

上訴案第 60/2002 號

日期：二〇〇二年六月十三日

- 主題：
- 事實不充分的瑕疵
  - 販毒罪
  - 構成犯罪的事實
  - 量刑
  - 軟性毒品
  - 犯罪工具的充公
  - 犯罪工具的危險性

## 摘 要

- 一、 所謂的事實不充分的瑕疵僅存在於法院沒有證實必要的可資作出適當法律適用以及決定案件實體問題的事實；法院在審判過程中必須在該刑事訴訟案件的標的包括控訴書或辯護詞所界定的範圍內，對這些事實作調查。
- 二、 法院確定嫌犯的行爲是否構成第 5/91/M 號法令第 8 條所規定販毒罪，其所要做的不是必須證實可以排除適用第 8 條以外條文的事實，而是只需證實可以適用第 8 條的必要的事實。
- 三、 所謂的毒品的軟性、硬性、極硬性的特徵不能單獨地在選擇刑罰種類、確定刑罰中起決定性的作用，更不能因為軟性而得到特別的減刑，而只能在刑罰的幅度內進行量刑時予以考慮，並且法院必須予以考慮。

- 四、沒收、充公與販毒罪有關的物件時，無需考慮這些物件依其本身性質或依具體的情況而具有被再用以犯罪的危險或將危害社會的因素。
- 五、如果已證事實顯示，在嫌犯的汽車中搜查到藏匿的毒品，足以認定該汽車為用以犯罪的工具，法院就必須決定將其充公。

裁判書製作人

蔡武彬

上訴案第 60/2002 號

上訴人：甲

**澳門特別行政區中級法院  
就甲對初級法院的一審裁判提起的上訴  
組成合議庭，並判決如下：**

澳門特別行政區檢察院在第 3509/2001 號偵查案中對甲嫌犯控以下列罪名：

嫌犯甲，非法取得和持有非供自己吸食之毒品，其行為以實行正犯及既遂方式構成第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪。同時嫌犯之行為有該法令第 10 條 d)項規定之加重處罰情節。

嫌犯收到控訴書後，通過其辯護律師向初級法院刑事起訴法庭提出進行預審的申請。

刑事起訴法官批准了其申請並即展開預審。

經過預審，進行了預審辯論。最後刑事起訴法官作出了起訴批示，維持檢察院的控訴事實及罪名，並將案件移送初級法院進行審理。

初級法院接受案件並立案為編號 PCC-096-01-1 後，組成合議庭，依普通訴訟程序就起訴書的事實對嫌犯進行審理。

經過庭審，合議庭最後作出了以下的判決：

- 一. 確定嫌犯甲的行爲構成第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及第 10 條 d)項規定加重的販毒罪，並判處嫌犯 10 年零 6 個月有期徒刑以及澳門幣 10 萬元的罰金，或 66 日有期徒刑。
- 二. 根據第 5/91/M 號法令第 22 條第一款的規定，沒收所有扣押的毒品，MG-XX-XX 號私家車、一雙鞋和一雙雨靴、計器、刀以及卷煙器，並在適當時銷售毒品。

嫌犯甲對此判決不服，透過其辯護人向本院提起上訴。其上訴的主要理由如下；

1. 第 5/91/M 號法令第 8 條的定罪必須先確認可以排除第 23 條的適用以及第 9 條，第 11 條的適用事實；
2. 當僅證實（嫌犯）非法持有毒品的事實，並且得出嫌犯不用以本人吸食的結論時，原審法院卻沒有證實足以很肯定地適用法律的事實。
3. 法院在（以否定方式）確定嫌犯將毒品不僅供自己食用的事實時，沒有指明具體的事實以作支持，將結論與事實混淆，從而令上訴人受到嚴重的損害。
4. 判決書沒有確證有關嫌犯的行為不法程度、犯罪活動的方式以及損害結果的範圍等方面的事實，而具有事實不充分的瑕疵以及審判的錯誤。
5. 雖然確證事實的文體具有簡潔性，仍然須澄清嫌犯的確切行為，那麼就顯示出了判決書並沒有遵循罪刑相等原則，因為這個原則要求盡可能嚴格地確定嫌犯所作出的具體的行為。
6. 法院還沒有考慮嫌犯所持有以毒品相對於其他毒品而具

有的較小危害性。

7. 另外，沒收汽車的決定亦沒有在確定符合法定前提就作出，因為，僅有在車上發現毒品的事實不足以將之視為犯罪工具，還必須確實具備《刑法典》第 101 條所規定的其他適用前提以及結合第 5/91/M 號法令第 22 條的規定才能作出決定。
8. 因此，被上訴判決違反了第 5/91/M 號法令第 8 條、第 22 條的規定。違反第 8 條因為沒有確定具體的可用以排除適用其他必不可少的法律規定，而使上述的規定得以適用；違反第 22 條因為必須顯示除了本條的規定及《刑法典》第 101 條規定的其他要件外，將汽車確實地用於進行犯罪的工具。

檢察院就上訴人的上訴理由作出答覆，主張判處上訴理由不成立，維持原判。

在本上訴審判程序中，駐本院助理檢察長提出了法律意見，維持其在對上訴的答覆時所作的主張，亦建議判處上訴理由不成立。

就甲的上訴，本院組成合議庭，依法進行審理。

經各助審法官檢閱案卷後，合議庭召集了聽證會及進行討論和表決，並作出了以下裁決：

#### 一．事實

2001 年 4 月 19 日晚 18 時 35 分，嫌犯甲駕駛車牌 MG-XX-XX 的私家車（該車屬嫌犯甲所有），停於位於高士德大馬路的麥當勞餐廳附近。

司警人員發覺嫌犯甲形跡可疑，便上前對其進行檢查。

之後，司警人員將嫌犯甲的該私家車駛往司法警局作進一步調查。

在司法警察局內，司警人員在該私家車尾箱內搜獲五個懷疑包有大麻的保鮮紙包。

經化驗證實，上述保鮮紙所包裝的物質為第 5/91/M 法令附表一 C 中所列的大麻，共淨重 71.104 克。

上述大麻是嫌犯甲從身份不明人士處所得，目的並非用於自己食用。

嫌犯甲於自由、自願和有意識的情況下故意作出上述行為的。

明知上述毒品的性質和特徵。

其行為未得到任何法律許可且明知法律禁止和處罰上述行為。

嫌犯甲作出上述行為時身為水警稽查隊警員。

所扣押的大麻分別是在嫌犯的一隻鞋和一隻雨靴裡面找到的。

在車內還找到計算器、刀和卷烟器。

嫌犯不承認被指控的事實。

嫌犯的文化程度為中學肄業，無犯罪記錄，月薪約一萬肆仟圓，負責撫養兩個未成年兒子。

#### 未得到證實的事實：

在私家車內搜到的大麻為名叫乙的人所有。

其它答辯書中所列的事實以及其他所有與上述事實不同的事實。

原審法院在指出形成其心證的證據時確認：法庭的心證基於案卷中所載的證據、嫌犯的口供、證人證言以及對後兩者的比較分析而形成。

根據上訴人提出的論點，本案主要要解決的問題有：

第一・作出決定所依據的事實的充分性

第二・量刑所考慮的因素

第三・汽車的沒收

那麼，讓我們看看第一個問題：

上訴人的這個問題的主要理由是認為法院要判處嫌犯販毒罪（第 5/91/M 號法令第 8 條）首先必須證實具體的可以排除適用該法令其他條文，尤其是第 9 條、第 11 條及第 23 條的事實，否則就陷入事實不充分的瑕疵之中。

很明顯，上訴人的論點是不能成立的。

我們經常講到，所謂的事實不充分的瑕疵僅存在於法院沒有證實必要的可資作出適當法律適用以及決定案件實體問題的事實；法院在審判過程中必須在該刑事訴訟案件的標的包括控訴書或辯護詞所界定的範圍內，對這些事實作調查。<sup>1</sup>

在本案中，嫌犯被控於第 5/91/M 號法令第 8 條所規定的販毒罪。這裡的販毒行為是一個廣義的概念，包括該條所列舉的所有行為。而本案所涉及的是其中的一種行為——不法持（藏）有。法院除了證實了起訴書的所有事實，還在案件辯論中包括對答辯書作陳

---

<sup>1</sup> 例如終審法院最近的一個判決，即 2002 年 3 月 20 日，上訴案第 3/2002 號。

述的事實也作了認定。我們只要簡單地看看法院所認定的那些事實，不難發現，它們完全允許作出一個適當的法律適用，因為，既有客觀構成要素的事實——不法藏有 71.104 克大麻，也有主觀構成要素的事實——明知該毒品的性質和特徵、明知其行為為法律不容許而故意為之。而且，根據這些已證事實的內容我們也不難得出原審法院所作的法律定性為正確的結論。

另一方面，原審法院的定罪本身就說明了已證事實中沒有允許適用其他法律條文的具體事實。法院要做的不是必須證實不能適用第 8 條以外條文的事實，而是僅證實可以適用第 8 條的必要事實。這也就是事實的充分性所要講的東西。事實上，法院也沒有認定可以適用第 8 條以外的條文的事實。不然讓我們看看：

首先，這些事實中沒有可以顯示嫌犯為吸毒者，更沒有其所藏有的毒品為其獨用的事實，而只見證實“大麻是嫌犯從身份不明人士處所得，目的並非用於自己食用”的事實，那麼，就不能適用第 23、11 條的規定。

其次，根據澳門一貫的司法見解<sup>2</sup>及“毒品法”第 9 條第 3 款所容許的範圍，8 克大麻已經是小量毒品的量的上限，而本案所涉及的 71.104 克大麻遠遠地超過了小量的上限，那麼，也就當然地排除了第 9 條的適用。

由此可見，原審法院判決書不但所認定的事實充分，而且適用的法律正確。

至於上訴所提的第二個問題，是有關量刑方面的問題。量刑是法院在定罪後根據案中所有的“情節”，即《刑法典》第 65 條所提及的情節，包括第 66 條第 5/91/M 號法令第 18 條所列舉的特別減輕情節，當然也包括法定的加重情節（第 5/91/M 號法令第 10 條），

---

<sup>2</sup> 例如前高等法院 1999 年 5 月 19 日判決，上訴案第 1068 號；中級法院 2001 年 5 月 3 日及 12 月 13 日判決，上訴案第 16/2001 號及第 213/2001 號。

而確定具體的刑罰的過程。

上訴人首先指出法院沒有考慮毒品的危害程度的不同作量刑，尤其是在本案中作為“軟性”毒品的大麻應得到比其他毒品所得到的懲罰為輕。

應該指出的是，在一貫的司法見解中，所謂的毒品的軟性、硬性、極硬性的特徵不能單獨地在選擇刑罰種類、確定刑罰中起決定性的作用，更不能因為軟性而得到特別的減刑，<sup>3</sup> 而只能在刑罰的幅度內進行量刑時予以考慮，並且法院必須予以考慮。<sup>4</sup>

原審法院的判決書中從總體上考慮第 65 條規定的因素進行量刑，包括不法程度、結果的嚴重性等因素。雖然沒有明確說明已經考慮到毒品的性質，但是，只要所判的刑罰為法定刑的幅度之內，我們亦不能因此而肯定原審法院在量刑時缺乏考慮這點。因為，法律沒有強制要求法院具體地定出每個情節所值的刑罰，而是要求法院在量刑時從總體上考慮所有應該考慮的情節及在刑幅內確定一合適的刑罰。

在我們看來，以不法持有 71.104 克的大麻的不法程度，並考慮所有案中情節，11 年有期徒刑相對於 10 至 15 年的刑幅來說是恰當的，沒有甚麼可質疑的地方。

有一點值得一提的是，原審法院在起訴書有關“嫌犯作出行為時身為公務員”的基礎上認定了“嫌犯作出行為時身為水警稽查隊警員”的事實。這種事實方面的改變雖不造成實質上的改變，卻對案件的裁判具有決定性的作用，使得因此而被判處第 5/91/M 號法令第 8 條並結合第 10 條所規定並處罰的加重販毒罪。原則上，法院在認定這些事實之前必須依《刑事訴訟法典》第 339 條的規定

---

<sup>3</sup> 見終審法院 2001 年 9 月 26 日判決，上訴案第 14/2001 號。

<sup>4</sup> 如中級法院 2000 年 9 月 14 日(上訴案第 137/2000 號)，2001 年 2 月 8 日判決(上訴案第 24/2001 號)。

告知控辯雙方。但是，從案中所提供的資料顯示，法院並沒有這樣做。那麼，判決書將因依起訴書未載明的事實判處嫌犯而產生《刑事訴訟法典》第 360 條第 2 款所規定的無效。但是這種無效取決於利益關係人或檢察院提出爭執（《刑事訴訟法典》第 107 條），非為法院依職權決定的範圍。

第三個問題，就是法院能否以汽車為犯罪的工具而決定予以沒收。

《刑法典》第 101 條規定：

“一、用於或預備用於作出一符合罪狀之不法事實之物件，或該不法事實所產生之物件，如基於其性質或案件之情節，係對人身安全、公共道德或公共秩序構成危險，或極可能有用於再作出符合罪狀之不法事實之危險者，須宣告喪失而歸本地區所有。

二、即使無任何人可因該事實而受處罰，上款之規定，亦適用之。

三、對於依據以上兩款之規定宣告喪失之物件，如法律未訂明特別用途，法官得命令將之全部或部分毀滅，或使之不能融通。”

Leal Henriques 與 Simas Santos 認為沒收不法物件必須符合以下要件：

第一，必須有犯罪的事實存在，未遂犯罪已足夠；

第二，這些物件必須是犯罪行為的產物（*producta sceleris*）或曾被用於或作為犯罪的工具（*instrumenta sceleris*）；

第三，這些物件依其本身性質或依具體的情況而具有被再用以

犯罪的危險或將危害社會。<sup>5</sup>

但是，在“毒品法”即第 5/91/M 號法令中的第 22 條對此問題作了特別的規定：

“一、如因第八條、第九條、第十一條、第十二條、第十三條、第十四條、第十五條、第十六條及第十七條所指之任何罪行而被判罪，用作或已預定用作犯罪之物質及製劑，以及如無損於善意第三人之權利，所使用之工具，統歸本地區所有。

二、違法者透過罪行取得或佔有所有物件、權利、益處或任何財富資產，尤其是動產、不動產、航空器、船隻、車輛、銀行存款或存放之有價物，如無損於善意第三人之權利，亦宣告歸本地區所有。”

首先要指出的是，上訴人轉引了葡國最高法院的判決以支持他所持的沒收物件時需考慮其危險性的主張。事實上，其所引的判決是在第 15/93 號法令的範疇下所做出來的，而該法令第 35 條明確規定了，在沒收有關物件時，必須考慮這些物件依其本身性質或依具體的情況而具有被再用以犯罪的危險或將危害社會因素。反而在澳門，依上引“毒品法”第 22 條的規定，在宣告沒收犯罪工具時並不需考慮其危險性。<sup>6</sup>

那麼，要解決本案涉及的汽車是否可以被沒收或充公的問題，關鍵在於它是否可以確認第二要件，就是能否將它歸為第 22 條所說的“因第八條.....所指之.....罪行而被判罪，.....所使用之工具.....”。

從案中的已證事實可見，嫌犯在其汽車中藏有 71.104 克大麻、

---

<sup>5</sup> 在其《澳門刑法典註譯》，1997 年版(葡文)，第 247 頁。

<sup>6</sup> 原高等法院在 1998 年 11 月 11 日的第 934-A 號上訴案的判決中，就有關第 9/96/M 號法令第 8 條的規定的時同時認為不需考慮其危險性的司法見解。同樣道理，有特別法規定的，無需再引用《刑法典》第 101 條的規定。

計算器、卷煙器及刀，其行為被歸責於第 5/91/M 號法令第 8 條的（雖然是廣義上的）販毒罪中。從根本上講，嫌犯利用該汽車藏匿及運輸毒品，這已足以使人確信該汽車成為了第 22 條所認為的“用以犯罪的工具”。

那麼，原審法院所做出的沒收該汽車的決定沒有什麼可責疑的地方，而應予以維持。

綜上所述，本院決定甲的上訴理由不成立，維持原審合議庭的決定。

確定上訴人應繳交的司法稅為 4 個賬目單位。

澳門特別行政區，2002 年 6 月 13 日

蔡武彬(裁判書製作人) – 附表決聲明

司徒民正

賴健雄 – 附表決聲明

## 表決聲明

雖然本人是本案的裁判書製作人，並起草了本裁判書，但是，本人謹就本合議庭多數意見所得出的案中所扣押的汽車為犯罪工具的結論並予以沒收的決定不能苟同，故作以下表決聲明：

我們知道，要使汽車成為犯罪工具必須證明他們所使用的汽車為進行所判的販毒罪的活動必不可少的方式。<sup>1</sup>

從案中的事實可見，法院僅認定嫌犯在其汽車中藏有 71.104 克大麻、計算器、卷煙器及刀。雖然嫌犯的行為可歸責於第 5/91/M 號法令第 8 條的（廣義上的）販毒罪中，但是，案中沒有足夠的事實和情節（尤其是利用該汽車作出的販毒（狹義）行為，或用該汽車於運輸毒品至目的地等的事實）使人確信嫌犯用於單純的藏毒的汽車可認定為嫌犯進行犯罪行為必不可少的工具，而只不過是藏毒的一種“場所”或“地方”。

似乎這種藏毒方式與在家中或其它固定空間藏毒沒甚麼區別，而在後面這種情況我們通常不會沒收其居所。

總而言之，本案中的事實不足以確定可沒收該汽車的條件。這部分的被上訴決定應予以改變。

那麼，就應該撤銷原審合議庭的有關沒收其汽車的決定，歸還所扣押的汽車。

---

<sup>1</sup> 在葡國最高法院的 1999 年 6 月 2 日的判決中做出了這樣的決定：“僅證實嫌犯 M 在買賣大麻的遊蕩時使用了汽車 X，而在此車中搜到了 324 克大麻；嫌犯 F 在出售大麻的活動中使用了他的汽車 Y，而不能得出他們使用其汽車為進行被判處的販毒罪的必不可少的方式的結論，那麼，就不能充公上述的汽車，*n* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)。其原文如下：“Assim, estando provado, apenas, que o arguido M. utilizava, "nas suas deambulações de aquisição e venda de haxixe", o automóvel X - onde foram apreendidos cerca de 324 gramas daquele produto -, e que o arguido F. utilizava o seu veículo Y, na "actividade de venda de haxixe", não pode concluir-se pela essencialidade do uso de qualquer das viaturas para a prática do crime de tráfico de estupefacientes por que ambos foram condenados e, consequentemente, não devem aquelas ser declaradas perdidas para o Estado.”

2002 年 6 月 13 日

蔡武彬

### 第 60/2002 號上訴 表決聲明

上訴法院的審理標的僅限於上訴人具體提出的問題，而範圍亦僅限於上訴理由闡述中的結論（見中級法院二零零一年五月十七日第 63/2001 號合議庭裁判、二零零一年五月三日第 18/2001 號合議庭裁判、二零零零年十二月七日第 130/2000 號合議庭裁判、二零零零年一月二十七日第 1220/2000 號合議庭裁判等。）

然而本合議庭裁判指出「原審法院在起訴書有關“嫌犯作出行為時身為公務員”的基礎上認定了“嫌犯作出行為時身為水警稽查隊警員”的事實……」並因此認定這一改變必須先依據《刑事訴訟法典》第三百三十九條規定告知控辯雙方。但由於原審法院沒有這樣做，故構成同一法典第三百六十條第二款所規定的無效。

但本合議庭裁判卻基於上訴人沒有就這一「無效」提出異議，認為非為上訴法院依職權決定的範圍。

事實上，本人不同意亦不理解為何本合議庭裁判一方面承認本上訴法院在本上訴中不能依職權審理這一「無效」情事，而另一方面卻有審查該情事並認定其構成《刑事訴訟法典》第一百零七條所規定的「無效」情事。

對本人而言，除了不構成上訴標的外，在本合議庭判決中插入這一段落（先審理上訴人無提出的問題再行定性為「無效」情事，繼而又聲明依職權不能決定）是完全自相矛盾的表現。

因此，這一部份完全不構成本上訴標的範圍內的問題，本上訴法院不應審理，故本人不簽署本合議庭裁判這一部份（第七頁最後六行及第八頁首五行的部份，即由：「有一點值得一提的是，……至非為法院依職權決定的範圍。」）

二零零二年六月十三日

賴健雄

