

上訴案第 295/2014 號

日期：2014 年 6 月 19 日

- 主題：**
- 獲證明的事實上之事宜不足以支持作出裁判
 - 販毒罪
 - 事實認定
 - 吸毒工具罪
 - 想像競合

摘 要

1. 被認定的事實不足以支持裁判就是在案件標的範圍內查明事實時存在漏洞，以致在作為決定依據的被認定事實存在不足或不完整。
2. 第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款懲罰包括“在不屬第十四條所指情況下以任何方式”不法持有毒品的行為。首先，法律沒有強制規定必須證實嫌犯有販賣毒品的行為；其次，法律容許行為人證明其所持有的毒品全部用於自己食用。
3. 原審法院僅僅認定：“上述毒品是上訴人 A 從身份不明之人取得，其數量已超過每日吸食量的 5 倍，嫌犯藏有上述毒品，目的除供其個人吸食外，還向他人出售圖利”，首先其數量已超過每日吸食量的 5 倍完全是一個結論性的事實；其次，我們根本不能知道多少用於個人食用，多少數量用於出售圖利，明顯存在事實不足的瑕疵。
4. 不適當持有器具或設備罪與不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪之間為

想像競合關係。

裁判書製作人

蔡武彬

第 295/2014 號上訴案

上訴人：A

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情敘述

於 2014 年 3 月 12 日，上訴人 A(第一嫌犯)在初級法院刑事法庭第 CR3-13-0219-PCC 號卷宗內被裁定觸犯：

- 一項第 17/2009 號法律第 8 條第 I 款所規定及處罰之「不法販賣麻醉藥品及精神藥物」，被判處八年六個月徒刑；
- 一項同一法律第 14 條規定及處罰之「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」，被判處兩個月徒刑；
- 一項同一法律第 15 條規定和處罰之「不適當持有器具或設備罪」，被判處兩個月徒刑；
- 三罪競合，合共被判處八年九個月實際徒刑之單一刑罰。

上訴人不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結論部分）：

1. 上訴人在本案之中，被判處以直接正犯及既遂方式觸犯一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰之不法販賣麻醉藥品

及精神藥物罪，判處八年六個月徒刑、一項第 17/2009 號法律第 14 條所規定及處罰之不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，判處二個月徒刑，以及一項第 17/2009 號法律第 15 條所規定及處罰之不適當持有器具或設備罪，判處二個月徒刑；三罪並罰，令共判處八年九個月實際徒刑之單一刑罰。

2. 上訴人不服，以被上訴的合議庭裁判沾上《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項所指之獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判；量刑過重，違反第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款，結合刑法典第 65 條及第 40 條規定，上訴至中級法院。
3. 既然被上訴的合議庭證實上訴人是一名吸毒者，所購買的毒品一部份供其個人吸食。這樣，法庭必須查明上訴人吸毒的數量及種類。
4. 但被上訴的合議庭卻沒有這樣做，只籠統地證明了上述毒品是嫌犯 A 從身份不明之人取得，其數量已超過每日吸食量的 5 倍，嫌犯藏有上述毒品，目的除供個人吸食外，還向他人出售圖利。
5. 法庭必須清楚區分本案扣押的毒品有多少份量為上訴人吸食，多少份量為提供給其他人吸食。
6. 簡而言之，被上訴的合議庭卻沒對上區分本案扣押的毒品有多少份量為上訴人吸食，多少份量為提供給其他人吸食這部份訴訟標的作出具體的查證。
7. 另外，合議庭在定罪依按中指出：顯見，嫌犯所持的上述毒品中，相當於 5 日的參考用量為自己吸食，其他則用於提供給他人，嫌犯所持毒品中用於提供給他人的份量屬於大量。
8. 然而，根據獲證之事實，並不能得出上述“嫌犯所持毒品中用於提供給他人的份量屬於大量”的結論。

9. 這樣，被上訴之合議庭裁判無可避免地同時沾上獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判的瑕疵。
10. 根據疑點利益歸被告原則(“in dubio pro réu”)，應廢止被上訴的合議庭裁判，以第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款(1)項較輕的販賣罪對上訴人作出論處。
11. 另外，上訴人認為被上訴的合議庭判處上訴人觸犯一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪以及一項不適當持有器具或設備罪，三罪並罰，合共判處八年九個月實際徒刑之單一刑罰的量刑過重。
12. 而上訴人在審判聽證中，坦白承認實施了被指控的事實，表現出真誠悔悟，屬初犯，需要扶養家人。
13. 上訴人認為被上訴的合議庭裁判並沒有全面考慮《刑法典》第 40 條 1 款及第 65 條的規定，量刑過重，應予廢止，並以一對上訴人三罪並罰科處五年以下徒刑的公正裁判替代之。

請求

1. 基於被上訴的合議庭裁判沾上獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判按照疑點利益歸被告原則(“in dubio pro réu”)，廢止被上訴的裁判，從而開釋上訴人被判處的一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，以第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款(1)項較輕的販賣罪對上訴人作出論處；
2. 倘上述請求不被接納，則基於量刑過重，對上訴人被指控觸犯的一項販毒罪重新量刑，三罪並罰合共判處不超過五年之徒刑。

承上所述，及有賴尊敬的中級法院法官閣下對法律理解的高見，裁定本上訴得直，並一如既往地作出公正裁判！

檢察院對上訴人上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 上訴人提出並不認同被上訴的裁判，因原審法院沒有區分所扣押的毒品，當中有多少份量為上訴人吸食及多少份量為提供給其他人吸食及作出具體的查證，因而認為原審法院的判決沾染著獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判的瑕疵。
2. 本院未能認同。
3. 在本卷中，根據已證事實，上訴人共持有的物質中含甲基苯丙胺的純淨重為 8.521 克(1.146 +1.633 + 0.592 + 0.720 + 0.427 +1.357+ 0.475 +1.291 + 0.113 + 0.437 + 0.330)克及氯胺酮的純淨重為 19.032 克。
4. 在沒有證實上訴人實際吸食毒品之量以及是否每日吸食的情況下，必須按照在其條件下一般吸食者的吸食需要來推斷上訴人之吸食需要量，而根據同一法律第 24 條第一款每日用量參考表第 14 點及第 16 點，甲基苯丙胺每日參考用量為 0.2 克，五日的參考用量為 1 克，而氯胺酮每日參考用量為 0.6 克，五日的參考用量為 3 克。
5. 上訴人所持的甲基苯丙胺成份份量超過 42 日法定參考用量，而氯胺酮成份的份量超過 31 日法定參考用量。由此可見，上訴人所持有的毒品中，相當於 5 日的參考用量為自己吸食，其他屬於大量的則提供給他人，因此，其行為完全符合不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪、不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪以及不適當持有器具或設備罪，並不存在上訴人所指的瑕疵，基於此，此理據應被否定。
6. 上訴人以其是初犯、在審判聽證中坦白承認實施被指控的事實、表現出真誠悔悟、需要扶養家人為由，因而認為原審法院判處上訴人八年九個月實際徒刑的刑罰量刑過重，違反刑法典第 40 條

及第 65 條之規定，應改判五年以下徒刑。

7. 本院並不認同。
8. 根據刑法典第六十五條的規定“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。”
9. 第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款販賣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。
10. 就過錯而言，上訴人雖為初犯，承認控罪，但卻在自由、自願及有意識的情況下藏有多種毒品，且數量遠遠超過五日參考用量的毒品數量，除用作個人吸食外，亦向他人提供吸食，顯示其主觀故意程度高。
11. 從預防犯罪的角度來看，上訴人所犯罪行為本澳常見罪行，其性質、不法性及後果相當嚴重，對吸毒者個人健康乃至公共健康及社會安寧均帶來極大的負面影響，因此，一般預防的要求極高。
12. 在具體量刑方面，原審法院已遵守刑法典第 40 條及第 65 條的規定，我們認為原審法院以不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪判處八年六個月徒刑，不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪判處二個月徒刑，及不適當持有器具或設備罪判處二個月徒刑，上述三罪競合，判處八年九個月實際徒刑，量刑並無過重。
13. 因此，上訴人的理據應被否定。

綜上所述，敬請否決本上訴，維持原判，深信閣下定能一如既往，作出公正的判決。

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱及提交法律意

見，同意檢察院司法官在其對上訴理由闡述的答覆中發表的觀點和論據，認為上訴人提出的上訴理由完全不成立，上訴應予以駁回。

本院接受上訴人提起的上訴後，組成合議庭，對上訴進行審理，各助審法官檢閱了卷宗，並作出了評議及表決。

二、事實方面

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

- 2013 年 5 月 26 日下午 6 時許，治安警員前往羅理基博士大馬路 XXXX 進行調查。
- 調查期間，治安警員在上述單位之廳間發現嫌犯 B，並聽見一間上了鎖之房間內有人聲，警員於是從房間相鄰的廁所窗觀察房內之情況，目睹上訴人 A 正將大量物品（包括一些載有白色晶體的透明膠袋）從房間拋出窗外，故此治安警員命令房間內的上訴人 A 開門接受檢查，並檢拾被拋出窗外之物品。
- 治安警員當場在上述單位房間窗外冷氣機槽頂上拾獲 1 個透明膠袋，內藏有 3 包白色晶體；在窗外簷蓬上拾獲 1 個透明膠袋，內藏有 4 包白色晶體；在羅理基博士大馬路 XXXXX 平台上拾獲 1 個白色鐵盒、1 個透明膠袋，內藏有 2 包白色晶體、1 個透明膠袋，內藏有 3 包白色晶體、1 個透明膠袋，內藏有 1 包白色晶體、1 個透明膠袋內藏有 2 包植物，1 個透明膠袋，內藏 11 粒棕色藥丸；在羅理基博士大馬路 426 號 5 樓 E 室平台上拾獲 1 個透明膠袋，內藏有 3 包白色晶體、1 個透明膠袋，內藏有 1 包白色晶體、1 個透明膠袋，內藏有 3 包白色晶體、1 個透明膠袋，內藏有 3 包白色晶體、1 個透明膠袋內裝有 21 粒紅色藥丸、1 個透明膠袋裝有

49 粒紅色藥丸及 1 個透明膠袋，內藏 13 包白色粉末。(見卷宗第 11 頁至 12 頁之扣押筆錄)

- 經化驗證實，其中 13 包白色晶體淨重共 6.108 克，含有第 17/2009 號法律附表二 B 所管制之“甲基苯丙胺”成份(經定量分析，13 包晶體中之“甲基苯丙胺”的百分含量分別為 73.37%、72.30%、78.36%、75.03%及 74.66%，含量分別為 1.146 克、1.633 克、0.592 克、0.720 克及 0.427 克)；其中 1 包植物淨重為 0.481 克，含有同一法律附表一 C 所管制之“大麻”成份，另 1 包植物淨重為 0.136 克，含有同一法律附表二 B、附表二 C 及附表五所管制之“甲基苯丙胺”、“氯胺酮”及“麻黃鹼”成份；其中 11 粒棕色藥丸共淨重為 2.109 克，含有同一法律附表二 C 及附表四所管制之“氯胺酮”及“苯巴比妥”成份；其中 10 包白色晶體淨重共 5.863 克，含有“甲基苯丙胺”成份(經定量分析，10 包晶體中之“甲基苯丙胺”的百分含量分別為 75.50%、76.52%、74.18%及 74.35%，含量分別為 1.357 克、0.475 克、1.291 克及 1.266 克)；上述 70 粒紅色藥丸共淨重為 6.511 克，含有“甲基苯丙胺”成份(經定量分析，70 粒藥丸中之“甲基苯丙胺”的百分含量分別為 5.87%及 9.54%，含量分別為 0.113 克及 0.437 克)；其中 13 包白色粉末共淨重為 22.002 克，含有“氯胺酮”成份(經定量分析，“氯胺酮”的百分為 86.50%，含量為 19.032 克)。(見卷宗第 195 頁至第 210 頁鑑定報告)
- 其後，治安警員在上訴人 A 位於羅理基博士大馬路 426 號 6 樓 E 室上鎖的房間化妝櫃內，搜獲 1 個綠色盒內裝有 1 包白色晶體、1 枝白色吸管、2 張錫紙；在床尾地櫃內搜獲 1 個銀色箱，內裝有 4 個盛有液體之小玻璃瓶、1 個黑色電子磅、1 把黑色柄的剪刀、2 個打火機、1 個透明膠袋內裝有 29 個膠袋、1 個透明膠袋內裝有 52 個膠袋、1 個透明膠袋內裝有 8 個膠袋，1 個長方體金屬盒內裝有 3 枝白色吸管、1 張錫紙、1 卷錫紙、4 個紅色膠袋、4 張錫

紙及 16 枝吸管；在床邊搜獲 1 支盛有液體之膠樽，樽蓋上插有 2 條膠管及 1 本黑色記事簿。(見卷宗第 41 頁之扣押筆錄)

- 經化驗證實，上述白色晶體淨重為 0.431 克，含有“甲基苯丙胺”成份(經定量分析，“甲基苯丙胺”的百分含量為 76.66%，含量為 0.330 克)；上述吸管及錫紙沾有第 17/2009 號法律附表二 B 所管制之“甲基苯丙胺”、“苯丙胺”及“N,N-二甲基安非他命”痕跡；上述 4 個小玻璃瓶盛有之液體共淨重為 22 毫升，含有“氯胺酮”成份；上述 29 個透明膠袋沾有“甲基苯丙胺”痕跡；上述膠樽之液體淨重為 92 毫升，含有“甲基苯丙胺”及“N,N-二甲基安非他命”痕跡。(見卷宗第 195 頁至第 210 頁鑑定報告)
- 上述毒品是上訴人 A 從身份不明之人取得，其數量已超過每日吸食量的 5 倍，嫌犯藏有上述毒品，目的除供其個人吸食外，還向他人出售圖利。
- 上述記事簿、電子磅、剪刀、透明膠袋、吸管、錫紙、連有吸管之膠樽蓋及打火機是上訴人 A 記錄、分拆包裝、秤量及吸食毒品之工具。
- 同日在治安警察局內，治安警員在上訴人 A 身上搜獲 5 部手提電話連 SIM 卡、現金港幣 2000 元。(詳見卷宗第 59 頁之扣押筆錄)
- 上述手提電話及現金是上訴人 A 從事上述犯毒活動所使用之工具及所得。
- 上訴人 A 清楚知悉上述毒品的性質及特徵。
- 調查期間，治安警員在上述單位之房間內，搜獲 1 張澳門居民身份證編號為 XXXX，姓名為 C，出生日期為 1991 年 4 月 23 日。在治安警察局內，嫌犯 B 填寫身份資料聲明書，自稱其姓名為 C，出生日期為 1991 年 4 月 23 日。(見卷宗第 67 頁)

- 上述澳門居民身份證所貼相片是嫌犯 B 本人之相片，證件中所記載之持有人身份資料非為嫌犯 B 之身份資料。上述證件是嫌犯 B 於 5 個月前偷渡進入澳門時攜帶在身的，目的是隱瞞其真實身份及非法入境之事實。
- 上訴人 A、嫌犯 B 是在自由、自願及有意識的情況下，故意作出上述行為的。
- 上訴人 A、嫌犯 B 明知上述行為違法，會受法律制裁。

另外，證明下列事實：

- 根據刑事紀錄證明，兩嫌犯均無犯罪記錄。
- 上訴人聲稱無業，需照顧祖母、父親及撫養一名女兒，其學歷程度為初中三年級。
- 第二嫌犯在檢察院被訊問時聲稱失業，無家庭及經濟負擔，其學歷程度為中四。

未獲證明之事實：無其他對判決重要的事實尚待證明。

三、法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 獲證明的事實上之事宜不足以支持作出裁判
- 吸毒工具
- 量刑

(一) 獲證明的事實上之事宜不足以支持作出裁判

上訴人認為原審法院沒有區分所扣押的毒品，當中有多少份量為上訴人吸食及多少份量為提供給其他人吸食及作出具體的查證，因而認為原審法院的判決沾有獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判的瑕疵。

根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項規定，上訴亦得以獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判為依據，只要有關瑕疵係單純出自案卷所載的資料，或出自該等資料結合一般經驗法則者。

終審法院於 2009 年 7 月 15 日，在第 18/2009 號刑事上訴案判決中認定：“被認定的事實不足以支持裁判就是在案件標的範圍內查明事實時存在漏洞，以致在作為決定依據的被認定事實存在不足或不完整。”

根據已證事實，上訴人持有多種及多包毒品，其中包括含有“甲基苯丙胺”的純淨重為 8.521 克，含“氯胺酮”純淨重為 19.032 克。而上訴人藏有上述毒品，目的除供其個人吸食外，還向他人出售圖利。

我們知道，第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定的“在不屬第十四條所指情況下，未經許可而送贈、準備出售、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”，很明顯，以懲罰包括“在不屬第十四條所指情況下以任何方式”不法持有毒品的行為。首先，法律沒有強制規定必須證實嫌犯有販賣毒品的行為；其次，法律容許行為人證明其所持有的毒品全部用於自己食用。

基於此立法原意，不能被理解為法院可以憑空認為嫌犯所持有的毒品數量，僅需減去相當於 5 日的參考用量作自己吸食的相當部份之外，餘下的部份作為販賣的部分。所以要求清楚認定這部分的事實，多少用於個人食用，多少數量用於轉讓他人。

原審法院僅僅認定：“上述毒品是上訴人 A 從身份不明之人取得，其數量已超過每日吸食量的 5 倍，嫌犯藏有上述毒品，目的除供其個人吸食外，還向他人出售圖利。”

首先，我們要說的就是“其數量已超過每日吸食量的 5 倍”完全是一個結論性的事實。¹

其次，從“嫌犯藏有上述毒品，目的除供其個人吸食外，還向他人出售圖利”的事實，我們根本不能知道多少用於個人食用，多少數量用於出售圖利。

雖然，終審法院於 2004 年 7 月 21 日在第 24/2004 號上訴案中所曾經裁定：“當證明嫌犯持有麻醉品是為了供自己使用和讓予他人，但又無法嚴格查明用來自己吸食和用來讓予他人的相關數量，為了確定將販賣毒品罪納入第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款還是納入第 9 條第 1 款所指定的法定罪行時，審判法庭或者上訴法庭應該根據其他已認定的事實——即持有的全部數量——和經驗法則衡量，確定用來讓予的毒品數量到底是否為第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款和第 3 款規定和為了相關效力的少量。如果能夠得出相關結論，嫌犯的行為就應該根據具體案情納入上述法規第 9 條或者第 8 條所規定的法定罪行。如果法院無法得出肯定結論，就應該根據罪疑唯輕的原則判處嫌犯觸犯第 5/91/M 號法令第 9 條所指罪行”，但是，對於本案來說，還沒有適用罪疑唯輕的原則的前提，因為原審法院根本沒有窮盡一切可能的辦法證明需要證明的事實，也就是說，還沒有看到“法院無法得出肯定結論”的情況，因為沒有做出這方面的調查。那麼，原審法院的事實審理就陷入了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項規定的獲證明的事實不足以支持作出裁判的瑕疵。

故此，由於上訴法院沒有辦法補正這個瑕疵，應該發回原審法院重新審理，而由沒有介入的法官組成的新的合議庭進行，在認定所缺乏的事實的基礎上重新作決定。

上訴人的提出的上述上訴理由成立。

¹ 關於何為結論性事實，參見 Viriato Manuel Pinheiro de Lima 所著的《民事訴訟法教程》，法律及司法培訓中心，2005，第 399-400 頁。

決定了這個問題，並不妨礙直接審理以下的問題，因為它是獨立的一個問題。

(二) 不適當持有器具或設備罪與不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪的競合

根據第 17/2009 號法律第 15 條規定：“意圖抽食、吸服、吞服、注射或以其他方式使用表一至表四所列植物、物質或製劑，而不適當持有任何器具或設備者，處最高三個月徒刑，或科最高六十日罰金。”

根據原審已證事實，上訴人持有被扣押的剪刀、透明膠袋、吸管、錫紙、連有吸管之膠樽蓋及打火機，用作吸食有關毒品之工具，明知不可仍持有上述工具用作吸食毒品的器具。

上訴人亦被裁定觸犯一項第 17/2009 號法律第 14 條規定及處罰之「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」，判處兩個月徒刑。

然而，本院認定不適當持有器具或設備罪與不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪之間為想像競合關係，因此，應開釋上訴人被控的一項不適當持有器具或設備罪。(同樣判決可參看本院 2011 年 6 月 23 日第 258/2011 號案件裁判書)

而審理了這些問題，上訴人所提出的量刑的問題，就不能審理了，因為要等原審法院再次審理有瑕疵的事實之後重新作出。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人的上訴理由成立，決定：

- 開釋上訴人被控的一項不適當持有器具或設備罪；

- 將案件發回原審法院重新審理，由沒有介入的法官組成的新的合議庭進行，在可能的情況下，認定嫌犯所持有的毒品用於個人吸食和出讓營利的具體數量，然後重新量刑。

本上訴不科處訴訟費用。

訂定上訴人辯護人辯護費為澳門幣 2,500 圓，費用由終審法院院長辦公室支付。

澳門特別行政區，2014 年 6 月 19 日

蔡武彬

José Maria Dias Azedo (dando como reproduzida a declaração de voto, que anexei ao Ac. de 05.06.2014, Proc. N.º 277/2014).

譚曉華 (附表決聲明)

編號：第 295/2014 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

表決聲明

本人並不同意上述裁判書決定，並表決如下：

從本案已證事實中，雖然可肯定知道案中毒品的總量已遠遠超過每日吸食量之五倍，但是單憑有關毒品總量，無法肯定上訴人持有向他人出售圖利的毒品數量是否也超過每日吸食量之五倍。

雖然未能得到肯定的結論，本人不同意上述裁判書將案件發回原審法院重新審理，認為可基於“罪疑唯輕原則”(“*in dubio pro réu*”)，改判上訴人一項第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款(一)項所規定及處罰的「較輕的販賣」麻醉藥品及精神藥物罪。

另一方面，本人認為吸毒罪與不適當持有器具或設備罪為實質競合，且上訴人所持有的工具，特別是有關連吸管之膠樽有耐用性，符合相關法律規定的吸毒器具，因此，上訴人應被判處觸犯相關罪行，而原審判決這部分判罪應被維持。

2014 年 6 月 19 日

譚曉華 (原裁判書製作人)