

編號：第 1019/2017 號 (刑事上訴案)

上訴人：A(A)

日期：2017 年 12 月 7 日

主要法律問題：

- 不適當持有吸毒工具罪
- 量刑

摘 要

1. 根據原審已證事實，上訴人持有吸管及玻璃器具，並用作吸食有關毒品之工具。

但是經分析相關圖片可見，這些器具不具有專門性及耐用性的特點，對持有這些器具不能作出懲罰。

2. 在考慮保護法益及公眾期望的要求時需知道，販毒罪，特別是軟性毒品的不法販賣行為屬當今社會常見的犯罪類型，該類犯罪活動在本澳越來越活躍，行為人亦漸趨年青化，有關犯罪行為亦直接危害到公民，特別是年青一代的身體健康，由此更加突顯預防此類犯罪的迫切性。此外，近年來非本澳人士在澳從事販毒活動屢見不鮮，因此一般預防的要求亦須相對提高。

裁判書製作人

譚曉華

合議庭裁判書

編號：第 1019/2017 號 (刑事上訴案)

上訴人：A(A)

日期：2017 年 12 月 7 日

一、 案情敘述

於 2017 年 9 月 22 日，嫌犯 A 在初級法院刑事法庭第 CR3-17-0127-PCC 號卷宗內被裁定：

- － 為直接共同正犯及既遂方式觸犯一項 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰之不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，被判處七年徒刑；
- － 為直接正犯及既遂方式觸犯一項 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 14 條規定及處罰之不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，被判處二個月徒刑；
- － 為直接正犯及既遂方式觸犯一項 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 15 條規定及處罰之不適當持有器具或設備罪，被判處二個月徒刑。
- － 三罪競合，合共被判處七年三個月實際徒刑之單一刑罰。

嫌犯不服，向本院提起上訴，並提出了以下的上訴理由（結論部

分)：

1. 透過原審判決，上訴人 A 被原審法院裁定為直接共同正犯，以既遂方式觸犯 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰之一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪，罪名成立，判處嫌犯七年徒刑；為直接正犯，以既遂方式觸犯 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 14 條規定及處罰之一項不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪，罪名成立，判處嫌犯二個月徒刑；為直接正犯，以既遂方式觸犯 8 月 10 日第 17/2009 號法律第 15 條規定及處罰之一項不適當持有器具或設備罪，罪名成立，判處嫌犯二個月徒刑；上述三罪並罰，判處合共七年三個月實際徒刑之單一刑罰；
2. 就原審法院在判處上訴人一項不適當持有器具或設備罪方面，上訴人理應被開釋；
3. 貴院在多個裁判中，當中包括第 669/2015 號裁判以及第 476/2017 號裁判，認為當器具“不具有專門性及耐用性的特點”時，對持有這些器具就不能作出懲罰；
4. 在本案中，上訴人被判處一項不適當持有器具或設備罪之事實基礎，是因其持有一支透明吸管、一個玻璃器具及一個藍色玻璃器具；
5. 上述器具僅為日常生活當中可隨意購買及使用的器具，並不是專為吸食毒品而生產或售賣之器具，其亦不能作為一種特別的器具而被持續使用；
6. 故此，基於上述器具並不具備吸食毒品之專門性及耐用性，上訴人之持有上述器具之行為並不構成不適當持有器具或設備罪之罪狀要素，理應被開釋。

7. 就原審法院在量刑方面，上訴人認為原審法院沒有充分考慮所有對上訴人有利或不利而不屬罪狀之情節等事實下對上訴人一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪判處七年徒刑”，該決定明顯過重，違反了《刑法典》第 40 條及第 65 條之規定；
8. 根據原審判決內所指出之事實，上訴人作出顯示真誠悔悟之行為，具有《刑法典》第 66 條第 1 款及第 2 款 c)項規定之特別減輕情節；
9. 上訴人所判處的一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪的刑幅為三年至十五年徒刑；
10. 在作出根據《刑法典》第 67 條第 1 款之規定作出特別減輕情況後，刑幅減輕為七個月至十年；
11. 上訴人之犯罪動機是為了償還債務，其並未因實行該犯罪得到巨大利益，其犯罪目的及所表露之情感顯示，其惡意程度不高；
12. 上訴人亦無任何的犯罪記錄，只是因為交友不慎及還債心切才作出犯罪行為；
13. 雖然犯罪行為本身理應譴責，但其個人品性並非惡劣至不可寬恕；
14. 上訴人在被逮捕後，上訴人一直保持合作，認罪態度良好，積極配合警方搜查證據及調查事實真相，可見上訴人已清楚認知到自己行為的不當並真心悔悟；
15. 上訴人在庭上對所有控訴事實作出毫無保留的自認；
16. 上訴人與前妻育有兩名女兒，自前妻離開家庭後，僅靠上訴人及其年老父母照顧兩名女兒。因為上訴人的每月收入只有 HKD\$15,000 元，情況雖然說不上是貧困，但都是十分吃力

的。而自其入獄後，家裡經濟情況更是雪上加霜。父母年事已高，不知道還能照顧上訴人的兩名女兒多久，亦不知道能否有幸等至上訴人出獄再一家團聚；

17. 上訴人女兒當中最小的只有 8 歲，最大也不過是 12 歲，正處於心智發展的一個重要年齡階段，本身就已經是單親家庭的他們，若如今也被迫與父親常年累月分開的話，恐怕其將難以健康成長；

18. 《刑法典》第 40 條第 1 款規定，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；

19. 對上訴人所觸犯的一項不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪判處七年徒刑的決定明顯過重且不利上訴人重新投入社會。

20. 因此，原審判決並未充分考慮所有對上訴人有利之情節，因而違反《刑法典》第 40 條及第 65 條而沾有量刑過重的瑕疵。

21. 因此請求尊敬的中級法院法官閣下重新對上訴人作出量刑。

綜合所述，懇請尊敬的中級法院法官裁定本上訴提出的事實依據及法律理由成立，從而：

1. 開釋上訴人之一項不適當持有器具或設備罪；
2. 重新對上訴人所被判處的一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪的刑罰作出量刑；
3. 最後，上訴人向法院聲請審理其具權限依職權可審理之違法性瑕疵，並一如既往作出公正裁決。

檢察院對上訴作出了答覆，並提出下列理據（結論部分）：

1. 針對 17/2009 號法律 15 條的不適當持有器具或設備罪，審視這項條文中段部分，條文內容是「而不適當持有任何器具或

設備者」，條文中沒有加上「專用」、「特定」、「專供」等字樣。

2. 這顯示立法者定立這條文時理解和因應毒品世界的迅速轉變格局，使用的吸毒器具或設備可以是日常生活中任何一般性用品，即生活中任何器具只要變更其用途而用於吸毒行為即可成為吸毒器具，因此製定這條文時，將器具定義設以相對開闊的範圍，這是一項因應實務工作而制定的條文。
3. 另方面，倘這條文立法時有將吸毒器具和設備定為特定的用具，其內容應傾向於諸如「持有專供製造或施用毒品之器具者」，立法者無此類似內容。由此觀之，第 15 條內容立法之初在器具種類上即無專門性之意。
4. 從處罰內容看，不適當持有器具或設備罪最高處罰為 3 個月徒刑或科最高 60 日罰金，刑罰與同法第 14 條相同。
5. 倘若第 15 條所指器具存有「專用」、「專門」、「特定」或「專供」意旨，則處罰豈能是 3 個月，觀乎鄰近地區均在一年以上徒刑，刑罰高低雖有地域和社會文化差異，仍可提供參考，以導引我們重新審視第 15 條所規定和處罰的不適當持有器具或設備的立法其意。
6. 新興毒品已沒有專門性或固定的特殊器具，只須將日常用品諸如吸管、陶瓷瓶蓋、玻璃或塑膠器皿等符合吸毒格式和用途即可。
7. 由此觀之，吸毒行為之成就可確定出一個重要元素，即任何可改裝使用的器具，如此即具備第 15 條所須的構成要件，也是立法者為何只寫上「而不適當持有任何器具或設備者」，這廖廖數字足顯條文的智慧性。
8. 根據《刑法典》第 65 條規定，「刑罰份量之確定須按照行為

人之罪過及預防犯罪之要求，在法律所定之限度內為之。」

9. 第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款販賣罪擬保護的法益是身心兩方面的公共健康，因此，販賣罪是抽象或推定危險犯，該罪的既遂不要求存在著真實的或實際的損害，僅對受保護的法益造成損害的風險和危險就已足夠。
 10. 就過錯而言，上訴人在自由、自願和有意識的情況下在香港向毒品拆家購入毒品和吸食器具，繼而經由港澳碼頭將毒品帶入澳門後，即前往鄰近.....巷.....中心「XX 網吧」租用該網吧卡位，再將毒品和吸食器具收藏於上述卡位坐墊內、牆邊的上方和下方位位置，顯示上訴人主觀故意程度極高。
 11. 上訴人是在現行犯下被拘留，且由警方自行在上訴人租用卡位上搜獲毒品和吸食器具，在此情況下沒有上訴人不承認藏有毒品的餘地。
 12. 整個事件中，上訴人販賣毒品行為正好印證了社會中充斥著不少吸毒者，皆因存有像上訴人一類只追求個人不法利益，將毒品任意散播荼毒社會，致釀成社會上多起吸毒案件和無數吸毒者。
 13. 上訴人所觸犯的第 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」，其法定刑幅為 3 年至 15 年徒刑，原審法院已依據《刑法典》第 40 和 65 條規定作出量刑，上訴人被判處的 7 年實際徒刑，原事法院量刑並無過重，上訴人也不符合特別減輕情節。
 14. 綜上所述，本院認為上訴人的上訴理據不成立，應予駁回。
- 尊敬的中級法院在分析一切理據後，請作出公正裁決。

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，認為上訴人提出的所有上訴理由不成立及應駁回上訴。

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. 至少自 2016 年 8 月開始，上訴人 A 受一名化名“阿@”的人士的指使，從香港來澳從事販毒活動。
2. 上述人士在澳門的販毒流程如下：“阿@”會在香港指使運毒人士將已分裝好的毒品“可卡因”從香港帶到澳門交予上訴人，又或指使上訴人從香港將毒品“可卡因”帶到澳門，然後上訴人會按照“阿@”的指示，將毒品“可卡因”帶到澳門指定地方交予購買毒品的人士，每包毒品“可卡因”的售價為澳門幣或港幣壹仟圓(MOP/HKD1000.00)。每當出售毒品所獲得的款項累積到一定金額時，上訴人會透過中國銀行澳門分行的自動存款機將款項存到“阿@”指定的兩個澳門中國銀行戶口(帳號為 2111.....及 2101.....)。上訴人每出售一包毒品“可卡因”，“阿@”便會給予上訴人港幣伍拾圓(HKD50.00)的報酬。
3. 自上訴人接受“阿@”的指使在澳門從事販毒活動開始，“阿@”至少三次指使運毒人士(包括 B)從香港將數十包毒品“可卡因”帶到澳門交予上訴人出售。
4. B 分別於 2016 年 8 月 25 日及 28 日按“阿@”的指示從香港

將毒品“可卡因”運送到澳門交予上訴人，每次份量為數十包。

5. 上訴人於 2016 年 8 月 29 日上午 8 時 55 分將出售毒品“可卡因”而得的港幣貳萬陸仟圓(HKD26,000.00)存入中國銀行澳門分行 2111.....號帳戶內，再於同日上午 8 時 57 分將出售毒品“可卡因”而得的澳門幣壹仟圓(MOP1,000.00)存入中國銀行澳門分行 2101.....號帳戶內。(相關存款單據已扣押在案，見卷宗第 22 頁，亦見卷宗附件一第 7 頁第 7 項及 15 頁第 19 項的交易紀錄)。
6. 上訴人於同日上午 9 時 42 分經外港碼頭邊檢站離開澳門。(見卷宗第 181 頁的出入境紀錄)
7. 上訴人返回香港後從身份不明人士處以港幣伍佰圓(HKD500.00)購得一包透明晶體、一支透明吸管、一個玻璃器具及一個藍色玻璃器具。
8. 其後，上訴人再按“阿@”的指示從香港某處取得四十包毒品“可卡因”，目的是將該等毒品帶到澳門全作販賣之用。
9. 上訴人於同日晚上 9 時 48 分經外港碼頭邊檢站入境澳門。
10. 之後，上訴人在.....巷.....中心「XX 網吧」租用該網吧第 114 至 115 號卡位，並將上述從身份不明人士處取得的透明晶體、透明吸管、玻璃器具及藍色玻璃器具藏於上述卡位的紅色坐墊內，以及將從香港帶到澳門的合共四十包毒品“可卡因”藏於上述卡位靠近牆邊的位置，其中三十七包放在靠近牆邊的下方位置，另外三包放在靠近牆邊上方位置的一個印有“Tempo”字樣的膠袋內。
11. 2016 年 8 月 30 日凌晨時份，司警人員在上述網吧第 114 至 115

號卡位對上訴人進行截查，並在該卡位靠牆邊下方位置搜獲一個透明膠袋，膠袋內藏有三十七包乳白色顆粒；在該卡位靠牆邊上方位置搜獲一個印有“Tempo”字樣的透明膠袋，膠袋內藏有三包乳白色顆粒；在該卡位的紅色坐墊內搜獲一張透明膠紙，膠紙內藏有一包透明晶體、一支透明吸管、一個玻璃器具及一個藍色玻璃器具。(詳見卷宗第 10 頁的搜索及扣押筆錄)

12. 鑑定結果顯示，上述三十七包乳白色顆粒含有第 17/2009 號法律附表一 B 所管制之“可卡因”成份，淨量為 9.454 克，經定量分析，“可卡因”百分含量為 98.2%，含量為 9.28 克；上述三包乳白色顆粒含有“可卡因”成份，淨量為 0.779 克，經定量分析，“可卡因”百分含量為 97.5%，含量為 0.76 克；上述一包透明晶體含有同一法律附表二 B 所管制之“甲基苯丙胺”成份，淨量為 1.26 克，經定量分析，“甲基苯丙胺”百分含量為 79.1%，含量為 0.997 克(詳見卷宗第 104 至 118 頁之鑑定報告)。
13. 在司法警察局內，司警人員在上訴人身上搜獲三部手提電話，澳門幣捌佰圓(MOP800.00)現金、兩張中國銀行澳門分行的存款單據及一本印有“GAMBOL”字樣的數簿(現被扣押在案，詳見卷宗第 22 至 29 頁的扣押筆錄)。
14. 上述在上訴人身上搜獲的數簿是上訴人實施上述販毒活動的記帳的工具。
15. 上訴人明知上述四十包乳白色顆粒為毒品“可卡因”，且明知該等物質受法律所管制，仍在自由、自願和有意識的情況下，接受“阿@”的指示，將該等物質從香港帶到澳門全部作販

賣用途，藉此取得不法的金錢利益。

16. 上訴人明知從“阿#”處取得的透明晶體為毒品“甲基苯丙胺”，且明知該等物質受法律所管制，仍在自由、自願和有意識的情況下持有之，目的是作個人吸食之用。
17. 上訴人明知不可，仍在自由、自願和有意識的情況下持有上述吸管及玻璃器具作為吸食毒品“甲基苯丙胺”的工具。
18. 上訴人清楚知道其上述行為未獲得任何法律許可。
19. 上訴人清楚知道其上述行為是澳門法律所禁止及處罰的。

另外證明下列事實：

20. 根據刑事紀錄證明，上訴人無犯罪記錄。
21. 上訴人聲稱其受教育程度為中學四年級，為倉務員，月收入約港幣 15,000 圓，上訴人需供養一名女兒。

未獲證明之事實：無其他重要事實尚待證明。

三、法律方面

本上訴涉及下列問題：

- 不適當持有吸毒工具罪
- 量刑

1. 上訴人提出，其持有之器具不具有專門性及耐用性的特點，因此，應開釋原審法院判處其一項不適當持有器具或設備罪。

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。”

上訴人被裁定觸犯一項第 17/2009 號法律第 15 條規定和處罰之「不適當持有器具或設備罪」，判處二個月徒刑。

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，上訴人持有吸管及玻璃器具，並用作吸食有關毒品之工具。

但是經分析相關圖片(卷宗第 10 頁)可見，這些器具不具有專門性及耐用性的特點，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。

2. 上訴人提出其被判處的不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪量刑過重，違反了《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定。

《刑法典》第 40 條及第 65 條規定量刑的標準。

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。

上訴人所觸犯：

- － 一項第 17/2009 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰的「不法販賣麻醉藥品及精神藥物罪」，可被判處三年至十五年徒刑；
- － 第 17/2009 號法律第 14 條規定及處罰的一項「不法吸食麻醉藥品及精神藥物罪」，可被判處一個月至三個月徒刑或科十日至六十日罰金；

本案中，上訴人身上和住處發現的物質所含“可卡因”成份的純淨重共 10.04 克，超過 334 日參考用量，份量不少，且全部用於出售給他人。

上訴人非為本澳居民，對於上訴人有利的情節為上訴人為初犯，沒有其他刑事紀錄，承認被控告的事實。

另外，在考慮保護法益及公眾期望的要求時需知道，販毒罪，特別是軟性毒品的不法販賣行為屬當今社會常見的犯罪類型，該類犯罪活動在本澳越來越活躍，行為人亦漸趨年青化，有關犯罪行為亦直接危害到公民，特別是年青一代的身體健康，由此更加突顯預防此類犯罪的迫

切性。此外，近年來非本澳人士在澳從事販毒活動屢見不鮮，因此一般預防的要求亦須相對提高。

因此，經分析有關事實及上述所有對上訴人有利及不利的情節，本案中，原審法院對上訴人所觸犯的一項販毒罪判處七年徒刑，一項吸毒罪判處二個月徒刑，量刑符合犯罪的一般及特別預防要求，並不存在過重的情況。

然而，本院裁決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」，被判處七年徒刑；
- 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」，被判處二個月徒刑；
- 兩罪競合，現判處上訴人七年一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 A 的上訴理部分成立，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」，被判處七年徒刑；

- － 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」，被判處二個月徒刑；
- － 兩罪競合，現判處上訴人七年一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，二分之一以及上訴的訴訟費用。

訂定上訴人辯護人辯護費為澳門幣 2,500 圓。

著令通知。

2017 年 12 月 7 日

譚曉華 (裁判書製作人)

蔡武彬 (第一助審法官)

司徒民正 (第二助審法官)

(Dando como reproduzido a declaração de voto anexa ao Ac. de 31.03.2011, Proc. n.º 81/2011).