

(譯本)

上訴標的及其審理範圍
《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款瑕疵的非依職權審理
獲證明的事實事宜不足以支持裁判
訴訟標的
依職權調查的權力
調查措施
犯罪的法律定性中審判錯誤
審判者的自由心證
1 月 28 日第 5/91/M 號法令
販賣麻醉品罪的法益
抽象或推定危險犯
少量販賣
販賣 — 吸食者
吸食麻醉品
證據審查中的明顯錯誤

摘要

一、上訴法院只解決上訴人具體提出並且由上訴理由闡述結論所限定的問題，而結論中未包含的問題則轉為確定，另一方面，法院只裁判這些問題，而不審理上訴人據以支持其訴求的全部依據。

二、澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a、b 及 c 項所規定的三種瑕疵，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。

三、事實上，《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”提出時才能說明依據第 418 條第 1 款移送卷宗為合理。因此澳門《民事訴訟法典》第 650 條不可補充適用於可能發現《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項及／或 b 項規定的情況。

四、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得出的法律結論時，方有獲證明之事實事宜不足以支持裁判之瑕疵。它與簡單的證據不足無關。

五、訴訟標的歸根結底由控訴書描述的事實事宜所界定，由此，在原審法院之案件辯論應在所有不利於嫌犯方面，限於訴訟標的，但不妨礙依《刑事訴訟法典》第 321 條，原審法院為發現真相而對有利於嫌犯之一切事宜行使依職權調查權力。

六、原審法院未就控辯內容或案件辯論內容採取調查措施，並不能導致獲證明的事實事宜不足以支持裁判，因為這種採取措施的不充分並不來自被上訴裁判的文本，因此正好相反，它本來應當在調查證據之審判聽證期間被察覺並向原審法院提出聲請 — 以遺漏《刑事訴訟法典》第 107 條第 2 款 d 項第二部分規定的發現事實真相所必不可少的措施為依據主張程序的無效 — 以便能夠進行此等措施。

七、上訴人將其觀點強加於被上訴法院確定的事實事宜，它清楚地區別於獲證明的事實事宜是否不足以支持裁判問題，而且他不能這樣做，因為不能忘

記依照《刑事訴訟法典》第 114 條的事實事宜審判中作出的自由審查是不可審查的，除非有抵觸人類生活經驗法則或者職業操守的明顯錯誤。

八、如判處所必需的事實事宜查明中無漏洞，則原審法院關於其審判的犯罪之法律定性方面的審判錯誤，不同於獲證明的事實事宜不足以支持裁判的情況。

九、第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款販賣罪擬保護的法益是身心兩方面之公共健康，因此，販賣罪是抽象或推定危險犯，該罪的既遂不要求存在著一項真實的或實際的損害，僅對受保護的法益造成損害的風險和危險就已經足夠。

十、為著適用第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款，第 9 條不絕對要求在任何具體情況中均須以淨重來確定有關物質或製劑之量。因為，為著該條第 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具體量值，應按經驗法則及有權限實體之自由心證評價。

十一、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”。

十二、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所需之吸食量來評估該行為人使用毒品的需要。

十三、因此，在已經證實行為人知道有關搖頭丸內含的特定麻醉性物質為法律所禁止的特徵及性質的情況下，他仍然按自由意志而非以本著尋找該等物質或製劑供自己使用的排他目的“販賣”這些物質，且明知這樣做將違反法律，因此該行為人必須以第 5/91/M 號法令第 8 條犯罪的直接正犯的名義受處罰，除非審理案件的有權限法院（並且只有這個審判實體）認為：按照第 5/91/M 號法令第 9 條第 5 款的精神，即根據其自由心證及經驗法則，證實內含此等麻醉物質的有關藥片之量“不超過個人三日內所需吸食量”，在這種情況下，僅對行為人按照第 5/91/M 號法令第 9 條較輕幅度處罰。

十四、另一方面，只要未證明作出販毒的排他目的是為了取得物質或製劑供個人吸食，就不應當適用第 5/91/M 號法令第 11 條第 1 款描述的販賣 — 吸食者罪的減輕罪狀。

十五、同樣，只要法院不認為在嫌犯控制中搜獲的毒品總量為少量，就亦不應當適用第 5/91/M 號法令第 9 條的少量販賣罪的減輕罪狀（參閱該法令第 9 條第 3 款的標準），而不論查明犯罪行為人控制中搜獲的毒品中有多少份額或部份，是用於自己吸食或向第三人提供的問題，因為第 9 條歸罪規範並沒有為著其適用的效果而作出這種區別。

十六、鑑於販毒罪中的有關法益，以及保護該法益的必要性，在處罰販毒行為中，應當考慮嫌犯在特定階段販賣的全部數量，而不是特定時刻販賣的總量，因此第 5/91/M 號法令之少量販賣罪與該法令第 8 條販賣罪之間不能有確實的真實競合。

十七、已經證實在嫌犯控制中搜獲毒品的全部之量，其目的在於自己吸食及向第三人提供，而毒品全部之量不能被視為少量，故嫌犯必須作為以既遂形式觸犯的實際真實競合的兩項故意犯罪 — 第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的販毒罪以及該法令第 3 條規定的吸食罪 — 之直接正犯受審。

十八、僅當被視為獲證明之事實本身互不相容在普通人看來是明顯可見的，即被視為獲證明之事實或未獲證明之事實與實際獲證明之事實或未獲證明之事實不相吻合，又或從被視為獲證明之事實中得出邏輯上不能接受之結論時，在審查證據方面才明顯有錯誤。換言之，證據審查中的明顯錯誤必須是顯

著的、明顯的及一目了然的，以致審判者在認定經證明或未經證明之事實時有矛盾及錯誤是明顯的。

十九、提出這種瑕疵不應當以質疑審判者的心證為目的，根據《刑事訴訟法典》第 114 條，這種心證基於一項在直接及親身審判中，在批評性自由審查後有意識地作出的一個決定，因此，按常識確認原判絲毫不抵觸得出的結論時，中級法院不可審查第一審法院形成的某種意義之心證。

二十、確實，證據審查中的明顯錯誤完全無關審判者事實上的裁判與上訴人本人認為的應當作出的裁判之間的可能不符，後者沒有任何法律上的重要性，顯然這種不符也不具司法上之重要性。因此，當嫌犯只是將其調查證據方面之純粹主觀看法強加於人，且與原判所載資料毫不相干時，就不具備該瑕疵。

二十一、如不存在上訴人據以支持其再次調查證據訴求的瑕疵，就欠缺為此效果的一項基本前提，故根本沒有必要聽證在當時審判聽證中向原審法院作出的聲明的磁帶錄音記錄。只是為查明是否存在《刑事訴訟法典》第 415 條第 1 款要求的再次調查證據的最後一項前提，即相信再次調查將避免移送合議庭裁判書，這一任務才屬重要。

2003 年 6 月 5 日合議庭裁判書
第 113/2003(I)號案件
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、甲·身份資料載於卷宗，針對卷宗第 244 頁至第 247 頁背頁初級法院第一庭 PCC-089-02-1 號之普通程序卷宗中作出的 2003 年 3 月 28 日合議庭裁判，向本中級法院提起上訴，該裁判判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 款規定及處罰的販賣麻醉品罪，處以 8 年 9 個月徒刑及 1 萬澳門元罰金，如不繳納或以勞動替代罰金，得轉換為 66 日徒刑。

為此效果，卷宗第 254 頁至第 271 頁中遞交的上訴理由闡述書之結論及請求轉錄如下(原文)：

“[...]

結論：

I—原審合議庭裁判裁定“控訴書中的其餘事實”未獲證明；

II—這種沒有就原審法院指為控訴書的其餘事實作任何具體指明，分立列舉或至少摘要的斷言，清晰及明顯地違反了《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款，該條款規定列舉獲證明的事實及未獲證明的事實作為判決書的基本要件之一，按照《刑事訴訟法典》第 306 條 a 項，捨此，則判決將無效，正如本案理應如此；

III—列舉事實，指逐一提及事實，而不是以另一種形式解釋概念；

IV—這一要求有一項特別的理由：預防任意擅斷及不合邏輯的裁判，從而使得判決針對之人可以被適當解釋判決，並得批判可能的審判錯誤或瑕疵；另一方面，顯示審判法院確實關注、分析並考慮了所有涉案人帶入案件的全部重要事實；

V—按照 1998 年 10 月 13 日葡萄牙最高法院合議庭裁判 — 由於法律解決辦法的相同性而予指出，“I—以《刑事訴訟法典》第 374 條第 2 款的規定中得出，在判決的理由說明中應當載有獲證明的事實及未獲證明的事實的列舉，肯定的是，列舉事實是具體指明事實，這意味著法院必須指明控訴書及辯護狀陳述的全部及每項事實，以及案件辯論得出的、對於裁判屬重要的全部事實，這也是分別及具體審理全部此等事實之固有義務所要求的（《刑事訴訟法典》第 368 條第 2 款）。II—因此，不準確的措詞（例如“無其他已證明事實”），未就“全部重要事實均係審理標的”提供不可或缺的保障，必須認為不生效力並且可以導致判決或合議庭裁判的無效 — 根

據《刑事訴訟法典》第 374 條第 2 款及第 379 條第 1 款 a 項（<http://www.djsi.pt/>）。

VI—無列明未獲證明的事實在本案中意義重大，因為不可能發現原審法院所指的控訴書的其餘事實。

VII—對這個問題（也許對於辯護屬重要）不作答覆，辯方或者貴院就不可能審查裁判，因此只能是宣告被上訴的合議庭裁判無效。

VIII—按照辯論及審判聽證紀錄所載：依照《刑事訴訟法典》第 338 條第 1 款 b 項宣讀了嫌犯向檢察院司法官作出的聲明，“因為嫌犯甲的多份聲明之間有明顯的分歧”。

IX—《刑事訴訟法典》第 337 條第 8 款（按照《刑事訴訟法典》第 338 條第 2 款而適用）要求：“宣讀之容許及其法律依據須載於紀錄，否則無效。”

X—僅認為本案中已發生這種無效，因為原審法院遵守了首個要件（容許宣讀），但沒有遵守第二個要件（關於其法律依據）。

XI—只是說在嫌犯的聲明之間有明顯的分歧，等於宣示《刑事訴訟法典》第 338 條第 1 款 b 項之規則。法律要求的只是：必須記載容許宣讀之法律依據，且這種法律依據不能只以“出現明顯分歧”之說得到滿足，需要作出理由說明，至少就其核心要點說明理由，且載入紀錄。

XII—因此，證實原審法院只是提出了嫌犯在聽證中作出的聲明與向檢察院司法官之間作出的聲明之間有分歧，而完全遺漏了這種分歧的範圍及關鍵要點以論證訴諸該法律規定屬合理，使得不可能對它審查，因此這些聲明之宣讀非有效，在這裏爭執聲明及基於該聲明的合議庭裁判之非有效，因為法院的心證基於“第一嫌犯第 48 頁中向檢察院作出的聲明在聽證中之宣讀及對比。”

補充性地還提出：

XIII—現上訴人一向自認是禁用物質，尤其氬胺酮的吸食者。無論在辯論及審判聽證中本身作出聲明時，在回答進行審判的合議庭裁判的法官、在場之檢察官及其委託之辯護人作出的詢問中，在卷宗第 48 頁向檢察院作出並在聽證中宣讀的聲明中，還是在卷宗第 64 頁向刑事預審法官作出的聲明中都是如此。

XIV—上訴人還在聽證中作出的聲明中表示，作為氬胺酮的習慣吸食者，其被搜獲的麻醉品只是並僅僅只供自己吸食。

XV—上訴人是吸食者的情節也被所有辯方證人所確認。

XVI—面對著這些穩固的並來自上訴人同鄉的證據（這些人很早就認識上訴人），原審法院本應調查並分析這些事實，從而首先查實上訴人將其被搜獲的氬胺酮是否用於自己吸食，如果不是，則上訴人用於自己吸食的量以及用於販賣的量是多少。

XVII—就判罪而言，此舉有實質性不同的後果：如果證實第一種情形，將排除第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的適用（該法律條文本規定：“如不屬第 23 條規定的情形”，但沒有規定麻醉品之量的任何限度），並導致依據第 23 條判上訴人為吸食者；如果證實後種情形，就永遠有這種可能：用於販賣的部分可被包含在該法令第 9 條，即少量販賣中。

XVIII—在聽證中辯論了可以排除第 8 條第 1 款適用之事實，或者任何其他可能影響法律上的裁判之事實後，法院本來可以並應當在裁判範疇內深入查明這個問題，從而排除或不排除其在本案中的具備。

XIX—不能全部接納的是，審判法院對這個問題完全不關心，對這個問題不作任何表態，漠視了審判聽證中的全部內容。

XX—正如原審法院為了確定是否屬於少量概念而分析麻醉品之量（被上訴的合議庭裁判第 6 頁）一樣，該院本來還應查明並分析關於現上訴人吸食氬胺酮方面的證據。

XXI—這種欠缺因此決定了發生獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵，該瑕疵產生於卷宗所載的資料，案件辯論以及一般經驗法則，因為“...最近的終審法院合議庭裁判裁定，獲證明的事實事宜不足以支持適當的法律上的裁判之瑕疵，是指因法院沒有查明對案件良好裁判所必須的事實事宜，使認定事實顯然不充分，不足以支持適當的法律決定，而該等事實本應由法院在訴訟標的內 — 由控訴書及辯護詞界定 — 予以查明，但不妨礙《刑事訴訟法典》第 339 條及第

340 條之規定”（參閱第 102/2002 號案件的 2002 年 11 月 14 日合議庭裁判）。

XXII—法院得出結論認為“嫌犯甲取得的前述麻醉品（...）用來向第三人提供”，但沒有指出何地、如何及向誰提供，這一情節結合上文所指內容，同樣得出存在著相同的但另一方面的獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵。

XXIII—這些事實尚有待回答以便最終查明：按照上訴人在聽證過程中附入卷宗的文件，他已預訂了 9 月 3 日飛往曼谷的機票，這使得他向檢察院作出的聲明（9 月 5 日將有一個生日聚會，將與友人一起吸食麻醉品）完全不可行，沒有任何其他販毒的可能跡象；在上訴人的住所不存在可以稱少量氯胺酮的電子秤，或其他的秤來秤少量毒品，而如果意欲向他人出售或讓予麻醉品，這一動作是必須的。

XXIV—如沒有具體指明何地、如何、何時等情節，沒有揭示上訴人有關意圖的任何其他事實證明之，麻醉品用於向第三人提供的一般及抽象事實本身不能用作得出結論認為上訴人販賣麻醉品。

XXV—這徹底動搖了刑法結構的基本原則，即適用中的確定性原則及法無明文不為罪、不受罰原則，因為現在確立了一個周邊標準，舉例而言對於搶劫罪來說，只要說嫌犯搶劫，但沒有更多具體說明，就立即足以將搶劫罪視為獲證實。

XXVI—本來必須確定提供麻醉品的情節，捨此就發生獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵，因為查明的事實無論在客觀方面還是在主觀方面都不符合視為發生的犯罪。

XXVII—當法院將下列情節視為獲證實：在“前述膠瓶內所含液體重 128ml，經蒸餾，取得 7.723 克含有氯胺酮的物質”，但沒有具體指明這些物質中到底有多少氯胺酮時，也存有獲證明之事實事宜不足以支持裁判。

XXVIII—因為從瓶中所含液體中經蒸餾（或蒸發）得出的物質並非氯胺酮本身，而只是含有氯胺酮，故應當查明液體蒸發後得出的本義上的氯胺酮之量。

XXIX—上訴人斷言係吸毒者（這一情節由辯方證人乙、丙及丁確認）以及被扣押的麻醉品用於自己吸食，結合完全沒有任何其他證據證明販賣 — 因為，首先嫌犯住所內無秤，其次，住所內被扣押的錢屬於共同嫌犯（每月收入約澳門幣 6 萬元），然後是因為控方證人只是拘留嫌犯及扣押麻醉品，完全不知道上訴人是否確實有販賣的任何意圖 — 原審法院本來應當將上訴人被控訴的犯罪變換為吸食麻醉品罪。

XXX—沒有這樣做就存在證據審查中的明顯錯誤。

再次調查證據

因為證據已經作成紀錄 — 按照上訴人的聲請為之，且上訴人已提出了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款規定的瑕疵，按照《刑事訴訟法典》第 415 條的規定，聲請再次調查證據，查明上訴人是否氯胺酮的吸食者，並將被扣押之麻醉品用於自己吸食，並查明上訴人販賣的任何行為或意圖。確實，按照貴院第 124/2002 號案件的 2001 年 10 月 10 日作出的合議庭裁判 — 該裁判訂定了再次調查證據應當遵守的前提，在本案中已經具備了法律要求的前提：

- a) 曾將以口頭向法庭作出之聲明予以記錄；
- b) 發現有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款各項所指的任何瑕疵；
- c) 再次調查證據可避免卷宗之移送。

還要求上訴人應當指明“認為應再次調查的證據，並就各項證據指出旨在澄清之事實...”，還應指明“（在結論之後），有待再次調查之證據，就每項證據提及將予澄清之事實及證明再次調查為合理之理由”。

遵守該判決的要求，隨後指明將被聽證的參與人及由其再次澄清的事實，為著法律上的正確裁判，這種事實不可缺少。

因此應當訊問上訴人以澄清下列事實：

- 是否禁用物質的吸食者？
- 吸食的禁用物質是什麼？
- 吸食的形式、規律及份量是什麼？

— 被扣押的麻醉品的用途是什麼？

應當詢問證人戊、己、庚及辛以查明下列事實：

— 司法警員在其偵查中是否發現上訴人作出可構成販賣氡胺酮之任何行為，尤其是在上訴人占有中被扣押的毒品是否用於向第三人提供。

還應當詢問辯方證人乙、丙及丁，以查明下列事實：

— 上訴人是否有吸食麻醉品的習慣？

— 這種麻醉品是什麼？

— 是否早已吸食以及吸食了多長時間？

— 吸食這些麻醉品的理由是什麼？

因此，依照法律，期盼貴院法官閣下的補正，撤銷被上訴的合議庭裁判，或者作為補充，確定再次調查證據或移送卷宗重新審判，因為具備了獲證明的事實事宜不足以支持裁判以及證據審查中的明顯錯誤之瑕疵。

[...]”。

駐第一審法院檢察官對上訴人的理由闡述作出答覆，主張駁回上訴並完全確認被上訴之合議庭裁判，因其以結論方式認為（參閱第 289 頁內容原文）。

“（...）

— 不存在任何無列舉未獲證明的事實；

— 不違反澳門《刑事訴訟法典》第 337 條第 8 款及第 338 條第 2 款；

— 我們並不面臨著獲證明的事實事宜不足以支持裁判；

— 不存在任何證據審查中的明顯錯誤；

[...]”。

上訴上呈本上訴法院後，助理檢察長在檢閱範疇作出第 307 頁至第 310 頁背頁的意見書，內容如下（原文）：

“[...]

在上訴理由闡述中，上訴人提出了下列內容：

— 無列明未獲證明的事實；

— 嫌犯聲明之宣讀的非有效；

— 獲證明的事實事宜不足以支持裁判；

— 證據審查中的明顯錯誤；

— 最後，請求依照澳門《刑事訴訟法典》第 415 條之規定再次調查證據。

1—我們首先開始審議嫌犯聲明之宣讀是否非有效，該問題與用於形成原審法院的心證之證據問題相關。

根據澳門《刑事訴訟法典》第 338 條第 1 款 b 項：如先前向法官或檢察院作出的聲明，與嫌犯在聽證中所作聲明有明顯矛盾或分歧，容許宣讀先前作出之聲明。

要求容許宣讀及其法律依據載於紀錄，否則無效。該無效是可補正的，如果在十天內沒有爭辯，則獲得補正。

確實，審判聽證紀錄中記載（卷宗第 235 頁）：上訴人在審判中作出的聲明與向檢察院作出的聲明有明顯分歧，因此“依據澳門《刑事訴訟法典》第 338 條第 1 款 b 項”，進行聲明的宣讀。

應當注意，到該裁判沒有被法定期間內尚有提起的上訴所質疑，前述無效當時也沒有被爭辯，這意味著即使具備無效，該瑕疵也因為沒有在規定期間內提出爭辯而獲得補正（澳門《刑事訴訟法典》第 107 條第 1 款及第 3 款 a 項），因此在針對合議庭裁判提起的上訴範圍內，現在不能提出有關問題。

另一方面，我們認為法律只要求容許宣讀及其法律依據載於紀錄，且僅此而言，因此將容許宣讀聲明及其依據之法律條文載於紀錄，就不能爭辯這種證據的無效，因為已經滿足了這方面的要求。

因此，上訴人無理。

2—上訴人舉出了獲證明的事實事宜不足以支持裁判，因其認為原審法院欠缺查明上訴人將其占有中被扣押的氯胺酮用於自己吸食的問題，並予以表態。

眾所周知，在適當的法律裁判所必須的事實事宜查明中發現漏洞，或者因其妨礙了法律上的裁判，或者因為捨此就不可能得出已經得出的法律上的結論時，造成獲證明的事實事宜不充分、不完整及不足以支持作出的裁判，方具備上訴人指出的該瑕疵。

我們相信，我們並不面臨著任一這種情況。

所舉出的瑕疵基於查明的事實不足以支持裁判，換言之，特定事實的查明不允許得出法院得出的結論。它指的是獲證明的事實與裁判之間的關係。

面對現被上訴的合議庭裁判中視為獲證明的事實，尤其上訴人取得及持有麻醉品的目的（將被扣押的麻醉品向第三者提供），唯一的解決辦法是判處他作為第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的販賣麻醉品罪的正犯。

按照上訴人之說法，在審判中辯論了查明上訴人是否氯胺酮的吸食者的問題，且辯方提出了證明此點之證據。

如在此情形中原審法院繼續認為上訴人持有麻醉品向第三人提供之事實已獲證實，就即刻排除上訴人的說法。因此，雖然以默示方式為之，對於上訴人現提出的問題表了態。

雖然被上訴的合議庭裁判中沒有指明交易的情節以及麻醉品用途等等，肯定的是，為了判處一個人作為販毒者，只要證明該人持有麻醉品向他人出售或讓予就足夠，不必具體描述任何出售。諸如價金、形式以及麻醉品的用途，只是往往在具體出售時方知悉的偶然要素。

下述含義之司法見解已被視為成立：“在偵查及審判中查明嫌犯問誰，何時，何地出售製品等問題，並不重要，”因為“此等情節不構成有關罪狀之客觀要素。”（參閱終審法院第 3/2002 號案件的 2002 年 3 月 20 日合議庭裁判）。

上訴人還述稱獲證明的事實事宜不足，因為“上訴人持有的禁用物質之量未獲證實”。

獲證明的事實中載明，上訴人占有中被搜獲的氯胺酮之總量為 9.622（7.723 + 1.899）克。

確實，卷宗中沒有得出此量指的是物質中所含的氯胺酮的淨重量。

然而，考慮到前述氯胺酮的量，我們相信，對於獲證明的事實事宜無可非議，因為該量超過了符合“少量”概念所必須之量。因此，在本案中沒有必要對於禁用製品作定量分析，以查明其淨重量。

正如所知，氯胺酮吸食者的每日所需吸食量，實際上約為 0.40 克，三日總量經作成整數為 1.2 克 — 或 1.5 克。

可以接受，倘若按更慷慨的觀點，這種製品的“少量”概念以 2 克之量。

正如澳門特別行政區衛生局應檢察院要求提供的王醫生（他是此事宜方面的知名專家）編制的意見書所指出，可以接受的三日內氯胺酮的吸食量為 10 粒藥片或兩克（見附於卷宗第 291 頁至第 292 頁的意見書副本）。

還應指出當涉及到晶狀麻醉品的淨重時，澳門司法見解將海洛因及甲基苯丙胺的少量值訂定為 6 克（見前澳門高等法院第 1073 號案件的 1999 年 6 月 2 日合議庭裁判）。

大麻的少量值被訂為 8 克（參閱前澳門高等法院第 1068 號案件的 1999 年 5 月 19 日合議庭裁判）。

因此，考慮到氯胺酮的性質及效力，我們認為以粉狀及淨重量計的氯胺酮的少量值，似乎絕對不能低於 8 克，即使根據更慷慨的觀點亦然。

在本案中，被扣押的 9.622 克之量，幾乎是醫生主張的限度的 10 倍，因此，（不能提出關於不將該量定性為少量的任何懷疑）。

結論是，我們認為不具備上訴人指出的瑕疵。

3—關於上訴人以其斷言為基礎陳述的證據審查中的明顯錯誤，以及辯方證人的確認 — 即他只是吸毒者而完全無任何販賣證據 — 因此質疑（法院證實的）向第三者提供毒品的意圖。我們應當說，上訴人所作的一切不過是試圖挑戰原審法院形成的心證，動搖法院審查證據及形成其心證的方式，不過是從上訴人本身的個人觀點對證據的另一種評價，此舉不能成功。

4—上訴人還認為，被上訴的合議庭裁判違反了澳門《刑事訴訟法典》第 355 條第 2 款，因為僅就未獲證明的事實指出“控訴書的其餘事實”，而沒有按照法律要求列舉這些事實。

事實上，法律要求列舉獲證明的事實及未獲證明的事實，其目的是使得裁判能夠證實法院考慮了帶給其審理且對於裁判屬重要的全部事實事宜。

只需比較控訴書所載的事實以及法院視為獲證實的事實，即可觀察到嫌犯的所有被歸責的事實均已視為確鑿（甚至上訴人本人也明白這一點），因此，肯定的是，這是一個資訊手段運用中產生的錯誤。

由於控訴書所載的全部事實已被證實，上訴人也明白這點，我們看不到辯方如何不可能審查該裁判。

顯然，上訴人無理。

最後，正如所證實，本案中不具備獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵，也不具備證據審查中的明顯錯誤之瑕疵，這兩個瑕疵都是上訴人提出並且是澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款所規定的。因此欠缺上訴法院可以接納再次調查證據的法定基本要件之一，因此應當得出結論，駁回上訴人提出的再次調查證據的請求。

綜上所述，我們認為應當判提起的上訴理由不成立，並全部維持被上訴的合議庭裁判。

[...]

透過本案件裁判書製作法官在初步審查範疇內作出的批示，決定將再次調查證據的聲請送交合議庭在評議會中作出裁判。

助審法官法定檢閱已畢，應立即裁判上訴人在上訴理由闡述中聲請的再次調查證據的問題。

二、為此效果，需立即轉錄被上訴的合議庭裁判（因其與現予審理的聲請之審理有關）（參閱卷宗第 244 頁至第 247 頁背頁內容原文）。我們以 “[...]” 的方式刪除了若干內容）：

[...]

合議庭法官之合議庭裁判[...]

檢察院司法官控訴嫌犯：

“甲 [...]

癸 [...]

鑑於：

2002 年 9 月 2 日凌晨 2 時 30 分許，在位於士多烏拜斯大馬路 XXX 花園門口，司警人員截停一輛的士，其中坐著嫌犯癸，請他從的士中出來接受搜查。

隨後，司警人員將嫌犯癸帶往警察局進行調查。

在司法警察局，司警人員在嫌犯的手提包裏搜獲內含白色粉末的一個小包。

經化驗證實，上述粉末含有氯胺酮物質，係第 5/91/M 號法令表二-C 所列物質，淨重量為 0.109 克。

上述麻醉品是嫌犯癸向身份不明者取得，用於自己吸食。

2002 年 9 月 2 日 3 時 30 分許，司警人員前往甲和癸合住的位於[地址(1)]的居所實施搜索。

當時甲在居所內。

司警人員在該住所內扣押一個內含液體的膠瓶，內含白色粉末的 24 個小紙包，一個微波爐，一片表面有白色粉末的玻璃以及一疊彩色包裝紙。

經化驗證實，上述膠瓶含 128 毫升液體。經蒸餾，取得內含氯胺酮 — 第 5/91/M 號法令表二-C 所列的 7.723 克物質；前述玻璃片上的粉末也包含氯胺酮物質，淨重量 1.899 克。

前述麻醉品是嫌犯甲向一名身份不明者取得，以便向第三人提供。前述微波爐是嫌犯用來蒸餾毒品的儀器，前述彩色包裝紙用於包這些毒品。

嫌犯甲和癸在作出上訴行為時，其行動是自由的，自願的及有意識的。

兩嫌犯明知前述麻醉品的性質及特徵。

嫌犯的前述行為是法律不容許的。
嫌犯明知其行為是法律禁止及處罰的。

因此，檢察院歸責並指控嫌犯：

“1.嫌犯甲以直接正犯及既遂形式觸犯：

— 第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的販賣麻醉品罪。

2.嫌犯癸以直接正犯及既遂形式觸犯：

— 第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定及處罰的持有麻醉品罪。

2.進行辯論及審判聽證

程序的合規則性予以維持。

經案件辯論，下列事實獲證實：

2002 年 9 月 2 日凌晨 2 時 30 分許，在位於士多烏拜斯大馬路 XXX 花園門口，司警人員截停一輛的士，其中坐著嫌犯癸，請他從的士中出來接受搜查。

隨後，司警人員將嫌犯癸帶往警察局進行調查。

在司法警察局，司警人員在嫌犯的手提包裏搜獲內含白色粉末的一個小包。

經化驗證實，上述粉末含有氫胺酮物質，是第 5/91/M 號法令表二-C 所列物質，淨重量為 0.109 克。

上述麻醉品是嫌犯癸向身份不明者取得，用於自己吸食。

2002 年 9 月 2 日 3 時 30 分許，司警人員前往甲和癸合住的位於[地址(1)]的居所實施搜索。

當時甲在居所內。

司警人員在該住所內扣押一個內含液體的膠瓶，內含白色粉末的 24 個小紙包，一個微波爐，一片表面有白色粉末的玻璃以及一疊彩色包裝紙。

經化驗證實，上述膠瓶含 128 毫升液體。經蒸餾，取得內含氫胺酮 — 第 5/91/M 號法令表二-C 所列的 7.723 克物質；前述玻璃片上的粉末也包含氫胺酮物質，淨重量 1.899 克。

前述麻醉品是嫌犯甲向一名身份不明者取得，以便向第三人提供。前述微波爐是嫌犯用來蒸餾毒品的儀器，前述彩色包裝紙用於包這些毒品。

嫌犯甲和癸在作出上訴行為時，其行動是自由的，自願的及有意識的。

兩嫌犯明知前述麻醉品的性質及特徵。

嫌犯的前述行為是法律不容許的。

嫌犯明知其行為是法律禁止及處罰的。

第一嫌犯無業。

未婚。

無須負擔他人。

未自認事實，是初犯。

第二嫌犯是女按摩師，每月收入約澳門幣 6 萬元。

未婚，須負擔其兄弟。

自認事實，是初犯。

下列事實未獲證實：控訴書的其餘事實。

指明用於形成法院心證的證據：

聽證中嫌犯的聲明。

卷宗第 48 頁之第一嫌犯向檢察院所作聲明在聽證中的宣讀及對質。

參與嫌犯拘留及事實調查，公正無私地敘述事實之司警證人的證詞。

嫌犯辯護證人的證詞。

卷宗第 90 頁起及續後數頁之司警化驗報告。

調查中搜集並附於卷宗的其他文件及照片。

3.從確鑿的事實中證實嫌犯們作出了被指控的犯罪。

第一嫌犯持有麻醉品，明知麻醉品的特徵，事先透過蒸餾獲得這種粉狀物質。

第二嫌犯持有麻醉品供自己吸食。

嫌犯們持有禁用物質，尤其第 5/91/M 號法令表二-C 所列氫胺酮。

考慮到第一嫌犯持有禁用物質的淨量，得出結論不構成該法規定的“少量”概念（參閱終審法院第 23/2002 號案件的 2003 年 3 月 5 日合議庭裁判）。

4.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。”

5.兩名嫌犯均為初犯。

考慮犯罪性質及第一嫌犯未自認事實，其行為是嚴重的。

必須科處實際剝奪自由刑，因為任何其他處罰都不能達到犯罪預防的要求。

至於第二嫌犯，應當認為暫緩執行對其科處的刑罰。

俱經考慮。

6.綜上所述，裁定控訴理由成立並：

A) 判嫌犯甲以直接正犯及既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的一項犯罪，處於 8 年 9 個月徒刑及澳門幣 1 萬元罰金，如不繳納或以勞動替代罰金，得以 66 日徒刑替代。

B) 判嫌犯癸作為直接正犯及以既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定及處罰的一項犯罪，處以 1 個月 15 日徒刑，緩期一年執行。

訴訟費用由嫌犯承擔，司法費定為 6 個計算單位，根據 8 月 17 日第 6/98/M 號法律第 24 條規定每名嫌犯須繳納澳門幣 70 元。

宣告全部麻醉品喪失歸澳門特別行政區，與附同的器具適時銷毀，將其餘被扣押物歸還嫌犯。

臨時傳譯員的服務費定為澳門幣 1,500 元，由終審法院院長辦公室支付。

合議庭裁判確定以後，強制措施失效。

製作登記表作刑事記錄。

向澳門監獄發出對第一嫌犯的解送令。

[...]”。

三、在法律層面上應當事先指出：

— 上訴法院只解決上訴人具體提出的並且由其上訴理由闡述結論所限定的問題，結論中未包含的問題轉為確定（參閱本中級法院下列刑事案件：第 100/2003 號案件的 2003 年 5 月 29 日、第 119/2002 號案件的 2002 年 7 月 31 日、第 125/2002 號案件的 2002 年 7 月 18 日、第 242/2001

號案件的 2002 年 6 月 20 日、第 63/2001 號案件的 2001 年 5 月 17 日、第 18/2001 號案件的 2001 年 5 月 3 日、第 130/2000 號案件的 2000 年 12 月 7 日合議庭裁判，以及終審法院第 14/2001 號案件的 2001 年 2 月 7 日合議庭裁判）；此乃一方面

— 另一方面，上訴法院只負責裁判如此界定的問題，而不審查每名上訴人據以支持其訴求的全部依據或理由（參閱本中級法院下列刑事案件：第 100/2003 號案件的 2003 年 5 月 29 日、第 119/2002 號案件的 2002 年 7 月 31 日、第 125/2002 號案件的 2002 年 7 月 18 日、第 242/2001 號案件的 2002 年 6 月 20 日、第 84/2002 號案件的 2002 年 5 月 30 日、第 63/2001 號案件的 2001 年 5 月 17 日、第 130/2000 號案件的 2000 年 12 月 7 日合議庭裁判），顯然並不妨礙法院認為適宜時，可對於上訴理由闡述結論中提出的任何一項理由表態（在此方面，參閱本中級法院第 100/2003 號案件的 2003 年 5 月 29 日、第 119/2002 號案件的 2002 年 7 月 31 日及第 211/2001 號案件的 2002 年 7 月 30 日合議庭裁判）；

— 此外，清楚的是，使得上訴法院有可能重新審查原審法院裁判的事實事宜之澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a、b、c 項規定的三項瑕疵，即使上訴僅限於法律事宜也不應當依職權審理。因為，事實上，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，並對照第 393 條第 1 款及第 2 款，表明有關瑕疵被“作為上訴依據”提出時方可證明依據第 418 條第 1 款移送卷宗屬合理，這符合立法精神，因為它在要求訴訟主體（例如“上訴人”）在妥善及快捷最終解決案件中承擔一種清晰無誤的共同責任，尤其要求他們按照澳門《刑事訴訟法典》第 393 條的廣泛規定對上訴作出限制，並要求他們在理由闡述中遵守此等規則，即必須具體列舉上訴依據並根據該法典第 402 條第 1 款及第 2 款作出結論，等等。確實，如果嫌犯服從事實事宜方面所作的原審裁判，即使可能及依職權在裁判中發現澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款任何一項的瑕疵，也沒有對其提起上訴，而只是對於刑罰份量的有罪裁判部分提起上訴，那麼違背嫌犯的“意思”，依職權審理第 400 條第 2 款的尚有的瑕疵就沒有意義。因為上訴人如認為存有此等瑕疵，在對於原審法院裁判提起的上訴之理由闡述中予以爭辯就足夠。因此澳門《民事訴訟法典》第 650 條不可補充適用於可能發現《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項及／或 b 項規定的情況（在此方面可參閱上述本中級法院第 119/2002 號案件的 2002 年 7 月 31 日及第 125/2001 號案件的 2002 年 7 月 18 日合議庭裁判等）。

抽象作出上述評論後，現在應當首先在評議會上，裁判上訴人之重新調查證據的請求（按照中級法院第 132/2000 號案件的 2002 年 9 月 14 日中所載有見解），因為在本案中向原審法院口頭作出的聲明已經作成記錄，而上訴人遵守了《刑事訴訟法典》第 402 條第 3 款規定的提出有關請求的形式要件，這項任務本身必然並首先查明獲證明的事實事宜是否足以支持裁判的瑕疵以及證據審查中的明顯錯誤的瑕疵有關（根據該法典第 415 條之規定），正如上訴人在理由闡述結論中（雖然以補充名義）爭辯並提出的兩個問題，在結論中以主要方式提出的其餘兩項問題（例如在被上訴的裁判中列舉事實的問題以及允許在聽證中宣讀嫌犯先前作出的聲明的法律依據問題），推延到依照《刑事訴訟法典》第 411 條舉行審判聽證後由該合議庭及時作出之終局合議庭裁判範圍內解決（在此意義上，參閱已經提及的第 132/2000 號案件的 2000 年 9 月 14 日合議庭裁判），這一切尤其為了符合在本上訴審級中作出的訴訟行為的自然順序的邏輯，這個利益優先於上訴人在作為上訴依據而指明前述四個問題中確立的“補充”關係。

因此，我們接著答覆上訴人，他在提出獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵以及證據審查中明顯錯誤的瑕疵中是否有理。

我們不能忘記，由於其本身的性質，獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵，必須出自被上訴裁判本身，不求助於其外部的任何資料。瑕疵必須非常明顯，以至於普通觀察者能夠察覺，即普通人能夠看出。

關於獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵。

上訴人為了辯稱該瑕疵的存在，提出了其上訴理由闡述結論中歸納的三組理由：

— 第一組尤其載於卷宗第 266 頁至第 267 頁的理由闡述結論，第十四、十六、十七、十八、十九、二十及二十一點，概要如下：

— 被上訴的法院負責調查並分析事實，從而首先證明上訴人被搜獲的氯胺酮是否用於自己吸食，如果不是，上訴人用於自己吸食並用販賣的量是多少？它在判罪方面有實質不同的後果（因為如證實第一種情形將排除第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的適用，並導致按該法第 23 條判上訴人為吸食者；如證明後者永遠有下列假定情況，用於販賣的部分可以納入該法令第 9 條中一少量販賣，因此被上訴法院對這個調查的結果應當決定獲證明的事實事宜是否足以支持裁判；

— 第二組理由主要反映在卷宗第 267 頁至第 268 頁中，該結論的第二十二、二十三、二十四、二十五及二十六點中簡要如下：

— 麻醉品用於向第三人提供的一般及抽象事實，而沒有具體指明何處，多少及如何販賣。本身不能用作認定嫌犯販賣麻醉品，即使這種意圖的任何事實沒有被證實，這一問題徹底及肯定地動搖了刑法的適用以及法無明文不為罪及不受罰的原則。

— 第三組，即最後一組的理由，具體反映在第二十七及二十八點中，含義為：

— 當被上訴法院將下列事實認為獲證實的時候還存有獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵：查明膠瓶內含液體 128 毫升，內含 7.723 克氯胺酮物質，但沒有具體指出這些氯胺酮物質到底有哪些，由於膠瓶液體中得出的物質不是氯胺酮本身而只包含氯胺酮，應當查明該液體中本義上的氯胺酮物質。

因具相關性，應當立即並抽象地表示 — 按照第 125/2002 號案件的 2002 年 7 月 18 日合議庭裁判所載的司法見解：

1. 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得出的法律結論時，方有獲證明之事實事宜不足以支持裁判之瑕疵。它與簡單的證據不足無關。

2. 原審法院未就控辯內容或案件辯論內容採取調查措施，並不能導致獲證明的事實事宜不足以支持裁判，因為這種採取措施的不充分並不來自被上訴裁判的文本，因此正好相反，它本來應當在調查證據之審判聽證期間被察覺並向原審法院提出聲請 — 以遺漏澳門《刑事訴訟法典》第 107 條第 2 款 d 項第二部分規定的發現事實真相所必不可少的措施為依據主張程序的無效 — 以便能夠進行此等措施。

3. 原審法院關於其審判的犯罪形式之法律定性方面的審判錯誤，不同於獲證明的事實事宜不足以支持裁判的情況，正是因為在控訴書描述的事實事宜之查明中無漏洞，而是對於公訴書中描述的待證事宜之全部調查。

4. 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款販賣罪擬保護的法益是身心兩方面之公共健康，因此，販賣罪是抽象或推定危險犯，該罪的既遂不要求存在著一項真實的或實際的損害，僅對受保護的法益造成損害的風險和危險就已經足夠。

5. 為著適用第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款，第 9 條不絕對要求在任何具體情況中均須以淨重來確定有關物質或製劑之量。因為，為著該條第 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具體量值，應按經驗法則及有權限實體之自由心證評價。

6. 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”。

7. 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所需之吸食量來評估該行為人使用毒品的需要。

按照第 119/2002 號案件的 2002 年 7 月 31 日合議庭裁判中所持有之原有立場，還應堅稱：

8. 因此，在已經證實行為人知道有關搖頭丸內含的特定麻醉性物質為法律所禁止的特徵及性質的情況下，他仍然按自由意志而非以本著尋找該等物質或製劑供自己使用的排他目的“販賣”這些物質，且明知這樣做將違反法律，因此該行為人必須以第 5/91/M 號法令第 8 條犯罪的直接正犯的名義受處罰，除非審理案件的有權限法院（並且只有這個審判實體）認為：按照第 5/91/M 號法令第 9 條第 5 款的精神，即根據其自由心證及經驗法則，證實內含此等麻醉物質的有關藥片之量“不超過個人三日內所需吸食量”，在這種情況下，僅對行為人按照第 5/91/M 號法令第 9

條較輕幅度處罰。

9.只要未證明作出販毒的排他目的是為了取得物質或製劑供個人吸食，就不應當適用第 5/91/M 號法令第 11 條第 1 款描述的販賣 — 吸食者罪的減輕罪狀。

10.只要法院不認為在嫌犯控制中搜獲的毒品總量為少量，就亦不應當適用第 5/91/M 號法令第 9 條的少量販賣罪的減輕罪狀（參閱該法令第 9 條第 3 款的標準），而不論查明犯罪行為人控制中搜獲的毒品中有多少分額或部份，是用於自己吸食或向第三人提供的問題，因為第 9 條歸罪規範並沒有為著其適用的效果而作出這種區別。

11.鑑於販毒罪中的有關法益，以及保護該法益的必要性，在處罰販毒行為中，應當考慮嫌犯在特定階段販賣的全部數量，而不是特定時刻販賣的總量，因此第 5/91/M 號法令之少量販賣罪與該法令第 8 條販賣罪之間不能有確實的真實競合。

12.因此，本案中沒有證實嫌犯在作出其行為時的排他目的是取得物質或製劑供個人使用，也未證實在其控制中被搜獲的毒品總量為“少量”，卷宗中獲證明的他的行為根本不能導致適用第 5/91/M 號法令第 11 條第 1 款的販賣 — 吸食者罪的罪狀，也不能適用該法令第 9 條第 1 款的少量販賣罪狀，因此不應當適用“有疑義時利益歸於被告”原則。

13.已經證實在嫌犯控制中搜獲毒品的全部之量，其目的在於自己吸食及向第三人提供，而毒品全部之量不能被視為少量，故嫌犯必須作為以既遂形式觸犯的實際真實競合的兩項故意犯罪 — 第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的販毒罪以及該法令第 23 條 a 項規定的吸食罪 — 之直接正犯受審。

經重溫我們認為對於 1 月 28 日第 5/91/M 號法令之解釋及適用等屬法律的正確之學說後，顧及為此提出的三組理由，現在答覆上訴人的獲證明之事實事宜不足以支持裁判之瑕疵。

關於前述第一組理由，按照被上訴裁判的文本，尤其根據前述及在此視為轉錄的學說及司法見解第一、二、三、五、六、七、八、九、十、十一、十二點，尤其第二點我們認為上訴人顯然無理。

另一方面，應當指出按照該見解第十三點，如果當時在公訴書中描述嫌犯／現上訴人是氯胺酮的吸食者，並且隨後在被上訴的法院所作的聽證中證實確實是吸食者。該嫌犯可能以觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的販賣及不法活動罪及以真實競合觸犯該訂定罪狀之法規第 23 條 a 項的吸食罪而出庭受審及被判罪。

就前述其餘“兩組”理由，我們現在認為清楚顯示原審法院在現被上訴的合議庭裁判獲證明的事實事宜足以以直接正犯及既遂形式判其觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的犯罪。

確實，經具體解釋前述結論，由前述的合議庭裁判中認定的事宜，（本案的訴訟標的以其葡譯文載於第 188 頁至第 189 頁的第 141 頁至第 142 頁以中文作出的公訴書，以溯及方式描述的事實事宜界定並應由原審法院調查。原審法院作出調查後，甚至因為上訴人沒有在卷宗第 185 頁遞交的答辯狀中提出其他有待證實的事實，而只是提出卷宗有理，因此由被上訴的法院所作的案件辯論自然且合法地在一切對嫌犯不利的方面與該訴訟標的吻合，但不妨礙該法院依據《刑事訴訟法典》第 321 條，行使依職權審理的權力，尤其在為了發現事實真相而有利於嫌犯的一切事宜方面。因此，雖然卷宗載有以下事實，即：嫌犯為了在被上訴法院審判聽證中證實其被搜獲的麻醉品只是用於自己吸食，在第 208 頁及其背頁聲請對其本人作法醫鑑定，以確定車禍是否造成其右腿不正常或缺陷，且這是否已轉成持續疼痛，且可能像其聲稱的那樣，透過吸食氯胺酮而減緩，但是按照第 209 頁檢察院的提請，這個措施是被駁回，透過卷宗第 211 頁負責案件的法官在聽證進行前作出的批示被予以駁回，但嫌犯現在不能希望透過提出獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵，重新提出欠缺調查這一問題，因為對於駁回進行法醫鑑定，嫌犯本人根本沒有按照《刑事訴訟法典》第 107 條第 2 款 d 項第二部分之規定，以欠缺可以視為對發現真相是屬重要的措施為由，以爭辯程序無效的名義立即提出爭執），可以得出：已證實 2002 年 9 月 2 日 3 時 30 分許，雖然沒有被法律允許，但嫌犯在自願及有意識的情況下，持有（而非常用語言中通常說的販賣）內含淨重量 1.899 克氯胺酮 — 第 5/91/M 號法令（因第 4/2001 號法律第 1 條之規定）表二-C 所列物質 — 白色粉末的 24 個小紙包以及內含 128 毫升液體的膠瓶，該液體經蒸餾後可以獲得內

含氯胺酮的 7.723 克物質，而嫌犯明知這種氯胺酮的性質及特徵；從相同的被認定的事實情狀中不能得出：嫌犯作出的不法持有排他性地全部用於自己吸食，或者持有這個物質的排他目的是獲得物質或製劑供自己使用；而根據被上訴法院自由心證以及普通經驗法則，法院不認為含有氯胺酮的物質之上述劑量不超出個人三日內所需吸食量，確實認為判處嫌犯／現上訴人以直接正犯及既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的販賣及不法活動是正確的，因為被上訴法院所證實的這些事實事宜過去及繼續都足以將該法令第 8 條第 1 款規定的該罪行視作已經成立，該法條的法定罪狀過去和現在都透過下述行文被描繪：“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之重監禁，並科澳門幣五千元至七十萬元之罰金。”（底線為我們所加，因為它與嫌犯／現上訴人的具體情況十分有關），因此根本沒有必要查明上訴人所指出的“第二組理由”，尤其是在理由闡述結論第二十二至第二十六點中特別指出的理由是否正確，因為像嫌犯這樣在本案具體情形中簡單不法持有氯胺酮，足以啟動第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定之法定罪狀。眾所周知，該罪是抽象危險犯或推定危險犯，該罪的既遂不要求存在著真實及確實的損害，而只要簡單地製造對於身體及精神的公共利益構成損害危險就足夠（參閱上文力主的學說及司法見解第四點）。同時肯定的是，上訴人理由闡述結論“第三組及最後一組”結論中具體闡述於第二十七及第二十八點中的理由也不成立，因為不論依據上述學說及司法見解所作的分析及結論如何，上訴人的憂慮，即主張有必要“查明最終透過對嫌犯家中找到的塑膠瓶中的液體蒸餾而得到的本義上的氯胺酮的量”，已經被卷宗第 90 頁至第 92 頁的司法警察局化驗所作的化驗報告書內容所排除，被上訴法院在現被上訴的合議庭裁判中將該報告書等視為“用作形成法院心證的證據”之一（參閱載於卷宗第 246 頁及其背頁的該合議庭裁判第 5 頁及第 6 頁的內容），理由是在載於卷宗第 91 頁的報告書第 2 頁最後部分明確作出了以下分析：有關液體經過蒸餾後的全部晶狀液體為 7.723 克，因此在被上訴法院對這一科學判斷未作出不同意義上的任何理由說明的情況下，按照澳門《刑事訴訟法典》第 149 條第 1 款的規定，應當認定卷宗第 245 頁所載的現被上訴的裁判文本第 4 頁最後一段所指的“內含氯胺酮物質的 7.723 克物質”，恰恰正是指該氯胺酮 7.723 克晶狀物質。（因此確實可以認定嫌犯不法持有呈現為白色粉末形狀的液體氯胺酮 1.899 克以及晶狀物質 7.723 克，這兩種“物質”的量應當被視為超過了三日內個人所需之吸食量。另一方面，即使不這樣理解，該淨重 1.899 克的氯胺酮亦永遠超出了終審法院第 23/2002 號案件 2003 年 3 月 5 日合議庭裁判中透過司法見解確定的 1 克之量，“為個人三日內所需淨量”這一限度。被上訴法院在現被上訴的裁判中明文引用了這個裁判。

因此我們認為，顯然現上訴人提出獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵，只是將其觀點強加於被上訴法院確定的事實事宜，而它清楚地區別予獲證明的事實事宜是否不足以支持裁判，以外他不能這樣做，因為不能忘記依照《刑事訴訟法典》第 114 條的事實事宜審判中作出的自由心證是不可審查的，除非有抵觸人類生活經驗法則或者職業操守的明顯錯誤（在此意義上，參閱第 100/2003 號案件的 2003 年 5 月 29 日以及第 119/2002 號案件的 2002 年 7 月 31 日合議庭裁判），這種明顯錯誤的情形在本案中也不具備。

關於證據審查中的明顯錯誤的瑕疵：

僅當被視為獲證明之事實本身互不相容在普通人看來是明顯可見的，即被視為獲證明之事實或未獲證明之事實與實際獲證明之事實或未獲證明之事實不相吻合，又或從被視為獲證明之事實中得出邏輯上不能接受之結論時，在審查證據方面才明顯有錯誤。當嫌犯僅限於將其對所調查的證據的純粹主觀觀點強加於他人而又與所載之資料毫不相干時，則不存在該瑕疵。（在此意義上參閱中級法院第 46/2000 號案件的 2000 年 7 月 28 日合議庭裁判）。

換言之，“證據審查中的明顯錯誤，必須是顯著的、明顯的及一目了然的，以致審判者在認定經證明或未經證明之事實時有矛盾及錯誤是明顯的。”（參閱前澳門高等法院第 1068 號案件的 1999 年 5 月 19 日合議庭裁判，載於 1999 年《司法見解》，第 1 卷，第 729 頁起及續後數頁，具體見第 732 頁）。

“提出這種瑕疵不應當以質疑審判者的心證為目的，根據《刑事訴訟法典》第 114 條這種心證基於一項在‘直接及親身審判中，在批評性自由審查後有意識地作出的一個決定’（參閱葡萄牙最高法院的 1991 年 5 月 3 日合議庭裁判，《葡萄牙司法公報》，第 407 期，第 314 頁，在前澳門高等法院第 1068 號案件的 1999 年 5 月 19 日合議庭裁判中也引用，在此只視為學說）。

在本案中，在此方面上訴人在卷宗第 268 頁至第 269 頁的理由闡述結論第二十九點中主要認為：他明確承認是吸食者（辯方證人確認了該情節）以及被扣押的麻醉品用於自己吸食的情節，結合完全欠缺任何販賣的證據，因為首先嫌犯家裏沒有秤，其次被扣押的金錢屬於共同嫌犯（她每月收入約澳門幣 6 萬元），隨後由於控方證人只拘留了嫌犯及扣押了麻醉品，完全不知道上訴人是否有任何販賣意圖，故應導致原審法院將上訴人控訴的犯罪轉換為吸食麻醉品，捨此就存在證據審查中的明顯錯誤。

好了，面對這項陳述，考慮到現被上訴的合議庭裁判內容，我們認為在本案中——正如前澳門高等法院第 918 號案件的 1998 年 10 月 14 日合議庭裁判中所解釋，該裁判也由該院第 1068 號案件的 1999 年 5 月 19 日合議庭裁判所引用——我們作為上訴法院無權限：

——“審查第一審合議庭在被上訴的裁判中形成的、被常識確認與得出的結論絲毫不抵觸的某種含義之心證（參閱最高法院 1997 年 5 月 7 日合議庭裁判，《葡萄牙司法公報》，第 467 期，第 237 頁）——“確實，證據審查中的明顯錯誤（...）與審判者事實上的裁判與上訴人所認為的應當作出的裁判的可能不符完全無關，後者沒有任何法律上的重要性，顯然這種不符也不具司法上之重要性”——及 1997 年 11 月 19 日合議庭裁判，《葡萄牙司法公報》，第 471 期，第 115 頁及第 134 頁）。

——因此，關於證據審查中的明顯錯誤的爭辯理由也不成立（但應指出嫌犯的全部論據，至少在此部分上訴中，過份著重於普通意義上的“販毒”，而與之相反，他被原審法院判處觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款法定罪狀中歸罪的“不法行為”之一的持有毒品罪。

因不存在上訴人據以支持其再次調查證據訴求的瑕疵，因此，欠缺為此效果的一項基本前提，故根本沒有必要聽證在當時審判聽證中向原審法院作出的聲明的磁帶錄音記錄，只是為查明是否存在《刑事訴訟法典》第 415 條第 1 款要求的再次調查證據的最後一項前提，即相信再次調查將避免移送合議庭裁判這一任務方屬重要（按照中級法院第 132/2000 號案件的 2000 年 9 月 14 日合議庭裁判的司法見解）。

四、綜上所述，在評議會中作出合議庭裁判，不接納再次調查證據的請求。

根據《法院訴訟費用制度》第 70 條第 1 款規定，司法費定為 5 個計算單位，計入終局合議庭裁判的收費。

因非屬上訴的終局裁判，按照《刑事訴訟法典》第 100 條第 7 款首部的規定，命令透過其辯護人通知上訴人。

陳廣勝（裁判書製作法官）—— José M. Dias Azedo（司徒民正）（具下文的表決聲明）—— 賴健雄

表決聲明

本席贊同不接納再次調查證據的裁判，因認為沒有具備被上訴之合議庭裁判被指責之“不充足”及“...錯誤”的瑕疵，但本席不贊同前文裁判中闡述的大部分理由說明，尤其認為“澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項，b 項，c 項規定的瑕疵，...不應依職權審理”的部分，此部分與本中級法院第 5/2000 號案件的 2000 年 2 月 3 日及第 228/2001 號案件的 2000 年 3 月 7 日合議庭裁判，終審法院第 11/2001 號案件的 2001 年 7 月 30 日及第 7/2002 號案件的 2002 年 5 月 30 日合議庭裁判不符——其中宣告“獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵必須來自被上訴的裁判本身，不能求諸外部的任何資料”——故與澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款的規定明

顯不符。

José M. Dias Azedo（司徒民正）

2003 年 6 月 5 日於澳門