

第 71/2018 號案

刑事上訴

上訴人：甲

被上訴人：檢察院

會議日期：2018 年 10 月 31 日

法官：宋敏莉(裁判書制作法官)、岑浩輝和利馬

**主題：**— 第 17/2009 號法律第 14 條

— 較輕的生產和販賣

### 摘 要

一、根據第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款的規定，如行為人所種植、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。

二、以較輕的生產和販賣罪進行定罪的前提，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，其中，法院應特別考慮毒品的數量。

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

透過初級法院 2018 年 3 月 13 日作出的合議庭裁判，甲(本案被告)被判觸犯一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款結合第 14 條第 2 款及第 3 款所規定及處罰的不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪、一項同一法律第 14 條第 1 款所規定及處罰的不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪以及一項第 6/2004 號法律第 19 條第 1 款所規定及處罰的關於身份的虛假聲明罪，分別科處 7 年 9 個月徒刑、7 個月徒刑和 9 個月徒刑。

數罪併罰，被告被判處合共 8 年 3 個月實際徒刑的單一刑罰。

被告不服裁判，向中級法院提起上訴，該院裁定上訴理由部分成立，開釋被告被指控的關於身份的虛假聲明罪，但維持對不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪和不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪科處的單罪刑罰，改判被告 8 年徒刑的單一刑罰。

被告現向終審法院提起上訴，並提出如下結論：

1. 第 17/2009 號法律第 8 條規定的不法販賣麻醉藥品罪旨在處罰以營利為販賣動機、真正而且惡劣的不法販賣麻醉品罪。

2. 對於嚴重性較低、不法性較輕且數量較少的情況，立法者在同一法律的第 11 條中規定了較輕的生產和販賣的罪狀。

3. 已確定的是，沒有足夠的證據資料能夠令法院認定所查獲的毒品大部分用於出售予他人，更沒有足夠的證據可令人相信所扣押的金錢為販毒所得利潤。

4. 被上訴裁判裁定，關於所查獲的毒品超過“每日用量參考表”所定每日用量五倍的理據是有效、合法的，應予維持，因此，應排除對本個案適用第 11 條規定的罪名，而應像已做出的那樣，以第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定的不法販賣麻醉藥品罪對上訴人進行處罰。

5. 以這種方式解釋相關法律規定嚴重違反了我們刑事法律體制所公認的基本原則之一——過錯原則，因為透過這種解釋，將就罪狀的一項基本構成要素構建一個不可推翻的法律推定。

6. 在正確解釋及適用法律的情況下，所查獲的毒品數量不超過每日用量參考表內所載數量的五倍屬於要考慮的因素之一，也僅僅是要考慮的“因素之一”。並不意味著為適用上述法律第 11 條中的處罰規定，毒品的數量在任何情況下都不能超過這個五倍的“限制”。

7. 本案中，經仔細查閱事實，並對構成相關事實情節的全部因素進行衡量，而不只是過分局限於五日用量這項因素的話，(中級法院的)被上訴裁判本應改判被告觸犯一項第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款及第 2 款所規定及處罰的較輕的生產和販賣罪，並對其科處 4 年徒刑。

8. 與不法吸食麻醉藥品罪一併處罰，上訴人本應被判處 4 年 6 個月徒刑的單一刑罰。

9. 而被上訴裁判作出了與此不同的決定，故違反法律，也就是第 17/2009 號法律第 11 條中的入罪規定。

或者，

10. 儘管如此，如果認為應維持以第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款論處的話，那麼，考慮到有關毒品用於個人吸食，且沒有

證據證明上述毒品大部分用於出售予他人以及相關金錢為販賣所得，即便有第 6/2004 號法律第 22 條所規定的加重情節，適當的刑罰也應該是法定的最低限度，即 6 年 6 個月徒刑。

11. 與不法吸食麻醉藥品罪一併處罰，上訴人應被判處 6 年 11 個月徒刑的單一刑罰。

12. 而被上訴裁判作出了與此不同的決定，因此在這些部分違反法律，也就是澳門《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款 a 項、b 項和 d 項的規定。

檢察院作出答覆，並提出如下結論：

1) 本案經過庭審，查明：上訴人取得、持有、吸食在其身上及房間內所搜獲的受第 17/2009 號法律附表所管制的氯胺酮、二甲(甲烯二氧)苯乙胺等物質，淨重遠超出法定的 5 日用量。同時，在庭審中，上訴人承認在其身上及房間內所搜獲的毒品均屬其本人所有，聲稱僅供其個人吸食，否認販賣毒品，但知悉吸食毒品屬違法行為。

2) 因此，根據上述第17/2009號法律(經第10/2016號法律所修改)第14條第2款及第3款的規定，應按第17/2009號法律(經第10/2016號法律所修改)第8條第1款的規定作出處罰。

3) 此外，8月10日第17/2009號法律(經第10/2016號法律所修改)第14條第2款、第3款的立法精神是：舊的法律對吸毒罪並無規定行為人所持有的毒品數量，故即使行為人持有大量毒品、物質或製劑而實際是用以販毒，行為人便會聲稱僅供個人吸食，從而避開被控以販毒罪。故新法(第10/2016號法律)第14條第2款對之作出了修改：“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。”

4) 亦因此，原審法庭並沒有遠離了第17/2009號法令第11條的要件的規定，即並無違反第17/2009號法令第11條和第14條的規定，已遵守了罪刑法定的原則。

5) 據《刑法典》第40條，科處刑罰及保安處分旨在保護法益及使行為人重新納入社會。在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過之程度。而刑罰的功能分有對犯罪的一般預防和特別預防，以保護社會及使犯罪人改過自新。

6) 在本案，原審法院合議庭對上訴人量刑時沒有違反《刑法典》第40條，對上訴人作出量刑時沒有超逾上訴人作出事實時之罪過，已考慮有關特別預防及一般預防的需要。

7) 根據《刑法典》第65條的規定，在確定具體的刑罰的時候應考慮行為人的過錯及刑事預防目的之要求，此外還有不法的程度，實施的方式，相關後果的嚴重性，有關應負義務的違反程度，故意的程度，犯罪時所表露的情感及犯罪的動機，其個人及經濟條件狀況，行為之前後比較，犯罪情節等。

8) 在本案，上訴人是非法入境者，其持有大量受第17/2009號法律附表所管制的氯胺酮、二甲(甲烯二氧)苯乙胺等物質，淨重遠遠超出法定的5日用量，其犯罪事實不法程度甚高、故意程度亦高。

9) 事實上，對比其他國家和地區，澳門刑法對販賣毒品處罰已相對較輕，同時，在本案，澳門原審法院合議庭的裁決已非過重，而是依照澳門刑法定在有關犯罪刑幅偏低準線。

10) 因此，原審法院合議庭已充分考慮對上訴人有利之事實，對上訴人作出量刑時沒有違反《刑法典》第40條及第65條的規



定，即並非過重，而是屬適當的量刑。

在本審級，檢察院助理檢察長發表了意見，認為應裁定上訴理由不成立。

已作出檢閱。

現予以裁決。

## 二、事實

本案已認定的事實如下：

—2016年12月某日，被告甲在一名身份不明男子的協助下，從中國內地乘船在不經過中國及澳門出入境檢查站下進入澳門，為此，被告向該名男子支付了陸仟港元(HKD6,000.00)的費用。

—2017年3月29日晚上約9時，被告在聖德倫街九點火鍋附近被治安警員截查。當時，治安警員在被告身穿的長褲右前方

褲袋內搜獲一個印有「京都念慈菴枇杷潤喉糖」字樣的圓形鐵盒，該鐵盒內藏有兩包以紅色邊透明膠袋盛載的白色粉末、兩包以印有「靈芝」字樣的密封錫紙袋盛載的淺黃色粉末，以及兩包以底面各印有「荷蘭 wete」及「CKOnlyoneHK」字樣的密封錫紙袋盛載的淺黃色粉末。(詳見卷宗第 12 頁的扣押筆錄)

— 化驗結果顯示，上述兩包紅色邊透明膠袋內的白色粉末含有經第 4/2014 號法律及 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律附表二 C 所管制的氯胺酮成份，淨重為 22.43 克，經定量分析，氯胺酮百分含量為 85.3%，含量為 19.1 克；上述兩包印有「靈芝」字樣的密封錫紙袋內的淺黃色粉末含有同一法律表二 A 所管制的二甲(甲烯二氧)苯乙胺、同一法律表四所管制的硝甲西洋及同一法律表五所管制的 3,4-亞甲基二氧苯基-2-丙酮成份，淨量為 3.558 克，經定量分析，二甲(甲烯二氧)苯乙胺百分含量為 35.9%，含量為 1.28 克；上述兩包底面印有「荷蘭 wete」及「CKOnlyoneHK」字樣的密封錫紙袋內的淺黃色粉末同樣含有同一法律表二 A 所管制的二甲(甲烯二氧)苯乙胺、同一法律表四所管制的硝甲西洋及同一法律表五所管制的-3,4-亞甲基二氧苯基-2-丙酮成份，淨量為 3.089 克，經定量分析，二甲(甲烯二氧)苯乙胺百分含量為 35.1%，含量為 1.08 克；上述印有「京都念慈菴枇

杷潤喉糖」的圓形鐵盒內沾有同一法律附表二 C 所管制的氯胺酮痕跡。(詳見卷宗第 124 至 132 頁的鑑定報告)

— 其後，治安警員將被告帶返治安警察局調查。調查期間，被告向治安警察局申報其姓名為甲一。(上述身份資料聲明書已扣押在案，見卷宗第 39 頁至 40 頁)

— 被告清楚知道其向治安警察局申報的名字不是其真實的名字。

— 調查期間，治安警員在被告身上搜獲現金玖仟玖佰貳拾港元 (HKD9,920.00) 及一部手提電話。(詳見卷宗第 19 頁的扣押筆錄)

— 同日晚上 10 時 30 分，治安警員將被告送往仁伯爵綜合醫院進行藥物檢驗，檢驗結果顯示被告的尿液對經第 4/2014 號法律及 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律附表二 C 所管制的氯胺酮、附表二 B 所管制的甲基苯丙胺及附表二 A 所管制的二甲(甲烯二氧)苯乙胺測試呈陽性反應。(詳見卷宗第 48 頁之報到憑單)

— 被告在被治安警員截獲前的數天曾在澳門某處吸食含氯胺酮、甲基苯丙胺及二甲(甲烯二氧)苯乙胺的物質。

— 其後，治安警員將被告帶返其位於[地址]的住所進行調查，並在上述單位中由被告入住的房間的梳妝檯抽屜內搜獲一個牌子為 INFINIYUS 的膠瓶，該膠瓶內裝有白色粉末，一包以紅色邊透明膠袋盛載的白色粉末，以及一個牌子為 MARLBORO 的煙盒，該煙盒內裝有五支香煙及四支手捲煙；在該房間的床頭櫃第一格抽屜內搜獲現金貳萬港元(HKD20,000.00)、三部手提電話及被告的中國內地護照。(詳見卷宗第 25 及 29 頁的扣押筆錄及卷宗第 61 至 64 頁的圖片)

— 化驗結果顯示，上述一個牌子為 INFINIYUS 的膠瓶內的白色粉末含有經第 4/2014 號法律及 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律附表二 C 所管制的氯胺酮成份，淨量為 15.649 克，經定量分析，氯胺酮百分含量為 84.2%，含量為 13.2 克；上述紅色邊透明膠袋內的白色粉末同樣含有氯胺酮成份，淨量為 13.2 克；上述紅色邊透明膠袋內的白色粉末同樣含有氯胺酮成份，淨量為 0.299 克，經定量分析，氯胺酮百分含量為 85.1%，含量為 0.254 克；上述煙盒內的其中兩支手捲煙含有同一法律附

表一 C 所管制的大麻成份，淨量為 1.055 克。(詳見卷宗第 124 至 132 頁的鑑定報告)

— 上述從被告身上及在被告位於[地址]的住所內搜獲的受法律管制物質是被告從身份不明人士處取得的，其取得上述受法律管制物質的目的，是將之作其個人吸食。

— 治安警員發現被告早前在治安警察局內填寫身份資料聲明書時所申報的名字與在上述單位內搜獲的中國內地護照上所載的名字不符，於是向被告進行查問。此時，被告才向治安警察局申報其真實姓名為甲。(詳見卷宗第 6 頁)

— 被告是在自由、自願和有意識的情況下作出上述行為的。

— 被告明知上述在其身上及住所內搜獲的物質受法律所管制，但仍取得及持有之，目的是將之作其個人吸食，即使扣除現行法律就上述毒品所規定的 5 日吸食量後，被告所持有的氯胺酮及二甲(甲烯二氧)苯乙胺份量(皆為經定量分析後的淨量)仍分別超出該類毒品的 5 日用量。

— 被告明知其所吸食的物質受法律管制，但仍吸食之。

— 被告知道自己處於非法入境的狀態，但為著隱瞞其真實身份，向執法當局提供上述的虛假身份資料，意圖誤導澳門特區執法當局，以妨礙本澳關於打擊非法入境的法律的效力。

— 被告的上述行為未獲得任何法律許可。

— 被告明知澳門法律禁止和處罰上述行為。

— 被告在作出上述行為時處於非法入境狀態。

— 被告聲稱來澳的目的是從事沓碼工作，被告在本澳多個貴賓會有開設信貸及存款戶口。

— 被告在[集團]內曾有不少於 256 萬元的款項。

— 被告甲表示具有高中畢業的學歷，商人，年收入為人民幣 100 多萬元，與同為商人的妻子育有兩名子女。

— 根據被告的最新刑事紀錄顯示，被告屬於初犯。

#### **未能證明的事實：**

— 被告準備將案中所扣押的毒品大部分出售予他人。

— 從被告身上及在被告住所內所搜獲的現金全部是被告實施上述毒品活動的所得。

— 控訴書及答辯狀中與上述已證事實不符的其他事實。

### 三、法律

上訴人請求將不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪改判為第 17/2009 號法律第 11 條規定及處罰的較輕的生產和販賣罪，科處其 4 年徒刑；若法院不這麼認為，則請求將有關刑罰減為 6 年 6 個月徒刑。

上訴人稱，沒有足夠的證據資料能夠令法院認定搜獲的毒品大部分用於出售予他人，更沒有足夠的證據可令人相信所扣押的金錢為販毒所得利潤；所查獲的毒品數量(不超過每日用量參考表內所載數量的五倍)僅僅是對相關不法行為作出法律定性時要考慮的“因素之一”，並不意味著為適用第 17/2009 號法律第 11 條中的處罰規定，毒品的數量在任何情況下都不能超過這個五倍的“限制”。

我們認為上訴人沒有道理。

### 3.1. 較輕的生產和販賣罪

眾所周知，第 17/2009 號法律訂定了預防及遏止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物的措施。該法律經 2017 年 1 月 28 日開始生效的第 10/2016 號法律修改。

經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 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。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，法律要求將全部植物、物質或製劑的數量均計算在內，而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。

而根據第 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，則對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進行處罰取決於經考慮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，以及毒品的質量或數量，是否認為生產或販賣行為的不法性相當輕，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。

本文中，已認定的事實顯示，從上訴人處搜獲的毒品分別含有氯胺酮，淨重為 32.554 克(19.1 克+13.2 克+0.254 克)，二甲(甲烯二氧)苯丙胺，淨重為 2.36 克(1.28 克+1.08 克)，以及大麻，淨重為 1.055 克。

上訴人取得上述毒品，將之用於個人吸食。

氯胺酮和二甲(甲烯二氧)苯丙胺的數量遠遠超過附於第 17/2009 號法律的每日用量參考表內所指數量(分別為 0.6 克和 0.15 克)的五倍。

從上訴人處扣押的毒品的數量並未顯示出上訴人所實施之事實的不法性相當輕，而且卷宗內也沒有其他資料表明這一點。

根據第 17/2009 號法律第 14 條第 2 款及第 3 款的規定，應適用該法律第 8 條的規定，而不是以第 11 條的規定對上訴人的行為進行處罰。

要強調的是，上訴人所提出的沒有足夠的證據資料證明在其身上搜獲的毒品用於出售予他人且所扣押的金錢屬販毒所得利潤的主張並不重要，因為第 14 條第 2 款及第 3 款的規定明顯適用於行為人持有毒品以供個人吸食的情況。

考慮到案中已查明的情節，特別是上訴人取得及持有的毒品的種類及數量，我們認為被上訴法院所作的法律定性是正確的，不應以較輕的生產和販賣罪對上訴人進行處罰。

### 3.2. 具體量刑

上訴人請求減輕對不法販賣麻醉藥品罪所科處的刑罰，稱相關毒品用於個人吸食，且卷宗內所扣押的金錢並非出售毒品所得。

根據澳門《刑法典》第 40 條第 1 款的規定，科處刑罰的目的不單只是為了要使行為人重新納入社會，還要保護法益。

按照澳門《刑法典》第 65 條的規定，刑罰的確定須“在法律所定之限度內”及“按照行為人之罪過及預防犯罪之要求”來作出，無論是一般預防還是特別預防之要求，並要考慮所有在卷宗內查明的相關因素，尤其是那些於該條第 2 款所列明的因素。

在本案中，對上訴人被判處的罪行可處以 5 年至 15 年徒刑。

上訴人為初犯，並承認持有毒品以供個人吸食。

鑒於是現行犯，應認為上訴人的自認對其減刑請求不具有重要性。

案中已查明的事實情節並未顯示上訴人的故意程度低或是事實的不法程度低。

就刑罰的目的而言，一般預防犯罪的要求十分緊迫，有必要預防這種犯罪的發生。

應強調，上訴人在實施犯罪時處於非法入境的狀態，因此第 6/2004 號法律第 22 條所規定的加重情節對其不利，該條所指的“行為人處於非法入境或非法逗留的事實”正是上訴人的情況。

經衡量本個案的整體情況，尤其是上文所述情節以及有關毒品的數量，我們不認為上訴人被科處的 7 年 9 個月的徒刑過重，這是在刑罰幅度之內按照上訴人的罪過及預防犯罪的要求所確定的刑罰。

正如本院一直以來的見解，“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，作為以監督法律的良好實施為主旨的終審法院就不應介入具體刑罰的確定。”<sup>1</sup> 因此，如果像本案中一樣，沒有牽涉到上述情形，那麼終審法院不應介入具體刑罰的確定。

就數罪併罰而言，亦未見違反澳門《刑法典》第 71 條所規定的對上訴人被科處的各單項刑罰予以併罰，從而訂定單一刑罰的規則。

應裁定上訴理由不成立。

---

<sup>1</sup> 終審法院分別於 2008 年 1 月 23 日、2008 年 9 月 19 日、2009 年 4 月 29 日及 2011 年 9 月 28 日在第 57/2007 號案、第 29/2008 號案、第 11/2009 號案及第 35/2011 號案內作出的合議庭裁判。

#### 四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴敗訴。

訴訟費用由上訴人承擔，司法費訂為 5 個計算單位。

澳門，2018 年 10 月 31 日

法官：宋敏莉（裁判書制作法官）—岑浩輝—利馬