

編號：第 19/2018 號 (刑事上訴案)

上訴人：A(A)

日期：2018 年 3 月 1 日

主要法律問題：

- 審查證據方面明顯有錯誤
- 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判
- 不適當持有器具及設備罪
- 量刑過重
- 緩刑

摘 要

1. 事實上，警方對第一嫌犯及第二嫌犯的手機及短訊資料作出分析後，查獲屬於第四嫌犯使用之手機與他們之間存在多次共同聯繫(詳見第 283 頁至 285 頁的電話分析報告)。而負責分析的司警人員 E，亦出席了庭審並以證人身份作證(卷宗第 483 頁)。原審法院是根據這些證據而對有關事實作出認定的。

因此，原審法院對第四嫌犯是否作出聲明的錯誤認定並不影響原審對第一嫌犯與第四嫌犯之間存在電話聯繫的認定，有關的錯誤並非重要的。

另一方面，上訴人被拘捕時身上懷有大量含甲基苯丙胺的透明晶體和藥丸，不同種類的大小和顏色小膠袋，以及用以量重分鎖的電子磅，再結合有關的電話短訊資料，這些證據亦足以讓原審法院認定上訴人販賣毒品的事實。

2. 原審判決所依據的事實充足，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。

3. 根據原審已證事實，上訴人持有飲管、小膠袋及錫紙，並用作吸食有關毒品之工具。

但是這些器具不具有專門性及耐用性的特點，對持有這些器具不能作出懲罰。

4. 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。此外，近年來非本澳人士在澳從事販毒活動屢見不鮮，因此一般預防的要求亦須相對提高。

5. 由於上訴人的上訴理由不能成立，因此，上訴人被判處的徒刑仍超過三年，根據《刑法典》第 48 條之規定，上訴人並不具備條件暫緩執行被判處的徒刑。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 19/2018 號 (刑事上訴案)

上訴人：A(A)

日期：2018 年 3 月 1 日

一、 案情敘述

於 2017 年 11 月 10 日，第一嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR3-17-0181-PCC 號卷宗內，被裁定以直接正犯及既遂方式觸犯：

- 一項第 17/2009 號法律第 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，被判處七年六個月徒刑；
- 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，被判處二個月徒刑；及
- 一項第 17/2009 號法律第 15 條規定及處罰的不適當持有器具或設備罪，被判處二個月徒刑。
- 上述三罪競合，第一嫌犯合共被判處七年九個月實際徒刑之單一刑罰。

第一嫌犯 A 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. 原審法院在認定事實方面存有上述多項瑕疵，因而該等事實不

應予以證實。

2. 就本案判決書中獲證明之事實第三條，由於第四嫌犯在聽證中保持沉默，並未作出任何聲明，亦不存在其他客觀證據證明該條所述的事實存在，而原審法庭在證據審查上存在明顯錯誤並違反證據審查規則，故相關事實不應獲得證實；
3. 就本案判決書中獲證明之事實第八條關於上訴人在本澳吸毒的事實，僅單憑一張不知何時何地拍攝的照片，及一份在上訴人入境澳門後不久作出的驗尿報告，上訴人認為並不足以認定上訴人曾在澳門吸食毒品，故其被指控的一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」應予以開釋；
4. 本案判決書中獲證明之事實第九條至第十一條中關於上訴人所持有的手提袋歸屬、上訴人是否知悉該手提袋內存有毒品以及其持有手提袋的目的方面的事實，亦應因缺乏充份證據而不得以證實；
5. 而本案判決書中獲證明之事實第十四條指在上訴人房間內的衣櫃在搜獲毒品，然而該涉案單位在警方到達前已被反鎖，且相關房間及衣櫃均可自由開啟，故並無客觀證據證明該房間衣櫃內的毒品是何人放置，更不能證明屬上訴人所有，故相關第十四條的事實亦不應獲得證實；
6. 綜合上述所有事實部分中存在的瑕疵，應判處該等事實未能證實而就上訴人的一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物」罪予以開釋。
7. 另一方面，本案中上訴人被指持有的飲管、小膠袋及錫紙並非吸毒的專門用具，屬日常生活用具，不具有專用性，故不符合第 17/2009 號法律第 15 條規定及處罰的「不適當持有器具或設

備罪」的要件，應予以開釋。

8. 上訴人認為原審判決並未充份考慮對上訴人有利之一切情節，尤其未考慮《刑法典》第 65 條規定對可科處非剝奪自由的刑罰的犯罪仍然判處徒刑，該等部分屬量刑過重；
9. 即使法院認為必須判處徒刑，亦未充份考慮《刑法典》第 40 條刑罰的目的，因此針對上訴人所被判處之徒刑，應改判較輕之徒刑，並在符合第 48 條的規定之情況下，予以暫緩執行。

請求

綜上所述，和依賴法官閣下的高見，應裁定本上訴理由成立，撤銷被上訴之合議庭裁判，繼而對上訴人被判處之：

(一)一項「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」、「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」及一項「不適當持有器具或設備罪」予以開釋；

如法院不認同，亦請求：

(二)為上述三項犯罪訂定較低之刑罰，並給予緩刑機會。

請求尊敬的中級法院法官閣下一如既往作出公正裁決，以彰顯公義！

檢察院對上訴人的上訴作出了答覆，並提出以下理據(結論部分)：

1. 就上訴人質疑電話 63.....的真實使用者身份，在已證事實和經庭審審查的卷宗資料十分清晰該電話使用者為本案第四嫌犯 D。
2. 上訴人是在現行犯情況下被拘捕。
3. 在已證事實中，上訴人被警方拘捕時身上懷有大量含甲基苯丙胺的透明晶體和藥丸，不同種類的大小和顏色小膠袋，及後在其住所搜獲供食毒品器具、毒品和慣常用以量重分銷電子磅，

這些均足以確認上訴人販賣毒品的事實。

4. 有一點是確實的，原審法院在判決中指第 4 嫌犯作出聲明，該嫌犯否認使用手提電話，否認用該電話號碼綁定的微信第一嫌犯聯絡購買毒品；事實第 4 嫌犯在庭上是保持沉默。
5. 然而我們可以注意，原審法院對上訴人的裁判，並無關係第 4 嫌犯的承認與否，因為用以確認上訴人使用電話聯絡第 4 嫌犯，是經審查警方的電話分析和報告，認定上訴人販賣毒品是基於上訴人身上和住所被搜獲的毒品、包裝、分銷器具及其他事實。
6. 因此，有關瑕疵並無觸動上訴人販賣毒品的事實，對形成裁判之事實不生影響。
7. 在證據的審查方面，澳門刑事訴訟法奉行自由心證原則，法官根據一般經驗法則和其自由心證對呈堂證據作的評價，除非明顯違背證據限定規則或明顯違背一般經驗法則，否則其心證不應受到質疑，亦不受上級法院審查。
8. 在證據認定方面，上訴人在此僅是陳述了其所認為的事實版本，更多是屬上訴人分析、推理和質疑內容，這遠遠不能超越原審法院在綜合所有法庭上所審查得的證據後，對有關事實作出的認定。
9. 上訴人只是單純以其認為應予以認定的事實來質疑原審法院對事實的認定，以表達他對法院所認定的事實的不同意見，不過其是試圖通過提出瑕疵，質疑法院的自由心證，這顯然違反《刑事訴訟法典》第 114 條的相關規定。
10. 環顧目前吸毒者的環境，除了傳統的鴉片煙等有其特定器具用於吸食外，近數十年來社會出現的新興毒品和以甲基苯丙胺混合而成的晶體和藥丸及粉末，眾所周知是可以使用水樽、吸管

和錫紙等器物協助進行吸食。

11. 綜觀第 15 條不適當持器具或設備法律條文，就吸食毒品器具方面字面中是不存在專門或特供等字樣或內容，換言之，我們應依據吸毒者持有的器具用最現實的環境和境遇來確定是否具有吸食毒品效用和結果
12. 就適用第 17/2009 號法律第 15 條「不適當持有器具或設備罪」規定，我們可以逐一分析條文立法真意。
13. 從該法律條文可以清晰看到，環視整個條文中段部分，內容是「而不適當持有任何器具或設備者」，條文中沒有加上「專用」、「專門」、「特定」，「專供」等字樣，顯示立法者定立這條文時理解和因應毒品世界的迅速轉變格局，使用的吸毒器具或設備可以是日常生活中任何一般性用品，即生活中任何器具只要變更其用途而用於吸毒行為即可成為吸毒器具，因此製定這條文時，將器具定義設以相對開闊的範圍，這是一項回應實務工作而制定的條文。
14. 我們還可以將 17/2009 號法律第 15 條內容進一步深入剖析，如這條文立法時有將吸毒器具和設備定為特定的用具，其內容應傾向於諸如「持有專供製造或施用毒品之器具者」，立法者無此類似內容。由此觀之，第 15 條內容立法之初在器具種類上即無專門性之意，足顯立法者智慧。
15. 從處罰內容看，不適當持有器具或設備罪最高處罰為 3 個月徒刑或科處最高 60 日罰金。刑罰與同法第 14 條相同。倘若 15 條所指器具存有「專用」、「專門」、「特定」或「專供」意言，則處罰豈能是 3 個月，觀乎鄰近地區均在一年以上徒刑，刑罰高低雖有地域和社會文化差異，仍能提供我們參考，以導引我們

重新審視第 15 條所規定和處罰的不適當持有器具或設備的立法真章。

16. 本案中，在上訴人房間內搜獲的吸食毒品時使用的工具，這雖然屬一般生活用品，當用於吸食毒品時，即成為吸毒器具，這完全觀乎如何使用。
17. 上訴人 7 月 18 日入境，7 月 20 日凌晨即入境第 2 日將毒品帶於身上往假日酒店附近向途人兜售，當日凌晨零時 50 分被警員巡邏時截獲及在其身上搜獲毒品，可見上訴人並非單純來澳門旅遊之旅客，而屬有備而來。
18. 上訴人的犯罪故意程度高，其犯罪行為破壞社會安寧和為特區帶來極大負面影響。另方面，販賣毒品犯罪是一嚴重罪行，在澳門日門屢見不鮮。
19. 因此，一般預防的要求較高。而在具體量刑方面，原審法院已遵守《刑法典》第 40 條，第 48 條和第 65 條規定，考慮到上訴人的犯罪事實和情節的嚴重情度，犯罪行為對社會安寧帶來的負面影響大，原審法院作出三罪競合判處 7 年 9 個月實際徒刑之單一刑罰實屬適當，刑罰份量是正確和平衡的，因此，刑罰份量的確定不具任何瑕疵，應維持原審判決。
20. 綜上所述，本院認為，上訴人的上訴理由不成立，應予駁回。
尊敬的中級法院在分析一切理據後，請作出公正裁決。

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，認為上訴人提出的上訴理由不成立，應維持原審判決所有內容及駁回上訴。

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. 第一嫌犯 A 於 2016 年 5 月至 7 月多次出入本澳。
2. 第四嫌犯 D 有吸食毒品“冰”的習慣。
3. 2016 年 6 月，第四嫌犯利用其父親 F 名下的手提電話 63.....內的聊天程式微信認識第一嫌犯 A，得知第一嫌犯為販毒人士，第四嫌犯每星期向第一嫌犯購買三至四次毒品“冰”，每次以澳門幣壹仟元(MOP\$1,000)購買一包毒品“冰”，在第一嫌犯位於新口岸租住的單位內交易並吸食毒品(第 298 至 300 頁)。
4. 同年 7 月上旬，第一嫌犯 A 與其女朋友“G”在本澳賭博期間，在假日娛樂場認識第二嫌犯 B 及其女朋友，即第三嫌犯 C，第二嫌犯得知第一嫌犯為販毒人士，之後雙方交換了微信帳號保持聯絡。
5. 第一嫌犯、第二嫌犯及第三嫌犯都有吸毒的習慣，第二嫌犯便邀請第一嫌犯到其位於澳門.....街.....閣...樓...室住所居住其中一個房間，第二嫌犯與第三嫌犯 C 住另外一個房間。
6. 7 月 17 日，第二嫌犯及第三嫌犯經邊境站入境本澳，並入住上述單位(第 53、65 頁)。
7. 7 月 18 日，第一嫌犯經邊境站入境本澳，亦入住上述單位(第 47 頁)。

8. 第一嫌犯、第二嫌犯及第三嫌犯在上述單位內一起吸食毒品(第 75 頁)。
9. 7 月 20 日凌晨，第一嫌犯將部份毒品放在其房間衣櫃的褲子內，將“冰”、麻古、3 粒壯陽藥、多支吸食毒品的工具飲管、小膠袋、錫紙及量度毒品的電子磅的裝進啡色手提袋，帶往假日酒店附近向途人兜售。
10. 凌晨約零時 50 分，治安警察局警員 H 巡經總統酒店時將第一嫌犯截獲。
11. 警方在第一嫌犯手持的啡色手提袋內搜出一個藍色口香糖膠盒，盒內有三個盛裝透明晶體的小膠袋，分別約重 0.79 克、0.9 克及 0.94 克；一個盛裝啡色晶體之膠袋，約重 0.62 克；一個紅色香煙盒，盒內有一個錫紙包裹著盛裝透明晶體的膠袋，約重 11.32 克、盛載 10 粒紅色藥丸的小透明膠袋、由紅色膠袋盛載 28 粒紅色藥丸的紅色邊透明膠袋，兩個小透明膠袋；3 顆有包裝封口，印有甲磺酸明膠囊，適用於男性勃起功能障礙字樣的啡色藥丸，分別約重 0.78 克、0.78 克及 0.82 克；二十枝透明吸管；一個印有超強韌無間道無鋁解字樣裝有長型錫紙黑色長紙盒；一個裝有錫紙綠色圓形膠盒；一個裝有 9 張已摺疊銀色錫紙的白色紙套；一個裝有 7 張已摺疊銀色錫紙的銀色金屬咭片盒；六十個沒有盛物之透明小膠袋；九個細小透明膠袋及一個銀色電子磅；兩部手提電話(第 11 至 25 頁)。
12. 警方帶第一嫌犯到其居住的澳門.....街.....閣...樓...室住所，由第三嫌犯開門。
13. 第三嫌犯見警方到來即暗中以其微信帳號“XX XX”向第二嫌犯的微信帳號“Y”發出信息“警察來了、查房、A 帶進來了”(第 75

至 76、78 頁)。

14. 警方在第一嫌犯房間衣櫃內的一條黑綠色格仔圖案短褲搜出一個黑色小布袋；一個盛有透明晶體的小透明膠袋，約重 1.34 克；一個盛有透明晶體的小透明膠袋，約重 0.87 克；一個有白色紙巾包裹著的藍色膠袋，袋內有 116 粒紅色藥丸，約重 13.04 克；一個盛有透明晶體的小透明膠袋，約重 27.89 克；一個盛有紅色透明晶體的小透明膠袋，約重 8.32 克；一個盛有啡色不知名粉末的小透明膠袋，約重 0.85 克；一個印有優選原生自然的紙巾膠袋，內有一個盛有透明晶體的小透明膠袋，約重 29.92 克(第 31 至 35、70 至 74 頁)。
15. 同日早上 7 時 02 分，第二嫌犯收到第三嫌犯的微信通知，立即用其微信帳號“Y”通知第一嫌犯的女朋友，並欲從關閘邊境站離境時被截獲(第 77 頁)。
16. 同日分別於早上 8 時 30 分及早上 10 時 15 分，三名嫌犯到仁伯爵綜合醫院進行尿液藥物檢驗，檢驗報告均顯示三嫌犯體內含有麻醉品或精神科物質甲基安非他命(METHAMPHETAMINE)，俗稱冰及亞甲雙氧基安非他命(MDMA ECSTASY)，俗稱搖頭丸(第 48 至 49、55 至 56、66 至 67 頁)。
17. 經化驗證實，上述從第一嫌犯手持的啡色手提袋內搜出一個口香糖膠盒，盒內有三個盛裝透明晶體的小膠袋，重為 2.254 克，含有第 17/2009 號法律第 4 條內表 II-B 中所列之甲基苯丙胺，淨重 1.48 克；一個盛裝啡色晶體之膠袋，重為 0.474 克，含有第 17/2009 號法律第 4 條內表 II-B 中所列之甲基苯丙胺，淨重 0.324 克；一個紅色香煙盒，盒內有一個錫紙包裹著盛裝透明晶體的膠袋，重為 10.784 克，含有第 17/2009 號法律第 4 條內表 II-B

中所列之甲基苯丙胺，淨重 7.49 克；一個盛載 10 粒紅色藥丸的小透明膠袋，重為 0.974 克，含有第 17/2009 號法律第 4 條內表 II-B 中所列之甲基苯丙胺，淨重 0.058 克；由紅色膠袋盛載 28 粒紅色藥丸的紅色邊透明膠袋，重為 2.7 克，含有第 17/2009 號法律第 4 條內表 II-B 中所列之甲基苯丙胺，淨重 0.171 克；在第一嫌犯的房間衣櫃內的一條黑綠色格仔圖案短褲搜出一個黑色小布袋；一個盛有透明晶體的小透明膠袋，重 0.846 克，含有第 17/2009 號法律第 4 條內表 II-B 中所列之甲基苯丙胺，淨重 0.585 克；一個盛有透明晶體的小透明膠袋，重 0.383 克，含有第 17/2009 號法律第 4 條內表 II-B 中所列之甲基苯丙胺，淨重 0.269 克；一個有白色紙巾包裹著的藍色膠袋，袋內有 116 粒紅色藥丸，重為 11.335 克，含有第 17/2009 號法律第 4 條內表 II-B 中所列之甲基苯丙胺淨重 0.757 克；一個盛有透明晶體的小透明膠袋，重 26.963 克，含有第 17/2009 號法律第 4 條內表 II-B 中所列之甲基苯丙胺，淨重 19 克；一個盛有紅色透明晶體的小透明膠袋，淨重 6.685 克，含有第 17/2009 號法律第 4 條內表 II-B 中所列之甲基苯丙胺，淨重 4.92 克；一個盛有啡色不知名粉末的小透明膠袋，重 0.55 克，含有第 17/2009 號法律第 4 條內表 II-B 中所列之甲基苯丙胺，淨重 0.0136 克；一個印有優選原生自然的紙巾膠袋，內有一個盛有透明晶體的小透明膠袋，重 29.29 克，含有第 17/2009 號法律第 4 條內表 II-B 中所列之甲基苯丙胺，淨重 20.9 克(第 308 至 315 頁)。

18. 四名嫌犯清楚知悉上述毒品的性質。
19. 第一嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，為獲取不法利益，在未經許可的情況下，在本澳出售有關毒品及持有吸食毒品的

工具。

20. 第一嫌犯、第二嫌犯及第三嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，明知冰及搖頭丸屬澳門受管制之麻醉藥品及精神藥物，仍然未經許可吸食。
21. 第四嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，明知“冰”屬澳門受管制之麻醉藥品及精神藥物，仍然未經許可吸食。
22. 四名嫌犯清楚知道其行為是法律所不容，且會受法律制裁。

另外，證明下列事實：

23. 根據刑事紀錄證明，第一嫌犯、第二嫌犯及第三嫌犯均無犯罪記錄。
24. 根據刑事紀錄證明，第四嫌犯有犯罪記錄：
於 CR4-17-0266-PCC 案中，第三嫌犯被控告，現待決。
25. 第一嫌犯聲稱其受教育程度為小學六年級，羈押之前在澳門作扒仔幾個月，沒有賺錢，無家庭及經濟負擔。
26. 第二嫌犯的個人狀況、經濟狀況及受教育程度不詳。
27. 第三嫌犯在檢察院被訊問時聲稱其學歷程度為初中，無業，無家庭及經濟負擔。
28. 第四嫌犯聲稱其學歷程度為高中畢業，無業，靠家人支持及自己積蓄生活，需供養祖母、父母。

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：第二嫌犯及第三嫌犯在上述單位內以港幣伍佰元 (HKD\$500) 一顆“麻古”及港幣叁佰伍拾元 (HKD\$350) 一克“冰”向第一嫌犯購買毒品。

審查證據方面，原審法院在事實的判斷中作出如下說明：

“經嚴謹、客觀、綜合和批判分析了於審判聽證中所得之證據，特別是第一嫌犯、第三嫌犯、第四嫌犯及各證人所作的聲明，結合在審判聽證中審查的書證、扣押物證及其他證據後，本合議庭認定上述事實，特別指出：

第一嫌犯在審判聽證中作出聲明，該嫌犯否認提供毒品給他人。第一嫌犯聲稱：其在賭場疊碼期間沒有賺到錢，因而認識了第二嫌犯 B；和 B 認識之後，B 問嫌犯要不要來澳門工作，嫌犯同意；嫌犯問 B 是什麼工作，B 說送貨，問送甚麼貨，B 說到澳門再說；嫌犯知道 B 在澳門是帶小姐的；嫌犯沒有想過 B 說的送貨工作送什麼貨，沒有對 B 不坦白告訴其送什麼貨產生懷疑；嫌犯和 B 曾經一起在房間吸毒，毒品是 B 帶回家的；嫌犯被截查當天，是和 B 一起外出吃飯，嫌犯決定不帶包，B 見嫌犯不帶包，便讓嫌犯拿 B 的包，包內的手機是嫌犯的，因為沒有地方放，所以放進 B 的手袋內，嫌犯只是幫 B 拿著手袋，不知道包內有毒品；房內的毒品不是自己的，是 B 的。

第二嫌犯缺席審判聽證。

第三嫌犯缺席審判聽證。依第三嫌犯申請，合議庭當庭宣讀了其於檢察院被訊問之聲明，第三嫌犯的聲明載於卷宗第 109 頁及第 110 頁，包括所轉錄的第 3 頁至第 4 頁內容聲明，為著適當的法律效力，在此視為全文轉錄。

第四嫌犯 D 在審判聽證中作出聲明，該嫌犯否認使用有關電話，否認用以該電話號碼綁定的微信和第一嫌犯聯絡購買毒品。

司警偵查員 E 在審判聽證中作出聲明，客觀講述了調查案件之經過。

治安警員 H 於審判聽證中作出聲明，清楚客觀講述了事情之經過。

證人聲稱:當時，發現第一嫌犯站在斑馬線前，神色慌張，於是截查第一嫌犯，要求第一嫌犯打開手袋，證人發現手袋內有錫紙，證人便意識到可能是毒品，便帶第一嫌犯回到警署調查，第一嫌犯後來說是手袋是其他人的，證人回想，在截查第一嫌犯時，好像有另一人在 7、8 米處跟著第一嫌犯。

治安警員 I 於審判聽證中作出聲明。證人表示:當日其是值日警員，只負責處理接受案件。

治安警員 J 於審判聽證中作出聲明，清楚客觀講述了調查案件之經過。證人聲稱：第一嫌犯開始說有關毒品是自己的，後來又說是 B 的，並解釋之前的說法是自己是害怕。

卷宗內的化驗報告證實了被扣押物質所含毒品的性質及重量。

第一嫌犯的社會報告書陳述分析了該嫌犯的成長生活狀況和人格特徵，報告書載於卷宗第 405 頁至 409 頁，為著適當的法律效力，在此視為全文轉錄。

卷宗第 298 至 300 頁調查文件顯示：第四嫌犯使用上述由其父親登記的電話及與第一嫌犯聯絡購買毒品。

第 75 頁第二嫌犯微信通訊內的照片顯示：在第二嫌犯身後，第一嫌犯正在吸食毒品。

第二和第三嫌犯的尿檢報告顯示三人曾經吸食過毒品。

雖然第一嫌犯否認，但是，根據卷宗證據，依照經驗法則，第一嫌犯聲稱只是幫助第二嫌犯拿著手袋的說法不予採信，得以證明該嫌犯參與包管及出售毒品。

雖然第二嫌犯下落不明，本案的證據，特別是其尿檢報告，得以顯示在澳門曾吸食毒品。

雖然第三嫌犯否認其有吸毒習慣，但是，根據卷宗資料，特別是其

尿檢報告，得以嫌犯該嫌犯在澳門曾吸食過毒品。

雖然第四嫌犯雖然否認，但是根據卷宗資料，依照經驗法則，得以證明該嫌犯使用其父親登記的手提電話，並使用該手提電話所綁定的微信向第一嫌犯購買毒品。”

三、 法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 審查證據方面明顯有錯誤
- 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判
- 不適當持有器具及設備罪
- 量刑過重
- 緩刑

1. 上訴人指出原審法院把第四嫌犯在庭審期間保持沉默的態度誤認為第四嫌犯在庭上曾作出聲明及否認曾使用涉案之電話及否認曾以微信和上訴人(第一嫌犯)聯絡購買毒品。另外，從卷宗其餘證據，不足以認定上訴人曾在本澳吸毒及在被拘留後警方在其住所房間內搜獲之毒品屬於其本人。上訴人認為原審法院判決患有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項規定審查證據方面明顯有錯誤的瑕疵。

根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c)項規定，上訴亦得以審查證據方面明顯有錯誤為依據，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 2001 年 3 月 16 日，在第 16/2000 號刑事上訴案判決中認定：“審查證據中的明顯錯誤是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現。”

原審法院在判決中認定第四嫌犯 D 否認有關指控，而在第 483 頁的審判聽證紀錄中亦載明第四嫌犯自願且主動對訴訟標的作出聲明。

然而，根據審判聽證的錄音紀錄，第四嫌犯在審判聽證中行使沉默權，並未對訴訟標的作出聲明。

關於審判聽證紀錄上的錯誤的記載並不屬於《刑事訴訟法典》第 344 條所規定的無效情況，因此，按照《刑事訴訟法典》第 110 條規定，是一種不當情事，但上訴人並未有在法定期限內對上述不當情事提出爭辯。

另外，原審法院在判決中把第四嫌犯的沉默誤認為第四嫌犯作出聲明，否認以有關電話和第一嫌犯聯絡購買毒品，是否就自動引致出現審查證據明顯錯誤的瑕疵呢？

首先，根據原審法院對事實判斷的說明，由於原審法院記載第四嫌犯否認有關指控，所以第四嫌犯的聲明與否對原審法院認定第四嫌犯與第一嫌犯透過電話聯系購買毒品的事實並沒有任何積極作用。

事實上，警方對第一嫌犯及第二嫌犯的手機及短訊資料作出分析後，查獲屬於第四嫌犯使用之手機與他們之間存在多次共同聯繫(詳見第 283 頁至 285 頁的電話分析報告)。而負責分析的司警人員 E，亦出席了庭審並以證人身份作證(卷宗第 483 頁)。原審法院是根據這些證據而對有關事實作出認定的。

因此，原審法院對第四嫌犯是否作出聲明的錯誤認定並不影響原審對第一嫌犯與第四嫌犯之間存在電話聯繫的認定，有關的錯誤並非重要的。

另一方面，上訴人被拘捕時身上懷有大量含甲基苯丙胺的透明晶體和藥丸，不同種類的大小和顏色小膠袋，以及用以量重分鎖的電子磅，再結合有關的電話短訊資料，這些證據亦足以讓原審法院認定上訴人販賣毒品的事實。

從經驗法則及邏輯的角度考慮，上述的證據可客觀、直接及合理地證明上訴人實施了有關罪行，而原審法院在審查證據方面，除了上述不重要的錯誤，並不存在其他明顯錯誤。

事實上，上訴人是在質疑原審法院對事實的認定，以表達他對合議庭所認定的事實的不同意見來試圖質疑法官的自由心證，這是法律所不允許的。

當然，不受質疑的自由心證必須是在以客觀的、合乎邏輯及符合常理的方式審查分析證據的基礎上所形成的心證。

但在本案中，原審法院在審查證據方面並未違背以上所提到的任何準則或經驗法則，因此，上訴人不能僅以其個人觀點為由試圖推翻原審法院所形成的心證。

故此，上訴人提出的上述上訴理由並不成立。

2. 上訴人亦指出原審法院單憑從上訴人居住的房間衣櫃內發現的毒品，並不足以認定屬於上訴人所管有，認為原審判決違反患有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a) 項“獲證明之事實上之事宜不足以支持作出該裁判”的瑕疵。

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。”

同樣理解可見於 Germano Marques da Silva 教授所著的“刑事訴訟課程 III”^[1]。

[1] “A contradição insanável da fundamentação respeita antes de mais à fundamentação da matéria de facto, mas pode respeitar também à contradição na própria matéria de facto (fundamento da decisão de direito). Assim, tanto constitui fundamento de recurso ao abrigo da alínea b) do n.º 2 do art. 410.º a contradição entre a matéria de facto dada como provada ou como provada e não provada, pois pode existir contradição insanável não só entre os factos dados como provados, mas

根據本案卷宗資料顯示，原審法院在審判聽證中已對案件標的之全部事實事宜進行調查，除了認定控訴書內的事實，亦審查了上訴人所提出的辯解，並作出了相關事實的認定。因此，沒有存在查明事實的漏洞。

根據原審法院已確認之事實：

“警方在第一嫌犯房間衣櫃內的一條黑綠色格仔圖案短褲搜出一個黑色小布袋；一個盛有透明晶體的小透明膠袋，約重1.34克；一個盛有透明晶體的小透明膠袋，約重0.87克；一個有白色紙巾包裹著的藍色膠袋，袋內有116粒紅色藥丸，約重13.04克；一個盛有透明晶體的小透明膠袋，約重27.89克；一個盛有紅色透明晶體的小透明膠袋，約重8.32克；一個盛有啡色不知名粉末的小透明膠袋，約重0.85克；一個印有優選原生自然的紙巾膠袋，內有一個盛有透明晶體的小透明膠袋，約重29.92克(第31至35、70至74頁)。...

第一嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，為獲取不法利益，在未經許可的情況下，在本澳出售有關毒品及持有吸食毒品的工具。”

故此，原審判決所依據的事實充足，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。

também entre os dados como provados e os não provados, como entre a fundamentação probatória da matéria de facto.
A contradição pode existir também entre a fundamentação e a decisão, pois a fundamentação pode apontar para uma dada decisão e a decisão recorrida nada ter com a fundamentação apresentada.” – Prof. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, III, ed. VERBO, pág.340 a 341

另一方面，正如助理檢察長在意見書中的見解：

“上訴人質疑單憑從上訴人居住的房間衣櫃內發現的毒品，不足以認定屬於上訴人所管有的主張，我們認為同樣欠缺充份理由。

從卷宗內所獲得的證據顯示，我們看不到理由否定原審法院的認定，因為這認定完全符合常理及經驗法則。反之，上訴人的主張即有關毒品是其他人放進衣櫃而非上訴人，可以說是以一個發生機率極低的假設來否定事實。

需知道，只要當能認定事實的證據強度能達到基本排除合理疑問時，即可視該事實為已證事實，而法律從沒有要求審判者要完全排除疑點的情況下才能確認該事實。

換句話說，當審判者在內心深處認為事實的可信程度達到一個合理水平，同時，疑問的存在未能達至合理動搖其已形成的事實判斷的話，應把該事實視為已證。

基於此，上訴人的主張只屬於其本人個人的主觀認定，對原審法院的不同或相反認定不具有任何約束力，更遑論只有其主張屬於事實的真正版本。

至於上訴人不同意原審法院認定其本人曾與第二嫌犯一起吸毒的立場，同樣是理據不足。而原審法院亦交待了其採信該事實的理由。透過卷宗第 75 頁，從第二嫌犯手機機中所截錄的圖片，清楚看到第一嫌犯正在以俗稱“追龍”的方式進行吸毒。從圖片顯示的內容，雖不能清楚了解吸食的是何種物質，但是，經驗法則告訴我們，沒有任何一種正常的食物和飲料的食用是以如圖片展示的方式進行的。相反，是屬於一種吸毒常見的方法。

另外，上訴人忘記了，被拍下的圖片在手機內是有時間、日期、甚至地點等資料記錄的，並不是如上訴人所主張般不能確認圖片拍下的時

間。”

故此，上訴人提出的上述上訴理由亦不成立。

3. 上訴人提出，其持有之器具不具有專門性及耐用性的特點，因此，應開釋原審法院判處其一項不適當持有器具或設備罪。

根據第 17/2009 號法律第 15 條規定：“意圖抽食、吸服、吞服、注射或以其他方式使用表一至表四所列植物、物質或製劑，而不適當持有任何器具或設備者，處最高三個月徒刑，或科最高六十日罰金。”

上訴人被裁定觸犯一項第 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」，判處二個月徒刑。

關於這個問題，借用本院 2015 年 7 月 28 日第 669/2015 號案件裁判書內的見解：“在考慮到有關法條擬保護的法益，我們一直認為，所懲罰的不適當持有器具或設備行為罪的客體“器具”必須是具有專用性的特點，而不能單純的被用於吸毒的任何物品。關鍵在於，這個罪名是一個危險犯，只要持有這些器具就構成犯罪，如專門用於吸食鴉片的煙斗。”

根據原審已證事實，上訴人持有飲管、小膠袋及錫紙，並用作吸食有關毒品之工具。

但是這些器具不具有專門性及耐用性的特點，對持有這些器具不能作出懲罰。

因此，本案中，應開釋上訴人被控的一項不適當持有器具或設備罪。

4. 上訴人認為原審判決並未充份考慮對上訴人有利之一切情節，尤其未考慮《刑法典》第 65 條規定對可科處非剝奪自由的刑罰的犯罪仍然判處徒刑，該等部分屬量刑過重。

《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。

上訴人所觸犯：

- 一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰的「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；
- 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」，可被判處一個月至三個月徒刑或科十日至六十日罰金；

本文中，上訴人身上和住處發現的毒品數量已不少，當中甲基苯丙胺共淨重 55.9676 克，足夠 139 天的每日用量，在本澳出售有關毒品。另外，上訴人跟第二、三嫌犯吸食“冰”及“搖頭丸”的毒品。

上訴人非為本澳居民，對於上訴人有利的情節為上訴人為初犯，沒有其他刑事紀錄。

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。此外，近年來非本澳人士在澳從事販毒活動屢見不鮮，因此一般預防的要求亦須相對提高。

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販毒罪判處七年六個月徒刑，一項吸毒罪判處二個月徒刑，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。

然而，本院裁決開釋上訴人被控的一項不適當持有器具或設備罪，因此，對上訴人的刑罰作出重新競合：

原審裁定上訴人觸犯：

- 一項第 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」，被判處七年六個月徒刑；
- 一項第 17/2009 號法律第 14 條所規定及處罰的「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」，被判處二個月徒刑；
- 兩罪競合，現判處上訴人七年七個月徒刑之單一刑罰。

5. 上訴人亦提出了如上述理由成立，給予緩刑。

根據《刑法典》第 48 條之規定，經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪情節後，認定僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的，法院得將所科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。

由於上訴人的上訴理由不能成立，因此，上訴人被判處的徒刑仍超過三年，根據《刑法典》第 48 條之規定，上訴人並不具備條件暫緩執行被判處的徒刑。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人 A 的上訴理部分成立，開釋上訴人被控的一項不適當持有器具或設備罪，因此，對上訴人的刑罰作出重新競合：

原審裁定上訴人觸犯：

- － 一項第 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」，被判處七年六個月徒刑；
- － 一項第 17/2009 號法律第 14 條所規定及處罰的「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」，被判處二個月徒刑；
- － 兩罪競合，現判處上訴人七年七個月實際徒刑之單一刑罰。

判處上訴人繳付 12 個計算單位之司法費，以及三分之二上訴的訴訟費用。

訂定上訴人辯護人辯護費為澳門幣 2,500 圓。

著令通知。

2018 年 3 月 1 日

譚曉華 (裁判書製作人)

蔡武彬 (第一助審法官)

司徒民正 (第二助審法官)
(Segue declaração).

Processo nº 19/2018

(Autos de recurso penal)

Declaração de voto

Subscrevo o douto Acórdão que antecede com as seguintes notas em relação à sua fundamentação:

- Quanto à questão colocada em relação à “decisão da matéria de facto” do Acórdão recorrido:

Dúvidas não havendo e mostrando-se de se ter como assente que “na audiência de julgamento o 4º arguido fez uso do seu direito ao silêncio”, evidente é o “lapso” – de escrita – existente na “acta de julgamento” e em sede da “fundamentação” do Acórdão recorrido quanto à referência no sentido de, (em audiência), ter o mesmo arguido (prestado declarações e) “negado os factos”.

Dest’arte, para além da devida correcção em conformidade, (cfr., art. 361º do C.P.P.M.), manifesto se apresenta que motivos não se vislumbram para censurar a aludida matéria de facto.

Com efeito, se referida negação dos factos nem sequer existiu, não se vê como – é que uma coisa que não existiu – possa ter influenciado a convicção do Tribunal a quo (para efeitos da sua eventual censura);

- Quanto ao crime de “detenção de utensilagem”, p. e p. pelo art. 15º da Lei n.º 17/2009: dou como reproduzido o entendimento que expus

na declaração de voto anexa ao Ac. de 31.03.2011, Proc. n.º 81/2011.

Macau, aos 01 de Março de 2018

José Maria Dias Azedo