

(譯本)

案件編號：第 7/2002 號

案件類別：刑事訴訟程序的上訴

合議庭裁判日期：2002 年 5 月 30 日

上訴人：甲

被上訴人：檢察院

主 題

販賣毒品罪

“少量”麻醉品

藥片形狀的毒品

麻醉物質的量

已認定的事實不足以支持裁判

依職權審理《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款所列瑕疵

終審法院的審理權

中級法院的審理權

摘 要：

一、一般說來，爲了確定被扣押的麻醉品是否應定為第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款和第 3 款規定的“少量”，應當查明——如果在技術上可能的話——被扣押的產品中所含的麻醉物質的量，不論該等產品呈何種形狀，因此包括藥片或者藥丸形狀的該等產品。

二、如在聽證過程中得出結果，使人有依據懷疑發生了一些事實，根據該法律問題的各種可行的解決辦法，上述事實對做出正確裁判是重要和必要的，但在控訴書或起訴書中沒有描述，並且對其中描述的事實不構成實質變更，而法院沒有根據《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款和第 2 款的規定在判決書中考慮該等事實，則存在已認定的事實不足以支持裁判的瑕疵。

三、《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款所列瑕疵由上訴法院依職權審理。

四、終審法院發現《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項所列瑕疵以後，不應立即把卷宗發回一審重新審理，而是應當發到中級法院，由其做出決定，是可以補正該瑕疵，還是必須發回卷宗，重新審理。

裁判書製作法官：利 馬

(譯本)

澳門特別行政區終審法院裁判：

一、概述

初級法院合議庭透過 2002 年 1 月 18 日的裁判，以實施 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既遂犯罪的實質正犯，判處嫌犯甲 8 年零 1 個月徒刑，並科處澳門幣 8 千元罰金，後者可轉換為 50 日監禁。

中級法院透過 2002 年 4 月 4 日的合議庭裁判，以理由明顯不成立，駁回嫌犯提起的上訴。

嫌犯不服判決，提起上訴，在上訴書狀的最後部分提出以下結論：

1. 這一高級法院可以受理本上訴。
2. 原審法院犯有法律上的錯誤，有事實事宜不足以支持所作出之裁判的瑕疵；還錯誤地把上訴人對一審裁判提起的上訴定為理由明顯不成立，以上所述均保持着應有的尊敬。
4. 被上訴的合議庭裁判把現上訴人的行為納入第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的一項犯罪的正犯，而該行為構成該法令第 9 條第 1 款和第 3 款規定的一項犯罪，這是因為，從其身上查獲的和先前扣押的違禁物質的總量應被視為“少量”。
5. 由於法律中未充分說明“少量”的概念——僅指出“不超過個人三日內所需之吸食量”——，那麼就必須採用我們各法院在司法見解中明確表達出的看法，根據該看法，如果從上訴人身上查獲的藥片中所含的一種成分屬甲基苯丙胺，則其日吸食量為 2 克。
6. 經化驗查明，從現上訴人身上扣押的 40 個藥片中共含甲基苯丙胺 1.198 克，雖然經化驗查出該等藥片中含有澳門特別行政區從 2001 年 5 月 2 日開始定為非法的另一種物質——氯胺酮——，但由於缺乏對其進行化驗的物質手段而不能準確確定其量。
7. 雖然有消息說，曾要求聯合國毒品研究機構提供關於如何確定氯胺酮之量方面的資料，但法院沒有使用該等資料。
8. 沒有爭議的看法是，如果由於任何原因不能對相關毒品作出化驗，那麼應由另一種證據方法代替之。
9. 如果採用經驗法則，必定得出結論認為，同時含有甲基苯丙胺的某種藥片中含有的氯胺酮的比例，絕不會高於前者的比例，因為該物質是一種效力極強的麻醉劑，有止痛和引致遺忘症的功能，實際上用於抑制興奮的作用。
10. 鑑於未使用該化驗，法院只能以上述藥片中所含甲基苯丙胺的劑量來測定，因此不能得出結論認為 40 個藥片中所含氯胺酮的總量大於甲基苯丙胺的量，或者說，必須得出結論認為，40 個藥片中所含氯胺酮的總量也是 1.198 克。
11. 鑑於我們各高級法院的司法見解一直認為，“在販賣麻醉品罪中不僅考慮在某一案件中具體扣押的毒品，而且還考慮行為人在某一時期販賣的毒品量”，在計算現上訴人可支配的量時，必須把前一次該人持有的 20 個藥片計算在內，這一事實已經證明。
12. 隨後是確定現上訴人持有的供其支配的違禁物質的量，為此，必須根據本案中載入的資料測定，而現上訴人曾持有供其支配的違禁物質共 3.594 克，為着第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款之效力，沒有超過被定為“少量”的量，即 6 克。
13. 販賣少量毒品罪適用的法定刑罰幅度是 1 至 2 年徒刑，並科澳門幣 2,000 元至

澳門幣 225,000 元罰金，因此，由於適用 3 年以下徒刑，這一高等法院必須就適用（或拒絕）暫緩執行徒刑作出決定。

14. 暫緩執行徒刑取決於具備兩個前提：一個是形式前提（不超過 3 年的徒刑），另一個是實質要件，即有利於嫌犯的社會預測。

15. 暫緩執行徒刑的實質前提由兩方面界定：(1)維持保護法律體系之基本最低要求（一般預防）；(2)使行為人脫離犯罪（特別預防）。

16. 根據以上依據，這一高級法院可以認為所要求的 1 年零 1 個月徒刑並科處澳門幣 3,000 元罰金的刑罰適合於本案，這樣就具備了緩刑的形式前提。

17. 現上訴人不能不提一下國際控制毒品機構於 1997 年在聯合國發出的呼籲，呼籲要求“各國把扣押和處罰毒品領域的重大罪犯作為絕對重點”。

18. 發出這種性質的呼籲的着眼點在於，判處小毒販徒刑不能切實有助於一般預防，在販毒問題上，考慮到當今真正的嚴重惡行在於販賣和吸食毒品以及與此相關的一切犯罪活動，一般預防旨在盡量遏止這類罪狀的出現。

19. 不能不認為，在販賣毒品活動中，現上訴人處於最底層面，處於販賣網絡中最後的人士所屬的層面，即所謂個體小販或“dealers”。

20. 當然，澳門特別行政區擁有一個保障尊重人類尊嚴的懲教體系，考慮到徒刑在犯罪學上的無可爭議的後果，尤其涉及的是青年人時，立法者一直關心的是盡量限制這種刑罰。

21. 法律規定，在暫緩執行徒刑時要求履行某些義務或遵守某些行為規則，以彌補犯罪之惡害並使便於重新納入社會，這一可能性充分保證了法律體系的最低基本要求得以維護（一般預防），也加強了該措施的教育性質（特別預防），因此，如果閣下認為適宜的話，應給上訴人規定某些義務（《刑法典》第 49 條和第 50 條），這也可以補償不執行徒刑產生的狀況。

22. 原審法院確定了上訴的基本問題，而只是由於認為在對第一個問題所作的決定中已確定不審理後面的問題，就沒有對後面的問題作出決定。

23. 不能接受被上訴的合議庭裁判中勝訴的論點，因為必須完全摒棄這樣的看法，即，如果是藥片或藥丸形狀的合成毒品，為着在第 5/91/M 號法令第 9 條規定的法定罪狀中有意義的刑罰效力，只須考慮藥片或藥丸的數目。

24. 正如上述第 9 條第 1 款和第 3 款中關於“少量物質或製劑”明確表示的，不僅僅是法律沒有作出這種區分。

25. 無疑，立法者（因為事實顯示出較小的違法性）對販賣少量麻醉物質或其製劑較為寬大，在其提出的原則中，毒品的種類或性質沒有意義，因為處理的是一種違禁物質或製劑。

26. 一個明顯的事實是，人們知道，在與澳門特別行政區毗連的珠海地區，出售俗稱為“冰毒”的藥片的情況屢見不鮮，而該等藥片除賦形劑外，並不像人們推測的那樣含有興奮劑。

27. 合成類毒品的嚴重性低於晶體狀或粉末狀的純毒品，這正是因為總是摻入其他鎮靜劑，所以在刑事處理方面更須確定違禁物質或製劑的量，否則就會處罰所謂“不可能的犯罪”。

28. 如果承認投落敗票的法官所持看法正確——從其思維來看顯然並無把握——，即不加考慮地突然變更我們各高級法院的司法見解在“少量”方面確定的數量，那麼就

會導致在適用法律上的嚴重不正確，從而導致社會驚恐不安。

29. 在本案中，並未出現上訴理由明顯不成立的情況，最佳的司法見解把這一概念用於極端的案件，當然，原審法院確實審理了上訴人（對第一審裁判提起的）上訴。

30. 《刑事訴訟法典》第 410 條第 1 款所說的“全體一致通過”的概念，包括決定駁回上訴的原因。

31. 被上訴的合議庭裁判違反了《刑法典》第 8 條及第 9 條第 1 款和第 3 款的實質性規定以及《刑事訴訟法典》第 410 條第 1 款的程序性規定，這些規定必須以本文書以上表明的含意進行解釋。

最後要求：

(a) 把對現上訴人的控罪變更為 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款和第 3 款的一項犯罪，處以 2 年以下徒刑，認為處以 1 年零 1 個月徒刑是正確的，緩期 1 年執行徒刑，規定《刑法典》第 49 條和第 50 條所列的某些義務或行為規則。

(b) 命令重造被上訴的合議庭裁判，以使上訴按正常程序進行。

助理檢察長作出答覆，主張應根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項命令發回卷宗，以擴大事實事宜的範圍，因為不論是初級法院還是中級法院都未認定從上訴人身上查獲的 40 個藥片中所含的**甲基苯丙胺**的淨重量。這是由於，上訴人為其上訴提出的依據是這樣一個事實：卷宗中根據法院決定所作化驗得出的 1.198 克**甲基苯丙胺**這一數量符合第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款和第 3 款所指的“少量”的概念。

在本院，助理檢察長維持在對理由闡述所作答覆中所持的立場。

二、事實

各審級認定的事實如下：

1.º

2001 年 6 月 21 日 20 時 41 分，在關閘邊境檢查站，水警人員將剛自珠海進入本澳的嫌犯甲截停檢查。

2.º

水警人員當場從嫌犯甲身上搜獲 40 片懷疑為“搖頭丸”的藥片。

3.º

經化驗證實，上述藥片含有第 5/91/M 號法令附表二 B 中所列之**甲基苯丙胺**成分和該法令附表二 C（第 4/2001 號法律增設）中所列之**氯胺酮**成分。

4.º

上述毒品是嫌犯甲當日早些時候在珠海從身份不明之人處所取得，目的是帶入本澳，並交給一被稱為“乙”的身份不明之人，以便出售。

5.º

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。

6.º

其明知上述毒品之性質和特徵。

7.º

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。

這是嫌犯第二次把毒品帶來澳門。

第一次帶來 20 個“搖頭丸”藥片，所得報酬為澳門幣 300 元。

這一次是為了從一個叫“乙”的人處得到澳門幣 500 元的報酬。

嫌犯自認上述事實並表示悔悟。

月收入約澳門幣 3,500 元，負擔其父母。小學學歷。

卷宗中嫌犯無前科犯罪紀錄。

三、法律

上訴的依據

1. 上訴人為其上訴提出的依據是這樣的事實：卷宗中根據法院決定所作的化驗得出結論，從上訴人身上查獲的 40 個藥片所含 1.198 克甲基苯丙胺這一數量符合第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款和第 3 款所指的“少量”的概念。他所販賣的藥片總數可能含有的毒品總量為 3.549 克，也屬這種情況。

為此，上訴人認為：

— 不能接受被上訴的合議庭裁判中這樣的論點：為着第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款和第 3 款所指“少量”的效力，事關合成毒品，無論是在藥片還是在藥丸中所含，只能考慮藥片的數目而不是考慮麻醉物質的淨重量；

— 3.549 克麻醉物質這一數量(被扣押的 40 個藥片中的 1.198 克甲基苯丙胺和 1.198 克氯胺酮——後者為估算，因為沒有稱量——，加上此前已認定的 20 個藥片中所含的 0.599 克甲基苯丙胺和等量的氯胺酮)，為着第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款和第 3 款的效力，應被視為“少量”。

麻醉物質淨重量的意義

終審法院的審理權

2. 雖然卷宗中載有相關化驗報告(第 118 頁)，但初級法院和中級法院均未認定從上訴人身上查獲的 40 個藥片中含有的甲基苯丙胺的量是多少。這一事實僅見之於兩個合議庭裁判中最後一個的落敗聲明，這顯然沒有意義。¹

眾所周知，在相當於第三審的刑事上訴案中，終審法院只進行法律審，以及審理《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款所列瑕疵(獲認定的事實不足以支持裁判、說明理由方面有不可補救的矛盾和審查證據方面有明顯錯誤)和上述第 400 條第 3 款所指未獲補正的無效。

也就是說，終審法院無權宣告已認定從上訴人身上查獲的 40 個藥片中所含甲基苯丙胺的量。

但是，這一事實對作出裁判有意義嗎？

¹並且沒有提及藥片中所含的另一種麻醉物質——氯胺酮——，因為相關化驗室稱無能力完成該任務，因此不可能查明這一事實。

如果本院認同中級法院的上述論點，則無意義。相反，如果認為有意義的是藥片中所含麻醉品的量而不是藥片數目，則這一事實有意義，可能存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項所指的獲認定的事實不足以支持裁判的瑕疵。

麻醉物質淨重量的意義（續前）

3. 因此，必須面對這個問題。

一個含有麻醉物質和其他成分的藥片中的麻醉物質的量可以大不相同，這是顯而易見的道理，無須作任何解釋。即使含有某種特效元素的同一品牌醫用藥片，也往往根據治療方法，並考慮到所治的患者、細菌種類或其他病因以及疾病的嚴重程度，所含的特效元素量不同，例如 100 毫克、250 毫克或 500 毫克。

例如，一個含有**甲基苯丙胺**和其他物質的重 2 克的藥片，與一個大小和重量（2 克）相同但含有其他物質較少的藥片相比，其**甲基苯丙胺**的含量可能高 10 倍或 100 倍（分別為 0.5 克、50 毫克和 5 毫克）。

現在要知道的是，為着界定第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款和第 3 款所指“少量”的效力，如為合成毒品，不論是以藥片還是以藥丸形狀出現，有意義的是藥片的數目還是麻醉品物質的量。

“第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定，持有、出售、讓與和運輸表一至表三所包括之麻醉物質者，如不屬於供本人吸食的活動，處 8 年以上 12 年以下徒刑，並科澳門幣 5 千元至 70 萬元之罰金。

但是，如果該等行為之對象為“少量”該物質，則處 1 年以上 2 年以下徒刑，並科澳門幣 2 千元至 22 萬 5 千元之罰金（第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款）。該法令同條第 3 款規定了何謂“少量”：

“為著本條規定之效力，少量即指違法者支配之物質或製劑總數量不超過個人 3 日內所需之吸食量。”

第 5/91/M 號法令第 9 條第 4 款規定：“為著本條規定之效力，經聽取衛生司意見，總督得透過法令對各種在販賣中常見之物質及產物，訂出少量之具體數量。”

這一規定所指的法規一直沒有制定出來。

但是，該第 9 條第 5 款作了補充：“上款所指之具體數量，是由有權限之實體，根據憑經驗制定之規則及自由判斷做出審議。”

這樣，少量即指不超過個人三日所需的吸食量，這一說法不夠明確，一般需要了解被扣押的藥片所含麻醉物質的量，為此必須能對其進行適當的化驗，所以，“少量”可能因案件不同而不同。

這是因為，例如一種藥片純度很高，五片就可能構成“少量”。而如果一種藥片含有極少的麻醉物質，那麼幾十片才是個人三日內所需的吸食量，從而構成第 5/91/M 號法令第 9 條規定的“少量”。

葡萄牙立法者也持這種看法，制定了一個法規，即 3 月 26 日第 94/96 號訓令，其中指明了 1 月 22 日第 15/93 號法令附表一至附表四中各種植物、物質或製品的個人每天平均劑量的最高限度，而這一法規與我們的第 5/91/M 號法令類似。實際上，在上述訓令第 9 條所指的表中，即使一般以藥片或者以藥丸形式吸食的合成製劑，其每日吸食量也以重量克或者微克表示，而從不以藥片的數目為單位表示。

我們還可以以美國為例，大家知道，美國在打擊販賣毒品方面有豐富的經驗。

在美國，處罰販賣麻醉物質的法律根據扣押或販賣毒品的數量規定了各種處罰等級。²

從不低於 10 年徒刑到不高於無期徒刑的最高處罰等級中，規定了最少毒品數量：

— 1 千克或以上含有可計量之海洛英的混合物或物質；

— 5 千克或以上含有可計量之古柯葉的混合物或物質；

— 50 克或以上以古柯鹼為主的混合物或物質；

—

— 10 克或以上含有可計量之 LSD 的混合物或物質；

—

— 100 克或以上甲基苯丙胺、其鹽類、同分異構物和其同分異構物的鹽類，或者 1 克或以上含有可計量之甲基苯丙胺、其鹽類、同分異構物和其同分異構物的鹽類的混合物或物質。

由此看出，即使在以藥片或藥丸形式出現的包括甲基苯丙胺在內的上述合成物質方面，美國法律從來不以藥片的數目為單位表示，而總是以麻醉物質的量確定處罰。

更不能說——這是被上訴的合議庭裁判為支持其論點而提出的唯一理由，根據該論點，如果毒品是以藥片或藥丸形式出現的合成類物質，只需考慮其數目而不需考慮毒品的量——，以藥片形式出現的合成毒品因為是混合物而能對吸食者的健康造成更大危害。

即使從經濟方面考慮這一論點，根本的問題也是要表明，在本案中，以藥片形式出現的產品因為其中存在其他物質而比該產品中含有的純毒品對健康更加有害。請不要忘記，我們討論的是刑法問題，只要記得“不為罪，不得處罰”這一原則，就無需再作其他次要的考慮。在這方面，看不到任何已認定的事實。

但是，這一論點之所以不可接受，是因為沒有考慮到第 5/91/M 號法令第 8 條和第 9 條規定的犯罪的刑罰是供參考的法規中的刑罰，因為現在的問題是販賣麻醉物質或精神科物質。第 5/91/M 號法令及其中的罪狀與持有、出售妨害公共衛生的產品及將其變為商品毫無關係，對後者的規定見 7 月 15 日第 6/96/M 號法律，該法律規範的是妨害公共衛生及經濟之違法行為的法律制度，另見《刑法典》第 269 條，該條處罰的是買賣供他人消費的物質，從而對他人生命造成危險，或對他人身體完整性造成嚴重危險者。

獲認定事實不足以支持裁判的瑕疵

依職權審理該瑕疵

4. 只要這一事實有意義，即存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項所指的獲證明事實不足以支持裁判。

正如本法院一貫主張的那樣，獲認定事實不足以支持裁判的瑕疵，係指法院未查明作出正確的法律決定必不可少的事實這一法院應在訴訟標的範圍內調查的事宜，從而使已獲認定的事實顯得不足以支持適當的法律裁判，而其中的訴訟標的由控訴書和辯護書界定，但不妨礙《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條的規定。³

²見《控制物質法》，在美國法規中編號為 841，可以在以下網址查閱：<http://www.usdoj.gov/dea/pubs/csa.html>。

³ 2002 年 3 月 20 日在第 3/2002 號案件中作出的裁判。

確實，雖然該事實未寫入控訴書⁴，但合議庭本應認定，因為這是有意義的事實⁵，況且是法院應嫌犯聲請決定進行化驗，化驗已經進行。根據《刑事訴訟法典》第 339 條第 1 款和第 2 款的規定，本應把該事實寫入判決的理由說明之中，因為這是對案件之裁判屬重要的非實質變更，但對嫌犯而言無須辯論，因為化驗申請是嫌犯作出的，必須認為該變更是由辯方向本案提出的事實引致的。

上訴人沒有以上述瑕疵作為上訴依據。確實，雖然上訴人在上訴理由闡述書的某個段落提出被上訴的裁判有已認定事實不足以支持裁判的瑕疵，但實際情況是，在上訴人提出的問題中找不到這一瑕疵，所有問題僅限於法律問題（《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款）。無論如何，即使不這樣認為，也可以肯定上訴人沒有提出這一具體問題。

但是，即使上訴僅限於法律事宜，本法院也可以和應該依職權審理這一瑕疵，無可爭辯的是，在民事程序中亦然，例如在《民事訴訟法典》第 629 條第 4 款和第 650 條第 1 款所指的類似情況中，而且這些情況並未涉及刑事程序中的公共利益問題。

正如本法院於 2001 年 7 月 30 日在第 11/2001 號案件中作出的裁判指出的，終審法院發現《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款所指的瑕疵後，不應立即把卷宗發回一審重審，而應送中級法院，由其決定是否可以補救該瑕疵或者是否必須發回重審。

四、決定

綜上所述，撤銷被上訴的合議庭裁判，決定把卷宗發至中級法院，由其查明從上訴人身上查獲的 40 個藥片中甲基苯丙胺的量並根據以上闡述的學說作出裁判。

無需交付訴訟費。

二零零二年五月三十日於澳門

法官：利馬（裁判書製作法官）－ 岑浩輝 – 朱健

⁴既然按規定進行了化驗，就本應寫入。

⁵ 《刑事訴訟法典》第 265 條第 3 款 b) 項、第 339 條第 1 款和第 355 條第 2 款所指的對案件之裁判屬重要的事實，不能不考慮《民事訴訟法典》第 430 條第 1 款明確規定的“根據對有關法律問題之各個可予接受之解決辦法”，毫無疑問，後者透過《刑事訴訟法典》第 4 條規定的補充適用適用於刑事訴訟。