

第 29/2013 號案件

刑事訴訟程序上訴

上訴人：甲

被上訴人：檢察院

主題：遺漏審理·向終審法院提起的刑事上訴·毒品·警員·獲認定事實
不足以支持裁判·訴訟標的·理由說明方面不可補救之矛盾·審查證據方
面的明顯錯誤·量刑

裁判日期： 2013 年 7 月 10 日

法官：利馬(裁判書制作法官)、宋敏莉和岑浩輝

摘要：

一、如果中級法院沒有分析上訴人為獲得減刑而在理由陳述中就法院
在其它販毒案中適用的刑罰所作的對比，這不構成遺漏審理。

二、獲認定的事實不足以支持裁判的瑕疵，是指對一恰當的法律決定

而言，獲認定的事實顯得不充分。當法院沒有查明為案件做出正確裁判必不可少的事實事宜，而該等事實事宜本應由法院在控訴書和辯護狀界定的訴訟標的範圍內進行調查時，即出現此一瑕疵，但不妨礙《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條規定。

三、理由說明方面不可補救的矛盾是裁判本身的瑕疵，即指在事實事宜方面的證據性理據說明中、法院認定的事實之間、或認定的事實與未獲認定的事實之間存在矛盾。

四、如果在審查證據時從某事實中得出的結論無法接受、如果違反限定或確定證據價值的法律規定或者違反經驗或職業準則，就存在審查證據方面的明顯錯誤。該錯誤必須是顯而易見的，明顯到不可能不被一般留意的人所發現。

五、只要不存在對法定限制規範—如刑罰幅度—或經驗法則的違反，也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的話，作為以監督法律的良好實施為主旨的終審法院就不應介入具體刑罰的確定。

裁判書制作法官

利 馬

澳門特別行政區終審法院

合議庭裁判

一、概述

初級法院合議庭透過 2012 年 11 月 14 日的合議庭裁判，裁定第一被告甲為實質正犯，以既遂和競合的方式觸犯：

— 一項 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定和處罰的販毒罪，判處 7(柒)年 9(玖)個月徒刑；

— 一項同一法律第 14 條所規定和處罰的吸毒罪，判處 2(貳)個月徒刑；

— 一項同一法律第 15 條所規定和處罰的不當持有吸毒器具罪，判處 2(貳)個月徒刑；

— 數罪併罰，合共判處一項 8(捌)年的單一徒刑。

中級法院透過 2013 年 3 月 21 日的合議庭裁判駁回了由被告提起的上訴，但依職權裁定其所觸犯的第 17/2009 號法律第 15 條所規定和處罰的不當持有吸毒器具罪不成立，將另外兩項犯罪的刑罰作併罰，合共判處 7(柒)年 10(拾)個月的單一徒刑。

被告仍不服，向本終審法院提起上訴，並提出了以下有用結論：

— 既然證實了上訴人是一名吸毒者，所購買的毒品一部分供其個人吸食，法庭必須查明上訴人吸毒的數量及種類，才能為本案作出正確、公平、且令人信服的裁判，但原審法庭卻沒有這樣做，量刑時只是籠統地指出上訴人將大部分(超過一半份量)用於出售或提供給他人，小部分用於吸食。

— 這樣，無論原審裁判抑或被上訴的中級法院合議庭裁判，均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，根據疑點利益歸被告原則(“*in dubio pro réu*”), 應廢止被上訴的裁判，以第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款 a 項《較輕的販賣罪》對上訴人作出論處；又或按照《刑事訴訟法典》第 418 條第 1 款規定，命令移送卷宗以重新作出審判，以區分上訴人除了曾給予第二被告乙的 4.135 克氯胺酮之外，其餘的 14.786 克氯胺酮之中，多少份量為

上訴人吸食，多少份量為提供給其他人吸食，以作出更為合理的裁判。

—縱使本案第二被告乙承認其身上的毒品是向上訴人取得，但獲證明的是氯胺酮的含量淨重僅為 4.135 克，該份量相對於在本案中所搜獲的毒品數量(包括在上訴人襪內搜獲的 2 包淨重 10.369 克的氯胺酮、從揸袋搜獲淨重 4.417 克的氯胺酮，加上在第二被告身上搜出淨重 4.135 克的氯胺酮)合共：18.921 克中，僅占毒品總數比例約 21%。

—然而，原審法庭卻在“事實之判斷：三、定罪與量刑”部分指上訴人：“大部分(超過一半份量)用於出售或提供他人，小部分用於自吸”的判斷(見裁判書第11頁最後一段，底線為我們所加)，既然在本案中已確實證明上訴人提供予他人毒品的數量，僅占卷宗所扣押毒品約21%，又怎能說：“大部分(超過一半份量)用於出售或提供他人，小部分用於自吸”呢？

—原審裁判一方面證實上訴人提供4.135克的氯胺酮予他人，另一方面在事實的判斷部分又指大部分(超過一半份量)用於出售或提供他人，小部分用於自吸，該兩種表述之間明顯出現矛盾，而且該矛盾是極為嚴重，是不可補救的或不可克服的，亦即是說，依靠被

上訴的裁判的整體內容和一般經驗法則亦不能克服。

一按照本案的獲證事實，可得知上訴人於2011年10月23日早上約11時於國內從身份不明之人處購入2000元人民幣，淨重為18.921克的氯胺酮並將之帶回澳門，之後以800元澳門幣提供淨重4.135克的氯胺酮予第二被告，同時證實上訴人之前曾提供不明數量的氯胺酮予第二及第三被告。

一按照該等事實，只具體證明到在本案中上訴人曾經提供淨重4.135克的氯胺酮予第二被告，及證明到上訴人為一吸毒者；根本沒有證明上訴人將其餘毒品用於出售或提供給他人。

一由於載於控訴書內上訴人將“該等毒品除小部分供其個人吸食，亦會以每包氯胺酮澳門幣500元至800元不等的價格出售予他人”(見判決書第3頁)的指控未能毫無疑問地視為獲得證實，便將在上訴人身上搜到的毒品全數抽象地推定是“大部分(超過一半份量)用於出售或提供給他人，小部分用於自吸”(見判決書第11頁)，原審判決作為“事實之判斷”及“定罪與量刑”這部分明顯沒有證據支持，是不合邏輯同時亦違反一般經驗法則。

— 而且該錯誤是極為嚴重的，即使是一個普通人亦會馬上注意到原審判決與獲證實的事實之間相衝突，同時亦違反經驗法則；而且該錯誤是顯而易見的，明顯到不可能不被一般留意的人所發現。

— 原審判決裁定及被上訴的中級法院判決維持上訴人觸犯一項第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，而判處七年九個月實際徒刑的量刑明顯過重，違反了新法的立法原意，而且與上訴人之罪過不相符。

— 本案所扣押的毒品種類單一，上訴人被羈押前為警員，每月收入澳門幣二萬多元、需供養母親、學歷程度為大專畢業、無任何犯罪前科，並沒任何毒販的特徵，原審判決及被上訴的中級法院合議庭裁判在量刑時完全沒有全面考慮《刑法典》第40條1款及第65條的規定。

— 本案至為重要的，是證明了上訴人只是提供了4.135克的氯胺酮予第二被告乙，該份量非常接近第17/2009號法律附表有關氯胺酮每日用量參考表內所載數量的五倍，即3克(見第11條第2款)，故此，由於沒有證明上訴人將毒品提供予其他人的具體事實，按照疑點利益歸被告原則(“*in dubio pro réu*”)應可適用第17/2009號法律第11

條第1款第(一)項(較輕的販賣罪)對上訴人作出處罰。

—除此之外，上訴人在向中級法院提起的上訴之中，將本案對上訴人的判刑與大量本澳法院對於販毒罪的判刑相比較，結論是大量的毒品案的量刑縱使被扣押的毒品份量比本案中扣押的毒品份量超出許多，但量刑比本案為輕的其體情況，質疑原審判決量刑過高。

—上條所列理據亦同時構成向中級法院提起的上訴之訴訟標的，但是中級法院除了沒有審理這部分之訴訟標的之外，亦沒說明理由，故此無可避免地違反了《刑事訴訟法典》第355條第2款說明理由的規定，按照《刑事訴訟法典》第360條a項規定，判決為無效。

在對上訴理由陳述所作的回應中，**助理檢察長**認為上訴理由明顯不成立。

而在其意見書中，**駐本院的助理檢察長**維持在對上訴理由陳述所作的回應中已採取的立場。

二、事實

下兩級法院所認定的事實如下：

自 2011 年 9 月起，被告甲開始在澳門從事販毒活動。

被告甲通常從中國內地取得毒品，包括氯胺酮及將之帶回澳門，目的除部分用作個人吸食外，主要用作提供及出售予他人，包括另外兩名被告乙及丙。

在販毒過程中，被告甲使用 XXXXXXXXX 之手提電話與需要購買或取得毒品之人進行聯絡。

2011 年 10 月 23 日早上約 11 時，被告甲到中國內地向身份不明之人以 2000 元人民幣購入氯胺酮後將之帶入澳門。

當日中午 12 時 31 分，被告乙使用 XXXXXXXXX 之手提電話致電被告甲要求購買氯胺酮，雙方約定在被告甲位於[地址(1)]的住所的大廈門外進行交易。

當日中午約 1 時 30 分，被告甲登上被告乙停泊於大廈門外的 ML-XX-XX 白色輕型汽車。在車上，被告乙以澳門幣 800 元向被告甲購買了 1 包氯胺酮，之後被告甲下車離去。

司警人員見狀上前將被告甲及乙截停檢查。

司警人員隨即對被告甲進行搜查，並在其右腳所穿的襪內搜獲 2 包淺黃色晶體，並在其攜帶的斜揸袋內搜獲 1 包淺黃色晶體(詳見卷宗第 118 頁的扣押筆錄)。

經化驗證實，上述從襪內搜獲的 2 包淺黃色晶體，淨重 14.047 克，含有第 17/2009 號法律附表二 C 所管制的氯胺酮，經定量分析，氯胺酮百分含量 73.82%，成份含量 10.369 克；從揸袋搜獲的 1 包淺黃色晶體，淨重 5.857 克，亦含有氯胺酮，經定量分析，氯胺酮百分含量 75.14%，成份含量 4.417 克。

上述毒品是被告甲當日較早時間在中國內地以 2000 元人民幣從身份不明之人處購得，在出售部分予被告乙後剩餘的。該等毒品除小部分供其個人吸食，亦會以每包氯胺酮澳門幣 500 元至 800 元不等的價格出售予他人。

隨後，司警人員前往被告甲位於[地址(1)]的住所進行搜索，並在其睡房衣櫃內搜獲 1 件黑色背心，內藏有 4 個小透明膠袋、1 支吸管、1 張澳門幣 10 元紙幣及 1 張白色紙巾。

經化驗證實，上述 4 個小透明膠袋、1 支吸管、1 張澳門幣 10 元紙幣及 1 張白色紙巾，均沾有第 17/2009 號法律附表二 C 所管制的氯胺酮痕跡。

上述小膠袋是被告甲用作包裝毒品作販賣用途。

上述吸管是被告甲用作吸食毒品的工具。

被司警人員截查後，被告乙主動從其右後褲袋取出一包淺黃色晶體。

經化驗證實，上述 1 包淺黃色晶體共淨重 5.654 克，含有第 17/2009 號法律附表二 C 所管制的氯胺酮，經定量分析，氯胺酮的百分含量為 73.13%，含量淨重為 4.135 克。

上述毒品是被告乙以澳門幣 800 元剛從被告甲處購得，目的是用作個人吸食。

及後，司警人員前往被告乙位於[地址(2)]的住所進行搜索，在其睡房之床頭櫃面搜獲 2 個透明膠袋；在床頭櫃抽屜內搜獲 1 支吸管、1 張澳門幣 10 元紙幣、1 張白色紙巾、1 個透明膠袋；在同一房

間的垃圾筒內搜獲 4 個透明膠袋(詳見卷宗第 146 頁扣押筆錄)。

經化驗證實，上述 7 個透明膠袋、1 支吸管、1 張澳門幣 10 元紙幣及 1 張白色紙巾，均沾有氯胺酮痕跡。

上述毒品痕跡是被告乙早前向被告甲購買毒品吸食後剩餘的。

上述吸管是被告乙用作吸食毒品之用。

隨後，司警人員前往到被告丙(被告乙的丈夫)位於[地址(3)]的單位進行搜索，並在其睡房書枱抽屜內搜獲 1 個紙巾包裝袋，內裝有 1 張澳門幣 10 元紙幣、1 個黑色盒中的金色盒內裝有 3 個透明膠袋;在該房門後掛鈎上的牛仔褲小袋內搜獲 1 張澳門幣 20 元紙幣。

經化驗證實，上述紙盒、紙巾袋、透明膠袋、10 元及 20 元的澳門幣紙幣，均沾有氯胺酮痕跡。

上述毒品痕跡是被告丙早前向被告甲購買吸食後剩餘的。

同日，司警人員在被告甲身上搜獲 2 部手提電話、3 張電話智能卡(其中一張為電話號碼 XXXXXXXXX)、1 本紅色記事簿及澳門幣

1000 元(其中 800 元是被告乙支付該次購買毒品的款項);在被告乙身上搜獲 1 部手提電話，電話號碼 XXXXXXXX。

上述手提電話、電話智能卡及金錢是被告甲從事販毒活動的通訊工具及所得;而上述屬於被告乙的手提電話是用作取得毒品所使用之聯絡工具。

三名被告甲、乙及丙在自由、自願及有意識的情況下，故意作出上述行為。

三名被告清楚知道上述毒品的性質及特徵。

被告甲購買、取得、持有、運送上述毒品，除小部分供其個人吸食外，主要用於向他人提供、出售。

被告乙持有上述吸管，目的是用作吸食毒品之工具。

被告乙及丙取得及持有上述毒品，目的是供彼等個人吸食之用。

三名被告明知其行為是法律所禁止和處罰的。

*

另外，證明下列事實：

根據刑事紀錄證明，三名被告無犯罪記錄。

第一被告聲稱被羈押前為警員，每月收入澳門幣 2 萬多元(190 薪俸點)，需供養母親，其學歷程度為大專畢業。

第二被告聲稱為賭場公關，每月收入約澳門幣 3 萬元，需供養父、母親，其學歷程度為中學四年級。

第三被告聲稱為裝修工人，每月收入澳門幣 12000 元，需供養母親及養育一名兒子，其學歷程度為小學四年級。

三、法律

1. 要解決的問題

要分析的是與獲認定事實不足以支持裁判的瑕疵、理由說明方

面不可補救的矛盾的瑕疵和審查證據方面的明顯錯誤的瑕疵有關的問題，以及與量刑和因遺漏審理而導致被上訴的合議庭裁判無效有關的法律問題。

2. 遺漏審理

按上訴人的說法，被上訴的合議庭裁判沒有針對上訴人在其本人被科處的刑罰和澳門法院在多個販毒案中所科處的刑罰之間進行的對比發表意見。

上訴人的這種說法是沒有道理的。

上訴法院有義務審理的是法律要求其必須依職權審理的問題以及由上訴人和被上訴人所提出的問題，而且如果是被上訴人所提出的，上訴法院還僅限於審理與裁判的不可上訴性或其他與不審理上訴有關的問題。

上訴人提出的是對其所判處的刑罰的量刑問題。在對上訴人所科處的刑罰和澳門法院在多個販毒案中所判處的刑罰之間所作的對

比只是上訴人提出量刑問題的其中一個理據。

即便法院沒有審理上訴人在理由陳訴中所提出的全部理由，這也不構成裁判的瑕疵，尤其是不因遺漏審理而構成裁判的瑕疵。因為法院有義務審理的是所提出的問題，而不是為支持這些問題而提出的理據。

同樣，本終審法院也不會去分析在其它案件中所判處的刑罰，因為這並不重要。每個案例都有它的不同之處，事實事宜各異，過錯程度不一，被告的個人、職業及經濟狀況也不盡相同。當然，被查獲的或非法交易的毒品的數量確實是量刑時要考慮的一個重要因素，但並不是唯一因素。

拋開其它不談，在被上訴人拿來作量刑比較的幾個案例中，沒有一個是涉及到警員販毒的，而根據已查明的事實，且在不影響我們接下來將要審理的由上訴人所提出的瑕疵的情況下，我們說，本案正屬於這種情況。

因此，上訴人所主張進行的這種比較毫無意義可言。

3. 獲認定事實不足以支持裁判・訴訟標的・第一被告的上訴

在 2002 年 3 月 20 日第 3/2002 號案的合議庭裁判、2002 年 10 月 9 日第 10/2002 號案的合議庭裁判、2010 年 11 月 24 日第 52/2010 號案的合議庭裁判以及其它許多裁判中，本院認為，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所規定的獲認定事實不足以支持裁判的瑕疵，是指“對於做出適當的法律決定觀已獲得認定的事實不充分，也就是說，法院沒有查明做出正確裁判所必不可少的事實，而在不妨礙《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條規定的情況下，這些事實應由法院在控訴書和辯護書限定的訴訟標的範圍內加以調查。”因此，“對於那些既不載於控訴書或起訴書，也沒有由辯方提出，而且根據《刑事訴訟法典》第 339 條和第 340 條的規定，在聽證過程中也沒有顯示有合理懷疑其曾出現過的事實而言，不存在獲認定事實不足以支持裁判的瑕疵”。

上訴人認為，法院並沒有查明具體有多少毒品是用來吸食，又有多少是用來出售的。

然而，在對控訴書中所載的事實和在審判中獲得認定的事實加以對比之後我們發現，兩者在有關被告出售和吸食毒品的方面是吻合的。如果法院已經調查了所有它所必須調查的事實，那就不可能存在獲認定事實不足以支持裁判的瑕疵。

所提出的瑕疵不成立。

4. 理由說明方面不可補救之矛盾

《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項規定的理由說明方面不可補救之矛盾的瑕疵是裁判本身的瑕疵，即指在事實事宜方面的證據性理據說明中、法院認定的事實之間、或認定的事實與未獲認定的事實之間存在矛盾。

上訴人認為，法院認定了在其身上所搜獲的毒品中只有一小部分是用於個人吸食，其餘部分全部用於出售，這與所出售給乙的毒品僅占案中所扣押的毒品數量的 21% 的事實之間存在矛盾。

根本不存在任何的矛盾。被告們—由其律師代表—不該再比照

著所有可以在上訴中針對判決提出的瑕疵牽強地將它們一一羅列出來了。

根據獲認定的事實，上訴人攜帶了 14.047 克和 5.857 克的氯胺酮，經定量分析，它們的氯胺酮含量淨重分別為 10.369 克和 4.417 克。

而在上述毒品中，已經認定被告將其中的一小部分用作個人吸食，而剩餘的大部分則用來出售。

此外還認定被告向乙出售了 5.654 克的氯胺酮，經定量分析，其含量淨重為 4.135 克。

如果說在份量較大的這份毒品中，被告將其中的一小部分用作個人吸食，將剩餘(較大)的部分用於出售，而除此之外他還出售了另一份毒品，那麼很明顯，在所有的毒品中，被告是將大部分(超過在其身上和在乙身上所搜獲的毒品總量的一半)進行了出售或用於出售。這是只要有一點點邏輯常識便能明白的道理。

看不出存在任何的矛盾。

5. 審查證據方面的明顯錯誤

如果在審查證據時從某事實中得出的結論無法接受、如果違反限定或確定證據價值的法律規定或者違反經驗或職業準則，就存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定的審查證據方面的明顯錯誤的瑕疵。該錯誤必須是顯而易見的，明顯到不可能不被一般留意的人所發現。

在這個理由上，上訴人所作的陳述更加混亂。實際上，上訴人是想說，案中僅僅認定他出售了 5.654 克的氯胺酮，經定量分析其氯胺酮含量的淨重為 4.135 克。而且他本身也吸食毒品。

然而並非如此。正如我們針對前一瑕疵所說的那樣。

不存在任何違反疑點利益歸於被告原則的情況。

所提出的問題不成立。

6. 量刑

上訴人還提出了量刑的問題。

關於在刑幅的上下限範圍之內對刑罰予以減輕的主張，本法院一直認為“只要不存在對法定限制規範一如刑罰幅度一或經驗法則的違反，也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的話，作為以監督法律的良好實施為主旨的終審法院就不應介入具體刑罰的確定”(見於 2008 年 9 月 19 日和 2008 年 1 月 23 日分別在第 29/2008 號和第 57/2007 號案件中所作的合議庭裁判)。

考慮到該罪的刑幅為 3 年至 15 年徒刑，上訴人在事發時為警員，案中所查獲的和非法出售的毒品的數量以及其它獲得認定的情節，我們認為對以實質正犯的方式觸犯第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的販毒罪的上訴人處以 7(柒)年 9(玖)個月的徒刑並沒有不適度。

此外上訴人並沒有提出任何在這個方面違反法定限制規範的情況。

所提出的問題不成立。

因此，上訴理由明顯不成立，必須予以駁回。

四、決定

綜上所述，駁回上訴。

訴訟費用由上訴人負擔，司法費訂為 5 個計算單位，此外再因上訴被駁回而判處上訴人支付 2,000.00 澳門元。

通知治安警察局局長。

2013 年 7 月 10 日，於澳門。

法官：利馬（裁判書製作法官）—— 宋敏莉 —— 岑浩輝