

案件編號：447/2021（刑事上訴案）

日期：2021 年 7 月 15 日

重要法律問題：

- 審查證據方面明顯有錯誤/違反疑罪從無原則
- 第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款結合第 11 條、或第 8 條規定的(加重)『不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪』
- 量刑過重

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、以較輕的生產和販賣罪作處罰的前提，需綜合考察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，其中，毒品的數量則是重要考慮的因素。

三、本案，在上訴人身上發現含有第 17/2009 號法律附表一 B 所管制之“可卡因”成份，經定量分析，所含的“可卡因”的淨重為 2.08 克，依照對上訴人有利的“鹽酸可卡因”計算，超過了 10 日的參考用量，兩倍於 5 日參考用量，完全不能符合不法性相當輕微的情況，儘管上訴人持有該等毒品用作個人吸食。

因此，原審法院認定上訴人以直接正犯身分及在犯罪既遂的情況下觸犯了經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款及第 2 款、結合第 8 條第 1 款所規定及處罰的一項（加重）『不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪』是正確的，並不存在適用法律錯誤。

裁判書製作人

周艷平

澳門特別行政區中級法院 合議庭裁判書

編號：第 447/2021 號(刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2021 年 7 月 15 日

一、 案情敘述

在初級法院第 CR5-19-0406-PCC 號合議庭普通刑事案中，於 2021 年 4 月 9 日，經重審，合議庭作出判決，裁定：

嫌犯 A 以直接正犯身分及在犯罪既遂的情況下觸犯了經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款及第 2 款結合第 8 條第 1 款所規定及處罰的一項『不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪』，判處五年六個月實際徒刑。

*

嫌犯 A 不服，向本院提起上訴（上訴理由闡述載於卷宗第 1491 頁至第 1502 頁）。¹

¹上訴人 A 提出以下理據（結論部分）：

1 - Diz-se no acórdão recorrido que mau grado o esforço despendido, não se conseguiu com base na prova existente, concluir com certeza sobre a questão de saber se aquele consumo reflectia uma situação de toxicodependência *stricto sensu* pelas bandas do recorrente.

2 - Nas fases anteriores do processo não ter ordenada ou realizada a perícia médico-legal a que se refere o artigo 25º da Lei N.º 17/2009, tendo em vista o apuramento do estado de toxicodependência, tipo de produtos consumidos e o estado físico e psíquico do arguido à data do teste.

3 - Isto assim, mau grado o exame de urina realizado e constante de fls. 45 dos autos ter confirmado o consumo de cocaína por parte do arguido logo após a sua detenção policial.

4 - A realização da prova de perícia médico-legal neste caso constitui um elemento essencial para a descoberta da verdade material e ordenada por Lei.

5 - Houve, assim, um erro indesculpável por parte do órgão de polícia criminal e da autoridade judiciária competentes que na fase de inquérito não determinou a realização da perícia médico-legal exigida no artigo 25º da Lei N.º 17/2009, mau grado as evidências existentes;

6 - Perante uma situação de dúvida sobre a realidade dos factos constitutivos do crime imputado ao arguido, o Tribunal Colectivo "a quo" ou, se bastava com os elementos probatórios dos autos e concluir pela existência do estado de toxicodependência (com apoio no resultado positivo do teste de urina, declaração do arguido, e depoimentos de várias testemunhas da acusação), e, daí, a verificação de ilicitude diminuída, e condenar pelo crime do artigo 11º da Lei N.º 17/2009; ou, em respeito devido pelo princípio de "in dubio pro reo", absolver o arguido do crime de que vinha acusado.

7 - Não o fêz, porém, eivando, em consequência, o acórdão recorrido, nessa parte, no vício de erro notório na apreciação da prova, constante do artigo 400º n.º 2 alínea c) do CPPM. e, ainda o vício de erro de direito por violação do princípio de "in dubio pro reo".

8 - E, sendo esse vício um dos constantes do n.º 2 do artigo 400º do CPPM, e não sendo possível ao tribunal de recurso decidir da mesma, deverá determinar-se o reenvio do processo para novo julgamento (移送卷宗以重新審判), nos termos do disposto no artigo 418º do CPPM.

9 - O acórdão recorrido passou a condenar o recorrente pela prática de 1 crime de consumo ilícito de estupefacientes (artigos 8º n.º 1 e 14º n.º^{OS} 1 e 2 da Lei N.º 17/2009), assim se sufragando a tese jurisprudencial pugnada pelo TUI em casos similares em que a detenção da droga excede a quantidade de 5 dias. Não concordamos.

10- O cerne da questão a indagar é: se a quantidade da droga encontrada na consumidor ultrapassar o limite de cinco dias, deve condenar pelo crime de consumo ilícito agravado ou pelo crime de tráfico ilícito de estupefacientes mas concordando com a pena ao arguido por aplicação do artigo 11º da Lei 17/2009?

11 - Propendemos pela solução de enquadramentos dos factos no tipo de tráfico ilícito de menor gravidade, pp no artigo 11º da citada lei.

12 - Importa atentar que ao art. 14º da Lei N.º 17/2009 - que nas anteriores versões à Lei N.º 10/2016 tinha como (único) objectivo tipificar o crime de "consumo ilícito de estupefacientes" - foram aditados "2 números", e que, o primeiro destes, (o "n.º 2"), não se limita, (como acontece com o art. 10º), a remeter para as "penas" dos antecedentes artigos 7º, 8º (ou 11º), mas sim para as "disposições" destes preceitos, mostrando-se de notar, igualmente, que no segundo, (no "n.º 3"), se estatui que para determinar se a quantidade de estupefaciente excede, (ou não), cinco vezes a referenciada para uso diário, se deve contabilizar, não só, as que se "destinem a consumo pessoal na sua totalidade, ou aquelas que, em parte, sejam para consumo pessoal", mas, também, aquelas que "se destinem a outros fins ilegais".

13 - Com efeito, atenta a redacção - "letra" - dos aludidos normativos, e sob pena de ficar esvaziados de conteúdo útil, apresenta-se-nos de concluir que o que aí se regula (já não diz respeito ao (tipo de) crime de "consumo ilícito de estupefacientes", (p. e p. no n.º 1 do art. 14º), pois que, com o (novo) "n.º 2", pretendeu-se uma aplicação (em bloco) de "tudo" o que está estatuído nas "disposições dos artigos 7º, 8º ou 11º", (e não só das "penas" aí previstas), e, o "n.º 3", referindo-se (também), e contabilizando-a, à quantidade de estupefaciente para "outros fins ilegais" , (que não apenas para "consumo"), leva-nos a entender que implica a "qualificação" da factualidade provada nos termos que se

deixou explanada, apresentando-se-nos constituir esta a leitura que em maior harmonia está com o estatuído no (próprio). art. 8º, que não obstante ter como epígrafe "tráfico ilícito de estupefacientes", abrange um "conjunto de condutas", aí incluindo como tal, (isto é, como "tráfico"), detenção fora dos casos previstos no n.º 1 do art. 14º, (ou seja, a detenção, ainda que para consumo, desde que em quantidade que exceda "cinco vezes a referência para uso diário"), excluindo-se, precisamente, os (casos dos) "n.ºs 2 e 3" a que se fez referência, o mesmo sucedendo, ainda, com o estatuído no art. 11º, onde, (após no art. 10º se tratar, tão só, da agravação das "penas previstas nos artigos 7º a 9º"), se refere, expressamente, (já não às "penas", mas) aos "factos descritos nos artigos 7º a 9º", projectando -limitando - o seu campo de aplicação à "matéria" nestes artigos regulada e que corresponde aos tipos de crime de "produção ilícita de estupefacientes", de "tráfico" e "precursores".

14 - Nesta conformidade, adequado não se nos mostra de considerar que no caso "sub judice" esteja 1 crime de "consumo ilícito de estupefacientes (agravado)", ao qual - por a quantidade de estupefaciente pelo arguido/recorrente detida e exclusivamente destinada ao consumo exceder, (ligeiramente), "cinco vezes a referenciada para uso diário" -, se passa a aplicar, (em resultado da referida "agravação"), a (mesma) pena prevista para o crime de "tráfico", "saltando-se" de uma pena (alternativa) "de multa ou prisão até 1 ano" para a de "prisão de 5 a 15 anos", em frontal desvio com o (anterior) "regime de agravação" previsto no aludido art. 10º, com o qual as penas para os crimes dos artigos 7º a 9º são agravadas de "um terço nos seus limites mínimo e máximo", (o mesmo sucedendo no art. 12º, n.º 4).

15 - Por sua vez, não se mostra de descuidar o estatuído no art. 19º que, regulando a possibilidade de "suspensão da execução da pena (de prisão)", e referindo-se, (somente), aos "crimes previstos no art. 14º ou 15º", implica que se destine, tão só, aos tipos de crime de "consumo ilícito de estupefacientes" e de "detenção indevida de utensílio" que, (como condutas "menos graves" no âmbito da prevenção e combate aos crimes relacionados com a droga, e) sendo (ambos) puníveis com a pena (alternativa) de multa ou prisão até um ano - e, desta forma, em sintonia: com o regime (geral) para esta matéria

*

駐初級法院刑事法庭的檢察院代表作出答覆，認為上訴人提出的上訴理由不成立（詳見卷宗第 1521 頁至第 1524 頁背頁）。

檢察院在答覆中提出下列理據（結論部分）：

estatuído no art. 48º do C.P.M., "em pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos" - se apresentam (formalmente) passíveis desta medida, (de suspensão da execução da pena).

16 - Daí, apresentando-se-nos (também) ser este o entendimento que melhor respeita a "ratio" das alterações introduzidas com a Lei n.º 10/2016 - cfr., o teor da respectiva "Nota Justificativa", o Parecer n.º 4/V /2016, e posterior debate legislativo, in Diário da Assembleia Legislativa da R.A.E.M., I série, n.º V -73, pág. 13 e seguintes, onde se declarou, expressamente, que "a partir de agora, se a quantidade ultrapassar o limite de cinco dias, se deve condenar por tráfico ilícito de estupefacientes" - mas concordando com a pena ao arguido decretada, (por aplicação do preceituado no art. 11º).

17 - Agindo diversamente, o acórdão recorrido na parte da qualificação jurídica da conduta está eivado de erro de Direito por vício de violação de lei, por má interpretação e aplicação das normas constantes dos artigos 8º, 11º e 14º da Lei N.º 17/2009.

18 - Aplicando correctamente a lei, deveria o recorrente ter sido condenado pela prática de 1 crime de tráfico de menor gravidade, pp no artigo 11 º da Lei N. º 17 / 2009, na pena de 1 ano de prisão.

19 - Ou, atendendo a que o recorrente é delinquente primário, mostrara arrependimento ao longo do processo, ao quadro de circunstancialismo fáctico envolvente, e às condições pessoais do mesmo e a sua situação económica, deveria ser condenado na pena especialmente atenuada de 3 anos de prisão, nos termos do disposto no artigo 66º n.º 2 alínea c) do Código Penal.

20 - Agindo diversamente, o acórdão recorrido, nessa parte, violou a lei, as normas contidas no artigo 65º n.º^{OS} 1 e 2, alíneas a), b), c), d), e artigo 66º n.º 2 alínea c) do Código Penal de Macau.

1. 經過重審，初級法院於 2021 年 4 月 9 日作出合議庭裁判，判處：嫌犯 A，以直接正犯身分及在犯罪既遂的情況下觸犯了經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款及第 2 款結合第 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』，判處五年六個月實際徒刑。

2. 上訴人 A 不服上述合議庭裁判，認為初級法院的上述合議庭裁判沾有澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項的瑕疵，並認為違反第 17/2009 號法律第 8 條、第 11 條及第 14 條，以及認為存在量刑過重情況。

3. 對於何時會出現「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵，中級法院在審理多個上訴案件時均提到：「審查證據明顯錯誤」是指法院在認定事實時明顯有違經驗法則和常理或明顯違反法定證據原則。「明顯」者是指一般常人亦能輕而易舉且毫不用思考便能察覺者。

4. 本案中，在事實判斷方面，被上訴的合議庭裁判已清楚指出，經過庭審，根據嫌犯 A 的供述及證人的證言，對 A 進行的尿液檢驗，可以肯定嫌犯 A 有吸食毒品“可卡因”的習慣，嫌犯 A 指其有“毒癮”。

5. 原審法庭指“毒癮”表現為吸毒者對毒品的依賴，包括心理依賴和生理依賴。嫌犯 A 的吸毒習慣應屬於心理依賴的範疇。

6. 在本案中，沒有客觀證據顯示上訴人 A 對毒品“可卡因”存在生理依賴情況。

7. 被上訴的合議庭裁判表示未能認定上訴人 A 存有“毒癮”，並清楚指出原一審法院及中級法院所採納的已證事實沒有改變，裁定 A 以直接正犯身分及在犯罪既遂的情況下觸犯了經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款及第 2 款結合第 8 條第 1 款所規定及處罰的一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」，罪名成立，被上訴的合議庭裁判並不存在上訴人所指的「審查證據方面明顯有錯誤」的瑕疵或違反「存疑無罪」原則，更沒有違反第 17/2009 號法律第 8 條、第 11 條及第 14 條的規定。

8. 此外，上訴人 A 認為被上訴的合議庭裁判存在量刑過重情況，並認為違反了《刑法典》關於量刑的規定。

9. 在本案中，在原一審時，法院已對清楚指出了對 A 作出判刑的具體量刑依據。

10. 被上訴的合議庭裁判表示考慮到在本個案中的具體情節，認為維持原一審法院及中級法院對上訴人 A 因觸犯上述犯罪而判處的五年六個月徒刑最為適合。

11. 我們認為，考慮到第 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』的抽象刑幅為五年至十五年，上訴人 A 被判處的五年六個月徒刑，僅為稍稍高於該犯罪法定抽象刑幅的下限，明顯不存在量刑過重情況。

*

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱並提交了法律意見，認為上訴人提出的上訴理由不成立，應予以駁回（詳見卷宗第 1540 頁至第 1542 頁）。

*

本院接受了上訴人提起的上訴，組成合議庭，對上訴進行審理，本合議庭兩名助審法官相繼檢閱了卷宗，並作出評議及表決。

二、事實方面

原審法院經重審庭審後認定以下事實：

原一審判決書載於第 873 背頁至第 877 頁的全部已證事實維持不變，尤其第十一點事實(嫌犯 A 有吸食毒品“可卡因”的習慣。)，在此視為全部轉錄。²

² 原一審法院經庭審後確認了以下的事實：

1. 2017年，嫌犯B在香港的夜場消遣期間認識了涉嫌人C。
2. 2019年4月，嫌犯D透過微信群組的人的介紹認識了涉嫌人C，涉嫌人C表示可安排嫌犯D到澳門從事販毒活動，每日底薪為港幣伍佰元(HK\$500.00)。
3. 同月，涉嫌人C與嫌犯B達成協議，嫌犯B負責安排及監察嫌犯D在澳門的販毒活動，並向嫌犯D收取毒資，涉嫌人C每月會向嫌犯B給予港幣捌仟元(HK\$8,000.00)作為報酬。
4. 其後，涉嫌人C安排嫌犯D與嫌犯B認識，並向嫌犯D表示嫌犯B會安排其在澳門的販毒活動。
5. 每當涉嫌人C收到買家要求購買毒品時，涉嫌人C會將買家的聯絡電話發送給嫌犯B，以便嫌犯B安排嫌犯D(或他人)與買家進行毒品交易。
6. 2019年4月下旬，涉嫌人C帶嫌犯D來澳熟習環境。
7. 2019年5月，嫌犯D在涉嫌人C及嫌犯B的指示下，開始在本澳從事販毒活動。

8. 嫌犯E有吸食毒品“可卡因”的習慣。

9. 嫌犯E透過朋友得悉嫌犯B有毒品“可卡因”出售。

10. 同月，嫌犯E透過“WHATSAPP”聯絡嫌犯B，要求購買5小包毒品“可卡因”(每小包重約0.2克)，雙方約定在澳門海立方娛樂場附近進行交易。其後，嫌犯E以澳門幣叁仟元(MOP\$3,000.00)的價格向嫌犯B購買了5小包毒品“可卡因”。

11. 嫌犯A有吸食毒品“可卡因”的習慣。

12. 嫌犯A於兩年前夜場消遣期間認識了涉嫌人C，嫌犯A在香港向涉嫌人C購買了多次毒品。

13. 近半年，嫌犯A在本澳多次透過“WHATSAPP”向涉嫌人C購買毒品“可卡因”，平均每星期會購買兩次，每次購買港幣捌仟元(HK\$8,000.00)元（每小包為港幣800元，合共十小包），涉嫌人C會安排嫌犯B與嫌犯A聯絡。

14. 嫌犯B再安排嫌犯D(或他人)與嫌犯A進行毒品交易，並要求嫌犯A直接將購買毒品的金錢轉帳予涉嫌人C的XX貴賓會戶口(帳戶:XXX)內。

15. 2019年6月22日至2019年6月25日，嫌犯D在本澳聽從涉嫌人C及嫌犯B的指示，並按照嫌犯B提供的電話號碼與多名買家(包括嫌犯A)進行毒品交易。

16. 2019年6月某天，嫌犯B按涉嫌人C的指示前往XX酒店某房間向嫌犯D收取壹萬多元(包括港幣及澳門幣)毒資，並按涉嫌人C的指示將毒資存入XX貴賓會的兌碼戶口（帳戶:XXX）內。其後，於同月某天，嫌犯B按涉嫌人C的指示前往XX酒店某房間向嫌犯D收取貳萬多元(包括港幣及澳門幣)毒資，並將毒資存入上述兌碼戶口內。

17. 2019年7月12日，嫌犯B指示嫌犯D入住澳門XX酒店，隨後，有一名不知名男子將約三十多克毒品“可卡因”及數十包毒品“開心粉”交予嫌犯D。

18. 2019年7月12日至2019年7月25日期間，嫌犯D在涉嫌人C及嫌犯B的指示下，在本澳與多名買家(包括嫌犯A)進行毒品交易。

19. 2019年7月23日，嫌犯B在澳門XX酒店大堂向嫌犯D收取毒資。

20. 2019年7月25日，嫌犯D將剩餘的數克毒品“可卡因”放置在行李內，並寄存在XX酒店，然後，經關閘口岸離開本澳。

21. 2019年7月28日凌晨1時16分，嫌犯D經關閘口岸進入本澳，然後前往XX酒店取回之前寄存的行李，按嫌犯B的指示入住澳門XX酒店11樓1108號房，並繼續在本澳販毒。

22. 2019年7月29日上午6時13分，嫌犯B安排了涉嫌人H將毒品交予嫌犯D，涉嫌人H相約嫌犯D在澳門XX酒店見面，涉嫌人H在XX酒店附近將毒品交予嫌犯D，嫌犯D將有關毒品帶返XX酒店1108號房的保險箱內收藏。

23. 每當嫌犯B收取嫌犯D的毒資後，按涉嫌人C的指示存入上述兌碼戶口內。

24. 2019年7月29日晚上約7時，嫌犯D接到嫌犯B的指示，要求稍後攜帶3克毒品“可卡因”與嫌犯A進行交易。

25. 同日晚上約8時，嫌犯D接到嫌犯A的來電，並相約在氹仔大連街附近進行毒品交易。

26. 在2019年7月下旬，嫌犯A在珠海吸食了其於2019年7月下旬從澳門購買及持有的毒品“可卡因”。

27. 司警人員接獲情報，消息指有一名香港男子在本澳向活躍夜場人士販賣毒品，於是進行監視及調查。

28. 2019年7月29日晚上8時45分，司警人員在氹仔大連街近至尊花城第三座附近見到嫌犯D與嫌犯A接觸後迅速分開，形跡可疑，於是進行截查。

29. 2019年7月12日至2019年7月29日期間，嫌犯A至少10次與嫌犯D進行毒品交易。

30. 2019年5月至2019年7月期間，嫌犯E多次向嫌犯B購買毒品“可卡因”，其中三次是與嫌犯D進行毒品交易。

31. 嫌犯D在本澳從事販毒活動期間，至少出售了約30克毒品“可卡因”。

32. 調查期間，司警人員在嫌犯A身穿的短褲左邊褲袋內搜出一張白色紙巾，該紙巾包裹著3個透明膠袋，每個透明膠袋內均裝有白色顆粒，連包裝分別約重1.30克、1.31克、1.33克，共重約3.94克；以及在嫌犯A的手提袋內搜出兩部黑色手提電話、一部白金色手提電話、澳門幣陸佰元(MOP\$600.00)及港幣壹萬叁仟肆佰元(HK\$13,400.00)現金。

33. 司警人員在嫌犯D身上搜出一部銀黑色手提電話、一部玫瑰金色手提電話、一張房卡(XX酒店1108號房)、壹佰肆拾美元(USD 140.00)及港幣壹仟陸佰元(HK\$1,600.00)現金。

34. 司警人員在嫌犯D入住的XX酒店1108號房的保險箱內搜出以下物品：

三個紅色利是封；

一把黑色膠柄剪刀；

一把白色膠匙羹；

一個黑色皮套，內有一個銀黑色電子磅；

一個白色紙盒，盒內藏有三十包棗紅色密封膠袋包裝的物品，每個透明膠袋內均裝有白色顆粒，共重約38.51克；

一個黑色手提袋；

一個透明膠袋，袋內裝有白色顆粒，連膠袋約重24.62克；

一個中型透明膠袋，內裝有二十個小透明膠袋，每個小透明膠袋內裝有白色顆粒，共重約24.03克；

兩個透明膠袋；

三個大透明膠袋（每個膠袋內裝有數十個小透明膠袋）；

人民幣壹仟元(RMB\$1,000.00)現金；

港幣叁萬元(HK\$30,000.00)現金。

35. 上述手提電話是嫌犯D從事販毒活動時所使用的通訊工具，以及上述其中一部手提電話(電話號碼為XXX)是嫌犯A從事販毒活動時所使用的通訊工具；上述港幣叁萬元(HK\$30,000.00)現金(司警人員在XX酒店1108號房搜獲)現金是嫌犯D的犯罪所得。

36. 經仁伯爵綜合醫院對嫌犯A進行尿液檢驗，證實嫌犯A對可卡因(Cocaine)呈陽性反應。

37. 經化驗證實，在嫌犯A的左邊褲袋內搜獲的一張白色紙巾包裹的三包以透明膠袋包裝的結塊狀乳酪色粉末，含有第17/2009號法律附表一B所管制之“可卡因”成份，淨量3.294克，經定量分析，“可卡因”百分含量為63.0%，重2.08克。在嫌犯D所租住的XX酒店1108號房的保險箱內搜獲的三十包以紅色封裝包裝的棕色粉末，含有第17/2009號法律附表二A所管制之“二甲（甲烯二氧）苯乙胺”成份，淨量19.915克，經定量分析，“二甲（甲烯二氧）苯乙胺”百分含量為80.8%，重16.1克；一包以透明膠袋包裝的結塊狀乳酪色粉末，含有第17/2009號法律附表一B所管制之“可卡因”成份，淨量

23.888克，經定量分析，“可卡因”百分含量為67.9%，重16.2克；一個大透明膠袋內裝有二十包以透明膠袋包裝的結塊狀乳酪色粉末，含有第17/2009號法律附表一B所管制之“可卡因”成份，淨量19.686克，經定量分析，“可卡因”百分含量為58.3%，重11.5克。

38. 嫌犯B及嫌犯D在自由、自願及有意識的情況下，與他人共同決意，分工合作，故意向他人出售受法律管制之毒品。

39. 嫌犯A在自由、自願及有意識的情況下，故意購買及不法持有受法律管制之毒品，而持有的毒品超過每日用量參考表內所載數量的五倍。

40. 嫌犯A在自由、自願及有意識的情況下，故意在澳門購買及不法持有受法律管制之毒品，以供個人吸食。

41. 嫌犯E在自由、自願及有意識的情況下，故意取得受法律管制之毒品，目的是供個人吸食。

42. 四名嫌犯的上述行為未得到任何法律許可。

43. 四名嫌犯明知上述毒品之性質及特徵。

44. 四名嫌犯清楚知道其行為是法律所不容，且會受法律制裁。

在庭上還證實：

45. 根據刑事紀錄證明，四名嫌犯均為初犯。

46. 但第一嫌犯有以下刑事紀錄：

於2020年5月6日，於第CR2-20-0076-PCC號卷宗內，第一嫌犯因觸犯一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，判處七年實際徒刑。判決仍未轉為確定。

證實四名嫌犯個人及經濟狀況如下：

47. 第一嫌犯聲稱具有中學三年級學歷，每月收入人民幣一萬元，需供養母親、妻子、外婆及一名兒子。

48. 第二嫌犯聲稱具有高中畢業的學歷，每月收入港幣一萬二千元，需供養父母。

49. 第三嫌犯聲稱具有中學五年級的學歷，每月收入港幣二萬元，需供養父親、妻子及兩名子女。

50. 第四嫌犯聲稱具有初中三年級學歷，每月收入一萬七千澳門元，需供養父母及一名女兒。

*

同時，亦證明下列事實：

根據刑事紀錄證明，嫌犯 A 為初犯。

嫌犯 A 的個人及家庭狀況如下：

嫌犯 A 被羈押前為世紀集團股東，月入平均港幣 15 萬元。

需供養父親、妻子及二名未成年子女。

學歷為高中畢業。

*

未獲證明之事實： 沒有。

*

三、法律方面

本上訴涉及之問題：

- 審查證據方面明顯有錯誤/違反疑罪從無原則
- 第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款、第 2 款結合第 11 條、或第 8 條規定的(加重)『不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪』

經庭審未查明的事實：

控訴書第三十五點：司警人員在嫌犯A身上搜獲的上述另一部黑色手提電話及一部白金色手提電話是嫌犯A從事販毒活動時所使用的通訊工具；澳門幣陸佰元(MOP\$600.00)、港幣壹萬叁仟肆佰元(HK\$13,400.00)，以及司警人員在XX酒店1108號房搜獲的人民幣壹仟元(RMB\$1,000.00)現金上述現金是嫌犯A的犯罪所得。司警人員在嫌犯D身上搜獲的上述壹佰肆拾美元(USD 140.00)及港幣壹仟陸佰元(HK\$1,600.00)現金是嫌犯D的犯罪所得。

其他與上述已證事實不相符的事實。

– 量刑過重

*

上訴法院只解決上訴人具體提出的並且由其上訴理由闡述結論所界定的問題，結論中未包含的問題轉為確定。在結論中未有提及的任何問題，雖然曾在上述理由闡述內探討或在隨後的陳述內發揮，但仍是毫無重要的。（參見中級法院第 18/2001 號上訴案 2001 年 5 月 3 日合議庭裁判，中級法院第 103/2003 號上訴案 2003 年 6 月 5 日合議庭裁判。）

*

（一）在審查證據方面明顯有錯誤/違反懷罪從無原則

上訴人認為在認定上訴人是否有“毒癮”方面，原審法院違反了疑罪從無原則，沾有澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項規定的“在審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵。

*

針對“審查證據方面明顯有錯誤”的問題，終審法院於 2001 年 3 月 16 日在第 16/2000 號刑事上訴案的合議庭裁判中指出：“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。”

換言之，審查證據方面明顯有錯誤，是指法院認定事實時，明顯有違經驗法則和常理，或明顯違反法定證據價值法則，或明顯違反職業準則。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。

疑罪從無原則，是指法院在認定事實的審查證據過程中，對所審查的證據所需要證明的事實的真偽存有合理懷疑，在這種情況下，法院就應該以對嫌犯最有利為依歸，作出有利於嫌犯的事實的決定（中級法院第 368/2014 上訴案之合議庭判決）。

這種合理懷疑並因此帶來無罪判決，是有必要在法官（而不是上訴人）形成心證前就對作出決定的事實前提抱有懷疑，並這種懷疑是“合理”及“無法補救”的。

並不是任何對上訴人有利的證據均可構成合理懷疑並因此帶來無罪判決，有關的懷疑必須是法官的，而非上訴人的，是在法官形成心證之前就對相關證據欲證明的事實是否屬實存有的懷疑，這種懷疑必須是合理及無法彌補的。

*

上訴人指出，上訴人是否有“毒癮”，這一事實是不可或缺的犯罪構成要件，司警方面不可原諒錯誤地沒有命令對上訴人進行法醫學鑑定，導致在認定該事實方面存在疑問，因此，原審法院存在“在審查證據方面明顯有錯誤”之瑕疵。

根據卷宗資料，上訴人自 2019 年 7 月 12 日起，多次在澳門購買及不法持有受法律管制之毒品，供其個人吸食。於 2019 年 7 月 29 日

晚，司警人員截查上訴人，在其身穿的短褲左邊褲袋內搜獲毒品，含有第 17/2009 號法律附表一 B 所管制之“可卡因”成份，經定量分析，“可卡因”百分含量為 63.0%，淨重 2.08 克。經仁伯爵綜合醫院對上訴人進行尿液檢驗，證實上訴人對“可卡因”(Cocaine)呈陽性反應。

原審法院於被上訴判決之“事實之判斷”中指出：

經過庭審，根據嫌犯 A 的供述、B 及 C 的證言及對 A 進行的尿液檢驗，可以肯定嫌犯 A 有吸食毒品“可卡因”的習慣。

嫌犯 A 指其有“毒癮”，而“毒癮”表現為吸毒者對毒品的依賴，包括心理依賴和生理依賴，正如終審法院在其裁判中指出“(單純)‘吸食毒品的習慣’，也可以稱為‘慣性吸食’(或者‘有一定規律性’的吸食)，與‘偶然吸食’(或偶而吸食)相反，它並不同於‘持續及長期吸食’的情況，後者會令吸食者產生‘依賴症候群’(俗稱‘毒癮’)或者‘生物化學上的成癮’，其特徵是一種造成‘毒品依賴關係’的行為”(見第 1283 頁)。

嫌犯 A 的吸毒習慣應屬於心理依賴的範疇。

然而，就生理依賴方面，除嫌犯 A 表示其身體有戒斷症狀外，目前卷宗內沒有這方面的客觀證據，不論嫌犯 A 的醫生檢查報告(見第 45 頁)或是路環監獄的社會報告(見第 714 至 717 頁)均沒有提及該嫌犯曾出現毒品依賴的戒斷症狀，同時，在本案訴訟程序中亦沒有進行相關的法醫學鑑定(見第 17/2009 號法律第 25 條)。

基於此，本院未能認定嫌犯 A 存有“毒癮”。

認定行為人是否為藥物依賴者，或者說是否有“毒癮”，醫學鑑定並非是唯一的證據。

原審法院對於案中的各方面證據，包括上訴人的聲明、證人的證言、卷宗內所載的書證，進行綜合及客觀分析之後形成心證，認定上訴人吸毒習慣僅屬於心理依賴的範疇，案中沒有客觀證據顯示上訴人對毒品“可卡因”存在生理依賴之情形，其中，並沒有出現違反證據價值法則，也沒有違反職業準則，即，不存在違反存疑從無原則。

因此，被上訴判決在審查證據方面不存在上訴人所指稱的《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項規定之瑕疵。

*

（二）適用法律錯誤

上訴人認為，其所持毒品的份量雖然超過 5 日參考用量，但是，因其不法性輕微，故此，應構成第 17/2009 號法律第 11 條的（加重）『不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪』。

經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 8 條、第 11 條和第 14 條有如下規定。

第 8 條（不法販賣麻醉藥品及精神藥物）規定：

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 11 條（較輕的生產和販賣）規定：

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。

第 14 條（不法吸食麻醉藥品及精神藥物）規定：

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。

終審法院在第 133/2019 號刑事上訴案於 2020 年 1 月 22 日合議庭裁判中指出：

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、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，其中，法院應特別考慮毒品的數量。

三、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 條所規定及處罰的較輕

的生產和販賣罪論處的可能性。一切都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。

四、行為人為吸食而持有的毒品數量，不論是否連同“作其他非法用途”的數量一併計算在內(第 14 條第 3 款)，只要超過第 17/2009 號法律所附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，不能僅憑毒品數量略高於每日參考用量五倍的情節便認定行為人所作行為的不法性相當輕微。

第 17/2009 號法律第 11 條規定的較輕的生產和販賣罪論處，需綜合考察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，其中，毒品的數量則是重要考慮的因素。

本案，根據卷宗資料，上訴人自 2019 年 7 月 12 日起，多次在澳門購買及不法持有受法律管制之毒品，供其個人吸食。於 2019 年 7 月 29 日晚，司警人員截查上訴人，在其身穿的短褲左邊褲袋內搜獲毒品，含有第 17/2009 號法律附表一 B 所管制之“可卡因”成份，經定量分析，“可卡因”百分含量為 63.0%，淨重 2.08 克，依照對上訴人有利的“鹽酸可卡因”計算，“鹽酸可卡因”的每日參考用量為 0.2 克，上訴人所持的“可卡因”超過了 10 日的參考用量，兩倍的 5 日參考用量，完全不能符合不法性相當輕微的情況，儘管上訴人持有該等毒品用作個人吸食。

合議庭認為原審法院認定上訴人以直接正犯身分及在犯罪既遂的情況下觸犯了經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條

第 1 款及第 2 款結合第 8 條第 1 款所規定及處罰的一項『不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪』，是正確的，並不存在適用法律錯誤。

*

（三） 量刑

上訴人聲稱其為初犯，由始至終都呈現悔意，結合其所作事實，個人和經濟狀況，應根據《刑法典》第 66 條第 2 款 c) 項規定給予特別減輕刑罰，原審法院違反《刑法典》第 65 條第 1 款、第 2 款 a)、b)、c) 和 d) 項以及第 66 條第 2 款 c) 項的規定，對其量刑過重，請求改判 1 年的徒刑。

*

1. 《刑法典》第 66 條第 2 款 c) 項規定的特別減輕刑罰

上訴人提出其符合《刑法典》第 66 條第 1 款及第 2 款 c) 項規定的特別減輕刑罰情節。

《刑法典》第 66 條規定了法律明文規定須特別減輕刑罰之外的特別減輕刑罰之情況。該法條第 1 款規定了給予特別減輕刑罰的實質前提，即：在犯罪前、後或過程中存在明顯減輕事實之不法性或行為人之罪過之情節，或明顯減少刑罰之必要性之情節；只有在符合了有關之實質前提下，法院須給予特別減輕刑罰；該法條第 2 款以舉例方式列出一些情節，該等情節是法院須考慮的情節，而非必須適用的情節。

不論同時存在多少項減輕情節，並不能必然獲得特別減輕刑罰，審判者必須在具體個案中，透過對事實的整體考慮，判斷是否符合立法者為特別減輕刑罰而設置的要求，從而判定可否特別減輕刑罰，並

在最終判決中決定是否適用有關制度。（參閱中級法院於 2009 年 12 月 3 日在第 511/2009 號卷宗及於 2010 年 12 月 16 日在第 153/2010 號卷宗所作出的裁判）

另一方面，適用特別減輕刑罰的制度不僅體現為明顯減輕的事實之不法性或行為人之罪過，還包括明顯減少的刑罰之必要性，即預防犯罪的需要，必須考慮到社會大眾對犯罪的處罰、重建對法律效力及其適用者的信心之需求。

《刑法典》第 66 條第 2 款 c) 項規定：

“.....

c) 行為人作出顯示真誠悔悟之行為，尤其係對造成之損害盡其所能作出彌補；
.....”

明顯，《刑法典》第 66 條第 2 款 c) 項所要求的成立要件是行為人做出積極的行為、從而導致其犯罪行為的不法性明顯得以減輕；上訴人單純交代事實並認罪的行為，並不能構成此特別減輕刑罰的情節，最多於量刑時根據《刑法典》第 65 條的一般量刑標準作出減輕處罰。

如上所述，適用特別減輕刑罰的制度不僅體現為明顯減輕的事實之不法性或行為人之罪過，還包括明顯減少刑罰之必要性，即預防犯罪的需要，必須考慮到社會大眾對犯罪的處罰、重建對法律效力及其適用者的信心之需求。

上訴人的行為嚴重危害了澳門的法律秩序和社會安寧，一般預防方面的要求極高。

本案上訴人的犯罪行為嚴重，就一般預防而言，亦不具備特別減輕刑罰所需的“明顯減少刑罰之必要性”的情節。

因此，上訴人不符合《刑法典》第 66 條第 1 款及第 2 款 c) 項規定的特別減輕刑罰的情節。

*

2. 刑罰的確定

《刑法典》第 40 條和第 65 條規定了刑罰的目的以及量刑的準則。

根據《刑法典》第 40 條第 1 款規定，刑罰之目的旨在保護法益及使行為人重新納入社會，即：從一般預防和特別預防兩個方面作考量。前者，主要從一般預防的積極方面考慮，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，同時遏止其他人犯罪；後者，旨在通過對犯罪行為人科處刑罰，尤其是通過刑罰的執行，使其吸取教訓，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。

《刑法典》第 40 條第 2 款規定了刑罰之限度，確定了罪刑相當原則。根據該原則，刑罰的程度應該與罪過相對應，法官在適用刑罰時不得超出事實當中的罪過程度。

《刑法典》第 65 條規定了確定具體刑罰份量的準則，在確定刑罰的份量時，須按照行為人之罪過及預防犯罪的要求為之，同時，亦

須一併考慮所有對行為人有利或不利而不屬犯罪罪狀的情節，特別是：犯罪行為的不法程度、實行之方式、後果之嚴重性、行為人對被要求須負義務之違反程度、故意之嚴重程度、所表露之情感、行為人之動機、行為人之個人狀況及經濟狀況、事發前後之行為及其他已確定之情節。

按照《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，法院應在法定的最低刑及最高刑刑幅之間，根據行為人罪過及預防犯罪的要求，同時一併考慮所有對行為人有利或不利而不屬犯罪罪狀的情節，作出選擇具體刑罰之決定。

*

《刑法典》第 40 條及第 65 條規定，具體刑罰應在最低刑幅及最高刑幅之間，以罪過及刑罰目的作出決定，而法律賦予法院在刑法規定的刑幅間有選擇合適刑罰的自由。既然法律容許法院自由在法定的刑幅之間決定一個合適的刑罰，簡單引用《刑法典》第 65 條的量刑情節，已經足以表明法院確實考慮了這些因素，只不過是在衡平的原則下選擇一個自認為合適的刑罰，而上訴法院的審查也僅限於原審法院的最後選擇的刑罰明顯過高或者刑罰不合適的情況。（中級法院 2019 年 7 月 11 日合議庭裁判，上訴案第 23/2019 號）

換言之，對於量刑時需考慮的情節，判決書可作重點闡述，並無需逐一系列明，只要不存在對法定限制規範，如刑罰幅度或經驗法則的違反，也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的話，上訴法院不應介入具體刑罰的確定。

*

承上，本合議庭裁定維持原審法院對上訴人作出的經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款及第 2 款結合第 8 條第 1 款所規定及處罰的一項(加重)『不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪』，可被判處五年至十五年徒刑。

本案，上訴人非為澳門居民，在本澳沒有犯罪記錄，但在自由、自願及有意識的情況下，在澳門故意購買及不法持有受法律管制之毒品，用於個人吸食，且持有之毒品超過十日參考用量。

*

由於毒品對社會造成的直接危害巨大，同時亦帶來廣泛而深遠的間接危害，任何國家和地區對於毒品犯罪均採取嚴厲打擊的態勢。目前，外來人士在澳門觸犯毒品罪行的情況屢見不鮮，而且社會上吸毒行為出現越趨年輕化的情況，對社會安寧及法律秩序構成嚴重影響。考慮到本特區日益嚴重及年輕化的毒品犯罪，以及年輕人受毒品禍害而對社會未來所造成的不良影響，嚴厲打擊販毒行為、遏制該類犯罪的一般預防之要求甚高。

仔細研讀被上訴判決可見，原審法院依據上訴人的罪過，綜合考量了一般預防及特別預防之需要，同時也考慮了所有對於上訴人有利或不利而不屬罪狀之情節，根據澳門《刑法典》第 40 條、第 65 條的規定，在五年至十五年的法定刑幅之間，判處上訴人五年六個月徒刑，僅稍稍高於法定抽象刑幅之下限，不存在上訴人所主張的違反適度原則而導致量刑過重的情況。

故此，在被上訴判決不存在對法定限制規範尤其是刑罰幅度的違反、也不存在所確定的具體刑罰顯示出完全不適度的情況下，本合議庭沒有介入確定具體刑罰的空間。

藉此，上訴人的相關上訴理由不成立。

*

綜上，上訴人的上訴理由均不成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人 A 的上訴理由均不成立，維持原審判決。

*

判處上訴人支付本上訴之訴訟費用和負擔，其中，司法費定為 6 個計算單位。

著令通知。

—*—

澳門，2021 年 7 月 15 日

周艷平（裁判書製作人）

蔡武彬（第一助審法官）

陳廣勝（第二助審法官）