

第 11/2020 號案

刑事上訴

上訴人：甲及乙

被上訴人：檢察院

會議日期：2020 年 2 月 26 日

法官：宋敏莉(裁判書制作法官)、岑浩輝和賴健雄

主題： — 第 17/2009 號法律第 14 條

— 《澳門特別行政區基本法》第 29 條

— 較輕的生產和販賣罪

— 法律定性

摘 要

一、根據經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款的規定，如行為人為供個人吸食而種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有的植物、物質或製劑的數量超過附於該法律的每日用量參考表內所載數量的五倍，則視乎情況，適

用第 7 條、第 8 條或第 11 條的規定。

二、第 17/2009 號法律第 14 條並未違反《澳門特別行政區基本法》第 29 條的規定。

三、根據第 17/2009 號法律第 11 條的規定，如經考慮犯罪的手段，行為時的方式或情節，植物、物質或製劑的質量或數量等，顯示第 7 條至第 9 條所敘述的事實的不法性相當輕，則行為人受較輕的生產和販賣罪處罰。

四、以較輕的生產和販賣罪論處的前提，是結合具體案件中已查明的情節，特別是犯罪的手段，行為時的方式或情節，毒品的質量或數量，來衡量生產或販賣毒品行為的不法性是否相當輕微。

五、第 14 條第 2 款所規定的是不法吸食麻醉藥品罪，而非不法販賣麻醉藥品罪。

六、如行為人以供個人吸食為目的而持有超過每日參考用量五倍的毒品，則實施了不法吸食麻醉藥品罪，但應視案件具體情況而受第 17/2009 號第 7 條、第 8 條或第 11 條所規定的處罰。

裁判書制作法官

宋敏莉

澳門特別行政區終審法院裁判

一、概述

透過 2019 年 9 月 6 日的合議庭裁判，初級法院合議庭裁定本案第一被告甲觸犯一項第 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、第二被告乙觸犯一項第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款及第 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，分別判處 7 年 6 個月徒刑及 5 年 6 個月徒刑。

兩被告不服裁判，向中級法院提起上訴，該院裁定兩被告的上訴理由均不成立，維持原審裁決。

兩名被告又向終審法院提起上訴，第一被告甲提出量刑過重的問題，要求改判其不超逾 6 年半之徒刑；第二被告乙則認為經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款的規定違反了《澳門特別行政區基本法》第 29 條所規定的罪刑法定原則及無罪推定原則、法院認定的事實不足以支持作出裁判，並指

法院根據第 17/2009 號法律第 8 條的規定對其進行處罰違反了同一法律第 14 條和第 11 條以及《刑法典》第 40 條的相關規定。並且在對其不法行為作出法律定性方面存在錯誤。

檢察院助理檢察長在對上訴理由闡述所作的回應中認為兩名被告提出的上訴理由均不成立。

在本審級，助理檢察長發表意見，維持其在上述回應中已闡述的觀點。

二、事實

本文中已認定和未認定的事實如下：

— 認定的事實：

1. 2018年5月下旬，第一被告甲在香港認識一名化名“丙”的男子，雙方達成協議，由第一被告負責運送“可卡因”來澳販賣，及每次可獲得港幣壹仟伍佰圓(HKD1,500.00)至港幣貳仟圓(HKD2,000.00)作為從事販毒活動的報酬。

2. 第一被告從“丙”處取得“可卡因”後，便按後者指示將有關毒品運送來澳，出售予第二被告乙，以及向第二被告收取港幣伍仟圓(HKD5,000.00)的款項。交易期間，兩名被告交換通訊軟件“微信”作聯絡之用。

3. 其後，第二被告至少十一次透過“微信”聯絡第一被告，表示欲購買“可卡因”。第一被告在收到第二被告的通知後，便會從“丙”處取得“可卡因”，並將之運送至本澳，出售予第二被告。當中，第一次收取的貨款為港幣伍仟圓(HKD5,000.00)，及後則為每次港幣壹萬叁仟圓(HKD13,000.00)。

4. 2018年8月6日下午5時許，第二被告透過“微信”向第一被告表示欲購買“可卡因”，兩人相約於澳門外港客運碼頭附近交收。其後，第一被告從香港乘船前往上述碼頭。

5. 同日晚上約11時10分，兩名被告在該碼頭入境大堂候客區域會合，並一同前往該碼頭下層瑞昌銀號旁的男洗手間。

6. 在該洗手間內，第一被告將一個裝有乳白色結塊狀物的透明膠袋交予第二被告。其後，兩名被告步出洗手間，再一同返抵該碼頭上層。接著，第二被告向第一被告支付了港幣壹萬叁仟圓

(HKD13,000.00)現金作為購買“可卡因”的款項，並支付了港幣伍佰圓(HKD500.00)現金作為第一被告購買來回港澳船票之費用。

7. 當兩名被告欲離開上址時，在附近進行監視的治安警員隨即上前截查兩名被告。

8. 治安警員在第一被告的隨身黑色斜揸袋內搜獲港幣壹萬叁仟伍佰圓(HKD13,500.00)現金及一部手提電話，以及在第二被告身穿的左邊褲袋內搜獲上述一個裝有乳白色結塊狀物的透明膠袋及一部手提電話(詳見卷宗第5及11頁的搜查及扣押筆錄)。

9. 經進行鑑定，上述在第二被告身上搜獲的一個透明膠袋內裝有的乳白色結塊狀物含有經第4/2014號法律及第10/2016號法律修改的第17/2009號法律第四條表一B所管制的“可卡因”成分，淨量為4.762克，經定量分析，“可卡因”百分含量為74.6%，含量為3.55克(詳見卷宗第57至63頁及第84至89頁之鑑定報告)。

10. 上述乳白色結塊狀物是第一被告從“丙”指派的人士處取得，目的是將之運載往澳門，並將之全部出售予第二被告。第二

被告取得及持有該乳白色結塊狀物的目的是全部供自己吸食之用。

11. 上述從兩名被告身上搜獲的手提電話是兩名被告實施上述犯罪活動時使用的聯絡工具，上述現金則是第一被告實施上述販毒活動時所獲得的款項。

12. 2018年8月7日，治安警員將兩名被告送往仁伯爵綜合醫院進行藥物檢驗。檢驗結果顯示，第二被告的尿液對“可卡因”呈陽性反應(詳見卷案第27頁之報到憑單)。

13. 在被治安警員截獲前，第二被告曾在澳門吸食含“可卡因”的物質。

14. 第一被告明知上述毒品的性質，且明知該物質受法律所管制，仍在未取得許可的情況下取得及持有該些毒品，並將之運載往澳門及出售予第二被告，藉此為自己及他人取得不法利益。

15. 第二被告明知上述毒品的性質，且明知該物質受法律所管制，仍在未取得許可的情況下吸食之，並取得及持有上述毒品全部供自己吸食。

16. 兩名被告在自由、自願和有意識的情況下故意作出上述行為，且清楚知悉彼等的行為是被法律所禁止及處罰。

17. 根據刑事紀錄證明，兩名被告均無犯罪記錄。

18. 第一被告聲稱其受教育程度為中學三年級，為水客，月收入約為港幣10,000元，需供養兩名孩子。

19. 第二被告聲稱其學歷程度為中學三年級，為自僱人士，月收入約為港幣40,000元，需供養同居女友及兩名孩子。

— 控訴書及答辯狀中其他與上述獲證事實不符之重要事實未獲證明屬實，特別是：

1. “丙”指示第一被告致電聯絡一名化名“丁”的男子，以便其從“丁”處取得“可卡因”來澳販賣。

2. 第二被告將取得及持有的部分毒品供自己吸食之用，並將部分伺機出售予他人。

三、法律

3.1. 甲提出的上訴

上訴人認為被上訴法院量刑過重，要求改判較輕刑罰，指被上訴裁判過分考量對其不利的情節，而忽略對其有利的情節，如其為初犯、經濟及家庭狀況顯然較低、案中表現態度良好、於案中僅賺取小費等等情節，並且科處其 6 年半之徒刑亦已可達到一般預防及特別預防的作用。

根據《刑法典》第 40 條第 1 款的規定，科處刑罰的目的不單只是為了要使行為人重新納入社會，還要保護法益。

按照《刑法典》第 65 條的規定，刑罰的確定須“在法律所定之限度內”及“按照行為人之罪過及預防犯罪之要求”(無論是一般預防還是特別預防之要求)來作出，並要考慮所有在卷宗內查明的相關案情，尤其是那些於該條第 2 款所列明的情節。

對上訴人被判處的不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪可處以 5 年至 15 年徒刑。

上訴人為初犯，在庭審時坦白承認被指控的犯罪行為。入獄前上訴人的月收入約為港幣 10,000 元，需供養兩名孩子。

根據法院認定的事實，上訴人為香港居民，與未能查明身份的第三人達成協議，負責運送毒品“可卡因”來澳販賣，每次可獲得1500至2000港元作為從事販毒活動的報酬。

自2018年5月下旬開始，上訴人至少十一次從香港將“可卡因”運送至澳門並出售予本案第二被告；第一次收取5000港元的貨款，其後則每次收取13000港元。

直至2018年8月6日，上訴人再次隨身攜帶毒品從香港來澳，向第二被告出售“可卡因”，第二被告向上訴人支付了13000港元貨款以及500港元作為上訴人購買來回港澳船票之費用。

經化驗及定量分析，被告出售予第二被告的毒品含有“可卡因”成分，含量為3.55克。

上訴人多次攜帶毒品從香港來澳販賣，犯罪故意程度很高。

上訴人在現行犯情況下被拘留，在案中扣押的毒品超過第17/2009 號法律所附每日用量參考表內所載的“可卡因”日參考用量的五倍。

法院認定的事實顯示，上訴人實施的犯罪行為的不法性程度

嚴重。除了案中扣押的毒品外，法院還要考慮上訴人之前來澳販毒的次數以及涉及的毒品數量。

雖然上訴人之前出售予第二被告的毒品未被扣押在案，案中亦未能查明每次販賣的毒品中“可卡因”的具體含量，但考慮到上訴人與第二被告以往的交易模式及每次交易的金額，並與被扣押在案的毒品及其交易金額作比較，法院完全可以在確定上訴人的犯罪故意程度、其行為的不法性程度以及量刑方面對該等交易作出考量。這也是本澳法院的一貫見解。

就刑罰的目的而言，考慮到澳門社會一直以來都存在著與販毒和吸毒有關的嚴重問題這一現實情況，境外人士來澳販毒屢見不鮮，即使警方不懈打擊亦未能遏止，一般預防犯罪的要求十分緊迫，有必要預防這種危及公共健康及社會安寧的犯罪的發生。

誠然，上訴人的經濟及家庭狀況一般，但這並非減輕對其處罰的有力理由。上訴人與他人達成協議，多次從香港運毒至澳門販賣，以獲取不正當利益，顯示其過錯程度及行為的不法性程度高。

考慮到本具體個案中的所有情節，尤其是澳門《刑法典》第40條及第65條的規定，法院在5至15年徒刑的刑幅範圍之內判

處上訴人 7 年 6 個月徒刑是適度的，並沒有量刑過重之嫌。

本院一直認為，“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”¹，因此，如果我們所面對的並不屬於該等情況，一如現正審理的個案那樣，終審法院便不應介入具體刑罰的訂定。

上訴人提出的減刑主張明顯不能成立，本院予以駁回。

3.2. 乙提出的上訴

3.2.1. 第 17/2009 號法律第 14 條

上訴人指經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款違反了《澳門特別行政區基本法》(以下簡稱為《基本法》)第 29 條所規定的罪刑法定原則及無罪推定原則。

¹ 見終審法院於 2008 年 1 月 23 日、2008 年 9 月 19 日、2009 年 4 月 29 日及 2011 年 9 月 28 日分別在第 57/2007 號、第 29/2008 號、第 11/2009 號及第 35/2011 號案件中所作的合議庭裁判。

經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條規定如下：

第十四條

不法吸食麻醉藥品及精神藥物

一、不法吸食表一至表四所列植物、物質或製劑者，或純粹為供個人吸食而不法種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有表一至表四所列植物、物質或製劑者，處三個月至一年徒刑，或科六十日至二百四十日罰金；但下款的規定除外。

二、如上款所指的行為人所種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有的植物、物質或製劑為附於本法律且屬其組成部分的每日用量參考表內所載者，且數量超過該參考表內所載數量的五倍，則視乎情況，適用第七條、第八條或第十一條的規定。

三、在確定是否超過上款所指數量的五倍時，不論行為人所種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有的植物、物質或製劑屬全部供個人吸食之用，抑或部分供個人吸食、部分作其他非法用途，均須計算在內。

第七條、第八條及第十一條的內容則分別如下：

第七條

不法生產麻醉藥品及精神藥物

一、在不屬第十四條第一款所指情況下，未經許可而種植、生產、製造、提煉或調製表一至表三所列植物、物質或製劑者，處五年至十五年徒刑。

二、已獲許可但違反有關許可的規定而實施上款所指行為者，處六年至十六年徒刑。

三、如屬表四所列植物、物質或製劑，則行為人處下列徒刑：

（一）屬第一款的情況，處一年至五年徒刑；

（二）屬第二款的情況，處二年至八年徒刑。

第八條

不法販賣麻醉藥品及精神藥物

一、在不屬第十四條第一款所指情況下，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，處五年至十五年徒刑。

二、已獲許可但違反有關許可的規定而實施上款所指行為

者，處六年至十六年徒刑。

三、如屬表四所列植物、物質或製劑，則行為人處下列徒刑：

（一）屬第一款的情況，處一年至五年徒刑；

（二）屬第二款的情況，處二年至八年徒刑。

第十一條

較輕的生產和販賣

一、如經考慮犯罪的手段，行為時的方式或情節，植物、物質或製劑的質量或數量，又或其他情節，顯示第七條至第九條所敘述的事實的不法性相當輕，則行為人處下列刑罰：

（一）如屬表一至表三、表五或表六所列植物、物質或製劑，處一年至五年徒刑；

（二）如屬表四所列植物、物質或製劑，處最高三年徒刑，或科罰金。

二、按上款規定衡量不法性是否相當輕時，應特別考慮行為人所支配的植物、物質或製劑的數量是否不超過附於本法律且屬其組成部分的每日用量參考表內所載數量的五倍。

眾所周知，經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條的規定與修改前的第 14 條有巨大的甚至可以說是根本性實質性的改變。根據現行生效的第 14 條第 1 款及第 2 款的規定，如果行為人吸食或純粹為供個人吸食而不法種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有第 17/2009 號法律附表表一至表四所列植物、物質或製劑的數量超過附於該法律的每日用量參考表內所載相關數量的五倍，則視乎情況，適用第 7 條、第 8 條或第 11 條的規定。

換言之，吸食或純粹為供個人吸食而不法種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有毒品的行為不再如法律修改前的第 14 條所規定的那樣，不論毒品數量的多少都僅受吸毒罪的較輕處罰，而是根據涉案毒品的數量而有可能受到第 7 條、第 8 條或第 11 條所規定的較重處罰。

第 17/2009 號法律第 7 條處罰不法生產麻醉藥品和精神藥物的行為，第 8 條處罰不法販賣麻醉藥品和精神藥物的行為，而第 11 條則處罰較輕的不法生產和販賣麻醉藥品和精神藥物的行為。

第 10/2016 號法律是由澳門特區政府提案、經立法會討論通

過並頒布的，是根據法定的立法程序制定。毫無疑問，對第 17/2009 號法律第 14 條進行修改是立法行為。

一如特區政府在其向立法會提交第 10/2016 號法律草案的理由陳述中所言，建議對第 14 條進行修改，在“吸毒罪”中引入毒品數量的限制。「按照現行“禁毒法”的規定，“吸毒罪”並無規範行為人所持有的毒品數量，因此，縱使行為人持有大量毒品而實際是用作販毒，除非能取得充分證據證明其販毒，否則行為人通常會聲稱毒品是供其個人吸食之用而規避以“販毒罪”被起訴。為了堵塞有關販毒者逃避較重刑責的漏洞，經參考比較法的資料，尤其是中國內地、台灣和葡萄牙的法例，前兩地均規定持有高於一定數量的毒品，就不能再以較輕的吸毒行為論處；至於按葡萄牙的法律，吸食毒品並非犯罪而只屬違反秩序行為，但如為了吸食毒品而持有超過 10 日的吸食量，則以“販毒罪”論處，因此，法案建議在“吸毒罪”中引入毒品數量的限制，就是即使符合“吸毒罪”的前提，但只要行為人所種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有“禁毒法”表一至表四所列植物、物質或製劑的數量超過該法律所附的“每日用量參考表”內所載數量的五倍(即 5 日量)，則不再適用“吸毒罪”，而會以關於不法生產或販賣麻醉藥品及精神藥物的犯罪論處。」

關於現行的第 17/2009 號法律第 14 條是否違反《基本法》第 29 條的問題，本終審法院曾於 2019 年 1 月 16 日在第 112/2018 號上訴案件中發表過意見，認為第 14 條的規定“只是在所持有的相關物品的數量較高時嚴厲地處罰吸毒行為。這是立法者的選擇，並不被《基本法》所禁止，也輪不到法院去討論。行政當局某一自由裁量行為的不適度可以成為它被法院撤銷的法律依據。但對立法行為則不可”。換言之，本院認為第 17/2009 號法律第 14 條並未違反《基本法》第 29 條的規定。

事實上，我們確實看不到經第 10/2016 號法律修改的第 14 條如何違反了《基本法》第 29 條的規定。

根據《基本法》第 29 條，“澳門居民除其行為依照當時法律明文規定為犯罪和應受懲處外，不受刑罰處罰。澳門居民在被指控犯罪時，享有盡早接受法院審判的權利，在法院判罪之前均假定無罪”。

《基本法》第 29 條是對罪刑法定原則和無罪推定原則的規定。

罪刑法定原則的經典表述是：“法無明文規定不為罪，法無明文規定不處罰”。該原則要求犯罪和刑罰都必須由法律明文加

以規定，認定某一行為是否犯罪、構成什麼罪以及應受什麼處罰，都必須有法律的明文規定，司法機關不能在沒有法律明確規定的情況下對行為人進行處罰。

而根據無罪推定原則，任何人在經法院審判確定有罪之前，均應被推定為無罪。

在本案中，上訴人經初級法院審判而被宣告有罪，法院根據上訴人作出行為時生效的、經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款的規定，經考慮案件的具體情況而適用同一法律第 8 條第 1 款的規定，判處其 5 年 6 個月徒刑。

第 17/2009 號法律第 14 條並沒有違反《基本法》第 29 條的規定。

立法者決定修改法律，通過立法程序以較重的刑罰來處罰吸食或以吸食為目的而不法種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有超過一定數量毒品的行為，此乃刑事政策的問題，一如立法者將特定的不法行為非刑事化或者將之前未被視為犯罪的行為加以刑事處罰，明顯不涉及是否違反《基本法》第 29 條的問題。

此外，也不存在上訴人所指舉證責任倒置的問題，行為人持有毒品的目的及其數量並非由其本人負責舉證。即便證實行為人

持有毒品僅為供個人吸食，只要持有的數量超過法律的規定，也要根據生產或販賣毒品罪的處罰規定予以處罰。

上訴人提出的上訴理由不成立。

3.2.2. 法院認定的事實不足以支持作出裁判

上訴人指案中未能查明其持有的毒品究竟是可卡因（苯甲酰芽子鹼甲酯）還是鹽酸可卡因，從而無法根據附於第 17/2009 號法律的每日用量參考表來確定相關毒品的每日吸食量，因此應該以第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款的規定對上訴人進行處罰。

根據案中認定的事實所載，「經進行鑑定，上述在第二被告身上搜獲的一個透明膠袋內裝有的乳白色結塊狀物含有經第4/2014號法律及第10/2016號法律修改的第17/2009號法律第四條表一B所管制的“可卡因”成分，淨量為4.762克，經定量分析，“可卡因”百分含量為74.6%，含量為3.55克(詳見卷宗第57至63頁及第84至89頁之鑑定報告)。」

可卡因屬第17/2009號法律附表一B所管制的物質，根據每日

用量參考表，可卡因的每日參考用量因其類種的不同而有分別，鹽酸可卡因的日參考用量為0.2克，可卡因（苯甲酰芽子鹼甲酯）的日參考用量為0.03克。

在本案中，載於卷宗第84至89頁之鑑定報告顯示，負責對毒品進行鑒定的司法警察廳刑事技術廳在毒品中“檢出受管制物質可卡因3.55克”，並說明“目前不具備方法鑒別上述檢材中檢出的可卡因為苯甲酰芽子鹼甲酯或鹽酸可卡因(可卡因的其中一種鹽類)”。

換言之，法院確實未能查明上訴人所持有的是可卡因(苯甲酰芽子鹼甲酯)還是鹽酸可卡因。

但值得強調的是，即使基於技術或設備的原因而未能確定上訴人所持有的可卡因的類別，事實上其持有的可卡因重量(3.55克)，無論以哪一種可卡因來計算，均已超過每日參考用量的五倍。

從被上訴裁判中可以看到，中級法院是以對上訴人更為有利的類別(鹽酸可卡因-0.2克)來作出考量，指出上訴人持有的3.55克可卡因已遠遠超出法律規定的每日用量標準，“達到了17.75日的

參考用量”。

由此可知，即使未能查明上訴人所持有的可卡因的類別，但根據相關可卡因的重量，法院認定的事實足以支持作出適用第17/2009號法律第14條第2款的規定處罰上訴人的決定。

不存在上訴人所指的瑕疵。

上訴人還指被上訴裁判違反了第17/2009號法律第24條和第2條以及《刑法典》第1條第3款的規定。

但在向中級法院提起的上訴中，上訴人並未提出上述問題，故屬於未經中級法院審理的新問題。鑒於該問題亦非法院應依職權審理的問題，故本終審法院不予審理。

即使上訴人曾經提出，我們亦認為上訴人毫無道理，因為如前所述，在案中司法警察局相關部門已對上訴人持有的毒品進行鑒定並提交鑒定報告，證明該毒品含有可卡因。即使未能確定可卡因的種類，但原審法院已因此作出了對上訴人更為有利的考量。

3.2.3. 第 17/2009 號法律第 11 條的適用

上訴人認為，考慮到其為初犯，承認犯罪行為，並與警方合作，而且其持有的毒品僅為第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款所指數量的三倍，因此按照第 17/2009 號法律第 11 條的規定對其進行處罰的前提條件成立。

根據第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款的規定，如經考慮犯罪的手段，行為時的方式或情節，植物、物質或製劑的質量或數量，又或其他情節，顯示第 7 條至第 9 條所敘述的事實的不法性相當輕，則行為人按較輕的生產和販賣罪論處。

以較輕的生產和販賣罪論處的前提，是結合具體案件中已查明的情節，特別是犯罪的手段，行為時的方式或情節，毒品的質量或數量，來衡量生產或販賣行為的不法性是否相當輕微。

本案中，如前所述，上訴人以供個人吸食為目的向他人購買淨重為 3.55 克的可卡因，超過附於第 17/2009 號法律的每日用量參考表內所指數量(0.2 克-因為對上訴人更為有利)的五倍。

行為人所持有的毒品數量超過上表所指數量的五倍不代表行

為人一定會被判處第 17/2009 號法律第 8 條所規定及處罰的不法販賣麻醉藥品罪，不能必然排除以同一法律第 11 條的規定論處的可能性。

而是否以第 11 條的規定論處取決於在考慮具體案件中所查明的情節後，就有關事實的不法性是否相當輕微所作的判斷。

在本案中，根據原審法院查明的事實，沒有資料表明上訴人行為的不法性相當輕微。

上訴人持有毒品僅供個人吸食的情節並不必然相當減輕其行為的不法性，必須存在其他顯示相關罪行的不法性相當輕微的減輕情節。²

至於毒品的數量，本院曾於 2019 年 10 月 4 日在第 87/2019 號上訴案件中作出裁判，就行為人持有的毒品數量略高於每日參考用量五倍的情況發表意見，認為只要行為人吸食的數量或為吸食而持有的數量超過每日用量參考表內所載數量的五倍，那麼該數量就只能在量刑時產生法律效果，不能僅憑該情節便認定行為人所作行為的不法性相當輕微。即便僅證明行為人為供個人吸食

² 參見終審法院於 2019 年 9 月 25 日在第 88/2019 號上訴案件中作出的合議庭裁判。

而持有相當於每日用量參考表內所載數量六倍或七倍的不法物品，即略高於五倍的數量，也無法在未證明存在其它減輕情節的情況下，認定所實施行為的不法性相當輕微，進而根據該法第 14 條和第 11 條的規定予以處罰，而是應根據第 14 條和第 8 條的規定進行處罰。

簡言之，單憑毒品數量略高於每日參考用量五倍這一情節並不足以支持按照有關較輕販毒罪的規定來處罰行為人，必須存在其他顯示相關罪行的不法性相當之輕的減輕情節，例如犯罪的手段，行為時的方式或情節，又或是其他情節。

在本案中，上訴人持有的毒品達到每日參考用量的 17.75 倍。

上訴人雖為初犯，但並非首次購買毒品，在本案被拘留前曾至少十一次向第一被告購買可卡因。

上訴人在現行犯情況下與第一被告一起被拘留，警方在其身上搜獲毒品，其自認甚至與警方合作亦未能顯示其行為的不法性相當輕微。

應該強調的是，第 11 條所要求的是行為的不法性相當輕微，而非普通或一般程度的輕微。

在本案中看不到可以令人認為上訴人行為的不法性相當之輕的情節，第 11 條的使用前提並不成立，因此根據第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款的規定，上訴人的行為應接受該法第 8 條，而不是第 11 條所規定的處罰。

上訴人還提出違反《刑法典》第 40 條第 1 款及第 2 款的瑕疵。該條文內容如下：

第四十條

(刑罰及保安處分之目的)

一、科處刑罰及保安處分旨在保護法益及使行為人重新納入社會。

二、在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過之程度。

三、保安處分僅在其與事實之嚴重性及行為人之危險性相適應時，方得科處之。

首先應該指出的是，第 40 條的規定是以審判者為其規範對

象，要求審判者考慮刑罰的目的以及行為人的罪過程度，這與《刑法典》第 60 條所規定的量刑標準相吻合，因此看不出第 17/2009 號法律第 14 條如何違反了這些規定。³

另一方面，同樣看不到法院決定適用第 17/2009 號法律第 8 條的規定對上訴人進行處罰如何違反了過錯原則。

事實上，立法者通過對第 17/2009 號法律第 14 條進行修改揭示了一個具有創新性的刑事政策和立法取向，容許審判者在行為人持有的毒品超過法定數量的前提下根據案件的具體情況適用第 17/2009 號法律第 7 條、第 8 條或第 11 條的規定，在此情況下，如果法院認定有關行為的不法性並非相當輕微，則應適用第 7 條或第 8 條所規定的處罰，此舉並未違反《刑法典》第 40 條的規定，而是履行其法定職責。

如果如上訴人所主張的那樣，因為行為人以個人吸毒為目的持有毒品，所以即便其持有超過一定數量的毒品，其行為亦不能被處以第 8 條所規定的刑罰，那麼第 14 條第 2 款中有關適用第 8 條的規定必定淪為空談，失去任何存在的意義。

³ 參見終審法院於 2019 年 1 月 16 日在第 112/2018 號上訴案件中作出的合議庭裁判。

事實上，上訴人不認同立法者對第 14 條(尤其是第 2 款)進行修改的內容，尤其是相關處罰。但是應該強調的是，新的刑事政策和對法律的修改是否適時、是否適應社會要求以及是否被社會大眾所普遍接受和認同的問題是可以在法律層面和社會層面進行討論，但卻不應該是法院在處理具體案件時所應該討論的，法院更不可能以新的法律不合時宜、不適應社會發展或不為大眾所認同等等原因而不執行該法律，被判刑者亦不能以此作為提起上訴的理由。

總而言之，被上訴裁判並未違反第 17/2009 號法律第 8 條、第 11 條和第 14 條以及《刑法典》第 40 條的相關規定。

3.2.4. 對上訴人實施的不法行為的法律定性

最後，上訴人認為原審法院錯誤將其行為定性為不法販賣麻醉藥品罪，應改判其僅觸犯不法吸食麻醉藥品罪。

上訴人所言並非沒有道理。

事實上，上訴人以供個人吸食為目的而持有可卡因，因可卡

因的數量超過每日參考用量的五倍而觸犯了第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款和第 8 條第 1 款的規定。

正如第 14 條的標題所示，該條文處罰的是不法吸食麻醉藥品的行為。按照第 14 條第 2 款的規定，如行為人吸食或純粹為供個人吸食而不法種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有的毒品超過每日參考用量的五倍，“則視乎情況，適用第七條、第八條或第十一條的規定”。

在此，法律明確要求“適用第七條、第八條或第十一條的規定”。我們認為，對該表述的正確理解並非是以第七條、第八條或第十一條所規定的罪名處罰行為人，而是根據具體情況採用該等條款所規定的刑罰對行為人作出處罰。

第 14 條第 2 款所規定的是不法吸食麻醉藥品罪，而非不法販賣麻醉藥品罪。⁴

在本案中，上訴人持有的毒品僅用於其個人吸食，故此實施了不法吸食麻醉藥品罪，但應受第 8 條第 1 款所規定的處罰。

⁴參見終審法院於 2019 年 1 月 16 日在第 112/2018 號上訴案件中作出的合議庭裁判。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定：

— 甲提出的上訴敗訴。

— 乙提出的上訴僅在有關其不法行為的法律定性問題上部分勝訴，其餘的上訴部分則敗訴。

訴訟費用由上訴人甲和乙承擔，司法費分別訂為 3 個及 6 個計算單位。

2020 年 2 月 26 日

法官：宋敏莉（裁判書制作法官）— 岑浩輝— 賴健雄