

上訴案第 763/2019 號

日期：2019 年 7 月 30 日

- 主題：
- 量刑
 - 刑罰的特別減輕
 - 初犯

摘 要

1. 初犯只可定性為對嫌犯有利情節之一，但並不能理解為可“明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過，或明顯減少刑罰之必要性”的情節。
2. 《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，具體刑罰應在最低刑幅及最高刑幅之間，以罪過及刑罰目的作出決定。法律給予法院在刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由，只有當原審法院明顯違反法律或罪刑相適應原則時，上級法院才有介入原審法院的量刑空間。

裁判書製作人

上訴案第 763/2019 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

澳門特別行政區檢察院控訴第一嫌犯 A 為直接正犯，其既遂行為觸犯了經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號第 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物罪；及第二嫌犯 B 為直接正犯，其既遂行為觸犯了經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號第 14 條第 1 款所規定及處罰的一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪。建議根據同一法律第 21 條第 1 款一項（七）目之規定，對第一嫌犯處以驅逐出境或禁止進入澳門之附加刑，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 CR1-18-0384-PCC 號案件中，經過庭審，最後判決：

- 第一嫌犯 A，以直接正犯身份及在犯罪既遂的情況下觸犯了經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號第 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物罪，判處六年實際徒刑。
- 另外，根據第 17/2009 號法律第 21 條第 1 款第 1 項(7)的規定，禁止第一嫌犯進入澳門特別行政區，為期六年。
- 第二嫌犯 B，以直接正犯身份及在犯罪既遂的情況下觸犯了經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號第 14 條第 1 款所規定及處罰的一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，判處 90 日的罰金，罰金的日額為澳門幣 100 元，合共罰金澳門幣 9,000 元，若不繳交罰金或不以工作代替，將處 60 日徒刑。

嫌犯 A 表示不服，向本院提起上訴：

1. 上訴人被原審法院裁定以直接共犯身份及在犯罪既遂的情況下觸犯了經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號第 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物罪，判處六年實際徒刑；
2. 上訴人認為現被上訴的合議庭裁判，就量刑部份，實質違反了《刑法典》第 40 條、第 65 條、第 67 條、及第 48 條之規定，因而存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所規定之「違反任何法律規定」的瑕疵；
3. 上訴人在案發時為初犯；
4. 由此可見，這是符合《刑法典》第 66 條第 1 款的刑罰特別減輕的情節；
5. 原審法院應對上訴人的刑罰作特別減輕，經特別減輕後，上訴人認為應就一項不法販賣麻醉品及精神藥物罪，改判少於三年或少於六年徒刑；
6. 如尊敬的法官 閣下不認同上訴人以上所述，上訴人亦認為原審法院在確定具體刑罰時明顯過重；
7. 上訴人被原審法院裁定以直接共犯身份及在犯罪既遂的情況下觸犯了經第 10/2016 號法律修改之第 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品及精神藥物罪，判處六年實際徒刑，明顯均過重；
8. 綜上所述，上訴人認為根據已證明之事實，被上訴之裁判量刑明顯沒有考慮《刑法典》第 40 條和 65 條所規定之內容，因此，上訴人被原審法院裁定以直接共犯身份及在犯罪既遂的情況下觸犯了經第 10/2016 號法律修改之第 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品及精神藥物罪，判處六年實際徒刑，明顯過重；
9. 因此，上訴人認為應就一項不法販賣麻醉品及精神藥物罪，改判少於三年或少於六年徒刑；
10. 如尊敬的法官 閣下認同上訴人以上所述，即認同上訴人的刑

罰應因特別減輕、或因原審法院決定的刑罰過重而應重新決定上訴人的刑罰少於或等於三年之徒刑；

11. 則應根據《刑法典》第 48 條之規定，決定上訴人重新被判處之上述徒刑暫緩執行；
12. 上訴人認為對上訴人作譴責並以監禁作威嚇已可適當及足以實現處罰之目的，故應將上訴人重新判處少於三年之實際徒刑暫緩執行。

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 上訴人要求減低刑罰，理由是上訴人具有「初犯」身份，故此，符合《刑法典》第 66 條第 1 款的特別減輕的情節 [見其結論第 3 及 4 點]。
2. 眾所周知「初犯」之身份並不意味着存在明顯減輕事實之不法性或行為人罪過之情節，且綜合考慮本案情節，亦不存有任何特別減輕的理由，則原審法院沒有任何理由將刑幅下調至低於 6 年，更遑論調低至 3 年及適用緩刑！
3. 另一方面，必須強調本案的量刑沒有過重。
4. 隨着經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律適用後，該法律第 8 條第 1 款的販毒罪的刑幅已作調整，該刑幅下限由 3 年上調至 5 年，最高刑幅不變，可見立法者致力打擊販毒行為。
5. 且根據最新的中級法院及終審法院的司法見解 [以下個案均適用經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律]；
 - 1) 中級法院第 711/2018 號合議庭裁判：該案嫌犯被初級法院判處第 8 條第 1 款的販賣罪，量刑是 7 年徒刑，其中已證事實顯示其持有 2.32 克海洛因 [每日用量為 0.25 克]，少部分用作吸食及大部分用作販賣；其後中級法院而確認原審法院的該項判刑及量刑。
 - 2) 中級法院第 165/2016 號合議庭裁判：該案嫌犯被初級法院

判處第 8 條第 1 款結合第 14 條第 2 款的販賣罪，量刑是 5 年 6 個月徒刑，其中已證事實顯示其持有 2.38 克冰毒 [每日用量為 0.2 克]。其後中級法院確認原審法院的該項判刑及量刑。

3) 中級法院第 539/2018 號合議庭裁判：該案第一嫌犯及第二嫌犯均被初級法院判處第 8 條第 1 款結合第 14 條第 2 款的販賣罪，量刑是 7 年 6 個月徒刑及年徒刑，其中已證事實顯示兩人共持有 9.363 克冰毒 [每日用量為 0.2 克]。部分用作吸食及部分用作伺機販賣；其後中級法院確認原審法院的該項判刑及量刑。

6. 可見最新的司法見解針對僅超過五天份量的判刑起點已是 5 年 6 個月，由此比較，原審法院所判處的刑罰並不重。

7. 本案中，上訴人身上持有可卡因 4.049 克，又販賣了 0.306 克予第二嫌犯，故此，針對總量達 4.355 克 [約 21.77 天]，原審法院僅判處 6 年徒刑，僅約高於抽象刑幅的下限；而且，上訴人在庭上否認控罪，其到澳門之目的僅為販毒，考慮到香港不法分子以金錢利誘香港人到澳門販毒的案件近年有上升的趨勢，其中又以販賣可卡因為甚，可見澳門法院有必要重點打擊此類罪行，且判處有阻嚇性之判刑，則原審法院判處 6 年實際徒刑已是輕判，沒有任何理由可減低之。

綜上所述，本檢察院認為有關上訴理由，明顯不成立，應予以駁回。

第二嫌犯 B 就上訴人所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 上訴人在尊敬的原審法院法官 閣下面前完全否認實施一項不法販賣麻醉品及精神藥物罪！（參見原審法院所作出之判決書第 8 頁）

2. 據被上訴人聲明得知，被上訴人向上訴人購買可卡因之毒品已作吸食！
3. 作為證人之兩名警員目睹上訴人與第二被上訴人進行毒品交易過程及現場搜出上訴人身上存有 30 包之可卡因毒品；
4. 上訴人在尊敬的原審法院法官 閣下面前仍沒有任何悔意，皆因在證據確鑿事實面前仍選擇否認控訴！
5. 眾所週知，上指犯罪之決定抽象刑幅為五年至十五年！（據為 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定）
6. 尊敬的原審法院已考慮現年 22 歲之上訴人後，科處其 6 年實際徒刑實屬適度，皆因已考慮給予一個仍不知悔過的上訴人一個儘快重返社會之機會及憐憫其年齡尚輕！
7. 上訴人是有預謀及事先計劃實施上指犯罪，故科處其 6 年實際徒刑完全沒有違反澳門《刑法典》第 40 條及第 65 條規定及極其符合一般預防及特別預防犯罪之需要！

請求，懇請尊敬的中級法院法官 閣下裁定本上訴之訴訟理由全部不成立及作出維持被訴判決及一如既往地作出公正裁決！

駐本院助理檢察長提出法律意見書，認為上訴人 A 所提出的上訴理由，不能成立，應予以駁回，並維持原審法院的裁決。

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：

- 為了獲得不正確利益，第一嫌犯 A 應一化名“C”的男子要求從香港來澳販賣毒品“可卡因”。
- 第一嫌犯應“C”要求從一身份不詳男子處取得約 32 包毒品“可卡因”，目的是將之出售予指定人士及全數出售上述毒品，第一嫌犯可獲港幣 6,000 元報酬。
- 2018 年 3 月 23 日凌晨，司法警察局警員在 XX 酒店娛樂場附近調查毒品案時，目睹第一嫌犯離開 XX 酒店，便對其進行跟蹤及監視。
- 第一嫌犯接獲“C”要求到 XX 附近與第二嫌犯 B 進行毒品交易。
- 在場監視的警員目睹兩名嫌犯進入快餐店後便各自離開，故尾隨二人。最後，警員在 XX 街 XX 廣場附近截停第一嫌犯及在 XX 花園第 XX 座附近截停第二嫌犯，並進行調查。
- 警員取得兩名嫌犯同意下，在第一嫌犯右前褲袋內搜獲一張白色紙巾，內裝有毒品“可卡因”的 4 個小透明膠袋，連袋分別約重 0.35 克、0.35 克及 0.31 克，共約重 1.36 克；在其外套左臀外袋內搜獲一張白色紙巾，內裝有毒品“可卡因”的 4 個小透明膠袋，連袋分別約重 0.33 克、0.31 克、0.32 克及 0.30 克，合共約重 1.26 克及其腰間搜獲一個透明膠袋，內裝有毒品“可卡因”的 22 個小透明膠袋，連袋分別約重 0.34 克、0.34 克、0.35 克、0.34 克、0.34 克、0.32 克、0.36 克、0.35 克、0.35 克、0.33 克、0.32 克、0.36 克、0.34 克、0.38 克、0.36 克、0.34 克、0.33 克、0.34 克、0.34 克、0.34 克、0.34 克及 0.32 克，共約重 7.53 克（見卷宗第 22 頁之搜查及扣押筆錄）及在第二嫌犯右邊褲袋內搜獲裝有毒品“可卡因”的 2 個透明膠袋，連袋分別約重 0.37 克及 0.36 克；共約重 0.73 克（見卷宗第 6

頁之搜查及扣押筆錄)。

- 第二嫌犯承認在其身上搜獲的毒品是以現金港幣 1,200 元向第一嫌犯購買的。
- 經化驗證實：
 - 在第一嫌犯身上搜獲的 30 包白色晶體含有第 17/2009 號法律第四條內表一 B 所管制的“可卡因”成份，共淨重 5.618 克 (0.748+0.740+4.130)，經定量分析，“可卡因”的百分含量分別為 74.2%，64.1%及 73.2%，含量為 4.049 克 (0.555+0.474+3.02)；
 - 在第二嫌犯身上搜獲的 2 包白色晶體含有第 17/2009 號法律第四條內表一 B 所管制的“可卡因”成份，共淨重 0.402 克，經定量分析，“可卡因”的百分含量為 76.0%，含量為 0.306 克 (見卷宗第 121 至 128 頁之鑑定報告)。
- 在第一嫌犯扣押的兩部手提電話及現金中，牌子為“XX”的手提電話是其進行毒品交易時使用之通訊工具，而港幣 1,200 元是其販毒獲得之款項 (見卷宗第 35 頁之扣押筆錄)。
- 警員經第一嫌犯同意下檢查其手提電話，在其中一部牌子為“XX”的手提電話內發現其與“C”販毒之通訊內容 (詳情可參看載於卷宗第 27 至 32 頁之檢查電話筆錄)。
- 在兩名嫌犯處搜獲的“可卡因”是第一嫌犯在本澳透過“C”從一不知名男子處取得，目的是將之出售，以賺取不法利益；而第二嫌犯則向第一嫌犯購買“可卡因”，目的是作個人吸食。
- 兩名嫌犯清楚認識上述毒品的性質及特徵，彼等行為未有任何合法許可。
- 兩名嫌犯是在自由、自願及有意識的情況下，故意作出上述行為。

- 兩名嫌犯知悉彼等行為觸犯法律，會受法律制裁。

同時，亦證明下列事實：

- 根據刑事紀錄證明，兩名嫌犯均為初犯。
- 嫌犯 B 自願承認被指控的犯罪事實。
- 兩名嫌犯的個人及家庭狀況分別如下：
- 嫌犯 A—被羈押前為無業。
 - 無需供養任何人。
 - 學歷為中學一年級。
- 嫌犯 B—現為無業。
 - 無需供養任何人。
 - 學歷為初中三年級。

未獲證明之事實：載於控訴書內的其他事實，尤其：

- 第一嫌犯每出售一小包“可卡因”可獲利港幣 100 元。
- 2018 年 3 月 23 日凌晨約 1 時許，第一嫌犯按指示從香港坐船來澳及租住 XX 第 XX 座 XX 樓 XX 室一個房間，之後，第一嫌犯再到內港 XX 酒店附近，從一身份不詳男子處取得約 69 包毒品“可卡因”。
- 同日凌晨約 4 時 45 分，第一嫌犯按“C”要求到 XX 酒店娛樂場一樓，並在洗手間某廁格內將 2 包，每包約重 0.3 克的“可卡因”，以合共澳門幣 600 元售予一不知名男子。
- 第一嫌犯已成功按“C”指示出售至少 39 包“可卡因”，並獲得不少於合共港幣/澳門幣 21,800 元貸款。

三、法律部份

上訴人在其上訴理由中，僅就原審法院的有罪判決的量刑部份提起上訴，認為其為初犯，符合《刑法典》第 66 條第 1 款特別減輕的情節，應對其刑罰作特別減輕，就一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」，應改判少於 3 年或少於 6 年徒刑。即使不這樣認定，原審法院對其量刑也明顯過重，應改判少於 3 年或少於 6 年的徒刑，而且在上訴法院認同應改判少於或等於 3 年的徒刑的時候，上訴人認為對其作譴責並以監禁作威嚇已可適當及足以實現處罰的目的，應根據《刑法典》第 48 條之規定，給予其緩刑。

上訴人的上訴理由不能成立。

首先，關於《刑法典》第 66 條第 1 款的特別減輕，《刑法典》第 66 條規定了刑罰特別減輕的實質要件及列舉了作出特別減輕刑罰時需要考慮的各種情節。根據該條文第 1 款的規定，刑罰的特別減輕的其中一項實質要件為“明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過，或明顯減少刑罰之必要性”。

在本案中，上訴人的確為初犯，然而，初犯只可定性為對嫌犯有利情節之一，但並不能理解為可“明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過，或明顯減少刑罰之必要性”的情節；而案中亦不存在符合《刑法典》第 66 條所規定的“特別減輕”的情節，上訴人明顯不符合《刑法典》所規定的獲得刑罰特別減輕的“明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過，或明顯減少刑罰之必要性”的實質要件。

關於量刑過重甚至緩刑的問題，我們知道，《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，具體刑罰應在最低刑幅及最高刑幅之間，以罪過及刑罰目的作出決定。法律給予法院在刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由，只有當原審法院明顯違反法律或罪刑相適應原則時，上級法院才有介入原審法院的量刑空間。

誠然，上訴人為初犯，但除此之外，並沒有其他對特別有利的情節。

根據原審法院所認定的事實，上訴人為香港居民，為了獲取不法利益，以旅客身份來澳。應“C”的要求，將含有“可卡因”的毒品從香港運送來澳門販賣。此外，上訴人被警員上前截查時，警方在其身上搜到 30 包白色晶體含有“可卡因”成份，經定量分析，純淨重為 4.049 克。而在嫌犯 B 身上所搜到含有純淨重為 0.306 克的“可卡因”也是向上訴人購買的。依據第 17/2009 號法律所規定的參考用量，“鹽酸可卡因”的日參考用量為 0.2 克，5 天的參考用量為 1 克，即使僅以上訴人身上所搜到的毒品來計算，其所持有的份量已超過 20 天的參考用量。

上訴人所實施的犯罪行為不單是本澳，更是全球致力打擊的犯罪行為，其性質、不法性及後果相當嚴重，毒品活動對於吸毒者的個人健康乃至公共健康及社會安寧均帶來極大的負面影響；此外，從事跟毒品有關的行為在澳門所產生的社會問題十分嚴重，一般預防的要求極高。

就過錯而言，上訴人雖為初犯，但在審判聽證中，仍堅稱不知相關物品為毒品，完全沒有對其所作出的行為表現出悔意；且其非為本澳居民，以旅客身份進入澳門實施本案所針對之犯罪行為，其故意程度亦高。

被上訴的合議庭在綜合考慮犯罪預防(無論是特別預防還是一般預防)的需要及上訴人的罪過程度，在「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」的 5 年至 15 年徒刑的法定刑幅中(第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款)，決定判處上訴人 A 6 年的徒刑，並無明顯違反罪刑相適應原則。

上訴人的上訴理由全部不成立，予以駁回。

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，維持原判。

本程序的訴訟費用由上訴人支付,並分別支付 6 個計算單位的司法費。

澳門特別行政區, 2019 年 7 月 30 日

蔡武彬

陳廣勝

譚曉華