

(譯本)

案件裁判的範圍
澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款瑕疵之不依職權審理
澳門《民事訴訟法典》第 650 條不適用於刑事訴訟
獲證明之事實事宜不足以支持裁判
未就控訴進行調查措施
販毒罪
抽象或推定危險犯
販賣內含二甲（甲烯二氧）苯乙胺之藥片
第 5/91/M 號法令第 9 條
審判者對於“少量”之自由心證
法無明文不為罪、不受罰
界定可處罰行為之法律保留
澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款
可靠之人
禁用的取證方法
控訴書中所描述事實之非實質變更
刑罰份量
“一事不再理”原則
澳門《刑法典》第 65 條第 2 款
禁止上訴加刑原則
為著第 5/91/M 號法令第 10 條 d 項效力之治安警察局警察
軍事化人員隨時候命之一般義務

摘要

一、上訴法院只解決上訴人具體提出的、並由上訴理由闡述結論所界定的問題，結論中不包含的問題則轉為確定。

二、當訴訟當事人向法院提出某一問題時，必在每一處借助多種理由或理據以支持其觀點之有效性。然而，對法院來說，重要的是須對所提出的問題作出決定，法院沒有責任審議當事人據以支援其訴求的全部依據或理由。

三、澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款所規定的三個瑕疵，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。

四、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”提出時才能說明移送卷宗為合理（第 418 條第 1 款）；這符合立法者之立法意圖，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 393 條中給與他們內容廣泛的上訴限制，並在上訴理由闡述中為他們規定嚴格規則，這些規則包括依據第 402 條第 1 款及第 2 款須專門列舉上訴依據並作出結論。

五、不應當援引澳門《刑事訴訟法典》第 393 條第 3 款來支持依職權審理第 400 條第 2 款規定的瑕疵之論點，因為該條文中對上訴設立之限制的前提是該上訴“理由成立”，而可能的依職權審理第 400 條第 2 款規定瑕疵，並

隨後移送卷宗，必將意味著不審理上訴標的。援引澳門《刑事訴訟法典》第418條第1款根本不具決定性作用，因為該條款僅旨在說明澳門《刑事訴訟法典》第400條第2款之瑕疵的效果（當此等瑕疵依據澳門《刑事訴訟法典》第400條第2款作為上訴依據被審理時）。

六、對於可能發現澳門《刑事訴訟法典》第400條第2款規定之瑕疵的情況，不可補充適用澳門《民事訴訟法典》第650條，這是因為在關於這三項瑕疵之事宜中，刑事訴訟足以自行判決。

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找到法律結論時，方有獲證明之事實事宜不足以支持裁判之瑕疵。因此，它與簡單證據不足無關。

八、獲證明的事實事宜不足以支持裁判之瑕疵與其餘兩項瑕疵，即理由說明中不可補正之矛盾及審查證據中有明顯錯誤一樣——必須出自原判本身，不求諸原判以外之資料。它必須十分明顯，以至普通觀察者能夠察覺，即常人可容易看出。

九、如提出的有待證明之事實不載於控訴書或起訴書中（如有控訴書或起訴書的話，且辯方沒有提出，亦非出自案件辯論，則不發生事實事宜不足之瑕疵。

十、事實上，原審法院對於控訴、辯護或者案件辯論之內容沒有實施調查措施，並不能導致“獲證明的事實事宜不足以支持裁判”。因為這種採取措施之不足不是被上訴的裁判文本造成的，而是本來應當在審判中經向法院提起採取這種措施的聲請而被察覺。

十一、獨立於對7月15日第6/96/M號法律及澳門《刑法典》第269條所作的分析及解釋之外，以第5/91/M號法令第8條第1款之基本規定規定的販賣罪之罪狀而尋求保護的法益，是公共健康（包括身體健康及精神健康）。

十二、販賣（毒品）罪是“抽象危險犯或推定危險犯”，該罪的既遂並不要求存在著一項真實的或實際的損害，只要對於受保護的利益，產生損害的風險或危險即已足夠。

十三、因此，在販賣毒品罪中，鑑於刑法擬保護之目的，不僅涉及在特定程序中具體被扣押之毒品，還涉及特定期間內行為人販賣之毒品之量。

十四、如果1月28日第5/91/M號法令第8條第1款所指行為以附表I至III所列物質或製劑之少量物質或製劑為標的，則按該法令第9條第1款之規範，該法令第8條第1款販毒罪之刑幅應作減輕變更。

十五、為著適用其第3款，第5/91/M號法令第9條不明確要求在任何情況中均須以純淨物質之淨重或製劑中所含純淨物質之淨重來確定物質或製劑之量，因為，為著第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量化，應按經驗法則及有權限實體之自由心證評價。

十六、因此，作為適用第5/91/M號法令第9條第3款的適用標準（該條款對於販賣少量毒品罪減輕罪狀之可適用性具重要性），如果有關物質包含於藥片、藥丸甚至膠囊中，或者與其他物質或不純物質混雜，只應考慮包含有關物質之藥片、藥丸或膠囊的數量，不必查明在每只藥片、藥丸或膠囊中所含淨量。

十七、在藥片、藥丸或膠囊中含有或混有物質之情形中採納這一標準，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，一方面允許基於有權限實

體之自由心證，並按照經驗法則形成是否少量之價值判斷，另一方面，第 9 條第 3 款本身規範亦要求對“行為人支配之物質或製劑之總量”方面予以考量。這一規範經必要的宣告性解釋後，同樣包含對“有關物質之製劑的總量”予以考慮之情形，而不包括“僅對有關物質之總量”予以考慮之情形（後一考慮情形來自對該規範倘有之限制性甚至某種矯正性解釋，因此是不正當的解釋）。

十八、第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款中製劑的概念，可包含該製劑與其他物質或雜質合成或混合後的物質製劑化製品，不論這種製品或製劑是獲許可生產的，還是經非法實驗室製造的。

十九、特別適用第 5/91/M 法令第 9 條第 3 款的規定時，重點不應放在“物質”一詞，也應重視有關物質的“製劑”一詞。

二十、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”。

二十一、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的使用需要來評估該行為人使用毒品的需要。

二十二、如獲證明之事實顯示嫌犯在特定期間內“販賣”淨重 1.088 克之大麻及至少 29 粒證實內含二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份之藥片，即使沒有首先確切查明該等藥片中每粒所含二甲（甲烯二氧）苯乙胺淨物質的淨量，則可以此事實為基礎判該嫌犯以直接正犯及既遂形式觸犯 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的販毒罪。因為，根據經驗法則及所形成的自由心證，一個被置於二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片使用者具體狀況的普通人（如“狂野派對”之參加者或夜總會、酒吧或私人派對或宴會之常客）需要 3 日內吞食 29 粒內含二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份之藥片，是不可思議的。

二十三、主要出於這一理由，即使僅為了對第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的販賣罪之行為人科處正確刑罰份量之效果（例如已查明之量值高於“少量”的大麻，以及一定數量的證實內含二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的藥片，但沒有查明此等二甲（甲烯二氧）苯乙胺的確切之量），亦不必以二甲（甲烯二氧）苯乙胺純物質淨量方面存有“獲證明的事實事宜不足以支持裁判”的瑕疵，移送卷宗重新審判。

二十四、法官不需要證明其按澳門《刑事訴訟法典》第 114 條在評價證據中形成自由心證等所依據的科學理由之真實性，只有在明顯違反人類生活常理中的經驗法則，甚至司法工作中生效的職業準則時，這種心證才可予審查。

二十五、根據刑事合法性原則中的“法無明文不為罪不受罰”原則，那些本來意義上或技術意義上的所謂空白刑事規範不正當的（在這種空白規範中，對可處罰的行為之界定只能透過准用更低層次或更低位階的規範——例如一項規章——方告完整）因為違反了禁止規章的規範性參與原則。法律不能對其賦予此權限，因為法律保留阻礙了空白刑事規範具禁止類推入罪之固有後果以及具有透過訂定簡單的規章來對刑事不法行為予以定義之固有後果。

二十六、關於澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款首部的解釋——根據該條，緊隨案件敘述部份之後為理由說明部分，當中尤其列舉已證及未證事實——應當力主：如果透過象算術一樣的運算，例如透過“排除其餘”之方法，可以查明已證及未證之事實，則應認為該規範之要求已獲滿足。逐一專門指明已證及未證事實之分條列舉方式雖然是可被推薦的，但不是強制性地必需

的。

二十七、然而，如果判決的理由說明部份根本沒有對未獲證明之事實的任何一般列舉，那麼按照澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 a 項之規定，結局必然是判決書具有不可補正的無效。

二十八、因此，不能單向地且先驗地主張專門列舉未證的事實，否則就是過度地為了形式而犧牲實質。這是因為，如果儘管一般指明了未經證明之事實，但上訴法院仍以欠缺具體列舉該等事實為唯一依據宣告判決無效，那麼根據澳門《刑事訴訟法典》第 109 條，將對實體司法的快捷性造成某種負面效果：判決非有效後，必須由原審法院重新製作判決，如上訴法院宣告判決無效之日至原審法院製作新的判決之日已超逾三十日，根據澳門《刑事訴訟法典》第 309 條第 6 款所載規範之類推適用，可能須重新進行新的審判聽證，並重新調查全部證據（包括倘有的人證）。

二十九、澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款不強制要求闡述審判者針對事實事宜而形成心證的思路，而只要求必須依澳門《刑事訴訟法典》第 114 條規定的證據自由評價原則，“指明用作形成法院心證的證據”。

三十、依據澳門《刑事訴訟法典》第 105 條第 1 款及第 2 款、第 106 條、第 107 條（後兩個條款取其反義）及第 110 條，如果說獨立而言，不遵守第 356 條第 1 款也許會構成一項單純的訴訟中的不當情事，且如未被適時爭辯即可予以補正的話，那麼承認第 356 條第 1 款開頭部分所指的詳細列明“選擇所科處的制裁及其份量之依據”，歸根結底將成為第 355 條第 2 款之規範中所指的“裁判依據之事實上及法律上之理由”。因此，鑑於該法典第 360 條 a 項之規定，不詳細列明“選擇所科處的制裁及其份量之依據”已經構成判決無效的原因之一。

三十一、“可靠之人”的概念應按照其廣義來理解，它包括與正式刑事追訴機關合作並獲承諾對其身份及活動保密的全部證人。其中包括（屬於或不屬於地下犯罪世界之）私人和正式機關的人員，尤其掩飾身份進入犯罪世界或與之產生聯繫之警察（便衣警察，臥底警察或滲透警察），無論他們僅限於搜集情報（偵探），也是他們本人誘使作出犯罪行為（誘發者）。

三十二、作為出發點，求諸可靠之人通常構成一種欺騙手段。然而，根據澳門《刑事訴訟法典》第 113 條第 1 款 a 項，這並不意味著訴諸可靠之人永遠且絕對屬於禁用證據的範疇，此乃一方面。另一方面，在所有情形中，在原則上講，只有那些可能將嫌犯置於一種與其他禁用之取證方法相同的脅迫情形中之欺騙手段，方應視為禁用方法。

三十三、因此，對於可靠之人之參與僅以打擊犯罪為目的（即事先作出的安排只是為了打擊既遂的犯罪，以體現有效刑事司法這一理念），應堅持不予接受。但是，如果（使用）可靠之人之參與排他性或主導性地具有預防之目的，至少就針對侵害生命的具體且立即的危險而言，或就意味著第三人身體完整性將受到嚴重犧牲的危險而言，則可容許可靠之人參與。當透過可靠之人對倘有之行為人進行通緝，屬於鎮壓或瓦解恐怖主義、暴力犯罪或高度有組織犯罪之計劃時，便是其具體的體現。

三十四、從傳統上講，當法院就不應或不能審理的問題作出裁判時，就出現判決無效之理由之一的“過度審判”。

三十五、澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項規定：在非屬第 339 條及第 340 條所指之情況及條件下，以起訴書中（或無起訴時，以控訴書中）未描述之事實作出判罪者，判決無效。

三十六、如果原審法院視為確鑿但最初未載於控訴書中的某項事實，對

於就嫌犯／現上訴人之罪過作出之有罪裁判而言並非重要的事實，則不能認為存在一項澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款規定之，“控訴書描述的事實之非實質變更”。

三十七、刑罰份量源自審判者使用其嚴謹及審慎之標準，對那些對行為人有利或不利但不屬罪狀之組成部份的全部情節，尤其是考慮澳門《刑法典》第 65 條第 2 款所列舉的要素後，作出的全盤性及批判性評價。這一規定尤其導致刑罰份量中“一事不再理”原則。

三十八、而有關嫌犯（即在產生令原判非有效的裁判的上訴程序中的前上訴人）不得在因該非有效而重審的原審程序中援用澳門《刑事訴訟法典》第 399 條所規定的禁止上訴加刑原則。

三十九、嫌犯被判處係直接正犯且以既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的販賣罪。對於在作出該不法事實之日身為治安警察局警察的嫌犯而言，對其可適用該法令第 10 條 d 項的情節，因為該軍事化部隊的任何一名警察均時刻有下述內在責任之一般義務：即立即採取全部措施避免某些犯罪之預備及既遂，（即使在上班時間或正式執行職責之時間之外）或發現其行為人。——即使這非屬其責任範疇——直至由當局或有權限人員確保該項工作為止。

四十、法律本身並沒有作出下列區別：第 5/91/M 號法令第 10 條 d 項所指的人員應否承擔預防或遏制有關不法行為的特別責任，抑或只承擔一般責任，因此在對該規定解釋及適用時，必須遵守“法律未作區分，解釋者——適用者亦不應區分之”這一解釋準則。

四十一、第 5/91/M 號法令第 10 條的加重情節，只適用於該法令第 8 條及第 9 條的規定的犯罪的相應刑罰幅度，而不適用於該法令其他歸罪條款規定的其他法定罪狀，否則將違反“法無明文不受罰”這一嚴格原則，該原則邏輯上也適用於法律沒有明文許可的某一特定法定罪狀的刑罰幅度之加重情況。

2002 年 6 月 20 日合議庭裁判書
第 242/2001 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

一、概述

（一）檢察院在第 3140/2000（1190/00.8PJIMA）號偵查範疇內控訴下述嫌犯（見卷宗第 493 頁至第 495 頁背頁公訴狀之中文原文及第 504 頁之更正，以及第 505-509 頁之葡文譯本）：

1) 甲；

2) 乙（註：是 XXX 而非 XXX——參閱載於卷宗中的嫌犯澳門居民身份證所載的本姓名的羅馬拼音，以及第 115 頁之律師委託書使用的羅馬拼音）；

3) 丙；上述三人均以直接共同正犯及既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定並處罰的一項販賣（毒品）罪，並均因該法令第 10 條 g 項規定之情節具加重。此外，甲因該法令第 10 條 a 項及 d 項規定之情節具加重，丙因澳門《刑法典》第 66 條第 2 款 f 項規定之情節具加重；

4) 丁，以直接正犯及既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定並處罰的一項使用（毒品）罪，以及第 2/90/M 號法令第 8 條第 1 款及第 15 條規定並處罰的一項收受罪；

5) 戊，以直接正犯及既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款規定並處罰的一項販賣少

量毒品罪（因該法令第 18 條第 2 款規定之情節具減輕），以及該法令第 23 條 a 項規定並處罰的一項吸食（毒品）罪；

6) 己，以直接正犯及既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定並處罰的一項吸食（毒品）罪；

7) 庚，以直接正犯及既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定並處罰的一項吸食（毒品）罪；

8) 辛，以直接正犯及既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款規定並處罰的一項販賣少量毒品罪；

所有這 8 名嫌犯（其身份已在卷宗作出恰當的識別）最後被初級法院第六庭合議庭在第 PCC-091-00-61 號合議庭普通程序範疇內作出審判，並形成了下述 2001 年 11 月 7 日的最終合議庭裁判中的判決（參閱載於第 779 頁背頁至第 780 頁背頁之判決書第 6 點）：

“（…）

6.基於所述，茲裁定起訴書之理由部分成立，並：

a) 分別宣告嫌犯戊及丁觸犯第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款以及第 2/90/M 號法令第 8 條第 1 款規定並處罰的犯罪不成立；

b) 判嫌犯甲以直接正犯形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款及第 10 條 d 項規定並處罰的一項犯罪，處以 11 年監禁及澳門幣 15,000 元之罰金，或在不繳付罰金且不以勞動替代時以 100 日監禁替代；

c) 判嫌犯乙以直接正犯觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定並處罰的一項犯罪，處以 8 年 6 個月監禁及澳門幣 1 萬元之罰金，或在不繳付罰金且不以勞動替代時以 66 日監禁替代；

d) 判嫌犯丙以直接正犯形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款及澳門《刑法典》第 66 條第 2 款 f 項及第 67 條規定並處罰的一項犯罪，以 3 年 9 個月監禁及澳門幣 5,000 元之罰金，或以 33 日監禁替代；

e) 判嫌犯丁以直接正犯形式觸犯第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定並處罰的一項犯罪，處以 45 日監禁，暫緩 18 個月執行，條件是在 2 個月內向澳門特別行政區支付澳門幣 3,000 元以彌補犯罪之惡害；

f) 判嫌犯戊、己及庚以直接正犯形式觸犯第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定並處罰的一項犯罪，分別處以澳門幣 4,500 元之罰金，或在不繳付罰金且不以勞動替代時分別以 30 日、40 日及 33 日監禁替代；

g) 判辛以直接正犯形式觸犯第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款規定並處罰的一項犯罪，處以 1 年 1 個月監禁，暫緩 18 個月執行，並處以澳門幣 2,500 元之罰金，或在不繳付罰金且不以勞動替代時分別以 16 日監禁替代。

訴訟費用由諸嫌犯承擔。第一至第三嫌犯繳納 8 計算單位之司法費，其餘嫌犯繳納 4 個計算單位之司法費，及 8 月 17 日第 6/98/M 號法律第 24 條規定的澳門幣 500 元。

宣告所有麻醉品喪失歸澳門特別行政區，其相關器具嗣後適時銷毀。

其餘被扣押物品歸還其所有人。

製作登記表以供刑事記錄之用。

本席裁定第六嫌犯違反了所作出的擔保。

在合議庭裁判轉為確定後，退還其餘的保證金。

在合議庭裁判轉為確定後，對非在押嫌犯規定之釋放措施失效。

依據澳門《刑事訴訟法典》第 317 條通知第五嫌犯。

告知治安警察局及旅遊局。

出具將第一、第二及第三嫌犯解送澳門監獄的命令狀。”

（二） 丙、甲及乙（在公訴狀中分別被作為第三嫌犯、第一嫌犯及第二嫌犯）不服該裁判，向本中級法院提起上訴。

（三） 為著上訴的效果，嫌犯丙在提交於卷宗第 832-854 頁的上訴理由闡述中，作出下述結

論（參閱第 847-853 之內容）：

“（...）結論

1.現上訴人作出事實之日只有 16 歲這一事實，屬於澳門《刑法典》第 66 條第 2 款 f 項規定的抽象刑幅之可變更刑罰之情節之一，它自動適用，不屬審判者之自由裁量權範疇。

2.面對此情節，現上訴人觸犯之販毒罪可處以最低限度為 1 年 7 個月 2 日，最高限度為 8 年的抽象刑罰；

3.在確定刑罰份量時，（首先）應確定抽象份量並（隨後）確定具體份量，被上訴法院所選擇及對上訴人科處的刑罰，須考慮這一抽象刑幅；

4.如果能說在裁判文本中的確援用並轉錄了澳門《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款（此等條款示例性列舉了法院為確定刑罰份量而應考慮的情節），那麼（也應當說）被上訴法院沒有考慮為著作出一項適當刑罰而本來可予重視的全部情節。

5.在本案中，可對現上訴人科處的刑罰之最高限度與最低限度之間的幅度是很大的，被上訴法院本應對有利或不利於上訴人的全部情節以更深刻的方式作徹底的評估，以便令刑罰更好適應案件特徵。

6.雖然法律沒有區分“硬性毒品”與“軟性毒品”，但不禁止法官本著對軟性毒品情形之更大寬待，在具體量刑方面作此區別。因此，證實現上訴人只持有大麻這一事實，本來應被視為一項減輕情節。因為，雖然它不是無害的，卻不像海洛因及可卡因那樣有巨大致癮效能（後兩者對於使用者的健康毒害至深，並造成強烈的毒癮、使其身心俱毀且具很高的死亡率）。

7.自認事實一節未被重視—而上訴人僅認為本應被重視—因為，涉及一項對司法訴訟之有效之自認，現上訴人作出了真正的揭發，從而導致識別第一嫌犯之身份及將之緝拿歸案，因此，雖然對於 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 18 條第 2 款之效力不屬重要，亦應被視為有利於上訴人的一項情節。

8.對事實之嚴肅及有效的自認，導致對上訴人具減輕特徵的另一情節：真誠悔悟，這一情節在本案中已告查實；

9.對於刑罰份量屬必要的要素之一，與嫌犯犯罪時表示的情感有關—它既不屬於故意，亦非出於犯罪意思之動機或目的，而與嫌犯面對法律體系本身時的處境及影響更加直接相關，因此，被上訴法院不能漠視下述事實：現上訴人在第一嫌犯指揮下作出行為，而第一嫌犯是當局之服務人員，他利用了現上訴人之不成熟及藥物依賴，以作出其販賣活動；

10.被上訴法院亦未重視卷宗中已證實的上訴人犯罪後的行為；

11.面對有利於現上訴人的全部情節，認為 2 年 7 個月之刑罰應是公正的；

12.刑罰之暫緩取決於兩個前提之具備；形式前提（不超過 3 年之刑罰）及實質前提（*有利於嫌犯之社會預測*）；

13.緩刑之實質前提受到兩項要素之制約：（1）保障法律秩序之維繫的最低基本要求（*一般預防*）及（2）行為人不再犯罪（*特別預防*）；

14.《刑法典》第 66 條第 3 款允許在特別減輕情形中具體確定的刑罰，按該法典第 48 條暫緩執行；

15.面對作出的上述依據，中級法院可認為所請求的 2 年 7 個月監禁對於本案是適當的，從而具備緩刑之形式前提；

16.現上訴人得益於法官有依據地給予臨時獲釋地位這一事實，允許現上訴人在 1 年 7 個月期間內證明其已開始新生活，完成了中學學習，並已開始有報酬之職業活動；

17.在考慮監禁之暫緩執行範疇內，對於嫌犯選擇適合的社會方式之能力及潛力之預測性判斷，屬審理事實事宜的法院自由審查及自由心證領域，因此，中級法院法官閣下可根據卷宗現有資料審理此問題；

18.現上訴人在被判刑時，處於學習階段結束後（12 年級）剛踏入工作領域的階段；這一情形足以令貴院相信，上訴人將不再觸犯其他罪行，因此符合刑罰之目的（*特別預防*）及限定緩刑之實質要件的參照因素之一（*行為人不再犯罪*）；

19.現上訴人不能不指出 1997 年聯合國控制麻醉品國際機構的呼籲，它建議“各國把扣押和處罰毒品領域的重大罪犯行為絕對重點，在持有少量毒品的被判刑人的情形中，應考慮監禁之替代。”；

20.在作出此性質的呼籲時，考慮到對少量毒品的販賣者處以監禁實際上並不有助於一般預防。在販毒情形中，考慮到今天構成販賣及使用毒品的真正起因及與之相聯的全部犯罪活動，一般預防指盡可能預測這一罪狀之出現；

21.不能不認為，現上訴人在販毒活動中處於最底層，處於所謂的販毒環節的最下層人物層面（亦即所謂的分銷者或“拆家”）。

22.雖然被上訴法院將第一嫌犯不知現上訴人在作出事實之日不滿 16 歲這一情節已獲證明，但這不會使現上訴人已滿 16 歲的考慮無效，在民事方面他仍屬未成年人，故不能不提及《**聯合國禁止非法販運麻醉藥品及精神藥物公約**》第 3 條第 5 款，該條款呼籲更嚴厲處罰那些在此等不法活動中利用或使用未成年人者；

23.肯定的是，澳門特別行政區擁有保障尊重人格尊嚴的懲教體系。鑑於監禁刑在犯罪學上的無可爭議的效果（尤其當涉及青少年時），立法者一直注意盡可能限制監禁之採用；

24.監禁之暫緩執行取決於履行義務及遵守行為規則，該等義務及行為規則以彌補犯罪之惡害及利於重新適應社會為目的，這一法律上的可能性，充分地保障法律秩序最低基本要求（*一般預防*）的維繫，並強化措施的教育特徵（*特別預防*），因此，如貴院認為適宜，應當對上訴人確定某些義務（《**刑法典**》第 49 條及第 50 條），它們亦可彌補不執行監禁產生的情形；

25.被上訴的合議庭裁判違反了**澳門《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款之規範**；

26.被上訴的合議庭裁判認為適用第 66 條第 2 款 f 項規定的特別減輕屬於審判者自由裁量權之範疇，這是對該條款的錯誤解釋；

27.被上訴法院確定刑罰程序或操作不正確，並錯誤適用了量刑之一般原則，未指明量刑的重要因素，亦未將本案中可被接受用以選擇科處上訴人之刑罰份量的若干因素視作重要因素；

最後，上訴人丙請求“上訴得直，相應地科處低於 3 年之監禁，認為 2 年 7 個月且緩期 1 年 4 個月執行，並對其施加以某些義務及澳門《刑法典》第 49 條及第 50 條規定的若干義務或行為規則，才是公正的。”（參閱第 853 頁）。

（四） 另一方面，在卷宗第 937 頁至第 941 頁所提交的上訴理由闡述中，嫌犯甲提出以下結論（參閱卷宗第 937-941 頁）：

“（...）

a) 上訴人以作為直接正犯實施的第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款和第 10 條 d)項規定和處罰的一項犯罪，被判處 11 年監禁和澳門幣 15,000 元罰金，如不繳納罰金或以勞動代替之，則轉換為 100 日監禁；

b) 上訴人認為，被上訴的裁判未適當說明理由，並有過度審判的瑕疵，如果不這樣認為——雖然這可以接受，但不同意這樣做——嫌犯也在不上述法令第 10 條 d)項所指的特別加重刑罰的範圍之內；

c) 根據以上所述，上訴人之上訴依據是“.....*被上訴之裁判可審理之法律問題*”（《**刑事訴訟法典**》第 400 條第 1 款）；

d) 在沒有更佳意見的情況下，被中級法院部分確認的第一審裁判沒有遵守澳門《**刑事訴訟法典**》第 355 條第 2 款最後部分的規定，僅限於單純列出證據，不包含對事實上及法律上之理由的真正闡述——即形成法院心證的實質理由；

e) 僅限於單純指明證據，而從中完全不能確定裁判是否遵守了事實證據的要求，審判者的推理是否符合邏輯；

f) 從而違反了上述規定，裁判欠缺理由說明構成該裁判無效，使當中出現瑕疵之行為——審判聽證——成為非有效行為（澳門《**刑事訴訟法典**》第 360 條 a 項和第 109 條第 1 款），因此應移送卷宗，重新審判；

另一方面：

- g) 法院作出的裁判必須有理由說明，該理由說明中包括主導量刑的理由；
- h) 在量刑中適用法律的司法活動依靠的是建立主導這一行動之標準的書面規則，因此法官的活動是一種受法律約束的活動，而不是純粹的自由裁量活動；
- i) 在確定具體刑罰時，法官對行為人的罪過和刑罰旨在滿足的預防要求進行衡量，而罪過是刑罰不可逾越的界限。只有如此才能達至保證法律監督的有序及合理狀況；
- j) 在量刑種類方面的罪過與預防之間的關係與平衡中，一定要排除被澳門法院司法見解珍視的“自由空間”或“罪過幅度”理論；
- k) 根據第 65 條第 2 款的規定，在量刑時，不應考慮屬於罪狀的情節，這就是“一事不再理”原則；
- l) 這一原則用於罪過和預防方面有意義的要素，也用於一個具體情節，例如一個應用作確定法律條文規定的刑罰幅度的加重情節。在量化對量刑有意義的罪過和預防時不應再次考慮這一情節；
- m) 上訴人認為，無論是與這類犯罪年齡相關的一般預防的必要性，還是上訴人為治安警察局警察這一事實——這一理由陳述得到中級法院的認同——均曾被兩次考慮，因此一審法院違反了澳門《刑法典》第 65 條第 2 款中的一事不再理原則；
- n) 已獲證明的事實不足以確定量刑的各種因素，在一個販賣毒品案件中，從合議庭裁判的理由說明部分，看不出有哪些與第 65 條所列因素有關的證據及其價值，可資作為判處 11 年監禁的依據；
- o) 這樣，由於合議庭裁判中沒有為具體確定刑罰提出哪怕是最起碼的依據這一事實，就明顯違反了澳門《刑事訴訟法典》第 65 條第 2 款和第 3 款的規定以及澳門《刑事訴訟法典》第 356 條第 1 款和第 355 條第 2 款的規定，因此，根據澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 a) 項的規定，該裁判應被視為無效；
- p) 控訴書中的事實與合議庭裁判中的事實不完全相同。在聽證中辯論過的控訴書中指出的事實，不是作為裁判中事實方面的依據的那些事實；
- q) 這一事實的後果是，被上訴的合議庭裁判違反了澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款，根據該法典第 360 條 b) 項的規定，這導致判決無效，因為法院以控訴書未描述的事實判處了上訴人，而又未給予其準備辯護的時間；
- 最後，
- r) 原審法院認定，嫌犯／上訴人“……具備第 5/91/M 號法令第 10 條 d) 項規定和處罰的加重情節，因為他在作出該等事實時是治安警察局警察”；
- s) 但是，上訴人認為，只有當嫌犯是負有預防或遏止（原判認為其實施之）販賣毒品的責任的公務員，方出現此加重情節；
- t) 這就是對法律條文作出的解釋，也是根據《聯合國禁止非法販運麻醉品和精神藥物公約》第 3 條第 5 款對第 5/91/M 號法令第 1 條作出的唯一可能的解釋；
- u) 鑑於上訴人認為其行為不在典型的加重刑罰的範圍之內，如果不能像上面所說和所請求的那樣判定審判無效，那麼中級法院應當像所希望的那樣，對科處上訴人的具體刑罰幅度進行適當更正。

正如所請求，貴院應判本上訴得直，從而伸張正義。”

(五) 在卷宗第 967-987 頁上訴之理由闡述中嫌犯乙提出以下結論及請求如下：

“（…）

1. 上訴人認為，初級法院的合議庭裁判中沒有詳盡列明未經證明的事實，沒有闡述裁判依據的理由，這導致該裁判無效。
2. 若非在一個共同嫌犯協助下實施警察們的安排，絕不會發生給予一粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片的事情。
3. 上訴人是受人挑動才實施犯罪的，否則絕不會犯罪。
4. 由於利用其可靠之人而使用了（禁用的）取證方法，這是一種欺騙手段，因此，根據澳門

《刑事訴訟法典》第 113 條第 2 款 a)項的規定，該裁判為無效。

5.法律處罰吸食或販賣第 5/91/M 號法令附表二 A 所列的二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質。

6.僅知道被搜獲的上訴人擁有的藥片中含有甲基苯丙胺，但不知道其量。

7.確定其量是確定可適用的法律規定的關鍵，即適用第 5/91/M 號法令第 8 條還是適用該法令第 9 條。

8.這構成已獲認定的事實不足以支持裁判。

9.因此，違反了澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款和第 360 條 a)項、第 113 條第 2 款 a)項和第 400 條第 2 款 a)項的規定，因此根據上述陳述，應當裁定上訴理由成立，上訴人被判處的罪名不成立，或者作出控罪轉換，如果不這樣認為，則移送卷宗以重新審判，從而伸張正義！”

（六）獲通知此等上訴理由闡述後，駐被上訴法院檢察長作出答覆（卷宗第 990-1012 頁）結論原文如下：（參閱第 1009-1012 頁）：

“（…）

1—被上訴的合議庭裁判中沒有理由說明，這是不真實的。視案件本身之複雜性及作者的文學才能，澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款所指的理由闡述可以較為展開或者較為扼要。闡述中無必要的展開違反程序經濟及快捷原則。

2—按照第 106 條、第 107 條及第 339 條第 1 款 f 項之反義，事實的非實質變更只是一項不當情事而非無效。

3—視利害關係人在行為作出期間是否在場，簡單的不當情事應當由利害關係人在當中出現不當情事之行為作出時提出爭辯，或者自接獲通知之日起 3 日內提出爭辯。

4—沒有在有關行為作出時提出爭辯，也沒有在 3 日內提出爭辯，雖然第一嫌犯的法律師在場，這種不當情事也獲補正。

5—根據第 5/91/M 號法令第 10 條 d 項對第一嫌犯適用加重（因為該嫌犯在犯罪之日是治安警察局警察）是完全正確的。

6—確實，治安警察局組織法第 2 條第 1 款 b 項規定其任務包括“對案件進行預防、偵查及打擊犯罪”，換言之，不加區別地針對任何種類的犯罪，包括販毒罪。

7—將治安警察局及司法警察局職責分開（當時為兩個警察部門），並不重要，因此具備該條文關於刑罰加重的要件。

8—根本不違反平等原則因為這項加重只適用於第 8 條及第 9 條規定的犯罪，而不適用於第 23 條規定的犯罪。

9—沒有使用違禁的證據方法，因為第二嫌犯透過他人向第四嫌犯交付毒品之事實，雖然第四嫌犯事先與司警有約定，也不構成證據方法，而是證據“事宜”或標的。

10—不能混淆這兩件事，因本案中根本不存在使用違禁的證據方法。

11—第四嫌犯的介入根本不構成禁用的證據方法。因為他是介入一個已經進行中的犯罪過程，而不是作出新的不法事實的原動力—根據前澳門高等法院 1999 年 3 月 10 日第 991 號案件合議庭，因為原審法院認為第二嫌犯與第四嫌犯曾有交易已獲得證實。

12—衛生局的醫學意見書建議二甲（甲烯二氧）苯乙胺三使用量為 6-9 粒藥片，而不論藥片的種類。

13—這一準則與司法見解，至少與第一審的司法見解吻合。

14—在本案中，嫌犯持有 30 粒藥片，這並不是任何的前沿問題，而是一個實質性高於上述標準的量，因此無疑不屬少量。

15—對第一及第三嫌犯科處的嫌犯是失衡的。

16—我們認為這些刑幅是正確地適用，尤其是對第一嫌犯的加重及對第三嫌犯的減輕。

17—然而，發現第一嫌犯幅度內的刑罰份量分別低於第三嫌犯五分之一及三分之一，而第三嫌犯持有的量低於第一嫌犯，這是一個方面，另一方面，第三嫌犯自認事實，與警察合作並顯示重新融入社會的條件，這與第一嫌犯相反，這是令人奇怪的。

18—我們並不反對降低第三嫌犯的刑罰。

19—我們也不反對採取緩刑，然而應當服從更嚴格的考驗制度以及更長的考驗期。

據此並依照法律，法官閣下應判第一及第二嫌犯提起的上訴不成立，判第三嫌犯之上訴理由成立，從而伸張正義。

(七) 上訴上呈本中級法院，駐本院助理檢察長在澳門《刑事訴訟法典》第 406 條範疇內作出意見書（載於第 1038-1051 頁），對於本案之三項上訴表示下列意見：

“（...）

2.對合議庭裁判的上訴

2.1.丙的上訴

上訴人希望將刑罰之“份量”降為低於 3 年監禁，並暫緩執行。

然而我們相信，此等訴求不能得直。

我們看看。

合議庭已特別減輕了上訴人的刑罰，為此結果，以嫌犯在作出事實之日不滿 18 歲的事實為依據（應當說，在此方面，差 1 個月才滿 17 歲）。

在有利於上訴人的方面，必須還考慮到自認事實一節。

然而沒有顯示此等自認是自發的，並且對於發現真相有任何裨益。

更不用說自認中不附悔悟表現。

根據澳門《刑法典》第 66 條規定的權能，原審法院最終確定了低於抽象幅度最低限度一半的具體份量—更具體的說，是 3 年 9 個月監禁。

我們確實認為，刑期不能更長（該刑期的確也不是過長）。

根據合議庭裁判所指出，上訴人“持有用於出售的大量麻醉品”。

顯然這一情節不能不在加重刑罰方面具重要性。

另一方面，至於麻醉品的性質，應當說，按終審法院的見解，“軟性毒品、硬性毒品及硬性毒品之間的區別，本身不應當是選擇刑罰份量的決定要素，更不能說是導致所謂軟性毒品案件中刑罰的特別減輕”之決定要素（2001 年 9 月 26 日第 14/2001 號案件合議庭裁判）。

上訴人從模糊不清的前提出發論證其訴求。

事實上，他認為第 66 條第 2 款 f 項所指的情節—行為人的未成年—應當是‘自動適用的’。

但這不準確。

正如李殷祺及施正道在澳門《刑法典》第 179 頁所強調，“第 2 款各項所指的情形，本身在其客觀存在方面並不具有特別減輕的價值，它們必須與應當產生的下述特定結果聯繫起來：*事實不法性或者行為人罪過的明顯減輕（第 1 款）*”。

澳門《刑法典》第 48 條所含的權能之使用，立即遇到了所科處的刑罰超逾 3 年這一形式上的障礙。

即使不曾這樣—或者將來不這樣—這項權能之使用亦須排斥或將來應予排斥。

正如本法院所裁定“即使根據暫緩執行刑罰的排他考慮所作的評價認為，對不法分子所作的預測是有利的，如果預防及譴責犯罪的必要性要求不予緩刑，也不應當命令緩刑（第 96/2000 號案件 2000 年 6 月 15 日合議庭裁判）。

本案中發生的正是這樣。

在澳門特別行政區販賣麻醉品一直有真正令人憂慮的（如果不是說引起警報的話）增長。

除了譴責的必要性，同樣有預防的緊迫理由。

2.2.嫌犯甲的上訴

上訴人爭執判處其觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款及第 10 條 d 項規定及處罰的犯罪、並處以 11 年監禁及澳門幣 15,000 元罰金之合議庭裁判。

但是，這項爭執在我們看來不能成功。

上訴人首先認為原判（具體指有關事實的理由闡述）“沒有適當地說明理由”。

然而，這項理由闡述應當視為充足。

正如所知，在此範圍內，應當排除一種極端主義的觀點—應當永遠考慮具體案情帶來的各種

要素。

最近，終審法院正是按上述主張的意義作出裁判（參閱 2001 年 7 月 18 日第 9/2001 號案件合議庭裁判）。

澳門特別行政區終審法院的裁判對於與本案極為相近的狀況表明了立場。

在該裁判中，不僅排除了證據的批判性評價的要求，還認為“如果在特定案件中，透過列舉獲證明或未獲證明的事實及指明所使用的證據方法，可以理解法院作出心證的核心理由，則毋需指明其他資料...”。

在我們看來，本案發生的正是如此。

指明用於形成法院心證的證據如下：

“在場嫌犯的聲明。

根據澳門《刑事訴訟法典》第 338 條第 1 款 b 項，對第三、第四及第五嫌犯在刑事起訴法庭作出的聲明（載於卷宗第 174 頁，第 181-182 頁，第 32-33 頁）在聽證中之宣讀。

所有證人的聲明以及參與事實調查及拘留嫌犯的司法警察局證人之聲明。

卷宗第 224、第 251 及第 307 頁的司法警察局化驗報告書。

附於卷宗的其他文件及照片。

對於全部證據整體的批判性、衡量性及基於普通經驗規則及常理規則之審查”。

此項指明事實上可資“了解法院形成心證的核心理由”。

被詢問的 6 名控方證人中，4 名是司法警察局偵查人員。

不能不認為有關科學理由是清楚的：他們參與了對有關事實之調查。

同樣，應認為嫌犯之科學理由是清楚的：他們參與了有關事實。

簡而言之，有關理由說明應被視為充足。

隨後上訴人堅稱：“欠缺確定具體刑罰的理由說明”。

這是另一項沒有根據的批評。

在我們看來，法院遵守了澳門《刑事訴訟法典》第 356 條第 1 款。

也許我們面對著一項簡單的不當情事，但由於沒有適時提起爭辯，它已獲補正（該法典第 110 條第 1 款）。

上訴人還指出（原判）違反了澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款。

但是我們認為他不持理據。

該條規定指的是“控訴書或起訴書描述的事實之非實質變更”。

然而，證明有關條文所指的告知為合理者，並不是任何變更。因為該項規定將告知的條件限為出現了對於案件裁判屬重要的事實。

對於案件裁判屬重要這一措詞中包含多種情形，“有些對於刑罰份量或者對可科處的處罰的下限予以加重有影響，另一些在此層面上雖沒有任何影響，但總是擾亂最初採取的辯護策略”（參閱 António Duarte Soares, *Convolações*, C.J., Acs, S.T.J., 第 2 卷，第 3 及第 15 頁起）。

我們的觀點是，我們並不面臨這種情形中的任何一種。

肯定的是，合議庭已將嫌犯丙持有的 39.728 克大麻之“量”是上訴人所給一節視為證實，同時肯定的是控訴書載明該麻醉品是“向身份不明者”取得。

實際上所提出的問題是在於了解：有關的變更對於科處的刑罰之具體份量是否有影響（因為我們看不到對於案件裁判屬重要的任何其他情形）。

毫無疑問，我們認為答案是否定的。

按照控訴書，上訴人向丙交出淨重量為 114.609 克（3.312 克加 111.297 克）的大麻供出售。

最後，證實了該嫌犯又交付了 39.729 克大麻—這個份量略高於控訴書所指之量的三分之一。

就刑罰而言，在 10 年至 15 年監禁的抽象刑罰幅度內，被判處 11 年監禁。

我們相信有關事實的變更對於科處該具體刑罰沒有影響。

該合議庭裁判在此範圍內指出了上訴人提供了“大量麻醉品”的事實。

這是一個完全符合控訴書所描述之“量”的短語—已經超出被視為少量（第 5/91/M 號法令

第 9 條第 1 款及第 3 款) 之量約十五倍。

由此，似乎可以得出結論認為：即使沒有被質疑的變更，刑罰亦應相同。

此外，必須指出沒有查明有利於上訴人的任何減輕情節。

簡而言之，我們認為沒有具備澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項規定的無效。

至於所指稱的確定刑罰中“一事不二理”以及爭辯並不具備第 5/91/M 號法令第 10 條 d 項規定的加重情節，駐一審法院檢察官以結論的形式表明上訴人不持理據。

在此方面，對於檢察官的觀點無需再增加有意義的內容。

2.3. 嫌犯乙的上訴

上訴人不服判其觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的犯罪，並處以 8 年 6 個月監禁以及澳門幣 1 萬元罰金的合議庭裁判。

但是在我們看來，上訴人是以無依據的方式這樣做。

上訴人首先指責裁判書的理由說明。

關於事實的理由闡述，我們已在前項上訴理由範圍中表態。

但是上訴人還針對此項理由說明的另一方面，他具體指出“合議庭裁判中未記載未獲證明事實的具體列舉”。

這是一項沒有依據的批評。

被上訴的合議庭裁判在此方面已載明：“控訴書所載的其餘事實”，尤其隨後列舉的兩項事實未獲證明。

正如所知，列舉未證實事實是理由說明的法定要求，它確保法院在行使其審理權時，透過調查，解決從案件標的——“待裁判的事宜”——出發的全部“待證明的事宜”。

在本案中，毫無爭議的是，原審合議庭履行了此項調查義務。

面對檢察院的控訴以及無任何答辯，事實上不能不認定上述記載已滿足有關列舉的要求。

另一方面，沒有出現所指稱的違反澳門《刑事訴訟法典》第 113 條第 2 款 a 項所指的情況，故應當認為有爭議的警方行動是正當的。

葡萄牙最高法院在有關理由闡述的答覆中也在所主張的意義上作出裁判（參閱 1997 年 1 月 15 日及 1998 年 1 月 8 日合議庭裁判，分別載於《BMJ》，463-226 及《CJ》，《S.T.J.》，第 VI，1，第 155 頁）。

第一份合議庭裁判，經參考該法院的多份裁判後強調，“法律接受與進行中的犯罪活動的配合，但是不接納挑釁或唆使此等活動之行為”。

第二份合議庭裁判中則強調，“該訴訟法第 126 條第 2 款 a 項——對應於澳門《刑法典》第 113 條第 2 款 a 項——本身規定，僅當欺騙手段導致擾亂意思自由或作出決定之自由時，方被認為侵害人的身心完整性，並因此被禁止。”

在本案中——正如該合議庭裁判所指出——“不存在...本義上的擾亂行為人意思自由或作出決定自由的情況，而只是揭示了直到當時正在進行中的犯罪活動的詭計。”

上訴人最後認為，其持有的麻醉品量未獲證明，因此應當查明其行為是納入第 5/91/M 號法令第 9 條還是第 8 條的規定中。

在此方面，必須考慮對理由闡述書之答覆中所含的審慎解釋。

而且，由於司法警察局司法鑑定化驗所不存在二甲（甲烯二氧）苯乙胺的標準，因此尚不可能——至少在澳門不可能——進行有關藥片的定量分析。

按照上述 XXX 醫生的看法（他被認為是該事項的專家），“少量”概念指最多 10 粒藥片——總重量約為 4 克。

考慮到對於案件良好裁判的意義，現在附入上述意見書的副本以及另一份依據該意見書而隨後製作的另一份意見書的副本——肯定的是，後項意見書是在被上訴的合議庭裁判製作以後才製作。

按照檢察官強調的觀點，在本案中不面對一種臨界狀況，因為上訴人被扣押的藥片數量是被規定的限度的 3 倍。

3.結論：

“綜上所述，應當裁定所有上訴均不勝訴。”

(八) 經初步檢查卷宗，並依照澳門《刑事訴訟法典》第 407 條及第 408 條的規定作出法定檢閱後，按照該法典第 411 條及第 414 條規定的適當手續，本院於 2002 年 6 月 6 日進行了審判聽證。在聽證中，簽署上文轉錄之意見書的助理檢察長提出口頭陳述，核心內容為：雖然其事先作出了意見書，但因為存有獲證明之事實事宜不足以支持裁判之瑕疵，現在建議接受將卷宗移送初級法院重審，目的是在該院查明嫌犯乙當時販毒的 30 粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片中所含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的量值。助理檢察長此舉是因為終審法院 2002 年 5 月 30 日第 7/2002 號案件合議庭裁判宣示了有關以藥片或丸狀方式販賣少量毒品的問題的見解。提出口頭陳述。而三名嫌犯／現上訴人的代理律師們則以口頭陳述的方式力主其已載於其上述理由闡述中的內容。

(九) 聽證後，本合議庭對有關三項上訴進行了辯論並就合議庭裁判草稿進行了表決及作出決議。該裁判稿由本案裁判書製作法官起草，他最後在所作的表決中落敗，遂依照澳門《刑事訴訟法典》第 417 條第 1 款轉由第一助審法官按表決中勝出的立場製作確定性合議庭裁判。

(十) 茲審理三項有關上訴如下：

二、被上訴的合議庭裁判之理由說明

A.被上訴法院認為下列事實事宜已經確定，具所形成心證的相關理由說明（參閱卷宗第 775-778 頁原文）；

“2. (...)

經案件辯論，下列事實已獲證明；

“2000 年 4 月 27 日 1 時 30 分許，司警人員在 XXX 閣門前將嫌犯戊截停檢查，並在其身上搜出一隻含有疑似大麻之物質的小盒。

經化驗證實，上述盒中之物質含有第 5/91/M 號法令附表一 C 中所列之大麻成份，淨重 1.010 克。

司警人員隨即到嫌犯戊位於[地址(1)]的住所進行搜索，並在該單位內搜獲一塑膠包和二個金屬盒。

經化驗證實，上述塑膠包和金屬盒中之物質含有第 5/91/M 號法令附表一 C 中所列之大麻成份，淨重 5.74 克。

上述毒品是嫌犯戊從一身份不明之人處所取得，目的是自己吸食。

根據該嫌犯提供之線索，2000 年 4 月 27 日下午 7 時 50 分，司警人員在水坑尾 XXX 快餐店附近將嫌犯丙截停，並在其身上搜獲三個裝有疑似毒品物質的塑膠袋及 28 支自製捲煙。

經化驗證實，上述塑膠袋中之物質及自製捲煙中含有第 5/91/M 號法令附表一 C 中所列之大麻成份，其中塑膠袋中之大麻淨重 39.728 克，自製捲煙中大麻淨重 3.312 克。

上述 39.728 克大麻和自製捲煙中的大麻是嫌犯甲交給嫌犯丙的目的是向他人出售，部分供吸食。

抓獲嫌犯丙後，司警人員隨即到[地址(2)]嫌犯丙之住所進行搜索，並在該住所內搜獲一隻裝有疑似大麻之塑膠盒和一裝有 26 支自製捲煙之金屬盒。

經化驗證實，上述塑膠盒中之物質及自製捲煙中均含有第 5/91/M 號法令附表一 C 中所列之大麻成份，淨重 111.297 克。

上述毒品是嫌犯甲交給嫌犯丙，並準備讓其出售給他人的。

2000 年 4 月 28 日 22 時許，司警人員在 XXX 公園大門口將嫌犯己和庚抓獲。當時該二嫌犯正在車牌為 MG-XX-XX 之私家車內。警方人員在該車內搜獲 2 個裝有疑似毒品之塑膠包。

經化驗證實，上述塑膠袋中之物質含有第 5/91/M 號法令附表一 C 中所列之大麻成份，淨重 8.426 克。

上述毒品是嫌犯己和庚於當日 21 時許，在 XXX 大廈附近，從嫌犯甲處所取得，目的是自己吸食。

2000 年 4 月 28 日 23 時許，司警人員將甲抓獲。

2000 年 4 月 29 日 0 時 40 分左右，司警人員帶同嫌犯丁前往該犯位於[地址(3)]單位的住所進行搜索，在該單位內壬抓獲。壬當時處於非法在本澳逗留狀態。

警方人員在嫌犯丁之上述住所內搜獲三個裝有疑似毒品之塑膠袋。

經化驗證實，上述塑膠袋中之物質含有第 5/91/M 號法令附表一 C 中所列之大麻成份，淨重 1.088 克。

上述毒品在嫌犯丁從嫌犯乙處取得，目的是自己吸食。

為緝拿嫌犯乙，嫌犯丁按司警人員安排，致電嫌犯乙，並約定在 XXX 酒店門口進行毒品交易。

2000 年 4 月 29 日 3 時 30 分，在 XXX 酒店大堂，警方人員將嫌犯辛抓獲，並在其身上搜獲一粒藥片。

經化驗證實，上述藥片含有第 5/91/M 號法令附表一 A 中所列之二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份。

上述毒品是嫌犯乙從身份不明之人處所取得，目的是向他人出售和讓與。

嫌犯甲、乙、丙、丁、戊、己、庚和辛是在有意識和自由的情況下作出上述行為的。

彼等明知上述毒品之性質和特徵。

彼等之行為未得到任何法律許可。

彼等明知法律禁止和處罰上述行為。

嫌犯甲和丁實施上述行為時身為公務員。

嫌犯丙作出上述行為時尚未滿 18 歲。

第一嫌犯為治安警察警察，工資相當於 200 薪俸點。

單身，負擔其父母。

未自認事實，為初犯。

第二嫌犯為修車場場主，收入為澳門幣 1 萬元。

單身，不負擔任何人。

未自認事實，為初犯。

第三嫌犯為旅遊局公務員，工資相當於 195 薪俸點。

單身，不負擔任何人。

自認了事實，為初犯。

第四嫌犯為修車場僱員，收入為澳門幣 7,000 元。

單身，負擔其祖母。

自認了部分事實，為初犯。

第五嫌犯為酒店接待員，收入為澳門幣 3,200 元。

單身，不負擔任何人。

自認了部分事實，為初犯。

第七嫌犯為葡京賭場僱員（公共關係），收入為澳門幣 6,000 元。

單身，負擔其父母。

自認了事實，為初犯。

第八嫌犯為廚房徒工，收入為澳門幣 3,800 元。

單身，負擔其父母。

自認了事實，為初犯。

以下事實未獲證明：控訴書內載明的其他事實，主要是：

嫌犯戊取得麻醉品是為了出售他人。

嫌犯丁明知壬處於非法逗留狀態，仍讓她在其住所逗留。

“指明用作形成法院心證的證據：

在場嫌犯的聲明。

根據澳門《刑事訴訟法典》第 338 條第 1 款 b 項在聽證中宣讀的第 3、第 4 和第 5 嫌犯在刑事起訴法庭所作聲明，見第 174、181-182 和 32-33 頁。

所有證人的聲明及參與調查事實和拘捕嫌犯的司法警察的聲明。

第 224、225 和 307 頁中的司法警察局的化驗報告。

附入卷宗的其他文件及照片。

根據一般經驗法則和正常情況對所有證據進行的衡量其價值的審查。”

B.—被上訴法院對上述事實所作的法律定性如下（參閱被上訴的合議庭裁判內文第 3 點，第 778 頁及其背頁原文）：

“3.確鑿的事實證實第一、第二及第三嫌犯作出了第 8 條第 1 款規定的販賣麻醉品罪。

第一嫌犯向他人提供大量麻醉品，目的是向第三人出售。

第二嫌犯持有相當之量的二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片，目的是向第三人出售。

第三嫌犯取得大量麻醉品並在其居所保存，目的是向第三人出售。

未證實此等嫌犯共同作出行為，因此不存在第 5/91/M 號法令第 10 條 g 項規定及處罰的加重。同樣，不存在 a 項的加重，因為控訴書沒有顯示第一嫌犯已知道第三嫌犯的年齡。

關於第一嫌犯，只查明 d 項規定及處罰的加重，因為該嫌犯在作出事實之日身為治安警察局警察。

未證實第四嫌犯知道壬的非法居澳狀況，因此不符合有關罪狀的主觀要件。

未證實第五嫌犯持有向第三人出售之麻醉品，他只是吸食這些麻醉品。

第四、第六及第七嫌犯觸犯一項吸食麻醉品罪，因為持有這些毒品目的是自己吸食。

第八嫌犯作出被控訴的犯罪，因為持有少量麻醉品，目的是交給他人。”

C.—被上訴的合議庭裁判對被判刑之嫌犯科處刑罰份量之記載如下（參閱被上訴的合議庭裁判第 4 點及第 5 點，卷宗第 778 頁背頁至第 779 頁背頁原文）：

“1995 年澳門《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款規定：

一、刑罰份量之確定須按照行為人之罪過及預防犯罪之要求，在法律所定之限度內為之。

二、在確定刑罰之份量時，法院須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節，尤須考慮下列情節：

a) 事實之不法程度、實行事實之方式、事實所造成之後果之嚴重性，以及行為人對被要求須負之義務之違反程度。

b) 故意或過失之嚴重程度；

c) 在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；

d) 行為人之個人狀況及經濟狀況；

e) 作出事實之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為；

f) 在事實中顯示並無為保持合規範之行為作出準備，而欠缺該準備係應透過科處刑罰予以譴責者。”

5.第一、第二及第三嫌犯的行為非常嚴重

第一嫌犯在作出行為之日身為治安警察局警察。

第二嫌犯持有相當之量的二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片，目的用於出售。

第三嫌犯持有大量麻醉品，目的是用於出售。

考慮到一般預防的要求，對這些嫌犯所科處的刑罰根本不能暫緩執行。

因此，要求科處實際剝奪自由刑，因為任何其他處罰都不能達到預防犯罪的要求。

應當指出，第三嫌犯在行為作出事實之日未滿 18 歲，因此法院認為按照澳門《刑法典》第 66 條第 2 款 f 項特別減輕對該嫌犯將科處的刑罰。

對於第八嫌犯只從他身上搜獲一粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片。

至於其餘嫌犯，意圖只是取得毒品供自己吸食，而非牟利目的。

對於第四及第八嫌犯，結論是僅對事實作譴責及以監禁作威懾可適當及足以實現處罰的目的

（澳門《刑法典》第 48 條）。

證明了緩刑為合理。

根據澳門《刑法典》第 49 條，為著彌補犯罪惡害的效果，且考慮到作出事實之日是治安警察局警察，應當對該第四嫌犯科處向澳門特別行政區交納一筆款項的義務。

對於第五、第六及第七嫌犯，結論是科處非剝奪自由刑，理由是該刑罰可適當及足以實現處罰的目的。”

三、本合議庭裁判之理由說明

（一）擁有上述齊集的資料後，現應審理本案之上訴。

（二）然而，首先應按澳門《刑事訴訟法典》第 361 條第 1 款 b 項及第 2 款，**立即依職權更正被上訴之裁判書最明顯的誤寫**，且消除該情況不會構成裁判內容之實質變更：

— 原文中寫作“XXX”或“XXX”之處，應更正為“XXX”或“XXX”（因中文姓名“乙”之羅馬語系語言書寫法為 XXX—依照其澳門居民身份證內容及香港居民身份證內容，其副本附於卷宗第 115-116 頁，甚至卷宗第 115 頁的律師代理書中亦以羅馬語系書寫法寫作“XXX”—我們認為這一誤寫出自有關中文姓名在控訴書葡文譯本中（卷宗第 505-508 頁背頁）被以羅馬語系書寫法寫作“XXX”這一事實；

— 原文中“表一 A”之處，應更正為“表二 A”（因為二甲（甲烯二氧）苯乙胺列於 1 月 28 日第 5/91/M 號法令表二 A 而非表一 A，在卷宗 504 頁—葡文譯本在 509 頁中—檢察院本身所作的控訴書原文之依職權更正中已經提醒了這一誤寫）。

（三）另一方面，在下文界定有關的三項上訴的標的時，必然應當一般性地考慮下述以一般方式提出的初步意見：

1.上訴法院只解決上訴人具體提出的、並由上訴理由闡述結論所界定的問題，結論中不包含的問題則轉為確定。（尤其參閱本中級法院在下列刑事上訴案中的合議庭裁判：第 63/2001 號案件 2001 年 5 月 17 日，第 18/2001 號案件 2001 年 5 月 3 日，第 130/2000 號案件 2000 年 12 月 7 日）；

2.在解決上訴人提出的問題時，正如本中級法院在下列刑事上訴案之裁判中所為（第 84/2002 號案件 2002 年 5 月 30 日合議庭裁判，第 63/2001 號案件 2001 年 5 月 17 日合議庭裁判，第 130/2000 號案件 2000 年 12 月 7 日合議庭裁判），我們遵循 José Alberto dos Reis 教授的下述學說（載《民事訴訟法典注釋》，第五卷，第 658 頁至第 720 頁，重印本，科英布拉出版社，1984 年，第 143 頁）：“當訴訟當事人向法院提出某一問題時，必在每一處借助多種理由或理據以支持其觀點之有效性。然而，對法院來說，重要的是須對所提出的問題作出決定，法院沒有責任審議當事人據以支援其訴求的全部依據或理由。”

3.我們僅認為，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 C. Ribeiro 大法官在葡萄牙最高法院刑事分庭全會第 46580 號案件 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《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，I，Série-A，第 8211-8213 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，尤其是在第 403 條[同澳門《刑事訴訟法典》第 393 條]中給予他們內容廣泛的上訴限制，並對

上訴理由闡述中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 2001 年 7 月 30 日第 11/2001 號案件中作出了合議庭裁判（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，在較早前的 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：

— “...上訴法院的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)項所指的已獲證明的事實不足以支持裁判及/或在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起上訴之方式，向終審法院提起上訴”，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）。

（四） 因此，只需審理下述問題：

1. 嫌犯丙之上訴。

獨一問題—所科處的刑罰份量及監禁之暫緩執行；以及一個附帶問題：對澳門《刑法典》第 66 條第 2 款 f 項的解釋。

2. 嫌犯甲之上訴。

（1）—未指明用於形成法院心證之實質理由（參閱上訴理由闡述書結論 d 至 f 項）；

（2）—未指明主導確定所科處刑罰份量的理由，其附隨的附帶問題是在定刑罰時“一事不再理”原則（參閱上訴理由闡述書第 g、h、i、j、k、l、m、n 及 o 項結論）。

（3）—關於過度審理之瑕疵，因以控訴書未載之事實判處上訴人，而沒有給予其辯護期間（參閱上訴理由闡述書結論 p 及 q 項）。

（4）—作為補充的還有，更正刑罰份量的問題，因不適用第 5/91/M 號法令第 10 條 d 項的特別加重（參閱上訴理由闡述書結論 r、s、t、u 項）。

3. 嫌犯乙之上訴：

（1）—被上訴的合議庭裁判中不存在對獲證明事實以專門敘述的方式所作的詳盡列舉（參閱上訴理由闡述書結論 1）。

（2）—對作為裁判依據之事實及法律理由欠缺雖然簡要但盡可能完整的闡述（參閱上訴理由闡述書結論 1）。

（3）—利用欺騙手段使用禁用證據方法（參閱上訴理由闡述書結論 2-4）。

（4）—獲證明之事實事宜不足以支持裁判，因為嫌犯持有的二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片中

所含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質質量值未知（參閱上訴理由闡述結論 5-8）。

（五）肯定的是，嫌犯丙、甲及乙被檢察院控訴作為直接正犯觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款之販毒罪，而三名嫌犯提起的三項上訴中某一項上訴得直，絕對不惠及在相同刑事案件（從中產生中級法院之本上訴案）中一起受審判的其餘五名嫌犯，因為這五名其餘嫌犯（姓名為丁，己，戊，庚及辛）未被檢察院作為現三名上訴人的**共同正犯或共犯**控訴犯有第 8 條第 1 款之販毒罪，這一切均按照澳門《刑事訴訟法典》第 392 條第 1 款、第 2 款 a 項關於“**上訴範圍**”之“**反義**”解釋。

— 基於相同理由，**現被上訴的裁判對於這五名非上訴人嫌犯應視為轉為確定**，因為這五名嫌犯不僅不能受惠於本案三項上訴中的結果，也未對原審法院之終局裁判提起上訴，檢察院亦未出於捍衛合法性而為這五名嫌犯對該裁判提起上訴。

（六）由於在三名嫌犯／上訴人所提出的各項問題中，上訴人乙指責被上訴的合議庭裁判具有的瑕疵（即：該上訴人當時持有的二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片中包含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質中尚未查明的量值，無論對於決定可適用的歸罪規範，還是對於澳門《刑事訴訟法典》第 418 條第 1 款可能屬重要的效果，均存在“**獲證明的事實事宜不足以支持裁判**”之瑕疵）。一旦成立，按照澳門《刑事訴訟法典》393 條第 2 款 a 項，可能使三名上訴人在本上訴案中提出的其他問題之審理成為無作用之舉，這正是因為雖然公訴狀指控他們的事實事宜中不包含三名嫌犯共同參與有關犯罪的具體描述資料，但這三名上訴人已被檢察院控訴作為直接共同正犯觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款之販毒罪，**因此應當先行審理嫌犯乙提起的上訴。**

關於嫌犯乙之上訴：

由於在該嫌犯提出的四個問題中，“**獲證明的事實事宜不足以支持裁判**”之瑕疵一旦成立，將意味著移送卷宗至初級法院重新審判，從而使其他三個問題的審理成為無用之舉，而理由成立只引致撤銷被上訴的合議庭裁判及/或為著事實事宜審判中的心證形成之效果，不得使用透過不法欺騙手段獲得的證據。因此我們首先審理所謂事實事宜不足以支持裁判的問題。

1. 獲證明的事實事宜不足以支持裁判，因為嫌犯持有的二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片中所含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質質量值未知。（參閱上訴理由闡述書第 5-8 點結論）。

（1）原審法院基於該院視為確鑿的事實及本合議庭裁判第二部分 A 點已經轉錄的事實，判處嫌犯乙作為直接正犯以既逐形式觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的販毒罪。

現在嫌犯提出事實不足以支持判處其觸犯上述法令第 8 條第 1 款販毒罪的問題，其依據是未查明科處該法令第 8 條第 1 款法定罪狀所必須的一項事實（即其擁有的二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片中包含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的質量值之事實），聲稱如果不知道藥片中包含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的確切量值，那麼他販賣的藥片中包含的物質總量是否構成科處該法令第 9 條的販賣少量毒品罪的法定罪狀中的“少量”值，就有疑問。

（2）正如所知，根據本中級法院第 92/2000 號案件 2000 年 6 月 15 日合議庭裁判中所載的共同見解（該裁判本身又被本中級法院第 130/2000 號案件 2000 年 12 月 7 日合議庭裁判所引用；還可參閱本中級法院 1/2001 號案件 2001 年 6 月 14 日合議庭裁判及第 63/2001 號案件 2001 年 5 月 17 日合議庭裁判）：

— 獲證明之事實事宜不足以支持裁判之瑕疵，正如澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定，“只有當‘查明法律上的裁判所必須和事實事宜中存有漏洞’時才發生”（Germano Marques da Silva，*《Curso de Processo Penal》*，III，325）

這一瑕疵與有關事實納入可適用之法律、能否產生合乎邏輯之結論有關。

它與證據不是完全無關，（...）

（...）而且...最近，本中級法院裁定：“**在查明事實事宜中發現妨礙法律上的裁判的漏洞時，方有獲證明之事實事宜不足以支持裁判**”——2000 年 2 月 3 日第 1261 號案件合議庭裁判—或“**當可得出結論認為捨此就不可能得出已經得到法律結論時，（方有此瑕疵）。**”

此外，根據本中級法院上述第 130/2000 號案件 2000 年 12 月 7 日合議庭裁判及其遵循的第 135/2000 號案件 2000 年 9 月 21 日合議庭裁判、第 101/2000 號案件 2000 年 6 月 29 日合議庭裁

判、第 17/2001 號案件 2001 年 5 月 3 日合議庭裁判：

— “為了得以重新審查原審法院認定之事實事宜，‘獲證明的事實事宜不足以支持裁判’與澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款窮盡列舉的其餘兩項瑕疵，即‘理由說明中不可補正之矛盾’及‘審查證據中的明顯錯誤’一樣——必須出自原判本身，不可求諸原判以外之資料，必須十分明顯，以至普通觀察者能夠察覺；即常人可容易看出。”

(3)在澄清了“獲證明的事實事宜不足以支援裁判”這一概念的內涵及外延後，我們看看被上訴的合議庭裁判是否存有以上瑕疵。

從現被上訴的判決書內容中可見，被上訴的法院以視為確鑿的下列事實為依據（關於姓名“XXX”及“表二 A”的誤寫已作適當更正），最後判處嫌犯乙作為直接正犯以既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的販毒罪：

“2000 年 4 月 29 日 0 時 40 分左右，司警人員帶同嫌犯丁前往該犯位於[地址(3)]單位的住所進行搜索，在該單位內將壬抓獲。壬當時處於非法在本澳逗留狀態。

警方人員在嫌犯丁之上述住所內搜獲三個裝有疑似毒品之塑膠袋。

經化驗證實，上述塑膠袋中物質含有第 5/91/M 號法令附表一 C 中所列之大麻，淨重 1.088 克。

上述毒品是嫌犯丁從嫌犯乙處取得，目的是自己吸食。

為緝拿嫌犯乙，嫌犯丁按司警人員安排，致電嫌犯乙，並約定在 XXX 酒店門口進行毒品交易。

2000 年 4 月 29 日 3 時 30 分，在 XXX 酒店大堂，警方人員將嫌犯辛抓獲，並在其身上搜獲一粒藥片。

經化驗證實，上述藥片含有第 5/91/M 號法令附表 II -A 中所列之“二甲”（甲烯二氧）苯乙胺成份。

上述毒品是嫌犯乙交給他的，目的是交給嫌犯丁。

不久，嫌犯乙在 XXX 卡拉 OK 之 XXX 房被警察抓獲。對該嫌犯 MG-XX-XX 號汽車搜查後，搜獲 29 粒藥片。

經化驗證實，此等藥片中含有第 5/91/M 號法令附表 II -A 所列之二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份。

嫌犯甲、乙，丙、丁，戊、己、庚及辛之行為是自由的，自願的。

彼等明知上述毒品之質素及特徵。

未獲得任何法律許可可以資作出行為。

明知彼等行為是法律禁止及處罰的。”（有關嫌犯乙之部分，粗體字及底線為我們所加）

澳門法院一向遵循的下列司法見解適用於本案（以上均參閱澳門高等法院第 1068 號案件 1999 年 5 月 19 日合議庭裁判，載於 1999 年《司法見解》，第 1 卷，第 729-736 頁，以及最近澳門中級法院第 39/2002 號案件 2002 年 4 月 4 日合議庭裁判）：“在販賣毒品罪中，鑑於刑法擬保護之目的，不僅涉及在特定程序中具體被扣押之毒品，還涉及有特定期間內行為人販賣之毒品之量”。由此我們認為，嫌犯乙在上述的同一期間內，總共販賣淨重 1 088 克大麻，以及內含二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的混合物 30 粒，或“至少”販賣總計淨重 1 088 克大麻及 29 粒內含二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的藥片。（如果在此“扣除”該內含二甲（甲烯二氧）苯乙胺之藥片的話，後者“由嫌犯乙交給”嫌犯辛，“以交給嫌犯丁”。作出這一“扣除”的原因是考慮到嫌犯／現上訴人乙提出的關於使用禁用之證據方法這一問題可能成立。一旦現予審理的“事實事宜不足以支持裁判”之瑕疵成立，使用禁用之證據方法的問題就可能適時被審理）。

(4)能否像被上訴法院所為，依據該院認定的嫌犯在該期間“販賣”淨重 1 088 克大麻或“至少”29 粒（如非 30 粒）證明內含二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的事實，在沒有事先查明並確定這些全部藥片中內含二甲（甲烯二氧）苯乙胺淨重量的準確量值的情況下，“立即”判處嫌犯乙作為直接正犯以既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款之販毒罪？

這些問題恰好構成現在審查的問題之關鍵。

對此問題，我們的答覆不能不是肯定的，理由如下：

(5)嫌犯乙被判處的罪狀是 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的罪狀，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重監禁，並科澳門幣五千元至七十萬元之罰金。”（我們認為與嫌犯乙具體有關之處已用底線及斜體標出）。

如果第 8 條第 1 款所指的行為“之標的是表一至表三所含的物質或製劑的少量值”，則對應於第 8 條第 1 款的該販毒罪的抽象刑幅就作減輕變更，即減輕為一年至兩年監禁及罰金澳門幣 2,000 元至 225,000 元。（參閱第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款，斜體為我們所加）。

關於這些概念，似乎無人有疑問。

(6)但是，關於該法令第 9 條第 3 款的解釋和適用，在本地區法院的司法見解的層面上，已經存在下述不同見解：“為著該條法律效果之少量，指不超過個人 3 日內所需吸食量，涉及行為人控制的物質或製劑之總量（斜體為我們所加）

甚至是因為合成毒品（即因混有其他物質而處於不純狀態之毒品）以藥片、藥丸或甚至以膠囊形式出現，它不同於那些可以多種方式用身體直接接觸的純度毒品。在販賣合成毒品的情況在近期出現及氾濫前，第 9 條第 3 款所指的規範從未被質疑有更大的問題，即使對混有其他物質的、以粉末或粘稠狀形式出現的不純海洛因而言，亦是如此。眾所周知，此類毒品很少在純度狀態下在街頭販賣。

關於在街頭出售的海洛因的不純性，可參閱互聯網上的美國司法部網頁（眾所周知該部門在打擊毒品方面具有豐富且悠久的經驗），其網址是：“<http://www.usdoj.dea/concern/heroin.html>”，其中寫道：

“純淨海洛因甚少在街頭出售，2000 年大多數地區海洛因全國平均純度為 37.2。每“包”（在街頭出售的少份額之俚語）目前含有 30-50 毫克粉末；其中僅一部分為海洛因；其餘可能是糖、澱粉，對乙醯氨基，普魯卡因，苯唑卡因，奎寧，或為數眾多的海洛因仿冒成份中任何一種。傳統上講，一“包”海洛因純度介於 1%至 10%。最近，海洛因程度為 10%至 70%。

(...)

在街頭，海洛因純度及價格常常反映該毒品的供應量。例如，高純度低價格表示隨時可得到海洛因供應。DEA 之國內監控計畫（DMP）即海洛因零售購買計畫，追蹤都市街頭層面海洛因純度及價格。得到的最新資料顯示，2000 年，各種途徑之零售海洛因全國平均純度為 36.8%。這個資料大大高於 20 年前報告的 7%之平均純度，也高於 1991 年錄得的 26%。平均純度之顯著提高符合尤其在美國東北地區高純度 SA 海洛因之增加的供應量。

此外，DMP 顯示，SA 海洛因之零售純度 2000 年平均純度為 48.1%，居各類來源之首，SWA 海洛因平均純度為 20.8%，美國吸毒人口最多的東北地區之街頭層面海洛因純度一般而言仍然最高，2000 年，費城錄得過去幾年中海洛因最高平均純度 74.0%，在 DMP 零售海洛因純度水準中，費城一直居於或接近首位。（...）”。

因此，例如在鄰近的香港特別行政區，視海洛因之純度不同，通常分為“3 號海洛因”和“4 號海洛因”。（在此意義上，參閱 2002 年 5 月 16 日第 41/2000 號合議庭裁判所附的本中級法院院長及現第二助審法官以中文所作的表決落敗聲明中所含的見解。）

上文已經表明，現予分析的第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款並沒有造成任何問題，因為甚至前澳門高等法院在它的一份裁判中（即 1997 年 4 月 9 日第 638 號刑事上訴案合議庭裁判，該裁判在上述表決落敗聲明中被引用），面對只證實的 8.4 克粉狀海洛因，在沒有事先查清奶白色粉末中包含的純海洛因的淨重量（而非證實此等奶白色粉末中含有“已證實的”8.4 克純海洛因）之前，便按照該法院先前所作的司法見解（即如涉及海洛因，一個使用者的每日必須份量為 2 克—參閱 1993 年 6 月 9 日第 9 號上訴案合議庭裁判及 1996 年 4 月 24 日第 453 號上訴案合議庭裁判，在該案中裁定構成第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的販毒罪。上述見解一直被澳門特別行政區各級法院遵循。

(7)與此同時，隨著我們現在各級法院審理有關販賣二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片之控罪的刑事案件的出現，為著第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款規定之效力，在確定“少量值”的標準方面提出了方法論上的疑問。

終審法院 2002 年 5 月 30 日在第 7/2002 案件合議庭裁判中明文表達了一些人士的觀點：

— “這樣，少量即指不超過個人三日所需之吸食量，這一說法不夠明確，一般需要了解被扣押的藥片所含麻醉品物質的量，為此必須能對其進行適當的化驗，所以，‘少量’可能因案件不同而不同。

這是因為，例如一種藥片純度很高，5 片就可能構成“少量”。而如果一種藥片含有極少的麻醉物質，那麼幾十片才是個人三日內所需的吸食量，從而構成第 5/91/號法令第 9 條規定的“少量”。

葡萄牙立法者也持這種看法，制訂了一個法規，即 3 月 26 日第 94/96 號訓令，其中指明了 1 月 22 日第 15/93 號法令附表一至附表四中各種植物、物質或製品的個人每天平均劑量的最高限度，而這一法規與我們的第 5/91/M 號法令類似。實際上，在上述訓令第 9 條所指的表中，即使一般以藥片或者以藥丸形式吸食的合成製劑，其每日吸食量也以表示重量的克或者微克表示，而從不以藥片的數目為單位表示。

我們還可以以美國為例，大家知道，美國在打擊販賣毒品方面有豐富的經驗。

在美國，處罰販賣麻醉品物質的法律，根據扣押或販賣毒品的數量規定了各種處罰等級。

從不低於 10 年監禁到不高於無期監禁的最高處罰等級中，規定了最少毒品數量；

— 1 千克或以上含有可計量之海洛因的混合物或物質；

— 5 千克或以上含有可計量之古柯葉的混合物或物質；

— 50 克或以上以古柯葉為主的混合物或物質；

—

— 10 克或以上含有可計量之 LSD 的混合物或物質；

—

— 100 克或以上甲基苯丙胺、其鹽類、同分異構物和其同分異構物的鹽類，或者 1 公斤或以上含有可計量之甲基苯丙胺、其鹽類、同分異構物和其同分異構物的鹽類的混合物或物質。

由此看出，即使在以藥片或藥丸形式出現的包括甲基苯丙胺在內的上述合成物質方面，美國法律從來不以藥片的數目為單位表示，而總是以麻醉物質的量確定處罰。

更不能說—這是被上訴的合議庭裁判為支持其論點而提出的唯一理由，根據該論點，如果毒品是以藥片或藥丸形式出現的合成類物質，只須考慮其數目而不須考慮毒品的量—以藥片形式出現的合成毒品因為是混合物而能對吸食者的健康造成更大危害。

即使從經濟方面考慮這一論點，根本的問題也是要表明，在本案中，以藥片形式出現的產品因為其中存在其他物質而比該產品中含有的純毒品對健康更加有害。請不要忘記，我們討論的是刑法問題，只要記得“無罪過，不受罰”這一原則，就無需再作其他次要的考慮。在這方面，看不到任何已認定的事實。

但是，這一論點之所以不可接受，是因為沒有考慮到第 5/91/M 號法令第 8 條和第 9 條規定的犯罪的刑罰是供參考的法規中的刑罰，因為現在的問題是販賣麻醉物質或精神科物質。第 5/91/M 號法令及其中的罪狀與持有、出售妨害公共衛生的產品及將其變為商品毫無關係，對後者的規定見 7 月 15 日第 6/96/M 號法律，該法律規範的是妨害公共衛生及經濟之違法行為的法律制度，另見澳門《刑法典》第 269 條，該條處罰的是買賣供他人消費的物質，從而對他人生命造成危險，或對他人身體完整性造成嚴重危險者”（參閱終審法院同一合議庭裁判原文）。

另一些人士認為：第 5/91/M 號法律第 9 條並不明確要求，為了適用第 3 款的規定，不論任何具體情形均須以有關物質或製劑的淨重量來確定其量。

由於在證實內含甲基苯丙胺的一定數量的具體案件中（正如嫌犯乙上訴中此點上一樣，唯一區別是有關物質是二甲（甲烯二氧）苯乙胺而非甲基苯丙胺），要解決本上訴的關鍵問題，並不需要知道卷宗所載的藥片內含有的甲基苯丙胺的淨量，是否構成第 5/91/M 號法令第 9 條規定的

“少量”，而是要考慮有關藥片的數量，以便知道是否適用減輕販毒罪。（在此意義上，參閱本中級法院第 39/2002 號案件 2002 年 4 月 4 日合議庭裁判）

(8)在本上訴範疇內，為了解決上訴人乙現提出的所謂存在著“獲證明的事實事宜不足以支持裁判”之瑕疵問題，應當查明是否亦應遵循終審法院第 7/2002 號案件 2002 年 5 月 30 日合議庭裁判中所載的見解，還是繼續遵循本院上述第 39/2002 號案件 2002 年 4 月 4 日之裁判中所載的勝出立場，因為前項合議庭裁判不具有對澳門法院的普遍約束力，對本案只具有通常的司法見解本身的價值。

(9)因此，經重新思考有關問題，我們相信應當維持本中級法院上述第 39/2002 號案件 2002 年 4 月 4 日合議庭裁判中表達的立場，即“第 5/91/M 號法律並不明確要求，為了適用第 3 款的規定，不論任何具體情形均須以有關物質或製劑的淨重量來確定其量。”

因為：

為著本案問題中所涉及的，該法令第 9 條第 1 款可能產生之效果，必須考慮使用相關毒品的情節。這正是第 5/91/M 號法令第 9 條第 5 款規定的精神。根據這一條款之精神，為著第 9 條規定的效果，販賣毒品中最常見的每一種物質及製品的少量值的具體確定，應當根據經驗法則及有權限實體的心證原則加以審查。可以參考葡萄牙最高法院第 042693 號案件 1992 年 5 月 28 日合議庭裁判（<http://www.dgsi.pt/...>），該裁判在此有必要並僅視為學說。根據該項合議庭裁判，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的使用需要來評估該行為人使用毒品的需要。

(10)例如，在與本案有關的部分，二甲（甲烯二氧）苯乙胺通常由“狂野舞會”（rave party）的參加者使用或由夜總會(night club)或酒吧(bar)的常客，甚至私人派對或私人聚會的參加者使用，他們通常通過口服藥片的形式使用。因此，根據我們按人類生活的經驗法則自由形成的心證，並按照下述科學資料或考慮作出的嚴密解釋，被置於狂野舞會參加者或夜總會或酒吧的常客的具體狀況中的普通類型的人，在三天中需要吸食 29 粒含二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份的二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片，是不可想像的：

— 美國是在打擊非法販賣毒品方面有豐富經驗的國家，今天在美國二甲（甲烯二氧）苯乙胺在“中產階級”子女以及參加“狂野派對”的已成年之青年中特別受歡迎；它通常以藥片的形式在夜總會或酒吧分銷，通常按照吸毒者體重每公斤 2 至 10 毫克劑量口服；每粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片重量介於 150 至 350 毫克，通常含有 70 至 120 毫克純二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質；口服以後，二甲（甲烯二氧）苯乙胺的藥效在 30 至 45 分鐘內感受到，在口服後 60 至 90 分鐘達到高峰，延續 4 至 6 個小時；由於是在非法實驗室製造，二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片很少是純淨的（這些資料透過美國司法部互聯網頁得到：www.usdoj.gov/dea/concern/mdma/mdma.html）；

— 二甲（甲烯二氧）苯乙胺可以“與其他不純物質（例如 MDA，咖啡因）混雜或與海洛因結合使用”（作為這一項資料之公正性的具體證據，我們發現在嫌犯乙販賣的絕大多數藥片中，不僅包括二甲（甲烯二氧）苯乙胺，還包含咖啡因—參閱附於卷宗的化驗所報告書）。在葡萄牙，0.1 克純淨物質是“個人每天平均劑量的最高限量”，這一限度是葡萄牙政府衛生部及司法部以“慣常使用之傳疫學資料”為基礎，考慮到“文獻中所指的慣常平均劑量—純淨物質介於 80 至 100 毫克之間（每公斤體重約 2 毫克）—而確定（按照公佈於 1996 年 3 月 26 日第 73 期《葡萄牙共和國公報》第 I-B 組的 3 月 26 日第 94/96 號訓令中“第 9 款所指的圖表”之註腳（1）、（2）及（3）。該訓令透過公佈於 1996 年 6 月 29 日第 149 期第 I-B 期第 3 號副刊官方單張中的第 11-H/96 號更正聲明而更正；

— 在澳門，根據 2001 年 3 月 6 日澳門特別行政區政府衛生局精神外科 XXX 醫生為檢察院製作的科學報告書（副本附於本卷宗第 1052-1054 頁）：

— 一名二甲（甲烯二氧）苯乙胺之使用者，平均每日需要 80 至 150 克此類物質；

— 透過不同劑量之各種活性精神科物質混合製成的一粒藥片，會產生比上述獨一物質更高且性質更為不同的效力。因此，以 1 粒藥片中每一種被合成物質之獨一量值為基礎而作出的“三

日吸食量”之定義方法，違反法律之最初精神。因此建議，從適用毒品法之角度而言，且在訂定不超過三日個人所需吸食量方面，應將有關藥片的數量作為這一量值之單位加以考慮，條件是在其成份中驗出存在著毒品法控制的一種或多種物質（此意義見符合本院第 39/2002 號案件 2002 年 4 月 4 日合議庭裁判中所載見解）。

— 因此，具體而言，為著較嚴或較鬆適用法律，建議將不超過個人三天內所需吸食之量分別定為 6 或 10 粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺。我們認為這些標準是合理的，嫌犯乙的具體案件可作為此點的證據：他為了招攬生意，甚至接受丁僅購買 1 粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片的要求，此舉使其命令嫌犯辛在 XXX 酒店向該嫌犯交付藥片。這些強烈表明在非法市場中，以非常少的二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片數量為物件的交易非常頻繁，這一跡象也表明一名特定的吸食者只需要“每天”吸食數量極低的此類藥片；

— 二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片是按數量出售（至少由多名小“零售者”出售）以及（由上述所指的普通吸食者）取得的，並按照藥片的數量計算並收取價格，而不是按照藥片內含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺的純物質之淨量以 X 克（或其他重量單位），或按照二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片重 X 克（或其他重量單位），來買賣或計算價格。因為，由於非法出售的二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片係非法製造，沒有嚴格的品質控制，也沒有標示其成份的標籤，該藥片的普通零售者不能肯定地知道每粒藥片中所包含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺的活性物質或純物質的淨量，這種淨量甚至在每粒藥片中均有不同，此為一方面。另一方面，如已證實只能透過使用某種尖端科學設備或儀器經化驗或測試方可查明其中淨量，對於吸食者／取得者來說，又如何可能事先準確知道每粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片中內含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺純物質之量？另一方面，姑且不論上述困難（甚至是不可能），不可想像零售者或普通吸食者在雙邊及雙務交易中以估算的有關藥片的總重量為單位買賣二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片，因為為此效果必須擁有專門的“秤”（例如為著支付價款，確定重量與約定者相符），這對於交易的快捷性構成完全不方便，更何況這類交易必須隱蔽為之。

(12)應當指出：

關於少量值的問題，為了適用第 5/91/M 號法律第 9 條第 3 款，我們在上述第 39/2002 號案件 2002 年 4 月 4 日合議庭裁判中所建議的標準，當然不能被理解為可以“至少鑑於其裁定的形式”，“代表著其認為當‘禁用物質’以‘粉狀’出現時，便不純正，眾所周知，事實不一定這樣。（參閱附於本中級法院第 39/2002 號案件 2002 年 4 月 4 日合議庭裁判之裁判書製作法官表決落敗聲明）。

因為，如果以恰當的方式解釋—當然係根據這份裁判書的事實及法律方面之理由說明本身之背景予以解釋—那麼提出有關標準的措詞，尤其在必要地結合對第 5/91/M 號法令第 9 條方面的下列說法後即：

“此外，為著適用其第 3 款，這個規定（第 5/91/M 號法令第 9 條）並不明確要求，在任何具體情形中均須按照淨重量來確定有關物質或制制的量，”（底線為現在所加），同時考慮到該標準的措辭中所使用的句子“如果交易的毒品是純淨狀態，例如，呈現為晶狀或粉狀，為著查明是否少量的目的，並因對於第 5/91/M 號法令第 9 條規定及處罰的‘販賣少量（毒品）’罪的法定罪狀之可適用性屬重要，則必須按照其淨重量確定其量；//但是如果有關毒品是‘合成’類的藥片或藥丸，則為著上述法令第 9 條之法定罪狀可能屬重要的刑事效果，就只應當以該藥片的粒數為單位作出考慮”，這一標準是在合議庭裁判文本中確定“必須強制性遵守以下述方式進行脫水操作之前提”之後表述的（參閱裁判書第 15-16 頁內容），容易發現“以淨狀或粉狀”一詞的目的只是舉例表明（文字上使用“例如”一詞）某種純淨狀態毒品的某種物理呈現形式，它在邏輯上不排除相反的情形，即：當毒品呈現粉狀時，不一定必是純淨狀態。同時也不排除這樣的可能，即當其以藥片形式出現時，可能處於純淨狀態。

這是因為：進行上述脫水操作之前，必須透過“純淨狀態毒品”以及“合成類毒品”之間的兩分法而非“晶狀或粉狀形式”以及“藥片或藥丸形式”之兩分法來作出區分；

另一方面，根本不能說“所載的‘原則...由於以一項假設情形作為支援（因為，其中確認：

“這一切由於可能發生...”），因此顯示...至少難免有錯（參閱附於本中級法院第 39/2002 號案件 2002 年 4 月 4 日合議庭裁判中由同一裁判書製作法官手書的表決落敗聲明）。

這是因為：

下述觀點被在第 5/91/M 號法令第 9 條第 5 款之範疇內形成“自由心證”及為此效果而採取有關標準而作為一種“科學理由”被提出；“這一切正是由於，可能發生這樣的情況：以藥片或藥丸形式製造的‘合成’毒品，由於其中包含的物質之混成的效果（其中一些為主要物質，另一些為補充物質，還有一些甚至是不明物質），將產生對於潛在使用者身體健康的更大危害（上訴人本人在其上訴理由闡述書中第 6 點承認，氯胺酮“是一種具強烈麻醉及鎮痛效果的物質”。（參閱有關裁判第 15 頁最後一段）。

這項科學理由的基礎是法院在第 5/91/M 號法令第 9 條第 5 款之範疇內形成在其他刑事上訴案中（這些刑事上訴案中有待解決的問題與第 39/2002 號案件中有關的事實情況相似），行使職能時審理過的“自由心證”時，精神科醫學資料及資料，尤其是檢察院在此等卷宗中附入的、由澳門衛生局製作的、在學術參考意義上有鑑定價值的“科學報告書”（上文已具體指出）。因此根本不能說“這種科學理由不可接受，因為沒有考慮到對第 5/91/M 號法令第 8 條及第 9 條規定的犯罪之刑罰是載於相關規範中的刑罰，因它們涉及販賣“麻醉物質或精神科物質”（參閱終審法院第 7/2002 號案件 2002 年 5 月 30 日合議庭裁判的相同內容）。因為，不論對 7 月 15 日第 6/96/M 號法律以及澳門《刑法典》第 269 條的分析及解釋如何，清楚的是，第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款核心內容規定的販賣罪的法益，眾所周知是身心兩方面的公共健康（在此意義上，均參閱葡萄牙里斯本上訴法院第三庭第 13074/2001 號案件 2002 年 3 月 20 日中所作的裁判，在此必然且只作為學說）。

綜上所述，可以推論上文所指的“這一切正是由於...”的考慮，在有關訴訟程序本身範圍內不需要“其真實性證據”，正如法院或法官／審判者在按澳門《刑事訴訟法典》第 114 條形成證據審查中的“自由心證”不需要“證明”其“真實性”一樣，這種心證只在因違反經驗法則、人類常理法則或司法甚至司法工作中生效的職業準則而出現明顯錯誤的情形中方可被審查。

這一切是因為一個簡單的理由：要求經驗規則的真實性證據，將引致否認經驗法則本身之存在，我們認為這不合常理。因此，為了支持其就特定的事物狀態的內在心證，而指稱“種瓜得瓜”一類經驗法則者，不需要證實這一成語之真實性。

因此，從理論上講，第 39/2002 號案件裁判書製作法官，為了支持其在此所附的表決落敗聲明中所載立場的公正性，也不需要證實其闡述的假設狀態的真實性，即：“當禁用物質呈現‘粉’狀時，不一定必為純淨形式；呈現為‘藥片’時，即不是這種純淨狀態，正如所知也可能並不如此”。

終審法院在第 7/2002 號案件範圍內也不需證實其下列之觀點的真實性：“抽象而言，一個含有麻醉物質和其他成份的藥片中，其他物質的量與麻醉物質的量可以大不相同，這是十分明顯的道理，不需作任何解釋。即使含有某種特定元素的同一品牌的醫用藥片，也往往根據治療方法，並考慮到所治的患者、細菌種類或其他病因以及疾病的嚴重程度，也含有與該特定元素不等的份量（例如 100 毫克，250 毫克或 500 毫克）。

(13)正如上文已經闡明，經採用上述我們主張的關於第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款及第 5 款的解釋及適用的標準，已顯示不存在違反“罪刑法定”的刑法指導原則（在此點的相反意義上，參閱上述終審法院合議庭裁判）。因為：

正是第 9 條第 5 款之規定的本身內在精神，使我們可以基於有權限實體的自由心證及經驗法則方基礎，就是否具備“少量”值形成價值判斷，此乃一方面。另一方面，正是該第 3 款本身令我們作出“行為人被查獲的所控制物質或製劑之總量”這一考慮。經必要的宣告性解釋，這一規定還包含作出“有關製劑或物質之總量”這一考慮的可能性（這一“製劑”概念可以包括“透過將該物質與其他物質或不純物質合成或混合後產生的製品”，無論這一製劑或製品係獲許可而製造，還是非法合成），而不包含作出“僅為有關物質之總量”這一考慮之可能性，後者可能是對該規定作出的限制性解釋的結果（如果該解釋不是某種不正確或不正當的解釋的話）。

此外，相反我們認為，如果遵循與我們上文所持的相反的觀點，將使得“法無明文規定不為罪，不受罰”之原則可能成為“即使法有規定也不為罪，不受罰”之情形，因為：

如果已證實行為人至少在已經查明的特定期間內，販賣了已證實內含二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的藥片 29 粒，且行為人有意識及自由地作出該行為，雖然他不能確切知道該活性物質的淨量（因為他沒有事實條件或者化驗條件以資化驗或證明有關二甲（甲烯二氧）苯乙胺的純物質的淨量——根據我們在上文 **6.1.J.**所審閱），但明知係內含二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的 29 粒藥片，且明知這批為數 29 粒含有二甲（甲烯二氧）苯乙胺成份的藥片，作為法律尤其禁止其違法販賣的“二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質之製劑”，按照依據第 5/91/M 號法令第 9 條第 5 款的精神所形成的自由心證並參考通常使用這些二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片的條件、狀況及一般方式，已經超出被置於行為人具體情況下的任何普通人之 3 日內個人所需吸食量，正如在該領域的人類經驗法則所證實。儘管如此，如果僅僅以未查明此等藥片包含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的總量為依據並以此等欠缺可能使審判實體不可能形成有關藥片是否屬於“不超出 3 日內個人所需吸食量”為依據，（因其舉例認為，如果“一個（毒品）單位中包含高程度，那麼 5 粒藥片就不能構成少量值。如果一個（毒品）單位含有極少的麻醉物質，那麼幾十粒藥片才是 3 日內個人所需之吸食量，並構成第 5/91/M 號法令第 9 條規定之效果的少量”，這種論點乃是參考了 2002 年 5 月 30 日終審法院合議庭裁判），從而將行為人作為第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款之正犯論處，這不是在創造一種類似於“即使法有明文也不為罪，不受罰”的情形嗎？

更為嚴重的是，根據非法毒品交易市場上的人類經驗法則，此種類型毒品藥片的販賣者，面對與其他販毒者競爭的固有規則，以及由於沒有任何一名毒品使用者願意每天吞服數十粒此類型藥片以便能夠享受有關麻醉品或精神科物質的效力（除非被該販賣者首次欺騙），如有關麻醉品或精神科物質的量極少，就很難甚至不可能在這一市場生存。

事實上，我們僅認為，在上文描述的例子中，按照第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款規定之犯罪處罰該名 29 粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片的販賣者，而未事先確切查明其中所含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺數量，並不引致違反該法定罪狀，也不違反該法令第 9 條第 1 款規定的“法定罪狀”，因為所描述的事實情況（它正如在本卷宗中所證實的有關嫌犯乙的情況一樣），恰好構成第 8 條第 1 款的販賣的罪狀，不應當適用第 9 條第 1 款規定的“可變更刑罰之減輕情節”，因為在審判者形成的自由心證中，已經證實的二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片的數量，正如案件中獲證明，並不能納入“少量”的概念中。

我們相信，特別適用第 9 條第 3 款的規定時，重點不應放在“物質”一詞，而是在亦可適用的情形中，也重視有關物質的“製劑”一詞。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”。

(14)按照上述推理，我們認為，不能認為下述論據是不公正的及至少是先入為主的：只因行為人販賣了 29 粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片，而沒有首先查明該等藥片中所含二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的淨量是否構成第 9 條第 3 款效果上的少量值，就判該行為人觸犯第 8 條第 1 款規定的販毒罪，其基本罪狀的刑罰幅度為 8 年至 12 年監禁。在此方面，我們只需說“法律雖死板，但仍是法律”，因為法院只負責適用法律，肯定的是，對於未獲許可販賣所謂軟性毒品之最低限度 8 年監禁的死板規定予以糾正的問題，只能在立法權範疇內予以審議，當然這一審議要根據全球範圍內事物的演進及本地居民在此事項上的共識而為之。

(15)此外，尤其在 2002 年 5 月 30 日終審法院合議庭裁判中表達的觀點，在所有方面均略顯不可行。

首先：

如果涉及數十粒，數千粒甚至數萬粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片，是否仍然必須查明每粒藥片中所含二甲（甲烯二氧）苯乙胺純物質的淨量？仍然在這類的假定事實情形中，如果儘管已證明在該特定期間內販賣了這一數量之藥片，但這些藥片中的絕大多數已經被出售或者被其使用者吞服，只剩下 30 粒或 29 粒此種藥片，那麼是否仍須對於卷宗中“已經消失”的這些藥片作出

化驗以便查明所有有關藥片中每粒所含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺純物質的淨量呢？如果答案是否定的，那麼如果嗣後透過技術上可行的化驗，查明在剩餘的 30 粒或 29 粒藥片中所含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的總量不超過 0.3 克，並認為二甲（甲烯二氧）苯乙胺的純物質的每日個人每一平均劑量的最高量值（例如葡萄牙 3 月 26 日第 94/96 號訓令附表的鑑定值所訂定者）是適當的，那麼，僅以第 9 條第 1 款之刑幅判處行為人／販賣者是否公正？

姑且不論其他，如果第 5/91/M 號法令多份附表中所控制的麻醉品或精神物質的純物質淨重量在化驗上或科學上無法查明，又該如何裁判？

如果採取與我們相反的觀點，是不是必須在未來審判所指控的有關海洛因或可卡因販賣罪時，必須對純海洛因或純可卡因的數量進行化驗或科學檢驗？

在此等情形中，我們相信，問題的解決辦法，歸根結底是訴諸審判者的自由心證及經驗法則，因為這符合該法令第 9 條第 5 款的精神。

這甚至是因為：如果在卷宗中證實行為人／販賣者根本無法與有關麻醉品或精神科物質的淨總量建立聯繫（該淨總量乃透過所作的化驗或科學檢驗所查明），因該量已超出最初推測的該行為人（使用）的純物質淨量值，而他只是希望自願的販賣甚至違法販賣，並且只知道他在販賣 29 或 30 粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片（舉例而言），那麼該行為人是不是只能以過失的名義被判處（因為，為了在故意的範疇內對犯罪之罪過作出判斷，除了事先證實具備故意的意志要素外，還必須先行查明一項認識要素）？（我們對這一點的其他相關考慮，可參閱上文第 6.1.J. 最後一段。正是在此點中，也可參閱前述本中級法院第 41/2000 號案件 2002 年 5 月 15 日合議庭裁判中所附的表決落敗聲明內容）。

即使證明行為人本身的行為表明其作出可納入第 8 條第 1 款的販賣罪狀的事實，是其行為的後果，也根本無法以直接故意至少以必然故意對其判處，因為他事先根本不確知他販賣的每粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺的藥片中所含的、可以被視為第 9 條第 1 款規定的少量值的二甲（甲烯二氧）苯乙胺的純物質的淨量。

由於這些疑問，我們認為，為著第 9 條第 1 款適用的效果，必須主張在純態毒品與非純態毒品方面的兩分法。

這甚至因為，在終審法院所引用的美國法律中，已蘊含了我們見解的指導思想，它規定如下：“100 克或以上甲基苯丙胺，...或者一公斤或以上含有可計量的甲基苯丙胺...的混合物...”（參閱終審法院的葡文本）。

這正是為了解決如何確認販毒罪的故意的認識要素上所提出的問題，因為在絕大多數情形中，販毒者只知道他企圖販賣某一數量的混合物且該混合物肯定內含法律管制的某種純物質特定的、可計量之量值，雖然他不確知其淨量。

因此，在有關的美國法律中沒有採用藥片數量的標準而只是採用重量單位的標準這一事實，絕不能排斥我們所提議的前述標準訂定方面所內含的精神。

其次應當指出，在 3 月 26 日第 94/96 號訓令中，發佈訓令的實體並不是作為本來意義上的立法者而作出行為（這一點與 2002 年 5 月 30 日終審法院判決中所認定的相反），而只是以葡萄牙共和國政府的名義為之，並且以“鑑定人”的身份表達觀點，且以類似於澳門《刑事訴訟法典》第 149 條的做法，只對純物質的個人每日平均劑量的最高量值上限規定了本身的數值，這是因為不可創造空白的刑事歸罪規範，否則將違反罪狀法定原則。

這一事項與在葡萄牙先前提出的 1 月 22 日的第 15/93 號法令第 71 條第 1 款 c 項之規範的違憲性問題（澳門終審法院在 2002 年 5 月 30 日合議庭裁判中提出該法令同澳門第 5/91/M 號法令）有關。對於這一事項，我們應當以簡單並且必要的學術參考的名義（因其對於理解澳門第 5/91/M 號法令第 9 條第 4 款規定的內涵及外延等有關），引用葡萄牙憲法法院在第 545/98 號案件 1998 年 7 月 8 日作出的第 534/98 號合議庭裁判中的下列見解（參閱《憲法法院合議庭裁判》，第 40 卷，1998 年，第 659-667 頁）。該裁判係因葡萄牙最高法院在 1998 年 3 月 26 日合議庭裁判中，“以第 15/93 號法令第 71 條第 1 款 c 項違憲，或者如該規範不能被視為本身範疇內之違憲，則以違反第 71 條第 1 款 c 項所含的一般法律而產生的違法性，拒絕適用 3 月 26 日第 94/96 號訓

令第 9 條（及其附表）。”之後葡萄牙檢察院因該拒絕適用提起上訴。憲法法院該合議庭裁判正是就該項上訴而作出：

“確實，此處根本上涉及刑事事宜的合法性原則...的下述方面：‘法無明文不為罪，不受罰’。José de Sousa Brito 寫道‘在形式意義上的法律中，如無描述及相關前提，便沒有刑罰或保安處分（...）’。

據此，那些本來意義上或技術意義上的所謂空白刑事規範具在憲法上成為不正當（Tereza Pizarro Beleza 如此表述...），在這種空白規範中，對可處罰的行為之界定只能透過准用‘更低層次或更低位階的規範（例如一項規章）予以補充’（Jorge Miranda 及 Miguel Pedrosa Machado...），這‘違反了禁止規章的規範性參與原則’，‘法律不能對其賦予此權限’（Gomes Canotilho 及 Vital Moreira...）。‘法律的保留阻礙空白刑事規範，其固有的後果就是禁止類推入罪以及禁止透過訂定簡單的規章來對刑事不法行為予以定義’（...）。

（...）

因此，訓令中所確定的限度僅具證據的價值，應按照鑑定證據的規定予以審查，在 15/93 號法令第 71 條的字面及精神內，此等限度不真正構成對減輕罪狀予以規定的刑事規範的負面界定。這並不涉及透過第 26 條准用訂定可處罰之行為的規章，而只涉及到指示性數值的准用，而法院可以拒絕採用該指示性數值，雖然應當附以適當的理由說明。

顯然這一結論本身是正當的，因為一方面，它涉及明顯技術性質的鑑定證據本身的確定；另一方面，永遠由法官的裁判而不是根據第 94/96 號訓令來具體實現法律所使用的‘個人每天平均使用劑量的積極原則’的概念（...）”

因此，對我們來說，無論如何，以克、千克或其他重量單位（非上述訓令中的藥片數量）作表示並不排斥我們關於非純態的毒品方面的見解（否則...？），因為這一訓令的附件中只指出有關純物質的數值，而對於不屬純態毒品或者與其他物質混合而成為一體之毒品的問題，隻字未提。

(16) 出於主要的理由且從上述闡述中可見，不應當接納下述倘有的見解：即使僅為了對第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的販賣罪之行為人科處正確刑罰份量之效果舉例而言，科處之原因是已經證實販賣已查明量值高於“少量”的大麻，以及販賣一定數量的證實內含二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的藥片，但沒有查明此等二甲（甲烯二氧）苯乙胺的確切之量），仍然必須將本卷宗移送初級法院以重新審判（理由是在二甲（甲烯二氧）苯乙胺純物質淨量方面存有“獲證明的事實事宜不足以支持裁判”的瑕疵），以準確查明嫌犯販賣的每粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片內包含的此等物質的淨值，因為這種淨總值對於確定嫌犯的具體刑罰屬重要。我們不採納這一見解，純粹因為我們在上文已斷言，不存在對第 5/91/M 號法令第 9 條的販賣“少量毒品罪狀”的違反，也不違反該法令第 8 條的“販賣罪狀”。

在此意義上可參閱葡萄牙里斯本上訴法院第 13074/2001 號上訴案（第 3 科）2002 年 3 月 20 日合議庭裁判，該合議庭裁判確認了被上訴的 Caldas da Rainha 法院第 2 庭合議庭所作的價值判斷，即有關嫌犯之一被證實持有 68.853 克大麻樹膠以及 25 粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片（而沒有事先查明這 25 粒藥片中每粒所含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質的淨量—按照有關合議庭裁判中視為確鑿的事實事宜），足夠以 1 月 22 日第 15/93 號法令第 21 條第 1 款規定及處罰的販賣麻醉品罪判處。這正是因為並尤其因為該法院認為，不可能對有關嫌犯適用該法令第 25 條的較低嚴重性的販賣毒品罪的減輕罪狀（第 25 條之表述與澳門第 5/91/M 號法令第 9 條犯罪罪狀略有不同），“不僅僅因為被扣押的大麻之量為數甚大（...）而且還因為被扣押的 25 粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片（俗稱‘搖頭丸’）屬於它們被納入在葡國青少年中不幸如此流行的所謂軟毒品”（底線為我們所加），故對該嫌犯應科處刑罰份量而沒有必要決定移送卷宗以重新審判。

簡而言之，此部份上訴應被裁定不得直，因為並不存在所提出的“事實事宜不足以支持裁判”的瑕疵。

（二） 一關於被上訴的合議庭裁判中不存在對獲證明事實以專門敘述的方式的詳盡列舉：

上訴人指出，被上訴的合議庭裁判未見詳盡列舉未獲證明的事實，從而對於是否曾調查全部

事宜引提起懷疑。

然而，我們首先認為上訴人似乎存有模稜兩可，因為獲證明的事實事宜不足以支持裁判，根據澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款、第 415 條第 1 款及第 418 條，是允許重新審理被上訴的法院所審判的事實事宜的上訴依據的三項瑕疵之一，不能與是否調查了全部事宜這一問題相混淆。關於後一個問題，如果嫌犯如此認為，本應立即在初級法院進行的審判聽證中提出聲辯。

換言之，根據本中級法院第 44/2002 號案件 2002 年 3 月 14 日裁判中所附的本合議庭裁判書製作法官的表決落敗聲明，詳細闡述如下：

一方面，“當指稱的有待證明的事實沒有載於倘有的控訴書或起訴書中，亦沒有由辯方陳述，也非從案件的辯論中產生時，就不存在事實事宜不充分的瑕疵”，這符合 1991 年 6 月 10 日葡萄牙最高法院合議庭裁判（載於《BMJ》，第 409 期，第 379 頁，由李殷祺、施正道及 B. V. PINHO 所引用，見《刑事訴訟法典注釋》第 2 卷，第 527 頁，1996 年，Rei dos Livros 出版社，在此必須並且僅僅視為學說）。

另一方面，原審法院對於控訴，辯護或者案件辯論之內容沒有實施調查措施，不能導致“獲證明的事實事宜不足以支持裁判”（作為澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定的依據）。因為這種欠缺採取措施不是被上訴的文本造成的，本來應當在審判中被察覺並向法院提起採取這種措施的聲請——在最後一點上，參閱 1994 年 1 月 5 日葡萄牙最高法院第 45751 號案件合議庭裁判，它由上述學者所引用，同上書，在此我們也僅僅視為學說。

因此，鑑於被上訴的合議庭裁判視為確鑿的事實事宜，並根據上文 6.1.所載的我們的見解，我們再次說明，顯然被置於嫌犯乙之具體情況的普通人，而對被上訴的裁判本身，如果不訴諸任何外部表現要素，是沒有辦法發現 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款所規定的販賣罪的法定罪狀之任何構成事實欠缺的（初級法院以此罪判處嫌犯），因此不存在獲證明的事實事宜不足以支持裁判之瑕疵。

此外，對於列舉事實的問題，連上訴人乙本人也承認在被上訴的合議庭裁判中“只提及了控訴書所載的其餘事實未獲證明，並以示例的形式指出了其中兩項事實”（參閱上訴理由闡述書第 10 頁，卷宗第 976 頁）。

第 63/2001 號案件 2001 年 5 月 17 日合議庭裁判在本義上更加貼近對澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款第 1 部分的解釋（根據這個條款，緊隨案件敘述部分之後為理由說明，當中尤其需列舉獲證明的事實及未獲證明的事實）。根據這一裁判，我們必須主張：如果透過一項數學演算（部分排除法）得以清楚知道哪些是獲證明的事實，哪些是未獲證明的事實，那麼就應當認為澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款第 1 部分的要求已獲滿足，並不絕對需要逐一專項指明獲證明的事實及未獲證明的事實（雖然應該這樣做），因為重要的是，被置於有關嫌犯具體情況中的任何理性的人，面對被上訴裁判的文本，能夠以同樣理性的方式理解據以判刑或開釋的事實。

为了更好的闡述該立場，我們在此轉錄自第 63/2001 號案件 2001 年 5 月 17 日裁判中摘錄的與本案具體情況有關的下列見解：

— “換言之”，如果說法院可以逐一指明（或以詳細列明之方式予以指明）被視為未獲證明的事實的做法，是應被鼓勵的（或者說是最理想的），那麼它絲毫不妨礙我們接受這樣的做法：僅以‘載於起訴書收眼底或控告書及/或嫌犯提交的答辯書（倘若有之）中的其他事實’這一表述作出概括性准用，並為著澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款初始部分之規定的重要效果，將之作為判決書事實理由說明部分中的“未證實之事實”部分的相關內容。這是因為：在後一種情況中，必須對未證事實予以“列舉”這一強制性形式要求的決定性理由並未受到質疑。而這些決定性的理由主要體現在下述方面，即：在評價對案件裁判重要性的所有事實時，關注判決書之相對人是否可以進行有效控制；尤其是從根本上講，即是關注對嫌犯辯護權的保障（與這一保障相應的，應該是所期望的判決書中如實反映出來的實體真相）。

在此意義上且作為學術參考，均可且尤其可以參閱前澳門高等法院在 1999 年 3 月 10 日第 991 號案件中作出的合議庭裁判（載於澳門高等法院 1999 年《司法見解》，第 1 卷，第 478 頁至第 480 頁，它亦被本中級法院第 46/2000 號案件 2000 年 7 月 28 日裁判所引用）（...）

(...)

因此，概括性准用控訴書及/或答辯書中所載的其他事實，對於我們來說，(不過)是一種“列舉未證事實”的不盡完美方式。

因此，我們不能單一途徑地、優先地堅持對未證事實的詳盡列舉，否則就會使實質過分犧牲於形式。

這是因為：如果在存有對未證實的概括性指明的情況下，上訴法院仍以欠缺對該等事實的逐項列舉這一單一依據為由宣告判決無效，那麼根據《刑事訴訟法典》第 109 條之規定，就將會對實體公正的快捷性產生不良的效果：

— 判決非有效後，如果自被上訴法院宣告無效的裁判作出之日起至原審法院作出新的裁判之時超過了 30 日，因類推適用澳門《刑事訴訟法典》第 309 條第 6 款之規範，原審法院必須重複宣示該判決，並進行倘有的新的審判聽證，‘重新’調查全部證據包括人證（倘若有之的話）。

然而，如果在理由說明部分根本沒有對未證事實的概括性列舉，那麼根據澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 a 項之規定，其結局必然是裁判具有不可補正的無效。”

因此，在對澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款的解釋及適用上，正如駐本院的助理檢察長所主張，且根據尤其是本中級法院 2000 年 7 月 28 日第 46 /2000 號判決及終審法院 2001 年 2 月 7 日第 14/2000 號案件合議庭裁判中的見解，必須有效排除一種極端主義的觀點。這甚至是因為對於我們而言，在被上訴的法院已經遵守了《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款第一部分的規定，在其判決書文本的第 2 點（見卷宗第 775 頁至第 778 頁）中逐一指明了被視作已證實的事實，並在此之後採用“部分排除法”指明了未證事實，即“控訴書所載的其他事實，尤其是：... (...)”

另一方面，上訴人乙在其上訴闡述書第 12 頁中所引用的事實不能在其作出下述斷言時使他產生疑惑，他的斷言是：“不知道被讓與的毒品是全部用來出售，還是部分用於自己使用。因為在一項事實說是，在另一項事實又說不是”。這是因為這種類型的疑問更像是對被上訴法院確定的事實事宜存有可能的“矛盾”的指責，因此，它與是否列舉未獲證明的事實完全無關，也與是否調查控訴事宜也完全無關，最重要的是：據以向現上訴人乙提出這項疑問的該項事實事宜與該上訴人完全無關，而只是與嫌犯甲及丙有關，因此，現上訴人乙（他最後僅被初級法院判處係第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款販毒罪的直接正犯，而不是判其作為該兩名嫌犯的 direct 共同正犯觸犯該法令第 8 條第 1 款的販毒罪）雖然處於與這兩名嫌犯相同的偵查及程序中被控訴及審判，但他沒有訴訟上的利益替其他兩名嫌犯/現上訴人就此問題提起上訴。

綜上所述，應當裁定嫌犯乙此部分上訴不得直。

3.對作為裁判依據之事實及法律理由欠缺雖然簡要但盡可能完整的闡述（參閱上訴理由闡述書結論 1）：

對這一點，上訴人堅稱，澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款規定，即以儘管扼要但應盡可能完整的方式對裁判所依據的事實及法律理由進行闡述，這一要求，“僅憑簡單列舉聽證中調查的證據是不能獲得滿足的”（參閱卷宗第 977 頁，狹義的上訴理由闡述書第 11 頁第 5 段及第 6 段）。

而對於與此相同的問題（該等問題歸根結底與澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款在判決的要件範疇內的要求有關，該法典第 360 條 a 項以該判決書的無效作為對無法滿足要求之懲戒），我們尤其在最近的中級法院第 84/2002 號案件 2002 年 5 月 30 日裁判中已表明立場，這一司法見解不應變更，因為我們繼續認為它是正確的。根據這一延續了本中級法院第 46/2000 號案件 2000 年 7 月 28 日裁判以及終審法院第 14/2000 號案件 2001 年 2 月 7 日合議庭裁判的司法見解，在對澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款解釋及適用時必須摒棄極端主義觀點，條件是對於被置於現上訴人/嫌犯具體情況中的、閱讀被上訴的合議庭裁判全文的普通人，事實上絕對可理解裁判的依據。而我們認為在本案中確實如此，因為被上訴的法院在指明用作形成其審判事實事宜之心證的證據方面，確實指明了形成心證之基礎的證據，其中包括在場嫌犯的聲明、對載於卷宗第 174 頁、第 181-182 頁及 32-33 頁中的第 3、第 4 及第 5 嫌犯向刑事起訴法庭所作的聲明在聽證中之宣讀，全部證人之聲明以及參與犯罪事實調查及拘留嫌犯的司法警察的聲明、卷宗第 224

頁、第 251 頁及第 307 頁司法警察的檢驗報告書以及附於卷宗的其他文件及照片，所有這些資料均按照“一般經驗法則及常理法則”被整體進行了批判性及評價性的審查（參閱卷宗第 778 頁，被上訴合議庭裁判第 13 頁的內容），而對確鑿事實的法律納入以及刑罰幅度，對我們來說，已經透過卷宗第 778 頁至第 779 頁背頁之合議庭裁判第 3、第 4 及第 5 點的行文作了最低限度的必需論證。因此，**必須裁定嫌犯乙此部分的上訴也不得直**，因為，可以此作為對嫌犯／現上訴人逐項提出的要點的答覆：澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款不強制要求闡述審判者針對事實事宜而形成心證的思路，而只要求“指明用作形成法院心證的證據”，當然後者必須符合澳門《刑事訴訟法典》第 114 條規定的證據自由評價原則。

4.—利用欺騙手段使用禁用證據方法（參閱上訴理由闡述書結論第 2 至 4 點）：

事實上，面對被上訴的合議庭裁判所認定的事實事宜，同樣被現被上訴的法院審判之嫌犯丁的確曾發揮了作為司法警察在緝捕嫌犯乙時之“可靠之人”的作用。該嫌犯（前者）打電話給這名嫌犯（後者），與他約定在 XXX 酒店門口會面以交易毒品。此舉緣於（此前）警察在 XXX 酒店大堂抓獲了嫌犯辛，他身上藏有一粒二甲（甲烯二氧）苯乙胺藥片，是嫌犯乙事先交給他的，目的是將藥片交給嫌犯丁。這一“可靠之人”的概念應按照其廣義來理解，但條件是“按照 MEYER 的見解”，我們在此採用一種廣義概念，它包括與正式刑事追訴機關合作並獲承諾對其身份及活動保密的全部證人。其中包括私人 and 正式機關的人員，尤其掩飾身份進入犯罪世界或與之產生聯繫之警察（便衣警察，臥底警察或滲入警察），可以是限於搜集情報（偵探），也可以是他們本人誘使作出犯罪行為（誘發者）。”（參閱 M. C. Andrade 教授，《刑事訴訟中禁用的證據》，科英布拉出版社，1992 年，第 220 頁，嫌犯/上訴人本人甚至亦引用了該著作）。

因此，根據澳門《刑事訴訟法典》第 113 條第 1 款及第 2 款 a 項，提出了透過有關的可靠之人獲取的該證據是否無效的問題。為解決該問題，我們必須再次求諸 M.C.Andrade 教授在上引著作第 231-236 頁的下述教誨，它作於與澳門非常相類的葡萄牙刑事訴訟程序背景中：

— “…乍看上去，訴諸可靠之人通常構成一種欺騙手段，因此可被納入澳門《刑事訴訟法典》第 126 條第 2 款 a 項之禁用之證據方法種類中。”（注：該條文同澳門《刑事訴訟法典》第 113 條第 2 款 a 項）；

— 然而，“這並不意味著訴諸可靠之人永遠且絕對屬於嚴格的禁用證據的範疇”；

— “我們相信，假設，可靠之人的參與只是誘導某人使用（例如）麻醉品，目的純粹是為了使其一作為單純使用者被予以刑事追訴，則應當堅持（這一做法的）不可採納性並因此屬於嚴格的禁用證據。”

…一般而言，對於可靠之人僅以打擊犯罪為目的而進行參與的其他情況（即：事先作出的安排僅僅是為了打擊既遂的犯罪，以體現有效刑事司法這一理念）而言，這一斷言亦趨向成立。

但是，如果（使用）可靠之人排他性或主導性地具有預防之目的，其處理則另當別論，‘至少就針對侵害生命的具體且立即的危險而言、就意味著他人身體完整性將受到嚴重犧牲的危險而言’。當透過可靠之人對尚有之行為人進行之追捕，屬於鎮壓或瓦解恐怖主義、暴力犯罪或高度有組織犯罪之計劃時，便是其具體的體現。否則，面對如此猛烈及不可饒恕的犯罪表現，社會將束手無策，或者說當危險十分嚴峻且具有邪惡及希望看不到的後果時，會引致訴訟無法控制的對付手段。”

— 而肯定的是，“原則上，僅有那些‘可將嫌犯置於與其他人同樣被懲戒之境況中’的欺騙手段，才應被視為禁用之證據方法（取證方法）。”（底線為我們所加）

適當記取這一關鍵思想的簡要歸納以及適當記取，第 5/91/M 法令第 8 條第 1 款的販賣（毒品）罪是“抽象危險犯或推定“危險犯”的觀點（即該罪的既遂並不要求存在著一項真實的或實際的損害，只要對於受保護的利益，即對“身心兩方面的公共健康”產生損害的風險或危險即已足夠—按照 2002 年 3 月 20 日葡萄牙里斯本上訴法院第 3 科第 13074/2001 號上訴案合議庭裁判中的見解，在此須僅視為學說），應當得出結論認為，司法警察為了緝捕嫌犯/現上訴人乙而採用的欺騙手段，正如本案中所見且對我們來說，主要是被預先安排用來預防觸犯危害身心兩方面公共健康之抽象危險犯，不應當視為“屬於嚴格的禁用證據”（用該教授的話說）而不可採納，

這甚至是因為在本案中，有關欺騙手段不可能將嫌犯乙置於一種與澳門《刑事訴訟法典》第 113 條第 2 款規定的其他禁用之證據方法相同的脅迫情形中來販賣有關二甲(甲烯二氧) 苯乙胺藥片，因為該嫌犯後來就準備透過相似手段向其他人販賣這些二甲(甲烯二氧) 苯乙胺藥片(例如透過電話接受“訂貨”，並隨後著人向買家交“貨”)，此人是嫌犯丁還是其他人並不重要，因此不能說他是“被挑釁”觸犯了一項犯罪，即不能說如果沒有由一名嫌犯協助實施的警察之計劃就永遠不會觸犯該罪。

因此，作為上訴依據提出的最後一項問題之理由亦不成立。

綜上所述，**結論是必須裁定嫌犯乙的全部上訴均不得直。**

(七) 上訴人乙提出的問題理由不成立後，**現在應當審理嫌犯甲的上訴**，因為該嫌犯以主要名義提出的此等問題一旦得直，被上訴的合議庭裁判將因無效而淪為非有效，從而為著澳門《刑事訴訟法典》第 392 條第 2 款 a 項的效果，將無需審理被指控作為甲之共同犯罪之嫌犯丙提起的上訴。嫌犯丙在上訴中只提出了關於刑罰份量的問題。

嫌犯甲的上訴：

1. 未指明用於形成法院心證之實質理由：

作為對這一問題的答覆，應當為著全部法律效果在此轉錄我們針對同樣作為上訴人的嫌犯乙提出的相同問題所作出的下列考慮及結論，因為這些考慮及結論同樣全部適用於現上訴人甲：

一 “...而對於與此相同的問題(該等問題歸根結底與澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款在判決的要件範疇內的要求有關，該法典第 360 條 a 項以該判決書的無效作為對無法滿足要求之懲戒)，我們尤其在最近的中級法院第 84/2002 號案件 2002 年 5 月 30 日裁判中已表明立場，這一司法見解不應變更，因為我們繼續認為它是正確的。根據這一延續了本中級法院第 46/2000 號案件 2000 年 7 月 28 日裁判以及終審法院第 14/2000 號案件 2001 年 2 月 7 日合議庭裁判的司法見解，在對澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款解釋及適用時必須摒棄極端主義觀點，條件是對於被置於現上訴人/嫌犯具體情況中的、閱讀被上訴的合議庭裁判全文的普通人，事實上絕對可理解裁判的依據。而我們認為在本案中確實如此，因為被上訴的法院在指明用作形成其審判事實事宜之心證的證據方面，確實指明了形成心證之基礎的證據，其中包括在場嫌犯們的聲明、對載於卷宗第 174 頁、第 181-182 頁及 32-33 頁中的第 3、第 4 及第 5 嫌犯向刑事起訴法庭所作的聲明在聽證中之宣讀，全部證人之聲明以及參與犯罪事實調查及拘留嫌犯的司法警察的聲明、卷宗第 224 頁、第 251 頁及第 307 頁司法警察的檢驗報告書以及附於卷宗的其他文件及照片，所有這些資料均按照“一般經驗法則及常理法則”被整體進行了批判性及評價性的審查(參閱卷宗第 778 頁，被上訴合議庭裁判第 13 頁的內容)，而對確鑿事實的法律納入以及刑罰幅度，對我們來說，已經透過卷宗第 778 頁至第 779 頁背頁之合議庭裁判第 3、第 4 及第 5 點的行文作了最低限度的必需論證。因此，必須裁定嫌犯乙此部分的上訴也不得直，因為，可以此作為對嫌犯／現上訴人逐項提出的要點的答覆：澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款不強制要求闡述審判者針對事實事宜而形成心證的思路，而只要求“指明用作形成法院心證的證據”，當然後者必須符合澳門《刑事訴訟法典》第 114 條規定的證據自由評價原則。

因此嫌犯甲在這一問題方面的上訴不得直。

2. 未指明主導確定所科處刑罰份量的理由，其附隨的附帶問題是在決定刑罰時禁止雙重評估之原則：

作為對這一問題的答覆，必須強調，在解釋及適用相關的法律要求(即指明確定所科處刑罰份量的主導理由) 方面，同樣應當摒除極端主義的觀點——依據同樣可適用於本案具體情況的本中級法院最近在 2002 年 5 月 30 日第 84/2000 號案件中作出之見解並轉錄如下：

— “(...) 依據澳門《刑事訴訟法典》第 105 條第 1 款及第 2 款、第 106 條、第 107 條(後兩個條款取其反義) 及第 110 條，且對該法典第 356 條第 1 款作獨立考慮後，如果說不遵守第 356 條第 1 款也許會構成一項單純的訴訟中的不當情事，且未被適時爭辯即可予以補正的話，那麼我們認為必須作出如下確認，即：第 356 條第 1 款初始部分所指的詳細列明“選擇所科處的制裁及其份量之依據”，歸根結底將成為第 355 條第 2 款之規範中所指的“裁判依據之事實上及法

律上之理由”。因此，鑑於該法典第 360 條 a 項之規定，不詳細列明“選擇所科處的制裁及其份量之依據”已經構成判決無效的原因之一”；

— “在對澳門《刑法典》第 65 條第 3 款的解釋及適用上，正如我們在前文就類似的澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款的適用而闡述的本中級法院第 46/2000 號案件 2000 年 7 月 28 日及終審法院第 14/2000 號案件 2001 年 2 月 7 日合議庭裁判中的見解，同樣必須排除一種極端主義的觀點”。

在本案中，具體而言，我們認為，顯然原審法院至少在最低限度方面確實遵守了澳門《刑法典》第 65 條第 3 款所指的要求，因為該初級法院在現被上訴的合議庭裁判第 4 點中以轉錄 1995 年澳門《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款內含規定的方式，明確指出量刑方面應予遵守的標準後，在該裁判的第 5 點旋即具體並同樣明確地指出了對每名被審判的嫌犯量刑的依據。這些依據經結合被上訴的法院在有關合議庭裁判第 2 點中所認定的事實事宜被審閱後，根據我們的判斷，允許一名被置於現上訴人／嫌犯之具體情況中且閱讀被上訴裁判之整體的普通人，確實理解據以具體確定所科處的刑罰之依據。

所謂被上訴的法院在確定對嫌犯／現上訴人甲科處的刑罰時違反一事不再理原則這一子問題，由於該問題與是否指明確定所科處的刑罰份量的主導理由這一問題毫不相關，因為不論有罪合議庭裁判中是否指明了確定刑罰份量的理由，均可能違反該原則，正如不論其他情形如何，仍然有可能不忽略該原則一樣。因此，該子問題應當在其適當的場合被審查，即在刑罰份量範疇內僅以補充方式予以審查，正如嫌犯／現上訴人在上述闡述書中所請求者。

因此，嫌犯甲關於未指明主導確定所科處之刑罰份量之理由部分之上訴不得直。

3. 關於過度審理之瑕疵，因以控訴書未載之事實判處上訴人，而沒有給予其辯護期間：

從傳統上講，當法院就不應或不能審理的問題作出裁判時，就出現判決無效之理由之一的“過度審判”。（尤其參閱澳門《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 d 項）。

循此觀點，檢察院向被上訴法院提出的問題之一，是指控嫌犯甲以直接共同正犯及既遂形式，夥同其他兩名嫌犯乙及丙觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款 a 項規定的販賣罪。就此指控，被上訴的法院已作出裁判，宣示嫌犯甲被指控的犯罪成立，但是沒有判處該嫌犯觸犯檢察院控訴的犯罪以外的另外一項犯罪。因此必然推導出不存在傳統訴訟意義上的“過度審判”。

但是，澳門《刑事訴訟法典》第 360 條規定：

“屬下列情況之判決無效：

- a) 凡未載有第三百五十五條第二款及第三款 b 項所規定載明之事項者；或
- b) 在非屬第三百三十九條及第三百四十條所指之情況及條件下，以起訴書中，或無起訴時，以控訴書中未描述之事實作出判罪者。”

因此，根據澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項開頭部分所指的情況，嫌犯／現上訴人甲現在提出了他視為“過度審判”的問題，即因控訴書未載之事實被判刑，且沒有給他辯護期間，這一情況造成被上訴的合議庭裁判的無效。

該上訴人認為，被上訴的法院在有關裁判書第 8 頁中認為下列事實獲證明：

該上訴人指出，原審法院在現被上訴人的裁判第 8 頁認定下述事實已獲證明，即：“...2000 年 4 月 27 日下午 7 時 50 分，司警人員在水坑尾 XXX 快餐店附近將嫌犯丙截停，並在身上搜獲三個裝有疑似毒品物質的塑膠袋及 28 支自製捲煙。經化驗證實，上述塑膠袋中之物質及自製捲煙中含有第 5/91/M 號法令附表-C 中所列之大麻成份，其中塑膠袋中之大麻淨重 39.728 克，自製捲煙中大麻淨重 3.312 克。”（斜體為我們所加），此外還視下列事實確鑿：“上述 39.728 克大麻和自製捲煙中的大麻是嫌犯甲交給嫌犯丙的，目的是向他人出售，部分供自己吸食。”（斜體為我們所加）。而後一項事實在檢察院的最初控訴中是這樣的：“上文提及的大麻，重量為 39.728 克，是嫌犯丙向身份不明的人取得，而包含於手製捲煙中的大麻，是由該嫌犯早前由嫌犯甲處獲得，目的都是用於向第三人出售。”（斜體為我們所加）（參閱載於第 505 頁背頁至第 506 頁之公訴書葡文本，其內容對應於卷宗第 493 頁背頁所載的中文本原文）。

現上訴人甲藉此根本上認為，被上訴的法院亦將他作為嫌犯丙身上搜獲的 39.728 克大麻之

販賣者而違法判處，因為該法院進行了“控訴書描述之事實之非實質變更”，而沒有就有關的“新事實”先行給予其辯護期間。上訴人還進一步認為：“根本不能說‘新事實’與判刑無關，因為毫無疑問，在打擊販賣麻醉品的範疇內，為著科處具體刑罰效果可販賣的（毒品）之量是重要因素”。（參閱卷宗第 933 頁所載之上訴理由闡述書第 21 頁，斜體由我們所加）。

然而對我們來說，依據澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款之規定，該“新事實”對於原審法院對嫌犯/現上訴人判刑之決定而言並非重要的事實，因為已證實的該嫌犯販賣的“總計”為 123.035 克（即 111.297 克加上 8.426 克再加上 3.312 克之總和）的剩餘大麻之量，足以令原審法院以直接正犯及既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的販賣罪的名義對其作出刑事追究——根據澳門各級法院的下列司法見解：“在販賣麻醉品犯罪中，不僅涉及特定程序中被具體扣押的毒品，還涉及行為人在特定期間內所販賣的毒品之量”（尤其參閱上引本中級法院第 39/2002 號案件 2002 年 4 月 4 日合議庭裁判），相應地，根本不可能適用該法令第 9 條規定的販賣少量毒品之罪狀，這恰恰是考慮到 123.035 克之量以及前澳門高等法院在第 1068 號案件 1999 年 5 月 19 日合議庭裁判就視作少量大麻所作的司法見解，（當時該裁判確定為 8 克）。循此觀點，嚴格地說不能認為存在一項“控訴書描述的事實之非實質變更”，故在邏輯上便無需考慮是否有必要給予嫌犯/上訴人就有關“新事實”作辯護的期間，同時使下列論點不成立：即根據澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項之規定，在本案中證實存有被上訴之合議庭裁判無效的一項原因。因為我們認為有關“新事實”並不“對案件之裁判屬重要”，即就嫌犯甲觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款之販賣罪作出有罪過或無罪過之裁判不屬重要的事實（參閱澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款之規定）。

在作出上述反對的同時，我們卻並不反對下述見解：姑且不論其他，有關“新事實”“對於案件裁判屬重要”，這一重要並非體現在嫌犯有無罪過方面，而是體現在被判刑的嫌犯被科處之刑罰份量之確立方面。因此，原審法院進行上述“控訴書描述事實的非實質變更”，而沒有先行給予嫌犯/相對人就有關“新事實”準備辯護的期間，根據澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項之規定，必須使被上訴的合議庭裁判成為非有效，以便由初級法院作出一項新的合議庭裁判（當然必須事先嚴格遵循澳門《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款第 2 部分的規定），以便允許對嫌犯/上訴人甲嚴格而公正地科處量刑。因為，如果依照嚴格的實體正義的要求，嫌犯不應被依法科處多一日之監禁，那麼對於嫌犯來說，多一日監禁畢竟意味著多一日監禁。

然而對我們來說，即使這項論據成立，它也只具下列內涵及外延：對於一名實際被判有罪過、以直接正犯及既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款販賣罪的行為人所販賣的毒品總量方面的認定，對於量刑之效果總是有用的。但是，根據我們前文得出的結論，它不可能以所指稱之無效為依據具有上述被推測的使被上訴之裁判非有效之力量，並具由此產生的負面效果（這是因為，根據上引本中級法院 2001 年 5 月 17 日第 63/2001 號案件合議庭裁判中所載的見解，被上訴之裁判非有效後，如果自被上訴法院宣告非有效的裁判作出之日至原審法院作出新的裁判經過了 30 日，因類推適用澳門《刑事訴訟法典》第 309 條第 6 款，原審法院必須重複作出裁判，並作出倘有的新的審判聽證，“重新”調查全部證據包括人證——如果有這項證據），更為不利的情況則是忘記了刑罰份量源自審判者使用其嚴謹及審慎之標準，源自對那些對行為人有利或不利但不屬罪狀之組成部份的全部情節作出的全盤性及批判性評價，尤其是考慮澳門《刑法典》第 65 條第 2 款所列舉的要素。因此可能發生這種情況：在上訴法院將作出的新裁判中，所確定的刑罰比原判更重，而有關嫌犯及當時的上訴人在此刻，在產生令原判非有效的裁判的上訴程序中，不得援用澳門《刑事訴訟法典》第 399 條所規定的禁止上訴加刑原則，因為該原則僅適用於先前的上訴案，不適用於作出重新判刑之“原審法院”。此外尤為不利的是，對於他所異議的刑罰份量問題的終局裁判日期也已被拖延。

因此，鑑於我們準確及唯一的結論是：在上訴人甲的情況中，並未發生以控訴書描述的事實之非實質變更為依據的所謂原判無效，故必須裁定對該問題的上訴不得直，雖然我們必須經必要的扣減上述 39,728 克毒品後，重新複核對上訴人/嫌犯科處的刑罰。在實際層面上講，這一項法律方案令人奇怪地總是對嫌犯更有利，他可以在本審級中受惠於澳門《刑事訴訟法典》第 399

條關於上訴不加刑原則所可能表現出來的效果。

4.—作為補充的還有更正刑罰份量的問題，因不適用第 5/91/M 號法令第 10 條 d 項的特別加重：

從上文 7.3 點的結論中可見，必須重新考慮對嫌犯甲科處的刑罰份量。

對該嫌犯提出的關於第 5/91/M 號法令第 10 條 d 項的一般加重性變更刑罰之一般情節的不適用性問題，考慮到對此問題之解決方案，對作為上述結論中的後果的刑罰份量之複核有影響，故必須查明，嫌犯在作出事實之日作為治安警察局警察的事實，是否確實構成第 5/91/M 號法令第 10 條 d 項的“加重性可變更刑罰之情節”，該條規定：

“如屬下列情形，則將第八條，第九條所指之刑罰之最低及最高度加四分之一。

a) ...

b) ...

c) ...

d) 違法者為醫生、藥劑師、公務員或負責預防或遏止該等違法行為之人員；

e) ...

f) ...

g) ...

h) ...（底線為我們所加）。

關於此問題，嫌犯/現上訴人辯護之核心內容如下：

— “只有當不法行為與行為人擔任的職責有關時，才存在行為人行為之加重”（參閱卷宗第 936 頁之上訴理由闡述書第 24 頁）；

— 由於在作出行為之日，嫌犯只是治安警察局第 3 警署之警察，僅負責公共道路及公眾地方的警務（參閱卷宗第 955 頁之上訴理由闡述書第 23 頁），因此不應當承受該項第 10 條之加重。

然而我們認為，清楚無疑的是，嫌犯/現上訴人甲，在原審法院判處以判處其作為直接正犯及既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的販賣罪之不法事實作出之日，被證實是治安警察局警察，對其可適用該法令第 10 條 d 項的情節，因為該嫌犯被視為且應被視為公務員持久性地負責預防及遏止第 8 條及第 9 條規定的不法行為的人員—即使在上班時間之外或不是正式行使職責的期間內。理由是：

— 首先，法律本身並沒有作出下列區別：第 10 條 d 項所指的人員應否承擔預防或遏止有關不法行為的特別責任，抑或只承擔一般責任，因此在對該規定解釋及適用時，必須遵守“法律未作區分，解釋者—適用者亦不應區分之”這一解釋準則：

— 作為一名治安警察局警察，嫌犯/上訴人在作出本卷宗事實之日，依照 12 月 30 日第 66/94/M 號法令核准的《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 2 條（以下簡稱為《通則》），被視作一名軍事化人員。該《通則》對其尤其規定有下列責任：

— 透過第 5 條第 3 款本文及 a 項，一般義務為：“應以身作則遵守已確立之法制，並尤其以公正無私之態度為行動，增強社會對其所服務之機構所開展之活動之信心，且應持久地：

a) 充分運用其能力以履行法律賦予之義務且嚴格防止及反對對法律之違反；（底線為我們所加）；

— 透過第 5 條第 4 款 j 項，結合後續第 15 條，負有候命之一般義務，即“在任何時間及情況，即使犧牲其個人利益，仍須即時執行獲賦予之職務；鑑於其任務之特殊性，軍事化人員應謹記必須長期提供服務。（參閱《通則》第 15 條第 1 款，底線為我們所加）。在履行候命義務時，軍事化人員尤應：...，為避免非其責任範圍內犯罪之準備或完成，或為發現犯罪行為人，應立即採取所有措施，直至有權限之當局或人員負責該工作；”（《通則》第 15 條第 2 款 b 項，底線為我們所加）。

因此，根據上文描述且任何軍事化人員所負有的固有的候命之一般義務，嫌犯/現行為人在作出事實之日，確實並以持久方式負有下列義務：“為避免非其責任領域範圍內罪行之準備或完成，或為發現犯罪行為人，應立即採取所有措施，直至有權限之當局或人員負責該工作。”因此

他不能聲稱由於在行為作出時只負責公共道路及公眾地方的警務，故不負責 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條及第 9 條所規定的有關販毒罪的不法行為之預防或遏制。

因此，應當得出結論認為，第 5/91/M 號法令第 10 條 d 項的加重之變更刑罰情節適用於嫌犯甲，因為他確實承擔預防及遏止第 8 條及第 9 條規定的不法行為之責任，相應地，不應當採信嫌犯在上訴理由闡述書第 8 點中（卷宗第 934-937 頁）所爭辯的理由，認為該等理由並不相容於上述論述。

與此同時，我們只應當指出，與該嫌犯所主張的相反，根本無違反該嫌犯與嫌犯丁之間的平等原則（後者也是或在作出行為之日是治安警察局警察），因為 5 月 28 日第 5/91/M 號法令第 10 條的加重情節，只適用於該法令第 8 條及第 9 條的規定的犯罪的相應刑罰幅度，而不適用於該法令其他歸罪條款規定的其他法定罪狀，否則將違反“法無明文不受罰”這一嚴格原則，該原則邏輯上也適用於法律沒有明文許可的某一特定法定罪狀的刑罰幅度之加重情況。

而嫌犯丁由於沒有被判處作為該法令第 8 條第 1 款規定的販賣罪的正犯，而是被判處係該法令第 23 條規定的犯罪的正犯，因此，事實上不能根據第 10 條 d 項的規定對其第 23 條之犯罪之刑幅予以抽象加重，因此顯示，在適用第 5/91/M 號法令第 10 條 d 項可變更刑罰之加重情節方面，並未違反嫌犯甲與丁之間的平等原則。

此外，在不同於嫌犯甲的層面上，嫌犯丁已經承擔了作出行為之日身為治安警察局警察這一事實之“加重後果”，因為該嫌犯被原審法院特別判處向澳門特別行政區支付澳門幣 3,000 元以彌補犯罪之惡害，正是考慮到了“作出事實之日身為治安警察局警察”（參閱卷宗第 779 頁背頁之被上訴合議庭裁判第 5 點中的倒數第三段）。

另一方面，上訴人力主，根據澳門《刑法典》第 65 條第 2 款，不應當在量刑時考慮構成犯罪要素的情節，這是“一事不再理”原則之內容，我們完全同意這一見解。

因此，我們看看被上訴法院在特別對嫌犯/現上訴人甲確定科處 11 年監禁之具體的刑罰時，是否違反了這一原則。該嫌犯認為，無論是與有關犯罪罪狀相關聯之一般預防的必要性，還是身為治安警察局警察這一事實，均被作出了雙重評價。

嫌犯甲被判處作為正犯以既遂形式觸犯 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 10 條 d 項及第 8 條第 1 款規定及處罰的一項販賣罪，該罪的刑罰幅度為 10 年至 15 年監禁。

最後，原審法院尤其處之以 11 年監禁，即可科處的刑罰幅度之上限及下限之差的五分之一。

被上訴的法院透過被上訴的合議庭裁判第 4 點及第 5 點的行文對刑罰份量作了理由說明。

確實，原審法院在裁判書第 5 點開頭部分立即載明：“*第一嫌犯作出事實之日是治安警察局警察*”（參閱卷宗第 779 頁之裁判書第 15 頁，斜體為我們所加），結合該裁判書第 3 點第 6 段所描述的“*查明第一嫌犯...具 d 項規定及處罰的一項加重情節，因為該嫌犯作出事實之日是治安警察局警察*”（參閱卷宗第 778 頁背頁之裁判書第 14 頁，斜體為我們所加），雖然在該裁決書第 4 點內容中，原審法院指明了澳門《刑法典》第 65 條第 2 款本體部分所載的規範（有關禁止雙重評價原則），我們相信，現上訴人甲關於作出行為之日是治安警察局警察這一事實被“一事二審”之部分的陳述理由是成立的。因為，事實上，原審法院不應當在裁判書第 5 點關於確定刑罰份量的主導理由之理由說明中，再次載明第一嫌犯甲在作出事實之日是治安警察局警察一節。

被上訴的法院這樣做，確實讓閱讀該裁判書的被置於嫌犯具體情況的任一常人，對於在確定嫌犯甲刑罰份量時存在對該事實之雙重評價確實含產生有依據的懷疑。

而關於“與有關罪狀相關聯的一般預防之必要性”要素，我們不相信閱讀被上訴的裁判文本後可以產生對其作出了雙重評價之有依據的懷疑，因此在這一點上嫌犯的上訴不得直。

因此，**必須裁定嫌犯甲此部分上訴部分成立，應當出於這一理由並按照我們在上文第 7.3. 點就所謂“過度的審判之瑕疵”所得出之結論，對嫌犯甲被科處的監禁份量予以修正如下：**

可適用的刑罰幅度為 10 年至 15 年監禁，並維持被上訴的合議庭裁判中查明的全部情節，但嫌犯作出行為之日身為治安警察局警察的事實情節除外且在適用第 5/91/M 號法令第 10 條 d 項規定的加重時已考慮該情節；同時不予考慮在嫌犯丙身上搜獲的淨重 39.728 克大麻的事實情節，

這批大麻是 2000 年 4 月 27 日 19 時 50 分，司法警察在 XXX 快餐店附近截獲該嫌犯時搜獲的，故應當認為，為著澳門《刑法典》第 65 條第 2 款 a 項的效果，嫌犯甲只販賣了 123.035 克大麻（該數值來自：嫌犯丙在 XXX 快餐店附近被截獲時被搜獲的 3.312 大麻，加上在該嫌犯住所搜索時搜獲的另外 111.297 克大麻，再加上向嫌犯已及庚販賣的另外 8.426 克大麻之總和）。有鑑於上述種種情況，應當對嫌犯甲改判 10 年 6 個月監禁，我們認為這一刑罰是公正的。

根據澳門《刑事訴訟法典》第 393 條第 3 款的規定，還應當對嫌犯甲被科處的罰金也予修正（該罰金係與根據第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款所科處的監禁並科），因為雖然該上訴人對其被科處的罰金並未提出異議，但如其就監禁份量提起的上訴理由成立，出於監禁與罰金之間“相關性正義”之理由，就意味著我們有義務得出（法律）對於本案中被上訴裁判整體所規定的必然後果。

然而在根據第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款及第 10 條 d 項之規定而可科處的澳門幣 6,250 元至 875,000 元的罰金幅度之間，且同樣考慮到有關嫌犯/上訴人的上述全部情節，我們認為澳門幣 12,000 元的罰金是適當的，如果不繳納罰金或以勞動替代，可公正地轉換為 80 日監禁（根據 11 月 14 日第 58/95/M 號法令第 6 條 a 項及澳門《刑法典》第 47 條第 1 款之規定）。

結論是：應當裁定嫌犯甲的上訴部分得直，但所基於之理由與嫌犯在上訴理由闡述書中陳述的理由略為不同。

（八）審理了上述兩項上訴以後，現在應當最後審理：

關於嫌犯丙的上訴：

正如上文所述，該嫌犯只是不服對他科處的監禁份量，其意見的核心內容是：被上訴的法院在判其作為直接正犯觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款及澳門《刑法典》第 66 條第 2 款 f 項及第 67 條規定及處罰的一項犯罪並科處其 3 年 9 個月監禁時，違反了澳門《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款，同時該院認為刑罰的特別減輕屬於審判者之自由裁量權範疇，從而錯誤地解釋了澳門《刑法典》第 66 條第 2 款 f 項的規定。

我們先審後一項問題。我們必須確認，查明刑罰的特別減輕是否屬於審判者自由裁量權範疇的問題已經“不是問題”，因為被上訴的法院鑑於澳門《刑法典》第 66 條第 2 款 f 項規定的情節，已作出了有利於嫌犯丙的刑罰之特別減輕。因此，在此查明初級法院是否本應像嫌犯現予力主的那樣自動作出法定操作類型上的此等舉動已經沒有意義。

因此，雖然被上訴的法院沒有以檢察院控訴的直接共同正犯之罪名最後判處三名嫌犯/現上訴人，而是判每名嫌犯／上訴人為第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的販賣罪的直接正犯，肯定的是，我們認為原審法院沒有在嫌犯丙被科處的具體刑罰與嫌犯甲的監禁之間專門及適當考慮作出相對正義之規定（而這兩名嫌犯均在同一刑事訴訟程序中由同一合議庭審判），確實違反了澳門《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款。

因為：

— 被上訴的法院依據澳門《刑法典》第 66 條第 1 款及第 2 款 f 項對嫌犯丙的刑罰作出特別減輕之決定後，第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款之販賣罪可被科處的最初監禁幅度（即 8 年至 12 年監禁之刑幅）經特別減輕後變為 1 年 7 個月 6 日至 8 年監禁之刑幅，—根據澳門《刑法典》第 67 條第 1 款 a 項及 b 項首部；

— 因此，如果面對業已認定的事實事宜，被上訴的法院選擇了以 11 年監禁處罰嫌犯甲，這一刑罰恰好是可適用於該嫌犯的刑罰幅度之上限及下限之差的五分之一（10 年至 15 年監禁，是依據第 5/91/M 號法令第 10 條 d 項對 8 年至 12 年監禁這一最初刑罰幅度加重後之結果），那麼對於嫌犯丙確定的監禁份量，出於相對正義之理由，最多也不能超過對嫌犯甲所確定的刑罰，因此兩人販賣的毒品種類（大麻）相同，各自販賣的大麻總量也幾乎相同（嫌犯丙為 154.337 克，嫌犯甲 162.763 克），只是嫌犯甲未自認事實而嫌犯丙自認了事實，這一切正如被上訴的合議庭裁判所證實，姑且不論兩名嫌犯沒有被以第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款之販賣罪的共同正犯的名義被判刑；

事實上，面對與此同時已經查明及被上訴的合議庭裁判中確定的事實事宜中描述的全部情節

（除了嫌犯丙在作出有關販賣罪時尚未成年的考慮），原審法院不應當透過對該嫌犯判處 3 年 9 個月監禁，而將該嫌犯的監禁定位於 8 年上限與 1 年 7 個月 6 日下限之差的近三分之一之處。

因此，鑑於被上訴的法院違反澳門《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款之規定，嫌犯丙在此問題上的上訴得直，應當廢止初級法院科處的 3 年 9 個月刑罰並且作為其替代應確定新的監禁，該新監禁應當以澳門《刑法典》第 64 條、第 65 條及第 40 條之標準作一般準則，並以一般及特別犯罪預防的要求（此等要求永遠由行為人的罪過程度界定）為特別準則來確定監禁份量。

因此，第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的販賣（毒品）罪的一般預防要求是很高的。正如上文第 6.4 點所述，該項犯罪已經抽象或推定地危及希望藉對其歸罪而予以保護的法益——這就是身心兩方面的公共健康，即：對於犯罪的既遂，並不要求存在一項真實的及實際的損害，只需對於受保護的法益創造風險或危險即已足夠（參閱上文已經引用的 2002 年 3 月 20 日葡萄牙里斯本上訴法院第三科合議庭裁判，該裁判係在第 13074/2001 號案件中作出，在此僅僅視為學說），雖然本案中特別預防的必要性不太強烈，因為嫌犯確實得益於有助於其重新納入社會而不犯新罪的若干個人情節（這些情節透過在臨時釋放期間表現出來的某種正面姿態而顯示，舉例來說，透過在澳門旅遊局的實際工作以及在澳門加拿大學院繼續學業——參閱卷宗第 854 頁至第 867 頁所附文件）。

因此，經批判性及全盤衡量被上訴之合議庭裁判所查明且對於澳門《刑法典》第 65 條第 2 款的規定屬有關的情節（但有關嫌犯尚未成年的情節除外，該情節已在可科處的抽象刑罰之特別減輕方面予以考慮），並為著澳門《刑法典》第 65 條第 2 款 a 項之效果，特別考慮到該嫌犯所販賣的大麻（葡文俗稱 *marijuana*）之量雖然甚大，但相對於諸如可卡因及海洛因等更為強效的傳統毒品而言，大麻具軟性及不太強烈的性質（參閱第 5/91/M 號法令在其第 2 條第 1 款及第 3 條第 2 款所訂定的、該法令多份附表中所管制的毒品之區分標準），我們認為對嫌犯丙科處 2 年及 10 個月監禁是適當的及公正的。

對於被上訴的法院科處，並罰的澳門幣 5,000 元罰金（如果不繳納或以勞動替代，該罰金可轉換為 33 日監禁），雖然對該刑罰的抽象修正是澳門《刑事訴訟法典》第 393 條第 3 款所要求的，我們認為該項刑罰應予維持，因為即使根據新的監禁量刑方面的考慮，該項刑罰也是平衡的及公正的。

最後，僅需考慮所希望的暫緩執行 2 年及 10 個月這一新監禁之可能性（在此還同時考慮 11 月 14 日第 58/95/M 號法令第 7 條 c 項之規定）。

澳門《刑法典》第 48 條第 1 款規定：

“一、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脅可適當及足以實現處罰之目的者，法院得將科處不超過三年之監禁暫緩執行。”

在上訴人丙具體案件中，我們認為，不應使用監禁之暫緩執行制度，因為，尤其鑑於該嫌犯販賣的大麻之量甚大（淨總重量為 154.337 克，是 39.728 克加上 3.312 克再加上 111.297 克之總和）——雖然屬於較可卡因及海洛因而言屬更為軟性的毒品——且考慮到上文指出的販賣罪的一般預防之高度要求，我們不能得出結論認為，僅對事實作出譴責並以監禁作威脅即可適當及足以實現第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款販賣罪之一般預防層面上的處罰目的。這也符合澳門法院基本一致的司法見解。因此該嫌犯的上訴不得直。

簡而言之，依照上文之審閱，應當裁定嫌犯丙的上訴部分得直。

（九）最後，在結束之前，應當指出：因嫌犯甲及嫌犯丙之上訴部分得直而進行的刑罰份量之修正，不能惠及同為上訴人的嫌犯乙，因為這三名嫌犯並不是以共同犯罪的名義被控訴（他們最終也未被如此判處），此乃一方面；另一方面，經與澳門《刑事訴訟法典》第 392 條第 2 款 a 項作適當比對後的澳門《刑事訴訟法典》第 393 條第 3 款所規定的上訴法院之法律義務，在本案中只涵蓋針對每一名有關的嫌犯而作出的被上訴的裁判之整體，即對每名嫌犯分別作出之裁判的整體。

四、主文

綜上所述，合議庭裁判如下：

1.根據澳門《刑事訴訟法典》第 361 條第 1 款 b 項及第 2 款，依職權更正被上訴的合議庭裁判文本中較突出的下列兩處筆誤；

- 原文中寫作“XXX”或 XXX 之處應當正確地寫為“XXX”或“XXX”；
- 原文中寫作“附表一 A”之處，應正確寫為“附表二 A”。

2.裁定嫌犯乙的上訴不得直，並相應地維持初級法院對該嫌犯所作的全部裁判。

3.裁定嫌犯甲的上訴部分得直（雖然所基於的理由說明與所陳述者稍微不同），相應地對其改判 10 年 6 個月的監禁及罰金澳門幣 12,000 元，如果不繳納罰金或以勞動替代，可轉換為 80 日監禁—因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 款規定的一項販毒罪—且上述兩項可予並罰的刑罰依該法令第 10 條 g 項予以加重，其餘與該嫌犯有關的被上訴裁判之部分維持不變。

4.裁定嫌犯丙的上訴部分得直，相應地廢止被上訴法院對其科處的 3 年 9 個月監禁，並作為替代，對其科處 2 年 10 個月實際監禁—因其作為直接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 款規定的販毒罪—並依澳門《刑法典》第 66 條第 1 款及第 2 款 f 項、第 67 條第 1 款 a 項及 b 項對可科處之刑罰作特別減輕，初級法院對其所作的其餘判決維持不變（包括可轉換為 33 日監禁的澳門幣 5,000 元罰金）。

三名嫌犯的因上訴敗訴之訴訟費用，由三名上訴人連帶承擔。對於丙、甲及乙定出的司法費分別為 2 個計算單位，7 個計算單位及 8 個計算單位（澳門《法院訴訟費用制度》第 69 條第 1 款及第 72 條第 1 款）。

作出必要的通知及告知。

（為著澳門《刑事訴訟法典》第 84 條第 2 款的效果，附本裁判書製作法官透過電腦處理之製作及完全複閱的證明）。

陳廣勝（因勝出而成為裁判書製作法官）—賴健雄—蔡武彬（附表決落敗聲明）

表決聲明

本人因下述理由，尤其關於嫌犯甲及乙的上訴之決定部分而表決落敗。

1.對嫌犯甲的上訴之裁判

嫌犯依據澳門《刑事訴訟法典》第 360 條，以（原審法院以）控訴書未載事實判處嫌犯為由，爭辯判決書的無效。

澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項規定：

“屬下列情況之判決無效：

a) ...

b) 在非屬第 339 條及第 340 條所指之情況及條件下，以起訴書中，或無起訴時，以控訴書中未描述之事實作出判罪者。”

上訴人甲認為，合議庭裁判以控訴書未記載的事實對其判罪，因該法院一方面證實了控訴書載明的下列事實：“上文提及的大麻，重量為 39.728 克，是嫌犯丙向身份不明的人取得，而包含於手製捲煙中的大麻，是由該嫌犯早前由嫌犯甲處獲得，目的都是用於向第三人出售”，另一方面又載明下列事實並視作獲證明，“上述 39.728 克 大麻及自製捲煙中的大麻，是嫌犯甲交給嫌犯丙的，目的是向他人出售”。

由於這項“新事實”之記載，對於嫌犯甲而言，至少在刑罰份量上已造成損害，因為沒有依照澳門《刑事訴訟法典》第 339 條的規定保障其辯護權。因此，依照該法典第 360 條 b 項之規定，判決書存有無效。

上訴人有理。

第 360 條規定，在非屬澳門《刑事訴訟法典》第 339 條及第 340 條所指的條件及情況下，如以控訴書（或起訴書）未載明的事實對嫌犯判罪，則判決無效。換言之，如屬於這兩個條款所規定的情況及條件——控訴書或起訴書描述的事實的非實質性或實質性變更——但沒有遵守此等條款規定的手續，同時又沒有論證或補正不當情事（尤其是保障嫌犯的辯護權），則具備上引第 360 條 b 項規定無效之情況。

從卷宗中不難查明，該法院沒有將嫌犯丙向身份不明者取得大麻的事實視為獲證明，而將嫌犯丙從嫌犯甲取得大麻的事實視為獲證實，即將控訴書的新事實視為獲證實。

嫌犯甲因販賣麻醉品罪受審，在沒有證實這一項“新事實”前，該嫌犯可因這一控罪而被判處，因為他還販賣了其他的麻醉品。但在這一項“新事實”獲證明後，考慮到所販賣麻醉品之量，嫌犯在刑罰的法定幅度內肯定受到更嚴厲的刑罰。

雖然這不須要對控訴書描述事實作實質性變更，但對於有關裁判仍屬重要。

原則上，正如 A. D. SOARES 的觀點所述——助理檢察長在其意見書中也引用之一——如果出現“對可科處的制裁的最低限度之加重或對量刑的影響，或者雖然在此層面上沒有任何影響，但總會擾亂最初採取的辯護策略”，則對於案件的裁判即屬重要¹。

雖然這項事實的變更只使嫌犯甲向共同嫌犯丙販賣的大麻之量增加了三分之一，但不應當認為這項變更對於具體刑罰份量沒有影響。問題不在於刑罰的量增加了多少，而在於嫌犯絕對不能被判處比其應當被判處的刑罰多一日的刑罰。

在此情況下，原則上可接納法院在查明變更之事實存在後，立即在事實事宜中載明之，以作為審判標的，同時遵守訴訟法規定的手續，給予嫌犯準備辯護的期間——澳門《刑事訴訟法典》第 339 條。

根據卷宗第 759-768 頁、第 770-771 頁、第 782-784 頁所載的聽證記錄，未遵守此等手續，故屬澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項規定的情況——即不屬於第 339 條及第 340 條規定的情況及條件——因此判決無效。原審法院應當遵守法律要求的手續，尤其是重新記載此部分的事實事宜。

即使不這樣認為，也屬於澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項規定的另一種情況：控訴書只記載甲是公務員，而被上訴的合議庭裁判則將“第一嫌犯是治安警察局警察”載入事實事宜。

如果法院只是將控訴書中分條屢述的下列內容——“嫌犯是公務員”——視為獲證明，不足以令到對事實事宜適用第 5/91/M 號法令第 10 條。該條文要求行為人須具備負責預防或遏止此等不法行為的公務人員或人員等條件。顯然，一名公務員並不負責預防及遏止毒品法規定及處罰的不法行為之特別義務。

因此，此部分事實的變更要求以“加重販賣”罪予以判處，因為刑罰幅度的最低限度從 12 年監禁已變質性變更為 15 年監禁。

這是事實的實質變更情況——澳門《刑事訴訟法典》第 1 條 e 項所規定者——根據卷宗所載的全部記錄，如沒有遵守第 340 條第 1 款或第 2 款之規定，該事實就不能載入已獲證明的事實事宜，否則引致澳門《刑事訴訟法典》第 360 條 b 項規定的無效。

由於（上訴人）適時對裁判這一特別加重部分提起爭執（雖然法律依據有別），且本上訴法院可依法審理之，判決應被視為無效，原審法院應當遵守澳門《刑事訴訟法典》第 340 條所要求的手續²，重新記載此部分事實。

2.對嫌犯乙的上訴之裁判

在嫌犯乙提起的上訴中，上訴人以沒有查明卷宗中扣押的藥片包含的二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質之量，作為爭執合議庭裁判之核心內容。這引致事實事宜不足以支持法律裁判（之瑕疵）。

關於相同的問題，我們已經在第 41/2002 號案件合議庭裁判以及第 26/2002 號案件合議庭裁

¹ 在此含義上，本中級法院第 213/2001 號案件 2001 年 12 月 13 日合議庭裁判以及第 131/2001 號案件 2002 年 1 月 30 日合議庭裁判如此裁定。

² 在最近的第 60/2000 號案件合議庭裁判中，雖然不屬上訴的標的，亦指出以這種方式記載事實，將引致非實質性變更。從根本上說本應是事實之實質變更。

判中（均於 2002 年 5 月 9 日作出³）作出決定，認為如未查明藥片中包含的物質之淨量，即存有事實事宜不充分。

我們認為在嫌犯乙提出的本上訴中亦應維持該裁定。根據訴訟經濟原則，本席為著本表決聲明的效果，在此僅對這兩份合議庭裁判中的裁定予以准用。

因此，應當認為獲證明的事實事宜不足以支持就卷宗中被扣押的藥片中包含二甲（甲烯二氧）苯乙胺物質部分的裁判，這引致撤銷裁判並移送卷宗作重新審判，以查明藥片中包含的此等物質的淨重量，從而嫌犯乙的上訴得直。

3.關於初步觀點

雖然不屬上訴標的之決定，合議庭裁判仍對是否依職權審理澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款規定的瑕疵等發表了一般性觀點。本席不贊同此部分，一方面是，因為其中所含觀點與本席參與或作為裁判書製作法官作出的其他合議庭裁判中所持立場相左；另一方面，不應對此問題展開表態，因為不涉及上訴標的之裁判，也不涉及對上訴作出之裁判的基本依據，而只涉及法律上的闡述，因為上訴人乙所爭執的，恰恰是澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定的無效。

蔡武彬
2002 年 6 月 20 日

³ 在相同含義上參閱終審法院第 7/2002 號案件 2002 年 5 月 30 日合議庭裁判。