送貨”，而這次也是上訴人首次到澳門。至於是否首次到澳門，這已經不重要了，問題在於這次上訴人親自到澳門也正印證了上訴人販賣毒品的方法之一。我們看不到原審法院在審理證據上有任何的錯誤。

因此，上訴人的上訴理由明顯不能成立。

在第三個問題中，上訴人請求科處三年以下徒刑及予以緩刑的公正裁判替代之。

首先，這是一個不合法的請求，上訴人所觸犯的罪行最低刑幅也是三年，在沒有任何特別減輕情節的情況下，不可能判處低於三年的徒刑。

而在一般的量刑中，法律賦予法院在法定的刑幅之內選擇一合適的刑罰的自由，上級法院只有在刑罰明顯違反罪刑不適應或者不合適的情況下才有介入的空間。

終審法院最近在 2014 年 9 月 30 日所作的第 74/2014 號案的司法見解中認為：

“一、根據澳門《刑法典》第 65 條規定，刑罰的確定須“在法律

所定之限度內”及“按照行為人之罪過及預防犯罪之要求”來作出，無論是一般預防還是特別預防之要求，並要考慮所有在卷宗內查明的相關因素，尤其是該條第 2 款所列明的因素。

二、只要不存在對法定限制規範 - 如刑罰幅度 - 或經驗法則的違反，也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的話，作為以監督法律的良好實施為主旨的終審法院就不應介入具體刑罰的確定。”

這個見解，對同樣屬於上訴法院的中級法院有參考作用。

依照已證事實以及犯罪的情節，尤其是所持有的毒品的數量（含量 86.08%，淨重 21.945 克的氯胺酮）原審法院在刑幅為 3-15 年徒刑的範圍選擇一個 7 年 3 個月的徒刑並沒有任何對法定限制規範或經驗法則的違反，也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度之處。

所以，我們應該維持原審法院的量刑，而上訴人要求緩刑的請求也沒有任何的合法條件（《刑法典》第 48 條）。

最後，關於所扣押的現金，已證事實明顯顯示乃販賣毒品所得，其所主張的事實沒有任何根據，而其要求返還現金的請求明顯不能成立。

四.決定：

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人 A 的上訴理由不能成立，維持原判。

本上訴審的訴訟費用由上訴人支付，以及 5 個計算單位的司法費。

上訴人還須支付委任辯護人的費用 2500 澳門元。

澳門特別行政區，2015 年 1 月 22 日

蔡武彬

司徒民正

陳廣勝