

編號：第 924/2015 號 (刑事上訴案)

上訴人：檢察院

日期：2017 年 5 月 25 日

主要法律問題：

- 第 17/2009 號法律第 31 條
- 禁用證據

摘 要

1. 本案中，司警人員在現行犯的情況下拘留了第二嫌犯，並透過此人再聯絡向其提供毒品的第一嫌犯，訛稱需要購買毒品以便作出打擊販毒的拘捕行動。

從第 17/2009 號法律第 31 條規定可見，立法者在所規定的是針對那些俗稱卧底的情況，是屬於執法人員或受監控第三人所作出的，能構成犯罪行為的行動。但在本案中，第二嫌犯一個試圖購買毒品的電話邀約，並不能視為任何與第一嫌犯的共同犯罪或教唆犯罪的行為。

其實，第 17/2009 號法律第 31 條所規範的，是為著以其他更“積極”的偵查手段來預防或遏止犯罪的情況，除了希望保障執法人員的權利外，亦藉著對該程序的形式要求，以確保從中所獲得的證據的合法性。

2. 本案中，雖然第二嫌犯 B 指出，這是首次接觸第一嫌犯 A，但第二嫌犯是透過早前曾經購買毒品的電話號碼訛稱購買毒品的，且每次都是不同人士送貨。因此，從中可以看到，第一嫌犯向他人提供毒品的犯意早已存在，並非由警方的行動誘發出來的。鑑於此，有關的證據方式並不構

成欺騙手段取證。

因此，只透過電話聯絡，並在一個進行當中的犯罪活動進行揭發是合法的，因為並沒有變成一種推動或慫恿犯罪活動的行為。

所以，本案中在拘留嫌犯 A 前涉及該行為所獲得的證據，在其獲取的方式上完全合法，沒有與《刑事訴訟法典》第 113 條產生抵觸。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 924/2015 號 (刑事上訴案)

上訴人：檢察院

日期：2017 年 5 月 25 日

一、 案情敘述

於 2015 年 7 月 30 日，第一嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR1-14-0344-PCC 號卷宗內被控觸犯一項第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款 (一)項所規定及處罰的「少量販毒罪」，獲判處無罪；

第一嫌犯被裁定以直接正犯身分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「吸毒罪」，被判處兩個月徒刑，暫緩一年執行。

同判決中，第二嫌犯 B 被裁定以直接正犯身分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「吸毒罪」，被判處兩個月徒刑；以及觸犯一項同法律第 15 條所規定及處罰的「持有吸毒工具罪」，被判處兩個月徒刑；兩罪競合，合共被判處三個月徒刑，暫緩一年執行。

檢察院不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結論部分）：

1. 根據被上訴裁判的「控訴事實」〔尤其第 6、10、12 項〕，檢察院指控第一嫌犯 A 打算將涉案毒品出售予第二嫌犯 B，從而控告第一嫌犯 A 觸犯了第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款(一)項的「少量販毒罪」。
2. 根據被上訴裁判的「已證事實」〔尤其是第 9 項〕及「未證事實」，原審法院證實了「第一嫌犯 A 持有上述毒品之目的是供其個人吸食」，但未能證明「同日約 15 時 45 分，在司警人員安排下，嫌犯 B 致電其早前購買的電話號碼 639XXXXX 訛稱購買毒品，並相約對方於 C 酒店 XXXX 號房間進行交易。嫌犯 A 打算將涉案毒品出售予嫌犯 B。上述手提電話是嫌犯 A 販毒時使用之通訊工具」的控訴事實；故此，原審法院改判第一嫌犯 A 觸犯第 17/2009 號法律第 14 條之「吸毒罪」。
3. 本院認為，原審法院將上述控訴事實〔尤其第 6、10、12 項〕視為「未證事實」存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項的「審查證據方面的明顯錯誤」的瑕疵，其理由如下：
4. 案中重要的書證及偵查、鑑定措施如下：
 - (1) 2013 年 3 月 24 日中午 1 時 40 分接獲 C 酒店通知，其酒店 XXXX 號房間內發現毒品及吸毒工具。為此，司警人員到場調查〔見第 2 頁〕。
 - (2) 司警人員發現 B〔即第二嫌犯〕，在其同意下搜查之及搜索該 XXXX 號房間下發現有關毒品及吸毒工具，並進行扣押〔見第 2 及 3 頁〕。
 - (3) 在現場，第二嫌犯 B 向司警人員供稱透過電話 639XXXXX 聯絡毒品拆家以取得毒品〔見第 3 頁〕
 - (4) 第二嫌犯 B 願意與司法當局合作，為此，其於 2013 年 3 月 24

日下午 15 時 45 分以慣常手法致電一名內地男子電話 63892567，其自行決定向該名男子購買港幣 1000 元“冰”及“麻古”，並相約在 C 酒店 XXXX 號房間交收。於同日約 16 時 55 分，B 接獲該名男子來電，聲稱已到達房間門外，司警人員發現一男子站在門外，故立即截獲該男子，後識別其身份為 A〔即第一嫌犯〕。在第一嫌犯的同意下對搜查，在其身穿之牛仔褲右後袋內發現毒品“冰”及“麻古”〔見第 3 頁最後一段〕。

(5)司警人員亦對上述行動作成「行動報告」〔第 6 至 7 頁〕。

(6)司警人員於 2013 年 3 月 25 日中午 12:13 將卷宗連同兩名嫌犯/拘留犯帶往檢察院〔第 46 頁〕。

(7)為此，持案檢察院官批示為立案及立即訊問各名嫌犯〔第 46 頁〕。

(8)第二嫌犯 B 於檢察院作出聲明，其中表示：已致電電話 639XXXXX 購買毒品四至五次，每次均由不同人士將毒品送到嫌犯之房間，而每次接聽電話 639XXXXX 的人士都不一樣〔有男有女的〕；今次是第一次接觸第一嫌犯 A，之前數次均不是由第一嫌犯 A 送毒品來的〔第 47 頁背頁〕。

(9)第一嫌犯 A 於檢察院作出聲明，其中表示：其在內地時，「坤哥」將一個電話給予嫌犯，及說當嫌犯到達 C 時可致電電話內的一個電話號碼找「D」，將電話交給「D」後會提供一房間予嫌犯。故於 2013 年 3 月 24 日下午 4 時，其用「坤哥」給的電話致電「D」，「D」叫嫌犯到 XXXX 號房間，當其到達後便被警察拘捕。有關毒品是為了自己吸食之用，不打算出售予他人〔第 49 及 50 頁〕。

(10)隨後，持案檢察官作出如下批示〔簡述如下〕：宣告拘留合

法及宣告扣押有效，有跡象顯示嫌犯 B 觸犯第 17/2009 號法律第 14 條及第 15 條之犯罪，嫌犯 A 觸犯同一法律第 11 條之犯罪，故此，對兩名嫌犯適用《刑事訴訟法典》第 181 條之強制措施。將兩名嫌犯釋放並恢復自由，將其交司警局作適當處理。〔第 54 頁〕

(11)經過偵查後，檢察院於 2014 年 11 月 18 日提出控訴書。〔第 99 及 100 頁〕

5. 按原審法院的裁判中「事實之判斷」及「定罪」〔見第 131 頁背頁，底線為我們所加〕－

「事實之判斷：首先，雖然檢察院於第 54 頁的批示中明確宣告扣押有效，然而，該批示沒有就嫌犯 B 為協助警方而致電毒品賣家購買毒品的行為作出任何提及，亦沒有引用第 17/2009 號法律第 31 條第 3 款的規定宣告上述行為有效，因此，本院將不考慮於拘留 A 前涉及該行為的所有證據。」

6. 則原審法院認為本案的情節屬第 17/2009 號法律第 31 條第 1 款的情況，故此，持案檢察院應在其收案批示內按第 31 條第 2 款的規定「給予許可」或按第 3 款及第 4 款的規定「宣告有關行為有效」，亦由於持案檢察院沒有在法定期限內作出上述行為，故取得證據無效〔因無法證實第二嫌犯 B 為協助警方而致電毒品買家的行為，以及第一嫌犯 A 打算將毒品出售予第二嫌犯 B 的行為〕。

7. 正如終審法院第 6/2002 號裁判，以及中級法院第 91/2003 號和第 286/2013 裁判中所載的司法見解，可以認定本案中，司警人員在第二嫌犯 B 的自願協助下安排其與第一嫌犯 A 的進行毒品交易，以及從而所得的證據，並不構成誘發犯罪，也沒有違反

《刑事訴訟法典》第 113 條的證據禁用規則。

8. 結合本案的案情，第二嫌犯 B 就是該法律第 31 條第 1 款的「受監控的第三人」，其為了顯示自己的後悔才主動與司警合作〔見行動報告第二段〕，為此，其相約毒販於酒店房間內交收毒品，而第一嫌犯 A 便是負責運送毒品之人，而第一嫌犯 A 所使用的電話便是其與毒販聯絡的工具。
9. 換言之，第二嫌犯 B 以上的違法行為〔即觸犯第 17/2009 號法律第 14 條之規定〕應不予處罰；而事實上，本檢察院並沒有就以上的違法行為對第二嫌犯 B 作出檢控〔本檢察院所控訴的違法事實是指第二嫌犯 B 持有在 C 酒店第 XXXX 號房間內被發現的毒品及吸毒工具〕。
10. 另一方面，考慮到第一嫌犯 A 出現在案發地點，以及結合第二嫌犯 B 曾致電毒販要求毒品的經過，則司警人員有理由相信第一嫌犯 A 便是該毒販或替毒販運送毒品的同伙，故此，司警人員才對其進行搜查及扣押〔見第 33 頁〕，並在其身上的褲袋內發現毒品「冰」及黑色手提電話。隨後，亦將兩名嫌犯連同扣押品一同送交檢察院作下一步的偵查措施。
11. 原審法院認為檢察院的批示沒有就嫌犯 B 為協助警方而致電毒品買家購買毒品的行為作出任何提及，故違反了第 17/2009 號法律第 31 條第 3 款的規定；但是，檢察院的批示內卻有載明「宣告拘留合法及宣告扣押有效，有跡象顯示嫌犯 B 觸犯第 17/2009 號法律第 14 條及第 15 條之犯罪，嫌犯 A 觸犯同一法律第 11 條之犯罪，...」。〔見第 54 頁〕
12. 該批示內拘留及扣押同時針對兩名嫌犯，因為第一嫌犯 A 是以現行犯方式觸犯第 17/2009 號法律第 11 條之「較輕販毒罪」而

被司警人員拘留〔見第 1 頁第二段及第 3 頁第一段之實況筆錄內容〕，而第 33 頁扣押筆錄亦是司警人員針對在嫌犯 A 身上找到的毒品及手提電話而作出扣押，而這些被扣押的毒品正是司警人員懷疑是嫌犯 A 準備用作販賣予嫌犯 B。

13. 那麼，既然持案檢察官的批示中已宣告拘留合法，換言之，檢察官已經默示認可了拘留的原因〔包括是否為現行犯、拘留所適用的法律是否正確等〕，也就是說，檢察官是認可司警人員在「行動報告」中行為是有效，因為第一嫌犯 A 是因為有跡象運毒才被拘留，否則的話，如該檢察官認為第一嫌犯 A 沒有跡象觸犯罪行〔如極端的例子：被司警人員或其他人冤枉〕，就不會宣告該拘留合法及有效，因為進行拘留的前提是需符合《刑事訴訟法典》第 238 條的規定！
14. 而更重要的是，持案檢察官也宣告了案卷中的扣押合法，而根據《刑事訴訟法典》第 163 條的規定，司法當局〔檢察院及法院〕都有權宣告扣押的有效，換言之，法律賦予了檢察院及法院去審查由刑事警察機關所作出的扣押行為，其審查的內容既包括形式上的審查—例如刑事警察機關有否在 72 小時內通知司法當局〔第 163 條第 5 點〕，亦包括實質性的審查—即有關物件是否屬實施犯罪的物品或屬犯罪所得的物品〔第 163 條第 1 款〕。所以說，檢察院在決定宣告扣押有效時，必定會審查警方作出扣押的理由，以及扣押物品是否屬第 163 條第 1 款的規定。這也是為了避免刑事警察機關濫用了扣押的機制，肆意將不屬實施犯罪的物品或不屬犯罪所得的物品隨意扣押〔無論是無理由地扣押了第三人的物件，抑或是扣押嫌犯與其觸犯的罪行無關的物品〕。

15. 因此，持案檢察官透過對卷宗的分析，其當然知道在第一嫌犯 A 身上的毒品由來，以及與本案的關係，而司警人員是基於 A 有跡象觸犯販毒罪而扣押該毒品，則持案檢察官亦會審查該毒品究竟是與販賣罪有關而扣押，抑或與持有吸食毒品有關而扣押，而且，第一嫌犯 A 在檢察院的聲明中否認販毒，則最終檢察官宣告扣押有效，亦認定嫌犯 A 有跡象觸犯第 11 條之販毒罪，那就表示檢察官已默示認可了認同司警人員的行動報告的內容，否則的話，檢察官就不會宣告扣押有效〔或應以另一理由宣告扣押有效〕，也就僅會認定嫌犯 A 僅是有跡象觸犯第 14 條持有毒品作吸食罪，甚至認定 A 的行為不涉及犯罪。
16. 總而言之，本院認為，持官檢察院於第 54 頁批示中已經包含了第 17/2009 號法律第 31 條第 3 款所規定的內容，其宣告扣押及拘留有效的行為已經默示認可了司警人員及第二嫌犯 B 的行為有效，因為拘留及扣押嫌犯 A 的行為則是司警人員及第二嫌犯 B 實行不予處罰的違法行為的「成果」，則既然檢察官都認可了有關的成果，也就是說，檢察官是視司警人員及第二嫌犯的行為合法，其因而取得證據〔這兒當然包括「扣押」及「拘留」的行為〕有效，而且，檢察院的控訴書中更列明了有關的行動報告內容作為控訴事實之一部分，亦明確引用了相關的搜索及扣押筆錄。
17. 作為比較法之目的，葡國波爾圖中級法院就於 2013 年 2 月 6 日曾針對「扣押批示的有效性」作出司法見解，其中認為有扣押的法律條文中，有關司法當局未於 72 小時內宣告扣押有效並不會影響扣押的有效性，且宣告扣押的有效性不僅能以明示為之，亦可以默示但清晰的方式為之，只要卷宗的資料已清晰地

顯示檢察院已審查由警方作出的扣押之合法，例如檢察院的控訴書中已指出該扣押。

18. 面對相同的情況，澳門中級法院第 286/2013 號裁判書中〔即卷宗 CR4-12-0261-PCC〕，檢察院於行動報告作出後 5 天內沒有明示宣告行動有效，但有宣告因此而獲得之毒品證據之扣押有效，然而，中級法院沒有因此而在裁判書認定檢察院違反了第 17/2009 號法律第 31 條第 3 款的規定，相反，中級法院認定了檢察院的上訴得宜。
19. 相反，如果「行動報告」內行為因沒有被檢察院認可而視為不合法，那麼有關的「扣押」，亦會因此而沾有瑕疵，也就是說，有關被扣押的毒品不能用來證明第一嫌犯 A 的犯罪，無論是第 17/2009 號法律第 11 條的「販毒罪」或第 14 條的「持有毒品作吸食罪」，那麼，比照原審法院的理由說明，原審法院也不應將毒品視為證據，則原審法院在不能證明有關的物品是「毒品」的情況下，應判處嫌犯 A 的「較輕販賣罪」及「吸毒罪」罪名均不成立！但是，原審法院的裁判一方面保留了行動報告的「成果」—「毒品」〔被扣押之毒品也是證據，而扣押是獲得證據的方式〕作為證實嫌犯 A「吸毒罪」的證據，但另一方面又否定了「行動報告」的行為的證據效力，顯然是自相矛盾。
20. 其實，原審法院錯誤地追求「檢察院需在批示內形式上宣告行為有效」，但是，卻沒有仔細地分析第 54 頁內批示的內容，尤其是沒有理會該檢察官宣告拘留及扣押有效所帶來的法律效果，亦沒有理會檢察官已默示認可了有關的行動報告的行為。事實上，法律並沒有要求每個批示都需要巨細無遺地寫清楚有關的法律依據、事實依據及決定的所有內容，即使是判決書，《刑

事訴訟法典》第 355 條的要求也只是「闡述即使扼要但儘可能完整、且作為裁判依據的事實上及法律上的理由」，基於此，可證明原審法院對第 54 頁的批示內容要求太高。

21. 因此，被上訴裁判因此而沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項的「審查證據方面明顯有錯誤」，以及錯誤理解第 17/2009 號法律第 31 條第 3 款的規定。
22. 上述審查證據上的明顯錯誤對本案的定罪否的影響如下：
23. 基於被上訴裁判的內容，原審法院將有關控訴事實第 6、10、12 項視為「未獲證實之事實」，其原因是認為檢察院沒有遵守第 17/2009 號法律第 31 條第 3 款的規定，但是，倘本院上訴得宜，則有關的「未獲證實之事實」將重新被新的合議庭審議：法院需衡量「行動報告中」行為、兩名嫌犯各自在檢察院的聲明內容等證據，從而認定等控訴事實第 6、10、12 項為「既證事實」或「未獲證實之事實」，及判定第一嫌犯 A 是否實施了第 17/2009 號法律第 11 條之販毒罪，

綜合以上所述，本檢察院認為被上訴裁判中沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項的在審查證據方面的明顯錯誤的瑕疵，為此，本檢察院請求中級法院裁定上訴理由成立，而廢止被上訴的合議庭裁判的相關部分，並作出公正判決。

第一嫌犯 A 對檢察院上訴作出了答覆，並提出下列理據(結論部分)：

1. 透過上指卷宗第 129 至 134 背頁之原審法院合議庭裁判，裁定第一嫌犯觸犯第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款(一)項所規定及處罰的一項少量販毒罪不成立，並裁定以直接正犯及既遂方式觸犯第 17/2009 號法律第 14 條所規定的一項吸毒罪，判處兩個

月徒刑，暫緩一年執行。

2. 檢察院在其上訴狀中承認在本案中，司法警察局是根據第 17/2009 號法律第 31 條 1 款之規定，安排第二嫌犯在受其監控情況下作出一項違法行為—購買毒品活動。
3. 按照第 17/2009 號法律第 31 條 1 款規定，立法者要求有關調查行為或行動必須符合兩個標準及前提，即 1)預防或遏止本法律所指犯罪之目的；及 2)行為與目的之間保持應有的適度性，
4. 按照第 17/2009 號法律第 31 條第 2 款及第 3 款中規定，無論是要對有關調查行為/行動作出事先許可或是事後確認，有權限司法當局都必須嚴格按照同一法律第 31 條第 1 款所訂定之兩個標準或前提去對有關行為或行動進行檢閱及審查，
5. 檢察院在其上訴狀中多次表示卷宗第 54 頁之批示中已宣告拘留及扣押合法，即已默示認可了司警人員在卷宗第 6-7 頁之行動報告中行為有效，並透過宣告拘留及扣押有效默示認可了司警人員及第二嫌犯的行為有效(即第二嫌犯在受司警人員監控下作出購買毒品行為)，
6. 但事實上檢察院的主張十分牽強，而我們認為是完全不能夠認同的。
7. 首先，透過第 17/2009 號法律第 31 條規定，新法在判別是否構成誘發犯罪方面提供了明確方向，即是以有別於教唆或有別於間接正犯的其他共同犯罪方式作為，
8. 在卷宗第 54 頁之批示中，無論是根據刑事訴訟法第 238 條去宣告拘留合法，或是根據刑事訴訟法第 163 條之規定宣告扣押有效，有關拘留及扣押行為有效之宣告，均不能與第 17/2009 號法律第 31 條 1 款及 3 款規定之行為宣告有效存在等同關係，

9. 因為第 17/2009 號法律第 31 條 3 款所指之行為，是指以隱藏身份有別於教唆或有別於間接正犯的其他共同犯罪方式作出違法行為的預備行為或實行違法行為，
10. 按照第 17/2009 號法律第 31 條 3 款規定，在緊急取證情況下，除了有權限司法當局需查核有關行為是否符合同一條文第 1 款所規定的要件(即目的及適度性)之外，立法者還限定了一個法定期限(即首個工作日應通知有權限司法當局及有權限司法當局需在五日內宣告行為有效)，
11. 另外，在同一條文第 4 款還規定了刑事警察當局須最遲在有關人員或第三人的行動結束後四十八小時內，向有權限司法當局提交有關行動報告，
12. 無論按照第 17/2009 號法律第 31 條 2 款規定之事先許可，或是按照第 17/2009 號法律第 31 條 3 款規定之事後宣告行為有效，對於嚴格審核有關行為是否符合同一條文第 1 款所訂定的要件前提方面(即目的及適度性)並沒有任何例外。
13. 在第 17/2009 號法律第 31 條 3 款規定之情況下，立法者還更嚴格要求有關審查宣告必須在法定期間內作出，否則所取得證據無效；
14. 證據無效將使有關證據再不可能在有關訴訟程序中被採納或被使用，而且還包括透過該無效證據而獲得的其他證據也不能在訴訟程序中被採用(即包括本案中在第一嫌犯身上所搜獲的毒品)(參閱由 Manuel Leal Henirquest 著《澳門刑事訴訟法教程上冊》第 180 頁)
15. 法律之所以訂定違反第 17/2009 號法律第 31 條 3 款規定將產生導致證據無效之嚴重效果，原因是立法者認為有必要對刑事警

察當局之調查行為或行動進行監察，由有權限司法當局審查有關調查行為或行動是否合法有效，避免及控制刑事警察當局在調查過程中作出不合規範的調查行為，

16. 我們認為看不到亦詮釋不到立法者容許透過默示方式作出第 17/2009 號法律第 31 條 3 款規定之行為有效的宣告，而根據該條文文本內容顯示，反而立法者是嚴格要求有權限司法當局必須明確按照第 17/2009 號法律第 31 條規定，對有關調查行為進行審查及宣告有效。
17. 檢察院在卷宗中 54 頁的批示，事實上屬於一種樣版式的批示，在所有刑事案件中對嫌犯之拘留及(倘有的)與犯罪有關之物品進行扣押，檢察院均透過在卷宗中作出批示進行合法有效宣告，
18. 但在卷宗第 54 頁之批示中，只能夠顯示檢察院有對嫌犯之拘留或物品之扣押進行了審查及宣告有效合法，卻絲毫沒有在批示中提及過有關第 17/2009 號法律第 31 條之內容，包括是否已對有關調查行為進行審核或考慮，有關調查行為是否符同該條文第 1 款及第 3 款所要求之要件及法定期限，
19. 正如前所述，在缺乏遵守第 17/2009 號法律第 31 條第 3 款之規定下，將會導致證據無效，而並非屬於形式上或訴訟行為的無效(因為訴訟行為無效可能可予以補正)，
20. 倘若認同檢察院在其上訴狀所指對本案中嫌犯之拘留行為及扣押行為的有效合法宣告，便等同以默示方式認定了有關調查行為符合第 17/2009 號法律第 31 條第 3 款之規定，那麼為何扣押行為需要按照刑事訴訟法第 163 條第 1 款作實質性的審查並明確在批示中進行有效宣告，但又忽略對有關調查行為須按照第 17/2009 號法律第 31 條第 1 款及 3 款規定進行審核及作出明確

有效宣告，

21. 所以檢察院在其上訴狀中指稱透過默示方式在卷宗第 54 頁之批示中已包括宣告有關調查行為有效之說法是不能夠自圓其說的。
22. 檢察院不可既要達至其檢控的效果(使調查行為有效並可以此作為證據控訴第一嫌犯)，但又不遵守其產生該效果所要求的形式要件或實質要件(即第 17/2009 號法律第 31 條第 1 款及 3 款規定之要件)，
23. 而且，立法者在第 17/2009 號法律第 31 條中規定了嚴格的前提要件，包括實質要件—目的及適度性，以及法定期限要求，而該等要求將涉及到證據方面是否合法有效問題，即需審查採證程序上是否存有瑕疵，這與分析對嫌犯進行拘留行為或對涉案物品進行扣押行為是否合法有效方面，完全是兩碼子事情，
24. 故此，檢察院之上訴理由明顯不成立。
25. 綜上所述，檢察院在其上訴書狀中所指原審法院違反刑事訴訟法第 163、266(應為檢察院之筆誤)條及第 17/2009 號法律第 31 條 3 款之規定，並以此為依據認為該合議庭裁判帶有澳門刑事訴訟法典第 400 條第 2 款 c)項所指的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，是缺乏法律依據的並應裁定為上訴理由不成立。

基於上述的理由，按照有關依據及法律規定懇請尊敬的法官閣下裁定檢察院的上訴理由不成立。

並請求公正審理！

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，認為檢察院提出的上訴理由成立，應該廢止原審裁判的相關受影響

部分，並針對第一嫌犯的少量販毒罪重新定罪及量刑。

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

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. 2013 年 3 月 24 日約 15 時許，司警人員帶同嫌犯 B 前往其入住的 C 酒店 XXXX 號房間進行調查。
2. 司警人員在上述房間電視櫃上搜獲 2 支吸管；在電視櫃內搜獲 1 支包有錫紙的吸管、1 包白色晶體、1 包紅色粉末及 1 個插有吸管的膠瓶(詳見卷宗第 17 頁之搜索及扣押筆錄)。
3. 經化驗證實，上述 2 支吸管、1 支包有錫紙的吸管及 1 個插有吸管的膠瓶均沾有第 17/2009 號法律附表二 B 所管制之“甲基苯丙胺”及“N,N-二甲基安非他命”痕跡；上述 1 包白色晶體及 1 包紅色粉末均含有“甲基苯丙胺”成份，淨重分別為 0.373 克及 0.129 克(經定量分析，“甲基苯丙胺”成份的百分含量分別為 78.09%及 15.65%，含量分別為 0.291 克及 0.020 克)。
4. 上述毒品是嫌犯 B 從身份不明之人處取得，其取得及持有上述毒品，目的是供其個人吸食。
5. 上述吸管及插有吸管的膠瓶是嫌犯 B 用作吸食毒品之工具。
6. 同日約 16 時 55 分，司警人員在上述房間門外截獲嫌犯 A，並隨即對其進行搜查。

7. 司警人員當場在嫌犯 A 右後褲袋內搜出 1 包紅色藥丸及 2 包白色晶體(詳見卷宗第 33 頁之搜索及扣押筆錄)。
 8. 經化驗證實，上述 1 包紅色藥丸含有第 17/2009 號法律附表二 B 所管制之“甲基苯丙胺”及“ N,N-二甲基安非他命”成份，淨重 0.282 克(經定量分析，當中“甲基苯丙胺”成份的百分含量為 15.19%，含量為 0.043 克)；上述 2 包白色晶體均含有“甲基苯丙胺”及“ N,N-二甲基安非他命”成份，淨重共 1.268 克(經定量分析，當中“甲基苯丙胺”成份的百分含量為 76.13%，含量為 0.965 克)。
 9. 嫌犯 A 持有上述毒品，目的是供其個人吸食。
 10. 此外，司警人員在嫌犯 A 身上搜獲一部手提電話，號碼為 639XXXXX(詳見卷宗第 33 頁之搜索及扣押筆錄)。
 11. 嫌犯 A 及 B 是在自由、自願及有意識的情況下故意作出上述行為的。
 12. 嫌犯 A 和 B 明知上述毒品之性質。
 13. 嫌犯 A 和 B 上述行為未得到任何法律許可。
 14. 嫌犯 A 和 B 明知法律禁止和處罰上述行為。
- 同時，亦證明下列事實：
15. 根據刑事紀錄證明，兩名嫌犯均為初犯。

未獲證明之事實：載於控訴書內的其他犯罪事實，尤其：

1. 同日約 15 時 45 分，在司警人員安排下，嫌犯 B 致電其早前購買毒品的電話號碼 639XXXXX 訛稱購買毒品，並相約對方於 C 酒店 XXXX 號房間進行交易。
2. 嫌犯 A 打算將涉案毒品出售予嫌犯 B。

3. 上述手提電話是嫌犯 A 販毒時使用之通訊工具。

三、法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 第 17/2009 號法律第 31 條
- 禁用證據

1. 檢察院認為，原審法院將控訴事實〔尤其第 6、10、12 項〕視為「未證事實」存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項的「審查證據方面的明顯錯誤」的瑕疵，因為違反了同一法典第 163 條、第 266 條及第 17/2009 號法律第 31 條第 3 款之規定。

根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項規定，上訴亦得以審查證據方面明顯有錯誤為依據，只要有關瑕疵係單純出自案卷所載的資料，或出自該等資料結合一般經驗法則者。

終審法院於 2001 年 3 月 16 日，在第 16/2000 號刑事上訴案判決中認定：“審查證據中的明顯錯誤是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現。”

審查證據方面，原審法院在事實的判斷中作出如下說明：

“首先，雖然檢察院於第 54 頁的批示中明確宣告扣押有效，然而，該批示沒有就嫌犯 B 為協助警方而致電毒品賣家購買毒品的行為作出任何提及，亦沒有引用第 17/2009 號法律第 31 條第 3 款的規定宣告上述行為有效，因此，本院將不考慮於拘留 A 前涉及該行為的所有證據。

兩名嫌犯於檢察院作出了聲明。

證人 F、G 及 H 在審判聽證中講述了本案的調查經過。

鑑定報告：載於卷宗第 67 頁至第 72 頁及第 93 頁至第 97 頁。

在客觀綜合分析了兩名嫌犯所作的聲明及各證人的證言，並結合在審判聽證中審查的書證及扣押物證後，考慮到嫌犯 A 否認出售毒品，但表示於其身上藏有的毒品是供其個人吸食；又考慮到嫌犯 B 確認了被控告的犯罪事實，本院認為除未能證實 A 打算出售毒品外，已具有充足證據以印證控訴書內所載的其他犯罪事實。

基於以上種種，根據一般人的經驗作判斷，本合議庭認定了上述事實。”

檢察院認為，原審法院將嫌犯 B 在警方安排下聯絡 A 購買毒品，而嫌犯 A 在被警方拘捕時身上所持有的毒品目的是提供予嫌犯 B 這兩項事實認定為未能證明。這一認定患有審查證據明顯錯誤的瑕疵。而原審法院在判決時認為本案情節屬第 17/2009 號法律第 31 條第 1 款的情況，故此，持案檢察院應在其收案批示內按第 31 條第 2 款的規定「給予許可」或按第 3 款及第 4 款的規定「宣告有關行為有效」，亦由於持案檢察院沒有在法定期限內作出上述行為，故取得證據無效〔因無法證實第二嫌犯 B 為協助警方而致電毒品買家的行為，以及第一嫌犯 A 打算將毒品出售予第二嫌犯 B 的行為〕。

然而，檢察院提出的，其實是原審法院所採用或不採用證據的問題。

《刑事訴訟法典》第 163 條規定：

“一、須扣押曾用於或預備用於實施犯罪之物件，構成犯罪之產物、利潤、代價或酬勞之物件，以及行為人在犯罪地方遺下之所有物件或其他可作為證據之物件。

二、扣押之物件須儘可能附於卷宗；如屬不可能，則交託負責該訴訟程序之司法公務員保管或交託受寄人保管，並將此事記錄於有關筆錄。

三、扣押係由司法當局以批示許可或命令為之，或宣告有效。

四、依據本法典就搜查或搜索作出之規定，又或遇有緊急情況或如有延誤將構成危險者，刑事警察機關在進行搜查或搜索時得實行扣押。

五、刑事警察機關所執行之扣押，最遲須於七十二小時內由司法當局宣告有效。

六、對檢察院所許可、命令或宣告有效之扣押，得於十日期間內向預審法官申訴。

七、上款所指之申訴須分開提出，且僅具移審效力。”

《刑事訴訟法典》第 266 條規定：

“一、在就檢察院之控訴作出通知後十日內，輔助人或在控訴行為中成為輔助人之人亦得以檢察院控訴之事實或該等事實之某部分提出控訴，又或以其他對檢察院控訴之事實不構成實質變更之事實提出控訴。

二、經作出下列修改後，上條第三款之規定，相應適用之：

a) 該控訴得僅限於單純贊同檢察院之控訴；

b) 僅需指出未載於檢察院控訴內而將調查或聲請之證據。”

第 17/2009 號法律第 31 條規定：

“一、刑事調查人員或受刑事警察當局監控行動的第三人，為預防或遏止本法律所指犯罪之目的，隱藏其身份而以有別於教唆或有別於間接正犯的其他共同犯罪方式作出違法行為的預備行為或實行違法行為，如其行為能與此行為之目的保持應有的適度性，則不予處罰。

二、在有權限司法當局事先給予許可後，方可作出上款所指行為；該許可最遲在五日内作出，並在給予許可時，指定有關行為的期限。

三、如遇須緊急取證的情況，第一款所指行為，即使在取得有權限司法當局的許可前亦可作出，但在作出該行為後的首個工作日即應通知有權限司法當局，以便其在五日内宣告有關行為有效，否則所取得的證據無效。

四、刑事警察當局須最遲在有關人員或第三人的行動結束後四十八小時內，向有權限司法當局提交有關行動報告。

五、即使終局裁判包括將卷宗歸檔的裁判確定後，第一款所指的人的身份仍受司法保密制度保障二十年。”

本案中，司警人員在現行犯的情況下拘留了第二嫌犯，並透過此人再聯絡向其提供毒品的第一嫌犯，訛稱需要購買毒品以便作出打擊販毒的拘捕行動。

從第 17/2009 號法律第 31 條規定可見，立法者在所規定的是針對那些俗稱卧底的情況，是屬於執法人員或受監控第三人所作出的，能構成犯罪行為的行動。但在本案中，第二嫌犯一個試圖購買毒品的電話邀約，並不能視為任何與第一嫌犯的共同犯罪或教唆犯罪的行為。

其實，第 17/2009 號法律第 31 條所規範的，是為著以其他更“積極”的偵查手段來預防或遏止犯罪的情況，除了希望保障執法人員的權利外，亦藉著對該程序的形式要求，以確保從中所獲得的證據的合法性。

因此，在本案中，並不適用上述第 17/2009 號法律第 31 條的規定。

2. 其實，問題的核心在於需要分析案中所獲得的證據是否合法。

《刑事訴訟法典》第 112 條規定：

“凡非為法律所禁止之證據，均為可採納者。”

《刑事訴訟法典》第 113 條規定：

“一、透過酷刑或脅迫，又或一般侵犯人之身體或精神之完整性而獲得之證據，均為無效，且不得使用。

二、利用下列手段獲得之證據，即使獲有關之人同意，亦屬侵犯人之身體或精神之完整性：

a) 以虐待、傷害身體、使用任何性質之手段、催眠又或施以殘忍或欺騙之手段，擾亂意思之自由或作出決定之自由；

b) 以任何手段擾亂記憶能力或評估能力；

c) 在法律容許之情況及限度以外使用武力；

d) 以法律不容許之措施作威脅，以及以拒絕或限制給予依法獲得之利益作威脅；

e) 承諾給予法律不容許之利益。

三、在未經有關權利人同意下，透過侵入私人生活、住所、函件或電訊而獲得之證據，亦為無效，但屬法律規定之情況除外。

四、如使用本條所指獲得證據之方法係構成犯罪，則該等證據得僅用以對該犯罪之行為人進行追訴。”

上述條文規定了那些證據方法是禁用的。

參看 2002 年 6 月 27 日，終審法院第 6/2002 號合議庭裁判的裁判：“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。

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。當被告一直進行販毒活動的意圖是完全自主地形成的，警方部署的假裝毒品買賣沒有促成這個一直在進行中的犯罪活動或上訴人的犯罪意圖，而只是把它們顯現出來，這並不構成《刑事訴訟法典》第 113 條第 2 款 a 項所指的以欺騙手段進行的取證，也沒有超出第 5/91/M 號法令第 36 條第 1 款允許的範圍。”

同樣裁判也可參看 2015 年 5 月 20 日終審法院第 17/2015 號合議庭裁判。

本文中，雖然第二嫌犯 B 指出，這是首次接觸第一嫌犯 A，但第二嫌犯是透過早前曾經購買毒品的電話號碼訛稱購買毒品的，且每次都是不

同人士送貨。因此，從中可以看到，第一嫌犯向他人提供毒品的犯意早已存在，並非由警方的行動誘發出來的。鑑於此，有關的證據方式並不構成欺騙手段取證。

因此，只透過電話聯絡，並在一個進行當中的犯罪活動進行揭發是合法的，因為並沒有變成一種推動或慫恿犯罪活動的行為。

所以，本案中在拘留嫌犯 A 前涉及該行為所獲得的證據，在其獲取的方式上完全合法，沒有與《刑事訴訟法典》第 113 條產生抵觸。

原審法院在形成心證的時候沒有考慮這些必須考慮的合法證據，違反了有關衡量證據的規則，對合法的證據沒有作出衡量，但此瑕疵並非檢察院的上訴理由所指的《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項所規定的“在審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵，而原審法院的原有合議庭必須重新對合法的證據作出衡量，再作決定。

故此，檢察院的上訴理由成立，決定將卷宗發回初級法院由原來的合議庭，以便對嫌犯 A 被控的一項少量販毒罪作重新審判。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定檢察院的上訴理由成立，將卷宗發回初級法院，由原合議庭對第一嫌犯 A 的少量販毒罪作重新審判。

判處嫌犯 A 繳付 2 個計算單位之司法費，以及上訴的訴訟費用。

訂定第一嫌犯 A 辯護人辯護費為澳門幣 2,000 圓。
著令通知。

2017 年 5 月 25 日

譚曉華 (裁判書製作人)

蔡武彬 (第一助審法官)

司徒民正 (第二助審法官)