

上訴案第 36/2018 號

日期：2018 年 2 月 13 日

- 主題：
- 說明理由方面出現不可補救的矛盾
 - 事實不足以作出法律的適用
 - 販毒行為
 - 量刑

摘 要

1. 理由說明方面不可補救的矛盾是裁判本身的瑕疵，即指事實事宜方面的證據性理由說明中、以及認定的事實之間或認定的事實與未獲認定的事實之間的矛盾。
2. 從第二嫌犯與上訴人的電話約定以及“在第二嫌犯內褲內發現兩個包裹著透明晶體的小膠袋”這個事實可見，上訴人進行毒品買賣的事實在清楚不過了。
3. 上訴人明知為毒品仍幫他人收藏的行為，也是第 17/2009 號法律第 8 條所規定及處罰的販毒行為。
4. 法院審理事實問題時，倘沒有調查全部載於訴訟標的（控訴書、起訴書、自訴書、答辯狀等）中的待證事實，由此而產生的獲證事實不足，導致一審法院作出的有罪或無罪判決欠缺足夠的事實基礎，就是沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所指的“事實不足”的瑕疵。

5. 事實不足瑕疵並不是指法院所認定的事實缺乏任何可以歸罪的要件，也不同於認定事實所基於的證據不足。前者屬於一個法律問題，後者屬於不能稱為上訴理由的問題。
6. 《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，法院應在法定的最低刑幅及最高刑幅之間，根據罪過及預防犯罪的要求而作出選擇具體刑罰決定的，在沒有任何明顯的錯誤或者罪刑不相適應的情況下，上述法院不應該有介入的空間。

裁判書製作人

第 36/2018 號上訴案

上訴人：A

澳門特別行政區中級法院合議庭判決書

一、案情敘述

澳門特別行政區檢察院控告嫌犯：

第一嫌犯 B 作為直接正犯，其既遂行為以競合方式觸犯：

- 第 17/2009 號法律第 14 條所規定及處罰的一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」；
- 同一法律第 15 條所規定及處罰的一項「不適當持有器具或設備罪」。

第二嫌犯 A 作為直接正犯，其既遂行為觸犯：

- 第 17/2009 號法律第 8 條所規定及處罰的一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」。

並提請初級法院以合議庭普通訴訟程序對其進行審理。

初級法院刑事法庭的合議庭在第 CR3-17-0249-PCC 號普通刑事案件中，經過庭審，最後判決：

1. 第一嫌犯 B 被控告作為直接正犯，其既遂行為以競合方式觸犯：
 - 第 17/2009 號法律第 14 條規定及處罰的一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」，判處二個月徒刑；

- 第 17/2009 號法律第 15 條規定及處罰的一項「不適當持有器具或設備罪」，判處二個月徒刑。
- 2. 第一嫌犯 B 上述兩罪競合，合共判處三個月徒刑之單一刑罰，緩期兩年執行。
- 3. 第二嫌犯 A 被控告作為直接正犯，其既遂行為觸犯：
 - 第 17/2009 號法律第 8 條規定及處罰的一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」，罪名成立，判處六年實際徒刑。

上訴人 A 對此判決不服，向本院提起上訴：

1. 初級法院判處上訴人以直接正犯，既遂刑式觸犯第 17/2009 號法律第 8 條規定及處罰的一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」，罪名成立，判處六年實際徒刑。
2. 上訴人認為被上訴法庭在作出上述決定時，出現《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b)規定的「在說明理由方面出現不可補救之矛盾」的瑕疵。
3. 從判決書的未獲證明的事實中，得出第二嫌犯（即上訴人）並沒有向第一嫌犯 B 出售毒品的結論。
4. 原審法庭綜合有關既證與未證實的事實後，亦於判決書的「事實之判斷部分」（見第 11 頁第 5 段），得出以下結論---雖然錄影光碟顯示第二嫌犯曾經出入過第一嫌犯的酒店房間，但在缺失了其他證據的情況下，不能認定第二嫌犯到第一嫌犯房間出售毒品予第一嫌犯。
5. 奇怪的是，原審法庭卻在「獲證明之事實」第 19 點以及「事實之判斷」部分中得出一個與上述情況解釋完全相反的結論---雖然第一嫌犯保持沉默，第二嫌犯否認控罪，但是，根據卷宗所得之證據，特別是，第一嫌犯住宿的酒店房內發現毒品及留有第一嫌犯 DNA 及毒品殘餘物的工具，第二嫌犯身上和房間

內發現毒品，該等毒品的分量和包裝狀況，以及依照經驗法則，合議庭認為得以證明兩名嫌犯作出了被告的基本事實。

6. 在上訴人身上及其房間搜獲之毒品，上訴人已於庭上作出合理解釋，只為幫忙朋友代為保管，根本沒有販賣意圖，亦因如此，在整個庭審過程原審法庭才無法證實到上訴人向任何人販賣毒品，或第一嫌犯從上訴人處買到毒品等事實。所以根據有關的既證事實，根本不足以原審法庭得出第二嫌犯（即上訴人）販賣毒品予第一嫌犯這個結論。
7. 既然原審法庭在「事實之判斷」部分(即判決書第 11 頁第 5 段)解釋.....不能認定第二嫌犯到第一嫌犯房間出售毒品予第二嫌犯.....，且既證事實中，又沒有任何具體事實，去支持既證事實第 19 點這個結論性事實，因此，原審法庭同時違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)及 b)款之規定。
8. 不但在已獲證之事實中，不足以支持原審法庭對第二嫌犯（即上訴人）作出有罪裁判；更在「事實之判斷」部分的說明理由出現不可補救之矛盾。
9. 原審法庭不應該得出第二嫌犯（即上訴人）向第一嫌犯作出販賣毒品行為的結論。
10. 上訴人被搜獲的毒品重量只屬稍微超出少量販毒的有關份量，因此，當作出量刑之時，應從第 8 條販毒罪最低刑幅作優先考慮。
11. 量刑上應從犯毒罪中最低標準的 3 年徒刑為基礎，作量刑起點，但原審法庭對上訴人最後判處 6 年實際徒刑的罰刑。比最低標準的 3 年徒刑高出 3 年之多。
12. 原審法院沒有遵守《刑法典》第 65 條第 2 款的規定，構成《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所指的違反法律的瑕疵，導致判刑過重。

13. 所以，上訴人被控以直接正犯既遂方式觸犯了第 17/2009 號法律第 8 條規定及處罰的一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，應判處不高於 4 年徒刑最為合適。

綜上所述，請求 閣下認定本上訴的理據成立，在此基礎上，認定被上訴法院合議庭在本案的量刑上沒有完全考慮上訴人的所有有利及不利情節，導致有關量刑過重，因此，改判上訴人不高於 4 年徒刑最為合適。

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆。¹

駐本院助理檢察長提出法律意見書，其內容如下：

2017 年 10 月 13 日，初級法院判處嫌犯 A 以直接正犯及既遂方式觸犯 1 項第 17/2009 號法律第 8 條所規定及處罰之「販毒罪」，處以 6 年徒刑。

上訴人 A 不服上述判決而提起上訴。

在其上訴理由中，上訴人 A 認為被上訴的合議庭裁判違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a、b 項所指的規定，沾有“獲證明之事實上之事宜不足以支持該裁判”及“在說明理由方面出現不可補救之矛盾”之

¹ 其葡文內容如下：

1. *In casu*, tendo em conta os factos que se provou ter praticado, os mesmos consubstanciam um crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas p. e p. pelo artigo 8º da Lei nº 17/2009, cabendo pena de prisão de 3 a 15 anos.
2. Entendemos que o acórdão recorrido não padece dos vícios de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada e de contradição insanável da fundamentação, previstos, respectivamente, nas al. a) e b) do nº 2 do art.º 400º do Código de Processo Penal de Macau.
3. Facto é que a pena de prisão de 6 anos aplicada ao arguido situa-se dentro da moldura abstracta do crime em causa legalmente prevista e não é muito acima do seu limite mínimo, pelo que também não violou o disposto no nº 2 do artigo 65º do Código Penal de Macau e no nº 1 do artigo 400º do Código de Processo Penal de Macau.

Nestes termos, e nos demais de direito deve V. Exas. Venerandos Juizes julgar o recurso improcedente, com que o arguido deve cumprir a pena imposta pelo Tribunal recorrido.

瑕疵，以及違反《刑法典》第 65 條第 2 款及《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之規定。

對於上訴人 A 所提出的上訴理由，我們認為不能成立，應予以駁回。

1) 關於《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a、b 項之違反

綜閱上訴人 A 所提交的上訴理由，其賴以指責被上訴的合議庭裁判所指瑕疵的依據，均在於被上訴的合議庭沒有證實上訴人 A 曾到本案另一嫌犯 B 酒店房間出售毒品予後者，而在已證事實中第 19 點又證實了上訴人 A 向嫌犯 B 出售毒品。上訴人 A 認為在被上訴合議庭裁判中的已證事實，未證事實及事實判斷中出現了完全相反結論，因而沾有“在說明理由方面出現不可補救之矛盾”之瑕疵。

同時，上訴人 A 又認為既然原審法院有事實判斷部分未能認定上訴人 A 曾到酒店房間出售毒品予嫌犯 B，而在已證事實列中，又沒有任何具體事實去支持已證事實第 19 點這個結論性事實，配合其在庭上已辯稱在其身上及其房間搜獲的毒品只是幫朋友保管，沒有販毒的意圖，故此，原審法院除了違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b 項的規定外，同時亦沾有同一條文第 2 款 a 項之“獲證明之事實上之事宜不足以支持該裁判”瑕疵。

在本具體個案中，確實如上訴人 A 所言，被上訴的合議庭裁判沒有認定上訴人 A 曾到酒房間出售毒品予嫌犯 B；然而，卻在已證事實的第 8、9、10、11、12、13 點內證實了上訴人三明曾出售毒品予嫌犯 B 的事實；亦即是在 2016 年 10 月 15 日下午約 9 時，司警人員在上訴人 A 的內褲內發現兩包毒品，該毒品正是要出售予嫌犯 B 的；加上，在已證事實第 15 點亦證實，上述兩包毒品的“甲基苯丙胺”含量成份淨重為 1.09 克，已經超過 1 克，即已超過 5 天的法定參考用量了！由此可見，已證事實第 19 點得到證實是再正確不過，我們看不到有任何矛盾或互不相容的地方，亦沒有上訴人所指責之獲證明之事實上之事宜不足以支持該裁判的瑕疵。

事實上，雖然上訴人辯稱房間內搜出的毒品是替朋友保管而不是作販賣用途，然而，上訴人 A 明知為毒品仍幫他人收藏的行為正正就是第 17/2009 號法律第 8 條所規定及處罰的販毒行為。

因此，我們認為上訴人 A 以上述上訴理由指責原審法院沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 ab 之瑕疵是不成立的，應予駁回。

2)違反《刑法典》第 65 條第 2 款及《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之規定

在其上訴理由中，上訴人 A 指責被上訴的合議庭沒有充分考慮搜獲毒品數量只屬稍微超出少量販毒的有關份量，從而就該罪判處了 6 年徒刑，明顯沒有在販毒罪刑幅下限 3 年作量刑起點，在量刑方面實屬過重，因而指責被上訴的合議庭違反了《刑法典》第 65 條第 2 款及《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之規定。

首先，在本案中，就量刑方面，被上訴的合議庭裁判已經全面考慮了《刑法典》第 40 條及第 65 條之規定（詳見卷宗第 322 頁背面至第 323 頁）。

另外，從被上訴的合議庭裁判中的已證事實以及定罪依據已經清楚顯示，司警人員在上訴人 A 內褲內和其房間內發現的物質所合的“甲基苯丙胺”成分純淨重為 1.663 (1.09+0.573) 克，依據第 17/2009 號法律所規定的參考用量，“甲基苯丙胺”的日參考用量為 0.2 克，5 天的參考用量為 1 克，換言之，上訴人 A 持有的份量已超過 8 天的參考用量。因此，實在不能認為僅稍微超出少量販毒的有關份量。

而事實上，上訴人 A 所實施的犯罪行為不單止是本澳，更是全球致力打擊的犯罪行為，其性質、不法性及後果相當嚴重，毒品活動對於吸毒者的個人健康乃至公共健康及社會安寧均帶來極大的負面影響；此外，從事跟毒品有關的行為在澳門所產生的社會問題十分嚴重，一般預防的要求極高。

已證事實亦顯示，被上訴的合議庭認定，上訴人 A 是在清楚了解有關毒品之性質及特徵的情況下自由、自願及有意識地故意實施有關犯

罪行為，可見其法律意識薄弱，守法能力低下，特別預防的要求較高。

就過錯而言，上訴人 A 雖為初犯，但否認實施販賣毒品事實，且其為非本澳居民，以旅客身份進入澳門實施本案所針對之犯罪行為，其故意程度亦高。

被上訴的合議庭在綜合考慮犯罪預防(無論是特別預防還是一般預防)的需要及上訴人 A 的罪過程度，在「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」的 3 年至 15 年徒刑的法定刑幅中 (第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款)，決定判處上訴人 A 6 年的徒刑，我們認為這四分之一的刑罰幅度並不為過，無違反罪刑相適應原則。

因此，我們認為被上訴之合議庭裁判此部份量刑上並無違反《刑法典》第 65 條第 2 款及《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款之規定。

鑒於此，上訴人 A 此部份的上訴理由亦不能成立。

綜上所述，應裁定上訴人 A 所提出的上訴理由全部不成立，並予駁回。

二、事實方面

原審法院認定了以下的已證事實：

- 2016 年 10 月 12 日，第一嫌犯 B 獨自入住 XX 酒店 XX 號房間。
- 第一嫌犯使用水樽、長短不一的吸管及錫紙吸食甲基苯丙胺。
- 2016 年 10 月 13 日，C 在得到其朋友(第一嫌犯)同意下一同住進 XX 號酒店房間。
- 至 2016 年 10 月 15 日下午約 2 時，酒店員工清潔房間時發現上述膠樽和飲管，懷疑當時乃身處房間的第一嫌犯及其同行友人 C 在房內吸毒，故把情況告知上級，再由保安部人員通知司法警察局。
- 司警人員接報後前往 XX 酒店 XX 號房間，截獲第一嫌犯及 C，

並在房內的茶几上發現兩個懷疑裝有甲基丙胺的白色晶體小膠袋、一張錫紙、4 段吸管，及一個印有“XX”字樣的透明水樽。

- 司法警察局刑事技術廳對上述證物作出檢驗（見卷宗第 142 至 147 頁鑑定報告）。當中，兩小袋白色透明晶體淨重 0.143 克，當中含有 77.8% 的甲基苯丙胺（含量為 0.111 克）；錫紙、綠色吸管、附有錫紙的綠色吸管、淺綠色吸管、附有錫紙的黑色吸管及水樽上均被檢驗出甲基苯丙胺。
- 上述綠色吸管中檢驗出第一嫌犯的 DNA（見卷宗第 151 至 155 頁鑑定報告）。
- 第一嫌犯透露第二嫌犯是毒品賣家，故司警人員要求第一嫌犯協助相約第二嫌犯見面交易毒品，第一嫌犯答應要求。
- 經過聯絡，2016 年 10 月 15 日下午約 7 時 37 分，第二嫌犯應邀與一名朋友 D 到 XX 酒店大堂。
- 司警人員著第一嫌犯撥打第二嫌犯的電話，告知毒品交易延後。司警人員尾隨第二嫌犯及 D，直至他們返回 XX 大廈第 XX 座 XX 樓 XX 單位的住所。
- 直至當晚約 9 時，司警人員著第一嫌犯致電第二嫌犯再進行毒品交易。
- 不久，當第二嫌犯步出 XX 大廈，司警人員上前將之截獲。
- 司警人員在第二嫌犯內褲內發現兩個包裹著透明晶體的小膠袋，並在其身上搜獲三部手提電話。
- 司警人員隨後對上述單位進行搜案，在第二嫌犯房間吊櫃內搜獲一團包裹著一包透明晶體的膠袋；在客廳梳化內搜獲一團包裹著九包透明晶體的膠袋；在客廳梳化內搜獲一條包裹著乳酪色粉末的絲襪。
- 根據司法警察局刑事技術廳的鑑定報告，在第二嫌犯內褲發現的膠袋、在其房間內被搜獲的膠袋，以及在客廳梳化發現的膠

袋所裝盛的物質均為甲基苯丙胺(見卷宗第 142 至 147 頁鑑定報告)。在第二嫌犯房間吊櫃內搜獲的一個膠袋包裹的晶體淨重 0.777 克，含 73.8%的甲基苯丙胺 (含量為 0.573 克)；在第二嫌犯內褲內搜獲的兩個膠袋的晶體淨重 1.482 克，含 73.5%的甲基苯丙胺 (含量為 1.09 克)。

- 兩名嫌犯明知上述毒品的性質和特徵。
- 第一嫌犯在自由、自願和有意識的情況下，故意向第二嫌犯購買毒品進行吸食。
- 第一嫌犯還持有吸管、水樽和錫紙作為吸食毒品的工具。
- 第二嫌犯在自由、自願和有意識的情況下，未經許可仍故意向第一嫌犯出售毒品，目的是賺取金錢利益。
- 兩名嫌犯明知法律禁止及處罰上述行為。
- 另外，證明下列事實：
- 根據刑事紀錄證明，兩名嫌犯均無犯罪記錄。
- 第一嫌犯在檢察院被訊問時聲稱其受教育程度為中學一年級，月收入為港幣 20,000 元。
- 第二嫌犯聲稱為農民，年收入為人民幣 20,000 元，需供養父母，其受教育程度為小學三年級。
- 未獲證明之事實：
- 控訴書中其他與上述獲證事實不符之事實未獲證明屬實，特別是：
- 未獲證明：第一嫌犯透過早前收到的推銷按摩卡片，撥打電話號碼 6XXXXX90 聯絡第二嫌犯 A。
- 未獲證明：通話期間，第一嫌犯得悉第二嫌犯可向其出售毒品，故相約第二嫌犯在當晚到其入住的 XX 號房間進行毒品交收。
- 未獲證明：為此，第二嫌犯於 2016 年 10 月 12 日晚上約 9 時

20 分到達上述房間，在房內將兩包甲基苯丙胺（“冰毒”）以澳門幣 2,000 元出售予第一嫌犯。

- 未獲證明：第一嫌犯還向第二嫌犯支付澳門幣 200 元的車資，即合共向第二嫌犯支付了澳門幣 2,000 元。
- 未獲證明：第一嫌犯透過把晶體的甲苯丙胺磨成粉末狀，再放進膠樽內加熱，使之成為氣體，再用飲管吸入體內。
- 未獲證明：在客廳梳化內搜獲的九個膠袋的晶體淨重 5.972 克，含 74.8% 的甲苯丙胺（含量為 4.47 克），是屬於第二嫌犯的。

三、法律部份

本上訴為第二嫌犯對原審法院的有罪判決提起。上訴人在其上訴理由中首先對原審法院的事實審理提出上訴理由，認為被上訴法庭在作出決定時，同時出現《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b)、a) 項所規定的“在說明理由方面出現不可補救之矛盾”以及“獲證事實不足以支持法律適用”的瑕疵，一方面，從判決書的未獲證明的事實中，得出第二嫌犯（即上訴人）並沒有向第一嫌犯 B 出售毒品的結論，原審法庭綜合有關既證與未證實的事實後，亦於判決書的「事實之判斷部分」，得出以下結論：雖然錄影光碟顯示第二嫌犯曾經出入過第一嫌犯的酒店房間，但在缺失了其他證據的情況下，不能認定第二嫌犯到第一嫌犯房間出售毒品予第一嫌犯。然而，原審法庭卻在「獲證明之事實」第 19 點以及「事實之判斷」部分中得出一個與上述情況解釋完全相反的結論：“雖然第一嫌犯保持沉默，第二嫌犯否認控罪，但是，根據卷宗所得之證據，特別是，第一嫌犯住宿的酒店房內發現毒品及留有第一嫌犯 DNA 及毒品殘餘物的工具，第二嫌犯身上和房間內發現毒品，該等毒品的分量和包裝狀況，以及依照經驗法則，合議庭認為得以證明兩名嫌犯作出了被告的基本事實”，因此原審法院的事實審理陷入了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 b) 款規定的瑕疵。另一方面，原審法庭在「事實之判斷」部分（即判決書第 11 頁第 5 段）解釋……不能認定第二嫌犯到第一嫌

犯房間出售毒品予第二嫌犯……，且既證事實中，又沒有任何具體事實，去支持既證事實第 19 點這個結論性事實，並且上訴人對在其身上及其房間搜獲毒品已於庭上作出合理解釋，只為幫忙朋友代為保管，根本沒有販賣意圖，在整個庭審過程原審法庭才無法證實到上訴人向任何人販賣毒品，或第一嫌犯從上訴人處買到毒品等事實，根本不足以原審法庭得出第二嫌犯（即上訴人）販賣毒品予第一嫌犯這個結論，原審法院的決定亦陷入了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)款規定的瑕疵。

基於此，原審法庭不應該得出第二嫌犯（即上訴人）向第一嫌犯作出販賣毒品行為的結論。

最後，上訴人對原審法院的量刑也提出了刑罰過重的上訴理由。

我們看看。

（一）說明理由方面出現不可補救的矛盾之瑕疵

我們知道，理由說明方面不可補救的矛盾是裁判本身的瑕疵，即指事實事宜方面的證據性理由說明中、以及認定的事實之間或認定的事實與未獲認定的事實之間的矛盾。²

首先，上訴人錯誤地認為根據未證事實得出第二嫌犯（即上訴人）並沒有向第一嫌犯 B 出售毒品的結論，原審法院在所認定的未證事實以及理由說明部分所得出的結論分明是“不能認定第二嫌犯到第一嫌犯房間出售毒品予第一嫌犯”這個在具體的場合出售的行為，而並沒有排除上訴人在其他場合出售，至少是“應訂單要求”出售毒品的事實，這也正是原審法院在理由說明中得出來了“合議庭認為得以證明兩名嫌犯作出了被告的基本事實”的結論。

我們可以看到已證事實顯示：

² 參見終審法院 2010 年 11 月 24 日第 52/2010 號合議庭裁判。

- 第一嫌犯透露第二嫌犯是毒品賣家，故司警人員要求第一嫌犯協助相約第二嫌犯見面交易毒品，第一嫌犯答應要求。
- 經過聯絡，2016 年 10 月 15 日下午約 7 時 37 分，第二嫌犯應邀與一名朋友 D 到 XX 酒店大堂。
- 司警人員著第一嫌犯撥打第二嫌犯的電話，告知毒品交易延後。司警人員尾隨第二嫌犯及 D，直至他們返回 XX 大廈第 XX 座 XX 樓 XX 單位的住所。
- 直至當晚約 9 時，司警人員著第一嫌犯致電第二嫌犯再進行毒品交易。
- 不久，當第二嫌犯步出 XX 大廈，司警人員上前將之截獲。
- 司警人員在第二嫌犯內褲內發現兩個包裹著透明晶體的小膠袋，並在其身上搜獲三部手提電話。
- 司警人員隨後對上述單位進行搜案，在第二嫌犯房間吊櫃內搜獲一團包裹著一包透明晶體的膠袋；在客廳梳化內搜獲一團包裹著九包透明晶體的膠袋；在客廳梳化內搜獲一條包裹著乳酪色粉末的絲襪。

原審法院經過審理，排除了客廳梳化內搜獲的毒品為上訴人所有，但是認定了在其身上以及房間的毒品屬於上訴人的事實。

一者，從第二嫌犯與上訴人的電話約定以及“在第二嫌犯內褲內發現兩個包裹著透明晶體的小膠袋”這個事實可見，上訴人進行毒品買賣的事實在清楚不過了，據此何以得出“第二嫌犯（即上訴人）沒有向第一嫌犯作出販賣毒品行為的結論”？

二者，即使上訴人在庭上所作出的對身上搜出的毒品的解釋，一方面，從上述的交易過程的事實來看，這個解釋根本不可信，另一方面，上訴人明知為毒品仍幫他人收藏的行為，也是第 17/2009 號法律第 8 條所規定及處罰的販毒行為。

很明顯，原審法院的說明理由部分根本不存在任何的矛盾之處。

(二) 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判之瑕疵

關於事實不足以作出法律適用的瑕疵，正如我們一直認為的，原審法院審理事實問題時，倘沒有調查全部載於訴訟標的（控訴書、起訴書、自訴書、答辯狀等）中的待證事實，由此而產生的獲證事實不足，導致一審法院作出的有罪或無罪判決欠缺足夠的事實基礎，就是沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所指的“事實不足”的瑕疵。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。”

我們也一直強調，這種瑕疵並不是指法院所認定的事實缺乏任何可以歸罪的要件，也不同於認定事實所基於的證據不足。³ 前者屬於一個法律問題，後者屬於不能稱為上訴理由的問題。

而實際上，上訴人所要主張的正是認為原審法院沒有證據或者證據不足以認定“第二嫌犯(即上訴人)向第一嫌犯作出販賣毒品行為的結論”，這正是在質疑原審法院的自由心證，是明顯不能成立的上訴理由。

在已證事實的第 8、9、10、11、12、13 點內至少證實了上訴人擬出售毒品予嫌犯 B 的事實：即在 2016 年 10 月 15 日下午約 9 時，司警人員在上訴人 A 的內褲內發現兩包毒品，該毒品正是要出售予嫌犯 B 的；加上，在已證事實第 15 點亦證實，上述兩包毒品的“甲基苯丙胺”含量成份淨重為 1.09 克，已經超過 1 克，即已超過 5 天的法定參考用量了，這些事實也不存在任何的漏洞而不足以作出法律適用和決定。

上訴人的這部分的上訴理由也是不能成立的。

(三) 量刑

³ 參見中級法院於 2017 年 3 月 30 日在第 853/2016 號刑事上訴案的司法見解。

關於量刑的問題，我們知道，《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，法院應在法定的最低刑幅及最高刑幅之間，根據罪過及預防犯罪的要求而作出選擇具體刑罰決定的，在沒有任何明顯的錯誤或者罪刑不相適應的情況下，上述法院不應該有介入的空間。

上訴人 A 雖為初犯，但否認實施販賣毒品事實，且其為非本澳居民，以旅客身份進入澳門進行嚴重的販賣毒品的犯罪行為，不但故意程度非常高，而且對犯罪的預防也提到了更高的要求程度。

根據這些情節，原審法院在「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」的 3 年至 15 年徒刑的法定刑幅中 (第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款)，決定判處上訴人 6 年的徒刑，這個刑罰並不為過，並無明顯違反罪刑相適應原則，應該予以維持。

四、決定

綜上所述，中級法院合議庭裁定上訴人的上訴理由不成立，維持原判。

上訴人需要支付本程序的訴訟費用以及 5 個計算單位的司法費。

上訴人仍要支付其委任的辯護人的辯護費 1500 澳門元。

澳門特別行政區，2018 年 2 月 13 日

蔡武彬

陳廣勝

José Maria Dias Azedo (司徒民正)
(seguir declaração)

P r o c e s s o n.º 3 6 / 2 0 1 8

(A u t o s d e r e c u r s o p e n a l)

Declaração de voto

Sem prejuízo do muito respeito em relação ao entendimento pelos meus Ex^{mos} Colegas assumido, não subscrevemos o decidido no douto Acórdão que antecede, afigurando-se-nos que a decisão recorrida padece de “insuficiência da matéria de facto provada para a decisão”.

Vejamos.

Apresenta-se-nos evidente que sem uma “boa decisão da matéria de facto, inviável é uma boa – e justa – decisão de direito”. (Daí, aliás, entender-se que o Tribunal de recurso pode conhecer oficiosamente dos “vícios da matéria de facto”).

Afigura-se-nos também pacífico que a decisão da matéria de facto deve ser “clara”, “precisa” e “completa”, despida de “juízos de valor”, “conclusões” ou “conceitos de direito”, não se devendo com a mesma “sugerir o que nela não consta”.

Por sua vez, e em relação ao vício de “insuficiência da matéria de facto provada para a decisão”, temos entendido que o mesmo (apenas) ocorre:

- quando o Tribunal não se pronuncia sobre toda a matéria objecto do processo; ou,

- quando da factualidade vertida na decisão se colhe faltarem dados e elementos para a decisão de direito, considerando as várias soluções plausíveis, como sejam, a condenação (e a medida desta) ou a absolvição (existência de causas de exclusão da ilicitude ou da culpa), admitindo-se, num juízo de prognose, que os factos que ficaram por apurar, se viessem a ser averiguados pelo tribunal a quo através dos meios de prova disponíveis, poderiam ser dados como provados, determinando uma alteração de direito.

No fundo, a insuficiência para a decisão da matéria de facto existe se

houver omissão de pronúncia pelo tribunal sobre factos relevantes e os factos provados não permitem a aplicação do direito ao caso submetido a julgamento, com a segurança necessária a proferir-se uma decisão justa; (cfr., v.g., o recente Ac. deste T.S.I. de 25.01.2018, Proc. n.º 1149/2017).

No caso dos presentes autos, cremos que se verifica o dito vício.

Com efeito, a matéria de facto dada como provada não explicita qual a quantidade de estupefaciente que o 1º arguido – pretendia e – acordou comprar ao 2º arguido, ora recorrente, da mesma não se conseguindo igualmente alcançar se o estupefaciente pelo recorrente detido quando interceptado pelos agentes da P.J. era (efectivamente) destinado à venda, (nomeadamente, ao 1º arguido), e, a ser, em que quantidade.

Perante isto, (adequadas não nos parecendo “presunções”, especialmente, em sede de Direito Penal), e apresentando-se-nos que devia o Tribunal a quo investigar e emitir expressa pronúncia sobre a referenciada

matéria, decretava o reenvio dos autos para novo julgamento nos termos do art. 418º do C.P.P.M..

Macau, aos 13 de Fevereiro de 2018