

案件編號：44 / 2010

案件類別：刑事上訴

會議日期：2010 年 8 月 16 日

上訴人：甲

主要法律問題：

- 不法販毒罪
- 被認定事實不足以支持裁判
- 說明理由方面不可補正的矛盾
- 審查證據方面的明顯錯誤
- 量刑
- 羈押

摘 要

為了判斷同時吸毒的販毒者觸犯的是第 17/2009 號法律第 8 條規定的較嚴重的不法販毒罪（或第 5/91/M 號法令第 8 條規定的販毒罪），還是同一法律第 11 條規定的較輕販毒罪（或第 5/91/M 號法令第 9 條規定的少量販毒罪），法院應嘗試查明行為人分別用作本人吸食，以及非供本人吸食的毒品的種類和份量。

販賣毒品的具體對象、實際數量和時間地點等情節並非不法販毒罪的構成要件。

司法裁判一直認為，當認定了互不相容的事實，或從一個被認定的事實得出一個邏輯上不能接受的結論，就出現審查證據方面的明顯錯誤。當違反了關於限定證據價值的規則或專業準則時同樣出現這個錯誤。這個錯誤必須是明顯的，連一個普通的觀察者也不會察覺不到。

上訴人不能以從本身角度出發對證據所作的理解或判斷，以及認為仍存在的事實疑點，來質疑法院對證據所作的自由心證，或指法院在審查證據時出現明顯錯誤。

在審理最後一個審級的刑事上訴的裁判中，審理應否繼續維持強制措施是沒有意義的。

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 44 / 2010 號

上訴人：甲

一、概述

甲和另一被告乙在初級法院第 CR3-08-0161-PCC 號合議庭普通刑事案件中接受了審判。根據當時在 2009 年 6 月 17 日作出的第一審合議庭裁判，該同案被告被裁定無罪，而被告甲則被裁定觸犯下列罪行：

- 一項第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定和處罰的販毒罪，判處 9 年徒刑和 20,000 澳門元罰金，該罰金可被轉換為 132 天徒刑；
- 一項第 5/91/M 號法令第 12 條規定和處罰的持有吸毒工具罪，判處 5 個月徒刑。

兩罪並罰，被判處單一刑罰 9 年 3 個月徒刑和 20,000 澳門元罰金，該罰金可被轉換為 132 天徒刑。

對此合議庭裁判被告甲向中級法院提起了上訴。根據於 2009 年 10 月 22 日在第 618/2009 號案件中作出的合議庭裁判，中級法院裁定上訴勝訴，命令把案件發還初級法院，以便重審案件之全部標的。

經重新組成合議庭對案件進行審判，初級法院於 2010 年 3 月 24 日作出了新的合議庭裁判，裁定被告甲觸犯下列罪行：

- 一項具體對被告較有利的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定和處罰的不法販毒罪，判處 6 年徒刑；
- 一項具體對被告較有利的第 17/2009 號法律第 15 條規定和處罰的不當持有吸食毒品器具罪，判處 45 天徒刑；
- 一項第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定和處罰的吸毒罪，判處 45 天徒刑。

數罪並罰，被判處單一刑罰 6 年 1 個月徒刑。

對上述有罪判決被告甲再次向中級法院提起了上訴。根據於 2010 年 7 月 22 日在第 396/2010 號案件中作出的合議庭裁判，中級法院裁定上訴理由不成立，維持被上訴的裁判。

被告甲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：

- 按照 Dr. Manuel Leal-Henriques 對刑事訴訟法典第 199 條第 1 款 c 項的解釋：倘若第一審的判決在上訴中被廢止，表示該被廢止的判決從來沒有存在，且訴訟程序亦會退回前一個階段；故此，按照此一理解，倘若嫌犯由措施起始之日起計已被羈押超逾 18 個月，則應立即將其釋放。

- 請求，根據刑事訴訟法典第 199 條第 1 款 c 項結合同條第 2 款規定，

宣告對上訴人採取之羈押強制措施因經過羈押之最長存續期而消滅；又或根據刑事訴訟法典第 196 條第 3 款規定，以其他較輕之措施代替該羈押措施，使上訴人能夠在非剝奪自由的情況下等待本終審上訴之結果。

- 對於同時證實行為人持有毒品既供給自己吸食亦提供給第三人時，法庭必須查證自己吸食及提供予第三人的份量，否則便違反了合法性原則及無罪推定原則；

- 即使原審法庭認定上訴人將持有的毒品一部份用於自己吸食，另一部份伺機提供給他人，原審法庭亦必須要查究多少數量的毒品供自己吸食，多少數量的毒品提供給他人，但原審法庭並沒作出查究，只是簡單地說一半是供給自己，一半是供給他人，無疑是違反了調查原則、合法性原則及無罪推定原則。

- 原審法庭的裁判沾上了獲證明之事實上之事宜不足以作出該裁判的瑕疵。

- 亦未能毫無疑問地認定上訴人購入毒品的目的是伺機提供給他人吸食，根據疑點利益歸於被告原則(*in dubio pro reo*)，被上訴的合議庭應開釋上訴人被判處的一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰的不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪；又或按照刑事訴訟法典第 418 條第 1 款規定，將卷宗發回重審，以查明上訴人購入毒品的目的，是否一半用於自己吸食，一半伺機提供給他人吸食。

- 被上訴的合議庭裁判亦沒載明刑事訴訟法典第 355 條，尤其是第 2 款之規定，而僅限於指出：“... 原審法庭確認的這些事實中，並不存在任何引致無法作出法律適用的漏洞。‘一半’就是一半，是可確定的概念。所以以上訴人所質疑的事實不足以作法律適用的瑕疵的理由不能成立...”，該裁判等於沒說明作出該裁判之依據。

- 這樣，被上訴的合議庭裁判除了違反刑事訴訟法的調查原則、合法性原則及無罪推定原則，同時亦違反刑事訴訟法典第 400 條第 2 款 a 項、第 418 條第 1 款及第 355 條第 2 款之規定，應予廢止。

- 根本沒有證明到上訴人曾出售或提供毒品予他人，或將毒品伺機提供給他人，被上訴的合議庭又怎能說，並不等於法院不能證實上訴人持有毒品的目的是為了賣予或讓予第三者？

- 原審裁判沾上在說明理由方面出現不可補救之矛盾的瑕疵。

- 由於載於起訴書內上訴人將毒品提供給他人的指控不獲證實，便簡單地將在上訴人身上搜到的毒品推定一半是供自己吸食，另一半是伺機提供給他人吸食，原審法庭視為獲證實的這部份明顯沒有證據支持，是不合邏輯同時亦違反一般經驗法則。

- 關於量刑方面，綜合辯方證人丙、丁、戊及與上訴人沒任何關係的監獄社工已在審判聽證時所作證言、載於卷宗第 391 至 395 頁上訴人的社會報告、第 539 至 541 頁之醫療報告、第 535 至 538 頁及第 542 頁之感情受創的證據及第 556 至 557 頁澳門監獄發出的聖誕咭設計獎冠軍及進修之學業成績紀錄，證明上訴人在被捕前是一名嚴重的毒品依賴者，但在被捕之後表現出真誠的悔意，積極改過自身，尤其是長期保持良好行為。

- 在罪過和預防方面，根據上述的所有資料，可得出針對上訴人的過錯和預防需要的減輕屬於明顯的結論。

- 無論原審裁判及被上訴的合議庭裁判均沒有考慮這方面，亦沒說明理由，明顯違反刑法典第 65 條、第 66 條 c 項及 d 項；被上訴的中級法院合議庭同時亦違反刑事訴訟法典第 355 條第 2 款規定，應予廢止。

請求裁定對上訴人觸犯一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰的不法販毒罪的起訴不成立，或廢止被上訴的合議庭裁判，改為特別減

輕上訴人的刑罰，並准以暫緩執行。

檢察院在回應中認為，由於理由明顯不成立，應駁回本上訴。

在本審級，檢察院在其意見書中主要提出了下列立場：

- 本案之焦點在於如何認定上訴人販毒之數量。
- 經驗告訴我們，對於“又吸又賣”的持有毒品案件，查證吸量和賣量相當困難。因為在此類案件中，嫌犯通常是概括的故意，是伺機而動。因此，除非有相當充分的證據，否則認定吸賣的具體量幾乎是不可能的。相反，認定大致的事實（量）才是客觀的，也是可能的。
- 就本案而言，本院認為，聽審中的證據足以支持一個大致的結論，至於上訴人所針對裁判認同的提供及吸食各占二分之一的事實/結論顯然缺乏證據支持。
- 經分析卷宗全部資料，本院認為，並無證據可以證明上訴人持有之毒“其中一半（如此精確的數量）用作提供給他人”。因此，以一半（二分之一）認定販毒量並決定量刑缺乏證據支持。
- 綜合所有證據，更客觀的認定，上訴人提供給他人的毒品應是一個大約的量，它不是一個精確的數字，但卻是一個客觀的事實。
- 本院認為，上訴人認為上訴所針對之裁判審查證據方面明顯有錯誤的理由成立，應廢止被上訴之裁判，並將案件發回，以便就販毒量問題進行重審。

經助審法官檢閱。

二、理據

（一）事實內容

初級法院和中級法院就事實內容的決定如下：

“獲證明之事實：

2007 年 9 月 8 日 18 時許，嫌犯甲前往珠海。

同日 22 時 30 分，治安警察局警員在關閘廣場附近巴士站，將剛從珠海返回澳門之嫌犯甲截停，並將其帶返治安警察局進行調查。

在治安警察局內，治安警察局警員在嫌犯甲身穿之內褲內發現一袋白色粉末及兩個透明膠袋。

經化驗證實，上述白色粉末含有第 5/91/M 號法令附表二 C 中所列之氯胺酮，淨重 77.207 克（經定量分析，氯胺酮之百分含量為 89.80%，重量 69.332 克）。

上述毒品是嫌犯甲於當日早些時候在珠海從身份不明之人處購得，目的是將其中一半留作其自己吸食，一半伺機提供給他人吸食。

治安警察局警員隨後帶同嫌犯甲到其位於地址之住所進行調查。

當時嫌犯甲的弟弟、嫌犯乙以及另外三名朋友正在該單位內消遣。

治安警察局警員在嫌犯甲房間之化妝檯上搜獲一隻玻璃碟；在單位客廳之餐檯上發現一個載有飲管之膠桶；在另一個房間之電腦台上搜獲澳門幣 2,000 圓。

經化驗證實，上述玻璃碟及飲管均沾有第 5/91/M 號法令附表二 C 中所列之氯胺酮。

上述玻璃碟及飲管是嫌犯甲持有之吸毒工具。

上述澳門幣 2,000 圓屬嫌犯乙所有。

嫌犯甲購買上述毒品，目的是將其中一半用於自己吸食，一半伺機提供給他人。

嫌犯甲在自由、自願和有意識的情況下故意作出上述進行為的。

嫌犯甲明知上述毒品之性質和特徵。

其上述行為未得到任何法律許可。

其明知法律禁止和處罰上述行為。

另外證明下列事實：

嫌犯甲在審判聽證中對被歸責的事實保持沉默。

嫌犯甲為初犯。

嫌犯甲被羈押前任職荷官，月薪約為澳門幣 15,000 圓，無需供養任何人；其學歷為初中二年級程度。

未獲證明之事實：

控訴書中其他與獲證明事實不符之事實未獲證明，特別是以下事實：

約自 2007 年 8 月起，嫌犯甲開始從內地取得毒品（主要是氯胺酮）帶回澳門。

嫌犯甲從內地取得毒品的目的是，將其中一部分出售給他人（包括本案嫌犯乙）及自己吸食一部分，並在家中提供給其弟庚、辛、壬及嫌犯乙等人吸食。

2007 年 9 月 8 日 18 時許，嫌犯乙致電嫌犯甲，要求嫌犯甲幫其購買澳門幣 2000 圓（約 14 克）之氯胺酮（俗稱“K 仔”）。

2007 年 9 月 8 日 18 時許，嫌犯甲前往珠海的目的是購買氯胺酮。

嫌犯甲購得的毒品中，其中約 14 克是欲以澳門幣 2,000 圓的價格出售給嫌犯乙，另一部份則留作其自己吸食及伺機提供給他人吸食。

當時，嫌犯乙正在該單位內等候從嫌犯甲處收取其購買之毒品。

上述屬嫌犯乙所有的澳門幣 2,000 圓，是嫌犯乙準備交給嫌犯甲購買毒品之款項。

嫌犯乙從嫌犯甲處購買上述毒品，目的是將其中一小部分用於自己吸食，大部分伺機提供給他人，但礙於警方較早前已將嫌犯甲拘留，故嫌犯乙未能取得上述 14 克氯胺酮。”

（二）被認定事實不足以支持裁判瑕疵，以及對刑事訴訟法典第 355 條的違反

上訴人提出，即使原審法院認定上訴人將持有的毒品一部份用於自己吸食，另一部份伺機提供給他人，原審法院亦應查明多少數量的毒品供自己吸食，多少數量的毒品提供給他人，但原審法庭並沒有作出查究，只是簡單地說一半是供給自己，一半是供給他人，無疑違反了調查原則、合法性原則及無罪推定原則。

同時亦未能毫無疑問地認定上訴人購入毒品是為了伺機提供給他人吸食，要求裁定對上訴人觸犯一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定的不法販毒罪的起訴不成立，或發還案件重審，以查明上訴人購入毒品之目的，以及是否一半用於自己吸食，一半伺機提供給他人吸食。

確實，為了判斷同時吸毒的販毒者觸犯的是第 17/2009 號法律第 8 條

規定的較嚴重的不法販毒罪（或第 5/91/M 號法令第 8 條規定的販毒罪），還是同一法律第 11 條規定的較輕販毒罪（或第 5/91/M 號法令第 9 條規定的少量販毒罪），法院應嘗試查明行為人分別用作本人吸食，以及非供本人吸食的毒品的種類和份量。

初級法院合議庭在審理本案時已考慮上述問題及作出事實判斷。在一審裁判的事實判斷依據中指出：“本合議庭客觀綜合分析了審判聽證中各證人作出之聲明，結合在審判聽證中審查的書證、扣押物證及其他證據後，合議庭認定嫌犯甲持有的毒品並非全部於個人吸食，其中一半用作提供給他人，其行為屬於不法持有毒品。”

也就是說，在被認定的事實中載明，上訴人所持有的淨重 69.332 克氯胺酮中，一半（相當於 34.666 克）是用於本人吸食，而另一半則準備提供給第三者。

上訴人用於準備提供給第三者的相當於 34.666 克的純氯胺酮，已大大超過第 17/2009 號法律第 11 條規定的較輕販毒罪的 3 克氯胺酮（或司法裁判根據舊法第 5/91/M 號法令第 9 條規定的少量販毒罪所定出的 1 克氯胺酮）的限量，其行為完全應定性為第 17/2009 號法律第 8 條規定的不法販毒罪（或第 5/91/M 號法令第 8 條規定的販毒罪），所以，沒有出現被認定事實不足以支持裁判瑕疵。

上訴人又提出，中級法院在審理這個問題時沒有說明裁定其理據不成立的依據，從而違反了刑事訴訟法典第 355 條第 2 款的規定。

但事實並非如此。在現被上訴的合議庭裁判中，中級法院清楚說明原審法院在得出有關事實判斷時所行使的權力及其性質、所謂“一半”作為一個可確定概念的意義，以及上訴人所表達的立場在程序上的價值。

所以，被上訴的合議庭裁判並沒有缺乏理由說明。

（三）說明理由方面不可補正的矛盾

上訴人認為，在被認定的事實和不被認定的事實之間存在無法克服的不相容性：原審法院一方面說上訴人取得毒品之目的，是將其中一半用於自己吸食，一半伺機提供給他人，但另一方面又說證明不到上訴人從內地取得毒品之目的，是將其中一部份出售給他人，及自己吸食一部份，並在家中提供給其弟等人吸食，亦證明不到其中 14 克是欲出售予乙，另一部份則留作自己吸食及提供給他人吸食。

在起訴書中主要指控上訴人從珠海購入毒品作自己吸食又同時提供給他人的用途，主要體現在下列起訴事實：

“嫌犯甲從內地取得毒品的目的是，將其中一部分出售給他人（包括本案嫌犯乙）及自己吸食一部分，並在家中提供給其弟庚、辛、王及嫌犯乙等人吸食。”

“2007 年 9 月 8 日 18 時許，嫌犯乙致電嫌犯甲，要求嫌犯甲幫其購買澳門幣 2000 圓（約 14 克）之氯胺酮（俗稱“K 仔”）。”

“上述毒品是嫌犯甲於當日早些時候在珠海從身份不明之人處購得，目的是將其中約 14 克以澳門幣 2,000 圓的價格出售給嫌犯乙，另一部份則留作其自己吸食及伺機提供給他人吸食。”

經審判聽證後，原審法院僅認定了：

有關“毒品是嫌犯甲於當日早些時候在珠海從身份不明之人處購得，

目的是將其中一半留作其自己吸食，一半伺機提供給他人吸食。”

而起訴書中其他與獲證明事實不符之事實均屬未被認定事實，特別是：

“嫌犯甲從內地取得毒品的目的是，將其中一部分出售給他人（包括本案嫌犯乙）及自己吸食一部分，並在家中提供給其弟庚、辛、壬及嫌犯乙等人吸食。”

也就是說，指控上訴人把部份帶回澳門的毒品出售給同案被告乙和在家中提供給庚等四人吸食的部份沒有獲得證實，而只是證明了上訴人把帶回的毒品留下一半供本人吸食，其餘另一半則準備提供給第三者。

我們看不到在被認定和不被認定事實中存在任何矛盾或不相容的地方，這兩部份事實恰恰清楚地反映了原起訴上訴人的事實和經審判聽證後獲查明的事實的內容及他們之間的差異。

此外，販賣毒品的具體對象、實際數量和時間地點等情節並非販毒罪罪狀的構成要件，所以，即使在本案沒有證明上訴人被指控的向另一被告出售毒品及在家向其弟等四人提供毒品吸食等事實，並不妨礙裁定上訴人觸犯不法販毒罪。

事實上，根據第 17/2009 號法律第 8 條的規定，在不屬該法律第 14 條所指吸毒的情況下，即使純粹非法持有毒品，即觸犯不法販毒罪。

（四）審查證據方面的明顯錯誤

上訴人分析了多名證人，特別是辯方證人的證言，提出原審法院由於

載於起訴書內其將毒品提供給他人的指控不獲證實，便簡單地將在上訴人身上搜到的毒品推定一半是供自己吸食，另一半是伺機提供給他人吸食，視為獲證實的這部份明顯沒有證據支持，不合邏輯同時亦違反一般經驗法則。

司法裁判一直認為，當認定了互不相容的事實，或從一個被認定的事實得出一個邏輯上不能接受的結論，就出現審查證據方面的明顯錯誤。當違反了關於限定證據價值的規則或專業準則時同樣出現這個錯誤。這個錯誤必須是明顯的，連一個普通的觀察者也不會察覺不到。

從一審裁判的事實判斷依據可知，合議庭客觀綜合分析了審判聽證中各證人作出之聲明，結合在審判聽證中審查的書證、扣押物證及其他證據後，作出了認定或不認定某些事實的裁定。

案卷資料沒有顯示任何審查證據方面的明顯錯誤。

刑事訴訟法典第 114 條規定，法官是根據經驗法則和自由心證來對證據作出評價的。

上訴人所提出的是她從本身角度出發對證據所作的理解或判斷，以及認為仍存在的事實疑點，但以此不能質疑法院對證據所作的自由心證，或指法院在審查證據時出現明顯錯誤。

（五）量刑

關於量刑方面，上訴人認為辯方證人及社會報告、醫療報告、澳門監獄發出的學業成績紀錄等文件證明了上訴人在被羈押前是一名嚴重的毒品依賴者，但之後表現出真誠的悔意，積極改過自身，尤其是長期保持良

好行為，針對上訴人的過錯和預防需要亦明顯減輕，提出應根據刑法典第 66 條 c、d 項特別減輕刑罰及暫緩執行。

上述刑法典的條款規定，行為人作出顯示真誠悔悟的行為，特別是對造成之損害盡其所能作出彌補，以及犯罪行為發生已很久，期間行為人保持行為良好，均是特別減輕刑罰的考慮因素。

然而，上訴人的情況並不符合特別減輕刑罰的要求。

對所作出的販毒行為，事後表現悔意對特別減輕刑罰的意義不大，有關犯罪事實亦非發生了很長時間。

被上訴的合議庭裁判已清楚解釋了這方面的立場。

根據適用對上訴人實際較有利的第 17/2009 號法律，上訴人觸犯的不法販毒罪可被處以 3 至 15 年徒刑。

考慮上訴人實施販毒罪的所有情節，包括毒品的性質和數量，其個人狀況，以及一般和特別預防此類罪行的迫切需要，原審法院定出的 6 年徒刑是恰當的。

由於刑罰高於 3 年徒刑，所以不符合刑法典第 48 條第 1 款規定的緩刑條件。

（六）關於撤銷或替代羈押強制措施的請求

在本上訴中，上訴人首先提出了關於一直對其執行的羈押強制措施的問題，認為初級法院在 2009 年 6 月 17 日作出的首個第一審合議庭裁判被中級法院撤銷後，至 2010 年 3 月 24 日才作出了新的一審裁判，但根據刑

事訴訟法典第 199 條第 1 款 c 項和第 2 款的規定，一審有罪判決前羈押期最長為兩年，由於在該期間內未有在第一審作出有效的判刑，對上訴人採取羈押措施的最長存續期間已消滅，所以應因此宣告有關強制措施消滅。又提出一些個人狀況和程序上的因素，解釋對其採取羈押措施所取決的防範要求已適度降低，請求根據刑事訴訟法典第 196 條第 3 款的規定，以其他較輕之措施代替羈押，以便等待本上訴的結果。

根據前面對本上訴理據的審理結果，對上訴人的定罪及判刑的裁判將予以維持，即在本裁判生效後將確定執行有關刑罰，而根據刑事訴訟法典第 198 條第 1 款 d 項的規定，有罪判決確定後，強制措施隨即撤銷，進入裁判執行階段。

因此，對刑事訴訟程序而言，在審理本上訴，即最後一個審級上訴的裁判中，審理應否繼續維持強制措施是沒有意義的。

由於理據明顯不成立，應駁回本上訴。

三、決定

綜上所述，合議庭裁定駁回本上訴。

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，其中司法費定為五個計算單位。

法官：朱健
岑浩輝
葉少芬

2010 年 8 月 16 日。