

第 67/2023 號案

刑事上訴

上訴人：甲

被上訴人：檢察院

會議日期：2023 年 10 月 18 日

法官：宋敏莉(裁判書制作法官)、司徒民正和岑浩輝

主題：— 成為嫌犯

— 非正式談話

— 共同正犯

— 犯罪既遂

摘要

一、雖然被告享有沉默權並可隨時在訴訟的不同階段自由行使，但如果被告在偵查階段成為嫌犯並獲悉其享有該權利後仍選擇與警方配合，告知警方與其被歸責的事實相關的情況，甚至隨負責

調查的司警人員前往約定的毒品交收地點指認要求其代買毒品的同案被告(即上訴人)，那麼無論是該被告與警員之間的“非正式談話”還是他指認同案被告的行為均可成為警員在庭審時作證的內容；該被告在庭審時保持沉默並不妨礙或阻止與其通過“非正式談話”而獲知有關上訴人亦參與實施犯罪的警員就“非正式談話”的內容在庭審中作證。

二、在本案中，上訴人要求第二被告協助其購買大麻，為此支付了相關費用，而第二被告則協助上訴人向第一被告購買，準備取得毒品後轉交予上訴人，這無疑屬於共同正犯的情況：第二被告在上訴人的“要求”之下作出購買大麻的行為，上訴人的“要求”使第二被告產生了導致其因以既遂方式觸犯第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而被處罰的“決意”；由法院認定的事實可知，在上訴人及第二被告之間存在“共同合意”及“分工合作”，上訴人使第二被告產生了犯罪的“決意”並提供了購買毒品的款項，第二被告則負責聯絡賣家購買毒品，兩者皆參與實施犯罪。

三、第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款處罰所有“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”毒品的行為。只要作出購

買的行為，即使行為人因警方的介入而未能成功取得毒品，也是以既遂方式觸犯了不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪。這也是本澳長期以來的司法見解。

四、在本案中，雖然第二被告及上訴人因警方的介入而未能成功取得毒品，但其不法行為已告完成，應以既遂作出處罰。

裁判書制作法官

宋敏莉

澳門特別行政區終審法院裁判

一、概述

透過 2022 年 5 月 6 日作出的合議庭裁判，初級法院認定甲(本案第三被告)以直接正犯及未遂方式觸犯一項第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款結合第 8 條第 1 款、《刑法典》第 21 條及第 22 條第 1 款和第 2 款所規定及處罰的不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，處以 3 年 3 個月徒刑。

甲不服裁判，向中級法院提起上訴(第 550/2022 號上訴案件)；通過 2023 年 5 月 25 日作出的合議庭裁判，該院依職權就被告實施之犯罪行為的法律定性作出更改，改判其以直接正犯及既遂方式觸犯了一項第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款結合第 8 條第 1 款所規定及處罰的不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，並基於上訴不加刑原則而維持初級法院判處的 3 年 3 個月徒刑(詳見卷宗第 1080 頁至第 1109 頁背頁)。

被告現向終審法院提起上訴，並在其提交的上訴理由陳述中作出經本院整理的如下結論：

1. 被上訴合議庭在審理「非正式談話」的部份因對事實的判斷出現明顯的錯誤，致使作出錯誤的結論及法律適用，從而繼續接納了禁用證據或未有遵守沿自法定類型的證據方法，並違反了澳門《刑事訴訟法典》第47條、第48條、第50條第1款c項、第233條第5款及第112條之規定，致使被上訴裁決玷有了澳門《刑事訴訟法典》第400條第1款及第2款c項所規定之法律錯誤的瑕疵以及審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵；

- 在被上訴裁決中，特別是在第40至第42頁中，指出「第二嫌犯被帶回警署履行宣告其成為嫌犯的手續」；

- 雖然被上訴裁決指出上述內容是「卷宗資料顯示」，上訴人卻無從發現在卷宗之何等位置內載有被上訴裁決所指之「第二嫌犯被帶回警署履行宣告其成為嫌犯的手續」的任何記錄。

- 相反，卷宗內第2頁背頁的實況筆錄卻非常清楚地顯示，第二嫌犯在其承認在其住處搜獲到之毒品並承認該等毒品屬其所有之時，已即時在現場被宣告成為本案之嫌犯，而絕非被上訴合議庭所謂「只在其交待其幫第三嫌犯向第一嫌犯購買毒品之後，方正式將其帶回警署履行宣告其成為嫌犯的手續。」

- 顯然地，被上訴合議庭再次維持了因錯誤審查卷宗內之證據

而得出之判斷，亦即錯誤地審查了本案中第二嫌犯成為嫌犯的過程及時刻；

- 另再次指出，警員證人乙指出司警人員在第二嫌犯住所進行搜索及發現毒品，第二嫌犯承認該等物品是毒品並屬其所有，隨即便被司警人員拘留並成為嫌犯；與此同時，第二嫌犯向司警人員作出「非正式談話」。

- 本文中並無相反證據顯示第二嫌犯的非正式陳述是在成為嫌犯之前作出；由此亦反映出「非正式談話」作為證據的不利之處：無法精確反映出形成相關證據的時刻及具體內容。

- 如被上訴合議庭所作出的理解：「雖然第二嫌犯承認管有家中毒品及有吸食習慣，但並未涉及正在調查的向第一嫌犯購買毒品的人士，警方與第二嫌犯之間仍就何人向第一嫌犯購買毒品的談話……」第二嫌犯其後作出關於向第一嫌犯購買毒品的談話，是第二嫌犯承認該等毒品屬其所有並因此被宣告成為嫌犯之後而作出。

- 而現時被上訴裁決引用及結合了終審法院第17/2016號及第41/2021號裁決，並似乎得出「不論是否有被宣告成為嫌犯，均不影響有關非正式談話之有效性及可被採納性」的結論；對此給予一切的尊重，上訴人難表認同。

- 就第二嫌犯所作出之非正式談話，應強調的是，此一情況明顯屬於《刑事訴訟法典》第48條第1款之情況；而刑事警察機關須停止作進一步之詢問並不取決於第二嫌犯的其他陳述，因第二嫌犯作出承認該等毒品屬其所有之聲明，已足以構成進行拘留之原因，載於卷宗內之文件亦反映事實上第二嫌犯正是因此一原因而被拘留並被宣告成為嫌犯。

- 明顯地，上述條文當中並無規定該人曾觸犯之「罪行」必須是與警方正在調查的罪行為同一罪行，亦實無必要對此作出擴張性解釋。

- 事實上，本案中亦未有將第二嫌犯持有毒品的行為與第一嫌犯及第二嫌犯之間進行的毒品交易行為分拆成兩個刑事訴訟程序；亦如同司警人員向第二嫌犯作出之告誡所指，第二嫌犯在本訴訟程序中已被視為嫌犯。

- 故不論是關於第二嫌犯持有毒品的行為，抑或是第一嫌犯及第二嫌犯之間進行的毒品交易行為，司警人員均不應再以「非正式談話」的方式繼續進行查問搜證，而應根據《刑事訴訟法典》第48條第1款之規定，立即中止詢問。

- 再次強調，不論是初步階段的搜證查問又或「非正式談話」

均未有被排除在上述條文規定的範圍之外，而是均應立即停止進行查問；警員亦應根據澳門《刑事訴訟法典》第129條及第130條之規定，透過訊問的形式，對具有嫌犯身份之人進行取證，並按同一法典第257條第1款之規定作成訊問筆錄。

- 誠然，上訴人在此並非全盤否定非正式談話作為證據之可採納性，但倘刑事警察機關可透過採用非正式談話替代法律要求的形式而向嫌犯提問，從而取得其現場之聲明，並可於審判聽證中以人證方式就該等聲明提供陳述且讓法院形成心證，這將導致嫌犯之沉默權失去意義，並對這一基本權利造成了根本性的損害。

- 倘有關證據具可採納性，不禁讓人作進一步提問：刑事司法實務上，刑事警察機關對嫌犯的前期偵查行為(截查、搜查、搜索及扣押)可持續超過午夜直至翌日，那在凌晨零時至早上六時所進行的偵查工作而取得的嫌犯之非正式談話是否因違反澳門《刑事訴訟法典》第93條第3款而構成無效？

- 按照被上訴裁決的立場，對於上述問題的答案是否定的；但倘允許如此，無疑變相准許刑事警察機關可於法律禁止的時間段內以另一形式收集到嫌犯的聲明，這違背了立法者訂定禁止該時間段內進行訊問的意圖。

- 由此可見，對不同見解給予一切的尊重，上訴人認為被上訴裁決的立場見解與現時之法律規定並不相容，而刑事警察機關未有遵從獲取證據之法定方式而調取第二嫌犯之非正式談話屬違反取得證據之方式，故有關談話內容實不應被接納。

- 倘尊敬的法院並不如此認為，上訴人亦冀指出，被上訴裁決認同刑事警察機關可調取第二嫌犯及上訴人之非正式陳述的立場，亦是違反證據評價之禁止。

- 澳門《刑事訴訟法典》第50條第1款c項、第128條第5款及第324條第1款所規定嫌犯享有之沉默權和第119條第2款所規定證人對將引致其負刑事責任之問題之拒絕回答權，該等明確由法律賦予並保障之權利，正正反映及體現確立澳門刑事訴訟體中之其中一條重要原則：「不自證其罪原則」(Princípio de *nemo tenetur*)。

- 上述權利應被視為受憲法保護的隱性權利，而縱使澳門《基本法》第28條及第29條未有對該原則作明文規定，仍應將「不自證其罪原則」視為構成隱含或不成文的憲法性原則。

- 在本案中，第二嫌犯及上訴人在庭審中依法行使彼等之沉默權，而根據澳門《刑事訴訟法典》第336條第1款、第337條及第338條之規定，兩名嫌犯未有在庭審中作出聲明，此前的聲明亦均未有

在庭審中被宣讀及被審查。

- 而事實上，三名司警人員就兩名嫌犯(倘有)之非正式陳述而作出的證言內容與兩名嫌犯此前向刑事警察機關所作之嫌犯聲明內容屬重疊，而該等嫌犯聲明按澳門《刑事訴訟法典》第337條規定及第338條之反義解釋而屬不可宣讀之聲明。

- 故明顯地，三名司警人員在庭審中就兩名嫌犯(倘有)作出之非正式談話作出了聲明，從而產生的客觀效果是：該等司警人員之證言填補了兩名嫌犯之沉默。

- 毫無疑問的是，接納並允許審查該等證言勢必損害第二嫌犯及上訴人享有之沉默權的這一根本權利。

- 上述三名司警人員所調取的非正式談話，在兩名嫌犯均依法行使彼等之沉默權的情況下，屬侵犯了兩名嫌犯之基本權利之證據，故根據澳門《刑事訴訟法典》第112條之反義解釋，為法律禁止所適用並不具可評價性。

- 在澳門刑事訴訟程序當中，如前所述，即指刑事警察機關根據澳門《刑事訴訟法典》第233條第5款之規定向嫌疑人索求資料的措施時，亦不可影響澳門《刑事訴訟法典》第48條之適用。

- 在本具體個案中，因司警人員未有遵守澳門《刑事訴訟法典》第48條第1款之規定而取得兩名嫌犯在現場作出之聲明，並透過證人聲明之方式在庭審中作出，違反了澳門《刑事訴訟法典》第48條第3款、第47條第3款、第233條第5款及第112條之規定而屬禁用證據並且不應被接納。

- 而即使認為有關證據屬合法取得，仍因兩名嫌犯在庭審上依法行使沉默權，從而該三名司警人員就彼等所調取的非正式談話內容在庭審中作出之聲明屬侵犯兩名嫌犯享有的沉默之基本權利，並違反了澳門《刑事訴訟法典》第50條第1款c項及第112條之規定而屬禁用證據及不應被評價。

- 故不論第二嫌犯及上訴人在何時(在成為嫌犯之前或之後)作出該等倘有之非正式談話，透過司警證人就有關內容作出之聲明均不可作為針對上訴人之證據。

- 綜合上述的理據、學說及司法見解，司警人員未有遵守澳門《刑事訴訟法典》第48條第1款之規定而得悉該等聲明，故第二嫌犯及上訴人在現場作出之聲明，特別是其有吸食毒品的習慣、其曾於上訴人共同吸食毒品、是上訴人要求第二嫌犯購買涉案毒品以及上訴人曾向第二嫌犯交付購買毒品的現金等對本案屬重要的陳述，

均不應被接納或不應被評價。

- 被上訴合議庭因對事實的判斷出現明顯的錯誤，致使作出錯誤的結論及法律適用，從而繼續接納了禁用證據或未有遵守沿自法定類型的證據方法並採納了玷有無效瑕疵的證言，使得被上訴裁決玷有澳門《刑事訴訟法典》第400條第1款及第400條第2款c項所規定的法律錯誤瑕疵及審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵。

2. 基於被上訴合議庭違反了澳門《刑法典》第1條、第12條及第40條第2款之規定，作出了錯誤的法律定性更改 - 不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪(既遂)，從而未有審理上訴人針對刑罰選擇、量刑以及暫緩執行刑罰之問題，致使被上訴裁決違反了澳門《刑法典》第40條、第64條及第65條之規定，並玷有澳門《刑事訴訟法典》第400條第1款所規定之法律錯誤的瑕疵。

- 如前所述，被上訴合議庭改判上訴人觸犯的一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪(既遂)；

- 縱觀被上訴裁決當中的所有內容，特別是第56頁至第59頁，當中主要地論述了對於不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪不存在未遂型態的司法見解及結論，另在第58頁當中指出上訴人作出的購買行為與涉案毒品之間存在了實質連結，即使最終未能完成交易拿到毒

品，仍構成犯罪既遂。

- 保留應有的尊重，上訴人對此無法表示同意；必須再次指出，不論是被檢察院控訴的罪名，抑或是被原審法院判處的刑罰，甚至於現時被上訴裁決中，上訴人從非以共犯形式與第一嫌犯及第二嫌犯共同遭到刑事歸咎；

- 相反，上訴人自始至今仍是被控以直接正犯形式實施被控訴之事實，亦是被裁定以直接正犯形式實施不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，故根據澳門刑事法律體系中之基礎原則——罪過原則，上訴人僅應對其自身作出之行為負責。

- 罪過原則作為澳門《刑法典》中的基本原則之一，亦是適用刑罰之必要前提要件；按照此一原則，沒有罪過不得作出處罰且罪過是作為量刑的準則，有關內容亦充分體現於澳門《刑法典》第12條及第40條第2款的規定之中。

- 亦如同葡萄牙刑法學者 Manuel Leal-Henriques 及 Simas Santos 的教導，刑事處罰只能夠以應對行為人就其實施之事實的意思形成作出譴責為理由依據，而該譴責絕不能夠比行為人按其應有罪過程度還要嚴重的方式作出譴責。

- 故此，在考量及評價上訴人之客觀行為及主觀意圖時，應只考量上訴人之個人行為以及個人意圖；而案中其他嫌犯的行為及意圖，特別是該毒品交易之開展、進度及結果，實不應亦絕不能與上訴人掛勾。

- 被上訴合議庭認定第二嫌犯未取得或持有毒品之行為尚已構成既遂之不法販賣麻醉藥品罪，並因能確定第二嫌犯尚未取得之毒品是將交予上訴人，從而裁定上訴人亦以既遂方式實施不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪；保留應有的尊重，上訴人認為被上訴裁決模糊化了毒品犯罪之中關於直接犯罪及共同犯罪的概念、同化了本案各嫌犯的行為並將其他嫌犯的行為與上訴人的行為進行連結及作出合併的刑事評價，這無疑與罪過原則之精神背道而馳。

- 被上訴裁判在刑事評價第二嫌犯之行為(販毒罪)是否構成或存在既遂的法律狀態時，將之延伸至上訴人的行為上，並一併作出刑事評價的做法是對第17/2009號法律第14條第1款所規定之內容作出了擴張解釋，從而違反了澳門《刑法典》第1條所規定罪刑法定原則。

- 另一方面，不妨礙上述針對採用「禁用證據」從而影響事實認定之爭議，就上訴人在本案中所作出之個人行為，必須強調的

是，本卷宗內不存有任何證據顯示上訴人知悉第二嫌犯向誰取得、何時取得及如何取得有關毒品，亦從未證實上訴人曾以任何方式參與第一及第二嫌犯之間的交易，而在所有的已證事實當中更不存有任何一項認定上訴人具有販賣毒品的意圖。

- 即使認為上訴人尚有供他人吸食之意圖，中級法院曾於2022年5月5日在第228/2022號裁判中指出應以第17/2009號法律第14條第2款及第3款所規定的不法持有毒品罪論處，並適用同條法律第8條第1款的規定。

- 澳門終審法院亦曾在第11/2020號裁判中指出第14條第2款所規定的是不法吸食麻醉藥品罪，而非不法販賣麻醉藥品罪。

- 故即使現時上訴人是基於第17/2009號法律第14條第2款結合第8條第1款而被適用了不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪之刑罰，亦從不改變上訴人現時被歸責之行為是不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪之本質；而事實上，至今上訴人是獲改判實施了一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪(既遂)。

- 事實上，中級法院曾於同一裁判中亦提及該案之原審法院指出：「然而，考慮到第三嫌犯仍未成功接收有關毒品；因此，指控第三嫌犯所觸犯的一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪及一項不法

吸食麻醉藥品及精神藥物罪，應合共改判為第三嫌犯觸犯了第17/2009號法律(經第10/2016號法律所修改)第14條第2款及第3款結合第8條第1款所規定及處罰的一項不法持有毒品罪，並應以犯罪未遂來論處(因第三嫌犯並非以共犯方式參與第一嫌犯及第二嫌犯運送及接收毒品的行為)。」

- 上述個案情況與本案上訴人的情況非常接近，特別是兩者均是未成功接收有關毒品；而且兩者均非被控訴或被判處以共犯方式參與其他嫌犯之接收毒品的行為，因此在認定上必須將各名嫌犯的行為清晰地分開判斷。

- 而本案的裁判書製作人及第一助審法官亦是上述案件的助審法官，上述案件中亦不存有任何針對上述見解而作出相反判斷之落敗聲明，上訴人實在見不到任何法律理據致使被上訴合議庭現時在本案所作出截然不同的判斷。

- 更誠如被上訴裁決第57頁所引用的學說所指：「販賣麻醉藥品罪在學說上被歸納為“著手犯”、“執行犯”或“促進犯”原則上在犯罪過程初始實施時，即出現罪狀結果，這是考慮到正常的行為過程涉及非以吸食為專屬目的的毒品問題。」

- 而從比較法的角度，葡萄牙的打擊毒品法(1月22日之第15/93

號法令)中的第26條亦有規範關於同為販賣者及吸食者(Traficante-consumidor)的情況，同一條文第2款正是規定了未遂是可處罰的，亦即認同未遂犯罪的存在，否則便無規定的重要性及必要性；

- 綜合上述的學說及見解，均能確定不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪與不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪所保護的法益並非完全相同，亦顯示了「不法販賣麻醉藥品及精神藥品罪不存在未遂型態」之司法見解並不適用於不法吸食麻醉藥品及精神藥品罪，更反映絕非所有與毒品相關聯的犯罪均不存在未遂形態。

- 故在僅能證實上訴人具吸食意圖而尚未取得有關毒品之情況下，有關情況符合澳門《刑法典》第21條所規定之犯罪未遂，絕不應判處上訴人觸犯了一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪(既遂)。

- 基於被上訴裁決違反了澳門《刑法典》第1條、第12條及第40條第2款之規定，從而錯誤地更改法律定性，繼而未有審理上訴人針對刑罰選擇和量刑以及暫緩執行刑罰之問題，而有關問題應被審理(當中的內容在此不再贅述，並為著一切的法律效力，在此視為完全轉錄)，致使有關裁決仍違反了澳門《刑法典》第40條、第64條及第65條之規定，並沾有澳門《刑事訴訟法典》第400條第1款所規定之法律錯誤的瑕疵。

綜上所述，被告提出如下請求：

1) 裁定被上訴合議庭因對事實的判斷出現明顯的錯誤，致使作出錯誤的結論及法律適用，從而繼續接納了禁用證據或未有遵守沿自法定類型的證據方法並採納了玷有無效瑕疵的證言，違反了澳門《刑事訴訟法典》第47條、第48條、第50條第1款c項、第233條第5款及第112條之規定，致使被上訴判決玷有澳門《刑事訴訟法典》第400條第1款及第400條第2款c項所規定的法律錯誤瑕疵及審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵；及

2) 裁定被上訴判決違反了澳門《刑法典》第1條、第12條及第40條第2款之規定，作出了錯誤的法律定性更改，從而未有審理上訴人針對刑罰選擇、量刑以及暫緩執行刑罰之問題，致使被上訴判決仍違反了澳門《刑法典》第40條、第64條及第65條之規定，並判玷有了澳門《刑事訴訟法典》第400條第1款所規定之法律錯誤的瑕疵；

3) 就有關刑罰選擇、量刑以及暫緩執行刑罰之問題作出審理，並基於原審法院在選擇刑罰及量刑時違反了澳門《刑法典》第40條、第64條、第65條及第67條，故應僅對上訴人判處不超過三年的徒刑，並暫緩執行有關刑罰。

檢察院司法官提交了對上訴理由陳述的答覆，認為初級法院的定罪量刑正確，應裁定上訴理由部分成立，但不支持上訴人提出的減刑要求。

在本審級，檢察院助理檢察長發表意見，維持其在對上訴理由陳述的答覆中所闡述的觀點和立場。

已作出檢閱。

現予以審理和裁決。

二、事實

(一) 本案中已認定的事實如下：

1.

自 2021 年 3 月 7 日開始，第一被告丙透過通訊軟件 TELEGRAM 至少兩次向賬號名稱為[賬號(1)]的人士購入合共 100 克“大麻”，每 1 克“大麻”的購入價約為人民幣貳佰圓

(CNY200.00)，其後，[賬號(1)]根據第一被告提供的收貨地址[地址(1)]將有關毒品寄往上述珠海市的轉運倉庫地址，再由該代收店將毒品郵包運往澳門代收點，在領取有關毒品後，第一被告以 1 克售價約為澳門幣肆佰圓(MOP400.00)至澳門幣伍佰圓(MOP500.00)的價格將上述大部分“大麻”出售予他人及將小部分“大麻”供其個人吸食。

2.

2021 年 3 月 7 日下午約 6 時 40 分，第一被告向[賬號(1)]表示“我要購買的是白寡婦 50g(5500\$)”，意思是以人民幣伍仟伍佰圓(CNY5,500.00)購買 50 克“大麻”。

3.

同月 13 日凌晨約 4 時 16 分，第一被告向[賬號(1)]表示“其實這 50 克我也是來測試現在市場怎樣”、“可能一周就沒了，我會直接來補”、“怕就怕海外進關過機直接被掃，再看地址直接抓人”、“這是最擔心的點”、“這次國內進澳門，我還比較放心”及“跨境執法基本上不可能”。

4.

同月 15 日下午約 6 時 14 分，第一被告收到上述 50 克“大麻”，便向[賬號(1)]發送一張以透明玻璃瓶載著“大麻”的照片及表示“拿到了，等一下宣傳一下”。

5.

同月 17 日晚上 10 時許，第二被告丁透過 TELEGRAM(賬號名稱為[賬號(2)])向第一被告表示欲購買“大麻”，第一被告向第二被告表示“2000/4”，意思是以澳門幣貳仟圓(MOP2,000.00)出售 4 克“大麻”予第二被告，並向第二被告發送一張以透明玻璃瓶載著“大麻”的照片，經商議，第一被告向第二被告表示倘若第二被告一次購買 10 克“大麻”，售價為澳門幣肆仟圓(MOP4,000.00)，第二被告同意，並相約於同日晚上約 11 時 35 分在新苗門口進行交收。

6.

其後，第二被告自行吸食上述“大麻”。

7.

同月 27 日下午約 3 時 25 分，第一被告透過 TELEGRAM 向[賬號(1)]表示“我要購買的是大猩猩膠(50 克)”，意思是要購買 50 克“大

麻”，其後，[賬號(1)]將有關“大麻”藏於裝紅棗的黃色紙袋內以作掩飾，並在內地透過快遞公司將上述物品寄往第一被告提供的地址。

8.

同年4月5日晚上約8時30分，第一被告進入[地址(2)]內的代收點提取上述包裹。

9.

同日晚上約9時23分，第一被告向[賬號(1)]表示“貨到手了”及“估計這五十克我淨賺兩萬mop左右”。

10.

同月6日晚上約11時28分，第三被告要求第二被告協助購買10克“大麻”，且承諾在取得該些大麻後會與第二被告一同吸食，為此，第二被告向第一被告表示欲購買10克“大麻”，第一被告同意，雙方約定價格為澳門幣伍仟圓(MOP5,000.00)，並相約翌日進行交收。

11.

同月 7 日晚上約 7 時，第三被告在其住所[地址(3)]附近將澳門幣伍仟圓(MOP5,000.00)交予第二被告，目的是將之轉交予第一被告以購買“大麻”。之後，第二被告便帶同上述款項前往與第一被告進行交易的地點。

12.

同日晚上約 8 時，第一被告步入[地址(3)]停車場 XX 號車位使用車匙準備打開 MO-XX-XX 電單車頭盔箱時被司警人員截獲，其後，司警人員在第一被告的右邊褲袋搜獲一支電子煙(內裝有黃色液體)，並在上述電單車頭盔箱內搜獲一個黃色紙袋內裝有植物碎片。

13.

其後，司警人員在[大廈]停車場出入口附近截獲第二被告，並在第二被告位於[地址(4)]住所的房間書枱上搜獲一把剪刀及一盒捲煙紙；在書枱抽屜內搜獲一個膠袋內裝有植物碎片，並在第二被告處搜獲現金澳門幣伍仟圓(MOP5,000.00)及一部手提電話。

14.

其後，司警人員在[地址(3)]截獲第三被告，並在第三被告處搜

獲兩部手提電話、現金澳門幣陸佰圓(MOP600.00)及港幣貳佰圓(HKD200.00)。

15.

調查期間，司警人員在第一被告位於[地址(5)]的住所房間睡床上的黃色盤上搜獲一張澳門電子消費卡、一盒捲煙紙、一把剪刀、一個圓柱體磨煙器及一個膠袋內裝有植物碎片；在睡床上的背囊內搜獲二十三個膠袋、一盒捲煙紙、兩個膠袋內裝有植物碎片、一個膠袋內裝有一個容器(內裝有黃色液體)及一個銀色袋內裝有植物碎片；在床頭櫃中搜獲一個膠袋內裝有八個膠瓶及兩個容器、一個紙盒內裝有四盒捲煙紙及一個裝有黃色液體的容器；在抽櫃中搜獲三個裝有黃色液體的膠瓶；在衣櫃的中間抽櫃內搜獲一個電子磅、一個藍色捲煙器、一個棕色捲煙器、一個白色盒內裝有一張紙巾(包裹著一個裝有黃色液體的膠瓶)，並在第一被告處搜獲現金澳門幣參萬玖仟陸佰圓(MOP39,600.00)、港幣貳仟貳佰圓(HKD2,200.00)、人民幣壹佰圓(CNY100.00)、四條上址鎖匙及一部手提電話。

16.

經鑑定，結果顯示如下：

1) 上述在第一被告的 MO-XX-XX 電單車頭盔箱內搜獲的一個黃色紙袋內裝有的植物碎片含有經第 4/2014 號法律、第 10/2016 號法律、第 10/2019 號法律及第 22/2020 號法律修改的第 17/2009 號法律第四條內表一 C 所管制的“大麻”成份，淨量為 9.678 克；

2) 上述在第一被告的房間睡床上的黃色盤及該黃色盤上的消費卡、剪刀及圓柱體磨煙器上均沾有同一法律第四條內表二 B 所管制的“ Δ -9-四氫大麻酚”痕跡；

3) 上述在第一被告的房間睡床上的黃色盤上搜獲的一個膠袋內的植物碎片含有同一法律第四條內表一 C 所管制的“大麻”成份，淨量為 0.723 克；

4) 上述在第一被告的房間睡床上的背囊內搜獲的其中一個膠袋內裝有的植物碎片含有同一法律第四條內表一 C 所管制的“大麻”成份，淨量為 2.800 克；

5) 上述在第一被告的房間衣櫃的中間抽櫃內搜獲的一個電子磅、一個藍色捲煙器及一個棕色捲煙器均沾有同一法律第四條內表二 B 所管制的“ Δ -9-四氫大麻酚”痕跡；

6) 上述在第二被告的房間書枱上搜獲的一把剪刀沾有同一法律

第四條內表二 B 所管制的“ Δ -9-四氫大麻酚”痕跡；

7) 上述在第二被告的房間書枱抽屜內搜獲的一個膠袋內裝有的植物碎片含有同一法律第四條內表一 C 所管制的“大麻”成份，淨量為 0.410 克。

(見卷宗第 280 至 291 頁鑑定報告，在此視為完全被轉錄)

17.

上述在第一被告的 MO-XX-XX 電單車頭盔箱內搜獲一個黃色紙袋內裝有的“大麻”是第一被告向[賬號(1)]購買的，並準備將之出售予協助第三被告購買該些毒品的第二被告。

18.

上述在第一被告的住所房間搜獲的兩包“大麻”是第一被告向[賬號(1)]購買的，目的是將大部分出售予他人及將小部分供自己吸食；上述一個圓柱體磨煙器、一個藍色捲煙器、一個棕色捲煙器及六盒捲煙紙是第一被告吸食毒品所使用的工具；上述一把剪刀、一個電子磅及二十三個膠袋是第一被告包裝毒品所使用的工具；上述在第一被告處搜獲的現金澳門幣叁萬玖仟陸佰圓(MOP39,600.00)、

港幣貳仟貳佰圓(HKD2,200.00)、人民幣壹佰圓(CNY100.00)及一部手提電話是第一被告實施上述活動所獲得的利益及所使用的聯絡工具。

19.

同日，司警人員將第一被告送往仁伯爵綜合醫院進行藥物檢驗，檢驗結果顯示第一被告的尿液對“大麻”呈陽性反應。

20.

第一被告被司警人員截獲前曾在澳門吸食含“大麻”的物質。

21.

上述在第二被告住所房間搜獲的一個膠袋內裝有的“大麻”是第二被告從第一被告處購買，目的是將部分供自己吸食；上述在第二被告住所房間搜獲的一盒捲煙紙是第二被告吸食毒品所使用的工具；上述在第二被告處搜獲的現金澳門幣伍仟圓(MOP5,000.00)是第三被告給予第二被告用作向第一被告購買毒品“大麻”的款項；上述在第二被告處搜獲的一部手提電話是第二被告實施上述活動時所使用的聯絡工具。

22.

上述在第三被告處搜獲的其中一部藍色手提電話是其實施上述活動時所使用的聯絡工具。

23.

第一被告明知“大麻”的性質及特徵，知悉該些物質受法律所管制，仍在未取得許可的情況下取得及持有該些毒品，目的是將大部分出售予第二被告及他人，將小部分供自己吸食。

24.

第一被告明知“大麻”的性質及特徵，知悉該物質受法律所管制，且其行為未獲得任何法律許可，但仍吸食之。

25.

第一被告明知不可仍不當持有上述一個圓柱體磨煙器、一個藍色捲煙器、一個棕色捲煙器及六盒捲煙紙，目的是用作吸食毒品的工具。

26.

第二被告明知“大麻”的性質及特徵，知悉該些物質受法律所管制，仍在未取得許可的情況下向第一被告購買及持有該些毒品，目的是供自己吸食。

27.

第二被告明知“大麻”的性質及特徵，知悉該物質受法律所管制，且其行為未獲得任何法律許可，但仍吸食之。

28.

第二被告明知不可仍不當持有上述一盒捲煙紙，目的是用作吸食毒品的工具。

29.

第二被告明知“大麻”的性質及特徵，知悉該些物質受法律所管制，仍在未取得許可的情況下，協助第三被告向第一被告購買該些毒品，即準備向第一被告支付第三被告已向其交付的款項，並從第一被告處取得該些毒品後將之轉交予第三被告，但非因己意未能成功取得該些毒品。

30.

第三被告明知“大麻”的性質及特徵，知悉該些物質受法律所管制，仍在未取得許可的情況下，透過第二被告的協助向第一被告購買該些毒品，目的是將部分供自己吸食及將部分提供予第二被告一同吸食，且已向第二被告交付有關購買毒品的款項，但非因己意未能成功取得該些毒品。

31.

三名被告在自由、自願及有意識的情況下故意作出上述行為，且明知其上述行為是澳門法律所禁止及處罰的。

*

另外證明以下事實：

第一被告被羈押前為無業，無需靠家人供養。

◇ 被告未婚，無需供養任何人。

◇ 被告學歷為大學學士。

◇ 被告完全承認其被指控的事實。

◇ 根據刑事紀錄證明，被告為初犯。

~

第二被告為外賣車手，每月收入約澳門幣 20,000 至 30,000 元。

◇ 被告未婚，需供養母親。

◇ 被告學歷為小學畢業。

◇ 被告對其被指控的事實保持沉默。

◇ 根據刑事紀錄證明，被告為初犯。

~

第三被告為賭場市場部禮賓員，每月收入約澳門幣 20,600 元。

◇ 被告未婚，需供養外婆及母親。

◇ 被告學歷為大專文憑畢業。

◇ 被告對其被指控的事實保持沉默。

◇ 根據刑事紀錄證明，被告為初犯。

*

(二) 未獲證明的事實：

其他載於控訴書及答辯狀而與上述已證事實不符的重要事實，具體如下：

其後，第二被告至少 6 次相約第三被告甲到其住所，將上述“大麻”提供予第三被告一同吸食。

上述在第二被告住所房間搜獲的一個膠袋內裝有的“大麻”，是第二被告將部分提供予第三被告一同吸食。

上述在第三被告處搜獲的其中一部黃色手提電話是其實施上述活動時所使用的聯絡工具。

第二被告向第一被告購買及持有該些毒品的目的是將部分提供予第三被告一同吸食。

第三被告明知“大麻”的性質及特徵，知悉該物質受法律所管制，且其行為未獲得任何法律許可，但仍吸食之。(控訴書第 30 點)

三、法律

經整理歸納上訴人提交的上訴理由陳述的結論部分的內容，可知上訴人提出了如下問題：

- 被上訴法院在審理“非正式談話”的部份違反了《刑事訴訟法典》第47條、第48條、第50條第1款c項、第233條第5款及第112條之規定；

- 審查證據方面明顯有錯誤；

- 被上訴法院錯誤地更改法律定性；

- 被上訴法院未有審理上訴人提出的有關刑罰選擇和量刑以及暫緩執行刑罰之問題，致使有關裁決違反了《刑法典》第40條、第64條及第65條之規定。

(一) 有關“非正式談話”及審查證據方面的明顯錯誤

上訴人首先質疑被上訴法院所指第二被告成為嫌犯的時間，並辯稱在第二被告成為嫌犯後司警人員不應再以“非正式談話”的方式

繼續進行查問搜證，從而獲得上訴人參與毒品交易的消息，而應根據《刑事訴訟法典》第48條第1款的規定立即中止詢問，並根據《刑事訴訟法典》第129條及第130條的規定透過訊問的形式對嫌犯進行取證並作成訊問筆錄；如果刑事警察機關可透過採用非正式談話替代法律要求的形式向嫌犯提問，從而取得其現場之聲明，並可於審判聽證中以人證方式就該等聲明提供陳述且讓法院形成心證，這將導致嫌犯之沉默權失去意義，並對這一基本權利造成根本性的損害；被上訴法院採納了沾有無效瑕疵的證言，以致對事實的判斷出現明顯錯誤，使得被上訴裁判沾有《刑事訴訟法典》第400條第2款c項所述的審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵。

誠然，根據警方製作的實況筆錄顯示，司警人員在案中第二被告的住所搜獲毒品，在現場查問中，第二被告承認毒品屬其所有；隨後司警人員對其發出口頭拘留令，並根據《刑事訴訟法典》第47條的規定以口頭和書面告知其成為本案嫌犯，同時向其說明及解釋因成為嫌犯而具有同一法典第50條所規定的權利和義務(詳見卷宗第2頁背頁)。

眾所周知，《刑事訴訟法典》第47條及第48條分別列明了成為嫌犯的幾種情況。

根據第 47 條的強制性規定，在對特定的人士進行偵查而該人向任何司法當局或刑事警察機關作出聲明、須對某人採用強制措施或財產擔保措施、拘留涉嫌人或針對犯罪行為人製作實況筆錄並將實況筆錄告知該人等情況下，該等人士必須成為嫌犯(第 1 款)；司法當局或刑事警察機關有義務履行法定手續，作出相應的告知，對嫌犯所享有的權利以及應履行的義務進行說明及解釋(第 2 款)；遺漏作出該等手續或違反該等手續則導致被針對之人士所作的聲明不能作為針對該人的證據(第 3 款)。

第 48 條則規定了“成為嫌犯之其他情況”，包括有理由懷疑接受詢問之人士曾經犯罪以及應涉嫌犯罪者的聲請或要求而成為嫌犯兩種情況。

根據第 48 條第 1 款的規定，“在向一非為嫌犯之人作出任何詢問期間，如有理由懷疑該人曾犯罪，則進行詢問之實體須立即中止詢問，並作出上條第二款所指之告知及說明”，即告知其成為嫌犯，以及說明其因成為嫌犯而具有第 50 條所指的訴訟上之權利和義務。

考慮到案件的具體情況，我們認為被上訴人援引的第 48 條第 1 款的規定並不適用於本案。

根據警方製作的實況筆錄(詳見卷宗第2頁及背頁)，第二被告是因向第一被告購買毒品而在約定進行毒品交易的地點被司警人員截查，司警人員在其住所搜獲毒品，第二被告承認毒品屬其所有，隨後司警人員對其發出口頭拘留令將其拘留。這無疑屬於第47條第1款c項所指涉嫌人必須成為嫌犯的情況，而非第48條第1款所述的情況。

事實上，警方在拘留第二被告之後隨即根據《刑事訴訟法典》第47條的規定以口頭及書面告知第二被告“由即時起其在本訴訟程序中被視為嫌犯，並向其說明及解釋因此而具有《刑事訴訟法典》第五十條規定之權利和義務”。

應該指出的是，在獲告知其享有的權利後，第二被告並未行使第50條第1款c項所賦予的沉默權，即“不回答由任何實體就對其歸責之事實所提出之問題，以及就其所作、與該等事實有關之聲明之內容所提出之問題”的權利，而是在警方的查問下選擇作出回答，明確表示是替上訴人向第一被告購買毒品；此外，第二被告還與司警人員一起前往與上訴人相約見面的地點並對上訴人作出指認(詳見卷宗第3頁背頁)。

如果第二被告在知悉其權利後仍回答警方的查問並隨警方前往

現場指認上訴人為要求其代買毒品的人士，那麼無論是第二被告與司警人員之間的“非正式談話”還是他指認上訴人的行為均可成為司警人員在庭審時作證的內容。

當然，在訴訟程序中被告可以隨時自由地行使其依法享有的沉默權，正如第二被告及上訴人在審判聽證中保持沉默，未就他們被歸責的事實提供陳述。

根據《刑事訴訟法典》第 338 條及第 337 條第 7 款的規定，如果被告在庭審時保持沉默，那麼該被告在庭審前作出的聲明不可被宣讀，而曾收集相關聲明的刑事警察機關以及曾以任何方式參與收集該等聲明的人士均不得就該等聲明的內容以證人身份接受法庭的詢問。

但是在本案中，並未出現初級法院合議庭在庭審時宣讀第二被告(或上訴人)之前所提供聲明的情況，而在庭審時就“非正式談話”的內容作證的司法警察局證人亦並未參與收集第二被告(及其他被告)提供的(正式)聲明。經查閱卷宗，第二被告在案中曾數次接受警方的訊問，警方就第二被告提供的有關聲明製作筆錄，上述證人均未參與收集該等聲明的工作，故不屬於《刑事訴訟法典》第 337 條第 7 款所規定的不得作證的情況。

就“非正式談話”的問題，本終審法院曾於 2016 年 6 月 8 日在第 17/2016 號上訴案件中表明我們認為仍應予以維持的如下見解：

「眾所周知，根據現行《刑事訴訟法典》，未在聽證中調查或審查的任何證據，在審判中均無效，尤其是在法院形成心證上沒有效力(《刑事訴訟法典》第 336 條第 1 款)。這一原則不適用於容許在聽證中宣讀的訴訟文件中所載的證據(《刑事訴訟法典》第 336 條第 2 款)。

第 337 條及第 338 條中載明了那些是容許在聽證中宣讀的訴訟文件。

僅在特殊情況下方容許在聽證中宣讀證人或被告作出的聲明，而被告向刑事警察機關作出的聲明只有應其本人的請求才得宣讀(《刑事訴訟法典》第 338 條第 1 款 a 項)。

正如我們所看到的，第 337 條第 7 款禁止曾接收不可宣讀的聲明的刑事警察機關，以及曾以任何方式參與收集該等聲明的任何人以證人身份接受詢問，但僅限於不可宣讀的聲明的內容(例如被告先前作出的、其本人未申請在聽證中宣讀的聲明)。

顯然，這一法條的立法原意是防止違反關於禁止宣讀不可在聽

證中宣讀的先前所作聲明的規定。如果曾收集有關聲明的警員就該等聲明的內容以證人身份接受詢問的話，那麼禁止宣讀不可在聽證中宣讀的先前所作聲明的規定就變成一紙空文了。

對於被告與警員之間的非正式談話，必須就其中應遵守禁止就被告向刑事警察機關作出的聲明內容詢問該機關這一規則的談話，與不得適用這一規則的談話進行區分。

如果在被告面對警員錄取聲明的過程中，該被告最終向警員承認犯罪，但要求對該聲明不作紀錄，也就是說不載入詢問筆錄，那麼在聽證中就這一點對警員進行詢問應該屬於上述禁止的範圍，因為被告特意提出不希望有關聲明載入卷宗。另外，被告在錄取聲明之外作出的、最終沒有納入卷宗的聲明，也屬於禁止的範圍。

但像本案這樣，被告在攜帶裝有毒品的行李箱的情況下以現行犯身份被當場抓獲時所作的，承認這行李箱是他的而且知道裏面裝了甚麼，又或被告在事實重演時向警員交待自己殺人、為何殺人以及將屍體藏在何處等的聲明就完全不同了。在該等情況下，沒有任何理由擴大禁止就被告聲明的內容詢問警員的範圍，因為該聲明是被告在不受警員任何脅迫、任何欺騙且與詢問筆錄完全無關的情況下作出的。

這正是葡萄牙最高司法法院最近於 2013 年 12 月 12 日在第 292/11 號案中所作合議庭裁判中的見解，該裁判可在 www.dgsi.pt 上查閱，其摘要部分有如下內容：

六、刑事警察機關的警員不得以證人身份就卷宗內的正式聲明的內容，以及法律規定應載入卷宗但實際未載入的非正式聲明的內容接受詢問。

七、除該等情況外，在卷宗之外還很可能存在被告在配合調查時所作出的言行，可視之為適當的刑事偵查手段，往往成為訴訟行為重要且有效組成部分。

八、完全不妨礙或禁止就法律沒有規定必須於卷宗內記載的、口頭或身體上的、描述性或印象性的、敘述性或結論性的內容作證，又或是就具有實質法律自主性的取得證據的措施或方法作證，無論是所形成的證據方法，還是在實施取得證據的措施或方法時被告所作的無法在卷宗內描述的表述。

九、由於不屬於《刑事訴訟法典》第 129 條及第 357 條的保護範圍，因此隸屬於刑事警察機關的證人就被告在外部措施中的表現所作的證言構成有效的證據方法。

該合議庭裁判作出以下結論：

“因此，我們的結論是，由於不屬於《刑事訴訟法典》第129條及第357條的保護範圍，因此刑事警察機關警員就其在以口頭取證措施(訊問及對質等)範圍以外知悉的，而且也不應該通過該形式知悉的，以及在其他具有法律技術自主性的措施、調查行為及取得證據方法(預先調查行為、搜索及搜查、勘查犯罪現場、犯罪重演、當場辨認以及受控制交付等)範圍內知悉的、被告具信息性的言語及表現—例如事實、舉止、沉默、反應等—作出的敘述構成有效且可產生效力的證言。”

我們同意這一見解。

本案例中，偵查員僅指出被告在澳門機場被拘留時承認攜帶毒品。

沒有任何理由將該承認等同於筆錄中的正式聲明。

因此，不屬於禁用證據規則的範圍。」

另一方面，在2021年4月28日於第41/2021號上訴案件作出的合議庭裁判書中，終審法院亦引用了上述裁判中闡明的見解，認為警

員與被告之間在搜獲毒品的現場進行的“非正式談話”中對被告不利的內容“並不屬於禁用證據的範圍，警員完全可以就相關內容作證，法院完全可以在聽取該證人證言並結合案中調查的其他證據的基礎上形成其心證”。

雖然被告享有沉默權並可隨時在訴訟中的不同階段自由行使，但如果被告在訴訟的偵查階段成為嫌犯並獲悉其享有該權利後仍選擇與警方配合，告知警方與其被歸責的事實相關的情況，甚至對應出現在犯罪現場的其他涉嫌人/被告作出指認，那麼該被告在庭審時保持沉默並不妨礙或阻止與其通過“非正式談話”而獲知有關其他被告亦參與實施犯罪的警員就“非正式談話”的內容在庭審中作證。

總而言之，不存在上訴人所指“違反取得證據之方式”的瑕疵，證人所提供的與第二被告之間的“非正式談話”的內容可被接納作為證據並由法院按照自由心證原則作出評價。

另一方面，由於上訴人是以與“非正式談話”有關的證言屬禁用證據為依據而提出審查證據方面有明顯錯誤的問題，無需贅言的是，前者依據的不成立必然導致後者亦不成立。

(二) 有關不法行為的法律定性

上訴人質疑中級法院改判其以既遂方式觸犯第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款結合第 8 條第 1 款所規定及處罰的不法吸食麻醉藥品罪，主要理由是：上訴人從未以共犯形式與第一被告及第二被告共同遭到刑事歸咎，而僅以直接正犯形式實施不法行為，因此根據罪過原則，上訴人僅應對其自身作出之行為負責，案中其他被告的行為及意圖，特別是該毒品交易之開展、進度及結果，實不應亦絕不能與上訴人掛勾；被上訴裁判在刑事評價第二被告之行為(販毒罪)是否構成或存在既遂的法律狀態時，將之延伸至上訴人的行為，並一併作出刑事評價的做法是對第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款所規定之內容作出了擴張解釋，從而違反了澳門《刑法典》第 1 條所規定罪刑法定原則。

有關上訴人所實施犯罪行為的法律定性問題，本上訴裁判書製作法官曾作出載於卷宗第 1166 頁的批示，基於法院認定的事實而提出了上訴人被改判以共同正犯(與第二被告一起)觸犯第 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的可能，並為履行辯論原則而通知上訴人及檢察院發表意見。

上訴人反對作出上述法律定性的變更(詳見卷宗第 1169 頁至第

1177 頁)。

根據法院認定的事實，上訴人要求第二被告協助其購買 10 克“大麻”，且承諾在取得大麻後與第二被告一同吸食，因此第二被告向第一被告表示欲購買 10 克“大麻”，第一被告同意，雙方約定價格為 5,000.00 澳門元，並相約翌日進行交收；上訴人在當晚將 5,000.00 澳門元交予第二被告，目的是轉交予第一被告以購買“大麻”；第二被告帶同上述款項前往與第一被告進行交易的地點。

但是，因為警方介入截查第一被告並搜獲大麻，第二被告未能成功收取協助上訴人購買的大麻。

上訴人對其被以正犯論處並未提出異議。

根據《刑法典》第 25 條的規定，“親身或透過他人實行事實者，又或與某人或某些人透過協議直接參與或共同直接參與事實之實行者，均以正犯處罰之；故意使他人產生作出事實之決意者，只要該事實已實行或開始實行，亦以正犯處罰之”。

顯而易見的是，第 25 條所述的正犯不僅包括簡單或單一正犯，即不法行為僅由一人作出，也包括多人參與犯罪，即共同正犯。

就“透過他人實行事實”而言，實際上已經存在兩名或以上的行為人，他們的角色分為“幕後”及“幕前”¹。兩者皆導致犯罪的發生。

「根據上述法律規定，一直以來的看法是，以“共同正犯”方式實施“共同犯罪”的關鍵要件是存在(一項)“共同的決意”和“共同的實行”。

“協議”可以是默示的，只需多個行為人對於實行某項犯罪有著合作的意識/意願即可。

在“實施”方面，並不要求每個行為人都必須參與旨在實現最終結果的所有行為或任務，只要求每個人的行動，哪怕僅具有部分性，但仍在整體行動之內，並導致目標結果的發生(見本終審法院2011年7月22日第29/2011號案和2020年10月30日第127/2020號案的合議庭裁判)。」²

在本案中，上訴人要求第二被告協助其購買大麻，為此支付了相關費用並承諾在取得大麻後一同吸食；而第二被告則協助上訴人向第一被告購買，準備取得毒品後轉交予上訴人。這無疑屬於共同

¹ 參見 Manuel Leal-Henriques 著作：《Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau》，第一冊，第二版，2018年，第344頁及第345頁。

² 終審法院2023年9月29日在第71/2023號上訴案件中作出的合議庭裁判。

正犯的情況。

換言之，第二被告在上訴人的“要求”(“提議”和“建議”)之下作出購買大麻的行為，上訴人的“要求”使第二被告產生了導致其因而以既遂方式觸犯第 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而被處罰的“決意”。

由法院認定的事實可知，在上訴人及第二被告之間存在“共同的合意”及“分工合作”。上訴人使第二被告產生了犯罪的“決意”並提供了購買毒品的款項，第二被告則負責聯絡賣家購買毒品，兩者皆參與實施犯罪。

即使卷宗內沒有任何證據顯示上訴人知悉第二被告向誰取得、何時取得及如何取得有關毒品，亦不會成為法院認定上訴人與第二被告共同犯罪的障礙。

基於以上理由，應將中級法院此前所作的“法律定性”(上訴人為直接正犯，觸犯第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款結合第 8 條第 1 款所規定及處罰的不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪)更改為上訴人以共同正犯方式觸犯第 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。

至於上訴人提出的未遂問題，中級法院在其被上訴裁判中指出：

「根據主流的司法見解，不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪不存在未遂之型態。

從比較法方面，我們參考葡萄牙法院以下裁判（摘自《澳門刑法典註釋及評述》，Manuel Leal-Henriques 著，盧映霞、陳曉疇譯，法律及司法培訓中心2015年出版，第一冊，第278頁至281頁）：

「販毒罪」不能夠以未遂方式實施。(2005年6月23日葡萄牙最高法院合議庭裁判，卷宗編號：1274/05-5^a)

在販毒這類的犯罪中，不能構想未遂的存在。這類犯罪是屬於著手犯或提前保護犯，對於實際既遂之前的行為，亦以既遂犯作論處，“這是因為有關活動具特別危害性，以及販毒是一過程，而非某過程的結果”。(2005年12月15日葡萄牙最高法院合議庭裁判，卷宗編號：2890/05/5^a)

販毒罪是提前作出保護的一著手犯或促進犯，因為一經作出當中所規定的任何行為，即滿足法定罪狀，上述所指的大部分行為，

相對要作出的預防結果而言，是屬於單純的實行行為。(2007年4月19日葡萄牙最高法院合議庭裁判，卷宗編號：449/07-5)

法律以一種寬闊的罪狀事實來描述販毒罪，務求能夠包括毒品流程的所有時刻；換言之，包括所有與有關法規附件所指的某些物質或物品有不法接觸的活動，不必要求存在交易行為才可將犯罪視為完整。

事實上，販毒罪是一著手犯，只要出現犯罪法定罪狀廣泛所描述的任一時刻或行為，即視為犯罪已實施及既遂，對於之後或續後發生或添加的屬罪狀所指的其他時刻或情況並沒有影響，因為只要任一時刻或情況出現，犯罪即既遂。(2007年4月26日葡萄牙最高法院合議庭裁判，卷宗編號：3181/06-5)

販賣麻醉藥品罪在學說上被歸納為“著手犯”、“執行犯”或“促進犯”，原則上在犯罪過程初始實施時，即出現罪狀結果，這是考慮到正常的行為過程涉及非以吸食為專屬目的的毒品問題。

事實上，在整體涉及不同行為的情況下(有關行為可以由單純持有毒品販賣毒品)，上述的規定體現了某程度上的進步。

正因如此，人們一直主張在這種屬於抽象危險犯的犯罪中，無

法組成未遂或犯罪中止的概念(參見，例如Fernando Gama Lobo，載於“毒品及法例—註釋、學說、司法見解”，第47頁及當中所引述的司法見解)。

販賣麻醉藥品罪被塑造為著手犯，即只要行為人作出任一實行行為，在不取決於事實是否已完全執行的情況下，足以令行為人入罪。(2008年7月15日葡萄牙最高法院合議庭裁判，卷宗編號：818/08-5^a)

本澳法律就“販毒罪”的規定與葡萄牙法律的規定在立法原則和具體規定，可以說是相同的，我們認同上述的主流見解：販賣麻醉藥品及精神藥物罪在學說上被歸納為“著手犯”、“執行犯”或“促進犯”，在證實出現當中所指的任一情況：“種植、生產、製造、提煉、調製、送贈、準備出售、出售、分發、購買、讓與或以任何方式收受、向他人提供、運載、進口、出口促成轉運或不法持有麻醉藥品或精神藥物”，便告既遂。

*

本案，根據已證實事實，上訴人委託第二嫌犯購買毒品，並支付了購買金額，為此，第二嫌犯與第一嫌犯商談好買賣毒品的價錢和份量，並約定好交易的時間和地點，第一嫌犯在前往交易途中被

警方截查，而交易沒能完成，在第一嫌犯處扣押了用作出售給上訴人的毒品。事實上，本案的出售和購買毒品的情節發展到了這一步，已經符合著手實施犯罪，上訴人作出的購買行為已有具體且確切的毒品供應給其，與涉案毒品之間存在了實質的連結，即使沒有最終完成交易拿到毒品，仍然構成犯罪既遂。」

我們認同中級法院合議庭裁判的觀點，雖然第二被告及上訴人因警方的介入而未能成功取得毒品，但其不法行為已告完成，應以既遂作出處罰。

事實上，第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款處罰所有“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”毒品的行為。

購買毒品的行為明確包括在第 8 條的處罰範圍之內。

值得強調的是，只要作出購買的行為，即使行為人未能成功取得毒品，也是以既遂方式觸犯了不法販賣罪，這也是本澳長期以來的司法見解。

總而言之，上訴人以共同正犯及既遂方式觸犯了第 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。

基於《刑事訴訟法典》第 399 條有關上訴不加刑的規定，維持上訴人被判處的 3 年 3 個月徒刑的刑罰。

(三) 上訴人還認為，被上訴法院“作出了錯誤的法律定性更改，從而未有審理上訴人針對刑罰選擇、量刑以及暫緩執行刑罰之問題，致使被上訴裁決仍違反了澳門《刑法典》第 40 條、第 64 條及第 65 條之規定，並判玷有了澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所規定之法律錯誤的瑕疵”，但沒有道理。

首先應該指出的是，雖然上訴人認為被上訴法院沒有審理其提出的問題，但卻並未提出被上訴裁判因遺漏審理而無效的瑕疵。

其次，上訴人提出的問題是以法院“作出了錯誤的法律定性更改”為前提。這裡所述的錯誤，是將未遂犯罪改為“既遂”。

考慮到本院就法律定性問題所持的上述觀點，即認定上訴人以共同正犯及既遂方式觸犯了不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，該罪的法定刑幅(5 年至 15 年徒刑)以及上訴人被判處的 3 年 3 個月徒刑，

根本不存在處以更輕刑罰並予以緩刑的空間。

上訴人提出的理由不能成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴敗訴，並根據上文所述理由改判上訴人甲以共同正犯及既遂方式觸犯一項不法販賣麻醉藥品罪。

訴訟費用由上訴人承擔，司法費訂為 10 個計算單位。

宋敏莉

司徒民正

岑浩輝

2023 年 10 月 18 日