

案件編號：23 / 2010

案件類別：刑事上訴

會議日期：2010 年 6 月 9 日

上訴人：甲

主要法律問題：

- 不法販毒罪
- 不可補正的無效

摘 要

當用於販賣的毒品的數量甚至其種類因可能裁定吸毒罪不成立而改變時，應執行刑事訴訟法典第 339 條第 1 款的規定，將變更通知被告，以便其作出辯護，否則，可導致裁判無效（同一法典第 360 條 b 項）。

上述裁判無效不屬於刑事訴訟法典第 106 條規定的不可補正的無效。

製作裁判書法官：朱健

澳門特別行政區終審法院裁判

刑事上訴

第 23 / 2010 號

上訴人：甲

一、概述

甲在初級法院第 CR3-09-0066-PCC 號合議庭普通刑事案中接受了審判。最後裁定被指控觸犯的一項第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定的吸毒罪不成立，另根據適用較有利的刑法，被裁定觸犯一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定和處罰的不法販毒罪，被判處 6 年徒刑。

甲不服該裁判，向中級法院提起了上訴。根據於 2010 年 4 月 22 日在第 174/2010 號案件中作出的合議庭裁判，有關上訴被裁定敗訴。

對此合議庭裁判被告現向終審法院提起了上訴，在其上訴理由陳述中提出了下列有用結論：

- 上訴人不認同上級法院認為因已獲補正而不應審理違反辯論原則之事宜的裁定。

- 就法理學而言，由第106條首句以外、與及第107條第2款之原則性規定中可見，是一種舉例列舉之立法方式。

- 俾使當一事宜出現違法情況，而法律中沒有明確規定之時，且又能符合上述第106條及第107條中舉例列舉之情況時，即可更能全面地、有效地保障公民（尤其是嫌犯）之權利。

- 當上訴人被第一審級法院宣告裁定吸毒罪罪名不成立時，即間接認定了上訴人販賣全部持有之毒品；上訴人毫無機會就這一事宜作出辯護。

- 由刑事訴訟法典第106條b項及c項中可見，均屬對辯護原則之體現。

- 列席僅屬形式上之需要，但已由立法者立法規定作出保障。

- 難以想像，立法者只是保障列席，但不保障對嫌犯（即上訴人）有着不利事宜出現時，立法者只是抽手旁觀。

- 由法理學角度而言，上述上訴人之情況，將之放在刑事訴訟法典第106條b項及c項中並列，沒有任何不協調之處，

- 反之，更是非常符合立法者保障嫌犯（即上訴人）之權利。

- 再者，無論以哪個角度而觀之，針對上述條文之理解時，更應以“有利於嫌犯之原則”而作決定。

- 為此，因刑事訴訟法典第106條屬法院可依職權審理之事宜，而被上訴之裁判則沒有作出審理，

- 綜上所述，被上訴之裁判未有依職權審理違反之辯論原則事宜，違反刑事訴訟法典第106條規定之立法精神，存在刑事訴訟法典第400條第3款規定之無效程序瑕疵，故應宣告被廢止；

- 上訴人認為，同樣地因刑事訴訟法典第106條屬法院可依職權審理之事

宜，故應改判上訴人上訴理由成立，並裁定較優惠之判決給予上訴人；倘法院不這樣認為時，則宣告上訴理由成立並將卷宗發還予中級法院重新審理。

檢察院在回應中總結如下：

“1. 在被上訴判決中，中級法院提出了有關“辯論原則”的問題，並認為“即使原審法院沒有就這一基於部份控罪事實未獲證明而變更上訴人所實施的事實的法律定性告知各訴訟主體而可能違反刑事訴訟法典第三百零八條的辯論原則，但上訴人未有就這一問題提出爭議，故即使存在違反辯論原則的情況，該瑕疵業已因無人提出爭議而獲得補正”。

2. 根據刑事訴訟法典第 105 條第 1 款及第 2 款的規定，在有關無效的問題上，本澳的刑事訴訟制度是奉行合法性原則，僅在法律明文規定為無效的情況下，違反刑事訴訟法規定的行為方法沾有無效的瑕疵；如法律未規定某一違法之訴訟行為屬無效，則該行為僅屬不當之行為。

3. 在本案中，無論是在刑事訴訟法典第 106 條、第 107 條還是在其他的法律條文中我們均找不到任何有關法院不將相關事實或法律定性的變更告知各訴訟主體會引致訴訟行為無效的明文規定，更遑論是不可補正的無效。

4. 在本案出現的事實變更並不構成對檢察院控訴書所描述事實的實質性變更，因為檢察院的指控已將販毒罪包括在內，有關事實的變更不會引致將不同的犯罪歸責於上訴人，亦不會加重對上訴人可科處刑罰的最高限度，因此刑事訴訟法典第 340 條的規定並不適用於本案。

5. 至於事實的非實質性變更，刑事訴訟法典第 339 條第 1 款僅要求主持審判的法官將有關變更告知嫌犯，並在嫌犯提出聲請時給予其必要時間以準備辯護。

6. 同時，根據本澳的司法見解，法院可以對相同事實作出不同的法律定性，

但應類推適用刑事訴訟法典第 339 條第 1 款的規定，將相關事宜告知嫌犯，並在嫌犯提出聲請時給予其必要時間以準備辯護。

7. 值得強調的是，立法者並未規定不遵守第 339 條的做法會導致判決的無效，因此根據刑事訴訟法典第 105 條及 110 條的規定，原審法院的疏忽僅構成不當情事，利害關係人應在法定期間內提出爭辯，否則該不當情事將獲得補正。

8. 我們認為在本案中初級法院未作出相應告知的行為並不會導致無效的瑕疵，不屬法院以職權審理的範圍，而應由利害關係人在法定期限內提出爭辯，同時，由於上訴人未在法定期限內提出爭辯，因此有關的瑕疵應視為已獲補正。

9. 綜上所述，應裁判上訴人提出的上訴理由不能成立，予以駁回。”

在本審級，檢察院維持在回應中所持的立場。

經助審法官檢閱。

二、理據

（一）事實內容

初級法院和中級法院認定了下列事實：

“2008年9月17日22時20分，海關關員在關閘口岸海關站行李檢查枱執行職務時，將剛從內地返澳的嫌犯甲截停檢查。

海關人員當場在嫌犯甲穿著之內褲裏的衛生巾夾層內發現3粒以錫紙包裝的橙色藥丸及一包透明小膠袋，內裝有白色晶體。

經化驗證實，上述橙色藥丸總淨重0.565克，含有屬於一月二十八日第5/91/M

號法令附表四中所管制之“硝基去氯安定”；而上述白色晶體含有屬於同一法令附表二C中所管制之“氯胺酮”，淨重28.197克（經定量分析，“氯胺酮”之百分含量為92.86%，重量為26.184克）。

上述毒品是嫌犯甲於被捕當日22時左右在拱北地下商場“水療中心”，以1000澳門元向一名身份不明人士購得，並非用於個人吸食。

嫌犯甲清楚知道上述毒品的性質及特徵。

嫌犯甲購買、取得、運載及持有上述毒品，目的並非供個人吸食。

嫌犯甲在自由、自願及有意識的情況下故意作出上述行為。

嫌犯甲明知其行為是法律禁止及處罰的。

另外證明下列事實：

根據刑事紀錄證明，嫌犯非為初犯：於CR1-07-0046-PSM案件中，法院於2007年3月15日判決裁定嫌犯一項販賣少量毒品罪，判處一年兩個月徒刑，緩期兩年執行，以及六千元罰金，若不繳納罰金，則轉為四十日徒刑。該案之罰金刑罰已履行。嫌犯在實施本案被控事實時，有關徒刑之緩刑期未過。

嫌犯聲稱被羈押前任職賭場公關，平均月收入為澳門幣14000元。無經濟負擔，但每月自動給予母親約澳門幣7000元。

嫌犯具高中二年級程度。”

（二）不可補正的無效

面對中級法院主動提出違反辯論原則的問題，上訴人現提出因被裁定所指控的吸毒罪不成立，沒有獲給予機會對所有扣押的毒品均用於販賣的指控作辯護，違反了刑事訴訟法典第106條b項和c項，原因是沒有對被上訴法院應主動

審理的違反辯論原則的問題進行審理。

然而，上訴人明顯缺乏理據。

首先，雖然從來沒有提出由於沒有獲給予機會對所有扣押的毒品均用於販賣的指控作辯護，從而違反了辯論原則，而有關事實屬第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定的不法販毒罪，中級法院主動提出了該問題並裁定即使存在違反，有關瑕疵已獲補正，認為該理據不成立。

由此可知被上訴法院明確審理了該問題，對於需主動審理的問題沒有遺漏審判。

其次，上訴人現提出的瑕疵不屬於刑事訴訟法典第 106 條規定的不可補正的無效。

上訴人被檢察院指控觸犯一項販毒罪和一項吸毒罪，被指控毒品的“目的主要是將之出售或提供予他人，以及將少量供其個人吸食。”

第一審合議庭沒有認定上訴人吸毒，但證實了持有毒品“並非用於個人吸食”，即所有毒品均用於販賣。根據這些查明的事實，合議庭裁定被指控觸犯的一項吸毒罪不成立，但裁定販毒罪成立。

可以認為這裏存在一個刑事訴訟法典第 339 條第 1 款規定的、關於作販賣的毒品份量的指控事實出現改變。確實，第一審法院沒有把有關變更通知上訴人，以便其組織辯護。刑事訴訟法典第 360 條 b 項規定該瑕疵導致裁判無效。

屬販毒罪的毒品數量的改變在聽證結束時沒有發現是很自然的，但審判法院應盡量謹慎以預防出現控訴或起訴事實的變更，特別當用於販賣的毒品的數量甚至其種類因可能裁定吸毒罪不成立而改變。

但該裁判無效不屬於刑事訴訟法典第 106 條關於不可補正無效的規定，除了在刑事訴訟法典規定了裁判無效的制度外，該無效並非不可補正，此情況與上述第 106 條規定的情況無一類同。即使該條 c 項關於在法律要求時被告或其辯護人應出席的規定，上述兩個情況及相關的法律規定的原因是完全不同的。

因此，任何違反刑事訴訟法典第 339 條第 1 款的情況應在法定期間內提出爭議，正如在本個案中在向中級法院上訴時提出。

實際上，上訴人在向中級法院提起上訴時沒有提出這個問題，即使存在違反亦已獲補正。

三、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴駁回上訴。

根據刑事訴訟法典第 410 條第 4 款的規定，判處上訴人支付四個計算單位的金額。

另判處上訴人繳付本上訴的訴訟費用，其中司法費定為四個計算單位。

法官：朱健

Viriato Manuel Pinheiro de Lima（利馬）

岑浩輝

2010 年 6 月 9 日。