

第 133/2019 號案

刑事上訴

上訴人：甲

被上訴人：檢察院

會議日期：2020 年 1 月 22 日

法官：宋敏莉(裁判書制作法官)、岑浩輝和馮文莊

主題：— 第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款

— 較輕的生產和販毒罪

— 毒品數量

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。

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 6 月 20 日的裁判，初級法院合議庭認定甲(本案被告)觸犯了一項第 3/2007 號法律(《道路交通法》)第 90 條第 2 款所規定及處罰的受麻醉品或精神科物質影響下駕駛罪及一項第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款及第 2 款結合第 11 條第 1 款(一)項所規定及處罰的不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪(按較輕的生產和販賣罪作處罰)，分別判處 6 個月徒刑及 2 年 3 個月徒刑，並禁止被告駕駛，為期 1 年 6 個月。

兩罪並罰，合共判處被告 2 年 6 個月徒刑的單一刑罰，並維持禁止駕駛 1 年 6 個月的附加刑(實際執行徒刑的期間不計算在內)。

檢察院和被告均不服裁判，就初級法院有關不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪作出的決定向中級法院提起上訴，該院裁判檢察院提出的上訴理由成立，改判被告觸犯一項第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款及第 2 款結合第 8 條第 1 款所規定及處罰的不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，判處 5 年徒刑，該刑罰與被告因觸犯受麻醉品或精神

科物質影響下駕駛罪而被判處的刑罰競合，合共判處被告 5 年 3 個月徒刑，並維持原審法院所判的附加刑；至於被告提出的上訴則無需進行審理。

被告(以下稱為上訴人)現向終審法院提起上訴，並以下述結論結束其上訴理由陳述：

1. 本案中上訴人所持有之甲基苯丙胺 “Methamphetamine” 之毒品數量(經專業檢驗含量為1.06g的純量)已超越附於第17/2009號法律且屬其組成部分的每日用量參考表內所載量之五倍。

2. 根據第17/2009號法律第14條第2款之規定，“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。”，而就本案而言，上訴人屬持有毒品的情況，故應考慮適用第17/2009號法律第8條或第11條的規定。

3. 誠然，上訴人之行為在客觀上是符合第17/2009號法律第8條之規定，但在考慮犯罪定性時，亦應考慮已證實的情節是否出現同一法律第11條規定之“不法性相當輕”的情況。

4. 根據第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款之規定，“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。”

5. 的確，正如被上訴裁判所提及“終審法院於2019年9月25日在第88/2019號上訴案中仍然維持了‘毒品用於個人吸食的情節本身並不具備以較輕販毒罪處罰行為人的重要性，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’”。

6. 然而，初級法院第二刑事法庭合議庭(以下簡稱為“第一審法院”)之第CR2-19-0137-PCC號合議庭裁判之判案理由為“(…) 在對案中的證據作出綜合及邏輯的分析後，雖然在嫌犯手提電話當中發現疑似交易毒品的訊息，但考慮到嫌犯所作的解釋未有明顯違反一般的經驗法則，也考慮到是次被搜獲的毒品剛超出有關毒品的5日用量，調查過程中未有發現嫌犯有疑似交易毒品的行為，司警截查嫌犯時未有在其身上發現毒品；因此，欠缺其他更有力佐證的情況下，本院未能穩妥地認定嫌犯打算將案中毒品出售予他人。

然而，嫌犯承認在案發前一日在本澳吸食了毒品冰(...)

考慮到嫌犯在本案當中所有的甲基苯丙胺毒品剛超過法律所規定的5日用量(5日的用量為1克)，因此，本院認為本案未足以按第17/2009號法律(經第10/2016號法律所修改)第8條第1款所規定的刑罰對嫌犯作出處罰，但仍應按第17/2009號法律第11條第1款(一)項的刑罰對嫌犯作出處罰”。

7. 從上述判案理由可見，第一審法院除了考慮未能認定上訴人打算將毒品出售予他人以及為其吸食之用外，更主要是由於認為本案之毒品數量僅為剛超過法律所規定的5日用量，才予以改判為第17/2009號法律第11條第1款(一)項規定及處罰之較輕的生產和販賣罪。

8. 按照第17/2009號法律第11條第1款之規定，行為時有關物質之數量為所敘述的事實是否屬不法性相當輕的考慮要件，而在本案中上訴人在庭上清楚講述其所持有的毒品是於案發前購買，當中兩包是其購買的，一包是販賣人士所贈送的，而連同該贈送的一包毒品上訴人所持有之甲基苯丙胺“Methamphetamine”數量比每日參考量五倍僅多出0.06克。

9. 第一審法院認定相關事實為符合上述屬不法性相當輕之情節

並沒有違反一般經驗法則，同時，對有關事實之認定亦屬第一審法院的自由心證。

10. 然而，眾所周知，“如果在審查證據時從某事實中得出的結論無法接受、如果違反限定或確定證據價值的法律規定或者違反經驗或職業準則，就存在審查證據方面的明顯錯誤。該錯誤必須是顯而易見的，明顯到不可能不被一般留意的人發現”（參閱終審法院於2003年1月30日在第18/2002號案件中所作的合議庭裁判）。

11. 在本案中，第一審法院認定上訴人持有之甲基苯丙胺“Methamphetamine”數量比每日參考量五倍僅多出0.06克這一事實屬不法性相當輕並不存在明顯錯誤。

12. 此外，上訴人不論在本案的調查過程以及在審判聽證中，一直表現配合並清楚交代案情。

13. 上訴人在庭上已表現出對自己此前作出的犯罪行為感到無比後悔。

14. 綜上所述，上訴人請求法官閣下認定被上訴裁判存有《刑事訴訟法典》第400條第1款及第2款a)項之瑕疵，廢止原審法院之裁判並維持第一審法院之裁判，認定上訴人之行為屬第17/2009號法律第

11條第1款之情況。

檢察院提交了對上訴理由陳述的答覆，認為上訴人提出的上訴理由完全不能成立。

在本上訴審，檢察院助理檢察長發表意見，認為上訴人提出的上訴理由不能成立。

二、事實

本文中認定的事實如下：

- 案發前，被告甲(以下簡稱“被告”)有吸食毒品的習慣。
- 2018年12月5日案發前一天，被告在澳門吸食了甲基苯丙胺毒品。
- 2018年12月5日(案發前)，被告透過一名不知名男子“乙”向一名不知名男子購買含甲基苯丙胺的毒品“冰”，並相約該不知名男子於澳門荷蘭園附近的[餐廳]店舖外進行毒品交易。

- 為此，被告便駕駛編號 MJ-XX-XX 汽車到達澳門荷蘭園附近的 [餐廳] 店舖外進行毒品交易，期間，被告以澳門幣一千三百元 (MOP\$1,300.00) 向上述不知名男子購買兩包含甲基苯丙胺的毒品“冰”，並同時獲贈一包含甲基苯丙胺的毒品“冰”，被告將該三包含甲基苯丙胺的毒品“冰”收藏在上述汽車的司機位的地毯下及駕車離開現場。

- 被告購買上述毒品是用於其個人吸食。

- 同日(2018 年 12 月 5 日)晚上約 9 時，警方接報到達[地址]附近，並發現上述被告的汽車，惟被告不在該汽車內。

- 直至同日晚上約 9 時 40 分，被告返回上述地點取車及駕車離開，在場警員便立即駕車跟隨著，行車期間，上述被告駕駛的汽車車速時快時慢，且進行有可疑的轉線操作。

- 其後，被告將上述汽車停泊在黑沙環寰宇天下對開的 69 號咪錶車位，並下車往保利達花園方向步去，當被告行至保利達花園第六座的門口時，警員便上前截查被告，並在該汽車的司機位的地毯下搜獲三個小透明膠袋，該三個小透明膠袋內藏有白色晶體，該三包白色晶體連膠袋分別約重 0.7 克、0.7 克及 0.97 克，合共約重 2.37 克，該三個膠袋連內裡的白色晶體現時扣押於本案。(參見卷宗第 13

頁的扣押筆錄)

- 其後，經對上訴人進行醫學診斷，證實被告對甲基苯丙胺“Methamphetamine”呈陽性反應，相關藥物檢驗結果載於卷宗第 41 至 42 頁，為著適當之法律效力，在此視為完全轉錄。

- 經專業檢驗，驗出上述三個透明膠袋內的白色晶體淨重 1.505 克，內含有第 17/2009 號法律附表 II-C 所管制之“甲基苯丙胺”成分，含量為 1.06 克(經定量分析後“甲基苯丙胺”的純量)。相關鑑定報告載於卷宗第 103 至 110 頁及 134 至 140 頁，為著適當之法律效力，在此視為完全轉錄。

- 被告的上述行為未取得任何合法許可。

- 被告明知上述毒品的性質，且受法律管制，仍在未經許可下吸食之，並在受有關毒品影響下在公共道路上駕駛車輛。

- 被告明知上述收藏在汽車地毯下的物品是受管制的毒品，且清楚其性質及特徵，仍在未經任何合法許可下取得、持有和作個人吸食。

- 被告自由、自願及有意識地故意作出上述行為，亦深知其行為

是被法律禁止及處罰。

- 被告表示具有小學畢業的學歷，兼職代駕，每月收入為澳門幣 13,000 元至 15,000 元，與在職的妻子育有一名女兒。

- 被告確認其於第 CR4-99-0026-PCC 號卷宗、第 CR1-05-0131-PSM 號卷宗及第 CR3-08-0168-PSM 號卷宗的判刑記錄，但根據上訴人的最新刑事紀錄顯示，該等案件的資料已沒有顯示在上訴人的最新刑事紀錄當中。

- 根據被告的最新刑事紀錄顯示，上訴人仍有以下犯罪記錄：

- 1) 被告因觸犯澳門《刑法典》第 175 條第 1 款結合第 178 條所規定及處罰的一項加重侮辱罪，於 2014 年 6 月 23 日被第 CR2-14-0133-PSM 號卷宗判處 3 個月徒刑，准予暫緩 18 個月執行，條件為 30 日內賠償澳門幣 3,000 元予被害警員，判決於 2014 年 7 月 21 日轉為確定；被告已繳納該賠償金；有關刑罰及後被第 CR3-14-0279-PCS 號卷宗所競合。

- 2) 被告因觸犯第 17/2009 號法律第 14 條所規定和處罰的一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，觸犯同一法律第 15 條所規定和處罰的一項不適當持有器具及設備罪，及觸犯第 3/2007 號法律第 90 條

第 2 款所規定及處罰的一項受麻醉藥品或精神科物質影響下駕駛罪，於 2014 年 10 月 23 日被第 CR5-14-0098-PCS 號卷宗(原第 CR3-14-0279-PCS 號卷宗)分別判處 2 個月徒刑、2 個月徒刑及 4 個月徒刑，三罪並罰，合共判處 6 個月徒刑的單一刑罰，准予暫緩 2 年 6 個月執行，禁止駕駛為期 1 年 3 個月，該案件與第 CR2-14-0133-PSM 號案卷對上訴人所判處的刑罰作競合，合共判處上訴人 8 個月徒刑的單一刑罰，准予暫緩 2 年 6 個月執行，維持禁止駕駛為期 1 年 3 個月的附加刑，判決於 2014 年 11 月 12 日轉為確定。

3) 被告又因觸犯 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款(經第 10/2016 號法律所修改)所規定和處罰的一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪及 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款第 1 項所規定及處罰的一項較輕的生產及販賣罪，於 2018 年 7 月 31 日被第 CR2-18-0198-PCC 號卷宗分別判處 6 個月的徒刑及 1 年 6 個月的徒刑，兩罪並罰，合共判處上訴人 1 年 9 個月實際徒刑的單一刑罰，判決於 2018 年 12 月 27 日轉為確定；上訴人正於該案件服刑，總刑期至 2020 年 9 月 4 日。

此外，被告還有以下待決卷宗：

1) 被告現被第 CR5-18-0322-PCC 號卷宗指控其觸犯由第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款(一)項結合第 8 條第 1 款所規定及處罰的一項較輕的生產和販賣罪(共犯)，及第 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，案件訂於 2019 年 5 月 21 日進行審判聽證。

未能證明的事實：

- 被告購買上述毒品是用於出售。
- 控訴書與上述已證事實不符的其他事實。

三、法律

上訴人認為被上訴裁判存有《刑事訴訟法典》第400條第1款及第2款a)項之瑕疵，請求廢止中級法院的裁判並維持第一審法院所作裁判，認定上訴人的行為屬於第17/2009號法律第11條第1款所規定的情況。

在上訴人看來，雖然其行為在客觀上符合第17/2009號法律第8條的規定，“但在考慮犯罪定性時，亦應考慮已證實的情節是否出

現同一法律第11條規定之‘不法性相當輕’的情況”。

換言之，上訴人認為應判其觸犯第17/2009號法律第11條第1款所規定及處罰的較輕販毒罪。

經第10/2016號法律修改的第17/2009號法律的第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。”

由此可知，如吸毒行為人所種植、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。

而在確定植物、物質或製劑的數量是否超過上表所指數量的五倍時，法律要求將有關植物、物質或製劑的全部數量都計算在內，不論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。

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，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微，則行為人按較輕的生產和販賣罪論處。在衡量不法性是否相當輕微時，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所附每日用量參考表內所載數量的五倍。

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，其中，法院應特別考慮毒品的數量。

毒品的數量雖然不是衡量事實的不法性是否相當輕微時要考慮的唯一因素，但毫無疑問，是值得法院特別考慮的重要因素。

事實上，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。

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，已認定的事實顯示，上訴人所持有的毒品含有甲基苯丙胺成分，淨重為 1.06 克，超過第 17/2009 號法律所附的每日用量參考表中所載數量(0.2 克)的五倍，上訴人持有毒品是為了供個人吸食。

上訴人稱其持有的毒品數量“比每日參考量五倍僅多出 0.06

克”，初級法院認定其行為符合第 11 條所指“不法性相當輕”的情節並沒有違反一般經驗法則，並不存在明顯錯誤；上訴人在本案的調查過程以及審判聽證中“一直表現配合並清楚交代案情”，並且對自己的犯罪行為感到無比後悔。

上訴人以其持有的毒品數量僅比每日參考用量的五倍多 0.06 克作為主要的上訴理由。

在第 87/2019 號上訴案件中，本終審法院曾於 2019 年 10 月 4 日作出裁判，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如下見解：

“吸食的数量或為吸食而持有的數量，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，因為對此而言，具有法律意義的數量限度是每日用量參考表內所載數量的五倍。

亦即，如僅證明行為人為供個人吸食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，則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。若非如此，即是對立法意圖的歪曲，因為立法者訂立的數量限度是每日用量參考表內所載數量的五倍，而不是六倍或七倍。

上訴人為個人吸食以及向第三人讓與之目的，持有淨重 1.17 克的甲基苯丙氨，該數量已超過附於上述第 17/2009 號法律的每日用量參考表內所載數量的五倍(5.85 倍)。

這樣，鑒於同一法律第 8 條和第 14 條的規定，應按照第 8 條的規定，而不是第 11 條和第 14 條的規定予以處罰。”

我們維持本院發表的上述見解，認為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以較輕販毒罪處罰行為人，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。

在本案中看不到這些可以令人認為上訴人行為的不法性相當之輕的情節。

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 條的處罰。

在原審法院認定的事實中沒有包括上訴人提出的有關其配合調查並清楚交代案情以及對自己的犯罪行為感到後悔的情節；該等情節與第 11 條第 1 款所列舉的犯罪的手段及行為方式或情節無關，即使獲得證實，亦不能起到顯示上訴人罪行的不法性相當輕微的作用。

至於初級法院對上訴人的行為符合第 11 條所指“不法性相當輕”的情況所作的認定，並非屬事實事宜的認定，而是具有法律性質的判斷，上級法院完全可以在上訴審中對上訴人提出的這個法律問題進行審理，並得出與原審法院不同的結論。

最後應指出的是，雖然上訴人指被上訴裁判存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項的瑕疵(即法院認定的事實不足以支持作出裁判)，但並未就該問題進行具體闡述，故本院無法對此作出有針對性的分析。

經檢視案卷中所查明的事實，我們認為中級法院對上訴人的不法行為所作的法律定性是正確的，不應以較輕販毒罪處罰上訴人。

法院認定的事實足以支持作出以第 17/2009 號法律第 8 條所規定的販毒罪處罰上訴人的決定。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人提起的上訴敗訴，維持中級法院所作的合議庭裁判。

訴訟費用由上訴人承擔，司法費訂為 5 個計算單位。

訂定辯護人的服務費為 2000 澳門元。

2020 年 1 月 22 日

法官：宋敏莉（裁判書制作法官）—岑浩輝—馮文莊