

編號：第 708/2015 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2015 年 9 月 10 日

主要法律問題：

- 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判
- 吸毒工具

摘 要

1. 從已證事實中確認，上訴人持有氯胺酮準備出售給 B，即是，上訴人持有上述毒品的目的是提供給他人，並非純粹為個人吸食。

因此，上訴人的行為，雖然仍未將毒品出售給 B，亦已符合第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款的規定，有關非法持有的行為已屬既遂的犯罪行為。

2. 上訴人持有錫紙、透明吸管及一個盛有液體的膠樽，樽蓋上插有兩組吸管，其中一支吸管附有一張錫紙，並用作吸食有關毒品之工具，上訴人明知不可仍持有上述工具用作吸食毒品的器具。

但是這些器具不具有專門性的特點，對持有這些器具不能作出懲罰。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 708/2015 號 (刑事上訴案)

上訴人：A

日期：2015 年 9 月 10 日

一、案情敘述

於 2015 年 6 月 19 日，上訴人 A 在初級法院刑事法庭第 CR2-15-0007-PCC 號卷宗內被裁定觸犯：

- 一項 8 月 10 日第 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 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 14 條所規定及處罰之不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，被判處兩個月徒刑；
- 一項 8 月 10 日第 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，被判處兩個月徒刑。
- 數罪競合，被判處七年八個月實際徒刑之單一刑罰(《刑法典》第 71 條)。

上訴人不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結論部分）：

I-就“不法販賣麻醉品及精神藥物罪”而言，包括案卷內所有書證，以及庭上證人之聲言，在查明之事實事宜上，不足以支持作出作出 7 年 6 個月之徒刑

1. 就上訴人被指控“不法販賣麻醉品及精神藥物罪”之事實，基於仍未處於既遂之狀態；
2. 而被上訴合議卻以“行為既遂”予以量刑，判決存有獲證明之事實事宜，不足以支持作出該判決之瑕疵；
3. 故，按《刑法典》第 21 條結合第 22 條之規定，上訴人被指控之行為，基於仍為“未遂”可獲予以特別減輕之刑罰處罰，應按照第 67 條之規定作出量刑；
4. “不法販賣麻醉品及精神藥物罪”之刑幅為 3 年至 15 年，按《刑法典》第 67 條之規定獲特別減輕後刑幅為 3 年 $\times$ 1/5 至 15 年 $\times$ 2/3；
5. 參照被上訴合議庭判決，其依據《刑法典》第 65 條之規定，作綜合及詳細考慮後，就此項罪狀判處上訴人 7 年 6 個月之徒刑，為此罪狀最高刑幅之一半；
6. 亦即，依據此合議庭判決考慮，在結合第 67 條之規定，應科處 5 年或少於 5 年之徒刑。

II- “不法吸食麻醉品及精神藥物罪”及“不適當持有器具或設備罪”兩指控，在“吸收原則”規範下，“不適當持有器具或設備罪”應被“不法吸食麻醉品及精神藥物罪”所吸收。

7. 當一人在同一事實中，同時被指控“不法吸食麻醉品及精神藥物罪”及“不適當持有器具或設備罪”兩罪，當中不當持有吸食工具，應被不法吸食罪所吸收；
8. 在本地司法實踐，以至學理上，均原則上認同兩者存在“吸

收關係”，即一行為其構成要件之不法性及罪過，已包含另一行為，又或該行為之構成要件，一個判決已對兩者整體作出懲處；

9. 而量刑之標準，一如被上訴之合議庭判決，應科處 2 個月徒刑；

請求

綜上所述，懇請尊敬的中級法院法官閣下，裁定：

1. “不法販賣麻醉品及精神藥物罪”，基於“行為未遂”應科處 5 年或少於 5 年之徒刑；
2. 而“不法吸食麻醉品及精神藥物罪”及“不適當持有器具或設備罪”，基於存在吸收之關係，應只在出一懲處，應科處為 2 個月或少於 2 個月之徒刑；
3. 2 罪競合，應處以 5 年 2 個月徒刑，或少於 5 年 2 個月徒刑之單一刑罰。

最後，懇請 法官閣下裁定本上訴得值。

檢察院對上訴人上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 上訴人指出，其與 B 尚未完成交易，應視為犯罪未遂，故認為被上訴判決違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a)項的規定。
2. 本院認為，上訴人提出的既遂或未遂的問題，只是單純的法律問題，並不屬於《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款所指的瑕疵。
3. 根據第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款的規定，只要上訴人取

得毒品的目的非用作個人吸食之用，則符合第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款“販毒罪”的構成要件。

4. 根據已證事實，司警人員在 XX 酒店大堂截查上訴人及 B，並在上訴人的左手手中搜出毒品“氯胺酮”。有關毒品是上訴人準備出售給 B 的。
5. 另外，司警人員在上訴人居住的單位房間內搜出 48.311 克的“氯胺酮”、13.369 克的“甲基苯丙胺”及載有“氯胺酮”及“甲基苯丙胺”液體的膠樽，且證實到上訴人取得及持有上述毒品，目的是將其中大部分出售或提供給他人，其自己亦會吸食其中一小部分。
6. 由此可見，上訴人的行為，無論是準備出售手上的毒品給 B，抑或為著出售或提供給他人而持有單位房間內的毒品，均符合第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款的規定，有關行為屬既遂的行為。
7. 基於此，本院認為，被上訴判決並不存在上訴人所提出《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款所規定的“錯誤適用法律之瑕疵”或第 400 條第 2 款 a) 項所規定的“獲證明之事實之事宜不足以支持作出該裁判”之瑕疵，故上訴人的有關主張明顯不能成立。
8. 上訴人認為，其被判處的一項第 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」及一項同一法律第 15 條所規定及處罰的「不適當持有器具或設備罪」之間是吸收的關係。
9. 對於這個問題，中級法院有不同的理解。在保持應有的尊重下，本院認為兩罪之間並不存在吸收的關係。

10. 本院完全認同中級法院第 81/2011 號合議庭裁判，認為第 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」及同一法律第 15 條所規定及處罰的「不適當持有器具或設備罪」之間屬於實質競合的關係。
11. 另外，根據已證事實顯示，本案所搜出的錫紙、吸管及膠樽是上訴人用作吸食毒品的工具。當中，膠樽的樽蓋上插有兩組吸管(其中一支吸管附有一張錫紙)，膠樽內的液體載有“甲基苯丙胺”及“氯胺酮”的成份；上述膠樽、樽蓋、吸管及錫紙亦沾有“甲基苯丙胺”及“氯胺酮”的痕跡。
12. 故此，本案中至少上述的膠瓶是經過改裝而成的，具有第 17/2009 號法律第 15 條所規定的器具或設備的耐用性，而上訴人使用該膠樽用作吸食毒品，符合第 17/2009 號法律第 15 條所規定的「不適當持有器具或設備罪」。
13. 綜上所述，本院認為，上訴人的上訴理由不成立，應予以駁回。

懇請尊敬的中級法院 法官閣下，一如既往，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，同意檢察院司法官在其對上訴理由闡述的答覆中發表的觀點和論據，認為上訴人提出的上訴理由明顯不成立，應予以駁回。

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. 從未查明之日起，上訴人 A(第一嫌犯)開始在本澳從事販毒活動。
2. 在販毒過程中，上訴人 A 通常使用號碼為 XXX 之手提電話與他人聯繫進行毒品交易。
3. 2014 年 7 月 3 日約 1 時許，司警偵查員對上訴人 A 進行跟蹤監視，期間上訴人 A 在 XX 酒店大堂與 B 接觸，司警偵查員遂將彼等截停檢查。
4. 司警偵查員當場在上訴人 A 左手手中搜獲 1 包白色晶體、港幣 1,600 圓及 1 部手提電話連電話卡。
5. 經化驗證實，上述白色晶體含有第 17/2009 號法律附表二 C 所管制之“氯胺酮”成份，淨重 2.456 克(經定量分析，“氯胺酮”百分含量為 69.24%，含量為 1.701 克)。
6. 上述毒品是其準備出售給 B 的，上述手提電話及錢款是上訴人 A 從事販毒活動時使用的通訊工具及所獲得之金錢。
7. 司警人員隨後帶同上訴人 A 前往其與嫌犯 C 共同居住的新口岸 XX 閣 9 樓 H 室單位房間進行搜索，當時嫌犯 C 正在上述單位房間內。
8. 司警人員在房間床褥與木床架之間搜獲 1 個棕色布袋，內有 17 包白色晶體、12 包透明晶體及 52 個透明膠袋；在電視機櫃第二格抽屜內搜獲 2 張錫紙、4 個透明膠袋及 2 支透明吸管；在床底搜獲 1 個盛有液體的膠樽，樽蓋上插有兩組吸管，其中一支吸管附有一張錫紙。

9. 經化驗證實，上述 17 包白色晶體均含有第 17/2009 號法律附表二 C 所管制之“氯胺酮”成份，共淨重 68.342 克(經定量分析，“氯胺酮”百分含量為 70.69%，含量為 48.311 克)；上述 12 包透明晶體均含有同一法律附表二 B 所管制之“甲基苯丙胺”成份，共淨重 18.027 克(經定量分析，“甲基苯丙胺”百分含量為 74.16%，含量為 13.369 克)；上述錫紙、透明膠袋及其中 1 支透明吸管亦沾有“甲基苯丙胺”及“氯胺酮”的痕跡；上述膠樽中的液體亦含有上述“甲基苯丙胺”及“氯胺酮”成份，淨量 188 毫升；上述膠樽、樽蓋、吸管及錫紙上亦沾有“甲基苯丙胺”及“氯胺酮”的痕跡。
10. 經鑑定證實，上述 2 支透明吸管上均留有上訴人 A 之 DNA；上述插在膠樽樽蓋上的透明組裝吸管上則留有上訴人 A 及 C 之 DNA。
11. 上述全部毒品是上訴人 A 從身份不明之人處所取得，其取得及持有上述毒品，目的是伺機將其中大部分出售或提供給他人，其自己亦會吸食其中一小部分。
12. 上述透明膠袋是上訴人 A 用作分拆及包裝毒品之工具；上述錫紙及 2 支透明吸管是上訴人 A 持有之吸毒工具；上述樽蓋上插有兩組吸管(其中一支吸管附有一張錫紙)的膠樽是上訴人 A 及嫌犯 C 共同持有之吸毒工具。
13. 2012 年 11 月 22 日治安警察局向嫌犯 C 發出驅逐令，禁止其於 8 年內再次進入本澳。
14. 2014 年 4 月某日，嫌犯 C 偷渡進入本澳。
15. 嫌犯 C 明知其不可在上述禁止期內進入本澳以及進入本澳之法律後果。

16. 上訴人 A 及嫌犯 C 是在自由、自願和有意識的情況下故意作出上述行為的。
17. 彼等明知上述毒品的性質。
18. 彼等上述行為未得到任何法律許可。
19. 彼等明知法律禁止及處罰上述行為。
20. 嫌犯 C 實施上述行為時在本澳處於非法逗留狀態。

另外還證實如下事實：

21. 上訴人聲稱是扒仔，每月收入約為澳門幣 15,000 圓。
22. 具有高中學歷程度，沒有任何人需要供養。
23. 根據刑事紀錄證明，兩名嫌犯並非初犯。

在卷宗第 CR2-12-0038-PCC 號合議庭普通刑事訴訟程序中，有關事實發生於 2011 年 9 月 22 日，上訴人 A 因實施 1 項第 17/2009 號法律第 11 條第 1 款第 1 項所規定及處罰之較輕的生產和販賣罪，於 2012 年 6 月 29 日被判處 1 年 8 個月徒刑，徒刑暫緩執行，為期 2 年。

在卷宗第 CR3-15-0008-PCC 號合議庭普通刑事訴訟程序中，上訴人 A 因涉嫌觸犯 1 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、1 項第 17/2009 號法律第 14 條所規定及處罰之不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪及 1 項同一法律第 15 條所規定及處罰之不適當持有器具或設備罪而被控訴且正等待排期接受審訊。

在卷宗第 CR3-12-0271-PCS 號獨任庭普通刑事訴訟程序中，有關事實發生於 2011 年 3 月 4 日，第二嫌犯 C 因實施 1 項第 6/2004 號法律第 18 條第 3 款所規定及處罰之使用或占有偽造文件罪，於 2012 年 10 月 12 日被判處 9 個月徒刑，

徒刑暫緩執行，為期 1 年 6 個月。2013 年 2 月 21 日決定延長嫌犯的緩刑期，再多 1 年。

在卷宗第 CR4-12-0218-PSM 號簡易刑事訴訟程序中，有關事實發生於 2012 年 11 月 20 日，第二嫌犯 C 因實施 1 項第 17/2009 號法律第 14 條所規定及處罰之不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪、1 項同一法律第 15 條所規定及處罰之不適當持有器具或設備罪及 1 項第 6/2004 號法律第 21 條所規定及處罰之非法再入境罪，於 2012 年 11 月 21 日分別被判處 45 日徒刑、45 日徒刑及 3 個月徒刑，數罪競合，被判處 5 個月徒刑之單一刑罰。徒刑暫緩執行，為期 2 年。

在卷宗第 CR2-14-0202-PCC 號合議庭普通刑事訴訟程序中，第二嫌犯 C 因涉嫌觸犯 1 項第 8/96/M 號法律第 14 條配合同一法律第 13 條及《刑法典》第 219 條第 1 款所規定及處罰之為賭博之高利貸並以文件的索取或接受罪及 1 項《刑法典》第 152 條第 1 款所規定及處罰之剝奪他人行動自由罪而被控訴且已接受審訊正等待宣判。

未被證實之事實：沒有，鑒於控訴書內全部重要事實已獲證實。

三、法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 獲證明之事實上之事宜不足以支持作出裁判
- 吸毒工具

1. 上訴人認為其與 B 尚未完成交易，應視為犯罪未遂，故判決存在着《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。

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。”

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，除了認定起訴書內的事實，亦審查了上訴人所提出的辯解，並作出了相關事實的認定。

第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定：“一、在不屬第十四條所指情況下，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，處三年至十五年徒刑。”

從已證事實中確認，上訴人持有氯胺酮準備出售給 B，即是，上訴人持有上述毒品的目的是提供給他人，並非純粹為個人吸食。

因此，上訴人的行為，雖然仍未將毒品出售給 B，亦已符合第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款的規定，有關非法持有的行為已屬既遂的犯罪行為。

故此，上訴人提出的上述上訴理由並不成立。

2. 上訴人又認為，其被判處的一項第 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」及一項同一法律第 15 條所規定及處罰的「不適當持有器具或設備罪」之間是吸收的關係。

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。”

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，上訴人持有錫紙、透明吸管及一個盛有液體的膠樽，樽蓋上插有兩組吸管，其中一支吸管附有一張錫紙，並用作吸食有關毒品之工具，上訴人明知不可仍持有上述工具用作吸食毒

品的器具。

但是這些器具不具有專門性的特點，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。

上訴人的上訴請求只部份成立。

故此，需對上訴人的刑罰作出重新競合：

原審裁定上訴人觸犯：

- 一項 8 月 10 日第 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 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 14 條所規定及處罰之不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，被判處兩個月徒刑；
- 兩罪競合，判處上訴人七年七個月實際徒刑之單一刑罰。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴人的上訴請求只部分成立，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 8 月 10 日第 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 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 14 條所規定及處罰之不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，被判處兩個月徒刑；
- － 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 3 個計算單位之司法費，以及一半的上訴訴訟費用。

訂定上訴人辯護人辯護費為澳門幣 2,000 圓。

著令通知。

2015 年 9 月 10 日

(本人表決聲明如下：本人認為吸毒罪與不適當持有器具或設備罪為實質競合，且上訴人所持有的工具，特別是有關膠瓶具有耐用性，符合相關法律規定的吸毒器具，因此，上訴人應被判處觸犯相關罪行，而原審判決應被維持。)

譚曉華 (裁判書製作人)

蔡武彬 (第一助審法官)

陳廣勝 (第二助審法官)