

編號：第 343/2010 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2010 年 7 月 8 日

主題：

- 被認定的事實不足以支持裁判
- 審查證據方面的明顯錯誤
- 量刑

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. 審查證據中的明顯錯誤是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。

錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現。

3. 在考慮保護法益及公眾期望的要求時需知道，販毒罪，特

別是軟性毒品的不法販賣行為屬當今社會常見的犯罪類型，該類犯罪活動在本澳越來越活躍，行為人亦漸趨年青化，有關犯罪行為亦直接危害到公民，特別是年青一代的身體健康，由此更加突顯預防此類犯罪的迫切性。

4. 行為人為提供予他人而持有淨重為 14.715 克的“氯胺酮”，“氯胺酮”是二十四日的份量。經分析有關情節，原審法院判處行為人四年六個月實際徒刑只是刑幅的八份之一，量刑符合犯罪的一般及特別預防的基本要求，並不存在過重的情況。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 343/2010 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2010 年 7 月 8 日

一、案情敘述

上訴人 A 在初級法院刑事法庭第 CR4-09-0198-PCC 號卷宗內被裁定觸犯一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的「不法販賣麻醉品及精神藥物罪」，被判處四年六個月實際徒刑。

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. 獲證明之事實中，證明了嫌犯 A 在珠海以 900 人民幣向一名身份不明人士購買了一包“K”仔粉末，目的主要是帶來本澳向他人出售。
2. 同時，亦證實在珠海的“XXX 按摩中心”內，嫌犯 A 已從上述所購得的毒品中取出少部分，用作自己吸食及贈送予嫌犯 B 吸食之用。
3. 既然被上訴法院證明了上訴人購買毒品的目的主要是帶來本澳向他人出售，且上訴人曾在按摩中心取出少部分用作

自己吸食及贈送予嫌犯 B 吸食之用，即上訴人購買毒品的目的並非單一是向他人出售，而是亦有其他目的—自己吸食及贈送他人。

4. 即使證實上訴人將毒品主要用於出售之用途，但卻沒有證實上訴人持有用於提供予他人之毒品之具體份量。
5. 故應根據“疑點利益歸於嫌犯”之原則，不應視嫌犯(即上訴人)以既遂形式觸犯一項第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪，而只能以有關獲證實之事實判處上訴人以既遂形式觸犯一項第 5/91/M 號法令第 9 條所規定及處罰之少量販毒罪。
6. 由於證實上訴人持有用於提供予他人之毒品之具體份量是歸責第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪的不可缺少之事實要件，欠缺這一事實要件，亦即是存在事實上之事宜不足以支持法律之裁判—第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪。
7. 所以被上訴法院的裁判存在【刑事訴訟法典】400 條第 2 款 a)項所載之瑕疵，即獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判。
8. 應撤銷這部份的裁判，繼而應該對上訴人作出以既遂形式觸犯一項第 5/91/M 號法令第 9 條所規定及處罰之少量販毒罪。
9. 被上訴的裁判只證明了有關毒品的目的主要是帶來本澳向他人出售，但卻沒有證實上訴人購買之毒品的次要目的是甚麼。
10. 既然上訴人曾將購買之毒品取出少部分，用作自己吸食及

贈送予嫌犯 B 吸食之用，那麼，其次要目的是否用作供自己吸食？供自己吸食的份量是多少？被上訴法院沒有證實相關內容。

11. 若未能查明相關事實，則亦不能查明上訴人持有用於提供予他人之毒品之具體份量。
12. 亦即缺乏歸責第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪的主要要件---持有用於提供予他人之毒品之具體份量。
13. 所以，被上訴法院判處上訴人既遂形式觸犯一項第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪，顯然是存在審查證據方面之明顯錯誤【《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項所載之瑕疵】。
14. 故此，應撤銷這部份的裁判，繼而應該對上訴人作出觸犯了以既遂形式觸犯一項第 5/91/M 號法令第 9 條所規定及處罰之少量販毒罪。
15. 從被上訴之合議庭裁判認為上訴人的犯罪行為按照當時生效之法例(第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪)被判處 8 年 3 個月之徒刑。
16. 按照第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪之刑幅為八年至十二年之刑罰。
17. 按照有關之比例計算，上訴人被判處之刑罰為有關刑幅中的刑幅下限再加上刑幅(8 年至 12 年，即其期間為 4 年，亦即為 48 個月)的十六分之一，3 個月為該 48 個月的十六分之一(48 個月除以 3 個月)。
18. 故此，可以知道被上訴法院按照上訴人作出行為時生效之

法例及因應行為之罪過及不法性程度來判處上訴人之刑罰為有關刑罰下限(8年)再加上刑幅之間(8年至12年之間的刑幅為4年)的十六分之一刑期來作出。

19. 亦即是說，被上訴法院認定上訴人的行為不法性及罪過程度所需承擔之刑罰為有關刑罰下限(8年)再加上刑幅的十六分之一。
20. 因此，即使對上訴人的行為適用新法例(第 17/2009 號法律第 8 條)之規定，亦應按照上訴人的行為、罪過及不法性來作出有關之刑罰。
21. 換句話說，被上訴法院在適用新法例(第 17/2009 號法律第 8 條)之規定時，亦應按照有關法律所規定之下限加上刑幅的十六分之一刑期來作出判決。
22. 因此，按照上述規定，上訴人被處罰之刑期應為三年(新法刑幅下限)加上下限的刑幅的十六分之一(即 3 至 15 年之刑幅共為 144 個月，144 個月除以 16 = 9 個月)，即共為 3 年 9 個月之刑罰。
23. 所以，被上訴法院之判決在未有充份考慮上述各種情況下而作出四年六個月徒刑之判決是明顯過重，該裁判違反了澳門《刑法典》第 40 條及第 65 條之規定。
24. 另一方面，上訴人一直保持著良好的行為規範，在今次事件之前，從沒有涉及任何犯罪或輕微違反的行為，其所實施之犯罪事實之方式、手段及情節不太卑劣。
25. 故被上訴合議庭裁判對上訴人作出四年六個月之刑罰是明顯過重的。
26. 被上訴的合議庭裁判違反了澳門《刑法典》第 40 條及第 65

條之規定。

27. 故對上訴人科處的刑罰應少於四年六個月徒刑最為適合。

最後，上訴人作出下列請求：

1. 撤銷被上訴的合議庭裁判及，繼而上訴人作出以既遂形式觸犯一項第 5/91/M 號法令第 9 條所規定及處罰之少量販毒罪；及
2. 對上訴人適用較輕的刑罰。

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 根據第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定，不法持有毒品而不屬第二十三條所指之情況，已構成販賣毒品罪，其中並沒有規定行為人所持有用於提供他人之毒品之具體份量。
2. 上訴人持有毒品的份量不可能為其三日所能吸食之份量。
3. 被訴裁判不但所認定的事實充分，而且適用的法律正確。
4. 被訴裁判並不存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項或 c) 項所載之瑕疵。
5. 法律在新舊刑法之適用上及量刑上從來沒有規定應用單純的數學比例進行計算。
6. 刑罰份量之確定須按照行為人之罪過及預防犯罪之要求。
7. 罪過及預防犯罪在不同時間對量刑的影響是有所不同的。
8. 被訴裁判在量刑時已考慮了上訴人的具體情況，符合《刑法典》第 40 條及第 65 條之規定，是合適和公平的。

最後，檢察院請求裁定上訴人提出的請求因理據不足，應予駁回。

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，經分析案件的具體情況，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，因此，認為上訴人提出的上訴理由明顯不能成立，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：

1. 在珠海，上訴人 A 以 900 人民幣向一名身份不明人士購買了一包“K 仔”粉末，目的主要是帶來本澳向他人出售。
2. 為分裝上述所購得的毒品，上訴人 A 在珠海購買了一包 90 個透明小膠袋。
3. 隨後，在珠海的“XXX 按摩中心”內，上訴人 A 已從上述所購得的毒品中取出少部份，用作自己吸食及贈送予嫌犯 B 吸食之用。
4. 之後，上訴人 A 將餘下的“K 仔”收藏在其所穿著的鞋子並帶來澳門，而嫌犯 B 則幫忙將上訴人 A 上述所購的透明小膠袋藏在身上並帶來澳門。
5. 同日 19 時 3 分，上訴人 A 及嫌犯 B 一起經關閘返回澳門。
6. 上訴人 A 立即將藏在其鞋子中的“K 仔”粉末，以及由嫌犯 B 帶進澳門的上述透明小膠袋一併放入一個印有“XX 鞋業”

的綠色膠袋內。

7. 同日 19 時許，在黑沙環中街廣福安花園第四座及第五座中間走廊處，司警人員將上訴人 A 及嫌犯 B 截停調查。
8. 司警人員當場在上訴人 A 手持的“XX 鞋業”膠袋內搜出 1 包用透明膠袋包裝的白色粉末、一包 90 個透明小膠袋，同時在其身上搜出 2 個手提電話(詳見卷宗第 8 頁之扣押筆錄)。
9. 經化驗證實，上述白色粉末的淨重為 21.040 克，含有於 1 月 28 日公佈之第 5/91/M 號法令附表二 C 所管制之“氯胺酮”；經定量分析後，當中“氯胺酮”成份的百分含量為 69.94%，淨重為 14.715 克。
10. 上述毒品是上訴人 A 於被捕當日在珠海向身份不明人士所購得，目的是帶來本澳以大約 1,800 澳門圓向他人出售。
11. 上述透明小膠袋是上訴人 A 用於包裝毒品的工具。
12. 同日，司警人員前往嫌犯 B 位於 XXX 馬路 XXX 大廈第 X 座 X 樓 X 座的住所進行搜索，並在其睡房雜物膠櫃內檢獲 1 個沾有白色粉末的透明小膠袋及 4 枝沾有白色粉末的吸管，另外，在其身上扣押了 2 部手提電話、1,700 澳門圓及 600 人民幣。
13. 經化驗證實，上述透明小膠袋及吸管上的痕跡均含有於 1 月 28 日公佈之第 5/91/M 號法令附表二 C 所管制之“氯胺酮”成份。
14. 上述吸管是嫌犯 B 吸食毒品的器具。
15. 上訴人 A 清楚知悉上述毒品的性質及特徵。
16. 上訴人 A 明知不可仍購買、取得、運載及持有上述毒品，

目的是向他人提供或出售。

17. 上訴人 A 及嫌犯 B 在自由、自願及有意識的情況下，故意作出上述行為的。

18. 上訴人 A 清楚知道彼等之行為是法律所禁止及處罰的。

此外，還查明：

19. 根據有關刑事紀錄，上訴人及嫌犯為初犯。

未審理查明之事實：

1. 2009年3月13日17時4分，在上訴人 A 的要求下，嫌犯 B 陪同上訴人 A 一起經關閘前往內地珠海購買俗稱“K仔”的毒品，並獲得上訴人 A 贈送“K仔”粉末作個人吸食之用。

2. 在上訴人 A 身上所扣押之兩部手提電話是其從事販毒活動時所使用的聯絡工具。

3. 在嫌犯 B 身上所扣押之兩部手提電話、錢款是其協助上訴人 A 從事販毒活動所使用的工具。

4. 嫌犯 B 清楚知悉上述毒品的性質及特徵。

5. 嫌犯 B 明知不可仍陪同、協助上訴人 A 前往內地購買及運載與販活動有關的器具。

6. 嫌犯 B 清楚知道上述行為是法律所禁止及處罰的。

7. 其他與已證事實相反之事實。

三、法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 被認定的事實不足以支持裁判
- 審查證據方面的明顯錯誤
- 量刑

1. 上訴人認為被上訴的裁判“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”，存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項規定之瑕疵。

上訴人提出既然被上訴法院證明了上訴人曾在按摩中心取出少部分毒品用作自己吸食及贈送予嫌犯 B 吸食之用，即上訴人購買毒品的目的並非單一是向他人出售，而是亦有其他目的—自己吸食及贈送他人。但被上訴法院卻沒有證實上訴人持有用於提供予他人之毒品之具體份量。亦即缺乏歸責販毒罪的主要要件—持有用於提供予他人之毒品之具體份量。

所以被上訴法院的裁判存在【刑事訴訟法典】400 條第 2 款 a) 項所載之瑕疵，即獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判。故此，應撤銷這部份的裁判，繼而應該對上訴人作出觸犯了以既遂形式觸犯一項第 5/91/M 號法令第 9 條所規定及處罰之少量販毒罪的判處。

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。”

為了判斷在被上訴的合議庭裁判中是否存在上訴人所指的瑕疵，需要審查被認定事實。

在被認定事實中包括其中下列幾點：

- 在珠海，上訴人 A 以 900 人民幣向一名身份不明人士購買了一包“K 仔”粉末，目的主要是帶來本澳向他人出售。
- 隨後，在珠海的“XXX 按摩中心”內，上訴人 A 已從上述所購得的毒品中取出少部份，用作自己吸食及贈送予嫌犯 B 吸食之用。
- 司警人員當場在上訴人 A 手持的“XX 鞋業”膠袋內搜出 1 包用透明膠袋包裝的白色粉末、一包 90 個透明小膠袋，同時在其身上搜出 2 個手提電話(詳見卷宗第 8 頁之扣押筆錄)。
- 經化驗證實，上述白色粉末的淨重為 21.040 克，含有於 1 月 28 日公佈之第 5/91/M 號法令附表二 C 所管制之“氯胺酮”；經定量分析後，當中“氯胺酮”成份的百分含量為 69.94%，淨重為 14.715 克。
- 上述毒品是上訴人 A 於被捕當日在珠海向身份不明人士所購得，目的是帶來本澳以大約 1,800 澳門圓向他人出售。

從上述已證事實中分析，可顯而易見地得出下列結論：雖然上訴人及同案嫌犯在珠海吸食了少量毒品，但上訴人購買及帶來本澳的，隨後被司警人員查獲的淨重為 21.040 克的白色粉末（當中含 14.715 克“氯胺酮”成份）全部用於向他人出售。而上述毒品份量已超出了少量的份量。

這樣，很明顯，指控上訴人觸犯的第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款所規定及處罰販毒罪的罪狀要件均成立，所指出的瑕疵並不存在。

2. 上訴人認為被上訴的裁判“在審查證據方面出現明顯錯誤”，存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定之瑕疵。

上訴人提出了被上訴的裁判只證明了有關毒品的目的主要是帶來本澳向他人出售，但卻沒有證實上訴人購買之毒品的次要目的是甚麼。若未能查明相關事實，則亦不能查明上訴人持有用於提供予他人之毒品之具體份量。亦即缺乏歸責第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪的主要要件——持有用於提供予他人之毒品之具體份量。

所以，被上訴法院判處上訴人既遂形式觸犯一項第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪，顯然是存在審查證據方面之明顯錯誤【《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項所載之瑕疵】。故此，應撤銷這部份的裁判，繼而應該對上訴人作出觸犯了以既遂形式觸犯一項第 5/91/M 號法令第 9 條所規定及處罰之少量販毒罪。

根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定，上訴亦得以審查證據方面明顯有錯誤為依據，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 2001 年 3 月 16 日，在第 16/2000 號刑事上訴案判決中認定：“審查證據中的明顯錯誤是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明

顯到一般留意的人也不可能不發現。”

經分析原審判決書內所載的已被證實的事實及未被證實的事實，並未發現互不相容的情況。

原審法院認定的有關上訴人在珠海購買的毒品主要是帶回本澳向他人出售以及將在珠海吸食後剩餘的毒品帶回澳門提供或出售予他人這兩個事實之間並不存在任何矛盾。事實上，上訴人及同案嫌犯確實在珠海吸食了少量毒品，其後上訴人將購買的其餘毒品帶回本澳，全部用以提供或出售予他人。相關毒品份量為 14.715 克“氯胺酮”，已遠遠超過少量的份量。

審查證據方面，原審法院在事實的判斷中說明：“本合議庭經比較分析兩名嫌犯在庭審中和之前在刑事起訴法庭所作之供詞、證人之證言，以及本卷宗內的有關文件和所有扣押之物品，特別是有關毒品的檢驗報告及為數眾多的透明小膠袋而作出上述事實之認定。”

根據上述相關證據，原審法院認定了嫌犯 A 非法取得、運載及持有向他人提供或出售之毒品，有關份量已超出一般司法見解中所定下的少量標準，其行為觸犯了一項被控之「販毒罪」。

經分析上述的證據可合理且顯而易見地得出原審法庭所認定的事實。

然而，上訴人並未具體指出其認為原審法院在審查證據方面所犯的任何錯誤，僅質疑原審法院並未證實上訴人購買之毒品的次要目的是什麼，相關份量是多少，認為這個事實“對被上訴決定起著重要

的作用”。

但是，對上訴人的行為以販毒罪進行定罪量刑並不取決於上訴人持有毒品的其他用途及份量，事實上，只要證明上訴人持有的毒品並非少量並且以將該毒品提供或出售予他人為目的即可。

因此，明顯地，原審判決中並不存在上訴人所提出的相關瑕疵。

3. 上訴人認為原審判決量刑過重及違反《刑法典》第 40 及 65 條的規定。

上訴人提出了被上訴之合議庭裁判認為上訴人的犯罪行為按照當時生效之法例(第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰之販毒罪)被判處 8 年 3 個月之徒刑，為相關刑幅的十六分之一。換句話說，被上訴法院在適用新法例(第 17/2009 號法律第 8 條)之規定時，亦應按照有關法律所規定之下限加上刑幅的十六分之一刑期來作出判決。

因此，按照上述規定，上訴人被處罰之刑期應為三年(新法刑幅下限)加上下限的刑幅的十六分之一(即 3 至 15 年之刑幅共為 144 個月，144 個月除以 16 = 9 個月)，即共為 3 年 9 個月之刑罰。

《刑法典》第 40 條及第 65 條規定量刑的標準。

犯罪的預防分為一般預防和特別預防二種：前者是指通過適用刑罰達到恢復和加強公眾的法律意識，保障其對因犯罪而被觸犯的法律規範的效力、對社會或個人安全所抱有的期望，並保護因犯罪行為的實施而受到侵害的公眾或個人利益的積極作用，同時遏止其他人犯罪；後者則指對犯罪行為和犯罪人的恐嚇和懲戒，且旨在通過對犯罪行為人科處刑罰，尤其是通過刑罰的執行，使其吸收教訓，銘記其犯罪行為為其個人所帶來的嚴重後果，從而達到遏止其再次犯罪，重新

納入社會的目的。

上訴人被控觸犯了一項第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款所規定及處罰的販毒罪，可被判處八年至十二年徒刑及科澳門幣五千圓至七十萬圓罰金之刑罰。經比較新舊法律制度，原審法院改判上訴人觸犯一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的不法販賣麻醉品及精神藥物罪，可被判處三年至十五年徒刑。

對上訴人有利的情節是上訴人為初犯，沒有其他刑事紀錄，犯罪時年青，只有十九歲。

然而，另一方面，在量刑時法院亦須考慮上訴人是在自由、自願及有意識的情況下故意實施販毒行為，前往珠海取得毒品並帶回澳門，目的是提供或出售予他人，藉以獲得不正當利益，其主觀故意程度較高。

上訴人在庭審時沒有交待全部犯罪事實，與其在刑事起訴法庭作出的聲明存有明顯矛盾，因此原審法院宣讀了上訴人在刑事起訴法庭提供的聲明。

上訴人對其行為沒有表現出任何悔意。

上訴人用以提供或出售予他人的“氯胺酮”份量為 14.715 克，按照第 17/2009 號法律附表中每日用量(0.6 克)參考表所規定計算，是二十四日的份量。雖然份量不屬大量，但量亦不少。

另外，在考慮保護法益及公眾期望的要求時需知道，販毒罪，特別是軟性毒品的不法販賣行為屬當今社會常見的犯罪類型，該類犯罪活動在本澳越來越活躍，行為人亦漸趨年青化，有關犯罪行為亦直接危害到公民，特別是年青一代的身體健康，由此更加突顯預防此類

犯罪的迫切性。

上訴人觸犯不法販賣麻醉品及精神藥物罪，可被判處最低三年、最高十五年徒刑之刑罰，刑幅達十二年。

經分析有關事實及上述所有對上訴人有利及不利的情節，本案中，原審法院判處上訴人四年六個月實際徒刑只是刑幅的八份之一，量刑符合犯罪的一般及特別預防要求，並不存在過重的情況。

另一方面，正如駐初級法院助理檢察表在其對上訴理由闡述的答覆中所言，在根據新舊法律制度具體量刑時，不能單以數學比例來進行計算，而應以法律規定的量刑標準找出具體顯示適當的刑罰。

因此，由於原審法院的判決並沒有上訴人所指的問題，上訴人所提出的上訴理由明顯不成立，應予以駁回。

四、決定

綜上所述，合議庭一致裁定上訴人的上訴理由明顯不成立，予以駁回。

判處上訴人繳付 3 個計算單位之司法費，上訴的訴訟費用。

根據《刑事訴訟法典》第 410 條第 4 款所規定，上訴人須繳付 3 個計算單位的懲罰性金額。

著令通知，並交予上訴人本裁判書副本。

2010年7月8日

譚曉華 (裁判書製作人)

賴健雄 (第一助審法官)

蔡武彬 (第二助審法官)