(譯本)

上訴裁判的範圍
不依職權審理澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款的瑕疵
澳門《民事訴訟法典》第 650 條不適用於刑事訴訟
獲證明的事實事宜不足以支持裁判
簡單的證據不足
欠缺進行偵查措施
第 5/91/M 號法令的販賣毒品罪的法益
抽象危險犯或推定危險犯
第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款的適用標準
少量毒品一定義
內含麻醉物質的藥片
購買毒品
第 5/91/M 號法令第 18 條第 2 款刑罰的自由減輕

摘要

一、上訴法院只解決上訴人具體提出並且由上訴理由闡述結論所限定的問題，而結論中未包含的問題則轉為確定，另一方面，法院只裁判這些問題，而不審理上訴人據以支援其訴求的全部依據。

二、澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a、b 及 c 項所規定的三種瑕疵，使上訴法院有可能重新審議原審法院已經審判的事實事宜，但這些瑕疵不應依職權審理，即使上訴限於法律事宜。

三、事實上，澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款的清晰行文，結合第 402 條第 1 款、第 3 款及第 415 條第 1 款的規定，並將其對照第 393 條第 1 款及第 2 款，表明有關“瑕疵”只有在被“作為上訴的依據”提出時才能說明依據第 418 條第 1 款移送卷宗為合理。

四、這符合立法者之立法意圖，即規定訴訟主體，如“上訴人”，在案件的良好及快捷的最終解決中有一項清楚無誤的共同責任，尤其在澳門《刑事訴訟法典》第 393 條中給與他們內容廣泛的上訴限制，並在上訴理由闡述方面為他們規定嚴格規則，這些規則包括須按第 402 條第 1 款及第 2 款具體列舉上訴依據並作出結論。

五、確實，如果嫌犯服從事實事宜方面所作的原審裁判，即使可能並依職權察覺該事宜中存在澳門《刑事訴訟法典》只是對於刑罰份量的有罪裁判部分提出上訴，那麼違背嫌犯的“意思”，依職權審理倘有之第 400 條第 2 款的瑕疵就沒有道理。因為上訴人如認為存在此等瑕疵，在對於原審法院裁判提出的上訴之理由闡述中予以爭辯就足夠。

六、對於可能發現澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項及／或 b 項規定之瑕疵的情況，不可補充適用澳門《民事訴訟法典》第 650 條。

七、在查明事實事宜中發現妨礙法律上的裁判的漏洞時，或當可得出結論認為捨此就不可能得出已經得出的法律結論時，方有獲證明之事實事宜不足以支持裁判之瑕疵。它與簡單的證據不足無關。

八、獲證明的事實事宜不足以支持裁判之瑕疵，正如其餘兩項瑕疵——理由說明中不可補正的矛盾及證據審查中的明顯錯誤一樣，必須來自被上訴的裁判書本身，不求諸裁判書以外的任何要素，有關瑕疵必須非常明顯，以至

普通觀察者能夠察覺，換言之，普通人能夠輕易看出。

九、因此，當提出的有待證明的事實事宜沒有包含於控訴書或起訴書（倘有）亦沒有被辯方提出且並非出自案件辯論，就不發生事實事宜不足的瑕疵。

十、原審法院未就控辯內容或案件辯論內容採取調查措施，並不能導致獲證明的事實事宜不足以支持裁判，因為這種採取措施的不充分並不來自被上訴裁判的文本，因此正好相反，它本來應當在調查證據之審判聽證期間被察覺並向原審法院提出聲請 — 以遺漏澳門《刑事訴訟法典》第 107 條第 2 款 d 項第二部分規定的發現事實真相所必不可少的措施為依據主張程序的無效 — 以便能夠進行此等措施。

十一、原審法院關於其審判的犯罪形式之法律定性方面的審判錯誤，不同於獲證明的事實事宜不足以支持裁判的情況，正是因為在控訴書描述的事實事宜之查明中無漏洞，而是對於公訴書中描述的待證事宜之全部調查。

十二、1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款販賣罪擬保護的法益是身心兩方面之公共健康，因此，販賣罪是抽象或推定危險犯，該罪的既遂不要求存在著一項真實的或實際的損害，僅對受保護的法益造成損害的風險和危險就已經足夠。

十三、為著適用第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款，第 9 條不絕對要求在任何具體情況中均須以淨重來確定有關物質或製劑之量。因為，為著該條第 1 款可能產生之效果，必須考慮吸食有關毒品之情節，而第 5 款的規定正是這個精神。按第 5 款，為著第 9 條規定之效果，對於販賣中最流行的每種物質及製品之少量之具體量值，應按經驗法則及有權限實體之自由心證評價。

十四、因此，作為第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款的適用標準（該條款對於適用第 1 款規定之較輕刑幅也具重要性）是：如果禁用物質包含於藥片、藥丸甚至膠囊中，或者與（本身是被禁用或不被禁用的）其他物質或不純物質混雜，那麼只應考慮證實含有這種禁用的物質或物質之一的藥片、藥丸或膠囊的數量，不必查明淨量。不導致違反刑事合法性原則之“法無明文不為罪，不受罰”原則，因為第 5/91/M 號法令第 9 條第 5 款本身條文之內在精神，容許基於有權限實體之自由心證，並按照經驗法則形成是否少量之價值判斷。

十五、另一方面，在為每類有關物質或製劑訂定“少量值”時，不能過度地關注它的致命量，而應當更加適當地關注法律明確規定的“不超過 3 日內個人所需吸食量”。

十六、如果未證實行為人使用的毒品量值以及是否每天使用，則必須以一般使用者在該行為人之條件下所需之吸食量來評估該行為人使用毒品的需要。

十七、搖頭丸的普通使用者是“中產階層”的後代及“狂野舞會”的青少年參加者或者夜總會、酒吧甚或私人聚會或宴會的常客，以便可以透過這些視為“時尚毒品”或“消遣毒品”的藥片獲得在這種聚會或宴會中的“高度興奮”。因其“高度興奮”效果，它被俗稱為搖頭丸。

十八、搖頭丸在普通使用者的正常人類行為情形中，不能也不應當連續三日內使用搖頭丸，正是因為口服“搖頭丸”後“高度興奮”效果以及連續的“非自願”搖晃腦袋後（因此這種藥片之中文俗稱為“搖頭丸”即“搖晃腦袋的藥片”），人類身體的極疲憊狀態，之後，藥片之普通使用者需要時間來恢復體力，因此沒有任何一位普通及有理智的人願意透過吞食這種藥片後連續三天或三夜“高度興奮”後之身體之極疲憊狀態，此外，按照人類生活狀態的常規，沒有人一次性吞食一粒或兩粒以上的搖頭丸，否則，就會對於身體健康有嚴重的甚至致命的危險，因為，一方面，沒有任何人能保證將

服食的搖頭丸只含有甲基苯丙胺及／或氯胺酮極低之量，即使保證如此，行為人也不會一次服食超過一粒或兩粒藥片，因為這種藥片的“時尚毒品”或“休閒毒品”的性質，而不是像海洛因、可卡因或大麻等等能造成本義上的習慣性毒品依賴。

十九、應當指出，所有類似於下列觀點之見解均毫無依據：搖頭丸含有一種或多種活性禁用物質的極低之量，一粒甚至十幾粒藥片可以是個人三日內所需之吸食量，因此構成第 5/91/M 號法令第 9 條規定效果的“少量”。理由是此類見解存有違反原則的瑕疵，漠視上述所指出的搖頭丸普通使用者的人類經驗規則。

二十、絕不能說，贊同這種見解，認為如果此等藥片的使用者事先知道藥片內含的一種或多種禁用活性物質的確切淨量，並且認為含量太少以至達不到“高度興奮”，就會準備一次服食較多粒藥片（例如十幾粒藥片）以便感到所希望的同樣“高度興奮”程度。這種爭辯理由不能成立。因為它恰恰違背了在上述常規情形中的人類一般經驗法則，此外，也沒有尊重他試圖遵守之刑法中罪過論的本身學理，尤其關於犯罪行為人罪過的認知要素的查明準則方面的學理。

二十一、事實上，如果有關活性物質包含於藥片內，且通常與其他活性及／或不純淨物質混雜，那麼在正常條件下，普通使用者既不會也不具條件首先“砸開”藥片，以便從中提取希望服用以達到在的士高舞廳或者私人聚會或宴會中的愉悅效果的活性物質的淨量，因為達到這一“目的”，他肯定將選擇取得直觀上呈現純淨狀態的而非包含於藥片中的活性物質，理由是在狂野舞會或的士高聚會或私人聚會中，“砸開”藥片完全不方便，此外，提取及確定藥片中所含的有關活性物質的準確淨量，對於普通使用者來說還有前述的內在的技術上的不可行性。

二十二、如果涉及純淨狀態而非包含於藥片中的甲基苯丙胺或氯胺酮，那麼這種見解就是有效的。因為在此情形中，由於普通使用者已能預見此等物質的淨量，可以自由並隨意服食所希望之量以滿足此效果之需求。

二十三、因此，在已經證實行為人知道有關搖頭丸內含的特定麻醉性物質為法律所禁止的特徵及性質的情況下，他仍然按自由意志而非以本著尋找該等物質或製劑供自己使用的排他目的“販賣”這些物質，且明知這樣做將違反法律，因此該行為人必須以第 5/91/M 號法令第 8 條犯罪的直接正犯的名義受處罰，除非審理案件的有權限法院（並且只有這個審判實體）認為：按照第 5/91/M 號法令第 9 條第 5 款的精神，即根據其自由心證及經驗法則，證實內含此等麻醉物質的有關藥片之量“不超過個人三日內所需吸食量”，在這種情況下，僅對行為人按照第 5/91/M 號法令第 9 條較輕幅度處罰。

二十四、然而，“即使對藥片中包含的毒品之情形而言，定量分析重要性及優先性”這一見解如果適當的，那麼它的具體適用就不應受制於定量分析在技術上的可能性這一當然前提，因為如此提出的這個觀點，將導致以不平衡方式適用之，即：對於這種定量分析在技術上不可能的情形中，均可（舉例而言）按照‘有疑義時利益歸於被告’之原則開釋嫌犯；而在此等分析在技術上可能的所有情形中，如果在有關藥片內含的禁用活性物質的淨量超過個人三日內所需之吸食量，將判處嫌犯觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的販賣罪，是否這樣？

二十五、因此，為適用第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款的效果，更可主張的標準——因為這一標準對於所有販賣被第 5/91/M 號法令禁止且包含於藥片、藥丸或膠囊的、無論是與其他一種或多種禁用或不禁用的物質混雜，或是與

所謂“無害的”雜質混雜的任何物質的所有行為人均一視同仁 — 是以這種藥片、藥丸或膠囊之粒數為標準，條件是證實其中內含第 5/91/M 號法令第 8 條禁止或管制的任何一種物質，而不論是否知道對此種藥片內含的活性物質淨量的定量分析在技術上是否可行性，因為這種定量分析與審判實體以此等藥片、藥丸或膠囊的普通使用者的經驗法則為基礎、在“少量”的具體化範疇內形成的自由心證並無聯繫。

二十六、第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款法定罪狀所指的“購買”概念之符合，它要求購買之物之交付，它允許出現並存在對該物的支配情形，這種支配對於該法令第 9 條第 3 款的適用具相關性，此外，沒有這種支配就不可能“對受保護之法益造成損害之風險或危險”，而販賣罪狀的歸罪規範正是希望遏制這種風險或危險。要求物之交付的邏輯必然抵觸民法中有效的“不動產買賣合同”概念。對於後者，物之交付並不是合同形成的要件之一，而只是合同的基本效果之一。

二十七、原審法院在其審判的犯罪形式之法律定性方面的審判錯誤，不同於獲證明之事實不足以支持裁判的情形，這正是因為控訴書描述之事實事宜查明方面不存在任何漏洞，而是對公訴書描述的待證事宜作了全部調查。

二十八、面對出自卷宗的這套事實，明顯顯示其中一名嫌犯與司法當局具體配合，故應啟動第 5/91/M 號法令第 18 條第 2 款的刑罰的“自由減輕”。

2002 年 7 月 18 日合議庭裁判書
第 125/2002 號案件
裁判書製作法官：陳廣勝

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

一、概述

(一) 甲、乙及丙，身份資料載於卷宗，以第一、第二及第三嫌犯的身份被檢察院控訴作為直接共同正犯以既遂形式觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的一項販賣罪，在初級法院第三庭第 PCC-112-01-3 號合議庭普通刑事案範圍內審判，最後在 2002 年 5 月 31 日作出的合議庭裁判主文部分被判處下列內容（該卷宗第 385 頁至第 390 頁）：

“（...）

6. 面對上述，裁定控訴之理由成立並：

A) 判嫌犯甲作為直接共同正犯以既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的一項罪行，處以 8 年 9 個月監禁及澳門幣 1 萬元罰金，得以 72 日監禁作為替代；

B) 判嫌犯乙作為直接共同正犯以既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的一項罪行，處以 8 年 6 個月監禁及澳門幣 1 萬元罰金，得以 60 日監禁作為替代；

C) 判嫌犯丙作為直接共同正犯以既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款及澳門《刑法典》第 66 條第 1 款規定及處罰的一項罪行，處以 5 年 3 個月監禁及澳門幣 5,000 元罰金，得以 30 日監禁作為替代；

訴訟費用由嫌犯們承擔，司法費定為 4 個計算單位，並按照 8 月 17 日第 6/98/M 號法律第 24 條的規定判令每名嫌犯繳納澳門幣 600 元。

第一嫌犯的公設辯護人酬金定為澳門幣 500 元。

宣告所有的麻醉品及其他被扣押物喪失歸澳門特別行政區，麻醉品應予適時銷毀（...）”

作出登記表作刑事記錄。

發出將嫌犯們解送澳門監獄的命令狀。

(...)”

(二) 作出通知後，只有第一嫌犯及第二嫌犯向本中級法院提出上訴。

(三) 第一嫌犯甲在上訴中請求（參閱卷宗第 428 頁至第 429 頁的內容）：

“ (...)

a)由於獲證明的事實事宜不足以支持裁判的不可補正的瑕疵，決定移送卷宗以重新審判，目的是以可能的方式查明在卷宗中扣押的全部 40 粒藥片中所含的物質的淨重量；

b)或者將現上訴人的判罪轉換為 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款及第 3 款規定及處罰的少量販賣罪；

c)或者，如不這樣認為，應對上訴人改判以正犯及未遂形式觸犯 1 項 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的販賣麻醉品罪。

(...)”

為此，其上訴理由闡述書的結論如下（參閱卷宗第 424 頁至第 428 頁的內容）：

“ (...)

1.當裁判書的文本中因為欠缺事宜的查明而未載明納入訂定罪狀之刑事條文的全部有關事實時，就存在事實事宜的不足。

2.毒品的定量對於 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條列舉的行為的歸罪屬必不可少，因為沒有這一項事實要素，原審合議庭就不能確定個人三日內使用之“量”，從而導致不可能作出正確的法律定性 — 是販賣罪，少量販賣罪，還是販賣供吸食罪，也不能在將科處的具體刑罰份量中清楚作出不法性程度及罪過嚴重性程度的衡量。

3.當獲證明的事實中未載有查明之禁用物質之量 — 無論是甲基苯丙胺還是氯胺酮的量時，就存在獲證實的事實事宜不足以支持裁判。

4.司法警察局化驗所對於藥片所作的化驗中所使用的分析方法限於是僅僅隨機抽取所扣押的 40 粒藥片中的兩片予以分析，並從中得出希望對全部 40 粒藥片均告有效的結論，這就存在獲證明的事實事宜不足以支持裁判。卷宗第 96 頁至第 101 頁所載的化驗結果得出的結論並不是基於對 40 粒藥片全部作出化驗。而全部化驗是不可避免的，這甚至因為既有的禁用物質的量或百分比可能因每粒被扣押的藥片而不同。訴諸這種隨機抽樣分析方法，不論是否具有代表性，都是不可接受的，因此發現存在著**事實事宜不足以支持法律上的裁判**，即澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所列舉的瑕疵。

5.在本卷宗涉及的二甲（甲烯二氧）苯乙胺的物質的情形中，其劑量單位不是以“藥片”的粒數為基礎作出，而是以該物質的克或毫克來作出，因為含有二甲（甲烯二氧）苯乙胺的 1 粒藥片可能含有 0 至 100 毫克該物質，甚至含有多種雜質，使得查明其淨重量對於刑事效果必不可少，並可能在販賣罪的有關法定罪狀的法律定性中有意義。

6.視為獲證明的事實中並不載有藥片中包含之禁用物質的淨重量，對於適當的法律上的裁判構成漏洞，這引致因存在著事實事宜不充分的瑕疵而移送卷宗。

7.上訴法院應依職權審理澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款的各項瑕疵。

8.被上訴的合議庭裁判還違反 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條及第 9 條第 1 款及第 3 款所包含的法律規範，以及“有疑義時利益歸於被告”的原則。

9.被上訴的合議庭裁判將現上訴人的行為納入 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的一項犯罪的直接共同正犯，而該行為構成該法令第 9 條第 1 款及第 3 款的犯罪，原因是未能設法查明共同嫌犯乙擁有的違禁物質的總量或百分比，該數量應當被視為少量。

10.相應地並作為嗣後行為，被上訴的合議庭裁判沒有遵守“**有疑義時利益歸於被告**”的原則就事實解釋及適用法律。

11.面對視為獲證實的事實事宜，絕對不能指控現上訴人以既遂形式觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條規定的販賣麻醉品罪而承擔刑事責任，其行為最多構成一項未遂的不法行為。

12.上訴人託付的藥片絕對沒有由其持有，進入其法律範疇或者由其事實上處置。共同嫌犯丙在中國內地獲得這些藥片並給了乙，而乙在其居所保管這些藥片。共同嫌犯乙沒有將藥片交給

上訴人，而交給了對其居所實施住所搜索的司警。

13. 在上訴人占有中，在其居所或車輛內沒有搜獲任何毒品或精神科物質。

14. 未查明上訴人以前曾經從事販賣活動（換言之，考慮到司法見解一向認為“...在販賣麻醉品的犯罪中不僅涉及在特定程序中具體被扣押的毒品，還涉及行為人在特定階段中所販賣的毒品的量...”）。

15. 行為人作出 — 已決定實施之犯罪之實行行為，而犯罪未至既遂者，為**犯罪未遂**。

16. 在本案中，作出的實行行為 — 交付金錢 — 並非販賣麻醉品罪的法定罪狀的構成要素。相反向共同嫌犯交付金錢應當被視為可產生法定後果的行為。

17. 因為被視為獲證明的事實事宜不正確的法律定性而存在法律上的錯誤。上訴人應被判處觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款，結合澳門《刑法典》第 21 條所規定及處罰的未遂販賣罪。”

（四）第二嫌犯乙請求變更判處 8 年 6 個月監禁的合議庭裁判，改判為 5 年至 6 年監禁，為此，其上訴狀結論如下（參閱卷宗第 440 頁至第 441 頁）：

“（...）

1. 被上訴的合議庭裁判中所載的事實無一可資確保或以簡單跡象表明上訴人反復從事販賣麻醉品罪，恰恰相反。

2. 上訴人作出這種不法行為是第一次且是唯一一次。

3. 被上訴的合議庭裁判在純粹和簡單地將事實納入法律之前，本來應當分析嫌犯在傳送麻醉品中展開的活動（如曾經存在過）的重要性，但沒有這樣做。

4. 為了符合有關重要販賣或次要販賣的空泛及相對性概念，應當尤其考慮有關活動的期間，被認為（毒品）取得者的人數，出售或讓予的重複性，取得的毒品之量，出售的量以及交易中涉及的金額。

5. 被質疑的合議庭裁判未考慮上訴人可能從事的活動期間 — 事實上不可能，因為只發生過唯一的一次；被認為（毒品）取得者的人數 — 也不可能，因為只涉及到一名有嫌疑的取得者；出售或讓與的重複性，出售的量。

6. 這些前提對於查明不法性程度以及在販賣麻醉品中個人捲入的程度極其重要。

7. 所證實的是上訴人應第一嫌犯的請求為後者尋找毒品。上訴人在被請求時根本不持有該毒品。此外，將錢交給上訴人必然是嫌犯甲本人，否則，上訴人無錢取得藥片。此外，除了所有這些、與真正的販毒者活動毫不無關的情節之外，上訴人還必須請求第三嫌犯為其尋找這些毒品以便滿足甲的請求。

8. 所有這一切均不符合毒品販賣者活動的正常邏輯。只是以上訴人不是並且從來不是麻醉品販賣者作出解釋。

9. 原審法院沒有在應有程度上注重上訴人的家庭、社會、職業及其文化背景，而這些背景在卷宗第 323 頁起所載的社會報告書中已經指出。

10. 上訴人是初犯，完全融入其家庭、社會、職業及文化環境，以及這是上訴人初次及唯一一次作出這種不法行為等事實，顯示本應科處其他具體刑罰。

11. 在這些要素的結合中應找出應予科處的且更公正的處罰，該刑罰應當介於 5 年至 6 年監禁之間。

12. 只有在降低刑罰之意義上變更原審法院科處的刑罰，方可完全伸張正義，並實踐澳門刑事制度的教育及重新融入社會的理念。

13. 被上訴的合議庭裁判違反了澳門《刑法典》第 65 條，第 66 條第 1 款及 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款。”

（五）駐一審法院助理檢察長答覆如下（參閱卷宗第 444 頁至第 448 頁的內容）：

“（...）

上訴人甲及乙爭執判處其觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定之罪的合議庭裁判。

首名嫌犯首先以指稱的獲證明的事實事宜不足以支持裁判為由，希望移送卷宗重新審判。

第二名嫌犯則不服合議庭裁判對其科處的刑罰份量。

我們相信嫌犯甲有理，從而當然無需審理嫌犯乙提出的上訴。

我們看看。

嫌犯們以藥片形式持有的麻醉品，為甲基苯丙胺及氯胺酮。

然而，查明未作出化驗以對有關製品作定量分析。

正如所知 — 並且在科學上一直確認 — 1 粒如本案中的藥片可以含有從 0 毫克至 100 毫克之純粹狀態的這種毒品。

這等於說，從數量上看，僅一粒藥片即可等於 100 粒以上藥片（之集合）。

因此，這一切均表明所謂**定量分析**的重要性及優先性（當然從定量分析在技術上是可能的這一前提出發）。

況且所引用的第 8 條第 1 款所指的是“表一至三所包括之物質及製劑”，它以此方式無疑指出了我們主張的含義。

因此，應盡可能查明毒品的淨重量。

實際上，這種淨重量無論對於刑事法律定性而言還是對於刑罰份量而言，不能不具重要性並往往具決定性。

相應地，為此效果，必須對於事實事宜予以擴大。

本院正是在此意義上以多數票作出裁判（參閱第 26/2002 號案件及第 41/2002 號案件的 2002 年 5 月 16 日合議庭裁判）。

同時，終審法院也如此裁定（參閱第 7/2002 號案件的 2002 年 5 月 30 日合議庭裁判 — 此裁判對於本院第 39/2002 號案件的 2002 年 4 月 4 日合議庭裁判的未獲全票通過的合議庭裁判作出闡述）。

簡而言之，在我們看來，未遵守澳門《刑事訴訟法典》第 321 條的規定。

調查原則 — 該原則主導刑事訴訟 — 在實體上表現為“法院負責自主澄清並調查應予審判的事實的權力 — 義務，以便為裁判創造必要基礎，此等澄清及調查可超越控辯雙方所作出之澄清及調查的範圍”（Figueiredo Dias, 《D.P.P.》，第 1 卷，第 148 頁）。

已經知道，在審判聽證時，在司法警察局鑑定化驗所不僅存在甲基苯丙胺的品質標準，還存在氯胺酮的品質標準。

綜上所述，我們認為所面對的是澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定的情形。

相應地，應當根據有關規定並為著其所指出之效果命令移送卷宗（參閱該法典第 418 條）。

如果這樣裁判，必將伸張**正義**。

(...)

(六) 上訴上呈本中級法院後，簽署上述答覆的助理檢察長在檢閱中表態維持已經採取的立場。

(七) 作了初步檢查，法定檢閱已畢，並依照澳門《刑事訴訟法典》第 414 條的規定進行了審判聽證，聽證時檢察官及上訴及非上訴的嫌犯之辯護人在場。應當依照有關程序法第 416 條規定作出的決議及表決情況，對本上訴情況作出裁判。

二、關於被上訴的合議庭裁判中的事實事宜

原審法院對公訴書描述的事實事宜審判如下（參閱卷宗第 387 至 389 頁背頁的內容）：

“ (...) 下列事實已經獲證實：

同年 10 月 18 日，丁因為販賣麻醉品被拘留，以販賣麻醉品罪被控訴及判罪（參閱附件第 210 頁至第 213 頁第 3423/2001 號偵查卷宗及卷宗第 233 頁至第 243 頁的初級法院合議庭裁判）。

2001 年 5 月 4 日，嫌犯甲為了獲得搖頭丸以便向第三人提供，致電嫌犯乙的手機，請他在中國內地獲取 50 粒搖頭丸，承諾給她澳門幣伍佰元作為報酬。

2001 年 5 月 5 日約 20 時，在澳門關閘邊檢站附近，嫌犯甲交給嫌犯乙澳門幣 3,000 元，以

支付上述藥片的價金。

嫌犯乙在收受上述金額後立即前往嫌犯丙的工作地點 XXX 茶室（位於黑沙環大馬路），向她交出上述金額請她前往中國珠海取得 50 粒搖頭丸。

嫌犯乙還承諾支付嫌犯丙澳門幣伍佰元，以作為運送搖頭丸的報酬。

因此，2001 年 5 月 6 日凌晨，午夜剛過，嫌犯丙前往中國珠海 XXX 卡拉 OK，在該卡拉 OK 內向一名叫 XXX 的人取得 40 粒搖頭丸，價格為每粒澳門幣伍拾陸元。

該日上午 8 時剛過，嫌犯丙將上述搖頭丸裝在襪子裏，經關閘邊檢站將該等搖頭丸從中國珠海帶往澳門。

作為連續行為，該日 8 點 30 分，嫌犯丙來到嫌犯乙位於[地址(1)]的居所，在那裏將 40 粒搖頭丸交給乙。

該日 14 時 10 分，司法警察局警員在嫌犯乙的上述居所實施搜索，乙本人從房間的簾子後面取出一個透明塑膠袋，內含 40 粒四方形橙色藥片，藥片上刻有 CC 字樣，俗稱搖頭丸。

經化驗，認定上述藥片是甲基苯丙胺及氯胺酮，分別是 1 月 28 日第 5/91/M 號法令（經 5 月 2 日第 4/2001 號法律修訂）表 II-B 及表 II-C 所列的禁用物品。

嫌犯甲、乙及丙的行為是自由的、自願的及有意識的。

嫌犯甲、乙及丙明知上述製品的性質及特徵。

嫌犯甲、乙及丙取得、收受、運送、讓與或提供上述製品，目的是取得或試圖取得金錢或非金錢上的回報；持有的目的不是個人使用。

嫌犯甲、乙及丙明知他們的行為是法律所禁止及處罰的。

第一嫌犯無業。

單身，不須撫養他人。

自認了部分事實，是初犯。

第二嫌犯是餐廳侍應，每月收入澳門幣 3,800 元。

已婚，須照顧兩名子女。

自認了部分事實，是初犯。

第三嫌犯是餐廳侍應，每月收入澳門幣 5,300 元，但已三個月沒有收到工資。

單身，須贍養父母。

自認了事實，是初犯。

下列事實未獲證實：控訴書所載的其餘事實，尤其是第一嫌犯向丁售賣麻醉品。

三、法律

（一）首先，必須限定本案兩項上訴的標的範圍，同時必須注意上訴法院只解決上訴人具體提出並且由上訴理由闡述結論所限定的問題，而結論中未包含的問題則轉為確定（參閱本中級法院下列刑事案件中的裁判：第 242/2001 號案件的 2002 年 6 月 20 日、第 63/2001 號案件的 2001 年 5 月 17 日、第 18/2001 號案件的 2001 年 5 月 3 日、第 130/2000 號案件的 2000 年 12 月 7 日合議庭裁判，以及終審法院第 14/2001 號案件的 2001 年 2 月 7 日合議庭裁判）。

因此本上訴中應審理的問題如下，顯然我們只應當裁判這些問題，而不審理上訴人據以支援其訴求的全部依據（參閱本中級法院在下列刑事案件中的裁判：第 242/2001 號案件的 2002 年 6 月 20 日、第 84/2002 號案件的 2002 年 5 月 30 日、第 63/2001 號案件的 2001 年 5 月 17 日、第 130/2000 號案件的 2000 年 12 月 7 日合議庭裁判）：

關於第一嫌犯甲的上訴：

— **主要問題：**由於未查明卷宗中藥片所含的禁用物質的淨重量，造成獲證明的事實事宜不足以支持裁判，必須依職權審理《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款的瑕疵；

— **在主要問題理由不成立情況下的第一個補充問題：**根據“有疑義時利益歸於被告”原則，將嫌犯的行為納入第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款及第 3 款的犯罪；

— **在第一個補充問題理由不成立的情況下的第二個補充問題：**將嫌犯的行為納入第 5/91/M

號法令第 8 條第 1 款的未遂販賣罪而非既遂販賣罪。

關於第二嫌犯乙的上訴：

— **獨一問題：**降低所科處刑罰。

(二)由於本上訴案所基於的主要卷宗中的全部三名嫌犯均以 1 月 28 日第 5/91/M 號法令(以下僅簡稱為第 5/91/M 號法令)第 8 條第 1 條的販賣罪之共同正犯名義被控訴(及被審判)。

因此第一嫌犯/上訴人以主要問題的名義而非僅限於個人的形式而上訴(因為第一嫌犯認為該瑕疵出現的基本理由是未查明卷宗中藥片所含的禁止物質的淨重量,故這一“問題”對於其他兩名“共同嫌犯”是共同的問題),爭辯的獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵一旦成立,根據澳門《刑事訴訟法典》第 392 條第 2 款 a 項,將惠及其餘兩名嫌犯,並意味著重新審理原審法院審判的事實事宜,因此,接下來應當立即審理第一嫌犯的上訴,該上訴一旦勝訴,將不必審理僅請求變更對其科處之刑罰的第二嫌犯的上訴。

(三)關於第一嫌犯甲的上訴,審理如下：

1.關於主要問題：

因未查明卷宗中的藥片所包含的禁用物質的淨重量,造成獲證明的事實事宜不足以支持裁判,必須依職權審理澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款的瑕疵。

我們從結尾開始審理,應當對上訴人堅持的依職權審理澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款瑕疵的觀點作出否定答覆,因為必須維持本中級法院第 242/2001 號案件的 2002 年 6 月 20 日合議庭裁判中我們在此問題上已形成的司法見解,有關段落轉錄如下：

“(…),我們謹認為澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a、b、c 項所規定的三個瑕疵,使上訴法院有可能重新審議原審法院已經審判的事實事宜,但這些瑕疵不應依職權審理,即使上訴限於法律事宜。其原因是 Manuel Castro Ribeiro 大法官在葡萄牙最高法院刑事庭全會第 46580 號案件的 1995 年 10 月 19 日合議庭裁判的表決落敗聲明中所持的觀點,該觀點見於該院第 7/95 號合議庭裁判[該合議庭裁判確定了下述強制性司法見解:“上訴法院應依職權審理葡萄牙《刑事訴訟法典》第 410 條第 2 款(注:與澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款實質類同)所指之瑕疵,即使上訴限於法律事宜。”(載於葡萄牙《共和國公報》第 298 期,第 I-A 組,第 8211 頁至第 8213 頁)],現僅作學說轉錄如下(一如第 7/95 號合議庭裁判一樣)：

— “事實上,第 410 條第 2 款[同澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款]的清晰行文,結合第 412 條第 1 款及第 3 款、第 430 條第 1 款[分別同澳門《刑事訴訟法典》第 402 條第 1 款及第 3 款及第 415 條第 1 款]的規定,並將其對照第 403 第 1 款及第 2 款[同澳門《刑事訴訟法典》第 393 條第 1 款及第 2 款],表明有關“瑕疵”只有在被“作為上訴的依據”提出時才能說明移送卷宗為合理(第 426 條)[同澳門《刑事訴訟法典》第 418 條第 1 款];這符合立法者的立法意圖,即:規定訴訟主體作為“上訴人”,在案件的良好及快捷的最終解決中有一項清楚無誤的共同責任,尤其在第 403 條[同澳門《刑事訴訟法典》第 393 條]中給與他們內容廣泛的上訴限制,並在上訴理由闡述方面為他們規定嚴格規則,這些規則包括依據第 412 條第 1 款及第 2 款[同澳門《刑事訴訟法典》第 402 條第 1 款及第 2 款]須專門列舉上訴依據並作出結論。

在本席看來,不應當引用第 403 條第 3 款的規定[同澳門《刑事訴訟法典》第 393 條第 3 款]來支持所確定的司法見解,因此,該條文中對上訴設立之限制取決於上訴的“理由成立”,而可能的依職權審理第 410 條第 2 款[同澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款]規定的瑕疵,並隨後移送卷宗,必將意味著不審理上訴標的。”

— “本席還認為主張第 426 條[同澳門《刑事訴訟法典》第 418 條第 1 款]不是決定性的,因為其目的只是當這些瑕疵因依據第 410 條第 2 款[同澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款]而成為上訴依據而被審理時,用來澄清該等“瑕疵”的效果。

因此,應當在此指出,雖然終審法院第 11/2001 號案件在 2001 年 7 月 30 日作出了合議庭裁判(其中只涉及民事待判事宜),且在最近一份合議庭裁判中引用了該裁判,力主澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款之瑕疵審理的依職權特徵,在稍早前的 2001 年 2 月 7 日,在第 14/2001 號案件(刑事案件)中已經表達了下列立場:刑事上訴之標的由上訴人理由闡述結論所限定,對

於可能出現的澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項及/或 b 項規定之瑕疵，不可補充適用澳門《民事訴訟法典》第 650 條，內容如下：

— “...上訴法院只解決上訴人在其上訴理由闡述書的結論部分所界定和具體提出的問題，結論部分未包括的問題則轉為確定”（參閱裁判書第 79 頁）；

— 因此，“...如果在被上訴的合議庭裁判中出現澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項及/或 b 項所指的“獲證明的事實不足以支持裁判”及/或“說明理由方面有不可補救的矛盾”的情況，絕不可補充適用澳門《民事訴訟法典》第 650 條，該條的題目是“事實事宜之不足及在事實方面之裁判之矛盾”，其中規定：“1.如終審法院認為事實事宜之範圍可予擴大，且應予擴大，以便說明在法律方面之裁判之理由，或認為在事實方面之裁判出現矛盾，以致不可能作出法律方面之裁判，則命令在中級法院重新審理有關案件。//2.終審法院須立即訂定適用有關案件之法律制度；如因事實事宜不足或在事實方面之裁判出現矛盾而不能立即訂定適用之法律制度，則對中級法院所作之新裁判得按對該法院先前之裁判提出上訴之方式，向終審法院提出上訴”，因為根據上述規定，刑事訴訟在這個問題上足以自我解決（見澳門《刑事訴訟法典》第 4 條）”。（參閱裁判書第 81 頁及其背頁）。

確實，應當從源頭看這個問題：如果嫌犯服從原審關於事實事宜作出的裁判，即使可能並依職權在裁判中發現澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款的任何瑕疵，（嫌犯）也未對該裁判提出上訴，而只是就有罪裁判中關於刑罰份量之部分提出上訴，那麼在違背嫌犯的“意思”的情況下依職權審理倘有的第 400 條的瑕疵將沒有意義，因為倘嫌犯認為有這些瑕疵，在針對原審法院裁判提出的上訴理由闡述書中爭辯此等瑕疵就已經足夠。

然而，上文認定的澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款瑕疵的非依職權審理的特徵，並不妨礙隨後審理嫌犯甲以主要問題的名義在此提出的獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵，這一項明確爭辯使有關瑕疵已經成為本案上訴標的的一部分。

因此，為了可以令到基於獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵為依據的移送卷宗以便一審法院重新審判的主要請求可以得直，“以便通過可能的方式查明卷宗中總共 40 粒藥片內所含的物質的淨重量”（參閱第 428 頁上訴闡述書內容），嫌犯甲重點主張“毒品的定量對於以 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條列舉的行為予以歸罪是必不可少的，因為沒有這一項事實要素，原審合議庭就不能確定個人三日使用之“量”，從而不可能作出正確的法律定性 — 無論是販賣罪，還是少量販賣罪，還是販賣供使用罪 — 也不能在將科處的刑罰具體份量中清楚評定不法性程度及罪過強度”（參閱第 424 頁上訴理由闡述書第二點結論），在卷宗檢閱範疇內作出的上文轉錄之意見書及就現上訴人之上訴理由闡述書作出答覆的簽署人/助理檢察長贊同這一辯護理由。

應當首先記起關於獲證明的事實事宜不足以支持裁判概念的內涵及外延方面的下列內容：

— 只有發現在該事宜查明中存有一項妨礙法律上的裁判之漏洞，或者可以得出結論認為捨此就不可能得出已經得出的法律上的結論，方存在獲證明的事實事宜不足以支持裁判。因此它與簡單的證據不足無關（參閱本中級法院第 92/2000 號案件的 2000 年 6 月 15 日合議庭裁判，該裁判又被本中級法院第 130/2000 號案件的 2000 年 12 月 7 日合議庭裁判所引用，還可參閱本中級法院其他裁判：第 1/2001 號案件的 2001 年 6 月 14 日合議庭裁判，第 63/2001 號案件的 2001 年 5 月 17 日合議庭裁判及第 242/2001 號案件的 2002 年 6 月 20 日合議庭裁判）；

— 獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵，正如其餘兩項瑕疵 — 理由說明中不可補正的矛盾及證據審查中的明顯錯誤一樣，必須來自被上訴的裁判書本身，不求諸裁判書以外的任何要素，有關瑕疵必須非常明顯，以至普通觀察者能夠察覺，換言之，普通人能夠輕易看出（參閱本中級法院第 242/2001 號案件的 2002 年 6 月 20 日合議庭裁判，第 130/2000 號案件的 2000 年 12 月 7 日合議庭裁判，這些裁判遵循本中級法院的其他裁判：第 135/2000 號案件的 2000 年 9 月 21 日，第 101/2000 號案件的 2000 年 6 月 29 日，第 17/2001 號案件的 2001 年 5 月 3 日合議庭裁判）；

— 因此，當提出的有待證明的事實事宜沒有包含於控訴書或起訴書（倘有）中，亦沒有被

辯方提出且並非產生於案件辯論中時，就不具備事實事宜不足的瑕疵（參閱本中級法院第 242/2001 號案件的 2002 年 6 月 20 日合議庭裁判）。

— 原審法院未就控辯內容或案件辯論內容採取調查措施，並不能導致獲證明的事實事宜不足以支持裁判，因為這種採取措施的不充分並不來自被上訴裁判的文本，因此正好相反，它本來應當在調查證據之審判聽證期間被察覺並向原審法院提出聲請 — 以遺漏澳門《刑事訴訟法典》第 107 條第 2 款 d 項第二部分規定的發現事實真相所必不可少的措施為依據主張程序的無效 — 以便能夠進行此等措施（在此意義上參閱第 242/2001 號案件 2002 年 6 月 20 日合議庭裁判），因此，雖然我們對於不同的或相反的觀點在學術上給予應有尊重，但謹認為助理檢察長在對嫌犯甲的上訴理由闡述書之答覆中，在某種程度上將調查原則的範圍與獲證明的事實事宜不足以支援裁判的概念相混淆。

在本案中，上訴人甲由被上訴的法院判處與其他兩名嫌犯以共同正犯的形式作出第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的一項故意及既遂販賣罪。

查明 5 月 2 日第 4/2001 號法律修訂的第 5/91/M 號法令表 II-B 及表 II-C 中分別列入的、被視為卷宗中被扣押的 40 粒搖頭丸所包含的甲基苯丙胺及氯胺酮物質的淨重量，對於上訴人的有罪裁判是否必不可少？

上訴人甲被控訴的販賣罪的罪狀是第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定者，描述如下：

“未經許可而種植、生產、製造、提取、調製、提供、出售、分銷、購買、讓予、或以任何名義接受、向他人供應、運載、進口、出口、使之轉運或不屬第二十三條所指之情形下，不法持有表一至表三所包括之物質及製劑者，處八年以上十二年以下之重監禁，並科澳門幣五千元至七十萬元之罰金。”

根據第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款規定，如果第 8 條第 1 款所指的行為“之對象為表 I 至表 III 所列的物質及製劑，且為少量者”，那麼該刑罰幅度予以變更，減輕為 1 年至 2 年監禁，並科澳門幣 2,000 元至 225,000 元之罰金。

肯定的是，根據該法令第 9 條第 3 款的規定：“為著本條規定之效力，少量即指違法者支配之物質或製劑之總數量不超過個人三日內所需之吸食量。”

眾所周知，第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的販賣罪罪狀擬予保護的基本法益是身心兩方面的公共健康（在此意義上，參閱葡萄牙里斯本上訴法院第 13074/2001 號（第三庭）上訴案的 2002 年 3 月 20 日合議庭裁判，在此僅視為學說），因此，販賣毒品罪是抽象的或推定的危險犯罪，該犯罪的既遂不要求存在一項真實的及實際的損害，對於所保護的法益造成危險或風險就已經足夠。

顯然，第 5/91/M 號法令第 9 條的規定並不斷然要求為著適用第 3 款，對於任何具體情形，均以重量形式確定有關物質或製劑的量。因為，對於第 1 款可能產生的效果，必須考慮到使用有關毒品的情形，而這正是第 5 款規定的精神，即：為著第 9 條規定的效果，在對販賣中的每種最流行物質或製品之少量（概念）予以具體化時，應根據經驗法則及有權限實體的自由心證加以審理。

因此，第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款的適用標準且對於第 1 款規定的較輕的刑罰幅度之可適用性有重要性的是：如果有關禁用物質或禁止的物質之一包含於藥片、藥丸甚至膠囊中，或者與本身被禁止或不被禁止其他物質或者非純淨的物質混雜，那麼只應當考慮已經證實包含此等禁用物質或禁用物質之一的藥片、藥丸或膠囊之數量，而不必查明其淨量。

應當指出，在藥片、藥丸或膠囊中含有或混雜有禁用物質的情形中，採納這種標準並不導致違反刑事事宜合法性原則方面“法無明文規定不為罪、不受罰”的原則，因為 — 在此重申 — 這是第 5/91/M 號法令第 9 條第 5 款規定本身內含的精神，它允許基於有權限當局之自由心證並根據經驗法則對於是否少量形成價值判斷；

另一方面，在為每種有關的物質或製劑訂定“少量”之定義時，不能過度地關注其致命的量，而更應當關注“不超過個人三日內所需之吸食量”，正如法律明文所規定。

如未證實行為人所使用的毒品之量以及是否每天都使用，就必須查明在其條件下普通使用者

必需之吸食量（正是在此含義上，經必要配合，參閱葡萄牙最高法院 1992 年 5 月 28 日第 042693 號案件中經一致表決作出的合議庭裁判，[http：www.dgsi.pt/...](http://www.dgsi.pt/)，在此僅視為學說）。

作為一般理論介紹上述內容以後，我們確信，內含甲基苯丙胺及氫胺酮的 40 粒搖頭丸超過了為著第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款顯示的倘有之效果的“個人三日內所需之吸食量”。

這些心證基於下列經驗法則及常理：

— a) 搖頭丸的普通使用者是“中產階級”的後代及“狂野舞會”的青少年參加者或者夜總會、酒吧甚或私人聚會或宴會的常客，以便可以透過這些視為“時尚毒品”或“消遣毒品”的藥片獲得在這種聚會或宴會中的“高度興奮”。由於其“高度興奮”之效果，它被俗稱為搖頭丸。

— b) 這些藥片是由零售者售賣並由上述普通使用者按藥片粒數取得，也按藥片的粒數計算售價及交割，而不是按內含的甲基苯丙胺及／或氫胺酮的純物質的淨量以 X 克（或其他重量單位）來計算及交割（作為此點的論據，可以指出現被上訴的合議庭裁判認為確鑿的事實事宜）。因為，這些違法售賣的藥片係非法製造，沒有嚴格的品質控制，也沒有標示其成分的標籤，普通零售者也不準確知道藥片內含的甲基苯丙胺或氫胺酮的一種或多種的活性物質或純物質的淨量，此乃一方面。另一方面，對於其使用者/取得者而言，不可能事先準確知道將取得的藥片中內含的此等活性物質的量，因為這種淨量只能透過他們沒有途徑接觸的某種精密科學設備或儀器化驗或檢測後才能查明，這已經是人所共知的。另一方面，即使拋開上述方面之困難甚至不可能，也不可想像零售者以及普通的使用者以有關藥片的總重量為單位在雙務及雙方交易的行為中出售及取得此等藥片，因為，為此效果必須擁有專用的秤（目的是為著例如付款的效果，核對重量是否符合約定）這對於交易的快捷完全不方便；更何況此等交易還需“暗地”進行。

— c) 最重要的是不能忘記，嚴格而言，搖頭丸在普通使用者的正常人類行為情形中，他們不連續三日內使用搖頭丸，也不會這樣做。這正是因為口服“搖頭丸”後“高度興奮”效果以及連續的“不自覺地”搖晃腦袋（因此這種藥片之中文俗稱為“搖頭丸”即“搖晃腦袋的藥片”）使人類身體處於極疲憊狀態，之後，藥片之普通使用者需要時間來恢復體力。因此沒有任何一位普通及有理智的人在連續三天或三夜吞食這種藥片後，在身體極之疲憊的狀態下，還願意“高度興奮”。此外，按照人類生活狀態的常規，沒有人敢於一次性吞食一粒或兩粒以上的搖頭丸，否則就會對於身體健康有嚴重的甚至致命的危險，因為一方面，沒有任何人能向其保證將服食的搖頭丸只含有極低量的甲基苯丙胺及／或氫胺酮，且即使保證如此，行為人也不會一次服食超過一粒或兩粒藥片，因為這種藥片具有“時尚毒品”或“休閒毒品”的性質，而不是像海洛因、可卡因或大麻等等能造成本義上的習慣性毒品依賴。

因此，應當指出，所有類似於下列觀點之見解均毫無依據：如果搖頭丸含有極低量的一種或多種活性禁用物質，那麼一粒甚至十幾粒藥片均可以是個人三日內所需之吸食量，即構成第 5/91/M 號法令第 9 條規定效果上的“少量”。理由是如此類見解存有違反原則的瑕疵，漠視上述所指出的搖頭丸普通使用者的人類經驗規則。

絕不能說，贊同這種見解，認為如果此等藥片的使用者事先知道藥片內含的一種或多種禁用活性物質的確切淨量，並且認為含量太少以至達不到“高度興奮”，就會準備一次服食較多粒藥片（例如十幾粒藥片）以便感到所希望的同樣“高度興奮”程度。

這種爭辯理由不能成立。因為它恰恰違背了在上述常規情形中的人類一般經驗法則，此外，也沒有尊重他試圖遵守的刑法中罪過論的本身學理，尤其關於犯罪行為人罪過的智力要素的查明準則方面的學理。事實上，如果有關活性物質包含於藥片內，且通常與其他活性及／或不純淨物質混雜，那麼在正常條件下，普通使用者既不會也不具條件首先“砸開”藥片，以便從中提取希望服用以達到在的士高舞廳或者私人聚會或宴會中的愉悅效果的活性物質的淨量，因為要達到這一“目的”，他肯定將選擇取得直觀上呈現純淨狀態的而非包含於藥片中的活性物質，理由是在狂野舞會或的士高聚會或私人聚會中，“砸開”藥片完全不方便，此外，提取及確定藥片中所含的有關活性物質的準確淨量，對於普通使用者來說還有前文所述的內在的技術上的不可行性。

但是，如果涉及純淨狀態而非包含於藥片中的甲基苯丙胺或氫胺酮，那麼這種見解就是有效的。因為在此情形中，由於普通使用者已能預見此等物質的淨量，可以自由並隨意服食所希望之

量以滿足對此效果的需求。

在反對採取以藥片粒數為準時，亦不能辯稱該標準僅僅是因為‘人為恐懼’而對第 5/91/M 號法令第 8 條規定的犯罪行為人予以處罰。

如果不是第 5/91/M 號法令第 9 條，那麼，一旦證實該法令第 8 條規定的犯罪罪狀中描述的任何行為，該犯罪的行為人將永遠因為第 8 條的基本刑幅而受處罰，但下列情形明顯除外：排他目的是尋找物質或製劑用於自己使用而作出的行為，在此情況下該行為將按該法令第 11 條之較輕的刑罰幅度處罰。

因此，在已經證實行為人知道有關搖頭丸內含的特定麻醉性物質為法律所禁止的特徵及性質的情況下，他仍然按自由意志而且非以本著尋找該等物質或製劑供自己使用的排他目的“販賣”這些物質，且明知這樣做將違反法律，那麼該行為人必須以第 5/91/M 號法令第 8 條犯罪的直接正犯的名義受處罰，除非審理案件的有權限法院（並且只有這個審判實體）認為：按照第 5/91/M 號法令第 9 條第 5 款的精神，即根據其自由心證及經驗法則，已獲證實內含此等麻醉物質的有關藥片之量“不超過個人三日內所需吸食量”，在這種情況下，僅對行為人按照第 5/91/M 號法令第 9 條之較輕幅度處罰。

這還證明 — 雖然對相反或不同的意見懷有應有的尊重 — 助理檢察長在其對現上訴人的上訴理由闡述書之答覆中所主張的觀點不當，其認為“因此，一切均表明上述**定量分析**的重要性及優先性（當然是從定量分析在技術上屬可能這一前提出發）”。

然而，“即使對藥片中包含的毒品之情形而言，定量分析重要性及優先性”這一見解如果是適當的，那麼它的具體適用就不應該受制於定量分析在技術上的可能性這一當然前提。因為如此提出的這個觀點，將導致以不平衡方式適用之；即：對於這種定量分析在技術上不可能的情形中，均可（舉例而言）按照‘有疑義時利益歸於被告’之原則開釋嫌犯；而在此等分析在技術上可能的所有情形中，如果在有關藥片內含的禁用活性物質的淨量超逾個人三日內所需之吸食量，將判處嫌犯觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的販賣罪，是否這樣？

因此，對我們來說，為適用第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款的效果而更可主張的標準 — 因為這一標準對於所有販賣被第 5/91/M 號法令所禁止且包含於藥片、藥丸或膠囊中的、與其他一種或多種禁用或不禁用物質混雜或與所謂“無害的”雜質混雜的任何物質的所有行為人無法一視同仁，— 是以這種藥片、藥丸或膠囊之粒數為標準，條件是證實其中內含第 5/91/M 號法令第 8 條禁止或管制的任何一種物質，而不論是否知道對這種藥片內含的活性物質淨量之定量分析在技術上是否可行，因為這種定量分析與審判實體以此等藥片、藥丸或膠囊的普通使用者的經驗法則為基礎、在“少量”的具體化範疇內形成的自由心證並無聯繫。

最後，上訴人在卷宗第 424 頁其上訴理由闡述書結論四中所指的、針對所指稱的“司法警察局化驗所在對藥片作出化驗所使用的分析方法”之批評，屬“簡單證據不足”的司法觀察，這一司法觀察屬於審判者以有關化驗報告書所載的明顯科技判斷為基礎而對所評價的事實事宜方面作出的心證之範疇，因此，它不同於“獲證明的事實事宜不足以支援裁判”之瑕疵的本身範圍。在本案中，所認定的這種對事實事宜的心證及評價，我們認為並不違反任何法律規範、經驗法則甚至司法工作中生效的職業準則，故不應審理。

綜上所述，面對上述全部考慮，所指稱的獲證明的事實事宜不足以支持裁判必然理由不成立，因為根據我們按照上述經驗法則形成的心證，顯然 40 粒搖頭丸超逾了第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款所規定在該條款效果上的個人三日內所需之吸食量。

2.關於第一項補充問題：根據“有疑義時利益歸於被告”的原則，將嫌犯的行為納入第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款及第 3 款。

鑑於上述結論（即內含甲基苯丙胺及氯胺酮的 40 粒搖頭丸超過第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款規定並在為其效果上的個人三日的所需吸食量），必須同時駁回現予審理的補充問題，因為我們的這一見解並不引致對“有疑義時利益歸於被告”原則之任何違反，因為我們對於不屬“少量”不存在任何疑問，這使針對販賣少量毒品的減輕犯罪或者販賣者/使用者的減輕犯罪適用更輕的刑罰幅度成為無用之舉。

3.關於在第一個補充問題理由不成立情況下的補充問題：嫌犯的行為構成第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款未遂販賣罪而非既遂販賣罪。

關於這個問題上訴人有理，因為我們認為，第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款法定罪狀所指的“購買”概念之成立，要求購買之物之交付允許出現並存在對該物的支配情形，這種支配對於該法令第 9 條第 3 款的適用具相關性，此外，沒有這種支配就不可能“對受保護之法益的造成損害之風險或危險”，而販賣罪狀的歸罪規範正是希望遏制這種風險或危險。

要求物之交付的邏輯必然抵觸民法中有效的“不動產買賣合同”概念。對於後者，物之交付並不是合同形成的要件之一，而只是合同的基本效果之一。

因此嫌犯／現上訴人只是在本案中以第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的未遂販賣罪的直接正犯承擔受審，依據澳門《刑法典》第 22 條第 1 款，第 2 款，第 3 款及第 67 條第 1 款的規定，可處罰的刑幅為 1 年 7 個月及 6 日至 8 年監禁等。

因此要求相應地廢止被上訴裁判的這一部分，並對有關未遂犯罪科處新的刑罰份量，根據澳門《刑法典》第 64 條，第 65 條及第 40 條的一般基礎，尤其根據犯罪的有關一般及特別預防的要求，而這一要求永遠是由行為人的罪過程度酌定。

酌定新的具體刑罰時，必須關注第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款販賣罪的一般預防的高要求，正如上文所述，觸犯此等犯罪對於擬以該歸罪保護的法益（即“身心兩方面之公共健康”）造成抽象或推定危險，也就是說，該罪的既遂不要求存在著一項真實的或實際的損害，僅對受保護的法益造成損害的風險和危險就已經足夠，此外還要加上本案例中特別預防的必要性。

確實，雖然本案是未遂犯罪，因為嫌犯／現上訴人尚沒有具備有關毒品的“支配狀況”，他的行為（表現為與第二嫌犯約定的 50 粒搖頭丸的購買行為，並為此效果已經付款）在本案的具體及獲證實的情況中已經產生了將來自中國內地的 40 粒搖頭丸進入澳門社會的效果，這些效果足以損害透過販賣毒品罪的法定罪狀之規定擬予保護的法益。

循此，經批判性及全盤性衡量被上訴的合議庭裁判中所查明的、對澳門《刑法典》第 65 條第 2 款規定具相關性的情節，並為著澳門《刑法典》第 65 條第 2 款 a 項的效果特別考慮到擬購買的 50 粒搖頭丸之量，我們認為對於嫌犯甲科處 2 年 6 個月監禁是適當的及公正的。

在與現予載明之未遂犯罪相應之並科罰金刑方面，該刑罰的科處也是澳門《刑事訴訟法典》第 393 條第 3 款之規定所要求的，我們認為對嫌犯甲並科澳門幣 4,000 元的罰金，如果不繳納罰金或以勞動替代可轉換為 26 日監禁是平衡的 — 根據核准澳門《刑法典》的法令第 6 條本文及 a 項，結合澳門《刑法典》第 67 條第 1 款 c 項。相應地廢止被上訴的裁判中關於對該嫌犯科處罰金的部分。

最後，因為澳門《刑事訴訟法典》第 393 條第 3 款的規定，還應在澳門《刑法典》第 67 條第 2 款，結合核准該法典之法令第 7 條 c 項的範疇內，考慮上述確定的新監禁的暫緩執行情形。

澳門《刑法典》第 48 條第 1 款規定“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監禁暫緩執行。”

在上訴人的具體情形中，我們認為除其他原因外，亦不應當使用監禁之暫緩執行制度，因為儘管屬於“時尚毒品”，但該犯罪的一般預防之要求很高，因此我們不能夠得出結論認為，僅對事實作譴責或監禁的威懾可適當及足以尤其在一般預防的層面上實現處罰的目的。因此，對嫌犯甲科處的監禁不可暫緩執行。

簡而言之，應當裁定第一嫌犯甲的上訴僅在第二項補充請求方面理由成立。

（四）關於第二嫌犯乙的上訴，審理如下：

該嫌犯只對我們提出了降低監禁的問題，為此，其主張的核心是不能同意原審法院對其科處的刑罰，因其認為該刑罰“過度，不適度及特別不公正”，理由是面對被上訴的合議庭裁判，“只證明上訴人持有該量的毒品，目的是交給甲。”肯定的是，被上訴的合議庭裁判中未載的任何其他事實可資確定或簡單經跡象表明該嫌犯重複從事販賣麻醉品，相反地，他是首次並唯一一次作出這種不法行為，因此，被上訴的法院在對上訴人在運送麻醉品時所作出的行為 — 如果該行為

曾經存在的話 — 的重要性及事實作出分析時，本應更加克制及權衡。此外，嫌犯／上訴人認為原審法院沒有在該有的程度上關注卷宗所載的社會報告書中指出的其家庭、職業、社會及文化背景，這些背景情況對於查明犯罪的真實的主觀要素及罪過程度具有強烈的重要性。

因此請求處以 5 年至 6 年監禁之間的刑罰，因此指責被上訴的合議庭裁判違反澳門《刑法典》第 65 條，第 66 條第 1 款及第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款。

在審議該請求之前，應當首先研究應否維持以第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的販賣罪的直接共同正犯名義對第二嫌犯的判處，因為必須遵守澳門《刑事訴訟法典》第 393 條第 3 款規定的法律義務，該項義務是：於第一嫌犯被判處的販賣罪的形式方面上訴理由成立時，定出上訴所針對之裁判整體的後果。

我們上文已經得出結論認為，雖然在一審法院中以第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款一項販賣罪的直接共同正犯及既遂形式被控訴及被判罪，但第一嫌犯與第二嫌犯及第三嫌犯僅以直接正犯的名義作出第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的未遂販賣罪。

應當查明第一嫌犯“脫離”“共同參與犯罪的關係”對於其餘兩名嫌犯之間的“共同參與犯罪關係”是否有影響。

為此，必須確實注意，在被上訴的合議庭裁判中沒有證實第一嫌犯甲至少以約定的方式與其他兩名嫌犯（乙及丙）作出了販賣罪，即三名嫌犯在作出不法行為前已經事先共同約定了三人共同參與之“犯罪計劃”。這甚至是因為雖然這三名嫌犯以共同正犯的名義被控訴，但所有三名嫌犯沒有在公訴中被指控任何此方面的事實。

事實上，面對原審法院審判的事實事宜，只能得出一項清楚的推定：第一嫌犯甲與第二嫌犯／上訴人乙口頭訂立一份買賣 50 粒搖頭丸的合同，然而，第一嫌犯並沒有與第二嫌犯也沒有與第三嫌犯也沒有與這兩名嫌犯（一起）事先及共同約定以下列方式實現犯罪計劃：由第三嫌犯直接在中國內地取得搖頭丸，並由該嫌犯本人交給第二嫌犯，由第二嫌犯首先保存在其居所，隨後將它交給第一嫌犯。

已經證實（並被控訴）的是 —（原判）略有不同 — 在其存在方面上有三個分別的行為，且非由三名嫌犯事先共同有約定的犯罪計劃相連接：

— 第一項行為：第一嫌犯向第二嫌犯以澳門幣 3,500 元的總價在內地尋購 50 粒搖頭丸，目的是向第三者提供；

— 第二項行為：第二嫌犯向第三嫌犯取得目的在於向第一嫌犯交付的 40 粒搖頭丸。

— 第三項行為：第三嫌犯在澳門“運送”由她事先在中國內地取得的 40 粒搖頭丸，並且隨後將這些毒品交給第二嫌犯。

因此，面臨著一項原審法院有關犯罪形式的法律定性的審判錯誤（顯然並非面臨獲證明的事實事宜不足以支持裁判的情況，這正是因為控訴書描述的事實事宜之查明方面不存在任何漏洞，而是對公訴書描述的有待證明事宜作了全部調查。對這項錯誤的查明要求變更被上訴的合議庭裁判之主文部分，即第二嫌犯乙以直接正犯及既遂形式作出 1 項第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的販賣罪，這一符合邏輯的結論也延伸到第三嫌犯丙，理由與上文闡述者相同。

因此，必須回到關於第二嫌犯／現上訴人乙提出的問題：

關於第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的販賣罪之刑罰，根據該法令第 18 條第 2 款特別規定可以自由減輕甚至免除，根據該條款“如屬實施第八條、第九條及第十五條所指罪行之情形，如違法者自願放棄其活動、或消除因該活動所引致之危險或使危險性明顯減少、或對搜集作為認別或拘捕其他負責人方面之決定性證據作具體協助，尤其屬結夥、組織或集團之情形者，則可酌情減輕處罰或作出不罰之命令。”

除了這一特別機制以外，澳門《刑法典》第 66 條第 1 款還以一般地規定了“刑罰的特別減輕”的可能性，在現上訴人看來，這一規範視為被上訴的合議庭裁判違反，該條文規定：“除法律明文規定須特別減輕刑罰之情況外，如在犯罪之前或之後或在犯罪時存在明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過之情節，或明顯減少刑罰之必要性之情節，法院亦須特別減輕刑罰。”

讓我們接著嘗試從出自卷宗之資料中摘出，與嫌犯／現上訴人刑罰份量有關的全部情節，目

的是解決上訴人現提出的問題，它歸根到底表現為希望刑罰的特別減輕這一問題。

因此：根據被上訴的法院認定之事實事宜，下列者已經確鑿：

— 2001年5月4日第一嫌犯甲為了取得搖頭丸向第三人提供，打乙的手機，請他在中國內地幫他安排50粒搖頭丸，承諾給她澳門幣500元作為報酬；

— 第二天，第一嫌犯交給第二嫌犯／現上訴人澳門幣3,000元以支付上述藥片的價格；

— 第二嫌犯在收到上述款項後，立即找到第三嫌犯丙，交給她上述款項，請她去中國珠海取得50粒搖頭丸，第二嫌犯承諾給第三嫌犯澳門幣500元作為運送藥片的報酬；

— 2001年5月6日，第三嫌犯在中國珠海一家卡拉OK以每粒澳門幣56元取得50粒搖頭丸，將這些藥片帶往澳門並於同日在第二嫌犯的居所交給該嫌犯；

— 當日（6日）之後，司法警察局警員對第二嫌犯的居所實施搜索，第二嫌犯本人從房間的窗簾後面拿出一包含有此等40粒藥片的白色透明膠袋；

— 第二嫌犯是一家餐館侍應，每月收入澳門幣3,500元；已婚，須負擔兩名子女，部分自認事實，是初犯。

而2001年5月6日司法警察局製作並且現在載於卷宗第4頁至第8頁的實況筆錄載明：

— 第二嫌犯在向司法警察局聲明對其所作出的行為感到懺悔，為著協助司法警察局確實第一嫌犯下落之目的，指明了該嫌犯的手機號碼，同時透過司法警察局檔案照片辨認了該嫌犯的面容。

— 依據這些資料，司法警察局確定了第一嫌犯的下落以便偵查。

— 也依據第二嫌犯提供的資料，司法警察局透過治安警察局移民局的合作，截獲了第三名嫌犯，該嫌犯在司法警察局自認一切。

另一方面，卷宗第65頁至第66頁現上訴人／第二嫌犯的第一次司法訊問筆錄載明，該嫌犯完全確認了消息筆錄關於本人的全部事實。

在對有關三名嫌犯第一次司法訊問後作出的司法批示中（卷宗第71頁至第72頁）尤其載明：“嫌犯乙及丙承認所指控的事實”；“另一方面，正如檢察院司法官的提請中所指出，程序正處於偵查階段，鑑於對販賣麻醉品的事實予以嚴厲處罰之幅度，兩名嫌犯乙及丙與司法當局合作的態度，只能在未來審判中考慮（參閱卷宗第72頁背頁的第一段及第四段）。

面對這一系列事實，明顯顯示第二嫌犯與司法當局具體配合，因為最終有效幫助司法警察局使其得以識別第一嫌犯之身份並抓獲該嫌犯及第三嫌犯，這一證實使我們認為，它對於啟動第5/91/M號法令第18條第2款的刑罰的“自由減輕”機制是適當的。

然而，我們又認為不應當啟動澳門《刑法典》第66條第1款一般規定的刑罰特別減輕機制，因為在本案中不具備形成這種價值判斷的必要前提（應注意（這甚至是因為）第二嫌犯只是在一審進行的審判聽證中部分自認了事實，這一情節雖然對於以被控訴的犯罪判處嫌犯的價值之形成不具重要性，但在對該嫌犯科處的刑罰份量之效果方面卻尤其應予考慮）。

因此，根據第5/91/M號法令第18條第2款，經必要考慮有關該嫌犯的上述全部情節，根據澳門《刑法典》第64條、第65條及第40條的標準，尤其根據犯罪之一般及特別預防的要求——此等要求永遠由行為人的罪過程度限定，應當對嫌犯科處一項新的刑罰。

循此，特別考慮到作出犯罪的方式，尤其是第二嫌犯不僅是初犯而且未因犯罪而有任何得利的事實——因為他把從第一嫌犯收到的澳門幣3,000元全部交給了第三嫌犯，以及藥片的數量（為40粒），我們認為對第二嫌犯科處5年實際監禁是平衡的。

關於現予查明的第5/91/M號法令第8條第1款之既遂販賣罪之直接正犯方面的並科罰金，（對該罰金的修正也是澳門《刑事訴訟法典》第393條第3款所要求的），我們認為對第二嫌犯在該法令第18條第2款“自由減輕”的框架內並科澳門幣7,000元的罰金，如不繳納或以勞動替代，可轉換為46日監禁——根據核准《刑法典》之法令的第6條本文及a項，並相應地廢止被上訴的裁判中關於對嫌犯科處罰金的部分。

結論是必須裁定嫌犯乙的上訴理由成立，但理由說明與該嫌犯有少許不同。

（五）對於第三嫌犯／非上訴人的被上訴裁判的修正（根據澳門《刑事訴訟法典》第393

條第 2 款，並因第一嫌犯關於犯罪形式方面之上訴理由成立的效果）：

上文已經認定，第三嫌犯只以直接正犯及既遂方式而非以直接共同正犯及既遂方式作出第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的販賣罪，現在必須審理對該嫌犯應科處的刑罰問題。

在一審法院已經對其命令之刑罰特別減輕後可適用的幅度內，為著相對於第二嫌犯現予科處之刑罰的相對正義，考慮到澳門《刑法典》第 64 條，第 65 條及第 40 條規定的標準，特別鑑於作出犯罪的方式及藥片的數量（40 粒），我們認為對第三嫌犯科處 2 年及 10 個月監禁是平衡的。

關於對應於現已查實的第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款既遂販賣罪之直接正犯之並科罰金，（對該罰金的修正也是澳門《刑事訴訟法典》第 393 條第 3 款所要求的），我們認為在澳門《刑法典》第 66 條第 1 款“刑罰的特別減輕”之框架內並科澳門幣 4,000 元罰金，如不繳納或以勞動替代，可轉換為 20 日監禁 — 根據核准澳門《刑法典》之法令第 6 條本文及 a 項及該法典第 67 條第 1 款 c 項，相應地廢止被上訴的裁判對該嫌犯科處罰金的部分。

最後，還應指出，對第三嫌犯之監禁同樣不存在暫緩執行，其理由在上文在這方面就第一嫌犯而言時（即關於澳門社會在對販毒罪一般預防的高度必要性方面）已予闡述。

簡而言之，必須依上文之考慮廢止被上訴的裁判中關於第三嫌犯的部分。

四、主文部分

綜上所述，合議庭裁判：

1) 裁定第一嫌犯甲上訴中僅就上訴理由闡述中所指出的第二項及最後一項補充請求的理由成立，相應地廢止被上訴的合議庭裁判主文部分 A) 項，改判該嫌犯甲以直接正犯及未遂形式觸犯 1 月 18 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款（第 4/2001 號法律第 1 款所作的行文），結合澳門《刑法典》第 22 條第 1 款，第 2 款及第 3 款以及第 67 條第 1 款規定及處罰的一項販賣罪，處以 2 年 6 個月實際監禁及澳門幣 4,000 元罰金，如不繳納或以勞動替代，得轉換為 26 日監禁 — 根據核准《刑法典》之法令第 6 條本文及 a 項；

2) 雖然以稍有不同的理由說明，裁定第二嫌犯乙的上訴理由成立，相應地廢止合議庭裁判主文部分 B) 項，改判嫌犯乙以直接正犯及既遂形式觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款，第 18 條第 2 款（第 4/2001 號法令第 1 款所作的行文）規定及處罰的一項販賣罪，處以 5 年實際監禁刑及澳門幣 7,000 元罰金，如不繳納或以勞動替代可轉換為 46 日監禁 — 根據核准澳門《刑法典》的法令第 6 條本文及 a 項；

3) 廢止被上訴的合議庭裁判主文部分 C) 項，改判第三嫌犯／非上訴人丙以直接正犯及既遂形式觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款（第 4/2001 號法律第 1 款所作的行文）規定及處罰的一項販賣罪，根據澳門《刑法典》第 66 條第 1 款作刑罰的特別減輕，處以 2 年 10 個月實際監禁及澳門幣 4,000 元罰金，如不繳納或以勞動替代，可轉換為 26 日監禁 — 根據核准澳門《刑法典》之法令第 6 條本文及 a 項。

不須繳納訴訟費用。

（為著澳門《刑事訴訟法典》第 84 條第 2 款的效果，具裁判書製作法官製作及完全複閱透過電腦處理本文本的證明書）

陳廣勝（裁判書製作法官）— Sebastião Póvoas（白富華）— 賴健雄