

上訴案第 681/2009 號

日期：2009 年 10 月 29 日

- 主題：
- 審查證據的明顯錯誤
 - 法律在時間上的適用

摘 要

- 一. 存在審查證據方面的明顯錯誤的瑕疵的結果並不可能引致開釋嫌犯的決定，而是發回重審。
- 二. 上訴人所指出被上訴的合議庭裁判在沒有證據支持的情況下認定上訴人持有毒品以供他人使用，僅僅是用以質疑原審法院的自由心證，或單純地不同意原審法院依此自由心證認定的事實。這是為《刑事訴訟法》第 114 條所禁止的。
- 三. 對上訴人的有罪判決因在本案中仍處於平常上訴階段，所以仍未轉為確定。因此，儘管我們認為上訴人的上訴理由明顯不能成立予以駁回，也不影響我們現在按照刑法典第 2 條第 4 款的規定考慮適用於上訴人的刑法制度，查明在具體上對他較有利的規定。
- 四. 關於販毒罪的基本罪狀，即不是舊法中的少量販毒或新法中的較輕販毒，有關刑幅從 8 至 12 年徒刑及罰金改為 3 至 15 年徒刑。立法者通過擴大徒刑的上下限，讓法院在量刑時更具彈性，目的是減輕像在舊法生效時那樣，對那些嚴重性不是輕微但也沒有達到相當程度的販毒個案的刑事處罰的嚴厲性，同時對那些嚴重程度較顯著的販毒個案作出更嚴厲的處罰。

裁判書製作人 蔡武彬

上訴案第 681/2009 號

上訴人：A

被上訴決定：初級法院有罪判決

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

澳門特別行政區檢察院控訴嫌犯 A (XXX) 以直接正犯及既遂方式觸犯了：

- 一項於 1 月 28 日公佈之第 5/91/M 號法令第 8 第 1 款所規定及處罰的販毒罪；
- 一項於同法令第 23 條 a)項所規定及處罰的不法取得或持有毒品作個人吸食罪；及
- 一項於同法令第 12 條所規定及處罰的煙槍及其他器具之不法持有罪；

初級法院合議庭經過審理判處嫌犯以直接正犯及既遂方式觸犯了：

- 一項於 1 月 28 日公佈之第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款所規定及處罰的販毒罪，判處 8 年 9 個月徒刑，以及罰金澳門幣 20,000 圓或轉為 120 日徒刑；
- 一項於同法令第 23 條 a)項所規定及處罰的不法取得或持有毒

品作個人吸食罪，判處 2 個月徒刑；及

- 一項於同法令第 12 條所規定及處罰的煙槍及其他器具之不法持有罪，判處 3 個月徒刑。

三罪競合，合共判處 9 年實際徒刑，以及罰金澳門幣 20,000 圓或轉為 120 日徒刑的單一刑罰。

嫌犯 A 不服判決，對此提起了上訴，認為：

- 上訴人講述沒有將在其家中被扣押的大部份冰毒出售予他人。
- 警方僅認為有跡象顯示上訴人持有的冰毒並非供其個人吸食。
- 因此，被上訴的合議庭裁判在沒有證據支持的情況下認定上訴人持有毒品以供他人使用，沾有了審查證據方面的明顯錯誤（刑事訴訟法典第 400 條第 2 款 c 項）之瑕疵，更何況警方僅認為有跡象顯示上訴人持有的冰毒並非供其個人吸食。

檢察院對上訴作出了答覆認為上訴理由不成立（其答覆狀載於卷宗第 233-236 頁）。

駐本院的尊敬的助理檢察長閣下提交了法律意見書，其內容載於卷宗第 248-249 頁。

本院接受了嫌犯的上訴後組成合議庭進行審理，經過各助審法官的閱卷並召開了評議會，一致作出以下判決：

一、事實部份

原審法院認定了以下事實：

- 二零零八年七月三十一日下午五時，治安警員在高美士街近利新大廈門外將嫌犯 **A** 截停檢查。
- 治安警員當場在嫌犯 **A** 手持的兩透明膠袋內分別檢獲一粒及十粒紅色藥丸。
- 經化驗證實，上述紅色藥丸淨重為 1.009 克，含有一月廿八日第 5/91/M 號法令附表二 **B** 中所管制之“甲基苯丙胺”及“N,N-二甲基安非他命”（經定量分析，“甲基苯丙胺”之百分含量為 17.04%淨重為 0.172 克）。
- 上述毒品俗稱“麻古”，是嫌犯 **A** 於當天 1 時在 **XXX** 中心 **XXX** 樓陽台處向一身份不明叫“**B**”的男子以澳門幣 1,100 圓購得的，以便再以澳門幣 1,400 圓的價格出售於一身份不明叫“**C**”的女子。
- 同日，治安警員前往嫌犯 **A** 位於 **XXX** 街 **XXX** 大廈 **XXX** 樓 **XXX** 座的住所進行搜查，在嫌犯 **A** 房間內睡床底下一個紫色眼鏡盒內搜獲二十個透明膠袋內均裝有一些的晶體，以及另一個透明膠袋內裝有一粒紅色藥丸及一些晶狀粉末；在電視機上檢獲一個經改裝頂端插有飲管裝有液體的塑膠樽；在電視櫃的抽屜內檢獲兩個打火機，一袋四十四支飲管，兩張錫紙及一卷錫紙；六十二個透明小膠袋，一個“Diamond”牌電子磅，一個銀色眉鉗；另外，治安警員亦扣押了嫌犯 **A** 的一部 NOKIA 手提電話。
- 經化驗證實，上述二十個透明膠袋內的晶體淨重共 7.505 克，含有一月廿八日第 5/91/M 號法令附表二 **B** 中所管制之“甲基苯丙胺”及“苯丙胺”（經定量分析，“甲基苯丙胺”之百

分含量為 80.07%淨重為 6.009 克);上述透明膠袋內的一粒紅色藥丸淨重 0.093 克,含有同一法令附表二 B 中所管制之“甲基苯丙胺”(經定量分析,“甲基苯丙胺”之百分含量為 17.11%淨重為 0.016 克);該透明膠袋內的晶狀粉末含有同一法令附表二 B 中所管制之“甲基苯丙胺”的粉末,淨重 0.061 克(經定量分析,“甲基苯丙胺”之百分含量為 79.86%淨重為 0.049 克)。

- 同時,上述六十二個膠袋及打火機上沾有一月廿八日第 5/91/M 號法令附表二 B 中所管制之“甲基苯丙胺”電子磅及眉鉗均沾有同一法令附表二 B 中所管制之“甲基苯丙胺”及附表二 C(經五月二日第 4/2001 號法律修改)中所管制之“氯胺酮”的痕跡;經改裝的塑膠樽、飲管及其內之液體淨重 185 毫升均沾有及含有同一法令附表二 B 中所管制之“苯丙胺”、“甲基苯丙胺”、“N,N-二甲基安非他命”、附表二 C (經五月二日第 4/2001 號法律修改)中所管制之“氯胺酮”及附表一 B 中所管制之“可卡因”的痕跡;上述一卷錫紙沾有同一法令附表一 B 中所管制之“可卡因”的痕跡。
- 上述毒品是嫌犯 A 於 2008 年 7 月 31 日 13 時至 14 時,向一身份不明叫“D”的內地男子處購得,目的除用作個人吸食外,主要將大部分,超過 0.3 克的“甲基苯丙胺”用於出售予他人。
- 上述六十二個透明膠袋、電子磅及眉鉗是嫌犯 A 包裝及分銷毒品之工具。
- 上述經改裝的膠樽、打火機、飲管及錫紙均是嫌犯 A 用作吸食毒品的裝備。
- 上述手提電話是嫌犯 A 從事販毒活動時之聯絡工具。
- 嫌犯 A 清楚認識上述毒品之性質和特徵。

- 其購買、收藏或持有上述毒品，目的除用於個人吸食之外，亦用於向他人出售及讓予，以獲得或企圖獲得金錢報酬。
- 其明知法律不容許仍持有塑膠樽、打火機及錫紙用作吸食毒品之工具。
- 其是在自由、自願及有意識的情況下故意作出上述行爲。
- 其明知上述行爲法律禁止和處罰。

另外證明下列事實：

- 根據刑事紀錄證明，嫌犯爲初犯。
- 嫌犯聲稱被羈押前在內地經營餐飲食業務，嫌犯需照顧父親及繼母，嫌犯尚有一名已另組家庭的姐姐。嫌犯學歷爲小學畢業。

未經證明之事實：

- 沒有重要之事實有待證明。

原審法院在指出供其形成自由心證的證據時寫道：

- 嫌犯在審判聽證中作出聲明，自由及不受任何脅迫不承認部份被歸責之事實。
- 多名治安警員在審判聽證中作出聲明，客觀及清楚地講述了截查嫌犯及在嫌犯身上和住所搜出扣押於卷宗的毒品及器具的經過。
- 卷宗內的化驗報告證實了被扣押物質的毒品含量及相關重量。

- 本合議庭客觀綜合分析了嫌犯及各證人在審判聽證所作的聲明，結合在審判聽證中審查的書證、扣押物證及其他證據後，尤其考慮到嫌犯持毒品的份量，以及持有包裝及分銷毒品的工具，合議庭可認定嫌犯實施了被歸責的事實。

二、法律部份

（一）上訴標的的審理

根據上訴人提出的上訴理由以及在其摘要中所提出的問題，我們需要審理的問題在於考慮原審法院在審查證據方面是否存在明顯錯誤，因為上訴人講述沒有將在其家中被扣押的大部份冰毒出售予他人，而警方亦僅認為有跡象顯示上訴人持有的冰毒並非供個人吸食。最後，上訴人基於這理由要求開釋嫌犯的販毒罪。

我們認為上訴人的上訴理由明顯不成立。

首先，我們不妨再次強調，存在審查證據方面的明顯錯誤的瑕疵的結果並不可能引致開釋嫌犯的決定，而是發回重審。

其次，上訴人所指出被上訴的合議庭裁判在沒有證據支持的情況下認定上訴人持有毒品以供他人使用，僅僅是用以質疑原審法院的自由心證，或單純地不同意原審法院依此自由心證認定的事實。這是為《刑事訴訟法》第 114 條所禁止的。

我們知道，在審查證據方面的明顯錯誤是指法法院在認定事實方面出現錯誤，即被法院視為認定或未認定的事實與實際在案件中應被認定或不應被認定的事實不相符，或從某一被視為認定的事實中得出一個邏輯上不可被接受的結論，又或者法院在審查證據時違反了必須遵守的有關證據價值的規則。這種錯誤必須是顯而易見的錯誤，以至於不會逃過普通觀察者的眼睛，任何普通人都很容易就能發現它的存在。

而根據原審法院指出的形成自由心證的證據以及其認定事實的簡單理由，尤其在“客觀綜合分析了嫌犯及各證人在審判聽證所作的聲明，結合在審判聽證中審查的書證、扣押物證及其他證據後，尤其考慮到嫌犯持毒品的份量，以及持有包裝及分銷毒品的工具”後，認定了上訴人被歸責的事實，單憑這點，已經可以肯定很明顯地不存在上訴人所指的明顯錯誤。

不但如此，我們單從已證的其他事實也完全可以推斷出“上訴人持有毒品以供他人使用”的事實。

除了已證中明確地證實了“上述毒品俗稱“麻古”，是嫌犯 A 於當天 1 時在 XXX 中心 XXX 樓陽台處向一身份不明叫“B”的男子以澳門幣 1,100 圓購得的，以便再以澳門幣 1,400 圓的價格出售於一身份不明叫“C”的女子”的事實可以確定“上訴人持有毒品以供他人使用”之外，從原審法院認定的在嫌犯 A 的住所裏面搜到的內裝有一些的晶體二十個透明膠袋、一袋四十四支飲管、兩張錫紙及一卷錫紙、六十二個透明小膠袋、一個“Diamond”牌電子磅等物品的事實來看，可以毫無疑問地肯定上訴人不單單是吸食毒品，更多的是將這些毒品出售給別人的結論。

因此，上訴人的上訴應予以駁回。

（二）法律在時間上的適用——依職權審理

在本上訴案的審理期間，新的《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物法律》（2009 年 8 月 10 日公佈的第 17/2009 號法律）於 2009 年 9 月 10 日開始生效。而新法律基本維持原有的第 5/91/M 號法令的體系結構和與毒品有關的罪狀。那麼，這就產生了必須考慮《刑法典》第 2 條第 4 款的規定刑事法律在時間上的適用的問題。

《刑法典》第 2 條第 4 款規定：“如作出可處罰之事實當時所生

效之刑法規定與之後之法律所規定者不同，必須適用具體顯示對行為人較有利之制度，但判刑已確定者，不在此限。”

對上訴人的有罪判決因在本案中仍處於平常上訴階段，所以仍未轉為確定。因此，儘管我們認為上訴人的上訴理由明顯不能成立予以駁回，也不影響我們現在按照刑法典第 2 條第 4 款的規定考慮適用於上訴人的刑法制度，查明在具體上對他較有利的規定。¹

具體比較“意味着法院將根據每一項可適用的法律來進行確定具體刑罰的整個程序。當然，除非屬顯而易見，通過簡單抽象的考量便會得出其中一項法律是明顯有利於另一項的。”²

上訴人被判處：

- 第 8 條第 1 款的販毒罪：8 年 9 個月的徒刑以及 20000 元的罰金或 120 天的徒刑；
- 第 23 條的吸毒罪：2 個月的徒刑；
- 第 12 條不法持有煙槍及其他器具罪：3 個月的徒刑。

新生效的第 17/2009 號法律分別在第 8 條、第 14 條以及第 15 條規定了“不法販毒罪”、“不法麻醉品及精神藥物罪”以及“不適僮持有器具或設備罪”，與第 5/91/M 號法令第 8 條、第 23 條以及第 12 條規定的罪行類似。

讓我們分別看看。

第 17/2009 號法律第 8 條（不法販賣麻醉藥品及精神藥物）規定：

“一、在不屬第十四條所指情況下，未經許可而送贈、準備出售、

¹ 見終審法院第 26/2009、27/2009、28/2009 號上訴案。

² Américo A, Taipa de Carvalho 著，《Sucessão de Leis Penais》，科英布拉出版社，科英布拉，2008 年第三版，第 247 頁。

出售、分發、讓與、購買或以任何方式收受、運載、進口、出口、促成轉運或不法持有表一至表三所列植物、物質或製劑者，處三年至十五年徒刑。

二、已獲許可但違反有關許可的規定而實施上款所指行為者，處四年至十六年徒刑。

三、如屬表四所列植物、物質或製劑，則行為人處下列徒刑：

(一) 屬第一款的情況，處六個月至五年徒刑；

(二) 屬第二款的情況，處一年至八年徒刑。”

因此，關於販毒罪的基本罪狀，即不是舊法中的少量販毒或新法中的較輕販毒，有關刑幅從 8 至 12 年徒刑及罰金改為 3 至 15 年徒刑。立法者通過擴大徒刑的上下限，讓法院在量刑時更具彈性，目的是減輕像在舊法生效時那樣，對那些嚴重性不是輕微但也沒有達到相當程度的販毒個案的刑事處罰的嚴厲性，同時對那些嚴重程度較顯著的販毒個案作出更嚴厲的處罰。³

上訴人涉及的毒品份量有：

(1) 10 粒紅色藥丸（“麻古”）淨重 1.009 克，其中含有

- Metanfetamina: 0.172 克， 以及

- N,N-Dimetanfetamina。

(2) 20 小袋的透明晶體，淨重 7.505 克，含有：

- Metanfetamina 6.009 克， 以及

- Anfetamina

³ 見終審法院第 26/2009 及 28/2009 號上訴案的判決。

(3) 10 粒紅色藥丸 (0.093 克) 和晶狀粉末 (0.061 克), 分別含有:

- Metanfetamina 淨重 0.065 克

總共 6.246 克 Metanfetamina。

根據新法每日的用量參考表, metanfetamina 是 0.2 克, 而符合銷量販毒罪的最高數量是這個數量的 5 倍, 即超過 1 克的份量。

根據已證事實, 上訴人從他人購得的毒品除了用作個人吸食外, 主要將大部分的 metanfetamina 用於出售予他人。

雖然, 這裡的“大部分”是不確定的概念, 但是我們起碼可以肯定是指超過所有份量的一半。那麼, 超過一半的分量起碼是可以視為較輕的販毒罪最高份兩三倍。毫無疑問, 上訴人的行為符合第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定的罪狀, 現應根據新法定出具體刑罰。

因此, 在本案中, 考慮和犯罪有關的所有情節, 特別是上訴人的個人經濟狀況、為初犯、實施犯罪的方式、一般預防的迫切需要, 對上訴人應定出 4 年零 3 個月徒刑的刑罰。

另外, 在新的法律中已經沒有罰金的處罰規定。

因此, 就販毒罪來說新法顯得對嫌犯較有利, 對其應適用該刑法制度。

其次, 我們看看吸毒罪以及不法持有煙槍或其他器具罪。

新法第 14 條的規定的吸毒罪除了在罰金方面有不同的表述外, 基本上保持一致。但是, 我們覺得在新的法律下, 判處 1 個月零 15 天是適當的。因此, 我們應該適用新法, 對上訴人具體有利。

而第 15 條規定的刑罰, 從原來的最高一年降至最高三個月的徒刑或 60 天罰金, 這明顯比原來的法令的第 12 條的刑罰較輕。

因此，我們覺得在新法的框架下，判處 1 個月零 20 天的徒刑適當的。

以上兩罪我們都不選擇罰金，因為罰金達不到預防犯罪的目的。

而三罪並罰，我們認為對上訴人適用 4 年零 4 個月的徒刑是合適的。

現在我們可以作出決定了。

三、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人的上訴理由明顯不成立，予以駁回。

根據刑法典第 2 條第 4 款的規定，對嫌犯適用較有利的刑法制度，因此裁定上訴人觸犯：

- 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，判處 4 年零 3 個月的徒刑。
- 一項同一法律第 14 條所規定及處罰的不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，判處 1 個月零 15 天徒刑；及
- 一項同一法律第 15 條所規定及處罰的不法持有器具及其他吸毒設備罪，判處 1 個月零 20 天徒刑。

三罪競合，合共判處 4 年零 4 個月徒刑。

判處上訴人繳付本上訴的訴訟費用，還須支付四個計算單位的司法費以及指定辯護人代理費 1000 澳門元。

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。

澳門特別行政區，2009年10月29日

蔡武彬

José M. Diaz Azedo (司徒民正)

陳廣勝

(附表決聲明)

就澳門中級法院第 681/2009 號刑事上訴卷宗
2009 年 10 月 29 日合議庭裁判書的

表 決 聲 明

本人認為，根據 2009 年 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 8 條和第 14 條的規定，如案中有充份證據顯示嫌犯所支配的受該法管制的物品是全部供其本人吸食，則法院應判處其祇犯有第 14 條所指的「不法吸食」罪；但倘嫌犯所支配的物品非僅供其個人吸食，則法院應以第 8 條的「不法販賣」罪論處。當然，在這情況下，由於「不法販賣」罪的刑幅較「不法吸食」罪為重，前者刑責已吸收後者刑責，法院在對嫌犯作出「不法販賣」有罪判決時，就不應裁定其也犯有「不法吸食」罪。

在本案中，既然原審法院已查明嫌犯 A 所支配的受該法律管制的物品的大部份是用於出售予他人，本上訴庭在適用該法律時，便應把嫌犯的「不法吸食」控罪開釋。

此外，根據該法第 11 條第 2 款的規定，法院在衡量「不法販賣」罪的「不法性是否相當輕」時，應特別考慮嫌犯所支配的受該法管制的物品的全部數量是否不超過相關物品「每日用量參考表內所載數量的五倍」，即使當中部份數量是供嫌犯本人吸食亦然。

據此，本人考慮到警方在本案嫌犯身上和住所處所搜獲且由其支配的受法律管制的物品的全部數量，主張根據上指法律第 8 條，應對嫌犯的一項「不法販賣」罪處以六年徒刑，並須開釋嫌犯的「不法吸食」控罪。

基上述，本人不能認同裁判書製作人和第一助審法官在本合議庭就 A 上述兩罪的刑責問題所持的法律見解，並因此在表決合議庭這部份裁判時投下反對票。

澳門，2009 年 10 月 29 日。

第二助審法官

陳廣勝