

--- 簡要裁判（按照經第9/2013號法律修改的《刑事訴訟法典》第407條第6款規定）-----
--- 日期：21/10/2014 -----
--- 裁判書製作法官：譚曉華法官 -----

編號：第 631/2014 號 (刑事上訴案)

上訴人：A(A)

日期：2014 年 10 月 21 日

主要法律問題：

- 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判
- 量刑

摘 要

1. 根據卷宗資料顯示，上訴人沒有在其答辯中向原審法院要求調查任何一項關於其個人將會吸食被檢獲毒品當中的部分的事實。而原審法院在審判聽證中已對控訴書，亦即案件標的之全部事實事宜進行調查，並作出了相關事實的認定，亦未發現存在漏洞，因此，不存在上訴人所提出《刑事訴訟法典》第400條第2款a)項規定的獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判的瑕疵。

由於在原審判決中並未發現《刑事訴訟法典》第400條第2款所指之瑕疵，無需按照第415條規定再次調查證據。

2. 經分析有關事實及所有對上訴人有利及不利的情節，本案中，原審法院對上訴人所觸犯的一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪判處五年六個月實際徒刑，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。

裁判書製作人

譚曉華

簡要裁判

編號：第 631/2014 號 (刑事上訴案)

上訴人：A(A)

日期：2014 年 10 月 21 日

一、案情敘述

於 2014 年 7 月 25 日，上訴人 A 在初級法院刑事法庭第 CR2-14-0022-PCC 號卷宗內被裁定觸犯一項 8 月 10 日第 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，被判處五年六個月實際徒刑。

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. 本案涉及的毒品的品種單一，經化驗證實，從嫌犯身上搜獲的白色晶體含有第 17/2009 號法律附表二 C 所管制的“氯胺酮”成份，淨重為 23.682 克，經定量分析，當中“氯胺酮”的百分含量為 77.44%，含量為 18.339 克。
2. 對毒品氯胺酮進行定量分析後得出嫌犯所攜帶的“氯胺酮”毒品純含量為 18.339 克，這毒品的純含量對量刑起著必不可少的作用。然而，從原審判決中的事實判斷中的事實可

見，原審判決所判處的徒刑是考慮到有關毒品“氯胺酮”成份的淨重為 23.682 克，並視為“大量”。由此可見，原審裁判所作的量刑是以該淨重 23.682 克作為重要的考慮因素之一。但是，根據一直以來的司法判例均認為應以毒品的純含量作為量刑的考慮因素，而非毒品的淨重量或其他的重量。

3. 此外，我們不應忘記在有關毒品中的部分是供上訴人自己吸食的。
4. 儘管原審判決指“嫌犯 A 表示攜帶之“氯胺酮”可供一星期吸食之用，但嫌犯 A 每天均往返珠海及澳門兩地，若只為吸食，根本無須購買超出 5 日參考吸食量 7.89 倍之“氯胺酮”運入澳門。”的事實屬於結論性事實，但上訴人認為該事實不屬結論性事實，其內容由事實性加上推斷性的事實所組成，且當中至少該事實的前部份，即“嫌犯 A 表示攜帶之“氯胺酮”可供一星期吸食之用”既不屬結論性也不屬推斷性的事實，而是構成控訴書的控訴內容的事實性事實。而查明該部份的事實對法庭作出公正及良好的裁判具有重要作用。
5. 從本案卷宗所載的整體資料綜合分析，包括控訴書的控訴事實、上訴人的刑事記錄犯罪前科甚至原審判決本身均顯示上訴人是一名長期吸毒者，曾因實施吸毒罪及因實施少量販毒罪而被判處徒刑處罰，明顯地，上訴人將毒品攜帶進入澳門境內後，其自己亦會吸食其中的部分。那麼，“其中的部分”是指多少？是多於被搜獲毒品的一半還少於一半呢？！對此，獲證明的事實沒有交代。歸根到底，有關

毒品的多少份量是供上訴人出售，而多少份量是供上訴人個人吸食之用，原審裁判的獲證明事實似乎是迴避了上訴人個人吸食的事實或是其吸食部份有關毒品之事實，或至少是存有疑問的。根據疑點利益歸被告的原則，上訴人認為不應以有關毒品“氯胺酮”的總重量(純含量或淨重量)作為上訴人觸犯 1 項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪的犯罪情節考量。在這意義上，不論是以有關毒品“氯胺酮”純含量或是以淨重量作為量刑的標準；倘屬前者則應以等於或多於一半的毒品純含量(18.339 克)，即等於或多於 9.1695 克作為考量，而倘屬後者則應以等於或多於一半的毒品淨重量(23.682 克)，即等於或多於 11.841 克作為考量。

6. 在此，上訴人堅持主張原審法院應以有關毒品“氯胺酮”的純含量作為標準，並以上訴人出售等於或多於 9.1695 克的有關毒品份量之事實作為量刑的考慮因素。
7. 據此，上訴人請求各位法官閣下考慮到以上各項理由，將原審判決所判處的 5 年 6 個月的實際徒刑改判為 4 年以下的適當徒刑。
8. 倘若法官閣下不如此認同，則上訴人認為就有關毒品的多少份量是供上訴人出售，而多少份量是供上訴人個人吸食之用之事實事宜存在認定的不足，因而沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項規定的獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判的瑕疵。
9. 據此，上訴人根據《刑事訴訟法典》第 415 條規定請求就上述爭議的事實再次調查證據。
10. 此外，上訴人認為在量刑上尤其須考慮上述各項理由及以

下理由。

11. 8月10日第17/2009號法律第8條第1款之規定，在不屬第14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3年至15年徒刑。
12. 我們認為雖然該類犯罪需予以譴責和打擊，但社會大眾也會寬恕和接受有關行為人，只要其行為人真誠認罪和改過，且犯罪事實、情節和後果不致於過於嚴重、惡性和卑劣。
13. 本案，上訴人認為其犯罪行為的事實、情節和後果屬一般嚴重程度。
14. 如上所述，上訴人除了維持上述有關毒品的品種的單一性、應以有關毒品的純含量及應從有關毒品的純含量中扣除供上訴人個人吸食的部份的理由外，上訴人還提出以下的減刑理由：
15. 本案，從案件的情節及獲證明的事實所見，上訴人是一名長期吸毒者，幾乎每天都會因毒癮發作而需要吸食毒品。上訴人居住在內地，但每天都要往返澳門工作，因此需要從內地攜帶毒品來澳供自己吸食。對於這樣的一名長期吸毒者而言，與其要每天都冒著犯罪的風險攜帶少量毒品來澳，還不如選擇冒一次風險，攜帶相對多的毒品進入澳門，這是上訴人在面對現實環境中可能作出的客觀性抉擇。上訴人認為不應以他一次過攜帶相對大量的毒品來澳，就認定其主要目的是要販賣予他人，事實上，根據卷宗資料顯

示，並沒有證實上訴人實際上已將有關毒品流入市場或已向他人出售的事實。

16. 根據上訴人當時之個人狀況及經濟狀況，我們認為上訴人經過本案的審判過程及判決的譴責和制裁所汲取的教訓，其領悟犯罪的嚴重後果，從而令上訴人日後不再實施犯罪行為。因此，我們認為只要作出有罪判決並作出譴責和科處適當的刑罰，應可達到刑罰的特別預防目的，以預防上訴人將來再犯罪。
17. 至於一般預防，在我們的刑事制度中，任何犯罪均可予寬恕，只是視乎犯罪的類型及惡性程度而不同。
18. 本案，上訴人所實施的犯罪無疑屬嚴重，但實施犯罪行為的事實及情節不致於非常卑劣，且仍沒證實上訴人實際上已將有關毒品流入市場或已向他人出售的事實，因而犯罪不致造成嚴重的後果，相信社會大眾是接受以適當的刑罰處罰行為人，而不會存在反對的迴響。
19. 同時，只要對上訴人施加的刑罰處罰屬適當，我們相信社會大眾不會質疑法律秩序的有效性；相反，可產生信任法律秩序或害怕法律秩序的後果、阻嚇，從而不敢去以身試法，以起到警戒社會上的潛在犯罪者。
20. 根據以上法律規定並結合本案的獲證明的事實，上訴人認為原審裁判就其觸犯 1 項 8 月 10 日第 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 5 年 6 個月徒刑實屬過重，而上訴人認為應被科處的刑罰為 4 年以下的徒刑最為適當。
21. 綜上理由，原審判決違反《刑法典》第 40 條、第 65 條結

合 8 月 10 日 第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款的規定。

綜上所述，按照以上依據及倘適用的補充法律規定，懇請尊敬的中級法院各位法官閣下裁定本上訴理由成立，並批准以上理由闡述中第一及第二所提出的相關請求。

請求一如既往公正裁判！

檢察院對上訴人上訴作出了答覆，並提出下列理據：

1. Invocou o arguido, na sua motivação ora apresentada, os seguintes argumentos que lhe levaram a interpor o presente recurso, são:
 - a) insuficiência da matéria de facto provada para a decisão de direito (al. a) do n.º 2 do art.º 400.º do CPPM); e
 - b) medida da pena de prisão que lhe foi aplicada.
2. Do alegado vício da insuficiência da matéria de facto provada para a decisão de direito
3. Vem o arguido invocar que o acórdão recorrido padece de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.
4. Sobre a matéria de insuficiência, é pacífica a doutrina e unânime a jurisprudência no sentido de que:
5. “só há insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quando se verifica uma lacuna no apuramento dessa matéria que impede a decisão de direito” - vd. Acórdão do Tribunal de Segunda Instância de 8 de Fevereiro de 2001, Proc. n.º 2/2001 - ou, “quando do texto da decisão não constam todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador por falta

de apuramento de matéria” (vd. Ac. do T.S.1. de 8 de Fevereiro de 2001, Proc. n.º 24/2001).

6. Para que haja insuficiência para a decisão da matéria de facto provada é indispensável que a matéria de facto dada como provada não permita uma decisão de direito, necessitando de ser completada.
7. In casu, facto é que nada foi dito no acórdão que a medida da pena concreta aplicada ao arguido foi baseada no peso de 23.682 gramas, diz apenas que o arguido pretendia introduzir ketamina na RAEM com o peso de 23.682 gramas.
8. Os factos constantes da acusação foram já ponderados pelo Tribunal e dados como provados e não provados, tal como se consta nos “FACTOS PROVADOS” e “FACTOS NÃO PROVADOS” do acórdão recorrido, entendemos assim que não ocorre qualquer insuficiência de matéria de facto para a decisão.
9. Ora, continuemos.
10. Da medida da pena
11. In casu, tendo em conta os factos que se provou ter praticado, os mesmos consubstanciam um crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo artigo 8.º, n.º 1 da Lei n.º 17/2009, cabendo “pena de prisão de 3 a 15 anos”.
12. Facto é que a pena de prisão de 5 anos e 6 meses de prisão efectiva aplicada ao arguido situa-se dentro da moldura abstracta do crime em causa legalmente prevista e é pouco acima do seu limite mínimo.

13. Acresce que o arguido não é primário e sujeitou às condenações de natureza idêntica, por outro lado, o arguido pretendia introduzir ketamina na RAEM com o peso líquido em causa, quantidade essa posta em grande risco a segurança e saúde pública, bem como o arguido praticou o crime com alta intensidade do dolo.
14. Entendemos que a medida de pena de prisão aplicada se mostra proporcionada, especialmente face às exigências de prevenção, tanto geral como especial, o grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste, a intensidade do dolo, bem como a conduta anterior ao facto e a posterior a este, tal como consta do acórdão ora proferido.
15. Neste caso, atento aos fins de prevenção geral e prevenção especial, deve manter a pena de prisão ora aplicada ao arguido por não se verificar nenhuma circunstância atenuante nem outros motivos relevantes de natureza idêntica legalmente previstos e aplicáveis ao caso.
16. Nestes termos expostos, entendemos que o douto acórdão não violou o disposto no disposto no artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 17/2009 e nos art.ºs 40.º e 65.º, ambos do Código Penal de Macau.

Conclusão:

Entendemos que o acórdão recorrido não padece do vício de insuficiência da matéria de facto provada para a decisão de direito, previsto na al. a) do n.º 2 do art.º 400.º do Código de Processo

Penal de Macau, também não violou o disposto no artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 17/2009 e nos art.ºs 40.º e 65.º, ambos do Código Penal de Macau.

Nestes termos, e nos demais de direito devem V. Exas. Venerandos Juizes julgar o recurso improcedente.

Assim se fazendo a habitual justiça.

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，應完全駁回上訴人提起之上訴及維持原判。

本院接受上訴人提起的上訴後，裁判書製作人認為上訴理由明顯不能成立，並運用《刑事訴訟法典》第 407 條第 6 款 b) 項所規定的權能，對上訴作簡單的裁判。

二、事實方面

原審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. 上訴人 A 為澳門居民，居於中國珠海，每天均往返中國及澳門兩地，上訴人籍此從珠海購買毒品運入澳門。
2. 2013 年 8 月 13 日中午 12 時許，上訴人 A 在中國珠海夏灣市場內以人民幣 1,300 元向一名身份不明的男子購買了 3 包“K 粉”。

3. 其後，上訴人在珠海 XX 按摩中心將其中兩包”K 粉”倒進另一包內。同日下午約 6 時 20 分，上訴人攜帶上述”K 粉”經關閘邊檢站進入澳門。
4. 司警人員於一星期前已接獲線報，知悉上訴人經常從中國內地運載毒品進入澳門，於 2013 年 8 月 13 日在關閘入境大堂監視上訴人，當上訴人入境時，司警人員即時截查上訴人，在上訴人身上搜獲一包白色晶體、兩個透明膠袋、兩部流動電話、現金澳門幣 6,000 元、港幣 2,300 元及人民幣 1,800 元。
5. 經化驗證實，上述一包白色晶體含有第 17/2009 號法律附表二 C 所管制的”氯胺酮”成份，淨重為 23.682 克，經定量分析，當中”氯胺酮”的百分含量為 77.44%，含量為 18.339 克；上述兩個透明膠袋沾有”氯胺酮”痕跡。
6. 上訴人取得及持有上述毒品，目的是為了將毒品運入澳門，用作出售予他人。
7. 上訴人在自由、自願及有意識之情況下，故意藏有受法律管制之毒品，目的是將毒品從中國內地運入澳門，用作出售予他人。
8. 上訴人明知上述毒品的性質，且清楚知道其行為違法，會受法律制裁。
另外還證實如下事實：
9. 上訴人聲稱其職業為兼職的士司機，每月收入約為澳門幣 20,000 元。
10. 具有中學三年級學歷程度，沒有任何人需要供養。
11. 根據刑事紀錄證明，上訴人並非初犯。

12. 在卷宗第 CR1-10-0082-PCC 號合議庭普通刑事訴訟程序中，上訴人因觸犯 1 項第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款所規定及處罰之較輕的生產和販賣罪、1 項同一法律第 14 條所規定及處罰之不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪及 1 項同一法律第 15 條所規定及處罰之不適當持有器具或設備罪，於 2011 年 3 月 30 日分別被判處 2 年徒刑、2 個月徒刑及 2 個月徒刑，數罪競合，被判處 2 年 2 個月實際徒刑。上訴人於 2011 年 6 月 2 日獲得假釋。有關刑罰於 2011 年 11 月 22 日被宣告消滅。
13. 在卷宗第 CR2-11-0255-PCS 號獨任庭普通刑事訴訟程序中，上訴人因觸犯 1 項第 5/91/M 號法令第 23 條所規定及處罰之不法持有毒品以作個人吸食罪及 1 項第 15 條所規定及處罰之不法持有吸毒工具罪，於 2012 年 1 月 9 日分別被判處 2 個月徒刑及 2 個月徒刑，數罪競合，被判處 3 個月徒刑。徒刑暫緩執行，為期 1 年。有關刑罰於 2013 年 3 月 20 日被宣告消滅。

未被證實之事實：

載於控訴書其餘與已證事實不符之重要事實，包括：

1. 上述在上訴人身上搜獲的流動電話是上訴人購買毒品時的通訊工具。

沒有列入已證事實或未被證實之事實因屬結論性事實：

2. 上訴人 A 表示攜帶之“氯胺酮”可供一星期吸食之用，但上訴人 A 每天均往返珠海及澳門兩地，若只為吸食，根本無須購買超出 5 日參考吸食量 7.89 倍之“氯胺酮”運入澳門。

三、法律方面

上訴人提起的上訴涉及下列問題：

- 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判
- 量刑

1. 上訴人提出原審法院未有考慮上訴人為一個長期吸毒者，所以錯誤地把卷宗內所檢獲的毒品視作販賣用途而非個人吸食用途；同時，亦沒有具體查明毒品分別在販賣及自用當中的具體份量，認為判決存在着獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判。

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。”

然而，根據卷宗資料顯示，上訴人沒有在其答辯中向原審法院要求調查任何一項關於其個人將會吸食被檢獲毒品當中的部分的事實。而原審法院在審判聽證中已對控訴書，亦即案件標的之全部事實

事宜進行調查，並作出了相關事實的認定，亦未發現存在漏洞，因此，不存在上訴人所提出《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項規定的獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判的瑕疵。

實際上，上訴人提出相關瑕疵是在質疑原審法院對事實的認定，並試圖質疑法官的自由心證這是法律所不允許的。

故此，上訴人的提出的上述上訴理由明顯不成立。

根據《刑事訴訟法典》第 415 條第 1 款之規定：“在曾將以口頭向獨任庭或合議庭作出之聲明予以記錄之情況下，如發現有第四百條第二款各項所指之瑕疵，且有理由相信再次調查證據可避免卷宗之移送者，則高等法院容許再次調查證據。”

由於在原審判決中並未發現《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款所指之瑕疵，無需按照第 415 條規定再次調查證據。

2. 上訴人認為原審法院判處的刑罰量刑過重，因而違反《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定。

《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。

上訴人觸犯的一項第 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，可被判處三年至十五年徒刑。

根據已證事實，司警人員在上訴人身上檢獲純量共 18.339 克的氯胺酮，目的是為了將毒品運入澳門，用作出售予他人。

在量刑時，除考慮上訴人非為初犯外，法院亦須考慮上訴人為本澳居民，被羈押前為兼職司機，擁有正當職業和收入，但卻在自由、自願及有意識的情況下向他人提供毒品，顯示其主觀故意程度較高。

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。

因此，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，原審法院對上訴人所觸犯的一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪判處五年六個月實際徒刑，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。

基於上述原因，上訴人所提出的上述上訴理由亦明顯不成立。

四、決定

綜上所述，裁判書製作人裁定上訴人 A 的上訴理由明顯不成立，予以駁回。

否決再次調查證據的請求。

判處上訴人繳付 4 個計算單位之司法費，上訴的訴訟費用。

訂定上訴人辯護人辯護費為澳門幣 2,500 圓。

根據《刑事訴訟法典》第 410 條第 3 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。

2014 年 10 月 21 日

譚曉華 (裁判書製作人)