

(譯本)

販毒罪的法益
抽象及推定危險犯
毒品之少量
販賣及不法行為
販賣 — 吸食者
少量販賣
不法持有供自己吸食
持有非專用於自己吸食的毒品
1 月 28 日第 5/91/M 號法令
MDMA 藥片

摘要

一、1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款販賣及不法活動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。

二、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”。

三、鑑於販毒罪的法益以及保護該法益的必要性，應考慮行為人在特定時期而非特定時刻全部“販賣”之量。因此，第 5/91/M 號法令第 9 條的少量販賣罪與該法令第 8 條販賣及不法行為罪之間不能存在實際真實競合。

四、在已經證實嫌犯在未經法律許可的情況下獲得及隨後持有非專門用於本人吸食的 15 粒 MDMA 藥片後，應當視為有強烈跡象顯示該嫌犯以直接正犯及既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的販賣及不法活動罪，同時以實際真實競合形式觸犯該法條第 23 條規定及處罰的不法持有供本人吸食罪，但條件是：不具備該規範規定的、在本案中不適用基本法定罪狀的例外情節（諸如沒有強烈跡象顯示取得或持有毒品純粹為嫌犯本人吸食，該例外情形只能導致第 23 條犯罪，而不能同時導致第 8 條的犯罪）；不應當認為此數量 MDMA 藥片是構成該法令第 9 條第 1 款“少量”販賣罪的減輕法定罪狀的少量；且（因無強烈跡象顯示嫌犯取得及隨後持有該量的 MDMA 藥片純粹在於取得物質或製劑供本人吸食）不應當將嫌犯的行為納入該法令第 11 條第 1 款同屬減輕的販賣 — 吸食者罪。

2004 年 5 月 20 日合議庭裁判書
第 90/2004 號案件
勝出的裁判書製作法官：陳廣勝

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

嫌犯甲，身份資料詳見初級法院第二庭第 PCC-080-03-2 號合議庭普通程序卷宗，針對該庭 2004 年 3 月 5 日作出的最後合議庭裁判向本中級法院上訴。合議庭裁判判其以直接正犯及既遂

形式觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的販賣及不法活動罪，具體處以 8 年徒刑及澳門幣 6,000 元罰金，罰金可轉為 40 日徒刑；還觸犯該法令第 23 條 a 項規定及處罰的一項不法持有麻醉品供本人吸食罪，具體處以 45 日的徒刑的單項刑罰，合併判處獨一總刑 8 年徒刑及澳門幣 6,000 元罰金，罰金可轉換為 40 日徒刑（參閱卷宗第 139 頁至第 150 頁背頁有罪合議庭裁判內容，為著所有法律效力在此視為全文轉錄）。

為此效果，嫌犯上訴理由闡述結論及請求如下：

“[...]

（一）被上訴的合議庭裁判是無效的，因其違反《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款，具該法典第 360 條 a 項之後果，因為裁判書沒有逐項列舉視為未獲證明的事實，該事實與控訴書所載的首兩項事實有矛盾 — 這是《刑事訴訟法典》第 400 條第 3 款所指的瑕疵。

（二）與上訴人有關的視為獲證實的事實，不容許將其行為納入 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的犯罪中並判處此罪，因為欠缺核心要素，由此產生該事實事宜之不足以支持作出的裁判 — 此乃《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所載的瑕疵。

（三）被上訴的合議庭裁判中沒有解釋上訴人用於“吸食”之量及用於“販賣”之量，不應當判處第 8 條第 1 款規定及處罰的犯罪，而實際上是這樣判處的。

（四）在本案中，僅認為已經證實上訴人將部分物質用於吸食及用於販賣，但沒有查明用於吸食及販賣之量，本來應當得益於罪疑唯輕原則。

（五）沒有使用罪疑唯輕原則，原審法院就違反了該原則，因為本來應當判嫌犯觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 9 條規定及處罰的犯罪，而非該法令第 8 條第 1 款規定及處罰的犯罪。

因此，依照法律[...]應當按上述理由判本上訴理由成立，從而一如既往伸張正義！

[...]”；（參閱卷宗第 182 頁至第 183 頁內容原文）。

對這項上訴，駐被上訴法院的檢察院答覆，認為上訴理由成立，但基於不同於嫌犯所提出的理由，因此主張判該嫌犯觸犯 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（參閱上述答覆內容，卷宗第 186 頁至第 192 頁）。

上訴上呈本中級法院，助理檢察長在檢閱範疇內發出意見書，認為應向初級法院移送卷宗重新審判，因為出現了獲證實的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵（參閱卷宗第 213 頁至第 217 頁內容）。

最初獲分發案的主審法官隨後作出初步審查，兩名助審法官隨後檢閱已畢，在本中級法院進行了審判聽證。

由於本案主審法官在隨後遞交的合議庭裁判的辯論及決議中落敗，現在必須按照首席助審法官製作的本確定性合議庭裁判所載內容裁判本上訴案。

經仔細閱讀被上訴合議庭裁判的理由說明部分以及針對嫌犯最初提出的公訴書部分，應當即刻裁定，與嫌犯在上訴狀中對原審法院首要指責的相反，根本沒有發生所指責的原審法院不遵守澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款關於具體指明未獲證實之事實方面所要求的義務，也不存在所謂與控訴書載明的首兩項事實相矛盾的問題。因此，此部分上訴理由不成立。

現在關於嫌犯在上訴理由闡述結論部分具體提出的其餘實質問題，應當事先指出：原審法院在被上訴的合議庭裁判中視為確鑿的事實事宜清楚顯示，2003 年 5 月 22 日澳門司法警察局人員在嫌犯甲（現上訴人）當時所穿內褲中搜獲 MDMA 藥片 15 粒，是該嫌犯事先在珠海購買，用於自己吸食以及給其女友和其他朋友吸食。嫌犯的行為是自由的、自願的、蓄意的，並且未經法律許可；明知這些藥片的性質及特徵；明知其行為是法律禁止的，因此是法律懲罰的性質。

因此，應當判嫌犯以直接正犯，既遂及實際真實競合形式觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的一項犯罪以及第 23 條 a 項規定的一項犯罪，因為在法律層面上我們一向主張：

— 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。

— 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款明確規定條件下簡單持有毒品，足以構成有關

法定罪狀歸罪的“不法活動”之一，為此沒有必要舉出向第三人“讓予”毒品的若干具體行為的正面證據，這種讓予行為本身也構成該法定罪狀規定的“不法活動”之一。

— 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。

— 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”。

— 在沒有證實嫌犯實際吸食毒品之量以及是否每日吸食的情況下，必須按照在其條件下一般吸食者的吸食需要來推斷行為人之吸食需要量。

— 如果法院在依職權調查案件標的後，從有關事實事宜中得出：行為人知道某種或多種麻醉物質之法律上被禁止的性質及特徵，雖然如此，仍然自願持有之，且明知這樣做會抵觸法律，同時，相同事實中沒有得出：作為人作出這種持有行為純粹及完全是為了本人吸食此等物質（從而排除了按照第 5/91/M 號法令第 11 條規定及處罰的可能性）；且行為人這個持有行為之排他目的不是取得物質或製劑用於自己吸食（從而也不能按該法令第 23 條處罰），那麼，該行為人因其持有行為應當以 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條犯罪直接正犯的名義論處，（該犯罪可與該法令第 23 條規定及處罰的不法持有麻醉品供自己吸食罪之直接正犯真實實際競合，條件是依法指控且該行為人也是吸毒者一節視為獲證事實），除非審理案件的有權限法院（且只有這個審判實體）按照該法令第 9 條第 5 款的精神，透過自由心證並按照經驗法則，認為行為人持有且在其控制中搜獲的麻醉物質的量“不超過三日內個人所需吸食量”，那麼行為人只能按第 5/91/M 號法令第 9 條之較輕刑幅論處。

— 換言之，只要沒有證實持有毒品的排他目的是取得物質或製劑供個人使用，就不應當適用第 5/91/M 號法令第 11 條第 1 款描述的販賣 — 吸食者罪的減輕罪狀。只要法院認為在嫌犯掌握中搜獲的（因此是嫌犯持有的）毒品總量不是少量，就不應當也適用第 5/91/M 號法令第 9 條少量之販賣罪的減輕罪狀，這與下列問題無關（該問題本身對於簡單不法持有毒品情形中的判處無關緊要）：查明犯罪行為人掌握中搜獲的毒品總量中，哪部分或份額之目的是用於個人自己吸食或向第三人提供。因為鑑於第 9 條第 3 款的規定，就適用第 9 條之歸罪規範而言沒有就此作出區分，因此第 8 條犯罪的性質是抽象或推定危險犯。

— 無論何種情形，鑑於第 5/91/M 號法令第 8 條犯罪的法益以及保護該法益的必要性，在處罰其訂定罪狀的“不法行為”時，須考慮行為人在特定階段而非特定時刻掌握的麻醉品或其製劑的全部之量，因此，在第 5/91/M 號法令第 9 條的少量之販賣罪，與該法令第 8 條的販賣及不法活動罪之間不能存在實際真實競合，因為，當證實在本案中同時存在著以下兩種行為 — 一種是未經法律許可而種植、生產、製造、提取、調製、提供、出售、分銷、購買、讓予、接受、向他人供應、運載、進口、出口或使之轉運一定量（可納入該法令第 9 條第 3 款定義的“少量”）的物質或其製劑。另一種是不法持有“超過個人三日內所需吸食量”（因此不視為少量）物質或製劑，但目的並非全部及排他用於行為人吸食。那麼，鑑於該法令第 8 條犯罪保護的法益，首項“不法行為”之不法性已經被第二項具較高不法性的持有毒品行為所吸收。除非本案中證實：該法令第 8 條第 1 款訂定罪狀的具體不法行為對象已查明是“少量”（而不是簡單持有該等“少量”），同時，又簡單不法持有純粹及全部用於行為人自己吸食的其他份量（不論是否“少量”）的麻醉品，因為在這個被視為極端例子的情形中（之所以極端，是因為按照人類經驗法則，某些吸毒者持有非“少量”麻醉品只是用於個人吸食，這不太可信），該行為人只應當被作為該法令第 9 條犯罪及第 23 條犯罪之正犯，以實際真實競合論處。

我們認為，在適當尊重不同或者對立觀點的前提下 — 因為我們不能忽略，在司法實踐中，甚至在澳門特別行政區檢察院這個單一設置的實體內，關於 1 月 28 日第 5/91/M 號法令範疇中，在相似於像嫌犯／現被上訴人不法行為的刑事法律框架方面的“爭議法律問題”上，有大量不同見解（為了證明這一點只要記住檢察院在本卷宗範疇內提出的互有分歧的三個立場就足夠了：即

公訴書中的立場 — 其中決定指控嫌犯作為直接正犯以既遂及實際真實競合形式觸犯 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犯罪以及第 23 條 a 項規定及處罰的一項犯罪；對嫌犯上訴答覆中的立場 — 其中實際主張判嫌犯作為直接正犯以既遂及實際真實競合形式觸犯第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款規定及處罰的一項犯罪以及第 23 條 a 項規定及處罰的一項犯罪，但是沒有認定存在著《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定的獲證實的事實事宜不足以支持裁判的任何瑕疵；在本上訴狀中作出的意見書中所持立場 — 其中主張由於《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項的瑕疵，應當向初級法院移送卷宗重新審判），在此應維持我們在法律層面上的這一見解（尤其參閱本中級法院第 260/2003 號案件的 2004 年 1 月 15 日合議庭裁判及第 186/2003 號案件的 2003 年 9 月 25 日合議庭裁判），直至根據《刑事訴訟法典》第 419 條第 1 款，甚至該法典第 429 條第 1 款，為著法律一致性，有權之人提起或有的確定司法見解之非常上訴中作出另有規定的強制性司法見解。

因此，在此事宜上上訴人辯護的法律理由全部不成立。因為，應當強調，在嫌犯控制中被搜獲的 MDMA 藥片之量，按照自由心證以及經驗法則，不能被視為該法令第 9 條第 1 款規定的“少量”。

綜上所述，必須裁定全部上訴理由不能成立，因為在上訴人在上訴的理由闡述中指責的違法性／瑕疵不持理據。

綜上所述，合議庭裁判否決上訴理由成立。

訴訟費用由上訴人承擔，司法費定為 4 個計算單位。

將本裁判透過澳門監獄通知嫌犯／上訴人本人。

陳廣勝（第一助審法官以及本合議庭裁判製作法官）— 賴健雄（第二助審法官）— José M. Dias Azedo（司徒民正，表決落敗，見所附聲明，本案裁判書製作法官）

表決落敗聲明

本人因為不贊同確認被上訴合議庭裁判中判處嫌犯／上訴人作為第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款販賣麻醉品罪的正犯的部分而落敗。茲闡述本人不同意見的理據。

正如原審合議庭視為獲證實之事實中所見，（僅）確認被扣押的“毒品” — 內含 1.500 克 MDMA 的 15 粒藥片 — 用於嫌犯自己吸食以及向第三人讓予。

面對著用於讓予及自我吸食的麻醉品之量因未調查而導致的事實事宜缺乏，我們不可避免地相信被上訴的合議庭裁判沾有被指責的獲證明的事實事宜不足以支持作出的有罪判決之瑕疵。

確實 — 正如上訴人所陳述以及助理檢察長在意見書中所認為 — 在不知道嫌犯用於讓予第三人的麻醉品“部分”是否構成第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款之“少量”的情況下（終審法院第 28/2003 號案件的 2003 年 12 月 10 日合議庭裁判確定其少量值為“300 毫克”），不可避免地裁定其行為以競合形式構成一項持有供吸食罪（與此無關），以及（第 9 條規定的）一項少量販賣罪或者第 8 條規定及處罰的販賣罪，一如初級法院合議庭所裁定。

正如中級法院已於今日在第 104/2004 號案件中所作之合議庭裁判所附表決聲明中一樣，必須考慮到，儘管販賣麻醉品罪是抽象危險犯 — 法律不僅不要求結果，而且根本不要求具備行為人為中所生的侵害危險，換言之，有關行為可能造成危險故可予以定罪；（參閱 E. Correia：《Dto Criminal》，第 1 卷，第 287 頁，以及 C. Ferreira：《Lições de Dto Penal》，第 232 頁） — 但這並不意味著不需要具備行為本身的罪狀要素，（經推定）即可將之視為具備。

面對著在相同問題上我們一向視為適當的這一見解 — 參閱第 12/2003 號案件的 2003 年 4 月 3 日合議庭裁判，本人是該案裁判書製作法官 — 我們沒有理由不在本案中如此裁判；（相同意義上還可參閱葡萄牙最高法院的 1994 年 4 月 20 日合議庭裁判，載於《司法部公報》，第 436 期，第 204 頁）。

如果被上訴的合議庭裁判有可能認定：原審法院試圖查明嫌犯用於吸食以及用於讓予第三人

的麻醉品份額但未能查明，則情況有別。在此，我們面臨著嚴格的刑事法律定性問題，因此只須將獲證明的行為納入相關刑事不法行為。但在本案中並非如此。根本沒向我們表示試圖查明該量，儘管可接受有關調查可能是沒有結論的（因為法院不是“查明真相的機器”），在此意義上，本應載明這種“未清楚的情況”以便就此產生疑惑不能維持。

因此，鑑於已經發生“...不充足...”的瑕疵，並考慮到澳門《刑事訴訟法典》第 418 條，本人的觀點是應當命令移送本卷宗重新審判，（嘗試）查明嫌犯用於讓予第三人以及用於自己吸食 of 麻醉品之量，隨後作出新的相應裁判。

無論如何，如果還不這樣理解，認為不存在“...不充足...”的瑕疵 — 我們沒有理由相信之一我認為勝出的裁判同樣似乎不適當。正如本人在第 260/2003 號案件的 2004 年 2 月 15 日裁判所附聲明中所載明（該案中涉及到一個裁判，該裁判明確載明未能查明嫌犯用於吸食及讓予之量），按照有疑義時利益歸於被告原則，應當判現上訴人作為少量販賣罪的正犯（與持有供吸食罪競合）；（在此意義上還可參閱終審法院第 6/2004 號案件的 2004 年 3 月 10 日合議庭裁判）。

José M. Dias Azedo（司徒民正）
2003 年 5 月 20 日於澳門