

(譯本)

販賣麻醉品罪
司法警察局警員的行為：透過禁用的方式取得的證據
用於販賣的麻醉品之扣押
變換

摘要

一、司法警員在調查作出販賣麻醉品罪的範疇內，僅藉其行為證實一名嫌犯作出已經實施的犯罪罪狀，則該行為全無違法性。該行為不能等同於“誘發”，不將其身份轉換為“誘發犯罪之行為人”。

二、簡單持有所用於販賣或向第三人讓予的麻醉品，已構成一項（既遂）販賣該製品罪。

三、如在審理上訴範圍內查明上訴人之獲證明行為應被定性為第 5/91/M 號法令第 8 條而非第 9 條之犯罪，上訴法院可以（並應當）作出該控罪變換，只要事先遵守辯論原則且不影響上訴不加刑原則。

2003 年 7 月 24 日合議庭裁判書

第 91/2003 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、下列嫌犯在澳門初級法院合議庭受審：

- （第一）嫌犯甲，
- （第二）嫌犯乙，
- （第三）嫌犯丙，
- （第四）嫌犯丁，
- （第五）嫌犯戊，其餘身份資料均載於卷宗。

進行審判後，合議庭裁判：

— 開釋（第四）嫌犯丁被指控的犯罪；

— 判（第一）嫌犯甲作為共同正犯觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款及第 10 條 g 項規定及處罰的一項販賣麻醉品罪，處以 10 年 6 個月徒刑及罰金澳門幣 5 萬元，後者得以 150 日徒刑替代；

— 判（第二）嫌犯乙，作為共同正犯觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款及第 10 條 g 項規定及處罰的一項販賣麻醉品罪，處以 10 年 6 個月徒刑及罰金澳門幣 5 萬元，後者得以 150 日徒刑替代；

還判該嫌犯以競合形式觸犯該法令第 23 條 a 項規定及處罰的一項持有麻醉品供吸食罪，處以 2 個月徒刑，數罪並罰，處以獨一總刑 10 年 7 個月徒刑及罰金澳門幣 5 萬元，後者得以 150 日徒刑替代；

— 判（第三）嫌犯丙作為正犯觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款及第 18 條第 2 款規定及處罰的一項少量販賣麻醉品罪，處以（特別減輕之）14 個月徒刑及罰金澳門幣 5,000 元，後者得以 21 日徒刑替代；

還判該嫌犯以競合形式觸犯該法令第 23 條 a 項規定及處罰的一項持有麻醉品供吸食罪，處以 45 日徒刑，數罪並罰，處以獨一總刑 15 個月徒刑及罰金澳門幣 5,000 元，後者得以 21 日徒刑替代；

— 判（第五）嫌犯戊作為正犯觸犯第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定及處罰的一項持有麻醉品供吸食罪，處以澳門幣 5,000 元罰金，得以 21 日徒刑替代；（參閱第 423 頁背頁至第 424 頁背頁）。

*

（第一及第三）嫌犯甲及丙不服，提起上訴。

第一嫌犯甲結論如下：

- “1.上訴人按第二嫌犯的指示，交給第三嫌犯 5.223 克違禁製品；
 - 2.第三嫌犯在被拘留時準備將該製品出售給第五嫌犯；
 - 3.在上訴人家裏及其私家車內被扣押的其餘禁用製品均屬於第二嫌犯；
 - 4.第三嫌犯多次讓予違禁製品；
 - 5.上訴人只讓予一次違禁製品；
 - 6.第三嫌犯向多人讓予的違禁品份量超過上訴人，上訴人僅讓予一次且屬上述份量；
 - 7.上訴人與第三嫌犯相似，也與當局合作；
 - 8.原審法院將第三嫌犯作出的行為納入第 9 條，以及將上訴人作出相同的行為納入第 10 條 g 項，是對事實作了不正確的法律定性；
 - 9.原審法院在作出本卷宗的裁判 — 在聽證及審判筆錄中作出 — 表示面對辯方的反對，不可能作出法律定性的變更時，招致法律錯誤；
 - 10.面對我們的上級法院無爭議且一致的法律見解，第三嫌犯根本不能被判處觸犯少量販賣罪；
 - 11.與第三及第五嫌犯相似，上訴人還應當得益於第 18 條第 2 款規定的特別減輕，因為這些嫌犯觸犯的事實與上訴人觸犯的事實基本相同；
 - 12.上訴人已經向第三嫌犯讓予 20 粒藥片；
 - 13.第三嫌犯身上被扣押 20 粒藥片；
 - 14.第五嫌犯身上被扣押 20 粒藥片；
 - 15.原審法院在考慮對上訴人科處的刑罰份量時，只考慮上訴人被扣押的麻醉品份量；
 - 16.原判中無導致合議庭對上訴人科處 10 年 6 個月徒刑的依據；
 - 17.也沒有因作出相似事實而導致對第三及第五嫌犯分別科處 15 個月徒刑及澳門幣 5,000 元的法律上及事實上的理由；
 - 18.似乎獲證明的事實事宜顯示不足以支持公正、平衡及適當的法律上的裁判；
 - 19.平等原則要求訴諸善良家父的類推考慮；
 - 20.第二嫌犯自認事實並在卷宗中附入文件，指出被扣押的製品只是屬於本人，第一嫌犯從未向第三嫌犯讓予違禁品；
 - 21.已經證明上訴人只向第三嫌犯讓予違禁品一次；
 - 22.鑑於獲證明的事實事宜中，上訴人的參與應當判處非常相似於對第三嫌犯科處的刑罰；
 - 23.上訴人在答辯卷宗中附入具適當法律理由的文件；
 - 24.經查閱原判，證實沒有調查對案件良好解決屬必需的全部事宜，例如其陳述的、可能導致對上訴人科處不同於其被科處之刑罰的有關事實；
 - 25.尤其違反了第 5/91/M 號法令第 8 條、第 10 條 g 項、第 9 條第 1 款、第 18 條第 2 款、第 23 條 a 項以及澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款及第 323 條的規定；
 - 26.原判顯示存有澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款及第 2 款 c 項的瑕疵；”（參閱第 440 頁至第 456 頁）。
- 第三嫌犯丙之結論為：
- “1.對於現上訴人被判處的販賣少量麻醉品罪（參閱第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款），判

決所依據的證據被帶入卷宗時明顯違反刑事訴訟法基本原則及規定；

2.司法警員參與了犯罪思路之形成，從而作為誘發該犯罪的真正行為人；

3.作出誘發之警員永遠不能接納，因是犯罪本身之行為人。在任何情況下，均不可能接納以犯罪手段扼制犯罪，這在刑事訴訟的民主概念中完全不能接受；

4.鑑於沒有（遵守）刑事訴訟基本規則及規定 — 澳門《刑事訴訟法典》第2條、第112條及第113條以及《澳門特別行政區基本法》第13條及28條 — 應當宣告在偵查中作出的證據無效（尤其關於2002年6月10日扣押第三嫌犯），並具所有其他法律後果；

如果前述見解不被接受，仍有下述結論：

5.原判將明顯不相符合的事實視為獲證實。

6.司法警員作為誘發犯罪 — 或者具體實現該行為的事實 — 之誘發者作出行為，因為警員可能決定性地參與了第三嫌犯犯罪意念思路的形成，她只是經警員本人的邀請才開始作出行為，而警員唯一及排他目的是確定現上訴人作出最後被判處的犯罪時屬故意，同時確定嫌犯丙是自由及故意地作出行為；

7.認為被唆使作出某項犯罪的人是故意及自由地作出行為，這顯然是自相矛盾的。必須認定，如果司法警員沒有指示嫌犯戊打電話給第三嫌犯丙，該犯罪就不發生；

8.司法警員給第五嫌犯的指示（即：佯稱需要所述製品並向第三嫌犯索要這些製品），第五嫌犯給第三嫌犯所打的電話，第三嫌犯給第二嫌犯打的電話 — 因第三嫌犯家裏沒有這些製品 — 均是客觀事實，而載明第三嫌犯被自由及故意作出被指控行為，不過是一項記載（它本來應當從確鑿的事實事宜中摘除之，但卻被簡單地複製在起訴書中），因此應當認定獲證明的事實事宜不足及理由說明中有不可補正的矛盾（澳門《刑事訴訟法典》第400條a項及b項）；

9.如果將客觀事實優先於主觀事實，那麼第三嫌犯的意思便不是自由形成的，而是由司法警員的行為限制及決定的。

如果上述見解不被接納，仍有以下結論：

10.原判力主查明的事實符合（第5/91/M號法令第9條第2款規定及處罰之）販賣麻醉品罪的法定罪狀以及該法令第23條規定及處罰之吸食麻醉品罪的法定罪狀。

11.但是，鑑於販賣麻醉品罪沒有既遂，以及（正如下文中將要作出的結論）對於現上訴人被判的每個犯罪所科處的具體刑罰份量，同時鑑於現被上訴人裁判並予緩刑，此等事實顯然不足以支持原判所作的法律定性。

12.因為“（...）為不法出售少量製品（...）”而非因為任何其他事實，現上訴人被控以直接正犯及既遂形式觸犯第5/91/M號法令第9條第1款規定及處罰的一項販賣麻醉品罪。

13.但是，這並不真實，因為按審判及聽證中獲證實的事實，現上訴人沒有向第五嫌犯出售麻醉品，因為在作出交易之前警方已經截查之。

14.根據澳門《刑法典》第22條，有關既遂犯可處以最高限度超逾三年之徒刑時，犯罪未遂方予處罰，但另有規定者除外。”

15.該法令第9條第1款規定的刑罰，為1年至2年徒刑。

16.從該法令中只得出該條第2款規定及處罰的犯罪未遂可予處罰，因此

17.應當認定該法令第9條第1款規定及處罰的犯罪不可處罰。

18.因此，嫌犯應被開釋，不能被判罪。原判違反了澳門《刑法典》第22條以及第5/91/M號法令第9條第1款及第2款。

如果上述見解未被採信，還應作出下述結論：

19.上訴人被判處的觸犯少量販賣麻醉品罪之刑罰過於嚴厲。

20.原判在指明刑罰的具體份量時，明確指出應當按照澳門《刑法典》第65條確定之。

21.根據澳門《刑法典》第65條，所有事實均表明應科處更輕的刑罰：罪過程度低；故意程度低；被警方決定的動機；不利的經濟及個人狀況；犯罪前的行為無可非議；犯罪以後的行為也無可非議；自認了被控訴的事實；悔悟並協助調查；其證言導致其餘嫌犯之犯罪的瓦解。

22.一般預防這種犯罪之必要性，以及在諸如現予審理的案件的情形中 — 故意程度低，而

選擇具體刑罰份量的其他條件顯示出對被告有利（參閱第 60 條）— 科處更輕的刑罰效果更佳。

23. 因此，明顯違反澳門《刑法典》第 65 條對現上訴人科處高於有關被控之犯罪法定刑罰上限一半的具體刑罰，是不可接受的。

24. 在科處的具體刑罰幅度中，法官也受特別預防之必要性之約束，這些要求現有下列影響：宜對現上訴人按法定下限科處徒刑。

25. 因此，原判違反澳門《刑法典》第 65 條及第 40 條。

26. 科處的刑罰應當限於第 5/91/M 號法令第 9 條規定的法定下限，即 1 年徒刑及澳門幣 2,000 元罰金。

27. 關於持有麻醉品罪，上文關於少量販賣麻醉品罪之刑罰具體幅度方面的一切結論，為著所有法律效果在此視為轉錄。

28. 還有一件事實：此種犯罪不法性程度，以及一般預防之必要性的程度均不高。

29. 科處的刑罰太高及太嚴厲（參閱第 5/91/M 號法令第 23 條），從而原判違反澳門《刑法典》第 40 條及第 65 條。

30. 上訴人本來應當被科處法定最低刑罰及澳門幣 500 元罰金。

31. 原判還違反澳門《刑法典》第 74 條。

32. 2002 年 6 月 12 日透過刑事起訴法庭的批示對現上訴人科處羈押的強制措施，上訴人被羈押 3 個月又 15 天，按照前述規範，應當從科處的刑罰份量中扣除該期間。

33. 現被上訴之原判中沒有指及該事實，從而違反澳門《刑法典》第 74 條第 1 款。

34. 最後，應當指出，對上訴人科處的刑罰應被暫緩執行。

35. 在原判中，原審法官對嫌犯/現上訴人作出判處，沒有指明緩刑的可能情形，也沒有闡述作為裁判依據的理由。

36. 在原判的獨一段中，法官默示地研究了緩刑問題，法院沒有考慮《刑法典》第 48 條第 1 款所規定要素。

37. 因此，僅對事實作譴責不構成不再犯罪的阻止要素這一（默示）結論，存有審查（推斷其亦屬默示審查）之事實不足及不全面的瑕疵，不符合事實中得出的預測判斷。

38. 緩刑的權能基於兩個基本要件（《刑法典》第 48 條第 1 款），在本案中它們均已符合。

39. 在本案中，社會預測判斷完全有利於給予緩刑。因為從敘述的事實分析中容易認定，僅對事實作譴責可構成不再犯罪的阻止要素，而羈押作為阻止在將來犯罪的因素，具決定性作用。

40. 此外，實際徒刑可能使刑罰目的落空。

41. 關於一般預防的目的，結論如上，該處提及的一切在此有效。

42. 關於特別預防的目的，對現上訴人科處實際徒刑，肯定將使得現上訴人重新納入社會變得困難。

43. 司法見解一直主張，‘緩刑要求在回報、一般預防及特別預防之間的平衡。對嫌犯們採取這種措施的理由是有理由的，嫌犯們事發之日分別為 20 歲及 21 歲，均屬初犯，其自認事實對於發現真相極具價值，以致只有這種自認事實才容許對其判處。有悔悟表現，這導致法院認定，因這些嫌犯在審判中的表現，這些嫌犯有阻止重複作出相同事實的人格’（www.dgsi.pt，最高法院的 1996 年 10 月 15 日合議庭裁判）。

44. 緩刑的目的是使犯罪分子免服短期刑罰，這種短期刑有近墨者黑的危險並且不可能對犯罪者再教育（...）如果對初犯應服的短期刑罰不予緩期執行，則基於緩刑制度之上作出的有利的社會預測判斷便將落空（這些初犯們未以高度的罪過程度作出行為，並在缺席審判後自認了犯罪，並聲稱已納入社會），從而具有被影響、失去再教育的嚴正可能性等短期刑固有的危險以及徒刑永遠引致的社會惡化”（澳門高等法院的 1993 年 11 月 17 日合議庭裁判，載於 1993 年的《司法見解》，第 379 頁）。

45. 是否給予緩刑的權能，是一項司法上受約束的權力“（...）一項權利 — 義務，（...），如果具備該等前提，審判者必須緩刑”（www.dgsi.pt，1996 年 3 月 8 日，最高法院合議庭裁判）。

46. 現被上訴的裁判未暫緩執行對現上訴人科處之刑罰，違反了《刑法典》第 48 條。

47.應當暫緩執行對現上訴人科處的徒刑，根據《刑法典》第48條第2款，緩刑時可以附以其他義務或者遵守行為規則，例如對上訴人規定必須遵守的措施，從而使得上訴人不可能接近吸食販賣麻醉品的地點及環境，從而使上訴人逐步融入社會而不再犯罪。

最後堅稱：

“據上所述並依此為據：

— 應當判本上訴理由成立，宣告帶入卷宗的證據無效並具由此產生的全部後果；

如不這樣認為 — 並不同意，只是出於代理的穩妥起見而姑且而言之 — 永遠應當說：

— 應當判本上訴理由成立，並判定存在獲證明的事實事宜不足以支持裁判，以及理由說明中不可補正的考慮（澳門《刑事訴訟法典》第400條），並優先於主觀事實而考慮客觀事實。最後認為第三嫌犯的意思不是自由形成的，而是由司法警員行為所限制及決定的；

— 應當判本上訴理由成立，並判定存在法律錯誤的瑕疵（澳門《刑事訴訟法典》第400條），認為不存在既遂犯罪，只存在未遂犯罪，開釋嫌犯販賣少量麻醉品罪，僅判處他觸犯第5/91/M號法令第23條第1款規定及處罰的持有麻醉品罪。

如果不這樣認為 — 我們並不同意，只是出於在法院代理的穩妥而姑且言之 — 永遠應當表明：

— 應當將現上訴人被具體科處的刑罰降低為法定下限；

— 應當命令暫緩執行已科處的徒刑或將科處的徒刑；（參閱第573頁至第619頁）。

*

在答覆中，檢察院司法官主張上訴理由不成立；（參閱第519頁至第542頁）。

*

上訴獲接納，具適當的上呈效果及方式，卷宗移送本院。

*

在意見書，駐本院之檢察院代表的意見是上訴理由不成立（參閱第565頁至第570頁背頁）。

*

製作初步批示後（參閱第625頁背頁），助審法官法定檢閱已畢，完全遵照法定手續進行了上訴的審判聽證。

*

因不存任何障礙，現應裁判。

理由說明

事實

二、原審合議庭認為下列事實已經確鑿：

“1.從未查明之日起，嫌犯甲、乙和丙開始在本澳從事販毒活動。

2.通常，嫌犯乙將從身份不明之人處取得之毒品藏匿於其與嫌犯甲共同居住之位於[地址(1)]的住所內，並伺機向他人提供。

3.嫌犯丙需要毒品時，便會與嫌犯乙聯繫，直接或透過嫌犯甲取得所需之毒品。

4.嫌犯丙販毒的對象主要是嫌犯戊，嫌犯乙及甲販毒的對象主要是嫌犯丙及其他身份不明之人。

5.在從事販毒活動中，嫌犯乙、甲和丙通常使用他們各自的手提電話彼此進行聯繫或與其他毒品買家或賣家進行聯繫，上述電話的號碼分別為XXX、XXX和XXX。

6.2002年6月10日下午2時30分左右，司警人員到嫌犯戊位於[地址(2)]之住所進行調查。

7.經嫌犯戊同意，司警人員進入上述住所進行搜查，並在該住所內搜獲20片藥片。

8.經化驗證實，上述20片藥片中含有第5/91/M號法令附表二A中所列之甲烯氧苯丙胺成份，共淨重4.2克。

9.上述毒品是嫌犯戊從身份不明之人處所取得，目的是自己食用。

10.嫌犯戊被警方人員抓獲後，供出嫌犯丙向其提供毒品之事實，並按警方人員安排致電嫌

犯丙，佯稱需要毒品。

11. 嫌犯丙於是致電嫌犯乙，要求其提供毒品。

12. 嫌犯乙稱稍後與其進行交易。

13. 嫌犯丙於是致電嫌犯戊，並與之約定 2002 年 6 月 10 日晚上 11 時 40 分左右在[地址(3)]門口進行毒品交易。

14. 2002 年 6 月 10 日晚 11 時左右，嫌犯甲按嫌犯乙的吩咐攜帶毒品駕駛其私家車（車牌為 MG-XX-XX）來到嫌犯丙的住所樓下，嫌犯丙於是上了該私家車。

15. 在車內，嫌犯甲交給嫌犯丙 20 片藥片和兩包白色粉末。該等藥片及粉末是嫌犯乙指使嫌犯甲交給嫌犯丙的。

16. 之後，嫌犯甲駕駛其私家車載嫌犯丙前往位於[地址(3)]，準備將上述 20 片藥片和兩包白色粉末出售給嫌犯戊。

17. 當晚 11 時 40 分左右，當嫌犯丙乘坐由嫌犯甲駕駛之私家車駛至上述[地址(3)]門前停下後，司警人員便將嫌犯丙和甲截停檢查。

18. 司警人員當場在嫌犯丙身上搜獲上述 20 片藥片（其中有 15 片灰色藥片和 5 片藍色藥片），兩包白色粉末，一部手提電話（號碼為 XXX）、澳門幣 1,400 元和港幣 1,100 元。

14.（原文）經化驗證實，上述 15 片灰色藥片中含有第 5/91/M 號法令附表二 B 中所列之甲基苯丙胺及附表二 A 中所列之二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份，共淨重 3 克；5 片藍色藥片含有該法令附表二 A 中所列之二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份，共淨重 1.1 克；兩包白色粉末含有法令附表二 C 中所列之氯胺酮成份，共淨重 1.123 克。

10.（原文）上述毒品是嫌犯丙從嫌犯乙和甲處所取得，目的是提供給嫌犯戊。

11.（原文）警方人員截停嫌犯甲後，對其駕駛之上述私家車進行搜索，並在該車右前門門邊搜獲 16 片橙色藥片，58 片墨綠色藥片，82 片藍色藥片和兩包白色粉末；在嫌犯甲身上搜獲一部手提電話（號碼為 6673456）、澳門幣 17,300 元和港幣 270 元。

12.（原文）經化驗證實，上述 16 片橙色藥片含有第 5/91/M 號法令附表四中所列之硝基去氯安定成份，共淨重 2.9 克；58 片墨綠色藥片含有該法令附表二 B 中所列之甲基苯丙胺及附表二 A 中所列之二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份，共淨重 11.9 克；82 片藍色藥片含有該法令附表二 A 中所列之二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份，共淨重 18.1 克；兩包白色粉末含有法令附表二 C 中所列之氯胺酮成份，共淨重 1.201 克。

13.（原文）上述毒品是嫌犯乙交給嫌犯甲保管，並伺機向他人出售的。

14.（原文）司警人員抓獲嫌犯丙後，到該嫌犯位於[地址(4)]之住所進行搜索，並搜獲一片綠色藥片。

15.（原文）經化驗證實，上述藥片含有第 5/91/M 號法令附表二 A 中所列之二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份，共淨重 0.2 克。

16.（原文）上述毒品是嫌犯丙從嫌犯乙處所取得，目的是自己食用。

17.（原文）司警人員抓獲嫌犯甲後，到其位於[地址(5)]之住所進行搜索，當時遇到嫌犯丁正欲進入該單位。

18.（原文）司警人員在該單位內搜獲 4 片顏色分別為紅、黃、綠和淺綠色的藥片、三包白色粉末、66 片藍色藥片、51 片綠色藥片、19 片紫色藥片、15 片橙色藥片、7 片白色藥片、3 片灰色藥片、2 片淺綠色和一包黃色粉末。

19.（原文）經化驗證實，上述 1 片紅色藥片含有第 5/91/M 號法令附表二 A 中所列之二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份，附表二 B 中所列之甲基苯丙胺及附表二 C 中所列之氯胺酮成份，淨重 0.3 克；上述 1 片黃色藥片、7 片白色藥片和 66 片藍色藥片含有該法令附表二 A 中所列之二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份，共淨重 17 克；上述 1 片綠色藥片和 1 片淺綠色藥片含有該法令附表二 B 中所列之甲基苯丙胺及附表二 C 中所列之氯胺酮成份，共淨重 0.7 克；上述 51 片綠色藥片和 15 片橙色藥片含有該法令附表二 B 中所列之甲基苯丙胺和附表二 C 中所列之氯胺酮成份，共淨重 22.1 克；上述 19 片紫色藥片和 2 片淺綠色藥片含有該法令附表二 B 中所列之甲基苯丙胺、附表

二 C 中所列之氯胺酮及附表四中所列之苯巴比妥及安定成份，共淨重 4.7 克；上述 3 片灰色藥片含有該法令附表二 B 中所列之甲基丙胺及附表二 A 中所列之二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份，共淨重 0.7 克；上述三包白色粉末和一包黃色粉末含有該法令附表二 C 中所列之氯胺酮成份，共淨重 14.434 克。

18.（原文）上述毒品是嫌犯乙從身份不明之人處所取得，並與嫌犯甲共同擁有和藏匿的，目的是向他人出售。嫌犯乙有時亦自己食用部分上述毒品。

19.（原文）司警人員遇到嫌犯丁後，懷疑其亦參與販毒，隨即帶同該犯前往其位於[地址(6)]的住所進行搜索，並在其住所內搜獲 1 片藍色藥片和 4 片橙色藥片。

20.（原文）經化驗證實，上述 1 片藍色藥片含有第 5/91/M 號法令附表二 A 中所列之二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份，共淨重 0.2 克；4 片橙色藥片含有該法令附表四中所列之硝基去氯安定成份，共淨重 0.7 克。

22.（原文）嫌犯乙、甲、丙及戊是在自由、自願和有意識的情況下故意作出上述行為的。

23.（原文）他們明知上述毒品之性質和特徵。

24.（原文）他們上述行為未得到任何法律許可。

25.（原文）他們明知法律禁止和處罰上述行為。

第二嫌犯主動向警方的司法人員投案。

第二嫌犯曾居住在第四嫌犯丁位於[地址(6)]的住所，且是最近搬往前述住址。

第一嫌犯甲選擇沉默。

第二嫌犯乙部分自認事實，堅持只有自己作出了販賣麻醉品罪。

自認每天服食三粒搖頭丸以及一包氯胺酮。

每月收入約澳門幣 15,000 元，須照顧母親。小學學歷。

第三嫌犯丙自認事實，有悔悟表現。

自認每天服食一粒半搖頭丸。還自認向第二嫌犯以每粒澳門幣 70 元取得並以澳門幣 100 元出售。

無業，無家庭負擔。學歷為中學肄業。

第四嫌犯丁沒有自認事實。

每月收入約澳門幣 8,000 元，須照顧父母。學歷為中學肄業。

第五嫌犯戊自認事實。

無業，無家庭負擔，學歷為中學肄業。

第四嫌犯丁的刑事記錄證明載有：

— 透過 1999 年 5 月 25 日第一庭第 329/98 號合議庭普通程序之合議庭裁判，被判處觸犯 5 月 3 日第 2/90/M 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰的一項犯罪，處以 5 個月徒刑，緩期一年執行。

關於第一嫌犯甲，第二嫌犯乙，第三嫌犯丙及第五嫌犯戊，附於卷宗中的刑事記錄無任何犯罪記錄。

沒有證實在第四嫌犯家裏搜獲的製品是由該嫌犯向身份不明者取得，目的是為了自己吸食。

沒有證實控訴書及第一嫌犯答辯書與上述確鑿的事實不符的任何其他重要事實。

法院心證基於卷宗所載證據，基於第二，三，四，五嫌犯聲明的批判性及比較性分析，基於被詢問的證人及證詞。

第三嫌犯的聲明對於案件屬重要，其中詳細描述了本人以及第一及第二嫌犯在該販毒網中所起的作用，並確認了其參與了控訴書中描述及發生的事實。

另一方面，司法警員的證詞也屬重要，證言中具體描述了採取的措施，搜查及搜索，尤其警員已斷然確定第一嫌犯在上述車內向其指明了收藏該批麻醉品的地點”（參閱卷宗第 417 頁至第 422 頁）。

法律

三、作出了概述並且闡述了原審法院認為已經證實的事實後，我們來看看（第一及第三）嫌

犯／現上訴人是否有理。

(一) 首先審理第一嫌犯甲的上訴

考慮到提出的理由闡述以及從中摘錄的結論 — 正如所知，結論限定了有待審理的問題，但應當依職權者審查者除外 — 上訴人認為原審合議庭違反了“第 5/91/M 號法令第 8 條，第 10 條 g 項，第 9 條第 1 款，第 18 條第 2 款以及第 23 條 a 項，澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款及第 323 條”（結論第 25 點），還堅稱原判存有“事實事宜不足以支持裁判的瑕疵”以及“證據審查中的明顯”錯誤的瑕疵（結論 18、24 及 26）。

— 我們看看有關上訴應否得直，應首先審理指稱的“不足以”的瑕疵。

正如所知，因欠缺事宜的查明，視為獲證實的事實事宜不能支持作出之裁判，（因此）需要補充時，就發生該瑕疵。

在本案中，上訴人被判處作為共同正犯觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款及第 10 條 g 項規定及處罰的一項販賣麻醉品罪。

鑑於對其審判中獲證實的事實事宜，我們應當認定，事實事宜非常充分及適宜支持作出的裁判。只是關注獲證明的前述事實，足可本著必要的穩妥性斷言（其獲證明的）行為納入（第 8 條第 1 款）規定之犯罪（主客觀）罪狀要素，第 10 條 g 項規定中得出的“加重”亦然。

確實，簡而言之，由此得出，現上訴人自由並有意識地夥同嫌犯乙持有並販賣明顯超過視為少量之量值的麻醉品，明知其行為是被禁止及處罰的。必須認定，不應當認為原判存有所謂的“不充分”瑕疵，同樣不存在對於現上訴人引用的第 5/91/M 號法令第 8 條、第 10 條 g 項、第 9 條第 1 款及第 23 條 a 項的任何違反（下文中我們將對於指稱違反第 18 條第 2 款表態）。

讓我們看看原審合議庭以第 1-3 項，第 14-18 項所指的事實以及隨後以“14(原文)”，“10(原文)”，“19(原文)”所指的事實。

因此，毋需其他考慮，必須在此部分認定，此部分上訴理由不能得直。

關於“證據審查中的明顯錯誤”

在此，正如助理檢察長在其意見書中充分強調，儘管上訴人指責原判存有此等瑕疵，但“沒有指明並具體說明瑕疵如何以及怎樣表現出來；（參閱第 565 頁）。

因此，考慮到只有當“明顯發生將互不相容的事實視為獲證實，或者當違反受約束的證據價值規則或職業操守時”方存在該錯誤（參閱中級法院第 104/2003 號案件的 2003 年 6 月 19 日合議庭裁判）。肯定的是，經全部分析卷宗，同樣看不到該瑕疵，不能不也駁回此部分上訴。

— 現在我們審理所謂違反澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款。

在此範疇內，上訴人述稱“將答辯狀附入卷宗，最後提出了結論”以及“經查閱第 20 頁的原判，說沒有證實控訴書及第一嫌犯答辯狀中與確鑿事實不符的任何其他重要事實”。

由此，並引用本中級法院第 25/2001 號案件的 2001 年 3 月 2 日中作出的合議庭裁判，堅稱違反了澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款，因為其認為“沒有調查答辯的全部事宜...”（參閱第 451 頁及第 542 頁）。

我們看看。

在 2001 年 3 月 2 日裁判中（裁判書製作法官與本案相同），裁定該處上訴標的之合議庭裁判無效，因為面對著附入卷宗中的答辯狀，視為獲證明的事實事宜，以及（僅）“控訴的其餘事實”未獲證實之表述而沒有提及答辯狀所載內容，不可能“以起碼的嚴格性及安全性堅稱原審法院已考慮控訴書及答辯狀的全部陳述事實”。

對我們來說，本案情況與之有別。

應當指出，（如上訴人本人所承認），與第 25/2001 號案件中所發生的不同，原審合議庭確實指出“控訴書及答辯狀...的任何其他重要事實”未獲證明；（底線為我們所加）。

因此，如上訴人那樣堅稱答辯狀的事實未經調查，（尤其在根本沒有指明因此未獲證實的任何事實之情況下），此說毫無道理。

確實，按照第 355 條第 2 款 — 正如該條文明文規定 — 法院應當“列舉獲證明及未獲證明的事實”，因此，似乎毫無疑問的是，正如 2001 年 3 月 2 日合議庭裁判載明的那樣，“列舉意

味著逐一指明或提及，而簡單轉用控訴或起訴中獲證明或未獲證明的事實不構成列舉”。

然而，同樣真實的是，（該合議庭裁判中也如此寫明），獲證明及未獲證明的事實之列舉，目的是“確保原審法院在行使其審理權時，透過調查審查全部待證事宜...”，這在本案中（確實）發生，因為在遞交的答辯中現上訴人只是否認控訴書對其指控、且審判後被視為證實的事實。

正如我們曾經有機會在中級法院第 32/2001-III 號案件的 2001 年 6 月 14 日合議庭裁判中所堅稱，“如果對控訴書（或起訴書）以及答辯狀（如遞交）所載事宜仔細分析後，可以穩妥地認定一切均被進行審判之法院調查，那麼，上訴法院宣告被上訴之裁判無效就毫無道理”；（同樣意義上參閱本中級法院第 107/2003-I 號案件的 2003 年 7 月 10 日合議庭裁判）。

因此，不存在理由不維持如此見解，我們找不到理由認定原審法院招致所指稱的無效。

我們繼續審理。

— 關於違反澳門《刑事訴訟法典》第 323 條。

在此部分，上訴人述稱：

“...經查閱原判第 19 頁可以讀到下列內容：

‘嫌犯甲選擇沉默’。

原審法院忘記查明並在裁判中提及關於現上訴人的必要內容，包括其身份、個人狀況、職業狀況、每月收入、是否需要照顧他人以及學歷等。

由此得出...顯示違反澳門《刑事訴訟法典》第 355 條及第 323 條”。

我們不相信事實如此。

關於“身份資料”，我們認為，似乎現上訴人已被（適當）指明身份。只要讀一讀原判首頁第三段就可如此認定（參閱第 412 頁）。

關於收取的收入，須照顧之人以及學歷資格，確實，合議庭裁判沒有載明這些資料。但是，這並不意味著原審法院忘記（試圖）查明之以及提及之。正如有關裁判明確載明 — 上訴人也堅稱 — “嫌犯甲選擇沉默”，因此可輕易得知所發生的是，面對嫌犯的沉默，儘管作出嘗試，但未能查明這些資料，因此必須承認，將這種“欠缺”“歸責於”法院根本不適當，相應地，我們認為該裁判根本沒有違反澳門《刑事訴訟法典》第 323 條（以及第 355 條，下文將審議之）。

— 我們相信前述問題獲如此解決後，接著審理最後一項問題，即刑罰份量問題。

上訴人認為其刑罰太重，不應當對他科處超過第三嫌犯被科處的刑罰，並且違反了第 5/91/M 號法令第 18 條第 2 款。

正如上文概述 — 在 10 至 15 年徒刑的幅度中 — 上訴人被判處 10 年 6 個月徒刑。

關於不能判處高於第三嫌犯被判刑罰的斷言，我們只能在此載明該立論並不可取。因為，即使在“共同犯罪”的情形中，正如澳門《刑法典》第 28 條所規定，“每個共同犯罪人按其罪過程度論處...”。因此，不論其他，我們認為這種立論對於上訴人希望降低“其刑罰”之目的屬完全“無的放矢”，顯然其刑罰應當按照“其行為”予以審理。

因此，鑑於對其確定的刑罰份量（僅高於下限 6 個月），並考慮到其沒有自認事實，因此不存在悔悟，顯然該刑罰是適當及公正的 — 只能謂之過於仁慈 — 根本不違反第 5/91/M 號法令第 18 條第 2 款的規定。事實上，正如我們一向所認為，“第 18 條第 2 款規定的刑罰減輕，也以嫌犯（默示）悔悟為前提，這顯然意味著無保留之完全自認”；（參閱本中級法院第 83/2003-I 號案件的 2003 年 6 月 19 日合議庭裁判）。

因此，上訴人提起的全部問題均不成立，必須判上訴理由不成立。

（二）現在我們審理（第三）嫌犯丙的上訴

在此範圍內提出下列問題：

- 證據無效；
- 事實事宜不足以支持裁判；
- 理由說明中不可補正的矛盾；
- 刑罰份量及暫緩執行；
- 違反澳門《刑法典》第 74 條；

— 我們首先審理指稱的證據無效；

關於這個問題 — 上訴人在其理由陳述中詳盡闡述並代入結論 1 至 4 —（歸納為），他認為司法警員的行為好比真正的犯罪誘發者。

這才是新問題，本中級法院及終審法院已經對此多次表態。

關鍵是區別警員的行為以證實行為人觸犯或將觸犯的一項犯罪為結果，還是像現上訴人所陳述，以“誘發”或導致行為人作出一項僅作為其行為之後果的犯罪為結果或目的。

面對該情形，我們相信學說及司法見解一致認為（至少大多數認為）前者是合法的，後者是不合法及不可接受的；（關於此問題，見 M. Costa Andrade：《Sobre as proibições de prova em processo penal》，第 209 頁起及續後數頁；F. Gonçalves、M. Alves 及 M. Guedes Valente：《Lei e Crime. O agente infiltrado versus agente provocador...》，第 253 頁起；M. Alves Meireis：《O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal》第 125 頁；G. Margens da Silva：《Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrepentidos...》，上訴人也引用之；A. Lorenço Martins：《Droga e Direito》，第 278 頁；最高法院的 1997 年 1 月 15 日合議庭裁判，《葡萄牙司法公報》，第 463 期第 226 頁；高等法院第 1073 號案件的 1999 年 6 月 2 日合議庭裁判，終審法院第 6/2002 號案件的 2002 年 6 月 27 日合議庭裁判及第 10/2002 號案件的 2002 年 9 月 25 日合議庭裁判）。

因此，肯定的是，考慮到本案中視為獲證明的事實事宜，現上訴人沒有被“誘發”有關犯罪，因為已經觸犯之。此部分上訴理由不成立。

— 關於“不足以”

上訴人訴稱“查明的事實事宜顯然不足以支持原判所作的法律定性 — 鑑於販賣麻醉品的事實未既遂...（參閱結論 10 及 11）。

我們僅認為其行文有模糊不清，因為，儘管沒有查明行為人向誰出售，出售的份量、售價及次數，仍可證實第 5/91/M 號法令第 8 條販賣麻醉品罪已遂。

這種“情節”並不構成“販賣麻醉品罪的罪狀要素”，因此在已經證明上訴人持有毒品（大麻）— 以便向其他朋友讓予，就不應當認為原判存有獲證明的事實事宜不足以支持判處該罪的裁判的瑕疵。

確實“只持有用於販賣的麻醉品，構成販賣該製品之罪”（參閱本中級法院最近於第 107/2003 號案件的 2003 年 6 月 12 日合議庭裁判以及其中引用的其他司法見解）。

因此，指稱的不充足之瑕疵也不成立。

我們繼續審理關於“理由說明中不可補正的矛盾”。

在此，上訴人認為，犯罪是“警察的教唆”而觸犯，根本不能認為其“自由及故意”作出行為已獲證實，因此發生該瑕疵。

本中級法院對於“警察的行為”的見解已經闡述。不應當認為該行為是“教唆”或“誘發”（按照其直白的含義），同樣應當認定有關犯罪中現被質疑的主觀要素已經具備。

儘管是在向上訴人打電話要求其出售毒品之後發生該行為，我們認為，現上訴人確是（故意及自願地）“決定”“滿足”該“請求”，完全知道其行為是法律禁止及處罰的，這正如審判中所證實。

因此，此部分上訴也不能成立。

— 我們現在審理刑罰份量及緩刑問題

原審合議庭判現上訴人觸犯第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款的少量販賣罪，處以 14 個月徒刑及澳門幣 5,000 元罰金，得以 21 日徒刑替代，因該法令第 23 條 a 項的吸食麻醉品罪，處以 45 日徒刑。

在得出該“（刑罰）份量”時，以其自認、悔悟以及合作查明事實等情節為基礎，運用了第 5/91/M 號法令第 18 條第 2 款的規定；（參閱第 423 頁背頁）。

如此裁判有無不當？

我們看看。

關於第 9 條第 1 款的犯罪，相應刑幅為 1 年至 2 年徒刑及澳門幣 2,000 至 225,000 元罰金。

第 23 條 a 項的刑幅為最高三個月徒刑或澳門幣 500 至 1 萬元罰金。

因此，考慮到前述刑罰幅度，上訴人的自認，悔悟以及合作，我們認為，事實上，可以更大幅度地降低對其科處的刑罰。

然而，應在此考慮其他方面。

鑑於有關麻醉品的份量，該份量大大超過應被視為“少量”之量值並構成對其判處少量販賣罪的事宜 — 參閱第“14（原文）”，第 418 頁背頁 — 本來應當首先將其行為納入第 8 條第 1 款而非第 9 條第 1 款。

因此，如何裁判？

首先應在此載明，在本上訴審判聽證中，已經對上訴人提醒：鑑於有關麻醉品之份量，其行為可能被按照第 8 條第 1 款（重新）定性（而非像發生的那樣定性為觸犯一項少量販賣罪），上訴人請求給予辯護期間，隨後作出了現載於本卷宗第 635 頁至第 647 頁的陳述；（參閱第 632 頁至第 634 頁的審判記錄）。

因此，按照本中級法院以及終審法院一向見解，如屬根本無（實質性或非實質性）事實變更之簡單法律定性，則經遵守辯論原則後，現在完全可以作出前述（重新）定性；（在此意義上參閱本中級法院第 158/2000 號案件及第 163/2000 號案件的 2000 年 12 月 14 日合議庭裁判；終審法院第 8/2001 號案件的 2001 年 7 月 18 日合議庭裁判、第 6/2003 號案件的 2003 年 4 月 23 日合議庭裁判；最近本中級法院第 76/2003 號案件的 2003 年 6 月 5 日合議庭裁判；以及終審法院第 11/2003 號案件的 2003 年 7 月 9 日合議庭裁判）。

因此，毫無疑問，上訴人持有供販賣的麻醉品之量不構成“少量”。因此，符合了有關犯罪的全部罪狀要素，經作出前述控罪變換，將現上訴人改判為（不是）（第 9 條第 1 款）犯罪的正犯，（而是）第 8 條第 1 款的正犯，並以真實競合形式觸犯第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項的犯罪。

儘管第 8 條第 1 款規定 8 年至 12 年的刑罰幅度，鑑於澳門《刑事訴訟法典》第 399 年規定的“上訴不加刑”原則（並考慮到只有第一及第三嫌犯上訴），顯然本院不能有損於現上訴人而變更原審合議庭確定的刑罰份量。

但是，即使如此，應否維持前述關於更大幅度降低刑罰之記載？

（鑑於對其行為現作出的定性），根本不能決定性地導致如此結論，因此，我們同樣認為聲請的緩刑不可行。

確實，如果最初承認該減輕是可能的 — 鑑於第 8 條第 1 款犯罪罪狀的不法性程度，尤其考慮到犯罪預防的必要性，顯然這些要素不可彌補地勾銷現上訴人的此等訴求（與聲請的緩刑中所發生的一樣）。

因此，聲請降低刑罰及緩刑均不可行，此部分上訴理由也不能成立。

— 現在我們看看提出的問題，即指責違反澳門《刑法典》第 74 條。

我們應在此重溫上訴人的斷言。

上訴人的觀點是：“2002 年 6 月 12 日透過刑事起訴法庭的批示對現上訴人科處羈押的強制措施，上訴人被羈押三個月又十五天，按照前述規範，應當從科處的刑罰份量中扣除該期間。

現被上訴之原判中沒有指及該事實，從而違反澳門《刑法典》第 74 條第 1 款。”（參閱結論 32 及 33 點）

鑑於第 74 條第 1 款的規定：“如嫌犯在訴訟程序中被判刑，則在該訴訟程序中被拘留及羈押之時間，於服對其科處之徒刑時全部扣除。”

容易得出結論，（顯然）現上訴人被羈押之期間應予扣除。

然而，儘管如此 — 我們承認在有罪裁判中提及這種扣除是可取的（參閱科英布拉上訴法院 1994 年 3 月 16 日合議庭裁判，《司法見解匯編》，第 19 年度，第 11 卷，第 42 頁）— 必須認定：鑑於澳門《刑事訴訟法典》第 106 條、第 107 條及第 360 條的規定，前述疏漏不構成任何無效。

同時肯定的是，對此項扣除而言，“刑罰結算”時刻仍屬適時。在該時刻，顯然不僅應當考慮行為人被羈押的天數，還應考慮其被拘留的天數，故決定按澳門《刑法典》第 74 條之規定，

現上訴人已被羈押之期間，以及直到本合議庭裁判轉為確定之前將被羈押期間，應予扣除。

俱經檢閱及考量，應予結案及裁判。

決定

四、據上所述並依此為據，合議庭裁判變更原審法院對上訴人丙所作的法律定性，將其改判為第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款販賣罪的正犯（而非第 9 條第 1 款販賣罪的正犯），其餘維持原判。

因上訴理由不成立，上訴人甲應繳納司法費 8 個計算單位，上訴人丙繳納司法費 6 個計算單位（對後者而言不妨礙對其給予的司法援助）。

上訴人丙的辯護人的服務費定為澳門幣 1,000 元。在本中級法院進行的審判聽證中的代任者服務費定為澳門幣 500 元，由上訴人承擔。

José M. Dias Azedo（司徒民正）（裁判書製作法官）— 陳廣勝 — 賴健雄