

(譯本)

**持有麻醉品供吸食罪以及販賣罪
獲證明的事實事宜不足以支持裁判**

摘要

一、第 5/91/M 號法令第 23 條規定及處罰持有麻醉品供吸食罪，不要求將一項行為如此定性以行為人持有的麻醉品（供自己吸食）之量為條件。

二、因此，當事實中得出嫌犯持有毒品 — 44.4 克大麻 — 用於“自己吸食及向他人提供”時，法院使用調查權時應查明或試圖查明用於吸食及向他人提供之量，之後裁定判處其作為正犯以真實競合形式觸犯該法令第 23 條犯罪及該法令第 8 條或第 9 條之另一項犯罪（視查明的用於“販賣”之量而定）。

2003 年 4 月 3 日合議庭裁判書

第 12/2003 號案件

裁判書製作法官：José M. Dias Azedo（司徒民正）

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

概述

一、初級法院合議庭審判下列嫌犯：

（第一）嫌犯甲，

（第二）嫌犯乙，

（第三）嫌犯丙，身份資料均載於本卷宗中。

審判後，合議庭裁判：

A) 判（第一）嫌犯甲作為直接正犯以既遂及競合形式觸犯：

— 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販賣麻醉品及不法活動罪，處以 8 年 3 個月徒刑及澳門幣 8,000 元罰金，得以 53 日徒刑替代。

— 第 5/91/M 號法令第 12 條規定及處罰的一項不當持有煙斗及其他器具罪，處以 3 個月徒刑，及

— 第 5/91/M 號法令第 23 條規定及處罰的一項吸食麻醉品罪，處以 1 個月徒刑。

數罪併罰，處以獨一總刑 8 年 5 個月徒刑及澳門幣 8,000 元罰金，得以 53 日徒刑替代。

B) 判（第二）嫌犯乙作為直接正犯以既遂及競合形式觸犯：

— 第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的一項販賣麻醉品及不法活動罪，處以 5 年徒刑及澳門幣 5,000 元罰金，得以 33 日徒刑替代。

— 第 5/91/M 號法令第 12 條規定及處罰的一項不當持有煙斗及其他器具罪，處以 3 個月徒刑，及

— 第 5/91/M 號法令第 23 條規定及處罰的一項吸食麻醉品罪，處以 1 個月徒刑。

數罪併罰，處以獨一總刑 5 年 2 個月徒刑及澳門幣 5,000 元罰金，得以 33 日徒刑替代。

C) 判（第三）嫌犯丙作為直接正犯以既遂及競合形式觸犯：

— 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 12 條規定及處罰的一項不當持有煙斗及其他器具罪，處以 3 個月徒刑，及

— 第 5/91/M 號法令第 23 條規定及處罰的一項吸食麻醉品罪，處以 1 個月徒刑。

數罪併罰，處以獨一總刑 3 個月徒刑，緩期一年執行（參閱卷宗第 365 頁至第 366 頁背頁）。

（第二）嫌犯乙不服該裁判，提起上訴。

其理由闡述結論如下：

“1.原審審判者認為查明的事實事宜符合1月28日第5/91/M號法令第8條第1款的法定罪狀，以嫌犯持有的份量足以認定該持有以“販賣”為基礎，認為該規範之罪狀的構成要素已經符合。

2.持有沒有證實吸食之麻醉品，確實可以被視為“販賣”，因為這來自前述法令第8條第1款的行文。

3.在本案中已經證實吸食，沒有證實任何其他事實顯示現上訴人也將毒品用於向他人讓予，因此不能接受控訴書對事實的歸罪：販賣麻醉品罪。

4.原審法院為了解釋該法令第23條的規範，援用並適用少量的概念，但這個概念只有在涉及到第9條規定的減輕販賣罪時方可適用。

5.與其他國家發生的相反—在這些國家中，按照吸食者持有的量有區別地處罰吸食，對於行為人持有毒品之量超過普通人在一定期間內所需吸食量的情形規定了更嚴厲之刑罰，但澳門特別行政區的法律在吸食處罰之規定中未提及量值。

6.雖然行為人持有的麻醉品質量本身可以顯示販賣，但不能構成此罪之充分證據，因此必須有跡象顯示及證實其他情節。肯定的是，在本案情形中，沒有指明任何其他事實顯示嫌犯以任何名義從事出賣或向第三人讓予毒品。

7.在1月28日第5/91/M號法令第8條的範疇內—該法令規定及處罰販賣及吸食麻醉品，毒品排他地用於行為人本身吸食構成第23條規定的吸食罪的罪狀要素，只涉及並且一旦涉及到取得或持有之符合罪狀的行為時，就要求對於第8條規定之販賣麻醉品罪之罪狀作出有區別的判斷，因為只有在這種情形中兩個規定才有規範的重合。

8.這種診斷應當是程序預審範疇內調查的標的，因為第8條，作為該處規定的處罰的前提，明確要求這些活動應當是“在第23條規定的情形以外”展開。

9.從另一個角度看，按照第8條的另一種解釋，將得出一種情形：應認為持有特定份量的麻醉品（雖然量較少），仍然推定販賣（第8條），除非可以證實目的是排他地用於行為人吸食（第23條）。

10.視為證實的事實“（...）嫌犯乙取得（...）以向他人提供”，被納入的法律概念，沒有任何可資實體化的事實基礎，因為沒有顯示現上訴人向任何一人（以任何名義）提供該物質。

11.現上訴人持有之量必須結合獲證明之事實（是吸食者）—並參考無任何其他情節顯示嫌犯持有毒品向他人提供，原審法院本來不能確切無疑地得出結論認為，嫌犯的目的是向第三人讓予其持有之全部或部分毒品，因此這個疑問之利益應當永遠歸於嫌犯。

12.然而，顯然這個疑問困擾審判者之思慮：承認“按照調查的證據，嫌犯沒有販賣毒品之動機（...）這符合實情（...），但有持有這種製品之動機，因為他是每天吸食三次或四次毒品的吸食者”。但隨後從下列（錯誤的）前提出發，判斷現上訴人為販賣者：只要扣押的物質之量不能被視為少量，就當排除吸食罪。

13.動機要素不是構成罪狀的客觀要素，但構成其基本界定性要素，因為它處於罪狀的主觀要素中。

14.如果合議庭出於其他理由認定（上訴人）向他人提供毒品的意圖，判處販賣罪就沒有必要以供吸食之被扣押製品之量為依據。

15.另一方面，合議庭也不能將下列事實視為確鑿：按照調查之證據，嫌犯沒有動機販賣麻醉品以取得金錢，只有動機持有這種製品，因他是每天吸食三次到四次的吸毒者，並隨後判處其為販賣者。

16.按照判決中理由說明之章節對事實及證據作出的批判性分析，得出一項不可否認的結論：上訴人將其持有的全部物質均用於自己吸食。而在此之前僅堅持的結論是：由於查明僅持有超逾視為少量的麻醉品供吸食者才不可能是吸食者，因此嫌犯乃是將部份製品向他人提供。這

是對事實的法律定性錯誤及法律解釋的錯誤造成的。

17.如果認為已毫無疑問地證實，現上訴人除了自己吸食外，還擬將麻醉品讓予第三人，那麼必須確定用於自己吸食及讓予他人之量，但這個事實沒有被證實。

18.關於吸食罪，如果份量之確定並不是一項基本要素（因為行為人的行為可被納入第 23 條就“販賣”之規定中），那麼毒品之量就是犯罪的構成要素，至少第 9 條規定之罪狀中如此。

19.未將這種事實納入合議庭獲為證實的事實事宜中，就不能認為指責原判之獲證明的事實事宜不足以支持法律上的裁判之瑕疵已被視作正在形成之中。因為，既沒有在控訴書中也沒有在程序中載明，審判法院不能審理之，理由是法院受控訴書界定的案件標的的約束。

20.如果沒有確定這些量值，就販賣罪而言，只能導致控訴書的控罪變換這一解決方法，按照有疑義時利益歸於被告的原則，判現上訴人第 5/91/M 號法令第 9 條規定的犯罪。

21.被上訴的裁判對第 5/91/M 號法令第 8 條的規範解釋，不符合罪行法定原則及合法性原則，因其得出結論認為，簡單地持有特定麻醉品之量，便使行為人觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條規定的不法行為之罪狀，但疏漏了該條規定的處罰的前提：持有及取得活動是在“該法令第 23 條規定的情形以外”展開，因此違反了該規範。

22.被上訴的的裁判還違反了罪行法定原則及合法性原則。原判中適用了“少量”的概念，以此認定現上訴人持有的量超出了所訂定的普通人在三天內所需吸食量。而第 23 條根本沒有提及用於吸食的量。

23.被上訴的裁判還違反了有疑義時利益歸於被告的原則，因為一方面，面對著困擾審判者之疑惑（這些疑惑已被帶入理由說明中），沒有開釋嫌犯的販賣罪，只判處他吸食者；另一方面是因為，在判處上訴人為吸食者時，未能事先確定行為人用於向第三人提供的量，從而可以將其行為納入該法令第 8 條和第 9 條的罪狀。”

*

檢察院司法官答覆，主張維持原判；（參閱第 422 頁至第 429 頁）。

*

上訴獲接納，具適當的上呈方式及效果，卷宗移送本中級法院。

*

在檢察院代表的意見書中，表示應移送卷宗重新審判；（參閱第 453 頁至第 454 頁背頁）。

*

作出了初步批示，助審法官檢閱已畢，卷宗繼續進行以作上訴的聽證及審判。

*

沒有任何障礙，應予裁判。

理由說明

事實

二、原審合議庭視為證實的事實如下：

“1.2000 年 11 月 18 日 21 時 30 分許，在澳門大三巴街 XXX 中學大門附近，司警人員發現嫌犯乙形跡可疑，遂截停查問。

2.司警人員在嫌犯乙的身上搜獲三個透明膠袋（內含草本狀物質）、澳門幣 1,800 元現金以及一隻手機（號碼為 XXX）。

3.隨後，司警人員前往嫌犯乙在[地址(1)]的居所實施搜索，搜獲一個透明膠袋（內含草本狀物質）、三個捲煙的器具以及一疊捲煙的紙。

4.經化驗確認，分別從嫌犯乙身上及居所搜獲的上述透明膠袋所含物質，總淨重量 44.4 克，含有大麻 — 第 5/91/M 號法令表 I-C 所列物質。

5.上述物質是嫌犯乙於 2000 年 11 月 17 日 19 時許，在 XXX 花園第 XXX 座大堂向嫌犯甲以澳門幣 3,400 元取得，用於自己吸食及向他人提供；上述用於捲煙的器具及紙張，是持有供吸食毒品的器具，XXX 號手機是用於作有關物質交易之聯絡工具。

6. 嫌犯乙被拘留後，與警員合作，打電話給甲，佯稱需要取得更多的上述物質。
7. 接聽嫌犯乙的電話後，嫌犯甲說稍後將與他在 XXX 花園第 XXX 座附近的區域與他交易。
8. 同日 23 時 45 分，當嫌犯甲來到 XXX 花園第 XXX 座門口時，被司警人員截獲。
9. 司警人員在嫌犯甲身上搜獲兩個透明膠袋（內含草本狀物質）、澳門幣 500 元現金以及 XXX 手機一隻。

10. 之後，司警人員前往嫌犯甲位於[地址(2)]的居所實施搜索，搜獲五疊用於捲煙的紙、一個用於捲煙的器具以及兩支手制捲煙煙頭、一個塑膠盒（含有草本植物殘渣）、澳門幣 3,500 元及人民幣 200 元。

11. 經化驗確認，在嫌犯甲身上及居所中分別搜獲上述膠袋及塑膠盒中裝的草本植物及植物殘渣，總淨重量 52.35 克，內含大麻—第 5/91/M 號法令表一-C 所列物質。兩隻手制捲煙煙頭含有大麻成份—該法令表二-C 所列物質。

12. 上述所指毒品是嫌犯甲向身份不明者取得，用於自己吸食及向他人提供；上述器具及紙張（都是用來捲煙），是持有供吸毒的器具；上述 XXX 手機是用於與他人交易物質時的聯絡工具。

13. 2001 年 11 月 19 日 1 時許，司警人員來到嫌犯丙位於[地址(3)]的居所實施搜索，搜獲兩包用於捲煙的紙，一隻用於捲煙的器具及一個透明膠袋，內含草本植物殘渣。

14. 經化驗確認，用於捲煙的器具中含有大麻成份 — 第 5/91/M 號法令表二-B 所列物質，而上述膠袋內含的草本植物殘渣，含有表一-C 所列物質。

15. 上述的毒品殘留物來自嫌犯丙吸食毒品的殘餘物質，而他吸食的毒品是由嫌犯甲提供；前述用於捲煙的器具及紙張都是自己吸毒的器具。

16. 嫌犯甲，乙及丙的行為是自由的，自願的及有意識的。

17. 明知上述製品的性質及特徵。

18. 他們行為未經法律許可。

19. 明知他們行為是法律禁止及處罰的。

嫌犯甲是初犯 — 按照卷宗第 314 頁的內容。

嫌犯乙是初犯，有悔悟表現。

部分自認事實。

每月收入約澳門幣 7,000 元。

完成了中學第一年的學習。

須負擔母親。

嫌犯丙是初犯，有悔悟表現。

完全及無保留地自認事實。

小學畢業。

每月工資約澳門幣 3,000 元。

需負擔一名弟弟。

未獲證實的事實：

— 嫌犯乙被扣押之澳門幣 1,800 元是販賣麻醉品所得。

— 嫌犯乙使用的 XXX 手機是用於交易麻醉品時的聯絡工具。

— 嫌犯甲被扣押的現金（澳門幣 4,000 元及人民幣 200 元）是販賣麻醉品所得。

法院的心證基於第 41 頁至第 45 頁，第 94 頁至第 103 頁所載的證據，基於公正無私作證的被詢問證人之證詞；”（參閱第 354 頁至第 357 頁背頁）。

*

法律

三、現上訴人被判處作為正犯以競合形式觸犯一項販賣麻醉品罪、一項不當持有煙斗及其他器具罪，並觸犯一項持有麻醉品供吸食罪。現上訴人只是爭執判處前述販賣罪的部分。

對於裁判的其餘部分並無非議，因此界定了上訴的標的。我們現在看看上訴人是否有理。

上訴人首先堅稱，原審法院視為確鑿的事宜 — 上訴人取得的麻醉品部分用於向他人提供 — “沒有可以實體化的事實依據，因為沒有指明上訴人（以任何方式）向任何一人提供這種物質”；（參閱結論第 10 點）。

我們不相信他持有理據。

確實，（正如我們已經裁定），雖然嫌犯沒有被扣押毒品，也沒有查明向誰出售，出售之量，價金或次數，其行為仍然可被納入非少量麻醉品之販賣罪；（參閱最高法院 1993 年 2 月 24 日合議庭裁判，載於《最高法院司法見解匯編》，第 1 期，1993 年，第 1 卷，第 206 頁，本中級法院第 156/2002 號案件的 2002 年 1 月 31 日以及第 159/2002 號案件的 2002 年 11 月 7 日合議庭裁判）。

終審法院也在此意義上作出裁判，該院認為在偵查中或審判中未查明嫌犯向誰、何時、何地出售製品等情節並不重要，因為這些條件不構成有關犯罪之罪狀要素；（參閱第 3/2002 號案件的 2002 年 3 月 20 日合議庭裁判）。

因此，不存在理由變更上文轉錄的見解 — 我們認為該見解是良好的，此部分上訴理由不成立。

我們繼續審理。

本上訴的其他“主角”與下列事實有關，上訴人認為不應判處作為販賣罪（第 8 條）之正犯，因為審判中只證實其被扣押的大麻 — 44.4 克 — 是由該嫌犯取得“用於自己吸食並向他人提供”，但沒有具體指明為了此項或彼專案的之具體之量。

見解從下列前提出發：為了第 23 條持有供吸食罪的定性，為此目的持有的麻醉品之量並不重要，因為“少量”概念只對於販賣罪重要，目的是將其納入第 5/91/M 號法令第 8 條或第 9 條。因此，如被上訴的合議庭裁判中沒有解釋用於“吸食”之量或者用於“販賣”之量，就不應當實際判處第 8 條販賣罪。

上訴人有理。

確實，（正如我們在本中級法院第 4/2003 號案件的 2003 年 3 月 30 日合議庭裁判中所堅稱），我們的觀點是，為了將一項行為定性為觸犯持有供吸食罪（第 23 條），有關麻醉品之量並不重要，只要認定確實是為了這個目的。

確實，正如從第 23 條可知，該條文不以行為人持有的麻醉品之量作為將一項行為定性為“持有供吸食”條件。

然而，我們認為應當接納現上訴人的訴求並不因為這些。

而是我們贊同助理檢察長在其意見書中的審慎考量：被上訴的裁判存有“事實事宜不足以支持裁判”的瑕疵，應當移送卷宗重新審判，以便在重新審判中試圖查明用於吸食之量以及用於出售或向第三人提供之量，並相應地作出新的裁判。

事實上，正如該意見書中所認為（值得在此轉錄）：“如果法院認為下述已獲證實：上訴人被扣押之物質用於個人吸食（因為該人係吸食者），同時用於向第三人提供，就應當查明用於自己吸食及用於向第三人讓予的毒品份額，從而允許將事實正確地納入法律中。

應當承認，按照有關情形，不容易甚至不可能查明上訴人擬向他人提供之確切之量。

在此案中即使在合議庭裁判中必須載明此點，以便就是否窮盡查明此問題不留任何疑問。

在我們看來，只是這樣方可得出可資對事實作出正確的法律定性之推論。

因此，我們認為存在獲證明的事實事宜不足以支持裁判之瑕疵”；（參閱第 453 頁背頁至第 454 頁）。

因此，考慮到納入持有供吸食罪不意味著持有的量是少量 — 如係大麻，8 克為少量 — 面對著被上訴之合議庭裁判中未解釋用於吸食之量以及用於向第三人讓予之量，而且還肯定的是，原審合議庭本來應當查明此量以便將現上訴人之行為在刑事上納入第 8 條的販賣罪，因此面對著指出的不充分之瑕疵（本法院不可補正之），應當移送卷宗以便作出新審判後（在新審判中查明或試圖查明此等事實），作出新的裁判；（在此意義上也可參閱本中級法院第 117/2002 號案件

的 2002 年 12 月 12 日以及第 258/2002 號案件的 2003 年 3 月 27 日合議庭裁判）。

決定

四、因此，並為著前述效果，合議庭裁判移送卷宗以便隨後作出新的審判，並作出相應的新的裁判。

無須繳納訴訟費用。

José M. Dias Azedo（司徒民正）（裁判書製作法官）— 蔡武彬 — 賴健雄（具表決落敗聲明）

表決落敗聲明

本席不贊同本合議庭裁判關於移送卷宗重新審判之決定，因為沒有發現《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定的本義的獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵。

事實上，正如在被上訴的合議庭裁判中所見，原審法院調查了所有的待證事宜。因此，原審法院對於控訴書陳述的事實沒有遺漏審理（因為本卷宗中沒有答辯），從而立即排除存在著本義上的獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵。

在本案中，已經證實現上訴人持有 44.4 克大麻供自己吸食及向他人提供，但沒有查明用於自己吸食及用於向第三人提供的確切之量，故應進行控罪變換，判嫌犯／現上訴人觸犯第 5/91/M 號法令第 9 條規定及處罰的少量販賣罪，並以實際真實競合的形式觸犯該法令第 23 條規定及處罰的吸食罪。

賴健雄

2003 年 4 月 3 日於澳門特別行政區