

## **上訴案第 538/2013 號**

日期：2013 年 11 月 21 日

主題： - 販毒罪  
- 量刑  
- 不法持有利器罪

### **摘 要**

1. 在一個抽象刑幅為 3 年至 15 年的刑罰中決定的 5 年 9 個月徒刑的處罰，只佔刑幅不到五分之一的比例。可以說，不論根據合理的量刑標準，一個按比例不到刑幅五分之一的處罰並沒有可以質疑的地方，因為《刑法典》第 40 條及第 65 條規定的量刑標準，賦予法官在法定刑輔之內選擇一適當的刑罰的充分自由。只要原審法院的量刑沒有明顯的罪刑失衡和刑罰不適當，上訴法院根本沒有介入的空間。
2. 當刀刃長度超過 10 厘米時視為禁用武器，相反，則屬於利器。
3. 利器在其客觀本質屬性上就必須具備“攻擊性”，在正常情況下刑法不介入的理由正是一般持有這些帶有“攻擊性”的刀具都是有著其特定合理原因。
4. 界定持有刀刃不超過 10 厘米的情況利器是否屬於《刑法典》第 262 條第 3 款規定的範圍所考慮的重點必然是持有該利器的原因是否合理，因為基於該攻擊性或可用作攻擊者的特性已經屬於刀具本身的固有特質。
5. 已證事實已經證明了嫌犯不具備持有該刀具的合理理由，因此，上訴人持有利器罪的成立。

**裁判書製作人**

**蔡武彬**

## 上訴案第 538/2013 號

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

於 2013 年 7 月 22 日，上訴人 A 在初級法院刑事法庭第 CR4-13-0116-PCC 號卷宗內被裁定觸犯：

- 一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰的販毒罪，被判處五年九個月徒刑；
- 一項第 17/2009 號法律第 14 條規定及處罰的吸毒罪，被判處兩個月徒刑；
- 一項第 6/2004 號法律第 15 條規定及處罰之不當持有吸毒器具罪，被判處兩個月徒刑；
- 一項《刑法典》第 262 條第 3 款規定及處罰之持有利器罪，被判處九個月徒刑；
- 一項《道路交通法》第 90 條第 2 款規定及處罰之受麻醉品或精

神科物質影響下駕駛罪，被判處六個月徒刑；

- 五罪競合處罰，合共被判處六年六個月徒刑。

上訴人不服，向本院提起上訴，並提出了上訴理由<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> 其葡文上訴狀提出了以下的上訴摘要：

1. Vem o presente recurso interposto do acórdão supra referido que condenou o arguido, ora recorrente, na pena de 6 anos e 6 meses de prisão e na pena acessória de inibição de condução de veículos pelo período de 2 anos, pena aquela que resultou do cúmulo das seguintes penas parcelares:
  - 1 crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo art.º 8º nº 1 da Lei nº 17/2009..... 5 anos e 9 meses de prisão;
  - 1 crime de consumo ilícito de estupefacientes p. e p. pelo art.º 14º da citada Lei .....2 meses de prisão;
  - 1 crime de detenção indevida de utensílios, p. e p. pelo art.º 15º da citada Lei .....2 meses de prisão;
  - 1 crime de detenção de arma proibida p. e p. pelo art.º 262º, nº 3 do C.P. .... 9 meses de prisão; e
  - 1 crime de condução de veículo sob a influência de estupefacientes p. e p. pelo art.º 90º da L.T.R .....6 meses de prisão.
2. Não se conforma o arguido recorrente com a pena aplicada porquanto, salvo melhor opinião, esta mostra-se, no tocante à pena pelo “crime de tráfico”, desproporcionada perante a matéria de facto assente; e, no tocante, ao “crime de detenção de arma proibida”, a matéria de facto assente não permitiria a sua condenação pela prática deste crime. O recorrente restringe, assim, o seu recurso apenas no tocante a estas duas questões. Ora,
3. Deu o Tribunal “a quo” assente que o recorrente foi à China e que aí adquiriu os produtos estupefacientes referidos no art.º 3 da acusação pelo preço de RMB ¥ 5,000.00 e que destinava os mesmos, parte, à sua venda a terceiros e, outra parte, ao seu consumo.
4. A moldura penal prevista para este tipo de crime é, assim, de uma amplitude tal que permite ao julgador fazer a distinção entre aqueles que “vendem” substâncias psicotrópicas - no sentido de, com propósitos, lucrativos, muitas vezes, elevadíssimos - e aqueles que, para “alimentar o seu vício”, vendem estas substâncias por um valor - no caso, não apurado, mas, forçosamente, diminuto - sem que deste, no verdadeiro sentido da expressão, “pequeno tráfico” se possa dizer que estamos na presença de um traficante.
5. No caso, apurou-se que o arguido “vendia” aquelas substâncias psicotrópicas - não se apurou, é bom que se diga, a quem alguma vez o fez e por que valor ... - e que também as consumia.
6. Então, a pena de 5 anos e 9 meses de prisão pelo “crime de tráfico”, afigura-se ao recorrente, salvo o devido respeito, exagerada porque, embora em sede de julgamento se não tenha apurado qualquer venda em concreto de substâncias psicotrópicas, o Tribunal “a quo” presumiu aquela venda pelas circunstâncias de facto apuradas.

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 上訴人指原審法院沒有證實何等份量、在何等情形下、上訴人向

- 
7. Isto é, deu o Tribunal “a quo” como provado que o arguido “vendia” a terceiros substâncias psicotrópicas; mas não se provou a quem, onde, por que valor e em que circunstâncias.
  8. E tal tem que ser positivamente valorado, a favor do arguido, na determinação da medida concreta da pena porque se trata de uma circunstância de que ele deveria beneficiar.
  9. Assim, uma pena sensivelmente acima do mínimo da moldura penal seria adequada e proporcional conduta do arguido apurada nos autos. É, pois, o que se solicita, pela procedência do recurso, nesta parte.
  10. No tocante ao crime de detenção de armas proibidas, pelo qual o arguido foi condenado na pena de 9 meses de prisão, entende o arguido recorrente que a matéria de facto assente não permite a sua condenação pela respectiva prática.  
Está-se na presença de um “crime de perigo comum”.
  11. Ora, nos autos apurou-se que no veículo do arguido, junto ao banco do condutor, foram encontradas três pequenas facas - sendo uma, uma “faca de mesa” - cujas lâminas tinham, respectivamente, 10 cms, 5 cms e 6 cms.
  12. O arguido, como declarou em audiência e como se refere no acórdão recorrido, afirmou destinar aqueles facas sua utilização na pesca, actividade a que se dedica
  13. O Tribunal “a quo”, no tocante à motivação da condenação por este crime, referiu apenas: “Segundo as regras da experiência, a quantidade, a forma e a localização das facas, estas não se destinavam a cortar as cordas da pesca”.  
E não mais.
  14. o crime em causa pune a detenção de arma branca, com o fim de ser usada como arma de agressão ou que possa ser utilizada para tal fim. Por outro lado, a “arma branca” tem de ser “proibida”.  
Daí a eprígrafe do artigo 262º do C.P.: “armas proibidas e substâncias explosivas”.  
O que não é o caso - tendo em conta o disposto no art.º 11º do Diploma Legislativo nº 21/73, de 19 de Maio, na redacção dos D.L. nº 23/80/M, de 2 de Agosto e 11/93/M, de 15 de Março - já que as lâminas das facas em questão não excediam os 10 cms.
  15. Mas mesmo que assim não fosse, o que se admite sem conceder, para que o Tribunal “a quo” pudesse condenar o arguido pela prática de tal crime teria que ter dado como assente, como refere o ilícito, que a finalidade da detenção das facas era a “agressão” ou que as mesmas poderiam ser utilizadas para “tal fim”.  
O que, também aqui, não foi o caso.
  16. Toda a faca pode ser utilizada como arma de agressão; mas nem todos os que a detêm a utilizam ou podem utilizar com essa finalidade.
  17. Entende, por isso, o recorrente que, perante a matéria de facto assente, não estão preenchidas as condicionantes do crime em apreço: arma branca destinada a ser utilizada como arma de agressão ou a possibilidade de tal finalidade e a injustificação da sua posse.
  18. Faltou, pois, matéria de facto a justificar a condenação.  
Termos em que, como se peticiona, dever ser dado provimento ao presente recurso.

何人出售毒品。在此情況下判處 5 年 9 個月徒刑，與最低刑幅相距太遠。

2. 首先，販毒之具體數量、具體出售過程及對象沒有被證實，對販毒罪之構成並無影響。
3. 如這些事實能具體證實，不排除得以犯罪情節為由，對量刑產生一定影響。但這些事實在本案中並沒有具體化，則無法對量刑造成影響，原審法院只能以已證明之犯罪情節進行量刑。
4. 從被訴裁判書內容可見，原審法院在量刑時已考慮被扣押的毒品數量和性質、具體犯罪情節、嫌犯之過錯程度，以及犯罪的一般預防需要。
5. 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，可判處刑幅為 3 至 15 年徒刑。
6. 上訴人僅被判處 5 年 9 個月徒刑，為最低刑幅上增加兩年 9 個月，不到上下刑幅的五分之一，不能謂之過重，可見原審法院在量刑時已全面衡量了上訴人的具體情況。
7. 原審法院之量刑完全符合《刑法典》第 65 條的規定，並沒有過重。
8. 上訴人認為《刑法典》第 262 條第 3 款規定及處罰的一項持有利器罪應被開釋，原因是有關犯罪應以該等刀具用於襲擊或可用於襲擊，而且，應必須可以定性為“禁用武器”。
9. 事實上，上訴人在理由闡述中所提及之禁用武器法規已不在澳門

生效，現行相關法規是第 77/99/M 號法令。

10. 新法就“利器”構成“禁用武器”之要求沒有改變，為此，刀刃之長度必須超逾 10 厘米。
11. 不過，上訴人在本案被判處成立之犯罪是《刑法典》第 262 條第 3 款規定及處罰的一項持有利器罪，並非第 1 款之持有禁用武器罪。
12. “刀刃之長度超逾 10 厘米”並非《刑法典》第 262 條第 3 款規定及處罰的一項持有利器罪之犯罪構成元素。
13. 上訴人明顯將兩種罪狀混淆。
14. 被訴裁判內已明確指出各刀具之具體刀刃長度以及該等刀具可作為攻擊性物件之性質，加上嫌犯並未提供合理解釋，作為構成《刑法典》第 262 條第 3 款規定及處罰的持有利器罪的依據。

綜上所述，上訴人提出的請求理據不足，應予駁回。

駐本院助理檢察長提出了法律意見書，讚同駐原審助理檢察長之闡述和立場，就是上訴理由全部不成立及上訴應予以駁回。

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. 2013年1月10日23時55分，在白朗古將軍大馬路近逸園狗場處，治安警員將駕駛MH-90-XX號輕型汽車的上訴人A截停檢查。
2. 在上述汽車前排座位的抽屜內，治安警員當場搜獲以下物品(詳見卷宗第5頁至第30頁之扣押筆錄)：

一盒錫箔紙、一包共90枝彩色吸管；

五個白色信封，每個信封內各裝有十枝由錫箔紙包裹著長度不一的吸管(合共50枝)；

一個飾物袋，內裝有38包以透明膠袋裝著之白色晶體、兩個分別裝有3粒及8粒紅色藥丸的透明膠袋、一個玻璃器皿和一條白色膠管；

在駕駛座地台板處搜獲一把刀刃長10厘米之紅色金屬手柄摺刀、一把刀刃長6厘米戴有透明膠套之銀色金屬餐刀、一把刀刃長5厘米以白色紙套及膠紙包裹之小刀。

3. 經司法警察局刑事技術廳化驗證實：

上述38包白色晶體共淨重20.748克，含有第17/2009號法律附表二B管制之“甲基苯丙胺”及“N,N-二甲基安非他命”成份，經定量分析，“甲基苯丙胺”之百分含量為60.23%，含量為12.497克；

上述合共 11 粒紅色藥丸共淨重 0.981 克，含有“ 甲基苯丙胺”、  
“ N,N-二甲基安非他命” 成份，經定量分析，“ 甲基苯丙胺” 之  
百分含量為 11.67%，含量為 0.114 克；

上述玻璃器皿沾有“ 甲基苯丙胺”、“ N,N-二甲基安非他命” 及  
同一法律附表二 B 所管制之“ 苯丙胺” 成份。

4. 上述全部毒品由上訴人 A 在珠海以人民幣 ¥ 5,000 元向一身份不明之男子購得，目的是伺機將其中超過一半的部份售予他人，其自己亦會吸食其中之小部份毒品。
5. 上述吸管及錫箔紙屬上訴人 A 自己或提供予他人用作吸食毒品之工具。
6. 上訴人 A 對持有上述刀具未能作出合理解釋。
7. 此後，治安警員前往上訴人 A 位於台山新城市第二街新城市花園第 x 座 XX 樓 XX 室的住所進行搜索，並在該處房間之木製抽屜內及地上搜獲一個銀色電子磅、一個打火機、一個黑色金屬鉗、一個銀色金屬鉗、一銀色金屬工具刀、一把黑色金屬工具刀及一條透明膠管(詳見卷宗第 35 頁至 44 頁之扣押筆錄)。
8. 經化驗證實，上述電子磅沾有第 17/2009 號法律附表二 B 管制之“ 甲基苯丙” 痕跡。
9. 上述電子磅、打火機、金屬鉗、工具刀及膠管是上訴人 A 用作稱量、包裝及吸食毒品之工具。
10. 此後，治安警員在警局由上訴人 A 身上搜獲港幣貳仟陸佰圓、人



民幣伍佰貳拾肆圓(詳見卷宗第 31 頁至 32 頁扣押筆錄)。

11. 上述錢款 上訴人 A 販毒所得之款項。
12. 2013 年 1 月 11 日 3 時，上訴人 A 在仁伯爵綜合醫院接受藥物檢驗，結果顯示其對第 17/2009 號法律附表二 B 管制之“ 甲基苯丙胺” 呈陽性反應。
13. 在吸食上述毒品後，上訴人 A 在公共道路駕駛車輛並被警方人員截獲。
14. 上訴人 A 自由、自願和有意識地作出上述行為。
15. 上訴人 A 明知上述毒品之性質。
16. 上訴人 A 上述行為未得到任何法律許可。
17. 上訴人 A 明知法律禁止和處罰其上述行為。

此外，審判聽證亦證實以下事實：

18. 根據刑事紀錄證明顯示，上訴人為初犯。
19. 上訴人聲稱職業為藥材商人，每月收入澳門幣三萬至十萬元，小學五年級學歷，需供養妻子和三名子女。

未證事實：本案並不存在與獲證事實不符合之未證事實。

### 三.法律方面

## 1. 量刑過重

上訴人指原審法院沒有證實何等份量、在何等情形下、上訴人向何人出售毒品。在此情況下判處 5 年 9 個月徒刑，與最低刑幅相距太遠。應僅以一個接近刑幅下限的刑期對上訴人進行處罰。

從第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定的罪狀看，<sup>2</sup> 不法販賣麻醉藥品罪在本質上屬於一行為犯及危險犯犯罪，立法者從中希望打擊的是廣義上的販賣行為，同時並不要求犯罪結果的發生作為認定該行為既遂的標準。這點正正是行為犯罪的意義所有。至於上訴人會在什麼樣的情況下把毒品賣給別人，賣的具體數量，從中能獲得多少不法所得等具體情節，都不是重要的因素，甚至一個只屬於販毒的未遂行為，都同樣已滿足了同一條罪狀（當中提及準備出售），也就是說，非為了個人自己吸食的單純持有毒品均符合本條罪狀。

根據已證事實，確實證明在上訴人汽車內被檢獲的毒品當中，有超過一半的份量是用作出售他人之用。同時，就這部分的毒品重量已經超越了 10.4 克的重量（即 20.748 克+0.114 克/2），遠遠在法定五天服用量之上。

在此前提下，原審法院在一個抽象刑幅為 3 年至 15 年的刑罰中決定的 5 年 9 個月徒刑的處罰，只佔刑幅不到五分之一的比例。可以說，不論根據合理的量刑標準，一個按比例不到刑幅五分之一的處罰並沒有可以質疑的地方，因為《刑法典》第 40 條及第 65 條規定的量刑標準，賦予法官在法定刑輔之內選擇一適當的刑罰的充分自由。只要原審法院的量刑沒有

---

<sup>2</sup> 條文規定“在不屬第十四條所指情況下，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，處三年至十五年徒刑。”

明顯的罪刑失衡和刑罰不適當，上訴法院根本沒有介入的空間。

在量刑的過程中，除考慮上訴人為初犯外，法院亦須考慮上訴人為本澳居民，被羈押前為藥材商人，擁有正當職業和收入，但卻在自由、自願及有意識的情況下販賣毒品，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。

然而，經分析有關事實及上述所有對上訴人有利及不利的情節，尤其是上訴人多次運輸毒品的犯罪行為，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九個月徒刑，實在沒有減刑空間。

## 2. 持有利器罪

上訴人認為《刑法典》第 262 條第 3 款規定及處罰的一項持有利器罪應被開釋，原因是有關犯罪應以該等刀具用於襲擊或可用於襲擊，而且，應必須可以定性為“禁用武器”。

《刑法典》第 262 條第 3 款規定：

“三、持有或隨身攜帶利器或其他工具，而有將之作為攻擊性武器使用之目的，或該利器或工具係可用作攻擊者，如持有人或攜帶人並無對其持有或攜帶作出合理解釋，則處最高二年徒刑。”

根據第 77/99/M 號法令所通過的《武器及彈藥規章》，尤其是當中的第 1 條 f 項及第 6 條第 1 款 b 項，已表明在刀具的定性而言，是根據其刀刃的長度來區分何謂“禁用武器”及“利器”，當刀刃長度超過 10 厘米時才能視為禁用武器，相反，則屬於利器。

而上引《刑法典》第 262 條第 3 款在規定屬於利器的情況時，規定了構成犯罪的要件是該“利器”必須有：

- 1、 將之作為攻擊性武器使用的目的，或該利器係可以被用作攻擊性武器，
- 2、 持有人並無對其持有作出合理解釋。<sup>3</sup>

我們完全同意檢察院的意見書所認為的利器，有別於同一條文當中提及到的“其他工具”，在其客觀本質屬性上就必須具備“攻擊性”，要不然亦不應該視為刀具！但在正常情況下刑法不介入的理由正正是一般持有這些帶有“攻擊性”的刀具都是有著其特定合理原因（正如上訴人所舉的搽牛油的例子一樣）。

也就是說，界定持有刀刃不超過 10 厘米的情況利器是否屬於《刑法典》第 262 條第 3 款規定的範圍所考慮的重點必然是持有該利器的原因是否合理。所以，基於該攻擊性或可用作攻擊者的特性已經屬於刀具本身的固有特質，上訴人所主張的缺乏認定該刀具被用於攻擊目的或可用作攻擊性武器的事實的說法明顯不正確。

相反，需要其他事實加以支持的是關於持有該刀具的合理性問題，即

---

<sup>3</sup> 參見 Leal-Henriques e Simas Santos 合著的《Código Penal de Macau, anotado》，1997,第 776 頁。

持有該刀具的合理性在具體情況下是否依一般生活經驗法則和邏輯，能讓一般人接受。

在本案中，原審合議庭在已證事實已經證明了嫌犯不具備持有該刀具的合理理由。因此，從滿足罪狀的角度考慮，在被上訴裁判當中已證明了充足的事實來的確認持有利器罪的成立。

那麼，這方面的上訴理由也是明顯不能成立的。

#### 四.決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人 A 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 4 個計算單位的懲罰性金額。

澳門特別行政區，2013 年 11 月 21 日

蔡武彬

司徒民正

陳廣勝