

編號：第 501/2021 號(刑事上訴案)

日期：2021 年 10 月 15 日

主要法律問題：

- 「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」及「不適當持有器具或設備罪」之競合
- 第 17/2009 號法律第 27-A 條規定之「違令罪」
- 量刑過重
- 緩刑

裁判書內容摘要

1. 根據經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 14 條和第 15 條規定，「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」及「不適當持有器具或設備罪」兩個犯罪所處罰的是不同的事實，一個是不法吸食，或純粹為供個人吸食而不法種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有法律所明文禁止的麻醉藥品及精神藥物物質；另一個是意圖抽食、吸服、吞服、注射或以其他方式使用該等物質，而不適當持有任何器具或設備者。因此，兩個犯罪屬於實質競合。

2. 經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 15 條規定和處罰的「不適當持有器具或設備罪」的客體“器具”必須是具有專用性的特點，而不是單純的被用於吸毒的任何物品。

3. 判定涉案之“器具”是否構成「不適當持有器具或設備罪」所規定的客體，仍需根據個案予以具體分析。

4. 本案，上訴人持有的器具，係由膠樽、瓶蓋、吸管、錫紙組裝而成，該改造組裝改變了日用品原有的功能用途，成為有效、可反復使用及專門用來吸食毒品的工具，具有專門性及耐用性，且在上述器具上驗出第 17/2009 號法律第四條內表二 B 所管制的“甲基苯丙胺”成份。故此，應對上訴人依據經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 15 條的規定作出獨立處罰。

5. 為打擊毒品犯罪，也是為了回應執法上的困難，立法者賦予刑事警察機關在特定情況下可以要求涉嫌人提供尿液樣本，即：經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條第 2 款之規定。

6. 根據經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條第 2 款之規定，未經有權限司法當局以批示預先許可，刑事警察機關亦可要求涉嫌人提供尿液樣本的要件有二：

- 1) 取證之緊迫性：有理由相信延誤收集涉嫌人的尿液樣本，對發現事實真相或對證據的確保構成損害；
- 2) 獲涉嫌人同意：涉嫌人本人同意，如涉嫌人未滿十六歲，則該同意須依次由其父或母、監護人或實際照顧該人的實體作出。

7. 取證之緊迫性，主要是時間方面的緊迫性，是指需要立即取證，延誤將導致證據極有可能滅失的情況。

8. 本案，上訴人涉嫌吸食毒品為“甲基苯丙胺”。毒品尿檢陽性之時限（即：用藥後尿檢為陽性時間段），因毒品的不同以及人身體的個體差異而不同。“甲基苯丙胺”的尿檢陽性時限為 1 小時至 3 天，考慮到涉嫌人士可能已於早前時間吸食毒品、申請司法命令之程序所需之必要時間、以及尿液採樣的程序所需之時間，可見，3 天（72 小時）的時間並非足夠，列為緊急實屬恰當。因此，警察當局的命令並不屬於違法命令。

9. 從第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條第 3 款法律條文規定便可理解，司法當局所審查的是措施的整體，以便確認整個措施是否有效，尿檢結果是否可用作證據，而非單獨針對警察當局要求涉嫌人接受尿檢的命令，否則，第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條第 2 款第 1 項的規定便沒有存在的價值。因此，警察機關沒有在 72 小時內提請司法當局審查警察機關要求上訴人驗尿的命令，不影響警察機關相關命令的合法性。

10. 在被上訴判決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情況下，本院沒有介入確定具體刑罰的空間。

11. 緩刑的前提要件包括形式要件（針對不超過三年的徒刑）及實質要件（存在正面的社會期盼）。在符合緩刑的形式要件的前提下，仍

須仔細考量相關的實質要件是否得到確認，包括特殊預防及一般預防兩個層面。

12. 嫌犯是否具備給予緩刑所需的有利因素，需綜合考察當事人的人格、生活狀況、犯罪情節等多種因素。

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 501/2021 號(刑事上訴案)

第一上訴人：A

第二上訴人：B

日期：2021 年 10 月 15 日

一、 案情敘述

在初級法院第 CR5-20-0251-PCS 號獨任庭普通刑事案中，於 2021 年 4 月 15 日，第一嫌犯 A 及第二嫌犯 B（即：本案兩名上訴人）被裁定：

第一嫌犯 A：

- 第一嫌犯 A 被控以直接正犯、既遂的方式觸犯：
- 經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 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，判處六個月徒刑；
- 經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 15 條所規定及處罰的一項「不適當持有器具或設備罪」，罪名成立，判處六個月徒刑；

- 經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條第 2 款第 1 項及第 5 款配合《刑法典》第 312 條第 1 款 a 項所規定及處罰的一項「違令罪」，罪名成立，判處六個月徒刑；
- 三罪競合，合共判處一年實際徒刑。

第二嫌犯 B：

- 第二嫌犯 B 被控以直接正犯、既遂的方式觸犯經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條第 2 款第 1 項及第 5 款配合《刑法典》第 312 條第 1 款 a 項所規定及處罰的一項「違令罪」，罪名成立，判處六個月實際徒刑。

*

第一嫌犯 A 不服，向本院提起上訴（上訴理由闡述載於卷宗第 790 頁背頁至第 794 頁）。

上訴人 A 提出以下理據（結論部分）：

「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」吸收「不適當持有器具或設備罪」

1. 在對不同見解保持充分尊重的前提下，上訴人認為被上訴之判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款的瑕疵，即是違反第 17/2009 號法律第 15 條規定。

2. 司法見解一致認為，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。

3. 根據判決書獲證明事實第 3 條、第 7 條及第 10 條，有關毒品是上訴人供自己吸食，而其中透明膠瓶、玻璃器皿、吸管及錫紙以作為上訴人在吸食時使用之工具，且均含有毒品成份。

4. 必須指出，吸食屬澳門第 17/2019 號法律附件 II-B 所管制的“甲基苯丙胺”則須借助上述器具方能進行吸食行為，有關的器具僅是日常生活中常見的物品。

5. 立法者在澳門第 17/2009 號法律第 15 條規定「不適當持有器具或設備罪」，其應限制解釋為僅僅是處罰持有專門用於吸食特定種類毒品(諸如針筒、大煙槍等)之行為。

6. 而且，根據被上訴判決獲證明事實第 6 條、第 7 條，警員在案發時候進入酒店房間並即時扣押相關吸食工具，即使有關器具沾有毒品成份，不會使上述器具被其他人在不注意情況下拿來使用或循環使用，亦不會降低一般人的防範性和警戒性。

7. 故此，當上述的吸食工具僅僅是作為上訴人為著吸食毒品的手段，而無具備“專用性”的特點時，那麼一般的競合理論認為有關的手段因被其目的所吸收，而不應獨立成罪。

8. 正如尊敬的中級法院於第 597/2015 號判決中就同一情況指出“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。在本案中，司警人員在嫌犯 A 身上搜獲嫌犯吸食毒品時使用的器具——膠蓋連組裝

吸管。同日，司警人員在嫌犯 B 身上搜獲一支連針咀沾有“海洛因”痕跡的注射器。沾有“海洛因”痕跡的針筒顯然是被用於吸食(注射)海洛因的工具，這個工具有專門性的特點，一般人不會在家里的日常用品之中用到，因此，不法持有這個器具可以獨立作出懲罰。至於其他則沒有這個特點，不能予以懲罰。”

9. 基於此，「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」與「不適當持有器具或設備罪兩罪」存在「想像競合關係」，而是前者吸收後者，就不應該對上訴人同時判處之。

10. 因此，應開釋上訴人觸犯被判處的第 15 條所規定及處罰之「不適當持有器具或設備罪」。

量刑過重

11. 原審法院在確定刑罰份量方面，除給予應有之尊重外，上訴人認為被判處一年實際徒刑，原審法院在確定刑罰份量方面是偏高的。

12. 根據中級法院之合議庭裁決(參閱中級法院合議庭裁決 638/2010 及 856/2010)，其認為在《刑法典》第 40 條及第 65 條規定量刑的標準中指出：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，且當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。為此，賦予審判者刑罰之確定之自由並不是隨心所欲的，而是受到法律約束之司法活動，對法律的真正適用。

13. 為此，在澳門《刑法典》第 65 條第 1 款之規定，原審法院在量刑時，為預防犯罪之要求，故亦需考慮上訴人能重返社會的要件。

14. 故此審判者在量刑時，須根據澳門《刑法典》第 40 條之規定，科處刑罰旨在保護法益及使行為人重新納入社會。除此之外，還須根據澳門《刑法典》第 65 條之規定。

15. 按照行為人之罪過及預防犯罪之要求，在法律所定之限度內為之，同時也須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節，例如：

- a) 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，以及行為人對被要求須負之義務之違反程度；
- b) 故意或過失之嚴重程度；
- c) 在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；
- d) 行為人之個人狀況及經濟狀況；
- e) 作出事實之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為；
- f) 在事實中顯示並無為保持合規範之行為作出準備，而欠缺該準備係應透過科處刑罰予以譴責者。

16. 根據有關既證事實為基礎，再透過法院對事實之判斷，運用刑罰及量刑準則，以及適用法律後，上訴人認為現時的裁決之量刑過重，請予上級法院重新給予較輕之量刑。

17. 根據第 17/2009 號法律第 14 條第 1 款規定「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」的刑幅為三個月至一年徒刑；同一法律第 15 條規定「不適當持有器具或設備罪」的刑幅為三個月至一年徒刑；《刑法典》第 312 條第 1 款 a 項規定「違令罪」的刑幅為最高一年徒刑。

18. 本案發生於 2018 年 11 月 1 日（見被上訴判決獲證事實第 2 條），截至提交本上訴狀已超逾三年之久，而上訴人未再有觸犯同類型罪名，證明上訴人已成功戒掉毒癮，決心不再犯罪。

19. 綜上所述，應給予上訴人機會，改為其三罪競合後判處不超逾 9 個月徒刑最為合適。

20. 此外，倘若尊敬的法官 閣下最後開釋上訴人觸犯被判處的經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 15 條所規定及處罰之「不適當持有器具或設備罪」，則請求改為其兩罪競合後判處 7 個月徒刑最為合適。

第一上訴人 A 綜其所述，請求：

- 宣告開釋上訴人被判處的一項由第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 15 條所規定及處罰之「不適當持有器具或設備罪」；及
- 重新對上訴人的刑期作出量刑。

*

第二嫌犯 B 不服，向本院提起上訴（上訴理由闡述載於卷宗第 814 頁至第 829 頁）。

上訴 B 提出以下理據（結論部分）：

1. 上訴人不服原審法院對其判決一項直接正犯及既遂行為觸犯經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條第二款一項及第五款配合澳門《刑法典》第 312 條第一款 A 項規定的「違令罪」，罪名成立，判處 6 個月實際徒刑。

2. 原審法院採用了無效證據及延申告誡違令罪，原審法院沾有《刑事訴訟法典》400 條第三款的瑕疵，繼而令原審法庭沾有同一法律第 400 條第一款規定錯誤適用法律的瑕疵，以致作出錯誤的判決。

3. 根據上述庭審已證事實，並不存在經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條第二款一項及第三款的法律要件。

4. 上述法律第 27-A 條第二款一項的規定“有理由相信延誤收集涉嫌人的尿液樣本，對發現事實真相或對證據的確保構成損害”（上訴人認為此為取證的緊急性），則即使未經有權限司法當局以批示預先許可，刑事警察機關亦可要求涉嫌人提供尿液樣本（第 27-A 條第二款）。

5. 刑事警察機關所發出的命令必須是一項合法命令，符合法律要求的要件，並由刑事警察機關對當事人作出適當告誡違令罪的刑事責任及後果，已被告誡違令罪之人士仍不遵從命令方構成違令罪。

6. 經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條第二款一項及第五款配合澳門《刑法典》第 312 條第一款 A 項規定的「違令罪」，必須要符合法律規定的緊急要件（即第 27-A 條第二款一項），亦須符合司法當局將取檢措施宣告為有效（即第 27-A 條第三款），方為合法的取檢措施。

7. 因此，未經有權限司法當局以批示預先許可的尿液樣本的取檢合法要件有二：

- 取證的緊急性：有理由相信延誤收集涉嫌人的尿液樣本，對發現事實真相或對證據的確保構成損害；及
- 須立即將所實施的取檢措施通知有權限司法當局，並由其在最遲七十二小時內審查該措施，以便使之有效。

8. 簡言之，未經有權限司法當局以批示預先許可的尿液樣本的取檢必須為合法條件下進行，刑事警察機關命令相關當事人“取檢尿液樣本的命（令）”方為合法。

9. 反言之，倘若未經有權限司法當局以批示預先許可的尿液樣本的取檢在不合法條件下進行，則會導致刑事警察機關命令相關當事人“取檢尿液樣本的命（令）”亦為不合法。

10. 立法者之所以規定上述法律第 27-A 條第三款，為確保任何對人身造成侵犯的取證措施必須在司法當局確認措施的有效性，而不是僅由刑事警察機關自行判斷。

11. 在本案中，上訴人於案中的重要時間點：

- 2018 年 11 月 1 日，21:00 時，上訴人同意治安警員入酒店房編號 3253 號房間搜證。（見卷宗第 35 頁）
- 2018 年 11 月 1 日，22:00 時被刑事警察機關宣布口頭拘留上訴人，拘留在海島警務廳（見卷宗第 2 頁）
- 2018 年 11 月 2 日，03:00，執行警員要求上訴人到仁伯爵綜合醫院進行藥物檢查（見卷宗第 2 頁-背頁）

- 2018 年 11 月 2 日，06:00，執行警員再次要求上訴人到仁伯爵綜合醫院進行藥物檢查，並向上訴人解釋，如其不進行藥物檢驗，便會觸犯違令罪(見卷宗第 2 頁-背頁)

- 2018 年 11 月 2 日，10:30，透過電話通知值日檢察官此案(見卷宗第 4 頁)

- 2018 年 11 月 3 日，早上 10 時 00 分準時將上訴人送往檢察院。(見卷宗第 4 頁)

- 2018 年 11 月 3 日，上午 11:31 至中午 12:00，上訴人在檢察院錄取口供(見卷宗第 71 頁)

- 2018 年 11 月 3 日，承案檢察官作出批示-對上訴人之拘留合法，移送及時，宣告卷宗所作之扣押合法，釋放上訴人(見卷宗第 79 頁)

12. 根據已證事實及卷宗資料，2018 年 11 月 1 日，21:00 時上訴人被發現嫌疑曾吸食毒品，並於同日 22:00 時已被扣留在警局，為此，因為毒品會存留在身體三日，刑事警察機關有 3 日時間(即到 2018 年 11 月 4 日，21:00)去預先取得司法當局的許可-命令上訴人驗尿，但刑事警察機關沒有作出這項適當措施，反而在沒有緊急性的情況下命令上訴人要求其驗尿。

13. 根據已證事實及卷宗資料，上訴人於 2018 年 11 月 2 日，06:00 執行警員再次要求上訴人到仁伯爵綜合醫院進行藥物檢查，並向上訴人解釋，如其不進行藥物檢驗，便會觸犯違令罪(見卷宗第 2 頁-背頁)，繼後的 72 小時，司法當局並沒有就此措施的合法性進行審核-宣告要求進行藥物檢驗的措施合法。

14. 即便上訴人不願意進行驗尿的措施，刑事警察機關亦須要就此作出報告，書面向司法當局解釋取證的緊急性：有理由相信延誤收集涉嫌人的尿液樣本，對發現事實真相或對證據的確保構成損害，以便司法當局審查相關措施是否存有緊急性及(倘有的)命令-作出驗尿措施是否合法。

15. 否則，上述法律的第 27-A 條第三款便失去其立法意義及存在的意義，刑事警察機關便可以在所有案件要求嫌疑人驗尿，否則，告誡下即觸犯違令，違令後 72 小時內沒有任何司法機關去複議相關決定的合法性。

16. 當然，我們相信刑事警察機關的執法能力，但畢竟上述法律第 27-A 條規定會對人身造成侵犯，故立法者須要司法當局的預先許可或事後 72 小時內確認措施的有效性。

17. 因此，只要刑事警察機關作出決定認為-“有理由相信延誤收集涉嫌人的尿液樣本，對發現事實真相或對證據的確保構成損害”，要求嫌疑人驗尿，則須要司法當局預先許可或事後 72 小時內確認措施的有效性，無論嫌疑人是否同意驗尿。

18. 況且，本案的上訴人已於 2018 年 11 月 3 日被承案檢察官作出批示-涉嫌違令(見卷宗第 79 頁)，司法當局更須審視刑事警察機關要求上訴人驗尿的要求是否合法。

19. 觀看已證事實及卷宗資料，整個案件當中，司法當局沒有在 72 小時內確認命令驗尿措施的有效性，但確認對上訴人的拘留合法，移送及時，宣告卷宗所作之扣押合法。

20. 上訴人認為，刑事警察機關要求上訴人驗尿的要求不符合法律規定的要件，包括：

- 取證的緊急性：有理由相信延誤收集涉嫌人的尿液樣本，對發現事實真相或對證據的確保構成損害；及
- 須立即將所實施的取檢措施通知有權限司法當局，並由其在最遲七十二小時內審查該措施，以便使之有效。

21. 因此，刑事警察機關的命令屬於違法命令。

22. 綜上所述，原審法院採用了無效證據及延申告誡違令罪，原審法院沾有《刑事訴訟法典》400 條第三款的瑕疵，繼而令原審法庭沾有同一法律第 400 條第一款規定錯誤適用法律的瑕疵，以致作出錯誤的判決，上級法院有權直接開釋上訴人一項「違令罪」。

23. 倘上級法院不認同上述理據，認定上訴人觸犯「違令罪」，為履行謹慎辯護責任，上訴人亦需提出給予其緩刑機會，適用刑法典第 48 條的規定，給予其機會緩刑。

第二上訴人 B 綜其所述，請求裁決：

－ 原審法院採用了無效證據所延伸申請告誡違令罪，原審法院沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 3 款的瑕疵，繼而令原審法庭沾有同一法律第 400 條第 1 款規定錯誤適用法律的瑕疵，以致作出錯誤的判決，上級法院有權直接開釋上訴人一項違令罪。

－ 倘上級法院不認同上述裁決，認定上訴人觸犯「違令罪」，上訴人亦需提出給予上訴人緩刑機會，適用刑法典第 48 條的規定，給予其機會緩刑。

*

駐初級法院刑事法庭的檢察院代表針對第一上訴人 A 的上訴作出答覆，認為第一上訴人的上訴理由不成立，應予以駁回（詳見卷宗第 845 頁至第 850 頁）。

檢察院在答覆中提出下列理據（結論部分）：

1. 上訴人認為涉案的吸食工具僅僅是作為上訴人為著吸食毒品的手段，而無具備“專門性”的特點時，那麼一般的競合理論認為有關的手段因被其目的所吸收，而不應獨立成罪，因此，『不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪』與『不適當持有器具或設備罪』存在『想像競合關係』，前者吸收後者，應開釋上訴人觸犯被判處的『不適當持有器具或設備罪』。

2. 本院並不認同有關觀點。

3. 『不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪』與『不適當持有器具或設備罪』所保護的法益不同，應理解兩者之間為實質競合的關係。

4 中級法院第 224/2019 號合議庭裁判認為“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門性的特點，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。”

5. 在本案中，上訴人所持有的器具包括膠瓶、吸管、錫紙、玻璃器皿及塑膠吸嘴，其中類似煙斗形狀的玻璃器皿及塑膠吸嘴具備水煙壺的功能，上訴人使用該等器具吸食“甲基苯丙胺”，明顯改變了有關物件原本的用途，已具備作為吸毒工具的專門性的特點。

6. 因此，本院認為上訴人這部分的上訴理由不成立。

7. 上訴人認為原審法院的合議庭裁判量刑過重。

8. 本院並不認同有關觀點。

9. 在具體量刑方面，《刑法典》第 40 條及第 65 條確立了量刑應考慮的因素和量刑的標準。

10. 根據“自由邊緣理論”，法庭在訂定具體刑幅時會根據抽象刑幅之最低及最高限度之間訂定的。

11. 上訴人觸犯一項經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 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』，可判處 3 個月至 1 年徒刑；一項經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 15 條所規定及處罰的『不適當持有器具或設備罪』，可判處 3 個月至 1 年徒刑；一項經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條第 2 款第 1 項及第 5 款配合《刑法典》第 312 條第 1 款 a 項所規定及處罰的『違令罪』，可判處最高 1 年徒刑。

12. 特別預防方面，上訴人非為初犯，作出本案犯罪事實時已曾多次觸犯毒品犯罪而被判刑，本次犯罪後果嚴重程度中等，行為不法性普通，但故意程度較高。上訴人在庭上未展現真誠悔悟，可見其再犯的機會較高。

13. 一般預防方面，上訴人實施的毒品犯罪，不單只對其個人身心造成傷害，還對其家庭及社會造成巨大破壞，還誘發了各種違法行為，最終擾亂了社會秩序，具有嚴重的社會危害性，我們認為一般預防有更高的要求。

14. 原審法院對上訴人觸犯的罪行所判處的刑罰份量，已考慮到一切有利於上訴人之情節，是適量的，並沒有過重的情況，我們認為符合一般預防及特別預防的要求，沒有違反《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定。

15. 綜上所述，本院認為上訴人的上訴理由不成立，應予以駁回。

*

駐初級法院刑事法庭的檢察院代表針對第二上訴人 B 的上訴作出答覆，認為第二上訴人的上訴理由不成立，應予全部駁回（詳見卷宗第 838 頁至第 844 頁）。

檢察院在答覆中提出下列理據（結論部分）：

1. 上訴人認為原審法院採用了無效證據及延申告誡違令罪，原審法院沾有《刑事訴訟法典》400 條第三款的瑕疵，繼而令原審法庭沾有同一法律第 400 條第一款規定錯誤適用法律的瑕疵，以致作出錯誤的判決。

2. 本院並不認同有關觀點。

3. 2016 年修改的第 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》，立法會第三常設委員會在第 4/V/2016 號意見書中指出：

“按照執法部門的實務經驗，很多時在酒店場所、娛樂場所或交通工具內發現毒品，但於並非吸毒者身上搜出，所以無法證明有關毒品誰屬，即使在現場有涉嫌吸毒者，但只要其聲稱毒品並非其所有，由於欠缺證據，只能任由其開脫，亦因此難以識別販賣者，不利於打擊毒品犯罪。

因而，“為了回應“吸毒罪”取證困難的問題，法案建議設立尿液樣本的取檢措施，防止該等場所及交通工具淪為毒品犯罪的溫床，並確保“吸毒罪”的舉證合理性。然而，由於尿液樣本的取檢可能對人身造成侵犯，因此法案規定必須有強烈跡象顯示有人在該等場所或交通工具內實施“吸毒罪”，且經司法當局預先許可，方可要求在現場的涉嫌吸毒者提供尿液樣本，以供檢測其是否曾吸食毒品。”

並力圖澄清：“除非獲得涉嫌吸毒者的同意，又或延誤收集尿液樣本，將影響檢測結果的準確性，則可先行採取有關措施，但屬後一情況，須嗣後立即通知司法當局，以便其在 72 小時內確認有關措施的有效性。此外，法案亦訂定了收集尿液樣本的規則，並讓受檢者有權要求對尿液本進行複檢，以期能更好地保障受檢者。”

4. 透過上述理由陳述中可以知道，為打擊毒品犯罪，也是為了回應執法上的困難，立法者賦予刑事警察機關在特定情況下可以要求涉嫌人提供尿液樣本。

5. 在本案中，警方接獲舉報在路氹互連貫公路 X 中心 X 酒店 709 號房間內發現有一個經改裝之器皿、大量錫紙及飲管，然後派員到現場調查。經進一步追查後，發現上訴人從 X 酒店 709 號房間離開，並前往 X 酒店進入了 X 樓 3253 號房間。當警員到達 X 樓 3253 號房間拍門後，上訴人開啟房門，警員隨即發現案中的另一名嫌犯 A 正在房間的大廳內吸食毒品；警員在房間內發現一些懷疑毒品的白色晶體及白色粉末，以及一些懷疑用作吸食毒品的工具；根據現場所目睹的情況，以及搜獲的扣押物，警方認為有強烈跡象顯示三名涉案人士(包括上訴人)涉嫌吸食

毒品，於是要求三名涉案人士(包括上訴人)到澳門仁伯爵綜合醫院接受藥物檢驗，但遭到三名涉案人士(包括上訴人)的拒絕，警方向三名涉案人士(包括上訴人)作出解釋及警告，如拒絕進行藥物檢驗，便會構成違令罪，三名涉案人士(包括上訴人)清楚知道有關後果後，仍繼續拒絕提供尿液樣本。警方完成相關工作後，將事件通知值日檢察官。

6. 經審視警方的辦案過程及客觀跡象(尤其是在上述房間內搜獲一些懷疑毒品及吸毒工具)，警方有理由相信延誤收集三名涉案人士(包括上訴人)的尿液樣本對發現事實真相及對證據的保存構成損害，故警方要求三名涉案人士(包括上訴人)提供尿液樣本完全符合法律規定，因此，警方向三名涉案人士(包括上訴人)所發出的命令是一個合法的命令。

7. 然而，三名涉案人士(包括上訴人)拒絕提供尿液樣本，警方未能成功採取相關措施，故沒有取檢措施需要司法當局作審查，但警方仍有將此事通知值自檢察官。

8. 綜上所述，本院認為並不存在上訴人所述的無效，原審法院亦沒有錯誤適用法律。

9. 因此，本院認為上訴人這部分的上訴理由不成立。

10. 上訴人認為應適用《刑法典》第 48 條的規定給予其機會緩刑。

11. 本院並不認同有關觀點。

12. 給予刑罰的暫緩執行應以對行為人將來的行為作有利的預測為基礎，且令人有信心透過刑罰的威嚇，行為人能從判刑中汲取到教訓，並有理由相信其藉著將來遵守法律及符合法律的生活而不會再次犯罪。

13. 緩刑的給予取決於形式要件及實質要件。

14. 在本案中，上訴人被判處 6 個月徒刑，並不超逾 3 年，符合形式要件。

15. 然而，要對上訴人給予緩刑，還需考慮“是否能適當及充分地實現處罰之目的”

16. 誠如尊敬的中級法院在第 203/2007 號合議庭裁判指出：“刑罰的目的分為一般預防和特別預防二種，雖然我們不能片面強調一方面的功能和需要，但是只要我們在評估我們的社會所要求的其中的一種預防不能得到滿足的話，就會使我們不能考慮緩刑來達到這個刑罰的目的。”

17. 上訴人作案時非為初犯，作出本案犯罪事實時已曾多次觸犯罪行而被判刑，本次犯罪後果嚴重程度中等，行為不法性普通，但故意程度較高，在庭上沒有展現真誠悔悟，其再犯的機會較高。考慮到毒品犯罪不單只對上訴人的個人身心造成傷害，還對其家庭及社會造成巨大破壞，還誘發了各種違法行為，最終擾亂了社會秩序，具有嚴重的社會危害性，結合澳門社會所面對的現實問題，尤其是對上訴人所犯罪行進行特別預防及一般預防的迫切需要，本院認為僅對事實作譴責並以徒刑作威嚇，不能適當及不足以實現處罰之目的，上訴人的刑罰不應暫緩執行。

18. 綜上所述，本院認為上訴人的上訴理由不成立，應予以駁回。

*

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，認為兩名上訴人提出的上訴理由均不成立，應駁回其等上訴並維持原判（詳見卷宗第 866 頁至第 868 頁背頁）。

*

本院接受了兩名上訴人提起的上訴，組成合議庭，對上訴進行審理，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

原審法院經庭審後認定以下事實：

已證明的事實

1. 於未能查明的日期，嫌犯A透過未能查明的途徑取得兩包“甲基苯丙胺”供其個人吸食。

2. 2018年11月1日，嫌犯A攜帶該兩包“甲基苯丙胺”及手持一個裝有錫紙、吸管、透明膠瓶、玻璃器皿及火機等物品的黑色手提袋，與嫌犯B離開曾停留的X酒店709號房間，到X酒店X樓3253號房間會合嫌犯C。

3. 在3253號房間內，嫌犯A以透明膠瓶、玻璃器皿、吸管及錫紙製作吸毒工具，吸食該兩包“甲基苯丙胺”。

4. 同日晚上約7時35分，治安警察局接獲舉報指，懷疑有人曾在XX酒店709號房間內吸毒。但治安警員到場時，已沒有人人在709號房間內。

5. 經追查後，警方發現嫌犯A及B進入了X酒店X樓3253號房間，故隨即派警員前往調查。

6. 治安警員到達後，由嫌犯B打開房門，當時警員目睹嫌犯A正在房內的大廳位置吸食毒品，而嫌犯C則在沙發上休息，故立即入內進行調查。

7. 治安警員在上述房間進行搜查後，發現大廳書枱上放有一透明包裝袋內有少量白色晶體、連包裝袋約重1.63克，一包紙包內有少量白

色粉末、連包裝約重 1.17 克，三張沾有晶體的卷狀錫紙(現扣押在案參閱卷宗第 7 頁的扣押件筆錄(1)及第 8 頁的照片)；一個內有透明液體的膠瓶、瓶蓋上插有一支沾有粉末的藍色吸管及一個玻璃器皿，三個沾有粉末的玻璃器皿及一個吸嘴(現扣押在案參閱卷宗第 9 頁的扣押件筆錄(2)及第 10 頁的照片)；十五支吸管，十七張錫紙，七個打火機等物品(現扣押在案參閱卷宗第 11 頁的扣押件筆錄(3)及第 12 頁的照片)。

8. 由於有強烈跡象顯示三名嫌犯曾經吸食毒品，故治安警員要求三名嫌犯到仁伯爵綜合醫院進行尿液藥物檢驗，並告誡三名嫌犯如拒絕接受藥物檢驗會觸犯違令罪，但三名嫌犯拒絕進行檢驗。

9. 隨後，警員再次要求三名嫌犯進行尿液藥物檢驗，並將收集尿液樣本聲明書交給三名嫌犯簽署，同時告誡三名嫌犯如拒絕接受藥物檢驗會觸犯違令罪，但三名嫌犯依然拒絕進行檢驗(參閱卷宗第 17、34 及 50 頁)。

10. 經鑑定證實，該包透明晶體及白色粉末均屬澳門第 17/2009 號法律附表 II-B 所管制的“甲基苯丙胺”、淨量分別為 0.430 克及 0.016 克；而該三張卷狀錫紙，透明膠瓶、瓶蓋、瓶蓋上的吸管及玻璃器皿，三個玻璃器皿內及一個塑膠吸嘴內均含有同一法律附表 II-B 所管制的“甲基苯丙胺”的痕跡；而透明膠瓶內的透明液體亦含有同一法律附表 II-B 所管制的“甲基苯丙胺”成份(參閱卷宗第 137 至 144 頁的鑑定報告，在此視為全部轉載)。

11. 嫌犯 A 在自由、自願及有意識的情況下，故意吸食及持有受第 17/2009 號法律附表 II-B 管制的毒品作個人吸食用途。

12. 嫌犯 A 在自由、自願及有意識的情況下，不適當持有及使用上述膠瓶、吸管、錫紙、玻璃器皿及塑膠吸嘴作吸食毒品的用途。

13. 三名嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，明知已被告誡如拒絕接受藥物檢驗會觸犯違令罪，仍故意違反該命令，拒絕警方依法對他們進行的藥物檢驗。

14. 三名嫌犯清楚知道他們的行為是法律所不容，會受法律制裁。

*

另外，亦查明以下事實：

案中第10頁扣押的一個膠瓶瓶蓋上插有的藍色吸管上存有第一嫌犯A的DNA。

根據刑事紀錄證明，第一嫌犯A及第二嫌犯B均非為初犯，第三嫌犯C無刑事紀錄。

有關第一嫌犯A的刑事紀錄如下：

在CR1-14-0128-PCC號卷宗內，第一嫌犯A因觸犯一項「文件的索取或接受罪」而於2014年12月18日被判處兩年九個月徒刑，緩期三年執行，另判禁止進入本特區各賭場三年。有關判決於2015年1月20日轉為確定。於2019年10月31日，法院決定將緩刑期間延長一年，有關批示於2019年11月25日轉為確定。於2020年11月16日，法院決定不廢止緩刑根據《刑法典》第48條第5款規定，該案將歸檔，有關批示於2020年12月9日轉為確定。

在CR4-18-0090-PCC號卷宗內，第一嫌犯A因於2017年8月31日觸犯一項「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」而於2019年3月15日各被判處五個月徒刑，兩罪並罰，合共判處八個月徒刑，緩期三年執行，緩刑條件為在緩刑期間需遵守戒毒治療的附隨考驗制度。第一嫌犯不服判決上訴至中級法院，中級法院開釋第一嫌犯被指控的一項「不適當持有器具或設備罪」，並裁定第一嫌犯觸犯了一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」，判處五個月徒刑，緩刑三年執行；緩刑條件為在緩刑期間內需遵守戒毒治療的附隨考驗制度。有關判決於2019年6月13日轉為確定。該案刑罰因被第CR4-18-0289-PCC號卷宗競合而作歸檔處理。

在CR4-18-0289-PCC號卷宗內，第一嫌犯A因於2016年7月29日觸犯一項「為賭博的高利貸罪」而於2019年5月24日被判處一年三個月徒刑，緩期兩年執行，另加處禁止進入賭場兩年六個月的附加刑。有關判決獲中級法院確認並於2019年10月18日轉為確定。於2019年12月10日，該案與第CR4-18-0090-PCC號卷宗作刑罰競合，合共判處一年五個月徒刑，緩刑三年執行，自該判決確定起計。有關判決於2020年1月13日轉為確定。該案刑罰因被第CR2-19-0253-PCC號卷宗競合而作歸檔處理。

在CR2-19-0253-PCC號卷宗內，第一嫌犯A因於2017年12月13日至2019年1月21日期間觸犯一項「詐騙罪」、三項「加重詐騙罪」、一項「偽造具特別價值之文件罪」（另外被指控的兩項「偽造具特別價值之文件罪」因被前述兩項「加重詐騙罪」所吸收而不再作獨立處罰）及一項「收留罪」而於2019年10月10日分別被判處九個月徒刑、每項一年徒刑、一年六個月徒刑及五個月徒刑，數罪並罰，合共判處四年三個月實際徒刑，以及以連帶方式支付被害人的財產損害賠償人民幣8900元。第一嫌犯不

服判決上訴至中級法院，中級法院改判三項「偽造具特別價值之文件罪」為三項「塗改或偽造籌碼罪」，每項判處一年三個月徒刑，與其他犯罪數罪並罰，維持被判處四年三個月實際徒刑之單一刑罰。有關判決於2020年7月9日轉為確定。於2020年10月21日，該案與第CR4-18-0289-PCC及CR3-19-0334-PCS號卷宗作刑罰競合，合共判處五年三個月實際徒刑之單一刑罰以及維持判處禁止進入賭博場地為期兩年六個月的附加刑，自CR4-18-0289-PCC號案判決確定之日起計執行。有關刑罰競合的判決尚未轉為確定。第一嫌犯現因該案於路環監獄服刑。

在CR3-19-0334-PCS號卷宗內，第一嫌犯A因於2019年1月27日觸犯一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」，判處五個月徒刑，緩刑兩年執行。有關判決於2020年1月20日轉為確定。該案刑罰因被第CR2-19-0253-PCC號卷宗競合而作歸檔處理。

在CR5-20-0334-PCC號卷宗內，第一嫌犯A被指控於2018年8月14日觸犯一項「巨額詐騙罪」，該案將於2021年6月1日進行審判聽證。

有關第二嫌犯B的刑事紀錄如下：

在1863/1997號輕刑刑事案內，第二嫌犯B因觸犯一項「違令罪」而於1997年11月28日被判處30日的罰金，每日的罰金訂為50澳門元，合共1,500澳門元，倘若不繳納或不獲准以勞動代替，可易科為20日的徒刑。嫌犯已繳納被判處的罰金及訴訟費用。該案已作歸檔處理。

在CR3-97-0009-PSM(原39/1997)號輕刑刑事案內，第二嫌犯B因觸犯一項「輕微違反(無牌駕駛)」而於1997年1月27日被判處6,000澳門元

罰金，倘若不繳納則以80日徒刑代替。嫌犯已繳納被判處的罰金及訴訟費用。該案已作歸檔處理。

在CR4-99-0022-PCC（原PCC-678-99-6或CR3-99-0033-PCC）號卷宗內，第二嫌犯B因觸犯一項「搶劫罪」而於2000年2月1日被判處一年徒刑，緩期兩年執行。有關判決於2000年2月18日轉為確定。該案已因緩刑期滿而作歸檔處理。

在CR4-10-0212-PSM號卷宗內，第二嫌犯B因觸犯一項「加重違令罪」而於2010年11月1日被判處兩個月徒刑，緩刑十八個月執行，條件為需於該判決確定後之兩個月內向澳門特別行政區繳付2,000澳門元，以及吊銷駕駛執照。有關判決於2010年11月11日轉為確定。於2011年3月8日，法院決定將緩刑期間延長一年，合共緩刑三十個月，條件為需於該批示轉確定後兩個月內向澳門特別行政區繳付2,000澳門元。有關批示於2011年3月18日轉為確定。該案已因緩刑期滿而作歸檔處理。

在CR5-13-0048-PSM（原CR3-13-0209-PSM）號卷宗內，第二嫌犯B因觸犯一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」而於2013年11月1日被判處四十五日徒刑，緩期一年六個月執行，並附隨考驗制度，接受社會重返廳跟進。有關判決於2013年11月11日轉為確定。於2014年11月20日，法院決定將緩刑期間延長一年，須附隨考驗制度，接受社工跟進。有關批示於2014年12月15日轉為確定。於2016年1月22日，法院決定將緩刑期間延長一年，合共三年六個月，緩刑期間須附隨考驗制度。有關批示於2016年2月23日轉為確定。於2017年6月29日，法院決定廢止該案的緩刑。有

關批示獲中級法院確認並於2018年1月16日轉為確定。嫌犯已服畢該案刑期。該案已作歸檔處理。

在CR2-14-0548-PCS號卷宗內，第二嫌犯B因觸犯一項「吸毒罪」而於2015年6月17日被判處一個月十五日實際徒刑。有關判決於2016年2月18日轉為確定。嫌犯已服畢該案刑期。該案已作歸檔處理。

在CR5-18-0258-PCT號卷宗內，第二嫌犯B因觸犯一項「輕微違反(無牌駕駛)」而於2018年11月14日被判處兩個月徒刑，緩刑十八個月，須向特區政府作出10,000澳門元捐獻，每月兩次往司法警察局報到。有關判決於2018年12月11日轉為確定。嫌犯已提交10,000澳門元捐獻。於2019年10月30日，法院決定將緩刑期間延長六個月，合共二十四個月，每月兩次往司法警察局報到。有關判決於2019年11月25日轉為確定。

第一嫌犯A聲稱具中學的學歷程度，任職司機，每月收入約為15,000澳門元，需供養父母。

第二嫌犯B聲稱具小學的學歷程度，任職裝修工人，每月收入約為15,000澳門元，需供養父母。

第三嫌犯C在檢察院作出的訊問筆錄中聲稱具小學二年級的學歷程度，無業，無收入，無需供養任何人。

*

未經查明之事實：

沒有。

三、法律方面

本上訴涉及之問題：

- 「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」及「不適當持有器具或設備罪」之競合
- 第 17/2009 號法律第 27-A 條規定之「違令罪」
- 量刑過重
- 緩刑

*

（一） 第一上訴人 A 之上訴

1. 「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」與「不適當持有器具或設備罪」之競合

上訴人聲稱，涉案之吸食工具僅僅是作為上訴人為著吸食的手段，且本案的器具不具備可被他人使用或循環使用的“專用性”特點，因此，手段因其目的所吸收，上訴人被控告的一項「不適當持有器具或設備罪」不應獨立成罪。

*

經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 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。

經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 15 條（不適當持有器具或設備）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，處三個月至一年徒刑，或科六十日至二百四十日罰金。

*

關於「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」及「不適當持有器具或設備罪」之間存在的關係是實質競合抑或想像競合的問題，司法實踐中一直以來都存在著分歧。

我們認為，根據上述兩個法律條文之規定，可見，兩個犯罪所處罰的是不同的事實，一個是不法吸食，或純粹為供個人吸食而不法種植、生產、製造、提煉、調製、取得或持有法律所明文禁止的麻醉藥品及精神藥物物質；另一個是意圖抽食、吸服、吞服、注射或以其他方式使用

該等物質，而不適當持有任何器具或設備者。因此，兩個犯罪屬於實質競合。

*

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罪」的客體“器具”必須是具有專用性的特點，而不是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。¹

眾所周知，伴隨時代及科技的發展，毒品犯罪所涉及的毒品種類不斷地發生著變化，與之相應的，用於吸毒的器具或設備也在花樣翻新。判定涉案之“器具”是否構成「不適當持有器具或設備罪」所設定的客體，仍需根據個案予以具體分析。²

本案，卷宗資料顯示，上訴人於涉案酒店房間內藏有一個內有透明液體的膠瓶、瓶蓋上插有吸管及一個玻璃器皿，三個玻璃器皿及一個吸嘴，以及大量吸管和錫紙，是將日常用品經組裝之後製作成的吸食毒品之工具，且在該等物品上均檢驗出第 17/2009 號法律第四條內表二 B 所管制之“甲基苯丙胺”的成份。

無論是玻璃器皿還是吸管，甚至錫紙，本身均屬於日常用品，於社會生活中所常見。正常持有、使用該等物品，並不會導致普通人觸犯法律而面臨刑事處罰。

¹ 2019 年 4 月 25 日中級法院合議庭裁判，上訴案編號：第 224/2019 號。

² 2020 年 7 月 30 日中級法院合議庭裁判，上訴按編號：第 144/2020 號。

但是，另一方面，一種毒品的吸食方法，幾乎都是多種多樣，而非單一的，“甲基苯丙胺”（俗稱“冰毒”）作為毒品的常見種類之一，其有一種較為特殊的吸食方法，被俗稱為“溜冰”，即：需通過類似“水煙壺”的輔助工具才可以進行吸食。

具體本案，上訴人選擇以“溜冰”方式吸食，其持有的器具，當中一個內有透明液體的膠瓶、瓶蓋上插有吸管及一個玻璃器皿，三個玻璃器皿及一個吸嘴，經改造組裝之後具備了水煙壺的功能。上訴人使用該等器具吸食“甲基苯丙胺”，改變了日用品原有的功能用途；同時，在上述器具上亦確實驗出“甲基苯丙胺”的成份，足以證明該器具已成為有效、可反復使用的吸食毒品工具，具有專門性及耐用性。故此，本合議庭認為，應對上訴人依據經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 15 條的規定作出獨立處罰。

鑒於此，上訴人的相關上訴理由不成立，維持原審法院的相關罪名裁定。

*

2. 量刑過重

第一上訴人 A 認為原審法院對其量刑過重。

第一上訴人指出，根據有關既證事實為基礎，再透過法院對事實之判斷，運用刑罰及量刑準則，以及適用法律後，上訴人認為現時的裁決之量刑過重。該上訴人重點指出，本案發生於 2018 年 11 月 1 日，截至提交本上訴狀已超逾三年之久，而上訴人未再有觸犯同類罪名，證明上訴人已成功戒掉毒癮，決心不再犯罪。

*

《刑法典》第 40 條、64 條和第 65 條規定了刑罰的目的、刑罰種類的選擇以及具體量刑的準則。

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。

在出現《刑法典》第 64 條規定的需選擇非剝奪自由之刑罰抑或剝奪自由之刑罰之情況時，法院亦需根據刑罰之目的作出選擇。

《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。

在犯罪競合之量刑方面，根據《刑法典》第 71 條規定，二項以上犯罪實際競合者，僅科處一單一刑罰，可科處的刑罰最低限度為各罪刑罰中最重者，而最高限度為各罪刑罰之總和，在量刑時，應一併考慮行為人所作事實及其人格。

所有競合之犯罪事實均一併作為行為人被歸責之犯罪行為進行審查，考慮其整體程度與嚴重性、違反所保障法益的程度、當中是否存在共通或關聯性，以及藉此所反映的行為人之人格、個性及其生活模式。

*

《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。

*

本案，第一上訴人 A 為澳門居民，具多項犯罪記錄。

第一上訴人於本案觸犯一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」、一項「不適當持有器具或設備罪」及一項在毒品犯罪調查中觸犯的「違令罪」。

被上訴判決針對第一上訴人的量刑，寫到：

“有關第一嫌犯方面：

按照上述的量刑標準，同時考慮到在本個案中的具體情節，本次犯罪後果嚴重程度中等，行為不法性普通，但故意程度較高；第一嫌犯非為初犯，作出本案犯罪事實時已曾多次觸犯毒品犯罪而被判刑，庭上亦未展現真誠悔悟，可見，其再犯的機會較高。綜合上述各方面的考量，本院認為，就第一嫌犯所觸犯的經第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 14 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」以及同一法律第 15 條所規定及處罰的一項「不適當持有器具或設備罪」；以及同一法律第 27-A 條第 2 款第 1 項及第 5 款配合《刑法典》第 312 條第 1 款 a 項所規定及處罰的一項「違令罪」，基於預防犯罪的需要，判處罰金刑不足以實現刑罰的目的，必須處以徒刑，分別判處嫌犯六個月徒刑、六個月徒刑及六個月徒刑最為合適。

為著預防將來犯罪，根據《刑法典》第 44 條第 1 款第 2 部份的規定，上述徒刑均不可轉為罰金。

根據《刑法典》第 71 條規定，將被判的三個刑罰合併判處單一刑罰，量刑幅度為六個月至十八個月。

考慮到本案的具體情節及嫌犯的行為，本院認為，判處一年徒刑的單一刑罰最為合適。

經考慮嫌犯的人格、生活狀況、犯罪前後的行為及犯罪情節，尤其是嫌犯非為初犯，且曾多次觸犯同類的非法毒品犯罪，本院認為，僅對事實作譴責及以監禁作威嚇並不足以實現處罰之目的，而有必要實際執行所判處的刑罰，方能達到預防犯罪的目的。”

經細讀被上訴判決，可見，原審法院依據第一上訴人的罪過，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 64 條、第 65 條及第 71 條的規定，不選擇非剝奪自由的刑罰，而是選擇剝奪自由刑罰之徒刑，在確定選擇徒刑之後，裁定上訴人以直接正犯、故意及既遂方式觸犯經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 14 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」，在三個月至一年徒刑之刑幅內，判處上訴人六個月徒刑；以直接正犯、故意及既遂方式觸犯經第 10/2016 號法律修改之第 17/2009 號法律第 15 條所規定及處罰的一項「不適當持有器具或設備罪」，在三個月至一年徒刑的刑幅內，判處上訴人六個月徒刑，一項「違令罪」，在一個月至一年徒刑之間，判處六個月徒刑；三罪並罰，在六個月至一年六個月徒刑之刑罰競合之刑幅內，合共判處嫌犯一年實際徒刑的單一刑罰，不存在上訴人所主張的量刑過重的情況。

此外，上訴人實施本案事實之後，絕大部分時間在另外一個案件（CR-9-0253-PCC）被羈押及服刑，故此，上訴人主張的案發之後超逾三年沒有再犯同類罪名而顯示其真心悔改的主張，並不能構成對其有利的量刑情節。

藉此，上訴人的相關上訴理由不成立。

**

（二）、第二上訴人 B 的上訴

1. 第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條所規定的「違令罪」

第二上訴人認為，刑事警察機關的命令屬於違法命令，卷宗之情況不符合取證的緊急性，且司法當局沒有在 72 小時內確認命令驗尿措施的有效性，因此，原審法院採用了無效證據及延申告誡違令罪。故，第二上訴人請求開釋其一項「違令罪」。

第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條（尿液樣本的取檢）規定如下：

一、如有強烈跡象顯示有人在酒店場所或同類場所，尤其是餐廳、舞廳、酒吧、飲料場所、飲食場所，或用作聚會、影演項目、娛樂或消閒的場所，又或交通工具內實施第十四條所指的犯罪，且經有權限司法當局以批示預先許可，刑事警察機關可要求在該等場所或交通工具內的涉嫌人提供尿液樣本，供檢測其是否曾吸食表一至表四所列植物、物質或製劑。

二、如屬上款所指情況，且符合下列任一要件，即使未經有權限司法當局以批示預先許可，刑事警察機關亦可要求涉嫌人提供尿液樣本：

（一）有理由相信延誤收集涉嫌人的尿液樣本，對發現事實真相或對證據的確保構成損害；

（二）獲涉嫌人同意，只要涉嫌人是在有能力理解該同意的含義下以書面方式作出；如涉嫌人未滿十六歲，則該同意須依次由其父或母、監護人或實際照顧該人的實體作出。

三、如屬上款（一）項所指情況，須立即將所實施的取檢措施通知有權限司法當局，並由其在最遲七十二小時內審查該措施，以便使之有效，否則該措施無效。

四、為取得和檢測涉嫌人的尿液樣本，須將其送往醫院或其他合適的場所，並要求其在進行檢測所確實必需的時間內，留於上述地點。

五、如涉嫌人拒絕提供尿液樣本，且事前已被警告其行為的刑事後果者，處相應於違令罪的刑罰。

為打擊毒品犯罪，也是為了回應執法上的困難，立法者賦予刑事警察機關在特定情況下可以要求涉嫌人提供尿液樣本，即：上述第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條第 2 款之規定。

根據上述第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條第 2 款之規定，未經有權限司法當局以批示預先許可，刑事警察機關亦可要求涉嫌人提供尿液樣本的要件有二：

3) 取證之緊迫性：有理由相信延誤收集涉嫌人的尿液樣本，對發現事實真相或對證據的確保構成損害；

- 4) 獲涉嫌人同意：涉嫌人本人同意，如涉嫌人未滿十六歲，則該同意須依次由其父或母、監護人或實際照顧該人的實體作出。

取證之緊迫性，主要是時間方面的緊迫性，是指需要立即取證，延誤將導致證據極有可能滅失的情況。

本案，上訴人涉嫌吸食毒品為“甲基苯丙胺”。毒品尿檢陽性之時限（即：用藥後尿檢為陽性時間段），因毒品的不同以及人身體的個體差異而不同。“甲基苯丙胺”的尿檢陽性時限為1小時至3天，考慮到涉嫌人士可能已於早前時間吸食毒品、申請司法命令之程序所需之必要時間、以及尿液採樣的程序所需之時間，可見，3天（72小時）的時間並非足夠，列為緊急實屬恰當。因此，警察當局的命令並不屬於違法命令。

上訴人還認為，警察機關沒有根據上述第10/2016號法律修改的第17/2009號法律第27-A條第3款之規定在72小時內提請司法當局審查警察機關要求上訴人驗尿的要求是否合法，故，警察機關的命令屬於違法命令。

第10/2016號法律修改的第17/2009號法律第27-A條第3款規定“如屬上款（一）項所指情況，須立即將所實施的取檢措施通知有權限司法當局，並由其在最遲七十二小時內審查該措施，以便使之有效，否則該措施無效。”

從法律條文規定便可理解，司法當局所審查的是措施的整體，以便確認整個措施是否有效，尿檢結果是否可用作證據，而非單獨針對警察

當局要求涉嫌人接受尿檢的命令，否則，第 10/2016 號法律修改的第 17/2009 號法律第 27-A 條第 2 款第 1 項的規定便沒有存在的價值。

基於此，刑事警察機關的命令是合法命令，上訴人的上訴理據不成立。

*

2. 緩刑

上訴人認為，如上級法院認定上訴人觸犯了上述一項「違令罪」，應根據《刑法典》第 48 條規定，給予其機會緩刑。

*

澳門《刑法典》第 48 條（前提及期間）規定：

一、經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，認為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者，法院得將科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。

.....

*

給予刑罰的暫緩執行應以對行為人將來的行為作有利的預測為基礎，且令人有信心透過刑罰的威嚇，行為人能從判刑中汲取到教訓，並有理由相信其藉著將來遵守法律及符合法律的生活而不會再次犯罪。³

³ 1991 年 7 月 10 日葡萄牙最高法院合議庭裁判，《司法見解匯篇》，第 16 期，第 4 卷，第 14 頁（摘自《澳門刑法典註釋及評述》 第二冊， 盧映霞、陳曉疇 譯， 第 66 頁）

緩刑是行為人承擔其刑事責任的一種獨立的刑事法律制裁方式，而並非一種放寬處理刑罰責任的措施。在符合法定前提的條件下，法院針對個案“可以”（而並非“必須”）裁定徒刑的暫緩執行。

緩刑的前提要件包括形式要件（針對不超過三年的徒刑）及實質要件（存在正面的社會期盼）。在符合緩刑的形式要件的前提下，仍須仔細考量相關的實質要件是否得到確認，包括特殊預防及一般預防兩個層面。

是否具備給予緩刑所需的有利因素，需綜合考察當事人的人格、生活狀況、犯罪情節等多種因素。

被上訴判決指出：

“經考慮嫌犯的人格、生活狀況、犯罪前後的行為及犯罪情節，尤其是第二嫌犯非為初犯，且曾多次觸犯罪行且被判刑，本院認為，僅對事實作譴責及以監禁作威嚇並不足以實現處罰之目的，而有必要實際執行所判處的刑罰，方能達到預防犯罪的目的。”

本案，根據卷宗之事實所展現的上訴人的人格、生活方式和犯罪前後的表現，特別是，上訴人曾多次觸犯罪行且被判刑，缺乏對上訴人將來的行為作有利的預測為基礎，無法令法院相信上訴人會從判刑中汲取到教訓，可藉著將來遵守法律及符合法律的生活而不會再次犯罪。

本案，被上訴判決根據《刑法典》第 48 條的規定，綜合一般預防和特別預防的要求，決定不給予上訴人緩刑，並無違反《刑法典》第 48 條的規定。

因此，上訴人的上訴理由不成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人 A 及上訴人 B 的上訴理由均不成立，維持原審判決。

*

判處兩名上訴人各自支付其本人上訴之訴訟費用和負擔。兩名上訴人各自須支付的司法費定為 6 個計算單位。

著令通知。

—*—

澳門，2021 年 10 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）

