

上訴案第 178/2018 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

澳門特別行政區檢察院控告嫌犯 A 為直接正犯，其既遂之故意行為已觸犯了經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款、第 14 條和第 15 條之規定，分別構成一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪、一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪和一項不適當持有器具或設備罪。並請求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 CR3-17-0397-PCC 號案件中，經過庭審，最後判決：

- 嫌犯 A 被控告為直接正犯，以既遂方式觸犯：
 - 8 月 10 日第 17/2009 號法律(經第 10/2016 號法律修改)第 8 條第 1 款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，判處六年徒刑；
 - 8 月 10 日第 17/2009 號法律(經第 10/2016 號法律修改)第 14 條規定及處罰之一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物

罪，被上述一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪吸收，不獨立處罰；

- 8月10日第17/2009號法律(經第10/2016號法律修改)第15條規定及處罰之一項不適當持有器具或設備罪，罪名成立，判處六個月徒刑。

- 嫌犯A上述二罪並罰，判處嫌犯合共六年三個月實際徒刑之單一刑罰。

上訴人A不服判決，向本院提起了上訴，在其上訴理由中作了簡要陳述。¹

¹ 其葡文內容如下：

1. A conduta da arguida, destinada à obtenção do produto estupefaciente para mero consumo, não se subsume ao crime de tráfico, inexistindo qualquer elemento de transmissão do estupefaciente a terceiros.
2. Na opinião da defesa, não constam dos factos dados como provados, factos que permitam formular um juízo condenatório pelo crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas. Prova-se apenas que a arguida detém grande quantidade de droga e que consome droga.
3. De qualquer das formas, ainda que não se provasse apenas o consumo, o tipo de ilícito penal em apreço sempre seria o de crime de tráfico de menor gravidade (art. 11º)
4. Basta atender aos factos provados no acórdão quanto ao facto de arguida ser consumidora de droga por estar a sofrer de cancro e ter a respectiva pressão psicológica e física, para se poder concluir que, não sendo apenas consumo, estamos perante a prática de um crime de tráfico de menor gravidade p. e p. no art. 11 da referida lei.
5. O julgador devia ter discriminado qual a quantidade de estupefaciente e de substâncias psicotrópicas afecta ao consumo para, por exclusão de partes, se atribuir o remanescente ao crime de tráfico, desde logo por ser importante para a determinação da pena aplicável.
6. Para efeitos de imputar à arguida a prática do crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, a falta de factos provados relativos ao tráfico pela cedência de droga a terceiros, que não meras conclusões, é um facto essencial à subsunção jurídica e que deve ser apurado, pelo que a sua não indicação resulta em insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, nos termos do disposto no artigo 400, 2, a) do CPP, o que deve levar ao reenvio do processo para novo julgamento face ao estatuído no artigo 418º, 1 do CPP.
7. No crime de consumo de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, numa pena abstracta de prisão de 3 meses a 1 ano ou pena de multa de 60 a 240 dias, foi a arguido condenada em concurso aparente com o crime de crime de tráfico ilícito de

檢察院就上訴人所提出的上訴作出答覆，其內容如下：

1. 上訴人因以直接正犯和既遂方式觸犯第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰的一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪及同一法律第 15 條規定及處罰之一項不適當持有器具或設備罪，合共被判處六年三個月實際徒刑。
2. 針對上訴人指斥被上訴判決沾有獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判之瑕疵一事，上訴人主要認為被上訴判決沒有載有證實上訴人將其持有之麻醉藥品及精神藥物讓與第三人之事實，因而認為獲證明之事實不足以支持上訴人觸犯第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定的不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，並援引了中級法院合議庭第 814/2017 號裁判以支持其觀點。

estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, p. e p no art. 8º da Lei nº 17/2009, na pena de prisão de 6 anos, quando, no entender da arguida, a não ser punida apenas pelo consumo, a pena justa, adequada e proporcional seria de 2 anos de prisão, face à inexistência de factos provados de cedência de droga a terceiros que consubstancie a prática do crime de tráfico do art. 8º e, podendo o tribunal decidir de mérito, se deve aplicar o disposto no art. 11º. Lei nº 17/2009, em obediência ao princípio *in dubio pro reo*.

8. No entender da arguida, a ser condenada pelos art. 11 e art. 14 da Lei nº 17/2009, a pena única não deverá ser superior a 2 anos e 3 meses de prisão.
9. A proceder o supra alegado, nos termos do art. 48º do Código Penal, o tribunal pode suspender a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.
10. A recorrente considera que foram violados, entre outros, as seguintes disposições legais: artigos 8º, 11º e 14º da Lei 17/2009, 48º, 64º, 65º e 71º do Código Penal e 400, 2, a) do Código de Processo Penal.
11. Segundo o entendimento da recorrente, as normas referidas no ponto anterior deviam ter sido interpretadas e aplicadas de acordo com os pontos 1 a 9 destas conclusões.

Nestes termos, e nos melhores de Direito que V. Excias doutamente suprirão, deve ser dado provimento ao presente recurso, proferindo-se duto acórdão a anular o julgamento, nos termos e para os efeitos supra referidos, ou, caso assim não se entenda, a alterar a douda sentença no sentido acima proposto, fazendo-se assim, inteira Justiça.

3. 針對上訴人所引用的中級法院合議庭第 814/2017 號裁判，該合議庭所引用的第 17/2009 號法律是仍未經第 10/2016 號法律修改之法律規定，而原審法院所引用的第 17/2009 號法律是經修改的現行法律，兩者之法律適用沒有可比性。
4. 根據現行的第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款之規定，凡超過第 17/2009 號法律附表之每日用量的五倍，不論嫌犯是否自行吸食部分麻醉藥品及精神藥物，則不適用第 14 條第 1 款規定的不法吸食麻醉藥品及精神藥物，而是適用同一法律第 7 條、第 8 條或第 11 條的規定。
5. 本案中，上訴人所時有之麻醉藥品及精神藥物超出第 17/2009 號法律附表中的每日用量之五倍，根據第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款的規定，原審法院須適用的法律規定必然是第 17/2009 號法律第 7 條、第 8 條或第 11 條的規定。
6. 基於此，證實上訴人有否將麻醉藥品及精神藥物轉讓與第三人與否，並不影響經第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款援引之相關法律規定的適用。
7. 就上訴人認為應考慮上訴人患了乳癌及其心理壓力，從而認定上訴人所觸犯的是第 17/2009 號法律第 11 條規定的較輕的生產和販賣。根據第 17/2009 號法律第 11 條的規定，在判斷生產和販賣毒品之不法性是否相當輕時，須考慮眾多因素，包括犯罪的手段、行為時的方式或情節，亦應特別考慮行為人所支配的麻醉藥品及精神藥物是否不超過第 17/2009 號法律附表之每日用量參考表內所載數量的五倍。
8. 原審法院將上述人因患有癌症所引發之身體和心理壓力列為已證事實。可見，原審法院並非單從上訴人所持有之麻醉藥物及精神藥品之犯罪行為是否屬第 17/2009 號法律第 11 條規定的較輕情節。

9. 本案中，上訴人持有之甲基苯丙胺的純淨重為 4.75 克，根據第 17/2009 號法律附表的每日用量，已超過 23 日用量。雖然上訴人因患有癌症而導致其身體和心理壓力，但該因素並非判斷是否屬較輕販賣毒品之唯一亦非核心因素。經綜合考慮上訴人所持有之毒品數量以及其因癌症而引發之身體和心理壓力，本院認為本案之不法性不屬第 17/2009 號法律第 11 條規定的較輕情節。
10. 基於此，原審法院判處上訴人觸犯第 17/2009 號法律第 8 條規定之決定沒有沾有獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判之瑕疵。
11. 就量刑方面，上訴人援引第 17/2009 號法律第 11 條規定的刑幅以支持其應被判處 2 年徒刑。在此，本院重申上訴人所觸犯的是第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定的不法販賣麻醉藥物及精神藥品及同一法律第 15 條規定的一項不適當持有器具或設備罪。
12. 《刑法典》第 40 條及第 65 條規定量刑的標準，當中尤其須考慮犯罪行為人的過錯程度、事實之不法程度、實行事實之方式、事實所造成之後果之嚴重性，決定的具體刑罰須達到一般預防及特別預防的目的。
13. 根據第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款的規定，上訴人可被判處五年至十五年的徒刑，就該罪而言，上訴人被判處六年徒刑。
14. 此外，上訴人亦觸犯同一法律第 15 條規定及處罰的不適當持有器具或設備罪，可判處三個月至一年徒刑或科罰十日至六十日罰金，就該罪而言，上訴人被判處六個月徒刑。
15. 兩罪競合後之量刑刑幅為六年徒刑至六年六個月徒刑，上訴

人被判處六年三個月實際徒刑。

16. 經考慮上訴人販賣毒品的數量、罪過的嚴重程度、事實之不法程度、實行事實之方式而言，本院認同原審法院之量刑，且認為是適度及適當的，並沒有違反《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定。

17. 就上訴人提出緩刑之理解，根據《刑法典》第 48 條第 1 款之規定，僅不超逾三年之徒刑得暫緩執行。本案中，上訴人被判處六年三個月徒刑，不符合緩刑之條件，有關上訴理由亦不成立。

綜上所述，上訴人提出之理由並不成立，應駁回上訴。

駐本院助理檢察長提出法律意見書：

2018 年 1 月 26 日，初級法院判處嫌犯 A 以直接正犯及既遂方式觸犯 1 項經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》第 8 條第 1 款規定及處罰之「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」，處以 6 年徒刑；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」，處以 6 個月徒刑。兩罪競合處罰，共判處 6 年 3 個月實際徒刑之單一刑罰。

嫌犯 A 不服上述合議庭裁判而向中級法院提起上訴。

在其上訴理由中，上訴人 A 認為上述判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項之瑕疵，及違反了經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》第 8 條，第 14 條或第 11 條之規定，應發回重審或根據罪疑從輕原則，改判以上述同一法律第 11 條「較輕的生產和販賣罪」；從而認為原審法院量刑過重，違反《刑法典》第 64 條、第 65 條、第 71 條、及第 48 條之規定，請求以暫緩執行徒刑。

對於上訴人 A 所提出的上訴理由，我們認為完全不能成立，應予駁回。

1.關於《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項，及經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律(“禁毒法”)第 8 條，第 14 條或第 11 條規定之違反

關於《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項之違反，上訴人 A 在其上訴理由認為從原審法院認定之已證事實中沒有證明其持有毒品除純粹吸食外還有其他目的，尤其是將毒品讓與第三人之事實，因而指責被上訴判決獲證明之事實事宜不足以支持就其觸犯「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」(下稱「販毒罪」)而作出裁判。

一如所知，眾多司法見解就《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項所指的瑕疵已作出過精辟的解讀，包括中級法院第 32/2014 號上訴案件於 2014 年 3 月 6 日作出的裁判，讓我們不得不再表認同：

“1.所謂的事實不充分的瑕疵僅存在於法院沒有證實必要的可資作出適當法律適用以及決定案件實體問題的事實；法院在審判過程中必須在該刑事訴訟案件的標的包括控訴書或辯護詞所界定的範圍內，對這些事實作調查。”

在本具體個案中，原審法院在上訴人 A 在庭上保持沈默情況下，已一一就檢察院控訴書所劃定的訴訟標的作出了必要的調查，而被上訴裁判書中所列載了的控訴書事實均已全部被證實，配合執行警員目睹現場情況，以及扣押藥物檢驗的結果等，作為原審法院形成心證的基礎，從而毫無疑問地認定上訴人 A 吸食毒品且持有可供吸食毒品超過 23 日用量之事實獲得證實，認定其行為已符合經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》第 8 條第 1 款規定及處罰之「販毒罪」的法定罪狀的主觀及客觀要件。

的確，正如上訴人所主張從已證事實中沒有證實上訴人 A 持有毒品除純粹作個人吸食外有其他目的，因此，問題關鍵就在於現行法律是否規定必須取得充分證據證明行為人持有毒品，除供個人吸食外還有其他目的，尤其是將毒品讓與第三人之事實時，方能以「販毒罪」對行為人論罪。

在審理上述上訴理由前，我們認為，必須先分析經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》第 8 條及第 14 條規定的新文本：

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 (底線是我們劃上的)，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。(底線是我們劃上的)

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 10/2016 號法律修改了原來第 17/2009 號法律第 14 條「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」(下稱「吸毒罪」)的條文規定及調整了第 8 條「販毒罪」規定的行文，不難發現這樣修改及調整，改變了一直以來「吸毒罪」沒有規範行為人所持有的毒品數量，並因而新增及引入吸食毒品數量的限制。

申言之，即使行為人“純粹為供個人吸食(第 14 條第 1 款)”，只要“持有超過 5 天法定參考用量(第 14 條第 1 款)”，則以販毒罪(視乎情況，適用第 7 條、第 8 條或第 11 條的規定)論處。也就是說，行為人為吸食而持有超出一定數量毒品，不問其除吸食外有否其他目的，尤其無需證明行為人是否有將毒品讓與第三人等販毒行為，就足以構成「販毒罪」。

參閱立法會針對修改第 17/2009 號法律的第 10/2016 號法律的法案所作之理由陳述，以及第三常設委員會針對該法案作出的第 4/V/2016 號意見書可以確定，立法者制訂此法律是基於：

“第 17/2009 號法律《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》(下稱“禁毒法”)生效至今已超過 6 年。自該法律生效以來，跨境毒品犯罪愈趨猖獗，成為國際社會安全的重大憂患，世界各國均致力加強預防及懲治毒品犯罪的力度。

.....

修訂‘禁毒法’的具體方向主要有四個：... (三) 為避免販毒者以「吸毒罪」規避較重的刑責，加強規管吸毒行為；..... ”

此外，立法者更一再強調，且重申立法目的是為了打擊以「吸毒罪」的空隙逃避「販毒罪」刑責：

“ (三) 吸毒罪中引入毒品數量的限制 (法案第 1 條修改‘禁毒法’第 14 條按照現行‘禁毒法’的規定，「吸毒罪」並無規範行為人所持有毒品數量，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.....，法案建議在「吸毒罪」中引入毒品數量的限制，就是即使符合以「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」，而會以不法生產或販賣麻醉藥品及精神藥物的犯罪論處。..... ”

在本具體案件中，雖然未顯示上訴人 A 持有毒品除吸食外還有其他目的，尤其沒有證實其將所持有的毒品讓予第三人的事實，但上訴人 A 持有的毒品數量已經超過每日用量的 5 倍而超逾 23 日的用量，正正就是立法者為著打擊行為人因超量持有毒品而主張供個人吸食罪之用以逃避以「販毒罪」被起訴的情況。

如此一來，上訴人 A 是否將其所持有的毒品讓予第三人的事實非屬構成「販毒罪」的法定罪狀中必不可少之重要事實，事實上，原審法院亦沒有予以認定，因為即使該等事實未能被認定，並不妨礙原審法院根據經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 14 條第 2

款的規定，以同一法律第 8 條等 1 款規定的「販毒罪」對上訴人 A 論罪。因為倘認為在此情況下，仍需要證明上訴人 A 販毒的事實，這樣設立第 14 條第 2 款的目的就顯得毫無意義了！

因此，我們未能看見原審法院在調查事實時出現了任何遺漏，故不存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項之違反，應裁定此部份的上訴理由不能成立。

另外，上訴人 A 在上訴理由中，亦指被上訴的合議庭裁判沒有考慮上訴人 A 身患乳癌所承受之心理壓力下，促使其吸毒量比一般人大，在此尤其不應單單以超過法定 5 日參考用量，去認定其所持有的毒品數量屬於大量，因而以第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款所規定及處罰之「販毒罪」對其作出處罰，從而指責原審法院無適用同一法律第 11 條之「較輕的生產和販賣罪」(下稱「輕微販毒罪」)論罪的決定是錯誤的，是違反罪疑從輕的原則。

經分析卷宗資料，我們發現無論從何種角度或層面作分析，都無法認同上訴人 A 此上訴理由。

首先，被上訴合議庭已將上訴人 A 因身患癌症所引發的身體和心理壓力而開始吸食毒品的事實列為已證事實，且在事實之判斷中已將上訴人 A 的社會報告書視為在裁判書中全文轉錄；毫無疑問，原審法院在作出法律適用時尤其在認定上訴人 A 行為是否符合經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 11 條「輕微販毒罪」規定的較輕情節，上訴人 A 身心受壓的情況經已列為考量因素之一。

撇除其他眾多因素包括犯罪手段，行為時的方式及情節，對於上訴人 A 認為不能將法定 5 天的吸食用量一般適用在其身上，且指出作為一個患病者在身心壓力下，其吸食量顯然較一般人高，對此辯解我們實在不能苟同。

衆所周知，經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律《禁止

不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》中載有 16 種最經常吸食的毒品之“每日用量參考表”是根據醫學技術的意見、臨床數據以及從吸食者得出可靠資料等，從而法定出每日參考用量的；另外，法律亦規定以 5 日用量為界限，作為區分同一法律第 8 條之「販毒罪」及第 11 條之「輕微販毒罪」的定罪標準，這法定標準絕對不能以上訴人以患病的身心狀況為由而輕易被打破的。

再者，在本具體案件中，上訴人 A 持有的“甲基苯丙胺”的純度淨重已超過 23 日用量，試想倘將 23 日用量的毒品用 5 日服食完畢，這將會對身體健康造成怎樣可怕的後果？這完全是存在致命的可能性！倘若原審法院認定這樣的事實而適用法律，才是真正的不合理及不合法，所以，上訴人 A 指責被上訴的合議庭裁決無適用同一法律第 11 條之「輕微販毒罪」是毫無道理的。

因此，我們認為被上訴的合議庭裁判是正確的，尤其完全無違反經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》第 8 條，第 14 條或第 11 條之規定。

2.關於《刑法典》第 64 條、第 65 條、第 71 條及第 48 條規定之違反

對於上訴人 A 所提出的有關被上訴的合議庭量刑過重，違反《刑法典》第 64 條、第 65 條、第 71 條及第 48 條之規定違反《刑法典》第 44 條第 1 款、及第 48 條之規定，我們完全同意尊敬的檢察官在上訴理由答覆中就此部份所持的立場，認為被上訴判決書並無違反該等法律規定。

本具體案件中，被上訴的合議庭裁判就量刑方面已經全面考慮了《刑法典》第 40 條、第 64 條及第 65 條之規定（詳見卷宗第 183 頁及其背面）。

分析本案卷宗資料，上訴人 A 於 2012 年 9 月份因「輕微販毒罪」

「吸毒罪」及「販毒罪」而被判刑 1 年 9 個月實際徒刑，現已服刑完畢。

上訴人 A 所犯的罪行為本澳常見罪行，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本澳正呈年輕化趨勢，由此產生的社會問題亦十分嚴重；加上，上訴人 A 所持毒品數量雖然一般但純度甚高，可見，其行為的一般預防的要求極高。

就過錯而言，已證事實顯示，上訴人 A 是在清楚了解有關毒品及器具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。

考慮到上訴人 A 作出的行為的罪過程度相當高，所犯罪行的性質及其嚴重性大，亦考慮到可適用的刑罰幅度、案件的具體情況、被扣押違禁物品的性質、純度和數量，以及有關犯罪行為對公共健康及社會安寧所帶來的負面影響，並綜合考慮犯罪預防(無論是特別預防還是一般預防)的需要，事實上，在量刑的問題上，我們看見被上訴法院在「販毒罪」可處 5 年至 15 年徒刑的抽象刑幅間，判處上訴人該項犯罪以 6 年徒刑，而與「不適當持有器具或設備罪」6 個月徒刑競合後，僅共處以 6 年 3 個月徒刑，明顯地，並不存在過重之嫌。

因此，我們認為，被上訴的合議庭對上訴人所科處的刑罰是符合罪刑相適應原則的，並未違反《刑法典》第 40 條、第 64 條、第 65 條及第 71 條之規定。

事實上，我們始終認同原審法院在量刑時在法定刑幅內具有自由裁量的空間，上級法院只有在原審法院的量刑罪刑不符或者刑罰明顯不當的情況才有介入的空間。

另外，基於不符合《刑法典》第 48 條所規定的形式前提而無緩刑的考慮空間。

故此，上訴人 A 此部份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，應維持原判。

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

案件經庭審辯論後查明以下已證事實：

- 2017 年 6 月 6 日晚 7 時左右司法警察局偵查員在獲得嫌犯同意後，依法對嫌犯位於澳門士多紐拜斯大馬路 XXX 的住所進行了搜索，結果在嫌犯睡房衣櫃旁之組合櫃第一格內搜出以下物品：
 - 1. 一個印有“牛樟芝”字樣的水樽，內裝有液體，樽頂插具有兩組吸管及吸管之組件；
 - 2. 一個玻璃器皿；
 - 3. 一個白色紙盒，內裝有以下物品：
 - 一個透明膠袋，內藏有白色晶狀體（連透明膠袋約重 7.43 克；
 - 六個透明膠袋；
 - 一個白色錫紙膠卷；
 - 一個印有“福”字樣的紅色布袋，內有八段吸管。
- （扣押筆錄載於卷宗第 10 頁，此處視為全文轉載）

- 經司法警察局刑事技術廳檢測，上述第 1 和第 2 項物品內及液體中均含有受第 17/2009 號法律第 4 條所規定的附表二 B 所管制之甲基苯丙胺和 N,N-二甲基安非他命成份，而總重 6.694 克的白色晶體內也含有甲基苯丙胺成分，其百分含量為 71%，含量為 4.75 克。
- 次日嫌犯被送至仁伯爵綜合醫院接受尿液檢驗測試後，在其尿液中檢測出甲基苯丙胺 (methamphetamine) 成分和受第 17/2009 號法律第 4 條所規定的附表二 A 所管制的二甲 (甲烯二氧) 苯乙胺 (MDMA) 成份。
- 嫌犯在明知的情況下，自願取得、持有大量受法律所管制的毒品。
- 嫌犯在明知的情況下，自願持有可用於吸食受法律所管制的毒品的物品並吸食毒品。
- 嫌犯清楚知悉其上述行為被法律所禁止，會受法律之相應制裁。
- 另外證明下列事實：
- 根據刑事紀律證明，嫌犯具犯罪記錄：
- 在 CR3-11-0066-PCC 案件中，2012 年 9 月 26 日初級法院判決裁定嫌犯觸犯一項第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款第 1 項所規定及處罰之輕微販毒罪，判處一年六個月徒刑；一項第 17/2009 號法律第 14 條規定及處罰的不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪 (吸毒罪)，判處二個月徒刑；一項第 17/2009 號法律第 15 條規定和處罰之不適當持有器具或設備罪(持有吸毒工具罪)，判處二個月徒刑；三罪競合，判處合共一年九個月實際徒刑之單一刑罰。嫌犯已經服刑完畢，該案所判刑罰已經消滅。

- 嫌犯聲稱其受教育程度為大學學士，為藥房售貨員，月收入約澳門幣 15,000 元至 20,000 元，嫌犯需供養母親。
- 嫌犯因身患癌症所引發的身體和心理壓力而開始吸食毒品。
- 未獲證明之事實：
- 無其他重要事實尚待證明。

三、法律部份

上訴人在其上訴理由認為從原審法院認定之已證事實中沒有證明其持有毒品除純粹吸食外還有其他目的，尤其是將毒品讓與第三人之事實，因而指責被上訴判決獲證明之事實事宜不足以支持就其觸犯「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」(下稱「販毒罪」)而作出裁判。

正如我們一直認為的，所謂的事實不充分的瑕疵僅存在於法院沒有證實必要的可資作出適當法律適用以及決定案件實體問題的事實，法院在審判過程中必須在該刑事訴訟案件的標的包括控訴書或辯護詞所界定的範圍內，對這些事實作調查。然而，上訴人所提出的問題明顯是一個法律問題，也就是涉及是否得到證實一個屬於構成犯罪要件的事實的問題——“已證事實中沒有證明其持有毒品除純粹吸食外還有其他目的，尤其是將毒品讓與第三人之事實”，如果沒有證實這個事實，其結果是必須作出開釋的決定，而上述的事實不足的瑕疵的確定的後果則是對有瑕疵的事實的重新審理。至於是否正如上訴人說主張不存在犯罪構成要件的事實則是另外一回事。

我們看看。

的確，正如上訴人所主張從已證事實中沒有證實上訴人 A 持有毒品除純粹作個人吸食外有其他目的，並且在嫌犯的尿液中檢測出甲基苯丙胺 (methamphetamine) 成份和二甲 (甲烯二氧) 苯乙胺

(MDMA) 成份。然而，這是否意味著不能判處嫌犯觸犯販毒罪了？

答案是否定的。

我們知道，第 10/2016 號法律尤其對第 17/2009 號法律《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》第 8 條及第 14 條的條文作出了新的規定：

“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 (底線是我們劃上的)，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。”

正如尊敬的助理檢察長在意見書所說的，第 10/2016 號法律的修改，改變了一直以來「吸毒罪」沒有規範行為人所持有的毒品數量，並因而新增及引入吸食毒品數量的限制。即使行為人“純粹為供個人吸食(第 14 條第 1 款)”，只要“持有超過 5 天法定參考用量(第 14 條第 1 款)”，則以販毒罪(視乎情況，適用第 7 條、第 8 條或第 11 條的規定)論處。也就是說，行為人為吸食而持有超出一定數量毒品，不問其除吸食外有否其他目的，尤其無需證明行為人是否有將毒品讓與第三人等販毒行為，就足以構成「販毒罪」。²

正如原審法院所正確適用的那樣，嫌犯的行為發生在 2017 年 6

² 參閱立法會針對修改第 17/2009 號法律的第 10/2016 號法律的法案所作之理由陳述，以及第三常設委員會針對該法案作出的第 4/V/2016 號意見書可以確定，立法者制訂此法律是基於：

“第 17/2009 號法律《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》(下稱“禁毒法”)生效至今已超過 6 年。自該法律生效以來，跨境毒品犯罪愈趨猖獗，成為國際社會安全的重大憂患，世界各國均致力加強預防及懲治毒品犯罪的力度。

.....

修訂‘禁毒法’的具體方向主要有四個：... (三) 為避免販毒者以「吸毒罪」規避較重的刑責，加強規管吸毒行為；.....”

此外，立法者更一再強調，且重申立法目的是為了打擊以「吸毒罪」的空隙逃避「販毒罪」刑責：

“(三) 吸毒罪中引入毒品數量的限制(法案第 1 條修改‘禁毒法’第 14 條按照現行‘禁毒法’的規定，「吸毒罪」並無規範行為人所持有毒品數量，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.....，法案建議在「吸毒罪」中引入毒品數量的限制，就是即使符合以「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」，而會以不法生產或販賣麻醉藥品及精神藥物的犯罪論處。.....”

月 6 日晚 7 時，上述新的法律已經生效，自然應該適用第 10/2016 號法律。

在嫌犯住所所搜到的含有甲基苯丙胺和 N,N-二甲基安非他命物質的毒品的每日參考量為 0.2 克，而嫌犯持有該毒品的純量為 4.75 克。超出法定五日的可供吸食 1 克的限量 3.75 克，這仍然超過可以判處觸犯第 11 條所規定的較輕的生產和販賣的限量（1 克）。所以，原審法院判處上訴人觸犯第 8 條的販毒罪的法律適用正確，應該予以維持。

在量刑方面，上訴人的補充上訴理由認為應被判處 2 年徒刑，並予以緩刑。

我們一直認為，原審法院在量刑時在法定刑幅內具有自由裁量的空間，上級法院只有在原審法院的量刑罪刑不符或者刑罰明顯不當的情況才有介入的空間。

原審法院在對上訴人所觸犯的「販毒罪」可處 5 年至 15 年徒刑的刑幅之間，僅判處上訴人 6 年徒刑，面對上訴人曾於 2012 年 9 月份因「輕微販毒罪」、「吸毒罪」及「販毒罪」而被判刑 1 年 9 個月實際徒刑的情節以及對販毒罪的犯罪預防方面的更高要求，這個刑罰沒有任何的過高之處，應該予以維持。

那麼，上訴人要求予以緩刑的主張就沒有被支持的餘地。

上訴人的上訴理由全部不成立。

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，維持被上訴的判決。

判處上訴人繳付 6 個計算單位的司法費以及訴訟費用。

澳門特別行政區，2018 年 4 月 19 日

蔡武彬

司徒民正 (Segue declaração)

陳廣勝

Declaração de voto

Com o presente recurso pretendia a arguida uma alteração da decisão (recorrida) na parte que a condenou como autora material da prática de 1 crime de “tráfico ilícito de estupefacientes”, p. e p. pelo art. 8º da Lei n.º 17/2009, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 10/2016.

E como resulta das conclusões produzidas em sede do seu recurso, é de opinião que: “(...) *não constam dos factos dados como provados, factos que permitam formular um juízo condenatório pelo crime de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; Prova-se apenas que a arguida detém grande quantidade de droga e que consome droga*”, que “*De qualquer das formas, ainda que não se provasse apenas o consumo, o tipo de ilícito penal em apreço sempre seria o de crime de tráfico de menor gravidade (art. 11º)*”, e que “*O julgador devia ter discriminado qual a quantidade de estupefaciente e de substâncias psicotrópicas afecta ao consumo para, por exclusão de partes, se atribuir o remanescente ao crime de tráfico, desde logo por ser importante para a determinação da pena aplicável*”.

Tratando de idênticas questões, tenho vindo a entender que ao

Tribunal compete investigar, ainda que oficiosamente, a finalidade do estupefaciente pelo arguido detido: se era para o seu (exclusivo) consumo, se era para venda ou cedência a terceiros, ou se era para consumo e para venda ou cedência a terceiros, devendo também, (pelo menos), na medida do possível, precisar as suas respectivas quantidades (líquidas), para, com o necessário rigor enquadrar, jurídico-criminalmente, a conduta do arguido, e determinar a pena a aplicar; (cfr., v.g., o Ac. de 12.12.2002, Proc. n.º 117/2002; de 03.04.2003, Proc. n.º 12/2003, e as declarações de voto anexas aos Acs. de 15.01.2004, Proc. n.º 260/2003; de 20.05.2004, Proc. n.º 90/2004; de 22.07.2004, Proc. n.º 160/2004 e de 05.06.2014, Proc. n.º 277/2014).

Este, também, tanto quanto nos parece, o sentido do decidido no Ac. do V^{do} T.U.I. de 10.03.2004, Proc. n.º 6/2004, assim como o de 22.09.2004, Proc. n.º 34/2004; (onde se consignou que *“A incriminação do crime de tráfico de drogas previsto no art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M não exclui a possibilidade de condenação simultânea pela prática do crime de consumo de drogas previsto no art.º 23.º do mesmo Decreto-Lei. Perante a situação de coexistir os actos de detenção de drogas para o consumo pessoal e os mesmos actos para outras finalidades, é necessário apurar a quantidade, entre outras características, da droga para o fim de consumo pessoal e a para outros fins, não só para determinar o crime de tráfico de drogas efectivamente praticado pelo arguido, o normal ou o de quantidades diminutas, mas também para servir de circunstância a ser considerada na graduação da pena concreta”*, e, *“Se da acusação consta que o agente destinava determinada quantidade de estupefaciente para consumo próprio e para*

cedência a terceiro e se qualifica o crime de tráfico como o previsto e punível pelo art. 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, o tribunal de julgamento deve tentar apurar quais as quantidades de estupefaciente para cada um dos fins. Caso o tribunal de julgamento não tente apurar quais as quantidades de estupefaciente para cada um dos fins mencionados na conclusão anterior, a sentença enferma, em princípio, do vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”).

E, a se manter este entendimento, outra deveria de ser a solução que se adoptou no douto Acórdão por este T.S.I. proferido nos presentes autos.

Sucedem que à situação da arguida – dado que os factos ocorreram em 06.06.2017 – aplicam-se as alterações à Lei n.º 17/2009 introduzidas pela Lei n.º 10/2016, nomeadamente, no seu art. 14º que, agora, tem a seguinte redacção:

“1. Quem consumir ilicitamente ou, para seu exclusivo consumo pessoal, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, adquirir ou detiver ilicitamente plantas, substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a IV, é punido com pena de prisão de 3 meses a 1 ano ou com pena de multa de 60 a 240 dias, salvo o disposto no número seguinte.

2. Caso as plantas, substâncias ou preparados que o agente referido no número anterior cultiva, produz, fabrica, extrai, prepara, adquire ou detém constem do mapa da quantidade de referência de uso diário anexo à presente lei, da qual faz parte integrante, e a sua

quantidade exceder cinco vezes a quantidade deste mapa, aplicam-se, consoante os casos, as disposições dos artigos 7.º, 8.º ou 11.º

3. Para determinar se a quantidade de plantas, substâncias ou preparados que o agente cultiva, produz, fabrica, extrai, prepara, adquire ou detém excede ou não cinco vezes a quantidade a que se refere o número anterior, são contabilizadas as plantas, substâncias ou preparados que se destinem a consumo pessoal na sua totalidade, ou aquelas que, em parte, sejam para consumo pessoal e, em parte, se destinem a outros fins ilegais”.

E, (agora), em face do estatuído nos n.ºs 2 e 3 do transcrito comando, impõe-se concluir que o mesmo introduz um “limite relativo à quantidade de droga no crime de «consumo»”, daí resultando que se a quantidade de estupefaciente pelo arguido detida exceder cinco vezes a quantidade de referência de uso diário, o crime cometido deixa de ser o de “detenção para consumo”, (ainda que esta fosse a finalidade do estupefaciente), passando a ser o de “tráfico” do art. 8º ou 11º, consoante a referida quantidade; (neste sentido, v.d., o Parecer n.º 4/V/2016 da 3ª Comissão Permanente da A.L.).

Nesta conformidade, face à factualidade dada como provada, e sendo que aos Tribunais não cabe julgar as leis, mas julgar segundo as leis, subscrevo o douto Acórdão que antecede.

Macau, aos 19 de Abril de 2018

José Maria Dias Azedo