

第 12/2005 號案件

刑事訴訟程序的上訴

上訴人：甲

被上訴人：檢察院

主題：販賣毒品罪。“少量”麻醉品。二甲(甲烯二氧)苯乙胺。氯胺酮。
持有麻醉品。販賣。個人吸食。訴訟行為利用原則。判決的部分無效。
終審法院在事實方面的審理權。

合議庭裁判日期：2005 年 6 月 1 日

法官：利馬(裁判書制作法官)、岑浩輝和朱健。

摘要：

一、 根據並為第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 和 3 款規定之效力，個人三日內所需之二甲(甲烯二氧)苯乙胺和氯胺酮的淨吸食量分別為 300 毫克和 1000 毫克。

二、 為使行為人之行為構成第 5/91/M 號第 8 條第 1 款規定的罪行，

不一定須要證明持有麻醉品（或同一規定中的其他行為）以便販賣，只需證明持有（或其他行為）之目的不是為了個人或本人吸食。

三、 根據維持法律行為這一法律的一般原則，以及並特別是訴訟行為之利用的訴訟法律原則，如沒有受無效影響之事實足以裁定被告觸犯已被判處之罪行，第一審法院判決在事實方面的部分無效並不導致整個判決無效。

四、 除法律規定的情況外，終審法院在事實方面不具審理權。

裁 判 書 制 作 法 官

利 馬

澳門特別行政區終審法院

合議庭裁判

一、 概述

透過 2005 年 1 月 20 日的合議庭裁判，因被告甲以直接正犯觸犯了 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定和處罰的一項罪行，並根據《刑法典》第 69 條、70 條規定，以累犯論，被初級法院合議庭判處有期徒刑 11 年和罰金 25,000.00（貳萬伍仟）澳門元，罰金可以 150（一百五十）日監禁代替。

向中級法院提起上訴後，該院透過 2005 年 4 月 7 日之合議庭裁判，裁定因上訴理由明顯不成立而拒絕其上訴。

再次不服，向本終審法院提起上訴，並請求：

1. 改變由下級法院作出的法律定性，把第 8 條規定的罪行改為第 9 條，僅判處上訴人觸犯一項第 5/91/M 號法令第 9 條規定的罪行。

2. 撤銷原審判，並把案件發還重審。

3. 無論如何，亦因符合同一法令第 18 條規定之條件而對判處之刑罰予以減輕。

為此，作出如下總結：

1. 在本案中，存在對中級法院作出的合議庭裁判提出質疑的可能性。

2. 上訴人認為被上訴之合議庭裁判存在審查證據時的明顯錯誤以及理據中存有不可補正之矛盾的瑕疵，並因出現此等瑕疵而導致對事實定性的法律錯誤（審判錯誤）以及因在本案中沒有考慮和適用第 5/91/M 號法令第 18 條規定的特別減輕而出現適用法律錯誤。

3. 被質疑的決定中存在的第一點法律錯誤構成違反《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款而導致該決定無效，因為初級法院合議庭在決定把事實適用於第 8 條而不是第 9 條時，沒有指明事實的理由。

4. 考慮到從上訴人所實施的販賣行為中所繳獲的物質的淨重量，其行為僅可以構成第 5/91/M 號法令第 9 條而不是第 8 條的罪行。

5. 只有當認為被告，即上訴人沒有將在其住處搜到的產品用於其本身吸食(對在兩個不同時間從上訴人處繳獲的化學合成品的淨重進行必要之相加後)時，才有可能把其行為歸責於第 8 條。

6. 但第一審法院之裁判沒有提供任何解釋——完全沒有提及其事實結論之理由——該事實是法院把從被告住處繳獲之物質分成兩部分並得出其中一部分用於被告本身吸食而另一部不是的結論。

7. 除了完全沒有提及劃分這一事實之理由外，認定被告沒有將提到的最後兩部分物質〔二甲(甲烯二氧)苯乙胺和氯安眠酮〕用於其本身吸食的結論與第一審法院合議庭認定被告，即上訴人“曾吸食大麻、氯安眠酮、二甲(甲烯二氧)苯乙胺及硝基去氯安定等毒品”(其中，建議包含法院認為不屬於上訴人本身吸食的兩種物質)這一事實存在明顯的矛盾，導致了一個基於純推定的判決，顯然違反了疑點利益歸被告的原則。

8. 根據《刑事訴訟法典》第 360 條規定，當判決“未載有第 355 條第 2 款及第 3 款 b 項所規定載明之事項”時，判決無效。那麼，現顯示第一審法院沒有提及導致其把在上訴人住處繳獲的物質分成兩部分的事實理由，故該合議庭裁判無效。

9. 法官自由心證原則並非不受審查，因為對法律賦予法官的廣泛自

由設定了限制，因為審查證據的自由必須符合尋求事實真相的義務，這就要求必須根據客觀標準來審查證據，以及因此而可以說明理由和受控制。

10. 法院解釋導致其作出該決定的邏輯推理以及清楚顯示導致其自被告住處繳獲的產品中，分辨那些用於販賣，那些用於其本身吸食的判斷程序，這點絕對重要。

11. 除了完全沒有提及劃分這一事實之理由外，認定被告沒有將提到的最後兩部分物質〔二甲（甲烯二氧）苯乙胺和氯安眠酮〕用於其本身吸食的結論與第一審法院合議庭認定被告，即上訴人“曾吸食大麻、氯安眠酮、二甲（甲烯二氧）苯乙胺及硝基去氯安定等毒品”（其中，建議包含法院認為不屬於上訴人本身吸食的兩種物質）這一事實存在明顯的矛盾，導致了一個基於純推定的判決，顯然違反了疑點利益歸被告的原則。

12. 在卷宗內還存有一些原審法院都沒有考慮過的書面材料，該等材料可構成第 5/91/M 號法令第 18 條規定的根本性減輕情節。

13. 上訴人促成了司法警察局逮捕一名毒品販賣者，他被司法警察局和檢察院訊問，並承認其為被告，即上訴人的毒品供應者，基於此，檢察院認為其涉嫌觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條之罪行（...），同時根據事實之嚴重性（...），提議對其實施羈押候審的強制性措施。

14. 從上可見，因被告之具體配合，上訴人協助收集證據從而促成了逮捕一名販毒者，法律將此情形定性為自由減輕處罰或甚至免除處罰的合理事實。

15. 基於從卷宗內未能顯示的理由，該毒販沒有在本案中被檢控和審判，但司法機關的這一決定不能抹掉被告，即上訴人受惠於該例外的減輕情節，但已被原審法院漠視和不予考慮。

16. 因此，必須考慮這一事實並對上訴人處以一項相應減輕的刑罰（無論選擇何種適用的具體處罰）。

17. 被上訴之決定違反了《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款，第 5/91/M 號法令第 8 條（因其適用）及第 9 條和第 18 條（因其沒有適用），還違反了疑點利益歸被告的原則。

在其回應中，**尊敬的助理檢察長**認為因理由明顯不成立而拒絕其上訴。

在其意見中，**尊敬的助理檢察長**維持其針對上訴理由所作的回應中的立場。

二、事實

由原審法院認定及不認定之事實和相關之理由如下：

從2004年1月起，嫌犯甲開始向乙出售毒品。

2004年4月28日22時許，警方人員安排乙致電嫌犯甲，佯稱需要毒品，並與嫌犯甲約定於4月29日零時在〔地址(1)〕大廈門口進行毒品交易。

4月29日零時10分左右，嫌犯甲來到上述約定地點，並被警方人員截查。

截查期間，嫌犯甲將一透明膠袋扔到地上。

警方人員隨即將該透明膠袋撿起，發現內有五片藥片和三個裝有白色粉末的小膠袋，連包裝重量分別為1.13克、1.38克和1.34克。

經化驗證實，上述五片藥片含有第5/91/M號法令附表二A中所列之二甲(甲烯二氧)苯乙胺，共淨重1.883克(定量分析重0.783克)，上述

三包白色粉末含有該法令附表二 C 中所列之氯胺酮，共淨重 2.957 克（定量分析重 2.881 克）。

上述毒品是嫌犯甲從身份不明之人處所取得的，並準備將五片藥片和其中一小袋氯胺酮出售給乙，而其餘亦非用於自己食用。

警方人員拘留嫌犯甲後，到其位於〔地址（2）〕的住所進行搜查，並在該單位內搜獲：

1. 一支自制卷煙；
2. 一張包著白色粉末的澳門幣拾圓紙幣；
3. 八片黑色藥片；
4. 九片淺橙色藥片；
5. 四袋白色粉末；
6. 三包透明膠袋。

經化驗證實，上述自制卷煙含有第 5/91/M 號法令附表一 C 中所列之大麻，淨重 0.239 克；上述全部白色粉末含有該法令附表二 C 中所列之氯胺酮，共淨重 17.940 克（定量分析重 17.541 克）；上述八片黑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，共淨重 3.020 克（定量分析重 1.277 克）；上述九片淺橙色藥片含有該法令附表四中所列之硝基去氯安定，共淨重 1.534 克。

上述毒品是嫌犯甲從身份不明之人處所取得，其取得和持有上述毒品中的自制大麻卷煙、包在澳門幣拾圓紙幣內之氯胺酮、九片淺橙色含硝基去氯安定藥片是用於自己食用，而取得和持有其余毒品，即八片黑色含二甲(甲烯二氧)苯乙胺之藥片及四袋含氯胺酮之白色粉末非用於自己食用。

上述膠袋是嫌犯甲包裝毒品之工具。

嫌犯甲是在自由、自願和有意識的情況下故意作出上述行為的。

其明知上述毒品的性質和特徵。

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：

嫌犯曾吸食大麻、氯胺酮、二甲(甲烯二氧)苯乙胺及硝基去氯安定

等毒品。

嫌犯在調查中主動向警方人員提供單位內藏毒之地點。

嫌犯在審判聽證中對部分被歸責的事實作出自認。

根據嫌犯最新的刑事紀錄證明書，嫌犯不是初犯。

1998年6月4日，嫌犯於本院第五庭CC.88/98號合議庭普通刑事案（今CR2-98-0042-PCC）中因觸犯一項販毒及不法活動罪被判處7年徒刑及5,000圓罰金，或將罰金轉為100日徒刑，即時執行。判決經當時澳門高等法院確認後在1998年10月26日轉為確定。嫌犯在1997年11月17日觸犯上述販毒及不法活動罪。

嫌犯從1997年11月17日開始在監獄服刑，直至2002年7月23日假釋出獄。假釋期間至2004年11月17日止。

假釋期間嫌犯曾從事髮型行業及電腦維修等工作，每月賺取約澳門幣5,000圓。

嫌犯育有一年幼女兒，現由嫌犯母親照顧。

嫌犯在未完成小五課程便因無心向學而輟學。

在同一裁判內有如下**未經證明之事實**：

載於控訴書其餘與已證事實不符之重要之事實，具體如下：

2004年4月29日零時10分左右，嫌犯甲扔到地上的所有毒品是嫌犯準備出售給乙。

嫌犯甲取得和持有警方人員在嫌犯單位內所搜獲的一支自制大麻卷煙、包在澳門幣拾圓紙幣內之氯胺酮及九片淺橙色含硝基去氯安定藥片等毒品非用於自己食用。

另外亦未經證明：

嫌犯取得和持有扔到地上的兩包氯胺酮、在嫌犯單位內搜獲的八片含二甲(甲烯二氧)苯乙胺黑色藥片及四袋含氯胺酮白色粉末是用於自己食用。

*

事實之判斷：

嫌犯在審判聽證中自認從不明之人處取得被警方查獲時扣押之毒品，其中部分是提供予乙的，嫌犯亦自認藏有在單位內所搜獲的毒品，但解釋所有均為用於自己食用。

負責調查案件的司法警察局人員在審判聽證作出聲明，客觀地描述嫌犯被截查及拘捕時之表現。

嫌犯辯護人曾提出警方人員安排乙致電嫌犯要求取得毒品之行為屬誘發嫌犯的犯罪意圖的行為。

正如終審法院2002年6月27日在第2/2002號案件之判決摘要所述：

根據第5/91/M號法令第36條第1款的規定，在進行刑事調查時，偵查人員可以假裝與犯罪者合作，直接或透過第三者收取其提供的毒品，從而收集販毒罪行的證據。這是專為有效撲滅毒品犯罪而制訂的規範，但在該規範訂定的範圍內執行有關行為時不應違反《刑事訴訟法典》第113條規定的禁止採用的取證方法的規定。

這種調查行為可以是對一個已在進行的犯罪活動提供協助，從而知悉有關行為的情況，但不能變成推動或慫恿犯罪活動的進行。要嚴格區分提供機會以發現已經存在的犯罪和誘發一個還不存在的犯罪意圖兩種情況。

當嫌犯一直進行販毒活動的意圖是完全自主地形成的，警方部署的假裝毒品買賣沒有促成這個一直在進行中的犯罪活動或上訴人的犯罪意圖，而只是把它們顯現出來，這並不構成《刑事訴訟法典》第113條第2款a)項所指的以欺騙手段進行的取證，也沒有超出第5/91/M號法令第36條第1款允許的範圍。

本案中，已證實從2004年1月起，嫌犯甲開始向乙出售毒品，嫌犯一直進行販毒活動的意圖是完全自主地形成的，因此，警方人員安排乙致電嫌犯要求取得毒品之行為是屬於提供機會以發現已經存在的犯罪的情況，而非誘發一個還不存在的犯罪意圖的情況。

本合議庭客觀綜合分析了嫌犯及證人之聲明，在審判聽證中審查的書證、扣押物證及其他證據後認定上述事實。

經分析由於嫌犯所取得和持有之毒品數量相當巨大，且嫌犯亦有將毒品提供予他人之行為，因此，本合議庭認定除少量毒品外，嫌犯所取得和持有之其餘大量毒品並非用於自己食用。

三、 法律

(一) 要解決的問題

第一個問題是想知道，面對在馬路上從被告處繳獲並作為販賣目的的麻醉品的重量，〔五片二甲（甲烯二氧）苯乙胺，淨重為 1.883 克，其中定量分析為重 0.783 克以及含有氯胺酮，淨重為 2.881 克的產品〕，其行為構成第 5/91/M 號法令第 9 條的罪行，還是如被上訴裁判裁定那樣，構成第 8 條第 1 款規定的罪行。

第二個問題是想知道，以上訴人之理由成立出發——即是，面對在馬路上從被告處繳獲並作為販賣之目的的麻醉品的重量，被告之行為應構成第 5/91/M 號法令第 9 條的罪行——是否因第一審法院之裁判沒有提供任何解釋即把從被告住處繳獲的物質分成兩部分並得出其中一部分用於被告本身吸食而另一部分不是的結論而違反了《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款的規定。

最後一個要解決的問題是，是否因上訴人促成司法警察局逮捕了一名麻醉品販賣者而又沒有予以特別減輕處罰，從而違反了第 5/91/M 號法令第 18 條之規定。

(二) 二甲(甲烯二氧)苯乙胺。少量麻醉品。

與上訴人之上訴陳述相反，終審法院的司法見解一向認為，根據並為第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 和 3 款規定之效力，個人三日所需的二甲(甲烯二氧)苯乙胺的吸食淨量為 300 毫克，而不是 900 毫克，一如於 2004 年 7 月 16 日在第 24/2004 號上訴案中作出的合議庭裁判所表明那樣。

好了，因為上訴人已承認他擁有淨重 0.783 克的二甲(甲烯二氧)苯乙胺並用於販賣，那麼他的行為已足以構成第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款而不是第 9 條之罪行。

再者，他還持有——不用於本身吸食——淨重 2.881 克的純氫胺酮。好，事實是本院於 2003 年 3 月 5 日在第 23/2002 號上訴案中作出的合議庭裁判認為，為著第 5/91/M 號法令第 9 條之效力，個人三日所需的氫胺酮的吸食淨量為 1000 毫克，僅該事實，也足以因上訴人觸犯提到的第 5/91/M 號法令第 8 條而判處他。

事實上，從對第 5/91/M 號法令第 8 條和第 23 條聯合解釋可以得出，為構成上指的罪行，一定要證明的事實不是持有麻醉品(或同條規定的其他行為)以便販賣，而是僅僅持有(或其他行為)且不是用於個人或本身

吸食。

(三) 分析第二個問題已毫無意義。訴訟行為利用原則。

因此，是否因初級法院裁判中沒有指明事實的理由而構成裁判之無效，探討此問題已變得毫無意義，因為上訴人僅對裁判中涉及其在家中持有的麻醉品部分有異議。好了，如前述，光因他在馬路上持有的物質已足以構成且已被判處的第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定和處罰的罪行。

確實，即使所提到的裁判中的那部分無效，根據維持法律行為這一法律的一般原則，以及並特別是訴訟行為之利用的訴訟法律原則，無效之宣告僅涉及受影響的裁判部分，不影響其他。除其他條文外，後一原則已規定於《刑事訴訟法典》第 109 條第 3 款（無效之宣告不妨礙對所有不受該宣告之效力影響而仍能保留之行為加以利用）及《民事訴訟法典》第 147 條第 2 款最後部分（行為之一部分無效並不影響不取決於該部分之其他部分）¹中。

當然，在同一罪行內，所搜獲的麻醉品的重量多少會影響到刑罰之確定。但上訴人沒有就此提出任何相關問題。

¹ 關於此一原則，A. ANSELMO DE CASTRO，*《Direito Processual Civil Declaratório》*，科英布拉，Almedina，1982，第三卷，第 111 頁。

(四) 第 5/91/M 號法令第 18 條。終審法院在事實方面的審理權。

上訴人提出，因上訴人促成司法警察局逮捕一名麻醉品販賣者而又沒有給予上訴人特別減輕處罰，因此被上訴之裁判違反了第 5/91/M 號法令第 18 條。

為立即拒絕這一觀點，沒有必要援引終審法院根據該規定所確定的實施減輕或免除處罰的要件的司法見解，如於 2004 年 7 月 28 日在第 20/2004 號上訴案中所作的合議庭裁判，因為除法律規定的特別情形外(第 9/1999 號法律——司法組織綱要法第 47 條第 2 款——和刑事訴訟法典第 400 條第 2、3 款)，終審法院在事實方面沒有審理權。而由在事實方面具審理權的中級法院和初級法院〔司法組織綱要法第 39 條、第 23 條第 6 款 1) 項以及刑事訴訟法典第 355 條第 2 款〕所認定的事實中，並無載有任何有關逮捕其他麻醉品販賣者的事實。因此，所提出的問題不成立。

四、 決定

綜上所述，因理由明顯不成立而拒絕上訴。

訴訟費用由上訴人承擔，其中司法費為 4 個計算單位，另因上訴被拒

絕而支付 5 個計算單位。

2005 年 6 月 1 日於澳門。

法官：利馬（裁判書製作法官）— 岑浩輝 — 朱健